

제4회 KISO 포럼

# 인터넷에서의 정치적 표현의 자유와 책임에 대한 재설계



**일시** 2017년 12월 14일(목), 14:30~16:30

**장소** 프레스센터 11층 언론중재위원회 대강의실

**주최** **KISO** 한국인터넷자율정책기구  
Korea Internet Self-governance Organization

## 제4회 KISO 포럼

# 인터넷에서의 정치적 표현의 자유와 책임에 대한 재설계

- ▶ 일시 : 2017년 12월 14일(목), 14:30~16:30
- ▶ 장소 : 한국프레스센터 11층 언론중재위원회 대강의실
- ▶ 주최 : (사)한국인터넷자율정책기구

# 프 로 그 램

시 간	내 용
14:20~14:30	등 록
14:30~14:40	<b>&lt;개회 및 환영사&gt;</b> · 이해완 교수 (KISO포럼 좌장/성균관대 법학전문대학원)
14:40~15:20	<b>&lt;발제&gt;</b> ○ 제1발제 : 정치적 발언의 자유 : 강한 민주정 국가의 이론, 원리, 방법론 (이준웅 서울대학교 언론정보학과 교수) ○ 제2발제 : 정치적 표현에서의 권리침해를 해결하기 위한 방안 (이정훈 중앙대학교 법학전문대학원 교수)
15:20~15:30	Coffee Break (10분)
15:30~16:10	<b>&lt;토론&gt;</b> 가나다순, 각 10분 내외 · 손지원 변호사 (한국인터넷투명성보고팀/(사)오픈넷) · 윤성옥 교수 (경기대 미디어영상학과) · 장철준 교수 (단국대 법과대학) · 황용석 교수 (건국대 미디어커뮤니케이션학과)
16:10~16:30	질의응답 및 자유토론
16:30	폐 회

[발제 1]

정치적 발언의 자유 : 강한 민주정 국가의  
이론, 원리, 방법론

## 정치적 발언의 자유: 강한 민주정 국가의 이론, 원리, 방법론<sup>1)</sup>

이 준 응 (서울대학교 언론정보학과 교수)

### 1. ‘정치적 표현의 자율규제 전환’이란 무엇인가?

문재인 정부는 2017년 7월 국정기획자문위원회를 통해 발표한 <국정운영 5개년 계획>에서 ‘표현의 자유와 언론의 독립성 신장’을 100대 국정과제 중 4번째 과제로 제시했다. 이는 5대 국정목표 중 첫 번째 목표인 ‘국민이 주인인 정부’에 속한 4개 국정 전략 중에서도 첫 번째 전략인 ‘국민주권의 촛불 민주주의 실현’에 속한 것이다. 순서로 보나 내용으로 보나 문재인 정부가 약속한 정책과제 중 우선순위에 속한 과제라 하겠다.

<국정운영 5개년 계획>에 따르면, ‘표현의 자유와 언론의 독립성 신장’은 (1) 공영방송 지배 구조의 합리적 개선, (2) 보도제작편성 자율성 확보, (3) 인터넷 표현의 자유보장이라는 세 가지를 주요내용으로 삼는다. 이 중 인터넷 표현의 자유보장 항목은 2018년까지 온라인 게시물 임시조치 제도개선, 2019년까지 자율규제 기반조성, 2021년까지 자율규제로 완전 전환이라는 구체적인 정책추진 일정을 담고 있다. 이를 통해 2016년 70위에 머물렀던 <국경 없는 기자회 (Reporters without borders)> 언론자유지수를 2022년까지 30위권으로 신장할 것을 약속했다.

문재인 정부가 표방한 ‘인터넷 표현의 자유보장’ 정책은 결의성과 구체성 면에서 기대할 만하다. 그러나 그 내용은 물론 방법도 모호하다. 일단 <국정운영 5개년 계획>에 따르면, ‘인터넷상 정치적 표현을 자율규제로 단계적 전환’한다는데, 이 구절이 정확하게 무엇을 의미하는지 알기 어렵다. 예컨대, 이 구절에 대해 다음과 같은 일련의 문제제기가 가능하다. (가) 모든 표현이 아닌 인터넷상의 표현만을 문제 삼는가? (나) 정치적 표현이란 정치적 내용의 표현물을 의미하는가, 정치적 기능을 수행하는 발언을 의미하는가, 정치과정에 속한 발언을 의미하는가? (다) 자율규제란 누구의 자율성을 의미하는가? 시민들인가, 내용제작 전문가들인가, 인터넷 사업자들인가? (라) 자율규제로 전환이란 과거의 어떤 좋았던 시절로 회귀를 뜻하는가, 규제의 해체를 뜻하는가, 아니면 새로운 규제 패러다임의 형성을 의미하는가?

나는 누구도 위의 문제들에 쉽게 답할 수 없으리라 생각한다. 개별 질문에 대해 하나의 정답이 있다고 기대하기도 어렵지만, 일단 질문을 명료하게 만들기 위해 필요한 전제에 동의하기도 어려워 보인다. 이해가 어려운 과제를 2021년까지 구체적 성과를 낼 수 있다고 기대하기는 더욱 어려워 보인다.

이 글의 목적은 ‘인터넷상 정치적 표현을 자율규제로 단계적으로 전환한다’는 정책적 명제가 갖는 모호함을 해소하기 위한 방안의 하나로 ‘정치적 발언의 자유’를 이론적 관점에서 논의하는 데 있다. 이를 통해서 문재인 정부의 ‘발언의 자유 정책’을 이해하기 위한 틀을 제시할 수 있기를 기대한다. 이 글에서 나는 다음 세 가지 단계로 논의를 진행한다. 첫째, 강한 민주정 국가의 하나인 미국에서 발전한 발언의 자유 법리를 고려하는 이유를 먼저 밝히겠다. 둘째, 미국의 수정헌법1조 전통에 따른 (가) 발언의 자유 이론들, (나) 핵심 원리, 그리고 (다) 방법론을 검토함으로써 이들이 우리나라 개혁적 민주정부의 언론정책에 대해 갖는 함의를 도출

1) 2017. 12. 12일 원고. 이 원고는 한국인터넷자율정책기구(KISO)의 ‘인터넷에서 정치적 표현의 자유와 책임에 대한 재설계’ 토론회에서 발표하기 위한 것입니다. 미진한 초고 상태의 글이므로 저자의 허락 없이 인용을 삼가기 바랍니다.

해 보겠다. 셋째, ‘약한’ 민주주의의 개혁적 정부가 택할 수 있는 발언의 자유 정책이란 어떤 목표와 내용이 되어야 할지 제시해 보겠다.

## 2. 강한 민주주의, 약한 민주주의

왜 미국의 발언의 자유 법리를 검토하는가? 우리나라에 고유한 정책적 과제를 해결하기 위해 선진국의 사례를 검토해서 우리 현실에 견주어 보는 일은 언제나 가능하며, 또한 실제로 자주 이루어지는 일이다. 그렇지만 선진국 법제도를 검토해서 우리 현실에 적용한다는 일이 ‘어떤’ 기능을 갖는지 모호하다. 예컨대, 우리가 미국, 일본, 독일 등의 구체적 법제도 사례를 검토해서 참조하더라도 미국, 일본, 독일 등의 법제도를 ‘있는 그대로’ 도입하자고 주장하기 어렵고, 실은 그렇게 하려 해도 현실적으로 여의치 않은 사정들이 있다는 점을 고려하면, 선진국 법제도를 검토하고 적용하겠다는 기획의 요점이 무엇인지 따져보지 않을 수 없다.

### 2.1. 법적 설명의 내적 정합성

일단 법을 나라마다 고유한 제도에 따라 형성한 권위 있는 명령(금지와 허용을 포함한다)과 그 명령을 산출하는 규칙이라 하자. 개별 국가의 법은 역사적으로 변화하는 데, 이 변화는 법문의 내용적 변화는 물론 ‘법이 아닌 것을 법으로 만드는 규칙과 제도’의 변화를 동반한다. 이를 법제도의 변화라 한다면, 문제는 어떤 조건에서 법제도가 변화하느냐는 것이다. 우리는 두 가지 조건을 생각해 볼 수 있다. 하나는 사회적 현실이 변화하면서 그에 따라 새로운 법을 형성하는 실제적 변화 조건이고, 또 다른 하나는 기존의 법을 적용해서 사법적 판단을 내리기 ‘어려운 사건’이 등장했을 때 법해석을 통해 법의 의미를 정교화하는 해석적 변화 조건이다. 어느 조건이건 법제도의 변화를 이론적으로 정합하게 설명할 수 있는지 여부가 중요하다.

일부 현실주의 사회과학자는 법제도의 변화가 권력 관계의 변화를 위한 투쟁에 의해 결정된다고 본다. 헌법적 질서 자체의 변화, 정권의 변화, 사법부 구성의 변화, 그리고 법관의 사법적 판단마저 권력을 다투는 정치적 투쟁의 결과로 설명할 수 있고, 이 설명으로 충분하다는 것이다. 과연 이 설명이 충분한지 여부는 여기에서 논할 주제가 아니지만, 나는 누구든 이런 식으로 ‘정치적으로 동기화된 현실주의적 설명’을 따르면서 동시에 다른 나라의 법제도를 검토해서 우리 현실에 적용할 것을 주장할 수 없을 것이라 본다. 왜냐하면 이런 태도는 법제도에 내재한 법적 이론들, 즉 원리(legal principles), 원칙(doctrines), 방법론(methodologies)을 개념을 동원해서 법 현실을 설명하는 일을 무용하다고 보며, 따라서 그런 이론이 내적으로 정합한지에 대해 관심이 없을 것이기 때문이다.

비교법제적인 고찰이 가능하기 위해서는 한 나라의 법제도를 내적으로 정합한 명제들을 이용해서 설명할 수 있다는 전제가 필요하다. 특히 설명적 명제들이 해당 국가의 사회정치적 현실에 대한 기술(description)을 넘어서, 그 현실에 대한 법적 원리, 원칙, 방법론적 개념을 이용해서 의미 있는 방식으로 법 현실을 설명할 수 있다는 전제가 필요하다. 만약 이런 전제가 없다면, 비교법제적 고찰은 단순한 기술적 묘사에 머물거나, 실용적 참조를 가장한 의심스러운 의도를 실현하기 위한 수단으로 활용될 가능성이 높다. 우리 현실에 필요한 법제도를 형성하는 데 필요한 이론적 탐구가 되지 못할 가능성이 높다.

### 2.2 실용적 태도가 실현하는 별도의 의도

여러 민주정에서 실재하는 법제도 중 하나를 선택해서 ‘필요한 변용을 가해’ 우리 법제도로 수용하면 된다는 입장이 있다. 이는 우리나라 일부 정책결정자가 천명하는 입장이기도 하다. 실제로 많은 제도가 이렇게 도입되어 운용되고 있는데, 이는 일단 실용적으로 들리지만 실은 이중적으로 의심스럽다.

첫째, 법제도란 그 자체가 하나의 체계이며 동시에 다른 하위 체계들과 밀접하게 관련이 있기 때문에 총체적 성격을 갖는다. 이런 성격의 법제도를 수용하는 과정에 선택이 불가피한데, 이를 위해서 선택적 수용의 범위의 방법을 결정하는 별도의 논의가 필요하다. 이런 논의는 그 자체가 방편적이거나 고식적이 되기 쉬우며, 따라서 정책적 효과도 우연적으로 결정되기 쉽다. 둘째, 선진국 법제도를 ‘필요한 변용을 가해’ 수용하겠다는 주장은 대체로 정책결정자의 자의적 결단을 합리화하는 방법이 되고 마는 경향이 있다.

### 2.3. 선결적 법의 지배의 역설

선진국의 법제도를 수용하겠다는 관점에는 대체로 ‘선결적 법의 지배의 역설’이 개입한다. 이 역설은 원래 공영방송 지배구조 개선을 위한 법제도 정비가 어려운 이유를 설명하기 위해 고안한 개념이지만(이준웅, 2017), 선진국 법제도의 수용에도 적용할 수 있다. 선진국 법제도를 수용하기 위해서는, 법제도의 도입으로 인한 효과가 실제적일 것을 기대할 수 있어야 한다. 즉, 합리적이며 실질적인 법의 지배를 기대할 수 있어야 한다.<sup>2)</sup>

과거 법제도 하에서 작동하지 않았던 합리적이며 실질적인 법의 지배가 선진국 법제도의 수용으로 가능하리라 기대하는 것은 순진하다. 왜냐하면 과거 우리 법제도가 실패했던 이유는 주로 법제도가 부실해서가 아니라 그것이 합리적, 실질적으로 작동하지 않았기 때문인데, 선진국 법제도를 별도로 수용한다고 해서 애초의 문제를 해결할 수 없을 것이기 때문이다. 요컨대, 합리적이며 실질적인 법의 지배가 작동하지 않아서 실패한 제도를 제대로 작동하게 만들기 위해 선진국 법제도를 수용하면 된다는 식의 논지는 당착이다.

### 2.4. 강한 민주주의의 법제도

우리가 선진국 법제도에서 배워야 할 것은 ‘이런 민주주의’ 또는 ‘저런 민주주의’에 고유한 법제도적 특성 그 자체가 아니다. 모든 강한 민주정 국가는 강력한 합리적-실질적 법의 지배를 실현한다. 즉 법제도의 특성이 무엇이든 간에 민주주의를 위협하는 내부적이거나 외부적인 방해 요인들에 대한 저항력이 강하다. 강한 민주정 국가의 법적 원리, 원칙, 방법론 등이 해당 국가의 법 현실을 설명할 때 드러내는 이론적 정합성을 검토해서, 어떻게 그 정합성을 유지하는지 배울 필요가 있다. 선진국 법제도에서 우리가 추종해야 할 것은 법의 내용과 정책 모형 그 자체가 아니라 그 내용과 모형을 설명하는 이론의 내적 정합성이란 것이다.

강한 민주정 국가의 법제도는 (가) 정치적 가변성이 낮고, (나) 자의적 운영이 적으며, 따라서 (다) 해당 국가의 시민은 법 현실을 공적인 행위의 규칙으로 명확하게 식별할 수 있으므로

2) 합리적-실질적 법의 지배란 헬린과 맨치니가 2004년 <비교매체체계론(Comparing media systems)>에서 매체체계를 분류하기 위해 제시했던 기준 변수 중 하나인 ‘합리적 법적 권위(rational legal authority)’를 우리 매체제도를 설명하기 위해 옮긴 용어다. 헬린과 맨치니는 공영방송 제도를 포함한 매체제도가 정치로부터 자율성 유지를 위해서는 국가의 역할이 중요하다고 지적하며, 특히 관료제, 자율적 사법체계, 규칙준수적 법문화 등 요인이 중요하다고 보았다.

집합적 행위예측이 쉽다. 즉 법 현실에 대한 전사회적인 예측가능성이 높다. 이런 높은 예측가능성은 (1) 법제도 자체를 기술하고, 이해하고, 해석하는 법이론 자체가 내적으로 모순되지 않고, (2) 법 현실을 원리와 원칙의 수준에서 설명가능하고, (3) 법 전문가는 물론 일반 시민도 인식가능한 법제도 특성과 상응한다. 법 현실의 예측가능성과 법 이론의 인식 및 설명가능성이 조응하는 현실이 강력한 합리적-실질적 법의 지배를 증거한다는 뜻이다.

미국의 법제도가 기초한 사회적 현실은 우리 현실과 내용과 규모, 그리고 구성의 차원에서 매우 달라서 미국의 법제도를 어떤 ‘필요한 변용을 가하더라도’ 우리 현실에 적용가능한 최소한의 도구적 합리성을 갖춘 대체물로 삼을 수 있다고 기대하기 어렵다. 예컨대, 미국에서 증오발언은 수정헌법1조가 보호하는 공적 담론으로서 보호 대상이 된다는 이유만으로 우리도 그렇게 해야 한다고 주장할 수 없다. 다만 미국의 법 전문가는 물론 시민들도 이해하고 또한 강력하게 믿고 있는 ‘사전제재 금지’의 원칙과 ‘국가규제의 관점중립성’의 원칙에 따라 국가 기구가 증오발언 규제의 당국으로 공권력을 행사할 리가 없다는 믿음이 미국 시민사회의 강건성의 원천임을 이해한다면, 우리 사회에서 인터넷상의 발언의 자유를 보장하기 위해 국가가 정파적 갈등은 물론 시민사회 내의 분파적 갈등의 표출인 증오발언 규제에 어떤 입장을 취해야 할지 그리고 우리나라 시민사회의 강건성을 고려했을 때 장기적으로 어떤 규제 정책을 펼쳐야 할지 우리 스스로 고민해서 결정해 나갈 수 있다는 것이다.

### 3. 강한 민주정 국가가 발언의 자유를 보장하는 방법

미국의 수정헌법1조 전통을 검토함으로써 ‘발언의 자유에 대한 이상화된 담론’을 재구성하고 그 담론에 내재한 논리를 검토할 수 있다. 마찬가지로 독일의 연방헌법재판소 표현의 자유 관련 판결을 검토함으로써 ‘표현의 자유와 다른 기본권 간의 특수한 이익형량에 대한 이상화된 담론’을 재구성함으로써 그 담론에 내재한 논리를 검토할 수 있을 것이다. 이 절이 간략하게나마 재구성해서 제시하는 미국 수정헌법1조 법적 전통에 따른 이론, 원리, 그리고 방법론은 강한 민주정 국가가 발언의 자유 정책을 유지하는 방식을 보여 준다.

#### 3.1. 이론: 왜 발언의 자유를 보장해야 하는가?

수정헌법1조가 명문으로 정부의 발언 및 언론을 제한하는 법률을 만들지 못하게 규정하고 있기 때문에 발언의 자유를 보장한다는 식의 명백한 실패다. 미국의 수많은 법률과 판례가 공적 영역은 물론 사적 영역에서 다양한 종류의 발언을 규제하고 있기 때문이다. 수정헌법1조 전통이 제공하는 발언의 자유를 보장해야 할 이유를 제공하는 이론은 적어도 세 가지가 있다. 이 중 점차로 설명적 타당성을 잃고 있는 진리발견론부터 검토하자.

‘사상의 자유시장’에서 서로 경쟁하는 의견들을 대립적으로 교환할 때 진실을 발견할 가능성이 높아지기에 발언의 자유를 보장해야 한다는 설명이 있다. 그러나 이 설명은 ‘발견해야 할 진실’을 전제하고 있다는 의미에서 형이상학적이며, 현실에서 의견의 교환을 통해 항상 진실을 찾을 수 있는 것도 아니라는 의미에서 반사실적이다. 진리발견론은 판사들의 판결문과 교과서에 선언적 언명(dicta)으로 등장하거나 은유적으로 언급되는 수준을 넘어서 현실의 언론 자유를 설명하는 합당한 이론적 기초로 대접받고 있지 못하고 있다.

일찍이 미클존(Micklejohn, 1948)은 <자유와 발언과 자치정부에 대해 갖는 관계>에서 흄스판사의 ‘신다원주의적 세계관’에 기초한 관점을 비판하면서, 진리발견론을 명시적으로 반대한

바 있다. 발언의 자유란 진실을 획득하는 장치나 수단이 아니라 이미 발견한 어떤 종류의 진실에 대한 주장이라도 공유하는 장치라는 것이다. 미클존은 발언의 자유의 목적은 ‘모든 유권자에게 자치사회의 시민이 다루어야 하는 문제를 이해하도록 충분히 참여의 기회를 제공하는 데 있다(75)’고 주장했다. 발언의 자유가 ‘자치사회의 도덕적 및 시민적 기초’가 된다는 사상은 이후 미국 발언의 자유 법리의 핵심적인 사상이 된다. 예컨대, 브레넌 판사는 자치정부론을 수용해서 수정헌법1조는 “발언자를 위한 표현의 자유의 소통적 교환에 대한 신념 이상의 것을 체현한다. 그것은 우리 자치정부를 이루기 위한 공화적 체계를 보호하고 육성하는 ‘구조적’ 역할을 수행한다”고 했다(Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980) 동의의견).

미클존 이후 자치정부론은 수정헌법1조 전통에서 정통적인 지위를 차지한다. 특히 (가) 발언의 자유는 개인의 발화 행위와 발화 내용에 대한 것이 아니라 민주적 의견형성을 통한 ‘통치’에 대한 것임을 분명히 했고, (나) 따라서 발언의 자유가 보장되는 장소는 ‘시장’이 아닌 일종의 ‘마을회의(town meeting)’와 같은 곳이며, (다) 마을회의의 요점은 진실을 발견하는 데 있는 것이 아니라 ‘자치정부’란 정치적 목적을 달성하는 데 있다는 점이 명료해진 것이다. 그러나 역설적으로 미클존의 이론을 이용해서 언론자유를 확장하는 것이 아니라 오히려 제한하려는 시도가 등장했는데, 이는 만약 발언의 자유가 자치정부‘만’을 위한 것이라면 정치적 발언 이외의 다른 영역의 발언을 보호할 필요가 없으며 따라서 정부의 정책적 목적에 합당한 규제가 가능하다는 논리가 그것이다.

보오크 판사(Bork, 1971)는 <중립의 원칙과 수정헌법1조의 과제>라는 논문에서 정치적 발언을 좁게 해석해서 수정헌법1조의 주된 보호대상으로 제시했다. 자치정부에 기여하는 발언을 보호하자는 것이 목적이기에 정부를 폭력적으로 전복해야 한다는 식의 ‘자치정부를 위협하는 발언’은 정치적 발언이 아니며, 따라서 규제가 가능하다는 요지였다. 보오크 판사는 무수한 비판을 받았는데, 특히 그가 정치적 발언을 좁게 해석해서 제시함으로써 다른 영역의 발언들, 예컨대 문예적, 예술적, 오락적 영역의 사적 담론은 정당한 정책적 목적에 따라 규제 가능하다는 논변을 제공했기 때문이다.

자기실현론은 발언의 자유를 보장해야 하는 이유로 개인의 자기완성을 제시한다. 개인은 정치적 주체로서 공적 의견형성 과정에 참여하기도 하지만, 그런 참여적 주체성을 가지는 개인으로 자신을 형성하기 위해서라도 먼저 자율성과 평등성을 누리는 개인으로 성립해야 한다. 베이커(Baker, 2004)는 특히 어떤 법적 질서라도 시민에게 형식적 자율성을 부여하지 않을 수 없다고 보았다. 왜냐하면 시민 개인이 법에 복종할 것을 선택할 수 있는 능력을 지녔다고 전제하지 않고서 그에게 법적 질서를 따르라고 요청할 도리가 없기 때문이다. 요컨대, 법적 질서는 자기 정당성을 위해서라도 모든 개인이 법적 권리의 주체로서 형식적 자율성을 부여하고, 또한 모든 개인을 형식적으로 평등하게 대접해야 한다.

발언의 자유는 결국 자율적이고 평등한 개인들을 실체적으로 가능하게 하는 정초적 자유가 된다. 베이커(Baker, 2012)는 심지어 민주적 법적 질서에서 개인은 민주주의를 신봉하지 않을 수 있으며, 민주주의를 믿는다 할지라도 그 민주주의가 미국식 민주주의가 아닐 수 있다고 지적한다. 민주주의가 좋은 이유는 그것이 자유롭고 평등하게 법을 선택하고 형성할 수 있는 과정에 참여한 모든 시민들을 존중하는 유일한 정치체제이기 때문이다. 모든 이에게 시민적 평등성과 자율성을 형식적으로 보장하는 일이 곧 민주정의 규범적 기초다. 따라서 민주정은 심지어 개인이 반민주적 발언을 하더라도 그 이유로 발언을 규제하지 않는데, 이런 개인의 자율성에 대한 법적 존중이 오히려 민주주의를 강하게 만든다. 왜냐하면 시민적 발언능력의 형성

을 돕기 때문이다.

### 3.2. 원리: 누가 발언의 자유를 보장하는가?

수정헌법1조 전통은 정치적 발언의 자유를 강력하게 보호한다. 여기에서 정치적 발언이란 정치에 대한 발언, 즉 정치적 내용을 가진 발언을 의미하기도 하지만,<sup>3)</sup> 이에 제한되지 않는다. 특히 자치정부론에 따르면, 정치적 발언이란 실은 정치 과정에 속한 모든 발언으로서 여론형성의 기초가 되어 입법과정에 기여하는 발언을 의미하기에 결국 정치에 대한 것이 아닌 내용도 포함하게 된다.

정치적 발언의 내용을 규정함에 있어서 요점이 되는 질문은 ‘이 발언은 정치적인가’가 아니라 ‘누가 이 발언을 정치적이라고 규정할 수 있는가’이다. 이에 대한 수정헌법1조 전통의 대답은 결코 정부 기구가 돼서는 안 된다는 것이다.<sup>4)</sup> 미클존은 ‘마을회의’ 비유를 통해서 발언의 자유가 수행하는 자치적 기능을 극적으로 강조하는 데 성공했다. 그런데 마을회의 비유를 따르더라도 정부는 마을회의의 주재자처럼 행동해서는 안 된다. 즉, 의제를 설정하고, 발언권을 배분하고, 토론의 진행을 결정하는 역할을 수행하는 등 공적 담론의 형성 자체를 규제하는 당사자가 돼서는 안 된다. 수정헌법1조 전통이 반복해서 천명하는 바는, 정부가 공적이거나 사적인 토론의 규제자 역할을 정책적 목표로 삼아서는 안 된다는 것이다.<sup>5)</sup>

정부는 여론형성의 원천이 되는 공적인 담론의 형성을 규제할 수 없지만, 그 자신이 스스로 발언자가 되어 공론장에 참여할 수 있다. 많은 사안에 대해 정부는 정책적 목표를 가지고 입장을 정해서 발언을 하며, 특히 인권보호, 평등성, 관용 등에 대해서 그러하다. 또한 공공 박물관의 운영, 국경일의 기념, 우표의 발행, 국립공원 조형물의 관리, 문예사업 재정지원, 공영방송 설립과 지원, 공공 교육기관에서 발언 등의 사안에서 국가는 발언자이자 규제자로서 역할을 수행한다. 그러나 이 과정에서도 정부는 공론장이 “참여와 감시에 대해 폐쇄적이거나, 절차적으로 불공정하거나, 결과적으로 자기 파괴적이지 않도록” 관리해야 한다.<sup>6)</sup>

정부는 또한 공론장 그 자체를 보호한다. 예를 들어, 인종주의자들이 인종분리를 주장하는 집회를 개최하고 참여자가 인종분리를 주장하는 것에 대해 정부는 인종차별적 내용을 이유로 규제할 수 없다. 아무리 인기 없고 불쾌한 주장이라도 내용을 이유로 규제를 정당화하기 위해서는 수정헌법1조에 근거한 엄격한 사법적 심사기준을 통과해야 한다. 사실상 규제할 수 없다는 뜻이다. 다만 정부는 발언의 내용이 아닌 다른 방해 요인은 없는지 검토해서 규제할 수 있

3) 2010년 연방대법원의 <시티즌 유나이티드 대 연방선관위> 판결(558 U.S. 310)은 기업과 노동조합의 정치캠페인 비용지출을 보호받는 정치적 발언으로 판단하면서, “만약 수정헌법1조가 어떤 의미가 있다면, 그것은 의회가 시민이나 시민의 연합에 대해 단지 정치적 발언에 참여했다는 이유로 벌금을 매기고 감금하는 일을 금지한다는 것이다”고 밝혔다.

4) Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241, 258. (1974).

5) 공적 담론과 ‘공론장에서 발언’은 구분해야 한다. 포스트(Post, 2012)는 변호사의 변론은 분명 ‘공개된 것’이며 따라서 ‘공론장에서 이루어진 발언’이 되지만, 이는 여론형성을 위한 것이 아니며 따라서 공적 담론이라 할 수 없다고 보았다. 변호사의 변론은 ‘정의에 기여한다’는 별도의 목적이 있으며, 따라서 이는 해당 공론장에서 별도의 규범으로 규제 받는다. 즉 판사가 규제한다. 포스트는 또한 1987년 <정부와 관리영역 사이>이란 글에서 ‘관리영역(management domain)’이란 개념을 제시했는데, 이는 공적 영역에 속하건 그렇지 않건 특수 목적을 수행하는 기능체계를 의미한다. 대표적으로 법정이 일종의 관리영역이다. 여기에서 특수 기능을 수행하는 데 방해를 주지 않도록 규제체계를 내장하는 것은 당연한 일이 된다. 즉 관리영역의 순기능적 운영을 위해서 도구적인 규제가 필요하다. 예컨대, 군대 내에서 증오발언을 당연히 규제할 수 있다. 왜냐하면 군대의 본연의 기능을 수행하는 데 증오발언이 장애가 되기 때문이다.

6) Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 295 U.S. 367 (1969).

다. 예컨대, 교통통제, 통행자 안전, 도로의 상업적 이용, 소음 등을 고려해서 발언의 내용과 무관한 효과가 발생한다고 예상할 수 있으면 규제할 수 있다. 이 모든 것을 고려한 조건에서, 정부는 공적인 담론에 대한 참여 자체를 방해하는 발언, 즉 ‘방해자의 비토(heckler's vetoes)’를 규제할 수 있다. 집회에 적대적인 시민이 집회 참여자의 발언을 방해하기 위해 소란부리는 것을 보호하지는 않는다는 뜻이다(Kelven, 1965).

얼핏 혼란스러워 보이는 이 절의 논의가 가리키는 원리가 있다. 이 법적 원리는 워낙 자명하고 또한 배경적이어서 미국의 언론학 교과서나 수정헌법1조 교과서에조차 별도로 언급되지 않는 원리인 것으로 보인다. 그것은 미국 정부는 미국 시민을 발언의 자유를 행사하고 그에 대해 책임지는 자율적인 발언 주체로 대접하며, 자율적 발언 주체가 형성할 수 있도록 발언의 학습 및 경험 과정을 보호한다는 내용의 원리다. 로버트 잭슨 판사는 “시민이 오류를 범하지 않도록 보호하는 것이 정부의 기능이 아니다. 시민이야말로 정부가 오류를 범하지 않도록 감시해야 한다”고 제시했는데,<sup>7)</sup> 이 명제는 수정헌법1조 전통이 일관되게 견지하는 ‘반후견주의적 원리(anti-paternalistic principle)’를 잘 드러낸다. 내가 보기에 미국의 수정헌법1조 전통은 시민의 발언의 자유를 보장하는 수준에 머물지 않는다. 국가는 일관된 자유보장 정책을 통해서 발언의 자유를 행사할 수 있는 능력 있는 발언 주체, 즉 민주적 여론형성의 주체로 자신을 형성하는 기회를 제공한다.

### 3.3. 방법론: 어떻게 자유를 보장하는가?

발언의 자유와 다른 기본권이 충돌하는 양상을 보일 때, 미국 연방법원은 해당 사건이 발언의 자유 ‘적용영역(coverage)’에 속하는지 판단하고 그 내에서 발언의 자유의 보호 수준(levels of protection)을 고려해서 결정한다(Schauer, 2015). 이는 기본권 간의 충돌이나 양보할 수 없는 법적 원리 간의 충돌의 문제를 ‘특별 이익형량(ad hoc balancing)’으로 해결하는 유럽적 전통을 따르는 방법론과 확연하게 구분되는 방식이다.<sup>8)</sup> 형식적으로만 보면 발언의 자유를 규정한 법적 명문이 수정헌법1조 뿐이며, 따라서 이 조항을 기준삼아 법적 원칙을 구성해야 했던 미국 연방법원이 선택할 수밖에 없었던 방법론처럼 보이기도 한다. 수정헌법1조 전통은 발언의 자유에 대해서 명시적으로 이익형량 방법론을 택하지 않는다는 점을 반복해서 확인한다.<sup>9)</sup>

7) American Communications Association v. Douds, 339 U.S. 382, (1950).

8) 법적 원리 간 특별 이익형량 방법론으로 알렉시(Alexy, 2002)의 <헌법적 권리의 이론>에 담긴 ‘후기’를 보라. 구체적 사례로 유럽인권재판소의 사례들이 있다. 예컨대, Otto-Preminger-Institut v Austria (1995) 19 EHCR 34

9) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 1, 62-63. “We know of no other enumerated constitutional right whose core protection has been subjected to a freestanding “interest-balancing” approach. The very enumeration of the right takes out of the hands of government—even the Third Branch of Government—the power to decide on a case-by-case basis whether the right is really worth insisting upon. A constitutional guarantee subject to future judges’ assessments of its usefulness is no constitutional guarantee at all. Constitutional rights are enshrined with the scope they were understood to have when the people adopted them, whether or not future legislatures or (yes) even future judges think that scope too broad.” U.S. v. Stevens, 130 S. Ct. 1577, 1585. “The First Amendment’s guarantee of free speech does not extend only to categories of speech that survive an ad hoc balancing of relative social costs and benefits. The First Amendment itself reflects a judgment by the American people that the benefits of its restrictions on the Government outweigh the costs. Our Constitution forecloses any

증오발언 규제를 예로 들자면, 미국 법원은 증오발언 자체를 “규제를 위한 독립적 범주”로 삼지 않으며(Post, 2012, p.12), 이는 곧 수정헌법1조 판례의 법적 원칙에 따라 ‘수정헌법1조 적용영역’에 포함해서 보호의 수준을 검토한다는 것을 의미한다. 만약 증오발언이 정치적 맥락이나 공적 포럼에서 나타난 것이라면 그것이 ‘즉각적인 범죄행동을 낳거나 선동하는 행위’가 아닌 한 엄격한 심사를 통해서 규제여부를 결정하게 된다. 즉 규제 당국 쪽에서 해당 증오발언을 규제할 ‘중대한 이익이 있으며, 그 이익을 달성하기 위해 면밀하게 다듬어진 정책을 마련했다’는 것을 입증하는 데 성공하지 않는 한 규제할 수 없다는 뜻이다.<sup>10)</sup>

미국 연방법원은 또한 수정헌법1조 전통에 따라 형성한 이른바 ‘보호받지 못하는 발언(unprotected speech)’라는 범주들, 즉 음란물, 명예훼손, 선동, ‘싸우자는 말(fighting words)’, 사기, 가격조작, 아동포르노, 범법 행위에 속한 발언 등의 목록을 확대하려는 정부의 정책적 시도에 대해서 일관되게 부정적인 태도를 유지하고 있다.<sup>11)</sup> 따라서 증오발언이든 잔인한 비디오든 아무리 인기가 없고 불편한 발언이라고 해도 수정헌법1조 ‘비보호 영역에 속한 발언’에 포함되어서 음란물이나 명예훼손과 같은 방식으로 규제될 가능성은 매우 낮다.

스몰라(Smolla, 1992, pp.39-42)는 <개방사회의 자유언론>에서 수정헌법1조 전통이 이익형량 방법론에 반대하는 이유를 추론해서 제시하고 있다. 그는 정부가 발언을 규제하는 정책을 입법할 때, 일차로 이익형량을 해서 정책을 결정하지만 입법부는 다수결주의를 따르기 때문에 정책의 내용이 규제친화적인 경향을 갖게 된다고 본다. 그리고 사법부도 역시 이익형량의 방법으로 사법심사를 한다면, 입법자의 민주적 정책형성 과정을 정면으로 거스르기 어렵기 때문에 결국 이중적으로 발언규제적인 결과를 초래할 우려가 있다고 평가한다. 그러나 스몰라가 정당하게 소개하고 있듯이, 미국 사법부에도 기본권 충돌 사안을 이익형량으로 해결하려는 판사들이 없지 않았으며(가령 빈슨 판사와 프랑크푸르터 판사), 심지어 이익형량 방법론을 이용해서 발언의 자유를 적극적으로 보장하려 했던 판사들도 있다(가령 코헨 판결의 할란 판사).

내가 보기에 이익형량 방법론의 문제란 이를 적용했을 때 발언의 자유를 강하게 또는 약하게 보장할 우려가 있기 때문이 아니다. 이익형량 방법론을 발언의 자유에 광범하게 적용할 경우 결국 어떤 쪽으로 추가 기울어지게 될지 예측하기 어렵다는 점이 진정한 문제가 된다. 행정부와 입법부는 물론 시민들도 사법부가 복잡한 이익형량 방법론을 적용해서 최종적으로 도달하게 될지 사전적으로 예측하기 어렵다는 것이다. 따라서 이 방법론이 지배적인 법적 질서 하에서, 정부는 일단 규제적 법안을 만들어 입법을 시도하고 나중에 사법적 판단을 받게 된다는 입법전략을 추진할 가능성이 높다. 또한 시민들은 스스로 누리는 발언 자유의 범위를 미리 예측해서 행동할 수 있게 된다.

### 3. 약한 민주주의에서 개혁적 정부의 발언의 자유 정책

앞에서 나는 미국 수정헌법1조 전통에 따른 발언의 자유 이론, 원리, 그리고 방법론이 서로 정합하게 시민의 발언의 자유, 특히 정치적 발언의 자유를 폭넓게 보호하고 있음을 검토해서 제시했다. 논의한 내용을 세 개의 규범적 명제로 재구성해서 정리 하면 다음과 같다.

- (1) 이론: 발언의 자유는 개인이나 집단이 정치적 주체로서 공적 의견형성 과정에 참여함으로써

---

attempt to revise that judgment simply on the basis that some speech is not worth it.”

10) Citizens United v. Federal Election Com'n, 130 S. Ct. 876, 898 (2010).

11) U.S. v. Stevens, 130 S. Ct. 1577.

써 정당한 방식으로 자신을 규율하는 입법과정에 기여할 수 있도록 돕니다. 동시에 이런 정치적 과정은 물론 자기를 실현하는 다양한 담론 과정에 참여할 수 있는 개인으로 성장하기 위해서라도 발언의 자유를 보장 받아야 한다.

(2) 원리: 정부는 미국 시민을 발언의 자유를 행사하고 그에 대해 책임지는 자율적인 발언 주체로 대접하며, 자율적 발언 주체가 형성할 수 있도록 발언의 학습 및 경험 과정을 보호해야 한다. 정부는 일관된 발언의 자유 보장 정책을 통해서 시민들이 발언의 자유를 행사할 수 있는 능력 있는 발언 주체 자신을 형성할 수 있는 기회를 제공해야 한다.

(3) 방법론: 사법부는 발언의 자유가 보호받는 영역과 그 방식을 법적 원칙으로 삼아 일관된 판단을 제공함으로써 입법부와 행정부는 물론 시민들이 발언의 자유의 보장의 범위를 예측해서 행동할 수 있도록 도와야 한다.

발언의 자유와 관련한 이런 법제도적 규범 명제가 문재인 정부에 대해 갖는 함의는 무엇인가? 문재인 정부가 발표한 <국정운영 5개년 계획>에 따르면, 2016년 시민혁명 이후는 국민이 정치의 실질적 주체로 등장하는 새로운 국민의 시대가 될 것이라고 한다. 여기에서 '새로운' 국민이란 실질적 주권자로서 개개인으로서 국민을 의미하며, 개개인이 권력의 생성과 과정에 직접 참여하고 결정하는 주체가 됨을 뜻한다고 한다(7쪽).

권력의 생성과 과정에 참여하는 개개인으로서 국민이란 개념이 단순한 수사적 선언에 그치지 않으려면, 문재인 정부의 '표현의 자유 및 언론의 독립성 신장' 전략은 단순히 (가) 언론의 독립성과 공정성 회복, (나) 방송 제작 및 편성의 자율성 확보, (다) 인터넷 표현의 자유 보장 등 구호에 머물러선 안 된다. 일종의 시민성 강화 전략과 같은 보다 근본적인 접근이 필요하다. 발언의 자유 보장을 위한 법제도의 전면적인 정비, 시민의 자율성 신장을 위한 권한행사 경험의 제공, 그리고 정부 내 각 기구의 간섭적인 규제정책의 일괄 정비 등을 목표로 삼아야 한다.



## [발제 2]

정치적 표현에서의 권리침해를 해결하기 위한 방안

- 인터넷 명예훼손과 회복적 사법을 중심으로 -

# 정치적 표현에서의 권리침해를 해결하기 위한 방안

- 인터넷 명예훼손과 회복적 사법을 중심으로 -

중앙대학교 법학전문대학원 이 정 훈

## 정치적 표현에 대한 법적 평가

- 표현의 자유 중 가장 중요한 것
- 민주주의의 의사 실현을 위한 기초

정치적 의사표현의 자유는 우리 헌법에 의하여 개인의 기본권으로서 보장되고 있을 뿐 아니라, 정치적 민주주의의 작동을 담보하는 올바른 여론형성을 위한 기초적인 제도로서도 중요한 기능을 하고 있다. 이런 점에서 정치적인 의사표현이 공직선거법에 위배되어 유죄로 인정되는 경우라 하더라도, 그 처벌의 수위를 결정함에 있어서는 이러한 처벌이 시민들의 자유로운 의견표명과 여론형성과정의 자발적 참여동기를 저해하는 효과를 낳지 않도록 신중을 기할 필요성이 크다. 또한, 광고물을 배부하거나 벽보를 붙이는 등의 행위와는 달리, 오늘날 인터넷에 글을 게시하는 행위는 거의 일상화되어 있는 점, 인터넷은 상대방이 정보의 수신 여부를 선택할 수 있고 그 정보에 대해 반박하는 등 상호적·교섭적인 매체인 점 역시 양형에 있어 고려하여야 한다. ([서울남부지방법원 2008. 1. 22. 선고 2008고합7판결](#))

## 인터넷상 정치적 표현이 문제된 사례

정보통신망법상 본인확인제 위헌소송(2010헌마47)

공직선거법상 실명확인제 위헌소송(2008헌마324)

공직선거법상 인터넷상 정치적 표현에 대한 위헌소송(2010헌바88)

인터넷카페 선거활동(2013도2190)

국가보안법상 반국가단체찬양고무목적표현물소지죄 성립 여부(2010도8336)

## 정치적 표현과 명예훼손죄

정치적 표현이라고 하더라도 공직자에 대한 사회적 평가가 저하되는 경우 명예훼손죄가 성립할 수 있다.

그러나 공직자의 명예훼손죄의 성립은 판례상 상당히 제한된다.

언론보도로 인한 명예훼손이 문제되는 경우에는 그 보도로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 보도가 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 그 보도가 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 따져보아 공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간 심사기준에 차이를 두어야 하는데, 당해 표현이 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선할 수 있으나, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 것인 경우에는 그 평가를 달리하여야 하고 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다.

특히 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 이러한 감시와 비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때 비로소 정상적으로 수행될 수 있으며, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로, 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없다.

(출처 : 대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결 [명예훼손·업무방해] > 종합법률정보 판례)

정당 대변인으로서의 공식적인 정치적 논평이나 정치적 주장에는 국민의 지지를 얻기 위하여 어느 정도의 단정적인 어법도 종종 사용되고, 이는 수사적인 과장표현으로서 용인될 수도 있으며, 국민들도 정당 대변인의 정치적 주장 등에 구체적인 사실의 적시가 수반되지 아니하면 비록 단정적인 어법으로 공격하는 경우에도 대부분 이를 정치공세로 치부할 뿐 그 주장을 그대로 객관적인 진실로 믿거나 받아들이지는 않는 것이 보통이므로, 정당 대변인의 정치적인 논평의 명예훼손과 관련한 위법성을 판단함에 있어서는 이러한 특수성이 충분히 고려되어야 할 것이다 ( 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결, 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결 등 참조).

## 인터넷 상 정치적 표현의 남용

정치적 표현이 아무리 보장된다고 하더라도 명백히 허위의 사실을 적시하거나 비방의 목적이 인정된다면 민형사상 책임을 면할 수 없음.

예) 지난 대선때 인터넷 백과사전 '위키백과'에 경선에 출마했던 문재인 대통령과 이재명 성남시장을 북한 정치인으로 허위 기재한 자에게 벌금형을 선고. 피해자들의 명예와 선거에 미칠 부정적 영향을 고려.

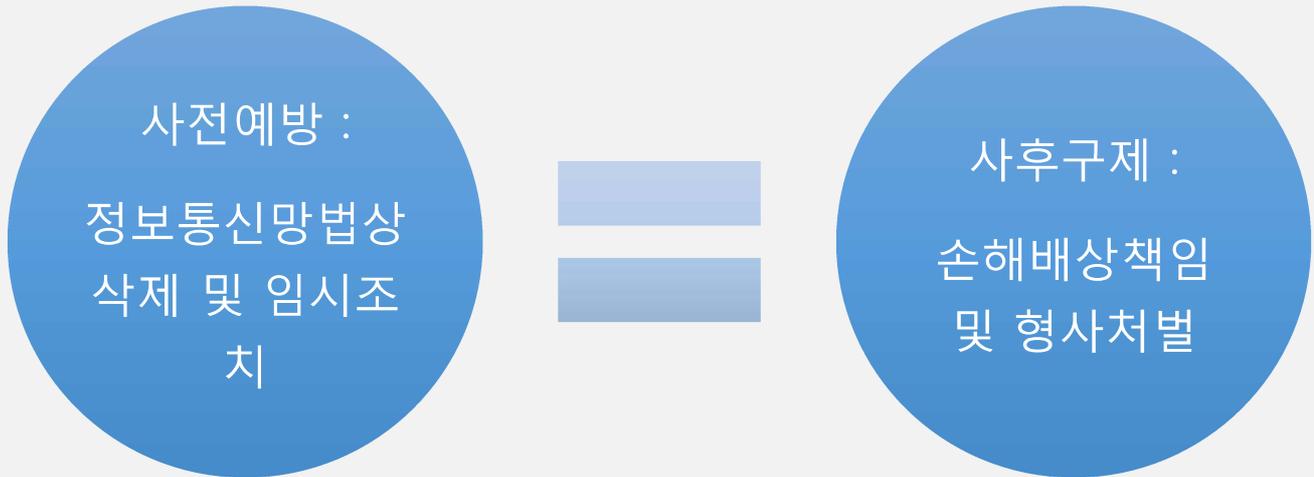
## SNS, 인터넷 댓글의 퍼나르기 위험성

다른 사람의 인터넷 게시물을 퍼나르기를 통해 인터넷에 유포한 것도 민사상 손해배상 책임을 물을 수 있음.

특히 최근의 SNS의 소통 정치에서 특정 정치인에 대한 근거없는 무분별한 비방과 허위사실에 대한 퍼나르기, 좋아요 표현은 해당 피해자에게 치명적인 결과를 가져다 줌.

이러한 피해의 급속도의 전파력은 발생한 피해의 원상회복을 불가능하게 하므로, 가장 중요한 방법은 이러한 허위사실의 정보가 확대되지 않도록 사전에 차단하는 방법이 최선.

# 인터넷 명예훼손에 대한 구제방법



# 정보통신망법상 이용자보호 규정

## 제44조 정보통신망에서의 권리보호

- ① 이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다.
- ② 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제1항에 따른 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.

# 이용자의 삭제 등의 요청

## 제44조의2(정보의 삭제요청 등)

- ① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 처리한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다.
- ② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.
- ④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 "임시조치"라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.
- ⑤ 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다.
- ⑥ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.

## 문제점

- 피해자의 요청만 있으면 사실상 해당 게시물의 삭제 및 차단이 이루어짐.
- 정치인에 대한 건전한 비판기능을 침해할 가능성.
- 국민의 알권리에 대한 침해 가능성.
- 정보통신서비스제공자는 민형사상 면책을 위하여 활용.

# 정보통신서비스제공자의 임시조치

제44조의3(임의의 임시조치)

① 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되면 임의로 임시조치를 할 수 있다.

② 제1항에 따른 임시조치에 관하여는 제44조의2제2항 후단, 제4항 후단 및 제5항을 준용한다.

## 문제점

- 정보통신서비스제공자의 자기검열 효과

- 정보에 대한 정보통신서비스제공자의 통제권한을 부여

- 공정한 여론형성 기능을 저해함.

# 방심위의 명예훼손 분쟁조정

## 제44조의10(명예훼손 분쟁조정부)

- ① 심의위원회는 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보와 관련된 분쟁의 조정업무를 효율적으로 수행하기 위하여 5명 이하의 위원으로 구성된 명예훼손 분쟁조정부를 두되, 그중 1명 이상은 변호사의 자격이 있는 자로 한다.
- ② 명예훼손 분쟁조정부의 위원은 심의위원회의 위원장이 심의위원회의 동의를 받아 위촉한다.
- ③ 명예훼손 분쟁조정부의 분쟁조정절차 등에 관하여는 제33조의2제2항, 제35조부터 제39조까지의 규정을 준용한다. 이 경우 "분쟁조정위원회"는 "심의위원회"로, "개인정보와 관련한 분쟁"은 "정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보와 관련된 분쟁"으로 본다.
- ④ 명예훼손 분쟁조정부의 설치·운영 및 분쟁조정 등에 관하여 그 밖의 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

## 문제점

- 조정안이 당사자에게 전달되기까지 최장 60일 이므로, 실시간 일어나는 정보통신서비스제공자의 임시조치를 해결하기에는 부족함.
- 민형사상 사법절차와 같은 강제성이 없음. 다만 조정 결렬시 형사소송 제기 가능
- 당사자의 요청이 있을 때에만 조정가능  
- 정보통신서비스제공자가 조정과정에서 배제되어 있음

# 불법정보의 유통과 방통위의 조치

## 제44조의7(불법정보의 유통금지 등)

- ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.
2. 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보
- ② 방송통신위원회는 제1항제1호부터 제6호까지 및 제6호의2의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 처리의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다. <개정 2016.3.22>
- ④ 방송통신위원회는 제2항 및 제3항에 따른 명령의 대상이 되는 정보통신서비스 제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자에게 미리 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 의견제출의 기회를 주지 아니할 수 있다.
  1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
  2. 의견청취가 뚜렷이 곤란하거나 명백히 불필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
  3. 의견제출의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우

# 사이버명예훼손죄의 처벌규정

## 제70조(벌칙)

- ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2014.5.28>
- ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

## 문제점

- 비방의 목적을 요구함 / 정치적 표현은 대체로 공적 관심사에 관한 것이므로 판례에 의하면 공공의 이익에 관한 것과 비방의 목적은 서로 양립불가능하므로 해당 사안이 공적 인물의 공적 사안에 해당한다면 비방의 목적은 부인되어 본 조문이 적용되지 않음.

- 형법상 명예훼손죄의 성립 여부를 검토할 수 있으나 제310조에 의하여 위법성 조각사유에 해당할 가능성이 있음.

## 정치적 표현에 대한 명예훼손죄로의 처벌의 한계

명예는 침해되는 순간 이를 회복하는 것이 상당히 어려움.

판례에 따르면 침해된 명예보다 표현의 자유를 좀 더 우선시 하는 경향이 있음.

공적사안 / 비방의 목적의 비양립성때문에 가해자에게 비방의 목적이 있음을 입증해야 하나 SNS나 댓글 등의 퍼나르기 이용자들에게 이러한 비방의 목적을 인정하는 것은 쉽지 않음.

공적 인물 이론에 따라 정치인에 대한 비판에 대한 관용적 태도는 그 특수성에도 불구하고 개인에게는 치명적 결과를 가져올 수 있음.

# 원상회복과 회복적 정의의 모색

가해자에 대한 처벌보다는 침해된 명예가 실질적으로 보상될 수 있는 방법에 대한 고려

비방의 목적이 없는 댓글 사용자들에 대한 처벌의 불가능성

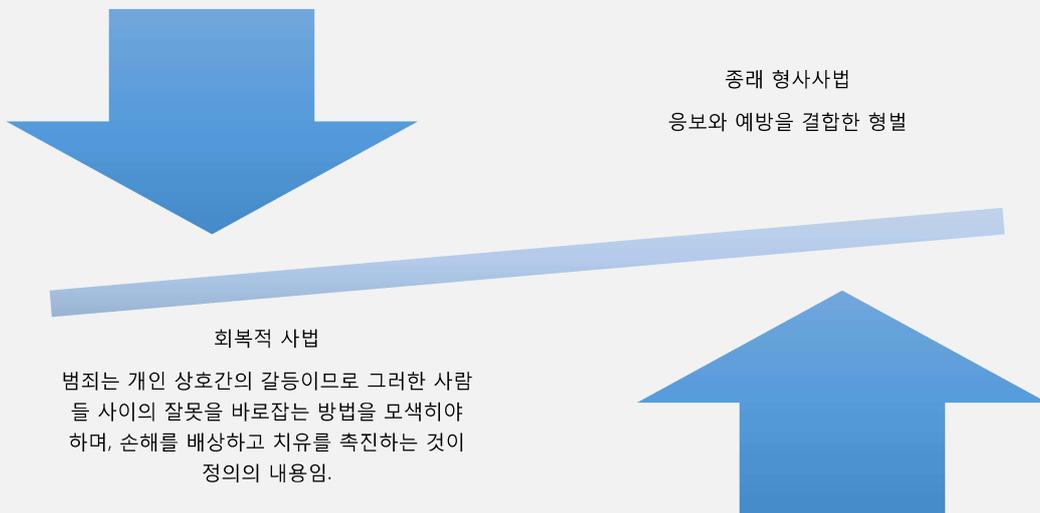
정정보도나 반박보도의 비효과성

삭제 및 임시조치에 대한 자기검열과 가해자의 이의제기 가능성의 차단에 대한 표현의 자유 침해 소지

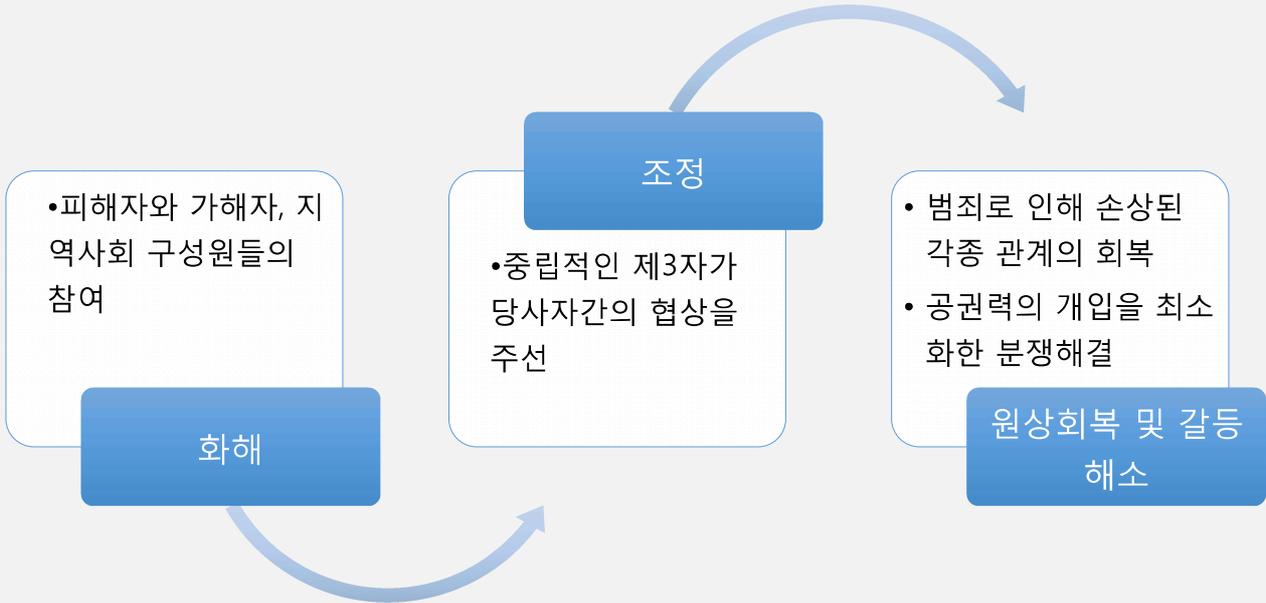
가해자의 진지한 사과와 반성이 요구되는 보호법익

반의사불벌죄, 친고죄의 특성상 가해자와 피해자의 감정적 해소가 회복적 정의 실현에 적합

# 형사절차에서 회복적 사법의 추구



# 회복적 사법의 이념



## 현행 형사조정제도

범죄피해자보호법 제41조 및 시행령 제46조에 따르면 명예훼손사건은 형사조정 대상이 될 수 있음.

시행령 제46조(형사조정 대상 사건) 법 제41조제2항에 따라 형사조정에 회부할 수 있는 형사사건은 다음 각 호와 같다.

2. 개인 간의 명예훼손·모욕, 경계 침범, 지식재산권 침해, 임금체불 등 사적 분쟁에 대한 고소사건

# 형사조정 평가 및 한계

소송비용 부담 경감

비공개로 진행됨으로써 당사자들이 겪게 될 사회적 명예감 감소, 정신적 피해를 줄임

민간인으로 구성된 조정위원들이 분쟁에 개입하여 결과적으로 사회적 통합에 기여

그러나 검찰이 주도하는 조정제도여서 2차 피해 및 당사자간 자율적 대화 등에 제한

회복적 사법의 본래 이념에 의하여 범죄예방의 목표는 국가적 활동뿐만 아니라 지역사회까지 협력해야 달성할 수 있으므로, 민간조정기관에 의하여 형사조정이 가능해야 할 필요성.

# 인터넷 명예훼손죄에의 적용가능성 모색

반의사불벌죄의 특성상 전형적인 피해자 보호의 관점을 지향할 필요가 있음.

정치인이나 공적 인물의 경우 소송으로 인한 적극 대응이 오히려 자신에게 불리한 이미지 형성으로 이루어질 가능성이 있음.

인터넷 이용자의 경우 자칫 표현의 자유에 대한 위축 효과를 줌으로서 정치적 의사표현의 장으로서 정보통신서비스 자체에 대한 불신, 해외 사이트로 옮겨가는 부작용이 생길 수 있음.

피해자로서는 가해자에 대한 처벌보다는 원상회복이 더 중요함

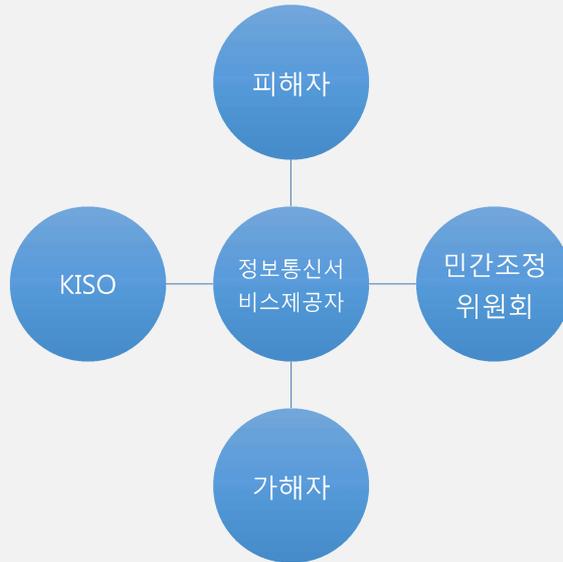
사회적 평판에 관한 것은 인터넷 참여자가 참여하는 공론의 장에서 정리되는 것이 민주주의적 실현방식에 적합함.

국가공권력의 개입을 최대한 자제하는 것이 형법의 보충성 원리에서도 타당함

따라서 소송전 분쟁조정의 사전절차의 의무화가 요청됨

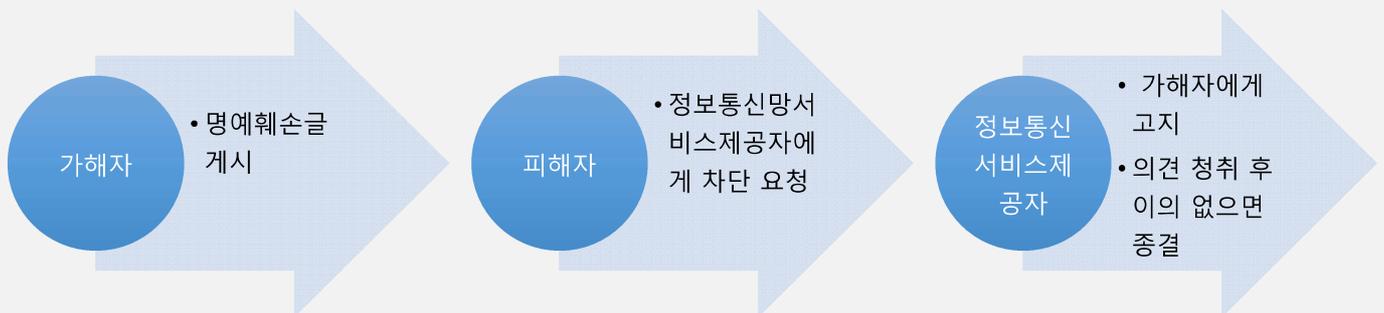
### 사전 예방조치

- 임시조치 등
- 이용자참여(공개)



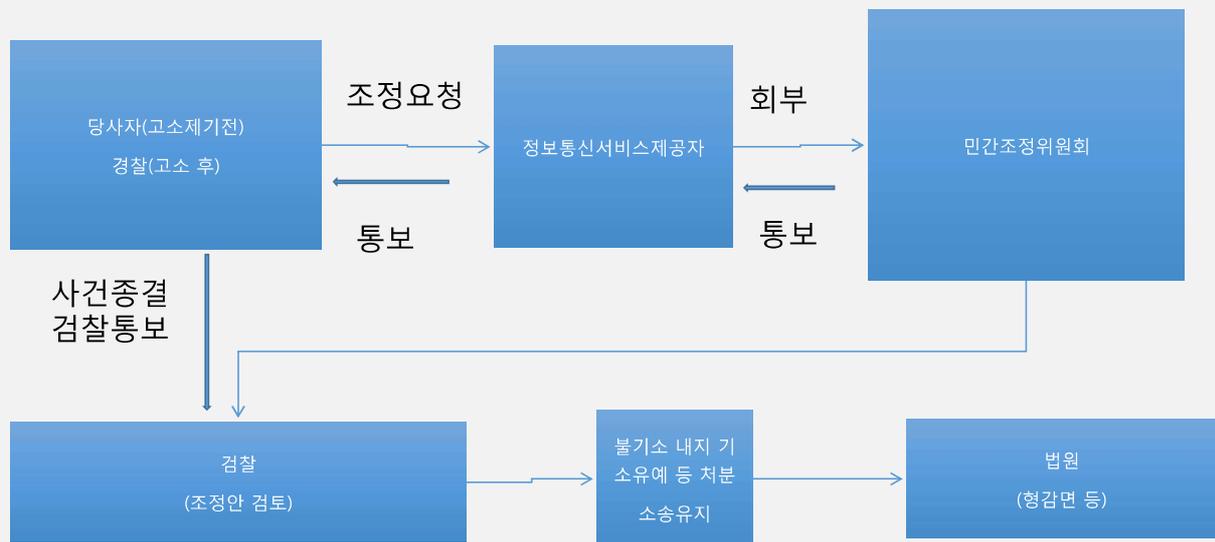
### 사후 분쟁해결

- 조정 전치주의
- 정보통신서비스제공자가 조정을 중개함
- 당사자는 반드시 조정을 거친 후에야 소송 제기 가능





## 소송 전 조정 절차



#### 명예훼손분쟁조정부

- 제44조의7 제2항 삭제
- 공권력의 개입을 최소화함
- 순수 분쟁조정 역할 맡고, 정보통신서비스제공자의 요청에 따라 조정위원의 확충 및 피해자와 가해자간의 조정 및 합의 권고 역할, 분쟁해결을 위한 법률적 조력 기능으로 대체.
- 향후 형사조정을 대체하는 기능담당.
  - 손해배상액의 산정 및 조정 이후 사이버예방교육 이수 등 보안처분 유사한 제재 조정으로 인한 사후 형사소송에서의 양형 감면이나 기소유예 등의 인센티브 보장 필요.
  - > 향후 민관기관으로 이양

#### 정보통신서비스제공자

- 가해자와 피해자 사이의 조정의 중재 기능을 담당
- 현재 요청이 있거나 자체적 판단에서 임시조치를 하는 것에서 벗어나 피해자의 요청에 대한 가해자의 의견을 묻는 절차를 마련하고
- 피해자의 요청사항이 단순 차단인 경우에는 이를 수용하고 삭제인 경우에는 별도의 민간기구에서 검토하여 조치를 취하는 구조
- 명예훼손 침해가 인정되는 경우 이 사실에 대한 고지 의무화
- 명예훼손 예방지침을 마련하여 배포
- 삭제 등의 조치에 이외에 명예훼손 사실에 대한 가해자, 피해자 조정 회부

#### 이용자참여모델개발

- 정보통신서비스제공자가 분쟁조정 역할을 할 때, 가해자와 피해자 뿐만 아니라 인터넷 이용자들에게도 이를 알려 해당 사실이 불법행위이며 가해자의 책임이라는 것을 인정받을 수 있도록 함.
- 피해자의 요청이 있을 때 해당 사실의 경과에 대하여 이용자들에게 고지하여 향후 명예훼손 사안에 대한 예방적 효과를 부여함. 이미 존재하나 그 조치사실만 고지하고 있을 뿐.
- 이용자참여위원회 등을 통해 정기적으로 분쟁과정에 참여하여 의견을 진술할 수 있는 기회를 보장함.
- 정보통신서비스제공자의 임시조치 등에 관하여 사후평가할 수 있는 시스템을 구축하는 것이 필요함.

## 기타 : KISO의 정책규정의 개정

#### 제44조의4(자율규제)

정보통신서비스 제공자단체는 이용자를 보호하고 안전하며 신뢰할 수 있는 정보통신서비스를 제공하기 위하여 정보통신서비스 제공자 행동강령을 정하여 시행할 수 있다.

KISO 정책규정 제5조 제5항의 삭제.

제5조의2 : 의문이 있는 경우는 삭제의 경우에 한정하고, 요청하여야 한대로 규정.

제6조 제1항의 경우도 심의를 요청하여야 한대로 규정.

심의시 이용자 참여를 명문화할 것.

KISO의 결정을 해당 정보통신서비스 이용자들에게 공개할 것.

# 결론