

2016년도 언론중재위원회 정기세미나

# 사이버공론장에서의 혐오와 모욕표현 이대로 괜찮은가?

일시 : 2016. 8. 23. (화) - 24. (수)

장소 : 곤지암리조트



국민과 언론을 이어주는 —  
언론중재위원회

- 이 책에 게재된 논문의 내용은 언론중재위원회의 견해와 다를 수 있습니다.
- 이 자료집은 「방송통신위원회의 방송통신발전기금」을 지원받아 제작한 것입니다.

# 행사 일정

8월 23일 (화)

10:00	출발 (프레스센터 앞)
14:30 - 17:00	<p>세미나</p> <p><b>사이버공론장에서의 혐오와 모욕표현 이대로 괜찮은가?</b></p> <p>▪ 사회 : 이재진 (한양대 미디어커뮤니케이션학과 교수)</p> <p><b>[세션1] 사이버상 혐오표현의 법적쟁점과 규제방안</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>· 발제 : 홍성수 (숙명여대 법학부 교수)</li><li>· 토론 : 김민정 (한국외대 미디어커뮤니케이션학부 교수) 최민영 (경향신문 미래기획팀 차장)</li></ul> <p><b>[세션2] 판례로 본 인터넷 공간에서의 모욕과 의견표현 자유의 한계</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>· 발제 : 오선희 (서울중앙지법 부장판사, 서울제5중재부장)</li><li>· 토론 : 김현귀 (헌법재판연구원 책임연구원) 조소영 (부산대 법학전문대학원 교수)</li></ul>

8월 24일 (수)

09:30 - 13:00	종합토론 및 간담회
14:30	도착 (프레스센터 앞)



# 목 차

〈세션1〉 사이버상 혐오표현의 법적쟁점과 규제방안 .....	홍성수
I. 들어가며 .....	3
II. 혐오표현의 개념과 쟁점 .....	4
1. 혐오표현의 의미 .....	4
2. 혐오표현 규제 옹호론 .....	5
3. 혐오표현 규제 반대론 .....	6
4. 소결 : 혐오표현 규제의 정당성 .....	7
III. 사이버 혐오표현의 사례와 증오선동 .....	8
1. 주요 사례 .....	8
2. 혐오표현과 증오선동 .....	9
IV. 사이버상 혐오표현의 규제방안 .....	13
1. 사이버 혐오표현의 문제 .....	13
2. 사이버 혐오표현의 규제 문제 .....	15
V. 결론 .....	18
〈토론 1〉 지정토론문 .....	김민정/ 25
〈토론 2〉 지정토론문 .....	최민영/ 33

〈세션2〉 판례로 본 인터넷 공간에서의 모욕과 의견표현 자유의 한계 ..... 오선희

I. 들어가는 말 .....	39
1. 인터넷 공간에서의 의견표현의 특수성 및 그로 인한 피해의 심각성 .....	39
2. 논의의 전개방향 .....	40
II. 인터넷 공간에서의 의견표현에 관한 위법성 판단 .....	41
1. 쌍방향적 인터넷 공간에서의 사실적 주장과 의견표현의 구분 .....	41
2. 위법 표현의 정도 .....	44
3. 위법성 판단 척도로서의 위법성 조각 .....	49
III. 인터넷 공간에서의 피해자 특정 문제 .....	54
1. 인터넷 공간의 익명성 .....	54
2. 피해자 특정의 필요 .....	55
IV. 인터넷 공간에서의 의견표현에 대한 통제 개관 .....	56
1. ISP의 임시조치 및 방송통신위원회의 통제 .....	56
2. 작성자 개인에 대한 사법적 통제 .....	57
3. ISP에 대한 사법적 통제 .....	59
V. 결론 .....	61

〈토론 1〉 지정토론문 ..... 김현귀/ 67

〈토론 2〉 지정토론문 ..... 조소영/ 75

세션 1

# 사이버상 혐오표현의 법적쟁점과 규제방안

홍 성 수

숙명여자대학교 법학부 교수



# 사이버상 혐오표현의 법적쟁점과 규제방안

홍성수

숙명여자대학교 법학부 교수

## I. 들어가며

혐오표현이 새로운 사회문제로 떠오른 것은 최근의 일이다. 2000년대 들어 몇몇 문헌들에 의해<sup>1)</sup> 미국의 혐오표현 문제가 소개된 바 있으나 본격적으로 사회문제화되고 관련 운동이나 연구가 시작된 것은 대략 2013년 이후부터이다. 2013년 인터넷 커뮤니티인 일간베스트 게시판(이하 “일베”)을 중심으로 5·18민주화운동, 호남, 여성, 외국인 등을 혐오의 대상으로 삼는 게시물들이 문제가 되기 시작했고, 특히 종합편성채널에서 5.18 관련 왜곡보도가 문제가 되면서 혐오표현 문제가 본격적으로 의제화된 것이다. 민주당 일부 의원들이 일베 폐쇄나 종편 제재를 거론하기 시작하고, 언론에서도 혐오표현문제를 보도하기 시작한 것도 이 무렵이다.<sup>2)</sup> 그 이후에 시민사회와 학계에서의 논의가 활발해지기 시작했고, 언론에서도 중요하게 다루기 시작했으며 관련 입법안도 제출된 바 있다.

하지만 여전히 혐오표현의 개념을 둘러싸고 많은 논란이 있는 것이 사실이며, 특히 충분히 다듬어지지 않은 입법안들이 제출되면서 혼란이 가중되고 있는 상황이다. 이에 본 발표문에서는 혐오표현에 관한 각종 쟁점들을 정리하고, 혐오표현의 사례와 적절한 규제방안을, 특히 사이버상 혐오표현을 중심으로 논의해보도록 하겠다.

---

1) 이재진 (1999). 혐오언론(hate speech) 현상에 대한 법제론적 고찰. <언론학보>, 19권, 99-125면; 이재진 (2000). 가상공간에서의 혐오언론의 문제: 미국의 경우를 중심으로. <사이버커뮤니케이션 학보>, 6호, 104-146면; 조소영 (2002). 적의적 표현행위(hate speech)의 헌법적 좌표. <공법연구>, 제30권 제4호, 124-130면; 조소영 (2004). 규제의 필요성과 규제방법론에 대한 헌법적 평가 - 대학내에서의 적의적 표현행위에 대한 제한학칙을 중심으로. <헌법판례연구>, 6권, 91-111면; 심경수 (2007). 증오언론과 십자가 조각에 관한 판례경향. <미국헌법연구>, 제18권 1호, 39-80면 등 참조.

2) 인권·시민사회의 대응 중에서는, <차별의 표현, 표현의 차별: 혐오에 대한 규제와 표현의 자유 - 토론회>(표현의자유를위한연대·차별금지법제정연대 공동주최, 민주노동교육원, 2013. 7. 18.)를 꼽을 수 있다.

## II. 혐오표현의 개념과 쟁점<sup>3)</sup>

### 1. 혐오표현의 의미

국제사회의 논의와 시민사회·학계의 논의를 종합해 보면 ‘혐오표현(hate speech)’<sup>4)</sup>의 개념은 대략 다음과 같다. 먼저 혐오표현은 혐오를 표출하는 것인데, 혐오는 일시적이고 사적인 감정이 아니라 소수자집단에 대한 극단적으로 부정적인 관념이나 감정을 뜻하는 것으로서, 특정한 이데올로기, 예컨대 인종주의, 호모포비아, 제노포비아, 자민족중심주의, 반유대주의, 백인우월주의, 성차별주의 등에 뿌리를 두고 있다. 둘째, 혐오표현의 소수자(집단)에 대한 차별이다. 혐오표현은 소수자에 대한 차별과 구조적으로 연결되어 있다는 점에서 단순한 혐오감과 구분되며, 부정적 의견표시부터 시작해서 소수자를 모욕·조롱·위협하는 것, 소수자에 대한 차별·적대·폭력을 정당화하거나 고취·선동하는 것 등이 혐오표현의 범주에 포함된다. 셋째, 혐오표현은 표적집단인 소수자를 향한 공격이기도 하지만 일반 청중을 대상으로 하기도 한다. 즉, 혐오표현은 선동(incitement)의 의미를 내포하는 것으로서 일반청중들을 향해 ‘소수자를 차별하라’고 하고, 실제로 그런 결과를 야기하는 것이다.

이런 근거를 바탕으로 실제 법적 규제도 발달해있다. 국제적으로는 <시민적·정치적 권리에 관한 국제규약>과 <모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약>에서 혐오표현을 금지하는 조항을 찾을 수 있으며, 몇몇 개별국가들에서도 혐오표현금지법이 제정되어 있다.<sup>5)</sup>

3) 이 장은 홍성수 (2015). 혐오표현의 규제: 표현의 자유와의 충돌을 피하기 위한 규제대안의 모색. <법과 사회>, 50호, 290-301면의 내용을 포함하고 있으며 편의상 일일이 인용표시를 하지는 않았다.

4) 본고에서는 ‘혐오표현’이라고 통칭했다. ‘hate’를 차별적인 의견이나 신념부터 직접적인 선동까지 포괄하는 표현으로 사용하려면, ‘혐오’가 가장 적절하다고 보여진다. ‘증오’는 보다 격렬한 감정의 의미가 담겨 있다는 점에서 “격앙되고 불합리한 비난, 적의, 혐오의 감정”을 뜻하는 ‘hatred’의 번역어나 그런 격정적 상태에서의 범죄행위를 뜻하는 hate crime(증오범죄)의 번역어로 적당하다고 생각된다. 또한, ‘speech’는 의견이나 사상을 표출하는 모든 종류의 행위(출판, 유포, 예술, 상징물 게시 등)를 뜻하기 때문에, ‘언론’, ‘발언’, ‘언설’보다는 포괄적인 의미를 담고 있는 ‘표현’이 더 적절해 보인다.

5) 혐오표현에 대한 형사처벌 조항을 두고 있는 나라로는 유럽의 오스트리아, 독일, 벨기에, 불가리아, 프랑스, 핀란드, 그리스, 헝가리, 체코, 덴마크, 아이슬란드, 에스토니아, 아일랜드, 라트비아, 리투아니아, 몰타, 룩셈부르크, 네덜란드, 노르웨이, 폴란드, 루마니아, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 영국, 슬로베니아, 미주지역의 브라질, 캐나다, 콜롬비아, 멕시코, 우루과이, 그 외의 지역의 뉴질랜드, 러시아, 터키, 우크라이나, 호주(일부주) 등이 있다. Article 19 “Responding to Hate Speech Against LGBTI People (Policy Brief)”, 2013; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), “Hate Speech and Hate Crimes against LGBT Persons” 참조.

## 2. 혐오표현 규제 옹호론

혐오표현에 대한 규제를 옹호하는 쪽에서는 무엇보다 소수자에 대한 혐오표현의 해악에 주목한다. 정치철학적 측면에서 한 사회의 동등한 구성원으로서의 존엄한 삶을 파괴한다는 지적도 있고,<sup>6)</sup> 혐오표현에 노출된 소수자들이 편견, 공포, 모욕감, 긴장, 자신감·자부심 상실, 자책 등으로 고통받고 있다는 사회심리학적·의학적 근거도 제시된다.<sup>7)</sup> 또한 편견과 혐오가 전염성이 강하고, 후대에 전승되기도 하며, 조직적 차원으로 확산된다는 문제도 있다. 실제로 혐오표현은 발화주체와 대상의 측면에서의 (개인에 대한 명예훼손·모욕에 비해) 파급효과 크고 광범위하다. 혐오표현은 소수자를 표적 집단(target group)으로 삼아 공격하는 것이기 때문에 해악의 범위가 소수자집단 전체로 확대되며, 청중들로 하여금 차별에 동참하게 만드는 선동적 성격을 가지고 있기 때문이다.

또한 혐오표현은 차별행위와 폭력, 심지어 제노사이드와 같은 대규모 인권침해로 이어질 수 있다.<sup>8)</sup> 따라서 표현단계에서의 예방적·선제적 조치가 정당화되는 것이며, 그래서 명예훼손이나 모욕보다 혐오표현의 해악을 더 중하게 다뤄야 한다는 주장이 제기되는 것이다.

규범적으로는 혐오표현이 ‘인간존엄’, ‘평등’, ‘차별로부터 자유로울 권리’ 등 민주적 법치국가의 중요한 가치를 파괴한다는 점이 지적된다.<sup>9)</sup> 인권·기본권이론상으로 표현의 자유가 절대불가침은 아니며, UN <자유권규약> 19조 3항에서도 표현의 자유가 타인의 권리 존중 등을 이유로 제한될 수 있다는 단서가 있다. 혐오표현도 가능하면 ‘사상의 자유시장’에 맡기는 것이 가장 이상적이라고 할 수 있지만, 혐오표현을 사상의 자유시장에서 해결될 수 있다고 하는 것은 비현실적이며, 혐오표현이 기본적으로 ‘소수자의 문제’인 이상, 혐오표현에 맞선 대항표현(counter-speech)이 시장에서 공정한

6) Waldron (2012). *The Harm in Hate Speech*. 4-5면. 홍성수·이소영 역 (2016 근간). <혐오표현의 해악>.

7) Dovidio et al. (2013). Prejudice, Stereotyping and Discrimination. in J. F. Dovidio et al. (ed). *The Sage Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*. 3-28면 참조. 그 외에도 Ehrlich et al. (1995). The Traumatic Impact of Ethnviolence. in Lederer and Delgado (ed). *The Price We Pay*. 62-79면 참조; 한국에서 성소수자에 대한 혐오표현의 해악을 조사·연구한 것으로 한국계이인권운동단체 친구사이 (2014). 2014 한국 LGBTI 커뮤니티 사회적 욕구 조사; 이호림 (2015). <소수자 스트레스가 한국 성소수자(LGB)의 정신건강에 미치는 영향>. 서울대학교 석사학위논문; 국가인권위원회 (2014). 성적지향·성별정체성에 따른 차별 실태조사.(국가인권위원회 2014년도 연구용역보고서) 등 참조.

8) 대표적으로 Allport (1954). *The Nature of Prejudice*. 특히 14-15면 참조.

9) Farrow (1996). Molding the Matrix. *Berkeley Journal of International Law* 14(1), 3-6면 참조.

경쟁을 할 것으로 기대하는 것은 비현실적이라는 주장이 제기된다.<sup>10)</sup>

### 3. 혐오표현 규제 반대론

혐오표현 규제 반대론에서는 혐오표현이 부적절한 말일 수는 있겠지만, 그로 인해 소수자 ‘집단’이 해악을 입는다는 것은 너무 막연하며, 그것을 근거로 법적 조치를 취할 수는 없다고 본다. 특정인에게 해악을 끼쳤다면 민사구제로 해결하면 되고, 차별이나 폭력으로 나아갔을 때 형사처벌이나 민사구제 등의 법적 조치를 취하면 될 뿐, ‘표현’에 대한 선제적 조치를 취해서는 안된다는 것이다. 설사 사회적 해악이 있다고 해도 표현 자체는 ‘사상의 자유시장’을 통해 그 해악을 치유하는 것이 규제 남용의 가능성 등의 부작용도 적고, 표현의 자유와의 충돌 문제도 비껴갈 수 있다고 본다. 그리고 그것이 발화된 혐오표현에 대해 반박하는 것이 혐오표현의 확산을 막는 데 더욱 효과적인 방법이며, 소수자의 주체성 강화나 사회의 내성을 기르는 측면에서도 더욱 유리하다는 지적도 있다.<sup>11)</sup>

혐오표현에 대한 법규제가 과연 규제목적은 달성할 수 있는지에 대한 의문도 있다. 예컨대 ‘선동’만 처벌한다면, 선동조는 아니지만 내용상으로는 심각한 혐오와 편견을 조장하는 표현에 대해서는 속수무책이다.<sup>12)</sup> 혐오주의자들은 표현방법을 바꿔서 추상적이고 일반적인 의견을 제시하는 것처럼 위장하거나, 상징적이고 암시적인 표현을 활용하는 방식으로 교묘하게 법망을 피해나갈 수 있다. 또한 혐오표현의 금지로 인해 문제 해결을 위한 노력이 법적 처벌에만 집중된다는 문제도 있다.<sup>13)</sup> 혐오표현이 ‘금지’되면 사회의 담론이 합법/불법표현으로 이분화되어 다양한 가치판단이 왜곡되고 다원적 해법들이 질식될 수 있으며, 혐오표현의 원인이 되는 정치·사회·경제적 배경을 도외시키고 혐오표현의 ‘발화자’ 처벌에만 집중하게 된다는 문제도 있다.<sup>14)</sup>

10) Nielsen (2012). Power in Public. in Maitra and McGowan (ed). *Speech & Harm*. 148-173면 참조.

11) Rosenfeld (2012). Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. in Herz and Molnar (ed), *The Content and Context of Hate Speech*. 282면; Baker (2012). Hate Speech. in Herz and Molnar, 앞의 책, 73면 이하; Strossen (2012). Interview with Nadine Strossen. in Herz and Molnar, 앞의 책, 387면; Walker (1994). *Hate Speech*. 162-163면; 이재승 (2010). <국가범죄>. 575-576면 참조.

12) Sorial (2015). Hate Speech and Distorted Communication. *Law and Philosophy* 34, 300-301면.

13) Weinstein (1999). *Hate Speech, Pornography, And Radical Attacks On Free Speech Doctrine*, 155-156면; Baker (2010). 앞의 글(“Autonomy and Hate Speech”), 150-151, 153면; Baker (2012). 앞의 글(“Hate Speech”), 75면 등 참조.

#### 4. 소결 : 혐오표현 규제 의 정당성

이러한 논란에도 불구하고 현재로서는 국가가 어떠한 개입도 할 수 없다는 것이 발표자의 기본적인 생각이다. 혐오표현으로 인한 해악의 심각성은 엄연한 현실이다.<sup>15)</sup> 현실적으로 혐오표현에 대한 ‘맞받아치기(speaking back)’나 사상의 자유시장의 작동을 기대하기 어려운 상황에서 ‘불개입’은 선택지가 될 수 없다고 생각한다. 특히, 법적 규제는 혐오표현을 실질적으로 규제하는 효과도 있지만 공동체 차원의 상징적 선언이라고도 할 수 있다. 그것은 실제로 혐오와 차별을 몰아내는 조치로도 연결될 수 있고, 소수자집단에게 “차별받지 않고 살 수 있다”는 신호를 줄 수 있다. 물론 이것이 반드시 ‘국가’의 ‘법’에 의해서 확인되어야 하는 것은 아니다. 우리 사회가 그 점에 대해 충분한 확신을 가지고 있고, 현실에서도 보편적 가치로 자리 잡고 있다면, 그런 상징적인 조치들은 불필요할 수도 있다. 실제로 미국이 연방 차원의 혐오표현 금지법을 굳이 두지 않고 있는 이유는 혐오표현 단계를 넘어서는 차별에 대해 단호한 조치를 취하고 있고, 혐오표현처벌법을 제외한 다양한 반강제적·자율적인 조치들이 공식적·비공식적으로 사회에서 작동하고 있기 때문이다.<sup>16)</sup> 만약 우리가 그런 사회적 자산을 가지고 있다면 혐오표현금지법은 불필요할 수도 있다. 또한 그렇게 ‘법적 강제 없이’ 맨 몸으로 이 사회에서 차별과 혐오에 맞서 싸우겠다고 하는, 그런 경우어나 혐오표현금지법을 반대하는 명분을 가질 수 있을 것이다. 그게 아니라면 혐오표현에 대한 규제는 어떤 식으로든 필요하다는 것이다.

이 때 혐오표현의 구체적인 규제방법에 대해서는 좀 더 유연하면서도 다차원적인 접근이 필요하다.<sup>17)</sup> 일단 혐오표현을 근절하기 위한 단 하나의 선택지는 없다. 법적 규제부터 시작해서 사회 각 영역에서의 자율적인 조치들, 그리고 교육 등의 형성적 조치까지 모든 수단들이 적절히 배치될 때 효과적인 규제가 가능할 수 있다. 또한 반드시 ‘형사범죄화’에 집착할 필요가 없다. 형사범죄화에 따른 부작용이 우려된다면, 차별금

14) 이것은 법(소송)을 통한 사회변동의 기본적인 한계이기도 하다. 홍성수 (2010). 소송을 통한 사회변동전략의 한계: 미국의 성희롱 소송을 중심으로. <법과 사회>, 38호, 218-220면; 홍성수 (2013). 제9장 법과 사회변동. 김명숙 외. <법사회학: 법과 사회의 대화>. 참조.

15) Delgado and Stefancic (1999). *Must We Defend Nazis?*. 3장 참조.

16) 홍성수 (2015. 8. 19.). ‘혐오할 자유’ 보장하는 미국? 멋모르는 소리!. <한겨레21> 제1075호 참조.

17) 이러한 문제의식은 앞의 홍성수 (2015). 301-319면 참조.

지법 등을 통해 혐오표현을 분명하게 불법화하는 것만으로도 상징적인 차원의 조치는 충분하며, 차별시정 외에 민사구제나 인터넷상의 여러 조치에 대한 법적 근거가 될 수 있다.

### III. 사이버 혐오표현의 사례와 증오선동

#### 1. 주요 사례

##### 1) 외국인/인종/종교적 혐오표현

“한국 내 서열순위가 불체자 > 한국인 인거 같습니다. 이게 다 KKK단 같은 인종청소주의자들이 없어서입니다.”<sup>18)</sup>

“외노 다문화 불법짱깨들 다 쫓아내라” (네이버 댓글)

“중소기업에 외노자 받지마라. 노동시장 외국하고 내수시장 망치고 치안악화된다. 다문화 결사반대!” (네이버 댓글)

##### 2) 성소수자 혐오표현

“힘냅시다 화이팅! 동성애 성문화축제(퀴어문화축제) 물러가라! 호모좀비들과 향문폭도들에 맞서 진리를 위해 싸웁시다!” (네이버 블로그, 성다수자 인권위원회)

“한국에서 동성애로 인해 에이즈에 걸리는 사람들이 급증하고 있는데 미국대사관에서는 동성애를 더욱 조장하는 행동을 한국에서 계속 하고 있다” (오직예수사랑선교회)

##### 3) 5.18광주민주화운동 왜곡·부정 (호남 혐오)

“518폭도○○○들이 국민혈세 그만 처먹어라 유공자는 계엄군이 유공자지 ○○ 100명남

18) 국가인권위원회 (2010), <인터넷에서의 인종적 표현 관련 모니터링> 사례 중 일부.

짓 뒤진 폭동인데 유공자가 몇천명이나 ○○” (일베)

“(5.18희생자 유족 사진을 게시하며) 아이고, 우리 아들 택배 왔다 ... 착불이요” (일베)

“5·18은 김대중이 일으킨 내란사건이라는 1980년 판결에 동의한다” “북한의 특수군이 파견돼 조직적인 작전지휘를 했을 것이라는 심증을 갖게 됐다” (지만원 시스템클럽)

#### 4) 여성혐오<sup>19)</sup>

“여자를 합법적으로 강간하는 방법: 친구 한명이랑 짜고 친구가 강간범 역할하고 여자 한명 잡아서 강간하는데 내가 우연히 등장해 말리는 척하면서 친구한테 맞는 시늉을 하면 그 여자는 자기 살길 찾아서 도망갈 것이다. 그럼 강간도 하고 빨간줄도 안그이고 이런식으로 돌아가면서 한명씩 역할 바꾸면서 즐기면 된다” (일베)

“요즘 김치녀들은 취집가면 직장 그만두고 오전에 스타벅스 가서 시댁욕하거나 남편자랑하거나 오후엔 요가 쳐가고 저녁엔 남편와도 밥할 줄 몰라서 라면 준다면서요? .. 그러니 하는 일이 맨날 설거지랑 흠서빙, 청소 이런거 하는거죠. ㅋㅋ” (네이버 댓글)

## 2. 혐오표현과 증오선동

현재 한국사회의 혐오표현은 대개 사이버상에서 공표되고 있다고 판단된다. 현실공간보다 더 규제가 어려운 상황에서 그 수많은 사이버상의 혐오표현을 어떻게 규제 대상으로 삼을 것인지가 문제다.

이와 관련하여 혐오표현을 단순히 의견이나 감정을 드러내는 것과 의도적인 선동으로 구분해볼 필요가 있다. 전자가 혐오의 감정이나 차별의 의견을 드러내는 것이라면, 후자는 타인에게 차별과 폭력을 함께하자고 목적의식적으로 선동하는 것이다. 편의상 전자를 ‘혐오공표’로 후자를 ‘증오선동(incitement to hatred)<sup>20)</sup>’이라고 칭하도록 하겠다. 국제인권조약에서도 차별·적의·폭력에 대한 “선동(incitement)”과 “고취·고무(advocacy)”를 혐오표현의 중요한 구성요건으로 보고 있으며, 독일, 캐나다, 영국 등 해외의 입법

19) 한국여성단체연합 (2014). 온라인상의 여성 혐오 표현 모니터링 보고서.

20) 이주영 (2015). 혐오표현에 대한 국제인권법적 고찰: 증오선동을 중심으로. <국제법학회논총>, 통권 제138호, 199-201면. 이를 ‘차별선동(incitement to discrimination)’이라고 칭하는 견해[김지혜 (2015). 차별선동의 규제: 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로. <법조>. 제64권 제9호, 40-43면]도 참조.

례에서도 이러한 구성요건을 활용하는 경우가 많다. 반면, 덴마크나 뉴질랜드는 의도적인 혐오표현의 공표 정도에 대해서도 처벌 규정을 두고 있다.<sup>21)</sup> 좀 더 구체적으로 혐오공표와 증오선동을 구획할 수 있는 기준을 정리해 보면 다음과 같다.

<선동 테스트(Incitement Test)><sup>22)</sup>

**테스트 1: 맥락 (폭력, 차별에 관련한 정치, 경제, 사회, 문화적 상황)**

- 폭력 등 사회적 충돌이 있었는지 여부
- 제도화된 차별이 존재하고 있는지 여부
- 청중과 소수자집단이 서로 충돌한 역사가 있는지 여부
- 차별금지법과 표현의 자유에 관한 법률이 있는지 여부
- 미디어가 얼마나 다원적이고 공정한지 여부

**테스트 2: 발화자**

- 발화자의 공식적 지위
- 발화자의 권위와 영향력
- 특히 정치인, 공직자의 경우에는 특별하게 다뤄져야 함

**테스트 3: 의도**

- 혐오를 고취하는 데 관여하려는 의도적인 노력
- 소수자집단을 특정하려는 의도적인 노력
- 자신의 발언이 어떤 결과를 가져올 것인지에 대한 인지 여부
- 표현의 확대범위와 반복성

**테스트 4: 내용**

- 무엇을 고취하고 있는지 여부: 폭력 선동 여부 등
- 청중은 누구인가?
- 차별선동의 대상(소수자집단)은 누구인가?
- 표현의 자극성, 도발성, 직접성의 정도
- 배제사유: 예술적 표현, 종교적 표현, 학술적 의견, 공적 담론에 기여하는 의견인 경우
- 명백한 허위인지, 가치판단의 문제인지 여부

21) 영국 공공질서법 18(1): “위협하거나, 모욕적이거나 무례한 말이나 행동을 사용한 사람 또는 그러한 글을 전시한 사람은, a) 종교적 혐오를 선동하려는 의도가 있거나, b) 종교적 혐오가 선동될 수 있는 환경과 관련이 있는 경우에 범죄의 책임이 있다.”; 덴마크 형법 266b: “공적으로 또는 광범위하게 퍼뜨리려는 의도를 가지고 진술하거나 또는 다른 공표를 한 모든 사람은, 그것에 의해 사람들의 집단이 그들의 인종, 피부색, 국적, 민족적 배경, 믿음 또는 성적지향을 이유로, 위협받거나 조롱되거나 비하를 당한 경우, 벌금형 또는 2년 이하의 구금형으로 처벌된다.”

#### 테스트 5: 표현의 범위와 크기

- 제한된 청중만을 대상으로 한 것인지 여부
- 표현의 전파 수단
- 표현의 강도와 규모: 반복성, 전파 범위 등

#### 테스트 6: 해악 발생의 가능성

- 차별, 폭력, 적대행위에 대한 직접적인 요청인지 여부
- 화자가 실제로 영향을 줄 수 있는 상황인지 여부
- 청자가 실제로 영향을 받을 수 있는 상황인지 여부
- 소수자집단이 실제로 차별을 겪고 있는지 여부

이 테스트는 대체로 혐오표현의 ‘해악’의 심각성에 초점을 맞춘 것이라고 할 수 있다. 즉, 이미 제도화된 차별이 존재하고 청자가 실제로 영향을 받을 수 있는 상황인지를 고려하여 특별히 해악이 더 크다고 할 수 있는 행위를 증오선동으로 구분해내는 것이기 때문이다. 또한 이것은 부주의하거나 의도성 없는 감정적 표현보다는 실제로 사회에 영향을 미치려고 하는 악의적인 혐오표현을 규제하자는 것이기도 하다. 표현의 자유의 한계에 대해서는 명백·현존 위협의 법칙 등 구체적인 해악이 외부에서 지각가능한 형태로 나타났는지를 기준으로 삼은 경우가 많았다. 실제로 그러한 경우에 해악이 더 크기도 하고, 또 법적으로 일관되게 규율하기도 용이하기 때문이다. 위의 테스트를 기준으로 하여 ‘증오선동’만을 법적 금지의 대상으로 삼는다면 혐오표현반대론에서 제기하는 여러 가지 우려를 피해갈 수 있다는 것이다. 특히 이것은 죄형법정주의 등 엄격한 법치주의 원칙이 지배하는 형사법 영역에서 더욱 의미가 있다.

22) Article 19, “Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility or Violence (Policy Brief)”, 2012, 29-40면; “Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence”, Conclusions and recommendations emanating from the four regional expert workshops organised by OHCHR, in 2011, and adopted by experts in Rabat, Morocco on 5 October 2012, 22단락; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendations No. 35: Combating Racist Hate Speech, 26 September 2013, Fortieth Session, Supplement No. 18 (A/40/18), 15단락; Guyton (2013). Tweeting ‘Fire’ in a Crowded Theater: Distinguishing between Advocacy and Incitement in the Social Media World. *Mississippi Law Journal* 82(3). 725-728면; Mendel (2006). Study on International Standards Relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred, for the UN Special Advisor on the Prevention of Genocide. 44-61면; 김지혜 (2015). 앞의 글, 69-71면 등 참조.

하지만 이 때 혐오공표와 증오선동을 별도로 구분할 실익이 크지 않다는 비판도 간과할 수 없다. 왜냐하면, 선동이 아니라 단순 의견표명만으로도 심각한 사회적 해악을 초래할 수 있는 경우가 있기 때문이다. 즉, 실제로는 더 해악적인 혐오공표가 법적 규율 대상에서 빠질 수도 있다는 것이다. 게다가 법적 규율이 ‘증오선동’에만 한정될 경우, 전략적 행위자들은 얼마든지 법적 규율을 피할 수도 있다. 예컨대, III.1에서 제시한 사례들을 보면, 혐오공표인지 증오선동인지 여부를 쉽게 구분할 수 있을 것 같지만, 동일한 표현을 누가 어떤 맥락에서 하는가에 따라 혐오공표와 증오선동의 구분은 얼마든지 달라질 수 있다. 구체적인 기준은 법 구성요건에 최대한 상세하게 규정할 필요도 있겠지만, 결국 구체적인 결정례와 판례에 의해서 형성될 수밖에 없을 것이다.

하지만 어차피 법으로 모든 혐오표현을 규제할 수 없으며, 또 혐오표현 규제를 위한 방법은 법뿐만이 아니다. 이 점을 고려해서 ‘법’의 취지와 효과를 적절한 수준에서 상정할 필요가 있다. 법에 너무 많은 기대를 해서도 안되지만, 그렇다고 법적 규율 없는 자율적 해결을 기대할 수도 없다. 그렇다면 규제 자체를 포기하기보다는 예상되는 부작용을 최소화하면서 적절한 규제방법을 찾는 것이 필요하며, 그렇다면 강성형벌적 접근보다는 차별시정 등 좀 더 유연하고 부작용이 적은 해법을 우선적으로 모색할 필요가 있다.<sup>23)</sup> 또한 법에 의해 ‘금지’되는 혐오표현의 범위를 - 예컨대, 위에서 설명한 증오선동 정도로 - 적절히 좁힘으로써 그 부작용을 최소화할 필요가 있다.

한편, 그런 관점에서 보면 기존의 입법안들은 문제가 많다고 생각된다. 예컨대, 최초의 혐오표현금지법안<sup>24)</sup>에서는 “인종 및 출생지역 등을 이유로 공연히 사람을 혐오한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있고, 혐오표현금지법의 일종인 홀로코스트부정죄(law against Holocaust denial)의 한국판으로 도입된 5.18부정금지법<sup>25)</sup>에서는 “누구든지 신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을

23) 이러한 주장으로 홍성수 (2015). 앞의 글, 특히 310면 이하 참조.

24) 형법 일부개정법률안(안호대 의원 대표발의, 2013. 6. 20.)

25) 5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안(박지원 의원 대표발의, 2016. 6. 1.). 이외에도 이번 국회에도 비슷한 취지의 두 법안이 제출되었고(이개호 의원 대표발의, 2016. 7. 20.; 김동철 의원 대표발의, 2016. 6. 14.), 이전 국회에서도 5.18 외에 반인륜범죄 및 민주화운동, 일제 찬양 발언을 규제하는 법안이 제출된 바 있다. 반인륜 범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안(김동철 의원 대표발의, 2013. 5. 27.); 일제강점하 민족차별 옹호행위자 처벌법안(원희룡 의원 대표발의, 2005. 8. 12.); 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁 등을 부정하는 개인 또는 단체의 처벌 등에 관한 법률안(홍익표 의원 대표발의, 2014. 8. 14.); 일제 식민지배 옹호행위자 처벌 법률안(이종걸 의원 대표발의, 2014. 6. 20.) 등.

이용하여 5·18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위를 하여서는 아니 된다.”고 규정되어 있다. 이들 입법은 혐오표현을 굉장히 광범위하게 개념규정하고 있는 셈인데, 남용을 막기 위한 어떠한 입법적 조치 없이 사법적 해석에 너무 많은 부분을 위임하고 있다. 이런 조문들로는 혐오표현 규제반대론에서 제기하는 여러 가지 문제점들을 비껴가기가 어렵다고 보여진다.<sup>26)</sup>

## IV. 사이버상 혐오표현의 규제 방안

### 1. 사이버 혐오표현의 문제

그동안 일반적인 혐오표현 문제와는 별도로 ‘사이버상의 혐오표현’ 문제가 독립적인 주제로 다뤄져왔으며,<sup>27)</sup> 유럽연합 등 국제사회에서도 사이버 혐오표현을 별도로 의제화하여 여러 가지 대책을 내놓은 바 있다.<sup>28)</sup> 유럽연합에서는 지난 2016년 6월에 페이스북, 트위터, 유튜브, 마이크로소프트 등이 유럽에서 혐오표현 확산 금지를 위한 행동

26) 게다가, 홀로코스트 부정죄는 소수자(유대인) 차별과 대량학살의 가능성과 연결되어 있기 때문에 입법된 것인데, 과연 한국에서의 일제찬양, 반인륜범죄, 민주화운동 부인 등이 그렇게 연결될 수 있을지는 의문이다. 다만, 5·18광주민주화운동에 대한 부정은 호남인 차별과 연동되어 있다는 점에서 규제필요성을 주장하는 김재윤 (2015). 5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제 방안. <법학논총>, 제35권 제2호, 244면 참조.

27) Foxman and Wolf (2013). *Viral Hate: Containing Its Spread on the Internet*; Julian Baumrin (2011). Internet Hate Speech and the First Amendment, Revisited. *Rutgers Computer and Technology Law Journal*; LaShel (2011). Hate Speech in Cyberspace: Bitterness without Boundaries. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*; Burnap and Williams (2015). Cyber Hate Speech on Twitter: An Application of Machine Classification and Statistical Modeling for Policy and Decision Making. *Policy & Internet* 7(2), 223 - 242면 등 참조. 국내 문헌 중에서는 김민정 (2014). 일베식 ‘욕’의 법적 규제에 대하여: 온라인상에서의 혐오표현에 대한 개념적 고찰. <인론과 법>, 제13권 제2호, 131-163면; 이재진 (2000).; 이상경 (2015). 사이버공간에서의 표현의 자유와 반사회적 혐오표현의 규제. <헌법학연구>, 제21권 제4호, 197-239면; 특히 사이버공간에서의 여성혐오 문제에 대해서는 김수아 (2015). 온라인상의 여성혐오표현. <페미니즘연구> 제15권 제2호, 279-317면 등 참조.

28) Gagliardone et al (2015). *Countering Online Hate Speech*. UNESCO; 유럽의 경우에는 Council of Europe, Additional Protocol to the Convention on Cybercrime concerning the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems, ETS No. 189, 2003.1.28; ECR General Policy Recommendation No.6: Combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the Internet, Adopted by ECR on 15 December 2000; Blarcum (2005). Blarcum (2005). Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven. *Washington and Lee Law Review* 62(2), 781-808면; Banks (2011). European Regulation of cross-border hate speech in cyberspace, The Limits of legislation. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 19(1), 1-13면; Keen and Georgesc (2016). *BOOKMARKS: A manual for combating hate speech online through human rights education*. Council of Europe. Revised edition. 2등 참조.

강령(code of conduct)을 제정하기도 했다.<sup>29)</sup> 유럽이사회가 지원하는 혐오표현반대운동(No Hate Speech Movement) 캠페인에서도 사이버 혐오표현이 가장 중요한 주제로 다루어지고 있다. 아예 온라인혐오표현(Hate Speech Online)을 사이버혐오(Cyberhate)<sup>30)</sup>라고 개념화하기도 한다. 유대인 혐오에 반대하는 반명예훼손연맹(Anti-Defamation League, ADL)에서는 아예 사이버 혐오를 “반유대주의적인, 인종차별적인, 편견적인, 극단주의의 또는 테러리스트의 메시지 또는 정보를 전자 커뮤니케이션 기술을 사용하여 퍼뜨리는 것”이라고 정의하고, 그 기술로 인터넷(웹사이트, SNS, Web 2.0 사용자가 생산한 내용, 데이트 사이트, 블로그, 온라인게임, 인스턴트 메시지, 이메일 등)과 기타 컴퓨터와 휴대폰에 기반한 정보통신기술을 언급하고 있다.<sup>31)</sup>

학문적으로나 실무적으로 사이버 혐오표현을 별도로 다루고 있는 이유는 당연히 사이버 혐오표현의 특수성 때문이다. 사이버 혐오표현은 단순히 특이해서가 아니라 더 심각한 문제영역이며, 더 나아가 혐오표현 문제에서 가장 핵심적인 영역이라는 것이다. 사이버 혐오표현은 불특정 다수에게 빠른 속도로 광범위하게 전파되며, 출판물처럼 영구히 남게 될 가능성이 있다. 혐오표현 규제를 주장하는 대표적인 논자인 월드론은 혐오표현은 “정상적인 지위의 사회 구성원으로서의 명예 또는 시민적 존엄의 기초”를 훼손한다는 점에서 문제가 되는 것이며, 따라서 사인 간에 말로 하는 혐오표현(slander) 보다는 문자나 방송에 의한 혐오표현(libel)이 문제가 되는 해악을 초래한다고 설명한다.<sup>32)</sup> 혐오표현이 지속적으로 게시됨으로써, 소수자에게 “너희들은 정상적인 사회구성원이 아니다”, “차별받을 것을 각오하라” 고 하는 것이 혐오표현의 핵심적인 해악이라고 보기 때문이다. 그런 취지에서 문자나 방송뿐만 아니라 로고, 마스크트, 연방기, 기념물(대표적으로는 나치문양) 등의 게시도 중대한 해악을 낳게 되는 것이며, 사이버 혐오표현도 그런 ‘지속성’의 차원에서 더욱 특별한 해악을 낳는다고 할 수 있다. 또한 혐오주의자들의 극단적인 생각이 확산되고 강화되는 것, 소위 ‘집단 극화(group polarization)’는 사이버공간에서 특별히 더 문제가 된다.<sup>33)</sup> 실제로 해외에서 사이버공간은 혐오집단

29) CODE OF CONDUCT ON COUNTERING ILLEGAL HATE SPEECH ONLINE. URL: [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate\\_speech\\_code\\_of\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf)

30) Council of Europe (2012). *Mapping study on projects against hate speech online*. 9면 참조.

31) ADL (2010). *From Responding to Cyberhate, Toolkit for Action*. 1면.

32) 앞의 Waldron (2012). 제3장 참조.

33) 선스타인 (2011). <우리는 왜 극단에 끌리는가>; 선스타인 (2009). <루머: 인터넷시대에 던지는 新문명비판> 참조.

들의 주무대이며, 한국에서도 혐오표현 문제가 불거진 것은 일간베스트 저장소(일베)가 문제되면서부터였다. 일회성으로 그칠 수도 있는 혐오의 감정이 커뮤니티를 통해 더욱 강화되고 조직적으로 확산되는 것이다.

그런데 거꾸로 사이버공간은 사상의 자유시장이 작동하기에도 적합한 공간이기도 하다.<sup>34)</sup> 일례로 헌법재판소는 인터넷을 “가장 참여적인 시장, 표현촉진적인 매체”로 규정하면서, “질서위주의 사고만으로 규제”하는 것에 부정적인 입장을 개진한 바 있다.<sup>35)</sup> 앞에서 언급한 ‘대항표현’에 관한 논의를 적용하자면, 자력화한 소수자가 혐오표현에 ‘맞받아치기’에 가장 적합한 공간 역시 사이버공간인 것이다.<sup>36)</sup>

## 2. 사이버 혐오표현의 규제 문제

### 1) 인터넷 자율규제와 사이버 혐오표현 규제

위에서 언급한 사이버 공간의 개방적·참여적 특성은, 사이버 공간 규제의 ‘현실적’ 어려움과 연동되면서, ‘규제반대론’을 뒷받침하고 있다. 그런 양면성이 있기 때문에, 인터넷 불법정보에 대한 대해서는 금지와 처벌 위주의 전통적인 명령통제식 규제보다는 소위 ‘자율규제(self-regulation)’가 선호된다.<sup>37)</sup> 예컨대, 온라인서비스제공자들로 하여금 스스로 불법정보를 차단하게 하고, 정부는 그것을 간접적으로만 통제하는 방식이 대표적인 자율규제의 형태라고 할 수 있다.<sup>38)</sup> 실제로, 유럽 차원에서 진행되어온 불법 인터넷정보에 대한 규제는 자율규제의 형태를 기본으로 하고 있다. 1999년 “더 안전한 인터넷 사용 증진을 위한 다년간의 공동체 행동계획(Multiannual Community Action plan on promoting safer use of the Internet)”,<sup>39)</sup> 2기 행동계획(2003-2004),<sup>40)</sup> 2005년

34) 이와 관련된 여러 논의가 있지만, 한국 문헌으로는 이태희 (2010). <변화의 지향: 사상의 자유시장과 인터넷의 미래> 참조.

35) 헌재 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정

36) 메갈리아를 일베의 남성혐오에 맞서서 여성들이 대항표현을 조직한 것이라고 보는 정희진 (2016. 7. 30.). 메갈리아는 일베에 조직적으로 대응한 유일한 당사자. <한겨레신문>, A3면 참조.

37) 전통적인 명령통제식 규제와 자율규제의 비교에 대해서는 홍성수 (2008). 규제학: 개념, 역사, 전망. <안암법학>, 26권, 5면 이하 및 12면 이하 참조.

38) 자율규제는 특히 인터넷에 대한 규제 측면에서 많은 연구가 수행되어 왔다. Price and Verhulst (2000). The Concept of Self-regulation and the Internet. in Watermann and Machill (ed), *Protecting our Children on the Internet*, 3-27면 및 133-198면; 황승흠 외 (2004). <인터넷 자율규제>; 황승흠 (2014). <인터넷 자율 규제와 법>. 참조.

“더 안전한 인터넷 플러스(Safer Internet Plus 2005-2008)” 프로그램,<sup>41)</sup> 2008년 새로운 안전한 인터넷 프로그램(New Safer Internet programme 2009-2013)을 지지하는 보고서<sup>42)</sup> 등으로 이어진 유럽의 인터넷 규제는 인터넷사업자의 자율규제와 그에 대한 유럽연합 차원의 지원을 근간으로 하고 있다.<sup>43)</sup>

이러한 접근은 혐오표현에 대해서도 마찬가지다. 지난 6월 유럽연합은 세계의 주요 IT회사들, 페이스북, 마이크로소프트, 트위터, 유튜브와 함께 결성한 EU 인터넷 포럼에서 “불법적 온라인 혐오표현 대응을 위한 행동강령(Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online)”을 제정하여 발표하였다. 이 강령은 법적인 구속력은 없지만, 인터넷사업자들이 자율적으로 혐오표현<sup>44)</sup>을 모니터링하고, 관계기관에 신고하거나 자체적으로 처리하는 절차를 시행하겠다고 한 공적 약속의 성격을 갖는다.

## 2) 인터넷에 대한 현행 규제방법

사이버공간의 특수성을 고려하여 시행되고 있는 몇 가지 규제방법들이 있다. 여기에는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리 침해에 대한 이용자의 삭제 요청과 정보통신서비스 제공자에 의한 임의적 임시조치(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’, 제44조의 2, 제44조의3), 불법정보 유통에 대한 방송통신심의위원회(이하 ‘방심위’)의 취급 거부·정지·제한 명령 [정보통신망법 제44조의 7; 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(이하 ‘방통위법’) 제25조 1항], 생활의 침해 또는 명예훼손에 대한 분쟁조정(정보통신망법 제44조의6) 등이 있으며, 정

39) Decision No 276/1999/EC of the European Parliament and of the Council of 25 January 1999.

40) Decision No 1151/2003/EC of the European Parliament and of the Council of 16 June 2003.

41) Decision No 854/2005/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005.

42) <https://ec.europa.eu/digital-single-market/self-regulation-better-internet-kids>; Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council.

43) 자세한 것은 Price and Verhulst (2005). *Self-Regulation and the Internet*. 19면; 김유승 (2005). 인터넷 콘텐츠 공동규제 연구: 유럽연합의 ‘더 안전한 인터넷 사용증진을 위한 행동계획’을 중심으로. <사이버커뮤니케이션학보>, 제16호, 83-118면; 김유승 (2006). 인터넷 공간의 자유와 규제: 공동규제 모델의 발전을 위한 모색. <사이버커뮤니케이션학보>, 제20호, 85-118면; 장우영 (2005). EU의 인터넷 내용규제정책. <국제지역연구>, 제8권 제4호, 3-33면 참조. 이러한 자율규제는 효율성, 유연성, 비용 등의 측면에서 명령-통제식 규제보다 우월하다는 사실이 입증되면서 관심을 끌고 있지만 [Baldwin et al. (1998). Introduction. in Baldwin et al. (ed). *A Reader on Regulation*, 28면], 특정한 몇몇 분야에서만 일부 성공 사례가 있을 뿐, 전통적인 규제를 대체하는 일반적인 대안으로 보기는 어렵다는 비판도 있다.

44) 이 행동강령에서의 혐오표현은 인종, 피부색, 종교, 혈통, 국적 또는 민족적 기원에 관련된 소수자 집단에 대한 폭력 또는 혐오의 공개적 선동으로 한정되어 있다.

보통신망법에는 정보통신서비스 제공자의 자율규제(제44조의 4)도 규정되어 있다.

이 중 임시조치나 방심위의 행정심의는 표현의 자유를 위협한다는 문제가 있어 적절한 개선이 필요하긴 하지만,<sup>45)</sup> 그럼에도 불구하고 이런 규제방법 자체를 없앨 것이 아니라면, 혐오표현이야말로 다른 규제대상보다 사회적 해악이 더 크고 규제 필요성도 있다. 다만 임시조치나 행정심의 대상에 혐오표현을 무작정 포함시키는 것보다는 (특별)형법이나 차별금지법에서 혐오표현의 개념을 명확히 하고 금지하는 것이 선행되어야 한다. 특히, 행정심의의 경우 명백한 불법이 아닌 것들에까지 적용된다는 문제가 제기되어 왔는데, 그래서 더더욱 엄밀한 법적 개념이 필요하다. 또한 혐오표현이 일종의 집단 명예훼손(group defamation)의 성격을 갖는다고 본다면,<sup>46)</sup> 인터넷 명예훼손에 대한 각종 조치들은 혐오표현에도 적용되는 것이 자연스러울 것이다. 이 때 언론 보도의 경우에는 임시조치보다는 언론중재위원회의 피해구제절차를 따르게 하는 것이 언론의 자유 침해를 최소화하는 하나의 대안이 될 수 있는데,<sup>47)</sup> 이 경우에도 혐오표현의 개념이 명확해야 일관성 있는 규율이 가능할 수 있다. 정보통신서비스제공자의 자율규제 역시 구체적인 법적 개념 없이 혐오표현을 함부로 규제한다면 또 다른 검열과 감시가 될 가능성이 높아진다. 어떤 식으로든 혐오표현에 대한 명확한 법적 개념을 설정하는 것은 중요한 문제라고 할 수 있다.

---

45) 심우민 (2014). 임시조치 합헌결정의 입법학적 검토. <사이버커뮤니케이션학보>, 제31권 제1호; 박경신 (2009). 인터넷임시조치제도의 위헌성. <중앙법학>, 통권 제33호; 박경신 (2015). 인터넷 상 '불건전정보' 시정요구제도와 표현의 자유: 현재 2012. 2. 2011헌가13, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 합헌결정. <법학논총>, 제32권 제4호; 지성우 (2012). SMART미디어시대 인터넷콘텐츠 심의의 규범적 문제점과 법제정비방안. <성균관법학>, 제24권 제3호; 이재진·이정기 (2012). 인터넷 포털의 '임시차단' 조치에 관한 탐색적 연구. <한국언론학보>, 제56권 제3호; 박경신 (2010). 방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성. <법학논총>, 제27권 제2호; 황성기 (2005). 현행 인터넷 내용심의제도의 법적 문제점에 관한 연구: 법적 규제시스템과 자율규제시스템의 바람직한 방향을 도출하기 위한. <사이버커뮤니케이션학보>, 제15호 등 참조.

46) 앞의 Waldron (2012). 제3장 참조.

47) 이러한 취지의 '언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률' 개정안으로는 언론중재위원회 (2015). 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 개정안 - 취지 및 해설. <언론중재>, 통권 제137호, 78쪽 이하 참조.

## V. 결론

혐오표현에 대한 규제 찬반 논의가 있지만, 더 이상 ‘불개입’이 선택지가 되긴 어렵다. 더욱이 미국의 자유주의자들의 주장처럼 ‘법 없이 혐오표현에 맞서자’는 것이 아닌 이상, 단순히 혐오표현을 방치하겠다는 입장은 헌법상 평등과 차별금지원칙과도 부합하기 어렵다. 다만, 규제 반대론이 제기하는 여러 가지 우려는 의미가 있으며, 그런 점을 충분히 고려하여 규제 대안을 설계하는 것이 중요하다고 하겠다. 혐오표현의 규제에는 형사범죄화, 민사구제, 차별시정, 형성적 조치 등 다양한 조치들이 있고, 이것들을 단계별, 층위별, 분야별로 적절히 배치하는 것이 중요한데, 이는 기본적으로 사이버 혐오표현에도 그대로 적용될 수 있다. 또한 현재 사이버 공간에 특화된 여러 규제방법들, 예컨대, 자율규제나 행정규제, 분쟁조정 등이 - 개선의 필요가 있기는 하지만 - 운용 중인데, 이들 방법을 통해 혐오표현을 규제하기 위해서는 혐오표현의 개념을 적절히 법제화하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 혐오표현 중 ‘증오선동’에 해당하는 것을 일차적인 법규제 대상으로 삼는 것을 검토할 필요가 있다.

## 참고 문헌

### <국내문헌>

- 국가인권위원회 (2014). 성적지향·성별정체성에 따른 차별 실태조사.
- 김민정 (2014). 일베식 ‘욕’의 법적 규제에 대하여: 온라인상에서의 혐오표현에 대한 개념적 고찰. <언론과 법>, 제13권 제2호.
- 김수아 (2015). 온라인상의 여성혐오표현. <페미니즘연구>, 제15권 제2호.
- 김유승 (2006). 인터넷 공간의 자유와 규제: 공동규제 모델의 발전을 위한 모색. <사이버커뮤니케이션학보>, 제20호.
- \_\_\_\_\_ (2005). 인터넷 콘텐츠 공동규제 연구: 유럽연합의 ‘더 안전한 인터넷 사용증진을 위한 행동계획’을 중심으로. <사이버커뮤니케이션학보>, 제16호.
- 김재윤 (2015). 5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제 방안. <법학논총>, 제35권 제2호.
- 김지혜 (2015). 차별선동의 규제: 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로. <법조>, 제64권 제9호.
- 박경신 (2015). 인터넷 상 ‘불건전정보’ 시정요구제도와 표현의 자유: 현재 2012. 2. 2011헌가13, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 합헌결정. <법학논총>, 제32권 제4호.
- \_\_\_\_\_ (2010). 방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성. <법학논총>, 제27권 제2호.
- \_\_\_\_\_ (2009). 인터넷임시조치제도의 위헌성. <중앙법학>, 통권 제33호.
- 심경수 (2007). 증오언론과 십자가 소각에 관한 판례경향. <미국헌법연구>, 제18권 1호.
- 심우민 (2014). 임시조치 합헌결정의 입법학적 검토. <사이버커뮤니케이션학보>, 제31권 제1호.
- 언론중재위원회 (2015). 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 개정안 - 취지 및 해설. <언론중재>, 통권 제137호.
- 이상경 (2015). 사이버공간에서의 표현의 자유와 반사회적 혐오표현의 규제. <헌법학연구>, 제21권 제4호.
- 이재승 (2010). <국가범죄>. 서울: 엘피.
- 이재진 (2000). 가상공간에서의 혐오언론의 문제: 미국의 경우를 중심으로. <사이버커뮤니케이션학보>, 6호.
- \_\_\_\_\_ (1999). 혐오언론(hate speech) 현상에 대한 법제론적 고찰. <언론학보>, 19권.
- 이재진·이정기 (2012). 인터넷 포털의 ‘임시차단’ 조치에 관한 탐색적 연구. <한국언론학보>, 제56권 제3호.
- 이주영 (2015). 혐오표현에 대한 국제인권법적 고찰: 증오선동을 중심으로. <국제법학회논총>, 통권 제138호.
- 이호림 (2015). <소수자 스트레스가 한국 성소수자(LGB)의 정신건강에 미치는 영향>. 서울대학교 석사학위논문.
- 장우영 (2005). EU의 인터넷 내용규제정책. <국제지역연구>, 제8권 제4호.
- 조소영 (2004). 규제의 필요성과 규제방법론에 대한 헌법적 평가 - 대학내에서의 적의적 표현 행위에 대한 제한학칙을 중심으로. <헌법판례연구>, 6권. 서울: 박영사.

- \_\_\_\_\_ (2002). 적의적 표현행위(hate speech)의 헌법적 좌표. <공법연구>, 제30권 제4호.
- 지성우 (2012). SMART미디어시대 인터넷콘텐츠 심의의 규범적 문제점과 법제정비방안. <성균관 법학>, 제24권 제3호.
- 한국게이인권운동단체 친구사이 (2014). 2014 한국 LGBTI 커뮤니티 사회적 욕구 조사.
- 한국여성단체연합 (2014). 온라인상의 여성 혐오 표현 모니터링 보고서.
- 홍성수 (2015). 혐오표현의 규제: 표현의 자유와의 충돌을 피하기 위한 규제대안의 모색. <법과 사회>, 50호.
- \_\_\_\_\_ (2013). 제9장 법과 사회변동. 김명숙 외. <법사회학: 법과 사회의 대화>. 경기: 다산출판사.
- \_\_\_\_\_ (2010). 소송을 통한 사회변동전략의 한계: 미국의 성희롱 소송을 중심으로. <법과 사회> 38호.
- 홍성수 (2008). 규제학: 개념, 역사, 전망. <안암법학>, 26권.
- 황성기 (2005). 현행 인터넷 내용심의제도의 법적 문제점에 관한 연구: 법적 규제시스템과 자율 규제시스템의 바람직한 방향을 도출하기 위한. <사이버커뮤니케이션학보>. 제15호.
- 황승흠 (2014). <인터넷 자율 규제와 법>. 서울: 커뮤니케이션북스.
- 황승흠 외 (2004). <인터넷 자율규제>. 서울: 커뮤니케이션북스.
- Sunstein (2010). *Going to Extremes- How like minds unite and divide*. 이정인 (역) (2011). <우리는 왜 극단에 끌리는가>. 서울: 프리뷰.
- Sunstein (2009). *On rumors : how falsehoods spread, why we believe them, what can be do*. 이기동 (역) (2009). <루머: 인터넷시대에 던지는 新문명비판>. 서울: 프리뷰.
- Waldron (2012). *The Harm in Hate Speech*. 홍성수 · 이소영 (역) (2016 근간). <혐오표현의 해약>.

<서양문헌>

- ADL (2010). *From Responding to Cyberhate, Toolkit for Action*.
- Allport (1954). *The Nature of Prejudice*. Basic Books.
- Baker (2012). Hate Speech in Consitutional Jurisprudence. in Herz and Molnar (ed), *The Content and Context of Hate Speech*. Cambridge University Press.
- Blarcum (2005). Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven. *Washington and Lee Law Review* 62(2).
- Baldwin et al. (1998). Introduction. in Baldwin et al. (ed). *A Reader on Regulation*. Oxford Scholarship Online.
- Banks (2011). European Regulation of cross-border hate speech in cyberspace, The Limits of legislation. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 19(1).
- Burnap and Williams (2015). Cyber Hate Speech on Twitter: An Application of Machine Classification and Statistical Modeling for Policy and Decision Making. *Policy & Internet* 7(2).
- Council of Europe (2012). *Mapping study on projects against hate speech online*.
- Delgado and Stefancic (1999). *Must We Defend Nazis?*. NYU Press.
- Dovidio et al. (2013). Prejudice, Stereotyping and Discrimination. in J. F. Dovidio et al. (ed). *The Sage Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*. SAGE Publications Ltd.

- Ehrlich et al. (1995). The Traumatic Impact of Ethnoviolence. in Lederer and Delgado (ed). *The Price We Pay*. Hill & Wang Pub.
- Farrior (1996). Molding the Matrix. *Berkeley Journal of International Law* 14(1).
- Foxman and Wolf (2013). *Viral Hate: Containing Its Spread on the Internet*. St. Martin's Press.
- Gagliardone et al (2015). *Countering Online Hate Speech*. UNESCO.
- Guyton (2013). Tweeting 'Fire' in a Crowded Theater: Distinguishing between Advocacy and Incitement in the Social Media World. *Mississippi Law Journal* 82(3).
- Julian Baumrin (2011). Internet Hate Speech and the First Amendment, Revisited. *Rutgers Computer and Technology Law Journal*.
- Keen and Georgesc (2016). *BOOKMARKS: A manual for combating hate speech online through human rights education*. Council of Europe. Revised edition.
- LaShel (2011). Hate Speech in Cyberspace: Bitterness without Boundaries. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*.
- Mendel (2006). Study on International Standards Relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred, for the UN Special Advisor on the Prevention of Genocide.
- Nielsen (2012). Power in Public. in Maitra and McGowan (ed). *Speech & Harm*. Oxford University Press.
- Price and Verhulst (2000). The Concept of Self-regulation and the Internet. in Watermann and Machill (ed), *Protecting our Children on the Internet*. Verlag Bertelsmann Stiftung.
- Price and Verhulst (2005). *Self-Regulation and the Internet*. Kluwer Law International.
- Rosenfeld (2012). Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. in Herz and Molnar (ed), *The Content and Context of Hate Speech*. Cambridge University Press.
- Strossen (2012). Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. in Herz and Molnar (ed), *The Content and Context of Hate Speech*. Cambridge University Press.
- Sorial (2015). Hate Speech and Distorted Communication. *Law and Philosophy* 34.
- Walker (1994). *Hate Speech*. University of Nebraska Press.
- Weinstein (1999). *Hate Speech, Pornography, And Radical Attacks On Free Speech Doctrine*. Westview Press.



[세션1] 토론 1

# 지정 토론문

김민정

한국외국어대학교 미디어커뮤니케이션학부 교수



# 지 정 토 론 문

김 민 정

한국외국어대학교 미디어커뮤니케이션학부 교수

사이버상 혐오표현의 법적 쟁점과 규제방안에 대한 홍성수 교수님의 발제문 잘 읽었습니다. 홍성수 교수님은 혐오표현에 관해 학술적 논의는 물론이고 대중적 논의의 장에서도 활발히 목소리를 개진해 오시고 계십니다. 해당 주제에 있어 국내 최고 권위자 중의 한 분이신 홍성수 교수님께서 그간의 논의를 잘 요약해 주셨다는 생각이 듭니다. 좋은 발제문, 감사합니다. 저의 토론문은 발제문에 소개된 논점들 중에서 조금 더 함께 고민해보았으면 하는 지점들 몇 가지를 말씀드리고 관련 질문을 드리는 것으로 구성하고자 합니다.

우선, 현재 한국사회에서 나타나고 있는 사이버 혐오표현 양상의 특수성에 대해 이야기해 보고 싶습니다. 혐오표현의 역사적 기원은 해외에서 찾을 수 있고,<sup>1)</sup> 혐오표현 규제 역시 유럽을 중심으로 이루어져왔으며, 사이버 혐오표현에 대한 여러 가지 대책들은 전지구적으로 고민되고 있습니다. 하지만, 한국사회에서 사이버 혐오표현은 최근 아주 강렬하고 응집된 형태로 발현되고 있다는 느낌이 듭니다. 혐오표현은 2013년 일베 게시물들을 중심으로 우리사회에 확산되기 시작했는데, 3년여 만인 2016년 현재 한국사회를 설명하는 핵심어가 ‘혐오’가 되었을 정도이기 때문입니다.

이는 외국인 노동자 및 다문화 가정의 증가라는 변화된 세태의 반영이기도 하지만, ‘헬조선’으로 지칭되는 팍팍한 삶의 조건들에 대한 분노의 표출이자, 세대간 갈등, 계층간 갈등, 성별간 갈등의 극명한 표출로 볼 수 있을 것 같습니다. ‘헬조선’에서의 다

---

1) 영국법원은 18세기 초반에 지역 유대인 공동체를 공격하는 폭동을 도발하는 자극적이고 허위의 내용을 담은 간행물을 처벌하는 판결을 내린 바 있다.

양한 사회적 갈등과 문제들을 개선할 수 있는 구체적 정책적 노력이 병행되지 않는다면, 혹은 개선책에 대한 합리적 논의의 장이 제공되지 않는다면, 혐오표현을 규제하고자 하는 국가의 ‘개입’은 매우 공허하리라는 생각이 듭니다. 즉, 혐오표현이 초래하고 있는 해악에 대한 논의도 중요하고 필요하지만, 혐오표현을 초래하고 있는 사회적 문제들이 무엇인지, 혐오표현을 통해 표출되고 있는 감정들의 연원은 무엇인지를 함께 논의하고, 이들을 해결할 방안을 찾아나가는 것이 중요하다는 점을 말씀드리고 싶습니다. 어떤 표현이든지 간에 표현은 그 자체로 진공상태에서 존재하기 보다는 개인의 삶과 사회적 현실의 반영이자 공동체적 함의를 가지기 때문입니다.

한국 사회에서 나타나고 있는 사이버 혐오표현 양상의 특수성과 관련하여 또 하나 주목할 점은, 혐오표현에 대한 논란을 주도한 인터넷 커뮤니티가 2013년에는 일베였지만, 2015-2016년에는 메갈리아라는 점입니다. 가장 최근에는 “소녀는 왕자가 필요없어”라는 영문 문구가 새겨진 티셔츠를 입은 사진 한 장에서 촉발된 한국형 ‘게이머게이트 (Gamergate)’라 불릴 수 있는 일련의 사건들에서, 메갈리아를 ‘여성 일베’로 간주하며 ‘모든 종류의 혐오표현은 지양되어야 한다’는 주장과 ‘남성 혐오는 존재하지 않는다’는 견해가 첨예하게 대립하고 있는 상황입니다.

저는 개인적으로는 메갈리아로 대변되는 남성혐오의 표현들은 일베가 대변하는 혐오표현과는 다르다고 생각합니다. 홍성수 교수님께서 발제문에서 적절히 지적하고 계시듯이, 혐오표현 개념의 핵심축 중의 하나는 ‘소수자 집단’에 대한 공격과 차별이기 때문입니다. 메갈리아 게시물들이 남성을 혐오하는 감정을 표출하고 있기는 하지만, 남성을 소수자 집단으로 보기는 어렵고, ‘hate speech’를 지칭하는 혐오표현의 개념에서는, 주류사회를 지배하고 있는 ‘백인에 대한 혐오표현’이 불가능한 것처럼, ‘남성에 대한 혐오표현’은 불가능하기 때문입니다.

이러한 관점에서는 저는 ‘혐오표현’이라는 단어가 한국 사회에서 너무 광범위하게 사용되고 있는 것은 아닌가라는 문제의식을 가지고 있습니다. 또한, 소수자 집단에 대한 공격적 발언이라고 해서 모두 혐오표현으로 보는 것도 지양해야한다고 생각합니다. 일

례로 성차별적인 모든 발언(sexist remarks)을 여성에 대한 혐오표현(misogyny)으로 규정하고 규제를 시작한다면, 너무나도 넓은 범위의 표현들을 금지하게 되어 오히려 실제로 금지될 필요가 있는 표현들을 적절히 규제하지 못하게 되는 결과를 낳게 될 것이기 때문입니다. 따라서, 저는 혐오표현은 사회적, 역사적으로 차별을 받아온 소수자 집단에 대한 증오를 선동하는 발언에만 한정되어야 한다는 점을 다시 한번 강조하고 싶습니다.

학술적 논의에서 용어의 정밀성이 매우 중요한 것처럼, 법적 규제에 있어서는 추상적이고 광범위한 용어는 명확성의 원칙을 위배하여 위헌이 됩니다. 이런 맥락에서 ‘기준 입법안들은 혐오표현을 광범위하게 개념규정하고 있어서 문제가 많다’는 홍 교수님의 지적에 동의하는 바입니다. 그리고 관련 쟁점에 대해 두 가지 질문을 드리고 싶습니다. 첫째, ‘혐오표현’이라는 용어를 대체할만한 용어가 필요하다고 생각하시지는 않는지요? 저 역시 2014년에 출간한 줄고에서 ‘혐오표현’이 ‘hate speech’의 역어로 가장 적절하다는 견해를 밝힌 바가 있었습니다만, 최근에는 ‘혐오표현’보다 더 적절한 용어가 없을지 고민하게 되었습니다. 그리고 이러한 고민은 현재 방송통신심의위원회가 심의규정들에서 사용하고 있는 ‘혐오’라는 용어의 이중적 의미 때문에 더 가중되었습니다.

방송통신심의위원회의 ‘방송심의에 관한 규정’ 및 ‘정보통신에 관한 심의규정’은 폭력적이고 저속한 표현으로 충격과 불쾌감을 불러일으키는 경우를 ‘혐오감’을 불러일으키는 표현으로 규정하여 규제하고 있습니다.<sup>2)</sup> 이 경우에 ‘혐오’는 ‘싫어하고 미워한다’는 의미의 ‘hate’라기보다는, ‘싫어하고 꺼린다’라는 ‘disgust’를 의미하는 것으로 보입니다. 두 가지 감정 상태는 분명히 연관되어 있습니다만, 구별되는 것도 사실입니다. 산낙지를 못 먹는 사람은 산낙지를 disgust하는 것이지 hate하는 것은 아니기 때문입니다.<sup>3)</sup> 반면, 한국인터넷자율정책기구(KISO)는 2014년 2월 ‘온라인 공간에서의 차별적 표

2) 방송심의에 관한 규정의 제27조(품위유지), 제37조(충격·혐오감), 제40조(성기, 성병 등의 표현) 및 정보통신에 관한 심의규정 제8조(선량한 풍속 기타 사회질서 위반 등)의 1호, 2호.

3) 한편, 방송통신심의위원회의 심의규정들은 차별이나 편견 혹은 갈등을 조장하는 표현들에 대한 규제를 방송심의규정의 경우에는 ‘사회통합’(제29조), ‘양성평등’(제30조), ‘문화의 다양성 존중’(제31조), ‘신앙의 자유 존중’(제32조)에서, 그리고 정보통신에 관한 심의규정에서는 ‘국제 평화 질서 위반 등’(제5조) 및 ‘선량한 풍속 기타 사회질서 위반 등’(제8조의 2호 및 3호)에서 언급하고 있다. 이러한 심의규정들은 본 세미나에서 논의되고 있는 ‘혐오표현’보다는 훨씬 폭넓은 범위에서의 다양한 종류의 소위 ‘부적절한 표현’들을 규제하고 있다.

현 완화를 위한 정책결정'을 발표하고, KISO정책규정 제21조(게시물제한)<sup>4)</sup>을 신설하였는데 KISO가 '차별적 표현'이라는 용어를 사용하고 있는 것이 흥미롭습니다.

한편, '차별적 표현'을 규제하는 KISO의 움직임은 2016년 6월 페이스북, 트위터, 유튜브와 같은 글로벌 온라인 서비스 사업자들이 유럽에서 '혐오표현 확산 금지를 위한 행동강령'을 제정한 것과도 일맥상통합니다. 저는 이러한 자율규제가 국가에 의한 형벌 규정보다 바람직하다고 생각하며, 앞으로 자율규제의 노력들이 더욱 활발해 지기를 희망합니다.

저의 두 번째 질문은 이번 세미나를 주최한 언론중재위원회가 2016년 7월 14일에 새롭게 추가한 시정권고심의기준 '제10조의2(차별금지)' 조항에 관한 것입니다. 해당 조항의 제1항은 “언론은 개개인의 인종, 종교, 성별, 육체적·정신적 질병이나 장애를 이유로 편견적 또는 경멸적 표현을 삼가야한다”고 규정하고 있고, 2항은 “보도과정에서 그 표현이 사안의 설명에 직접적 관련이 없는 한, 개개인의 인종, 종교, 성별, 육체적·정신적 질병이나 장애에 관한 세부사항을 과도하게 보도하여서는 아니된다”고 규정하고 있다고 합니다.<sup>5)</sup> 홍 교수님께서서는 발제문에서 “언론보도의 경우에는 임시조치 보다는 언론중재위원회의 피해구제절차를 따르게 하는 것이 언론의 자유 침해를 최소화하는 하나의 대안이 될 수 있는데, 이 경우에도 혐오표현의 개념이 명확해야 일관성 있는 규율이 가능할 수 있다”는 견해를 밝히셨는데, 이번에 언론중재위원회 시정권고 소위원회가 추가한 '차별금지' 조항에 대해서 어떻게 평가하시는지 궁금합니다.

마지막으로 사이버상 혐오표현의 법적 규제에 대한 저의 종합적인 결론을 말씀드리는데, 저의 토론문을 마무리하고자 합니다. 저는 '사상의 자유시장'이라는 기제가

4) 해당 규정의 전문은 다음과 같다: “회원은 지역·장애·인종·출신국가·성별·나이·직업 등으로 구별되는 특정 집단을 대상으로 모욕적이거나 혐오적인 표현방식을 사용하여 해당 집단이나 그 구성원들에게 굴욕감이나 불이익을 현저하게 초래하는 게시물이 유통되고 있음을 신고 등을 통해 알게 된 경우 이를 해당 집단이나 그 구성원들에 대한 차별적 표현으로 보아 삭제 등 필요한 조치를 취할 수 있다. 다만, 공인의 공적업무와 관련된 게시물에 대하여는 제2장 제1절에 따른다”

5) 정철운 (2016. 8. 1). 언론중재위, 성차별 표현 금지 조항 신설. <미디어오늘>. URL: <http://www.mediatoday.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=131402>

지금 사이버 공간에서 잘 작동하고 있다고 생각하지는 않습니다. 오히려 현재의 미디어 시장은 혐오표현과 같은 자극적이고 극단적인 표현들이 만연할 수 있는 환경을 제공하고 있다고 생각합니다. 그런 의미에서 사이버상 혐오표현에 대해 “더 이상 ‘불개입’이 선택지가 되긴 어렵다”는 홍성수 교수님의 결론에 동의하는 바입니다. 그럼에도 불구하고, 광범위하고 복잡한 층위에서 표현의 자유를 규제하고 있는 한국의 상황을 고려할 때, 국가의 개입이 어떠한 방식으로 이루어질지는 염려스러운 것이 사실입니다. 규제안이 제안될 때마다 미국에서 흔히 쓰는 표현으로 “악마는 세부사항에 있다 (The devil is in the detail)”는 말이 있습니다. 좋은 의도로 마련되는 법안이 의도치 않은 결과를 가져올 위험성은 늘 있으며, 법의 집행이 자의적인 국가에서는 그러한 위험성이 가중됩니다. 따라서, 사이버상 혐오표현의 법적 규제에 대한 추후의 논의는 ‘세부사항에 숨어있는 악마’에 대한 논의가 되기를 희망합니다.

감사합니다.



[세션1] 토론 2

# 지정토론문

최민영

경향신문 미래기획팀 차장



# 지 정 토 론 문

최 민 영

경향신문 미래기획팀 차장

‘스마트폰 대중화’로 상징되는 IT혁명은 커뮤니케이션을 쌍방향의 밀도 높은 그물망 형태로 바꿔놓았다. 온라인이라는 가상의 세계는 그 어느 때보다 현실의 삶에 큰 영향을 갖는다. 뉴스는 인류 역사상 유례가 없을 정도로 폭증했다. 그 뉴스의 중요성을 결정하는 것은 더 이상 언론 엘리트들이 ‘신문 1면’이나 ‘헤드라인’에서 다뤘는지 여부가 아니다. ‘얼마나 많은 대중이 그 기사를 공유·댓글·좋아요 했는지’로 결정된다.

이런 기술적인 혁신에 불안한 정치·경제라는 ‘뉴 노멀’이 결합하면서 온라인은 혐오 폭증이라는 거대한 화약고가 됐다. 하지만 혐오에 대해 제대로 성찰하지 못한 언론은 대중과 함께 혐오를 강화하는 되먹임을 하고 있다. 1997년 IMF체제 이후 한국사회를 지배한 배금주의와 디지털 저널리즘에 대한 취약한 철학으로 인해 언론은 혐오에 바탕한 콘텐츠를 유통해왔고, 대중은 언론이 ‘인증’한 혐오에 동참했다. 수위는 이미 위험에 달했다.

## 언론을 통한 혐오표현의 증식

예로, 그간 여과 없이 사용해온 여성혐오적 표현을 꼽을 수 있다. ‘김여사’ 같은 해묵은 혐오표현 외에도 제목 뽑기 편리하다는 이유로 남용된 ‘○○녀’나 ‘트렁크녀’, ‘대장내시경녀’처럼 범죄 피해자의 인격을 오락거리마냥 침해하는 수준에 이르렀다. 여성의 특정 신체부위를 클로즈업하면서 성적대상화를 하는가 하면 ‘소라넷’ 운영자의 시점에서 기자가 1인칭 스토리텔링 기사를 출고하기도 했다. 사회 구성원의 절반에 달하는 여성들에 대한 인권 감수성이 취약한데 다른 구성원에 대해서 더 예민할 리가 없다. 조선족, 사회취약계층, 탈북자, 장애인, 고령자에 대해 언론은 어떻게 다루고 있는가.

정확하게 ‘온라인’에서 어떻게 다루고 있는가를 물어야 한다. 정규방송과 종이를 통해 유통되는 기사는 비교적 여러 단계의 데스크을 거치는 반면, 온라인은 무법지대와 비슷하다. 최근 모 언론사는 성폭행 사건을 다루면서 포르노 수준의 반인륜적 제목을 붙여 독자들의 질타를 받았다. 더 많은 트래픽을 끌어들이기 위한 무리수였다. 또 다른 언론사는 사회관계망 공식 계정을 통해 ‘일간베스트’나 다름없는 수위의 혐오 표현을 여과 없이 내보내고 있는데 동종 업계의 지적에도 시정의 기미는 보이지 않는다. 더 많은 반응과 클릭수를 얻는다면 문제가 없다는 식이다. 말하자면 일부 언론사는 디지털에서의 ‘이익’ 내지는 ‘성공’을 오로지 페이지뷰나 순방문자 같은 ‘양적평가’로 잘못 이해하고 있다. 결과적으로 더 선정적이고 말초적인 제목과 기사가 양산된다. 디지털 저널리즘을 망치는 것은 저널리즘에 대한 철학을 결여한 언론사 자신이다.

변화하는 사회 가치에 적응하지 못하는 언론사 내부 구성원들의 문제도 빼놓을 수 없다. 최근 불거진 리우 올림픽 성차별 중계 논란이 그 예이다. 해설자들은 여성 아나운서의 몸무게를 묻거나 ‘야들야들’같은 단어로 신체를 폄평해 물의를 빚었다. 내부 구성원들이 혐오에 대한 성찰이 부족하다는 방증이다. 이 문제는 문제의식을 가진 시청자들이 온라인에서 자발적으로 아카이브를 작성하면서 이슈화됐다. 청중은 21세기인데, 언론은 20세기에 머물고 있다.

## 소셜미디어 · 커뮤니티와의 되먹임

정보 과잉상태에 놓인 개인은 가치관을 공유하는 지인 · 집단이라는 ‘친구지능’을 이용해 사회관계망에서 뉴스를 취사선택하는 경향을 보인다. 뉴스 소비에 드는 시간을 아끼기 위한 합리적 적응이다. 또한 관계가 해체된 사회에서 소속감을 얻기 위한 방편이기도 하다.

하지만 사회관계망서비스가 개방적인 다원성뿐만 아니라 폐쇄적인 획일성도 동시에 보이는 점은 혐오 정서가 확산되는 오늘날 매우 우려스러운 일이다. 동질적인 뉴스 소비를 폐쇄적 집단 내에서 반복하는 과정은 자기비판적 사고가 부족한 개인이 기존의 잘못된 사고를 강화 또는 합리화하는 오류를 낳을 위험이 있다. 게다가 오프라인이라는 공간에서는 타인과 사회의 제지를 받을법한 트롤의 발언이 사이버공간에서는 갈등

회피적인 군중의 침묵 속에서 확산되는 현상을 보인다. 더 혐오적일수록 더 주목받고 더 멀리 퍼진다.

이 같은 커뮤니티에 혐오를 부채질하는 언론의 기사는 주유소에 불 지르는 격이 된다. 언론 엘리트가 사회적 신뢰를 많이 잃은 것은 사실이나, 신뢰할 만한 전문 인력이 사실관계를 확인했음을 알리는 ‘기사화’는 여전히 일정 수준의 권위를 갖기 때문이다. 언론이 혐오를 ‘공인’하는 순간 혐오는 현실의 물리적 폭력으로 언제든지 약자를 위협할 수 있다. 언론은 기계적 중립을 지키기보다는 문제적 혐오표현에는 맞서 싸울 용기를 가져야 한다.

그렇다면 사이버 공간상 혐오표현에 대해 언론이 해야 할 일은 무엇인가.

‘말’을 다루는 언론인이 기본능력으로 맞춤법과 정확한 문장을 구사할 것을 요구받는 것과 마찬가지로, ‘사회’를 기술하는 언론인은 사회의 다양한 약자들이 현재 처한 ‘혐오’라는 위협에 대한 감수성과 공감능력을 요구받는 것이 당연하다. 언론이 스스로를 자정할 능력을 인정받지 못해 청탁금지법(김영란법) 적용이라는 ‘외부 규제’를 받게 되는 일은 없어야 한다. 앞으로 경계는 더 나빠질 것이고, 혐오라는 집단적 먹구름은 더욱 짙어질 것이다. ‘혐오’를 파는 사이버 저널리즘은 배척돼야 한다.



# 판례로 본 인터넷 공간에서의 모욕과 의견표현 자유의 한계

오 선 희

서울중앙지방법원 부장판사  
언론중재위원회 서울제5중재부장



# 판례로 본 인터넷 공간에서의 모욕과 의견표현 자유의 한계

오 선 희

서울중앙지방법원 부장판사  
언론중재위원회 서울제5중재부장

## I. 들어가는 말

### 1. 인터넷 공간에서의 의견표현의 특수성 및 그로 인한 피해의 심각성

(1) 인터넷을 통하여 창출된 가상의 공간('인터넷 공간'<sup>1)</sup>이라고 한다)에서의 커뮤니케이션은 다른 커뮤니케이션과 비교하여 뚜렷한 특징을 가지고 있다. 쌍방향성, 탈중심성, 익명성, 시공간초월성, 전파성 등이 그것이다.<sup>2)</sup> 이렇게 몇 단어로 그 성격을 규정하지만 그것들이 의미하는 바는 실로 어마어마하다. 이러한 특징들은 기존의 매체들이 가지는 독점적인 지위를 무너뜨렸다. 개개인이 페이스북, 트위터 등과 같은 소셜네트워킹서비스(Social Networking Service, 이하 'SNS'라 한다)나 블로그, 인터넷 카페, 각종 홈페이지 게시판에서 자신의 의견을 표출할 뿐만 아니라 기존 언론 매체의 기사, 방송 등 보도나 타인의 소셜미디어<sup>3)</sup> 글에 댓글을 다는 방식으로 자신의 의견을 표현하고 있고, 또 그에 대하여 활발하게 토론이 이루어진다.

(2) 인터넷 공간의 익명성 및 비대면성은 의견표현의 장(場)에 다양한 사람들의 폭발적인 참여를 가능하게 한 긍정적인 효과도 가져왔지만, 한편으로는 진실되지 못하거나 과장되거나 공격적인 표현이 난무하는 무책임성도 초래하였다. 그로 인하여 정확하지

1) 통상 사이버공간(Cyberspace, 미국의 소설가 윌리엄 깁슨(William Gibson, 1948~)의 소설 「불타는 크롬(Burning Chrome)」, 「뉴로맨서(Neuromancer)」 등을 통하여 알려짐이라고 부르기도 한다.

2) 김보라미 (2009). 네트워크화된 공론장인 인터넷의 특성에 따른 명예훼손성립에 관한 검토. <Law & Technology>, 제5권 제4호, 46면 이하.

3) 소셜미디어의 개념 정의에 관해서는 여러 논의가 있으나 이 글에서는 SNS 및 포털사이트와 미니홈페이지, 블로그, 카페 등을 포괄하는 개념으로 사용하였다.

많은 정보가 생산되고 모욕적인 언사에 의한 인격적 침해가 발생하였는데, 그 침해는 매우 손쉽게 거의 공짜로 만들어지고, 무분별한 ‘퍼나르기’에 의하여 빠르고 광범위하게 확산되었다. 이러한 현상은 소셜미디어 글 및 댓글에서 더욱 극명하게 드러나는데, 한 헌법재판소 재판관은 ‘우리 사회에서 인터넷 의견표현의 조잡성과 그 피해는 참을 수 있는 한계를 넘었다고 보인다’고 언급하기도 하였다.<sup>4)</sup>

(3) 소셜미디어 글 또는 댓글에 의한 피해사례 중 가장 큰 이슈가 된 것은 아마도 2008년 유명 연예인인 최진실이 자살한 사건<sup>5)</sup>일 것이다. 당시 그 사건을 계기로 사이버 모욕죄를 신설해야 한다는 입법론이 등장하였고<sup>6)</sup> 자정 노력의 목소리도 높아졌다. 그러나 그 피해는 날로 커져 유명인 등 공적 관심의 대상이 되는 인물에 한정되지 않고 일반인으로써까지 확산되고 있다.<sup>7)</sup> 최근에는 4·16 세월호참사 특별조사위원회가 악성 댓글 및 SNS상의 모욕성 글로 인해 세월호참사 피해자 유족들이 여전히 정신적인 피해를 겪고 있다고 밝힌 바 있고,<sup>8)</sup> 전남 신안에서 발생한 여교사 성폭행 사건의 경우 오히려 피해자가 조롱당하기도 하였으며, 강남역 여성 살인사건 후 이를 추모하는 여성들에 대한 각종 성희롱 표현이 난무하기도 하였다.

## 2. 논의의 전개방향

(1) 종전에는 언론보도의 자유와 개인의 인격권 사이에서 조화를 찾는 것이 언론분쟁의 가장 중요한 쟁점이 되어 왔지만, 이제는 소셜미디어 글 또는 댓글 등에서 충돌하는 개인의 표현의 자유와 인격권 사이에 조화로운 해결을 모색하는 것 또한 중요하

4) 헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2007헌마461 전원재판부 결정의 재판관 조대현의 반대의견 중.

5) 그 무렵 최진실이 그 전에 자살한 배우 안재환의 고리사채업자였다는 그를 자살로 내몰았다는 루머가 인터넷 공간에서 확산되었고, 그것이 그녀의 자살원인 중 하나라고 추정되었다.

6) 최진실 자살 사건을 계기로 2008년 나경원 의원은 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 모욕죄를 신설하자는 위 법률 개정법률안을, 장운석 의원은 형법에 사이버 모욕죄를 신설하여 일반 모욕죄보다 가중처벌하는 형법 일부개정법률안을 각 발의하여 많은 찬반 논란을 불러일으켰으나, 결국 위 각 개정 법률안은 상정되지 않았다.

7) 2015. 5.경 실시된 한국갤럽의 여론조사에 의하면 78%의 국민이 사이버상의 명예훼손이나 모욕행위에 대한 처벌을 강화해야 한다고 답했고, 해당 응답자의 82%는 현재 사이버 폭력이 매우 또는 어느 정도 심각하다고 느끼고 있으며 별로 또는 심각하지 않다는 의견은 5% 뿐이었다고 한다. [출처: 연합뉴스 (2015. 6. 10.). 국민 78% 사이버 명예훼손 처벌 강화해야.]

8) 구민정 (2016. 7. 27.). 세월호 관련 악성댓글 넘쳐나는데... 피해자 명예훼손·모욕 관련 재판은 45건뿐. <헤럴드경제>. URL: <http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20160727000581>.

게 되었다.

인터넷 공간을 현실의 공간과는 별도의 극도로 자유로운 공간으로 상정하거나, 가상 공간인지 현실 공간인지를 불문하고 의견표현의 자유를 제한하는 것은 허용될 수 없다는 견해가 없지 않다. 그러나 대부분의 사람들은 인터넷 공간에도 규제가 미쳐야 한다는 데에 동의한다. 다만 표현의 자유 범주에서 허용되는 의견표현과 그렇지 않은 것과 의 한계를 어떻게 설정할 것인지, 그리고 위법한 표현행위를 어떤 방식으로 규제할 것인지가 관건이다.

(2) 이 글에서는 소셜미디어 글이나 댓글에서 이루어진 개인의 의견표현이 어디까지 허용되어야 하고 어떻게 통제되어야 하는지를 고찰하고자 하는바, 인터넷 공간의 특수성을 직시하되, 그 특성 자체로부터 일반론을 도출하는 것이 아니라(그것이 가능한지도 의문이다) 판례에 나타난 사례를 중심으로 어떤 법리에 의하여 개개의 표현행위가 위법한 것 또는 적법한 것으로 평가되었는지, 그 판단 기준은 무엇인지, 과연 그 한계를 설정할 수 있는지 살펴보기로 한다. 아울러 인터넷 공간에서의 위법한 의견표현에 대한 통제 내지 침해 법익의 구제가 어떤 절차에 의하여 이루어지는지, 그 문제점은 무엇인지 간단히 개관함으로써 표현의 자유와 명예가치의 보호 사이에 보다 조화로운 해결방법에 관한 시사점을 찾아보고자 한다.

(3) 한편 소셜미디어 글이나 댓글 등에 의하여 사람의 명예는 물론 초상권, 성명권, 음성권, 사생활의 비밀, 신용 등 재산적인 법익까지 다양하게 침해될 수 있으나, 이 글에서는 가장 빈번하게 나타나는 명예가치의 침해 부분에 한정하여 살펴본다.

## II. 인터넷 공간에서의 의견표현에 관한 위법성 판단

### 1. 쌍방향적 인터넷 공간에서의 사실적 주장과 의견표현의 구분

(1) 형법은 의견표현이라도 그로 인하여 타인의 사회적 가치가 저하되고 위법성이 인정되는 경우 명예훼손죄(형법 제307조) 및 모욕죄(형법 제311조)<sup>9)</sup>로 구분하여 처벌하

고 있고, 이러한 형법 규정은 인터넷 공간에서의 행위에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 다만 인터넷 공간에서의 명예훼손 행위는 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(이하 ‘정보통신망법’이라고 한다)에 의하여 형법상의 명예훼손죄보다 사실상 가중처벌된다(정보통신망법 제70조 참조).

명예훼손죄의 보호법익이 사람의 인격적 가치와 그의 도덕적, 사회적 행위에 대한 사회적 평가를 의미하는 ‘외부적 명예’임에는 대부분 견해가 일치한다. 모욕죄의 보호법익에 관해서도 명예훼손죄와 달리 ‘명예감정’이라고 보는 소수의 견해가 있기는 하지만 다수의 견해 및 판례는 ‘외부적 명예’라고 보고 있다.

이에 따라 법률가들은 표현행위가 구체적 사실을 적시하고 있는지 여부에 따라, 사람의 사회적 가치를 저하시킬만한 ‘구체적 사실의 적시’를 한 경우 명예훼손으로, 구체적 사실이 아닌 ‘단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현’으로서 사회적 평가를 저하시키는 경우 모욕으로 구분한다. 이러한 논리 구조는 형사 사건뿐만 아니라 민사 사건에서도 마찬가지이고,<sup>10)</sup> 판례도 사실의 적시 여부를 중요한 기준으로 삼아 법리를 형성해 왔다.

(2) 그런데 우리가 문제 삼는 인터넷 공간에서의 권리침해적 의견표현은 그것이 사실적 주장인지 의견표현에 지나지 않는지 구분하기가 쉽지 않은 경우가 많다. 오히려 아무런 사실관계도 전제하지 않고 욕설만 하는 경우는 극히 드물다. ‘쌍방향성’이라는 인터넷 공간 내 의사소통의 특성상 다른 사람에 의하여 적시된 사실을 전제로 의견만 표현하는 경우도 많고, 대표적으로 댓글이 그러하다. 때때로 언론사의 보도는 어떤 사실에 대한 의혹제기에 불과한데, 댓글에서는 그 사실이 확인된 것임을 전제로 한 의견이 분분하다. 그렇다면 인터넷 기사에 달린 댓글은 과연 전제되는 사실에 관한 사실적 주장인가, 아닌가? 소셜미디어 글이나 댓글 작성자들은 이러한 구분에 대해서는 별 관

9) 우리 형법은 모욕죄를 처벌하는 독일의 법을 이어받은 일본의 법을 다시 이어받아 모욕죄에 관한 처벌 규정을 두고 있으나, 세계적으로 모욕죄를 처벌하지 않는 나라가 더 많다. 한편 미국에서는 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254(1964) 사건에서 정치적 표현과 명예훼손이 논란이 된 후 많은 주에서 명예훼손 처벌조항이 사법부에 의해 위헌판단이 내려지거나 입법부에 의해 표현의 자유침해를 이유로 폐지되고 있고, 명예가치의 보호는 민사적인 구제가 기본이 된다[이종광 (2010). 헌법상 표현의 자유와 사이버상의 모욕행위에 대한 규제. <우리법연구회 논문집>, 6집, 93면 이하].

10) 사실의 적시 여부와 관련하여, 경향신문이 경제위기에 책임이 있는 것으로 지목되던 청와대경제수석이 다른 책임자들과 함께 해외도피를 시도하는 내용의 풍자만화를 게재하였다가 명예훼손으로 인한 손해배상 청구를 당한 사건에서, 위 풍자만화는 의견의 표현일 뿐이고 구체적 사실의 적시가 없다(대법원 2000. 7. 28. 선고 99다 6203 판결)고 한 예가 흔히 언급된다.

심이 없고 자신의 의견표현 행위가 적법한지 위법한지만 관심사일 것이다. 또 뒤에서 보듯이 ‘모욕’의 개념을 워낙 폭넓게 인정하기 때문에 어떠한 표현이 명예가치를 훼손한다면 적어도 모욕에 해당하게 되므로 그 구분은 크게 중요하지 않을 수 있다.

그럼에도 명예훼손죄와 모욕죄의 법정형이 다를 뿐만 아니라 명예훼손죄는 반의사불벌죄, 모욕죄는 친고죄에 해당하고, 공직선거법상 후보자비방죄<sup>11)</sup>는 비방 목적으로 사실을 적시한 경우에만 처벌되므로 소셜미디어 글이나 댓글에서 사실을 적시하였는지를 구분하는 것은 실익이 있다. 다만 사실적 주장과 의견표현의 구분이 불가능할 경우에는 진위의 입증 가능한 사실적 주장이 아닌 표현의 자유가 보다 보장되는 의견표현이라고 보는 것이 보다 바람직하다고 할 것이다.

(3) 실제로 소셜미디어 글이나 댓글에 대한 형사처벌 과정에서, 처음에 명예훼손으로 기소되었다가 모욕으로 공소장 변경이 이루어지거나 주위적으로 명예훼손, 예비적으로 모욕으로 기소되는 사례가 많은 것도 그러한 구분의 어려움을 단적으로 보여준다.

① 인터넷 법률저널사이트 게시판에 ‘사시로에서 스터디 자주 모집하던 사람 아는 사람 있는지...’라는 제목으로 “이 사람 아는 사람 있어요? 영상,<sup>12)</sup> 여자 만날 목적으로 스터디를 모집해서 안 좋은 일이었다든가, 아는데로...”라는 글을 게시하고, 위 글에 대한 댓글란에 “또 사고쳤구나 그 얼굴에”, “저런 녀에게 당하는 여자가 바보죠. 하여튼 별 거지같은 녀 많아. 저런 것들 낱느라고 지 부모도 미역국 먹었겠지”라는 글을 추가로 게시한 사안에서 당초 정보통신망법위반(명예훼손)으로 기소되었다가 모욕으로 공소장 변경된 후 유죄가 인정되었고,<sup>13)</sup> ② 무안 군청 홈페이지의 ‘참여마당 자유발언대’ 란에 무안군수를 “악질 친일분자의 직계자손”, “악질 친일분자의 후손” 등의 표현을 사용하여 비방한 글 등을 게재한 사안에서 제1심에서 정보통신망법위반(명예훼손)죄가 인정되었다가 항소심에서 공소장 변경을 거쳐 모욕죄가 인정<sup>14)</sup>된 것도 그러한 경우이다.

11) 공직선거법 제251조.

관련하여, 컴퓨터 통신 천리안에서 제15대 국회의원 출마자인 “박지원이 과거 전두환 정권에 붙어 아부했다. -(중략)- 사팔뜨기가 부천 어디에서 출마한다는데” 라는 표현 등을 포함한 통신문을 쓴 행위가 공직선거법상의 후보자비방죄로 기소된 사안에서, 위 부분 표현은 구체적인 사실을 나열하였다기보다는 그 평가의 표현내용을 이루는 것이므로 전체적으로 볼 때 사실의 적시라고 보기 어렵다고 하였다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96도2910 판결).

12) 이 사건은 위 이름이 흔히 쓰이는 것이라는 이유로 피해자가 특정되었는지 여부도 쟁점이 되었다.

13) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도2899 판결[제1심(서울중앙지방법원 2008고정48), 항소심(서울중앙지방법원 2009노171)].

14) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2007도210 판결[제1심(광주지방법원 2006고단89), 항소심(광주지방법원 2006노998)].

## 2. 위법 표현의 정도

### 가. 위법한 표현으로서의 모욕의 개념

소셜미디어 글이나 댓글에서 사용된 어휘 자체 및 표현된 내용이 비평, 풍자와 같은 허용된 범위내의 것인지, 모욕에 해당하여 위법한 것인지 등 그 한계를 설정하는 것은 매우 어려운 문제이다.

대법원은 모욕죄의 구성요건으로서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것이라고 판시하였다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등 참조).

헌법재판소는 뒤에서 보는 헌법소원 사건의 결정에서, 대법원의 위 판시를 원용하면서, ‘모욕’은 추상적·일반적으로 결정될 수 없는 성질의 것이므로 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 정해질 수밖에 없고, 구체적으로 어떠한 표현이 모욕에 해당하는지는 분리된 개별적 언사만을 놓고 판단하기보다는 표현의 전체적인 내용과 맥락을 고려하고, 그러한 표현이 상대방을 경멸할 의도로 행해졌는지 아니면 우발적으로 이루어졌는지 여부, 다소 과장된 표현인지 여부, 대화나 토론의 장이 열리게 된 경위와 그 성격, 행위자와 상대방과의 관계 등 여러 요인을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률해석·적용의 문제라고 하였다(헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바37 전원재판부 결정). 한편 위 결정의 반대의견<sup>15)</sup>은 헌법상 보호받아야 할 표현으로서 ‘상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에 현실 세태를 빗대어 우스꽝스럽게 비판하는 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 부정적인 내용이지만 정중한 표현으로 비꼬아서 하는 말, 인터넷상 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등’을 제시한 바 있다.

---

15) 아울러 위 반대의견에서는 “성별·종교·장애·출신국가 등에 대한 혐오적 표현(미국 US Code Title 18 Part 1 Section 245(b)(2), 프랑스 언론법 제33조 제3항, 제4항 참조)”, “집단에 대한 증오와 폭력을 선동하는 표현(독일 형법 제130조 참조)”, “오로지 모멸감을 줄 목적으로 상대방을 인신공격하고 비하하는 직설적·노골적 표현 중에서 상대방의 즉각적인 폭력을 유발할 위험이 있는 행위(미국 fighting words law 참조)” 등을 들어 표현의 자유의 범위를 넘어서는 표현에 대하여 언급한 바 있다.

## 나. 개념의 모호성으로 인한 위헌 시비

2009년 대학교수 진중권이 진보신당 인터넷 당원 게시판과 자신의 다음(DAUM) 블로그에 조 선일보가 피해자 변희재의 글을 실는 이유에 대한 강력한 비판글을 게재하면서, 그 내용 중에 “듣보잡(또는 드보르잡)”,<sup>16)</sup> “똥파리” 등의 표현을 사용하여 모욕으로 기소되었고, 위 표현이 ‘경멸’하고 ‘조롱’하는 표현에 해당한다고 인정되어 모욕죄가 유죄로 확정되었다.<sup>17)</sup> 그는 상 고심 계속 중에 형법상의 모욕죄가 명확성원칙에 위반되고, 표현의 자유를 침해하는 규정이라고 주장하며 위헌심판제청신청을 하였다가 위 신청이 기각되자 헌법소원심판 을 청구하였는데 헌법재판소는 형법상의 모욕죄 규정이 명확성원칙에 위배되지 아니하 고, 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 이유로 헌법에 위반되지 않는다고 결정하 였다.<sup>18)</sup>

헌법재판소는 위 결정에서 표현의 자유 침해 여부 심사기준 중 ‘입법 목적의 정당성 및 수단의 적합성’과 관련하여 “최근 미디어와 정보통신 기술의 발달로 인하여 타인에 대한 모욕적 행위가 쉽게 전파될 수 있고 그러한 행위가 초래할 수 있는 피해가 과거 에 비하여 극심하며 피해 회복 또한 쉽지 않다”는 점을 강조하였다. 한편 위 결정 반 대의견에서는, ‘모욕죄 처벌규정은 제한되는 표현의 광범성으로 인하여 헌법상 보호받 아야 할 표현인 단순히 부정적, 비판적 내용이 담긴 판단과 감정표현까지 규제할 수 있게 되어 규제범위가 지나치게 넓고, 표현의 자유에 대한 위축효과<sup>19)</sup>를 초래하며, 형 사처벌의 적정성에 반하고,<sup>20)</sup> 국제인권기준에도 반한다’는 점이 지적된 바 있고, 학계 를 중심으로 모욕죄는 위헌이라는 주장이 여전히 강력히 제기되고 있다.<sup>21)</sup>

16) 듣도 보도 못한 잡놈.

17) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010도10130 판결.

18) 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바37 전원재판부 결정.

19) 위축효과(chilling effect)는 미국연방대법원이 수정헌법상의 표현의 자유 침해를 판단함에 있어 기준 이 되어 온 법리이다. 법률이 내재하고 있는 위법행위에 대한 억제효과(deterrent effect)와 구분되는 개념 으로서 개인이나 집단이 벌칙 부과에 대한 두려움으로 표현이나 행동을 스스로 위축시키는 것을 말한다[한 상규 (2015). ‘일베충’과 ‘듣보잡’은 처벌되어야 하는가. <언론중재>, 통권 제137호, 65면].

20) 특히 이 부분에서 “사이버 공간에서의 상당수의 악의적 표현행위는 주로 청소년들에 의하여 우발적이고 충동적으로 행해지고 있는데, 이를 모두 형벌로 규제하는 것은 청소년을 포함하여 많은 사람들을 불필요 하게 범죄자로 만들 우려가 있다”고 언급하였다.

21) 박경신·김가연 (2011). 모욕죄의 보호법의 및 법원의 현행 적용방식에 대한 헌법적 평가. <언론과 법>, 제10권 제2호, 44면 이하.

#### 다. 모욕 인정례 및 부정례

(1) 판례의 취지를 종합하면, 모욕에 해당하는지 여부는 ‘모멸적인 언사의 사용’이나 ‘경멸하는 표현’에 중점을 두면서도 반드시 ‘통상의 욕설에 해당하는 언사를 사용하는 경우’에 한정하지 않고, 전체적인 맥락에 의하여 사람의 ‘사회적 평가를 저하시킬 만한 판단의 표현’의 경우 설령 의견의 개진에 해당한다 하더라도 모욕에 해당한다고 평가하고 있음을 알 수 있다.

(2) 우선 특정인에 대한 욕설<sup>22)</sup>이나 성적 비하가 담긴 표현, 경멸적 표현을 사용한 경우, 예를 들면 “씨발 새끼”, “개 같은 년”, “돼지 같은 것” 등의 표현은 별 의문 없이 모욕에 해당한다고 할 것이고, 실제 대부분의 모욕죄 처벌사례가 이에 해당하며 인터넷 공간이라 하여 별 차이가 있는 것은 아니다.

한편 비판적 의견이 반어적 또는 풍자적으로 언급된 경우 여기에는 성질상 역설과 과장이 포함될 수밖에 없으므로 보다 폭넓게 허용되는 의견표현으로 평가되어야 할 것이다. 다만 어떠한 표현이 풍자에 해당하는지 모욕에 해당하는지는 표현의 행위자와 그 상대방의 입장이 상반될 수 있어 그 구분이 쉽지 않다.

① 교회 신도가 다수의 신도들이 이용하는 다음(DAUM)의 ‘목동제자들’이라는 카페 게시판에 목사님과 반대파 소속 신도들을 지칭하여 소설 속 등장인물의 형식을 사용하여 “쌘쥐” 내지 “3G”, “똥배, 우죄수, 나창녀(나주차), 만고기” 등으로 지칭한 사안에서, 위 표현이 목사님과 그를 지지하는 사람들의 비리 내지 허위를 풍자하기 위한 것이었다 하더라도 모욕에 해당한다고 하였고,<sup>23)</sup> ② 국회의원 선거시 후보자의 비서관이 트위터에 상대 후보자에 대하여 “아빠가 국회의원 나가라고 해서 나왔어요”, “아빠가 나오라고 해서 나왔다. 떨어지면 혼난다.” 등의 표현을 사용한 글을 게시한 사안에서는 해당 후보가 나이가 어리고 경험이 부족하여 독자적인 정치 능력을 갖추지 못하였다는 것을 다소 비꼬아 표현한 것으로 선거와 관련하여 허용되는 풍자의 한계를 벗어나지 않아 사회상규에 반하지 않는다고 하였다.<sup>24)</sup>

22) 댓글에서 전 국회의원이자 방송인인 강용석 변호사에 대하여 한 욕설들이 처벌된 판결례가 다수 있다.

23) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014도14317 판결[제1심(서울남부지방법원 2013고정2342), 항소심(서울남부지방법원 2013노1908)].

24) 대법원 2013. 10. 24. 선고 2013도6774 판결[제1심(수원지방법원 안산지원 2012고정2135)은 모욕 유죄, 항소심(수원지방법원 2013노832)은 무죄].

최근 인터넷 공간에서 자주 언급되는 ① “일베충(우익성향 온라인 커뮤니티인 일간베스트에서 활동하는 회원에 대하여 별레라는 뜻을 덧붙인 말로 쓰임)”이라는 표현,<sup>25)</sup> ② “된장녀(명품과 최신 유행에 민감한 일부 허영심 많은 여성을 비하하는 말로 쓰임)”라는 표현<sup>26)</sup>도 경멸적 감정의 표현에 해당한다고 인정되었다.

개인의 가치판단이나 의견이 담긴 표현으로서 모욕으로 인정된 경우로는 다음 사례들이 있다.

① 인터넷신문 조선닷컴 ‘통일의 꽃 9살 아들 필리핀서 익사’라는 제목의 기사 댓글에서 임수경에 대하여 “...통일에 책임지지도 못할 빨갱이...”, “인과응보, 사필귀정” 등의 표현을 사용한 사안에서 모욕죄를 인정하였고,<sup>27)</sup> ② 시사평론가 변희재가 자신의 트위터에 성남시장 이재명에 대한 비판글을 게시하면서 “매국노”라는 표현을 사용한 것에 대하여, 정치적 논쟁 또는 비판을 넘어 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현에 해당한다고 인정하였다.<sup>28)</sup>

(3) 그 밖에도 논란이 많이 된 사례로 ① 대학교 전자결재시스템 전체 공용 게시판에 게시한 글 중 특정 교수에 대해 “막무가내로 학교를 파국으로 몰고 간다”거나 “추태를 부렸다”고 표현한 부분,<sup>29)</sup> ② MBC 홈페이지 시청자 의견란에 출연자에 대해 “학교 선생님이 불법주차에 그렇게 소중한 자식을 두고 내리시다니...그렇게 소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다. 한 가지 더 견인을 우려해 아이를 두고 내리신건 아닌지...”라는 글,<sup>30)</sup> ③ 다음(Daum)의 ‘캐디세상’이라는 카페의 게시판에 골프클럽 조장을 “한심하고 불쌍한 인간”이라고 한 표현,<sup>31)</sup> ④ 태안군 인터넷 홈페이지 게시판에 태안군수에 대하여 “소문대로 역시 젊은 여자분들을 너무 좋아하십니다”라고 한 표현<sup>32)</sup> 등이 있는데 위 사례들에 서는 표현 자체로는 모욕적 언사에 해당한다고 하였으나, 다만 뒤에서 보는 바와 같이 표현행위가 사회상규에 위배되지 아니한다는 이유로 위법성이 조각되었다.

25) 서울남부지방법원 2015. 6. 25. 선고 2014고정3586 판결(확정) 등 다수.

26) 대구지방법원 경주지원 2009. 3. 17. 선고 2009고정79 판결(확정).

27) 서울중앙지방법원 2006. 6. 8. 선고 2006노799 판결(확정)[제1심(서울중앙지방법원 2006고정885 판결)].

28) 다만 이 사건은 현재 상고심(대법원 2016도11044) 계속 중이다[제1심(인천지방법원 2015고단4324), 항소심(인천지방법원 2015노4696) 모두 유죄 인정].

29) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5996 판결[1심(청주지방법원 2009고정255), 항소심(청주지방법원 2009노409)].

30) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결[제1심(춘천지방법원 강릉지원 2002고단1352), 항소심(춘천지방법원 강릉지원2003노136)].

31) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433 판결[제1심(수원지방법원 여주지원 2007고정223), 항소심(수원지방법원 2007노4403)].

32) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도6462 판결[제1심(대전지방법원 서산지원 2009고단643), 항소심(대전지방법원 2009노3200)].

(4) 한편 소셜미디어 글이나 댓글에 의한 표현은 아니지만 다음 사례를 비교하여 볼 필요가 있다.

① 조선일보가 한겨레신문에 대하여 “처첩신문”이라고 표현한 것이나<sup>33)</sup> 조선일보가 오마이뉴스를 열린우리당이 만든 “파시스트 언론집단”이라고 표현한 것은 수사적인 과장표현으로서 모멸적인 표현에 의한 인신공격에 해당한다거나 의견표명으로서의 한계를 일탈하였다고 보기 어렵다고 평가되었고,<sup>34)</sup> ② TV(MBC)뉴스 프로그램에서 특정변호사가 소송수행을 잘못하여 의뢰인에게 불리한 판결이 선고되도록 하였다는 사실에 대하여 “사람답게 살지 못한 사람”이라거나 “한심하다 못해 분통이 터진다”는 등의 표현을 사용하여 의견을 표명한 것은, 모멸적인 표현에 의한 인신공격에 해당한다고 판단되었으며,<sup>35)</sup> ③ 월간잡지 한국논단에서 전국민주노동조합총연맹을 “불법단체”, “불법, 불순세력”, 그 투쟁을 “정권타도투쟁”, “북한의 조선노동당의 이익을 위한 노동당운동”으로 표현한 부분은 위법성이 조각되거나 과장표현에 불과하여 표현의 자유 한계 내에 있는 것인 반면 그 투쟁방법을 “공산계 릴라식 빨치산 전투”라고 표현한 것은 모욕에 해당한다고 하였는바,<sup>36)</sup> 어떤 표현을 개인이 한 것인지 비판기능을 수행하는 언론이 한 것인지, 언론에 의한 것이라도 개인을 상대로 이루어진 것인지에 따라 모욕적인 언사인지 여부를 반드시 동일하게 평가하지는 않는 경향이 있음을 알 수 있다.

결국 법원은 구체적 사건에서 개인에 의한 개인에 대한 모욕적 표현은 그 해당성 자체는 매우 폭넓게 인정하고, 위법성 조각사유에 의하여 위법성을 배제시킴으로써 표현의 자유와의 조화를 도모하고 있음을 알 수 있는데, 이에 대해서는 뒤 ‘3. 다.’에서 본다.

33) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다8262 판결.

34) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다53214 판결[한편 원심(서울고등법원 2006. 7. 19. 선고 2005나102241 판결)은 명예훼손행위에 해당함을 인정하였다].

35) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2001다84480 판결.

36) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결, 위 판결에서 대법원은 ‘아무리 공적인 존재의 공적인 관심사에 관한 문제의 제기가 널리 허용되어야 한다고 하더라도 구체적 정황의 뒷받침도 없이 악의적으로 모함하는 일이 허용되지 않도록 경계해야 함은 물론 구체적 정황에 근거한 것이라 하더라도 그 표현 방법에 있어서는 상대방의 인격을 존중하는 바탕 위에서 어휘를 선택하여야 하고, 아무리 비판을 받아야 할 사항이 있다고 하더라도 모멸적인 표현으로 모욕을 가하는 일은 허용될 수 없다’고 하였다.

### 3. 위법성 판단 척도로서의 위법성 조각

#### 가. 판단기준의 차이 여부

(1) 소셜미디어 글이나 댓글에서 이루어진 의견표현과 현실 공간에서 말이나 글로써 이루어진 의견표현 사이에 그 위법성 판단에 다른 기준 내지 원리가 적용되어야 하나? 이에 대하여 이른바 ‘적극설’과 ‘소극설’로 구분하는 논의가 있는데, ‘적극설’은 인터넷 공간이 가지는 ‘쌍방향성’이라는 특성상 반박이 용이하기 때문에 공개토론의 장을 통해서 자연스럽게 해결되어야 하고 기존의 명예훼손 등에 관한 법리를 그대로 적용하는 것은 부적절하다는 견해이고, ‘소극설’은 기존의 명예훼손 등에 관한 법리를 그대로 적용하는 것이 적절하며 나아가 무한 복제 및 신속한 전파에 의하여 피해의 정도가 오히려 크기 때문에 더 엄격하게 평가되어야 한다는 견해라고 설명된다.<sup>37)</sup> 그러나 이러한 구분의 실질은 표현의 자유와 개인의 명예가치의 충돌이 발생하는 영역에서 형사적 처벌의 필요성 여부를 비롯한 통제의 강도를 논한 것일 뿐이고, 적극설 역시 별도의 기준을 제시하지는 못하고 있다.

(2) 론적으로 법률이나 민·형사 재판에서 소셜미디어 글이나 댓글의 위법성을 판단함에 있어 현실 공간에서와 다른 기준이 적용된다거나 적용되어야 한다고 볼 특별한 근거가 없다(정보통신망법에서 인터넷 공간에서의 명예훼손행위를 가중처벌한다고 하여 판단 기준을 달리하였다고 할 수는 없다). 한편 형사 사건에서 형을 정하거나 손해배상 사건에서 배상액을 정할 때, 표현 자체나 표현된 내용 외에도 그것이 표현된 장소, 표현 방식, 기타 사정 등을 종합적으로 고려함에 있어 인터넷 공간이라는 특수성이 반영될 수 있으나 이는 다른 차원의 문제이다.

판례는 인터넷 공간에서의 의견표현과 관련해서도 현실 공간에서의 그것과 마찬가지로 사실의 적시 여부에 관한 구분에서 출발하여 명예훼손의 위법성 조각 및 모욕의 위법성 조각에 관한 기준을 제시하고 있는바, 다음에서 보기로 한다.

37) 김희준 (2010). 사이버공간에서의 명예보호와 표현의 자유. <형사법과 헌법이념> 제3권. 556면.

## 나. 명예훼손과 관련된 위법성 조각사유

(1) 이 부분은 표현의 정도 문제라기보다는 위법성이 조각될 만한 사정이 존재하는지가 쟁점이 된다.

대법원은 타인에 대한 명예훼손은 사실을 적시하는 표현행위뿐만 아니라 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위에 의하여도 성립할 수 있음을 전제로, 어떤 표현이 타인의 명예를 훼손하더라도 그 표현이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이거나 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다는 원칙을 천명(대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결 참조)한 이래, ① 당해 표현으로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, ② 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, ③ 그 표현이 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 간에는 심사기준에 차이를 두어야 한다(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결)고 함으로써 위법성 평가에 있어 의견표현의 대상이 공적 인물 내지 공적 사안에 해당하는지 여부를 가장 뚜렷한 기준으로 제시하고 있다.

그에 따라, 공적 인물 내지 공적 사안에 관한 경우에는 행위자의 동기에 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 무방하고, ‘진실한 사실’ 여부는 그 내용 전체의 취지가 객관적 사실과 합치되면서 세부에 있어 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하며(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결 등), 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항의 경우 그에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하된다 하더라도 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한 공직자의 명예가 훼손되었다고 할 수 없는바(대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결), 이러한 판단기준은 소셜 미디어 글이나 댓글의 경우에도 그대로 적용된다고 보아야 한다.

(2) 이러한 법리는 다음의 사례에서 잘 드러난다.

한 블로그 운영자가 대통령(당시 이명박 전 대통령)을 비방할 목적으로 제작한 동영상의 자신이 개설한 블로그 글에 게시한 사안에서 검찰에서 정보통신망법위반(명예훼손) 혐의에 대하여 기소유예처분을 하자, 그 블로그 작성자가 헌법소원을 제기하였고, 헌법재판소는 위 기소유예처분은 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 취소한다고 결정하였다.<sup>38)</sup>

헌법재판소는 이 사건에서, ‘공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 한다’고 전제한 다음, ‘공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵고 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있으며, 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다’고 하면서, 대통령의 ‘전과’와 ‘토지소유현황’에 관한 사실은 폭넓은 비판이 허용되는 대상이라고 판단하였다.<sup>39)</sup>

(3) 공공의 이익에 관련된 사안에 해당하는 사례로는, 성형수술 불만으로 네이버 지식인 질문, 답변란에 “아.. ○○○가 가슴전문이라.. 눈이랑 턱은 그렇게 망쳐놨구나... 몰랐네..”, “내 눈은 지방제거를 잘못 했다고... 모양도 이상하다고 다른 병원에서 그러던데... 인생 망쳤음... π.π”이라는 글을 게시한 사안에서, 글의 전체적 내용상 성형수술을 받을 것을 고려하고 있는 다수의 인터넷 사용자들의 의사결정에 도움이 되는 정보 및 의견의 제공이라는 공공의 이익에 관한 것이어서 비방할 목적이 있었다고 보기 어렵다<sup>40)</sup>고 한 경우를 들 수 있다.

(4) 한편 위법성 조각 사유로서의 ‘진실이라고 믿을 만한 상당성이 있는지’ 여부와 관련하여 볼 때, 소셜미디어 글이나 댓글의 경우 그 내용이 진실인지 여부에 관하여 숙고하지 않은 채 함부로 쓰이거나 ‘퍼나르기’를 하는 경향이 있는데, 이러한 현상과

38) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2009헌마747 전원재판부 결정.

39) 아울러 위 사건에서 헌법재판소는 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위에 대해 ‘전체적으로 보아 단순히 그 표현물을 인용하거나 소개하는 것에 불과한 경우에는 명예훼손의 책임이 부정되고, 제3자의 표현물을 실질적으로 이용·지배함으로써 제3자의 표현물과 동일한 내용을 직접 적시한 것과 다름없다고 평가되는 경우에는 명예훼손의 책임이 인정되어야 하다고 함으로써 이미 널리 유포되어 있는 동영상을 단순히 ‘퍼나르기’를 통하여 게시한 행위에 대하여는 ‘비방목적’을 인정할 수 없다고 하였다.

40) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도8812 판결, 위 판결에서 정보통신망법위반(명예훼손)을 유죄로 인정한 원심(서울중앙지방법원 2008. 9. 11. 선고 2008노1719 판결)을 파기하였다.

관련하여 다음 판시는 시사하는 바가 크다. 대법원은 ‘인터넷에서 무료로 취득한 공개 정보는 누구나 손쉽게 복사·가공하여 게시·전송할 수 있는 것으로서, 그 내용의 진위가 불명확함은 물론 궁극적 출처도 특정하기 어려우므로, 특정한 사안에 관하여 관심이 있는 사람들이 접속하는 인터넷상의 가상공동체(Cyber Community)의 자료실이나 게시판 등에 게시·저장된 자료를 보고 그에 터잡아 달리 사실관계의 조사나 확인이 없이 다른 사람의 사회적 평판을 저하할 만한 사실의 적시를 하였다면, 가사 행위자가 그 내용이 진실이라 믿었다 한들, 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 보기 어렵다’고 하였다(대법원 2006. 1. 27. 선고 2003다66806 판결 등 참조).

#### 다. 모욕과 관련된 위법성 조각사유

(1) 모욕의 위법성 판단과 관련하여서는, 대법원이 어떤 글이 특히 모욕적인 표현을 포함하는 판단 또는 의견의 표현을 담고 있는 경우에도 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조에 의하여 예외적으로 위법성이 조각된다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433 판결)고 판시함으로써 사회상규 위반 여부를 위법성 판단의 기준으로 삼고 있음을 분명히 하였다.

한편 일반적으로, 형법 제20조 소정의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 할 것인바, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결 등)고 하고 있다.

(2) 소셜미디어 글이나 댓글의 의견표현 중 표현자체는 모욕에 해당하나 위법성이 조각된다고 한 앞의 사례들에서 사회상규에 위배되지 아니한 것으로 판단한 구체적인 사정들을 보면 다음과 같다.

① 엠비씨(MBC) 홈페이지 시청자 의견란에 프로그램 출연자에 대하여 모욕적 언사(“학교 선생님이....그렇게 소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다. 한 가지 더 견인을 우려해 아이를 두고 내리신건 아닌지...” 등)가 포함된 비판글을 올린 사안에서, 모욕적 언사가 글 전체에서 차지하는 비중이 크지 않고, 전체적 내용에서 벗어난 표현이 아니며, 의견 또는 판단이 방송 내용상의 사실관계를 기초로 한 것이고, 터무니없는 것이 아니므로 사회상규에 반하지 않는다고 하였고,<sup>41)</sup> ② 다음(DAUM)의 ‘캐디세상’이라는 카페 게시판에 특정 골프클럽 조장에 대한 모욕적 언사(“한심하고 불쌍한 인간” 등)가 포함된 골프클럽 비판글을 게시한 사안에서, 자신이 실제 근무했던 골프클럽에서 운영된 근무제도에 관한 비판이고, 의견이나 판단이 터무니없는 것이 아니며, 모욕적 표현이 경미하고 글에서 차지하는 비중이 크지 않고, 특정인보다는 골프클럽 자체에 대한 불만의 표출로 받아들여지는 점 등에 비추어 사회상규에 반하지 않는다고 하였으며,<sup>42)</sup> ③ 태안군 인터넷 홈페이지 게시판에 군수의 TV광고 등에 대하여 비판글을 올리면서 여자 두 명과 관광 홍보를 한 사진과 관련한 모욕적 언사(“소문대로 역시 젊은 여자분들을 너무 좋아하십니다” 등)를 사용한 사안에서 방송에 보도된 광고에 기초하였고, 의견이 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과하여 사회상규에 위배되지 않는다고 하였다.<sup>43)</sup>

한편 한 목사가 기독교 대한감리회 본부 홈페이지의 ‘소식과-나눔 자유게시판’에 전도사와의 간통으로 기소된 다른 목사와 그 지지자인 비대위 장로들에 대하여 “...거짓과 악한 음모로 가득 채우며 하나님을 진실을 농락한”, “거짓과 위선으로 돌돌 뭉쳐진 뽀뽀이와 그를 비호하는 비대위 당신들이”, “...뽀뽀이의 주구 노릇을...”, “뽀뽀이와 그 추종세력과...그 거짓된 악한 무리들과” 등의 표현이 포함된 비판글을 게시한 사안에서는, 기독교 내부에서 발생한 문제이므로 그에 관한 논란도 서로 상대방을 존중하면서 이성적으로 품위 있게 진행되어야 하는데, 피해자들의 신앙을 직설적으로 심히 비하하는 표현을 계속 사용한 것은 모욕에 해당하고 위법성이 조각되지 않는다고 하였다.<sup>44)</sup>

41) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결[상고기각, 제1심(춘천지방법원 강릉지원 2002고단1352) 무죄, 항소심(춘천지방법원 강릉지원2003노136) 항소기각].

42) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433 판결[상고기각, 제1심(수원지방법원 여주지원 2007고정223) 유죄, 항소심(수원지방법원 2007노4403) 제1심 파기 무죄].

43) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도6462 판결[상고기각, 제1심(대전지방법원 서산지원 2009고단643) 유죄, 항소심(대전지방법원 2009노3200) 무죄].

44) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도1453 판결[제1심(서울중앙지방법원 2004고정528)은 모욕의 유죄를 인정하였는데, 항소심(서울중앙지방법원 2004노3573)은 교회 내 공적 관심사안으로 악의적이거나 상당성을 잃은 공격이 아니어서 사회상규에 위배되지 아니하여 무죄라고 판단하였고, 대법원은 다시 이를 파기하였다].

(3) 이러한 사례들에서 모욕적 표현이 담긴 소셜미디어 글이나 댓글이 ‘사회상규’에 위배되는지 여부, 즉 모욕적인 언사가 담긴 의견표현이라도 허용되는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하는 일응의 기준을 찾아보면 다음과 같다.

첫째, 부정적 가치판단에 사실적 근거가 있는지 여부이다. 충분한 기본적 사실관계가 전제되어 있으면 그것에 대한 가치판단이 반드시 합리적이지 않다 하더라도 의견표현으로서 존중된다. 둘째, 모욕적 표현의 정도를 감안하되 글의 전체적인 맥락을 고려하여 판단 내지 의견이 터무니없는 것이 아니라면 비평의 범위 내에 있는 것으로 평가될 수 있다. 셋째, 모욕적 표현이 전체 글에서 차지하는 비중을 고려하여야 한다. 모욕적 표현이 차지하는 비중이 크지 않다면 의견표현으로서 보다 존중되어야 한다. 넷째, 모욕적 표현이 담긴 글을 쓰게 된 동기와 경위가 어떠한지 고려하고, 특히 공인이나 공적 사안에 관련된 것일 경우 의견표현으로 더욱 존중되어야 한다. 나아가 이러한 요소들은 종합적으로 고려되어야 한다는 것이 그것이다.

### III. 인터넷 공간에서의 피해자 특정 문제

#### 1. 인터넷 공간의 익명성

일반적으로 명예가치의 침해와 관련하여 피해자는 특정되어 있어야 하지만 그 특정을 위하여 반드시 사람의 성명을 명시하여야만 하는 것은 아니고, 성명을 명시하지 않은 경우라도 그 표현의 내용을 주위사정과 종합하여 볼 때, 그 표시가 누구를 지목하는가를 알아차릴 수 있을 정도라면 피해자가 특정되었다고 볼 수 있다(대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다68306 판결).

한편 인터넷 공간은 ‘익명성’을 그 특징으로 한다. 이러한 익명성은 위법한 의견표현의 행위자뿐만 아니라 그로 인하여 명예가치를 훼손당하는 피해자에게도 나타난다. 별명이나 ID로만 표시된 소셜미디어 글이나 댓글의 작성자가 다른 댓글 등의 위법한 표현에 의하여 피해를 입는 경우가 그러하다. 인터넷 ID는 인터넷 공간 밖에서 사용되는

성명과 마찬가지로 인터넷 공간 안에서 그 ID를 사용하는 사람을 특정하는 기능을 한다. 따라서 인터넷 공간에서 별명, ID 등에 의하여 명예가치 보호의 주체로서의 인격이 특정되었다고 할 수 있는지가 문제된다.

## 2. 피해자 특정의 필요

(1) 이러한 문제가 쟁점이 된 헌법소원 사례를 보면, 청구인이 네이버의 뉴스 기사에 관한 네티즌 의견 게시판에 자신의 ID를 이용하여 ‘개인적으로는 무죄찬성입니다.’라는 제목으로 의견을 게시하였는데 이에 대하여 성명불상의 피고소인들이 청구인의 ID를 지칭하며 ‘내가 당신 부모를 강간한 다음 주○진인 척하면 무죄 판결 받아야 한다는 뜻 같습니다.’는 등의 모욕적인 감정표현을 담은 댓글을 달자 이들을 명예훼손죄 및 모욕죄로 고소하였고, 이에 대하여 무혐의처분이 내려지자 헌법소원을 제기하였는데, 헌법재판소는 이를 기각하였다.<sup>45)</sup>

헌법재판소는 인터넷 댓글에 의하여 모욕을 당한 피해자의 인터넷 ID만을 알 수 있을 뿐 그 밖의 주위사정을 종합해보더라도 그와 같은 인터넷 ID를 가진 사람이 청구인이라고 알아차릴 수 없는 경우에 있어서는 외부적 명예를 보호법익으로 하는 명예훼손죄 또는 모욕죄의 피해자가 청구인으로 특정된 경우로 볼 수 없으므로, 명예훼손죄 또는 모욕죄가 성립하지 않는다고 판시하였다. 한편 위 결정에서 재판관 조대현은 반대 의견을 통하여 피해자는 ‘그 ID를 고유명칭으로 사용하는 청구인으로 특정된다’고 보았고, 아울러 피해자 불특정을 이유로 한 불기소처분은 인터넷 댓글의 난폭성과 그 피해의 심각성을 외면한 것이라고 평가하였다.

(2) 인터넷 공간에서 많은 활동을 하는 사람일수록 그 공간의 중요성이 현실 세계와 다르지 않고, 심지어 현실 세계보다 더 중요할 수 있기 때문에 인터넷 공간에의 명예가치 침해는 더욱 심각한 피해로 느껴질 수 있다. 하지만 인터넷 공간에서 별명 또는 ID에 의해서만 특정된 사람 역시 가상공간에 존재하는 사람으로서 무조건 법적 보호의 대상인 인격과 동일시할 수는 없다고 할 것이다. 오히려 인터넷 공간에서의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 결과가 될 수 있다.

실제 재판에서도 피해자 특정 여부가 종종 문제되는데, 네이버 카페 ‘싱글즈 라이프’에

45) 헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2007헌마461 전원재판부 결정.

서 ‘키리히’라는 닉네임으로 활동하는 사람이 ‘한량’이라는 닉네임으로 활동하는 피해자를 비판하는 댓글을 게시하여 정보통신망법위반( 명예훼손)으로 기소된 사안에서, 피해자가 특정되지 않았다는 이유로 명예훼손죄에 대하여 무죄가 선고된 사안<sup>46)</sup>을 그 사례로 들 수 있다.

## IV. 인터넷 공간에서의 의견표현에 대한 통제 개관

소셜미디어 글이나 댓글에 의한 의견표현에 대한 통제는 위와 같은 글을 쓰는 작성자에 대한 통제와 인터넷 서비스 제공자(Internet Service Provider, 이하 ‘ISP’라 한다)에 대한 통제로 구분할 수 있고, 통제가 이루어지는 시점을 기준으로 사전적 통제와 사후적 통제로 구분할 수 있다. 사전적 통제와 관련해서는 소셜미디어 글이나 댓글의 유해성 여부가 문제될 때마다 인터넷 실명제가 논의되었고, 법률에서는 주로 게시판이나 대화방 등을 사용한 인터넷 댓글 쪽으로 규제가 집중되어, 2004년도의 공직선거법 개정 규정<sup>47)</sup> 및 2007년도의 정보통신망법 개정 규정<sup>48)</sup>으로 제도화되었는바, 이는 별도로 하고 이하에서는 사후적 통제에 대하여만 간단히 보기로 한다.

### 1. ISP의 임시조치 및 방송통신위원회의 통제

(1) 인터넷 공간에서 개인의 명예침해가 심해짐에 따라 ISP에 의한 임시조치 제도가 정보통신망법에 도입되었고,<sup>49)</sup> 이는 미국의 DMCA(Digital Millennium Copyright Act)상의 ‘Notice and Takedown’제도에서 유래되었다.<sup>50)</sup> 이에 따라 소셜미디어 글이나 댓글의 위법한 의견표현에 의하여 피해를 입은 개인은 해당 게시물을 호스팅하는 ISP에게 삭제 차단 등 임시조치를 구할 수 있다. ISP는 1차적으로 피해자의 요청을 받아 삭제,

46) 의정부지방법원 2015. 6. 5. 선고 2014노2636 판결(확정)[제1심(의정부지방법원 2014고정1619)].

47) 공직선거법 제82조의6(인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인).

48) 정보통신망법 제44조의5(게시판 이용자의 본인 확인), 2007. 1. 26. 법률 제8289호에 의하여 신설되었다가, ‘정보통신서비스 제공자로서 제공하는 정보통신서비스의 유형별 일일 평균 이용자 수가 10만 명 이상이면 대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자’에 대한 본인확인조치의무 관련 조항은 2012. 8. 23. 헌법재판소의 위헌 결정에 따라 2014. 5. 28. 개정 법률 제12681호에 의하여 삭제되었다.

49) 정보통신망법 2001. 1. 16. 개정 법률 제6360호에 의하여 정보의 삭제요청에 관한 근거규정이 도입된 이후 동법 2007. 1. 26. 개정 법률 제8289호에 의하여 임시조치에 관한 규정이 신설되었다.

50) 송백현 (2010). 정보통신망법상 정보에 대한 임시조치 및 행정규제에 관한 연구. <정보법학>, 제16권 제1호, 25면 이하.

블라인드 처리 등 임시조치 여부를 결정하고 여기서 구제가 거부된 경우 방송통신위원회 산하 방송통신심의위원회(이하 ‘방심위’라고 한다)에 분쟁조정을 신청할 수 있고,<sup>51)</sup> 방심위는 조정 전 합의가 이루어지지 않으면 다시 방심위 산하 명예훼손분쟁조정부에 회부하여 그에 관한 조정절차가 진행되며, 한편 방심위 산하 통신심의소위원회는 통신심의절차에 따라 ISP에게 삭제 등 시정요구를 할 수 있고, 방심위 또는 방송통신위원회는 ISP가 이에 따르지 않을 경우 불법정보 취급의 거부, 정지 또는 제한을 명할 수 있다.<sup>52)</sup>

(2) 이러한 임시조치나 방심위의 통제 절차는 보다 신속한 불법 정보의 차단 효과를 가져오지만 그 과정에서 소셜미디어 글이나 댓글 작성자의 참여가 보장되지 않기 때문에, 그 작성자의 표현의 자유가 심각하게 침해될 우려가 있다.<sup>53)</sup> 같은 견지에서 ISP에 의한 임시조치는 위헌이므로 폐지되어야 하고 그렇지 않더라도 작성자의 삭제정보 복원이나 접근차단해제신청 보장규정에 의하여 보완되어야 한다는 주장도 제기되고 있다.<sup>54)</sup>

## 2. 작성자 개인에 대한 사법적 통제

(1) 소셜미디어 글이나 댓글 작성자는 위법한 표현행위에 따른 형사상, 민사상 책임을 부담한다. 우선 형사 책임에 관하여 보면, 우리 법률이 명예훼손행위뿐만 아니라 모욕행위까지 처벌하고 있기 때문에 사법 절차 중 형사고소는 인터넷 공간에서의 위법 표현에 의하여 명예를 훼손당한 사람이 가장 손쉽게 대응할 수 있는 수단이 되고 있고, 이에 따라 모욕죄의 고소 건수가 급증하는 경향을 보이고 있다.<sup>55)</sup> 한편 위법한 표

51) 정보통신망법 제44조의10, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(이하 ‘방송통신위원회법’이라 한다) 제21조.

52) 정보통신망법 제44조의 7, 방송통신위원회법 제15조.

53) 한편, 방송통신위원회법 제21조의4의 위헌성이 문제된바 있다, 즉 다음(DAUM)에 개설된 블로그에 국내산 시멘트에 대하여 “발암 시멘트” 라는 표현을 사용하여 그 유독성에 관한 글을 게재하였다가 이에 대하여 한국양회공업협회 등으로부터 이의가 제기된 심의신청 사건에서, 방심위가 다음에 해당 정보의 삭제를 요구하였는데, 이에 블로그 운영자가 방심위에 이의신청을 제기하였고, 방심위가 이의신청을 기각하자, 방심위를 상대로 서울행정법원 2009구합35924호로 이 사건 시정요구의 취소를 구하는 소를 제기하였으며, 서울행정법원은 2010. 2. 11. 시정요구처분취소 판결을 선고하였다. 이에 방심위가 항소하여 항소심 계속 중에 위헌법률심판제청을 계기로 서울고등법원이 그 중 방송통신위원회법 제21조 제4호에 대하여 위헌법률심판제청을 하였는데, 헌법재판소는 위 법률 규정이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다(헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 전원재판부 결정).

54) 앞의 송백현 (2010), 42면 이하.

55) 신동화 (2016. 8. 3.). 모욕죄 고발 10년간 15배 증가. <내일신문>. URL: [http://www.naeil.com/news\\_view/?id\\_art=205559](http://www.naeil.com/news_view/?id_art=205559)

현의 피해자는 민사소송에 의하여 손해배상을 청구할 수 있을뿐만 아니라 민법 제764조에 따라 명예회복에 필요한 삭제 등 어떠한 조치도 청구할 수 있다. 그러나 그 소송 절차에 적지 않은 시간이 소요되어 시의성이 떨어지기 때문에 통상 삭제 등 청구보다는 정신적 손해에 대하여 금전적인 배상을 청구하는 소송이 주가 되고 있다.

소셜미디어 글이나 댓글 등 작성자 개인을 상대로 민사소송을 하기 위해서는 작성자의 인적사항을 알아야 하는데 그 작성자가 별명이나 ID에 의하여 활동할 경우 개인이 이를 알기는 매우 어렵다. 따라서 민사소송을 제기하기 위한 전단계로 피해자는 방심위의 명예훼손분쟁조정부에 ISP가 보유하고 있는 해당 이용자(글 작성자)의 정보제공을 청구할 수도 있고<sup>56)</sup> 형사고소를 하는 경우도 있다. 명예훼손 또는 모욕으로 형사고소가 될 경우 수사기관은 법원으로부터 ISP가 보관하고 있는 가입자 인적사항에 대한 압수수색 영장을 발부받아 피의자를 특정한다. 그 결과 당해 사건이 나중에 위법성이 조각되어 무죄로 판단되는 한이 있더라도 소셜미디어 글이나 댓글상의 익명성은 더 이상 보장되지 않게 된다.<sup>57)</sup>

(2) 앞서 본 ISP나 방심위 등에 의한 통제와 비교하여 소셜미디어 글이나 댓글 작성자 개인을 상대로 한 형사소송, 민사소송은 종국적이고도 가장 강력한 통제가 될 수 있으면서도 해당 절차 내에서 작성자의 방어권이 보장될 수 있다.

그러나 그 절차에 많은 시간과 노력이 소요되는 한계가 있고, 최근에는 법률전문가에 의하여 다수의 작성자를 형사고소하고 형사절차에서 합의를 하거나 연이어 소액재판절차로 손해배상 청구소송을 제기하는 기획고소 및 기획소송이라는 현상까지 생겨나고 있다. 특히 형사처벌에 의한 전과자가 양산되는 부작용이 생겨나고 있음에 비추어 그와 같은 방식의 통제가 바람직한지는 다소 의문이다. 일응 형사처벌 방식에 의하는 것보다 민사적으로 명예가치의 침해에 따른 손해를 배상받는 것이 바람직하다고 할 것이지만 자력(資力)도 알 수 없는 댓글 등의 작성자 개인에 대한 민사소송도 분명히 한계가 있음을 부인할 수 없다.

---

56) 정보통신망법 제44조의6.

57) 다만 페이스북이나 트위터와 같이 그 서버가 외국에 있는 경우에는 여전히 사실상의 한계가 있다.

### 3. ISP에 대한 사법적 통제

(1) 앞서 본 방침위에 의한 행정규제뿐만 아니라 ISP에 대한 사법적 통제에 관한 논의는 ISP의 성격을 어떻게 보는지로부터 출발한다.

ISP를 전송망 보유자로서의 배급자와 유사하게 보는 미국의 경우에는 ISP가 저자나 최초 출판자로 게시한 표현물로 볼 수 없는 이상 ISP에 대한 책임을 묻지 않는 방향으로 수렴되어 왔다.<sup>58)</sup>

대법원은 당초 피해자의 실질적인 삭제요구가 있을 때까지는 ISP의 적극적인 작위의무를 부정하는 입장이었으나,<sup>59)</sup> 2009년도에 ISP를 출판자(Publisher)와 유사하게 보는<sup>60)</sup> 획기적인 판결을 하였는바, 싸이월드닷컴에 게재된 피해자의 신상에 관한 글이 퍼나르기에 의하여 무차별적으로 전파되고 이를 기초로 작성된 기사가 네이버, 다음, 야후코리아와 같은 우리나라 대표적인 포털서비스 업체의 포털사이트를 통하여 다시 게재되었으며 그 과정에서 수많은 모욕적인 댓글이 달리자 피해자가 삭제 요구를 하였는데, 포털서비스 업체들이 이를 거부하다가 10일 정도 지나 게시물에 대한 차단조치를 취한 사안에서, 포털서비스 업체에 대하여 손해배상책임을 인정한 판결(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결)이 그것이다.

위 사건에서 대법원은 인터넷 게시공간에 게시된 명예훼손적 게시물의 불법성이 명백하고, 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물 삭제 등의 처리를 위하여 필요한 상당한 기간이 지나도록 그 처리를 하지 아니함으로써 타인에게 손해가 발생한 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임

58) 이러한 경향을 보이는 미국 법원의 판례에 관하여는 설민수 (2009). 익명으로 이루어진 인터넷상 글쓰기에 대한 규제와 그 문제점. <사법논집>, 제48집, 259면 이하 참조.

59) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결, 청도군 홈페이지 방명록에 당시 지방선거에 출마하려는 사람에 대하여 금품수수와 성추행 의혹을 제기하는 글이 게재되었고, 이를 해명하는 글이 게재되었는데도 별다른 조치를 취하지 않다가 삭제요청을 받고 삭제한 사안에서 청도군의 손해배상책임을 인정하지 않았다.

60) 한편 이러한 경향은 정보통신망법 제44조 제2항, 제44조의2, 제44조의3 규정에서도 나타난다.

이 성립한다고 하였다.<sup>61)62)</sup>

(2) 한편 소셜미디어 글이나 댓글에 의한 피해는 일회성에 그치지 않고 계속되는 경향이 있는데, 가처분 신청사건으로 효과적으로 대응한 사례가 있다.

인터넷 커뮤니티 사이트 일간베스트에서 특정인에 대하여 수없이 많은 모욕적인 댓글<sup>63)</sup>이 게시되자 그 사람이 사이트 운영자인 유비에이치를 상대로 명예훼손및허위사실게재및모욕게시물방치금지가처분 신청으로써 명예훼손 및 모욕 게시글이 올라왔을 경우 삭제 또는 블라인드 처리 및 1분 이상 노출방치 금지 등을 청구한 데 대하여, ‘신청인이 게시글 또는 댓글의 삭제를 요청하는 경우 그 요청에 응하라’는 취지의 결정과 아울러 간접강제 결정이 내려진 예<sup>64)</sup>가 그것인데, 본안소송이 아닌 보다 신속하고 간이한 신청절차에 의하여 장래의 위법표현물에 대하여도 삭제, 차단 효과를 얻었음을 알 수 있다.

---

61) 다만 별개의견은 ISP의 명예훼손 게시물에 대한 삭제의무는 특별한 사정이 없는 한 사업자가 피해자로부터 명예훼손의 내용이 담긴 게시물을 ‘구체적·개별적으로 특정’하여 ‘삭제하여 달라는 요구’를 받았고, 나아가 그 게시물에 명예훼손의 불법성이 ‘현존’하는 것을 ‘명백’히 인식하였으며, 그러한 삭제 등의 조치를 하는 것이 ‘기술적·경제적으로 가능’한 경우로 제한하여야 한다는 입장을 취하였다.

62) 위 대법원 판결에 대하여는 논란이 없지 않았으나 2015. 6. 16. 유럽인권재판소에서 내려진 판결[CASE OF DELFI AS v. ESTONIA(Application no. 64569/09)]도 ISP의 책임과 관련하여 대법원의 견해와 거의 일치하는 입장을 취하였는바, 이를 소개하면 다음과 같다[박용상 (2015). 위법한 기사댓글에 대한 뉴스 포털의 책임 - Delfi 판결 평석. <언론중재>, 통권 제137호, 98면 이하].

에스토니아에 등록된 주식회사 소유 포털인 델피는 “SLK 페리운송회사가 계획된 빙도를 파괴하였다”는 제하의 기사를 게재하였는데, 게재 후 이틀간 그 기사에 달린 185개의 댓글 중 20개에 SLK 페리회사의 이사이며 과점주인 피해자에 대한 개인적인 위협과 공격적 언어가 포함되어 있었다. 피해자는 델피 소유회사를 상대로 댓글 삭제와 손해배상 소송을 제기하였고(그 후 델피가 댓글은 자진 삭제하였다), 에스토니아 법원은 최종적으로 댓글에 대하여도 델피의 발행인 지위를 인정하여 델피의 조치가 불충분하다고 판단하여 손해배상책임을 인정하였다. 이에 대하여 델피가 유럽인권재판소에 에스토니아 정부를 상대로 에스토니아 법원 판결이 유럽인권협약상의 표현의 자유를 침해하였다고 주장하면서 청원을 제기하였고, 유럽인권재판소 대재판부는 포털 운영자인 델피에 대하여 기사에 포함된 댓글에 대하여도 발행인으로서의 주의의무와 책임을 인정하고, 기사 자체에는 아무 위법성이 없다 하더라도 그에 대한 댓글이 위법할 경우에 대한 책임을 인정하면서, 포털사업자가 자동화된 검색어 기준 필터링 시스템이나 신고에 의한 즉시 삭제 시스템을 취한 것만으로 충분치 않고, 댓글의 위법성에 대한 현실적 인식이 없는 경우에도 제반 사정에 의해 알았어야 할 경우에는 책임을 면하지 못한다고 하였다.

63) 피해자의 형사고소에 의하여 수많은 개별 댓글 작성자(그들은 실제로 피해자와 아무런 관계가 없는 사람들이다)가 모욕죄로 기소되기도 하였다.

64) 서울중앙지방법원 2013. 10. 16.자 2013카합 결정.

이와 관련하여는 이봉민 (2014). 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 구체적 방법 및 주문에 관한 고찰. <민사집행법연구>, 제10권, 532면 이하도 참조.

## V. 결론

현재 위법한 소셜미디어 글이나 댓글에 의하여 개인의 명예가치가 훼손되는 피해가 매우 심각하므로 이를 통제하고 침해된 권리를 구제할 필요성이 있다는 점에 대하여는 이론의 여지가 없다. 다만 인터넷 공간의 특수성을 고려할 때 효과적인 규제와 표현의 자유와의 조화점을 찾는 것은 매우 어렵다. 개인의 의견표현 행위인 경우 그것이 댓글 한 줄에 불과한 경우에도 표현의 자유와 명예가치의 충돌이 생길 수 있다.

우리 형법이 인터넷 공간, 현실 공간을 불문하고 개인의 의견표현과 관련하여 명예훼손죄 외에 모욕죄를 처벌하고 있는바, 명예훼손죄나 모욕죄에 의하여 보호되는 법익이 외부적 명예임에도 불구하고 명예감정이라는 것은 사실상 매우 주관적이기 때문에 표현의 위법성을 판단함에 있어서는 위법성 조각의 법리에 의하여 그 한계를 설정함이 일반적이다. 나아가 인터넷 공간이라 하여 현실 공간에서와 다른 어떤 원리가 적용된다고 볼 수는 없으며, 다만 위 법리를 적용함에 있어 인터넷 공간의 특수성이 반영될 수는 있을 것이다.

사례에서 볼 때, 명예훼손과 관련해서는 무엇보다도 공적 인물 또는 공적 사안에 대하여 표현의 자유를 더욱 보장하는 경향이 뚜렷하다.

모욕과 관련해서는 피해자의 주관적 감정의 훼손을 중시하여 ‘모욕’ 해당 여부는 매우 폭넓게 인정하고, 다만 여러 사정을 종합하여 사회상규 위배 여부에 따라 위법성을 조각시키고 허용 범위 내의 표현으로 인정함으로써 표현의 자유 보호와 조화를 꾀하고 있음을 알 수 있다. 이처럼 모욕은 그 개념 및 위법성 조각의 기준이 다소 불명확하고, 자의적인 해석이 이루어질 경우 표현의 자유 침해가능성이 적지 않음에도 불구하고 헌법재판소에서 위헌이 아니라고 판단하였고, 수사기관에서는 악성 댓글에 대해 더욱 강력한 통제의지를 밝히고 있는바, 이는 그만큼 인터넷 공간에서의 위법한 표현행위에 의한 피해가 심각하다는 것을 반증한다.

결국 구체적 사안에서 위법성을 판단함에 있어 인터넷 공간의 특수성을 어느 정도 반영할 것인지의 문제는 표현의 자유를 우선시할지, 명예가치의 보호를 우선시할지의 문제의 또 다른 측면이라고 할 수 있고, 위법한 표현에 의한 개인의 명예가치 침해가

점점 커지는 현실을 고려하지 않을 수 없다고 할 것이다.

한편 인터넷 공간에서의 위법한 의견표현을 통제함에 있어 그 기준을 명확히 함으로써 자의적인 판단으로부터 표현의 자유를 보장하는 것도 의미가 있지만, 위법한 표현에 대하여 현실적으로 어떻게 효과적으로, 표현의 자유와의 조화를 도모하면서 통제를 하여야 하는지도 중요하다. 소셜미디어 글이나 댓글 작성자에 대한 형사적, 민사적 소송에 의한 통제는 근본적이기는 하나 앞서 보았듯이 많은 한계를 내포하고 있다. 인터넷 공간의 특수성을 고려할 때 ISP에 대한 통제가 보다 효율적인 것처럼 보이지만 그 이면에서 소셜미디어 글이나 댓글 작성자의 목소리가 반영되지 않아 상대적으로 표현의 자유가 침해되는 결과가 초래될 수 있다. 그럼에도 불구하고 제도적으로 소셜미디어 글이나 댓글 작성자의 절차 참여가 보장되어 그 정당성이 확보된다는 전제가 충족된다면 ISP를 통하여 위법한 표현에 대한 차단, 삭제 등의 조치를 신속하게 할 수 있는 절차가 보다 효과적이고 이를 통하여 소셜미디어 글이나 댓글 작성자에 대한 형사 처벌도 줄어들 것이라고 생각한다.<sup>65)</sup>

---

65) 이러한 측면에서 언론의 기사 등에 달린 위법한 댓글에 대하여 언론사를 상대로 일괄하여 삭제 등을 청구할 수 있도록 하는 규정을 언론중재법에 추가하고자 하는 언론중재위원회의 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’ 개정 노력이 결실을 맺기를 기대한다.

## 참고 문헌

- 김보라미 (2009) 네트워크화된 공론장인 인터넷의 특성에 따른 명예훼손성립에 관한 검토. <Law & Technology>, 제5권 제4, 서울대학교 기술과 법 센터.
- 김희준 (2010). 사이버공간에서의 명예보호와 표현의 자유. <형사법과 헌법이념> 제3권, 서울: 박영사.
- 박경신·김가연 (2011). 모욕죄의 보호범의 및 법원의 현행 적용방식에 대한 헌법적 평가. <언론과 법>, 제10권 제2호, 한국언론법학회.
- 박용상 (2015). 위법한 기사댓글에 대한 뉴스포털의 책임 - Delfi 판결 평석. <언론중재>, 통권 제137호, 언론중재위원회.
- 설민수 (2009). 익명으로 이루어진 인터넷상 글쓰기에 대한 규제와 그 문제점. <사법논집>, 제48집, 법원도서관.
- 송백현 (2012). 정보통신망법상 정보에 대한 임시조치 및 행정규제에 관한 연구. <정보법학>, 제16권 제1호, 한국정보법학회.
- 이봉민 (2014). 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 구체적 방법 및 주문에 관한 고찰. <민사집행법연구>, 제10권, 한국민사집행법학회.
- 이종광 (2010). 헌법상 표현의 자유와 사이버상의 모욕행위에 대한 규제. <우리법연구회 논문집>, 6집.
- 한상규 (2015). '일베충'과 '듣보잡'은 처벌되어야 하는가. <언론중재>, 통권 제137호, 언론중재위원회.



[세션2] 토론 1

# 지정토론문

김현귀

헌법재판연구원 책임연구원



# 지 정 토 론 문

김 현 귀

헌법재판연구원 책임연구원

우선 명예훼손과 모욕적인 표현에 관한 판례를 일목요연하게 정리해 주신 발제자의 노고에 감사드립니다. 많은 공부가 되었습니다. 토론자는 이 발표문에 대해 다음 네 가지 사안에 대해 논의해 보고자 합니다.

## 1. 사실 적시와 의견표현의 구별에 관하여

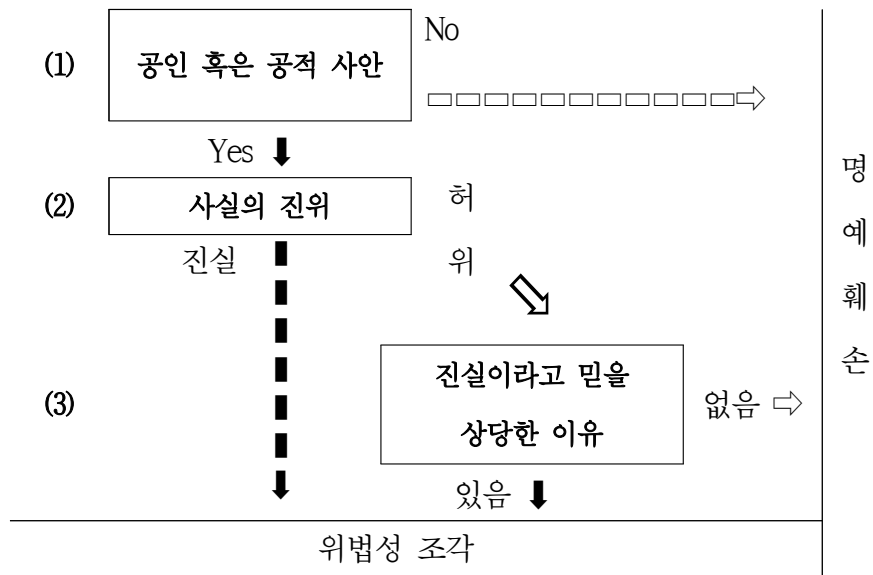
사실과 의견은 잘 구별되지 않습니다. 그렇지만 이를 구별하고 사실 표현에 대해서 표현자에게 더 많은 주의를 요구하는 것이 그 자체로 표현의 자유를 침해한다고 할 수는 없습니다. 명예훼손과 모욕은 모두 피해자의 인격권과 표현의 자유 사이의 갈등관계를 전제로 합니다. 여기서 명예훼손은 사실을 적시하여 명예 등 사람의 인격권을 침해한다는 점에서 모욕과 구별되고 책임도 무겁게 지워져 있습니다. 사실적시로 인하여 발생하는 인격권의 침해나 평판의 저하는 근거 없는 비방이나 모욕적인 의견표명으로 발생하는 침해보다 더 큰 것으로 평가될 수 있기 때문입니다.

그러나 사실과 의견이 잘 구별되지 않다는 점 때문에 사실적시에 대한 엄격한 제한은 의견표명의 자유도 위축시킬 수 있습니다. 그래서 인격권과 표현의 자유의 규범조화를 실현하는 과정에서 표현의 자유는 더 특별히 배려를 받아야 할 필요가 있습니다. 이를테면, 사실의 적시는 그것이 진실인지 아니면 허위인지에 따라서 그 가치를 매우 다르게 평가받을 수 있습니다. 사실의 적시가 진실이라면, 그에 기초한 의견의 표명은 자유로운 의사표현으로서 헌법적인 보호를 받아야 할 것입니다. 그런데 허위사실에 기초한 것이라면, 그에 기초한 의견은 무책임하고 상당히 가치가 떨어지는 발언이 될 것

입니다. 그러나 이렇게 보호받을 가치가 떨어지는 표현이라고 하더라도 무조건 인격권 보호를 우선시한다면, 표현의 자유는 위축됩니다. 사실의 진위를 확인하고 철저히 자기검열을 하지 않고서는 사람들이 처벌의 위협을 피할 수 없기 때문입니다. 그래서 표현자에게 인격권 침해나 명예훼손의 고의가 있거나 최소한의 주의도 기울이지 않아서 그런 것이 아닌 한, 인격권 보다는 표현의 자유를 우선시합니다.

## 2. 명예훼손의 위법성 조각사유에 관하여

명예훼손에 관한 위법성 조각사유의 구조는 발제자가 정리하신 대법원 판례들을 통하여 다음의 그림과 같이 정리해 볼 수 있겠습니다.



여기서 주의해서 볼 곳이 두 군데입니다. 첫째는 공인이나 공적 사안에 관한 사실의 적시가 아니라면, 그 사실이 진실인지에 관계없이 명예훼손 책임이 발생합니다. 적시된 사실이 완전히 사적인 사안인 경우에는 사생활침해가 성립되어 사실의 진위여부에 관계없이 인격권을 침해한다고 할 수 있습니다. 그러나 그렇지 않은 경우라면 문제가 됩니다. 가령 사생활침해는 아니면서, 그렇다고 공인에 관한 혹은 공적 사안이라고 보기도 힘든 사실의 적시가 명예를 훼손하는 경우에는 사실의 진위여부에 관계없이 표현

의 자유보다는 인격권이 우선하게 됩니다. 허위가 아닌 진실된 사실의 적시가 명예훼손으로 처벌될 수도 있게 됩니다. 이 지점은 지금의 명예훼손죄 처벌규정이 헌법상 표현의 자유를 침해한다는 논쟁이 발생하는 지점입니다. 판례를 통하여 공적 사안을 넓게 해석한다면, 어느 정도 보완될 수도 있겠지만, 처벌 가능성으로 인한 위축효과는 표현의 자유 보호에 있어서 무시할 수 없습니다.

둘째는 공적 사안에 대한 표현이 허위의 사실에 기초한 경우입니다. 허위의 사실을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있었는지, 반대로 말하면 명예훼손의 고의가 있거나 중대한 과실이 있었는지에 따라서 위법성이 조각될 수도 있고, 명예훼손책임을 저야 할 수도 있습니다. 사실의 진위에 관계없이 이런 상당성에 대해 평가한다는 것은 표현의 자유에 대한 특별한 배려라고 할 수 있습니다. 이런 배려는 판례를 통해 형성된 것입니다. 미국의 경우 1964년 뉴욕 타임즈 대 설리반 사건에서 확립된 이와 같은 배려를 우리도 대법원 판결을 통하여 수용한 것으로 보입니다.<sup>1)</sup> 판례를 통하여 확립된 이와 같은 법리는 그러나 사안에 따라서 달리 평가될 여지를 남겨두고 있습니다. 우리의 경우 이와 같은 판단은 실제로 이에 대한 판단이 형사사건에서 이루어지는지 혹은 민사사건에서 이루어지는지, 언론사의 보도에 의한 명예훼손인지 아니면 단순히 사적인 의사소통에 의한 것인지 등에 따라서 달리 판단되는 경향이 있다는 지적도 있습니다. 이렇게 개별 사안에 따라 어떻게 판단될지 모른다면 사람들은 공적 사안에 대해 말할 때 어느 정도 처벌의 위험성을 가지고 말을 해야 합니다. 이점은 표현의 자유 보장이 라는 관점에서 매우 중요한 지점이 아닐 수 없습니다.

명예훼손에 대한 위법성 조각 체계에서 짚어본 위 두 지점은 모두 표현의 자유에 대한 위축효과와 관련되어 있습니다. 그리고 이에 대하여 판단하는 법원은 헌법상 표현의 자유와 인격권 보호 사이의 규범조화를 실천하는 현장이기도 합니다. 지금까지 법원의 판결과 위와 같은 지적에 대해 발표자는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

---

1) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결 및 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결.

### 3. 모욕죄 처벌에 관하여

한편 사실의 적시와 관련이 없는 모욕죄의 처벌에 관하여 헌법재판소 결정이 있었기에 대해 논란이 있다는 사실은 발표문에서 확인할 수 있습니다. 의사표현의 자유와 인격권 보호의 규범조화라는 관점에서 모욕적인 표현을 형법적으로 처벌하는 것이 꼭 헌법에 위반된다고 볼 수는 없습니다. 더구나 ‘사회상규’라는 상당히 폭넓은 위법성 조각사유를 인정하는 것은 법 실무를 통하여 표현의 자유와 인격권 보호가 실체적 조화를 이루어 나갈 수 있는 여지를 만들어 준다고 생각합니다.

비교법적으로 볼 때, 모욕에 관한 법적 다툼은 통상 사적인 다툼입니다. 이를 형법으로 처벌하더라도 ‘사소’로써 다루게 하는 것이 일반적이라고 할 수 있습니다. 그러나 그렇다고 모욕죄를 형사범죄로 처벌하는 것이 헌법적으로 금지되는 것은 아닙니다. 다시 말해, 개인 간의 사적인 다툼에 국가가 개입하여 적극적으로 형벌을 가하는 것이 과연 타당한지에 대해 국가마다 법 문화적 역사적 배경이 다르므로 일률적으로 말하기 곤란하다는 뜻입니다. 여기서 더 나아가 국가가 사적인 다툼에 어느 한쪽을 편들고 국가의 비용으로 다른 한 편 당사자를 처벌할지 말지 판단한다는 것은 심히 균형을 깨는 일이라는 반론도 가능합니다.

한편 이런 논의들을 배경으로 헌법재판소 반대의견은 국가의 공권력을 동원하여 모욕을 죄로 벌하려면, 모욕죄 일반이 아니라 법률로써 매우 예외적인 경우에 한정하여 모욕을 죄로 처벌해야 한다고 봅니다. 가령, 혐오표현이나 인종주의적 발언에 대하여 국민선동죄로 처벌하는 독일의 형법이나 기타 유럽국가들의 입법례를 그 예로 들고 있습니다. 이에 대해서는 일응 수긍이 갑니다. 그러나 이를 근거로 헌법 규범적으로 모욕죄를 규정하는 우리의 형법이 헌법상 제한의 한계를 일탈하였다고, 다시 말해 모욕죄에 대한 그간의 사법적 실천이 쌓여있음에도 불구하고 그것이 명확성 원칙이나 과잉금지원칙에 위배되었다고 판단하기에는 다소 무리가 있지 않을까 생각합니다.

#### 4. ISP에 대한 모니터링 의무 부과에 관하여

대체로 미디어로서 인터넷은 사상의 자유시장을 실현하는 매체로서 스스로 허위의 표현이나 부적절한 표현들을 자정할 수 있는 환경으로 인식됩니다. 그래서 다른 미디어에 비해 더 많은 자율성과 자유가 부과됩니다. 반면, 내용규제에 있어서는, 특히 모욕이나 명예훼손 등 표현의 내용에 관한 논의에서 인터넷은 주로 피해를 확산하는 매우 위험한 환경으로 묘사됩니다.

인터넷의 위험성을 강조한다면, ISP를 통하여 더 효율적으로 인터넷 이용자들의 표현을 규제하도록 하는 것이 바람직하겠지만, 이는 표현의 자유 관점에서 사적검열<sup>2)</sup>을 부추기는 매우 안 좋은 결과를 유발합니다. 반면 인터넷의 선순환 기능을 강조하여, 미국의 통신품위법 제230조와 같이 ISP에 대한 책임을 거의 인정하지 않고 무규제 상태로 놔두게 된다면, 인격권 보호라는 관점에서 ‘사이버 불링’과 같은 부작용에 대해 적절히 대처하지 못하는 결과를 초래할 수 있습니다. 실제로 미국에서는 인터넷상 무분별한 표현들에 대해 무기력하기만 한 규제체제에 대해 한창 문제 제기가 되고 있습니다.

현재 인터넷 환경에서 표현의 자유와 개인의 권리보호라는 양자의 가치를 절충하는 어느 정도 확립된 합의점은 저작권 분야에서 확립된 소위 ‘고지 및 제거(NTD) 체제’라고 할 수 있습니다. ISP와 같은 인터넷 매개자에 대해 일정한 책임을 인정하고 ‘고지 및 제거 체제’라는 세이프 하버를 인정하는 것입니다. 우리의 경우 ‘임시조치제도’의 형태로 명예훼손과 모욕에 관해서 ISP에 의한 고지 및 제거 체제가 확립되었다고 할 수 있습니다.

이렇게 절충점이 형성되었다는 이야기는 ‘사이버 불링’ 같은 무분별한 인터넷 이용은 모두 회피되어야 할 것이지만, ISP에게 이용자들의 표현물을 전부 모니터링하도록 하여 사적검열이 발생하게 하는 것도 피해야 한다는 것을 방증합니다. 특히 인터넷상 표현에 대한 사법적인 다툼은 인격권 침해자가 원고로 자신의 피해를 입증하고 피고에게 책임을 묻는 방식으로 진행됩니다. 그래서 사법적 판단에서는 인터넷의 무분별한 사용으로 인한 인격권 침해 현상이 쉽게 주목을 받을 수 있지만, 그에 대한 반작용으

2) ‘사적검열’이란 ISP와 같은 사적 주체로 하여금 이용자들의 표현물을 모니터링하게 하여 그 게시 또는 차단 여부를 결정할 수 있게 하는 것은 국가의 검열 체계의 일부로 기능할 수 있다는 측면에서 붙여진 이름입니다.

로 발생할 수 있는 사적검열과 같이 표현의 자유에 대한 구조적인 우려와 문제들은 크게 주목받지 못할 수 있습니다. 그래서 표현의 자유와 인격권 보호라는 양 가치의 조화를 위해서는 인터넷상 표현에 관한 사법적 판단에 있어서 표현의 자유를 각별히 고려하고 배려해야 할 필요가 있다고 생각합니다. 그런 점에서 사법적으로 ISP에게 직접적인 법적 책임을 인정하거나 가처분을 통하여 일정한 조치를 강제하는 부분은 세심한 주의가 필요하다고 봅니다.

발표자의 발표문과 관련하여 이상 네 가지 논점에 대해 토론자의 생각을 밝히면서, 토론을 마치고자 합니다.

[세션2] 토론 2

# 지정토론문

조 소 영

부산대학교 법학전문대학원 교수



# 지 정 토 론 문

조 소 영

부산대 법학전문대학원 교수

인터넷 공간의 등장은 그 이전을 살았던 경험에 비추어 적어도 의사표현매체라는 면에서는 가히 혁명적인 일로 평가되어 왔다. 그리고 역사 속에서의 혁명적 문명발전이 그러했듯이, 인터넷 매체 또한 순기능의 면과 역기능의 면을 여실히 나타내어 보여주고 있다. 기존의 매체접근과 이용에 대하여 일반인들이 부담했던 제한들이 대부분 자유로워진 것에 반하여 표현행위자 스스로 잊혀질 권리를 모색한다거나, 다수의 표현의 자유 보장으로 인해 일부는 행동의 자유 또는 다른 기본권들이 위축되기도 하는 실제적 상황들이 보여지고 있기 때문이다. 앞 발제에서 다루어졌던 혐오표현의 문제도 이러한 맥락에서 심각한 부분이기도 하다. 하지만 어떠한 매체에 의한 의사표현이라 할지라도 헌법상 가장 중요한 것은 현대 민주주의사회에서의 자유로운 의사표현의 보장임에는 이론의 여지가 없다고 할 것이다. 이런 의미에서 본다면 명예훼손 그리고 모욕적 의사표현에 대해 형사법적 규제를 여전히 유지하고 있는 우리의 법제는 해당규정의 해석과 적용의 예를 분석하고 검토해 보아야 하는 항상적 과제를 부담하고 있다고 할 것이다. 때문에 인터넷 공간에서의 모욕죄 인정과 관련된 법원의 판례를 광범위하고 상세하게 분석해 주신 발제자의 글은 큰 의미를 가질 뿐만 아니라 적잖은 배움거리를 제공해주신 감사한 기회가 되었다고 하겠다.

발제문에서도 논의된 바와 같이 모욕죄의 처벌은 모욕적 의사표현이 행해진 곳이 인터넷 공간이건 오프라인 공간이건 간에 구분 없이 인정되는 처벌이고, 각기 다른 기준이 적용되고 있다고 볼 뚜렷한 사례를 찾기도 어렵다. 때문에 인터넷 공간에서의 의사표현과 관련된 모욕죄 처벌의 논의는 결국 발제문의 논의구조와 같은 진행순서가 합리적이라고 생각된다. 모욕죄 인정 요건은 무엇인가. 모욕죄가 인정되는 경우에도 위법

성조각을 인정할 것인가. 모욕죄의 구성요건을 충족하고 위법성조각사유도 없는 경우에 그 처벌의 형식과 정도는 어떻게 정해야 할 것인가의 순서이기 때문이다.

발제문의 분석에 의하면 법원의 판례는 모욕에 해당하는지를 판단함에 있어서 ‘모멸적인 언사의 사용’이나 ‘경멸하는 표현’에 중점을 두면서도 전체적인 맥락에서 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것으로 판단된 표현의 경우에는 모욕에 해당하는 것으로 판단해 왔다고 한다. 특정인에 대한 욕설이나 성적 비하, 경멸적 표현을 사용한 경우에는 모욕죄를 인정할 반면, 비판적 의견이 반어적이거나 풍자적으로 과장되게 표현된 경우에는 폭넓게 의견표현을 허용해 온 것으로 분석되고 있다. 이러한 판단의 영역과 사례 때문에 헌법재판소에 모욕죄의 불명확성이 헌법적으로 판단되어야 한다는 청구가 있었고, 문제된 표현이 모욕죄에 해당되는가를 법원이 판단함에 있어서 결국 문제된 표현내용을 법원이 심사해야 하는 구조가 될 수밖에 없다는 점에서 표현의 자유론자들의 문제제기가 계속될 여지가 있을 수밖에 없다. 표현의 자유 절대론자의 입장을 제외하고 논할 때, 표현의 자유에 대한 규제 체계에서 사전적 규제나 내용에 대한 규제의 방식은 그 위헌성 유무를 판단함에 있어서 엄격한 심사의 단계를 거쳐야 한다는 것이 다수의 입장이다. 따라서 법원이 문제된 표현행위가 모욕에 해당하는가를 판단할 때 특정한 표현 자체는 물론이고 전체적인 맥락을 고려하여 결정을 한다는 것은 그 결정 과정이 엄격한 심사기준을 충족시켜야 하는 헌법적 부담을 갖는 것이라고 보아야 한다. 바로 이러한 점에서 모욕죄 처벌로 인한 보호법익이 무엇인가에 대한 논의와 확립이 중요하다고 할 것이다. 지금까지의 판례나 형사법적 논의에서처럼 명예훼손의 경우와 같은 정도의 외부적 명예를 모욕죄 처벌로 인한 보호법익으로 볼 수 있을 것인가가 여러 검토의 과정을 더 거쳐야 한다고 생각되는 이유이다. 법원의 판단에 대한 엄격한 심사기준 충족의 출발점은 모욕죄의 처벌이 인정됨으로써 보호되는 법익에 대한 진지한 논의로부터 시작되어야 한다고 보기 때문이다. 별개의 처벌규정을 두고 있는 우리 법제에서, 모욕의 개념이 광범위하게 인정되고 있기 때문에 어떤 표현이 명예가치를 훼손한다면 적어도 모욕에 해당되는 것이 당연한 결론이 되는 처벌규정의 구조는 타당하지 않다고 할 수 있을 것이다.

다음으로 모욕죄의 위법성 조각사유 판단에 있어서, 명예훼손의 경우에서와 같은 상

대방의 공인성 또는 공적 사안성 등이 위법성조각을 위한 판단근거가 될 수 있다는 점은 고려해 볼 만 하다. 하지만 대법원이 판시하는 바, 모욕의 위법성 판단에 있어서 형법 제20조 규정상의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당되는가의 여부를 구체적인 사정 하에 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단한다는 점은 모욕이 형사처벌의 대상임에도 불구하고 그 위법성 조각의 여부가 오롯이 재판부의 판단에 의존하는 것이 되어 문제의 여지가 있다. 민사적 또는 행정적인 영역이 아니라 형사영역이고, 처벌의 여부가 재판부의 판단에 맡겨진다는 것은 모욕죄의 처벌로 인한 보호법익과의 관계에서 형량할 때 법익 균형감을 잃은 것으로 볼 수도 있기 때문이다. 물론 발제문에서는 일응의 기준들을 분석해서 정리해 두고 있지만, 표현행위자의 예측가능성의 면에서 고려한다면 여전히 명확한 기준의 정립이 필요하다고 하겠다.

마지막으로 인터넷 공간에서의 피해자 특정의 어려움과 관련해서는 오히려 앞선 논의에서 그 피해의 심각성을 이유로 처벌의 필요성을 인정했던 논지와 다소 떨어진 것이 아닌가라는 생각을 하게 되었다. 물론 발제자의 논의처럼 ID에 의해 특정된 사람과 인격을 동일시 할 수 있을 것인가는 법리적인 문제 이전에 기술적인 입증과 검토가 필요한 문제임엔 틀림없다. 하지만 적어도 우리 현재의 정보통신망법 등의 법제 속에서 구현되고 있는 인터넷 공간에서의 ID는 다른 나라의 경우와 달리 ‘본인확인제’의 의미를 갖는다고 할 수 있기 때문에, 인터넷 매체의 특성과 피해의 심각성을 우려한 모욕죄의 처벌을 인정하는 입장에서라면 피해자 불특정을 이유로 하는 불기소처분의 논리를 받아들일 수 있는 것인지에 대해서는 설명의 보완이 필요하다고 생각된다.

다양한 판례들을 무더위 속에 분석하고 검토하는 작업이 얼마나 많은 수고를 요했을까는 충분히 짐작되는 바이고, 그럼에도 불구하고 정치한 분석과 검토를 통해 법원이 표현의 자유와 인격권의 충돌을 합리적으로 해결하기 위해 노력해 온 시간들을 발제자의 글을 통해 한 번에 고찰할 수 있었다는 것에 다시 한 번 감사의 마음을 전한다. 전문가를 모셔두고 그동안 궁금했던 단순한 질문들로 토론을 하게 되어 죄송한 마음으로 토론을 마치고자 한다.

# MEMO

# MEMO



## 언론중재위원회 중재부 안내

사무처 및 서울중재부	서울 중구 세종대로 124(태평로 1가 25) 프레스센터빌딩 15층 대표전화 : 02) 397-3114 언론분쟁상담 : 02)397-3000, 3010, 3100 팩스 : 02) 397-3089
부산중재부	부산 수영구 수영로 739(수영동 503-17) 한국방송광고진흥공사 빌딩 6층 전화 : 051) 759-7083~4 / 팩스 : 051) 759-7093
대구중재부	대구 수성구 동대구로 126(황금동 541-1) 한국방송광고진흥공사 빌딩 5층 전화 : 053) 763-0020~1 / 팩스 : 053) 763-0242
광주중재부	광주 남구 대남대로 185(주월동 1274-2) 한국방송광고진흥공사 빌딩 B동 5층 전화 : 062) 676-0360~1 / 팩스 : 062) 676-0362
대전중재부	대전 서구 도산로 450(용문동 227-1) 한국방송광고진흥공사 빌딩 5층 전화 : 042) 525-0778~9 / 팩스 : 042) 525-0768
경기중재부	경기 수원시 팔달구 인계로 178(인계동 1116-1) 경기문화재단 8층 전화 : 031) 211-9022, 9027 / 팩스 : 031) 211-0223
강원중재부	강원 춘천시 중앙로 16(요선동 4-9) 무림빌딩 8층 전화 : 033) 255-2878~9 / 팩스 : 033) 255-2872
충북중재부	충북 청주시 흥덕구 산남로 64(산남동 657) 엔젤변호사빌딩 404호 전화 : 043) 286-8081, 8083 / 팩스 : 043) 286-8084
전북중재부	전북 전주시 완산구 전라감영로 72(전동2가 140-11) 전주상공회의소빌딩 303호 전화 : 063) 288-0010, 0981 / 팩스 : 063) 288-0980
경남중재부	경남 창원시 창이대로 695번길 5(사파동 80번지) 보고빌딩 601호 전화 : 055) 263-1780, 1787 / 팩스 : 055) 263-1769
제주중재부	제주 제주시 남광복 5길 6(이도2동 1081-3) 현곡빌딩 4층 전화 : 064) 722-3328, 3352 / 팩스 : 064) 726-3201