
주 제 발 표

제2주제 : 가짜뉴스 관련 국내 입법안 분석과 그 한계

황 용 석 (건국대학교 미디어커뮤니케이션학과 교수)

가짜뉴스 관련 국내 입법안 분석과 그 한계

황용석 (건국대 미디어커뮤니케이션학과 교수)

1. 들어가면서 : 가짜뉴스와 개념적 불명확성

“가짜뉴스의 원인은 바로 우리다.”(Vasily V. Gatov, 2017)

러시아 출신 언론학자이자, 미국 사우스 캐롤라이나 대학 언론학 교수인 바실리 가토브는 베를린에서 개최된 IFRA/DCX 2017 강연에서 가짜뉴스의 원인을 이처럼 간단명료하게 정리했다. 그에 따르면, 가짜뉴스를 불러온 것은 인간의 불완전함에 기인한다. 인간은 이성적으로 완벽한 생명체가 아니다. 가짜뉴스는 바로 이 지점, ‘인간의 불완전성’을 파고들어 피어나며 과거부터 인간과 함께해 왔다.

오늘날 가짜뉴스가 갑작스럽게 부각된 것은 2016년 미국 대통령 선거를 기점으로 해서다. 정치과정에서 페이크 뉴스(fake news)가 주된 관심사로 떠오르고 이를 우리 언론들이 가짜로 번역하여 표기하였다. ‘가짜’ 또는 ‘허위’라는 용어는 맥락의 불일치에서부터 적시하는 사실의 부재 등에 폭넓게 걸쳐 있다. 그런데 가짜나 허위가 가져오는 해악성은 어떤 장르에서, 어떤 의미로 전달되는가에 따라 완전히 달라지기 때문에 이 용어를 다루는 우리는 어려움을 겪을 수밖에 없다.

가짜뉴스의 개념은 역사적으로 단일한 의미로 쓰였다고 보기 어렵다. 가짜뉴스는 풍자적 가짜뉴스(satirical fake news), 루머(rumor), 잘못된 정보(misinformation), 그리고 기만적 정보(disinformation) 등 다양한 용어와 의미가 혼용되어 왔다(황용석 · 권오성, 2017). 가짜뉴스의 개념을 이해하기 위해선 잘못된 정보(misinformation)와 기만적 정보(disinformation)¹⁾의 개념을 구분하는 것이 필요하다. 잘못된 정보의 개

1) 이 글에서 사용하고 있는 잘못된 정보(misinformation)와 기만적 정보(disinformation)의 번역은 자연스럽지 못한 측면이 있다. 우리말로 명확히 구분되지 않는 특성 때문에 ‘설명적 방식의 용어’를 사용하게 되었다.

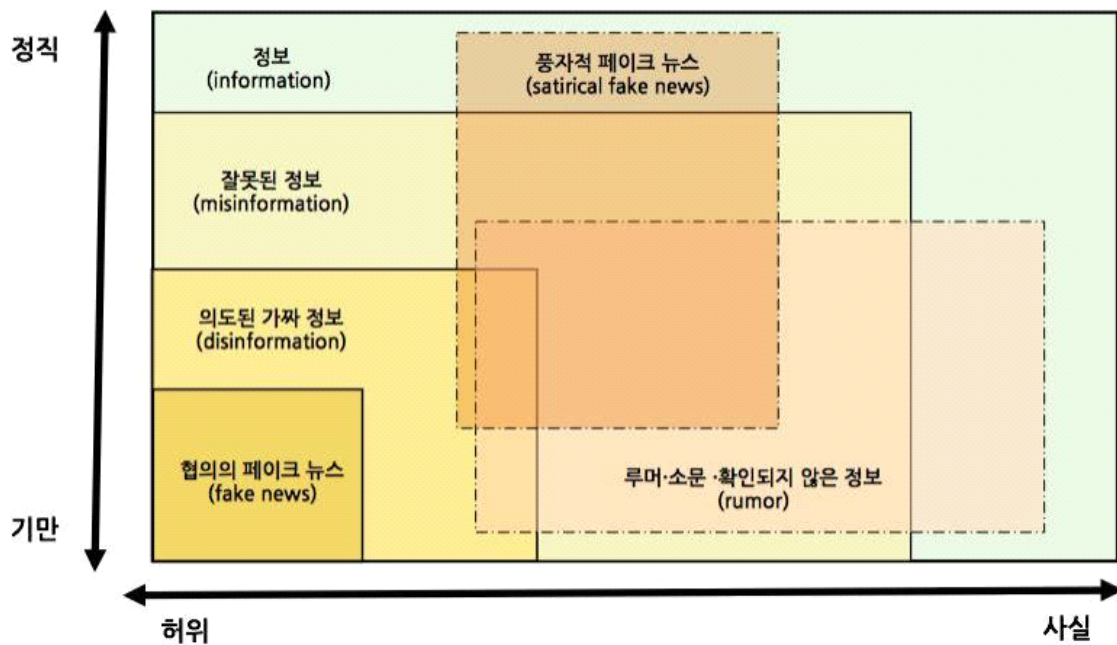
념을 넓게 설명하면, ▷언론의 보도가 부정확하고 사실과 다를 때 부르는 오보(false/incorrect report), ▷대중이 있음직한 사실을 입소문이나 소셜 네트워크 등을 통해 전파하는 소문 또는 루머(rumor), ▷잘못을 알고 상대를 비판하거나 비꼬기 위해 의도적으로 쓰이는 패러디(parody)와 풍자(satire) 등이 모두 포함된다. 여기에는 ▷기만적 정보(disinformation)도 포함되는데, 이 용어는 특정한 의도성을 갖고서 정교하게 고안된 가짜 정보를 뜻한다(Antoniadis, S., Litou, I., & Kalogeraki, V., 2015).

칼로바와 피셔(Karlova & Fisher, 2013)에 따르면 가짜뉴스를 구분하는 데 있어 가장 중요한 개념 중 하나는 기만성(deceptiveness)으로, 의도적으로 속이고자 하는 바가 있는지 여부가 가짜뉴스 논의에서 매우 중요하다.

조윌과 오도넬(Jowett & O'Donnell, 2005)은 기만적 정보는 본질적으로 거짓말(lying)과 유사하지만, 이 보다 더 좁게 보아야 한다고 했다. 기만적 정보가 되려면 누군가를 속일 생각(intending to deceive)을 해야 하는데, 거짓말은 경우에 따라서 그렇지 않은 경우 즉, 속일 의도가 없는 경우도 있기 때문이다. 이처럼 기만성의 개념 안에는 행위의 의도성이 포함되어 있는데, 의도성 자체를 객관적으로 판단하기는 매우 어렵다. 그러나 기만성은 형식적 측면과 내용적 측면 모두에서 허위성을 갖는다는 점이 특징적이다..

기만적 정보는 목표 대상을 속이기 위해 계산된 방식으로 퍼뜨리는 거짓 또는 오도하는 정보를 말한다(Bittman, 1985). 기만적 정보는 ‘역정보’, ‘날조된 허위정보’ 등으로 불리기도 한다. 옥스퍼드 영어사전은 기만적 정보(disinformation)를 “의도적인 거짓 정보”(deliberately false information)으로 정의하면서, 러시아 말, 데진포르마치야(дезинформация)에서 유래했다고 적고 있다(Karlova & Fischer, 2013). 데진포르마치야의 기원은 1923년까지 거슬러 올라가는데, 가짜정보 유포를 통해 상대 사회의 혼란을 유도하는 러시아 정부에서 고안된 일종의 사회심리학적 무기를 의미한다(Manning & Romerstein, 2004).

〈그림 1〉 가짜뉴스와 유사개념의 관계



출처 : 황용석 · 권오성(2017). 가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구 : 인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로. 언론과 법. 제16권 제1호, 68.

정치과정과 가짜뉴스 규제론

선전·선동으로 번역되는 프로파간다(propaganda)는 기만적 정보의 대표적 형태로 꼽을 수 있다. 조윳과 오도넬(Jowett & O'Donnell, 2005)은 프로파간다의 연원이 1622년 바티칸 교황청이 신세계 전파를 목적으로 펴낸 선전물까지 거슬러 올라간다는 점을 지적하면서, “특정한 아이디어의 확산 및 촉진”이라는 프로파간다의 원래 정의에는 현대에 이 말이 가지고 있는 조작, 선전·선동이라는 부정적인 의미가 내포되어 있진 않았다고 밝히고 있다. 하지만 근대국가의 확립과 냉전 등을 거치면서 프로파간다는 거짓, 왜곡, 조작, 속임수, 정신조종, 심리전, 세뇌 등과 비슷한 의미로 다루어졌다. 프로파간다는 선전원의 의도에 따라 목표 대상의 정보와 인지를 조정한다는 점에서 가짜뉴스와 유사한 점이 있지만, 그 방식이 반드시 거짓된 정보의 제공일 필요가 없고, 조작이 정보의 일부 제공 또는 사실의 제공 등 다양한 수준이 가능하

다는 점에서 차이가 있다(Jowett & O'Donnell, 2005).

이처럼, 가짜뉴스가 기만적 속성을 내포한다고 가정한다면, 이 문제는 상당부분 정치과정과 결부되어 있다고 볼 수 있다. 최근 가짜뉴스 문제가 불거진 이유 역시, 정치적·경제적 이해관계를 바탕으로 만들어지고 유포된 기만적 허위정보들 때문이다. 따라서 가짜뉴스의 규제논의 역시 정치과정을 통해 확산되었다고 볼 수 있다.

가짜뉴스에 대한 규제수단은 사업자의 기술적 조치와 내적 규약을 통한 자율규제 방식과 법률을 통한 타율규제가 있다. 먼저 페이스북이나 구글과 같은 디지털매개자들이 시행하는 자율규제로는 가짜뉴스 운영자에게 들어가는 광고 수입을 죄는 경제적인 압박 정책, 사용자에게 제공되는 콘텐츠의 노출을 정의하는 알고리즘에서 가짜뉴스의 우선권을 떨어뜨리는 정책, 외부의 팩트체크 기관과 협업해 가짜뉴스를 구분해 표시하는 정책 등 세 가지로 분류할 수 있다. 이 가운데 첫 번째 정책이 가짜뉴스 콘텐츠 자체에 대한 판단보다 생산자의 경제적 유인을 제거하는 간접적인 정책이라면, 두 번째와 세 번째는 적극적으로 콘텐츠를 판단하고 사용자의 이용 환경을 바꾸는 직접적인 정책이라고 할 수 있다(황용석·권오성, 2017).

반면, 법률을 통한 타율규제는 독일의 「소셜네트워크에서의 법 시행 개선을 위한 법률(이하 ‘네트워크법’)」이 대표적이다. 이 법률은 2017년 독일 총선을 앞둔 2017년 3월 14일에 초안이 마련된 이후 일부 내용이 수정되어 4월 5일 연방의회에 제출되었고, 6월에 통과되었다. 이 법안은 혐오표현에 대한 규제를 주된 내용으로 하지만, 연방법무부장관 하이코 마스(Heiko Maas)가 밝힌 것처럼, 소셜네트워크서비스에서 거짓이 사실처럼 유포되고, 혐오 발언이 공공연하게 표출되고 있는 현실에 대응하였다는 점에서 ‘가짜 뉴스와 혐오 발언’ 방지가 목적임을 명확히 하고 있다(심나리, 2017).

이 법은 온라인 공간에서 수익창출을 목적으로 이용자들이 임의의 콘텐츠를 교환·게시하거나 공중접근이 가능하도록 하는 플랫폼을 운영하는 텔레미디어 사업자(방송과 사적 통신을 제외한 융합서비스로 콘텐츠 사업자와 플랫폼 사업자를 모두 통칭하는)를 대상으로 하고 있다. 법에서는 이들 사업자가 혐오 표현을 담은 게시물, 영상 등을 신속히 삭제하지 않으면 적용대상은 소셜네트워크서비스사업자에 최

대 5,000만 유로(약 650억 원)의 벌금을 부과하는 강력한 처벌법안으로, 명백한 혐오 발언에 대한 신고가 접수된 지 24시간이 지나도록 이를 삭제하지 않는 경우 벌금을 부과하고, 이런 태만이 반복될 경우 과징금적인 벌금을 부과할 수 있다. 이 법에서 정의한 명백한 위법 사항은 형법에서 적시하고 있는 내용들이다.²⁾

그러나 이 법이 통과된 후 독일 사회에서는 많은 논란이 일어나고 있다. 비록 형법에 근거를 두고 있다고는 하지만 규제기준이 모호하고 사법권을 민간 사업자에게 위탁해서 개인의 표현권을 침해할 수 있게 하는 것은 위헌이라는 주장도 제기되고 있다.

앞서 언급한 가짜뉴스의 개념적 복잡성에도 불구하고 국내에서도 가짜뉴스와 관련한 여러 의원입법안들이 제출된 바 있다. 이에 이 글에서는 가짜뉴스에 대한 국내 주요 의원입법안의 위헌성 여부를 중심으로 분석해 보고자 한다.

2. 가짜뉴스 관련 법률구조의 특성

1) 허위, 거짓정보, 오인을 포함한 현행 법령

국내에서 ‘허위’, ‘거짓’ 및 ‘오인’ 가능성이 있는 표현을 규제하는 법령은 대부분 특정 국가기관 또는 특정인에게 사실이 아닌 내용을 고의로 제공하는 행위에 한정되고 있다. 즉, 표현에 의한 피해대상이 특정화되고 허위성 및 고의성으로 정의할 수 있는 기망성을 충족조건으로 한다. 반면에 그 대상이 특정화되어 있지 않고 불특정 다수를 대상으로 하는 경우를 규제하는 것은 피해가 즉각적이고 충분히 예상되

2) Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks(Network Enforcement Act)

이 법에서 다루는 명백한 위법 사항은 형법에서 정하고 있는 내용들이다. 구체적으로는 형법 제86조 위헌조직 선전물 반포, 제86a조 위헌조직 표시사용, 제89a조 내란음모, 제90조 연방대통령모독, 제90a조 국가 및 국가상징물모독, 제91조 국가를 위해할 목적으로 한 중대한 폭력 행위 조장, 제111조 공연한 범죄선동, 제126조 범죄 위협에 의한 공공평온교란, 제129a조 테러 단체 구성, 제129b조 외국의 범죄 및 테러 조직의 독일 내 확산 및 연계, 제130조 국민선동, 제131조 폭력 연출, 제140조 범죄의 대가지급 및 찬양, 제166조 신앙, 종교단체, 세계관 단체 등 모욕, 제184b조 어린이 포르노그래피의 유포·구매·소지, 제184d조 방송과 텔레미디어를 통한 포르노그래피 전송, 텔레미디어를 통한 어린이 및 청소년 포르노그래피의 이용, 제185조 모욕, 제186조 비방, 제187조 중상, 제241조 협박 및 제269조 증거로 중요한 데이터의 위작 등이 포함된다(제3항).

는 표시광고나 선거관련 규제에서만 예외적으로 존재한다.

강신욱(2017)의 분석에 따르면, 국내법령에서 ‘허위’를 포함하는 조문 총 56건 중 불특정 다수인에 대한 거짓정보제공 행위를 규제하는 규정은 ‘공공단체 등 위탁선거에 관한 법률(제61조 허위사실공표죄)’, ‘공직선거법(제96조 허위논평·보도 등 금지, 제250조 허위사실공표죄, 제253조 성명 등의 허위표시죄)’와 같은 선거관련 법령이 있다. 또한 표시·광고와 관련해서 ‘건강기능식품에 관한 법률(제18조 허위·과대·비방의 표시·광고 금지)’, ‘농약관리법(제22조 허위광고 등의 금지)’, ‘식품위생법 시행규칙(제8조 허위표시, 과대광고, 비방광고 및 과대포장의 범위)’ 등이 있다.

또한 현행 법령 중 ‘거짓’을 포함하는 조문 총 73건 중 불특정 다수인에 대한 거짓정보 제공행위를 규정한 것은 ‘농수산물 품질관리법(제29조 거짓표시 등의 금지)’, ‘먹는 물 관리법(제40조 거짓 또는 과대 표시·광고의 금지 등)’, ‘선박 위해행위 처벌법(제10조 거짓정보 전달죄)’, ‘채용절차의 공정화에 관한 법률(제4조 거짓 채용광고 등의 금지)’이 있다.

‘오인’을 포함하는 조문은 총 3건이며 이 가운데 불특정 다수인에 대한 거짓정보 제공 행위를 규제한 규정은 ‘범죄피해자 보호법(제37조 등록법인 오인표시의 금지)’, ‘상법(제23조 주체를 오인시킬 상호의 사용금지)’이 있다.

2) 가짜뉴스에 따른 피해와 법적 구조

현행 규제를 살펴보기 위해 가짜뉴스를 생산한 문제의 주체와, 이로 인한 피해 상대방을 기준으로 도식화하여 나타내어 보는 것이 분석에 도움이 될 것이다. 우선 가짜 뉴스를 생산하는 문제 행위의 주체가 언론 매체(언론)인 경우와 그 외의 경우(비언론)로 나누어 볼 필요가 있다. 한국은 등록매체법이 존재하고 그것에 기반해서 언론기관으로서의 권리와 책임이 법적으로 부여되는 구조를 띠고 있다. 언론중재법은 언론을 ‘방송, 신문, 잡지 등 정기간행물, 뉴스통신 및 인터넷신문’을 말한다고 정의하고 있으며, 여기서 방송은 ‘방송법’, 신문과 인터넷 신문은 ‘신문 등의 진흥에 관한

법률'(신문법), 뉴스통신은 '뉴스통신 진흥에 관한 법률' 등에 법적 개념이 규정되어 있다. 국내 언론 사업자는 여기서 규정한 요건을 만족시켜 정부에 등록해 권리를 보장받는 방식의 등록제 대상이다. 따라서 가짜뉴스의 생산자가 언론에 속하는지, 그 외의 주체인지는 명확하게 구분되며 그에 따라 서로 다른 규율을 받게 되어 있다(황용석·권오성, 2017).

다른 한편 보호하고자 하는 법익을 대상으로 개인적 법익과 사회적 법익으로 나누어 볼 수 있다. 법익은 형법으로서 보호하고자 하는 가치를 뜻하는데 국가적, 개인적, 사회적 법익 등이 있다. 이 가운데 국가의 안전과 기밀보호 등과 연관되는 국가적 법익은 여기서 다루는 가짜뉴스 문제와 일반적으로 다소 거리가 있다. 따라서 개인의 명예와 관련되는 개인적 법익, 공공의 신뢰할 수 있는 정보 등과 관련되는 사회적 법익, 이 둘이 주된 논의의 대상이 된다고 할 수 있겠다.

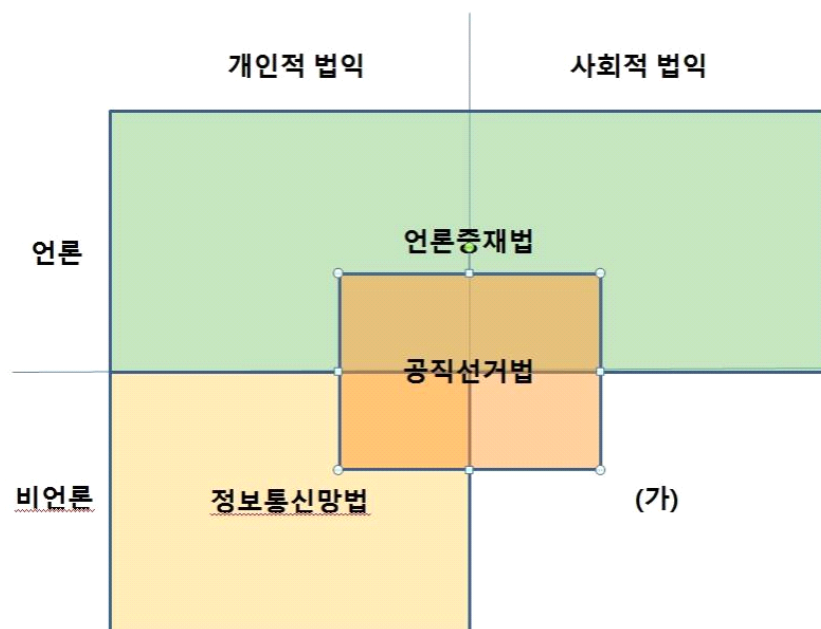
가짜뉴스의 표현에 의해 타인의 명예가 훼손된 경우 이는 개인적 법익의 침해에 해당한다. 여기서 타인에는 사람 뿐 아니라 법인체 등 권리를 갖는 조직까지 포함한다. 사회적 법익이란 통상 공익 또는 사회통합 등으로 불리는 사회적 가치를 뜻하는 말로서, 사회적 법익침해란 이런 가치를 훼손했다고 여겨지는 행위를 말한다. 가짜뉴스로 인해 정확한 정보에 대한 대중의 이해가 혼란을 겪고 이로 인해 공론장에서 합리적인 토론이 저해된다면 사회적 법익이 침해되었다고 할 수 있다.

기존의 법률이 잘못된 정보에 대해 어떤 규제를 이미 마련하고 있는지 도식화 하여 나타내면 [그림 2]와 같다. 그림에서 보이는 것처럼, 가짜뉴스 관련 신규 규제 마련의 쟁점은 그림에서 (가)로 표시된 언론매체로서의 법적 지위를 갖고 있지 않은 자에 의한 사회적 법익침해 영역이다. 이 영역의 가짜뉴스라 하면 특정인이나 단체를 대상으로 하진 않지만, 사회정보의 신뢰성을 갉아먹고 합리적 공적 토론을 저해하는 잘못된 정보의 유통이라 할 수 있다.

2012년 헌법재판소에 의해 위헌판정을 받은 전기통신기본법 제47조 제1항인 '공익을 해할 목적의 허위의 통신'에 대한 처벌조항이 (가)에 해당한다. 이 조항은 "공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다."는 벌칙을 명시하고 있었다.

재판부는 법률의 명확성의 원칙을 강조하면서 “불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다.”고 밝히면서 전기통신기본법 제47조 1항의 ‘공익을 해할 목적’은 ‘초과주관적 구성요건’에 해당하는데 이것이 의미하는 바가 무엇인지도 문제가 된다고 지적했다. 재판부는 어떠한 표현행위가 ‘공익’을 해하는 것인지 아닌지에 대한 판단은 개인의 가치관이나 윤리관 등에 따라 크게 다를 수 있고, “판단주체에 따라 공익인지 여부를 달리 판단할 가능성이 있는 이익이 존재함도 부인할 수 없다.”고 하면서 판단의 주체가 “법전문가라 하여도 마찬가지로, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미 내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다.”고 판단했다³⁾.

〈그림 2〉 허위정보를 규제할 수 있는 현행 법률 영역



출처 : 황용석 · 권오성(2017). 앞의 글. 72.

3) 헌재 2010. 12. 18. 2008헌바157, 2009헌바88(병합).

보다 구체적으로, 가짜뉴스에 의해 발생하는 피해와 그에 따른 법적 대응구조를 보면, 피해의 발생주체를 개인, 언론, 사회 및 국가로 구분하고 그 법적 대응방식을 민사, 형사, 행정적 대응으로 구분하면 <표1>과 같다.

앞에서 언급한 바와 같이 개인이 명예훼손이나 사생활 침해 등의 인격적 법익 침해를 입게 되는 경우에는 가짜뉴스 생산·유포자에게 형법, 민법, 정보통신망법 등의 법적 책임을 묻게 된다. 가짜뉴스로 인해 언론사도 피해자가 될 수 있는데, 특정 언론사의 명의를 도용했다면 업무방해에 해당하며, 「신문 등의 진흥에 관한 법률」(제9조, 제39조 제1항)의 등록의무 위반에도 해당된다. 앞에서 기술한 바와 같이 사회 및 국가적 관점에서 볼 때 가짜뉴스로 인한 피해는 발생하고 있지만 현행법상 법적으로 대처할 방안은 없다.

<표1> 가짜뉴스의 피해와 대응의 법적 구조

피해발생		법적대응		
구분	내용	민사적 대응	형사적 대응	행정적 대응
개인	명예훼손, 모욕	손해배상 게재중단	모욕죄 명예훼손죄 선거법위반	·인터넷심의 및 시정요구 ·처리제한조치 ·임시조치 ·선거법상조치
언론	업무방해	손해배상 업무방해금지	신용훼손죄 업무방해죄	·인터넷심의 ·유통제한조치 ·임시조치
사회·국가	유언비어	해당사항 없음	해당사항 없음	해당사항 없음

출처: 황창근(2017). 가짜뉴스에 대처하는 법적 방안. 언론중재. 2017년 봄호. 31.

3. 가짜뉴스 관련 법안의 검토 기준

1) 우월적 지위로서 표현의 자유

가짜뉴스를 규제하기 위한 의원입법안들이 다수 제출된 가운데, 이들 법안의 특성과 문제점을 분석하기 위해 헌법재판소의 위헌법률심사의 기준을 중심으로 논의하고자 한다. 우리 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하면서 표현의 자유를 기본권으로 보장하고 있다.

헌법재판소는 이 같은 기준을 적용함에 있어 “언론·출판의 자유 영역에 있어서는 국가의 개입이 더욱 제한적으로 이루어져야 할 몇 가지 특수상황이 존재한다.”고 한다고 밝힌 바 있다(이우영, 2012). 1991년의 판례 등에서 헌법재판소는 “언론의 자유는 바로 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 우월적인 지위를 지니고 있는 것이 현대 헌법의 특징이다.”라고 판시한 바도 있다⁴⁾. 표현의 자유의 ‘우월적 지위’라는 표현은 이후 판례들에서 헌법재판소가 표현의 자유의 헌법적 기본권으로서의 중요성을 인식하는 것은 물론 표현의 자유를 제한하는 입법의 위헌성 여부는 다른 기본권에 대한 제한의 경우보다 더욱 엄격하게 심사함을 뜻한다.

표현의 자유를 ‘우월적 지위’라고 본 것은 이것이 민주주의 및 다른 기본권의 근간이 되기 때문이다. 따라서 이를 제한하는 입법은 더욱 엄격하게 위헌심사기준이 적용되고 법률의 합헌성 추정의 범위나 정도가 축소되어야 한다고 해석할 수 있다(이우영, 2012).

2) 사전검열의 금지원칙

첫 번째는 허가 및 검열의 금지원칙이다. 헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”라고 규정하면서 표현의 자유에 대한 사전적 제한을 금지하고 있다. 헌법재판소는 현재 1996.10.31.

4) 현재 1991.9.16. 선고, 89헌마165

선고, 94헌가6에서 “언론·출판의 자유에 대하여는 검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써 절대 허용되지 아니한다.”고 하였다.

헌법재판소는 사전검열과 사후검열을 각기 다른 기준을 적용해서 표현행위에 대한 사후 규제는 사전검열 금지원칙의 적용 대상이 아니라 기본권 제한의 일반 원칙인 헌법 제37조 제2항에 따른 위헌 여부 심사의 대상으로 보았다. 헌법재판소는 헌법 제21조 제2항상의 허가나 검열을 “행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는 것, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 것을 뜻한다.”고 좁혀서 정의했으며, “허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등”의 일련의 절들은 절대적으로 금지되는 사전검열로 보았다⁵⁾. 반면, 방송사업허가심사와 같은 것은 표현내용에 관한 것이 아니라 사전검열에 해당한다고 보지는 않았다⁶⁾.

3) 명확성의 원칙

헌법재판소는 명확성의 원칙을 모든 기본권 영역에서의 법률 위헌성 심사에 적용하고 있다. 입법이 명확성을 결여하면 헌법적으로 보호받아야 할 사항을 필요 이상으로 과도하게 규제하여 과잉금지원칙에 위배되는 것으로 볼 수 있다. 특히, 헌법재판소는 표현의 자유를 제한하는 법률에 대한 위헌심사의 경우 명확성의 원칙을 적용함에 있어 심사의 강도를 강화해야 한다는 취지로 판시해 왔다.

헌법재판소는 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙이 보다 엄격히 적용되어야 한다고 보았다. 헌법재판소는 앞서 언급한 전기통신기본법 제47조 제1항에 대한 위헌결정에서 “명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 가진다. 민주사회에서 표현의 자유가 수행하는 역할과 기능에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하기 때문이다.”라고 밝혔다⁷⁾.

5) 헌재 1996.10.31. 선고, 94헌가6

6) 헌재 2001.5.31. 선고, 2000헌바43

헌재는 이 결정문에서 ‘공익을 해할 목적’과 ‘허위의 통신’이라는 부분은 그 의미가 불명확하여 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 보았다. 재판관들은 전기통신기본법 제47조 1항의 ‘허위’의 개념을 ‘바르지 못한 것’, 또는 ‘참이 아닌 것’으로 정의하고, 그 개념의 안에는 ‘내용의 거짓이나 형식의 오류’가 모두 포함될 수 있기 때문에 형벌조항의 구성요건이 되려면 보다 구체적인 “부연 내지 체계적 배치”가 필요하다고 지적했다. 또한 해당 조항이 ‘통신설비를 이용한 허위사실의 유포’를 처벌하고자 하는 것이 아니라 ‘허위의 명의를 이용한 통신’을 규제를 위한 것이기 때문에 입법취지에 부합하지 않는다고 지적했다 명예훼손 관련법에서 범죄의 구성요건을 단순한 ‘허위’가 아닌 ‘허위사실의 적시’로 명시한 것도 바로 이 명확성의 원칙에 따른 것이라고 부연했다(김경호, 2017).

4) 과잉금지원칙 (헌법 제37조 2항)

헌법재판소는 헌법 제37조 제2항에 기반해서 기본권의 제한은 ‘과잉금지원칙’ 또는 ‘비례원칙’에 따라 이루어져야 하며, 이러한 과잉금지원칙 내지 비례원칙이 기본권을 제한하는 입법의 위헌성 심사에 적용되는 심사기준이라고 판시한 바 있다⁷⁾. 헌재 1989.3.17. 선고, 88헌마1에서 헌법재판소는 헌법 제37조 제2항으로부터 도출되는 위헌법률 심사기준으로서의 과잉금지 원칙을 <표2>와 같이 법률의 기본권 제한 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성으로 제시했다.

〈표2〉 과잉금지원칙의 세부 원칙

목적의 정당성	입법을 통하여 달성하고자 하는 입법목적이 헌법적으로 정당한 것인가를 판단
수단의 적합성	입법자가 선택한 수단이 추구하는 목적을 달성하고 촉진시키기에 적합한가를 판단
피해의 최소성	목적 달성에 똑같은 효과적인 수단 중에서 가장 기본권을 적게 침해하는 수단을 사용하였는가를 판단
법익의 균형성	침해의 정도와 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하였을 때 양자 사이에 정한 비례관계가 성립하는가를 판단

7) 헌재 2010.12.28. 선고 2008헌마157 등

8) 헌재 1989.3.17. 선고, 88헌마1

헌법재판소는 앞서 살펴본 전기통신기본법 제47조 제1항에 대한 결정(헌재 2010. 12. 18. 2008헌바157, 2009헌바88(병합))에서 “‘허위사실의 표현’ 행위도 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호”될 수 있다는 취지로 의견을 보충하면서 과잉금지의 원칙위반을 적시하고 있다. 헌재는 결정문에서 ‘허위사실’이라는 것은 항상 명백한 관념이 아니기 때문에 특정 표현을 ‘의견’과 ‘사실’로 구분하는 것은 대단히 어렵고, “객관적인 ‘진실’과 ‘거짓’을 구별하는 것” 또한 쉬운 일이 아니며 거짓으로 여겨진 표현이 시간이 지난 후에 판단이 뒤바뀌어 진실로 인정된 경우도 있을 수 있다고 보았다. 설사 특정 표현이 허위사실을 표현하는 것이라는 점이 객관적으로 명백하게 인정된다고 가정하더라도 그 표현이 언제나 타인의 인격적 권리를 침해하는 결과를 초래한다거나 사회 일반의 도덕이나 윤리에 반한다고 간주할 수 없으며, 그것이 헌법이 보장하는 행위 당사자의 행복추구라든가 국민주권 및 인격권 구현에 전혀 도움이 되지 않는다고 단정적으로 판단하기도 어렵다는 것이 재판관들의 의견이다⁹⁾.

이러한 판단을 전제로 재판관들은 헌재의 2002년 결정¹⁰⁾을 인용하면서 ‘허위의 통신’이라는 불명확한 규범으로 표현의 자유를 제한하는 것은 보호받아야 할 표현까지도 필요 이상으로 과도하게 규제하는 것이어서 과잉금지원칙을 위반한다고 보았다. 표현에 내포되어 있는 유해성에 대한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 헌법상 표현의 자유와 조화될 수 없으며, 전기통신기본법 제47조 제1항의 ‘공익에 반하는 허위의 통신’의 규제는 ‘공익’ 개념의 “모호성, 추상성, 포괄성” 등으로 인해 결과적으로 보호되어야 할 표현까지도 규제하여 과잉금지원칙에 위배된다고 본 것이다.

아울러 인터넷 통신은 ‘가장 참여적인 시장’이자 ‘표현촉진적인 매체’로서 이용자들은 다양한 정보를 얻을 수 있고, 허위의 통신에 대해서는 그 표현의 진위를 확인할 수 있으며, 특정한 표현에 대해서는 즉각적인 반박도 가능하여 표현의 내용 중 허위사실이 포함되어 있다고 하더라도 그것이 ‘국가질서의 교란’이 나 ‘범죄의 선동’ 등 구체적 위협의 발생으로 이어진다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 반드시 공익에 반한다거나 민주주의의 발전을 저해한다고는 단정 지을 수 없다고 보았다. 헌법재판

9) 헌재 2010. 12. 18. 2008헌바157, 2009헌바88(병합). 이강국, 이공현, 조대현, 김종대, 송두환 재판관의 보충의견

10) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480.

소는 오히려 그러한 표현이 사회적 현안에 관한 대중의 관심을 높이고 참여를 촉진시킬 수도 있다고 실시했다¹¹⁾.

4. 가짜뉴스 관련 법률 개정안 현황(2017. 11. 현재)과 진단

1) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 개정안

가짜뉴스와 관련한 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(이하 언론중재법) 개정안은 주호영 의원이 대표발의한 법안이다.

〈표3〉 가짜뉴스 관련 언론중재법 개정안의 주요 내용

법안명	발의자	제안일자	주요 내용	검토사항
언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률	주호영 의원 등 10인	2017. 4.25. 의안번호 2006805	- 언론의 책임을 강화하고, <u>정정보도 신청 등 분쟁의 소지가 있는 기사에 대하여서는 즉각적인 표시의 의무를 도입</u>(안 제17조의2제1항) - 보도된 후 무죄판결을 받은 자 등이 <u>초 후보도청구를 할 수 있는 기간을 연장</u> - 언론중재위원회의 요청에 따라 문화체육관광부장관이 <u>가짜뉴스를 보도 또는 매개한 언론사 등에 대하여 시정명령을 할 수 있도록 함</u>(안 제17조제1항, 안 제33조 신설 등)	과잉금지원칙 (목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성) 명확성의 원칙

가. 조정신청 내용의 알림표시의무

주호영 의원 개정안 제17조의2 제1항은 언론중재위원회는 조정신청이 접수되면 즉시 그 신청 내용을 상대방에게 알려야 하며, 통보를 받은 인터넷뉴스서비스사업

11) 현재 2010. 12. 18. 2008헌바157, 2009헌바88(병합).

자 및 인터넷신문사업자는 지체없이 해당기사에 관하여 조정신청이 있음을 알리는 표시를 하여야 하고 이를 위반한 경우에는 3천만 원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있다.

이 법안은 법률의 목적 정당성에 부합하지 않는다. 언론중재법은 대안적 분쟁조정을 근간으로 하는 것으로서, 정정, 반론, 추후보도, 조정신청 등 신청인의 청구만으로 그 자체가 내용물의 위법성 또는 그에 준하는 바를 정의내리는 것은 아니다. 따라서 단순한 조정신청만으로 알림표시를 하는 것은 언론사 기사에 부정적 낙인을 찍는 것으로서 표현의 자유를 위축할 수 있어 과잉금지의 원칙을 위배한 것으로 판단된다.

또한 정정보도청구등을 받거나 조정신청 접수 통보를 받은 인터넷신문사업자와 인터넷뉴스서비스사업자가 알림표시 의무를 이행하지 않는 경우 3천만 원 이하의 과태료를 부과하도록 하는 것은 과도한 규제로서 피해확산의 방지효과보다는 언론의 자유를 억압하는 효과가 커서 법익의 균형을 훼손할 가능성이 커 보인다.

나. 언론중재위원회에 시정명령 요청 권한 신설

주호영 의원 개정안에서는 언론중재위원회가 문화체육관광부장관에게 고의 또는 중과실로 허위의 사실에 대한 언론보도 등을 한 경우에는 해당 언론사 등에 그 시정을 명하도록 요청할 수 있도록 하고, 요청이 타당하다고 인정 하는 경우 문화체육부 장관은 해당 언론사 등에 시정을 명하고, 이를 위반할 경우 과태료 부과할 수 있도록 하고 있다(제33조(시정명령 요청) 및 34조(과태료) 신설).

〈표4〉 언론의 허위의 사실 보도에 대한 시정명령 요청을 담은 언론중재법 개정안의 내용

현행	개정안
제7조(언론중재위원회의 설치) ① (생략) ② 중재위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다. 1. ~ 4. (생략) <u>〈신설〉</u> 5. (생략) ③ ~ ⑪ (생략) 제5절 시정권고 <u>〈신설〉</u>	제7조(언론중재위원회의 설치) ① (현행과 같음) ② ----- -----. 1. ~ 4. (현행과 같음) 5. 제33조제1항에 따른 시정명령 요청의 결정 6. (현행 제5호와 같음) ③ ~ ⑪ (현행과 같음) 제5절 시정권고 등 제33조(시정명령 요청) ① 중재위원회는 언론사 등이 고의 또는 중과실로 허위의 사실에 대한 언론보도등을 한 경우에는 문화체육관광부장관에게 해당 언론사등에 그 시정을 명하도록 요청할 수 있다. ② 문화체육관광부장관은 제1항에 따른 중재위원회의 요청이 타당하다고 인정하는 경우에는 해당 언론사등에 시정을 명하여야 한다. 제34조(과태료) ① 제33조제2항에 따른 문화체육관광부장관의 명령을 따르지 아니한 자에게는 5천만원 이하의 과태료를 부과한다.
제34조(과태료) <u>〈신설〉</u>	

언론중재위원회는 언론의 사실보도에 대한 분쟁을 조정 및 중재하는 기구로서, 보도된 사실의 진위를 가름하는 것을 목적으로 하지 않는다. 그러나 이 개정안은 언론중재위원회가 허위사실보도에 대해 허위성 여부를 판단하여 행정처분을 요청하는 행정적 내용규제기구로 그 역무를 설정하고 있다. 이는 언론중재법의 취지에 부합하지 않는 것은 물론, 언론에 대한 과도한 행정처분으로 수단의 적합성 및 피해의 최소화 등을 위배하는 것으로 보인다.

2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정안

〈표5〉 가짜뉴스 관련 정보통신망법 개정안의 주요 내용

법안명	발의자	제안일자	주요 내용
정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률	주 호 영 의원 등 10인	2017. 4.25. 의안번호 2006804	- 현행법에 따른 불법정보의 유통금지 대상에 정치적 또는 경제적 이익을 위하여 고의로 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 포함하는 내용의 정보, 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보를 추가 - 이를 위반하는 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 한편 방송통신심의위원회의 심의 중인 정보에 대하여는 심의 중에 있음을 알리는 표시를 하고자 함(안 제44조의7제1항제3호 및 제4호 신설 등)
	안 호 영 의원 등 17인	2017. 5.30. 의안번호 2007095	- 정보통신망을 통해 상업적 또는 정치적으로 정보를 매개로 타자를 속이려는 기만적 의도성을 가진 행위로 수용자가 허구임을 오인하도록 언론보도의 양식을 띤 정보 또는 사실검증이라는 저널리즘의 기능이 배제된 가운데 검증된 사실로 포장하는 행위를 가짜뉴스로 정의 - 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제2조제1항제14호에 따른 가짜뉴스가 게재되어 있을 경우 지체 없이 그 내용에 대한 삭제 책무를 부여하며, 정보통신서비스 제공자가 이를 이행하지 않을 경우 과태료를 부과해 가짜뉴스에 의한 피해를 예방(안 제2조제1항제14호, 제44조의2제7항 신설 및 제76조제1항제6호의2)
	이 은 권 의원 등 10인	2017. 7.26. 의안번호 2008194	- 정보통신서비스 제공자에게 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보가 유통되지 않도록 노력을 기울이게 하고, 이러한 정보로 명백히 인정되는 경우 이를 삭제하도록 하는 등 정보통신서비스 제공자가 정보통신망을 통한 가짜뉴스의 확산에 적극적으로 대응할 수 있도록 함(안 제44조 및 제44조의2 등)
	송 희 경 의원 등 10인	2017. 8.4. 의안번호 2008392	- 가짜뉴스에 대한 정의규정을 추가하고 가짜뉴스 유포자에 대한 처벌 근거규정을 신설(안 제2조제1항제14호 신설, 제70조제2항 등). - 가짜뉴스 전파·확산의 매개가 되는 정보통신서비스 제공자에 대한 가짜뉴스 삭제의무 규정을 신설하고, 삭제의무를 미이행한 정보통신서비스 제공자에 대한 제재 근거규정도 마련하여 가짜뉴스 근절을 위한 제도적 장치를 내실화(안 제44조의2제4항 및 제76조제1항제5호의3 신설 등)

가. 불법정보로서 가짜뉴스에 대한 법적 개념정의의 문제

현재 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정안(이하 정보통신망법)과 관련해서 제출된 법안들은 가짜뉴스와 관련한 법적 정의를 내포하고 있다.

첫째, 직접적으로 가짜뉴스의 정의를 법안에 포함한 안호영 의원안 제2조제1항제14호를 보면, ‘정보통신망을 통해 상업적 또는 정치적으로 정보를 매개로 타자를 속이려는 기만적 의도성을 가진 행위로 수용자가 허구임을 오인하도록 언론보도의 양식을 띤 정보 또는 사실검증이라는 저널리즘의 기능이 배제된 가운데 검증된 사실로 포장하는 행위’로 가짜뉴스를 정의하고 있다.

이 안은 가짜뉴스를 ① 매개기술로서 정보통신망의 사용, ② 상업적 또는 정치적으로 타자를 속이려는 기만적 의도성, ③ 허구임을 오인하도록 하는 언론 보도 양식의 차용의 3가지 요소로 정의하고 있다. 이 정의는 기만성을 조작적으로 정의했다는 점에서 허위 또는 거짓통신의 개념보다 더 구체적으로 조건을 명시하고 있다. 그런데 ‘수용자가 허구임을 오인하도록 언론보도의 양식을 띤 정보’라는 정의는 뉴스 형식을 차용한 것이 곧 기만성을 충족하는 것으로 해석되나, 정보의 형식만으로 ‘기만적 의도성’을 가졌다고 보는 것은 2010년 전기통신기본법과 관련한 위헌 결정에서 ‘허위의 통신’에 대한 헌법재판소 결정 취지와 상충한다.

또 민간의 자율규제 차원에서 사회적 피해 수준과 악의성 및 기만성을 판단하기 위해 이러한 요건들이 검토될 수는 있지만, 국가법령을 통해 허위사실의 조건을 적시하여 규율하는 것은 입법을 통하여 달성하고자 하는 입법목적의 정당성에 비해 과도한 규제로 보인다.

한편 법률상 ‘고의’나 ‘목적’이라는 용어는 주관적 구성요건요소로서 가짜뉴스의 위법성이나 처벌가능성의 기준으로 적용될 수는 있겠으나 그 자체가 법적 정의의 개념으로 사용되기에는 적합하지 않다.

더불어개정안의 ‘상업적 또는 정치적으로’, ‘타자를 속이려는 기만적 의도성’의 의미가 불분명하여 규제되지 않아야 할 표현까지 규제되는 등 표현의 자유를 제한할 우려가 있어 과잉금지의 원칙에 위반될 가능성이 있다.

〈표6〉 정보통신망법 개정안에서의 가짜뉴스 개념 정의

구분	주요 내용	벌칙조항	검토사항
김관영 의원안	-이용자는 거짓의 사실을 언론 보도의 형식으로 제공해 이용자 들이 오인하게 하는 정보를 유통 시켜서는 아니 됨		-명확성의 원칙
	-정보통신서비스 제공자는 거짓 정보에 대한 삭제요청을 받으면 삭제·임시조치 등 필요한 조치 를 하여야 함	-3천만 원 이하의 과태료 (정보통신서비스 제공자)	-과잉금지원칙
주호영 의원안	○ 불법정보 신설 -정치적 또는 경제적 이익을 위 하여 고의로 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 포함하는 내용의 정보 -언론보도로 오인하게 하는 내 용의 정보	-2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이 하의 벌금 (불법정보 유통 자)	-명확성의 원칙 및 과잉금지 원칙
	-심의 중인 불법정보에 대한 표 시 의무	-3천만 원 이하의 과태료 (정보통신서비스 제공자 또는 게시 판 관리·운영자)	-과잉금지원칙
안호영 의원안	-가짜뉴스 정의 신설 ‘정보통신망을 통해 상업적 또 는 정치적으로 정보를 매개로 타자를 속이려는 기만적 의도성 을 가진 행위로 수용자가 허구 임을 오인하도록 언론보도의 양 식을 띤 정보 또는 사실검증이 라는 저널리즘의 기능이 배제된 가운데 검증된 사실로 포장하는 행위’를 가짜뉴스로 정의		-명확성의 원칙 -헌법재판소 판결취지와 상 충
	-정보통신서비스 제공자는 가짜 뉴스가 게재되어 있을 경우 지 체 없이 그 내용을 삭제하여야 함	-3천만 원 이하의 과태료 (정보통신서비스 제공자)	-과잉금지의 원칙

이은권 의원안	-이용자는 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보를 유통시켜서는 아니 됨		-명확성의 원칙
	-정보통신서비스 제공자는 명백히 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보가 게재·전시 또는 유통되는 경우에 지체 없이 그 내용을 삭제하여야 함	-3천만 원 이하의 과태료 (정보통신서비스 제공자)	-명확성의 원칙 및 과잉금지의 원칙
	-정보통신서비스 제공자는 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보에 대한 임의의 임시조치를 할 수 있음		-명확성의 원칙 및 과잉금지의 원칙

둘째, 정보통신망법 제44조의7(불법정보의 유통금지 등)을 개정한 주호영 의원안은 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보 등을 불법정보에 추가하고 있는데, 정치적 또는 경제적 이익을 위하여 고의로 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 포함하는 내용의 정보를 불법정보로 규정하고, 해당 정보를 유통할 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(주호영 의원안 제44조의7제1항제3호 및 제73조제5호 신설). 여기에서 ‘정치적이고 경제적 목적의 허위 또는 왜곡된 표현물’을 불법으로 정의내리는 것은 앞서 살펴본 안호영 의원안과 마찬가지로 2010년 「전기통신기본법」 관련 위헌 결정의 취지에 위배된다.

셋째, 정보통신망법 제44조제1항 및 제3항을 통한 가짜뉴스의 개념정의를 있다. 김관영 의원안 제44조제1항 및 이은권 의원안 제44조제1항 및 제3항은 ‘언론보도 형식의 거짓사실 유통 금지’를 포함하고 있다. 김관영 의원안은 이용자에 대해 거짓의 사실을 언론보도의 형식으로 제공해 다른 이용자들이 오인하게 하는 정보의 유통을 금지하고 있으며(김관영 의원안 제44조제1항), 이은권 의원안은 이용자에 대해 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보 유통을 금지시키는 한편, 방송통신위원회로 하여금 이를 방지하기 위한 시책을 마련하여 정보통신서비스 제공자에게 권고할 수 있도록 하고 있다(이은권 의원안 제44조제1항 및 제3항).

현행 정보통신망법 제44조 제1항(“이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다”)은 정보통신망에서의 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리 침해와 관련된 내용을 규율하고 있는 것으로 작성 형식이나 내용의 진위 여부에 따라 유통을 금지하는 가짜뉴스를 규제하는 목적과는 입법목적에 차이가 있어 법 체계적 문제가 발생한다.

〈표7〉 제44조(정보통신망에서의 권리보호) 관련 입법안

현행	김관영의원안	이은권의의원안
제44조(정보통신망에서의 권리보호) ① 이용자는 사생활 침해 또는 <u>명예훼손</u> 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다.	제44조(정보통신망에서의 권리보호) ① ----- ----- ---- <u>명예훼손 및 거짓의 사실을 언론보도의 형식으로 제공해 이용자들이 오인하게 하는 정보</u> 등----- -----	제44조(정보통신망에서의 권리보호) ① ----- <u>다음 각 호의 어느 하나에 해당하는</u> ----- ----- -----.
〈신설〉		1. <u>사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보</u>
〈신설〉		2. <u>거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조제15호에 따른 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보</u>
② (생략)	② (현행과 같음)	② (현행과 같음)
③ 방송통신위원회는 정보통신망에 <u>유통되는 정보로 인한 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인에 대한 권리침해를 방지하기 위하여 기술개발·교육·홍보 등에 대한 시책을 마련하고 이를 정보통신서비스 제공자에게 권고할 수 있다.</u>	③ (현행과 같음)	③ ----- ----- <u>제1항에 따른 정보가 유통되는 것</u> 을----- ----- ----- -----.

나. 거짓정보에 대한 삭제 및 임시조치 등

김관영 의원안 제44조의2제1항 및 제76조제1항제6호는 정보통신망을 통하여 공개를 목적으로 제공된 정보에 거짓 정보를 포함하고, 권리 침해 정보의 삭제 요청 시 해당 내용을 삭제하거나 임시조치 등 필요한 조치를 하지 않은 경우, 정보통신서비스 제공자에게 3천만 원 이하의 과태료를 부과하는 내용을 포함하고 있다.

김관영 의원안은 타인의 권리 침해 정보의 삭제 요청에 ‘거짓 정보’를 포함하도록 하고 있는데 현행법의 ‘정보’는 ‘사실의 정보’와 ‘거짓의 정보’를 구분하고 있지 않고 사업자가 이를 확인하기도 어렵기 때문에 명확성의 원칙을 위반할 뿐만 아니라 규제의 실익이 적다.

또한 안호영 의원안 제44조의2제7항 및 제76조제1항제6호의2에서는 정보통신서비스 제공자에게 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 가짜뉴스가 게재되어 있는 경우, 지체 없이 그 내용을 삭제하도록 하고, 이를 위반하였을 경우 3천만 원 이하의 과태료를 부과하도록 한다.

이은권 의원안 제44조의2제3항 역시 정보통신서비스 제공자가 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 명백히 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보가 게재·전시 또는 유통되는 경우에 지체 없이 그 내용을 삭제하도록 하고, 이를 위반하였을 경우 3천만 원 이하의 과태료를 부과하도록 하고, 정보통신서비스 제공자에게 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 거짓의 사실 또는 왜곡된 사실을 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보로 인정되면 임의로 임시조치를 할 수 있도록 하고 있다(이은권의원안 제44조의3제1항).

이처럼 안호영 의원안과 이은권 의원안은 가짜뉴스에 대한 신고 및 인지 여부와 관계없이 정보통신서비스 제공자에게 삭제 의무를 부과하고, 이를 이행하지 않을 경우 과태료를 부과하도록 하고 있다. 이는 정보통신서비스 제공자에 대한 과잉규제의 측면이 있다.

또한 이은권 의원안은 정보통신서비스 제공자가 임의의 임시조치를 할 수 있게 하고 있는데, 임의의 임시조치는 당사자의 신청에 의한 임시조치(조건부 임시조치)

에 비해 정보를 삭제당한 이용자로부터의 소송제기 등 법률적 리스크가 커지고 민간사업자에 의한 사적 과잉규제를 부를 수 있다.

이처럼 이들 입법안이 갖고 있는 문제는 가짜뉴스의 개념이 불명확한 가운데 정보통신서비스제공자에게 허위사실에 대한 판단을 의무화함으로써 이용자가 올린 게시물을 지속적으로 감시하고 이를 차단하도록 하는 등의 모니터링을 강제하고 있다는 점이다. 그 뿐만 아니라 이용자의 표현물을 삭제할 수 있게 권한을 법령이 민간 사업자에게 위임하고 있는 것이다. 이는 권리침해신고자의 피해를 신속하게 구제하기 위해 도입된 임시조치의 입법목적에 부합하지 않는다. 임시조치는 특정화되어 있는 인격 또는 법인격체의 권리침해에 대한 소명에 의해 처리되는 것에 비해 위 법안들은 정보통신사업자의 임의적 판단만으로 표현물을 임시조치 또는 삭제하게 함으로써 위헌적 요소가 있다.

다. 심의 중인 불법정보에 대한 표시의무

주호영 의원안 제44조의8 및 제76조제1항제5호의3은 불법정보에 대하여 방송통신심의위원회가 심의 중인 경우, 방송통신위원회는 정보통신서비스 제공자 등에게 해당 정보가 심의 중에 있음을 표시하도록 명하여야 하고, 동 명령을 이행하지 아니한 경우 3천만 원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있다¹²⁾.

방송통신심의위원회에 심의 중인 것이 곧 불법을 의미하는 것이 아님에도 불구하고, 이를 표시하게 하는 것은 앞서 언론중재법 개정안과 마찬가지로 표현물에 대한 낙인효과를 주는 것과 동시에 표현의 자유를 위축시킬 수 있는 부작용이 있다.

12) 주호영의원안 제44조의8 및 제76조제1항제5호의3 신설

제44조의8(심의 중 표시의무) 방송통신위원회는 정보통신망을 통하여 유통되는 정보가 제44조의7제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는지 여부에 대하여 심의위원회가 심의 중인 경우에는 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 해당 정보에 관하여 심의 중에 있음을 알리는 표시를 하도록 명하여야 한다.

3) 공직선거법 개정안

공직선거법을 통해 가짜뉴스를 규제하는 법안은 주호영 의원 법안이 있다. 이 법안 제82조의4, 제82조의8에서는 가짜뉴스를 ‘특정 개인이나 집단이 정치적 이익을 목적으로 허위의 사실임을 알면서도 의도적으로 허위의 내용이 포함된 기사의 형식으로 포장해 다중에게 뉴스로 오인시킬 목적으로 작성해 유통시키는 것’으로 정의하고, 가짜뉴스로 인하여 피해를 받는 자가 각급 선거관리위원회에 해당 정보가 가짜뉴스임을 표시하여 줄 것을 요청하면, 각급 선거관리위원회가 인터넷 홈페이지 관리·운영자 및 정보통신서비스제공자에게 해당정보가 가짜뉴스임을 알리는 표시를 하도록 통보하는 과정을 거쳐 해당정보가 가짜뉴스임이 표시되게 하고 있다(안 제82조의4, 안 제82조의8 신설 등).

〈표8〉 가짜뉴스 관련 국회 의원입법안 개요

법안명	발의자	제안일자	주요 내용	검토사항
공직선거법	주 호 영 의원 등 10인	2017. 4.25. 의안번호 2006807	- 누구든지 정보통신망 등을 이용하여 가짜뉴스를 유포하는 것을 금지하되, 가짜뉴스의 최초 유포자에게는 벌금을 부과하고 단순 유포자에게는 과태료를 부과(안 제82조의8제1항, 제250조제4항 및 제261조제6항제5호 신설) - 가짜뉴스로 인하여 피해를 받는 자가 각급선거관리위원회에 가짜뉴스임을 표시하여 줄 것을 요청하면, 각급선거관리위원회는 이를 확인한 후 정보통신서비스제공자 등에게 통보하고, 통보를 받은 자는 가짜뉴스임을 알리는 표시를 하여야 하며, 통보받은 자 또는 해당 정보 게시자 등은 각급선거관리위원회에 이의신청을 할 수 있도록 함(안 제82조의8제2항부터 제7항까지 신설) - 각급선거관리위원회로부터 통보받은 사항을 따르지 아니한 정보통신서비스제공자 등에게 과태료를 부과(안 제261조제4항)	명확성의 원칙 과잉금지원칙 (목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성) 입법체계상의 문제

이 법안의 문제점은 ‘가짜뉴스’의 정의가 지나치게 넓다는 점이다. 또한 가짜뉴스를 정치적 이익의 관점에서 ‘선거에 영향을 미칠’ 목적성에 한정하고 있다. 이는 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선출을 위한 선거

를 공정하게 관리하기 위해 제정된 「공직선거법」의 입법목적 및 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 관장하는 선거관리위원회의 직무범위를 넘어서는 것으로 보인다.

또한 선거와 관련한 허위사실유포·후보자비방에 대한 제재와 관련해서는 「공직선거법」 제82조의4(정보통신망을 이용한 선거운동)와 제250조(허위사실공표죄), 제251조(후보자비방죄)에 따라 이미 규율되고 있어, 선거와 관련된 가짜뉴스에 대한 제재 근거는 이미 마련되어 있다고 볼 수 있다.

또한, 사적 성격이 강한 소셜네트워크 대화방과 개인 블로그 등의 게시물에 대한 규제를 강화하도록 하고 있어 유권자의 표현의 자유가 제한·위축될 우려가 있다. 이 법안은 가짜뉴스 개념에 있어서의 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙 위배 및 입법체계상의 문제점 등을 모두 안고 있다.

5. 마무리하면서

가짜뉴스는 정치커뮤니케이션 현상의 하나이다. 한국만의 특별한 현상도 아니다. 가짜뉴스가 주목받게 된 것은 초연결 사회로 대변되는 디지털 기술 때문이다. 정보생산자와 소비자의 개념이 해체되고, 개인 미디어가 연결망을 통해 광범위하게 이용되면서 사회정보의 유통구조는 크게 바뀌었다. 또한 언론과 같은 정치매개집단의 영향력 약화는 통제 불가능한 정치커뮤니케이션 현상에 대한 사회적 불안감을 키웠다. 오늘날 우리 사회가 두려워하는 것은 가짜정보 그 자체라기보다는 정보가 전파되고 매개되는 커뮤니케이션 구조이며, 그 속에 존재하는 개인 또는 집단의 영향력이다.

이 글에서 분석한 입법안들은 사회여론에 대한 제도적 규율과 통제를 통해 입법 목적을 달성하기 위해 다양한 규제안들을 담고 있다. 그러나 참여촉진적 공간으로서 온라인 공간의 특성과 우리 헌법이 보장하는 표현의 자유라는 기본권의 관점에서 평가해 보면, 과도한 사회적 불안감이 입법안에 반영되어 있다고 말할 수 있다.

그 특징을 몇 가지로 정리하면 다음과 같다.

첫째, 우월적 지위를 갖는 기본권인 표현의 자유에 대한 중요성과 이를 반영한 헌

법재판소의 위헌심판 결정들에도 불구하고 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙을 위배하는 법조항이 많다는 점이다. 특히, 이미 전기통신기본법에서 사회적 법익과 관련하여 허위사실 및 허위통신에 대한 규제가 위헌결정이 났음에도 그 맥락에서 크게 벗어나지 않는 가짜뉴스에 대한 법적 정의를 사용하고 있다.

둘째, 가짜뉴스와 같은 허위사실을 담은 정보를 규제함에 있어서, 정보통신서비스 제공자를 규율해서 입법 목적을 달성하고자 하는 방식을 택하고 있다. 이용자의 표현물을 민간 사업자에 책무를 부여해서, 모니터링, 삭제 또는 그에 준하는 조치를 강제하고 있다. 최근 김성태의원이 발의한 정보통신망법 개정안을 보면, 제44조의9 제1항 및 제4항 내지 제8항에서 정보통신서비스 제공자 불법정보 해당 여부를 스스로 확인하도록 하고 예외적으로 판단하기 어려운 경우 심의위원회의 심의를 신청하도록 하고 있다. 또한 동 법안 제44조의9제3항에서 정보통신서비스 제공자로 하여금 모니터링 및 불법정보 유통을 차단할 수 있는 인력·조직·시설·운영체계 등을 대통령령이 정하는 바에 따라 갖추도록 하고 있는데, 이는 모니터링을 통한 검열을 강제하는 것이어서 통신 및 표현의 자유 침해 문제를 야기할 수 있다.

이처럼, 사업자가 이용자의 표현물을 스스로 판단하고 삭제하게 하는 강제규정들은 민간 사업자에게 표현물에 대한 처벌적 권한을 국가가 위임하면서 발생할 수 있는 권리 침해의 문제, 국외 사업자와 비교하여 국내 사업자에게 지워진 과도한 부담으로 인한 서비스의 역차별 문제를 야기한다.

셋째, 법령의 목적 정당성에 맞지 않는 조항이 다수 있다. 언론중재위원회는 분쟁조정기구임에도 불구하고 주호영 의원 개정안에서는 언론사 등이 고의 또는 중과실로 허위의 사실에 대한 언론보도 등을 한 경우에는 문화체육관광부장관에게 해당 언론사 등에 그 시정을 명하도록 요청할 수 있다. 시정명령은 행정적 처분에 해당하는 것으로 분쟁조정기구의 성격에 부합하지 않는다.

넷째, 위축효과를 발생시키는 규범적 규제안이 포함되어 있다. 대표적인 것이 언론중재법 개정안에 포함된 알림표시 의무와 정보통신망법 개정안에 포함된 심의중인 불법정보에 대한 표시의무 등 이다. 이는 표현물에 낙인을 찍는 효과를 만듦으로써 표현자의 자기 검열을 강화하고 위축시키는 부정적인 결과를 낳을 수 있다.

지난 10월 Ifra/DCX에서 열린 제프 자비스(Jeff Jarvis) 교수의 강연 제목은 “트럼프의 놀림감이 되지 마라”였다. 가짜뉴스와 같이 허위사실 규제논의들이 정치적으로 이용당하는 결과를 낳는다는 것이 그의 주장이었다. 그는 가짜뉴스 문제에서 대두되는 디지털 공간의 신뢰 위기를 논할 때, 정부와 정치기관이 주도해서 문제를 해결하기 보다는 ‘공중이 대화를 진작시킬 수 있는 토양’을 마련하는 것이 필요하다고 말한다. 그는 사회적 소통이 교차적이고 개방적으로 이루어지는 것이 보다 근본적인 문제라고 주장했다.

자비스 교수의 주장처럼, 언론과 사회 및 학술기관의 팩트체킹 노력과 다양한 의견을 교환하고 다른 관점을 경험하는 소통의 구조가 법령적인 도구보다 더 우선적인 해결책일 수 있다. 그 이유는 기본권 중에서도 표현의 자유가 갖는 우월적 지위 때문이다.

참고문헌

- 강상욱 (2017). 가짜뉴스 관련 법제현황(방통위 연구반 참고자료)
- 박아란 (2017, 2, 14). Fake News(가짜 뉴스) 개념과 대응방안. 한국언론학회 주최 세미나 발제문.
- 심나리 (2017). 소셜 네트워크의 페이크뉴스와 혐오표현, 법적 규제 가능할까 : 독일 네트워크시행법(안)의 주요 내용과 쟁점. 언론중재. 2017년 가을호, 100-106.
- 이우영 (2012). 표현의 자유 법리와 헌법재판소의 위헌법률심사기준. 서울대학교 법학. 제53권 제2호, 285~317.
- 최병진 (2002). 오보와 그 규제방안에 관한 연구. 인문과학, 7. 249-27
- 황용석·권오성 (2017). 가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구 : 인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로. 언론과 법. 제16권 제1호, 53-101.
- 황용석·이동훈·김준교 (2009). 미디어책임무성 관점에서의 인터넷 자율규제제도 비교 연구. 17(1). 102-134.
- 황창근 (2017, 3, 20). 가짜 뉴스에 대한 법적 대응 방안. 제1회 KISO 포럼 : 페이크 뉴스와 인터넷.
URL: http://journal.kiso.or.kr/wp-content/uploads/2017/03/KISO-%ED%8E%98%EC%9D%B4%ED%81%AC-%EB%89%B4%EC%8A%A4%EC%99%80-%EC%9D%B8%ED%84%B0%EB%84%B7-%EC%9E%90%EB%A3%8C%EC%A7%91_F.pdf
- Allcott, H., & Gentzkow, M. (2017). Social media and fake news in the 2016 election. NBER Working Paper No. 23089, 5-6.
- Allport, G. W., & Postman, L. (1947). The psychology of rumor. New York: holt, Rinehart & Winston.
- Antoniadis, S., Litou, I., & Kalogeraki, V., (2015, 10, 26). In C. Debruyne, H. Panetto, R. Meersman, T. Dillon, G. Weichhart, Y. An, & C. A. Ardagna, (Eds.) A model for identifying misinformation in online social networks. Lecture notes in computer science (pp. 473-482). Springer International Publishing.
- Balmas, M. (2014). When Fake News Becomes Real: Combined Exposure to Multiple News Sources and Political Attitudes of Inefficacy, Alienation, and Cynicism. Communication Research 2014, 41(3), 430-454
- Baym, G. (2010). From Cronkite to Colbert: The evolution of broadcast news. Boulder, CO: Paradigm Press.
- DiFonzo, N. & Bordia, P.(2007). Rumor, gossip, and urban legend. Diogenes, 54, 19-35.
- Fetzer, J. H. (2004). Disinformation: The use of false information. Minds and Machines 14, 231-240.
- Frenda, S. J., Nichols, R. M., & Loftus, E. F. (2011). Current issues and advances in misinformation research. Current Directions in Psychological Science, 20(1), 20-23.

- Hunt, E. (2016, 12, 17). What is fake news? How to spot it and what you can do to stop it. Guardian. Retrieved from <https://www.theguardian.com/media/2016/dec/18/what-is-fake-news-pizzagate>
- Zhu, B., Chen, C., Loftus, E. F., Lin, C., He, Q., Chen, C., & Dong, Q. (2010). Individual differences in false memory from misinformation:cognitive factors. *Memory*, 18(5), 543-555