

사이버 공간상의 표현의 자유에 대한 국가규제의 한계

곽영길

오늘날 인터넷의 발달에 따라 생성된 사이버공간은 쌍방향성, 개방성, 사공간적 무제약성 등 그 특성으로 인해 개인의 의사표시의 기회와 방식 등이 획기적으로 확대됨으로써 헌법적 권리인 표현의 자유를 크게 확장시키고 있다. 그러나 한편으로 사이버공간에서의 익명성 등으로 인해 타인의 명예훼손, 저작권침해 등 개인적·사회적 법익이 침해되는 경우 또한 증대되고 있는 것이 현실이다. 사이버공간과 관련하여 논의되는 명예훼손 등 여러 법적 문제들이 있으나, 본 논문은 최근의 일명 '미네르바 사건'과 관련하여 사이버공간에서의 정부나 정부정책에 대한 비판, 정책결정자들에 대한 비판에 대한 규제만으로 그 논의를 한정하여 고찰하였다. 인터넷을 통한 상호작용은 소통의 탈중심성, 양방향성, 시공간 장벽의 극복, 공적인 것과 사적인 것의 탈경계화, 공식성과 비공식성의 뒤섞임, 말하기와 글쓰기의 탈경계화, 동시성과 비동시성의 혼재성, 시청각적·사회적 단서의 희박성 등을 포함하고 있다. 인터넷의 이러한 매체적 속성은 아직은 부족한 것이 많은 것이 현실이나 사이버공간이 민주주의의 발전에 많은 긍정적인 역할을 할 것이라고 전망해 볼 수 있다. 사이버 공간은 개인의 표현의 자유를 만끽하게 해주는 개방된 매체로서 사이버공간에서 표출되고 형성되는 의견은 기존의 매스 미디어에 의해 형성된 의견보다 훨씬 더 다양한 정보와 의견이 교환될 수 있다는 점에서, 사이버공간은 하버마스가 제기하고 있는 '공론장(public sphere)'의 기능을 지니고 있다고 할 수 있으며, 민주적 의사결정의 형성에 필수적인 토론문화를 활성화시키고 이전의 방식을 뛰어넘는 새로운 형태의 텔레데모크라시의 장을 제공해 줄 수 있다고 본다. 사이버공간에서의 표현의 자유도 타인의 법익·사회적 법익을 위해 제한될 수 있다고 보지만, 표현의 자유에 대한 국가의 과도한 제한과 규제는 인류역사가 발전시켜온 헌법적 가치의 실현을 저해하므로 종래 오프라인영역과 관련하여 발전시켜온 표현의 자유에 대한 제한과 규제의 한계에 관하여 확립된 원칙은 원칙적으로 사이버공간에서의 그것에도 준수되어야 하며, 특히 정부정책 등에 비판에 대한 규제는 보다 엄격하고 제한적인 요건 하에서만 허용될 수 있다고 할 것이다.

주제어: 사이버공간, 사이버공간상의 표현의 자유, 미네르바사건, 사이버명예훼손, 저작권침해

1. 서론

오늘날 인터넷을 통한 사이버공간¹⁾은 종래 정보의 수용자로서 수동적인 지위에 머물던 개인들을

- 1) 사이버공간이란 컴퓨터와 이들의 네트워크의 형성으로 이루어진 관념적 공간으로서 커뮤니케이션의 연장선상에 있는 정보의 공간이며, 인터넷 등 정보통신망을 활용한 하나의 '장'의 개념이다. 사이버공간이 하나의 '장'의 개념이라면 인터넷은 이를 만드는 수단인 개념으로, 양자의 구별실익은 별로 없다고 할 것이다(김혜경,

적극적인 참여자 내지 정보형성자로서의 지위로 격상시키고 있다.

종래의 신문이나 방송 등의 전통적 매체와 다른 특성을 가지고 있는 인터넷매체에 의해 형성되는 사이버공간에서는 원활한 의사소통과 자유로운 정보의 흐름이 나타나고 이를 통해 표현의 자유가 획기적으로 확대·발전되기에 이르렀으며 민주주의의 내지 사회적 연대를 강화할 수 있는 순기능을 보이고 있는 한편으로 불법정보의 만연 및 저작권침해·사생활침해·명예훼손행위 등의 사이버범죄 증가라는 역기능도 함께 나타나고 있다.

사이버공간상의 표현에 대한 규제와 관련하여서는 인터넷이 참여와 자유로운 소통을 특징으로 하는 매체이므로 규제가 바람직하지 않다는 입장에서부터 오히려 전통적인 매체보다 전파성이나 영향력이 큰 점을 감안하여 더한 규제를 하여야 한다는 입장까지 다양한 논의가 있어왔는바, 최근 사이버공간에서의 각종 역기능이 심화됨에 따라 인터넷심의제도나 본인확인제·인터넷실명제, 권리침해조치에 대한 정보통신위원회의 임시조치제도, 사이버모욕죄 등 각종 규제정책이 도입되었거나 도입이 논의되고 있는 상황에 있다.

기존의 선행연구(정완, 2005; 김혜경, 2005; 박원경: 2002; 남경국, 2004; 서보학, 2001; 류시조, 1999; 김용진, 2003; 권창국, 2008)들을 살펴보면 사이버공간에서의 표현의 자유와 관련하여 사이버범죄라는 주제 하에 관련쟁점 등을 포괄적으로 분석하거나 주로 사적 이익의 침해에 초점을 두어 명예훼손이나 사이버 모욕죄, 저작권침해에 관하여 분석한 것이 많았으며, 정부의 정책이나 정책결정자에 대한 비판에 관하여는 상대적으로 소홀히 취급해 온 점이 없지 않았던 것으로 보인다.

이에 본 연구는 최근의 일명 ‘미네르바 사건’²⁾에서 보이듯 특히 정부의 정책이나 정책결정자에 대한 비판에 대한 선부른 국가개입은 사회구성원에게 정보에의 접근가능성과 활용기회 확대, 정보의 광범위한 확산을 유발하여 기존에 볼 수 없었던 여론형성의 장입과 동시에 사회적 다양성에 대한 긍정적인 인식토대를 마련함으로써 기존 어떠한 매체와도 비교할 수 없을 정도로 사회구조의 민주화(democratic culturalization in socialstructure)에 기여하고 있다³⁾고 볼 수 있는 사이버공간에서의 표현의 자유를 크게 위축시킬 우려가 있으므로 사이버공간에서의 표현의 자유도 일정한 한계 내에서 보호되어야 한다는 점에서 일정 한계를 넘는 표현행위에 대해서는 규제의 필요성에 공감하면서도 인터넷상의 표현의 자유에 대한 국가규제에 있어서는 전통적인 매체를 통한 표현의 자유에 대하여 확립된 각종 헌법적 원칙이 기본적으로 적용되어야 하되(Lessig, 2009: 536; 김정오 재인용)⁴⁾ 그 매체적 특성

2005-15: 28-30).

- 2) ‘미네르바’라는 필명으로 포털사이트 다음 아고라 경제게시판에 글을 올려 정부 경제정책과 관련해 허위사실을 유포한 혐의(전기통신기본법 위반)로 기소된 박모씨 사건을 말한다.
- 3) 이러한 점은 각종 정당이나 사회단체 등이 인터넷 등 사이버공간에서의 영향력의 증대와 지지층의 확보를 위하여 홈페이지 구축, 콘텐츠 개발 등에 대한 관심증대나 인터넷언론매체의 등장, 각종 선거에서 인터넷이 미친 영향력에 대한 인식의 전환 등에서도 확인할 수 있다. 나아가 정보유통매체로서의 인터넷의 영향력과 관련하여 인터넷매체를 단순히 기존 정보매체를 보완(매체보완론)하는 것이 아니라 대체재로 파악하는 견해(매체 대체론)도 제기되고 있다(권창국, 2008: 220; 유석진, 이원우, 이현태, 2005: 144-146; 정봉근, 2004(3): 23-25).
- 4) “현실공간의 헌법은 사이버공간의 헌법에 그 가치들을 전달해야 한다. 기존의 헌법적 가치들과 모순되는 방향

을 고려해야 한다는 입장에서, 기존의 표현의 자유에 대한 헌법적 규제원칙을 고찰하고 관련 판례를 살펴봄으로써 특히 사이버공간에서의 정부의 정책이나 정책결정자에 대한 비판에 한정하여 표현의 자유에 대한 국가규제의 한계에 관한 논의를 재음미해보고자 하였으며, 연구방법은 문헌분석적 방법을 통해 관련 논문과 저술, 판례, 언론매체 등을 활용하였다.

II. 표현의 자유에 대한 이론적 고찰

1. 표현의 자유의 의의

표현의 자유는 정신적 자유와 정치적 자유의 중핵으로서⁵⁾ 자신의 의사를 외부에 표현하고 전달하며, 자신의 의사표현을 통해서 여론형성에 참여할 수 있는 권리를 말한다. 민주사회에서 표현의 자유는 개인의 사회 문화적 개성신장만이 아니라, 사회구성원 간 자유로운 의사접촉을 통해 여론을 형성하여 정치적 통합을 확보하는 방법적 기초로서 민주정치의 창설적 전제가 되는 것이므로, 표현의 자유는 국가의 방해받지 않고 자유로이 사상과 의견을 발표할 수 있어야 한다는 국가권력에 대한 방어권(주관적 공권)임과⁶⁾ 동시에 민주국가·법치국가에 있어서 객관적 가치질서의 구성요소로서의 성격도 갖는다고 봄이 일반적 견해이다(허영, 2002: 253).

우리 헌법은 제21조에서 언론·출판의 자유보장 및 언론·출판에 대한 허가·검열의 금지, 언론·출판의 사회적 책임에 관한 규정을 두고 있는 바, 헌법 제21조에서 보장하고 있는 언론·출판의 자유 즉 표현의 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하고, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것이다.⁷⁾

우리 헌법재판소는 “오늘날 가장 거대하고 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이라고 하였다(권영성, 2003: 498; 정완, 2005: 87 재인용).

으로 사이버공간을 건설하려는 국가의 시도들을 제한해야 한다.”(김정오, 2009: 536).

5) 표현의 자유는 1649년 영국의 인민협정에서 선언되고 1776년 미국의 버지니아 권리장전과 1789년 프랑스인권 선언에 규정되었으며, 1791년 수정 미국연방헌법에 규정된 이래 오늘날 각국의 헌법이 이를 규정하고 있다.

6) “역사적으로 보면, 사람의 가치에 대한 사회적 평가(명예)를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련법은, 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한·억압하는 수단으로 쓰여졌다.”(헌법재판소 전원재판부 1999.6.24. 97헌마 265).

7) 헌법재판소 1989.9.4. 88헌마22.

2. 표현의 매개체의 범위

의사의 표현·전파의 자유에 있어서 의사의 표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없다. 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체가 포함된다.⁸⁾ 그러므로 인터넷 등 온라인 매체도 헌법이 보장하는 표현의 자유의 보호대상이 된다.

우리 헌법재판소도 “청소년유해매체물로 결정된 매체물 내지 인터넷 정보라 하더라도 이들은 의사형성적 작용을 하는 의사의 표현·전파의 형식 중의 하나이므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 의사표현의 매개체에 해당된다.”⁹⁾라고 판시하고 있다.

3. 표현의 대상인 ‘의사’의 개념범위

표현의 자유의 대상인 ‘의사’의 개념을 파악함에 있어서는 합리적이고 평가적인 사고의 과정을 거친 평가적 의사만으로 파악하는 견해(평가적 의사설)와 단순한 사실의 전달까지 포함되는 것으로 보는 견해(사실포함설)의 대립이 있다.

평가적 의사설에 의하면 의사표현의 자유는 사람의 사상을 존중함으로써 표현된 내용의 주관적 경향을 존중하려는데 그 의의가 있다고 보고, 단순한 사실의 전달은 의사의 개념에 포함되지 않는다고 본다(허영, 2002: 525-528). 반면 사실포함설에 의하면 평가적인 의사와 단순한 사실의 전달을 확연하게 구별하는 것이 쉽지 않고, 인식론적 근거에서 ‘평가를 수반하지 않는’ 사실전달이란 존재하지 않으며, 어떤 사실에 대한 주장은 일반대중이 공적 의사를 형성하는데 결정적인 역할을 하고, 의사를 단순한 사실의 전달까지도 포함하는 것으로 이해하여야 표현의 자유를 흠결 없이 보호해 줄 수 있기 때문에 의사를 넓게 해석해야 한다고 본다(홍성방, 2002: 481).

생각컨대 의사의 표현과 사실의 전달은 개념적으로는 구별이 가능하다 할지라도 실제로는 구별이 힘들며, 평가가 없는 사실의 전달이 존재할 수 있는지가 의문이다. 따라서 단순한 사실의 전달까지 포함되는 것으로 보는 것이 타당하다고 본다.

한편 ‘허위사실의 표현’ 행위도 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호되는지와 관련하여 우리 헌법재판소는 “‘허위사실’이라는 것은 언제나 명백한 관념은 아니다. 어떠한 표현에서 ‘의견’과 ‘사실’을 구별해 내는 것은 매우 어렵고, 객관적인 ‘진실’과 ‘거짓’을 구별하는 것 역시 어려우며, 현재는 거짓인 것으로 인식되지만 시간이 지난 후에 그 판단이 뒤바뀌는 경우도 있을 수 있다. 이에 따라 ‘허위사실의 표현’임을 판단하는 과정에는 여러 가지 난제가 뒤따른다. 나아가 객관적으로 명백한 허위사실의 표현임이 인정되는 때에도, 그와 같은 표현이 언제나 타인의 명예·권리를 침해하는 결과를 가져온다거나, 공중

8) 헌법재판소 1993.5.13, 91헌바17.

9) 헌법재판소 2004.1.29, 2001헌마894.

도덕·사회윤리를 침해한다고 볼 수는 없으며, 행위자의 인격의 발현이나, 행복추구, 국민주권의 실현에 전혀 도움이 되지 않는 것이라 단언하기도 어렵다. 또한 다양한 허위사실의 표현 가운데 ‘일단 표출되면 그 해악이 처음부터 해소될 수 없거나 또는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현’이 존재할 수 있다 하더라도, 어떤 표현이 바로 위와 같은 이유에 의하여 ‘국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는 표현’에 해당하는지 여부는 ‘표현의 자유’라는 헌법상의 중요한 기본권을 떠나서는 규명될 수 없는 것이다. … 즉, 표현이 어떤 내용에 해당한다는 이유만으로 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다고는 볼 수 없고, ‘허위사실의 표현’이 일정한 경우 사회윤리 등에 반한다고 하여 전체적으로 표현의 자유의 보호영역에서 배제시킬 수는 없다. ‘허위사실의 표현’도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석하여야 할 것이다.”고 하여 ‘허위사실의 표현행위’도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 있다고 보고 있다.¹⁰⁾

4. 표현의 자유의 한계

표현의 자유가 기본권으로 보장된다고 해도 절대적이고 무제한적으로 보장되는 것이 아님은 물론이며, 표현의 자유 역시 일정한 한계를 갖고 있다. 자유로운 의사표현이 오히려 사회통합과 유대를 저해하는 방법으로 활용되거나 그로 인해 공동체의 존립 자체가 파괴되거나 공동체에 소속되어 있는 다른 구성원들의 인간성과 인격이 파괴되는 것까지를 허용하는 것은 아니기 때문이다.

우리 헌법 제21조 제4항도 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다” 라고 명시함으로써 다원화된 현대정보산업사회에서 언론·출판이 가지는 사회적 의무와 책임을 명시하고 있으며,¹¹⁾ 표현의 자유도 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 법률에 의해 일정한 제한을 받을 수 있다.

우리 헌법재판소도 “언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 그 표현의 해악을 시정하는 1차적 기능은 시민사회 내부에 존재하는 사상의 경쟁메커니즘에 맡겨져 있기 때문이다. 그러나 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하더라도 그 표현의 해악이 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현은 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받을 수 없고 국가에 의한 내용규제가 광범위하게 허용된다.” 고 하고 있다.¹²⁾

10) 헌법재판소 2010.12.28, 2008헌바157, 판례집 제22권 2집 하, 684.

11) 헌법 제21조 제4항과 관련해서는 표현의 자유의 ‘내재적 한계’를 명시하고 있다고 보는 견해(권영성, 2003: 476)와 사인간의 기본권 효력을 명시하고 있다고 보는 견해(허영, 2002: 535)가 있다.

5. 표현의 자유에 대한 제한의 한계

표현의 자유는 자유민주적 정치체제의 전제가 되는 것으로 다른 기본권보다 상대적으로 우월적 지위를 갖지만 절대적 자유라고 볼 수는 없으므로, 헌법 제37조 제2항과 헌법 제21조 제4항에 의해 법률에 의해 규제될 수 있으며, 법률이 아닌 대통령의 긴급명령과(헌법 제76조) 비상계엄선포시의 특별한 조치(헌법 제77조, 계엄법 제9조)에 의해서도 규제될 수 있다. 다만, 표현의 자유를 제한하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하는 것은 금지되며, 필요최소한의 제한에 그쳐야 한다. 특히 표현의 자유가 갖는 특징적 기능으로 인하여 보다 엄격한 한계설정이 요구된다고 하겠다.¹³⁾

이에 대하여는 우리 헌법재판소가 다음과 같이 밝힌바 있다. “특히 표현의 자유영역에 있어서는 국가의 개입이 더욱 제한적으로 이루어져야 할 몇 가지 특수상황이 존재하는 바, 표현의 자유가 지니는 헌법적 가치들은 입헌민주체제에서 반드시 확보되어야 할 중요한 가치라는 점 및 표현의 자유는 인격의 발현으로서 사상과 견해를 외부에 표출하는 것인데, 어떤 사상이나 견해가 옳고 가치 있는 것인지를 판단하는 절대적인 잣대가 자유민주 체제에서는 존재할 수 없다는 사실이다. 만약 국가 또는 사회의 다수가 그러한 절대적인 잣대를 가지고 사상과 견해를 재단하려 한다면 그것이야말로 자유민주 헌법이 가장 경원시하고 경계해야 할 것이 아닐 수 없다. 또한 표현의 자유에 대한 국가의 규제는 통상 그 표현으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것으로 이는 정당하고 필요한 것이기는 하나, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 메커니즘, 즉 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재하므로 만일 시민사회 내부에서 서로 대립되는 다양한 사상과 의견들의 경쟁을 통하여 유해한 표현의 해악이 자체적으로 해소될 수 있다면 국가의 개입은 최소한도에 그쳐야 할 것이다.”¹⁴⁾

1) 사전억제금지의 원칙(허가 및 검열의 금지)

헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다.” 고 규정함으로써 표현의 자유에 대한 사전억제금지를 명시하고 있다.

이러한 언론·출판에 대한 허가·검열금지의 취지에 관하여 헌법재판소는 “정부가 표현의 내용에 관한 가치판단에 입각해서 특정 표현의 자유로운 공개와 유통을 사전 봉쇄하는 것을 금지하는 데 있으므로, 내용규제 그 자체가 아니거나 내용규제의 효과를 초래하는 것이 아니라면 위의 금지된 ‘허가

12) 헌법재판소 1998.4.30, 95헌가16.

13) 표현의 자유에 대한 제한의 한계로 허영 교수는 ① 국가안전보장, 질서유지, 공공복리에 대한 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)의 존재, ② 명확성의 원칙을 충족시킬 수 있는 형식적 의미의 근거 법률의 존재, ③ 과잉금지의 원칙에 따라 명백하고 현존하는 위험을 피하기 위한 필요최소한도의 제한을 들고 있다(허영, 2002: 670).

14) 헌법재판소 1998.4.30, 95헌가16.

'에는 해당되지 않는다고 보며,¹⁵⁾ '검열'이란 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가 받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 그러므로 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의 무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다." 라고 판시하고 있다.¹⁶⁾

2) 명확성의 원칙

표현의 자유를 제한하는 법률의 규정은 구체적이고 명확하여야 한다.¹⁷⁾ 법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이나, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 더욱 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증될 수 있도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인가가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.¹⁸⁾

3) 명백하고 현존하는 위협의 원칙

의사표현의 자유를 규제하기 위해서는 그 표현행위가 법률상 금지된 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위협성을 있음이 입증되어야 한다.¹⁹⁾ '명백'이란 표현과 해악의 발생 사이에 밀접한 인과관계가

15) 헌법재판소 1992.6.26, 90헌가23.

16) 헌법재판소 1996.10.4, 93헌가13.

17) *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385(1926) : "특정한 행위를 강제하거나 금지하는 법령이 극히 불명확하여 일반인이 그 의미를 추정할 수밖에 없거나 그 집행에 관하여 의견을 달리할 수밖에 없다면, 이러한 법령은 적법절차원리의 본질에 위배되는 것이다." *Jordan v. De George*, 341 U.S.223(1951) ; '비윤리적 행위와 관련한 모든 범죄'를 범한 혐의로 최소 두 차례 이상 유죄판결을 받은 외국인을 추방하도록 규정한 법률 조항의 '비윤리적 행위와 관련한 모든 범죄'라는 표현이 명확성원칙에 위반된다고 판시하였다.

18) 헌법재판소 1998.4.30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342. 헌법재판소는 " '음란'의 개념과는 달리 '저속'의 개념은 그 적용범위가 매우 광범위한 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적이다. 이 "저속"의 개념에는 출판사등록이 취소되는 성적 표현의 하한이 열려 있을 뿐만 아니라 폭력성이나 잔인성 및 천한 정도도 그 하한이 모두 열려 있기 때문에 출판을 하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현내용을 조절해야 되는지를 도저히 알 수 없도록 되어 있어 명확성의 원칙 및 과잉금지원칙에 반한다고 보았다(헌법재판소 2002.4.25, 2001헌가27).

존재해야 함을 말하고, ‘현존’이란 해악의 발생이 시간적으로 근접성을 요할 것을, ‘위험’이란 공공의 이익에 대한 해악의 발생개연성을 말한다.²⁰⁾

4) 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)

표현의 자유에 대한 제한수단이나 방법은 보호하고자 하는 법익을 구현함에 적합한 것이어야 하며 (적합성의 원칙), 제한이 필요최소한에 그쳐야 하고(최소침해의 원칙), 보호하고자 하는 법익과 제한받는 기본권간에 상당한 비례관계가 있어야 한다(상당성의 원칙).²¹⁾

III. 사이버공간의 특성과 표현의 자유

1. 사이버공간의 특성²²⁾과 표현행위

19) *Schenck v. United States*. 249 U.S. 47(1919) : 징병거부를 권유하는 취지의 유인물을 배포한 행위와 관련 “모든 행위의 성격은 그것이 이루어진 상황에 따라 결정된다. ... 모든 경우에 문제는 행해진 표현으로 인해 ... 성질상 명백 · 현존하는 위험이 발생하여 그 결과 중대한 해악을 초래했는지 여부에 달려 있다. 여기서 중대한 해악은 의화가 정당한 권한에 의거하여 방지할 수 있는 것이어야 한다. 이 문제에 대한 판단은 실질적 해악과의 시간적 근접도 및 발생할 해악의 정도에 따라 이루어진다.”(이상운, 2000: 76); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444(1969) : Ku Klux Klan의 지도자가 폭력에 기초한 정치적 개혁을 주장한 사건에서 “언론 · 출판의 자유에 비추어 볼 때, 주정부는 폭력이나 위법한 행위를 주장하는 표현을 규제할 수 없다. 다만 이러한 주장이 임박한 불법적 행동을 선동 · 야기하는 것을 그 목적으로 하고 있고, 실제로 이러한 목적이 실현될 개연성이 있는 경우에는 예외로 한다.” 한편, *Dennis v. United States*. 341 U.S. 494(1951)에서는 표현의 자유에 대한 제한의 위헌여부는 표현이 야기하는 해악의 중대성에 따라 판단해야 한다고 판시하였다. 곧 해악의 실현가능성과 관계없이 객관적으로 예상되는 해악이 중대하다면 표현의 자유에 대한 제한은 정당하다고 보았다(강승식, 2007: 507-510).

20) 헌법재판소도 반국가단체의 활동을 찬양 · 고무하는 자에 대한 처벌규정인 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항에 대한 위헌심판사건에서 “당해 규정들이 국가의 존립 · 안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에만 처벌되는 것으로 축소해석 하는 한 헌법에 위배되지 아니한다.”고 함으로써 이러한 원칙에 따르고 있다(헌법재판소 1990.6.25, 90헌가11).

21) 헌법재판소는 “‘청소년이용음란물’이 헌법상 표현의 자유에 의한 보호대상이 되고 따라서 그 제작 등의 행위에 대하여 형사상 중한 처벌을 가하는 것이 이러한 기본권을 다소 제한하게 되는 결과가 된다 하더라도, 이는 공공복리를 위하여 필요한 제한으로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 반하지 아니한다.”고 본바 있다(헌법재판소 2002.4.25, 2001헌가27).

22) 정보매체로서의 인터넷의 다양한 특성을 지적할 수 있지만, 첫째, 일방적 정보전달매체가 아닌 양방향의 의사소통이 가능한 매체인 점(communicative media), 둘째, 정보의 유통과정을 통제하는 존재가 없어 탈 중앙적, 개방적 매체라는 점(decentralized & open media), 셋째, 다수의 정보생산자가 존재하고, 정보수용자 역시 언제든지 능동적 정보생산자가 될 수 있는 이용자가 된다는 점(active media), 넷째, 매체에 대한 접근가능성이 확대되어 있으며(accessibility), 다섯째, 다양한 정보전달방식의 구사(텍스트, 음성, 그래픽파일 등)가 가능한

사이버공간은 인간의 활동범위를 넓히고 활동의 가능성까지도 확장시켰으며 인간의 의식, 사고, 창조력, 가치관, 사회제도 등을 근본적으로 변화시켜 표현매체의 새로운 패러다임을 형성하게 된(윤명선, 2002: 13) 순기능 이외에 댓글, 욕설, 사진합성물 등에 의한 명예훼손, 사이버스토킹, 사이버성희롱, 사이버성매매, 사이버음란물 유통 등 역기능이 사이버 공간을 크게 어지럽히고 이용자들로 하여금 직접 피해자가 되거나 최소한 눈살을 찌푸리게 하는 일이 많아지고 있다(정완, 2005: 83).

그런데, 사이버공간은 한정된 공간 또는 시간 개념이 없는 점에서 쌍방향성이나 동시성, 익명성 등의 특징을 가지며 이러한 특징들은 이와 결부하여 표현행위를 함에 있어서 특히 부정적인 결과를 초래하기도 한다.

사이버공간의 특성²³⁾이 표현행위에 미치는 영향은 다음과 같다.

1) 익명성

익명성은 사이버공간상의 표현의 자유를 촉진시키는 가장 큰 요인의 하나로 평가된다. 사이버공간에서 개인은 실체를 드러내지 않음으로써 사회적 차별이나 정치적 보복의 두려움 없이 진실한 목소리를 낼 수 있고 타인과의 관계를 적극적으로 수용하며 자신의 의견을 밝혀 공동의 문화를 형성한다는 긍정적인 측면을 갖는다. 한편, 익명성은 이용자들이 자제를 하지 못하고 행위에 대한 책임성을 약화시켜 일탈성향을 조성하고 법집행의 곤란성 초래 등 새로운 형태의 많은 부작용과 갈등을 초래하는 부정적인 면도 동시에 갖는다(김혜경, 2005: 31).

정완(2008: 100)은 사이버공간에서는 자신의 신분을 노출시키지 않은 채 활동하는 것이 가능하고, 인터넷을 이용하고자 할 때 정확한 인적사항을 요구하지 않는 경우가 많으므로 완벽하게 자신의 익명성을 보장받을 수 있으며, 이러한 이유로 사이버공간을 ‘익명의 바다’라고 부르기도 한다.

한상희(2003)는 익명성의 일반적 폐해로는 법집행의 곤란성, 일탈성향의 조성, 정보에 대한 신뢰성 감소 등을 들 수 있다고 하였다(김혜경, 2005: 32 재인용).

2) 쌍방향성

쌍방향성은 상호간의 실시간 정보교환이 가능함을 의미하며, 사이버공간의 네트워크적인 특성이 이를 가능케 한다.

기존의 신문이나 방송매체에 의한 정보의 흐름은 일대 다수의 형태로서 제공자에서 수용자로의 일방향성을 갖는 반면 사이버공간에서의 정보흐름은 일대일 또는 상호 다수의 형태로 정보의 제공자와

점을 들 수 있다(김용진, 2003: 76-82).

23) 다음과 같은 특성이외에도 비대면성(피해자는 행위자를 거의 알 수 없어 범인파악이 어렵게 되고, 피해의식이나 공포감이 훨씬 커짐), 전문성과 기술성, 빠른 진파성과 엄청난 재산피해 등을 수반하게 된다(정완, 2008: 100-102).

수용자가 구별되지 않는 쌍방향적인 유통이 이루어진다. 또한 기존의 매체들은 일반인의 매체에 대한 접근기회가 적기 때문에 수용자의 입장에서는 자신의 의견을 표현하는 수단이 한정되었고 이러한 상태 하에서 표현할 수 있는 내용의 범위나 빈도 역시 제한되어 있었으나 사이버공간은 상대적으로 매우 적은 비용으로 자신의 미디어를 만들 수도 있고 타인의 미디어에의 접근이 용이하므로 자신의 의견이나 정보를 적극적으로 표시할 수 있게 되었다. 이러한 기술적인 특성들은 수동적이었던 이용자들을 단순한 정보수신자에서 적극적인 정보제공자로 변화시켰다(김혜경, 2005: 33).

3) 시공간적 무제약성

사이버공간에서의 생활은 시·공간의 무제약성으로 사이버범죄자들에게 엄청나게 많은 범죄의 기회를 제공하고 있다. 누구든지 마음만 먹으면 인터넷을 24시간 내내 이용할 수 있으며, 별다른 어려움 없이 세계 어느 곳에 있는 인터넷사이트에도 접속할 수 있다(정완, 2008: 101).

또한 정보제공자가 정보를 제공하는 시점과 수신자의 수신시점이 시간적으로 제약되지 않으며, 지역국가라는 물리적 장소개념이 없기 때문에 전세계가 동일한 영향권아래 있는 것처럼 장소적으로 제약받지 않는다(김혜경, 2005: 34). 이러한 점은 인터넷상의 불법행위의 유포 및 피해의 심각성을 가중시키는 요인이 되기도 한다.

4) 정보의 다양성

정보의 형식면에서 기존의 매체들은 주로 문서나 음성, 화상만으로 되어 있는 방식이었으나 사이버공간에서의 정보는 문서, 사진, 음향 등의 시각적인 이미지나 동영상 등 멀티미디어 형태로 제공되기 때문에 정보의 양과 질에서 다양성을 보이고 있다. 정보의 내용면에서는 접근의 용이성으로 인해 정보통제자가 뚜렷하게 존재하지 않기 때문에 내용적인 통제가 이루어지 않아 ‘정보의 바다’ 라고 불리울 만큼 다양한 정보의 유통이 가능하다(김혜경, 2005: 35). 그러나 이러한 특성으로 인해 청소년에게 유해한 정보들 예컨대 음란물이나 폭력물, 반사회적 내용의 문서들 등이 뚜렷한 통제없이 유통될 우려가 있다.

5) 즉흥성, 동시성

수많은 컴퓨터가 네트워크화되고 인터넷을 통해 시공을 초월하는 사이버공간을 형성함에 따라 사이버공간에서는 시간과 장소의 제약을 뛰어 넘어 모든 정보가 매우 빠르게 전파된다. 그에 따라 사이버공간에서의 각종 표현행위가 순식간에 전 세계에 널리 유포된다(정완, 2008: 101).

사이버공간의 정보통신수단인 인터넷은 간편한 방법으로 상대방과의 정보교류를 가능하게 하므로

이용자는 즉흥적으로 불특정상대방에게 직접 정보를 발송하고 수신할 수 있다. 따라서 현실세계보다 상대방과의 접촉이 용이하며 일방이 정보제공 후 시간적 간격을 두고 이를 수신하는 방식이 아니므로 동시에 다수인의 정보접근이 가능하다. 이러한 특징으로 인하여 전달되는 내용의 공적인 신뢰성이 상대적으로 약하게 되기 때문에 사이버공간에서는 반윤리적인 행위나 불법행위들이 현실세계에서 보다 더욱 쉽게 발생할 수 있다. 또한 불특정다수인의 동시접근이 가능함으로 인하여 군중심리가 작용할 우려도 없지 않다. 익명성과 더불어 엄청난 확산속도를 갖고 있는 인터넷은 자칫 미확인 사실의 유포로 명예훼손이나 정책혼선 등 예기치 못한 상황을 불러올 수도 있다(김혜경, 2005: 35).

2. 사이버공간에서의 표현의 자유에 대한 제한

사이버공간에서의 표현은 익명성으로 인해 부정적 측면이 있고 시공간적 무제약성 및 빠른 전파성 등으로 인해 불법적인 표현행위로 인한 법익침해가 그 규모나 정도의 측면에서 심각한 것은 부인할 수 없는 사실이다. 최근의 광우병파동이나 인터넷 메신저 등을 통해 유포된 허위사실로 인한 유명연예인 자살사건의 예에서 알 수 있듯이 인터넷에 의한 정보창출, 유통기회의 확대, 자유화는 사회구조의 민주화라는 긍정적 기능 외에도 부정적이고 나아가 파괴적 효과를 유발할 수 있는 역기능도 있으므로 사이버공간에 있어서 불법적인 정보유통과 확산에 대하여 경계와 함께 해결책을 모색하는 작업은 반드시 필요하다.

다만, 정보매체로서 인터넷이 갖는 제 특성과 관련하여 부정적 기능만을 강조하는 것은 문제가 있다고 보인다(권창국, 2008: 231). 얼마든지 긍정적으로 기능할 수도 있는 요소가 있다고 보기 때문이다. 자유로운 의사소통에 의하여 다양한 사고에 대한 개방적이면서도 비판적 태도를 형성함으로써, 사회의 투명성, 민주성 증대와 사회적 통합력을 강화할 수도 있다. 매체 간에 정도의 차이는 있겠으나 익명성, 비대면성, 동시성, 정보의 광범위한 확산성이 반드시 인터넷과 같은 온라인매체의 전유적 특성은 아니라고 할 수 있다. 인터넷이 갖는 부정적 기능과 그 파괴력을 무시하는 것은 아니지만, 오히려 보다 자유로운 의사교환의 장이라는 특성이 반론과 재반론의 의사소통을 유발함으로써 부정적 효과를 자체적으로 제어할 여지도 있다고 본다.²⁴⁾

사이버공간은 개인이나 집단이 다양한 목소리를 표출하고 사회적인 관심을 요구하는 개방적인 공간으로서 사회적 약자에게도 표현의 기회를 제공하고 있으며, 사이버공간에서는 매체의 주도자가 모든

24) “누구나 인터넷 홈페이지에 자신의 의견, 주장을 자유롭게 표현할 권리가 있고, 이 사건에서와 같이 어떠한 언론사에 대해 문제점을 지적하는 글을 올림으로써, 네티즌 사이에 자유로운 토론의 장을 여는 것은 공공의 사항에 관한 공정한 평론인 한 허용되는 것이라 할 것...(중략) 어떤 대상에 대한 안티임을 적극적으로 표방하는 홈페이지의 경우, 이제 접속하여 그 게재된 기사들이 그 대상에 대한 비판적인 입장에서 작성된 것임을 알고 읽게 될 것임으로, 그 기사에 다소 과격한 면이 있다 하더라도 이를 표현 그대로 받아들이지는 않을 것으로 보인다. ... 안티사이트에 게재된 기사의 경우 다른 언론매체의 기사에 비해 보다 폭 넓은 비평이 허용된다”(이른바 안티사이트의 운영과 관련한 명예훼손관련 손해배상사건, 서울중앙지법 2001.9.19, 2000가합86668).

참여자로 확장되었다. 사이버공간의 이용자들은 사회적 지위나 재산, 성별 등에 관계없이 자신의 의견을 표현할 수 있는 동일한 기회를 가지며, 쌍방향성을 통하여 평등한 상황에서 정보가 공유되고 의사표현이 행해지면서 사상의 자유시장으로서의 역할은 보다 충실해져왔다. 또한 피해당사자들이 전자게시판 등에 올라온 명예훼손성 글에 대한 즉각적인 반박게시문을 올릴 수 있는 등 인터넷의 특성상 반론권, 액세스권의 보장이 강화된다는 점에서도 사이버상공간상에서의 표현의 자유는 현실세계보다 그 필요성과 정당성이 증대되었다고 할 수 있다(김혜경, 2005: 36).

사이버공간은 단순히 정보활용의 편의성을 증대시키는 것만이 아니라 사회구성원에게 정보 접근가능성과 활용기회 확대, 정보의 광범위한 확산을 유발하여 기존에 볼 수 없었던 여론형성의 장과 동시에 사회적 다양성에 대한 긍정적 인식토대를 마련함으로써 기존 어떠한 매체와도 비교할 수 없는 정도로 사회구조의 민주화에 기여하고 있다. 사이버공간을 통해 개별 사회구성원은 정부나 신문, 방송 등 언론기관 등에 의하여 설정된 표현과 정보유통에 관한 각종 현실적 제약을 극복할 수 있게 됨으로써, 모두가 강력한 사회적 영향력을 갖는 정보의 창출과 유통의 주체가 될 수 있는 기회를 갖게 된 것이다.

사이버공간에서는 일반 시민들이 새로운 기술을 통해 활발히 정보와 의견을 유통시킴으로써 여론형성의 기반이 조성되고 있다. 사이버 공간은 통신이용자들로 하여금 표현의 자유를 만끽하게 해주는 개방된 매체이며 많은 통신이용자들은 사이버 공간을 통해 매스커뮤니케이션 과정에 참여하고 있으며, 이러한 과정에서 형성되는 의견은 매스 미디어에 의해 형성된 의견보다 훨씬 더 다양하다. 표현의 자유가 보장된 사이버 공간을 통해 다양한 정보와 의견이 교환될 수 있다는 점에서, 사이버공간은 하버마스(Habermas)가 제기하고 있는 공론장(public sphere)의 기능을 지니고 있다. 특히 권력의 매스 미디어에 대한 통제의 강도가 심할수록 그리고 매스 미디어의 자체검열이 적용되는 뉴스 소재일수록, 이러한 통제와 검열을 피해갈 수 있는 사이버 저널리즘은 더 큰 활기를 띠는 측면이 있다. 일례로, 거리에서의 투쟁을 통해 매스 미디어 공론권에 영향을 미치고자 하는 전략을 펼쳐왔던 운동집단은 그들의 활동을 외면하는 매스 미디어에 기대하기보다는 인터넷통신이 제공하는 사이버 공간에서의 여론을 장악하려는 활동을 벌이고 있으며, 인터넷통신을 조직 내 혹은 조직간 커뮤니케이션의 도구로 사용하고 있다. 이런 맥락에서 인터넷통신은 민주적 의사결정의 형성에 필수적인 토론문화를 활성화시키고, 이전의 방식을 뛰어넘는 새로운 형태의 텔레데모크라시의 장을 제공해 줄 수 있다(윤영철, 1997: 65)

우리 헌법재판소도 “인터넷은 공중파방송과 달리 ‘가장 참여적인 시장,’ ‘표현촉진적인 매체’이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자 측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나, 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날

25) http://www.pac.or.kr/html/data/dt_zine_list.asp?schtType=a.book_year&schString=1997.

가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.”²⁶⁾라고 함으로써 인터넷상의 표현의 자유가 현실세계보다 더욱 보장되어야 한다는 점을 강조하고 있다.

생각컨대 사이버공간에서의 표현의 자유에 대한 제한에 있어서는 인터넷매체가 비교적 신생이고 아직 발전과정 중에 있는 매체라는 점에서 그 부정적인 측면에만 매몰되어 강력한 규제를 도입하려 하기 보다는 전통적 매체에 대한 것과 마찬가지로 표현의 자유에 보다 무게중심을 두면서, 그 부작용을 최소화하는 수단의 강구에 중점을 두고 논의를 진행함이 타당하다고 생각한다.²⁷⁾

3. 일명 ‘미네르바’ 사건²⁸⁾으로 본 표현의 자유에 대한 규제의 한계

사이버상의 표현을 통하여 개인이나 언론기관이 정부정책이나 정책결정자를 비판하는 것에 대한 국가규제의 한계와 관련하여 미국연방대법원의 1964년 *New York Times Co. v. Sullivan* 사건은²⁹⁾ 우

26) 헌법재판소 2002.06.27, 99헌마480.

27) 사이버공간은 자유로운 의사표현을 위한 무한한 가능성을 지닌 공간이라는 점에서 표현의 자유를 가장 중요시하지 않을 수 없다. 사이버공간을 규제함에 있어서는 헌법상 표현의 자유를 침해하지 않도록 그 합리성과 적절성이 보장되는 전제하에 개인의 범익침해행위에 대한 보호적 차원의 규제가 될 수 있도록 조화가 이루어져야 할 것이다(정완, 2008: 115-116).

28) 청구인 박○성은 2008. 7. 30.경 인터넷포털사이트 다음(Daum)의 ‘아고라’ 경제토론폰방에 ‘드디어 외환보유고가 터지는구나’라는 제목 하에 외환보유고가 고갈되어 외화예산 환전 업무가 중단된 것처럼 허위 내용의 글을 작성, 게시하여 수만 명이 열람하도록 함으로써 정부의 외환정책 및 대외지급능력에 대한 신뢰도, 우리나라 경제의 대외신인도를 저하시키는 등 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 하고, 2008. 12. 29. 위 토론방에 ‘대정부 긴급 공문 발송 -1보’라는 제목 하에 주요 7대 금융기관 및 수출입 관련 주요기업에게 달러 매수를 금지할 것을 긴급 공문 전송했다는 취지의 허위 내용의 글을 작성, 게시하여 약 10만 명 이상이 열람하도록 함으로써 정부의 환율정책 수행을 방해하고 우리나라 대외신인도를 저하시키는 등 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 하였다는 이유로 전기통신기본법 제47조 제1항 위반 혐의로 기소되었고, 1심 재판(서울중앙지방법원 2008고단304) 계속 중 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다(서울중앙지방법원 2009초기258). 법원은 2009. 4. 20. 위 청구인에 대하여 무죄판결을 선고하면서 위 신청을 기각하였는데, 검사가 이에 불복하여 항소하자(서울중앙지방법원 2009노1203), 위 청구인은 2009. 5. 14. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(헌재 2010.12.28, 2008헌바157, 판례집 제22권 2집 하, 684, 689-689).

29) *New York Times Co. v. Sullivan* 사건은 흑인들의 인권운동과 관련하여 경찰 등 행정기관의 차별적 처우와 제재 그리고 당시 흑인인권운동지도자 마틴 루터 킹 목사에 대한 탄압행위를 고발하기 위하여 일간지인 뉴욕 타임즈에 전면광고를 게재하자, 알라바마주 몽고메리시 경찰위원회의 위원장이 동 광고에 허위사실이 게재되어, 자신의 명예가 훼손된 점을 지적, 광고 명의인 들 및 광고를 게재한 뉴욕 타임즈를 상대로 손해배상(punitive damage)을 제기한 사례이다. 알라바마주 지방법원 및 대법원은 뉴욕 타임즈 등 피고측의 손해배상을 긍정하였으나, 동 사건은 미연방헌법 수정 및 증보 제1조에 규정된 표현 및 언론출판의 자유를 침해할 수

리에게 많은 시사점을 준다. 동 사건에서 미연방대법원은 정부 등 공공기관에 대한 자유로운 비판은 미연방헌법이 기초한 민주적 정치질서의 근간임을 분명히 하면서, 진실한 사실에 기초한 비판이라면 이를 토대로 자유롭게 개인의 의사와 여론이 형성될 수 있도록 하여야 하고, 설사 적시된 사실에 부분적으로 과장, 착오 등으로 인하여 다소 허위적 면이 있더라도 이는 설득을 위한 표현과정에서 나타날 수 있는 오류로, 이를 이유로 당해 표현행위에 대하여 제재를 가하여 표현의 자유를 억제하기 보다는 자유로운 의사소통의 장에 그 판단을 유보함으로써 얻게 되는 이익이 보다 우월함을 지적하고 있다. 만일 다소의 허위적 내용이 게재된 모든 표현행위를 헌법적 보호대상으로부터 제외한다면, 의사 표현의 주체인 개인이 스스로 표현내용의 진실성여부를 극히 면밀히 검토해야 하고, 결과적으로 자유로운 의사표현이 저해되어, 사실상 헌법이 금지한 사전검열기능을 설정한 것과 동일하게 됨을 지적하고 있다(권창국, 2008: 224-225).

그리고 우리 헌법재판소의 다음과 같은 결정도 시사하는 바가 매우 크다고 하겠다. “온라인매체상의 정보의 신속한 유통을 고려한다면 표현물 삭제와 같은 일정한 규제조치의 필요성 자체를 부인하기는 어렵다고 하더라도, 내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물 — 예컨대, 아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해 같은 경우가 여기에 해당할 것이다 — 이 아닌 한, 청소년보호를 위한 유통관리 차원의 제약을 가하는 것은 별론으로 하고, 함부로 내용을 이유로 표현물을 규제하거나 억압하여서는 아니된다. 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다. …(중략)… 다양한 의견간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고, 건전하게 해소할 가능성을 봉쇄한다. 성(性), 혼인, 가족제도에 관한 표현들(예컨대, 혼전동거, 계약결혼, 동성애 등에 관한 표현)이 ‘미풍양속’을 해하는 것으로 규제되고 예민한 정치적, 사회적 이슈에 관한 표현들(예컨대, 징집반대, 양심상의 집총거부, 통일문제 등에 관한 표현)이 ‘공공의 안녕질서’를 해하는 것으로 규제된다면, 전기통신의 이용자는 표현행위에 있어 위축되지 않을 수 없고, 이로 말미암아 열린 논의의 가능성은 원천적으로 배제되어 표현의 자유의 본질적 기능이 훼손된다. 대저 전체주의 사회와 달리 국가의 무류성(無謬性)을 믿지 않으며, 다원성과 가치상대주의를 이념적 기초로 하는 민주주의 사회에서 ‘공공의 안녕질서’나 ‘미풍양속’과 같은 상대적이고 가변적인 개념을 잣대로 표현의 허용 여부를 국가가 재단하게 되면 언론과 사상의 자유시장이 왜곡되고, 정치적, 이데올로기적으로 악용될 우려가 있다. 더욱이 집권자에 대한 비판적 표현은 ‘공공의 안녕질서’를 해하는 것으로 쉽게 규제될 소지도 있다. 우리 재판소는, 민주주의에서 어떤 표현이나 정보의 가치 유무, 해악성 유무를 국가가 1차적으로 재단

있음을 이유로 피고측에 의하여 미연방대법원에 상고되었다. 미연방대법원은 명예훼손행위로 인한 민사상 손해배상책임에 있어서 적시된 사실이 진실에 부합하거나, 허위인 경우라도 이를 사전에 인식하였거나, 극히 부주의한 판단으로 허위여부를 인식하지 못한 경우가 아니라면 법적 책임을 물을 수 없다 하면서(actual malice as knowledge that the defamatory statement was false or made with reckless disregard of whether it was false or not), 동시에 원고측이 그 입증책임을 부담하여야 한다는 결론을 제시하고, 결국 동 요건을 갖추지 못한 알라바마주 법률을 미연방헌법에 위배되는 것으로서 위헌으로 판단하였다(권창국, 2008(76): 224-225).

하여서는 아니되고 시민사회의 자기교정기능, 사상과 의견의 경쟁메커니즘에 맡겨야 한다고 확인한 바 있음을(헌법재판소 1998.4.30, 95헌가16, 판례집 10-1,327, 339-340) 환기하여 둔다.”³⁰⁾

지난 2009년 포털사이트 다음 아고라 경제게시판에 정부의 경제정책을 비판하며 경제 위기를 정확하게 예측하는 글을 올려 유명세를 탔던 ‘미네르바’ 박모씨는 전기통신기본법 제47조 제1항(공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다) 위반혐의로 체포 및 구속됐다가 104일만에 무죄로 풀려났다.³¹⁾

이 사건은 사이버공간에서의 정부정책에의 비판적 표현에 대한 공권력행사의 남용여부를 두고 커다란 사회적 논란을 초래하였는바, 표현의 자유에 대한 국가규제의 한계를 다시금 일깨우는데 있어 시사하는 바가 매우 크다고 하겠다.³²⁾

이 사건에서 우리 헌법재판소는 전기통신기본법 제47조 제1항에 대하여 “이 사건 법률조항은 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로, 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용된다. 그런데 이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적”의 허위의 통신을 금지하는바, 여기서의 “공익”은 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권 제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판의 자유의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. 따라서 어떠한 표현행위가 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없으며, 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다. 나아가 현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분인바, 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위한 공익간 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것도 아니다. 결국, 이

30) 헌법재판소 2002.6.27, 99헌마480.

31) 서울중앙지방법원은 판결문에서 “외화보유고 부족으로 인해 외화예산 환전업무가 중단된 것이 아니라 외국 환평형기금 보관은행인 우리은행이 외국환평형기금의 단기운용수익금보다 높은 보관금리를 기획재정부에 지급해야 하는 문제점이 발생함에 따라 외화예산 환전업무가 중단된 사실, 정부에서 금융기관 등에게 달러매수를 금지하는 긴급공문을 전송한 적이 없는 사실은 인정된다.” 며 박씨의 글이 사실과 다르다는 점을 인정하였으나 “외환시장 자체 및 연말 외환시장의 특수성, 인터넷 경제토론폰방의 성격 등을 비춰보면 구체적인 표현에 있어 과장되거나 정제되지 않은 서술이 있다 해도 게시글의 내용이 전적으로 ‘허위의 사실’ 이라고 인식하면서 그러한 글을 게재했다고 보기 어렵다”고 밝히고 ‘허위의 사실’ 을 게시한다는 점에 대한 고의가 없는 이상, 전기통신기본법위반의 구성요건인 ‘공익을 해할 목적’ 이 있었던 것으로는 보기 어려울 뿐만 아니라 허위의 사실에 대한 인식이 있었다고 하더라도 2008년 12월29일 “대정부 긴급 공문 발송 - 1보 글 게시 직후의 달러 매수량 증가가 글 게시로 인한 것이라고 단정할 수 없다” 며 “박씨의 글 게시가 일부 영향을 미쳤다고 해도 (이를 계량화할 수 없고 단순한 개연성 정도에 불과하므로) 그러한 점만으로 공익을 해할 목적이 있었다고 볼 수 없다” 고 판시하였다(서울중앙지방법원 2009.4.20. 2009고단304).

32) 다른 사람에게 피해를 입힐 수 있는 거짓정보의 전달행위에 대해서 인터넷의 파급효과로 그 처벌의 정도를 강화하는 태도에는 일응 수긍할 수 있지만 현실세계에서는 처벌하지 않는 허위사실유포행위가 사이버공간에서만 처벌되고 있는 현행법규는 재검토의 필요가 있다 할 것이다(최정호, 2008: 136).

사건 법률조항은 수범자인 국민에 대하여 일반적으로 허용되는 ‘허위의 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지 고지하여 주지 못하고 있으므로 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배하여 헌법에 위반된다고 결정하였다.³³⁾

그리고 동법률의 ‘허위의 통신’ 부분에 관하여 재판관 4인(재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 송두환)은 “이 사건 법률조항의 입법연혁, 관련 조항의 체계에 비추어 보면, 이 사건 법률조항의 본래 입법취지는 ‘허위의 명의를 이용한 통신’을 규제하려는 데 있었다고 볼 것이다. 그러나 장시간에 걸쳐 사문화된 상태에 있었던 이 사건 법률조항이 최근 몇 년 사이에 내용상 허위의 통신 행위에 대하여 갑작스레 적용되기 시작하면서, 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’이 어떠한 행위를 말하는지 다시 의문이 제기되게 되었다. ‘허위’ 개념에는 내용의 거짓이나 형식의 오류가 모두 포함될 수 있기 때문에, 법률 용어로 사용하기 위하여는 보다 구체적인 부연 내지 체계적 배치가 필요함에도 이 사건 법률조항은 법조문 자체의 문언이나 관련 조항의 체계상 그와 같은 구체화의 취지를 명백하게 드러내지 아니한 결과, 당초 입법취지와는 달리, 확대된 법률의 해석, 적용이 가능하게 된 것이다. 결국 이 사건 법률조항은 ‘공익을 해할 목적’이 불명확하다는 점에서 뿐만 아니라 ‘허위의 통신’ 부분이 불명확하다는 점에서도, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.”고 보충의견을 제시하였으며, 재판관 5인(재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환)은 “표현이 어떤 내용에 해당한다는 이유만으로 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다고는 볼 수 없으므로, ‘허위사실의 표현’도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있는 것이다. 그런데 이 사건 법률조항을 당해 사건에서와 같이 공익을 해할 목적의 허위사실을 내용으로 하는 통신에 적용하는 것은, ‘공익’ 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다. 나아가 이 사건 법률조항은, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체로 하여금 규제를 받을 것을 우려하여 스스로 표현행위를 억제하도록 할 가능성이 높은바, 제재에 대한 두려움으로 인하여 표현이 억제된다면, 표현의 자유의 기능은 훼손될 수밖에 없다. 결국, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.”고 보충의견을 제시하였다.³⁴⁾

33) 헌법재판소 2010.12.28, 2008헌바157, 판례집 제22권 2집 하, 684.

34) 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 반대이견 : 법률상 ‘공익’ 개념은 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하고, 공익을 ‘해할 목적’은 행위의 주요 목적이 공익을 해하는 것인 때를 의미하는바, 그 의미가 불명확하다고 보기 어렵다. 일반적인 ‘허위’의 관념은 내용의 거짓과 명의를 거짓을 모두 포괄하는 점 및 다른 형사처벌 규정에서의 ‘허위’ 개념의 용례에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”에서 ‘내용이 거짓인 통신’이 배제된다는 해석은 불가능하다. 한편 ‘내용의 허위’란 내용이 진실에 부합하지 않는 것으로서, 전체적으로 보아 ‘의견 표명’이나 ‘제안’이라고 볼 수 있는 경우는 이에 해당하지 아니한다. 결국 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”은 그 의미가 명확하고, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다. 허위사실의 표현이 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니지만, 이는 원론적으로 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위라고 볼 수 없으므로, 그에 대

생각컨대 그 어느 때보다 일반 대중의 자유로운 의견표출과 여론형성의 기능이 보장되는 사이버공간이 지니고 있는 공론장으로서의 성격에 비추어 볼 때, 그 제한이 정당화될 수 있는 요건으로서 제한 법률의 명확성과 과잉금지원칙의 필요성을 확인시켜준 결정으로서 한 획을 긋는 역사적 의의가 있는 것으로 평가된다.

IV. 결론

사이버공간에서의 표현의 자유가 절대적인 자유가 아님은 분명하다. 우리 헌법 제21조 제4항도 표현의 자유의 사회적 책임을 명시하고 있으며, 헌법 제37조 제2항에 의해 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 법률로 제한될 수 있다.

그러나, 표현의 자유는 민주적 법치국가에 있어서 필수적 구성요소이기에 국가가 표현의 자유를 제한함에 있어서는 경제적 자유권과 같은 다른 기본권에 대한 제한과는 달리 보다 엄격한 한계를 준수하여야 하며, 이러한 헌법적 요구는 사이버공간에서의 표현의 자유에 대한 제한에 있어서도 마찬가지로 적용되어야 한다. 표현의 자유에 대한 국가의 규제는 통상 그 표현으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것으로 이는 정당하고 필요한 것이기는 하나, 특히 정부정책이나 공직자 등의 공적 문제에 대한 비판적 표현에 대하여 단순히 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없으며, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 메커니즘, 즉 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재하므로 만일 시민사회 내부에서 서로 대립되는 다양한 사상과 의견들의 경쟁을 통하여 유해한 표현의 해악이 자체적으로 해소될 수 있다면 국가의 개입은 최소한도에 그쳐야 할 것이다. 그러하지 않다면, 표현의 자기검열(self-censorship)이나 공직수행에 대한 무비판적인 수용, 그리고 공적 토론의 위축 등을 유발하여 민주사회의 기초를 무너뜨릴 수 있기 때문이다.

한 규제를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙을 적용하는 것보다는 '피해의 최소화' 원칙에서 일부 완화된 심사를 함이 상당하다. 이 사건 법률조항은, 허위사실의 유포에 의한 공중도덕이나 사회윤리의 침해 등을 방지하고 국민의 올바른 정보획득권을 보호하는 것으로서, 정당한 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다. 한편 전기통신설비에 의한 허위사실의 유포는 강한 과급력을 가진 점, 명백한 허위의 사실이라도 통신이용자들에 의하여 자율적으로 신속하게 교정되기가 매우 어려운 점, 허위사실을 둘러싼 장시간의 논쟁에 막대한 사회적 비용이 소모될 수 있는 점 등을 참작하면, 지금 우리의 현실에서 일정한 범위의 명백한 허위통신에 대하여는 통상의 표현행위보다 엄격한 규제를 할 필요성이 있다. 더구나 이 사건 법률조항은 공연히 전기통신설비에 의하여 허위의 통신을 하는 것을 전적으로 금지하고 처벌하는 것이 아니라 그러한 행위 중 '공익을 훼손할 목적'이 있다고 인정된 행위에 한하여 처벌하고 있는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에 반하지 않는다. 나아가 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권은 객관적 및 주관적으로 명백한 허위사실을 공익을 해할 목적으로 전파할 자유라는 점에서 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 보기도 어렵다. 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하지 않는다(헌법재판소 2010.12.28, 2008헌바157, 판례집 제22권 2집 하, 684).

인터넷은 단순히 새로운 정보매체 내지 의사소통수단의 형성을 넘어 사회 전 영역에 있어서 권위주의적 모순을 해소시키고, 투명성을 제고하며, 사회적 다양성에 대한 인식의 합리적 수용을 촉진하고, 계층 간 장벽을 넘어 사회구성원에게 공감적 가치관을 제공함으로써 궁극적으로 우리 사회에 건전한 통합력을 제공하거나 민주적 가치질서 확보에 기여하는 등 극히 중요한 기능을 수행하고 있다. 이러한 순기능을 원활히 수행할 수 있도록 함과 동시에 부수적으로 유발되는 부정적 기능을 해소하고 최소화하기 위한 노력이 반드시 필요하지만 사이버공간에 내재한 특성을 부정적으로만 해석하여 새로운 형태의 전체적 통제수단을 고안할 이유는 없다고 본다. 따라서 국가권력에 의한 통제기능의 확대보다는 사회구성원의 자율적 문제해결을 선행하고 우선하려는 관점에서 접근하는 자세가 무엇보다 필요하다.

사이버 공간에서도 저널리즘의 영역이 이미 구축되어 있으며, 사이버 저널리즘은 극단적인 소수의 의견까지도 포용하는 등 매우 다양한 의견을 수용하는 개방성을 띠고 있다. 특히 권력의 매스 미디어에 대한 통제의 강도가 심할수록 그리고 매스 미디어의 자체검열이 적용되는 뉴스 소재일수록, 이러한 통제와 검열을 피해갈 수 있는 사이버 저널리즘은 더 큰 활기를 띠는 측면이 있으며(윤영철, 1997: 65), 이는 최근의 ‘나꼼수’ 열풍을 통해 간접적으로 확인할 수 있다.

인터넷을 통한 양방향, 다대다, 비동시적 소통은 전통적인 대중매체가 전파하는 담론과 이미지를 수동적으로 소비하는 고립된 대중이 아니라, 적극적으로 상호작용하고 대화하는 대중을 길러낼 것이며, 사이버공간에서 이루어지는 상호작용은 참가자들의 사회경제적 지위를 드러내는 단서가 비교적 불분명하기 때문에 모든 사람이 동등하게 참여하고 평등하게 대우받을 수 있을 것이다. 그리고 탈중심화된 시스템은 국가권력이나 자본이 쉽사리 통제하거나 감시할 수 없는 반권위주의 소통공간을 마련해 줄 것으로 기대된다(이항우, 2006: 1).

최근 이명박 정부 들어와 정부와 국민간의 ‘소통의 부재’ 및 사회적 자본으로서의 ‘신뢰’의 위기가 문제로 제기 되었고, 광우병이나 천안함 사태의 경우에서 보듯 사이버공간상의 허위사실유포 행위에 대한 정부의 대응수위가 높아져 왔다. 그러나 권력의 매스 미디어에 대한 통제의 강도가 심할수록 그리고 매스 미디어의 자체검열이 적용되는 뉴스 소재일수록, 이러한 통제와 검열을 피해갈 수 있는 사이버 저널리즘은 더 큰 활기를 띠는 측면이 있다는 점이며 정부의 대국민 신뢰회복 노력이 앞서야 한다는 점에 유의하여야 한다.

우리나라는 잘 발달된 인터넷 인프라와 매우 참여적인 국민성을 바탕으로 역동적인 인터넷문화의 배경이 있기 때문에 다른 나라에서는 아직 경험해보지 못한 인터넷 이용행태가 발생하고 있고 그에 대한 정책이 개발, 집행되고 있는 과정에 있으므로, 참여적 매체로서 전자민주주의를 구현할 수 있는 가능성을 지닌 사이버공간에 대한 과잉 국가규제로 인해 자칫 사이버공간의 자발성과 창의성, 다양성이 질식되지 않도록 조심스런 접근이 이루어져야 할 것으로 본다.

참고문헌

강승식. 2007. 미국헌법학강의. 서울: 궁리출판.

권영성. 2003. 헌법학원론. 서울: 법문사.

권창국. 2008. 사이버공간에 있어서 표현의 자유와 한계: 사이버공간에서의 명예훼손에 대한 형사법적 규제와 인터넷실명제 도입 문제를 중심으로. 형사정책연구. 19(4): 21-22.

김영수·조규범. 2000. 사이버스페이스에서의 명예훼손에 대한 헌법적 기준과 언론권. 미국헌법학회 미국헌법연구. 7(11): 155-197.

김용진. 2003. 인터넷과 표현의 자유. 재판자료(99): 76-82.

김정오 역. 2009. Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, basic Books, 코드 2.0. 서울: 나남.

김혜경. 2005. 사이버공간에서의 표현행위와 형사책임. 형사정책연구원 연구총서.

남경국. 2004. 인터넷상의 표현의 자유. 연세대학교 석사학위논문.

류시조. 1999. 가상공간에서의 표현의 자유. 헌법학연구 5(1): 218-237.

박원경. 2002. 미국헌법상 표현의 자유에 관한 연구: 사이버스페이스에서의 표현의 자유를 중심으로. 경희대학교 박사학위논문.

백윤철. 2002. 인터넷과 표현의 자유. 헌법학연구 8(3): 261-289.

서보학. 2001. 인터넷상의 정보유포와 형사책임. 한국형사정책연구원. 형사정책연구 12(3): 5-46.

서울중앙지방법원 2009.4.20. 2009고단304.

서울중앙지방법원 2001.9.19. 2000가합86668.

염동신. 2001. 온라인서비스제공자의 형사책임: 독일 연방정보통신사업법을 중심으로. 인터넷법률. 5: 138-157.

원형식. 2002. 사이버공간에 있어서 우리나라 형법의 적용범위. 인터넷법률. 10: 39-56.

유석진·이원우·이현태. 2005. 인터넷의 정치적 이용과 정치참여. 세종연구소. 국가전략 11(3): 144-146.

윤명선. 2003. 사이버스페이스와 표현의 자유. 한국법제연구원.

윤영철. 1997. 사이버 공간에서의 표현의 자유와 명예훼손. 언론중재.

이상운. 2000. 영미법. 서울: 박영사.

이재진. 2000. 사이버공간에서의 표현의 자유와 인격권 보호. 언론중재.

이중수. 2002. 표현의 자유와 정보통신 내용구체제도. 연세대학교 법학연구. 12(1): 25-44.

정봉근. 2004. 인터넷. 정치단체의 기반확정에 기여. 저널리즘. 3: 23-25.

정 원. 2008. 사이버범죄의 최근 동향, 원인 및 대책. 한국형사정책학회 연세대학교법학연구소 추계 학술회의자료집. 115-116.

- 최정호. 2008. 사이버 범죄법규 및 한계: 사이버범죄와 관련된 현행법규의 문제점 고찰. 한국
형사정책연구원 한국형사정책학회 연세대학교법학연구소 추계학술회의자료집.
- 한상희. 2003. 사이버공간에서의 익명성과 책임. 정보통신정책연구원. 14-25.
- 황상기. 2000. 사이버스페이스와 불온통신규제. 헌법학연구 6(3): 153-207.
- 허 영. 2002. 한국헌법론. 서울: 박영사.
- 헌법재판소 1989.9.4. 88헌마22.
- 헌법재판소 1990.6.25. 90헌가11.
- 헌법재판소 1992.6.26. 90헌가23.
- 헌법재판소 1993.5.13. 91헌마17.
- 헌법재판소 1996.10.4. 93헌가13.
- 헌법재판소 1998.2.27. 96헌마2.
- 헌법재판소 1998.4.30. 95헌가16.
- 헌법재판소 1999.6.24. 97헌마265.
- 헌법재판소 2002.4.25. 2001헌가27.
- 헌법재판소 2002.6.27. 99헌마480.
- 헌법재판소 2004.1.29. 2001헌마894.
- 헌법재판소 2010.12.28. 2008헌마15.
- 홍성방. 2002. 헌법학. 서울: 현암사.
- <http://www.polinews.co.kr/viewnews.html?PageKey=0501&num=97294&p=1&Swor>.
- http://pac.or.kr/press/webzine_db/webzine_db_4.asp?cur_pack=7&page=72&seqid=1135.

郭泳吉: 동국대학교에서 경찰학박사학위를 취득하고(논문: 학교폭력 피해에 대한 인식과 경험에 관한 연구), 현재
충남도립청양대학 교수로 재직 중이다. 학문적 관심분야는 경찰행정, 형사학, 형사법이며, 주요 논문으로는 “형사
절차상 범죄피해자의 지위와 권리확보 방안에 관한 연구(2008)”, “불법다단계판매의 범죄적 특징에 관한 연구
(2009)”, “지방의 다문화가정을 위한 지원정책에 관한 연구(2010)” 외 다수의 논문이 있다
(interpol113@naver.com).

투 고 일: 2011년 10월 13일
수 정 일: 2011년 11월 02일
게재확정일: 2011년 11월 19일

The Limit of State Regulation for Freedom of Expression in Cyberspace

Young Gil Kwak

Today, cyberspace generated by the development of internet has greatly expanded the freedom of expression which is a constitutional right by spreading remarkably the opportunity and the method to express individual intention due to its features such as interactivity, openness, time-spatial unrestriction. But, on the other hand, we come to see the fact that due to anonymity individual and social lawful benefits such as defamation, the infringement of copyright are increasingly infringed. Though there are many lawful problems being discussed such as defamations in cyberspace, this paper confines the criticism toward government and governmental policy and policy makers concerning, what is called, Minerva case, in cyberspace. The interactivity through internet includes decentralization in communication, both directions, the removal in barrier of time and space, escaping boundary in the formal and the informal, the blending of the formal and the informal, escaping speaking and writing, the blending of simultaneousness and non-simultaneousness, the scarcity of visual and audio and social clues. These characteristics of internet as media are not sufficient but we can foresee that cyberspace will play a positive part in development of democracy. Cyberspace is a open medium that gives us the freedom of individual expression and the viewpoints represented in cyberspace can be more exchanged as various information and viewpoints than the viewpoints made in existing mass media. And cyberspace can be said to have the function of public sphere that Habermas spoke of and inactivate the discussion atmosphere that is essential to the decision of democratic intentions and give the space as a new teledemocracy that is beyond the existing method. Though the freedom of expression in cyberspace can be said to be confined for others' lawful and social benefits, the over limits and controls government can block the constitutional value that human history has developed. So the established principles toward the limits and regulations in freedom of expression concerning the offline boundary should be observed as hard as cyberspace. Especially the regulations toward the criticism of governmental policy should be allowed in harder and limited conditions.

Key words: cyberspace, freedom of expression in cyberspace, minerva case, defamation in cyberspace, infringement of copyright