

〈논문〉

## 가짜뉴스의 규제에 관한 비교법적 연구\*

### - 미국의 논의를 중심으로 -

김 종 현\*\*

#### 요 약

오늘날 각국은 가짜뉴스의 폐해를 인식하고, 이에 대처할 수 있는 여러 법적인 방안을 강구하고 있다. 이 글은 먼저 가짜뉴스에 관한 헌법적 논의가 일게 된 배경을 살피고, 가짜뉴스의 개념요소를 검토하였다. 그리고 가짜뉴스 논란의 진원지이며 표현의 자유에 관한 다양한 법리를 발전시켜온 미국에서, 가짜뉴스에 관한 논의가 어떻게 전개되고 있는지를 살피고 이를 평가하였다.

미국에서는 가짜뉴스를 표현의 자유의 보호영역에서 배제하자는 주장, 가짜뉴스 규제입법의 위헌성 심사기준을 완화하자는 제안, 온라인서비스제공자의 법적 책임을 강화하자는 견해 등이 개진되었다. 가짜뉴스로 인하여 사상의 자유시장이 실패할 가능성을 경고한 연구, 표현의 자유에 관한 내용중립적인 규제방안을 제시한 연구도 있다. 이러한 논의는 우리에게 적잖은 시사점을 줄 수 있다.

그러나 미국과 우리나라에서 표현의 자유가 가지는 위상이 다르며, 가짜뉴스에 적용될 수 있는 현행법 규정이나 가짜뉴스의 실태에 적잖은 차이가 있음을 감안해야 한다. 예컨대 일반적 법률유보조항을 둔 우리나라에서는 가짜뉴스를 표현의 자유의 보호영역에서 배제해야 할 필요가 미국에서보다 절실하지 않다. 또한 온라인서비스제공자에게 적용될 수 있는 다양한 현행법 규정이나 최근 발의된 법률안의 내용에 비추어볼 때, 온라인서비스제공자를 과도하게 규제하지 않도록 제도를 설계하는 슬기가 필요하다. 미국을 비롯한 주요 국가들에서의 논의를 종합적·비판적으로 검토하면서 우리의 현실에 부합하는 가짜뉴스 대처방안이 강구될 수 있기를 기대한다.

주제어: 가짜뉴스, 미국의 가짜뉴스 대응, 표현의 자유, 사상의 자유시장, 온라인 서비스제공자

\* 이 논문은 필자 개인의 논문으로, 소속기관의 공식견해가 아님을 밝혀둔다.

\*\* 헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구관, 법학박사, 변호사.

## I. 서론: 연구의 목적과 필요성

표현의 자유<sup>1)</sup>는 이른바 ‘사상의 자유시장(marketplace of ideas)’에서 의견의 자유로운 교환을 통해 진리를 발견할 수 있게 하고, 국민의 자가지배에 기여하며, 개인의 자기실현과 자기만족에 이바지하는 중요한 기본권으로 여겨진다.<sup>2)</sup> 정보통신 기술이 고도로 발달한 오늘날에는 알 권리, 잊혀질 권리(the right to be forgotten),<sup>3)</sup> 인터넷 액세스권 등 표현의 자유와 관련한 여러 새로운 쟁점들이 부각되고 있다.

이 가운데 최근 학계와 실무에서 가장 논의가 활발한 것이 ‘가짜뉴스’다. 가짜뉴스는 영어 “Fake News”를 한국어로 옮긴 것인데, 2016년에 치러진 미국 대통령선거를 전후하여 전 세계적으로 널리 주목받게 되었다.<sup>4)</sup> 어떤 목적을 달성하기 위하여 의도적으로 허위정보를 작성·유통하는 일은 역사적으로 비밀비재했으나, 미디어 환경의 근본적인 변화에 기인하는 오늘날의 가짜뉴스는 과거의 거짓 정보와 상당한 차이를 가지기에 규제논의가 일고 사회적인 주목을 받게 된 것이다.

하지만 가짜뉴스에 관한 일관되고 명료한 인식을 찾아보기란 쉽지 않다. 새로운 법적 개념으로서의 가짜뉴스를 잘못 설정할 경우, 허위표현이 초래하는 해악에 적절히 대처하지 못하거나 표현의 자유를 침해하는 과잉규제를 낳을 우려도 있다.<sup>5)</sup>

1) 표현의 자유는 민주주의국가에서 불가결한 자유로서, 일반적으로 언론·출판·집회·결사의 자유를 총괄하여 통칭하는 개념으로 이해된다. 성낙인, **헌법학**(법문사, 2019), 1149쪽; 차병직·윤재왕·윤지영, **지금 다시, 헌법**(로고폴리스, 2016), 152쪽. 그러나 집회·결사의 자유를 표현의 자유의 하부 개념으로 이해하는 것은 타당하지 않다는 견해도 있다. 집회·결사의 자유는 타인과 모이는 개인의 자유를 보장하는 독자적인 기본권으로서, ‘집단적 의견표명’만을 보호하는 것이 아니라는 이유에서다. 한수웅, **헌법학**(법문사, 2019), 746쪽.

2) 표현의 자유의 의의와 그것을 기본권으로 보호하는 논거에 관하여 상세히는 Alexander Tsesis, “Free Speech Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2015, No. 3 (2015), pp. 1028-1042.

3) 맞춤법상으로는 ‘잊힐 권리’가 옳은 표기이다. 잊혀질 권리는 인터넷 이용이 일상화된 현대 생활에서 개인정보를 어떻게 보호할 것인지와 관련하여 태동하였다. 자세히는 문제완, “잊혀질 권리의 세계화와 국내 적용”, **헌법재판연구**, 제4권 제2호(2017), 5-8쪽.

4) 동 선거로 인하여 “가짜뉴스”라는 용어가 전 세계적으로 일상의 어휘가 되었다는 평가로 Denis E. Agosto, “An Introduction to Information Literacy and Libraries in the Age of Fake News”, in Denise E. Agosto(ed.), *Information Literacy and Libraries in the Age of Fake News* (Libraries Unlimited, 2018), p. 1. 참고로 영국의 저명한 사전출판사 콜린스(Collins)는 2017년 올해의 단어로 “Fake News”를 선정하였다. <https://www.collinsdictionary.com/world-lovers-blog/new/collins-2017-word-of-the-year-shortlist,396,HCB.html>(최종방문일 2019. 6. 21.)

5) 가짜뉴스가 표현의 자유의 보호를 받는 표현인지에 관하여는 견해의 대립이 있는바, 후술한다.

이에 이 글에서는 가짜뉴스에 관한 헌법적 논의의 배경을 살펴보고, 여러 국내외 선행연구와 법률안을 참고하면서 가짜뉴스의 개념요소를 제시한다(Ⅱ).

가짜뉴스의 심각성을 인식하고 그 대응방안을 모색하는 것은 한국에서만만의 일이 아니다. 특히 미국은 가짜뉴스에 관한 전 세계적인 논의를 촉발한 진원지이며, 표현의 자유에 관한 여러 법리를 확립하고 그것을 중요한 기본권으로 신장시켜 왔다는 점에서 주목할 필요가 있다.<sup>6)</sup> 이에 이 글에서는 가짜뉴스와 관련한 미국 학계의 주요 논의와 제도개선방안을 소개한다(Ⅲ).

그러나 미국의 가짜뉴스 실태와 가짜뉴스에 적용될 수 있는 현행법 규정은 한국의 그것과 적잖은 차이가 있다. 양국에서 표현의 자유가 가지는 위상이 다르다는 점도 감안하지 않을 수 없다. 이에 비판적인 관점을 유지하면서 미국의 가짜뉴스 관련 논의가 우리에게 주는 시사점을 도출하고(Ⅳ), 글을 마무리하려 한다(Ⅴ).

## Ⅱ. 가짜뉴스 일반

### 1. 가짜뉴스에 관한 헌법적 논의의 배경

최초의 가짜뉴스가 무엇인지를 확인하기는 어렵지만, 특정한 목적을 달성하기 위하여 허위정보로써 타인을 기만하는 일은 동서고금을 막론하고 항상 있어왔다.<sup>7)</sup>

6) 한편 독일은 혐오표현과 가짜뉴스의 병폐를 인식하고 “소셜 네트워크에 있어서의 법 집행개선을 위한 법률(Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken: NetzDG, 이하 ‘네트워크 법집행법’)”을 제정·시행하고 있어 주목받는다. 소셜 네트워크 제공자(Anbieter sozialer Netzwerke)로 하여금 이용자가 신고한 ‘불법정보(rechtswidrige Inhalte)’를 일정 기간 내에 삭제하도록 하고, 위반할 경우 과태료를 부과하는 것이 동법의 골자이다. 다만 동법을 가짜뉴스 규제법령이라고 볼 수 있는지, 동법이 표현의 자유 등 여러 기본권을 침해하는 위헌적인 법률은 아닌지에 관하여 국내에서도 다수의 선행연구가 집적되었다. 가령 박희영, “독일의 가짜 뉴스(Fake News)에 대처하기 위한 ‘소셜 네트워크 법집행법’(NetzDG)”, **최신외국법제정보**, 2018 제4호(한국법제연구원, 2018), 59-71쪽; 신상현, “위법한 명예훼손 게시물의 삭제 및 차단의무에 관한 소셜네트워크 운영자의 형법적 책임 - NetzDG에 대한 비판적 검토 -”, **인하대학교 법학연구**, 제20집 제3호(2017), 61-92쪽; 황태희, “인터넷 게시물의 규제와 이용자보호: 독일 망 집행을 중심으로”, **법학논문집**, 제42집 제2호(2018), 225-253쪽; 이권일, “소셜 네트워크 시대에 가짜뉴스(fake news) 규제에 관한 헌법적 고찰 - 독일의 소셜네트워크법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz)에 대한 분석을 중심으로 -”, **공법학연구**, 제20권 제1호(2019), 81-109쪽 등. 이에 이 글에서는 상대적으로 소개가 미진했던 미국 학계의 가짜뉴스 관련 논의를 다루기로 한다.

그러나 아래에서 보듯 오늘날 전 세계적으로 문제되는 가짜뉴스는 지난날의 허위 정보와는 본질적인 차이를 가진다고 평가된다.

첫째, 정보통신기술이 발전하고 정보화가 진전되면서, 뉴스의 생산·유통구조가 변화하였다. 과거에는 소수 언론사들이 보도할 정보를 선택하고 진위를 확인하며 내용을 편집하면서 게이트키퍼(gatekeeper)의 역할을 하였으나, 이제는 누구나 저비용으로 뉴스를 생성하여 불특정 다수인을 상대로 여과 없이 빠르게 유포할 수 있다.<sup>8)</sup>

둘째, 인공지능을 비롯한 첨단과학기술이 비약적으로 발전함에 따라, 예전보다 훨씬 더 정교한 허위정보를 만들어낼 수 있게 되었다. 육안으로는 분간할 수 없을 정도로 음성이나 사진, 동영상 등을 정교하게 조작하는 ‘딥페이크(deep fake)’ 기술이 향후 수년 내에 가짜뉴스를 전적으로 새로운 차원으로 이끌리라는 전망도 있다.<sup>9)</sup>

셋째, ‘데이터 스모그(data smog)’라고 표현할 정도로 너무나 많은 정보가 범람함에 따라, 사람들이 개별 정보의 진위를 모두 파악하는 것은 물리적으로도 불가능하게 되었다.<sup>10)</sup>

넷째, 주요 검색엔진들은 이용자들이 선호하는 정보만을 선택적으로 제공하며,<sup>11)</sup> 자신과 유사한 가치관을 가진 사람들하고만 소통하는 폐쇄적인 소셜 네트워크 환

7) 혹자는 옥타비아누스(Gaius Octavius Thurinus)가 카이사르(Julius Caesar)의 후계자가 되고자 허위정보를 활용하여 안토니우스(Marcus Antonius)를 이겼던 것을 가짜뉴스의 초기 사례로 언급한다. 박주현, **가짜 뉴스**(커뮤니케이션북스, 2018), ix-xi쪽. ‘서동요’가 우리 역사상의 중요한 가짜뉴스 유통 사례라는 평가도 있다. 서동이 선화공주와 혼인하기 위하여 가짜뉴스를 만들고, 당시 가장 강력한 전과력을 가졌던 입소문을 활용했다는 것이다. 김익현, “[진단] 가짜뉴스 현상에 대한 두 가지 고찰 - 의도된 가짜와 매개된 가짜라는 관점을 중심으로”, **언론중재**, 제142호(2017), 9쪽.

8) David O. Klein and Joshua R. Wueller, “Fake News: A Legal Perspective”, *Journal of Internet Law*, Vol. 20, No. 10 (2017), p. 10. 정보화가 가짜뉴스 생성과 확산의 한 배경이라고 해서 정보화가 가지는 여러 긍정적인 기능을 폄하할 수는 없다. 다양한 매체를 통하여 자신의 의견을 표출하고 정보를 공유함으로써 정치권력과 기업을 감시·견제할 수 있게 되었으며, 대의제를 보완하는 직접민주주의적인 참여가 가능해졌다. 서울대학교 정치외교학부 정치학 전공 교수진, **정치학의 이해**(박영사, 2019), 267쪽.

9) Marc Jonathan Blitz, “Lies, Line Drawing, and Deep Fake News”, *Oklahoma Law Review*, Vol. 71, No. 1 (2018), p. 61.

10) 쉥크(1998)는 불필요한 정보가 범람하여 평온한 한때(quiet moments)를 앓아가고 속고(contemplation)를 방해하는 상황을 데이터스모그라고 부르자고 제안하였다. David Shenk, *Data Smog: Surviving the Information Glut* (HarperEdge, 1998), pp. 27-31.

11) 이를 필터 버블(filter burble) 현상이라고 한다. ‘필터 버블’은 일라이 파리저(Eli Pariser)가 처음 사용한 용어로, 웹사이트들이 개인 추천 알고리즘(필터)을 통해 이용자 각각에게 그들의 기호와 세계관에 들어맞는 뉴스만을 제공하는 현상을 지칭한다. Lili Levi, “Real Fake News and Fake Fake News”, *First Amendment Law Review*, Vol. 16 (2017), p. 236 n. 14.

경<sup>12)</sup>에 기인하는 ‘반향실 효과(echo chamber effect)’가 나타나고 있다.<sup>13)</sup> 이러한 인터넷 환경은 자신의 신념에 부합하는 방향으로 정보를 수집·기억·해석하는 확증편향(confirmation bias)을 강화시키며, 그 결과 다수의 사람들은 내용의 진실성보다는 자신의 선호도와 가치관을 기준으로 뉴스의 수용 여부를 결정한다.<sup>14)</sup>

가짜뉴스는 특정인의 명예를 훼손하거나 특정 집단(예컨대 난민)을 향한 혐오를 조장하며, 기성언론의 신뢰도에 타격을 주고, 선거 등 국민의 의사형성과정을 왜곡하여 민주주의에 악영향을 끼친다고 지적된다.<sup>15)</sup> 가짜뉴스에 관한 헌법적 논의는 이러한 문제의식에서 비롯한 것이다. 그런데 가짜뉴스가 도처에 만연해 있다고는 하지만,<sup>16)</sup> 그 폐해가 경험적·실증적으로 증명된 것은 아니다.<sup>17)</sup> 만일 입법자가 기본권 제한을 수반하는 법률로써 가짜뉴스를 규제하고자 한다면, 가짜뉴스와

12) 가장 대표적인 소셜 네트워크인 페이스북의 ‘친구(friend)’ 네트워크가 이념적으로 배타적이며, 따라서 페이스북 이용자들은 자신의 이념적 성향에는 반하지만 사실인 정보를 받아들이기 쉽지 않음을 지적한 연구로 Hunt Allcott and Matthew Genzkow, “Social Media and Fake News in the 2016 Election”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, No. 2 (2017), p. 221.

13) 과거 오프라인 공간에서는 나와 다른 생각을 가진 사람과도 접촉하여 이들의 의견을 들어야 했지만, 온라인 공간에서 자신이 반대하거나 꺼리는 정보를 차단한 이용자는 자신의 견해를 메아리처럼 되풀이하는 정보만을 접하기 쉽상이다. 소리가 밖으로 퍼지지 않고 되돌아오도록 만든 반향실 안에서의 음향처럼, 동일한 정보가 폐쇄적인 소셜 네트워크 내에서 돌고 돌며 강화되는 현상을 반향실 효과라고 한다. Michael Miller, *Fake News: Separating Truth from Fiction* (Twenty-First Century Books, 2019), p. 57.

14) 이완수, “가짜뉴스(fake news)란 무엇인가? - 가짜뉴스 개념과 범위에 대한 다차원적 논의 -”, **미디어와 인격권**, 제4권 제2호(2018), 197쪽.

15) 심홍진, “가짜 뉴스(Fake News)와 민주주의”, **KDF REPORT: Issue & Review on Democracy**, 제14호(2017), 5쪽; 황용석·권오성, “가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구 - 인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로 -”, **언론과 법**, 제16권 제1호(2017), 96쪽.

16) 가령 2016년 미국 대통령선거 직전 3개월 동안 거짓 웹사이트(hoax sites)와 당파성이 매우 강한(hyperpartisan) 블로그에서 작성·유통된 가짜뉴스 상위 20개의 engagement(공유, 반응, 댓글)는 8,711,000건이었다. 이는 뉴욕타임스, 워싱턴포스트, NBC뉴스 등 주류언론의 상위 기사 20개의 engagement(7,367,000건)를 상회하는 것이었다. Craig Silverman, “This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook”, *BuzzFeed News*, 16 November 2016, <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook> (최종방문일 2019. 6. 21.).

17) 사람들이 모두 가짜뉴스를 접하는 것은 아니며, 가짜뉴스를 접한 사람들이 그에 대하여 부여하는 신뢰도 또한 제각각이다. 따라서 가짜뉴스가 양적으로 많다 하더라도 그것이 선거 등에 상당한 영향을 미친다고 단언하기는 힘들다. 김춘식, “‘페이크 뉴스’와 저널리즘의 책무”, **언론중재**, 제142호(2017), 19-20쪽.

상술한 피해들 사이의 인과관계가 존재하여야 한다.<sup>18)</sup>

## 2. 가짜뉴스의 개념

어떤 현상을 규제하려면 먼저 규제대상의 개념과 내용, 범위를 확정해야 하며, 이는 가짜뉴스에 있어서도 마찬가지다.<sup>19)</sup> 이하에서는 국내외 선행연구와 주요 법률안이 가짜뉴스를 어떻게 정의하고 있는지를 살피고, 가짜뉴스의 개념을 제시한다.<sup>20)</sup>

### 가. 선행연구와 주요 법률안에서의 개념정의

오일석·지성우·정운갑(2018)에 따르면 가짜뉴스는 “소셜 미디어 또는 전통적인 뉴스 기사 등을 통하여 금전적 혹은 정치적 이득을 얻기 위해 오인할 의도를 가지고 거짓 또는 의도적으로 유포되는 잘못된 정보”를 말한다.<sup>21)</sup> 계승균(2018)은 뉴스형식, 의도성, 전파목적, 특정인(특히 공인)에 관한 내용, 내용의 허위성, 사회적·상업적 목적성을 가짜뉴스의 개념요소로 제시한다.<sup>22)</sup> 이지영(2017)은 가짜뉴스를 “뉴스 발송자가 특정 대상을 비방하고자 하려는 목적이나 뉴스 소비자들을 오인하게 만들려는 악의적 의도를 지니고 뉴스의 형식에 맞추어 생산한 거짓된 정보”라고 정의한다.<sup>23)</sup>

가짜뉴스의 정의를 시도한 국외의 연구들도 많다. 가짜뉴스를 “전통 매체처럼 보이도록 하거나 전통 매체에서 유래한 것인 양 독자들을 오도하도록 고안된 허위

18) 헌법재판소는 변호인이 피의자신문에 참여하는 이상 피의자 옆에 앉는다고 하여 피의자 뒤에 앉는 경우보다 일반적으로 수사를 방해할 가능성이 높아진다고나 수사기밀을 유출할 가능성이 높아진다고 단정할 수 없다며, 변호인에 대한 후방착석요구행위에 목적의 정당성이 인정되지 않는다고 하였다. 헌재 2017. 11. 30. 2016헌마503, 판례집 29-2하, 224, 236. 만약 가짜뉴스와 전술한 피해들 간에 인과관계가 존재하지 않는다면, 다시 말해 가짜뉴스를 규제하지 않아도 개인의 명예, 기성 언론의 신뢰도, 민주주의 정치과정 등에 대한 피해가 증대한다고 볼 수 없다면, 입법목적의 정당성을 인정하기 어려울 것이다.

19) 황성기, “가짜뉴스에 대한 법적 규제의 문제”, **관훈저널**, 통권 제146호(2018), 86쪽.

20) 가짜뉴스라는 개념이나 용어 자체에 반대하는 논자들도 있다. 가짜뉴스라는 표현을 사용하면 허위 콘텐츠에 ‘뉴스’의 합법성을 부여하는 결과가 빚어질 수 있다는 우려로 임종섭, “언론의 위기와 가짜 뉴스 파동 - 뉴스에 가짜는 없다”, **관훈저널**, 통권 제142호(2017), 88-89쪽.

21) 오일석·지성우·정운갑, “가짜 뉴스에 대한 규범적 고찰”, **미국헌법연구**, 제29권 제1호(2018), 160쪽.

22) 계승균, “가짜뉴스와 저작권”, **계간 저작권**, 통권 제124호(2018), 43-46쪽.

23) 이지영, “상황적·개인적 맥락에서의 페이크 뉴스 - 페이크 뉴스 관련 이론적 논의”, **언론중재**, 제143호(2017), 99쪽.

정보”라고 하거나,<sup>24)</sup> “정보수령자에게 영향을 주기 위하여 허위임을 알면서도 고의로 오도하거나 의도적으로 조작된 콘텐츠의 발간”이라고 정의한 연구가 대표적이다.<sup>25)</sup> 혹자는 가짜뉴스를 “진짜 뉴스와 같은 매체(media)를 통하여 그와 같은 방식으로(in the same fashion) 증식하는 날조된 이야기 또는 기사”라고 본다.<sup>26)</sup>

그런데 다수의 선행연구는 가짜뉴스를 작성·유통하는 주체를 한정하지 않은 채 내용의 허위성, 고의성(의도성), 목적성, 기사형식이라는 공통적인 개념표지를 제안한다. 이에 의하면 가짜뉴스는 ① 작성주체와 상관없이 ② 허위의 사실관계를 ③ 허위임을 인식함과 동시에 (주로) 정치적·경제적인 목적을 가지고 ④ 기사의 형식으로 작성한 것이라고 정의할 수 있다.<sup>27)</sup>

최근 발의된 일부 법률안들도 가짜뉴스를 이와 유사하게 정의하고 있다. 김성태 의원이 대표발의한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’) 개정안<sup>28)</sup>은 가짜뉴스를 “정치적 또는 경제적 이익을 위하여 고의로 거짓 또는 왜곡된 사실을 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조 제15호의 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보”라고 규정한다(제44조 제1항 제2호). 강효상 의원이 대표발의한 가짜뉴스대책위원회의 구성 및 운영에 관한 법률안<sup>29)</sup>도 거의 동일한 개념정의를 보여주고 있다.<sup>30)</sup>

그러나 모두가 가짜뉴스라는 용어의 사용에 합의하고 그 개념을 정의하고 있는

24) Ari Ezra Waldman, “The Marketplace of Fake News”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 20, Iss. 4 (2018), p. 849.

25) Jeremy Geltzer, “Fake News & Film: How Alternative Facts Influence the National Discourse”, *Southwestern Law Review*, Vol. 47, No. 2 (2018), p. 298.

26) Brittany Vojak, “Fake News: The Commoditization of Internet Speech”, *California Western International Law Journal*, Vol. 48, Iss. 1 (2017), p. 128.

27) 이성대, “가짜뉴스에 대한 형사법적 규제가능성과 보완필요성 검토”, **형사정책**, 제30권 제1호(2018), 72쪽; 전운경, “가짜뉴스 대응을 위한 「미디어교육지원법」 입법에 관한 논의”, **교육법학연구**, 제30권 제3호(2018), 83쪽. 조은희, “뉴스 미디어의 이용과 신뢰가 가짜뉴스의 인식, 식별, 수용태도에 미치는 영향”, **언론과학연구**, 제19권 제1호(2019), 184쪽.

28) 정보통신망법 일부개정법률안(의안번호: 2014625, 제안일자: 2018. 7. 30, 대표발의: 김성태, 2018. 9. 19. 과학기술정보방송통신위원회 상정).

29) 가짜뉴스대책위원회의 구성 및 운영에 관한 법률안(의안번호: 2013495, 제안일자: 2018. 5. 9, 대표발의: 강효상, 2018. 9. 19. 과학기술정보방송통신위원회 상정).

30) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “가짜뉴스”란 정치적 또는 경제적 이익을 위하여 신문·인터넷신문·방송 또는 정보통신망에서 생산된 거짓이나 왜곡된 내용의 정보로서 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조 제15호에 따른 언론보도 또는 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보를 말한다.

것은 아니다. 혹자는 가짜뉴스라는 표현을 사용할 경우, 허위 콘텐츠에 ‘뉴스’의 합법성을 부여하는 결과가 빚어진다고 지적한다.<sup>31)</sup> 영국 하원의 디지털·문화·미디어·스포츠 위원회(Digital, Culture, Media and Sport Committee: DCMS)는 ‘fake news’라는 용어를 거부하고 허위기만정보를 뜻하는 ‘disinformation’이라는 용어를 쓸 것을 정부에 제안하였다.<sup>32)</sup> 이보다 앞서 2018년 3월에 발간된 유럽연합 집행위원회(European Commission: EC)의 자문보고서 또한, 가짜뉴스라는 용어를 의도적으로 피하면서 허위기만정보(disinformation)라는 용어를 사용하였다.<sup>33)</sup>

#### 나. 검토: 가짜뉴스의 개념요소

가짜뉴스라는 개념이나 용어 자체에 반대하는 견해도 있으며, 이들의 주장은 나름의 타당성을 지닌다. 그러나 가짜뉴스는 이미 일상에서 널리 사용하는 용어가 되었으며 헌법학적 논의의 대상으로까지 부상하였다. 또한 가짜뉴스에 관한 입법이 이루어지고 그 위헌성이 다투어질 가능성도 배제할 수 없는바, 가짜뉴스의 개념요소를 검토하고 명확히 정의할 필요성이 인정된다.

아래에서 보는 이유에서, 다수의 선행연구는 대체로 오늘날 문제되는 가짜뉴스의 특징을 적절히 포착하며 이를 정의하였다고 평가된다.

첫째, 누구나가 허위정보를 작성해 다양한 경로로 신속하게 유포할 수 있는 현실을 고려할 때, 가짜뉴스의 작성주체나 유통경로를 한정하는 것은 적절치 않다. 가짜뉴스는 저널리즘의 윤리와 기준을 고수하는 전통적인 언론매체를 통해 생산되지 않는다는 견해도 있으나,<sup>34)</sup> 소정의 목적을 달성하고자 허위정보를 의도적으로

<sup>31)</sup> 임중섭, 전계논문, 88-89쪽.

<sup>32)</sup> House of Commons Digital, Culture, Media and Sport Committee, “Disinformation and ‘Fake News’: Interim Report”, *Fifth Report of Session 2017-2019*, 29 July 2018, p. 8. 이 보고서는 가짜뉴스가 무엇을 의미하는지에 관하여 합의된 개념정의를 없으며, ‘독자가 싫어하거나 반대하는 진술’을 포함한 여러 의미로 사용되고 있음을 지적하였다.

<sup>33)</sup> 이 보고서를 발간한 고위 전문가 그룹(High Level Expert Group: HLEG)은 그 이유를 다음과 같이 밝히고 있다. 첫째, 가짜뉴스라는 용어는 부정확하며, 허위기만정보의 복잡한 문제들을 적절히 포착해내지 못한다. 둘째, 일부 정치인들이나 그 지지자들은 자신들이 동의하지 않는 보도를 가짜뉴스라고 일축하며, 그 결과 가짜뉴스라는 용어는 힘 있는 이들이 정보의 순환을 저해하고 뉴스 미디어의 독립성을 손상시키는 무기가 되어버렸다. European Commission, *A Multi-Dimensional Approach to Disinformation: Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 12 March 2018, p. 10.

<sup>34)</sup> Carol A. Watson, “Information Literacy in a Fake/False News World: An Overview of the Characteristics of Fake News and its Historical Development”, *International Journal of*



작성·유포하는 것은 기존 매체에 의해서도 얼마든지 자행될 수 있으므로 찬성하기 힘들다.<sup>35)</sup> 마찬가지로 이유에서, 가짜뉴스를 정보통신망, 특히 소셜 미디어를 통하여 작성·유통된 허위정보에 국한하기도 어렵다.<sup>36)</sup>

둘째, 가짜뉴스는 참인지 거짓인지가 증명될 수 있는 사실에 관한 진술로서,<sup>37)</sup> 여기서 가짜란 ‘내용의’ 허위성을 뜻한다고 보아야 한다.<sup>38)</sup> 가짜뉴스 중 일부는 기존 언론사의 명이나 직책을 도용하기도 한다.<sup>39)</sup> 그러나 가짜뉴스가 전 세계적인 문제로 부상한 것은 정보수령자를 기만하는 허위의 내용 때문이다. 다른 언론사의 명이나 직책을 사칭·도용하면서도 새삼 진실한 정보를 작성·유통하는 행태는 가짜뉴스에 관한 논의에서 관심 밖이며, 현실에서 그러한 사례를 찾아보기도 쉽지 않다.<sup>40)</sup>

---

*Legal Information*, Vol. 46, Iss. 2 (2018), p. 93.

- 35) 주류적인 언론매체가 가지는 공신력과 취재·편집기술 및 인력 등을 고려할 때, 그 폐해는 개인방송이나 소셜 네트워크를 통한 가짜뉴스보다 훨씬 심각할 수 있다. 이향선, “가짜뉴스 대응 개선을 위한 정책 방안 연구”, KCSC, 2018-008(방송통신위원회, 2018), 12쪽의 각주 7. 권위 있는 언론매체가 가짜뉴스를 작성해 유포한 사례는 현실에서도 찾아보기 어렵지 않다. 1980년 9월 28일 워싱턴포스트 1면에는 마약에 중독된 8세 소년 지미의 사연을 묘사한 기사 “Jimmy’s World”가 수록되었다. 자넷 쿠키는 마약 중독의 심각성을 미국 전역에 알린 이 기사로 1981년 풀리처상 수상자로 선정되었으나 이후 지미가 실존하지 않는 가공의 인물임이 밝혀졌으며, 이 사건은 미국에서 ‘저널리즘 살리기’ 운동의 계기가 되었다. 류희림, **가짜 뉴스 시대에서 살아남기**(글로세움, 2018), 42-43쪽.
- 36) 이와 달리 가짜뉴스를 ‘소셜 미디어 네트워크에서 유통되는’ 허위의 기사, 온라인 게시물, 동영상이라고 정의한 연구로 Alexandra Andorfer, “Spreading like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation”, *Hastings Law Journal*, Vol. 69, Iss. 5 (2018), p. 1413.
- 37) 판례는 명예훼손죄에서 말하는 사실의 적시란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견 표현에 대치되는 개념이라고 함으로써 양자를 구별한다. 양자를 구별함에 있어서는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려해야 한다고 한다. 대법원 2017. 5. 11. 선고 2016도 19255 판결(공2017상, 1325).
- 38) 다만 진실에 완벽하게 합치하지는 않더라도, 다소 과장된 표현을 사용하거나 사소한 오류가 있는 정도라면 가짜뉴스로 보기 어렵다. 오세욱·정세훈·박아란, **가짜 뉴스 현황과 문제점**(한국언론진흥재단, 2017), 39-40쪽.
- 39) ABC 뉴스의 웹사이트를 가장하고 가짜뉴스를 퍼뜨린 “AbcNews.com.co”는 그 좋은 예이다. Sheldon Burshtein, “The True Story on Fake News”, *Intellectual Property Journal*, Vol. 29, Iss. 3 (2017), pp. 401-402.
- 40) 다만 이러한 행태는 민사상 불법행위책임과 형사상 업무방해죄 등을 통해 규제할 수 있을 것이다.

셋째, 내용의 허위성에 관한 표현행위자의 고의는 가짜뉴스의 핵심이다. 오늘날 가짜뉴스가 중요한 현안으로 부상한 계기는 내용이 거짓임을 알면서도 타인을 기만하고자<sup>41)</sup> 허위정보를 유포하는 행태 때문이었지, 보도의 내용 자체가 사실과 다르기 때문만은 아니었다. 이 점에서 가짜뉴스는 취재·편집과정에서의 실수로 빚어지는 오보와 다르다.

넷째, 표현의 자유를 두터이 보호하기 위해서는 가짜뉴스의 개념요소로 목적성을 요구하는 것이 바람직하다. 그리고 사회적으로 커다란 해악을 초래할 우려가 있는 허위정보만을 규제하여야 한다는 측면에서, 이러한 목적성은 정치적·경제적인 목적성으로 국한하는 것이 적절하다.<sup>42)</sup> 실제로도 대부분의 가짜뉴스는 여론조작, 특정인의 당선(낙선), 이용자의 조회(클릭)를 통한 광고수익의 창출, 시세조종을 통한 차익 실현, 타인의 명예훼손 등 여러 정치적·경제적 목적<sup>43)</sup>을 달성하고자

41) 이 점에서 가짜뉴스는 풍자(satire)나 패러디와 구별된다. 풍자와 패러디는 사회의 모순이나 부조리를 비판하거나 조롱하고자 사실을 왜곡하거나 재구성하지만, 정보수령자들은 그러한 사실을 이미 알고 있다. 다시 말해, 이들은 기만당하지 않는다. 이러한 이유에서 풍자를 가짜뉴스에서 제외한 연구로 Ashley Messenger, “The Epistemic and Moral Dimensions of Fake News and the First Amendment”, *First Amendment Law Review*, Vol. 16 (2017), p. 328 n. 1.

42) 허위정보를 작성하여 유포하는 목적은 정치적이거나 경제적인 것 외에도 다양하다. 특정 종교의 교리를 뒷받침하거나 반박하기 위하여 연구결과를 왜곡한다든지, 단순한 재미를 위해서 타인을 기만하는 행태가 그러하다. 그러나 오늘날 특히 문제되는 현상으로서의 가짜뉴스 대부분은 정치적·경제적 목적을 달성하려는 의도로 만들어지며, 바로 그러한 의도 때문에 사회에 큰 해악을 끼치리라고 우려된다. 이와 달리 이른바 ‘달 날조 사건(Great Moon Hoax: 1835년 뉴욕의 신문 *New York Sun*이 동시대 저명한 천문학자인 존 허셜 경의 이름을 팔아, 달에서 생명체와 문명이 발견되었다고 거짓으로 보도한 사건)’과 같은 보도는 내용이 허위임을 알면서도 독자를 기만하려 한 것이기는 하지만, 사회적으로 커다란 해악을 미쳤다고 보기는 힘들다. Donald A. Barclay, *Fake News, Propaganda, and Plain Old Lies: How to Find Trustworthy Information in the Digital Age* (Rowman & Littlefield, 2018), pp. 42-43. 따라서 가짜뉴스 규제에 관한 법적 논의의 함에 있어서는 작성자의 목적성을 정치적·경제적인 것으로 국한하는 것이 적절하다.

43) 예컨대 마케도니아의 소도시 벨레스(Veles)에 거주하는 10대~20대의 젊은이들이 도널드 트럼프에게 우호적인 내용의 가짜뉴스를 작성·유포했지만 이들은 개인적으로 트럼프를 지지하지 않았고 미국정치에 관심도 없었다. 다만 트럼프에게 우호적인 가짜뉴스가 보다 많은 트래픽을 유발하여 커다란 광고수익을 안겨주었기에, 그러한 내용의 가짜뉴스를 만들어 유포한 것이다. 이와 달리 특정한 이념을 지지하거나 선거에서 특정 후보자를 당선(낙선)시키기 위하여 가짜뉴스를 작성해 퍼뜨리는 경우도 있다. 러시아 정부와 그 요원들이 트럼프의 당선을 위하여 많은 가짜뉴스를 만들어냈다는 조사결과가 사실이라면, 이는 정치적 목적에 입각한 가짜뉴스의 사례라고 할 수 있다. Michael Miller, 전게서, pp. 40, 44.

작성·유통된다. 그런데 가짜뉴스를 규제하는 법률은 가짜뉴스 작성자·유통자의 기본권 제한을 수반하므로, 명확성원칙에 부합하여야 한다.<sup>44)</sup> 따라서 가짜뉴스의 개념표지로서의 정치적·경제적 목적은 예시규정이나 열거규정을 통해 보다 구체화될 필요가 있다.<sup>45)</sup>

다섯째, 가짜뉴스의 개념요소에서 뉴스의 형식을 배제하면 여타의 허위사실 표현과 아무런 차이가 없게 되므로, 가짜뉴스는 언론보도의 형식을 요한다고 판단된다.<sup>46)</sup> ‘가짜뉴스’는 ‘가짜’라는 형용사와 ‘뉴스’라는 명사의 복합어이며, 따라서 그 개념을 정의할 때에는 뉴스의 측면에도 주목해야 한다는 점에서 그 그러하다.<sup>47)</sup> 허위정보의 작성자가 굳이 뉴스의 형식을 갖추는 것은 독자들로 하여금 기사로 오인하도록 하고, 해당 콘텐츠의 신뢰도를 높이려는 의도에서다.<sup>48)</sup>

결론적으로 가짜뉴스는 내용의 허위성, 기만적 의도(고의성), 정치적·경제적 목적, 언론보도의 형식을 그 개념표지로 하며 작성주체와 유통경로는 문제되지 않는다고

44) “법치국가원리의 한 표현인 명확성원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행이 가능하게 될 것이기 때문이다.” 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌마799, 판례집 27-1하, 361, 370.

45) 김가희(2017)에 따르면, ‘정책결정과정이거나 정치적 의사결정과정에 영향을 미칠 목적’, ‘여론에 영향을 미칠 목적’ 등이 ‘정치적 이익’에 포함될 수 있으며, ‘경제적 이익’으로는 ‘광고수익을 얻을 목적’, ‘주가 등 시세에 영향을 미칠 목적’ 등이 있다. 그 밖에 ‘국가 간 갈등을 조장할 목적’이나 ‘사회에 불안, 혼란을 조장할 목적’ 등도 고려될 수 있다고 한다. 또한 이 연구는 ‘기타 부당한 이익을 취할 목적’을 부가함으로써, 열거되지 않은 부당한 이익을 취할 목적의 가짜뉴스까지 규율할 수 있도록 하는 방안을 제안한다. 김가희, 가짜뉴스 규제 방안: 허위사실 표현의 헌법적 보호 여부 및 과잉금지원칙에 따른 규제 합헌성 검토, 석사학위논문, 이화여자대학교(2017), 42쪽. 그런데 현실에서는 난민, 이주노동자, 성소수자, 특정종교(인) 등에 관한 적대감을 고취하고 편견을 강화하는 가짜뉴스가 적지 않다. 이를 고려한다면 ‘피부색, 인종, 종교, 민족적 출신, 성적지향에 의하여 구별되는 특정 집단에 대한 적대감을 선동·촉진할 목적’도 포함시킬 수 있다고 판단된다. 캐나다 형법은 이러한 특정집단에 대한 적대감을 선동하거나(제319조 제1항), 촉진하는(동조 제2항) 표현을 처벌하는 규정을 두고 있다. 자세한 내용은 이승현, 혐오표현(Hate Speech)에 대한 헌법적 고찰, 박사학위논문, 연세대학교(2016), 71-72쪽.

46) 황창근, “가짜뉴스에 대처하는 법적 방안”, **언론중재**, 제142호(2017), 29쪽. 다만 제호와 발행일자, 기사 등 모든 면에서 완벽한 기사 형식을 갖추 필요까지는 없을 것이다. 한갑운·윤종민, “가짜뉴스의 규율방법에 대한 법적 고찰”, **과학기술과 법**, 제8권 제1호(2017), 63쪽.

47) Clay Calvert and Austin Vining, “Filtering Fake News through a Lens of Supreme Court Observations and Adages”, *First Amendment Law Review*, Vol. 16 (2017), pp. 159-160.

48) 오세욱·정세훈·박아란, 전거서, 40쪽.

하겠다. 이하에서는 가짜뉴스를 “일정한 정치적·경제적 목적을 달성하기 위하여 허위의 내용을 그것이 허위임을 알면서도 작성하여 유통하는 기사형식의 정보”라고 정의하고 논의를 전개한다.

### 3. 가짜뉴스에 관한 국내외의 대응현황

#### 가. 규범적 대응

가짜뉴스는 전 세계적인 현상으로서, 각국은 가짜뉴스의 폐해를 인식하고 나름대로의 규범적인 대응방안을 강구하고 있다.

프랑스에서는 2018년 12월 22일 ‘정보조작대처법률(LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information)’이 발효되었다. 동법은 선거운동기간에 국한하여, 이용자의 이익이 접수되고 48시간 이내에 판사가 허위정보의 유포를 중지하는 명령을 내릴 수 있도록 규정한다. 다만 판사는 해당 정보가 의도적으로 생성된 명백한 허위정보로서 대량으로 유포된 경우에만 개입할 수 있다. 이미 선거법이나 언론법에 허위정보를 규제하는 조항이 있음에도 동법을 제정한 것은 허위정보의 ‘확산’을 방지하는 데 초점을 맞추었기 때문이라고 풀이된다.<sup>49)</sup> 말레이시아에서는 2018년 5월 제정된 가짜뉴스처벌법을 폐지하는 법안이 발의되었으나 상원에서 무산되었다.<sup>50)</sup> 독일에서 최근 네트워크 법집행법을 제정해 시행하고 있음은 앞서 보았다.

국제기구 차원에서도 가짜뉴스에 관한 규범적 대응방안이 강구되고 있다. 한 예로 유럽연합 집행위원회는 가짜뉴스와 허위기만정보에 대응하기 위한 추진 계획을

49) 이향선, 전계보고서, 60-62, 109쪽. 동법은 선거운동기간을 대상으로 한 규정 외에도, 가짜뉴스 일반에 대처하기 위하여 온라인서비스제공자에게 보다 광범위한 의미의 ‘협력 의무(devoir de coopération)’를 부과한다. 또한 러시아를 지지하는 미디어가 2017년 대통령선거의 원활한 진행을 방해하였다는 판단하에, 허위정보가 외국의 영향을 받는 법인으로부터 유래한 경우 고등시청각위원회(Conseil supérieur de l’audiovisuel: CSA)가 강력한 권한을 행사할 수 있도록 규정한다. 자세한 내용은 한동훈, “프랑스의 정보조작대처법률에 대한 헌법적 검토”, *세계헌법연구*, 제25권 제1호(2019), 33-37쪽. 기타 프랑스의 가짜뉴스 관련 동향에 대하여 자세한 내용은 황치성, *세계는 왜 가짜뉴스와 전면전을 선포했는가?* (북스타, 2018), 117-124쪽.

50) Kaula Lumpur, “Malaysia opposition blocks repeal of ‘fake news’ law in challenge to Mahathir”, *Reuters*, 12 September 2018, <https://www.reuters.com/article/us-malaysia-politics-fakenews/malaysia-opposition-blocks-repeal-of-fake-news-law-in-challenge-to-mahathir-idUSKCNILS0WO>(최종방문일 2019. 6. 21.).

수립하였는데, 여기에는 2018년 7월까지 온라인 플랫폼 사업자들이 협의하여 허위 기만정보에 관한 사업자 행동규약(code of practice)을 마련하고 준수하도록 한다는 사항이 포함되어 있다.<sup>51)</sup> 유럽의회 선거가 임박한 2019년 4월에는, 페이스북이나 구글 등 사업자들의 가짜뉴스 대책에 진전이 있었다고 평가하면서도 더 강력한 조치를 주문하기도 하였다.<sup>52)</sup>

전술한 주요 국가들과 국제기구의 규제동향에서는 가짜뉴스 작성자보다는 온라인서비스제공자<sup>53)</sup>를 규제하는 방향으로의 변화가 감지된다. 세계 도처에서 많은 경우 익명으로 활동하는 가짜뉴스 작성자를 규제하기는 현실적으로 힘들다는 판단에 따른 것으로 풀이된다. 또한 가짜뉴스만을 직접적인 규제대상으로 하여 관련 법률을 제정해 시행하는 나라는 드물다.

#### 나. 자율규제와 미디어 리터러시 교육

각국과 국제기구는 범규범의 정립뿐 아니라 사업자의 자율규제를 독려하는 등의 노력을 병행하며 가짜뉴스에 대처하고 있다. 사업자의 자율규제에는 가짜뉴스 웹사이트에 대한 광고서비스의 제한, 가짜뉴스의 검색결과 순위를 낮추는 알고리즘 개선, 언론사 및 전문가와의 협업을 통한 팩트체크(사실확인) 등이 포함된다.<sup>54)</sup> 사업자뿐만 아니라 전문 인력을 갖춘 팩트체크 기구들도 주요 기사에 관한 팩트체크를 실시하고 있는데, FactCheck.org, 폴리티팩트, 팩트체커(FactChecker) 등이 대표적이다. 국내에서는 정치인이나 공직자의 발언을 포함한 공적 사안을 전반적으로 검증하는 SNU FactCheck가 잘 알려져 있다.<sup>55)</sup>

51) 이향선, 전계보고서, 66쪽.

52) European Commission, “Code of practice against disinformation: Commission welcomes the commitment of online platforms ahead of the European elections”, *European Commission-Statement*, 23 April 2019, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-19-2174\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-19-2174_en.htm) (최종방문일 2019. 6. 21.).

53) 가짜뉴스 관련 다수의 문헌에서는 ‘온라인서비스제공자’, ‘인터넷서비스제공자’, ‘양방향 컴퓨터서비스 제공자’ 등의 용어가 혼용되고 있으며, 가짜뉴스의 규제에 적용될 수 있는 국내의 여러 현행법에서도 정보통신서비스 제공자(정보통신망법), 전기통신사업자(전기통신기본법) 등의 용어가 사용된다. 이하에서는 이들 개념의 이동(異同)은 차치하고, 법규정이나 관례를 인용하는 등의 특별한 경우가 아닌 한 ‘온라인서비스제공자’라는 표현을 사용한다. 참고로 ‘인터넷서비스제공자(Internet Service Provider: ISP)는 인터넷에 접속하는 수단을 제공하는 주체를 가리키는바, 가짜뉴스 규제와 관련하여 특히 문제되는 검색엔진(구글 등)이나 소셜 네트워크 서비스(페이스북 등)와는 다소 거리가 있는 개념이라고 생각된다.

54) 자세한 내용은 황용석·권오성, 전계논문, 81-91쪽을 참조.

미디어 리터러시(media literacy)<sup>56)</sup> 교육은 정보수령자에 주안점을 둔 대응책이다. 허위의 콘텐츠 자체를 규제하는 것도 중요하지만, 보다 근본적으로는 이용자들의 비판적 독해 능력이 갖추어져야 가짜뉴스의 폐해를 줄일 수 있다. 근래 미국에서는 미디어 리터러시 교육을 정규교육과정으로 편성하려는 움직임이 감지된다. 다만 정규교육과정은 학생들만을 대상으로 하여 시민사회 전반으로 확대되기가 쉽지 않은바, 공립도서관에서 가짜뉴스를 분간할 수 있도록 교육 서비스를 제공한 다거나<sup>57)</sup> 관련 기관에서 교육자료, 가짜뉴스 대처법을 담은 매뉴얼을 배포하는 등의 노력이 나타나고 있다.<sup>58)</sup>

국내에서도 미디어 리터러시를 강화하기 위한 법률안들이 발의되었다. 일례로 하태경 의원이 대표발의한 국가정보화 기본법 일부개정법률안<sup>59)</sup>은 국가기관 및 지방자치단체가 정보통신망을 통하여 제공되는 정보의 올바른 이해·분석·비판을 위한 교육을 실시할 수 있도록 규정한다(제30조의8 제1항).

### III. 가짜뉴스에 관한 미국에서의 논의와 제도개선방안

이하에서는 가짜뉴스에 관한 미국 학계의 주요 논의와 최근 제시된 제도개선방안을 검토한다. 다만 이러한 논의의 맥락을 이해하기 위하여, 미국의 현행법에 따른 가짜뉴스의 규제가능성을 짚어볼 필요가 있다.

55) SNU FactCheck에 관하여 보다 자세히는 <http://factcheck.snu.ac.kr/home/snufactcheck>의 소개를 참조(최종방문일 2019. 6. 21.).

56) 미디어 리터러시란 기술적인 능숙함(proficiency), 비판적 독해능력, 심미적 감상능력, 미디어가 야기하는 해로운 효과의 예방, 사회변화에의 참여를 증진하는 개념이다. Benjamin Thevenin, “Remix Politics: Political Remix as an Analytic Framework for Critical Media Literacy”, in Belinha S. De Abreu et al.(eds.), *International Handbook of Media Literacy Education* (Routledge, 2017), p. 176. 본래는 미디어에 접근하고 미디어가 제공하는 정보를 이해하는 능력에 초점을 맞춘 개념이었지만, 오늘날은 정보를 비판적으로 수용할 수 있는 능력으로서의 의미가 한층 부각되고 있다. 정세훈, “가짜뉴스의 대응 방안 및 쟁점”, **관훈저널**, 통권 제146호(2018), 80쪽.

57) 오늘날 정보의 정확성을 판단하고 비판적으로 사고하는 방법을 교육함에 있어 사서들(librarians)이 중요한 역할을 수행한다는 지적으로 Denis E. Agosto, 전제논문, pp. 6-8.

58) 자세히는 오세욱·정세훈·박아란, 전제서, 77-78쪽.

59) 국가정보화 기본법 일부개정법률안(의안번호: 2009383, 제안일자: 2017. 9. 14, 대표발의: 하태경, 2017. 11. 20. 과학기술정보방송통신위원회 상정).

## 1. 논의의 전제: 미국의 현행법에 따른 가짜뉴스의 규제가능성

미국에는 가짜뉴스를 일반적으로 금지하는 법률이 없다.<sup>60)</sup> 허위정보가 사기나 명예훼손, 허위광고, 폭력행위의 선동 등에 해당하면 당연히 관련규정에 따라 민·형사적 규제가 가능하지만, 가짜뉴스 일반을 금지하는 법률은 없다는 의미이다.

### 가. 가짜뉴스 작성자의 규제가능성

먼저 가짜뉴스 작성자의 규제가능성을 살펴본다. 가짜뉴스가 특정인이나 특정집단을 표적으로 하여 이들의 명성(reputation)을 실추시켰다면 명예훼손에 따른 민·형사적 책임을 물을 수 있으며,<sup>61)</sup> 가짜뉴스 작성자가 면책될 가능성은 거의 없다.<sup>62)</sup> 이는 가짜뉴스의 대상이 공인(公人)이어서 ‘현실적 악의(actual malice) 원칙’이 적용되는 경우에도 별반 다르지 않다.<sup>63)</sup>

60) 1992년 연방통신위원회(Federal Communications Commission: FCC)는 ① 중대한 공익의 침해를 실제로 야기한 허위정보를 ② 그러한 공익의 침해가 발생할 가능성을 충분히 예견하고 ③ 또한 그 정보가 허위임을 알면서도 ‘방송’한 행위를 처벌하도록 하는 규정을 마련하였다. 47 C.F.R. § 73.1217. 자세한 사항은 이향선, 전계보고서, 88-89쪽. 그러나 종이나 온라인 매체에 관하여는 이에 상응하는 규정을 찾아볼 수 없는데, 방송이 더 엄격한 규제를 받는 것은 전파자원의 희소성(scarcity of spectrum) 때문이다. Sheldon Burshtein, 전계논문, p. 419.

61) 영국 언론인 데일리메일(Daily Mail)은 미국 영부인인 멜라니아 트럼프가 과거 모델로 활동할 당시 뉴욕에 있는 에스콧 에이전시를 통해 성매매를 했다고 보도했다. 이에 멜라니아 트럼프는 허위보도로 명예를 훼손당했다며 데일리메일을 상대로 약 1억 5,000만 달러의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다가 합의하였는데, 합의금은 300만 달러를 넘지 않는 것으로 알려졌다. 김은빈, “멜라니아 트럼프, 성매매 의혹 보도한 영 언론 소송 합의”, 중앙일보, 2017. 4. 13, <https://news.joins.com/article/21471816>(최종방문일 2019. 6. 21.). 명예훼손에 따른 손해배상책임을 비롯하여, 미국에서 가짜뉴스 작성자에게 부과될 수 있는 민·형사상의 책임에 관하여 자세한 사항은 David O. Klein and Joshua R. Wueller, 전계논문, pp. 6-10.

62) 보통법에서는 진실성(truth), 공정한 논평(fair comment), 특권(privilege), 책임감 있는 저널리즘(responsible journalism) 등에 의하여 명예훼손의 면책이 인정된다. Sheldon Burshtein, 전계논문, p. 146. 그런데 가짜뉴스가 진실성에 따라 면책될 여지는 전혀 없다. 또한 가짜뉴스는 의견이나 평가가 아니라 사실에 관한 진술이므로 공정한 ‘논평’이라고도 볼 수 없으며, 국회의원이 의회 내에서 한 진술이나 소송절차에 참가한 자들의 진술처럼 특권을 누리는 표현에 해당하지도 않는다. 정치적·경제적 목적을 달성하고자 정보수령자를 기만하는 행태를 책임감 있는 저널리즘이라고 할 수 없음은 물론이다.

63) 일찍이 미연방대법원은 공직자에 대한 명예훼손 사안에서는 발언의 내용이 허위라는 점 및 피고가 그것이 허위임을 알았거나 이를 무분별하게 무시하였다는 점을 원고가 증명하도록 하는 ‘현실적 악의 원칙’을 확립하였다. New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 272-273 (1964). 그런데 가짜뉴스는 내용의 허위성에 관한 표현행위자의 고의를

그러나 가짜뉴스 작성자는 대부분 익명이며, 미국 법원의 관할이 미치지 않는 지역에 거주하거나 손해배상을 할 만큼의 재정능력을 가지지 못한 경우가 많아, 이들에게 명예훼손의 책임을 추궁하는 데는 여러 현실적인 어려움이 따른다.<sup>64)</sup>

#### 나. 온라인서비스제공자의 규제가능성

통신품위법(Communications Decency Act of 1996: CDA)이 양방향컴퓨터서비스 제공자(providers of an interactive computer service)에게 두터운 면책을 제공하는 미국에서, 온라인서비스제공자를 규제하기는 대단히 어렵다.

통신품위법 제230조(c)(1)는 “양방향컴퓨터서비스 제공자나 이용자는 제3의 정보 제공자에 의하여 제공되는 어떠한 정보에 관해서도 그 정보의 출판자 또는 발언자로 취급되지 않는다.”라고 규정한다. 온라인서비스제공자가 출판자에 해당하지 않음을 명확히 한 것이다.<sup>65)</sup> 따라서 가짜뉴스가 인터넷 웹사이트에 게시되고 널리 유통되더라도, 온라인서비스제공자에게 작성자의 책임을 물을 수는 없다.

한편 동법 제230조(c)(2)에 의하면 “양방향컴퓨터서비스 제공자 또는 이용자는 음란하거나 외설적인 정보, 선정적이거나 비속한 정보 또는 과도한 폭력성을 내포하거나 타인을 괴롭히는 내용의 정보 기타 문제 있는 정보에의 접근을 제한하기 위하여 선의를 가지고 한 자발적인 조치를 이유로 법적 책임을 지지 않는다.” 스스로 게시물을 규제하는 온라인서비스제공자를 보호하는 규정으로, ‘착한 사마리아인 조항(Good Samaritan Clause)’이라고도 한다.<sup>66)</sup>

정리하면 미국에서는 온라인서비스제공자가 가짜뉴스의 작성·유통을 방관하던 선의에 입각하여 모종의 자발적 조치를 취하던 이들을 규제하기가 지극히 어렵다.

---

그 개념요소로 하므로, 대상이 공인이더라도 가짜뉴스를 작성·유통한 자에게는 현실적 악의가 인정되어 명예훼손에 따른 책임을 물을 수 있을 것이다. Sheldon Burshtein, 상개 논문, p. 413.

<sup>64)</sup> Andrea Butler, 전개논문, p. 436.

<sup>65)</sup> 이처럼 온라인서비스제공자의 면책을 폭넓게 인정하는 것은 인터넷사업을 육성하고 산업 내 자율규제를 촉진하기 위해서라고 평가된다. 정상조, “명예훼손에 대한 포털의 책임 - 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결에 대한 비판적 검토”, 서울대학교 법학, 제51권 제2호(2010), 247-248쪽.

<sup>66)</sup> 김형진·한승혁·이승재, “인터넷 포털의 명예훼손 책임”, Law & Technology, 제4권 제4호 (2008), 4-5쪽.



## 2. 가짜뉴스를 표현의 자유의 보호영역에서 제외하자는 입장

가짜뉴스의 규제와 관련하여 근본적이고도 어려운 문제는 가짜뉴스가 표현의 자유에 의하여 보호되는 표현인지의 여부다. 이와 관련하여, ‘사상의 자유시장이론’의 역사를 추적하면서 가짜뉴스가 표현의 자유의 보호를 받지 못한다고 주장한 연구는 주목할 만하다. 이 연구는 먼저 사상의 자유시장이론의 역사를 개괄하고, 그것이 ‘사실에 관한 진술’을 염두에 둔 이론이 아니라는 점을 논증하고 있다.

### 가. 사상의 자유시장이론의 역사

사상의 자유시장이론에 의하면, 사상이 스스로의 힘으로 시장의 경쟁에서 살아남아 받아들여지도록 하는 것이야말로 진리를 발견하는 최선의 방법이다. 존 밀턴은 저서 『아레오파지티카(Areopagitica)』에서 “진실로 하여금 거짓과 싸우도록 하라. 자유롭고 공개적인 토론에서 진실이 패하는 것을 본 적이 있는가? 진실이 논박하는 것은 허위를 억누르는 가장 확실한 방법이다.”라고 했다.<sup>67)</sup>

존 스튜어트 밀도 어떤 생각을 억압하는 것은 그 의견이 옳은 것인지 여부와는 무관하게 심각한 문제라고 하였다. 옳은 의견을 억압하는 행위는 잘못을 드러내고 진리를 발견할 기회를 박탈하는 것이며, 설사 잘못된 의견이더라도 이를 억압한다면 그릇된 의견과 옳은 의견을 대비함으로써 진리를 더욱 분명하게 드러낼 기회를 놓치게 된다는 이유에서다.<sup>68)</sup> 이처럼 사상의 자유시장이론은 정부의 억압이 아닌 더 많은 표현을 통해 허위와 잘못된 생각을 교정하고자 하는 자유주의적인 관점의 은유(metaphor)이다.<sup>69)</sup>

사상의 자유시장이론이 미국의 판결에 최초로 등장한 것은 *Abrams v. United States* 사건에서 올리버 웬들 홈스 대법관의 반대의견을 통해서였다.<sup>70)</sup> 이후 사상의 자유시장이라는 비유(metaphor)는 표현의 자유에 관한 미연방대법원의 여러 기념비적인 판결들에서 반복해서 언급되며, 수정헌법 제1조의 법리에 큰 영향을 주었다.<sup>71)</sup>

67) 존 밀턴의 해당 서술은 다음 문헌에서 확인하였다. John Milton, *Areopagitica, With a Commentary by Sir Richard C. Jebb and With Supplementary Material* (Cambridge University press, 1918), p. 58.

68) 존 스튜어트 밀의 해당 서술은 다음 문헌에서 확인하였다. 존 스튜어트 밀, 서병훈 옮김, **자유론**(책세상, 2013), 44쪽.

69) Lyrissa Barnett Lidsky and R. George Wright, *Freedom of the Press: A Reference Guide to the United States Constitution* (Praeger, 2004), p. 7.

70) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624-31 (1919) (Holmes, J., dissenting).

71) Ari Ezra Waldman, *전개논문*, pp. 852-853.

#### 나. 사실의 진술과 사상의 자유시장이론

왈드먼(2018)에 의하면, 표현의 자유를 이유로 가짜뉴스를 관용하자는 주장은 물론, 가짜뉴스는 사상의 자유시장에서의 ‘시장실패’이므로 정부가 규제할 수 있다는 입장 역시 ‘사실에 관한 진술’이 ‘사상’이라고 전제하고 있다. 그런데 이러한 접근 방식은 사상의 자유시장이론의 역사적 전통에 반하며, 가짜뉴스 문제에 대처하는 것을 어렵게 한다. 그에 따르면 사상의 자유시장은 항상 사상(ideas)에 관한 것이었지, 사실(facts)에 관한 것은 아니었다.

이 연구는 우선 사실(fact)과 가치(value)를 구별한다. 사실은 다룰 여지가 없거나 실재하는 어떤 것인 반면, 가치에 대하여는 동의하거나 반대할 수 있다. 가치는 어떤 사실에 대한 우리의 인상과 느낌을 만들어낼 수 있지만, 그러한 감정이 사실 자체를 바꾸지는 않는다. 예컨대 우리가 어떤 선거결과에 실망한다고 하여 선거의 결과가 뒤바뀌는 것은 아니다.

이어 이 연구는 샤우어의 선행연구<sup>72)</sup>를 참고하며 사상의 자유시장이론의 역사를 추적한다. 이에 의하면, 동 이론의 지적 전통에서 사실에 관한 진술은 고려대상이 아니었다. “진실로 하여금 거짓과 맞붙어 싸우도록 하라.”라는 밀턴의 주장은, 이혼에 관한 법제를 완화하자는 그의 저서 『이혼론(Doctrine and Discipline of Divorce)』의 출판을 거부한 영국정부의 검열에 대한 비판에서 비롯되었다. 밀은 『자유론(On Liberty)』에서 사상의 자유가 도덕, 종교, 정치, 사회적 관계(social relations) 등에 적용된다고 하였는데, 사실에 관한 진술은 여기에 포함되지 않았다. 홈스 대법관과 루이스 브랜다이스 대법관이 사상의 자유시장에 관한 입장을 개진한 판결들은 정부를 전복하는 것을 옹호하는 표현 등이 문제되었던 사안으로, 사실에 관한 진술은 이들의 추론과정에서 고려되지 않았다.<sup>73)</sup>

#### 다. 평가 및 전망

이러한 주장은 표현의 자유가 수정헌법 제1조에 규정되어 두텁게 보호되며 표현의 내용에 근거한 규제(content-based restriction)에 엄격심사기준<sup>74)</sup>이 적용되는 미국에서,

72) Fredrick Schauer, “Facts and the First Amendment”, *UCLA Law Review*, Vol. 57, Iss. 4 (2010), pp. 897-920.

73) Ari Ezra Waldman, 전제논문, pp. 866-869. 가짜뉴스가 객관적으로 허위임을 증명할 수 있는 사실에 관한 진술이라면, 사상의 자유시장의 은유는 부적절하다는 유사한 견해로 Clay Calvert and Austin Vining, 전제논문, p. 169.

74) 위헌법률심사 자체의 정당성에 관한 공격에 직면하여 미연방대법원이 입법부·행정부

가짜뉴스를 수정헌법 제1조의 보호영역에서 배제함으로써 보다 용이하게 규제하려는 이론적 노력이라고 평가된다.

그런데 미연방대법원은 *United States v. Alvarez* 판결<sup>75)</sup>에서 보는 것처럼, 의도적인 허위진술의 유형과 속성에 따라 그것이 표현의 자유에 의하여 보호받는지 여부를 달리 판단한다. 역사적으로 확립된 몇 가지 범주들<sup>76)</sup>에 있어서는 내용에 근거하여 규제할 수 있지만, 진술의 허위성만을 이유로 처벌하는 것은 수정헌법 제1조에 반한다는 것이다.<sup>77)</sup> 이 같은 미연방대법원의 입장에 비추어볼 때, 허위인지 여부조차 불문한 채 사실에 관한 진술 모두를 표현의 자유의 보호영역에서 배제하자는 주장이 미국에서 받아들여질 가능성은 대단히 낮다고 생각된다.

극도로 존중하는 입장으로 선회한 이래, 법률의 합헌성 추정을 깨기 위해서는 해당 입법이 명백하게 비합리적임을 보이도록 요구하는 합리성심사기준(rational-basis scrutiny)이 등장하였다. 그러나 특정 영역에서는 이처럼 낮은 강도의 심사기준이 기본권의 보호에 미흡하다는 판단하에 엄격심사기준(strict scrutiny)이 적용되기 시작하였다. 표현행위의 내용에 근거한 규제나 종교의 자유 제한 등에 적용되는 엄격심사기준은 당해 행위가 중대한 국익(compelling state interest)을 달성하고자 하며, 수단이 그 목적 달성에 필요한 혹은 정밀하게 재단되었다는(narrowly tailored) 점이 입증된 경우에만 합헌이라고 판단한다. 합리성심사와 달리 정부 측이 합헌이라는 점을 증명해야 한다. 엄격심사기준의 완화된 형태로서 위헌 버거 대법원장 시기에 도입된 중간심사기준(intermediate scrutiny)은 표현의 자유에 관한 내용중립적인 규제, 선거자금 기부 규제 등에 적용되는데, 정부의 행위가 중요한 정부의 이익(important governmental interest)과 실질적으로 관련되어 있다면(substantially related) 합헌이라고 판단한다. 이우영, “미국의 위헌심사기준으로서 ‘이중 기준(二重基準) (Double Standard)’”, *서울대학교 법학*, 제50권 제1호(2009), 421-423쪽; 이명웅, “미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정”, *헌법논총*, 제22권(2011), 252쪽.

75) 연방형사법규인 ‘빼앗긴 무훈법(the Stolen Valor Act)’은 “미국 군인을 위해 의회가 수여를 허락한 군사훈장이나 메달을 받았다고 구두 혹은 글로써 허위로 주장한 자는 벌금 혹은 6개월 이하의 징역에 처해지며 양자는 병과될 수 있다.”라고 규정하고(§704(b)), 의회영예메달(Congressional Medal of Honor)을 받았다고 허위 진술할 경우 벌금 혹은 1년 이하의 징역(병과 가능)으로 가중하여 처벌하도록 규정하였다(§704(c)). 자비에르 알바레스는 자신이 의회영예메달을 받았다는 거짓말을 하여, 동법을 위반한 혐의로 기소되었다. 동 판결의 보다 자세한 사실관계는 신평, “명예훼손에 있어서 표현의 자유와 명예권간의 가치 조화”, *공법연구*, 제29집 제2호(2001), 240-241쪽을 참조.

76) 절박한 무법적인 행동(imminent lawless action)의 선동, 외설(obscenity), 명예훼손(defamation), 범죄행위의 필수요소(speech integral to criminal conduct), 도발적 언사(fighting words), 아동 포르노그래피(child pornography), 사기(fraud), (단순한 정치적 과장과 구별되는) 진정한 위협(true threats), 정부가 방지할 권한을 가지는 가장 심각하고 절박한 위협을 조래하는 표현(speech presenting some grave and imminent threat the Government has the power to prevent)을 말한다.

77) *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 716-717, 729-730 (2012).

### 3. 사상의 자유시장에서 시장실패의 가능성을 경고하는 연구

가짜뉴스가 사상의 자유시장에서 시장실패를 초래할 수 있다는 지적도 있다. 가짜뉴스도 사상의 자유시장이론에서 말하는 ‘사상’에는 해당하지만, 규제가 필요하다는 취지로 읽힌다.

노아 펠드먼은 노벨 경제학상 수상자인 조지 애컬로프가 언급한 ‘레몬 시장(the market for lemons)’의 사례를 거론하며, 가짜뉴스가 진짜뉴스를 사상의 자유시장에서 퇴출시킬 수도 있다고 진단한다. 여기서 ‘레몬’은 불량 재화를 의미한다.

불량 재화가 포함된 (예컨대 중고차)시장에서, 판매자는 자신이 판매하려는 재화의 품질을 잘 알고 있다. 반면 구매자는 자신이 구매하려는 상품이 불량인지 여부를 알지 못한다. 요컨대 구매자와 판매자 사이에는 정보의 비대칭성(information asymmetry)이 존재한다.

상품의 품질을 모르는 구매자는 절반의 확률로 해당 상품이 불량이라고 판단하고, 두 재화의 평균가격 이상은 지불하지 않으려고 할 것이다. 가령 판매자가 양질의 재화를 300원에, 불량 재화를 100원에 각각 판매하려 한다면, 구매자는 그 평균 가격인 200원 이상은 지불하고 싶지 않을 것이다. 이를 예상한 판매자는 평균가격보다 높은 가치를 지니는 양질의 재화를 판매하는 것을 포기하게 되고, 결국 불량 재화만이 시장에 유통되어 사회 전체의 효용이 감소한다.

많은 인력을 갖추고 보도·취재·편집을 해야 하는 진짜뉴스는 약간의 상상력과 왜곡으로도 만들어낼 수 있는 가짜뉴스보다 비싼 재화이며, 가짜뉴스 작성자와 이용자 사이에는 정보의 비대칭성이 존재한다.<sup>78)</sup> 여기에 애컬로프의 분석을 적용하면, 가짜뉴스가 진짜뉴스를 시장에서 퇴출시킬 수도 있다는 결론에 이르게 된다.<sup>79)</sup>

### 4. 가짜뉴스 규제입법의 심사기준을 완화하자는 제안

가짜뉴스를 표현의 자유에 의하여 보호되는 표현이라고 보면서도, 이를 규제하는 법률의 심사기준을 완화하자는 주장도 제기된다.

78) 가짜뉴스를 작성한 사람은 해당 정보가 허위임을 알고 있지만, 이용자는 그 진위여부에 관하여 잘 알지 못한다.

79) 이상의 서술은 펠드먼의 다음 칼럼을 요약한 것이다. Noah Feldman, “Is fake news protected by the First Amendment? Bloomberg View”, *The Oregonian*, 24 November 2016, [https://www.oregonlive.com/opinion/2016/11/is\\_fake\\_news\\_protected\\_by\\_the.html](https://www.oregonlive.com/opinion/2016/11/is_fake_news_protected_by_the.html)(최종방문일 2019. 6. 21.).

안도르퍼(2018)는 가짜뉴스를 규제하는 법률의 위헌성을 판단할 때 상업광고 규제입법에 적용되는 ‘센트럴 허드슨 기준(Central Hudson Test)’<sup>80)</sup>을 적용하는 방안을 제안한다. 가짜뉴스를 작성하고 유통시키는 자가 정치적 토론에 참여하려는 것이 아니라 가짜뉴스라는 상품을 판매하려는 것으로 법원이 확신할 수 있다면, 엄격심사기준이 아닌 센트럴 허드슨 기준을 적용할 수 있다는 것이다.<sup>81)</sup>

이 연구는 상당수의 가짜뉴스가 이용자의 조회(클릭)를 유도하여 ‘광고’수익을 창출할 목적으로 만들어지고 유통되는 현실에 대한 관찰에서 비롯되었다고 생각된다. 또한 미연방대법원이 의도적인 허위진술도 수정헌법 제1조의 보호영역으로부터 배제하지 않는 상황에서, 가짜뉴스를 규제하기 위한 보다 현실적인 방안으로 제안된 것이라고 평가할 수 있다.

## 5. 온라인서비스제공자의 법적 책임을 강화하자는 논의

위에서 본 것처럼 미국에서는 온라인서비스제공자가 가짜뉴스 게시물을 방치하든, 선의에 입각하여 어떤 자발적인 조치를 취하든 규제하기가 대단히 어렵다. 이러한 이유에서, 최근에는 온라인서비스제공자의 법적 책임을 강화해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 이는 가짜뉴스의 작성자보다는 온라인서비스제공자를 규제하려는 주요 국가들과 국제기구의 동향에 부합하는 논의로서, 다음의 두 가지가 대표적이다.

첫째, 이용자가 특정 게시물이 가짜뉴스라고 신고하고 삭제를 요청할 경우, 온라인서비스제공자로 하여금 일정 기간 내에 해당 정보를 삭제하도록 하고 이에 따르면 면책하는 방안이 있다. 로이스터(2017)는 통신품위법 제230조에 따른 양방향

80) 센트럴 허드슨 기준은 엄격심사기준보다 완화된 심사기준으로, 그 내용은 다음과 같다. 첫째, 그 광고는 합법적인 활동(lawful activity)에 관한 것으로서 오도하는 것이 아니어야 한다. 둘째, 규제로 달성하고자 하는 정부의 이익은 실질적이어야 한다. 셋째, 규제가 정부의 이익을 직접적으로 증진시켜야 한다. 넷째, 규제는 그 이익을 달성하는 데 필요한 정도를 넘어서지 않아야 한다. *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557, 566 (1980). 여기서 ‘필요한 정도’가 무엇을 의미하는지 문제 되는데, 이후의 판례에 따르면 가장 덜 제약적인 수단(least restrictive alternative)을 채택해야 하는 것은 아니며, 그 규제와 정부의 목적 달성 사이에 합리적인 적합성(reasonable fit)만 있으면 족하다. *Board of Trustees, State Univ. of New York v. Fox*, 492 U.S. 469, 475-481 (1989). 센트럴 허드슨 기준에 관하여 상세히는 Robert C. Post, “The Constitutional Status of Commercial Speech”, *UCLA Law Review*, Vol. 48, Iss. 1 (2000), pp. 34-54.

81) Alexandra Andorfer, 전제논문, pp. 1425-1428.

컴퓨터서비스제공자의 면책 범위를 제한하는 방안, 양방향컴퓨터서비스제공자에게 발행자로서의 책임(publisher liability)을 부과하는 방안, 이용자의 신고 및 삭제요청에 따라 일정한 시간 내에(within a designated time frame) 부적절한 정보를 삭제하면 양방향컴퓨터서비스제공자를 면책하는 방안을 제시한다. 그는 이 가운데 세 번째 방안이 표현의 자유와 표현 대상자의 법익 사이에서 적절한 균형을 이루는 것이라고 주장한다.<sup>82)</sup> 이러한 주장에서는, 불법정보에 관한 이의제기가 접수되면 소셜 네트워크 제공자로 하여금 일정 기간 내에 이를 삭제하도록 하고 위반 시 과태료를 부과하는 독일의 네트워크 법집행법과도 일부 유사성이 엿보인다.

둘째, 온라인서비스제공자에게 보통법상 명예훼손에 대한 배포자로서의 책임(distributor liability)을 부담하도록 하는 방안도 제시된다. 제3자가 행한 명예훼손에 대해 중개자(intermediary)가 어떠한 책임을 지는지와 관련하여, 보통법은 발행자(publisher), 배포자(distributor), 공중통신업자(common carrier)를 구분하여 달리 취급한다. 서점, 도서관, 뉴스스탠드 등의 배포자는 명예를 훼손하는 내용이 있음을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 책임을 진다.<sup>83)</sup> 위의 논의는 결국 페이스북 등 온라인서비스제공자가 자신의 플랫폼에 타인의 명예를 훼손하는 콘텐츠가 게시되었음을 알았거나 알 수 있었다면, 배포자로서 명예훼손에 따르는 법적 책임을 부담하도록 하자는 것이다.<sup>84)</sup>

## 6. 표현의 자유에 관한 내용중립적인 규제방안을 제시한 연구

미국에서 표현의 자유가 무제한적으로 인정되는 것은 아니지만, 표현의 내용에 근거한 규제에는 엄격심사기준이 적용된다. 따라서 내용의 허위성을 개념표지로 하는 가짜뉴스를 규제하는 법률이 합헌성을 인정받기란 쉬운 일이 아니다. 이 때문에 최근에는 표현의 자유에 관한 내용중립적인 규제방안이 논의되고 있기도 하다.

엠마누엘슨(2018)은 표현의 내용이 아닌 시간과 장소, 방식을 합리적으로 제한하는

82) Lee K. Royster, "Fake News: Political Solutions to the Online Epidemic", *North Carolina Law Review*, Vol. 96, No. 1 (2017), pp. 270-295.

83) 서적, 잡지, 신문 등의 발행자는 발행하는 내용에 관하여 저자와 동일한 책임을 부담한다. 전화회사 등 공중통신업자는 이용자가 전화 등을 사용하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 하더라도 서비스제공의무를 중단할 수 없으므로 책임을 지지 않는다. 김형진·한승혁·이승재, 전계논문, 4쪽; John D. Zelezny, *Communications Law: Liberties, Restraints, and the Modern Media* (Wadsworth, 2010), pp. 165-166.

84) Andrea Butler, 전계논문, pp. 429-440.

방안을 모색하면서 가칭 ‘V필터’를 제안한다. 방송업계가 프로그램 등급제를 자발적으로 도입하도록 권고하고, 시청차단 장치인 ‘V칩’을 TV수상기에 의무적으로 장착하도록 규정한 텔레커뮤니케이션법(Telecommunications Act of 1996)에서 영감을 받은 연구이다.<sup>85)</sup> 이 연구는 소셜 네트워크 사업자 등으로 하여금 자율적으로 등급제를 도입할 것을 권고하되, 등급은 콘텐츠의 내용이나 관점이 아닌 표현행위자(publisher)의 평판과 명성(reputation)을 기준으로 산정하자고 주장한다. 이렇게 하면 이용자들은 인터넷을 사용할 때, 신뢰받는 정보원들(trusted news sources)이 제공하는 콘텐츠만을 선택하여 소비할 수 있게 된다.

그는 V필터가 내용중립적인 규제이며, 가짜뉴스의 해악으로부터 공중을 보호하려는 입법목적(유효한 공익의 존재)을 달성하기 위하여 엄밀하게 재단된 수단이고, 온라인 표현행위자들이 청중에게 정보를 전달할 수 있는 대안적인 수단들도 남겨두기 때문에 합헌성이 인정된다고 주장한다.<sup>86)</sup>

동 연구는 ‘내용’이 아닌 작성주체의 ‘명성’을 기준으로 표현을 제한하도록 하여 가짜뉴스 규제입법에 엄격심사기준이 적용되지 않도록 하고, V필터의 설치 여부를 이용자 스스로 판단하도록 함으로써 위헌의 소지를 줄였다고 평가할 수 있다.

#### IV. 평가

가짜뉴스를 심각한 사회적 문제로 인식하고 규범적 대응방안을 모색하는 것은 우리만의 일이 아니다. 미국의 가짜뉴스 관련 제도개선방안과 학계의 논의는 우리에게 적잖은 시사점을 줄 수 있다. 그러나 미국과 한국에서 표현의 자유가 가지는 헌법적 위상이 다르다는 점, 가짜뉴스의 실태나 가짜뉴스에 적용할 수 있는 현행법 규정과 관련해서도 양국 간에 차이가 있다는 점을 또한 감안해야 한다. 이하에서는 이 점을 상기하면서, 비판적인 관점에서 가짜뉴스에 관한 미국의 주요 논의를 평가해본다.

85) 동법에 관하여 자세히는 강태완 외, “방송의 청소년 유해환경 실태조사 및 개선방안”, **청소년보호**, 2004-25(국무총리 청소년보호위원회, 2004), 30-34쪽 참조.

86) Eric Emanuelson Jr., “Fake Left, Fake Right: Promoting an Informed Public in the Era of Alternative Facts”, *Administrative Law Review*, Vol. 70, Iss. 1 (2018), pp. 223-228. 표현의 시간과 장소, 방법에 대한 제한은 중요한 정부이익에 기여하기 위하여 좁게 재단되어야 하고(narrowly tailored), 의사전달을 위한 대안적인 수단들(channels)을 남겨두어야 한다는 것이 미연방대법원의 입장이다. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791 (1989).

## 1. 가짜뉴스를 표현의 자유의 보호영역에서 제외하자는 논의에 관한 평가

미국에서 표현의 자유가 절대적인 권리는 아니지만, 수정헌법 제1조의 보호를 받는 표현을 제한하기란 대단히 어렵다. 가짜뉴스, 나아가 사실에 관한 진술을 표현의 자유의 보호영역으로부터 배제하려는 이론적 시도는 이러한 배경에서 이해된다.

그런데 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항을 둔 한국에서는, 내심에 머무르는 신앙의 자유처럼 성질상 제한할 수 없는 예외적인 경우<sup>87)</sup>가 아닌 한 모든 기본권을 과잉금지원칙에 반하거나 본질적 내용을 침해하지 않는 범위에서 제한할 수 있다.<sup>88)</sup> 그렇다면 가짜뉴스를 처음부터 표현의 자유의 보호영역에서 제외함으로써 합헌성 여부에 관한 심사의 기회마저 차단할 필요는 없다.<sup>89)</sup> 음란물이 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 한 헌법재판소의 결정도 이 점을 언급하고 있다.<sup>90)</sup>

이른바 ‘미네르바 결정’에서 법정의견이 허위의 통신을 표현의 자유에서 말하는 표현이라고 보았다는 점도 감안해야 한다. 당시 법정의견은 “공익을 해할 목적”의 허위통신을 처벌하는 심판대상조항(전기통신기본법 제47조 제1항)이 명확성원칙에 반한다고 판시하였고, 표현의 자유 침해 여부를 별도로 판단하지는 않았다. 그러나

87) “종교적 행위의 자유는 내심의 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니라 질서유지와 공공복리를 위하여 법률로 제한할 수 있다.” 헌재 2010. 2. 25. 2007헌바131 등, 판례집 22-1상, 104, 131-132.

88) 헌법 제21조 제4항은 언론·출판이 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다고 규정한다. 그런데 이러한 제한은 표현의 자유에 일반적으로 가해지므로 헌법에 특별히 규율할 필요가 있는 것은 아니다. 이렇게 본다면 헌법 제21조 제4항은 표현의 자유가 남용·악용될 소지를 줄이기 위해 미리 헌법에 규정하여 주의 환기하는 의미를 가진다. 전광석, **한국헌법론**(집현재, 2019), 254쪽. 기본권 제한에서 일반적 법률유보의 방식을 취하는 한 헌법 제21조 제4항은 언론·출판의 자유의 한계를 강조하는 주의적인 규정에 지나지 않으므로, 입법기술상 이런 형태의 규정은 삭제하는 것이 바람직하다는 견해로 정중섭, **헌법학원론**(박영사, 2018), 371쪽.

89) 가짜뉴스에 관한 국내외의 선행연구 다수는 가짜뉴스가 표현의 자유에서 말하는 표현에 해당한다는 입장이다. 한국인터넷자율정책기구 정책위원회 외, **2018 KISO 정책규정 해설서**(한국인터넷자율정책기구, 2018), 165쪽; 유의선, “가짜뉴스의 법적 규제 - 사회적 법익 보호를 중심으로”, **언론과 법**, 제17권 제2호(2018), 45쪽; 최민식, “온라인서비스제공자의 가짜 정보 대응과 법제 개선 방안 연구”, **교육법학연구**, 제30권 제3호(2018), 164쪽; 황성기, **전개논문**, 86-87쪽; 고성수, 가짜뉴스 규제법안 실효성에 관한 연구, 석사학위논문, 서울과학기술대학교(2019), 22쪽; Eric Emanuelson Jr., **전개논문**, p. 219. 가짜뉴스는 우리 사회의 정치적·사회적 의사결정 등에 악영향을 미치므로 표현의 자유의 영역에 포섭될 수 없다는 상반된 주장으로 계승균, **전개논문**, 46쪽.

90) “(전략) 음란 여부를 먼저 판단한 다음, 음란으로 판단되는 표현은 표현자유 보호영역에서 애당초 배제시킨다는 것은 그와 관련한 합헌성 심사를 포기하는 결과가 될 것이다.” 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 등, 판례집 21-1하, 545, 559.



법정의견은 심판대상조항이 ‘표현의 자유에 대한 제한입법’이라고 하였는바,<sup>91)</sup> 이를 통해 허위의 통신을 하는 것도 표현으로 인정하는 입장임을 알 수 있다.

한편 법정의견은 아니었지만, 동 결정에서 보충의견과 반대의견을 제시한 다수의 재판관들은 ‘허위사실의 표현’이 표현의 자유의 보호영역에 포함된다고 설시하였다. 재판관 이강국 등 5인의 보충의견은 허위사실의 표현도 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석해야 한다는 입장을 취했다.<sup>92)</sup> 재판관 이동흡 등 2인의 반대의견도 “허위사실이라고 하여 반드시 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 것은 아니므로 허위사실의 표현도 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니”라고 하였다.<sup>93)</sup>

요컨대 한국은 표현의 자유를 제한할 수 있는 근거규범으로서 일반적 법률유보조항을 두고 있으며, 판례는 점차 표현의 자유의 보호영역을 넓게 인정하고 있고, 과거 다수의 재판관들은 ‘허위의 통신’, ‘허위사실의 표현’도 표현에 포함된다고 보았다. 이를 고려한다면 가짜뉴스, 나아가 사실에 관한 진술 모두를 표현의 자유의 보호영역으로부터 배제하자는 이론을 수용할 필요는 없다고 판단된다.<sup>94)</sup>

## 2. 가짜뉴스로 인해 사상의 자유시장이 실패할 가능성을 경고한 연구에 관한 평가

가짜뉴스를 표현의 자유의 보호영역으로부터 배제할 필요까지는 없다 하더라도, 가짜뉴스가 사상의 자유시장에 기여하지 못하고 도리어 시장실패를 초래할 가능성을 경고한 연구에는 주목할 필요가 있다. 판매자와 구매자 사이에 정보의 비대칭성이

91) “이 사건 법률조항은 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로, 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용된다.” 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등, 판례집 22-2하, 684, 695.

92) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등, 판례집 22-2하, 684, 700(재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 과잉금지위반 여부 관련 보충의견).

93) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등, 판례집 22-2하, 684, 705(재판관 이동흡, 재판관 목영준의 반대의견).

94) 첨언한다면 사상의 자유시장이론이 사실에 관한 진술을 전혀 염두에 두지 아니한 이론이었는지에 관하여도 다소 의문이 있다. 예컨대 밀은 정답을 분명히 알 수 있는 수학 등의 분야에서는 반대가 없고 또 반대에 답변할 필요도 없다고 하면서도, 자연과학에서조차 동일한 사실에 관하여 서로 다른 설명이 제기될 수 있음을 지적했다. 존 스튜어트 밀, 전제서, 75-76쪽.

존재하는 현실에서, 값싼 재화인 가짜뉴스가 진짜뉴스를 사상의 자유시장에서 몰아낼 가능성을 경고한 펠드먼의 연구는 특히 인터넷 시대에 의미심장하다고 판단된다.

당초 인터넷은 사상의 자유시장에 근접한 매체로 평가받았다. 일찍이 미연방대법원은 인터넷이 새로운 사상의 자유시장이라는 취지의 설시를 한 있으며,<sup>95)</sup> 헌법재판소 또한 “인터넷은 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등을 기본으로 하는 사상의 자유시장에 가장 근접한 매체”라고 하였다.<sup>96)</sup> 하지만 인터넷의 이 같은 속성은 악용될 경우 가짜뉴스가 사상의 자유시장을 교란하는 원동력이 될 수도 있다.

#### 가. 인터넷과 값싼 재화로서의 가짜뉴스

인터넷의 등장과 보급이 가져온 변화는 이루 다 말로 하기 어려우나, 그중 중요한 한 가지는 누구나가 저비용으로 정보를 작성하여 세계 도처에 빠르게 유통시킬 수 있게 되었다는 점이다. 가짜뉴스도 예외가 아니어서 이제는 누구나가 언론사의 로고와 기사의 형태를 그대로 차용하거나 언론사와 유사한 도메인을 사용하여 허위정보를 기사형식으로 유통시킬 수 있게 되었으며, 여기에는 시간과 비용이 거의 소요되지 않는다. 컴퓨터 프로그래밍 등에 관한 고도의 지식과 숙련도도 필요치 않다. 인터넷 접속이 가능한 컴퓨터나 스마트폰만 있으면, 일반인도 약간의 상상력과 사실왜곡을 거쳐 가짜뉴스를 만들어 널리 유포할 수 있는 것이다.

반면 뉴스의 가치를 지니는 사실로서의 정보를 획득하고 이를 정제된 형태로 편집하여 보도하는 데에는 여전히 적지 않은 비용이 소모된다.<sup>97)</sup> 더구나 인터넷상에 언뜻 분간하기 어려운 허위정보가 범람하는 오늘날에는, 기사를 작성하는 데 참고하는 정보나 정보원(情報源)이 신뢰할 만한지 여부를 확인하는 데 종전보다 많은 시간이 필요하다.

#### 나. 정보통신기술의 발달과 정보의 비대칭성 심화

인터넷이 널리 활용되고 정보통신 분야에서의 첨단과학기술이 고도로 발달함에 따라 우려되는 것은 가짜뉴스 판매자와 구매자 사이에서 정보의 비대칭성이 심화

<sup>95)</sup> Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844, 868 (1997).

<sup>96)</sup> 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등, 판례집 23-2하, 739, 755.

<sup>97)</sup> 지금도 신문, 방송 등 기성언론들은 뉴스를 보도하기 위하여 전문 소양을 가진 취재진과 편집진을 다수 고용하고 있다.

될 수 있다는 점이다.

음성, 사진, 동영상까지 정교하게 조작할 수 있는 딥페이크 기술의 등장에 힘입어, 이제는 육안으로는 식별할 수 없을 정도로 그럴싸한 가짜뉴스를 작성·유통하는 것이 가능해졌다. 더구나 자신이 선호하는 정보만을 취사선택하고, 유사한 가치관을 가진 지인들을 중심으로 소통하는 인터넷 이용자들은 진실이 무엇인지에 별 관심이 없을지도 모른다.

가짜뉴스는 그 내용이 허위임을 알면서도 의도적으로 퍼뜨리는 정보를 뜻한다. 따라서 가짜뉴스 구매자(독자)가 내용이 허위임을 간파한 경우가 아닌 한, 가짜뉴스 판매자와 구매자 사이에는 정보의 비대칭성이 존재한다. 그런데 허위정보가 훨씬 정교해진 오늘날에는 예전보다 정보의 진위를 확인하기가 훨씬 힘들어졌으며, 상당수의 정보 구매자들은 당해 정보가 진실인지를 파악하고자 하지도 않는다. 다시 말해 정보의 비대칭성 자체가 심화되었으며, 적잖은 정보 구매자들이 이러한 비대칭성을 해소하려 하지도 않는 상황인 것이다.

### 3. 가짜뉴스 규제입법의 심사기준을 완화하자는 주장에 관한 평가

가짜뉴스 작성·유통을 규제하는 법령의 위헌성을 판단할 때 상업광고 규제입법에 관한 완화된 심사기준을 적용하자는 논의는 어떻게 평가할 수 있을까?

혹자는 상업광고 규제입법에 완화된 심사기준을 적용하는 것 자체에 비판의 소지가 적지 않다고 본다. 우리 일상에 광고가 범람하는 시대에 상업광고를 다른 표현과 구별하는 것이 쉽지 않으며, 설사 상업광고를 다른 표현과 구별해낼 수 있다 하더라도 그것이 다른 표현의 자유보다 열위에 놓여야 할 이유는 없다는 것이다.<sup>98)</sup>

그런데 가짜뉴스를 상업광고처럼 취급하는 것이나 상업광고 규제입법의 심사

<sup>98)</sup> 임효준, “상업광고 제한 입법에 대한 헌법재판소의 완화된 심사기준”, **헌법재판연구**, 제3권 제2호(2016), 236-240쪽. 경우에 따라서는 상업적 표현이 정치적 표현보다도 개인의 자율성 및 사회의 변화에 더 큰 영향을 미칠 수도 있다고 한다. 이와 달리 상업광고 규제와 관련해서는 비례원칙이 완화될 수밖에 없으며 사전검열금지원칙도 적용되기 어렵다는 견해로 성낙인, 전게서, 1159쪽. 영업상 표현은 경제적 자유권과 밀접하게 관련되므로, 전통적인 표현의 자유보다 더 많은 제한이 불가피하다는 점을 그 이유로 제시한다. 양건(2019)에 따르면 상업광고는 정치적 내용의 표현에 비하여 상대적으로 약한 정도의 보호를 받으며, 그 규제의 합헌성심사 기준도 차별화되어야 한다. 양건, **헌법강의**(법문사, 2019), 673쪽. 비(非)상업적 표현을 규제할 때에는 상업적 표현을 규제하는 경우보다 표현의 자유가 위축될 위험이 크다는 견해로 Erwin Chemerinsky, “Keynote Address: Fake News and Weaponized Defamation and the First Amendment”, *Southwestern Law Review*, Vol. 47, No. 2 (2018), p. 293.

기준을 완화하는 것이 적절한지는 차치하더라도, 가짜뉴스를 규제하는 법률의 위헌심사기준을 완화하는 방안은 신중히 검토할 수 있다고 본다. 물론 이것은 가짜뉴스 규제입법의 심사기준을 완화·해야 한다는 주장과는 다르다.

표현의 자유가 우월한 기본권으로서 두터이 보호되는 이유는 자유로운 의견 교환을 통해 진리를 발견할 수 있게 하며, 국민의 자기지배에 이바지하고, 개인의 자기실현과 자기만족에 기여하기 때문이다. 그런데 가짜뉴스는 도리어 진리의 발견을 어렵게 하며, 선거 등 민주주의 사회에서의 집합적 의사결정과정을 왜곡할 우려가 있다. 타인을 기만하여 시세를 조종하거나 광고수익을 창출하는 행위, 특정인의 명예를 훼손하거나 특정 집단에 대한 혐오를 조장하는 행위 등을 자기실현이라고 평가할 수도 없다.

또한 뉴스의 형식을 갖추는 정도로 기만의 의도가 다분하고, 선거 등 공동체의 의사결정과정에 영향을 미치거나 광고수익을 창출하는 등의 정치적·경제적 목적까지 가진 허위표현을 완화된 심사기준에 따라 규제한다 하여, 진실한 표현에 위축 효과가 발생하지는 않을 것이다.<sup>99)</sup>

미네르바 결정 당시 재판관 이동흡 등 2인의 반대의견은 “허위사실의 표현에 대한 규제를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙을 적용하는 것보다는 ‘피해의 최소화’ 원칙에서 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다.”라고 하였다.<sup>100)</sup> *United States v. Alvarez* 판결 당시 대법관 2인의 보충의견 또한 허위표현 규제입법에 중간심사기준을 적용하였다. 이들에 따르면 사실에 관한 허위진술은 사실에 관한 진실한 진술에 비해 사상의 자유시장에 가치 있는 기여(a valuable contribution)를 할 개연성이 낮으며, 정부는 종종 그 같은 허위표현을 금지할 합당한 이유를 지닌다. 하지만 이러한 규제는 표현의 자유에 대한 피해를 유발할 수 있으므로, 중간심사기준을 적용하여 위헌성을 판단해야 한다고 보았다.<sup>101)</sup> 진실에 부합하지 않는 표현도 표현의 자유에 의해 보호

99) 만약 어떤 표현이 사실에 반한다는 이유만으로 이를 규제할 경우 표현의 자유는 심각하게 위축될 수 있다. 완벽한 진실이라는 확신이 있지 않다면 누구도 말할 수 없을 것이기 때문이다. 김진한, **헌법을 쓰는 시간: 권력을 제한하는 여섯 가지 원칙들**(메디치, 2018), 289-290쪽. 하지만 가짜뉴스는 내용의 허위성 외에도 허위성에 대한 인식과 정치적·경제적 목적, 기사형식을 그 개념요소로 한다. 따라서 자신의 진술이 사실이 아니라는 이유만으로 가짜뉴스로 평가되고 규제받는 것은 아니다.

100) 현재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등, 판례집 22-2하, 684, 705-706(재판관 이동흡, 재판관 목영준의 반대의견).

101) *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 731-732 (2012) (Breyer, J., concurring). 본래의

되지만, 진실에 부합하는 표현과 같은 정도로 보호할 수는 없다는 최근의 국내연구도 있다.<sup>102)</sup>

#### 4. 온라인서비스제공자의 법적 책임을 강화하자는 논의에 관한 평가

가짜뉴스 작성자를 규제하는 데에는 여러 법적·현실적인 어려움이 따르는데, 최근 미국에서는 온라인서비스제공자의 법적 책임을 강화하자는 논의가 활발함을 앞서 보았다. 이처럼 온라인서비스제공자를 규제함으로써 가짜뉴스에 대처하려는 동향은 독일 등 주요 국가나 국제기구에서도 나타나고 있다. 그러나 다음의 두 가지 이유에서, 이 같은 미국의 논의는 우리의 법 현실을 고려하면서 비판적으로 검토할 필요가 있다.

##### 가. 온라인서비스제공자에 적용될 수 있는 다양한 규제규범의 존재

먼저 생각해 볼 것은 미국과 한국에서 온라인서비스제공자의 규제가능성에 적잖은 차이가 있다는 점이다.

미국에서는 인터넷 사업을 육성하고자 온라인서비스제공자에게 두터운 면책을 제공해왔으며, 그 결과 온라인서비스제공자에게 가짜뉴스에 관한 법적 책임을 묻기란 지극히 어렵다. 통신품위법 제230조(c)(1)에 의하면 온라인서비스제공자는 웹사이트에 게시된 가짜뉴스를 방치하더라도 작성자로 취급받지 않으며, 동법 제230조(c)(2)에 따라 선의에 입각해 가짜뉴스에의 접근을 제한하는 등의 자발적 조치를 취하더라도 법적 책임을 지지 않는다.

반면 한국은 가짜뉴스와 관련하여 온라인서비스제공자를 규제할 수 있는 다양한 규정을 가지고 있다. 예컨대 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활이나 명예 등의 권리를 침해받은 자는 해당 정보를 처리한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있다. 삭제 등을 요청받은 정보통신서비스 제공자는 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고, 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다(정보통신망법 제44조의2).

입법목적은 표현의 내용을 규제하는 데 있지 않지만, 다른 목적의 규제를 하는 과정에서 표현에 대한 어느 정도의 제한이 수반되는 경우 중간심사기준이 적용된다. 이향선, 전제보고서, 87쪽.

102) 장영수, “언론의 자유와 ‘팩트체크’(fact check)”, **공법학연구**, 제20권 제1호(2019), 214쪽.

공직선거법은 동법에 위반하는 정보가 게시되거나 전송되었을 때, 후보자나 각 급선거관리위원회가 인터넷 홈페이지 관리·운영자 등을 상대로 해당 정보의 삭제를 요청하거나 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있도록 하며 이를 관철할 수 있는 규정도 두고 있다.<sup>103)</sup>

가짜뉴스는 소셜 네트워크 서비스 등 정보통신망을 통해 주로 유통되며, 선거를 앞둔 민감한 시기에 급증하는 특성을 보인다.<sup>104)</sup> 그런데 미국과 달리, 한국은 온라인서비스제공자에게 인터넷상의 가짜뉴스나 선거 관련 가짜뉴스의 삭제 등을 요청할 수 있는 현행법 규정을 이미 가지고 있는 것이다.

나. 미국의 논의에서보다 강한 규제를 담은 법률안들의 존재

최근 발의된 일부 법률안들은 가짜뉴스와 관련하여 온라인서비스제공자에게 다양한 의무를 부과하고, 이를 위반할 경우 여러 제재수단을 강구하고 있다. 그리고 이들 법률안이 예정하고 있는 의무의 강도나 위반 시 제재수단의 수위는 최근 미국에서 논의되는 그것을 훨씬 상회한다.

한 예로 정보통신망법 개정안(대표발의: 김성태)은 가짜뉴스 작성자는 물론 가짜

103) 공직선거법 제82조의4(정보통신망을 이용한 선거운동) ③ 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다) 또는 후보자는 이 법의 규정에 위반되는 정보가 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 게시되거나, 정보통신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 때에는 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나, 전송되는 정보를 취급하는 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제3호의 규정에 의한 정보통신서비스제공자(이하 “정보통신서비스제공자”라 한다)에게 그 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다. 이 경우 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자가 후보자의 요청에 따르지 아니하는 때에는 해당 후보자는 관할 선거구선거관리위원회에 서면으로 그 사실을 통보할 수 있으며, 관할 선거구선거관리위원회는 후보자가 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청한 정보가 이 법의 규정에 위반된다고 인정되는 때에는 해당 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자에게 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다. ④ 제3항에 따라 선거관리위원회로부터 요청을 받은 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자는 지체 없이 이에 따라야 한다.

104) 미국에서는 당파성이 강한 블로그나 가짜뉴스의 발행을 목적으로 만들어진 웹사이트가 가짜뉴스의 주된 공급처이며, 그 대부분은 대통령선거를 얼마 앞둔 시점에 개설되었다. 김유향, “미 대선 시기 가짜뉴스(Fake News) 관련 논란과 의미”, **이슈와 논점**, 제1242호 (국회입법조사처, 2016), 2쪽. 한국에서도 2017년 조기 대통령선거를 거치며 가짜뉴스가 심각한 이슈로 부각되었고, 6. 13. 지방선거에서는 가짜뉴스가 가열되는 양상이 나타났다. 이향선, 전계보고서, 3쪽.

뉴스 방지와 관련한 각종 의무를 위반한 정보통신서비스 사업자를 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한다(제71조 제1항).<sup>105)</sup> 또한 동 법률안은 가짜뉴스가 유통되는지 여부를 지속적으로 모니터링할 의무(제44조 제3항), 가짜뉴스 삭제 등의 요청을 위한 효과적이고 투명한 절차를 마련하여 제공할 의무(제44조의2 제3항), 가짜뉴스 유통 방지 책임자를 지정할 의무(제44조의8) 등을 정보통신서비스 제공자에게 부과하며, 일정 횟수 이상 위반할 경우 방송통신위원회가 영업정지 또는 폐쇄조치를 할 수 있도록 규정한다(제44조의9).

안호영 의원이 대표발의한 정보통신망법 개정안<sup>106)</sup>에 따르면, 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 가짜뉴스가 ‘계재되어 있을 경우’ 지체 없이 그 내용을 삭제해야 한다(제44조의2 제7항). 이를 위반하여 가짜뉴스를 삭제하지 않을 경우 3천만 원 이하의 과태료가 부과된다(제76조 제1항 제6의2호). 이용자가 신고한 부적절한 정보를 일정 기간 내에 삭제하도록 하거나, 타인의 명예를 훼손하는 게시물의 존재를 알았거나 알 수 있었을 때 온라인서비스제공자에게 배포자로서의 책임을 인정하자는 미국의 논의보다 훨씬 더 강한 모니터링·삭제 의무를 부과하는 것이다.

그 밖에 정보통신서비스 제공자 등에게 해당 정보가 가짜뉴스라거나 가짜뉴스인지 여부를 심의 중이라는 점을 표시하도록 하는 법률안들도 발의되었다. 공직선거법 개정안(대표발의: 주호영)<sup>107)</sup>은 가짜뉴스가 인터넷 홈페이지 등에 게시되거나 정보통신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 피해자가 각급선거관리위원회에 해당 정보가 가짜뉴스임을 표시해 줄 것을 요청할 수 있도록 한다. 각급선거관리위원회는 확인한 결과 요청받은 사항이 가짜뉴스라고 인정되는 경우에는 정보통신서비스 제공자 등에게 해당 정보가 가짜뉴스임을 표시하여 줄 것을 통보해야 하며, 통보받은 정보통신서비스 제공자 등은 지체 없이 해당 정보가 가짜뉴스임을 알리는 표시를 하여야 한다(제82조의8 제2항 내지 제6항).

105) 가짜뉴스를 지속적으로 모니터링하지 않은 자(제8의2호), 가짜뉴스 삭제 등의 요청을 위한 효과적이고 투명한 절차를 마련하여 제공하지 않은 자(제8의3호), 해당 정보의 삭제 등을 요청받고도 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하지 않은 자(제8의4호), 가짜뉴스 유통 방지 책임자를 지정하지 아니한 자(제8의5호)가 이에 해당한다.

106) 정보통신망법 일부개정법률안(의안번호: 2007095, 제안일자: 2017. 5. 30, 대표발의: 안호영, 2017. 9. 21. 과학기술정보방송통신위원회 상정). 이은권 의원이 대표발의한 정보통신망법 일부개정법률안(의안번호: 2008194)도 이와 같은 내용을 규정하고 있다.

107) 공직선거법 일부개정법률안(의안번호: 2006807, 제안일자: 2017. 4. 25, 대표발의: 주호영, 2019. 4. 11. 제368회 국회(임시회) 제8차 정치개혁 제2소위 상정).

요컨대 최근 발의된 주요 법률안들은 온라인서비스제공자에게 (상시적인) 모니터링·삭제의무, 유통 방지 책임자 지정의무, 표시의무 등 여러 법적 의무를 부과하고, 위반 시 제재수단으로 과태료는 물론 형사처벌이나 영업정지·폐쇄조치까지 예정하고 있다. 미국처럼 (그동안 거의 법적 책임을 부담하지 않아 온) 온라인 서비스제공자를 규제하자는 논의보다는, 자칫 과도한 규제가 이루어지지 않도록 안내하는 제도적 슬기가 요청되는 현실이라고 하겠다.

## 5. 내용중립적인 규제방안을 제안한 연구에 관한 평가

일명 V필터를 도입하여 가짜뉴스를 내용중립적인 형태로 규제하도록 하는 방안을 어떻게 평가할 수 있을까?

이러한 제안은 내용에 입각하여 표현의 자유를 제한하는 것이 쉽지 않은 미국의 현실에서 가짜뉴스 규제입법의 위헌소지를 줄인 것으로 평가할 수 있다. 표현물의 내용이 아닌 표현행위자의 ‘명성’을 기준으로 표현을 제한함으로써 가짜뉴스 규제입법에 엄격심사기준이 적용되지 않도록 한 점이 그러하다.<sup>108)</sup>

하지만 바로 이러한 점 때문에, 이러한 방안은 ‘가짜뉴스에 대한’ 처방으로 적절히 기능하기 어려울 가능성을 또한 가진다. 만약 표현물의 등급을 좌우하는 표현행위자의 명성이 오로지 내용의 허구성에 의하여 판단된다면, 형식적으로는 표현행위자의 평판을 기준으로 표현물의 등급을 산정하더라도 실질적으로 표현물의 내용에 입각한 규제라고 평가될 여지가 있다. 이와 달리 표현행위자의 명성이 내용의 허구성이 아닌 요소들에 따라 결정된다면, 진실한 콘텐츠를 생성한 표현행위자가 내용의 진위 여부와는 무관한 다른 요소<sup>109)</sup>로 인하여 낮은 평판을 받고 그 결과 해당 콘텐츠의 등급이 낮게 결정될 가능성이 있다.<sup>110)</sup> 이렇게 될 경우, V필터는 가짜뉴스 아닌 다른 콘텐츠를 규제하는 장치로 기능하게 된다.

## 6. 소결

기본권 제한에 관한 일반적 법률유보조향을 두고 있으며 판례가 표현의 자유의

108) V필터를 통해 신뢰받는 정보만을 소비할 것인지 여부를 ‘이용자 스스로’ 결정하도록 한 것 또한 규제입법의 위헌소지를 낮추려는 노력이라고 생각된다.

109) 내용의 선정성이나 폭력성이 그 예이다. 경우에 따라서는 표현물이 담은 내용이 주류적인 가치체계에 부합하지 못한다는 이유만으로 표현행위자의 평판이 나쁘게 평가될 수도 있다.

110) 이와 반대로, 허위 콘텐츠를 작성·유포한 표현행위자의 명성이 다른 요인들에 따라 높게 평가되고 그 결과 해당 콘텐츠의 등급이 높게 산정될 가능성도 있다.



보호영역을 넓게 인정하는 우리의 현실을 감안할 때, 가짜뉴스 나아가 사실에 관한 진술 전반을 표현의 자유의 보호영역에서 제외하자는 이론을 채택할 필요는 없다고 생각된다. 다만 가짜뉴스가 진짜뉴스를 사상의 자유시장에서 몰아냄으로써 시장실패를 초래할 수 있다는 연구에는 주목을 요한다.

가짜뉴스는 진실의 발견, 국민의 자기지배, 개인의 자기실현에 기여하지 못하며, 이를 규제하더라도 진실한 표현에 위축효과가 발생하지는 않을 것이므로 그 규제 입법의 심사기준을 완화하는 방안을 검토할 수 있다. 한편 근래 미국에서처럼 온라인 서비스제공자를 규제하자는 논의보다는, 자칫 과도한 규제가 이루어지지 않도록 안배할 필요가 있다. 가짜뉴스와 관련하여 온라인서비스제공자를 규제할 수 있는 여러 현행법 규정이 존재하는데다, 온라인서비스제공자에게 강도 높은 의무와 위반 시 제재를 규정한 다수의 법률안이 최근 발의되었기 때문이다.

표현행위자의 명성을 기준으로 표현물을 제한하는 규제방안은 가짜뉴스 규제입법의 위헌소지를 줄이려는 시도이나, ‘가짜뉴스에 대한’ 처방으로 기능하기 어려울 수도 있다.

## V. 결론

한국을 비롯한 각국은 가짜뉴스의 폐해를 인식하고 이에 대처할 수 있는 여러 법적인 방안들을 강구하고 있다. 이 글은 먼저 가짜뉴스에 관한 헌법적 논의가 일게 된 배경을 살피고, 가짜뉴스의 개념요소를 검토하였다. 이어 가짜뉴스 관련 논란의 진원지이며 표현의 자유에 관한 여러 법리를 발전시켜온 미국에서, 가짜뉴스에 관한 논의가 어떻게 전개되고 있는지를 살피고 이를 평가하였다.

가짜뉴스 규제입법은 표현행위자나 온라인서비스제공자의 여러 기본권을 제한할 수 있으므로, 가짜뉴스의 개념은 좁게 설정할 필요가 있다. 이 글에서는 국내외 주요 선행연구와 법률안을 비판적으로 검토하여, 가짜뉴스를 “일정한 정치적·경제적 목적을 달성하기 위하여 허위의 내용을 그것이 허위임을 알면서도 작성하여 유통하는 기사형식의 정보”로 정의하였다.

미국에서는 가짜뉴스를 표현의 자유의 보호영역으로부터 배제하자는 주장, 가짜뉴스 규제입법의 위헌성 심사기준을 완화하자는 제안, 온라인서비스제공자의 법적 책임을 강화하자는 견해 등이 개진되었다. 가짜뉴스로 인한 사상의 자유시장의 실패

가능성을 경고한 연구, 표현의 자유에 관한 내용중립적인 규제방안을 제시한 연구도 있었다. 이러한 논의는 가짜뉴스 관련 제도개선방안을 모색하고 있는 우리에게 적잖은 시사점을 줄 수 있다.

그러나 미국과 한국에서 표현의 자유가 가지는 위상이 다르며, 가짜뉴스에 적용될 수 있는 현행법 규정이나 가짜뉴스의 실태에 적잖은 차이가 있음을 감안해야 한다. 예컨대 일반적 법률유보조항을 둔 한국에서는 가짜뉴스를 표현의 자유의 보호영역에서 제외해야 할 필요가 미국에서보다 절실하지 않다. 또한 온라인서비스제공자에게 적용될 수 있는 다양한 현행법 규정이나 최근 발의된 법률안의 내용에 비추어볼 때, 온라인서비스제공자를 과도하게 규제하지 않도록 제도를 설계하는 슬기가 필요하다. 요컨대, 가짜뉴스에 관한 미국에서의 논의는 한국의 실정을 고려하여 비판적으로 검토할 필요가 있다.

최근 가짜뉴스 문제가 심각한 사회문제로 떠올랐다고는 하지만, 한국 헌정사에서는 표현의 자유의 남용보다 과도한 규제로 인한 표현의 위축이 빈번하게 문제되었다. 이를 고려할 때, 향후 가짜뉴스에 관한 별도의 법률을 제정하거나 기존 법률을 강화하기에 앞서, 현행 법제들만으로도 가짜뉴스의 해악에 충분히 대처할 수 있는지 여부를 우선 검토해야 한다. 설사 규제입법의 필요성이 인정되더라도, 가급적 표현행위자와 온라인서비스제공자의 기본권을 덜 제한하는 수단을 선택하고, 적용요건을 엄격히 규정하거나 규제기간과 상황을 한정함으로써 표현의 자유가 위축되지 않도록 안배해야 한다.<sup>111)</sup>

근래에는 미국뿐 아니라 독일, 프랑스 등 주요 국가들과 국제기구 차원에서도 가짜뉴스에 관한 적절한 대응방안을 모색하고 있다. 이러한 논의를 종합적으로 또 비판적으로 검토하면서, 한국의 현실에 부합하는 가짜뉴스 대처방안이 강구될 수 있기를 기대한다.

투고일 2019. 7. 5	심사완료일 2019. 8. 20	게재확정일 2019. 8. 23
----------------	-------------------	-------------------

111) 모든 기본권 제한은 과잉금지원칙을 준수해야 한다는 점에서, 이는 헌법상의 당연한 요청이기도 하다. 가짜뉴스가 빠르게 전파되고 복구할 수 없는 폐해를 초래하는 선거기간으로 한정하여 후보자 측의 가짜뉴스만을 규제하도록 공직선거법을 개정하자는 연구는 주목할 만하다. 기현석, “가짜뉴스의 확산에 따른 공직선거법의 개정 방향”, **아주법학**, 제12권 제3호(2018), 253-256쪽.

## 참고문헌

- 강태완 외, “방송의 청소년 유해환경 실태조사 및 개선방안”, **청소년보호**, 2004-25 (국무총리 청소년보호위원회, 2004).
- 계승균, “가짜뉴스와 저작권”, **계간 저작권**, 통권 제124호(2018).
- 고성수, 가짜뉴스 규제법안 실효성에 관한 연구, 석사학위논문, 서울과학기술대학교(2019).
- 기현석, “가짜뉴스의 확산에 따른 공직선거법의 개정 방향”, **아주법학**, 제12권 제3호(2018).
- 김가희, 가짜뉴스 규제 방안: 허위사실 표현의 헌법적 보호 여부 및 과잉금지원칙에 따른 규제 합헌성 검토, 석사학위논문, 이화여자대학교(2017).
- 김유향, “미 대선 시기 가짜뉴스(Fake News) 관련 논란과 의미”, **이슈와 논점**, 제1242호(국회입법조사처, 2016).
- 김익현, “[진단] 가짜뉴스 현상에 대한 두 가지 고찰 - 의도된 가짜와 매개된 가짜라는 관점을 중심으로”, **언론중재**, 제142호(2017).
- 김진한, **헌법을 쓰는 시간: 권력을 제한하는 여섯 가지 원칙들**(메디치, 2018).
- 김춘식, “‘페이크 뉴스’와 저널리즘의 책무”, **언론중재**, 제142호(2017).
- 김형진·한승혁·이승재, “인터넷 포털의 명예훼손 책임”, **Law & Technology**, 제4권 제4호(2008).
- 류희림, **가짜 뉴스 시대에서 살아남기**(글로세움, 2018).
- 문재완, “잊혀질 권리의 세계화와 국내 적용”, **헌법재판연구**, 제4권 제2호(2017).
- 박주현, **가짜 뉴스**(커뮤니케이션북스, 2018).
- 박희영, “독일의 가짜 뉴스(Fake News)에 대처하기 위한 ‘소셜 네트워크 법집행법’(NetzDG)”, **최신외국법제정보**, 2018 제4호(한국법제연구원, 2018).
- 서울대학교 정치외교학부 정치학 전공 교수진, **정치학의 이해**(박영사, 2019).
- 성낙인, **헌법학**(법문사, 2019).
- 신상현, “위법한 명예훼손 게시물의 삭제 및 차단 의무에 관한 소셜네트워크 운영자의 형법적 책임 - NetzDG에 대한 비판적 검토 -”, **인하대학교 법학연구**, 제20집 제3호(2017).
- 신평, “명예훼손에 있어서 표현의 자유와 명예권간의 가치 조화”, **공법연구**, 제29집 제2호(2001).

- 심홍진, “가짜 뉴스(Fake News)와 민주주의”, KDF REPORT: Issue & Review on Democracy, 제14호(2017).
- 양건, **헌법강의**(법문사, 2019).
- 오세욱·박아란, “일반 국민들의 ‘가짜 뉴스’에 대한 인식”, **미디어이슈**, 제3권 제3호 (한국언론진흥재단 미디어연구센터, 2017).
- 오세욱·정세훈·박아란, **가짜 뉴스 현황과 문제점**(한국언론진흥재단, 2017).
- 오일석·지성우·정운갑, “가짜 뉴스에 대한 규범적 고찰”, **미국헌법연구**, 제29권 제1호(2018).
- 유의선, “가짜뉴스의 법적 규제 - 사회적 법익 보호를 중심으로”, **언론과 법**, 제17권 제2호(2018).
- 이권일, “소셜 네트워크 시대에 가짜뉴스(fake news) 규제에 관한 헌법적 고찰 - 독일의 소셜네트워크법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz)에 대한 분석을 중심으로 -”, **공법학연구**, 제20권 제1호(2019).
- 이명웅, “미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정”, **헌법논총**, 제22권(2011).
- 이성대, “가짜뉴스에 대한 형사법적 규제가능성과 보완필요성 검토”, **형사정책**, 제30권 제1호(2018).
- 이승현, **혐오표현(Hate Speech)에 대한 헌법적 고찰**, 박사학위논문, 연세대학교 (2016).
- 이완수, “가짜뉴스(fake news)란 무엇인가? - 가짜뉴스 개념과 범위에 대한 다차원적 논의 -”, **미디어와 인격권**, 제4권 제2호(2018).
- 이우영, “미국의 위헌심사기준으로서 ‘이중 기준(二重 基準) (Double Standard)’”, **서울대학교 법학**, 제50권 제1호(2009).
- 이지영, “상황적·개인적 맥락에서의 페이크 뉴스 - 페이크 뉴스 관련 이론적 논의”, **언론중재**, 제143호(2017).
- 이향선, “가짜뉴스 대응 개선을 위한 정책 방안 연구”, **KCSC**, 2018-008(방송통신위원회, 2018).
- 임종섭, “언론의 위기와 가짜 뉴스 파동 - 뉴스에 가짜는 없다”, **관훈저널**, 통권 제142호(2017).
- 임효준, “상업광고 제한 입법에 대한 헌법재판소의 완화된 심사기준”, **헌법재판연구**, 제3권 제2호(2016).
- 장영수, “언론의 자유와 ‘팩트체크’(fact check)”, **공법학연구**, 제20권 제1호(2019).

- 전광석, **한국헌법론**(집현재, 2019).
- 전윤경, “가짜뉴스 대응을 위한 「미디어교육지원법」 입법에 관한 논의”, **교육법학연구**, 제30권 제3호(2018).
- 정상조, “명예훼손에 대한 포털의 책임 — 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결에 대한 비판적 검토”, **서울대학교 법학**, 제51권 제2호(2010).
- 정세훈, “가짜뉴스의 대응 방안 및 쟁점”, **관훈저널**, 통권 제146호(2018).
- 정종섭, **헌법학원론**(박영사, 2018).
- 조은희, “뉴스 미디어의 이용과 신뢰가 가짜 뉴스의 인식, 식별, 수용태도에 미치는 영향”, **언론과학연구**, 제19권 제1호(2019).
- 존 스튜어트 밀, 서병훈 옮김, **자유론**(책세상, 2013).
- 차병직 · 윤재왕 · 윤지영, **지금 다시, 헌법**(로그폴리스, 2016).
- 최민식, “온라인서비스제공자의 가짜 정보 대응과 법제 개선 방안 연구”, **교육법학연구**, 제30권 제3호(2018).
- 한갑운 · 윤종민, “가짜뉴스의 규율방법에 대한 법적 고찰”, **과학기술과 법**, 제8권 제1호(2017).
- 한국인터넷자율정책기구 정책위원회 외, **KISO 정책규정 해설서**(한국인터넷자율정책기구, 2018).
- 한동훈, “프랑스의 정보조작대처법률에 대한 헌법적 검토”, **세계헌법연구**, 제25권 제1호(2019).
- 한수웅, **헌법학**(법문사, 2019).
- 황성기, “가짜뉴스에 대한 법적 규제의 문제”, **관훈저널**, 통권 제146호(2018).
- 황용석 · 권오성, “가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구 — 인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로 —”, **언론과 법**, 제16권 제1호(2017).
- 황창근, “가짜뉴스에 대처하는 법적 방안”, **언론중재**, 제142호(2017).
- 황치성, **세계는 왜 가짜뉴스와 전면전을 선포했는가?**(북스타, 2018).
- 황태희, “인터넷 게시물에의 규제와 이용자보호: 독일 망 집행법을 중심으로”, **법학논문집**, 제42집 제2호(2018).
- Agosto, Denis E., “An Introduction to Information Literacy and Libraries in the Age of Fake News”, in Denise E. Agosto ed., *Information Literacy and Libraries in the Age of Fake News* (Libraries Unlimited, 2018).
- Allcott, Hunt and Genzkow, Matthew, “Social Media and Fake News in the 2016

- Election”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, No. 2 (2017).
- Andorfer, Alexandra, “Spreading like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation”, *Hastings Law Journal*, Vol. 69, Iss. 5 (2018).
- Barclay, Donald A., *Fake News, Propaganda, and Plain Old Lies: How to Find Trustworthy Information in the Digital Age* (Rowman & Littlefield, 2018).
- Blitz, Marc Jonathan, “Lies, Line Drawing, and Deep Fake News”, *Oklahoma Law Review*, Vol. 71, No. 1 (2018).
- Burshtein, Sheldon, “The True Story on Fake News”, *Intellectual Property Journal*, Vol. 29, Iss. 3 (2017).
- Calvert, Clay and Vining, Austin, “Filtering Fake News through a Lens of Supreme Court Observations and Adages”, *First Amendment Law Review*, Vol. 16 (2017).
- Chemerinsky, Erwin, “Keynote Address: Fake News and Weaponized Defamation and the First Amendment”, *Southwestern Law Review*, Vol. 47, No. 2 (2018).
- Emanuelson, Eric, Jr., “Fake Left, Fake Right: Promoting an Informed Public in the Era of Alternative Facts”, *Administrative Law Review*, Vol. 70, Iss. 1 (2018).
- European Commission, *A Multi-Dimensional Approach to Disinformation: Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation*, Publications Office of the European Union, 12 March 2018.
- \_\_\_\_\_, “Code of practice against disinformation: Commission welcomes the commitment of online platforms ahead of the European elections”, *European Commission - Statement*, 23 April 2019.
- Geltzer, Jeremy, “Fake News & Film: How Alternative Facts Influence the National Discourse”, *Southwestern Law Review*, Vol. 47, No. 2 (2018).
- House of Commons Digital, Culture, Media and Sport Committee, “Disinformation and ‘Fake News’: Interim Report”, *Fifth Report of Session 2017-2019*, 29 July 2018.
- Klein, David O. and Wueller, Joshua R., “Fake News: A Legal Perspective”, *Journal of Internet Law*, Vol. 20, No. 10 (2017).

- Levi, Lili, “Real Fake News and Fake Fake News”, *First Amendment Law Review*, Vol. 16 (2017).
- Lidsky, Lyrissa Barnett and Wright, R. George, *Freedom of the Press: A Reference Guide to the United States Constitution* (Praeger, 2004).
- Messenger, Ashley, “The Epistemic and Moral Dimensions of Fake News and the First Amendment”, *First Amendment Law Review*, Vol. 16 (2017).
- Miller, Michael, *Fake News: Separating Truth from Fiction* (Twenty-First Century Books, 2019).
- Milton, John, *Areopagitica, With a Commentary by Sir Richard C. Jebb and With Supplementary Material* (Cambridge University press, 1918).
- Post, Robert C., “The Constitutional Status of Commercial Speech”, *UCLA Law Review*, Vol. 48, Iss. 1 (2000).
- Royster, Lee K., “Fake News: Political Solutions to the Online Epidemic”, *North Carolina Law Review*, Vol. 96, No. 1 (2017).
- Schauer, Fredrick, “Facts and the First Amendment”, *UCLA Law Review*, Vol. 57, Iss. 4 (2010).
- Shenk, David, *Data Smog: Surviving the Information Glut* (HarperEdge, 1998).
- Thevenin, Benjamin, “Remix Politics: Political Remix as an Analytic Framework for Critical Media Literacy”, in Belinha S. De Abreu et al. eds, *International Handbook of Media Literacy Education* (Routledge, 2017).
- Tsesis, Alexander, “Free Speech Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2015, No. 3 (2015).
- Vojak, Brittany, “Fake News: The Commoditization of Internet Speech”, *California Western International Law Journal*, Vol. 48, Iss. 1 (2017).
- Waldman, Ari Ezra, “The Marketplace of Fake News”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 20, Iss. 4 (2018).
- Watson, Carol A., “Information Literacy in a Fake/False News World: An Overview of the Characteristics of Fake News and its Historical Development”, *International Journal of Legal Information*, Vol. 46, Iss. 2 (2018).
- Zeletzny, John D., *Communications Law: Liberties, Restraints, and the Modern Media* (Wadsworth, 2010).

언론보도내역

김은빈, “멜라니아 트럼프, 성매매 의혹 보도한 英 언론 소송 합의”, 중앙일보, 2017. 4. 13.

Feldman, Noah, “Is fake news protected by the First Amendment? Bloomberg View”, *The Oregonian*, 24 November 2016.

Lumpur, Kaula, “Malaysia opposition blocks repeal of ‘fake news’ law in challenge to Mahathir”, *Reuters*, 12 September 2018.

Silverman, Craig, “This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook”, *BuzzFeed News*, 16 November 2016.



<Abstract>

A Comparative Study on the Regulation of Fake News  
— Focused on Discussions in the United States —

Kim, Jong-Hyun\*

Today, every country recognizes the harmful effect of fake news and seeks several legal options for coping with that. This study first investigated the background on which the constitutional discussion on fake news started and reviewed conceptional elements of fake news. In addition, this study examined and evaluated how discussions on fake news were developed in the United States, the starting place of disputes over fake news, where various legal principles on the freedom of expression have been developed.

In the U.S., an argument that fake news should be excluded from the scope of the protection of freedom of expression, a proposal for the relaxation of standard of constitutional review over legal restrictions on fake news, and a proposal for the strengthening of online service providers' legal liability have been set forth. There are studies that warned the possibility of failure in the marketplace of ideas due to fake news and that presented content-neutral restrictions on the freedom of expression. These discussions can give us more than a few implications.

However, it is necessary to take into account that the freedom of expression has a different status in the U.S. and the Republic of Korea and that there is more than a little difference between provisions in the present law that can be applied to fake news and the realities of fake news. For instance, in Korea, having provisions for general statutory reservation, it is less urgently necessary to exclude fake news from the scope of protection of the freedom of expression than in the U.S. In addition, judging from various restrictions of the present laws that can be applied to online

---

\* Senior Research Officer, Constitutional Research Institute, Ph.D. in Law, Lawyer.

service providers or the contents of the legislative bills recently proposed, it is necessary to have wisdom to design the system so that it does not excessively regulate online service providers. Hopefully, it is expected that a plan for coping with fake news, corresponding to realities in Korea, can be devised, critically reviewing discussions in the major countries.

Keywords: Fake news, Legal discussions around fake news in United States, Freedom of expression, Marketplace of ideas, Online service provider