

인터넷 등을 통한 허위사실 유포행위에 대한 주요 쟁점 검토

- 전기통신기본법 제47조 1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 중심으로

차형근 법무법인디지털밸리 변호사

I. 들어가면서

○

2010년 12월 28일 헌법재판소는 전기통신기본법 47조 1항에 대해 위헌결정을 내렸다. 이 조항 중 “공익” 및 “허위의 통신”이라는 개념이 모호해 헌법상 명확성 원칙에 위배된다고 보았다. 이번 현재의 결정으로 인해 인터넷 등을 통해 허위사실을 유포하는 행위를 포괄적으로 처벌하는 것도 위헌이 되어 검찰은 2010년 12월 30일 인터넷 논객 ‘미네르바’ 박○○씨에 대한 항소를 취소했다.

이런 현재의 결정에 대한 찬반론이 있다. 현재의 결정을 표현의 자유라는 측면에서 받아들이는 입장도 있지만, 허위사실의 유포가 가져오는 피해가 자주 현실화됨을 지적하는 입장도 있다.

이에 본 연구에서는 현재 결정문에 대한 주요 내용과 그 취지를 설명하고, 위헌결정으로 인해 보호받게 된 표현의 자유의 범위를 밝힐 뿐더러 현재 결정이 제기하는 몇 가지 문제점에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 사건의 개요와 심판의 대상 및 쟁점

○○

1. 사건의 개요

가. 2008헌바57 사건

청구인 김○○은 2008. 6. 2. 진보신당 홈페이지(www.newjinbo.org) 및 인터넷포털사이트 다음(Daum)의 이명박탄핵투쟁연대카페(cafe.daum.net/antimb)에 각 접속한 후, 경찰이 미국산 쇠고기 수입반대집회 진압 과정에서 시위여성을 강간하였다는 등의 허위의 글을 각 기재하고 청구인이 직접 조작한 합성사진을 각 게재함으로써 2차례에 걸쳐 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 하였다는 이유로 전기통신기본법 제47조 제1항 위반 혐의로 기소되었고, 1심 재판(서울중앙지방법원 2008고단3896호) 계속증위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다(서울중앙지방법원 2008초기2420).

그 후 법원이 2008. 10. 22. 청구인에 대하여 유죄판결을 선고하면서 위 신청을 기각하자, 2008. 12. 12. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2009헌바88 사건(이른 바 “미네르바 사건”)

청구인 박○○은 2008. 7. 30.경 인터넷포털사이트 다음(Daum)의 ‘아고라’ 경제토론포방에 ‘드디어 외환보유고가 터지는구나’라는 제목하에 외환보유고가 고갈되어 외화예산환전 업무가 중단된 것처럼 허위내용의 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 제목하에 주요 7대 금융기관 및 수출입관련 주요기업에게 달러매수를 금지할 것을 긴급공문 전송했다는 취지의 허위내용의 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 제47

조제1항 위반 혐의로 기소되었고, 1심 재판(서울중앙지방법원 2008고단304) 계속중 위법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다(서울중앙지방법원 2009초가258).

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.

2 심판의 대상 및 쟁점

이 사건 심판의 대상은 전기통신기본법(1996. 12. 30. 법률제5291호로 개정된 것) 제47조 제1항의 위헌 여부이다.

전기통신기본법 제47조(벌칙) 제1항은 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있다.

이 사건에서의 쟁점을 정리하면 다음의 세 가지이다.

① 명확성의 원칙 위반 여부

형사처벌법규나 표현의 자유를 제한하는 법규는 최고도의 명확성이 요구되는데 ‘공익을 해할 목적’이나 ‘허위의 통신’이 명확한 개념인가?

② 과잉금지 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 ‘공익을 해할 목적’이라는 개념을 전제로 규제를 가함에 따라 필연적으로 규제하지 않아야 할 표현까지 규제하고 있고, ‘허위의 통신’에는 ‘송신’ 외에 ‘수신’까지 포함되는바, 과도한 규제로서 과잉금지 원칙에 위배되는가?

③ 평등권 위반 여부

합리적 이유 없이 인쇄매체에 의한 허위사실의 적시에 비해 인터넷 등 통신매체에 의한 허위사실의 적시를 과도하게 규제하고, 그 자체로 불법성이 뚜렷하거나 사회적 유해성이 명백한 표현물이 아님에도 내용으로 규제함으로써 표현의 자유와 평등권을 침해하는가?

Ⅲ. 헌법재판소의 판단



1. 명확성의 원칙과 관련하여

가. 다수의견

다수의견은 전기통신기본법 47조 1항의 공익을 해할 목적이 명확성의 원칙에 반한다고 본다. 그 이유는 다음의 세 가지이다.

① 개념의 추상성

“공익”은 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서 유지”와 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비교하여 볼 때 “동어반복”이라고 할 수 있을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하다. 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권 제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판자유를 그대대로 법률에 옮겨놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다.

② 개념의 상대성

“공익”이라는 개념은 이처럼 매우 추상적인 것이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없다. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인들에게 있어 공통적으로 공익으로 인식될 수 있는 이익이 존재함은 의문의 여지가 없으나, 판단주체에 따라 공익인지 여부를 달리 판단할 가능성이 있는 이익이 존재함도 부인할 수 없다. 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다.

③ 공익의 양의 불명확성

현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분이다. 문제되는 행위가 어떤 공익에 대하여는 촉진적이면서 동시

“‘공익’이라는 개념은 이처럼 매우 추상적인 것이어서 어떠한 표현행위가 과연 ‘공익’을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없다.”

에 다른 공익에 대하여는 해가 될 수도 있으며, 전체적으로 보아 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위해서는 공익간 형량이 불가피하게 되는데, 그러한 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것은 아니다.

더불어 ‘허위의 통신’ 부분도 명확성의 원칙에 반한다고 보는데 그것은 이 사건 법률조항의 본래 입법취지가 ‘통신설비를 이용한 허위사실의 유포’를 처벌하고자 하는 것이 아니라 ‘허위의 명의를 이용한 통신’을 규제하려는 데 있었다고 보기 때문이다. (보충의견)

1961. 12. 30. 전기통신법 제정 시부터 이 사건 법률조항과 거의 같은 내용의 규정이 존재하였는데 이와 같은 내용의 법률조항이 처음 입법될 당시에 실제 사용된 전기통신설비는 전보와 전화 정도였고, 그 당시에는 전보와 전화에 의한 허위사실 유포에 대하여 형벌로써 규제할 필요성이 제기된 바도 없었다.

나아가, 구 전기통신법이나 구 전기통신기본법이 통신시설의 설치 관리 등 기술적 사항을 규율하고 있었던 점이나 동법들의 입법목적에 비추어 이 사건 법률조항의 입법취지가 ‘허위의 명의를 이용한 통신’을 규제하고자 한 데 있었으나 이 사건 법률조항이 최초 제정된 이후 40년 이상 실제 적용되지 아니한 채 거의 사문화된 상태로 있다가 최근 몇 년 사이에 내용상 허위의 통신 행위에 대하여 적용하는 사례들이 생기면서, 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’이 어떠한 행위를 말하는지 의문이 제기되게 되었다.

이러한 종류의 불명확성은 역사적 맥락을 고려한 법관의 체계적이고 합리적인 해석이 누적되어 판례가 확립된 경우 신뢰성 있는 원칙을 도출할 수 있게 됨에 따라 다소 완화될 수 있으나, 이 사건 법률조항과 같이 장시간

에 걸쳐 사문화된 법률조항이 갑작스레 적용되기 시작하는 경우에는 돌출적인 최초의 법률 적용 사례가 표준이 되어 법률조항에 관한 일반적 기대나 예측가능성을 벗어난 방향으로 해석될 수 있는바, 이러한 문제는 1차적으로 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”이라는 문언이 가진 추상성에서 기인한 것으로 보아야 하며 명확성의 원칙에 반한다.

나. 소수의견

이에 대하여 소수의견은 명확성 원칙과 관련하여 전기통신법 47조 1항이 명확성의 원칙에 반하지 않는다는 입장이다.

① 일반론

건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 여부를 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이라는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다.

따라서 처벌법규에서 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하는 것은 부득이하다고 할 수밖에 없고, 당해법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없다 할 것이다. 라고 판단했다.

② 공익과 관련하여

이 사건 법률조항이 규정하는 객관적 구성요건 행위인 ‘허위의 통신’은 다음에서 살피는 바와 같이 그 의미는 명백하지만, 포섭되는 행위의 범위는 매우 넓은데, “공익을 해할 목적”이라는 초과주관적 구성요건이 추가됨으로써 ‘허위의 통신’ 가운데 구성요건해당성이 인정되는 행위의 범위가 대폭 축소되게 되는 것이다. 이와 같

은 점을 고려한다면, 이 사건 법률조항의 초과주관적 구성요건 부분에 대하여 객관적 구성요건 행위와 같은 정도의 명확성을 요구할 것은 아니다.

‘공익’ 개념은 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하고, ‘특정한 사회집단이나 그 구성원의 관심과 이익에 관한 것’은 제외되는 것으로 이해되어 왔으며, 또한 여러 법률에서 그와 같은 의미로 사용되어 왔다.

한편 공익을 ‘해할 목적은 오로지 공익을 해할 목적 일 것으로 한정되는 것은 아니나, 행위의 주요 목적이 공익을 해하는 것인 때를 의미한다. 결국 ‘공익’ 개념이 지닌 약간의 추상성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 보완될 수 있고, 또한 ‘공익’ 개념이 현재 우리의 입법에서 수없이 많이 발견되는 점을 고려할 때 “공익을 해할 목적”이 의미하는 바를 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기는 어렵다.

③ “허위의 통신” 부분과 관련하여

일반적으로 “허위”는 참이 아닌 것, 거짓을 의미하며, 그에 비추어 “허위의 통신”이란 내용이 거짓인 통신 또는 명의(발신인이나 수신인)가 거짓인 통신을 모두 포괄하는 것으로 이해할 수 있다. 우리 전기통신기본법 제47조 제2항과 동일한 내용의 일본 전파법 제106조 제1항 중 “허위의 통신”이 무엇을 의미하는가에 관한 일본 학계의 입장 또한 위와 같다.

다른 형사처벌 규정에서의 ‘허위’ 개념의 용례에 비추어 본다면, 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”에서 ‘내용이 거짓인 통신’이 배제된다는 해석은 불가능하다고 할 것이고, 실무적으로도 이 사건 법률조항은 ‘내용이 거짓인 통신’에 주로 적용되고 있으며, 이 사건 법률조항을 둘러싼 우리 학계의 논의 역시 대체로 ‘허위의 통신’이 ‘내용이 거짓인 통신’을 포함하고 있음을 전제로 한 것이다.

이 사건 법률조항의 구체적 입법취지에 관하여는 역사적 자료가 존재하지 아니하고, ‘전기통신설비’를 이

“표현의 자유를 규제하는 입법의 합헌성 판단기준으로, 이중기준의 원칙, 명확성의 원칙, 과잉금지 원칙, 법익형량의 원칙, 명백하고 현존하는 위협의 원칙 등이 거론되는데 헌법재판소의 다수의견은 전기통신기본법 47조 1항이 명확성의 원칙에 반할 뿐더러 과잉금지 원칙에도 반한다고 보았으며 소수의견은 동 원칙에 저촉되지 않는다고 보았다.”

용하는 수단의 특수성, 즉 강력하고 신속한 전파가능성을 고려하여 구 전기통신법 및 전기통신기본법에서 통신의 내용에 따른 규제를 정한 것이 법의 목적이나 체계에 반하는 것이라 볼 수도 없다.

결국 관련 법률조항의 체계적 해석 및 법관의 보충적 해석을 통하여 보면, 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”은 객관적으로 진위가 밝혀질 수 있는 사실에 관한 것으로서 그 내용이 거짓이거나 명의가 거짓인 통신을 의미한다고 할 것인바, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 어떤 행위가 금지되는지 알 수 없도록 하거나 자의적 법해석·집행을 가능하게 하는 불명확한 개념이라 하기는 어렵다.

2 과잉금지 원칙과 관련하여

가. 다수의견(보충의견)

이 사건 법률조항은 ‘공익을 해할 목적’의 허위의 통신을 규제하는 것으로서, ‘공익’ 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지 원칙에 어긋난다.

만약 허위의 통신에 의하여 법익침해의 실질적 위협이 발생할 것이 명백한 경우가 있다면, 그에 관하여는 구체적으로 그 내용을 적시하여 규율하여야 할 것이고, 법익침해의 위험성이 행위 자체로 명백하지 않은 때는 침해의 결과를 발생시키는 것을 금지하여야 할 것이다. 이

사건 법률조항과 같은 포괄적 규제는 기본권 침해의 최소성 원칙에 부합하지 않는다.

나. 소수의견

허위사실의 표현에 대한 규제를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙에 적용하는 것보다는 피해의 최소성 원칙에서 '입법목적 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지'를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당한데 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익균형성 등 비례의 원칙을 맞추기 위한 요건들을 검토할 때 문제가 없다.

3. 평등권위반과 관련하여

다수의견은 이에 대하여 언급한 바 없고 소수의견은 전기통신설비에 의한 허위의 통신의 경우, 정보수신자의 연령, 성별, 사회적 특성 등에 관계없이 접근이 매우 용이하여 허위사실의 전파속도나 파급효과가 인쇄물 등과는 비교할 수 없을 정도로 크므로, 양자를 차별하여 취급하는 데는 합리적 이유가 있다는 의견으로 평등권 위반주장을 배척하였다.

4. 소결

표현의 자유를 규제하는 입법의 합헌성 판단기준으로 ①이중기준의 원칙 ②명확성의 원칙 ③과잉금지의 원칙 ④법익형량의 원칙 ⑤명백하고 현존하는 위협의 원칙 등이 거론되는데 헌법재판소의 다수의견은 전기통신기본법 47조 1항이 명확성의 원칙에 반할 뿐더러 과잉금지의 원칙에도 반한다고 보았으며 소수의견은 동 원칙에 저촉되지 않는다고 본 것이다.

특히 다수의견은 전기통신기본법 47조 1항의 '공익을 해할 목적이 명확성의 원칙에 반하기 때문에 다른 점을 검토하기에 앞서 위헌이라고 결정하였다.

Ⅳ. 헌법재판소 결정이 제기하는 문제점



1. '허위사실의 표현'도 헌법이 보호하는가?

다수의견이나 소수의견 모두 '허위사실의 표현'도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 있다고 판단하고 있다. '허위사실'이라는 것은 언제나 명백한 관념은 아니다. 어떠한 표현에서 '의견'과 '사실'을 구별해내는 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, 공중도덕·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. 헌법 제21조 제4항은 '언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다'고 규정하고 있으나, 이는 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정으로 볼 것이고, 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없다.¹⁾ 그러나 '허위사실의 표현'이 개인의 명예 및 인격권을 침해하는 경우에는 '정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제70조

에 따라 처벌을 받게 되어 있다.

동조는 '사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있는데 전기통신기본법 제47조 1항과는 보호법익이 개인의 명예로 특정되어 있고 초과주관적 구성요건이 '사람을 비방할 목적'으로 되어 있는 점에 차이가 있다. 앞에서 살펴본 2008헌바157 사건과 2009헌바88 사건에서 검찰은 특정인의 명예가 훼손되었다고 판단하였다면 전기통신기본법이 아닌 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률을 적용하였을 것이다.

'사람을 비방할 목적'에서의 사람은 형법제307조에 서와 같이 자연인과 법인에 한하며 법인적 없는 단체는 포함되지 않는다.²³⁾

2 '허위사실의 표현'에 대한 법률적 제재가 바람직한 것인가?

이 문제는 다수의견이나 소수의견이 어떠한 이념적 바탕하에 결론을 도출하였는가와 밀접한 관계가 있다. 다수의견은 허위사실의 표현은 시민사회의 자기 교정기능과 사상의 의견의 경쟁 메커니즘에 의하여 생존여부가 결정되어야 한다고 본다. 다수의견의 논거는 존 밀턴의 「아레오페지티카」에서 언급한 다음과 같은 유명한 문구에 기원한다.

“진리와 허위가 대결하게 하라. 자유롭게 공개된 대결에서 진리가 불리한 편에 놓이는 것을 본 사람이 있느냐. 모든 사람으로 하여금 자유롭게 말할 수 있게 하라. 그러면 진리의 편이 반드시 승리하고 생존한다. 권력은 이러한 선택의 싸움에 일체 개입하지

말라. 설혹 허위가 일시적으로 득세하는 일이 있더라도 선택과 진위가 자유롭게 싸워간다면 마침내 선과 진이 자가 교정 과정을 거쳐 궁극적인 승리를 얻게 되리라.”

그러나 소수의견은 위와 같은 자유방임주의에 대하여 비판적 입장에서 출발하고 있다.

현대사회는 통신기술의 발달로 전파의 유통속도와 범위가 상상할 수 없을 만큼 빨라지고 넓어지고 있으며, 매체의 연계성과 복합화로 인하여 유통된 정보의 최초 출처를 확인하는 것이 사실상 곤란하다. 더구나 정보의 다변화와 복잡성 때문에 통신상의 논쟁에 의하여 허위 여부를 밝혀내는 것은 현실적으로 어려울 뿐 아니라 설사 그러한 과정에 의하여 진실이 발견되었다 하여도 엄청난 시간이 소요될 수밖에 없어 이미 발생한 심각한 사회적 혼란이나 훼손된 공익이 회복되기 어렵다.

이처럼 전기통신설비에 의한 허위사실의 유포는 강한 파급력을 가진 점, 명백한 허위의 사실이라도 통신이용자들에게 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 있다고 할 것이다. 결국 다수의견은 허위사실의 표현일지라도 법률적 규제는 바람직하지 않다는 입장이다. 하지만 소수의견은 법률적 규제의 필요성을 인정하는 입장이다.

이러한 헌법재판소의 다수의견은 인터넷을 통한 허위사실의 유포를 방조할 수 있는 근거가 된다. 그러나 다수의견의 이념적 바탕인 존 밀턴의 자유방임주의에 대하여는 예전부터 비판이 있어왔다.

존 밀턴의 시대에도 누구에게나 사상의 자유가 주어

1) 헌재2009 5.28 2006헌바09, 판례집 21-1 하, 545, pp.559~560 참조

2) 대법원 1969. 12. 23. 선고 429 형상539 판결의 입장이나 반대판결은 법인적 없는 단체라 할 자라도 법에 의해서 일정한 사회적 역할을 담당하고 통일된 시를 형성할 수 있으면 명예의 주체가 된다고 한다.

3) 명예훼손을 원인으로 하는 손해배상청구에서는 국가기관이 원고가 될 수 있는가에 대하여 논의가 있지만 개인적 법익을 목적으로 하는 법조문의 취지나 인격권의 항유주체가 아닌 보장주체의 입장에서는 국가기관은 민형사상 주체가 될 수 없다고 생각한다.

“다수의견은 허위사실의 표현은 시민사회의 자기 교정기능과 사상과 의견의 경쟁 메커니즘에 의하여 생존 여부가 결정되어야 한다고 본다. 그러나 소수의견은 지금 우리의 현실에서 일정한범위의 명백한 허위통신에 대하여는 통상의 표현행위보다 엄격한 규제를 할 필요성이 있다고 본다.”

진 것은 아니었다. 그것은 배우고, 가진 자에게 주어지는 자유였는데 그러한 현실은 현대사회에서도 마찬가지이다. 즉, 상업적인 시장처럼 정보의 시장도 구조적으로 권력이 있고 경제적으로 힘이 있는 사람들에게 유리하게 되어 있다. 현실적으로 언론기관을 이용할 수 있는 사람들은 대부분이 가난하고 사회적으로 무력한 경우보다는 정치적, 경제적으로 영향력 있는 사람들이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 20세기 말 미국에서 등장한 정보시장은 이른바 「낭만적이고 비현실적인 것이다.

정부의 개입을 가능한 한 허용치 않는 이 정보시장은 언론기업의 집중이라는 상황을 초래했고 결과적으로 정보의 다양한 유통은 그 실제에 있어서 점점 어려워지고 있다. 결국 정부에 의한 언론의 자유 제약보다는 소수에 의한 언론기업의 소유에서 파생되는 사적인 언론 제약이 더욱 위험하다는 주장이 나오게 되었다.

한편, 위와 같은 배경 하에서 행정부에 의한 검열이 아니라 언론기관에 의한 사적 검열 때문에 미국 수정헌법 제1조의 언론의 자유에 대하여 정부가 소극적, 부정적인 역할에서 긍정적인(affirmative) 조치를 인정하는 방향으로 해석해야 한다고 Jerome A. Barron 교수 등은 보고 있다. 즉, 미디어 접근권이 그 대표적인 이론인데, Barron 교수는 불균형적인 언론의 자유를 개선하기 위해서 최소한 「일간신문에 의견광고를 사서 실을 수 있는 권리」와 「공적인 인물들이 명예훼손을 당하면 신문에

반론권을 실을 권리」를 인정할 것을 제안하고 있다.⁴⁾

우리는 최근에 한 유명인이 미국의 스탠포드대학을 졸업하였는가 여부를 놓고 1년여간 싸우는 과정을 지켜 보았다. 결국은 수사기관의 힘을 통하여 결론을 도출시킬 수 있었지만 허위사실을 유포하려는 사람은 진실앞에서도 당당하였고 또 동조자 수를 불려갔다. 그사건에서 유명인은 형사법적으로 승리했는지 모르지만 인간적인 측면에서는 어떠한가?

결국 허위사실을 인터넷을 통하여 전파하는 행위에 대하여는 법적인 제재가 불가피하다고 생각되나 다만 그 법률은 다수의견이 지적하는 바와 같이 ‘명확성의 원칙’에 위배되어서는 아니 되는 것이다.

3. 헌법재판소 결정은 다른 법률에도 영향을 미칠 것인가?

헌법재판소의 결정을 잘못 이해하면 ‘공익’ 개념을 사용하고 있는 많은 법률조항이 위헌이라는 결론으로 생각하기 쉽다. 그렇지 않다고 하여도 표현의 자유와 관련되어 ‘공익’ 개념을 사용하는 법조문이 과연 합헌인가라는 의심을 하게 된다. 특히 형법 310조는 ‘공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 행위가 진실한 행위로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니 한다’ 라는 명예훼손에 있어서 위법성 조각사유를 규정하고 있는데 위 조항은 민사판결에서도 인용되고 있다.

명예훼손을 이유로 한 손해배상 청구사건에 있어서 법원은 먼저 명예훼손의 성립여부(구체적 사실의 적시인가, 의견인가 및 사회적 평가의 저하여부)를 판단한 뒤 해당 표현행위가 공공의 이익(공익)을 위한 것인지 여부를 판단하게 된다. 이러한 공공의 이익을 위한 것인지 여부는 피고 측의 항변사유로서 때 판결마다 판단을 하게 되는 사항인데 이때의 공공의 이익도 명확성의 원칙에 반하

4) 염규호 (1994). 미국에서의 명예훼손과 사생활 침해 「언론중재」, 여름호, p.40 참조

가. 구체적 사례⁵⁾

피고 한국방송공사가 1995. 5. 8. 저녁 7시 KBS 제 1TV의 뉴스네트워크 시간에 아래 ①항의 기사를, 피고 주식회사조선일보사가 같은달 9일 조선일보사회면 중단 '색연필'란에 『면접女大生性희롱 변호사간통被訴』란 제목으로 아래 ②항의 기사를 방영·게시한 사실, 당시 원고의 처인소외 김○○이 같은달 8일 서울가정법원에 원고를 상대로 재판상이혼과 아울러 위자료 지급 등을 청구하는 소송을 제기한 사실을 인정할 수 있다.

① 피고 한국방송공사의 방영내용

여직원을 채용하는 과정에서 면접을 하러 온 여대생을 성희롱해서 말썽을 빚었던 배모 변호사가 간통 혐의로 부인으로부터 고소당했습니다. 배변호사의 부인 김 모 씨는 서울지방법검찰청에 낸 소장에서 배씨가 지난 87년 지방의 판사로 근무할 때 알게 된 여대생과 2년 전부터 동거에 들어갔으며, 최근에는 동거녀를 집까지 데리고와 폭력을 휘두르는 등 과립치한 행동을 해 더 이상 결혼생활을 계속할 수 없다고 주장하였습니다.

② 주식회사 조선일보사의 기사내용

서울변호사회 소속 P변호사(42)의 부인 김 모 씨(40)는 8일 남편과 장모씨(28·여)를 간통 혐의로 서울지검에 고소하는 한편, P변호사를 상대로 위자료 3억 원의 지급과 자녀들에 대한 면접교섭권의 박탈을 요구하면 이혼소송을 냈다. 김 씨는 고소장에서 "82년 결혼한 남편이 87년 4월 판사 시절 여대생 장 씨를 만나 사귀어 오다 2년 전부터는 아예 동거 생활에 들어갔다."고 주장했다. 이에 대해 P변호사는 "87년 장 씨를 만나 진정한 사랑을 느끼게 돼 김 씨에게 헤어지자고 요구했지만 김 씨가 이를 거부해 현재 합의하에 별거 중"이라고 말했다. 한편,

P변호사는 91년 변호사개업 당시 여직원 채용과정에서 면접하러 온 여대생을 성희롱한 사실이 드러나 93년 변협의 징계처분을 받은 바 있다.

나. 공익성에 관한 판단

위 언론보도들은 공익성이 있는 기사인가? 1심은 다 음과 같은 이유로 위 각 기사의 공익성을 인정하였다.

“변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 엄격한 의미의 공인은 아니더라도, 공인에 준하는 지위에 있다고 보아야 하므로, 변호사에 관한 언론보도가 그 직무와 전혀 무관한 사생활에 관한 것이라면 공익을 위한 것으로 볼 수 없겠으나, 그 보도가 변호사의 직무와 관련되거나 직무와 직접적인 관련은 없더라도 그에 부수해 일어난 사건에 관한 것이고, 그 보도의 동기나 목적도 변호사 개인의 사생활을 폭로하는데 있기 보다는 변호사 지위의 공성 또는 변호사의 도덕성에 관한 문제를 제기함으로써 그에 대한 사회 일반의 인식을 높이고 변호사들의 경각심을 일깨우는데 있다면, 위와 같은 보도는 사회 일반의 이익에 부합하는 것으로서 공익을 위한 보도라고 볼 수 상당하다.

이 사건 각 기사는 변호사인 원고가 여대생에 대한 '성희롱' 시비로 변호사협회로부터 징계를 받은 바 있고, 그 처로부터 간통 혐의로 피소되었다는 취지로서, 그 내용이 소송대리 등 법률사무의 수행이라는 변호사의 직무와 직접적인 관련이 없기는 하나, ①이 사건 각 기사는 전체로 보아 변호사가 사무실 여직원을 채용하기 위한 면접 과정(이는 변호사의 직무수행에 뒤따르는 부수적인 업무이다.)에서 벌어진 사건을 소재로 삼아 변호사의 도덕성 문제를 다루고 있는 만큼, 원고의 직무와 전혀 무관한 사생활 영역을 보도 대상으로 삼았다고 볼 수 없고, ② 피고들이 원고의 '간통 피소'를 계기로 이 사건 각 기사를 방영·게시한 것은 단지 원고가 변호사이고 간통 사건이 지닌 선정성 때문에 여론의 관심을 끌 수 있어서가 아니라, 원고가 1년 전에 위와 같

5) 1심: 서울지방법원 1992. 2. 3. 선고 987합38307 판결

2심: 서울고등법원 1999. 12. 23. 선고 99나3432 판결

3심: 대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다5510 판결, 고등법원 판결을 그대로 인용

“결국 허위사실을 인터넷을 통하여 전파하는 행위에 대하여는 법적인 제재가 불가피하다고 생각되나 다만 그 법률은 다수의견이 지적하는 바와 같이 ‘명확성의원칙’에 위배되어서는 아니되는 것이다.”

이사무실 여직원을 채용하는 과정에서 빚어진 ‘성희롱 사비로 변호사협회의 징계를 받은 바 있었다는 점에 주목해 원고의 사례가 변호사의 도덕성에 관한 문제를 제기하는데 적합한 소재라고 판단했기 때문인 것으로 보이며, ③이 사건 각기사의 형식과 구성, 내용을 보더라도, 사실 자체만을 간략하게 보도하는데 그치고, ‘성희롱’이나 ‘간통 사건’에 으레 뒤따르는 선정적인 내용을 적시하지 아니하였을 뿐 아니라, 원고를 ‘배도 변호사’ 또는 ‘P변호사’라고만 지칭함으로써 원고의 신원이 노출됨에 따른 부작용을 피하려고 노력한 점을 종합해 볼 때, 이 사건 각기사는 원고의 사생활을 폭로하여 시청자 또는 독자들의 선정적인 호기심을 충족하는데 목적이 있었다기보다는, 변호사의 도덕성에 관한 문제를 제기함으로써 그에 대한 사회 일반의 인식과 변호사들의 경각심을 일깨우는 데 주된 목적이 있었다고 볼이 상당하다(이 사건 각기사가 다소 사실을 과장한 부분이 있고, 법률적인 관점에서 달리 평가할 여지가 없지 아니한 행위에 대하여 ‘성희롱’이란 단정적인 표현을 사용했다고 해서, 위와 같은 공익목적에서 그리 벗어나었다고는 보기 어렵다.)”

그러나 2심 및 3심은 공익성을 부정하였는데 그것은 기사 작성이 비방이 주된 목적이었고 그를 뒷받침하는 것이 가사소송법상의 규정이었다.

“이 사건 각기사의 작성 및 보도 경위, 이 사건 각기사의 내용과 양 및 그 표현 방법, 특히 이 사건 각 기사 중 원배의 기사 내용은 원고 가간통 등으로 고소를 당하였다거나 이혼 소송이 제기되었다는 등의 지극히 사적인 내용인 점 등 여러 사정에 비추어 보면 위 흥○나 피고 한국방송공사 소속의 위 성명불상의 법조 출입 기자가 이 사건 각 기사를 작성하여 보도되게 한 행위는 원고를 비방할 목적으로 이루어진 것이라고 볼이 상당하여 오로지



공공의 이익을 위한 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다.

가사소송법 제10조는 가정법원에서 처리 중에 있거나 처리한 사건에 관하여는 성명·연령·직업·용모 등에 의하여 그 본인임을 추지할 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문·잡지·기타 출판물에 게재하거나 방송할 수 없다고 규정하고 있고, 같은 법 제72조는 위와 같은 보도 금지에 위반한 행위를 처벌하도록 규정하고 있다.”

위 사례에서 우리는 헌법재판소의 다수의견이 전기통신기본법 47조1항이 위헌이라고 본 이유를 경험하였다. 1심 판사와 2, 3심 판사 간에 같은 사안을 놓고 ‘공익’에 대한 판단을 달리 하였을 뿐더러 가사소송법상이 추구하고자 하는 공익과 표현의 자유가 추구하는 공익간의 형량을 고려하지 않을 수 없었다.

그렇다면 ‘공익’이라는 용어가 사용되는 법률이 총 315개이고 조문단위로는 823조문에 달하는데 이 조문들은 모두 명확성을 결한 조문이라고 볼 것인가? 특히 형법 310조는 어떠한가?

외관상으로는 1심 판결과 2, 3심 판결 간에는 ‘공익’이라는 개념을 둘러싼 개념의 상대성, 공익간 형량의 불명확성이 보이지만 상세히 1, 2심 판결을 비교하면 1, 2심 판결이 인정한 사실은 동일한 사실이 아니고 2심 판결은 1심 판결이 인정한 사실에 추가적으로 피고 회사들의 기

자들이 사실확인 의무를 제대로 준수하지 않았던 사정들과 2심에서 새롭게 등장한 가사소송법 규정이 정하고 있는 가사사건의 비공개 원칙을 피고회사들이 준수하였다고 볼 수 있느냐는 사정을 추가하여 공익성을 판단한 결과에 따른 차이일 뿐이지 공익개념이 상대성 때문에 생긴 결과로는 보여지지 아니한다.

형법 제310조에서 언급된 공익에 대하여는 많은 판례가 축적되어 있을 뿐더러 대법원이 나름대로의 기준⁶⁾을 제시하고 있기 때문에 명확성의 원칙에 반한다고 볼 여지가 적다. 이것은 전기통신기본법 제47조 1항이 수십 년간 잠자고 있다가 최근에 적용되기 시작한 것과 명확히 비교되는 점이다.

4. 새로운 제재입법 입안 시 주의사항은 무엇인가?

인터넷 등을 통한 허위사실 유포 행위에 대하여는 제재를 가하는 법률이 필요함은 앞에서 본 바와 같다.

전기통신사업법 제47조 1항이 위헌이 된 지금에 새로운 제재입법을 만든다면 어떤 사항을 주의하여야 할 것인가?

이것은 다수의견이 지적한 ‘명확성의 원칙’에 반하지 않는 입법을 만들어야 된다는 의미이기 때문에 명확성의 원칙을 충족시키기 위하여 무엇을 갖추어야 하는가를 살펴봐야 할 것이다. 이에 도움이 되는 헌법재판소의 다음 결정을 보기로 하자.

동 결정은 근로기준법 110조 중 ‘정당한 이유’가 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 하였는데 ‘정당한 이유’는

‘공익’만큼이나 개념의 추상성, 상대성이 문제된다.

“법률 명확성의 원칙은 법치주의와 신뢰보호의 원칙에서 비롯되는 것이며, 불명확한 법률이 무효가 되어야 하는 것은 그것이 수범자에 대하여 ‘공정한 경고’를 흠결하기 때문이다. 여기서의 수범자는 준법정신을 가진 사회의 평균적 일반인을 의미하는데, ① 준법정신을 가진 평균인은 애매한 법문을 자신이 해석할 수 없을 때 자신만의 판단에 의할 것이 아니라 법률전문가나 당해 법령에 보다 정통한 지식을 가진 사람 등의 의견이나 조언을 직접, 간접적으로 듣거나 참조하여 자신의 행동 여부를 결정하게 된다. 특정의 금지규정 내지 처벌규정의 내용을 파악함에 있어서 평균인의 입장에서 전문가의 조언이나 전문서적 등을 참고하여 자기의 책임 하에 행동 방향을 잡을 수 있고 그러한 결론이 보편성을 띠어 대부분 같은 결론에도 도달할 수 있다면 명확성을 인정할 수 있고, 법률전문가 등의 조언을 구하여도 자신의 행위가 금지되는 것인지 아닌지를 도저히 정확히 예측할 수 없다면 그 규정은 불명확하여 무효가 될 수밖에 없는 것이다. 이와 같이 법령 특히 형법법규의 내용은 일반인에게 명확한 고지가 이루어져야 하는 것이나, 다만 당해 법령의 특성에 맞추어 그 일반인이 어떤 행위를 결정할 때 통상 어느 정도 법적 전문지식에 의한 보완을 받게 된다는 점을 감안하여 명확성 여부를 판단하여야 한다.

한편 명확성 원칙의 준수 여부는 ② 문제된 법령의 문구가 확실하지 않음으로써 자의적이고 차별적인 적용을 가져올 수 있는지 여부에 의하여서도 판별될 수 있다. 다만 법령이 그 집행자에게 어느 정도의 재량을 부여한다

6) 대법원 1994. 8. 26. 선고 94도 237호 판결에 따르면 공공의 이익이란 ‘적사된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적사한 것이어야 하며 이 경우에 적사된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 적사 사실의 구체적 내용, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하고, ‘행위자의 중요한 목적’이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사적 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 공공의 이익을 위한 것’으로 판단하고 있다 (1996. 10. 11. 선고 95다 36329호 판결 등).

공공의 이익은 반드시 국가나 사회 전체의 이익에만 국한되지 아니하고 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함되므로(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000도 510호 판결 등) 그 범위는 피해자와 관련하여 상대적으로 결정되어진다.

개인의 사적인 신상에 관한 사실이라고 하더라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질이나 이를 통하여 사회에 미치는 영향력의 정도 등의 여부에 따라서는 그 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있는 것으로 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 있는 경우가 있다(대법원 1996. 4. 12. 선고 94도 3309 판결)

헌법재판소 2005. 3. 31. 결정 2003헌바2 사건

“다수의견이 ‘공익’에 대하여 불명확하다고 한 것은 의문의 여지가 많으며 ‘허위의 통신’이 오히려 불명확하다고 보는 것이 합당한 결정이 아니었는가 생각한다.”

는 이유만으로 바로 무효로 할 것은 아니고, 집행자에게 신뢰할 수 있는 확고한 기초를 제시하여 그 법령이 원래 의미하고 목적하는 것 이상의 자의적 적용을 방지할 수 있어야 할 것이다. 또한 ③ 당해 법령의 성질 및 규제대상 등에 비추어 입법기술상 최고의 상태로 작성되었는지 여부가 명확성 판단의 또 하나의 기준이 될 수 있다. 일반 추상적 표현을 불가피하게 사용한다 하더라도 예시의 방법, 정의규정을 별도로 두는 방법, 주관적 요소를 가중하는 방법 등으로 보다 더 구체적 입법이 가능함에도 불구하고 이러한 입법적 개선을 하지 아니하고 있는지 여부가 헌법위반의 판단기준이 될 수 있는 것이다.”라고 판단한 후, 근로기준법 110조 중 “정당한 이유”에 대하여 다음과 같이 명확성 원칙에 반하지 않는다고 판시하였다.

“그런데 근로자의 해고에 관하여 법문상 요건이 되고 있는 ‘정당한 이유’에 대하여는 오랜 기간 그것의 의미에 대한 학문적 연구가 진행되어 그 성과가 쌓여있고 다수의 행정해석과 관련 판례들이 풍부하게 집적되어 왔다. 그리하여 이러한 경험과 사례의 축적에 의하여 이제는 그 의미 내용의 전체적 윤곽이 형성되고 구체적 사안들에서 특히 법률전문가들에게는 무엇이 여기에 해당하고 무엇이 해당되지 않는 것을 판단하기에 그다지 어려움을 느끼지 아니할 정도에까지 이르렀다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 비록 법문상으로는 ‘정당한 이유’라는 일반추상적 용어를 사용하고 있으나 일반인이라도 법률 전문가의 도움을 받아 무엇이 금지되는 것인지 여부에 관하여 여쭙하

는 것이 가능한 정도라고 할 것이어서 수범자인 사용자가 해고에 관하여 자신의 행위를 결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 형사처벌의 대상이 되는 해고의 기준을 일반추상적 개념인 “정당한 이유”의 유무에 두고 있기는 하지만, 그 의미에 대하여 법적 지문을 고려한 예견가능성이 있고, 집행자의 자의가 배제될 정도로 의미가 확립되어 있으며, 입법 기술적으로도 개선가능성이 있다는 특별한 사정이 보이지 아니하므로 헌법상 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.”⁷⁾

위 결정이 제시하고 있는 세 가지 기준에 비추어 보았을 때 다수의견이 ‘공익’에 대하여 불명확하다고 한 것은 의문의 여지가 많으며 ‘허위의 통신’이 오히려 불명확하다고 보는 것이 합당한 결정이 아니었는가 생각한다.

7) 법재판소 2005. 3. 31. 결정 2003헌바2 사건