

국 가 인 권 위 원 회

결 정

제 목 「전기통신기본법」 제47조 제1항에 관한 의견

국가인권위원회(이하 ‘위원회’라고 한다)는 서울중앙지방법원에 계류 중인 「전기통신기본법」 제47조 제1항 관련 형사사건(2009노1203)에 대한 재판이 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판”에 해당된다고 판단하여 「국가인권위원회법」 제28조 제1항에 의거 아래와 같이 의견을 제출한다.

아 래

I. 의견제출 배경

「전기통신기본법」 제47조 제1항(이하 ‘본 규정’이라 한다)은 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의해 공연히 허위의 통신을 한 자”를 5년 이하의 징역형 등으로 처벌한다. 1961. 12. 30.에 제정된 본 규정이 적용되어 판결이 선고된 재판은 항소심 2건을 포함하여 2008. 9. 19.부터 2009. 4. 20.까지 8건이 있었다. 본 규정은 공익을 침해한다는 이유로 허위표현 유포행위를 처벌하는 규정으로서 40여년 이상 사실상 사문화되어 있던 중 2008년 촛불시위를 계기로 비로소 적용되기 시작하였다. 이러한 상황 때문에 본 규정이 정부에 반대하는 표현

행위를 억압하기 위해 활용되고 있다는 지적이 있으며 본 규정에 대해 헌법소원을 제기하기에 이르렀다.

본 규정은 공익을 해할 목적으로 전기통신설비를 이용하여 허위사실을 유포하면 형사처벌하므로 표현의 자유를 제한하는 법률규정이다. 우리 법체계에도 허위사실을 유포하면 처벌하는 규정들이 적지 않게 있다. 그러나 본 규정과 다른 규정들은 기본적인 차이가 있다.

우리 법체계에서 허위의 명제를 유포하는 행위를 처벌하는 다른 규정을 구체적으로 살펴보면 크게 두 가지 유형으로 구분될 수 있다. 첫째 특정한 영역의 공익보호(국가사법기능 보호, 선거의 공정성 보호 등)를 위한 유형으로 법정에서 허위의 증언을 하면 위증(「형법」 제152조 제1항), 공무소에 대하여 허위의 신고를 하면 무고(「형법」 제156조), 선거에서 표를 얻기 위해 허위를 적시하면 공직선거법 위반(「공직선거법」 제250조(허위사실공표죄) 등이 있다. 둘째 타인의 법익보호를 위한 유형으로는 허위의 명제를 유포하여 타인의 평판을 저하시키면 명예훼손(「형법」 제307조 제1항), 허위사실을 적시하여 금품을 취하면 사기(「형법」 제347조 제1항), 증권 모집 등에 관한 신고서를 허위로 한 경우 등 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제444조(벌칙) 제9호), 상표권 침해행위(「상표법」 제66조 제1항 제1호) 등이 있다. 이 법들은 모두 (1) 허위사실 유포행위로부터 특정한 영역의 구체적인 공익을 보호하거나, (2) 허위사실이 특정한 타인에게 초래하는 피해(위험성 증대 포함, 이하 같다)나 허위사실의 유포자가 취하는 부당이득 등에 대해 법적책임을 부과하는 것이다.

본 규정은 위 두 유형으로 처벌되지 않는 행위, 즉 “포괄적인” 공익을 해할 목적으로 허위사실을 유포하면 “타인에게 피해발생여부를 묻지 않고” 형사처벌할 수 있다는 특징을 가지고 있다. 이러한 규정(이하 ‘허위표현금지규정(a false news provision)’이라 한다)은 그 특징으로부터 기인하는 처벌범위의 불명확성과 광범위성 때문에 표현의 자유를 침해하는 것 아니냐는 논란이 국제사회 및 다른 나라에서도 줄곧 제기되어 왔으며, 유엔을 비롯한 국제인권기구와 다른 나라 법원들은 이에 대해 ‘허위표현금지규정’은 제한되거나 폐지되어야 한다는 일관된 태도를 보였다.

위원회는 표현의 자유가 우리사회에서 차지하는 중요성에 비추어 볼 때 위에서 본 바와 같은 특징으로 인하여 본 규정이 표현의 자유에 대하여 미칠 수 있는 부정적인 영향에 대하여 위원회의 의견을 담당재판부에 제출하는 것이 국민의 인권보호를 위해 필요한 것으로 판단하였다.

II. ‘허위표현금지규정’ 관련 국제적 상황

1. 국제인권기구 사례

유엔 인권관련 기구들은 반복적으로 ‘허위표현금지규정’이 표현의 자유 보장에 부합하지 않음을 밝혀왔다. 유엔 시민적·정치적 권리에 관한 규약(이하 ‘자유권규약’이라 한다)위원회는 최근 들어 다섯 사례에 대해 ‘허위표현금지규정’에 대해 우려를 표명하고, (구)유엔인권위원회 표현의 자유 특별보고관은 유엔인권위원회에 대한 보고(2000년)에서 허위표현 유포를 이유로 형사처벌하지 말 것을 촉구하였다.(붙임1. 참조)

가. 자유권규약위원회는 1994년 카메룬의 반정부기자가 “국내외 여론의 교란”죄목으로 처벌된 것에 대해 자유권규약 제19조의 위반을 선언하였다. 카메룬 정부 측에서는 위와 같은 처벌이 프랑스어계와 영어계 및 그리고 수많은 부족들 간의 화합 및 단결을 위해 필요하였다고 주장하였는데 그와 같은 국가적 단합은 표현의 자유의 제한을 정당화하는 합법적 목표가 될 수 없다고 선언하였다.

나. 자유권규약위원회는 1995년 연례인권보고서와 표현의 자유에 대한 특별보고서에서 허위사실을 유포했다는 혐의로 처벌받은 튀니지인 Mr. Ksila case와 관련하여 “공공질서를 혼란스럽게 하거나 혼란스럽게 할 우려가 있다는 점을 알면서 허위정보를 유포한 자에 대해서 3년 이하의 징역을 처할 수” 있게 한 「언론법」 제49조는 표현의 자유를 부적절하게 제한한다는 우려를 표명하였다.

다. 자유권규약위원회는 1996년 연례총회보고서에서 공공평화와 질서를 혼란스럽게 하는 허위사실의 유포행위에 대해 1년 이하의 징역에 처할 수 있게 규정한 모리셔스 「형법」 제299조 제1항에 대해 우려를 표명하였다.

라. 자유권규약위원회는 1998년 Concluding Observation of the Human Rights Committee에서 “국가 공공의 평화에 혼란을 야기시키는 허위사실을 유포하는 행위를 금지”하는 우루구아이 「언론법」 제19조와 “거짓되고 입증되지 않는 허위사실보고 유포를 금지”하는 아르메니아의 「신문과 다른 미디어법」 제6조에 대하여 비판하였다.

마. 유엔인권위원회 표현의 자유 특별보고관은 동 위원회에 대한 보고(2000년)에서 “이러한 점에서 특별보고관은 모든 정부가 법외반 표현행위에 대해서는 인종주의를 부추기거나 인종차별적인 표현 행위나 폭력을 선동하는 경우를 제외하고는 구금으로 처벌하여서는 아니할 것을 촉구한다. 국가원수에 대한 모욕이나, 명예훼손, 허위나 사회 소란을 야기하는 정보를 유포하였다고 하여 구금형으로 처벌하는 것은 비례의 원칙에 부합하지 않는 비난받을만한 것이며, 평화로운 표현행위에 대해 구금형으로 처벌하는 것은 심각한 인권침해”라는 견해를 밝힌 바 있다.

2. 개별 국가 사례

가. 파나마

미주인권위원회는 파나마정부에 대해 표현의 자유를 보장할 것을 권고한 뒤 파나마 정부는 1978년 표현의 자유를 침해하는 행정명령 343조(명예훼손, 모욕, 허위나 입증되지 않은 정보를 유포하는 자에 대해, 모욕행위에 대해서는 벌금, 손해배상, 민사소송, 징역6월형, 허위나 입증되지 않은 정보를 유포하는 자에 대해서는 3월 이상, 6월 이하의 징역을 처할 수 있다)를 법률로 대체하여 법원을 통한 권리구제를 가능하게 하면서 법률내용도 허위나 입증되지 않은 정보 유포자에 대한 처벌부분을 삭제하였다.

나. 캐나다 사례

캐나다 대법원은 1992년 Ernst Zundel v. Her Majesty The Queen 사건(이하 ‘Zundel 사건’이라 한다)에서 “2차대전을 전후하여 유대인 6백만명이 학살당하였다는 것은 유대인들의 음모에 의한 신화

에 불과하다.”는 허위내용의 팜플렛을 유포했다는 혐의로 기소당한 피고인을 처벌하는 규정(「형법」 제181조 제1항 허위임을 알면서 공익을 손상 및 해악을 끼치거나 끼칠 수 있는 허위의 진술, 이야기, 소식을 의도적으로 유포하는 자는 2년 이하의 징역에 처한다)은 위헌이라고 판정하였다. 대법원은 허위표현도 헌법 상 표현의 자유에 의해 보호되며 입법목적이 정당하지 아니하고 법률규정이 모호하며 명백현존 위험원칙에 반한다며 위헌 판정하였다. (붙임2. 참조)

다. 짐바브웨 사례

짐바브웨 대법원은 2000년 Mark Chavunduka and Ray Choto v. Republic of Zimbabwe 사건에서 “고위 육군장교들이 쿠데타를 시도하여 체포되었다.”는 허위보도를 한 혐의로 기소당한 피고인을 처벌하는 규정(질서유지법 제50조 제2항 (제a목) 군중이나 군중의 부분 사이에 공포, 경악, 실망을 야기할 가능성이 크거나, (제b목) 공공질서를 혼란스럽게 할 가능성이 큰 허위의 표현행위, 소문, 보고를 작성하거나 공표, 복사한 사람은 그가 그러한 표현행위를 하기 전에 그 정확성을 입증하기 위한 합리적인 수단을 강구했음을 법원에 설득하지 못하는 한 7년 이하의 징역에 처해질 수 있다)은 위헌이라고 판정하였다. 대법원은 허위표현도 헌법 상 표현의 자유에 의해 보호되며 법률규정이 과도하게 모호하고 20여년 이상 해당규정이 적용된 적이 없어 민주사회의 구성에 긴요하지 않으며 위축효과로 인하여 비례성도 충족하지 못한다는 이유로 위헌 판정을 하였다.(붙임3. 참조)

라. 안티구아바부다

안티구아바부다의 대법원(The Judicial Committee of the Privy

Council)은 1990년 Hector v. Attorney-General of Antigua and Barbuda 사건에서 ‘허위표현금지규정’이 표현의 자유에 대한 헌법적 보장을 훼손한다고 판시하였다. 한 신문편집인은 “공중 안에서 또는 공중에게 공포와 경악을 야기할 가능성이 있거나 공공의 평화를 교란시킬 가능성이 있거나 공공업무행위에서 공중의 신뢰를 훼손할 가능성이 있는 ‘어떠한 거짓진술의 배포 또는 인쇄를 금지’하는 규정을 어겼다는 혐의”로 기소되었다. 재판부는 이 결정에서 허위보도도 표현의 자유에 대한 헌법적 보장에 의해 보호된다는 의미의 판시를 하였다.

3. 다른 나라 입법례

일정한 영역에서 공익을 침해하는 허위표현 유포행위를 금지하는 규정이 존재하는 국가들에서도 그 적용범위는 매우 제한적이다. 인도 「형법」 제171G조(Section 171G of the Indian Penal Code)는 선거결과에 영향을 미칠 의도를 가지고 후보자의 행위와 특징과 관련된 허위진술을 의도적으로 공표한 행위만 범죄화하고 있으며, 덴마크 「형법」 제226조 b항(Section 226(b) of the Danish Criminal Code)은 단지 허위소문이 일종의 증오연설과 같이 인종적인 증오를 부추기는 경우에만 범죄화하고 있다. 남아프리카 「방위법」 제118조 (1)항 (b)목(Section 118(1)(b) of the South African Defence Act)은 남아프리카 국방군의 구성원과 행동 또는 외국과 관련 하에서 정부에 손해를 끼치거나 당황하게 하기 위하여 계산된 외국 군대 또는 다수대중을 경악하게 하거나 낙담하게 하기 위하여 계산된 외국군대와 각 관련된 진술, 언급, 소문의 유포를 금지한다. 독일에서는 직접 공공질서와 관련된 ‘허위표현금지규정’은 존재하지 않는다. 독일 「형법」 제109조 제d항(Section 109d of the Criminal Code)은 군대의 기능을 방해

할 가능성이 있는 허위진술을 의도적으로 유포하는 행위를 금지하며 제110조 제a항(Section 110a)은 공화국의 안전 또는 다른 국가와의 관계를 위협하게 하는 허위사실을 유포하는 행위를 금지하였으나 이 조항은 이후 폐지되었다.(붙임4. 참조)

4. 소결

캐나다 대법원이 ‘Zundel 사건’에서 판시한 바와 같이 어떠한 자유민주국가도 포괄적인 공익침해 허위표현 유포행위를 처벌하지 않는다. 일정한 영역에서 허위표현 유포행위를 처벌하는 규정이 있는 경우에도 그 적용범위는 매우 제한적이다. 유엔인권기구들은 ‘허위표현금지규정’의 문제점을 지속적으로 지적하고 그 폐지 또는 개정을 권고해왔으며 ‘허위표현금지규정’을 가지고 있는 국가들도 폐지 및 개정을 해왔다. 국제사회가 ‘허위표현금지규정’의 대표적인 문제점으로 지적한 내용은 ‘공익’, ‘허위’개념 등의 구성요건에 내재되어 있는 모호성, 목적의 부정당성, 명백현존위험의 원칙 위반, 위축효과로 인한 비례성 위반 등이다.

III. 본 규정의 ‘표현의 자유’에 대한 부정적인 영향

1. 표현의 자유 중요성과 그 제한의 한계

우리 「헌법」은 제21조에서 표현의 자유를 보장하고 있으며, 헌법재판소는 표현의 자유를 두고 “민주체제에 있어서 불가결의 본질적 요소”(헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16)라거나 “민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 우월적인 지위를 지니고 있으며”(헌법재판소 1991. 9. 16. 89헌마163), “언론출판의 자유가 보장되지

않은 상황에서의 민주주의는 시행될 수 없으며 표현의 자유가 보장되어 있지 않는 나라는 엄격한 의미에서 민주국가라 하기 어렵다.”(헌법재판소 1992. 11. 12. 89헌마88)고 판시한 바 있다. 표현의 자유는 인격의 자유로운 발현이나 진리의 발견이라는 이념과 더불어 민주주의의 실현에 직접 봉사하는 것일 뿐 아니라 그의 본질요소로 규정되고 있는 것이다.(헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16)

국제사회에서도 표현의 자유 중요성은 특별히 강조되고 있다. 「세계인권선언」 제19조, 「유엔시민정치적권리에관한규약」 제19조는 각 표현의 자유를 보장하고 있으며, 「아프리카인권헌장」 제9조, 「유럽인권협약」 제10조, 「미주인권협약」 제13조에서도 표현의 자유를 보장하고 있다. 표현의 자유는 그 자체로 중요할 뿐만 아니라 다른 인권보호를 위해서도 특별한 중요성을 갖는다. 유엔총회는 1946년 제1차 회기에서 “정보의 자유는 근본적인 인권이고, …유엔이 헌신해야 할 모든 자유의 초석이다.”고 선언한 바 있다. 아프리카 인권위원회, 유럽인권재판소, 미주인권재판소 및 다수 국가의 법원도 표현의 자유는 민주사회의 본질적 조건 중 하나이며 표현의 자유가 없는 사회는 민주사회가 아님을 강조하여왔다.(붙임5 참조)

그러나 표현의 자유가 중요하다고 하더라도 절대적 기본권이 아니므로 공익적 목적을 위한 제한이 가능하다. 표현의 자유는 그 중요성으로 인하여 제한이 합헌적이기 위해서는 단순히 과잉금지원칙을 준수하는 것만으로는 부족하고 공익에 대한 “명백하고 현존하는 위험”이 있을 것을 요구한다. 헌법재판소는 “명백현존 위험의 원칙”과 관련하여 반국가단체의 활동을 찬양 고무하는 자에 대해 처벌하는 규정인 구

「국가보안법」 제7조 제1항, 제5항의 위헌성 심사에서 그 규정들이 “국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 행위에 대해서만 적용한다.”고 선언하여 명백현존위험의 법리를 적용한 바 있고(헌법재판소 1990. 4. 2. 89헌가113), “현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 및 시위”는 금지한다는 구 「집회및시위에관한법률」 제3조 제1항 제4호에 대해서도 “집회 또는 시위가 공공의 안녕과 질서에 직접적 위협을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다고”하여 (헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8) 역시 이 법리를 적용한 바 있다. 다른 한편으로 헌법재판소는 “막연하기 때문에 무효의 원칙”과 관련하여 “표현의 자유를 규제하는 법률은 위축적 효과를 수반하기 때문에 명확성 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다.”고 판시(1998. 4. 30. 95헌가16)한 바 있다.

유엔시민정치적권리에관한규약위원회 (Womah Mukong v. Cameroon 사건, 1994)와 유럽인권재판소(The Sunday Times v. United Kingdom 사건, 1979)는 표현의 자유를 제한하는 법률이 정당화되기 위하여 첫째 이해하기 쉽고 일반인들이 무엇을 할 수 있고 무엇을 할 수 없는지를 알 수 있도록 충분히 명확한 법률에 의한 제한이어야 하며, 둘째 제한목적은 「유엔시민정치적권리에관한규약」 제19조 제3항 또는 「유럽인권협약」 제10조(제43 문단)에 열거된 목적 중의 하나에 속해야 하며, 셋째 제한 목적 정당화 사유가 적절하고 충분해야 하며 긴급한 사회적 필요가 있어야 하고 제한목적과 제한정도가 비례적이어야 한다는 의미에서 제한이 필수적이어야 한다는 기준을 제시하였다.

표현행위의 사회적 영향력은 표현매체 특성에 의해 영향을 받으므로 표현행위에 대한 제한이 과도한지 여부를 판단하기 위해서는 매체에 따른 차이를 고려해야 하며, 인터넷을 비롯한 전기통신설비를 통한 표현행위는 그 전파성과 침투성이 강력하여 엄격한 제한이 불가피하다는 주장이 있다. 이에 대해 헌법재판소는 인터넷을 “표현행위의 가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”라고 하고, “인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다.”고 판시한 바 있다(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480). 헌법재판소의 태도에 비추어 볼 때 인터넷을 통한 표현행위를 제한하는 경우에도 표현의 자유 제한의 기본 전제인 사상의 자유시장 원리는 여전히 존중되어야 하며 이에 근거한 명백현존의 원칙, 명확성 원칙 등이 준수되어야 함은 명백하다.

이상의 표현의 자유 제한에 대한 국내적 기준과 국제적 기준을 종합하면, 「① 본 규정은 명확한 법에 의한 제한인가, ② 본 규정은 국제규범이나 헌법이 규정하고 있는 표현의 자유제한 정당화 목적을 가지고 있으며 목적 달성하는데 직접적인 관련성을 인정할 수 있는가, ③ 본 규정은 목적달성을 위해 충분히 합리적으로 관련되어 있으며 주의 깊게 고안되어 있는가, ④ 본 규정은 표현의 자유를 최소 제한하고 있는가, ⑤ 제한정도와 제한목적 사이에 비례성이 인정되는가」로 정리할 수 있다. 위와 같은 다섯 가지의 기준은 명확성의 원칙, 명백하고 현존하는 위험의 원칙(최소제한의 원칙), 비례의 원칙의 세 가지 큰 원칙으로 정리될 수 있으므로 이하에서는 본 규정이 위 세 가지 원칙에 어느 정도 부합하고 있는지를 살펴보기로 한다.

2. 명확성원칙의 준수 여부

불명확한 규정은 법집행당국에 표현의 자유제한에 대한 과도한 자유 재량권을 부여하므로 법률은 그 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 국민이 알 수 있도록 명확해야 한다. 법률의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고 법집행당국의 자의적 법해석과 집행이 가능하게 된다.

본 규정은 “표현행위”를 “형벌로써 처벌”하는 규정이므로 고도의 명확성이 요구된다. 헌법재판소는 “죄형법정주의가 지배되는 형사 관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용된다.”고 하고(헌법재판소 2001. 6. 28. 99헌바34) “표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.”(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480)고 판시한바 있다.

본 규정의 ‘공익을 해할 목적’과 ‘허위의 통신’표현이 표현의 자유를 제한하는 형벌규정이 갖추어야 할 최소한의 명확성을 가지고 있는지가 문제된다.

우선 ‘공익’이 명확성원칙에 반하는지 여부를 살펴본다. ‘공익’이 명확성원칙에 반하는지 여부와 관련하여 서울중앙지방법원 2008고단 4014 사건 재판부는 “‘공익’을 「공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체, 즉 국가·사회 기타 일반 다수 국민의 이익으로서 개개인 또는 특정 단체나 집단의 이익에 상위하는 사회공동의 이익」을 의미하므로 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 이 사건 법

를규정으로부터 금지되는 행위가 무엇인지 용이하게 예측할 수 있으며 법관의 자의적인 해석으로 그 구체적인 적용범위가 확대될 염려는 없다고 할 것”이라고 판시하고, 서울중앙지방법원 2009초기258 사건 재판부는 “‘공익을 해할 목적으로’라는 구성요건은 그 자체가 금지되는 행위 대상이 아니라 ‘허위의 통신’이라는 구성요건의 적용범위를 제한하는 의미로 규정된 것이라 할 것인바, 이 사건 처벌조항이 형사처벌조항으로서의 명확성이 없어 헌법 제12조와 제13조의 죄형법정주의 원칙에 위배된다고 할 수 없다”고 하여 본 규정의 ‘공익’ 개념이 명확성 원칙에 반하지 아니한다고 판시하였다.

그러나 공익은 행정학의 핵심적 개념으로서 공익개념을 설명하기 위한 다양한 학설이 있으나 공익을 공상의 산물에 지나지 않는다는 학설도 존재할 정도로 명확하지 아니하다고 할 것이다. 헌법이 기본권제한의 정당한 목적으로 열거하고 있는 ‘국가안전보장’, ‘질서유지’, ‘공공복리’ 모두가 ‘공익’의 개념범주에 포함될 정도로 ‘공익’의 개념이 포괄적이라는 점을 고려할 때 본 규정의 ‘공익’이 표현의 자유를 제한하고 이를 위반할 때 형사처벌하는 구성요건으로서 최소한의 명확성을 갖추고 있다고 보기 어렵다. 또한 “‘공익을 해할 목적으로’가 ‘허위의 통신’을 제한하는 역할을 하므로 처벌대상의 폭을 좁히는 것이어서 명확성의 원칙을 위반하지 않는다.”는 판시내용은 ‘허위의 통신’이 이른바 ‘언론기관의 오보’와 그 성격이 유사하고 이는 타인에 대한 명예훼손 등에 해당하지 않으면 원칙적으로 형사처벌의 대상이 되지 않는다는 점을 고려할 때, ‘공익을 해할 목적으로’가 원칙적으로 처벌되는 대상의 범위를 좁히는 역할을 한다고 보기 어려워, 타당한 지적이라고 할 수 없다.

다음으로 ‘허위의 통신’이라는 표현이 최소한의 명확성을 갖추고 있는지 검토한다. 그간에 본 규정을 적용하여 판결을 내린 재판의 경우 본 규정의 ‘허위의 통신’의 의미를 ‘통신내용의 허위’로 해석하였으나 ‘허위의 통신’의 의미를 ‘통신내용의 허위’로 단정하기 어렵다. 입법 당시(국가재건최고회의가 1961. 12. 「전기통신법」을 제정하여 유선통신설비 운영 및 이용을 규제하면서 허위통신 처벌규정을 신설하였다.)는 전화나 전보만을 사용하던 시절이었는데 전화나 전보의 송수신이 원활하게 연결되도록 하는 것이 과제였던 당시의 사회적 상황을 살펴 보더라도 ‘허위의 통신’의 의미로 ‘통신명칭의 허위’를 배제한다고 단정하기 어려우며 달리 ‘허위의 통신’이라는 표현이 어떤 의미인지를 명확히 할 수 있는 근거가 부족하다.

‘허위의 통신’을 ‘통신내용의 허위’라고 해석하더라도 ‘진실’과 ‘허위’의 구별 어려움 및 ‘사실’과 ‘의견’의 구별 어려움은 권력자의 처벌남용의 문제를 더욱 악화시키게 된다. 캐나다 대법원은 1992년 ‘Zundel 사건’에서 “‘허위표현금지규정’이 일반적인 역사적 사안이거나 정치적 내용과 관련되는 경우 진실이라는 개념 자체의 불명료함으로 인해 본질적으로 불명료하여 합헌적일 수 없다.”고 하여 진실과 허위 구별이 용이하지 아니함을 판시한 바 있다. 또한 미국 이주민이 광고한 “미국인들은 캐나다에서 환영받지 못합니다. 캐나다에서 토지나 농장을 구입하기 전에 그러한지 여부를 조사하세요.”라는 문구의 예를 들면서 의견의 표현과 사실의 진술을 구별하는 것이 용이하지 않으며 특히 “다수대중이 특정한 관점으로 통일되어 있는 사안에 대한 다른 소수의 의견들은 사실상 허위사실의 표현으로 취급당할 수 있다는 것이 현실이다.”라고 판시한 바 있다. ‘전기통신’이 “유선·무선·광선 및 기타의

전자적 방식에 의하여 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것”이라고 할 때 특히 사실의 표현을 담은 문언 이외의 부호·음향·영상의 경우 매체의 특성상 허위와 진실을 구별하기 어렵다는 점은 문제를 이중삼중으로 복잡하게 만든다.

이런 점들을 종합하면 본 규정은 개념의 불명확함으로 인하여 잠재적으로 광범위한 표현물에 적용될 수 있으며, 언제 무엇을 기소할지 여부를 결정할 수 있는 광범위한 권한을 정부당국에 부여하여 시민들이 자신들의 표현행위가 기소되는지 여부를 예측하는 것을 어렵게 한다. 따라서 본 규정은 “명확한 법에 의한 제한” 기준을 충족시키지 못하고 있는 것으로 판단된다.

3. 명백하고 현존하는 위협의 원칙 준수 여부

표현의 자유제한의 경우 민주체제에서 차지하는 본질적 기능으로 인하여 제한의 정당성이 인정되기 위해서는 표현행위로 인한 국가안보, 공공질서에 대한 위협이 목전에 임박해 있어야 함이 필수적이다. 헌법재판소는 앞에서 살펴본 바와 같이 구 「국가보안법」 규정과 구 「집회및시위에관한법률」 규정에 대한 결정에서 표현행위에 대한 제한은 위협이 명백하고 현존한 경우에만 합헌적일 수 있다고 판시한 바 있다.

미연방대법원은 1927년 *Whitney v. California* 사건에서 “연설로부터 발생하는 어떤 위험도 만약 금지되는 해악의 발생이 그렇게 임박하여 토론의 기회를 갖기도 전에 발생할 정도가 아니라면 명백 현존한 것이 아니다.”라고 판시한 바 있으며, 인도대법원은 1989년 *S.*

Rangarajan v. P.J. Ram 사건에서 표현의 자유 제한이 정당화되기 위해서는 “그 표현은 화약통 속의 불꽃과 동일할 정도의 행동과 같은 의미를 가져야 한다.”라고 판시한 바 있다.

다양한 국제적 사례들을 통해 국가안보와 공공질서를 이유로 표현의 자유를 명백하고 현존하는 위협의 원칙에 부합하게 제한하기 위한 조건을 정리하면, 첫째 공익침해의 위험이 높고 중간에 매개행위 없이 발생할 정도여야 하며, 둘째 위험은 목전의 침해여야 하며 다른 많은 요소들이 복합적으로 기여를 해야 발생할 수 있는 경우가 아니어야 하며, 셋째 침해의 위험은 표현으로부터 직접적으로 발생해야 하며(만약 사회적 환경에 잠재되어 있던 긴장이 위험의 실제 원인이라면 그러한 경우에 표현을 제한하는 것은 정당하지 못하다.), 넷째 위험은 심각한 침해여야 하며(즉 폭력이나 다른 유사한 정도의 심각한 불법행위여야 한다.), 다섯째 최소한 제재가 적용될 수 있는 공익침해에 대한 의도가 존재해야 한다.

본 규정은 공익에 대한 침해위험이 높은 경우에만 적용되는 것이 아니라 표현과 해악발생 사이에 명확한 인과관계를 요구하지 않고 해악의 발생이 시간적으로 근접할 것을 요구하지도 않는다. 심지어 해악발생이나 해악발생을 초래할 위험성 증대조차 요구하고 있지 않다. 본 규정의 구성요건성립에 명백하고 현존하는 위험성을 요구하지 않음으로 해서, 수사기관은 매일 대량으로 주고받는 문자메시지 통신 행위도 본 규정에 의해 수사대상으로 삼을 수 있고(서울중앙지방법원 2008고단4014 사건의 경우 공소사실이 휴대전화 문자메시지가 허위의 통신이라는 내용이다.) 이로 인해 잠재적 피의자를 무한히 확대할 수 있다.

또한 본 규정이 법률제정 후 45년 이상 한번도 적용된 적이 없었다는 사실은 본 규정이 민주사회를 유지하는데 필수적이지 않음을 보여준다. 따라서 본 규정은 명백하고 현존하는 위험의 원칙을 충족시키지 못하고 있는 것으로 판단된다.

4. 비례 원칙(과잉금지 원칙) 등 준수 여부

기본권제한이 정당한 것이 되기 위해서는 제한을 정당화 할 수 있는 목적이 있어야 하며, 기본권을 제한하는 법률이 그 목적을 달성하는데 ‘직접’ 기여하여야 한다. 여기에서 직접성이란 기본권제한과 목적달성이 우연적이고 부차적인 관계만으로는 부족하고 중간매개 행위 없이 1차적 관계가 인정되어야 한다는 의미이다.

이러한 점과 관련하여 헌법재판소는 89헌가8 사건에서 구 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호의 ‘사회적 불안’이 “국가의 안전보장이나 질서유지에 위해가 될 경우보다는 넓고 더 추상적인 개념”이라는 이유 등으로 위 규정에 위헌성이 있음을 인정하여 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한 목적 규정을 열거적·제한적으로 해석하였다. 또한 인도 대법원도 1950년 Romesh Thappar v. The State of Madras 사건에서 “법률규정은 헌법에 의해 허용되어지지 않은 기본권 제한 목적에 적용될 수 있다는 가능성이 배제되지 않는 한 완전히 비헌법적이고 무효라고 간주되어야 한다.”고 판시하여 표현의 자유제한 목적이 단순히 열거된 입법목적 중 하나를 우연히 성취한다는 것만으로는 충분치 아니하고 수단이 목적에 일차적으로 지향되어야 함을 밝히고 있다.

본 규정의 입법목적으로 허위표현을 금지하여 진실을 증진하는 것을

생각해 볼 수 있다. 그러나 진실증진을 위하여 금지되는 허위표현에 대하여 미연방 대법원(Near v. Minnesota 사건, 1931)과 캐나다 대법원('Zundel 사건', 1992)을 비롯한 많은 국가의 법원들은 끊임없이 “원칙적으로 허위표현을 표현의 자유 보장범위 안에 포함시켜야 표현의 자유가 보장될 수 있다.”는 것을 판시하여 왔다. 뿐만 아니라 “허위의 통신”을 제한하면 ‘진실증진’과 ‘공익보호’가 “직접적”으로 이루어진다고 볼 근거도 없다. 그러므로 ‘진실증진’이 정당한 입법목적이 될 수 있는지 여부는 별론으로 하더라도, ‘진실증진’을 위한 바람직한 방법은 허위표현을 포함한 다양한 주장들이 ‘공연히’ 제기되고 광범위한 토론을 거치는 것이지 허위와 진실을 가리기 위하여 원천적으로 허위표현을 금지하는 것은 아닐 것이다. 다시 말하면 허위소문이 제기되었을 때 정부는 실질적으로 단지 그 소문을 반박하고 적절한 반대증거를 제시함으로써 해서 그 잠재적 부정적 효과를 경감시킬 수 있다. 이러한 취지에서 유럽인권재판소는 1992년 Castells v. Spain 사건판결에서 “정부가 차지하고 있는 압도적인 지위로 인해 정당화되지 않은 공격과 비판에 적용할 수 있는 다른 수단이 있는 곳에서 형사절차진행을 가급적 자제하여야 한다.”고 판시한 바 있다.

또한 표현의 자유에 대한 제한이 정당화되기 위해서는 권리제한으로 인한 피해 보다 목적달성으로 이루어지는 공익이 더 커야 한다. 헌법재판소는 99헌마480 사건에서 “표현의 자유를 규제하는 법률은 특별히 명확해야 하며 명확하지 않은 경우 위축효과로 인해 과잉금지원칙과 조화할 수 없다.”고 판시한 바 있다. 이 결정이 보여주고 있는 바와 같이 표현의 자유라는 기본권은 그 특성상 다른 기본권과 달리 어떠한 제한이 있을 경우 기본권의 주체가 스스로 엄격한 자기검열을 하는 현

상 즉, 광범위한 위축효과를 수반한다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 제한하고자 하는 법규정은 달성하고자 하는 공익목적이 강력하고 이를 달성하기 위한 수단이 정교하게 마련되지 않는 한 비례성 원칙을 충족하기가 어렵다. 특히 법규정내용의 불명료함은 죄형법정주의 위반의 문제뿐만 아니라 위축효과를 증폭시켜 그 자체로 비례의 원칙에 반하게 된다. 본 규정은 지키고자 하는 목적(진실증진 등)을 달성하기 위한 수단(허위표현 금지)이 비효과적일 뿐만 아니라 오히려 그 적용범위가 너무 넓고 내용이 불명확함으로 인하여 달성하고자 하는 목적보다 오히려 더욱 큰 위축효과를 발생할 가능성이 매우 높다고 판단된다. 이 점은 소위 인터넷논객인 ‘미네르바’를 체포, 구속된 이후 인터넷 상 표현행위에 광범위한 위축현상(인터넷논객들이 자신의 글을 삭제하거나 인터넷망명 준비 등)이 발생한 사실로도 명백히 확인된 바 있다.

III. 결론

국제사회는 허위표현유포 행위를 포괄적으로 처벌하는 규정의 문제점을 지속적으로 제기하여왔으며, 캐나다 대법원에 의하면 어떠한 자유민주국가도 본 규정과 같은 포괄적인 ‘허위표현금지규정’을 가지고 있지 않다. ‘허위표현금지규정’은 호주, 프랑스, 네덜란드, 영국, 미국을 포함하여 많은 국가들에서 존재하지 않거나 사문화되어 있으며, ‘허위표현금지규정’이 잔존해 있던 캐나다와 짐바브웨, 안티구아바부다에서는 위헌판정이 난 바 있다. 대부분의 국가에서는 공익보호를 위하여 허위표현 유포행위를 처벌하더라도 특정한 상황에 제한된 범위에서 처벌하고 있다.

본 규정의 주요 개념(‘공익’, ‘허위의 통신’)들은 허용될 수 없을 정도로 모호하다. 본 규정의 표현의 자유제한의 목적도 막연히 공익보호를 목적으로 하므로 헌법적으로 용인되기 어려우며 허위표시의 금지라는 수단이 이러한 목적을 달성하는 데에 직접적으로 기여한다고 볼 수도 없다. 정부는 허위주장을 반박하기 위한 방대한 수단을 가지고 있음에도 불구하고 전기통신설비에 의하여 행하는 모든 유형의 허위표현행위를 일반적으로 금지하고 있으므로 제한이 목적달성에 합리적으로 연관되어 있다고 보기 어렵다. 본 규정은 표현과 해악발생 사이에 명확한 인과관계를 요구하거나 해악의 발생이 시간적으로 근접함을 요구하지 않고 있어 명백하고 현존하는 위협의 원칙에 따라 표현의 자유를 최소한도로 제한하고 있다고 볼 수도 없다. 오히려 본 규정은 ‘공익’과 ‘허위의 통신’과 같은 모호한 표현을 사용하여 심각한 위축효과를 초래하므로 비례 원칙도 충족하지 못한다. 이러한 점은 본 규정에 따라 소위 인터넷논객 ‘미네르바’가 체포·구속된 이후 본 규정의 적용이 사이버공간에서 야기했던 광범위한 위축효과에서 구체적으로 확인된 바 있다. 따라서 담당재판부는 본 규정에 대한 위헌성 심사를 할 때 표현의 자유의 중요성과 인터넷 공간의 특성, 그리고 본 규정이 초래하는 위와 같은 위축효과를 고려하여 본 규정의 인권침해성 여부에 대하여 엄격한 심사를 하는 것이 필요하다.

IV. 소수의견

1. 김태훈, 김양원 위원 의견

가. 다수의견은 본 규정은 특히 중요한 기본권인 표현의 자유를 형벌로써 제한하는 규정이므로 고도의 명확성이 요구됨에도 불구하고 본 규정에 있는 “공익” 및 “허위”의 개념이 모호하여 명확성의 원칙에 반

한다고 주장한다.

그러나 본 규정의 “공익을 해할 목적으로”라는 구성요건은 그 자체가 금지되는 행위 대상이 아니라 “허위의 통신”이라는 구성요건의 적용범위를 제한하는 의미에 불과하고, 한편 “허위의 통신”이란 법률의 합헌적 해석의 원칙과 「전기통신기본법」의 전체적인 입법취지상 “전기통신설비를 이용하여 허위내용의 사실을 유포하는 것”으로 볼 것이므로, 본 규정이 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

나. 다수의견은 본 규정은 “포괄적인” 공익을 해할 목적으로 허위사실을 유포하면 “타인에게 피해발생 여부를 묻지 않고” 형사처벌할 수 있다는 특징을 가지고 있는바, 이러한 “허위표현 금지규정(a false news provision)”은 처벌범위의 불명확성과 광범위성 때문에 유엔을 비롯한 국제인권기구가 줄곧 비판하여 왔고, 어떠한 자유민주국가도 본 규정과 같은 포괄적인 허위표현 금지규정을 가지고 있지 않다고 주장한다.

그러나 본 규정은 인터넷을 비롯한 “전기통신설비”를 이용한 허위사실 유포행위를 처벌함으로써 전기통신을 효율적으로 관리하여 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 하는 것이므로(전기통신기본법 제1조 참조), 이러한 “전기통신설비”라는 표현매체의 특성을 고려할 때 본 규정과 같은 포괄적인 제한이 불가피한 측면이 있으므로, 본 규정이 국제사회에서 우려하는 이른바 허위표현 금지규정에 해당한다고 볼 수도 없다.

다. 우리사회는 이미 인터넷이라는 표현매체가 가지는 광범위하고 신속한 전파력과 강력한 침투력이 초래한 파괴력과 폐해¹⁾를 경험하였

1) 작년 촛불시위 당시 “경찰이 20대 여성 시위참가자의 목을 졸라 살해하고, 경찰 부대원들의 명령불복종 사태가 발생하였다”는 등의 글과 사진을 인터넷 사이트에 게재한 서울중앙지방법원 2008고단3294 사건, “전의경대원들이 시위대를 강간하고 무고한 시민을 상대로 무차별적으로 폭력을 행사하였다”는 글을 인터넷 사이트 등에 게재한 서울중앙지법 2008고단3896사건 및 2008노3806사건, 인터넷에서 광우병에 대한 과장되고 잘못된

다. 많은 사람들이 인터넷상 무책임한 허위표현행위에 대한 처벌이 필요함을 공감하고 있다. 한편 법원은 본 규정에 대한 헌법소원의 계기가 된 서울중앙지방법원 2009고단304사건(이른바 미네르바 사건)에서 무죄를 선고함으로써 본 규정을 적용하더라도 표현의 자유 보장에 문제가 없음을 보여주고 있다. 그러므로 이러한 상황 하에서는 구태여 본 규정의 인권침해성에 대한 위원회의 의견을 담당재판부에 제출할 필요는 없다 할 것이다.

2. 황덕남, 최윤희 위원 의견

다수의견은 본 규정이 포괄적인 공익보호를 목적으로 허위사실유포행위를 광범위하게 처벌하므로 명백현존위험의 원칙과 비례성 원칙에 부합하지 아니한다고 주장한다. 그러나 본 규정은 표현행위가 결과적으로 공익을 해하는 경우까지 포괄하여 처벌하는 것이 아니라 “인식있는 허위사실 유포행위”만을 처벌하며 인식있는 허위사실 유포행위는 그 죄질이 중대하고 범위도 제한되므로 명백현존위험의 원칙과 비례성 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

또한 다수의견은 민주국가에서는 본 규정과 같은 ‘허위표현금지규정’을 존치하고 있는 경우가 없으므로 이 사실만으로도 본 규정의 과잉성을 확인할 수 있다고 주장한다. 그러나 허위표현유포행위를 형벌로써 처벌하지는 않는다고 하더라도 사실상 형벌과 유사한 성격이 있는 ‘징벌적 손해배상’으로 의율하는 경우도 있을 수 있으므로 이 부분을 충분히 확인하지 아니한 채 본 규정의 과잉성을 단정할 수 없다.

정보가 댓글 형식을 통해 광범위하게 유통되면서 엄청난 사회적 혼란을 야기했던 이른바 MBC PD사건, 가수 유니, 텔런트 최진실 등 유명인들이 인터넷 악플에 시달리다 자살한 사건 등.

2009. 6. 8.

위 원 장 안 경 환

위 원 최 경 숙

위 원 유 남 영

위 원 문 경 란

위 원 김 태 훈

위 원 윤 기 원

위 원 정 재 근

위 원 황 덕 남<불참>

위 원 조 국

위 원 최 윤 희

위 원 김 양 원

<붙임1>

UN기구 권고내용

1. 카메룬 Womah Mukong v. Cameroon, Communication No. 458/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/458/1991 (1994).

(원문 <http://www1.umn.edu/humanrts//undocs/html/vws458.htm>),

2. 튀니지

가. 언론법 제49조(Code de la press Loi n° 1975-32 Jort n° 29 du 28 avril 1975)

The publication, distribution, or reproduction of distorted news and of pieces which are false, fabricated, and having influenced on the third party, when, made in bad faith, making troubles in the public order, having possibilities to make troubles, shall be punished by imprisonment of two months to three years and a fine from 100 to 2000 dinar or one of these penalties.

나. 보고서

89. The Committee is concerned that dissent and criticism of the Government are not fully tolerated in Tunisia and that, as a result, a number of fundamental freedoms guaranteed by the Covenant are not fully enjoyed in practice. In particular, it regrets the ban on the publication of certain foreign newspapers. The Committee is concerned that those sections of the Press Code dealing with defamation, insult and false information unduly limit the exercise of freedom of opinion and expression as provided for under article 19 of the Covenant. In this connection, the Committee is concerned that those offences carry particularly severe penalties when criticism is directed against official bodies as well as the army or the administration, a situation which inevitably results in self-censorship by the media when reporting on public affairs. The Committee also notes with concern that it is not clear how procedures ensure independent review on the merits, including judicial appeal, in cases where those provisions of the Press Code have been invoked.

3. 모리셔스

가. 형법 제299조 ("Section 299: Publishing false news")

The publication, diffusion or reproduction, by any means, of false news or of news which though true in substance has been altered in one or more parts or falsely attributed to some other person, if the publication, diffusion or reproduction is of such a nature as to disturb public order or public peace, shall be punished – (b) where the offence is committed by means of any writing, newspaper [by a fine and imprisonment]

unless it is proved by the accused that the publication, the diffusion or reproduction was made in good faith and after making sufficient enquiries to ascertain its truth."

나. 보고서

○ 19. The Committee is concerned at the extent of de facto limitation on the freedom of expression, as exemplified by the banning of two recent literary works without legal measures having been taken to that effect, and at penal offences relating to libel and the dissemination of false news. Extra-legal restrictions on freedom of

expression are not compatible with the Covenant.

○ 27. The Committee recommends the reconsideration of the legislation on the publication of false news. If the State party considers it necessary to allow for some restrictions on publications and showing of films, legislation should be introduced establishing criteria consistent with article 19 (3) of the Covenant and providing for judicial review of all decisions to restrict the exercise of freedom of expression. The Committee expresses the hope that the envisaged Independent Broadcasting Authority is established as soon as possible. It suggests the establishment of a mechanism that would allow for a Press Code of Ethics.

4. 아르메니아

가. 신문과 미디어법 제6조(Press and Mass Media Law (adopted by the National Assembly, Oct. 8, 1991), Article 6. Unacceptability of Abuse of Freedom of Speech)

Press and Mass media shall not be permitted to publish information containing state secrets, a list of which shall be established by the Council of Ministers.

False and unverified news reports, as well as news which advocate war, violence, ethnic and religious hostility, prostitution, drug abuse or other criminal acts shall not be published. Without the permission of the citizen, the secret of adoption and details of the private life of the citizen shall not be published.

나. 보고서

20. The Committee is concerned about the compatibility of the 1991 Press Law with freedom of expression under article 19 of the Covenant, in particular that the notion of "State secrets" and of "untrue and unverified information" (article 6 of the Press Law) are unreasonable restrictions on freedom of expression. Furthermore, the Committee is concerned about the extent of the Government's monopoly in respect of printing and distribution of newspapers.

5. 우루구아이

10. Although the new Press Law (Act No. 16,099) is in general a positive achievement, the Committee is concerned that it still includes provisions that might impede the full exercise of freedom of expression. Foremost among these are certain provisions relating to offences committed by the press or other media, in particular articles 19 and 26 of the law, relating to false information and to slander through the media.

With respect to freedom of expression, there should be greater freedom to seek information, as provided for under article 19 (3) of the Covenant. Additionally, the sanctions provided for under chapter IV of the Press Law are too wide and may hinder the full enjoyment of article 19 of the Covenant. In this regard, the law is not adequate.

6. 유엔특별보고관

(205. In this regard, the Special Rapporteur strongly urges all Governments to ensure that press offences are no longer punishable by terms of imprisonment, except in cases involving racist or discriminatory comments or calls to violence. In the case of offences such as "libelling", "insulting" or "defaming" the head of State and publishing or broadcasting "false" or "alarmist" information, prison terms are both reprehensible and out of proportion to the harm suffered by the victim. In all such cases, imprisonment as punishment for the peaceful expression of an opinion constitutes a serious violation of human rights.)

<붙임2>

캐나다 사례(Zundel case, 1992) 요약

1. 사건 개요

피고인은 허위표현(false news)을 유포하여 형법 제181조²⁾를 위반하였다는 혐의로 기소되었다. 형법 제181조는 허위임을 알면서 공익을 손상 및 해악을 끼치거나 끼칠 수 있는 허위의 진술, 이야기, 소식을 의도적으로 유포하는 자를 처벌하는 규정이다. 피고인은 전에 미국이나 영국 등에서 발간되었던 “6백만명이 실제로 죽었는가?”라는 제목의 팜플렛에 서문과 마무리글을 추가하여 발간하였다. 그 팜프렛은 2차 세계대전 중에 6백만명의 유대인이 학살당했다는 것이 확립된 역사적 사실이 아니며 홀로코스트는 세계적으로 퍼져있는 유대인들의 음모에 의

2) 형법 제181조 : 1. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years

한 신화에 불과하다는 내용을 담고 있다. 피고인은 오랜 심리 끝에 유죄판결을 선고받았다. 항소심에서도 피고인의 유죄판결은 유지되었다. 대법원 상고심 쟁점은 형법 제181조가 캐나다 “권리와 자유헌장”(이하 ‘헌장’이라 한다) 제2조 제b항³⁾을 위반했는지와 헌장 제1조⁴⁾에 의해 정당화될 수 있는지 여부이다.

2. 결정내용⁵⁾

가. 허위표현이 헌장에 의해 보호되는지 여부

형법 제181조는 표현의 자유를 제한한다. 헌장 제2조 제b항은 소수자의 견해가 아무리 사회적으로 불편하다고 하더라도 자신의 견해를 표현할 수 있는 권리를 보호한다. 의미를 전달하거나 전달하려고 시도하는 모든 통신매체는 폭력적으로 의견이 표현되는 것과 같은 방식이 아닌 한 통신의 내용과 무관하게 헌장 제2조 제b항에 의해 보호된다. 이러한 권리보호의 목적은 진실을 발견하고 정치적 사회적 참여를 촉진하며 자기실현을 위해 표현의 자유를 인정하는 것이다. 이러한 목적은 사회의 다수자가 허위이거나 잘못되었다고 생각하는 소수자의 신념을 보호하는 것까지 포함한다. 행위자가 공표한 표현내용들 때문에 행위자를 형사적으로 처벌하고 잠재적인 구금의 위험을 처하게 하는 형법 제181조가 표현의 자유를 제한하는 효과가 있으며 헌장 제2조 제b항의 권리를 제한한다는 것은 의문이 없다.

3) 캐나다 권리와 자유헌장 제2조 제b항

2. Everyone has the following fundamental freedoms

b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication.

4) 캐나다 권리와 자유헌장 제1조

The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

5) 4인의 위헌의견과 3인의 합헌의견이 있었다. 캐나다 대법원의 의사정족수는 5인이고(캐나다 대법원법 제25조) 의결정족수는 4인이다(동법 제29조).

헌장 제2조 제b항에 의해 보장되는 표현의 자유에 대한 포괄적이고 목적적인 해석에 의하면 허위사실을 의도적으로 공표하는 행위자들이 단지 그 이유만으로 표현의 자유에 대한 헌법적 보호 범위에서 배제되어서는 안된다. 행위자가 헌장 제2조 제b항의 보호범위에서 배제되기 전에 보호배제를 정당화할 수 있는 사유가 명확히 되어야 한다. 허위성이라는 기준은 허위주장이 종종 가치를 가질 수 있으며 완전한 허위성을 결정하는 것의 어려움을 고려해 보았을 때 이러한 명확성에 부합하지 아니한다.

나. 형법 제181조 규정이 헌장 제1조의 기본권 제한한계 내인지 여부
본 규정은 원래 국가의 정치적 안정을 보존하기 위해 해당 영역을 지배하는 귀족들에 대한 의도적인 중상적 표현을 금지하기 위한 것이었다. 따라서 그 입법목적이 증오선전과 인종주의적 행위를 규제하기 위한 것이라고 제안하는 것은 그 규정의 역사와 문구의 범위를 뛰어넘는 것이고 본 법원이 받아들이지 않는 변용된 입법목적을 채택하는 것이다. 헌법 제1조의 기본권제한의 정당화는 모든 형벌규정에 공통적인 위해를 방지한다는 일반적인 목표 이상을 요구한다. 그것은 헌법이 보장하는 기본권을 압도할 수 있을 정도의 긴급하고 실질적인 특별한 목적을 요구한다.

자유롭고 민주적인 국가에는 허위사실 유포행위를 처벌하는 법률이 없음을 명심해야 할 것이다. 본 규정이 오랜 역사를 가졌음에도 불구하고 거의 적용된 적이 없다는 사실도 자유롭고 민주적인 사회를 유지하는데 이 규정이 본질적이지 않다는 점을 뒷받침한다. 표현의 자유를

압도할 수 있을 만큼 충분한 중요성을 갖는 목적이 없이 본 규정이 헌법 제1조에 의해 합헌화 될 수 있는 것이 아니다.

다. 형법 제181조 규정이 비례성 심사를 통과할 수 있는지 여부
본 규정은 비례성 심사를 통과할 수 없다.

첫째 본 규정은 지나치게 광범위하고 필요 이상으로 범위를 벗어나서 그 목적을 달성할 수 없다. “statements, tale, news”라는 구절은, 그것이 진실한 의견 영역까지 제한하지 않는다고 하더라도, 명백히 역사적이고 사회적인 표현 행위의 광범위한 영역을 포괄하고 감각적으로 순수한 사실의 문제로서 입증될 수 있고 명백한 것의 범위를 벗어나기 쉽다. 본 규정의 가장 큰 위험은 거의 무한한 확장을 가능하게 하는 “공익에 대한 손상과 침해”라는 명확하지 못한 구절에 있다. 본 규정의 막연하고 광범위한 표현에 의해 잠재적으로 포괄될 수 있는 표현의 범위는, 허위라고 논란이 될 수 있고 공익에 대한 침해 가능성이 있는, 명백한 사실에 대한 모든 논쟁적인 진술에 실질적으로 확대 적용될 수 있다. 본 규정은 사회적 소수집단이나 개인들에게 위축효과를 야기하여 사회적 소수자가 기소될지도 모른다는 두려움 때문에 그들이 표현하고자 하는 표현행위를 제한하게 된다.

두 번째 본 규정의 목적이 잠재적인 공격범위와 균형을 맞춘다고 하더라도 표현의 자유에 대한 제한을 통해 얻는 법익의 가치는 표현의 자유라는 법익의 가치에 미치지 못한다. 표현의 자유의 중요성에도 불구하고 이를 합헌적으로 제한하기 위해서는 본 규정의 목적이 가장 급박한 침해위험에 처해있는 반대이익보호가 있어야 한다. 더 나아가 본 규정에 의한 제재가 심각한 사회적 관심 상황에 밀접히 제한된다는 가

정 위에서만 표현행위에 대한 형사처벌이 정당화 될 수 있다.

라. 결론

따라서 형법 제181조는 헌장에 위반된다.

<붙임3>

짐바브웨 대법원 판결 요약⁶⁾

1. 사건 개요

짐바브웨 주간지인 'The Standard'는 1999년 1월 10일-16일 판에서 “고위 육군 장교들 체포”라는 제목으로 짐바브웨 국군 23명이 쿠데타를 시도하여 체포되었다는 소문이 있다는 내용의 기사를 공표하였다. 경제실정과 콩고민주공화국 내전 관여가 쿠데타 시도의 이유로 인용되어졌다. 그 기사는 기사정보원으로 “군대내의 고위직 정보원”을 인용하였다. 그 기사는 또한 그 전쟁에 관한 군대 내의 광범위한 불만을 언급하였고 군인들의 사기가 저하되었으며 몇몇 군인들은 콩고내전에 참여를 거부하면서 명령에 불복종하였다는 내용을 포함하였다. 위 신

6) 판결문을 입수하지 못하여 Article 19의 본 판결 설명자료를 참조하였음.

문의 편집자인 Mark Chavunduka는 1999년 1월 12일에 체포되었으며 위 기사의 작성자인 Ray Choto는 자수했다. 이 피의사건의 요지는 위 두 사람이 질서유지법 제50조 제2항 제a목⁷⁾을 위반했다는 것이다. 위 두 사람은 위 제50조 제2항이 짐바브웨 헌법 제20조 제1항⁸⁾에 반하는지에 대해 위헌심판신청을 하였다.

2. 판단

가. 허위표현이 헌법에 의해 보호되는지 여부

대법원은 ‘허위보도’에 해당하는 표현이 표현의 자유의 헌법적 보장에 의해 보호되어지고 이것이 국제적 실무와 일치한다는 입장을 견지하였다. “다수에 의해 허위로 간주되는 진술, 의견 그리고 신념들은 표현의 자유에 의해 당연히 포함되어야 하며 이 자유의 본성을 강조하고 있다”, “그러한 진술들은 민주적 토론에서 정당한 역할을 할 수 있고 그래서 보호되어야 한다. 그러한 진술을 만들고 공표하는 것에 대한 어떠한 제한도 법에 의해 규정되어야 하며 정당한 목적에 복무해야 하고 민주사회에서 합리적으로 정당화되어야 한다”는 점이 강조되었다.

나. 질서유지법 제50조가 “법에 의한 규정”인지 여부

7) 질서유지법 제50조

제1항 : 이 조에서 ‘statement’는 모든 글과 그림, 사진 또는 유사한 표현행위를 포함한다.

제2항 : 제a목 군중이나 군중의 부분 사이에 공포, 경악, 실망을 야기할 가능성이 큰,

제b목 공공질서를 혼란스럽게 할 가능성이 큰,

어떠한 허위의 표현행위, 소문, 보고를 작성하거나 공표, 복사한 사람은 그가 그러한 표현행위를 하기 전에 그 정확성을 입증하기 위한 합리적인 수단을 강구했음을 법원에 설득하지 못하는 한 7년을 이하의 징역에 처해질 수 있다.

8) 헌법 제20조 제1항 : 그의 동의가 없거나 부모의 교육목적이 아닌 한 어떤 사람도 표현의 자유 향유를 방해받지 아니한다. 즉 의견을 가질 자유, 방해 없이 생각과 정보를 주고받을 자유, 타인의 견해에 대한 자신의 의견표명을 방해받지 아니할 자유 향유를 방해받지 아니한다.

대법원은 제한이 법에 의해 규정되어야 한다는 조건이 “법은 접근 가능해야 하며 어떤 사람이 그의 행동을 규율하게 만들어 줄 수 있을 만큼 충분히 정교하게 형성되어야 한다.”는 것을 강조하였다. 대법원은 “짐바브웨 허위표현금지규정은 모호하고 과도하게 포괄적이다. 그것은 ‘공포’, ‘경악’, ‘낙담’을 실제로 야기 시키는 진술에만 국한되지 않고 그렇게 할 가능성이 있는 어떠한 진술도 포함한다”, “뉴스로써 가치 있는 거의 모든 것이 최소한 어느 정도는 공중의 일부 또는 한사람은 이러한 주관적인 감정들 중 어느 하나는 야기 시킬 것이다.”는 점을 강조하였다. 또한 “‘허위’라는 낱말의 사용은 그것이 고의적인 거짓말뿐만 아니라 특히 피고가 그 진술이 거짓이라는 것을 알았다는 것을 입증할 필요가 없기 때문에 부정확한 많은 진술을 포함하여 과도하게 막연하고, 그리하여 검찰이 어떤 상황에서 그 규정을 적용해야 할지에 관하여 광범위한 결정권을 부여받았고 그것의 남용가능성이 크다”는 점을 강조하였다.

다. 질서유지법 제50조가 표현의 제한 한계(필요성, 비례성 등)를 준수했는지 여부

허위표현금지규정이 필수적인지 여부를 판단할 때 대법원은 여러 요소를 고려하였다. 첫 번째 그 규정이 20여년 동안 적용되지 않았음이 고려되었다. 이것은 본 규정의 입법목적이 민주사회를 구성하는데 긴요하지 않으며 표현의 자유제한이 불가피하다는 것을 보증하지 않는다는 것을 암시한다. 둘째 대법원은 허위표현을 통제하기 위해 형벌로 제재하는 것이 적절치 않을 뿐만 아니라 효과적이지도 않음을 고려하였다. 허위표현에 대해서는 단순히 반박하는 것이 훨씬 더 효과적인 것이다. 셋째 대법원은 어떤 다른 민주국가들도 허위표현금지규정을

가지고 있지 않음을 고려하였다. 이는 민주사회에서는 그러한 규정이 불필요함을 암시한다. 넷째 대법원은 허위표현금지규정이 그것의 잠재적인 적용범위가 그것이 명시적으로 맞추어져 있는 해악을 훨씬 뛰어넘는다는 의미에서 과도하므로 비례성을 충족시키지 못한다는 점을 고려하였다. 다섯째 대법원은 허위표현금지규정이 광범위한 진술영역에 적용되며 심지어 그 진술을 한 작성자가 그 진술이 허위이거나 부정확한지를 알지 못할 때도 적용된다는 점을 고려하였다. 짐바브웨 대법원은 캐나다 대법원이 Zundel 사건에서 전개했던 논리에 찬성하였다. “본 규정에 의해 처벌되는 광범위한 표현의 범위는 본 규정이 표현의 자유에 최소한 손상을 가해야 한다는 점과 문제되는 해악을 고려했을 때 적절하게 입안되고 제한되었다고 말할 수 없다.”고 판시하였다. 여섯째 대법원은 본 규정의 범위가 짐바브웨에서 표현의 자유에 위축효과를 결과할 수 있으므로 본 규정의 어떠한 잠재적인 이익도 표현의 자유에 대한 부정적인 효과에 의해 압도되었다고 보았다.

라. 결론

짐바브웨 대법원은 이러한 이유들로 본 규정은 표현의 자유에 대한 헌법적 보장을 침해한다고 판시하였다.

<붙임4>

외국의 허위표현금지규정

1. 인도형법 제171G조

Section 171G. False statement in connection with an election Whoever with intent to affect the result of an election makes or publishes any statement purporting to be a statement of fact which is false and which he either knows or believes to be false or does not believe to be true, in relation to the personal character or conduct of any candidate shall be punished with fine.

2. 덴마크 형법 제226조 b항

226. If, in the circumstances provided for in the foregoing, the

punishable nature of the act depends on any abnormal mental or physical condition of the injured person or on the age of that person, the perpetrator has acted without knowledge of such condition or age of the person concerned, or if, in the circumstances dealt with in sect. 217, subsect. (3), of this Act, he has acted without knowing that the person concerned had been admitted to and was subject to the care of any of the institutions indicated in that section and if, for that reason, the act is not imputable to him as intentional, the penalty to be inflicted, if he has acted negligently, shall be proportionately reduced.

3. 남아프리카 방위법 제118조 (1)항 (b)목

118 Improper disclosure of information(1) No person shall publish in any newspaper, magazine, book or pamphlet or by radio or any other means - (b) any statement, comment or rumour relating to any member of the South African Defence Force or any activity of the South African Defence Force or any force of a foreign country, calculated to prejudice or embarrass the Government in its foreign relations or to alarm or depress members of the public, except where publication thereof has been authorized by the Minister or under his authority.

4. 독일형법

가. 제109조 제1항

Section 109d Disruptive Propaganda against the Federal Armed Forces

(1) Whoever, against his better judgment and for the purpose of

dissemination, makes grossly distorted assertions of a factual nature, the dissemination of which is capable of disrupting the activities of the Federal Armed Forces, or disseminates such assertions with knowledge of their untruthfulness in order to obstruct the Federal Armed Forces in the fulfillment of its duty of national defense, shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine.

(2) An attempt shall be punishable.

나. 제110조 제a항 : 폐지

<붙임5>

국제인권기구의 표현의 자유 관련 결정 등

1. 아프리카인권위원회

아프리카 인권헌장 제9조는 표현의 자유가 개인의 인격적발전과 자신의 정치적 의식과 국가의 공적인 업무에 대한 참여에 없어서는 안될 기본적인 인권임을 반영한다. (Decision on Communications 105/93, 130/94, 128/94 and 152/96, para. 52)

http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/105-93_128-94_130-94_152-96.html)

2. 유럽인권재판소

표현의 자유는 민주사회의 본질적 조건 중 하나를 구성한다. 그것은 민주사회진보와 모든 사람의 발전을 위한 기본적 조건 중 하나이다. 표현의 자유는 우호적으로 받아들여지는 정보와 이념에 대해서뿐만 아니라 국가나 인민의 일부를 공격하고 충격을 주고 혼란스럽게 하는 정보와 이념에 대해서도 보장되어야 한다. 이는 다원주의와 관용의 정신, 포용성의 요구이며 이것 없이는 민주사회가 아니다.(Handyside v. United Kingdom, 7 December 1976, 1 EHRR 737, para. 49.)

3. 미주인권재판소

표현의 자유는 민주사회의 존재 바로 그 자체가 근거하고 있는 초석이다.(Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion OC-5/85 of 13 November 1985, Series A, No. 5, para. 70.)

(http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4e.htm#judgenikken)

4. 짐바브웨 대법원

기본적인 자유로서 이 보호되는 기본권의 근본적인 역할은 여러차례에 걸쳐 우리법원이 강조되어져 왔다. 가장 최근에는 Retrofit (Pvt) Ltd v. Posts and Telecommunications Corporation and Anor supra 사건에서 표현의 자유가 우리사회의 핵심적 가치로서 모두 공감한다는 것을 다시 강조되었다.(United Parties v. Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs & Ors [1997] 2 ZLR 254. The reference is to Retrofit [1996] 4 LRC 489, pp. 499-501. 짐바브웨 Mark Chavunduka and Ray Choto v. Republic of Zimbabwe 사건에 대한 Article 19의 의견서 p.4에서 재인용)

