

헌 법 재 판 소

결 정사 건 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 정보통신망 이용촉진 및 정보 보호 등에 관한 법률 제70조 제1항 위헌소원

청 구 인

1. 대리인 법무법인 이공 담당변호사 양홍석
2. 대리인 변호사 한정수

당 해 사 건

1. 대법원 2012도11914 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)(2013헌바105)
 2. 광주지방법원 2014노1093 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)(2015헌바234)
- 선 고 일 2016. 2. 25.

주 문

구 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되고, 2014. 5. 28. 법률 제12681호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항은헌법에 위반되지 아니한다.

이 유

1. 사건개요

가. 2013헌바105 사건

청구인 최OO는 2011. 1. 11. 컴퓨터를 이용하여 자신이 거주하는 아파트 홈페이지 내 입주민공간 자유게시판에 “입에 담지 못할 욕설 그리고 폭행”이라는 제목의 글을 게시하여, 피해자 최 OO 부부를 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 위 피해자들의 명예를 훼손하였다는 범죄사실로 2012.5. 30. 인천지방법원 부천지원에서 벌금 50만 원을 선고받았다(인천지방법원 부천지원 2012고단374).청구인은 항소를 하였으나 기각되었고(인천지방법원 2012노1630), 상고하여(대법원 2012도11914) 상고심 계속 중 구 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제70조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다(대법원 2013초기101).대법원이 2013. 2. 28. 위 상고 및 위헌법률심판제청신청을 기각하였고, 이에 청구인은 2013. 4. 4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2015헌바234 사건

청구인 김OO는 피해자 하정원이 운영하는 (주)모OO에 5,000만 원을 투자하였으나 투자금을 회수하지 못하자 이에 불만을 품고, 2008. 8. 15.경부터 2012. 7. 29.경까지 16회에 걸쳐 인터넷 다음사이트 아고라 게시판에 위 피해자에 대한 글을 게시함으로써, 피해자를 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다는 범죄사실로 2014. 4. 24. 벌금 150만 원을 선고받았다(광주지방법원 2013고정1572). 청구인은 항소하여 항소심 계속 중(광주지방법원 2014노1093) ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제70조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을하였으나 2015. 6. 17. 기각되었다(광주지방법원 2015초기95). 이에 청구인은 2015. 7.9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 구 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되고, 2014. 5. 28. 법률 제12681호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 정보통신망법’이라 한다) 제70조 제1항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.[심판대상조항]구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되고, 2014. 5. 28. 법률 제12681호로 개정되기 전의 것)제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만 원이하의 벌금에 처한다.

[관련조항]

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것)제70조(벌칙) ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다. [4/20]③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할수 없다.

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)제307조(명예훼손) ① 공연

히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다. ② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. 제309조(출판물등에 의한 명예훼손) ① 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조 제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항의 방법으로 제307조 제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다. 제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다. 제312조(고소와 피해자의 의사) ② 제307조와 제309조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 3. 청구인들의 주장가. 심판대상조항의 ‘비방할 목적’은 공공의 이익을 위하여 ‘비판할 목적’과 명확하게 구별되지 않는 불명확한 개념이다. 대법원은 ‘비방할 목적’이 ‘공공의 이익’을위한 것과는 상반되는 관계에 있으므로 행위자의 주요한 목적이 공공의 이익을 위한것이라면 비방할 목적이 있다고 보기 어렵다는 해석의 기준을 제시하고 있으나, ‘공공의 이익’이라는 개념 역시 불명확한 표현이어서, ‘비방할 목적’의 의미가 더욱 불명확하고 추상적으로 된다. 따라서 심판대상조항은 명확성 원칙에 위배된다. 나. 심판대상조항이 진실한 사실에 대하여도 명예훼손으로 처벌하는 것은 공론의장으로서 인터넷이 가지는 자정적 기능을 마비시키는 것이므로, 수단의 적합성이 인정되지 않고, 민사상 손해배상이나 정보통신망법에 의한 임시조치, 명예훼손 분쟁조정 등 덜 제약적인 방법이 있음에도 형벌권을 행사하는 것은 침해의 최소성 원칙에위배되며, 진실에 기반을 두지 않은 허위의 명예를 보호하기 위하여 진실한 사실에대한 표현을 억제하는 것은 법익균형성 원칙에도 위배된다. 따라서 심판대상조항은과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해한다.

4. 판단

가. 심판대상조항의 내용 및 입법취지형법상 사실을 적시하여 명예를 훼손한 경우 2년 이하의 징역 또는 금고, 500만 원이하의 벌금에 처한다(형법 제307조 제1항). 심판대상조항은 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 경우 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. ‘비방할 목적’을 요구한다는 점에서 형법상 명예훼손죄와 차이가 있으며,

형법상 명예훼손죄보다 형이 가중되어 있다. 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 명예를 훼손한 경우에는 정보의 확산 속도가 매우 빠르고 그 범위를 예측하기 어려울 뿐만 아니라 정보의 반복·재생산으로 인하여 이미 유포된 정보의 삭제가 매우 어렵다는 측면에서 그로 인한피해가 더 심각할 수 있다. 그런데 이에 대한 가중처벌규정이 없고 형법상의 일반 명예훼손죄(형법 제307조)로만 규율할 수밖에 없게 되자, 2001. 1. 16. 법률 제6360호로전부개정된 정보통신망법에서는 인터넷 등 정보통신망을 통한 명예훼손행위를 가중처벌하는 규정을 도입하게 되었다. 정보통신망법이 2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되면서 조문의 위치만 제61조에서 제70조로 변경되었다가, 2014. 5. 28. 법률 제12681호로 개정된 정보통신망법에서는 벌금형이 ‘2천만 원 이하’에서 ‘3천만 원 이하’로 상향되었고, 금고형이 삭제되었다.

나. 쟁점심판대상조항이 규정하는 ‘비방할 목적’이 공공의 이익을 위하여 ‘비판할 목적’과구별되지 않는 불명확한 개념으로 명확성 원칙에 위배되어 청구인들의 표현의 자유를 침해하는지 여부가 문제 된다. 그리고 심판대상조항이 개인의 명예라는 인격권을 보호하기 위하여 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를훼손한 자를 형사처벌하는 것이 과잉금지원칙을 위반하여 표현의 자유를 침해하는지 여부가 문제 된다.

다. 표현의 자유 침해 여부

(1) 명확성 원칙 위배 여부

(가) 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성 원칙은 특별히 중요한 의미를지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축 효과를 야기하고, 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 함으로써 그러한 표현들이 상호검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래기능을 상실케 한다. 따라서 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다. 한편, 이러한 명확성 원칙은 죄형법정주의 원칙에서도 요청된다. 즉 헌법 제12조및 제13조를 통하여 보장되는 죄형법정주의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가

무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미한다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등 참조).

그러나 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법 기술적으로 불가능하고, 다소 광범위하여 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 명확성 원칙에 반한다고 할 수는 없다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등; 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37 참조). 심판대상조항은 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자를 형사처벌하도록 함으로써 표현의 자유를 제한하고 있으므로, 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 명확성 원칙뿐만 아니라 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 요구되는 엄격한 의미의 명확성 원칙을 충족하여야 한다 .

(나) 심판대상조항의 보호법익은 사람의 가치에 대한 사회적 평가로서 외적 명예이다. ‘비방할 목적’은 고의 외에 추가로 요구되는 주관적 구성요건요소로서, ‘비방’의 사전적 의미는 남을 비웃고 헐뜯어서 말하는 것을, ‘목적’의 사전적 의미는 실현하려고 하는 일이나 나아가는 방향을 의미한다는 점을 종합하면, ‘비방할 목적’이란 사람의 가치에 대한 사회적 평가를 훼손하거나 저해하려는 인식 내지 인용을 넘어 사람의 명예에 대한 가해의 의사나 목적을 의미함을 알 수 있다. 또한, ‘비방’이나 ‘목적’이라는 용어는 정보통신망법에서만 사용되는 고유한 개념이 아니고, 일반인이 일상적으로 사용하거나 다른 법령들에서도 사용되는 일반적인 용어로서, 특별한 경우를 제외하고는 법관의 보충적 해석 작용 없이도 일반인들이 그 대강의 의미를 이해할 수 있는 표현이다. 심판대상조항에서 사용되는 의미 또한 일반적으로 사용되는 의미범위를 넘지 않고 있으므로, ‘비방할 목적’이 불명확하다고 보기 어렵다. 한편, 정당한 이유 없이 사람의 사회적 평가를 훼손하려는 가해의 의사나 목적을 의미하는 ‘비방할 목적’과 공공의 이익을 위하여 사물의 옳고 그름에 대한 판단을 표현하는 ‘비판할 목적’은 서로 구별되는 개념이다. 대법원도 ‘비방할 목적’은 행위자의 주관적 의도의 방향에서 공공의 이익을 위한 것과는 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인되고(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결 등 참조), 공공의 이익에

관한 것에는 널리 국가·사회 그 밖에 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함되며(대법원 2012. 1. 26. 선고 2010도8143 판결 등 참조), 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지는 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심사안에 관한 것으로 사회의 여론 형성이나 공개 토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지 여부, 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부, 그리고 그 표현으로 훼손되는 명예의 성격과 그 침해의 정도, 그 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 하고, 행위자의 주요한 동기나 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다고 판시하여, 비방할 목적과 공공의 이익에 대한 판단기준을 분명하게 제시하고 있다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도5068 판결; 대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결; 대법원 2012. 11.29. 선고 2012도10392 판결 등 참조). 따라서 사람의 사회적 평가를 훼손하려는 ‘비방할 목적’은 공공의 이익을 위하여 ‘비판할 목적’과 충분히 구별될 수 있으며, 법 집행기관의 자의적인 해석이나 적용 가능성이 있는 불명확한 개념이라고 보기 어려우므로 심판대상조항은 명확성 원칙에 위배되지 아니한다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

명예훼손적 표현이 표현의 자유의 한 내용으로 인정된다고 하더라도, 사람의 인격에 대한 가치판단을 저해하는 표현이 인터넷 등 정보통신망을 통하여 공공연하게 이루어진다면, 인터넷 등 정보통신망에서의 정보의 빠른 전파력과 광범위한 파급효로 인하여 사람의 명예는 과거와 비교할 수 없을 정도로 심각하게 훼손되고, 그 피해의 회복 또한 쉽지 않게 된다. 따라서 인터넷 등 정보통신망에서 사람을 비방할 목적으[10/20]로 공공연하게 이루어지는 명예훼손행위를 금지할 필요가 있으므로, 입법목적의 정당성이 인정된다. 또한, 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 자를 형사처벌하는 것은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이므로, 수단의 적합성도 인정된다.(나) 침해의 최소성1) 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범

죄예방을 위한 형사정책의 측면 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다(헌재 2010. 3. 25. 2008헌바84 등 참조).진실한 사실이라도 사람을 비방할 목적으로 이루어지는 명예훼손적인 표현은 인터넷 등 정보통신망이 갖는 익명성과 비대면성, 빠른 전파가능성으로 말미암아 표현에 대한 반론과 토론을 통한 자정작용이 사실상 무의미한 경우도 적지 않고, 신상털기 등 타인의 인격 파괴에 대한 최소한의 감정적·이성적 배려마저도 상실한 채 개인에 대한 정보가 무차별적으로 살포될 가능성이 있으며, 이로 인하여 한 개인의 인격을 형해화시키고 회복불능의 상황으로 몰아갈 위험 또한 존재한다(헌재 2012. 5. 31.2010헌마88 참조).특히 우리나라는 현재 인터넷의 이용이 상당한 정도로 보편화됨에 따라 정보통신망을 이용한 명예훼손범죄가 급격히 증가하는 추세에 있다. 우리 사회에서는 아직도 인터넷 등 정보통신망을 이용하여 다른 사람의 신분적·사회적 지위나 활동 등을 둘러싸고 근거가 희박한 의혹을 제기하거나 소문을 적시하는 경우도 비일비재하고, 비록 적시된 사실이 허위의 사실이 아닌 경우라고 하더라도 그 사실에 기초하여 왜곡된 의혹제기·편파적 의견 또는 부당한 평가를 추가로 적시하는 방법으로 실제로는허위의 사실을 적시하여 다른 사람의 명예를 훼손하는 경우와 다를 바 없거나 적어도 다른 사람의 사회적 평가를 심대하게 훼손하는 경우도 적지 않게 발생하고 있다. 더욱이 명예와 체면을 중시하는 우리 사회의 전통적 가치관의 영향으로, 인터넷 등정보통신망에서의 명예훼손, 비방 글들로 인하여 피해를 입고 개인이 자살과 같은극단적 선택을 하는 등 사회적 피해가 이미 심각한 상황에 이르고 있다. 따라서 표현의 자유를 보장하는 경우에도 우리 사회의 특수성을 고려하여, 이러한 명예훼손적인표현을 규제함으로써 인격권을 보호해야 할 필요성은 매우 크다. 2) 심판대상조항은 이러한 현실속에서 타인의 명예를 침해하는 정보가 무분별하게 유통되는 것을 방지하면서도, ‘비방할 목적’이라는 초과주관적 구성요건을 추가로 요구하여 인터넷 등 정보통신망에서 공공연하게 적시되는 명예훼손적 표현 중에서도 정보전달, 공공의 이익을 위한 문제제기 등의 범위를 넘어 사람의 명예에 대한가해의 의사나 목적을 가진 표현만이 금지되도록 그 규제 범위를 최소한도로 제한하고 있다. 대법원은 ‘비방할 목적’의 의미를 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 보고, 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함되며, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공

공익 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 인정되기는 어렵다고 판시함으로써 ‘비방할 목적’의 의미를 엄격하게 해석·적용하고 있다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결 등 참조). 또한, 인터넷 등 정보통신망을 통한 명예훼손을 처벌하는 것은 자칫 공적인 인물이나 국가기관에 대한 비판을 제한하고 억압하는 수단으로 남용될 가능성이 있는데, 헌법재판소는 명예훼손 관련 실정법을 해석·적용할 때에는 공적 인물과 사인, 공적인관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 한다는 기준을 제시하고 있다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265; 헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747 참조). 대법원 또한 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 관심과 비판의 대상이 되어야 하므로, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없고, 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도 등으로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있다고 하더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 성립되지는 않는다고 판시함으로써(대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결참조), 정보통신망에서의 명예보호가 표현의 자유에 대한 지나친 위축효과로 이어지지 않도록 엄격하게 해석·적용하고 있다. 3) 인터넷 등 정보통신망에서 명예를 훼손당한 자는 직접 인터넷 등 정보통신망에 [13/20] 반론이나 반박문을 게시할 수 있으나, 정보통신망에서의 정보는 신속하고 광범위하게 반복·재생산되며 확대되기 때문에 명예훼손의 피해자가 명예훼손적인 정보를 모두 찾아내어 반박한다는 것이 현실적으로 가능하지 않고, 명예훼손 사실을 알지 못한 사이에 광범위하게 피해가 확대되거나, 반박글을 게시하더라도 논리적인 구성이나 설득력에 따라 명예훼손적인 글에 대한 상쇄효과가 나타나지 않을 수 있고, 오히려 반론이 명예훼손적인 글의 확대·재생산을 초래할 위험도 있으므로, 정보통신망에서 반론이나 반박이 가능하다는 것만으로 인터넷 등 정보통신망에서의 명예훼손행위가 충분히 규율될 수 있다고 보기는 어렵다. 또한, 정보통신서비스제공자에게 그 침해사실을 소명하여 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청하는 방법(정보통신망법 제44조의2 제1항)은 피해자가 인터넷 등정보통신망에서의 명예훼손사실을 알지 못하거나 이미 광범위하게 유포된 이후에는 사후에 일일이 확인하여

삭제 또는 반박 내용의 게재를 요청한다는 것이 어려워 명예훼손에 대한 실효적인 구제방법이라고 보기 어렵다. 그 밖에 민사상 손해배상소송(민법 제 751조)을 제기하거나 명예훼손 분쟁조정신청(정보통신망법 제44조의10)과 같은 민사적 구제방법은 형벌과 같은 위하력과 예방효과를 가지기 어렵고, 정정보도, 반론보도, 추후보도 등의 구제수단(언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조 내지 제17조의2)도 언론사 등이 아닌 일반 개인이 행한 명예훼손행위에 대하여는 적합한 구제수단이 될 수 없다. 따라서 앞서 본 명예훼손 구제에 관한 제도들이 형사처벌을 대체하여 인터넷 등정보통신망에서의 악의적이고 공격적인 명예훼손행위를 방지하기에 충분한 덜 제약적인 수단이라고 보기 어렵다. [14/20]4) 그러므로 심판대상조항은 침해의 최소성원칙에 위배되지 않는다.

(다) 법익의 균형성

진실한 사실은 건전한 토론과 논의의 토대가 되므로, 사회구성원들 상호간에 자유로운 교환이 보장되어야 한다. 그런데 진실한 사실이라는 이유만으로 특정인의 명예에 대한 가해의 의사나 목적을 가진, 편파적인 의혹제기 또는 흑색 선전 등을 위한 명예훼손행위가 무분별하게 허용된다면 개인의 인격과 명예는 제대로 보호받지 못하게 되고, 특히 인터넷 등 정보통신망에서의 정보의 유통은 신속하고 광범위하게 이루어지기 때문에 명예훼손으로 인한 피해가 기존매체와 비교할 수 없을 정도로 크다는 점, 헌법 제21조 제1항이 표현의 자유를 보장하면서도 같은 조 제4항에서 표현의자유가 넘을 수 없는 구체적 한계로 타인의 명예와 권리를 규정하고 있는 취지, 심판대상조항이 진실한 사실 중에서도 비방할 목적이 있는 경우에 한하여 형사처벌의 대상으로 규정하고 있다는 점 등을 고려하면, 심판대상조항이 개인의 명예를 보호하기 위하여 표현의 자유를 지나치게 제한함으로써 법익의 균형을 상실하였다고 보기 어렵다.

5. 결론

그렇다면, 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이결정은 아래 6.과 같은 재판관 김이수, 재판관 강일원의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 김이수, 재판관 강일원의 반대의견

우리는 다수의견과 달리 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해한다고 생각하므로 아래와 같이 견해를 밝힌다.

가. 진실한 사실은 자유로운 의사형성과 진실발견의 전제가 되므로, 민주주의 사회에서는 누구나 진실한 사실을 널리 알리거나 자유롭게 표현할 수 있어야 한다.

진실한 사실 중에서 개인의 내밀한 사적 영역이나 사생활의 비밀과 같이 인격권 보호를 위하여 공개되지 않도록 보호해야 할 부분이 있다면, 그러한 부분에 한하여 이를 금지하면 충분하다. 그런데 심판대상조항은 사람의 사회적 평가를 저해시킬 만한 사실이라면 비록 그것이 진실한 것이라도 모두 객관적 구성요건에 해당하도록 규정하여 인격권 보호를 위하여 필요한 범위를 넘어 지나치게 진실한 사실에 대한 표현행위를 규제하고 있다.

(1) 사람의 사회적 평가를 형성하는 요소는 그 사람의 행위나 행태, 성격, 지식, 인품, 외모, 능력, 가족관계, 생활태도, 사회적 관계 등 그 범위가 매우 다양하고, 잘못된 행위나 사회적인 문제에 대한 사실의 적시는 그러한 행위를 하거나 문제를 야기한 사람에 대한 부정적인 평가를 수반하게 되므로, 대부분의 비판적이거나 부정적인 사실적시의 표현행위에는 사람의 사회적 평가를 저해하는 내용이 포함되게 된다. 따라서 진실한 사실로서 그에 대한 다양한 의견이 개진되어 자유로운 토론과 논의를 거쳐 해결되어야 할 사안들까지도 심판대상조항의 적용을 받을 가능성이 있게 된다. 이러한 경우 진실한 사실을 적시하고자 하는 사람에게 스스로 표현행위를 자제하게 되는 위축효과가 결코 작다고 볼 수 없다. 또한, ‘비방할 목적’이란 사람의 명예를 훼손할 가능성이 있음을 인식하거나 인용 또는 감수하는 정도를 넘어 피해자의 명예에 대한 가해의 의사 내지 목적을 의미하고, ‘비판할 목적’은 사물의 옳고 그름에 대한 판단을 밝히려는 목적을 의미하므로, 양자는 개념상 서로 구분된다고 볼 수 있다. 그러나 진실한 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 양자의 구별이 항상 명확한 것은 아니다. 진실한 사실은 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 경우와 달리, 진실에 기반을 두고 있기 때문에, 진실한 사실을 적시한 표현만으로는 ‘비방할 목적’이 있었는지 여부를 판단하기 어렵다. 따라서 적시된 사실의 내용과 성질, 해당 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법

등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 고려함과 동시에 그 표현으로 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하게 된다(대법원 2012. 1. 26. 선고 2010도8143 판결 등 참조).

그런데 진실한 사실을 적시하는 경우에는 공공의 이익을 위하여 문제를 제기하고 비판하려는 목적뿐만 아니라 잘못된 행위를 한 행위자에 대한 비난이나 비판의 목적도 함께 수반되는 것이 일반적이고, 비난가능성이 높은 행위일수록 피해자에 대한 비난이나 비판도 함께 강해지기 때문에, 진실한 사실을 적시한 경우에는 공공의 이익을 위하여 비판하려는 목적과 비방할 목적이 서로 공존하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 표현이 이루어진 제반 사정과 명예의 침해 정도 등을 고려하여 어느 목적이 더 주된 것인지 여부를 판단하는 것이 항상 명확하다고 볼 수 없고, 경우에 따라서는 비난가능성이 높은 행위일수록 공개로 인한 공공의 이익과 피해자의 명예에 대한 비난의 목적이 동시에 커지게 될 수도 있어 오히려 공개할 공익이 큰 행위일수록 비방할 목적이 더 커지게 되는 모순적인 상황도 발생할 가능성이 있다. 더구나 대법원은 비방할 목적을 행위자의 주관적 의도의 방향에서 공공의 이익을 위한 것과는 상반되는 관계에 있는 것으로 이해하여, 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적이 부인된다고 보고 있는데 (대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도8812 판결; 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009도12132 판결; 대법원 2012. 1. 26. 선고 2010도8143 판결 등 참조), 비방할 목적과 공공의 이익이 항상 상반되는 관계에 있지 않음을 고려할 때 이러한 대법원의 설시만으로 비방할 목적이 가지고 있는 불명확성이 해소된다고 보기 어렵다. 이는 결국 진실한 사실을 적시한 것에 사람을 ‘비방할 목적’이 있는지 여부에 대한 판단을 전적으로 법관의 주관적인 판단에 일임함으로써 일반 국민으로서는 어떤 행위가 금지되는지 예측하기 어려워 스스로 표현행위를 자제하는 위축효과를 발생시킬 가능성이 커지게 된다. 따라서 심판대상조항에서 ‘비방할 목적’이라는 초과주관적 구성요건이 존재한다고 하여 진실한 사실을 적시한 표현행위에 대한 처벌가능성이 제한되거나, 표현의 자유에 대한 위축효과가 완화된다고 보기 어렵다.

(2) 인터넷 등 정보통신망에서 비방할 목적으로 이루어지는 명예훼손행위가 정보통신망의 특성으로 인하여 그 피해의 범위와 정도가 심대하여 이를 규제할 필요가 있다고 하더라도 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하는 형사처벌 외에 다른 덜 제약적인 방법이 존재한다. 인터넷 등 정보통신망은

개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등을 기본으로 하는 사상의 자유시장에 가장 근접한 매체이므로(헌재 2011. 12.29. 2007 헌마1001 등 참조), 명예훼손을 당한 사람은 직접 반박문을 게재하는 등 적극적으로 대응할 수 있고, 정보통신서비스제공자에게 명예훼손적 게시글의 삭제 등을 요청할 수 있으며(정보통신망법 제44조의2 제1항), 민사상 손해배상을 제기하거나 (민법 제751조), 정보통신망법에 따른 명예훼손조정을 신청할 수도 있다(정보통신망법 제44조의10). 또한, 정보통신망에서 언론사 등의 보도로 인하여 피해를 입은 경우에는 정정보도, 반론보도, 추후보도의 청구도 가능하다(언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조 내지 제17조의2).

이처럼 형사처벌 외에 다른 덜 제약적인 명예훼손 구제에 관한 제도들이 존재함에도 불구하고, 심판대상조항이 인터넷 등 정보통신망에서의 명예훼손 행위에 관하여 징역형까지 형사처벌 할 수 있도록 규정하고 있는 것은 표현의 자유를 지나치게 제한하는 것이다.

(3) 입법례를 살펴보면, 미국에서 명예훼손은 대부분 민사적인 방법에 의하여 해결되고 있고, 일부 주는 명예훼손에 관한 형사처벌 규정을 두고 있으나, 실제 적용되는 예는 거의 없으며, 실제로 적용되는 사례에서도 허위의 사실에 대하여만 명예훼손 책임이 인정되고 진실한 사실은 면책된다. 독일에서도 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실임을 입증하지 못하거나 허위인 경우에 성립되므로, 진실한 사실을 적시한 경우에는 명예훼손죄가 성립되지 않는다(독일 형법 제186조, 제187조).

표현의 자유는 민주주의의 근간을 이루는 매우 중요한 기본권이다. 유럽평의회(Council of Europe)도 이 점을 강조하여 2001년 이후 여러 차례에 걸쳐 회원국들에게 명예훼손의 비형사범죄화를 촉구해 왔다. 명예훼손에 대하여는 형벌보다는 민사상 손해배상으로 대응하는 것이 바람직하고, 특히 명예훼손에 대해 징역형을 부과하는 형사법 규정은 폐지되어야 한다고 권고하였다. 이에 따라 유럽평의회 회원국들은 형사법에 규정된 명예훼손죄를 폐지하거나 대폭 축소하였고, 실제 적용에 있어서도 매우 제한적으로 운용하고 있다.

(4) 이러한 사정을 종합하여 보면 진실한 사실을 적시하더라도 처벌할 수 있고 더구나 징역형까지 부과할 수 있도록 하고 있는 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

나. 진실한 사실은 사람의 사회적 평가를 형성하는 데 기초가 되는 사실이므로, 만약 진실한 사실의 공개로 사람의 명예가 훼손되었다면, 이는 진실에 기반을 두지 않은 기존의 사회적 평가가 허위로 형성되었거나 과대 또는 과장된 결과에 따른 것이므로, 진실한 사실의 적시로 인한 명예의 훼손이나 저해가 부당한 결과라고 보기 어렵고, 허위의 명예나 과장된 명예가 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하면서까지 보호해야 할 가치가 있는 것이라고 보기도 어렵다. 그에 반해, 진실한 사실은 다양한 의사형성과 진리발견의 전제가 되므로, 이를 자유롭게 전달하고 표현할 자유를 보호해야 하는바, 심판대상조항은 허위의 명예나 과장된 명예를 보호하기 위하여 진실한 사실의 적시에 대하여도 표현의 자유에 대한 심대한 위축효과를 발생하는 형사처벌을 하도록 규정하고 있으므로, 법익균형성 원칙에 위배된다. 다. 심판대상조항은 지나치게 광범위하게 표현을 규제하고 있어 자유로운 토론과 건전한 비판을 억제하고 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.