미네르바 사태를 통해 본 표현의 자유

박경신
고려대학교 법학전문대학원

1. 머리말

인터넷아이디 '미네르바'로 활동하던 박대성이 다음 아고라에 세계와 우리나라의 경제상황을 예측하고 우리나라 정부의 경제정책을 비판하는 글을 올려 이 글의 정확성과 명쾌함을 통해 '경제대통령'이라는 명성을 얻을 정도로 지지자들을 얻게 되자, 검찰은 박대성을 전기통신법 제47조 1항의 위반으로 2009년 1월 9일에 구속하였고 박대성은 100일이 지난 2009년 4월 21일 1심에서야 무죄를 선고받고 석방되었다.[1] 이 당시 검찰이 박대성이 '공익을 해할 목적'으로 유포한 허위의 명제로 지목한 것은 2008년 12월경 당국이 외환거래를 금지하는 공문을 시중은행에 보냈다는 블로그 글과 2008년 7월경 외환거래가 중단되었었다는 블로그 글이었다.

1) 서울중앙지방법원 2009.4.20 선고 2009고단304 전기통신기본법위반.

미네르바 사태는 한국사회에 다양한 담론을 촉발시켰지만 이 중에서 표현의 자유와 관련된 담론들만을 살펴본다면 세 가지 법적 담론들을 들 수 있다.

첫째, 우선 유사 이래 한 번도 집행된 적이 없던 전기통신기본법 제47조 제1항이 '허위사실유포죄' 라는 이름으로 집행이 되면서 표현의 자유의 한계상황에 대한 담론을 촉발시켰다. 즉 표현의 자유는 담론의 형성이라는 공익을 위해 보호되어왔던 것인데 과연 표현의 내용이 명백히 허위인 경우에도 보호받아야 하는가에 대한 질문이 다루어졌다. 미네르바에 대해 일종의 '풍기문란죄' 를 적용하여야 한다는 규제론자들의 목소리가 높았다.

둘째, 박대성이 '미네르바' 라는 아이디를 사용하여 대부분의 글을 올린 점을 들어 사회 일각에서는 실명제의 필요성에 대한 담론이 촉발되었다. 논리인즉슨 박대성이 '미네르바' 라는 아이디에 숨어서 자신의 견해를 펼쳤기 때문에 대중을 호도할 수 있었다는 것이며 만약 자신의 정체를 밝혀 자신의 전문대 학력 등이 밝혀졌다면 그렇게 하지 못하였을 것이라는 것이다. 또 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법(이하, 정보통신망법)에 따른 실명제의 한 형태인 제한적 본인확인제가 아니었다면 검찰이 박대성 씨의 신상을 수사 착수 나흘 만에 확보하지 못하였을 것이다.[2] 즉 미네르바는 인터넷규제의 논거로 제시되는 동시다발성 및 확산성을 보여주었으며, 이와 같은 피해를 신속히 구제하기 위한 실명제의 필요성을 보여주었다는 것이다.

셋째, 미네르바는 사이버모욕죄와 관련된 담론도 다시 촉발시켰다. 사이버모욕죄란 이미 형법 제311조상의 모욕죄가 온라인상에서 이루어질 경우 그 집행을 더욱 수월히 하기 위해 피해자 고소의 요건을 삭제한 것을 말하며 사실 모욕임의처벌법이라는 제목이 더 어울리기는 한다. 어찌 되

2) "미네르바 박대성 등장, 구속, 무죄까지," 2009년 4월 27일 〈CNB저널〉 제115호 〈http://www.icnb.co.kr/category/read.html?bcode=3179〉 2009년 9월 30일 방문.

〈표 1〉 표현의 다양한 유형

<table>
<tr><td colspan="5">표현 전체</td></tr>
<tr><td colspan="3">사실적 주장</td><td colspan="2">의견 감정의 표명</td></tr>
<tr><td colspan="2">허위 주장</td><td rowspan="2">진실주장</td><td rowspan="2">불법행위의 선동</td><td rowspan="2">의견및감정의 단순표명
(모욕죄)</td></tr>
<tr><td>피해특정가능</td><td>피해특정불가
(허위사실유포죄)</td></tr>
</table>

었든 사이버모욕죄를 추진하는 측에서는 미네르바 사태를 최진실의 자살과 함께 사이버모욕죄 법제화의 근거로 삼고자 하였다. 모욕은 사실적인 주장을 담고 있지 않기 때문에 표현의 자유의 반대쪽 한계상황을 보여준다(〈표 1〉 참조). 즉 사실적 주장은 의견 및 감정의 표현과 달리 수용자에게 심대한 영향을 줄 수가 있어 법적으로 규제되어 왔으며 그 대표적인 것이 명예훼손이나 사기죄이다. 그러나 의견 및 감정의 표명은 그러한 위험성이 없기 때문에 표현의 자유를 보호하기 위해 매우 예외적으로 규제되어 왔던 것인데 인터넷은 매우 특수한 매체라는 이유로 인터넷상의 의견 및 감정의 표명에 대해서도 강력하게 처벌을 할 수 있을 것인가라는 문제가 대두되었던 것이다.

이 글에서는 미네르바 사태를 통해 본 표현의 자유와 관련된 위 세가지 제도적 담론들에 대해 헌법적 평가를 해보고자 한다. 지면의 한계상 여기서는 허위사실유포죄와 실명제에 대해서 평가하고 모욕죄에 대해서는 필자의 다른 논문을 참조할 것을 권한다.[3)]

3) 박경신, "모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항 폐지에 대한 정책적 고찰," 고려법학 52호, 2009년, 263-299쪽.

2. 허위사실유포죄

미네르바가 기소된 전기통신기본법 제47조 1항은 "공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의해 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5000만원 이하 벌금에 처한다"고 하고 있다. 이 법조항에 따라 촛불시위 당시 전경이 여성을 강간하였다는 주장을 인터넷상으로 퍼뜨린 사람이 구속기소되어 상기 법에 의하여 유죄판결을 받았고[4] '학생들, 단체휴교시위' 라는 내용의 문자를 퍼뜨린 학생이 상기 법에 의하여 기소되었다가 무죄판결이 내려진 바 있으며,[5] 전경이 사람을 죽였다는 주장을 인터넷상으로 퍼뜨린 사람이 역시 기소되어 유죄판결을 받았다.[6] 또 전경을 사칭하여 "시위에 지쳐 명령불복종을 하겠다"는 글을 올린 사람이 상기 법상의 유죄판결을 받았다.[7]

미네르바 사태에 대한 한국사회에서 주류를 이루었던 반응은 다음과 같이 정리할 수 있다. 즉, 허위를 유포하는 것에 대한 처벌은 가능하며 특히 '공익을 해하기 위한 허위사실의 유포' 는 반드시 처벌되어야 한다는 것

---

4) 서울중앙지방법원 2009.1.15 선고 2008노3806 전기통신기본법위반, 사전자기록등위작, 위작사전자기록등행사 (피고인이 (1) '경찰이 강간을 했대요' 라는 표현과 더불어 (2)과잉진압을 묘사한 글과 (3)합성사진을 게재한 것).

5) 서울중앙지방법원 2008.9.19 선고 2008고단4014 전기통신기본법 위반 업무방해 (피고인이 "학생시위-5월 17일 전국 모든 중고등학교 학생들 단체 휴교 시위, 문자 돌려 주세요"라는 문자를 친구에게 보낸 것) 김민기 판사는 '단체휴교시위' 라는 문구가 학교들이 휴교를 한다는 사실적 명제가 아니라는 점에 천착하여 무죄판결을 하였다.

6) 서울중앙지방법원 2008.12.12. 선고 2008고단3294 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법 (명예훼손), 전기통신기본법 위반. 위의 사건에서 무죄판결을 내린 김민기 판사는 여기서는 유죄판결을 내렸다.

7) 서울중앙지방법원 2008.12.30 선고 2008고단3989 정보통신망이용촉진및정보보호에 관한 법 (명예훼손) 전기통신기본법 위반 (피고인이 '서울특별시 제2기동대 전경대원입니다' 라는 제하에 "저희 전경들은 지칠대로 지쳤습니다. 이젠 더 이상 이명박의 개노릇 하고 싶지 않습니다"라는 글을 인터넷에 올린 것에 대해 유죄판결함) 참고로 여기서 유죄판결을 내린 판사는 야간집회금지 조항에 대한 위헌제청을 하였던 박재영 판사였다.

이다. 미네르바의 이에 대한 항변은 미네르바가 올린 280여 개 블로그 글은 모두 금융시장에 대한 정보를 일반투자자들에게 더 많이 그리고 더 깊은 차원에서 알려서 이들을 보호하기 위한 것이었으므로 '공익을 해하기 위한' 것이 아니었으므로 그 글 중에서 사실과 다른 것이 밝혀졌다고 할지라도 처벌할 수 없다는 것이다. 특히 미네르바에 대한 1심판결에서 유영현 판사는 허위사실유포죄 자체에 대한 위헌제청신청을 기각하고 '공익을 해할 목적' 이 입증되기 위해서는 허위에 대한 의도성이 입증되어야 하나 이미 박대성이 글을 올리기 전에 '외환거래금지공문' 및 '외환거래중단' 등의 주장이 사실이라고 믿을 만한 근거가 될 수 있는 언론보도들이 존재하였으므로 박대성이 위 주장들을 허위라고 믿었다고 볼 수 없다며 무죄판결하였다. 그러나 허위사실유포에 대한 처벌을 인정하는 주류입장, 미네르바의 항변, 그리고 1심판결의 입장은 우리나라 헌법이 보장하는 표현의 자유에 매우 위험한 것이다. 위의 세 가지 입장들은 모두 반공익적인 허위사실에 대한 처벌을 인정한다는 면에서 다를 바가 없다.

이 장에서는 허위사실유포죄는 표현의 자유의 핵심을 파괴하는 법이며 그 법 자체에 대한 단호한 반대를 선포해야 함을 주장하고자 한다. 특히 우리나라 주류사회가 허위사실유포죄의 존재를 용납하는 배경이 되고 있는 '배타적 진실관' 은 민주주의 발전에 커다란 걸림돌이 될 것이다. 그리고 '배타적 진실관' 의 실체를 노무현 전 대통령 언론보도에 대한 반성의 물결, 장자연 리스트 실명공개 논란 을 통해 살펴보고자 한다.

1) 허위사실유포죄는 없다!

'허위사실유포죄' 는 외국에서는 dissemination of false information 또는 dissemination of false news로 일컬어지는 죄들의 형태로 존재한다. 관련 법들은 대개 "disseminate false information and thereby disturbs public order" 등의 문구로 이루어져 있어[8] (1)허위, (2)유포, (3)공익훼손

의 3가지 요건으로 이루어져 있다.

하지만 허위사실유포죄는 권위주의정부나 독재정권에서 허위에 대한 처벌이라기보다는 정권에 대해 진실을 외치는 사람들을 단속 및 처벌하기 위한 방편으로 존재해왔다. 이와 같이 허위사실유포죄와 민주주의의 관계에 우려를 표시한 유엔인권위원회(UN Human Rights Committee)는 이미 1990년대에 여러 국가들[9][10][11][12][13] 에 허위사실유포죄에 대해 UN인권협약을 위반한다며 우려를 표시하였고 일찍이 1978년에는 미주기구(Organization of American States)의 미주인권위원회의 지적에 따라 파나마는 허위사실유포죄를 폐지하였다.[14] 2000년 5월에는 짐바브웨 대법원도 허위사실유포죄는 그 죄를 통해 방지하려는 해악과 그 죄를 통해 침해당하는 표현의 자유 사이에 형평이 맞지 않는다며 위헌판정을 하였다.[15]

---

8) 자국의 대법원으로부터 위헌판단을 받은 짐바브웨의 법질서유지법(Law and Order (Maintenance) Act)의 Section 50(2)(a)을 보라.

9) UN Human Rights Committee. Mukong v. Cameroon, views adopted 21 July 1994, No. 458/1991, para. 9.7. (반정부기자가 "국내외 여론의 교란(intoxication of national and international public opinion)" 죄목으로 처벌되었던 것에 대해 UN시민정치적권리에관한규약 제19조의 위반을 선언함. 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 선언함).

10) Annual General Assembly Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/50/40, 3 October 1995, para. 89.

11) Annual General Assembly Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/51/40, 16 September 1996, para. 154.

12) Concluding Observations of the Human Rights Committee: Armenia, UN Doc. CCPR/C/79/Add.100, 19 November 1998, para. 20.

13) Concluding Observations of the Human Rights Committee: Uruguay, UN Doc. CCPR/C/79/Add.90, 4 August 1998, para. 10.

14) Report on the Situation of Human Rights in Panama, OEA/Ser.L/V/II.44, doc. 38, rev. 1, 1978〈http://www.cidh.oas.org/countryrep/Panama78eng/chap.5.htm〉.

15) The Prosecution of Dr. Moncef Marzouki, Public Statement from Article 19, The Global Campaign for Free Expression, London, 12 December 2000. 1999년 1월 10일, Standard 신문은 짐바브웨 군내에서 쿠데타 시도가 있었다는 보도를 하였고 이에 대해

캐나다에서도 역시 1992년 연방대법원이 "허위보도를 형사처벌하는 자유민주주의국가는 어디에도 없다"고 지적하며 허위사실유포죄[16]에 대해 위헌판정을 하였다.[17]

우리나라에서도 특정가능한 피해나 피해자가 없는 상황에서 허위사실 자체만을 처벌하는 법은 존재하지 않는다. 허위의 명제를 유포하여 타인의 평판을 저하시키면 명예훼손,[18] 허위사실을 적시하여 금품을 취하면 사기[19] 등으로 각각 처벌된다. 증권을 발행한 회사에 관하여 허위사실을 적시하여 증권취득자에게 손해를 입히면 배상책임이 발생하며,[20] 선거에서 표를 얻기 위해 허위를 적시하면 공직선거법 위반[21] 등등의 법들은 다른 나라들에서도 공통적으로 존재한다. 그런데 위의 법들을 살펴보면 ① 허위사실이 특정한 타인에게 초래하는 피해나, ②그 허위사실의 유포자가 취하는 부당이득 등에 대해 법적 책임을 부과하는 것이지 허위사실의 유포 자체에 대해 법적 책임을 부과하지 않는 것임을 알 수 있다. 허위사실유포죄는 조선시대의 소위 '풍기문란죄' 이후에는 1974년 군사독재정권이 발부한 긴급조치 제1호에 담긴 '류언비어유포죄' 뿐이었다.[22]

Mark Chavunduka와 Raymond Choto는 허위사실유포죄("publishing false statements likely to cause fear, alarm or despondency among the public")로 처벌당할 위기에 있었고 대법원은 허위도 표현의 자유에 의해 보호되며 해당 법은 과도하게 불명확하며 법의 목적이 표현의 자유에 대한 침해를 정당화할 정도로 급박하지 않다고 판시하였다.

16) Criminal Code, RSC 1985, c. C-46, Section 181.

17) *R. v. Zundel* [1992] 2 SCR 731.

18) 형법 제307조 (명예훼손).

19) 형법 제347조 (사기).

20) 자본시장과 금융투자법에 관한 법률 제125조 (거짓의 기재 등으로 인한 배상책임).

21) 공직선거법 제250조 (허위사실공표죄).

22) 대통령긴급조치제1호[시행 1974. 1. 8][대통령긴급조치 제1호, 1974. 1. 8, 제정].

1. 대한민국 헌법을 부정, 반대, 왜곡 또는 비방하는 일체의 행위를 금한다.

2. 대한민국 헌법의 개정 또는 폐지를 주장, 발의, 제안, 또는 청원하는 일체의 행위를 금한다.

3. 류언비어를 날조, 유포하는 일체의 행위를 금한다.

실제로 미네르바가 기소된 전기통신법 법조항 자체도 과연 허위사실 유포죄로 해석될 수 있는지도 의문이다. 위의 전기통신기본법은 1983년 전두환 정권 당시에 만들어진 이후에 위 조항에 의한 처벌은 거의 전무하였다가 30년이 지난 2008년 들어 여러 사건들이 발생하였다. 사실 위 조항은 1960년에 제정된 전기통신법[23]에도 포함되어 있었으므로 여기서부터 따지자면 50년이 지나서 처음 처벌이 이루어지고 있는 것이며, 이 법의 모법인 일제시대의 조선총독부 법률로서 1915년 제정된 무선전신법[24]에도 비슷한 조항이 포함되어 있었고 역시 처벌이 없었으므로 근 100년 만에 처음으로 집행이 이루어지고 있다고 보면 된다. 전기통신기본법은 그 입법의 역사를 살펴보면 허위사실유포죄와는 달리 허위의 '명의'로 전화통화를 한 경우만 적용되는 것으로 보인다.[25] 물론 우리나라의 법조항의 모체였던 것으로 보이는 일본의 전신법 제33조의 '허위의 전보'라는 문구가 '허위의 내용을 가지는 전보' 등으로 해석되었던 사례들도 있으나[26] 우리나라 전기통신법의 모법이 된 미국과 일본의 입법례를 살펴보면 '명의도용의 통신'만을 의미하는 것이라고 보아야 한다.[27] 그런데 이명박 정부 들어서 사상 최초로 검찰이 위 조항을 소위 '허위사실유포죄'로 해석하고 있을 뿐이다.

물론 특정할 수 있는 타인에 대한 피해나 허위사실 유포자의 부당이득

---

4. 전 1, 2, 3호에서 금한 행위를 권유, 선동, 선전하거나, 방송, 보도, 출판 기타 방법으로 이를 타인에게 알리는 일체의 언동을 금한다.

5. 이 조치에 위반한 자와 이 조치를 비방한 자는 법관의 영장없이 체포, 구속, 압수, 수색하며 15년이하의 징역에 처한다. 이 경우에는 15년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

6. 이 조치에 위반한 자와 이 조치를 비방한 자는 비상군법회의에서 심판, 처단한다.

23) 전기통신법〈제정 1961.12.30 (법률 0923호) 제89조(동전).

24) 무선전신법 〈조선총독부법률 제26호, 1915. 6.19, 제정〉 제22조.

25) 송기춘, "허위사실유포죄는 없다," 2009년 2월 19일 한겨레신문 칼럼.

26) 한상희, 2009년 1월 20일자 필자와 주고 받은 사적 이메일.

27) 박경신, 전게서.

이 없이 순수한 허위사실이 처벌되는 예외적인 경우가 있으며 예를 들어 미국에서는 이른바 폭탄소문법(Bomb Hoax Act)이라 하여 비행기나 자동차에 폭탄이 폭발의 목적으로 장착되어 있다는 등의 허위사실을 유포할 경우 그 자체로 악의(maliciously)가 증명이 된다면 형사처벌이 된다.[28] 하지만 이 법이 처벌하는 것은 표현이라기보다는 행위에 가까운 것이다. 이 법의 위헌 여부를 판단한 U. S. 대 Rutherford[29] 사건에서 연방항소법원은 '표현적 행위(verbal act)'[30]의 개념을 들어 "사람으로 가득 찬 극장에서 거짓으로 '불이야' 라고 소리치기(false cry of fire in a crowded theatre)"[31]와 비슷한 '명백하고 현존하는 위험' 이 있는 표현을 처벌하는 이상 합헌이라고 판시하였다. '폭탄' 에 대한 언급이 비행기나 자동차와 같이 사방이 막혀 있는 협소한 공간 내에 있는 사람들의 행동에 미칠 영향은 '불' 에 대한 언급이 극장과 같이 상대적으로 막혀져 있는 공간 내의 사람들에게 미칠 영향과 비슷하다고 본 것이다. 즉 대상 표현이 인간의 동물적 반응체계를 통해 처리될 것이 확실시되는 매우 특수한 상황에서만 이루어지며 그 상황의 범위도 법률로 명확히 한정될 때만 이루어진다는 것이다.

---

28) United States Code, Title 18. Crimes and Criminal Procedure, Part I. Crimes, Chapter 2. Aircraft and Motor Vehicles, § 35. Imparting or conveying false information (cite as 18 U.S.C.A. § 35).

29) 332 F.2d 444 (2d Cir. 1964).

30) 위 표현은 다음 판결에서 처음 사용되었다. Gompers v. Buck's Stove & Range Co., 221 U.S. 418, 31 S. Ct. 492, 55 L. Ed. 797 (1911). 즉 표현과 행위를 구분함에 있어 표현의 내용에 대해 그 진위나 가치를 판단하여 이 판단에 따라 반응하지 않고 그 표현이 즉각적으로 촉발시키는 생존욕구의 발현에 따라 반응을 할 경우 그 표현은 행위와 비슷하다는 것이다. 인간의 지적 인식체계를 통해 그 결과가 나타나지 않고 인간의 동물적 반응체계를 통해 그 결과가 나타나는 행위적 성격을 띠고 있는 표현은 법적 제재가 가능하다.

31) Schenck 대 U.S., 249 U.S. 47, 39 S. Ct. 247, 63 L. Ed. 470 (1919). 사건에서 저 유명한 홈스 대법관이 해당 표현에 의해 심대한 불법적인 피해가 발생할 것이라는 "명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)" 이 없는 이상 표현 자체에 대한 처벌을 할 수는 없다는 이론을 소수의견을 통해 발표하였을 때 홈스 대법관은 위의 사례를 '명백하고 현존하는 위험' 이 있는 사례로 예시하였으며 그 후 명백하고 현존하는 위험의 의미를 음미하기 위해 수많은 학자들과 법률가들에 의해 회자되고 있다.

허위사실유포죄는 왜 법적으로 성립될 수 없을까?

2) 허위와 진실의 관계

허위와 진실을 구별하기 어렵다는 것은 이미 학계의 정설이며 여기서 우리는 허위와 진실을 구별하여 허위를 처벌하는 것의 야만성을 음미해볼 수 있다. 허위와 진실의 구분이 가장 명료할 것으로 예상되는 과학계에서조차 그 구별이 어려워 그 구별을 공부하는 학문이 따로 있으며 이것이 과학철학이다. 여기서 소개할 과학철학의 기본논의들은 이미 우리나라 중등교육과정에 흡수되어 있다. 혹자는 과학철학의 논의들은 과학적 법칙에 대해서만 적용되는 것이지 개별명제들에 적용되지 않는다고 주장할지 모른다. 하지만 개별사실 역시 일정한 과학적 규칙에 따라 이해된다. 즉 우리는 빛에 대한 여러 가지 규칙을 알고 있기 때문에 눈에 특정 이미지가 보였을 때 이를 특별 사실과 매치시켜 그 사실의 발생을 이해하는 것이다.

진리를 발견하는 방식으로 귀납과 연역이 널리 알려져 있다. 귀납이 연역과 다른 것은 세계에 대한 새로운 지식을 창출한다는 것이다. 연역을 살펴보자. "모든 고양이는 다리가 5개이다"라는 대전제에 "네로는 고양이다"라는 소전제를 적용시키면 "네로는 다리가 5개이다"라는 결론을 도출하지만 이 결론은 아무런 쓸모가 없다. 쓸모가 있는 결론 즉 지식(智識)이 나올 때는 대전제와 소전제가 모두 참인 경우뿐이다. 연역이 의미가 있으려면 연역의 구성요소를 이루는 대전제와 소전제가 사전에 올바르게 도출되어 있어야 하는데 이를 도출해내는 방법은 귀납법뿐이다. 즉 관찰의 축적으로부터 일반화된 지식을 찾아내는 귀납법만이 지식을 창조한다. 그리고 이렇게 귀납법으로 도출된 지식은 연역에서 필요한 참인 대전제를 제공하기도 한다. 수학적 지식도 귀납을 거치지 않고 지식을 창조한다고 믿어서는 안 된다. 1+1=2라는 것은 1이라는 숫자가 정의될 때 이미 내정된 것이다.

그러나 귀납주의는 관찰에 의존하고 있다는 태생적인 한계때문에 아무리 많은 실험을 통해 확인된 지식이라고 할지라도 앞으로의 관찰에서도 그 지식에 부합하는 결과가 나올 것이라는 보장이 없다. 결국 하나라도 지식에 어긋나는 관찰이 이루어진다면—즉 반증이 나타난다면 그 귀납을 통해 얻은 지식은 무너지게 된다.

그렇다면 귀납적 지식이 이러한 헛점을 가지고 있다면 과학의 의미는 어디에서 찾을 수 있는가? 과학과 과학 아닌 것과의 차별은 무엇인가? [Karl Popper에 의해] 반증가능성(falsifiability)이 과학에 대한 새로운 척도로 제시된다. 반증주의란 과학을 관찰로부터 귀납적으로 일반화된 지식을 도출하는 것으로 정의하지 않고 현재의 관찰을 설명할 수 있는 가설을 제시하고 그 가설에 대한 확증 또는 반증을 시도하는 것으로 정의한다. 반증주의하에서는 과학은 지식을 얻는 것이 아니라 관찰을 통해 반증가능한 명제(다시 말해 가설)를 제시하고 이 명제의 검증과 반증을 시도하는 행위인 것이다. 결국 반증가능하지 않은 명제는 과학적인 명제가 아니다.

그리고 이때 가설의 반증가능성이 높으면 높을수록 더 진보된 과학활동이라고 볼 수 있다. 예를 들어 화성은 타원형 궤도로 태양 주위를 돈다는 가설보다는 모든 행성은 타원형 궤도로 태양 주위를 돈다는 명제의 반증가능성이 더욱 높다. 과학의 진보란 기존의 가설보다 더욱 반증가능성이 높은 가설을 제시하고 이를 검증하거나 반증하는 것이다…[중략][32]

---

32) 박경신, "허위사실유포죄의 위헌성," 『법학연구(인하대학교)』 제12집 제1호 게재(2009년 5월) 43면. 칼 포퍼 이후에 관찰 자체의 이론의존성에 천착한 토마스 쿤의 패러다임이론(Thomas Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions 1972) 그리고 쿤의 이론이 어떤 패러다임도 다른 패러다임보다 더 우월할 수 없다는 상대주의에 빠짐을 직시한 철학자들 사이에서 상대주의를 극복하려는 움직임과 상대주의를 더욱 극단화하는 움직임도 촉발된다. 현대에는 베이스주의(Bayesianism)가 과학에 대한 현실적인 설명으로 대두되고 있다. 베이스주의는 귀납주의에 대한 가장 처음 비판이었던 반증가능성으로 돌아가서 반증가능성이 있다고 해서 지식이 참일 확률일 제로(0)인 것은 아니라고 주장한다. 베이스주의에 따르면 과학은 새로운 증거에 의해 특정한 지식이 참일 확률이 더욱 높아지는 것이라고 한다. 베이스주의자들은 18세기 수학자 Thomas Bayes의 조건부확률에 대한 정리를 과학철학에 접목하였다.

결론적으로, 과학철학의 발전을 거치면서 변치 않는 것은 진실의 조건은 존재하지 않는다는 것이다. 진실이 외부세계에 대한 명제인 이상 이 진실을 얻는 방법은 귀납법뿐이라는 것에는 변함이 없고 그 진실은 반증의 발견을 통해 언제라도 뒤집힐 수 있다는 것이다. 결국 모든 진실은 반증이 나타나기 전까지의 잠정적인 가설인 것이다. 베이스주의로 대표되는 확률주의만이 진실의 상대적 개연성을 평가하는 방법으로 제시되고 있을 뿐이다.

게다가 그 가설의 근거 또는 그 가설에 대한 반증을 이루는 관찰도 패러다임이론으로 대표되는 '관찰의 이론의존성' 을 벗어날 수 없다. '허위는 헌법이 보호하지 않는다' 는 명제가 가진 문제를 적시한 캐나다연방대법원의 판시를 들어보자.

> 하나의 표현은 여러 가지 의미를 가질 수 있으며 그중의 어느 것은 허위처럼 보이고 다른 것들은 은유적이거나 우화적인 성격을 가지며 어느 정도의 진실을 가질 수 있다. 더욱이 의미는 정보라기보다는 상호적인 과정(interactive process)으로서 화자뿐만 아니라 청취자가 누군가에 따라 달라질 수 있다. 사람들은 같은 명제에서 다른 의미를 얻는다. 표현의 자유는 화자가 부여한 의미뿐만 아니라 표현의 수용자가 부여하는 의미도 보호한다(Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767)…그리고 관련 명제에 부여된 각 의미가 진실인지 허위인지 판단하기도 어렵다…우리는 한 사람을 헌법의 판에서 배제하기 전에, 우리가 한 사람에게 조국의 가장 기본적인 법이 명시적으로 부여한 보장을 거부하기 전에, 우리는 그와 같은 보장을 제공할 근거가 없다는 것에 대해 완전한 확신을 가져야 한다. 허위인 명제도 가치를 가질 수 있다는 점과 명제의 진위를 종국적으로 가리기 어렵다는 점을 고려하면, 허위라는 기준은 그와 같은 확신을 주지 않는다(밑줄은 필자가 첨가).[33]

위의 과학철학 논의에서 얻는 가장 중요한 교훈은 진실 추구의 실체는 바로 이러한 완전히 확인되지 않은 가설을 제시하려는 노력이라는 것이다.[34] 그리고 이 가설은 엄격한 의미에서는 진실이 아닌 일종의 허구이다. 물론 근거가 있기는 하지만 항상 '반증가능성'과 '관찰의 이론의존성'에 노출되어 있다. 그렇다면 과학은 허위의 제시인 것이다. 허위는 진실과 구별되기 어려운 것은 말할 것도 없지만 진실추구는 허위의 제시를 전제로 하고 있다.

3) 허위사실유포죄에 대한 평가

위에서 살펴본 것과 같이 허위와 진실이 가장 잘 구별될 것 같은 과학에서조차 진실과 허위는 매우 복잡한 관계를 설정하고 있다. 이러한 상황에서 허위를 구별해내어 처벌하는 허위사실유포죄는 다음과 같은 문제점을 갖는다.

(1) 처벌의 부당성

첫째, 진실과 허위의 구분은 항상 잠정적이며 추후에 폐기될 수 있음에도 불구하고 이를 기준으로 특정 표현에 대해 법적 제재를 가하는 것은 부당한 처벌이 될 수 있는 것이다. 이와 같은 진리의 잠정성은 수많은 '계몽의 위기'들을 통해 매우 난폭하게 역사에 각인되었다. 예를 들어 지동설을 주장했던 조르다노 브루노(Giordano Bruno)라는 수도사는 1600년도에 천동설이 진실이라고 생각하고 있던 권력을 쥐고 있던 교황청에 의해 허위사실유포죄 및 여타의 죄로 화형당하였다.[35]

---

33) *R. v. Zundel* [1992] 2 SCR 731.

34) 반증가능성은 전 세계적으로 영향을 미쳐 미연방대법원의 과학적 이론의 정황적 증거로서의 채택기준에도 포함되어 있다. Daubert대Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

⑵ 허위의 필요성

허위사실유포죄는 이러한 진실추구의 노력의 실체를 이루는 가설의 제시를 처벌하는 법이 된다. 그렇다면 사람들이 '잠정적인 진실'을 의견의 형태로 공론의 장에 제시하기를 꺼려하도록 하여 도리어 진실의 발견을 가로막거나 더디게 할 수 있다. 실제로 지동설은 추후 진실로 밝혀지기까지 그리고 이에 따른 근대과학의 발전은 뉴턴이 등장하기까지 100여 년을 기다려야 했다.

황우석 지지자들이 권력을 쥐고 있던 참여정부 때는 '줄기세포가 없다'는 주장이 허위였다. 이 주장이 진실로 밝혀진 것은 아직도 신원이 밝혀지지 않아 '야인고수 어나니머스', '아릉' 등의 아이디로만 알려진 익명의 네티즌과 과학도들이 인터넷 게시글을 통해 의혹을 제기하고 MBC를 비롯한 학계 언론계의 많은 사람들이 이 주장의 진실여부를 밝히기 위해 '확인되지 않은 주장'들을 계속 인터넷에 올릴 수 있었기 때문이다.[36] 이 주장들이 처음 제기되었을 때 참여정부가 생명과학입국(立國)이라는 '공익'을 훼손한다는 이유로 현재의 전기통신기본법 제47조 1항을 적용하여 처벌하였다면 과연 이들은 '확인되지 않은 주장'들을 올리기를 두려워하였을 것이며 이 주장들은 종국적으로 진실로 검증되지 못하였을 것이다.

이 인식과 표리관계를 가지고 있는 것은 바로 소위 "불온한 사상"에 대한 가장 효과적인 대응은 처벌이 아니라 이를 비판할 수 있는 자유의 보장이라는 홈스 판사의 사상의 자유시장 이론이다.[37] 캐나다연방법원은 다

35) http://en.wikipedia.org/wiki/Giordano_Bruno 혹자들은 브루노가 기소된 죄목이 지동설의 주장이 아니고 신의 존재에 대한 회의에 더욱 가까운 주장들이었다고 하나, 중요한 점은 당시 교황청이 허위라고 판단하였던 내용의 유포에 대해 처벌을 받았다는 점이다.

36) 함학수, 〈여러분 이 뉴스를 어떻게 전해드려야 할까요?-황우석 사태 취재파일〉, (주)

음과 같이 잠정적 진실 또는 허구를 통한 진실의 추구의 필요성을 강변하였다.

> [환경]활동가가 "브리티시콜럼비아 지역의 우림이 사라지고 있다"라는 말을 하고 싶은데, 나중에 과학자들이 이것이 사실이 아님을 밝혀… "허위소식"의 유포로 형사처벌을 받을까봐 그 말을 하지 못하는 것이 정당한가? 원자력발전소 건설에 우려를 하고 있는 주민들이 이에 대한 토론에 참여하면서, 나중에 과학자들이 그 피해가 크지 않다는 증명을 할 가능성이 두려워 "원자력발전소가 인근 어린이들의 건강을 파괴한다"는 말을 못하는 것이 타당한가? 의학전문가들이 수막염의 전염 상황을 창궐이라고 표현하고 싶은데 정부나 사설기관이 그 표현이 의도적인 거짓말이라고 단정하고 배심원이 이를 받아들일 가능성이 두려워 그같은 표현을 쓰지 말아야할까?[38]

또 캐나다 연방대법원은 명백한 허위는 표현의 자유로 보호되지 않는다는 주장에 대해 다음과 같이 판시하였다.

> 과장은 명백한 허위라고 할지라도 표현의 자유의 근간이 되는 가치들과 관련된 유용한 사회적 목표에 봉사할 수 있다. 동물학대와 싸우는 사람은 자신의 믿음을 추구하기 위한 방편으로 의도적으로 허위의 통계를 인용하여 더욱 근본적인 메시지(예를 들어, 동물학대는 확산되고 있고 중단되어야 한다)를 전달하려 할 수 있다. 의사는 사람들이 확산되어가는 전염병에 대한 예방접종을 하도록 설득하기 위해 잠재적인 바이러스 감염자들의 지리적 위치나 숫자를 과장할 수 있다. 예술가는 예술적인 목적으로 특정 사회가 사실의 주장이나 명시적인 의도

사회평론.

37) "최선의 진실 판별기준은 시장의 경쟁에서 받아들여질 수 있는 힘을 가지고 있는 가이다(the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market)." Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919) (홈스 판사의 반대의견).

적 거짓말로 받아들일 수 있는 주장을 할 수도 있다. 예를 들어 살만 루시디의 Satanic Verses는 많은 모슬림 사회에서 예언자에 대한 의도적 거짓말로 받아들여진다 … 이 모든 표현들은 정치적 참여와 자기실현을 북돋는 내재적 가치를 가지고 있다고 말할 수 있다. 의도적 거짓말은 [헌법상 표현의 자유 조항의 보호 범위]에 들지 않는다는 것은 위와 같은 표현들을 헌법상 보호에서 배제하는 것인데 나는 그것이 헌법제정자들의 의도라고 생각지 않는다.[39]

실제로 "미국인들은 캐나다에서 환영받지 못한다(Americans not wanted in Canada)"는 표현이 미국인들의 캐나다 내 투자나 거주에 악영향을 끼친다며 허위사실유포죄로 처벌된 사례[40]도 있었다.

⑶ 남용가능성

셋째는 허위사실유포죄가 가지는 위험성은 그것이 형사처벌의 형태로 존재한다는 것이다. 형사처벌의 형태를 띠는 이상 그 처벌은 국가의 손에 의해 이루어질 수밖에 없으며 국가는 진실이 자신에게 불리할 경우 진실을 밝히기보다는 진실을 은폐하여 그 권력을 유지하려할 위험이 있다는 것이다.[41] 기록이 남아있는 형태로는 1275년 웨스트민스터법의 Scandalum Magnatum죄의 형태로 처음 지구상에 출현하였던 허위사실유포죄는[42] 계몽의 위기를 거치면서 사문화되거나 자취를 감추었다가 세

---

39) *R. v. Zundel*, 전게서.

40) R. v. Hoaglin (1907), 12 C.C.C. 226.

41) "의견표명을 처벌하려 하는 것은 논리적으로 당연하다. 당신이 당신의 전제와 권력에 대해 아무런 회의가 없고 진심으로 어떤 결과를 원한다면 당신은 자연스럽게 당신의 바람을 법에 반영시켜 모든 반대를 쓸어버리고자 할 것이다. 그러나 치열했던 많은 신념들이 시간이 흐른 후에 폐기되었음을 사람들이 인식할 때 그들은 자신의 행동의 준거가 되는 신념들보다 더욱 강하게, 궁극의 선은 사상의 자유로운 교류로 달성될 것임을 믿게 될 것이다." Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919) (홈스 판사의 반대의견).

계 2차대전 이후 포스트식민주의적 독재정권들이 출현하면서 다시 나타나게 되었다. 우리나라의 '류언비어유포죄'가 바로 대표적인 예이며 현재 자유민주주의가 발전한 국가에서는 자리를 유지할 수 없게 되었다.[43]

4) 소결: "배타적 진실관"[44]

위와 같이 자유민주주의국가가 허위에 대해 가지고 있는 헌법적 입장을 현출(emergence)적 진실관이라고 할 수 있고 이에 대응되는 진실관을 배타적 진실관이라고 할 수 있다. 현출적 진실관에 따르자면 진실은 몇 개의 명제로서 정할 수 있는 것이 아니고 복잡한 담론 속에서 사람들의 반응에서 나타나는 거시적 현상이다. 그렇다면 진실은 담론의 자유로운 형성을 보호해야 현출될 수 있는 것이지 진실이 무엇인지 하루 빨리 '결정'하고 그 진실 외에 나머지의 주장들은 배제하려 해서는 도리어 진실은 죽어버린다. 특히 진실에 대한 '결정'은 정치적 과정을 거칠 수밖에 없으며 이 결정은 산술적 다수나 지배계급에게 유리하게 내려질 수밖에 없다. 그런데 대한민국 주류의 머리는 배타적 진실관에 묶여 있는 느낌이다. 그 예는 노 전 대통령에 대한 언론보도의 반성 후폭풍에서 나타났다.

42) Scott, F., ""Publishing False News"" (1952) *30 Canadian Bar Review 37*, 38-9쪽. 당시 조항의 원문: "from henceforth none be so hardy to tell or publish any false news or tales, whereby discord or occasion of discord or slander may grow between the king and his people or the great men of the realm."

43) "[I]t is significant that the Crown could point to no other free and democratic country which finds it necessary to have a law such as s. 181 on its criminal books (정부는 181조와 같은 법을 형법 법전에 유지할 필요를 느낀 자유민주주의 국가를 한 군데도 찾아낼 수 없었다)." 캐나다연방대법원이 아래 소개할 쥰델(Zundel)판결에서 캐나다의 허위사실유포죄였던 형법 제181조에 대해 언급하며. [1992] 2 SCR 731.

44) 이 장의 글의 일부는 〈http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=80386〉에 실린 것을 다듬은 것이다.

(1) 노 대통령 서거 이후 언론의 반성 후폭풍

노 전 대통령에 대하여 검찰의 주장을 중심으로 편파적으로 보도하고 논평했던 언론들의 고해성사가 이어지고 있고 반성하지 않는 언론에 대한 비판이 줄을 이었다. 언론은 진실을 객관적이고 공정하게 보도한다는 이상을 추구하고 있고 이 이상에 비추어 언론이 스스로 참회하고 사물의 양면을 더욱 균형있게 보도해야 한다는 결의를 다지는 것은 매우 바람직한 일이다. 그러나 이와 같은 참회는 언론계의 내부적 성찰에 머무르지 않을 경우 언론을 실질적으로 위축시키는 사회적 기류가 형성되고 추후에 언론탄압의 근거가 되는 데에 일조할 수 있다. 즉 '진실' 이 있고 진실이 아닌 것은 피의자의 인권을 보호하기 위해서 보도해서는 안 된다는 배타적 진실관은 허위사실유포죄를 용납하고 지지하는 토양이 되며 언론이 '검증되지 않은' 보도를 통해 사회적 담론을 촉발시킬 권리를 억압하게 된다.

특히 사안이 공적인 사안임은 물론 공개된 정보가 불완전할 수밖에 없는 권력형 비리인 경우 이것은 권리를 넘어서 의무이다. 노 대통령은 우리의 슬픔의 크기만큼이나 공적인 인물이었고 그의 임기 중 비리 혐의에 대한 정보는 국민들에게 중요한 것이었고 검찰이 이 정보들을 공개하는 한 언론은 이를 보도할 의무가 있었다. 현출적 진실관에서는 노 대통령이 임기 중에 아무리 적은 액수의 돈이라도 이를 임기 중에 '잘나가는' 기업인으로부터 받았는지를 확인하는 것은 매우 공적인 일이었고 편파적이거나 추측성일지라도 일부 부정확한 점이 있더라도 보도는 이루어지는 것이 마땅하였다.

정확한 보도를 해야 할 사안들은 도리어 정보가 불완전한 사안들인 경우가 대부분이다. 정보가 이미 완전하게 밝혀져 있고 대중에게 공유되어 있다면 그 사안에 대한 사회적 담론은 사실 별 의미가 없다. 역설적으로 정보공개가 불완전하게 이루어진 사안일수록 더욱 '부정확한 보도' 를 할 자유가 강력하게 보장되어야 한다.

권력을 가진 사람이 얼마나 착한 사람인지에 관계없이 인권침해를 막

는 가장 효과적인 방법은 인권을 침해할 권력을 가진 사람들에 대한 비판과 감시임을 우리는 잊어서는 안 된다. 이것은 마치 MBC PD수첩의 광우병 보도가 미국산 쇠고기의 위험한 측면에만 천착하였다거나 일부 과장된 면이 있었다고 할지라도 검찰수사로부터 자유로워야한다는 주장과 일맥상통한다. 권력을 가진 사람들은 자신들에 대한 정보를 차단할 수 있는 힘을 가지고 있고 비밀을 구매할 수 있는 재력을 가지고 있다.

⑵ 장자연 리스트 실명공개 논란

장자연 리스트에 대한 실명공개 논란에서 쟁점은 실제 방상훈 씨가 장자연의 접대룸에 들어가 있었는지 확인이 되지 않은 상황에서 과연 장자연의 필체로 남겨진 어떤 문건에 그러하였다는 주장이 있다고 하여서 이 주장을 그대로 보도할 수 있는가의 문제였다. 즉 허위일수도 있는 주장을 보도해서는 안 된다는 '배타적 진실관'의 발로였다. 하지만 암흑 속에서 이루어지는 모든 권력비리에 대한 고발은 확신을 주지 않는 충분하지 못한 단서를 통해 이루어진다. 예를 들어 노회찬 의원이 안기부의 불법도청 파일 외에는 아무런 근거도 없이 '떡값검사' 실명을 공개한 것은 진실에 대한 실체적 확신이 있어서가 아니라 진실규명을 해달라는 사회에 대한 요청이었다. 노회찬, 장자연, 이종걸 모두 죽음 또는 형사처벌을 무릅쓰고 공적 비리에 대한 단서를 공개했다. 사람들이 공적 사안에 관심을 갖도록 하는 것은 언론의 최소한의 의무이다. 이들 내부고발자들의 단말마 비명과도 같은 아니 유언과도 같은 제보를 있는 그대로 보도하지 못한다면 언론은 존재의 가치가 없다.

필자는 불가지론을 주장하는 것이 아니다. 진실은 존재한다고 생각하고 진실을 추구하기 위한 노력은 매우 좋은 일이다. 그러나 진실에 도달하지 못하였다고 하여 도덕적 비난을 하고 '함구'를 촉구하는 것은 결국 진실추구를 저해하는 허위사실유포죄의 도덕적 토양이 되고 있다.

⑶ 배타적 진실관의 위선성

배타적 진실관은 우리나라에서는 위선적인 모습도 같이 가지고 있다. 배타적 진실관은 마치 진실에 대한 엄격한 잣대를 들이대는 것 같지만 사실은 진실 자체에도 법적 책임이 부과되고 있다. 형법 제307조 제1항은 어떤 명제가 진실인 경우에도 타인의 평판을 저하시킨다면 법적 책임을 부과시키고 있다. 이에 따라 오염된 과자, 비위생적 급식을 하는 학교, 환자를 학대하는 병원, 의뢰인을 등쳐먹는 변호사, 뇌물을 주고받은 지자체 정치인들 등에 대한 익명보도가 나올 때마다 국민들은 그 사람, 업체 또는 기관의 실명을 몰라 두려움에 떨었고 같은 업종에 종사하는 선량한 업체나 기관들은 억울하게 피해를 보거나 의심을 받아야 했다. 진실이 누구에게 불리하다고 해서 그 사실의 공개를 금지하는 법이 보호하는 가치는 도대체 '명예'인가 '위선'인가. 타인이 자신에 대해 좋은 사실만을 알고 있도록 타인의 입을 막아서 얻어낸 '좋은 평판'을 과연 '명예'라고 할 수 있을까.

혹자는 "진실이라고 할지라도 프라이버시는 보호되어야 하지 않는가"라고 반문한다. 그러나 프라이버시의 보호법익은 명예훼손의 그것과 큰 차이가 있다. 명예훼손 법리는 평판을 보호하는 것이다.[45] 보호법익이 다르기 때문에 필자는 프라이버시에 대한 보호는 프라이버시침해를 처벌하는 법으로 이루어져야지 명예훼손 법리를 통해서 보호하려고 해서는 안 된다고 생각한다. 그렇지 않으면 틀림없이 명예훼손법리는 프라이버시로 보호될 수 없는 사실의 공개를 규제하는 데 남용될 것이다. 예를 들어 체불임금을 한 업주가 노동자들이 체불임금 사실을 언론에 알리는 경우를 생각해보자. 체불임금 사실을 프라이버시라고 말하는 사람은 없을 것이지만

45) 물론 여기서의 프라이버시를 초상권 및 명예와 분리시켜 말을 할 때는 Warren-Brandeis식의 넓은 의미의 프라이버시를 말하는 것이 아니라 Warren-Brandeis의 광의의 프라이버시에 포함되는 4가지 중에서 하나에 해당하는 '사적 비밀이 공개되지 않을 권리'를 말하는 것이다.

〈표 2〉 표현의 유형에 대한 우리나라와 외국의 법적 대응 비교

<table>
<tr><td colspan="5">표현 전체</td></tr>
<tr><td colspan="3">사실적 주장</td><td colspan="2">의견 감정의 표명</td></tr>
<tr><td colspan="2">허위 주장</td><td rowspan="2">진실 주장</td><td rowspan="2">불법행위의 선동</td><td rowspan="2">의견및감정의 단순표명</td></tr>
<tr><td>피해특정 가능</td><td>피해특정 불가</td></tr>
<tr><td colspan="5">우리나라의 경우</td></tr>
<tr><td>형법 307조 2항</td><td>전기통신기본법 47조 1항</td><td>형법 307조 1항</td><td>국가보안법/형법의 업무방해금지 조항</td><td>형법 311조(모욕)</td></tr>
<tr><td colspan="5">대부분의 외국의 경우</td></tr>
<tr><td>처벌</td><td>처벌 없음</td><td>처벌 없음</td><td>처벌 없음</td><td>처벌 없음</td></tr>
</table>

위와 같은 경우도 우리나라에서는 진실적시에 의한 명예훼손으로 처벌을 받게 된다. 결론적으로 프라이버시 보호가 진실적시에 대해 명예훼손 책임제도를 유지하기 위한 근거가 될 수는 없다.

배타적 진실관이 진정성을 갖추려면 진실은 명예훼손에 대한 완전한 항변으로 인정되어야 하지만 그렇지 못하다는 것이다. 즉 실제로 보호하려는 것이 진실인지 그 무슨 다른 것인지 살펴보아야 한다.

〈표 2〉에서 보다시피 우리나라 법제도는 대부분의 외국에 비해 표현의 상당한 부분을 법으로 제약하고 있다. 실제로 저렇게 모든 표현의 형태에 법적 책임을 지우는 이유는 무엇일까? 무엇을 보호하고자 하는 것일까? 기존의 권력구조는 침묵 속에서 굴러갈 수 있다. 이에 반대하는 사람은 말을 할 필요가 있다. 위의 대부분의 법조항들의 성격을 외국의 법률가들은 매우 간명하게 규정한다. "기득권세력을 보호하기 위한 것"으로.

3. 인터넷실명제[46]

정보통신망법에 의하면, 이 법이 정하는 인터넷사업자는 자신의 게시판에 이용자가 댓글을 포함한 모든 종류의 콘텐츠를 올릴 때 반드시 이용자의 실명을 포함하여 이용자의 신원을 확인할 수 있는 정보를 이용자로부터 취득하여 보관하여야 한다.[47] 정부는 2009년 1월 위 법 시행령의 전부개정을 통하여 이 제도의 적용범위를 일일평균 사용자 10만명 이상의 사이트로 확대하였으며 이렇게 하여 다음, 네이버, 구글은 물론이고 오마이뉴스와 같은 인터넷언론뿐만 아니라 싸이월드 등의 대부분의 영리 웹사이트에 적용되도록 되었다.[48]

이와 같이 인터넷에 글이나 기타 콘텐츠를 올리려는 사람은 반드시 자신의 신원을 확인할 수 있는 정보(예를 들어, 이름 또는 주민등록번호, 이하 '본인확인정보')를 올리도록 하는 것을 '실명제'라고 한다면, 본인확인정보가 콘텐츠의 열람자들에게 그대로 보여지는 순수실명제와 달리 그 콘텐

---

46) 이 글의 일부는 2008년 10월 1일 언론광장 월례토론회(프레스센터 19층) 발표문 및 2008년 11월 14일 IT정치학회(정보사회진흥원) 월례토론회 발표문, 2008년 12월 3일 국회 전병헌 의원 초청 사이버인권법 제정 세미나, 2009년 6월 19일 헌법학회 발표회에 포함된 바 있다.

47) 정보통신망법 제44조의5 (게시판 이용자의 본인 확인) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 게시판을 설치·운영하려면 그 게시판 이용자의 본인 확인을 위한 방법 및 절차의 마련 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치(이하 "본인확인조치"라 한다)를 하여야 한다. 1.국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조제3항에 따른 공기업·준정부기관 및·지방공기업법·에 따른 지방공사·지방공단(이하 "공공기관등"이라 한다) 2.정보통신서비스 제공자로서 제공하는 정보통신서비스의 유형별 일일 평균 이용자 수가 10만 명 이상이면서 대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자 ② 방송통신위원회는 제1항제2호에 따른 기준에 해당되는 정보통신서비스 제공자가 본인확인조치를 하지 아니하면 본인확인조치를 하도록 명령할 수 있다. ③ 정부는 제1항에 따른 본인 확인을 위하여 안전하고 신뢰할 수 있는 시스템을 개발하기 위한 시책을 마련하여야 한다. ④ 공공기관등 및 정보통신서비스 제공자가 선량한 관리자의 주의로써 제1항에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 이용자의 명의가 제3자에 의하여 부정사용됨에 따라 발생한 손해에 대한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다[전문개정 2008.6.13].

48) 기존의 37개 사이트에서 153개로 확대되었다는 기사〈http://www.kija.org/sub_read.html?uid=37&section=sc2〉.

츠가 게시되는 정보통신서비스제공자에게만 제공되는 제도는 '제한적 본인확인제' 라고 부른다.[49] 이와 같이 수집된 본인확인정보는 경찰이나 검찰이 인터넷상에서 수사대상 게시물을 발견하고 그 게시자의 신원확인을 정보통신서비스제공자에게 요청하면 이를 요청한 수사기관에 전달된다. 미네르바의 신원은 체포 며칠 전에 이미 이 과정을 통해 확인되었다. 그 후 경찰은 압수수색영장을 이용한 IP 추적을 통하여 박대성의 소재를 확인하여 1월 8일에 체포에 성공하게 된다.

현재 인터넷실명제를 지지하는 사람들은 그 근거로서 인터넷에 수없이 올라오는 소위 '악성댓글' 또는 '악플' 및 실제로 게시물 자체가 법적 처벌대상에 이르는 명예훼손, 저작권침해 등을 일으키는 경우들을 언급하고 있다. 인터넷실명제는 '악성댓글' 및 법령 위반자의 색출 및 추적을 용이하게 하여 '악성댓글' 의 게시자는 자신의 정체가 공개될 때 느끼게 될 수치심에 대한 공포, 그리고 불법게시물 게시자는 자신의 정체가 공개될 때 당하게 될 법적 책임에 대한 공포를 느끼도록 하여 언어순화는 물론 법준수를 강화하겠다는 취지로 설명된다.

1) 익명표현의 자유

역사 속에서 익명권 그리고 자신의 이름을 자유롭게 지을 수 있는 권

---

49) 네이버측에서는 '제한적' 이라는 수식어가 일일이용자 숫자가 특정 수준 이상인 서비스에만 적용되기 때문에 붙었다고 설명하고 있다〈http://help.naver.com/service/svc_index.jsp?selected_nodeId=NODE0000000163〉. 하지만 이렇게 설명되면 "개별 사업자가 제한적 본인확인제를 시행한다"라는 표현을 사용하기가 어색하다. 예를 들어, 모든 법과대학에 로스쿨정원배정이 되지 않았다고 하여 'OO대학교가 '제한적 로스쿨' 을 시행하고 있다' 고 말하는 것이 어색한 것과 마찬가지이다. 도리어 여기서 '제한적' 이라는 말은 true anonymous(순수익명제)와 pseudo-anonymous(의사익명제) 사이의 간극과 비슷하게 본인추적가능성의 정도에 따라서 붙여진 수식어로 보는 것이 맞다. 같은 이유로 Daum 측에서 '제한적' 의 의미가 게시판서비스에만 본인확인의무가 적용되기 때문이라는 설명도 옳지 않은 것으로 보인다.

리는 표현의 자유의 한 부분으로서 보호되어 왔다. 익명권이 보장되어야 민주주의가 필요로 하는 진정한 토론이 보장된다. 처음 미국독립의 아이디어를 활자화한 Thomas Payne의 Common Sense는 영국정부의 탄압을 피해 An English Man이라는 익명으로 출간되었다.

미국의 독립 후에는 국가조직에 대한 토론을 위해 Alexander Hamilton을 비롯한 연방주의자들은 Federalist Papers을 Publius라는 익명으로 출간하였다. 이것은 정부의 감시의 눈을 피하기 위해서보다는 실명의 인지에서 발생하는 예단의 피해를 막기 위해서이다. 가장 대표적인 예로 '폭풍의 언덕' 의 저자 에밀리 브론테는 여성작가들에 대한 편견을 피하기 위해 Acton Bell이라는 필명을 사용하였다.

이외에도 시대의 편견과 권력의 감시를 피하여 자유로운 비평과 예술활동을 하기 위해 필명을 사용한 자들은 '몰리에르' , '볼테르' , '졸라' , '트로츠키' , '조지 오웰' 그리고 벤자민 프랭클린, 사드 백작, '오헨리' , '조르쥬 상드,' 심지어는 아이작 뉴턴도 있다.[50]

이와 같은 전통 속에서 미국에서는 구체적으로 1996년 조지아주 의회가 제정한 인터넷실명법이 ACLU대 밀러(Miller)사건에서 연방지방법원에 의해 위헌결정을 받은 바 있다.[51]

이 결정은 매우 당연시되었는데 왜냐하면 이에 앞서 미연방대법원이 1995년에 매킨타이어(McIntyre)대 Ohio사건에서 선거홍보자료에 실명을 표기할 것을 의무화한 오하이오주 선거법을 위헌처분하면서 이때 익명권(right to anonymity)을 표현의 자유의 한 부분으로서 확립하였기 때문이다.[52] 매킨타이어사건에서는 오하이오주 선거법은 "특정 이슈의 채택이나 배제를 주장하기 위해 일반배포를 위한 간행물을 작성하는 자는 누구

---

50) http://www.compulsivereader.com/html/index.php?name=News&file=article&sid =1215

51) *ACLU v. Miller, 977 F. Supp. 1228 (N.D. GA) (1997).*

52) *McIntyre v. Ohio Campaign Commission, 514 U.S. 334, 115 S.Ct. 1511 (1995).*

나 그 간행물의 잘 보이는 곳에 자신의 성명과 주소를 기입하여야 한다"[53] 라고 되어 있었고 피고는 학교재정확충을 위한 새로운 세금제도에 대해 의견을 표명하기 위해 '관심있는 부모들과 납세자들(concerned parents and tax payers)' 의 명의로 홍보지를 만들어 배포하였었고 이에 대해 매킨타이어대법원이 익명권을 침해한다며 위헌을 선언한 것이다.

흥미로운 것은 매킨타이어사건에서 미연방대법원이 익명권을 도출해 낸 법원(法源)이다. 미연방대법원은 60년대의 NAACP대 앨라배마(Alabama)사건들[54]과 80년대의 Brown대Socialist Workers사건에서[55] 이미 공권력이 인권단체 및 진보정당에 구성원 명단을 요구한 것에 대해 위헌판단을 내린 적이 있었다. 즉 매킨타이어법원은 정당이나 단체의 이름을 그 정당이나 단체의 구성원들이 공동으로 사용하고 있는 '가명' 의 역할을 하고 있다고 보았을 때 구성원 명단을 요구하는 것은 정당 및 단체의 이름의 뒤에 숨은 사람의 '실명' 을 요구하는 것과 같다고 본 것이다. 그렇다면 전자가 이미 위헌 판정을 받았으므로 당연히 오하이오주 선거법이 '실명' 을 요구하는 것 역시 위헌이라고 볼 수 있었던 것이다. 인터넷실명제가 1990년대에 위헌판정을 받게 된 법리의 원천이 60년대 및 80년대의 인권

---

53) 영어원문. No person shall write, print, post, or distribute … any … form of general publication which is designed to … promote the adoption or defeat of any issue … unless there appears on such form of publication in a conspicuous place or is contained within said statement the name and residence … [of] the person who issues, makes, or is responsible therefore.

54) NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449, 78 S.Ct. 1163(1958)(단체의 회원명부를 공개하도록 강제하는 앨라배마주 법률규정이 결사의 자유를 침해한다고 보았음); NAACP v. Alabama, 360 U.S. 240, 79 S.Ct.1001 (1959) (법원이 피고당사자인 단체의 명단공개를 명령하였는데 이 명단공개 명령에 대해 위헌이라고 선언하고 명령위반에 대해 법원모독(civil contempt) 과태료 부과도 위헌이라고 선언함. 이 사건은 특히 중요한데 법률이 일률적으로 공개한 것이 아니라 실제 재판진행에 의하 필요한 명단공개임에도 불구하고 위헌판정을 받았기 때문이다).

55) Brown v. Socialist Workers 74 Campaign Commission (Ohio), 459 U.S. 87, 103 S.Ct. 416(1982) (사회주의노동자당이라는 군소단체에 대해서도 모든 당에 적용되는 정치자금 기부자 공개를 요구한 것은 위헌이라는 판결).

단체들과 진보정당의 활동을 보호하기 위한 판례들이었다는 점은 익명권이 가지고 있는 민주주의와의 내밀한 관계를 다시금 시사한다.

그러나 이 주장은 형식적 민주주의가 갖추어진 국가에서는 다음과 같은 반론에 부딪히게 된다. "익명표현은 편견과 억압에 대한 반대에 유용할 수 있지만 역시 타인의 권리침해에도 유용하다. 형식적 자유와 평등이 마련된 국가에서 전자의 가능성보다는 후자의 가능성이 더욱 크다."

2) 사생활의 자유와 위축효과(chilling effects)

국민은 자신의 개인정보를 국가에게 공개하지 않을 사생활의 자유를 가지고 있다.[56] 물론 사생활의 자유도 물론 한계가 있으면 공익적인 필요에 의해 제한될 수 있다. 공익적인 필요 중의 하나는 바로 국가에 의한 범죄수사일 것이며 우리는 형사소송법상의 사생활침해범위를 살펴보면 어떤 경우에 사생활의 자유가 제약될 수 있는지 한계를 설정할 수 있을 것이다. 특히 범죄수사에의 필요성은 아마도 가장 강력한 공익이 될 것이며 이와 같은 공익이 정당화되는 범위 내에서만 사생활의 자유를 인정한다면 아마도 백보를 양보하여 가장 최소한으로 좁혀진 사생활의 자유가 도출될 것이다.[57] 형사소송법 제215조 형사소송법[58]에 따르면 '범죄수사에의 필요성' 과 같은 특별한 공익이 있는 경우에만[59] 사생활 및 사적인 정보의 공개 즉 압수수색이 강제될 수 있다. 이것은 신원 공개에도 똑같이 적용된다.

---

56) 헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

57) 미국헌법이 국가행위가 영장을 필요로 하는 수색(search)인가를 판단하는 기준이 프라이버시의 합리적인 기대(reasonable expectation of privacy) 범위임은 이미 공지의 사실이다.

58) 제215조 (압수, 수색, 검증) ①검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다〈개정 1980.12.18〉. ②사법경찰관이 법죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다〈개정 1980.12.18〉 [전문개정 1973.1.25].

59) 조국, "압수수색의 합법성 기준 재검토," 『비교형사법연구』 제5권 제2호, 745-781쪽.

신원확인은 불심검문을 통해 이루어지는데 불심검문은 경찰관직무집행법 제3조에 따라 "합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유"가 있을 때만 가능하다.

하지만 제한적본인확인제는 특정 규모의 게시판을 통해 온라인에 글을 올리는 모든 사람들에게 그 글이 불법게시물일 개연성에 불문하고 모두 신원을 미리 공개할 것을 요구하고 있다. 즉 위의 형사소송법과 경찰관직무집행법으로부터 도출되는 헌법 제17조의 사생활의 자유의 보호범위를 침해하고 있는 것이다.

물론 사생활의 자유에도 한계는 있다. 강제적 실명제를 통한 사전적인 신원공개가 필요하고 정당화될 때도 있다. 하지만 그것은 이를 정당화하는 공익이 있을 때로 한정된다. 부동산실명제와 금융실명제는 사기 및 탈세의 위험성 때문이다. 자동차에 번호판을 달도록 하는 것은 자동차의 파괴성과 이동성 때문이다. 청소년유해물을 보는 사람에게 성인 인증을 위해 주민번호를 강제하는 것도 이를 청소년이 보았을 때의 유해성 때문이다.

그렇다면 글쓰기가 자동차 운전, 금융거래, 부동산거래 또는 청소년의 음란물열람처럼 위험한 행위인가. 그렇지 않다는 것에 대부분 동의할 것이다. 물론 글쓰기는 틀림없이 명예훼손, 저작권침해 등 다양한 위험을 내포하고 있다. 그러나 표현에 내재한 위험이 부동산거래나 금융거래에 내재하는 위험만큼, 과연 사생활의 자유를 일괄적으로 포기할 필요가 있을 만큼 상당한 것인가에 관한 논의가 필요하다. 그리고 이 논의는 정책자가 처해 있는 시대적 역사적 문화적 배경에 따라 달라질 수 있으며 현대사회에서 미치는 여러 가지 악영향에 대한 실증적 조사가 필요한 것은 사실이다. 하지만 지금까지 밝혀진 것만으로는 사생활의 자유의 제약을 요구할 만큼 위험성을 가진 것으로는 보이지 않는다.

결론적으로, 다른 법에서는 죄를 저질렀다고 믿을 만한 이유가 있거나 금융실명제나 자동차번호판제도처럼 방지해야 할 명백한 폐해들이 있을 때만 강제하는 신원공개 및 본인확인을 온라인글쓰기를 한다는 이유만으

로 인터넷이용자에게 강제하는 것은 헌법 제17조의 사생활의 자유를 아무런 이유없이 침해하는 것이다.

이 장의 논의는 실명제찬성론자들의 가장 흔한 논거에 답변한다. 즉 "떳떳하면 왜 실명 등록을 못하는가"라고 다그치는 실명제 찬성자들도 길거리를 걷는다는 이유만으로 신원공개를 요구당하면 "내가 뭘 잘못했는데?"라고 불쾌해할 것이다. 바로 이 기분이 사생활의 자유의 핵심이며 인터넷실명제 반대자들의 심정이 바로 그런 것이다.

결국 사생활의 자유에 대한 침해는 위축효과로 나타난다. 자발적으로 가입한 실명사이트가 아니라 법에 의해 실명제가 강제되는 사이트에 어쩔 수 없이 가입한 경우에는 위와 같은 사생활의 침해 때문에 불법게시물이 줄어들더라도 합법적인 게시물도 같이 줄어들 것이며 이 두 가지는 서로 상쇄관계에 있다. 길거리 범죄를 막겠답시고 길을 걷는 사람들 모두에게 명찰과 주민번호를 달고 다니도록 강제했을 때 사람들의 반응을 생각해 보라. 길에 나가기 자체를 꺼려 할 것이다. 그렇게 되면 길거리 범죄는 많이 줄어들 것이지만 합법적으로 목적으로 길을 걷는 사람들도 줄어들 것이다. 누구도 이와 같은 '길걷기 실명제'가 위헌판정을 받을 것임을 의심하지는 않을 것이며 제한적 본인확인제도 같은 맥락에서 바라보아야 한다.

실제로 우리나라는 제한적본인확인제를 2007년 7월 22일에 도입했는데 이 제도가 적용된 웹사이트에서 욕설이 없어진다거나 의미있게 줄어들지 않았다.[60] 선거용 게시판에서는 욕설이나 비방이 많이 줄어든 것처럼 보이지만 선거용 게시판은 인터넷 전체에 비하면 매우 제한된 공간이며 한시적으로 사용되는 곳이다. 그러나 필자가 여기에서 중요하게 보는 것

60) 2007년 10월 4일 국정브리핑을 통해 정보통신부는 2007년 7월 22일에 제한적 본인확인제가 실시된 이후로 악성댓글이 15.8%에서 13.9%로 줄었다는 것이 유일한 연구결과인데 이마저도 조사의 대상이었던 디시인사이드 측은 조사대상 게시판이 외부적인 이유로 댓글 자체가 18% 줄어든 것이지 악성댓글의 비율이 줄어든 것이 아니라고 해명하였다(2007년 10월 11일 미디어오늘).

은 제한적본인확인제에 의해 실제로 욕설이 줄어들지 않았다는 점이 아니라, 욕설이 조금 줄어들기는 하였는데 그보다 게시물의 숫자도 같이 줄어들었다는 점이다. 즉 '위축' 및 '자기검열' 효과가 나타나는 것이다. 표현의 자유 분야에서 말하는 '위축효과(chilling effects)'는 일반적인 의미와는 다르며 어떠한 공권력의 행사로 인하여 국민들이 객관적으로는 합법적인 표현물의 발화를 자발적으로 자제하는 것을 말한다. 이 현상이 한국 민주주의에 끼칠 장기적인 악영향은 복잡한 연구를 필요로 할 것이다.

4. 결론

미네르바 사태는 한국 표현의 자유에 대한 허위에 대한 처벌가능성 여부, 익명표현의 자유 등의 문제를 사회적 담론의 한가운데로 끌어들였다. 이 두 가지 문제 모두 역사적으로 법적으로 민주주의와 내밀한 관계를 맺고 있는 것들이다. 허위사실유포죄는 독재정권이 진실을 탄압하기 위해 남용했던 제도이며 익명표현의 자유는 독재정권에 맞서 싸우던 투사들의 매우 중요한 무기였다.

바로 그렇기 때문에 형식적 민주주의가 갖추어진 2009년 대한민국에서 허위사실유포죄와 실명제에 대한 경계는 매우 낮다. 특히 우리나라 특유의 배타적 진실관과 맞물리면서 허위사실유포죄는 완벽하게 부활한 모습니다.

그러나 미네르바에 대한 허위사실유포죄 기소는 많은 인터넷 경제논객들이 절필을 하도록 하였음은 말할 것도 없고 미네르바의 체포에 이용되었던 실명제는 전체적으로 인터넷활동을 위축시킴은 물론 체제에 비판적인 온라인저술활동을 위축시키고 있다.

표현의 자유의 침체는 국민들이 국가에 대해 가지고 있는 신뢰를 떨어

뜨리며 이와 같은 불신은 정책결정에 있어서 공공성의 획득을 어렵게 만든다. 국민들은 선거를 통해서 좋은 대통령을 뽑으면 그 대통령이 잘해주기만을 기대할 뿐 선거 사이의 기간 동안에 다양한 의견개진을 통해 정치에 참여할 수 있다는 희망을 포기한다. 이러한 우연성에 기초한 국가-국민 관계에서 국민들이 사회복지제도를 위한 증세 등에 동의할리는 만무하다는 것이다. 그리고 공공성의 부재는 형식적 민주주의에서 실질적 민주주의로 나아감에 있어서 걸림돌이 될 것이다. 미네르바를 통해 드러난 표현의 자유의 위기상황에 대한 적극적인 사고가 요구되는 시점이다.

참고문헌

박경신. "허위사실유포죄의 위헌성." 『법학연구(인하대학교)』 제12집 제1호 게재 (2009년 5월). 1-44.

조 국. "압수수색의 합법성 기준 재검토." 『비교형사법연구』 제5권 제2호. 745-781.

R. v. Oakes. 1986. 1 SCR 103.

Scott, F. 1952. "Publishing False News." *30 Canadian Bar Review 37*.

R v. Zundel. 1992. 2 SCR 731.

UN Human Rights Committee. Mukong v. Cameroon, views adopted 21 July 1994. No. 458/1991, para. 9.7.

Annual General Assembly Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/50/40, 3 October 1995, para. 89.

Annual General Assembly Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/51/40, 16 September 1996, para. 154.

Concluding Observations of the Human Rights Committee: Armenia, UN Doc. CCPR/C/79/Add.100, 19 November 1998, para. 20.

Concluding Observations of the Human Rights Committee: Uruguay, UN Doc. CCPR/C/79/Add.90, 4 August 1998, para. 10.

The Prosecution of Dr. Moncef Marzouki, Public Statement from Article 19, The Global Campaign for Free Expression, London, 12 December 2000.

Report on the Situation of Human Rights in Panama, OEA/Ser.L/V/II.44, doc. 38, rev. 1, 1978<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Panama78eng/chap.5.htm>.