

허위사실유포 관련 범죄에 대한 고찰

이 원 상*

국 | 문 | 요 | 약

최근 SNS를 통해 허위사실이 유포되어 사회적 문제가 발생하면서 허위사실유포와 관련된 새로운 법률이 도입되어야 한다는 견해가 힘을 얻고 있다. 이처럼 허위사실유포와 관련된 새로운 입법이 필요하다는 요구는 전기통신기본법 제47조 제1항이 헌법재판소에 의해 단순위헌 결정을 받으면서 부터이다. 그러나 허위사실유포와 관련된 법적 쟁점들은 단지 관련 조문을 도입해야 한다는 것에만 그치지 않는다. 우리 법률가운데 많은 법률이 허위사실유포와 관련된 조항들을 가지고 있으며, 그로 인해 다양한 법적 문제점들이 제기되고 있기 때문이다. 따라서 이 글에서는 허위사실유포와 관련하여 새로운 법률규정 도입에 있어서의 문제점과 함께 형법상 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄의 적용에 대한 문제점, 허위성에 대한 입증책임전환에 있어서의 문제점들을 살펴보았다.

결론적으로 특정한 상황에서 SNS와 같은 매체로 급속도로 허위사실이 유포되어 사회적 문제가 발생할 수 있는 개연성으로 인해 관련 조문이 필요한 부분도 있지만, 일반적인 경우에는 허위사실에 대응하는 올바른 정보가 빠르게 유포될 수 있기 때문에 전기통신기본법 제47조 제1항과 같은 조문을 도입할 필요성은 적어 보인다. 또한 실무적으로 사실이 아닌 경우 일반적으로 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄를 적용하고 있는데, 그 경우 허위성이 기소당시 확실하지 않은 경우에도 형법 제307조 제2항을 적용하는 것은 우리 형법의 명예훼손구조를 잘못 적용하는 것이라고 할 수 있다. 그러므로 허위성 여부가 확실하지 않은 경우에는 당연히 제307조 제1항이 적용되어야 한다. 그리고 판례는 공직선거법 제250조 제2항과 관련된 사안에서 허위성에 대한 입증책임은 검사에게 있다고 명시하면서도 사실상 입증책임의 전환을 통해 판결을 내렸다. 허위사실유포와 관련하여 공직선거법 제250조 제2항이 적용되지 않더라도 형법 제307조 제1항에 의해 처벌할 수 있는 상황에서 입증책임의 전환을 통해 유죄판결을 내리는 것은 문제가 있다고 여겨진다.

❖ 주제어 : 허위사실, 전기통신기본법, 공직선거법, 명예훼손죄, 입증책임의 전환

* 조선대학교 법학과 조교수

I. 서론

최근 SNS를 통해 허위사실을 유포하여 사회에 피해를 입히는 사례가 자주 발생하고 있다. 이는 시민들이 특정 매체에 대한 의존도가 높아짐에 따라 그 매체를 악용하는 대표적인 사례 가운데 하나라고 할 수 있다. 그러나 매체로 인한 파급력이 큰 것은 사실이지만, 허위사실유포의 문제는 매체와는 별개로 특정한 목적을 가지고 있는 경우가 많기 때문에 그 문제의 범위가 매우 넓다고 할 수 있다. 천안함이나 광우병 사건과 같이 사회적으로 이슈가 되는 문제가 발생했을 경우 예비군 동원령이 발령되었다거나 광우병으로 사망한 사람이 있다는 등과 같이 장난삼아 허위사실을 유포하는 경우도 있지만, 소위 ‘증권가 찌라시’같은 사실 정보지를 통해 영리 목적으로 사실을 왜곡하여 주가시세조작을 시도하거나, 선거 때 상대방 후보를 떨어뜨리기 위한 목적으로 허위사실을 유포하는 경우도 많기 때문이다. 더욱 보편적인 경우는 허위사실에 의한 명예훼손처럼 허위사실을 유포하여 상대방의 명예를 실추시키는 것이다. 특히 사이버공간을 통한 허위사실유포 행위는 추후 그 사실이 허위로 밝혀진다고 하더라도 피해자에게 지워지지 않는 타격을 입히기도 한다. 따라서 최근 검찰은 SNS 등을 통해 허위사실을 유포하는 경우 원칙적으로 구속수사를 하고, 엄정하게 처리하겠다는 의지를 표명하기도 하였다.¹⁾

이와 같이 우리 사회에 많은 문제를 일으키고 있는 허위사실유포 행위에 대해 현재 법률적인 관점에서도 다양한 논의들이 진행되고 있다.²⁾ 하지만 이 글에서는 다음의 세 가지에 주목하고자 한다. 하나는 입법론적 관점에서의 논의이다. 입법론의 논란은 전기통신기본법 제47조 제1항이 위헌으로 결정된 2010년 이후 꾸준히 제기되고 있는 공익을 해하는 허위사실유포 처벌 관련 규정을 부활하는 것이다. 특히 최근 SNS의 사용자가 폭발적으로 증가하면서 이를 통해 허위사실유포가 다시금 문제로 부각되고 있지만 이를 처벌할 마땅한 규정이 없다는 주장이 계속되면서

1) <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=77460>.

2) 허위사실유포와 관련해서는 형법상 명예훼손죄 뿐 아니라 사기죄, 자본시장과 금융투자법에 관한 법률, 제조물 책임법, 공직선거법 등과 같이 다양한 법률에 다양한 내용들이 규정되어 있다; 박경신, “허위사실유포죄의 위헌성에 대한 비교법적인 분석”, 인하대학교 법학연구 제12권 제1호, 2009, 6면 이하.

새롭게 허위사실유포 관련 처벌규정을 도입할 지에 대한 논의가 점차 활발해지고 있다.³⁾ 다른 하나는 실체법적인 관점에서 형법상 허위사실유포에 의한 명예훼손죄에 초점을 맞출 수 있다. 우리 형법의 명예훼손죄의 구조적인 문제점으로 인해 허위사실에 의한 명예훼손죄가 실무적으로 우리의 법률적인 구조와 다르게 적용되는 문제가 지적될 수 있기 때문이다. 그리고 마지막으로 형사절차에서 발생하는 문제점을 지적할 수 있다. 공직선거법과 관련된 정봉주 전의원의 판결에서 나타난 입증책임의 전환 문제가 여전히 논란이 되고 있기 때문이다. 그러므로 본 논문은 허위사실유포 관련 범죄에 관해서 입법, 법률적용, 형사절차의 관점에서 제기되는 논점들을 순차적으로 살펴보고자 한다.

II. 허위사실유포 관련 입법론적 문제점

1. 전기통신 설비를 이용한 허위사실유포죄

허위사실유포와 관련해서 가장 큰 사회적 이슈가 된 사건으로 소위 ‘미네르바 사건’이 있다. 이 사건과 관련해서 전기통신기본법 제47조 제1항⁴⁾이 헌법재판소에 의해 단순 위헌을 받으면서⁵⁾ 일부에서는 처벌규정의 흠결이 존재한다고 주장하기도 하였다. 그러나 전기통신기본법 제47조 제1항이 위헌결정을 받았지만, 전기통신과 관련해서 허위사실유포 관련 규정이 완전히 사라졌다고 할 수는 없을 것이다. 아직도 몇몇 조문은 존치하고 있기 때문이다. 먼저 전기통신기본법 제47조 제2항에서는 “자기 또는 타인에게 이익을 주거나 타인에게 손해를 가할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다”라고 여전히 규정되어 있다.⁶⁾ 이런 행위는 행위객체와 주체에 따

3) http://www.newsis.com/ar_detail/view.html?ar_id=NISX20130806_0012272129&cID=10803&pID=10800.

4) 전기통신기본법 제47조 제1항은 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정되어 있었다.

5) 2010. 12. 28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합).

6) 제2항은 전항과 객관적 구성요건에서는 차이가 없으나, 공익에 해를 끼치는지 여부 대신 자기 또는

라 가중처벌 되는데, 동조 제3항에서는 전신환 관련 사안의 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해지며,⁷⁾ 제4항에서는 전기통신업무에 종사하는 자가 제2항의 행위를 하는 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금, 제3항의 행위를 하는 경우 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처해진다.⁸⁾

또한 전파법 제83조 제1항에서는 “자기 또는 타인의 이익을 위하거나 타인에게 손해를 줄 목적으로 무선설비 또는 전선로에 주파수가 9킬로헤르츠 이상인 전류가 흐르는 통신설비(케이블반송설비 및 평형2선식 나선반송설비를 제외한 통신설비를 말한다)에 의하여 거짓으로 통신을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다”라는 규정이 있다. 그리고 군용전기통신법 제19조에서는 “군용통신 사무에 종사하는 사람이 정당한 사유 없이 통신역무의 제공을 거부하거나 통신을 지연시켰을 때 또는 거짓으로 통신하였을 때에는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다”라는 규정이 존재하고 있다. 이처럼 비록 일반적이고 포괄적으로 적용될 수 있는 규정은 없다고 하더라도 통신설비를 이용해서 허위사실을 유포하는 행위를 처벌하는 규정은 여전히 존치하고 있다.

2. ‘공익’과 ‘허위’의 불명확성

허위사실유포와 관련된 대체입법이 필요하다는 입장에서는 전기통신기본법 제47조 제1항이 단순위헌 결정을 받으며 사실상 허위사실유포에 대해서는 무방비상태라고 주장한다. 위헌결정 당시 정부도 같은 입장에서 대체입법을 마련하기 위해

타인에게 이익을 주거나 타인에게 손해를 끼치는지 여부가 고려되는 것이 다르다. 이때의 이익이나 손해는 경제적인 것에 한하지 않고 객관적 산정이 가능한 유·무형적·비재산도 인정될 수 있다; 김혜경, “전기통신기본법상 형사처벌규정의 검토”, 연세대학교, 2008, 233면.

- 7) 여기서 전신환이란 전선에 의한 송금제도로써 송금을 원하는 고객이 우체국에서 전신으로 수취인 거주지역 우체국에 통지하고, 수취우체국에서 전신환증서를 발행하여 수취인에게 배달하면, 수취인이 전신환증서를 우체국에 제시하고 환금을 지급받는 제도이다. 따라서 본 조항은 재산적 이익에 한정하고 있다고 할 수 있다; 김혜경, 앞의 논문, 234면.
- 8) 이 경우 “전기통신업무에 종사하는 자”에 대한 정의가 동 법률 규정되어 있지 않으며, 전기통신업무의 개념도 모호하다. 그러므로 해당 개념이 확장되어 해석될 수 있으며, 이로 인해 처벌의 범위가 넓어질 수 있다. 그러므로 해당 개념의 범위는 가급적 제한적으로 해석해야 할 것이다; 이원상/안정민, 방송통신융합에 따른 처벌법규 정비방안 연구, 한국형사정책연구원, 2011, 126면.

많은 노력을 하였으며,⁹⁾ 그런 노력은 현재에도 계속되고 있다.¹⁰⁾ 따라서 전기통신 기본법 제47조 제1항과 관련해서 제기되었던 주요 논점을 다시금 정리해 볼 필요가 있는데, 이는 앞으로 어떤 형태의 허위사실유포와 관련된 조문이 만들어 지더라도 전기통신기본법 제47조 제1항에서 논의되었던 내용을 비껴갈 수는 없기 때문이다.

동법 제47조 제1항은 고의를 넘어 공익을 해할 목적을 가져야 하고, 허위의 내용을 공연히 전기통신설비라는 수단을 이용하여 행하였을 경우 처벌을 하고 있다. 동 조의 보호법익은 사회적 법익에 속하는 ‘공공의 이익’이라고 할 수 있다.¹¹⁾ 특히 동 조문에서 문제가 될 수 있는 내용으로는 ‘공익을 해할 목적’과 ‘허위의 통신’이다. 그 이유는 ‘공익’이라는 개념과 ‘허위’라는 개념이 매우 불분명할 수 있기 때문이다. 먼저 헌법재판소는 ‘공익’의 개념이 명확성원칙에 어긋난다고 보고 있다. 헌법재판소의 다수견해는 “...여기서의 “공익”은 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권 제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판의 자유의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. 따라서 어떠한 표현행위가 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없으며, 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다. 나아가 현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분인바, 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위한 공익간 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것도 아니다.”라고 밝히고 있다.¹²⁾ 그러나 법률에서 ‘공익’이라

9) 전기통신기본법 제47조 제1항이 위헌결정을 받은 당시 정부는 총리실 소속의 T/F에서 대체입법과 관련된 논의를 진행하였으며, 이와는 별도로 법무부와 검찰에서도 대체입법안을 작성하기도 하였다.

10) 최근 허위사실유포와 관련해서 18대 국회에서는 6차례에 걸쳐 입법안이 제출되었으며, 19대 국회에 계류 중인 법률안으로 한기호의원 등 10인(의안번호 1904933)이 2013.5.13.일 발의한 정보통신망법 일부개정안이 계류 중에 있다.

11) 김혜경, 앞의 글, 232면.

12) 물론 소수견해는 이에 대해 반대 의견을 개진하고 있는데, “...이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적”이라는 초과 주관적 구성요건을 추가하여 ‘허위의 통신’ 가운데 구성요건해당성이 인정되는 행위의 범위를 대폭 축소시키고 있는바, 초과 주관적 구성요건 부분에 대하여 객관적 구성요건 행위와 같은 정도의 명확성을 요구할 것은 아니다. 한편 법률상 ‘공익’ 개념은 ‘대한민국에서 공동

는 개념이 사용되지 않는 것은 아니다. 총 315개의 법률과 823개 조문에서 사용되고 있다고 하며,¹³⁾ 형법에서도 제165조(공용건조물 등에의 방화)나 제178조(공용건조물등에의 일수), 제367조(공익건조물파괴) 등에서도 ‘공익’의 개념을 사용하고 있는데, 이 때 ‘공익’은 ‘일반 공중의 이익’ 정도의 개념으로 사용되고 있다.¹⁴⁾

이에 대해 ‘공익’이라는 개념 자체는 다소 불명확하고 모호한 개념이라고 하더라도 ‘공익을 해할 목적’은 것처럼 불명확하지는 않다는 주장도 있다. 현재는 이제까지 ‘공익을 해할 목적’을 ‘사회 전체의 이익을 해할 목적을 의미하는 것으로 사회 전체의 이익이라는 개념에 대한 법률적 판단은 객관적인 기준에 의하여야 하고 범행 당시 피고인이 주관적으로 느끼고 내리는 판단에 의존하여서는 안 된다’라는 기준을 제시하며 공익을 해할 목적이 무엇인지에 대한 기준을 제시하기도 하였기 때문이다.¹⁵⁾ 또한 국가안보와 관련해서는 공익을 해하는지 여부가 비교적 명확해 질 수 있으며, ‘명백하고 현존하는 위험’이라는 개념이 더해진다면 보다 명확해 질 수 있다고도 본다.¹⁶⁾ 더 나아가 아래에서 언급될 법률안에서처럼 공익의 내용을 좀 더 세분화하여 명확성 원칙 위반을 벗어나려는 노력도 있다. 이처럼 불분명한 ‘공익’의 개념에 수사를 붙이거나 세분화 시켜 명확성 위반을 벗어나려는 시도는 가상하지만, ‘공익’이 가지고 있는 원천적인 모호성을 완전히 해소할 수는 없을 것이다. 그러므로 법학계 뿐 아니라 헌법재판소나 대법원 등과 같은 실무에서 아직까지 공익에 대해 명확하고 포괄적인 개념정의를 확립하고 있지 못한다고 할 수 있다.¹⁷⁾

또한 현재가 명확성 원칙에 위배되는 것으로 지적한 것으로 ‘허위’라는 개념이 있다. 현재의 주요결정요지를 살펴보면 현재는 “....‘허위’ 개념에는 내용의 거짓이나 형식의 오류가 모두 포함될 수 있기 때문에, 법률 용어로 사용하기 위해서는 보다 구체

으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하고, 공익을 ‘해할 목적’은 행위의 주요 목적이 공익을 해하는 것인 때를 의미하는바, 그 의미가 불명확하다고 보기 어렵다”라고 판단 하였다.

13) 김경호, ““공익을 해할 목적의 허위통신”조항에 대한 위헌결정의 함의와 온라인 표현의 자유에 관한 연구: 현재 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 결정 분석”, 사회과학연구 제24권 1호, 2013, 295면.

14) 배종대, 형법각론(제7판), 2010, 102/2.

15) 현재 2002.6.27. 선고, 99헌마480.

16) 김경호, 앞의 글, 296면 이하.

17) 김혜경, 앞의 글, 231면.

적인 부연 내지 체계적 배치가 필요함에도 이 사건 법률조항은 법조문 자체의 문언이나 관련 조항의 체계상 그와 같은 구체화의 취지를 명백하게 드러내지 아니한 결과, 당초 입법취지와는 달리, 확대된 법률의 해석, 적용이 가능하게 된 것이다. 결국 이 사건 법률조항은 ‘공익을 해할 목적’이 불명확하다는 점에서 뿐만 아니라 ‘허위의 통신’ 부분이 불명확하다는 점에서도, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다”라고 하며 허위라는 개념이 명확성 원칙에 위배된다고 밝히고 있다.¹⁸⁾ 다만 허위라는 개념이 공익이라는 개념과 같이 명확성 원칙에 어긋나는지에 대해서는 다소 의구심이 든다. 일반적으로 허위라는 것은 “내용이 진실(또는 사실)에 합치되지 않는 것”을 의미한다.¹⁹⁾ ‘허위’라는 개념은 ‘진실’에 대응되는 개념으로서 크게 두 가지 경우를 고려해 볼 수 있는데, 하나는 진술내용이 객관적 진실에 반하거나 불합치하게 되는 객관적 허위가 있으며, 다른 하나는 진술자의 기억이나 확신에 반하는 주관적 허위로 나누기도 한다.²⁰⁾ 또한 진술의 사실여부와 구분되는 개념으로 가치판단이 있는데, 가치판단은 주관적 확신에 근거하여 정당성 여부가 달려있기 때문에 사실여부와는 구별된다.²¹⁾ 또한 허위여부의 판단은 현재나 과거의 진술에 대해서만 가능하기 때문에 장래의 사실에 대한 진술은 의견진술에 불과하게 된다.²²⁾ 이렇게 보면 허위의 통신에서의 허위는 객관적·주관적으로 진실에 반하며, 의견진술이나 가치판단을 내용으로 하는 것이 아니라 사실내용을 적시하는 것을 의미하게 된다.²³⁾

18) 이에 대해 소수의견은 “...일반적인 ‘허위’의 관념은 내용의 거짓과 명의의 거짓을 모두 포괄하는 점 및 다른 형사처벌 규정에서의 ‘허위’ 개념의 용례에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”에서 ‘내용이 거짓인 통신’이 배제된다는 해석은 불가능하다. 한편 ‘내용의 허위’란 내용이 진실에 부합하지 않는 것으로서, 전체적으로 보아 ‘의견 표명’이나 ‘제안’이라고 볼 수 있는 경우는 이에 해당하지 아니한다. 결국 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”은 그 의미가 명확하고, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다”라고 반대 견해를 피력하였다(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바 157 등, 관례집 22-2하, 684, 686-686).

19) 배종대, 앞의 책, 117/15.

20) 김일수/서보학, 형법각론(새로쓴 제7판), 2007, 30면.

21) 위와 동일.

22) 이재상, 형법각론(제5판 보정신판), 2007, 12/16.

23) 이원상/안정민, 앞의 책, 125면.

3. 단순위헌 이후 입법안 검토

본 조항이 위헌결정이 난 이후 제18대 국회에서 7개의 법안이 제출되었으며,²⁴⁾ 제19대 국회에서 1개의 법안이 제출되어 현재 계류 중에 있다. 이제까지 제출된 법률안의 내용을 정리해 보면 다음과 같다.

의안번호	법령	내용
1810562 (임동규의원 등 10인)	전기통신기본법	① 다음 각 호를 목적으로 전기통신설비에 의하여 공공연하게 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 국가안전보장에 중대한 위험을 초래 2. 자유민주적 기본질서의 파괴와 사회혼란을 유도 3. 공공복리의 현저한 저해
1810575 (조배숙의원등 10인)	전기통신기본법	제47조제1항을 삭제하고, 같은 조 제4항을 다음과 같이 한다. ④ 전기통신업무에 종사하는 자가 제3항의 행위를 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하고, 제2항의 행위를 한 때에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
1810595 (여상규의원등 10인)	전기통신기본법	제47조(벌칙) ① 국가안전보장이나 사회·경제적 질서 또는 공공기관의 정상적인 업무수행을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
1810936 (손범규의원등 11인)	전기통신기본법	제47조제1항 중 “공익을 해할 목적으로 電氣通信設備에 의하여 公然히 허위의 通信을 한”을 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 목적으로 전기통신설비에 의하여 명백한 허위의 통신을 고의적으로 수회에 걸쳐 반복한”으로 하고, 같은 항에 각 호를 다음과 같이 신설한다. 1. 국가 안전보장의 위해 2. 불법집회 및 불법시위의 참여유도를 통한 사회적 혼란 초래 3. 증권시장, 외환시장 등에 관한 거짓 정보의 유통을 통한 경제적 혼란 유도 4. 법집행에 대한 신뢰를 훼손하여 국민의 불안 조성 5. 특정 종교나 정치단체의 비방
1810978 (김창수의의원등 10인)	전기통신기본법	제47조제1항 중 “公益을 해할 目的으로 電氣通信設備에 의하여 公然히 허위의 通信을 한”을 “전기통신설비에 의하여 공공연히 허위의 사실을 주장하여 국가 위기를 초래하는 폭력적 선동이 유발되거나 국민 경제 상 막대한 피해를 야기한”으로 한다.

24) 의안번호 1810562; 의안번호 1810575; 의안번호 1810595; 의안번호 1810936; 의안번호 1810978.

의안번호	법령	내용
1810653 (정목임의원 등 13인)	정보통신망법	8의2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 국가사회적 위난(危難)이 발생하였거나 그 발생가능성이 긴박하다고 인정되는 경우에 국가의 위난관리를 방해하거나 공중(公衆)의 정확한 정보의 형성·유통에 지장을 초래할 목적으로 위난의 발생여부 및 발생원인, 정부의 위난관리정책 또는 위난과 관련된 사망·실종·상해 등의 피해에 관하여 허위사실이 포함된 정보 가. 전쟁·사변·교전상태 또는 이에 준하는 군사적 무력충돌 상태 나. 내란·폭동·테러 또는 이에 준하는 국가적 차원의 비상상태 다. 「재난 및 안전관리 기본법」 제14조제1항에 따른 대규모 재난
1810865 (이두아의원 등 10인)	정보통신망법	8의2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 상황이 발생하였거나 발생이 긴박(緊迫)한 상황에서 이와 관련된 허위 내용의 정보 가. 전쟁·사변·교전상태 또는 이에 준하는 무력충돌 상황 나. 내란·폭동·테러 또는 이에 준하는 국가적 차원의 비상 상황 다. 「재난 및 안전관리 기본법」 제14조제1항에 따른 대규모 재난상황 8의3. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여 불특정 다수인의 생명·신체 또는 재산에 대한 위험이 발생하였거나 발생이 긴박한 상황에서 이와 관련된 허위 내용의 정보 가. 국방·외교에 관한 사항 나. 식품·환경 또는 보건의료에 관한 사항 다. 경제정책·무역거래 또는 재정에 관한 사항
1904933 (한기호의원 등 10인)	정보통신망법	8의2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 상황에서 이와 관련된 허위 내용의 정보 가. 전쟁·사변·교전상태 또는 이에 준하는 무력충돌이 발생하였거나 발생할 위험이 있는 상황 나. 내란·폭동·테러 또는 이에 준하는 국가적 차원의 비상 상황1 다. 「재난 및 안전관리 기본법」 제14조제1항에 따른 대규모 재난상황 라. 식품·환경 또는 보건의료에 관하여 불특정 다수인의 생명·신체 또는 재산에 대한 위험이 발생한 상황 마. 경제정책·무역거래 또는 재정에 관하여 대규모 손해가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 상황

현재결정이 나온 이후 눈에 띄는 문제점은 전기통신기본법 제47조 제4항이 여전히 위헌 결정된 제1항 규정을 참조하고 있다는 것이다. 조배숙 의원이 이런 문제에 대한 해결을 위한 법률안을 제출했지만, 임기만료폐기가 되어 아직까지도 법률이

개정되고 있지 않기 때문에 그런 문제가 발생하고 있는 것이다. 어쨌든 그런 문제는 뒤로 하고, 현재의 위헌결정 이 후 법률안은 전기통신기본법 제47조 제1항을 새롭게 규정하려는 시도와 정보통신망법에 새롭게 규정하려는 시도가 있어왔다. 전기통신기본법과 관련된 법률안들을 보면 일단 현재에서 제기하고 있는 명확성 원칙 위반을 넘어서지 못하고 있는 것으로 보인다. 법률 규정에 여전히 ‘국가안전보장’이나 ‘자유·민주적 기본질서’, ‘공공복리’, ‘법집행에 대한 신뢰훼손’ 등 여전히 추상적이고 모호한 개념들을 사용하고 있다. 이런 개념들은 ‘공익’만큼이나 명확하지 않기 때문에 법률이 만들어진다고 하더라도 다시금 현재의 명확성 원칙에 어긋날 수 있을 것이라고 생각된다.

이에 반해 정보통신망법 개정안은 정보통신기본법법률안들 보다는 타당하다고 여겨진다. 전쟁·사변·교전상태나 내란·폭동·테러, 재난 등과 같은 상황은 그 특수성으로 인해 인정될 수 있다고 할 수 있다.²⁵⁾ 그러나 식품·환경·보건의료나 경제정책·무역거래·재정 등과 같은 경우는 정부정책과 관련이 있어 보인다. 전자는 다분히 소고기 수입과 관련된 사건과 연관되어 있다고 생각되며,²⁶⁾ 후자는 미네르바 사건과 관련이 있다고 생각된다.²⁷⁾ 이는 자칫하면 해당 규정이 정부의 정책을 비판하는 경우에 오용될 수 있을 여지가 발생할 수 있다. 그러므로 해당 규정을 도입하는 것은 보다 신중할 필요가 있다고 여겨진다.

그러나 제출된 법안들을 보면 공익의 불명확성을 해소하기 위한 노력은 보이는 반면 허위에 대한 부분은 여전히 불명확하게 남아있다. 물론 현재가 허위의 개념이 명확성 원칙에 어긋난다는 견해를 보인 것에 대해 강력히 반대하는 견해도 있다.²⁸⁾ 생각건대, ‘허위’라는 개념이 다소 모호할 수는 있어도 현재가 말한 바와 같이 법률에 사용할 수 없을 정도로 명확성 원칙을 어긋나는 개념인지에 대해서는 다소 의구심이 든다. 그동안 허위와 관련해서 축적해온 판례와 이론적 근거들이 결코 적지

25) 이에 대해 “전기통신설비에 의하여 공연히 허위 사실을 유포하여 정당한 공무집행을 방해한 자”를 처벌하도록 규정하되, “전쟁이나 테러에 관하여 허위 사실을 고지 또는 유포한 자”는 전기통신설비를 이용하지 않은 경우에도 처벌하도록 해야 한다는 견해도 주장되고 있다;
<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=56584>.

26) 현재 2011.12.29. 2010헌바54.

27) 현재 2010.12.28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합).

28) <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=56584>.

않기 때문이다. 또한 우리가 일상생활영역에서 경험하게 되는 사안들에서 허위사실을 구분해 내는 것은 그리 어려운 일이 아닐 수 있기 때문이다. 그러나 과학기술적 일상영역이나 기능적 행위영역에서는 허위사실을 구분해 내는 것이 결코 쉽지 않다.²⁹⁾ 그러므로 허위라는 개념이 모호하게 되는 것은 일상생활영역이 아닌 과학기술적 일상영역이나 기능적 행위영역에서의 진술일 것이다. 따라서 허위라는 개념의 모호성은 그 개념 자체가 가지고 있는 모호성이라기 보다는 그 범위와 적시한 사실이 허위인지 진실인지를 가리는 절차의 어려움에 있다고 할 수 있다.³⁰⁾ 왜냐하면 대부분의 말에 진실과 거짓, 과장이 혼재되어 있기 때문에 허위의 범위를 어떻게 설정하는 것과 형사소송절차에서 그것을 밝혀낼 수 있는지 여부가 중요하기 때문이다.

사실 일반적으로 허위사실을 유포하는 행위를 처벌하는 법규를 따로 제정할 필요는 없다고 생각된다. 이는 SNS 등을 통해 허위사실이 빠르게 유포되어 사회적 문제를 일으킬 수 있는 반면, 또는 이를 정정하는 제대로 된 정보도 SNS를 통해 빠르게 유포되어 왜곡된 정보를 정상화 시킬 수 있기 때문이다. 그러므로 일반적인 경우에는 사이버공간의 생태계를 통해 왜곡된 정보가 스스로 치유될 수 있도록 하는 것이 최선의 방법이기 때문이다. 다만, 그럼에도 불구하고 전시와 같은 특별한 상황에서의 허위사실유포와 관련된 법률을 도입함에 있어서는 다음과 같은 부분들이 고려될 필요가 있다. 먼저 해당 상황은 전쟁 등과 같은 제한된 상황으로서 기간이 급박하여 빠르게 유포되는 허위정보를 정정할 수 없는 경우로 한정하여 처벌하는 것이 보다 비례적이라고 할 수 있을 것이다.³¹⁾ 그리고 허위에 대한 문제는 절차법적인 원칙에 의해 해결하도록 하는 것이다. 이는 허위라는 개념이 공익이라는 개념처럼 모호하지는 않지만, 진실과 허위의 개념은 잠정적이기 때문에 허위라고 생각되었던 것이 후에 진실이 될 수도 있고, 진실라고 믿었던 것이 허위가 될 수도 있기 때문이다.³²⁾ 그러므로 허위여부는 결국 역동적인 형사소송절차를 통해 비록

29) 이와 같은 사회적 행위영역을 유형화 해놓은 것으로는 이상돈, “전문법-이성의 지역화된 실천”, 고려법학, 2002, 121면 이하 참조.

30) 물론 일부에서는 ‘허위’라는 기준이 명확하지 못하여 의견을 표명하는 경우에도 적용될 수 있을 위험성이 있다고 주장하기도 한다; 박경신, 앞의 글, 26면.

31) 이런 취지의 글로는 이원상/한일남/전현욱, 새로운 유형의 인터넷 서비스와 매체 활용양상 예측 및 비방·흑색선전물에 대한 효과적인 규제방안, 한국형사정책연구원, 2011년도 중앙선거관리위원회 연구용역과제 참조.

잠정적이라고 하더라도 비로소 밝혀질 수 있다. 그러나 이 경우 아래에서 논증하겠지만, 입증의 책임은 검사에게 있어야 할 것이다. 또한 허위의 내용이라고 하더라도 모든 허위의 내용이 해당되는 것이 아니라 전시와 같은 특별한 상황과 연관된 내용으로 한정하는 것이 허위성의 무분별한 확장으로 인한 가벌성 확대를 방지해 줄 수 있기 때문에 현재의 결정에 부합할 수 있다고 생각된다.

III. 허위사실유포 관련 규정의 적용상 문제점

1. 형법상 명예훼손죄 관련 처벌 규정

동서양을 막론하고 과거부터 명예는 중요한 보호대상이었다. 다만 각 나라들의 사회·문화적 특징에 따라 보호되는 명예의 범위나 그 보호방법이 서로 달랐다. 한국이나 중국 등에서는 가문의 명예를 보다 중하게 여겼으며, 처벌에 있어서도 국가가 침해된 자의 신분에 따라 다르게 하였다.³²⁾ 이에 반해 영미법에서는 정부에 대한 비방은 국가가 처벌하였지만, 사인간의 명예훼손은 국가의 개입 없이 사인간의 결투를 통해 해결하기도 하였다. 이런 전통은 오늘날에도 이어져서 대부분의 영미법 국가 및 주들에서는 사인간의 명예훼손은 형사적인 문제 보다는 민사적인 문제로 해결하고 있다.³⁴⁾ 이처럼 명예의 보호필요성에 대해서는 대부분의 나라들이 공통적이 견해를 가지고 있는 것으로 보이지만, 그 방법이나 범위 등에서는 각기 다른 차이점을 보이고 있다.

비교법적으로 볼 때 우리나라의 명예훼손죄와 유사하게 명예훼손 행위를 처벌하고 있는 나라들로 독일, 일본, 오스트리아 등을 들 수 있다. 독일은 타인을 모욕하는 경우(제185조), 타인을 비방하거나 세평을 저하시키는 사실을 주장하면서 그 사실을 증명하지 못하는 경우(제186조; 공언히 또는 문서를 통하는 경우 가중 처벌

32) 박경신, 앞의 글, 14면 이하.

33) 이근우, 앞의 글, 132면.

34) 위와 동일.

됨), 타인을 비방하거나 세평을 저하시키거나 그 신용을 해하기 위해 확실한 인식을 가지고 허위의 사실을 주장하거나 유포한 경우(제187조; 공연히, 집회에서 또는 문서에 의할 경우 가중 처벌됨), 정치인에 대해 비방 및 중상을 하는 경우(제188조), 사자에 대한 추모감정을 모독한 경우(제189조)를 처벌하고 있다. 제187조가 우리나라의 허위사실에 의한 명예훼손죄와 유사하지만 타인에 대한 비방이나 세평을 저하시킬 것을 요건으로 하고 있는 것과 허위로 신용을 해하는 것을 처벌하는 것이 우리와 구분된다고 할 수 있다.³⁵⁾ 그리고 제190조에서는 형사판결을 통한 진실입증을 규정해 놓고 있으며, 제192조, 제193조, 제199조, 제200조에서는 모욕행위와 관련된 절차적인 내용들을 담고 있으며, 제194조에서는 고소에 대한 내용들이 규정되어 있다. 독일은 제187조 중상(Verleumdung)이 우리나라의 허위사실에 의한 명예훼손죄와 유사한 규정이라고 할 수 있다.³⁶⁾ 다만, 우리나라와는 달리 구성요건에 해당하는 범위가 상당히 좁다고 할 수 있다.

일본은 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우와(제230조 제1항), 허위로 사자의 명예를 훼손한 경우를 처벌하고 있다(동조 제2항). 다만 우리나라의 제310조의 위법성 조각사유와 유사한 규정이 있어서 명예를 훼손한 사실의 적시가 사실이고, 오로지 공익을 위한 경우에는 별하지 않도록 하고 있다(제230조의2). 또한 공연히 사람을 모욕한 경우에도 처벌하는 규정을 두고 있으며(제231조), 명예훼손죄와 모욕죄는 친고죄로 되어 있다(제232조). 일본은 허위에 의해 사자의 명예를 훼손한 경우에만 처벌하고 있으며, 우리와 같은 허위사실에 의한 명예훼손죄는 없다.

오스트리아는 제111조 제1항에서 제3자가 인식할 수 있게 타인을 경멸하는 경우를 처벌하고 있으며, 동조 제2항에서는 인쇄물, 방송 등과 같은 매체를 이용한 경우가중처벌하고 있다. 그리고 동조 제3항과 제112조에서는 적시한 사실이 진실과 선의의 경우 처벌하지 않도록 규정하고 있다. 제115조에서는 모욕행위를 처벌하고 있는데, 우리와는 달리 타인의 행동에 격분하여 한 행동일 경우에는 동조 제3항에

35) 이천현/도중진/권수진/황만성, 형법각칙 개정연구(2), 2007, 34면.

36) 제187조(중상) 타인에 대한 관계에서 확실한 인식에 반하여 타인을 경멸하거나 또는 세평을 저하시키거나 또는 그의 신용을 위해하기에 적합한 허위의 사실을 주장하거나 유포한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히, 집회에서 또는 문서의 반포(제11조 제3항)를 통해 이루어진 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

의해 면책될 수 있다. 또한 독특하게도 제113조에서는 이미 재판이 종결된 범행에 대한 비난을 처벌하고 있으며, 제116조에서는 합헌적 대의기관, 연방군 또는 관청에 대한 공연한 모욕을 처벌하고 있다. 그리고 제117조에서는 기소적격에 대한 사유들을 규정해 놓고 있다. 오스트리아의 경우 진실과 선의가 입증되는 경우에는 처벌하고 있지 않기 때문에 제111조에서 처벌하는 행위는 허위에 의하거나 행위자가 진실이나 선의를 입증할 수 없는 경우라고 할 수 있다.

독일이나 오스트리아의 경우 명예훼손죄에 포함되는 행위의 유형도 구성요건을 통해 상당히 제한하고 있는 것과 동시에 구성요건에 해당하더라도 위법성 단계에서 진실이나 선의가 입증되는 경우 명예훼손이 성립하지 않도록 하고 있다. 그러나 일본이나 우리나라의 경우를 보면 일반적인 사실의 적시도 명예훼손죄의 구성요건에 포함하도록 하고 있으며, 이를 위법성에서 해결하도록 하고 있으며, 우리나라는 허위사실은 가중 처벌하도록 하고 있다.

2. 우리나라 명예훼손죄의 적용 구조 개관

명예훼손죄의 기본 구성요건은 제307조 제1항의 사실의 적시에 의한 명예훼손이며, 가중구성요건으로 허위사실의 명예훼손죄와 출판물 등에 의한 명예훼손죄(허위사실 포함), 정보통신망법 제70조상의 사이버명예훼손죄(허위사실 포함)가 있다. 그리고 독자적 변형구성요건으로 제308조상의 사자의 명예훼손죄와 제311조의 모욕죄가 있다. 특이한 점은 제307조의 명예훼손의 경우에 대한 개별적 위법성조각사유가 존재하고 있다는 것이다.³⁷⁾ 여기에 경우에 따라 공직선거법이나 자본시장과 금융투자법에 관한 법률 등 기타 법에 존재하고 있는 명예훼손과 관련된 법률들이 적용될 수 있다.

명예훼손죄의 기본구조를 사실의 적시와 허위사실의 적시로 나누어 볼 수 있다. 행위자가 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있도록 사실을 적시한 경우에는 제307조 제1항이 적용된다. 사실 적시 수단이 출판물 등이나 정보통신망이고, 비방의 목적이란 초과 주관적 구성요건이 있는 경우에는 제309조 제1항 및 정보통신망법

37) 이와 함께 사자의 명예훼손죄와 모욕죄는 친고죄이며, 기본구성요건인 명예훼손죄와 출판물 등에 의한 명예훼손죄, 사이버명예훼손죄는 반의사불벌죄로 되어 있다; 배종대, 형법각론(제7판), 51/16.

제71조 제1항이 적용된다. 사실의 적시가 가치판단에 속하거나 추상성이 높은 경우에는 제311조의 모욕죄가 적용될 수 있다.³⁸⁾ 제307조 제1항에 적시한 사실이 진실이고 오로지 공공의 이익을 위한 경우에는 제310조의 위법성조각사유가 적용될 수 있다.³⁹⁾ 이는 명예훼손죄는 표현의 자유와 명예권이라는 헌법상의 두 권리가 서로 상충되기 때문에 어느 한 권리를 절대적으로 우선시 할 수는 없다. 따라서 형법 제310조에서는 ‘진실한 사실’과 ‘공공의 이익’이라는 표지에 의해서 두 권리를 절충하고 있으며, 구체적 사인에 따라서 해석의 방법으로 해결하고 있는 것이다.⁴⁰⁾ 이와 함께 형법 제312조 제2항에서는 반의사불벌죄를 규정하고 있으므로 비록 명예훼손죄에 의해서 수사가 제기 되었더라도 피해자가 처벌을 원하지 않거나 처벌하고자 한다는 의사표시를 철회한다면 공소기각 판결이 선고된다.⁴¹⁾

〈사실의 적시에 따른 명예훼손죄의 적용구조〉

	적시 수단	주관적 요건	적용조문	위법성조각사유	공소조건	
구체적인 사실의 적시	일반적인 경우	고의	제307조 제1항	제310조 일반적 위법성조각사유	반의사불벌죄	처벌/ 불처벌
	출판물 등	고의 비방의 목적	제309조 제1항	일반적 위법성조각사유		
	정보통신망	고의 비방의 목적	정보통신망법 제70조 제1항	일반적 위법성조각 사유		
추상적인 사실의 적시/ 가치판단	상관 없음	고의	제311조	일반적 위법성조각사유	친고죄	

적시한 사실이 진실이 아닌 허위사실의 경우에도 가중 처벌하고 있다. 따라서 행위자가 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있도록 허위사실을 적시한 경우에는 제307조 제2항이 적용된다. 더 나아가 사실 적시 수단이 출판물 등이나 정보통신망이고, 비방의 목적이라는 초과 주관적 요소가 있는 경우에는 제309조 제2항 및 정보통신

38) 배종대, 앞의 책, 51/12 이하.

39) 배종대, 앞의 책, 51/23.

40) 주승희, “인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장 검토”, 형사법연구 제25호, 2006, 293면.

41) 형사소송법 제327조 제6호.

망법 제71조 제2항이 적용된다. 반면에 허위사실의 적시가 가치판단에 속하거나 추상성이 높은 경우에는 제311조의 모욕죄가 적용될 수 있다. 또한 사자에 대한 명예훼손의 경우에도 적시한 사실이 허위인 경우에는 제308조에 따라 처벌될 수 있다.

또한 허위사실 외에도 명예훼손은 행위수단에 의해서 가중 처벌될 수 있다. 출판물에 의한 명예훼손죄(동법 제309조 제1항)에서는 ‘비방의 목적’이라는 초과 주관적 불법요소와 함께 신문·잡지 등과 같이 전파성이 강하고 명예훼손의 위험성이 높은 경우 불법이 가중된다.⁴²⁾ 이 때, 적시한 사실이 허위의 사실인 경우에는 그 형량이 더욱 가중된다(동조 제2항). 또한 309조에서는 신문·잡지 또는 라디오 기타 출판물의 경우 ‘비방의 목적’이라는 추가구성요건을 필요로 하며, 기본적으로 사실을 적시하는 방법에는 제한이 없기 때문에⁴³⁾ 이 추가구성요건이 없다면 다시금 제307조가 적용될 수 있게 된다.⁴⁴⁾ 이와 함께 특별법에서는 인터넷이라는 매체 특성으로 인해 가중처벌 하고 있다. 정보통신망법 제70조 제1항(소위 ‘사이버 명예훼손죄’)에서는 형법 제309조에서와 같이 ‘비방의 목적’과 함께 ‘정보통신망을 통하여’라는 추가적인 구성요건 표지를 통해 가중처벌하고 있다. 이 때, ‘사이버 명예훼손죄’에서의 ‘사이버’의 개념은 ‘행위 수단’을 의미하며, 가중처벌의 요건이 된다.⁴⁵⁾

3. 허위사실에 의한 명예훼손죄 적용의 문제점

우리나라에서 허위사실에 의한 명예훼손죄가 적용되는 과정을 한 번 살펴볼 필요가 있다. 우리 형법은 행위자가 공연히 타인의 외적명예와 관련된 구체적 사실을 적시하는 경우 형법 제307조 제1항에 의해서 처벌될 수 있다. 이는 기본적으로 어떤 표현을 하더라도 그것이 타인과 관련된 표현일 경우에는 명예훼손죄의 구성요건에 해당할 수 있도록 되어 있다. 더욱이 적시한 ‘구체적 사실’이 ‘허위의 사실’일 경우에는 동조 제2항이 적용되어 그 형이 상당히 가중된다. 이는 죽은 사람의 명예

42) 배종대, 앞의 책, 52/3.

43) 배종대, 앞의 책, 51/14.

44) 배종대, 앞의 책, 52/4.

45) 이와 같이 ‘사이버’개념을 통한 고찰로는 이원상, “‘사이버’개념을 통한 사이버 모욕죄의 고찰과 대안”, 형사정책 제20권 제2호, 2008, 258면 이하.

훼손에 있어서도 동일하게 적용되어 사자의 경우에도 허위사실을 유포하는 경우에는 처벌될 수 있다(동법 제308조).⁴⁶⁾

〈허위사실의 적시에 따른 명예훼손죄의 적용구조〉

	적시 수단	주관적 요건	적용조문	위법성조각사유	공소조건	
구체적인 허위사실의 적시	일반적인 경우	고의	제307조 제2항	일반적 위법성조각사유	반의사 불벌죄	처벌/ 불처벌
	출판물 등	고의 비방의 목적	제309조 제2항	일반적 위법성조각사유		
	정보통신망	고의 비방의 목적	정보통신망법 제70조 제2항	일반적 위법성조각 사유		
추상적인 허위사실의 적시/가치판단	상관 없음	고의	제311조	일반적 위법성조각사유	친고죄	

앞에서 언급 한 바와 같이 형법 제307조 제2항은 ‘허위의 사실 적시’를 가중처벌하고 있기 때문에 동조 제1항은 ‘진실의 사실 적시’를 처벌하는 것으로 볼 수 있다.⁴⁷⁾ 하지만 좀 더 명확히 말하자면 제1항은 ‘허위가 아닌 사실 적시’를 처벌하는 것으로 볼 수 있다. 즉, 진실 뿐 아니라 허위로 판명되지 않은 사실의 경우에도 제1항이 적용되어야 한다는 것이다.⁴⁸⁾ 따라서 일반적으로 적시한 사실이 진실이 아니거나 공공의 이익에 관한 사항이 아닌 경우 행위자가 착오로 진실이라고 믿고 행위한 때에는 위법성조각사유설을 따라 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 관한 착오 문제가 발생하여 그에 따라 해결될 수 있다고 하지만,⁴⁹⁾ 엄밀히 말해 적시한 사

46) 사자의 경우 그 보호법익을 “역사적 존재로서 사자의 인격적 가치”로 보고 있다; 대법원 1983.10.25, 83도1520; 다만 이에 대해 반대하는 견해에 따르면 사자의 명예훼손죄에 대한 의문을 제기하며, 그 보호법익을 “유족이 사자에 대해 가지고 있는 추모감정”이라고 한다; 배종대, 앞의 책, 52/1; 박상기, 형법각론(제7판), 2008, 189쪽.

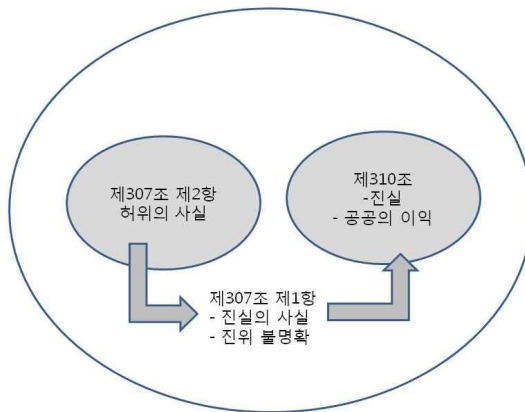
47) 이근우, 앞의 글, 134면.

48) 이에 대해 형법 제307조 제1항이 적용되는 경우로 “적시된 사실이 진실인 경우, 진실인지 여부가 불명확하나 허위임이 입증되지 않은 경우, 허위임이 입증되더라도 행위자가 허위임을 알지 못한 경우” 등을 들기도 한다; 한대균, “형법 제310조의 적용범위와 정당행위”, 한국형사판례연구회 2013. 5.6 발제문 참조.

49) 배종대, 앞의 책, 51/30.

실이 허위이고, 이에 대한 착오가 있는 경우에는 제307조 제2항이 적용되어 일반적인 착오이론에 의해서 해결되어야 할 것이고, 진실성이 판명되지 않았을 경우 비로소 제307조 제1항이 적용되어 제310조의 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 관한 착오 문제가 발생하는 것이라고 할 수 있다. 물론 이 외에도 정당행위나 피해자의 승낙과 같이 형법총론상의 일반적인 위법성조각사유도 적용될 수 있다.

다시금 정리하자면, 제307조 제1항에서 적시한 사실이 진실하고, 오로지 공공의 이익을 위한 경우에는 제310조에 의해서 위법성이 조각되고, 적시한 사실이 진실인지, 허위인지 명확히 판명되지 않은 상태에서 진실이라고 오인할 만한 상당한 이유가 있고, 공공의 이익을 위한 경우에는 제310조의 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오 문제가 되어 해당 이론에 따라 해결하면 된다. 그러나 적시한 사실이 허위로 밝혀질 경우에는 제2항이 적용되어 제310조는 적용될 수 없게 된다. 다만, 허위사실을 진실이라고 오인할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 허위에 대한 인식이 없기 때문에 제307조 제2항의 고의범으로 처벌할 수 없게 되어 과실 또는 중과실에 의한 허위사실 적시가 되고, 이런 과실범에 대한 처벌조항이 없기 때문에 공소장변경 등을 통하지 않고서는 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄로 처벌할 수 없게 되는 것이다.



〈명예훼손죄의 적용구조〉

하지만 실무에서는 사실의 적시가 진실이라면 제307조 제2항을 적용하고 있지만, 진실이 아닌 경우에는 기계적으로 제307조 제2항 규정을 적용하고 있다. 최근 소위 ‘뒷담화 사건’으로 불리고 있는 명예훼손 사건을 보면 허위라고 명확히 판단할 수 없는 사건에 대해 제307조 제2항이 적용되어 대법원에서 무죄가 판결된 경우도 있다.⁵⁰⁾ 물론 판결문에서 대법원이 적용법규가 잘못되었다고 언급한 것은 아니지만, 제1심부터 판결문을 살펴보았을 때, 해당 사안에서는 제307조 제1항이 적용되는 것이 적절하였다고 판단된다.⁵¹⁾ 이처럼 실무적으로 허위 여부가 불분명한 사건에 대해 제307조 제2항을 적용하는 것은 우리 형법에서의 명예훼손죄 관련 규정의 구조를 볼 때 다소 문제가 있다고 할 수 있다.

IV. 허위사실공표 관련 범죄의 절차법적 문제점

1. 공직선거법에서의 허위사실유포 관련 논란

허위사실유포와 관련해서 가장 첨예하게 대립하는 영역 가운데 하나가 바로 선거영역이라고 할 수 있다. 선거와 같이 단기간에 결과가 발생하는 경우에는 허위사실유포로 인해 잘못된 결과가 나오더라도 이를 바로잡기가 매우 어렵기 때문이다. 이에 공직선거법 제250조(허위사실 공표죄)와 제251조(후보자 비방죄) 등이 규정되어 있다.⁵²⁾ 공직선거법상 허위사실유포와 관련해서 많은 논란이 되었던 판결이 소위 ‘정봉주 판결’이다.⁵³⁾ 공직선거법 제250조 제2항에서는 “당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하

50) 대법원 2013.5.9. 선고 2012도15345 판결.

51) 이에 대해서는 이원상, “허위사실에 의한 명예훼손죄의 딜레마”, 한국형사판례연구회 7월 1일 발제문 참조.

52) 후보자비방죄의 경우도 흑색선전과 같은 경우 허위사실유포와 명예훼손을 결합한 형태의 범죄로 파악할 수 있다; 권오걸, “공직선거법상 후보자비방죄에 대한 연구 - 표현의 자유와 선거의 공정과의 관점에서”, 법학연구 제49권, 2013, 161면.

53) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결.

여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다”라는 규정이 있다. 따라서 본 조문의 성립요건으로는 행위자가 고의 외에 낙선목적을 가지고 있어야 하고, 해당하는 비방의 수단을 사용하며, 그 대상이 후보자 및 그 배우자·직계존비속·형제자매이고, 내용은 허위사실이어야 하며, 공표와 관련된 자이어야 한다. 그런데 정봉주 판결에서는 허위사실에 대한 입증에 대한 문제가 많은 논란이 되고 있다.

2007.12.19. 실시되었던 제17대 대통령선거에서 정봉주 당시 민주당 의원과 소속 동료 의원들이 기자회견을 통해 김경준의 BBK 투자금 사기와 옵셔널벤처스코리아 주가조작 및 횡령 사건에 이명박 당시 대통령 후보자가 관련이 되어 있으며, BBK에 자금을 투자한 주식회사 다스와 BBK의 실소유자가 이명박 후보라는 의혹을 제기하였다. 이에 검찰이 정봉주 의원을 공직선거법상 허위사실 공표죄, 정보통신망법상 명예훼손죄, 형법상 출판물에 의한 명예훼손죄로 기소하였다.⁵⁴⁾ 이에 1심 법원은 유죄를 선고하였고, 항소법원과 대법원은 그것을 받아들여 2011.12.22. 정봉주 의원의 징역 1년형을 확정하였다.⁵⁵⁾ 여기서 대법원은 허위사실 공표죄와 관련된 다양한 법리를 판시하였지만, 특히 허위의 증명과 관련해서 선거의 특수성을 반영하여 입증책임을 사실상 전환하고 있다.

2. 허위성에 대한 입증책임 전환

허위사실유포로 인해 상대방 후보를 당선되지 못하도록 하는 것에 있어 주안점은 유포한 사실의 허위성여부에 있다. 즉, 전제 사실이 허위가 아닌 경우 사실의 적시에 의한 명예훼손죄는 성립할 수 있더라도 허위사실공표에 의한 공직선거법 제250조 제2항이나 허위사실적시에 의한 명예훼손죄가 성립할 여지는 생기지 않기 때문이다. 그런데 허위사실 여부가 명확한 경우도 있지만, 불명확한 경우도 많다.

54) 이들의 관계는 상상적 경합관계라고 할 수 있다. 이와 유사한 후보자비방죄, 명예훼손죄, 사이버 명예훼손죄의 경우도 상상적 경합관계가 성립할 수 있기 때문이다; 권오걸, 앞의 글, 166면 이하.

55) 김종철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)와 관련한 대법원 판결에 대한 헌법적 검토”, 연세대학교 법학연구 제22권 제1호, 2012.3, 3면.

이는 허위사실이 명백한 개념이 아니기 때문에 의견과 사실을 구분하고, 객관적인 진실과 거짓을 구별하는 것도 매우 어려우며, 경우에 따라서는 시간이 흐른 뒤 허위가 진실로 인정되는 경우도 있다.⁵⁶⁾ 따라서 허위와 진실을 구별하는 것은 매우 어려운 일이다.⁵⁷⁾ 그러나 허위사실 여부에 대한 입증이 어렵다고 하더라도 그 입증 책임은 당연히 검사에게 있다. 따라서 검사의 입증이 부족할 경우에는 사실의 적시에 의한 명예훼손죄가 적용될 수 있을 뿐이다.⁵⁸⁾

대법원은 허위사실에 대한 최근의 판단에 있어서도 “형법 제307조 제2항의 허위 사실 적시에 의한 명예훼손죄가 성립하려면 그 적시하는 사실이 허위이어야 할 뿐 아니라, 피고인이 그와 같은 사실을 적시함에 있어 적시 사실이 허위임을 인식하여야 하고, 이러한 허위의 점에 대한 인식 즉 범의에 대한 입증책임은 검사에게 있다”라고 명확히 밝히고 있다.⁵⁹⁾ 이와 같은 입장은 허위사실유포와 관련된 다른 경우에도 적용되어야 할 것이다. 그러나 어디까지나 이것은 원칙이고, 법원은 사실상 입증책임을 피고인에게 전환하고 있다. 앞서 말한 정봉주 판결을 보면, 해당 판례에서도 공표된 사실이 허위사실인지 여부에 대해 그 증명 책임의 부담이 검사에게 있다는 것을 명확히 하고 있다.⁶⁰⁾ 하지만 판례는 “... 허위사실공표죄에 있어서 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료

56) 김경호, ““공익을 해할 목적의 허위통신” 조상에 대한 위헌결정의 함의와 온라인 표현의 자유에 관한 연구: 현재 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 결정 분석”, 사회과학연구 제24권 제1호, 2013, 292면.

57) 이에 대해서는 박경신, “허위사실유포죄의 위헌성에 대한 비교법적인 분석”, 인하대학교 법학연구 제12권 제1호, 2009, 34면 이하 참조.

58) 이근우, 앞의 글, 139면.

59) 대법원 2013.5.9. 선고 2012도15345 판결.

60) 해당 판례에서는 “공직선거법 제250조 제2항 소정의 허위사실공표죄가 성립하기 위하여는 검사가 공표된 사실이 허위라는 점을 적극적으로 증명할 것이 필요하고, 공표한 사실이 진실이라는 증명이 없다는 것만으로는 위 죄가 성립할 수 없다. 이와 관련하여 그 증명책임의 부담을 결정함에 있어 어느 사실이 적극적으로 존재한다는 것의 증명은 물론이고 어느 사실의 부존재 사실의 증명이라도 특정 기간과 장소에서의 특정 행위의 부존재 사실에 관한 것이라면 여전히 적극적 당사자인 검사가 그를 합리적 의심의 여지가 없이 증명할 의무를 부담한다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도 5279 판결, 대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결, 대법원 2006. 11. 10. 선고 2005도6375 판결 등 참조)”라고 말하고 있다.

를 제시할 부담을 지고, 검사는 제시된 그 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위성의 증명을 할 수 있다. 이때 제시하여야 할 소명자료는 위 법리에 비추어 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고 적어도 허위성에 관한 검사의 증명활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 하며, 이러한 소명자료의 제시가 없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 허위사실 공표로서의 책임을 져야 한다”라고 하면서 피고인에게는 허위사실에 대한 입증책임을 부담지우고, 검사에게는 단순히 탄핵의 방법으로 허위를 증명하도록 하고 있다.⁶¹⁾ 미국의 경우 1964년 설리번(Sullivan) 사건 이후 ‘현실적 악의(actual malice)’로 인한 공인이나 공직자에 대한 명예훼손적 표현은 소송을 제기한 사람이 그것을 입증하도록 하고 있는데,⁶²⁾ 판례의 태도는 이와 같은 전면적인 입증책임을 전환은 아니다. 이는 비록 공직선거법상 허위사실 공표죄에 대한 판례이지만, 여기에서 사용된 논리는 허위사실유포와 관련된 다른 조문들에도 적용될 수 있을 것이다.

이처럼 허위사실 여부에 대한 입증책임을 피고인에게 돌리는 것은 문제라고 생각된다. 독일의 경우와 같이 제186조 규정에서 ‘타인을 비방하거나 세평을 저하시키기에 충분한 사실을 주장하거나 전파한 자는 이러한 사실이 진실임을 증명할 수 없는 경우’ 처벌되기 때문에 진실성 증명 여부는 객관적 처벌조건이 되고, 피고인은 적극적으로 진실이라는 것을 주장할 필요가 있다.⁶³⁾ 그러나 우리나라는 적시된 사실이 진실이든 허위이든 간에 처벌될 수 있는 구조를 가지며, 단지 적용법조와 형량에서만 차이를 두기 때문에⁶⁴⁾ 구태여 허위사실에 대한 조문을 적용하면서 그 허위성에 대한 입증책임을 피고인에게 돌릴 이유가 없다.⁶⁵⁾ 따라서 검사가 허위사실에 대해 입증하지 못하면 당연히 피고인은 허위사실 적시와 관련해서는 무죄가 되

61) 이에 대한 헌법적 관점에서의 비판으로 김중철, 앞의 글, 20면 이하.

62) 이서기, “명예훼손에 관한 미국의 현실적 악의 법리 및 실질적 진실 법리 고찰”, 비교사법 제16권 4호, 2009, 209면 이하.

63) 조현욱, “명예훼손죄에 있어서 공연성의 의미와 판단기준” 법학연구 제32권, 2008, 365면.

64) 이근우, “명예훼손죄의 해석, 적용상의 몇 가지 문제”, 법학논총 제25호 제3호, 2008, 150면.

65) 이에 반해 진실성에 대한 입증책임을 가해자측에 있는데, 이는 타인의 명예를 훼손시킬 사실을 공표하거나 보도하는 자에게는 진위조사를 통해 타인에게 부당한 피해를 입히지 않도록 해야 한다는 이유에서이다; 김서기, “언론보도로 인한 명예훼손 불법행위의 성립요건”, 법과 정책연구 제12권 제3호, 2012. 9, 1272면; 다만 이는 민법적인 관점에서 명예훼손 불법행위에 따른 손해배상책임에 대한 문제에서 보는 시각이다.

어야 하며, 그렇지 않을 경우 단지 사실의 적시에 의한 명예훼손죄의 적용여부만이 검토될 수 있을 것이다. 다만 공직선거법 제264조에서는 당선인이 당해 선거에서 공직선거법에 규정된 죄로 징역이나 100만원 이상의 벌금형을 선고 받을 때 그 당선이 무효가 되고, 제266조에서는 선거범죄로 인한 공무담임 등의 제한을 규정해 놓고 있기 때문에 피고인에게는 형법에 의해 처벌을 받는 경우와 달리 정치적으로 치명적일 수 있다. 이로 인해 공직선거법이 정치적으로 선호될 수도 있을 것이다.

V. 결론

최근 SNS 등과 같은 새로운 의사소통 도구가 발전하면서 다양한 문제점들이 발생하고 있다. 그 가운데는 허위사실유포로 인해 발생하게 되는 다양한 사회적 문제점도 포함된다. 특히 허위사실유포와 관련된 범죄의 경우 ‘허위’의 개념이 갖고 있는 잠정적인 특성으로 인해 다양한 법률적 문제점이 나타나게 된다. 이처럼 허위사실유포와 관련해서 다양한 법률적 문제가 제기되는 가운데, 이 글에서는 허위사실유포와 관련된 처벌규정 도입, 허위사실 입증책임 전환, 허위사실적시 관련 규정 적용에 있어서 제기되고 있는 논란에 대해서 다루어 보았다. 이를 정리하면 다음과 같다.

허위사실유포와 관련해서 광범위하게 적용될 수 있던 전기통신기본법 제47조 제1항이 위헌결정을 받으면서 일정 부분에 있어 처벌의 흠결이 존재한다고 볼 수는 있다. 따라서 전시·테러 등과 같은 특수한 상황에서 확인되지 않은 허위사실을 유포하여 국민을 불안감과 공포심을 자극하는 행위는 처벌될 필요가 있을 것이다. 그러나 허위사실이 유포되더라도 일정 시간이 흘러서 허위사실의 진위여부가 의사소통 매커니즘에 의해 밝혀질 수 있는 경우까지 처벌을 하는 것은 다소 문제 있어 보이며, 환경이나 보건, 경제정책 등에 까지 처벌규정을 두고자 하는 것은 정부에 대한 정당한 비판기능을 약화시킬 수 있다. 그러므로 새로운 규정 도입의 필요성에 의해 규정을 도입하더라도 현재의 결정을 고려하여 특수하고 제한된 상황을 통해 ‘공익’이라는 불명확한 개념을 제거하고, ‘허위’의 범위를 특수하고 제한된 상황과 연결시켜 도입할 필요성이 있다.

그리고 허위사실유포와 관련해서 우리나라의 법률구조를 고려해야 할 것이다. 특히 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄를 적용함에 있어 실무에서는 진실이면 제307조 제1항을, 그렇지 않은 경우에는 제307조 제2항을 적용하고 있다. 따라서 진실이 아니라 허위임이 불분명한 경우에도 제307조가 제2항이 적용되고 있는데, 그것은 우리 형법의 구조에 맞지 않는다고 생각된다. 우리 형법구조를 보면 타인의 명예를 침해할 수 있는 행위는 사실이라고 하더라도 형법 제307조 제1항에 의해 처벌될 수 있으며, 허위사실의 경우는 특별히 가중처벌 하고 있다. 무엇보다 허위사실유포와 관련해서는 허위사실 여부가 구성요건에 해당하기 때문에 허위성이 판단되지 않은 경우는 당연히 제307조 제2항이 적용되는 것이 아니라 동조 제1항이 적용되어야 한다.

또한 허위사실유포와 관련된 절차 및 법률적용에서의 문제점도 고찰해 보았다. 허위사실유포와 관련해서 소위 ‘정봉주 판결’을 통해 확인된 바와 같이 입증책임을 전환시키는 것은 문제가 있어 보인다. 입증책임은 당연히 검찰이 지는 것이며, 입증이 되지 않은 경우에는 무죄가 되어야 한다. 물론 공직선거법상 무죄가 된다고 하더라도 형법상 명예훼손죄로 처벌 될 수 있을 여지는 있다. 그런데 입증책임은 검찰에 있다고 하면서도 피고인이 입증을 하고, 검찰은 그 입증을 탄핵하는 방법으로 입증책임을 지도록 하는 것은 재고될 필요가 있다.

참고문헌

- 권오걸, “공직선거법상 후보자비방죄에 대한 연구 - 표현의 자유와 선거의 공정과의 관점에서”, 법학연구 제49권, 2013
- 김경호, ““공익을 해할 목적의 허위통신” 조항에 대한 위헌결정의 함의와 온라인 표현의 자유에 관한 연구: 현재 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 결정 분석”, 사회과학연구 제24권 제1호, 2013
- 김서기, “언론보도로 인한 명예훼손 불법행위의 성립요건”, 법과 정책연구 제12권 제3호, 2012. 9
- _____, “명예훼손에 관한 미국의 현실적 악의 법리 및 실질적 진실 법리 고찰”, 비교사법 제16권 4호, 2009,
- 김일수/서보학, 형법각론(새로쓴 제7판), 2007
- 김혜경, “전기통신기본법상 형사처벌규정의 검토”, 연세대학교, 2008
- 김종철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)와 관련한 대법원 판결에 대한 헌법적 검토”, 연세대학교 법학연구 제22권 제1호, 2012. 3
- 박경신, “허위사실유포죄의 위헌성에 대한 비교법적인 분석”, 인하대학교 법학연구 제12권 제1호, 2009
- 박상기, 형법각론(제7판), 2008
- 배종대, 형법각론(제7판), 2010
- 이근우, “명예훼손죄의 해석, 적용상의 몇 가지 문제”, 법학논총 제25호 제3호, 2008
- 이상돈, “전문법-이성의 지역화된 실천”, 고려법학, 2002
- 이원상, ““사이버”개념을 통한 사이버 모욕죄의 고찰과 대안”, 형사정책 제20권 제2호, 2008
- _____, “허위사실에 의한 명예훼손죄의 딜레마”, 한국형사판례연구회 2013년 7월 1일 발제문
- 이원상/안정민, 방송통신융합에 따른 처벌법규 정비방안 연구, 한국형사정책연구원, 2011
- 이원상/한일남/전현욱, 새로운 유형의 인터넷 서비스와 매체 활용양상 예측 및 비방·흑색 선전물에 대한 효과적인 규제방안, 한국형사정책연구원, 2011년도 중앙선거관리

위원회 연구용역과제

이재상, 형법각론(제5판 보정신판), 2007

이천현/도중진/권수진/황만성, 형법각칙 개정연구(2), 2007

조현욱, “명예훼손죄에 있어서 공연성의 의미와 판단기준” 법학연구 제32권, 2008

주승희, “인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장 검토”, 형사법연구 제25호, 2006

한대균, “형법 제310조의 적용범위와 정당행위”, 한국형사판례연구회 2013년 5월 6일
발제문

A Study on Crimes by Publicly Alleging False Facts

Lee, Won Sang*

As false information spreading via SNSs causes social problems, many support a view that a new law should be enacted to regulate the spread of false information. Such a demand for the establishment of the law began with the Constitutional Court's decision that ruled article 47, section 1 of the framework act on telecommunications unconstitutional. But the legal issues associated with the spread of false information are not limited to discussions on new introduction of legal provisions on the spread of false information.

Various legal issues can be raised as Korean laws have so many rules related to the spread of false information. Therefore, this article looked into problems of defamation in criminal law, the reversal of the burden of proof in public official election act and the new legislation to regulate the spread of false information.

Consequently, in the special situation like war, spreading false information via SNSs must be regulated by strong penalties, but we don't need to legislate against the spread of false information in a normal situation, because we can quickly examine the false information posted on SNSs and react reasonably.

In addition, investigators practically apply article 307, section 2 of the criminal law to cases where the information spread through SNSs is not proven to be false. But, according to the structure of the criminal law, article 307, section 1(spreading fact) of the criminal law must be applied in the above situation, not article 307, section 2(spreading false information). It is due to the unique structure of defamation in our criminal law. And Korean court made certain that

* Assistant Professor of Chosun University.

the burden of proof was placed on the prosecution in the judgment related to article 250, section 2 of public official election act. However, they reversed the burden of proof which was sharply criticized by many scholars of criminal law.

❖ Key words : false information, framework act on telecommunications, public official election act, defamation, reversal of the burden of proof