

보도기사 작성용 초고입니다.

## 헌 법 재 판 소 결 정

사 건 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 전기통신기본법 제47조 제1항  
위헌소원

청 구 인 1. 김형주(2008헌바157)

서울 송파구 삼전동 98-302

대리인 변호사 염형국

2. 박대성(2009헌바88)

서울 서대문구 창전동 100-125 세정하이츠 가동 201호

대리인 1. 법무법인 봄

담당변호사 박재승

2. 변호사 박찬종

3. 법무법인 동서파트너스

담당변호사 김갑배, 한택근

당 해 사 건 1. 서울중앙지방법원 2008고단3896 전기통신기본법위반 등  
(2008헌바157)

2. 서울중앙지방법원 2009고단304 전기통신기본법위반(2009헌  
바88)

## 주 문

전기통신기본법(1996. 12. 30. 법률 제5291호로 개정된 것) 제47조 제1항은 헌법에 위반된다.

## 이 유

### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

##### (1) 2008헌바157 사건

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

그 후 법원이 2008. 10. 22. 청구인에 대하여 유죄판결을 선고하면서 위 신청을 기각하자, 위 청구인은 2008. 11. 14. 위헌법률심판제청신청 기각결정문을 송달받은 후 2008. 12. 12. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

##### (2) 2009헌바88 사건

청구인 박대성은 2008. 7. 30.경 인터넷포털사이트 다음(Daum)의 ‘아고라’ 경제 토론방에 ‘드디어 외환보유고가 터지는구나’라는 제목 하에 외환보유고가 고갈되어 외화예산 환전 업무가 중단된 것처럼 허위 내용의 글을 작성, 게시하여 수만 명이 열람하도록 함으로써 정부의 외환정책 및 대외지급능력에 대한 신뢰도, 우리나라 경제의 대외신인도를 저하시키는 등 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 하고, 2008. 12. 29. 위 토론방에 ‘대정부 긴급 공문 발송 -1보’라는 제목 하에 주요 7대 금융기관 및 수출입 관련 주요기업에게 달러 매수를 금지할 것을 긴급 공문 전송했다는 취지의 허위 내용의 글을 작성, 게시하여 약 10만 명 이상이 열람하도록 함으로써 정부의 환율정책 수행을 방해하고 우리나라 대외신인도를 저하시키는 등 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 하였다는 이유로 전기통신기본법 제47조 제1항 위반 혐의로 기소되었고, 1심 재판(서울중앙지방법원 2008고단304) 계속중 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다(서울중앙지방법원 2009초기258).

법원은 2009. 4. 20. 위 청구인에 대하여 무죄판결을 선고하면서 위 신청을 기각하였는데, 검사가 이에 불복하여 항소하자(서울중앙지방법원 2009노1203), 위 청구인은 2009. 5. 14. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상 및 관련 조항

이 사건 심판의 대상은 전기통신기본법(1996. 12. 30. 법률 제5291호로 개정된 것) 제47조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이다.

심판대상 법률조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상 법률조항]

전기통신기본법 제47조(벌칙) ① 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

[관련 조항]

전기통신기본법

제1조 (목적) 이 법은 전기통신에 관한 기본적인 사항을 정하여 전기통신을 효율적으로 관리하고 그 발전을 촉진함으로써 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “전기통신”이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.
2. “전기통신설비”라 함은 전기통신을 하기 위한 기계·기구·선로 기타 전기통신에 필요한 설비를 말한다.
3. ~ 8. (생략)

제47조 (벌칙) ② 자기 또는 타인에게 이익을 주거나 타인에게 손해를 가할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제2항의 경우에 그 허위의 통신이 전신환에 관한 것인 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

④ 전기통신업무에 종사하는 자가 제1항 또는 제3항의 행위를 한 때에는 10년

이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하고, 제2항의 행위를 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

## 2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 2008헌바157 사건

(가) 어떤 사상과 견해가 옳고 그른지, 가치가 있는지 여부를 평가하고 결정하는 것은 ‘사상의 공개시장’이며, 유해한 사상이나 표현도 그 교정은 사상의 공개시장에서 이루어져야 한다. 한편, ‘표현’에 있어 사실과 의견을 명확히 구분하기는 어렵고, 표면상 허위의 형식을 띠나 실제로는 진실을 드러내는 과장, 풍자, 조롱 등과 같은 표현형식도 존재하며, 과장이나 명백한 왜곡의 경우도 사회적·역사적 상황에 따라서는 공익에 부합할 수 있고, 사실의 권력적·조직적 은폐에 따라 객관적 진실이라 믿어지던 것이 후에 허위인 것으로 밝혀지거나 그 반대의 경우도 있을 수 있다는 점에서, ‘허위의 표현’ 자체를 절대적으로 파악하여 표현의 자유의 보호범위에서 배제할 수는 없다.

(나) 의사표현 행위를 처벌하는 법률에는 최고도의 명확성이 요구되며, 법률에 의해 금지된 해악을 초래할 명백하고 현실적인 위험성이 입증되어야 한다. 우선 이 사건 법률조항의 ‘공익을 해할 목적’은 그 구체적 요건을 전혀 규정하고 있지 않은바, ‘공익’은 사회구성원의 인식 및 시대의 가치변화에 따라 같이 변화하는 가변적인 개념이며, 사람마다 생각하는 의미가 다를 수 있는 상대적 개념이라는 점에서 통상적인 법감정을 가진 일반인이 이를 예측하기는 어렵고, 법의 해석·집행기관의 자의에 따른 적용이 가능하므로 표현의 자유가 요구하는 명확성의 원칙에

현저히 반한다.

나아가 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’은 그 입법연혁에 비추어 ‘가장통신(타인의 명의를 빌려 하는 통신)’으로 해석하는 것이 상당하고, 그렇지 않더라도 그와 같이 해석될 여지를 부여하여 불명확하다.

(다) 이 사건 법률조항은 ‘공익을 해할 목적’이라는 개념을 전제로 규제를 가함에 따라 필연적으로 규제하지 않아야 할 표현까지 규제하고 있고, ‘허위의 통신’에는 ‘송신’ 외에 ‘수신’까지 포함되는바, 과도한 규제로서 과잉금지원칙에 위배된다. 또한 이 사건 법률조항은 합리적 이유 없이 인쇄매체에 의한 허위사실의 적시에 비해 인터넷 등 통신매체에 의한 허위사실의 적시를 과도하게 규제하고, 그 자체로 불법성이 뚜렷하거나 사회적 유해성이 명백한 표현물이 아님에도 내용을 이유로 규제함으로써 표현의 자유와 평등권을 침해한다.

## (2) 2009헌바88 사건

(가) 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’은 연혁적으로 보거나 관련 법규정을 참고하여 보건대 허위명의를 통신을 의미하는 것으로 해석해야 함에도, 법원이 이를 허위사실을 내용으로 하는 통신으로 해석하는 것은 위 규정의 불명확성에 기인한 것이다. 나아가 ‘공익’ 개념 역시 추상적인 것으로서 헌법 제37조 제2항의 ‘공공복리’ 개념의 동의반복일 뿐 전혀 구체화되어 있지 아니한바, 이는 명확성의 원칙에 반한다.

(나) 인터넷상의 표현행위에 대한 규제는 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’의 규제만으로도 지나칠 정도로 충분한 상태이며, 지나치게 엄격한 진실의 요구는 민주주의를 지탱하는 진정한 자유와 창의·토론문화를 위축시킨다.

명백하고 현존하는 위험 및 엄격한 인과관계가 인정되지 않는 때에도 허위사실의 표현이라는 이유로 형벌을 부과하는 것은 과잉금지원칙에 위배되며, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조에도 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

(1) 2008헌바157 사건

(가) 이 사건 법률조항의 내용이나 구조, 같은 조 제2항과 대비되는 규정형식 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 법률조항에서 ‘공익’은 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하는 것으로, 개개인 또는 특정단체나 집단의 이익에 상위하는 ‘사회공동의 이익’을 의미한다고 해석되는바, 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다.

(나) 헌법상 규정된 표현의 자유나 통신에 있어서 표현의 자유의 보호범위에 ‘공연히 허위의 통신을 한 경우’까지 포함할 수는 없으므로 이 사건 법률조항은 그 합리성이 인정되고, 이 사건 법률조항의 구성요건 충족으로 인한 위험성은 송신행위 뿐만 아니라 수신행위에 의하더라도 충분히 발생할 수 있으므로 ‘허위의 전기통신’ 전부를 처벌하는 것이 과잉금지원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(2) 2009헌바88 사건

(가) 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’이란 전기통신기본법의 전체적인 입법취지상 ‘전기통신설비를 이용하여 허위사실을 유포하는 것’을 의미하고, ‘공익을 해할 목적’은 ‘허위의 통신’이라는 구성요건의 적용범위를 제한하는 의미로 규정된 것이므로 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 법률조항은 공연한 허위사실의 유포로 인하여 공익이 침해되는 것을 보호하기 위한 유효적절한 수단이고, 인터넷을 포함한 전기통신설비에서의 각종 정보에의 접근의 용이성 및 정보의 과급효과를 고려하여 보면 위 조항이 평등의 원칙 내지 비례의 원칙, 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

다. 법무부 장관의 의견 요지

(1) ‘공익’이라는 용어가 사용된 법률은 총 315개, 조문 단위로는 총 823조문에 이르는바, ‘공익’ 개념은 우리 헌법과 법률, 학계 및 법실무에서 널리 사용되어 온 개념이다. 전기통신기본법의 목적과 이 사건 법률조항의 구조에 비추어 보면, ‘공익을 해할 목적’이란 ‘전기통신의 영향력을 이용하여 정당한 사회 질서를 혼란·교란하려는 목적’을 의미함을 일반인도 충분히 예상할 수 있다.

(2) 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’은 그 사전적 의미나 이 사건 법률조항과 기타 관련 규정들을 종합적으로 고려할 때 ‘허위의 사실에 대한 통신’을 의미한다.

(3) 표현의 자유에 의하여 보호되는 표현은 진실인 경우와 진실인지 허위인지 밝혀지지 아니한 상태인 경우만이 해당되고, 허위사실로 밝혀진 경우, 나아가 그 허위사실의 표현이 공익을 해할 목적으로 이루어진 경우에 이를 제재하고 처벌하는 것은 정당하며, 이에 대해 명백·현존하는 위협의 원칙이 적용된다고 볼 수 없다.

(4) 이 사건 법률조항은 왜곡된 정보의 과급력으로 인한 사회적 혼란을 방지하고, 정보통신망에서의 의사소통에 정확한 정보를 제공하려는 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당하며, 행정제재만으로는 목적달성에 충분하지



않고, ‘공연성’ 요건을 규정하여 구성요건을 한정하고 있으므로 침해의 최소성에도 반하지 않는다. 나아가 이 사건 법률조항에 의하여 달성되는 공익은 올바른 여론과 의사형성의 촉진으로서 충분한 보호가치가 있는 반면, 제한되는 것은 허위사실을 표현할 자유로서 기본권으로 보호되는 것인지 여부도 의문이라는 점에서 법익 균형성도 충족된다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

라. 방송통신위원회의 의견 요지

(1) 공익을 해할 목적의 허위통신은 국민의 정보획득권을 침해하고 민주주의 발전을 저해하는 것은 물론, 국민의 생명·신체 또는 사회의 안전에 직접적이고 긴박한 위협을 야기할 개연성이 매우 높으므로 그 해악이 심대하다. 나아가 정당한 반론이 사실상 불가능하여 사상의 자유경쟁을 통한 해악의 해소가 불가능하므로 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호되지 않는다.

(2) 이 사건 법률조항이 규정하는 ‘공익’의 사전적 의미 및 다른 규정과의 상호관계, 합헌적 법률해석의 요청, 입법기술상의 한계 등을 종합하여 보면, ‘공익’은 ‘공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체, 즉 국가·사회 기타 일반 다수 국민의 이익으로서 개개인 또는 특정단체나 집단의 이익에 상위하는 사회공동의 이익’으로 해석될 수 있는바, 처벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

(3) 이 사건 법률조항은 허위사실의 유포에 의한 범죄의 선동, 국가질서 교란으로부터 사회전체의 이익을 보호하고 국민의 올바른 정보획득권을 보호하여 민주사회의 발전에 기여하기 위한 것으로서 필요하고 적절한 입법조치에 해당한다.

### 3. 판단

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

(1) 1961. 12. 30. 제정된 구 전기통신법 제89조 제1항은 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 허위의 통신을 발한 자는 5년 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있었고, 구 전기통신법의 수차례에 걸친 개정에도 불구하고, 위 조항은 그 조문의 위치(1977. 12. 31. 법률 제3091호로 제111조 제1항으로 위치 이동)와 법정형 중 벌금형 부분이 일부 개정(1977. 12. 31. 법률 제3091호로 벌금 50만원 이하로 개정, 1981. 4. 7. 법률 제3421호로 벌금 500만원 이하로 개정)된 외에는, 구 전기통신법이 전기통신기본법과 공중전기통신사업법으로 개편되기 전까지 그대로 존속하였다.

(2) 1983. 12. 30. 제정된 전기통신기본법은 제39조에 이 사건 법률조항과 동일한 행위를 처벌하는 규정을 두었고, 그 법정형은 5년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금으로 규정하였다. 이후 1991. 8. 10. 법률 제4393호로 전기통신기본법이 전부개정되었을 때에도 조항의 위치가 제47조 제1항으로 변경되고 법정형 중 벌금형 부분이 ‘2천만원 이하의 벌금’으로 상향 조정되었을 뿐, 구성요건은 그대로 존속하였다. 현행법은 1996. 12. 30. 법률 제5291호로 개정된 것으로, 역시 법정형 중 벌금형만이 ‘5천만원 이하’로 상향 규정되었을 뿐 구성요건은 동일하다.

나. 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위반 여부

(1) 표현의 자유 및 죄형법정주의와 명확성의 원칙

(가) 법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이나, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 더욱 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불

명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증될 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342 참조).

(나) 한편, 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집8-2, 785, 792-793).

(다) 이 사건 법률조항은 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로, 엄격한 의미의 명확성 원칙이 적용된다.

## (2) 명확성 원칙 위반 여부

(가) 이 사건 법률조항은 ‘공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히

허위의 통신을 한 자’를 처벌하도록 하고 있는바, ‘공익을 해할 목적’이라는 초과주관적 구성요건이 의미하는 바가 무엇인지 우선 문제된다.

(나) 헌법 제37조 제2항은 모든 자유와 권리는 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있음을 규정하고 있고, 헌법 제21조 제4항은 언론·출판은 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적”의 허위의 통신을 금지하는바, 여기서의 “공익”은 위 헌법 제37조 제2항의 “국가 안전보장·질서유지”와 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비교하여 볼 때 ‘동어반복’이라고 할 수 있을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하다. 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판자유 의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다.

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

나아가 현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위

상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분이다. 문제되는 행위가 어떤 공익에 대하여는 촉진적이면서 동시에 다른 공익에 대하여는 해가 될 수도 있으며, 전체적으로 보아 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위하여는 공익간 형량이 불가피하게 되는바, 그러한 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것은 아니다.

결국, 이 사건 법률조항은 수범자인 국민에 대하여 일반적으로 허용되는 ‘허위의 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지 고지하여 주지 못한다. 어렴풋한 추측마저 불가능하다고는 할 수 없더라도, 그것은 대단히 주관적인 것일 수밖에 없다.

(다) 물론 입법에 있어서 추상적 가치개념의 사용이 필요한 것은 일반적으로 부인할 수 없고, “공익”이라는 개념을 사용하는 것이 언제나 허용되지 않는다고 단정할 수도 없다. 법률의 입법목적, 규율의 대상이 되는 법률관계나 행위의 성격, 관련 법규범의 내용 등에 따라서는 그러한 개념의 사용이 허용되는 경우도 있을 수 있을 것이다. 그러나 ‘허위의 통신’이라는 행위 자체에 내재된 위험성이나 전기통신의 효율적 관리와 발전을 추구하는 전기통신기본법의 입법 목적을 고려하더라도 확정될 수 없는 막연한 “공익” 개념을 구성요건요소로 삼아서 표현행위를 규제하고, 나아가 형벌을 부과하는 이 사건 법률조항은 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성 원칙에 부응하지 못하는 것이라 할 것이다.

(라) 따라서, 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위배하여 헌법에 위반된다.

#### 4. 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 명확성 원칙에 위배하여 헌법에 위반되므로 주문과

같이 결정한다. 이 결정에는 아래 5.와 같은 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 ‘허위의 통신’ 부분의 명확성 원칙 위반 여부에 관한 보충의견, 아래 6.과 같은 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 과잉금지원칙 위반 여부에 관한 보충의견이 있고, 아래 7.과 같은 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.

#### **5. 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 ‘허위의 통신’ 부분의 명확성 원칙 위반 여부에 관한 보충의견**

우리는 이 사건 법률조항의 ‘공익을 해할 목적’ 부분이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배될 뿐만 아니라, ‘허위의 통신’ 부분도 그 의미가 불명확하여 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다는 것을 지적하고자 한다.

##### 가. 이 사건 법률조항의 본래의 입법취지

이 사건 법률조항의 본래 입법취지는 ‘통신설비를 이용한 허위사실의 유포’를 처벌하고자 하는 것이 아니라 ‘허위의 명의를 이용한 통신’을 규제하려는 데 있었다고 볼 것이다.

1961. 12. 30. 전기통신법 제정 시부터 이 사건 법률조항과 거의 같은 내용의 규정이 존재하였음은 앞서 법정의견에서 이 사건 법률조항의 연혁과 관련하여 살핀 바와 같다. 이와 같은 내용의 법률조항이 처음 입법될 당시에 실제 사용된 전기통신설비는 전보와 전화 정도였고, 그 당시에는 전보와 전화에 의한 허위사실 유포에 대하여 형벌로써 규제할 필요성이 제기된 바도 없었다.

나아가, 구 전기통신법의 입법목적(같은 법 제1조)이 ‘전기통신의 이용의 공평과

역무의 적정 및 합리화를 기하여 공공의 복지를 증진'하고자 함에 있었고, 구 전기통신법이 주로 통신설비의 설치·관리 등에 관하여 규율하고 있었던 점, 구 전기통신기본법(2009. 5. 22. 법률 제9708호로 개정되기 전의 것)의 입법목적(같은 법 제1조)이 '전기통신에 관한 기본적인 사항을 정하여 전기통신을 효율적으로 관리하고 발전을 촉진하여 공공복리를 증진'하고자 함에 있었고, 구 전기통신기본법이 전기통신기술의 진흥(같은 법 제2장), 전기통신설비(같은 법 제3장), 전기통신기자재의 관리(같은 법 제4장), 통신재난관리(같은 법 제5장의2) 등 통신시설의 기준·운영·관리와 같은 기술적 사항을 주로 규율하고 있는 점 등에 비추어 보아도, 이 사건 법률조항의 입법취지가 '허위의 명의를 이용한 통신'을 규제하고자 함에 있었다는 것은 분명하다 할 것이다. 이와 달리 이 사건 법률조항이 통신의 실체적 '내용'을 규제하기 위한 것이라고 보는 것은 위와 같은 법의 기본적인 목적이나 체계적 해석에서 벗어난 것이다.

또한, 일반 형법상 문서에 관한 죄에서 내용의 허위를 처벌하는 것은 허위진단서 작성이나 허위공문서작성 등 예외적인 때에 한정되는바, 전기통신설비를 이용하는 경우라 하여 일반 사인의 통신행위에 대해 '명의를 허위'를 넘어 '내용적으로 허위'인 경우까지 형사처벌하는 것으로 해석하는 것은 법체계에 부합한다고 보기 어렵다.

#### 나. 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항이 최초 제정된 이후 40년 이상 실제 적용되지 아니한 채 거의 사문화된 상태로 있었는데, 최근 몇 년 사이에 내용상 허위의 통신 행위에 대하여 적용하는 사례들이 생기면서, 이 사건 법률조항의 '허위의 통신'이 어떠한 행위를 말

하는지 의문이 제기되게 되었다.

‘허위’란 일반적으로 ‘바르지 못한 것’, 또는 ‘참이 아닌 것’을 말하고, 그 안에는 내용의 거짓이나 형식의 오류가 모두 포함될 수 있기 때문에, 법률 용어, 특히 형벌조항의 구성요건으로 사용하기 위하여는 보다 구체적인 부연 내지 체계적 배치가 필요한 개념이라고 할 수 있다. 예컨대 명예훼손죄의 행위태양으로 ‘허위로’ 명예를 훼손하는 행위를 규정하지 않고 ‘허위사실을 적시’하여 명예를 훼손하는 행위로 규정한 것, 문서에 관한 죄에서 형식, 명의의 거짓을 말하는 ‘위조’나 ‘모용’과 대비하여 내용상의 거짓을 의미하는 ‘허위’ 개념을 사용하는 것은 그와 같은 명확성의 요청에 따른 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 법조문 자체의 문언이나 관련 조항의 체계상 그와 같은 구체화의 취지를 명백하게 드러내지 아니한 결과, 앞서 살핀 당초 입법취지와는 달리, 확대된 법률의 해석, 적용이 가능하게 된 것이다.

이러한 종류의 불명확성은 역사적 맥락을 고려한 법관의 체계적이고 합리적인 해석이 누적되어 판례가 확립된 경우 신뢰성 있는 원칙을 도출할 수 있게 됨에 따라 다소 완화될 수 있으나, 이 사건 법률조항과 같이 장시간에 걸쳐 사문화된 법률조항이 갑작스레 적용되기 시작하는 경우에는 돌출적인 최초의 법률 적용 사례가 표준이 되어 법률조항에 관한 일반적 기대나 예측가능성을 벗어난 방향으로 해석될 수 있는바, 이러한 문제는 1차적으로 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”이라는 문언이 가진 추상성에서 기인한 것으로 보아야 한다.

결국 이 사건 법률조항의 경우 그 문언의 모호성에 더한 체계적 해석의 부재로 인하여, 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없게 하여 법을 지키기 어렵게 할



뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부를 법관의 자의적인 해석에 맡기는 결과를 초래하고 있으므로, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 부합되지 않는다고 할 것이다.

#### 6. 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 과잉금지원칙 위반 여부에 관한 보충의견

우리는 이 사건 법률조항이 불명확하여 헌법에 위반될 뿐만 아니라, 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하는 점에서도 헌법에 위반된다고 생각한다.

##### 가. ‘허위사실의 표현’과 표현의 자유의 보호영역

(1) 이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자”를 형사처벌하도록 규정하고 있는바, 그 객관적 구성요건 행위인 “허위의 통신”을 당해사건에서 청구인들에게 적용된 바와 같이 ‘허위사실을 내용으로 하는 통신’으로 한정하여 보는 경우, 과연 그와 같은 “허위의 통신” 행위, 즉 ‘허위사실의 표현’ 행위도 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호되는지 의문이 제기될 수 있다.

(2) 그러나 ‘허위사실’이라는 것은 언제나 명백한 관념은 아니다. 어떠한 표현에서 ‘의견’과 ‘사실’을 구별해내는 것은 매우 어렵고, 객관적인 ‘진실’과 ‘거짓’을 구별하는 것 역시 어려우며, 현재는 거짓인 것으로 인식되지만 시간이 지난 후에 그 판단이 뒤바뀌는 경우도 있을 수 있다. 이에 따라 ‘허위사실의 표현’임을 판단하는 과정에는 여러 가지 난제가 뒤따른다.

나아가 객관적으로 명백한 허위사실의 표현임이 인정되는 때에도, 그와 같은 표현이 언제나 타인의 명예·권리를 침해하는 결과를 가져온다거나, 공중도덕·사회윤리를 침해한다고 볼 수는 없으며, 행위자의 인격의 발현이나, 행복추구, 국민주

권의 실현에 전혀 도움이 되지 않는 것이라 단언하기도 어렵다.

또한 다양한 허위사실의 표현 가운데 ‘일단 표출되면 그 해악이 처음부터 해소될 수 없거나 또는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현’이 존재할 수 있다 하더라도, 어떤 표현이 바로 위와 같은 이유에 의하여 ‘국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는 표현’에 해당하는지 여부는 ‘표현의 자유’라는 헌법상의 중요한 기본권을 떠나서는 규명될 수 없는 것이다. 헌법 제21조 제4항은 ‘언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다’고 규정하고 있으나, 이는 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정으로 볼 것이고, 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109, 판례집 21-1 하, 545, 559-560 참조).

즉, 표현이 어떤 내용에 해당한다는 이유만으로 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다고는 볼 수 없고, ‘허위사실의 표현’이 일정한 경우 사회윤리 등에 반한다고 하여 전체적으로 표현의 자유의 보호영역에서 배제시킬 수는 없다. ‘허위사실의 표현’도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석하여야 할 것이다.

(3) 결국 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 있다고 볼 것이므로, 표현의 자유에 대한 제한 입법의 헌법상 한계를 지켜야 할 것이다.

나. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되므로 과잉금지원칙과 조화될 수 없고, 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628-630 참조).

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

(2) 허위의 통신을 접한 국민은 그 표현내용의 진위 여부를 의심하고 확인할 수 있으며, ‘가장 참여적인 시장’, ‘표현촉진적인 매체’로서의 인터넷통신의 발달에 따라 정보수신자는 매우 다양한 경로를 통하여 정보를 수집할 수 있고, 특정한 표현에 대한 반론 내지 반박도 실시간으로 가능하다. ‘통신’의 특수성, 즉 익명성과 무차별적 전파가능성 등에 의하여 위와 같은 가능성이 전적으로 차단될 것이라고 보기는 어려우며, 허위사실의 표현이 있다는 이유만으로 국민의 올바른 정보획득이 침해된다거나 범죄의 선동, 국가질서의 교란 등이 발생할 구체적 위험이 있다고 할 수 없다.

한편 허위사실의 표현으로 인한 논쟁이 발생하는 경우, 문제되는 사안에 관한 사회적 관심을 높이고 참여를 촉진할 수도 있으므로 반드시 공익을 해하거나 민주주의의 발전을 저해하는 것이라고는 볼 수 없고, 행위자가 주관적으로 공익을 해할 목적이 있는 경우에도 실제로 표현된 내용이 공익에 영향을 미칠 수 없는

사적인 내용이거나 내용의 진실성 여부가 대중의 관심사가 아닌 때, 내용의 허위성이 공지의 사실인 경우 등에는 그로 인한 사회적 해악이 발생하기 어렵다.

이와 같이 허위의 통신 자체가 일반적으로 사회적 해악의 발생으로 연결되는 것은 아님에도 ‘공익을 해할 목적’과 같은 모호하고 주관적인 요건을 동원하여 이를 금지하고 처벌하는 국가의 일률적이고 후견적인 개입은 그 필요성에 의문이 있다. 어떤 표현이나 정보의 가치 유무, 해악성 유무가 국가에 의하여 1차적으로 재단되어서는 아니되며, 이는 시민사회의 자기교정기능과 사상과 의견의 경쟁메커니즘에 맡겨져야 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 339-340; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 631-632 참조). 세계적인 입법례를 살펴봐도 허위사실의 유포를 그 자체만으로 처벌하는 민주국가의 사례는 현재 찾아보기 힘들다.

(3) 만약 허위의 통신에 의하여 법익침해의 실질적 위험이 발생할 것이 명백한 경우가 있다면, 그에 관하여는 구체적으로 그 내용을 적시하여 규율하여야 할 것이고, 법익침해의 위험성이 행위 자체로 명백하지 않은 때는 침해의 결과를 발생시키는 것을 금지하여야 할 것이다. 이 사건 법률조항과 같은 포괄적 규제는 기본권 침해의 최소성 원칙에 부합하지 않는다.

(4) 이 사건 법률조항은, 기존의 확립된 사실 또는 관점에 반하는 사실을 밝혀내고자 하는 이들과 같이, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체로 하여금 규제를 받을 것을 우려하여 스스로 표현행위를 억제하도록 할 가능성이 높은바, 이는 이 사건 법률조항이 추구하는 공익에 비하여 가벼운 사익의 제한이라고 보기 어렵다. 제재에 대한 두려움으로 인하여 표

현이 억제된다면, 표현의 자유의 기능은 훼손될 수밖에 없다.

(5) 결론적으로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

## 7. 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 명확성 원칙에 위배되지 않을 뿐만 아니라, 또한 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하는 것도 아니라고 보므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위반 여부

### (1) 죄형법정주의의 명확성의 원칙

헌법상 죄형법정주의의 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 법률이 명확하지 않다면 당해 행위가 허용되는지 여부를 예측할 수 없고, 국민의 인권은 보장될 수 없다. 이와 같은 명확성의 원칙은 특히 처벌법규에 있어서 엄격히 요구된다.

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수는 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 여부를 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다

면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이라는 것이 우리 재판소의 확립된 관례이다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바31, 판례집 13-1, 1233).

따라서 처벌법규에서 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하는 것은 부득이하다고 할 수밖에 없고, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없다 할 것이다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 796; 헌재 2003. 4. 24. 2002헌가8, 판례집 15-1, 351, 356-358).

## (2) 이 사건 법률조항에 대한 판단

(가) 이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자”를 형사처벌하도록 규정하고 있는바, 우선 초과주관적 구성요건으로서 “공익을 해할 목적”의 의미에 관하여 살펴본다.

1) 이 사건 법률조항은 목적범을 규정하고 있다. 즉 객관적 행위와 관련한 고의 이외에 “공익을 해할 목적”이라는 행위의 목적을 더하여 요구하고 있다. 이와 같은 형벌조항의 ‘목적’ 요구에 대하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙이 그대로 엄격하게 관철되어야 하는지 문제된다.

그런데 객관적인 행위상황이 명백한 경우에 초과주관적 구성요건(목적)의 요구는 구성요건해당성의 범위를 축소시킨다는 점에서 객관적 구성요건과는 구별된다.

즉 이 사건 법률조항과 관련하여 살펴보면, 이 사건 법률조항이 규정하는 객관적 구성요건 행위인 ‘허위의 통신’은 다음 (나)항에서 살펴는 바와 같이 그 의미는 명백하지만, 포섭되는 행위의 범위는 매우 넓은데, “공익을 해할 목적”이라는 초과주관적 구성요건이 추가됨으로써 ‘허위의 통신’ 가운데 구성요건해당성이 인정되는 행위의 범위가 대폭 축소되게 되는 것이다.

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

덧붙여, 초과주관적 구성요건이 가벌성의 인정 범위를 제한하는 것인지, 가중처벌의 요건이 되는 것인지 여부 등을 고려하지 아니한 채 막연히 객관적 구성요건과 마찬가지로 이해하여 동일한 심사기준을 적용한 다수의견은 타당한 것이라 보기 어렵다.

2) 학문적으로는 논의되는 ‘공익’ 개념은 개인들의 이익의 양적인 합계라거나 정치적 공동체의 구성원의 공통된 이익이라거나 객관적으로 존재하는 도덕적 최고원리와 가치체계에 비추어 구성되는 것이라는 등의 다양한 정의가 존재하지만, 법률상으로는 개인의 이익과 구별되는 ‘공공의 이익’으로서 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하고, ‘특정한 사회집단이나 그 구성원의 관심과 이익에 관한 것’은 제외되는 것으로 이해되어 왔으며, 또한 여러 법률에서 그와 같은 의미로 사용되어 왔다. 행정목적이나 지원과 보호의 대상으로서 뿐만 아니라 어떠한 행위의 제한의 근거(예컨대 공중위생관리법 제9조의2 등), 심사·판단의 기준이나 인·허가의 기준(예컨대 액화석유가스의 안전관리 및 사업법 제4조 등) 등 당사자에게 불이익한 공

권력행사와 관련하여서도 법률상 ‘공익’ 개념의 사용은 쉽게 발견된다.

3) 한편 공익을 ‘해할 목적’은 오로지 공익을 해할 목적일 것으로 한정되는 것은 아니나, 행위의 주요 목적이 공익을 해하는 것인 때를 의미한다. 이는 구성요건해당성의 범위를 축소하고자 한 입법자의 의사를 합리적으로 해석한 결과이기도 하다. 입법자는 넓은 의미의 공익을 조금이라도 저해할 목적이 있는 모든 허위의 통신을 규제하겠다는 것이 아니라 우리 사회의 핵심적 공익을 해할 목적의 허위의 통신에 대하여 이를 규제하지 않을 수 없다는 의사를 표명한 것이라고 보아야 할 것이다.

나아가 위와 같은 목적이 있었는지 여부는 행위자의 사회적 지위, 인적관계, 행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단될 수 있으며, 이는 법원의 통상적인 법률 해석·적용의 문제이다.

4) 결국 ‘공익’ 개념이 지닌 약간의 추상성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 보완될 수 있고, 또한 ‘공익’ 개념이 현재 우리의 입법에서 수없이 많이 발견되는 점을 고려할 때 “공익을 해할 목적”이 의미하는 바를 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기는 어렵다.

(나) 다음으로 객관적 행위태양을 규정한 “허위의 통신” 부분에 관하여 살펴본다.

1) 일반적으로 “허위”는 참이 아닌 것, 거짓을 의미하며, 그에 비추어 “허위의 통신”이란 내용이 거짓인 통신 또는 명의(발신인이나 수신인)가 거짓인 통신을 모두 포괄하는 것으로 이해할 수 있다.

우리 전기통신기본법 제47조 제2항과 동일한 내용의 일본 전파법 제106조 제1



항(자기 또는 타인에게 이익을 주거나 또는 타인에게 손해를 가할 목적으로, 무선 설비 또는 제10조 제1항 제1호의 통신설비에 의하여 「허위의 통신」을 발한 자는, 3년 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금에 처한다.) 중 “허위의 통신”이 무엇을 의미하는가에 관한 일본 학계의 입장 또한 위와 같다.

2) 한편 ‘허위’라는 개념은 형사처벌 규정에서 비교적 쉽게 발견되는 것이다. 형법을 살펴보면, 허위유가증권작성죄(제216조), 허위공문서작성죄(제233조), 허위진단서작성죄(제227조) 등에서 ‘허위’의 개념을 사용하고 있다.

다만 이 때의 ‘허위’는 ‘내용상의 거짓’만을 의미한다는 것이 통설인데, 이는 형법이 명의의 거짓을 ‘위조’ 또는 ‘모용’ 등의 개념으로 별도로 처벌하고 있기 때문이지, ‘허위’ 개념에서 당연히 명의의 거짓이 배제되기 때문은 아니라고 할 것이다.

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

3) 재판관 3인의 ‘허위의 통신’ 부분이 명확성 원칙에 위반된다는 견해는 이 사건 법률조항이 당초 ‘허위의 명의를 이용한 통신’을 규제하려는 것이라고 보고 있다. 그러나 ‘허위의 통신’을 ‘가장통신’으로 해석하는 것은 앞서 살핀 일반적인 의미와 달리 문언을 현저히 축소시키는 해석이므로 그를 위해서는 명백한 입법자의 의도 및 법의 체계적·목적적 해석 등이 뒷받침되어야 할 것이다. 그러나 이 사건 법률조항

의 구체적 입법취지에 관하여는 역사적 자료가 존재하지 아니하고, ‘전기통신설비’를 이용하는 수단의 특수성, 즉 강력하고 신속한 전파가능성을 고려하여 구 전기통신법 및 전기통신기본법에서 통신의 내용에 따른 규제를 정한 것이 법의 목적이나 체계에 반하는 것이라 볼 수도 없으며, 달리 위와 같은 견해를 뒷받침할 명백한 근거를 찾기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항이 당초의 입법취지에서 벗어난 해석과 적용으로 인하여 그 의미가 무엇인지 알기 어렵게 되었다는 주장 역시 성립될 수 없다고 할 것이다.

4) 나아가 ‘내용의 허위’란 내용이 진실에 부합하지 않는 것으로서 그 진위 여부가 객관적으로 밝혀질 수 있음을 전제로 한다고 할 것이므로, 전체적으로 보아 ‘의견 표명’이나 ‘제안’이라고 볼 수 있는 경우는 이에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

구체적 사례에서 어떠한 표현이 사실의 적시인가 의견 또는 추상적 판단의 표현인가를 구별하는 것은 쉽지 않으나, 형법상 사용되는 “허위사실의 적시” 개념과 관련하여 해석론상 확립된 바와 같이, 이는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적인 정황을 고려하여 판단될 수 있고(대법원 1998. 3. 24. 선고 97도2956 판결), 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부적으로 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4757 판결).

5) 결국 관련 법조항의 체계적 해석 및 법관의 보충적 해석을 통하여 보면, 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”은 객관적으로 진위가 밝혀질 수 있는 사실에 관한 것으로서 그 내용이 거짓이거나 명의를 거짓인 통신을 의미한다고 할 것인바,

건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 어떤 행위가 금지되는지 알 수 없도록 하거나 자의적 법해석·집행을 가능하게 하는 불명확한 개념이라 하기는 어렵다.

### (3) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다.

나. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙을 위반하여 표현의 자유를 침해하는지 여부

#### (1) 심사기준

우리 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있는바, 이는 헌법 제21조 제1항에서 보호하는 언론·출판의 자유의 헌법적 한계를 명시한 것이다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 결정의 별개의견, 판례집 21-1하, 545, 571).

한편 허위사실이라고 하여 반드시 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 것은 아니므로 허위사실의 표현도 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니지만, 이는 원론적으로 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현 행위라고 볼 수 없으므로 민주주의의 발전이나 인격발현에 미치는 효과가 중대하다고 하기 어려운 반면, 타인의 명예나 공공질서를 해칠 가능성이 높으므로, 허위사실의 표현에 대한 규제를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙을 적용하는 것보다는 ‘피해의 최소화’ 원칙에서 ‘입법목적 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인 지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다.

#### (2) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 법률조항은 공익을 해할 목적으로 공연히 허위의 통신을 한 자를 처벌하는 규정인바, 이는 허위사실의 유포에 의한 공중도덕이나 사회윤리의 침해, 국가공공질서의 교란 등을 방지하고 국민의 올바른 정보획득권을 보호하여 민주사회의 발전에 기여하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다.

그리고 객관적 진실에 반하는 허위사실의 표현은 피전달자의 진정한 의사형성을 방해한다는 점 및 전기통신설비에 의한 의사전달은 그 전파성이 빠르고 강하며 피해를 회복하기 쉽지 않다는 점을 고려할 때, 공익을 해할 목적의 허위의 통신을 금지하는 것은 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다.

### (3) 침해의 최소성

(가) 어떠한 행위를 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없으며, 기본적으로 입법권자의 의지 즉 입법정책의 문제로서 입법권자의 입법형성의 자유에 속한다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480, 486 참조). 그러므로 이 사건 법률조항과 같이 허위사실에 관한 표현의 자유를 일부 제한하는 것이 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 살펴보기로 한다.

(나) 허위의 통신이 문제되는 경우, 5인 재판관의 의견대로 국민들의 성숙한 의식에 기한 문제 제기와 건전한 논쟁에 의하여 그 허위성을 밝혀내는 것이 이상적이고 바람직할 것이다. 그러나 현대사회는 통신기술의 발달로 전파의 유통속도와 범위가 상상할 수 없을 만큼 빨라지고 넓어지고 있으며, 매체의 연계성과 복합화

로 인하여 유포된 정보의 최초 출처를 확인하는 것이 사실상 곤란하다. 더구나 정보의 다변화와 복잡성 때문에 통신상의 논쟁에 의하여 허위 여부를 밝혀내는 것은 현실적으로 어려울 뿐 아니라 설사 그러한 과정에 의하여 진실이 발견되었다 하여도 엄청난 시간이 소요될 수밖에 없어 이미 발생한 심각한 사회적 혼란이나 훼손된 공익이 회복되기 어렵다.

이처럼 전기통신설비에 의한 허위사실의 유포는 강한 파급력을 가진 점, 명백한 허위의 사실이라도 통신이용자들에 의하여 자율적으로 신속하게 교정되기가 매우 어려운 점, 허위사실을 둘러싼 장시간의 논쟁에 막대한 사회적 비용이 소모될 수 있는 점 등을 참작하면, 지금 우리의 현실에서 일정한 범위의 명백한 허위통신에 대하여는 통상의 표현행위보다 엄격한 규제를 할 필요성이 있다고 할 것이다.

(다) 더구나 이 사건 법률조항은 전기통신설비에 의한 모든 허위통신을 금지하고 처벌하는 것이 아니라 ‘공익을 해할 목적’이라는 초과주관적 구성요건에 의하여 그 범위를 한정하고 있다. 즉 이 사건 법률조항은 전기통신설비에 의하여 공연히 허위사실의 유포한 행위 중 ‘공익을 훼손할 목적’이 있다고 인정된 행위에 한하여 처벌하고 있는 것이다(청구인 박대성은 당해 사건의 제1심 법원에서 공익을 해할 목적이 없었다는 이유로 무죄를 선고받았다).

그러므로 단순히 허위사실을 유포한 행위를 처벌하는 외국의 입법이나 판례가 없다는 것은 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 심사하는 논거가 될 수 없다. 오히려 독일 연방헌법재판소는 의도적으로 ‘입증된 허위사실’을 전달하는 것은 독일 기본법 제5조 제1항의 ‘의견의 표명 및 전달의 자유’의 보호범위에 포함되지 않는 것으로 보았다.

(라) 한편 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’은 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자”를 처벌하도록 규정하고 있는바(제70조 제2항), 위 조항은 그 보호법익이 ‘개인의 명예 및 인격권’이고, 초과주관적 구성요건이 ‘사람을 비방할 목적’일 뿐 기본적 구조는 이 사건 법률조항과 궤를 같이 한다고 할 것이다.

(마) 따라서 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다.

#### (4) 법익균형성

앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항에 의하여 달성될 공익은 매우 중대한 반면, 제한되는 기본권은 객관적 및 주관적으로 명백한 허위사실을 공익을 해할 목적으로 전파할 자유이다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인해 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 보기 어려우므로 이 사건 법률조항이 법익균형성 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

#### (5) 소결

결국 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해한다고 보기 어렵다.

다. 이 사건 법률조항의 평등권 침해 여부

청구인들은 이 사건 법률조항이 인쇄물 등에 의한 허위사실의 표현과 전기통신 설비에 의한 허위의 통신을 차별취급함으로써 청구인들의 평등권을 침해한다고 주장한다.

그러나 전기통신설비에 의한 허위의 통신의 경우, 정보수신자의 연령, 성별, 사회적 특성 등에 관계없이 접근이 매우 용이하여 허위사실의 전파속도나 과급효과

가 인쇄물 등과는 비교할 수 없을 정도로 크므로, 양자를 차별하여 취급하는 데는 합리적 이유가 있다. 따라서 청구인들의 주장은 이유없다.

라. 소결론

결국 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위반되지 아니하고, 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 표현의 자유를 침해하고 있지 않으며, 청구인들의 평등권을 침해하지도 않으므로, 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이다.

2010. 12. 28.

재판장 재판관 이강국 \_\_\_\_\_

재판관 이공현 \_\_\_\_\_

재판관 조대현 \_\_\_\_\_

재판관 김희욱 \_\_\_\_\_

재판관 김종대 \_\_\_\_\_

재판관 민형기 \_\_\_\_\_

재판관 이 동 흡 \_\_\_\_\_

재판관 목 영 준 \_\_\_\_\_

재판관 송 두 환 \_\_\_\_\_