

누가 진정 ‘국민 인권보장의 최후보루’인가

각 나라에는 최고사법기관이 있다. 이 최고사법기관을 ‘국민 인권보장의 최후보루’라 부른다. 국가기관이나 타인에 의해 인권을 침해받은 국민이 최후로 기댈 곳은 바로 사법부의 최고법원 밖에 없다는 의미다. 인권 중에서 ‘표현의 자유’가 차지하는 지위는 사뭇 높다. 언론, 출판, 집회, 결사의 자유로 헌법에 명시된 이 표현의 자유는 국민주권의 원리를 기본으로 삼는 민주국가에서 가장 중요한 기본권 중의 하나로 취급된다. 국민의 입을 틀어막고서는 민주국가의 주권자인 국민이 진정한 주권자로서의 역할을 다할 수 없기 때문이다. 이러한 표현의 자유 보장의 오래 된 근거가 바로 ‘사상의 자유시장이론’이다. 이 이론은 정부가 사상의 자유시장에 개입해 표현을 제한하려 들지 않는다면 자유롭고 완전한 표현간의 각축의 장(場)에서 최고의 사상만이 승리를 거두어 생존하고 덜 가치로운 사상은 자연스레 패퇴된다고 본다. 즉, 사상의 자유시장에는 강력한 자정능력이 존재한다고 보는 것이다. 이러한 표현의 자유는 다른 기본권들에 비해 우월적 지위를 가지는 상위의 기본권이다. 따라서 표현의 자유 제한은 특정한 표현이 정부가 방지해야 할 ‘실질적 해악’을 가져올 것이 ‘명백’하고 그 위험이 ‘현존’하는 경우에만 정당화될 수 있다.

올 한 해 최고사법기관인 헌법재판소와 대법원이 이 표현의 자유와 관련해 중요한 판결들을 많이 내렸다. 그런데, 이 표현의 자유를 바라보는 시각에 있어 두 기관은 적지 않은 차이를 보여준다. 우선 헌법재판소는 표현의 자유 보장 확대에 가까운 입장이다. 소위 미네르바사건에서 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사처벌하는 전기통신기본법 조항에 대해 위헌결정을 내린 것이 대표적인 예

임 지 봉

- 참여연대 사법감시센터 실행위원
- 교육인적자원부 대학자율화위원회 위원
- 서강대학교 법학전문대학원 교수(헌법학)



이다. 이 사건에서 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 표현의 자유에 대한 제한입법이며 형벌조항에 해당하므로 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용되는데, “공익을 해할 목적” 등의 구성요건이 명확성원칙에 반해 위헌이라고 판단했다. 특히 5인 재판관의 보충의견에서는 ‘허위사실의 표현’도 헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유의 보호영역에는 일단 해당한다고 보았다. 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 공익을 위해 필요부득이한 경우 법률로써 제한할 수 있을 뿐이라는 것이다. 그 근거로 헌법재판소는 ‘허위사실’이라는 것이 언제나 명백한 개념은 아님을 강조했다. 즉, “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”고 본 것이다. 다른 나라의 입법례를 보아도 허위사실의 유포를 그 자체만으로 처벌하는 사례는 찾아보기 힘들다는 점도 지적했다.

특히 최근에는 공직선거법 제93조 제1항에 대한 한정위헌결정을 통해 SNS를 통한 유권자들의 정치적 의사표현의 자유를 확대시켰다. 위헌결정이 아니라 한정위헌결정이라는 점에 약간의 아쉬움은 남지만, 규제와 제한 일변도로 치닫던 선거운동의 물줄기를 ‘선거운동의 자유’쪽으로 튼 점에서는 긍정적 평가를 받을 만하다.

이에 비해 대법원의 입장은 표현의 자유 제한에 더 가깝다. 얼마 전 정봉주 전 국회의원 사건 판결에서 공직선거법 제250조 제2항의 허위사실공표죄의 유죄를 인정하고 1년 징역의 실형을 선고한 것이 대표적인 예이다. 이 판결은 무엇보다 요건사실의 입증에서 검사에게 입증책임을 지우는 형사법의 일반원칙에서 벗어나, ‘허위사실’의 증명과 관련해 사실상 피고인에게 진실임을 입증해야 할 무거운 책임을 떠넘기고 있다. 즉, “의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수긍할만한 소명 자료를 제시할 부담을 지고, 검사는 제시된 그 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위성의 증명을 할 수 있다”고 보는 대법원의 기존 입장을 이번에도 무비판적으로 답습하고 있는 것이다. ‘허위의 인식’이나 ‘당선되지 못하게 할 목적’에 대해서도 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 않고 미필적 인식이나 미필적 고의가 있으면 충분하다고 보면서, 가벌성의 범위를 확대하고 있다. 국민의 표현의 자유를 철저히 규제하고 제한하려는 입장에 서있는 것이다. 이는 사상의 자유시장의 자정능력을 믿지 못하는 태도다. 또한 국민들은 선동에 쉽게 혹할 수 있다는 사고를 깔고 있기도 하다. 은연중에 국민들을 우민시 하고 있는 것이다. 물론 주심 대법관에 대한 일부 네티즌들의 신상털기는 지나치다. 그러나, 신상털기 비판에 목청을 돋우며 판결에 나타난 문제를 덮으려 해서는 안 된다. 상식을 가진 대부분의 국민들에게 설득력을 가지지 못하는 판결은 아무리 그럴싸한 논리를 갖다 붙이는 치장을 했다 하더라도 역시 잘못된 판결이다.

집회의 자유와 관련해서도 헌법재판소는 경찰이 서울광장을 차벽으로 봉쇄한 행위를 위헌이라 선언함으로써 집회의 자유를 넓게 보장한 반면, 대법원은 원심을 파기하면서 까지 1인 시위자뿐만 아니라 주변에서 1인 시위자를 격려한 사람들과도 모두 공모공동정범으로 처벌할 수 있다고 판결함으로써 집회의 자유를 공허하게 만들고 있다. 이 대목에서 도대체 대법원은 집회의 자유가 무엇이라 생각하는지 묻고 싶을 지경이다.

작년 초 개헌론이 다시 고개를 들었을 때, 대법원이 헌법재판소를 흡수 통합해야 한다는 주장이 대법원측에서 나와 헌법재판소와 마찰을 빚은 적이 있었다. 그러나 이런 상황을 지켜보면서, 오히려 개헌이 된다면 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 등의 방법으로 헌법재판소를 4심화하여 대법원의 결정이 헌법에 위반되는지 여부를 심사하게 해야겠다고 마음 먹는 국민들이 적지 않을 듯하다.

국민들은 두 최고사법기관을 소리 없이 주시하고 있다. 그리고 적어도 올 한 해 ‘표현의 자유’라는 중요한 인권보장과 관련해 헌법재판소와 대법원 중 누가 더 ‘인권보장의 최후 보루’로서 맡은 바 소임에 충실했느냐는 국민들의 눈에 지금 너무도 자명하게 비춰지고 있다.