

위협받는 언론의 자유

- 한국헌법학회 회장
- 제2회 아시아헌법포럼 한국측 대표
- 한국교육법학회 회장
- 대한민국학술원상 심사위원
- 현재 중국 런민(人民)대학 객좌교수
- 현재 경북대학교 법과전문대학원 교수 · 변호사



신 평

우리는 한동안 성공적인 산업화에 이어 힘들어 민주화를 달성했다는 자부심에 가득했다. 남들도 그렇게 칭찬했다. 그런데 요즘 우리를 둘러싼 언론환경이 심상찮은 듯하다. ‘국경없는 기자회’가 매년 산출하는 국가별 언론자유지수가 현 정부 들어 큰 폭으로 하락하고 있다. 2013년 지수는 그 전해에 비해 6단계 떨어진 50위였고, 올해 발표된 지수는 그 보다 다시 7단계 떨어진 57위를 기록하였다. 과연 이 하락하는 수치에 영향을 주는 무슨 일들이 일어나고 있는지 궁금하다. 잘 알 수는 없었다. 그러던 중 과연 그렇구나 하는 탄식을 내며 눈앞에서 벌어지고 있는 일들을 본다.

얼마 전 경찰이 정진우 노동당 부대표 조사과정에서 그의 카카오톡 대화를 들여다보았는데, 그의 가족과 지인 등 무려 3,000명에 이르는 사람들과의 대화내용이 무차별적으로 포함되었다 한다. 이와 함께 국가정보원은 ‘통신제한조치(감청)’를 이용해 국가보안법 위반 피의자들의 카카오톡 대화내용을 감청해온 사실도 드러나며 불안감을 가중시켰다. 검찰은 또 ‘사이버허위사실유포전담수사팀’을 발족해 인터넷상에서 발생하는 허위사실 유포에 대해 직접 수사하겠다고 나섰다. 그 방안으로서 네이버·다음·카카오 등 주요 인터넷 업계 관계자들을 불러 회의를 열어 온라인에서

특정 단어를 실시간 감시 및 적발하기로 한 사실이 확인됐다. 심지어 사이버상의 위법적 게시물을 직접 포털 사이트에 삭제요청하겠다는 방침을 세웠다. 법률에 따르면, 방송통신심의위원회가 민원을 받아들여 포털 사이트에 요청할 수 있을 뿐인데도 검찰은 이런 틀을 벗어나기까지 하며 ‘사이버 검열’을 강화시키겠다는 의도를 드러낸 것이다. 그런데 검찰의 이와 같은 조치들은 지난 9월 16일 박근혜 대통령이 국무회의에서 “대통령 모독 발언이 도를 넘었다.”고 비판한 뒤를 이어 나온 것이다. 한편, 일본 ‘상계이(産經)’ 신문의 ‘가또(加藤)’ 서울지국장이 쓴 세월호 참사 당일의 대통령 행적과 관련한 기사내용이 크게 문제되더니 결국 기소되었다. 특히 국외에서 강한 반발이 일어나며 이 역시 언론자유 의 실상에 대한 우려의 그림자를 드리웠다.

보안성에서 뛰어난 독일의 메신저앱인 ‘텔레그램’의 인기가 치솟으며, 카카오톡이나 네이버의 ‘라인’에서 텔레그램으로 대거 갈아타고 있다. 다 음카카오의 대표가 나서서 수사기관의 감청영장을 이제 수용하지 않겠다는 극약처방을 발표했으나 ‘소 잃고 외양간 고치기’ 처럼 별 효과를 보지 못했다. 이것을 ‘사이버망명’이라고 이름 붙이는 것은 그만큼 한국의 현재 언론환경에 대한 강한 불만을 나타내는 것이다.

우리 앞에서 벌어진 이와 같은 사실들을 바탕에 깔면서 언론의 자유가 우리에게 어떤 의미를 갖는지 살펴보았으면 한다.

헌법 제21조 제4항에서는 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.”라고 규정하였다. 타인의 명예나 권리를 침해하는 가장 대표적인 경우가 명예훼손이고, 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 그것은 음란(Obsecenity)한 표현이다.

우리 학계의 통설은 헌법 제21조 제4항의 성격을 특정의 기본권에 대하여 헌법상 명문으로 제한을 가하는 소위 개별적 헌법유보에 의한 제한으로 본다. 이에 그대로 따른다면, 어떤 표현이 타인에 대한 명예훼손적 요소를 포함하는 경우 혹은 어떤 표현에 음란한 요소가 들어가 있는 경우 이것은 헌법 제21조 제4항에서 정한 언론·출판 자유의 내재적 한계를 벗어나는 것으로서 바로 법적 규제의 대상이 된다고 할 것이다. 법질서에 규정된

특별한 예외사유-예컨대 위법성 조각사유 등-에 해당하지 않는 한 민사적 손해배상책임을 물어야 하고 형사적 명예훼손 제재 혹은 음란물에 관한 처벌규정의 적용을 받게 된다. 이것은 당연히 언론·출판의 자유에 대한 제한을 보다 쉽게 허용하는 결론이다.

이와 같은 결론이 과연 우리 헌법체제에서 그대로 통용될 수 있을 것인가 하는 점을 우리가 따져보지 않을 수 없다. 잘 아는 대로, 우리 헌법 제21조 제1항은 언론·출판의 자유를 규정하고 있다. 언론·출판의 자유 혹은 표현의 자유는 민주주의 사회에서는 가장 기본적인 자유이자 중요한 자유이다. 생각해보자. 내가 말하고 싶은 것을 제대로 말할 수 없는 사회에 무슨 다른 자유나 인권이 있겠는가? 그리고 그 전에 한 개인의 측면에서 생각한다면, 그와 같이 억압된 사회는 인간이 원만한 인격을 갖춘 존엄한 주체로 성장해나갈 수 있는 가능성조차 봉쇄해버린다. 나아가 인격주체들이 모여 활발한 의사교환을 거쳐야 수립되는 민주주의 정치체제 자체가 형성될 수 없는 것이다. 그래서 언론의 자유에 '우월적 지위'를 인정하여 더 두텁게 이를 보장하는 것이 문명국의 일반적 사조이다.

그렇다면 앞에서 말한 헌법 제21조 제4항을 위와 같이 해석해서는 곤란하다. 명예훼손적 표현, 음란한 표현이라고 하여 바로 법적 규제의 대상이 될 수 있는 것으로 해석하는 것은 언론의 자유를 충분하게 고려하지 못한 데서 나오는 견해다. 그러므로 명예훼손적 표현, 음란한 표현이라고 하더라도 일단 언론자유에 대상에 포함된다고 보아야 한다.

그러나 인간의 모든 자유나 권리는 무제한의 것이 아니다. 이는 우리의 이성이 명하는 바다. 우리 헌법은 제37조 제2항에서 이를 명시한다. 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 자유와 권리를 제한할 수 있다고 한다. 다만 이는 필요한 경우에 최소한의 것에 그쳐야 하며 또한 그 본질적 내용을 결코 침해할 수 없음을 밝힌다. 명예훼손적 표현, 음란한 표현은 헌법 제21조 제4항에 의하여 미리 걸러질 수 있다고 보는 것이 아니라, 이 헌법 제37조 제2항에 의하여 비로소 제한될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 쉽게 말하자면, 명예훼손적 표현, 음란한 표현이라도 언론의 자유에 의하여 보장되는 것이나, 예외적으로 이것들이 우리 사회 전체로 보아 도저히 감내할 수 없다고 판단되는 경우 제한되는 것이다. 물론 그 제한은 최소한에 그쳐야 한다.

위에서 말한 내용들이 어느 일빠진 자유주의자의 백일몽이라 볼지 모른다. 하지만 그렇지 않다. 놀랍게도 헌법재판소는 이미 2009년 5월 28일 선고한 2006헌바109 등의 결정에서 이 논리를 그대로 추인하고 있다.

그러면 이러한 논리의 틀을 갖고 큰 물의를 야기한, 언론자유와 관련된 현상들에 대해 우리가 어떤 말을 할 수 있을까? 현재 검찰이나 경찰 그리고 국가정보원의 수사업무에 종사하는 사람들은 언론자유와 고귀함에 관해 충분한 인식을 갖고 있지 않는 듯하다. 그들이 언론자유를 부당하게 해치지 않게 하기 위해 압수수색이나 감청의 범위를 좁히고, 또 그 대상에서 관계 없는 제3자의 대화를 담지 않도록 가능한 모든 노력을 경주했어야 하나 그러한 흔적이 보이지 않는다. 그러기에 엄청난 수의 '사이버 망명'이 발생하여 결과적으로 국격을 심각하게 떨어뜨리고 있는 것이다. 그렇다고 하여 앞으로 감청영장의 집행은 받지 않겠다고 선언하는 것은 지나친 일이다. 그렇게 선언하는 다급한 심정은 이해한다손 치더라도 법치주의의 절차에 따라 발부되는 영장의 집행을 막을 수는 없는 일이다. 그리고 상계이 신문의 보도내용을 약간 옆으로 제쳐두고 말한다면, 공익과 관련된 공직자의 추문에 관한 보도는 원칙적으로 아무 제한 없이 허용되어야 한다. 이에 관해 대법원의 판례는 이미 많은 예를 보여주고 있다. 만약 검찰이 대통령의 '말 씌' 한 마디에 눌러 앞으로 이를 무시하는 움직임을 보인다면—그럴 리는 없다고 믿지만—정말 실망이다. 언론의 자유가 의문시되는 사회, 그것은 끔찍한 악몽이라고 하지 않을 수 없다.