



기소유예처분취소

[2009헌마747, 2013. 12. 26., 전원재판부]

【판시사항】

- 가. 공적 인물의 공적 관심 사안에 대한 표현의 자유와 명예의 보호의 헌법적 평가기준
나. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵고, 이에 대한 문제제기 내지 비판이 허용되어야 한다고 본 사례
다. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 경우 명예훼손의 책임을 인정하는 기준
라. 대통령의 전과와 토지소유에 관하여 명예훼손적 표현을 담고 있는 동영상을 개인블로그에 게시한 청구인에 대하여 '구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것) 제70조 제2항에 규정된 명예훼손 혐의를 인정한 기소유예처분이 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 본 사례

【결정요지】

가. 표현의 자유와 명예의 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되고 민주주의의 근간이 되는 기본권이므로, 이 두 기본권을 비교형량하여 어느 쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적 평가 문제에 속한다. 명예훼손적 표현의 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에는 차이가 있어야 하고, 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 한다. 다만, 공인 내지 공적인 관심 사안에 관한 표현이라 할지라도 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격은 제한될 수 있어야 한다.

나. 공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다. 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다.

다. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위에 대해 명예훼손의 책임을 인정하기 위해서는 헌법상 자기책임의 원리에 따라 게시자 자신의 행위에 대한 법적 평가가 있어야 할 것이다. 인터넷에 제3자의 표현물을 게시한 행위가 전체적으로 보아 단순히 그 표현물을 인용하거나 소개하는 것에 불과한 경우에는 명예훼손의 책임이 부정되고, 제3자의 표현물을 실질적으로 이용·지배함으로써 제3자의 표현물과 동일한 내용을 직접 적시한 것과 다름없다고 평가되는 경우에는 명예훼손의 책임이 인정되어야 할 것이다.

라. 대통령인 피해자의 전과와 토지소유 현황은 공인에 관한 공적 관심 사안에 해당하는바, 청구인이 피해자의 정책비판을 주된 내용으로 하고 있는 이 사건 동영상을 게시한 행위에 피해자를 비방할 목적이 있었다고 볼 수 없다. 또한 청구인은 적시사실의 진위 여부에 대해서 별다른 관심을 가지지 아니하였고, 적시된 사실의 중요한 부분이 객관적 사실과 합치된다고 생각하였던 것으로 보이므로, 청구인에게 허위사실에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다. 따라서 청구인에 대한 이 사건 기소유예처분에는 그 결정에 영향을 미친 중대한 사실오인 내지 법리오해의 잘못이 있으므로 이를 말미암아 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제21조

구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것) 제70조 제2항

【참조판례】

가. 현재 1992. 2. 25. 89현가104, 판례집 4, 64, 93-95

나. 현재 1999. 6. 24. 97현마265, 판례집 11-1, 768, 774-777

라. 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011도1147 판결대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결

【전문】

[당사자]

청 구 인 김○ 익대리인 법무법인 청맥담당변호사 최강욱

피청구인 서울중앙지방검찰청 검사

[주문]

피청구인이 2009. 10. 19. 서울중앙지방검찰청 2009년 형제26869호 사건에서 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것으로 이를 취소한다.

[이유]

1. 사건의 개요

가. 청구인은 2009. 10. 19. 피청구인으로부터 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손) 혐의로 기소유예처분을 받았는데(서울중앙지방검찰청 2009년 형제26869호, 이하 '이 사건 기소유예처분'이라 한다), 피의사실의 요지는 다음과 같다.

『청구인은 2008. 6. 18.경 대통령인 피해자를 비방할 목적으로 피해자에 대한 거짓의 사실이 포함되어 있는 동영상(이하 '이 사건 동영상'이라 한다)을 청구인이 개설한 인터넷 블로그에 게시함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손한 것이다.』

나. 피청구인은 '피의사실은 인정되나, 청구인은 초범이고, 청구인이 위 동영상을 직접 제작한 것은 아닌 점, 소수의 지인들만 접속하던 청구인 자신의 개인블로그에 위 동영상을 게시한 것이었던 점, 현재 위 블로그를 폐쇄한 상태인 점' 등을 참작하여 이 사건 기소유예처분을 하였다.

다. 청구인은 이 사건 기소유예처분으로 인하여 청구인의 평등권 및 행복추구권을 침해받았다고 주장하면서, 2009. 12. 23. 그 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 요지 및 피청구인의 답변 요지

가. 청구인의 주장 요지

(1) 이 사건 동영상은 대통령인 피해자와 그의 정책에 대한 비판으로 공익적 목적으로 제작된 것 이므로 피해자를 비방할 목적이 있다고 보기 어렵고, 청구인 역시 피해자를 비방할 목적으로 이 사건 동영상을 자신의 블로그에 게시한 것이 아니다.

(2) 이 사건 동영상의 내용에 일부 허위사실이 포함되어 있더라도, 청구인은 그 사실이 허위임을 인식하지 못하였고, 적시된 사실은 공공의 이익에 관한 것으로서 위법성 조각사유가 있다.

나. 피청구인의 답변 요지

(1) 이 사건 동영상에는 피해자가 전과가 수십여 개 있는 범죄자라는 취지, 피해자가 개인적인 이익을 위해 국가정책을 무리하게 결정하여 추구한다는 취지, 피해자가 역사상 우리나라를 사상 최악의 위험한 상황에 처하게 하였다는 취지, 피해자가 국영 기업을 매각하여 엄청난 돈을 벌었다는 취지 등이 적시되어 있고, 그 표현 방식에 있어서도 피해자를 조롱하고 일방적으로 힐난하는 것으로 일관되어 있는바, 이는 피해자를 비방하고자 하는 의도가 이 사건 동영상의 근저에 강하게 자리잡고 있음을 알 수 있게 한다.

(2) 이 사건 동영상에는 '피해자는 무려 30개의 전과를 가진 범죄자이다, 피해자가 대운하를 추진하는 이유는 그가 대운하 개발예정지에 엄청난 땅을 사 둔 사람이기 때문이다, 피해자는 국영기업을 1개 당 수십억 불에 팔아서 돈을 벌어들이고 있다.'라는 등의 내용이 포함되어 있는바, 이는 객관적인 자료에 비추어 허위임을 쉽게 알 수 있고, 청구인 역시 허위라는 점에 대해서 적어도 미필적으로 인식하고 있었다.

3. 근거조항

이 사건 피의사실에 적용되어 이 사건 기소유예처분의 근거가 되는 법률조항은 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것, 다만 위 개정 법률의 시행일은 2008. 12. 14.이다. 이하 '이 사건 근거조항'이라 한다) 제70조 제2항이고, 그 내용은 다음과 같다.

구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것)

제70조(벌칙) ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

4. 판단

가. 인정되는 사실

이 사건 수사기록 및 심판기록을 검토하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(1) 청구인의 지위

청구인은 2005. 3. 8. ○○은행 관련 인력송출 전문업체인 '주식회사 ○○'(이하 '○○'이라 한다)을 설립하고 대표이사로 취임하였다(2008. 9. 26. 청구인은 위 회사의 대표이사에서 사임하였고, 위 회사의 상호는 '주식회사 □□'로 변경되었다). 청구인은 정당에 가입한 적은 없고, 사단법인 ○○연구소에 운영위원으로 가입되어 있다.

(2) 청구인의 블로그 운영 및 글의 게시 경위

청구인은 2008. 5. 29. ○○의 대표이사로 일을 하면서 직원들과의 거리를 좁히고, 직원들과 소통할 목적으로 인터넷 사이트인 다음에 블로그(<http://blog.daum.net/○○○○>)를 개설하였다. 청구인은 위 블로그에 책을 읽은 소감이나 고전 이야기 등을 하면서 자신의 생각을 직원들에게 표현하고 직원들로 하여금 자신의 생각을 이해할 수 있도록 하였다. 청구인의 블로그는 하루에 많아야 20명 정도가 방문할 뿐이었다.

청구인의 위 블로그는 '나의 이야기', '내가 불러본 노래', '시를 읽다', '내가 쓴 편지', '사진에세이', '영화이야기', '고전에서 글 찾기', '독서일기', '여행', '세상이야기'라는 소제목의 카테고리로 구성되어 있고, 당시 게재된 글의 수는 모두 24개이다.

청구인은 2008. 6. 18. 인터넷 검색 도중 '서프라이즈'라는 인터넷 사이트에 게시되어 있던 이 사건 동영상을 본 뒤, 퍼가기 메뉴를 이용하여 자신의 블로그 중 '세상이야기'라는 카테고리에 이를 게시하였다. 청구인은 이 사건 동영상을 게시하면서 '제목'란에는 "지금 이 땅에서 무슨 일이 일어나

고 있는 걸까", '본문'란에는 "이 동영상을 한번 보시라. 지금 이 땅에서 무슨 일이 일어나고 있는지를... 그리고 우리는 서로에게 물어야한다. 당신은 촛불을 켜셨나요."라고 기재하였다.

(3) 이 사건 동영상의 내용

이 사건 동영상은 미국에 서버가 있는 마이스페이스(www.myspace.com)라는 인터넷 사이트에 'J, 그리고 나 - 연결된 우리'라는 표제로 블로그를 개설한 ○○김(○○ Kim)이 제작하여 게시한 것인데, 박○협이 ○○김의 양해 아래 위 동영상에 한글자막을 넣은 후 2008. 6. 16. 엠엔캐스트(www.mncast.com)라는 동영상 게시사이트에 최초로 게시한 것으로 보인다. 이 동영상은 원제가 "Secret of Koreans' Protest Against US Mad Cow Beef"이지만, 한국 누리꾼들 사이에서 미국 내 의료현실을 비판한 마이클 무어 감독의 '식코'에 빗대어 '쥐코'라는 제목으로도 알려져 있다.

이 사건 동영상은 25분 32초 분량으로 영어 내레이션으로 진행되고, 이명박 대통령의 정책에 대한 비판을 주된 내용으로 하고 있다. 동영상은 서울에서 대규모 집회가 매일 열리고 있고, 대통령이 당선된 지 3개월째 되는 시점에 대국민 사과방송을 하게 된 이유를 알아보자는 것으로 시작된다. 이명박 후보자가 2007. 12. 말 대통령선거에서 당선된 것을 설명한 다음, 이명박 대통령의 한반도 대운하 정책, 영어몰입교육정책, '강부자 내각'과 땅투기 논란, 일본과의 관계와 역사인식, 50개 생필품 가격통제, 미국산 쇠고기 수입, 촛불집회에 대한 폭력적인 진압방법, 외교문서상 번역오류, 복지예산 삭감, 공공부문 민영화에 대하여 차례로 비판하고 있다.

(4) 청구인에 대한 수사 및 피청구인의 이 사건 기소유예처분 경위

국무총리실장은 2008. 11. 17. 서울지방경찰청 동작경찰서장에게 "청구인이 인터넷 다음 블로그에 '△△' 사이트를 개설하여 허위사실을 유포함으로써 대통령에 대한 명예를 훼손한 혐의가 있다"며 청구인에 대한 수사를 요청하였다. 서울동작경찰서 소속 담당 수사관은 청구인에 대한 업무상 횡령 및 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분에 대하여 조사한 후 2009. 3. 11. 명예훼손 혐의에 대해 기소의견으로 서울중앙지방검찰청에 송치하였다. 피청구인은 청구인에 대한 조사를 마친 후 중앙선거관리위원회의 제17대 대통령선거총람 검토 및 동영상 시청 결과 등을 바탕으로 이 사건 기소유예처분을 하였다.

나. 이 사건의 쟁점

(1) 이 사건 적시사실 특정의 문제

피청구인은 피의사실의 요지를 기재함에 있어 '이명박 대통령을 비난하는 동영상을 게시하는 등 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다'고만 기재하고 있을 뿐이어서 이 사건 동영상에서 문제되는 '허위의 사실'이 무엇인지 불기소결정서의 피의사실만으로는 확인할 수 없다. 다만, 수사기록상 이 사건 동영상 중 ① '피해자가 30개의 전과를 가진 범죄자'라는 부분(이

하 '전과 적시사실'이라 한다)과 ② '피해자가 개발예정지에 엄청난 땅을 사둔 사람'이라는 부분(이하 '토지소유 적시사실'이라 한다)에 대하여만 피의자신문이 행해진 점을 고려하여 볼 때 피청구인은 위 두 가지 적시사실이 허위라고 판단하여 이 사건 기소유예처분에 이른 것으로 보인다. 따라서 이 사건 동영상에서 적시된 허위사실을 위 두 부분에 한정하여 판단하기로 한다.

(2) 쟁점의 정리

이 사건 근거조항은 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자를 처벌하는 규정이다.

이 사건 동영상은 공적 인물인 대통령의 공적인 활동과 관련하여 허위의 사실을 적시하여 그의 명예를 훼손할 수 있는 표현을 담고 있는바, 이 경우 인격권으로서의 개인의 명예 보호와 표현의 자유 보장이라는 상반되는 두 권리가 서로 충돌되므로 이를 어떻게 합리적으로 조정할 것인지가 문제된다. 이 사건 동영상은 제3자가 제작한 것인데, 제3자의 표현물에서 문제되는 명예훼손적 표현과 관련하여 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 사람에게 명예훼손의 책임을 인정할 수 있는지도 문제된다. 이 사건 피의사실에 이 사건 근거조항이 적용되기 위해서는 위와 같은 문제의식이 고려되어야 하므로, 이에 대한 법리를 살펴본 후 이 사건에서 청구인에게 비방의 목적이 있었다고 할 수 있는지, 청구인이 허위사실에 대한 인식이 있었는지 판단하도록 한다.

다. 표현의 자유와 명예훼손

(1) 표현의 자유와 명예의 보호

헌법 제21조 제1항은 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데,

이는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유를 의미하는 것으로서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있다.

통치권자와 피통치자가 이념상 자동적(自同的)인 자유민주주의 체제하에서는 정치지도자들이 내리는 결정이나 행동에 관해서 충분한 지식을 가지고 있는 국민을 필요로 하고, 자유스러운 표현체계의 유지는 개인의 자기실현을 확보하고 진리에 도달하는 수단이며 사회구성원의 정치적·사회적인 결단의 형성에 참가하는 것을 확보하는 수단일 뿐만 아니라 사회의 안정과 변혁 사이의 균형을 유지하는 수단이다. 또한 자유민주주의 사회는 전체주의 사회와 달라서 정부의 무류성(無謬性)을 믿지 않으며 정부는 개인이나 일반 국민과 마찬가지로 또는 그 이상으로 오류를 범한 가능성이 있을 뿐만 아니라 권력을 가진 자가 오류를 범한 경우의 영향은 대단히 크다고 하는 역사적 경험을 전제로 하여 정부가 국민의 비판을 수렴함으로써 오류를 최소화할 수 있다는 사고방식을 보편적으로 수용하고 있다. 이와 같이 표현의 자유가 헌법상 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되는 것은 단순히 개인의 자유에 그치는 것이 아니고, 통치권자를 비판함으로써 피치자가 스스로 지배기

구에 참가한다고 하는 자치정체(自治政體)의 이념을 그 근간으로 하고 있기 때문이다(현재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 93-95 참조).

신문·방송 등 언론매체의 보도는 국민에게 공공성·사회성을 갖춘 사실을 전달함으로써 국민의 알 권리에 기여하고, 언론보도를 통한 정보는 활발한 비판과 토론을 할 수 있게 하여 국민의 정치에 대한 높은 관심과 적극적인 참여라는 기능을 수행하여 왔다. 이러한 기능과 역할은 언론매체에만 국한된 것은 아니고, 개인의 표현행위도 공공성·사회성을 갖춘 사실을 전달하고, 그에 대한 자신의 의견을 개진함으로써 여론형성이나 공개토론에 기여할 수 있다. 특히 각종 홈페이지 게시판, 블로그, 소셜네트워크서비스(SNS) 등 인터넷상 의사표현의 매체가 다양해진 환경에서 개인은 적극적으로 글이나 동영상 등을 게시하여 자신의 의견을 개진하고 있고, 인터넷 공간에서 이에 대한 토론과 반론이 활발하게 이루어지고 있다. 이처럼 개인의 표현도 공공적·사회적·객관적인 의미를 지닌다면 개인의 인격형성과 자기실현은 물론 정치적 의사형성과정에 참여하여 자유통치를 실현하는 공적 성격을 아울러 가진다고 할 것이고, 이 또한 헌법적으로 평가하여야 한다.

한편 사람의 가치에 대한 사회적 평가, 즉 명예의 보호도 표현의 자유와 마찬가지로 민주주의를 구성하는 요소로서, 명예의 보호가 제대로 이루어지지 않는 경우에도 표현의 자유에 대한 위협적 효과가 있다. 왜냐하면 국가가 자신의 명예를 보호해 주리라는 믿음이 존재하지 않는 사회에서는, 개인이 공적 토론에 참여하는 것이나 다수의 의견과 다른 견해를 공적으로 표명하는 것은 용기가 필요할 뿐 아니라 큰 위험부담을 안고 있어, 일반 국민은 이를 주저하게 되며, 결국 다양한 사고의 자유로운 경합을 통하여 진리를 발견하고자 하는 민주적 의견형성과정이 크게 저해될 수 있기 때문이다. 공동체가 개인의 명예를 제대로 보호하지 못한다는 것은, 공적 생활 또는 공적 토론에 적극적으로 참여할 의사가 있는 많은 사람들이 민주적 의사형성과정에 참여하는 것을 막을 수 있으므로, 명예의 보호는 자유로운 의견과정에 대한 한계일 뿐 아니라 동시에 민주주의를 구성하는 중요한 요소이다.

이와 같이 표현의 자유와 명예의 보호는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 그 뿌리를 두고 있기 때문에 그 우열을 쉽사리 단정할 수는 없으나, 헌법은 제21조 제4항에서 "언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다"고 규정함으로써, 개인의 기본권인 표현의 자유가 타인의 인격권인 명예의 보호와의 관계에서 제한을 받고 있음을 분명히 하고 있다(현재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 774-775 참조).

(2) 공인이나 공적인 관심 사안에 대한 표현과 명예훼손

이처럼 표현의 자유와 명예의 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되고 민주주의의 근간이 되는 기본권이므로, 이 두 기본권을 비교형량하여 어느 쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적 평가 문제에 속한다. 역사적으로 보면, 개인의 명예를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련 실정법은 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한하고 억압하는 수단으로 쓰여진 측면

이 많았었다. 따라서 개인의 명예훼손적 표현에 이 사건 근거조항과 같은 명예훼손 관련 실정법을 해석·적용할 때에는 표현의 자유와 명예의 보호라는 상반되는 두 기본권의 조정 과정에 다음과 같은 사정을 고려하여야 한다. 즉, 당해 표현으로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人)인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 등을 종합하여 구체적인 표현 내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 표현의 자유에 대한 한계 설정을 할 필요가 있는 것이다. 공적 인물과 사인, 공적인 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 더욱이 이 사건과 같은 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 하는 등 개별사례에서의 이의형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다(현재 1999. 6. 24. 97현마265, 판례집 11-1, 768, 777 참조). 다만, 공인 내지 공적인 관심 사안에 관한 표현이라 할지라도 무제한 허용되는 것은 아니다. 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격은 명예훼손으로 처벌될 수 있다. 공적 토론의 장은 개인의 의견과 그에 대한 다른 사람의 비판을 서로 주고받음으로써 형성되는 것인데, 지나치게 개인을 비방하는 표현은 그 개인의 인격권을 침해하는 동시에 여론형성이나 공개토론의 공정성을 해침으로써 정치적 의사형성을 저해하게 되므로, 이러한 표현에 대해서는 표현의 자유가 제한될 수 있어야 한다. 공직자의 특정정책에 대해 비판적인 언론보도와 같은 경우 표현의 자유가 폭넓게 보호된다고 볼 수 있다. 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 이러한 감시와 비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때에 비로소 정상적으로 수행될 수 있으며, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로, 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도 등으로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있다고 하더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없다(대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결 참조).

공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다. 일정한 범위의 공직자 및 공직후보자는 재산과 병역사항 등을 공개하고 있고(공직자윤리법 제10조, 제10조의2, 공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률 제10조), 공직선거 후보자의 경우에는 재산, 병역사항, 소득세·재산세·종합부동산세의 납부 및 체납사실, 범죄경력, 정규학력에 관한 서류를 제출하

도록 하고 있다(공직선거법 제49조 제4항). 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다.

(3) 정보통신망법상 명예훼손죄의 '비방의 목적'에 대한 판단

이 사건 근거조항의 '사람을 비방할 목적'을 판단함에 있어서도, 비방할 목적은 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하다. 나아가 그 적시된 사실이 이러한 공공의 이익에 관한 것인지 여부를 판단함에 있어서는 피해자가 공적 인물인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 하고, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결 참조).

이 사건에서도 청구인에게 비방의 목적이 있었는지 여부를 판단함에 있어서, 우선 문제되는 각각의 표현이 공인 및 공적 관심 사안에 해당하는 것인지, 그 사안에 관한 당시의 정황 및 구체적인 표현의 내용과 표현방법을 살펴보아야 한다.

(4) 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위의 명예훼손 판단

제3자가 작성·제작한 글 또는 동영상을 인터넷에 게시한 경우, 게시한 사람이 해당 표현물에서 문제되는 부분을 직접 적시한 것으로 보아 명예훼손의 책임을 지는지 문제된다. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위에 대해 명예훼손의 책임을 인정하기 위해서는 헌법상 자기책임의 원리에 따라 게시자 자신의 행위에 대한 법적 평가가 있어야 할 것이다.

인터넷에 제3자의 표현물을 게시하는 행위의 태양은 매우 다양하여, 출처를 밝히고 원문의 존재를 밝히고 있는지, 제3자가 작성한 표현물을 인용하는 것에 불과한지, 제3자의 표현물에 더하여 적극적으로 자신의 표현을 추가하였는지, 제3자의 표현물의 내용에 대해 동조하거나 비판하는 의견을 개진하였는지, 제3자의 표현물을 그대로 게시하였는지 아니면 변형을 가하였는지, 제3자의 표현물을 게시한 공간의 성격은 어떠한지, 제3자의 표현물을 어떤 범위의 사람들에게 공개하였는지 등 구체적인 사정이 다를 수 있고, 현재에는 예측할 수 없는 방식으로 제3자의 표현물을 게시하게 될 수도 있을 것이다. 따라서 제3자의 표현물을 게시한 행위가 전체적으로 보아 단순히 그 표현물을 인용하거나 소개하는 것에 불과한 경우에는

명예훼손의 책임이 부정되고, 제3자의 표현물을 실질적으로 이용·지배함으로써 제3자의 표현물과 동일한 내용을 직접 적시한 것과 다름없다고 평가되는 경우에는 명예훼손의 책임이 인정되어야 할 것이다.

이 사건에서도 청구인은 제3자인 ○○킴이 제작한 이 사건 동영상을 퍼가기 기능을 이용하여 자신의 블로그에 게시하였다. 이 사건 동영상 게시행위가 전체적으로 보아 이 사건 동영상을 단순히 이용 내지 소개한 것에 그친 것이 아니라 이를 실질적으로 이용·지배함으로써 피해자의 전과와 토지소유에 관한 사실을 직접 적시한 것과 다름없는 것으로 평가할 수 있는지 보아야 할 것이다.

라. 청구인에게 비방의 목적이 인정되는지 여부

(1) 전과 적시사실에 관한 부분

(가) 피해자는 국정의 최고책임자인 대통령으로 공인에 해당한다. 피해자의 전과는 대통령의 자질 및 도덕성에 관련되므로 순수한 사적 영역이라고 보기 어렵고, 명백히 악의적이고 근거 없이 음해하는 내용이 아닌 한 그에 대한 공개적인 문제제기는 허용되어야 할 것이므로, 피해자의 전과는 공적 관심 사안에 해당한다.

(나) 피해자의 '전과'는 2007년 제17대 대통령선거 당시 대통령 후보자의 자질에 관한 주요 쟁점이었다. 한나라당 경선과정에서 다른 후보자 측이 기자들에게 "이 전 시장이 10년 전 국회에 제출한 자료를 보면 전과 14범이다. 취재해보면 알 수 있다."라고 발언한 이후 피해자의 전과에 대한 논란이 있었다. 피해자는 오랜 기간 현대건설 주식회사의 대표자로 재직한 사람으로 양벌규정에 의하여 10여 차례 벌금형을 받은 사실은 당시 이명박 후보자 측에서 전과에 대한 의혹 해명을 위하여 직접 밝힌 바가 있다. 피해자의 전과와 관련하여, 중앙선거관리위원회가 2007. 11. 30. 이명박 후보자의 전과 유무를 '없음'에서 '1건'으로 수정공고한 사실이 있으며, 당시 인터넷에는 언론기사를 근거로 하여 피해자의 20여 건의 범죄전력에 대해 구체적인 일자와 죄명이 명시된 자료가 이미 유포되어 있었다.

일반인들이 '전과'라는 단어를 사용할 때에는 재판을 통하여 형이 확정된 경우뿐만 아니라 범죄전력, 경찰 및 검찰로부터 조사를 받은 경우를 포함하는 뜻으로 사용하기도 하고, 형의 실효·사면여부 등을 엄밀히 구분하지 않기도 한다. 제17대 대통령선거 당시 이명박 후보자의 전과는 1건으로 공고되었지만, 공직선거법 제49조 제4항 제5호에 의하면 공직선거 후보자의 전과는 금고 이상의 형(공직선거법 제18조 제1항 제3호에 규정된 죄의 경우에는 100만 원 이상의 벌금형)에 불과하여, 일반인들은 위 공고에도 불구하고 피해자의 전과가 다수 있다고 생각할 수 있다. 당시 일반 국민 사이에서는 대통령선거과정에서 불거진 피해자의 전과 의혹과 관련하여 피해자의 범죄전력이 정확하게 몇 개인지는 확인하기 어려운바, 전과 적시사실 부분은 대통령선거 당시 언론보도 등에서 논의된 내용을 근거로 하였을 것으로 보인다.

(다) 문제되는 전과 적시사실은 동영상 도입부분에 피해자가 대통령으로 선출된 배경을 언급하는 과정에서 나타나고, 배경화면에 대통령선거 후보자토론회 당시 피해자의 화면을 담고 있다. 그 전

체 문맥은 '유권자들은 피해자가 30개의 전과를 가진 것을 유권자들이 알고 있었지만, 피해자가 경제문제를 해결해 줄 수 있는 것으로 판단하여 선출하였다'는 것으로, '유권자들이 피해자를 대통령으로 선출한 이유'를 강조하기 위한 것으로 보인다. 이 사건 동영상에서 '무려 30개의 전과'라고 언급하고 있으나, 피해자의 인격을 직접 비난하거나 비하하는 표현을 사용하지 않았고, 과도하게 감정적이거나 모멸적인 정도에까지 이르렀다고 보이지 않는다. 이로 인하여 피해자에 대한 신뢰가 흔들릴 정도로 피해자의 공적 영향력이 악화되었다고 보기 어렵고, 전과 적시사실 부분이 피해자에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이라고 볼 수 없다.

(2) 토지소유 적시사실에 관한 부분

(가) 피해자의 부동산 소유 현황은 2007년 대선 당시 논의된 쟁점이었다. 더욱이 피해자의 토지소유 현황은 부동산 정책과 관련이 있을 수 있어서 단순히 사적인 영역에 있다고 보기 어렵고, 피해자의 대운하와 부동산 관련 정책은 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사안으로 그에 대한 비판은 사회의 의견형성과 공개토론에도 기여하므로, 피해자의 토지소유 현황은 공인의 공적 관심 사안에 해당한다.

(나) 피해자의 토지소유 현황은 2007년 제17대 대통령선거 당시 한나라당 경선과정에서 피해자의 친인척이 약 85만 9천여 평을 소유하고 있다는 의혹이 제기되었고, 다른 정치인들도 보도자료를 배부하여 이를 적극적으로 알렸으며 언론을 통해 수차례 보도되었다. 또한 이 사건 동영상이 제작될 무렵 피해자는 오랜 기간 현대건설 주식회사의 대표자로 재직한 사람으로 여러 곳의 땅을 차명으로 보유하고 있다는 의혹이 언론보도를 통하여 제기되고 있었다. 일반 국민이 대통령의 토지소유 현황을 정확히 확인하기는 어려운바, 토지소유 적시사실 부분은 대통령선거 당시 상대방 후보자 측에서 나왔던 자료와 언론기사 등을 기초로 한 것으로 보인다.

(다) 이 사건 동영상에서 '피해자가 개발예정지에 엄청난 땅을 가진 사람'이라고 적시할 때의 화면을 보면, "이명박 정부 부동산 정책... '강부자'만 있고 '서민'은 없다"라는 제목의 경향신문 2008. 6. 6.자 기사를 위에서 아래로 훑어 내려가고 있는데, 이 기사는 피해자의 부동산 정책을 비판하는 내용이다. 또한 토지소유 적시사실의 자막이 나가는 동안 영어로 "Only because he's got enormous crew with the land property holding on the G-spot."라고 말하는데, 이는 '그에게는 주요지역에 토지를 가진 거대한 무리가 있기 때문이다.'라는 뜻으로 번역되고, 피해자 개인의 토지소유 자체보다는 "crew"라고 표현된 일부 계층에게 우호적인 부동산 정책을 비판하는 것으로 해석될 수 있다. 또한 토지소유 적시사실의 전반적인 내용은 대운하정책을 추진하는 데 소요되는 비용으로 상당히 많은 유익한 정책을 시행할 수 있음에도 피해자가 천문학적인 금액이 소요되는 대운하정책을 고집하는 이유에 대한 것이다. 토지소유 적시사실의 표현방법을 보면 '엄청난 땅을 개발예정지에 사

둔 사람'이라고만 표시하였을 뿐, 구체적인 내용이 결여되어 있어 이로 인한 피해자의 명예가 훼손되는 정도가 그다지 크지 않아, 피해자의 공적 영향력을 현저히 악화시키는 정도라고 볼 수 없다.

(3) 청구인의 게시행위 부분

청구인은 제3자의 표현물인 이 사건 동영상을 자신의 블로그에 게시하면서 본문란에 "지금 이땅에서 무슨 일이 일어나고 있는지, 그리고 우리는 서로에게 물어야 한다. 당신은 촛불을 켜셨나요"라고 기재하였을 뿐, 피해자의 전과나 토지소유에 관한 어떠한 언급도 하지 않고 있다. 이 사건 동영상을 게시하면서 청구인이 직접 기재한 표현은 단순히 이 사건 동영상의 전체적인 내용에 대한 공감을 표시한 정도로 볼 여지가 있다.

이 사건 동영상이 게시된 청구인의 개인블로그는 주위 사람들과의 친목을 도모하고 인맥을 관리하는 정도의 지극히 개인적인 형태로 운영되고 있었다. 청구인이 개인적인 블로그의 '세상이야기' 카테고리에 이 사건 동영상을 게시한 것은 피해자가 대통령으로서 추진하고 있는 정책과 그에 대한 비판을 지인에게 소개하기 위한 것으로 볼 수 있다. 청구인은 이 사건 동영상에 평소 관심이 있었던 의료민영화 등에 관한 내용이 있어 나중에 시간을 두고 천천히 다시 보기 위하여 동영상을 퍼왔다고 일관되게 진술하고 있는바, 지인에게 이 사건 동영상을 소개하거나 본인이 나중에 다시 보기 위한 목적에서 게시하였다고 보는 것이 타당하다.

또한 대통령에 대한 정책 비판을 주된 내용으로 하고 있는 이 사건 동영상은 당시 사회적 화제가 되고 있었다. 게재 당시 이 사건 동영상은 이미 35만 회 이상 조회되는 등 인터넷에 널리 유포되어 있었고, 많은 인터넷 매체에서 이 사건 동영상에 대한 기사를 작성하였다. 일부 언론사는 이 사건 동영상에 대한 기사를 작성하면서 위 동영상을 볼 수 있도록 링크를 걸어두기도 하였고, 청구인 외에도 수많은 사람들이 자신의 블로그에 게시하였다. 이와 같은 이 사건 동영상에 관한 주변 정황을 고려하면, 청구인이 별다른 의도 없이 이 사건 동영상을 게시하였을 가능성도 배제할 수 없고, 청구인에게만 특별히 피해자를 비방할 목적이 있었다고 인정할 이유도 없다.

(4) 소결

대통령인 피해자의 전과와 토지소유 현황은 공인에 관한 공적 관심 사안에 해당하는바, 공적 관심 사안에 대한 비판은 표현의 자유가 보다 폭넓게 인정되어야 한다는 원칙 하에서 위와 같은 사정을 모두 고려하여 볼 때, 청구인이 피해자의 정책비판을 주된 내용으로 하고 있는 이 사건 동영상을 게시한 행위에 피해자를 비방할 목적이 있었다고 볼 수 없다.

마. 청구인에게 허위사실의 인식이 있었는지 여부

피청구인은 객관적인 자료에 비추어 이 사건 적시사실이 허위임을 쉽게 알 수 있고, 청구인도 허위라는 점에 대해 적어도 미필적으로나마 인식하고 있었다고 주장한다. 청구인이 검찰조사단계에서 이 사건 동영상을 시청했을 때 전과 적시사실과 토지소유 적시사실에 대해 '사실이 아닐 것이다 허위내용일 것이다'라고 생각했었다고 진술한 바 있지만, 이 사건 심판기록에 의하면 청구인은 허위임을 인식하지 못하였다고 주장하고 있다. 또한 검찰·경찰 조사 당시 진술의 표현방법, 앞뒤맥락 및 전체적인 내용을 살펴보면 청구인은 적시사실의 진위여부에 대해서 별다른 관심을 가지지 아니하였고, 피해자의 전과와 토지소유 현황에 관한 당시의 언론보도 등에 비추어 보면 적시된 사실의 중요한 부분이 객관적 사실과 합치된다고 생각하였던 것으로 보이므로(대법원 2011. 6. 10. 선고 2011도1147 판결 참조), 청구인에게 허위사실에 대한 미필적 인식이 있었다고 볼 수 없다.

5. 결론

청구인에 대한 이 사건 기소유예처분에는 그 결정에 영향을 미친 중대한 사실오인 내지 법리오해의 잘못이 있으므로 자의적인 검찰권의 행사라 할 것이고, 이로 말미암아 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 할 것이다.

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 있으므로 이 사건 기소유예처분을 취소하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.