



## I. 서

표현의 자유는 가장 중요하고 본질적인 인권에 속한다. 억압되지 않고 자유로운 의사표현은 민주적 의사형성의 가장 중요한 기초가 된다. 이러한 점에서 인간이면 그 누구나 자유로운 의사표현이 보장되어야 하고, 자유로운 의사표현의 인터넷 공간에로의 확대와 이로 인한 표현의 자유의 강화는 여러 가지 긍정적인 측면과 부정적인 측면을 동시에 야기하고 있다. 방송통신위원회는 최근의 중요한 정치적 현안과 관련하여 인터넷포털의 사회적 책임의 강화라는 명분으로 여러 가지 인터넷 정보보호 종합대책을 발표하였다. 더 나아가서 여당은 특히 최진실씨 사망사건을 계기로 사이버모욕죄의 신설을 위한 노력을 계속하고 있다. 이러한 인터넷포털의 사회적 책임의 강화를 통한 통제의 배경에는 미국산 쇠고기의 수입과 관련된 촛불집회가 인터넷포털을 중심으로 이른바 조·중·동으로 일컬어지는 보수신문에 대한 항의와 공격의 일환으로 이들 신문에 광고를 게재한 회사들의 제품의 불매운동으로 이어진 사실도 포함되어 있다. 이와 관련하여 이러한 일련의 인터넷포털을 통한 의사표현과 전파 그리고 불매운동이 우리 헌법에 보장되는 표현의 자유의 보호영역에 들어가는가 하는 문제가 제기된다. 우리 헌법상 표현

\* 이 원고는 민변 대구지부에서 개최한 인권 발표회 “2008 한국의 인권상황 -표현의 자유를 중심으로”(2008년 12월8일, 대구지방변호사회관 5층)에서 발표한 것을 보완 수정한 것임

의 자유의 보호영역을 구성하는 의사 개념의 내용은 당연히 넓게 해석되어야 하고, 그 결과 이러한 헌법에 의하여 정당화되는 의사 표현의 범위에는 특정 한 기업의 상품과 서비스에 대한 불매운동(Boykottauf)도 당연히 들어간다<sup>1)</sup>.

인터넷 공간에서 발생한 개인의 의사표현에 대한 규제의 강화는 의사의 표현과 전달과정을 포함하는 표현의 자유의 심각한 사전 제한을 초래하고, 여론을 조정하고 통제하는 결과를 발생시킬 수도 있다는 점에서, 민주적 여론형성을 위한 표현의 자유의 본질적 내용에 대한 침해까지 야기시킬 수 있다. 새로운 범죄의 구성요건을 추가해서, 개인의 행위유형을 통제하는 범위를 확대한다는 것은 여러 가지 측면에서 바람직한 것은 아니다.

표현의 자유는 정신적 의사소통 기본권(Kommunikationsgrundrechte)이다. 이런 점에서 헌법상 보장된 표현의 자유는 개인의 표현을 억제하고 억압하는 형태의 소극적 해석과 적용이 아닌, 사회를 구성하는 다양한 개인들의 다양한 의사소통과정을 보장하는 적극적인 기본권 해석이 필요하다고 생각한다. 우리 헌법은 제21조에서 언론·출판과 집회·결사의 자유를 보장하고 있다. 집회의 자유(Versammlungsfreiheit)는 타인과의 의사소통의 형태, 집회하는 것을 보호한다. 이런 점에서 집회·결사의 자유는 우리 헌법 제21조의 언론·출판의 자유와 마찬가지로 의사소통 기본권이다. 더 나아가서 집회의 자유는 또한 시위기본권(Demonstrationsgrundrecht)으로 불린다. 오늘날 우리 헌법상의 언론·출판 그리고 집회·결사의 자유가 가지는 시공간적 제약의 극복은 인터넷 공간의 활용을 통하여 더욱 더 확대·증폭되고 있다.

표현의 자유는 의사의 표현과 전파의 자유를 포함한다. 자신의 의사를 자유롭게 표현하고 전달할 권리를 당연히 포함하고 있는 표현의 자유는 이러한 자신의 의사를 표현하고 전파할 적극적 자유뿐만 아니라, 자신의 의사를 표현하지 않거나 전파하지 아니하고<sup>2)</sup>, 그와 동시에 다른 사람의 견해를 자신의 견해로 표현하고 전파하는 것으로부터 보호받을 소극적 자유(negative Freiheit)도 보장한다<sup>3)</sup>. 이러한 자유로운 의사의 표현과 전달이 보장되지 않으면, 민주적 여론형성의 전제가 되는 개인의 자유로운 의사형성이 행해질 수 없다. 헌법상 보장되는 표현의 자유의 보호영역의 확정에서 표현의 자유의 내용을 구성하는 의사표현과 전달의 핵심적 내용인 의사를 어떻게 파악하는가 하는 것이 매우 중요한 의미를 가진다. 이러한 가장 고귀한 인권 중의 하나인 표현의 자유는 자유민주적 기본질서

1) BVerfGE 7, 198 [217].

2) BVerfGE 65, 1 [40].

3) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, 23 Aufl., Heidelberg 2007, Rn. 559 ff.

의 핵심적 내용을 구성한다. 이러한 표현의 자유는 당연히 중요한 정보의 전달과 유포과정을 포함하고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장(European Union Charter of Fundamental Rights))<sup>4)</sup> 제11조<sup>5)</sup>가 더 이상 의사 표현의 자유와 정보의 자유를 함께 규정해서 하나의 통일적인 기본권 이해를 시도하는 것은 매우 중요한 의미를 가진다. 물론 우리 헌법상 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해할 수 없다(헌법 제21조 제4항). 그러나 이러한 기본권 제한의 목적으로 벗어난 다른 목적에서 표현의 자유를 제한하는 형벌적 구성요건의 신설과 강화를 통해서 정보의 전달과정을 막거나 왜곡하는 것은 표현의 자유의 근거가 되는 민주적 의사형성과정자체를 차단할 가능성이 있다는 점에서 바람직하다고 볼 수 없다.

## II. 표현의 자유의 보호영역으로서 의사개념과 사이버 모욕죄 그리고 불매운동

- 4) 불문의 공동체법에 근거한 유럽공동체법원에 의한 기본권 보장과 1950년의 유럽회의의 가입국가에 대한 유럽인권협약의 적용으로 양분된 유럽의 기본권의 보장의 복잡한 상태를 보다 확실하게 그리고 예측가능하게 만들려고 제정된 2000년의 유럽연합의 기본권 헌장은 기존의 유럽인권협약과 유럽사회헌장(European Social Charter)의 권리보장을 그대로 수용하여 계수한 것이는 점에서 중요한 역사적 의미를 가진다. 박진완, 유럽인권협약의 유럽연합의 기본권 헌장속에서의 계승과 발전, 세계헌법연구 제13권 제1호, 국제헌법학회 한국학회 2007, 346쪽
- 법적인 구속력이 결여된 유럽연합의 기본권 헌장을 제2편(part II)에 편입한 2004년 10월에서 서명된 유럽헌법조약(Treaty establishing a constitution for Europe)은 프랑스(France)와 네델란드(the Netherlands)에서의 비준 국민투표(referendum)의 실패로 말미암아 사실상 재기불능의 상태에 빠져서 결국 2007년 12월에 서명된 리스본 조약(Treaty of Lisbon)에 의하여 대체되었다. 유럽헌법조약은 유럽연합이 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)에 가입함으로써 기존의 유럽인권협약의 기본권 보장내용을 그대로 수용한 사실상 기본권 공동체로서 유럽연합을 구상하는 목적으로 가지고 있다. 이러한 유럽헌법조약의 구상은 리스본 조약에서도 다른 형태로 그대로 계승되고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장을 헌법조약에 편입시켜서 법적인 구속력을 취득하려는 유럽헌법조약과 달리 리스본 조약은 유럽연합의 기본권 헌장을 그대로 두면서(유럽헌법조약 제2편에 제안된 기본권 목록에 맞추기 위한 지극히 소규모의 수정을 하면서) 단지 법적인 구속력을 인정하였다. 2007년 12월 12일 스트라스부르(Strasbourg, Straßburg)에서 유럽연합은 2000년 12월 7일의 유럽연합의 기본권 헌장상의 기본권 규정에 제시된 자유와 원칙들이 조약과 동일한 법적 효력을 가진다는 것을 인정하였다. 박진완, 유럽연합의 기본권 헌장에서의 어린이의 권리의 보장, 세계헌법연구 제14권 제1호, 국제헌법학회 한국학회 2008, 137쪽
- 5) 유럽연합의 기본권 헌장 제11조
- ① 모든 사람은 자유로운 의사표현의 자유를 가진다. 이 권리는 의사의 자유 그리고 정보 그리고 생각을 행정당국의 제한과 국가적 경계에 대한 고려없이 받아들이고 계속적으로 전달할 자유를 포함한다.
  - ② 방송의 자유 그리고 방송의 다양성은 존중된다.

표현의 자유는 사상·양심, 세계관적 확신 그리고 지식·경험 등과 관련된 자신의 의사(Meinung)를 여러 가지 매체를 통하여 외부에 표현하고 전달하여 민주적 여론형성에 기여한다. 의사표현의 자유에서 말하는 의사의 개념과 관련하여 의사의 개념을 좁게 해석하여 합리적이고 평가적인 사고의 과정을 거친 ‘평가의 의사’만을 의사로 보려는 평가적 의사설과 단순한 사실의 전달까지도 의사에 포함시키려는 사실전달포함설이 대립되어 있다<sup>6)</sup>. 따라서 표현의 자유의 내용으로서 의사의 개념적 내용의 확정과 관련하여 우선적으로 가치판단(Werturteile)과 사실적 주장(Tatsachenbehauptung)의 구분이 행해져야 한다. 이러한 양자의 구분의 필요성의 측면에서 개념적으로 사상과 의견의 발표와 같은 평가적 의사와 사실보도는 서로 구별될 수 있으나, 현실에 있어서는 양자의 구별은 쉽지가 않다. 이러한 까닭에 표현의 자유의 보호영역을 평가적 의사와 사실보도까지를 포함하여 자유롭게 의사를 표현하고 전달할 권리로 보는 견해도 있다. 국가는 표현의 자유를 통한 의사표현과 전파를 억제하거나 침해할 수 없다. 언어, 문자, 상형에 의해 자유로이 의사를 표명할 자유와 권리는 헌법 또는 법률에 의하지 아니하고는 제한받지 아니한다.

## 1. 의사의 개념

의사표현의 자유의 개념과 관련하여 평가적 의사설과 사실전달포함설의 대립이 있으나 표현의 자유에서 보장되는 의사의 개념은 넓게 해석하는 것이 타당하다<sup>7)</sup>. 의사(Meinung)의 개념이 무엇인가 하는 질문과 관련하여 의사의 표현과 전파의 자유에 있어서 의사의 개념은 원칙적으로 넓게 이해되어야 한다<sup>8)</sup>. 의사는 그것이 원칙적인 것이든 비원칙적인 것이든, 또는 동의하는 것이든 비판하는 것이든

6) 홍성방, 헌법학, 현암사 2007, 483쪽.

7) 홍성방 교수는 의사의 범위를 넓게 해석해야 되는 이유를 다음과 같이 설명하고 있다: 「개인적으로는 의사를 넓게 해석하는 것이 옳다고 생각한다. 그 이유는 첫째, 평가적인 의사와 단순한 사실의 전달을 확연하게 구별하는 것이 쉽지 않기 때문이다. 둘째, 인식론적 근거에서-특히 일반대중이 관심을 가지는 과정, 곧 시대사적 사건에는-‘평가를 수반하지 않는’(wertungsfreie) 사실전달이란 존재하지 않기 때문이다. 셋째, 어떤 사실에 대한 주장은 일반대중이 공적 의사를 형성하는 데 결정적 역할을 하기 때문이다. 넷째, 의사를 단순한 사실의 전달까지도 포함하는 것으로 이해하여야 의사표현의 자유를 흠결 없이 보호해줄 수 있기 때문이다」. 홍성방, 헌법학, 483쪽.

8) 계희열, 헌법학 (중), 424쪽. 「여기서 의사란 자신의 의견, 견해, 소견, 확신, 평가, 판단, 예견(Einschätzung), 가능한 모든 사물적 대상과 인간에 대한 태도표명(Stellungnahme) 등을 말하며, 가치판단에 대한 가치판단도 포함된다. 의사의 개념에 있어서 결정적 요소는 사고의 과정을 거친 자신의 태도표명, 즉 평가적 태도표명(wertende Stellungnahme) 또는 사태에 대한 주관적 평가이다」.

상관없고, 그것이 공적 사항에 관한 것이든 사적 사항에 관한 것이든, 정치적인 것이든 비정치적인 것이든 또는 상업적인 것이든 비상업적인 것이든 상관없다. 의사표현이란 의사형성에 도움이 되는 모든 표현을 말한다<sup>9)</sup>.

의사의 개념을 넓게 해석하면 의사의 개념은 단순한 사실의 주장을 넘어선 가치판단(Werturteil)까지 포함하는 내용으로 확대된다. 이러한 가치판단은 그 판단의 대상에 대한 정치적 혹은 비정치적, 충분한 가치적 혹은 비가치적, 합리적 혹은 비합리적 내용이 될 수 있다<sup>10)</sup>. 따라서 모욕적 표현(Beleidigung)도 의사의 개념에는 들어간다<sup>11)</sup>. 주관적 입장표현, 찬성적 입장표명, 생각 등이 표명되어졌다면, 주장의 타당성 여부와 관계없이 의사의 개념에 포함된다.

단순한 사실의 주장이나 전달(Tatsachenbehauptungen oder mitteilungen)도 의사의 개념에 포함되는가 하는 문제와 관련하여 독일의 바이마르 시대에서는 순수하게 객관적인 사실에 대한 주장이나 전달은 의사의 표현이 아니라고 보았다. 의사와 사실을 구별하는 오랜 법학의 전통으로 보아 독일 기본법은 의사표현의 자유와 (사실을 보도하는) 보도의 자유를 구별하고 있다<sup>12)</sup>. 그러나 유럽연합의 기본권헌장의 의사표현과 전파의 자유와 정보의 자유를 하나의 조문에서 같이 규정하고 있다. 이것이 의미하는 바는 독일기본법 제정당시의 입장이 타당하지 않다는 간접적 논증이라는 점이다.

이러한 의사나 사실의 주장이나 전달의 구분에 대한 반론으로서 어떤 사실의 주장이나 전달도 주장하는 또는 전달하는 사람의 가치판단을 수반하지 않는 것은 없다는 반론이 제기된다. 즉 모든 사실적 주장에는 가치판단이 포함되어 있다는 입장이다. 왜냐하면 모든 의사적 표현은 경험적으로 기술된 사실과 이에 대한 가치판단의 혼합물이기 때문이다<sup>13)</sup>. 따라서 사실을 선택하고 제시하는 경우 이미 독자적인 평가적 의사(태도표명)가 개입되어 있기 때문에 의사표현이 된다는 것이다<sup>14)</sup>. 이러한 사실의 주장과 가치판단의 구분의 어려움 때문에 학계와 판례는 점차 사실의 주장이도 의사의 개념에 포함시키고 있다.

독일 연방헌법재판소(BVerfG) 역시 대중매체에서 의사와 사실의 보도가 서로 얽혀 있다는 것을 거듭 지적 하였고, 사실의 주장이나 전달이 의사와 결합되거나

9) 계획열, 헌법학 (중), 424쪽.

10) BVerfGE 30, 336 [347] (Sonnenfreunde); 61, 1 [7] (Wahlkampf); 93, 266 [289] (Soldaten sind Mörder).

11) Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 550.

12) 계획열, 헌법학 (중), 424-425쪽.

13) Vgl. Hemuth Schulze-Fielitz, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Bd. I, Tübingen 2004, Art. 5 I, II Rn. 63.

14) 계획열, 헌법학 (중), 426.

혼합되는 경우 그것은 의사의 표현이라고 보았다<sup>15)</sup>. 단순한 사실의 전달을 의사의 개념에서 배제하는 평가적 의사설의 입장을 홍성방 교수는 다음과 같이 비판적 입장에서 기술하고 있다<sup>16)</sup>: “평가적 의사설을 주장하는 입장에서는 단순한 사실의 전달은 보도의 자유에 의하여 보호되기 때문에 의사표현의 자유에서는 평가적 의사만을 보호하는 것으로 이해하는 것이 합리적이라고 한다. 그러나 이 주장은 보도기관의 사실전달만을 고려의 대상으로 한정했다는 문제점이 있다. 따라서 이 주장은 사인에 의한 사실전달을 보호해줄 수 없게 될 것이다. 달리 말하자면 평가적 의사설을 취하는 경우 사인에 의한 사실전달을 보도의 자유에 포함시키지 않는 한 그것을 보호해줄 수 없다. 왜냐하면 일반적인 표현대로 그리고 평가적 의사설을 주장하는 입장의 표현대로 보도의 자유를 매스컴의 자유로 정의하는 한 사인에 의한 사실전달을 일반적인 의미에서 보도라 부를 수는 없을 것이기 때문이다. 따라서 진실이 아닌 사실전달, 왜곡된 설명, 사실의 왜곡, 진실이 아닌 보도, 잘못된 인용이 아닌 한 그것이 평가적인 것이든 또는 사실전달이든 의사표현의 자유에 의하여 보호되는 것으로 보아야 할 것이다”.

## 2. 의사의 개념에 기초한 사이버모욕죄의 비판

그럼에도 불구하고 사실의 주장은 진실(wahr) 혹은 거짓(falsch)으로 구분될 수 있다. 이에 반하여 의사표현은 진실 혹은 거짓이 없다. 이런 점에서 의사표현은 모욕죄(형법 제311조)의 구성요건에 포함되는 것이다. 의사표현은 진실 혹은 거짓에 관계없이 일정한 가치판단을 표시하는 것이다. 사실의 주장의 경우에는 진실한 사실의 주장만이 표현의 자유의 보호영역에 포함된다. 따라서 허위의 사실의 주장은 표현의 자유의 보호영역에 들어가지 않는다. 우리 형법은 제307조 제1항에 규정된 명예훼손죄를 통하여 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자”를 처벌함으로써 원칙적으로 적시한 사실이 진실인지 허위인지 관계없이 처벌하고 있다. 물론 이러한 형법의 태도는 진실한 사실이라 할지라도, 개인의 프라이버시에 속하는 난처한 사항을 공개해서 개인의 명예를 훼손하는 것을 금지하는 것이다. 그럼에도 불구하고 형법은 제310조에서 위법성 조각사유로서 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때”에는 처벌하

15) BVerfGE 61, 1 [9] 독일 연방헌법재판소는 사실의 주장이나 전달이 의사형성의 전제가 되는 경우에도 그것은 의사표현이라는 견해를 받아들였다. 다만 가치판단과 결부되지도 않고 의사형성을 위해 중요하지도 않은 순수한 사실(가령 통계수자, 사진)의 전달은 의사의 개념에서 제외된다는 것이다. 계희열, 헌법학 (중), 426-427.

16) 홍성방, 헌법학, 483쪽.

지 않고 있다. 바로 여기에서 헌법상 보장되는 표현의 자유의 요소로서 진실한 사실의 주장과 개인의 명예보호의 조화적 해결기준을 발견할 수 있다. 개인의 프라이버시의 해당되는 사항이 공적인 사항인 경우 혹은 그 자가 공적인 인물에 해당하는 경우에는 진실한 사실의 제시에 의한 명예훼손이 정당화될 수 있다는 입법적 해석이다. 따라서 이러한 입장은 인터넷상의 유사 범죄구성요건인 사이버모욕죄에도 적용될 수 있다. 공인 혹은 공적인 사항에 대한 인터넷상의 진실한 사실의 적시에 의한 명예훼손은 헌법상의 표현의 자유에 의하여 보호된다.

따라서 허위의 정보를 의도적으로 광범위하게 유포시킨 경우에는 표현의 자유의 보호범위에 들어가지 않는다. 이와 관련하여 광우병 문제와 관련하여 미국산 쇠고기 수입을 지지하는 입장을 취하는 사람들이 광우병발생위험에 대한 많은 지적들이 과연 허위의 사실인가 하는 증명이 광우병과 관련된 보수신문에 대한 불매운동의 전개에 있어서도 매우 중요한 의미를 가진다.

물론 모욕죄의 경우에도 사실을 적시한 경우라 하더라도, 구체적 사실이 아닌 한 모욕죄의 구성요건에 해당된다는 대법원의 판례가 존재함에도 불구하고 모욕죄는 구체적 사실에 대한 의사표현을 요구하지 않는다. 이런 점에서 볼 때 모욕죄는 헌법상의 표현의 자유의 의사개념의 핵심적 내용인 가치판단(Werturteil)과 직접적인 관련성을 가진다. 모욕과 관련된 가치 판단적 의사표현이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 모욕적 의사표현과 충돌하는 다른 기본권 주체의 일반적 인격권 혹은 직업의 자유와 같은 다른 기본권과의 형량과정을 거쳐야만 한다. 이러한 점에서 볼 때 모욕적 의사표현에 의한 명예훼손(Ehreverletzung) 혹은 허위비방적 표현(Schmähkritik)에 대한 기본권 보호에 대해서는 독일연방헌법재판소는 소극적 입장을 견지하고 있다. 따라서 가치판단에 의한 허위비방적 의사표현은 표현의 자유의 보호영역에는 포함되지만, 제3자의 다른 기본권과 충돌되기 때문에 보호될 수 없다.

그럼에도 불구하고 친고죄인 모욕죄를 반의사불벌죄로 전환하려고 하는 시도는 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이라는 것이 의사의 개념정의를 통해서 바로 드러난다. 왜냐하면 모욕적 의사표현 그 자체도 처음부터 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것이 아니라, 이와 충돌하는 제3자의 기본권과의 형량과정을 통해서 배제되기 때문이다. 의사의 개념적 요소에 이미 모욕적 표현이 포함되어 있음에도 불구하고, 모욕죄를 친고죄가 아닌 반의사불벌죄로 전환시킨다는 것은 이러한 의사표현으로 인하여 충돌되는 제3자의 기본권과의 형량과정을 처음부터 배제하겠다는 의도를 포함하고 있다는 점에서 표현의 자유를 침해한다. 모욕적인 가치판단도 표현의 자유의 기본권의 보호영역에 들어가기 때문에, 충돌되는

기본권과의 형량과정을 통해서만 기본권적 보호가 박탈되어야만 한다. 따라서 이러한 발상에는 처음부터 특정인에 대한 부정적 의사표현을 막겠다는 의도가 포함되어 있다.

### 3. 공적 인물의 이론

사이버모욕죄의 논의의 된 최질실 씨의 경우만 하더라도, 사생활의 비밀과 자유가 침해되었다고 주장하는 자의 사회적 지위에 따라 사생활의 비밀과 자유가 결정되어야 한다는 공적인물의 이론에 의해서 어느 정도 프라이버시의 보호가 제한되어 있다. 이 이론에 의하면 공적 인물은 그 사생활이 공개되더라도 일반인에 비하여 수인해야 할 경우가 많기 때문이다. 이러한 공적인물에는 자의로 유명인이 된 자가 이에 포함되지만, 많은 이들의 관심과 공익적 요구로 인하여 타의에 유명인이 된 자도 포함되어 진다. 이러한 자들은 독일의 프라이버시의 보호와 관련된 영역이론에 있어서 제1영역인 은밀한 영역(Intimspähre), 제2영역 사적 영역(Privatsphäre)보다 제3영역인 사회적 혹은 공적영역(Sozial- oder Öffentlichkeitssphäre)이 많이 부각될 수밖에 없다. 이런 점에서 이들에 대한 의사표현은 그것이 긍정적이든 부정적이든 공인이라는 이유로 감내할 부분이 많다. 대법원의 경우에도 이러한 공인들의 경우에는 대법원이 인터넷을 통해 목사와 국립대학 교수 등 공적(公的)인물의 비리행위를 비판해 명예훼손 혐의로 기소된 네티즌들에게 잇따라 무죄를 선고했다<sup>17)</sup>. 이러한 대법원의 입장은 명예훼손 범죄의 위법성 조각사유인 ‘공익을 위한 목적’의 범위를 확장해석하게 된 가장 중요한 근거가 공인으로서 가지는 사회적 책임일 것이다. 이런 점에서 인터넷을 통한 공인들에 대한 의사표현은 비록 부정적인 의사표현이 있다 하더라도 전체적으로 인터넷의 사회비판기능의 수행에 기여한다.

### 4. 불매운동과 업무방해죄

이렇게 불매운동을 단순한 일반적인 표현의 자유의 문제로만 보아서, 쉽게 그 제한을 정당화하는 것은 불매운동의 근저에 깔려있는 배경을 전혀 고려하지 않는

17) 대법원 형사2부(주심 金龍潭 대법관)는 같은 날 국립대 교수의 여제자 성추행 사실을 실명과 함께 인터넷에 공개, 명예훼손 혐의로 기소된 ‘대구 여성의 전화’ 공동대표인 김모씨(50)와 이모씨(48)에 대해 벌금 1백만원씩을 선고한 원심을 파기하고 일부무죄 취지로 사건을 대구지법으로 돌려보냈다.

형식논리적인 기본권 해석으로 볼 수밖에 없다. 불매운동의 헌법적 근거는 우리 헌법 제21조에서 그 근거를 찾을 수 있는 단순한 일반적인 표현의 자유가 아니라, 우리 헌법 제19조의 양심의 자유 뿐만 아니라 우리 헌법 제36조 제3항, 그리고 제124조와 관련된 건강의 보호 및 소비자과 관련된 기본권 행사의 문제이다. 더 나아가서 기본권의 대사인적 효력의 문제이고 이와 관련된 기본권의 헌법적 제한의 정당화 문제는 불매운동이 형법 제314조의 업무방해죄의 구성요건에 들어가는가 하는 문제이다. 형법상의 업무방해죄의 구성요건은 형법 “제313조(신용훼손죄)의 방법 또는 위력으로 사람의 업무를 방해”하는 것이다.

자신의 의사를 부수적인 강제수단을 동원하여 따르도록 강요하고, 타인의 내적인 의사형성의 자유(*innere Willensbildungsfreiheit*) 혹은 의사결정의 자유(*Willensentschlussfreiheit*)를 침해하는 의사표현형식은 처음부터 표현의 자유에 의하여 보호될 수 없다. 따라서 길거리에 앉아서 연좌데모(*Sitzblockade*)를 하면서 자동차운전자의 운행과 그들의 의사형성과 의사결정의 자유를 본질적으로 침해하는 것은 표현의 자유의 보호범위에 포함되지 않는다<sup>18)</sup>. 이와 관련하여 볼 때 불매운동이 소비자의 소비와 관련된 정보제공의 차원을 넘어서서 실질적인 소비자의 의사형성과 의사결정의 자유를 침해한 것이라면 처음부터 표현의 자유의 보호영역에 들어갈 수 없다. 그러나 판단하건대 불매운동이 의도하는 것은 미국산 쇠고기 수입과 관련하여 특정한 입장을 전달하는 이른바 조·중·동 보수신문사와 관련된 광고에 대한 정보제공이라고 본다면 그 강제성은 인정될 수 없다. 그러한 회사에 물품을 구매하는 소비자의 의사에 직접적인 강제성은 없다고 볼 수 있다. 불매운동이 의도하는 바는 소비자의 소비행위에 영향을 미칠려고 하는 것이 아니라, 이러한 보수신문사와 반대되는 입장을 가진 사람들의 자유로운 민주적 의사형성과정이라고 볼 수 있다. 이러한 의미의 불매운동은 위에서 언급한 바와 같이 헌법상의 표현의 자유의 보호영역에 들어간다.

이러한 표현의 자유의 실현형태로서 의사표현 방법은 반드시 언어적 표현에 한정될 필요는 없다. 따라서 연좌데모, 피켓팅, 흑색리본의 착용 등과 같은 비언어적 매체나 행동 등을 동원한 상징적인 의사표현행위도 표현의 자유 중에 포함될 수 있는가 하는 것이 문제된다. 비언어적 행동이 사상의견을 전달하기 위한 목적에서 행해진 것이고, 제3자가 그것을 사상의견의 전달이라고 받아들이고 있는 한에서는 이러한 상징적 의사표현행위도 표현의 자유의 실현형태로서 헌법적 보호를 받는다고 해석할 수 있다. 일반적으로 단어, 글 그리고 형상을 통한 의사의 표현에만 한정될 필요는 없다. 따라서 불매운동 혹은 기자회견을 통해서 의사표현

18) Kahl, JuS 2000, S. 1095.

을 할 수 있다. 이러한 점에서 볼 때 불매운동의 의사표현적 방법은 그것이 의사표현의 실현을 위한 수단인 한에서는 특별한 제한은 없다.

### Ⅲ. 우리 헌법사의 기본권으로서 표현의 자유

우리 헌법상 이러한 개인의 표현의 자유가 보장된다고 누구나 다 인정하고 있음에도 불구하고, 표현의 자유의 보장에 대한 직접적인 명문규정은 찾을 수 없다. 단지 우리 헌법은 제21조 제1항에서 「모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다」고 규정하면서 언론·출판의 자유를 보장하고 있다. 이와 관련하여 언론·출판의 자유와 표현의 자유와의 관계가 문제된다. 언론·출판의 자유와 표현의 자유의 관계가 문제된다. 표현의 자유는 사상이나 의견을 외부에 표현하는 자유로서 개인적 표현의 자유인 언론·출판의 자유와 집단적 표현의 자유인 집회·결사의 자유를 총칭하는 개념이다. 그러므로 표현의 자유는 언론·출판의 자유보다 넓은 개념이다. 집회·결사의 자유는 언론·출판의 자유와는 달리 다수인의 공동행동을 전제로 하는 것으로 서로 구별된다<sup>19)</sup>. 언론·출판의 자유가 개개인의 표현의 자유를 의미하는 데 대해, 집회·결사의 자유는 개인간의 결합을 전제로 한 집단적 표현의 자유를 의미한다<sup>20)</sup>. 우리 헌법에서 보장하고 있는 언론출판의 자유 양자 모두는 결국 표현의 자유의 표현형태에 따른 분류에 따라 나타나는 기본권의 구성요건적 표현으로 볼 수 있다. 이러한 입장에서 집회에서의 연설이나 토론이 집회의 자유인가, 언론의 자유인가 하는 문제제기는 더 이상 특별한 의미가 없다고 볼 수 있다. 우리 헌법은 언론출판의 자유 양자 모두를 동일조문에서 규정하고 있는 점을 고려해 볼 때, 이 양 기본권의 상위개념인 표현의 자유의 다양한 발형형태로 볼 수 있기 때문이다. 이를 구별할 실익이 없다<sup>21)</sup>. 엄격히 말하면 언론의 자유로 보아야 한다.

헌법이 보장하는 표현의 자유의 대상인 의사는 가치판단이 포함된 의사이기 그 의사표현 속에서는 필연적으로 개인의 사상 또는 양심 등이 전달되기 마련이다. 이런 의미에서 표현의 자유는 양심의 자유와 종교의 자유와 밀접한 관련을 가진

19) 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2008, 508쪽.

20) 김철수, 학설판례 헌법학, 박영사 2008, 977쪽; 권영성 교수는 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 다음과 같이 구별하고 있다: 「언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유는 그 모두가 표현의 자유에 해당하지만, 전자는 개인적 표현의 자유인데 대하여, 후자는 집단적 표현의 자유라고 할 수 있다. 다만 집회에 참가하여 발언을 하는 경우에는 그것은 집회의 자유로서 보장된다. 집회·결사조항은 언론·출판조항에 대한 특별법적 규정이기 때문이다」.

21) 김철수 교수는 언론출판의 자유와 집회결사의 자유 전부를 동일조문에서 규정하고 있기 때문에, 엄격히 말한다면 언론의 자유로 보아야 한다고 주장하고 있다, 김철수, 상계서, 977쪽.

다. 표현의 자유의 행사로서 행해지는 여러 가지 행위유형들의 기본적 동기가 개인의 양심적·종교적 그리고 세계관적 확신에 근거하는 것이라면 그것은 표현의 자유의 한 유형으로 정당화될 수 있다. 다만 우리 헌법은 양심의 자유와 종교의 자유라는 별도의 기본권 구성요건들을 규정하고 있기 때문에, 양심의 자유 그리고 종교의 자유에 관한 헌법 제19조 및 헌법 제20조는 표현의 자유에 관한 제21조에 대한 특별법적 규정이기 때문에, 양심·신앙의 외부적 표현에 관해서는 제19조와 제20조가 우선적으로 적용된다<sup>22)</sup>. 대법원은 우리 헌법 제20조의 종교의 자유의 행상의 형태로 행해지는 종교적 표현의 자유는 헌법 제21조의 표현의 자유에 대한 특별법 규정이기 때문에, 일반적인 언론출판의 자유보다 더 강한 헌법적 보장을 받는다고 보고 있다<sup>23)</sup>.

#### IV. 유럽연합의 기본권 헌장에 규정된 의사표현의 자유

유럽연합의 기본권 헌장 제11조<sup>24)</sup>에 규정된 의사 그리고 정보의 자유는 유럽 헌법제정회의의 의장단 회의가 확인한 바와 같이 유럽인권협약 제10조 (규정의 똑 같은 동어반복)로 영향을 받은 것이다<sup>25)</sup>. 유럽연합의 기본권 헌장 제11조 제1항은 통일적인 기본권(einheitliches Grundrecht)인, 제11조 제1항 제1문 속에 규정된 넓은 의미의 의사표현의 자유(Meinungsäußerungsfreiheit im weiteren Sinne/freedom of expression)를 포함하고 있다. 의사표현의 자유는 제1조 제2문의 정보의 자유(Informationsfreiheit), 즉 생각 뿐만 아니라 정보를 수집하고 계속적으로 전파할 자유 그리고 의사의 자유(Meinungsfreiheit), 즉 의사를 가질 자유(freedom of hold opinions)를 포함하고 있다<sup>26)</sup>. 독일에서 행해진 것과 같은

22) 권영성, 헌법학원론, 법문사 2008, 493쪽.

23) 「우리 헌법 제20조 제1항은 "모든 국민은 종교의 자유를 가진다."라고 규정하고 있는데, 종교의 자유에는 자기가 신봉하는 종교를 선전하고 새로운 신자를 규합하기 위한 선교의 자유가 포함되고 선교의 자유에는 다른 종교를 비판하거나 다른 종교의 신자에 대하여 개종을 권고하는 자유도 포함되는바, 종교적 선전, 타 종교에 대한 비판 등은 동시에 표현의 자유의 보호대상이 되는 것이나, 그 경우 종교의 자유에 관한 헌법 제20조 제1항은 표현의 자유에 관한 헌법 제21조 제1항에 대하여 특별 규정의 성격을 갖는다 할 것이므로 종교적 목적을 위한 언론·출판의 경우에는 그 밖의 일반적인 언론·출판에 비하여 보다 고도의 보장을 받게 된다 고 할 것이다」. 대법원 1996. 9. 6. 선고 96다19246,19253 판결.

24) 유럽연합의 기본권 헌장 제11조

① 모든 사람은 자유로운 의사표현의 자유를 가진다. 이 권리는 의사의 자유 그리고 정보 그리고 생각을 행정당국의 제한과 국가적 경계에 대한 고려없이 받아들이고 계속적으로 전달할 자유를 포함한다.

② 방송의 자유 그리고 방송의 다양성은 존중된다.

25) Erläuterungen des Präsidiums des Europ.Konvents, ABl 2004 C 310-432 f., 457.

의사의 자유(Meinungsfreiheit)와 정보의 자유(Informationsfreiheit)를 서로 다른 기본권으로 분류하는 것은 정보의 자유가 이의 수집과 전달을 포함하고 있고 개념이라는 점뿐만 아니라 기본권 헌장 제11조문의 문구와도 모순되는 것이다. 유럽연합의 기본권헌장 제11조 제1항에 의하면 자유로운 의사표현의 자유의 내용에는 의사의 자유, 정보의 자유 그리고 생각을 행정당국의 제한과 국가적 경계에 대한 고려 없이 받아들이고 계속적으로 전달할 자유를 포함한다. 그에 반해서 유럽연합의 기본권 헌장 제11조는 매체의 자유(Medienfreiheit)는 제1항의 표현의 자유와 별도로 제2항에서 는 독자적 기본권으로 보장하고 있다.

의사표현의 자유는 민주 사회의 본질적인 기초이다<sup>27)</sup>. 표현의 자유는 이러한 사회적 기능뿐만 아니라 개인의 존엄과 인격적 발달을 위한 자치(Autonomie)영역을 확실하게 보장한다. 표현의 자유로서 언론출판의 자유 자유민주주의 국가의 구성적 요소로서 민주주의의 불가결의 요소로서 민주주의의 전제이며 존립요건이다. 언론·출판의 자유는 다른 모든 자유의 기초라는 것이다. 그렇기 때문에 정치적 자유권보장의 우위가 확보되어야 한다<sup>28)</sup>. 헌법상의 표현의 자유는 인간의 존엄과 가치를 유지하고 자유로운 인격발현을 실현하는 수단이 된다. 측면에서 해석할 수 있다.

사인은 표현의 자유에 직접적으로 구속되지 않는다. 그러나 사인은 기본권 보호 의무전환규정을 통해 간접적으로 구속될 수 있다. 그 외에도 기본권 관련 사법규정을 적용하는 법관에 대해서는 기본권 적합적 해석(grundrechtskonforme Auslegung)의 의무가 부여된다.

## 1. 기본권 헌장의 다른 규정에 의한 한계설정

기본권 헌장 제11조의 표현의 자유와 기본권 헌장 제7조의 전달된 통신의 보호 사이의 경계설정에는 불명확성이 포함되어 있다. 제11조의 표현의 자유는 특별히 특정한 의사전달수단과 관련되어 있지 않는한 기본권 헌장 제10조의 종교의 자유보다 우선적으로 보장되지 않는다<sup>29)</sup>. 직업의 자유와 기업활동의 자유는 제11조의 표현의 자유와 병렬적으로 적용된다. 왜냐하면 자유로운 직업행사의 자유가 중심적인 문제로 논의된다면, 직업의 자유 속에서 의사표현의 자유가 당연히 언급된

26) Hans D. Jarass, EU-Grundrechte, München 2005, § 16 Rn. 2.

27) EuGH, Rs. 340/00, Slg. 2001, I-10269 Rn. 18; Rs. 112/00, Slg. 2003, I-5659 Rn. 79; 유사한 판례 EuGH, Rs. 274/99, Slg. 2001, I-1611 Rn. 39.

28) 계희열, 헌법학 (중), 419-420쪽.

29) EGMR, Nr. 44179/98 (2003) Rn. 61.

다. 그에 반해서 기본권 헌장 제13조의 예술의 자유 그리고 학문의 자유는 특별법으로서 우선적으로 적용된다. 기본권 헌장 제42조의 문서에 대한 접근권은 보호영역이 중복되는 영역에서의 특별규정으로서 우선적으로 적용된다. 의사에 대한 불평등 대우에 대해서는 기본권 헌장 제21조가 특별법을 형성한다.

유럽공동체 내부시장의 기본적 자유와 관계 속에서 제11조/제71조의 자유는 한편으로 고속도로에서의 데모가담자를 통해서 상품거래의 자유(Warenverkehrsfreiheit)를 제한하는 경우와 같은 기본적 자유의 정당화근거로서 기능한다<sup>30)</sup>. 이러한 유럽공동체법원의 판례는 우리 헌법상의 불매운동의 정당화와 관련된 중요한 법적 근거를 제공할 수 있다. 그러한 한에 있어서는 이 기본권은 구성국가의 규범형성영역으로 확대된다. 또 다른 측면에서 표현의 자유는 구성국가를 통한 기본적 자유의 제한의 정당화를 판단하는 척도로서 기능한다<sup>31)</sup>. 의사표현의 자유로서 규정된 내용들이 존중되지 않는다면, 제11조/제71조 제1항 뿐만 아니라 공동체 내부시장의 그에 상응하는 자유도 침해된다. 그러한 한에서는 구성국가의 형성영역이 제한된다.

## 2. 표현의 자유의 보호영역

### 1) 의사, 정보 그리고 생각

이 기본권의 보호는 의사(Meinungen), 정보(Informationen) 그리고 생각(Ideen)과 관련성을 가진다. 의사는 정보 그리고 생각을 포함한 나머지 내용을 포함한 기본권 주체의 독자적 생각(eigene Gedanken)을 의미한다. 생각은 정보 전달의 결과로 분류된다. 법적 결과의 일치성을 고려한다면 양자의 한계설정은 특별한 의미가 없다. 의사로서 모든 가치판단이 보호된다. 이 과정에서 또한 순수한 정보와 사실의 표현이 구분된다.

의사와 정보의 내용과 질은 기본권 헌장 제11조의 적용에 있어서 중요하지 않다. 이 기본권은 기본권 주체가 동의하는 정보들과 생각들뿐만 아니라 국가 혹은 국민의 범위 속에서 불쾌감을 주는, 파악이 되는 혹은 파악이 되지 않는 모든 정보들과 생각들에 대하여 유효하게 적용된다<sup>32)</sup>. 그 외에도 모든 종류의 광고 특히

30) EuGH, Rs. 112/00 Slg. 2003, I-5659 Rn. 74.

31) EuGH, Rs. 260/89, Slg. 1991, I-2925 Rn. 43 f.; Rs. 368/95, Slg. 1997, I-3689 Rn. 24 f.

32) EuGH, Rs. 274/99, Slg. 2001, I-1611 Rn. 39). 또한 순수한 이야기 그리고 예를 가변운 음악도 기본권의 보호영역에 포함된다 (EGMR, Nr. 10890/84 (1990) Rn. 55= EuGRZ 2003, 20).

경제적 성격을 가진 광고는 이 기본권의 보호영역에 포함된다. 궁극적으로는 도색영화도 이 기본권의 보호영역에 포함된다. 그 에 반해 인종차별적 의사표현은 제54조/제114조 때문에 이 기본권의 보호영역에 들어가지 않는다. 그러나 그러한 표현에 대한 보도는 보호범위에 들어간다. 대학살(Holocaust)에 대한 부인에 대해서 동일한 논리가 적용된다<sup>33)</sup>. 정보와 의사는 그 출처가 어디인지에 관계없이 보호된다.

개별적 사례에 있어서 상품의 치료적 혹은 질병예방적인 특성은 보호된다<sup>34)</sup>. 그 외에도 환경과 건강의 위험에 대한 지적도 보호범위에 들어간다<sup>35)</sup>. 개인의 가족관계 그리고 전화번호 등에 관한 뿐만 아니라 개인의 단순한 이름의 언급 그 자체도 제11조/제71조 제1항의 보호범위에 들어간다<sup>36)</sup>. 이러한 내용들은 환자의 주소와 이름의 언급의 경우에도 다르게 적용될 수 없다<sup>37)</sup>.

## 2) 보호되는 행위

이 기본권은 우선적으로 의사의 표현 내지 정보의 교부를 보호한다. 의사전달의 형식과 설명 등은 또한 기본권 헌장 제11조의 기본권의 보호범위에 들어간다. 설사 수신자가 외국에 있다 할지라도 (국가 간의 경계확정에 관계없이) 수신자에 이르기까지의 의사소통과정(Kommunikationsweg) 역시 기본권에 의하여 보호된다. 의사전달의 종류와 방식도 보호범위에 들어간다. 의사전달을 위해 어떠한 매체가 사용되었는지 여부는 중요하지 않다. 이러한 까닭에 이 기본권은 인터넷 상의 표현에 대해선 유효하게 적용된다<sup>38)</sup>. 그 외에도 이 기본권은 자신이 견해를 표현하지 않을 소극적 권리도 보호한다. 계속적으로 이 기본권은 제1항 제2문에 의하여 의사가 표현되었는지 여부에 관계없이 단순한 의사의 가짐 혹은 가지지 않음으로 보호한다.

기본권 헌장 제11조 제1항은 이를 넘어서서 의사뿐만 아니라 정보의 수집도 보호한다. 이러한 정보 수집권은 일반적인 정보에 대한 접근이 가능한 것을 전제로 한다<sup>39)</sup>. 이것은 또한 사실적으로 일반적인 접근이 가능한 혹은 법적으로 일반적인 접근이 가능해야만 하는 국가정보에 대해서도 유효하게 적용된다. 이 기본권

33) EGMR-ZE, Nr. 65831/01 (2003) = NJW 2004, 3691/3692.

34) EuGH, Rs. 219/91, Slg. 1992, I-5485 Rn. 31, 36.

35) EuGH, Rs. 112/00, Slg. 2003, I-5659 Rn. 65, 86.

36) EuGH, Rs. 101/01, Slg. 2003, I-1297 Rn. 13 Rn. 86과 연결하여.

37) EuGH, Rs. 159/90, Slg. 1991, I-4685 Rn. 6, 30 f.

38) EuGH, Rs. 101/01, Slg. 2003, I-12971 Rn. 86.

39) EGMR, Nr. 9815/82 (1986) Rn. 41 = EuGRZ 1986, 424.

은 이미 유럽인권협약의 영역에서 보장된 바와 같이 대체로 적극적인 의사와 정보의 수집뿐만 아니라 의사와 정보의 획득에 이르기까지의 모든 적극적 행위들을 보호한다. 특히 인터넷의 사용이 보호된다. 그 외에도 정보의 사용 그리고 그 저장도 보호된다.

### 3. 기본권의 주체

기본권 헌장 제11조 제1항의 기본권의 주체는 모든 자연인이다. 이 기본권은 기본권 헌장 제24조 제1항 제2문에 의하여 명백히 표시된 바와 같이 어린아이도 기본권 주체성이 인정된다. 유럽연합의 기관의 공무원 그가 자신이 소속된 기관의 의사의 구분되는 자신의 의사를 표현한 경우에는 그 기본권 주체성이 인정된다. 당연히 제3세계국가에 소속한 자도 기본권의 주체가 된다. 물론 특별한 기본권의 제한은 유럽인권협약 제16조에 의하여 가능하다. 그 외에도 법인 그리고 특정한 인적인 결사도 이 기본권의 원용이 가능하다.

### 4. 제한

정신적·신체적 부담(Belastung)을 목적으로 하거나 혹은 직접적으로 이를 야기한 경우에는 의사의 자유에 대한 제한이 성립하게 된다. 더 나아가서 기본권에 의하여 보호되는 행위를 하는 것이 자격요건을 정하는 규정된 방식을 통하여(in qualifizierter Weise) 방해하거나 어렵게 만드는 경우에는 사실적 조치뿐만 아니라 간접적 효과도 기본권 침해로 분류된다. 의사표현이 제3자에 대한 기본권의 객체의 조치를 야기한다면, 의사표현자에 대한 제한은 성립하지 않는다. 의사와 정보의 방해 혹은 지체는 기본권 제한이다. 기본권 제한은 유럽인권협약에서 도출되어지는 바와 같이 특별한 형식규정, 조건들 그리고 형벌의 위협을 통해서 나타난다. 제1항 제2문이 단지 ‘행정관청에 의한 제한’만을 규정하고 있다 하더라도, 기본권의 제한은 기본권의 객체의 모든 적극적 행위로 구성된다.

개별적 사례에 있어서는 예컨대 공적인 의사표명에 대한 허가유보<sup>40)</sup> 혹은 공식적인 의사표현의 자체의무<sup>41)</sup>와 같은 유럽연합의 공무원의 직업적 의무도 우선적으로 기본권 제한으로 분류된다. 어떤 특정한 입장 표명 혹은 어떤 특정한 견해에 대한 지원의 거부 때문에 징계벌에 처해진다면 기본권의 제한은 성립한다<sup>42)</sup>.

40) EuGH, Rs. 340/00, Slg. 2001, I-10269 Rn. 18.

41) EuGH, Rs. 100/88, Slg. 1989, 4285 Rn. 16; Rs. 150/98, Slg. 1999, I-8877 Rn. 13.

그 외에 개인정보의 전달의 제한도 기본권의 제한이 된다. 최종적으로 특정한 주제에 대한 정보의 금지는 기본권 제한이 된다.

## 5. 제한의 정당화

### 1) 법률적 근거 그리고 특정성

제11조/제71조 제1항의 자유의 제한은 제52조/제112조 제1항의 근거 하에서 정당화될 수 있다. 제한은 우선적으로 법률적 근거를 전제로 한다. 또한 기본권을 제한하는 실제행위(Realakte)가 법률적 근거를 필요로 하는지 여부는 불명확하다(이에 대한 반대견해도 존재한다). 그 외에도 법구정의 내용은 충분히 정확하게 규정되어 있어야만 한다<sup>43)</sup>. 그러나 해석의 형성역역(Interpretationsspielraum)은 허용된다.

### 2) 허용된 제한근거

제52조/제112조 제1항에 의하면 제11조/제71조 제1항의 자유의 제한은 단지 유럽연합에 의하여 인정된 공공복리에 기여하는 목적설정 혹은 타인의 자유와 권리의 보호를 위해서만 허용된다.

부수적으로 제52조/제112조 제3항 제1문에 의한 가능한 제한근거는 유럽인권협약 제10조 제2항속에 언급된 근거들에 한정된다(유럽법원은 여러 번 유럽인권협약 제10조 제2항을 언급하였다<sup>44)</sup>: 국가적 안전, 지역적 불가침성, 공적인 안전, 질서의 유지, 범죄행위의 예방, 건강의 보호, 도덕의 보호, 좋은 평판의 보호, 타인의 권리의 보호, 은밀한 정보의 유폐방해 그리고 법원의 중립성과 권위의 유지. 그러나 이러한 제한가능성의 한계설정에 의한 기본권 제한의 한계설정적 효과는 거의 발생할 수 없다. 왜냐하면 이 규정이 매우 광범위하게 제한사유를 다루고 있기 때문이다(이것은 제한사유는 매우 좁게 해석되어야만 한다는 언급과는 아주 놀라운 대조를 이루고 있다). 특히 유럽법원은 유럽인권협약 제10조 제2항의 의미 속의 타인의 권리를 유럽연합의 기관(Unionseinrichtungen)의 권리도

42) EuGH, Rs. 100/88, Slg. 1989, 4285 Rn. 16 f.

43) EuGH, Rs. 274/99, Slg. 2001, I-1611 Rn. 42.

44) EuGH, Rs. 274/99, Slg. 2001, I-1611 Rn. 40; Rs. 112/00, Slg. 2003, I-5659 Rn. 79; Rs. 245/01, Slg. 2003, I-12489 Rn. 69 f.

포함시키는 것을 고려하고 있다. 왜냐하면 유럽연합의 시민은 기관들을 통한 자신의 과제수행을 고려할 수 있어야만 하기 때문이다<sup>45)</sup>. 이를 통해서 타인의 권리를 통한 거의 모든 제한가능성들이 인정될 수 있다. 이에 상응하게 이것이 명백한 한에서는 유럽인권법원의 판례 속에서는 제한근거가 유럽인권협약 제10조 제2항의 제한근거들 속에 포함되지 않기 때문에 제한근거의 정당화가 거부된 사례가 없다 (따라서 기본권 제한의 한계는 일반적으로 연이어서 행해지는 비례성심사가 행해지고 난 다음에만 도출될 수 있다). 최종적으로 민주적 사회 속에서 필요한 제한조치에 대한 한계설정 속에는 비례성심사를 넘어서는 한계설정사유가 존재하지 않는다. 또 다른 하나의 제한근거는 우선법적인 (primärrechtlich) 경쟁법(Wettbewerbsrecht)의 목적 속에서 찾을 수 있다<sup>46)</sup>.

### 3) 비례성

모든 제한은 우선적으로 제52조/제112조 제1항에 의하여 현실적으로 추구된 제한목적에 적합해야 하고, 그 목적에 기여하는 것이어야 한다. 제한은 문제가 되는 목적수행에 적합해야만(geeignet) 한다. 계속적으로 제한은 제52조/제112조 제1항에 의하여 추구된 목적으로 고려해 볼 때 필요한(erforderlich) 것이어야만 한다. 특히 제한사유로 언급된 근거는 관련성을 가져야만 한다(zutreffend). 계속적으로 제한이 추구된 목적에 필요한(erforderlich (notwendig)) 경우에만, 제52조/제112조 제1항에 의한 기본권의 제한은 허용될 수 있다. 제한은 유럽헌법조약 제10조 제2항에 의하여 필수불가결(unentbehrlich)해야만 한다. 즉 이를 통해서 더 이상의 약한 제한수단이 존재하지 않아야 한다. 최종적으로 자유의 사회적 기능이 중요한 역할을 하는 기본권 제한이 추구된 정당화된 목적과의 관계에 있어서 적합한 관계에 서있어야만 한다<sup>47)</sup>. 정치적 의사표현의 경우에는 특수 정치적 반대자로 부터의 공격에 대한 보호의 요구된다. 이에 반해서 상업적 이해관계를 추구하는 표현에 대해서는 보호의 필요성은 크지 않다. 단순히 이야기를 하기위한 목적에서 즉 말을 걸기 위한 시도된 담화의 경우에도 같은 논리가 적용된다.

정당화의 영역 속에서 사실(Tatsache)과 혹은 가치판단(Werturteil)이 문제되는 지 여부에 대한 구분이 행해져야만 한다. 모든 사실적 근거가 없는 의사표현은 과도한 것이고 정당화될 수 없다<sup>48)</sup>. 또 다른 측면에서는 단순한 가치판단에

45) EuGH, Rs. 274/99, Slg. 2001, I-1611 Rn. 44, 46.

46) Erläuterungen des Präsidiums des Europ.Konvents, ABl 2004 C 310/433.

47) EuGH, Rs. 112/00, Slg. 2003, I-5659 Rn. 79 f; EuGH Rs. 274/99, Slg. 2001, I-1611 Rn. 41.

대하여 진리에 대한 증명(Wahrheitsbeweis)을 요구하는 것은 타당하지 않다(unangemessen)<sup>49)</sup>. 그와 반대로 진실한 것이 아닌 것으로 증명된 사실을 유포하는 것에 대한 법적인 제재는 정당화될 수 있다.

## 6. 적극적 의무부여에 대한 주의 (특히 기본권 보호의무)

기본권 헌장 제11조 제1항은 기본권 헌장 제51조 제1항의 기본권의 객체에 대하여 (그의 권한의 범위 속에서) 사용자를 통한 방해에 대한 근로자의 의사표현을 보호할 것을 요구한다<sup>50)</sup>. 또 다른 측면에서는 이 기본권으로 부터 국가가 비밀을 유지하고 싶어 하는 정보에 대한 요구권은 도출되지 않는다. 이 기본권은 단지 정보의 소유자가 전달하고 싶어 하는 그러한 정보와 관련성을 가지기 때문이다.

## V. 결론

헌법상의 기본권인 표현의 자유의 보호영역에 속하는 의사표현 또는 의사전파의 매개체는 어떠한 형태로든 가능하며, 이에 대해서는 특별한 제한이 없다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다. 표현의 자유가 가지는 민주적 여론형성기능이 극대화될 수 있다면 그것이 인터넷이든 관계없이 국가는 그러한 공론의 영역을 지켜주어야만 한다. 인터넷을 통한 표현이 인간의 존엄, 청소년 보호 그리고 타인의 명예에 직접적인 심각한 위협을 야기하지 않는 한에서는 보장되어야 한다. 이러한 의미에서 기본권 이론적인 측면에서 불매운동의 헌법적 정당화 그리고 사이버모욕죄 도입의 위헌성에 대하여 기술하였다.

48) EGMR, Nr. 20834/92 (1997) Rn. 33 = NJW 1999, 1321 Rn. 33.

49) EGMR, Nr. 20834/92 (1997) Rn. 33 = NJW 1999, 1321 Rn. 33.

50) EGMR, Nr. 39293/98 (2000) Rn. 38.