

표현의 자유를 위한  
정치실제안

## 글쓴이

검은빛 청소년인권행동 아수나로 | 기선 민주노동자연대 | 김덕진 천주교인권위원회 | 김일숙 서울인권영화제 | 김종서 배재대학교 법학부 | 랑희 민주노동자연대 | 류제성 민주사회를위한변호사모임 | 명숙 인권운동사랑방 | 문병호 강원대학교 법학전문대학원 | 박경신 고려대학교 법학전문대학원 | 박주민 참여연대 | 박지웅 전 군법무관, 민주사회를위한변호사모임 | 송강직 동아대학교 법학전문대학원 | 양재일 언론소비자주권국민캠페인 | 오성희 전국공무원노동조합 | 유영주 언론개혁시민연대 | 윤지혜 한국진보연대 | 이경희 전국교직원노동조합 | 이승철 전국민주노동조합총연맹 정책국 | 이호중 서강대학교 법학전문대학원 | 장여경 진보네트워크센터 | 장지호 전국언론노동조합 | 전진한 정보공개센터 | 정록 인권운동사랑방 | 정민경 진보네트워크센터 | 정소연 문화연대 | 지나 한국게이인권단체 '친구사이' | 최은아 인권운동사랑방 | 최은정 미디어트 | 홍성수 숙명여자대학교 법과대학 | 훈창 인권운동사랑방

## 번역

국제인권소식 "통" | 백가윤 참여연대

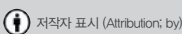
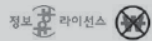
## 표현의 자유를 위한 연대의 권유

표현의 자유를 위한 연대는 사회 생산물에 대해 재산권을 부여하는 것에 반대합니다. 표현의 자유는 알권리와 정보에 대한 접근에 대한 권리와도 밀접한 관계를 맺고 있기 때문에 정보와 지식, 문화 등 사회 생산물을 공유하며 소통하는 것을 소중하게 생각합니다.

표현의 자유를 위한 연대는 지적재산권 따위를 요구하지 않습니다.  
표현의 자유를 위한 연대는 우리의 제안들을 많은 사람들과 공유하길 원합니다.

표현의 자유 정책제안서의 모든 내용들을 무단 대량 복제 배포 할수 없습니다.  
표현의 자유를 위한 제안을 널리널리 퍼뜨리는 당신은 표현의 자유를 위한 운동을 하고 있는 것입니다.

이 저작물은 [정보공유라이선스 2.0 : 영리 금지, 개작 허용]과 [크리에이티브 커먼즈 저작자표시 2.0 대한민국 라이선스]에 따라 이용할 수 있습니다.



정책제안서는 PDF파일로도 보실 수 있습니다.

<http://표현의자유.kr>

# 표현의 자유를 위한 정책 제안

## 표현의 자유를 위한 연대

추천의 글 • 6

머리말 • 12

## 01 총론

“표현의 자유” 이름으로 외치다 • 16

## 02

### 공포와 억압을 넘어 표현의 자유를 향한 걸음

국가보안법 • 34

명예훼손죄와 모욕죄 • 55

## 03

### 매체에서의 표현의 자유

청소년 보호와 매체 심의 • 72

방송 • 90

영화 • 99

인터넷 • 109

게임·가요 • 140

언론 산업 정책 • 151

퍼블릭 액세스 • 172

## 04

### 거리에서의 표현의 자유

집회 및 시위에 관한 법률 • 190

경찰의 집회·시위 관리 • 218

집시법 외의 법률로 집회·시위의 자유 제한 • 252

## 05

### 선거 시기 표현의 자유

공직선거법 • 264

## 06

### 노동영역과 소비자 운동에서 표현의 자유

노동영역 • 282

소비자 운동 • 317

## 07

### 특수한 지위에 있는 사람들의 표현의 자유

구금시설 수용자 • 334

청소년 – 청소년의 정치적 표현의 자유 • 343

청소년 – 대학생의 표현의 자유 • 362

군인 • 369

공무원과 교사 • 385

## 08

### 표현의 자유, 새 지평을 열며

알 권리 • 418

차별에 근거한 ‘혐오적 표현’에 대한 규제 • 438

전략적 봉쇄소송에 대한 억제 • 461

## 부록

### 표현의 자유 국제인권규범

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약

일반논평 34 제19조 : 의견과 표현의 자유 • 470

국가안보와 표현의 자유 및 정보접근에 관한

요하네스버그 원칙 • 488

표현의 자유와 평등에 관한 캄덴 원칙 • 499

프랑크 라 루(Frank La Rue) 유엔 표현의 자유

특별보고관 한국보고서 • 511

표현의 자유를 위한 연대 소개 • 541

## 추천의 글

최근 한국 인권시민단체들은 한국의 표현의 자유의 상황에 대한 우려를 제기해왔으며 국가적, 지역적, 국제적 수준에서 표현의 자유의 보호와 증진에 관한 활동을 해 왔습니다.

이러한 문제들과 관련하여, 저는 유엔 의사와 표현의 자유에 대한 권리의 증진과 보호에 관한 특별보고관으로서 2010년 한국을 공식 방문하였으며, 그 기간 동안 공직자들과 언론 등 사회 각계 인사들을 만나 표현의 자유 상황에 대해 우려를 제기하는 정보, 특히, 자신의 정보 또는 의견을 표현하기 위해 소셜미디어를 사용하는 블로거와 시민기자들은 물론 전문 언론인들의 사례에서 형법을 통해 표현의 자유를 제한하고 있다는 정보를 입수했습니다.

공적 정보와 표현의 자유에 접근하는 것은 어느 민주주의 사회에서나 사회투명성을 유지하고 부패를 방지하기 위해 필수적입니다. 그러므로 이런 종류의 커뮤니케이션이나 공공 정책 혹은 공직자들에 대한 비판을 형법을 사용하여 제한하는 것은 결코 안됩니다. 또한 모든 형사기소는 다른 언론인들을 겁주고 위축시키는 효과를 갖습니다.

저는 한국 방문에 대한 저의 보고서를 2011년 제17차 유엔 인권이사회에 제출하였고, 그 보고서에는 한국 정부에 대한 일련의 권고들이 포함되어 있습니다. 그리고 이 권고에는 공식방문이 끝날 때에 제가 개인적으로 발표했던 내용들도 포함되어 있습니다. 이 권고들을 통해서, 저는 표현의 자유를 제한할 가능성이 있기 때문에 표현의 자유

에 대한 국제인권기준에 부합하도록 개정되어야 하는 한국의 법률들을 분석할 필요가 있다는 우려를 제기했습니다.

이 새로운 정책제안서는 인권활동가, 법률가, 학자들이 대한민국의 표현의 자유에 대하여 깊이 분석한 노력의 결과이며, 국회, 정부 그리고 사법부에 대한 새로운 권고들이 전달될 것입니다. 저는 대한민국 정부당국이 유엔의 권고와 일치하는 이 권고들에 주의를 기울여야 하고 공공정책에서 이 권고들을 실현하기 위해 행동해야 한다고 믿습니다. 저는 이 보고서의 권고들이 앞으로 표현의 자유를 향유하는데 장애가 되었던 것들을 제거하는 데 기여하고, 한국에서 표현의 자유를 확대하는 것으로 이어질 것을 기대합니다.

저에게 필수적인 원칙은, 가장 민주적인 사회는 표현의 자유를 가장 넓은 수준으로 허용하고, 검열이 없는 다양하고 다원적인 자유 언론을 향유하는 사회라는 것입니다. 이는 시민들에게 더 높은 수준의 참여를 제공하고, 더 강하고 더 안전한 국가가 될 수 있게 할 것입니다.

프랑크 라 뤼 (Frank La Rue)

유엔 의사와 표현의 자유에 관한 권리에 대한 특별보고관

In recent days Korean civil society organisations have raised concerns on the situation of freedom of expression in the country and have worked on the promotion and protection of freedom of expression at the national, regional and international levels.

In connection with these issues, I officially visited the Republic of Korea in May 2010 as UN Special Rapporteur on the promotion and protection on the right to freedom of opinion and expression, during which I met with public officials and different sectors of the society, specially with press, and received information raising the concern on the situation of freedom

# 우리는 정녕 자유로운가라고 묻는 보고서

of expression and in particular the use of criminal law to limit this freedom in the case of professional journalists as well as bloggers and citizen journalists using social media to express their information or opinions.

Access to public information and freedom of expression are essential to maintain transparency and combating corruption in any democratic society, and therefore, this type of communication or any criticism of public policies or public officials should never be limited with the use of criminal law. Any prosecution has as well an intimidating and chilling effect in other journalists.

I submitted my report on the visit to Korea to the 17<sup>th</sup> session of the UN Human Rights Council in 2011 in which I included a series of recommendations to State Authorities some of which I had presented personally at the end of the official visit. Among these recommendations, I raised a concern for the need to analyze national legislation that may restrict freedom of expression and that should be reformed to make it in accordance to international standards of Human Rights and in particular of freedom of expression.

This new report is an effort by Human Rights activists, lawyers and academics to further analyze restrictions of freedom of expression in the Republic of Korea and forward new recommendations to the National Assembly, the Government, and the Judiciary. I believe the Korean State authorities should pay attention to these recommendations which are in line with the UN recommendations and should set in motion public policies that would implement those recommendations. I expect that the recommendations from the report will contribute to removing obstacles to the enjoyment of freedom of expression and furthermore, will lead to the expansion of freedom of expression in the country.

It is for me an essential principle that the most democratic societies are those that allow the broadest level of freedom of expression and enjoy a diverse and pluralistic free press with no censorship, which gives citizenship a higher degree of participation and allows for stronger and safest nations.

Frank La Rue

The UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression

한국 사회에서 표현의 자유라는 키워드로 사회 전체를 조망한 보고서가 나왔다. 우선 이 보고서의 방대한 양에 놀랐다. 다음에는 표현의 자유라는 키워드로 읽어낼 수 있는 영역의 광범위함에 또 한번 놀랐다. 그만큼 우리 사회에서 표현의 자유는 허용되지 않고 있으며, 전 사회적인 범위에서 표현의 자유가 억압되고 있다는 방증 이 아닐 수 없다. 하지만 그것을 표현의 자유라는 키워드로 읽어내 려 한 ‘표현의 자유를 위한 연대’ 연구자와 전문가, 활동가들의 치열 한 문제의식과 노력 없이는 이런 현상을 읽어낼 수도 보고서로 담 아낼 수도 없었을 것이다.

이 보고서의 미덕은 우선 우리가 잊고 있는 표현의 자유의 기준 을 설정하려 한 데 있다. 각종 악법과 판례, 정책적 판단으로 표현 의 자유를 억압하고 있는 현실을 보기 위해서 유엔 인권조약과 논 평, 유엔 인권 기구들로부터 받은 권고를 모든 영역의 판단 기준으 로 제시했다. 사실 유엔의 규약들과 권고들은 인류가 이루어온 인 권기준이고 이는 유엔의 가입국이며 규약 당사국인 대한민국에서 는 통용되는 상식적 판단의 잣대가 되어야 한다는 점을 환기시켰 다. 우리 사회가 너무 쉽게 잊고 있거나 무시하고 있는 기준들을 잣 대로 들이밀어서 한국사회에서 일어나고 있는 각종 표현의 자유 현 실을 들여다보니 역시 문제는 너무도 많았다. 이명박 정권에 들어

와서 언론을 장악하고, 집회·시위를 억압할 뿐만 아니라 심지어 인터넷의 댓글과 SNS의 활동마저 처벌해왔던 사례들을 제시하고, 분석해냈다. 질식할 것만 같은 표현의 자유 영역의 현실이 고스란히 드러날 수밖에 없었다.

그런 뒤에 보고서는 정책보고서란 이름에 값하는 대안들을 찾아서 제시하고 있다. 아마도 여기서 제시하는 대안들은 향후 우리 사회가 진지하게 고려하고, 심각하게 수용해야 할 정책들일 것이다. 500쪽이 넘는 방대한 본문만이 아니라 한국어 표현의 자유와 관련해서 받은 유엔인권기구들의 관련 조약 심사보고서를 비롯해 표현의 자유에 관한 일반논평, 요하네스버그 원칙에 이어 캄펜 원칙을 번역하여 게재한 것도 표현의 자유를 고민하는 이들에게 큰 도움이 될 것으로 보인다.

그리고 이 보고서의 미덕은 간과하기 쉬운 부분들까지 드러내려고 했다는 점에 있을 것이다. 누가 표현의 자유란 관점으로 구금시설 수용자들을 고려하고, 군인들, 공무원들의 표현의 문제까지, 나아가 소수자들에 대한 혐오 표현의 문제까지 파헤치려 했을까. 모든 인권이란 게 그러하겠지만, 늘 경제제대에 서 있는 소수자들의 문제에서는 애매하게 비켜가기 일쑤인데 이 보고서는 경제제대에 선 이들의 표현의 자유문제까지 메스를 들이댔다는 점에서 우리 사회가 이후 나아갈 방향을 제시해준 점은 높이 살만하다.

군이 표현의 자유 역사에 이름을 남긴 이들의 이름을 들어 설명하지 않더라도, 표현의 자유는 그 사회가 혐오하는 의견, 불경스럽다고 느끼는 주장, 체제를 위협하는 선동이 보장되는가 여부가 중요한 잣대로 등장한다. 국가는 국가의 체제 보호라는 명목으로 표현의 자유를 억압하지만 실은 그 사회 주류 세력의 이익을 보호하기 위하거나 기껏해야 정권의 안보를 위해서 표현의 자유를 억압하고는 한다. 뿐만 아니라 문화적 전통이니 미풍양속이니 하는 것까지 내세워 표현의 자유를 억압하고는 한다. 한 사회가 자유로운가는 대체로 표현의 자유가 어디까지 허용되느냐로 판가름나게 되기 마련이다.

금서를 소각하던 왕의 굴뚝이 없다는 걸 갖고 표현의 자유가 보장되고 있다고 할 수는 없다. 지금도 왕의 굴뚝에서 소각할 목록을 만드는 공안기관과 군이 있고, 언론을 장악하고서야 안심하는 정권이 있으며, 소수자들의 주장을 짚어 누르거나 무시하는 관행을 손들어주는 사법부가 굳건하고, 고분고분 순종하기를 원하는 기업과 권력이 지배하는 세상이다. 민주화되었다는 사회에서 과거의 독재 권력을 유지해주던 표현의 자유 억압 기제가 그대로 있는 그 위에 새롭게 교묘한 장치들이 더해져만 간다. 그래서 아직도 표현의 자유 영역에 해당하는 말과 글과 행위를 문제 삼아 중세 마녀사냥식의 재판이 진행되고, 꿈꾸는 바를 표현한 사람들은 감옥에 끌려간다. 그래서 법과 제도와 정책과 문화와 관행에 허용하는 범위 안에서만 자유로운 우리 사회의 표현의 자유는 질식하고 있는 중이다.

이 보고서는 통째로 선동문이다. 언론 노동자들의 언론 자유를 위한 파업에도, 집회·시위와 농성으로만 자신의 주장을 내놓을 수밖에 없는 현장 노동자들에게도, 학생인권조례에서 버젓이 성소수자들의 차별을 인정하고 악다구니 쓰는 세력들에 항의하는 성소수자들에게도, 아니 지금 자신의 정체성조차 드러내지 못하는 소수자들의 입장에서 이 보고서는 힘의 근거를 제시할 것이다. 이 보고서가 사장되는 일 없이 표현의 자유를 억압당하는 이들에게 널리 읽히길 바란다. 그러기 위해서 이 보고서를 작성한 이들이 여기 담긴 문제의식을 대중과 공유하고자 하는 노력이 더해져야 한다고 생각한다.

다시금 이와 같은 표현의 자유 종합보고서를 연구하고, 고민하고, 정리해낸 표현의 자유를 위한 연대 연구자와 전문가, 활동가들의 노고에 깊이 감사드린다.

2012년 4월 21일

**박래군**

인권운동사랑방 도움활동가, 인권재단 사람 상임이사

## 머리말

2010년 5월경 유엔 표현의 자유 특별보고관이 공식 조사를 위해 한국을 방문했다. 유엔 주제별 특별보고관이 어떤 나라를 공식으로 방문한다는 의미는 인권침해나 후퇴 국면에 관한 정보를 다양하게 듣고 직접 실태를 파악하기 위해서이다. 표현의 자유 특별보고관의 공식 방문이 시사하듯 이명박 정부 들어 한국에서 표현의 자유 침해 사례는 날이 면 날마다 신문지면을 장식하고 있었다. 인권의 여러 영역 중에서도 표현의 자유는 다른 자유들과 인권에 결정적으로 영향을 미치는 중요한 지표가 된다. 2008년 촛불집회에서 집회·시위의 자유가 제한되고, 공무원이 시국선언을 했다는 이유로 형사처벌되며, 인터넷에 재갈을 물리고 있는 공권력의 횡포를 떠올릴 때 다른 인권이 함께 후퇴하고 있다는 것은 더할 나위 없이 명백했다.

2011년 인권시민사회단체들은 ‘표현의 자유’ 운동을 하자고 마음을 모았다. 표현의 자유가 후퇴된 현실을 인식하고 어떤 제도적인 개선책을 낼 수 있을지 연구하고 행동하자는 취지로 ‘표현의 자유를 위한 연대’를 결성했다. 쟁점이 되는 주제들은 정책포럼을 하면서 대안을 만들고 표현의 자유를 옹호하기 위한 연구활동을 법률가, 연구자, 활동가들이 머리를 맞대고 논의했다. 그 결과가 정책제안서로 나온 것이다.

이 책이 갖는 첫 번째 의의는 다양한 분야를 ‘표현의 자유’라는 시각으로 살펴본 첫 번째 시도라는 점이다. 표현의 자유와 관련된 다양한 분야를 아울렀다고 자부한다. 두 번째 의의는 한국정부가 국제인권조약에 가입한 이후 표현의 자유와 관련해 권고받은 것의 이행을 평가하면서 실태를 보여주었다는 점이다. 이전 정부와 비교해보면서 이명박 정권하에서 표현의 자유 현황을 파악할 수 있도록 했다. 세 번째 의의는 한국

표현의 자유를 침해하는 법령과 관행에 대해 정책제도 개선을 담았다는 점이다. 이 제안서에 담긴 정책과제는 국제인권기준에 비추어 한국 표현의 자유를 증진할 수 있는 중요한 기준이 될 것이다.

정책제안서는 이명박 정부 들어 표현의 자유가 후퇴한 현실에 주목해서 출발했지만, 점차 작업이 심화하면서 표현의 자유를 규제, 제한하고 침해하는 것은 ‘권력의 속성’이라는 점을 알게 됐다. 어떤 정권이 들어서건 표현의 자유가 옹호되려면 적어도 이 정책제안서에서 제시된 기준 정도는 준수되어야 할 것이다. 이명박 정부에서 표현의 자유를 침해하던 법률들은 이전 정부로부터 연유한 것도 있지만 현 정권하에서 자의적 남용이 극심해졌다고 평가할 수 있다.

‘표현의 자유를 위한 연대’는 이 제안서가 두 가지 쓰임으로 사용되기를 바란다.

첫째, 2012년 선출될 제19대 국회와 차기 정부에서 표현의 자유와 관련된 정책과제로서 이 제안서의 개선방안들이 반영되기를 희망한다. 이 제안서는 적어도 국제적으로 옹호되고 있는 표현의 자유와 관련된 분야와 영역을 망라했으므로 표현의 자유와 관련된 정책을 짜기에 더할 수 없이 도움이 될 것이다.

둘째, 표현의 자유에 관해 알기를 바라는 사람들에게 도움을 줄 수 있다. 표현의 자유와 관련된 인권기준을 해설해두었기에 표현의 자유에 관한 여러 가지 개념과 인권실태를 이해하는 데 도움을 줄 것이다.

정책제안서를 만들기 위해 도움을 주신 많은 분께 고마움을 전한다. 특히 <4.9통일평화재단>, <천주교인권위원회 테레사·베드로 기금>, <표현의 자유 옹호 및 증진을 위한 공익변론기금>에서 재정지원을 해주었다. <국제인권소식 “통”>에서는 표현의 자유에 관한 중요 국제문헌들을 번역해주었다. 표현의 자유를 옹호하기 위해 박해를 감내한 인권피해자들에게 정책제안서가 조금이나마 위안이 되기를 바란다.

2012년 4월 21일  
표현의 자유를 위한 연대

표현의 자유를 위한 연대  
*표현의 자유를 위한 연대*

1부

# “표현의 자유” 이름으로 외치다



# “표현의 자유” 이름으로 외치다

유엔 표현의 자유 특별보고관 프랑크 라 뤼(Mr. Frank La Rue, UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression)는 2011년 대한민국 표현의 자유 보고서에서 “대한민국에서의 표현의 자유 영역은 최근 몇 년간, 특히 2008년의 촛불시위 이후로 줄어들고 있음을 주목한다”고 밝힌 바 있다. 이미 유엔 자유권위원회 등 국제인권기구로부터 수차례에 걸쳐 폐지권고를 받아 왔던 국가보안법은 최근 수년 사이에 북한 관련 표현에 대한 통제수단으로 그 위력이 되살아나고 있으며, 명예훼손죄, 업무방해죄 등 표현의 자유를 억압하는 처벌규정들, 집회 및 시위에 관한 법률에 의한 집회·시위의 규제, 공직선거법에 의한 통제 등 표현의 자유를 제약하는 수많은 법제도들이 전방위적으로 동원되어 표현의 자유를 후퇴시키고 있다. 우리의 역사에서 표현의 자유가 제대로 보장된 경험은 거의 없지만, 표현의 자유 영역에서 이명박 정부에 들어 전개된 권력적 통제는 한층 교묘하고도 적나라한 통제와 억압의 모습을 보여주고 있다. 오늘의 우리 사회에서 표현의 자유는 심각한 위기에 처해 있다.

표현의 자유는 거창한 것이 아니다. 표현의 자유는 주로 정치적인 주장과 의견 제시에서 국가 권력적 통제로 인한 마찰이 발생하지만, 따지고 보면 표현의 자유는 우리의 일상적인 삶의 모든 영역에 걸쳐 있다. 매일 듣는 노래, 매일의 일상적인 대화에서부터 인터넷상에 글쓰기, 트위터나 페이스북 등 SNS를 통한 소통에서 우리가 의식하건 하지 않건 간에 우리는 표현의 자유의 한계선을 접하고 있다.

우리는 왜 표현의 자유를 말해야 하는가? 표현의 자유는 왜 중요하고, 우리가 직면한 억압과 규제 의 현실은 어떻게 이해되어야 하는가? 표현의 자유의 다양한 각각의 영역에는 그것에 고유한 원리와 통제현실이 제각각일 테지만, 구체적인 이슈와 문제를 제기하기에 앞서 표현의 자유의 중요성, 그리고 표현의 자유가 침해되는 현실의 맥락을 개괄적으로나마 짚어보는 것이 표현의 자유에 관한 우리의 인식을 총체화하는 데에는 유용하고 필요하다.

## 1. 표현의 자유의 가치와 중요성 - 표현의 자유와 민주주의

어떤 의견을 가지는 것, 그리고 그것을 타인에게, 사회를 향해 표현하는 것은 우리의 일상이며 실천이다. 일상적인 대화와 소통에서 감정과 의견을 자유롭게 표출할 수 있어야 한다는 점에서 출발해 본다면, 표현의 자유의 가치와 중요성을 설파하는 가장 고전적인 설명은 그것을 사람들의 “인격적 자기 실현의 수단”으로 이해하는 것이다. 표현의 자유를 기본적 인권으로 보호하여야 할 정당성은 인간의 인격적 자기실현 욕구에 있다고 보는 것이다. 표현은 “인간이 생각을 발전시키고, 정신적으로 탐구하고, 스스로를 긍정하는데 필요한 내적 부분”으로서 인격권의 핵심을 이룬다.

표현의 자유는 무엇보다 공적 사안에 대한 정치적 담론 형성의 맥락에서 중요한 의미를 지니고 있다. 이에 주목하여 표현의 자유를 옹호하는 이론으로는 ‘사상의 자유시장(marketplace of ideas) 이론’, ‘주권자로서 국민의 자가지배(self-government) 이론’ 등이 발전되어 왔다.

우선 사상의 자유시장론은 진리는 사상의 자유로운 교환에 의해서 발견되는 것이라는 점을 강조한다. 국가권력이 옳고 그른 것을 판단하여 나쁜 사상으로부터 국민을 보호한다는 명분으로 특정한 사상이나 표현을 억압한다면 그 사회는 합리적인 판단을 내리지 못하게 된다는 것이다. 많은 경우에 무엇이 진리인가는 주어진 것이 아닐 뿐만 아니라, 일도양단 식으로 증명되지도 않는다. 정치공동체를 구성하는 시민들의 다양한 생각이 자유롭게 표현되고 토론되는 과정에서 설득과 합의에 의하여 우리는 진리에 ‘도달’할 수 있다. 표현의 내용에 대하여 일정한 잣대를 가지고 규제하는 것은 사상의 자유로운 교환을 왜곡시킬 수 있기 때문에 위험하다. 여기에서 표현의 자유에 대한 검열금지의 원칙이 도출될 수 있다. 사상의 자유시장론은 미국연방대법관 홀스(Holmes)의 다음과 같은 언급에서 잘 나타나

고 있다: “궁극적인 선은 사상의 자유로운 교환에 의하여 더욱 잘 달성된다. 즉 진실을 발견하는 최선의 시험은 어떤 사상이 스스로 힘으로 시장의 경쟁에서 살아남아 받아들여지는 힘이며, 진실이 사람들의 욕구를 안전하게 실현할 수 있는 유일한 근거이다.”<sup>1</sup>

‘주권자로서 국민의 자기지배’ 이론은 주권자인 국민이 정치적 의사결정의 주권을 온전하게 행사하기 위해서는 표현의 자유가 최대한 보호되어야 한다는 점을 강조한다. 권력의 정당성은 주권자인 국민의 동의로부터 나오며, 국민은 자신의 동의권을 행사하는 데 필요한 표현의 자유를 충분히 누려야 한다는 것이다. 이런 맥락에서 메이클존(Alexander Meiklejohn)은 유권자가 투표하기 전에 투표와 관련된 모든 사실과 이해관계를 알아야 한다는 현실적인 측면에서 표현의 자유를 옹호하였으며, 권력자가 정보를 은폐하고 비판을 억압하여 유권자들을 조종할 수 있다면 그것이 공익적 목적으로 이루어진다고 하더라도 이미 민주주의의 원리에 반한다고 말한다.

우리나라 헌법재판소도 그러한 맥락에서 표현의 자유의 중요성을 강조하고 있다. “민주정치에 있어서 정치활동은 사상, 의견의 자유로운 표현과 교환을 통하여 이루어지는 것이므로 언론·출판의 자유가 보장되지 않는 상황에서 민주주의는 시행될 수 없으며 표현의 자유가 보장되어 있지 않은 나라는 엄격한 의미에서 민주국가라 하기 어려운 것”<sup>2</sup>, “언론·출판의 자유는 민주체제에 있어서 불가결의 본질적 요소이다. 사회구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문”이라고 설명하면서<sup>3</sup> 헌법재판소는 “표현의 자유가 다른 기본권에 우선하는 헌법상의 지위를 가진다고 일컬어지는 것도 그것이 단순히 개인의 자유에 그치는 것이 아니고 통치권자를 비판함으로써 피치자가 스스로 지배기구에 참여한다고 하는 자치정체의 이념을 그 근간으로 하고 있기 때문”<sup>4</sup>이라고 판시하고 있다.

표현의 자유의 중요성을 설파하는 여러 가지 이론적인 설명에도 불구하고 표현의 자유가 왜 중요한가를 한마디로 표현하기란 쉽지 않다. 단순화의 위험을 무릅쓰다면, 표현의 자유의 가치는 민주주

의와의 연관 속에서 조명되어야 한다는 점을 강조할 필요가 있다. 표현의 자유의 의미는 시민들이 개개의 인격체로서 그리고 주권자로서 자유롭고 민주적인 의사소통을 가능케 하는 필수조건이다. 민주주의의 관점은 표현의 자유의 가치와 중요성을 이해하는데 있어서 다음의 몇 가지를 지시해 준다.

첫째, 의사소통 주체로서 시민성이다. 우리는 합리적인 의사소통과 시민적 연대를 통해 진리에 도달할 자유를 지녀야 한다. 무엇이 진리인가를 결정하고 그것을 정치공동체의 형성에 반영할 권리가 있다. 이는 단순히 ‘사상의 자유로운 교환’이 보장되어야 한다는 의미를 넘어선다. 의사표현의 주체로서 시민적 자율성은 개개인의 것이기도 하지만 상호적인 것이기도 하다. 그렇기 때문에 의사소통 주체로서 타인의 시민자격을 부정하는 표현은 정당화될 수 없다. 성소수자에 대한 차별적, 혐오적 발언은 그 대표적인 예가 된다. 표현의 자유가 무한정하지 않다는 것은 이러한 맥락에서 - 정확하게는 오직 이러한 맥락에서만 - 의미를 갖는다. 표현의 자유가 민주주의적 소통과 공동체 형성에 기여한다는 것은 시민들 상호간에 타인의 시민성을 인정하는 전체 위에서만 가능하기 때문이다.

둘째, 사상과 표현에 대한 국가권력의 후견적 개입과 통제는 단호하게 거부되어야 한다. 공동체의 삶의 다양성을 존중하는 가운데 시민들이 주체가 되어 공동체의 형성에 필요한 가치를 수렴하는 것은 민주주의적 공동체 형성의 필수조건이다. 표현의 자유에 대한 국가권력의 사전적 검열과 통제는 물론이고 어떠한 표현인가에 따라 사후적인 통제를 가하는 것도 정당화되지 않는다. 무엇이 현명한 의견인가, 우리가 어떠한 가치를 추구해야 하는가의 판단주체는 궁극적으로는 시민이어야 하기 때문이다.

셋째, 표현공간의 개방성과 다양성이 존중되고 보장되어야 한다. 표현의 자유는 개개인 시민의 자유권으로 보장되어야 하겠지만, 다른 한편으로 시민들이 표현의 자유를 향유할 수 있는 ‘공간’은 종종 권력적 비대칭성을 접철되어 있다. 무엇인가를 표현할 자유가 보장된다고 하더라도 표현할 공간에의 접근근성이 불평등하게 구조화되어 있거나 표현공간에 대한 국가권력의 통제가 만연해 있다면 표현의 자유는 결코 시민의 것으로 향유될 수 없다. 그런 의미에서 인터넷 등 표현 공간의 자율성과 개방성을 확보하는 것은 표현의 자유를 온전하게 보장하기 위해서 매우 중요하다. 현재 인터넷상의 표현에 대해서는 방송통신위원회, 방송통신심의위원회의 행정심의제도에 의해 광범위한 통제가 만연해 있으며 이명박 정부에서 인터넷상의 표현에 대한 행정적 규제는 그 강도가 더욱 거세지고 있음은 매우 심각한 문제로 인식되어야 한다. ‘거리’의 복원도 중요하다. ‘거리’는 시민들의 소통과 표현을 위한 공공의 공간이다. 그렇지만, 지금 우리가 직면한 현실에서 ‘거리’는 교통소통 내지 질서유지라는 명목으로 경찰 등 국가권력에 의해 점령된 상태에 있다. 집회·시위의 자유보다 자동차 교통의 이익을 우선시하는

1 Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919). 이 사건은 미국의 대러시아 전쟁 개입에 항의하여 징집거부와 총파업을 선동하는 전단지 배포한 행위에 대하여 전쟁방해행위를 처벌하는 간첩법(Espionage Act)을 적용할 수 있는가가 문제된 사안이었다. 홀스 대법관은 이 사건에서 사상의 자유시장이론을 전개하면서 전단지살포행위의 규제에 반대하는 의견을 낸 바 있다.  
2 현재 1992.11.12. 89헌마88.  
3 현재 1998.4.30. 95헌가16.  
4 현재 1991.9.16. 89헌마163.

식의 담론이 우리 사회에 횡행하고 있는 현실은 매우 우려스럽다. 다른 한편으로, 표현공간 중에서 방송의 경우에는 전파의 한정성이라는 제약 때문에 공공성의 원리에 입각해서 다양성을 존중하는 개입이 부분적으로 필요하다는 점을 지적하는 것도 중요하다.

## 2. 표현의 자유에 대한 억압 - 사례와 경향

사실 냉정하게 보면 표현의 자유를 억압하는 각종 법과 제도들은 도처에 산재해 있으며, 우리의 일상생활 곳곳에 스며들어 있다. 그렇기 때문에 표현의 자유에 대한 억압장치들임에도 불구하고 그것이 표현의 자유를 통제하는 맥락이 명확하게 인식되지 않은 채로 때로는 당연한 것처럼 인식되어 온 측면이 있으며,<sup>5</sup> 명예훼손죄와 모욕죄의 처벌규정이 대표적으로 그러하다. 때로는 '공공의 안녕질서를 보호한다는 명분'으로 표현의 자유에 대한 규제가 필요한 것이 아닌가 하는 인식이 우리 사회에 광범위하게 퍼져 있음도 부정할 수 없을 것 같다. 아이러니한 말이지만, 표현의 자유에 대한 억압의 장치들은 민주주의의 성장과 함께 그 적나라한 모습을 우리의 눈앞에 드러내게 마련이다. 흔히 이명박 정부에 들어 표현의 자유가 '위축'되었다고 말하고, 표현의 자유를 억압하는 국가권력의 '남용'을 우려하기도 한다. 표현의 자유에 대한 '위축'과 '통제권력의 남용'은 이명박 정부가 시민들에게 보여준 현실이다. 그렇지만, 이는 단순히 '위축' 내지 '남용'의 문제가 아니다. 최근 수년 사이에 적나라하게 펼쳐진 표현의 자유에 대한 억압 사례들은 오히려 표현의 자유에 대한 억압적 통제장치들을 근본적으로 개선하지 않는 한 표현의 자유가 결코 정치권력의 호의에 의존해서는 결코 달성될 수 없다는 점을 분명하게 일깨워주고 있다. 우리의 관심은 표현의 자유를 억압하는 통제장치들, 법제도들에 대한 근본적인 문제제기로 향해야 한다.

아래에서는 이명박 정부에 들어서서 표현의 자유에 대한 적나라한 통제와 억압의 대표적인 사례를 간략하게 거론해 본다.<sup>6</sup>

5 명예훼손죄와 모욕죄의 처벌규정이 대표적으로 그러하다.

6 자세한 것은 각 영역별 서술을 참조.

### 가. 명예훼손죄의 남용

MBC 'PD수첩' 명예훼손사건은 2008년 4월 29일 MBC PD수첩이 방영한 광우병 관련 프로그램에 대해 농림수산식품부 장관 등의 명예를 훼손하고 쇠고기수입업체의 업무를 방해하였다는 혐의로 PD수첩 담당 PD 4명과 작가 1명을 불구속기소한 사건이다. 이 사건의 재판은 결국 대법원까지 갔으나 무죄판결로 확정되었다. 이 사건은 정부 정책에 대한 언론의 비판적인 보도를 장관 개인에 대한 명예훼손으로 사건화한 것이라는 점에 특징이 있다.

이명박 정부에서 이와 유사하게 정부정책에 대한 시민들의 비판적인 문제제기와 주장에 대해 명예훼손이라는 형사적, 민사적 통제를 동원하는 예는 쉽게 찾아볼 수 있다. 박원순 변호사(현 서울시장)에 대한 국정원의 명예훼손 민사소송 사건도 그러했고, 최근 제주 강정마을의 해군기지 건설과 관련하여 "해적기지" 발언에 대해 해군 측이 명예훼손죄로 검찰에 고소한 사건 등이 대표적인 예가 된다.

이러한 사례들은 정부정책에 대한 비판과 표현을 '사적 주체로서 공직자 개인 혹은 국가기관의 명예 실추'의 문제로 교묘하게 변질시킴으로써 그러한 비판적인 표현과 주장에 대한 억압을 정당화하는 점이 특징이자 문제의 핵심이다. 정부정책에 대한 비판적인 표현을 명예훼손으로 규제하는 공익담론의 핵심적인 키워드는 '사회적 자본으로서 신뢰'이다. 대통령이나 국회의원, 장관 등 정부관료, 더 나아가서는 재벌회장 등에 이르기까지, PD수첩 사건이나 미네르바 사건의 경우를 보면(물론 미네르바 사건은 명예훼손사건은 아니다), 무분별한 언론보도나 시민들의 비판적인 표현이 국가 혹은 국가기관의 정책적 신뢰성의 상실을 야기하고 이것이 대한민국이라는 '브랜드'의 신인도를 떨어뜨릴 위험이 있다는 점이 검찰과 일부 언론이 주도하는 '공익담론'의 해석코드로 등장하고 있다. 요컨대, 정부 정책에 대한 비판은 정부의 대외적, 국제적 신뢰성에 타격을 줌으로써 엄청난 공익적 피해를 야기하는 행위이기 때문에 형사적으로 강력하게 규제되어야 한다는 논리가 작용하고 있다. 이를 통해 명예훼손에 관한 민·형사적 책임의 법제도가 표현의 자유를 억압하는 수단으로 거듭나고 있다.

### 나. 평화집회의 권리의 궤멸

이명박 정부에서 표현의 자유로서 가장 적나라한 탄압을 받은 영역은 아마도 집회 시위의 자유 영역일 것이다. 2008년 광우병쇠고기수입반대 촛불집회에 대하여 경찰과 검찰은 불법집회라는 이유로 집회를 금지하였음은 물론이고, 촛불집회가 잦아든 이후에서 광범위한 수사과 기소로 촛불집회 참가 시민들에 대한 통제를 가하고 있다. 광우병쇠고기 수입반대 촛불집회는 사회적 갈등과 가치충돌을 해

결하는 과정에서 시민들의 성숙한 민주주의 문화를 보여준 상징적 사건이었다. 인터넷을 통하여 전개된 시민들의 적극적이고 활발한 의사소통이 배경이 되었으며, 촛불집회는 시민들의 자발적 참여 속에 하나의 커다란 민주주의적 소통의 장을 형성하였다. 시민들이 주축이 되어 비폭력 평화집회를 주도하였다. 하지만 정부와 검찰은 '무관용 원칙'에 입각하여 단호하고 엄격한 처벌로 대응하였다. 촛불집회가 한창이던 2008년 5월 28일 검찰은 공안대책협의회를 개최하여 촛불집회에 대한 엄벌방침을 밝힌 이후 수사당국은 집회참가자들을 무차별적으로 연행하고 입건하였다. 촛불집회 참가자들에게는 대개 집시법 위반, 일반교통방해, (특수)공무집행방해(치사상) 등의 혐의가 적용되었으며, 2008년 12월에 이미 70명이 구속기소되었고 불구속기소된 시민도 100여명에 이를 정도였다. 무려 1,100여명의 참가시민들이 50만원 내지 400만원의 벌금으로 약식기소되었다.

2011년 부산 한진중공업의 정리해고에 맞선 김진숙 민주노총 지도위원의 크레인 농성은 우리 사회에 정리해고와 비정규직 문제를 커다란 사회적 이슈로 제기해 주었다. '희망의 버스'라는 이름 하에 수많은 시민들이 김진숙 지도위원의 문제제기와 농성에 자발적으로 연대하였다. 그러나 경찰은 희망버스의 모든 집회를 불허하였고, 차벽설치, 살수차 동원 등으로 평화집회에 대한 억압을 자행하였다. 희망의 버스 참가자들에 대한 무차별적인 소환과 형사처벌은 지금도 진행 중이다.

#### 다. 소비자운동으로서의 표현에 대한 탄압

네티즌의 조종동 광고불매운동에 대한 탄압으로 '언론소비자주권 국민캠페인'(이하 '언소주') 사건도 주목할 만하다. 1차 언소주 사건은 조선, 중앙, 동아 3개 신문이 촛불집회를 불순한 세력이 배후에 있는 불법폭력집회로 왜곡하고 편파보도하는 대한 시민들의 자발적인 저항운동으로 시작되었다. 시민들은 조종동에 광고를 게재하는 광고주 기업들에 대한 압박운동으로 항의전화걸기, 항의게시글쓰기 등으로 시민들의 의사를 표현하였다. 이에 대하여 2008년 6월 법무부 장관은 조종동 광고중단운동을 벌인 네티즌들을 법과 질서를 파괴하는 '죄질이 나쁜 범죄'로 규정짓고 엄중수사 지시한 바 있으며, 검찰은 2008년 8월 언소주 카페 개설자 등 2명을 구속기소하고, 11명을 불구속기소하였다. 이 사건의 재판은 제1심 및 항소심 판결에서 모두 유죄판결이 선고되었으며, 현재 대법원에 사건이 계류 중이다. 이후에 언소주측은 조종동에 광고를 게재한 기업에 대해 다른 언론사에도 동등한 수준의 광고를 게재하지 않을 경우에 '우선 기자회견을 통해 해당 기업에 대한 불매운동을 선언하고 이어 1인 시위 및 온·오프라인상의 불매운동을 벌이는 방식'으로 광고불매운동의 방식을 변경하였고 일차적으로 (주)광

동제약에 대해 위와 같은 방식의 불매운동을 선언하였으며, 이후 곧바로 광동제약 측과의 협의를 통하여 해당 기업이 조종동 외에 한겨레신문이나 경향신문 등에도 동등한 수준으로 광고를 게재하겠다는 약속을 받고 해당 기업에 대한 불매운동을 철회한 바 있다. 이에 대하여 검찰은 언소주 대표 김OO에게 공갈죄와 강요죄를 적용하여 기소하였다.

소비자운동은 헌법에 보장된 기본권(헌법 제24조)이기도 하지만, 동시에 그것은 기업과 사회를 향한 시민들의 표현의 자유로 보호되어야 하는 것이기도 하다. 그럼에도 1차 및 2차 언소주 사건에서 드러난 억압과 통제는 소비자운동의 권리가 표현의 자유로 보장되는 것이 아니라 철저하게 기업의 이익이라는 관점에서 통제되고 있음을 단적으로 보여주고 있다.

#### 라. 허위의 표현이라는 이유로 규제?

'미네르바' 허위통신죄 사건은 인터넷에서 경제분석가로 수많은 글을 써 온 '미네르바'(박OO)에 대하여 검찰이 「전기통신기본법」 제47조 제1항(허위통신죄)<sup>7</sup> 위반죄로 전격적으로 구속기소한 사건이다. 1,000여 편에 달하는 그의 글 중에서 검찰이 문제 삼은 것은 2008년 7월 30일과 12월 29일에 쓴 두 개의 글뿐이다. 특히 정부당국자가 외환매수의 자제를 '구두로' 요청하였다는 사실을 '공문으로 보냈다'고 기술한 것이 전기통신기본법상 허위통신죄의 '공익을 해할 목적'과 '허위'에 해당한다는 것이 검찰의 판단이었다. 2009.4.2. 제1심 재판부는 '미네르바'의 글이 '허위'에 해당한다는 점은 인정하였지만, 허위통신죄 규정은 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있으므로 '공익을 해할 목적'에 해당하는가의 판단은 엄격한 기준에 의해야 한다고 판시하면서 무죄를 선고하였으며, 2010.12.28. 허위통신죄에 대한 헌법재판소의 위헌결정으로 마무리되었지만, 이 사건은 정부정책에 대한 비판적인 의견과 표현에 대하여 '지엽적인 허위표현'을 빙자하여 형사처벌이라는 통제가 가해질 수 있음을 보여준 대표적인 사건이다.

#### 마. 인터넷상 표현에 대한 광범위한 통제

인터넷은 모든 시민들이 비교적 자유롭게 접속하여 자신의 의견을 손쉽게 표현하고 공유할 수 있는 공간이다. 오늘날 인터넷은 민주주의적 소통의 열린 공간으로 성장해 왔다. 그렇지만, 인터넷사상의 각종 표현에 대해서는 방송통신심의위원회의 행정심의회에 의한 통제가 광범위하게 행해지고 있다.

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

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) 등을 근거로 하여 행정기관인 방송통신심의위원회가 자의적으로 게시물 불법성을 판단하고 게시물의 삭제 등의 통제를 가하는 것이 일상이 되어버렸다. 방송통신심의위원회는 소위 '불법정보 근절' 내지 '통신윤리 함양'이라는 명분으로 인터넷에 올라온 글들을 감시한다. 자체 모니터링도 하지만, 정부기관으로부터 문제 되는 표현물에 대한 심의요청을 받기도 한다. 방송통신심의위원회는 음란, 권리침해, 폭력성, 사행성조장, 법질서위반 등의 사유로 해당 표현물을 게시한 포털사이트나 기관에 삭제를 요구할 권한이 있다. 인터넷표현물의 불법 여부에 대한 방통심의위의 판단은 거의 절대적이다. 모호하고 추상적인 법규정을 근거로 해서 마음만 먹으면 불법정보로 규제할 수 있다. 삭제요구는 법적인 강제성은 없지만, 정부기구인 방통심의위의 삭제요청을 거부하기란 쉽지 않다. 삭제요청의 수용률은 99.4%(2010년 12월까지의 통계)에 이른다.

몇 가지 사례를 보자. 2008년 7월 방통심의위는 소비자들이 작성한 불매운동 게시물이 '위법적인 2차 보이콧'이라며 삭제를 결정하였다. 광우병쇠고기 수입반대를 위한 촛불시위가 한창일 무렵, 소위 조종동 3개 신문사의 촛불시위 왜곡보도에 항의하고 불매운동을 하기 위하여 일반 시민들이 해당 신문에 광고를 게재한 기업들의 명단과 공개된 전화번호를 인터넷에 게시한 것이 삭제대상이었다. '위법적인 2차 보이콧'이라는 방통심의위의 논리는 법적으로 전혀 유효한 것이 아니었다. 2009년 4월 방통심의위는 환경운동가인 목사가 자신의 블로그에 현재 건설에 사용되고 있는 시멘트가 각종 폐기물을 원료로 하여 발암물질을 발생시킨다는 내용의 글을 게시한 것에 대해 한국시멘트협회의 삭제요청이 따라 삭제 결정을 하였다. 이 사건은 명예훼손의 고발도 있었지만 검찰에서 무혐의처분이 내려졌으며, 방통심의위의 삭제결정에 대해서 2010년 2월 서울행정법원은 이 게시물 삭제를 취소하라고 판결하였다(이 사건은 방통심의위가 항소하여 진행중이다). 2009년 6월에는 노동절 집회 참가 시민들을 향해 장봉을 휘두른 경찰의 모습을 담은 보도사진과 이름을 게재한 게시물에 대하여 '초상권' 침해라며 삭제 결정을 하였고, 천안함 사건이나 연평도 포격 사건에 대하여도 정부와 다른 견해를 표방한 게시물이나 대통령에 대한 욕설 게시물은 집중적인 삭제대상이 되었다.

## 바. 국가보안법의 부활

사상과 표현의 자유를 억압하는 악법으로서 국가보안법의 문제는 어제오늘의 일이 아니다. 유엔 자유권위원회, 국제앰네스티 등 국제인권기구들은 한결같이 국가보안법의 폐지를 권고해 왔으며, 2004

년에는 국회에서 국회의원 과반수의 서명으로 국가보안법 폐지법률안이 발의되기도 하였다. 그렇지만 이명박 정부에 들어 국가보안법은 사상과 표현의 자유에 대한 통제장치로서의 면모를 확실하게 보여 주고 있다. 대검찰청 자료에 따르면, 2008년에는 국가보안법 위반으로 46건이 입건되었지만 2009년 57건, 2010년 97건으로 급증하였으며 2011년에는 7월까지 41건이 입건되었다고 한다. 또한, 지난 3년간 입건되거나 기소된 국가보안법 사건의 내용을 보면, 제7조(찬양고무, 이적표현물 등)를 적용한 사건의 비율이 매우 높다는 특징을 보인다. 대검찰청 자료에 의하면, 2008년에는 찬양고무죄 사건이 33%(15건/46건)였지만, 2009년에는 40%(23건/57건), 2010년에는 64%(62건/97건)로 급증하더니, 2011년에는 7월까지 85%(35건/41건)의 사건이 제7조 사건이다.

특히 국가보안법 제7조 적용이 급증하였음을 주목해 보아야 한다. 제7조의 찬양·고무나 이적표현물죄는 시민들이 정치적 의견이나 사상을 말이나 글로 표현하는 것을 처벌대상으로 삼고 있다. 단도직입적으로 말하면, 북한의 정책이나 선전에 동조하는 글을 쓰면 찬양고무죄가 되고, 그러한 내용의 문건을 만들거나 소지하고 있으면 이적표현물죄에 해당하여 경찰이나 국정원 등 공안기관의 수사대상에 오르고 있는 것이 오늘의 현실이다. 물론 찬양고무나 이적표현물죄가 성립하려면 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'라는 주관적 요건을 충족해야 한다. 이 요건은 1990년 헌법재판소의 한정합헌 결정 이후에 제7조의 남용을 방지하기 위한다는 명분으로 추가된 것이다. 그런데 아래에서 보겠지만, 이 요건은 실제로는 국가보안법 제7조가 정치적 표현을 과도하게 규제하는 현실을 개선할 만한 '능력'을 갖고 있지 못하다. 뿐만 아니라 이 요건은 그 자체로 매우 모호하고 추상적이기도 하다. 그래서 수사기관의 입장에서는 북한의 주장에 동조하는 주장이나 표현이 있으면 일단 이 규정에 해당한다고 단정해 버리는 형태가 반복된다. 나중에 법원에서 무죄판결을 받기도 하지만 그것은 나중의 일이다. 표현의 자유에 대한 억압과 위축, 그리고 수사권력의 남용은 이렇게 시작되며, 바로 그래서 위험한 것이다.

2012.1.11. 국가보안법 제7조 위반혐의로 구속<sup>8</sup>된 박정근 씨의 사례는 국가보안법 남용의 극치를 보여준 사건이다. 자신의 트위터 계정을 이용하여 북한의 인터넷매체인 '우리민족끼리(www.uriminzokkiri.com)'의 트위터 계정 '@uriminzok'이 게재한 글을 받아 이를 리트윗하여 팔로워들에게 전송하였다는 것이 주된 혐의이다. 북한체제를 비난하거나 조롱하는 풍자적인 글, 패러디 표현에 대해서도 검찰은

8 현재는 보석으로 석방되어 재판을 받고 있다.

무차별적으로 국가보안법의 잣대를 들이대었다. 이 사건이 우리에게 던져주는 경고의 메시지는 북한의 주장이나 정책을 표현하는 사람은 사상검증, 그것도 매카시즘적 사상검증을 받아야 하는 암울한 사상통제의 현실의 문제이다.

### 3. 표현의 자유에 대한 억압과 통제의 맥락적 이해

표현의 자유에 대한 통제와 억압은 새삼스러운 일은 아니다. 군사독재정부 시절에 표현의 자유에 대한 억압은 지금보다 더하면 더했지 결코 덜한 것은 아니었다. 중요한 것은 현재의 정치·경제적 국면에서 표현의 자유에 대한 위축과 통제의 현실을 우리가 어떻게 이해해야 하는가에 있다. 종합적이고 거시적인 분석에는 많은 어려움이 있지만, 최소한 다음과 같은 맥락적인 분석은 가능할 것이다.

최근에 들면서, 특히 이명박 정부하에서 표현의 자유에 대한 억압이 더욱 노골화되고 있는 배경에는 분명 사회적, 계급적 갈등의 격화라는 정치·경제적 맥락이 작용하고 있다. 신자유주의 경제정책은 자본 이윤창출의 유연성을 제고하기 위하여 노동시장을 재편하였으며, 이러한 정책은 기업 안에서, 기업 내 부서 안에서 그리고 노동시장 전반에 걸쳐 모든 노동주체들을 임금관계의 개별화를 통한 경쟁관계에 예속시키는 방식으로 개인의 개별화 내지 파편화 전략을 구사한다. 신자유주의 질서에서 국가 권력과 자본의 횡포에 대하여 시민들의 저항적 의사표현의 분출은 격렬해질 수밖에 없고 지배권력의 억압은 더욱 폭력적인 양상으로 전개되고 있다.

이런 배경에서 시민의 저항적 표현과 주장, 행동의 분출을 통제하는 담론은 소위 '법질서 정책(law and order policy)'과 무관용주의로 나타나고 있다. '법질서 정책'이란 자본의 이익을 극대화하기 위한 재분배정책으로 인해 초래되는 사회적 불안정과 시민의 저항이 사회질서의 붕괴로 나타나지 않도록 사회적 위험을 관리하는 도구로서 '법치'를 강조하는 정책을 일컫는다.<sup>9</sup> 이명박 정부는 출범 초기부터 이미 소위 '법질서 정책'을 매우 강력하게 표방한 바 있다.<sup>10</sup> 특히 검찰은 2008년 5월 27일 대검찰청

9 김한균, "법질서정치(Law and Order Politics)와 형사사법의 왜곡", 『민주법학』제37호, 2008.9, 314-316면.

10 이명박 대통령은 2007.12.31, 대통령 당선인 취임사에서 "대한민국 선진화의 시작을 법과 질서를 지키는 것에서 시작"하자고 역설하였으며, 법무부는 2008년 업무계획에서 "법질서 바로 생기 캠페인"을 적극적으로 펼치겠다고 공언한 바 있다.

공안부 주재로 열린 「미국산 쇠고기 수입반대 불법집단행동 관련 유관기관협의회」에서 "명백한 불법·폭력집회에 대해서는 ① 무관용 ② 무폭력 ③ 무질서 추방의 3무 원칙"을 관철하겠다고 하면서, "폭력·불법 집회·시위의 주동자 및 배후사범에 대해 끝까지 추적, 처벌함으로써, 불법행위의 반복 악순환 근절"의 방침을 밝힌 바 있다.<sup>11</sup> 여기에서 '법치'의 의미가 교묘하게 왜곡되고 있다. 법치주의란 본래 시민의 자유와 인권을 보장해야 할 국가의 의무(기본권보장의무)를 근거로 하여 시민사회가 국가권력을 통제하는 원리로 정립된 것임에도 오늘날 소위 법질서 이데올로기 하에서 법치는 공익을 위해 시민이 감수해야 할 의무를 강조하는 이데올로기가 되어 버렸다. 법치는 표현의 자유를 보장하기 위한 원리가 아니라 공익을 근거로 해서 시민의 저항적 표현과 활동을 규제하는 원리로 변질된 것이다.

공공성 및 공익이라는 담론은 시민의 표현의 자유에 대한 억압을 정당화하는 키워드이다. 그런데 공익이라는 개념이 교묘하게 왜곡되고 변질되는 현상을 주목할 필요가 있다. 예를 들어, 파업에 대한 엄격한 규제라든가 연소주 사건에서 나타난 것처럼 소비자운동에 대한 규제의 경우 어김없이 다음과 같은 담론이 횡행하고 있음을 목격하게 된다. 즉, 그러한 행위는 기업의 경제적 손실을 야기하고 시민의 불편을 초래하며 궁극에는 국가의 경쟁력 감퇴를 가져올 수 있고 그 피해는 결국 시민에게 되돌아온다는 논리이다. 정부정책에 대한 비판적인 집회·시위의 경우에도 '도심교통의 마비 → 시민들의 불편과 경제적 손실 초래'의 논리가 작용하고 있으며, PD수첩사건, 미네르바 사건 등 비판적인 표현의 경우에도 '무분별한 언론보도나 인터넷상의 표현행위는 국가의 정책적 신뢰성의 상실 야기 → 대한민국이라는 브랜드의 신인도를 떨어뜨릴 위험'이라는 담론이 등장한다.

이러한 담론은 '공공성' 내지 '공익'의 변질과 왜곡을 동반한다. 집회·시위의 공간은 민주주의적 표현과 의사소통의 공간이 아니라, 단지 자동차로 상징되는 자본의 원활한 유통과 그것을 후원하는 사회질서의 안정성을 저해한다는 차원에서 '범죄시' 되고 있다. 공익은 곧 '국가의 신자유주의적 경쟁력 증대'라는 논리가 지배하고 있으며, 공적인 것은 사적 주체들의 경제적 이익의 극대화라는 관념이 지배하고 있다. 이런 담론이 우리 사회의 이데올로기로 횡행하는 현실에서 대규모 사업장의 파업이나 도로에서의 집회·시위는 공익에 피해를 주는 것으로 표상되게 마련이다. 시민의 연대와 민주주의를 위한 기초로서 보장되어야 할 표현의 자유는 자본과 자본을 보증하는 국가질서의 안정이라는 담론 앞에서 무력하게 분쇄되고 파괴되고 있다.

11 대검찰청, 「최근 불법집단행동 관련 유관기관협의회 개최」(2008.5.28.).

그러므로 오늘날 우리가 표현의 자유에 대한 억압을 말하고 표현의 자유를 보장하라고 외쳐야 하는 것은 국가권력과 자본의 폭력에 대한 시민의 민주주의적 연대성을 복원하는 거대한 작업의 시작이다.

#### 4. 표현의 자유의 보장원칙 - 규제의 한계

흔히 표현의 자유가 중요하다고 하면서도 그것이 무제한적인 것은 아니고 일정한 경우에 제한될 수 있다는 점을 거론한다. 표현의 자유도 헌법상 법률유보의 원칙과 과잉금지의 원칙 하에서 필요한 최소한도에서는 제한될 수 있다는 것이다. 문제는 그와 같은 기본권 제한의 논리가 표현의 자유의 특성과 인권법적 의미를 망각한 채로 적용되고 있다는 점에 있다. 두 가지를 중요하게 거론할 필요가 있다.

##### 가. 명백하고 현존하는 위협의 원칙

‘명백하고 현존하는 위협의 원칙’은 오늘날 표현의 자유에 대한 규제가 가능하더라도 위협의 ‘명백’ ‘현존’ 하에서 매우 엄격한 요건하에서만 규제가 정당화될 수 있음을 나타내는 원칙이다. 어떤 표현이 실질적 해악을 가져올 것이 명백하고 그 위협이 현존하는 경우에 비로소 표현의 자유에 대한 제한이 허용될 수 있다는 원칙을 일컬어 ‘명백하고 현존하는 위협의 원칙’이라고 부른다.

이 원칙을 이해하기 위해서는 ‘표현’과 ‘행동’의 분리를 분명히 하는 것이 중요하다. 어떤 정치적, 문화적 표현도 - 극히 예외적으로 타인의 인격적 주체성을 부정하는 표현의 경우를 제외하고는 - 그 자체로는 결코 해악적이지 않다. 표현은 일정한 가치의 표현이고 그 표현에 담긴 가치에 대한 선호의 차이는 있을 수 있겠지만, 가치의 표현은 그 자체로 해악적이지 않다. 표현이 실질적인 해악으로 연결되는 것은 오로지 행동을 매개로 할 때에만 가능하다. 그러므로 표현에 대한 규제는 그것이 실질적인 해악(적 행동)을 발생시킬 명백하고 급박한 위협이 존재하는 경우에만 비로소 정당화될 수 있다.

그러나 우리의 법은 “명백하고 현존하는 위협의 원칙”을 모른다! 예를 들어, 국가보안법은 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 요건을 규정하고 있는데, 헌법재판소와 대법원은 이 요건을 “자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성”이라고 해석하고 있다. 이러한 법해석과 적용에서는 ‘명백성’의 요건은 반영되어 있다고 할지 몰라도, ‘현존하

는 위험’이라는 요건은 전혀 고려되지 않는다. 그러니까 사법당국은 북한의 정책에 동조하는 표현이나 주장에 대하여 그 표현된 내용을 가지고 자유민주적 기본질서에 해악을 끼친다는 식으로 국가보안법의 규제를 정당화하고 있다. 또 다른 예로, 집시법 제5조는 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위”를 ‘절대적 금지’로 규정하고 있는데, 여기에도 ‘현존하는 위협’이라는 기준은 전혀 반영되어 있지 않다.

‘위험의 현존성’이라는 규제원리는 일정한 표현이 그 자체로는 해악적이지 않다는 점에서 출발하여 어떠한 표현에 대한 규제는 그러한 표현이 타인의 법익이나 공익에 대한 실질적인 해악적 행동으로 표출될 수 있는 급박한 상황에서만 정당화될 수 있음을 의미하는 것이다. 뒤집어 말하면, 우리의 법 적용 현실에서 ‘위험의 현존성’ 요건이 무시되고 있다는 것은 표현에 담긴 가치와 표현내용을 가지고 표현의 자유에 대한 규제가 광범위하게 이루어지고 있음을 보여주는 것이다.

또 한가지, ‘명백한 위협’ 요건조차도 표현의 자유에 대한 규제의 현실 속에서 무력화되고 있다. 정부 정책에 대한 비판적인 표현과 주장은 언제나 ‘공익에 대한 위협’으로 간주된다. 앞서 언급한 공익 개념의 변질을 감안하면 정부나 지배권력에 대한 비판적인 저항적 표현이 ‘공익에 대한 위협을 야기하는 행위’로 얼마나 쉽게 간주될 수 있는지를 가늠하기란 그리 어렵지 않다.

##### 나. 위축효과와 금지

위축효과(chilling effect)란 합법적인 표현임에도 불구하고 외부적 통제에 순응하여 그러한 행위를 회피하게 되는 현상을 지칭한다. 표현의 자유에 대한 규제가 광범위할수록, 자의적이고 모호한 규제가 횡행할수록 위축효과는 더욱 커진다. 특히 표현의 자유와 관련해서 위축효과가 문제 되는 것은 위축효과가 시민들의 자기검열을 일상화하는 식으로 작동하기 때문이다.

표현의 자유에 대한 규제는 그 하나하나만 놓고 보면 심각한 침해라는 인식을 하지 못하는 경우가 많다. 그렇지만 저강도의 규제라 하더라도 그러한 억압과 규제가 광범위하고 은밀하게 축적되는 한, 표현의 자유에 대한 사회 전체적인 통제의 강도는 결코 미약한 수준이 아니다. 특히 인터넷 등 온라인 공간에 대한 국가권력의 사찰과 통제는 위축효과와 자기검열의 메커니즘을 통해 시민성을 특정한 방향으로 유도하는 이데올로기 효과를 창출한다. 규제되어야 할 표현을 자주 하는 시민은 어느샌가 시민으로서의 자격을 의심받게 되기 때문이다. 이것은 일반 시민들에게 엄청난 이데올로기적 교육효과를 발휘한다. 그러므로 위축효과와 금지는 단지 시민들이 무엇인가를 말하는데 주저하게 만들어서는

안 된다는 소극적인 원칙을 말하는 것이 아니다. 위축효과는 곧 표현의 내용에 대해 권력적 통제를 가함으로써 특정한 이념이나 가치를 중심으로 시민성을 편 가르기 하는 권력작용이며, 결국에는 편협한 시민성이 의사소통 공간을 점령하게 만드는 교육적 이데올로기 장치로 기능하기 때문이다. 이것이 시민의 연대와 민주주의를 파괴하게 될 것임은 자명하다.

## 5. 무엇이 중요하고 무엇을 해야 하는가

인권시민사회 진영에서 구성한 “표현의 자유를 위한 연대”는 우리 사회에서 표현의 자유가 침해되고 억압되는 지점들을 드러내 보여주면서 표현의 자유를 제대로 보장하기 위한 개선방안을 제안하고 사회적 공론화를 하기 위한 목적에서 이 정책제안서를 발간하게 되었다. 이명박 정부에 들어 표현의 자유가 심각하게 후퇴하고 있다는 진단은 국제적으로는 물론 우리 사회 내부적으로도 공감되어지고 있다. 이런 상황에서 이 정책보고서는 표현의 자유를 억압하는 여러 가지 법제도와 관행을 비판적으로 분석함으로써 진정한 시민적 자유로서 표현의 자유를 복원하고자 하는 사회운동을 제안한다.

표현의 자유 침해에 대한 우리 사회의 경각심은 표현의 자유가 침해되는 정치·경제적 맥락과 표현의 자유에 대한 규제를 교묘하게 정당화하는 법제도 및 그 기저에 있는 법담론을 비판적으로 해체함으로써만 근원에 다가갈 수 있다. 아래에서는 표현의 자유의 다양한 영역별로 표현의 자유에 대한 침해의 현실과 개선방안을 심도있게 분석할 것이다. 여기에서는 몇 가지 총론적인 원칙을 정리해 본다.

첫째, 표현의 내용에 대한 규제의 철폐이다. 표현의 내용, 특히 정치적 담론과 표현의 경우 그 주장내용이나 사상은 그 자체로 ‘해악적’이지 않다는 점을 분명히 해야 한다. 무엇보다 정부정책에 대한 비판, 권력에 대한 비판과 감시의 표현은 그 자체로 철저히 보호되어야 한다. 표현의 자유에 대한 규제는 오직 표현이 특정의 행동을 매개로 하여 공공의 안전이나 질서에 대한 직접적인 위협을 현실로 초래하는 경우로 한정되어야 한다. 표현의 내용에 대한 사전검열은 물론이고 표현 내용을 이유로 한 모든 사후적인 통제도 명백하고 현존하는 위협의 원칙에 의하지 않는 한 정당화될 수 없다.

둘째, 표현공간의 민주주의적 공공성의 복원이다. 표현이 이루어지는 공간의 민주주의적 성격과 시민의 자율성이 존중되어야 한다. 인터넷, 도로 등 표현공간의 ‘민주주의적 공공성’을 확보하는 과제

가 매우 중요하다. 인터넷 행정심의제도를 비롯하여 표현공간에 대한 국가적 개입과 통제는 폐지되어야 한다.

일각에서는 표현의 자유에 대한 각종 규제의 철폐가 사회의 무질서를 낳게 될 것을 우려하는 목소리가 분명히 존재한다. 그러한 우려를 이해못할 바는 아니지만, 그러한 우려 자체가 표현의 자유를 억압해 온 우리의 역사와 현실 속에서 만들어진 위축효과와 자기검열의 산물이라는 점을 인식하는 것도 중요하다. 표현의 자유에 대한 규제의 철폐는 표현의 자유를 시민의 진정한 인권으로 돌려놓는 시작점이다. 표현의 자유는 시민적 연대성과 민주주의를 확장하고자 하는 시민사회의 역동성이 동반되면서 만개할 수 있을 것이며, 표현의 자유와 민주주의는 그렇게 선순환의 구조로 들어설 수 있다.

그 시작은 표현의 자유를 옥죄는 각종 규제장치들을 해체하는 것이며, 우리는 표현의 자유를 억압하는 규제의 철폐를 “표현의 자유”의 이름으로 외쳐야만 한다.



# 공포와 억압을 넘어 표현의 자유를 향한 걸음

‘국가의 안전과 기능을 보호한다’는 것은 국가권력에 대한 국민의 비판을 막는 데 사용되어 온 명분 중 가장 오랜 역사를 가진 것이다. 정부에 대한 비판적 주장이나 의견을 국가보안법이나 형법상 명예훼손죄 또는 모욕죄를 적용하는 것 역시 이러한 맥락에서 오랫동안 정당화되어 왔다. 즉, 국가보안법은 국가의 안전을, 형법상 명예훼손죄와 모욕죄는 국가와 국가기관에 대한 신뢰를 보호하여 그 기능을 지킨다고 주장해왔다. 그러나 국가보안법과 형법상 명예훼손죄, 모욕죄는 국가의 안전과 기능을 보호하는 수준을 넘어서 권력과 권력자에 대한 비판을 봉쇄하기 위해 사용되고 있다. 미국의 철학 교수이며 교육행정가였던 알렉산더 메이클존(Alexander Meiklejohn, 1872-1960)은 ‘권력자가 정보를 은폐하고 비판을 억압하여 유권자들을 조종(manipulate)할 수 있다면 그것이 공익적인 목적으로 이루어진다고 하더라도 이미 민주주의의 이상에 어긋난다고 하였다. 국가의 안전과 기능을 보호한다는 이유로 비판을 억압하여 국민을 조정할 수 있다면 이는 이미 민주주의가 아니다. 국가의 안전과 기능을 보호한다고 이야기되어 온 국가보안법, 형법상 명예훼손죄와 모욕죄가 공포와 억압으로 작용하고 있는지에 대한 비판적 고찰이 필요하다.

# 국가보안법

## I. 문제제기

국가보안법은 남북 분단 이후 '국가의 안보'라는 미명하에 국민의 표현의 자유, 사상·양심의 자유를 억압하고, '국가안보'가 아닌 '정권안보'를 위한 법으로 자리 잡으며 인권을 침해하고 민주주의를 훼손해온 대표적인 악법이다.

국가보안법은 표현의 자유, 양심의 자유, 언론출판의 자유, 학문예술의 자유를 침해하고, 평화통일을 추구하는 헌법에 위배되는 위헌적인 법률일 뿐만 아니라, 유엔 인권기구가 세계인권선언과 국제인권조약에 부합하지 않는다는 이유로 이미 십 수 년 전부터 그 폐지를 권고해온 법률이기도 하다.

수십 년간 인간의 의식을 지배하는 냉전체제의 산물이자 강력한 이데올로기로 군림해 왔던 국가보안법에 대해서는 끊임없는 문제 제기가 이루어져 왔고 일정한 정치적, 사회적 변화에 의해 2004년 국회에 국가보안법 폐지 법률안이 상정되기도 했다. 또한, 민주주의의 진전에 따라 국가보안법의 남용은 억제되었고, 국가보안법이 북한관련 문제에만 제한적으로 적용되는 경향을 보여주기도 했다. 그러나 이명박 정부가 들어선 2008년 이후 국가보안법 사건 수는 눈에 띄게 증가하고 있다. 시대가 거꾸로 가고 있고, 인권의 시계도 거꾸로 흐르고 있다. 국가보안법은 부활하였다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

#### 세계인권선언 제19조

모든 사람은 의견과 표현의 자유에 관한 권리를 가진다. 이 권리는 간섭받지 않고 의견을 가질 자유와 모든 매체를 통하여 국경에 관계없이 정보와 사상을 추구하고, 접수하고, 전달하는 자유를 포함한다.

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.
  - (a) 타인의 권리 또는 신용의 존중
  - (b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

국제인권규범 중 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조의 의견과 표현의 자유 및 그 제한과 관련하여, 유엔 자유권위원회(Human Rights Committee)가 채택한 일반논평 34<sup>1)</sup>는 다음과 같은 해석을 하고 있다.

1 Human Rights Committee, General Comment No. 34. Article 19: Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 2011.7.21. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>>.

의견의 자유와 표현의 자유는 어느 사회에서나 필수적이다. 이는 모든 자유롭고 민주적인 사회를 위한 초석이 된다. 표현의 자유를 통해 의견의 교환과 발전이 이루어지며, 이 두 자유는 밀접하게 연관된다(2문단).

어떤 의견을 가지거나 가지지 못하도록 강제하는 어떠한 형태의 시도도 금지된다. 자신의 의견을 표현하는 자유는 필연적으로 자신의 의견을 표현하지 않을 자유를 포함한다(10문단).

제2항에서는 모든 형태의 표현과 그 전파 수단을 보호한다. 이러한 형태에는 말, 글, 수화, 이미지나 예술작품 같은 비언어적인 표현이 포함된다. 표현의 수단에는 책, 신문, 팸플릿, 포스터, 현수막, 옷, 법률서류가 포함된다. 여기에는 모든 형태의 시청각 방식과 전자적 혹은 인터넷 기반 표현 방식이 포함된다(12문단).

제3항에서는 표현의 자유권을 행사할 때 특별한 의무와 책임이 따른다고 명시적으로 말하고 있다. 이에 따라 이 권리에 대한 제한이 허용되는 영역 중의 하나가 국가안보와 관련될 수 있는 영역이다. 그러나, 당사국이 표현의 자유 행사에 제한을 가할 때, 이러한 제한이 권리 그 자체를 위협에 빠뜨려서는 안된다. 권리와 제한 사이, 그리고 규범과 예외 사이의 관계가 뒤바뀌어서는 안된다는 점을 상기한다. 또 규약 제5조 제1항에서, “이 규약의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 규약에서 인정되는 권리 및 자유를 파괴하거나 또는 이 규약에서 규정된 제한의 범위를 넘어 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 관여하거나 또는 그러한 행위를 할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다”고 한 것을 상기해야 한다(21문단).

제3항에서는 구체적인 조건들을 기술하고 있는데, 이러한 조건하에서만 제한이 가해질 수 있다. 즉, 이 제한은 “법률에 의하여 규정”되어야 하고, 제3항의 세부항목 (a)와 (b)에 기술된 사유 중 하나에 해당되는 경우에만 행해져야 하고, 필요성과 비례성에 대한 엄격한 심사를 만족하여야 한다. 오직 정해진 목적을 위해서만 제한이 적용되어야 하고, 제한을 해야 할 근거가 되는 그 특정 요구에 직접 관련되어 있어야 한다(22문단).

당사국은 표현의 자유권을 행사하는 사람들을 침묵하게 하려는 목적을 가진 공격들로부터 보호를 제공하는 효과적인 조치를 마련해야 한다. 제3항이 다당제 민주주의나, 민주주의적 원칙, 인권에 대한 옹호에 재갈을 물리기 위한 정당화로서 사용되어서

는 결코 안된다. 더구나, 의견이나 표현의 자유를 행사하였다는 이유로 자의적 체포, 고문, 생명에의 위협과 살해와 같은 형태 등으로 개인을 공격하는 것은, 어떠한 상황에서도 제19조와 부합하지 않는다(23문단).

제3항에서 의미하는 “법”이라고 특징지어지는 규범은, 충분히 정확하게 만들어져서 개인이 그에 따라 행동을 조절하는 것이 가능해야 하고, 또 대중이 접근할 수 있게 마련되어야 한다. 법이 법을 집행하는 책임자에게 표현의 자유를 제한할 수 있는 무제한의 재량을 부여해서는 안된다. 법을 집행하는 책임자들이 어떤 종류의 표현은 적절히 제한될 수 있고 어떤 종류는 그렇지 않은지를 확인할 수 있도록 법에서 충분한 지침이 제공되어야 한다(25문단).

제19조 제2항에 열거된 권리들을 제한하는 법들은 규약의 제19조 제3항의 엄격한 요구사항을 준수해야 할 뿐만 아니라, 그 자체로 이 규약의 규정, 목적, 목표와 부합하여야 한다. 법은 규약의 차별금지조항을 위반하지 않아야 한다(26문단).

표현의 자유에 대한 어떠한 제한에서도, 그 제한의 법적 근거를 제시해야 할 책임은 당사국에게 있다. 만일 위원회가 특정 당사국에 대해 특정 제한이 법률에 의한 것인지를 검토해야 하는 경우, 당사국은 해당 법과 그 법의 범위 안에 속하는 행위들에 대하여 상세하게 제시해야 한다(27문단).

당사국은 반역법과 국가 안보와 관련있는 유사한 조항들이, 공무비밀법이나 선동방지법 기타 어떤 다른 방식으로 표현되든 간에, 제3항의 엄격한 요구사항에 합치되는 방식으로 작성되고 적용되도록 극도의 주의를 기울여야 한다. 예를 들어, 이러한 법을 적용하려는 목적이 국가 안보를 해치지 않는 정당한 공익에 대한 정보를 억압하거나 이러한 정보를 일반 대중으로부터 차단하는 것이라면, 또는 그러한 정보를 퍼뜨렸다는 이유로 언론인, 연구자, 환경활동가, 인권활동가, 기타의 사람들을 기소하려는데 있다면, 이는 제3항에 부합하지 않는다. 또한 그러한 법의 항목에 상업 부문, 은행, 과학적 진보 관련 정보와 같은 부류의 정보를 포함하는 것도 일반적으로 적절하지 않다. 한 사건에서 위원회는, 전국적 파업을 소집하는 등 노동쟁의를 지지하는 성명서 발표를 제한한 것이 국가안보라는 사유로 허용될 수 없다고 판단하였다(30문단).

당사국이 표현의 자유를 제한할 정당한 사유를 적용할 때에는, 반드시 그 위협의 정

확한 성질과 취해지는 특정한 조치의 필요성과 비례성을 구체적이고 개별화된 방식으로 제시해야 하며, 특히 그 표현과 위협 사이의 직접적이고 즉각적인 관계를 제시해야 한다(35문단).

어떤 주어진 상황에서 표현의 자유를 제한할 필요가 있는 정황이 있었는지의 여부에 대한 평가는, 위원회가 말도록 했다. 이런 측면에서 위원회는 이 자유의 범위가 어떤 “판단 여지(margin of appreciation)”를 참조함으로써 평가되어서는 안 되며, 위원회가 이 기능을 수행하기 위해서는, 제3항에 나열된 사유 중 어떤 위협 때문에 주어진 사건에서 표현의 자유가 제한되었는지에 대하여 당사국이 그 위협의 정확한 성질을 구체적으로 제시하여야 한다는 점을 상기한다(36문단).

정부에 대해, 또는 정부가 채택한 정치사회체제에 대해 비판적이라는 이유만으로 어떤 언론매체, 출판인 또는 언론인을 처벌하는 것은 결코 표현의 자유에 대한 필요한 제한이라고 볼 수 없다(42문단).

정부에 대해, 또는 정부가 채택한 정치사회체제에 대해 비판적일 수 있다는 이유만으로 어떤 사이트나 정보배급체계가 자료를 발간하지 못하게 금하는 것 역시 제3항에 부합하지 않는다(43문단).

한편 ‘국가안보와 표현의 자유 및 정보접근에 관한 요하네스버그 원칙’은 “국가안보를 이유로 하는 표현과 정보의 자유에 대한 어떠한 규제도 정부가 그 규제가 실정법에 명문화되어 있고 민주사회에서 정당한 국가안보이익을 보호하기 위해 필요하다는 점을 제시하지 못하는 한 과해질 수 없다. 규제의 유효성에 대한 입증책임은 정부에 있다”고 밝히고 있다.<sup>3</sup>

위와 같은 국제인권규범과 일반논평에 비추어볼 때, 국가보안법은 세계인권선언과 국제인권규약, 요하네스버그 원칙 등에 위배된다.

2 Article 19, “The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information”, 1995.10.1. <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/joburgprinciples.pdf>,> 요하네스버그 원칙은 1995년 10월 1일, ARTICLE 190 | Mabula 소재 Witwaterand대학 법학연구센터의 협조 아래 결성된 국제법, 국가안보 및 인권에 관한 전문가그룹에 의해 채택되었다.  
3 원칙 1 (d).

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

유엔 자유권위원회 등 국제인권기구들은 한국의 국가보안법이 사상의 자유와 표현의 자유를 침해한다며 지속적인 우려를 표명하고 국가보안법의 폐지를 권고해 왔다. 유엔 자유권위원회는 1992년 9월 한국정부에 대해 국가보안법의 점진적 폐지를 권고했다(CCPR/C/79/Add.6, 1992.9.25.), 1995년 6월 한국을 직접 방문해 표현의 자유 보장 상태를 조사했던 아비드 후사인 유엔 표현의 자유 특별보고관은 한국정부가 형법만으로도 충분히 국가안보를 저해하는 행위에 대처할 수 있다면서, 국제인권규약에 따라 국가보안법을 폐지하고 국가안보를 위한 다른 합법적 수단을 마련하라고 요구했다(E/CN.4/1996/39/Add.1, 1995.11.21.). 자유권위원회는 1999년 한국정부 인권보고서에 대한 최종견해(CCPR/C/79/Add.114, 1999.11.1.)를 통하여 다시 한번 국가보안법의 단계적 폐지를 권고하였다.

특이한 점은 경제적·사회적·문화적 권리위원회(Committee on Economic, Social, and Cultural Rights)에서도 최종견해(E/C.12/1/Add.59, 2001.5.21.)를 통하여, 국가보안법이 경제적·사회적·문화적 권리의 향유에 계속해서 부정적인 영향을 끼치는 ‘요새 심리(fortress mentality)’의 만연을 강제하고 있다고 비판하고, 지식인과 예술인의 활동을 제약한다고 강한 우려를 표명하고 있다는 것이다. 이는 국가보안법이 단순히 시민적·정치적 권리뿐만 아니라 경제적·사회적·문화적 권리에도 매우 부정적인 영향을 미치고 있음을 국제사회가 인정한 것이라고 볼 수 있다.

2006년 자유권위원회(Human Rights Committee)의 최종견해(CCPR/C/KOR/CO/3/CRP1, 2006.10.31.)에서는 국가보안법 제7조의 적용을 지속하고 있는 데 대해 우려를 표명하였고, 2008년 UPR 한국정부 보고서(A/HRC/8/40, 2008.5.29.)에서 국가보안법을 단계적으로 또는 즉각 폐지할 것을 계속해서 권고했다.

2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관 프랑크 라 루의 대한민국 보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)

4 2008.5.7. 마이클 S. 클러세스키 주재네바 미국대표부 참사관은 제네바 유엔 유럽본부에서 한국을 대상으로 실시된 유엔 인권이사회 ‘보편적 정례 인권 검토(UPR) 회의에서 국보법 개정을 권고, 클러세스키 참사관은 “개인들을 자의적으로 체포·구금·위협하는데 국보법 안법의 모호한 정의가 남용 또는 활용되지 않도록 하기 위해 한국 정부는 어떤 정책이 있느냐”, “한국 정부는 국보법이 한국 내에서 표현의 자유를 제한하지 못하도록 보장하기 위해 국보법을 개정할 계획을 가지고 있느냐”면서 “한국이 국가보안법의 남용적인 해석을 방지하기 위해 개정할 것을 권고한다”고 말했다.  
5 Frank La Rue, Mission to the Republic of Korea, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 2011.3.21, A/HRC/17/27/Add.2, <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/17session/reports.htm>>.

에는 특히 국가보안법 제7조가 표현의 자유를 광범위하게 침해하고 있음을 분명하게 지적하고 있다.

**자유권위원회 최종견해 1차(CCPR/C/79/Add.6, 1992.9.25.)**

6. 위원회의 주된 우려는 국가보안법의 지속적 작동과 관련되어 있다. 한국이 인정하는 특수한 상황이 국가의 공공질서에 일정한 함의를 갖지만, 그러한 영향이 과장되어서는 안 된다. 위원회는 통상적인 법률과 특히 구체적으로 적용가능한 형사법률들이 국가안보에 대한 범죄를 다루기에 충분하다고 믿는다. 나아가, 국가보안법이 제기하는 일정한 쟁점들은 다소 모호한 용어들로 정의되어 있어서, 국가안보에 진정으로 위협하지 않을 수 있는 행위들을 제재하는 결과를 낳을 수도 있는 광범위한 해석과 규약에 의해 정당화되지 않는 대응들을 허용하게 된다.
9. 지난 수년간에 걸쳐 당사국에서 이루어진 인권존중과 관련한 긍정적 발전을 고려하면서, 위원회는 당사국이 그 입법을 규약의 규정들과 보다 부합하도록 하려는 노력을 강화할 것을 권고한다. 그 목적을 위하여, 위원회가 규약에 체화된 권리들의 완전한 실현에 주요한 장애가 된다고 보는 국가보안법을 단계적으로 폐지하기(phase out) 위하여, 그리고 동시에 일정한 기본적 권리들을 훼손하지 않도록 하기 위하여 진지한 노력이 취해져야 한다.

**아비드 후사인 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서 (E/CN.4/1996/39/Add.1, 1995.11.21.)**

12. 특별보고관은 특정인의 의사표현의 자유의 권리의 행사와 대한민국 국가보안법의 보호와 관련하여 제기되어 왔던 수많은 논쟁들에 대하여 보고를 받았다.
13. 특별보고관은 국가보안법 제7조 1항이 반국가단체의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조한 자에 대하여 7년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다는 점을 언급하였다.
14. 보도에 따르면, 특별보고관이 방문한 시기에 수백 명의 사람들이 체포의 위기에 있거나 이미 체포되었고, 국가보안법, 그중에서도 특히 7조에 의해 기소되거나 유죄 판결을 받

았다. 국가보안법을 보호한다는 명목으로 피고인들의 표현의 자유가 제한되었던 많은 소송들이 특별보고관의 관심을 끌었다. 이 소송들은 다음과 같은 이유에 의한 유죄 판결을 포함하고 있다: 대한민국 당국의 사전 승인 없이 북한을 방문한 경우, 북한의 공무원이나 시민과 접촉하거나 대화를 하고 이 사람들에게 일반적인 성격에 대한 정보를 넘겨준 경우, 일반적으로 사회주의적인 시각을 표현한 경우, 북한과 관련하여 정부의 정책을 비판한 경우.

15. 특별보고관은 국제인권법 하에서 표현의 자유는 국가 안보를 위협하는 가장 심각한 경우에만 제한될 수 있다고 언급하였다. 그는 이와 같은 관점에서 그가 인권이사회에 제출했던 2번째 보고서 중 48번째부터 51번째 단락까지의 내용을 언급하였다.
16. 특별보고관은 오직 매우 예외적인 경우에 한해서만 개인의 표현의 자유의 행사가 국가 안보를 직접적으로 위협할 수 있다고 하였다. 이러한 위협이란 적어도 그 사람이 직접적으로 국가의 안보를 위협할 수 있을 만한 행동, 특히 폭력의 사용을 선전하거나 선동하는 등의 행위를 야기할 능력과 의도가 있었음이 입증된 경우이다. 그 어떤 경우에도 국가의 안보를 위협하게 할지도 모른다거나 할 수도 있다는 근거만으로 표현의 자유를 행사하는 것을 처벌할 수는 없다. 앞으로 어떠한 결과가 따를 것인지, 어쩌서 표현의 자유를 행사하는 것이 국가의 안보를 직접적으로 위협하는 것인지를 입증해야 할 책임은 국가에게 있다.
17. 특별보고관은 국가보안법을 적용함에 있어서 주요 개념의 범위와 의미가 명확성을 결여하고 있다는 것에 주시하였다. “반국가단체의 행위를 찬양·고무·선전”한다는 표현과 “반국가단체를 이롭게 하는(=이적, 利敵) 자료”라는 표현이 이에 포함된다. 그는 법정에서 국가보안법을 해석함에 있어서, 공공연하게 이용이 가능한 일반적·학문적인 성격의 자료를 소유한 것이나, 국가정책 등의 공적인 사안에 대한 생각, 신념이나 의견을 표현한 것이 유죄로 간주될 수 있다는 점에 대해 우려를 표했다. 그리고 그는 공공연하게 통용되고 있는 자료나 의견이, 제대로 규명되지도 않은 어떤 방법으로 반국가 단체를 이롭게 할 수도 있다는 가정 하에 제재를 받고 있다는 것에 대해 매우 유감스

롭게 생각하였다. 그는 또한 국가보안법과 관련된 소송에서 적용되는 증거규칙이, 기소된 혐의에 대한 피고인의 의도와 명백한 인식에 대한 입증을 요구하지 않는다는 점(국가보안법 제7조<sup>6</sup> 에는 실제로 “적을 이롭게 하는”이라고 명기되어 있다) 역시 우려 섞인 목소리로 언급하였다. 특별보고관은 공공연히 통용되는 자료를 소유하기만 했던 사람들을 포함하여, 그들의 행동이 적을 이롭게 할 것이라는 것을 알고 있었다는 가정에 유죄판결을 받았던 사람들에게 대해 주목하였다.

19. 또한 특별보고관은 국가안전기획부가 국가 안보와 관련된 사건을 조사할 때 갖는 재량의 범위가 넓다는 점에 우려를 표시하였고, 그 자의적인 행사에 대해 걱정하였다. 특별보고관은 국가안전기획부가 국가 안보의 수호와 국가안전기획부에 위임된 권한 행사에 관한 입장에 관하여 정보와 설명을 얻기 위하여 국가안전기획부의 임원을 만나고자 하였으나, 유감스럽게도 그런 기회는 제공되지 않았다. 그러나 특별보고관은, 국가안전기획부의 관리들이 국가보안법 하에서 범죄로 여겨지는 진술을 이유로 체포·기소되거나 유죄판결을 받은 사람들에게 압력을 가할 수 있는 지위에 있음이 명백하다는 점을 알았다.<sup>7</sup>
21. 앞서 언급했었던 고려사항들을 기초로 하여, 특별보고관은 한국 국가보안법의 용어와 그 이행이, 세계인권선언 19조와 1990년에 대한민국도 당사국이 된 시민적·정치적 권리에 대한 국제규약 19조 등 적용가능한 국제인권법에 명시된 의사표현에 대한 자유를 제대로 보호해 주지 못하고 있다고 결론을 내릴 수밖에 없었다.
46. (a) 대한민국의 정부가 국가보안법을 폐지하고 국가안보를 보호하기 위해 세계인권선언과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에 합치하는 다른 수단을 고려할 것을 강력히 권장한다.<sup>8</sup>

6 보고서에는 제4조라고 되어 있으나 제7조의 오기로 보인다.

7 Unfortunately, the Special Rapporteur was not provided with the opportunity to meet officials of the Agency to seek information and clarification on its position with regard to the protection of national security and its application of the powers entrusted to it. The Special Rapporteur learned, however, that officers of the Agency for National Security Planning are apparently in a position to put pressure on persons who are arrested, charged or convicted for statements considered criminal under the National Security Law.

8 The Government of the Republic of Korea is strongly encouraged to repeal the National Security Law and to consider other means, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, to protect its national security.

### 자유권위원회 최종견해 2차(CCPR/C/79/Add.114, 1999.11.1.)

8. (한국정부의) 1차 보고서를 검토한 이후, 위원회는 국가보안법의 존재와 그것이 지속적으로 적용되고 있는 것에 대해 재차 심각한 우려를 표명해 왔다. 당사국에 따르면, 국가보안법은 분단상황이 야기하는 법적인 문제를 다루기 위해 사용된다. 그러나 위원회는 국가보안법이 또한 구금, 조사 그리고 실체법상의 책임(substantive liability)에 관한 특별법규를 마련하는데 이용된다는 점을 유감스럽게 생각한다(역자주: 일반적인 경우보다 긴 구금일수, 지나치게 높은 형량을 부과하는데 사용되고 있는 점에 대한 유감을 표명하는 부분). 이는 규약 제9조, 제18조, 그리고 제19조 등 다양한 조항들에 반하는 것이다. 위원회는 정부의 1차 보고서를 검토한 이후 권고한 사항, 즉 당사국이 국가보안법을 단계적으로 폐지해 나가야 함을 다시금 권고한다.
9. 위원회는 국가보안법 7조 하에서 “반국가단체”를 고무하는 것으로 간주되는 행위의 범위가 불합리하게 광범위하다고 생각한다. 선택의정서에 따라 개인적 통보로서 위원회에 보내진 사례들과 7조 하에서 기소된 내용에 대한 정보들을 검토해본 결과, 표현의 자유에 대한 제약이 규약의 19조 세 번째 문장의 요건을 충족시키지 못하고 있음이 분명하다. 왜냐하면 그것들은 국가안보를 위해 필요한 정도를 넘어서기 때문이다. 규약은 단지 사상의 표현이 적성단체(enemy entity)의 주장과 일치하거나 그 실체에 대해 동조하는 것으로 여겨진다는 이유만으로, 사상의 자유를 제약하는 것을 허용하지 않는다. 위원회는 검찰의 내부 지침(역자주: 국보법을 엄격하게 해석 적용하라는 행정지침)이 규약과 합치하지 않는 국보법 7조의 남용을 억제하는 적절한 방법이 아님을 강조하고자 한다. 당사국은 규약에 부합하도록 7조를 긴급히 개정해야 한다.
15. 위원회는 ‘사상전향제’를 폐지한 것을 환영하지만 그것이 ‘준법서약제’로 대체된 것에 대해 유감으로 생각한다. 위원회에 제공된 정보에 따르면, 어떤 재소자가 준법서약을 하도록 요구받고 있는지, 무엇이 서약의 결과이고 법적 효력인지가 불분명한 채로 남아있다. 위원회는 (준법)서약 요구가 차별적으로, 특히 국가보안법 위반 사범들에게만 적용되고 있으며, 이는 사실상 규약에 합치되지 않는 법을 따르겠다는 서약을 사람들에게

요구하는 것이라는 점에 대해 우려한다. 일부 재소자들에게 석방의 조건으로 부과되는 '준법서약제'는 폐지되어야 한다.

**경제적 사회적 문화적 권리위원회 최종견해 2차(E/C.12/1/Add.59, 2001.5.21.)**

9. 위원회는 국가보안법을 통해 강제되고 있는 '요새 심리(fortress mentality)'의 만연이 경제적·사회적·문화적 권리의 향유에 계속적으로 부정적인 영향을 끼치고 있다는 점에 주목한다. 또한, 높은 수준의 방위비 지출에 반해 경제적·사회적·문화적 권리의 핵심분야들에 대한 예산은 감소하고 있는 불균형적 현실에 주목한다.

32. 위원회는 국가보안법이 지식인과 예술인의 활동을 제약하는데 사용되고 있는 점을 우려한다. 국가보안법 하에서, 작품이 검열, 몰수 혹은 파괴될 뿐 아니라 지식인과 예술인들 자신이 형사 기소의 대상이 되고 있다.

**자유권위원회 최종견해 3차(CCPR/C/KOR/CO/3/CRP.1, 2006.10.31.)**

18. 위원회는 국가보안법 개정을 위한 최근의 시도들과 국가안보를 이유로 국가보안법이 존속될 필요가 있다는 주장에 대하여는 동의(consensus)가 없다는 점에 주목한다. 그러나 위원회는 특히 국가보안법 제7조에 따른 기소가 계속되고 있다는 점에 우려한다. 이 조항에 따라, 표현의 자유를 제한하는 것은 규약 제19조 제3항의 요건을 충족하지 못한다. (제19조)

당사국은 국가보안법 제7조와 이로 인해 부과된 형벌이 규약의 요건에 일치하도록 보장하는 것을 긴급한 사안으로 삼아야만 한다.

**2008년 UPR 한국정부 보고서(A/HRC/8/40, 2008.5.29.)**

4. 국가보안법의 폐지를 위한 구체적인 조치를 취할 것(북한).

24. 국가보안법이 형법의 명확성에 관한 국제기준에 부합하도록 해야 할 것(영국).

33. 법률에 의한 해석의 남용을 방지하도록 국가보안법을 개정할 것(미국).

**프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)**

66. 그러나, 특별보고관은 자유권위원회가 대한민국 국가보안법, 특히 국가의 존립과 안전 혹은 민주적 기본질서를 위태롭게 할 수 있다는 사실을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양, 고무, 선전 또는 이에 동조한 자는 7년 이하의 징역에 처한다는 동 법 제7조와 관련하여 여러 차례 우려를 표방하였다는 점에 주목한다.

71. 국가보안법 제7조의 모호함과 공익 관련 논의와 의견교환을 방해하는 그것의 효과를 고려하여, 위에서 언급한 여러 기구에서 언급한 바와 같이, 특별보고관은 정부가 이 조항을 폐지할 것을 권고한다.

**권고**

97. 국가안보가 표현의 자유에 관한 권리를 제한할 수 있는 정당한 목적에 속하기는 하지만, 특별보고관은 국가보안법 제7조가 모호하고 공익 관련 사안에 대한 정당한 논의를 금하며, 오랜 기간 인권을, 특히 의사와 표현의 자유에 관한 권리를 심각하게 침해한 역사가 있기 때문에 이 조항을 폐지할 것을 대한민국 정부에게 권고한다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 국가보안법의 부활

위에서 살펴본 바와 같이 국가보안법 폐지에 대한 국제적인 압력은 이미 20여 년 전부터 계속됐고, 한국에서는 2004년 국회의원 150명이 서명한 국가보안법 폐지법률안이 발의되었다. 같은 해 8월 국가인권위원회는 국가보안법이 오랜 기간 표현의 자유에 관한 권리 침해에 포함하는 인권을 심각하게 침해하였고 국가안보와 연관된 형사법과 타법 조항들이 한국의 안보 우려를 나타내는데 충분한 기반을 제공한다는 사실을 고려하여 국가보안법의 폐지를 권고했다.<sup>9</sup>

그리고 같은 해 9월 한국의 대표적 형사법 관련 학회인 한국형사법학회, 한국형사정책학회, 한국비교형사법학회에서 국가보안법 폐지를 촉구하는 공식 입장을 밝히기도 했다.<sup>10</sup>

그 이후 국가보안법 위반자수는 감소해 왔으나 2008년 이명박 정권 출범 이후 국가보안법 위반 사건 수가 늘어나고 있어 그 적용이 확장되고 있음을 보여주고 있다.

#### 2. 양적 증가

지난 2008년 40건을 기록한 이래 국가보안법 입건자 수는 매년 증가하였다. 2009년 70건, 2010년 151건을 기록하였으며, 2011년 10월 현재 114건의 입건자 수를 기록하고 있는 것으로 나타났다.

사이버 공간상에서 친북 활동을 하다 사법처벌 된 사례는 2010년 82건으로 집계되어 3년 전인 2007년의 5건보다 16배 수준으로 급증했다. 국가보안법 위반으로 접속 차단 조치된 사이트의 수는 2008년 2건이었지만 2009년 10건, 2010년 51건으로 늘었으며 2011년에는 대폭 증가해 7월까지 139건으로 증가했다. 2011년 방송통신심의위원회가 국가보안법 위반 내용으로 심의한 온라인 정보는 872건

9 국가인권위원회, "국가보안법 폐지권고", 2004.8.23. [http://www.humanrights.go.kr/03\\_sub/body02\\_2\\_v.jsp?m\\_link\\_url=03\\_sub/body02\\_2\\_v.jsp&m\\_id1=27&m\\_id2=378&m\\_id3=390&m\\_id4=561&id=441](http://www.humanrights.go.kr/03_sub/body02_2_v.jsp?m_link_url=03_sub/body02_2_v.jsp&m_id1=27&m_id2=378&m_id3=390&m_id4=561&id=441).

10 형사법학계의 국가보안법 폐지론의 자세한 논거는 허일태, "국가보안법 폐지의 정당위성", 형사정책 제16권 제1호, 2004, 237면 이하; 한인섭, "국가보안법 폐지론", 한법학연구 제10권 제4호, 2004, 123면 이하 참조.

〈연도별 국가보안법 위반 검거·기소·구속자수 및 비율〉

구분	'05	'06	'07	'08	'09	'10
검거자 수	33	35	39	40	70	151
기소자 수 비율(%)	32	33	36	37	33	60
	97	94	92	93	47	40
구속자 수 비율(%)	12	8	12	11	15	21
	36	23	31	28	21	14

자료: 민주노동당 이정희의원 자료실, 경찰청 제출자료

이었으며 이 중 1건을 제외한 871건에 대해 시정요구 결정이 내려졌다. 99.9%의 인용률이다.<sup>11</sup>

#### 3. 인터넷상 표현에 대한 광범위한 사찰과 규제 - 국가보안법 7조의 부활

대검찰청 자료에 의하면, 2008년에는 국가보안법 사건 중 찬양고무죄 사건이 33%(15건/46건)였지만, 2009년에는 40%(23건/57건), 2010년에는 64%(62건/97건)로 급증하더니, 2011년에는 7월까지 85%(35건/41건)<sup>12</sup>가 국가보안법 제7조 사건이다. 이 중 대부분은 온라인상에 친북적 내용을 게재하거나 퍼나른 행위가 문제가 된 경우였다. '사이버민족방위사령부(이하 '사방사') 사건이 대표적인 예이다. 경찰은 사방사 사이트에 글을 올린 70여 명의 네티즌들을 무더기로 수사하고 있다. 거기에 게재된 글들이 어찌하여 대한민국의 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 것인지에 대해서는 아무런 입증도 없는 상태에서 경찰 등 공간기관들은 글의 내용이 북한의 주장과 동일하다는 이유만으로 그러한 표현물을 규제하고 수사하고 있다. 2010년에 경찰이 친북게시글이라는 이유로 인터넷상의 해당 사이트에 삭제요청을 하거나 방송통신심의위원회에 삭제요청을 한 건수는 무려 8만 449건에 달한다. 2011년 10월까지의 삭제요청 건수도 6만 7269건에 이른다. 2008년에 1,793건의 삭제요청이 있었던 것에 비하

11 이광철, "2011 국가보안법 발생 양상과 특징", 국가보안법 토론회(민주사회를위한변호사모임·표현의자유연대·이정희의원실, 2011.12.), 이하 이광철 언급은 모두 이 보고서 참고.

12 한겨레신문, 2011.11.28자.



면 엄청난 사이버 사찰이 자행되고 있는 셈이다.<sup>13</sup> 최근 북한사이트의 글을 리트윗했다는 혐의로 SNS 사용자 박정근 씨는 국가보안법 위반으로 구속기소되었다. 박정근 씨는 SNS를 통해 농담 삼아 “김정 일 장군 만세”라고 게재한 것에 대해 조사받았고,<sup>14</sup> 2012년 1월 11일 구속되었다.<sup>15</sup> 이른바 ‘막걸리 보안 법’의 부활이다. 미국의 언론 NPR은 보도를 통해 현재 한국에서의 국가보안법 탄압상황을 ‘신공안탄 압’이라며 ‘낡은 법’으로 매카시즘을 일으키고 있다고 표현하였다.<sup>16</sup>

국가보안법 제7조는 헌법재판소의 한정합헌결정<sup>17</sup>에 따라 그 남용을 억제하고자 1991년 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 문구를 삽입하는 것으로 개정된 바 있다. 그러나 이명박 정부 들어서 그 의미는 완전히 무너지고 있으며, 헌법적 기본권인 표현의 자유와 사상·양심의 자유를 변함없이 침해하고 있음을 확인할 수 있다.

국가안보와 표현의 자유 및 정보접근에 관한 요하네스버그 원칙은 <원칙 2: 정당한 국가안보이익>에서 “특히 국가안보를 이유로 정당화하려는 규제는 그 순수한 의도와 명시적 효과가, 예컨대 정치적 위기나 부정에 대한 폭로로부터 정부를 두둔하려거나 특정한 이데올로기를 옹호하려거나, 국가 공공기관의 기능에 대한 정보를 은폐하려거나, 노동운동을 탄압하는 것과 같이 국가안보와 무관한 이익을 보장하기 위한 것일 경우에는 정당화되지 아니한다”고 밝힌 바 있다. 마찬가지로 어떤 주장의 내용이나 그 사람의 행동에서 드러난 의견이나 사상이 그 자체로 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 반하지 않음에도 불구하고 단지 그 주장이나 의견이 북한 등 반국가단체가 주장하는 것과 같은 내용이라 하여 이적단체나 이적표현물로 단죄하는 것은, 드러나지 않은 내면의 사상을 자의적으로 추단하고 단죄하는 것에 다름 아니다.<sup>18</sup>

13 이호중, “국가보안법과 표현의 자유”, 국가보안법 토론회, 2011.12.

14 한겨레신문, 2011.9.22자.

15 오마이뉴스, 2012.1.12자, [http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/view/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0001682987](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001682987).

16 NPR 라디오방송, 2011.12.1, <http://www.npr.org>.

17 헌법재판소는 이미 구 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판에서 “국가보안법 제7조 제1항이 국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호에 관계없는 경우까지 확대적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 있다는 것은 분명히 헌법 제37조 제2항을 어겨 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유와 헌법 제22조 제1항의 학문·예술의 자유를 침해할 개연성 나아가 그와 같은 자유의 전제가 되는 헌법 제19조의 양심의 자유의 침해가능성을 남기는 것이다”라는 전제 하에 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한하는 것”이 합헌적 해석이라고 밝힌 바 있다. 헌재 1990.4.2, 89헌가113 결정.

18 이호중, 앞의 글 12쪽.

## 4. 제어할 수 없는 남용

이명박 정권이 들어서 이후 수많은 국가보안법 탄압사례를 보면 무차별적인 공안탄압의 수단으로 국가보안법이 남용되고 있음을 확인할 수 있다.

공안당국의 국가보안법 수사형태를 보면, 수사할 때는 조직사건으로 거창하게 포장해 놓고는 정작 이적표현물죄 정도로만 기소하는 경우도 있고 재판 과정에서 공안당국의 기소 내용이 무죄가 되는 경우도 허다하다. 국가보안법 적용의 용두사미라고 해야 할 정도이다. ‘자본주의연구회’(2011년) 사건의 예를 보면 공안당국은 대학생들의 학술연구단체를 이적단체라고 하여 처음에는 이적단체 구성혐의로 압수수색영장 및 체포영장을 발부받았지만, 정작 이적단체 구성혐의에 대해서는 계속 수사 중이라고 발뺌하면서 이적표현물죄로만 기소하였다. 한국진보연대 사건(2008년)의 예를 보면 검찰은 한국진보연대에 대해 이적단체 구성 혐의를 염두에 두고 한국진보연대 활동가 10여 명에 체포영장을 신청하였지만, 재판부는 이를 받아들이지 않고 3인에 대해서만 영장을 발부하였으며 검찰 또한 기소 시 이적단체 구성에 대해서는 언급조차 하지 않았다. 재판 결과(항소심까지) 검찰 기소 내용의 핵심이었던 잠입탈출, 회합통신의 죄의 부분에 모두 무죄가 선고되었다. 청학연대 사건의 경우(2011년)에는 한번 기각된 구속영장을 6개월이 지난 후 다시 청구하여 성원 2인을 구속했지만, 1심 재판부가 직권으로 보석을 결정하여 현재 불구속 재판 중이다. 범민련 사건의 경우에는 국가정보원이 통신비밀보호법을 악용하여 2년 8개월 동안 감청한 것으로 밝혀졌다.<sup>19</sup> 기무사의 민간인 사찰 사건도 발생하였다. 2011년 기무사 간부 2명이 국가보안법 전력이 있는 조선대 K 교수의 이메일을 해킹한 사실이 드러났다.<sup>20</sup>

왕재산 사건(2011년)의 경우는 무차별 공안탄압의 대표적 사례이다. 2011년 8월 국정원은 인천지역에 거주하는 김00 등 5명을 반국가단체 구성 혐의로 구속기소하였다. 소위 ‘왕재산’ 사건이다. 이들에게 적용된 주된 혐의는 북한의 지령에 따라 인천지역을 혁명의 전략적 거점으로 삼아 왕재산이라는 지하혁명조직을 결성하여 인천의 방송국 등 주요시설 및 군부대를 장악할 계획을 세웠다는 것이다. 겨우 5명 정도가 군부대 폭파와 같은 폭력혁명을 위해 반국가단체를 결성했다는 것은 상식적으로나

19 국정원과 검찰이 통신비밀보호법에 ‘통신제한조치의 기간을 2월을 초과하지 못하고 허가의 요건이 존속하는 경우에 한하여 2월의 범위 안에서 통신제한조치 기간의 연장을 청구할 수 있다’고 되어 있는 부분을 악용하여 2년 8개월 동안 감청하였으나 재판부는 통신비밀보호법의 일부조항이 헌법이 정한 영장주의를 편법적으로 회피하는 것이고, 사생활에 대한 과도한 침해로 기본권을 심각히 위해하는 위헌성이 있다고 판단. 통신비밀보호법 위헌제청을 결정하였고 헌법재판소는 헌법불합치 결정을 선고했다. 헌재 2010.12.28, 2009헌가30 결정.

20 2011.8.29.과 9.1. 서울 송파에서 조선대 K 교수의 인명정보 파일을 해킹했고, 9.2.에는 광주의 한 피사방에서 K 교수의 논문 파일을 빼냄.

법리적으로나 도무지 납득하기 어렵다. 그럼에도 국가정보원은 120명 이상의 시민에 대하여 강압적인 소환조사를 자행하고 있다. 참고인조사를 한다고 집요하게 전화하고 문자메시지를 보내는가 하면 집 근처에 있다면 만나자고 하기도 하고 조사에 불응하면 강제구인하겠다고 협박하기도 한다. 국정원은 이미 1년여 전부터 이 사건에 대한 수사를 진행한 것으로 보이지만 일단 5명을 반국가단체구성 혐의로 기소해 놓고, 인제 와서 하부조직을 밝혀낸다는 이유로 저인망수사를 통해 무차별적인 소환조사와 협박수사를 하고 있다. 왜곡된 언론보도, 국정원의 무리한 수사, 검찰의 무분별한 압수수색에도 불구하고 왕재산 사건의 1심 재판 결과(2012.2.) 반국가단체 혐의에 대해 무죄가 판결되었다.

## 5. 남북관계의 악화와 국가보안법 탄압

이명박 정부시기 남북관계의 악화는 필연적으로 국가보안법의 남용을 불러오고 있다.<sup>21</sup> 지난 정부시기의 합법적 방북이 이명박 정부가 되니 불법이 되었는데 김은혜 씨 사건을 비롯하여 한국진보연대 사건, 범민련 사건, 실천연대 사건 등이 그 예이다. 이들 사건은 모두 지난 정부시기 방북해서 했던 활동에 대해 정권이 바뀐 후 간첩혐의로 수사한 사건이다.

국가보안법 사건에 대한 공안당국의 대대적인 수사는 악화된 남북관계를 기반으로 북한에 대한 적대감을 고조시키면서 특히 선거 국면에서 악용되고 있다. 실제로 서울시장 보궐선거운동기간 중이던 2011년 10월 21일 차명진 한나라당 의원은 “종북조종사, 종북변호사, 종북공무원이 도처에 널려있다. 이제 종북시장까지 허할 건가”라고 박원순 야권단일 후보에 대해 색깔공세를 펼쳤다.<sup>22</sup> 홍준표 당 대표 역시 ‘북한도 박원순을 서울시장으로 만들기 위해 매체를 통해 찬양하고 있지 않느냐’, ‘북한과 박원순은 말 안 해도 통해’라는 등의 발언으로 색깔공세에 가세했다.<sup>23</sup>

국가보안법 적용은 악화된 남북관계를 빌미로 하여 오늘의 적법이 내일의 위법으로 규정되면서 법 적용의 예측 가능성, 형평성을 침해함으로써 법치주의의 근간을 흔들고 있으며, 검찰총장이 나서서

21 이광철, 앞의 글.  
22 경향신문, 2011.10.21자.  
23 프레시안, 2011.10.25자.

종북좌파척결을 언급<sup>24</sup>하는 등 매카시즘으로 활용되어 선거기간 특정세력에 유리한 환경을 조성하는데 일조하면서 민주주의를 훼손하고 있다. 국가보안법이 국가안보를 지키는 법인지 정권안보 또는 특정세력을 지지하는 법인지에 대한 의구심이 들 수밖에 없다.

## 6. 북한을 반국가단체라고 보는 점의 문제점

이른바 ‘북한 지령’에 따라 학생운동권 동향을 파악해 북한에 넘기는 등 간첩활동을 한 혐의로 기소된 한총련 조국통일위원회 전 간부 김은혜 씨에게 서울중앙지법은 2011년 10월 14일 징역 3년 6월과 자격정지 3년을 선고하고 법정구속하였다. 김은혜 씨는 지난 정부 시기 통일부의 승인을 받고 합법적으로 북한을 방문했다. 김씨가 북한 측에 제공했다는 국가기밀은 학생회 선거 결과였다. 시간이 지나 합법이 불법이 된 것도 문제이지만, 학생회 선거 결과(인터넷을 통해 정보를 알 수 있다)가 국가기밀이 되어 구속하고 19개월 된 딸과 헤어지게 하였다라는 것은 국가보안법의 반인권성을 여실히 보여주었다. 1997년 대법원 전원합의체 판결<sup>25</sup>은 ‘공지사실은 국가기밀이 아니다’라는 취지의 판결을 통해 국가기밀과 관련하여 한정적으로 해석해야 한다고 한 바 있으나, 최고법원의 판결마저도 이명박 정부하의 국가보안법 남용을 제어하지 못하는 공염불이 되어버렸다. 상하이스캔들(2011년)로 떠들썩했던 당시 외교관이 유출했다는 정보는 이명박 선거 캠프 연락처였다고 한다. 두 사건 모두 당사자들은 정보가 누구나 쉽게 구할 수 있는 것이라 국가기밀이라고 할 수 없다고 주장했다. 학생회선거결과와 이명박선거캠프 연락처 어느 것이 더 국가기밀이라고 보이는가? 결국, 문제는 그 대상이 북한이었는지 중국이었던지의 차이였다. 즉 국가보안법이 헌법 위에 존재할 수밖에 없는 근본적인 근거는 북한의 반국가단체성에 있다. 국가보안법은 북한=반국가단체로 보고 있다. 이는 대한민국 헌법 조항에 반하고 남북교류 협력에 관한 법률과 충돌하는 공식이지만 대법원은 북한이 주체사상화와 공산주의 사회의 건설을 목적으로 한 적화통일노선을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있다는 이유로 반국가단

24 연합뉴스, 2011.8.12자.  
25 대법원 1997.7.16. 선고 97도985 전원합의체 판결. 이 판결은 국가보안법 상 국가기밀 수집, 전달은 헌법이 보장하는 국민의 알권리를 침해하지 않는 범위 안에서 한정적으로 해석해야 한다고 했다.

체로서의 성격을 지니고 있다고 일관되게 판시해 오고 있다.<sup>26</sup> 대법원이 인정하고 있는 이중성격론(남북교류협력법을 적용하여 북한을 교류협력의 동반자로 볼 때와 북한을 반국가단체로 보아 국가보안법을 적용할 때의 이중성)에 의해, 똑같은 사건이라도 처벌받을 때가 있고 처벌받지 않을 때가 있다.<sup>27</sup>

2010년 9월 조선노동당은 대표자회의에서 1980년 당규약 서문을 수정하였다. 수정된 당규약의 내용을 보면 “조선노동당의 당면 목적은 공화국 북반부에서 사회주의 강성대국을 건설하며, 전국적 범위에서 민족해방과 민주주의 혁명과업을 수행하는 데 있으며 최종목적은 온 사회를 주체사상화와 인민대중의 자주성을 완전히 실현하는 데 있다”이다. ‘사회주의 완전한 승리’는 ‘사회주의 강성대국 건설’로, ‘인민민주주의혁명 과업’은 ‘민주주의혁명 과업’으로, ‘공산주의 사회 건설’은 ‘인민 대중의 자주성 실현’으로 바뀐 것이다. 사법부가 그토록 문제 삼던 부분이 북한의 당규약 수정에서 나타났지만, 여전히 국가보안법 판결은 변함이 없다. 이러한 변화에 대해 “그들 내부에 뚜렷한 민주적 변화도 보이지 않고 있다”며 반국가단체성을 고수하고 있다. 판결에서 말하는 ‘북한의 민주적 변화’라는 것은 결국 북측 정권의 붕괴 또는 자본주의적 개혁, 개방 등을 의미한다고 볼 수밖에 없는데 이는 북한이 어떻게 바뀌든 상관없이 무조건 적대, 대결해야 한다는 것이나 다름없다. 이는 1972년의 “7·4 남북공동성명”과 1991년의 “남북기본합의서”, 그리고 2000년의 “6·15 남북공동선언”과 2007년의 “남북 10·4 선언” 등 남북의 각종 합의에 모두 반하는 것이며 조국의 평화적 통일이라는 헌법정신에 위배된다. 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자라는 인식하에 남북한체제가 공존하면서 평화적으로 통일할 수 있는 방안을 찾아야 하며 통일의 상대로 인정하는 정치가 확립되기 위해 남북이 서로 적대시하는 법제가 상호 동시에 청산될 수 있도록 노력해야 한다. 국가보안법 폐지는 그 시작이다.

26 대법원 2008.4.17. 선고 2003도758 전원합의체 판결.

27 이 문제를 가장 잘 보여주는 것이 임수경과 박철언의 예이다. 1989년 평양에서 개최된 세계청년학생축전에는 당시 전대협 대표인 임수경과 정부의 비밀특사인 박철언이 동시에 모습을 드러내었는데, 그럼에도 불구하고 임수경은 1심에서 징역 15년을 구형받은 뒤 10년의 선고를 받았고, 항소심에선 형량이 5년으로 줄었다. 김영삼이 대통령에 당선된 직후인 1992년 성탄절 전야에 가석방되었다. 그러나 박철언은 당시 방북을 이유로 하여 그 어떤 형사처벌도 받은 바 없다. 이는 내심의 의사를 문제 삼아 구별하여 형사처벌한 경우이다. 북한에 대한 이중성격론 또한 마찬가지이다. 결국 처벌할 것인가 말 것인가의 기준이 공안기관에 맡겨져 있다는 것이다.

## 7. 국가보안법 확대 적용 - 민주주의 훼손

정부가 북한과 관련된 발표를 하는 경우 이와 다른 견해를 제시하는 것만으로도 국가보안법 위반으로 처벌받을 수 있다는 사실이 천안함 침몰사건을 통해 드러났다.

2010년 3월 26일 천안함이 서해 상에서 침몰하여 장병 46명이 숨진 사건이 발생하였다. 정부는 5월 20일 북한의 잠수정이 발사한 어뢰의 수중폭발로 침몰하였다는 조사결과를 발표하였다. 김용옥 교수는 정부의 천안함 발표는 믿을 수 없다고 말하였고 소위 보수단체들은 그를 국가보안법 위반혐의로 고발하였다.<sup>28</sup>(참여연대)와 <평화와통일을여는사람들> 또한 국가보안법 위반혐의로 고발당하였다.

사회주의노동자연합사건(2008년)은 이 단체가 북한에 대한 비판적인 입장을 견지했다는 점에서 반국가단체인 북한을 전제로 한 국가보안법 제7조가 적용될 것이냐가 첨예한 쟁점이었으나 1심과 2심에서 모두 유죄선고가 내려졌다. 이 판결은 지난 1991년 국가보안법 개정 시에 제7조 제3항의 이적단체가 북한 등 이른바 반국가단체를 전제로 하는 것으로 개정되었다는 점을 도외시한 채 국가보안법의 적용범위를 부당하게 넓히고 있다.<sup>29</sup>

이적표현물의 범위도 확대되고 있다. 2008년 국방부는 <나쁜 사마리아인들>(장하준)이 포함된 23권의 서적을 불온서적으로 지정하였다.<sup>30</sup> 법원이 <공산당선언>, <철학에세이>, <자본론>, <칼 맑스-프리드리히 엥겔스 저작선집> 등을 국가보안법상 이적표현물로 판시한 것이다.<sup>31</sup> 또한, 검찰은 <다시 쓰는 한국현대사>, <프랑스혁명연구>, <자본론>, <해방전후사의 인식> 등의 책을 이적표현물로 기소하였다.<sup>32</sup>

국가보안법의 확대적용은 국가보안법적 사고방식의 확대적용, 유사국가보안법적 법제로까지 이어지고 있다. 테러방지법, 사이버 위기관리법 등 국가보안법과 유사한 법제가 추진되고 있을 뿐 아니라 SNS 심의법을 통해 SNS를 감시 통제하려는 것도 국가보안법적 사고방식에 기인한다.

위에서 살펴본 사례들은 국가보안법이 존재하는 한 자의적으로 해석할 여지가 사라지지 않고 언제든지 표현의 자유와 민주주의를 훼손할 수 있음을 그대로 보여주고 있다. 따라서 국가보안법의 폐지가 아닌 개정으로는 문제가 근본적으로 해결되지 않는다는 것을 잊지 말아야 한다.

28 2010년 9월 무혐의 불기소 처분.

29 민주사회를위한변호사모임 국가보안법 연구모임, 2008-2010 국가보안법 보고서(2011.6.15.).

30 2010.10.25. 헌법재판소 합헌 판결 2008헌마638.

31 이광철, 앞의 글.

32 2011.11. 의정부지검 고양지청.

## IV. 개선방향: 정책과제

국가보안법을 즉각 폐지한다. 국가보안법은 표현의 자유와 사상·양심의 자유, 그리고 학문·예술의 자유를 침해하는 위헌적인 법이며 남북의 평화적 통일을 지향하는 헌법정신에 위배되고 남북교류협력법과 충돌하며 국가보안법 자체로부터 연유하는 '자의적 남용'으로 법치주의를 무너뜨리고 국민의 기본권을 훼손한다. 이에 국가보안법 폐지의 문제는 민주주의의 기본가치인 표현의 자유를 지켜내느냐, 국가안보를 빌미로 한 정권안보의 희생으로 무시당하고 침해당해 온 인권의 문제를 올바르게 세워 내느냐의 일이다.<sup>33</sup> 유엔 자유권위원회 등 국제인권기구의 권고에 따라, 그리고 국민이 주권자로 천명되고 그 인권의 보장이 최고의 가치로 선언되고 있는 헌법의 정신에 따라, 국가보안법의 즉각적 폐지만이 정당임을 밝히는 바이다.

33 민주화운동실천가족협의회, 「국가보안법 적용상에서 나타난 인권실태」(2003년도 국가인권위원회 연구용역 보고서) 서문, 국가인권위원회, 2004.2.5.

## 명예훼손죄와 모욕죄

### I. 문제제기

형법학은 절대왕권으로부터 시민이 권력을 획득해가는 과정에서 발전하였고, 필연적으로 국가권력을 제한하였다. 죄형법정주의의 확립은 국민의 기본권을 보장하는 원칙으로 발전하였으며, 적정성의 원칙인 보충성의 원칙과 최소성의 원칙에 의해서 다시 한번 국가권력을 제한한다. 따라서 형법이 국가가 아니라 국민을 통제한다면 그 사회는 여전히 전근대적이다.

정당성을 확보하지 못한 정치권력은 형식적인 '법치주의'와 '준법주의'의 이미지로 자신들의 법을 정당한 법으로 포장한다. 그래야만 국민의 자발적인 복종을 이끌어 낼 수 있기 때문이다. 국민은 마치 법에 복종하는 것 같지만, 실제로는 법 뒤에 숨어있는 조종자에게 복종하게 된다. 이러한 법은 절대 공평하지 않으며 특정 집단의 이익에 복무할 수밖에 없다. '명예에 관한 죄'<sup>34</sup>가 바로 그러한 성격을 가진다.

외견상 개인의 명예를 보호하는 명예훼손죄와 모욕죄는 본래의 기능보다는 여론형성을 방해하는

34 명예에 관한 죄는 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하거나 공연히 사람을 모욕함으로써 성립하는 범죄이다. 대표적으로는 명예훼손죄(형법 제307조)와 모욕죄(형법 제311조)가 있다. 다수설은 양자의 보호법익을 외적 명예로 보고 있으며, 사실의 적시 여부와 경멸의 의사표시 여부 등으로 구분하기 때문에 비슷한 법리를 적용하고 있다. 이에 대해서 양자는 근본적으로 다른 법익을 지향하고 있다는 박경신, "모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰", 『고려법학』 제52호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 263~269쪽 참조.

역할을 수행한다. 국가정책에 대한 비판 또는 위법하거나 불법적인 행위에 대한 의견제시 등이 경우에 따라서는 명예훼손죄 또는 모욕죄의 구성요건에 포함될 수 있기 때문이다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

세계인권선언 제19조와 '시민적·정치적 권리에 관한 국제규약'<sup>35</sup> 제19조는 표현의 자유를 다음과 같이 규정한다.

#### 세계인권선언 제19조

모든 사람은 의견과 표현의 자유에 관한 권리를 가진다. 이 권리는 간섭받지 않고 의견을 가질 자유와 모든 매체를 통하여 국경에 관계없이 정보와 사상을 추구하고, 접수하고, 전달하는 자유를 포함한다.

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고

<sup>35</sup> <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/ccpr.pdf>.

또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.

- (a) 타인의 권리 또는 신용의 존중
- (b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

위 규약 제19조에 대해서 자유권위원회(Human Rights Committee)가 일반논평 34<sup>36</sup>를 발표했다. 자유권위원회는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제28조에 따라 1976년에 설치되었고, 자유권규약을 비준한 국가가 규약에서 보장하고 있는 국가의 이행의무를 실현하는지를 감시한다. 또한, 일반논평(General Comments)을 통해 자유권규약에 대한 표준적인 해석을 제공한다.

'일반논평 34'는 의견의 자유와 표현의 자유는 인간의 완전한 발전을 위한 필수적인 조건이고, 어느 사회에서나 필수적이라고 한다(2문단). 그리고 의견을 가졌다는 것을 범죄화하는 것은 규약 제19조 제1항에 부합하지 않고, 개인이 가지는 의견을 이유로 한, 체포·구속·재판·수감 등 개인에 대한 괴롭힘, 협박, 낙인화는 제19조 제1항을 위반하는 것이라고 해석한다(9문단). 뿐만 아니라 어떤 의견을 가지거나 가지지 못하도록 강제하는 모든 형태의 시도도 금지한다(10문단).

의견의 자유는 표현의 자유와 연결되어야 한다. 그래서 규약 제19조 제2항은 당사국은 표현의 자유를 보장해야 한다고 규정한다. 여기에는 정치적 담론, 개인적인 사안이나 공적 사안에 대한 논평, 선거운동, 인권에 대한 토론, 저널리즘, 문화적 및 예술적 표현, 강의, 종교적 담론을 포함한다(11문단). 일반논평 34는 특히 공공의 또는 정치적 쟁점에 대한 정보와 사상을 시민, 후보자, 선출된 대표자 사이에서 자유롭게 소통할 수 있는 것은 필수적이고, 이것은 자유로운 언론 및 기타 매체가 공공의 쟁점에 대해 검열이나 제지없이 논평하고 여론을 알릴 수 있다는 것을 의미한다고 밝히고 있다(13문단).

한편 일반논평 34는 일반논평 25를 언급하면서 선거 및 투표와 관련한 공적 사안에

<sup>36</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 2011.7.21. (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>).

대한 표현의 자유에 대해서 다시 강조하였다. 시민, 후보자, 선출된 대표자 사이에서 공적, 정치적 쟁점들에 관한 정보와 사상이 자유롭게 소통되는 것이 필수적이라는 것이다. 그리고 이것은 자유로운 언론 및 기타 매체가 검열이나 제한없이 공공 쟁점에 대해 논평할 수 있고 공적 의견을 알릴 수 있다는 것을 의미한다(20문단). 공적 사안에 대한 표현의 자유의 보장은 공인에 대한 논의로 이어진다. 공인 역시 규약의 규정에 따른 혜택을 볼 수 있기는 하지만, 표현 형태가 공인을 모욕한 것으로 여겨진다는 단순한 사실만으로 처벌을 부과하는 것은 정당화되기에 충분치 않다고 밝혔다.<sup>37</sup> 더욱이, 국가나 정부의 수장과 같은 최고의 정치적 권력을 행사하는 사람들을 포함한 모든 공인들은 비판과 정치적 반대의 대상이 되는 것이 당연하기 때문에, 그들에 대한 불경죄(토고의 les majeste)나 반항죄(도미니카공화국의 desacato), 권위에 대한 모욕(온두라스), 국기나 상징에 대한 모욕, 국가 원수에 대한 명예훼손(잠비아) 그리고 공무원의 명예보호(코스타리카) 등에 관한 법률에 대해서 우려를 표현했다. 그리고 당사국은 군대나 행정부 등과 같은, 기관에 대한 비판을 금지해서는 안 된다고도 하였다(38문단).

결론적으로 규약은 명예훼손죄에는 진실증명과 같은 면책요건들을 두어야 하고, 그 성질상 증명이 불가능한 표현 형태에 대해서는 명예훼손죄가 적용되어서는 안 된다고 강조한다. 적어도 공인에 대한 논평에 대해서는, 실수로 공개되었으나 악의는 없었던 허위 발언을 처벌하거나 혹은 다른 방식으로 불법화하지 않을 것이 고려되어야 한다고 밝혔다. 마지막으로 감금을 동반하는 명예훼손죄와 그에 의한 기소 등의 재판 진행은 표현의 자유 행사를 과도하게 제한하는 위축효과가 있음을 지적하면서, 명예훼손죄의 비범죄화를 제안하였다(47문단).

유럽의회 회의도 표현의 자유는 민주주의의 초석임을 주장하고 진정한 표현의 자유가 없으면 진정한 민주주의도 없다고 보고 있다. 명예훼손은 표현의 자유를 심각하게 침해할 수 있기 때문에 그 적용을 최대한 억제해야 한다고 판단하였다. 그래서 명예훼손에 대한 자유형은 즉각적으로 폐지할 것과 형사절차에서 오용되어서는 안 될 것을 권고하였다. 그뿐만 아니라, 입법으로 명예훼손(defamation)의

37 the mere fact that forms of expression are considered to be insulting to a public figure is not sufficient to justify the imposition of penalties, albeit public figures may also benefit from the provisions of the Covenant.

개념을 더욱 정확히 규정해서 그 법의 적용이 자의적으로 이루어지는 것을 피하고 비방으로 침해된 개인의 존엄에 대해서는 민법(civil law)이 더 효과적인 보호를 제공할 수 있도록 해야 한다고 하였다.<sup>38</sup>

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

유엔 표현의 자유 특별보고관인 프랑크 라 RUE는 2010년 5월 한국을 방문하여 표현의 자유에 대한 실태조사를 수행하였다. 그리고 2011년 3월에 실태조사의 결과를 “의사와 표현의 자유에 관한 권리에 대한 특별보고관 보고서(A/HRC/17/27/Add.2)”<sup>39</sup> 로 발표하였다. 본 보고서는 한국에서 표현의 자유가 폭넓게 제한되고 있음을 밝히고 있는데, 특히 명예훼손죄를 통해서 이루어지는 표현의 자유 제한에 우려를 표명하였다.

우선 특별보고관은 다수의 명예훼손죄 소송이 진실이면서 공익을 위한 표현에 대해서도 제기되고, 정부를 비판하는 개인을 처벌하기 위해 사용되고 있다는 점에 주목하였다.<sup>40</sup> 그리고 이러한 한국 상황을 비판하면서, 명예훼손이 성립하기 위해서는, 허위이면서 타인의 명예를 훼손시켜야만 하고, 다른 개인의 명예에 악의로 피해를 야기시켜야만 한다고 다시 강조하였다(27문단).

이어서 한국에서는 명예훼손이 범죄이기 때문에, 본질적으로 가혹하고 표현의 자유권에 대한 불균형적인 위축효과가 있다고 밝혔다. 그리고 그러한 형사상 제재는 정당성이 없으므로 명예훼손죄를 폐지해야 한다고 권고하였다(28문단). 또한, 공무원과 공공기관들은 명예훼손 소송을 제기하는 것을 그만두어야 한다고 강조하였다. 왜냐하면, 공무원에 대해서는 모든 민주주의 사회에서 견제와 균형의 일환으로서 공적 감사가 수반되기 때문이다(89문단).

38 Parliamentary Assembly, “Resolution 1577(2007)”, <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/ERES1577.htm>, 검색일: 2011.12.31.

39 Frank La Rue, Mission to the Republic of Korea, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 2011.3.21, A/HRC/17/27/Add.2, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/17session/reports.htm>.

40 이에 대한 사례로는 문화방송 ‘피디수첩’의 광우병사건과 박원순에 대한 국정원의 손해배상 제소사건을 들고 있다. A/HRC/17/27/Add.2, 25, 26문단.

**프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)**

25. 특별보고관은 다수의 명예훼손 형사소송이 진실이고 공익을 위한 표현에 대해 제기되고 있으며 정부를 비판하는 개인을 처벌하기 위해 사용되고 있다는 점에 우려를 표한다. 문화방송(MBC)의 시사 프로그램인 '피디수첩'의 연출자 4명과 작가 1명의 경우가 그러하다. (후략)
27. 특별보고관은 어떠한 진술이 명예훼손에 해당하기 위해서는 허위여야 하며 타인의 명예를 훼손시켜야 하고, 다른 개인의 명예에 악의로 피해를 야기시켜야만 한다고 재강조한다. 더욱이 국가, the State(연방국가에서) 또는 그 상징물을 비판하거나 모욕하는 것으로는 그 누구도 처벌될 수 없다. 왜냐하면 국제인권법에 의하면 권리와 명예의 보호는 추상적인 국가가 아니라 개인에게 제공되기 때문이다. 나아가서 다음의 원칙들이 준수되어야만 한다:(a) 공직자들은 일반 시민들 보다 더 높은 수준으로 비판을 감당해야 하기 때문에 명예훼손 소송을 제기하는 것을 금지해야 한다; (b) 공공의 이익과 연관된 출판물에 내용상 진실을 요구하는 것은 과도하다; (c) 의견에 대해서는 명백히 비합리적 견해를 표현하는 것만이 명예훼손으로 간주된다; (d) 모든 요소의 입증 책임은 피고보다는 명예훼손을 당한 원고에 있다; (e) 명예훼손 소송에서, 구제의 범위에 사죄와/또는 정정을 포함하는 것은 가능할 것이다. 그러나 형사 제재, 특히 감금은 절대로 적용되어서는 안 된다.
28. 명예훼손이 대한민국에서는 여전히 형사상 범죄로 남아 있어 본질적으로 가혹한 조치이며 표현의 자유에 관한 권리를 부당하게 위축시키는 효과를 야기한다는 점에 우려를 표한다. 개인은 체포, 재판 전 구속, 고비용의 형사 재판, 벌금부과, 투옥, 전과자 낙인의 위협을 늘 직면하고 있는 셈이다. 또한, 특히 민법에 명시되어 있는 개인의 명예에 대한 손상을 시정하는 데 있어 비형사적 제재(non-criminal sanctions)의 적정성에 비추어 볼 때 형사상 제재는 정당성이 없다. 따라서, 특별보고관은 대한민국 정부가 형법에서 명예훼손죄를 삭제할 것을 권고한다.<sup>41</sup>

41 개정된 제9650호 민법 제751조와 764조.

30. (전략) 그러나, 특별보고관은 대한민국에서 평화적인 의견 표현 또는 정보 배포가 명예훼손 또는 모욕으로 간주되면 국내법에 의한 범죄에 해당하여 징역형이나 벌금형에 처해질 수 있다는 점을 우려한다.
41. 특별보고관은 정보통신망법이 인터넷 정보의 통제 책임을, 특정 게시물 또는 정보가 현행 사생활 보호 및 명예훼손 관련법과 기타 관련법에 위배되는지 여부를 판단할 수 있는 독립적 기구가 아니라 중개업체, 즉 민간업체에게 일임하고 있음에 우려한다. 또한, 중개업체에 온라인 콘텐츠를 규제할 수 있는 과도한 권한이 주어진 점은 우려의 대상이며, 이는 특히 동법 제44조의2 제6항에 서술된 중개업체들의 책임의 범위가 모호하다는 데 연유한다. 따라서 비록 동법 제44조의2 제5항이 “정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다”고 규정하고 있더라도, 중개업체들이 책임을 회피할 목적으로 정보를 삭제하거나 접근을 차단함으로써 안전을 이유로 과오를 범하는 결과를 더욱 유도할 수 있다는 우려가 있다.
46. 이와 관련하여 특별보고관의 관심을 끈 또 다른 사건은, 일부 기업이 사용하는 시멘트에 발암물질이 포함된 전자폐기물이 들어있다고 폭로한 최병성씨의 인터넷 글들을 삭제하도록 방송통신심의위원회가 권고한 것이다. 최병성씨의 글로 인해 국회에서 이 주제에 관해 심사하고 국정감사를 요구 및 실시하여 결과적으로 안전기준이 개선되는 효과가 있었다는 사실에도 불구하고, 방송통신심의위원회는 그의 글이 시멘트 회사의 명예를 훼손하였다고 주장하였다. 명예훼손 관련법에 대한 특별보고관의 우려는 앞장에서 이미 논한 바 있는데, 방송통신심의위원회가 명예훼손이라는 구실로 공익 정보에 대한 차단이나 삭제 권고를 하지 않도록 보장하기 위해 필요한 투명성, 책임성, 정밀성이 미흡하다는 점은 심히 우려할 만한 점이다.

**권고**

88. 공무원에 대한 비판을 포함하여, 공개적이고 솔직하며 다양한 의견의 표현을 보장함으로써 대한민국의 민주적 기반을 더욱 공고히 하기 위해, 특별보고관은 다음의 사항을 권고한다.

89. 명예훼손이 민법에서 금지되고 있음에 비추어, 대한민국정부는 국제적 동향에 맞추어 형사상 명예훼손죄를 형법에서 삭제하여야 한다. 특별보고관은 공무원과 공공기관들이 명예훼손 소송을 제기해서는 안 된다는 점을 강조하고자 한다. 왜냐하면 모든 민주주의 사회에서 공직은 견제와 균형의 일환으로서의 대중에 의한 감시를 수반하기 때문이다. 또한, 특히 공무원, 공공기관 및 기타 유력 인사들에 대한 비판을 포함하여 비판적 의견을 수용하는 문화를 조성할 것을 대한민국 정부에게 촉구하며, 이러한 문화는 민주주의의 필수 요소다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 명예훼손죄 적용 사례

##### 가. 공무원 또는 국가의 명예훼손(모욕죄) 주장

2008년 4월 MBC PD수첩은 “긴급취재 미국산 쇠고기, 과연 광우병에서 안전한가?”라는 제목의 방송을 하였다. 미국산 쇠고기의 광우병에 대한 방송이었는데, 당시 농림수산식품부 장관이 해당 프로그램의 PD를 명예훼손죄로 고소하였다.

2010년에는 참여연대 부집행위원장인 홍성태 교수가 명예훼손으로 고소당했다. 홍성태 교수는 2009년 9월에 인터넷언론에 기고한 “이명박부터 정운찬까지... ‘신의 아들’이 지배하는 나라”라는 칼럼에서 고위공직자의 병역면제 관련 표를 게재하였는데, 그 표가 허위였다. 해당 표는 당시 인터넷에서 널리 유포되었던 것이었는데, 해당 언론사는 표가 허위임을 알고서 약 5시간 후에 삭제하였다. 문제는

해당 사건이 있는 지, 4개월 만에 형사고소가 있었다는 점이다.<sup>42</sup>

형사재판은 아니지만, 2010년 국가정보원의 불법사찰을 비판한 박원순 변호사에 대해서 정부는 ‘국가의 명예를 훼손했다’면서 손해배상청구 소송을 제기하였다.

많지는 않지만, 모욕죄를 적용한 사례도 있다. 행인이 경찰관의 불심검문을 받아 운전면허증을 내준 후 경찰관에게 큰 소리로 욕설을 하였는데, 경찰관이 그 행인을 모욕죄의 현행범으로 체포하겠다고 고지하고 체포하려고 하였다. 이에 행인이 반항하면서 경찰관에게 상해를 가하자 경찰관은 오히려 공무집행방해로 기소하였다.<sup>43</sup>

##### 나. 기업(주)의 명예훼손 주장

2009년 4월 환경운동가 최병성 목사는 다음 블로그에 ‘국내산 시멘트가 제조 과정에서 폐기물이 사용돼 발암물질을 많이 포함하고 있다’는 내용의 글을 올렸다. 한국시멘트협회는 방송통신심의위원회에 명예훼손 등을 이유로 이의신청하였고, 검찰에는 명예훼손으로 고소하였다.<sup>44</sup>

##### 다. 학교법인(이사장)의 명예훼손 주장

2009년 10월에 상지대의 전 이사장의 복귀와 관련한 학교의 상황을 기사화<sup>45</sup> 한 기자에 대해서 전 이사장은 명예훼손과 모욕죄로 고소하였다.<sup>46</sup>

2010년 7월 상지대와 관련하여 구재단이 복귀하면 사학비리가 다시 발생하고, 학교 정상화를 위한 노력이 수포로 돌아갈 수도 있다는 내용을 블로그에 게시한 블로거가 해당 구재단 측으로부터 명예훼손죄로 고소당했다.<sup>47</sup>

42 미디어스, 2010.1.27.일자, “홍성태 상지대 교수 ‘형사입건’은 표적 수사?”, <www.mediaus.co.kr/news/articleview.html?dxno=9314>, 검색일: 2011.10.22.

43 이 사안에서 법원은 “피고인의 모욕 범행은 불심검문에 항의하는 과정에서 저지른 일시적, 우발적인 행위로서 사안 자체가 경미할 뿐 아니라” 이에 대한 체포는 부당하기 때문에 정당방위에 해당한다고 판시했다. 대법원 2011.5.26. 선고 2011도3682 판결.

44 오마이뉴스, “‘쓰레기시멘트’ 사장님들, 정말 고맙습니다” 인터넷 ‘국가검열’ 위헌성 불지핀 시민기자”, <http://www.ohmynews.com/NWS\_Web/view/at\_pg.aspx?CNTN\_CD=A0001525285> 검색일: 2011.10.24.; 하지만, 검찰은 명예훼손에 대해서 무혐의처분을 하였다. 통신심의위는 한국양회공업협회의 신청을 받아들여, 심의를 하고 포털에 시정 요구를 내려 4건의 게시물을 삭제하도록 했다. 이에 최목사는 방통심의위의 시정요구를 취소해달라는 행정소송을 제기했고 1심에서 법원은 방통심의위원회의 조치를 구속력 있는 사실상 ‘행정처분’으로 간주하면서 최 목사의 주장이 공공의 목적에 부합한 근거가 있는 주장으로 판단해 원고 승소 판결을 내렸다.

45 오마이뉴스, 2009.10.9.일자, “‘김문기 복귀’ 상지대엔 무슨 일이?”, <http://www.ohmynews.com/nws\_web/view/at\_pg.aspx?CNTN\_CD=A0001232074>, 검색일: 2011.10.30.

46 “김문기 전 이사장님, 메~~롱”, <http://blog.ohmynews.com/dogs1000/169062>, 검색일: 2011.10.30.

47 민노씨네, “김문기씨, 고소해주셔서 영광입니다”, <http://minoci.net/1127>, 검색일: 2011.10.30.



## 라. 정치적으로 이용되는 명예훼손

2007년 대선 당시 한나라당의 후보였던 이명박 대통령이 BBK 주가조작사건에 연루되었다고 의혹을 제기했던, 정봉주 17대 국회의원이 공직선거법상 허위사실을 유포한 혐의로 기소되었고 2011년 12월 유죄확정 되었다. 이 때문에 정봉주는 10년간 피선거권이 박탈되었다.<sup>48</sup>

## 2. 명예에 대한 죄가 표현의 자유를 규제할 수 있는 법리

### 가. 공공질서유지의 허위의식: 개인적 명예가 국가적 명예로의 변질

명예훼손죄는 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손함으로써 성립하는 범죄이다. 사회적이거나 국가적 범죄가 아니라 지극히 개인적 범죄이다. 보호법익을 외적 명예로 이해하든, 명예감정으로 이해하든 마찬가지이며, 모욕죄 역시 동일하다. 그 침해에 대한 정도가 심하지 않으며 일상다반사다.

자연인 이외에 법인이 명예주체가 될 수 있는가에 대해서 개인을 초월하는 일정한 단체의 명예주체성을 입법이 아닌 도그마틱적 해석에 의해서 인정하는 것을 반대하는 견해가 있다.<sup>49</sup>

반면에 다수 견해는 법인이나 법인격 없는 단체, 집합명칭에 대해서 명예의 주체성을 인정한다. 그런데 이러한 다수견해는 개인적이고 사적인 갈등이 추상적 집단의 갈등으로 이전되거나 동일시될 수 있는 여지를 만든다. 명예라는 것이 사회질서 유지에 있어서 중요한 요소로 왜곡되어 인식되는 것이다. 집단 또는 법인은 사회공동체의 중요한 역할을 담당하는데, 명예훼손이나 모욕 때문에 그러한 역할이 제대로 수행되지 못하게 되면, 그 결과 사회질서의 혼란을 일으킬 수 있다는 일종의 허위의식이다.

허위의식 때문에 개인의 인격성은 확장되어서 어느 순간 사회로 넘어가고, 그 사회는 곧 국가 또는 '국익'으로 자연스럽게 이어진다. 이로써 명예에 관한 범죄는 공적 처벌이 필요한 영역으로 규율되는 것인데, 이것이 매카시즘 등과 결합하는 경우에는 민주주의의 제원리를 벗어나서 국가주의와 맞

48 이 사례에 대해서 외신은 이 대통령(Mr. Lee)하에서 한국의 집권층은 정치적 반대자를 억압하기 위해 만들어진 명예훼손 소송과 법을 남용한다고 보도했다. The New York Times, "A Leading Critic of South Korea's President is Jailed", <<http://www.nytimes.com/2011/12/27/world/asia/a-leading-critic-of-south-koreas-president-is-jailed.html>>, 검색일: 2011.12.27.

49 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2006, 269쪽.

닿게 된다.<sup>50</sup>

그 결과 한국 정부는 국가 자체를 보호대상인 명예의 주체로 설정하는 어처구니없는 행위를 서슴지 않았다.<sup>51</sup>

### 나. 준법주의의 이데올로기: 부정의한 법의 은폐

법이 실질적으로 정당하지 않게 되면, 법은 단지 약자와 강자를 동등하게 구속해야 한다는 형식적인 '법의 지배'로 나타난다. 약자와 강자의 질적 차이를 무시하고, 모두 동등하게 대우한다는 것은 결국 국 보호의 틀을 달리하는 것을 의미한다. 자신의 몸뚱어리 외에 다른 사회적 해결 수단을 소유하지 못한 약자와 모든 사회적 수단을 활용할 수 있는 강자는 그 자체 이미 동등한 주체가 될 수 없다. 일반적으로 법을 적극적으로 활용할 수 있는 강자들은 법 집행자의 역할을 수행하며, 그렇지 못한 일반 시민은 법 수범자의 역할에 충실하게 된다.

한국의 명예훼손죄는 진실한 사실의 적시도 처벌한다. 수범자들은 진실한 사실의 적시가 왜 처벌되어야 하는가 하는 의문을 제기할 권리는 없다. 오직 진실한 사실의 적시도 법으로 금지되었기 때문에 맹목적으로 복종해야 할 의무만 존재한다. 법을 지켜야 한다는 준법의식은 그 법의 본질을 가리는 역할을 하면서, 또 한편으로는 행위규범으로 통제의 역할도 수행한다.<sup>52</sup>

### 다. 사전 자기검열의 기능: 형사·민사 책임의 두려움

명예훼손죄는 허위의 사실뿐만 아니라 진실한 사실까지도 구성요건으로 하고 있기 때문에, 모든 표현 행위가 명예훼손의 구성요건적 행위에 포섭될 가능성이 있다. 정치적 풍자나 비평, 패러디뿐만 아니라 기사와 논평 또는 사설마저도 명예훼손죄(또는 모욕죄)의 구성요건 해당성 심사의 대상이다. 사

50 이러한 매카시즘에는 명예훼손을 당한(혹은 당했다고 주장하는) 자가 소유한 '사회적 자본'의 정도와 크기, 그리고 정부정책에 대한 정치 세력간의 갈등이 결정적인 역할을 하게 되고, 명예훼손죄의 계급성이 더욱 강화된다는 견해가 있는데 이에 찬성한다. 이와 관련된 논의는 이호중, "명예훼손죄 폐지의 공론화를 위하여", 「표현의 자유를 위한 연대」 출범식과 기획포럼: "형사상 명예훼손과 표현의 자유" 자료집, 표현의 자유를 위한 연대, 2011, 41쪽 참조.

51 물론 'PD수첩' 사건에서 대법원은 "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 때 비로소 정상적으로 수행될 수 있으며, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로"라고 하여 피해자의 지위를 부정하였다. 대법원 2011.9.2. 선고 2010도17237 판결.

52 그래서 "명예훼손소송은 공직자의 공적업무수행에 대한 비판을 방지하고 합부로 의혹제기를 하지 못하도록 봉쇄하는 수단으로 남용된다"고 할 수 있다. 배금자, "공직자의 명예훼손소송과 그 법리", 「언론중재」 통권 83호, 언론중재위원회, 2002, 23쪽.

실의 적시가 아니라도, 그 표현이 추상적인 경멸의 표현이라면 모욕죄의 구성요건으로부터 자유롭지 못하다.<sup>53</sup> 이러한 성질 때문에, 선거나 특정 정치적 사안이 이슈화되었을 때마다 정부와 정치인들의 명예훼손죄와 모욕죄의 처벌 위협은 국민에게 '사전 자기검열'로 다가설 수밖에 없다. 명예훼손죄와 모욕죄의 '위축효과' 이용의 한 예이다.

## IV. 개선방안: 정책과제

### 1. 명예훼손죄와 모욕죄의 폐지

형법상 명예훼손죄와 모욕죄는 폐지되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

#### 가. 명예훼손죄와 모욕죄의 불평등성

지금까지 명예에 관한 죄가 시민의 명예를 보호하였다는 점을 백번 인정한다고 하더라도, 오히려 '공적 관심사'의 대상이 된 인물들이 명예에 관한 죄의 이익을 온전히 누렸다고 생각한다. 시민은 명예훼손죄와 모욕죄로 명예만을 보호받지만, 공인 등은 그들의 지위도 보장받기 때문이다. 한편으로 시민은 회복할 명예의 가치가 크지 않을 뿐만 아니라, 법을 활용할 수 있는 지위에 있지 못하기 때문에 명예훼손죄와 모욕죄를 적극적으로 활용하지 않는다.<sup>54</sup> 하지만 일정한 지위에 있는 자들은 그 활용을 주저하지 않는다.<sup>55</sup>

53 경멸이나 모멸감은 감정의 표현이고, 이 경우에 그 감정인 과격하고 저열한 표현(경멸감이나 모멸감)의 기준을 명확히 할 수 없다는 견해로는 박경신, "모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰" 참조.

54 그러한 의미에서 표현의 자유는 권력자에 대한 비판일 경우에 그 보장의 의미가 있다. 또는 약자를 보호하는 경우이다. 이는 '반대의 자유'라고 할 수 있다. 정치적, 경제적, 사회적으로 지배자 또는 권력자 나아가 이데올로기와 지배 체제에 대해서까지도 자유롭게 반대 의견을 표명하는 것을 의미한다. 이러한 의미에서 '약자의 자유'이다. 그래서 표현의 자유는 "주로 정부나 국가권력에 대한 비판을 내용으로 하는 표현을 그 핵심대상"으로 한다는 견해에 찬동한다. 이에 대해서는 김중서, "표현의 자유 억압과 방승법", 『민주법학』 통권 제39호, 민주주의법학연구회, 2009 참조.

55 미국의 주에서 명예훼손 처벌조항이 위헌처분되거나 주의회에서 자발적으로 폐지된 이유는 형사상 명예훼손이 권력자에 의해 남용되는 경우가 너무 많았기 때문이라고 한다. 박경신, "명예의 보호와 형사처벌제도의 폐지론과 유지론 - PD수첩 광우병보도 조사에 즈음하여", 『서강법학』 제11권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2009, 361~362쪽.

### 나. 명예훼손죄와 모욕죄에 의한 자기검열의 강화

명예훼손죄나 모욕죄로 고소되면 개인은 수사, 기소, 재판으로 이어지는 형사소송 절차를 밟게 된다. 수사기관은 피의자를 소환하여 수사하게 되는데, 소환되는 것 자체로 일반 시민은 심리적으로 위축될 뿐만 아니라 온갖 망상에 빠져든다. 더구나 구속까지 된다면 그 상태는 더욱더 심각해진다. 이 과정에서 받게 되는 국가 형벌권에 대한 두려움과 수사기관이 주는 위압감은 평범한 시민에게는 자신의 행위에 대한 혐오감을 불러일으킬 수밖에 없다. 대항의지는 상실되고 위기의 모면만이 현안일 뿐이다.

수많은 논란을 거쳐서라도 위법성이 없어진다면, 그것은 형벌의 부과를 피하기 때문에 표현의 자유를 침해하지 않는다고 할 수 있다.<sup>56</sup> 하지만 이미 명예훼손죄에 의해서 수사되는 것 자체가 일반 국민에게는 크나큰 시련이다. 더욱이 제310조의 특별위법성 조각사유는 수사기관에서는 주장하기가 매우 어려워 대부분은 법원에서 주장될 뿐이다. 변호사의 조력을 제대로 받을 수 없는 일반 국민이 수사에 서부터 제310조에 의해 무죄가 될 때까지 겪게 되는 고통은 형벌 이상의 고통이다.

이러한 고통은 모욕죄의 경우에 더욱 심할 수 있다. 단순히 경멸적이고 모멸적인 표현 또는 정상적인 표현—이러한 표현은 일상생활에서 아주 쉽게 그리고 빈번하게 이루어진다—에 대해서 모욕죄로 고소되면 수사기관의 수사가 이루어진다. 명예훼손죄는 사실의 적시라는 구성요건을 한정하는 요소라도 있지만, 모욕죄는 그렇지 않다. 아주 추상적인 표현이라도 구성요건에 해당할 수 있다. 명예훼손죄는 특별위법성 조각사유라도 있지만, 모욕죄는 그러한 것을 주장할 수도 없어서 더욱 불리한 수사 절차와 재판이 될 수 있다. 자신의 의사나 사상적 표현이 아니라, 단순히 해학을 동반하는 감정적 표현 때문에도 사법기관으로부터 겪는 고통은 이루 말할 수 없게 된다. 그리고 이는 필연적으로 자기검열의 강화로 나아간다.

### 다. 다른 규범에 의한 명예보호의 가능성

사회에서 많은 국민은 주위 사람들과 언쟁을 하고 대립하다가 다시 화해하는 과정을 반복하면서 공동체 속에서 삶을 영위하고 있다. 이 과정에서 명예훼손이나 모욕이 빈번하게 자행되고 있지만, 그들이 국가 형벌권의 힘을 빌려서 훼손된 명예를 회복하는 경우는 아주 드물다. 공동체의 도덕과 윤리에 의한 규제와 화해의 작동원리만으로도 충분히 해결될 수 있기 때문이다. 전체 법질서 속에서, 형법이 보

56 허위의 사실이라고 하더라도 그것이 진실이라고 신뢰하였다면 역시 제310조의 적용을 받는 등의 이유로 위법성이 조각될 수 있기 때문에, 표현의 자유를 침해하지 않는다고 할 수도 있다.

호하려는 법익을 다른 규범으로도 보호할 수 있다면 형법은 그 규범에 자신의 자리를 양보해야 한다.<sup>57</sup> 사회적으로 약자인 소수자를 보호하기 위해서 명예훼손죄와 모욕죄가 필요하다는 논의도 가능하다. 하지만 소수자들이 사회 속에서 침해받는 것은 명예가 아니라 그들의 존엄성이다. 그것은 명예에 대한 침해보다도 더욱 큰 법익 침해이기 때문에 다른 범죄를 구성한다고 봐야 한다. 독일이 자신의 사상·인종·소수자 등의 차별을 바탕으로 한 대량학살을 반성하기 위해서 그러한 발언을 집단혐오죄와 유대인학살부인죄로 규제하고 있음을 살펴보면 이해가 된다. 영국도 인종적 혐오를 선동한 경우에 형벌을 부과하는 공공질서법이 있다.<sup>58</sup>

### 라. 명예훼손죄와 모욕죄 폐지의 역사적 흐름

미국은 50개 주 가운데 17개 주만이 문서에 의한 명예훼손죄 규정이 있다.<sup>59</sup> 다른 주들은 명예훼손죄를 폐지하였거나 사문화하였다. 뉴질랜드는 1992년에, 아프리카의 가나는 2001년도에, 스리랑카는 2002년에, 멕시코 연방상원은 2007년도에 명예훼손죄를 폐지하였고, 2004년 이후에는 보스니아-헤르체고비나, 키프로스, 에스토니아, 그루지야, 몰도바, 우크라이나가 명예훼손죄를 폐지하였다. 불가리아, 크로아티아, 마케도니아, 몬테네그로, 루마니아, 세르비아는 명예훼손죄의 형벌에서 자유형을 폐지하였다.<sup>60</sup>

프랑스도 명예훼손죄가 형법에 규정되어 있기는 하지만, 벌금형만 규정되어 있다.<sup>61</sup> 카자흐스탄도 2014년까지 명예훼손죄를 폐지한다고 하였다.<sup>62</sup>

그리고 경제개발협력기구(OECD) 국가 중 일반인에게 모욕죄를 적용하는 나라는 독일과 일본뿐이

다. 미국엔 모욕죄 자체가 없다. 독일도 모욕죄에 대한 유죄판결이 1960년대 이후 중단되었고,<sup>63</sup> 일본은 모욕죄의 법정형이 구류 또는 과료에 불과하다(일본 형법 제231조).

형사상 명예훼손죄와 모욕죄의 폐지<sup>64</sup>는 거스를 수 없는 역사적 흐름이다.<sup>65</sup>

## 2. 명예훼손에 대한 민사책임의 축소

형사상의 명예훼손죄와 모욕죄를 폐지한다고 하더라도 민사적 책임의 문제는 여전히 남는다. 그리고 민사적 책임 추궁의 가능성만으로도 표현의 자유에 대한 위축효과는 여전히 크다. 따라서 형사상의 명예훼손죄를 폐지하는 것과 같은 맥락에서 민사적 책임의 인정과 관련해서도 최소한 다음과 같은 명시적 제한이 필요하다.

첫째, 국가와 지방자치단체는 민사상 명예훼손의 피해자, 즉 명예훼손소송의 원고가 될 수 없다.

둘째, 진실한 사실의 표현에 대해서는 명예훼손의 책임을 물을 수 없다. 진실한 사실에 대해서 형사 책임을 물을 수 없다면, 따라서 위법성이 존재하지 않게 된다면, 전체 법질서의 통일성이라는 입장에서 살펴보더라도 형사적 책임을 민사적 책임으로 대체해서는 안 되기 때문이다.

셋째, 공무원은 그 소속기관이나 자신의 직무에 관한 표현에 대해서는, '표현자가 허위라는 사실을 알면서도 악의적으로 허위사실을 적시하여 명예를 훼손한 경우 또는 일정한 주의의무를 기울이면 허

57 최관호, "사이버모욕죄 도입에 대한 비판 - 보충성의 원칙과 표현의 자유와 관련하여", 『민주법학』 제39호, 민주주의법학연구회, 2009, 111~114쪽.  
 58 이와 관련하여 미국에서는 소수민족, 장애인, 여성 등에 대한 모욕성 발언을 차별행위로 규정하고, 프랑스는 국적·인종·종교적 혐오발언을 처벌하고, EU가 인종, 원국적, 종교에 대한 혐오를 선동하는 언사를 처벌하는 법을 각 회원국이 만들어야 한다는 결정을 통과시켰으며, 혐오죄는 모욕죄와 달리 차별의 금지를 목표로 삼고 있다는 지적은 박경신, "모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰", 286~289쪽 참조.  
 59 Colorado, Florida, Idaho, Kansas, Louisiana, Michigan, Minnesota, Montana, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Utah, Virginia, Washington과 Wisconsin주이다.  
 60 Media Law Resource Center, 2003, 1, "Criminalizing Speech About Reputation: The Legacy of Criminal Libel in the U.S. After Sullivan & Garrison", <<http://www.medialaw.org/Template.cfm?Section=News&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=699>>, 검색일: 2011.10.29.  
 61 이호중, 앞의 글, 39쪽.  
 62 세계일보, 2011.9.28, "카자흐, 2014년까지 명예훼손 비범죄화", <<http://www.yonhapnews.co.kr/international/2011/09/28/0601280100AKR20110928217100095.HTML>>, 검색일: 2011.10.29.

63 "표현의 자유 위축, 사이버모욕죄 입법 막는다", 인터넷한겨레, 2008.11.12자: <<http://www.hani.co.kr/arti/society/media/321356.html>>, 검색일: 2011.12.30.  
 64 우리의 제안과는 달리, 명예훼손죄가 폐지되지 않는다고 하더라도, 그 적용대상이나 범위는 극히 좁은 범위로 축소되어야 한다. 첫째, 진실한 사실은 명예훼손죄의 적용대상에서 제외되어야 한다. 둘째, 허위사실에 의한 명예훼손이라 하더라도 그 대상이 공무원인 경우에는 명예훼손죄의 적용을 엄격히 제한하여, '표현자가 허위라는 사실을 알면서도 허위사실을 적시한 경우'이거나, 일정한 주의의무를 기울이면 허위라는 사실을 알 수 있었음에도 그와 같은 주의의무를 다하지 않음으로써 허위사실을 적시한 경우'가 아닌 한, 명예훼손죄의 적용대상에서 제외되어야 한다.  
 65 한편 이 글이 작성되는 와중에 민주통합당 박영선 의원은 일명 '정보주법 패키지'라고 공직선거법 제250조(허위사실공표죄), 형법 제307조 이하(명예훼손), '정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률' 제70조(명예훼손) 개정이 포함된 일련의 법안을 제출하였다. 최근 유죄가 확정되어 수감된 정보주 전 의원때문에 세간의 관심은 공직선거법안에 맞추어져 있지만, 오히려 이 패키지 법안에서 표현의 자유와 관련하여 역사적 의미가 있는 것은 진실한 사실을 적시한 경우의 명예훼손죄를 폐지하고 있는 형법과 정보통신망법 개정안이다. 이들 법안은 진실한 사실에 의한 명예훼손은 그 자체가 범죄가 될 수 없다는 점을 명시하여 오로지 그 처벌의 대상은 '허위의 사실임을 알고도 그것을 적시하여 명예를 훼손한 경우'에 국한하는 한편, 공공의 이익을 목적으로 하거나 상대방이 공인 또는 공직자이거나 공적 관심사안에 관한 것일 경우에는 처벌대상에서 제외하고, 이른바 반의사불벌죄였던 명예훼손죄를 모두 친고죄로 변경하는 것을 골자로 하고 있다. 이와 같은 박영선 법안은 비록 명예훼손에 대한 형사제재 일체를 폐지하고자 하는 표현의 자유를 위한 연대의 입장은 못 미치지만, 한국 입법사상 최초로 진실한 사실 적시를 명예훼손죄의 적용 대상에서 제외된 것으로 그 역사적 의의는 자못 크다.

위라는 사실을 알 수 있었음에도 그와 같은 주의의무를 다하지 않음으로써 허위사실을 적시하여 명예를 훼손한 경우가 아닌 한 명예훼손으로 인한 손해배상의 책임을 물을 수 없다.

### 3부

# 매체에서의 표현의 자유

기술이 발달하기 전에는 대면 접촉에 의한 표현이나 육성에 의한 표현만이 존재했다. 이후 기술이 발달하면서 인쇄와 출판, 방송, 인터넷 등 표현을 매개하는 수단 즉 매체들이 끊임없이 발전하였다. 이러한 매체의 발달은 인간의 표현 영역과 자유를 비약적으로 신장시켰다. 그러나 매체의 발달로 이루어진 표현의 자유 신장은 항상 새로운 규제의 대상이 되어 왔다. 이러한 매체에 대한 규제와 감시는 단순히 표현의 자유만을 제한하는 것을 의미하지는 않는다. 각 매체가 일상생활의 중요한 수단이 됨에 따라 권력은 사실상 일상생활과 그 속에서 이루어지고 있는 사고(思考) 전반을 통제하고 있다. 따라서 인터넷, 신문, 방송, 영화, 게임, 가요 등 각 매체에 대한 통제수단이 표현의 자유를 침해하는지 각 매체의 특성과 향후의 발전방향을 고려하여 살필 필요가 있다.

# 청소년 보호와 매체 심의

## I. 문제제기

최근 대중가요나 게임<sup>1</sup> 그리고 웹툰<sup>2</sup> 등이 청소년유해매체로 결정되는 사례가 급증하고 있다. 그런데 가사에 단순히 '술'이라는 단어가 들어갔다는 이유만으로도 해당 대중가요가 청소년유해매체물로 결정되기도 하는 등 심의기준이 모호하고 청소년에 대한 통제가 지나치다는 비판이 제기되고 있다. 대중가요 등의 표현의 자유와 청소년의 문화적 권리를 보호하기 위하여 청소년보호법을 기반으로 한 청소년유해매체판정제도를 개선 또는 폐지할 필요가 있다.

1 가요와 게임의 청소년유해매체 논란 사례는 이 책 '게임·가요' 절 참조.

2 방송통신심의위원회는 2012.2.27. 24개의 웹툰을 청소년유해매체로 지정하였다. 머니투데이, 2012.2.27., "강풀 "만화자들, 유해매체 심의로 심리적 위축"<http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012022711503763303&outlink=1>(검색일시 2012.3.2.)

## II. 국제인권기준과 외국입법례

### 1. 국제인권규범

청소년유해매체와 관련된 국제인권규범으로는 유엔 아동의 권리에 관한 협약 제17조를 들 수 있겠다. 그 내용은 다음과 같다.

#### 아동의 권리에 관한 협약

제17조 (대중매체, 적합한 정보에 대한 접근)

당사국은 대중매체가 수행하는 중요한 기능을 인정하며, 아동이 다양한 국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료, 특히 아동의 사회적·정신적·도덕적 복지와 신체적·정신적 건강의 향상을 목적으로 하는 정보와 자료에 대한 접근권을 가짐을 보장하여야 한다. 이 목적을 위하여 당사국은,

이 목적을 위하여 당사국은,

- (a) 대중매체가 아동에게 사회적·문화적으로 유익하고 제29조의 정신에 부합되는 정보와 자료를 보급하도록 장려하여야 한다.
- (b) 다양한 문화적·국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료를 제작·교환 및 보급하는 데 있어서의 국제협력을 장려하여야 한다.
- (c) 아동도서의 제작과 보급을 장려하여야 한다.
- (d) 대중매체로 하여금 소수집단에 속하거나 원주민인 아동의 언어상의 곤란에 특별한 관심을 기울이도록 장려하여야 한다.
- (e) 제13조와 제18조의 규정을 유념하며 아동 복지에 해로운 정보와 자료로부터 아동을 보호하기 위한 적절한 지침의 개발을 장려하여야 한다.

아동권리협약 제17조는 대중매체의 교육적 역할을 인정하는 한편, 대중 매체에서 주어지는 정보가 아동에게 부정적인 영향을 끼쳐서는 안 된다는 사실도 지적되었다. 예를 들어 '인종 차별'을 합리화하

는 인종주의적인 이론과 사상 등을 다루는 것에 특별한 관심을 가져야 한다는 것이었다.<sup>3</sup>

그러나 정부가 대중 매체와 관련된 사적 영역에 개입하여 무엇을 보장한다는 것이 가능하지 않을 뿐더러 바람직하지도 않으며, 정부는 정보의 자유로운 유통만을 보장해야 하고 또 그렇게 할 수 있을 뿐이라는 점이 강조되었다. 곧 '유해', '유익'의 판단에 정부가 개입하는 것을 배제한 것이고, 정부는 '판단'에 나서는 것이 아니라 정보의 자유를 위한 조건 마련과 장려에 머물러야 한다는 것이 이 조항의 취지이다.<sup>4</sup>

한편, 초기 아동기(early childhood)에 있어서 아동의 권리의 실행에 관한 아동권리위원회의 '일반논평 7'<sup>5</sup>은 국가가 어린 아이들의 보호를 위하여 매체의 생산과 유통을 규제할 수 있음을 시사하고 있다. 즉 '일반논평 7'은 "어린 아이들(young children)은 부적절하거나 공격적인 매체에 접하게 되면 특히 위험에 처하게 된다. 아이들을 보호하는 방식으로 매체의 생산과 그 배포를 규제할 것과 아울러 부모와 보호자들에게 이 점에서 그들의 아동양육책임을 다할 수 있도록 지원할 것을 촉구한다"고 밝히고 있어(35문단), 청소년유해매체에 대한 국가의 규제가 정당화될 수 있는 것처럼 보이기도 한다. 그러나 이 논평의 적용대상은 학교 진학 이전의 아동, 구체적으로는 8세 미만의 아동에게만 적용되는 것으로(4문단) 정부의 규제가 미칠 수 있는 범위가 극히 제한된 영역에 그침을 아울러 의미하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 반대의 관점에서 보자면, 이 논평이 의미하는 바는 (초등)학교 진학 후의 아동은 자신의 창의성 실현을 위하여 다양한 매체에 자유롭게 접근할 수 있어야 한다는 것으로 이해할 수 있고, 그런 점에서 청소년유해매체라는 포괄적 규제방식은 허용될 수 없다고 이해해야 하지 않을까 한다.

한편 인터넷과 관련해서는 유엔 특별보고관이 작성한 연례보고서에 이 문제와 관련하여 중요한 언급이 있었다.<sup>6</sup> 이 보고서는 정당하게 제한될 수 있는 유형의 정보를 언급하는 한편, 아동 보호를 명분으로 정부가 정보를 차단하는 것(유통규제에 해당할 것으로 보인다)이 정당화되기 어렵다는 점을 분

명하게 밝히고 있다. 또, 정보의 원천을 차단하는 것이 아니라 정보수용자 측의 정보접근을 차단함으로써 청소년보호의 목적을 달성할 수 있다고 보았다.

25. 그 자체로서, 정당하게 제한될 수 있는 유형의 정보에는 아동포르노그래피(아동의 권리 보호를 위해), 혐오적 표현(영향 받는 공동체의 권리 보호를 위해), 명예훼손(부당한 공격으로부터 타인의 권리와 평판의 보호를 위해), 집단살해를 저지르도록 직접적이고 공개적으로 선동하는 것(타인의 권리 보호를 위해), 그리고 차별, 적대 또는 폭력의 선동을 구성하는 민족적, 인종적 또는 종교적 혐오의 주창(생명권 등 타인의 권리 보호를 위해)이 포함된다.

27. (전략) 마찬가지로, 부적절한 콘텐츠로부터 아동을 보호하는 것은 정당한 목표를 구성하지만, 부모들이나 학교당국이 여과 소프트웨어를 이용하여 일정한 콘텐츠에 대한 접근을 통제할 수 있다는 점은 정부에 의한 차단(blocking) 같은 조치를 덜 필요하게 만들고 나아가 그러한 조치를 정당화하기 어렵게 만든다. 나아가 국가가 한정된 주파수를 배분할 수 있도록 하기 위해 등록이나 허가가 필요했던 방송부문과는 달리, 인터넷의 경우에는 무한한 수의 진입점과 필연적으로 무한한 수의 이용자들을 수용할 수 있기 때문에, 그러한 요구들이 정당화될 수 없다.

## 2. 외국입법례

한편 미국은 우리 청소년보호법과 거의 동일한 '미성년자청소년유해매체물(material that is harmful to minors)' 개념을 사용하여 인터넷상의 청소년유해매체물을 규제하고자 했던 온라인아동보호법(the Child Online Protection Act, COPA)<sup>7</sup>이 있었다. 이 법률은 1997년 통신품위법(the Communications Decency Act, CDA)이 연방대법원의 위헌결정을 받아,<sup>8</sup> 인터넷상의 유해정보로부터 청소년을 보호한

3 이 조항의 목적은 대중매체의 '적극적' 활용에 있다. 대중매체는 해롭기보다는 이익을 더 많이 주므로, 아동권리협약의 초안을 만든 대표자들은 대중매체로부터 아동을 보호하자는 측면에서가 아니라 더욱 긍정적인 방식으로 조문을 기초해야 한다는 견해를 갖고 있었다. 정보의 자유에 기초해서 아동은 모든 문제에 관한 다양한 의견을 접할 수 있으므로 긍정적이고 적극적인 방식을 취하지 않는다면 이 조항이 필요치 않다는 의견이었다. 이 의견은 대다수의 동의를 얻었고 '정보의 자유'는 제한할 수 있는 성격의 것이 아님을 논의 과정을 통해 재확인하였다. 어린이·청소년의 권리 연대회의, 『아이들의 인권 세계의 약속』, 내일을 여는 책, 1997, 62~63쪽.

4 위의 책, 63쪽. 아동권리협약에 관한 조항 해설은 위 자료 참조.

5 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7(2005): Implementing child rights in early childhood, CRC/C/GC/7/Rev.1, 1996.9.20, <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/7cfdace016acd61c1257214004713a4/\\$FILE/G0644380.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/7cfdace016acd61c1257214004713a4/$FILE/G0644380.pdf)>.

6 Frank La Rue, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/17/27, 2011.5.16, <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)>.

7 47 U.S.C. 231.

8 Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).

다는 명목으로 제정된 두 번째 법률이다. 특히 이 법 §231(e)(6)는 '미성년자청소년유해매체물'을 다음과 같이 정의하고 있었다.

음란하거나 또는 다음 각호의 요건을 모두 충족하는 모든 통신, 사진, 영상, 그래픽 이미지파일, 기사(article), 녹음, 저술(writing), 기타 일체의 표현물(matter)

(A) 평균인이, 당대의 공동체 기준을 적용할 때, 그 매체물을 전체로서 그리고 미성년자와 관련하여 고려하면, 호색적 취향에 호소(appeal)하거나 영합(pander)하도록 고안되었다고 인정하게 되고;

(B) 실제의 또는 가상의 성행위나 성적 접촉이나, 실제의 또는 가상의 통상적이거나 변태적인 성행위 또는 성기 또는 사춘기가 지난 여성의 유방에 대한 외설적인(lewd) 노출을 미성년자에 대해 명백히 불쾌한 방법으로 그리거나, 서술하거나, 묘사하고;

(C) 전체적으로 보았을 때 미성년자에 대한 진지한 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치가 없는 경우<sup>9</sup>

온라인아동보호법은 1998년에 제정되었으나, 제정되자마자 연방지방법원에 의해 집행금지명령을 받았다. 연방 제3순회항소법원 역시 이 법률의 "공동체 기준"이 지나치게 광범위하다는 이유로 위헌 판결하였으나, 2002년 연방대법원은 항소법원의 판시근거가 불충분하다는 이유로<sup>10</sup> 파기환송하였지만, 법률의 집행정지는 유지하였다.<sup>11</sup>

2003년 3월 파기환송심이었던 연방항소법원이 이번에는 이 법률이 성인들의 표현의 자유를 침해한다는 이유로 재차 위헌결정을 내렸고 이에 대해 재상고가 이루어지자, 2004년 6월 29일 연방대법원은 필터링소프트웨어가 온라인아동보호법보다 더 우수하며, 지방법원이 필터링소프트웨어의 효과성을 고려한 지 5년이 지났고, 또 의회가 특정한 매체물에 대한 미성년자의 접근을 제한하기 위한 두

개의 법률을 만들었다<sup>12</sup> 는 점을 언급하면서, 집행금지명령을 유지한 채 재심리를 위해 제심을 담당했던 지방법원으로 사건을 환송하였다.<sup>13</sup>

재심리를 맡은 연방지방법원의 Reed 판사가 이 법률이 수정헌법 제1조와 제5조를 침해하여 문면상 위헌(unconstitutional on its face)이라고 판단하면서, 이 법률의 집행을 영구히 정지하는 금지명령을 내렸고(2007.3.22), 이 판결은 연방 제3항소법원에 의해 확인되었으며(2008.7.22), 2009년 1월 21일 연방대법원은 재상고된 사건에 대한 심리를 거부하였다.<sup>14</sup> 이로써 온라인아동보호법은 의회를 통과한 지 10여 년 만에 사라지는 운명을 맞게 되었다.

이런 과정을 통해서 본다면, 미국 연방대법원의 입장은 청소년유해매체물 개념 자체가 지나치게 광범위하여 헌법 위반이라는 연방항소법원의 초창기 입장을 수용하지는 않은 것으로 보인다. 단지 청소년유해매체물의 개념을 인터넷에 적용할 경우에는 여과 소프트웨어를 통한 차단이 가능한 인터넷의 특성을 고려할 때 인터넷에서 청소년유해매체물의 배포를 제한하는 것이 과도한 제한이라는 판단을 하는 것이라고 할 수 있다.<sup>15</sup> 따라서 오프라인에서 청소년유해매체물의 유포를 범죄화하는 것에 대해서도 위헌이라는 입장으로 연결될 것 같지는 않다. 이 점은 미국의 거의 모든 주에서 청소년에게 유해하거나(harmful) 저속한(indecent) 매체를 청소년에게 배포하는 것을 형벌로 규제하는 법률을 두고 있지만, 이에 대한 위헌소송을 찾아보기 어렵다는 점에서도 알 수 있다.

그러나 청소년유해매체물에 대한 미국 각주의 법률이 가진 특징은 유해매체의 범위가 성적 표현에 국한되어 있으며, 법률에서 그 정의를 비교적 명확히 하고 있다는 것이다. 각주의 법률에서 채택하고 있는 청소년유해매체의 기준은 온라인아동보호법이 제시한 것과 거의 유사하다.

이 점이 청소년유해매체물의 판단 기준을 극히 넓게 설정하고 있는 한국의 경우와는 다르다. 한국의 청소년보호법 등 청소년유해매체물의 규제를 정하고 있는 법률들과 미국법과의 차이점은 특정한 표현물이 청소년에게 유해한 매체인지 여부는 법원에 의해 결정되며, 행정기관이 그 해당 여부를 결정하지는 않는다는 점에 있다.

9 47 U.S.C. §231(e)(6).

10 미성년자유해매체물 여부를 확인하기 위하여 공동체 기준에 의존한다고 해서 그 자체로 법률이 실질적으로 표현의 자유에 대한 지나치게 광범위한 것이 되지는 않는다는 것이 다수의견의 주된 근거였다.

11 Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U.S. 564 (2002).

12 미국 연방의회는 2002년에 미국의 국가도메인 내에 새로운 제2수준의 도메인, 즉 'kids'를 만들고, 여기에는 연령에 부합하는 아동용 콘텐츠만을 담도록 하는 '아동용도메인의 실행과 효과에 관한 법률'(Dot Kids Implementation and Efficiency Act of 2002, 47 U.S.C. §941)을 제정한 데 이어, 2003년에는 인터넷 이용자들로 하여금 포르노사이트를 방문하도록 유도할 의도로 '오해하기 쉬운(misleading) 도메인 네임을 사용하는 것을 금지하는 '도메인의 진정성에 관한 법률'(the Truth in Domain Names Act of 2003, 18 USC §2252B)을 제정하였다.

13 Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 542 U.S. 656 (2004).

14 ACLU v. Mukasey, 534 F.3d 181 (3d Cir. 2008), cert. den. 129 S. Ct. 1032 (2009).

15 그러나 한국의 경우 청소년유해매체물 개념이 인터넷에도 적용되고 있다는 점에서 미국 연방대법원의 이러한 입장은 여전히 의미가 있다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 청소년유해매체물 심의제도와 청소년보호법

현재 우리나라에서 청소년유해매체에 대한 타율적 심의는 법령의 규정에 따라 당해 매체물의 윤리성·건전성의 심의를 할 수 있는 심의기관이 있는 경우에는 매체별로 구분되어 시행되고 있다(청소년보호법 제7조 제1항 단서). 매체별 심의기관은 아래 표와 같다.

구분	영상매체물		전자 오락 매체물	음반 매체물	공연 매체물	통신 인터넷 매체물	방송 매체물	인쇄 매체물	광고 매체물	기타
	영화 비디오	음악영상물, 음악영상파일								
심의 기관	영상물등급위원회		게임물 등급 위원회	청소년 보호 위원회	영상물 등급 위원회	방송통신 위원회/ 방송통신 심의위원회	한국 간행물 윤리 위원회	시·도	청소년 보호 위원회	

그러나 매체물에 대한 심의기관이 특별히 정해져 있지 않은 경우에는 청소년보호위원회가 심의하고(법 제7조 제1항 본문), 매체에 대해 해당 심의기관이 심의하지 않을 때에도 청소년보호위원회가 심의하도록 요청할 수 있으며(동조 제2항), 또한 각 심의기관에 심의를 받지 않고 유통되는 매체에 대해서도 청소년보호위원회가 직접 심의할 수 있도록 하고 있기에(동조 제3항) 청소년보호법과 그에 기반을 둔 청소년보호위원회가 청소년유해매체물 심의에서 주도적인 역할을 하고 있음을 알 수 있다.

그리고 청소년유해매체에 대한 심의기준을 보면 청소년보호법이 위에서 보이는 것보다 훨씬 광범위하게 영향을 미치고 있음을 알 수 있다. 왜냐하면, 청소년유해매체물 결정과 관련된 아래 근거법률 중 공연법(제5조), 출판문화산업 진흥법(시행령 제3조), 방송법(방송통신심의위원회규정 제66조), 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(시행령 제8조, 정보통신망법 제44조의7)이 청소년보호법에서 정한 심의기준을 준용하고 있기 때문이다.<sup>16</sup> 구체적으로 각 심의기관이 심의기준으로 삼는 근거법률은 아래 표와 같다.

16 나머지 영화및비디오물의진흥에관한법률, 음악산업진흥에관한법률, 게임산업진흥에관한법률, 옥외광고물등관리법(제5조)은 별도의 규정을 가지고 있다.

구분	영상매체물		전자 오락 매체물	음반 매체물	공연 매체물	통신 인터넷 매체물	방송 매체물	인쇄 매체물	광고 매체물	기타
	영화 비디오	음악영상물, 음악영상파일								
근거 법률	영화및 비디오물의 진흥에관한 법률	음악산업 진흥에 관한법률	게임 산업진흥에 관한 법률	청소년 보호법	공연법	방통위 설치법, 정보통신망법	방송법	출판문화 산업 진흥법	옥외 광고물 등 관리법	청소년 보호법

#### 2. 청소년보호법의 문제점

그런데 이런 청소년보호법에는 많은 문제점이 있다는 비판을 받아 왔다.

##### 가. 지나친 봉쇄

청소년보호법 제1조는 “청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다”고 하고 있다. 그런데 그 방법으로는 “청소년에게 유해한 매체물과 약물 등이 청소년에게 유통되는 것과 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것 등을 규제하고 청소년을 유해한 환경으로부터 보호·구제하는 것”을 들고 있다. 이를 두고 청소년보호법은 범죄원인론의 측면에서 1)미시환경론과 2)사회심리학적 접근을 한다고 평가받고 있다.<sup>17</sup> 여기서 미시환경론은 개인이 처해있는 주변 환경에 주목하는 이론이고, 사회심리학적 접근이란 사람의 행동을 사회적인 환경과 관련하여 이해하고 설명하려는 것이다. 한마디로 청소년보호법은 미시적·사회심리학적 접근을 통해 청소년이 잠재적 범죄자가 되는 것을 예방하고, 건전한 사회인으로의 성장을 도모하는 데 초점이 맞추어져 있다는 것이다. 그런데 이런 청소년보호법의 미시적·사회심리학적 접근 중에서도 특히 관련성이 큰 것이 바로 봉쇄이론이다.<sup>18</sup> 봉쇄이론은 범죄유발 요인과 범죄차단요인을 구별하여 범죄유발요인이 범죄차단요인보다 강하게 작용하면 범죄가 발생한다는 이론으로 범죄요인을 억제함으로써 범죄를 줄일 수 있다는 이론이다.<sup>19</sup>

17 김현수, 김정환, “청소년 보호를 위한 유해매체물 규제방안”, 제4쪽

18 김현수, 김정환, 전게서, 제4쪽

19 김현수, 김정환, 전게서, 제5쪽



이러한 청소년보호법의 경향 – 청소년에 대해 유해할 수 있는 매체 등을 우선 차단해야 한다는 – 이 청소년의 미성숙성, 정부의 보호자적 역할 등 전통적으로 청소년과 관련되어 제기되어 왔던 이론들과 결합하게 되면, 청소년을 보호한다는 이유로 청소년에 유해할 수 있는 요인을 광범위하게 확대하여 해석할 수 있는 여지를 제공하게 된다. 반면에 표현의 자유나 재산권 혹은 그 규제를 통해 간접적으로 제한될 청소년의 기본권, 즉 자아실현을 위한 자기결정권이나 자유권은 상대적으로 약하게 고려될 수 있다는 것이다. 이는 점점 커지고 있는 청소년들의 자아실현욕구나 표현의 자유를 심대하게 제약할 수 있다.

#### 나. 심의기준의 추상성

먼저 청소년유해매체물에 대한 심의기준이 추상적이라는 점이다. 청소년보호법에서 정한 청소년유해매체물의 심의기준은 아래와 같다(법 제9조 제1항).

1. 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것
2. 청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것
3. 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력 행위와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것
4. 도박과 사행심을 조장하는 등 청소년의 건전한 생활을 현저히 해칠 우려가 있는 것
5. 청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해(沮害)하는 반사회적·비윤리적인 것
6. 그 밖에 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것

이에 따른 구체적인 기준은 아래와 같다(시행령 제7조, 별표1).

#### 1. 일반 심의기준

- 가. 매체물에 관한 심의는 당해 매체물의 전체 또는 부분에 관하여 평가하되 부분에 대하여 평가하는 경우에는 전반적 맥락을 함께 고려할 것
- 나. 매체물 중 연속물에 대한 심의는 개별 회분을 대상으로 할 것. 다만, 법 제8조제5항의 규정에 해당하는 매체물에 대한 심의는 그러하지 아니하다.
- 다. 심의위원 중 최소한 2인 이상이 당해 매체물의 전체내용을 파악한 후 심의할 것
- 라. 법 제8조제5항의 규정에 의하여 실제로 제작·발행 또는 수입이 되지 아니한 매체물에 대하여 심의하고자 하는 경우에는 구체적·개별적 매체물을 대상으로 하지 아니하고 사회통념상 매체물의 종류, 제목, 내용 등을 특정할 수 있는 포괄적인 명칭 등을 사용하여 심의할 것

#### 2. 개별 심의기준

- 가. 음란한 자태를 지나치게 묘사한 것
- 나. 성행위와 관련하여 그 방법·감정·음성 등을 지나치게 묘사한 것
- 다. 수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 가학·피학성음란증 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것
- 라. 청소년을 대상으로 하는 성행위를 조장하거나 여성을 성적 대상으로만 기술하는 등 성윤리를 왜곡시키는 것
- 마. 존속에 대한 상해·폭행·살인 등 전통적인 가족윤리를 훼손할 우려가 있는 것
- 바. 잔인한 살인·폭행·고문 등의 장면을 자극적으로 묘사하거나 조장하는 것
- 사. 성폭력·자살·자학행위 기타 육체적·정신적 학대를 미화하거나 조장하는 것
- 아. 범죄를 미화하거나 범죄방법을 상세히 묘사하여 범죄를 조장하는 것
- 자. 역사적 사실을 왜곡하거나 국가와 사회존립의 기본체제를 훼손할 우려가 있는 것

- 차. 저속한 언어나 대사를 지나치게 남용하는 것
- 카. 도박과 사행심조장 등 건전한 생활태도를 저해할 현저한 우려가 있는 것
- 타. 청소년유해약물 등의 효능 및 제조방법 등을 구체적으로 기술하여 그 복용·제조 및 사용을 조장하거나 이를 매개하는 것
- 파. 청소년유해업소에의 청소년고용과 청소년출입을 조장하거나 이를 매개하는 것
- 하. 청소년에게 불건전한 교제를 조장할 우려가 있거나 이를 매개하는 것

청소년보호법에서 심의기준으로 정하고 있는 것에는 위에서 보는 바와 같이 음란한 것, 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것, 반사회, 비윤리적인 것 등이 포함되어 있다. 이중 음란성은 지금까지 그 추상성에 대해 많은 논란이 있어 왔던 개념이다. 물론 대법원은 음란성에 대해 “성욕을 자극하거나 흥분 또는 만족케 하는 물품으로서 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것”이라고 판단한 바 있고,<sup>20</sup> 헌법재판소는 이러한 음란성 개념에 대해 더욱 좁게 해석하여 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”이라고 판단한 바 있다.<sup>21</sup> 그러나 ‘음란’은 보통 사람들에게 분명한 개념으로 인식될 수 없고, 특히 어떤 성행위 묘사를 음란하다고 판단할 수 있을지는 더욱 애매하다는 점에서 명확성의 원칙에 반한다고 봐야 할 것이다.<sup>22</sup>

그럼 “범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것”이라는 표현은 명확한가? 헌법재판소는 미성년자보호법 제2조의2 제1호의 “범죄의 충동을 일으킬 수 있게”에 대하여 이 구절이 그것이 과연 확정적이든 미필적이든 고의를 품도록 하는 것에만 한정되는 것인지, 인식의 여부를 가리지 않고 실제로 구성요건에 해당하는 행위로 나아가게 하는 일체의 것을 의미하는지, 더 나아가 단순히 그 행위에 착수하는 단계만으로도 충분한 것인지, 결과까지 의욕 하거나 실현하도록 하여야만 하는 것인지를 전혀 알 수 없어 그

20 대법원 1987.12.22. 선고 87도2331 판결.

21 헌재 1998.4.30. 95헌가16 결정.

22 김기연, “청소년유해매체물에 대한 공법적 고찰-청소년보호법을 중심으로”, 경희대학교 석사학위논문, 2009, 31쪽.

규범내용이 확정될 수 없다고 판시한 바 있다.<sup>23</sup> 그러므로 미성년자보호법 조항은 법관의 보충적인 해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념을 사용함으로써 그 적용범위를 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기고 있으므로, 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배되는 것이다. 이에 비추어 보면 “범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것” 역시 추상적이라는 것을 알 수 있다.

그리고 “반사회, 비윤리적인 것”은 어떤가? 헌법재판소는 전기통신사업법 제53조 등의 위헌성을 판단하면서 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념은 너무나 불명확하고 애매하다고 판시한 바 있다.<sup>24</sup> 여기에서 “공공의 안녕질서”는 위 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서유지”와 “미풍양속”은 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 않다. 이처럼, “공공의 안녕질서”, “미풍양속”은 매우 추상적인 개념이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공공의 안녕질서”나 “미풍양속”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기도 어렵다”고 하여 법집행자의 합리적 판단 가능성이 없다고 판단하였다. “반사회, 비윤리적인 것” 역시 사람마다 가치관, 윤리관에 의해 크게 달라질 수밖에 없을 것이고, 이에 따라 법집행자의 통상적인 해석을 통해서도 그 의미내용을 객관적으로 확정하기도 어려울 것이다. 결국 “반사회, 비윤리적인 것”이라는 기준도 명확한 기준은 될 수 없다.

물론 청소년유해매체물에 대한 심의는 청소년보호법에 기술된 기준만을 가지고 하는 것이 아니라 청소년보호법에 따라 위임된 시행령의 구체적인 기준에 의하는 것이기에 문제없다는 주장도 가능할 것이다. 그러나 청소년보호법 시행령에 규정된 심의기준 자체도 그 개념요소가 추상적이라는 비난을 면치 못하고 있다.<sup>25</sup>

참고로, 청소년보호법 시행령에 따른 기준을 준수하면 된다는 주장이 타당하기 위해서는 청소년보호법이 청소년유해매체물에 대한 심의기준을 시행령에 위임함에 있어 포괄위임금지의 원칙을 준수하여야 한다. 포괄위임금지의 원칙이란 입법 기술적인 문제 때문에 법에 따라 모든 내용을 구체적으로 정하지 못하고 시행령 등에 위임할 수 있다고 하더라도 그 내용을 예측할 수 있도록 중요한 내용은 법에서 규정하고 나서 개별적이고 구체적으로만 위임해야 한다는 것이다. 그런데 청소년보호법이

23 헌재 2002.2.28. 99헌가8 결정.

24 헌재 2002.6.27. 99헌마480 결정. 이하 강조는 인용자.

25 주승희, “청소년유해매체 규제상 청소년 유해성 개념의 상대성과 청소년의 자기결정권 보호”, 형사정책연구 제22권 제2호, 35쪽 이하.

정하고 있는 심의기준이 위에서 살핀 바와 같이 법집행자가 명확한 해석을 할 수 없는 정도로 추상적인 상태이기에, 청소년보호법이 청소년유해매체물의 심의기준을 어느 정도 예상 가능할 정도로 규정하고 난 뒤 시행령에 그 구체적인 내용의 규정을 위임했다고 보기 어렵다. 즉, 청소년보호법은 포괄 위임금지의 원칙에도 위배된다.

#### 다. 청소년 유해성 개념의 상대성에 대한 고려가 없음

위와 같이 청소년유해매체 심의기준의 추상성에 대해 문제를 제기하면 혹자는 심의기준을 분명하게 함으로써 청소년유해매체 심의의 부작용을 해결할 수 있다고 한다. 그러나 청소년유해매체에 대한 자의적 심의를 원천적으로 막을 수 없는 이유는 또 하나 있다. 바로 청소년유해성 개념이 상대적이라는 사실이다.

어떤 매체가 청소년에게 해로운지는 청소년마다 각자 다를 수 있다. 청소년의 연령부터 시작하여 개개의 청소년이 처한 가정환경이나 사회환경, 교육정도에 따라 해악의 정도가 다를 수 있다는 것이다.<sup>26</sup> 신체·생리적 발달 정도와 부모에 대한 의존도가 현저히 다른 아동이나 청소년을 단순히 연령기준으로 묶어 음란물이나 폭력물 등 유해매체가 미치는 영향력을 일반화하여 논의하는 것은 문제가 있다.

또한, 무엇이 청소년에게 유해한가는 시대상황에 따라 다를 수 있다. 이러한 시간적 상대성은 에로티시즘과 성 관련 분야에서도 특징적이다. 과거에는 음란한 것이 오늘날에는 전혀 음란한 것이 아닐 수 있다. 1970년 영화 '나체의 마야'가 그려진 성냥갑을 음란물로 인정한 대법원의 태도를 수긍하는 시민은 과거보다 훨씬 적을 것이다. 독일 역시 1962년 판결에서는 혼전성교를 명백히 반대하지 않았다는 이유로 청소년유해성을 긍정했지만, 오늘날은 그와 같은 이유로 청소년유해성을 파악하지는 않는다.<sup>27</sup> 최근 '인생은 아름다워'라는 드라마 때문에 더욱 문제시된 '동성애'의 경우에도 청소년보호법 시행령상 개별심의기준 중에 '사회통념상 허용되지 아니한 성관계'의 한 예로 적시되었다가 2004년 4월 30일 이후로 삭제되었다. 성적 소수자에 대한 우리 사회의 인식 변화를 그 원인으로 꼽을 수 있을 것이다.<sup>28</sup>

그리고 청소년유해성 개념이 장소에 따라 다를 수 있다. 국가에 따라 다를 수 있고, 같은 국가라도 지역에 따라 차이가 있을 수 있다. 정치적·경제적 단일화를 추구하고 있는 유럽 국가들도 청소년유해

매체에 대한 기준이 다르다. 예컨대 독일은 음란물과 폭력물의 청소년유해성을 심각히 고려하고 있지만, 예술의 자유를 보다 중요시하는 프랑스는 음란물과 폭력물에 대해 관대하지만, 자살과 관련된 정보를 더욱 유해한 것으로 파악한다. 자유주의 사상이 더욱 철저한 네덜란드는 16세 이상 청소년은 성인과 동일하게 음란정보를 향유할 수 있다. 벨기에 역시 음란정보에 대한 접근은 자유롭지만, 비도덕적인 내용의 묘사에 대해서는 엄격하게 규제하고 있다. 더 구체적인 예를 들자면, 미국 영화 '배트맨 1'의 경우 우리나라와 독일에서는 '12세 이상 관람 가'였지만, 벨기에에는 배트맨이 선한 사람으로 등장하여 범죄를 저지르고 불법행위를 한다는 내용이 '비도덕적'이라는 이유로 '16세 이상 관람 가'로 하였다. 전쟁을 소재로 하였지만, 가족애 등 큰 감동을 안겨준 이탈리아 영화 '인생은 아름다워' 역시 우리나라와 독일에서는 '12세 이상 관람 가'이지만, 벨기에의 경우 전쟁은 절대 코미디소재가 될 수 없으며 심각한 역사적 왜곡이라는 점에서 '16세 이상 관람 가'로 하였다.

청소년유해매체에 대한 심의는 행정기관인 청소년보호위원회가 단일한 기준하에 포괄적이고 추상적인 청소년 개념을 기준으로 하여 이루어지기에 위와 같은 청소년유해성 개념의 개인적, 시간적, 공간적 상대성은 고려되지 않고 있다.

#### 라. 청소년인권에 대한 고려가 없음

위에서 살핀 청소년유해성 개념의 개인적·시간적·공간적 상대성을 전제로 할 때, 21세기 대한민국 현실에서의 청소년유해성 개념 설정은 특히 청소년의 인권의식 성장에 대한 진지한 고려를 요구한다. 청소년유해매체의 규제에서 청소년의 인권보호 문제는 그동안 규제 법규의 존재 및 규제영역 확장의 정당성 요소로 작용하였다. 즉 청소년유해매체의 규제가 궁극적으로 청소년의 인권을 보호하기 위한 것이라는 점에서 규제가 초래하는 직업의 자유 침해나 영업이익의 손실, 기타 성인들의 권리 침해가 청소년의 인권보호를 이유로 정당화된 것이다.<sup>29</sup> 그러나 최근까지 계속 이어져 온 청소년 인권운동과 그를 통해 확장되어 온 청소년 인권에 대한 자각은 청소년유해매체의 규제가 청소년이 마땅히 누려야 할 권리(인권)를 침해하는 것이 아닌지 새롭게 조명할 것을 요구하고 있다.

청소년인권운동의 맹아는 1987년을 정점으로 타오른 민주항쟁과 이른바 '참교육 1세대'들의 참교육 운동에서 찾아 볼 수 있다. 전두환 정권시절 학도호국단으로 상징되는 억압적인 학교분위기 속에서

26 주승희, 앞의 글, 제45쪽 이하.

27 주승희, 앞의 글, 제46쪽 이하.

28 주승희, 앞의 글, 제46쪽 이하.

29 주승희, 앞의 글, 제48쪽 이하.

고등학생들은 질식하고 있었다. 이런 상황에서 고등학생들은 1987년 민주화항쟁의 영향을 받아 학도 호국단을 대체하고 직선제로 학생회장을 뽑는 등 학내 민주화를 이루는 것에 일차적으로 주목하였다. 1987년 3월 진주 대아고에서, 4월에는 서초고에서 직선제 학생회를 요구하는 움직임이 나타나기 시작하더니 6월항쟁 이후에는 그 움직임이 급속도로 번져나갔다.<sup>30</sup> 이 중 30일이 넘게 장기적인 투쟁을 벌였던 경기도 파주여중고, 2000여명이 수업거부에 들어간 이태 명동 가두시위와 시교위 농성 등으로 확대되었던 정화여상의 사례는 당시 고등학생 운동의 역량이 비약적으로 성장했음을 알 수 있는 좋은 보기이다. 그런데 이런 1987년 6월 항쟁의 불꽃은 한 번 타오르고 끝난 것이 아니었다. 학생회 직선제 운동을 비롯한 1987년 직후의 운동은 오히려 1989년부터 시작된 '참교육 운동'의 예고편이었다고 할 수 있었다. 80년대 중고등학생들의 생활은 너무나 비참했다. 전두환 정권은 본고사 폐지와 내신성적 반영, 대학입학정원의 확대, 전일수업제 대학 운영, 과외금지 등의 내용을 담은 교육정책을 발표했다. 이 중 내신성적 반영은 고등학생들을 더욱 더 성적 경쟁에 내몰리게 만들었다. 그리고 과외 금지 이후 과외가 음성화되자 정부는 학교 보충수업과 자율학습을 전면적으로 허용하였고, 그 결과 학생들은 강제적인 자율학습과 보충수업 속에서 신음하게 되었다. "집에 다녀오겠다"는 그 당시의 인사는 그런 현실을 반영하고 있다. 열악한 교육환경이 청소년들에게 미친 영향은 1980년대의 자살학생 수 증가를 통해 간접적으로 확인할 수 있다.<sup>31</sup>

년도	1983	1984	1985	1986	1987	1988
명수	115	74	113	117	100	126

자살학생통계 : 전국교직원노동조합 학생사업국, 『자살학생과 청소년문제』, 1992

이런 견딜 수 없는 현실은 학생들은 물론이고 교사들까지도 들고 일어나게 만들었다. 1989년 5월 28일 '전국교직원노동조합(전교조)은 "참교육"을 내세우며 창립식을 가졌다. "참교육"은 일그러진 교육현실에 대한 저항의 기지였다. 당연히 정부는 전교조에 대한 대대적인 탄압에 나서 전교조에 가입한 교사들에 대한 해임, 파면, 면직과 함께 사법처리를 강행했으며 그 결과 1989년 9월까지 1700명이 넘는 교사가 교단을 떠나게 되었다. 학생들은 이에 반발하여 전교조 교사를 지키기 위한 투쟁에 나섰다. "선

30 전누리, "민주화의 불꽃, 학교를 삼키다", 인권오름, 제6호, 2006.5.31.

31 유윤중, "굴종의 삶을 떨쳐 반교육의 벽 부수고", 인권오름 제10호, 2006.6.27

생님을 지키자"라는 구호는 단순히 전교조 교사를 지지한다는 것만을 의미했던 것이 아니라 참교육의 가치에 대한 동의였고, 강제적 보충수업, 자율학습, 입시경쟁 등으로 얼룩진 교육에 대한 반대였다. 학생들은 리본달기, '밤샘공부'(하교거부), 수업시간에 전체 뒤돌아 앉기에서부터 단식농성, 점거농성, 시위 등 전교조 교사를 지키고 참교육을 실현시키기 위한 저항에 발 벗고 나섰다. 민주화운동의 한 부분이었던 중고등학생운동이 학생인권, 청소년인권운동으로 전환된 것은 1995년이였다. 그 시작은 최우주 씨의 헌법소원이고, 그 해 말 결성된 중고등학생복지회(이하 "학복지")부터 본격화되었다. 90년대 초중반 다른 부문들의 운동은 점차 자리를 잡아가고 있던 것과는 달리 고등학생운동은 오히려 침체를 면치 못하였다. 이런 상황에서 최우주 학생은 PC통신을 통해 학생인권을 요구하는 헌법소원을 제기하여 사람들의 놀람을 샀다. 최우주 학생의 PC통신 상 헌법소원은 많은 호응을 얻어 PC통신 하이텔에 중고등학생복지회가 만들어 졌고, 이어 PC통신 나우누리에도 학복지가 생겨났다. 이렇게 PC통신 공간에서는 그 당시 학생들의 인권현황의 문제점과 개선방안에 대해 많은 이야기들이 이루어졌다. 학복지는 인권 개념을 전면에 내세우면서 학생 인권운동의 첫 발을 내딛은 것이다. 이렇게 학생들이 스스로 자신들의 인권을 이야기하기 시작하고, 이후 90년대 후반에 들어서면서 정부정책에서도 인권이 등장하기 시작하였다. 소위 인권대통령을 시작으로 정부와 사회에서도 각종 인권의 슬로건이 쏟아져 나왔고, 심지어 1991년 유엔에 가입하고도 내내 잠자고 있던 아동권리협약까지도 빛을 보기 시작하며 국민들은 어린이와 청소년의 인권에 관심을 가지기 시작하였다. 교육부에서도 1998년유엔 세계인권선언 50주년을 기념하며 12월 10일 세계인권의 날, 학생인권선언을 공포하겠다는 계획을 밝혔었다. 물론 이 학생인권선언은 추상적인 말로만 가득 차 있다는 인권단체들의 비판을 받고 발표되지 못하였다. 반면, 학복지에서 준비한 <중고등학생인권선언>만 1998년 11월 3일, 학생의 날을 기해 발표되었다. 이 학생인권선언은 학생들 스스로 자신들의 권리를 주장한 것으로 관심을 모았다. 이러한 흐름들은 2000년대에 들어서면서 입시체제를 근간으로 학생들을 획일적으로 억압하려는 기제들에 금을 가게 만들었다. 당시 청소년들의 탈학교, 일탈, 수업거부는 뜬금없는 신세대의 문화가 아니라 1980년대부터 이어져 온 억압에 대한 분노의 분출이었다. 학복회를 중심으로 활동해 오던 학생활동가들은 2000년대 초 "전국중고등학생연합(준)"을 탄생시켰다. 그리고 "전국중고등학생연합(준)"을 중심으로 두발제한에 대한 반대운동이 일어났다. 이들이 벌인 서명운동은 16만 명을 돌파하였다. 이러한 두발제한에 대한 반대운동에는 여러 흐름이 있었다. 누구도 침해할 수 없는 인권으로서의 두발자유화도 있었고, 학생들 스스로 규정을 결정할 수 있도록 자율화를 요구하기도 하였다. 2000년대 초반의 두발자유화 운

동은 기성세대에 대한 강력한 경고였다. 더 이상 청소년들이 통제되어야 하고 관리되어야 할 존재가 아니라 권리의 주체라는 것을 다수의 행동을 통해 알린 것이었다.

이러한 운동의 경험들은 이후 2003년 네이스 투쟁, 2005년 두발 자유화운동, 2006년 청소년인권 활동네트워크 등으로 이어지게 되면서 끊임없이 청소년인권의 신장을 가져왔다. 최근 경기도 교육청과 서울특별시 교육청이 학생들의 두발제한 금지 및 체벌 금지 등 학생들의 인권을 보장하기 위해 각 '학생인권조례'를 만든 것은, 단순히 어른들의 배려로만 보기 어렵고 위와 같은 청소년 인권운동의 흐름 속에서 학생 스스로의 인권수호 노력이 반영된 것으로 볼 수 있다.

이처럼 청소년들의 인권의식 및 사회참여욕구는 기성세대보다 크지만, 청소년들은 미성숙하기 때문에 크고 작은 사회의 위협으로부터 보호를 받아야 하는 존재로 인식되고 있다. 청소년들 역시 권리를 누리게 하는 것이 헌법 제10조의 행복추구권과 제11조의 평등권을 보장하는 것이다. 유엔 아동권리협약 제12조 역시 아동(청소년)이 자신에게 영향을 주는 모든 문제에 대하여 자유롭게 자신의 의견을 가질 권리가 있다고 규정하고 있다.

그럼에도 불구하고 현행 청소년보호법은 청소년을 미성숙한 존재로만 규정하여 청소년이 그 성숙 정도에 비례하여 상대적으로 누릴 수 있는 권리를 지나치게 침해하고 있다.

#### 마. 매체별 특성에 대한 고려가 없음

매체물에 대한 심의기관이 특별히 정해져 있지 않은 경우에는 청소년보호위원회가 심의하고(법 제7조 제1항 본문), 각 심의기관에 심의를 받지 않고 유통되는 매체에 대해서도 청소년보호위원회가 직접 심의할 수 있도록 하고 있기에(동조 제3항) 청소년보호법과 그에 기반을 둔 청소년보호위원회가 청소년유해매체물 심의에서 주도적인 역할을 하고 있으며, 개별적인 심의기관과 근거법령이 존재하는 경우에도 많은 근거법령이 청소년보호법이 정하고 있는 심의기준을 준용하고 있다.

이렇게 청소년보호법과 청소년보호위원회가 청소년유해매체물에 대한 심의에 대해 지배적인 역할을 하게 되면서 각각의 매체 심의가 가질 수 있는 '매체별 특성에 대한 고려'라는 장점이 사라지고 획일적으로 심의된다는 비판이 제기되고 있다. 예를 들어, 귀로만 듣게 되는 음반과 눈으로 보고 읽게 되는 책은 그 특성이 전혀 다를 수 있음에도 불구하고 동일한 기준으로 청소년유해매체물 해당 여부를 판단하게 되면 특정 매체에 대해서는 불합리한 결과를 낼 수 있다는 것이다.

## IV. 개선방안: 정책과제

청소년보호법의 청소년유해매체 심의기준을 삭제하고, 매체별로 자율적 규제가 이루어질 수 있도록 청소년보호법이 개정되어야 한다.

청소년보호법은 청소년의 보호를 이유로 청소년에 대한 유해요인을 우선적으로 차단하는데 그 초점이 맞추어져 있기에 표현의 자유나 청소년의 자아실현을 위한 권리들이 제대로 보호되지 않을 수 있다.

청소년보호법의 청소년유해매체에 대한 심의기준은 법관의 합리적인 판단이 불가능할 정도로 높은 추상성을 가지고 있다. 물론 시행령에 이를 더욱 분명히 한 심의기준을 두고 있으나 이 역시도 불명확한 개념요소를 사용하고 있어 추상적이라는 비난을 면치 못하고 있다. 또한, 청소년보호법은 청소년의 개인적, 시간적, 공간적 특성을 고려하지 않고 행정기관인 청소년보호위원회가 추상적인 청소년 개념을 기준으로 하여 청소년유해매체를 심의하도록 함에 따라 청소년이 그 개인적인 특성이나 시대적, 공간적 특성에 따라 누릴 수 있는 권리를 지나치게 침해하고 있다. 또한, 청소년보호법이 여러 매체에 대한 청소년유해매체물 심의의 기준이 되면서 매체별 특성을 제대로 고려할 수 없게 하고 있다. 따라서 청소년보호법에서 청소년유해매체 심의기준 및 심의기능을 삭제하여 매체별로 자율적으로 규제할 수 있도록 할 필요가 있다.

# 방송

## I. 문제제기

이명박 정부 들어 표현의 자유가 급격히 후퇴하고 있다. 집회 등의 집단적 표현의 자유뿐만 아니라 개인의 표현의 자유, 방송의 자유 등 표현의 자유 전반에 대한 제한이 심해지고 있다. 특히 이명박 정부하에서 방송심의를 통한 방송의 내용통제는 정부비판의 성격을 가진 방송내용에 대해 제재를 가하는 등 정부·여당에 편향적인 태도를 보이고 있다. 촛불집회에 대한 방송보도에 대한 심의, PD수첩의 광우병 보도 및 4대강 보도, MBC 뉴스데스크의 앵커멘트에 대한 심의, KBS 제야타종행사에 대한 음성조작 심의 등에서 방송통신심의위원회(이하 '방통심의위')가 매우 편파적인 결정을 내리고 있다.

현 정부는 방송분야에서 보수언론의 종편진출을 허용하여 각종 특혜를 제공하는 한편, 방송사 사장면권 등을 통하여 방송조직을 장악하고 방송의 내용마저도 민간기구인 것처럼 위장된 조직인 방통심의위에 의한 방송심의라는 수단을 통해 통제함으로써 전 방위적인 방송 장악을 기도하고 있다. 이는 권력과 자본으로부터의 언론독립성과 민주주의를 크게 훼손할 수 있는 개연성을 내포하고 있다.

## II. 국제인권기준

시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조에서 명시하고 있는 의견의 자유와 표현의 자유에 관하여 유엔 자유권위원회(Human Rights Committee)가 지난 2011년 7월 제102차 회기에서 채택하여 9월 12일에 배포한 '일반논평 34'에서 공공의 쟁점에 대해 검열이나 제지 없이 논평하고 여론을 알릴 수 있음을 명시한 것은 방송심의에도 그대로 적용될 수 있다.

“자유로우며 검열과 방해받지 않는 언론 및 기타 매체는 의견과 표현의 자유와 기타 규약 상의 권리 향유를 보장하기 위해 어느 사회에서나 필수불가결하다. 이는 민주사회의 초석 중 하나이다. 규약에서는, 매체가 기능하기 위해 기반이 되는 정보를 입수할 수 있는 권리를 아우른다. 공공의 또는 정치적 쟁점에 대한 정보와 사상을 시민, 후보자, 선출된 대표자 사이에서 자유롭게 소통할 수 있는 것은 필수적이다. 이것은 자유로운 언론 및 기타 매체가 공공의 쟁점에 대해 검열이나 제지 없이 논평하고 여론을 알릴 수 있다는 것을 의미한다. 또한 이에 상응하여 대중은 매체 생산물을 받을 권리를 가진다.”

## III. 인권상황평가: 실태와 문제점

방통심의위는 2008년 촛불시위의 원인으로 지목되었던 4월 29일과 5월 13일의 MBC PD수첩 '광우병' 편에 대해 '시청자에 대한 사과'를 의결하였다. '방송심의에 관한 규정' 제9조(공정성) 제2항 및 제3항을 위반했다는 이유에서였다. 이를 시작으로 방통심의위가 출범한 후 정부 정책을 비판한 다수 프로그램이 징계(제재) 처분을 받아 왔다. 그 요지는 다음과 같다.

〈표 1〉 방송통신심의위원회 2008년-2010년 공정성 심의결과<sup>32</sup>

프로그램	방송 일시	방송 내용	징계	심의 규정
MBC <PD수첩>	2008.4.29 2008.5.13	광우병 안전성	시청자 사과	제9조(공정성) 제14조(객관성) 제17조(오보정정)
KBS <뉴스9>	2008.5.21-22 6.11	감사원 KBS 특별감사	주 의	제9조(공정성)
MBC <뉴스후>	2008.7.5	조중동 광고불매	권 고	제9조(공정성) 제14조(객관성)
YTN <굿모닝코리아>	2008.10.8	블랙의상	시청자 사과	제7조(방송의 공적책임) 제9조(공정성) 제27조(품위유지)
MBC <뉴스후>	2008.12.20 2009.1.3	미디어법	시청자 사과	제9조(공정성) 14조(객관성)
MBC <뉴스데스크>	2008.12.25-26	미디어법	경 고	제9조(공정성)
YTN <뉴스오늘>	2008.10.24	'YTN사태 100일 ... 희망 의 노래'	경 고	제9조(공정성)
MBC <2580>	2008.12.21	미디어법	권 고	제9조(공정성) 제14조(객관성)
MBC <100분 토론>	2009.1.23 3.13, 4.17	시청자 의견왜곡	주 의	제14조(객관성) 제9조(공정성)
KBS <뉴스특보>	2009.05.29	시민들 KBS비난발언 삭제	권 고	제9조(공정성)
MBC <뉴스데스크>	2009.7.22-24	미디어법	권 고	제9조(공정성) 제14조(객관성)
대구 CBS 라디 오 <세상읽기>	2009.8.4	미디어법 (출연자 여론조사 인용시 의뢰, 조사기관 미 고지)	권 고	제16조 (통계및여론조사)
YTN FM <9시 30분 뉴스>	2009.10.5	미디어법 (여론조사 인용 시 조사방법, 기간 미고지)	권고	제16조(통계및여론조사)

32 출처: 박영선, "지상파 방송 제작 자율성 강화방안", <2012 미디어정책 연속토론회 19: 지상파 방송 제작자율성 제도 개선 방안>, 2011.12.2.

MBC <PD수첩>	2010.1.26	광우병편 항소심 결과	권고	제9조(공정성) 11조(재판 계속중 사건)
KBS <뉴스9>	2010.4.6.~6.16	월드컵 중계권보도	권고	제9조(공정성)
MBC AM <박혜 진이 만난 사람>	2010.9.14	KTX여승무원 응원발언	권고	제9조(공정성)
KBS <추적60분>	2010.11.17	천안함	권고	제9조(공정성) 제14조(객관성)
KBS <추적60분>	2010.12.22	4대강사업	경 고	

현 방송 심의제도에는 다음과 같은 위험성 및 위헌성이 존재한다.

## 1. 방송통신심의위원회에 의한 타율규제의 위험성

방통심의위에 의한 타율규제는 헌법적으로 의문이 제기될 수 있다. 특히 위원회의 구성이 국가에 의해 직간접적으로 지배되고 있고 그들에 의해 방송이 심의되는 경우에는 은폐된 검열의 위험성이 있다.

방통심의위는 방송법 제32조와 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제18조, 「정부조직법」 제5조, 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」<sup>33</sup>에 근거하고 있다.

방송통신심의위원회는 그 구성방법에 있어 위원들의 '임명'이 아닌 '위촉'이라는 표현을 사용함으로써 민간자율기구로 포장되어 있으나 그 구성상 관 주도의 기구라는 것을 쉽게 알 수 있다. 즉, 방통심의위의 위원 9인은 대통령이 위촉하게 되어 있고 이 가운데 3인은 국회의장이 국회교섭단체 대표와 협의

33 제1조(목적) 이 법은 행정기관 소속 위원회의 설치 및 운영에 필요한 사항을 규정함으로써 위원회 운영의 민주성·투명성·효율성 향상에 기여함을 목적으로 한다. 제2조(기본원칙) ① 행정기관의 장은 위원회(위원회, 심의회, 협의회 등 명칭을 불문하고 행정기관의 소관 사무에 관하여 자문에 응하거나 조정, 협의, 심의 또는 의결 등을 하기 위한 복수의 구성원으로 이루어진 합의제 기관을 말한다. 이하 같다)를 공정하고 적절하게 운영함으로써 주요 정책에 관한 이해를 원활하게 조정하고, 관계 행정기관 간의 합의 및 협력이 체계적으로 이루어지도록 하며, 민주적이고 효율적인 행정이 되도록 하여야 한다. ② 위원회는 법령에 규정된 기능과 권한을 넘어서 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 내용 등의 자문에 응하거나 조정·협의·심의·의결 등을 하여서는 아니 된다.

하여 추천한 자를, 3인은 국회의 소관 상임위원회에서 추천한 자를 위촉하게 되어 있다.<sup>34</sup>

또한, 방통심의위는 방송법상의 각종 제재조치를 방송통신위원회(이하 '방통위'라 함)에 요청할 수 있고 방통위는 이에 따라 제재조치를 명령하도록 되어 있다. 즉, 규정의 형식이 기속행위로 되어 있어 방통심의위가 제재 요청을 하면 방통위는 제재조치를 명령할 의무가 발생한다.<sup>35</sup>

그 밖에 심의위원의 공무원 의제규정(제26조), 방송통신발전기금뿐만 아니라 국고에서 운영경비를 지급할 수 있다는 규정(제28조), 심의위원회 규칙제정권과 관보에 게재 규정(제29조) 등은 방통심의위의 행정기관으로서의 성격을 뒷받침하고 있다.

헌법재판소도 방통심의위의 행정기관으로서의 성격을 인정하고 있다.<sup>36</sup> 즉, “이처럼 방통심의위는 그 구성방법이나 임명, 업무에서 방송위원회와 크게 다르지 않고, 방송광고 사전심의와 관련해서도 방송위원회가 행하던 업무들을 거의 그대로 수행하고 있다. 결국, 방송광고 사전심의 업무와 관련하여 방통심의위는 방송위원회와 그 성격이 다르다고 할 수 없다. 그렇다면 방통심의위로부터 위탁을 받아 행하게 되는 방송광고 사전심의 역시 행정기관이 행하는 사전검열에 해당할 것인데 (후략)” 라고 하여 방송광고사전심의를 행정기관이 행하는 사전검열로 보고 있다.

## 2. 명확성원칙 위반

### 가. 불명확한 법개념: 공정성개념에 대한 재검토

방송법은 공정성, 객관성, 공공성, 건전성 등의 불명확한 법개념을 사용하고 있다.<sup>37</sup> 이 가운데 특히

34 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제18조 ② 심의위원회는 9인의 위원으로 구성한다. 이 경우 심의위원회 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 3인의 위원을 상임으로 한다. ③ 심의위원회 위원은 대통령이 위촉한다. 이 경우 3인은 국회의장이 국회 각 교섭단체 대표의원과의 협의하여 추천한 자를 위촉하고, 3인은 국회의 소관 상임위원회에서 추천한 자를 위촉한다.

35 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제25조 제5항 “위원회는 제3항에 따라 심의위원회로부터 제재조치의 처분을 요청받은 때에는 「방송법」 또는 「정보통신망의 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」이 정하는 바에 따라 해당 사업자 등에 대하여 그 제재조치의 처분을 명령하여야 한다.”

36 헌재 2008.06.26. 2005헌마506(판례집 제20권 1집 하. 397), 방송법 제32조 제2항 등 위헌확인.

37 방송법 제6조(방송의 공정성과 공공성) ① 방송에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 한다. 방송법 제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의) 방송통신심의위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다. 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제18조 (방송통신심의위원회의 설치 등) ① 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 독립적으로 사무를 수행하는 방송통신심의위원회를 둔다.

논란이 되고 있는 공정성 문제는 재검토할 필요가 있다. 방송법은 제32조에서 공정성이란 개념을 사용하고 있으나 그 개념에 관한 정의규정은 따로 두지 않고 있다. 다만 동조 제1항은 공정성 및 공공성을 심의하기 위하여 방송심의규정을 제정하도록 하고 있고 제2항에서는 심의규정에 포함되어야 할 사항을 열거하고 있다. 이에 따라 제정된 방송심의규정 제9조는 ‘공정성’을 규정하고 있고 동 규정 제12조는 선거방송 등에서 공정성을, 제13조는 토론프로그램에서 공정성을 규정하고 있다.

이 가운데 특히 방송심의규정 제9조는 ‘공정성’이라는 제목하에 객관성과 진실왜곡금지(진실추구), 공정성과 균형성, 불편부당성, 일방성금지, 비차별성 등의 내용을 규정하고 있다.

공정성은 방송이 특정집단의 이익만을 위해서 복무해서는 안 되며 언론은 객관적인 진실을 추구하고 특히 강자에 대한 비판과 감시기능을 수행하여야 한다는 것을 전제로 한다. 그러나 공정성을 기준으로 하는 방송심의는 정치권력이나 사회적 강자의 직·간접적 영향을 받을 가능성이 크다. 무엇보다도 공정성은 그 개념이 모호하기 때문에 자칫 이를 기준으로 이들에 의한 방송탄압의 빌미로 이용될 수 있다.

공정성 등의 모호한 법적 개념은 무엇보다도 관련 법규정이 헌법과의 합치적인 해석이 가능한지를 먼저 검토하여야 하고 그러한 한계를 지키면서 공정성을 해석하는 한에서만 합헌으로 볼 수 있다. 그 밖에 객관성과 같은 개념도 같은 한계 내에서만 허용될 수 있다. 그러한 헌법적 한계 내에서 허용된다고 할지라도 공정성 등 모호한 기준에 의한 심의와 제재는 가급적 신중하여야 하며 이를 단순다수결로 결정하는 구도가 되어서는 안 된다.

또한, 방송의 공정성은 양적 균형성만을 의미하지 않는다. 객관적 진실을 추구하여야 하며 양적 균형뿐만 아니라 불편부당한 방송을 하도록 요구하고 있다. 그러므로 공정성을 양적 균형성만으로 해석하는 현행 실무는 문제가 있다.<sup>38</sup> 균형성을 관련된 양 당사자 간의 균형성만을 의미하는 것으로 보아서는 안 된다. 예컨대, 촛불집회보도에서도 정부·여당과 야당 이외에 국민의 알권리 충족의 차원에서 보아야 하며 심의규정 제9조에 의하면 객관적 진실보도의 측면(즉, 객관성)도 공정성에 포함되어 있다. 균형성, 객관적 진실보도, 불편부당성, 비차별성의 측면이 함께 고려되어야 한다. 단지 형식적 공정성(양적 균형)만을 요구하여 표현의 자유를 제한한다면 이는 위헌이 될 소지가 있다. 공정성 개념은 언론의 비판적 기능과 조화를 이루어야 한다. 공정성의 원칙은 다른 원칙과의 관계에서 조화롭게 해

38 박경신, “방송통신심의위원회의 심의제도에 대한 법적 평가: 방송심의규정 제9조 제2항의 “양적 균형성”을 중심으로”, 긴급토론회 〈방통 심의위, 무엇을 위해 심의하나〉, 1쪽 이하 참조.



석되어야 하며 원칙 간의 충돌이 문제 될 때는 최적화의 요청이 충족되어야 한다. 따라서 단순한 균형성과 진실추구의 원칙은 조화를 이루어야 한다.

### 나. 공정성 심의기관의 문제: 판단주체의 문제

심의기관의 문제는 공정성 심의에서 특히 문제 될 수 있다. 방송의 공정성은 판단대상이 된 방송 프로그램과 그 내용, 표현의 공정성이 주로 문제가 되지만 판단주체가 공정하게 구성되어야만 확보될 수 있다.

무엇보다도 공정성이란 개념을 기준으로 국가기관이 방송내용을 심의하는 것이 과연 허용될 것인가? 그것도 대통령이 위원 9인을 위촉하되 3인은 국회의장이 국회교섭단체 대표와 협의하여 추천하고 3인은 국회상임위원회에서 추천한 자를 위촉하게 되어 있는 등 정부·여당 추천 인사가 과반수를 차지하도록 구성된 기구에 의한 심의라는 것은 그 자체 공정성을 보장하기 어려운 구조이다. 공정성을 보장할 수 없는 구조의 방통심의위가 특히 정치적 문제에 대해 심의를 수단으로 개입하는 것은 공정성을 특정한 정치적 이슈에 대해 자신의 이해를 관철하는 수단으로 이용할 가능성이 크다. 정치권력, 특히 정부·여당의 영향력하에 있는 행정기관에 의한 방송심의를 그 자체로 공정성을 보장하기 어렵다. 행정기관에 의한 언론검열로서 헌법을 위반할 가능성이 매우 크다(5공 당시 안기부의 보도지침과 본질적으로 다르지 않다).

그리고 심의기관을 국가 영향력이 배제된 자율기관으로 구성할 경우에도 구성의 공정성은 문제 될 수 있으며 특정집단의 영향력을 배제할 수 있는 구성을 하여야 한다.

## 3. 법과 도덕의 문제(윤리적인 문제)

법은 도덕의 문제를 포함할 수 있다. 그러나 '법은 도덕의 최소한'이다. 사회에 의해 자율적으로 해결될 수 있는 문제에 대하여 국가가 법을 통해 개입하여서는 안 된다. 더구나 헌법에 따라 보장된 표현의 자유에 이르러서는 국가개입은 반드시 기본권제한의 한계를 지켜서 행해져야 한다. 도덕적 문제에 대해 국가가 지나치게 간섭하는 것은 위험하다. 견해차이가 있을 수 있는 문제, 자율적으로 해결할 수 있는 문제에 대해 국가기관이 지나치게 간섭해서는 안 된다는 것은 국가로부터 자유를 확보하고자 했

던 자유주의 사상의 결과물이다. 이는 방송심의제도에 그대로 들어맞는 이야기이다.

다만, 상업광고 등에 대해서는 일정한 정도의 규제 필요성이 인정되는 것이 사실이다. 광고를 통한 자본권력의 영향력을 차단할 필요성이 있기 때문이다.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 방송통신심의위원회의 폐지 및 자율규제 원칙 확립

앞서 보았듯이 방송심의를 자율규제(자율통제)를 원칙으로 하여야 한다. 자율규제가 안 되는 경우에만 타율규제가 필요할 수 있으며 이 경우에도 국가기관에 의한 통제는 마지막에 고려되어야 한다. 내부의 자율통제가 불가능한 부분에 대해서는 외부의 타율통제로서 사회구성원들에 의한 통제(예, 시청자, 공인된 사회단체 등)가 가능할 수 있으나 이해관계가 다양한 그룹의 의견을 어떻게 반영할 수 있을지에 대하여 상당한 논의가 있어야 할 것이다.

### 2. 표현의 자유 등 기본권과의 조화로운 해석

방송심의를 방송의 자유 즉, 표현의 자유와 조화로운 해석을 통해 허용되는 범위 내에서만 허용되어야 한다. 그러므로 우선 심의를 통한 방송의 사전허가나 검열은 당연히 허용될 수 없다. 방송심의가 마치 검열과 같이 작용하는 경우도 허용되어서는 안 된다. 사전적 제재효과가 있는 경우가 그에 해당할 것이다. 사후심의를 비례원칙의 준수 하에서만 허용된다.

그 밖에 방송심의를 정부비판 차단 등 여론의 통제, 문화의 다양성과 독창성을 제한할 위험성이 있으므로 다양성 보호(다원주의)의 차원도 고려하여야 한다.

### 3. 방송심의에서 공정성 문제

공정성의 문제를 어떻게 다룰지에 대해서는 견해가 대립하고 있다. 즉,

- i) 행정기관에 의한 공정성심을 폐지하고 BBC처럼 자율규제로 대체하자는 견해<sup>39</sup>
- ii) 심의위원회의 심의는 폭력성, 선정성, 선거방송의 공정성에 한정하고 뉴스나 시사프로그램의 공정성 문제는 심의대상에 제외하고 절대다수의 합의제로 바꿈, 위원 7인 이상이 찬성해야 제재하도록 한다는 견해<sup>40</sup>

공정성 기준은 가치판단의 문제이기 때문에 판단주체에 따라 공정성에 대한 견해가 다를 수 있다. 공정성은 민주 대 반민주, 보수 대 진보의 구도, 정부·여당과 야당의 지위변경 등 정치적 상황에 따라 논의와 갈등구조가 달라질 수 있다.<sup>41</sup> 그리고 무엇보다도 행정기관은 권력자의 지배하에 있기 마련이고 권력자에 대한 합법적인 비판마저도 공정성 심의라는 명목으로 제약될 가능성이 매우 크다.<sup>42</sup>

그러므로 국가가 지배력을 행사할 수 있는 기관에 의한 공정성 심의는 폐지되어야 한다.<sup>43</sup> 공정성 기준은 가치판단의 문제이기 때문에 판단주체에 따라 공정성에 대한 견해가 다를 수 있는데,<sup>44</sup> 국가가 영향력을 행사할 가능성이 있는 한 결코 공정할 수 없기 때문이다. 이에 의하면 현행 방통심의위의 방송심의체제는 폐지되어야 한다. 또한, 공정성 심의를 폐지하고 다양성 개념으로 대체하는 등의 방안을 마련하여야 한다. 한편 현재 백지위임된 편성규약의 내용을 구체적으로 법률에 규정할 필요가 있다.<sup>45</sup> 물론 자율규제를 할 경우 어떤 형태의 기관에 어떤 방식으로 맡겨야 할지의 문제는 남으나<sup>46</sup> 이는 궁극적으로 어느 누구도 방송을 사적인 이익이나 권력지배를 위해 사용할 수 없게 하는 장치를 마련하는 문제이므로 방송의 공공성과 관련될 수밖에 없을 것이다.

39 박경신, 앞의 글 참조.

40 김승수, "미디어시장과 공공성", 도서출판 한울, 2010, 128쪽.

41 미디어공공성포럼, 『미디어 공공성』, 커뮤니케이션북스, 2009, 30쪽.

42 박경신, 앞의 글, 14쪽 이하 참조.

43 독일의 경우 방송협약회의 예, 국제인권규범 및 외국입법례로서 유럽연합의 지침 등 참조. 프랑스의 경우 정보다원주의, 어린이와 청소년 보호, 광고후원홍소핑 등이 심의의 주요 내용이다.

44 공정성은 민주 대 반민주, 보수 대 진보의 구도, 정부여당과 야당의 지위변경 등 정치적 상황에 따라 논의와 갈등구조가 달라질 수 있다. 미디어공공성포럼, 『미디어 공공성』, 커뮤니케이션북스, 2009, 30쪽.

45 법률이 하위 명령에 포괄적으로 위임하는 것은 포괄적 위임입법금지에 반하여 위헌이다. 따라서 법률에 명확한 기준을 두고 구체적인 범위를 정하여 시행령 등 명령에 위임하여야 할 것이다. 예컨대, 방송법 제4조 제4항 편성규약 제정, 공표는 편성규약의 내용에 대한 아무런 기준이 명시되어 있지 않고 포괄적으로 위임하고 있다.

46 자율규제로 가기 위해서는 최소한 방송기관의 사장임면권 등에 있어서 정부기관에 의한 영향력을 배제하여야 하는 것이 전제조건이다. 무엇보다도 권력과 자본으로부터 언론 및 방송의 자유를 확보하는 것이 필요하다.

## 영화

### 1. 문제제기

한국영화사에서 검열제도는 수차례의 법률개정에도 불구하고 현재까지 50여 년간 지속되고 있다. 2006년 제정된 '영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률'(이하 '영비법')은 기존 제도와 달리 사전 검열 제도를 폐지하고 등급분류를 심의하는 제도를 도입했다. 그러나 현행 등급분류 역시 영상물등급위원회(이하 '영등위')라는 행정기관이 주체가 된 심의제도로써, 본래 취지였던 '자율'과 '지원'은 커녕 '규제'와 '통제' 위주의 정책으로 실질적인 검열제도로 기능하고 있다. 등급분류의 예외 조항인 '영화등급분류면제추천' 제도도 의무적인 절차로 강제되고 있어, 그 업무를 수행하고 있는 영화진흥위원회에서조차 자성의 소리가 높다. 2012년 현재, 한국의 모든 영화에서 벌어지고 있는 등급분류로 인한 영화 검열과 강제적인 등급분류제도는 과거 영화 심의제도가 갖고 있던 검열의 잔재이다. 이는 영화 창작자나 상영자, 그리고 관람하는 모든 사람의 표현의 자유를 침해하고 있다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

#### 세계인권선언 제19조

모든 사람은 의견과 표현의 자유를 누릴 권리를 가진다. 이 권리는 간섭을 받지 않고 자신의 의견을 가질 자유를 포함하며, 또한 모든 수단을 통하여, 국경을 넘거나 넘지 않거나에 관계없이, 정보와 사상을 추구하고 받고 전할 자유를 포함한다.

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

1. 사람은 누구나 간섭받지 않고 의견을 지닐 권리를 가진다.
2. 사람은 누구나 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리에는 구두·필기·인쇄·예술 형태·본인이 선택하는 그 밖의 전달수단으로 국경과는 무관하게, 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 얻고 전달하는 자유가 포함된다.
3. 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 그러므로 이 권리에 일정한 제한이 가해질 수 있다. 그러나 그 제한은 법률에 규정되어 있고, 또 다음을 목적으로 삼는 것이어야 한다.
  - (a) 타인의 권리 또는 평판에 대한 존중
  - (b) 국가의 안전·공공질서·공중건강 또는 도덕의 보호

#### 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제조약 제15조

1. 가입국은 누구에게나 다음 권리가 있음을 인정한다.
  - 가. 문화적인 생활에 참여할 수 있는 권리
  - 나. 과학의 진보와 그 응용에서 오는 혜택을 누릴 수 있는 권리
  - 다. 자기가 창조한 과학적·문화적·예술적 작품에서 생기는 유형·무형의 이익을 보호받는 데에서 오는 혜택을 누릴 수 있는 권리.

2. 가입국이 이 문화적 권리의 완전한 실현을 이룩하기 위하여 취하는 조치 중에는 과학과 문화의 보존·발전·보급에 필요한 조치가 포함된다.

### 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

지난 1995년 11월 의견과 표현의 자유의 보호 신장에 관한 유엔 특별보고관 아비드 후세인은, <모든 형태의 구금 또는 투옥의 대상이 되었던 모든 사람의 인권에 대한 의제>에 관하여 유엔 인권위원회(Human Rights Commission)에 제출한 한국보고서에서 다음과 같은 우려를 표명하였다.<sup>47</sup>

#### 아비드 후사인 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서 (E/CN.4/1996/39/Add.1, 1995.11.21.) 공연윤리위원회<sup>48</sup>

40. 특별보고관은 표현의 자유에 대해 사전제한을 하는 모든 체제는 국제인권법하에 무효라는 강력한 추정을 수반하게 된다고 보았다. 이러한 제한이 제도화되어 있을 경우 이러한 추정에는 더욱 무게가 실린다. 특별보고관의 의견에 따르면, 의사 표현의 자유와 정보와 사상을 추구하고 얻고 전달할 권리의 보호는 현재 공연윤리위원회에서 하는 것처럼 정기적으로 특정한 표현을 사전 검열을 하도록 제출하는 것이 아니라, 출판된 후에 어떤 조치가 필요하다면 바로 그 때 조치를 개시하는 방법을 통해서 보다 잘 행해

47 Abid Hussain, Report on the mission to the Republic of Korea of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, E/CN.4/1996/39/Add.1, 1995, 11, 21, <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/TestFrame/cad65f49a6e34883802566b10055ce24?OpenDocument>>.

48 1995년 12월 30일 법률 제5129호로 영화법이 폐지된 후 제정된 영화진흥법은 공연윤리위원회의 사전심의제(제12조)를 유지하였고, 그 내용은 폐지된 영화법의 사전심의제와 거의 동일한 내용이었다. 한국의 공연예술가들은 작품의 발행이나 발표에 앞서 작품의 전문이나 그들의 공연을 녹화한 테이프를 공연윤리위원회에 제출하여야 했다. 공연법, 영화법, 그리고 비디오영상물 관련법 하에 공연윤리위원회는 미풍양속을 지킨다는 이유를 포함한 다양한 근거로 발행이나 발간에 대한 승인을 보류할 수 있다. 실제로, 공연윤리위원회는 가끔씩 발행을 인가하기 전에 공연하는 예술가들에게 제출한 내용을 검토할 것을 요구했다.

질 수 있다. 이러한 접근은 공익의 보호에 대한 위원회의 성찰을 공공의 장으로 끌고 나와, 필요한 보호에 관한 공공의 지식과 존중의 수준을 상당히 고양시키게 될 것이다. 나아가 이러한 접근은 일어날 가능성이 있는 부당하게 제한적인 행정조치들로부터 적절한 보호를 제공해 줄 것이다. 표현의 자유권 행사에 대한 정당하고 필요한 사전 제한의 가능성을 배제하지는 않겠지만, 특별보고관은 민주주의 사회에 필수불가결한 이 권리에 대한 사전제약을, 공개적인 법적 절차가 아닌 행정절차에 맡겨 두는 것에 대해 우려를 표명하고자 한다.

#### 권고

46. (h) 정부에 표현의 자유와 관련된 권리에 대한 행정적 간섭을 제한할 것과, 특히 이 권리에 대한 사전 제한과 관련하여 기존 행정절차를 공개적인 법적 절차로 대신할 것을 권고한다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 영화 심의제도의 위헌성

##### 가. 영상물 관련 법률과 검열

한국영화사에서 검열은 과거 일제강점기부터 식민화 정책에 따라 사상 통제의 수단으로 기능하였으며, 독재 정권하에서는 비판 세력을 차단하기 위한 국민 감시 수단으로 기능하였다.<sup>49</sup> 1962년 헌법(제5차 개정헌법)은 영화에 대한 검열을 명시적으로 허용하였고, 1962년 1월 20일 최초로 제정된 영화

49 영화진흥위원회, “특집: 영화등급분류제도의 현안과 쟁점”, 『한국영화 동향과 전망』, 제76호, 2008. 4, 13쪽.

법은 당시 공보부 장관에 의한 영화상영 사전허가제를 채택하였다. 그러다 1996년 10월 4일 헌법재판소의 위헌결정이 내려지면서 영화검열제도는 변화를 맞게 되었다.

오랜 기간 지속되던 공연윤리위원회의 사전심의제도에 대해 헌법재판소는 판결요지에서 공연윤리위원회는 행정기관이며, 공연윤리위원회에 의한 사전심의를 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하여 위헌이라고 판시하였다.<sup>50</sup> 이 위헌결정 이후 1997년 4월 10일 개정된 영화진흥법은 심의기관인 한국공연예술진흥위원회가 부여하는 ‘상영등급부여제’를 도입하였다. 그러나 이에 대해서도 헌법재판소는 행정권이 심의기관의 구성에 지속해서 영향을 미칠 수 있고, 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성할 수 있는 점에서 한국공연예술진흥위원회가 헌법이 금지하는 검열기관에 해당한다고 판시하였다.<sup>51</sup> 또다시 개정된 영화진흥법은 등급심사기관을 영등위로 바꾸었으나, 2001년 8월 30일 헌법재판소는 영등위도 검열기관에 해당하고 ‘등급분류보류제도’도 역시 검열에 해당한다고 판시하였다(2000헌가9). 이와 같은 헌법재판소의 판결에 따라 2002년 1월 26일 개정된 영화진흥법은 영화등급분류보류제도를 폐지하고, ‘제한상영 가’ 제도를 신설하였다. 이후, 2006년 제정된 「영화 및 비디오물에 관한 법률」은 영등위의 사전등급부여제를 유지하면서, 등급분류제도를 수정하였다. 기존에 있던 등급 종류 중 ‘18세 관람 가’를 삭제하고 ‘청소년관람불가’를 신설하여, 모두 전체 관람 가, 12세 이상 관람 가, 15세 이상 관람 가, 청소년관람불가, 제한상영 가 등 5개 등급으로 정하여 지금에 이르고 있다.

이처럼 헌법재판소의 결정에 따라 검열기관인 공연윤리위원회를 대신할 심의기구로 설립된 것이 지금의 영등위이다. ‘규제와 통제’ 위주의 정책에서 벗어나 ‘자율과 지원’ 중심으로 전환하는 것이 그 목적이었다. 영등위의 역할은 ‘표현의 자유’와 ‘청소년의 보호’라는 두 가치가 공존할 수 있도록 심의 기준과 방식을 고안하고 수행하는 것이다. 그럼에도 불구하고 영등위는 그동안 두 가치가 충돌하고 대립한다는 이유를 들먹이며 ‘청소년 보호’를 넘어 성인까지도 보호하고 간섭하려는 태도를 보여 그에 대한 비판이 끊이지 않았다. 영등위의 이러한 권위적이고 관료적인 규제 방식은 등급분류라는 심의 과정에서 교묘한 검열로 작동하여 표현의 자유를 침해하고 문화적 권리와 알권리를 침해하고 있다.

##### 나. 등급분류의 문제점과 한계

2010~2011년 한국영화의 결정등급에 따르면 전체관람 가 등급을 신청한 편수는 모두 68편이나 실

50 1996.10.4. 93헌가3·91헌바10(병합).

51 헌재 2001.08.30. 2000헌가9.

제 전체 관람가로 등급분류된 작품은 42편(62.8%), 12세 관람 가는 20편(29.4%), 15세 관람 가는 5편(7.4%), 청소년관람불가 1편(1.5%)으로 나타났다. 12세 관람 가 등급을 신청한 편수는 52편이었으나, 실제 12세 관람 가로 등급분류된 작품은 22편(42.3%)에 불과하고 나머지 22편은 15세 관람 가(42.3%)로, 6편은 청소년 관람불가(11.5%) 등급으로 분류되었다. 15세 관람 가 등급을 신청한 편수는 모두 66편이었으나, 15세 관람 가로 분류된 작품은 40편(60.6%)이고, 24편(36.4%)은 청소년 관람불가로, 1편은 제한상영 가(1.5%)로 등급이 분류되었다.<sup>52</sup> 이처럼 창작자의 희망 등급과 영등위의 등급 심의 결과는 확연한 차이를 보인다. 이는 영등위가 그동안 구체적인 심의 기준을 제시하지 못했다는 점을 방증한다. 모호하고 자의적인 심의 기준으로 관객의 볼 권리가 제한받고 있으며 이에 대한 관객과 창작자의 불만이 날로 높아지고 있다. 또한, 창작자가 심의를 의식하여 자신을 스스로 검열하게 되는 등 심대한 위축효과가 초래된다.

지난 2007년 4월, 영화사 스폰지엔T가 수입한 영화 <숫버스>에 대해 영등위가 제한상영가 등급을 부여하자 영화사는 이 처분을 취소해 달라는 행정소송을 제기하였다. 원심은 영화 <숫버스>가 음란한 영화로 볼 수 없다고 판시하였고,<sup>53</sup> 대법원 역시 <숫버스>의 제한상영 가 등급 판정은 영등위의 재량권을 일탈하고 남용한 것으로 위법하여 대법관들의 일치된 의견으로 영등위의 상고를 기각하였다.<sup>54</sup> 이 판결이 전향적으로 보일 수 있으나, 법정 공방이 있는 동안 영화 수입사는 제한상영 가 처분 취소를 받기 위하여 영화 <숫버스>의 일부를 스스로 모자이크 처리하였다. 일종의 자기검열 효과이다.

청소년관람불가 외에 제한상영 가를 또 두어 성인 대상 영화들도 '일반 상영관에서 볼 수 있는 영화'와 성인 중 일부가 '더 은밀한 곳에서 보아야 할 영화'로 구분하는 것은 애매한 잣대이다. 이는 성인이라도 '봐도 되는 작품'이 있고, '봐서는 안 되는' 작품이 있다고 평가하고 강제하려는 영등위의 권위적인 태도를 그대로 보여준다.

청소년관람불가 등급 역시 청소년 당사자나 부모들의 의견을 반영하고, 사회 구성원 모두의 가치와 상식을 고려한 심의 기준을 제시하지 못한 채 권위적인 심사방식을 답습하고 있다. 김조광수 감독이 2009년에 발표한 한국 영화 <친구사이?>에 대해 영등위는 "성적 정체성이 미숙한 청소년이 일반적인 지식과 경험으로 수용하거나 소화하기 어려워, 건전한 인격체로 성장하는 것을 저해한다. 또 건전한

사회윤리와 선량한 풍속, 사회통념 등에 비춰봐도 청소년이 이 영화를 관람하는 것은 부적절하다"며 청소년관람불가 등급을 부여했다. 이에 대해 2011년 4월 20일 서울고등법원은 "15세 이상 관람 가 및 청소년관람불가 기준에 관한 관련 규정을 보면, 선정성에 관한 청소년관람불가 기준은 성적 행위에 대한 묘사가 구체적이라는 것만 가지고는 충족되지 않고, 신체 노출 및 성적 행위에 대한 묘사가 성적 욕구를 자극할 정도로 구체적이고 직접적이며 노골적이어야만 충족된다"고 판시하며 영등위 처분 취소를 판결한 원심을 인용하였다.<sup>55</sup> 앞서 서울행정법원도 영화사가 낸 '청소년관람불가 등급 분류 결정 처분 취소' 소송에서 "청소년관람불가 등급을 매긴 것은 재량을 넘어서"고 판시하면서 이어 "15세 이상 관람 가로 분류된 다른 영화와 비교해도 선정성이나 모방 위험 등의 요소가 더 구체적이거나 직접적이라고 보기 어렵고 동성애를 유해한 것으로 취급해 관련 정보의 생산·유통을 규제하면 성적 소수자의 인격권이란 행복추구권 등을 지나치게 제한한 우려가 있는 점을 함께 고려했다"고 덧붙였다.<sup>56</sup>

영등위가 발족한 지 10년이 지난 지금까지, 등급분류의 기준이 폭력성과 성 표현에 국한되어 있고 일부 위원들의 가치관에 경도되고 있다. 다양한 콘텐츠와 새로운 표현 방식을 등장시키는 사회 흐름과 의식을 반영하는 심의 기준을 수립하고 바로 세우는 것이 필요하다.

#### 다. 비영리 영화·영화제에 대한 검열

90년대 이후, 한국의 영화 문화는 다양한 상영방식으로 풍부해졌다. 시민이 영화를 만나게 되는 계기는 기존의 영화관 개봉으로부터 각종 영화제, 졸업전, 공동체상영회 등 교육 목적의 상영이나 비영리 목적의 문화 행사로 확대되었다. 영화관 역시 일반 영화관이 아닌 거리 상영관, 공공기관 상영관, 예술영화 전용관 등으로 확대되었다. 동일한 영화라 할지라도 다른 방식으로 다르게 상영될 수 있다. 그러나 모든 영화는 영비법에 따라 영화를 상영하기 전에 의무적으로 '등급분류'를 받게 되어 있다. 이 때문에 인권운동사랑방의 서울인권영화제 등 비영리 영화제에 대한 등급분류 문제가 불거져 왔다.

영비법 제2조(정의) 제9호는 '영화업자'라 함은 "영리를 목적으로 하는 자"로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다고 하면서 각 목으로서 '가. 영화제작업자: 영화제작을 업으로 하는 자, 나. 영화수입업자: 영화수입을 업으로 하는 자, 다. 영화배급업자: 영화배급을 업으로 하는 자, 라. 영화상영업자: 영화상영을 업으로 하는 자'를 열거하고 있다. 이처럼 영비법은 영리를 목적으로 영화제

52 2011.12 영상물등급위원회 등급분류사례집.

53 서울행정법원 2008.1.17. 선고 2007구합21259 판결.

54 대법원 2009.1.23. 선고 2008두18465 판결.

55 서울고등법원 2011.4.20. 선고 2010누32237 판결.

56 서울행정법원 2010.9.9. 선고 2010구합5974 판결.

작, 영화수입, 영화배급, 영화상영을 업으로 하는 영화업자는 제작 또는 수입한 영화에 대하여 그 상영 전에 영등위로부터 '상영등급'을 분류 받아야 한다고 규정하면서, 이를 위반하는 경우 영화상영관 경영자는 "영업정지 및 영화관 등록취소"(제45조), 영화를 상영한 자는 "3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금"(제94조)으로 처벌하도록 규정하고 있다.

다만, 영진위가 추천하는 영화제에서 상영하는 영화, 대가를 받지 아니하고 특정한 장소에서 청소년이 포함되지 아니한 특정인에 한하여 상영하는 소형영화·단편영화, 국제적 문화교류의 목적으로 상영하는 영화 등 문화관광부 장관이 등급분류가 필요하지 아니하다고 인정하는 영화의 경우를, 그 적용의 예외로 규정하고 있다(영비법 제29조 단서 및 각호, 이하 영진위의 '등급분류면제추천'으로 칭함). 따라서 영화업자로서 영화를 상영하기 위해서는 영진위 면제추천의 경우 등을 제외하고는 상영등급분류를 받아야 하는 것으로 규정하고 있으나, 영화제작·수입·배급·상영하더라도 영리를 목적으로 하지 않는 자는 영화업자에 해당하지 않게 되어 영화 상영등급 분류의 적용을 받지 않게 된다. 결국, 영비법에 의한 처벌대상이 되려면 영리성이 있어야 하는 것으로 해석할 수 있다.

영리성의 개념은 다소 모호한 면이 있지만, "널리 경제적인 이익을 취득할 목적"으로 해석하는 판례의 입장을 참고할 수 있다.<sup>57</sup> 판례에 따르면, 경제적인 이익을 취득할 목적은 피고인의 사회적 지위, 피고인과 그 행위의 상대방과의 인적관계, 행위의 동기 및 경위와 수단이나 방법, 행위의 내용과 태양, 사회상황, 관련 규정의 취지 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단할 수밖에 없다는 것이다. 사회통념이라는 말은 결국 일반인의 건전한 상식에 의해 영리성을 판단해야 한다는 것인데, 16년간 무료상영을 원칙으로 하고 있고, 기업의 후원 없이 일반인들의 후원으로 영화제를 개최해 온 서울인권영화제가 영리의 목적이 없다는 점은 이론의 여지가 없을 것이다.

그러나 서울인권영화제는 '영리를 목적으로 하지 않는 자로 영화업자에 해당하지 않게 되어 영화 상영등급 분류의 적용을 받지 않음'에도 불구하고, 영진위의 등급분류면제추천을 요구받고 있다. 물론, 서울인권영화제의 상영영화에 대한 분류심사가 영비법 제29조 단서에 의한 예외규정의 적용에 해당하여 영진위의 추천으로 등급분류면제가 가능지만, 서울인권영화제는 '영진위라는 또 다른 공적 기관의 심사를 매개로 한 추천은 국가의 검열'이라고 판단하여 영진위의 추천을 거부하며 영화제를 개최해 왔다. 이명박 정부가 들어선 이후에는 '표현의 자유 보장과 확대를 위한 적극적인 거부'의사로

57 울산지법 2005.11.18. 선고 2005노818 판결.

거리 상영을 하기도 했다. 이명박 정부가 들어서자, 서울인권영화제에 영화관을 대관해 주던 영화관 측이, 이전에 요구하지 않았던 영진위의 등급분류면제추천을 요구하여 대관을 허용하지 않았기 때문이다. 서울인권영화제 외에 '4대강 사업'의 현장을 기록한 미디어활동가들의 영상물 상영회 <강, 원래 프로젝트>도 역시 몇 차례 상영관을 대관하지 못하여 상영이 취소되거나 지연되는 일이 이어졌다.

영진위는 '등급분류면제추천'이라는 예외규정이 단지 형식적인 절차상 규정일 뿐이라고 주장하나, 이러한 과정에 비추어보면, 실제로는 사전 검열로 작동하고 있는 것이다. 영비법은 영화에 대해 '표현과 예술로서 보호할 대상'이라기보다는 대중성·상업성에만 더 비중을 두고 필요악으로서의 규제의 절실하다는 인식에서 벗어나지 못하고 있다. 등급분류제의 예외규정 역시 영화라는 표현의 본질적 속성을 거스르는 것임에도 불구하고 '그 규제의 완충장치를 충분히 하고 있다'고 자족하는 형국이다.

영진위 영상산업정책연구소도 등급분류제도에 대한 문제의식을 드러낸 바 있다<sup>58</sup>.

"영화라는 표현매체는 모든 예술 장르 중에서도 가장 대중 지향적이며, 영상과 소리를 통하여 직접적으로 정서적인 효과를 나타낼 수 있다. 특히 1980년대 후반 영화는 단순히 상업적 목적이 아닌 소외 계층, 노동 문제 등 사회의 목소리를 전달하는 효과적인 수단으로서 기능하고 있다. 그럼에도 불구하고 아직까지도 영화등급분류의 기준은 영화의 표현에 있어 폭력성과 저속하고 음란한 성 표현에만 국한되고 있는 실정이다. 또 영화상영관이 아닌 각종 영화제의 등장과 성공은 극장이라는 한정된 공간을 기준으로 영화를 분류시키고자 하는 현행 영화등급분류제도에 대하여 다시한번 고민하게 만든다... 새로운 표현 방식이 등장하면 새로운 심의 기준을 정해야 하는 경우가 끊임없이 발생한다 ... 등급분류 대상이 확대될 경우, 전량 사전 심의를 통해서는 해결하기 어려울 수 있다. 따라서 자율 규제 및 사후 규제를 강화하는 방향으로 가는 것이 효과적일 수 있다."

58 영화진흥위원회, "특집: 영화등급분류제도의 현안과 쟁점", 『한국영화 동향과 전망』, 제76호, 2008. 4. 15~17쪽.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 영등위 '영상물 등급분류제도'와 영진위 '영화등급분류면제추천'을 폐지한다.

헌법 제21조 제4호에서 보장하고 있는 검열 금지의 요건에 따르면, '행정권이 주체가 된 영화에 대한 사전심사절차'는 위헌적이다. 현재 영등위와 영진위는 명목상 민간기구지만 사실상 법적 구속력을 갖춘 정부기관으로 기능하고 있다. 영등위의 '영상물 등급분류제도'와 영진위의 '영화등급분류면제추천'은 강제성을 띠고 있으며, 누구나 의무적으로 받아야 하고, 심의 내용을 어겼을 경우 법적인 처벌을 받아야 한다. 이러한 영비법 상의 행정심의 제도를 모두 폐지해야 한다. 자발적인 자율규제로 영상물에 대한 등급분류를 받지 않더라도 영화를 상영할 수 있어야 한다.

"영화 및 비디오물의 질적 향상을 도모하고 영상산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화생활 향상과 민족문화의 창달에 이바지함을 목적으로 한다."라는 영비법의 입법 목적(제1조)에 비추어 볼 때, 표현의 자유를 위한 영화 심의 제도는 '청소년의 미성숙성'이라는 막연한 개념을 전제로 한 규제가 아니라 '영화예술의 발전과 개인의 충분한 기본권 향유'라는 거시적 목표에 주력할 필요가 있다.

### 2. 창작자는 이미지나 영상 등 시각적인 표현물의 내용에 관한 정보를 제공한다.

영상물에 대한 규제나 통제가 아니라, 영상물에 대한 사전 정보 제공과 이용자의 권리 및 표현의 자유를 보장하기 위하여 창작자는 이미지나 영상 등 시각적인 표현물에 관해서는 내용에 관한 정보를 제공해야 한다.

### 3. 표현물에 대한 이용자의 의견을 반영할 수 있는 공공 시스템을 마련한다.

자율규제 절차는 모두 공개되어야 하며, 토론회와 공청회 등을 통해 자율규제에 대한 다양한 의견을 경청하는 시스템을 갖추어야 한다. 자율규제가 사회 흐름을 반영하고 공공성을 갖출 수 있도록 시스템을 연구하고 개발해야 한다.

# 인터넷

## I. 문제제기

한국 인터넷 이용률은 2010년 기준으로 77.8%이며 가구당 인터넷 보급률은 81.6%에 달한다<sup>59</sup>. 일반 시민의 미디어 접근이 쉽지 않은 언론 출판 환경 속에서, 인터넷은 한국의 일반 시민에게 필수적인 표현 매체이다. 그러나 한국에서 인터넷 표현의 자유에 대한 침해 논란이 계속됐으며 이는 특히 이명박 정부가 들어선 후 크게 더욱 두드러졌다. 인터넷 표현의 자유 규제에서 무엇보다 심각한 문제는 직접 유통을 규제하거나 게시자를 형사 처벌하는 문제가 무엇보다 심각한 것이다. 정부의 정치적 입장이나 정책과 다른 견해를 표명한 인터넷 게시물을 행정심의로써 삭제하고 '허위의 통신' 등의 죄목으로 형사 처벌한다는 비판이 제기되어 왔다. 또한, 인터넷 실명제와 이를 기초로 한 이용자 정보 제공이 공권력을 비판하고자 하는 이들을 위축시킴으로써 간접적으로 표현의 자유를 침해한다는 지적도 끊이지 않고 있다.

59 "인터넷 이용률", 나라지표, <<http://www.index.go.kr>>; "가구 인터넷 보급률 및 컴퓨터 보유율", 좌동.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

#### 가. 국제규약과 그 해설

인터넷 표현의 자유도 그 근거가 되는 국제인권규범은 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조이다. 특히 제19조 제2항은 “스스로 선택하는 기타의 방법”이라고 하여 표현의 자유의 수단을 제한하지 않음으로써 인터넷 표현의 자유 근거로 작용한다고 볼 수 있다.

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.
  - (a) 타인의 권리 또는 신용의 존중
  - (b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

자유권위원회(Human Rights Committee)는 2011년 7월 제102차 회기에서 채택하여 9월 12일에 배포한 ‘일반논평 34호’<sup>60</sup>에서 규약 제19조가 인터넷에도 적용되는 지점을 상세히 밝혔다. 즉, “제2항에서는 모든 형태의 표현과 그 전파 수단을 보호한다 … 여기에는 모든 형태의 시청각 방식과 전자적 혹은 인터넷 기반 표현 방식이 포함된다(12문단).”는 것이고, “당사국은 인터넷과 이동식 기반의 전자정

60 Human Rights Committee, General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 2011.7.21. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>>.

정보급 시스템과 같은 정보와 통신기술의 발달이 전 세계의 의사소통 관행을 엄청나게 변화시켰음을 고려하여야 한다. 이제는 사상과 의견을 교환하기 위해 전통적 대중매체의 중개에 의존할 필요가 없는 전 지구적 네트워크가 있다. 당사국은 이러한 새로운 매체를 육성하고 개인들이 거기에 접근할 수 있도록 필요한 모든 조치를 취해야 한다(15문단).”며 인터넷이 표현의 자유에서 갖는 중요성을 환기하였다. 또한 “당사국은 대중매체를 규제하는 입법적, 행정적 체제가 제3항과 일관되도록 해야 한다. 규제 제도는 신문 및 방송부문과 인터넷 간의 차이를 고려하고, 동시에 다양한 매체가 어떻게 수렴하는지 그 방식에도 주의하여 마련되어야 한다(39문단)…(하략)”면서 “인터넷 서비스 공급자나 검색엔진과 같이 통신을 지원하는 체계를 포함하여, 웹사이트, 블로그, 기타 인터넷 기반, 전자적, 혹은 기타 유사 정보보급체계의 운영에 대한 규제는 제3항에 부합하는 경우에만 허용될 수 있다. 허용되는 규제는 일반적으로 특정 내용에 한정된다. 어떤 사이트나 체계의 운영을 포괄적으로 금지하는 것은 제3항에 부합하지 않는다. 정부에 대해, 또는 정부가 채택한 정치사회체제에 대해 비판적일 수 있다는 이유만으로 어떤 사이트나 정보배급체계가 자료를 발간하지 못하게 금하는 것 역시 제3항에 부합하지 않는다(43문단).”고 그 한계를 상세히 규정하였다.

#### 나. 유엔 표현의 자유 특별보고관의 연례보고

2011년 6월 제17차 유엔 인권이사회에서 프랑크 라 뤼 의사표현의 자유에 관한 유엔 특별보고관은 연례보고서<sup>61</sup>를 인터넷 표현의 자유에 할당하였다. 이 보고서에서 특별보고관은 전 세계에 걸친 인터넷 표현의 자유에 대한 위협 요인을 지목하였다. 콘텐츠에 대한 자의적인 차단이나 필터링, 정당한 표현의 불법화, 인터넷 사업자와 같은 중개인에 법적 책임 부과, 지적재산권 침해라는 이유로 인한 이용 해지, 사이버 공격, 부실한 프라이버시 보호 등이 핵심적인 문제이다.<sup>62</sup>

먼저, 정당한 표현을 제재하기 위하여 형사법을 자의적으로 사용하는 것은 ‘위축 효과’를 야기할 뿐 아니라 구금 등 당사자에 대한 인권 침해로 이어진다는 점에서 경계의 대상이다. 선거시기, 사회적 격동기 등 주요한 정치적 순간에 이용자들이 정보에 접근하거나 전달하는 것을 기술적으로 방해하는 일이 세계 각국에서 곧잘 발생하는 것은 우연이 아니다. 특별보고관은 기술적인 방식으로 이루어지는 인

61 Frank La Rue, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/17/27, 2011.5.16. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)>.

62 Frank La Rue, 위의 보고서, IV.



터넷 차단이나 필터링이 투명하고도 엄격한 조건에서만 제한적으로 이루어져야 한다고 권고하였다.<sup>63</sup>

또 명예훼손이나 국가안보 보호라는 이유로, 사실은 정부나 권력자들의 마음에 들지 않는 콘텐츠를 검열하는 일이 많이 발생하는 상황이 우려스럽다. 특히 특별보고관은 명예훼손을 범죄화해서는 안 되며 평화적인 의견 제시가 국가안보라는 이유로 제약되어서는 안 된다고 여러 차례 강조하였다. 정부정책에 관한 토론이나 정치 논쟁, 선거 캠페인, 소수 종교나 사상에 대한 의견에 대해서는 어떠한 이유로도 제한을 두어서는 안 된다.<sup>64</sup>

최근에는 인터넷 사업자와 같은 중개인의 역할이 커지면서 그에 대한 통제를 통해 국가와 사적 권력의 입맛대로 인터넷 콘텐츠가 검열되는 상황도 발생하고 있다. 특별보고관은 중개인이 콘텐츠에 개입할 때에는 인권을 존중하기 위하여 지켜야 할 것이 있다고 지적하였다. 인터넷 콘텐츠에 대한 조치는 사법부의 개입 후에 이루어지는 것이 원칙이고, 조치에 대해 이용자에게 투명하게 알리는 한편, 조치를 취하기 전에 이용자에게 사전고지를 해야 하며, 사후 이의제기 절차를 보장해야 한다는 것이다.<sup>65</sup>

눈에 띄는 대목은 지적재산권 침해와 표현의 자유 문제를 결부시킨 것이다. 특별보고관은 이용자들이 지적재산권법을 위반했을 때 인터넷 접속을 차단하는 제도들에 대해 경악했다. 최근 지적재산권 강화추세와 더불어 삼진아웃제, 즉 세 번 위반했을 때 인터넷 이용을 해지하는 법안을 도입한 몇몇 나라들이 있다는 것이다. 특별보고관은 지적재산권 관련 법으로 인터넷 이용자들의 이용권을 박탈하는 제도를 폐지하거나 수정할 것을 권고하였다.<sup>66</sup>

특별보고관은 인권기구나 반체제 인사들이 DDos 공격의 목표가 되는 현상도 걱정스럽게 보았다. 또한, 페이스북과 같은 소셜네트워크를 이용하여 인권운동가나 반체제 인사들을 사찰하는 것 또한 문제로 보았다.<sup>67</sup> 무엇보다 익명 토론을 제약하는 것은 인터넷 이용자의 프라이버시권을 침해하고 인터넷상에서 정보와 생각의 자유로운 흐름을 방해한다는 점에서 비판의 대상이다.<sup>68</sup>

63 Frank La Rue, 위의 보고서, IV. A. 및 VI. A. 70-71.

64 Frank La Rue, 위의 보고서, IV. B. 및 VI. A. 72-73.

65 Frank La Rue, 위의 보고서, VI. A. 74-77, 특히 76.

66 Frank La Rue, 위의 보고서, IV. D. 49 및 VI. A. 78-79.

67 Frank La Rue, 위의 보고서, IV. E. 및 VI. A. 80-81.

68 Frank La Rue, 위의 보고서, IV. F. 및 VI. 82-84.

## 다. 미국 연방대법원 판결

미국 연방대법원은 1997년 6월 26일 Reno v. ACLU 판결<sup>69</sup>에서 연방통신품위법(the Communications Decency Act: 일명 CDA)의 '저속한 표현의 전송'(indecent transmission)에 관한 조항과 '명백히 거슬리는 표현의 전시'(patently offensive display)에 관한 조항은 그 규제범위가 광범위하여 수정헌법 제1조를 침해한다는 이유로 위헌결정을 내렸다. 이 판결은 인터넷 표현의 자유를 천명한 효시로서 국제적으로 널리 알려졌다. 특히 이 판결에서는 방송매체에 대한 규제근거들, 즉, 방송에 대한 광범위한 정부규제의 역사, 주파수의 희소성, 방송의 침투적 성격<sup>70</sup> 등은 '사이버공간'(cyberspace)에서는 존재하지 않는다는 점을 지적하였다.

그뿐만 아니라 McIntyre v. Ohio 판결<sup>71</sup>은 표현을 하고자 하는 자에게 자신의 신원을 밝힐 것을 요구하는 것은 표현의 자유를 위축시킨다며 익명표현의 자유를 확립하였다.

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

2011년 6월 제17차 유엔 인권이사회에서 프랑크 라 뤼 이사표현의 자유에 관한 유엔 특별보고관은 한국보고서를 발표하면서 인터넷 표현의 자유에 특별한 관심을 할애하였다.<sup>72</sup> 특별보고관은 네티즌 '미네르바'에 대한 구속기소, 언론소비자주권국민캠페인 카페 운영자에 대한 구속기소, 최병성 목사의 쓰레기시멘트 게시물에 대한 삭제 사례들을 구체적으로 들며 대한민국 인터넷 표현의 자유 실태가 걱정스러운 수준이라고 판단하였다. 먼저, 특별보고관은 어떤 표현이 '허위'라는 이유로 처벌받는 데 반대하며 2010년 헌법재판소의 '허위의 통신' 위헌 결정을 환영하였다(35, 90). 또한, 특별보고관은 방송통신위원회와 방송통신심의위원회(이하 '방통심의위')는 물론이고 포털 등 온라인 사업자를 통해 이

69 521 U.S. 844, 117 S.Ct. 2329.

70 방송의 침투적 성격(ubiquitously pervasive presence)이란 방송 특히 텔레비전이 가족구성원 모두가 접근 가능하고 매우 친숙하기 때문에 우리가 숨 쉬는 공기처럼 가족생활 깊숙이 그리고 빠짐없이 들어와 있다는 의미인데, 바로 이러한 성격 때문에 정부에 의한 방송 규제가 필요하다는 논거로 사용된다.

71 514 U.S. 334(1995).

72 Frank La Rue, Mission to the Republic of Korea, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 2011.3.21, A/HRC/17/27/Add.2, <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/17session/reports.htm>>. 이하 유엔 표현의 자유 특별보고관의 언급은 모두 이 보고서 참고.

루어지는 온라인 콘텐츠 규제에 깊은 우려를 드러내었다. 특별보고관은 방송통신위원회와 방통심의위가 인터넷 콘텐츠를 규제할 수 있도록 한 법률상 '불법정보'의 유형이 모호하고, 방통심의위가 정부에 비판적인 정보를 삭제하는 사실상의 사후 검열 기구로서 기능하는 측면이 있다고 지적하였다(45, 47). 따라서 방통심의위의 권한과 기능을 독립적 자율규제기구로 이양할 것을 권고한 국가인권위원회의 결정을 환영하며, 특별보고관 역시 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'(이하 '정보통신망법'이라 함)을 명확하게 개정하고 방통심의위의 기능을 어떠한 정치적, 상업적 및 기타 부당한 영향력으로부터도 자유로운 독립 기구에 이관할 것을 권고하였다(47, 48, 93). 더불어 특별보고관은 포털 등 온라인 사업자들이 임시조치 제도를 남용하지 않도록 관련 법률을 손볼 것을 권고하였고(92), 인터넷 실명제 대신 다른 신원확인수단을 모색할 것 역시 권고하였다(94).

**프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)**

**권고**

- 90. 특별보고관은, 전기기본통신법 제47조 제1항이 위헌이라고 결정하여 동 조항의 효력을 정지시킨 2010년 12월 28일 헌법재판소의 결정을 환영한다.
- 91. 그러나 특별보고관은 정보통신망법 제44조의7에 열거된 '불법정보'의 유형이 광범위하고 모호하여 의사 표현의 자유 행사에 위축 효과를 야기할 수 있다는 점에 대하여 여전히 우려를 가지고 있다. 따라서, 특별보고관은 대한민국 정부가 동 조항을 포함한 정보통신망법의 관련 조항들이 법적 명확성 원칙에 부합되도록 하고 자유권규약 제19조 제3항에 열거된 사유를 보호하기 위해 필요한 것으로 정당화 될 수 있는 조치를 취할 것을 권고한다.
- 92. 특별보고관은 정보통신망법 제44조의2 제6항에 기술된 중개업체의 책임 요건 및 범위가 모호하여 결과적으로 온라인 콘텐츠에 대한 과도한 규제를 초래할 수 있음을 우려한다. 특별보고관은 대한민국정부에게 중개업체의 법적 책임과 관련된 모든 조항을 삭제하도록 권고한다.
- 93. 또한, 특별보고관은 방송통신심의위원회가 정부에 비판적인 정보를 정보통신망법 위

반이라는 이유로 삭제하는 사실상 사후 검열 기구로서 기능하지 않도록 하는 안전장치가 미흡하다는 점에 우려를 표한다. 2010년 9월 30일 국가인권위원회가 채택한 결정에 의거하여, 특별보고관은 대한민국정부에게 방송통신심의위원회의 현 기능을, 사법적 심사를 포함하여 남용을 방지할 수 있는 적절한 안전장치를 갖추고 있으며 어떠한 정치적, 상업적 및 기타 부당한 영향력으로부터도 자유로운 독립 기구에게 이양할 것을 권고한다.

- 94. 실명제가 익명성을 기반으로 하는 인터넷상 표현의 자유 행사를 제한하고 있음을 고려하여, 특별보고관은 대한민국 정부에게 다른 신원 확인 수단을 검토하고 그러한 수단도 신원 확인 대상자가 범죄를 저질렀거나 저지르려고 한다는 상당한 근거나 합리적인 의심이 있는 경우에 한하여 사용하도록 권고한다.

**III. 인권상황평가: 실태와 문제점**

**1. 헌법재판소와 국가인권위원회의 견해**

2002년 헌법재판소는 전기통신사업법 제53조, 즉 '불온통신의 단속' 조항에 관한 위헌확인 사건에서 인터넷에 대하여 공중파방송과 달리 "가장 참여적인 시장", "표현촉진적인 매체"라고 규정하였다<sup>73</sup>. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자 측의 통제능력의 결여와 같은 특성이 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되기 때문에 인쇄매체에서 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 하지만, 인터넷은 방송의 특성이 없으며, 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다는 것이다. 더불어 현재는 "오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서 위주의 사고만으로

<sup>73</sup> 현재 2002.6.27. 선고, 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인. 이하 헌법재판소의 '불온통신의 단속' 위헌 결정에 대한 언급은 모두 이 결정 참고.

규제하려고 할 경우 표현의 자유 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.”고 지적하였다.

국가인권위원회는 ‘불온통신의 단속’ 조항에 관한 위헌결정 이후 이를 대체하여 ‘불법정보의 유통금지’ 등에 대한 조항<sup>74</sup>을 도입하려는 전기통신사업법 개정법안에 대하여 “일률적으로 행정명령이라는 공적규제로 통제하려고 하는 것은 행정규제의 최소화 원칙에 상치되며, 국민의 표현의 자유, 알권리 등을 현저히 침해할 가능성이 있으므로 바람직하지 않다”고 밝히며 “국가 행정에 의한 통제보다는 정보통신사업자의 자율적인 규제의 방향으로 가는 것이 바람직할 것”이라고 의견표명을 했다. 또한, 전기통신사업법 개정안에서 명확성 원칙에 반하는 규정 내용을 삭제하거나 변경할 것을 권고하기도 했다.<sup>75</sup> 국가인권위원회는 이러한 문제의식을 이어받아 2010년 방송통신위원장에 “현행 방송통신심의 위원회에 부여하고 있는 불법정보 등에 대한 심의권 및 시정요구권을 정보통신 서비스 제공자 및 게시물 관리 사업자 대표들과 시민사회 대표들이 함께 구성하는 민간자율심의기구에 이양하는 내용으로 관련 규정을 개정할 것”을 권고하였다.<sup>76</sup>

그 밖에도 국가인권위원회는 인터넷 표현의 자유에 대하여 여러 차례에 걸쳐 의견을 표명하였다. 먼저 인터넷 실명제에 대하여 국가인권위원회는 2004년 「공직선거 및 선거부정방지법」에 인터넷언론사의 선거게시판 등에 인터넷 실명제를 도입하려는 법안이 “명백한 사전검열에 해당하며 익명성에서 기인하는 인터넷상의 표현의 자유와 여론형성의 권리를 제한하여, 세계인권선언 제19조와 헌법 제21조의 표현의 자유에 반하고 헌법 제17조의 개인의 자기정보 관리 통제권을 침해할 우려가 있다”며 반대하는 의견을 표명하였다.<sup>77</sup> 또한, 2008년 이명박 정부 들어 인터넷 실명제의 대상 범위를 확대하려는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 전부개정안」을 정부가 발의하자, 국가인권위원회는 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유 및 직업수행의 자유를 침해할 수 있으므로 이처럼 개정하는 것은 바람직하지 않다는 의견을 국회의장에게 전달하였다.<sup>78</sup> 또 국가인권위원회는 사이버모욕죄 신설을

내용으로 한 「형법 일부개정법률안」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」이 국회에 발의된 데 대하여 사이버모욕죄를 반의사불벌죄로 규정한 것에 반대하고 기존의 모욕죄와 같이 친고죄로 규정할 것을 권고하였다.<sup>79</sup> 2009년 국가인권위원회는 당시 헌법재판소에 계류 중이었던 「전기통신기본법」 제47조 1항, 일명 ‘허위의 통신’ 조항에 관하여 형법규정이 갖추어야 할 명확성을 갖추고 있지 못하여 표현의 자유를 침해할 우려가 크다는 의견을 헌법재판소에 제출하였다.<sup>80</sup>

한편 ‘공익을 해할 목적으로 전기통신설비로 허위 통신을 한 사람’을 처벌하도록 규정한 이 조항에 대하여 헌법재판소도 2010년 위헌이라는 결정을 내렸다.<sup>81</sup> 헌법재판소는 어떤 표현행위가 공익에 해당하는 것인지 아닌지에 관한 판단은 법 전문가라도 객관적으로 확정될 수 없다고 보았고, 현재의 다원적이고 가치 상대적인 사회구조하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제 되었을 때 문제가 되는 공익은 하나로 수렴되지 않는다고 지적하였다.

이상과 같은 기준에 의하면 인터넷 표현의 자유란 다음과 같이 요약할 수 있다. 인터넷 매체는 방송 등 다른 매체에서보다 수용자의 적극성과 참여를 촉진하는 특성이 있다는 점에서 그 표현의 자유를 더 두텁게 보호해야 한다. 국가기관이 인터넷 표현의 자유를 규제할 때는 명확한 법률 규정에 따라 최소한으로 규제해야 한다. 특히 헌법재판소가 국가 권력의 인터넷 규제로 인한 ‘위축 효과’를 우려하였다는 사실은 시사하는 바가 크다. 헌법재판소는 ‘불온통신의 단속’에 대한 위헌 결정에서 “표현의 자유를 위축시키지 않게 명확하면서도, 진정한 불온통신을 효과적으로 규제할 수 있도록 입법한다는 것은 쉬운 일이 아닐 것이다. 그러나 규제대상이 다양·다기하다 하더라도, 개별화·유형화를 통한 명확성의 추구를 포기하여서는 안 되고, 부득이한 경우 국가는 표현규제의 과잉보다는 오히려 규제의 부족을 선택하여야 할 것이다. 해악이 명백히 검증된 것이 아닌 표현을 규제하는 것은 득보다 실이 크다고 보는 것이 표현의 자유의 본질이기 때문이다”라고 실시하였다.<sup>82</sup>

74 현재 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 해당한다.

75 국가인권위원회, “의견서: 전기통신사업법 개정안과 관련하여”, 2002.8.12.

76 국가인권위원회, “정보통신심의제도에 대한 개선권고”, 2010.9.30. 결정. 이하 방통심의위의 인터넷 행정심의 제도에 대한 국가인권위원회의 언급은 모두 이 결정 참고.

77 국가인권위원회 제1소위원회, “정치관계법 개정에 대한 국가인권위원회의 의견”, 2004.2.16.

78 국가인권위원회, “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 전부개정안, 제115조(게시판 이용자의 본인 확인) 제1항 제2호에 대한 의견”, 2009.12.2.

79 국가인권위원회, “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안(나경원 의원 대표발의)에 대한 의견표명”, 2009.2.5. 결정; “형법 일부개정법률안(장윤석 의원 대표발의)에 대한 의견표명”, 2009.2.27. 결정.

80 국가인권위원회, “전기통신기본법, 제47조 제1항에 관한 의견”, 2009.6.8.

81 현재 2010.12.28. 2008헌바57, 2009헌바88(병합) 결정.

82 현재 2002.6.27. 선고, 99헌마480.

## 2. 규제 현황과 문제점

현재 우리나라 인터넷 표현의 자유 규제는 크게 직접 규제와 간접 규제로 나누어볼 수 있다. 직접 규제는 다시 행정심의회와 임시조치 등 유통을 규제하는 것과 직접 형사 처벌하는 것으로 나눌 수 있다.

### 가. 유통규제

현재 제도적으로 규정되어 있는 유통규제는 방통심의위의 행정심의회, 사생활 침해에 대한 온라인 사업자 등의 임시조치, 저작권 침해에 대한 온라인 사업자들의 임시조치를 들 수 있다.

#### 1) 방송통신심의위원회의 행정심의회

인터넷에 대한 유통 규제는 일차적으로 행정심의회를 통해 이루어진다. 인터넷 행정심의회는 상용 인터넷 접속서비스가 시작되었던 1995년 법정기구로 발족한 (구)정보통신윤리위원회<sup>83</sup>로부터 현재까지 지속해왔다. 특히 2008년 이명박 정부 들어서부터는 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 '방송통신위원회법')에 의하여 방통심의위가 설립되어 인터넷 등 통신 분야 심의를 담당하고 있다.

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) 조항은 음란·명예훼손·위협·서비스방해·청소년유해매체물·사행행위·국가기밀·국가보안법·범죄 교사 및 방조 등 인터넷 불법정보에 대하여 방통심의위와 방송통신위원회를 통한 행정심의회 제도를 규정하고 있다. 방통심의위는 개인이나 포털, 방송통신위원회 및 각급 공공기관으로부터 심의를 요청받거나 자체적인 모니터링을 통해 인지한 불법정보를 심의한 후 시정요구 결정을 하고 이를 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 권고한다. 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자가 이를 이행하지 않을 때 대통령 직속기구인 방송통신위원회는 그 정보의 성격에 따라 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다(동법 제44조의7 제2항과 제3항). 이 명령에 따르지 않으면 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제73조 제5호).

83 "정보통신윤리위원회는 1992년 7월 국무총리 주재로 열린 '새질서, 새생활 실천 실무대책협의회'에서 그 구성이 협의되어 같은 해 10월, 전기통신사업법 제53조 및 동 시행령 제19조에 의거 민간자율기구로서 구성되었다. 1995년 1월에는 위원회의 역할 강화 필요성이 대두되어 전기통신사업법을 개정, 같은 해 4월에 법정 기구로 새롭게 출범하였다." 사이버인터넷역사박물관, "정보통신윤리위원회 발족", <[http://i-museum.kisa.or.kr/sub01/article\\_read.do?pageIndex=1&aSeq=2910&cate2=11](http://i-museum.kisa.or.kr/sub01/article_read.do?pageIndex=1&aSeq=2910&cate2=11)>, 검색일: 2011. 10. 31.

한편, 불법정보는 아니지만 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 시행령이 정하는 정보에 대하여 방통심의위는 심의 및 시정요구를 할 수 있다(방송통신위원회법 제21조 제4호). 또한, 대통령령에는 위 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 '심의가 필요하다고 인정되는 정보'를 방통심의위가 심의 및 시정 요구할 수 있도록 다시 규정하고 있다(동법시행령 제8조). 이 규정에 따른 시정요구는 그 이행을 강제하기 위한 제재 규정이 있지는 않다.

결국, 실질적인 심의의 전체적 구조는 다음과 같다.

〈표 1〉 방통심의위 심의 구조<sup>84</sup>

근거조항	시행령 내용	세부심의사항	제재방법(세부내용)	
설치법제 21조 제4호	(1) 정보통신망법 제44조의7	음란	시정요구: (1) 해당 정보의 삭제 또는 접속차단 (2) 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지	
		명예훼손		
		스토킹		
		네트워크교란		시정요구: (1) 해당 정보의 삭제 또는 접속차단 (2) 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지
	'영리성' 청소년유해물			
	사행행위			
	국가기밀			
	국가보안법			
	범죄교사 및 방조			
	(2) 청소년유해매체물	청소년유해매체물	상기(1)+(2)+표시 의무	
	(3) 기타 "심의가 필요하다고 인정되는 정보"			

또한, 방통심의위는 자체적인 「정보통신에 관한 심의규정」<sup>85</sup>에 의해 정보의 불법성, 유해성 등을 심의한 후 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 삭제, 이용해지, 접속차단, 표시의무 이행, 표시방법 변경 등의 시정요구를 한다(방송통신위원회법 시행령 제8조 제2항 내지 제4항). 2008

84 출처: 박경신, "방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성", 한양대학교 법학논총 제27집 제2호, 2010, 65-99쪽.

85 이 규정은 (구)정보통신윤리위원회의 '정보통신윤리심의규정'을 그대로 이어받아 별다른 개편 없이 사용해 왔다. <[http://www.kocsc.or.kr/02\\_infoCenter/info\\_Law\\_View.php?ko\\_board=info\\_Law&ba\\_id=1881&page=1](http://www.kocsc.or.kr/02_infoCenter/info_Law_View.php?ko_board=info_Law&ba_id=1881&page=1)>, 검색일: 2011. 10. 21.

년 5월 16일 설립 이후 2010년 12월 31일까지 인터넷게시물에 대한 심의 건수는 총 99,693건으로 매월 약 3,115건이고 이 중 방통심의위에 의해 시정요구가 의결된 건수는 매월 약 2,304건이다.<sup>86</sup> 구체적인 심의 현황은 아래 표와 같다.

〈표 2〉 방통심의위 심의 현황(2008년~2010년)

\* 건수

구분	심의	시정요구 (심의 대비 비율)	이행 (시정요구 대비 비율)
2008	29,589	15,004 (50.7%)	14,997 (100%)
2009	24,346	17,636 (72.4%)	17,634 (100%)
2010	45,758	41,103 (89.8%)	40,662 (98.9%)
계	99,693	73,743 (74.0%)	73,293 (99.4%)

위에서 볼 수 있듯이 방통심의위에 의해 심의의 대상이 된 게시물들은 거의 삭제 등 조치의 대상이 되고 있으며 시정요구를 받은 게시물 대부분이 인터넷망으로부터 완전히 제거되고 있다. 사실상 100%의 이행률은, 방통심의위의 시정요구가 수용자에 대하여 실질적 위력을 발휘하고 있음을 나타낸다. 따라서 사상의 자유시장에서 상호비판을 통해 인터넷 게시물의 유해성을 걸러내기보다 방통심의위의 시정요구를 통해 인터넷 게시물을 퇴출하고 표현게시물의 유통 여부를 정부기관의 판단으로 통제함으로써 인터넷상의 표현에 대하여 질서 위주의 사고만으로 규제하고 있다는 비판이 지속해서 제기되어 왔다.

하지만 방통심의위의 시정요구 성격을 두고 논란이 계속되었다. 방통심의위는 자신들은 행정청이 아니며 삭제 등 시정요구는 강제성이 없는 권고라고 주장해 왔고, 형식상 '권고'이기 때문에 이 시정요구의 법률적 지위가 '비권력적 행정지도'라는 분석도 있었다<sup>87</sup>.

그러나 그 위원들은 국가공무원법상 결격사유가 없어야 하고 그 신분이 보장되며 위원 중 위원장

과 부위원장을 포함한 3인은 상임으로 임명되고 형법 등의 벌칙 적용에서 공무원으로 간주되는 한편, 국가가 기관의 운영 등에 필요한 경비를 지급할 수 있고 기관의 규칙이 제정·개정·폐지될 경우 관보에 게재·공표된다는 점에서 방통심의위는 방송통신위원회와 마찬가지로 합의제 행정청에 해당하고 그 시정요구는 행정처분에 해당한다고 보는 것이 타당하다는 것이 법원의 판단이다.<sup>88</sup> 헌법재판소 또한 방통심의위를 공권력 행사의 주체인 국가행정기관이라 인정할 수 있고, 그 시정요구에 대해서는 ▲정보통신서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, ▲정보통신서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경우 방송통신위원회의 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 예정되어 있으며, ▲행정기관인 방통심의위가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과를 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 보는 것이 타당하다고 판단하였다.<sup>89</sup>

방통심의위의 시정요구가 일종의 행정처분에 해당한다고 할 때 게시자 등에 대한 사전고지와 청문 절차가 규정되어 있지 않은 점은 큰 결함이다. 이러한 이유로 2010년 9월 국가인권위원회는 방통심의위가 게시자들의 표현의 자유를 제약하면서 직접 통지를 하지 아니하고 사전적으로 의견 제출할 기회를 보장하지 않는 것은 헌법 제12조의 적법절차원칙을 위반할 소지가 매우 크다고 판단하였다.<sup>90</sup>

무엇보다 행정부가 자의적으로 게시물의 불법성을 판단하고 게시물의 삭제 등 인터넷망으로부터의 제거를 사실상 강제하는 것은 표현의 자유 침해이다.<sup>91</sup> 먼저, 행정기관은 사법부와 달리 정치권력으로 부터 독립성이 보장되어 있지 않아 그 판단이 자의적이거나 정치권력을 비호하는 용도로 동원될 가능성이 있고 사법심사의 가능성이 존재하는 한 행정기관의 판단 또는 처분은 잠정적일 수밖에 없다. 국가인권위원회는 이러한 상황에서 인터넷 심의제도가 사후심이라고 할지라도 행정기관이 자의적으로 행사할 수 있는 재량의 폭이 한정되어 위축 효과가 방지될 정도로 심의대상과 심의기준이 명백하지 않은 한, 방송통신위원회의 심의 및 시정요구는 표현의 자유에 대한 중대한 침해에 해당하고 그 결과 현행 헌법이 검열제도를 금지하는 취지에 부합되지 않을 소지가 있다고 보았다.

86 방송통신심의위원회, 『제1기 방송통신심의위원회 백서: 2008.2~2011.4』, 2011; 방송통신심의위원회 정보공개 종합. 이하 인용된 통계의 출처는 모두 같음.

87 지성우, "현행 통신심의제도의 법적 문제점에 대한 고찰", 『정보인권의 법적 보장과 그 구체화 공동학술세미나』, 국가인권위원회, 2010.12.23. 참고.

88 서울행정법원 2010.2.11. 선고 2009구합35924 판결.

89 헌재 2012.2.23. 2011헌가3 결정.

90 국가인권위원회, "정보통신심의제도에 대한 개선 권고", 2010.9.30자, <[http://www.humanrights.go.kr/02\\_sub/body02\\_v.jsp?id=2671&page=14](http://www.humanrights.go.kr/02_sub/body02_v.jsp?id=2671&page=14)>.

91 박경신, 앞의 글, 82쪽.

특히 국가보안법 위반과 관련한 심의는 법원의 심사 전에 정보·수사기관인 경찰과 국가정보원의 요청에 따라 방송통신위원회와 방통심의위의 심의가 이루어지며, 그 인용과 이행률이 100%에 달하는 문제는 심각하다.<sup>92</sup> 극소수 이행을 하지 않는 운영자에게는 방송통신위원회의 '취급 거부·정지 또는 제한'의 명령이 떨어진다. 지난 2003년부터 2011년 4월에 이르기까지 이루어진 방송통신위원회의 '취급 거부·정지 또는 제한'의 명령에 따라 처분된 3,716건의 게시물은, 모두 정보통신망법 제44조의 7 제항 8호, 즉 국가보안법 위반에 대한 것이었다.<sup>93</sup> 최근에도 한국대학생총학생회연합 사이트가 이 명령에 따라 폐쇄되었고 같은 방식으로 인권운동사랑방, 노동전선 등 인권노동운동단체에도 게시물 삭제 명령이 내려졌다<sup>94</sup>.

그 밖에도 기관별 심의 신청 및 결과 현황 통계(2010년 1월 1일~12월 31일)에서 전체적으로 경찰 등 중앙행정기관 및 공공기관의 비율이 압도적이며 그 시정요구와 이행 비율도 상당히 높다는 사실을 볼 수 있다.

〈표 3〉 방통심의위에 대한 기관별 심의 신청 및 결과 현황(2010년)

구분	심의	시정요구 (심의 대비 비율)	이행 (시정요구 대비 비율)
경찰 등 중앙행정기관	13,086	12,772 (97.6%)	12,127 (94.9%)
한국마사회 등 기타 공공기관	8,472	8,425 (99.4%)	8,385 (99.5%)
온라인서비스제공자	599	25 (0.4%)	25 (100%)
일반인	10,693	8,333 (77.9%)	8,195 (98.3%)
합계	32,850	29,555 (89.9%)	28,732 (97.2%)

즉, 방통심의위는 공공기관의 요청을 사실상 그대로 수용함으로써 본 심의제도를 통해 공공기관의 요청을 검증한다는 제도의 취지를 제대로 살리지 못하고 있으며, 중앙행정기관을 비롯한 공공기관이 이 제도를 국민의 비판을 통제하기 위한 수단으로 남용할 여지가 있다. 실제로 여러 사례에서 방통심의위의 행정심의회가 표현의 자유를 침해한다는 지적이 계속되어 왔다.

92 2008년 발족 후부터 2010년 7월까지. 최문순 의원 보도자료 2010.10.19.

93 방송통신위원회 2011.5.25. 정보공개에 의한

94 2011.11. 이들 명령에 대한 행정소송이 각기 제기되었다.

2008년 7월, 방통심의위는 소비자들이 작성한 불매운동 게시물이 '위법적인 2차 보이콧'이라며 '삭제'를 결정하였고 이에 대한 헌법소원이 제기되었다(2008헌마500). 문제의 게시물들은, 조선·중앙·동아 등 3개 지배적 신문사의 촛불시위 왜곡 보도에 항의하고 불매운동을 하기 위하여 일반 시민이 해당 신문에 광고를 게재한 기업들의 명단과 공개된 전화번호를 목록화한 것들이었다. 방통심의위의 이와 같은 조치는 헌법상 표현의 자유와 소비자의 권리를 침해하는 위헌적인 공권력 행사라는 비판이 제기되었다.<sup>95</sup> 2009년 4월, 방통심의위는 환경운동가가 '발암성 폐 쓰레기 시멘트'를 비판한 게시물에 대하여 시멘트회사의 명예를 훼손하였다며 '삭제' 결정을 하였다. 2010년 2월, 서울행정법원은 이 게시물 삭제를 취소하라고 판결하였지만, 방통심의위가 항소하였고 서울고등법원은 관련 법률에 대하여 위헌법률심판제청을 결정하였다. (2011헌가3).

하지만 이와 같은 문제 제기에도 불구하고 헌법재판소는 방통심의위의 직무에 관한 법률들이 명확성 원칙, 포괄위임입법금지 원칙, 법률유보원칙, 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 함으로써,<sup>96</sup> 표현의 자유에서 명확성의 원칙이나 과잉금지의 원칙을 아예 포기하는 결과를 초래했다는 비판을 받고 있다.

그 밖에도 방통심의위는 2010년 8월 19일, 국외 사이트인 트위터의 계정 '@우리민족끼리'의 개인 페이지 URL(<http://twitter.com/uriminzok>)을 국가보안법 위반으로 접속차단 시정요구를 하기도 하였다.

무엇보다 방통심의위가 대통령과 정부, 정치인을 비판하는 게시물에 대하여 명예훼손 등 불법이라며 삭제하는 것은 공공적인 비판을 크게 위축시켜 왔다. 방통심의위는 2008년 5월 28일, 다음 카페 '이명박 탄핵을 위한 범국민운동본부'에 올라온 게시글을 심의해 '언어 순화와 과장된 표현의 자제 권고'를 내렸다. "이명박 아주 지능형입니다"라는 글에서 이 대통령의 영문 이니셜 MB를 컴퓨터 메모리 용량에 빗대 '머리용량 2MB', '간사한 사람' 등으로 표현한 것이 인격을 폄하한다는 것이었다. 2011년 5월에는 대통령에 대한 욕설을 연상시킨다는 이유로 한 트위터 이용자 개인 페이지 URL(<http://twitter.com/2MB18nomA>)이 차단되었다.

2009년 1월에는 김문수 경기도 지사의 발언이 식민지적이라며 비판하고 사퇴를 요구하는 게시물에 대하여, 2009년 7월에는 오세훈 서울시장 재향군인회에 금품을 지급한 것을 비판한 게시물에 대하여 각각 명예훼손이라며 '삭제' 결정을 내렸다. 경찰 역시 방통심의위에 대통령이나 경찰을 비판하는 게시물에 대해 적극적으로 삭제를 요구해 왔다. 2008년 7월에는 경찰이 방통심의위에 대통령과 정부

95 황성기, "신문사 광고주 관련 정보에 대한 방송통신심의위원회의 위법 결정의 헌법적 문제점", 공법학연구 제10권 제2호, 2009. 참고.

96 헌재 2012.2.23, 2008헌마500; 헌재 2012.2.23, 2011헌가3.

를 비판한 게시물 199건을 삭제할 것을 요청했다는 사실이 알려져 물의를 빚기도 하였는데, 방통심의 위는 이중 일부에 대한 '삭제'를 결정하였다. 2009년 6월에는 노동절 집회 참가 시민을 향해 장봉을 휘두른 경찰의 모습을 담은 보도사진과 이름을 게재한 게시물에 대하여 '초상권 침해'라며 '삭제' 결정을 하였다. 천안함 침몰 사건이나 연평도 포격 사건에 대하여도 정부와 다른 견해를 표방한 게시물들을 삭제 처리하였고 대통령에 대한 욕설 게시물이나 인터넷 게시물도 다수 삭제 혹은 접속 차단해 왔다.

이러한 사례를 검토한 유엔 표현의 자유 특별보고관은 방통심의위가 기관의 독립성을 충분히 보장할 수 없고 온라인 정보를 규제하는 데 있어 중개업체들에 상당한 권한을 발휘할 수 있고 정보통신망법상 '불법정보'의 유형이 명확하지 않고 광범위하며 방통심의위가 명예훼손이라는 구실로 공익 정보에 대한 차단이나 삭제 권고를 하지 않도록 보장하는 데 필요한 투명성, 책임성, 정밀성이 미흡하고 정부나 유력한 기업들을 비판하는 내용의 정보를 삭제하는 사실상의 사후 검열기구로 기능하지 않도록 보장할 수 있는 안전장치는 미흡하다는 점에 우려를 표하였다.

## 2) 명예훼손 및 사생활 침해에 대한 임시조치

행정심의회와 달리 임시조치는 포털 등 온라인 사업자에 의해 이루어진다. 현행 정보통신망법 제44조의2, 일명 '임시조치' 조항에 의하면 어떤 정보에 의해 사생활 침해나 명예훼손을 당했다고 주장하는 사람이 그 정보의 삭제 등을 요청하면 온라인 사업자가 해당 정보를 삭제할 수 있다.

즉, 정보통신망법 제44조의2 제1항, 제2항, 그리고 제4항은 타인이 특정 게시물에 의해 권리가 침해되었다고 주장하면서 그 게시물의 삭제를 요청하지만 하면 정보통신서비스제공자는 반드시 이를 삭제하거나 "권리침해에 관한 판단이 어렵거나, 분쟁이 예상되는 경우에는" 최소한 임시조치를 하도록 하고 있다. 여기서 임시조치란 "해당 정보에 대한 접근을 임시로 차단하는 조치"를 말하며 "임시조치의 기간은 최대 30일 이내로 한다."고 되어 있다. 이 법의 목적은 타인의 권리를 침해하는 인터넷상의 게시물들을 신속하게 차단하려는 것에 있다.

그런데 동조 제6항<sup>97)</sup>은 온라인 사업자들이 임시조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다고 규정하였을 뿐, 게시자가 재게시를 요구하는 경우 해당 게시물의 처리를 어떻게 할 것

97 © 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.

인지에 대해 명확한 규정이 있지 않다<sup>98)</sup>. 이 때문에 온라인 사업자들이 임시조치를 취하지 않을 때 예상되는 손해배상 책임<sup>99)</sup>을 감수하지 않기 위하여 임시조치 요청에 광범위하게 응하게 되었다. 하지만 재게시 절차가 보장되고 있지 않기 때문에 부당하게 임시조치되었다 하더라도 게시자가 권리를 회복하기가 쉽지 않으며, 설령 30일이 지나 복구된다 하더라도 그 글의 효력은 게시가 금지되는 동안 끝났을 수밖에 없다.

위 조항들의 총체적 효과는 게시물이 그 합법성과는 무관하게 누군가 불법이라고 주장만 하면 억제될 수 있다는 것이며 그렇다면 정보통신망을 통하여 타인에게 피해를 주는 게시물을 규제한다는 입법목적에 비추어 헌법상 과잉금지의 원칙을 명백히 위반하는 것이다<sup>100)</sup>. 가장 큰 문제는 이 제도가 정부나 정치인이 자신에 대한 비판을 신속하게 삭제하는 목적으로 사용되고 있다는 점이다.

2007년 11월 14일, 오세훈 서울시장의 서울 광장에서 집회를 전면 불허하겠다고 밝힌 것을 비판한 블로그 게시물이 서울시의 요구로 임시조치되었다<sup>101)</sup>. 2008년 5월과 7월에는 경찰청장의 동생을 비판한 인터넷 게시물들이 경찰의 요구로 임시조치되었다. 이 게시물들은 어청수 경찰청장의 동생이 투숙한 호텔의 불법 성매매 의혹에 대해 대진문화방송이 보도한 영상을 포함하고 있었고, 경찰청은 구글 유튜브 등 14곳의 인터넷 사이트에 대해 대량으로 게시물 삭제를 요청하였지만, 원출처인 방송국에 대해서는 어떠한 대응도 하지 않았다<sup>102)</sup>. 2008년 10월, 한나라당 주성영 의원을 '만취한 채 폐 끼친다'고 지적하고 그의 미니홈피를 링크한 석 줄짜리 게시물이 해당 의원의 신고에 따라 임시 조치되었다. 2009년 4월에는 철거민들이 경찰 진압 과정에서 화재로 숨진 용산 참사에 대하여 여당 의원들의 발언 내용을 링크하고 이들을 '인두겁을 쓴 이들'이라고 비판한 게시물이 한나라당 장제원 의원의 신고로 임시 조치되었다. 또 2009년 4월 고 장자연 씨 관련 조선일보 방상훈 사장의 성 접대 의혹을 거론한 게시물들이 해당 신문사의 신고로 임시 조치되었다. 후에 법원이 관련 의혹을 제기한 민주당 이종

98 저작권 위반 게시물에 대한 유사한 조치의 경우 법률로 재게시 규정을 두고 있다. 「저작권법」 제103조(복제·전송의 중단) ③제2항의 규정에 따른 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인서비스제공자는 재게요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다.

99 게시물 삭제 요청에 응하지 않았다는 이유로 운영자가 손해배상을 해 주어야 하는 경우가 많아지고 있다. 2009년 4월 16일, 대법원은 피해자의 게시물 삭제 요구에 응하지 않은 NHN과 다음커뮤니케이션, 야후코리아 등 3개 포털에 대해 제기된 손해배상 청구소송에서, 피해자에 3천만 원을 지급하도록 한 원심을 확정했다. 대법원 4009.4.16. 선고, 2008다53812 손해배상(가) 등.

100 박경신, "인터넷 임시조치제도의 위헌성 : 남이 싫어하는 말은 30일 후에 하라", 중앙법학 제11집 제3호, 2009년 10월, 7쪽.

101 임시조치 사례들은 대부분 오병일, "표현의 자유 침해하는 한국의 인터넷 규제 정책", 국회 미디어발전국민위원회 공술문(2009.5.15.) 참조.

102 "사이버수사대는 경찰청장 해결사?", 주간경향 2008.8.5.

걸 의원의 게시물에 명예훼손 손해배상 대상이 해당하지 않는다고 판결하였지만<sup>103</sup>, 같은 의혹을 다룬 일반 이용자들의 글 수백 건이 임시 조치된 뒤였다. 2009년 5월, 경찰은 노동절 집회에 참석한 비무장 시민에게 경찰간부가 진압봉을 휘두른 폭력 행위를 비판한 게시물들에 대해서도 임시조치를 요구하였다. 삭제된 게시물들은 언론에 보도된 사진에 기반을 둔 것이었으며, 삭제된 게시물 중에는 한 블로거가 해당 경찰간부에게 정중하게 쓴 공개 질의서도 포함되어 있었다. 경찰은 이 게시물들에 대한 임시조치와 별도로 방통심의위의 심의를 요청하여 6월 삭제 결정이 내려지기도 하였다.

이러한 임시조치 제도는 노동조합이나 소비자의 기업 비판 게시물을 삭제하는 데에도 남용되고 있다. 2007년 8월 이랜드-뉴코아 노동조합 관련 게시물들이 사측인 '이랜드월드' 측의 요청으로 대량 임시조치되었다. 심지어 소비자 가격을 비교한 게시물이나<sup>104</sup> 자사의 상품에 대해 부정적인 평가를 한 게시물에 대해서도 기업이 임시조치를 요구하여 삭제된 사례가 보고되었다.

유엔 표현의 자유 특별보고관은 임시조치 제도에 대하여 사생활 침해나 명예훼손 여부에 대한 심사는 중개인, 즉 민간업체가 아니라 '독립적 기구'에 의해 이루어져야 하고 중개인의 책임의 범위가 모호하게 규정된 법령으로 말미암아 중개인에 온라인 콘텐츠를 규제할 수 있는 과도한 권한을 줬고 중개인들이 책임을 회피할 목적으로 정보를 삭제하거나 접근을 차단함으로써 과오를 범하는 결과를 유도할 수 있다고 지적하였다. 특별보고관은 더불어 임시조치를 당한 게시자가 이의를 제기한다 하더라도, 서비스 제공자의 후속조치가 모호하다는 점도 지적하고 있다. 비판을 검열하려는 정치인에 의해 남용될 가능성을 포함하여 자의적이고 과도한 제한으로부터 표현의 자유에 관한 권리를 보호할 수 있는 보장책은 전무한 상태라는 점 또한 우려하였다. 특별보고관은 결론적으로 중개인의 법적 책임을 규정한 법률 조항을 삭제할 것을 권고하였다.

그러나 정부는 운영자가 임시조치를 이행하지 않으면 과태료를 부과하는 내용으로 오히려 임시조치를 강화하는 정보통신망법 개정안(의안번호: 182396)을 국회에 제출했다.

103 2011년 11월 30일 서울중앙지법은 조선일보가 "허위보도로 명예가 훼손당했다"며 MBC와 신경민 당시 뉴스데스크 앵커, 보도본부장을 상대로 낸 16억원의 손해배상 청구소송에서 원고 패소 판결했다. 또 이종걸, 이정희 의원을 상대로 낸 10억원의 손해배상 청구소송에서도 원고 패소 판결했다. "조선일보·방상훈, '장자연 소송' 졌다", 미디어오늘 2011.11.30.

104 "포털, 블로그 글 동의없이 마구 삭제", 한겨레 2007.8.30.

### 3) 저작권 침해에 대한 임시조치와 삼진아웃 제도

지난 2009년 6월, 한 네티즌이 손담비의 '미쳤어' 음악에 맞춰 울동을 하는 5세 딸의 동영상을 자신의 블로그에 올렸다가, 한국음악저작권협회의 저작권 침해 주장에 의해 삭제되었다. 해당 블로거는 이에 대해 소송을 제기했고, 다행히 1심 및 항소심 법원은 이를 공정이용으로 인정했다. 그러나 대다수의 게시글은 권리자 단체의 '묻지마 삭제' 요구에 아무런 항변의 권리도 없이 삭제되고 있다. 디지털 환경에서 불법복제로 인한 저작권 침해만이 조명되고 있지만, 이용자들의 정당한 표현이나 커뮤니케이션 행위가 규제당하는 일이 비일비재하다. 예컨대, 지난 2005년에는 KBS의 인기 드라마 '불멸의 이순신'의 팬 카페에 올려진 동영상이나 사진에 대해 KBS가 삭제 요구를 한 바 있으며, 같은 방식으로 방송프로그램 캡처 화면이 포함된 블로그 포스팅이 사라지고 있다. 이는 인터넷상에서 이루어지는 이용자들의 UCC, 인터넷 방송, 블로그 포스팅, 카페를 통한 소통 행위가 단지 타인의 저작물을 포함한다는 이유로 저작권 침해로 규정되고 있기 때문이다.

「저작권법」은 배타적 권리를 강화하는 방향으로 끊임없이 개정되고 있다. 2006년 저작권법 전문개정을 통해 P2P, 웹하드 등 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 필터링 등 기술적 조치를 의무화하였고, 2009년에는 소위 '저작권 삼진아웃제'를 내용으로 한 개정안이 통과되었다. 저작권 삼진아웃제는 저작권을 침해하였다는 경고를 3회 이상 받은 이용자 및 게시판에 대해 문화체육관광부 장관이 저작권위원회의 심의를 거쳐 최대 6개월 동안 이용자 계정 및 게시판의 운영을 정지할 수 있도록 하고 있다. 이는 방통심의위의 내용심의 및 방송통신위원회의 삭제명령과 유사한 구조로서, 사법적인 판단 없이 정부가 기본권을 제한한다는 점에서 마찬가지로 위헌적이다.

유엔 표현의 자유 특별보고관은 지적재산권을 명분으로 한 인터넷 차단, 특히 저작권 삼진아웃제가 표현의 자유에 미치는 영향에 대하여 각별히 언급하고 있다. 특별보고관은 "인터넷 통신 차단 여부의 통제가 중앙집권화"되고, 지적재산권 위반으로 "인터넷 접속을 차단한다는 제안들"에 대해 심각한 우려를 표하였다.

2011년 5월 한EU FTA가 국회에서 비준됨으로써 그 이행을 위해 「저작권법」 역시 개정되었다. 이에 따라 한국의 저작권 보호기간도 저작자 사후 70년으로 연장되었고, 접근 통제적인 기술적 보호조치도 「저작권법」에 포함하였으며, 저작권 규제를 보다 강력하게 집행할 수 있게 되었다. 또한, 2011년 11월 22일, 국회에서 날치기 통과된 한미 FTA가 발효되면 저작권은 더욱 강화된다. '일시적 복제'를 저작권법상 복제로 인정하여 인터넷 이용을 위축시킬 우려가 있으며, 법정손해배상제도 등 집행 조치



가 한층 더 강화된다.

저작권법상 저작재산권의 제한, 즉 공정이용(fair use) 영역은 축소되고 있다. 지난 2010년 2월 19일, 문광부가 발의한 저작권법 개정안(의안번호: 189180)은 '저작권을 침해한 복제물임을 알면서 복제하는 경우' 사적 복제를 인정하지 않는 내용을 포함하고 있다. 이는 소위 개인적인 '다운로드'를 불법화하겠다는 것인데, 그동안 인정됐던 '저작물의 사적 복제'를 위축시킬 것으로 우려된다. 개인적 영역에서 이루어지는 사적 복제를 어떻게 규제할 것인지, 그 실효성에 대한 비판이 제기되고 있으며, 이 조항의 효과적인 집행을 위해서는 개인의 인터넷 이용을 모니터링할 수밖에 없어 프라이버시 침해로 이어질 수 있다.

## 나. 형사처벌

음란, 명예훼손, 국가보안법이나 선거법 위반 등 표현물의 불법성을 이유로 형사처벌할 때 인터넷 표현물 역시 예외가 되지 않는다. 이들 법률의 표현의 자유 제한에 대해서는 별론으로 하고, 이 절에서는 인터넷 표현물을 형사처벌하는 데 고유하게 적용되어 온 두 개 법률의 현황과 문제점을 살펴보고자 한다. 먼저 「전기통신기본법」 제47조 1항, 일명 '허위의 통신' 조항은 1961년 12월 30일 제정된 후 사실상 사문화되어 있다가 이명박 정부 들어와 네티즌들을 구속 혹은 기소하는 데 사용되기 시작했다. 또한, 정보통신망법상 사이버 명예훼손 조항으로 기소되는 네티즌들이 최근 매우 증가했다는 사실도 주목해볼 필요가 있다.

### 1) 허위의 통신

2008년 5월 촛불시위 당시 소위 '광우병 괴담'을 엄단하겠다는 검경의 발표와 관련하여 1명의 청소년 네티즌이 '허위의 통신' 조항으로 불구속기소된 이래로,<sup>105</sup> 촛불시위 과정에서 사망설 등을 배포한 네티즌들이 이 조항에 의해 구속 및 형사기소되고 일부 유죄 판결을 받기도 하였다. 2009년 1월에는 정부의 경제 정책을 비판해 온 필명 '미네르바'라는 이용자가 '허위의 통신' 혐의로 구속 및 기소된 사건이 국내외에서 많은 관심을 받았다. 2010년 천안함, 연평도 사건 당시에 이 죄목에 의한 형사 소추

<sup>105</sup> 이 청소년은 친구에게 "학생시위 - 5월17일 전국 모든 중고등학교 학생들 단체 휴교 시위, 문자 돌려주세요"라는 내용의 문자메시지를 보냈다가 허위의 통신 조항에 의해 기소됐다. 2010년 9월 9일 대법원에서 무죄가 확정되었다.

가 다수 발생하였는데<sup>106</sup>, 이들의 혐의 다수는 휴대전화나 인터넷 메신저를 이용하여 지인들에게 '예비군 소집' 등의 내용으로 장난 문자를 보내거나 정부의 발표 내용과 다른 내용의 통신을 한 것이 공익을 해할 목적의 허위사실 유포라는 것이었다.

천안함 사건에서 수사당국은 수사를 넘어서서 '허위사실유포'를 규제한다는 명목으로 여론을 통제했다. 경찰은 천안함 관련 기사물에 대해 방송통신심의위원회 등 관계기관에 심의·삭제를 요청하고 수사 처리하라는 엄단 방침을 내리는 한편 포털사이트에 천안함 관련 모니터링 강화 및 삭제를 요구하고 핫라인 구축을 주문했다는 사실이 밝혀졌다.<sup>107</sup>

이러한 상황에서 2010년 12월 28일 헌법재판소는 전기통신기본법 제47조 제1항 '허위의 통신' 조항이 위헌이라고 결정하였다. 결정의 주된 이유는 '공익' 개념이 불명확하다는 것이었다(2008헌바57). 이로 인하여 해당 조항에 의한 형사처벌 예정자는 구제되었으나, 법무부는 "헌법재판소의 위헌 결정으로 처벌규정의 공백이 발생하게 된 것에 대해 안타깝게 생각한다...전쟁·테러 등 국가적·사회적 위험성이 큰 허위사실 유포 사범에 관한 처벌규정 신설을 신속히 추진하겠다"고 발표하는 등 대체 입법 방침을 밝혔다.<sup>108</sup>

여당 등 국회 또한 곧바로 대체 입법에 나섰다. 예컨대 "국가안전보장에 중대한 위험을 초래", "자유민주적 기본질서의 파괴와 사회혼란을 유도", "공공복리의 현저한 저해"에 해당하는 표현물을 처벌하도록 하거나(의안번호: 1810562), "국가안전보장이나 사회·경제적 질서 또는 공공기관의 정상적인 업무수행을 해할 목적으로"라는 표현으로 명확성을 보완하려 하였고(의안번호: 1810595), "국가 안전보장의 위해", "불법집회 및 불법시위의 참여유도를 통한 사회적 혼란 초래", "증권시장, 외환시장 등에 관한 거짓 정보의 유통을 통한 경제적 혼란 유도", "법집행에 대한 신뢰를 훼손하여 국민의 불안 조성", "특정 종교나 정치단체의 비방" 등의 표현으로 처벌대상을 더욱 구체화하기도 하였다(의안번호: 1810936). "전기통신설비에 의하여 공공연히 허위의 사실을 주장하여 국가위기를 초래하는 폭력적 선동이 유발되거나 국민 경제상 막대한 피해를 야기한" 표현에 대하여 형사처벌하도록 한 법안도 발의

<sup>106</sup> 2010년 12월 29일 대검찰청에 따르면 전기통신기본법 47조 1항을 근거로 입건된 천안함·연평도 사건 관련 허위사실 유포자는 총 47명에 달한다. 천안함 사건 입건자는 총 14명으로, 이중 5명 불구속기소, 7명 약식기소, 2명 기소유예처분을 받았고, 연평도 사건 입건자는 33명으로, 이중 29명 불구속 기소, 2명 기소유예, 2명 수사진행 중인 상태였다. "천안함·연평도 유언비어 47명 '위헌 수혜'", 뉴스 2010.12.29.

<sup>107</sup> 국회의원 최문순 보도자료 2010.6.25.

<sup>108</sup> 법무부 보도자료 2010.12.28.

되었다(의안번호: 1810978).

혹은 다른 법률을 이용하여 여전히 '허위의 통신'을 처벌하려는 시도가 계속됐다. 2011년 3월 경찰은 일본 원전 사고로 유출된 방사능 물질이 한반도에 상륙한다는 일명 '방사능 괴담'에 대하여 정보통신망법이나 경범죄처벌법을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 통신을 처벌하겠다고 발표하였고,<sup>109</sup> 11월에는 검찰이 FTA에 반대하는 '허위사실 유포'를 하는 자에 대해 '원칙적으로 구속수사'하겠다고 밝혀<sup>110</sup> 논란이 일었다.

그러나 '허위의 통신' 조항에 대한 의견서에서 국가인권위원회가 밝혔듯이, 허위사실유포에 대한 대처는 반박으로 가능하지만, 형사처벌로 모든 유형의 허위사실 유포행위를 일반적으로 금지하는 것이므로 합리적이지 않다. 국제사회는 허위표현금지규정에 따른 형사처벌 범위가 불명확하고 광범위하므로 표현의 자유를 침해할 우려가 크다는 지적을 지속해서 제기해 왔으며, 실제로 대부분 자유민주국가에는 이러한 허위표현금지규정이 존재하지 않거나 폐지되었다.

## 2) 사이버 명예훼손

정보통신망법상 명예훼손으로 인한 형사 기소 사례가 계속 늘고 있다.<sup>111</sup>

〈표 4〉 정보통신망법 위반(명예훼손) 사건처리 현황

연도	기소	구속
2006년	701	16
2007년	844	10
2008년	841	6
2009년	1,033	6
2010년	1,0650	

일명 '사이버 명예훼손'이라 지칭되는 이 규정은 반의사불벌죄로서 사람을 비방할 목적으로 정보통신망

109 "일본 방사능물질 한국 상륙 루머관련, 수사착수", 서울경찰청 보도자료 2011.3.16.

110 "한미FTA 비준 반대 불법집단행동 대비 「공안대책협의회」 개최", 대검찰청 보도자료 2011.11.7.

111 대검찰청 2011.5.25. 정보공개에 의함.

신망을 통하여 공공연하게 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 사실을 드러낸 경우 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하고, 거짓의 사실을 드러낸 경우 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(동법 제70조). 이는 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고, 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 형법 제307호의 규정에 비하여 사이버상의 명예훼손을 가중처벌하는 것이다.

그런데 사이버 명예훼손에 공인과 공공기관이 명예훼손의 피해자로 나서는 사례가 늘고 있다. 2010년 3월 문화부는 피겨스케이팅 스타 김연아 선수가 문화부 장관의 포옹을 피하는 듯한 영상을 배포하였다는 이유로 인터넷 이용자 8명을 명예훼손으로 형사고소 하였다가 취하하였다. 공인에 대한 인터넷 비판 글에 대하여 명예훼손을 이유로 한 형사고소가 계속된다면, 후에 법원이 무죄 판결을 하더라도, 공공 비판에 대한 위축을 야기할 수 있다는 우려를 낳고 있다.

법원은 사이버 명예훼손에 있어서당해 명예훼손적 표현으로 인한 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인인지 아니면 사인에 불과한지 여부,그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지 여부,피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부,그 표현으로 훼손되는 명예의 성격과 그 침해의 정도를 고려하여 판단하여야 할 것이고, 특히 공인의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 사안에 관하여 진실을 공표한 경우에는 원칙적으로 공공의 이익에 관한 것이라는 증거가 있는 것으로 보아야 할 것이며, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것인 이상 부수적으로 다른 개인적인 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 공공의 이익에 관한 것으로 봄이 상당하다고 보고 있다(2005도3112; 2009도14890 등).

유엔은 여기서 더 나아가 명예훼손에 대한 형사처벌 조항 폐지를 권고하였다. 유엔 표현의 자유 특별보고관은 명예훼손이 여전히 형사상 범죄로 남아 있는 것은 본질적으로 가혹한 조치이며 표현의 자유에 관한 권리를 부당하게 위축시키는 효과를 야기한다고 지적하면서 대한민국 정부에 형사상 명예훼손죄를 삭제할 것을 권고하였다. 특별보고관은 특히 공무원, 공공기관 및 기타 유력 인사들에 대한 비판을 포함하여 비판적 의견을 수용하는 문화를 조성할 것을 대한민국 정부에게 촉구하며, 이러한 문화는 민주주의의 필수 요소라고 꼬집었다.

## 다. 이용자정보 제공

이용자정보 제공은 표현물을 직접 규제하지는 않지만 간접적으로 이용자를 위축시키는 효과(chilling effect)가 있다.

### 1) 인터넷 실명제

2004년부터 각 국민에게 출생 시 부여되는 주민등록번호를 토대로 '의무적 인터넷 실명제'가 도입되었다. 인터넷 실명제는 익명 표현의 자유를 침해하고 국민의 정치참여를 위축시키며, 각 인터넷 사이트로 하여금 민감한 개인정보인 주민등록번호의 수집과 오남용을 부추긴다는 점에서 비판을 받고 있다.

2004년 개정된 「공직선거법」에 따르면 선거운동 기간 중 모든 인터넷언론 게시판은 실명확인이 된 이용자에 한하여 글쓰기를 허용해야 하고, 관련된 기술적 조치를 취하지 않으면 1천만 원 이하의 과태료 처분을 받는다(동법 제82조의6 및 제261조). 2006년 5월 지방선거에서 실명제 시스템을 거부한 '민중의 소리'가 과태료 처분을 받았으며, 2007년 12월 대통령선거에서 실명제 시스템을 거부한 '참세상'이 1천만 원의 과태료 처분을 받았다. 2007년 12월은 대통령선거 시기이기도 하였지만 '차별금지법안'을 둘러싼 논란이 커질 때였다. 성별, 연령, 인종, 피부색 등 13개 영역에 대한 차별을 금지했던 본래 법안이 입법 과정에서 병력, 출신국가, 성적지향, 학력, 가족형태, 언어, 범죄경력 등 7개 영역을 삭제한 것을 두고 논쟁이 벌어졌다. 하지만 성소수자 등 이 법안의 이해당사자들은 인터넷언론 게시판에서 벌어지는 논쟁에 참여할 수 없었다. 자신의 정체성이 실명으로 노출될 수 있기 때문이었다. 또한, 대통령 후보자들의 입시 정책에 대해 공개적으로 평가할 계획이었던 한 청소년 단체의 활동이 실명제 때문에 크게 위축되었다. 이 단체는 자신들의 활동에 호응하는 청소년들이 실명 인증을 하고 인터넷에 글을 쓰는 과정에서 주민등록번호상 나이가 노출되어 불이익을 받을 것을 우려하였다. 현행 「공직선거법」은 청소년의 선거운동을 금지하고 있기 때문이다. 그러나 2010년 2월 헌법재판소는 「공직선거법」상 인터넷 실명제가 표현의 자유 침해가 아니며 합헌이라고 결정하였다.<sup>112</sup> 헌법재판소 결정의 취지는 인터넷이용자가 스스로 판단에 따라 실명확인 절차를 거치거나 거치지 않고 자신의 글을 게시할 수 있으므로 사전검열금지의 원칙에 위배된다고도 할 수 없다는 것이었다.

112 2010.2.25. 2008헌마324, 2009헌바31(병합).

〈표 5〉 「공직선거법」상 인터넷 실명제 적용 인터넷 언론사 현황<sup>113</sup>

구분	실명제 실시	실명제 회피(게시판 잠정폐쇄)	실명제 거부 (과태료 부과)
18대 국회의원선거 (2008.4.)	834	452	0
17대 대통령선거 (2007.12.)	880	259	1
제4회 지방선거 (2006.5.)	483	172	1

2007년 개정된 정보통신망법에 따르면, 일일 방문자 수 10만 명 이상의 포털, 언론, UCC 사이트들은 상시적으로 본인확인이 된 이용자에 한하여 글쓰기를 허용해야 하고, 관련된 기술적 조치를 취하지 않을 경우 3천만 원 이하의 과태료 처분을 받는다(동법 제44조의5 및 제76조 제1항 제6호)<sup>114</sup>. 이 명백 정부 들어 실명제의 대상 확대를 둘러싸고 논란이 더욱 불거졌다. 2009년 2월 대상사이트가 37개에서 구글 코리아를 포함한 153개로 확대되었으며, 다시 2010년 2월 167개를 거쳐 2011년 3월 146개 웹사이트에 적용되었다. 적용대상 사업자 선정 과정에서 페이스북, 트위터, 미투데이 등 SNS(소셜 네트워크서비스)는 사적 커뮤니케이션 영역이라는 이유로 제외되었고, 이 때문에 국내사업자 역차별 논란이 불거지기도 하였다. 대상을 더욱 확대하기 위한 정부의 개정 법률안(의안번호: 1802396)이 국회에 발의되었다.

인터넷 실명제에 대한 문제 제기는 끊이지 않고 계속됐다. 2010년 1월과 4월 정보통신망법상 인터넷 실명제에 대한 헌법소원이 제기되었다<sup>115</sup>. 2009년 4월 구글 코리아는 한국 정부가 요구한 본인확인제를 적용하지 않겠다고 발표한 후 '한국' 설정 이용자의 글쓰기를 중단하였고, 한국 정부는 구글의 서버가 국외에 있으니 실명제 의무가 적용되지 않는다고 태도를 바꿨다. 한국 인터넷 이용자들 가운데에서는 실명 인증을 하는 국내 사이트에서 구글 등 국외 사이트로 이메일 계정이나 블로그를 옮기는 '사이버 망명'이 늘고 있다.

한편, 2009년 개정된 「인터넷 주소자원에 관한 법률」에 따르면, 인터넷 도메인을 사용하려는 자가

113 출처: 중앙선거관리위원회 각 선거 총람 종합.

114 이 법에서는 '제한적 본인확인제(제44조의5)라는 표현을 쓰고 있으나, 이 제도가 인터넷 실명제와 본질적인 측면에서 같다는 점에서 본 글에서는 크게 구분하지 않았다.

115 헌법재판소 2010헌마47, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인(심리중); 헌법재판소 2010헌마252 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인(심리중).

실명이 아닐 경우 인터넷주소관리기관은 그 도메인이름을 말소해야 하고, 관련된 조치를 취하지 않으면 1천만 원 이하의 과태료 처분을 받는다(동법 제11조 및 제27조). 2011년 개정된 「게임산업진흥에 관한 법률」에 따르면, 게임물 관련 사업자에게는 게임물 이용자의 회원가입 시 실명·연령 확인 및 본인 인증을 비롯하여 게임물 이용자의 게임 과몰입과 중독을 예방하기 위한 조치를 취해야 하며, 이러한 조치에 대한 문화체육관광부 장관의 자료 제출 또는 보고 요청에 따르지 않을 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금, 1천만 원 이하의 과태료에 처해진다(동법 제45조, 동법 제48조).

유엔 표현의 자유 특별보고관은 인터넷 실명제에 대하여 익명성을 기반으로 하는 표현의 자유에 영향을 미치고 정부에 비판적인 사람들이 자신의 견해를 밝힘으로써 받게 되는 형사상 제재를 두려워하여 의견 표명을 꺼리는 경향을 보일 것이라는 데 우려를 표하고 대한민국 정부에 다른 신분 확인 수단을 검토하고 그러한 수단도 신분 확인 대상자가 범죄를 저질렀거나 저지르려고 한다는 상당한 근거나 합리적인 의심이 있는 때에만 사용하도록 권고하였다. 특별보고관이 언급한 '다른 수단', 즉 범죄자를 식별하여 신원을 추적하는 절차는 이미 통신비밀보호법 등 국내의 타법에 잘 규정이 되어 있으므로 이 관점에서는 인터넷 실명제가 궁극적으로 폐지되어야 마땅하다.

2011년 7월 SK커뮤니케이션즈에서 운영하는 네이트와 싸이월드 이용자 3천5백만 건의 개인정보가 유출된 사건을 기하여, 인터넷서비스제공자의 개인정보 유출 위험성을 증대시키는 주요 원인으로 인터넷 실명제가 비판을 받고 있다. 국회 입법조사처는 “주요 국외국가들과 비교하면 우리나라 포털 사이트의 개인정보 유출 위험성은 더욱 크다고 할 수 있는데, 그 핵심적인 빌미를 제공해 주고 있는 것이 바로 인터넷 실명제 의무화 조항”이라고 꼬집으며 인터넷 실명제 관련 규정들을 재고하여 식별번호 자체의 수집을 자제하는 방향으로 법과 제도를 개선하도록 권고하여 눈길을 끌었다.<sup>116</sup>

## 2) 통신자료와 통신사실확인자료 제공 및 감청

인터넷 실명제 의무화 등 때문에 온라인 사업자들은 이용자의 개인정보를 상시로 보관하고 수사기관의 요청에 협조해 왔다. 수사기관이 이용자의 개인정보를 요청하는 과정에서 법원의 허가는 불필요하거나 형식적인 데 그치고 있다. 이 때문에 뚜렷한 범죄 혐의가 없는 이용자의 개인정보들이 손쉽게 수사기관에 제공됐으며, 상시적인 인터넷 사찰 의혹이 불거지고 있다. 수사기관이 인터넷을 사찰하고

있다는 인식은 일반 시민으로 하여금 권력에 비판적인 게시물을 쓸 때 중대한 위축 효과를 낳는다.

「전기통신사업법」에 따르면 수사기관이나 정보기관이 전기통신사업자에게 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호 등 통신자료를 요청할 때 서면에 의하도록 하였다. 그러나 서면 요청에는 범죄사실의 입증이나 법원의 영장이 불필요하며, 긴급할 때는 서면을 사후에 제출해도 된다(동법 제83조). 이 문제에 대하여 위헌논란이 있었고,<sup>117</sup> 헌법소원이 제기되어 현재 심리 중이다(2010헌마439). 수사기관과 정보기관의 통신자료 요청은 해마다 급증하는 추세에 있으며 2010년 인터넷에 대한 통신자료 요청은 132,337건에 달했다.<sup>118</sup>

이메일 등 송·수신이 완료된 전기통신에 대한 압수·수색·검증이 남발되는 것도 문제이다. 「형사소송법」상 절차에 의해 이루어지는 이메일 압수·수색·검증은 법원의 영장을 통해 이루어진다. 그러나 대상 기간이 한정되지 않아 장기간의 이메일이 제공되기 일쑤인 데다가, 제3자인 통신사업자를 통해 간접적으로 강제 수사가 이루어지므로 일반 형사소송절차에서처럼 사전통지나 참여권을 보장 받고 있지 못하다.<sup>119</sup> 2010년 천안함 사건 당시 경찰은 ‘허위의 통신’ 혐의로 조사받는 네티즌들에 대하여 2009년 1월부터 압수된 이메일을 소급하여 검토하고 사상검증과 다름없는 추궁을 하여 논란을 빚었다.<sup>120</sup>

한편, 「통신비밀보호법」은 수사기관이나 정보기관이 온라인 사업자에게 글쓴이의 IP주소와 인터넷 로그기록 등 통신사실 확인자료를 요청할 때 법원의 허가를 받도록 하였으며 사업자의 협조 의무를 규정하였다(동법 제13조 등). 그러나 법원에 허가를 받을 때 범죄사실을 입증할 필요가 없으며, 긴급할 때는 법원의 허가를 사후에 받아도 된다. 수사기관과 정보기관의 통신사실 확인자료 요청은 해마다 급증하는 추세에 있으며 2010년 인터넷에 대한 통신사실확인자료 요청은 49,091건에 달했다.<sup>121</sup>

「통신비밀보호법」은 수사기관이나 정보기관이 온라인 사업자에게 인터넷 메일이나 비공개 글 등 통신비밀에 해당하는 내용에 대한 감청을 요청할 때 법원의 허가를 받도록 엄격히 규정하였다(동법 제5조 등). 그러나 실제로 법원에 영장을 받을 때는 그다지 엄격하게 심사되지 않기 때문에 법원의 기각률

117 오기두, “수사상 전자통신자료의 취득에 관한 헌법적 문제”, 헌법논총 15집, 2004.12, 347~410쪽.

118 방송통신위원회, “10년 하반기 감청 및 통신사실확인자료 제공 현황”, 2011.5.4.

119 박경신, “이메일압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가”, 『법학연구』(인하대학교) 제13집 제2호, 2010.8.

120 “전기통신법 47조 1항 ‘인권 감전사’”, 위클리경향 제899호, 2010.11.9.

121 방송통신위원회, 앞의 자료.

116 국회 입법조사처, “이슈와 논쟁: 네이트 해킹사고와 포털의 개인정보보호”, 2011.8.9.

은 3%대에 그칠 뿐이다<sup>122</sup>. 긴급할 때는 사후에 영장을 받아도 되며 36시간 이내 감청을 끝내면 영장이 불필요하다. 이 때문에 수사기관과 정보기관의 인터넷 감청은 해마다 급증하는 추세에 있다. 2010년 인터넷에 대한 감청은 723건이었다.<sup>123</sup> 대부분의 감청은 국내 일반범죄수사의 권한이 없는 국가정보원에 의해 시행되고 있기 때문에 더욱 문제가 심각하다. 2010년에는 정부 감청 통계 건수의 97%(전화번호 기준)가 국가정보원에 의해 시행되었다. 특히 국가정보원은 개별 이메일이나 게시글이 아니라 인터넷 회선 전체에 대한 패킷 감청(Internet Deep Packet Inspection)을 해온 것으로 밝혀져 큰 사회적 충격을 주었다. 패킷 감청에 대해서는 헌법소원이 제기되어 현재 심사 중이다<sup>124</sup>. 한편 2009년 KT가 자사의 인터넷 회선망에서 DPI 기술을 사용하여 이용자의 통신 내용을 감청한 후 이를 토대로 한 맞춤형 광고 사업을 시작하여 DPI 기술의 상업적 사용에 대한 논란을 불러왔다<sup>125</sup>. 2011년에는 KT와 SKT 등 무선통신망을 점유하고 있는 이동통신사업자가 DPI 기술을 이용하여 자신의 이동통신망에서 타사의 경쟁서비스를 차별해 왔음이 알려져 통신비밀 침해와 망중립성 논란이 불거졌다<sup>126</sup>.

## IV. 개선방향: 정책 과제

헌법재판소는 '불온통신의 단속' 위헌 결정에서 "온라인 매체상의 정보의 신속한 유통을 고려한다면 표현물 삭제와 같은 일정한 규제조치의 필요성 자체를 부인하기는 어렵다고 하더라도, 내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물-예컨대, 아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해 같은 경우가 여기에 해당할 것이다-이 아닌 한, 청소년보호를 위한 유통관리 차원의 제약을 가하는 것은 별론으로 하고, 함부로 내용을 이유로 표현물을 규제하거나 억압하여서는 안 된다. 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다."고 판시한 바 있다.

122 2010년 등 국정감사 자료에 의함.

123 방송통신위원회, 앞의 자료.

124 헌법재판소 2011헌마165, 통신제한조치허가위헌확인 등(심리 중).

125 오마이뉴스, 2009.9.3. "KT '국 스마트웹'은 당신이 한 일을 알고 있다?".

126 진보네트워크센터·경제정의실천시민연합, "경실련과 진보넷, mVoIP 제한 및 DPI 사용 SKT와 KT 고발", 보도자료(2011.11.23).

이러한 기준에서는 현재 방통심의위의 행정심의를 갖는 위헌성을 누구도 부인하기 어렵다. 표현의 자유를 보장하는 인터넷 심의제도의 개선방향은 다음과 같이 제시될 수 있다.

### 1. 행정심의 폐지

정보의 불법성을 판단하고 처분하는 주체는 행정기관이 아니라 법원이어야 한다. 따라서 행정기관이 불법정보를 심의하여 삭제 또는 차단하는 행정심의 제도를 폐지하고, 그 근거가 되는 불법정보에 관한 규정(정보통신망법 제44조의7) 역시 폐지해야 한다. 행정기관에 의한 청소년유해매체물 지정 제도는 물론 기타 유해 정보에 대한 행정심의 역시 폐지되어야 한다.<sup>127</sup> 결국, 방통심의위의 행정심의 제도를 모두 폐지해야 한다는 것이다.

한편 사생활이나 저작권과 같이 특정인의 권리를 침해하는 정보는 그에 대한 신속한 위법 판단을 내리기 위해 법원의 전자가처분 신청제도를 활성화해야 한다.

### 2. 임시조치제도의 보완

인터넷 서비스를 운영하는 사업자들이 방조책임 등을 피하기 위하여 이용자 표현의 자유를 과도하게 규제하여 '사적 검열'에 이르지 않도록, 현재의 정보통신망법 제44조의2 상의 면책을 필요적 면책으로 전환해야 한다. 단, 현재 피해를 주장하는 자의 요청만으로 최소한 30일간 표현물이 억제되는 현 상황을 타개하기 위해 게시자가 복원을 요청할 경우 사업자가 이를 준수하는 경우에만 위의 면책이 부여되도록 하여야 한다.

127 2011년 청소년유해매체물 심의에 대한 논란이 불거졌던 가요·게임 심의가 이미 민간자율심의를 표방한 상황이다. → 2011년 청소년유해매체물 심의에 대한 논란이 불거졌던 가요·게임 심의는 민간자율심의로 전환중이지만 여전히 청소년보호위원회의 강제 규제 권한이 남아있어 이중규제 논란이 되고 있다.

### 3. 자율규제의 촉진과 공공적 운용

청소년유해매체물 대신 이용자의 선택권을 보장하기 위하여 표현물의 유해성 정도를 기술하는 자율적인 내용등급제를 도입한다. 다만 여성의 상품화 등 시장의 선정성을 공공적으로 규제하기 위하여 자율등급 제도의 운용 과정에 이용자의 참여를 보장하는 등 공공적 운용 방안이 모색되어야 한다.

국외에서는 민간 핫라인과 심의기구가 활발하게 활동하면서 아동 포르노 등 불법정보가 발견되면 사법기관 및 인터넷 사업자에 신고하는 역할을 수행하고 있다. 우리나라에서도 교사, 학부모, 아동보호단체 등 다양한 민간 핫라인이 자율적으로 활동하도록 제도적으로 촉진해야 한다.

다만 포털 사업자 등 주요 인터넷 서비스 운영 사업자들의 심의기구가 발휘할 영향력이 압도적일 것인 만큼 이 기구가 사적으로 부당한 검열을 하지 않도록 심의의 대상과 절차를 약관에 명시적으로 규정하고 심의 과정의 공정성과 공개성을 보장하는 한편 이용자의 참여를 보장해야 한다.

### 4. 저작물의 공정이용 보장

공적 지원을 받은 저작물에 대한 자유로운 이용 허용, 사적 복제 허용, 장애인 접근권 향상을 위한 저작권 제한 확대, 이용자들의 비영리적 표현 및 커뮤니케이션 보장 등 저작권으로 저작물에 대한 접근 및 이용자의 표현의 자유가 제한되지 않도록 공정이용 영역을 확대하는 저작권법 개정이 이루어져야 한다. 또한, '특수한 유형의 온라인서비스제공자'에 대한 필터링 의무화나 저작권 삼진아웃제 등 과도한 규제는 폐지되어야 한다.

### 5. 명예훼손과 허위를 이유로 한 형사처벌 폐지

사이버 명예훼손에 대한 형사처벌은 폐지되어야 한다. 특히 민사상 명예훼손 책임에 있어서도 국가·지방자치단체는 원고가 될 수 없으며, 진실한 사실의 표현에 대해서는 명예훼손의 책임을 묻어서는 안 된다. 공무원의 소속기관이나 직무에 관한 표현에 대해서도 역시 표현자가 허위라는 사실을 알

면서도 악의적으로 명예를 훼손한 경우가 아닌 한 손해배상의 책임을 물을 수 없다. 또한, 어떤 통신 내용이 '허위'라는 이유로 형사처벌해서는 안 된다.

### 6. 인터넷 실명제 폐지

공직선거법은 물론 정보통신망법, 「인터넷 주소자원에 관한 법률」, 「게임산업진흥에 관한 법률」 등 법률상 의무를 부과한 인터넷 실명제는 인터넷 이용자의 익명 표현의 자유와 개인정보에 대한 자기결정권을 침해하기 때문에 폐지되어야 한다.

### 7. 이용자정보 제공과 감청에 대한 법원의 통제 강화, 패킷 감청 중단

정보수사기관이 인터넷 이용자의 통신자료를 취득할 때는 법원의 심사가 예외 없이 적용되어야 한다. 통신사실확인자료를 취득할 때는 그 심사기준 및 연장절차 등이 더욱 엄격하게 법원에 의해 심사되어야 한다. 감청에 대해서는 법원의 심사가 지금보다 훨씬 더 엄격해져야 하며 특히 프라이버시침해의 광범위성 때문에 필연적으로 영장주의를 위배하게 되는 인터넷 패킷 감청은 어떠한 경우에도 허용되어서는 아니된다.

# 게임·가요

## I. 문제제기

최근 표현의 자유에 대한 국가 통제 방법은 매체를 향유하는 개인의 접근을 차단함으로써 창작자들을 압박하고 있으며 등급제를 넘어 이용시간을 차단하는 방법으로까지 확장되고 있다. 자정부터 오전 6시까지 청소년들의 온라인 게임이용을 차단하는 여성가족부의 '강제적 섷다운제', 청소년 및 법정 대리인의 요청시 게임 이용을 차단하는 문화체육관광부 주관의 '선택적 섷다운제', 청소년 온라인 게임 이용시 2시간 접속 후 자동으로 10분간 로그아웃되는 교육과학기술부 주관의 '쿨링오프제' 등, 최근 1년 사이에 게임 영역에서만 이용시간을 규제하는 정책들이 계속 발표되고 있다. 가요 영역에서도 맥락과 진의를 파악하지 않은 채 단순히 '술', '담배' 라는 글자가 들어가거나 비슷한 상황이 연출되는 듯한 가사만으로 청소년유해매체로 고시되어 청소년들의 이용을 차단하는 경우가 많아졌다. 특히 가장 논란이 된 청소년 게임이용 섷다운제는 국가가 개인의 문화 활동 시간을 강제적으로 차단하고 있다는 점에서 과거와는 전혀 다른 방식으로 표현의 자유를 억압하고 있다. 기존의 창작자를 중심으로 한 표현의 자유 규제에 국한되지 않고 일반적 이용자, 특히 청소년들의 문화 이용권, 접근권 등을 차단함으로써 문화 향유를 통하여 자유로운 인격을 발휘할 권리를 제한당하고 있으며 유해매체 고시를 넘어 이용시간을 규제하는 정책으로 확장되고 있어 매우 심각한 상황이다. 최근의 문화매체는

창작자와 이용자의 경계가 모호하다. 게임영역에서 보면 게임을 플레이하는 저마다의 독특한 방식 자체가 고유한 기록물의 역할을 하게 되는 것처럼, 창작자의 범위가 내용물을 만든 사람에 그치지 않고 각 이용자의 이용방식에 따라 또 다른 새로운 창작물이 탄생할 수 있는 것이다. 그러나 이 매체에 대한 접근권을 차단하고 심지어 이용시간을 제한하는 것은 단순한 문화 향유의 제한을 넘어 재창조의 가능성을 차단하는 것으로 심각한 표현의 자유 침해이다. 아울러 문화매체에 대해 청소년의 권리를 보호하는 방식이 아니라 그들의 접근을 차단하고 이용을 제한하는 무조건적인 규제정책으로 인해 청소년의 문화적 권리는 심각하게 위협받고 있다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

게임과 가요를 직접 규율하는 국제인권규범은 찾기 어렵지만, 청소년과 관련해서는 유엔 아동의 권리에 관한 협약 중 매체에 대한 접근 문제를 규정한 제17조와 여가와 놀이에 대한 제31조를 들 수 있다. 그 내용은 다음과 같다.

#### ○ 아동의 권리에 관한 협약

제17조 (대중매체, 적합한 정보에 대한 접근)

당사국은 대중매체가 수행하는 중요한 기능을 인정하며, 아동이 다양한 국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료, 특히 아동의 사회적·정신적·도덕적 복지와 신체적·정신적 건강의 향상을 목적으로 하는 정보와 자료에 대한 접근권을 가짐을 보장하여야 한다. 이 목적을 위하여 당사국은,

(a) 대중매체가 아동에게 사회적·문화적으로 유익하고 제29조의 정신에 부합되는 정보와 자료를 보급하도록 장려하여야 한다.

- (b) 다양한 문화적·국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료를 제작·교환 및 보급하는 데 있어서의 국제협력을 장려하여야 한다.
- (c) 아동도서의 제작과 보급을 장려하여야 한다.
- (d) 대중매체로 하여금 소수집단에 속하거나 원주민인 아동의 언어상의 곤란에 특별한 관심을 기울이도록 장려하여야 한다.
- (e) 제13조와 제18조의 규정을 유념하며 아동 복지에 해로운 정보와 자료로부터 아동을 보호하기 위한 적절한 지침의 개발을 장려하여야 한다.

제31조

1. 당사국은 휴식과 여가를 즐기고, 자신의 연령에 적합한 놀이와 오락활동에 참여하며, 문화생활과 예술에 자유롭게 참여할 수 있는 아동의 권리를 인정한다.
2. 당사국은 문화적·예술적 생활에 완전하게 참여할 수 있는 아동의 권리를 존중하고 촉진하며, 문화, 예술, 오락 및 여가활동을 위한 적절하고 균등한 기회의 제공을 장려하여야 한다.

아동권리위원회는 초기 유년기에서 아동권리의 이행을 다룬 2005년 '일반논평 7호'<sup>128</sup>에서 규약 제31조에서 거론된 '놀이'의 의미를 밝힌 바 있다. "놀이는 초기 유년기의 가장 주요한 특징 중 하나이다. 아동이 혼자 놀든, 혹은 다른 아동과 함께 놀든 간에 놀이를 통해 아동은 즐기는 동시에 그들의 현재의 능력에 도전한다. 초기 유년기에서의 창조적인 놀이와 탐구적인 학습의 가치는 널리 인정되었다(34문단)."는 것이다. 특히 놀이에 대한 아동의 권리가 경쟁적인 학업에 의해서도 좌절될 수 있다는 위원

128 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7(2005): Implementing child rights in early childhood, CRC/C/GC/7/Rev.1, 1996.9.20, <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/7cfdace016acd61c1257214004713a4/\\$FILE/G0644380.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/7cfdace016acd61c1257214004713a4/$FILE/G0644380.pdf)>.

회의 우려에 대해서는 한국 사회가 주목할 필요가 있다.<sup>129</sup>

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

유엔 아동의 권리 위원회는 한국정부의 3,4차 보고서에 대한 심의결과 최종견해를 발표하였다. 여기에는 여가와 놀이와 관련하여 아동의 권리를 보호하기 위한 여러가지 권고들이 포함되어 있다.<sup>130</sup>

### 대한민국 3,4차 정부보고서에 대한 아동권리위원회의 최종견해(CRC/C/KOR/CO/3-4, 2011.10.6)

#### B. 일반원칙 아동의 견해에 대한 존중

34. 아동과 청소년이 자신의 견해를 표현하도록 국가가 조직한 회의의 성립을 환영하는 한편 당사국의 법 절차나 사회적 태도에 관한 맥락이 아동에게 영향을 미치는 결정들에 관한 아동의 견해, 특히 15세 미만 아동의 견해를 고려하지 않는다는 것에 대한 위원회의 우려는 여전히 여전하다.

35. 위원회는 아동이 자신의 견해를 표현할 권리와 아동에게 영향을 끼치는 모든 결정에서 아동의 견해가 고려되도록 할 권리를 가졌다는 것을 보장하도록 당사국이 법률의 개정을 고려할 것을 권고하며 당사국은 협약 12조에 따라야 한다는 이전의 권고를 반복한다.

(a) 아동에게 영향을 끼치는 모든 문제에 대해 자유롭게 자신들의 견해를 표현할 아동의 권

129 '일반논평 7이 초기 아동기, 즉 8세 미만의 어린 아이들(4문단)의 보호를 위해서는 부적절하거나 공격적인 내용의 매체의 생산과 유통을 국가가 규제할 수 있다고 하고 있지만(35문단). 이 논평은 동시에 (초등)학교 진학 후의 아동은 자신의 창의성 실현을 위하여 다양한 매체에 자유롭게 접근할 수 있어야 한다는 의미를 담고 있다는 점은 게임과 가요 부문에 대한 포괄적 정부규제에 대해서도 되새겨 보아야 할 대목이다.

130 Committee on the Rights of the Child, Concluding observations: Republic of Korea, CRC/C/KOR/CO/3-4, 2011.10.6, <[http://justicespeaking.files.wordpress.com/2011/10/concluding\\_highlight.pdf](http://justicespeaking.files.wordpress.com/2011/10/concluding_highlight.pdf)>.



리를 포함하도록 아동복지법을 개정하고, 학교와 교육 체제 속에서의 훈육절차를 포함하여 법원과 행정 기구에 의한 아동의 견해에 대한 존중을 증진하고 아동에게 영향을 미치는 모든 문제에서 아동의 견해가 청취될 것을 촉진하기 위하여 입법을 포함한 효과적인 조치를 취할 것.

- (b) 아동에게 영향을 미치는 모든 문제에서 아동의 견해가 고려되고 청취될 아동의 권리에 대하여 특히 부모, 교육자, 정부행정공무원, 사법부 및 광범위한 사회에 교육 정보를 제공할 것.
- (c) 아동의 견해가 고려되는 정도와 아동의 견해가 정책, 프로그램 및 아동 자신에게 미치는 영향의 수준에 대하여 정기적으로 검토할 것.
- (d) 아동의 청취될 권리에 관한 위원회의 일반논평 12호(2009)를 고려할 것.

**F. 교육, 여가 및 문화활동(협약 28, 29, 31조)**

**직업훈련 및 생활지도를 포함하는 교육**

63. 위원회는 대한민국에 다음의 사항을 권고한다:

- a) 협약 29조 및 교육의 목적에 관한 위원회의 일반논평 1호(2001)을 고려하여, 현 교육 및 관련 시험 제도를 평가하라.
- b) 사교육에 대한 광범위한 의존의 근본 원인과 사교육에서 비롯되는 대학진학 시 불평등을 해결할 수 있도록 공교육을 강화하기 위한 노력을 증진하라.
- c) 협약 31조에 따라, 여가, 문화 및 오락활동에 대한 아동의 권리를 보장하라.
- d) 당사국의 다음 정기보고서에 포함시킬 수 있도록, 학교에 대한 접근성에 있어 평등을 이룩하는 데 관련된 구체적 결과에 관한 정보를 체계적으로 수집하라.
- e) 학생 간 괴롭힘을 방지하고 외국출신 아동에 특별히 관심을 기울이며 괴롭힘을 줄이기 위한 시도에 아동이 참여하도록 하는 조치를 강화한다. 이러한 조치는 휴대폰이나 온라인 공간과 같이 교실과 학교 운동장 밖에서 일어나는 새로운 형태의 따돌림과 괴롭힘을 다루어야 한다.

**III. 인권상황평가: 실태와 문제점**

**1. 인권 실태**

**가. 게임**

2011년 11월 20일부터 개정 「청소년보호법」을 근거로 만 16세 미만 청소년의 일부 온라인 게임이용을 차단하는 ‘강제적 섯다운제’가 여성가족부의 주관으로 시행되었다. 만 18세 미만 청소년의 게임이용을 보호자가 요청할 시 게임사가 차단하도록 한 ‘선택적 섯다운제’ 역시 2012년 7월부터 본격적 시행될 예정이다. 이 선택적 섯다운제는 현재 문화체육관광부의 주관으로 예비시행 중이며 청소년이 게임 사이트 가입 시 법정대리인의 허락을 받도록 하는 법안과 함께 「게임산업진흥에 관한 법률」(이하 ‘게임산업진흥법’)에 포함되었다. 연이어, 2월 6일 교육과학기술부에서조차 학교폭력근절종합대책을 통해 게임이용 시 2시간 접속 후 10분 동안 차단하는 ‘쿨링오프제’를 발표하고 관련한 내용을 초중등 학생의 인터넷 게임중독 예방 및 해소에 관한 특별법안으로 추진할 계획이다.

이처럼 게임 규제를 담당하는 부처만 세 곳이다. 더구나 이 규제들은 모두 청소년이용자들에게 한정되어 있으며 강제적 방식으로 접근을 차단하고 있다. 처음 발의된 여성가족부의 강제적 섯다운제는 이미 시행되기 전부터 청소년의 문화적 권리, 학부모의 교육권 침해 등의 사유로 2011년 10월 헌법소원이 제기되어 현재 헌법재판소의 판단을 기다리고 있으며, 문광부와 교과부의 정책들 역시 실효성과 기본권 침해 등의 이유로 많은 비판을 받고 있다. 과거 청소년 범죄의 원인이라는 누명을 쓰며 각종 문화매체가 받아들인 규제가 게임에서 되풀이되고 있으며 창작자 규제를 넘어 이용자 규제로 확장되고 있다. 심지어 ‘청소년보호’라는 이름을 내세운 청소년 정책은 관련 부처들의 민간자율기금 마련의 구실로 전락하고 있는 심각한 실정이다.

현재 게임물의 등급 심의는 문화체육관광부 산하 게임물등급위원회가 맡아 왔다. 2011년 12월 30일 게임산업진흥법 일부 개정안이 통과됨에 따라 차후 민간으로 이양될 계획이나 청소년이용불가 등급의 경우는 청소년보호법에 따라 여성가족부 소속의 청소년 보호위원회의 제재를 받을 수 있으므로 사실상 국가 강제 등급제가 유지되는 것이다. 더구나 추가로 발표된 교육과학기술부의 정책에 따르면 문화체육관광부에서 담당해 온 등급심사와 관련해 교육과학기술부와 여성가족부의 의견을 적극 반영하며 추가로 건전게임심의위원회(가칭) 등이 제안될 예정이어서 오히려 이중 심의 논란이 가중되고 있다.

## 나. 개요

2011년 여성가족부 주관의 음반심의에 의해 청소년유해매체로 고시된 음반은 무려 894개이다. 그 중, 전체적 맥락과 무관하게 ‘술’ 또는 ‘담배’라는 가사 때문에 유해매체로 고시된 경우만 189개이다.

청소년 유해매체로 고시된 그룹 10cm의 〈아메리카노〉의 경우 가사 중 ‘여자 친구와 싸우고서 바람 필 때, 다른 여자와 입 맞추고 담배 필 때’ 라는 부분이 ‘담배와 불건전한 이성교제 조장’에 해당한다는 이유로 청소년유해매체가 되었다. 2008년 당시 보건복지부 산하 청소년보호위원회가 ‘전체적인 분위기가 청소년이 즐기기에 야하다’는 이유로 청소년 유해매체로 고시한 그룹 동방신기의 곡 〈주문〉의 가사 ‘Under my skin’은 해석을 두고 법적 공방으로까지 이어졌다. 서울행정법원의 판결에 따라 2009년 청소년유해매체 고시 취소 처분을 받았지만, 당시 동방신기는 ‘Under my skin’을 ‘Under my sky’로 바꿔 활동해야 했다.

이 밖에도 세계적으로 활발하게 활동한 미국 가수 케이티 페리의 〈I kissed a girl〉의 경우 불건전 교제 조장 우려로 청소년 유해매체로 선정되어야 했다. 동성 간의 스킨십이 과연 ‘불건전 교제’인가를 두고 논란이 되었지만 에이브릴 라빈의 〈Girl friend〉 등 계속해서 세계적인 명곡들도 유해매체 선정을 피할 수 없었다.

최근 유해매체로 고시되었던 가요들이 연달아 재판에 승소해 유해매체 고시 취소 처분을 받는 상황 등으로 인해 청소년 유해매체 심의에 대한 비판 여론이 거세지자 여성가족부의 청소년보호위원회는 음반심의위원장을 교체하고 2011년 10월 17일 음반심의세칙 개정안을 발표하였지만 여전히 모호한 심의규정들로 구성되어있다. 이에 앞서 지난 2011년 10월 5일 한국음악콘텐츠산업협회와 한국연예제작자협회, 한국음원제작자협회가 음반자율심의기구를 발족하기로 협의하며 2012년 2월을 기준으로 음반심의 민간심의기구 계획을 발표했다.

하지만 여전히 심의기준으로 작동하는 청소년보호법에 따라 자동적으로 청소년보호위원회가 심의 주관 단위가 될 수 있으므로 오히려 민간심의에 불필요한 이중규제가 발생할 것이다. 음반심의과정의 불투명성이나 모호한 내용의 음반심의세칙조항은 창작자에 대한 과도한 규제일 뿐 아니라 이용자의 문화 접근권을 차단하는 행태이며, 민간심의기구의 권한을 정부기관이 쥐고 있는 것 역시 과도한 이중규제이다.

## 2. 문제점

### 가. 청소년 보호를 이용한 표현의 자유 통제와 청소년의 문화적 권리 침해

표현의 자유에 대한 규제가 등급분류, 고시 등의 제재에서 이용자 규제로까지 확장되고 있는 것은 매우 심각한 상황이다. 심지어 청소년보호법이 갈수록 강화되며 개별영역에 대한 독립성을 부정하고 청소년보호위원회가 주력하며 권한을 키우는 것 역시 매우 우려스럽다. 청소년보호위원회는 계속해서 청소년보호라는 명분을 이용해 윤리적 공포심을 조장하고 전면적이고 미시적인 검열들을 자연스럽게 진행시키고 있다. 그리고 청소년보호법은 최근 문화매체 심의의 모범으로 기능하며 문화·예술 영역에서 표현의 자유를 규제, 조절하는 기준으로 쓰이고 있다. 등급에 이어 시간을 통한 규제로 확장된 설타운제와 유해매체 고시 및 판매 제약으로 통제되는 가요의 경우, 청소년들의 접근과 이용은 전면적으로 차단되고 있는데, 이는 청소년보호 담론을 이용하여 청소년들의 문화적 권리 및 자율성을 현격하게 침해하는 것이다.

계속해서 강화되는 청소년보호법은 청소년들의 권리를 보호하는 것이 아니라 문화매체에 대해 청소년유해매체로 고시하고 통제하는 법에 불과하다. 이는 청소년을 미성숙한 존재로 낙인찍고 이를 이용하여 청소년을 규제함과 동시에 문화매체에 대한 강력한 통제 권력을 행사하는 것이다. 청소년을 ‘자녀’로 국한시키는 청소년보호법은 청소년 유해매체의 범위를 정치적이고 이념적인 매체로까지 확대하고 있어 사실상 청소년들의 사회비판의식을 함양할 기회마저도 억제하고 있는 것이며, 표현의 자유를 통제하고 청소년들의 삶을 제약하는 국가장치로 악용되고 있다.

### 나. 창작자의 표현 규제를 넘어 이용자의 시간 규제로 확대되는 통제

표현의 자유에 대한 국가 통제 방법은 매체를 향유하는 개인의 접근을 차단함으로써 창작자들을 압박하는 등급제, 유해매체 고시 등에서 이용시간을 차단하는 방법으로까지 확장되고 있다.

국가가 개인의 문화 활동 시간을 강제적으로 차단하고 있다는 점은 과거와는 전혀 다른 방식으로 규제정책이 강화되고 있음을 보여준다. 이처럼 창작자의 표현의 자유 규제에 국한되지 않고 일반 시민의 보편적인 향유를 규제하는 방식으로 확장되고 있다는 것은 표현의 자유에 관한 탄압이 매우 심각한 수준에 이르렀음을 의미한다.

이 강화지점의 중심인 청소년들을 미성숙한 존재로 설정하여 매체로부터 격리·배제 시키는 방식

의 정책들은 정치적-문화적 주체로서 청소년들의 권리를 제한한다는 점에서 특히 우려스럽다. 강제적이고 차별적인 연령등급은 국가의 검열 방식이 사상과 이념에서 윤리와 도덕으로 이동하였음을 드러내며 이는 창작자에게는 자기 검열을 유도하고 이용자의 접근을 차단함으로써 전반적으로 규제를 강화시키는 수단으로 악용되고 있다.

#### 다. 청소년의 의견이 반영되지 않는 청소년 보호 정책

과거 청소년들이 만든 사이트 및 카페들이 강제 폐쇄되는 일들이 있었음에도 이에 대한 문제제기를 직접 할 수 없는 상황이 있었다. 현재 진행되고 있는 섯다운제의 헌법소원도 친권자의 동의 없이는 진행할 수 없으며, 개정된 게임산업진흥법에도 친권자가 요구하는 경우에만 섯다운제 대상에서 제외시킬 수 있을 뿐 청소년 스스로 자신의 권리를 위해 움직일 수 있는 방안이 전무하다.

최근 쟁점이 된 '서울시학생인권조례 주민발의안' 역시 청소년들은 서명조차 할 수 없었던 것처럼, 청소년들이 자신들을 대상으로 한 정책에 참여할 방법이 전혀 없다는 것은 심각한 문제이다. 심지어 자신들의 권리가 침해당하더라도 스스로 규제할 수 없는 현실은 청소년들을 사회 구성원으로 인지하지 않는 것이며 그들의 주체성을 무시하는 처사이다.

동의받지 않은 보호는 폭력에 불과하다. 청소년보호의 이름으로 청소년의 문화적 권리를 박탈하는 청소년보호법 및 심의기준에 대해 청소년들이 의견을 개진할 수 있는 절차와 제도가 꼭 필요하다.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 이용자의 시간까지 규제하는 강제적 섯다운제는 반드시 폐지되어야 한다.

만 16세 미만의 청소년들의 온라인 게임이용 시간을 자정부터 오전 6시까지 강제적으로 일괄차단하며 청소년의 기본권을 침해하는 강제적 섯다운제는 반드시 폐지되어야 한다.

### 2. 행정기구에 의한 심의와 강제적이고 차별적인 연령등급제는 반드시 폐지되어야 하고 자율규제로 대체되어야 한다.

#### 가. 음반 심의제도 폐지

가요 심의와 관련해 2012년 2월부터 한국음악콘텐츠산업협회와 한국연예제작자협회, 한국음원제작자협회가 주도하는 민간심으로 전환될 예정이다. 하지만 귀로만 듣게 되는 가요의 경우 영상매체와는 영향력이 다르며, 언제든지 불특정 다수에게 공개될 수 있는 특성이나 이미 사후 심의를 통해 진행되고 있다는 점을 고려하여 심의대상에서 제외되어야 한다. 즉 음반 심의제도는 전면 폐지하고 자율규제로 대체해야 한다. 단, 새롭게 개설되는 민간자율기구는 매체이용자들의 이용에 있어 고충을 접수·처리하는 역할을 할 수 있어야 한다.

#### 나. 게임물 등급위원회는 민간자율규제기구로 전환

2012년부터 민간으로 이양되는 게임물등급위는 국가의 심의 기능을 위탁·대행하는 기구가 아니라 민간자율규제기구로서의 독립성을 보장받고 게임의 특성에 맞는 자율규제 기준을 만들 수 있도록 해야 한다. 현재 기준이 되는 청소년보호법에 의거한 강제적이고 차별적인 연령등급제를 폐지하고 매체 특성에 따른 자율규제로 대체해야 하며 나아가 청소년보호법의 청소년유해매체물 제도 자체가 폐지되어야 한다.

### 3. 창작자는 이미지나 영상 등 시각적인 표현물에 대해서는 내용에 관한 정보를 제공해야 한다.

문화매체에 대한 사전 정보 제공은 이용자의 권리와 표현의 자유를 위해 창작자를 통해 이루어져야 한다. 특히 게임의 경우 게임을 기획하고 설계한 사람이 아니면 전체 내용에 대한 정보를 빠르 시간에 알기 어렵기 때문에 제작자를 기준으로 정보가 제공되어야 하며 이는 다양한 방식으로 이루어질 수 있어야 한다. 제작자 또는 창작자의 정보 제공을 바탕으로 한 내용표기는 누구나 접근 가능한 방법으로 고시되어야 한다.

#### 4. 표현물에 대한 이용자의 의견을 반영할 수 있는 공공성을 갖춘 시스템이 마련되어야 한다.

##### 가. 민간기구의 자율규제 시스템 운영은 독립성을 보장받아야 한다.

자율규제 시스템 운영은 민간기구로서의 독립성을 보장받되 운영 과정 및 결정에 따른 절차는 모두에게 공개되어야 한다. 특히, 각 매체의 특성에 따른 전문가들과 일반 시민의 의견이 다양하게 수렴되어야 하며 특정 집단의 이익을 대변하지 않도록 공정성을 유지하여야 한다.

##### 나. 청소년 및 이용자들의 의견 수렴이 가능한 시스템이 마련되어야 한다.

청소년 및 매체 이용자들의 의견 수렴이 가능한 시스템이 마련되어야 한다. 특히 유엔 아동권리협약에서 지속적으로 문제제기 되어 온 청소년 대상 정책에 대한 청소년들의 의견 수렴 기구가 없는 것은 심각한 우려사항이다. 청소년들은 자신의 권익을 포함하는 정책에 참여할 수 있는 기회를 보장받아야 하며 권리의 침해가 발생하였을 때 친권자가 아닌 법정대리인을 자유롭게 지정하거나 스스로 구제할 수 있는 방안이 마련되어야 한다.

## 언론 산업 정책

### 1. 문제제기

공영방송은 정부나 광고주의 영향을 받지 않고 독립되고 공정한 정보와 양질의 프로그램을 국민에게 서비스하는 것을 그 목표로 하는 방송사이다. 또한, 공영방송은 국민의 표현과 창작의 자유를 보장하고 확장하는 대표적인 사회적 기제이다. 국민이 직접 제작에 참여할 수도 있으며(Public Access), 국민의 위임을 받아 기자·PD 등 현업제작진들이 표현과 창작의 자유를 대신 행사하기도 한다. 이러한 공영방송은 '수신료'라는 형태로 국민이 재원을 부담하고 국민이 주인인 방송으로, 국가의 세금에 의해 운영되는 국영방송과는 구별된다.<sup>131</sup>

그러나 최근 이명박 정부 출범 이후, 사회의 다양성을 발현하고 민주적 공론장으로서 기능해야 할 공영방송이 현실권력의 홍보기구로, 자본논리의 전파자로 전락했다는 비판이 계속되고 있다. 이 과정에서 표현의 자유 침해·훼손·왜곡 사건이 방송 분야에서 두드러지게 나타났다. 더구나 최근 4개 종합편성채널의 개국으로, 지금까지의 공영방송 우위체제가 상업방송 우위체제로 재편될 수 있다는 우려도 하고 있다. 공영방송을 통해 대변되던 사회적 약자와 시민의 표현의 자유는 정치권력과 자본권

<sup>131</sup> 우리나라의 경우 대표적 공영방송인 KBS의 경우조차 수신료 비중이 40% 수준이고, EBS는 15% 선이며, 또 다른 공영방송인 MBC의 경우는 순수 상업방송처럼 광고와 협찬비로만 운영되고 있다.

력에 의해 위협받는 상황에 놓이게 되었다. 그야말로 미디어 공공영역의 반(反)민주화이자 공공영역의 훼손이고 위축이다.

또 다른 한편으로 종합편성채널 허가와 출범으로 미디어의 독과점체제가 강화될 가능성이 커졌다. 미디어 광고시장을 교란시켜 군소미디어와 지역미디어의 몰락이 기정사실이 되고 있다. 특히 여론의 독과점이 큰 문제이다. 여론 독과점은 정치·경제 등 사회 전반에 걸쳐 나타나는 각종 문제나 의제들이 특정한 소수의 언론 매체에 의해 형성됨으로써 일방적이고 획일적인 의견, 신념 등이 확산하는 현상이다. 여론이 독과점 되면 여론형성의 왜곡이 일어나고, 언론사주의 이익이 사회적 공익을 대체한다. 이와 같은 여론의 획일화는 결국 대안적 여론을 봉쇄함으로써 사회적 비용과 부담의 급증을 가져오고, 정치권력과 자본-미디어의 결합으로 사회 감시체제를 와해시키는 등의 사회적 손실로 이어질 가능성이 높다.

다음에 어떤 정부가 들어서든 언론영역의 가장 시급한 정책 과제는 공영방송 재편과 여론 다양성 보장 문제로 수렴된다. 이를 위해서는 거대 자본에 의한 여론미디어 장악을 규제하는 것, 또한 기존 미디어 집단의 확장에 의한 언론권력화를 규제하는 것이 불가피하다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.

- (a) 타인의 권리 또는 신용의 존중
- (b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

국제인권규범 중 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조의 의견과 표현의 자유 및 그 제한과 관련하여, 유엔 자유권위원회(Human Rights Committee)는 '일반논평 34'<sup>132</sup>를 채택하여 다음과 같은 해석을 하고 있다.

우선, 자유로우며 검열과 방해받지 않는 언론 및 기타 매체는 의견과 표현의 자유와 기타 규약상의 권리 향유를 보장하기 위해 어느 사회에서나 필수불가결하다. 이는 민주사회의 초석 중 하나이다. 자유로운 언론 및 기타 매체는 공공의 쟁점에 대해 검열이나 제지 없이 논평하고 여론을 알릴 수 있으며, 대중은 이에 상응하여 매체 생산물을 받을 권리를 가진다(13문단).

또한, 당사국은 공영방송서비스가 독립적으로 운영되도록 보장하여야 한다. 당사국은 공영방송의 독립성과 편집의 자유를 보장하여야 한다. 당사국은 공영방송의 독립성을 훼손하지 않는 방식으로 재정을 지원하여야 한다(16문단).

정부에 대해, 또는 정부가 채택한 정치사회체제에 대해 비판적이라는 이유만으로 어떤 언론매체, 출판인 또는 언론인을 처벌하는 것은 결코 표현의 자유에 대한 필수적인 제한이라고 볼 수 없다(42문단).

당사국은 대중 매체를 규제하는 입법적, 행정적 체제가 제3항과 일관되도록 해야 한다. 규제 제도도 신문 및 방송부문과 인터넷 간의 차이를 고려하고, 동시에 다양한 매체가 어떻게 수렴하는지 그 방식에도 주의하여 마련되어야 한다. 제3항이 적용되는 한정된 상황이 아닌 경우에 신문이나 다른 인쇄매체의 발행을 불허하는 것은 제19조와 양립할 수 없다. 분리되지 않는 특정 내용을 제3항에 의거 합법적으로 금지할 수 있는 경우를 제외하고 특정 출판에 대한 금지는 여기서 말하는 상황에 결코 포함

132 Human Rights Committee, General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 2011.7.21. (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>).

될 수 없다. 당사국은 지역방송국과 상업방송국을 포함한 방송매체에 아주 힘든 허가조건이나 수수료를 부과하는 것을 피해야 한다. 그러한 조건이나 허가수수료를 적용하는 기준은 합리적이고, 객관적이며, 명확하고, 투명하며, 차별이 없어야 하고, 기타 규약을 준수하는 것이어야 한다. 시청각 지상파 및 위성서비스처럼 용량이 제한된 매체를 이용하는 방송에 대한 허가제도의 경우, 공영, 상업, 지역방송국 사이에 접속과 주파수를 공정하게 배분하도록 하여야 한다. 아직 다음과 같이 하지 않은 당사국에 대해서는, 방송업 신청서 검토와 허가발급 권한을 가진 독립적이고 공적인 방송허가 담당부서를 조직하도록 권고한다(39문단).

한편 언론 다양성과 관련하여, 매체 사용자가 광범위한 정보와 사상을 얻을 권리를 보장하기 위해 독립적이고 다양한 매체를 장려하도록 당사국이 특별한 주의를 기울여야 한다(14문단). 당사국은, 정보원과 견해의 다양성에 해로울 수 있는 독점 상황에서 사적으로 통제되는 매체집단들이 매체를 지나치게 지배하거나 집중시키는 것을 방지하도록, 규약과 일치하게 적절한 조치를 취해야만 한다(40문단).

이와 같은 일반논평 34호와 같은 유엔의 공식문서 외에도 표현의 자유와 평등에 관한 캄덴원칙(2009년)<sup>133</sup>을 참고할 만하다. 캄덴원칙은 ARTICLE 19가, 2008년 12월 1일과 2009년 2월 23~24일 런던에서 개최된 회합에서, 유엔 고위관리, 시민사회 및 국제인권법 전문가들의 집단 토론을 기반으로, 표현의 자유와 평등의 관계에 관하여 채택한 것으로서, 신문 방송과 관련된 중요한 원칙을 포함하고 있다.

캄덴원칙은 우선 “다원주의와 평등을 위한 공공정책들”이라는 제하의 원칙 5에서, “정부로부터 독립되고, 공적으로 책임성 있고, 투명하게 운영되는 기구들에 의해서만 매체에 대한 규제가 이루어져야 한다는 기본 원칙을 존중하는 틀”과 “다양한 공동체들이 매체와 정보통신기술에 자유롭게 접근하고 이용할 권리를 신장시키는 틀”을 강조하였다(5.1).

이러한 틀의 실행을 위한 조치로서 캄덴원칙은 매체서비스수신 수단에 대한 보편적 접근, 차별 없는 신문·방송 등 설립권, 공공서비스·상업·지역 매체 사이에 방송주파수를 비롯한 자원의 공평한 배분, 사회 전체를 폭넓게 반영한 매체규제기구, 매체소유의 과도한 집중 방지, 독립적이고 투명한 절차와 객관적 기준에 의한 다양성 촉진을 위한 공적 지원(이상 5.2)과 방송허가신청에 대한 평가기준으로서 다양성, 사회적 약자 등의 공평한 접근권 보장(5.3)을 언급하고 있다. 그러면서 캄덴원칙은 “변화하

는 매체 환경에서 다원주의, 표현의 자유, 평등을 보장하기 위하여, 매체가 국가 혹은 정부에 의해 통제되는 체제를 바꾸고, 현 공공서비스 방송망을 강화하고, 공공서비스 매체에 적절한 자원조달을 보장함으로써, 매체가 갖는 공공서비스로서의 가치가 보호되고 향상되도록 해야 한다”고 강조한다(5.4).

한편 캄덴원칙은 대중매체의 역할(원칙 6)을 언급하면서, 대중매체가 도덕적, 사회적 책무로 취해야 할 조치로서 직원들이 사회 전체의 다양성과 대표성을 가질 것, 사회 내 모든 집단에 대해 가능한 모든 관심 사안들을 다룰 것, 공동체들을 획일적 단일체로서 묘사하기보다는 여러 공동체 내에 있는 정보원과 목소리의 다양성을 찾을 것, 그리고 정보를 제공할 때 공인된 전문적, 윤리적 기준을 충족하는 높은 기준을 고수할 것을 강조하고 있다(6.1).

그리고 원칙 9에서는 “모든 매체는……차별에 대항하고 문화 간의 이해를 증진하는 역할을 도덕적, 사회적 책임으로서 담당하여야 한다”고 하여 매체의 책임을 강조하고(9.1), 공공서비스 방송인의 의무(9.2), 매체와 언론인에 대한 직업상 복무규정에서 평등 원칙의 반영(9.3), 매체 전문가를 양성하는 직업개발프로그램에서 평등을 증진할 필요성(9.4) 등을 구체적으로 제시하고 있다.

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

2011년 6월 제17차 유엔 인권이사회에서 프랑크 라 뤼 의사표현의 자유에 관한 유엔 특별보고관은 한국보고서를 발표하면서 여론의 다양성에 대해서도 몇 가지 우려와 권고를 표명하였다. 특별보고관은 우선 여러 방송사의 대표가 대통령 측근으로 교체된 점과 미디어법 날치기 통과로 언론매체의 다양성 원칙을 위배할 소지에 대한 우려를 표명하고 신문방송의 교차소유금지 등을 권고하였다.<sup>134</sup>

**프랑크 라 뤼 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)**  
 82. 또한, 2009년 7월 한나라당이 발의한 신문법 및 방송법 개정안이 국회에서 통과되었다. 개정안은 출판과 방송부문에서 교차소유 허용을 목적으로 하는 것으로 알려진 이 법

<sup>133</sup> Article 19, The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality, 2009, 4. (<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf>).

<sup>134</sup> Frank La Rue, Mission to the Republic of Korea, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 2011.3.21, A/HRC/17/27/Add.2, (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/17session/reports.htm>).

에 대해 특별보고관은 대기업, 신문사 그리고 외국자본의 방송부문 진출의 발판을 마련하여 언론매체의 다양성과 다원성 원칙을 위배할 소지에 대해 우려한다.

#### 권고

101. 특별보고관은 대한민국에서 언론매체 다원주의가 실재하고 있음을 높이 평가한다. 그러나, 방송사 사장과 경영진의 독립성을 보장하는 효과적인 임명 절차의 확보가 필요하다. 또한, 특별보고관은 대한민국 정부에 신문과 방송 부문의 교차소유와 언론재벌의 형성을 금지함으로써 언론의 다양성과 다원성을 증진하고 보호할 것을 촉구한다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 공영방송의 위기

##### 가. 공영방송 거버넌스 체제 붕괴로 인한 정치적 독립성 훼손

이명박 정부가 들어선 후 2008년 8월 KBS 이병순 사장과 2009년 11월 김인규 사장 체제, 그리고 2010년 2월 MBC 김재철 사장 체제를 거치며 공영방송은 철저히 몰락했다.<sup>135</sup> 이런 공영방송 추락의 증거로, (1) 무조건 대통령 띄우기, (2) 권력비판과 사회감시기능 제거, (3) 정부 발표의 일방적인 전달과 노골적인 정부·여권 홍보, (4) 정치·경제적 이슈에 대한 보도 내용의 보수화·친(親)자본화 등이 지적되고 있다. 한마디로 정권 출범 후 4년 만에 완전히 '정권의 나팔수'로 되돌아갔다는 의미이다.

공영방송 지배구조의 중심에는 방송통신위원회(이하 '방통위')가 자리하고 있다. 방통위가 대통령 소속 정부기구로 편제되면서 구성과 운영에서 (구)방송위원회보다 더 직접적이고 더 많은 권력 근친성을

<sup>135</sup> 미디어행동, <2010 공영방송 국민 컨설팅 보고서: 희망의 씨앗을 심는다>, 2010.4; 박영선, "지상파 방송 제작 자율성 강화방안", 2011 미디어커뮤니케이션네트워크 19차 토론회(2011.12.2) 내용 참조.

갖게 되었다. 외형상 독임제 기관이 아닌 합의제 기구의 형태를 띠고 있으나 정부·여당 상임위원이 3인, 야당이 2인으로 구성됨으로써 사실상 권력의 의사가 반영되는 구조를 보여준다.

이러한 권력 친화적 구조하에 방통위는 KBS 이사의 추천(방송법 제46조), 방송문화진흥회 임원의 임명(방송문화진흥회법 제6조)과 그로 인한 MBC에 대한 영향력 행사, EBS 임원 및 이사의 임명(한국교육방송공사법 제9조 및 제13조)에 관한 사항을 업무로 함으로써 공영방송 규제·감독기구의 위치를 확고히 하게 되었다. 청와대-방통위가 공영방송 이사를 수직적으로 선임하고 공영방송 이사회가 사장을 선임하게 되어 공영방송의 정치적 독립성은 과거보다 훨씬 심각하게 훼손되었다.

##### 나. 공영성 상실로 인한 수신료 인상의 어려움과 잘못된 수신료 배분구조

공영방송은 국민이 재정을 부담하고 통제하는 '국민을 위한 방송'이다. 따라서 공영방송은 외부의 정치적 간섭이나 상업적 이용으로부터 자유로워야 한다. 프로그램의 다양성, 편성권 독립, 적합한 재원조달, 그리고 책임성과 투명성은 공영방송의 기본 요건이다. 공영방송의 공공성과 자율성, 그리고 독립성을 확보하기 위한 필요조건으로서 텔레비전방송수신료(이하 수신료)<sup>136</sup>의 안정적 확보는 매우 중요한 사안이다.

우리나라 공영방송은 낮은 수신료 수입과 높은 광고 수익으로 상업방송과 치열한 시청률 경쟁을 벌이고 있고 이 과정에서 시장논리가 점점 더 지배하게 됨으로써 공영방송의 정체성을 잠식하는 상황이 초래되고 있다. 공영방송의 안정적 재원인 수신료가 30년간 동결됐고 수신료가 낮다는 점에 대한 공감대는 널리 인정되고 있지만, 문제는 '공영성 강화'라는 수신료 인상의 목적에 대한 국민적 동의를 얻어내기 쉽지 않다는 점이다.

이명박 정권이 들어선 후 공영방송이 '특보 사장', 즉 정치적 인사에 의해 장악되면서 지나치게 권력 편향됨으로써 수신료 인상에 대한 국민적 공감대가 와해됐다. 2011년 6월 24일에는 한선교 국회 문화체육관광방송통신위원회 한나라당 간사와 KBS 국회출입기자의 도청 파문<sup>137</sup>으로 수신료 논의

<sup>136</sup> 방송법 제64조(텔레비전수상기의 등록과 수신료 납부)에 근거한 수신료는 법적 관점에서 공영방송에 부여된 특정한 공익사업을 수행하기 위한 경비 총당의 수단적 성격을 지닌다. 이에 상응하여 수신료의 법적 규정도 '준조세'(방송위원회, 2001) 내지는, '인적 공용부담금' 혹은 '특별부담금'(헌재판결 1999.5.27. 98헌바70) 등으로 지칭되고 있다. 따라서 공영방송이 공익적 임무를 수행하지 못할 경우 수신료는 존재의미를 상실하게 된다. 그리고 수신료는 지역, 소득 등의 차이에 상관없이 수신기를 소지한 모든 국민에게 동등하게 부과되는 부담금이라는 특징을 지니고 있다.

<sup>137</sup> 한선교 한나라당 간사가 6월 24일 국회 민주당 대표실에서 열린 비공개 최고위원회의의 녹취록을 공개한 사건. 그 배후로 KBS가 의혹을 사고 있다.

가 국민적 공분에까지 부딪혔다. 야당과 시민사회단체들은 KBS의 공영성 회복을 선결조건으로 한 수신료 인상을 주장<sup>138</sup>하고 있고, KBS의 명확한 진상 규명 없이 당분간 수신료 인상 논의는 진행 자체가 어렵게 되었다.

공영방송 중에서 KBS와 EBS에만 수신료를 배분하고 있는 것도 문제이다. 공영방송 MBC가 수신료 배분 대상에 속하지 않음으로써 MBC의 위상과 관련해 민영화의 주요한 논리로 제기되어왔다. 하지만 방송전파의 공공재적 성격과 방송의 여론형성과정에서의 영향력을 고려하면 지상파방송은 공영방송 우위체제를 유지하는 것이 바람직하다. 또한, '공영방송에 대한 국민의 통제'라는 측면에서 MBC가 수신료 배분 대상에서 제외됨으로써, 대주주로서 간접적으로 통제하는 방송문화진흥회 이외에 어떤 주체로부터도 통제되지 않는 구조 역시 바람직하지 못하다.<sup>139</sup>

#### 다. 시청자위원회 제도의 왜곡

현행 방송법은 시청자가 방송프로그램의 기획, 편성 또는 제작에 관한 의사결정에 참여할 수 있도록 보장하고 있으며 방송사업자의 허가·추천·승인 시 시청자의 의견을 반영하도록 규정하고 있다.<sup>140</sup> 방송법 제87조는 “종합편성 또는 보도전문편성을 행하는 방송사업자는 시청자의 권익을 보호하기 위하여 시청자위원회를 두어야 한다”고 규정하고 있다.<sup>141</sup> 방송사는 각계의 시청자를 대표할 수 있는 자 중에서 방송통신위원회규칙이 정하는 단체의 추천을 받아 시청자위원을 위촉한다.<sup>142</sup>

지난 2000년 개정된 방송법은 시청자위원회의 위상을 크게 강화하였다. 방송법 개정에 따라 시청자위원회는 프로그램의 내용뿐 아니라 방송편성에 대해서도 의견을 제시할 수 있게 되었다(제88조).<sup>143</sup> 아울러 방송법은 ‘방송사업자는 특별한 사유가 없는 한 시청자위원회의 의견을 수용해야 한다’고 의

138 민주당은 2010년 6월 20일 수신료인상을 위한 5대 선결조건으로, ▲KBS의 정치적 중립 확보 ▲국민적 동의를 얻는 방안 마련 ▲수신료 인상 요구의 타당성 확보 ▲KBS의 자구노력방안 마련 ▲친서민 정책 강화 등을 제시했다.

139 KBS, EBS, 방송문화진흥회는 국회 문방위의 국정감사 대상이지만, MBC와 연합뉴스는 문방위의 업무현황보고 대상으로 완화된 간접 통제를 받고 있다.

140 미디어행동, 앞의 자료.

141 방송법에 따라 시청자위원회를 두어야 하는 방송사는 KBS와 지역총국, MBC와 지역MBC, 그리고 SBS를 비롯한 지역민영방송, YTN, MBN 등 보도전문채널 등이다.

142 방송통신위원회 규칙 제34조에 의한 시청자위원 추천단체는 다음과 같다 : 1. 초·중등교육법 및 고등교육법에 따른 각급 교육기관의 운영위원회 등 학부모단체 2. 소비자보호단체 3. 여성단체 4. 청소년 관련 기관 또는 단체 5. 변호사단체 6. 방송, 신문 등 언론관련 시민학술단체 7. 장애인 등 사회소외계층의 권익을 대변하는 단체 8. 노동 관련 기관 또는 노동단체 9. 경제단체 또는 문화단체 10. 과학 기술 관련 단체.

143 방송법이 정한 시청자위원회의 권한과 직무는, ① 방송편성에 관한 의견제시 또는 시정요구, ② 방송사업자의 자체심의 규정 및 방송프로그램 내용에 관한 의견제시 또는 시정요구, ③ 시청자 평가원의 선임, ④ 기타 시청자의 권익보호와 침해구제에 관한 업무이다.

무를 부여함으로써 시청자위원회에 막강한 권한을 부여하고 있다(제90조). 이 밖에도 방송법은 방통위가 방송사업자에 대한 재허가 또는 재승인을 할 때에 시청자위원회의 방송프로그램 평가를 반영하도록 하고 있으며(제17조), KBS가 수신료의 승인을 얻고자 할 때에도 시청자위원회의 의견을 제출하도록 하고 있다(방송통신위원회 규칙 제17조).

그러나 시청자위원회의 운영실태는 법률상 강화된 위상에 크게 미치지 못하고 있다. 시청자위원회가 독립성을 확보하지 못하고 정치적으로 종속되어 있기 때문이다. 특히 KBS 시청자위원회는 정치적 영향력이 연쇄적으로 승계될 소지가 큰 순환적 선임구조하에서 구성된다.<sup>144</sup> 대통령과 여당에 의해 다수가 선임되는 방통위와 KBS 이사회를 거쳐 KBS 사장이 추천되고 그 사장이 시청자위원을 위촉하게 된다. 이렇게 방송사업자에 의해 위촉된 시청자위원들은 기본적으로 방송사에 협조적일 수밖에 없다. 방송사업자가 제 입맛대로 시청자위원회를 구성하다 보니 투명성, 대표성 논란이 반복된다. 시청자위원회가 구성될 때마다 코드, 편향인사 논란이 불거져 나왔다.

## 2. 여론의 독과점과 언론 다양성의 위기

### 가. 신방겸영 허용과 여론 독과점 심화

#### 1) 신방겸영의 제도적 연혁

2009년 7월 22일 방송법 개정안이 ‘불법’적으로 날치기 되기 전까지, 방송법은 특정 개인이나 가족의 방송독점을 막기 위해 친인척이 소유할 수 있는 주식지분의 한도를 30%로 제한하고 있었다. 재벌 대기업과 일간신문과 뉴스통신은 종합편성 또는 보도전문편성 방송사업을 겸영하거나 주식지분을 소유할 수 없으며, 종합유선방송사업자 및 위성방송사업자의 주식을 전체의 3분의 1을 초과하여 소유할 수 없었다.

지상파방송사업자, 종합유선방송사업자 및 위성방송사업자 간의 상호겸영이나 3분의 1 이상의 주식지분 소유도 금지되었다. 종합유선방송사업자와 방송채널사용사업자는 복수소유를 허용하되 시장

144 이강택, “공영방송에 대한 시민참여 연구: 2000~2009 KBS 사례를 중심으로”, 성공회대학교 NGO대학원 석사학위논문, 2010.



점유율 또는 사업자 수 등을 고려하여 대통령령이 정하는 범위(매출액 기준 3분의 1, 방송권역 기준 5분의 1)를 초과할 수 없었다.

현행 방송법(2011)하에서, 방송사업 관련 진입 및 소유·경영 규제 현황은 다음과 같이 완화되었다. 친인척이 소유할 수 있는 주식지분의 한도가 2009년 7월 22일 이전 방송법의 30%에서 지금은 40%로 늘어났다. 특히 재벌 대기업과 일간신문과 뉴스통신은 종합편성 또는 보도전문편성 방송사업자의 주식지분을 30%까지 소유할 수 있게 되어 경영할 수 있어졌다. 또한, 종합유선방송사업자 및 위성방송사업자의 주식지분율이 33%에서 49%까지 늘어났다.

지상파방송사업자, 종합유선방송사업자 및 위성방송사업자 간의 상호 경영이 허용되었고, 다만 지분율은 시장점유율 또는 사업자 수를 고려하여 대통령령으로 정하도록 하였다. 종합유선방송사업자와 방송채널사용사업자는 복수소유를 허용하되 시장점유율 또는 사업자 수 등을 고려하여 대통령령이 정하는 범위(매출액 기준 3분의 1, 방송권역 기준 5분의 1)를 초과할 수 없다는 규제도 2011년 8월 30일 방통위의 방송사업자 간 소유·경영 규제 완화 개선방안의 하나로 곧 폐지되거나 완화될 계획이다.<sup>145</sup>

## 2) 신·방겸영 허용의 문제점

지난 2009년 7월 22일 방송법 개정 이전에도, 우리나라는 신문의 방송산업 진입을 전적으로 막고 있지는 않았다. 다만 보도기능을 수행하는 종합편성채널과 보도전문채널의 진입만을 막아왔던 것이다. 신·방겸영은 기본적으로 신문과 방송이 동일한 소유주의 아래에 놓이게 되므로 논조의 방향이 유사할 수밖에 없는 구조를 갖게 되기 때문에,<sup>146</sup> 여론 다양성이 약화할 수밖에 없다. 그런 이유로 태생적으로 신문에서 방송이 만들어졌던 일본을 제외하고, 유럽과 미국은 신·방겸영에 관한 엄격한 규제장치가 있다.

우리나라의 경우, 종합편성채널을 소유한 조·중·동 3개 신문의 발행 부수는 전국단위 종합일간지

전체의 72.0%를 차지한다.<sup>147</sup> 신문시장을 과점해온 보수신문이 보도기능을 갖는 종합편성채널까지 소유하면 더욱 여론의 다양성이 위축될 수 있다는 지적이 나오는 이유이다. 신·방겸영 규제를 완화한 미국은 여론 독과점과 함께 소수미디어로의 경제력 집중이 가속화되었다는 평가가 많고, 우리나라와 같이 지역에 대한 중앙의 우위가 공고한 나라<sup>148</sup>에서 중앙의 거대신문이 전국을 단일한 방송권역으로 하는 방송까지 소유하는 것은 매우 부적절하다는 비판이 설득력 있다.

## 나. 자원과 언론 다양성 약화 문제

### 1) 중앙 지상파방송사

KBS, MBC, SBS, EBS 등 중앙 지상파방송사는 기본적으로 방송광고 판매와 자체 사업수익을 통해 운영되고 있다. 여기에 KBS와 EBS는 수신료 수익이 더해진다. 다만 수신료가 2010년 기준으로 KBS에는 5,146억 원(90.5%)이 배정됐지만, EBS에는 고작 159억 원(2.8%)밖에 할당되지 않았다.<sup>149</sup> KBS는 운영재원이 수신료 39.9%, 광고 46.2%, 기타 13.9%(2004년~2008년 평균)로 구성되어 있다. EBS의 공적재원은 특별교부금 15%, 방송발전기금 7.6%, 수신료 6.2% 등(2011년 10월 기준)이다. 이 때 수능 방송과 영어교육방송 등 특정분야에 대한 지원금이라 할 특별교부금을 제외하면 EBS 전체 예산 중 공적재원의 비율은 매우 낮다.

이러한 수신료 실태는 유럽 공영방송 운영재원의 수신료 비중이 64.2%(프랑스 FT)~86.0%(독일 ZDF)인 수준에 비하면 턱없이 낮다. 외국 공영방송은 수신료가 재원의 대부분을 차지하고 있으며 광고의 비중이 감소하는 추세이다.

우리나라 수신료 구조의 문제점은 다음과 같다.

첫째, 수신료 결정과 배분을 KBS가 독점하고 있다.<sup>150</sup> 지금까지 KBS의 독점 문제는 수신료 대다수

145 방송통신위원회, "방송사업자 간 소유·경영 규제 개선방안 공청회" 자료(2011.8.30).

146 극우 성향의 루퍼트 머독의 News corp(Fox News를 소유하고 있는 미디어기업)가 월스트리트저널을 인수한 후 책임 편집장을 물갈이 하였고, 1997년 Fox Broadcasting Company의 기자 2명이 자사의 메이저 광고주를 비판하는 기사(BGH라는 호르몬이 건강에 미치는 영향)를 작성했다는 이유만으로 해고하였다.

147 한국ABC협회, '2010년도 발행·발송·유료부수 발표자료'(2011.11.29.)에 따르면, 전국단위 종합일간지 20개지 총 발행부수 6,067,534부 중 조선, 중앙, 동아 등 3개지가 4,369,108부를 발행했다. 한편, (해당신문사의 자료에 의존하고 홍보지, 영업지 등 문제로 수치가 부정확하다는 지적이 있지만) 동일한 20개지 유료부수 총 4,475,280부 중 조선, 중앙, 동아 등 3개지가 3,242,261부로 72.5%를 차지했다.

148 2011 광고산업통계집(문화체육관광부, 한국방송광고공사)에 따르면, 서울은 광고업 사업체수가 2,541개소로 전국의 50.7%를 차지하고 있으나 취급액은 9,749,302백만 원으로 전국의 94.6%를 점유하고 있다.

149 수신료 수혜자인 KBS가 스스로 산정해서 배분하고 있는 현 수신료 산정방식이 '워런적'이며 합리적으로 수신료를 배분하기 위한 위원회 마련이 필요하다는 학계의 주장이 있다.

150 방송법 제65조(수신료의 결정) 수신료의 금액은 이사회가 심의·의결한 후 방송통신위원회를 거쳐 국회의 승인을 얻어 확정되고, 공사가 이를 부과·징수한다.

를 KBS가 사용하는 점 때문에 크게 문제가 제기되지 않았으나 앞으로 MBC와 지역MBC를 수신료 배분 대상으로 포함할 경우 제3의 기구에 의한 결정과 배분 요구가 강력하게 제기될 수 있다.

둘째, 수신료가 지나치게 서울에 편중되고 있다. 국민의 약 25%가 사는 서울지역이 전체 광고비의 94.9%를 차지<sup>151</sup>하는 기형적인 광고시장 구조하에서, 시장논리로만 방송의 지역성<sup>152</sup>을 구현할 수 없는 것이 현실이다. 서울 본사에서 배정받는 각 지역 KBS의 예산규모 또한 해당 지역에서 징수하는 수신료 액수에도 못 미치는 수준에 그치고 있다. 지역에 지금보다 과감한 수신료 재원을 배분함으로써 지역방송을 활성화해야 한다.

셋째, 수신료 결정 및 배분과정에 대한 국민의 통제 장치가 없다. 수신료 결정은 그나마 국회의 승인을 얻게 되어 있어 간접적 통제가 작동하지만, 그 배분은 전적으로 KBS 측에 맡겨져 있다. 어떤 형태로든 국민의 감시와 통제를 위한 장치가 도입될 필요가 있다.

마지막으로 TV 보유 가구별로 균등하게 징수되는 수신료 재원은 국민의 절대다수를 차지하는 서민, 노동자, 농민, 여성, 외국인 등 사회적 약자가 다액의 금원을 부담하지만, 사회적 약자를 존중하는 프로그램의 제작은 극히 미미한 실정이다.

## 2) 지역 지상파방송

우리나라에서 지역방송은 방송법 시행령 제25조의2에 따라 그 범위가 '특별시 일부와 특별시 외의 지역' 또는 '특별시 외의 지역'을 방송구역으로 하는 지상파방송으로 규정되어 있다.<sup>153</sup> 지역방송의 성격을 규정하는 중요한 변수는 지상파방송이라는 것이다. 방송통신융합 시대에 지상파방송은 플랫폼으로서의 경쟁력이 약해지기는 했으나, 오히려 그럴수록 소수자의 권익이나 사회적 약자의 이해를 반영하고 시청자가 공동체의 구성원으로서 공유해야 할 가치관의 기반을 유지하기 위한 보편적 서비스로서 자리매김해야 한다는 공감대를 형성했다.

하지만 현행 지역 지상파방송은 수도권 중앙 지상파방송에 지나치게 의존적이고 사실상 중앙방송

사의 '프로그램 중계소' 역할로 전락했다. 이는 지역주민의 여론을 정책의사결정과정에 제대로 반영해 내지 못하고 수도권 주민의 이익에 충실한 여론을 지역민에게 강요하고 정책결정구조에서 관찰시킬 수 있는 문제점을 안고 있다.

국가기간방송인 KBS는 서울에 있는 본사(Key Station)가 지역국의 예산·재정·경영·인사·제작 등 제반 운영을 관리하는 중앙집권적 직할국 체제로 이루어져 있다. KBS의 네트워크 기능은 서울 본사의 필요와 판단에 따라 가동되고 있다. 이로 인해 지역방송국의 역량이 발휘되지 않을 뿐만 아니라 지역방송국 간의 관계도 폐쇄적이다.<sup>154</sup>

공적 소유구조지만 상법상 주식회사이며 방송광고를 주요재원으로 하는 MBC는 형식상 인사·경영·편성이 본사로부터 독립된 계열사 체제다. 하지만 MBC도 서울 본사와 지역 계열사 간에 합리적 거버넌스를 이루지 못하고 있다.<sup>155</sup> 지역MBC는 대주주인 서울MBC에서 새로운 출자나 출연을 받은 적이 없다. 그러면서도 사장 선임, 계열사 평가, 네트워크 계약 등에서 서울MBC에 의한 완벽한 지배와 통제를 받고 있다. 지역MBC 사장 선임이 서울MBC의 인사 적체를 해소하는 방편으로 활용되는 관행이 대표적이다. 특히 최근 서울MBC 경영진이 지역 구성원들의 의견을 무시하고 사실상의 '강제통폐합'을 강행한 것은 지역 계열사와의 거버넌스를 포기한 것이라 할 수 있다. 지역MBC의 독립성 확보는 MBC 공적 지위 확립의 연장선에 있다.

한편, 지역민방은 소유 구조상으로 독립적이지만 편성 구조상 대체로 수도권의 SBS에 의존적이다.<sup>156</sup> 이러한 여건에서 지역민방이 본래의 역할에 충실하리라 기대하기에는 한계가 있다. 또한, 지역민방이 민영방송임을 고려할 때 그 속성상 이윤 추구를 최대의 경영 목표로 삼으면서 보편적 서비스 책무로부터 이탈할 개연성마저 배제하기 어렵다.

151 2011 광고산업통계 보고서(문화체육관광부, 한국방송광고공사 발행)에 따르면, 지역별 사업체수는 서울이 2,541개에 50.7%, 경기도가 500개에 10.0% 등으로 나타났고, 지역별 취급액은 서울이 9조 7,493억 원으로 94.6%, 경기도가 2,269억 원으로 2.2% 등을 점유하고 있고, 지역별 평균취급액은 서울이 1개사 당 38.4억 원, 경기도가 4.5억 원 등이었다.

152 방송법 제6조(방송의 공정성과 공익성) ⑥방송은 지역사회의 균형 있는 발전과 민족문화의 창달에 이바지하여야 한다.

153 이에 의거할 경우, 우리나라의 지역방송은 2010년 TV 기준으로 KBS 29개(1TV 18개, 2TV 11개), MBC 19개, 민영방송 10개 등 총 58개 사가 있다. '특별시 일부와 특별시 외의 지역'을 방송구역으로 하는 지역방송은 서울특별시 일부(강서, 양천)를 방송권역에 포함한 경인 FMOI 유일하다.

154 KBS와 달리 영국의 BBC는 본사 → 민족권역 → 지역방송국 → 취재사무소의 계층적 구조로 조직화되어 있다. TV의 경우 스코틀랜드, 웨일즈, 북아일랜드에 1개씩의 민족권역 방송국과 잉글랜드 권역에 지역방송국 12개, 하위 방송국 3개 등 총 18개가 있다. 이들은 영국민의 생활습관을 반영한 로컬방송으로 공영방송의 역할을 충실히 수행한다는 평가를 받는다. 프랑스의 France 3도 본사 → 광역 총국(4개) → 지역채널(24개 방송국) → 지취사무소(1017개)의 계층적 구조로 이루어져 있다. 광역 총국은 제작 기능 없이 권역 내 지역채널들의 재정·인력·사업 등을 관리하며 편성을 조율하는 역할을 한다(한국방송 기획예산국 지역정책부, 2011).

155 김재영, 발제문, 2011 미디어커뮤니케이션네트워크 1차 토론회(지역방송 제자리찾기, 2011.11.4.).

156 지역민방을 설립할 당시, 새로운 지역방송은 중앙국에 종속되지 않는 독립방송국 체제가 바람직하다는 제언이 담겨 있었다. 그것이 중앙집권하에서 지역분산화로, 독점에서 분산으로, 편재하에서 균등화로, 획일성에서 다양성으로의 사회변화를 추구하는 데 적합하다는 판단에서였다. 그러나 당초 취지와 달리 지역민방은 경인지역의 OBS를 제외하고 모두 특정 방송사와의 독점적 프로그램 공급 계약을 통한 가맹사 네트워크 형태로 이루어져 있다. KBS나 MBC와 사실상 차이가 없는 네트워크 구조인 것이다.

### 3) 신문(중소신문, 지역신문)

현재 한국의 신문 산업은 미국에 못지않게 심각한 위기에 직면해 있다.<sup>157</sup> 신문 가구 구독률, 열독 시간, 신뢰도, 광고매출액 등 주요 지표가 더 떨어질 데가 없을 정도이다. 여기에 종합편성채널이 등장하고 보도채널이 증가하면서 신문광고는 더 타격을 받을 것이 자명하다.

문제는 미국의 경험에서 보듯 보통시민의 삶의 문제와 직결된 다양한 여론의 형성까지 역할을 담당해온 중소기업의 공백이 TV, 라디오, 인터넷 등 다른 매체들에 의해 쉽게 메워지지 않을 것이라는 점이다.<sup>158</sup> 주민과 오랜 시간 함께했던 신문들이 폐간된 경험이 있는 미국의 도시들은 공통으로 지역공동체의 여론형성에 심각한 장애를 겪고 있다.

지난 2004년 3월 제정된 '지역신문발전지원 특별법'(지역신문법)과 2005년 1월 '정기간행물 등록 등에 관한 법률'(정간법)을 대체하여 마련된 '신문 등의 자유와 기능 보장에 관한 법률'(신문법)에 따라 도입된 신문지원 정책은 별도의 전담기구, 구체적인 지원사업, 기금 조성, 일정한 기준 등을 갖췄다는데서 이전과 큰 차이를 보인다.

신문법 등을 도입하면서 자유방임에서 직·간접지원을 병행하는 독립기금모델로 정책변화를 꾀했다고 볼 수 있다. 이에 대해 지원대상에서 제외된 조선일보와 동아일보와 단체 등이 '국가의 신문지원은 불순한 정치적 의도를 가진 언론개입'이라며 헌법소원과 위헌법률심판을 제기하며 강력하게 반발했다. 헌법재판소는 신문시장의 시장지배적 사업자 조항에 대해서는 위헌이라는 판단을 내렸지만, 방송과 신문의 교차소유 금지, 신문발전위원회 및 신문발전기금 설치 등에 대해서는 합헌이라고 결정했다.<sup>159</sup> 헌법재판소의 이 같은 결정은 "여론 다양성을 확보하기 위한 국가의 노력과 개입은 언론 자유와 배치되지 않는다"는 것으로 모아진다. 아울러 기금지원을 매개로 편집권을 침해당하는 등의 사례가 아직 보고되지 않았다. 이처럼 '국가의 신문지원' 문제는 이제 더 이상 논란거리가 되지 않는 게 최근의 분위기다.

157 2011 미디어커뮤니케이션네트워크 14차 토론회("신문산업의 위기 극복과 공적 지원방안", 2011.11.24.) 참조.  
 158 "신문이 사상의 자유 시장, 언론다양성을 실현시키는 주축 미디어로 제대로 기능하지 못하면 알권리와 민주적 여론형성이 위축될 것이다. 다른 미디어가 다양한 정보를 제공하여 일정한 영향력을 행사하고 있지만 민주주의 사회에서 언론의 가장 주요한 역할인 정치적 의 사형성에는 여전히 신문이 가장 중요한 여론형성 매체의 역할을 하고 있는 점도 고려해야 한다. 또한 사회, 문화, 학술 등 주요 정보 콘 텐츠들이 종이신문에 의해 생산되고 방송과 인터넷 등에 의해 확산되고 있어 신문은 정보 생산 중심지이기도 하다. 인쇄문화(문자문화), 입기문화 진흥에 있어서도 도서, 잡지와 함께 종이신문은 핵심적인 매체이다." 이용성 한서대 교수, 언론노조 주최 <근본적 신문지원정책 토론회>(2011년 5월12일) 발제논문 중.  
 159 2006.6.29. 2005헌마165·314·555·807, 2006헌가3(병합) 결정.

하지만 이명박 정부 출범 후 신문지원정책은 여론 다양성 보장은 물론 신문의 산업적 진흥 측면에서 퇴행과 후퇴를 거듭해 왔다. 신문에 대한 각종 지원기구와 사업은 축소 또는 폐지의 운명을 맞이했고, 독립성과 투명성이 보장돼야 할 신문지원시스템도 외부의 정치적 입김이 강화되는 구조로 변질했다. 독립적인 신문지원 정책을 수행해온 신문발전위원회와 신문유통원이 한국언론재단과 통폐합되면서 독임제의 한국언론진흥재단이 신문지원정책을 사실상 쥐락펴락하게 된 것이다. 언론진흥재단은 문화체육관광부 산하 특수공익법인으로 정부 입김이 강하게 작용할 수밖에 없어<sup>160</sup> 언론진흥이 아니라 언론통제기구가 될 것이라는 우려가 제기됐다. 이 같은 우려는 친MB 인사들로 언론진흥재단의 고위직이 채워지면서 현실로 드러났다.<sup>161</sup> 2009년 2월 신문발전기금을 통합한 언론진흥기금은 지역신문발전기금까지도 포함했음에도 담보 상태를 못 면하고 있다.

〈표〉 연도별 신문발전기금(지출액기준)

구분	2008년	2009년	2010년
신문발전기금	26,015	21,418	32,809

(단위 : 백만원)

※ 신문발전기금에는 지역신문 발전기금 포함

## 다. 편집·제작권의 독립 문제

### 1) 방송

방송이 정치권력으로부터 자유로울 수 없음을 극명하게 보여주고 있는 이명박 정부의 4년이였다.<sup>162</sup> 이명박 정권은 집권과 함께 곧바로 YTN 사장을 선거 당시 언론특보였던 구본홍으로 교체했다. 또

160 언론진흥재단은 사실상 문화관광부가 인사, 예산, 정책사업 등을 모두 통제할 수 있다. 문광부 장관은 언론진흥재단 이사장은 물론 상임이사에 대한 임면권을 가지고 있다. 예산 편성의 방향과 규모 역시 문광부 장관의 승인을 받게 됐다. 언론진흥기금 관리 운영의 전권도 언론진흥재단 이사회(이사장)가 결정한다. 언론진흥기금관리위원회 위원장은 문광부장관이 임명하는 언론진흥재단 이사장이 겸임하고 위원은 문광부장관의 승인을 받아 위원장이 위촉하도록 돼 있다. 신문관계기금을 지원하고 있는 나라 가운데 이렇게 자의적이고 중립성이나 공정성이 보장되지 않는 기관을 통해 지원하는 경우는 찾아보기 어렵다.  
 161 이명박정부 출범 후 2008년~2011년 7월까지 17개 정부부처의 10대 전국종합일간지 정부광고 중 60%가 조선, 동아, 중앙, 문화 등 친정부 매체에 집중됐다. 특히 여성부의 경우 이들 4개신문의 광고점유율은 87.1%에 달한 반면 경향신문과 한겨레의 점유율은 각각 0.7%에 불과했다. 정부광고는 총리훈령을 근거로 언론진흥재단이 집행하고 있다.  
 162 박영선, 앞의 글.

공영방송 KBS도 언론특보 출신 낙하산 사장을 앉히기 위해 이사회를 불법적인 방법으로 장악했고, 임기가 남은 KBS 정연주 사장을 축출하기 위해 감사원과 검찰, 국세청, 경찰 등 공권력을 동원해 KBS에 압박을 가했다. 방송의 독립성을 지키기 위해 싸운 언론인들에 대해서는 파면과 해고 감봉 등 대규모 중징계를 통해 내부 종사자들을 위협했다. 또 MBC는 PD수첩을 촛불 시위의 배후로 지목하면서 제작진들에 대한 검찰의 체포와 구금, 압수수색 등 프로그램에 대한 정권차원의 검박이 이어졌다. KBS에는 청부사장 이병순과 대통령 언론특보 출신 낙하산 김인규 사장이 들어서면서 정치권력에 대해 비판적이었던 프로그램은 폐지되거나 프로그램의 명칭을 바꿨다. 특히 수준 높은 탐사프로그램이었던 'KBS 스페셜 씬'이 폐지됐고, 데일리 시사프로그램으로 인기를 얻던 '시사 투나잇'도 폐지됐다.

추적 60분과 PD수첩은 KBS와 MBC의 성역 없는 취재를 통해 PD저널리즘을 상징하는 대표적인 시사프로그램으로 자리 잡았지만 지난 3년 내내 수많은 내외부의 탄압을 받아야 했다. 추적 60분은 '고 노무현 대통령 조롱 조현오 막말 동영상 불방, 4대강 편, 천안함 편이 불방되었고, PD수첩은 4대강 편과 대통령 무류기도 편, 남북경협 편이 불방되었다. 추적 60분은 조직개편을 통해 게이트키퍼를 강화한다는 명분 아래 제작본부에서 보도본부 산하 시사제작국으로 이전되면서 조직적인 검열체계가 구축됐다. PD수첩은 기존의 제작본부에서 시사교양국만 떼어내 편성본부로 이동시켜 사장과 경영진에 대한 통제가 강화됐다. 게다가 2011년 초에는 PD수첩의 앵커시스템을 폐지하고 간판 PD였던 최승호를 비롯해 11명 중 6명을 타 부서로 전출했다.

일방적인 4대강 홍보와 G20 홍보는 5공 시절 관제 홍보방송이라고 지칭하기 충분할 만큼 쏟아냈고, 6.27 지방선거와 보궐선거, 서울시장 보궐선거 기간 동안 핵심 쟁점이자 이슈였던 무상급식과 4대강, 대통령 내곡동 사저 파문 등은 제대로 방송되거나 보도되지 않았다.

낙하산 사장 저지투쟁과 미디어법 투쟁 등 방송의 독립성과 공정성 확보를 위해 싸워온 YTN 노종면, 우장균, 현덕수, 조승호, 권석재, 정유신 KBS 양승동, 김현석, 성재호, MBC 이근형, 오행운, 정대균 언론인들을 해고시켰다. KBS와 MBC에서는 비판적 구성원들과 제작자율성 훼손에 반발하는 제작진들에 대해서는 보복인사를 통해 지방 발령과 비제작 부서로의 배치, 추상같은 징계로 구성원들을 위협했다. KBS는 이강택, 최용수, 김용진, 김영한, 국은주 등 수십 명의 비판적 제작진들을 지역으로 강제발령을 냈고, MBC도 KBS에 뒤질세라 PD수첩 이우환, 한학수를 제작 외 부서로 속아내기 축출을 시도했다.

KBS 심야토론과 MBC 100분 토론, 라디오 시사토론 프로그램 등에서도 정권 비판적 인사라는 이

유만으로 정관용, 손석희, 신경민 등 진행자를 대대적으로 물갈이했다. KBS와 MBC 두 곳 모두 차례대로 연예 오락 프로그램 출연자와 외부 MC들까지도 정권에 비판적이거나 소셜테이너라 일컬어지는 사회적 영향력 있는 인사들을 대거 축출해 블랙리스트 공방이 사회적 이슈로 대두하기도 했다.

이처럼 이명박 정부 내내 프로그램에 대한 간섭과 침해, 관제 성격의 프로그램 제작 지시와 편성, 비판적 프로그램 불방, 시사보도 프로그램 폐지, 사회적 발언 MC 방송 하차 등 방송제작 실무자들은 각종 통제와 압력에 자유로울 수 없었다. 집권 후기에 들어가면서 정치권력의 직접적, 강제적 통제가 아니더라도 정권에서 지명한 낙하산 사장과 경영진들은 정부 정책에 대한 감시와 비판적인 프로그램에 대해 시청률, 적절성 등의 이유로 아이템 기획에서부터 감시와 통제적 검열이 일상화돼 제작진들의 숨통을 쥐어짜고 있다. 또 방송제작 과정에서 정권 비판적 프로그램 제작을 시도하거나 할 개연성이 높은 제작 실무자들은 어느 때라도 축출성 인사발령을 통해 제작을 중지시키고 있고, 각 방송사의 간판 시사프로그램은 회사 간부들의 데스킹을 강화하기 위해 조직을 개편하고 있는 것이다.

제작진들의 양심에 따라 제작되고 편성되는 자율적 방송조직문화를 만들기 위해서는 정치권력으로부터의 독립에 따른 사장 선임과 지배구조 개선, 공영방송의 안정적인 재원구조 마련 등이 중요한 사안이다. 또한, 내외부로부터의 압력에 휘둘리지 않도록 제작 실무자에 대한 내적 자유와 제작 자율성을 철저히 보장해야 한다. 제작 자율성은 무엇보다 정치권력으로부터의 독립과 자본으로부터의 제도적인 독립이 우선되어야 확보될 수 있다고 판단되지만, 제작자들이 자유롭게 취재·보도하고 제작할 수 있는 내부적 장치 또한 마련되어야 한다. 제작 자율성 보장을 위한 장치들이 민주적으로 개선되지 않는다면 지난 4년의 '왜곡, 편파, 불공정, 아이템 누락, 의제설정 포기 등'과 이에 따른 시청자들의 피해는 정권의 부침에 따라 계속 반복될 수밖에 없기 때문이다.

무엇보다도 내부적으로 제작 종사자들의 제작 자율성을 보호할 수 있는 가장 중요한 기구는 노동조합이다. 제작자들이 간부로부터의 부당한 지시와 압력, 인사배치에 저항할 수 있는 보호장치로서의 노동조합이 매우 중요한 의미가 있다.

## 2) 신문

방송법(제4조)과 신문진흥법(제4조)은 방송편성의 자유와 독립, 또한 편집의 자유와 독립을 보장하고 있다. 하지만 실질적인 자유와 독립을 보장하기 위한 최소한의 공간인 '방송사의 공정방송위원회'는 단체협약에 따라 설치되어 있지만, '신문사의 공정보도위원회'는 몇몇 독립신문을 제외하면 거의

없다고 볼 수 있다. 또한, 신문사는 사주(社主)에 의한 사기업이라는 태생적 한계 때문에 몇몇 소수 신문<sup>163</sup>을 제외하면, 편집의 자유가 제대로 보장되고 있지 않다.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 공영방송 재편

공영방송 내에는 이사회와 시청자위원회가 공영방송에 대한 감시와 지원을 위한 양대 축으로 자리 잡아야 한다. 이사회는 공영방송의 경영 안정성과 정치적 독립성을 보장하는 기관으로, 시청자위원회는 시청자 주권성을 매개로 방송영역에서 시청자의 참여 폭을 넓히고 사회적 약자 등 시청자의 권익을 실질적으로 증진하는 기구로 기능하여야 한다.

#### 가. 공영방송 이사와 사장 선임 제도의 개선

정치적 영향력과 '낙하산' 논란을 근절하기 위하여 공영방송 이사와 사장 선임 과정에 대한 민주적 통제를 강화한다. 현행 방송법에서는 공영방송 이사회의 구성과 이사 선임에 있어서 절대적인 권한을 가지고 있는 기구가 방통위이다. 그러나 앞으로는 공영방송의 경영 전반을 책임지고 언론의 독립을 지키는 보루로써 이사 선임의 중요성을 고려하여 이사추천위원회를 도입하고 국회동의절차를 거치도록 할 필요가 있다. 공영방송 이사의 자격조건에 관한 조항도 명확히 하여 지역 대표성을 지닌 인물을 포함하도록 하고 일부 임원을 상임화해야 한다. 또한, 다수의 여당 추천 인사들의 독단을 막기 위하여 표결방식을 개선해야 한다. 한편 공영방송 사장에 대해서도 정치적 영향력과 '낙하산' 논란을 근절하기 위하여 사장추천위원회를 도입하고 국회 청문회와 동의제를 도입할 필요가 있다.

163 1988년 한겨레신문사가 창간되면서 사장과 편집국장을 직원들의 선출로 뽑았다. 경향신문도 2000년부터 직선제를 실시했고, 인천일보는 2004년 도입됐다. 한겨레신문사와 경향신문사, 서울신문사는 당초 편집국장 직선제를 실시하다가 현재 임명동의제로 바뀌었다. 한겨레신문사는 2005년부터, 경향신문사는 2003년부터, 서울신문사는 2011년부터 임명동의제로 바뀌었다. 임명동의제를 시행하고 있는 언론사는 추가로 동아일보, 서울신문, 한국일보, 연합뉴스, 스포츠서울 등이 임명동의제를 실시하고 있다. 여기에 경남신문과 부산일보는 편집국장 3배수 추천제를 시행하고 있다.

#### 나. 방송주권의 확립을 위한 국민의 통제 강화

시청자위원을 국회 등 해당 방송사와 독립된 기구에서 임명하고 그 구성과정을 투명하게 공개한다. 또한, 시청자위원장의 상임화 및 사무국 신설 등을 통해 시청자위원회의 구성과 운영의 독립성 확보가 선행되어야 한다.

### 2. 언론 다양성의 질적 보장을 위한 제도적 장치

#### 가. 신·방겸영 금지로의 환원

신문과 방송의 겸영 및 교차소유는 여론 독과점과 함께 여론 왜곡을 통한 민주주의 발전에도 악영향을 주는 방송법과 신문법 개정을 통해 다시 금지되어야 하며, 관련 법 개정 이후 조·중·동 종편사업자들도 최소한의 유예기간을 거쳐 신문과 방송 중 하나를 선택해야 한다.

#### 나. 공적 재원을 활용한 편집·제작권의 독립 제도화 및 자율성 확대

현업 기자·PD의 프로그램 제작 자율성 뿐 아니라, '편성권·편집권에 대한 참여'와 '인사권에 대한 견제'도 함께 보장한다. 여기서 중요한 점은 경영진·간부의 편집권·인사권과 현업 기자·PD 간의 '역학관계의 균형성'을 맞추는 것이다. 이를 위하여 방송법상 편성규약과 편성위원회를 실질화하는 한편, 방송·신문의 편집위원회에 노동조합 대표자의 의견 진술권 또는 거부권 보장, 공정방송(보도)위원회의 의무화와 내용 공개, 보도·편집국장에 대한 임명동의제·중간평가제·추천제 및 소유주·경영주에 대한 상향평가제도의 도입 등을 관련 법률 및 기금지급 요건으로 제도화할 필요가 있다.

#### 다. 사회적 약자에 대한 보도 의무화 및 실질적 반론권 보장

방송법 제6조에서 서민, 노동자, 농민, 장애인, 지역주민, 여성, 외국인 등 사회적 약자의 목소리를 대변하도록 노력할 것을 규정하고 있다. 따라서 이런 프로그램의 제작건수와 편성비율도 실질적으로 늘리기 위하여 구체적인 소수자 관련 할당제 등 관련 규정을 만든다. 신문에서도 역시 언론기금의 지급조건으로써 이러한 사회적 소수자에 대한 배려를 의무화해야 한다.

### 3. 언론의 다양성 보장을 위한 재정적 기반 확보

#### 가. 공영방송에 대한 국민의 주권성을 강화하는 수신료 체계의 정비

수신료는 안정적 재원을 공급함으로써 공영방송의 공영성과 공정성을 실질적으로 보장하고 국민에 의한 통제를 정당화하는 가장 중심적인 수단이다. 따라서, (가칭)수신료위원회' 등 독립적 기구를 신설하여 금액 결정, 징수업무, 관리업무 및 배분업무 등 수신료 관련 업무를 전담하고 공정하게 관리·집행하도록 해야 한다.<sup>164</sup> 또한, 수신료 인상 논의에는 공영방송 'KBS', 'EBS'뿐만 아니라 'MBC(지역MBC 포함)'에 대한 배분 논의가 포함되어야 한다. 다만, 국민에 의한 통제가 프로그램 내용에 대한 보도의 자율성을 침해해서는 안 되며 경영상의 문제와 조직적 폐쇄성으로부터 비롯된 구성원의 독단을 견제할 수 있는 힘의 균형성 차원에서 검토되어야 한다.

한편, 그동안 중앙집권적 경향 아래 외면받아온 지역성 구현을 위해 지역에 지금보다 과감한 수신료 재원을 배분함으로써 지역방송을 활성화해야 한다. 따라서 인구수에 따라 징수되는 수신료를 지역방송의 프로그램 제작능력과 인력수준을 감안하여 단계적으로 인구수와 일치되도록 지역에 예산을 배분하거나 지역별 징수토록 함으로써 지역방송 활성화를 위한 공적 재원으로 사용해야 한다.<sup>165</sup>

#### 나. 미디어랩 법 정비

2008년 11월 27일 헌법재판소가 한국방송광고공사의 광고 독점판매 부분에 대한 헌법불합치 판결을 내렸다. 1980년에 '방송의 공공성 확보'와 '전파수익의 사회 환원'이라는 목적에 따라 한국방송광고공사가 설립되어 지상파방송의 모든 방송광고를 의무적으로 위탁하도록 한 결과였다.

한국방송광고공사와 같은 미디어랩(Media Rep, 방송광고판매대행사)은 방송사의 광고 시간대를 위탁받아 기업에 방송광고를 판매하고 방송사로부터는 그 판매수수료를 받는 대행사이다. 한국방송광고공사는 지난 30년간 방송광고 독점판매체제를 유지하면서 많은 비판에도 불구하고 방송사의 보도·제작과 광고영업의 분리를 통해 자본으로부터 방송의 공공성을 보장하고 중소방송에 대한 안정적인

164 이와 유사한 사례는 독일에서 독립적으로 운영되는 '방송재정수요조사심의위원회(KEF)'와 '수신료징수센터(GEZ: Gebuehreneinzugszentrale)'를 들 수 있다.

165 현행 방송법에서도 수신료의 징수업무를 각 지역에 위임할 수 있는 근거를 두고 있다. 방송법 제67조(수상기 등록 및 징수의 위탁) ① 공사는 제66조의 규정에 의한 수신료의 징수업무를 시·도지사에게 위탁할 수 있다.

재정 지원을 통해 방송의 지역성과 여론의 다양성을 지켜왔다는 평가를 받고 있다.

2012년 2월 오랜 진통 끝에 미디어랩 법안이 국회를 통과하였다. 이 법은 ▲중편의 미디어랩 적용을 승인일로부터 3년간 유예(2014년 3월~5월까지) ▲특정 방송사의 미디어랩 지분 중 40%까지 허용 ▲공영 미디어랩에 MBC 포함 ▲이종매체 간 크로스미디어 판매(신문·방송의 교차판매) 불허 ▲지주회사의 미디어랩 출자금지 ▲중소방송에 대해 과거 5년 평균 연계판매율 이상 지원 ▲전파료 배분절차의 대통령령 규정으로 지역방송 보호 강화 등을 내용으로 하고 있다. 그러나 종합편성채널에 직접영업을 허용하는 특혜가 부여했다는 점에서 이 법은 조속한 재정비가 필요하다.

#### 다. 언론균형발전을 위한 통합기금의 신설

중소신문, 대안미디어 등 보도기능을 가진 언론사 중 광고취약매체에 대한 공적 지원체계를 갖추기 위해 방송광고, 인터넷포탈광고 등에 부담금을 부과함으로써 언론균형발전기금(가칭, 이하 언론기금)을 조성해야 한다.<sup>166</sup> 언론기금의 목적은 정치권력과 자본으로부터 위협받고 홀대받고 있는 중소신문, 지역신문, 대안미디어의 보도기능을 보호함으로써 언론의 다양성 확보와 이를 통해 민주주의를 실질적으로 보장하는 데 있다. 또한, 언론기금 지원을 통하여 공정보도위원회 설치, 편집국장 임명동의제, 사장 중간평가제와 같은 보도·편집의 독립성과 자율성을 보장할 수 있는 제도적 장치를 마련함으로써 중소신문과 대안미디어의 언론 자유를 제도화해 보호하는 데 그 의의가 있다.

166 언론기금 도입의 근거로는, ▲지상파방송사업자는 한정된 자원인 주파수와 채널을 독점적으로 사용한 대가로 수익을 올리고 있지만 전파 임대료는 거의 면제되고 있는 상황, ▲중편 출범, 가상광고 및 중간광고 허용, 광고시간 총량제 완화 등으로 신문의 광고재원이 갈수록 방송으로 이전될 것으로 예상되는 만큼 방송광고 중 일부를 매체 간 균형발전을 위한 공적 자금으로 활용해야 할 사회적 필요성, ▲인터넷 포탈의 경우 신문기사를 저작권료 지불없이 거의 무상으로 이용하고 고객 유인의 수단으로 신문기사를 사용하고 있는 점, ▲단기적으로 방송통신발전기금의 징수율을 언론기금 징수율과 연동하여 조정함으로써 부담을 경감시킬 수 있고, ▲신문은 방송을 비롯한 다른 매체들을 위한 1차 정보원으로서 여론 다양성 및 콘텐츠 진흥을 위한 상호 보완적인 역할을 담당하고 있다는 점도 그 근거로 인정할 수 있다. 물론 언론기금이 통합기금이라는 점에서 중장기적 차원에서 방송통신발전기금과의 통합이 검토되어야 한다.

# 퍼블릭 액세스

## I. 문제제기

퍼블릭 액세스(Public Access)는 주류미디어로부터 소외된 사람들이 자신의 의견을 표현하고 소통할 수 있도록 하는 구조와 권리를 말한다. 누군가에 의해 대변되는 것이 아니라 스스로 자기 목소리를 발언하고 이를 공공적 공간에서 소통하는 것이 퍼블릭 액세스의 기본 가치이며, 이를 통해 모든 이의 표현의 자유를 보장하고 실질적 평등을 구현하는 것이 그 목표이다.

한국의 퍼블릭 액세스는 2000년 통합방송법 제정에 따라 '시청자참여프로그램'이란 이름으로 제도화되었으며, 한국방송공사(KBS), 위성방송, 종합유선방송(SO), 지역 지상파방송을 통해 방영되고 있다. KBS의 경우 월 100분 이상 시청자참여프로그램을 편성하도록 의무화하고 있으며(방송법 69조 7항, 시행령 51조 1항), 위성방송과 종합유선방송(SO)의 경우 시청자가 방송을 요청할 경우 특별한 사유가 없는 한 방송하도록(방송법 70조 7항) 규정하고 있다. 현재 KBS <열린 채널>을 비롯한 48개 방송사가 시청자참여프로그램을 운영하고 있으며, 연평균 제작 편수는 3,000편을 웃돈다.

또한, 2005년 시범방송으로 출발해 2009년 정규사업으로 전환된 공동체라디오방송은 매월 전체 방송시간의 100분의 20 이상 시청자참여프로그램을 편성하도록 규정하고(방송법 69조 9항, 시행령 52조의2) 있다. 그러나 공동체라디오방송은 해당 지역 주민의 참여를 근간으로 하기 때문에 방송의

대부분이 청취자참여프로그램으로 운영되고 있으며, 공동체라디오방송 자체를 퍼블릭 액세스 채널이라고 볼 수도 있다. 현재 전국적으로 7개 공동체라디오방송이 운영 중이다.

다양한 계층의 자기 발언을 가능하게 만드는 퍼블릭 액세스를 실현하고 활성화하기 위해서는 누구나 자유롭게 자신의 의사를 표현할 수 있는 권리가 보장되어야 한다. 그러나 현행 시청자참여프로그램과 청취자참여프로그램은 제도적 한계 때문에 그 기본 정신이 훼손되고 있다.

## II. 국제인권기준

퍼블릭 액세스에 대한 명문의 국제규약은 존재하지 않는다. 그러나 여러 국제인권규범들에서 정보에 대한 자유로운 접근에 관하여 언급하고 있다. “정보와 사상을 추구하고 받”을 자유를 선언한 세계인권선언을 비롯하여, “모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수”할 자유를 규정한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약, “과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리”를 선언한 경제적 사회적 문화적 권리에 관한 국제규약 등은 퍼블릭 액세스의 근거규범으로 볼 수 있다.

### 세계인권선언 제19조

모든 사람은 의견과 표현의 자유를 누릴 권리를 가진다. 이 권리는 간섭을 받지 않고 자신의 의견을 가질 자유를 포함하며, 또한 모든 수단을 통하여, 국경을 넘거나 넘지 않거나에 관계없이 정보와 사상을 추구하고 받고 전할 자유를 포함한다.

### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통해 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사

상을 추구하고 접수하여 전달하는 자유를 포함한다.

3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정한다.

- (a) 타인의 권리 또는 신용의 존중
- (b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

### 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제조약 제15조

1. 이 규약의 당사국은 모든 사람의 다음 권리를 인정한다.

- (a) 문화생활에 참여할 권리
- (b) 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리
- (c) 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받은 권리

2. 이 규약의 당사국이 그러한 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취하는 조치에는 과학과 문화의 보존, 발전 및 보급에 필요한 제반조치가 포함된다.

3. 이 규약의 당사국은 과학적 연구와 창조적 활동에 필수불가결한 자유를 존중할 것을 약속한다.

4. 이 규약의 당사국은 국제적 접촉의 장려와 발전 및 과학과 문화 분야에서의 협력으로부터 이익이 초래됨을 인정한다.

그러나 퍼블릭 액세스에 관한 가장 포괄적이고 상세한 내용을 담고 있는 것은 유네스코의 '일반 대중의 문화생활에 대한 참여 및 기여에 관한 권고'이다.<sup>167</sup>

167 United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization(UNESCO), Recommendation on participation by the people at large in cultural life and their contribution to it, 1976.11.26, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114038e.pdf#page=145>>.

### 일반 대중의 문화생활에 대한 참여 및 기여에 관한 권고

4. (입법과 규칙제정) 회원국들에게 다음 사항을 권장한다. 만약 회원국들이 아직 그렇게 하지 않았다면 그들 국가의 헌법절차에 맞게 법령이나 규칙을 제정하거나 현재 시행중인 법조문들을 다음과 같이 수정할 것을 권고한다.

(차) 인간 이성을 강화시킬 수 있는 표현 및 통신의 자유를 보장해야 한다.

(가) 대중매체는 독립이 보장될 수 있어야 한다. 창조적인 예술가 및 대중의 효과적인 참여가 있도록 당연히 주의를 기울여야 한다. 이 매체는 문화의 독창성을 위협하여서는 안 되며, 그들의 질을 손상시켜서도 안 된다. 이 매체는 문화적인 지배를 위한 도구로 사용되어서는 안 되며, 상호 이해와 평화를 도와줄 수 있어야 한다.

14. (기술, 행정, 경제, 재정 조치)(문화행위에 관련된 정책들)(커뮤니케이션) 회원국과 당국자들은

(바) 사람들 대부분이 도달 가능한 범위 내에서 매개체가 확실히 도와줄 수 있는 구술전통을 수집해서 응용할 수 있는 것을 포함하여 과거와 현재를 통틀어 가장 최고의 문화를 가져오게 할 수 있도록 시청각 매개체의 광범위한 사용을 확장시켜야 한다.

(아) 청중들의 폭넓은 다양성을 염두에 두면서, 청중들에게 광범위한 선택범위를 제공해주기 위한 프로그램의 수 및 다양성을 제공해 주기 위해 청중을 위해 고안된 프로그램의 문화적인 질을 강화시키고, 모든 관중들이 쉽게 접근 가능한 회화체와 시각적인 언어를 선택하고, 선전이나 광고보다는 정보나 교육목적에 봉사할 수 있는 우선권을 제공해 주거나, 대량생산 형태로 인한 잠재적인 악영향으로부터 국가문화를 보호하는 데 특별한 관심을 기울일 수 있도록 통신매체를 장려해야 한다.

그밖에 「국가안보와 표현의 자유 및 정보접근에 관한 요하네스버그 원칙(1995.10)」에서는 모든 사람은 '간섭받지 않고 의견을 가질 권리'와 '모든 종류의 정보와 생각을 각자의 선택에 따라 말, 문서, 인쇄물, 예술 형식 또는 어떠한 매체의 형식으로든지 국경을 넘어 추구하고 수용하고 전달할 표현의 자유'를 보유하고 있음을 천명하고(원칙1) 이를 법적 명문화 할 것(원칙 1.)을 권고하였다.



1998년 세계 공동체라디오 방송인들의 연합인 AMARC 총회에서 채택된 「민중 커뮤니케이션 헌장」에서는 보다 명시적인 퍼블릭 액세스의 원칙을 천명한다. “권리를 행사하기 위해 사람들은 전통 및 현대적인 커뮤니케이션 채널을 위한 지구 및 전 지구적 차원의 자원과 시설에 공정하고 평등하게 접근할 권리를 가져야 한다. 사람들은 또한 그들이 일반적으로 사용하고 이해할 수 있는 언어로 견해와 정보, 사상을 얻을 수 있어야 한다. 또한, 다양한 취향과 관심을 충족시키기 위해 만들어진 다양한 문화적 생산물을 얻을 수 있어야 하고, 미디어의 소유 및 정보원에 관한 사실에 쉽게 접근할 수 있어야 한다. 정보 접근에 대한 제한은 공공선과 납득할만한 이유에 의해서만 가능하다. 즉, 민주 사회를 수호하거나 다른 이들의 기본권을 보호하는 데 필요하거나 또는 국제 기본 인권 기준에 의해 규정된 경우가 그러하다”는 것이다(제3장 액세스).

또한, 2005년 6월 CRIS(Communication rights on the information society) 캠페인이 발표한 「정보사회를 위한 커뮤니케이션 권리」<sup>168</sup>에서는 ‘커뮤니케이션 권리’를 명시적으로 주창하였다. 이들은 커뮤니케이션 권리의 목표를 “사회에서 개인과 집단 간의 창조적이며 상호 존중하는 상호작용의 사이클을 만드는 조건을 확보하는 것이며, 현실에서 모든 사람이 동등하게 자신의 생각을 표현하고 알려낼 수 있으며 다른 이로부터 하여금 그러한 생각을 들을 수 있고 고려하며 반응할 수 있도록 할 권리를 사회적으로 승인하도록 하는 것이다”고 표현하였다. 또한, 커뮤니케이션 권리와 표현의 자유와의 관계에 대하여서는 “표현의 자유는 기본적 인권이다. 그러나 커뮤니케이션 권리를 뒷받침하고 있는 관점에 기초하자면, 그러한 자유는 오직 광범위한 인접 권리들을 확보할 때에만 성취될 수 있다. 표현의 자유가 강자의 지배적인 목소리를 보장하는 차원을 넘어서기 위해서는, 권력과 커뮤니케이션수단, 특히 대중매체에 대한 접근이 다양한 수준에서 논의되어야 한다. 커뮤니케이션 권리는 긍정적인 커뮤니케이션 사이클을 위한 조건들이 실질적으로 만들어져야 한다고 요구한다. 이 사이클은 (정보를) 찾고 수용하며 전달하는 과정뿐만 아니라 남의 말을 듣고, 자신의 목소리를 내며, 이해하고, 학습하고, 창조하며, 반응하는 과정을 포함한다. 타인으로 하여금 듣거나 반응하도록 강제할 수는 없지만 커뮤니케이션 권리는 이를 위한 최적의 환경을 만들어낼 것이다. 이렇게 커뮤니케이션 권리는 자신의 고유문화와 언어에 참여할 권리, 과학의 혜택을 누릴 권리, 교육권, 공치 참여권, 프라이버시권, 평화적 집회의 권리, 개인의 명예보호권과 기타 ‘국제권리헌장’에 포함된 모든 권리를 포함한다. 그것은 또한 미디어 소유

및 콘텐츠의 다양성과 모든 이가 미디어에 접근할 권리를 보장하는 조치를 요구한다”고 설명하였다.

또한 「표현의 자유와 평등에 관한 캠펰원칙(2009년)」에서는 퍼블릭액세스와 관련하여 “사회적 약자와 배제된 집단들이 훈련 기회를 포함하여 매체자원에 공평하게 접근할 수 있도록 하여야 한다”고 밝히고 있다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

퍼블릭 액세스 영역의 표현의 자유를 저해하고 있는 주요 요소는 불합리한 심의 제도와 이러한 심의 제도의 고착화로 인한 자기검열, 그리고 채널 접근 자체에 대한 차단으로 볼 수 있다.

먼저 심의의 경우, 방송사의 자의적 심의와 방송통신심의위원회 심의를 중복으로 받아야 하는 구조이며, 주류 방송과 동일한 심의 규정을 적용하여 참여프로그램의 특성과 의미를 퇴색시키고 있다. 무엇보다 이 같은 한계가 장기간 개선되지 않고 고착화되면서 방송참여자들의 자기검열이 심화되고 있다는 점은 심각한 문제라고 할 수 있다.

한편, 퍼블릭 액세스 채널에 대한 접근은 점점 더 어려워지고 있다. 지난 3년 동안 시청자참여프로그램 제작 지원 예산이 절반으로 삭감되었으며, 이 때문에 시청자참여프로그램을 폐지하거나 축소하는 방송사가 늘어나, 방송에 참여할 수 있는 창구 자체가 닫히는 결과를 가져오고 있다. 또 공동체라디오방송의 경우 그간 지속적으로 요구한 출력 증강이나 신규 사업지역 선정 등이 이뤄지지 않아 지역 내 공동체라디오에 대한 접근성이 개선되지 않고 있는 현실이다. 그리고 시사 보도를 원천적으로 차단하면서 지역 사회 이슈에 대한 공론의 장으로서의 역할을 수행할 수 없다는 점도 한계로 지적되고 있다. 늘어난 방송통신위원회 전체 기금 사업비나 공동체라디오방송의 1,000배가 넘는 출력과 취재보도기능을 영어FM에 내어준 점 등을 감안하면, 위와 같은 채널 접근 차단은 그 근거가 매우 불충분하다고 할 수 있다.

168 CRIS캠페인, 「커뮤니케이션권리 핸드북」, ACT!편집위원회 옮김, 미디어트, 2006.12.

## 1. 심의

국내 주요 퍼블릭 액세스 채널인 시청자/청취자참여프로그램과 공동체라디오방송은 주류 방송 심의 구조를 그대로 적용받고 있다. 현행 주류 방송 심의는 방송의 영향력과 파급력을 감안해 타 플랫폼과 비교하면 규제가 매우 심한 편이다. 이 같은 심의 구조를 주류미디어로부터 소외된 사람들의 목소리를 담은 퍼블릭 액세스에 그대로 적용한다면 그 본질은 퇴색될 수밖에 없다. 게다가 이마저도 그 기준이 구체적이지 않아 방송사나 프로그램 담당자에 따라 자의적으로 이뤄지고 있다. 무엇보다 이 같은 심의 구조가 장기간 개선되지 않고 고착화되어 제작자의 자기 검열이 일상화 혹은 심화되고 있는 점은 매우 심각하다.

참고로 2010년 실시한 호남지역 시청자참여프로그램 제작자를 대상으로 한 설문조사에 따르면 제작자의 50%가 “시청자참여프로그램에 대한 방송사 심의는 필요 없다”고 답변했으며, 69.8%가 “시청자참여프로그램 내용에서 표현의 자유에 대한 제제는 원칙적으로 금지해야 한다”고 답변했다. 또한 시청자참여프로그램 심의 기준을 보다 구체화하고 완화해야 한다는 평가가 지배적이었다<sup>169</sup>.

### 가. 중복 심의

현행 방송법 제86조는 방송사 자체적으로 심의 기구를 두고 보도 프로그램을 제외한 모든 방송프로그램을 방송 전에 심의하도록 하고 있다. 그리고 방송법 제32조와 제33조는 심의 규정에 근거해 방송통신심의위원회가 방송 이후 심의 의결하도록 하고 있으며, 방송사가 규정을 위반한 경우 제재를 할 수 있다. 시청자참여프로그램의 경우 자체 운영위원회를 반드시 설치하도록 하고 있으며(KBS의 경우 시청자위원회), 운영위원회에서 방영 요청이 들어온 방송물을 심사하고 방영 여부를 결정한다. 즉, 시청자참여프로그램은 방송 전에 방영 여부를 결정하는 운영위원회와 방송사 자체심의를 거친 후, 방송 이후에는 방송통신심의위원회의 사후심의를 받게 되는 셈이다.

이 같은 중복 심의 구조는 시청자참여프로그램 제작자의 표현의 자유를 저해하는 주요한 원인으로 제도 도입 초기부터 꾸준히 지적됐다. 운영위원회의 경우 그 구성 권한이 방송사에 있어 프로그램에 대한 지향이나 선정 원칙 등이 방송사의 성향에 따라 다를 수 있으며, 일부 방송사는 운영위원회

169 김은규·박민·이진행·최성은·오재환·석보경, “시청자참여프로그램에 대한 현황 및 사례분석을 통한 시청자참여프로그램 활성화 방안 연구 호남지역과 타 지역 비교 분석을 중심으로”, 익산공공영상미디어센터 재미, 2010.11.

자체를 형식적으로 운영하는 경우도 있다. 또한, 운영위원회를 거쳐 방영 여부가 결정된다고 하더라도 방송사의 자체심의를 거치면서 내용이 수정되거나 방영 불가 판정을 받게 되는 경우가 많다. 또한, 방송 이후 받게 되는 방송통신심의위원회 심의는 참여프로그램에 대한 이해나 인지 없이 기계적으로 이뤄지는 경우가 많으며<sup>170</sup> 특정한 이슈에 대해 표적 심사를 하는 경우도 종종 있다. 또한, 방송사가 방송통신심의위원회로부터 제재를 받거나 이를 우려하는 경향이 강해지면 방송사는 시청자참여프로그램 자체를 축소하거나 시청자 제작자에게 과도한 내용 간섭을 하는 결과를 초래한다.

무엇보다 이러한 구조 내에서 시청자 제작자가 심의에 대한 문제제기를 적극적으로 하긴 매우 어려우며, 프로그램과 관련한 법적 책임을 시청자가 고스란히 떠안아야 하므로 불합리한 결정이라고 하더라도 받아들일 수밖에 없는 한계가 있다.

공동체라디오방송의 경우 방송의 특성상 생방송으로 진행되는 경우가 많아 사전 심의는 거의 없다고 할 수 있다. 그러나 기존 지상파 방송과 동일한 규제를 받으며 자체 심의기구 마련, 방송평가회, 방송 후 규제기구가 임명한 심의위원의 사후 모니터링을 거쳐야 하는 등 공동체라디오방송의 취지와 맞지 않은 지나친 규제를 받고 있다는 비판을 받고 있다.<sup>171</sup>

### 나. 자의적 검열과 과도한 심의 기준

참여프로그램 제작자와 방송사가 갈등을 겪는 가장 큰 이유 중 하나는 방송사의 자의적 검열에 의한 방송 불가 판정 혹은 의도적 지연이다. 참여프로그램의 특성을 파악하지 못한 채 기존 주류미디어와 동일한 수준의 기술적 내용적 기준으로 무리한 요구를 하거나, 프로그램 담당자가 개인적 판단으로 평가 및 수정을 하는 경우 등이 이에 해당한다. 또한, 구체적 기준이 없어 각 방송사나 운영위원회의 성향에 따라 그 편차가 크다는 점도 문제다.

참여프로그램은 다양한 계층의 자유로운 의사 표현이 중심이 되어야 한다. 그러나 제작 완성도에

170 2007년 7월, 방송통신위원회는 한 공동체라디오방송 프로그램에 대해 “진행자와 출연자가 1970년대 미국의 레즈비언 미술 역사에 대해 이야기 하던 중 여성의 성기를 지칭하는 단어를 여러 차례 반복”한 내용이 ‘방송심의규정 제26조(품위유지) 방송은 저속한 표현 등으로 시청자에게 혐오감을 주어서는 아니 된다.’는 규정을 위반했다는 이유로 ‘주의’ 조치를 의결한 바 있다. 이 같은 제재조치에 대해 해당 방송 제작자는 “방송 심의에서 문제가 된 ‘보지’는 음란하거나 퇴폐적인 비속어가 아닌 국어사전에 등록된 단어이며 레즈비언과 여성주의 진영에서 사용을 지향하는 단어로 ‘보지’를 품위유지에 위반하는 표현으로 결정한 것은 방송통신위원회의 무지에서, 좁게는 그들의 공동체방송에 대한 이해 부족에서 비롯된 것일 뿐”이라고 밝힌 바 있다.

171 미디어액트·인권운동사랑방·진보네트워크센터, 「미디어융합시대 표현의 자유와 심의제도의 방향 : 비영리시민참여콘텐츠를 중심으로」, 2008.12.

있어 내용의 완결성보다는 촬영이나 편집 등의 기술적 완성도에 초점을 맞춰 프로그램 제작자의 의지를 저하시키거나 시청자참여프로그램의 본질을 흐리는 등의 결과를 초래하고 있다.

또한, 사회 곳곳의 다채로운 이야기를 발언할 수 있어야 함에도 불구하고 해당 시기의 민감한 사회 이슈를 의도적으로 회피하면서 표현의 주제와 범위를 제한하기도 한다. 한 시청자참여프로그램의 경우, 용산 참사 유가족들의 촛불 집회를 다루면서 이 사안에 대한 사회적 관심이 필요하다는 내용으로 방영을 요청했으나, 방송사는 '편파적'이라는 이유로 그 요청을 거절했다. 또, 한 지역 지상파는 한진중공업노조와 희망버스를 다룬 시청자참여프로그램에 대해 해당 지역 주민 전체가 이를 찬성하는 것은 아니기 때문에 '형평성에 어긋난다'는 의견을 피력하기도 했다. 청취자참여프로그램도 마찬가지다. 한 지역 지상파 청취자참여프로그램은 반도체 노동자 문제를 다루면서 특정 기업 이름을 어떻게 표기하느냐에 대한 논쟁을 벌이다 결국 방송을 못 하기도 했다. 이외에도 지역 이슈를 다룬 시청자참여프로그램이 방송사가 제작한 프로그램과 주제가 겹칠 수 있다는 이유로 방영을 거절한다든가, 한 노조 관련 프로그램을 제작자와 상의 없이 절반 이상 편집해 내보낸 경우도 있었다. 또, 제작자 의사 확인 없이 방송 지역을 바꾸거나, 한 지역 지상파 방송사가 일방적으로 청취자참여프로그램을 폐지하는 사례도 있었다. 한편 한진중공업노조를 다룬 같은 시청자참여프로그램이 한 방송사에서는 방영되지 못했으나 다른 방송사에서는 방영되는 등 같은 방송물이라고 하더라도 방송사나 담당자 인식에 따라 방영 여부가 갈리거나 프로그램에 대한 접근 태도가 다른 경우도 많다.

이와 같은 방송사 자의적 검열의 가장 큰 원인은 심의 절차와 기준이 참여프로그램에 적합하지 않음에도 불구하고 관행적으로 방송사 프로그램과 똑같은 방식으로 적용하고 있기 때문이다. 또, 그 기준이 구체적으로 합의되지 않아 '자체 기준에 맞지 않는다'는 한 마디로 모든 상황을 합리화시키기 때문이기도 하다.

#### 다. 자기검열의 심화

불합리한 심의 제도가 장기간 개선되지 않고 고착화되면서 제작자들의 자기검열은 더욱 일상화되고 심화되고 있다. 자신의 제작 완성도가 높지 않다고 스스로 생각해 방송 요청을 망설인다든가, 한미FTA와 같은 사회적으로 민감한 내용을 자체적으로 걸러낸다든가 하는 경우가 이에 해당한다. 또한, 민감한 사회 이슈를 다루려고 하다가도 법적 책임을 고스란히 자신이 져야 한다는 부담 때문에 적당한 선에서 마무리하거나, 주류 미디어의 흐름에 무의식적으로 적응해 그 틀에 얽매는 경우도

발생하고 있다.

뉴스취재보도가 금지된 공동체라디오방송의 경우, 해당 지역 정보를 전달하면서 어디까지 다뤄야 하는가를 지속적으로 고민하고 의심할 수밖에 없다는 한계를 갖고 있다. 한 공동체라디오방송 관계자는 해당 지역 국회의원을 방송에 불러도 뉴스취재보도가 금지되어 있기 때문에 어떻게 생각하느냐 정도의 초보적 질문밖에 할 수 없다고 지적하기도 했다.

이 같은 자기검열은 방송 제작 완성도에 대한 압박이나 민감한 소재에 대한 회피로 이어지면서, 새로운 제작 방식에 대한 시도나 다양한 주제에 대한 접근을 제한하는 결과를 초래하고 있다. 또한, 소재 자체를 지속적으로 연성화시켜, 최근에는 심의할 내용이 없다는 게 더 큰 문제라는 얘기가 나올 정도로 사회 비판적 소재가 줄어들고 있기도 하다. 또한, 이 같은 구조가 고착화되면서 방송 불가 판정을 받거나 심의로 인한 제한을 받아도 '어차피 바뀌지 않을 것'이라고 판단해 적극적으로 문제제기를 하거나 편성 회의에 참여해 의견을 개진하는 등의 활동을 회의적으로 보는 경우도 있었다.

## 2. 채널 접근 차단

### 가. 시청자참여프로그램 운영 방송사 축소

2000년 법제화된 시청자참여프로그램을 실질적으로 보장하고 활성화하기 위해 도입된 정책이 바로 시청자참여프로그램 제작 지원 제도이다. 시청자참여프로그램 제작 지원은 정규 편성된 시청자참여프로그램에 방영될 경우 방송사를 통해 시청자에게 일정한 방송채택료를 지급하는 정책으로, 일정한 한계는 있지만 방송사와 제작자의 경제적 부담을 보전해 주고 프로그램 운영 및 제작의 동기를 부여하는 등 그간 시청자참여프로그램 활성화의 중요한 역할을 해 온 것으로 평가받고 있다<sup>172</sup>.

그러나 2009년 30억 6,400만 원이었던 시청자참여프로그램 제작 지원 예산은 2010년 25억 원으로 삭감되었으며, 2011년 또다시 15억 원으로 삭감되었다. 지난 3년 동안 제작 지원 예산이 절반 이상 줄어든 것으로 이는 제도 도입 초기인 2002년 수준에도 못 미치는 수치이다. 또한, 이 같은 예산 삭감의 영향으로 그간 방송통신위원회가 100% 부담한 방송채택료를 2011년부터 방송사가 방송채택료의 30%를 부담하는 정책을 도입했고, 제작 지원 기간은 2009년 50주에서 2010년 45주로 줄었으며 특

172 이진행, "퍼블릭 액세스 지원 예산 삭감에 대한 대응 관련 짧은 기록과 소회", 연구 저널 ACT! 72호, 2010.12.

히 2011년에는 1년의 3분의 2도 안 되는 35주로 줄었다.<sup>173</sup>

그 결과, 시청자참여프로그램 운영 방송사는 2010년 67개에서 2011년 41개로 3분의 1이 줄었으며, 운영을 포기한 방송사 대다수가 상대적으로 규모가 작은 중소도시 종합유선방송(SO)이라는 점은 매우 치명적이다. 또 시청자참여프로그램을 운영하더라도 2010년에 비해 절반 수준의 예산 지원을 받은 곳이 대다수라 프로그램을 월 4회에서 2회로 축소 편성하는 등 시청자참여프로그램 운영 자체가 축소되고 있는 상황이다. 또한 지원 기간을 무리하게 산술적으로 축소하면서 프로그램 운영 주기나 방영 시간을 방송사 임의대로 조정해 형식적으로 운영하는 사례도 발생하고 있다.

2009년 94.8%, 2010년 99.5%라는 높은 예산 집행률을 보여줬음에도 불구하고 2011년 예산이 절반 가까이 삭감된 것은 그 근거가 불충분한데, 시청자참여프로그램 자체를 축소하겠다는 강한 의지로도 해석할 수 있다. 퍼블릭 액세스가 가장 필요한 지역부터 우선적으로 폐지 또는 축소의 길을 걷고 있는 현실은 이를 잘 보여주고 있는 지점이다. 지역 내 이슈를 공론화하고 다양한 계층이 자기 발언할 수 있는 창구 자체를 닫아버리고 있는 것이다.

#### 나. 공동체라디오방송 접근 차단

2005년 시범사업으로 출발한 한국 공동체라디오방송은 2009년 정규사업으로 전환되었다. 그러나 그간 꾸준히 요구한 출력 증강, 신규 지역 확대 등의 과제는 여전히 해결되지 않고 있다.

현재 공동체라디오방송 출력은 1와트(w)로 제한되어 있다. 이는 해당 방송국 지역 주민조차 들을 수 없는 출력으로, 지역 사회와 공동체를 기반으로 운영되는 공동체라디오방송에 있어서 치명적 한계라고 볼 수 있다. 방송통신위원회는 출력 증강으로 인접 주파수에 혼선과 잡음을 줄 수 있다고 밝히고 있으나 그 근거가 불충분하다는 점은 그간의 경험과 외국 사례 등을 통해 충분히 검증되었고, 2008년 수습, 수백억의 예산 낭비라는 여론의 비판 속에서도 '영어FM'에 1킬로와트(Kw)를 허가한 점을 감안하면, 출력 증강은 기술적인 문제라기보다 정책적 의지의 문제라고 볼 수 있다.<sup>174</sup>

또 수백 개의 공동체라디오방송국을 갖고 있는 외국과 달리 한국 공동체라디오방송은 단 7개에 불과하다. 지역 주민의 참여를 중심으로 지역 내 다양한 이슈를 발굴하고 소통하는 공동체라디오방송

은 더욱 많은 지역으로 확산할 필요가 있다. 그러나 지난 몇 년 동안 신규 방송지역 확대를 위한 신규 사업자 선정은 이뤄지지 않고 있다. 지역에서 한시적으로 운영되는 미니FM 등을 통해 축적된 역량이 공동체라디오방송에 관한 관심으로 이어지거나, 지역 공동체 활성화를 위한 목적으로 공동체라디오방송을 추진하고자 하는 단위가 늘어나고 있는 현실을 생각하면 이는 매우 안타까운 지점이라고 할 수 있다.

해당 방송 지역 주민조차 들을 수 없는 출력과 7개라는 한정된 지역으로는 공동체라디오방송의 의미를 살릴 수 없다. 일본 대지진 당시, 수백 개의 일본 공동체라디오방송은 해당 지역 상황을 상세하게 전달하고 지역 주민과의 대화를 통해 지진 피해자들을 위로했다. 이 사례는 재난 상황에서 유일하게 제 기능을 한 공동체라디오방송의 의미와 역할, 그리고 채널 접근성 향상의 필요성을 잘 보여주고 있다.

#### 다. 공동체라디오방송의 뉴스취재보도 금지

현재 공동체라디오 방송 분야는 문화 전문 분야로 한정되어 있다.<sup>175</sup> 음악, 문화, 지역소식 등 한정된 정보만 제공할 수 있는 것이다. 이 같은 제한은 지역 주민의 생활과 밀접한 주제에 대한 깊이 있는 접근을 불가능하게 만들고 있으며, 이 때문에 공동체라디오방송의 주요한 역할인 지역 내 공론장 형성이나 풀뿌리 민주주의 발전 등의 기능이 제약받고 있다. 다양한 사회 이슈에 대한 접근을 원천적으로 차단해 해당 이슈에 대한 지역 주민의 의견이나 지역 사회에 미칠 영향 등에 대한 발언을 제한하고 있기도 하다.

현재 많은 공동체라디오방송국이 음악이나 문화 행사 소개 등을 중심으로 채워지고 있다. 그러나 사실상 지역 내에서 가장 필요하고 잘 해소되지 않는 부분은 지역 이슈에 대한 사회적 판단이나 토론 등이다. 이와 같은 커뮤니케이션 기능을 보장해야 지역민들의 공동체라디오방송에 대한 관심을 도모하고 지역 매체로서의 공동체라디오방송을 인지시킬 수 있다. 그럼에도 불구하고 현 정책은 그 통로를 원천적으로 차단하고 있는 것이다.

173 김은규·최성은·이진행·최은정·석보경·장수정·조미옥, "시청자참여프로그램 활성화를 위한 지원제도 실태조사", 익산공공영상미디어센터 재미, 2011.11.

174 최성은, "공동체라디오 정규사업 전환 의의와 과제", 연구 저널 ACT! 65호, 2009. 9.

175 방송통신위원회는 2009년 8월 6일 개최된 제35차 위원회에서 공동체라디오방송사업자 선정 및 방송국 허가에 관한 건을 의결하면서 방송법 시행령 제50조 제2항에서 규정하고 있는 '보도의 관한 방송프로그램'의 편성을 금지할 것을 조건으로 달았다. 이런 상황은 최근까지 계속되어 2011년 11월 23일 개최된 제64차 위원회에서도 공동체라디오방송사업의 대해 재허가를 내주면서 '보도에 관한 방송프로그램'의 편성을 금지하고, 현재 편성하고 있는 보도 유사프로그램의 현황 및 개선계획 제출 등의 조건을 부과하였다.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 퍼블릭 액세스에 적합한 별도 심의 규정과 심의 기구 마련

다양한 계층의 자기 발언을 가능하게 만드는 퍼블릭 액세스의 가치를 실현하기 위해서는 기존 주류미디어와는 다른 심의 규정과 심의 기구가 필요하다. 이는 사회적 약자나 소수자, 소외계층의 목소리를 반영할 수 있도록 표현의 자유를 최대한 보장해야 하며, 규제를 목적으로 두는 것이 아니라 시청자와 청취자의 방송 참여 권리 보장을 중심에 두어야 한다.

#### 가. 방송법 개정

퍼블릭 액세스 표현의 자유를 보장하기 위해서는 현행 방송법에 매체별, 분야별 특성을 고려한 별도의 시청자참여프로그램 심의 규정을 두도록 해야 하며 방송사 자체심의를 폐지해야 한다.

현행	개정안
제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의) 방송통신심의위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다.	제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의) 방송통신심의위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다.
제33조(심의규정) ① 방송통신심의위원회는 방송의 공정성 및 공공성을 심의하기 위하여 방송심의에 관한 규정(이하 "심의규정"이라 한다)을 제정·공표하여야 한다. ②제1항의 심의규정에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.	제33조(심의규정) ① 방송통신심의위원회는 방송의 공정성 및 공공성을 심의하기 위하여 방송심의에 관한 규정(이하 "심의규정"이라 한다)을 제정·공표하여야 한다. ②제1항의 심의규정에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다. 16. 시청자참여프로그램에 관한 사항 ⑥ 시청자참여프로그램 심의에 관한 사항은 방송매체와 방송분야별 특성 등을 고려하여 위원회 규칙으로 정한다.

#### 제86조(자체심의)

①방송사업자는 자체적으로 방송프로그램을 심의할 수 있는 기구를 두고, 방송프로그램(보도에 관한 방송프로그램을 제외한다)이 방송되기 전에 이를 심의하여야 한다.

#### 제86조(자체심의)

①방송사업자는 자체적으로 방송프로그램을 심의할 수 있는 기구를 두고, 방송프로그램(보도에 관한 방송프로그램과 시청자참여프로그램을 제외한다)이 방송되기 전에 이를 심의하여야 한다.

#### 나. 방송 심의에 관한 규정 개정

방송 심의에 관한 규정(이하 '방송심의규정'이라 함) 중 시청자참여프로그램에 관한 사항에는 다음과 같은 내용이 포함되어야 한다.

1. 시청자참여프로그램은 내용과 형식에 관여하지 않고 최대한 표현의 자유를 보장한다.
2. 방송사 자체심의를 폐지하고, 시청자 대표로 구성된 위원회에서 편성기준을 마련하고 심의를 담당한다.
3. 방송통신심의위원회 심의의 경우, 수용자들로부터 불만이 제기된 경우로 제한한다.
4. 공정성 관련 규정은 소수 의견 반영이라는 시청자참여프로그램의 특수성을 고려하여 자유롭게 의견을 표현할 수 있도록 한다.  
단, 다른 의견을 가진 사람 혹은 단체의 반론권을 보장한다.
5. 매체별 심의 기준을 차별화한다.

#### 1) 시청자참여프로그램 표현의 자유 보장을 위한 기본 방향

시청자참여프로그램은 내용이나 형식에 관여하지 않고 최대한 일반 시청자의 표현의 자유를 보장한다. 단, 다음과 같은 내용은 방송할 수 없다.

- 상업적 목적의 상품, 서비스 내용의 프로그램 및 광고
- 공직 후보자를 위한 정치광고
- 복권 관련 방송
- 음란물, 외설스러운 내용

**2) 방송사 자체심의 폐지 및 시청자 대표로 구성된 위원회에서 자율 심의**

시청자참여프로그램을 송출하는 방송사업자는 시청자 대표로 구성된 위원회를 구성하고 그 위원회에서 편성기준을 마련하고 심의를 담당한다. 시청자참여프로그램의 내용이 시청자참여프로그램 심의규정이나 현행법에 위배되는 경우에 위원회의 심의를 거쳐 방송을 거부할 수 있다. 단, 방송을 거부할 경우 제작자는 위원회에 재심을 청구할 수 있다.

현행	개정안
제6조(자체심의) 법 제2조의 규정에 의한 방송사업자는 자체심의기구를 두고 방송프로그램(보도에 관한 방송프로그램을 제외한다)이 방송되기 전에 제3조에 규정된 사항을 심의하여야 한다.	제6조(자체심의) 법 제2조의 규정에 의한 방송사업자는 자체심의기구를 두고 방송프로그램(보도에 관한 방송프로그램과 시청자참여프로그램을 제외한다)이 방송되기 전에 제3조에 규정된 사항을 심의하여야 한다.

**3) 방송통신심의위원회 사후심의를 수용자로부터 불만이 제기된 경우로 한정**

**가) 현행**

방송통신심의위원회의 시청자참여프로그램 사후심의는 모든 채널의 프로그램에 대한 의무 모니터링을 통해 심의가 이뤄지고 있다.

**나) 개정 방향**

방송통신심의위원회의 시청자참여프로그램 심의는 방송 이후 수용자로부터 불만이 제기된 경우로 한정한다. 또한 해당 프로그램에 대한 규정 위반 여부를 논의하더라도 자의적 법해석이나 그 결과를 토대로 표현의 자유를 제한하는 것은 허용되지 않아야 한다.

**4) 자유로운 의사 표현과 반론권 보장**

**가) 현행 방송심의규정**

제9조(공정성) ② 방송은 사회적 쟁점이나 이해관계가 첨예하게 대립된 사안을 다룰 때에는 공정성과 균형성을 유지하여야 하고 관련 당사자의 의견을 균형 있게 반영하여야 한다.

**나) 개정 방향**

시청자참여프로그램의 경우, 소수 의견의 반영이라는 시청자참여프로그램의 특수성을 고려하여 시민들의 의견을 자유롭게 표현할 수 있게 해야 한다. 단, 방송 이후 다른 의견을 가진 사람 혹은 단체의 문제제기가 있을 경우 형평의 원칙에 입각한 반론권을 주는 것이 바람직하며, 다양한 의견들이 나올 수 있는 공론의 장을 마련하는 것을 목적으로 해야 한다.

**5) 플랫폼별 심의 기준 차별화**

지상파방송, 위성방송, 종합유선방송(SO), 공동체라디오방송 등 플랫폼별 접근 비용과 사회적 영향력이 다르다는 점을 고려해 플랫폼별 심의 기준을 차별화해야 한다.

지상파방송은 타 플랫폼에 비해 많은 시청자층을 확보하고 있으며 전국을 가시청권으로 하고 있기 때문에 사회적 영향력이 크다. 이에 비해 위성방송은 전국에서 시청은 가능하지만 영향력은 지상파 방송에 못 미치며, 종합유선방송(SO)은 지역 채널로서의 성격이 강하다. 공동체라디오방송 역시 지역 채널 성격이 강하나, 매체의 특성과 제도적 한계로 사회적 영향력 면에서 타 플랫폼과는 차이가 있다.

때문에 이러한 특수성을 반영해 플랫폼별로 심의 기준을 차별화해야 한다. 지상파방송은 제한적으로 등급심의와 내용심의를 수행하되 명확하고 합리적인 내용심의 기준을 반드시 마련해야 하며, 위성방송과 종합유선방송(SO)은 유해 표현물 관리를 위한 등급심의만 시행해야 한다. 또한 공동체라디오방송의 경우 등급심의와 내용심의를 모두 면제하고 청취자가 참여한 구조 속에서 자율적으로 공동체 내에서 심의가 이뤄지도록 해야 한다.

**2. 퍼블릭 액세스 채널 접근성 향상을 위한 정책 마련**

**가. 시청자참여프로그램 지원 제도 개선**

시청자참여프로그램 활성화를 위해서는 우선 제작 지원 예산의 절대적 증액이 필요하다. 그 규모는 최소한 2009년도 수준으로 되돌리거나 높아진 시청자들의 방송 참여 욕구에 맞게 그 이상으로 증액해야 한다. 또한, 예산 삭감으로 인한 지원 기간 축소와 방송사의 방송채택료 부담 정책은 철회되어야 한다. 시청자참여프로그램 제작 지원 기간은 연중 연속으로 확대되어야 하며, 방송채택료는 방송통신

위원회가 전액 부담하고 방송사 역할은 지역 내 시청자 제작자 발굴 및 지원 등으로 확장해야 한다. 이외에도 방송채택료 이외의 지원 정책 마련, 주시청시간대 편성, 소외계층 프로그램 유도, 시청자참여프로그램 전문 편성 채널 지원 등이 이뤄져야 한다.

#### **나. 공동체라디오방송 지원 제도 개선**

공동체라디오방송의 의의를 살리기 위해서는 적어도 해당 권역에서는 수신이 가능하도록 출력을 증강해야 한다. 또한, 신규 공동체라디오방송 설립을 위한 정책이 추진되어야 하며, 그 선정 및 설립 기준은 경제적 조건이 아닌 다양성과 지역성 등을 우선해야 한다. 또한, 공동체라디오방송의 뉴스 취재 보도를 허용하여 지역 의제나 이슈에 대한 발언권을 보장해야 한다.

## 4부

# 거리에서의 표현의 자유

한국 정치 현실상 선거권의 행사 이외에 가장 실효적으로 정부를 비판하고 통제할 수 있는 수단은 무엇일까? 바로 거리에서 표현의 자유라고 하는 집회의 자유이다. 거대방송이 자본에 의해 독점되고, 지식이 권력화 될 때 거리에서 집회의 자유는 가난하고 힘없는 사람들이 몸으로 할 수 있는 집단적인 표현이다. 그러나 이명박 정부 들어서 집회의 자유는 심대하게 침해받고 있다. 집회의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 집회의 자유를 직접 규율하는 집회 및 시위에 관한 법률, 도로를 이용한 집회나 시위에 대해 무차별적으로 적용되고 있는 형법상 일반교통방해, 집회 및 시위에 관한 법률의 적용이 어려운 퍼포먼스 등에 적용되고 있는 경범죄처벌법의 문제점을 개정해야 한다. 또한 경찰은 집회 현장에서 △차벽 △이동제한 △불심검문 △채증 △출석요구서 남발 등 공격적이고 해산위주의 집회관리지침을 적용하고 있어 이에 대한 변화도 시급하다.

# 집회 및 시위에 관한 법률

## I. 문제제기

집회의 자유 규제를 위한 법적 토대는 '집회 및 시위에 관한 법률'(이하 집시법)이다. 즉 집시법은 집회의 자유를 '보호'하기 위한 법률이 아니라 집회의 자유를 '규제'하기 위한 법률이다. 집시법은 집회의 개념에 대한 정의를 포기함으로써 규제대상이 되는 집회의 범위를 끝도 없이 넓히고 있고, 보호대상이 되는 집회를 '평화적' 집회가 아니라 '적법한' 집회로 한정함으로써 인권으로서의 집회 시위의 자유를 국가에 의해 규격화하고 있으며, 정치적 항의의 성격을 갖는 집회를 직접적인 규제대상으로 삼음으로써 국제인권규범과 헌법이 보장하는 집회의 자유의 핵심적 본질을 부정하고 있다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

세계인권선언 제20조 제1항과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제21조는 평화적 집회의 권리를 보장하고 있다. 아동의 권리에 관한 협약 제15조는 따로 아동의 평화적 집회의 자유에 대한 권리를 보장한다. 이와 같은 국제적 인권 조약 이외에 여러 지역인권조약들에서도 집회의 자유를 널리 보장하고 있다. 유럽인권협약 제11조, 미주인권협약 제15조, 유럽연합 기본권리헌장 제12조 등이 그 예이다.

#### 세계인권선언 제20조

1. 모든 사람은 평화적 집회와 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제21조

평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.

#### 아동의 권리에 관한 협약 제15조

1. 당사국은 아동의 결사의 자유와 평화적 집회의 자유에 대한 권리를 인정한다.  
2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건이나 도덕의 보호 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.

#### 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 제11조

1. 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고 이에 가입하는 권리를



포함하여, 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.

2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 가하여져서는 아니된다. 이 조는 국가의 군대, 경찰 또는 행정부의 구성원이 이러한 권리를 행사하는 데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.

### 미주인권협약 제15조

비무장의 평화로운 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라서 부과되고, 국가안보, 공공의 안전이나 공공질서를 위하여 또는 공중보건이나 도덕, 타인의 권리나 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.

### 유럽연합 기본권리헌장 제12조

1. 모든 사람은 평화로운 집회의 자유와 모든 차원의 결사의 자유, 특히 자신의 이익보호를 위해 노동조합을 형성하고 가입할 수 있는 권리를 포함하는 정치문제, 노동조합, 공적 문제를 위한 결사의 자유를 갖는다.
2. 유럽연합 차원의 정당들은 유럽연합시민들의 정치적 의사를 표현하는 데 기여하여야 한다.

평화적 집회의 자유는 시민사회 및 정치사회에 대한 개인의 효과적인 참여에 필수적이다. 이 자유에 대한 규약해석론은 많지 않지만, 참고할만한 문서로서, 2010년 6월 4일, 유럽안보협력기구 '민주제도와 인권 사무소'의 집회의 자유 위원단과 '법을 통한 민주주의를 위한 유럽위원회'가 채택한 <평

1 일반논평에서도 집회의 자유에 관한 언급은 없다.

화적 집회의 자유에 관한 지침) 제2판<sup>2)</sup>이 있다. 이 지침은 평화적 집회의 자유에 관한 지도원리 및 규제 법리는 물론 세부적인 절차적 쟁점까지 다루고 있을 뿐만 아니라 총론적 서술은 물론 다양한 국제인권규범이나 각국의 입법례와 함께 풍부한 사례를 제공하고 있어 집회의 자유 보장을 위한 법해석론이나 입법론에 많은 시사점을 제공해 주고 있으므로, 그 내용을 중심으로 규약 제21조에 대한 해설을 전개해 본다.

### 가. 평화적 집회의 자유<sup>3)</sup>

평화적 집회의 자유는 개인, 집단, 비등록단체, 법인 및 기업체에 의해 향유되고 행사될 수 있는 근본적 인권이다. 집회는 다양한, 비대중적이거나 소수자의 의견을 표현하는 것을 포함하는 다양한 목적에 이바지할 수 있다. 평화적 집회의 자유는 문화의 유지와 발전에 있어, 그리고 소수자의 정체성을 보전하는 데 있어 중요한 요소일 수 있다. 평화적 집회의 자유 보호는 다양한 신념, 관습이나 정책을 가진 집단들이 평화적으로 공존할 수 있는 관용적이고 다원적인 사회를 창출하는 데 필수적이다.

집회는 다수의 개인이 공통의 표현적 목적을 위하여 공공장소에 의도적이고 일시적으로 존재하는 것을 의미한다.<sup>4)</sup> 이러한 정의는 특정한 형태의 집회가 특수한 규제 문제를 제기할 수 있음을 인정함에도 불구하고 모든 형태의 평화적 집회—정지된 집회와 움직임은 집회, 그리고 공적 또는 사적으로 소유된 토지 또는 폐쇄된 구조물에서 개최되는 집회—는 보호받을 가치가 있음을 승인한다.

집회의 주최자가 평화적 의도를 밝히고 집회의 행위가 비폭력적이라면 그러한 집회는 평화적이라고 간주하여야 한다. '평화적'이라는 용어는 성가시거나(annoy) 화나게 하는(give offence) 행위를 포함하며, 심지어 제3자의 활동을 일시적으로 방해· 훼방· 차단(hinders, impedes or obstructs)하는 행위까

2 OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights(ODIHR) & European Commission for Democracy through Law(Venice Commission), Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, 2nd ed.(2010.6.4.), <[http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)020-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)020-e.pdf)>, 검색일: 2011.10.28. 이 지침은 2007년에 처음 공표되었다가, 2010년 개정되었다. 2007년 지침은 <http://www.osce.org/odihr/24523> 참조.

3 ODIHR, 위의 책, 7쪽.

4 규약과 관련하여 생각해 본다면, 종교적 집회는 규약 제18조에 의해 보호되고, 가족이나 친구들의 회합과 같은 순수한 사적 집회는 규약 제17조에 의해 보호되며, 결사에 의한 집회는 규약 제22조에 의해 보호되고 있으므로, 규약 제21조는 규약의 다른 규정들에 의해 포괄되지 않는 집회들을 보호하는데 목적이 있는 것으로, 즉 구체적으로 사상의 토론이나 천명과 관련된 집회를 대상으로 한다고 볼 수 있을 것이다. Nowak, UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary(N.P.Engel, Kehl, 1993), 373쪽; Joseph, Sarah et al., The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary(Oxford University Press, 2000), 426 쪽에서 재인용.

지도 포함하는 것으로 해석되어야 한다.<sup>5</sup>

#### 나. 지도원리(Guiding Principles)<sup>6</sup>

근본적 권리로서, 평화적 집회의 자유는 가능한 한 규제 없이 향유되어야 한다. 법률에서 명시적으로 금지되지 않은 어떤 것도 허용된다고 추정되어야 하고 집회를 원하는 사람들에게 대해 집회를 하기 위한 허가를 받도록 요구해서는 안 된다.<sup>7</sup> 집회 개최에 유리한 추정(Presumption in favor of holding assemblies)의 원칙이 법률에서 명확하고 명시적으로 확립되어야 한다.

실제로 자유가 향유되고 부당한 관료적 규제를 받지 않도록 보장하기 위한 적절한 장치와 절차를 마련하는 것은 국가의 주요한 책무이다. 특히 국가는 항상 주최자가 원하는 장소에서의 공적 집회를 용이하게 하고 보호하는 것을 추구해야 하고, 또한 예정된 집회들을 알리기 위한 정보를 전파시키려는 노력이 방해되지 않도록 보장해야 한다.

부과되는 모든 제한은 법률에 공식적인 근거가 있어야 하고 국제적인 인권규범에 합치해야 한다. 이러한 목적을 위하여 잘 작성된 입법은 당국에 부여되는 재량을 틀 지우는 데 핵심적이다. 법률 자체가 국제인권기준에 부합해야 하고, 개인이 자신의 행위가 법률을 위반하는 것인지 그리고 그러한 위반에 대하여 어떤 결과가 있을 것인지를 평가할 수 있도록 할 정도로 충분히 엄밀해야 한다.

집회의 자유에 대하여 부과되는 모든 제한은 비례적이어야 한다.<sup>8</sup> 당국이 추구하는 정당한 목적을 달성하기 위한 가장 덜 침해적인 수단에 항상 우선점이 두어져야 한다. 비례성의 원칙은 당국이, 도시

5 집회는 폭력적이어서는 안 되지만, 이 점이 국가가 폭력적 집회를 통제하는데 있어서 인권보호의무를 면제받는다를 것을 의미하지는 않는다. 예컨대, 자유권위원회는 덴마크의 경찰이 폭력집회를 통제하기 위하여 경찰견을 이용한 것에 대해 심각한 우려를 표명하고 재고를 권고한 바 있는데(CPR/C/79/Add.68, 14문단). 이는 폭력적 집회의 경우에도 평화적 참가자들은 규약 제21조에 의해 보호될 수 있으며, 모든 참가자들은 비인도적이고 인격저하적인 처우를 금지하고 있는 규약 제7조와 같은 다른 규약 규정들에 의해 보호된다는 점을 시사한다 (Joseph, Sarah et al., 앞의 책, 426쪽).

6 ODIHR, 위의 책, 7~9쪽.

7 이와 관련하여, 규약 제21조는 권리에 대한 제한이 "법률에 따라야"(in conformity with the law) 한다고 규정하고 있어, 권리에 대한 제한은 법률에 의해 '규정'(provided) 또는 '명령'(prescribed)되어야 한다고 요구하고 있는 제12조, 제18조, 제19조의 규정형식과는 다르다는 점을 강조하는 견해도 있다. 즉 이러한 차이는 다른 조항들과 비교하면 제21조에 대한 제한의 부과에서 보다 많은 행정적 재량의 행사를 허용하는 것이라고 보는 것이다(Nowak, 앞의 책, 378쪽; Joseph, 앞의 책, 426~427쪽에서 재인용). 그러나 집회의 자유가 기본적 인권으로 보호되는 것이라는 점에서는 Nowak의 해석보다는 ODIHR 지침의 해석이 더욱 타당해 보인다.

8 이는 규약에서는 '민주사회에서 필요한'(necessary in a democratic society)이라는 문구로 표현되고 있다. 이 문구가 규약 제19조의 표현의 자유권에 대한 제한에서 비례성(proportionality)의 관념을 도입한 것으로 해석되어 왔는데, 집회의 자유의 맥락에서도 이 문구는 동일한 의미를 갖는 것으로 보아야 한다. '규약의 모든 제한 규정들은 각각의 권리와 관련하여 동일한 방식으로 해석되어야 한다'는 것을 선언한 것이 시라쿠사 원칙이다. 'Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights', 1984.9.28, E/CN.4/1985/4, (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4672bc122.html>).

의 비중심적인 지역에 집회를 재배치하는 것과 같이 행사의 성격을 근본적으로 변경하게 될 제약들을 일상적으로 부과하지 않도록 요구한다. 법적 제한의 포괄적(blanket) 적용은 과도하게 광범한 경향이 있으며, 따라서 사안의 특수한 상황에 대해 고려를 하지 못하는 것이기 때문에 비례성 기준을 통과하지 못할 것이다.

평화적 집회의 자유는 모든 사람에 의해 동등하게 향유되어야 한다. 집회의 자유를 규율함에 있어 관계당국은 어떤 개인이나 집단에 대해서도, 또 어떤 근거에 의해서도 차별을 해서는 안 된다. 공공집회를 조직하고 참여할 자유는 개인, 집단, 비등록단체, 법인 및 기업체 등에 보장되어야 하고, 인종적, 민족적, 성적, 종교적 소수집단의 구성원들에게 보장되어야 하며, 국적자 및 비국적자(무국적자, 난민, 외국국적자, 비호신청인, 이민자와 여행자를 포함함)에게 보장되어야 하고, 아동, 여성, 남성에게 보장되어야 하며, 법집행관리, 그리고 정신적 질환이 있는 사람을 포함하여 완전한 법적 능력이 없는 사람에게도 보장되어야 한다.

공중은 어떤 기관이 집회의 자유 규제에 관한 결정을 내릴 책임이 있는지를 알 수 있어야 하고, 이는 명확하게 법률에 진술되어야 한다. 특히 규제당국은, 일반공중이 그 절차와 작동에 관한 믿을 수 있는 정보에 대한 적절한 접근권을 갖도록 보장해야 한다. 공공집회의 주최자들과 집회로 자신의 권리와 자유가 직접 영향을 받게 될 사람들은 규제당국에 대하여 구두 및 서면의 변론을 펼칠 기회를 제공받아야 한다. 규제과정은 모든 이용 가능한 정보에 대한 공정하고 객관적인 평가를 가능하게 하는 것이어야 한다. 집회에 대한 모든 제한은 행사 개최자에게 신속하게 서면으로, 그리고 각각의 제한에 대한 이유의 설명과 함께 전달되어야 한다. 그러한 결정들은, 공지된 집회일 이전에 독립된 법원에 대한 이의신청이 마무리될 수 있도록 가능한 한 빨리 내려져야 한다.

규제당국은 그들의 법적 의무를 이행해야 하고, 절차적으로나 실제적으로 이러한 의무를 이행하지 못하면 책임을 져야 한다. 책임은 공권력의 오용에 관한 행정법 및 사법심사의 관련 원칙 등에 따라 평가되어야 한다.

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

한국의 집회의 자유 규제 실태에 대하여 국제사회는 여러 차례에 걸쳐 심각한 우려를 표명해 왔다.

한국정부가 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약을 비준한 후 제출된 정부보고서에 대해서 자유권위원회가 2차에 걸쳐 발표한 최종견해와 유엔인권이사회의 2008년 권고에 이어 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관인 프랑크 라 뤼의 한국보고서 등에서도 그러한 우려가 표명됐다.

자유권위원회는 1992년 제1차 최종견해<sup>9</sup>에서 “평화적인 집회에 대한 권리의 이행에 대한 제한을 더욱 축소하는 조치들을 취하도록” 요구한 데 이어, 1999년 제2차 최종견해<sup>10</sup>에서는 “서울의 주요 도로에서 모든 집회를 금지하는 것은 광범위한 권리제한”이라는 견해를 밝힌 바 있다.

그러나 두 차례의 최종견해에 대한 한국정부의 대응은 정반대로 집회에 대한 규제를 강화하는 쪽으로 나타났다. 즉 1999년 집시법을 개정(법률 제5985호, 1999.5.24, 일부개정)하여 질서유지선 제도를 신설하고(제2조 제5호, 제12조의2) “타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소인 경우 그 거주자 또는 관리자가 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 수 있음을 이유로 시설이나 장소의 보호를 요청하는 때”를 새로운 금지통고의 대상으로 신설하였으며(제8조 제3항), 금지통고 등에 대한 이의신청 기관을 특별시장·광역시장·도지사에서 “직근 상급 경찰관서의 장”으로 변경하여 민간기구에 의한 통제를 무력화하였으며(제9조 제1항), 해산명령의 대상이 되는 집회의 범위를 확대하였다(제18조 제1항 제5호).

그뿐만 아니라 2004년 개정 집시법(법률 제7123호, 2004.1.29, 일부개정)에서는 “집회 또는 시위가 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위험을 초래한 경우”에는 잔여집회를 금지하거나 신고서 접수 후 48시간이 경과한 후에도 금지할 수 있도록 하여 금지통고의 대상과 범위를 확대하였고(제8조 제1항 단서), ‘초중등학교 주변지역’과 ‘군사시설의 주변지역’에서의 집회 역시 관리자의 보호 요청에 따른 금지통고 및 해산명령의 대상에 포함시켰다(제8조 제3항 제2호 및 제3호와 제18조 제1항 제4호). 헌법재판소의 위헌결정에 따라 외교기관 주변의 집회 요건을 다소 완화하였으나(제11조 제4호), 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에도 “당해 도로와 주변도로의 교통소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통불편을 줄 우려가 있는 경우”에는 금지·처벌할 수 있도록 하여 도로 집회의 금지를 확대하는 한편(제12조 제2항 단서 및 제20조), 소음규제 및 처벌조항을 신설하였다(제12조의3 및 제21조 제5호). 그뿐만 아니라 제2차 최종견해에서 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 금지가 광범위하다고 지적되었음에도 불구하고, 2004년 개정된 집시법시행령에서는 서울지역 1개 도

9 Concluding observations of the Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.6, 1992.9.25.

10 Concluding observations of the Human Rights Committee : Republic of Korea, CCPR/C/79/Add.114, 1999.11.1.

로(테헤란로)와 부천시와 광양시의 도로가 새로운 집회금지도로로 추가되었다.

이처럼 1992년과 1999년 2차례에 걸쳐 유엔 자유권위원회가 제시한 최종견해는 한국정부에 의해 철저히 무시되었고 오히려 집회에 대한 규제는 더욱 강화되었다. 당연한 결과로 한국의 집회의 자유 보장 상황에 대한 유엔의 우려는 지속적으로 표명되었다. 이러한 우려는 1차적으로 2008년 유엔 인권이사회에 의해 표명되었다.

2008년 유엔 인권이사회는 국가별 인권상황 정기검토(Universal Periodical Review, UPR) 실무그룹의 한국정부 보고서에서 “집회와 결사의 자유에 대해 제공되는 보증을 법에 명문화하라”는 권고안을 제시했다.<sup>11</sup> 헌법에 집회·결사의 자유를 보장한 규정이 있는 나라에 대하여 이와 같은 권고가 내려졌다는 것은 대단히 치욕적인 일이다. 이는 곧 한국의 집회 상황을 검토한 실무그룹 나라들이, 한국의 법률은 집회 및 시위에 대한 보장을 제공하지 않는다고 보고 있음을 의미하는 것이다. 두 차례에 걸친 자유권위원회의 최종견해를 무시한 결과는 이처럼 참담하게 나타났다.

2011년 프랑크 라 뤼 유엔 표현의 자유에 관한 특별보고관이 한국 보고서<sup>12</sup>에서 밝힌 내용은 더욱 충격적이다. 특히 이 보고는 한국의 직접 방문을 통한 분석을 바탕으로 2008년 이후 한국의 현황을 정확하게 지적한 것이어서 그 지적들은 참으로 뼈아픈 것이다. 집시법이 사전허가제이며, 금지통고는 헌법 위반이고, 경찰관들의 과도한 무력사용에 대하여 책임을 물어야 한다는 지적은 이 글의 맥락과 정확하게 통하고 있다. 이상 국제기구가 집회의 자유에 대하여 지적하고 있는 내용들을 열거하면 다음과 같다.

#### 자유권위원회 최종견해 1차(CCPR/C/79/Add.6, 1992.9.25.)

8. 그밖에 우려를 할만한 영역으로는 집회 및 시위에 대한 사전수권(advance authorization)의 요건이 있다.
9. 나이가 평화적 집회의 권리의 행사에 대한 제한을 축소하기 위한 조치가 취해져야 한다.

11 Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Republic of Korea, A/HRC/8/40, 2008.5.29.

12 Frank La Rue, Mission to the Republic of Korea, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 2011.3.21, A/HRC/17/27/Add.2. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/17session/reports.htm>>.

**자유권위원회 최종견해 2차(CCPR/C/79/Add. 144, 1999.11.1.)**

18. 수도 내의 주요 도로에서의 모든 집회를 금지하는 것은 너무 광범위한 것으로 보인다. 공공질서의 이익을 위한 주요 도로에서의 일부 제한은 허용할 수 있지만, 이 규약 21조는 그러한 모든 제한은 법에 합치할 뿐 아니라 민주사회에서 꼭 필요하다고 인정될 경우에만 한한다. 당사국에 의해 부과된, 주요 도로에서 집회를 가질 권리의 절대적 제한은 이러한 기준을 충족시키지 못한다.

**2008년 UPR 한국정부 보고서(A/HRC/8/40, 2008.5.29.)**

64. 논의의 과정에서, 한국에 대하여 다음과 같은 권고들이 이루어졌다:

- 6. (생략) 학생들의 표현 및 집회의 자유에 대한 제한에 관하여 아동의 권리 위원회가 표명한 우려들과 관련하여 입법적 및 형사사법적 개선을 위한 관련조치들을 채택할 것.
- 9. 결사 및 집회의 자유에 대하여 제공되는 보증이 법률에 명시될 것.

**프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)**

58. 사실상의 (집회) 허가제와 평화적 시위 참가자들에 대한 과도한 무력 진압 혐의에 대한 사법경찰관들의 책임성 결여는 우려스럽다.

60. 이와 관련하여, 특별보고관은 “정부는 평화적 집회와 시위를 보호하며 단지 불법적이고 폭력적인 행동을 야기할 수 있는 집회나 시위만을 금지한다고 주장한다. 그러나 어떤 시위들은 폭력성을 띠게 될 것이라고 사전에 판단하고 폭력 행위가 발생하기도 전에 시위를 단속함으로써, 정부는 집회와 시위의 자유라는 기본권을 침해하고 있다”는 전 국가인권위원장의 2009년 6월 성명에 주목한다. 특별보고관은 그러한 제도가 집회의 사전 허가를 명백하게 금지하고 있는 헌법 조항에 위배된다는 점에 동의한다.

62. 2008년 촛불 시위 기간과 2009년 1월 서울의 용산 지역에서 발생한 진압 경찰과 세입자 간 충돌을 포함, 과도하게 무력을 행사한 여러 사례들에 대해 특별보고관은 주목하게 되었다. ‘용산 사태’로 불리는 후자의 사건에서는, (중략) 경찰과의 충돌 과정에서 일

부 시위자들도 폭력을 행사한 것으로 보고되었으나, 특별보고관은 법집행기관들이 ‘유엔 법집행관 행동강령(UN Code of Conduct of Law Enforcement Officials)’과 ‘법집행관의 무력 및 화기 사용 기본원칙(Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials)’을 준수할 필요가 있음을 재차 강조하고자 한다. 이와 관련하여, 특별보고관은 국가인권위원회가 2008년 10월 27일자 결정문과 2010년 1월 11일 결정문을 통해 촛불 시위 및 용산 사태에서의 경찰의 과도한 무력 사용을 지적한 점에 주목한다.

63. 특별보고관은 (중략), 진압 경찰복에 명찰, 식별 번호 또는 기타 신원 확인이 가능한 정보가 전혀 부착되어 있지 않아 과잉 진압 사건에 대한 조사가 어려움을 겪고 있다는 점을 우려한다. 또한, 경찰의 경우에도 배지를 달고 있지 않아 시민들이 폭행 또는 기타 형태의 폭력 혐의로 경찰을 제소하는 것이 불가능하다는 점에도 주목한다. 이러한 점에서, 특별보고관은 경찰력의 과도한 사용에 대한 모든 혐의를 독립적 기구가 즉각적이고 철저히 조사하고 책임자를 처벌하는 것이 중요하다는 점을 강조하고 싶다. 그러한 조치들은 개인의 권리를 보호하기 위해서 뿐만 아니라 정부에 대한 국민의 신뢰를 구축하기 위해서도 필수적이다.

84. 특별보고관은 이명박 정권 집권 이후 국가인권위원회의 11명의 국가인권위원 중 6명의 비상임위원들과 3명의 상임위원들이 임명된 점을 주목한다.<sup>13</sup> 그 후 대다수 인권위원들은 법원의 사건 해결을 기다려야한다는 이유와 전원회의의 정족수 부족을 이유로 위원회는 표현의 자유와 관련된 주요 사건들에 대한 결정문 채택을 미루고 있다. 해당 사건은 집시법 제10조에 의한 일몰 이후 집회·시위의 금지, 국정원에서 박원순 대표를 상대로 제기한 명예훼손 소송을 포함하고 있다. 그러나, 특별보고관은 국가인권위원회법이 특별히 인권위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 관할 법원 또는 헌법재판소에 사실상 및 법률상 사항에 관한 의견을 제시할 수 있음에 주목한다.

<sup>13</sup> 하지만, 2007년 7월(정정보에는 2009년 7월로 정정) 임명된 새로운 인권위원장 취임 이후, 두명의 상임위원과 한명의 비상임위원이 사임하였다.

권고

D. 집회의 자유

96. 특별보고관은 대한민국 정부에 헌법 제21조에 위배되는 사실상의 사전 허가 관행을 모두 중지함으로써 표현의 자유에 관한 권리의 집합적 행사 형태인 모든 개인들의 집회의 자유에 관한 권리를 보장할 것을 권고한다. 또한, 특별보고관은 법집행 공무원들에 의한 무력의 과도한 사용에 관한 모든 혐의들이 효과적으로 수사되고, 책임 있는 이들이 처벌되도록 조치를 취할 것을 촉구한다.

대한민국 3,4차 정부보고서에 대한 아동권리위원회의 최종 견해 (CRC/C/KOR/CO/3-4, 2011.10.6)

표현과 결사, 평화적 집회의 자유

- 40. 위원회는 이전의 권고(CRC/C/15/Add. 197, para. 37)에도 불구하고 학교들이 여전히 학생들의 정치적 활동을 금지하고 있다는 것에 대해 유감을 표한다. 또한 학교운영위원회에 학생들의 참여를 배제하고, 아동이 표현과 결사의 자유를 실천해 볼 수 있는 도시 및 농촌 지역에서의 학교 밖 기회가 제한되어 있다는 데에도 우려를 표한다.
- 41. 위원회는 이전의 권고를 반복하며, 협약의 12-17조의 견지에서, 학교 안팎 모두에서 의사결정과정과 정치적 활동에서의 아동의 능동적 참여를 촉진하고, (i) 학교 환경을 포함하여 정치활동에 참여하거나 주도하고, (ii) 학교 위원회의 운영에 의미있는 참여를 학생들에게 허용하는 것을 포함하여, 결사와 표현의 자유에 대한 권리를 모든 아동이 완전히 향유할 수 있게끔 보장하도록 법률과 교육부의 지침과 학교 교칙을 수정할 것을 당사국에 촉구한다.

III. 인권상황평가: 실태와 문제점

1. 집회의 자유 규제의 구조와 그 문제점

집시법상 규제 구조의 핵심에는 사전신고제가 자리 잡고 있다. 사전신고는 경찰이 집회에 대한 통제 가능성을 확보할 수 있는 가장 1차적인 수단이 되며, 금지통고의 직접적 기반을 이루는 한편, 궁극적으로 금지통고 되거나 신고되지 않은 집회의 해산과 처벌로 이어지게 하는 요인이 되고 있다는 점에서 규제법으로서 집시법이 가진 가장 핵심적 요소이다. 즉 집시법의 규제 법리의 구조는 '사전신고-금지통고-해산·처벌' 또는 '미신고집회-해산·처벌'의 구조를 취하고 있다.

가. 사전신고제

집시법상 규제 구조의 핵심을 이루고 있는 사전신고제는 다음과 같은 이유로 헌법에 위반됨은 물론 국제인권규범에도 반한다.

첫째, 사전신고제는 언론출판에 대한 사전검열제와 동일한 구조로 되어 있다. 즉 헌법상 금지되는 검열에 해당하기 위해서는 1) 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 2) 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 3) 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 4) 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖추어야 한다(2004헌가8; 96헌바2; 97헌가1; 94헌가6; 93헌가13).<sup>14</sup> 현재의 표현을 따르면 이는 “법률로써도 불가능한 것으로서 절대적으로 금지”되는 것으로 이해해야 하는데, 집시법상의 사전신고제는 검열의 4가지 요건을 모두 갖추고 있다.

둘째, 사전신고는 경찰관청 등 행정관청으로 하여금 집회의 순조로운 개최와 공공의 안전도모를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 '협력의무로서의 신고'가 아니라, 집회의 순조로운 개최에는 눈 감은 채 공공의 안전도모를 내세운 경찰의 통제 가능성의 확보를 목적으로 하는 것으로서, 사실상 허가로 가능하게 되며, 집회에 대한 허가는 헌법은 물론 국제인권규범에도 반하는 것이다.

셋째, 집시법상의 사전신고제는 기본권적 가치와 사회 일반의 이익을 동렬에 위치시킴으로써 기본

14 헌재 2008.10.30, 2004헌가8; 1998.2.27, 96헌바2; 1997.3.27, 97헌가1; 1996.10.31, 94헌가6; 1996.10.4, 93헌가13 등.

권으로서 집회의 자유 보장을 약화시키고, 사전신고제라는 수단은 결국 집회의 원천적 봉쇄로 이어질 수 있을 뿐 아니라 신고의 필요성이 없는 평화적 집회에도 신고의무가 부과되므로 이는 필요한 범위를 넘는 과도한 제한일 뿐 아니라, 집회의 자유 행사를 어렵게 만드는 위축효과가 매우 크므로 이러한 불이익은 공공의 안녕질서 보호라는 명목으로 정당화할 수는 없다는 점에서 사전신고제는 기본권 제한에 일반적으로 요구되는 비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙에도 반한다.

### 나. 금지통고제

집시법이 규제대상을 모든 집회로 하되, 그 보호대상은 적법한 집회로 국한하고 있는 결과 필연적으로 나타나는 현상은 집회를 원칙적으로 금지하고, 예외적으로만 허용하는 것이다. 이를 가장 분명하게 보여주는 요소가 금지통고이며, 사전신고제에 이어 집시법상 규제 구조의 두 번째 단계를 구성한다. 금지통고제는 다음과 같은 이유로 허용될 수 없다.

첫째, 법률상으로는 사실상으로는 일정한 신고절차를 밟았다고 해서 옥외집회와 시위를 할 수 있는 것은 아니다. 즉 현행 집시법상 금지통고의 사유가 되는 조항은 5개 조항 10여 개 항목에 이르고, 이들 대부분의 경우 집회와 시위의 허용 여부가 경찰의 재량에 의하여 결정되도록 설계되어 있기 때문이다. 즉 신고했다고 하더라도, 그리고 평화적 집회인 경우에도, 집회 및 시위의 가능 여부는 여전히 경찰관서장의 판단에 좌우된다. 이로 미루어 볼 때 신고는 (금지통고를 하지 않는다는) 부작위에 의한 허가를 위한 신청행위로서의 성격을 가진다고 보는 것이 정확할 것이고, 금지통고는 성격상 신청에 대한 불허가처분이며 금지통고를 하지 않는 것은 부작위에 의한 집회허가라고 볼 수 있을 것이다. 결국, 금지통고제는 전형적인 사전허가제의 징표이다.

둘째, 장소 규제, 시간 규제, 내용(방법) 규제의 세 가지 형태로 이루어지는 금지통고는 집회 주최자나 참가자의 집회 장소·시간·방식 선택권을 본질적으로 제약하는 것으로서, 집회형식의 다양성을 부정하고 집회의 직접적 효과를 원천적으로 봉쇄한다는 점에서 집회에 대한 본질적 침해를 이룬다. 또한, 동시집회 시 후신고집회에 대한 금지통고는 실질적으로는 집회의 목적(내용)을 이유로 한 차별을 구성하는 것이어서 집회의 자유를 거론하기 전에 평등의 관점에서 허용될 수 없다. 또한, 장소 규제는 공공기관 주변이나 주요 도로 등 가장 효과적으로 의사를 전달할 수 있는 장소에서의 집회를 불허함으로써 소수자의 의사 표현을 위한 가장 효과적인 수단을 차단하는 것으로서, 그 자체 집회의 자유의 본질과 양립할 수 없다.

셋째, 금지통고는 집회를 원천적으로 차단하는 것임에도 불구하고 이에 대한 사법적 판단의 기회가 봉쇄되어 있다. 기본권 제한의 판단에는 사법적 판단이 필수적으로 요청되나, 금지통고에 대한 이의신청조차 다시 경찰에게 제기해야 하므로, 자의적인 집회 규제를 사전에 차단할 수 있는 제도적 장치는 전혀 없다.

### 다. 집회의 해산명령, 강제 해산 및 처벌

집시법상의 규제 구조의 마지막 단계는 집회에 대한 해산(명령)과 처벌이다. 특히 사전신고 및 금지통고와 결합하게 되면, 집회에 대한 해산과 처벌의 핵심은 결국 미신고집회에 대한 규제의 형태로 귀결된다. 미신고집회에 대한 집시법상의 규제는 다음과 같은 문제를 안고 있다.

첫째, 미신고집회에 대한 제재는 공공의 안녕질서에 대한 위험을 근거로 하는 것으로 주장되지만, 평화적 집회의 개최가, 오로지 신고하지 않았다는 이유만으로 공공의 안녕질서에 위험을 초래한다거나 그릴 개연성이 높다고 볼 합리적 근거는 전혀 없다.

둘째, 신고를 협력의무의 이행이라고 볼 수 있다고 하더라도, 그러한 의무 이행은 형벌이 아닌 과태료 등의 행정상 제재로도 충분히 확보 가능한 것이어서 이를 형벌로 다루는 것은 비례의 원칙에 반한다. 또한, 미신고집회에 대한 형사처벌은 허가제의 실질을 가지는 신고제도를 강제하는 것이라고 보는 견해도 있다. 즉 허가제를 금지하고 있는 헌법의 정신에 비추어 집회의 자유는 원칙적으로 신고 없이도 성립 가능하며 신고를 하지 않았다는 이유만으로 집회 자체를 불법화하는 것은 신고제가 일반적 규제로 가능하게 하여 사실상 허가제로 운용되는 것을 의미한다.

## 2. 집회의 자유 규제의 실태

집시법 자체가 집회의 보호가 아니라 집회의 규제에 초점을 두고 있다는 것은 집회에 대한 국가의 대응 태도에서 여실히 드러난다. 신고되지 않은 모든 집회, 집시법이 금지하는 장소나 시간이나 내용으로 이루어지는 모든 집회를 위법한 집회로 보는 시각에서는, 평화적인지 아닌지를 불문하고 집시법 위반의 모든 집회가 제거되어야 할 사회악으로 취급되기 때문에, 집회의 자유가 헌법상의 중요한 기본권이라는 점은 완전히 실종되어 버리기 때문이다.

### 가. 미신고집회의 강제해산 급증

우선 미신고집회에 대한 강제해산이 부쩍 늘어나고 있다. 질서침해의 우려가 없는 기자회견이나 문화제 형식의 행사도 피켓팅, 구호제창 등의 형태를 띠면 집회·시위로 간주하고 미신고집회라는 이유로 강제해산을 명령하거나 채증 후 사법처벌을 강행하고 있다. 심지어 집회의 개념에 해당하지도 않는 '인간 띠 잇기', '릴레이 시위', '혼합인시위'나 문화제·기자회견조차도 '변형된 1인 시위' 또는 '불법집회'라고 하여 규제대상으로 삼고 있다.<sup>15</sup>

### 나. 금지통고의 증가

그뿐만 아니라 금지통고 역시 급증하고 있다. 2008년에 비하여 2009, 2010년에는 금지통고 비율이 2배 이상 증가하였다.

〈표 1〉 집회·시위신고건수 대비 금지통고 횟수 현황

연도	2007	2008	2009	2010
집회·시위신고건수	96,142	123,495	155,030	195,131 <sup>16</sup>
금지통고 횟수	368	299	900	957
비율(%)	0.38	0.24	0.58	0.49

특히 눈에 띄는 것은 금지통고 사유가 뚜렷이 변화하고 있다는 사실이다. 즉 2008년까지만 해도 금지통고사유 중 가장 높은 비중을 차지하는 것은 장소경합이었지만, 2009년부터는 공공질서위협을 이유로 한 금지통고 건수가 2008년의 10배 이상으로 폭증하였다. 집회내용을 이유로 한 금지를 의식케 하는 대목이다.

15 〈집회·시위현장 법집행 매뉴얼〉은 이를 분명히 하고 있다. 미신고집회에 대한 경찰규제의 실태에 대해서는 최은아, “미신고집회의 실태와 처벌 현황”, 집시법의 신고제의 위헌성과 미신고집회 처벌의 문제점(서강대학교 법학연구소 인권법센터, 2011.3.28.), 1~18쪽 참조.  
16 한겨레의 정보공개청구에 따르면 2010년 신고건수는 195,212건이지만, 경찰통계연보에 따르면 195,131건으로 되어 있다. 한겨레, 2011.4.19자, [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/473840.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/473840.html) 및 경찰통계연보, 2010, 230쪽.

〈표 2〉 사유별 금지통고<sup>17</sup>

연도	2007		2008		2009		2010	
	건수	비율	건수	비율	건수	비율	건수	비율
공공질서 위협	86	23.4	31	10.4	379	42.1	413	43.2
장소경합	181	49.2	140	46.8	190	21.1	237	24.8
기타	101	27.4	128	42.8	331	36.8	307	32.1
계	368	100	299	100	900	100	957	100

특히 문제 되는 것은 과거 불법폭력집회의 경력이 있다는 이유로 금지통고의 대상이 될 수 있다는 것인데,<sup>18</sup> 이 점은 유성기업과 관련한 민주노총의 집회에서 두드러졌다.<sup>19</sup> 또한, 집회 관련 양해각서(MOU, 준법시위협약)의 체결이 강조되면서 이를 체결하지 않은 단체가 주최하는 집회에 대한 금지통고가 늘어날 것이라는 우려<sup>20</sup>도 커지고 있다.<sup>21</sup>

### 다. 집회에 대한 경찰의 공격적 대응

또한 그러한 관점의 연장선상에서 집회에 대한 현장에서의 대응은 매우 공세적이다. 1차적으로 집회의 해산과 진압에 투입되는 경찰력이 매우 증가했다. 아래 표에 따르면 2008년 이후 집회에 투입되는 경찰력이 증가하여, 급기야 2010년에는 집회참가자 수보다 동원 경찰의 수가 더 많은 기현상을 보이고 있다.

17 한겨레21, 제762호, 2009.5.29, [http://h21.hani.co.kr/arti/cover/cover\\_general/25057.html](http://h21.hani.co.kr/arti/cover/cover_general/25057.html) 및 한겨레, 2011.4.19자, [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/473840.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/473840.html).  
18 박주민, “경찰 집회·시위관리방식의 문제점과 헌법 정신에 부합하는 경찰력 행사를 위한 제언”, 희망버스에서 드러난 경찰의 집회·시위 관리방식, 무엇이 문제일까?(국회의원 이정희, 정동영, 조승수, 표현의 자유를 위한 연대 주최, 2011.7.28.), 54쪽.  
19 유성기업과 희망버스 등 집회에 대한 경찰의 대응방식에 대한 비판으로는 랑희/최은아/윤창, “2차 희망의 버스, 유성기업 노동자 집회, 반값 등록금 집회에 대응한 경찰력 행사의 문제”, 같은 책, 1~20쪽 참조.  
20 박주민, 앞의 글, 54쪽.  
21 2007년 57.43%에 머물던 양해각서 체결률이 2010년 94.86%로 급증하고 있다(경찰백서, 2011, 291~292쪽)는 점은 이러한 우려를 증폭시키고 있다.

〈표 3〉 경찰력이 동원된 집회·시위발생현황

연도	구분	집회·시위건수		연동원경찰(명)	참가자 1인당 경찰 수(명)
		횟수(회)	참가인원(명)		
2010		8,811	1,462,894	1,666,320	1.13
2009		14,384	3,092,668	2,849,040	0.92
2008		13,406	3,082,069	2,562,390	0.83

출처: 경찰백서, 2010, 19쪽 및 경찰백서, 2011, 293쪽 및 경찰통계연보, 2010, 233쪽.

그뿐만 아니라 경찰의 대응 자체가 매우 공격적이다. 질서유지보다는 차벽과 원천봉쇄로, 설득과 조정보다는 과도한 물리력 사용으로, 해산보다는 검거로 이어지는 것은 그런 이유에서이다. 2002년 미선이·효순이 촛불집회에서 등장한 차벽은 집회·시위에 대한 경찰의 대표적인 대응 수단이 되어 왔고, 국가인권위원회의 자제 권고<sup>22</sup>나 헌법재판소의 위헌결정(2009헌마406) 이후에도 차벽설치는 되풀이되고 있다. 그 밖에도 기차역 봉쇄, 고속도로 차단, 접근로 봉쇄 등 집회의 지리적 공간을 박탈하거나 집회장소 선택권 및 접근권을 본질적으로 침해하는 다양한 형태의 원천봉쇄가 계속되고 있다.<sup>23</sup>

또 다른 특징은 해산보다는 검거 위주의 대응이 두드러진다는 것이다. 이 점을 잘 보여주는 것이 2008년 경찰기동대 19개 부대를 창설하고 2009년에 다시 17개 부대를 증설한 것이다.<sup>24</sup> 시위진압주력 부대인 기동대를 창설하여 배치하는 것은 미신고 집회 등에 대해서 해산보다는 검거 등 강압적 방식에 의한 집회·시위관리가 이뤄지고 있음을 보여주는 뚜렷한 증거이다.<sup>25</sup> 그러나 무엇보다도 현실적으로 가장 큰 피해를 일으키는 것은 경찰이 보이는 극도의 공격성이다.<sup>26</sup> 그뿐만 아니라 희망버스나 유성기업, 반값등록금 관련 집회 등에서 나타났듯이 살수차와 물대포, 최루액 살포 등 집회·시위에 대

22 국가인권위원회, “집회금지통고제도 및 사전차단조치 개선을 위한 법령 및 관행 개선 권고”, 2008.1.28, <http://www.humanrights.go.kr/02\_sub/body02\_v.jsp?id=1259&page=1>.

23 오동석, “차벽 설치의 위헌성”, ‘희망버스에서 드러난 경찰의 집회·시위관리방식, 무엇이 문제일까?’(2011.7.28.), 27-31쪽.

24 경찰청, 경찰백서(2010), 26쪽.

25 박주민, 앞의 글, 49쪽.

26 국가인권위원회는 촛불집회와 관련된 결정에서 10여 쪽에 걸쳐 경찰의 과도한 공격성을 엄중하게 지적하고 있는데, 후퇴하는 사람에 대한 공격, 지켜보는 사람 및 사진촬영하는 사람에 대한 공격, 폭행을 만류하는 사람에 대한 공격, 넘어진 사람에 대한 공격, 여성과 아동에 대한 공격, 의료지원 활동하는 사람에 대한 공격 등이 거침없이 되풀이되고 있음을 잘 보여준다. 국가인권위원회, “미국산 쇠고기 전면 수입 반대 촛불집회시위 관련 직권 및 진정사건 조사 결과에 따른 권고”, 2008.10.27, <http://www.humanrights.go.kr/02\_sub/body02\_v.jsp?id=1258&page=1>, 검색일: 2011.12.10.

한 경찰의 대응은 마치 전쟁 시에 적을 대하는 듯한 태도로 나타나고 있다.<sup>27</sup> 경찰의 물리력 행사에반 드시 요구되는 비례의 원칙은 이미 실종된 지 오래지만, 이를 바로 잡을 방법도, 장치도 없어 보인다.

### 라. 경찰폭력에 대한 불처벌과 규제 강화

물론 이 과정에서 경찰에 의한 많은 폭력이 발생하지만, 이는 집시법의 구조로부터 비롯되는 필연적 결과이므로, 설사 집회참가자가 경찰폭력에 의해 부상당하거나 심지어 사망하는 일이 발생하더라도 이에 대해 책임을 묻는 일은 절대로 발생하지 않는다. 오히려 검찰, 법원, 정부, 헌법재판소가 모두 나서서 경찰의 행위를 정당화하고 나아가 국회는 경찰의 권한을 더욱 강화시키는 법률을 통과시키고 집회진압장비 구매를 위한 예산을 추가 배정한다. 결국, 국가 자체의 폭력이므로 국가는 결코 그 폭력을 문죄하지 않으며, 오히려 국가폭력의 피해자인 집회참가자를 범죄자로 몰아간다(용산참사).

### 마. 무리한 기소와 왜곡된 법 적용

한편 이러한 검거 위주의 대응은 기소와 판결에서는 다소 엉뚱한 결과를 가져온다. 경찰이 주장하는 ‘불법폭력시위’는 감소하고 있음에도 불구하고 구속률이 높아졌다는 점도 문제지만, 검거인원 대비 기소의견 송치 비율은 급감하고 있는 반면<sup>28</sup> 기소된 사건에 대한 무죄율이 매년 높아지고 있다는 점은 더욱 심각한 문제이다. 높은 무죄율은 경찰의 무리한 수사뿐만 아니라 검찰의 무리한 기소 역시 드러 내 주는 증거이기 때문이다. 그리고 이 과정에서 현행법 체포의 요건을 엄격히 하고 있는 형사소송법의 제한을 피하려고 집시법이 아니라 형법상 일반교통방해죄를 적용하는 사례 역시 급증하고 있다.<sup>29</sup>

27 이를 집회·시위관리지침에서는 “장비 중심의 현장대응”이라고 미화시키고 있다. 박주민, 앞의 글, 50~51쪽.

28 설사 풀어주는 한이 있더라도 일단 검거하고 보는 방침에 따른 자의적 체포와 구금이 빈발하고 있음을 보여준다. 박주민, 앞의 글, 55~56쪽. 박주민은 그 원인을 현장 검거 위주의 대응, 경미한 사안도 입건하는 등 강경한 방침을 집행한 결과로 해석하고 있다.

29 이러한 편법적용은 집회의 자유에 대한 헌법적 보호의 취지를 부정하는 것이 명백한데도 불구하고(한인섭, “일반교통방해죄와 집회시위에의 그 적용을 둘러싼 문제”, 형사법연구 제2권 제1호, 2009, 368~373쪽), 현재는 합헌결정을 선고함으로써 경찰의 권력남용을 견제하기는커녕 오히려 날개를 달아주었다(2009헌가2).



〈표 4〉 불법시위 관련 사범 처리 현황<sup>30</sup>

연도	2006	2007	2008	2009	2010
집회·시위건수	10,368	11,904	13,406	14,384	8,811
불법폭력시위	62	64	89	45	33
사범처리인원	9,466	6,265	4,933	5,347	4,220
구속(%)	305(3.2)	176(2.8)	148(3.0)	220(4.1)	34(0.78)
검거인원	1991	1965	2381	1802	542(상반기)
기소의견송치(%)	1772(89.0)	1754(89.3)	2197(92.3)	1434(79.6)	434(80.1)(상반기)
기소건수	206(11.6)	318(18.1)	470(21.4)	488(34.0)	501(전체)
무죄건수(%)	5(2.4)	7(2.2)	15(3.2)	20(4.1)	37(7.4)

\* 사범처리인원에는 구속, 불구속, 즉심, 훈방이 포함됨.

### 바. 집회 개최 단체에 대한 재정적 압박

이처럼 집시법 위반의 집회는 절대악으로, 이를 주최하거나 참여하는 사람들은 발본색원되어야 할 대상으로 취급되고 있다. 집회 주최자(단체)에 대한 손해배상소송과 재정지원 철회 등의 재정적 압박까지 동원되는 것은 그런 이유에서이다. 경찰청은 '불법폭력시위 관련 단체'라는 기준을 관련 기관에 제출했고, 정부부처들은 이를 적용, 단체들에 대해 보조금 지급을 중단하거나 보조금 신청 및 지급단계에서 서약서 작성을 요구하여 민간단체들의 소송·진정·불복중운동에 직면해 있는 상황이다. 이에 따라 행정안전부, 여성부, 영화진흥위원회, 한국문화예술위원회, 방송통신위원회 등에서 민간단체들에 대한 보조금 지급을 거부, 제한, 취소하는 등의 조치를 취했다.<sup>31</sup>

### 사. 소결

이와 같은 규제의 실태를 보면, 적어도 집회와 관련되는 한 규제의 중심에는 경찰이 있음을 어렵지

30 이 표는 경찰청 통계자료, 2010, [http://www.police.go.kr/infodata/pds\\_07\\_totalpds\\_06\\_01.jsp#none](http://www.police.go.kr/infodata/pds_07_totalpds_06_01.jsp#none)와 국민일보, "집시법 위반 '수사권 남용' 위험수위... 집회 시위 확 줄었는데 기소·무죄율은 확 늘었다", 2011.5.18., <http://news.kukinews.com/article/view.asp?page=1&gcode=kmi&arcid=0004969727&cp=nv>, 그리고 박주민, 앞의 글, 57~58쪽의 표들을 기반으로 재구성한 것이다.

31 박주민, 앞의 글, 60~61쪽.

않게 알 수 있다. 경찰이 중심에 서서 어떤 조치를 취하면 주변의 여러 기관이 나서서 경찰의 조치를 정당화하거나 그것을 더욱 구체화하는 역할을 담당한다. 신고, 금지, 봉쇄, 해산, 검거 등이 경찰의 주도로 이루어지면, 검찰이 나서서 기소를 담당하고 법원은 기꺼이 유죄판결을 선고한다. 검찰의 기소논리나 법원의 유죄논리는 모두가 경찰의 집회·시위 진압 논리와 판에 박은 듯하다. 경찰의 이러한 조치를 뒷받침하는 집시법의 위헌 여부가 문제 되면 헌재가 나서서, 온갖 해괴한 논리를 내세워 결국은 집시법의 모든 규정은 필요하고 적절하므로 헌법에 위반되지 않는다고 선언한다. 경찰이 건네준 불법폭력시위단체명단을 받아 친 정부부처는 이제 경찰이 시키는 대로 이들 단체에 대한 보조금 등 각종 지원을 거부·철회·취소하고, 정부는 경찰이 더욱 효과적으로 이른바 불법폭력시위에 대응할 수 있도록 장비와 인력을 강화하기 위한 전폭적 지원을 아끼지 않으며, 국회는 경찰이 더욱 적극적으로 집회 대응 활동을 전개할 수 있도록 법적 기반을 강화하기 위한 집시법 개악을 추진한다. 설령 집회·시위의 해산 과정에서 경찰의 과도한 폭력이 원인이 되어 사망자나 부상자가 나오더라도 검찰과 법원은 그 원인을 모두 집회·시위 주최자와 참가자에게 돌리고, 슬그머니 경찰과 국가의 책임을 덮어 버린다.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 집시법의 문제점과 개선방향

현행 집시법의 개선방향 모색은 문제점에 대한 정확한 인식에서 출발해야 한다. 집시법의 문제점은 다음과 같이 요약될 수 있다.

가. 현행 집시법의 본질적 문제점은 그 목표를 평화적 집회의 보호가 아니라 법 스스로 규정하는 '적법한 집회'의 보호와 '위법한 집회'의 규제에 두고 있다는 것이다. 이로부터 집시법의 목표를 평화적 집회의 보호에 두어야 한다는 점이 최우선과제로 대두된다.

나. 사전신고제가 집회 허용 여부를 판단하기 위한 전제로 작동하고 있다. 이로부터 집회신고와 집

회금지의 고리를 끊는 것이 1차적으로 요구된다. 즉 신고 자체는 허용될 수 있으나, 이것이 금지와 연결되는 한 그것은 허가이며 금지되어야 한다.

다. 집회의 신고와 금지, 해산 등이 모두 경찰에 의해 이뤄지고 있다. 관리기관과 규제기관의 구별이 없다는 것은 자의적 규제를 가능하게 하는 발판이 되고 있다. 이로부터 신고기관과 질서유지기관, 최종적 판단기관의 분리가 요청된다. 특히 집회의 자유는 민주주의의 실현을 위한 가장 중요한 기본권의 하나라는 점에서 이에 대한 제한을 결정하는 기관은 국민의 심판에도 열려있어야 한다. 경찰이 아니라 지방자치단체가 집회에 관한 주무기관이 되어야 하는 이유이다.

라. 현행 집시법은 집회의 자유 행사를 사전적으로 금지할 수 있는 구조로 되어 있다. 기본권, 특히 표현의 자유 제한에 가장 위헌성이 강하다고 보는 것이 검열과 허가 등의 금지적 사전제한이라는 점에서 집회의 평화성이 유지되는 한, 집회 자체를 불가능하게 하는 형태의 일체의 사전적 제한은 허용되어서는 안 된다.

마. 집회를 금지하는 것이 아닌 한 사전제한도 가능하지만, 그러한 제한에 대한 불복방법이 거의 실효성이 없다는 것은 집시법이 가진 또 다른 문제이다. 집회의 사전제한은 법원의 판단으로 이루어지거나 행정기관의 사전제한에 대해서는 최소한 법원에 대한 신속한 불복기회가 제공되어야 하고, 법원의 판단은 집회개최일 전날까지는 내려져야 한다. 또한, 법원의 판단으로 집회에 대한 사전제한을 할 때에도 그러한 제한은 대체집회를 가능하게 하는 형태로만 정당화된다.

바. 현행 집시법은 평화적 집회라 하더라도, 즉 집회의 개최와 진행, 종결까지의 전 과정이 평화적으로 이루어진다고 하더라도 신고가 되지 않으면 강제 해산하고 주최자 등을 처벌할 수 있다. 이는 평화적 집회의 보호라는 헌법이나 국제인권규범의 요청을 부정하는 것으로서, 평화성을 유지하는 한 신고 여부를 집회 해산의 사유로 삼아서는 안 된다는 요청이 이로부터 부상된다.

사. 공공질서 보호 등을 이유로 한 집회의 자유 행사에 대한 해산 등 사후적 제한은 가능하지만, 현재는 미신고라는 사유만으로도 해산과 처벌을 할 수 있다는 문제를 안고 있다. 그러한 제한은

공공질서에 대한 위협이 명백하고 현존하는 경우, 즉 비평화성이 가시화하는 경우에만 예외적이고 개별적인 처분으로 이루어져야 한다. 즉 소수 참가자의 위법행위를 집회 자체를 불법화하는 사유로 삼아서는 안 된다.

아. 옥외집회의 신고제는 유지될 수 있으나, 신고의 대상이 되는 집회의 범위가 명확히 규정되어야 하며, 신고 불이행에 대한 제재는 협조 의무 위반의 차원에서만 이루어져야 하고 따라서 행정질서벌의 형태를 띠어야 하지 그것을 범죄화해서는 안 된다.

## 2. 입법의 방향: 집시법의 폐지와 집회보호법의 제정

현행 집시법은 집회와 시위의 보호에는 눈감은 채 그 규제에만 초점을 맞춘 것으로서, 이것이 평화적 집회의 자유를 보호하고 있는 헌법의 정신을 정면으로 부정하는 것인 이상 현행법의 틀을 유지하면서 집회와 시위의 자유를 보장할 방법은 없다. 이에 따라 이 글에서는 현행 집시법의 폐지와 새로운 집회보호법의 제정을 제안한다. 새로 제정될 집회보호법의 입법방향은 다음과 같다.

가. 집회와 시위의 보호는 법률의 명칭과 목적에서 가시적으로 드러나야 한다. 따라서 우리는 새로운 법률의 명칭을 '집회의 보호에 관한 법률'(이하 '집회보호법')로 할 것을 제안한다. 또한, 이러한 명칭에 걸맞은 법률의 목적이 명확하게 제시되어야 한다. 이에 따라 집회보호법에는 "이 법률은 헌법이 보장하는 평화적 집회의 자유를 보호·신장하는 데 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다"는 점이 명확하게 선언되어야 한다.

나. 평화적 집회를 보호하고 다른 공공 이익의 보호를 위한 준비를 위하여 협력의무로서의 사전신고제는 유지한다. 그러나 신고가 집회의 금지를 위한 도구가 되는 것은 배제되며, 따라서 신고의 모자람이 범죄화되어서는 안 된다. 즉 새로 만들어질 집회보호법의 기본 틀은 협력의무로서 신고제의 유지, 금지통고제 및 집회해산제의 폐지, 미신고집회의 범죄화 폐지, 경찰에서 지방자치단체로의 집회관리주체의 변경이다.

다. 이러한 기본 틀을 유지하기 위하여 몇 가지 필수적인 개념들의 명확한 의미를 정의하는 규정이 포함되어야 한다. 특히 신고의 대상이 되는지를 판단하기 위하여 매우 중요한 사항들, 즉 '집회', '소규모집회', '긴급집회', '우발적 집회' 등의 의미를 분명히 정의하는 규정이 포함되어야 한다.

라. 집회는 특정한 사상이나 의견의 전달을 목적으로 하는 집단적 표현의 한 형태이므로, 그것에 대한 제한은 내용을 이유로 한 것이어서는 안 된다. 따라서 집회보호법에서는 최소한의 원칙규정으로서, 집회에 대하여 부과되는 어떠한 조건이나 제한도 집회에서 표현되는 종교나 신앙, 사상이나 의견을 이유로 이루어져서는 안 된다는 점이 명시되어야 한다.

마. 사전신고는 공공질서 유지를 위한 최소한의 의무로서 부과되는 것이므로, 공공질서 침해의 우려가 없는 소규모집회는 신고대상이 아니라는 점이 명시되어야 한다. 아울러 소규모집회가 아니라도 집회주최자 없이 개최되는 우발적 집회 역시 신고의무가 면제된다는 점이 명시되어야 하며, 집회의 성격상 집회신고기간을 엄격하게 적용할 수 없는 긴급집회의 경우 신고기간이나 신고방식은 최소한으로만 요구되어야 한다는 점 역시 명문으로 규정되어야 한다.

바. 집회의 신고는 순수한 의미의 협력의무에 불과하므로 범죄의 수사를 목적으로 하는 경찰이 담당하는 것은 적절치 않기 때문에, 신고를 포함한 집회에 대한 담당기관은 경찰서장이 아닌 지방자치단체장으로 하여야 한다. 이는 집회에 대한 제한을 할 때에도 그러한 제한을 담당하는 기관은 국민의 민주적 심판에 열려있는 기관이어야 한다는 점을 고려한 것이다.

사. 같은 시간에 같은 장소에서 복수의 집회가 신고된 경우(동시집회)에도 신고된 모든 집회를 개최할 수 있어야 함이 원칙이며, 이러한 원칙은 명문으로 규정되어야 한다. 그러나 같은 장소에서 복수의 집회 동시개최가 어려운 경우도 있을 수 있으므로, 이런 때에는 지방자치단체장이 신고를 한 집회 주최자들과 협의를 하여 결정하는 것을 원칙으로 하되, 협의에 따른 결정이 이루어지지 않으면 추첨으로 신고된 장소에서 개최되는 집회를 결정하도록 할 것을 제안한다. 그러나 추첨이라는 우연적 요소에 의하여 집회의 개최 자체를 부정할 수는 없으므로, 추첨 때문에 신고장소에서 개최할 수 없게 된 집회에 대해서는 가장 가까운 대체장소를 지방자치단체장이 제공해 주도록 해야 한다.

아. 신고된 집회나 신고가 면제된 집회는 평화적 집회인 한 금지할 수는 없지만, 지방자치단체장이 공공질서유지를 위하여 일정한 경우에 집회의 장소나 시간의 변경을 요청하거나 집회 방식을 제한할 수 있다. 그러나 이러한 집회의 변경이나 제한을 할 때에는 반드시 서면으로 그 이유를 명시하여 주최자에게 통지하도록 해야 하며, 이러한 통지는 집회 신고 후 24시간 이내에 이루어져야 하고, 그 시간 내에 변경 등 통지가 없는 경우에는 신고된 대로 집회를 개최할 수 있도록 해야 한다.

자. 집회의 변경이나 제한은 직간접적으로 집회의 일시나 장소 및 방법 선택권을 제한하는 것이므로, 그 최종적 판단은 법원에 맡겨야 한다. 따라서 집회의 변경이나 제한 통지를 받으면 주최자는 즉각 법원에 그 당부를 다투는 가처분을 신청할 수 있도록 하고, 법원은 가처분 신청 후 48시간 이내에, 그리고 늦어도 신고된 집회의 개최일 전날까지는 결정하도록 해야 한다.

차. 집회의 보호 요청(현행 집시법 제3조 제4항)에 대한 사항은 유지될 필요가 있다. 단 보호요청의 주체를 집회주최자뿐만 아니라 지방자치단체장으로 확대하는 것이 필요하다.

카. 새로운 집회보호법에는 두 종류의 벌칙이 포함되어야 한다. 하나는 형벌이고, 하나는 행정제재로서의 과태료이다. 집회를 방해하는 행위는 기본권의 행사를 부정하는 것으로서 엄중하게 처벌되어야 하고, 특히 경찰이나 공무원에 의한 집회방해는 가중처벌되어야 한다. 반면 행정상 협력의무 위반에 대한 제재로서 과태료처분을 둘 수 있다.

#### [별첨] 집회의 보호에 관한 법률(안)

**집회의 보호에 관한 법률(안)**  
제1조(목적) 이 법률은 평화적 집회의 자유를 보호·신장하는 데 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

### 제2조(보호의 원칙)

누구든지 자유롭게 집회를 개최하거나 집회에 참가할 수 있다. 집회의 자유의 행사는 이 법률이 정하는 경우를 제외하고는 어떤 제한도 받지 않는다.

### 제3조(정의)

이 법률에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “집회”라 함은 2인 이상의 사람이 공동의 의사를 표현할 목적으로 일정한 장소에 일시적으로 모이는 것을 말한다.
2. “소규모집회”라 함은 참가인원이 50인 미만인 집회를 말한다.
3. “긴급집회”라 함은 사회적 쟁점에 관한 직접적이고 즉각적인 대응으로서 조직되고 개시되는 집회로서, 참가자들에 따르면 지체되어서는 안 되는 집회여서 통상적인 신고절차의 이행이 불가능한 집회를 말한다.
4. “우발적 집회”라 함은 집회 주최자가 없는 집회로서 사전 광고나 초청 없이 특정 장소에 사람들이 모임으로써 이루어지는 집회를 말한다. 일련의 사람들이 연쇄적으로 결합하는 1인 시위는 우발적 집회로 본다.

### 제4조(적용범위)

이 법률의 규정은 천정이 있거나 사방에 울타리가 쳐진 장소에서 개최되는 집회에서 대해서는 적용되지 않는다. 단, 제4조, 제10조 및 제11조의 경우에는 그렇지 않다.

### 제5조(내용을 이유로 한 제한 등의 금지)

집회에 대하여 부과되는 어떠한 조건 부과나 제한도 집회에서 표현되는 종교나 신앙, 사상이나 의견을 이유로 이루어져서는 안 된다.

### 제6조(집회의 신고)

① 집회를 개최하고자 하는 사람은 집회개최일 72시간 전까지, 도로를 점하여 행진할 경우에는 집회개최일의 5일 전까지 관할 기초자치단체장에게 그 일시와 장소, 주최자와 목적, 예상참여인원을 신고하여야 한다. 단, 소규모집회나 우발적 집회의 경우에는 신고가 면제된다.

② 제1항에 의한 집회의 신고는 서면, 전화 또는 인터넷을 통하여 할 수 있다. 단, 도로를 점하거나 행진을 하는 집회의 경우 서면 또는 인터넷을 통하여 점하는 도로의 범위 또는 행진 경로가 적시된 신고서를 제출하여야 한다.

③ 지방자치단체장은 제1항 내지 제2항의 신고를 접수하기 위한 제반 여건을 갖추어야 하며, 신고없이 집회를 개최할 수 있는 구역을 지정할 수 있다.

④ 긴급집회의 경우 집회 주최자는 제1항의 규정에도 불구하고 집회 개최를 공지하기 이전에 신고하면 된다. 이 경우의 신고는 전화신고로 충분하다.

### 제7조(동시집회에 대한 특례)

① 동일한 일시에 동일한 장소에서 개최되는 2 이상의 집회의 신고가 동일한 날에(삭제) 접수된 경우에는, 관할 지방자치단체장은 신고된 모든 집회가 원활하게 개최될 수 있도록 하여야 한다. 단, 신고된 모든 집회를 개최할 수 없다고 판단하는 경우에는 신고된 집회의 주최자들과 협의하여 집회 개최 및 진행 방안을 결정할 수 있다.

② 제1항 단서의 규정에 따른 협의에 의하여 집회 개최 및 진행 방안이 결정되는 경우에는, 지방자치단체장은 그 내용을 지체없이 집회 주최자들에게 서면으로 통지하여야 한다.

③ 집회 주최자들과의 협의를 거쳤음에도 집회 진행 방안이 확정되지 못하고 공간의 부족으로 신고된 모든 집회를 동시에 진행하기가 어렵다고 판단하는 경우 지방자치단체장은 추첨을 통하여 동시 개최가 가능한 수만큼의 집회를 결정한다. 단, 이 경우 지방자치단체장은 추첨에 의하여 신고된 장소에서 집회를 개최할 수 없게 된 집회의 주최자가 원하는 경우에는 신고된 장소에서 가장 가까운 대체장소를 제공하여야 한다.

④ 동일한 장소에서 동일한 일시에 2 이상의 집회가 동시에 개최되는 경우 지방자치단체장

은 각 집회 간의 충돌을 막기 위하여 집회 대열 사이에 경계선을 설치하거나 충돌방지를 위한 인력을 배치할 수 있다.

- ⑤ 제4항의 규정에 의하여 배치되는 충돌방지인력은 모자, 제복, 완장 등 집회참가자들이 충돌방지인력임을 인식할 수 있는 복장을 착용하여야 한다.

### 제8조(집회에 대한 변경 요청 및 제한)

① 집회의 신고를 받은 지방자치단체장은 다음 각호의 구분에 따라 집회 장소 또는 시기의 변경을 요청하거나 집회의 방식에 대하여 일정한 제한을 할 수 있다. 단, 장소의 변경을 요청하는 경우에는 가장 가까운 대체장소를 제공하여야 한다.

1. 집회가 도로를 점유할 것으로 예상되는 경우에는 차량 및 사람의 최소한의 통행을 확보할 수 있도록 도로 점유의 범위와 경로를 변경·지정할 수 있다.
  2. 집회 신고장소에서 집회신고일 이전에 신고된 집회가 있는 경우에는 집회의 장소나 시기의 변경을 요청할 수 있다.
  3. 집회 신고장소에서 집회신고일 이전에 이미 공지된 행사가 예정되어 있는 경우에는 집회 장소나 시기의 변경을 요청할 수 있다. 단, 집회가 그 행사에 대한 의견 표시를 목적으로 하는 경우에는 변경을 요청할 수 없다.
  4. 대통령령이 정하는 주요 공공기관 주변에서 개최되는 집회의 경우 일반인의 공공기관 출입을 위한 진출입로의 확보를 위한 조치를 할 수 있다.
  5. 거주지역에서 오후 9시 이후 오전 6시 이전에 개최되거나 진행되는 집회의 경우에는 주거의 평온을 보호하기 위하여 확성기 사용을 제한할 수 있다.
- ② 지방자치단체장이 신고된 집회에 대하여 제항에 의한 변경요청이나 제한을 하는 경우에는 그 내용과 이유를 집회 주최자에게 서면으로 통지하여야 하며, 집회신고 후 24시간 이내에 통지를 하지 않은 경우에는 집회 주최자는 신고된 대로 집회를 개최할 수 있다.

### 제9조(집회 변경 등 통지에 대한 불복방법)

- ① 제8조 제2항에 의한 통지를 받은 집회 주최자가 이에 불복하는 경우에는 즉시 신고된 장소를 관할하는 법원에 그 집행정지를 구하는 가처분을 신청할 수 있다.
- ② 전항에 의한 가처분이 신청되었을 경우 관할 법원은 48시간 이내에, 그리고 늦어도 집회 개최일 전일까지는 그 인용 여부에 관한 결정을 내려야 한다.
- ③ 관할법원이 전항에 의한 가처분 신청을 인용하는 경우에는 집회 주최자는 최초 신고된 일시와 장소에서 집회를 개최할 수 있으며, 가처분신청이 기각된 경우에는 통지된 내용에 따라 집회를 개최하거나 새로 제5조에 따른 신고를 하고 집회를 개최하여야 한다.

### 제10조(집회의 보호 요청)

집회의 주최자 또는 지방자치단체장은 평화적인 집회가 방해받을 염려가 있다고 인정되면 관할 경찰관서에 그 사실을 알려 보호를 요청할 수 있다. 이 경우 관할 경찰관서의 장은 정당한 사유 없이 보호 요청을 거절하여서는 안 된다.

### 제11조(벌칙)

- ① 이 법에 따른 집회의 개최, 진행을 방해하거나 집회 참가를 방해하는 경우에는 1년 이하의 징역 또는 1000만 원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 경찰관 또는 공무원이 제항의 죄를 범한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2000만 원 이하의 벌금에 처한다.

### 제12조(벌칙)

집회 주최자가 다음 각호에 해당하는 경우에는 50만 원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제6조에 의한 집회 개최 신고를 하지 않고 집회를 개최한 경우
2. 제9조에 따른 가처분신청이 법원에서 기각되었음에도 불구하고 지방자치단체장의 변경 등 통지의 내용을 준수하지 않고 집회 개최를 강행한 경우

# 경찰의 집회·시위 관리

## I. 문제제기

집회·시위의 자유는 집단적 표현의 권리이다. 한국 헌법 제21조는 집회의 권리를 보장하고 있으며 동시에 집회에 대한 허가제를 명백하게 금지하고 있다. 그러나 '집회 및 시위에 관한 법률'(이하 '집시법'이라 함)이 사전신고, 금지통고, 해산명령 등으로 합법의 틀 안에서 집회·시위의 자유를 제약하고 있다면, 집회·시위 현장에서 경찰은 '집회·시위 관리'를 통해 집회·시위의 자유를 규제하고 있다.

경찰은 집회·시위관리지침에 따라 △차벽 △이동제한 △불심검문 △채증 △출석요구서 △장비 △불법폭력시위 관련단체 명단 작성과 이에 따른 보조금 제한 △민사상 손해배상 청구 등을 이용하여 자의적으로 집회·시위의 자유를 억제하고 있다. 또한, 집회 현장에서 폭력을 행사한 경찰과 책임자에 대하여 형사처벌이 이루어지고 있지 않다.

이러한 관행들은 이명박 정부 들어 '엄정한 법질서 확립이나 불법행위에 대한 무관용 원칙'이라는 미명하에, 집회·시위에 관한 권리가 기본권으로서 보장되기는커녕 '불온과 불법'의 낙인이 찍혀 있는 상태에 머물고 있다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

#### 세계인권선언

제3조 모든 사람은 생명권과 신체의 자유와 안전을 누릴 권리가 있다.

제5조 어느 누구도 고문이나, 잔혹하거나, 비인도적이거나, 모욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다.

제20조 1. 모든 사람은 평화적 집회와 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약

제7조 어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다. 특히 누구든지 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다.

제9조 1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 억류되지 아니한다. 어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다.

제21조 평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.

#### 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약

제16조 1. 당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 제1조에 규정된 고문에 미치지 아니하는 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌이 공무원이나 그 밖

의 공무수행자에 의하여 직접 또는 이들의 교사·동의·묵인 아래 이루어지는 것을 방지한다. 특히 제10조·제11조·제12조 및 제13조에 규정된 의무는 “고문”이라는 표현 대신에 그 밖의 형태의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌이라는 표현으로 대체하여 그대로 적용한다.

### 유엔 법집행관 행동강령<sup>32</sup> (1979)

제2조 임무 수행시 법집행관은 인간의 존엄성을 존중하고 보호해야 하며 모든 사람의 인권을 지키고 옹호해야 한다.

제3조 법집행관은 꼭 필요한 경우에만, 그리고 임무를 수행하기 위해 요구되는 범위 내에서만 물리력을 사용할 수 있다.

제5조 법집행관 가운데 어느 누구도 고문이나 기타 잔인하고, 비인도적이며 굴욕적인 대우나 처벌을 가하거나, 선동하거나 묵인해서는 안 되며, 또한 그 어느 경찰도 고문이나 기타 잔인하고, 비인도적이며 굴욕적인 대우나 처벌을 정당화하기 위해 상급자의 지시 또는 전시나 전쟁의 위협, 국가안보에 대한 위협, 내부 정치 불안, 기타 공공비상사태 등의 예외적인 상황을 이유로 내세워서는 안 된다.

### 법집행관의 무력 및 화기 사용에 대한 기본 원칙<sup>33</sup> (1990)

4. 직무를 수행 중인 법집행관들은 물리력과 화기 사용에 의존하기 이전에 가능한 한 비폭력적인 수단들을 사용해야 한다. 법집행관들은 의도한 결과를 이룰 어떤 징조도 보이지 않거나 다른 수단들이 효과적이지 않을 경우에만 물리력과 화기를 사용해도 좋다.

5. 합법적인 물리력과 화기 사용이 불가피할 때는 언제나, 법집행관들은 다음 사항을 이행해야 한다.

(a) 위법행위의 정도와 합법적 목표에 준하여 물리력과 화기 사용을 자제한다.

(b) 피해와 부상을 최소화하고, 생명을 존중하고 보호해야 한다.

(c) 부상당하거나 물리력에 영향을 받은 사람은 누구든지 가능한 한 이른 시기에 의료지원과 도움을 반드시 받도록 해야 한다.

(d) 부상당하거나 물리력에 영향을 받은 사람의 친척이나 가까운 친구들은 가능한 한 이른 시기에 그 사실을 반드시 통보받도록 해야 한다.

6. 법집행관의 물리력과 화기 사용에 의해 부상이나 사망이 일어난 곳에서 법집행관들은 원칙 22에 따라 즉각 그들의 상관에게 사건을 보고해야 한다.

7. 각 정부들은 법집행관에 의한 자의적이거나 폭력적인 물리력과 화기의 사용이 실정법 하에서 범죄행위로 반드시 처벌받도록 해야 한다.

9. 법집행관은 자기방어나 중대한 부상 또는 목전의 사망위협에 맞서 다른 이들을 지키기 위한 것을 제외하고는 대인 화기를 사용해서는 안 된다. 특히 생명을 심각하게 위협하는 중대 범죄의 발생을 막아야 할 때, 그러한 위협을 발생시키고 법집행관의 권위에 저항하는 사람을 체포하거나 탈주를 막아야 할 때 그리고 덜 극단적인 수단들이 이러한 목표를 이루기에 효과적이지 않을 때에만 대인 화기를 사용할 수 있다. 어떤 경우라도, 치명적 화기의 의도적인 사용은 생명을 지키기 위해서 진정으로 불가피한 경우에만 가능하다.

12. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 세계인권선언에 포함된 원칙에 따라 모든 사람은 합법적이고 평화적인 집회에 참여할 수 있으므로, 정부와 법집행기구, 법집행관들은 원칙 13, 14에 부합될 때만 물리력과 화기는 사용될 수 있음을 인식해야 한다.

13. 불법적이지만 비폭력적인 집회해산과정에서 법집행관들은 물리력의 사용을 피해야 하며, 그것이 여의치 않은 경우에는 물리력의 사용을 필요한 최소한도로 제한해야 한다.

14. 폭력 집회해산과정에서 법집행관은 덜 위험한 수단이 실행 불가능할 때만, 필요한 최소한도로 화기를 사용할 수 있다. 법집행관은 원칙 9에서 명시된 상황을 제외하고는 화기를 사용해서는 안 된다.

20. 법집행관의 교육훈련에서 정부와 법집행기구들은 경찰윤리와 인권 쟁점들, 특히 수사과정에서, 그리고 물리력과 화기 사용을 대체할 수 있는 수단들—이 수단들에는 갈등

<sup>32</sup> Code of Conduct for Law Enforcement Officials, 1979년 12월 유엔총회에서 결의안 34/169로 채택, 1979.12.17.

<sup>33</sup> Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, 쿠바 아바나에서 열린 '범죄 예방과 범위반자 처우에 관한 8차 유엔 회의'에서 채택, 1990.8.27~9.7.

의 평화적 해결, 군중 행동에 대한 이해 그리고 설득, 타협, 중재의 방법들뿐만 아니라 물리력과 화기 사용을 제한하는 관점에서의 기술적인 수단들이 포함된다—에 특별한 주의를 기울여야 한다. 법집행기구들은 특별한 사건들까지 감안하여 교육훈련 프로그램과 운용절차를 검토해야 한다.

22. 정부와 법집행기구들은 원칙 6과 11에서 언급된 모든 사건들을 보고하고 검토하는 효과적인 절차를 세워야 한다. 이 원칙들에 따라 보고된 사건들에서 정부와 법집행기구들은 효과적인 검토 과정이 이루어지고 독립적인 행정기구 또는 기소기구들이 적절한 상황에서 관찰권을 행사하는 위치에 있도록 보장해야 한다. 사망, 중상 또는 그 밖의 중대한 결과들의 경우에는 상세한 보고서가 행정적 검토와 사법적 통제 책임이 있는 관계기관에 즉각 보내져야 한다.
23. 물리력과 화기사용의 피해를 입은 사람들 또는 그들의 법률 대리인들은 재판과정을 포함해 독립적인 절차에 대한 이용 권한을 지녀야 한다. 그 사람이 사망할 경우에 이 조항은 피부양자에게 적용되어야 한다.
24. 정부와 법집행기구들은 만약 상급자들이 그들의 지휘아래 있는 법집행관들이 불법적인 물리력과 화기 사용에 의지해왔거나 의지하고 있다는 것을 알고 있거나 아마 알았어야 했다면, 상급자들은 반드시 책임이 있는 것으로 간주되도록 해야 한다.
25. '법집행관 행동수칙'과 이러한 기본 원칙들을 준수해 물리력과 화기 사용 명령 수행을 거부한 법집행관과 다른 법집행관의 물리력과 화기 사용을 보고한 법집행관에 대해 형사적 처벌과 징계가 이루어지지 않도록 정부와 법집행기구들은 보장해야 한다.
26. 만약 법집행관이 중상 또는 사망에 이르게 하는 물리력과 화기 사용 명령이 명백히 불법적이라는 것을 알았고 그 명령에 따르는 것을 거부할 합당한 기회가 있었다면, 상급자 명령에 대한 복종은 변호가 될 수 없다. 어떤 경우라도 책임은 불법적인 명령을 한 상관에게 있다.

#### 유엔 경찰이 지켜야 할 인권 기준과 실천<sup>34</sup> (2004)

- 모든 경찰관은 “상부 명령에 대한 복종”이 불법적 살해나 고문 같은 심각한 인권침해를 정당화할 수 없다는 것을 명심하라.
- 고문이나 여타의 비인간적이거나 모욕적인 처우는 절대적으로 금지되었다.
- 현직 연수 또는 사회교육프로그램을 통해 갈등해결 기술을 공부하라.
- 비폭력적 수단이 우선적으로 시도되어야 한다.
- 폭력은 오직 엄격하게 필요한 경우에만 사용되어야 한다.
- 폭력은 적법한 법 집행 목적을 위해서만 사용될 수 있다.
- 불법적인 폭력 사용에는 어떠한 예외나 변명도 허용되지 않는다.
- 폭력의 사용은 언제나 적법한 목적에 비례하는 것이어야 한다.
- 폭력 사용에는 억제력이 행사되어야 한다.
- 손상과 상해는 최소화되어야 한다.
- 모든 경찰관은 차별화된 폭력 사용을 위한 다양한 수단의 이용을 훈련받아야 한다.
- 모든 경찰관은 비폭력적 수단의 이용을 훈련받아야 한다.
- 폭력 또는 무기를 사용한 모든 사건은 상부에 보고되어야 하고 조사되어야 한다.
- 상급자가 폭력 남용을 알았거나 알고 있었음이 틀림없음에도 구체적인 조치를 취하지 않았다면, 상급자는 자신들의 명령 하에 있는 경찰의 행동에 대해 책임져야 한다.
- 불법적인 상급자의 명령을 거부한 경찰관에게 면책이 주어져야 한다.
- 이러한 규범을 침해한 경찰관은 상급자의 명령을 따랐다는 이유로 책임을 면할 수는 없다.
- 생명권(기타 나열된 권리 생략)에 대하여는 어떠한 예외도 허용되지 않는다.
- 자유로운 표현, 집회, 결사 또는 이동의 권리에 대해서는 어떠한 불필요한 제한도 부과될 수 없다.

34 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights Standards and Practice for the Police, 2004.



- 의견의 자유에 대해서는 어떠한 제한도 부과될 수 없다.
- 다치고 충격을 입은 모든 사람은 즉각 보살핌을 받아야 한다.
- 상황이 불필요하게 격화되지 않게끔 불법적이라 하더라도 평화적이고 위협적이지 않은 집회들을 관용하라.
- 군중을 해산시킬 필요가 있을 때는 항상 명확한 탈출통로를 남겨둬라.
- 군중을 한마음의 대중으로서가 아니라 독립적으로 생각하는 개인들의 집단으로 다뤄라.
- 불필요하게 자극하는 전술을 피하라.
- 평화롭고 자유로운 집회에 대한 존중에 입각한 명확한 복무규정을 발하라.
- 보증되지 않은 상해, 손상 또는 위험을 야기하는 무기의 사용을 금지하라.

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

### 가. 2008년 촛불집회에 관한 국제앰네스티의 권고

한국 경찰의 집회·시위 관리에 관한 우려는 유엔은 물론 국제앰네스티도 계속 제기하고 있다. 2008년 촛불집회 당시 한국을 조사 방문한 국제앰네스티는 〈한국 촛불집회에서 경찰력〉을 발표했다.<sup>35</sup> 국제앰네스티는 보고서에서 다음과 같이 결론지었다.<sup>36</sup>

“한국정부는 기동대를 포함한 법집행관들이 무력이나 경찰·안전장비 및 무기의 사용, 그리고 자의적 체포나 구금 중인 수용자의 처우에 관한 최소 기준에 관한 국제 인권 기준에 대한 적절한 훈련을 받도록 보증해야 한다.”

“인권 침해 의혹이 있는 사건들에 대한 효과적이며 독립적이고 철저하고 공정한 수사가 즉각적으로 시작되어야 하며 책임자에게는 책임을 물어야 한다. 지휘 책임이 있

35 Amnesty International, Policing the Candlelight Protests in South Korea, 2008.10, 문서번호 ASA 25/008/2008.

36 Amnesty International, 위의 책, 43쪽.

는 자를 포함하여 형사상의 범죄혐의가 있는 사람은 국제적인 공정한 재판 기준들에 부합되는 절차를 통한 재판을 거쳐 처벌되어야 한다. 지도적 정치인들이 진압경찰에게 포괄적 면책을 보장해주고 그들의 신분이 제대로 확인되지 않는다면 진압경찰에 대한 불처벌은 계속되게 될 것이다. 정부는 모든 법집행공직자들이 항의시위 중에 항상 명확히 확인될 수 있는 일정 형태의 신분표지를 착용하도록 해야 한다.”

### 국제앰네스티, 한국 촛불집회에서 경찰력(2008)

#### 권고

국제앰네스티는 한국 정부에 다음과 같은 사항을 요구한다 :

1. 현행 경찰력 집행 실태를 철저히 재검토하여 군중통제 시 모든 경찰, 특별히 진압경찰의 배치와 훈련 그리고 경찰의 무력 사용에 관한 규정이 아래의 국제 기준들에 부합하도록 하라.
2. 경찰이 경찰장비 및 안전장비, 무기를 국제인권법과 기준에 부합되게 적절히 사용할 수 있도록 명확한 지침과 엄격한 훈련을 받도록 하라.
3. 의료조치가 필요하거나 요청되었을 경우에 모든 수감자들이 이를 즉각적으로 제공받을 수 있게 하고 경찰 구금 중 인권침해에 대한 안전장치를 마련하라.
4. 경찰관에 의한 인권 침해 주장들에 대해 즉각적이고, 효과적이며 독립적이고 철저하고 공정한 수사를 실시하라.
5. 인권침해 가해자들의 책임을 규명하라. 면책권 부여와 같은 진압 경찰의 불처벌로 이어질 수 있는 모든 조치들을 멈추라.
6. 책무성을 보장하는 방법으로 일반경찰과 특히 진압경찰이 제복에 이름표나 식별번호를 항상 착용하게 하라.
7. 모든 인권 침해 희생자들이 국제적 기준들에 맞게 배상 받게 하라.
8. 국가인권위원회의 촛불집회 중 인권침해 진정 사건들에 대한 조사 시 전적으로 협조하라.

- 9. 촛불집회 진압에 대해 국가인권위원회가 제시하는 권고사항들을 실행에 옮기도록 진지하게 고려하라.
- 10. 징집 군인의 경찰 병력 배치를 단계적으로 폐지하라.
- 11. 집회 및 시위에 관한 법률을 개정하여 모든 시민이 국제적 기준에 맞게 집회의 자유를 보다 폭넓게 행사할 수 있게 하라.

### 나. 2011년 프랑크 라 뤼 유엔 표현의 자유 특별보고관의 권고

2010년 5월 6일부터 17일까지 프랑크 라 뤼 유엔 표현의 자유 특별보고관은 한국을 공식 방문해 조사활동을 펼쳤다. 2011년 6월 3일 특별보고관은 제17차 유엔 인권이사회에서 한국보고서를 발표해 한국 표현의 자유 실태와 우려사항 및 권고를 발표했다.<sup>37</sup> 이 보고서에서 특별보고관은 2008년 촛불 시위와 2009년 용산에서 경찰이 과도하게 무력을 행사한 사례를 지적했다. 특히 특별보고관은 법 집행 기관들이 '유엔 법집행관 행동강령'과 '법집행관의 무력 및 화기 사용 기본원칙'을 준수해야 함을 재차 강조했다. 특별보고관은 진압 경찰복에 명찰과 같은 신원 확인이 가능한 정보가 전혀 부착되어 있지 않아 과잉 진압 사건에 대한 조사가 어려움을 겪는 데 우려를 표했다. 경찰력의 과도한 사용에 대한 모든 혐의를 독립적 기구가 철저히 조사하고 책임자를 처벌하는 것이 중요하다는 점 역시 강조했다.

#### 프랑크 라 뤼 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)

62. 특별보고관은 법집행관들이 시위 중 공공의 안전을 보호하기 위해 중요한 역할을 수행하고 있음을 인정한다. 그러나 2008년 촛불 시위 기간과 2009년 서울의 용산 지역에서

37 Frank La Rue, Mission to the Republic of Korea, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 2011.3.21, A/HRC/17/27/Add.2. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/17session/reports.htm>>.

발생한 전경과 세입자 간 충돌 등에서 보여지는 다양한 무력 과잉 사용 사례에 주목하지 않을 수 없다. '용산 사태'로 불리는 후자의 사건에서는, 재개발 예정인 건물에서 세입자들을 퇴거시키려는 기습 작전으로 화재가 발생하면서 경찰 1명을 포함한 6명이 사망하였다. 경찰과의 충돌 과정에서 일부 시위자들도 폭력을 행사한 것으로 보도되고는 있지만, 특별보고관은 법집행관들이 '유엔 법집행관 행동강령'과 '법집행관의 무력 및 화기 사용 기본원칙'을 준수할 필요가 있음을 재차 강조하고자 한다. 이와 관련하여, 특별보고관은 국가인권위원회가 2008년 10월 27일자 결정문과 2010년 1월 11일 결정문을 통해 촛불 시위 및 용산 사태에서의 경찰의 과도한 무력 사용을 지적한 점에 주목한다.

- 63. 특별보고관은 전투경찰관의 폭력 혐의를 조사하기 위한 경찰청의 노력을 인정하는 한편, 과잉 무력 사용 혐의 조사에 있어 전경복에 명찰, 군번 또는 기타 신분확인이 가능한 정보가 전혀 부착되어 있지 않기 때문에 어려움이 크다는 점을 우려한다. 또한, 경찰의 경우에도 배지를 착용하지 않기 때문에 일반인이 폭행 또는 기타 형태의 폭력 혐의로 제소하는 것이 불가능하다. 이러한 점에서, 특별보고관은 모든 과잉 무력사용 혐의에 대해 독립적 기구가 즉각적이고 철저한 조사를 실시하고 책임자를 처벌하는 것이 중요하다는 점을 강조하고 싶다. 그러한 조치들은 개인의 권리를 보호하기 위해서 뿐만 아니라 정부에 대한 국민의 신뢰를 구축하기 위해서도 필수적이다.
- 64. 하지만, 그의 방문 이후에, 정부는 모든 경찰복에 명찰을 달도록 하였고, 경찰의 보호 헬멧에도 표시하여 어느 사단에 소속되어 식별할 수 있도록 하겠다고 통지하였다.

#### 권고

96. 특별보고관은 대한민국 정부에게 헌법 제21조에 위배되는 사실상의 사전 허가 관행을 중지함으로써 표현의 자유권의 집합적 행사 형태인 집회 및 평화적 시위의 자유권 모든 개인에게 보장할 것을 권고한다. 또한, 특별보고관은 법집행관들이 무력 과잉 혐의에 대해 효과적으로 조사하고 혐의자에 대한 처벌을 보장할 것을 권고한다.

### III. 인권상황평가 : 실태와 문제점

#### 1. 차벽, 이동차단, 불심검문

##### 가. 차벽과 이동차단

###### 1) 현황

2002년 미선이·효순이 촛불집회에서 등장한 차벽은 이후 부산 APEC 정상회의에서 컨테이너 차단벽으로 등장하였으며 2007년 한미FTA저지범국민운동본부가 주최하려던 '단식농성 확대 결의대회'에서도 등장하였다.<sup>38</sup> 2006년 당시 이택순 경찰청장이 '시위 현장의 차벽설치를 가급적 자제할 계획'이라고 밝혔음에도<sup>39</sup> 불구하고 대형집회를 원천봉쇄하기 위한 수단으로 경찰차벽을 설치한 것이다.

경찰차벽은 이명박 정권 집권 이후부터 대형집회마다 원천봉쇄의 수단으로 계속 등장하였다. 2008년 광우병쇠고기에 반대하는 촛불항쟁에서 경찰은 컨테이너 벽이나 차벽을 사용하여 세종로 사거리를 봉쇄하였으며<sup>40</sup> '노무현 전 대통령 서거 시민추모위원회'에서 2009년 5월 27일 서울광장에서 개최하려는 추모집회에 대해 차벽을 동원하여 서울광장을 전면적으로 봉쇄하는 것으로 대응했다. 이에 서울광장을 전경버스로 차벽을 설치한 조치는 기본권침해라는 위헌심판이 청구되었고 2011년 6월 30일 헌법재판소는 경찰이 집회를 막기 위해 서울광장을 전경버스로 둘러싸 차벽을 설치한 조치는 위헌이라고 결정하였다(2009헌마406).

그러나 헌법재판소의 결정에도 불구하고 등록금집회, 2011년 7월 9일 '2차 희망버스'에서 경찰은 차벽을 설치하여 이동을 차단하였고 이후 '3차 희망버스', '4차 희망버스', '5차 희망버스'에서도 차벽을 설치하였다. 또한, 2011년 11월 6일 한미FTA반대 집회에서 대한문 앞 광장과 서울광장에 이중으로 차벽을 설치하였다.<sup>41</sup>

집회에 참석하기 위해 이동하는 시민을 전면적으로 차단하는 행위는 '상경 시위에 나서려는 이들을

지방공항에서부터 원천봉쇄한 경찰의 조치가 경찰권의 한계를 벗어난 위법한 공무집행이므로 손해배상을 해야 한다는 판결을 통해 위법한 행위로 판단됐다.<sup>42</sup>

그러나 경찰력은 법원의 판결과 상관없이 현재까지도 집회에 참석하기 위해 이동하는 사람들을 인도에서 불법감금하고 이동을 차단하고 있다. 2011년 7월 6일 금속노조 파업 집회에서 전·의경 22대 중대를 투입 주변 국도에서 검문검색과 함께 인근 지역을 원천봉쇄하였으며 주변도로가 4~5시간 통제되어 심각한 교통체증이 유발되었다. <sup>43</sup>또한, 2011년 3차 희망버스에서는 부산 영도 청학동 성당에서 골목길을 통해 이동하는 참석자들을 골목에 감금하여 1시간 40분 동안 이동하지 못하도록 하였으며<sup>44</sup> 당일 희망버스가 부산대교를 건너 영도로 향하려고 하자, 2시간 동안 버스진입을 통제하였다.<sup>45</sup> 4차 희망버스에서는 청계천에서 올라오는 시민을 계단에서 전면적으로 차단하여 이동을 차단하고 인왕산 출입을 전면 통제하였다.<sup>46</sup> 이와 같은 이동차단은 경찰 차벽설치와 함께 이루어지고 있다.

###### 2) 문제점

차벽은 모든 통행을 금지하는 전면적 통제행위이며 상상할 수 있는 가장 극단적인 봉쇄조치이다. 그러나 집회의 자유라는 기본권을 제한하는 경우에도 개별적인 위법행위에 대해 필요한 최소한의 조치만이 취해져야 하는 것이 원칙이며(2009헌마406), 차벽설치와 같은 원천봉쇄는 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백한 위험이 있는 경우에만 취할 수 있는 최후의 수단이다. 이는 집회의 자유를 침해하는 행위이며 '과잉 금지의 원칙'을 위반하는 것이다.

이동차단의 근거 법령인 경찰관 직무집행법 제6조 제1항은 "경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우는 그 행위를 제지할 수 있다"고 규정하고 있다. 위 조항 중 경찰관의 제지는 범죄의 예방을 위한 경찰행정상 즉시강제 즉, 눈앞의 급박한 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 경찰이 직접 실력을 행사하여 필

38 오마이뉴스, "대통령 비서실장은 단식농성장 방문 경찰은 '농성확대 결의대회' 원천봉쇄", 2007.3.27.  
39 국민일보, "전경버스로 시위장 에워싸는 '차벽' 사라진다. 경찰, 15일 민노총 집회부터", 2006.11.13.  
40 뉴시스, "차벽 세우는 경찰", 2008.6.9.  
41 오마이뉴스, "서울광장은 경찰 '알박기' 대한문 앞 인산인해", 2011.11.6.

42 한겨레, "상경집회 출발지서 봉쇄 '위법'", 2008.7.21.  
43 표현의 자유를 위한 연대, '희망버스에서 드러난 경찰의 집회·시위관리방식, 무엇이 문제일까?', 2011.7.28, 13쪽  
44 인권단체연석회의 공권력감시대응팀, 3차 희망버스 인권침해감시단 보고서, 2011.8.29.  
45 인권단체연석회의 공권력감시대응팀, 3차 희망버스 인권침해감시단 보고서, 2011.8.29.  
46 인권단체연석회의 공권력감시대응팀, 4차 희망버스 인권침해감시단 보고서, 2011.9.28.

요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다. 즉시강제는 그 본질상 행정목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 경찰관 직무집행법 제6조 제1항에 근거한 경찰관의 제지조치는 최소한도 내에서만 행사되고 그 발동·행사 요건은 엄격히 해석되어야 한다. 현재 집회 참가자에 대한 전면적 이동차단은 다른 방법으로 평화적인 집회를 유도할 수 있음에도 모든 집회를 차단하는 행위이며, 기본권 보장을 완전히 부정하는 것이다. 또한, 즉시강제는 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것임에도 불구하고 경찰은 허가되지 않은 집회에 대해 전면적 이동차단과 차벽 설치로 대응하고 있으며 폭력행위와 같은 급박한 장애가 발생하지 않았음에도 원천봉쇄를 취하고 있다. 이는 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제11조(직무수단의 한계)의 “인권을 침해하지 않도록 해당직무의 목적 달성을 위하여 가장 적합하고도 필요 최소한의 수단과 방법을 선택하여야 한다”는 규정에도 위반되는 행위이다.

## 나. 집회에서의 불심검문

### 1) 현황

이명박 정부 이후 경찰이 집회장소 인근에서 불심검문을 자행하고 검문에 응하지 않을 시 통행을 제한하는 상황이 지속해서 발생하고 있다. 2010년 G20 정상회의 일정 중에는 코엑스에 ‘unicef’ 티셔츠를 입고 간 시민이 불심검문을 당하여 언론에 보도되었으며,<sup>47</sup> 청와대 인근의 집회에 참석하기 위해 차량으로 이동하던 노조원들이 불심검문을 당하고 통행이 제한되는 상황도 발생하였다.<sup>48</sup> 또한 2011년 희망버스 기간에 경찰은 한진중공업 영도조선소로 향하는 길목에서 불심검문을 통해 영도 주민으로 확인된 시민만 통과시켰으며, 불심검문 불응 시 통행을 제한하였다. 2011년 11월 29일 한미FTA반대 범국민대회에서도 광화문 광장으로 들어가는 신호등 앞에서 불심검문을 진행하였다.

### 2) 문제점

불심검문은 강제성이 없음에도 불구하고 경찰은 불심검문에 응하지 않는 시민의 이동을 차단하거나 강제로 잡아두고 있다. 헌법 제12조 제1항은 “형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”

47 아시아 경제, “unicef티 입으니 불심검문?”, 2010.11.12.

48 민중의 소리, “MB는 진정 빅브라더(Big brother)를 꿈꾸는가”, 2010.11.12.

고 하여 진술거부권을 규정하고 있으며 경찰관 직무집행법 제3조 제7항도 “(불심검문 시에) 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다”고 규정하고 있다. 따라서 불심검문의 답변을 거부한다고 해도 체포하지 않는 이상 강제로 잡아두거나 경찰서로 데려갈 수 없다. 또한, 신분증을 확인 후 거주자를 제외한 통행을 제한하는 것은 범죄행위가 목전에서 행하여지는 긴급한 상황이 아님에도 행정상 즉시강제를 취하는 것이므로 신체의 자유와 행동의 자유를 위헌적으로 침해하는 행위이다(2007도9794).

## 2. 채증 및 출석요구서

### 가. 현황

지금까지 밝혀진 바로는 경찰의 채증활동은 ‘현시점에서 구체적 사건이 발생할 우려가 없으나 장래 발생할 경우에 대비한 정보수집활동’으로서 각종 집회나 시위 및 치안위해 사태의 발생 시에 범법 정황을 촬영·녹화, 녹음하여 정확한 상황파악과 사법처리를 위한 경찰 활동이다.

2008년 이후 매년 경찰은 ‘집회시위 관리지침’을 통해 현장채증을 강화했다. 2008년에는 ‘현장채증팀·채증분석실’ 운용, 불법행위 구증을 위한 채증강화가 추가되었으며 2009년도에도 고성능 채증장비 보강, 채증분석실 확대 및 채증요원 전문교육과정 개설을 통한 채증전문요원 양성 등의 지침으로 점차 채증역량을 강화했다. 2010년도에는 야간집회 채증을 위한 고성능 조명을 확대 보급하는 지침을 세웠다.

채증 관련 장비구매 예산도 과감히 책정됐다. 2008년과 2009년에는 각 2억 5천만 원의 채증장비를 구매하였으며 2010년에는 4억 9천만 원의 채증장비를 구입하였다. 이는 개당 약 250만 원 상당의 고성능 카메라를 구매함으로써 채증장비를 지속적해서 보강하였음을 나타낸다.

채증역량과 함께 채증행위 또한 강화되고 있다. 경찰은 2008년 3,564명, 2009년 5,520명, 2010년 2,329명, 2011년 8월까지 1,908명을 채증 하였으며 이를 바탕으로 출석요구서를 발부하였다.<sup>49</sup>

49 2008년 광우병쇠고기 촛불집회 이후 79명에게 출석요구서를 발부하고, 지역참가자 30명에게 출석요구서를 발부하였다. 2009년에는 3.7 용산추모집회 참가자 80명에게 출석요구를 하였으며 2011년 등록금 집회에 224명, 희망버스에 356명에게 채증을 바탕으로 출석요구서를 발부하였다.

## 나. 문제점

현재 채증활동에 대한 법적 근거는 경찰청장 훈령인 '채증활동규칙'에 의거한다. 하지만 채증활동 규칙은 3급 비밀로 지정되어 활동방법, 내용, 지휘 체계에 대한 정보가 공개되어 있지 않으며 행정규칙에 불과하여 국민의 기본권을 침해할 법적 효력을 지니지 못한다. 국가인권위원회에서는 이와 관련하여 채증활동규칙을 공개하라고 권고한 바 있다.<sup>50</sup>

1999년 대법원 판례 역시 경찰의 채증활동에 대해 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있을 때에만 영장 없는 사진촬영을 허용할 수 있다고 판시한 바 있는데(대법원 99도2317), 경찰의 채증활동은 이와 같은 판례마저 정면으로 위반하고 있는 것이다. 또한, 국정감사를 통해 드러난 '채증활동규칙' 제1조에는 "경찰은 각종 집회·시위 및 치안위해 사태 발생 시에 범법 정황을 촬영하여 정확한 상황파악 및 사법 처리를 위한 자료를 확보하기 위하여 채증하고 있다"고 되어 있으며 이는 경찰의 채증활동이 정보수집활동임을 보여준다.

채증은 집회상황을 기록하기 위해서만 활용되는 것도 아니다. 채증을 통해 입수된 자료는 집회 참석자에 대한 출석요구서 발부로 이어지고 있고, 채증자료 내에는 집회참석뿐만 아니라 인근을 걸어가고 있거나 지하철역에 있는 것까지 포괄적으로 촬영되고 있다.<sup>51</sup> 특히 경찰은 집회 이후 기자회견 등을 통해 채증자료를 통해 참가자들에 대한 사후처벌을 취하겠다고 하여 참가자들에게 압박감을 주고 있다.

채증은 개인의 초상권을 직접 침해하는 행위이다. 그뿐만 아니라 출석요구서 발부를 통해 집회참석만으로 수사받을 수 있다는 압박감을 주며 집회참석에 대한 자기검열을 강제하여 표현의 자유를 억압하는 행위이다.

## 3. 경찰장비 등 물리력 강화

이명박 정부 이후 경찰의 집회·시위 관리의 특징 중 하나는 장비중심의 현장대응이다. 줄어드는 전·의경 인력을 고려하여 경찰기동대를 창설하면서 소규모 경찰력으로 효과적인 제압을 하겠다는 목적으로 신형장비를 개발하고 집회·시위 장비의 규모를 늘려가고 있다.

<sup>50</sup> 국가인권위원회, 03진인15400·03진인16412·04진인16·04진인12696(병합), "부안행폐기장설치반대집회 관련 신체의 자유등 침해", 2005.2.14.

<sup>51</sup> 한겨레, "공감넷, 집회현장 무분별 채증·전시한 경찰 고발", 2011.9.21.

경찰장비를 확대·고도화하는 경찰의 집회·시위 관리방식은 전략적으로 준비되어 집회·시위 관리 지침과 미래비전 2015 등에서 실행과제로 언급되고 있다.

### 2008년 집회시위 관리지침 중

현장관리역량 강화

– 차단·개인·채증장비 효율적이고 안전한 장비 개발·활용

### 2009년 집회시위 관리지침 중

불법 집회·시위에 대한 현장 대응역량 강화

– 안전하고 효과적인 '집회시위 관리장비' 개발·보급

### 2010년 집회시위 관리지침 중

야간집회 허용에 따른 야간집회 안전관리

– 경찰관 기동대와 야간장비(다목적 차량·조명차 등) 최대 배치

– 야간집회 관리장비 확대 보급

불법 집회·시위에 대한 현장 대응역량 강화

– 경찰관 기동대를 불법폭력집회 대응 주력으로 활용·대응

– 안전하고 효과적인 '집회시위 관리장비' 개발·보급 추진

### 2010년 경찰백서 중

소규모 경찰력만으로도 효과적인 제압이 가능하도록 이격장비, 물포, 차벽트럭 등 총 18종 63,547점의 장비를 개발하거나 확대 보급함으로써 장비가 중심이 된 현장 대응으로 전화하였다.

이러한 장비 중심의 집회·시위 대응은 장비사용에 있어서의 문제와 장비의 도입과 확충에 있어서의 문제로 나타났다.

## 가. 장비 사용 실태

### 1) 전자총격기

경찰장비관리규칙 제75조와 제79조에는 전자총격기가 경찰관이 휴대하여 범인검거와 범죄진압 등 직무수행에 사용하는 경찰장구류의 하나로 안면을 향해 발사되어서는 안 된다고 규정되어 있다. 하지만, 경찰이 2009년 7월 22일 평택 공장에서 파업 중인 쌍용자동차 노동자를 향해 발사한 '테이저건' 이 안면에 발사되어 전극침이 얼굴에 꽂히는 일이 발생했다.<sup>52</sup>

### 2) 방패

경찰장비관리규칙 제75조와 제80조에는 방패는 경찰관이 휴대하여 범인검거와 범죄진압 등 직무수행에 사용하는 경찰장구류의 하나로 가장자리로 상대의 머리 등 중요부위에 사용하지 않도록 규정되어 있다. 하지만, 2009년 6월 10일 '6:10 범국민대회'에서 경찰은 방패를 휘두르며 도로 위의 사람들을 해산시키며 연행하였고 이 과정에서 경찰은 비무장상태로 도망가는 시민에게 달려들어 방패 모서리로 뒷머리와 목을 가격하는 일이 발생했다.<sup>53</sup>

### 3) 최루액

이명박 정부는 2008년 촛불집회가 이어지면서 집회에 대한 강경진압 입장을 발표하면서 최루액을 사용하겠다고 밝혔고, 2008년 8월 김석기 서울 경찰청장은 '검거위주'의 진압을 위해 8월 2일 집회부터 최루액과 함께 색소분사기도 사용할 예정이라고 밝혔다.<sup>54</sup>

경찰이 평택 쌍용자동차 농성 노동자에 헬기와 물포를 사용해 최루액을 살포했는데 최루액을 맞은 노동자들의 살갓이 벗겨지거나 물집이 잡히는 증상이 나타났고, 이것이 문제가 되자 최루액 시연을 했는데 스티로폼을 녹일 정도였다. 보건의로단체연합은 최루액의 시료를 채취해 분석한 결과 주성분

이 '다이클로로메탄(dichloromethane)'이라는 2급 발암물질로 밝혀졌다고 발표했다.<sup>55</sup>

이후 경찰은 최루액의 '다이클로로메탄' 성분이 문제가 되자 기존의 최루액(CS)을 2010년 10월 전량 수거하고, 현재는 합성 캡사이신인 노니바마이드가 주성분인 '파바(PAVA)'라는 새로운 최루액을 도입했다. 노니바마이드는 과량 노출 시 사망할 우려가 있으며, 캡사이신은 태아에 유해하고 발암효과와 폐, 간, 신경독성, 돌연사를 초래한다고 알려졌다. 2011년 7월 9일~10일 진행된 2차 희망버스에서도 물포에 파바 최루액을 섞어 살포했는데 야간에 불특정 다수 시민을 대상으로 무차별적 살포를 했고, 그 시민들 중에는 노약자, 여성, 어린이, 장애인 등이 포함돼 있었다. 이들 중에는 호흡곤란과 수포가 발생하는 사례가 있었으며 최루액으로 눈을 뜰 수 없는 상태에서 진압이 이루어져 해산 시 위험이 초래되었다.<sup>56 57</sup>

### 4) 물포

2011년 11월 10일 한미FTA 저지를 촉구하는 집회 이후 한나라당에 항의방문을 하기 위해 행진을 시작한 대표단을 향해 경찰은 물포를 발사했다. 2009년에 개정된 물포운용지침에 의하면 직사살수를 할 때에는 안전을 고려하여 가슴 이하 부위를 겨냥하여 사용할 것을 명시하고 있으나, 당일 경찰은 약 3m 정도의 거리에서 직사로 살수했으며 참가자들의 얼굴부위를 겨냥해 물포에 맞고 쓰러지는 상황이 발생했다. 대표단 중 박희진 한국청년연대 공동대표는 고막이 찢어지는 부상이 발생했고, 이강실 한국진보연대 상임대표도 물포에 맞아 넘어지면서 아스팔트에 머리를 부딪쳐 뇌진탕 증세가 나타났다.<sup>58</sup> 또한, FTA 반대 집회가 진행되는 동안 영하의 날씨에서 물포를 사용하여 참가자들의 옷이 그대로 얼어버리자 사회적으로 비판을 받기도 했다.

지난 2008년 촛불집회에서도 물포를 맞아 쓰러져 기절하거나 온몸에 타박상을 입기도 하고, 고막이 찢어지는 부상이 발생하여 문제가 되었다.

52 민중의 소리, "경찰 쏜 테이저건에 쌍용차 조합원 얼굴 맞아", 2009.7.22, <<http://www.vop.co.kr/A00000260987.html>>.

53 민중의 소리, "[60초세상]What's your opinion?", 2009.6.17, <<http://www.vop.co.kr/A00000256654.html>>; "경찰, 10일 진압과정서 방패로 시민 머리 가격", 2009.6.11, <<http://www.vop.co.kr/A00000255985.html>>.

54 참세상, "경찰 '최루액' 쓰고, 체포전담조 투입, 공개수배까지", 2008.8.1, <<http://www.newscham.net/news/view.php?board=news&nid=49058>>.

55 민중의 소리, "쌍용차 노조원들, 최루액에 살갓 벗겨지고 물집 생기고", 2009.7.24, <<http://www.vop.co.kr/A00000261270.html>>; 참세상, "스티로폼 녹이는 최루액", 2009.7.29, <<http://www.newscham.net/news/view.php?board=coolmedia&nid=54094>>; 참세상, "쌍용차 최루액 치명적 발암물질", 2009.8.03, <<http://www.newscham.net/news/view.php?board=news&nid=54136>>.

56 참세상, "경찰, '희망버스' 막으려 아이들에게도 최루액 살포", 2011.7.13, <<http://www.newscham.net/news/view.php?board=news&nid=62392>>.

57 표현의 자유를 위한 연대, '희망버스'에서 드러난 경찰의 집회·시위관리방식, 무엇이 문제일까? 2011.7.28.

58 민중의 소리, "경찰 물포에 고막찢어지고 뇌진탕 증세까지", 2011.11.14, <<http://www.vop.co.kr/A00000449071.html>>.

## 나. 장비 확충의 실태

### 1) 집회·시위관리장비 예산 증가

집회와 시위는 2008년 이후로 지속적인 감소추세를 보이고 있으나 집회·시위관리장비 예산은 큰 폭으로 증가하고 있다. 국회 예산정책처에서 낸 자료를 보면, 2010년 집회·시위관리장비 구입계획에 따른 예산은 46억 100만 원이었다. 하지만 2011년 예산은 65억 6000만 원으로 19억 5,900만 원(42.6%)이 늘어났다.

2011년도 집회·시위관리장비 구입계획 (단위 : 백만원)

장비명	경찰청 보유목표	2010년 말 보유량	2011예산	
			수량	예산액
물포	22대	18대	1대	240
물보급차	22대	18대	1대	90
차벽트럭	44대	14대	5대	550
이격용분사기	8,280대	3,263대	3,282대	174
총약차량	22대	13대	6대	570
신형보호복	5,400벌	5,308벌	92벌	60
보호복내피	2년 주기 교체	5,308벌	2,106벌	636
무선수신기	23,400대	11,056대	4,055대	649
소화기	26,850대	6,789대	2,606대	68
비디오카메라/ 디지털카메라	460대	52대	140대	490
조명방송차량	40대	6대	7대	1,260
첨단영상장비	필요분	1식	-	-
위생차	76대	28대	15대	1,650
캡사이신희석액	필요분	5000l	6,150l	123
총계			6,560	

자료: 2011년도 예산안 예비심사검토보고서(경찰청 소관)를 토대로 국회예산정책처 작성

진압장비구입현황<sup>59</sup> (단위 : 개, 원)

	신형가스분사 (2005~2009)가스분사검용경봉			전자총격기			호신용경봉		
	구입수량	구입금액	개당 단가	구입수량	구입금액	개당 단가	구입수량	구입금액	개당 단가
2011	구입예정			900	11,880,000	13,200	12,000	179,860,000	14,988
2010	구입없음			1,000	12,860,000	12,860	4,252	60,370,000	14,198
2009	3,000	488,990,000	162,997	890	1,192,600,000	1,340,000	5,000	69,850,000	13,970
2008	3,630	592,800,000	163,306	1,550	1,918,500,000	1,237,742	2,941	42,490,000	14,451
2007	3,000	483,600,000	161,200	1,200	1,343,950,000	1,119,958	6,389	98,387,000	15,399
2006	1,625	264,880,000	163,003	700	813,160,000	1,162,657	5,993	102,301,000	17,070
2005	770	126,390,000	164,143	700	808,640,000	1,155,200	4,484	80,739,000	18,006

### 2) 신형 진압장비 개발, 도입

#### - 지향성음향장비

2010년 9월 G20 서울 정상회의를 앞두고 시위진압을 위해 지향성 음향장비를 도입하려 했다가 안정성이 확인되지 않아 사회적으로 문제가 되었다. 인권단체들이 반대하고 국가인권위원회가 인권침해 여부에 대해 조사를 착수하는 등 반대여론이 높아지면서 무산되었다.

#### - 다목적 방패 차량

2009년 경찰이 처음 선보인 차벽차량은 트럭 측면에 대형 방패(길이 8.6m, 높이 4.1m, 두께 10mm PC)를 설치하고 있으며 방패 양측 면을 접이식으로 설치·철수할 수 있도록 제작되었다. 그밖에 자위 분무장치와 채증카메라를 비롯한 시위대 해산용 물포 거치대도 설치되어 있다. 경찰청은 보완 작업을 거쳐 2009년 9월까지 모두 9대의 차벽차량을 도입하여 시위 현장에서 활용할 계획이라고 밝혔다.

이 차량은 2010년 11월 7일 전국 노동자대회에서 경찰이 시위진압을 하기 위해서 처음 사용했으며

59 출처: 투명사회를 위한 정보공개센터.

경찰은 시범운영 중이라고 밝혔다.

- **진압장비 성능강화**

경찰은 2011년 5월에 호신용 경봉과 전자충격기 등 장비성능을 개선해 시범 운영할 계획임을 밝혔다. 가스분사기는 사거리 확대와 함께 액체형 신형 최루액이 사용될 예정이다. 기존 전자충격기에는 현장증거 수집을 위해 녹화카메라를 부착하는 방안을 추진 중이다. 다용도 소형 방패도 도입되는데, 평상시 사무실에서는 책받침용으로 쓰다 위급 시 방패로 활용한다는 계획이다.

**3) 장비사용 기준 완화**

- 2010년 9월 27일 경찰청은 지향성 음향장비 도입 등 「경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정」 입법 예고를 통해서 지향성 음향장비를 새로 도입하려 했으며, 대간첩·대테러 작전에 사용되는 다목적발사기의 사용기준을 완화하려 하였다.<sup>60</sup>

- 2011년 10월 21일 경찰청은 전국 16개 지방경찰청에 '도로 점거 등 불법행위 대응 법 집행력 강화 방안'을 내려보냈다. 시위대가 도로를 점거하고 폴리스 라인을 침범하면 별도의 해산 절차 없이 즉각 물대포를 사용하라는 내용이 골자다.

**다. 장비 사용과 확충의 문제점**

**1) 장비의 사용요건, 사용 방법의 추상성**

경찰관 직무집행법은 장비를 사용할 수 있다는 일반규정과 함께 필요 최소한의 범위에서의 사용이라는 규정을 하며 구체적인 사용에 대해서는 대통령령으로 정함을 명시하고 있다. 그러나 대통령령과 경찰청훈령에도 최소한의 사용 시 안전수칙 정도만 있고 장비를 사용할 수 있는 구체적인 상황

60 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정 일부개정령(안) 제15조 ② 경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 현장 지휘관의 판단에 따라 필요한 때에는 최소한의 범위에서 고무탄·스편지탄·페이탄·조명탄에 한하여 다목적발사기를 사용할 수 있다.  
1. 인질범의 체포 또는 폭동 진압 작전의 경우 2. 공공시설·장소 또는 불법으로 점거하고 있는 건물·시설에서 무기·흉기·폭발물 등 위험한 물건을 사용하여 경찰관의 정당한 공무집행에 항거하는 사람들의 진압을 위하여 필요한 경우 3. 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 현저한 위해를 방지하기 위해 필요한 경우.

은 규정되어 있지 않다.

**2) 장비 사용의 과도함**

경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정에 따르면 불법집회에서 사용할 수 있는 장비로 경찰봉, 호신용 경봉, 가스차, 살수차를 규정하고 있다.<sup>61</sup> 그러나 집회 시위에 사용되는 장비는 최루액, 전기충격기, 분사기 등 실제 많은 종류의 장비가 사용되고 있다. 이를 사용하는 데 있어 구체적인 규율과 남용을 억제하기 위한 최소한의 사용지침도 명확하지 않아 집회를 짧은 시간에 효과적으로 진압하려는 목적으로 장비가 사용된다.

특히 평화적으로 진행되는 집회라 할지라도, 불법집회에서는 장비를 사용할 수 있다는 규정 때문에 경찰이 불법으로 판단하면 장비를 사용할 가능성이 높아진다. 국제인권기준에 따르면 불법이더라도 평화로운 집회의 경우 무력사용을 피하거나 최소화하도록 요구되고 있지만, 일단 불법집회라고 경찰이 판단하면 강제로 해산하기 위해 장비를 과도하게 사용한다.

**3) 장비 분류의 법적 규율 미비**

장비는 주로 형태와 용도로 분류하고 있다. 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 장비는 무기로 분류하고 있고, 특별관리 대상 장비로 경찰장구, 무기, 분사기, 기타장비를 규정하고 있다(경찰장비관리규칙 제157조).

경찰은 위해성 장비에 대한 기준과 위험성에 따른 분류기준을 갖고 있지 않기 때문에 사실상 경찰의 자의적인 판단으로 위험성 등과 상관없이 장비가 분류되고 있다. 그리고 이러한 장비를 도입하는데 있어 사회적 규제를 받지 않고 경찰의 필요 때문에 도입될 수 있다.

경찰관직무집행법

경찰장비	무기, 경찰장구, 최루제 및 그 발사장치, 감식기구, 해안감시기구, 통신기구, 차량·선박·항공기등 경찰의 직무수행을 위하여 필요한 장치와 기구
경찰장구	수갑·포승·경찰봉·방패등

61 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정 제6조, 제13조.



경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정

경찰장비	수갑·포승·호송용포승·경찰봉·호신용경봉·전자총격기·방패 및 전자방패
무기	권총·소총·기관총(기관단총을 포함)·산탄총·유탄발사기·박격포·3인치포·함포·크레모아·수류탄·폭약류 및 도검
분사기·최루탄등	근접분사기·가스분사기·가스발사총(고무탄 발사검용을 포함) 및 최루탄(그 발사장치를 포함)
기타장비	가스차·살수차·특수진압차·물포·석궁·다목적발사기 및 도주차량차단장비

경찰장비관리규칙<sup>62</sup>

경찰장비	수갑·포승·호송용포승·경찰봉·호신용경봉·전자총격기·방패·전자방패
무기	개인화기 : 권총·소총 공용화기 : 유탄발사기·중기관총·박격포·저격총·산탄총·로프발사총·다목적발사기(고폭탄을 사용하는 경우)·물발사분쇄기·석궁 등
최루제 및 발사장치	1. 분사기 : 스프레이형·총포형·삼단봉(경봉)형·근접분사기형·배낭형·유색분사형 등 2. 가스발사총 : 가스발사권총·고무탄 검용가스발사권총 등 3. 최루탄발사기(장전탄통 포함) 4. 기타 최루탄류
기동장비(특수용)	특수진압차, 사다리차, 폭발물검색차, 방승차, 다중해산용 물포, 물보급차, 가스차, 조명차, 페이로다

경찰장비관리규칙에 분류되어 있는 기타장비는 구체적인 정의와 운용이 명시되어 있지 않다.

4) 위법한 장비사용에 대한 불처벌

경찰장비의 사용방법을 위반하여 위해성 경찰장비를 사용하는 경우가 빈발하고 있다. 가령, 물포사용지침에 따라 직사살수는 가슴 이하로 쏘도록 했으나 지침을 어긴 경우, 어떤 형사책임을 지는지 보고되지 않고 있다. 그나마 존재하는 경찰장비사용지침에 따라서 집행을 하지 못한 경우에조차도 그에

62 경찰장비관리규칙 제68조(장비의 구분) 1. 경찰장규류 2. 안전·보호장비 3. 기동장비 4. 무기류 5. 최루제 및 그 발사장치 6. 작전장비 7. 검색·관찰장비 8. 감정·감식장비 9. 정보통신장비 10. 기타장비.

관한 책임을 제대로 묻는 일은 없다.

5) 국민의 통제를 받지 않은 장비확충

경찰은 점차 전경을 감축하는 계획에 따라 경찰기동대를 늘려가면서 집회 시위의 진압을 위한 장비를 확충하고 있는데, 이처럼 장비에 의존하게 되는 것이 가능한 이유는 새로운 장비를 도입하는 데 있어 어떤 통제도 받지 않기 때문이다. 현행 경찰관 직무집행법에는 경찰이 위해성 경찰장비를 비롯한 경찰장비를 새로이 도입하는 과정과 절차에 대한 정함이 없어서 경찰의 자의적인 판단으로 국민의 감시와 통제 없이 경찰장비들이 도입, 운용되고 있다.

4. 경찰폭력 불처벌

처벌되지 않는 인권침해 관행을 '불처벌'이라고 한다. 국제인권규범은 불처벌과의 투쟁을 통해 불처벌에 관한 국가의 의무를 명시적으로 제시하고 있다. 즉 모든 인권침해에 관해 국가는 반드시 조사하여 진실을 밝히고, 인권침해 피해자들이 보상받을 수 있게 하며, 가해자들에게는 책임을 묻고 그러한 인권침해가 반복되지 않도록 조치를 취할 의무를 국가에 부여하고 있다.

그러나 집회·시위 현장에서 경찰에 의해 발생하는 불법행위나 폭력행위는 '형사범죄'로서 처벌되지 않는다. 이런 관행은 비단 이명박 정부하에서만 발행한 것은 아니고 그 이전정부에서부터 일관된 관행으로 자리 잡고 있다.

가. 여의도 농민집회 과잉진압으로 농민 전용철, 홍덕표 사망사건(2005)

2005년 11월 15일 여의도에서 있었던 쌀 협상안 비준저지 농민집회에서 집회 참여 농민 2명이 경찰 측의 과잉진압으로 사망했다. 전용철은 기동대에 떠밀려 넘어지는 과정에서 후두부에 강한 충격을 받아 발생한 두부손상으로, 홍덕표는 경찰의 방패에 뒷목을 가격당하여 발생한 경추 손상이 폐렴으로 발전해 사망했다.<sup>63</sup> 국가인권위는 경찰의 과잉진압 행위가 있었음을 인정하고 해당 부대를 특정

63 국가인권위원회, 2005.12.26. 05진인3941 결정, "과잉진압에 의한 인권침해".

하여 검찰에 수사를 의뢰했다. 하지만 당시 현장 지휘 책임자로서 직위해제 됐던 이종우 서울지방경찰청 기동단장(경무관)은 수개월 뒤 강원경찰청 차장으로 복귀했고, 이 사건으로 사퇴한 허준영 경찰청장은 마지막까지 정당한 공권력 행사임을 주장했다. 결국, 검찰은 사건 발생 약 3년이 지난 2008년 10월 “가해자가 특정되지 않고 증거 확보에 어려움이 있다”며 기소 중지했다.

#### 나. 포항지역건설노조 파업 지원집회 과잉진압으로 노동자 하중근 사망사건(2006)

포스코 본사 점거 농성 중이던 포항지역건설노조 파업 지원집회가 포항에서 2006년 7월 16일 열렸다. 이 집회에 참여 중이던 포항지역건설노조 하중근 노조원은 경찰이 휘두른 방패에 후두부 좌열창이 발생하고 그 직후 대측충격손상에 의한 두부손상으로 사망했다.<sup>64</sup> 국가인권위는 경찰력이 집회·시위를 강제해산하는 과정에 제반 장비 사용규정을 위반하여 시위대를 가격함으로써 시위참가자 하중근이 사망한 것으로 보고 경찰의 강제해산을 과잉진압이라고 판단했다. 검찰에는 하중근 사망원인에 대한 수사를 의뢰하고 경찰에는 관련자 징계를 권고했다. 그러나 당시 현장 책임자였던 윤시영 경북지방경찰청장은 대구경찰청장으로 자리만 옮겼고, 처벌받거나 징계받은 경찰은 아무도 없다. 경찰로부터 하중근 사망사건 수사 일체를 넘겨받은 검찰은 수사를 전혀 진행하지 않았고, 농성 중이던 포항건설노조원 58명을 무더기 구속했다.

#### 다. 2008년 촛불집회(2008)

2008년 5월부터 8월까지 서울 도심에서 계속해서 촛불집회가 열렸다. 당시 집회참여자들에게 가해진 경찰폭력은 커다란 사회적 공분을 불러일으켰다. 이에 따라 국가인권위는 촛불집회 시위 관련 직권 및 진정사건을 조사했다. 국가인권위는 경찰의 공격적인 진압작전으로 집회참여자들 다수가 다쳤고 살수차, 소화기 사용, 통행차단조치 등 집회 해산과정에서 인권침해가 있었다고 판단했다.<sup>65</sup> 7월 18일에는 국제 앰네스티 조사관 노마 강 무이코가 시위 진압과정에서 행해진 인권침해를 조사해 발표했다. 무이코 조사관은 “경찰의 과도한 무력 사용, 자의적 구금, 시위대에 대한 표적 탄압, 비인도적인 처우와 형벌, 구금된 사람들에 대한 적절한 의료 조치 부재 등의 인권침해 실태를 확인할 수 있었다”

64 국가인권위원회, 앞의 결정.

65 국가인권위, “미국산 쇠고기 전면 수입 반대 촛불집회 시위 관련 직권 및 진정사건 조사 결과에 따른 권고”, 2008.10.27.

고 지적했다.<sup>66</sup> 그리고 6월 1일에는 여대생 이나라가 경찰의 군홧발에 머리를 짓밟히는 일이 발생했다.

그렇지만 ‘민주사회를 위한 변호사 모임’이 경찰관을 처벌해달라고 고소·고발한 19건 모두 경찰 차원에서 각하되거나 ‘각하 혹은 기소 중지 의견’으로 검찰에 송치됐을 뿐 실제로 처벌받은 경우는 단 한 건도 없다. 이에 반해 촛불집회 참여자는 1,184명이 기소되었다.<sup>67</sup> 이나라 폭행 사건으로 검찰에 고소·고발되었던 어청수 전 청장을 비롯한 경찰 간부들은 무혐의 또는 각하처분 되었고, 직접 폭행에 가담했던 전경대원 3명에 대해서만 벌금 약식 기소가 이루어졌다.<sup>68</sup>

#### 라. 용산 철거민 농성 과잉진압으로 철거민 5명, 경찰 1명 사망사건(2009)

2009년 1월 20일 용산구 한강로 2가에 있는 남일당 건물 옥상에서 점거농성을 벌이던 상가세입자와 전국철거민연합회 회원들을 경찰특공대가 강제 진압하는 과정에서 철거민 5명과 경찰 1명이 옥상 망루 화재로 사망했다. 경찰은 농성을 진압하기 위해 이미 시너를 비롯한 가연성 유증기가 가득한 망루에 경찰특공대를 컨테이너에 태워 옥상으로 올려보냈고, 비슷한 시각 망루에서 불길기 치솟았다.

검찰은 2009년 2월 9일 용산참사 수사결과를 발표하면서 경찰에 형사책임을 전혀 묻지 않는 반면 농성자 21명과 용역업체 직원 7명을 기소했다. 이에 유족들은 서울고법에 재정신청을 했다. 국가인권위는 재정신청을 담당한 서울고법 재판부에 당시의 경찰권 행사는 경찰이 주의의무를 다하지 못하여 경찰비례의 원칙에 어긋난 과잉조치였다는 의견을 제출했다. 또한, 국가인권위는 재정신청에 대한 서울고법의 판단이 국민의 생명과 신체의 안전을 위해 공권력은 어떻게 행사되어야 하는지에 관한 사법적인 기준을 설정해 주는 계기가 되어야 한다고 주장했다.<sup>69</sup> 그러나 서울고법은 재정신청을 기각했다.

66 한겨레, “촛불집회에 과도한 무력 사용…한국정부, 인권침해 수사해야”, 2008.7.18, <[http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/299607.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/299607.html)>.

67 “웬만해선 처벌 불가 검경”, 한겨레21, 제794호, 2010.1.15.

68 파이낸셜뉴스, “촛불집회 여대생 군홧발 폭행, 前경찰간부 무혐의”, 2010.5.13, <[http://www.fnnews.com/view?ra=Sent1201m\\_View&corp=fnnews&arcid=00000921984214&cDateYear=2010&cDateMonth=05&cDateDay=13](http://www.fnnews.com/view?ra=Sent1201m_View&corp=fnnews&arcid=00000921984214&cDateYear=2010&cDateMonth=05&cDateDay=13)>.

69 국가인권위 보도자료, “용산사건, 경찰 주의의무 위반했다” 인권위, 서울고등법원에 의견제출, 2010.2.9.

## 5. 집회·시위의 자유를 행사한 이유로 한 차별

### 가. 기획재정부 '예산 및 기금운용계획 집행지침'으로 인한 차별 실태

기획재정부는 2008년 12월 '2009년도 예산 및 기금운용계획 집행지침(아래 예산 및 기금지침)'을 작성, 배포했다. 이 지침에는 불법시위를 주도하거나 적극 참여한 단체에 보조금을 제한하라는 주문을 담고 있다. 또한, 경찰청은 2008년 5~8월까지 발생했던 대규모 촛불집회 17건을 불법 폭력시위로 규정하고 '불법폭력시위단체 명단'(2008년 불법 폭력시위 관련 단체 현황통보(1,842개 단체))를 작성하여 정부부처에 보조금 지원을 삭감하는 참고자료로 사용하게 했다. 기획재정부는 2008년뿐만 아니라 2010년, 2011년에도 동일한 지침을 만들어 배포했다. 기획재정부의 예산지침에 따라 중앙행정관서는 기획재정부가 작성한 예산 및 기금지침에 따라 보조금 지급을 중단하거나 보조금 신청 및 지급단계에서 서약서 작성을 요구했다. 이에 대해 민간단체들은 집회·결사의 자유 침해와 차별행위라고 지적하며 행정법원에 소송을 제기하거나 국가인권위원회에 진정하거나, 불복종 운동을 진행하고 있다.

#### 15. 민간단체보조사업<sup>70</sup>

##### 1. 적용범위

- '보조금의 예산 및 관리에 관한 법률'에 의해 국가외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위해, 민간단체에게 교부하는 보조금

##### 2. 세부지침

- 보조사업자는 보조금 교부신청 시 구체적인 사업 집행계획을 마련하여 중앙관서 장에게 제출하여야 한다.
- 각 중앙관서의 장은 아래 경우는 보조금의 지원을 제한하여야 한다.
  - 불법시위를 주최·주도하거나 적극 참여한 단체
  - 구성원이 소속단체 명의로 불법시위에 적극 참여하여 「집회 및 시위에 관한 법률」 위반 등으로 처벌받은 단체

### 나. 문제점

정부의 예산 운용은 효율성과 투명성, 적합성의 원칙에 따라 지원할 필요가 있는 민간단체 사업에 대해 지원을 하고, 그러한 기준에 맞지 않는 경우 지원하지 않으면 된다. 그러나 기획재정부의 예산기금집행지침은 보조금 제한 사유로 '불법시위를 주최 주도하거나 집시법 위반으로 처벌받은 단체'를 지목하고 있어서 '정치적 이유 또는 기타의 의견'에 따른 차별을 불러일으킨다. 또한, 국가의 작위 행위로 집회결사의 자유가 위축될 위험성이 있다.

기획재정부가 작성 배포한 '예산 및 기금지침'은 인권의 시각에서 보면 두 가지 문제가 있다. 첫째, 한국정부가 비준한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 및 경제적 사회적 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조 제2항에 따르면, 기획재정부의 '예산 및 기금지침'은 사상에 대한 차별이다. 제2조 제2항은 차별금지 사유로 '정치적 또는 기타의 의견' 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 해서는 안 된다고 명시하고 있다. 또한 정부는 차별을 부추기는 조건들을 찾아내고 평등을 방해하는 불평등을 제거하는 것이 필요하다. 그럼에도 기획재정부의 '예산 및 기금지침'은 보조금에 대한 접근기회를 차단하고 사상에 따른 차별을 부추긴다. 둘째, 기획재정부의 '예산 및 기금지침'은 자유로운 집회결사의 자유를 침해한다. 불법집회의 개최와 집시법 위반이 보조금 지급 제한의 근거가 된다는 것은 국가보조금을 받기 위해서는 불법집회를 하지 말고 집시법을 위반하지 말라는 주문이다. 경찰의 자의적 분류에 따라 때로는 악의적으로 '불법집회'를 양산하고 있는 경찰의 집회관리정책과 집시법을 고려한다면, 기획재정부의 '예산 및 기금지침'은 집회결사의 자유를 향유하는데 중대한 장애를 일으킨다. 이러한 지침 때문에 보조금을 신청하거나 받기 위해 민간단체 또는 개인에게 자기검열을 초래할 수도 있다. 이처럼 국가가 보조금을 사상통제 수단으로 이용함에 따라 정부에 비판적인 사회단체들이 재정적인 불이익을 경험하며 단체의 고유한 의견과 활동의 자율성과 집회결사의 자유를 억압당하고 있다.

70 출처: 2009년, 2010년, 2011년도 예산 및 기금운용계획 집행지침.

### 1) 행정안전부 예산 및 기금지침 이행 사례

행정안전부는 2009년 5월 7일 보조금 49억 원을 지원하는 공익활동지원사업 대상에서 불법시위 참여를 이유로 한글문화연대, 강살리기네트워크, 한국농어촌사회연구소, 우리밀살리기운동본부, 한국여성노동자회 등 민간단체 6곳을 보조금 지급대상 단체에서 제외하였다.

### 2) 여성부 예산 및 기금지침 이행 사례

여성부는 여성의 전화 등 여성단체와 노동단체 등에게 보조금 신청, 교부 단계에서 '보조금을 불법시위 용도로 사용'하거나 '불법시위에 참여하지 않겠다'는 내용의 확인서 제출을 요구했다. 확인서에 불응한 것을 이유로 여성부가 공동협력사업에 대한 결정과 보조금교부를 취소하자, 여성의 전화는 2009년 9월 1일 선정취소결정 취소소송을 제기했다. 1심에서 여성의 전화는 승소했고, 곧장 여성부는 항소한 상태이다. 그러나 동일한 이유로 행정안전부를 상대로 '보조금지급중지결정취소' 소송을 제기한 한국여성노동자회는 1심에서 패소하여 서울행정법원에 항소한 상태다.

### 3) 한국문화예술위원회 예산 및 기금지침 이행 사례

한국문화예술위원회는 2010년 2월 5일, 문예진흥기금 지급이 이미 결정된 한국작가회의와 한국민족예술인총연합 대구지부, 전북지부에게 시위 불참 '확인서' 제출을 요구하는 공문을 보냈다. 이에 반발한 한국작가회의는 2010년도 국고 보조금 3,400만 원을 받는 것을 포기하고, 항의의 표현으로 기관지 『내일을 여는 작가』발간을 무기한 정간함과 동시에 '저항의 글쓰기운동'을 전개하고 있다.

## IV. 개선방안 : 정책과제

### 1. 불심검문, 이동차단, 차벽, 채증

집회 자체를 원천봉쇄하거나, 집회에 참석하려는 참가자나 시민의 전체이동을 포괄적으로 차단하는 방식은 신체의 자유를 침해하는 행위이다. 이는 공권력이 기본권을 광범위하게 침해하는 행위이므로 제한이 필요하다.

#### 가. 집회에 대한 전면적 차단행위 금지

경찰관 직무집행법 제6조 제1항은 범죄가 목전에 일어나려고 하고 있다고 인정될 때 이를 예방하기 위하여 행위를 제지할 수 있도록 하고 있으나, 특정 범죄를 명시하지 않고 있으며 경찰의 자의적 판단에 의한 기본권침해에 대한 벌칙 조항도 없다. 따라서 모호한 법령 때문에 집회·시위에 대한 원천봉쇄의 근거조항으로 활용된다. 현 경찰관 직무집행법 개정을 통해 특정 범죄를 명시하고 집회에 대한 자의적 판단에 의한 전면 차단행위는 금지되어야 한다. 또한, 기본권침해에 대한 벌칙 조항의 신설을 통해 자의적 차단행위를 금지하여야 한다.

#### 나. 집회에 대한 불심검문 제한

현 경찰관 직무집행법 제3조는 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 타당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있도록 하여 경찰의 자의적 판단 기준에 의한 불심검문을 가능토록 하고 있다. 또한, 불심검문 불응 시 통행을 제한하는 행위는 무죄추정의 원칙에 위반된다. 따라서 불심검문 시 검문 이유에 대해 명확히 설명토록 해야 하며, 불응에 대한 통행제한은 없어야 한다. 또한, 해당 경찰이 경찰관직무집행법 3조를 위반하여 자의적 법 집행을 하였을 때 벌칙조항 신설을 통해 처벌토록 해야 한다.

#### 다. 집시법으로 집회방해행위 처벌

어떠한 집회이더라도 집회 자체를 차단하는 불심검문, 이동차단, 차벽 등은 기본권에 대한 침해이

므로 국가(경찰)는 이에 대한 책임을 져야 한다. 앞서 제시된 새로운 집회보호법안<sup>71</sup>에 집회방해행위에 대한 처벌조항이 추가되어 있다.

현행 법제에서도 경찰차벽, 이동차단, 불심검문은 각각 대법원 판례<sup>72</sup>와 국가인권위원회 결정례<sup>73</sup>를 통해 집회 참가자에 대한 경찰관의 제지 조치를 최소한도 내에서만 행사하도록 엄격히 제한하고 있다. 그러나 경찰이 사법부의 판결과 국가인권위원회의 결정에 아랑곳하지 않는 상황에서 집시법 개정을 통해 엄격하게 경찰력 행사를 제한할 필요가 있다.

## 라. 채증활동규칙 폐기와 채증 제한

현행 채증활동규칙은 행정예규에 불과한데다가 특히 3급 비밀로 지정되어 경찰청장에 의해 자의적으로 변경 가능하다. 기본권을 침해하는 법률은 행정예규나 규칙으로 지정되어서는 안 되며 비공개가 되어서는 안 된다. 따라서 현행 채증활동규칙은 폐기되어야 한다.

또한, 집회·시위에 대한 치안 정보수집 차원에서 발생하는 채증은 초상권을 침해하고 영장주의 원칙에 기반을 두지 않기에 금지되어야 하며 수사차원에서 이뤄지는 채증은 법으로 엄격히 명문화되어야 한다. 또한 형사사법 분야에서 채증이 예외적으로 허용되는 사항인지의 판단에서는 1999년 대법원 판례보다 긴급성과 필요성에 대한 더 엄격한 해석이 이루어져야 하며 이를 형사소송법으로 명문화해야 한다. 또한, 이 법령에는 채증된 자료에 대한 관리 및 폐기, 열람 등에 관한 규정이 만들어져야 한다.

## 2. 경찰장비

### 가. 집회·시위에서의 장비사용 제한

#### 1) 경찰장비의 사용요건, 방법에 대한 구체적 규정 필요

경찰장비의 사용요건, 방법에 대한 구체적 규정이 필요하다. 훈령, 규칙 수준에서의 사용방법 규정

아니라 법률 수준에서의 규정이 마련되어야 한다. 특히 불법집회에 사용할 수 있다는 규정은 삭제하고 평화적으로 진행되는 집회에서는 장비를 사용한 집회의 진압과 해산이 이루어져서는 안 된다는 것을 명시한다. 집회·시위에서 폭력적인 상황이 발생했을 때 폭력적인 요소만을 제거, 무력화하기 위해서 최소한의 경찰장비만을 사용할 수 있다는 점이 명시되어야 한다.

#### 2) 장비 사용이 최소화될 수 있도록 집회·시위 대응 방식의 변화

현재 경찰의 집회·시위에 대한 대응은 집회·시위의 발생을 최대한 억제하고 준군사적인 경찰 물리력을 동원하여 통제력을 확보하는 데 치중되어 있다. 이러한 금지와 통제 중심의 집회·시위 대응은 오히려 불필요한 갈등과 충돌을 유발한다. 장비 중심의 집회·시위 대응이 아니라 평화적인 집회·시위를 최대한 보장할 수 있는 방식으로 전환하여 집회·시위의 권리를 보장하고 물리적 충돌을 줄일 수 있도록 해야 한다.

#### 3) 규정을 위반한 장비 사용 시 엄격한 처벌과 재발방지 대책

경찰관 직무집행법에 위해성 경찰장비의 사용방법을 위반한 사용에 관한 처벌규정을 둔다. 또한, 사용기록보관의 대상을 확대하여 위해성 경찰장비의 사용실태를 파악할 수 있도록 하고 경찰장비 사용에 따른 인명피해에 대한 책임을 지도록 한다. 현재는 경찰관 직무집행법 제10조의3의 규정에 따른 분사기나 최루탄 또는 제10조의4의 규정에 따른 무기를 사용하는 경우만을 대상으로 하고 있으나 사용기록을 남기는 대상을 모든 위해성 경찰장비로 확대한다.

#### 4) 장비의 위해성 정도에 따른 분류기준 마련하고 이를 법으로 명시

생명과 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비의 경우 그 종류와 사용방법을 구체적으로 규정할 필요가 있다. 그리고 이를 법률의 수준에서 규정하도록 하여 강제력을 높이고, 국민이 예측할 수 있도록 하여야 하며, 경찰의 위해성 경찰장비사용을 강력히 통제할 수 있어야 한다.

### 나. 장비확충에 대한 통제

장비를 도입하고 확충하는 데 있어 사회적 검증절차를 마련하도록 한다. 이를 위해 정기적인 안전 검사 결과보고, 장비 도입과 변경 시 공청회 실시, 위해성 경찰장비 도입 시 국회의 동의 등을 내용으

71 이 책 "집회 및 시위에 관한 법률" 절 참조.

72 현재 2011.6.30, 2009헌마406 서울특별시 서울광장 통행저지행위 위헌확인; 대법원 2008.11.13. 선고 2007도9794 판결.

73 국가인권위원회, 07진인2439결정 적법절차 위반 등에 의한 인권침해(경), 2008.1.28.

로 하는 경찰장비 도입 과정과 절차에 대한 규정을 경찰관직무집행법에 명시하도록 한다.

### 3. 경찰폭력 불처벌

#### 가. 경찰의 신원을 확인할 수 있는 식별표시 부착 의무화

집회 시위 현장에서 진압 작전을 수행하는 경찰의 경우 신원을 확인할 수 있는 식별표시가 부착되어 있지 않아 과잉 진압 사건에 대한 조사에 큰 어려움을 겪고 있다. 실제 검찰은 많은 경우의 경찰 폭력 고소 사건에 대해 가해자를 특정할 수 없다는 이유로 불기소 처분을 내리고 있다. 프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관이 식별표시가 없는 점에 우려를 표하자 경찰은 모든 경찰복 배지에 이름표를 부착해 소속을 확인할 수 있도록 했다고 했으나,<sup>74</sup> 경찰 조끼와 보호 장비로 가려져 있어 전혀 실효성이 없다. 집회 시위 현장에서 확인 가능한 식별표시 부착을 의무화해 법 집행관으로서 경찰 행동에 책임성을 부여해야 한다.

#### 나. 부당한 명령을 거부할 수 있도록 경찰관 직무집행법 개정

지난 2009년 쌍용자동차 파업 당시 공장 진입 명령을 거부한 기동대 간부가 지시명령위반을 이유로 파면되었다.<sup>75</sup> 군대와 같은 상명하복의 조직체계를 갖춘 경찰에서 상관의 부당한 명령을 개인이 거부하기가 쉽지 않을뿐더러, 거부했을 시 파면이라는 최고수준의 징계가 떨어진다는 것을 보여주는 사례이다. 따라서 유엔이 발표한 '경찰이 지켜야 할 인권 기준과 실천 지침(2004)'에서도 언급된 '부당한 명령을 거부한 경찰관에게 면책이 주어져야 한다'는 조항을 경찰관 직무집행법에 추가하여 정당한 행동을 한 경찰이 불이익을 받지 않도록 해야 한다.

#### 다. 경찰 지휘책임자에 대한 민형사상 책임 부과

집회 시위 진압 현장의 실질적인 책임자들에 대한 민형사상의 책임이 부과되어야 한다. 앞선 사례에서도 보았듯이 시위 참여자가 사망한 사건에 대해서도 현장 지휘책임자는 직위 해제되었다가 얼마 뒤 승진하거나 다른 곳으로 발령받았다. 검찰은 촛불집회 과잉진압으로 고소된 경찰 간부들에 대해

74 프랑크 라 튀, 의사와 표현의 자유에 관한 권리에 대한 특별보고관 보고서, 64(관심사안), 2011.3.21.

75 한겨레, "쌍용 진압 거부한 경찰관 파면", 2009.9.27, <[http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/379011.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/379011.html)>.

전원 무혐의 각하처분을 내리면서 그 이유로 적법 절차에 따라 불법집회를 해산하도록 했다는 점을 들었다.<sup>76</sup> 하지만 경찰 지휘관들이 책임을 져야 하는 이유는 불법집회에 대한 해산명령이 잘못되었기 때문이 아니라, 해산과정에서 일어난 경찰폭력이 잘못되었기 때문이다. 일사불란한 지휘체계를 지닌 경찰조직에서는 지휘책임자가 작전수행 과정에서 일어난 폭력에 대해서도 당연히 책임을 져야 한다.

하지만 2007년 1월부터 2008년 10월까지 직무와 관련해 공무원을 상대로 모두 8,048건이 고소 고발됐는데 이 중 기소된 경우는 32건에 그쳤고 실제 재판을 받은 경우는 24건에 불과했다. 이 24건 중 검찰, 경찰의 수는 훨씬 적을 것으로 추정된다.<sup>77</sup> 따라서 근본적으로는 프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관의 권고처럼 경찰력의 과도한 사용에 대한 모든 혐의를 독립적 기구가 조사하고 처벌할 수 있는 방안이 모색되어야 한다.<sup>78</sup>

### 4. 집회·시위의 자유 행사로 인한 차별

#### 가. 기획재정부 예산 및 기금운용계획 집행지침 개정

기획재정부는 재정운영의 효율성과 투명성을 높이기 위해 '예산 및 기금지침'을 운영하는 것은 필요한 일이다. 민간보조금 운영 역시 재정운영의 투명성과 효율성을 높이고 사업목적이나 내용 이외의 방법으로 예산을 전용하는 경우, 보조금 제한 조치들은 타당하다. 그러나 정부정책에 반대하거나 다른 견해를 갖고 있다는 이유로 보조금을 제한하는 것은 국가로서 차별금지 의무를 이행하지 않은 역행조치이다. 따라서 기획재정부는 '예산 및 기금운용계획 집행지침'에서 보조금의 지원 제한 사유로 제시한 '불법시위를 주최·주도하거나 적극 참여한 단체, 구성원이 소속단체 명의로 불법시위에 적극 참여하여 「집회 및 시위에 관한 법률」 위반 등으로 처벌받은 단체' 항목을 삭제해야 한다.

76 경향신문, "촛불집회 군홧발 폭행" 경찰간부 전원 무혐의", 2010.5.13, <[http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201005130257035&code=940301](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201005130257035&code=940301)>.

77 "웬만해선 처벌 불가! 검경", 한겨레21, 제794호, 2010.1.15.

78 프랑크 라 튀, 의사와 표현의 자유에 관한 권리에 대한 특별보고관 보고서, 63(관심사안), 2011.3.21.

# 집시법 외의 법률로 집회·시위의 자유 제한

## 일반교통방해죄와 경범죄처벌법

### I. 문제제기

#### 1. 일반교통방해죄와 집회

형법 제185조 일반교통방해죄(이하 '일반교통방해죄')는 “육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 이전에도 집회·시위 참가자들에 대해 이 조항을 적용하는 경우가 간헐적으로 있었으나 최근에는 도로를 행진하는 시위가 있으면 당연히 적용되는 조항으로 적극 활용되고 있다. '집회 및 시위에 관한 법률(이하 '집시법')이 주간집회 단순참가자에 대해서는 처벌하지 않고 있고, 제23조가 야간옥외집회·시위의 단순 참가자에 대해서는 50만 원 이하의 벌금·구류 또는 과료로 처벌하도록 규정하고 있기에, 50만 원 이하의 벌금에 처해지는 경우에는 '일정한 주거가 없는 경우'가 아닌 한 현행범으로 체포할 수 없다는 형사소송법의 제한(제200조의2 제1항 단서)을 회피하기 위하여 집회나 시위 중 도로를 점거하거나 도로로 이동한 경우를 모두 현행범 체포나 긴급체포까지 가능한 일반교통방해죄로 법률을 적용하여 체포하는 것이다. 집회·시위를 탄압하기 위한 수단으로 집시법 외에 형법 제185조의 일반교통방해죄가 '전가의 보도'처럼 쓰이고 있는 것이다.

#### 2. 경범죄처벌법과 집회

경범죄처벌법 제4조는 스스로 “이 법의 적용에 있어서는 국민의 권리를 부당하게 침해하지 아니하도록 세심한 주의를 기울여야 하며, 본래의 목적에서 벗어나 다른 목적을 위하여 이 법을 함부로 적용하여서는 아니 된다”고 규정하여 남용을 금지하고 있음에도, 그 모호성과 추상성 때문에 경찰이 자의적으로 집회에 적용하는 사례가 빈발하고 있는 실정이다. 결국, 이는 경범죄처벌법 제4조가 우려한 바대로 이 법이 본래의 목적을 벗어나 집회의 자유를 제한하려는 목적을 위하여 함부로 적용되고 있음을 보여준다.

### II. 외국 입법례: 일반교통방해

일반교통방해를 규정하고 있는 형법 제185조의 구성요건을 보면 교통방해의 결과 또는 위험만으로 모두 처벌 가능한 것이 아니라 “손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법”이라는 행위유형에 포함되어야 처벌할 수 있다. 문제는 도로에서의 행위 중 '기타 방법'이라는 추상적이고 포괄적인 문구를 사용하고 있기에 교통방해 때문에 빚어질 수 있는 손해나 파손뿐만 아니라 집회나 시위를 포함하여 도로에서 이루어지는 모든 행위에 대해 위 법 조항이 적용 가능하다는 것이다.

그러나 외국의 경우에는 “기타 방법”이라는 추상적, 포괄적 표현보다는 구체적인 행위의 유형을 나열하거나, 기타 방법이라는 단어를 사용하더라도 그 해석의 폭을 좁힐 수 있는 방식으로 규정되어 있다. 이에 형법 제185조의 '기타 방법'의 불명확성을 검토하기 위해 외국의 규정을 살피도록 하겠다. 특히 외국의 법령과 비교해 보면 형법 제185조의 불명확성이 생생하게 드러난다.

#### 1. 독일

독일 형법은 교통기관, 행위방법 등을 아래와 같이 세분화하여 상세히 규정하고 있다.

### 제315조 [철도, 선박, 항공 특수교통방해]

1. 운송시설 또는 운송수단의 파괴, 손상 또는 제거
2. 장애물의 설치
3. 표지 또는 신호의 허위 조작
4. 기타 이와 유사하고 동일한 정도로 위험한 침해행위에 의하여 궤도차량, 석도차량, 선박, 항공기 교통의 안전을 침해하고, 이로 인하여 타인의 신체, 생명 또는 상당한 가치의 재물에 대하여 위험을 야기한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

독일 형법의 규정체계를 보면, 일반조항을 제한하는 개별적 구성요건의 행위유형을 i) 운송시설 또는 운송수단의 파괴, ii) 손상 또는 iii) 제거, iv) 장애물의 설치, v) 표지 또는 신호의 허위 조작 등 총 5개를 들고 있을 뿐 아니라, 더 나아가 일반조항 자체도 단순히 '기타 침해행위'라 하지 않고 '기타 이와 유사하고 동일한 정도로 위험한 침해행위'라 하여 2중으로 법관의 자의적 해석 가능성을 제한하고 있다.

## 2. 일본

일본 형법은 우리나라의 일반교통방해죄와 유사한 '왕래방해 및 동치사상' 조항에서 '기타 방법'이라는 일반조항을 사용하지 않고 아래와 같이 규정하고 있다.

### 제124조 [왕래방해 및 동 치사상]

- ① 육로, 수로 또는 다리를 손괴하거나 불통케하여 왕래의 방해를 발생하게 한 자는 2년 이하의 징역 또는 20만엔 이하의 벌금에 처한다.
- ② 전항의 죄를 범하여 사람을 사망 또는 상해에 이르게 한 자는 상해의 죄와 비교하여 중한 형으로 처단한다.

이렇게 일본 형법은 '왕래 방해'의 경우는 2년 이하의 징역으로 규정하고 있을 뿐 아니라 행위유형도 '손괴나 불통'으로 한정하고 있다. 또한, 법익침해의 수준이 왕래 '방해'가 아니라 '위험'의 정도에 이르는 경우는 제125조 왕래위험죄<sup>79)</sup>로 별도로 규정하고 있다.

## 3. 프랑스

프랑스 형법은 교통방해와 관련된 범죄의 유형을 아래와 같이 도로 상에 물건을 두거나 방치하는 행위로 특징하고 있다.

### 제R. 644-2조 [도로교통의 방해]

- ① 필요 없이 통행의 자유 또는 안전을 방해하거나 저해하는 물건을 도로 상에 두거나 방치함으로써 도로의 교통을 방해하는 자는 제4급 위경죄에 대한 벌금에 처한다.

이에 더하여 프랑스는 i) 폭행 또는 협박으로 사람이 현재하는 항공기, 선박 기타 모든 운송수단 또는 대륙붕에 설치된 고정식 해저채굴장치를 탈취하거나 운행을 지배하는 행위(제224-6조 제1항 항공기 등의 탈취), ii) 허위의 정보를 유포하여 운행 중인 항공기 또는 선박의 안전을 고의로 위태롭게 한 행위(제224-8조 제1항 운항위험죄)도 처벌하고 있다. 이처럼 프랑스는 교통수단을 탈취하거나 운행을 지배하는 행위만을 처벌하고 있으며, 역시 우리 형법의 일반교통방해죄와는 달리 그 대상이 되는 행위를 상세히 규정하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

79 일본 형법 제125조 ①철도 또는 그 표식을 손괴 또는 기타 방법으로 기차 또는 전차의 왕래에 위험을 발생하게 한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. ②등대 또는 부표를 손괴 또는 기타 방법으로 함선 왕래의 위험을 발생하게 한 자도 전항의 형과 같다.



## 4. 중국

중국도 교통방해와 관련한 범죄의 유형을 아래와 같이 구체적이며 상세히 규정하고 있다.

- i) 기차, 자동차, 전차, 선박 또는 항공기를 파괴하거나 기차, 자동차, 전차, 선박 또는 항공기를 전복 또는 훼손하기에 충분한 위험을 발생시켰으나 아직 엄중한 결과를 초래하지 않은 경우(제116조)
- ii) 궤도, 교량, 터널, 도로, 공항, 항로, 등대, 표지 등을 파괴하거나 기타 파괴 활동을 하여 기차, 자동차, 전차, 선박 또는 항공기를 전복하거나 훼손하기에 충분한 위험을 야기했으나 아직 엄중한 결과를 초래하지 않은 경우(제117조)
- iii) 교통수단, 교통시설, 전력설비, 가스설비 기타 연소되거나 폭발하기 쉬운 설비를 파괴하여 엄중한 결과를 초래한 경우(제119조)
- iv) 폭력, 협박 기타 방법으로 선박, 자동차를 납치한 경우(제121조)
- v) 비행 중인 항공기 내의 사람에 대하여 폭력을 사용하여 비행안전에 위해를 가하여 중대한 경우를 초래하였거나 아직 중대한 결과를 초래하지 아니한 경우(제123조)
- vi) 치안관리처벌법: 철도, 국도, 수역항로, 제방에 구멍을 파거나 장애물을 설치하거나 지시 표지를 훼손, 이동하여 교통운송안전에 영향을 미칠 수 있으나 형사처벌을 하기에 충분하지 아니한 경우(15일 이하의 구류 또는 2백만 원 이하의 벌금)(제20조 제8호)
- vii) 치안관리처벌법: 차량, 행인이 통행하는 곳을 시공함에 있어 복개물, 표지, 방위를 설치하지 아니하거나 고의로 복개물, 표지 방위를 훼손, 이동한 자(2백만 원 이하의 벌금을 과하거나 경고)(제21조 제3호), 고의로 사회질서에 위반하여 고의로 도로표시, 교통표지를 이동, 훼손한 자(50만 원 이하의 벌금 또는 경고)(제25조)

## 5. 소결

이러한 외국의 입법례를 참작할 때, 우리 형법 제185조가 정하고 있는 “기타의 방법”은 전혀 명확성이 없다. 일본처럼 해석적 논란이 없도록 행위유형을 열거하거나, 적어도 독일처럼 ‘기타 이와 유사하고 동일한 정도로 위험한 침해행위’라는 표현을 사용하여 앞에 열거된 행위유형과 유사하거나 동일한 행위만을 처벌할 수 있도록 제한되어야만 명확성을 갖추었다고 할 것이다.

### III. 인권상황평가 : 실태와 문제점

#### 1. 집회·시위에 대한 형법 제185조 일반교통방해죄 적용 실태와 문제점

##### 가. 적용실태

2009년 민변은 촛불집회에 참가한 것을 이유로 기소되어 정식재판을 청구한 사건에 대해 통계를 낸 바 있다. 2009년 6월 15일 기준으로 민변이 진행 중인 촛불 정식재판 사건 피고인 627명을 대상으로 분석한 결과 이 중 88%에 이르는 551명이 집시법과 함께 ‘일반교통방해죄’로도 기소되었다. 집시법만으로 기소된 경우는 60건, 일반교통방해죄로만 기소된 경우는 52건이었다. 벌금액(약식기소 기준)도 집시법으로만 기소된 경우 평균 62만 원이었으나, 집시법과 함께 일반교통방해죄로 기소된 경우는 두 배를 훨씬 넘는 152만 원에 이르렀다.<sup>80</sup>

80 민주사회를 위한 변호사모임, <민변 촛불백서>, 2010, 30쪽.

[표] 촛불 정식재판 사건의 죄명과 벌금액 평균<sup>81</sup>

죄명	건수	벌금평균(단위 만원, 소숫점 이하 반올림)
집시법, 일반교통방해	491	152
집시법	60	62
일반교통방해	52	144
공무집행방해	8	200
일반교통방해, 도로교통법	3	50
특수공무집행방해	8	200
집시법, 일반교통방해, 공무집행방해	4	238
공용물손괴, 일반교통방해, 집시법	1	300
합계	627	148

위 통계에서 보듯이 일반교통방해죄는 집회·시위 참가자들에게 매우 광범위하게 적용되고 있다. 일반교통방해죄만으로 기소된 사람들에게 대한 벌금 평균액수도 144만 원에 이른다. 약식 기소된 사건 대부분이 대규모 집회에 참가하였다가 특별한 행위 없이 일률적인 연행과정에서 연행된 것임을 고려한다면 벌금액이 매우 높다. 일반교통방해죄의 적용이 그런 과도한 형량에 영향을 미친 것이다.

집회참가자들에게 대해 일반교통방해죄를 광범위하게 적용하고, 그 결과 높은 형이 선고되는 악순환은 결국 집회참가를 두려워하게 하는 자기검열 기제로 작동함으로써 집회의 자유를 심대하게 침해할 것이다.

### 나. 집회·시위에 형법 제185조 일반교통방해죄 적용의 문제점

#### (1) 명확성의 원칙 위배

형벌은 인간의 행위에 대한 제재이다. 결과가 발생하였다고 관련된 모든 사람을 처벌하는 것은 법치국가의 형법원리에 어긋난다. 일정한 행위를 통해 그 결과(위험)를 낳았을 때에만 처벌해야 한다.

이것이 형벌법규에서 형벌의 대상이 명확하게 규정되어야 하는 이유이다. 이렇게 형벌의 대상이 되

81 피고인 627명 대상, 2009.6.15. 기준.

는 행위유형을 명확하게 규정하여야 한다는 원칙을 명확성의 원칙이라고 한다.

그런데 형법 제185조 일반교통방해죄는 “육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 이 구성요건을 보면 교통방해의 결과 또는 위험만으로 모두 처벌 가능한 것이 아니라 “손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법”이라는 행위유형에 포함되어야 처벌할 수 있다.

문제는 ‘기타 방법’이라는 표현이 가지고 있는 추상성과 포괄성 때문에 도로에서의 행위 중 이에 포함되지 않는 행위는 존재하지 않는 것처럼 해석된다는 것이다. 즉, 일반교통방해죄를 규정하고 있는 형법 제185조는 명확성의 원칙에 위배된다.

#### (2) 과잉금지의 원칙 위배

형법 제185조 일반교통방해죄는 단순히 도로소통에 장애가 생겨 다소 불편한 정도의 교통방해, 도로에 위험이 발생하는 정도의 교통방해, 사람의 생명·신체에 위험이 발생하는 정도의 교통방해 등 불법성의 정도가 다른 경우를 모두 같은 법정형으로 규정하고 있다. 그러나 단순히 교통소통에 장애가 발생하여 다소 불편한 경우와 사람의 생명·신체 등에 위험이 발생하는 경우는 불법성의 정도에 있어 차이가 매우 크다. 따라서 가벼운 교통방해행위를 도로소통에 장애가 생겨 사람의 생명이나 신체에 위험이 발생한 경우와 동일하게 처벌하는 것은 행위와 처벌 간의 비례성을 상실한 과도한 것이다.

## 2. 집회·시위에 대한 경범죄처벌법 적용실태와 문제점

이명박 정부 등장 이후 단순한 유인물 배포행위를 불법 유인물 배포 혐의로 체포하는 사례도 발생하고 있다. 2009년 7월 15일과 16일 민주노동당과 민주노총에서 만든 유인물을 배포했다는 이유로 경찰이 학생들과 시민을 수갑을 채워 체포하였다. 경찰은 민주노동당과 민주노총에서 발행한 홍보물을 불법 유인물이라고 규정하고, ‘옥외광고물법’ 위반이라며 홍보물을 압수하고 배포행위를 강제로 중단시킨 뒤 체포했다. 이 과정에서 임의 동행을 거부한 62세 여성의 팔을 움켜잡고 폭력적으로 강제 연행했으며 미란다 원칙을 고지하지도 않고 적용법규도 갑자기 바뀌어 ‘경범죄처벌법’으로 급조해 즉결 심판 처리했으나, 법원은 이에 대해 면제판결을 내렸다. 아래는 최근 문제가 되었던 경범죄처벌법 적

용의 사례들이다.

### 이상한 경범죄 위반 연행 사례들

#### 유인물 나눠줘도 경범죄

-김00 H대 학생은 2009년 7월 15일 서울세종문화회관 앞에서 민주회복 민생살리기 2차 범국민대회 안내 유인물은 나눠주다 경찰에 의해 "경범죄를 위반했다"는 이유로 수갑이 채워진 채 연행.

-민주노동당 소속 조00씨는 2009년 7월 16일 종각역 인근에서 민주노동당 발행 유인물 나눠주다 경찰에 연행.

#### 퍼포먼스도 경범죄

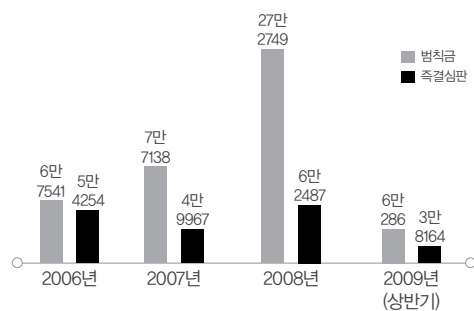
-외국인 이주·노동운동협의회가 2009년 7월 15일 광화문 정부중앙청사 앞에서 옷도 제대로 입지 못한 채 불법체포 당하는 이주노동자를 표현하기 위해 상의를 벗고 퍼포먼스를 벌임, 경찰은 "윗옷을 입지 않았다. 경범죄로 처벌하겠다"며 제지, 결국 퍼포먼스 포기.

대법원 통계에 따르면, 위와 같은 사례의 급증으로 인해 2009년 상반기 즉결심판 접수 건수가 38,164건으로 2008년 같은 기간 27,215건과 비교하여 40.2%나 증가하였다.<sup>82</sup>

이러한 흐름은 최근에도 계속되고 있다. 2011년 10월 5일 제주해군기지건설에 반대하기 위해 공사현장에서 미사를 집전했던 가톨릭 신부

연도별 경범죄 처분 현황

(단위: 건, 자료: 대법원)



82 경향신문, "공안형 경범죄 급증... 유인물·퍼포먼스도 무더기 단속", 2009.7.29자.

9명이 집시법 위반과 함께 경범죄처벌법 위반으로 연행이 되기도 하였다.<sup>83</sup>

경범죄처벌법이 위와 같이 집회나 시위의 자유를 침해하는 방향으로 적용되고 있는 이유는 구성요건이 명확성의 원칙을 지키고 있지 못하기 때문이다. 경범죄처벌법은 1983년 개정에서 법률용어를 한 글화하면서 비교적 알기 쉬운 문체로 개정해왔지만 그 내용과 의미의 기준과 한계를 파악하기에 모호한 용어들이 사용되고 있다. 먼저 "정당한 이유"라는 용어가 있다. 이는 제1호(빈집 등에서의 잠복), 제2호(홍기의 은닉 휴대), 제6호(시체 현장변경 등), 제24호(불안감 조성 등), 제36호(공무원 원조불응), 제49호(무단침입), 제51호(무임승차 및 무전취식) 등에서 사용되고 있다. "함부로"라는 용어는 더욱 자주 사용되고 있다. 이는 제13호(광고물 무단부착 등), 제16조(오물방치), 제17호(노상방뇨 등), 제20호(자연훼손), 제21호(타인의 가축·기계 등 무단조작), 제32호(위해동물관리소홀), 제34호(무단소등), 제41호(과다노출) 등에서 사용되고 있다. 이외에도 제10호(물품강매·청객행위), 제19호(단체가입 강요)에서 사용된 "억지로", 제12호(업무방해), 제18호(의식방해) 등에서 볼 수 있는 "못된", 제24호(불안감 조성), 제25호(인근 소란 등)와 제41호(과다노출)의 "지나치게"는 그 정도를 판단하는 기준이 모호하여 자의적인 법 적용의 위험성이 큰 용어들이다.<sup>84</sup>

## IV. 개선방안 : 정책과제

### 1. 형법 185조 일반교통방해죄 개정

현행 형법 제185조가 가지고 있는 불명확성과 과잉성을 제거하고, 집회나 시위를 억압하기 위해 오용되는 것을 방지하기 위해서는 독일의 입법례와 같이 개정할 필요가 있다. 위에서 살핀 바와 같이 독일의 입법례는 행위유형을 구체적으로 열거하는 것뿐만 아니라, '도로교통의 방해'라는 결과를 넘어서 도로교통의 방해 때문에 파손이나 상해 등의 결과까지 나타나야 처벌하는 식으로 규정하고 있다.

만약 독일식으로 개정하지 않고 '기타 방법'을 삭제하고 구체적인 행위유형을 규정하는 방안은 '기

83 시사제주, 2011.10.4자.

84 장현명, "경범죄처벌법의 비범죄화에 관한 연구", 연세대학교 석사학위논문, 2010.

타 방법'의 불명확성을 해소하는 데에는 유용성이 있을 수 있다. 그러나 이런 식으로 개정하면 도로를 점거하는 집회·시위가 도로교통의 방해를 일으킬 때 비록 '기타 방법'에 해당하지 아니하더라도 '불통'에 해당한다고 해석하는 것을 막을 수 없을 것이다.

독일 형법 제315b조의 보호법익은 '공공 교통의 안전'이라고 한다. 이러한 규정은 교통방해죄가 도로 교통상 발생할 수 있는 생명이나 신체, 재산의 보호를 위한 규정임을 분명히 하고 있다. 우리 형법상 일반교통방해죄가 추상적 위험범인 반면에 독일 형법 제315b조는 구체적 위험범으로 규정되어 있다는 점에 차이가 있다. 독일 형법 제315b조 하에서는 도로를 점유하는 집회·시위라 할지라도 그 때문에 교통에 참여한 사람들의 생명, 신체나 재산에 위험을 초래하지 않는 한 교통방해죄 구성요건을 적용할 수 없다는 점이 확실하다. 그리고 형법상 교통방해죄의 형사처벌은 교통상의 안전을 도모하기 위함이지 단순히 도로교통의 원활한 흐름을 보호하기 위한 것이 아님을 더욱 분명히 할 수 있다는 장점도 있다.

추상적 위험범의 규정방식은 형사입법에서 가급적 지양되어야 한다는 점에서도 구체적 위험범 방식의 규정을 도입하는 것이 타당하다.

## 2. 경범죄처벌법 폐지<sup>85</sup>

경범죄처벌법은 위에서 언급한 명확성의 원칙에 부합하지 않는다는 점 이외에도 과잉금지원칙위배, 형법상 범죄와의 중복규정 등의 문제들이 계속 제기되어 왔다. 이를 해결하기 위하여 경범죄처벌법을 폐지하고 필요한 조항에 대해서는 형법으로 일원화하는 것이 필요하다.

---

85 참고로, 경범죄처벌법에 대해서는 2012.2.27. 국회에서 전면 개정안이 의결되었다. 이 전면 개정안은 공포 후 1년이 경과한 날로부터 시행하도록 되어 있다(부칙 제1조). 그러나 위에서 경범죄처벌법의 문제로 지적했던 불명확성에 대해서는 진전이 없는 것으로 보인다.

## 5부

# 선거 시기 표현의 자유

공동체의 구성원들이 누군가의 노예로 살지 않기로 한 이상 그 공동체 내 민주적 질서와 가치는 필수적이다. 민주적 질서를 위해서는 선거권의 자유롭고 적절한 행사가 필수적이다. 그런데 유권자가 선거공간에서 자신들을 위해 일할 사람을 제대로 뽑기 위해, 뽑힌 사람들이 유권자를 위해 제대로 일하게 하기 위해서는 선거공간에서의 표현의 자유, 그것도 유권자들의 표현의 자유(선거운동의 자유)가 매우 중요하다. 그러나 현행 공직선거법은 선거운동의 자유를 '제한하는 것'에만 초점이 맞추어져 있어 후보자나 그 소속 정당에 대한 제대로 된 검증이나 비판이 거의 불가능한 상황이다. 노예가 아닌 주인으로 살기 위해서 공직선거법에 대한 폭넓은 개정이 필요하다.

# 공직선거법

## 1. 문제제기

### 1. 선거의 헌법적 의의

우리 헌법은 통치구조에 관한 기본원리의 하나로써 민주국가의 원리, 그중에서도 대의민주제를 채택하고 있다. 대의민주제는 선거를 통하여 국민주권을 실현하고 통치권력의 정당성을 확보한다. 유권자는 선거를 통하여 대의기관을 구성하고 대의기관으로 하여금 법과 제도와 정책을 수립하고 시행할 수 있는 권한을 부여한다. 따라서 선거는 민주주의 핵심이라고 할 수 있다.<sup>1</sup> 그리고 선거는 공정한 경쟁을 통하여 소수자가 다수자가 될 수 있는 기회균등을 보장하는 제도이며 다양하고 때로는 적대적인 국민을 정치적으로 통합하는 기능을 수행한다.<sup>2</sup> 대의민주제에서 선거는 국민의 의사형성 중에서 가장 중요하고도 결정적인 행위라고 할 수 있다.

1 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2004, 303쪽.

2 정태호, "선거권 및 피선거권의 보장과 발전", 헌법논총 제19집(2008), 695쪽.

### 2. 선거운동의 자유와 선거법

선거운동의 자유가 최대한 보장되어야 하고 선거운동에 관한 제한은 최소한에 그쳐야 한다는 것은 우리 헌법이 채택한 자유선거의 원칙으로부터 당연히 도출되는 원리이다. 이 점은 헌법재판소가 거듭 강조하고 있다. 선거운동의 자유는 헌법 제21조의 표현의 자유로서, 그리고 헌법 제24조가 정한 선거권 행사의 전제 또는 선거권의 중요한 내용으로서, 우리 헌법상 명문의 규정은 없지만, 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 자유선거의 원칙으로부터 도출되기 때문이다(93헌가4, 6[병합]). 또한, 선거운동의 자유는 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 않고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유인 정치적 자유권의 내용이기도 하다(2001헌마710). 선거운동의 자유는 표현의 자유, 표현의 자유 중에서도 핵심이라고 할 수 있는 정치적 표현의 자유에 속하므로 헌법적 중요성이 더 강조된다.

### 3. 선거법의 문제점

우리가 일반적으로 정치 선진국이라고 생각하는 나라들은 선거비용에 대한 철저한 통제에 초점이 있을 뿐, 선거운동이나 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위를 포괄적으로 금지한 예는 찾아보기 어렵다. 미국·서구 유럽 등 대부분 민주국가에서는 선거운동 기간에 대한 규제가 없고, 특별한 경우를 제외하고는 선거운동방법에 대하여도 규제하지 않으며, 선거비용 통제를 통하여 선거의 공정성을 확보하고 있다.<sup>3</sup>

반면 우리나라의 역대 선거법은 일본에서 유래하는 관 주도의, 권위주의적인, 규제 위주의 선거법을 받아들인 것이다.<sup>4</sup> 물론 현행 공직선거법은, 법률에 명시되지 않은 일체의 선거운동을 금지하고 있던 구 선거법과는 달리, 선거운동을 원칙적으로 허용하고 예외적으로 금지하는 방식으로 전환한다는 취지로 지금으로부터 17년 전인 1994년에 새로 제정된 '공직선거 및 선거부정방지법'을 골격으로 한 것이다. 그러나 '돈은 묶고 입은 풀다'는 애초의 입법 취지는 실종되고, 그 내용은 오히려 '묶는 것'만을

3 중앙선거관리위원회, "외국의 선거제도 비교분석집" 1, 309쪽.

4 송석윤, "선거운동규제의 연원: 1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입", 서울대학교 법학, 제46권 제4호, 2005, 28쪽 이하; 박용상, 전개논문, 173쪽 참조.

강조하여 ‘국민의 입도 묶고, 손발도 묶는’ 형태로 지금껏 이어지고 있다는 데 문제가 있다.

이미 2000년 총선연대의 낙천낙선운동 규제, 2004년 패러디물 규제, 2007년 인터넷 UCC 대대적 단속, 2010년 4대강·무상급식 캠페인 규제, 트위터 규제, 2011년 SNS 투표독려활동 규제 등 시민의 참여가 폭발하는 시기마다, 선거법은 낡은 법 조항에 근거한 규제로 수많은 시민을 범법자로 만들었다. 더욱 큰 문제는 선거법 위반에 대한 일말의 두려움이 결과적으로 자기검열로 이어진다는 데 있다. 내가 내 생각을 말하는 것을 주저할 때 ‘정치적 의사 표현의 자유’에 기반을 둔 민주주의의 근본 토대는 너무나 쉽게 무너져버린다. 누가 범법자가 되기를 원하겠는가? 구시대적 선거법이 성숙한 유권자를 몰아매고, 우리 민주주의의 토대를 갉아먹어 왔다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

공직선거와 직접 관련되는 국제인권규범으로는 세계인권선언 제21조와 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제25조를 들 수 있으며, 특히 규약 제25조는 선거 시기 표현의 자유와 관련한 중요한 내용을 담고 있다. 즉 “자유롭게 선출된 대표”와 “자유로운 투표 절차”를 간략하게 규정하고 있는 세계인권선언 제21조를 더욱 구체화하여, 규약 제25조는 대표자의 ‘자유로운 선출’ 이외에 ‘선거인의 의사의 자유로운 표명의 보장’을 명문으로 요구하고 있는 것이다. 나아가 일반적인 의사 표현의 자유를 규정하고 있는 세계인권선언 제19조와 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조 역시 선거 시기 표현의 자유와 관련한 중요한 국제적 인권기준으로 작용한다.

#### 세계인권선언 제21조

1. 모든 사람은 직접 또는 자유롭게 선출된 대표를 통하여 자국의 통치에 참여할 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 자국의 공무에 취임할 동등한 권리를 가진다.
3. 국민의 의사는 정부의 권위의 기초가 된다. 이 의사는 보통 및 평등 선거권에 의거하며, 또한 비밀투표 또는 이와 동등한 자유로운 투표 절차에 따라 실시되는 정기적이고 진정한 선거를 통하여 표현된다.

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제25조

모든 시민은 제2조에 규정하는 어떠한 차별이나 또는 불합리한 제한도 받지 아니하고 다음의 권리 및 기회를 가진다.

- (a) 직접 또는 자유로이 선출한 대표자를 통하여 정치에 참여하는 것.
- (b) 보통, 평등 선거권에 따라 비밀투표에 의하여 행하여 지고, 선거인의 의사의 자유로운 표명을 보장하는 진정한 정기적 선거에서 투표하거나 피선되는 것.
- (c) 일반적인 평등 조건하에 자국의 공무에 취임하는 것.

1996년 제57차 회기에서 채택된 자유권위원회의 일반논평 25<sup>5)</sup>는 특별히 정치에의 참여와 투표권에 대한 권고를 담고 있다. 일반논평 25는 “시민은 대표자들과의 공공 토론과 대화를 통해서 또는 스스로 조직을 만들 수 있는 능력을 통해 영향력을 행사함으로써 정치에 참여한다. 이러한 참여는 표현과 집회, 결사의 자유를 보장함으로써 지지된다”라며 특별히 선거 및 투표와 관련한 공적 사안에 대한 표현의 자유에 대해 언급하고 있다(8문단). 이에 따르면 “표현과 집회, 결사의 자유는 투표권의 효과적인 행사를 위해 필수적인 조건으로, 완전하게 보호되어야 하며(12문단), 무엇보다 “유권자의 자유로운 의사 표현을 왜곡하거나 방해할 수 있는 어떠한 종류의 부당한 영향력이나 강제력 없이, 투표권

5 Human Rights Committee, “General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 1996.7.12.

이 있는 이들은 선거의 후보자에 대해서, 또 직접투표나 국민투표에 제기된 안건에 찬성 또는 반대의 투표를 자유로이 해야 하며, 자유롭게 정부를 지지하거나 반대할 수 있어야 한다”고 강조하고 있다(19 문단). 즉 유권자들이 후보자에 대해 또 공적, 정치적 쟁점들에 대해 자유롭게 지지, 반대할 수 있어야 한다고 했다. 나아가 일반논평 25는 다음과 같은 언급을 통하여 선거와 관련하여 표현의 자유의 중요성을 명시적으로 밝히고 있다.

“제25조에 의해 보호되는 권리의 충분한 향유를 보장하기 위해서, 시민, 후보자, 선출된 대표자들 사이에 공적 문제와 정치적 문제에 대한 정보와 견해의 자유로운 의사소통은 필수적이다. 이것은 자유 언론과 기타 언론매체가 검열이나 제지 없이 공공 문제에 대해 논평할 수 있음을 암시한다. 이는 동 규약 제19조, 제21조, 제22조에 보장된 권리들에 대한 완전한 향유와 존중을 요구하는데, 여기에는 개별적으로 또는 정당과 여타 단체를 통해 정치 활동에 관여할 자유, 공적 문제를 토론할 자유, 평화로운 시위와 회합을 개최할 자유, 비판하고 반대할 자유, 정치적 문건을 출판할 자유, 선거 운동을 할 자유, 정치적 견해를 선전할 자유 등이 포함된다(25문단)”

한편 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조에 대한 일반논평 34호<sup>6</sup>에서도 선거에 관한 언급들이 등장하는데, 여기에서는 “의견의 자유와 표현의 자유는 인간의 완전한 발전을 위한 필수적인 조건이다”라고 하면서, 이 두 가지 자유는 “어느 사회에서나 필수적”이라고 명시하였다(2문단). 또한, 규약 제19조 제2항은 당사국은 표현의 자유를 보장해야 한다고 선언하고 있고 이때 표현의 자유는 정치적 담론, 개인적인 사안이나 공적 사안에 대한 논평, 선거운동, 인권에 관한 토론, 저널리즘, 문화적 및 예술적 표현, 강의, 종교적 담론을 포함한다고 밝히고 있으며(11문단), 특히 일반논평 25호를 명시적으로 인용한 후 “일반논평 25호에서 표현의 자유 증진과 보호에 관하여 제공하는 지침에 당사국이 관심을 기울여야 한다(20문단)”고 밝힘으로써, 선거와 관련한 표현의 자유의 중요성을 재차 강조하였다.

6 Human Rights Committee, “General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression”, CCPR/C/GC/34, <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>>.

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

2011년 6월 개최된 17차 유엔 인권이사회 정기 세션에서 프랑크 라 뤼 유엔 표현의 자유 특별보고관은 한국의 공직선거법 제93조가 선거일 180일 전부터 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한’ 목적의 여러 행위를 금지하고 있는 것에 대하여, 그 기간이 지나치게 길다는 점에 우려를 표하였다. 그리고 2010년 6월 2일 전국동시지방선거에서 중앙선거관리위원회가 4대강 사업의 계속 여부나 무상급식 전면시행 여부를 ‘선거쟁점’으로 규정하고 선거쟁점에 관한 일체의 지지·반대 활동을 모두 공직선거법으로 처벌하는 것은 과도하고 부당하다고 지적하였다. 그리고 인터넷 실명제에 대해서도 익명성을 기반으로 하는 표현의 자유에 영향을 미칠 것을 우려하고, 정부가 신원 확인을 위한 다른 수단을 고려하고 그러한 수단도 신원 확인 대상자가 이미 범죄를 저질렀거나 저지르려고 한다는 상당한 근거나 합리적인 의심이 있는 경우에만 사용할 것을 권고하였다.<sup>7</sup>

### 프랑크 라 뤼 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)

#### 3. 선거전 표현의 자유

- 53. 공직선거법은 선거전 상당 기간 동안 정치적 논의를 광범위하게 제한하고 있다(후략)
- 54. 공직선거법 제58조에 따라 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시가 허용되고는 있지만, 허용되는 표현과 동법 제93조에 의해 금지되는 표현을 구분하기가 매우 어렵다는 점에 주목해야 한다. 실제로, 선거운동과 통상적인 논의의 구분은 매우 모호하다.
- 55. 또한, 2010년 4월 26일에는 대한민국의 모든 선거 관련 사안을 관할하는 중앙선거관리위원회가 “단체 등의 선거쟁점 관련 활동방법 안내”라는 지침을 발표하였는데, 이 지침은 특정 정당이나 후보자를 지지하거나 반대하지 못하도록 금지하는 데에서 더 나아가, 비정부기구, 종교단체를 포함한 단체들이 주요 선거쟁점에 관한 광고, 벽보, 사진, 문서

7 Frank La Rue, Mission to the Republic of Korea, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 2011.3.21, A/HRC/17/27/Add.2, <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/17session/reports.htm>>.



와 “그 밖에 이와 유사한 것”을 설치, 게시, 배부하는 활동을 금지하고 있다. 결국 “4대강 사업”, “무상급식”과 같은 주요 선거쟁점에 대해 정보를 배포하거나 집회를 개최하는 것을 금지한 결과, 비정부기구와 종교단체들의 일부 활동은 제약을 받았다.

- 56. 나아가, 앞서 실명인증제와 관련해 언급했듯이, 개인이 정당이나 후보자에 대한 지지 또는 반대를 표시하는 글을 게재하는 경우, 모든 “인터넷 언론사”는 해당 개인의 실명을 확인하여야 할 의무가 있으며(후략)
- 57. 선거쟁점 또는 후보자와 관련한 정보의 배포가 어떠한 근거에서 표현의 자유에 관한 권리를 제한하는 사유로 정당화될 수 있는지는 명확하지 않다. (중략)···특별보고관은 6개월의 금지 기간은 그러한 목적을 달성하기에는 지나치게 긴 시간이라는 우려를 금할 수 없다. 또한, 특별보고관은 정당, 후보 또는 선거쟁점을 지지하거나 반대하는 정보를 배포한 행위에 대한 형사처벌이 과도하고 부당하다고 본다.

**권고**

- 95. 특별보고관은 선거 당일에 이르는 중요한 시기에 선거 및 후보자 관련 주요 사안에 관한 정보와 의견의 공개적이고 자유로운 교류를 포함하여 표현의 자유에 관한 권리를 전면 보장할 것을 대한민국 정부에 권고한다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 구시대적 악법 선거법

##### 가. 자의적 법 해석과 집행을 초래하는 불명확하고 애매모호한 규정

선거운동을 포함한 정치적 표현의 자유를 제한하고 형사처벌하는 법률은 엄격한 명확성의 원칙

을 충족해야 한다. 그러나 공직선거법 제58조 제1항이 정의하고 있는 선거운동<sup>8</sup>의 개념은 너무나 불명확하고 모호하여 동항 단서에서 선거운동으로 보지 않는 “선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시” 등과 구별하기 어렵다. 그리고 공직선거법 제90조(시설물 설치 등의 금지), 제93조 제1항(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지), 제103조(각종 집회 등의 제한) 제3항 등은 선거일 180일 전부터 “선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위”를 금지하고 있다. 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위의 개념 역시 불명확하고 모호하다. 그 때문에 일반 국민에게는 예측 가능성을 담보하지 못하고 법집행기관의 자의를 허용하게 된다.

##### 나. 정치적 표현에 대한 광범위한 금지

합법적으로 선거운동을 할 수 있는 기간은 대통령 선거는 23일, 나머지 선거(즉 국회의원선거, 지방자치단체장선거, 지방의원선거)는 14일에 불과하여(제33조) 그 전에 하는 선거운동은 모두 사전선거운동으로 처벌된다. 선거일 180일 전부터는 선거운동에 이르지 않는 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위<sup>9</sup>도 금지되어 2010년의 경우와 같이 선거가 한 해 두 차례 있을 경우 사실상 1년 내내 선거와 관련한 정치적 의사표현이 제약당하게 된다. 그리고 정당·후보자에 대한 지지·반대뿐 만 아니라 정책에 대한 지지·반대도 금지되어 정책선거가 위축되고 있다. 선거와 무관하게 정책을 중심으로 설립목적에 따라 활동하는 시민단체는 선거시기 그 정책이 쟁점이 되었다는 이유만으로 활동의 자유가 제한되고, 시민단체의 자율성도 훼손되고 있다.

인터넷 실명확인제로 인해 익명표현의 자유가 제한되고(제82조의6), 외국인이나 미성년자라는 이유만으로 선거운동이 금지되는 것도 문제이다(제60조 제1항 제1호, 제2호). 한편 제82조의4 제2항, 제110조, 제251조는 후보자 비방을 금지하고 있다. 그러나 ‘비방’이라는 개념은 정당한 비판이나 평가와 구별하기 어려워 사실상 정당·후보자에 대한 모든 비판이 봉쇄되고 있다. 심지어 트위터를 통해 투표를 독려하는 ‘투표인증샷’을 게시하는 것조차 규제되고 수사대상이 되는 상황이다.

8 공직선거법 제58조(정의 등) ① 이 법에서 “선거운동”이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 4. 통상적인 정당활동.  
9 선거운동과 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위가 명확히 구별되는 것도 아니다.

### 다. 정당한 비판과 의혹제기를 가로막는 후보자비방죄와 허위사실공표죄

후보자비방죄(82조의4 제2항, 안 제110조, 안 제251조)와 허위사실공표죄(제250조)로 인해 후보자에 대한 정당한 비판이나 의혹제기도 봉쇄당하고 있다. 후보자비방죄에서 '비방'의 의미가 모호하여, 정치적 의사표현이나 비판행위와 어떻게 구별되는지 판단하기 어려워 위헌소지가 크다. '비방' 개념의 모호성은 후보자의 정책에 대한 평가나 진실로 밝혀진 것들에 대한 공표조차 불가능하게 만든다.<sup>10</sup> 중앙선거관리위원회는 "사실이 적시되어 있다 하더라도 그 내용이 상당히 공격적이고 악의적이어서 정치적 의사표현의 자유 또는 알권리를 감안하더라도 사회 통념상 평균인이 참기 어려운 정도인 때에는 후보자 비방에 해당한다"고 한다.<sup>11</sup> 그리고 트위터에 게시한 내용도 표현방법·내용·그림 등이 단순한 풍자의 수준을 넘어서 비방에 해당하는 경우에는 처벌된다고 한다.<sup>12</sup> 기준 자체가 모호하고 추상적이어서 선관위의 자의적 해석과 집행이 우려된다.

한편 후보자의 도덕성이나 자질을 검증하기 위해서는 비록 증거가 충분하지 않더라도 의혹을 제기하는 것을 허용하고, 의혹을 제기당하는 자가 이를 해명함으로써 유권자가 올바른 선택을 할 수 있도록 할 필요가 있다. 그러나 대법원은 후보자를 낙선시킬 목적으로 후보자에 불리한 허위사실의 공표를 금지한 선거법 제250조 제2항<sup>13</sup>에 대하여, 후보자에 대해 의혹을 제기하는 자가 이를 구체적으로 소명하여야 한다고 하여 사실상 허위에 대한 입증책임을 검사가 아닌 피고인에게 전하고 있다(2005도2627). 이 때문에 이명박 대통령 후보와 BBK와의 관계에 대해 의혹을 제기한 정봉주 전 민주당 의원이 허위사실공표로 징역 1년의 유죄확정판결을 받으면서(2008도12847), 허위사실공표죄를 폐해야 한다는 여론이 들끓고 있다.

### 라. 민주주의 실현이라는 선거의 기능과 의미를 훼손시키는 선거법

무엇보다도 선거운동이나 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위를 지나치게 규제하게 되면, 통치권력의 민주적 정당성 확보라는 선거의 의미가 상실된다. 유권자가 선거에 참여하지 못하고 선거에 영향

10 참여연대, "유권자의 참정권·표현의 자유 제약하는 공직선거법 독소조항", 이슈리포트 2010.2.4, 8쪽.

11 중앙선거관리위원회, "선거 UCC물에 대한 운용기준", 2007.1.

12 중앙선거관리위원회, "SNS 선거운동 가능범위 10문 10답", 2011.10.12.

13 제250조(허위사실공표죄) ② 당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

을 미치지 못한다면 그 선거는 진정한 주권행사라고 볼 수 없기 때문이다. 선거와 관련한 표현의 자유에 대한 규제가 심하면 심할수록, 후보자·정당 및 그들의 정책에 대한 정보가 제한된다. 그 때문에 후보자·정당 및 그들의 정책에 대한 공개적인 검증과 토론의 기회가 차단되어 유권자로서는 올바른 선택을 하기가 어렵게 된다. 후보자·정당과 후보자·정당 간, 후보자·정당과 유권자 간, 특정 후보자·정당을 지지하는 유권자와 다른 후보자·정당을 지지하는 유권자 간에 토론과 소통이 없고 쟁점이 없는 선거는, '민주주의의 꽃'이기는커녕 민주주의 실현의 최소한의 도구조차 될 수 없다. 정책선거도 위축될 수밖에 없고 결국 혈연, 지연, 학연 위주의 퇴행적이고 보수적인 선거가 될 가능성이 크다. 이런 선거는 국민의 의사를 왜곡시키고 주권자인 국민을 단순히 통치의 객체로, 정치질서의 장식물로 전락시키며 선거를 했으니 민주주의가 유지되고 있다는 알리바이만 제공할 뿐이다.

## 2. 유권자의 정치적 의사 표현을 막아 왔던 사례들<sup>14</sup>

### 가. 트위터 상 낙선대상자 게시, 벌금 100만 원

2010년 10월 14일, 어느 트위터 이용자는 사전선거운동을 했다는 이유로 벌금 100만 원을 선고받았다(2011고합127)<sup>15</sup>. 대통령에 대한 욕설을 연상시키는 아이디(2MB18nomA)를 써서 이미 방송통신심의위원회가 계정을 차단한데다 표적수사 논란까지 일었던 사람이다. 그가 했던 것은 그저 내년 총선에서 당선되지 않았으면 하는 국회의원 이름을 트위터에서 거론한 일, 이른바 '트위터 낙선리스트 게시'다. 총선 11개월 전에 한 명의 개인이 낙선대상자 명단을 거론하는 행동이 피선거권을 박탈할 만큼 중한 형을 선고해야 할 일인지 현행 선거법의 선거운동 금지기간의 문제점을 보여주는 사례다.

### 나. 무상급식 활동가, 벌금 200만 원 선고

2011년 10월 26일 시행된 서울시장 보궐선거가 끝난 바로 다음날, 무상급식 운동에 앞장섰던 시민단체 활동가가 200만 원의 벌금형을 최종 선고받았다(2011도9243). 배옥병 친환경무상급식연대 상임

14 2012.2.29. 개정에 의하여 SNS를 포함한 인터넷을 이용한 선거운동은 선거일을 제외하고 상시 허용되게 되었다. 이로써 위 사례는 더 이상 반복되지 않을 것으로 보인다.

15 참고로, 이 사건은 항소심에서 무죄가 선고되었다(서울고등법원 2012.3.16. 선고2011노2977 판결).

운영위원장은 이미 10년이 넘게 무상급식 운동을 해왔고, 2010년 6월 2일에 시행된 제5회 전국동시 지방선거를 앞두고 각 정당과 후보자에게 해당 정책을 채택하라고 요구하는 캠페인을 벌였다. 그런데 중앙선거관리위원회는 「단체 등의 선거쟁점관련 활동방법 안내」를 통해 4대강 사업의 계속 여부나 무상급식 전면시행 여부 등이 '선거쟁점'에 해당한다는 이유로 시민단체, 종교계, 정당 등의 관련 찬반활동을 포괄적으로 규제하겠다는 방침을 밝혔다. 그 근거로 제시한 것은 선거에 영향을 미칠 목적의 시설물 등의 게시를 금지한 공직선거법 제90조, 선거에 영향을 미칠 목적의 탈법방법에 의한 행위를 금지한 제93조 제1항, 선거에 영향을 미칠 목적의 집회 등을 금지한 제103조 제3항, 선거운동을 위한 서명운동을 금지한 제107조 등이다.

중앙선거관리위원회와 검찰은 비록 시민단체가 특정 정책에 대한 지지·반대 활동을 꾸준히 해왔다 하더라도 해당 정책이 선거쟁점이 된 이상, 선거쟁점에 대한 지지·반대는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치는 행위라고 주장하였다. 그러나 대법원은 단체가 지지·반대해 온 특정 정책이 선거쟁점이 되었다는 이유만으로 일률적으로 선거운동이나 선거에 영향을 미치는 행위라고 볼 수는 없고 일정한 판단 기준에 따라 개별적으로 판단되어야 한다고 하였다(2011도3447; 2011도5344; 2011도9243).

대법원 판례에 따라 선거쟁점이라는 이유만으로 선거쟁점에 대한 지지·반대가 무조건 공직선거법 위반으로 처벌받는 사태는 어느 정도 막을 수 있게 되었다. 그러나 대법원 판례에 따르면 선거쟁점이 된 정책과 정당·후보자를 관련짓는 표현을 하거나 정당·후보자를 명시적으로 지지·반대하는 행위는 여전히 처벌된다. 선거는 어느 때보다 유권자의 정책에 대한 지지·반대 운동이 활발히 요구되는 시기이다. 그리고 정책에 대한 지지·반대는 필연적으로 정당이나 후보자의 정책에 대한 의견에 따라 간접적으로나마 정당이나 후보자의 지지·반대로 이어질 수밖에 없다. 그럼에도 정당이나 후보자를 언급하지 않고 오로지 정책만을 주장하라는 것은 지나치게 기계적이고 형식적인 판결이며 사실상 정책에 대한 지지·반대의 권리를 제한하는 것이다.

#### 다. 중앙선거관리위원회, 유명인사는 투표독려도 금지<sup>16</sup>

2011년 10·26 재보궐 선거를 이틀 앞두고, 중앙선거관리위원회는 '선거일의 투표인증샷에 대한 10문 10답', 'SNS 관련 선거일의 투표참여 권유·독려활동 시 유의사항'을 발표하였다. 선관위는 선거캠프에

16 2012.2.29. 개정에도 불구하고 선거일에는 SNS를 포함한 인터넷을 이용한 선거운동이 허용되지 않기에 여전히 위 사례는 반복될 것으로 보인다.

참가한 주요 인사는 투표 당일 투표 독려를 위한 인증샷을 게시해서는 안 되며, 선거캠프에 참가하지 않았더라도 투표인증샷을 게시하는 행위가 그 자체로 특정 후보에 대한 지지로 인식될 수 있는 유명인이 투표인증샷을 게시하는 것은 불법이라고 하였다. '선거캠프'가 법률용어도 아닐뿐더러 '주요 인사', '유명인'이라는 개념도 너무나 불명확하고 자의적이다.

### 3. 선거법 제93조 제1항 한정위헌결정 이후의 변화

헌법재판소는 2011년 12월 29일, 탈법방법에 의한 선거에 영향을 미치는 행위를 금지·처벌하는 공직선거법 제93조 제1항 및 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항의 각 '기타 이와 유사한 것'에, '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다(2007헌마1001).<sup>17</sup> 위와 같이 해석하는 것은, 정치적 표현 및 선거운동의 자유의 중요성, 인터넷의 매체적 특성, 입법목적과의 관련성, 다른 공직선거법 법률조항들과의 관계 등을 고려하면, 과잉금지원칙을 위배하여 청구인들의 선거운동의 자유 또는 정치적 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 판단한 것이다. 헌법재판소는 위 결정에서 정치적 표현의 자유 및 선거운동에 대하여는 '자유를 원칙으로 금지를 예외'로 하여야 한다고 전제하였다. 그리고 인터넷은 '기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고'라는 공직선거법의 목적에 부합하는 특성을 지니고 있는 점, 인터넷상 정치적 표현을 금지하게 되면 일반 국민의 정당이나 정부의 정책에 대한 비판을 봉쇄하여 정당정치나 책임정치의 구현이라는 대의제도의 이념적 기반을 약화시킬 우려가 있다는 점 등을 고려할 때 인터넷상 정치적 표현 또는 선거운동의 자유가 제한되어서는 안 된다고 하였다.

헌법재판소 결정이 나온 직후 중앙선거관리위원회는 인터넷, 전자우편, SNS를 이용한 선거운동은 상시 허용한다는 방침을 밝혔다.<sup>18</sup> 2012년 1월 17일에는 오프라인에서도 선거에 관한 정치적 의사표현을 최대한 보장하겠다고 하였다.<sup>19</sup> 이에 따르면 4대강 사업 반대, 무상급식 전면시행 운동 등을 선거와

17 재판관 6명이 위헌 의견을, 2명이 합헌 의견을 냈다.

18 중앙선거관리위원회, 2012.1.13. 보도자료 「인터넷, 전자우편, SNS를 이용한 선거운동 상시 허용」.

19 중앙선거관리위원회, 2012.1.17. 보도자료 「유권자 중심의 제19대 국회의원선거 관리대책 시달」.

관련 없이 할 수 있으나, 선거쟁점이 된 정책과 특정 정당·후보자를 직접 연계하여 명시하면 여전히 공직선거법 위반으로 단속·처벌되는 한계가 있다. 또한, 검찰청은 전국 공안 부장검사 회의를 개최하여 허위사실 공표(제250조), 후보자비방(제251조), 탈법방법 문서배부(제255조 제2항 제5호, 제93조), 신문 잡지 등 통상방법 외의 배부(제252조 제1항, 제95조), 서신 전보 등에 의한 선거운동 금지 위반(제255조 제1항 제19호, 제109조) 등을 위반한 유인물·문자메시지 500부 이상 또는 인터넷 게시물 30회 이상 행위에 대하여 원칙적으로 구속수사를 하겠다는 방침을 밝혔다.<sup>20</sup>

2012년 2월 29일 드디어 국회는 정치개혁특별위원회와 본회의를 열고 '인터넷·SNS 선거운동 상시 허용(선거당일 제외)'이 포함된 선거법 개정안을 통과시켰다. 이로써 지난 12월 헌법재판소의 '공직선거법 93조 1항 한정위헌' 결정 이후 두 달 가까이 지속되었던 위헌적 상태와 혼란한 상황이 해소되었다. 그런데 헌법재판소 결정의 취지는 인터넷·SNS의 정치적 표현과 선거운동은 상시 허용해야 한다는 것이었음에도 불구하고 새누리당의 반대로 선거당일은 제외되었다. 이른바 '유명인 투표독려운동 단속' 논란을 없애기 위해 '특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여권을 권유하는 행위'는 선거운동으로 보지 않도록 명시했지만, 과거에 정책과 연관된 투표독려를 단속한 것에 비추어 볼 때 포괄적인 선거운동 정의 조항 하에서 향후 단속기관이 어떻게 이 조항을 해석하고 규제할지 실태를 지켜봐야 할 것이다. 또한 최근 논란이 되고 있는 SNS여론조사 규제의 경우 인기투표나 설문조사까지 포괄적으로 처벌할 수 있어 합리적인 법률 개정이 필요함에도 불구하고 여론조사 관련 처벌조항을 강화하는 방향으로 개정되었다. 후보자가 인터넷 게시물에 대해 직접 삭제 요청을 할 수 있도록 한 조항은 후보자에 대한 비판적 의사 표현을 위축시킬 우려가 있으며, 선관위의 삭제 요청을 '2회 이상' 미이행 시 처벌하도록 한 것은 당초 중앙선거관리위원회가 2회 이상 삭제 요청 미이행 시 형사처벌하도록 제안했던 것에 비추어 단속과 검열을 강화하기 위한 방편으로 활용될 것이 우려스럽다. 한편 2010년 지방선거 당시 중앙선거관리위원회가 '4대강 반대, 무상급식 추진' 정책 캠페인을 단속하며 사용했던 무수한 독소조항 개정은 논의조차 되지 않았다.

20 대검찰청, 2012.1.16. 보도자료 「전국 공안 부장검사 회의 개최」.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 선거법 개정방향

선거운동 또는 정치적 표현의 자유에 대한 규제를 대대적으로 철폐함으로써 선거가 국민주권과 민주주의 실현이라는 본래의 기능을 다 할 수 있게 하여야 한다. 온라인은 물론 오프라인에서도 유권자가 정당·후보자 및 정책에 대한 자유로운 지지·반대를 통해 선거에 참여함으로써 선거 과정 및 결과에 유권자의 의사가 정확히 반영되도록 하여야 한다. 아울러 부재자투표소 설치 요건 완화, 투표시간 연장 등 투표율을 끌어올리는 조치들도 강구하여야 한다.

### 2. 구체적 개정방안

#### 가. 선거운동의 범위에서 '정책에 대한 지지·반대' 제외(제58조 제1항)

공직선거법 제58조 제1항 단서 각호가 규정한 '선거운동으로 보지 않는 행위'에 '정책에 대한 지지·반대'를 추가하여 선거시기 쟁점이 되었다는 이유만으로 정책에 대한 찬반활동이 금지되어 정책선거가 위축되지 않도록 할 필요가 있다.

#### 나. 선거운동기간제한 폐지 내지 점진적 확대(제59조, 제82조의4 제1항)

선거운동기간에 대한 제한은 폐지하는 것이 바람직하다. 다만 부작용이 우려되므로 즉시 폐지하기 곤란하다면, 선거운동기간을 점진적으로 확대할 필요가 있다.

#### 다. 미성년자 선거운동 제한 규정 및 외국인 선거권자의 선거운동 제한 규정 삭제(제60조 제1항)

미성년자 선거운동 제한 규정 및 외국인 선거권자의 선거운동 제한 규정을 삭제하여, 미성년자의 정치적 의사 표현 행위와 선거권이 보장된 외국인의 정치적 의사 표현 행위를 보장하여야 한다.

#### **라. 인터넷 실명제 폐지(제82조의6 삭제)**

익명표현의 자유는 “정치적 보복이나 차별의 두려움 없이 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 권력에 대한 비판을 가능하게 하며, 이를 통해 정치적 약자나 소수자의 의사를 국가의 정책 결정에 반영되도록 한다는 점에서 표현의 자유의 핵심에 해당한다고 할 수 있다.”<sup>21</sup> 인터넷 언론사에 실명제를 강제하는 규정을 삭제하여 여론수렴과 공론형성이라는 언론의 본질적 기능 침해를 방지하고, 유권자의 자유로운 의사 표현을 보장하도록 해야 한다.

#### **마. 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지규정(제93조 제1항) 삭제**

선거 180일 전부터 온·오프라인에서 후보자, 정당 및 정책에 대한 정치적 의사 표현을 포괄적으로 규제하는 조항을 삭제하여 정책에 대한 지지·반대의 자유를 보장하여야 한다.

#### **바. 정책캠페인 제한 독소조항 개폐(제90조, 제101조, 제103조 제3항, 제105조, 제107조)**

선거 시기 연설회, 집회, 행렬, 서명 등 정책캠페인의 주요 수단을 규제하는 조항을 개폐하여 선거와 관련한 정치적 의사표현 보장 범위를 확대해야 한다. 다만 비용이 많이 들어 경제력 차이에 따른 경쟁의 불공정, 여론독점 및 왜곡 등의 부작용 우려가 있는 시설물 설치 등의 금지규정(제90조)을 전부 삭제하는 것이 곤란하다면 그 요건을 더욱 엄격히 하는 방안을 검토할 수 있을 것이다.

#### **사. 후보자비방죄 삭제(82조의4 제2항, 제110조, 제251조), 허위사실공표죄(제250조) 개정**

후보자에 대한 정당한 비판의 자유를 봉쇄하는 후보자비방죄는 삭제하는 것이 타당하다. 후보자에게 불리한 허위사실의 공표를 금지한 제250조 제2항의 적용에서는 무죄추정의 원칙, 공직선거 후보자의 도덕성과 자질 검증의 필요성 등에 비추어 사실상 의혹을 제기하는 자에게 입증책임을 지도록 하는 현 대법원 판례를 검사에게 입증책임을 지도록 변경하는 것이 시급하다. 남용의 여지를 없애기 위해서는 “허위임을 알면서”도 “후보자를 비방할 목적”으로 허위사실을 공표한 경우에만 처벌하도록 법을 개정할 필요가 있다.

#### **아. 투표율 제고를 위한 조치(제148조, 제155조 제1항, 제2항, 제5항, 제230조 제1항)**

현행 공직선거관리규칙에 위임된 부재자 투표소 설치 요건을 공직선거법에 명시하되 그 요건을 완화하여 부재자 투표 예상자가 500인 이상이면 부재자 투표소를 설치하도록 할 필요가 있다. 그리고 선거인의 투표권 행사의 편의를 최대한 보장하기 위하여 투표 마감 시간을 오후 9시로 연장한다.

21 2010.2.25. 2008헌마324, 2009헌바31(병합) 결정 중 재판관 김종대, 재판관 송두환 반대이견.

# 노동영역과 소비자 운동에서의 표현의 자유

한국은 '위력'에 의한 업무방해죄를 활발하게 집행하고 있는 유일한 국가이다. 보통 '위력'은 타인의 영업활동에 관한 자유의사가 제압 또는 교란될 수 있다고 평가되는 경우에는 모두 해당되어, 업무방해죄는 광범위하게 적용되고 있다. 이에 따라 노동자들 몇 명만 파업을 해도 고용주의 의사 결정을 '제압'한다면서 범죄시키고 있다. 급기야 2008년 법원은 세계 최초로 소비자 불매운동이 업주들의 의사결정에 압박을 가하고 교란시킨다면서 업무방해죄 유죄판결을 내렸다. 허위도 아니고 욕설도 아니며 싸움을 거는 언사도 아니다. 단지 여러 사람이 모여서 무엇을 하거나 하지 않아서 타인에게 심정적 압박을 주었다고 범죄시하는 것은 표현의 자유를 제한하는 데 있어 지켜야 할 명백하고 현존하는 위협의 원칙을 지키지 않은 것이다. 노동운동과 소비자 운동의 필요성을 인정한다면 이와 관련하여 '위력'에 의한 업무방해죄에 대한 처벌은 폐지되어야 할 것이다.

## I. 문제제기

노동자의 권리로서 단결권, 단체교섭권, 단체행동권은 역사적으로 볼 때 일반적인 자유권과는 별개의 독자적인 범주의 인권으로 발전되어 왔다. 헌법도 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하여 노동3권을 특별히 보장하고 있다.

그러나 노동현장에서 파업 등 쟁의행위의 권리는 철저히 탄압받고 그 기본적 인권의 지위가 심각하게 위협받는 사태가 지속되어 왔다. 노동권에 대한 통제는 형사처벌, 민사상 손해배상청구, 그리고 노동현장에서의 징계 조치 등 다양한 층위에서 자행되고 있다. 노동자의 쟁의행위는 대부분 형법상 업무방해죄(제314조)에 해당하게 되어 노동현장에 경찰의 물리적 진압과 통제를 불러오고 이후에는 다수 조합원에 대한 형사처벌로 이어진다. 파업으로 인한 영업손실을 이유로 사용자 측은 노동조합을 상대로 어마어마한 액수의 손해배상청구 소송을 제기함으로써 노동조합의 존립을 위협하고 있다. 게다가 2008년에 도입된 필수유지업무제도는 노동자의 단체행동권을 무력화시키는 또 하나의 통제수단으로 자리 잡고 있다. 노동권의 무력화 현상은 신자유주의와 함께 2000년대에 들어 더욱 가속화되어 왔다.

그뿐만 아니라 노동조합의 일상적인 활동과 표현의 자유에 대한 과도한 통제도 매우 심각한 문제이다. 특히 노동조합 및 조합원인 노동자 개인은 꼭 쟁의행위가 아니더라도 사용자 측의 방만한 경영이나 비리를 사회적으로 고발하거나 공론화하기 위해서 혹은 과도한 노조탄압 등에 대한 대응의 일환으로 유인물 게시(배포), 현수막 설치, 신문 기고, 리본 달기 등의 방법으로 노동조합의 주장을 표현하는 경우가 많다. 이러한 주장과 표현은 그 자체로 노동조합 및 노동자 개인의 표현의 자유로 보장되어야 할 뿐만 아니라 노동조합 및 노동자의 표현의 자유는 노동3권을 실질적으로 행사하기 위한 전제조건이 되는 것이기도 하다. 그런데 노동현장에서는 유인물 배포라든가 1인시위, 리본 달기 등의 표현마저도 철저히 사용자 측으로부터 통제받고 있으며 이는 노동자의 직장에서의 표현의 자유에 대한 침해이자 노동3권을 위협하는 인권침해행위임이 명백하므로 이에 대한 인권법적 대응 및 개선방안을 마련할 필요가 있다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

#### 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약 8조

- (a) 모든 사람은 그의 경제적 사회적 이익을 증진하고 보호하기 위하여 관계단체의 규칙에만 따를 것을 조건으로 노동조합을 결성하고 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리, 그러한 권리의 행사에 대해 법률로 정하여진 것 이외 또 국가안보 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리를 자유와 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과할 수 없다.
- (c) 노동조합은 법률로 정하여진 것 이외 또는 국가안보 공공질서를 위하거나 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에 필요한 제한 이외의 어떠한 제한도 받지 아

니하고 자유로이 활동할 권리

3. 이 조의 어떠한 규정도 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 1948년 국제노동기구협약의 당사국이 동 협약에 규정된 보장을 저해하려는 것으로 입법조치를 취하거나 또는 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용할 것을 허용하지 아니한다.

### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

모든 사람은 외부로부터 간섭받지 않고 자신의 의견을 가질 수 있는 권리를 가진다. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 갖는다. 이러한 권리는 국경, 표현방식, 전달수단 등에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 발굴하고 타인으로부터 얻고 타인에게 전달할 수 있는 권리를 포함한다. 이러한 권리는 일정한 의무와 책임이 수반되며 따라서 제한될 수 있다. 그러나 그러한 제한은 법에 규정된 경우에만 가능하며, 타인의 권리나 명성을 보호하기 위하거나 국가안보나 공공질서 또는 공중보건이나 사기를 보호하기 위한 경우에 한정된다.

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

국제인권법(경제적·사회적·문화적 권리에 관한 규약과 정치적·시민적 권리에 관한 규약)과 헌법이 보장하는 노동자로서의 권리, 즉 노동조합 결성의 자유와 노동조합을 통해 단체교섭을 하고 단체행동을 할 권리가 우리나라에서 제대로 보장되지 못하고 있는 현실에 대해서 이미 국제노동기구(ILO) 등 국제인권기구들은 수차례에 걸쳐 심각한 우려를 표한 바 있다.

### 가. 사회권위원회의 권고

사회권위원회는 1995년 대한민국 보고서에 관한 1차 심의 최종견해(E/C.12/1995/3)에서 파업에 대한 규제 및 공권력 통제와 관련하여 다음과 같은 견해를 밝혔다.

### 경제적 사회적 문화적 권리위원회 최종견해 1차(E/C.12/1995/3, 1995.6.7.)

8. 파업권에 관한 규제는 지나치게 제약적이고, 노동자들의 행위의 합법성 여부를 판단하는 것은 정부당국에게 거의 절대적인 재량권이 주어져 있는 것으로 보인다.
9. 위원회는 또한 노동조합 활동에 참여했다는 이유로 해고되는 사례들과 조합원들의 평화로운 활동에 대한 경찰의 공격에 대해서 대단히 놀랍게 생각한다.

또한, 2001년 2차 최종견해(E/C.12/1/Add.59, 2001.5.21)에서는 파업에 대한 형사처벌 및 경찰력 동원에 대해 한층 강도 높게 비판하고 “노동조합에 대한 형사소추를 중지할 것을 한국정부에 촉구”하였다.

### 경제적 사회적 문화적 권리위원회 최종견해 2차(E/C.12/1/Add.59, 2001.5.21.)

20. 위원회는 파업(industrial actions)을 관장하는 법률이 투명하지 않고 파업의 합법성을 판단하는 데 있어 관련기관에 과도한 재량이 부여되고 있는 점을 우려한다. 이 점에 있어서, 파업행위를 범죄시하는 정부의 접근방식은 '전적으로 수용될 수 없는 것'이라고 위원회는 판단한다. 또한, 위원회는 대량해고에 의해 유발된 최근의 노동 관련 시위에서 과도한 경찰력이 사용된 것에 대해 깊은 유감을 표한다. 이러한 상황들의 종합적인 효과는 규약 8조에서 보장하고 있는 권리들에 대한 명백한 부정이라고 위원회는 생각한다.
39. 위원회는 규약 8조의 규정 즉 모든 사람들이 자유로이 노동조합을 결성하고 참여할 권리, 자신들의 경제적 및 사회적 이해를 증진하고 보호하기 위해 노동조합을 통한 단체교섭을 행할 권리, 그리고 파업권을 한국정부에 상기시킨다. 위원회는 파업권을 행사하는 노동조합에 대한 형사소추를 중지할 것을 한국정부에 촉구한다. 또한 위원회는 공공질서 유지에 절대적으로 필요한 수준 이상의 공권력 사용을 자제할 것을 한국정부에 촉구한다.

특히 파업 노동자에 대한 업무방해죄 처벌에 관해서 사회권위원회는 2008년 3차 최종견해에서는 형법 제314조를 직접 거론하면서 업무방해죄의 적용중지를 강력하게 촉구하였다.



### 경제적 사회적 문화적 권리위원회 최종견해 3차(E/C.12/KOR/CO/3, 2009.12.17.)

19. 위원회는 주로 '업무방해'에 관한 형법 제314조에 근거한, 노사관계와 관련된 노동자들에 대한 기소 및 파업노동자에 대하여 행해지는 과도한 물리력 사용의 사례가 빈번함을 매우 우려한다. 위원회는 노동조합권이 당사국에서 적절하게 보장되지 않음에 대한 그 우려를 반복한다. (제8조)

위원회는 당사국이 파업권을 약화시키기 위한 체계적인 수단으로서 '업무방해' 조항의 사용이나 공공질서 유지를 위하여 절대적으로 필요한 것 이상의 물리력의 사용을 억제함으로써 모든 사람들에게 노동조합을 자유롭게 설립하고 이에 가입할 권리, 노동조합을 통하여 단체교섭에 참여할 권리 및 파업권을 보장할 것을 강력히 권고한다. 더 나아가 위원회는 당사국이 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 ILO협약 제87호(1948년), 단결권 및 단체교섭권에 관한 ILO 협약 제98호(1949년)의 기준을 고려할 것을 권고한다.

### 나. 국제노동기구(ILO)의 권고

한국은 국제노동기구(ILO)\*에 가입했지만, 아직까지 유보조항이 많아 완전한 노동의 권리와 노동자로서의 표현행위를 포함한 일체의 행위가 온전하게 보장되고 있지 못한 상황이다. 그래서 유엔 사회권

#### 1 ILO 단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약(1949년)

제1조 1. 근로자는 고용과 관련된 반조합적 차별행위에 대하여 적절한 보호를 받아야 한다.

2. 이러한 보호는 다음 각 호의 행위에 대하여 보다 특별히 적용되어야 한다.

(가) 노동조합에 가입하지 아니하거나 또는 노동조합으로부터 탈퇴할 것을 고용조건으로 하는 행위

(나) 노동조합원이라는 이유, 근로시간외 또는 사용자가 동의한 근로시간 내에 노동조합 활동에 참여하였다는 것을 이유로 근로자를 해고하거나 기타 불이익한 취급을 하는 행위

제2조 1. 근로자단체 및 사용자단체는 그 설립, 활동 및 운영에 있어서 상호간에 직접적 또는 대리인이나 구성원에 의한 어떠한 간섭으로부터 충분한 보호를 받아야 한다.

2. 특히 근로자단체를 사용자 또는 사용자단체의 지배하에 두기 위하여 사용자 또는 사용자단체에 의하여 지배되는 근로자단체의 설립을 촉진하거나 또는 근로자단체에 재정상의 원조 기타 다른 원조를 하는 행위는 이 조가 의미하는 간섭행위로 간주된다.

#### 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(1948년)

제3조 1. 근로자단체 및 사용자단체는 규약과 규칙을 작성하고 자유로이 대표자를 선출하며 관리 및 활동에 대해서 결정하고 그 계획을 수립할 권리를 가진다.

2. 공공기관은 이 권리를 제한하거나 이 권리의 합법적인 행사를 방해하고자 하는 어떠한 간섭도 중지하여야 한다.

제4조 근로자단체 및 사용자단체는 행정당국에 의하여 해산되거나 활동이 정지되어서는 안 된다.

위원회에서도 유보된 ILO 87호와 98호를 비준할 것을 수차례 권고하였다. ILO 역시 사회권위원회와 마찬가지로, 한국정부와 기업은 노동자들의 일상적인 조합활동과 파업을 포함한 단체행동을 형법의 업무방해로 처벌하고 그를 근거로 손해배상을 청구하여 노동자의 노동권과 표현의 자유를 침해하고 있다는 견해를 표명하면서 이미 여러 차례에 걸쳐 업무방해죄 적용이 결사의 자유 원칙을 위배하므로 개정할 것을 권고하였다(2002년 3월 ILO 결사의 자유 위원회 327차 보고서, 2003년 6월 ILO 결사의 자유 위원회 331차 보고서, 2004년 11월 ILO 결사의 자유 위원회 335차 보고서, 2006년 3월 ILO 결사의 자유 위원회 340차 보고서, 2011년 3월 ILO 결사의 자유 위원회 359차 보고서).

또한 ILO는 노동조합의 파업에 대한 손해배상 청구에 관해서도 수차례 우려를 표명하였다. ILO 결사의 자유 위원회는 2008년 6월 권고, 2009년 11월 재차 권고를 통해 "업무방해 조항에 기반을 두어, 노조 조합원들이 자신들의 요구사항과 권리를 단념하게 하기 위한 위협의 일환으로(예를 들어, 부당하고 소송 철회, 노조탈퇴, 잔업거부철회 등) 터무니없는 금액을 요구하는 손해배상을 제기한 데 대해 독립적인 수사를 진행할 것을 요구한다."고 하였으며, 2011년 3월 359차 보고서에서 "한국정부와 사용자들이 '업무방해'를 이유로 노동자들에게 손해배상, 가압류, 벌금, 구속, 수배 등 노동탄압을 가하는 것에 대해 수사를 거쳐 제재를 가하라는 이전 권고가 이행되지 않고 있음에 유감"을 표명하고 개선을 촉구하였다.

### ILO 결사의 자유 위원회 2011년 권고

e. 위원회는 관련 사회적 파트너들과 협의를 통해 다음을 개발할 것을 정부에 다시 한번 요청한다.

(i) 노조법이 모든 근로자들에게 보장되도록 하도급(파견)근로자의 결사의 자유와 단체교섭 권리 보호를 강화하고 이들 근로자의 기본권 행사를 회피하는 방법으로 하도급 남용을 방지하는 적절한 메커니즘. 이런 메커니즘은 사전에 결정된 합의된 대화 절차를 포함해야 한다. 그리고

(ii) 자영업 근로자의 특성에 맞는 구체적인 단체교섭 메커니즘

f. 위원회는 다음에 대해 독자적인 조사를 지체 없이 실시할 것을 정부에 다시 한번 촉구한다.

(i) 현대자동차 울산과 전주공장 하도급 근로자들의 해고 및 이들 근로자가 '제3자' 즉 주 사용자(하도급회사)를 상대로 쟁의행위를 벌였다는 이유만으로 해고된 것이 밝혀질 경우 일차적 구제 조치로 임금손실 없는 복직을 보장한다. 사법당국이 노조원들의 복직이 객관적이고 확실한 이유로 가능하지 않다고 결정한 경우 모든 피해를 배상하고 향후 이런 행위의 재발을 막는 적절한 보상을 판정하여 반노조적 차별 행위에 대한 충분히 단념적인 제재조치가 되도록 한다. 그리고

(ii) 현대자동차 아산과 울산 공장 및 기륭전자 집회 동안 노조원들에 대한 사설경비용역원의 폭력행위 혐의 및 그런 혐의가 사실로 확인된 경우 책임자를 처벌하고 피해자가 입은 피해에 대해 보상하기 위해 모든 필요한 조치를 취한다.

g. 하이닉스/매그나칩 및 현대자동차(울산과 아산공장)의 반노조적 차별 및 방해 행위 주장과 관련하여 위원회는 일차적 구제 조치로 해고된 노조간부들과 노조원들의 복직을 위해 필요한 조치를 취할 것을 정부에 다시 한번 촉구한다. 사법당국이 노조원의 복직이 객관적이고 확실한 이유로 가능하지 않다고 결정한 경우 모든 피해를 배상하고 향후 이런 행위의 재발을 막는 적절한 보상을 판정하여 반노조적 차별 행위에 대해 재발되지 않도록 충분한 제재조치가 되도록 한다. 또한 아산공장 해고근로자들 사건에 대한 고등법원 판결 내용을 계속 알려줄 것을 정부에 요청한다.

h. 위원회는 정부가 이전 요청에 대해 답변하지 않은 것을 유감스럽게 여기며 교섭력 배양 등 금속부문 특히 현대자동차, KM&I 및 하이닉스/매그나칩 하도급 근로자들의 고용조건에 대한 단체교섭을 촉진하기 위해 모든 필요한 조치를 취하여 이들 기업의 하도급 근로자들이 성실한 교섭을 통해 구성원의 생활과 근로조건 향상을 추구할 권리를 효과적으로 행사할 수 있도록 정부에 다시 한번 촉구한다.

i. 위원회는 정부가 이전 요청에 대해 답변하지 않았다는 것을 유감스럽게 여기며 형법 제 314조(업무방해)를 결사의 자유 원칙에 부합하도록 필요한 모든 조치를 지체 없이 취하

고, 이에 대한 정보를 계속 제공할 것을 정부에 다시 한번 촉구한다.

j. 위원회는 근로자와 노조원을 위협할 목적으로 '업무방해'라는 이유로 사법절차를 남용할 위험을 방지하기 위해 정부와 사법당국이 적절한 보호장치를 마련할 것으로 기대하며 법원이 판결시 개별적 노사관계 차원에서 건설적인 노사관계분위기 조성의 필요성을 적절히 고려할 것으로 기대한다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 단체행동권 행사에 대한 업무방해죄 적용

ILO 결사의 자유 위원회 및 유엔 사회권위원회의 거듭된 권고에도 불구하고, 형법상 업무방해죄(형법 제314조 제1항)는 노동자의 파업에 대한 규제의 첨병 역할을 하고 있다.

노동자의 쟁의행위의 권리가 헌법상 보장되는 기본권임에도 불구하고 아직까지 우리나라의 형사사법 실무와 학계를 지배해 온 논리는 '쟁의행위 = 원칙적 범죄행위'라는 등식이다. 노조법 제4조는 형사면책을 규정하고 있기는 하지만, 이는 파업 등 쟁의행위가 일단 업무방해죄에 해당한다는 전제에서 노조법의 규정 및 대법원판례가 설정한 기준에 의하여 정당한 쟁의행위로 인정되는 범위에서만 위법한 쟁의행위가 아니라는 논리에 기반을 두고 있다. 이러한 법 논리에 파업목적의 정당성이나 수단의 적절성 등에 관하여 판례가 정당한 쟁의행위로 인정하는 범위가 지극히 협소하기 때문에 실제 대부분의 파업은 업무방해죄로 처벌되기 십상이다. 쟁의행위가 기본권으로 보장되기는커녕 범죄행위로 규제되고 있는 것이다.

이러한 법 적용 하에서는 파업에 참가하는 모든 노동자가 범죄자가 된다. 사법당국은 파업을 주도한 노조 간부나 적극 참가 조합원을 구속하거나 기소하는 것이 보통이지만, 마음만 먹으면 파업에 참가한 모든 노동자를 범죄자로 단죄할 수 있는 권한을 보유하고 있다. 노조법이 정한 요건을 하나라도

충족하지 못하면 '불법파업'이라는 딱지가 붙고 노조 간부에 대한 수배가 내려지고 파업에 의한 점거나 집회 현장에 공권력이 투입된다. 그 과정에서 저항이라도 하게 되면 공무집행방해죄가 추가된다. 이러한 노동탄압의 모든 과정을 지배하고 이끌어내는 법 논리가 바로 [쟁의행위 = 업무방해죄]이다.

파업에 대해 형법상 업무방해죄를 적용하여 노동조합 간부 및 파업참가 노동자들을 광범위하게 처벌하는 노동통제 방식은 우리나라에서는 오랜 역사를 갖고 있을 뿐만 아니라 매우 일상화된 규제방식으로 자리 잡고 있다. 1988년부터 1991년까지 구속된 노동자 1,400여 명 중 785명(56.1%)에게 업무방해죄가 적용되었고,<sup>2</sup> 2007년 국가인권위원회의 조사에 의하면 2002년부터 2006년에 선고된 제1심 노동형사사건 중 쟁의행위 사건에 적용된 죄의 개수는 모두 7,624개이고, 그 중 업무방해죄가 적용된 것이 2,304개로 30.2%를 차지하여 가장 높은 비율을 차지하고 있다.<sup>3</sup> 좀 더 구체적으로 보면, 업무방해죄 사건에서 수단과 방법의 정당성에 관한 것이 45.9%를 차지하고, 주체와 목적 및 절차 등의 정당성이 문제가 된 것이 54.1%를 차지하였으며,<sup>4</sup> 업무방해죄가 적용된 피고인의 수는 2,020명이고 그 중 무죄가 선고된 피고인의 수는 23명(1.1%)으로 조사되었으며, 전체 쟁의행위의 유형 중 파업·태업·준법투쟁 등 평화적인 쟁의행위 유형은 49.2%를 차지하는 것으로 나타났다.<sup>5</sup>

아래에서는 이명박 정부에서 노동자 파업에 대한 규제로서 업무방해죄가 적용된 주요 사례를 살펴보고, 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용논리의 문제점을 검토해 본다.

## 가. 파업에 대한 업무방해죄 적용 주요 사례

### 1) 철도노조의 파업 사례(2009년)

이명박 정부에 들어 공공부문 노사관계에서 일방적인 단체협약 해지 및 노동조합 탄압이 일상화된 것이 특징 중 하나이다. 정부는 2008년 하반기 공공기관 선진화라는 명목으로 공공기관마다 단체협약 체결 지도지침을 내려보내고, 2009년 8월 단체협약 해지 상황을 월별로 모니터링할 것을 지시하였

2 김순태, "업무방해죄 소고 - 쟁의행위와 관련하여", 민주법학 제5호, 1992, 33쪽.

3 국가인권위원회, '노동사건에 대한 형법적용 실태조사(판결을 중심으로) 보고서', 2007, 170쪽

4 앞의 보고서, 177쪽.

5 앞의 보고서, 186쪽

다.<sup>6</sup> 이러한 지침 이후에 실제 철도공사뿐만 아니라 한국가스공사, 한국전력공사 산하 5개 발전사 등 다수 공공기관에서 단체협약 해지를 통보하게 된다.

철도노조의 파업도 이러한 배경에서 전개된 사건이다. 철도공사 측은 기존의 단체협약 사항 중 노동조합의 활동 축소 및 각종 복지후생의 축소를 내용으로 하는 단체협상 개악 요구를 하였으며 이것이 파업의 핵심쟁점이 되었다. 철도공사 측은 불성실한 교섭과 무리한 요구에도 불구하고 철도노조는 성실하게 교섭에 임하였지만, 공사 측은 2009년 11월 24일 단체협약 해지를 통보하였고 더 이상의 교섭과 대화가 불가능한 상황에서 철도노조는 2009년 11월 26일 04시부터 8일간 전면파업에 돌입하였다.

철도노조는 파업의 과정에서 물리력을 동원하거나 점거나 생산시설 파괴 등 위법행위를 하지 않고 소극적인 노무제공 거부의 파업을 전개하였다. 그뿐만 아니라, 법률이 정한 필수업무유지제도에 따라 전체 조합원 2만 5천 명 중 비필수요원인 1만 2천여 명만이 파업에 참여하는 등 평화적으로 파업을 진행하였다. 철도노조의 전면파업에 대하여 허준영 철도공사 사장은 무려 189명의 조합원을 고소하였다. 경찰과 검찰은 철도노조의 파업을 불법파업으로 규정짓고 파업 당일부터 노조 주요간부들을 무차별적으로 소환 조사하였으며 김00 철도노조위원장을 업무방해혐의로 구속하였다. 2010.7.2. 법원은 유죄판결을 선고하였다.<sup>7</sup>

### 2) 발전노조 파업 사례(2009년)

2009년 발전노조의 파업도 철도노조의 파업사례와 유사하게 전개되었다.

2009.9.11	발전노조 권역별 조합원 총회, 투쟁결의문 발표
2009.9.17	조합원 찬반투표, 과반수 이상 찬성으로 쟁의행위 결의
2009.10.27	중노위 조정종료, 그 이후로 언제든지 파업 돌입 가능
2009.11.2	발전노조 간부 100여 명 간부 파업학교
2009.11.3	마지막 단체교섭, 사측 Open Shop 주장
2009.11.4	발전5사 사장단 - 파업 관련 공동 기자회견, 단협해지 노조 - 홈페이지에 파업 관련 투쟁명령문 게시(그 전부터 파업예고)
2009.11.6	파업 돌입

6 이명박 정부는 2009.8.31. 「2009년도 기관장 경영계획서 이행실적평가지침」에서 단체협약 개정 등 노사관계 항목의 배점을 예년에 비해 훨씬 높게 책정하였다. 결국 예산의 통제를 받을 수밖에 없는 공기업 기관장은 노조활동의 보장을 축소하는 내용의 단체협약 개악안을 관철시키고자 하였고 이것이 공공부문 노사갈등 및 파업의 배경이 되었다.

7 서울중앙지방법원 2010고단12, 2010.7.2.

발전노조의 파업도 소극적인 노무제공 거부로 진행되었을 뿐, 파괴행위나 물리력을 동원한 위법한 행위는 없었다. 발전노조의 파업은 하루에 그쳤을 뿐만 아니라, 파업 기간 중에도 발전노조는 필수유지업무로서 발전설비 운전, 발전설비 운전 기술지원, 발전설비 점검 및 정비, 안전관리 업무는 평상시의 100%로 유지하는 등 필수유지업무제도를 준수하는 데에도 충실을 기하였다. 그럼에도 불구하고 검찰은 발전노조위원장과 노조간부 12명에 대해 1,300여 명의 조합원과 공모하여 파업함으로써 사측의 전력생산업무를 방해하였다는 혐의(업무방해)로 기소하였다.

### 3) KEC 파업 사례(2010년)

2010.3.11	전국금속노조 KEC지회, 2010년 7월 1일부터 근로시간면제한도제(이하 '타임오프')의 도입으로 유급노조전임자 숫자 현행 유지를 요구하며 3월 30일까지 4차에 걸친 특별단체교섭(이하 '특단협')진행
2010.3.7	타임오프에 관해 금속노조 본조의 중앙교섭으로 결정하고 통상적인 임금 등에 관한 단체협상(이하 '임단협')을 진행 중앙교섭이 원만히 진행되지 않아 중앙노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 한 결과 대상사건이 노동쟁의라 볼 수 없다는 이유로 조정 대상이 아니라는 결정이 남
2010.4.5	다시 특단협을 요구하였으나 회사의 임단협과의 분리 입장으로 받아들여지지 않음
2010.5.27	KEC지회 조합원 투표를 거쳐 파업 결의
2010.6.2	금속노조 구미지부는 구미지역 사업장을 대표하여 지부집단교섭을 진행하였으나 사측과 합의가 이루어지지 않자, 경북지방노동위원회에 조정신청하였으나 조정대상 아님과 노사간의 현격한 입장차로 조정안 제시불가를 이유로 기각됨
2010.6.9	6월 9일부터 5일에 걸쳐 부분파업을 하다가 6월 21일부터 9월 30일까지 전면 파업, 이 과정에서 회사는 31명의 조합원을 해고하고 노조집행부 4명에게 손해배상소송을 제기함
2010.6.30	회사는 새벽 1시 30분경 공격적 직장폐쇄를 단행, 조합원들을 용역을 동원하여 폭력적으로 내쫓음
2010.7.1	아직 단체협약이 유효하게 존재하고 있음에도 불구하고 일방적으로 노조의 차량반납을 요구하고, 노조 사무실을 폐쇄함 2010.9.30. 이후까지도 계속해서 직장폐쇄 조치를 유지하면서 7.2 대체근로 투입 등을 통해 조업활동을 지속함 10월 중순 KEC지회가 노조원들에 대한 징계와 손해배상소송 취하를 주장하였으나 받아들여지지 않음
2010.10.21	KEC지회 공장점거능성에 들어감

쟁의행위 과정을 거친 파업 중에 회사의 경영 및 생산업무 정지를 의미하는 직장폐쇄 상태에서 노조원을 출입 금지시키고 불법적인 대체근로 투입을 통한 생산업무로 상당한 이익을 보았음에도 오히려 공장점거 이전의 노동조합의 파업에 대하여 '위력으로써 회사의 경영 및 생산업무를 방해'하였다는 이유로 기소하였다.

### 나. 파업에 대한 업무방해죄 적용의 법리적 문제점

노조법 제4조는 “형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 안 된다.”고 하여 형사면책을 규정하고 있다.

검찰과 법원의 실무에서는 '쟁의행위는 일단 형법상 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 보면서, 다만 정당한 쟁의행위라면 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각되는 것'이라는 식의 논리가 지배해 왔다. 쟁의행위는 기본적으로 위법하며 노조법이 정한 요건을 모두 갖추었을 때 비로소 정당한 쟁의행위로 평가된다는 것이다. 쟁의행위는 근로자가 집단적으로 노무제공을 거부하는 등 사용자에게 압력을 가하여 소기의 요구조건을 관철하고자 하는 실력행사이다. 집단적 실력행사라는 점에서 업무방해죄의 '위력'의 요소는 충족되며 사용자에게 압력을 가한다는 점에서 자유의사를 제압한다는 속성도 언제나 포함되어 있다는 것이다. 업무방해의 결과가 발생할 필요도 없으므로 쟁의행위는 업무방해죄의 구성요건을 언제나 충족하는 셈이다.<sup>8</sup>

그러하여 폭행이나 협박 등이 전혀 없었던 단순파업의 경우에도 종래 대법원은 “노동쟁의행위는 근로자들이 단결하여 사용자에게 압박을 가하는 것이므로 본질적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있는 것이고, 따라서 근로자들이 근무시간에 집단으로 근무에 임하지 아니한 것은 다른 위법의 요소가 없는 한 근로제공의무의 불이행에 지나지 않는다고 할 것이지만, 단순한 노무제공의 거부라고 하더라도 그것이 정당한 쟁의행위가 아니면서 위력으로 업무의 정상적인 운영을 방해할 정도에 이르면 형법상 업무방해죄가 성립될 수 있다.”고 말해 왔다.<sup>9</sup>

그러던 차에 2011년 3월 17일 대법원은 '단체행동권의 헌법적 지위'를 고려하여 파업에 대한 업무방

8 김일수, “근로자의 쟁의행위와 업무방해죄”, 고려법학 제36호, 2001, 32쪽.

9 대법원 2003.12.26. 선고 2001도1863.

해죄 적용을 다소간 제한하는 전향적인 판결<sup>10</sup>을 내놓았다.

“근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로(헌법 제33조 제1항), 정의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다.”

이로써 종래의 판례, 즉 노동자들의 단순파업으로 집단적으로 노무제공을 거부한 행위는 업무방해죄의 위력에 해당하고 정당행위로서 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄가 성립한다는 입장<sup>11</sup>은 부분적으로 폐기되었다.

대법원이 파업 등 단체행동권의 헌법적 지위를 고려하여 파업에 대한 업무방해죄 적용을 제한하고자 한 점은 긍정적으로 평가할 만하다. 변경된 판례에 의하면, 위와 같은 실질적 위력요건에 해당하지 않는 파업에 대해서는 업무방해죄의 구성요건해당성이 인정되지 않으므로 처음부터 업무방해죄의 적용가능성이 배제된다. 이 경우에는 파업이 노조법의 요건을 준수했는가는 상관없다. 예를 들어, 파업목적이 정리해고나 구조조정에 반대하는 등의 경우에 종래 판례는 파업목적이 정당성을 부정하면서 업무방해죄의 유죄로 판단하였지만, 변경된 판례에 의하면 그 파업이 실질적 위력요건에 해당하지 않는 한 업무방해죄로 처벌할 수 없게 된다. 노동현장에서 그 효과는 결코 적지 않을 것이다.

변경된 판례의 한계도 분명하다. 첫째, 실질적인 위력에 해당하는가에 따라 업무방해죄의 성립 여부가 좌우되는데, 그 기준이 모호하다. 파업하고자 하는 노동조합의 입장에서는 어떤 경우에 업무방해죄로 처벌받게 될는지 예측하기 어렵고, 경찰이나 검찰은 판례의 애매한 기준 덕분에 여전히 파업에 대해 공권력의 통제를 가하는데 주저하지 않을 것이다. 파업 노동자들이 공권력 행사에 맞서야 하는 상황에는 변함이 없다. 둘째, 정의행위는 언제나 어느 정도의 위력 요소를 포함하는 것인데 업무

방해죄의 처벌을 면하기 위해서는 사용자의 사업계속에 관한 의사를 제압, 혼란케 하지 않는 정도의 파업이어야 할 것이 요구된다. 이는 자칫 단체행동권의 기본권으로서의 특성 - 노동자들이 사용자 측을 집단적으로 압박할 수 있는 권리 - 을 무의미하게 만들어 버릴 위험이 있다. 파업이란 본래 사용자 의사를 제압, 혼란케 하려는 목적에서 하는 것이다. 판례에 의하면 파업의 효과가 높아지면 업무방해죄의 범죄라는 결과가 된다. 노동조합은 파업을 하되 사용자 측의 불이익을 최소화해야 할 의무가 생겨버린 꼴이다. 셋째, 파업의 정당성 문제가 “위력” 개념 논쟁으로 축소된 점도 문제이다. 단체행동권은 사용자에게 압력을 가하기 위한 실력행사인데, ‘그 정도에 따라’ 처벌 여부가 달라지는 것은 타당하지 않다.

그러므로 대법원 판례가 업무방해죄의 적용에 대해 다소간 제한적인 요건을 설정했음에도 불구하고, 노동현장의 파업에 대해 사법당국이 업무방해죄를 근거로 하여 경찰력을 투입하고 파업에 참가한 다수 조합원을 사법처리할 가능성은 여전히 광범위하게 남아 있다.<sup>12</sup> 변경된 대법원 판례를 형식적으로 보면, 업무방해죄의 남용으로 인해 파업권이 무력화되고 있는 실상을 개선하는데 도움이 되는 듯 보이지만, 실제로는 그 개선효과는 매우 미미한 정도에 불과하다.

무엇보다 정의행위로서 파업이 “사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사”라는 점에서 업무방해죄의 위력에 해당할 수 있음은 여전히 변경된 판례에 의해서도 인정되고 있다. 이는 파업을 범죄시하는 단결금지의 법리가 아직도 완전히 청산되지 못했음을 보여준다.

근본적인 비판과 성찰이 필요하다. 헌법 및 국제인권규범에 의하여 보장되고 있는 노동자의 단체행동권을 형법에서 업무방해죄라는 범죄행위로 취급하는 것 자체가 심각한 문제이다. 첫째, 단체행동권을 기본권으로 보장한 취지는 노동자의 노동조건 개선을 위한 실력행사 및 그 결과를 정당한 것으로 인정한다는 것이기 때문에 정의행위는 그 자체로 정당하다고 추정되어야 한다. 정의행위의 형사처벌 문제는 이처럼 단체행동권의 헌법적 보장과 정의행위의 정당성 및 적법성 추정의 관점에서 바라보아야 한다. 둘째, 정의행위를 원칙적으로 위법한 것으로 보고 예외적으로만 정당화될 수 있는 논리는 단체행동권이 인권법적으로 승인되기 이전의 시대(예를 들면 19세기 영미법상의 단결금지 법리의 시대)

10 대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 전원합의체 판결.

11 대법원 2006.5.12. 선고 2002도3450; 1996.5.10. 선고 96도419 등.

12 전원합의체 판결은 파업이 여전히 업무방해죄의 위력에 해당할 수 있다는 점을 분명히 지적하고 있다. “정의행위로서 파업도, 단순히 근로계약에 따른 노무의 제공을 거부하는 부작위에 그치지 아니하고 이를 넘어서 사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사이므로, 업무방해죄에서 말하는 위력에 해당하는 요소를 포함하고 있다.”

에나 가능한 것이고, 현재는 그것이 국제인권법 및 헌법적 권리로 승인된 이상 단체행동권의 행사 그 자체를 범죄행위로 취급하는 법규와 논리는 폐기되어야 한다.

쟁의행위를 헌법적 기본권으로 인정하면서도 동시에 집단적 실력행사라는 단체행동권의 본질적인 속성 때문에 범죄행위가 된다는 것은 분명 모순이다. 파업 등 쟁의행위는 사용자의 업무를 방해한다는 점에서 원래 범죄행위이고 그저 대법원 판례와 노동법이 인정한 요건과 범위에서만 예외적으로 허용된다는 논리는 단체행동권이 헌법상의 기본권으로 보장되어야 한다는 헌법의 명령과 양립할 수 없다. 쟁의행위는 기본적으로 정당한 기본권 행사로 승인되어야 하며, 형사처벌의 대상이 될 수 있는 행위는 폭력이나 파괴행위가 있었던 경우뿐이어야 한다.

#### 다. 기존 개선방안 논의와 그 한계

파업 등 쟁의행위에 업무방해죄를 적용하는 것에 대한 비판적 문제의식에서 출발하여 업무방해죄의 규정은 그대로 두되 쟁의행위에 대해서는 적용되지 않는다는 예외규정을 두는 입법방안이 제안되기도 한다. 대표적인 예로 지난 2009년 12월 29일 조승수 의원이 대표발의한 「형법일부개정법률안」<sup>13</sup>과 민변이 제안한 노조법 개정안<sup>14</sup>을 들 수 있다. 조문은 아래와 같다.

현행 형법	조승수 의원 대표발의 형법개정안(2009.12.29.)
제314조(업무방해) ① 제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 컴퓨터등 정보처리장치 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자도 제1항의 형과 같다.	제314조 ①·② (현행과 동일) ③ 「노동조합 및 노동관계조정법」에 따른 단체교섭 또는 쟁의행위에 대해서는 제1항 및 제2항을 적용하지 아니한다.

13 의안번호 7158호.

14 민변, 『2008 한국사회의 개혁과 입법과제』, 397쪽.

현행 노조법 제4조	민변의 노조법 제4조 개정안(2008)
제4조(정당행위) 형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니된다.	제4조 ① 형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. ② 쟁의행위가 폭력이나 파괴행위를 수반하지 않고 집단적 노무제공거부 등의 방법으로 이루어진 경우에는 업무방해죄 등의 명목으로 노동조합간부나 조합원을 형사처벌할 수 없다.

문제의식은 동일하다. 조승수 의원 안은 형법 제314조에 ③항을 신설하여 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용을 입법적으로 배제하고자 의도한 것이며, 민변의 개정안은 노조법 제4조를 손질하여 폭력이나 파괴행위를 수반하지 않는 평화적인 쟁의행위에 대하여 업무방해죄 등의 형사처벌을 금지하는 것이다.

그런데 이러한 입법적 개선방안이 유용한지 의문이다. 조승수 의원 안은 결국에는 노조법상 정당한 쟁의행위에 대해서만 업무방해죄 적용을 배제한다는 것이 되어 버린다는 점에서 문제가 있다. 이는 현행 노조법 제4조의 논리를 극복할 수 없는 방안이다. 반면에 민변 개정안은 그와 같은 문제점을 분명히 인식하고 있기는 하다. 민변 개정안의 제안이유는 다음과 같이 말하고 있다.

“쟁의행위의 정당성 판단을 위한 일부 요소의 측면에서 정당성을 인정하기 곤란한 면이 있는 경우라고 하더라도 쟁의과정에서 폭력이나 파괴행위를 수반하지 않는 한 이를 형사처벌해서는 안 되고 그러한 법원 판결을 견인하기 위하여 법률을 개정할 필요가 있다.”<sup>15</sup>

그렇지만, 실정법의 규정에 “쟁의행위”라는 문구가 등장하는 한 그것이 노조법상 정당한 쟁의행위를 의미하는 것인지 헌법적 차원에서 정당한 쟁의행위를 의미하는 것인지는 논란이 될 것이 불을 보

15 민변, 앞의 책, 397쪽.

듯 뻔하다. 그러한 해석학적 논쟁이 전개된다면 전자, 즉 노조법상의 정당한 쟁의행위를 의미한다는 식의 해석론이 자리 잡을 공산이 크다. 이래서는 위와 같은 입법으로 노동3권의 실질적 보장이라는 목표는 실현 불가능한 것이 되어 버릴 위험이 있다.

## 2. 단체행동권 행사에 대한 손해배상 청구의 남용

### 가. 파업에 대한 손해배상 청구 실태

2011년 5월 현재 민주노총 소속 사업장에 청구된 손해배상액 총액은 1,582억 7천만 원에 이른다. 주요 사례는 아래와 같다.

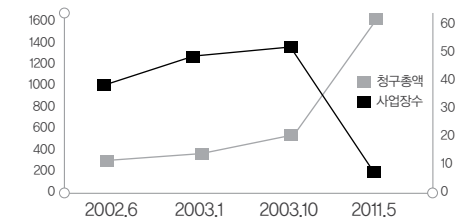
[표] 민주노총 소속 사업장 손해배상 청구 현황(2011.5. 현재)

손배 청구액은 천만 원 미만 단위 절사		
순위	사업장	손배 청구액
1	한국철도공사	120억 원
2	쌍용자동차	387억 4천만 원
3	KEC	301억 원
4	한진중공업	202억 8천만 원
5	현대자동차	206억 9천만 원
6	금호타이어	233억 8천만 원
7	쓰리엠	2억 6천만 원
8	발레오전장시스템	26억 5천만 원
9	진방스틸	5억 원
10	DKC	10억 원
11	ASA	58억 2천만 원
12	민주노총	28억 5천만 원
총계		1,582억 7천만 원

이는 노동조합 활동에 대한 손해배상 청구가 극에 달해 한진중공업 김주익 열사의 자결을 불러왔던 지난 2003년 10월 31일 현재 손해배상 청구 총액 575억 원보다 무려 1,007억여 원이 늘어난 금액으로, 8년 사이에 손해배상 청구 총액이 2.7배 늘어난 셈이다.

[그림/표] 민주노총 소속 손해청구 사업장수 및 청구총액 비교

연도	손배청구 총액	손배청구 사업장 수
2002.6.	345억 원	39개
2003.1.	402억 원	50개
2003.10.	575억 원	51개
2011.5.	1,582억 7천만 원	12개



특히 2003년 당시 노동조합을 상대로 손해배상을 청구한 사업장 수가 총 51개였던 것에 비교해, 2011년 5월 현재 손해배상청구 대상 사업장은 (민주노총 포함) 12곳으로, 대상 사업장은 줄어들었지만 오히려 청구액은 급증한 것을 볼 수 있다. 최근 손해배상 청구액의 규모는 가히 살인적인 수준에 이르고 있다. 사용자 측에서 청구한 금액을 기준을 보면 노동조합의 존립이 사실상 불가능할 정도이며, 노동기본권의 존재 자체를 부정하는 결과를 초래하는 것으로 볼 수밖에 없다. 경기가 좋지 않은 상황에서는 노동조합의 쟁의행위에 대한 손해배상 청구가 당해 년도 사업장의 영업실적을 유지하게 하는 긍정적인 역할을 수행하고 있다고 말할 수 있는 지경이다.

이러한 실태를 보면, 손해배상 청구가 노동조합 탄압의 주요 수단으로 활용되고 있을 뿐만 아니라, 그 활용방식이 몇몇 주요 쟁의 사업장을 표적 삼아 진행되고 있음을 단적으로 알 수 있다. 몇몇 대규모 사업장의 파업에 대한 천문학적 손해배상 청구는 다른 사업장에서 노동조합의 파업을 위축시키는 엄청난 효과를 발휘한다.

문제는 노조법 제3조가 '사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 발생한 재산적 손해에 대하여 노동조합 및 근로자에게 손해배상을 청구할 수 없다고 규정하고 있음에도 불구하고

사용자 측의 천문학적 손해배상 청구가 잇따르고 있다는 점이다. 노조법이 '이 법에 의한' 단체교섭 및 쟁의행위에 대한 민사면책만을 규정하고 있기 때문에, 쟁의행위가 노조법에 따른 '정당성' 요건<sup>16</sup>을 완전히 갖추지 못하는 경우에는 노동조합은 거액의 배상책임을 부담하게 된다.<sup>17</sup> 그러나 노조법은 쟁의행위의 주체, 절차, 방법 등을 매우 제한적으로 규정하고 있고, 법원 역시 사용자의 경영사항<sup>18</sup> 내지 정부의 정책사항<sup>19</sup>이라는 이유 등으로 쟁의행위 목적의 정당성마저 매우 광범위하게 부정하고 있는 것이 현실이다. 이와 같은 노조법과 법원의 태도 때문에 대부분 쟁의행위는 정당성이 인정되기가 바늘구멍만큼이나 어렵다. 이런 상황에서 파업의 정당성이 인정되지 않는다는 이유로 민사상 손해배상 책임을 부과하는 것은 단체행동권은 물론이고 단체교섭권까지 무력화시키는 결과에 이르고 있다.<sup>20</sup>

### 나. 쟁의행위에 대한 손해배상책임의 법리적 문제점

대법원 판례에 의할 때, 쟁의행위의 정당성 판단 기준 가운데 어느 하나라도 결여하게 되면 당해 쟁의행위의 정당성은 부정되며, 노동조합 및 노동자들은 사용자 측의 어마어마한 손해배상소송을 감수해야만 한다. 쟁의행위에 대해 손해배상을 인정하는 법리는 아래의 대법원 판시에서 잘 드러난다.<sup>21</sup>

“불법쟁의행위에 대한 귀책사유가 있는 노동조합이나 불법쟁의행위를 기획·지시·지도하는 등 이를 주도한 노동조합 간부 개인이 그 배상책임을 지는 배상액의 범위는 불법쟁의행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해이고, 그러한 노동조합 간부 개인의 손해배상책임과 노동조합 자체의 손해배상책임은 부진정 연대채무관계에 있는 것이므로 노동조합의 간부도 불법쟁의행위로 인하여 발생한 손해 전부를 배상할 책임이 있고, 다만 사용자가 노동조합과의 성실교섭의무를 다하지 않거나, 노동조합과의 기존 합의를 파기하는 등 불법쟁의행위에 원인을 제공하였다고 볼 사정이 있는 경우 등에는 그

러한 사용자의 과실을 손해배상액을 산정함에 있어 참작할 수 있을 뿐이다.”

“일반조합원이 불법쟁의행위 시 노동조합 등의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없을 것이다. 다만, 근로자의 근로내용 및 공정의 특수성과 관련하여 그 노무를 정지할 때에 발생할 수 있는 위험 또는 손해 등을 예방하기 위하여 그가 노무를 정지할 때에 준수하여야 할 사항 등이 정하여져 있고, 당해 근로자가 이를 준수함이 없이 노무를 정지함으로써 그로 인하여 손해가 발생하였거나 확대되었다면, 그 근로자가 일반조합원이라고 할지라도 그와 상당인과관계에 있는 손해에 대하여는 이를 배상할 책임이 있다고 할 것이다.”

위 대법원 판례법리에 따르면, 정당하지 않은 쟁의행위와 상당한 인과관계에서 발생한 손해에 대하여는, 노동조합 간부 등의 지시에 따라 단순히 노무공급을 중단한 조합원의 경우는 제외하더라도 배상액의 범위로서 불법쟁의행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해에 대하여, 노동조합재산 그 자체뿐만 아니라 노동조합 간부 및 단순 참가자가 아닌 쟁의행위 참가자(쟁의행위 시 현장에 참가한 경우는 단순 참가자로 인정되지 않음)는 상호 부진정연대책임의 관계에서 당해 손해에 대하여 배상을 책임을 지게 된다는 것이다. 다만, 이 경우 노동조합과의 기존 합의를 파기하는 등 사용자가 불법쟁의행위에 원인을 제공하였다고 볼 사정이 있는 경우 등에는 그러한 사용자의 과실을 손해배상액을 산정함에 있어 참작할 수 있을 뿐이다.<sup>22</sup>

이로 인해 노동자들은 불법쟁의행위로 판결될 수 있는 단체행동권을 행사조차 못하게 된다. 이는 노동권이 사용자와의 계약에서 약자의 위치에 있는 대항권으로 성격을 무력화하는 것이다. 또한 노동권이 집단적 권리로써 인정되고 행사되는 것임에도 이에 대해 개별노동조합간부나 조합원에게 손해배상책임을 지우는 것은 노동권의 특수성을 부인하는 일이며 헌법상의 권리인 단체행동권을 무의미하게 하는 일이다.

16 주체, 목적, 시기와 절차, 수단(방법) 등 쟁의행위의 4가지 정당성 요건.

17 2011년 3월 24일 대법원은 2006년 3월 전국철도노동조합이 중앙노동위원회의 직권중재회부에도 불구하고 파업(집단적 노무제공거부)을 진행하였다는 이유로 70여억 원의 배상책임을 확정함. 대법원 2011.3.24. 선고 2009다29366 판결.

18 정리하고, 구조조정, 외주화 등.

19 공기업 선진화 정책 등.

20 사용자는 현행법 체계 하에서 쟁의행위가 정당성 요건을 쉽게 충족하지 못한다는 사실을 악용하여 교섭을 거부하거나 불성실하게 응함으로써 결과적으로 노동조합의 단체교섭권을 제한하는 효과를 가져 오게 됨.

21 대법원 2006.9.22. 선고 2005다30610 판결.

22 대법원 1987.9.8. 선고 86다카H045 판결.



## 다. 기존의 대안 논의와 한계

현행 법제상 노동조합의 위법한 쟁의행위에 대한 손해배상책임이 사실상 노동자의 노동기본권 보장을 위협하는 수준이라는 것을 고려한다고 할 때, 현행 법체계하에서 노동기본권의 보장을 위하여 다양한 측면에서 노동조합의 손해배상책임을 제한하는 법리가 제안되고 있기는 하지만, 모두 근본적인 한계를 안고 있는 것으로 보인다. 개선방안은 크게 네 방향으로 접근하고 있다.

첫째, 쟁의행위의 정당성이 인정되는 범위를 넓히는 방안을 통하여 접근해 볼 수 있다. 노동법상의 절차 규정 위반 제외, 피케팅의 한계의 확장, 쟁의행위 목적 조항의 근로조건 관련성 확대 등을 도모해 볼 수 있다. 하지만 이는 대법원 판례의 변경이 없으면 기대하기 곤란하다는 측면에서 노동기본권과의 조화라고 하는 관점을 아무리 강조하더라도 현실성 있는 방안이라고 할 수 없다.

둘째, 노동조합 간부의 면책에 대한 논의이다. 그러나 노동조합 간부가 노동조합총회 등에서 결의된 내용을 단순히 집행만 한 경우에 그 결과에 따른 간부 개인의 책임을 면제할 수 있겠지만, 그 배상액의 산정에 있어서의 의미는 별론으로 하더라도 쟁의행위에 대한 지도·관리·통제할 책임을 규정하고 있는 노조법 제38조 제3항 하에서 다소 무리가 있다고 생각된다.

셋째, 쟁의행위 적극 참가자에 대한 책임의 부정을 들 수 있다. 이론적으로는 조합원 개인들이 노동조합의 지도 등에 따라 쟁의행위에 참가한 경우, 이들 조합원 개인이 야기한 특별한 손해배상책임이 발생한 경우는 별론으로 하더라도, 조합원 개인의 손해배상 책임을 부정하는 것이다. 그러나 이 또한 현행 대법원 판례법리의 변경이 없으면 불가능한 것이어서 그 현실성에 한계가 있다.

넷째, 쟁의행위가 판례법리 및 현행 노동관계법상의 많은 제약으로 위법한 쟁의행위로 되는 경우가 많을 수밖에 없는데, 노동조합으로서는 쟁의행위 이후에 사용자와 이른바 면책합의를 하는 것이 현재의 대법원 판례의 법리에 비추어 볼 때 비교적 현실적인 방법이 될 수 있다. 대법원은 다음과 같은 판시를 통하여 이른바 면책합의에 대하여, 특히 징계 등에 대한 면책합의에 대하여 노조법 제33조 제항의 규범적인 효력을 인정하고 있기 때문이다.

“농성기간 중 사건에 대하여 조합원들에 대한 일체의 책임을 묻지 않기로 한 단체협약의 취지는 위 농성기간 중의 행위뿐만 아니라 농성과 일체성을 가지는 그 준비행위, 유발행위까지도 포함하여 이를 면책시키기로 한 것이라고 봄이 타당할 것이므로 피고

로서는 농성과 일체성을 가지는 위 행위를 이유로 원고를 징계하고 할 수 없으며”,<sup>23</sup>

“연장운행과 관련하여 조합간부 및 조합원의 징계를 최소화하며 해고자가 없도록 한다는 내용의 합의를 하였고 이는 적어도 해고의 면에서는 그 행위자를 면책하기로 한다는 합의로 풀이되므로, 원고공사가 위 피고 보조참가인에 대하여 한 당연퇴직 조치는 원고공사와 노조의 위 면책합의에 배치된다고 판단한 것은 정당”<sup>24</sup>

“면책합의 이후 원고들에 대하여는 파업사태와 관련하여 더 이상 징계할 수 없고 이는 징계재심위원회의 재심결의 형식으로 이루어진 경우라 하더라도 마찬가지로 이에 반하여 이루어진 원고들에 대한 징계재심위원회의 재심결의는 무효라는 취지임이 명백”<sup>25</sup>

그런데 민사면책합의의 한계도 분명하다. 노무제공형태 가운데 도급계약과 관련하여 보면, 위와 같은 면책합의 이후에 도급인과 도급인 회사 근로자들로 결성된 노동조합과의 사이에 면책합의가 체결되었다고 하더라도, 도급인의 수급인이 당해 정당하지 않은 쟁의행위로 인한 자신들의 손해를 청구하는 경우도 있어, 노동조합으로서는 면책합의가 반감되거나 실효성이 없는 결과로 이어지는 경우가 있다는 것이다.

또한, 면책합의의 효력과 관련하여 주의할 필요가 있다. 면책합의에 징계하지 않겠다는 부분은 근로조건 그 자체로서 규범적인 효력이 발생한다는 것에 이론이 없다. 그런데 손해배상에 대한 면책합의의 효력을 어떻게 해석할 것인가? 사용자가 정당하지 않은 쟁의행위에 대하여 손해배상을 묻지 않겠다고 합의한 경우, 당해 단체협약은 채무적 부분의 합의이므로 단체협약의 효력으로서의 채무적인 효력만 발생하게 된다. 그런데 단체협약의 효력과는 별개로 당사자가 손해배상에 대하여 상호 합의에 따라 채권자가 이를 면제하기로 합의하였다면 당해 손해배상청구권이 소멸하게 되는 것은 민사법의 법리상 당연하다고 할 수 있다. 따라서 근로자 측 입장에서 볼 때에 현재의 대법원 판례법리 하

23 대법원 1991.1.11. 선고 90다카21176 판결.

24 대법원 2007.10.25. 선고 2007두2067 판결.

25 대법원 2009.2.12. 선고 2008다70336 판결.

에서 손해배상 문제를 해결하는 하나의 방법으로서 민사면책합의를 이끌어 내는 노력이 현실적인 방법이라고 할 수 있다. 그러나 노조법상 정당하지 않은 쟁의행위에 대하여 사용자에게 민사면책합의를 요구하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없다. 왜냐하면, 이러한 합의를 하지 않는 사용자를 상대로 면책합의를 요구하여 쟁의행위를 할 경우 이는 목적의 정당성을 인정하기가 곤란할 것이기 때문이다.

사실 손해배상이 쟁의행위를 무력화시키는 방식으로 노동권을 침해하는 현실은 일반 개인 간의 거래에 적용되는 민법상의 손해배상 논리를 형식적으로 쟁의행위에 그대로 적용하고 있는 점에서 연유한다. 시민법상의 손해배상 법리를 쟁의행위에 그대로 적용하는 한 위와 같은 방안은 노동권에 대한 강력한 침탈수단이 되어 버린 손해배상 법리를 제어하기에는 역부족일 수밖에 없다. 쟁의행위는 본래 사용자의 손해발생을 필연적으로 예정하기 마련이기 때문에, 노동권을 기본적 인권으로 보장한다는 것은 그 기본권 행사에 수반되는 사용자 측의 손해발생에 대해서는 사용자 측이 감수해야 함을 전제로 하는 것이다. 그러므로 시민법상의 손해배상 법리를 노동현장의 쟁의행위에 그대로 적용하는 것은 근본적으로 노동기본권의 보장에 역행하는 것이다. 따라서 문제의 핵심은 시민법상의 손해배상 논리를 아무런 여과 없이 형식적으로 쟁의행위에 적용하는 것에 있다. 그것은 사용자 측의 손해발생을 무기로 하여 사용자를 압박할 수 있는 권리인 노동권의 특성을 존중하지 않는 법 적용이기 때문이다.

### 3. 직장 내 표현의 자유<sup>26</sup>

노동소득으로 살아가는 사람들에게 있어 직장생활은 일상이다. 일상 대부분을 보내는 직장에서 자신의 생각과 느낌을 표현하는 행위가 차단된다면 심각한 문제가 된다. 모든 권리는 상호의존적이고 연결되어 있듯이 표현의 자유는 노동자의 권리보장과 연결되어 있다. 특히 직장에서 노동하는 사람으로서 자신의 입장을 표현하는 행위가 보장되지 않는다면 노동에 대한 권리도 보장받을 수 없다. 직장 내 표현의 자유에 대한 억압은 쟁의행위에 대한 민형사상의 과도한 규제와는 다른 차원에서 줄곧 문제가 되어 왔다. 노동조합을 불온시하는 정부의 태도는 기업에도 고스란히 이어져 노조활동을 차단

<sup>26</sup> 노동3권(단결권, 단체교섭권, 단체행동권)과 연관된 표현의 자유를 분할하여 볼 수 없음에도 일상적인 표현의 자유를 막고 있는 일상적인 조합활동과 단체행동권 중 파업이 아닌 쟁의행위를 다루고자 한다. 쟁의행위라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다.

하거나 조합원의 비판적 표현활동을 철저히 규제하는 방식으로 이루어진다.

노조소식지나 유인물을 배포하는 행위, 1인 시위나 집회를 문제 삼아 민형사상의 제재를 가하거나 징계를 하는 경우가 많다. 이는 노동권인 노조활동을 침해하는 것이기도 하지만 노동조합 및 조합원의 표현의 자유를 침해하는 것이기도 하다. 노동기본권을 행사하는 과정에서 필연적으로 수반되는 표현행위(집회시위, 유인물 배포, 의복착용 등)이기 때문이다. 표현의 자유는 헌법상 기본권이기에 일반 시민의 표현의 자유는 우선적으로 보장되어야 한다. 그러나 작업장에서의 표현의 자유는 기업과의 관계(기업의 재산권, 기업의 경영권) 때문에 조합원으로서의 표현의 자유가 침해되는 것을 정당화 하는 논리로 이어지고 있는 현실이다.

#### 가. 직장 내 표현의 자유 침해 사례(유형별)

노동조합의 일상적인 활동에 대한 침해로서 문제된 사례를 유형화해 보면 아래와 같다.

##### 1) 유인물 및 소식지 배포행위, 현수막 게시행위에 대한 규제

- 현대미포조선(1997) : 회사 비판 내용이 담긴 노조 소식지를 배포하고, 부당한 잔업을 지시한 관리자에 항의하자 ‘명예훼손 및 명령불복종’ 이유로 해고. 이후 2005년 대법원 판결로 복직.
- 현대중공업노조(2009) : 2009년 2월 현대중공업 노조가 단체협상 임금요구안을 무교섭으로 회사에 위임한 것을 비판하는 내용의 홍보물을 낸 금속노조 정갑득 위원장과 대우조선해양노조 최창식 위원장, 최인동 노보 편집장 등을 현대중공업노조 오종쇄 위원장 명의로 지난 2009년 9월 26일 명예훼손혐의로 고발.
- 대우조선해양(2011) : 노조는 2011년 9월 25일 자 노보 ‘새벽함성’ 을 통해 현대중공업 노조의 단체협상 무교섭 위임건에 대해 “노동조합은 개별 노동자들의 임금을 위임 받은 주체인데 그 위임권을 다시 회사에 넘겨준다는 것은 노동조합 고유의 임무를 망각한 한심스런 행위”, “임금교섭을 회사에 위임하겠다는 것은 노동조합 존재의 필요성을 근본적으로 부정하는 것”, “최소한의 의견수렴 절차조차 무시한 것은 민주주의를 무시한 독단”, “이것은 분명히 밀실담합이며 현대중공업 노조는 이를 즉각 철회하고 조합원에게 사죄해야 한다”라고 비판. 이에 대해 검찰은 모욕죄로 노

동조합간부를 불구속 기소.

- 조흥은행 : 신한지주회사는 조흥은행 노조가 유인물을 통해 라응찬 회장을 비롯한 신한지주 임직원의 명예를 훼손할 우려가 있다며 이에 대한 가처분 소송을 서울중앙법원에 제기. 법원은 유인물 내용이 헌법상 보장된 표현의 자유를 넘어 신청인들과 그 대표이사들의 명예를 훼손하고 신청인의 업무를 방해하는 행위라며 처분 내림.<sup>27</sup>
- 풀무원(2002) : 비조합원인 문00 씨는 사측과 밀접한 관계를 갖고 있는 자로, '조합원 길들이기'의 일환으로 녹음기를 가지고 다니면서 폭력을 유도하고, 녹취된 내용을 가지고 고소를 하는 등 평소 조합원 위협을 일삼음. 이에 노조가 2002년 7월 30일 대자보에 '회사제품 무단 반출하는 문이옥을 처벌하라'와 '현장폭력 유도하는 문00을 처벌하라'는 내용의 구호를 게시하자, 명예훼손으로 고소해 1심에서 500,000원 벌금형 확정.
- 금자탑(2003) : 대표이사 비판 내용을 담은 전단지, 유인물 배포 등과 관련, 명예훼손 및 업무방해 고소.
- 현대자동차(2010) : 유인물을 직접 빼앗거나 주차장에서 선전전을 물리력을 동원하여 막는 등, 통상 관행에 따라 일상적으로 수행하여 온 조합 활동인 출근시간 및 휴게시간에 유인물 배포행위, 사업장 내에서의 선전전 및 홍보물 게시 등이 금지.

이외 △흥국생명 △한국시그네틱스 △동진씨미캠 △대우자동차판매 등 다수의 사업장에서 집회와 유인물, 현수막 내용을 이유로 한 명예훼손 관련 사건이 발생하였다.

27 법원이 결정문에서 △노조가 제작한 라응찬 회장 퇴진요구 유인물을 인쇄하거나 배포하는 행위 △신한지주가 조흥은행을 특혜 인수했다'는 내용 △신한지주와 조흥은행이 조흥 직원들을 강제퇴직했다'는 내용 △라 회장은 조흥은행 공적 1호다' 등의 내용을 담은 유인물을 제작 배포하거나 언론 등을 통해 방송 또는 광고하는 행위 등도 포괄적으로 금지. △라응찬 회장, 최영휘 사장, 최동수 회장 등의 사진 등을 현수막, 피켓, 유인물, 신문, 잡지, 인터넷, 기타 출판물에 무단 게시하는 것도 금지.

## 2) 1인 시위 및 집회시위에 대한 규제

- 삼성생명보험(2000) : 호남(13명)지역과 부산지역(8명) 조합원을 대상으로 집회와 유인물, 현수막 등의 내용을 문제 삼아 명예훼손 및 업무방해 건으로 벌금 2천6백만 원 부과.
- 현대미포조선(2010) : 복직 뒤에도 △현장활동가 중징계 철회 △현대중공업 경비대 심야 테러 사과 및 재발방지대책 수립 등을 요구하며 서울 정몽준 의원 사무실과 울산을 오가며 일인시위를 펼치자 2010년 8월 19일 인사위원회를 열어 '회사의 명예를 훼손했다'는 등의 이유로 2개월 출근정지 징계처분.
- 대우자동차(2008) : 2008년 1월 정리하고 노동자들이 복직을 요구하며 농성에 돌입하자, 회사가 공장 주변 100m 이내에 천막을 설치할 수 없도록 법원에 업무방해 금지 및 명예훼손 금지 청구.
- 동산의료원(2001) : 1999.2.~11.까지의 집회와 로비농성에 대해 '명예훼손에 따른 정신적 피해'와 업무방해를 이유로 13명에게 3억(법인-1억5천, 의료원장-1억 5천) 손해배상 청구.

## 3) 셔츠, 리본 달기 등 집단행동 규제

- 대한항공(2005) : 조종사노조가 2005년 7월 준법투쟁 돌입과 함께 각 조종사 편지함에 '단협쟁취 비행안전'이라고 쓰인 리본 1,300개 배포하자, 회사 쪽이 이를 탈취. 회사는 '해당 행위는 절도가 아닌 수거'하며 A씨를 명예훼손 혐의로 고발.

## 4) 신문기고 및 언론인터뷰에 대한 고발 및 징계

- 대한항공(2005) : 인터넷 신문인 '민중의 소리'가 이 사건을 보도하고, 노조 대의원 A씨가 민중의 소리 보도 내용과 부당한 회사 인사정책 등의 내용을 회사 내부통신망과 개인 홈페이지에 등록, △개인 홈페이지에 회사 로고 무단 사용 및 위규사실 시정 상사 지시 불이행 △회사 인사정책

문서 무단 게재 등을 이유를 덧붙여 하고.<sup>28</sup>

- 현대미포조선(2010) : 2010년 7월 1일 울산지방법원은 김석진에게 '미포조선 사쪽의 업무를 방해하거나 명예를 훼손할 수 있는 일인시위, 언론 기고, 인터뷰 등을 할 경우 행위 당 10만원을 회사에 지급하라고 판결

### 5) 홈페이지 접속 차단

- 발전노조 : 2002년 2월 25일 발전노조가 파업에 돌입하자 강남경찰서가 3월 4일 정보통신윤리위원회에 발전노조 홈페이지 폐쇄명령을 요청. 발전노조 파업 수사를 담당하고 있던 서울시경 수사조정반은 "파업자체가 불법인데, 홈페이지를 통해 투쟁 지침을 내리며 파업을 장기화해 전기통신사업법 53조 불온통신 단속 조항에 근거해 홈페이지 폐쇄요청을 내린 것"이라고 밝힘. 민주노총은 경찰의 폐쇄명령 요청 직후 '경찰의 발전노조 홈페이지 폐쇄 기도에 대한 민주노총 지침'을 발표하고, △민주노총 홈페이지 △일본 노동네트워크를 운영하고 있는 JCA-Net △국제진보통신연합(Association for Progressive Communications) 등에 발전노조 홈페이지의 미러링 사이트(복제 사이트)를 구축. 발전노조는 2002년 4월 2일 파업을 중단하고 현장으로 복귀했으나, 회사는 사무실 및 사택 통신망에서 노조홈페이지를 비롯한 주요 노동사회단체의 홈페이지 접근을 차단. 발전 회사는 '발전노조의 파업이 불법이기 때문에 노조홈페이지 차단은 정당하다'고 밝힘. 2002년 4월 24일 발전노조와 민주노총, 공공연맹 및 진보네트워크가 발전노조 홈페이지 차단과 관련해 각 발전 회사들을 부당노동행위 및 통신비밀보호법 위반으로 서울지검에 고발.

### 나. 문제점 및 평가

위에서 열거한 바와 같이, 노조소식지 및 유인물 배포, 리본 달기, 집회 등은 노동조합의 일상적인 활동이거나 쟁의행위에 부수된 활동으로 보장되어야 마땅함에도 불구하고, 업무방해죄나 명예훼손죄

28 '그 신문기사의 내용에 일부 과장되거나 왜곡된 표현의 사용으로 피고의 명예 등이 훼손되거나 그러한 염려가 있다고 하더라도 기본적으로는 원고가 속한 이 사건 노조원들의 단결을 도모하여 근로조건의 향상과 복지 증진 등을 도모하기 위한 것으로서 전체적으로는 그 내용이 진실한 것이라 할 수 있다. 따라서 원고의 위 신문기사 게시행위는 노동조합의 업무를 위한 정당한 활동범위에 속하는 것으로서 위 행위 자체 및 위 게시행위가 잘못되었다면서 그 시정을 명하는 피고의 지시를 불이행한 원고의 행위가 취업규칙 및 인사규정 소정의 징계사유에 해당하는 비위행위라고 할 수 없다.' 서울고등법원 2008.3.14. 선고 2007나28378 판결.

등 형사처벌로 규제되기도 하고, 손해배상이나 징계 등의 규제수단이 동원되기도 한다.

조합원으로서 의사표현의 자유는 사업주의 경영이나 부당노동행위를 포함한 내용에 대한 의견 표명을 하는 행위로, 쟁의행위에 해당하는 부분과 조합활동으로서 해당하는 행위가 있다. 이러한 노조활동의 자유 내지 표현의 자유는 일반적인 표현의 자유의 일환으로서 뿐만 아니라 노동권의 실천적 부수행위로서 노동기본권에 의하여 보호되어야 하는 것이다.

조합원으로서의 표현행위가 현행 법제 하에서 정당하다고 인정받으려면, 노동조합 활동으로의 정당성을 인정받아야 한다. 판례에 의하면, 조합활동의 정당성을 위한 요건은 주체, 목적, 시기, 수단·방법 측면에서 정당성이 인정되어야 하며, 이를 근거로 형법 20조(정당행위)가 적용된다.

“활동 내용이 노조법상 근로조건 개선 및 유지, 근로자의 경제적 지위 향상 도모, 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 해야 하고, 사업장내 조합활동의 경우는 시설관리권에 바탕을 둔 규율이나 제약에 따라야 한다.”<sup>29</sup>

유인물 배포와 관련되어서도 노동조합의 정당한 활동으로 보는 대법원판례가 있기는 하지만,<sup>30</sup> 실제 노조활동의 정당성 요건에 관한 법원의 판단은 지나치게 엄격하며, 더구나 사용자 측의 시설관리권을 내세우면 노동조합 및 조합원의 활동의 권리는 근로계약상의 의무에 종속되어 버린다는 점에 문제의 심각성이 있다.

그런 와중에서도, 취업규칙상 사내 유인물 배포에 대해 사전 허가가 있어야 하는 경우에도 사내에서 근무시간 외에 노조와 관련된 유인물 배포를 금지할 불가피한 사정이 없다면 노동조합활동과 관련 없는 유인물에 한정해서 해석해야 하므로 취업규칙으로 노조의 유인물배포행위를 막는 것은 헌법상 노동자의 노동3권을 침해하는 것이라는 하급심 판례는 주목할 만하다.<sup>31</sup> 하지만, 사법당국이 이처럼 헌법적 기본권인 노동권을 근거로 하여 노동조합 활동의 보장을 지지해 준 판례는 오히려 예외에

29 대법원 1994.2.22. 선고 93도613 판결.  
 30 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면, 그와 같은 문서의 배포행위는 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 그와 같은 행위를 한 것을 이유로 그 문서를 작성 배포한 근로자에게 불이익을 주는 행위는 허용되지 않는다고 할 것이 대법원 1993.12.28. 선고 93다3544 판결).  
 31 원고가 점심시간 중에 위와 같이 유인물을 배포한 행위는 설사 그 유인물의 내용 중에 참가인 회사의 근로조건상태를 다소 왜곡한 부분이 있다 하여도 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위라고 할 것이다(서울고법 1992.1.17. 선고 90구44449).

속한다. 대부분의 판례에 있어서는 노동조합 활동이더라도 행위의 태양, 장소, 대상, 회사 업무에의 영향을 고려하여 매우 협소하게 정당성을 판단하고 있다.

무엇보다 조합원으로서의 표현의 자유를 보장하기 위해서는 쟁의행위나 조합활동에서 수반되는 표현행위에 대해서는 형사처벌할 수 없도록 하여야 한다. 조합원으로서, 노조활동의 하나로서 행해지는 소식지 배포, 유인물 배포나 셔츠 리본 달기와 같은 집단행동을 업무방해죄 내지 명예훼손죄로 처벌하는 것은 단체행동권의 침해이기 때문이다. 또한 회사의 부당노동행위나 비리 등에 대해 신문기고 등 사회적으로 고발하는 행위, 이를 위해 집회시위를 하는 것 등에 대해 손해배상 청구나 징계로 이어진다면 조합원이 시민으로서 갖고 있는 표현의 자유 및 노동권에 대한 침해를 낳기 때문에 노동조합 및 조합원의 일상적인 활동에 대한 통제로서 손해배상이나 징계권의 남용을 제어할 필요가 매우 크다.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 업무방해죄의 폐지

#### 가. 단체행동권 행사에 대한 업무방해죄 적용 배제

“헌법적으로 정당한 단체행동권의 보장”에서 출발해야 한다. 헌법이 단체행동권을 기본권으로 보장한다는 것은 그 범위에서 사용자의 영업활동의 자유가 필연적으로 제약되는 결과를 예정하고 있다. 단체행동권 행사에 대한 사용자의 수인의무는 헌법적 차원에서 설정된 것이다. 쟁의행위 때문에 사용자의 업무가 지장을 받는다는 것은 이미 단체행동권이 기본권으로 보장된다는 점에 내재한 것이며, 바로 그렇기 때문에 쟁의행위 때문에 사용자의 업무가 방해되었다는 이유로 노동자들을 기소하여 처벌하는 것은 노동권을 헌법으로 보장하는 취지에 완전히 역행하는 것이다.

헌법상의 단체행동권 보장의 취지에 충실하기 위해서는 쟁의행위를 역사적 정당성과 사회적 상당성이 있는 행위로 분명히 인정해야 한다. 따라서 단체행동권 행사에 업무방해죄는 처음부터 적용되어서는 안 된다. 헌법상 보장된 단체행동권은 곧 ‘사용자에 대한 압박의 권리’이자 ‘사용자의 업무에 대한 방해의 권리’이므로, 단체행동권의 행사를 ‘업무방해의 범죄’로 처벌하는 것은 그 자체가 헌법위반이다.

이때 헌법적으로 보장되어야 할 단체행동권 행사의 범위를 조망해 보는 것이 중요하다. 첫째, 헌법은 노동3권을 ‘노동자의 권리’로 규정하고 있다. 파업의 주체를 노동조합으로 한정시킨 노조법에 따라 노동조합만이 파업의 주체가 될 수 있고 그렇지 않으면 불법파업이라는 법 논리는 헌법에 합치하지 않는다. 노동조합 형태가 아니라도 집단으로 여러 명의 노동자가 사업장에서 노무제공을 거부하는 것은 노동자 개인의 기본권 행사로서 보호되어야 하며, 이에 대하여 파업 주체성의 결여를 이유로 파업의 헌법적 정당성을 부정할 수는 없다. 둘째, 파업을 사용자를 상대로 한 근로조건 개선의 목적에만 한정하는 해석 역시 헌법의 노동권보장 정신에 합치하지 않는다. 단체행동권은 널리 노동조건 개선, 노동자들의 사회·경제적 지위 향상을 위한 것이다.<sup>32</sup> 그러므로 구조조정이나 정리해고에 반대하는 쟁의행위는 물론이고 더 나아가서 노동자들이 정치 파업을 하는 것도 노동자들의 지위 향상에 관련되는 한 그 헌법적 정당성이 인정되어야 한다. 근로계약 당사자인 사용자만을 상대로, 근로계약 사항에 해당하는 임금이나 근로시간, 복지 같은 것만을 위해 파업을 하라는 의미로 노동3권을 협소하게 이해할 수는 없다. 셋째, 단체행동권 행사의 수단, 방법, 절차의 경우도 마찬가지다. 파업 과정에서 부수적으로 발생하는 폭력이나 손괴 등의 행위에 대해서는 그러한 일탈행위를 한 개별 행위자에 대해 형사법을 적용할 수는 있어도 그러한 개별적인 일탈행위를 이유로 하여 파업 자체의 정당성이 부정되어서는 안 된다.

#### 나. 업무방해죄의 폐지

더욱 근본적인 개선방안으로 업무방해죄 처벌규정을 폐지해야 한다. 업무방해죄를 그대로 놓아둔 채로 노동자의 쟁의행위에 대해 업무방해죄 처벌이라는 반헌법적·반인권적 규제의 현실을 개선하는데에는 한계가 분명하기 때문이다.

첫째, 연혁적으로 업무방해죄는 파업규제를 목적으로 만들어진 규정이라는 점에서 반헌법적 태생이라는 점이다. 형법 제314조와 같은 포괄적인 업무방해죄 처벌규정은 미국이나 유럽국가들에는 없

32 유럽국가의 경우 대개 근로조건 개선에 관련한 입법을 촉구하기 위한 파업이 당연히 허용된다.

고, 우리나라와 일본에만 있다.<sup>33</sup> 업무방해죄는 노동탄압의 목적을 은폐한 채로 시민의 영업활동을 보호한다는 외관을 띠고 살아숨쉬고 있지만, 여전히 그 본질과 주요 처벌대상은 노동자의 파업이다. 우리나라 형법의 업무방해죄의 모태가 되었던 1864년 프랑스 형법 제414조의 규정은 노동자의 쟁의권이 헌법적 기본권으로 보장되면서부터 프랑스 형법전에서 사라졌다. 프랑스뿐만 아니라, 독일, 영국 등 대부분 국가에서 쟁의행위는 범죄가 아니며, 쟁의행위 중에 폭행, 상해, 모욕, 손괴 등의 행위가 있는 경우에 한하여 그 개별행위에 대한 형사처벌만 가능할 뿐이다.

둘째, 포괄적인 처벌규정인 업무방해죄로 포섭되는 행위유형들은 노동자의 파업 이외에도 다양할 수 있지만, 그와 같은 행위들이 과연 형사처벌이 필요할 정도의 행위들인지는 지극히 의문이다. 업무방해죄 규정은 노동운동탄압법이라는 탄생배경과 색채를 탈색한 채로 지극히 일반적인 규정의 모습을 띠고 있기는 하다. 실제 업무방해죄는 파업에만 적용되는 것은 아니다. 업무방해죄를 곧이곧대로 적용한다면 사실 우리의 일상생활에서 발생하는 대부분 갈등이나 시비는 업무방해죄의 형사처벌을 피해 갈 수 없는 지경이다. 장난전화로 자장면을 시키는 것조차도 업무방해(배달업무방해)이며, 택시 기사와 요금이나 운행경로에 관한 시비가 붙어 싸운다면 운행업무를 방해한 업무방해행위가 된다. 음식점에서 주인에게 항의를 잘못했다간 업무방해죄의 현행범이 될 수 있다. 업무방해죄의 적용사례들을 보면, 대부분 사소한 갈등에서 연유한 것들이다. 이처럼 우리의 일상생활 구석구석에 파고드는 현실은 곧 우리의 일상생활상의 작은 갈등조차 형벌권에 종속된다는 것을 의미한다. 이러한 현상은 외관상으로 보면 시민의 영업활동이나 사회활동을 보호하는 듯하나, 결국에는 부메랑이 되어 시민의 소통과 활동의 자유를 제약하는 참담한 결과에 이를 위험이 있다. 그렇다면, 업무방해죄가 폐지된다면 시민의 영업활동 보장에 치유할 수 없는 흠결이 생기는가? 사실 위력에 의한 업무방해죄로 포섭된 행위 중 많은 것은 폭행죄나 협박죄 또는 강요죄로 처벌할 수 있는 행위유형들이다. 위계에 의한 업무방해죄에 해당하는 행위유형 중에는 상표법이나 부정경쟁방지법, 정보통신망법 등으로 적용되는 행위

33 우리나라의 업무방해죄 규정은 1907년에 제정된 일본형법의 업무방해죄 규정과 구성요건이 동일하다. 그 연원은 1864년 프랑스형법전으로 거슬러 올라간다. 1864년 프랑스 형법 제414조는 「임금인상이나 임금인하를 강요할 목적으로 혹은 산업 또는 노동의 자유로운 수행을 방해할 목적으로 폭력, 폭행, 협박 또는 위계로써 노동의 조직적 정지의 결과를 발생케 하거나 그 정지를 유지, 존속케 하거나 혹은 그 실행에 착수한 자를 처벌한다.」고 규정하고 있었다. 그 구성요건을 읽어 보면 노동자의 파업을 직접적으로 겨냥한 처벌규정임을 쉽게 알 수 있다. 프랑스 형법의 이 처벌규정은 일본 구형법(1880년)에 계수되었다. 일본 구형법 초안(1877년) 제300조와 구형법 심사수정안(1879년) 제270조를 거쳐, 일본 구형법은 「제2편 제8장 상업 및 농공업을 방해한 죄」 중 제267조 내지 제270조에 업무방해죄 구성요건을 규정하였다. 그 후 일본 형법(1907년) 제정시에 오늘날과 같은 포괄적인 「업무방해죄」 규정으로 탈바꿈되었으며, 이와 동일한 규정이 우리 형법에 들어오게 된 것이다. 업무방해죄의 연혁에 관한 상세한 고찰은, 김순태, 「업무방해죄에 관한 연구, 인하대 법학박사학위논문, 1993, 13쪽 이하; 김순태, 「파업에 대한 업무방해죄적용불가론 및 동조의 위헌성」, 민주법학 제12호, 1997, 101~107쪽 참조.

유형들이다. 그와 같은 법 규정들은 업무를 방해하는 행위 중에서 특별히 보호의 필요성이 있고 금지되어야 할 필요가 있는 행위유형들을 선별하여 규정한 것이다. 그러한 규정들만으로도 충분히 시민의 일상생활상 갈등을 풀어갈 수 있다. 일반조항 형태의 업무방해죄는 시민사회의 자율적 조정과 갈등해결을 오히려 황폐화하고 있다.

셋째, 파업 이외에 표현의 자유에 대한 규제수단으로 업무방해죄가 남용되는 현실을 개선하기 위해서도 업무방해죄는 폐지되어야 한다. 일반조항 성격으로 규정되어 있는 탓에 업무방해죄는 그 적용대상이 사실상 무한으로 확대할 수 있으며, 경찰이나 검찰 등 형사사법기관은 업무방해죄를 자의적이고 선별적인 통제의 무기로 활용하게 된다. 특히 정부와 권력의 횡포에 맞선 시민의 비판적인 주장과 표현에 대한 통제의 맥락에서 업무방해죄의 통제수단으로서의 활용도가 점점 증가하고 있음을 주목해야 한다. 이는 두 가지 현상에서 살펴볼 수 있다. 하나는 집회시위 때문에 인근 상점의 영업을 방해되었다는 이유로 업무방해죄를 적용하는 경우이다. 업무방해죄는 집회시위의 자유를 통제하는 수단으로 그 위세를 확장하고 있다. 이러한 통제의 맥락에서 국가권력에 대한 비판적 표현의 자유라는 집회시위의 자유가 집회시위에 참가하는 시민과 그로 인해 영업을 못하게 되는 시민 간의 분쟁으로 왜곡되어 통제되는 현상이 발생하고 있는 것이다. 다른 하나는 '언론소비자주권 국민캠페인 사건'에서 볼 수 있듯이 소비자운동에 대하여 업무방해죄를 적용하는 현상이다.

이러한 업무방해죄 적용사례가 시사하는 메시지는 분명하다. 집회시위의 자유, 그리고 소비자운동의 권리는 헌법상 보장된 기본권임에도 기본권행사가 언제나 업무방해죄 처벌의 위협에 시달리게 되고 업무방해죄는 노동자의 쟁의행위를 넘어 일반 시민의 기본권 행사 전반을 통제하는 강력한 무기로 거듭나고 있다. 이것이 업무방해죄를 폐지해야 하는 또 다른 중요한 이유이다.

결론적으로 형법 제314조에 규정된 업무방해죄를 삭제해야 한다.

## 2. 쟁의행위에 대한 손해배상 청구의 금지

### 가. 노동조합 및 노동자에 대한 손해배상 청구의 금지

원칙적으로 파업이나 기타 정당한 것으로 평가되는 피케팅, 직장점거 등의 쟁의행위에 대하여 사용자 측의 손해배상청구를 금지해야 한다. 쟁의행위는 노무를 중단하고, 따라서 쟁의행위기간 중 임금

을 포기하면서 근로조건 등의 향상을 요구하는 것이므로, 노무공급중단 형태의 정의행위에 대하여는 당해 정의행위가 폭력이나 파괴행위, 사람의 생명이나 안전에 직접적인 위험을 초래하는 형태로 행하여지는 것이 아닌 한 사용자는 정의행위에 대하여 노동조합이나 노동자 개인에 대해 손해배상책임을 물을 수 없도록 한다. 구체적인 입법적 개선방향은 다음과 같다.

첫째, 정의행위는 그 자체가 기본권의 행사인 동시에 헌법적 질서에서 예정하고 있는 행위이므로, 그로 말미암은 모든 재산적 손해에 대해서는 원칙적으로 배상책임을 부정해야 한다. 노동법은 시민법상의 원리를 수정하여 탄생한 것으로, 계약자유 원칙으로 대변되는 민법의 원리 대신에 실질적인 대등한 거래당사자로서의 힘의 균형을 이루게 하려고 개인 간 거래의 자유를 수정하여 노동기본권을 보장한 취지에 비추어 볼 때, 노동사건에서 민사적 원리가 전면적으로 적용되어야 한다고 하는 것은 오히려 노동권의 특수성을 부정하는 태도이기 때문이다.

둘째, 노동조합의 의사결정에 따라 정의행위를 한 경우에는 노동조합 임원을 비롯한 조합원들의 행위는 다수결의 원리에 의하여 형성된 단체의사에 구속되는 것이므로 조합원 개개인에게 노동조합의 정의행위로 인한 손해배상책임을 지워서는 안 된다.

셋째, 예외적으로 폭력·파괴행위로 인한 손해에 대해서는 그러한 행위를 한 개인에게 손해배상청구가 가능할 것이다. 이때 폭력이나 파괴행위 때문에 손해배상책임을 진다고 하여도 폭력이나 파괴행위와 직접 인과관계를 갖는 통상적인 손해로 그 범위를 제한해야 한다. 폭력이나 파괴행위가 있었다고 하여 그 이후의 정의행위 전반의 정당성을 부정하고 그 파업으로 인해 발생하는 영업손실 및 제3자와의 채무불이행으로 발생하는 손해 전체에 대하여 책임을 추궁하는 것은 행위책임의 측면에서도 적합하지 아니하고 결국 과도한 손해책임을 전가하는 결과를 초래하여 정의행위권을 부정하는 것이기 때문이다.

#### 나. 노동조합에 대한 가압류의 금지

특히 파업권의 보장과 재산권의 보호라는 양 측면을 비교형량 한다고 하더라도 노동분쟁에 있어서 손해배상채권 성립의 유동성, 피보전 채권에 대한 집행의사의 결여, 근로관계의 계속성에 따른 보전의 필요성의 저하, 기업 활동에 있어서 위험부담의 원칙, 가압류로 인한 정의권의 본질적인 침해가능성 등을 고려할 때 정의행위를 이유로 한 가압류도 금지해야 한다.

○

#### 다. 신원보증인의 담보책임 금지

신원보증인의 경우에는 개인의 업무상 행위로 인한 손해배상을 담보할 것을 예정한 것이므로 단체교섭이나 정의행위, 기타 노동조합 활동으로 인한 손해에 대해서까지 그 담보책임을 지울 수는 없다. 따라서 정의행위로 인한 손해배상과 관련하여 신원보증인에게 책임을 지우지 못하도록 하는 규정을 두어야 한다.

현행 형법	개정안
제3조(손해배상 청구의 제한) 사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 정의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.	제3조(손해배상 청구 및 가압류의 제한) ① 사용자는 단체교섭 또는 정의행위 그 밖의 노동조합의 활동으로 손해를 입은 경우에 노동조합 및 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다. 다만, 폭력이나 파괴행위로 인하여 발생한 손해에 대하여는 그러하지 아니하다. ② 사용자는 제1항의 단서의 규정에 따른 손해발생이 노동조합의 의사결정을 수행하는 과정에서 행하여진 때에는 해당 근로자에게 배상을 청구할 수 없다. ③ 제1항 단서의 규정에 따른 손해배상의 범위에 영업손실로 인한 손해 및 제3자에 대한 채무불이행으로 인한 손해는 포함되지 아니한다. ④ 「신원보증법」의 규정에 따라 신원보증인은 단체교섭 또는 정의행위 그 밖의 노동조합의 활동으로 발생한 손해에 대하여는 배상할 책임이 없다. ⑤ 단체교섭 또는 정의행위 그 밖의 노동조합의 활동으로 발생한 손해배상청구권의 강제집행을 보전할 목적으로 가압류를 하여서는 아니 된다.

### 3. 직장 내 표현의 자유의 보장을 위한 개선방안

#### 가. 업무방해죄와 명예훼손죄의 폐지

ILO와 사회권위원회에서 지속해서 권고했듯이 한국정부와 기업이 파업을 비롯한 일체의 단체행동권 행사와 노동조합의 일상적인 활동을 업무방해죄나 명예훼손죄 등을 통해 광범위하게 처벌하고 있는 문제를 개선하기 위해서는 - 이미 앞서 제안한 바 있는 - 업무방해죄 및 명예훼손죄의 처벌규정 폐지가 필요하다. 그뿐만 아니라, 정의행위에 대한 손해배상 청구의 금지는 노동조합의 일상적인 활동에 대해서도 그대로 타당해야 한다.

### 나. 직장 내 표현의 자유를 침해하는 사규 등의 개선

조합원으로서 노조활동을 통해 표현의 자유를 누릴 수 있도록 하기 위해서는 노동조합 및 조합원 개인의 표현의 자유가 전면 보장될 수 있도록 이를 제한하는 사규나 취업규칙 그리고 관행을 적극 개선해야 한다. 이를 위해서 정부와 시민사회단체가 주도하여 현재 기업에서 사규, 취업규칙으로 개인이나 노조의 표현행위, 유인물 배포나 1인 시위 등을 사전 허가받게 하거나 근무시간 외에 하는 것도 처벌하거나 징계하는 등의 방식으로 제한하고 있는 행위를 개선하는 방안의 가이드내용을 제시할 필요가 있다.

## 소비자 운동

### 1. 문제제기

소비자 불매운동(boycott)은 세계적으로 어디서나 비밀비재하고 바로 지금 이 순간에도 수많은 불매운동이 벌어지고 있다. 기업은 상품 품질과 가격, 서비스만으로 소비자의 욕구를 충족시키는 것에 최선을 다하는 것이 아니라, 물건을 만들고, 용역을 제공하는 것에 대하여 윤리적으로 기업이 가져야 할 사회적 책임까지도 소비자들이 요구하는 것을 반영해야 하는 것이 세계적인 현상이다. 소비자 불매운동은 민주주의 국가에서 표현의 자유라는 기본권을 바탕으로 시민으로서 사회의 여러 가지 사안이나 기업의 사회적 책임을 연결하여 해결하려는 직접적인 행동이기 때문이다.

역사적으로 불매운동이 인권, 환경, 노동 문제 등을 해결하고 개선했다. 유권자로서 투표행위를 통하여 정치, 사회 개혁과 발전을 이루었듯이 소비자로서 불매운동으로 사회문제를 해결하고자 했다.

하지만 대한민국은 이명박 정권이 들어서서 '비즈니스 프렌들리'를 외치면서 대기업 위주의 지원 정책과 그것을 뒷받침하는 의미에서 소비자의 불매운동을 부정적으로 받아들이며 기업의 영업을 방해하는 것으로 인식시키고 옥죄고 있다.

소비자 불매운동 전개 과정에서 소비자는 기업에 소비자의 의견을 전달할 수 있다. 이것은 한국의 소비자기본법에 규정되어 있음에도 불구하고 검찰은 집단적 전화걸기가 업무방해죄의 위력에 해당하는



다 하여 소비자 불매운동을 기소하여 소비자 운동을 위축시키고 있다.

조중동 폐간 국민캠페인(현재 언론소비자주권 국민캠페인, 이하 '언소주')을 비롯한 많은 네티즌 단체들이 2008년 5월 말 미국산 쇠고기 재협상 촛불 집회와 관련하여 조선, 중앙, 동아일보(이하 '조중동')의 왜곡 보도에 대해, 그 신문들에 광고를 싣는 기업을 상대로 광고불매운동(광고중단운동)을 벌였다. 그 당시 조중동 신문은 평소 지면보다 많은 양이 줄어들어 광고불매운동의 위력을 실감했다. 이명박 정권은 정권을 옹호하는 조중동 신문과 광고주를 보호한다는 명목으로 광고불매운동을 주도한 언소주에 대해 업무방해 죄목을 적용하여 운영도우미 24명을 기소하였다.

소비자의 불매운동을 업무방해로 기소하는 것은 민주주의가 발달한 사회에서는 결코 이해될 수 없는 일이었다. 폭력이 동원되거나 경제적 이득을 취할 목적이 전혀 없는 순수한 소비자의 비폭력 저항 운동인데도 불구하고 형사 처벌하려는 것은 민주국가를 지향하는 대한민국 역사에 역행하는 일이다.

이명박 정권이 소비자 불매운동을 형사적으로 처벌하는 것이 얼마나 무리인지, 또한 얼마나 표현의 자유를 억압하는 것인지 외국 사례를 통해 비추어보고 앞으로 법 제정이나 개정을 통해서 대한민국 소비자 운동이 보호 및 보장되어야 함을 제시한다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

**시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조**  
모든 사람은 외부로부터 간섭받지 않고 자신의 의견을 가질 수 있는 권리를 가진다. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 갖는다. 이러한 권리는 국경, 표현방식, 전달수단 등에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 발굴하고 타인으로부터 얻고 타인에게 전달할 수 있는 권리를 포함한다. 이러한 권리는 일정한 의무와 책임이 수반되며 따라서 제한될 수 있

다. 그러나 그러한 제한은 법에 규정된 경우에만 가능하며, 타인의 권리나 명성을 보호하기 위하여나 국가안보나 공공질서 또는 공중보건이나 사기를 보호하기 위한 경우에 한정된다.

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조에 따라 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경과 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다. 소비자 불매운동 또한 시민적 권리를 토대로 기업의 거의 모든 정책에 대해 의견을 개진할 권리로 보호되어야 함은 분명하다.

### 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

이명박 정부 들어서서 대한민국의 인권이 심각한 위기에 처하자 그 상황을 알기 위해서 유엔인권 이사회 특별보고관이 1995년 이후 대한민국에는 두 번째로 공식 방문하였다. 유엔 특별보고관 프랑크 라 뤼가 인권침해의 심각성을 알리는 여러 사례 중 조중동 광고불매운동을 벌였던 언론소비자주권 국민캠페인 사례도 보고 사안으로 조사 대상이 되어서 대한민국 표현의 자유에 관한 보고서에서 인용되었으며, 그 내용은 다음과 같다.<sup>34</sup>

**프랑크 라 뤼 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)**  
45. (중략) 특히 형법 314조에서 금하고 있는 '업무방해'를 포함하여 '범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보'를 광범위하게 금지하는 것은 그 자체로 문제의 소지가 있음에 주목한다. 그 사례로, 정부에 편향적이라고 판단한 3개 신문에 광고를 게재한 기업 명단을 게재하면서 불매 운동을 벌인 24명을 들 수 있다. (하략)

<sup>34</sup> Frank La Rue, Mission to the Republic of Korea, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 2011.3.21, A/HRC/17/27/Add.2, <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/17session/reports.htm>>.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 소비자운동의 탄압사례

##### 가. 1차 언소주 사례

소위 '언론소비자주권 국민캠페인의 광고주불매운동' 사건에 대해서도 업무방해죄가 적용되었다. 이 사건은 현재 대법원에 계류 중이다. 사건의 개요는 이렇하다. 2008년 봄 미국산 쇠고기 수입반대를 위한 촛불집회가 한창일 무렵, 일부 네티즌들을 중심으로 조선·중앙·동아 3개 신문사의 편집성향과 논조를 비판하면서 3개 신문에 대한 불매운동이 전개되었으며, 그 과정에서 2008년 5월 31일 인터넷 포털 '다음'에 "조중동 폐간 국민캠페인"<sup>35</sup>이라는 카페가 개설되었다. 이 카페의 개설자와 운영자들은 3개 신문에 대한 불매운동을 확산시키기 위하여 3개 신문에 광고를 게재하는 광고주들에 대한 항의 및 불매운동을 전개하면서, 카페에 광고주 명단을 게시하고 집중공략대상을 선정하여 카페 회원들로 하여금 항의전화걸기, 항의게시글쓰기 등의 방법으로 광고중단압박운동을 전개하였다.

정부를 대변하는 편향된 보도에 소비자들이 저항했고 정권 차원에서 무리한 수사가 시작되었다. 2008년 6월 19일 한나라당 원내대표 홍준표 의원이 "언론사 광고중단 협박 대책 마련할 것"이라고 한 뒤 6월 20일 김경한 법무부 장관이 검찰에 인터넷 유해환경 단속 강화 특별지시하면서 광고불매운동 수사지휘 공문을 하달했고, 검찰이 조중동 광고 보이콧(불매운동)에 대한 수사방침을 발표했다. 6월 24일 검찰은 검사 5명, 수사관 10명 전담 수사팀 구성 발표, 아무런 고소·고발 없이 수사가 착수되었다.

검찰이 광고불매운동과 같은 것은 2차 불매운동이라 하여 불법이라는 논리를 폈는데 그 근거로 미국의 태프트-하틀리 법을 인용했다. 태프트-하틀리 법이 규정한 '2차 보이콧' 금지는 파업 중인 노동자들이 우월적 지위를 이용해 3차 업체에 참여를 강요해서는 안 된다는 것이다. 파업 중인 노동자들에게 적용되는 법을 소비자에게 적용하여 인용한 것이다. 노동조합의 지위를 이용한 불매운동을 금지하는 취지는 불공정한 노동쟁의를 막기 위한 것일 뿐이므로 소비자운동과는 전혀 상관이 없다.

결국, 검찰은 사전모의를 통한 집단적 항의전화걸기라는 방법이 업무방해죄의 위력에 해당한다고 하여 언소주 카페의 운영진으로 활동한 피고인들을 위력에 의한 업무방해죄 등을 적용하여 기소하

였다.

이 사건에 대한 재판에서 1심 및 항소심 법원은 이 사건 카페 회원들과 성명불상의 다수 시민이 집단적 항의전화걸기 등의 방법으로 행한 광고중단압박행위는 위력에 의한 업무방해죄에 해당하고, 피고인들이 광고주 명단을 카페에 게시하고 회원들에게 광고중단압박운동을 독려했던 것은 집단적 항의전화걸기에 대한 공모공동정범이 인정된다고 하였으며, 그와 같은 집단적 전화걸기에 의한 광고중단압박행위는 위법성을 조각시키는 정당행위(형법 제20조)로 볼 수 없다고 판시하여 피고인들에게 유죄를 인정하였다.<sup>36</sup>

##### 나. 2차 언소주 사례

2009년 6월 8일 '언소주'에서는 조중동 광고주 중 광동제약(주)을 첫 불매운동대상으로 선정하여 불매운동에 들어감을 공표하였다. 광동제약은 불매운동을 주관한 이 사건 피고인에게 직원을 보내 광고철회는 불가하다고 밝힌 후 다른 조건이 가능한지를 물었다. 그들은 경향, 한겨레신문에도 일정 형식의 광고를 게재하고 회사의 인터넷 홈페이지에 팝업창으로 성명서를 게재하는 등의 조건을 제시했고 광동제약 측은 주문 대로 이행하였다. 1심과 항소심은 모두 팝업창을 띄우게 한 점에 강요죄를, 한겨레, 경향신문사에 광고료 이익을 얻게 한 점에 공갈죄를 인정했다. 1심과 달리 항소심은 조선일보 등에 대한 광고철회 요구가 거절된 점에 관해서 별도로 강요미수를 인정했다.

#### 2. 문제점

1차 언소주 사건의 경우 업무방해죄가 적용되는데, 노동자의 파업에 적용된 법 논리와 동일한 논리가 적용되었다. 언소주 사건에서 업무방해죄의 위력에 해당하는 행위로 문제가 된 것은 주로 '집단적 항의전화걸기'였다. "집단성"이라는 계기가 "위력업무방해죄"의 구성요건해당성을 근거지운다는 점에서 동일하다. 개개 노동자의 노무제공 거부도 범죄가 아니지만, 그것이 단체행동이라는 집단성을 띠게 될 때 위력업무방해죄에는 해당한다고 보듯이, 소비자 개인이 불매운동의 일환으로 항의전화를 거는

35 이 카페는 현재 "언론소비자주권 국민캠페인"으로 이름을 바꿔 활동하고 있다(<http://cafe.daum.net/stopcj>).

36 서울중앙지방법원 2009.2.19. 선고 2008고단5024. 항소심 판결은 서울중앙지방법원 2009.12.18. 선고 2009노677.

것은 범죄행위가 아니지만 그러한 행위가 집단적으로 이루어지면 위력업무방해죄에 해당한다는 점에서 파업과 소비자운동에 대한 규제 법 논리는 서로 닮았다. 그리고 대법원 판례가 상정하는 협소한 위법성조각 요건을 충족한 경우에 한하여 정당한 행위가 된다는 식의 논증도 동일하다.

과연 위력이 없는 소비자 불매운동이 가능한가? 소비자 불매운동은 기본적으로 위력적일 수밖에 없고 또한 위력적이지 않은 소비자 불매운동은 의미가 없기 때문에 위력을 문제 삼아 소비자불매운동을 처벌하는 것은 어불성설이다. 조중동광고불매운동 기소에 대한 특징은 소비자 불매운동을 정권 수호 차원에서 팔을 걷어붙이고 탄압하는 사례로 세계 소비자 운동 역사상 유례가 없는 일이었다.

2차 언소주 사건의 경우에는 다소 차원이 다르기는 한데, 이 사건에서는 광동제약 측에 광고조건에 대해 협의하여 경향이나 한겨레에 광고를 심게 한 것이 협박에 의한 강요행위이고 이로 인해 한겨레나 경향이 광고이익을 얻게 되었다는 점을 근거로 하여 공갈죄가 적용되었다. 문제의 핵심은 소비자들이 불매운동을 하면서 문제가 된 회사 측과 접촉하게 되면 형법상 '협박'이 되어 버리고 이에 따라 강요죄나 공갈죄가 적용된다는 점이다.

역시 문제는 헌법상 보장되는 소비자운동의 권리, 그리고 소비자로서 향유하는 표현의 자유라는 관점에서 보았을 때, 소비 주체로서의 의사표현이 개별적이면 '협박죄'가 되고 집단적이면 '협박+업무방해'가 된다는 식으로 규제된다는 점이다.

### 3. 참고할 만한 외국 사례

#### 가. 미국의 풋힐 타임즈 신문사 사건

캘리포니아의 지역 신문인 <풋힐 타임즈>는 보수 성향의 무료 신문이다. 캘리포니아 환경단체는 풋힐 타임즈 신문사의 편파적 논조와 왜곡보도에 항의하였다. 자신들의 소식지를 배포하여 불매운동을 주창하였는데, 광고에만 의존하던 무료 신문 풋힐 타임즈에 광고를 내는 기업체를 압박하자는 내용이였다.

소비자들의 많은 호응을 받아 막대한 손해를 입었던 풋힐 타임즈는 이 환경단체가 자사의 영업을 방해했다며 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 피고로 지목된 환경단체가 원고 주장은 재판할 필요도 없이 당장 배척되어야 한다며 소 각하를 신청하였으나, 1심법원은 그래도 재판은 해 봐

야 한다는 이유로 피고의 신청을 받아들이지 않았다. 이 결정에 대하여 피고가 항고하였으며, 캘리포니아주 대법원은 1심법원의 결정을 전원일치로 뒤엎고, 피고의 손을 들어 주었다. 즉, 원고의 주장은 재판해 볼 필요도 없이 아예 성립되지 않는다는 것이다. 법원의 논거는 다음과 같이 이해할 수 있다.

첫째, 불매운동의 이유가 순전히 경제적인 것이라면 경쟁법 등이 비중 있게 고려되어야 하므로 불매운동을 단속할 근거가 상대적으로 많겠으나, 정치적 이유로 행해지는 불매운동에 국가가 개입하고 규제하는 것은 헌법이 보장하는 표현의 자유와 정치활동의 자유를 침해할 우려가 크므로 허용될 수 없다.

둘째, 언론사가 편집 방향과 논조를 자유롭게 결정할 수 있어야 함은 당연하지만, 독자 또한 언론사의 편집 정책을 변경시키고자 불매운동 등의 수단을 동원할 수 있다.

셋째, 표현의 자유에 대한 '침해'는 공권력에 의한 침해를 뜻하는 것이므로, 독자나 시민이 언론사의 표현의 자유를 '침해'한다는 법리는 있을 수 없다. 따라서 언론사 광고주에 대한 독자의 불매운동 때문에 언론사가 누려야 할 표현의 자유가 침해된다는 주장은 성립되지 않는다.

넷째, 광고주에 대한 독자의 불매운동이 언론사에 경제적인 압박을 가하게 된다고 하지만, 언론사에 대한 경제적 압박은 이처럼 독자만이 가하는 것이 아니다. 광고주 자신도 광고 중단 등의 수단으로 언론사를 압박하여 편집 정책에 영향을 끼치려 하는 사례가 비일비재하므로, 유독 독자에 의한 경제적 압박만을 위법하다고 볼 수는 없다.

이 사건(Environmental Planning & Information Council v. Superior Court, 36 Cal.3d 188) 판결은 1984년에 나온 이래 언론사와 관련된 소비자 불매운동에 대한 중요한 전거가 되고 있다.

소비자 불매운동은 표현의 자유를 가장 기본적으로 보여주는 운동이기 때문에 거의 절대적인 기본권이라고 보고 있다. 특히 정치적, 윤리적 이유로 행해지는 소비자 불매운동은 헌법이 보장한 정치활동의 자유의 연장선에 있다. 따라서 민주주의가 발달한 나라에서는 형사소송은 물론 민사소송도 걸지 않는다. 다만 명예훼손, 저작권 침해, 인터넷 폭력과 같은 것으로 소송하기도 하지만 소비자 불매운동이 더욱 거세지는 것을 두려워서 소송을 포기하기도 한다.

#### 나. 1982년 전미유색인종지위향상협회(NAACP)의 백인 상점 불매운동 사건

미시시피주 클레이번 읍내의 이 협회 회원들은 1966년 백인 의원들이 인종평등정책을 실현하라는 청원을 받아주지 않자 백인 상점 불매운동에 나섰다. 흑인들은 상점 앞에 감시자를 배치하여, 출

입자의 명단을 파악했다. 심지어 교회에서 공표하였고, 구매자들 이름을 지역신문에도 실었다. 피케팅뿐만 아니라 강력한 군중집회까지 개최했다. 이에 몇몇 상인들은 손해배상 소송을 냈다. 하급심에서는 흑인들의 책임을 인정했으나, 최종적으로 연방대법원은 “표현의 자유 차원에서 이 협회의 행동을 보장해야 한다”고 판결했다. 단 규제의 정교함을 내세워, 개인적 폭력 등이 입증되는 자는 책임이 있다고 판시했다.

#### 다. 언론에 대한 소비자불매운동 성공사례

언소주가 벌인 조종동 광고불매운동은 대한민국 소비자 불매운동 역사 중 보기 드물게 성공적인 부분이 있다. 많은 광고주가 광고 중단을 했기 때문이다. 그것이 계속되었다면 조종동이 심각한 타격이 될 수 있었기 때문에 조종동이 위기감을 느꼈고 정권이 그것을 좌시할 수 없었기 때문에 무리한 법적 처벌을 강행한 것이다. 말하자면 광고불매운동이 성공적이라면 탄압을 받을 수도 있다. 광고불매운동이 성공적이지 못했다면 무시했을 것이다. 대한민국에서 정치적인 의미의 소비자 불매운동이 성공하려 한다면 그것을 막으려는 조치를 강행할 것이다. 만일 이런 일들이 외국에서 벌어졌다면 형사소송이나 민사소송의 문제로 제기될 수 없었을 것이다. 외국의 성공적인 광고불매운동의 몇 가지 사례를 보면 막대한 피해를 줘도 아무런 문제가 되지 않았다.

##### 1) 2001년 로라 슐레진저 박사 동성애자 차별 발언 후 방송 불매운동

로라 슐레진저 박사(Dr. Laura Schlessinger)가 자신의 라디오 방송에서 동성애자 차별 발언을 하여 그로 인해 그녀의 라디오와 TV 토크쇼에 대한 GLAAD (Gay & Lesbian Alliance Against Defamation; 동성애자 명예훼손 대책 연맹) 등 광고불매운동을 벌여 약 3천만 불(한화 약 340억)의 광고액이 취소되었다. 또한, 프루터 앤드 갬블, 버라이즌, 코카콜라, 도요타 등의 광고들이 그녀의 쇼에서 철회하게 되었고 1년 후에 그녀의 토크쇼 방송은 종방되었다.

##### 2) 2004년 싱클레어 방송 불매운동

미국 대선 당시 민주당 진영의 후보비방 때문에 대규모 광고불매운동이 일어났고 불매운동이 성공하여 방송국이 항복했으며 소송제기는 없었다.

##### 3) 2007년 새비지 네이션 라디오 방송 불매운동

이슬람을 모욕한 새비지의 방송에 대해 대규모 미국 이슬람단체의 광고불매운동이 벌어졌다. 새비지 방송은 저작권 침해와 인터넷폭력이라는 엉뚱한 죄목으로 고소했다가 2008년에 소송을 포기했다.

## 4. 보호되어야 할 소비자운동의 범위

### 가. 소비자운동의 헌법적 보장범위

소비자불매운동과 의견표명의 권리 등 소비자운동의 권리는 소비자보호운동을 보장하는 헌법 제124조에 근거를 둔 기본권으로 파악된다. 법률의 차원에서 소비자기본법 제4조가 거래조건을 선택할 권리, 사업자의 사업활동에 의견을 반영시킬 권리 등을 규정하고 있지만, 그렇다고 소비자운동의 권리를 법률이 부여한 권리로 격하시키는 것은 곤란하다. 특히 소비자가 사업자의 사업활동에 대해 의견을 표명할 권리는 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호되는 것이며, 소비자가 단체를 통하여 집단적으로 의견을 표명하는 권리는 결사의 자유에 의하여 보호되는 것이기도 하다.

소비자운동의 권리를 물품구매 등의 소비활동에 국한하여 인정해야 한다는 견해도 있으나, 이는 부적절하다. 소비자기본법은 “소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시킬 권리”(동법 제4조 제4호)를 규정하고 있기 때문이다. 소비자의 항의전화 등 의견표명은 대개 불매운동으로 연결되는 것이 자연스러운 현상이겠지만, 집단적 항의전화걸기 등의 의견표명을 그 자체로 소비자운동의 권리에서 배제해야 할 이유는 없다. 소비자의 의견표명 권리가 소비자운동의 기본권으로 파악되어야 하는 또 하나의 이유는 소비자기본법이 “소비자의 의견이나 불만을 접수하고 처리할 소비자상담기구의 설치, 운영”을 사업자에게 권장(소비자기본법 제53조)하고 있는 점을 들 수 있다. 따라서 소비자가 사업자의 사업활동에 관하여 적극적으로 의견을 표명할 권리는 정당한 소비자운동에 속하는 기본권의 하나로 독자성이 인정될 수 있으며, 소비자기본법의 규정은 그 기본권을 더욱 실효성 있게 보장하기 위한 법률이라고 보아야 할 것이다. 소비자의 항의전화 등 의견표명의 권리는 불매운동과 명시적으로 결합하지 않은 경우에도 당연히 소비자운동의 기본권으로 보장되는 것이라고 보아야 한다.

## 나. 1차적 불매운동과 2차적 불매운동 구별의 부당성

연소주 사건에 대한 1심판결과 항소심 판결은 1차적 불매운동과 2차적 불매운동을 구별하였다. 2차적 불매운동이 언제나 허용되지 않는다고는 할 수 없다고 하면서도, 2차적 불매운동의 허용범위와 기준에 대해서는 다음과 같이 더욱 엄격한 정당성 기준이 적용되어야 한다고 판시하고 있다.

“2차적 불매운동은 그 성격상 거래 기업체에 대한 직접적 불매운동의 성격을 겸하고 있기도 하지만, 2차적 불매운동의 대상이 되는 거래 기업체로서는 기본적으로 자신의 업체가 촉발시키거나 자신의 업체와 직접적으로 관련된 문제가 아니라 자신이 거래하는 기업체에서 촉발된 문제로 인하여 불매운동의 대상이 되는 것이므로, 2차적 불매운동을 넓게 허용한다면 자칫 직접적 책임이 없는 기업체의 영업활동의 자유를 심각하게 침해할 수 있는 것이다. 이런 점에서 볼 때 2차적 불매운동이 허용되는지 여부를 판단하려면, 먼저 목표 기업체와 거래 기업체의 관계가 어느 정도 긴밀한지, 양 기업체 사이의 거래의 성질과 내용이 소비자운동이 목표로 삼는 문제와 어느 정도 관련성이 있는지 등을 모두 고려하여야 한다. 또한, 소비자들이 목표 기업체를 대상으로 직접적 불매운동을 하는 경우에 사용하는 수단이나 방법의 상당성 및 허용 한도보다 거래 기업체를 상대로 2차적 불매운동을 하는 경우에 사용하는 수단이나 방법의 상당성 및 허용 한도는 더 엄격하게 심사되어야 마땅하고, 이 사건과 같이 불매운동의 방법이 업무방해죄의 구성요건인 위력에 해당하는지 여부를 심사하는데 있어서도 이러한 점이 고려되어야 한다.”

일반적으로 2차적 불매운동이란 특정 사업자에게 압력을 행사하기 위하여 그 사업자와 일정한 거래관계를 맺고 있는 거래사업자에 대해 특정 사업자와의 거래중단 내지 불매를 촉구하고 이를 관철하기 위하여 거래사업자에 대한 불매운동 등을 전개하는 것을 말한다.<sup>37</sup> 이러한 2차적 불매운동은 소비자나 소비자단체가 특정 사업자에 대하여 불매운동을 하게 된 애초의 목적과는 직접적인 관련이

37 이규호, “미국에 있어서 소비자보이콧(Consumer Boycott)에 관한 판례·학설 - 그 법적 허용한계의 문제를 중심으로 -”, 판례실무연구 [V], 2001, 354면. 박경신, “소비자들의 2차불매운동의 합법성 - 외국의 공정거래법 및 노사관계법의 유비적 비교법적 의미 -”, 국회의원 천정배 / 미디어행동 공동주최 「불매운동, 불법인가 소비자의 정당한 권리인가」 토론회(2010.4.26.) 자료집, 63쪽.

없는 제3자를 대상으로 한다는 점이 특징이라고 한다. 이 사건에서 원심판결은 광고주에 대한 집단적 전화걸기 등의 광고중단압박행위를 전형적인 2차적 불매운동으로 보았다.

그러나 소비자운동에 있어 1차적 불매운동과 2차적 불매운동의 구별은 그 구별기준이 모호할 뿐만 아니라, 과연 그러한 구별이 필요하고도 정당한 것인지에 대하여는 근본적인 의문이 있다.

첫째, 잘 알려졌듯이, 미국 셔먼법에서 연유한 2차적 불매운동금지의 법리는 2차적 불매운동의 압박을 당하는 기업에 ‘무고한 피해’를 준다는 점 때문이 아니라 그 기업이 불매운동의 압박을 수용하는 순간 시장에서의 공정한 경쟁이 제약당한다는 점 때문이었다. 소비자운동에는 그와 같은 법리가 적용될 수 없다. 미국에서도 소비자운동은 1차적 불매운동이건 2차적 불매운동이건 간에 셔먼법이 적용되지 않는다고 한다.

둘째, 소비자의 입장에서 볼 때, 2차적 불매운동의 대상이 된 기업이나 사업자는 양면적 성격을 지니고 있다. 한편으로 보면, 2차적 불매운동의 대상이 된 사업자(이 사건의 경우 광고주)는 1차적 불매운동(3개 신문사에 대한 불매운동)에의 동참을 권유받는 지위에 있다. 그러나 다른 한편으로는 2차적 불매운동의 대상이 된 사업자는 자신의 ‘광고 매체 선택’에 대하여 소비자의 반대운동에 직면한 사업자이기도 하다. 후자의 의미에서 보면, 광고주 사업자들은 ‘1차적 불매운동’의 대상으로서의 지위를 중첩적으로 지니고 있다고 말할 수 있다.

셋째, 근본적으로 소비자운동은 소비자들이 사업자에 대하여 일정한 의견을 반영하거나 정책의 변화를 목표로 하여 불매의사를 알리거나 의견을 전달하는 활동인데, 소비자들이 불매운동을 통해 해당 사업자에게 전향적인 변화를 요구하는 내용에는 제품의 질이나 서비스와 같은 순전히 경제적인 조건 뿐만 아니라, 그 기업의 투자행태라든가 정치적 기부행위, 고용정책, 환경정책, 아동노동의 착취, 성차별 등 다양한 조건이나 이슈가 포함될 수 있다. 어디에 광고를 신는지의 문제 역시 소비자로서 불매운동을 전개할 충분한 사유가 될 수 있다고 보아야 한다. 예를 들어, 친환경정책을 펼치지 않는 A 기업에 대해 불매운동을 하는 과정에서 A 기업의 제품을 구매하는 B 기업에 대하여 A 기업의 제품을 구매하지 말 것을 요구하는 불매운동은 B 기업의 환경정책을 목적으로 한 불매운동의 성격을 지니고 있다.

따라서 불매운동을 대상기업의 시각에서가 아니라 소비자운동의 권리라는 관점에서 보면, 1차적 불매운동과 2차적 불매운동은 명확하게 구별되지 않을 뿐만 아니라, 그러한 구별에 따라 소비자운동의 허용범위를 달리 판단하는 논증이 타당하다고 말할 수도 없다.

#### 다. '설득과 호소' vs. '압박운동'

1심판결 및 항소심 판결이 연소주 사건의 광고중단압박행위를 위법하다고 판단(즉, 정당행위로서 위법성 조각을 인정하지 않은 판단)한 핵심적인 근거는 '호소와 설득활동을 넘어섰다는 점'에 있다. 항소심 판결이 적시한 판단 기준을 옮겨 보면 다음과 같다.

“이 사건에서 피고인들과 같이 언론매체의 소비자들로서는 언론사의 편집정책을 변경시키거나 하는 목적으로 언론사에 대한 불매운동 등의 수단을 동원할 수는 있고, 그들이 목적을 달성하기 위하여 일반시민들을 상대로 3개 신문을 구독하지 말거나 그 광고주들에게 3개 신문에 광고하지 말도록 하기 위하여 그들의 의사를 전달하고, 홍보하는 등 각종 방법에 의한 호소로 설득활동을 벌이는 것은 구독이나 광고 여부의 결정을 상대방의 자유로운 판단에 맡기는 한 허용된다고 할 것이고, 그로 인하여 각 신문사의 일반적 영업권 등에 대한 제한을 가져온다 하더라도 이는 정당한 소비자운동의 목적수행을 위한 활동으로부터 불가피하게 발생하는 내재적 위험으로서 상대방인 위 각 신문사가 감내해야 할 범위 내에 있다 할 것이다.”

이러한 법리는 2001년 소위 '마이클 잭슨 내한공연 반대운동 사건'에 관한 대법원 판결<sup>38</sup>의 연장선에 놓여 있다.

이러한 법리는 비록 2차적 불매운동을 완전히 불법적인 것으로 본 것은 아닐지라도, '설득과 호소

38 대법원 2001.7.13. 선고 98다51091 판결 : “시민단체 등의 공익목적수행을 위한 정당한 활동은 바람직하고 장려되어야 할 것이나 그러한 목적수행을 위한 활동이라 하더라도 법령에 의한 제한이나 그러한 활동의 자유에 내재하는 제한을 벗어나서는 안될 것이고, 그러한 활동의 자유의 한계는 그들이 반대의 대상으로 삼은 공연 등의 내용 및 성격과 반대활동의 방법 및 정도 사이의 상관관계에서 결정되어야 할 것인바, 시민단체의 간부들이 그들의 공익목적 관철하기 위하여 일반시민들을 상대로 공연관람을 하지 말도록 하거나 공연협력업체에게 공연협력을 하지 말도록 하기 위하여 그들의 주장을 홍보하고 각종 방법에 의한 호소로 설득활동을 벌이는 것은 관람이나 협력 여부의 결정을 상대방의 자유로운 판단에 맡기는 한 허용된다고 할 것이고, 그로 인하여 공연기획사의 일반적 영업권 등에 대한 제한을 가져온다고 하더라도 이는 시민단체 등의 정당한 목적수행을 위한 활동으로부터 불가피하게 발생하는 현상으로서 그 자체에 내재하는 위험이라 할 것이므로 시민단체의 간부들의 그와 같은 활동이 위법하다고 할 수는 없을 것이나, 공연기획사가 관계당국으로부터 합법적으로 공연개최허가를 받고 은행과 적법하게 입장권판매대행계약을 체결한데 대하여 시민단체의 간부들이 위 은행에게 공연협력의 즉각 중지, 즉 공연기획사와 이미 체결한 입장권판매대행계약을 즉각적인 불이행을 요구하고 이에 응하지 아니할 경우에는 은행의 전 상품에 대한 불매운동을 벌이겠다는 경제적 압박수단을 고지하여 이로 말미암아 은행으로 하여금 불매운동으로 인한 경제적 손실을 우려하여 부득이 본의 아니게 공연기획사와 체결한 입장권판매대행계약을 파기하게 하는 결과를 가져왔다면 이는 공연기획사가 은행과 체결한 입장권판매대행계약에 기한 공연기획사의 채권 등을 침해하는 것으로서 위법하다고 하여야 할 것이고, 그 목적에 공익성이 있다 하여 이러한 행위까지 정당화될 수는 없는 것이다.”

활동으로 어떠한 결정을 상대방의 자유로운 판단에 맡기는 한에서 허용된다'는 기준에 의하여 사실상 이 사건 광고주에 대한 광고중단압박운동과 같은 소위 '2차적 불매운동'의 경우에는 정당성이 인정되는 범위를 매우 협소하게 파악하는 결과를 낳게 된다. 이러한 법리는 2차적 불매운동의 대상이 된 사업자(이 사건의 광고주)는 1차적 불매운동의 대상인 3개 신문사의 편집정책이나 논조와는 무관하게 단지 자신들의 영업상의 필요와 광고효과를 고려하여 광고매체를 선택한 것일 뿐이기 때문에 이들의 영업활동의 자유는 보다 강하게 보호받아야 한다는 전제를 하고 있다.

그러나 기본권 향유주체인 소비자의 시각에서 보면 1차적 불매운동과 2차적 불매운동의 엄격한 구별은 타당하지 않으며, 2차적 불매운동에 대해 한층 엄격한 허용기준을 적용하는 것은 소비자운동의 권리를 불필요하게 축소하는 결과가 되기 때문에 부당하다. 소비자운동으로서 그리고 표현의 자유의 일환으로서 소비자들이 향유하는 기본권은 단지 해당 기업이 생산하는 물건이나 서비스의 품질에 대해서만 의견을 표명하는 것에 한정되는 것이 아니라 널리 해당 기업의 정치적, 사회적 활동 등을 이유로 한 의견표명과 불매운동을 포함하는 것으로 보아야 한다.

소비자운동으로서 불매운동 및 의견표명의 권리는 '정당한 목적-상당한 수단'의 법리를 통하여 구체화할 수 있을 것이다.

우선 목적의 정당성에 관련해서는 소비자불매운동이 시민으로서의 정치적 주장이나 표현을 매개로 하여 이루어질 수 있음을 분명히 승인해야 한다. 소비자운동의 권리는 비단 소비생활뿐만 아니라 헌법적 가치에 직접 호소하는 정치적 표현으로서의 성격을 지니고 있다. 소비자운동은 따라서 개인이 사회에 영향을 끼치는 행위로서 헌법적 보호를 받는 정치적 행위로서 파악되어야 한다. 그것이 정부 내지 지방자치단체의 정책변화를 유도하기 위한 것이건, 기업의 고용정책이나 환경정책 등에 영향을 미치기 위한 것이건 간에 정당한 목적의 소비자운동으로 승인되어야 한다. 보이콧의 표적대상기업이 내린 결정 - 고용대상, 고용방법, 자본분배 및 제조대상 - 은 정부관료가 내리는 결정만큼 우리 사회와 그 구성원의 삶에 중요할 수 있기 때문이다.

소비자운동의 권리가 헌법 제124조뿐만 아니라 표현의 자유에 의하여 보장된다고 하더라도 무제한적으로 허용되는 것이 아님은 자명하다. 소비자불매운동이나 집단적 의견표명 등에서 조건으로 내건 이슈와 주장이 헌법의 표현의 자유에 의하여 보장되는 범위 안에 있는 한 그 소비자운동은 '헌법적 정당성'을 획득한다고 말할 수 있다. 반면 인종차별정책이나 기타 헌법의 가치에 명백히 반하는 주장으로서 표현의 자유의 보호범위에 속하지 않는 경우에는 그러한 주장을 관철하기 위한 소비자운동 역

시 목적의 정당성을 상실한다고 보아야 한다.

수단의 상당성 측면에서 보면, 소비자불매운동에서 수단의 정당성 여부를 결정짓는 유일한 기준은 그 수단이 폭력적인가 여부뿐이다. 피켓팅이 다소간 위력에 해당하는(coercive) 요소를 지니고 있다고 하더라도 폭력적인 수단에 명백히 의존한 경우가 아닌 한 수단의 상당성이 인정될 수 있다. 소비자운동이란 본래 불매운동의 대상이 된 사업자 - 1차적 불매운동이건 2차적 불매운동이건 간에 - 에 대한 압박의 성격을 지니고 있으며, 다른 한편으로 소비자들이 자신과 관련된 문제에 관하여 사회구성원의 관심과 이해를 공유하면서 이를 집합적으로 요구하는 일종의 사회운동의 성격을 지니고 있다. 그런 의미에서 소비자운동이 헌법적 기본권으로 보장된다는 것은 소비자의 정당한 실행행사를 헌법적으로 보장한다는 의미이다.

#### IV. 개선방안: 정책제안

### 1. 업무방해죄의 적용금지 및 업무방해죄 규정의 폐지

헌법 제124조는 소비자보호운동을 기본권으로 규정하고 있다. 소비자운동은 또한 표현의 자유로서 보호되어야 할 것이기도 하다. 본래 소비자인 시민이 기업의 제품이나 정책 등의 변화를 유도하기 위하여 하는 기업압박운동의 성격을 지니고 있다. 소비자운동이 기업에 대한 압박을 목적으로 한 집단적인 실행행사라는 점에서 소비자운동은 노동자의 단체행동권 행사와 닮았다. 소비자운동의 권리가 시민적·정치적 권리와 밀접하다는 점에서 보면, 헌법적 기본권으로 보호되어야 하기에 소비자운동 때문에 기업의 업무가 방해되었다는 이유로 소비자운동을 하는 시민을 처벌하는 일은 시급히 사라져야 한다. 소비자운동이 지니고 있는 압박행위로서의 속성 때문에 소비자운동을 업무방해죄로 처벌한다는 것은 헌법에 보장된 소비자운동의 기본권을 부정하는 결과에 이를 것이기 때문이다. 소비자운동에 대해서는 업무방해죄가 적용되어서는 안 된다.

근본적인 해결책은 노동현장의 표현의 자유에 관한 개선방안에서 언급하였듯이, 업무방해죄 처벌

규정을 폐지하는 것이다.<sup>39</sup>

### 2. 소비자운동의 권리와 자유에 대한 구체적 입법 마련

소비자운동의 권리 보장을 위해서는 현행 소비자기본법을 개정하거나 아니면 소비자운동보호법을 별도로 제정하는 방안이 필요하다. 어떤 입법 형식을 취하건 간에 아래의 내용은 필수적이고 핵심적인 내용으로 관철되어야 한다.

첫째, 소비자운동은 소비자 또는 시민으로서의 기본적인 표현의 자유이며, 동시에 삶의 조건을 주체적으로 결정하고자 하는 정치적 행위로서 보장되어야 한다.

둘째, 불매운동 외에도, "개인적 권리" 및 "집단적 권리"로서 기업 측에 의견을 표명할 권리가 분명하게 보장되어야 한다.

셋째, 소비자운동의 권리는 단순히 제품의 품질이나 가격 등에 한정되는 것이 아니라, 널리 기업의 투자행태라든가 정치적 기부행위, 고용정책, 환경정책, 아동노동의 착취, 성차별 등 다양한 조건이나 이슈가 대상이 될 수 있다.

넷째, 소비자의 의견표명이나 불매운동은 어떠한 이유에서도 기업 등에 대한 협박이나 강요행위로 평가되어서는 안 된다.

39 자세한 것은 이 책 "노동영역" 절 참조.

## 7부

# 특수한 지위에 있는 사람들의 표현의 자유

르네상스를 통해 중세를 벗어나면서 인간의 자유와 권리는 신장하였다. 그러나 이런 흐름 속에서도 청소년, 구금시설 수형자, 군인, 공무원과 교사는 그 지위나 역할의 특수성을 들어 기본권이 제한되어 왔다. 이러한 것을 '특별권력관계이론'이라고 한다. 인권의 역사가 발전함에 따라 특별권력관계이론은 점차 극복돼 이제는 사실상 무덤에 들어갔다는 평가를 받아왔다. 그러나 한국에서는 여전히 구금시설 수형자, 청소년, 군인은 물론 공무원과 교사까지도 그 지위와 역할의 특수성을 들어 기본권을 제대로 인정받지 못하고 있다. 이들의 지위와 역할의 특수성이라는 이유로 표현의 자유가 침해되고 있는 문제점과 그 개선 방안에 대해 고민이 이루어져야 한다.



# 구금시설 수용자

## I. 문제제기

구금시설 수용자<sup>1</sup>들의 표현의 자유는 15척 답장에 막혀있다. 구금시설 수용자들은 기본적으로 변호인을 포함한 외부인과의 접견, 전화통화, 서신의 발신과 수신 등이 법률, 법무부령, 훈령, 예규 등에 의해 검열과 통제를 받고 있다. 또, 신문, 잡지, 도서의 구매와 열독, 라디오 청취, TV 시청, 인터넷 사용 등 정보접근 역시 법률 등에 의해 정해진 범위 내에서만 가능하다. 현재는 집필 자체에 대한 제한은 거의 없어졌지만, 집필물에 대한 검열이 존재하고 외부반출이 제한된다. 2008년 개정·시행된 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」에서 원칙적으로 수신과 발신 서신의 검열과 집필의 사전 허가가 폐지되어 수용자들의 표현의 자유가 확대되는 듯했으나, 서신의 경우 금지된 물품 확인을 위해 봉투를 개봉하고 있기 때문에 완전한 검열 폐지라고 할 수 없다. 또 2011년 정부가 발의하여 국회에 상정된 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 개정안은 오히려 서신의 검열을 강화하고 수용자들의 도서 구매를 제한할 수 있도록 하는 등 수용자들의 표현의 자유를 후퇴시키고 있다. 정부의 이러한 개정 시도는 중단되어야 마땅하고 현행 법률은 수용자들의 표현의 자유를 확대하는 방향으로 개정되어야 한다.

1 「형의 집행 및 수용자 처우에 관한 법률」에서 정의하는 수형자, 미결수용자, 사형확정자, 그 밖에 법률에 의해 교소소와 구치소, 구치지소 등에 구금되어 있는 이들.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

#### 수용자 처우에 관한 최저기준규칙<sup>2</sup>

제37조 피구금자는 필요한 감독 하에 일정 기간 마다 가족 또는 신뢰할 만한 친구와의 통신 및 접견이 허용 되어야 한다.

제39조 피구금자는 신문, 정기간행물 또는 시설의 특별간행물을 열독하고 방송을 청취하며 강연을 듣거나 당국이 허가하거나 감독하는 유사한 수단에 의하여 보다 중요한 뉴스를 정기적으로 알 수 있어야 한다.

제40조 모든 시설은 모든 범주의 피구금자가 이용할 수 있는 오락적, 교육적인 도서를 충분히 비치한 도서실을 갖추어야 하며 피구금자들이 이를 충분히 이용하도록 권장하여야 한다.

#### 모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙<sup>3</sup>

원칙 19 억류 또는 구금된 자는 특히 가족의 방문을 받고 가족과 통신할 권리를 가지며, 외부사회와 교통할 충분한 기회를 부여받아야 한다. 단, 법률 또는 법률에 따른 규칙에 의하여 정해진 합리적인 조건과 제한에 따른다.

원칙 28 억류 또는 구금된 자는 공적인 재원의 가능한 범위에서 합리적인 수준의 교육적, 문화적 자료 또는 정보를 얻을 권리를 갖도록 해야 한다. 단, 억류 또는 구금시설의 안전과 규율을 확보하기 위한 합리적인 조건에서만 예외를 인정한다.

위 원칙들은 신체가 구속되어 있다는 것 자체가 표현의 자유와 정보접근권에 대한 일정 정도 제한

2 Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955년 8월 30일, 제 1회 국제연합 범죄방지 및 범죄자처우회의에서 채택, 1957년 7월 31일 국제연합 경제사회이사회 결의 663 C(24)로서 승인, 1977년 5월 13일, 경제사회이사회 결의 2076(62)로서 수정. <<http://www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoners.htm>>.

3 Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, 1988년 12월 9일 채택. <<http://www2.ohchr.org/english/law/bodyprinciples.htm>>.

을 가지고 있기 때문에 외부교통권을 제한하는 것은 매우 엄격해야 하며 표현의 자유와 정보접근권은 최대한 보장되어야 한다는 것을 강조하고 있다.

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

1995년 한국을 방문한 유엔 표현의 자유 특별보고관 아비드 후싸인은 교도소 행정의 일반적인 체계가 1923년 일본이 한국을 점령하고 있을 당시 공포한 법에 기반을 두고 있다고 지적하면서 피구금자의 표현 및 의견의 자유를 효과적으로 보호하기 위해 감옥제도를 정의의 집행에 관한 국제적인 원칙과 일치하도록 필요한 조치를 취할 것을 권고하였다.<sup>4</sup> 이 권고는 17년 전의 것이지만 한국의 행형현실에 대한 지적은 여전히 타당하다. 2008년 12월부터 시행된 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」은 구 「행형법」을 전면개정한 것이지만, 교도소 당국의 자의적인 판단에 따라 서신 수수와 집필물을 검열하고 발송을 허락하지 않을 수 있는 등 구금된 이들의 표현의 자유를 훼손할 여지를 가지고 있다.

### 아비드 후싸인 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(E/CN.4/1996/39/Add.1, 1995.11.21.)

27. 특별보고관은 최근 교도소 사정이 상당히 개선되었다는 사실을 알게 되어 기뻐하였다. 그러나 그는 구금된 자의 표현의 자유와 관련한 몇 가지 문제에 대하여 우려를 표시하였다.
28. 특별보고관은 교도소 행정의 일반적인 체계가 많은 부분 1923년 일본이 한국을 점령하고 있을 당시에 공포한 교도소 관련법에 기반하고 있다고 언급하였다. 특별보고관은 더

4 Abid Hussain, Report on the mission to the Republic of Korea of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, E/CN.4/1996/39/Add.1, 1995.11.21. <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/cad65f49a6e34883802566b10055ce24?OpenDocument>>, 유엔 인권이사회 1993/45 결의안과 경제사회이사회(UNESCO)의 1993/268 결정에 준하여 작성된 것이며, 특별보고관 Abid Hussain이 1995년 6월 25일에서 30일까지의 한국을 공식 방문하여 조사한 내용을 토대로 한 것이며, 1995년 11월 21일에 보고되었다.

나아가 이 법의 결과로서 만들어진 체제는 수정되어야 하고, 전반적인 인권, 특히 피수감인들의 자유에 있어서 일어났던 최근의 변화에 적응해야 한다고 말했다.

29. 특별보고관의 요구에 대한 답변으로, 수감되어 있던 황석영은 특별보고관에게 교도소 내의 집필 행위에 관련된 수많은 사건들에 대해서 알려주었다. 그는 책을 출판하기 위해서는 법무부의 승인이 필요했다고 설명하였다. 황 씨는 예전의 자신의 책에 감옥 안에서 새로 작성한 서문을 넣어 본인의 책을 다시 인쇄하려고 했던 시도의 예를 들었다. 그는 교도소 당국이 그의 요구에 답하면서, 그가 구상하고 있는 페이지 수를 얘기하라고 하면서 만약 그가 10쪽을 원한다면 10장의 빈 종이를 줄 것이고, 만약 20쪽을 원한다면 20장의 빈 종이를 줄 것이라고 말했다고 설명했다. 황 씨가 교도소 당국에 만약 그런 경우라면 그는 편지 형식으로 서문을 쓰고 싶다고 말했고, 이에 교도소 당국은 그에게 2장의 엽서를 제공하였다. 그가 제공 받은 2장의 엽서의 남은 공간에 서문의 작성을 끝내자, 교도소 당국은 그에게 3번이 넘게 그가 엽서에 작성한 것들을 고쳐 쓰도록 요구했다고 황 씨는 말했다. 그는 결국, 그의 서문을 3번이나 수정한 결과 그는 두 장의 엽서에 남아있는 공간을 효과적으로 이용할 수 있었다고 설명했다.
30. 황 씨는 또한 그가 앞으로 쓰고자 하는 주제에 대해 교도소 당국의 허가를 받기 전에, 심지어는 출판 목적을 하지 않는 수기나 개인적인 글을 작성할 때에도, 그는 일단 쓰고자 하는 주제에 대해서 당국에 말해야 한다고 설명하였다. 게다가 그가 집필한 것은 완성한 이후에도 교도소 당국에 의해 검토되었다. 황 씨는 그의 의견이 다만 어떠한 주제가 그가 글을 쓰기에 가장 적합한 것인가에 대한 논의 밖에 이끌어내는 상황하에서 글을 쓰지 않는 것이 낫겠다고 결론지었다.
31. 황 씨의 증언은 교도소 체제의 분위기가 어떠한지를 포착하고 있다. 특별보고관은 황 씨가 글을 쓰는데 있어서 유폐로 인해 부득이하게 상당한 제약을 받았다는 것을 살펴 보았다. 그는 교도소의 상황이 전반적으로, 특히 수감된 이들의 표현의 자유를 다스리는데 있어서, 적용 가능한 기준들을 제대로 반영하지 못하고 있다는 점에 대해 걱정하였다. 이러한 맥락에서 특별보고관은 '모든 형태의 구속 수형자의 보호에 관한 원칙들'의

제 5원리를 통째로 언급하고자 한다.

“감금이라는 사실에 명백히 필연적으로 동반하는 제한 이외에는 모든 투옥된 이들은 여전히 경제적·사회적·문화적 권리에 대한 국제규약, 시민적·정치적 권리에 대한 국제 규약과 그에 따른 선택의정서에 규정된 그들의 인권과 근본적인 자유를 다른 유엔 규약에 규정된 또 다른 권리들과 마찬가지로 보유하고 있다.”

#### 권고

(g) 대한민국 정부에 구금자의 표현 및 의견의 자유를 효과적으로 보호하기 위하여 감옥 제도를 정의의 집행에 관한 국제적인 원칙과 일치하도록 하는데 필요한 조치를 취할 것을 권고한다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반 등으로 4년형을 선고받고 복역 중인 김명호(전 성균관대 교수)는 형사소송법 조항의 위헌성을 판단 받기 위해 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구했고, 변호사를 대리인으로 선임하라는 현재의 보정명령을 받아 2009년 12월 보정서를 우편으로 보내려 했다. 하지만 교도소 당국이 검열을 이유로 29시간 늦게 이를 발송하여 정해진 기한을 넘겨 현재에 도착함에 따라

사건이 각하 처리되었다. 한편, 김명호는 2010년 2월경 서신 전달을 지연시킨 교도소 당국자를 처벌해 달라는 등의 취지로 고소장을 작성해 원주경찰서에 보내려 했다. 하지만 교도소 당국은 “송무 관련 서류는 무조건 내용을 상부에 보고해야 한다”며 서신 내용의 검열을 강행했고, 이후 “검열 결과 교도소에 대한 허위 사실이 기재되어 있다”는 이유로 서신 발신을 금지했다. 인권단체들이 김명호에 대한 이례적인 일련의 검열과 차별에 대해 항의하자 당국은 이를 무시했고, 특별한 이유 없이 원주교도소에서 춘천교도소로 그를 이감시켰다. 이는 자유권규약(CCPR) 제10조와 제14조, 제16조, 제19조를 위반한 것이며 특히 1957년 ‘수용자 처우에 관한 최저기준규칙’ 제37조를 위반한 것이다.

강도치사죄 등으로 무기징역을 선고받고 청송교도소에서 복역 중인 신창원은 2008년 6월경 신문 기자 2명에게 소송 제기를 위한 입증자료의 수집을 요청하는 편지 6통의 발송을 금지당하자 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기했고, 2010년 4월 대법원은 신 씨의 손을 들어줬다. 하지만 법무부는 서신 검열과 발송 불허 권한을 교도소 당국에 부여하고 있는 현 제도를 개선하려는 의지를 전혀 보이지 않고 있다.

## 1. 서신

「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제43조는 제1항과 제4항은 원칙적으로 모든 타인과의 서신을 주고받을 수 있도록 하고 있고 검열을 받지 않는다고 규정하고 있다. 하지만 동법 제43조 제4항의 각호 단서조항과 ‘수용자 교육교화 지침’<sup>5</sup>에 의해 부정물품 검사를 이유로 모든 서신을 개봉하여 전달하도록 하고 있다. 동법 시행령 제65조 제1항은 수용자가 보내려는 서신을 봉합하지 않은 상태로 교정시설에 제출하도록 하고 있고, 제65조 제2항은 수용자에게 온 서신에 금지물품이 들어 있는지를 개봉하여 확인할 수 있도록 하고 있다. 또, 서신의 내용에 구금시설과 관련된 내용은 내용의 기록 또는 사본 보관까지 할 수 있게 하고 있다. 동법 제43조 제5항과 소정의 절차에 따라 정해진 서신 수수 금지자 명단에 의해 서신의 발신과 수신 자체를 불허하며 수용자들의 표현의 자유를 심각하게 제한할 수 있게 되어 있다. 여기에 법무부가 국회에 제출한 법률 개정안은 수용자의 외부교통권 제한을 줄

5 개정 2011.7.27. 법무부예규 제983호.

이고 추상적인 제한 요건들을 최소화하기 위해 금지사유를 구체화하겠다고 하면서도 오히려 현행 법 조항보다 더욱 자의적이고 폭넓게 해석될 수 있도록 하는 내용을 담고 있다.

## 2. 신문 등의 구독

현행 법률은 수용자가 자비 구매를 요청하는 신문, 잡지, 도서 등의 구매를 전면 허용하도록 하고 있으며 「출판문화산업 진흥법」 상의 유해간행물인 경우에만 구독을 제한할 수 있도록 하고 있다. 현행 「출판문화산업 진흥법」은 심의를 통해 '유해간행물'로 결정될 경우 그 사실을 고시하도록 하고 있고, 문화체육관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 소속 관계공무원에게 불법복제간행물이나 유해간행물을 발견하였을 때, 간행물을 배포한 자에게 수거 또는 폐기를 명령하도록 하고 있다. 이 명령을 이행하지 않을 경우에는 관계공무원이 수거나 폐기를 할 수 있도록 정하고 있을 뿐, 도서나 신문 등의 접근 자체를 차단할 수 있도록 하는 규정이 없다. 그럼에도 불구하고, 수용자들에게만 구독을 제한한다는 것은 부당하다. 또, 모든 신문, 잡지, 도서를 검열 후 배부하고 있고 도서의 보유 권수 등을 제한하는 것도 문제다. 게다가 신문의 내용 중 수용질서를 교란할 우려가 있는 기사나 광고를 삭제할 수 있도록 하고 있는 것은 수용자의 정보접근권을 침해하는 것이다. 여기에 법무부가 국회에 제출한 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 개정안에 따르면, "폭력행사와 약물남용을 미화하고 성폭력 등 범죄 충동을 일으키는 잡지나 도서가 교정시설에 무분별하게 반입되고 있어 「출판문화산업 진흥법」 상의 유해간행물에 준하는 도서 등과 건전한 인격형성과 교정교화를 저해하는 신문 등의 구독과 반입을 제한할 수 있는 위임규정을 마련하겠다"는 것이 그 취지라고 한다. 그러나 법무부의 주장대로 신문, 도서, 잡지가 수용질서를 해친다는 주장은 아무런 근거가 없다. 개정안은 기본적으로 구금시설 수용자들을 신문, 도서 등에 의해 폭력행사, 약물남용, 성폭력 등을 일으킬 수 있다는 차별적이고 모욕적인 시각까지 담고 있다. 법무부(정부)가 발의하여 18대 국회 법제사법위원회에 계류 중인 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 개정안은 수용자의 표현의 자유를 제한하고 침해하므로 즉각 폐기되어야 한다.

## 3. 징벌

현행 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 108조는 수용자들의 징벌 종류를 신문열람 또는 TV 시청 제한, 신문·도서·잡지·집필용구 구매 금지, 전화통화 제한, 서신 수수 제한, 접견제한 등으로 규정하여 표현의 자유와 외부교통권을 심각하게 침해하고 있다. 수용자의 표현의 자유와 외부교통권을 침해하는 징벌들은 법 개정을 통해 모두 폐지되어야 한다.

## 4. 기타

라디오 청취 및 TV 시청의 제한적 허용, 집필문서 또는 도화의 반출 시 검열과 허가, 인터넷 사용 금지, 접견 및 전화사용 횟수와 시간의 지나친 제한, 교정공무원에 의한 접견 및 전화사용의 강제중지 허용 등은 폐지되거나 완화되어야 한다. 또한, 수용자의 공판 관련 문서에 대한 교정공무원의 열람, 정당한 권리구제 등을 위한 고소장 등에 대한 검열과 제한은 불필요하다.

## IV. 개선방향: 정책과제

1. 구금시설 수용자의 외부인과의 서신교환, 타 구금시설 수용자들과의 서신교환, 같은 시설 수용자들과의 서신교환이 모두 가능해야 하고 검열은 완전히 폐지되어야 한다. 수용자들에게 외부교통권은 권리구제, 인간관계의 유지, 출소 후 사회복귀를 위한 준비 등을 위해 매우 중요한 권리이다. 이러한 권리를 침해하거나 제한해서는 안 된다.
2. 사회에서 서점, 정기구독, 인터넷 등을 통해 판매, 구매가 가능한 모든 신문, 잡지, 도서 등은 아무런 조건 없이 반입되고 열독 될 수 있어야 한다. 구금시설의 수용자들이라고 해서 정보접근에 제한을 받아야 할 이유는 없다. 오히려 신체를 구속당한 이들에게는 더욱 다양하고 광범위한 정

보가 전달되어야 한다.

3. 수용자의 표현의 자유와 외부교통권을 제한하는 징벌은 폐지되어야 한다. 앞에서 언급한 것처럼 수용자들의 외부교통권은 권리의 구제, 인간관계의 유지, 출소 후 사회복귀를 위해 중요한 권리이기 때문에 징벌로써 이를 제한하는 것은 과도하다.
4. 공중파 TV의 자유로운 시청, 집필문서나 그림의 검열 없는 반출, 제한과 검열 없는 소장 제출 등이 보장되어야 한다. 시설과 인력의 확충을 통해 접견과 전화사용의 시간과 횟수를 늘릴 필요가 있고 수용자나 민원인의 의사에 반하여 접견이나 전화통화를 중단할 수 없도록 하여야 한다. 또, 공판 관련 문서들은 지극히 개인적인 정보이므로 교정공무원의 열람 없이 즉시 교부되어야 한다.
5. 수용자들의 표현의 자유를 침해하는 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제43조 제4항의 단서조항과 각 호, 그리고 제43조 제5항은 삭제되어야 한다. 또, 「수용자 교육교화 운영지침」은 즉각 개정되어야 하며, 법무부(정부)가 발의한 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 일부개정안 역시 폐기되어야 한다.

# 청소년

## 청소년의 정치적 표현의 자유

### 1. 문제제기

청소년 관련 의제들은 어느 시대에서나 있었다. 최근만 해도 무상급식, 학생인권조례와 같이 청소년과 정말 밀접하고 직접 영향을 미치는 많은 의제가 우리 사회에서 여러 차례 논의되었다. 그러나 이런 논의과정에서 청소년은 그 의제들의 대상이면서도 논의의 주체가 되지 못했다. 그러나 정치란 하나의 사회를 구성하고 운영하는 과정이고, 민주주의란 정치를 대중과 시민의 소통과 참여로 운영될 수 있도록 하는 것이다. 따라서 정치적 민주주의를 채택한 사회라면 청소년과 밀접하게 맞물려 있는 의제들에서 당연히 청소년이 그 논의의 주체가 되어야 한다. 또한, 청소년과 직접 연관된 의제가 아니라 하더라도, 사회의 모습을 결정짓는 '정치'에서 그 사회의 구성원들인 청소년들이 의견을 표출할 수 있도록 마땅히 보장해야 한다.

하지만 현실은 그러한 참여를 제도적으로, 관행적으로 억압하고 있다. 정치가 사회를 구성하고 규정짓는 행위이며 민주주의는 그러한 정치를 구성원들의 자유로운 의견 표출로 운영해 나아가는 것이 라면, 민주주의 국가라는 한국 사회에서 청소년은 자유로운 의견 표출, 즉 '정치적 표현의 자유'를 억압받고 있는 것이다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

#### 아동의권리에관한협약

##### 제12조

1. 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다.

##### 제13조

1. 아동은 표현에 대한 자유권을 가진다. 이 권리는 구두, 필기 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 아동이 선택하는 기타의 매체를 통하여 모든 종류의 정보와 사상을 국경에 관계없이 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

2. 이 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만 이 제한은 오직 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 것이어야 한다.

- (a) 타인의 권리 또는 신망의 존중
- (b) 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호

##### 제15조

1. 당사국은 아동의 결사의 자유와 평화적 집회의 자유에 대한 권리를 인정한다.

2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건이나 도덕의 보호 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.

##### 제17조

당사국은 대중매체가 수행하는 중요한 기능을 인정하며, 아동이 다양한 국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료, 특히 아동의 사회적·정신적·도덕적 복지와 신체적·정신적 건강의 향상을 목적으로 하는 정보와 자료에 대한 접근권을 가짐을 보장하여야 한다. 이 목적을 위하여 당사국은,

- (a) 대중매체가 아동에게 사회적·문화적으로 유익하고 제29조의 정신에 부합되는 정보와 자료를 보급하도록 장려하여야 한다.
- (b) 다양한 문화적·국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료를 제작·교환 및 보급하는 데 있어서의 국제협력을 장려하여야 한다.
- (c) 아동도서 제작과 보급을 장려하여야 한다.
- (d) 대중매체로 하여금 소수집단에 속하거나 원주민인 아동의 언어상의 곤란에 특별한 관심을 기울이도록 장려하여야 한다.
- (e) 제13조와 제18조의 규정을 유념하며 아동 복지에 해로운 정보와 자료로부터 아동을 보호하기 위한 적절한 지침의 개발을 장려하여야 한다.

### 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

유엔 아동권리위원회는 유일무이한 국제적인 아동·청소년 인권기구이다. 유엔 아동권리위원회는 대한민국 아동·청소년의 전반적인 인권상황을 아동권리조약 등을 척도로 분석하고 이에 따른 권고를 내리고 있다. 1996년도 1차 권고를 시작으로 현재 총 4차까지의 권고를 내놓았다.

청소년·아동의 정치적 표현의 자유에 대해서는, 아동권리위원회의 첫 보고서인 “대한민국 1차 정부보고서에 대한 아동권리위원회의 최종견해: 대한민국(1996)”에 언급되어 있다.<sup>6</sup> 여기서 아동권리위

6 Committee on the Rights of the Child, Concluding observations: Republic of Korea, CRC/C/15/Add.51, 1996.2.13.

위원회는 ▲기본원칙이 한국의 입법, 정책, 계획에 제대로 반영 ▲가정, 학교, 사회생활에 대한 아동의 참여를 증진 ▲아동이 의견을 가질 자유, 표현의 자유, 결사의 자유가 포함된 기본적 자유를 더욱 효과적으로 누릴 수 있도록 장려 등을 한국 정부에 권고하였다. 그러나 한국 정부는 위와 같은 권고를 받아들이지 않았다.

아동권리위원회의 2차 보고서 최종견해(2003)에서는 1차 보고서의 권고를 진지하게 받아들일 것을 촉구하며, 좀 더 세밀하게 권고 사항을 서술했다.<sup>7</sup> 이 보고서에서 아동권리위원회는 초·중등학교에서 학생회에 대한 엄격한 행정적 통제를 우려하며, 의사결정과정과 학교 내외에서의 정치활동에서의 아동의 능동적인 참여를 촉진하기 위해 법률, 교육부 지침 및 학교교칙을 개정하고 결사와 표현의 자유에 대한 권리를 충분히 보장하라고 권고하였다. 또한 가정, 학교, 기타기관과 전체 사회 속에서 여전히 아동의 견해에 대한 존중이 제한되고 있음을 우려하며, 협약 12조에 따라 ▲아동이 자신의 견해를 자유롭게 표현할 권리를 포함하도록 아동복지법 재개정 ▲징계과정에서 아동의 견해에 대한 존중, 참여 증진하고 촉진하기 위한 입법조치 ▲이에 대한 교육 정보 제공 ▲아동의 견해가 고려되는 정도와 그것이 정책과 프로그램 및 아동 자신에게 끼치는 영향의 정기적 검토를 권고하였다.

한국정부가 제출한 3·4차 보고서를 검토한 후 발표한 유엔 아동권리위원회의 최종견해(2011)<sup>8</sup>에서 아동권리위원회는 권고에 대한 한국 정부의 일부 노력을 환영하면서도, 아직 대부분의 권고 내용이 수용되고 있지 않다고 지적하면서, 이전의 권고 내용을 반복하였다. 이번에도 아동권리위원회는 협약 12조에 따른 이전까지의 시정 권고가 여전히 한국 정부에 의해 받아들여지지 못하고 있는 점을 지적하고 있어(35문단), 사실상 '아동의 정치적 표현의 자유'에 대한 모든 아동권리위원회의 권고가 한국 정부에 의해 무시되고 있음을 알 수 있다.

7 Committee on the Rights of the Child, Concluding observations: Republic of Korea, CRC/C/15/Add.197, 2003.3.18.

8 Committee on the Rights of the Child, Concluding observations: Republic of Korea, CRC/C/KOR/CO/3-4, 2011.10.6.

### 대한민국 1차 정부보고서에 대한 아동권리위원회의 최종견해(CRC/C/15/Add.51, 1996.2.13)

1. 위원회는1996년1월18일과19일제가졌던266,267,268번째회의(CRC/C/SR.266268)에서대한민국의최초보고서(CRC/C/S/Add.21)를심의하였고,다음과같은결론적인견해를채택하였다.

...중략...

12. 위원회는또한이조약의기본원칙(즉,조약제2,3,12조의규정)이한국의입법,정책,계획에제대로반영되지않고있음을우려한다.한국정부의보고서가시인하듯이,아동을단순히"작은어른혹은미숙한어른"으로서여기고취급하는널리만연된관습을변혁하기위해서는위에서말한이조약의기본적가치들을국민들에게일깨우는일이필요하다.그러나이를위한한국정부의조치는불충분한것이었다.위원회는또한소녀(최소결혼연령과관련된문제를포함하는),장애아동그리고혼외출생아동을괴롭히는차별적태도의존속에대해서도우려를표명한다.

...중략...

14. 위원회는국적을가질권리,표현,사상,양심,종교의자유그리고결사와평화로운집회의자유와같은기본적자유와시민적권리의효과적인이행을보장하기위해,법적인조치를포함한여러조치들이불충분한데대하여우려를표명한다.한국정부가명분으로삼아온'국가안보에대한위협'은이와같은여러기본적자유의회향유를가로막아왔다.

...중략...

26. 위원회는한국정부가가정,학교,사회생활에대한아동의참여를증진시킴과동시에그들이기본적자유를더욱효과적으로누릴수있도록하기위하여더큰노력을기울여야한다고생각한다.이기본적자유속에는의견을가질자유와,표현의자유,그리고결사의자유가포함되는데,이러한권리들은민주사회에서반드시필요한권리들이며,오로지법률로써정해진바대로만제한받는다.

### 대한민국 2차 정부보고서에 대한 아동권리위원회의 최종견해(CRC/C/15/Add.197, 2003.3.18)

1. 위원회는 2003년 1월 15일 개최된 838차 및 839차 회의(CRC/C/SR.838 및 839)와 2003년 1월 31일 개최된 862차 회의에서 2000년 5월1일 제출된 대한민국의 제2차 정부보고서(CRC/C/70/Add.14)를 심의하였으며, 다음과 같은 최종견해를 채택한다.

...중략...

#### 위원회의 이전 권고사항

7. 대한민국정부의 제1차 국가보고서 심의(CRC/C/8/Add.21)에 따라 아동권리위원회가 채택한 대부분의 권고안들(CRC/C/15/Add.51)이, 특히 다음 사항에 대하여 충분히 다루어지지 않음에 유감을 표명한다.

(가) 유보조항의 철회(19항)

(나) 소녀, 장애아동, 혼인외출생자에 대한 차별적 태도의 근절을 위한 공공 교육 캠페인의 개발(20항)

(다) 가정, 학교 및 사회생활에서 아동의 참여증진을 위한 조치(26항)

(라) 모든 형태의 체벌 금지(22항)

(마) 아동권리협약 제29조에 규정된 교육 목표를 완전히 반영하기 위한 교육 정책의 검토(29항)

8. 아동권리위원회는 상기 사항들에 대해 재차 강조하며, 제1차 정부보고서 최종평가에 포함되었으나 이행되지 않은 권고사항과 제2차 정부보고서 최종평가에 포함되어있는 관심 사항을 다루는데 대한민국정부가 지속적인 노력을 경주할 것을 촉구한다.

...중략...

#### 아동의 견해 존중

34. 위원회는 아동에 대한 전통적 태도가 가정, 학교, 기타기관과 전체 사회 속에서 여전히

아동의 견해에 대한 존중을 제한하고 있음을 우려한다.

35. 위원회는 협약 12조에 따라 한국 정부에 권고한다.

(가) 2000년에 개정된 아동복지법이 아동에게 영향을 미치는 모든 문제에서 아동이 자신의 견해를 자유롭게 표현할 권리를 포함하도록 재개정. 또한 법원, 행정기구, 학교 및 교육기관의 징계과정에 의해 아동에게 영향을 미치는 모든 문제에서 아동의 견해에 대한 존중과 아동의 참여를 증진하고 촉진시키기 위하여 입법 조치를 포함한 효과적인 조치를 취할 것.

(나) 특히, 부모, 교직원, 정부 행정 공무원, 사법부 및 크기는 사회에 아동들이 그들 자신에게 영향을 줄 수 있는 모든 문제에 대해서 그들의 견해를 밝히고 참여할 수 있는 권리가 있다는 것에 대한 교육 정보의 제공

(다) 아동의 견해가 고려되는 정도와 그것이 정책과 프로그램 및 아동자신에게 끼친 영향에 대한 정기적 검토.

#### 표현과 결사의 자유

36. 위원회는 초·중등학교에서 학생회에 대한 엄격한 행정적 통제와 교외 정치활동을 제한하거나 금지하는 학교 교칙으로 인해 학생의 표현과 결사의 자유가 제한되고 있음에 우려한다. 위원회는 10대들이 독립적으로 만든 인터넷 대화방이 당국 자의적으로 폐쇄되었다는 주장에 대해 더욱 우려한다.

37. 협약 12조 내지 17조에 따라, 위원회는 의사결정과정과 학교 내외에서의 정치활동에서의 아동의 능동적인 참여를 촉진하기 위하여 법률, 교육부가 만든 지침 및 학교교칙을 개정하고 모든 아동이 결사와 표현의 자유에 대한 권리를 충분히 향유할 수 있도록 보장할 것을 권고한다.



### 대한민국 3,4차 정부보고서에 대한 아동권리위원회의 최종견해(CRC/C/KOR/CO/3-4, 2011.10.6)

1. 유엔아동권리위원회(아래 위원회)는 2011년 9월 21일 개최된 1644차 및 1645차 회의(CRC/C/SR.1644 및 1645)와 2011년 10월 7일 개최된 1668차 회의(CRC/C/SR.1668)에서 대한민국의 제 3, 4차 통합 정부 보고서(CRC/C/KOR/3-4)를 심의하였으며, 다음과 같은 최종 견해를 채택한다.

...중략...

#### 아동의 견해에 대한 존중

34. 아동과 청소년이 자신의 견해를 표현하도록 국가가 조직한 회의의 성립을 환영하는 한편 당사국의 법 절차나 사회적 태도에 관한 맥락이 아동에게 영향을 미치는 결정들에 관한 아동의 견해, 특히 15세 미만 아동의 견해를 고려하지 않는다는 것에 대한 위원회의 우려는 여전히 있다.

35. 위원회는 아동이 자신의 견해를 표현할 권리와 아동에게 영향을 끼치는 모든 결정에서 아동의 견해가 고려되도록 할 권리를 가졌다는 것을 보장하도록 당사국이 법률의 개정을 고려할 것을 권고하며 당사국은 협약 12조에 따라야 한다는 이전의 권고를 반복한다.

(a) 아동에게 영향을 끼치는 모든 문제에 대해 자유롭게 자신들의 견해를 표현할 아동의 권리를 포함하도록 아동복지법을 개정하고, 학교와 교육 체제 속에서의 훈육절차를 포함하여 법원과 행정 기구에 의한 아동의 견해에 대한 존중을 증진하고 아동에게 영향을 미치는 모든 문제에서 아동의 견해가 청취될 것을 촉진하기 위하여 입법을 포함한 효과적인 조치를 취할 것.

(b) 아동에게 영향을 미치는 모든 문제에서 아동의 견해가 고려되고 청취될 아동의 권리에 대하여 특히 부모, 교육자, 정부행정공무원, 사법부 및 광범위한 사회에 교육 정보를 제공할 것.

(c) 아동의 견해가 고려되는 정도와 아동의 견해가 정책, 프로그램 및 아동 자신에게 미치는 영향의 수준에 대하여 정기적으로 검토할 것.

(d) 아동의 청취될 권리에 관한 위원회의 일반논평 12(2009)를 고려할 것.

#### 표현과 결사, 평화적 집회의 자유

40. 위원회는 이전의 권고(CRC/C/15/Add.197, para. 37)에도 불구하고 학교들이 여전히 학생들의 정치적 활동을 금지하고 있다는 것에 대해 유감을 표한다. 또한 학교운영위원회에 학생들의 참여를 배제하고, 아동이 표현과 결사의 자유를 실천해 볼 수 있는 도시 및 농촌 지역에서의 학교 밖 기회가 제한되어 있다는 데에도 우려를 표한다.

41. 위원회는 이전의 권고를 반복하며, 협약의 12-17조의 견지에서, 학교 안팎 모두에서 의사결정과정과 정치적 활동에서의 아동의 능동적 참여를 촉진하고, (i) 학교 환경을 포함하여 정치활동에 참여하거나 주도하고, (ii) 학교 위원회의 운영에 의미있는 참여를 학생들에게 허용하는 것을 포함하여, 결사와 표현의 자유에 대한 권리를 모든 아동이 완전히 향유할 수 있게끔 보장하도록 법률과 교육부의 지침과 학교 교칙을 수정할 것을 당사국에 촉구한다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

청소년에게 가해지는 이러한 정치적 표현의 자유 억압을 크게 학교, 사회 두 가지로 나누어서 평가해 보려고 한다. 이 두 분류는 억압이 나타나는 형태가 다르다. 학교에서는 정치적 행위를 제한하고 있지는 않으나, 정치적 행위 이후 '징벌'을 가하는 형태를 취하고 있다. 반대로 사회는 정치적 행위 자체를 제도적으로 제한함으로써, 접근 자체를 원천적으로 제한하는 형태를 취하고 있다.

## 1. 학교

대한민국 대다수 청소년이 다니는 학교는 교칙을 통해 제도적으로 학교 외부와 내부, 2가지의 형태로 청소년의 정치적 표현의 자유를 억압하고 있다.<sup>9</sup>

### 가. 학교 외부

학교 교칙은 학교 외부에서의 청소년 정치 참여를 제한하고 있다. 대표적인 교칙으로 대부분 학교가 비판 없이 채택하고 있는 것이 '불법 집회에 참석하거나 불량, 불법단체에 가입한 학생에 대한 처벌' 등의 징계기준이다. 여기에서 불법은 그 범위가 명확하지 않아, 학교 현장에서는 사실상 '집회에 참석하거나 단체에 가입한 학생'으로 해석되고 있다. 실제로 2008년 촛불집회에 참가한 학생들을 징계한 근거가 바로 이 항목이었다.

서울 A고등학교 학생이 촛불집회에 참여한 후 이 사실이 학교 측에 알려지자, 학교에서는 '집회에 참석할 시 학교장의 허가를 받아야만 한다'는 명목으로 징계하려고 하였다.

또 대부분 교칙에는 위의 내용과 거의 흡사하게 '허가 없이 단체나 동아리를 조직하거나 가입하여 교칙을 문란하게 한 학생'을 처벌하는 항목을 두고 있다.

실제로 이 항목에서의 처벌 수위는 불법 집회 참석이나 불법단체 가입의 경우보다 처벌 수위가 비교적 낮다. 그러다 보니 학교 현장에서는 이 조항이 내부에서의 정치적 활동을 징계하는 '내부용 징계 항목'으로 사용되지만, 불법집회 등 처벌 조항과 내용상의 큰 차이가 없기 때문에 단순히 처벌 수위 협상을 위한 조항이 되거나, 교사 혹은 학교의 판단에 따라 징계수위를 조절할 수 있는 수단으로 이용되는 경우가 다반사다.

그 외에도 학생들의 정치적 행동을 제재하는 근거가 될 수 있는 여러 교칙이 존재한다. 그 중 하나로 '경찰서나 사법기관의 지도를 받다가 훈방된 학생'을 징계하는 항목이 있다. 2008년 촛불집회 때 경찰이 촛불집회에 참가했거나 관련된 학생들을 찾아가는 일이 잦았던 것을 생각해 보면, 그러한 사례도 처벌의 근거로 해석될 여지가 충분하다. '학교의 지시사항과 교사의 정당한 지도에 불응한 학생'이라는 징계 항목은 교사들이 학생들의 집회참가를 막는 수단으로 악용될 수 있다.

<sup>9</sup> 교칙의 정치적 표현의 자유를 억누르는 항목들은 대부분 외부와 내부를 불문하고 동일항목들로 적용된다. 위 구분은 실제 사례들을 기준으로 외부와 내부로 나눈 것으로 교칙의 동일조항이 상황에 따라 어떤 식으로 해석되고 근거가 되는지 설명하는 방식을 취했다.

실제로 촛불집회 당시 교과부와 교육청이 학교들에 집회참가를 막으라는 내용의 공문을 발송하여, 이를 근거로 교사들이 학생들의 집회 참가를 막기도 했다. 또한 '학교의 명예를 실추시킬 경우'라는 교칙은 사학비리 등을 언론에 고발한 학생의 처벌 근거로 사용되기도 한다.<sup>10</sup>

학생의 학교 외부 정치적 활동에 대해서 위의 교칙 항목들로 처벌된 사례는 아직 보고되지 않았다. 대부분, 구두 협박의 근거가 되거나 처벌 직전에 여론과 언론의 못매로 철회된 경우가 대부분이라, 학생들이 직접적인 처벌이나 불이익을 받지 않은 것으로 나타났다.

그러나 이런 항목들의 존재는 학교에 다니는 청소년들이 학교 외부 정치활동을 못 하도록 협박, 회유할 수 있는 여지를 열어놓고 있으며, 실제로 그렇게 쓰인다는 점에서 청소년의 정치적 활동을 제도적으로 위축시키고 있는 것이다.

한편, 행정적으로 집회참가 등 사회활동을 한 학생을 학생회 선거에 출마할 수 없도록 제한하는 등의 불이익을 준 사례가 있다. 대표적으로 위 A고등학교의 학생회 선거 입후보자로 출마하려는 학생에게 부장교사가 후보 결격사유로 촛불시위 등 사회활동 및 집회참가 전력을 들어 후보자 자격을 박탈한 사례가 있다.<sup>11</sup>

### 나. 학교 내부

학교 내부에서의 정치적 활동의 제한은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 하나는 학내행동의 제한이고 또 하나는 학생회 및 동아리 자율성의 제한이다.

집단행동의 제한에 대한 근거로는 위에서 이야기된 두 가지 대표적인 징계기준이 뒤섞여 사용되는 경우가 종종 있다. 하지만 다수 학교에서 집회를 제외한 대부분의 학내행동을 처벌하는데 근거가 되는 기준은 '허가 없이 단체나 동아리를 조직하거나 가입하여 교칙을 문란하게 한 학생에 대한 처벌'을 가할 수 있다는 항목이다.

징계기준에서 집회란 '학교의 질서를 문란하게 하는 행위'이며, 이를 주도한 자는 이 행위를 '선동'했다는 이유로 더 가중된 징계에 직면하게 된다. 실제로, 위 A고등학교에서는 선거 과정에서 벌어진 학

<sup>10</sup> "‘괘씸죄’ 적용한 학생 보복징계", 오마이뉴스, 2003.2.11, [http://www.ohmynews.com/nws\\_web/view/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0000106722](http://www.ohmynews.com/nws_web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0000106722).

<sup>11</sup> "‘촛불 괘씸죄?’ 학생회장 후보 ‘안될 말’", 한겨레, 2009.7.1, [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/363298.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/363298.html); "선생님, 촛불 학생회장은 왜 안 됩니까?", 오마이뉴스, 2009.7.6, [http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/view/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0001171742](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001171742).

교의 부당한 행보에 문제 제기를 할 목적으로 학생들이 시위를 벌였으나, 돌아오는 것은 채증과 교칙을 근거로 한 학교 측의 협박이었다.

또한, 게시물 부착 등도 학내행동의 하나로 볼 수 있는데, 이 역시 학생회나 학교의 허가를 받지 않으면 교칙에 의해 처벌을 받는다. 학교장의 허가 없이 게시물을 부착할 경우 징계의 대상이 될 수 있다는 항목이 있거나 직접 드러내지는 않아도 이와 동일한 방식으로 해석할 수 있는 항목을 두고 있는 학교가 많다.

또 일부 학교에서 이러한 기준이 없어도 여러 가지 행정 절차를 내세우며 교칙에 위배된다고 주장하기도 한다. 전단 배포를 한 학생에 대해 징계를 하려 한 안양 평촌고 사례가 그 대표적인 예이다.<sup>12</sup> 이 때문에 징계가 처리되는 경우는 매우 드물지만, 이를 앞세워 부착물을 떼거나 전단 등을 수거, 압수하여 폐기하는 행위 등 표현의 통제에 대한 정당성을 주장하기도 한다.

학생회 및 동아리 자율성의 제한은 주로 제도적 장치를 통해 이루어진다. 학생회는 별도로 구성된 교칙에 따라 운영되는데, 여기에는 학생회 구성원의 정당 및 사회단체 가입을 제한하는 조항, 학생회의 역할을 학칙과 기타 문화 활동에 국한하는 조항, '학생의 본분에 맞는 활동'만을 하도록 함으로써 학교 측의 주관적 해석에 의해 다양한 학생활동을 사실상 제약하는 조항, 모든 학생회 활동을 학생지도위원회의 지도 아래 행해야 한다는 조항, 학생회 의결 사항은 학교장의 승인이 있어야 비로소 효력이 생긴다는 조항 등 학생회의 활동 범위에 제약을 두고 역할을 제한하는 내용이 곳곳에 들어가 있다.

특히 '학생지도위원회'라는 기구는 학생회 산하 조직으로 명시되어 있음에도, 그 구성단위가 학교장을 중심으로 교사와 학부모들로 구성되어 있는가 하면, 산하기구임에도 불구하고 학생회 활동 전반을 검열할 수 있는 절대 권력을 가진다.

이 같은 점을 보았을 때 학생회의 활동을 보장하고 보호할 근거가 되어야 하는 학생회 규칙이 학생회의 독립적인 권한을 제한하고 침해한다고 해도 과언이 아니다. 또한, 학생회 규칙에는 임원 선출 자격을 '품행이 단정하고 타의 모범이 되는 사람'으로 정해 놓거나 '징계사실이 없는 자'로 한정 짓고 있다. 심지어 몇몇 학교들에서는 '성적이 학급 석차 10등 안에 들어야만 한다'는 조항까지 두고 있다.

또 학생회 각 부서 간부들의 임명 과정에서도 '담임교사의 승인이 필요하다'는 규정을 두어 사실상 교사와 학교가 학생회 구성단위에 손을 댈 수 있게 되어 있다.

요컨대, 학생회의 구성부터 해산까지의 과정을 학교 행정부서와 교사의 통제 하에 두고 있는 것이 현재의 구조이다.

안건과 회기 승인 역시 학생회장 혹은 학생회 구성원의 재량이 아니라 학교장의 승인을 받아야만 한다. 또 부결된 안건을 다시 재상정하는 것 역시 학교장의 승인이 없이는 불가능하다.

또한, 안건을 학생지도위원회에 제출해야 한다는 조항이 있는 학교도 있는데, 이는 학생회의 자율성에 큰 위축을 가져올 수 있다. 학생회의 역할을 가장 크게 제한하는 조항은 바로 '학교장의 행정에 관여할 수 없다'는 내용의 조항인데, 대부분의 학교가 이러한 내용의 조항을 담고 있으며 강조하고 있다. 실제로 사학비리, 행정절차 문제 제기에 학생회가 적극적으로 나서지 못하게 하는 걸림돌이 되는 것이 바로 이 조항이다.

학생회는 학생들의 의견을 대변하고 학교 운영과정이 민주적으로 이루어질 수 있도록 존재하는 자율적이고 독립적인 기구임에도 불구하고 학교들은 교칙의 내용에 근본적으로 학교에 '쓴소리'를 할 수 없도록 막아두고 있는 것이다. 상황이 이렇다 보니 학교 현장에서 학생회는 '학교의 시녀'의 역할로 전락해 버리고 말았다. 최근 경기도 학생인권조례 선포 이후 경기도 학교들의 학칙개정 과정 중의 문제들도 이렇게 유명무실해져 버린 학생회 때문인 경우가 많았다.

동아리 같은 경우도 크게 다르지 않다. 동아리는 원칙적으로 부장교사의 승인을 받아야만 개설할 수 있는데, 이 때문에 자유로운 동아리 개설이 원천적으로 불가능하며, 반드시 지도교사를 두어야만 하기 때문에 개설하더라도 자유로운 활동이 불가능한 것이 현실이다. 또 방송부, 신문부 등 학내 매체를 담당하는 동아리 역시 동아리 안에서 그 내용을 모두 지도교사의 검열과 승인 아래 운영된다는 점에서 정치적 권리 보장의 침해뿐만 아니라 언론의 자유를 침해할 여지가 크다.

## 2. 사회

사회에서의 정치적 표현의 자유 억압은 학교에 비해 조금 더 범위가 넓다. 주로 법률이 청소년의 정치 참여 자체를 제한하고 있는데, 여기서는 대표적으로 선거 및 피선거권의 제한, 지방자치의 접근 제한, 집회 신고 과정의 제한을 꼽으려고 한다.

12 "안양 평촌고 인권침해 논란...인권위 진정", 오마이뉴스, 2007.4.11, [http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/View/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0000403482](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0000403482).

## 가. 선거 및 피선거권의 제한

우리나라에서 선거권이 부여되는 나이는 만 19세 이상으로 법률이 정하고 있다.<sup>13</sup> 또 선거권을 가진 자는 대통령, 국회의원, 지방자치단체의 장과 국회의원의 선거권을 가진다.<sup>14</sup> 선거할 수 있는 주체는 만 19세 이상이어야만 하며, 만 19세 미만은 사실상 선거 참여가 불가능하다. 피선거권은 조금 더 복잡하는데, 국내에 5년 이상 거주한 40세 이상의 국민은 대통령 피선거권을 가지고 이외의 지방자치단체장, 국회의원 그리고 국회의원은 25세 이상의 국민이 피선거권을 가진다.<sup>15</sup> 결국, 만 19세 미만에 해당하는 청소년은 선거 참여가 불가능한 것이다.

이러한 선거 및 피선거권 제한은 선거운동 참여에 대한 제한으로 이어진다. 실제로 법률이 정하는 바를 따르면 미성년자, 즉 19세 미만의 자는 '선거운동을 할 수 없는 자'로 분류된다.<sup>16</sup> 또 투표참관에 대한 법률의 정의에도 미성년자는 투표참관인이 될 수 없다고 명시되어 있다.<sup>17</sup> 결국, 청소년은 선거권을 가지지 못할 뿐만 아니라 선거운동과 선거 과정에 역시 참여할 수 없게 되어 있다.

민주주의 사회에서 선거란 정치에 의견을 제시할 수 있는 하나의 수단이라는 점을 생각할 때, 선거에서 청소년을 배제하는 것은 정치적 표현의 자유를 침해하는 행위이다. 실제로 이러한 선거권 제한 때문에 청소년들의 의견이 묵살되거나 청소년의 의견 수렴 과정이 생략되는, 또는 민원, 상담 등의 과정에서 행정적으로 차별, 불이익을 받는 일이 만연해 있다.

이미 청소년을 선거로부터 배제하고 있는 공직선거법에 대하여 여러 차례 헌법소원이 제기되었으나, 헌법재판소는 청소년의 정치 참여에 대하여 소극적인 태도를 보이며 20세 미만 청소년<sup>18</sup>을 선거로부터 배제시키고 있는 구 공직선거법 제15조 제2항을 합헌으로 판단했다.<sup>19</sup>

하지만 김문희, 황도현, 이재화, 조승형 재판관은 “국민이 독자적으로 선거권을 행사할 만한 정신적 수준에 도달했다면 입법자는 선거권을 부여해야 한다”며 “이미 18~19세 연령층의 국민은 스스로 정치적 판단을 할 최소한의 능력이 있다”고 판단하고, “오늘날의 변화한 현실과 세계 각국의 추세에 비

13 공직선거법 제15조 제1항에서 '19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.'라고 규정하고 있다.

14 공직선거법 제15조 제2항.

15 공직선거법 제16조.

16 공직선거법 제60조 제1항 제2호.

17 공직선거법 제161조 제7항.

18 당시 공직선거법의 선거권자의 나이는 만 20세 이상이었다.

19 헌법재판소 1997.06.26 선고, 96헌마89 결정; 헌법재판소 2001.06.28 선고, 2000헌마111 결정; 헌법재판소 2002.04.25 선고, 2001헌마851·2002헌마102 결정; 헌법재판소 2003.11.27 선고, 2002헌마787 결정.

추어 우리도 선거연령을 현재의 20세에서보다 하향 조정하는 것이 바람직하다”고 판시하였다. 다만 이들은 위헌 여부에 대해서는 “입법자가 정치의 민주화가 본격적으로 시작된 90년대에 들어서야 비로소 선거연령에 대해 인식할 수 있었고 이에 관한 충분한 경험과 인식을 축적하지 못한 처지에서 현실에 적응할 충분한 시간적 여유도 갖지 못하였으므로 본 법률조항이 헌법에 위반되는 것은 아니”라고 판단하였다.<sup>20</sup> 1997년도 당시 판결문의 이 의견에서도 선거권 획득 연령을 하향 조정하는 것이 필요하다고 강조했고, 사회 발전도와 국제적 추세에 비추어 보았을 때에도 지금의 선거권 획득 연령은 지나치게 높다. 이미 스페인, 독일, 캐나다, 스웨덴, 노르웨이 등의 소위 정치 선진국 중 다수가 한국보다 선거권 획득 연령이 낮으며, 선거권과 피선거권의 연령이 일치한다.<sup>21</sup>

대의민주주의 사회인 대한민국에서 어쩌면 선거권은 정치 참여의 시작이자 기초적인 권리이다. 그렇기에 사회의 구성원인 청소년들의 정치적 참여를 보장하기 위해서 선거권 및 피선거권 보장은 매우 중요하다.

## 나. 지방 자치의 참여 제한

선거권 및 피선거권의 제한은 지방자치의 참여 제한으로 이어진다. 조례 제정과 개폐 청구를 할 수 있는 나이를 19세 이상의 주민으로 제한하고 있고,<sup>22</sup> 이 때문에 각종 지방의회에서 내놓고 있는 조례 중 주민 참여에 관한 조례들 역시 그 발의자를 만 19세 이상의 주민으로 제한하고 있다. 예컨대, 서울 관악구 의회에서는 '주민자치 기본조례'를 통해 관악구민들이 행정에 참여할 수 있는 가이드라인을 만들었는데, 이 과정의 참여 단위와 정책설명회/공청회 대상을 만 19세 이상의 주민으로 제한하는 안이 통과되었다. 관련 상임위에서 이 안을 채택한 근거는 '상위법과 상충한다는 것'과 '만 19세라는 나이가 올바른 판단을 할 수 있는 나이'라는 것이었다.

또 지역 조례에 대한 의견을 표출할 수 있는 수단인 주민발의, 주민투표 등에서도 청소년은 배제된다. 최근 곳곳에서 학생인권조례 주민발의가 추진되고 있지만, 정작 조례의 대상인 청소년은 자신들의 의견을 주민발의를 통해 개진할 수 없었다. 이외에도 대부분 지방자치단체의 조례들에서 의견 개진의 창구를 열어놓는 대상이 만 19세 이상의 주민이다. 또한 대부분 정책 공고의 대상 역시, 만 19세

20 헌법재판소 1997.06.26. 선고 96헌마89 결정.

21 임형찬, “젊은이의 정치 참여 그리고 모순된 피선거권”, 2011.11.29, <http://hook.hani.co.kr/archives/36181>.

22 지방자치법 제15조 제1항.

이상의 주민으로 한정되어 있다. 이는 지역 구성원이고 국가의 구성원이고 사회의 구성원인 청소년의 알 권리와 표현할 권리를 정면으로 침해하고 있는 것이다.

### 다. 집회 신고 과정의 제한

「집회 및 시위에 관한 법률」에는 집회신고를 청소년이 할 수 없도록 직접적인 제한을 두고 있지 않다. 시행령, 시행규칙에도 마찬가지이다. 그러나 집회의 법적 권한을 가지고 집회를 보호할 수 있는 질서유지인의 연령 제한은 18세로 되어 있다(제16조 제2항). 법률상으로는 “주최자는 질서유지인을 둘 수 있다”며 주최자의 선택사항으로 남겨 두었지만(제16조 제1항), 실제로 집회신고 과정에선 질서유지인을 일정 숫자 이상 두어야만 신고를 받아 주고 있다. 이 때문에 청소년이 집회신고를 사실상 할 수 없는 상황이 전개될 수 있다. 18세의 기준의 의미도 모호하다. 법, 시행령, 시행규칙을 봐도 18세라는 연령 제한의 기준이 어떤 이유와 근거에서 정해진 것인지 알 수 없다. 주최자와 질서유지인의 권한이 동등함에도 불구하고, 유독 질서유지인만 18세라는 연령 제한이 있는 것(제3조 제2항, 제4조)도 이해하기 어렵다.

법률 이외의 행정상 문제점도 존재한다. 경찰이 집회신고를 하기 위한 과정 중에 획득한 정보를 통하여 사생활 침해 등 여러 가지 인권 침해를 하는 행위가 발생 하는데, 특히 청소년이 집회신고를 할 때 더욱 빈번하게 발생한다. 실제 사례로 전북의 한 학교 학생이 미국산 쇠고기 수입 반대 집회신고를 했다는 이유로 수업 중에 학교로 난입해 학생을 조사한 사건이 벌어졌었다. 경찰은 집회신고 과정에서 학생의 개인정보를 획득한 후 이를 이용해 학생이 다니는 학교로 찾아가 조사하였고, 이것이 언론의 조명을 받자 학생에게서 수집한 개인정보를 언론에 공개하는 등의 몰상식한 행위를 저지르기도 했다. 이에 대해 지역시민단체들은 국가인권위원회에 진정을 제기했고, 국가인권위원회는 해당 경찰 서장에 대해 서면 경고할 것을 경찰청장에게 권고한 사례가 있다.<sup>23</sup>

23 국가인권위원회, “집회신고 학생 수업 중 경찰 조사는 집회의 자유, 사생활의 비밀의 자유 침해” 보도자료, 2008.7.4.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 학생인권법 제정

학생인권이 보장될 수 있도록 학생인권법을 제정한다. 이 법 내용 중 청소년 표현의 자유 부분으로는 학생들이 학교 안에서 학교운영에 참여할 수 있도록 보장하는 것, 학생자치와 관련된 내용 등이 포함되어야 한다. 또한 ‘학생은 헌법에 명시된 집회 및 결사의 자유를 보장받아야 한다’는 내용을 명시하여, 학교 내외에서 학생들의 집회 및 결사의 자유가 보장될 수 있어야 한다.

“학교 안팎 모두에서 의사결정과정과 정치적 활동에서의 아동의 능동적 참여를 촉진”하고, “결사와 표현의 자유에 대한 권리를 모든 아동이 완전히 향유할 수 있게끔 보장”이라는 아동권리위원회의 권고가 학생인권법의 내용에 오롯이 반영되어야 할 것이다<sup>24</sup>

### 2. 초·중등교육법과 그 시행령의 개정

초·중등교육법 시행령의 제58조(국·공립 학교운영위원회의 구성) 제2항 및 제3항에 학생 구성비율을 명시하여 전체 학생 중 20~30%가 학교운영위원회에 위원으로 참여할 수 있도록 개정해야 한다. 또한, 현재 학교운영위원회의 회의록이 제대로 공개되지 않음으로 인해 참여의 문턱을 높이고 있다. 학교운영위원회의 모든 회의록을 공개하고 누구나 열람할 수 있게 비치한다는 내용을 초·중등교육법에 추가하고, 비치의 방식, 비치 장소와 같은 세부 사항을 시행령에 포함시킨다. 그리고 위에서 언급한 학생인권법은 초·중등교육법 제17조, 같은 법 제18조의4를 보다 구체화하는 내용으로, 같은 법 제17조와 제18조의4는 이 학생인권법에 기반을 두도록 초·중등교육법을 개정해야 한다.

정치와 인권을 교육받을 수 있는 ‘시민 교육’ 역시 수업시수 내에서 의무적으로 일정 시수 이상 시행하도록 초·중등교육법에 그 내용을 포함해야 한다. 시민교육의 과정에서 청소년들이 정치에 대한 교육을 받을 수 있도록 해야만 할 것이다. 정치에 대한 정보 제공과 교육은 청소년들이 민주적인 의사

24 대한민국 2차 정부보고서에 대한 아동권리위원회의 최종견해, 37문단 및 대한민국 3,4차 정부보고서에 대한 아동권리위원회의 최종견해, 41문단.

결정과 정치 참여의 중요성을 알 권리를 보장하는 것과도 같다. 실제로 독일은 시민 교육이라는 말 대신 '정치 교육'(Politische Bildung)이라는 명칭을 사용하고 있으며 명칭에서부터 알 수 있다시피, 이 과정의 초점은 정치에 맞추어져 있다. 프랑스의 시민교육 역시, 민주시민의 양성과 구체제로의 회귀 방지를 목표로 두고 정치 교육에 초점을 두고 있다.<sup>25</sup> 교육을 통해 정치의 중요성과 필요성을 알리고 그 참여 과정을 공개하는 것은 청소년의 정치적 표현의 자유를 보장하는 것만큼이나 중요하다. 민주시민은 태어나는 것이 아니라 만들어지는 것인 만큼 이는 매우 중요한 내용이다.

### 3. 공직선거법 개정

현재 19세 이상의 국민에게 선거권을 한정하고 있는 공직선거법 제15조 제1, 2항을 16세 이상의 국민,<sup>26</sup> 혹은 요건을 갖춘 사람이면 대통령, 국회의원, 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권을 가질 수 있도록 개정한다.

또한, 선거권을 가지지 못한 범위의 청소년들 역시, 정치참여를 보장하고 정치에 자신의 의견을 개진할 수 있도록 보장해야 한다. 별도의 의회를 구성하거나, 별도의 위원회를 구성하는 등의 방식이 그 구체적인 방법이 될 수 있을 것이다. 실제로 프랑스, 독일 등의 외국에서는 선거권과 피선거권을 가지지 못한 청소년<sup>27</sup>들의 정치참여를 보장하기 위하여 별도의 청소년 의회를 두고 이에 대한 법적 근거 역시 두고 있다. 그렇기에 공직선거법에 '청소년의회' 혹은 '어린이의회'라는 기구의 법적 근거가 되는 조항들을 마련해 두어 선거권을 가지지 못한 청소년들도 정치에 참여할 수 있도록 보장해야 한다. 또한, 같은 법 제16조 제3항에서 기초자치단체 및 광역자치단체 피선거권은 16세 이상, 즉 선거권 연령과 일치하도록 개정하고, 같은 법 제16조 제2항에서 국회의원 피선거권은 19세 이상의 국민이면 가질 수 있도록 개정한다.

25 "독일, 프랑스, 한국의 시민교육", 우리교육, 2008. 9월호.

26 고등학교 이상의 연령에 해당하면 선거권을 행사할 정도의 정치적 판단력은 갖추었다고 볼 수 있기 때문이다.

27 두 나라는 피선거권 연령과 선거권 연령이 같으며, 청소년에게도 주어진다.

### 4. 정당법 개정

발기인 및 당원의 자격을 정의한 정당법 제22조 제1항에서 '국회의원 선거권이 있는 자는'이 아닌 대한민국 국민이라면 선거권의 유무와 관계없이 당원이 될 수 있도록 개정한다.

### 5. 지방자치법 개정

현재 지방자치법에는 19세 이상의 선거권을 가진 주민만이 조례 제정 및 개폐 청구권(제15조), 감사 청구권(제16조)을 가진다. 위에서 언급한 공직선거법의 개정과 연계되어 16세 이상의 청소년도 투표권을 가지게 하기 위해 19세라는 나이 제한을 뺀 '선거권을 가진 주민'으로 개정한다.

# 청소년

## 대학생의 표현의 자유

### I. 문제제기

최근 등록금 혹은 대학구조조정을 둘러싸고 학생들이 대학을 상대로 문제를 제기하는 사례가 늘고 있다. 그러나 이 과정에서 대학은 인권 침해적 요소가 많은 학칙을 적용하여 학생들의 발언을 막거나 징계하고 있는 실정이다. 이 학칙들은 대개 1970년대에 제정된 것으로 현실과 부합하지 않는 것들이 많다. 이 때문에 대학의 표현의 자유가 많은 제한을 받고 있으며, 무엇보다 대학 학칙에서 인권 침해적 요소들이 삭제되어야 한다.

### II. 인권상황평가: 실태와 문제점

대부분 대학의 학칙들은 1975년 박정희 군사독재정권 시절 학생들의 유신철폐투쟁을 막기 위한 목적으로 조직된 학도호국단의 학칙으로서 제정되었다. 그 후 80년대 치열한 학생운동을 거치면서 사실상 사문화되었다가 최근 대학교들이 학생들의 자유로운 자치활동과 학교 내에서 표현의 자유를 제

약하는 수단으로 악용하고 있다.

2008년 두산그룹이 중앙대학교를 인수한 후 두산그룹은 중앙대학교에 대해 대대적인 구조조정에 착수한다. 실제로 “대학이 전인의 장, 학문의 전당이라는 헛소리는 이미 옛이야기이다. 이제는 ‘교육소’라는 점을 인정해야 한다”는 박용성 두산중공업 회장의 말에 따라 중앙대학교는 직업교육소로 바뀌고 있었다. 이에 반대하는 학생들은 집회를 열었고, 중앙대학교의 교지인 중앙문화는 비판 기사를 실었다. 그러나 중앙대학교는 사문화되었던 학칙 규정들을 이용하여 집회를 불허하고, 저항하는 학생들에게 중징계를 가하였으며, 인쇄물에 대해서는 사전검열을 하였다. 이런 상황들에 대해 중앙대학교의 학생들은 학칙이 헌법 위에 군림하고 있다고 하소연하였다.<sup>28</sup> 중앙대학교의 사례와 같이 군사독재정권 시절 대학구성원 탄압의 수단으로 악용되었던 학칙의 독소조항이 오늘날 그대로 남아 있어 대학생들의 학내에서의 표현행위를 막는 요소로 작용하고 있는 사례들이 점차 늘어나고 있다.

그 외에도 아세아연합신학대는 학내 분규사태와 관련해 수업거부 중용 등의 이유로 학생 13명을 제정한 사례가 있다. 동덕여대(2006년/10명), 부산장신대(2009년/5명), 한국방송통신대(2008년/4명), 중앙대(2010년/4명) 등의 대학들도 학내사태와 관련한 학생활동때문에 학생들에게 정학이나 제적의 징계를 내렸다. 이는 헌법이 보장하고 있는 정치적 자유, 집회·결사의 자유, 언론출판의 자유에도 전면적으로 위배된다.

〈표 1〉은 1975년 박정희 군사독재정권 시절 학생들의 유신철폐투쟁을 막기 위한 목적으로 조직된 학도호국단의 학칙과 현재 각 대학의 학칙을 비교 분석한 결과로, 많은 대학이 비민주적인 독소조항을 그대로 유지하고 있음을 보여주고 있다.

〈표 1〉 현재 대학 학칙에 남아있는 학도호국단 학칙 독소조항 현황

(단위 : 대학수, %)

유신정권 당시 학도호국단학칙	유사내용	해당대학	비율
(조직승인) 학도호국단에 소속되지 아니한 학생단체를 조직하고자 할 때에는 학도호국단지도위원회의 심의를 거쳐 문교부장관의 승인을 받아야 한다.	학생단체조직 시 사전승인	118	59.6

28 프레시안, “나는 대학에서 쫓겨났다. 아니, ‘두산대’서 해고됐다”, 2010.5.13.

(금지활동) 학생은 학내외를 막론하고 정당 또는 정치적 목적의 사회단체에 가입하거나 또는 기타 정치활동을 할 수 없으며, 집단적 행위·성토·시위·통성·등교거부·마이 크사용 등으로 학업에 지장을 초래하는 여하한 행위도 할 수 없다.	정당, 정치적 목적의 사회 단체가입불가	67	33.8
	집단적 행위·농성 등 정치활동금지	108	54.5
	(추가)학교운영 관여 불가	22	11.1
(지도) ①학생은 지도교수의 지도를 받아야 한다. ②학(원)장의 명을 받아 학생을 지도하되 특히 학칙 위반자에 대하여 특별지도를 해야 하며, 개별 상담에 응하고 그 문제 해결을 위하여 부단히 노력해야 한다. 학도호국단의 운영에 관한 중요한 사항을 심의하게 하기 위하여 지도위원회를 둔다.	학생지도를 목적으로 설치하는 위원회	143	72.2
(사전승인) 학생단체 또는 학생이 다음에 열거한 행위를 하고자 할 때에는 총장 또는 학(원)장의 승인을 받아야 하며, '가항의 집회에 있어서는 목적, 개최일시, 장소 및 참가 예정인원 등에 대하여 승인을 받아야 한다. 가. 교내외 10명 이상의 집회 나. 교내외 광고, 인쇄물의 첨부 또는 배부 다. 각 기관 또는 개인에 대한 학생활동후원 요청 또는 시상의뢰 라. 외부인사의 학내초청	집회 사전 승인	162	81.8
	게시물, 광고 등 사전 승인	159	80.3
	기관 또는 개인에 대한 학생활동 후원요청 또는 시상의뢰 사전승인	102	51.5
	외부인 사학내 초청 시 사전승인	110	55.6
(간행물) ①학생단체가 정기·부정기의 간행물을 발간하고자 할 때 또는 인쇄된 간행물을 배포하고자 할 때에는 지도교수(지도위원)의 동의와 소속대학(원)장의 추천으로 총장의 승인을 받아야 한다. ②간행물의 발간 및 편집에 관하여는 총장 또는 학(원)장이 위촉한 지도교수의 지도를 받아야 한다.	간행물 간행시 지도교수 지도, 배포 전 사전 학장 승인	183	92.4
(징계) 조직승인, 금지활동, 간행물 규정을 위반하여 징계 제명된 자(타교에서 제명된 자를 포함한다)는 재입학 또는 편입학할 수 없다.	징계 제적된 자는 재·편입학(타학교 징계자 포함) 불가	118	59.6

〈표 1〉에 따르면 '학생단체의 간행물에 대한 사전승인' 조항이 있는 대학은 92.4%(183교), '집회사전승인' 조항이 있는 대학은 81.8%(162교), '게시물·광고 등의 사전승인' 조항이 있는 대학은 80.3%(159교)로 거의 모든 대학이 학생회 활동 대부분을 사전승인제로 규정하고 있는 것으로 드러났다. 이외에 '학생단체조직 시 사전승인' 조항이 있는 대학, '학생지도를 목적으로 설치하는 위원회'가 있는 대학도

각각 59.6%(118교), 72.2%(143교)에 달해 학생회 설치와 운영을 전반적으로 통제하는 대학도 상당수에 이르는 것으로 보인다. 이외에도 '학교운영 관여불가' 조항이 있는 대학도 11.1%(22교)에 이르고 있다. 이는 고등교육법과 사립학교법에서 등록금심의위원회와 대학평의원회 등 학생의 학교운영 참여를 보장하고 있음에도 불구하고 하위규정인 학칙이 이를 제한하는 것으로 시급히 개정되어야 할 부분이다. '징계 제적된 학생 재·편입학 불가' 조항(59.6%, 118교) 또한 학생의 학습권을 영원히 박탈하는 것으로 개정이 필요한 조항이다.

〈표 2〉는 〈표 1〉에서 나타난 학도호국단 학칙과 유사한 11개 독소조항의 유무를 대학별로 분석한 표인데, 전체 대학의 78.3%(155교)가 11개 중 5개 이상의 독소조항을 학칙에 명시하고 있는 것으로 나타난다. 이 가운데에는 11개 독소조항을 모두 학칙에 담고 있는 대학 5교(2.5%)도 포함되어 있다. 특히, 덕성여대(10개), 동덕여대·상명대(9개), 단국대·건국대(8개), 고려대·중앙대·포항공대·이화여대(7개) 등 수도권 주요 사립대가 구시대적 독소조항을 학칙에 상당수 포함하고 있는 것으로 나타나 이들 대학의 비민주적 대학운영이 크게 우려된다. 국립대에서는 한국체대가 10개 조항, 서울과학기술대가 9개 조항, 목포해양대가 8개 조항을 포함하고 있는 것으로 나타난다.

〈표 2〉 〈표 1〉의 학도호국단 학칙과 유사한 11개 독소조항 포함개수별 대학분포

(단위 : 대학수, %)

조항수	11	10	9	8	7	6	5	4	3	2	1	0	합계
대학수	5	15	20	33	36	21	25	18	5	12	4	4	198
비율	2.5	7.6	10.1	16.7	18.2	10.6	12.6	9.1	2.5	6.1	2.0	2.0	100

과거 학도호국단 학칙과 유사한 조항 이외에도 학생활동을 규제하는 조항이나 납득하기 어려운 금지 조항들도 있다. 복장이 단정하지 않고 화장이 진하다는 이유로 징계하는 조항뿐 아니라 재학생 간의 결혼을 금지하는 대학도 있다. 이러한 조항은 지나치게 학생들의 사생활을 침해하는 구시대적 조항이라 할 수 있다. 총학생회 임원자격을 학점으로 제한하는 대학도 38교에 달하고 있다(〈표 3〉 참조).



〈표3〉 학생징계 및 학생활동제한 특이사례(2010)

징계 조항 및 학생활동제한 조항	해당대학
복장이 단정하지 못하거나 과도한 화장 징계 (경고, 근신)	광주여대
복장, 용모가 건전한 사회상규에 심히 위배되는 자 징계 (근신)	탐라대
복장이 불결하여 타인에게 혐오감을 주는 행위 징계	한국기술교대
과도한 노출을 한 학생 징계	한국성서대
재학생 간의 결혼금지	성결대
재학생간 결혼은 당사자 모두 4학년 1학기부터 허용, 1~3학년은 남 25세, 여 22세 이상 허용	침례신학대
체육특기자로서 재학 중 결혼하거나 군입대한 자 징계 (제적)	한국체대
허가없이 방송에 출연한 자 징계 (근신)	한려대
학생 소요를 위해 학생들을 선동하는 자는 현장에서 총장이 바로 징계할 수 있음	영산대
서명운동 및 실태조사 사전 승인	순천향대, 차의과학대
불미한 이성관계를 가진 자 징계	영산대, 침례신학대, 한국성서대, 광신대, 관동대, 부산교대
허가받지 않은 영상물 소지 및 상영 징계	부산가톨릭대, 건양대
총장명령, 학교의 지시 불이행 징계	가야대, 배재대, 영산대, 청운대, 한려대, 협성대, 경동대
총학생회선거 후보자 학점제한 <sup>29</sup>	38개 대학

### III. 개선방향: 정책과제

#### 1. 표현의 자유를 지나치게 침해하는 대학학칙의 전면 개정

구시대적 규정으로 대학생들의 표현의 자유를 침해하는 학칙 조항 중 ‘학생단체의 간행물에 대한 사전승인’ 조항(해당 학교 183교), ‘집회사전승인’ 조항(해당 학교 162교), ‘게시물·광고 등의 사전승인’

<sup>29</sup> 총학생회 선거에서 입후보자 학점을 제한하고 있는 38개 대학의 평균 제한 학점은 2.57점(4.5만점 기준)으로 나타남.

조항(해당 학교 159교) 등 대학생들의 표현행위에 대한 사전승인제와 관련된 규정들은 헌법 제21조에 위배되는 것으로 전부 폐지되어야 할 것이다.

#### 2. 대학생인권법 혹은 대학인권법의 제정

대학생의 인권이 실질적으로 보장될 수 있도록 대학생인권법 혹은 대학인권법이 제정되어야 한다. 이 법에서 정할 내용 중 대학생의 표현의 자유 부분으로는 대학생들이 학칙의 제정 등 대학의 운영에 참여할 수 있도록 보장하는 것, 학생자치 관련된 내용 등이 포함되어야 한다. 또한 ‘대학생은 헌법에 명시된 집회 및 결사의 자유 등 표현의 자유를 보장받아야 한다’는 내용을 명시하여, 대학 내외에서 집회 및 결사의 자유 등 표현의 자유가 보장될 수 있어야 한다.

#### 3. 고등교육법 및 사립학교법의 개정을 통해 인권 침해적 학칙의 통제수단 도입

그동안 대학을 규율해 온 고등교육법과 사립학교법은 대학생인권법 혹은 대학인권법이 제정되면 그에 따라 개정되어야 할 것이다. 만일 대학생인권법 혹은 대학인권법이 제정되지 않는다고 하더라도 비인권적 학칙을 폐지하기 위해서는 고등교육법 및 사립학교법은 아래와 같이 개정되어야 할 것이다.

현행 고등교육법은 학생자치에 대하여 기본적인 사항은 학칙으로 정하도록 하고 있으나(제12조), 정작 학칙은 학교의 장이 정하도록만 하고 있어 대학의 구성원 특히 대학생이 학칙의 제정이나 개정에 참여할 수 없도록 하고 있다(제6조). 사립학교법은 대학평의원회가 학칙의 제정 혹은 개정에 대해 심의만 하는 것으로 규정하고 있는바(제26조의2), 이를 개정하여 학칙의 제정 혹은 개정에 대해 의결할 수 있도록 하고, 대학평의원회의 구성에 관한 사립학교법시행령을 개정하여 대학생이 유의미한 숫자 이상으로 평의원회에 참가할 수 있도록 할 필요가 있다(시행령 제10조의6).

또한, 고등교육법 시행령에는 ‘교육과학기술부(이하 ‘교과부’) 장관은 학칙 중 법령에 위반되는 사항이 있다고 인정되는 때에 그 시정을 요구할 수 있다’고 명시하고 있다. 이에 따르면 교육과학기술부 장

관은 학칙 개정을 명할 수는 있으나 그것은 교육과학기술부 장관의 재량에 달린 것이다. 따라서 이를 의무사항으로 변경하는 것이 필요하다. 그렇게 되면 교육과학기술부 차원에서의 대학학칙에 대한 심사 점검이 있을 것이고, 설사 교육과학기술부 장관이 하지 않는다고 한다면 학칙의 적용을 받는 학생들이 교과부 장관에게 학칙 개정을 신청하고, 이를 거부하는 것에 대해 거부처분을 취소하여 달라는 소송을 제기할 수 있게 됨에 따라 학칙 개정을 더욱 쉽게 이루어 낼 수 있을 것이기 때문이다.

# 군인

## 1. 문제제기

군인과 국가의 관계에 대한 전통적 이론은 소위 '특별권력관계이론'이다. 특별권력관계이론은 19세기 독일의 외견적 입헌군주제하에서 성립된 것으로, 특별권력관계하에서는 기본권이나 법률유보가 적용되지 않고, 직무명령이 적용되므로 행정기관과 그에 소속한 자 사이에 포괄적인 지배관계가 성립된다는 것이었다.<sup>30</sup> 하지만 특별권력관계이론에 따라, 국가의 행정영역에서의 포괄적 지배를 인정함으로써 입법이나 사법의 통제를 배제하려는 시도는 현대 민주주의 사회에서 더는 인정되기 어렵다.

공무원의 표현의 자유 금지와 마찬가지로 한국사회에서는 국토방위종사자인 군대의 피고용인들 혹은 의무복무자들의 기본권 보호는 극히 열악한 것이 사실이다. 사회의 다른 영역에서 이루어지는 기본권에 대한 논의 수준에 비하여 그에 대한 인식수준이 상대적으로 낮고, 일반인들의 관심사로부터

30 이러한 이론적 시도는 독일 프로이센 전통 하에서 군주의 권력에 대한 의회와 법원의 통제를 배제하려는 시도에서 비롯한 것이다. 이러한 특별권력관계의 지속 여부에 대하여 독일연방헌법재판소가 수형자 판결로 정리하였다. BVerfGE 33, 1-18(1972). 독일의 경우, 기본권이 입법권, 행정권, 사법권을 구속하며(독일 기본법 제1조 제3항), 수형자의 기본권조차 '오로지 법률을 통해서 또는 법률에 근거해서 제한될 뿐'이라고 선언하였다. 또한, 학생들의 학교의 재학관계에 대해서도 교육당국이 교육제도를 법률적으로 근거 없이 결정할 수는 없다고 선언함으로써, 특별권력관계라는 용어를 사용하지 않고, 특수행정법관계로 고쳐 불리게 되면서 의회와 법원의 통제를 받게 되었다고 한다. 이재승, "불온서적 지정의 위헌성", 『민주법학』, 제40호, 2009, 49쪽.

도 멀어져 있었다. 군인의 표현의 자유 문제도 그 연장선에 있다. 그 이유는 1) 일반인들의 군 문제에 대한 무관심이 상당히 큰 비중을 차지하며, 2) 남북한 간의 긴장 및 대치관계 때문에 군인의 기본권은 헌법 제37조 제2항의 적용대상이 된다고 하면서도, 이러한 특수한 상황으로 인하여 법의 적용에 있어서 행정기관, 사법기관 역시 헌법의 엄격한 적용을 무시하면서 기본권 제한을 당연하게 생각해 온 관행이 문제라 하겠다.

한국사회에 있어서 군인의 표현의 자유가 제한을 받는 영역은 크게 다음과 같다.

- 1) 군에 관련된 의견표명의 금지 (군인사법 제47의 2, 군인복무규율 제17조)
- 2) 군인의 정보수령권의 포괄적 제한 (군인사법 제47의 2, 군인복무규율 제16조의 2)
- 3) 일반적인 의사표시로서의 집회와 시위의 자유의 금지 (군인사법 제47의 2, 군인복무규율 제13조)
- 4) 군인의 정치적 표현의 자유의 제한 (군인사법 제47의 2, 군인복무규율 제18조)<sup>31</sup>

위와 같은 표현의 자유와 관련한 기본권 제한의 문제가 발생하는 이유는 다음과 같다.

우선, 위에서 보듯 군인복무규율 때문에, 기본권의 제한에 대하여 포괄적인 제한을 두고 있음에도 근거법령이 명확성이 없고, 법률유보원칙이 적용되고 있지 않다. 군인사법 제47조의 2는 오로지 “군인의 복무에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 따로 대통령령으로 정하는 바에 따른다”고 규정하고 있어 포괄적으로 기본권제한을 대통령령에 위임하고 있는 것이며, 이는 ‘포괄위임입법금지원칙’에 반한다고 할 것이다. 즉, 입법자인 국회가 정한 법률의 구체적인 위임을 받아 제정되었다고 보기 어렵다.

군인복무규율 조항 내용 역시 공권력 행사의 대내외적인 적합·적법성을 담보하기 위한 장치를 보유하고 있다고 보기 어렵다. 군인복무규율의 적용에 대한 감시가 이루어질 내·외부기관으로 1) 인사소청위원회·고충처리심사위원회 2) 국가인권위원회 3) 국민권익위원회 등이 있으나 내부기관의 경우 위원구성·처리심사의 독립성 제한 때문에 실질적인 구제책이 되기 어렵고, 외부기관의 경우 군 관련 문

31 공무원은 헌법 제7조 제2항, 국가공무원법 제65조(정치 운동의 금지), 66조(집단행위의 금지) 조항으로 말미암아, 정치적 의사표시는 물론, 노동조합의 형성마저 제한받고 있다. 군인 역시 군인사법은 물론 국가공무원법의 적용을 받음으로 인하여 공무원의 정치적 표현행위의 행사의 제한과 동일선상의 논리에 있으므로 이에 대해서 여기서는 자세히 논하지 않는다.

제를 다루기 위한 재정과 인력이 충분치 않고, 적절한 권한도 부여받지 못하고 있으며, 사후적 심사에 그치는 경우가 대부분이어서 기본권 침해를 사전에 예방하기는 어려운 것이 현실이다.

## II. 국제인권기준

### 1. 국제인권규범

군인의 표현의 자유와 관련된 국제인권규범으로는 모든 사람의 의견과 표현의 자유에 관한 권리를 보장한 세계인권선언 제19조, 의견개진권과 정보접근권 등 표현의 자유를 보장한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약<sup>32</sup> 제19조 그리고 평화적 집회·시위의 자유를 보장한 동 규약 제21조를 들 수 있다.

#### 세계인권선언 제19조

모든 사람은 의견과 표현의 자유에 관한 권리를 가진다. 이 권리는 간섭받지 않고 의견을 가질 자유와 모든 매체를 통하여 국경에 관계없이 정보와 사상을 추구하고, 접수하고, 전달하는 자유를 포함한다.

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약

##### 제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한

32 발효일 1990년 7월 10일(조약 제1007호).

다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.

(a) 타인의 권리 또는 신용의 존중

(b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

제21조 평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관은 2011년 6월에 열린 유엔인권이사회 17차 회기에서 대한민국 군대 내에서의 '불온서적' 지정에 관하여 이를 합헌으로 선언한 헌법재판소 결정<sup>33</sup>에 대하여 다음과 같이 우려를 표명하였다.

### 프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)

99. 특별보고관은 군대 및 병영 내에서 23권의 "불온"서적을 금지한 것이 합헌이라고 판결한 2010년 10월 23일의 헌법재판소 결정에 우려를 표한다. 특별보고관은 모든 사람은 사상과 의사의 자유에 관한 권리의 연장선상에서 자신이 읽을 책을 선택할 수 있는 권리가 있음을 강조한다. 특별보고관은 금서 지정은 세계 어느 곳이라도 비민주적인 행태에 해당된다는 입장이며, 특히 불온서적을 결정하는 명백한 기준이 부재하다는 점에 비추어, 대한민국 정부에게 그러한 금지를 폐할 것을 촉구한다.

33 현재 2010.10.26. 2008헌마638 결정.

## III. 인권상황평가: 실태와 문제점

### 1. 불온서적 사건 및 군법무관 파면 및 징계사건

#### 가. 불온서적 사건

##### 1) 관련 법제도

##### 군인사법(1966.10.4. 법률 제1837호로 개정된 것)

제47조의2(복무규율) 군인의 복무에 관하여는 이 법에 규정한 것을 제외하고는 따로 대통령령이 정하는 바에 의한다.

##### 군인복무규율(1998.12.31. 대통령령 제15954호로 개정된 것)

제16조의2(불온표현물 소지·전파 등의 금지) 군인은 불온유인물·도서·도화 기타 표현물을 제작·복사·소지·운반·전파 또는 취득하여서는 아니 되며, 이를 취득한 때에는 즉시 신고하여야 한다.

##### 불온서적 차단 지시(국방부, 육군·공군 지시)

가. 군인복무규율(대통령령 제20282호) 제16조의 2

나. 국군병영생활규정(국방부 훈령 600호) 제47조(물품반입 및 소지의 제한)

다. 공규3-200 제216조(공군보안규정)

라. 정훈·문화활동규정(국방부 훈령 제790호) 제28조(정훈·문화자료 심의위원회)

마. 군내 불온서적 차단대책 강구(장관, '08.7.19.)

##### 대책

가. 장병 정신교육 실시

- 1) 불온서적 취득 즉시 지휘계통 보고 및 지원 기무부대 보고
- 나. 개인별 부대 반입 통제(연중 지속)
  - 1) 휴가 및 외출·외박 복귀자 반입 물품확인
  - 2) 우편물 반입 시 간부 입회 하 본인 개봉/확인 등
  - 3) 불온서적 목록
- 다. 불온서적 반입여부 일제 점검(사무실, 분임실, 휴게실, 독신자 숙소 포함)
  - 1) 기간: 08.7.28 ~ 8.4
  - 2) 점검 결과 다음 서식에 의거 보고(보고 기일(수거문서 없을 시 유선 보고): '08.8.5.)
- \*보안의 날 행사 또는 부대계획에 의거 지속 점검 실시

## 2) 사건의 개요

2008년 7월 22일 대한민국 국방부는 한총련의 '군 도서보내기운동'(한총련이 북한찬양, 반미·반정부, 반자본주의 도서를 군에 보내려 하였다는 것)정황을 포착하였고, 위와 같이 장병의 정신전력을 해할 우려가 있다고 판단한 23권<sup>34</sup>의 도서들을 소위 불온서적으로 지정함과 동시에 해당 도서의 영내반입 및 열독 금지, 장병 및 독신간부 숙소 단속을 통한 일제 수거 등의 지시를 하달하였다.

이에 대해 국가인권위원회는 2008년 8월 28일 군인권전문위원회의 논의와 상임위원회 의결을 통하여 이 조치를 헌법 정신에 맞게 근본적으로 재검토해야 한다는 의견을 국방부 장관에게 전달하였

34 당시, 국방부에 의하여 불온서적으로 지정되었던 23종의 도서는 다음과 같다.

구분	북한찬양	반정부, 반미	반자본주의
도서	1. 북한의 미사일 전략 2. 북한의 우리식 문화 3. 지상에 솟아라 하나 4. 역사는 한반도 나를 비껴가지 않았다 5. 왜 80이 20에 지배당하는가? 6. 북한의 경제발전 전략 7. 통일 우리민족의 마지막 블루오션 8. 벗 9. 미국이 진정으로 원하는 것은 10. 대학시절 11. 핵과 한반도	1. 미군 범죄와 한미 SOFA 2. 소금꽃나무 3. 꽃 속에 피가 흐른다 4. 507년. 정복은 계속된다 5. 우리역사 이야기 6. 나쁜 사마리아인들 7. 김남주 평전 8. 21세기 철학 이야기 9. 대한민국사 10. 우리들의 하느님	1. 세계화의 뒷 2. 삼성공화국의 게릴라들

다.<sup>35</sup> 2008년 9월에 열린 국회 국방위원회 국정감사에서 이러한 국방부의 지시가 시대착오적이라는 이유로 국방부 장관에게 지시의 철회를 권고했다. 이러한, 국가인권위원회의 결정을 전제로, 군법무관 7인은 2008년 10월 22일 위 군인사법, 군인복무규율, 국방부 지시의 위헌성을 다투는 헌법소원을 제기하였다.

하지만 2010년 10월 헌법재판소는 군인복무규율 제16조의 2는 헌법소원의 청구적격은 있되, 합헌이라 하며 청구인들이 청구를 기각하였고, 군인복무규율의 근거법인 군인사법과 '불온서적 대책 지시'에 대해서는 청구적격이 없음을 이유로 해당 부분의 청구를 각하하였다.<sup>36</sup>

헌법소원을 제기한 군법무관들에 대하여 2008년 10월 23일과 24일에 걸쳐 검찰조사를 군에서 벌인 이후 특별한 징계사유를 찾지 못하게 되자, 국방부는 5개월이 지나고 나서야 아래와 같은 사유를 들어 지영준, 박지웅 법무관에 대하여 파면조치, 한창완 법무관에 대하여 감봉조치, 신성수, 이환범 법무관에 대하여 근신조치, 신종범, 김종수 법무관에 대하여 징계유예조치를 단행했다.

징계사유는 다음과 같다. (1) 군통수계통을 문란시키고, 사회적으로 물의를 일으켜 군의 위신을 실추시키는 결과를 초래하였으며, (2) 국방부 장관의 적법/정당한 명령을 따르지 않을 의사로 지휘계통을 통한 건의절차를 경유하지 않은 채 헌법소원을 제기한 것이 군의 지휘계통문란, 군기단결을 저해한 법령준수의무(군인사법 제56조 제3호, 군인복무규율 제4조, 제24조) 위반이며, (3) 군인이 대외활동 시에는 국방부 장관의 허가를 받아야 함에도 이러한 절차를 경유하지 않고, 직접 또는 대리인을 통해 언론매체에 국방부 조치를 폄하하는 의견을 군 외부에 공표한 행위는 법령준수의무(군인사법 제56조 제3호, 군인복무규율 제17조, 국방홍보훈령 제22조) 위반 및 품위유지의무(군인사법 제56조 제2호, 제3호, 군인복무규율 제9조) 위반이라는 것이다.

지영준 법무관을 제외한 나머지 원고들은 모두 1심에서는 패소하였다. 하지만 2011년 8월 16일 서울고등법원에서 박지웅 법무관에 대해서도 징계양정의 부당을 이유로 항소 인용되었다. 하지만 다른 법무관에 대한 징계 처분 취소는 모두 징계사유의 존재를 이유로 기각 판결하였다. 2011년 8월 말 4인의 법무관이 대법원에 상고하여 재판 계속 중인 상태이다.

## 3) 문제점

35 국가인권위원회, "국방부의 불온서적 지정에 관한 의견표명", 2008.8.21.

36 헌재 2010.10.26. 2008헌마638 결정.

군인사법 제47조의 2는 군인의 복무규율에 관한 사항을 법률에서 규정하고 있지 아니하고 이를 모두 군인복무규율에 위임하고 있다. 이는 포괄위임입법금지원칙에 반한다. 또한, 대통령령인 군인복무규율 제16조의 2와 국방부 지시인 '불온서적 차단지시'<sup>37</sup>는 양자가 서로 결합하여 군인들이 된 자의 도서 열독권을 침해하고 있다. 우선, 대통령령인 군인복무규율 상의 '불온조항'은 정신적 기본권을 제한하는데 있어 적용되는 명확성의 원칙을 준수하지 않았다. 무엇이 불온하고 불온하지 아니하는 것에 대하여 당해 조항만으로 판단할 수가 없어서 '불온성'의 판단을 타인에게 의뢰하게 되므로 표현의 자유에서 파생하는 자유권적 정보접근권을 온전하게 유지할 수가 없게 된다. 둘째, 군인이 되었다는 이유만으로, 일반인들이 시중에서 얼마든지 읽을 수 있는 도서를 읽을 수 없다는 것은 차별취급의 정당성을 인정받기 어렵다. 이는, 형평에 반하는 것으로 헌법 제11조(평등권)에 위반되는 것으로 평가된다. 셋째, 불온서적으로 지정된 도서가 실제로 군인들의 정신전력을 저해한다는 전제로 군인들의 열독권을 제한함은 행정권인 군상부가 검열의 주체가 되어 군인이 된 혹은 될 자의 열독권을 통제하고, 이를 어길 시에 군인복무규율 제16조의 2를 위반한 것이 되어 군인징계령에 따라 징계절차에 회부할 수 있어 우리 헌법 제21조 제2항에서 규정하고 있는 사전검열의 금지원칙에 반한다. 마지막으로 다양한 분야의 책을 열독하여 공부할 수 있는 자유를 빼앗은 것인 바, 이는 학문의 자유(헌법 제22조)를 침해한 것으로 평가할 수 있다.

헌법재판소의 합헌 결정에 따라, 군인들은 현재까지 '불온서적'으로 지정된 위 23종의 도서를 읽을 수 없음은 물론이다. 도리어 최근에는 기존의 23권의 책을 포함하여 19권을 추가로 불온서적으로 지정함으로써<sup>38</sup> 불온성에 대한 군상부의 자의적인 판단을 전제로 얼마든지 군인의 정보접근권을 침해할 수 있음을 보여주었다.

### 나. 군법무관들의 징계와 관련하여

군법무관들의 헌법소원에 대하여 징계한 사례로서, 헌법소원이 법에서 정한 군인의 권리침해에 대한 권리구제절차로서 군인복무규율에서 예정하고 있음에도, 이를 집단행위로 치부하여 군법무관들을 징계하였다. 징계사유로 등장한, 복종의무, 품위유지의무, 건의절차 미준수, 외부언론접촉 모두 구

37 헌법재판소는 국방부 지시에 대하여 청구인인 군법무관들에게 직접적으로 그 효력이 미치지 아니하여 헌법소원제기의 '직접성'이 없다는 이유로 국방부 지시에 대한 청구인들의 청구를 각하하면서 이 지시의 위헌성 여부에 대한 판단을 하지 않았다.

38 2011.11.21. 시사인 기사, '불온서적' 저자들 "감사할 따름".

체화되어 있지 아니하며 자의에 따라 얼마든지 피징계자에게 불리하게 징계처분을 단행할 수 있음을 보여주었다.

첫째, 복종의무 불이행 조항은 구체적인 직무집행 이행지시인 명령에 대한 거부 의사표시가 있는 경우에 적용할 수 있을 것이나, 상부의 일반적인 '명령'인 경우에 불과한 '불온서적 지시'에 대하여 불이행의 의사가 아닌 헌법소원 제기를 통한 위헌성 제거에 그 목적이 있었음에도 불구하고 이를 복종 의무위반으로 보아 징계한 것이다. 둘째, 단체로서의 소송행위를 집단행동으로 보아 이를 처벌함으로써, 권리침해를 이유로 군인들이 소송을 통해 권리구제를 받으려는 행위를 차단하는 소위 '위축효과'를 가져왔다. 셋째, 품위유지의무에서 말하는 '품위'가 무엇인지에 대하여 불분명하게 명시되어 있어 자의적 해석이 이루어졌다. 외부에 소송이 제기된 사실이 알려진 것 역시 '품위유지의무' 위반의 징계 책임을 지게 되었다. 넷째, 위 군인복무규율 제24조에 따르면 의견의 건의는 '할 수 있다'로 규정되어 있어서 권리 행사의 재량성이 존재함에도 이를 의무로 해석함으로써 조항의 취지를 완전히 몰각하게 되었다. 마지막으로, 헌법소원은 군인의 재판청구권과 관련된 것으로 이러한 재판청구권의 행사는 엄연히 헌법에 의해 보장됨에도, 군과 법원이 모두 이를 부정하였다.

## 2. 이적표현물 소지 해군사관학교 교수요원 김 모 중위 기소사건

### 가. 사건 개요

2011년 6월 해군사관학교 생도들에게 국사를 가르치는 교수 요원인 김 모 중위가 군검찰에 기소되었다. 국가보안법 제7조(찬양·고무 등) 제5항의 이적표현물을 소지·복사·반포한 혐의이다. 첨부된 압수증명서에는 <해방전후사의 인식>(1~6권) 등 도서 18권, "조선공산당의 권력 구상과 조선인민공화국", "북한의 인민민주주의 혁명과 통일전선 정책" 등의 논문 7편이 기록되어 있었다.<sup>39</sup>

### 나. 문제점

39 "양치기 소년이 된 체제의 수호자", 한겨레 21, 제875호, 2011.8.29.

이것은 국가보안법상 이적표현물 소지를 이유로 한 학문의 자유 침해이며, 군 검찰관의 기소행위가 군사법기관이 독립되지 아니하여 발생할 수 있는 문제점을 보여주고 있다. 군상부의 검찰권 행사 개입, 군사법원의 재판단계에서 군사법기관이 아닌 일반 군인의 사법권 개입으로 말미암아 발생한 문제라 판단된다.

### 3. 국방부 SNS 규제 가이드라인 발표 사건

#### 가. 관련 법제도

##### 군인복무규율

제17조 (대외발표 및 활동) ① 군인이 국방 및 군사에 관한 사항을 군 외부에 발표하거나, 군을 대표하여 또는 군인의 신분으로 대외활동을 하고자 할 때에는 국방부 장관의 허가를 받아야 한다. 그러나 순수한 학술·문화·체육 등의 분야에서 개인적으로 대외활동을 하는 경우로서 일과에 지장이 없는 때에는 예외로 한다.

#### 나. 사건 개요

2012년 1월 31일 국방부가 「군 장병 활용 가이드라인」을 발간하여 전군 중대급에 배포하였다. 내용 중 “사회적 논란을 야기할 수 있는 글을 작성·게시하거나 불필요한 논쟁에 참여하지 말도록” 규정하고 있다.

#### 다. 문제점

“사회적 논란”이라는 내용 자체가 모호하고 추상적이다. 군인이라고 하여 사회적 논쟁의 대상이 된 사건에 대하여 견해를 밝힐 수 없어서는 안 된다. 오히려, 애매하고 자의적인 기준을 설정함으로써 군 당국이 장병의 표현의 자유를 멋대로 규제할 우려가 있다.

### 4. 상관모욕죄 및 초병모욕죄 조항

#### 가. 관련 법제도

##### 군형법

제64조 (상관 모욕 등)

- ① 상관을 그 면전에서 모욕한 사람은 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다.
- ② 문서, 도화(圖畵) 또는 우상(偶像)을 공시(公示)하거나 연설 또는 그 밖의 공연(公然)한 방법으로 상관을 모욕한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.
- ③ 공연히 사실을 적시하여 상관의 명예를 훼손한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.
- ④ 공연히 거짓 사실을 적시하여 상관의 명예를 훼손한 사람은 5년 이하의 징역이나 금고에 처한다. [전문개정 2009.11.2]

#### 나. 문제점

상명하복의 군기를 유지하기 위한 목적으로 군형법상 상관 모욕에 대해서는 형법상의 명예훼손죄나 모욕죄보다 가중 처벌한다. 직무상 혹은 사적인 자리를 막론하고 상관에 대한 하급자들의 정당한 이익제기가 있을 수 있음에도 불구하고, 이러한 이익제기에 대하여 상관 모욕죄 조항을 이용하여 처벌할 수 있다는 데 이 조항의 문제점이 있다.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 군인복무규율의 폐지와 군인 기본법의 제정

2007년, '국방개혁 2020'안중 군인 인권 향상 방안의 하나로 군인복무기본법이 논의되었다. 다만, 국방부가 제시한 군인복무기본법은 대통령령인 군인복무규율을 법률로 승격시킨 것에 불과하여 실질적인 변화가 없다는 비판을 받았다.<sup>40</sup> 지나치게 경직된 군인의 복무상 의무와 관련된 사항을 규율할 뿐, 헌법상의 기본권 보장과 이행방안에 대하여는 전혀 반영되고 있지 않았다. 따라서 군인의 기본권과 관련된 입법·사법·행정영역에서 일반인과의 차별적 취급이 가해지고 있는 현실에 대한 대안을 제공하지 못한 것으로 평가된다.

이에 따라, 시민단체는 물론 국가인권위원회에서도 군인복무기본법이 아닌 군인의 기본권 보장과 그 한계를 명시한 군인기본법의 제정을 요청한 바 있다.<sup>41</sup> 표현의 자유와 관련하여 아래와 같은 구체적인 법제도의 도입을 제안한다.

#### 가. 군인의 인권 일반과 관련하여

군인의 복무에 관하여 백지위임한 군인사법 제47조의2를 폐지하고, 새로이 군인기본법 제정 시, 군인은 '제복 입은 시민'으로서 일반시민과 동일한 자유와 권리의 주체가 되며 이것이 불가침의 권리라는 점을 확인하고, 군사임무상 필요한 범위 내에서 법률로써 제한할 수 있다고 규정한다. 또한, 이것이 불가침의 권리라는 점을 확인하는 조항을 명시적으로 도입할 필요가 있다.

#### 나. 군인의 정보접근권 및 일반적 표현의 자유와 관련하여

##### 1) 군인의 정보접근권과 관련한 포괄적 허용, 예외적 금지 조항 도입<sup>42</sup>

40 국가인권위원회, 외국 군 인사 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사, 2006, 116쪽 이하.

41 국가인권위원회 보도자료, "인권위, 군인복무기본법(안)에 의견표명", 2007.4.24.

42 독일 군인기본법의 경우, 기본법 제5조 제1항 제2문으로부터 도출되는 정보자유권은 공동막사에 거주하는 군인에게도 인정된다. 군인은 온갖 종류의 신문, 도서, 인쇄물을 수령할 수 있고, 라디오 청취나 텔레비전 시청이 허용된다. 또한, 검열금지(기본법 제5조 제1항 제3문)를 규정하고 있다. 검열금지는 군인에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 국가인권위, 위의 책, 82쪽.

군인복무규율 제16조의2는 '불온표현물'에 대한 사전검열로 작용하여 군인의 정보접근권을 제한하는 포괄적 금지조항으로 악용하고 있다. 이에 대하여 폐지하고 군인들의 정보수령에 있어서 제한 없이 허용하되, 이를 예외적으로 시간, 장소, 방법의 규율을 두어 제한하는 것으로 정해야 한다.

〈예시〉

군인기본법 제 조 (정보수령의 자유)

- ① 모든 군인은 정치·경제·사회·문화 등 다양한 영역에서 다양한 정치적 견해를 지닌 매체에 접근할 수 있는 기회를 보장받아야 하며, 신문, 잡지, 도서의 열람, 방송청취, 기타 정보통신매체에 접근함에 있어 검열이나 사전제한을 받지 아니한다.
- ② 군인은 통신의 자유를 가진다. 다만 부대의 소재, 부대이동, 편성 및 군인사 등 군사보안에 저촉되는 사항을 전기통신수단을 이용하여 교신하거나 우편물·정보통신망에 기재하여서는 아니 된다. 군인의 통신 방법과 시간 등 제한의 세부적 사항에 관하여는 신분, 수행업무 기타 제반 사항을 고려하여 대통령령으로 정한다.

##### 2) 군인의 표현의 자유를 제한하는 현행 군인복무규율 및 언론홍보규정의 폐지, 군인복무기본법 내에 일반적인 표현의 자유 조항 도입

군인의 일반적인 언론·출판의 자유를 보장하고, 직무시간 이외의 공개적인 토론의 자유는 보장할 것을 규정할 필요가 있다. 또한, 표현의 자유와 관련한 제한의 가이드라인으로 국방 및 군사에 관하여 직무상 혹은 직무와 관련 없이 알게 된 군사기밀로 보고사항을 제한하면 될 것이다.

〈예시〉

군인기본법 제 조 (언론·출판의 자유 등)

- ① 모든 군인은 언론·출판의 자유를 가진다. 직무시간 이외의 공개적인 토론의 자유는 인정된다.
- ② 군인은 국방 및 군사에 관하여 직무상 취득한 혹은 직무와 관련 없이 알게 된 군사기밀보호법에서 정하는 군사상 1급, 2급, 3급 비밀, 대외비로 정하는 중요한 사항을 군 외부에 발표하거나 출판하는 경우에는 국방부장관에게 발표 또는 출판



물을 사전에 신고하거나 사후에 제출하여야 한다.

#### 다. 군인의 집회·결사의 자유와 관련하여

군인의 집회·결사의 자유를 제한하는 현행 군인복무규율상의 집단행동 금지조항을 폐지하고 군인 기본법에서 일반적인 집회·결사의 자유를 원칙적으로 보장하되, 예외적으로 이를 제한할 수 있는 사유를 법정화<sup>43</sup>할 필요가 있다.

현행 군인복무규율은 군인의 모든 정치적·사회적 집회, 결사행위에 대한 참여를 금지하고 있다. 이는 군인들의 일반적인 집회·결사의 자유를 침해하는 조항으로 악용되고 있다. 군인에게 일반적인 집회·결사의 자유와 단결권과 단체교섭권까지는 충분히 인정되어야 한다(단, 단체행동권은 군인 직무의 특수성상 인정받기 곤란할 것이다).

따라서 집회·결사의 자유와 직장협의회 수준의 단체가입은 허용하되, 군무에 영향을 줄 목적인 단체를 결성하거나 단체행동을 하는 행위 혹은 종적으로 계열화된 임관구분 단체결성(예, 하나회)은 금지하는 조항을 도입하도록 한다.

## 2. 군인의 비위행위에 대한 징계 책임규정의 명확화

### 가. 군인복무규율상의 명령·복종 조항을 군인기본법에 포함하고 내용을 명확히 한다.

상관에 대한 명령·복종 조항은 조항의 불명확성을 이유로 손쉽게 부하에 대한 처벌도구로 악용될

43 독일 군인기본법상 결사의 자유는 군인에게도 보장된다. 군인은 사법상의 결사를 창설하거나 결사에 가입하거나 결사를 위해 활동할 자유가 인정된다. 기본법 제9조 제1항에 의해 보장된 사법상의 결사에 가입하지 않거나 탈퇴할 권리로부터 장교클럽이나 부사관클럽의 강제가입은 헌법위반이라는 결론이 도출된다. 기본법 제9조 제2항의 단체활동의 한계(형법 헌법질서 국제친선에 반하는 단체의 금지) 이외에도 군인은 직무상의 의무를 존중해야 한다. 군인법 제15조 제3항(정치집회시 제복착용 금지)은 결사의 자유를 제한하지 않는다(BVerfGE 57, 29=NJW 1981, 2112). 기본법 제9조 제3항에 규정된 직업의 경제적, 사회적 및 문화적 필요의 보존과 촉진을 위하여 노동조합과 직업단체를 결성하고 가입하고 활동할 수 있는 권리와 가입하지 않거나 탈퇴할 수 있는 권리로 군인에게 인정된다. 특수한 결사활동을 통하여 제9조 제3항의 목적을 추구하기 위한 결사권은 군인법 제35a조(직무대표법)에 의해 고려되고 있다. 국방부와 군인의 노동조합, 직업단체는 공적인 의견형성과정에 있어서 동등한 지위를 갖는다. 군인단체의 회원의 법적 지위는 이 단체에 대한 국방부의 설명서에 의해 제한받지 않는다(BVerfGE 63,343). 기본법 제9조 제3항이 결사권을 핵심영역에서만 보호하기 때문에 결사활동의 한계는 존재한다. 결사활동은 결사의 존재 유지와 보존을 위해 불가피한 범위에서만 헌법적으로 보장된다(BVerfGE 57, 220). 기본법 제9조 제3항 상의 무제한적인 기본권의 한계는 군대의 기능원활성이다. 따라서 군인의 파업권은 헌법적으로 배제된다. 파업, 파업유사행위, 파업준비행위는 허용되지 않는다. 파업에 대한 참여행위, 파업을 지원하는 행위는 군인법 제7조(총성의무)에 위반된다. 국가인권위, 앞의 책, 80쪽.

수 있다. 따라서 상관의 적법한 직무상 명령에만 부하가 복종할 의무가 있으며, 부하의 의견 개선권을 규정할 필요가 있다.

또한, 위법한 직무상 혹은 일반 명령에 대해서는 부하는 이를 거부할 권리가 있음도 규정되어야 한다. 이 외에도, 상관의 명령에 위법성의 의심이 제기될 때에는, 법이 정하는 절차에 따라서 소송상 또는 소송 외로 시정을 구할 수 있는 권리를 부하에게 부여하고, 위법한 명령에 대한 불복종을 이유로 한 상관의 처벌 시도가 있을 때에 이를 처벌하는 규정을 신설할 필요가 있다.

### 나. 군인복무규율상의 품위유지의무 위반 조항을 폐지하고, 직무상 윤리에 관련된 일반적인 규정을 도입하고 그 내용을 명확히 한다.

품위유지의무 조항은 군인들의 비위행위에 대하여 그 경중에 대한 상관의 자의적인 판단에 따라서 이를 처벌하는 조항으로 악용되고 있다. 이는 삭제해야 한다. 상관의 부하에 대한 직무감독책임, 배려의무, 상관과 부하 모두 직무상 발언에 대한 신중한 책임의식을 규정하는 조항을 도입할 필요가 있다. 또한, 이 규정이 직무상 책임을 문책하기 위한 규정으로 사용되어서는 안 될 뿐만 아니라, 경징계 이상의 문책을 위한 징계규정으로 사용될 수 없음을 법문에 명시해야 한다.

## 3. 군형법상 상관모욕죄의 비범죄화

민간사회영역에서의 모욕죄의 비범죄화 논의와 마찬가지로, 군도 모욕죄의 비범죄화를 함께 논의하는 것이 타당하다. 하지만 위계질서 유지 등 군의 특수성을 고려할 때, 징계처벌로 그 수위를 낮추는 방향을 고려할 필요가 있다고 하겠다.

## 4. 다양한 고충처리절차의 마련

군인의 고충을 해결할 수 있는 다양한 고충처리 절차가 마련되어야 한다. 군인이 자유롭게 인권문제를 상담하거나 인권침해 진정을 제기할 수 있는 외부 상설기관이 있어야 하며, 이 기관은 진정을 접수

받을 뿐만 아니라, 정보요구권, 문서접근권, 부대방문권 등을 부여받아 인권침해 사건을 조사하는 권한이 있어야 한다. 기존의 국민권익위원회나 국가인권위원회로는 이 기능을 충분히 수행할 수 없으며, 독일식 국방감독관제도<sup>44</sup> 등을 참고하여 군옴부즈맨을 설치하는 것도 고려되어야 한다.

44 독일법상으로는 장관의 지위를 부여받는 국방감독관은 군인의 기본권을 보호하고, 연방의회가 국방에 대한 의회의 통제권을 행사할 때 연방의회에 조력하는 임무를 수행한다.(기본법 제45b조 제1문). 국방감독관은 군에 대한 민주적·시민적 지휘이념을 관철시키기 위한 제도로서, 군내부적으로는 군대의 기능적합성 및 군 내부질서의 법치국가적 구성을 유지하고 대외적 관계에서는 군대, 민주주의와 사회를 합치시키는 기능을 수행한다. 국방감독관은 자신의 임무를 완수하기 위해서 연방의회와 지시로부터 자유로울 뿐만 아니라, 모든 군인은 지휘계통을 거칠 필요 없이 직접 국방감독관에게 단독으로 진정할 권리를 갖는다. 국가인권위, 앞의 책, 6~64쪽 발췌.

## 공무원과 교사

### I. 문제제기: 인권·노동권 사각지대, 공무원과 교사

이승만 정권 당시 3·15부정선거에 이은 4·19혁명이후 집권세력으로부터 독립적이고 공정한 공무수행을 통한 국가의 연속성과 안정성을 유지하기 위한 전제가 된 것이 바로 공무원과 교사의 신분과 중립성 보장이었다. 하지만 50여 년이 지난 지금 '신분과 중립성 보장'은 권리가 아닌 '의무'로 변질되었고, 표현의 자유에 대한 포괄적 침해가 정당화하는 논리로 악용되고 있다. 실제로 공무원·교사 스스로 노동환경 개선과 정치·의사 표현을 통한 사회적 책임을 다하기 위해 노동조합 결성 및 활동을 하고 있으나, 이것이 '공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률'(이하 '공무원노조법')과 '교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률'(이하 '교원노조법')에 의해 심각하게 제한되고 있다. 개인으로서 그리고 조직된 노동자로서 정치·의사표현의 자유를 박탈당하고 있는 것이다. 또한, 2008년 세계 금융위기 이후 공공정책의 방향이 국민 삶의 질에 큰 영향을 줄 수 있는 상황에서, 국민과 밀접하게 소통하고 공무를 수행해야 할 공무원의 입을 막는 것은 양질의 공공서비스 보장을 위해서라도 바람직하지 않은 일이다.

스스로 선진 민주주의 국가라고 규정하고 있는 한국 정부는 이러한 상황에서도 여전히 공무원·교사를 정권의 총복으로 규정하면서 국제사회의 지속적인 권고에도 불구하고 공무원과 교사의 기본권

을 인정하지 않고 있으며, 이에 따라 다음과 같은 여러 문제가 발생하고 있다.

## 1. 평등권 침해

대한민국 헌법은 '모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다.'고 명시하고 있다. 또한 2008년 대한민국 헌법재판소는 '공무원 개인으로서의 지위를 이용하지 않을 경우 정치적 의사 표현의 자유는 보장되어야 한다'고 판시한 바 있다.<sup>45</sup>

그럼에도 불구하고, 정부는 공무원의 이중적 지위를 인정하지 않고 있고, 이에 따라 공무원은 정치활동·표현이 금지 되어 대한민국 국민으로서의 권리를 향유하고 있지 못하다. 자신의 기본권을 부정당하고 있는 공무원이 국민 전체에 대한 인권을 위한 공무를 수행한다는 것은 어불성설이다. 진정한 인간 존중과 민주주의를 위해서는 공무원 역시 사회의 구성원으로서 기본권을 보장받아야 한다.

## 2. 노동권 침해

현대사회는 다양한 집단이 자신의 이해관계를 실현하기 위해, 각각 조직(단체)을 구성하고 정치적 영향력을 발휘한다. 공무원도 조직을 구성하여 자신의 권리를 실현할 수 있으며, 더 나아가 국민 전체의 봉사자로서 공공성(공익)을 실현하는 일에도 기여한다. 이러한 책무를 이행하는 동시에 자신의 권리를 향유하기 위해서는 '결사의 자유'의 보장이 전제되어야 하는데, 공무원노조법은 가입범위를 제한하고 해고자의 조합원자격 등을 인정하지 않는 등 현재 공무원노조에 대해서는 법적 지위가 온전

45 "공무원은 개인으로서 새로운 공직선거에 출마하거나 배우자, 친지 등의 기획 행위를 도와 줄 자유를 지니며, 선거의 공정성이 침해될 수 있는 개연성만으로 공무원의 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 제한하는 것은 바람직하지 않다. 공무원의 그 지위를 이용한 선거운동 내지 영향력 행사만을 금지하면 대부분 확보될 수 있으므로 공무원이 그 지위를 이용하였는지 여부에 관계없이 선거운동의 기획행위를 일체 금지하는 것은 정치적 의사표현의 자유라는 개인의 기본권을 중대하게 제한하는 것" (2008.5.29. 헌법재판소 2006헌마1096결정 명시).

히 보장되지 않고 있다.<sup>46</sup>

또한, 공무원은 사소한 노동조건 개선을 위해서라도 정치권의 동의를 얻어야 하는데, 이를 위해서는 노동3권이 온전히 보장되어, 공무원 스스로 자신들의 정치적 의사를 표현할 수 있어야 한다. 나아가 공익에 반하는 정부정책에 대해 노동조합으로서 집단적이며 공개적인 의사를 표현할 수 있는 자유도 보장되어야 한다.

## 3. 민주주의의 후퇴

공무원과 교사는 이 사회에서 공익을 위한 행정과 학생의 교육을 담당하고 있는 전문가들로서 그 영향력이 매우 크다 할 수 있다.<sup>47</sup> 이처럼 국민과 가장 근거리에서 정책을 집행하고 교육을 담당하고 있는 이들의 정치·의사표현의 자유를 '정치적 중립의 의무'를 핑계로 인정하지 않는 것은 이들 자신은 물론 전체 국민을 정치적 무관심 및 무기력에 빠뜨릴 수 있고, 결과적으로 비판적인 사고를 통한 민주시민의 정치활동을 축소시킬 것이다.

# II. 국제인권기준

## 1. 국제인권규범

### 세계인권선언 제19조

모든 사람은 의견과 표현의 자유에 관한 권리를 가진다. 이 권리는 간섭받지 않고 의견을

46 국제노동기구는 권고를 통해 직급, 직종에 관계없이 또한 해고자의 조합원 자격은 노동조합 스스로 결정하여 결사의 자유를 보장하도록 하고 있으나 한국정부는 공무원노조법 상 가입범위에서 6급 이하/업무총괄자(대부분 6급)의 가입을 제한하고 있으며 해고자의 조합원 자격을 인정하지 않고 있다.  
47 경제활동인구 중 교원을 포함한 공무원 비율은 약 4%이고, 국회의원 선거인단 중 비율은 약 3%이다.

가질 자유와 모든 매체를 통하여 국경에 관계없이 정보와 사상을 추구하고, 접수하고, 전달하는 자유를 포함한다.

### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약

#### 제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.
  - (a) 타인의 권리 또는 신용의 존중
  - (b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

#### 제22조

1. 모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다.
2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여서는 아니된다. 이 조는 군대와 경찰의 구성원이 이 권리를 행사하는 데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.
3. 이 조의 어떠한 규정도 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 1948년의 국제노동기구협약의 당사국이 동 협약에 규정하는 보장을 저해하려는 입법조치를 취하도록 하거나 또

는 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용할 것을 허용하는 것은 아니다.

### 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약

#### 제8조

1. 이 규약의 당사국은 다음의 권리를 확보할 것을 약속한다.
  - (a) 모든 사람은 그의 경제적, 사회적 이익을 증진하고 보호하기 위하여 관계단체의 규칙에만 따를 것을 조건으로 노동조합을 결성하고, 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리. 그러한 권리의 행사에 대하여는 법률로 정하여진 것 이외의 또한 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주 사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과할 수 없다.
  - (b) 노동조합이 전국적인 연합 또는 총연합을 설립하는 권리 및 총연합이 국제노동조합조직을 결성하거나 또는 가입하는 권리
  - (c) 노동조합은 법률로 정하여진 것 이외의 또한 국가안보, 공공질서를 위하여거나 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 제한이외의 어떠한 제한도 받지 아니하고 자유로이 활동할 권리
  - (d) 특정국가의 법률에 따라 행사될 것을 조건으로 파업을 할 수 있는 권리
2. 이 조는 군인, 경찰 구성원 또는 행정관리가 전기한 권리들을 행사하는 것에 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.
3. 이 조의 어떠한 규정도 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 1948년의 국제노동기구협약의 당사국이 동 협약에 규정된 보장을 저해하려는 입법조치를 취하도록 하거나, 또는 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용할 것을 허용하지 아니한다

시민적 정치권 권리에 관한 규약 제19조는 “간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리”와 “표현의 자유에 대한 권리”를 “모든 사람”에게 보장하고 있다. 따라서 공무원 역시 이러한 권리를 향유하여야 함은 당연하다. 다만 규약 제19조 제3항에 의하여 이 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따르므로 일정한 제한을 받을 수 있게 되는데, 공무원의 경우 제19조 제3항 (b)에서 언급한 “공공질서”를 위하여 필요한 경우에 일정한 제한을 받을 수 있다. 통상 공무원의 표현의 자유를 제한하는 근거가 되는 공공질서는 “공무원의 정치적 중립성”이라는 말로 표현되고 있다.

그러나 공무원의 정치·표현의 자유에 관한 권리가 공공질서 또는 공무원의 정치적 중립성 보장을 위해서 제한될 수 있는 경우란 공무원이 업무를 수행하는 중에 한정되며, 공무원도 시민인 이상 업무 중이 아니라면 일반 시민의 한 사람으로서 모든 기본적 인권을 향유해야 함은 지극히 당연하다. 이 점은 ‘공무원 개인으로서의 지위를 이용하지 않을 경우 정치적 의사 표현의 자유는 보장되어야 한다’고 밝힌 헌법재판소의 결정에 의해서도 뒷받침되고 있다.<sup>48</sup>

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

### 가. 공무원 관련

공무원의 정치·표현의 자유 행사와 관련한 한국 정부의 각종 규제에 관하여 주목할 만한 것은 국제노동기구(ILO)의 ‘결사의 자유 위원회’의 결론 및 제304차 일반이사회 권고,<sup>49</sup> 그리고 유엔 표현의 자유 특별보고관의 권고이다.

국제노동기구는 대체로 공무원노조 설립의 제한이나 노조활동의 규제 등 결사의 자유에 초점을 맞추고 있지만, 공무원의 표현의 자유와 관련해서도 의미 있는 권고를 내놓고 있다. 실제로, 국제노동기구 결사의 자유 위원회는 결론(conclusion)에서 “공무원 노동조합은 조합원들의 이익에 직접적인 영향을 미치는 폭넓은 경제적, 사회적 정책 문제들에 대해 공공연하게 자신들의 견해를 표현할 가능성을 가져야 한다”고 밝힌 바 있다. 이는 개별공무원의 표현의 자유뿐만 아니라 공무원노동조합에 의한 집

48 2008.5.29. 2006헌마1096.

49 ILO Governing Body, 353rd Report of the Committee on Freedom of Association, GB.304/6, 2009. 3, <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relcont/documents/meetingdocument/wcms\\_104130.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relcont/documents/meetingdocument/wcms_104130.pdf)>.

단적 표현의 자유도 보장되어야 함을 명시했다는 점에서 의미가 있다.

유엔 표현의 자유 특별보고관은 두 차례에 걸쳐 공무원의 표현의 자유에 관하여 심각한 우려를 표명하였다. 1995년 유엔 표현의 자유 특별보고관 아비드 후사인은 공무원을 특정하여 언급한 것은 아니지만, 표현의 자유 행사를 이유로 한 수감자 석방과 노동자 표현의 자유를 보장하도록 노동쟁의조정법과 노동조합법 개정 등을 권고하면서 노동기본권 보장(결사의 자유 등)이 표현의 자유 보장과 확대에 중요하다는 점을 지적했다.<sup>50</sup> 또한 2011년 한국을 방문했던 유엔 표현의 자유 특별보고관 프랑크 라 루는 공무원의 표현의 자유를 직접 언급하며 매우 심각한 우려를 표명하였다. 그는 특히 전교조·공무원노조의 시국선언과 정치현안에 대한 의견 표명에 대한 탄압, 노동자 표현의 자유를 침해하는 노동조합법 개악 등에 대해 집중적으로 조사한 후, “공무원은 관점 및 의견 형성에 중요한 역할을 맡고 있으며 이에 따라 객관적이고 공정해야 할 의무가 있음은 인정하지만, 공무원 또한 개인으로서의 의사·표현의 자유에 관한 권리를 지니고 있으며, 특히 교육정책과 같은 공공의 이익과 관련된 사안이거나 업무 이외의 활동일 경우 의사표현의 자유를 행사할 권리가 있음”을 밝힌 바 있다.<sup>51</sup>

나아가 공무원의 표현의 자유와 밀접한 관련을 맺고 있는 것이 공무원노조의 자유로운 설립과 활동이며,<sup>52</sup> 이에 대해서는 ‘경제적 사회적 문화적 권리위원회(Committee on Economic, Social, and Cultural Rights)’ 역시 우려와 권고를 표명한 바 있다.<sup>53</sup> 공무원노조와 관련해서는 경제개발협력기구(OECD)에 의한 특별감사가 시행되기도 했으나, 특별한 진전을 보지 못한 채 2007년 감시절차가 종료되고 말았다.<sup>54</sup>

50 Abid Hussain, Report on the mission to the Republic of Korea of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, E/CN.4/1996/39/Add.1, 1995.11.21, <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/TestFrame/cad65f49a6e34883802566b10055ce24?Opendocument>>.

51 Frank La Rue, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Addendum: Mission to the Republic of Korea, A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.12., <[http://act.jinbo.net/drupal/sites/default/files/20110321\\_G1112134.pdf](http://act.jinbo.net/drupal/sites/default/files/20110321_G1112134.pdf)>.

52 대한민국 헌법 제21조 제1항에는 ‘모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다’라고 명시되어 있음에도 유엔 시민·정치적 권리에 관한 규약 제22조 ‘결사의 자유’를 유보하였다는 것은 어불성설이다. 유보의 이유 중의 하나가 공무원의 노동조합결성 등을 통한 단결권의 지나친 보장이 우려된다는 것인데 이는 한국정부의 공무원노조 등 노동조합에 대한 적대감은 물론 노동자들을 사회적 파트너는 케녕 위협적인 존재로 보고 있음을 알 수 있다. 특히, 이명박 정부 들어 노동·시민·사회단체에 대한 결사의 자유 보장은 고사하고 지난 2008년 촛불 시위에서 보여줬다시피 헌법상의 국민의 결사의 자유 권리는 보장되지 않고 있는 것이 현실이다. 한국정부는 즉시 국제사회의 일원으로서 제22조 결사의 자유를 유보를 철회하고 국제규범과 대한민국 헌법에 명시되어있는 결사의 자유를 보장하여야 한다.

53 Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/KOR/CO/3, 2009.12.17, <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/468/80/PDF/G0946880.pdf?OpenElement>>.

54 1997년부터 경제개발협력기구(OECD)의 특별감사 과정에 들어가게 되는데, 여기서 집중해서 본 주제들 중 하나가 공무원노조 기본권 보장, 정상적인 노조활동을 이유로 조합원의 체포를 영구히 금지할 것 등이었으나, 민주노총의 문제 제기에도 불구하고 특별감사과정은 북수노조와 전임자임금지금지 문제에 대한 2010년까지 정부가 추가보고를 하는 것을 전제로 2007년 종료됐다.

### 국제노동기구 결사의 자유 위원회 결론 및 제304차 일반이사회 권고(2009)

749. 위원회는 전술한 결론들에 비추어, 이사회에 다음과 같은 권고를 승인해줄 것을 요청한다.

- (b) 위원회는 정부에 공무원노동법의 적용 구조에 있어서 다음과 같은 원칙들이 존중될 수 있도록 할 것을 요청한다.
- (iii) 순전히 정치적인 성격의 파업은 협약 제87호와 98호의 보호 범위 내에 있지 않음을 인지하더라도, 공무원 노동조합은 조합원들의 이익에 직접적인 영향을 미치는 폭넓은 경제적, 사회적 정책 문제들에 대해 공공연하게 자신들의 견해를 표현할 가능성을 가져야 한다.

### 아비드 후사인 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(E/CN.4/1996/39/Add.1, 1995.11.21.)

34. 특별보고관은 노동조합에 참여할 수 있는 자유가 불평·불만을 포함한 노동과 관련된 효과적인 집단의사 표현의 필수조건이라는 시각을 견지하였다. 노동조합은 각각의 근로자들, 그중에서도 그들의 직업 환경과 그에 관련된 활동들에 대한 전문적인 지식을 갖춘 의견에 도달하고자 하는 목적으로 정보와 사상을 추구하고, 얻으며 전달하는 자유를 행사하고 있는 사람들을 돕는다. 노동조합은 더 나아가 비단 그들 사이에 관한 것만이 아니라, 노동법의 제정, 과세, 복지 등의 화두와 같은 사회 전체의 공적 토론을 가능하게 만든다. 그렇게 함으로써 그들은 인권을 존중하는 민주주의 사회에서 필수적인 역할을 수행한다.

36. 특별보고관은 노동조합법 제 3조가 결과적으로 자신의 선택에 의해 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 것을 효과적으로 금지하고 있다고 보았다. 이것은 일터에서의 의사표현의 적법한 행사를 손상시키고 있다.

37. 특별보고관은 또한 실제 노동조합의 활동을 다루고 있는 법률 체계가 근로자들로 하여금 자유롭게 정보를 추구하고, 얻고, 전달하여 그들의 직업 활동과 발전에 관련한 균형 잡힌 시각을 형성하도록 하지 못하게 막고 있다고 진술하였다. 여기에는 근로자들에게, 조합의 일원인 것과 상관없이, 근로의 권리에 대해 조언해 주는 것도 포함된다. 또한 특별보고관은 이 법률 체계가 의사·표현의 자유와 긴밀하게 연결되어 있는 집회·결사의 자유를 온전히 누리는 것 역시 방해하고 있다는 것을 깨달았다.

### III. 권고

46. 앞 단락에서 기술된 주요 관찰 내용과 우려에 근거하여, 특별보고관은 다음과 같은 권고하고자 한다.

- (d) 또한 정부에 노동쟁의와 단체 교섭에 관련된 문제에 관하여 근로자들의 전문적인 공동 의견의 표현을 포함하는 합법적인 노동조합 활동들을 촉진하기 위하여 노동분쟁조정법과 노동조합법을 개정하도록 권장하는 바이다.

### 프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)

#### 6. 공무원의 의사와 표현의 자유에 관한 권리

76. 대한민국에서 공립학교 교사를 포함한 공무원은 국가공무원법에 따라 정치적 중립의 의무를 가지고 있어 자신의 의견을 표현하는 것이 금지되어있다. 특별보고관은 '전국교직원노동조합(전교조)'의 조합원들이 공공의 이익과 관련된 사안에 대한 평화적인 시국 선언을 진행했다는 이유로 조사, 해고, 무급정직, 괴롭힘, 감시 등의 대상이 되어왔다는 점에 대해 심히 우려를 표명한다.

80. 특별보고관은 공무원은 관점 및 의견 형성에 중요한 역할을 맡고 있으며 이에 따라 객관적이고 공정해야 할 의무가 있음은 인정하지만, 공무원 또한 개

인으로써의 의사 표현의 자유에 관한 권리를 지니고 있으며, 그러한 권리는 특히 교육 정책과 같은 공공의 이익과 관련된 사안이거나 업무이외의 활동일 경우 의사표현의 자유를 행사할 권리가 있음을 밝힌다. (중략) 나아가, 2008년 5월 29일 대한민국 헌법재판소는 공무원이 정치적 중립을 지켜야 할 의무는 있으나 “공무원도 개인으로서 정치적 견해를 표현할 자유가 있기 때문에” 그들도 표현의 자유 보장으로부터 예외를 가질 수는 없다고 판결하였으며, 국가인권위원회도 이 결정에 동의하였다.<sup>55</sup>

#### 권고

100. 특별보고관은 공립학교 교사들이 학생의 견해와 의견 형성에 중요한 역할을 하고 있음을 인정하는 한편, 대한민국 정부가 교사들이 개인으로서 가지고 있는 표현의 자유에 관한 권리를, 특히 그와 같은 권리가 교육정책과 같은 공익적 사안과 관련 공무 외에 행사되는 경우, 보장할 것을 권고한다.

#### 경제적 사회적 문화적 권리위원회 최종견해 3차(E/C.12/KOR/CO/3, 2009.12.17.)

19. 위원회는 헌법에 따라 법률로써 정한 특정 공무원들만이 노동조합의 권리를 누릴 수 있음에 대한 위원회의 우려를 반복한다. 위원회는 공무원들과 교수들의 권리를 보장하는 한국정부의 조치에 대해 주목하지만 공립, 사립대학의 노조가 법률로 금지되어 있고, 2001년 결성된 전국 교수 노동조합이 허용되지 않고, 이는 규약의 8조와 정면으로 위반되고 있음을 우려한다.

위원회는 ILO 87호 결사의 자유 및 단결권보호에 대한 협약에 관련한 2001년 ILO 전문가 위원회에서 만든 의견에 부합하게, 한국정부는 공무원의 노조가입권리와 파업권에 부여된 제한을 철회하는 방향의 공무원법을 수정하기를 권고한다.

55 각주 25항의 동 권고 79조

20. 위원회는 주로 “영업방해”에 관한 형법 314조에 근거한 노사관계와 파업노동자에 대한 과도한 폭력사용에서의 빈번한 노동자의 기소에 대해서 유감을 표한다. 위원회는 노조 권리가 한국에서 적절하게 보장되지 않음에 다시 한 번 유감을 표한다. (제8조)

위원회는 강력하게 한국정부가 모든 사람들이 노조를 구성하고 가입할 권리, 노조를 통한 단체교섭권리를 보장하고, 체계적인 수단으로써 파업권을 제약시키는 “업무방해”죄 구절의 적용은 공공질서 유지를 위한 절대적으로 필요한 것을 넘어서는 것이다. 위원회는 또한 한국 정부가 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 ILO협약 87호(1948), 단결권 및 단체교섭권리 ILO 협약 98호(1949)를 비준 할 것을 권고한다.

#### 나. 교사 관련

교사의 권리와 관련해서는 종래 유엔 ‘자유권위원회(Human Rights Committee)’와 ‘경제적 사회적 문화적 권리 위원회(Committee on Economic, Social, and Cultural Rights)’가 결사의 자유와 관련해서 1995년,<sup>56</sup> 1999년,<sup>57</sup> 2001년<sup>58</sup> 등 여러 차례 권고해 왔지만, 교사의 정치·표현의 자유 행사와 관련해서는 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관 프랑크 라 튀가 매우 직접적이고 구체적으로 우려를 표명하고 권고를 한 바 있다.

특별보고관은 ‘전국교직원노동조합(이하 ‘전교조’)의 조합원들이 공공의 이익과 관련된 사안에 대한 평화적인 시국선언을 진행했다는 이유로 조사, 해고, 무급정직, 괴롭힘, 감시 등의 대상이 되어 왔다는 점에 심각한 우려를 표명하였고, 교사 역시 교육정책과 같은 공공의 이익과 관련된 사안이거나 업

56 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations: Republic of Korea, E/C.12/1995/3, 1995.6.7., <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3ce05d975587265fc12563e900352d44?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3ce05d975587265fc12563e900352d44?Opendocument)>.

57 Human Rights Committee, Concluding observations: Republic of Korea, CCPR/C/79/Add.114, 1999. 11.1., <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/8fd39f3c743d0f7b802568230033bc53?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/8fd39f3c743d0f7b802568230033bc53?Opendocument)>.

58 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations: Republic of Korea, E/C.12/1/Add.59, 2001.5.21., <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.59.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.59.En?Opendocument)>.

무 이외의 활동일 경우 의사표현의 자유를 행사할 권리가 있음을 분명하게 밝히고 있다. 그는 “교사는 국민이 일반적으로 누리는 모든 시민적 권리를 자유롭게 행사할 수 있어야 하며 공적 피선거권을 지닌다. ... 교사의 인성 발달, 교육서비스, 전체 사회를 위하여 교사의 사회적, 공적 생활 참여는 권장되어야 한다”라고 명시된 ‘교직원 권고 적용에 관한 ILO와 UNESCO의 전문가 위원회 공동 권고’<sup>59</sup> 제 80조를 인용하고 있다.

또한, 특별보고관은 공립학교 교사들이 학생의 견해와 의견 형성에 중요한 역할을 하고 있음을 인정하면서, 대한민국 정부가 교사들이 개인으로서 가지고 있는 표현의 자유에 관한 권리를 보장해야 한다고 말하면서, 특히 그와 같은 권리가 교육정책과 같은 공익적 사안과 관련 공무 외에 행사되는 경우에 이러한 권리가 보장되어야 한다고 권고하였다.

아울러 한국 국가인권위원회도 ‘2007~2011 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안’<sup>60</sup>에서 “대학교수의 정치활동은 허용되고 있지만, 초·중등 교사의 정치활동은 제한되어 있음”을 지적하고, “정치·경제·교육·문화 수준과 국제기준을 고려하여 국민의 의사를 최대한 반영할 수 있도록 참정권을 보장해야”한다고 하면서 “공무원의 정치활동을 과도하게 금지하는 법을 정비하여 공무원과 교사의 정치활동 일정 범위 확대”를 핵심 추진과제로 제시한 바 있다.

59 Joint ILO and UNESCO Recommendation by the Committee of Experts on the Application of Recommendations Concerning Teaching Personnel, 2008.9. <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_099841.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_099841.pdf)>.

60 국가인권위원회, 『국가인권정책기본계획 권고안: 2007~2011』, 2006. <[http://library.humanrights.go.kr/hermes/imgview/06\\_03.pdf](http://library.humanrights.go.kr/hermes/imgview/06_03.pdf)>. 국가인권정책기본계획(National Action Plan for the Promotion and Protection of Human Rights)은 한 나라의 중장기 인권정책 청사진으로서 국민의 인권보호 및 신장을 위한 범국가적인 기본정책으로 국가인권위원회가 NAP 권고안 주관기관으로 선정돼 작성하였다.

**경제적 사회적 문화적 권리위원회 최종견해 1차(E/C.12/1995/3, 1995.6.7.)**

**D. 가장 우려되는 분야**

8. (전략) 교사들이 높이 존경받는 한국의 문화적 전통을 인정한다 하더라도, 자신이 선택한 노조에 가입할 기본적 권리와 자유를 과도하게 제한하고 이를 옹호하고자 문화적 전통을 내세우는 것은 전혀 받아들일 수 없는 근거라고 판단한다.

**E. 제안과 권고**

17. 위원회는 노동조합 결성의 자유와 파업권과 관련한 법과 규정을 본 조약 및 기타 적용 가능한 국제규범에 일치하도록 즉각 개정할 것을 정부에 권고한다. 특히 교사와 공무원 및 기타 집단의 노동조합 결성권과 파업권을 보장하기 위한 조치가 시행되어야 한다.

**자유권위원회 최종견해 2차(CCPR/C/79/Add.114, 1999.11.1.)**

19. 위원회는 교사들의 노동조합 결성을 허가하고 공무원들이 작업장 협회를 결성하는 것을 허용하도록 한 법의 변화를 주목한다. 그럼에도 불구하고, 위원회는 교사와 기타 공무원의 결사의 자유에 관해 남아있는 제약들이 이 규약의 22조2항을 충족시키지 않는다는 점을 우려한다.

당사국은 대한민국 내 모든 사람들이 이 규약 22조 하의 권리들을 향유할 수 있도록 보장할 목적을 가지고, 공무원의 단결권에 관한 입법 계획을 지속해 나가야 한다.

**경제적 사회적 문화적 권리위원회 최종견해 2차(E/C.12/1/Add.59, 2001.5.21.)**

**D. 주요 우려사항**



19. 위원회는 교사들이 규약 8조의 권리(노조결성의 권리)를 합법적으로 향유할 수 있게 된 점에 주목한다. 그러나 규약 및 헌법 33조가 보장하고 있는 권리인 단체교섭 및 파업권이 교사들에게 허용되지 않고 있다는 점을 우려한다. 한국사회에서 교사에게 전통적으로 주어진 고결한 지위를 위원회가 인지한다고 해도, 위원회는 정부가 기본권의 실현을 방해하는 전통의 수호자로서의 역할을 하는 것은 부적절하다고 생각한다.

**프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서(A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.)**

**6. 공무원의 의사와 표현의 자유에 관한 권리**

76. 대한민국에서 공립학교 교사를 포함한 공무원은 국가공무원법에 따라 정치적 중립의 의무를 가지고 있어 자신의 의견을 표현하는 것이 금지되어있다. 특별보고관은 '전국교직원노동조합(전교조)의 조합원들이 공공의 이익과 관련된 사안에 대한 평화적인 시국 선언을 진행했다는 이유로 조사, 해고, 무급정직, 괴롭힘, 감시 등의 대상이 되어왔다는 점에 대해 심히 우려를 표명한다.

80. 특별보고관은 공무원은 관점 및 의견 형성에 중요한 역할을 맡고 있으며 이에 따라 객관적이고 공정해야 할 의무가 있음은 인정하지만, 공무원 또한 개인으로써의 의사 표현의 자유에 관한 권리를 지니고 있으며, 그러한 권리는 특히 교육정책과 같은 공공의 이익과 관련된 사안이거나 업무이외의 활동일 경우 의사표현의 자유를 행사할 권리가 있음을 밝힌다. 또한, '교직원 권고적용에 관한 ILO와 UNESCO의 전문가 위원회 공동 권고(Joint ILO and UNESCO Recommendation by the Committee of Experts on the Application of Recommendations Concerning Teaching Personnel)'에 의하면, 교사는 국민이 일반적으로 누리는 모든 시민적 권리를 자유롭게 행사할 수 있어야 하며 공적 피선거권을 지닌다. 또한, 이 권고에는 "교사의 인성 발달, 교육서비스, 전체 사회

를 위하여 교사의 사회적, 공적 생활 참여는 권장되어야 한다"고 명시되어 있다.<sup>61</sup> 나아가, 2008년 5월 29일 대한민국 헌법재판소는 공무원이 정치적 중립을 지켜야 할 의무는 있으나 "공무원도 개인으로서 정치적 견해를 표현할 자유가 있기 때문에" 그들도 표현의 자유 보장으로부터 예외를 가질 수는 없다고 판결하였으며, 국가인권위원회도 이 결정에 동의하였다.<sup>62</sup>

**권고**

100. 특별보고관은 공립학교 교사들이 학생의 견해와 의견 형성에 중요한 역할을 하고 있음을 인정하는 한편, 대한민국 정부가 교사들이 개인으로서 가지고 있는 표현의 자유에 관한 권리를, 특히 그와 같은 권리가 교육정책과 같은 공익적 사안과 관련 공무 외에 행사되는 경우, 보장할 것을 권고한다.

61 교직원 권고적용에 관한 ILO와 유네스코 전문가 위원회 공동 권고 제 80조.

62 각주 25항의 동 권고 79조.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 공무원

공무원의 표현의 자유와 관련하여 빼놓을 수 없는 것이 결사의 자유 문제이다. 헌법 제21조 제1항은 '모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다'고 명시하고 있음에도 한국 정부가 유엔 시민적·정치적 권리에 관한 규약을 비준하면서 제22조 '결사의 자유'를 유보하였다는 것은 어불성설이다. 유보의 이유 중 하나가 공무원의 노동조합 결성 등을 통한 단결권의 지나친 보장이 우려된다는 것인데, 이는 한국정부가 공무원노조 등 노동조합에 대해 노골적으로 적대감을 드러낸 것이며, 노동자들을 사회적 파트너가 아니라 국가를 위협하는 존재로 보고 있다는 것을 잘 보여준다. 그리고 그 연장선상에서 공무원 및 공무원노조의 다양한 활동과 정치적 의사표현에 대한 탄압이 이루어지고 있다. 아래 표에 언급된 최근의 사례들만 보더라도 한국에서 공무원의 정치·표현의 자유가 어떤 상황에 부닥쳐 있는지 어렵지 않게 짐작할 수 있다.

연월	사건	내용
2009.10	시국광고 '정권이 아닌 국민이 공무원이 되고 싶습니다'	간부16명 형사고발, 14명 검찰기소, 57명 징계처분 (위원장 포함 18명 파면해임)
2009.10	민주회복.민생살리기 범국민 대회	
2009.12	'국민의 공무원이 되겠습니다' 신문전단지 배포 및 노동자대회 참가 관련 조합 사무실 압수수색 및 기소, 징계	임원5명 기소 및 간부60명 징계
2010 ~현재	공무원노조 홈페이지 단속강화 및 홈페이지 접속차단	인터넷상에서의 복무규정, 정치적 중립의무를 어긴 공무원 형사처벌 가능토록 복무규정 개악
2009.10	민중의례 및 입을 위한 행진곡 금지	통합노조 전 집행위원장 중징계
2009.11	공무원복무규정 개악 및 선관위 공무원규칙 신설	국가 및 지방정부 정책 금지, 선관위규칙신설 통해 노동조합활동을 정치활동으로 규정 강제탈퇴징용 및 노조활동방해 지부 사무처장 해임 및 정직 3월 추진, 현재 행정소송 승소로 복직하였고 정직3월에 대한 행정소송 진행 중

2009.12	조합비 원천공제 기준강화	원천공제위해 1년 단위 동의서 제출 등을 골자로 '공무원 보수규정'개정
2009.9	총투표 방해 및 노조활동 탄압	총투표선전활동 이유로 29명 징계의결 요구 4명 징계확정 울산남구 임원선거 홍보관련 7명 수사진행, 2명 기소 기타 노조활동 이유로 3명 징계 확정
2009.10 ~현재	공무원노사 불법관행 해소 추진 지침 시행	'10.2시행, 기관별 자체 근절체계 확립추진 후 행안부 일제 점검, 기관별 불법관행해소추진단 구성, 미흡기관은 불이익 부여, 공무원 노사불법관행 신고센터 설치·운영
2010	공무원관련 법률 개악안 발의	국회 국정감사 과정, 일부 의원 전임자·해고자 문제 및 공무원 정치중립, 상급단체 가입금지 문제 전면제기 → 공무원노조법 및 공무원법 개악안 발의
2009.10	구전공노 설립신고 취소 및 사무실폐쇄	고용노동부, 해고자 간부활동 이유로 구전공노 설립취소 행안부, 대정부교섭권배제, 53개지부 사무실폐쇄, 기관별 단체교섭 중지 및 기 단협 해지, 조합비 원천공제금지, 전임자 업무복귀 조치 등
2009.12 2010.2 2010.3	통합 공무원노조 설립신고 반려	신고제인 설립신고방식을 무시하고 고용노동부 월권으로 설립신고 3차례 반려 *고용노동부의 반려사유 - 민주노총을 상급조직으로 결정한 것 - 6급 공무원 및 해고자조합원 자격문제 - '정치지위 향상' 및 '조국의 평화통일'이라는 강령
2010.3	노조출범식 방해 및 노조행사불허	3.20 노조출범 8주년행사 방해는 물론 임원 5명 본부장 13명 배제징계, 3.25 소위 전공노 불법단체규정 관련하여 노조헌판제거, 현수막 벽보 게첨금지, 각종 회의 비릇 일상적 노조활동 및 행사금지
2010.4	행안부, 노조활동 추가 징계처분 및 기관경고/교부세삭감	행안부, 노조활동관련 실태점검 실시하여 기관경고 및 조합간부에 대한 중징계 조치, 노조탄압에 앞장선 자치단체장과 관계자에 대해 표창과 인센티브 지급
2010.5	광주민주화 운동 30주년기념행사 방해	각급기관 사전 참가예상자 명단 취합 및 5.18기념대회 관련 기관별 2인 1조 350명 규모 불법채증단 편성 후 징계
2011.7/11	국가인권위원회 지부 부지부장 해고 및 1인시위 참가자 징계	현병철 국가인권위원장의 비민주적운영과 관련한 내부비판이유로 부지부장 계약해지 및 항의 1인시위·기고 진행한 조합원 11명에 대해 공무원법 의무규정 일부위반으로 정직 및 감봉징계, 행정소송 진행 중
2010.1 2011.6	민주노동당 소액후원 조합원 형사 기소	1차: '10 불법 해킹으로 입수한 자료를 근거로 공무원법, 정당법, 정치자금법위반으로 교사 183명 포함한 공무원 273명 검찰기소, 1심 정치자금법위반만 인정되어 벌금 30~50만원 판결 2심 진행 중 2차: '11.6 지검에서 1차와 동일한 이유로 교사 1,352명 포함한 공무원 1,647명 기소, 재판 진행 중

## 2. 교사

1985년 5.10 교육민주화 선언 이래 교사들의 시국선언은 여러 차례 있었다. 전두환, 노태우 독재정권 시절에 교사들의 시국선언은 당국으로부터 극심한 탄압을 받았다. 그러나 전교조 건설 투쟁을 거쳐 전교조 해직교사들이 복직을 이룬 후인 문민정부 이후부터는 시국선언을 하였다고 교사들이 탄압을 받는 경우는 찾아보기 어렵다. 2004년 총선 당시에 선거 국면에서 행한 시국선언이 특정 정당을 지지한 것이라 하여 교원의 정치활동 금지를 위반한 혐의로 유죄판결 받은 경우가 유일한 예외다.<sup>63</sup> 따라서 사회적 정치적 현안에 대해 교사가 의사를 표현할 자유는 이미 역사적으로 명확히 확립되어 있었던 것이다.

2009년, 현 정부와 교육당국에 의하여 초래된 민주주의, 교육의 위기에 대하여 우려를 표명하고 이에 대한 시정을 촉구하는 내용의 시국선언은 그 목적이 공익을 위한 것으로 인정될 수 있다. 위법한 명령에 따르지 않았다는 이유로 교원들의 시국선언을 탄압하는 것은 정부 당국의 명령을 법과 헌법 위에 올려놓는 독재적인 발상이 아닐 수 없다.

헌법이 표현의 자유를 보장하고 있음에도 불구하고 시국선언을 빌미로 검찰은 전교조를 압수수색하여 정치적 시국사건을 만들어냈다. 전교조는 시국선언 관련한 모든 자료를 공개했고, 검찰수사에 성실히 응했음에도, 검찰은 무리한 압수수색을 진행했다. 이는 전교조가 합법 단체로 출범한 이후 초유의 사건이며, 더 큰 문제는 압수수색 영장에도 기재되지 않았고 시국선언과 아무런 관련 없는 전교조 서버를 통째로 가져갔다는 점이다.

압수수색은 관련 사건에 대한 자료만을 가지고 가거나 복사해 가는 것이 일반적이다. 그런데 시국선언이 2009년 이후의 일이었음에도 압수수색 과정에서 이전의 모든 자료를 통째로 가져가 버린 것이다. 검찰은 압수수색 시 서버 복사를 위한 어떤 준비도 해오지 않았고, 전교조는 관련 부분을 복사해 주거나 장비를 빌려 주겠다고까지 제안했으나, 검찰은 서버를 통째로 들고 가 버렸다. 그리고 2010년 6월 지방 선거를 불과 몇 주일 앞둔 시점에 189명의 교사를 무더기로 기소했다. 2010년 11월 서울중앙지방법원은 교사들의 정당 가입 혐의에 대해서는 정당에 가입한 사실이 없다며 전원 무죄 또는 면소 판결을 내렸으며, 다만 월 5천 원~1만 원 정도의 소액을 정당에 후원하였다는 혐의에 대해서는 일

부 유죄를 인정하여 벌금 30~50만 원 형을 선고하여, 사실상 무죄 판결을 내린 것이나 다름없다. 법원은 검찰이 주장한 정당 가입 혐의를 단 한 건도 인정하지 않았지만, 그럼에도 불구하고 검찰은 반성은커녕 오히려 수사 대상을 2천 명에 가까운 인원으로 확대하였다. 정치적 목적으로 이루어지는 수사라고 볼 수밖에 없는 대목이다.

## IV. 개선방안: 정책과제

대한민국 헌법 제7조 제2항은 '공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다'고 명시하고 있다. 또한 헌법 제10조(인간의 존엄성과 기본인권 보장), 제11조 1항(국민의 평등), 제21조 제1항과 제2항(언론·출판·집회·결사의 자유 등), 제24조(선거권), 제25조(공무담임권), 제33조 제1항(노동자의 단결권 등), 제37조 제1항(국민의 자유와 권리의 존중) 등에서 규정하고 있듯이, 모든 국민은 제21조 제4항(언론·출판에 의한 피해보상)과 제37조 제2항(국민의 자유와 권리의 제한)에서 정한 조건을 제외한 모든 상황 하에서 기본권을 보장받고 있다.

헌법에 보장된 공무원과 교사의 정치·표현의 자유는 국제노동기구 협약(LO Convention 151, Article 9)을 통해서 국제적으로도 인정되고 있으며, 공무원과 교사 역시 공무원이기 이전에 국민으로서, 타인의 자유와 권리를 침해하지 않고 공공복리, 사회질서, 국가안보에 위해를 가하지 않는 범위 내에서의 정치·표현의 자유권을 향유할 수 있어야 한다. 따라서 국가(지방)공무원법, 국가공무원복무규정 및 선거관리위원회 복무규칙을 통해 업무수행과 관계없이 공무원·교사의 정치·표현의 자유가 원천적으로 봉쇄되고 있는 현실은 개선되어야 한다. 나아가 한국정부가 국제노동기구, 유엔, 경제협력개발기구, G20의 회원국으로서 의무를 다하기 위해서는 국제노동기구 핵심협약(87호-단결권, 98호-단체교섭권)을 비준하고 유엔 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 중 제22조 결사의 자유에 대한 유보를 철회해야 함은 물론 다음과 같은 법·제도를 신속히 정비해야 한다.

63 대법원 2006.5.12, 2005도4513 판결.

## 1. 표현의 자유 전제조건으로서 노동기본권 제한 철폐

### 가. 노동조합 및 노동관계조정법 개정 적용을 통한 노동기본권 보장<sup>64</sup>

현행 공무원노조법은 가입범위(공무원노조법 제6조 가입범위)를 과도하게 제한하고 파업·태업·기타 업무의 정상적 운영을 저해하는 행위를 전면금지(공무원노조법 제11조 쟁위행위의 금지<sup>65</sup>)하여 단체행동권을 전면부정하고 있으며 또한 단체교섭권 역시 교섭범위의 지나친 제한(제8조 교섭 및 체결 권한 ① 단서조항<sup>66</sup>, 제10조 단체협약의 효력<sup>67</sup>)으로 인해 사실상 유명무실한 상태이다. 또한 2009년 이후 고용노동부는 공무원노조법 제6조 가입범위<sup>68</sup> 조항을 적용하여 6급 조합원 및 해직자의 조합원 자격을 문제 삼아 전국공무원노동조합의 설립신고를 2차례 반려하고 1차례 보완요구를 하면서 노동조합의 자주적 단결권을 불인정하여 현재까지 전국공무원노동조합은 법외노조로 남아있는 상태이다. 이를 위해서는 입법예고중인 노동조합 및 노동관계조정법 제5조 단서를 삭제하고 현행 공무원(교원)노조법을 폐지하여 단결권의 범위나 단결 방법 등은 노동조합이 자주적으로 결정할 내용이거나 운영할 사항이기에 굳이 규제할 필요가 없다. 또한 이를 개선하기 위해서는 공무원노조법을 전면 폐기하고 노동조합 및 노동관계조정법을 다음과 같이 개정하여 가입범위 제한축소 및 행정기관의 재량권 축소를 통한 노동조합의 법적지위, 단체행동권 및 단체교섭권을 보장 받아야 할 것이다.

첫째, 노동조합 및 노동관계조정법 제5조에 명시되어있는 자유설립주의 원칙에 따라 노동조합 설립에 관한 행정기관의 기능을 제출된 설립신고서, 규약의 기재사항 누락여부 검토 등 단순 접수 기능으로 한정하고, 해당 행정기관은 설립신고서 접수 즉시 설립 필증을 교부하고 반려제도를 폐지하여야 한다.

둘째, 노동조합의 조합원 자격은 해당 노동조합이 자체 규약·규정을 통해 정할 문제이므로 해당관청

은 조합원 자격여부 심사와 관련하여서는 권한을 행사할 수 없도록 개정해야 할 것이다.

셋째, 설립된 노동조합의 지위를 해당 행정기관이 일방적으로 박탈하는 통보처분제도를 폐지해야 하고, 박탈의 근거가 부당할 경우 노동조합이 이를 다룰 수 있는 제도가 마련되어야 할 것이다.

넷째, 현행 공무원·교원노조법을 폐지하고 단결권의 범위나 단결방법 등을 제한하고 있는 규정은 노동조합이 자주적으로 정하거나 운영해야 할 사항이므로 굳이 공무원·교원노조법으로 규제할 필요가 없이 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호에 의거 노동조합 가입제한을 '사용자 및 사업주의 이익을 대표하여 행동하는 자'로 한정하여 노동조합 가입제한을 축소해야 한다.

다섯째, 단체행동권 제한의 원칙은 인적안전을 위한 안전보호시설과 물적안전을 위한 보안작업의 경우는 쟁위 행위 중이라도 중단되어서는 안 된다는 점에 대하여는 어느 정도 인정되므로 적절한 조정이 필요하다 할 것이다. 하지만 현행 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의 2~6은 '필수유지업무에 대한 쟁위행위 제한' 등의 조항을 통해 필수유지업무적용의 남발로 공공부문노동자들의 단체행동권을 과도하게 제한하고 있는 바 필수유지업무 관련 조항을 삭제하고 공무원·교사의 '직무의 공공성'은 있다하더라도 쟁의권 제한 필요성 정도는 공무원·교사의 경우라도 다른 공익사업의 경우와 질적으로 달라지는 것이 아니므로, 제7조 '공익사업의 범위'안에 '공무원의 대국민 서비스 사업'과 '교원의 학생들에 대한 교육사업'으로 포함시키고, 제7조 2 '공익사업에서의 최소유지업무'신설을 통해 '국민의 전부 또는 일부의 생명 신체의 안전 또는 건강을 현저히 위태롭게 하고 그 대체가 용이하지 아니할 경우'로 제한하도록 하면 기존 필수유지업무로 포함되었던 공공부문뿐 아니라 공무원·교사의 일정한 단체행동권의 보장은 가능할 것이다.

여섯째, 창구단일화 및 교섭범위의 지나친 제한을 없애고 단체교섭권의 보장을 위해서는 단체협약과 법령·조례 및 예산과의 효력관계가 증대하고 이를 반영하지 못할 경우 단체협약이 효력을 발생하지 못하고 무용지물이 되므로 헌법이 보장한 단결권과 단체교섭권은 무력화될 것이므로 ▲단체협약보다 불리한 기준이 법률조례나 예산에 규정되어 있는 경우에는 정부에게 체결된 단체협약의 내용에 따른 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정된 기준을 당해 단체협약에 정한 기준에 합치하도록 법률안 개정 또는 예산안을 편성·작성하여 국회에 제출할 의무를 부과하고 ▲행정명령인 경우에는 단체협약의 내용이 우선함을 명시적으로 규정하도록 하여야 한다.

64 개정안 세부내용은 「첨부」 1. 참조

65 노동조합과 그 조합원은 파업·태업 또는 그 밖의 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다.

66 다만, 법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.

67 ① 제9조에 따라 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의하여 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다. ② 정부교섭대표는 제1항에 따라 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 내용에 대하여는 그 내용이 이행될 수 있도록 성실하게 노력하여야 한다.

68 6급 이하 일반직 공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직 공무원의 가입은 허용하고 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원등은 가입을 금지하고 있음. 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원 대부분은 6급 일반직 공무원에 해당하는 바 사실상 6급 공무원의 가입은 금지된다.

일곱째, 정치활동 또한 일반 노동자와 동일하게 보장하고 다만 지위를 이용하여 선거에 개입하는 등의 행위는 선거법 등 개별 법률에 의하여 제한하여야 할 것이다.

#### 나. '노동조합관련 해직 및 징계처분을 받은 공무원의 복권에 관한 특별법' 제정

노동조합 설립·가입 등과 관련된 활동 중 해직 및 징계처분을 받은 공무원에 대한 사면·복권이 이루어지지 않고 있다. 이로 인해 노동조합 활동이 위축되고 공직사회 민주화에 역행하고 있을 뿐 아니라, 피해공무원들의 해직기간 장기화로 피해자 본인은 물론 가족들의 명예와 인권이 침해되고 있다. 이를 해결하기 위해서는 노동조합 설립·가입 등과 관련된 활동 중 해직되거나 징계처분을 받은 공무원의 복권과 명예회복을 위한 특별법 제정이 필요하다. 이를 위하여 2009년 12월 21일 민주당 홍영표 의원이 제출하여 현재 국회행정안전위원회에 상정되어 있는 '노동조합관련 해직 및 징계처분을 받은 공무원의 복권에 관한 특별법안'은 조속히 처리되어야 한다.

## 2. 공무원·교사의 정치 표현의 자유를 침해하는 국가공무원법 및 관련 법령 개정

### 가. 국가공무원법 개정<sup>69</sup>

국가공무원법상 '성실·복종·품위 유지의 의무 및 정치운동·집단행동 금지' 조항이 남용되면서, 이 조항이 공무원들의 정치·표현의 자유를 제한하고 공무원에 대한 통제를 강화하는 법적 근거가 되고 있다. 이 조항은 공무원에게 의무를 부과하는 식의 과도한 통제가 아니라, 공무원의 기본권 보장을 통해 공공성을 제고하는 것으로 수정되어야 하며, 그 구체적인 과제는 다음과 같다.

첫째, 의무조항 중 공무원의 기본권을 과도하게 제한하는 근거가 되는 조항들, 즉 제56조(성실의무), 제58조(직장이탈 금지), 제62조(외국정부의 영예 등을 받을 경우), 제63조(품위유지의 의무)와 공무원의 집단적 행동을 일체 금지하는 제66조는 당연히 삭제되어야 한다.

둘째, 복종의무를 규정한 제57조는 정당한 명령에 대해서는 복종할 의무를 규정하되 정당하지 않

은 명령에 대해서는 거부할 권리를 명시하는 것으로 개정되어야 한다.

셋째, 제59조의 친절·공정의 의무는 공정의 의무로 개정되어야 한다.

넷째, 공무원의 정치기본권 향유를 전면적으로 부정하는 제65조(정치운동의 금지)는 지위를 이용한 선거운동의 제한만을 남겨두고 모두 삭제하여야 한다.

다섯째, 공무원복무에 관한 위임규정은 지나치게 포괄적이므로 '공무원에게 불이익을 초래하지 않는 범위 내에서' 위임하는 것으로 제한함으로써 공무원의 기본권을 보장하는 방향으로 개정되어야 한다.

### 나. 국가공무원 복무규정 개정<sup>70</sup>

첫째, "직무수행과 관계없이" 정부정책에 대해 비판하는 것을 금지함으로써 공무원의 정치·표현의 자유를 원천적으로 봉쇄하고 국민의 표현의 자유를 심각하게 침해하고 있는 「국가공무원 복무규정」 제3조 제2항은 삭제되어야 한다.

둘째, 품위유지를 위한 복장 단정을 규정하고 "근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시하거나 상징하는 복장 또는 관련 물품의 착용"을 금지함으로써 노조활동 차원에서 이루어지는 단결권 행사를 침해할 뿐 아니라 공무원들의 소극적인 의사·표현의 자유까지 봉쇄하고 있는 제8조의2 역시 전술한 국가공무원법 개정에 따라 삭제되어야 한다.

셋째, 공무원의 정치운동 금지를 규정한 국가공무원법 제65조의 개정방향과 맞추어 「국가공무원 복무규정」 제27조 역시 삭제되거나 규제되는 정치행위를 '그 지위를 이용하여' 하는 경우로 제한하여야 한다.

### 다. 선거관리위원회공무원규칙 개정<sup>71</sup>

「선거관리위원회 공무원 규칙」 제233조는 국가공무원법 제65조에서 금지되지 않는 행위까지 금지하고 있는데, 이는 행정공무원들에 의하여 제정된 규칙으로 공무원의 기본권을 제한하고 있는 것이다. 이는 위임입법의 한계를 벗어난 것이며, 역시 국가공무원법 제65조의 개정방향과 맞추어 정치기본권을 보장하는 방향으로 개정이 필요하다.

69 개정안 세부내용은 첨부 1 참조.

70 개정안 세부내용은 첨부 2 참조.

71 개정안 세부내용은 첨부 3 참조.

### 3. 공무원과 교사의 정치활동의 자유를 포괄적으로 금지하는 정치관계법의 개정

헌법 제7조 제2항에서 말하는 공무원의 신분보장과 정치적 중립성 보장은 공무원이 국민 전체의 봉사자로서의 임무를 제대로 수행할 수 있도록 외부의 정치적인 강압으로부터 보호하겠다는 것을 취지로 하는 것이므로, 이를 근거로 공무원의 표현의 자유를 전면적으로 제한하는 것은 허용될 수 없다. 따라서 '정치운동의 금지'라는 표제 하에 공무원의 정치적 활동을 포괄적으로 제한하고, 선거권 이외의 일체의 정치기본권을 부정하고 있는 정당법, 정치자금법 및 공직선거법의 관련 규정은 삭제되거나 대폭 수정되어야 한다.

첫째, 하위직인 공무원의 정당가입의 자유는 엄격히 제한하고 상대적으로 고위직인 공무원의 자유만 인정하는 정당법<sup>72</sup> 제22조는 일반 공무원의 활발한 정당가입 및 활동의 자유를 보장하는 방향으로 개선되어야 한다.

둘째, 정당법의 개정으로 공무원이 당원이 될 수 있게 되면 정치자금 규제의 상당 부분은 해소되지만, 그럼에도 불구하고 일반인과는 달리 공무원에 대한 연간 기부 액수를 제한하는 규정은 삭제되어야 하고, 노동조합을 포함하는 비영리단체의 후원금 모금이 가능하도록 현행 정치자금법<sup>73</sup>의 제6조, 11조, 12조 각 1호에 중앙당(중앙당창당준비위원회)를 신설 또는 추가하고, 제8조의 경우 ①항을 '국회의원 선거권이 있는 자는 다른 법령에도 불구하고 누구든지 자유의사로 하나 또는 둘 이상의 후원회의 회원이 될 수 있다'로 개정해야 한다.

셋째, 공직선거법<sup>74</sup> 역시 공무원의 정치·표현의 자유를 최대한 보장할 수 있도록 개정되어야 한다. 예컨대, 헌법의 공무원의 정치적 중립성 보장을 공무원의 중립의무로 바꿔 놓고 있는 공직선거법 제9조 중 제1항은 국가공무원법에 이미 규정되어 있는 내용이므로 삭제하고, 조항의 제목 자체를 공무원의 중립의무가 아니라 '수사기관의 신속한 조사의무'로 변경하여야 한다. 또한 정당의 당원이 될 수 있는 공무원에게는 선거운동의 자유가 보장되도록 하여야 하고(제60조 제4호 단서), 공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위 금지를 규정한 제86조는 공무원이 '그 지위를 이용하여' 하는 경우에 한하도록 그 범위를 대폭 제한하여야 한다.

72 개정안 세부내용은 첨부 4 참조.

73 개정안 세부내용은 첨부 5 참조.

74 개정안 세부내용은 첨부 6 참조.

[첨부 1] 국가공무원법 개정안<sup>75</sup>

현행	개정안
제56조(성실의무) 모든 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 한다.	삭제
제57조(복종의 의무) 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 한다.	제57조(복종의 의무) ① 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 정당한 직무상 명령에만 복종하여야 한다. ② 정당하지 않은 명령일 경우 거부할 수 있다.(신설)
제58조(직장 이탈 금지) ·공무원은 소속상관의 허가 또는 정당한 사유가 없으면 직장을 이탈하지 못한다. ·수사기관이 공무원을 구속하려면 그 소속기관의 장에게 미리 통보하여야 한다. 다만, 현행법은 그러하지 아니하다	삭제
제59조(친절·공정의 의무) 공무원은 국민전체의 봉사자로서 친절하고 공정하게 직무를 수행하여야 한다.	제59조(공정의 의무) 공무원은 공정하게 직무를 수행하여야 한다.
제62조(외국정부의 영예 등을 받을 경우) 공무원이 외국 정부로부터 영예나 증여를 받을 경우에는 대통령의 허가를 받아야 한다.	삭제
제63조(품위유지의 의무) 공무원은 직무의 내외를 불문하고 그 품위가 손상되는 행위를 하여서는 아니 된다.	삭제

75 개정안 발의된 적 없음.

현행	개정안
<p>제65조(정치운동의 금지)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.</li> <li>•공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.</li> <li>•공무원은 다른 공무원에게 제1항과 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나, 정치적 행위에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니 된다.</li> <li>•제3항 외에 정치적 행위의 금지에 관한 한계는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.</li> </ul>	<p>제65조(정치운동의 금지) → 삭제</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•공무원은 선거에서 그 지위를 이용하여 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.</li> <li>(1.~5. 항목은 유지)</li> <li>•공무원은 다른 공무원에게 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나, 이에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니 된다.</li> </ul> <p>•삭제</p>
<p>제66조(집단행위의 금지)</p> <p>① 공무원은 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.</p> <p>②~③생략</p>	<p>삭제</p>
<p>제67호(위임규정)</p> <p>공무원의 복무에 관하여 필요한 사항은 이 법에 규정한 것 외에는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.</p>	<p>제67조(위임규정)</p> <p>이 법에 규정한 것 이외에 공무원의 복무에 관하여 필요한 사항은 공무원에게 중대한 불이익을 초래하지 않는 범위 내에서 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정할 수 있다.</p>

[첨부 2] 국가공무원복무규정 개정 안<sup>76</sup>

현행	개정안
<p>제3조(근무기강의 확립)</p> <p>① 공무원은 법령과 직무상 명령을 준수하여 근무기강을 확립하고 질서를 존중하여야 한다.</p> <p>② 공무원(국가공무원법 제3조제3항의 공무원의 범위에 관한 규정,에 따른 공무원은 제외한다)은 집단·연명(連名)으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가정책의 수립·집행을 방해해서는 아니 된다.</p>	<p>① 현행 유지</p> <p>② 삭제</p>
<p>제8조의2(복장 및 복제 등)</p> <p>① 공무원은 근무 중 그 품위를 유지할 수 있는 단정한 복장을 하여야 한다.</p> <p>② 공무원은 직무를 수행할 때 제3조에 따른 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시하거나 상징하는 복장 또는 관련 물품을 착용해서는 아니 된다.</p> <p>③ 특수한 직무에 종사하는 공무원의 제복 착용에 필요한 사항은 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 중앙행정기관의 장이 정한다.</p> <p>④ 공무원 신분증의 발급과 휴대 등에 필요한 사항은 행정안전부령으로 정한다.</p>	<p>① 삭제</p> <p>② 삭제</p> <p>③ 현행 유지</p> <p>④ 현행 유지</p>
<p>제27조(정치적 행위)</p> <p>① 법 제65조의 정치적 행위는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정치적 목적을 가진 것을 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 정당의 조직, 조직의 확장, 그 밖에 그 목적 달성을 위한 것</li> <li>2. 특정 정당 또는 정치단체를 지지하거나 반대하는 것</li> <li>3. 법률에 따른 공직선거에서 특정 후보자를 당선하게 하거나 낙선하게 하기 위한 것</li> </ol> <p>② 제1항에 규정된 정치적 행위의 한계는 제1항에 따른 정치적 목적을 가지고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 시위운동을 기획·조직·지휘하거나 이에 참가하거나 원조하는 행위</li> <li>2. 정당이나 그 밖의 정치단체의 기관지인 신문과 간행물을 발행·편집·배부하거나 이와 같은 행위를 원조하거나 방해하는 행위</li> <li>3. 특정 정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하거나 공직선거에서 특정 후보자를 지지 또는 반대하는 의견을 집회나 그 밖에 여럿이 모인 장소에서 발표하거나 문서·도서·신문 또는 그 밖의 간행물에 실는 행위</li> <li>4. 정당이나 그 밖의 정치단체의 표지로 사용되는 기(旗)·완장·복식 등을 제작·배부·착용하거나 착용을 권유 또는 방해하는 행위</li> <li>5. 그 밖에 어떠한 명목으로든 금전이나 물질로 특정 정당 또는 정치단체를 지지하거나 반대하는 행위</li> </ol>	<p>공무원법 제65조가 개정되면 자동으로 그에 따라 개정되는 것으로 보고있음 (‘그 지위를 이용하여’라는 문구삽입 등)</p>

76 개정안 발의된 적 없음.

[첨부 3] 선거관리위원회공무원규칙 개정안<sup>77</sup>

현행	개정안
제233조(정치적 행위) ① 법 제65조의 규정에 있어서의 정치적 행위는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정치적 목적을 가진 것을 말한다. <개정 2007.12.5> 1. 정당의 조직·조직의 확장 기타 그 목적달성을 위한 것 2. 특정정당이나 정치단체를 지지 또는 반대하는 것 3. 법률에 의한 공직선거에 있어서 특정의 후보자를 당선하게 하거나 낙선하게 하기 위한 것	①항 유지
② 제1항에 규정된 정치적 행위의 한계는 전항의 규정에 의한 정치적 목적을 가지고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함을 말한다. <개정 2007.12.5> 1. 시위운동을 기획·조직·지휘하거나 이에 참가 또는 원조하는 것 2. 정당 기타 정치단체의 기관지인 신문 및 간행물을 발행·편집·배부하거나 이와 같은 행위를 원조하거나 방해하는 것 3. 특정정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하거나 공직선거에 있어서 특정 후보자를 지지 또는 반대하는 의견을 집회 기타 다수인이 모인 장소에서 발표하거나 문서·도서·신문 기타의 간행물에 게재하는 것 4. 정당 기타 정치단체의 표지로 사용되는 기·완장·복식등을 제작 또는 배부하거나 이를 착용·착용권유 또는 착용을 방해하는 행위등 기타 명목 여하를 불문하고 금전 또는 물질로 특정정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하는 것	②항 유지
③ 제1항 및 제2항 외에 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것은 법 제65조제4항에 따른 금지되는 정치적 행위에 해당된다. <신설 2009.11.20> 1. 최근 5년간 공직선거(교육의원선거 및 교육감선거를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)에 있어 특정 정당이나 후보자(후보자가 되려는 자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)를 지지·반대한 단체에 가입하는 행위 2. 공직선거에 있어 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하거나 할 것을 표방한 단체에 가입하는 행위 3. 정당을 설립할 것을 표방하거나 특정 정당 또는 후보자와 정책·선거 연대를 하는 등 정치적으로 중립적이지 아니한 단체에 가입하는 행위 4. 제1호부터 제3호까지 해당하는 단체의 조직 및 활동에 관여하거나 그 단체의 운영·활동에 필요한 재원을 제공하는 행위 5. 제1호부터 제3호까지의 단체에 이미 가입되어 있거나, 가입되어 있는 단체가 제1호부터 제3호까지의 단체에 해당하게 된 때에 지체없이 그 단체에서 탈퇴하지 아니하는 행위	삭제

77 개정안 발의된 적 없음.

[첨부 4] 정당법 개정안<sup>78</sup>

현행	개정안
제22조(발기인 및 당원의 자격) ① 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.  1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분) 또는 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회의원의 보좌관·비서관·비서, 국회 교섭단체의 정책연구위원과 「고등교육법」 제14조(교직원의 구분)제1항·제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사인 교원을 제외한다. 2. 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사를 제외한 사립학교의 교원 3. 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자	제22조(발기인 및 당원의 자격) ① 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 선관위 공무원, 국정원공무원, 법관, 수사공무원 등에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.  (1~3호 삭제)  ② (현행과 같음)
② (생략)	

78 제18대 국회 발의 (권영길, 백원우 의원).



[첨부 5] 정치자금법 개정안<sup>79</sup>

현행	개정안
<p>제6조(후원회지정권자) 다음 각 호에 해당하는 자(이하 "후원회지정권자"라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.</p> <p>2. ~ 6. (생략)</p>	<p>삭제</p>
<p>제8조(후원회의 회원) ① 누구든지 자유의사로 하나 또는 둘 이상의 후원회의 회원이 될 수 있다. 다만, 제31조(기부의 제한)제1항의 규정에 의하여 기부를 할 수 없는 자와 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 자는 그러하지 아니하다.</p> <p>② ~ ⑤ (생략)</p>	<p>제8조(후원회의 회원) ① 국회의원 선거권이 있는 자는 다른법령에도 불구하고 누구든지 자유의사로 하나 또는 둘 이상의 후원회의 회원이 될 수 있다. ② ~ ⑤ (현행과 같음)</p>
<p>제11조(후원인의 기부한도 등) ① 후원인이 후원회에 기부할 수 있는 후원금은 연간 2천만원을 초과할 수 없다. ② 후원인이 하나의 후원회에 연간(대통령후보자등·대통령선거경선후보자·당대표경선후보자·국회의원후보자등 및 지방자치단체장후보자의 후원회의 경우에는 당해 후원회를 둘 수 있는 기간을 말한다. 이하 같다) 기부할 수 있는 한도액은 다음 각 호와 같다.&lt;개정 2008.2.29, 2010.1.25&gt;</p> <p>1. 대통령후보자등·대통령선거경선후보자의 후원회에는 각각 1천만원(후원회지정권자가 동일인인 대통령후보자등후원회에는 합하여 1천만원) 2. 제1호 외의 후원회에는 각각 500만원(후원회지정권자가 동일인인 국회의원후보자등후원회와 국회의원후원회는 합하여 500만원)</p> <p>③ 후원인은 1회 10만원 이하, 연간 120만원 이하의 후원금은 이를 익명으로 기부할 수 있다. ④ 후원회의 회계책임자는 제3항의 규정에 의한 익명기부한도액을 초과하거나 타인의 명의 또는 가명으로 후원금을 기부받은 경우 그 초과분 또는 타인의 명이나 가명으로 기부받은 금액은 국고에 귀속시켜야 한다. 이 경우 국고귀속절차에 관하여는 제4조(당비)제3항 및 제4항의 규정을 준용한다. ⑤ 후원회의 회원은 연간 1만원 또는 그에 상당하는 가액 이상의 후원금을 기부하여야 한다. ⑥ 후원인의 기부방법 그 밖에 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.</p>	<p>제11조(후원인의 기부한도 등) ① ~ ② (현행과 동일)</p> <p>1. 중앙당·대통령후보자등 대통령선거경선후보자의 후원회에는 각각 1천만원 (후원회지정권자가 동일인인 대통령후보자 등 후원회에는 합하여 1천만원)</p>

현행	개정안
<p>제12조(후원회의 모금·기부한도) ① 후원회가 연간 모금할 수 있는 한도액(이하 "연간 모금한도액"이라 하고, 전년도 이월금을 포함하지 아니한다)은 다음 각 호와 같다. 다만, 신용카드·예금계좌·전화 또는 인터넷전자결제시스템 등에 의한 모금으로 부득이하게 연간 모금한도액을 초과하게 된 때에는 그러하지 아니하되, 그 이후에는 후원금을 모금할 수 없다.&lt;개정 2006.3.2, 2008.2.29, 2010.1.25&gt;</p> <p>1. 삭제&lt;2008.2.29&gt; 2. 삭제&lt;2008.2.29&gt; 3. 대통령후보자등후원회·대통령선거경선후보자후원회는 각각 선거비용제한액의 100분의 5에 해당하는 금액(후원회지정권자가 동일인인 대통령후보자등후원회는 합하여 선거비용제한액의 100분의 5에 해당하는 금액) 4. 국회의원·국회의원후보자등 및 당대표경선후보자의 후원회는 각각 1억5천만원(후원회지정권자가 동일인인 국회의원후보자등후원회는 합하여 1억5천만원) 5. 지방자치단체장후보자후원회는 선거비용제한액의 100분의 50에 해당하는 금액</p> <p>② 후원회가 해당 후원회지정권자에게 연간 기부할 수 있는 한도액(이하 "연간 기부한도액"이라 한다)은 제1항의 규정에 의한 연간 모금한도액과 같은 금액으로 한다. 다만, 부득이하게 해당 연도(대통령후보자등·대통령선거경선후보자·당대표경선후보자·국회의원후보자등 및 지방자치단체장후보자의 후원회는 해당 후원회를 둘 수 있는 기간을 말한다)에 후원회지정권자에게 기부하지 못한 때에는 제40조(회계보고)제1항에 따른 회계보고 [국회의원후원회는 12월 31일 현재의 회계보고를, 후원회가 해산한 때에는 제40조(회계보고)제2항에 따른 회계보고를 말한다]를 하는 때까지 기부할 수 있다.&lt;개정 2010.1.25&gt; ③ 후원회가 모금한 후원금이 연간 기부한도액을 초과하는 때에는 다음 연도에 이월하여 기부할 수 있다. ④ 제9조(후원회의 해산 등)의 규정에 의하여 후원회가 해산된 후 후원회지정권자가 같은 종류의 새로운 후원회를 두는 경우 그 새로운 후원회가 모금·기부할 수 있는 후원금은 당해 후원회의 연간 모금·기부한도액에서 종전의 후원회가 모금·기부한 후원금을 공제한 금액으로 한다.</p>	<p>제12조(후원회의 모금·기부한도) ① _____ _____</p> <p>&lt;신설&gt; 1. 중앙당후원회는 중앙당창당준비위원회가 모금한 후원금을 합하여 50억원 3~5 (현행과 같음)</p>

79 제18대 국회 발의 (김선동, 강기정 의원).

[첨부 6] 공직선거법 개정안<sup>80</sup>

현행	개정안
<p>제9조(공무원의 중립의무 등)</p> <p>① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.</p> <p>② 검사(군검찰관을 포함한다) 또는 국가경찰공무원(검찰수사관 및 군사법경찰관리를 포함한다)은 이 법의 규정에 위반한 행위가 있다고 인정되는 때에는 신속·공정하게 단속·수사를 하여야 한다.</p>	<p>제9조(수사기관의 신속한 조사의무)</p> <p>① 삭제</p> <p>② 검사(군검찰관), 국가경찰공무원(검찰조사관 및 군사법경찰관리를 포함한다)은 이 법의 규정에 위반한 행위가 있다고 인정되는 때에는 신속·공정하게 단속·수사를 하여야 한다.</p>
<p>제60조(선거운동을 할 수 없는 자)</p> <p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대한민국 국민이 아닌 자</li> <li>2. 미성년자(19세 미만의 자를 말한다. 이하 같다)</li> <li>3. 제18조(선거권이 없는 자)제1항의 규정에 의하여 선거권이 없는 자</li> <li>4. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격) 제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원의외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.</li> </ol>	<p>제60조(선거운동을 할 수 없는 자)</p> <p>① -----</p> <p>1.~3. 생략</p> <p>4. -----</p> <p>----- . 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격) 제1항에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원, 선출직·정무직 공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.</p>
<p>제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)</p> <p>① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보)제1조 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도 조직 및 구·시·군 조직을 포함한다)의 대표자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. ~ 7. (생략)</li> <li>2. ~ 6. (생략)</li> </ol>	<p>제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)</p> <p>① -----의 대표자는 그 지위를 이용하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. ~ 7. (현행과 같음)</li> <li>2. ~ 6. (현행과 같음)</li> </ol>

80 제18대 국회 발의 (권영길 의원).

8부

# 표현의 자유, 새 지평을 열며

지금까지는 주로 표현의 자유에 대한 형사적 제한과 문제점에 대해서 살펴보았다. 이러한 전통적인 제한 외에 최근에는 민사상 손해배상의 청구를 통한 표현의 자유 제한이 빈발하고 있다. 전통적으로 대등한 당사자 사이의 권리구제방법으로 평가받아 왔던 민사상 손해배상청구가 표현의 자유를 제한하는 수단이 되고 있는 상황과 그 문제점을 살펴 제도적 개선을 마련할 필요가 있다.

또한, 국가에 대한 제대로 된 비판이 가능하기 위해서는 국가의 정책에 대한 정보가 제공되어야 한다. 제대로 된 정보제공 없이는 정확하게 비판할 수 없다. 그렇기에 흔히들 알권리는 표현의 자유의 전제라고 한다. 따라서 알권리를 위한 정보접근권을 실질화 시킬 필요가 있다.

자유주의는 사회 구성원들의 자유를 폭넓게 보장함으로써 평등한 사회를 만들려고 한다. 그러나 혐오 발언과 차별은 이러한 평등한 사회를 이룰 수 없도록 만든다. 혐오 발언과 차별은 그 자체로 차별받는 대상의 인권을 침해한다. 따라서 표현의 자유라는 이름으로 혐오와 차별 발언은 옹호될 수 없다. 한국에서도 이주민들의 숫자가 증가하고, 동성애자들의 커밍아웃이 확대되는 가운데 혐오와 차별이 점차 본격적으로 제기될 것이다. 이에 대한 적절한 대안을 만드는 것이 중요한 과제로 대두될 전망이다.

# 알 권리

## 정보접근권과 정부기록물관리

### I. 문제제기

정부는 광우병쇠고기수입반대 촛불집회가 광범위하게 벌어지고 있을 때나, 천안함사건, 일본 후쿠시마 원전사고, 한미FTA비준 동의 등 국민이 궁금해하거나 우려할 수 있는 사건들이 발생했을 때마다, '괴담' 유포를 엄벌에 처하겠다는 내용의 발표를 해왔다. 그리고 이러한 정부의 대처는 시민이 자유롭게 자신의 의사를 표현할 수 없도록 하는 '위축효과'를 가져온다는 비판이 끊이지 않았다.

그런데 이렇게 '괴담'이 활성화될 수밖에 없었던 이유 중 하나가 정부의 정보차단, 정보비공개에 있다는 문제제기가 있다. 즉, 정부가 자신이 보유하고 있는 정보를 제대로 공개하지 않아 사건의 진실 등을 제대로 알 수 없게 된 국민이 스스로 정보를 생성, 공유하는 과정에서 다소 과장되거나 부정확한 이야기들이 생성 유포되었다는 것이다. 따라서 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 정부가 자신이 보유한 정보를 보다 투명하고 정확하게 국민에게 공개하고 전달할 필요가 있다.

## II. 국제인권기준과 외국입법례

### 1. 국제인권규범

#### 세계인권선언 18조

1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자신의 종교 또는 신념을 바꿀 자유와 선교, 행사, 예배, 의식에 있어서 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다.

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.
  - (a) 타인의 권리 또는 신용의 존중
  - (b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

“정보의 자유는 기본적 인권이며, 유엔이 신성시하는 모든 자유의 초석이다.”(1946년 유엔총회 결의안 59(1)) 공적 정보에 대한 접근권이란 모든 사람의 알 권리이다. 사람은 스스로 자유로운 선택을 하고 자율적인 삶을 영위하는 데 필요한 정보에 대한 접근권이 있다. 정보의 자유는 민주 공화제 체제의 정부 원칙이다. 즉 공공행정의 공개와 투명성이다. 이 속에서 정보는 정부 기관을 지배하는 민주적 통제 수단으로서 참여민주주의와 기본적 권리에 대한 존중과 긴밀히 연관된다. 또한, 정보에 대한 권

리는 고립해서 존재하지 않는다. 더 큰 범주의 시민·정치적 권리의 일환으로서 이해될 수 있는 한편, 다른 모든 인권의 보호와 긴밀히 연관된 필수적인 권리이다.<sup>1</sup>

정보접근권은 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조에 규범적 근거를 두고 있으며 유엔 자유 권위원회(Human Rights Committee) '일반논평 34'<sup>2</sup>: 제19조 의견과 표현의 자유' 속에서 구체화되었다. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조 제2항은 공공기관이 보유하고 있는 정보에 대한 접근권을 아우른다. 여기서 말하는 정보에는 정보가 보관된 형태나 출처, 만들어진 일자에 무관하게, 공공기관이 보유하고 있는 기록물들이 포함된다. 정보 접근에 대한 권리에는 매체가 공적 사안에 대한 정보에 접근할 권리와 일반 대중이 매체 생산물을 받을 권리가 포함된다(18문단).

정보 접근에 대한 권리를 유효하게 하려면, 당사국은 적극 나서서 공익적인 정부 정보를 공공 영역에 축적하도록 하고 정보에 쉽게, 신속하게, 효과적이고, 실질적으로 유용하게 접근할 수 있도록 모든 노력을 기울여야 한다. 또한, 당사국은 정보공개법안 등의 수단을 통해, 개인이 정보에 접근하는데 필요한 절차를 제정하여야 한다. 이 절차는 규약에 부합하는 명료한 규칙에 따라 정보에 대한 요청을 적시에 처리하도록 마련되어야 한다. 정보 요청에 드는 수수료는 정보접근에 불합리한 장애가 될 정도로 (비싸서는) 안 된다. 정보 접근을 거부하는 경우, 당국은 반드시 이유를 제시하여야 한다. 정보 요청에 불응하거나 정보 접근을 거부하는 경우, 이에 대해 이의신청할 수 있는 절차가 마련되어 있어야 한다(19문단).

국제적인 표현의 자유 운동 단체 'Article 19'는 정보의 자유에 관한 법률을 제정할 때 토대로 삼아야 할 원칙을 다음과 같이 제시하고 있다.<sup>3</sup>

원칙 1 – 최대한의 공개: 정보의 자유 법률은 최대한의 공개원칙을 지침으로 삼아야 한다.

원칙 2 – 공표의 의무: 공공기구는 핵심 정보를 발표해야 할 의무가 있다.

원칙 3 – 열린 정부의 증진: 공적 기구는 열린 정부를 적극적으로 증진시켜야 한다.

1 류은숙, [세계의 인권보고서] 정보에 대한 접근: 자력화를 위한 권리, 인권오름 147호, 2009년 4월8일자, 원문은 ARTICLE 19, Access to Information: An Instrumental Right for Empowerment, 2007.7, <<http://www.article19.org/pdfs/publications/atf-empowerment-right.pdf>>.  
2 Human Rights Committee, General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 2011.7.21, <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>>.  
3 ARTICLE 19, Access to Information: An Instrumental Right for Empowerment, 2007.7.

원칙 4 – 예외의 한계 범위: 예외는 명확하고 좁게 설정되어야 하며 엄격한 “위해”와 “공공이익”의 검증을 받아야만 한다.

원칙 5 – 쉬운 접근 과정: 정보에 대한 접근은 신속하고 공정하게 진행되어야 하며 정보공개거부에 대해서는 독립적인 심사를 이용할 수 있어야 한다.

원칙 6 – 비용: 지나친 비용으로 인해서 개인이 정보요청을 망설이게 되는 일이 있어서는 안 된다.

원칙 7 – 열린 회의: 공공 기구의 회의는 대중에게 공개되어야 한다.

원칙 8 – 공개가 원칙이 되어야 한다(disclosure takes precedence): 최대한의 공개에 부합되지 않는 법률은 수정 또는 폐지되어야 한다.

원칙 9 – 내부고발자 보호: 범죄에 관한 정보를 유출한 개인(내부 고발자)은 보호받아야만 한다.

## 2. 외국입법례<sup>4</sup>

### 가. 스웨덴

1766년 「저술과 출판의 자유에 관한 법률」은 언론출판의 자유와 함께 사전 검열의 금지와 공문서를 자유로이 인쇄하여 배포하는 것의 허용 그리고 공문서에 대해 자유로이 접근할 수 있는 권리를 포함하고 있었다. 이후 1949년에 「출판 자유에 관한 법」이 새롭게 제정되면서 공공기관의 비밀주의로 인한 문제점을 개선하기 위해서 ‘공문서는 한정된 예외를 제외하고 국민에게 공개해야 할 것’임을 기본 원칙으로 선언하였다. 공개대상의 적용 예외로는 자국의 안전보장, 외국 또는 국제조직과의 관계, 중앙정부의 재정·금융·외국환정책 조사, 규제, 감독 등을 위한 행정관청의 활동, 범죄단속 및 예방, 국가 및 지방자치단체의 경제적 이익, 개인의 인격 또는 경제적 상황의 보존, 동·식물종의 보존 등에 관계되는 경우를 제시하고 있다.

공문서의 공개가 거부된 경우에는 옴부즈맨제도를 이용하여 고충민원을 신청할 수 있다. 특별법인

4 오상진, “정보공개제도의 개선방안에 대한 연구-정보인권을 중심으로”, 동국대학교 석사학위논문, 2010, 34쪽 이하.

「비밀문서보호법」에는 1937년 제정된 「출판의 자유에 관한 법률」에 있던 공문서공개예외대상이 정리되어 있다. 이 법은 보호받아야 할 '비밀문서'에 대해 새로운 원칙을 도입하거나 내용을 확장하지 않고 오히려 한정시킴으로써 시민의 정보에 대한 접근이용권을 더 철저히 보장하고 있으며 공무원에게는 침묵의 의무 등 헌법상의 권리를 보장하고 있다.

1992년에는 「표현의 자유에 관한 법」이 새롭게 제정되기도 했다. 스웨덴에서의 공문서 공개의 원칙은 모든 스웨덴 시민에게 공문서에의 자유로운 접근이용권을 허용하고 있는데 외국인에게도 특별한 규정이 없는 한 스웨덴 시민과 동등한 권리를 부여하고 있으며 국민 당사자가 관여된 사건에 관해서는 기밀문서까지도 열람할 수 있게 하고 있다.

### 나. 미국

미국에서는 세계대전 등으로 국가의 안전과 관련된 내용을 국가기밀로 묶어 놓는 정부의 비밀주의의 입장이 강했으나 전쟁이 끝난 이후 국민의 알권리에 대한 요구가 점점 증가하였다. 1950년에는 신문편집자협회가 정보의 자유로운 유통을 위해 “정보의 자유에 관한 위원회”를 설치했으며 주차원의 「정보공개법」 내지 「회의공개법」이 먼저 제정되었고 그 이후인 1966년에 「연방정보자유법」이 제정되었다. 이후 1974년,<sup>5</sup> 1976년,<sup>6</sup> 1986년<sup>7</sup> 등 세 차례에 걸쳐 개정되었으며, 1996년에는 정보공개의 전자문서 처리과정을 포함하는 「전자정보자유법」(E-FOIA: Electronic Freedom of Information Act)에 따른 개정이 이루어졌다. 법의 내용을 보면 정보의 공개를 예외가 아닌 원칙으로 보고 있으며, 개인은 모두 동등하게 접근이용권을 행사할 수 있고 자료의 비공개를 정당화하는 책임은 청구자가 아닌 연방정부에 있으며 자료의 접근이용권을 부당하게 부인당한 개인은 연방지방법원에 구제명령을 청구할 권리를 가진다는 것 등이 포함되어 있다. 이 법의 제정으로 행정의 비밀주의를 배격하고 연방정부의 행정기관이 보유하고 있는 기록의 공개와 그 대상 및 절차 등에 관하여 법적인 토대를 마련함으로써 공적 기록의 열람청구권자의 범위를 확대하였다. 미국은 정보자유법을 통해 정부가 보유하는 정보는 국민이 주인이라는 인식과 함께 국민의 알 권리를 확립하고자 한 것이라고 볼 수 있다. 정보자유법에는 공개 제외규정 9개 항이 포함되어 있는데 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

- ① 대통령의 명령에 의하여 비밀로 분류된 국방, 외교상의 정보
- ② 정부기관 내부의 인사규칙·관행에 관한 정보
- ③ 법률에 의하여 명시적으로 공개 면제된 내용
- ④ 기업비밀 및 기타 비밀에 속한 상업·금융 관련 정보
- ⑤ 정부기관 내부 또는 기관 상호간의 전문 내지 서신으로 당사자 이외의 사람에게 열람이 금지된 내용
- ⑥ 개인의 프라이버시를 침해하는 인사·의료 상의 서류 및 기타 문서
- ⑦ 법집행을 목적으로 작성된 기록이나 정보
- ⑧ 해당 정부기관의 금융기관규제 감독 관련 권한 행사와 관련된 정보
- ⑨ 지질학 지구 물리학 관련 정보 및 유정 관련 자료 등

### 다. 프랑스

프랑스에서는 오랫동안 행정문서를 공개하는 것보다는 '비밀유지'하는 것을 옹호하는 입장이 보편적으로 받아들여지고 있었으나 1975년 “행정문서에 대한 접근”이라는 보고서의 발표를 통해 행정정보에 대한 국민의 권리와 관련된 논의가 확대되었다. 1978년 「행정과 국민 간의 관계 개선에 관한 법률」이 제정되면서 행정문서에 접근할 수 있는 국민의 권리에 대한 근거가 마련되었으며 2002년에는 법 개정을 통해 정보청구권자가 국민뿐 아니라 외국인 법인으로까지 확대되었다. 프랑스 정보공개법에 열거된 공개대상을 살펴보면 실정법의 해석과 행정절차를 포함하는 서류, 보고서, 연구서, 의사록, 통계자료 등을 행정문서로 간주하여 공개대상에 포함하도록 하였다. 이 외에도 정보의 형태에 대해서는 서면, 녹음, 녹화, 컴퓨터로 처리된 무기명 정보까지 포함하고 있으며 대상기관으로 국가행정기관, 지방자치단체, 공적기관 및 사법상 조직되어 있는 공공사업을 하는 업체 등을 규정하였고, 접근이용 방법으로는 행정기관 현장에서 열람·복사할 수 있도록 제시하였다. 이 법에서는 정보공개예외사항도 함께 제시하고 있다. 행정기관이 비밀로 결정한 내용, 국방·외교와 관련된 내용, 재정에 관련된 내용, 국가의 안전에 대한 내용, 개인의 사생활에 관련된 신상자료 및 의료기록 등, 세법 위반 관련 조서내용, 그 외에 법률로 보호되는 내용 등이다.

5 「프라이버시법」(The Privacy Act)에 따른 개정.  
 6 「햇볕정부법」(The Government in the Sunshine Act)에 따른 개정.  
 7 「통합마약남용방지법」(Omnibus anti-Drug Abuse Act)에 따른 개정.

**라. 캐나다**

캐나다의 정보공개법은 1982년 제정되었으며 정부 보유 정보공개원칙에 의해 정부보유공개청구권을 법적으로 인정하고 있으며 정부기관에 의한 정보공개거부에 대한 심사의 보장 등을 포함하고 있다. 정보공개에서 예외를 적용하는 경우는 명령에 따른 경우와 재량에 의한 결정에 의한 경우로 나뉜다. 명령에 따라 정보공개를 거부하는 경우는 행정기관 또는 지방자치단체로부터 비밀을 조건으로 취득했거나 연방경찰이 취득한 정보, 개인정보, 기업 등 제자로부터 얻은 정보로서 정보의 공개가 정보 제공자에게 불이익을 줄 수 있는 경우, 개별법에 따라서 공개가 금지된 내용 등이 있다. 재량에 의해 제외되는 경우는 공개되면 연방과 주 관계에 피해를 줄 수 있는 경우, 캐나다를 비롯하여 동맹국의 안전이나 외교활동에 위협이 되는 경우, 범죄수사 관련 정보와 유사 범죄발생 우려가 있는 정보, 개인의 안전을 위협할 수 있는 정보, 정부의 상업적 이익에 손해를 끼칠 수 있는 경우, 정책결정과정의 기록에서 20년을 지나지 않은 내용, 시험 관련 정보 중 공개되면 실시 및 결과에 영향을 받을 수 있는 내용, 90일 이내에 정부기관에 발간될 예정인 기록 등이 포함된다.

**〈표 1〉 국가별 비공개대상 정보현황**

국가	비공개대상 정보
핀란드	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 국가의 안전보장 또는 외국과의 관계에 있어서 필요한 사항</li> <li>2. 국방, 범죄예방 및 소추의 건지에서 필요한 사항</li> <li>3. 정부, 지방자치단체 또는 개인의 기업경영상 필요한 사항</li> <li>4. 소송절차 상 필요한 사항</li> <li>5. 종교적 지침</li> <li>6. 보건 및 의료서비스분야에서 개인의 중대한 개인적 이해 관련 사항</li> </ol>
노르웨이	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 법률로 작성이 의무화 되지 않은 내부검토를 위한 문서</li> <li>2. 내각의 의사록</li> <li>3. 법률 또는 법률에 의거하여 비밀로 취급한 문서</li> <li>4. 국가안전, 외교, 국방에 관한 정보를 포함한 문서</li> <li>5. 국가의 규제, 거래조치에 방해가 되는 문서</li> <li>6. 개인의 사생활에 관한 문서</li> <li>7. 기술적 발명, 공정 및 생산업무내용에 관한 문서</li> <li>8. 공무원의 임명, 승진에 관한 문서</li> <li>9. 법률위반에 관한 문서</li> <li>10. 국가시험의 문제 및 정답</li> <li>11. 추가예산에 관한 사항</li> </ol>

네덜란드	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 왕국의 일체성을 위태롭게 하는 사항</li> <li>2. 국가안전 관련 사항</li> <li>3. 기업, 생산공정에 관한 비밀사항</li> <li>4. 다른 국가와의 관련 사항</li> <li>5. 국가 법정기관의 경제상·재정상의 이익 관련 사항</li> <li>6. 범죄수사 및 소추관련 사항</li> <li>7. 국가의 사찰, 규제, 감독에 관련된 사항</li> <li>8. 개인사생활 관련 사항</li> <li>9. 자연인 법인 또는 제자에 대한 불공정한 이익 또는 불이익 방지를 위한 사항</li> </ol>
뉴질랜드	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 개인 사생활 관련 정보</li> <li>2. 국가의 안전, 방위, 국제관계를 위태롭게 하는 정보</li> <li>3. 범죄의 예방, 수사, 적발 및 공정한 재판을 저해하는 정보</li> <li>4. 재정, 금융정책에 중대한 영향을 주는 정보</li> <li>5. 행정의 공정, 중립, 효율적 운용을 저해하는 문서</li> <li>6. 헌법유지 관련 정보</li> <li>7. 공공의 이익관련 정보</li> </ol>
덴마크	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 정부의 안전 또는 국가방위 관련 사항</li> <li>2. 국가의 외교정책 또는 대외 경제적인 이익 관련 사항</li> <li>3. 법률위반의 방지와 적발, 범죄자의 소추에 관련된 사항으로서 용의자, 증인 등의 보호 사항</li> <li>4. 공적관리 규제 또는 입안활동의 실시에 관한 사항</li> <li>5. 공적기관의 상업활동을 포함하는 공적기관의 재정적 이익 관련 사항</li> <li>6. 공적기관의 내부 작업문서</li> <li>7. 내각의 회의록, 각료상호간의 회의메모 및 이와 같은 회의를 위하여 공적기관이 작성한 서류</li> <li>8. 예산안을 포함한 법률의 입법화에 대하여 각부 상호간에 교환되는 서한</li> <li>9. EC의 채택에 위임하는 의안의 처리에 관련하여 작성하는 서류 또는 EC규칙의 해석·실현에 관한 서류</li> <li>10. 공공기관이 다른 공공기관의 사무국으로서 역할을 수행하는 데 필요한 교환서류</li> <li>11. 재판의 실행여부를 판단하기 위하여 공적기관이 교환한 서한</li> <li>12. 공적인 통계작성 또는 학문적인 조사목적으로 수집한 자료</li> <li>13. 경제적인 정보를 포함한 개인의 사적 정보</li> <li>14. 기술설비 또는 제조방법·운영·영업에 관한 정보의 경우, 개인 또는 기업에 있어서의 경제적으로 중대한 영향이 있는 사항</li> <li>15. 비밀유지가 필요하다고 인정되는 사적·공적 이익 관련 사항</li> </ol>

## 2. 각국의 국민참여 정보공개제도<sup>8</sup>

### 가. 컨설팅 제도(영국 사례 중심으로)

영국의 컨설팅 제도는 정부 업무 수행 과정에 국민 참여를 보장하는 것으로 점차 정책결정 과정에 필수적인 부분으로 받아들여지고 있다. 컨설팅 제도는 열린 정부를 구현하는 수단이기도 하지만, 그보다는 국민과 이익단체의 다양한 관점을 듣고 받아들여 더욱 효과적인 정책을 수립하는 방법으로서 받아들여지고 있다. 또한, 정책성과의 질을 향상하고, 법률 입안 전에 이해 당사자들을 참여시켜 의도하지 않은 결과를 사전에 파악함으로써 법률제정의 대안을 마련할 수 있도록 하는 등 정부 규제 개선의 핵심적 수단이 되고 있다.

이처럼 국민의 의견을 적극 수렴하는 것에는 여러 가지 이점이 있다. 우선 정보원의 범위가 넓어져 결정된 사안의 질을 높일 수 있다. 또한, 정책결정자가 기존의 관행에 안주하는 것이 아니라 새로운 조류나 이슈를 민감하게 받아들일 수 있게 되며, 기존 정책을 모니터하고 변화가 필요한지를 판단하는 기준이 될 수 있다.

대체적인 절차를 살펴보면 우선 내각을 비롯한 각 부서에서 집행하려고 하는 정책 사안 가운데 중요하다고 판단되는 것들을 추려낸다. 물론 이것은 각 부서의 기록을 검토하여 평가 선별하는 방식으로 이뤄진다. 이렇게 추려진 정책 사안 관련 기록들은 적절한 설명 및 제안과 함께 온라인상에 제공된다. 한창 업무가 진행되고 있는 정보가 바로 온라인에 제공되는 것이다. 또한, 제공된 정보를 그대로 두지 않고 사안에 따라 적절하게 설정된 집단, 혹은 지역의 주민에게 여러 선전수단을 통해 정보가 제공되었음을 알린다.

제공된 정보에 대한 국민의 의견 제시는 주로 온라인을 통해 이뤄지지만 우편, 전화, 방문 등의 방법도 열어놓고 있다. 이렇게 하여 수집된 국민의 의견을 정리하고 걸러내는 작업을 거친 후 정책 사안에 대한 국민 의견이 공식 기록으로 최종 정리되고 이를 집행부서에서 재차 검토하도록 하여 정책에 반영한다.

정책이 집행된 이후, 해당 정책의 형성과정, 국민 의견을 정리한 내용, 정책 집행의 결과 등에 대해, 컨설팅 제도를 통해 의견을 제시한 국민에게 다시 회신한다. 이러한 컨설팅 제도는 매년 정부 각

단위에서 수백 건이 이루어지고 있다. 특히 최근에는 온라인을 통한 토론회를 개최하는 등 효율적인 수단을 지속해서 마련하고 있어 보다 많은 국민의 참여가 가능해 지고 있다.

정부는 이러한 컨설팅 제도를 수행할 때 각각의 처리단계에 충분한 시간을 할애하여 합리적인 기간을 설정해야 하며, 컨설팅 대상 및 목적을 명확히 해야 한다. 또한, 컨설팅 문서는 가급적 간결해야 하며 개요를 포함하여 제기하고자 하는 문제들을 분명하게 제시해야 한다. 컨설팅 문서는 전자적 수단 등을 이용해 가급적 널리 분배해야 하며 이를 통해 나온 응답은 신중하고 포용력 있는 태도로 분석되어야 한다. 또한, 분석결과에 대해서 접근성을 보장해야 하며 각각의 견해, 최종결정의 근거 등이 부연되어야 한다.

이러한 컨설팅 제도는 항상 내각의 실무지침(Cabinet Office's code of practice)에 따라 이루어진다. 이 시행령은 컨설팅 제도를 시행하고자 하는 정부기관에 보편적인 기준을 제시해 주며 정부기관 외의 민간단체나 지방정부도 이 실무지침을 따르도록 권장하고 있다. 이 실무지침이 법적인 강제력을 갖는 것은 아니며, 여타 법률의 강제 요건보다 우선하는 것도 아니지만 영국 정부기관과 그 소속기관들에 대해서 일종의 구속력을 갖는 것으로 볼 수 있다.

### 나. 정보감독관(Information Commission)의 운영

『정보자유법실태 세계조사보고서』<sup>9</sup>에 따르면 정보공개 감독, 심판, 조정을 위한 독립적인 위원회(Commission)의 설치가 일반화되고 있다. 정보공개위원회는 대개 의회에 의해 임명되는 옴부즈맨 형태가 가장 많다. 이 옴부즈맨 기구의 결정은 대개 구속력이 없지만 큰 영향력을 가지며 권고사항 대부분이 수용된다. 현재 십여 개 국가에서 독립적인 정보공개위원회가 설립되어 있으며 의회에 속하거나 총리실에 소속되어 있는 것이 보통이다. 이 정보공개위원회는 이의신청의 처리 이외에 정보공개 감독 교육훈련 기능을 수행하기도 한다.

정보위원회를 관장하는 정보커미셔너는 정보접근법에 규정된 권리를 거부당했다고 믿는 국민의 불만을 조사한다. 정보공개를 요구한 신청자가 정부로부터 만족스러운 답변을 받지 못했을 때 신청자와 해당 정부기관 사이에서 중재역할을 수행하는 것이다.

8 위 자료는 2006년 청와대 연구용역 자료를 포괄적으로 인용했음을 밝혀둔다.

9 참여정부 연구용역, 국가버너스와 정보공개(2006년, 73p) 재인용.

### 1) 캐나다 정보감독관 제도

캐나다는 정보커미셔너는 정부로부터 독립된 의회에서 선출되며 강제력은 없으나 정부에 정보공개를 설득하고, 중재할 수 없다고 판단되는 경우에 연방법원에 재심을 요청할 수 있는 권한이 있다. 의회로부터 임명된 독립적 옴부즈맨인 정보커미셔너는 강한 조사 권한을 갖지만 옴부즈맨이기 때문에 불만사항을 해결하기 위한 명령권은 없다. 따라서 갈등을 해결하기 위한 수단은 주로 설득과 권고이며, 개인이 부당하게 정보 접근을 거부당했다고 판단될 경우나 합의된 해결책이 불가능한 것으로 판명될 때에만 연방법원으로 넘긴다. 정보커미셔너는 이처럼 중재자인 동시에 일 년에 한 번씩 의회에 정보공개법 운용에 대한 보고서를 제출하는 역할도 한다.

캐나다의 총독(Governor in Council)은 상원과 하원의 결의로 임명동의를 받아 이러한 정보커미셔너를 임명하여야 한다. 정보커미셔너는 7년의 임기 동안 업무를 수행하게 되나, 상원과 하원의 명령에 따라 언제든지 총리로부터 해임을 당할 수 있다. 임기가 만료되었을 때 재임명될 수도 있다.

정보커미셔너의 자격이 상실된 경우나 부재 시에는 총독이 자격을 갖춘 다른 인물을 임명하여 정보커미셔너를 대신하도록 하되 그 기간은 6개월을 초과할 수 없다. 이 경우 임명된 자는 재임 기간 중 정보접근법에서 규정하고 있는 정보커미셔너의 모든 권력과 의무, 기능을 넘겨받게 되며 동등한 대우를 받게 된다.

### 2) 영국 정보감독관 제도 개관

영국의 정보감독관 또한 여왕에 의해 임명되는 독립적인 공무원(office-holder)이며 공공영역에서의 정보자유법 시행을 감시하는 역할을 한다. 정보커미셔너는 정보자유법에 대한 인식을 확산시키고 규정의 준수를 유도할 책임을 가지며 정보자유법과 데이터보호법의 준수 여부를 감시하게 된다. 또한, 매년 의회에 보고서를 제출해야 한다. 커미셔너의 결정사항은 법원과 정보재판소(Information Tribunal)의 감독하에 이루어지기 때문이다. 반면 정부에 대해서는 책임이 없다.

영국의 정보감독관(Information Commissioner, 이하 'IC')은 1998년 자료보호법(Data Protection Act)과 2000년의 정보자유법(Freedom of Information Act)을 감독하기 위해 왕실이 임명한 독립기관이다. IC의 임무는 “공식 정보에 대한 국민의 접근을 촉진하고 개인정보를 보호하는 것”이다. IC는 매년 의회에 보고서를 제출한다. IC의 결정은 법원과 정보심판위원회의 감시를 받는다.

IC의 공식 권한은 다음과 같다.

- 공공기관에 정보통지서(Information Notice)를 송달해 그 기관이 특정 정보를 IC에게 제공할 것을 요구한다. 이것은 정보에 대한 접근 요청이 적절하게 처리되었는지를 판단하거나, 공공기관이 정보자유법의 1부에서 명시된 요구사항을 준수했는지, 또는 이 법과 관련된 법적 실행 조항을 준수했는지를 결정하는 데 활용된다.

- 만족도에 대한 판단에 따라 판결통지서(Decision Notice)를 발송한다. 공공기관이 법의 요구사항을 충족시키지 못했을 경우, 이 통지는 그 요구사항을 준수하기 위해 취해야 할 단계들과 이에 필요한 일정을 적시하게 될 것이다.

- 공공기관에 집행통지서(Enforcement Notice)를 송달한다. 이것은 공공기관이 정보자유법에 명시된 요구사항을 준수하기 위해 필요한 단계들과 그 일정을 적시한다.

- 공공기관이 정보·판결·실행 통지를 준수하지 않을 경우, 법정모독을 범한 같은 취급을 받는다.

- 결정에 불복하는 사람이나 공공기관은 판결통지서에 대해 정보심판위원회에 재심을 청구할 수 있다. 공공기관은 정보통지서와 집행통지서에 대해서도 정보심판위원회에 재심을 청구할 수 있다.

- 재심 청문회에서, 정보심판위원회는 IC의 통지를 다시 확인하거나 일부 수정, 완전 기각할 수 있다.

- 정보심판위원회의 결정은 다시 대법원의 심사대상이 될 수 있다.

## III. 인권상황평가: 실태와 문제점

### 1. 비공개 증가

행정안전부가 매년 작성하여 발표하는 「정보공개 연차보고서」에 나타난 2006년도부터 2010년까지 전체 공공기관의 정보공개율은 큰 변동이 없다. 이명박 정부 출범 이후에도 큰 영향을 받지 않은 것으로 보인다. 하지만 여기까지다. 한 꺼풀만 걷어내고 나면 정보공개제도의 위기가 보인다.



〈표 2〉 전체 공공기관 정보공개율(2006년~2010년)

연도	2006	2007	2008	2009	2010
정보공개율(%)	90.5	90.8	91.1	91.4	89.7

중앙행정부처만을 놓고 보면 2006년 비공개율이 11%였던 것이 2010년 20%로 2배 가까이 상승한다. 「정보공개 연차보고서」는 중앙행정기관이 타 공공기관보다 비공개비율이 높은 것을 “정책결정 등 민감한 정보 또는 국가의 안보 등과 관련된 정보를 많이 보유·관리”하기 때문이라고 설명하고 있다. 이 설명을 뒤집어 보면, 일상적 공공정보가 아닌 정책결정 등 중요한 국가적 사안에 관련된 정보의 공개가 미흡하다는 것을 뜻한다.

〈표 3〉 중앙행정기관 연도별 정보공개 처리현황<sup>10</sup>

단위: 건 ( ) : %

구 분	청구건수	처 리 현 황		
		전부공개	부분공개	비공개
2010년	60,963	39,867	9,199	11,897
	(100)	(65)	(15)	(20)
2009년	56,681	37,693	9,339	9,649
	(100)	(67)	(16)	(17)
2008년	45,712	30,969	7,555	7,188
	(100)	(68)	(16)	(16)
2007년	72,162	56,705	7,572	7,885
	(100)	(79)	(10)	(11)
2006년	52,962	41,864	5,352	5,746
	(100)	(79)	(10)	(11)

10 행정안전부, 2010 정보공개연차보고서, 103쪽.

〈표 4〉 중앙행정기관 연도별 정보비공개 사유현황<sup>11</sup>

단위: 건 ( ) : %

구 분	계	법령상 비밀· 비공개	국방 등 국익 침해	국민의 생명 등 공익침해	재판 관련 정보 등	공정한 업무 수행 지장 등	개인의 사생활 보호	법인 등 영업상 비밀 침해	특정인 의 이익 불이익	정보 부존재 등
2010년	11,897	4,974	106	59	582	490	975	196	67	4,448
	(100)	(42)	(1)	-	(5)	(4)	(8)	(2)	(1)	(37)
2009년	9,656	2,576	105	59	832	570	1,347	241	77	3,849
	(100)	(27)	(1)	-	(9)	(6)	(14)	(2)	(1)	(40)
2008년	7,188	1,532	76	154	729	484	1,047	230	202	2,724
	(100)	(21)	(1)	(2)	(10)	(7)	(15)	(3)	(3)	(38)
2007년	7,885	1,265	89	114	640	553	1,522	392	121	3,189
	(100)	(16)	(1)	(1)	(8)	(7)	(19)	(5)	(2)	(40)
2006년	5,746	980	50	47	672	369	1,152	371	96	2,009
	(100)	(17)	(1)	(1)	(12)	(6)	(20)	(6)	(2)	(35)

## 2. 정보부존재를 이유로 한 비공개의 양산

중앙행정기관의 정보 비공개 사유 현황을 보면 또 다른 문제가 드러난다. 2006년 이후, 참여정부로부터 이명박 정부에 이르기까지 정보부존재로 인한 비공개 상황은 개선될 기미가 보이지 않는다. 2006년부터 2009년까지 정보부존재는 정보 비공개의 가장 큰 이유였다. 물론 청구인의 부정확한 정보공개청구에도 문제가 있다. 하지만 공공 정보에 대한 접근이 제한된 일반 시민에게 족집게 같은 청구를 요구할 수도 없는 일이다. 기본적으로 정보부존재는 철저히 못한 기록관리에 기인한다. 기록 관리에 무심하다 못해 무시하는 이명박 정부에서 정보부존재라는 딱지를 단 정보 비공개는 지속해서 양산될 것으로 보인다.

11 행정안전부, 2010 정보공개연차보고서, 156쪽.

### 3. 이명박 정부의 부실한 기록관리

2010년 행정안전부 국가기록원이 227개 공공기관을 대상으로 한 기록관리 현황 평가에는 아직도 열악한 기록관리 현장의 모습이 고스란히 드러나 있다. 기록관 직원의 잦은 인사이동으로 업무파악이 부진하며, 행정인력 부족으로 기록관리교육을 이수치 못할뿐더러, 기록관 전문요원 대행자로 업무에 전담하기 어려운 청사 방호원을 지정하는 사례도 있었다. 또한 문서고를 물품창고로 전용하는 등 부적절하게 서고를 운영하여 기록을 훼손 및 멸실 위험에 고스란히 노출하고 있는 곳도 적지 않았다. 심지어는 기록물 평가 폐기 시 법령이 정한 절차를 준수하지 않고 무단으로 폐기한 사례, 비공개기록물의 재분류 시행 시 절차적 검토 없이 모든 기록을 일괄로 비공개 분류한 사례도 있었다.

이명박 정부의 실용주의와 성과주의는 기록관리가 지향하는 투명성과 설명책임성이라는 민주주의적 가치가 설 자리를 빼앗아 갔다. 한국국가기록연구원 이미영이 주장하였듯이 이명박만 있는 이명박 정부에 기록관리가 설 자리는 없다. 이러한 정부 아래 기록관리와 정보공개와 발전, 표현의 자유와 알 권리의 전전을 기대할 수 없다.

상황이 이러함에도 이명박 정부는 2008년 노무현 전 대통령의 대통령기록물의 사저 열람에 관한 논란을 정치적으로 이용해 대통령지정기록물제도를 뿌리부터 흔들어 놓고는, 2009년경부터 기록관 리전문요원의 배치를 사실상 중단시키더니, 2010년에는 행정 내부규제 개선이라는 미명 아래 기록물 폐기를 손쉽게 만들고 기록관리전문요원의 자격요건을 완화하는 법령을 일방적으로 추진하기에 이르렀다. 이 때문에 법령은 공공기관에 기록관리를 담당하는 전문인력을 배치토록 하고 있지만, 아직 배치되지 않은 기관도, 또 설령 배치되었다 하더라도 시간제 계약직 등으로 일해 전문성을 발휘할 여건이 되지 않는 기관도 많은 것이 현실이다. 그 와중에 대통령기록관 관장에 이명박 대통령의 최측근을 임명하는가 하면, 국무총리실은 불법 민간인 사찰이 들통이 나자 하드디스크에 담긴 수십만 건의 문서를 무단으로 삭제하는 중대한 범죄를 저지른다.

### 4. 법령상 비밀을 이유로 한 비공개의 급증

또한, 특이한 점은 비공개사유 중 법령상 비밀, 비공개로 인한 비공개가 2006년 17%에서 2010년

42%로 급상승하여, 정보부존재를 누르고 비공개사유 1위에 올랐다는 점이다. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호는 “다른 법률 또는 법률이 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보”를 비공개 대상 정보로 정하고 있는데, 바로 이 조항이 가장 큰 비공개사유로 등장한 것이다. 대신 제4호 ‘진행 중인 재판 관련 정보’와 제6호 ‘개인 사생활 보호’를 비공개사유로 든 사례가 줄어들었다. 과연 지난 몇 년 사이 어떠한 법률이 그리 많이 바뀌었기에, 법령상 비밀·비공개사유가 2.5배 가까이 늘어났을까 하는 의문이 생긴다. ‘개인정보보호법’이 새로이 제정된 것이 2011년 3월, 시행된 것이 9월이니 <표 4>의 통계에 영향을 미치지 못했을 터에 어떠한 이유가 있는지 법령상 비밀·비공개를 사유로 비공개된 4천9백여 건의 정보공개청구에 대한 전수조사가 필요한 상황이다.

단, 「정보공개 연차보고서」가 제시하는 통계는 정보공개청구 과정에서 다반사로 일어나는 정보공개 담당 공무원들의 신청 취하 회유 또는 종용에 의해 신청이 취하된 경우는 반영되어 있지 않았음을 고려해야 한다. 2010년 실제 정보공개청구는 421,813건으로 이 중 중도 취하되거나 민원으로 이첩된 것이 99,795건에 달한다. 보고서는 실제 청구의 1/4 가까이 제외하고, 나머지 322,018건만을 실제 정보공개청구로 하여 통계를 산출하고 있다. 따라서 실제 청구건수 대비 비공개율은 연차보고서의 통계 수치보다 훨씬 높을 것으로 추정된다.

대통령실이 그 대표적인 예다. 「정보공개 연차보고서」에 의하면 2010년 대통령실은 86건 청구 중 40건을 전부공개, 19건을 부분공개하여 공개율이 약 69%에 달하는 것으로 되어 있다. 하지만 조선일보 보도에 따르면, 2010년 대통령실은 정보공개청구를 받은 994건 중 90%가 넘는 908건을 신청 취하 유도하거나 다른 기관으로 넘겨 86건만을 직접 처리하였다고 한다. 그중 59건만을 전부 또는 부분 공개한 것이다. 이렇게 따지면 대통령실의 실질적 정보공개율은 5.9%에 불과하다. 이러한 실질적 비공개율과 통계상의 비공개율 간의 차이는 다른 행정기관들에서도 유사하게 나타날 것으로 예상된다.

### 5. 개인정보보호법을 이유로 한 비공개의 증가

더욱 우려스러운 것은 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(이하 ‘개인정보보호법’),이 제정된 이후 이 법을 근거로 정부 각종위원회에 참가한 명단을 비공개하는 건수가 급증하고 있다는 점이다. 하지만 개인정보보호법은 말 그대로 개인의 프라이버시를 강화하는 법안이지 공적으로 참가하고 있는

각종위원회 참가명단을 보호하라고 만든 법안이 아니다. 또한 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서도 '공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라서 국가 또는 지방자치단체가 업무 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업'(제9조 제항 제6호 마)일 경우 개인의 성명이나 직업을 공개하도록 하고 있다. 이 부분에 대한 명확한 견제 장치가 필요해 보인다.

국민이 올바르게 아는 것은 표현하고 비판하기 위한 기초 전제이다. 표현의 자유 확장을 위해서 정부의 정보는 더욱 넓게 공개되어야 할 것이다.

## IV. 개선방향: 정책과제

### 1. 정보공개 원칙 강화

- 공공기관의 정보공개는 헌법이 보장하는 국민의 알권리 보장을 위하여 필수적인 사항임을 명확히 할 필요가 있다.
- 공공기관의 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 적극 공개하여야 함을 규정해야 한다.
- 국민의 알권리 보장을 위하여 적극적 정보공개제도의 활성화 및 정착이 이루어져야 한다.

### 2. 사전 정보공개 강화(컨설팅 제도 벤치마킹)

- 국민의 알권리 증진을 위하여 기존의 사후적·소극적 정보공개에서 사전적·적극적 정보공개로의 전환이 필요하다.
- 전자적으로 처리된 정보 중 공개대상으로 분류된 정보는 국민의 청구가 없더라도 사전에 공개하도록 의무화해야 한다.
- 공공기관이 생산·보유하는 정보를 실시간으로 국민에게 공개하도록 하여 행정의 투명성을 높이고 국민의 행정참여를 확대해야 한다.

### 3. 정보목록의 빠짐없는 공개

- 국민의 공공기관 정보에 대한 접근성 및 공개청구에 대한 편의성을 높이기 위하여 정보목록의 신속하고 빠짐없는 공개가 필요하다.
- 해당 정보는 비공개 정보라도 정보목록 자체에 비공개 사유가 없는 한 정보목록은 반드시 공개해야 한다.
- 공공기관의 정보목록을 신속하고 빠짐없이 제공하여 사용자 중심의 정보공개제도를 정착해야 한다.

### 4. 비공개 대상 축소 및 구체화

- 자의적 비공개 방지를 위하여 비공개 대상 정보 축소 및 구체화가 필요하다.
- 의사결정과정 및 내부검토과정을 이유로 비공개할 때는 정보공개 가능 시점을 통지하도록 하고, 위원회 위원 및 퇴직공무원의 재직 중 성명·직위를 공개하도록 하며, 비공개 대상 정보라도 공익상 필요한 경우에는 공개하도록 의무화해야 한다.
- 비공개 대상 정보를 축소하고, 공공기관의 자의적 판단에 의한 비공개 사례를 없애는 한편, 적극적 정보공개를 강화해야 한다.

### 5. 정보공개심의회 활성화

- 정보공개심의회 설치 의무 기관을 명확히 하고, 심의회의 공정성을 높이기 위하여 외부전문가 위촉비율을 모든 기관이 1/2 이상으로 하도록 의무화한다.
- 국가기관, 지방자치단체, 공기업은 정보공개심의회를 반드시 설치하도록 하고, 국방·외교 등을 주로 하는 기관의 외부전문가 위촉비율을 현행 1인 이상에서 2분의 1로 확대해야 한다.

## 6. 청구인이 원할 경우 사본·복제물 교부 의무화

- 정보공개の方法은 원칙적으로 청구인이 원하는 방법대로 해야 함을 명확히 하는 것이 필요하다.
- 청구인이 사본 또는 복제물의 교부를 원하면 원칙적으로 이를 교부하도록 규정해야 한다.
- 공공기관의 불합리한 사본 교부 거부 등을 원칙적으로 금지한다.

## 7. 이의신청의 공정성 제고

- 국민이 공공기관의 정보공개 결정에 대한 불복으로 이의신청을 제기할 때보다 공정한 결정을 위한 제도화가 필요하다.
- 이의신청 시 정보공개심의회 개최를 의무화하여야 한다.
- 이의신청 시 민간위원이 2분의 1 이상으로 구성된 정보공개심의회 심의를 반드시 거치도록 하여 결정의 공정성을 높여야 한다.

## 8. 행정심판의 공정성·전문성·신속성 제고

- 시간의 경과로 가치가 상실되는 정보의 특성으로 정보공개 행정심판의 신속성이 요청되는 한편 정보공개 결정의 전문성에 대한 사회적 요구가 증가함에 따라 현행 정보공개행정심판 기능을 보완·수정하는 것이 필요하다.
- 정보공개 관련 행정심판은 정보공개에 대한 전문성이 높은 정보공개위원회에서 담당하도록 하고, 행정심판 결정 기간을 60일에서 30일로 단축(정보감독관 제도 벤치마킹)하여야 한다.
- 행정심판의 공정성 및 전문성을 높이고, 정보공개에 대한 국민의 더욱 빠른 권리구제를 가능하게 하여야 한다.

## 9. 신분보장 및 벌칙

- 국민의 알권리를 확대하고 정보공개제도 운용의 실효성을 강화하기 위하여 위법한 공개거부 행위 등에 대한 제재 수단 마련이 필요하다.
- 정당한 정보공개에 대한 신분상 불이익 금지, 정보를 위조·변조하거나 허위로 공개한 경우 등에 대한 벌칙 규정 신설이 필요하다.

## 10. 기록물폐기에 대한 절차 및 무단폐기에 대한 처벌 강화

- 기록물 무단폐기 및 철저한 기록관리를 위해 모든 기록물뿐만 아니라 기록물이 담긴 매체 등을 폐기 및 파기할 때도 처벌 할 수 있도록 하여야 한다.
- 정보공개가 제대로 이루어지지 않는 이유 중의 하나가 기록물에 대한 관리허술도 있으므로 「공공기록물관리에 관한 법률」을 개정하여 기록물에 대한 폐기절차를 강화하고 무단으로 폐기하는 자에 대한 처벌을 강화하여야 한다.
- 모든 기록물을 폐기할 때에는 반드시 생산부서 의견조회, 기록물관리 전문요원의 심사 및 외부 전문가가 참여하는 기록물평가심의회 심의를 거치도록 의무화할 필요가 있다. 또한, 기록물뿐만 아니라 기록물이 담긴 매체 등을 폐기 및 파기할 때도 처벌할 수 있도록 하고, 전체적으로 기록물에 대한 무단폐기자에 대한 처벌을 강화할 필요가 있다.

# 차별에 근거한 '혐오적 표현'에 대한 규제

## I. 문제제기

표현의 자유는 우리 사회의 중요한 가치이지만, 모든 표현이 허용되어야 하는지는 생각해 볼 여지가 있다. 대표적인 것이 사회적 소수자에 대한 공격적인 표현도 허용해야 하는지의 문제이다. 우리가 표현의 자유를 옹호하고자 한 것은 인간의 자유로운 의사와 표현이 민주사회의 기본적 조건이기 때문이다. 그런데 만약 사회적 소수자를 위협하고 차별을 조장하는 발언이 오히려 소수자를 사회에서 배제하는 기능을 하고 있다면, 이것조차도 표현의 자유로 인정할 수 있는지가 문제가 되는 것이다. 그렇다면 표현의 자유를 옹호하면서도, 예외적으로 사회적 소수자에 대한 혐오표현은 제재해야 한다는 입장이 가능할 것인가가 문제가 된다.<sup>12</sup>

이 문제는 서구에서 이른바 “혐오발언”(hate speech)의 문제로 다뤄져 왔다. 혐오발언이란 인종, 종교, 젠더, 연령, 장애, 성적 지향 등을 근거로 하여, 선동적(inflammatory), 모욕적(insulting), 조롱하는

<sup>12</sup> 박경신은 모욕죄와 명예훼손죄의 폐지를 강력히 주장하면서도, 혐오발언을 금지하는 법은 오히려 '선진화'의 길이라고 주장한다. 박경신, “모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰”, 『고려법학』, 제52권, 2009, 286~289쪽 참조.

(derisive), 위협하는 발언으로 개인 또는 집단을 공격하고 혐오를 조장하는 것을 말한다.<sup>13</sup> 서구에서는 대부분 이러한 표현에는 관용을 베풀 수 없다고 보고, 규제하는 법을 가지고 있다. 한국에서도 이주민들의 숫자가 증가하고, 동성애자들의 커밍아웃이 확대되는 등 혐오적 표현 문제가 본격적으로 제기될 가능성이 높아지고 있으며, 이에 대한 적절한 대안을 만드는 것이 중요한 과제로 대두될 전망이다.

## II. 국제인권기준<sup>14</sup>

### 1. 국제인권규범

#### 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약

20조 2항

차별, 적의, 폭력을 선동하는 민족적, 인종적, 종교적 증오의 고취는 법률로써 금지된다.<sup>15</sup>

#### 인종차별철폐협약

제4조 제1항은 어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며 또한 협약국은 이같은 차별을 위한 모든 고무 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인

<sup>13</sup> Michel Rosenfeld, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, 24 Cardozo Law Review, 2003; Anthony Cortese, *Opposing Hate Speech*, Praeger, 2006, 1쪽; United States Holocaust Memorial Museum, *Hate Speech and Group-Targeted Violence: The Role of Speech in Violent Conflicts*, United States Holocaust Memorial Museum 참조. 참고로 “선전”(Propaganda)은 공격 의견과 행동을 형성하는 편견 있는 정보라는 점에서 구분되고, “혐오범죄”(hate crimes)는 물리적 폭력을 수반한다는 점에서 구분된다. 물론 혐오범죄와 혐오발언이 연동되는 경우는 흔하다.

<sup>14</sup> 박찬우, “차별금지법 제정의 의미와 ‘차별금지법안’의 주요내용”, 『차별금지법 공청회 자료집』, 국가인권위원회, 2008, 7~11쪽; 정강자, “헌행차별금지법제의 과제: 차별금지법 제정논의를 중심으로”, 이화여자대학교 석사학위논문, 2010, 7쪽 이하; 이준일, 『차별금지법』, 고려대 출판부, 2007, 제10장 참조.

<sup>15</sup> 이러한 내용이 표현의 자유와 충돌할 수 있지만, 유엔 자유권위원회의 일반논평 11은 증오 고취가 공공정책에 반하고, 이에 대한 위반을 제재하는 법이 필요하다는 점을 분명히 했다.

조치를 취할 의무를 지며 이 목적을 위하여 세계인권선언에 구현된 제 원칙 및 이 협약 제 5조에 명시적으로 언급된 제 권리와 관련하여 특히 제약국은

- (a) 인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 관념의 보급 그리고 피부색이나 또는 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력 행위나 폭력행위에 대한 고무를 의법처벌해야 하는 범죄로 선언하고 또한 재정적 지원을 포함하여 인종주의자의 활동에 대한 어떠한 원조의 제공도 의법처벌해야 하는 범죄로 선언한다.
- (b) 인종차별을 촉진하고 고무하는 조직과 조직적 및 기타 모든 선전활동을 불법으로 선언하고 금지시킨다. 그리고 이러한 조직이나 활동에의 참여를 의법처벌하는 범죄로 인정한다.
- (c) 국가 또는 지방의 공공기관이나 또는 공공단체가 인종차별을 촉진시키거나 또는 고무하는 것을 허용하지 아니한다. 컴퓨터를 통한 인종주의, 외국인 증오적 행위의 처벌에 관한 사이버범죄에 관한 협약의 추가의정서<sup>16</sup>

#### 제2조(정의)

- 1. 이 의정서의 목적에 따라, “인종주의적이고 외국인 증오적인 자료”라 함은 인종, 피부색, 조상, 국가적 또는 인종적 기원을 근거로(그리고 이들 특징의 구실로 이용되는 경우에는 종교를 근거로 한 경우를 포함한다) 한 어떤 개인이나 개인의 집단에 대한 증오, 차별 또는 폭력을 주창, 신장 또는 선동하는 모든 서면 자료, 모든 영상 또는 기타 사상이나 이론들의 표명을 말한다.
- 2. 이 의정서에서 사용되는 용어와 표현들은 협약에서 해석되는 것과 동일한 방식으로 해석되어야 한다.

#### 제3조(컴퓨터시스템을 통한 인종주의적이고 외국인증오적 자료의 유포)

- 1. 각 당사국은 컴퓨터시스템을 통하여 인종주의적이고 외국인 증오적인 자료를 공중에 배포하거나 이용할 수 있도록 제공하는 행위가 정당한 권리 없이 의도적으로 저질러진 경우에 국내법상 형사범죄로 정하는 데 필요한 입법 기타의 조치를 취해야 한다.
- 2. 각 당사국은 제1항에 규정된 행위가, 그 자료가 제2조 제1항에 따라 증오나 폭력과 연결되지 않은 차별을 주창, 신장, 선동하는 것일 경우에는, 다른 효과적 구제가 이용가능한 경우에는 형사책임을 부과하지 않을 권리를 보유한다.
- 3. 제2항의 규정에도 불구하고 각 당사국은 표현의 자유에 관한 국내법체계에서 확립된 원칙으로 인하여 제2항에 규정된 바에 따라 효과적인 구제를 제공할 수 없는 차별의 경우에는 제1항을 적용하지 않을 권리를 보유한다.

#### 제4조(인종주의적이고 외국인 증오적 동기를 가진 위협)

각 당사국은 국내법상 정해진 중대한 범죄를 저지르면서, 컴퓨터시스템을 통하여 정당한 권리 없이 의도적으로 다음 각호의 사람을 위협하는 것을 국내법상 형사범죄로 정하는 데 필요한 입법 기타의 조치를 취해야 한다.

- (i) 사람들이 인종, 피부색, 조상, 국가적 또는 인종적 기원(그리고 이들 특징의 구실로 이용되는 경우에는 종교를 근거로 한 경우를 포함한다)에 의해 구분되는 어떤 집단에 속한다는 이유로 사람들을 위협하는 것. 또는 (ii) 이들 특징들의 어떤 것에 의해 구분되는 사람의 집단을 위협하는 것.

#### 제5조(인종주의적이고 외국인 증오적 동기를 가진 모욕)

- 1. 각 당사국은 다음 각호의 행위가 정당한 권리 없이 의도적으로 저질러지는 경우 국내법상 형사범죄로 정하는 데 필요한 입법 기타의 조치를 취해야 한다:
  - (i) 사람들이 인종, 피부색, 조상, 국가적 또는 인종적 기원(그리고 이들 특징의 구실로 이용되는 경우에는 종교를 근거로 한 경우를 포함한다)에 의해 구분되는 어떤 집단에 속한다는 이유로 사람들을 공개적으로 모욕하는 것. 또는 (ii) 이들 특징들의 어떤 것에 의

16 Council of Europe, Additional Protocol to the Convention on Cybercrime concerning the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems, ETS No. 189, 2003.1.28, <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>>. 이 추가의정서는 2003.1.28 유럽이사회가 채택했고, 2006년 3월 1일부터 발효되었다.

해 구분되는 사람의 집단을 공개적으로 모욕하는 것.

2. 각 당사국은

- a. 제1항에 규정된 행위가 제1항에 언급된 사람이나 사람의 집단이 증오, 경멸, 또는 조소에 노출되는 결과를 가질 것을 요구하거나,
- b. 제1항의 규정을 전부 또는 일부 적용하지 않을 권리를 보유한다.

**제6조(집단학살 또는 인도에 반하는 범죄들의 부정, 총체적 경시(gross minimisation), 승인 또는 정당화)**

- 1. 각 당사국은 다음 행위가 정당한 권리 없이 의도적으로 저질러지는 경우 국내법상 형사범죄로 정하는 데 필요한 입법 기타의 조치를 취해야 한다:

국제법에 의해 정의되고 1948년 4월 8일 런던협정에 의해 설치된 국제국사법원이나 기타 관련 국제규범에 의해 설치된 국제법원으로서 당사국이 그 관할권을 인정한 법원의 최종적이고 구속력있는 판결에 의하여 승인된 집단학살 또는 인도에 반하는 범죄를 구성하는 행위들을 부정하거나, 총체적으로 경시하거나 승인하거나 정당화하는 자료를 컴퓨터 시스템을 통하여 공중에게 배포하거나 이용할 수 있도록 제공하는 것.

2. 당사국은

- a. 제1항에 규정된 부정이나 총체적 경시가 인종, 피부색, 조상, 국가적 또는 인종적 기원을 근거로(그리고 이들 특징의 구실로 이용되는 경우에는 종교를 근거로 한 경우를 포함한다) 개인 또는 개인의 집단에 대한 증오, 차별 또는 폭력을 선동할 의도로 저질러졌을 것을 요구하거나,
- b. 제1항의 규정을 전부 또는 일부 적용하지 않을 권리를 보유한다.

**제7조(교사 및 방조)**

- 1. 각 당사국은 정당한 권리 없이 의도적으로 이 의정서에 따라 확립된 범죄를 교사 또는 방조하는 경우로서 그러한 범죄를 저지른다는 고의를 가지고 하는 경우를 국내법

상 형사범죄로 정하는 데 필요한 입법 기타의 조치를 취해야 한다.

**미주인권협약 제13조(사상과 표현의 자유)**

- 5. 전쟁의 선전과 인종, 피부색, 종교, 언어 또는 민족적 출신을 이유로 사람 또는 집단에 대하여 불법적인 폭력 또는 기타 유사한 행동을 선동하는 민족적, 인종적, 또는 종교적인 증오의 주장은 법률에 의하여 처벌되는 범죄로 간주되어야 한다. 국제인권규범에서는 원칙적으로 혐오발언은 표현의 자유의 대상이 아니라는 점에 기본적인 합의가 되어 있다.

위에서 언급한 국제조약 이외에도 '인종주의, 인종차별, 외국인혐오 및 이와 관련된 불관용 철폐를 위한 세계회의'가 채택한 **더반선언문**<sup>17</sup>에서 모든 형태의 인종차별에 대해 국가, 지역, 및 국가차원에서 예방 교육 보호를 위한 행동규범이나 자율규제와 같은 정책을 마련할 것을 촉구하였다(144문단). 또한, Article 19의 캠페인칙도 '차별을 조장하거나 평등과 문화 간 이해를 해치는 발언'에 대한 국가의 책임을 공식적 행위 규범에 명기하도록 의무화할 것과(원칙 8) 표현의 자유와 혐오적 표현에 대해서도 '차별과 적대감 또는 폭력 선동을 구성하는 혐오를 금지하는 법률'을 채택할 것을 명시하고 있다(원칙 12). 내용은 조금씩 다르지만, 혐오적 표현은 기본적으로 인종, 종교, 성적지향 등과 관련한 소수자에 대한 '차별'에 근거하며, 이들에 대한 증오와 적의를 드러내거나 선동하는 것을 말한다고 할 수 있다. 그리고 이러한 혐오적 표현에 대해 어떠한 방식이든 법적 규제가 필요하다는 것에 동의하고 있다고 할 수 있다.

17 World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Declaration, <<http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>>, 2001.9.8.

## 2. 국제기구의 한국에 대한 권고

국제기구에서는 위와 같은 국제규범에 따라 한국에 몇 차례 권고를 한 바 있다. 2007년 8월 17일 유엔 인종차별철폐위원회는 한국정부가 제출한 제11차, 12차 인종차별철폐협약 이행 보고서에 대한 심의결과로 “단일 민족성을 강조하는 한국정부의 태도, 이주노동자와 타 인종 간 결혼으로 태어난 어린이 등에 대한 폭넓은 사회적 차별에 대해 우려”를 표했다. 또한 한국정부에 대해 “헌법상 추상적으로 규정된 인종에 기초한 차별 금지를 헌법에 더욱 명시적으로 규정하는 것을 검토하고 특히 인종적인 동기에서 초래된 형사범죄를 금지, 처벌하는 내용의 특별 입법을 하도록 권고”했다.

### III. 인권상황평가: 실태와 문제점

#### 1. 혐오적 표현의 현실과 문제점

##### 가. 외국인 혐오

국내 체류 외국인은 2011년 3월 기준 2012년 1월 기준 1,369,347명<sup>18</sup>으로 우리나라 인구 2%를 넘는다. 그러나 국내에서 일어나는 외국인 혐오와 인종차별은 정부의 안이한 대응과 우리 사회의 인식 부족 탓에 점점 확산하는 추세라고 할 수 있다.

특히, 우리 사회에서 외국인 혐오는 이주노동자, 결혼이주여성문제와 다문화사회에 대한 비판이 거세지면서 이주노동자는 불법체류자 또는 범죄를 일으키는 집단이라는 인식이 강하게 자리 잡고 있다. 이러한 인식은 정책 비판을 넘어서 특정국가나 특정종교 집단 전체에 대한 혐오로 확대되고 있다. 인터넷상 ‘외국인노동대책시민연대’, ‘외국인범죄척결국민연대’, ‘다문화정책반대 카페’ 등에서 나타나는 외국인 혐오 게시글이나 포털 사이트, 인터넷신문기사 댓글에서 나타나는 인종차별을 조장하는 표현이 위험수준에 이르고 있다.

18 법무부 출입국/외국인정책본부, <출입국 외국인정책 통계 월보 2012년 1월호>, 2012.2.

2010년 국가인권위원회의 ‘인터넷에서의 인종적 표현 관련 모니터링’<sup>19</sup>에 따르면 “우리 사회의 많은 문제를 외국인이 일으키고 있는 것이라고 선동하면서 인터넷 이용자들의 정서적 반응에 호소하고 이들로 하여금 폭력적 행위를 하도록 선동하는 표현들은 적지 않게 발견되었다”고 한다. 구체적인 내용으로 “인종적 우월성(순혈주의) 관점”, “위협적 존재로서의 외국인에 대한 증오감 표출”, “인종을 근거로 외국인을 비하 또는 희화화한 사례”, “인종차별을 정당화하거나 증진하려는 사례”를 꼽고 있다. 또한, 주요 인터넷 포털에 특정 이슬람 국가 이주민들의 국내 유입을 막아야 한다는 취지의 글과 국내 체류 화교에 대한 테러를 가해야 한다는 선동적 문구도 조사되었다.

“G20회의장 반경 2km이내에는 무슬림애덜 접근 금지시켜한다. 혹시나 모를 테러를 대비해서 접근시 전원사살 해버려라.”

“한국 내 서열순위가 불체자)한국인 인거 같습니다. 이게 다 KKK단 같은 인종청소 주의자들이 없어서입니다.”<sup>20</sup>

이 같은 문제에 대해 2011년 4월 국가인권위원회는 “인터넷상의 인종차별적 표현을 개선하기 위한 의견표명”을 한 바 있다. 법무부 장관에게 ‘외국인정책기본계획에 「모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약」에서 체약국의 의무로 규정하고 있는 ‘인종 간의 이해증진을 위한 정책’이 포함되도록 하고, 구체적으로 인터넷상의 인종차별적 표현에 대한 개선방안이 포함되어야 한다’고 하였으며, 한국인터넷자율정책기구(ISA) 회장에게는 ‘인터넷상에서 인종을 차별하거나 이를 조장하는 표현물이 유통되지 않도록 자율적 규제를 하도록 노력하라’는 의견을 표명했다.

이처럼 국내의 인종차별 관련 의식과 제도가 사회변화를 따라가지 못하며 인종차별이 점점 확대됨에 따라 인종차별은 우리 사회의 큰 문제로 부상하고 있다. 외국인 혐오, 인종차별을 조장하는 문제에 대한 제도적 대응이 시급하다.

한편, 이명박 정부는 2008~2012년 [제1차 외국인정책기본계획]에서 재원 투자 규모는 약 6,127억 원으로 추계했지만, 그 중 인권옹호 분야는 213억 원으로 3.4%에 불과한 수준이다.<sup>21</sup> 또한, 법무부는 2011

19 국가인권위원회, “인터넷 상의 인종차별적 표현을 개선하기 위한 의견표명”, 2011.4.26, 불입자료2.

20 국가인권위원회, “인터넷에서의 인종적 표현 관련 모니터링” 사례 중 일부.

21 법무부 출입국/외국인정책본부, <제1차외국인정책기본계획: 2008~2013> 참조.



년 2월부터 국가안보를 이유로 “외국인의 귀화 심사 시 자유민주주의 체제 인정 서약서 징구”를 하겠다고 발표하며<sup>22</sup>오히려 인종차별 정책을 시행하고 있다는 비판을 받고 있다.<sup>23</sup>

## 나. 성소수자 혐오

성소수자에 대한 차별적인 발언이나 혐오발언은 사회 전체에서 매우 광범위하게 일어나고 있다. 이는 기본적으로 성소수자에 대한 그릇된 의식을 바탕으로 차별적/혐오적인 발언이라는 것을 인식조차 하지 못하고 있기 때문에 발생하고 있다고 본다. 특히 2010년 차별금지법 제정 움직임 이후로 ‘바른 성문화를 위한 국민연합’, ‘동성애반대 국민본부’ 등의 호모포비아 단체가 만들어져 혐오를 선동하고 있다.

“며느리가 남자라니 웬 말이나”<sup>24</sup>

“〈인생은 아름다워〉 보고 게이 된 내 아들 AIDS로 죽으면 SBS 책임져라”<sup>25</sup>

“학생인권조례 허용하면 의원님 자손은 끝납니다. 남자 며느리 보게 될걸요” “동성애 허용, 창궐하는 AIDS” “엄마 나 오늘 학교에서 향문성교 배웠어”<sup>26</sup>

이 단체들은 이런 문구가 쓰인 피켓을 성소수자 단체의 시위 현장에 지참하고 나와 노골적인 혐오를 그대로 드러내고 있다. 언론도 다르지 않다. 보수 기독교 계열의 신문에서 주창하는 동성애 혐오 기사 외에도 일반 일간지에서도 성소수자에 대한 혐오적인 발언은 여과 없이 ‘표현의 자유’라는 명목으로 기사화된다.

“국가인권위원회가 동성애자에 대한 차별금지를 권고하고 있지만 동성애는 우리 사회에서 아직 금기(禁忌)에 가깝다. 사회에서도 정립되지 않은 사안을 학교에서 먼저 성

급하게 허용하는 것은 심각한 부작용을 부를 수 있다.”<sup>27</sup>

“일부 동성애자들도 청소년들 사이에서 동성애가 확산되고 있는 것을 우려하고 있다.”<sup>28</sup>

더 심각한 것은 헌법재판소 판결이나 공공문서나 공직자 발언 등에서도 이러한 혐오발언이 자행되고 있다는 사실이다.

“계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적만족행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다.”<sup>29</sup>

“조례안 제5조 제1항의 임신 또는 출산, 성적 지향 등을 이유로 차별받지 않을 권리를 가진다는 규정 중 ‘성적 지향’은 서울특별시교육청 생활지도정책자문위원회 공청회에서 발표한 시안에도 논란 끝에 제외되었던 규정으로 성 가치관이 확립되지 않은 청소년에게 그릇된 성 인식을 심어줄 우려가 있음.”<sup>30</sup>

“인간은 남녀가 결합해서 서로 사는 것이 정상이죠. 그래서 동성애는 반대입장이지요.”<sup>31</sup>

“동성애를 허용하게 되면, 동방의 빛, 동방의 순수한 우리 백의민족을 에이즈로서 파탄국가로 만들 것입니다. 학교가 불치의 병인 에이즈의 온상이 되면 학생들은 공포의 학교를 다니게 될 것입니다. 백의민족 대한민국은 미래가 없게 됩니다.”<sup>32</sup>

일상생활에서도 성소수자에 대한 혐오발언이 노골적으로 드러내는 경우가 자주 관찰된다.

22 법무부, “2011년 업무보고”, 2010.12.20.

23 “귀화 외국인에게 ‘충성서약서’ 강요, 창피하다”, 오마이뉴스, 2011.2.11자 <[http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/view/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0001521558](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001521558)>

24 보수일간지 극우보수단체연합 광고, 2010년 5월.

25 조선일보 광고, 2010년 9월.

26 서울시 학생인권조례를 반대하는 모임의 휴대전화 문자, 피켓문구.

27 “사설: 사회보다 앞서 ‘동성애허용’인권조례라니”, 동아일보, 2011.10.21자.

28 “음란물, 친구권유…호기심에 첫 경험”, 주간한국, 2012.1.14자.

29 2011년 3월 31일 헌법재판소 균형법 상 계간죄 위헌제정 판결문 (2008헌가21)중.

30 2012년 1월 9일 학생인권조례에 대한 서울시교육청 재의요구안 공문

31 이명박대통령 후보 인터뷰, 조선일보, 2007.5.12.

32 김덕영 서울시의원 발언, 2011년.

“성소수자를 꺼려하는 학우들이 많이 있습니다. 성소수자가 사회적으로 용인되지 않기 때문에 LGBT인권위 설립은 반사회적이라고 생각합니다.”<sup>33</sup>

성소수자의 존재가 드러나기 이전에는 성소수자에 대한 혐오발언도 수면 위로 드러나지 않고 있었다. 하지만 성소수자들이 커밍아웃을 하고 커뮤니티를 결성하는 등의 사회적 활동을 시작하자, 이에 대한 혐오발언도 점점 증대하고 있는 것으로 보인다.

## 2. 국내 입법 현황

현재 혐오 발언을 규제할 수 있는 법과 제도는 없다고 할 수 있다. 다만, 인종차별 발언에 대한 규제가 있었는데, 이것은 ‘모욕죄’에 의한 것이었다(형법 제311조). 모욕죄는 “공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정되어 있다(친고죄). 모욕죄는 경멸적 감정을 표현하여 개인의 감정에 상처를 입히는 것을 의미하기 때문에 그 구성요건이 매우 모호하여 폐지하자는 주장이 유력하며, 또 설사 이것으로 혐오적 표현을 규제한다고 해도 그 범위가 지극히 협소하다는 문제가 있다. 현재 국내에서는 혐오적 표현을 모욕죄로 처벌한 한 건의 사례가 있다.

지난 2009년 인도인 후세인은 버스에서 한국인 박 모 씨가 “you Arab, you Arab!”, “너 냄새 나, 이 더러운 xx야”, “fuck you fuck you” 등의 욕설을 듣고, 분노하여 결국 그 박 모 씨를 형사고소 하였다. 인종차별적 발언을 규제하는 별도의 법규가 없는 한국에서는 박 모 씨를 형법상 ‘모욕죄’로 처벌하였다(벌금 100만원). 재판부는 “당시 상황을 고려해 볼 때 피고인이 특정 종교나 국정의 외국인을 혐오하는 듯한 발언을 해 피해자에게 모욕감을 느끼게 한 점이 인정된다”고 밝혔다.<sup>34</sup>

인권단체들은 “2008 표현의 자유 선언”<sup>35</sup>에서 “위와 같은 표현의 자유는 전쟁의 선동, 인종주의의 선동, 소수자에 대한 차별 선동 등 반인권적 표현까지 포함하는 것으로 보지 않는다. 인권에 반하는

33 한양대총학생회 후보자 발언, 2010년.

34 인천지방법원 2009.11.27 판결.

35 ‘2008표현의자유선언’은 인권과 민주주의의 후퇴를 경험하면서 사회적 억압과 고통을 만들어내는 권력에 맞서 싸웠던 사람들이 2008년 11월8일부터 1달여 동안 집단적 참여를 통해 작성하고 2008년 12월 10일 발표한 ‘2008인권선언’의 한부분으로 구성되어 있다. 2008인권선언추진위원회, 『2008인권선언: 얼어붙은세상을 녹이자!』, 도서출판사람생각, 2008.

표현의 자유는 해당 관련자에 대한 폭력을 낳을 수 있음을 우리는 우려한다”고 밝힌 바 있다.

이미 제출되어 있는 차별금지법(안)에도 혐오적 표현에 대한 규제가 포함되어 있다 “정부 차별금지법안(2007)” 제3조(금지대상 차별의 범위) 제1항에는 “이 법에서 차별이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위 또는 경우를 말한다. … 3. 성별 등을 이유로 신체적 고통을 가하거나 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 행위 4. 합리적인 이유 없이 성별 등을 이유로 특정 개인이나 집단에 대한 분리·구별·제한·배제 등 불리한 대우를 표시하거나 조장하는 광고행위 …”<sup>36</sup>라고 되어 있고, 국가인권위원회가 2000년 제시한 “차별금지법(안)”<sup>37</sup>제2조(금지대상 차별의 범위)에는 “③ 성별, 장애, 인종, 출신국가, 출신민족, 피부색, 성적지향을 이유로 한 괴롭힘은 차별로 본다. ④ 특정 개인이나 집단에 대한 분리·구별·제한·배제나 불리한 대우를 표시하거나 조장하는 광고행위는 이 법에서 금지한 차별로 본다.”고 되어 있다. 2008년 <차별금지법의 올바른 제정을 위한 반차별 공동행동(준)>의 “차별금지법안”<sup>38</sup>제3조(차별의 범위)에는 “① 이 법에서 차별이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위 또는 경우를 말한다. … 3. 성별, 인종, 피부색, 출신민족, 장애를 이유로 신체적 고통을 가하거나 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 행위 4. 합리적인 이유 없이 성별 등을 이유로 특정 개인이나 집단에 대한 분리·구별·제한·배제 등 불리한 대우를 표시하거나 조장하는 광고행위”라고 되어 있다.

## IV. 개선방향: 정책제안

### 1. 혐오적 표현 찬반 논의

문제는 결국 ‘표현의 자유’와 ‘평등보호(차별금지)’ 간의 대립을 어떻게 해소할 수 있는가에 관한 것이다. 한편으로 혐오적 표현의 심각성을 인식하고 그에 대한 적절한 규제방법을 모색하되, 다른 한편으로 혐오적 표현에 대한 처벌이 오히려 표현의 자유를 억압하는 것이 아니냐는 반론에 효과적으로

36 법무부 차별금지법안에는 차별금지대상에서 ‘성적지향’을 비롯하여 ‘학력,가족형태및가족상황,병력,출신국가,언어,범죄 및 보호처분의전력’ 등 7개 항목이 삭제되어 있으며, ‘괴롭힘’과 ‘광고’에 대해서도 ‘성평등’이라고 하여 성적 지향 등의 항목이 배제되어 있다.

37 국가인권위원회, “차별금지법(안) 권고”, 2006.7.27.

38 올바른차별금지법제정을위한법안공청회, 반차별공동행동(준), 2008.14., <http://sarangbang.or.kr/bbs/view.php?board=data&id=381&page=12>.

답할 수 있어야 한다. 먼저 혐오적 표현의 처벌에 대한 찬반논의를 살펴보자.

## 가. 혐오적 표현 처벌 옹호론<sup>39</sup>

### 1) 가능한 법 규범화

혐오적 표현 처벌이 충분히 법 규범화될 수 있고 남용 가능성도 없다. '극단적(extreme)이고 직접적인 혐오 발언'만을 처벌하는 것이지, 단순히 '다른 의견(disagreement)의 표시'까지 처벌하지는 않는 것이다. 전자는 난폭하고 혐오를 불러일으키는 폭력적 발언으로서, 차별 또는 폭력이라는 해악적인 효과로 이어진다는 점에서 문제가 심각하다. 하지만 후자는 논쟁의 품위가 있고, 존중받을 수 있는 발언이며, 폭력이나 차별을 직접 조장한다고 보기 어렵다는 점에서 전자와 구분된다. 물론 이러한 과정에서 생기는 모호성이 있을 수 있지만, 그러한 약간의 모호성은 어떤 법체계에서도 불가피하다고 말한다. 다만, 차별적 의견 표시도 사실상 처벌해야 한다는 주장도 있다. 실제로 프랑스에서는 브리짓트 바르도의 '침묵의 외침'에서 인종 간 결합, 이민, 이슬람교에 반대 의견을 제시한 것도 유죄 판결을 받은 바 있다.

### 2) 혐오적 표현의 중대한 해악성

혐오적 표현은 단순히 차별적인 발언의 수준을 넘어서, 피해자에게 심각한 심리적 해악을 가져온다. 특히, 아이를 혐오적 표현으로 피해자로 만드는 아이의 자존감을 빼앗는 등 해악이 매우 크다. 편견과 차별에 기인한 혐오적 표현은 개인(또는 특질을 가진 개인들의 집단)의 정체성을 부정한다. 그러나 개인의 정체성은 개선되거나 변화할 수 있는 것이 아니다. 무시에 대한 경험은 한 인격체 전체의 자기 정체성을 무너뜨릴 수 있는 파괴적 힘을 갖고 있으며, 개인의 정체성이 집단의 정체성과 밀접한 연관을 맺고 있는 한 소수집단이나 특정집단의 정체성에 대한 공격은 바로 개인의 정체성에 대한 공격으로 이어진다. 따라서 이런 경우 주체에게 발생하는 심리적 훼손이 가능한데, 이러한 무시의 경험은 자기결정과 자기계발을 어렵게 하는 장애물로 작용하며, 사회적 불의 경험의 한 범주를 구성하며,

39 옹호론과 찬반론은 다음의 문헌을 참조했다. I. Hare and J. Weinstein, "Extreme Speech and Democracy", Oxford Univ. Press, 2009; R. Delgado and J. Stefanic, "Four Observations about Hate Speech", Wake Forest Law Review, 44, 2009; 이재승, 『국가범죄』, 앨피, 2010, 570~576쪽.

정체성의 문제뿐 아니라 사회적 정의 훼손의 경험으로도 나타날 수 있다. 또한, 혐오 발언에 대한 반응이 없을 때 혐오는 사회적으로 용인될 수 있으며 조직적, 체계적 폭력이 될 수 있다. 개인을 포함하여 특정집단에 대한 사회적 낙인과 배제, 구별의 작용을 사회 전체가 인정하게 되며 이 때문에 특정 집단의 온전한 삶이 보장될 수 없게 된다.

그리고 편견은 인식의 차원에 머물러 있지 않고, 편견에 근거한 차별적 행위로 이어진다는 점에서 사회적 심각성을 지닌다.<sup>40</sup> 편견은 다양한 구성원들로 형성된 사회에서 자주 나타나며, 이러한 편견은 악성적인 집단갈등의 뿌리 깊은 원인이 되기도 한다. 또한, 편견은 사회적 맥락에서 존재하며, 문화 안에서 사람들에게 의해 공유된다. 그리고 편견은 일종의 태도, 신념과 같이 작용하며, 대인교류 및 집단 간의 교류에 깊은 영향을 미치고 있다. 집단 간의 교류에서 나타나는 중요한 특징 중의 하나는 상대방 집단과 구성원에 대하여 사람들이 지니고 있는 편견(주로 부정적인)이며, 이 편견이 갈등을 악화시키는 요인이 되기도 한다.

### 3) 폭력으로서의 확대

인터넷 게시, 대중연설 등의 경우도 그것이 단순한 위협적이고 괴롭히는 발언으로 그치는 것이 아니라, 물리적 폭력이나 심지어 제노사이드와 같은 대규모 인권침해로 이어질 수 있다는 것이 문제다. 혐오적 표현은 특정한 대상을 일관되게 겨냥하고 이들의 삶의 가치를 부정하면서 이들에 대한 차별과 배제를 확산시킨다. 혐오적 표현이 지속해서 이루어지면 혐오의 대상이 되는 개인과 집단에 대한 심리적 폭력과 사회적 배제와 낙인을 파생시키며 혐오범죄에 이르기까지 한다. 사회구성원들의 일부 혹은 전체의 삶을 가능하게 하지 않을 정도의 표현행위는 민주주의에 대한 위협이며 사회의 발전에 도움이 되지 않는다. 이런 표현행위가 단지 눈앞에서 폭력을 조장하지 않는다는 이유로 표현의 자유로 옹호될 수는 없다.

### 4) 표현의 자유의 한계

표현의 자유는 우리 사회가 추구해야 할 하나의 가치이지만, 이것은 다른 가치(인간존엄, 명예)와 조화를 이루어야 한다. 표현이라고 해도, 우리 사회의 중요한 가치(예: 평등보호, 차별금지)와 충돌할 때

40 이동명·노상욱, "미국의 증오 범죄에 관한 연구", 『법학연구』, 2008, 366쪽.

는 이를 규제하는 것이 필요하다.

### 5) 사상의 자유시장의 허구성

사상의 자유시장이론은 '지향되어야 할 궁극적인 선(진리)은 사상의 자유로운 교환으로 도달될 수 있는 것이며, 진실의 최선의 기준은 자유시장의 경쟁을 통해 그 자체로서 받아들여질 수 있다'는 것이다. 사상의 자유시장의 이론은 다양한 사상이 자유로운 경쟁이 가능하다는 전제하에 성립할 것이다. 그러나 그 시장의 진입조차 힘겨운 상황이 존재하고 그 시장으로 진입하는 순간 사회적 존립마저 위태롭게 만들 수 있다면 사상의 자유시장은 평등할 수 없으며 경쟁 또한 가능하지 않다. 다수 의견이 언제나 진리일 수 없다는 것은, 권력을 가진 자들은 자신들의 사상과 의견을 설파할 수 있는 수단을 쉽게 소유할 수 있었고 지배 권력의 담론을 주도할 힘을 가지고 있었기에 시대의 주요 사상을 강제할 수 있었던 역사를 통해서, 어렵지 않게 알 수 있다. 물론 시간이 흐른 뒤에 소수 의견이 받아들여지고 사회의 인식이 변화하는 예도 있으나 많은 경우 오랜 시간이 흐르면서 많은 희생이 치러진 이후였다. 과연 소수자에게도 사상의 자유시장에서 자신의 표현을 자유롭게 드러내는 공정한 시장경쟁이 이루어질 수 있는지, 표현행위를 시장의 논리에만 맡길 수 있는지에 의문을 가질 수밖에 없다. 따라서 사상의 자유시장은 소수자에게 의미가 없다. 소수자가 다수자의 폭력에 의해서 위협받고 있는 상황에서, 사상의 자유시장은 의미가 있을 수 없으며, 이러한 문제를 해결하기 위해 공적 규제는 불가피하다.

### 6) 세계적 보편성

이미 많은 나라에서 혐오적 표현에 대한 처벌은 보편화되었다. 미국은 예외에 불과하다(american exceptionalism).

#### 나. 혐오적 표현 처벌 반대론

##### 1) 사상의 자유시장론(marketplace of ideas)

표현의 자유를 옹호하는 대표적인 논리가 바로 '사상의 자유시장론'이다. 자유시장에 맡겨 놓으면, 어차피 경쟁력 없는 논리는 퇴출당하기 때문에, 국가가 나설 필요가 없다는 것이다. 사상과 표현은 논쟁의 문제이고, 문화적, 역사적 토론의 문제일 뿐, 법적 처벌의 대상이 아니라고 보는 견해라고 할

수 있다.

표현에 '가치'를 부여하여 '보호받을 가치가 없는 표현'을 구분하는 순간, 딜레마에 빠지게 된다. 예를 들어, 혐오적 표현을 금지하는 순간, 보수진영에서 보호받을 가치가 없다고 주장하는 반사회적, 반국가적 표현의 자유를 옹호할 수 있는 논리를 잃게 된다. '표현'은 일단 규제하지 않는다는 논리가 깨지게 되면, 우리는 표현의 '가치'를 놓고 사사건건 싸움을 벌여야 한다. 그러니까, 결국 "표현의 자유는 무조건 옹호되어야 한다"고 주장하는 것과, "표현의 자유는 옹호되어야 하지만, 혐오적 표현은 예외다"라고 주장하는 것의 차이이다. 전자는 표현의 자유의 중요성만 놓고 싸우면 되는 것이지만, 후자를 말하는 순간 그 '예외'를 놓고 지난한 싸움이 다시 벌어지게 된다. 예컨대, "동성애자에 대한 혐오는 폐해가 크므로 표현의 자유의 예외다"하고 말하는 순간, "분단국가 한국에선 국가안보가 너무 중요하므로, 국가안보에 위협되는 발언은 표현의 자유의 예외다"라는 주장에 답해야 한다. 그리고 동성애 혐오표현과 국가안보 위협 발언 중 어느 것이 (표현의 자유의 예외가 될 만큼) 중대한 문제냐를 놓고 싸워야 한다. '사상의 자유시장론'은 표현의 자유를 옹호하는 사람들이 견지할 수 있는 가장 일관되고 강력한 무기라는 점을 잊지 말아야 한다. '표현의 자유'를 한결같이 옹호해 오면서, 내세웠던 근거들이 무기력해지고, 그 일관성을 상실할 우려가 있으며, 표현의 자유에 오히려 역으로 작용한다. 또한 이것은, 민주적 정당성을 유지하는데 표현의 자유는 필수이며, 토론과 합의를 통해 공동체의 질서를 형성해 나가는 것만큼 정당하고 효율적인 방법은 없다는 견해와도 일맥상통한다.

##### 2) 명백/현존의 법칙

표현의 자유를 옹호하는 입장에서 제시한 또 하나의 원칙은 바로 명백/현존의 법칙(clear and present)이다. 어떤 표현도 물리적 폭력이 직접 임박하지 않은 한 처벌되어서는 안 된다는 논리이다. 그런데 혐오적 표현이 물리적 폭력으로 이어질 수 있기 때문에 사전에 차단해야 한다는 논리는, 반국가정치세력의 발언이 '국가전복행위'로 이어질 수 있기 때문에 발언 수준에서 처벌해야 한다는 논리와 다를 바가 없다. 반국가정치세력의 발언이 국가전복으로 이어질 수 있다는 증거가 없듯이, 혐오적 표현도 마찬가지다.

##### 3) 해악의 법칙

표현의 자유를 옹호하는 또 하나의 원칙은 해악의 원칙(harm principle)이다. 해악이 없으면 국가가

규제할 수 없다는 것이다. 여기서 해악은 단순한 정서적 불쾌감과 구분되는 물리적이고 직접적인 해악을 말한다. 그런데 혐오적 표현이 과연 이러한 의미에서의 '해악'이 있는지는 의문이다

#### 4) 법 규범화 불가능성

혐오적 표현과 단순한 의견제시를 구분하기는 극도로 어렵다. 일관된 법적용이 거의 불가능하다는 것이다. 표현의 자유를 옹호할 때, “공익을 해할 목적으로 공연히 허위의 통신을 한 자는”(전기통신기본법 제47조 제1항)이 모호하다며 위헌을 주장한다. 천안함이나 연평도에 관련된 유언비어도 표현의 자유를 옹호한다. 그런데 과연 혐오적 표현에서 명확한 법규범화가 가능할까? 자칫, 적용범위가 지나치게 축소되어서 문제 해결에 도움이 되지 않거나, 또 너무 광범위해서 문제가 될 가능성이 높다. 게다가 사실, 가치판단(의견), 혐오적 표현 사이의 구분은 사실상 어렵다. 예를 들어, “흑인은 학업성취가 떨어진다”는 표현은 사실인가 판단인가? “동성애는 신의 섭리에 어긋난다”는 표현은 의견인가 혐오적 표현인가?

#### 5) 소수자 정치

소수자이기 때문에 보호받아야 한다는 논리도 설득력이 없다. 먼저, 소수자와 다수자를 기계적으로 구분하는 것 자체가 어렵다. 그리고 소수자의 문제를 법으로 보호해 주는 것이 더 바람직한지도 의문이다. 법과 같은 '큰 정치'보다, 삶의 현장 구석구석에서 소수자들이 스스로 싸워나가는 '작은 정치'가 소수자 정치에서 더 필요한 것이 아닐까? 큰 정치(불법화-소송-국가의존)보다는 구체적 삶의 영역에서 싸워나가는 것('작은 정치')이 더 효과적이고 정당하다. 법제화와 처벌을 요구하는 것보다 시민사회에서 힘을 키워나가야 한다. 동성애차별발언을 금지해 달라고 요구하는 것이 아니라, 그런 발언을 할 수 없는 문화적 조건을 창출해야 한다.

#### 6) 혐오적 표현의 금지 실효성 문제

혐오발언 금지가 효과적으로 혐오발언 건수를 줄이고, 차별적인 문화를 개선할 거라는 근거는 없다. 오히려 차별적 인식을 수면 아래로 감추고, 더 은밀하고 비열한 차별이 재생산될 수도 있다. 차별적 발언이 금지된다고 차별적 의식이 사라지는 것은 아니기 때문이다. 이 문제는 금지하려고 하는 쪽에서 그 효과를 입증해야 한다.

#### 7) 문화변동의 필요성

진정한 사회적 실제의 변화는 그것을 불법으로 만드는 것이 아니라 그것을 관용하지 않는 문화를 만드는 데에 있다. 법에 의존하지 않고, 스스로 문제를 해결하는 방법을 사회가 배워나가야 하고, 그래야 내성이 생긴다. 언어는 언어로 맞받아치고, 이를 정치화하면서 그 해악을 스스로 치유할 수 있다(J. Butler). 국가 형벌은 또 다른 폭력인데, 문제를 폭력으로 대처할 것이 아니라 정치적으로 해결해야 한다.

#### 8) 혐오발언 처벌의 부작용

혐오발언자에 대한 처벌은 정치적 에너지가 소수자 차별의 근본적 문제로 향하는 것을 오히려 저지하기도 한다. 혐오발언자들이 강한 혐오를 하게 된 이유는 사실 다른 문제, 예컨대 경제위기나 사회적 소외에서 비롯되는 것인데, 그 문제를 해결하는 데에 집중해야 할 에너지가 처벌에 쏠리게 된다. 실제로 한국에서 강한 인종적 혐오를 보이는 집단은 사회에서 소외된 집단이라는 분석이 있다. 예컨대, 노동조건이 열악한 노동자가 그 분노의 화살을 사용자가 아닌 이주노동자에게 돌리는 것이다. 이런 상황에서 문제를 혐오적 표현의 처벌로 해결하는 것이 바람직한지 의문이다. 또한 혐오발언자를 처벌하고 나면 문제가 해결된 것 같은 착시현상을 일으키며 오히려 근본적 문제해결을 위한 노력을 방해하는 결과를 낳기도 한다. 형벌이라는 소극적이고 배제적인 방식보다는 적극적이고, 형성적이고, 생산적인 조치가 더 필요하다.

#### 9) 차별금지의 부작용

혐오주의자들이 혐오적 표현을 금지당하면, 억압의 감정을 느끼고 자극받아, 오히려 더 심각한 발언이나 극단적 폭력으로 나아갈 수 있다. 그래서 차라리 배설하게 내버려두는 것이 나을 수도 있다는 견해가 제시된다. 게다가 가해자를 처벌해도 어차피 '교화'가 불가능하며, 순교자를 만들어내는 결과를 낳을 수 있다.

#### 10) 차별금지의 역차별

차별금지가 소수자 집단에 불리하게 작용하는 때도 있다. 레즈비언의 남성에 대한 혐오, 흑인 민족주의자의 백인에 대한 비난을 과도하게 금지하는 근거가 되기도 한다. 다수자에 의한 악용 가능성도 있다.

### 11) 유럽의 특수성

유럽에서 인종차별 발언을 처벌하는 것은 홀로코스트라는 역사적 현실이 반영되어 있다. 나치의 부활은 어떻게든 막아야겠다는 강력한 사회적 합의가 있는 것이고, 여기에는 이견이 존재하지 않는다. (신나치의 부활은 최근의 예외적 현상) 그러니까 혐오적 표현에 대한 처벌은 오히려 유럽이 예외라는 것이다.

## 2. 혐오적 표현에 대한 4가지 입법례

### 가. 혐오적 표현 전면 금지와 처벌

차별적 의견의 제시도 불법화한다. 혐오적 표현의 극도의 해악을 생각하면 당연한 조치이다. 문제는 이것이 과도한 표현의 자유 억압으로 이어질 수 있다는 점이다.

### 나. 직접적 혐오적 표현만 처벌

직접적이고 폭력적이고, 분노와 위협을 느끼게 하는 발언에 대해서만 처벌한다. 다수자의 의견을 제시하는 것은 허용될 수 있으나, 그것이 소수자의 의견 개진을 억누르고, 소수자에게 심리적인 압박을 주는 수준에 이르지 않는 한 법이 개입할 수는 없다. 하지만 점잖은 의견 개진이 장기적으로는 더 반인권적인 결과를 낳을 수 있다는 점을 고려해야 한다.

### 다. 차별금지법과 차별시정기구에 의한 규제

차별금지법에 혐오적 표현이 불법임을 명백히 밝히고, 차별시정기구/국가인권위원회의 비사법적 구제로 해결하는 것이다. 자칫 그 구제가 무기력할 수도 있지만, 혐오적 표현이 우리 공동체에서 '불법'임을 확인할 수 있다는 점(일종의 준거점)에서 의미가 있다. 차별시정기구/국가인권위원회의 권고는 혐오적 표현자와 피해자(소수자) 사이에서 혐오발언자를 처벌하지는 못하지만, 소수자가 혐오발언자와 평등하게 대화할 수 있도록 힘을 실어주는 것일 수 있다.

### 라. 혐오적 표현 불처벌

혐오적 표현이 '언어'에 그치는 한 어떠한 법규제도 허용될 수 없다는 것이다. 문제의 해결은 법규제 이외의 방법이 더욱 효과적이고 정당하다는 입장이기도 하다. 이 입장에서는, 극단적이고 해악이 큰 혐오 표현은 민법상 불법행위로 규제할 수 있으므로, 특별한 입법은 필요 없다고 본다. 하지만 혐오적 표현을 무제한으로 허용되는 사회가 정상적이라고 볼 수는 없다. 표현의 자유도 중요하지만, 극단적인 혐오적 표현은 불법이라고 선언함으로써 '준거점'을 마련해줄 필요는 있다는 비판이 제기될 수 있다.

## 3. 외국 입법 현황

유럽에서 대부분은 혐오적 표현을 처벌하고 있다. 유럽에서 혐오적 표현을 처벌하는 나라는 영국,<sup>41</sup> 프랑스, 독일, 아일랜드, 오스트리아, 스웨덴, 핀란드, 덴마크, 노르웨이, 스위스, 아이슬란드 등이며, 그 외의 지역에서는 호주,<sup>42</sup> 뉴질랜드, 캐나다,<sup>43</sup> 남아프리카공화국, 싱가포르, 브라질, 세르비아 등에 처벌 법규가 있다.<sup>44</sup> 독일과 오스트리아의 입법례는 다음과 같다.

○

**독일 형법 제130조 [국민선동]**

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 일부 주민, 민족적·인종적·종교적 집단 또는 민족성에 의하여 분류된 집단에 대한 중오심을 선동하거나, 일부 주민 또는 위 집단을 모욕 또는 악의로 비방하거나 허위사실에 의하여 명예를 훼손함으로써 인간의 존엄을 침해하는 것을 그 내용으로 하고 있는 문서(제11조 제3항)에 관하여 다음 a)내지 d)의 행위를 한 자

a) 반포 행위

41 괴롭힘으로부터의 보호에 관한 법(Protection from Harassment Act 1997)

42 호주 북부준주 차별금지법 제20조 제1항(b): 특성(attribute)을 근거로 한 괴롭힘(harassment)을 금지한다.

43 캐나다는 여러 실정법과 주차원의 법률에 처벌법이 있다. 형법 제319조는 중오의 공개적고취, 제320조는 중오 선전물의 압수를 처벌하고 있고, 인권법(Canadian Human Rights Act)은 차별이나 차별의도를 표현/내포하거나 차별을 자극하거나 자극할 것으로 예측되는 표시, 기호, 상징, 문장, 기타묘사를 공중에 출판/상영하는 것 또는 출판/상영을 유발하는 것을 금지하고 있다.

44 이재승, 『국가범죄』, 엘피, 2010, 555쪽(주18) 참조.

- b) 공연히 전시, 게시, 상영하거나 기타 그 접근을 용이하게 하는 행위
  - c) 18세 미만자에게 제공, 양여하거나 기타 그 접근을 용이하게 하는 행위
  - d) 위 문서 또는 이를 통하여 취득한 정보를 a) 내지 c)에 의한 방법으로 사용하거나 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관, 공여, 광고, 선전, 수입 또는 수출하는 행위
2. 제1호에 기재한 내용물을 방송을 통하여 반포한 자
- ③ 국가사회주의(나찌당) 지배 하에서 범하여진 제220조의 a 제1항의 행위(집단살해)를 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 공연히 또는 집회중에 찬양, 부인, 고무한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
  - ④ 제2항은 제3항에 기재한 내용의 문서(제1조 제3항)에도 준용한다.
  - ⑤ 제2항 및 제3의 경우에는 제86조 제3항을 준용하며, 제4항과 관련하여 제2항을 적용하는 경우에도 이를 준용한다.

**오스트리아 형법 제283조 (선동)**

- ① 공연히 치안을 위태롭게 하는 방법으로 국내에 존재하는 교회 또는 종교공동체에 대하여 또는 그러한 교회 또는 종교공동체, 일정한 인종, 민족, 민족적 기원, 국적을 통해 구별되는 집단에 대하여 적대적 행위를 선동하거나 교사한 자는 1년 이하의 자유형에 처한다.
- ② 제1항에 속하는 집단에 대항하여 공연히 선동하거나 인간 존엄을 침해하는 방법으로 이러한 집단을 중상하거나 비방하려는 자도 동일한 형에 처한다.

한편, 미국은 혐오적 표현의 처벌이 표현의 자유와 충돌한다는 이유로 입법적으로는 소극적인 자세를 취하고 있으나, 회사, 노조, 대학에서는 발언 강령(speech code)을 제정하여 증오적 표현을 규제하는 경우가 많다. 하지만 이 강령이 위헌인지를 놓고 계속 문제가 되고 있다. 미국의 규제현실을 상징적으로 보여주는 사건이 바로 이른바 스코키 사건이다. 이 사건에서 연방법원은 신나치주의자들의 시위를 허용하는 판결을 내렸다.<sup>45</sup> 백인 우월주의자단체인 KKK의 인종차별적 발언도 연방대법원에서 무죄판결을 받았고,<sup>46</sup> 백인 청년이 흑인 가정의 울타리 안에서 십자가에 불을 지른 사건에서도 연방대법원은 이것을 처벌한 조례가 위헌이라고 선언했다.<sup>47</sup>

하지만 미국 민권법(1964: Title VII of the Civil Rights Act) 제7장은 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신국가, 장애, 연령 등 금지된 차별사유에 근거한 괴롭힘을 금지하고 있고, 미국 고용기회평등위원회(EEOC)에서는 고용기회의 평등과 고용주의 책임(차별적 내용이 담긴 광고물의 인쇄 또는 출판 금지) 등을 규제한다. 또한 "모욕적인 언어나 제스처에 의해 폭력적 반응을 일으키려고 하는 방법으로 다른 사람을 공개적으로 모욕한 경우"(오레곤 주법 Or. Rev. Stat § 166.065,1(a)(B)(2007))를 처벌한 사례가 있다.<sup>48</sup>

**4. 대안: 혐오적 표현을 규제하는 ‘차별금지법’이 제정되어야 한다.**

위의 찬반 논의를 고려해볼 때, ‘차별금지법’을 통해 혐오적 표현을 규제하는 것이 가장 바람직하다고 판단된다. 혐오적 표현이 갖는 심각성을 고려할 때, 이에 대해 아무런 입법적 조치를 취하지 않는 것은 바람직하지 않으며, 이는 세계적인 추세하고도 부합하지 않는다. 반면 혐오발언에 대한 형사처벌은 여러 가지 한계와 부작용을 가지고 있고, 무엇보다 표현의 자유 옹호의 일관성을 해친다는 문제를 안고 있다. 따라서 혐오발언이 ‘차별’임을 분명히 하되, 그 해악의 치유는 법적 강제가 아닌 ‘비사법적 구제’(non-judicial remedies)를 통해 하는 것이 바람직하다는 것이다. 구체적으로는 차별금지법을 제정하여, 혐오적 표현이 차별임을 명확히 하고, 관련 사안에 대해 차별시정기구(현재의 국가인권위원회

45 National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S.43 (1977).  
 46 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).  
 47 R.A.V v. CityofSt. Paul, 505 U.S. 377 (1992).  
 48 State v. Johnson, 191P. 3d 665, 666 (Or. 2008) – Oregon Supreme Court.

또는 별도의 차별시정기구가 조사하고 적절한 비사법적 구제(조정, 화해, 시정권고 등)를 제공하는 것이다. 이것은 형사처벌보다 더욱 유연하게 대처할 수 있고, 엄격한 형법 구성요건의 제한을 받지 않고 광범위한 문제영역을 포괄할 수 있다는 장점이 있다.

한편, 혐오적 표현을 넘어서는 직접적인 위협에 대해서는 폭행죄, 협박죄 등 기존 형법으로도 처벌할 수 있으며, 혐오적 표현이 차별로 이어져서 손해가 발생(승진 누락, 채용 기피 등)하면 민사상 손해배상책임으로 해결할 수 있다.<sup>49</sup>

49 다만, 이렇게 차별금지법에 의해 혐오표현행위를 광범위하게 규제하되, 특정한 개인을 향한 지속적이고 직접적인 차별적 혐오표현에 대해서는 혐오죄를 신설하여 규제하는 것도 검토 할 필요가 있다. 후세인 사건처럼 일반모욕죄를 적용하는 것 보다는 표현의 자유를 광범위하게 제한 할 수 있는 모욕죄를 폐지하는 대신, 소수자 차별에 근거한 혐오표현만을 제한적으로 처벌하는 혐오죄를 신설하는 것이다.

## 전략적 봉쇄소송에 대한 억제(Anti-SLAPP)

### I. 문제제기

Strategic Lawsuit Against Public Participation 또는 줄여서 SLAPP은 시민의 공적 발언 및 참여를 봉쇄하기 위한 전략적 봉쇄소송을 말한다(이하 '전략적 봉쇄소송'). 전략적 봉쇄소송(SLAPP)은 그 소송이 수반하는 비용, 시간 및 정신적 부담 등을 그러한 발언 및 참여를 하고자 하는 시민에게 부과하여 표현의 자유를 위축시키는 문제를 가지고 있다. 이 때문에 미국에서는 전략적 봉쇄소송을 연방헌법이 규정하고 있는 청원권 및 표현의 자유 행사에 대한 위협으로 간주하고 그 피해를 최소화하기 위한 시도가 사법적 차원과 입법적 차원에서 이루어지고 있다.

그런데 우리나라에서도 이명박 정부 시기인 2008년과 2009년도에 전략적 봉쇄소송들이 시민의 공적 발언의 대상이 되었던 정부기관 또는 공직자에 의해 제기되는 경우가 늘어났다. 이 때문에 국민의 표현의 자유는 심대하게 위축되고 있다. 전략적 봉쇄소송은 과거 정부에서도 정부에게 비판적인 입장을 가진 단체들(노조, 사회단체)에 대해 제기되어 왔으나 이명박 정부 들어서 더욱 문제가 되는 것은 단체보다 소송에 따른 부담을 감당할 능력이 매우 약한 개인을 상대로 전략적 봉쇄소송이 제기되는 일이 늘어나고 있기 때문이다. 따라서 우리나라에서도 미국과 같은 전략적 봉쇄소송에 대한 억제 제도의 도입이 필요하다.



## II. 외국입법례: 미국의 사례와 제도

### 1. 미국 전략적 봉쇄소송 억제 법리의 두 가지 요소

미국에서 전략적 봉쇄소송 억제 법리는 공적 발언이나 청원을 한 사람(소송에서는 피고들)에게 소송이 미치는 시간적, 재정적, 정신적 부담을 차단하여 이러한 피고들의 표현권과 청원권을 '실질적'으로 보장하려는 것이다. 그런데 이러한 목적을 달성하기 위해서 전략적 봉쇄소송 억제 법리는 그 소송을 소송 초기에 기각 또는 각하하는 방식으로 작동해야 한다.

전략적 봉쇄소송 억제 법리가 이런 식으로 작동하는 또는 작동해야 하는 이유는 전략적 봉쇄소송 억제 법리가 소송이 상당히 진행된 후에야 작동하게 되면 피고(발언자 및 청원자)는 이미 그때까지의 소송으로 인한 시간적, 재정적, 정신적 부담을 이미 충분히 겪게 될 것이기 때문이다. 그렇게 되면 그 부담을 예상하는 발언자 및 청원자는 발언이나 청원을 포기하게 될 것이다. 그러므로 전략적 봉쇄소송 억제 법리는 소송 후기에 작동하는 방식으로는(예를 들어, 발언자나 청원자가 승소하면 소송비용을 원고가 내도록 하는 방식) 소기의 목적을 달성하지 못한다. 상당수 발언자나 청원자들은 원고들의 의도대로 소송에서 승소하여 소송비용을 되찾으려 하기보다는 이 소송들을 중도에 포기하여 시간적, 재정적, 정신적 부담을 초기에 더는 선택을 하게 될 것이기 때문이다.<sup>50</sup> 전략적 봉쇄소송 억제 법리가 소송 초기에 작동하게 되면 미래의 발언자 및 청원자들이 이와 같은 부담에서 받게 되는 위축효과로부터 보호될 수 있다.

그렇다면 전략적 봉쇄소송 억제 법리가 풀어야 하는 난제는 재판이 진행되는 소송 초기시점에서 어떻게 법적 사실적 근거가 없는 소송(전략적 봉쇄소송)을 식별해낼 수 있는가가 될 것이다. 왜냐하면 법적 사실적 근거가 갖춰진 소송은 비록 시민들의 공적 참여를 전략적으로 봉쇄하기 위해 제기되었다고 할지라도 국민의 청원권 행사로서 그 소송이 제기된 주관적 의도를 근거로 그 소송을 기각 또는 각하시키는 것은 또 다른 심각한 기본권 상의 문제(청원권 또는 재판청구권의 침해)를 발생시키기 때문이다.

50 Pring의 연구에 따르면 위에서 전략적 봉쇄소송소송들의 결과를 검토한 연구에서 연구대상 전략적 봉쇄소송소송들이 50%가 중간에 유야무야되는데 청원자나 발언자가 더 이상의 발언이나 청원을 포기함에 따라 원고가 소송을 취하하면서 나타나게 되는 현상으로 보인다.

### 2. 미국의 전략적 봉쇄소송 억제 법리의 구조

미국의 전략적 봉쇄소송 억제 법리는 위에서 소개한 전략적 봉쇄소송 억제 법리의 두 가지 요건 즉 (1) 법적 사실적 근거가 없는 청구들을 식별하여 (2) 이 청구들을 초기에 각하 또는 기각시킨다는 요건을 충족시키면서 (3) 피고의 발언이나 청원행위를 봉쇄하기 위한 목적의 청구 즉 전략적 봉쇄소송들에 대해서는 이와 같은 조기각하 또는 조기기각을 금전적으로 그리고 입증책임 부담의 측면에서 더욱 용이하게 만드는 방식으로 작동한다.

## III. 인권상황평가: 실태와 문제점

한국에서도 전략적 봉쇄소송에 대한 규제 필요성이 지속해서 논의됐다. 노무현 전 대통령이 자신과 측근의 부동산 문제 의혹을 제기한 당시 한나라당 김문수 의원과 조선일보 등 4개 신문사를 상대로 30억 원의 손해배상 청구를 제기하자, 한나라당은 전략적 봉쇄소송에 대한 규제법안을 만들겠다는 방침을 발표하기도 하였다.<sup>51</sup> 2004년 국정감사에서는 한나라당 최구식 의원이 이에 관한 주장을 반복하였고,<sup>52</sup> 2005년에는 한나라당 정종복 의원이 다시 그 필요성을 언급하였다.

최근에 와서는 언론사를 상대로 한 정부의 소송뿐만이 아니라 공공참여를 통해 민주적 정치체제를 강화하려는 시민활동에 대한 제재 수단으로 소송을 제기하는 경우가 더욱 늘어나면서, 전략적 봉쇄소송에 대한 규제의 필요성이 점점 더 커지고 있다. 그러나 전략적 봉쇄소송 규제 입법에 관한 논의가 실정법 제정으로 실현되지는 않고 있다.

이명박 정부가 출범한 이후 제기된 전략적 봉쇄소송의 전형적인 예들은 아래와 같다.

51 인터넷한겨레, 2003.8.13.자.

52 오마이뉴스, 2004.10.13.자.

## 1. 대한민국(국가정보원) – 박원순

박원순 변호사가 2009년 6월 한 일간지와와의 인터뷰에서 “은행과 소기업 후원사업을 같이하기로 합의하고 기자회견까지 했는데 어느 날 무산됐다. 나중에 알고 보니 국정원에서 개입했다고 한다”, “국정원이 시민단체와 관계를 맺는 기업의 임원들까지 전부 조사해 연락하는 통에 힘겨운 상태다”며 국정원의 민간사찰 의혹을 제기하였는데, 이에 대해 국정원은 “독자들로 하여금 국정원이 국민을 사찰하고 의무 없는 행위를 강요했다는 인상을 갖게 해 명예를 훼손했다”며 박원순 변호사를 상대로 2억 원의 손해배상을 청구한 사건이다. 이 사건은 1심과 2심 모두에서 원고인 대한민국(국가정보원)이 패소하였고 원고가 다시 상고를 제기하였으나 대법원에서 원심이 확정되었다.<sup>53</sup>

## 2. 미국산광우병쇠고기수입반대범국민대책회의 – 광화문 인근 상인들

광화문 인근에서 영업하고 있는 상인들이 2008년 5월부터 7월까지 행해졌던 미국산 광우병 쇠고기 수입반대 촛불집회때문에 18억 4300만 원의 물질적·정신적 손해를 봤다는 취지로 미국산광우병 쇠고기수입반대범국민대책회의를 상대로 손해배상청구를 한 사건이다. 이 사건에서 상인들은 “시민단체들이 집회와 시위에 관한 법률을 위반하고 불법으로 시위했기 때문에 매출 감소 등 피해를 봤다”고 주장하였다. 이 사건은 1심에서 원고인 광화문 인근 상인들이 패소하였으나, 원고 중 일부 상인들이 다시 항소를 제기하여 현재 2심에 계류 중이다.

## 3. 심재철 의원 – PD수첩

심재철 의원은 “PD수첩이 ‘광우병에 걸린 소라도 특정위험물질(SRM)을 제거한 부분은 안전하다’는 자신의 발언을 ‘광우병 소로 등심 스테이크를 만들어 먹어도 안전하다’로 왜곡했다”며 언론중재위원

53 대법원 2012.3.29. 선고 2012다2781.

회에 정정보도를 청구하였다. 이에 PD수첩은 왜곡 보도 사실을 인정하고 정정보도를 했으나 그 과정에서 특정위험물질을 제외한 나머지 부분도 위험할 수 있다는 취지의 발언을 하자, 심재철 의원은 정정보도 과정에서 또다시 비방성 보도를 해 명예가 훼손됐다며 다시 정정보도하고 5억 원을 배상하라는 소송을 제기하였다. 이 사건은 1심과 2심 모두에서 원고인 심재철 의원이 패소하였으나, 원고인 심재철 의원이 다시 상고를 제기하여 현재 대법원에 계류 중이다.

## 4. 쇠고기수입업체 – PD수첩

쇠고기수입업체들은 PD수첩이 1) 시청자들에게 광우병에 대한 공포심을 유발해 미국산 쇠고기는 광우병에 걸린 쇠고기이므로 이를 먹어서는 안 된다는 인식을 하게 할 목적으로 허위 내용의 이 사건 방송을 제작·보도함으로써 원고들의 미국산 쇠고기 수입판매업을 방해하였고, 2) 왜곡 편집으로 마치 원고가 소비자들의 건강을 상관하지 않고 미국산 쇠고기를 판매한다는 인상을 주었는데, 이 때문에 자신들의 미국산 쇠고기수입업 재개가 늦어져 그 늦어진 기간 동안 미국산 쇠고기를 수입, 판매하여 얻을 수 있었던 이익 상당을 얻지 못하는 손해를 입었다. 이뿐만 아니라 현재까지도 이 사건 방송의 영향을 받은 단체가 원고들의 영업을 방해하여 고통을 입고 있다는 이유로 손해배상청구를 제기하였다. 이 사건은 1심에서 원고들이 패소하였으나 원고들이 항소하여 2심 법원에 계류 중이었다가 결국 2011년 10월 19일 원고들의 항소취하로 종결되었다.

## 5. 대한민국 등 – 비정규직없는세상만들기 등

2011년 한진중공업의 정리해고에 관해 정리해고 철회를 요구하는 다양한 개인과 사회단체들이 부산, 서울에서 ‘희망버스’라는 이름으로 집회, 행진 등을 진행했다. 이에 희망버스기획단과 참가자들이 불법시위를 벌였고, 이 과정에서 경찰들이 부상을 당했으며, 경찰장비가 훼손되었다는 이유로 대한민국 및 시위현장에 출동한 경찰들이 원고가 되어 손해배상소송을 제기하였다. 특히 대한민국 등은 이 사건 소장에서 손해에 대한 배상을 받는 것과 함께 (불법)시위에 대한 제재를 그 목적으로 하고 있음

을 명백히 밝히고 있다.

#### IV. 개선방향: 정책과제

한국에서도 소권을 남용하는 경우에는 각하하는 제도가 있으나 이 제도는 전략적 봉쇄소송과 같은 소송을 조기 차단하는 방식으로는 운용되고 있지 않아 각하신청을 하더라도 소송이 거의 끝날 무렵에나 각하가 이루어지고 있다.

한국에도 소권남용(87다카113, 96재다226)과 같이 실체법적으로는 전략적 봉쇄소송 법리의 목표를 수용하는 법리나 제도가 있지만, 전략적 봉쇄소송 법리와 같은 효과를 내지 못하는 것은 바로 이러한 이유 때문이다. 아무리 그 법리가 소송제기행위의 부당성을 규제하는 작용을 한다고 하더라도 그 규제가 조기에 이루어지지 않으면 피고의 소송부담을 줄여주는 실익이 없기 때문이다.

같은 이유로 집회나 표현의 자유 행사에 대한 소송의 각하에 대한 입증책임이 원고에게 전환된다고 해도 피고의 위축 방지라는 측면에서 유리한 점이 없다. 또 미국의 전략적 봉쇄소송 억제 법리에서는 증거조사절차를 각하신청기간 동안 중단시키게 되지만 증거개시에 대해서도 집중심리가 이루어지지 않는다면 이 역시 그다지 크게 유리한 것이 아니다. 전략적 봉쇄소송 억제 법리가 각하단계에서 적용되지 않고 증거조사절차가 끝난 후 약식판결단계에서 적용되는 경우도 우리나라 제도에서는 도입이 불가능하다. 왜냐하면, 약식판결제도 자체가 존재하지 않기 때문에, 증거개시절차가 완료된 후에 그 증거가 실제로 재판을 통해 제시되기 전에 재판이 끝나는 것을 받아들이지 않을 것이기 때문이다.

따라서 아래와 같은 두 가지 방향으로 미국의 전략적 봉쇄소송 억제 법리가 수용될 필요가 있다.

### 1. 특별기일의 지정 혹은 전략적 봉쇄소송에 대한 약식판결의 진행

우선 민사소송법 전체의 개정을 하지 않더라도 <제2편 제2장 변론과 그 준비> 부분을 개정하여 공적 청원 및 표현행위가 청구원인으로 제시되는 소송에 대해서 변론준비기일을 강제적으로 잡도록 하고 변론준비기일을 진행한 후 조기에 각하 혹은 기각하도록 하는 것은 이론적으로 가능할 것으로 보인다.

그 구체적인 내용은 아래와 같다. 먼저 피고가 답변서를 제출하기 전에 혹은 변론준비절차 중에 '이 소송은 (1) 오로지 피고의 청원권 및 표현의 자유 행사를 봉쇄하기 위해 전략적으로 제기되는 소송으로서 (2) 원고가 소장에서 제기한 사실적인 주장들이 모두 진실임을 가정하더라도 법리상 피고에게는 원고에 대해 아무런 법적 책임이 발생하지 않으므로 각하해주시기 바랍니다'라는 취지의 조기각하신청을 하면, 법원은 정해진 기간 내에 반드시 변론준비기일을 잡아 위 각 요건이 충족되는가를 심리하도록 한다. 다음으로 민사소송법 제285조(변론준비기일을 종결한 효과) 및 제287조(변론준비절차를 마친 뒤의 변론)를 개정하여 전략적 봉쇄소송에 해당하는지에 대한 판결(결정)도 신속하고 간이하게 이루어질 수 있도록 한다.

또한 이러한 심리가 진행되는 동안에는 증거조사를 포함한 모든 절차는 중지되도록 한다. 마지막으로 피고가 이 절차를 남발하는 것을 막기 위하여 이 변론준비기일의 준비에 드는 원고의 변호사비용 등 소송비용을 추정하여 피고의 조기각하신청이 기각될 때 원고의 변호사비용 등 소송비용을 피고가 지급하도록 명령을 내릴 수 있도록 한다.

그리고 약식판결도 현재 민사소송법의 근간에 영향을 주지 않는 방향으로 다음과 같이 구현할 수 있다. 피고는 법원이 증거개시의 완료를 선언한 후에 "이 소송은 (1) 오로지 피고의 청원권 및 표현의 자유 행사를 봉쇄하기 위해 전략적으로 제기되는 소송으로서 (2) 증거개시된 증거를 종합해보건대 원고가 소장에서 제기한 사실적 주장을 입증하기에는 (2-가) 피고의 증거가 압도적으로 우세하거나 (2-나) 원고의 증거가 최소한의 입증책임을 충족시키기에 턱없이 부족하거나 (3) 원고의 사실적 주장이 모두 진실이라고 할지라도 법리상 피고에게는 원고에 대해 아무런 법적 책임이 발생하지 않으므로 각하해주시기 바랍니다"라는 취지의 각하신청을 하면, 법원이 반드시 정해진 기간 내에 각하신청에 대한 심리를 하도록 한다. 피고의 신청남발을 막기 위한 비용의 정산은 위와 같다.

## 2. 전략적 봉쇄소송에 대한 법원의 조기 각하

법 개정이 필요하지 않는 제3의 길도 존재한다. 즉 판사들이 전략적 봉쇄소송 억제 법리의 헌법적 정신을 흡수하여 공적 참여(public participation)에 해당되는 집회 또는 의사표현에 대해 소송이 제기 되면 원고 측에 조기에 사실적 주장과 이를 뒷받침하는 증거를 확정하도록 요구하고 그 주장이 법적 불가능성을 내포하고 있거나 증거가 피고 측의 입증 여부를 물어볼 필요도 없이 미약할 경우 조기에 각하 또는 기각결정을 내리는 것이다.<sup>54</sup>

54 특히 국정원-박원순 소송이 좋은 예인데 1심법원은 국가기관은 원칙적으로 명예훼손소송의 원고가 될 수 없다고 했는데 이와 같은 법리적 판단은 소송 초기에 내려질 수 있었다. 그럼에도 법원은 최종판결에서야 그와 같은 판단을 내림으로써 소송을 조기에 종결하거나 최소한 사실판단을 위한 기일들은 상당부분 생략할 기회를 상실한 면이 있다.

부록

# 표현의 자유 국제인권규범

# 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 일반논평 34

## 제19조 : 의견과 표현의 자유<sup>1</sup>

자유권위원회 102차 회기 (2011년 7월 11 - 29일) 안건  
2011년 9월 12일 배포

### | 목차 |

- 1. 일반주해 | 2. 의견의 자유 | 3. 표현의 자유 | 4. 표현의 자유와 매체 | 5. 정보 접근에 대한 권리 | 6. 표현의 자유와 정치적 권리 | 7. 제19조 제3항의 적용 | 8. 특정영역에서 표현의 자유가 제한되는 한정적 범위 | 9. 제19조와 제20조의 관계

### 일반주해

1. 이 일반논평은 일반논평 10호(9차 회기)를 대체한다.
2. 의견의 자유와 표현의 자유는 한 인간의 완전한 발전을 위한 필수조건이다. 이 두 가지 자유는 어느 사회에서나 필수적이다.<sup>2</sup> 이는 모든 자유롭고 민주적인 사회를 위한 초석이 된다. 표현의 자유를 통해 의견의 교환과 발전이 이루어지며, 이 두 자유는 밀접하게 연관된다.
3. 표현의 자유는 투명성과 책임성의 원칙을 실현하기 위한 필수적 조건이며, 여기서 투명성과 책임성의 원칙은 인권의 증진과 보호를 위해 필수적이다.
4. 의견 그리고/또는 표현의 자유를 보장해야 한다는 내용이 들어 있는 다른 조항들 중에는 제18조, 제17조, 제25조, 제27조가 있다. 의견과 표현의 자유는 다른 여러 인권을 완전히 향유하기 위한 기반을 조성한다. 예를 들어, 표현의 자유는 집회결사의 자유권을 누리고 투표권을 행사하기 위해 필수적이다.
5. 제19조 제1항의 구체적인 규정과, 의견과 사상 간의 연관성(제18조)을 함께 고려할 때, 제1항을 유보하는 것은 규약의 목적과 의도에 부합하지 않을 것이다.<sup>3</sup> 또한, 규약 제4조에서 유예되어서는 안 될 권리로서 열거한 목록 중에 의견의 자유가 포함되어 있지는 않지만, “제4조 제2항에 열거되어 있지 않은 규약의 조항들 안에는, 위원회의 견해로 제4조에 따른 합법적 유예 대상이 될 수 없는 요소들이 있다”고 하였다.<sup>4</sup> 의견의 자유가 그러한 요소인데, 비상상태라고 하여 의견의 자유를 유예해야 할 필요가 결코 생기지 않기 때문이다.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 2011.7.21.

<sup>2</sup> 개인청원 No. 1173/2003, Benhadi v. Algeria, 2007년 7월 20일 채택된 견해 참조; 개인청원 No. 628/1995, Park v. Republic of Korea, 1996년 7월 5일에 채택된 견해 참조.  
<sup>3</sup> 규약 혹은 그 부속 선택의정서의 비준이나 가입 유보에 관련된 쟁점, 또는 규약 제 41조하의 선언과 관련된 쟁점에 관한 위원회 일반논평 24 (1994), 제50차 유엔 총회 공식기록, 보충자료 40, 제1권 (A/50/40 (Vol. I)), 별첨 V 참조.  
<sup>4</sup> 비상사태 중의 규약 유예에 관한 위원회 일반논평 29 (2001), 제56차 유엔총회 공식 기록, 보충자료 40, 제1권 (A/56/40 (Vol. I)), 별첨 VI 참조.  
<sup>5</sup> 일반논평 29, 11번 문단.

6. 규약에서 표현의 자유와 다른 권리들 간의 관계를 고려할 때, 제19조 제2항 가운데 특정 요소들을 유보하는 것은 용인될 수 있는 반면, 제2항에 마련된 권리들을 일반적으로 유보하는 것은 규약의 목적과 의도에 부합하지 않을 것이다.<sup>6</sup>
7. 의견과 표현의 자유를 존중해야 할 의무는 모든 당사국을 전체적으로 구속한다. 국가의 모든 부서(행정, 입법, 사법)와 기타 공공 또는 정부 당국은 어떤 단위국가, 지역, 혹은 지방—에 있든지 당사국으로서의 책임을 수행해야 할 지위에 놓인다.<sup>7</sup> 상황에 따라서는 당사국이 준국가 단체의 행위에 대하여 이러한 책임을 갖게 되기도 한다.<sup>8</sup> 또 이 의무에 따라, 이러한 규약상의 권리들이 사적 개인들이나 단체들 간에 적용될 수 있는 범위 내에서, 당사국은 의견과 표현의 자유의 향유를 손상시킬 수 있는 사적 개인이나 단체의 모든 행위들로부터 사람들을 보호해야 한다.<sup>9</sup>
8. 당사국은 규약 제19조에 포함되어 있는 권리들이, 규약 당사국에 부과된 일반적 법적 의무의 성질에 대한 일반논평31에서 위원회가 제시한 지침과 일치하는 방식으로 국내법에서 효력이 발생되도록 보장해야 한다. 당사국은 제40조에 따라 제출하는 보고서와 부합하게, 관련 국내 법규, 행정 관행, 사법 결정들과, 제19조에서 보호하는 권리와 관련하여 관련 정책 단위와 영역에서의 관행들을 위원회에 제출하여야 하며, 이 때 본 일반논평에서 논의되는 쟁점들을 고려하여야 한다. 여기에는 그 권리들이 침해되었을 때 이용가능한 구제책에 대한 정보 또한 포함되어야 한다.

## 의견의 자유

9. 제19조 제1항에서는 간섭없이 의견을 가질 권리를 보호하도록 요구한다. 이는 규약에서 어떠한 예외나 제한도 허용하지 않는 권리이다. 의견의 자유는 개인의 자유로운 선택에 따라 언제나, 어

6 일반논평 24.  
 7 규약 당사국에 부과된 일반적 법적 의무의 본질에 대한 위원회 일반논평 31(2004), 4번 문단, 제59차 유엔총회 공식 기록, 보충자료 40, 제1권 (A/59/40 (Vol. I), 별첨 III 참조.  
 8 개인청원 No. 61/1979, Hertzberg et al. v. Finland, 1982년 4월 2일 채택된 견해 참조.  
 9 일반논평 31, 8번 문단; 개인청원 No. 633/1995, Gauthier v. Canada, 1999년 4월 7일 채택된 견해 참조.

떠한 이유에서든, 의견을 바꿀 수 있는 권리까지 포함한다. 규약 하의 어떤 권리에 대해서도 실제적이거나 인지되거나 추정된 의견을 이유로 권리가 손상되는 일이 어느 누구에게도 있어서는 안 된다. 모든 형태의 의견이 보호되며, 여기에는 정치적, 과학적, 역사적, 도덕적, 종교적 성격을 가진 의견이 포함된다. 의견을 가졌다는 것을 범죄화하는 것은 제1항에 부합하지 않는다.<sup>10</sup> 개인이 가지는 의견을 이유로 체포, 구금, 재판, 수감하는 등, 개인을 괴롭히고 협박하고 낙인화하는 것은 제19조 제1항에 위배된다.<sup>11</sup>

10. 어떤 의견을 가지거나 가지지 못하도록 강제하는 어떠한 형태의 시도도 금지된다.<sup>12</sup> 자신의 의견을 표현하는 자유는 필연적으로 자신의 의견을 표현하지 않을 자유를 포함한다.

## 표현의 자유

11. 제2항에서는 당사국이 표현의 자유권을 보장해야 하며, 여기에는 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 얻으며 전달할 권리를 포함한다고 하였다. 이 권리에는, 제19조 제3항과 제20조 규정의 제한 내에서 타인에게 전달될 수 있는 모든 형태의 사상과 의견에 대해 표현하고 전달받는 것이 포함된다.<sup>13</sup> 여기에는 정치적 담론,<sup>14</sup> 자신의 개인적인 사안<sup>15</sup>이나 공적 사안에 대한 논평,<sup>16</sup> 선거운동,<sup>17</sup> 인권에 대한 토론,<sup>18</sup> 저널리즘,<sup>19</sup> 문화적 및 예술적 표현,<sup>20</sup> 강의,<sup>21</sup> 종교적 담

10 개인청원 No. 550/93, Faurisson v. France, 1996년 11월 8일 채택된 견해 참조.  
 11 개인청원 No. 157/1983, Mpaka-Nsusu v. Zaire, 1986년 3월 26일에 채택된 견해; 개인청원 No. 414/1990, Mika Miha v. Equatorial Guinea, 1994년 7월 8일에 채택된 견해 참조.  
 12 개인청원 No. 878/1999, Kang v. Republic of Korea, 2003년 7월 15일에 채택된 견해 참조.  
 13 개인청원 No. 359/1989과 No. 385/1989, Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canada, 1990년 10월 8일에 채택된 견해 참조.  
 14 개인청원 No. 414/1990, Mika Miha v. Equatorial Guinea 참조.  
 15 개인청원 No. 1189/2003, Fernando v. Sri Lanka, 2005년 3월 31일에 채택된 견해 참조.  
 16 개인청원 No. 1157/2003, Coleman v. Australia, 2006년 7월 17일에 채택된 견해 참조.  
 17 Japan에 대한 최종 견해 (CCPR/C/JPN/CO/5).  
 18 개인청원 No. 1022/2001, Velichkin v. Belarus, 2005년 10월 25일에 채택된 견해 참조.  
 19 개인청원 No. 1334/2004, Mavlonov and Sa'di v. Uzbekistan, 2009년 3월 19일에 채택된 견해 참조.  
 20 개인청원 No. 926/2000, Shin v. Republic of Korea, 2004년 3월 16일에 채택된 견해 참조.  
 21 개인청원 No. 736/9, Ross v. Canada, 2000년 10월 18일에 채택된 견해 참조.

론<sup>22</sup>이 포함된다. 또한 여기에 상업적 광고가 포함될 수 있다. 몹시 모욕적이라고 여겨질 수 있는 표현은 제19조 제3항과 제20조의 규정에 따라 제한될 수 있지만, 그럼에도 불구하고 제2항의 범위는 그러한 표현<sup>23</sup>까지 아우른다.

12. 제2항에서는 모든 형태의 표현과 그 전파 수단을 보호한다. 이러한 형태에는 말, 글, 수화, 이미지나 예술작품 같은 비언어적인 표현이 포함된다.<sup>24</sup> 표현의 수단에는 책, 신문,<sup>25</sup> 팸플릿,<sup>26</sup> 포스터, 현수막,<sup>27</sup> 옷, 법률서류<sup>28</sup>가 포함된다. 여기에는 모든 형태의 시청각 방식과 전자적 혹은 인터넷 기반 표현 방식이 포함된다.

## 표현의 자유와 매체

13. 자유로우며 검열과 방해받지 않는 언론 및 기타 매체는 의견과 표현의 자유와 기타 규약 상의 권리 향유를 보장하기 위해 어느 사회에서나 필수불가결하다. 이는 민주사회의 초석 중 하나이다.<sup>29</sup> 규약에서는, 매체가 기능하기 위해 기반이 되는 정보를 입수할 수 있는 권리를 아우른다.<sup>30</sup> 공공의 또는 정치적 쟁점에 대한 정보와 사상을 시민, 후보자, 선출된 대표자 사이에서 자유롭게 소통할 수 있는 것은 필수적이다. 이것은 자유로운 언론 및 기타 매체가 공공의 쟁점에 대해 검열이나 제지없이 논평하고 여론을 알릴 수 있다는 것을 의미한다.<sup>31</sup> 또한 이에 상응하여 대중은 매체 생산물을 받을 권리를 가진다.<sup>32</sup>

22 위의 문헌.

23 위의 문헌.

24 개인청원 No. 926/2000, Shin v. Republic of Korea 참조.

25 개인청원 No. 1341/2005, Zundel v. Canada, 2007년 3월 20일에 채택된 견해 참조.

26 개인청원 No. 1009/2001, Shchetoko et al. v. Belarus, 2006년 7월 11일에 채택된 견해 참조.

27 개인청원 No. 412/1990, Kivenmaa v. Finland, 1994년 3월 31일에 채택된 견해 참조.

28 개인청원 No. 1189/2003, Fernando v. Sri Lanka 참조.

29 개인청원 No. 1128/2002, Marques v. Angola, 2005년 3월 29일에 채택된 견해 참조.

30 개인청원 No. 633/95, Gauthier v. Canada 참조.

31 제25조 (공적 사안에서의 참여와 투표권)에 관한 위원회의 일반논평 25 (1996), 25번 문단, 제55차 유엔총회 공식 기록, 보충자료 40, 제권 (A/55/40 (Vol. I), 별첨 V 참조.

32 개인청원 No. 1334/2004, Mavlonov and Sa'di v. Uzbekistan 참조.

14. 인종적, 언어적 소수자 구성원을 포함하여 매체 사용자가 광범위한 정보와 사상을 얻을 권리를 보호하기 위해, 그 수단으로서 독립적이고 다양한 매체를 장려하도록 당사국은 특별한 주의를 기울여야 한다.

15. 당사국은 인터넷과 이동식 기반의 전자정보보급 시스템과 같은 정보와 통신기술의 발달이 전세계의 의사소통 관행을 엄청나게 변화시켰음을 고려하여야 한다. 이제는 사상과 의견을 교환하기 위해 전통적 대중매체의 중개에 의존할 필요가 없는 전지구적 네트워크가 있다. 당사국은 이러한 새로운 매체를 육성하고 개인들이 거기에 접근할 수 있도록 필요한 모든 조치를 취해야 한다.

16. 당사국은 공영방송서비스가 독립적으로 운영되도록 보장하여야 한다.<sup>33</sup> 이런 측면에서 당사국은 공영방송의 독립성과 편집의 자유를 보장하여야 한다. 당사국은 공영방송의 독립성을 훼손하지 않는 방식으로 재정을 지원하여야 한다.

17. 매체에 관한 쟁점에 대해서는 본 일반논평 중 표현의 자유에 대한 제한을 다루는 부분에서 더 논의된다.

## 정보 접근에 대한 권리

18. 제 19조 제2항은 공공기관이 보유하고 있는 정보에 대한 접근권을 아우른다. 여기서 말하는 정보에는 정보가 보관되어 있는 형태나 출처, 만들어진 일자에 무관하게, 공공기관이 보유하고 있는 기록물들이 포함된다. 공공기관에 대해서는 본 논평의 7번 문단에서 제시하였다. 이러한 기관으로 공적 기능을 수행하는 다른 단체가 지정되어 포함될 수 있다. 앞에서 언급한 바와 같이, 규약 제25조를 함께 고려할 때 정보 접근에 대한 권리에는 매체가 공적 사안<sup>34</sup>에 대한 정보에

33 Republic of Moldova에 대한 최종견해 (CCPR/CO/75/MDA).

34 개인청원 No. 633/95, Gauthier v. Canada 참조.

접근할 권리와 일반 대중이 매체 생산물을 받을 권리가 포함된다.<sup>35</sup> 정보 접근에 대한 권리를 구성하는 요소 역시 규약의 다른 부분에서 다루어진다. 위원회가 규약 제17조에 관하여 일반논평 16에서 견해를 내었듯이, 개인신상자료가 자동화된 자료파일에 저장되는지, 만약 그렇다면 어떤 신상자료가 어떠한 목적으로 저장되는지를, 개인이 이해할 수 있는 형태로 확인할 권리가 모두에게 있어야 한다. 또한 어느 공공 당국 혹은 사적 개인이나 기관이 자신의 파일을 관리하거나 관리할 권한이 있는지 개인이 누구나 확인할 수 있어야 한다. 만약 그러한 파일들이 부정확한 신상자료를 포함하고 있거나 법 규정에 반하여 수집되거나 처리되었다면, 자신의 자료를 바로잡을 권리가 모든 개인들에게 있어야 한다.<sup>36</sup> 규약 제10조에 따라 재소자는 자신의 의료기록을 볼 수 있는 자격을 잃지 않는다. 제14조에 관한 일반논평 32에서 위원회는 형사상 범죄 피의자가 가지는 정보에 대한 자격들을 열거하였다.<sup>37</sup> 제2조의 규정에 따라, 사람들은 규약 상의 권리 일반에 대한 정보를 취득하여야 한다.<sup>38</sup> 제27조에 의거해, 당사국의 의사결정이 소수집단의 생활방식과 문화를 실질적으로 위협할 수 있는 경우, 영향을 받는 공동체와 정보를 공유하고 협의하는 절차를 거쳐 그 의사결정을 하여야 한다.<sup>39</sup>

19. 정보 접근에 대한 권리를 유효하게 하기 위해, 당사국은 적극적으로 나서서 공익적인 정부 정보를 공공 영역에 축적하도록 하여야 한다. 당사국은 그러한 정보에 쉽게, 신속하게, 효과적이고, 실질적으로 유용하게 접근할 수 있도록 모든 노력을 기울여야 한다. 또한 당사국은 정보공개법안 등의 수단을 통해, 개인이 정보에 접근하기 위해 필요한 절차를 제정하여야 한다.<sup>40</sup> 이 절차는 규약에 부합하는 명료한 규칙에 따라 정보에 대한 요청을 적시에 처리하도록 마련되어야 한다. 정보 요청에 드는 수수료는 정보접근에 불합리한 장애가 될 정도로 비싸서는 안된다. 정보접근을 거부하는 경우, 당국은 반드시 이유를 제시하여야 한다. 정보요청에 불응하거나 정보접근을 거부하는 경우, 이에 대해 이의신청할 수 있는 절차가 마련되어 있어야 한다.

35 개인청원No. 1334/2004, Mavlonov and Sa'di v. Uzbekistan 참조.  
 36 개인청원No. 726/1996, Zheludkov v. Ukraine, 2002년 10월 19일에 채택된 견해 참조.  
 37 법정과 재판소 앞에서 평등할 권리와 공정한 재판을 받을 권리에 관한 위원회의 일반논평 32 (2007), 33번 문단, 제62차 유엔총회 공식 기록, 보충자료 40, 제1권 (A/62/40 (Vol. I)), 별첨 VI 참조.  
 38 일반논평 31.  
 39 개인청원No. 1457/2006, Poma v. Peru, 2009년 3월 27일에 채택된 견해 참조.  
 40 Azerbaijan에 대한 최종견해 (CCPR/C/79/Add.38 (1994)).

## 표현의 자유와 정치적 권리

20. 위원회는 공적 사안에서의 참여와 투표권에 관한 일반논평 25에서, 공공 업무를 수행하고 투표권을 효과적으로 행사하기 위해 표현의 자유가 가지는 중요성을 자세히 구체화하였다. 시민, 후보자, 선출된 대표자 사이에서 공적, 정치적 쟁점들에 관한 정보와 사상이 자유롭게 소통되는 것은 필수적이다. 이것은 자유로운 언론 및 기타 매체가 검열이나 제한없이 공공 쟁점에 대해 논평할 수 있고 공적 의견을 알릴 수 있다는 것을 의미한다.<sup>41</sup> 이러한 맥락에서, 일반논평 25에서 표현의 자유의 증진과 보호에 관하여 제공하는 지침에 당사국이 관심을 기울여야 한다.

## 제19조 제3항의 적용

21. 제3항에서는 표현의 자유권을 행사할 때 특별한 의무와 책임이 따른다고 명시적으로 말하고 있다. 이에 따라 두 가지 한정적 영역에서 이 권리에 대한 제한이 허용되는데, 하나는 다른 사람의 권리나 평판을 존중하는 것과 관련될 수 있는 영역이고, 다른 하나는 국가안보, 공공질서, 공중 보건이나 도덕을 보호하는 것과 관련될 수 있는 영역이다. 그러나, 당사국이 표현의 자유 행사에 제한을 가할 때, 이러한 제한이 권리 그 자체를 위협에 빠뜨려서는 안된다. 권리와 제한 사이, 그리고 규범과 예외 사이의 관계가 뒤바뀌어서는 안된다는 점을 상기한다.<sup>42</sup> 또 규약의 제5조 제1항의 규정에서, "이 규약의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 규약에서 인정되는 권리 및 자유를 파괴하거나 또는 이 규약에서 규정된 제한의 범위를 넘어 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 관여하거나 또는 그러한 행위를 할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다"고 한 것을 상기한다.

22. 제3항에서는 구체적인 조건들을 기술하고 있는데, 이러한 조건에서만 제한이 가해질 수 있다. 즉, 이 제한은 "법률에 의하여 규정"되어야 하고, 제3항의 세부항목 (a)와 (b)에 기술된 사유 중 하나

41 규약 제25조에 관한 일반논평25, 25번 문단 참조.  
 42 규약 제12조에 관한 일반논평27, 제55차 유엔총회 공식 기록, 보충자료 40, 제1권 (A/55/40 (Vol. I)), 별첨 VI, A절 참조.



에 해당되는 경우에만 행해져야 하고, 필요성과 비례성에 대한 엄격한 심사를 만족하여야 한다.<sup>43</sup> 제3항에 기술되지 아니한 이유는, 설사 그 이유가 이 규약에서 보호되는 다른 권리에 대한 제한을 정당화할 수 있을지라도, 제한의 근거로 허용될 수 없다. 오직 정해진 목적을 위해서만 제한이 적용되어야 하며, 제한을 해야 할 근거가 되는 그 특정 요구에 직접 관련되어 있어야 한다.<sup>44</sup>

23. 당사국은 표현의 자유권을 행사하는 사람들을 침묵하게 하려는 목적을 가진 공격들로부터 보호를 제공하는 효과적인 조치를 마련해야 한다. 제3항이 다당제 민주주의나, 민주주의적 원칙, 인권에 대한 옹호에 재갈을 물리기 위한 정당화로서 사용되어서는 결코 안된다.<sup>45</sup> 더구나, 의견이나 표현의 자유를 행사하였다는 이유로 자의적 체포, 고문, 생명에의 위협과 살해와 같은 형태 등으로 개인을 공격하는 것은, 어떠한 상황에서도 제19조와 부합하지 않는다.<sup>46</sup> 언론인들이 자신들의 활동 때문에 그러한 위협, 협박, 공격에 처하는 경우가 자주 있다.<sup>47</sup> 판사나 변호사와 같이 인권 상황에 대한 정보를 수집하고 분석하는데 관여하거나 인권관련 보고서를 발간하는 사람들도 같은 상황에 놓인다.<sup>48</sup> 그러한 모든 공격들은 적시에 철저히 조사되어야 하고, 가해자는 기소되어야 하며,<sup>49</sup> 피해자, 혹은 살해의 경우에는 대리인이 적절한 형태로 변상을 받도록 해야 한다.<sup>50</sup>

24. 제한은 법률에 의하여 규정되어야 한다. 법률에는 의회의 특권<sup>51</sup>에 대한 법과 법정 모독<sup>52</sup>에 대한 법이 포함될 수 있다. 표현의 자유에 대한 제한은 어떤 것이라도 인권을 심각하게 축소할 수 있기 때문에, 전통적, 종교적 또는 기타 관습법에서 어떤 제한을 명시하는 것은 이 규약에 부합하지 않는다.<sup>53</sup>

43 개인청원 No. 1022/2001, Veichkin v. Belarus, 2005년 10월 20일에 채택된 견해 참조.  
 44 위원회의 일반논평 22, 유엔총회의 공식 기록, 48회기, 보충자료 40 (A/48/40), 별첨 IV 참조.  
 45 개인청원No. 458/91, Mukong v. Cameroon, 1994년 7월 21일에 채택된 견해 참조.  
 46 개인청원No. 1353/2005, Njaru v. Cameroon, 2007년 3월 19일에 채택된 견해 참조.  
 47 예를 들어, Algeria에 대한 최종견해 (CCPR/C/DZA/CO/3); Costa Rica에 대한 최종견해 (CCPR/C/CRI/CO/5); Sudan에 대한 최종견해 (CCPR/C/SDN/CO/3) 참조.  
 48 개인청원No. 1353/2005, Njaru v. Cameroon; Nicaragua에 대한 최종견해 (CCPR/C/NIC/CO/3); Tunisia에 대한 최종견해 (CCPR/C/TUN/CO/5); Syrian Arab Republic에 대한 최종견해 (CCPR/CO/84/SYR); Colombia에 대한 최종견해 (CCPR/CO/80/COL) 참조.  
 49 위의 문헌과 Georgia에 대한 최종견해 (CCPR/C/GEO/CO/3).  
 50 Guyana에 대한 최종견해(CCPR/C/79/Add.121).  
 51 개인청원No. 633/95, Gauthier v. Canada 참조.  
 52 개인청원No. 1373/2005, Dissanayake v. Sri Lanka, 2008 7월 22일에 채택된 견해 참조.  
 53 일반논평 32 참조.

25. 제3항에서 의미하는 “법”이라고 특징지어지는 규범은, 충분히 정확하게 만들어져서 개인이 그에 따라 행동을 조절하는 것이 가능해야 하고,<sup>54</sup> 또 대중이 접근할 수 있게 마련되어야 한다. 법이 법을 집행하는 책임자에게 표현의 자유를 제한할 수 있는 무제한의 재량을 부여해서는 안된다.<sup>55</sup> 어떤 종류의 표현은 적절히 제한되고 어떤 종류는 제한될 수 없는지, 법을 집행하는 책임자들이 확인할 수 있도록 법에서 충분한 지침이 제공되어야 한다.

26. 위 24번 문단에서 언급된 법들을 포함하여 제19조 제2항에 열거된 권리들을 제한하는 법들은 규약의 제19조 제3항의 엄격한 요구사항을 준수해야 할 뿐만 아니라, 그 자체로 이 규약의 규정, 목적, 목표과 부합하여야 한다.<sup>56</sup> 법은 규약의 차별금지조항을 위반하지 않아야 한다. 법은 체벌과 같이 규약에 부합하지 않는 처벌을 규정하지 않아야 한다.<sup>57</sup>

27. 표현의 자유에 대한 어떠한 제한에도, 그 제한의 법적 근거를 제시해야 할 책임은 당사국에게 있다.<sup>58</sup> 만일 위원회가 특정 당사국에 대해 특정 제한이 법률에 의한 것인지를 검토해야 하는 경우, 당사국은 해당 법과 그 법의 범위 안에 속하는 행위들에 대하여 상세하게 제시해야 한다.<sup>59</sup>

28. 제3항에 나열된 정당한 제한 사유 가운데 첫째가 다른 사람들의 권리와 평판을 존중하는 것이다. 이 “권리”라는 용어는 규약에서 인정되는 인권과, 더 일반적으로는 국제인권법에서 인정되는 인권을 포함한다. 예를 들어, 제17조 하의 권리나 제25조의 투표권을 보호하기 위해 표현의 자유를 제한하는 것은 정당하다(37번 문단 참조).<sup>60</sup> 이러한 제한은 신중하게 구성되어야 한다. 협박이나 위압에 해당하는 표현 형태로부터 투표자를 보호하는 것이 허용될 수는 있지만, 이러한 제한이 정치적 토론, 예를 들어 비의무 투표에 대해 투표 거부를 촉구하는 것과 같은 행위

54 개인청원No. 578/1994, de Groot v. The Netherlands, 1995년 7월 14일에 채택된 견해 참조.  
 55 일반논평 27 참조.  
 56 개인청원No. 488/1992, Toonen v. Australia, 1994년 3월 14일에 채택된 견해 참조.  
 57 일반논평 20, 제47차 유엔총회 공식 기록, 보충자료 40, 제1권 (A/47/40 (Vol. I)), 별첨 VI, A절 참조.  
 58 개인청원No. 1553/2007, Korneenko et al. v. Belarus, 2006년 10월 31일에 채택된 견해 참조.  
 59 개인청원No. 132/1982, Jaona v. Madagascar, 1985년 4월 1일에 채택된 견해 참조.  
 60 개인청원No. 927/2000, Svetik v. Belarus, 2004년 7월 8일에 채택된 견해 참조.

등을 방해해서는 안된다.<sup>61</sup> “다른 사람들”이라는 용어는 개별적이거나 혹은 공동체의 구성원으로서의 다른 사람들을 말한다.<sup>62</sup> 그러므로, 예를 들어, 종교적 신념<sup>63</sup>이나 민족성<sup>64</sup>에 의해 정의되는 공동체의 개별 구성원들을 지칭할 수 있다.

29. 두 번째 정당한 사유는 국가 안보나 공공 질서, 또는 공중 보건이나 도덕의 보호이다.

30. 당사국은 반역법<sup>65</sup>과 국가 안보와 관련있는 유사한 조항들이, 공무비밀법이나 선동방지법이나 혹은 다른 식으로 표현되든 간에, 제3항의 엄격한 요구사항에 합치되는 방식으로 작성되고 적용되도록 극도의 주의를 기울여야 한다. 예를 들어, 이러한 법을 적용하려는 목적이 국가 안보를 해치지 않는 정당한 공익에 대한 정보를 억압하려거나 이러한 정보를 일반 대중으로부터 차단하려는 것이라면, 또는 그러한 정보를 퍼뜨렸다는 이유로 언론인, 연구자, 환경활동가, 인권활동가, 기타의 사람들을 기소하려는데 있다면, 이는 제3항에 부합하지 않는다.<sup>66</sup> 또한 그러한 법의 항목에 상업 부문, 은행, 과학적 진보 관련 정보와 같은 부류의 정보를 포함하는 것도 일반적으로 적절하지 않다.<sup>67</sup> 한 사건에서 위원회는, 국가적 파업을 소집하는 등 노동쟁의를 지지하는 성명서 발표를 제한한 것이 국가 보안이라는 사유로 허용될 수 없다고 판단하였다.<sup>68</sup>

31. 공공질서의 유지를 이유로, 예컨대 특정 공공장소에서의 발언을 규제하는 것이 상황에 따라 허용될 수 있다.<sup>69</sup> 표현 형태에 관련된 법적 모독죄 소송은 이 공공질서 사유에 근거하여 심사될 수 있다. 제3항을 준수하기 위해서는, 법원이 그러한 소송과 처벌을 부과하는 것이 질서있는 공판을 유지하기 위한 권한 행사로 인정됨이 입증되어야 한다.<sup>70</sup> 그러한 소송이 결코 정당한 방

어권 행사를 제한하려는 목적으로 사용되어서는 안된다.

32. 위원회는 일반논평 22에서 “도덕의 개념은 여러 사회적, 철학적, 종교적 전통에서 도출된다. 결과적으로, 도덕보호를 목적으로 하는... 제약은 단 하나의 전통에서 배타적으로 도출되지 않은 원칙들에 기반해야 한다”는 견해를 내었다. 그러한 제약은 항상 인권의 보편성과 차별금지 원칙에 비추어 이해되어야 한다.

33. 제한은 정당한 목적을 위해 “필요해야” 한다. 그러므로, 예를 들어 어떤 특정 공동체의 언어를 보호한다는 관점에서 상업적 광고를 단일 언어로 하지 못하게 금지하는 경우, 만일 표현의 자유를 제한하지 않는 다른 방식으로도 이런 보호를 할 수 있다면 필요성 심사를 위반하게 된다.<sup>71</sup> 반면, 어떤 종교적 공동체를 향한 증오를 표현하는 자료를 발간한 교사를 수업이 없는 직위로 재배치함으로써 교육지역의 해당 종교를 가진 아동의 권리와 자유를 보호하려고 하는 경우, 위원회는 당사국이 필요성 심사를 충족했다고 보았다.<sup>72</sup>

34. 제한은 지나치게 광범위하지 않아야 한다. 위원회는 일반논평 27에서, “제한적 조치는 비례성의 원칙에 부합되어야 한다. 이 조치는 보호적 기능을 달성하기에 적합해야 하고, 보호적 기능을 달성할 수 있는 수단들 가운데 침해수준이 최소인 수단이어야 하고, 보호되는 이익에 비례해야 한다... 비례의 원칙은 제한을 규정하는 법률 안에서 존중되어야 할 뿐만 아니라, 이 법을 적용하는 행정과 사법 당국에 의해서도 존중되어야 한다”고 견해를 내었다.<sup>73</sup> 비례의 원칙에서는 또한, 표현 형태 뿐만 아니라 쟁점이 되는 표현을 전파하는 수단을 고려해야 한다. 예를 들어, 민주사회에서 공적, 정치적 영역의 인물에 관해 공개 토론하는 상황에서, 규약상 간섭없는 표현의 가치가 특히 높아진다.<sup>74</sup>

61 위의 문헌.

62 개인청원No. 736/97, Ross v. Canada, 2000년 10월18일에 채택된 견해 참조.

63 개인청원No. 550/93, Faurisson v. France; Austria에 대한 최종견해 (CCPR/C/AUT/CO/4) 참조.

64 Slovakia에 대한 최종견해 (CCPR/CO/78/SVK); Israel에 대한 최종견해(CCPR/CO/78/ISR).

65 Hong Kong에 대한 최종견해 (CCPR/C/HKG/CO/2).

66 Russian Federation에 대한 최종견해 (CCPR/CO/79/RUS).

67 Uzbekistan에 대한 최종견해 (CCPR/CO/71/UZB).

68 개인청원No. 518/1992, Sohn v. Republic of Korea, 1994년 3월 18일에 채택된 견해 참조.

69 개인청원No. 1157/2003, Coleman v. Australia 참조.

70 개인청원 No. 1373/2005, Dissanayake v. Sri Lanka 참조.

71 개인청원No. 359, 385/89, Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canad. 참조.

72 개인청원 No. 736/97, Ross v. Canada, 2006년 7월 17일에 채택된 견해 참조.

73 일반논평 27, 14번 문단. 또한 개인청원 No. 1128/2002, Marques v. Angola; 개인청원 No. 1157/2003, Coleman v. Australia 참조.

74 개인청원No. 1180/2003, Bodrozic v. Serbia and Montenegro, 2005년 10월 31일에 채택된 견해 참조.

35. 당사국이 표현의 자유를 제한할 정당한 사유를 적용할 때에는, 반드시 그 위협의 정확한 성질과 특정하게 취하는 그 행위의 필요성과 비례성을 구체적이고 개별화된 방식으로 제시해야 하며, 특히 그 표현과 위협 사이의 직접적이고 즉각적인 관계를 제시해야 한다.<sup>75</sup>

36. 어떤 주어진 상황에서 표현의 자유를 제한할 필요가 있는 정황이 있었는지의 여부에 대한 평가는, 위원회가 말도록 했다.<sup>76</sup> 이런 측면에서, 위원회가 이 자유의 범위를 평가할 때 어떤 “판단 여지(margin of appreciation)”<sup>77</sup>를 참조하는 것이 아니며, 위원회가 이 기능을 수행하기 위해서는, 제3항에 나열된 사유 중 어떤 위협 때문에 주어진 사건에서 표현의 자유가 제한되었는지에 대하여 당사국이 그 위협의 정확한 성질을 구체적으로 제시하여야 한다.<sup>78</sup>

### 특정영역에서 표현의 자유가 제한되는 한정적 범위

37. 위원회에게 우려를 안겼던 정치적 담론에 대한 제한에는, 호별 방문 선거운동의 금지<sup>79</sup>, 선거기간 동안 배포될 수 있는 서면자료의 수와 형태에 대한 제한<sup>80</sup>, 선거기간 동안 지역매체와 국제매체 등 정치 논평의 정보원에 접근할 수 없게 막는 것<sup>81</sup>, 야당과 야당정치인들이 언론매체에 접근하는 것을 제한하는 것<sup>82</sup> 등이 있다. 모든 제한은 제3항에 부합하여야 한다. 그러나 선거과정의 완결성을 유지하기 위하여 당사국이 선거 직전에 임박하여 실시하는 정치적 여론조사를 제한하는 것은 정당할 수 있다.<sup>83</sup>

38. 정치적 담론의 내용과 관련하여 앞서 13번과 20번 문단에서 말했던 바와 같이, 위원회는 정치영

역과 공공기관에 있는 공인에 관한 공개적 토론 상황에서 규약상 간섭없는 표현가치가 특히 높다는 견해를 제시해 왔다.<sup>84</sup> 따라서, 공인도 마찬가지로 그 규약상 조항들의 혜택을 볼 수 있는 데도 불구하고 표현 형태가 공인을 모욕한 것으로 여겨진다는 단순한 사실만으로 처벌을 부과하는 것은 정당화되기에 충분치 않다.<sup>85</sup> 더욱이, 국가나 정부의 수장과 같은 최고의 정치적 권력을 행사하는 사람들을 포함, 모든 공인들은 비판과 정치적 반대의 대상이 되는 것이 정당하다.<sup>86</sup> 그러한 이유로, 불경죄(les majeste)<sup>87</sup>나 관권모독죄(desacato)<sup>88</sup>, 권위에 대한 모욕<sup>89</sup>, 국가나 상징에 대한 모욕, 국가 원수에 대한 명예훼손<sup>90</sup>, 공무원의 명예 보호<sup>91</sup> 등에 관한 법에 대해 위원회는 우려를 표시하며, 비난을 받은 당사자의 신분 만을 이유로 법에서 처벌의 강도를 높여서는 안된다. 당사국은 군대나 행정부 등과 같은, 기관에 대한 비판을 금지해서는 안된다.<sup>92</sup>

39. 당사국은 대중 매체를 규제하는 입법적, 행정적 체제가 제 3항과 일관되도록 해야 한다.<sup>93</sup> 규제 제도는 신문 및 방송부문과 인터넷 간의 차이를 고려하고, 동시에 다양한 매체가 어떻게 수렴하는지 그 방식에도 주의하여 마련되어야 한다. 제3항이 적용되는 한정된 상황이 아닌 경우에 신문이나 다른 인쇄매체의 발행을 불허하는 것은 제19조와 양립할 수 없다. 분리되지 않는 특정 내용을 제3항에 의거 합법적으로 금지할 수 있는 경우를 제외하고 특정 출판에 대한 금지는 여기서 말하는 상황에 결코 포함될 수 없다. 당사국은 지역방송국과 상업방송국을 포함한 방송매체에 아주 힘든 허가조건이나 수수료를 부과하는 것을 피해야 한다.<sup>94</sup> 그러한 조건이나 허가수수료를 적용하는 기준은 합리적이고, 객관적이며<sup>95</sup>, 명확하고<sup>96</sup>, 투명하며<sup>97</sup>, 차별이 없어야 하고,

75 개인청원No. 926/2000, Shin v. Republic of Korea 참조.  
 76 개인청원No. 518/1992, Sohn v. Republic of Korea 참조.  
 77 개인청원No. 511/1992, Ilmari L. nsman, et al. v. Finland, 1993년 10월 14일에 채택된 견해 참조.  
 78 개인청원No. 518/92, Sohn v. Republic of Korea; 개인청원 No. 926/2000, Shin v. Republic of Korea 참조.  
 79 Japan에 대한 최종견해 (CCPR/C/JPN/CO/5).  
 80 위의 문헌.  
 81 Tunisia에 대한 최종견해 (CCPR/C/TUN/CO/5).  
 82 Togo에 대한 최종견해 (CCPR/CO/76/TGO); Moldova에 대한 최종견해 (CCPR/CO/75/MDA).  
 83 개인청원No. 968/2001, Kim v. Republic of Korea, 1996년 3월 14일에 채택된 견해 참조.

84 개인청원No. 1180/2003, Bodrozic v. Serbia and Montenegro, 2005년 10월 31일에 채택된 견해 참조.  
 85 위의 문헌.  
 86 개인청원No. 1128/2002, Marques v. Angola 참조.  
 87 개인청원Nos. 422-424/1990, Aduayom et al. v. Togo, 1994년 6월30일에 채택된 견해 참조.  
 88 Dominican Republic에 대한 최종견해 (CCPR/CO/71/DOM).  
 89 Honduras에 대한 최종견해 (CCPR/C/HND/CO/1).  
 90 Zambia에 대한 최종견해 (CCPR/ZMB/CO/3), 25번 문단 참조.  
 91 Costa Rica에 대한 최종견해(CCPR/C/CR/CO/5), 11번 문단 참조.  
 92 위의 문헌과 Tunisia에 대한 최종견해 (CCPR/C/TUN/CO/5), 91번 문단 참조.  
 93 Viet Nam에 대한 최종견해(CCPR/CO/75/VNM), 18번 문단과 Lesotho에 대한 최종견해 (CCPR/CO/79/Add.106), 23번 문단 참조.  
 94 Gambia에 대한 최종견해(CCPR/CO/75/GMB).  
 95 Lebanon에 대한 최종견해(CCPR/CO/79/Add.78), para. 25.  
 96 Kuwait에 대한 최종견해(CCPR/CO/69/KWT); Ukraine에 대한 최종견해(CCPR/CO/73/UKR).  
 97 Kyrgyzstan에 대한 최종견해(CCPR/CO/69/KGZ).

기타 규약을 준수하는 것이어야 한다.<sup>98</sup> 시청각 지상파 및 위성 서비스처럼 용량이 제한된 매체를 이용하는 방송에 대한 허가제도의 경우, 공영, 상업, 지역방송국 사이에 접속과 주파수를 공정하게 배분하도록 하여야 한다. 아직 다음과 같이 하지 않은 당사국에 대해서는, 방송업 신청서 검토와 허가발급 권한을 가진 독립적이고 공적인 방송허가 관할부서를 조직하도록 권고한다.<sup>99</sup>

40. 위원회는 일반논평 10호에서 “현대 대중 매체가 발달하면서, 매체통제가 표현의 자유에 대한 모든 사람의 권리를 간섭하는 식으로 행해지지 않게 막는 효과적 조치가 필요하다”고 밝혔던 견해를 재확인한다. 당사국은 매체를 독점적으로 통제할 수 없어야 하며 매체의 다양성을 촉진하여야 한다.<sup>100</sup> 따라서 당사국은, 정보원과 견해의 다양성에 해로울 수 있는 독점 상황에서 사적으로 통제되는 매체집단들이 매체를 지나치게 지배하거나 집중시키는 것을 방지하도록, 규약과 일치하게 적절한 조치를 취해야만 한다.

41. 언론매체에 대한 정부보조금 및 정부광고수수<sup>101</sup> 체계가 표현의 자유를 방해하는 효과를 내지 않도록 주의해야 한다.<sup>102</sup> 나아가, 보급/배급 수단이나 뉴스에의 접근 등에서 사적인 매체가 공영 언론에 비해 불이익을 당하지 않아야 한다.<sup>103</sup>

42. 정부에 대해, 또는 정부가 채택한 정치사회체제에 대해 비판적이라는 이유만으로 어떤 언론매체, 출판인 또는 언론인을 처벌하는 것은<sup>104</sup> 결코 표현의 자유에 대한 필수적인 제한이라고 볼 수 없다.

43. 인터넷 서비스 공급자나 검색엔진과 같이 통신을 지원하는 체계를 포함하여, 웹사이트, 블로그,

기타 인터넷 기반, 전자적, 혹은 기타 유사 정보보급체계의 운영에 대한 규제는 제3항에 부합하는 경우에만 허용될 수 있다. 허용되는 규제는 일반적으로 특정 내용에 한정된다. 어떤 사이트나 체계의 운영을 포괄적으로 금지하는 것은 제3항에 부합하지 않는다. 정부에 대해, 또는 정부가 채택한 정치사회체제에 대해 비판적일 수 있다는 이유만으로 어떤 사이트나 정보보급체계가 자료를 발간하지 못하게 금하는 것 역시 제3항에 부합하지 않는다.<sup>105</sup>

44. 저널리즘은, 직업적인 전임기자와 분석가들뿐 아니라 블로거들과, 인쇄물이나 인터넷이나 어디서든 자기출판의 형태로 종사하는 사람들 등, 광범위한 행위자들이 공유하는 기능이다. 언론인을 등록시키거나 허가를 발급하는 일반적인 국가제도는 제3항에 부합되지 않는다. 한정적인 인가제도는 언론인이 특정 장소와 또는 사건에 접근할 수 있게 특권을 제공하기 위해 필요할 때에만 허용된다. 그런 제도를 적용할 때에는, 객관적인 기준에 입각하면서 또 저널리즘이 광범위한 행위자들이 공유하는 기능임을 고려하여, 비차별적이며 제19조에 부합하는 방식으로 적용하여야 한다.

45. 언론인과 표현의 자유를 행사하고자 하는 다른 사람들 (예컨대 인권관련 회의에 참석하고자 하는 사람들)<sup>106</sup>이 당사국 외부로 여행할 수 있는 자유를 제한하는 것, 특정 국가 출신의 외국 언론인이 당사국에 입국하는 것을 규제하는 것<sup>107</sup>, 당사국 내에서 언론인이나 인권조사관들의 이동의 자유(분쟁영향지역, 자연재해지역, 인권남용 사실이 의심되는 지역으로의 이동 포함)를 제약하는 것은 대체로 제3항과 부합하지 않는다. 당사국은 정보원을 밝히지 않을 언론인의 제한적 특권을 포괄하는 표현의 자유권의 요소를 인정하고 존중해야 한다.<sup>108</sup>

46. 당사국은 반테러리즘 조치가 제3항에 부합하도록 해야 한다. “테러리즘 조장”<sup>109</sup>과 “극단주의적 활동”<sup>110</sup>과 같은 죄목뿐만이 아니라 테러리즘을 “찬양,” “미화,” “정당화”한다는 죄목은 그로 인

98 Ukraine에 대한 최종견해(CCPR/CO/73/UKR).  
 99 Lebanon에 대한 최종견해(CCPR/CO/79/Add.78).  
 100 Guyana에 대한 최종견해 (CCPR/CO/79/Add.121), 19번 항목; Russian Federation에 대한 최종견해 (CCPR/CO/79/RUS); Viet Nam에 대한 최종견해 (CCPR/CO/75/VNM); Italy에 대한 최종견해 (CCPR/C/79/Add. 37) 참조.  
 101 Lesotho에 대한 최종견해 (CCPR/CO/79/Add.106), 22번 문단 참조.  
 102 Ukraine에 대한 최종견해 (CCPR/CO/73/UKR).  
 103 Sri Lanka에 대한 최종견해(CCPR/CO/79/LKA); Togo에 대한 최종견해(CCPR/CO/76/TGO), 17번 문단 참조.  
 104 Peru에 대한 최종견해(CCPR/CO/70/PER).

105 Syrian Arab Republic에 대한 최종견해 (CCPR/CO/84/SYR).  
 106 Uzbekistan에 대한 최종견해 (CCPR/CO/83/UZB); Morocco에 대한 최종견해 (CCPR/CO/82/MAR).  
 107 Democratic People's Republic of Korea 에 대한 최종견해(CCPR/CO/72/PRK).  
 108 Kuwait에 대한 최종견해(CCPR/CO/69/KWT).  
 109 United Kingdom of Great Britain과 Northern Ireland에 대한 최종견해 (CCPR/C/GBR/CO/6).  
 110 Russian Federation에 대한 최종견해 (CCPR/CO/79/RUS).

해 표현의 자유가 불필요하거나 불균형하게 침해되는 일이 생기지 않도록 명확하게 정의되어야 한다. 정보접근에 대한 과도한 제한 역시 피해야 한다. 매체는 대중에게 테러리즘 활동에 대해 알리는 결정적인 역할을 하며, 그 운영 능력이 과도하게 제한되어서는 안된다. 이런 측면에서, 언론인이 자신이 수행한 정당한 활동에 대해 처벌받아서 안된다.

47. 명예훼손법은 규약 제 3항을 준수하고 사실상 표현의 자유를 억압하는 역할을 하지 않도록 신중하게 고안되어야 한다.<sup>111</sup> 이런 종류의 모든 법, 특히 형사적 명예훼손법에는 진실증명과 같은 면책요건들을 두어야 하고, 그 성질상 증거가 불가한 표현 형태에 대해서는 명예훼손법이 적용되어서는 안된다. 적어도 공인에 대한 논평에 대해서는, 실수로 공개되었으나 악의는 없었던 허위 발언을 처벌하거나 혹은 다른 방식으로 불법화하지 않을 것이 고려되어야 한다.<sup>112</sup> 어떤 경우에서든, 비판의 주제가 가지는 공익이 하나의 면책요건으로 인정되어야 한다. 당사국은 지나치게 징벌적인 조치와 처벌을 피하도록 주의해야 한다. 상황에 따라, 피고가 승소한 편에게 지불해야 하는 배상비용에 대해 당사국이 합리적인 제한을 두어야 한다.<sup>113</sup> 당사국은 명예훼손을 비범죄화할 것을 고려해야 하고<sup>114</sup>, 어떤 경우에서도 형사법의 적용은 가장 심각한 사건에서만 용인되어야 하며, 감금은 절대로 적합한 처벌이 될 수 없다. 당사국이 형사적 명예훼손으로 개인을 기소하고는 재판을 신속하게 진행하지 않는 것은 허용되지 않는다. 이런 관행은 관련 당사자와 다른 사람들의 표현의 자유 행사를 과도하게 제한하는 위축효과가 있다.<sup>115</sup>

48. 신성모독법 등 어떤 종교나 신앙체제에 대해 결례를 표하지 못하게 금지하는 규정은 규약의 제 20조 제2항에서 상상하고 있는 한정된 상황을 제외하고 규약에 부합하지 않는다. 또한 이러한 금지규정은 제19조 제4항의 엄격한 요건과 함께, 제2조, 제5조, 제17조, 제18조, 제26조와 같은 조항들 역시 준수해야 한다. 따라서, 예컨대 법에서 어떤 종교나 신앙체제에 찬성 혹은 반대하거나, 특정 종교의 신자들을 다른 종교의 신자에 비해, 신앙인을 비신앙인에 비해 차별하는 것은 어떤 경

우에도 용인되지 않을 것이다. 또한 이러한 금지규정이 종교지도자를 비판하거나 종교교리와 신앙의 교의에 대해 논평하는 것을 막거나 처벌하는데 사용되는 것 역시 용인되지 않을 것이다.<sup>116</sup>

49. 역사적 사실에 대한 의견 표현을 처벌하는 법은, 의견과 표현의 자유 존중과 관련하여 규약이 당사국에게 부과하고 있는 의무들과 부합하지 않는다.<sup>117</sup> 과거의 사건들에 대해 잘못된 의견이나 틀린 해석을 표현하지 못하도록 일반적으로 금지하는 것을 규약은 허용하지 않는다. 의견의 자유권은 절대 제한되어서 안되며, 표현의 자유에 관해서는 그 제한이 제3항에서 허용된 것 혹은 제20조 하에서 요구되는 것을 벗어나서는 안된다.

### 제19조와 제20조의 관계

50. 제19조와 제20조는 상호 양립가능하며 보완적이다. 제20조에 언급된 행위들은 모두 제19조 제 3항에 따른 제한의 대상이 된다. 이렇게, 어떤 제약이 제20조에 근거하여 정당화되는 경우, 이는 제19조 제3항 역시 준수하는 것이어야 한다.<sup>118</sup>

51. 제20조에서 언급한 행위들이 제19조 제3항 하에서 제한될 수 있는 행위들과 다른 점은, 제20조에 언급된 행위들의 경우 국가로부터 요구되는 특정 대응을 규약에서 명시하고 있다는 것이다. 즉 그 행위를 법률에 의하여 금지하도록 한다. 이 점에서 제20조는 제19조에 관한 특별법으로 여겨질 수 있다.

52. 당사국이 법으로써 금지할 의무가 있는 표현 형태는 제20조에서 명시한 특정 형태 뿐이다. 국가가 표현의 자유를 제한하는 모든 경우에, 제19조에 엄격하게 부합하도록 그 금지규정과 조항을 정당화할 필요가 있다.

111 United Kingdom of Great Britain과 Northern Ireland에 대한 최종견해 (CCPR/C/GBR/CO/6).

112 위의 문헌.

113 위의 문헌.

114 Italy에 대한 최종견해 (CCPR/C/ITA/CO/5); Former Yugoslav Republic of Macedonia 에 대한 최종견해(CCPR/C/MKD/CO/2).

115 개인청원 No. 909/2000, Kankanamge v. Sri Lanka, 2004년 7월 27일 채택된 견해 참조.

116 United Kingdom of Great Britain과 Northern Ireland에 대한 최종견해—the Crown Dependencies of Jersey, Guernsey and the Isle of Man (CCPR/C/79/Add.119) 참조. Kuwait에 대한 최종견해(CCPR/CO/69/KWT)도 참조.

117 소위 "기억법(memory-laws)", 개인청원 No. , No. 550/93, Faurisson v. France 참조. Hungary에 대한 최종견해(CCPR/C/HUN/CO/5) 19 번 문단도 참조.

118 개인청원 No. 736/1997, Ross v. Canada, 2000년 10월 18일 채택된 견해 참조.

# 국가안보와 표현의 자유 및 정보접근에 관한 요하네스버그 원칙<sup>1</sup>

## 서문(Introduction)

이 원칙들은 1995년 10월1일 ARTICLE 19이 요하네스버그 근방 Mabula소재 Witwaterarand 대학 법학연구센터의 협조아래 회합을 마련한 국제법, 국가안보 및 인권에 관한 전문가그룹에 의해 채택되었다.

동 원칙은 국제법과 지역법 및 인권보장과 (특히 법원의 판결에 반영된) 국가관행에 관련한 기준, 그리고 국제사회에 승인된 일반법원칙들에 터잡고 있다.

동 원칙은 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약 상 조항의 규제와 침해에 관한 시라쿠사 원칙(Siracusa Principles) 및 비상사태에서의 인권규범에 대한 파리 최소기준(Paris Minimum Standards)의 영속적인 적용을 인정한다.<sup>2</sup>

## 전문(Preamble)

동 원칙을 기초한 참가자들은:  
국제연합헌장에 선언된 원칙들에 따라 모든 인류의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리들의 인정이 세계의 자유와 정의와 평화의 기초임을 깊이 생각하면서;

인민들의 독재와 억압에 대한 저항은 마지막 수단으로 불가피할 때 필수적이며, 인권은 법치주의에 의해 보장되어야 한다는 점을 확인하고;

<sup>2</sup> 시라쿠사원칙은 1984년 5월 국제법률가위원회와 국제형사법협회, 국제법률가위원회 미국협회, Urban Morgan인권연구소 및 국제범죄과학교등연구소의 주최로 회합한 전문가 그룹에 의해 채택되었다. 파리 최소기준은 1984년 4월 국제법협회 후원으로 회합한 전문가그룹에 의해 채택되었다.

<sup>1</sup> Article 19, "The Johannesburg Principles on National Security Freedom of Expression and Access to Information," 1995, 10. 1., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4653taf2.html>.

표현의 자유와 정보의 자유는 민주사회에 본질적이며 사회발전과 복지 및 여타 인권과 기본적 자유의 향유에도 필수적이라는 인민들의 신념을 재차 확인하고;

세계인권선언, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약, 아동의 권리에 관한 유엔협약, 사법권독립에 관한 유엔기본원칙(UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary), 인권 및 민중의 권리에 관한 아프리카헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights), 미주인권협약(American Convention on Human Rights) 그리고 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)의 관련조항을 고려하면서;

국가안보를 구실삼은 표현의 자유와 정보의 자유에 대한 정부의 수많은 부당한 규제들에 주목하면서;

국가안보를 이유로 한 표현의 자유와 정보의 자유에 대한 규제범위가 명확히 확정되어, 정부로 하여금 국가안보를 구실로 표현과 정보의 자유실현에 부당한 규제를 가하지 못하도록 보장할 것을 바라면서;

법치주의의 핵심적 요구들을 충족하는 간명한 규정의 입법을 통한 표현과 정보의 자유에 대한 법적 보장의 필요성을 인식하고;

독립된 법원에 의한 표현과 정보의 자유에 대한 사법적 보장의 필요성을 다시 요청하면서;

다음과 같은 원칙들에 따라 국가적, 지역적, 국제적 수준에서의 적절한 기구가 동원칙들의 광범한 확산, 수용 내지 실현을 촉진하기 위해 나설 것을 요청한다:

## I. 총칙(General Principles)

### 원칙 1:

- (a) 모든 사람은 간섭받지 않고 의견을 가질 권리를 보유한다.
- (b) 모든 사람은 모든 종류의 정보와 생각을 각자의 선택에 따라 말, 문서, 인쇄물, 예술형식 또는 어떠한 매체의 형식으로든지 국경을 넘어 추구하고 수용하고 전달할 표현의 자유를 가진다.
- (c) (b)항에 제시된 권리의 실현은 국제법에 확립된 바와 같이 국가안전보장을 포함한 특별한 근거에 기해 규제될 수 있다.
- (d) 국가안보를 이유로 하는 표현과 정보의 자유에 대한 어떠한 규제도 정부가 그 규제가 실정법에 명문화되어 있고 민주사회에서 정당한 국가안보이익을 보호하기 위해 필요하다는 점을 제시하지 못하는 한 과해질 수 없다.<sup>3</sup> 규제의 유효성에 대한 입증책임은 정부에 있다.

#### 원칙 1.1: 법적 명문화(Prescribed by law)

- (a) 표현과 정보에 관한 모든 규제는 법에 명문화되어 있어야 한다.
- (b) 규제의 타당성에 대한 독립된 법원 또는 심판기관에 의한 신속하고 전면적이며 효과적인 사법적 심사를 포함하여 규제의 남용에 대한 충분한 법적 방지책이 마련되어야 한다.

#### 원칙 1.2: 정당한 국가안보이익의 보장(Protection of Legitimate National Security Interest)

정부가 국가안보를 이유로 정당화하고자 하는 표현과 정보에 대한 모든 규제는 정당한 국가안보이익보장에의 순수한 의도와 명시적 효과가 있어야 한다.

#### 원칙 1.3: 민주사회에서의 필요성(Necessary in a democratic society)

<sup>3</sup> 이러한 원칙을 위해서, 민주사회란 그 자신과 구별되는 실재 또는 조직을 위해서만 책임지는 정부를 보유하며, 투표자의 자유로운 의사표현을 보장하는 비밀투표에 의한 정기적인 보통선거가 실시되며, 집권정부에 맞선 정치단체의 조직이 자유로워야하며, 독립된 사법기관에 의해 집행되는 기본권의 효과적인 법적 보장이 있어야 한다. 이러한 정형은 법치국가에 대한 정의(S.A.de Smith, *The Commonwealth and its Constitution*, London:Stevens & Sons, 1964)에 터잡고 있다.

표현 또는 정보의 자유에 대해 정당한 국가안보이익보장에 필요한 규제를 하기 위해서는, 정부는 다음을 제시해야 한다:

- (a) 특정사안에 대한 표현이나 정보가 정당한 국가안보에 심각한 침해를 가져올 것;
- (b) 부과된 규제가 국가안보이익보장을 위해 가능한 최소한의 제한수단일 것; 그리고
- (c) 규제가 민주주의 원칙에 부합될 것.

### 원칙 2: 정당한 국가안보이익(Legitimate National Security Interest)

- (a) 국가안보를 이유로 정당화하려는 규제는 그 순수한 의도와 명시적 효과가 무력사용 또는 위협에 맞서 국가의 존립과 영역적 통합성을 보장하기 위함이거나, 외적으로는 군사적 위협이나 내부적으로는 폭력적 정부전복에의 선동과 같은 위협 또는 무력사용에 대처하는 국가의 대응능력을 보호하기 위한 경우외에는 정당화되지 아니한다.
- (b) 특히 국가안보를 이유로 정당화하려는 규제는 그 순수한 의도와 명시적 효과가, 예컨대 정치적 위기나 부정에 대한 폭로로부터 정부를 두둔하려거나 특정한 이데올로기를 옹호하려거나, 국가 공공기관의 기능에 대한 정보를 은폐하려거나, 노동운동을 탄압하는 것과 같이 국가안보와 무관한 이익을 보장하기 위한 것일 경우에는 정당화되지 아니한다.

### 원칙3: 비상사태(States of Emergency)

국가의 존립을 위협하는 비상사태에, 국제법과 지역법에 따라 공식적으로 법적으로 비상사태가 선포된 경우, 국가는 엄격하게 상황의 긴급성이 요하는 정도까지, 정부의 여타 국제법상 의무와 충돌하지 않고, 또 않는 한에서 표현과 정보의 자유에 대해 규제를 가할 수 있다.

### 원칙4: 차별의 금지(Prohibition of Discrimination)

어떠한 경우에도 국가안보에 근거한 표현과 정보의 자유에 대한 제한이 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 견해, 태생, 국적, 재산, 출생 여타 지위에 근거한 차별과 관련되어서는 아니된다.

## II. 표현의 자유에 대한 제한(Restrictions on freedom of expression)

### 원칙5: 의견의 보장(Protection of Opinion)

누구도 자신의 의견이나 신념으로 인해 어떠한 강제, 불이익이나 제재를 받아서는 아니된다.

### 원칙6: 폭력선동(Incitement to violence)

원칙 15와 16에 따라 다음의 경우임을 명시할 수 있을 때 정부는 표현을 국가안보에 대한 위협으로서 처벌할 수 있다. 즉

- (a) 표현이 급박한 폭력을 선동할 의도인 경우
- (b) 그와 같은 폭력을 유발하리라 여겨지는 경우
- (c) 그와 같은 폭력의 발생 또는 발생조짐과 표현사이에 직접적이고도 즉각적인 관련이 있는 경우

### 원칙7: 보장되는 표현(Protected Expression)

(a) 원칙 15와 16에 따라, 표현의 자유에 대한 권리의 평화적인 행사는 국가안보에 대한 위협으로 간주되어서는 아니되며, 어떠한 규제나 형벌도 과해져서는 아니된다. 국가안보에 대한 위협이 되지 아니하는 표현은 다음의 예를 포함하며 이에 한정되지 아니한다.

- (i) 정부정책 또는 정부자체의 비폭력적 교체를 옹호하는 표현
- (ii) 국가, 국가의 상징, 국민, 정부, 정부기관 내지 공무원(Public Officials)<sup>4</sup> 또는 외국, 외국의 상징, 국민, 정부, 정부기관 내지 공무원에 대한 비판 또는 모욕적 표현
- (iii) 종교, 양심 또는 신념에 따른 징병, 특정분쟁, 국제분쟁해결을 위한 무력사용 또는 무력위협에 대한 반대표현 또는 반대에 대한 옹호적 표현
- (iv) 국제적 인권기준 내지 국제인권법에 대한 침해주장사실의 통보(communicating information)에 관련된 표현
- (b) 누구도 비판이나 모욕이 폭력을 선동하려는 의도가 아닌 한, 국민, 국가 내지 국가의 상징, 정부, 정부기관이나 공무원 또는 외국국민, 외국 또는 국가의 상징, 정부, 정부기관 내지 공무원을 비

<sup>4</sup> 동 원칙의 취지에 따라 "공무원"에는 국가원수, 정부수반, 대사를 포함한 모든 정부공무원, 군장교, 비밀기관원, 경찰, 선출직 공무원을 포함한다.



판하거나 모욕했다는 이유로 처벌되지 아니한다.

**원칙8: 국가안보를 위협할 수 있는 행동의 단순한 선전(Mere Publicity of Activities that may threaten National Security)**

단지 정부가 국가안보 기타 이익을 위협한 것으로 선언한 단체에 관해서 또는 그 단체에 의해 발표된 정보를 전달했다는 이유만으로 표현이 금지되거나 처벌되어서는 아니된다.

**원칙9: 소수언어 내지 기타언어의 사용(Use of Minority or Other Language)**

문서에 의한 표현 내지 말에 의한 표현이 결코 특정언어, 특히 소수민족언어라는 이유만으로 금지되어서는 아니된다.

**원칙10: 표현에 대한 제삼자의 부당한 침해(Unlawful Interference with Expression by third Parties)**

정부는 정부나 정부정책에 대한 비판적 표현일지라도 사적 단체나 개인이 표현의 자유의 평화적인 행사를 불법적으로 방해하지 못하도록 합리적인 조치를 취할 의무가 있다. 특히 정부는 표현의 자유를 부인하기 위한 불법적 행동을 규제하고 이에 책임있는 자를 수사하고 사법처리할 의무가 있다.

**III. 정보의 자유에 대한 제한(Restrictions on freedom of information)**

**■ 정보에 대한 접근(Access to Information)**

**원칙11:**

모든 사람은 국가안보에 관련된 정보를 포함해서 공공기관으로부터 정보를 획득할 권리를 가진다. 정부는 규제가 법에 규정되어 있고 민주사회에서 정당한 국가안보이익을 보장하기 위해 필요하다는 점을 명시하지 못하는 한, 국가안보를 이유로 정보의 자유에 대한 권리에 어떠한 규제도 가할 수 없다.

**원칙12:**

국가는 국가안보 전반에 관련된 정보에 대한 접근을 부인해서는 안되지만, 정당한 국가안보이익보장을 위해 유보할 필요있는 정보영역만을 법에 세밀히 특정해야 한다.

**원칙13:**

정보획득의 권리에 관련한 모든 법과 결정은 정보공개에 따른 공익을 우선적으로 고려하여야 한다.

**원칙14:**

국가는 정보획득권을 실현할 수 있도록 적절한 조치를 취할 의무가 있다. 이러한 조치들은 국가기관으로 하여금 정보에 대한 요청을 거부하는 경우 가능한 한 즉시 문서로 거부사유를 밝힐 것을 요청하며, 거부의 이익과 유효성에 대해 독립된 기관의 재심사권이 주어질 것을 요청한다. 국가기관은 유보된 정보를 심사할 권리를 가져야 한다.<sup>5</sup>

**■ 비밀정보의 공개(Disclosure of Secret Information)**

**원칙15:**

누구도 다음과 같은 경우 국가안보에 관련된 정보공개를 이유로 처벌되어서는 아니된다 :

- (1) 공개를 통해 정당한 국가안보이익에 실질적인 침해가 없거나 없다고 여겨지는 경우
- (2) 정보를 통한 공익이 공개를 통한 침해보다 우월한 경우

**원칙16:**

정보를 통한 공익이 공개를 통한 침해보다 우월한 경우, 누구도 그가 정부에 종사하면서 지득한 국가안보에 관련된 정보공개를 이유로 침해받아서는 아니된다.

5 사생활의 권리와 같이 개인에 대한 기록된 정보의 획득 내지 정정에 대한 그 밖의 근거들은 이 원칙들의 범위를 벗어난다.

### 원칙17:

비록 불법적 수단을 통해서라도 일단 정보가 널리 공개된 경우에는 더 이상의 공개를 막으려는 시도의 어떠한 정당화도 시민들의 알권리를 침해하는 것이 된다.

### 원칙18: 취재원의 보호(Protection of Journalists' Sources)

국가안전보장이 언론인들로 하여금 취재원의 비밀을 밝힐 것을 강요하는 근거로 사용되어서는 아니된다.

### 원칙19: 제한된 영역에의 접근(Access to Restricted Areas)

정보의 자유로운 흐름에 대한 어떠한 제한도 인권과 국제인권법의 취지에 반해서는 아니된다.

- (a) 정부는 국제적십자위원회와 같은 정부 간 기구 또는 비정부기구(NGO)의 인권과 인권기준준수를 감시하는 대표가 인권침해가 행해지고 있거나 행해져왔다고 믿을 만한 합당한 이유가 있는 지역에 들어가는 것을 방해해서는 아니된다.
- (b) 정부는 언론인의 존재가 다른 사람들의 안전을 명백히 위협에 처하게 하지 않는 한, 폭력과 무력 분쟁이 일어나고 있는 지역에 언론인이 들어가는 것을 방해해서는 아니된다.

## IV. 적법절차와 기타 문제들(Due Process and other matters)

### ■ 적법절차의 보장(Due Process Protections)

### 원칙20:

표현 및 정보와 관련하여 안보관련 범죄(security-related crime)<sup>6</sup>로 기소된 모든 사람은 국제법의 일부인 적법절차의 모든 보호를 누릴 수 있다. 적법절차의 보호는 다음의 권리를 포함하며 이에 한정되

6 동 원칙의 취지에 비추어, "안보관련 범죄"는 정부의 범죄주장이 국민 내지 국가안보를 위한 필요성에 의해 정당화되는 경우이다.

지 아니한다: (a) 무죄추정의 권리, (b) 자의적 구금을 당하지 않을 권리, (c) 즉시 기소내용과 자신에 불리한 증거를 이해할 수 있는 언어로 고지 받을 권리, (d) 즉각적인 변호인선임 및 조력을 받을 권리, (e) 합리적 기간 내에 재판을 받을 권리, (f) 변론을 준비할 충분한 시간을 가질 권리, (g) 독립적이고 중립적인 법원 내지 심판기관으로부터 공정하고 공개된 재판을 받을 권리, (h) 자신에 불리한 증인에 대해 반론할 권리, (i) 피고인에게 제시됨으로써 반론할 기회를 갖지 못한 증거의 재판에서의 사용을 거부할 권리, (j) 법과 사실관계판단에 대해 재심사하고 파기할 수 있는 권한을 가진 독립된 법원 내지 심판기관에 항고할 권리. 매우 제한된 재심기준은 적법절차보장에 반한다.

### 원칙 21:

인신보호영장(habeas corpus) 내지 amparo와 같은 특별구제수단을 포함한 모든 구제수단은 원칙 3에서 규정된바 국가존립을 위협하는 비상사태 중에도 안보관련 범죄로 기소된 사람에게 활용될 수 있어야 한다.

### 원칙22:

형사기소된 안보관련 범죄는 피고인의 선택에 따라 배심제도가 존재하는 곳에서는 배심에 의해, 그 밖에는 독립된 법관에 의해 재판받아야 한다. 신분이 보장되지 아니한 법관에 의한 안보관련 범죄로 기소된 사람에 대한 재판은 독립된 심판기관에 의해 재판받을 권리에 대한 명백한 침해다.

### 원칙23:

어떠한 경우에도 민간인은 안보관련 범죄에 대해 군사법원이나 심판기관에 의해 재판받지 아니한다. 어떠한 경우에도 민간인이나 군인은 특별조직된 국가법원 내지 심판기관에 의해 재판받지 아니한다.

### 원칙24: 사전검열(Prior Censorship)

표현은 원칙3에서 제시된바 국가의 존립을 위협하는 비상사태의 경우 외에는 국가안보보장을 이유로 사전검열 되어서는 아니된다.

### 원칙25: 불균형적 형벌(Disproportionate Punishment)

개인, 언론매체, 정치단체 및 기타 단체는 표현과 정보의 자유와 관련한 안보관련 범죄로 인해 실제 범죄의 중대성과 균형이 맞지 아니하는 규제, 강제 또는 형벌을 받아서는 아니된다.

#### ■ 기타 원칙들과의 관계(Relation of these Principles to other Standards)

### 원칙26: 유보조항(Savings Clause)

동 원칙상의 어떠한 내용도 국제법, 지역법, 국내법 및 기준에 인정된 인권 내지 자유를 규제하거나 제한하도록 해석될 수 없다.

### 원칙27: 권리남용(Abuse of Rights)

동 원칙상의 어떠한 내용도 어떠한 개인, 단체, 국가에 대해서 국제법과 지역법에 인정된 타인의 인권 내지 자유에 대한 부인을 목적으로 하는 활동에 관계된 어떠한 권리로도 해석될 수 없다.

## 표현의 자유와 평등에 관한 캠덴 원칙<sup>1</sup>

1 Article 19, The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality, 2009. 4, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b5826d2>.

## 서문

이 원칙은, 표현의 자유와 평등이 모든 인권의 향유와 보호에 필수적인 기본적 권리라는 이해에 기초한다. 또한, 표현의 자유와 평등은 상호적으로 인권을 뒷받침하며 강화시키고 있다. 표현의 자유와 평등, 두 가지 모두를 증진시키기 위해 조화되고 집중된 활동을 펼칠 때에만, 그 중 어느 하나라도 효과적으로 실현될 수 있다.

다원주의와 다양성은 표현의 자유의 대표적인 특징이다. 표현의 자유권이 실현되면 상이한 시각과 관점들이 목소리를 낼 수 있는 활발하고 다면적인 공익토론(public interest debate)이 가능해진다. 불평등은 일부 목소리를 배제하는 결과를 낳고 표현의 자유를 침해한다. 그러므로 모든 사람의 의견이 반영되고(to be heard), 발언하고(to speak), 정치적, 예술적, 사회적 삶에 참여할 권리는 평등을 달성하고 향유하는데 없어서는 안 될 요건이다. 사람들이 공적인 참여와 의견표명을 거부당할 때, 그들의 문제, 경험, 관심사들이 보이지 않게 되고, 이들은 편협성, 편견, 주변화에 더욱 취약해진다.

표현의 자유권과 평등권 사이에 잠재하는 긴장에 초점을 맞추느라, 이 두 가지가 서로 반대 혹은 직접적 상충관계에 있다고 여기는 경우가 매우 많았다. 본 원칙에서는 표현의 자유와 평등이 인간의 존엄성을 보장하고 보호하는데 상호보완적이고 필수적으로 기여하며, 이 두 가지가 함께 인권의 불가분성과 보편성을 지키는 핵심이라는 사실을 확인하면서, 표현의 자유와 평등 사이에 긍정적 관계가 있다고 주장한다. 이 두 가지가 준수되고 지지될 때 모든 사람을 위한 인권 존중이 가능해지고 강화된다.

또한 본 원칙에서는, 민주주의와 지속가능한 인간 발달을 보장하고 국제적으로 평화와 안보를 증진하는데 표현의 자유와 평등에 대한 존중이 매우 중대한 역할을 한다고 확인한다. 안보 조치들로 인해 특히 반테러리즘과 이주 영역에서 개인의 권리가 위태로워졌고, 이는 결과적으로 표현의 자유를 불법적으로 제한하고 특정 민족과 종교 집단을 낙인화하게 되었다. 본 원칙은 안보를 위해 인권이 양보되어야 한다는 시각을 거부한다. 대신, 인권 존중이 진정한 안보를 달성하는데 중심이 된다고 주장한다.

국가가 다양성과 다원주의를 증진시키고, 통신수단에서의 공평한 접근을 촉진하고, 정보접근권을 보

장하기 위하여 분명한 조치를 취해야 할 의무가 있다는 것을 본 원칙에서는 강조한다. 이 원칙들에서는 국가가 표현의 자유와 평등을 가능하게 하는 환경을 조성하는데 긍정적 역할을 한다고 확인하며, 다른 한편으로는 국가가 그 역할을 남용할 수 있음도 인지한다. 남용을 막고 다원주의와 공평한 접근이라는 목표를 더욱 완전하게 실현하려면, 자유롭고 공정한 선거, 독립적인 사법부, 활발한 시민사회를 포함한 강력한 민주주의 구조가 필요하다. 비록 국가가 중요한 역할을 하지만, 매체와 관련된 전문적인 쟁점을 다룰 때에는, 여전히 자기규제가 그 효과가 있는 한 가장 적합한 방법이다.

본 원칙에서는 자유로운 표현과 평등의 실현을 가능하게 하는데 매체와 기타 공공통신수단의 중요성을 인지한다. 전통적인 매체는 계속하여 전세계적으로 중요한 역할을 맡고 있지만 상당한 변화를 겪고 있다. 디지털 방송, 이동전화통신, 인터넷 등 새로운 기술들이 정보의 보급을 크게 증대시키고, 블로그 세계와 같은 새로운 형태의 통신을 선보이고 있다. 동시에, 여러 매체 영역에서 매체소유의 집중과 시장의 실패 등 기타 시장의 문제들이 증가하면서, 이로 인해 매체로의 접근, 특히 소수집단의 매체접근과, 진정한 의미의 매체 다양성이 위협받고 있다.

이러한 변화들은 다원주의와 공익을 위한 기회이자 동시에 이에 대한 도전이다. 다원주의와 다양성을 보호하는 효과적인 정책과 규제 체계가 필요하지만 이는 반드시 광범위한 사회적 대화를 토대로 해야 하며, 이 때 사회적 대화는 사회 내 매체의 역할에 관한 활발한 토론을 자극하며, 매체대표자, 공공기관, 정부와 시민사회뿐만 아니라 다양한 공동체의 이해관계자를 포함한 것이어야 한다.

본 원칙은 평등에 대한 광의의 개념에 근거하고 있으며, 이 개념에는 법 앞에서의 평등과 비차별에 대한 권리와 함께, 실제로 동등한 대우와 지위라는 개념이 포함된다. 본 원칙은 차별과 부정적인 정형화의 문제들이 뿌리 깊은 사회경제적, 정치적 현상이라는 것을 인식한다. 이것이 근절되려면 교육, 사회적 대화, 인식제고의 영역 등에서 지속적이고 광범위하게 노력해야 한다. 종교 등 이론(異論)이 분분한 쟁점들에 대한 논쟁을 제한한다면, 평등을 저해하는 편견 저변에 깔려있는 사회적 근원을 다루지 못하게 될 것이다. 많은 상황에서 표현의 자유에 대한 제한이 사회적 약자를 대상으로 하면서 평등을 신장하기 보다는 오히려 저해한다. 개인과 집단에 대한 부정적 고정관념과 싸우고 편견이 만들어내는 해로움을 드러내려면, 제한이 아니라 공개 토론이 필수적이다.

그러나 인종적 혐오를 의도적으로 선동하는 예에서와 같이, 어떤 발언은 평등에 너무나 해롭기 때문에 금지되어야 함을 본 원칙에서는 인식한다. 그러한 발언을 금지하는 규정은 협소하게 정의되어, 정치적 기회주의의 이유 등으로 제한이 악용될 수 없어야 한다. 그러한 규정이 모든 보호받는 집단의 이익을 위해 공평하게 적용되도록 효과적인 조치들이 취해질 필요가 있다. 이런 측면에서, 취약성의 맥락과 패턴을 고려하여 사안별로 접근하는 것이 중요하며, 이것은 특히 사법당국에 해당하는 말이다. 그러한 규정은 오직 개인과 집단을 보호하기 위해 사용되어야 한다. 특정 믿음이나 이데올로기나 종교를 보호하기 위해 발동되어서는 안된다.

마지막으로, 표현의 자유와 평등을 통해 시민사회단체들의 성장과 생명력이 증진되고, 이런 단체들을 통해 취약하고 혜택 받지 못한 집단들이 목소리를 내고 존재를 드러내고 그들의 권리보호를 위해 분투하게 됨을 본 원칙에서는 인식한다. 또한 세계인권선언의 전문에서 강조된 비전, 즉 표현의 자유와 평등에 대한 권리 존중을 신장시키고 이 권리들이 보편적, 효과적으로 인정되고 준수되도록 모든 개인과 모든 사회기관들이 힘써야 한다는 것을 본 원칙에서 재확인한다.

우리, 아래에 서명한 개인과 단체들은<sup>2</sup> 본 원칙을 승인하며, 국가, 지역, 국제단위에서 관련 기관들이 본 원칙을 광범위하게 보급, 이해, 수용, 실행하도록 촉진하는 조치를 취하도록 권고한다.

## 원칙

### I. 평등과 표현의 자유에 대한 법적 보호

#### 원칙 1: 인권법의 비준과 편입

모든 국가는 평등과 표현의 자유를 보장하는 국제적, 지역적 인권 조약들을 비준해야 하며, 국내법

<sup>2</sup> 본 원칙을 승인한 사람(단체)들의 전체 명단은 ARTICLE 19 웹사이트( [www.article19.org](http://www.article19.org))에서 볼 수 있다.

으로의 편입이나 기타 방식을 통해 국내법에서 유효하도록 만들어야 한다.

#### 원칙 2: 표현의 자유권을 보호하기 위한 법체계

- 2.1. 국가는 정보에 대한 권리(right to information)를 포함하여 모든 통신수단을 통해 이루어지는 의견과 표현의 자유에 대한 권리가 국내헌법조항이나 이에 상당하는 법에서 국제인권법에 부합하게 명시되도록 해야 한다.
- 2.2. 특히, 국가는 국내헌법조항에 표현의 자유를 제한할 수 있는 허용범위를 명확히 제시하도록 해야 하며, 여기에는 이런 제한이 반드시 법으로 규정되어야 하고, 헌법에서 인정되는 정당한 이익을 충족시키도록 협소하게 정의되어야 하며, 그 이익을 보호하기 위해 그런 제한이 민주 사회에서 반드시 필요해야 한다는 등의 조항이 포함되어야 한다.
- 2.3. 국가는 공공기관이 보유하고 있는 정보에 접근할 수 있는 권리 등 정보에 대한 권리를 보호하기 위해 명확한 법체계를 확립하여야 하며, 정보를 능동적으로 공개하도록 장려하여야 한다.

#### 원칙 3: 평등권의 보호를 위한 법체계

- 3.1. 국가는 평등권이 국내헌법조항이나 이에 상당하는 법에서 국제인권법에 부합하게 명시되도록 하여야 한다.
- 3.2. 국내 법규에서는 다음을 보장해야 한다.
  - i. 모든 사람은 법 앞에서 평등하며, 법의 동등한 보호를 받을 자격이 있다.
  - ii. 모든 사람은 인종, 성, 민족성, 종교 또는 믿음, 장애, 나이, 성적 지향, 언어, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 국적, 재산, 출생 또는 기타의 신분과 같은 사유를 근거로 차별 받지 않을 권리가 있다.
- 3.3. 국가는 괴롭힘을 포함한 다양한 형태의 차별에 대항하고, 표현의 자유와 관련되는 경우 등에서 평등권을 실현하기 위해 명확한 법과 정치체계를 확립해야 한다.

## 원칙 4: 규제책에의 접근

- 4.1. 표현의 자유권과 평등권 침해로 포함한 인권 침해에 대해, 국가는 접근이 용이하고 효과적인 규제책을 이용가능하게 만들어야 한다. 이러한 규제책에는 사법적 규제책과, 국가인권기구 그리고/또는 옴부즈퍼슨을 이용하는 것과 같은 비사법적 규제책이 모두 포함되어야 한다.
- 4.2. 국가는 법에 의해 설립된 권한있고 독립적이며 공평한 법정에서, 공정하고 공개된 재판을 받을 권리가 보장되도록 하여야 한다.

## II. 의견이 반영될 권리(right to be heard)와 발언할 권리(right to speak)

### 원칙 5: 다원주의와 평등을 위한 공공정책들

- 5.1. 모든 국가는 다음의 사항들을 준수하여 다원주의와 평등이 신장되도록 매체(신매체 포함)에 대한 공공정책과 규제의 틀을 마련하여야 한다;
  - i. 정부로부터 독립되고, 공적으로 책임성있고, 투명하게 운영되는 기구들에 의해서만 매체에 대한 규제가 이루어져야 한다는 기본 원칙을 존중하는 틀을 마련해야 한다.
  - ii. 다양한 공동체들이 매체와 정보통신기술에 자유롭게 접근하고 이용할 권리를 신장시키는 틀을 마련하여, 공동체가 자신들의 콘텐츠를 생산하고 유통시키며 국경에 상관없이 다른 공동체가 생산한 콘텐츠를 수용할 수 있도록 해야 한다.
- 5.2. 이 틀은 무엇보다 다음의 조치들을 통해 실행되어야 한다;
  - i. 전화, 인터넷, 전기 등 통신과 매체서비스수신 수단에 보편적으로 경제적 부담없이 접근할 수 있게 한다.
  - ii. 신문, 라디오와 TV 방송, 기타 통신시스템을 설립할 권리와 관련하여 차별이 없도록 보장한다.
  - iii. 대중이 전체적으로 다양한 방송 서비스를 수신할 수 있도록 보장하기 위해, 여러 통신 플랫폼

에 충분한 '공간'을 방송용으로 배분한다.

- iv. 공공서비스, 상업, 지역 매체 사이에 방송주파수를 비롯한 자원을 공평하게 배분하여, 전체적으로 이들이 사회의 문화, 공동체, 의견의 모든 범위를 대표할 수 있게 한다.
- v. 매체규제를 관할하는 기구들은 사회를 전체적으로 폭넓게 반영하여야 한다.
- vi. 매체 소유권의 과도한 집중을 막는 효과적인 조치를 마련해야 한다.
- vii. 신뢰할 수 있고 다원적이며 시의적절한 정보를 모든 사람들에게 제공하도록, 또 다양성에 중요한 기여를 하거나 다양한 공동체들 간에 대화를 촉진시키는 콘텐츠를 생산하도록 장려하기 위해, 공적 지원재정적 지원이든 혹은 다른 형태이든을 독립적이고 투명한 절차와 객관적 기준에 근거하여 제공하여야 한다.

5.3. 다음의 조치들 역시 이 틀에 포함되어야 한다;

- i. 소수언어 사용에 대한 제한으로서, 특별히 다양한 공동체들을 대상으로 하는 매체의 활동을 방해하거나 중단시키는 효과가 있는 제한은 어떠한 것이라도 폐지해야 한다.
- ii. 매체가 다양한 공동체들을 대상으로 하는지 등 다양성이 방송허가신청을 평가하는 기준 가운데 하나가 되도록 해야 한다.
- iii. 사회적 약자와 배제된 집단들이 훈련 기회를 포함하여 매체자원에 공평하게 접근할 수 있도록 하여야 한다.

5.4. 변화하는 매체 환경에서 다원주의, 표현의 자유, 평등을 보장하기 위하여, 매체가 국가 혹은 정부에 의해 통제되는 체제를 바꾸고, 현 공공서비스 방송망을 강화하고, 공공서비스 매체에 적절한 자원조달을 보장함으로써, 매체가 갖는 공공서비스로서의 가치가 보호되고 향상되도록 해야 한다.

### 원칙 6: 대중매체의 역할

- 6.1. 모든 대중매체는 도덕적, 사회적 책무로 다음의 조치를 취해야 한다;
  - i. 직원들이 사회 전체의 다양성과 대표성을 가지도록 해야 한다.
  - ii. 사회 내 모든 집단에 대해 가능한 모든 관심 사안들을 다루어야 한다.

- iii. 공동체들을 획일적 단일체로서 묘사하기 보다는, 여러 공동체 내에 있는 정보원과 목소리의 다양성을 찾아야 한다.
- iv. 정보를 제공할 때 공인된 전문적, 윤리적 기준을 충족하는 높은 기준을 고수해야 한다.

### 원칙 7: 정정과 반론에 대한 권리

- 7.1. 평등과 비차별에 대한 권리와 자유로운 정보의 이동을 보호하기 위해, 정정과 반론의 권리가 보장되어야 한다.
- 7.2. 정정이나 반론의 권리를 행사한 경우, 손해배상액을 줄이는 등의 다른 구제책을 고려할 수는 있겠지만, 그러한 권리를 행사했다는 이유로, 그렇다고 다른 구제책들을 완전히 없애서는 안된다.
- 7.3. 이러한 권리들은 자기규제(self-regulatory) 시스템을 통해 가장 잘 보호된다. 효과적인 자기규제 시스템이 정착된 경우, 반론권이나 정정권이 강제로 부과되어서는 안된다.
- 7.4. 정정권에 따라, 어떤 대중매체가 이전에 부정확한 정보를 발간하거나 보도한 경우, 누구든지 그 대중매체에 대해 정정사항을 발간하거나 보도하도록 요구할 권리를 가진다.
- 7.5. 반론권에 따라, 어떤 대중매체가 부정확하거나 오해의 소지가 있는 사실을 발행하거나 방송함으로써 누군가의 인정된 권리를 침해했고 그 잘못을 시정하기 위한 정정이 합리적으로 기대되지 않는 경우, 누구든지 자신의 반론이 그 매체에 실려 널리 알려지도록 할 권리를 가진다.

## III. 문화 간의 이해 증진

### 원칙 8: 국가 책임

- 8.1. 국가는 차별을 조장하거나 평등과 문화 간 이해를 훼손하는 언급을 최대한 피해야 할 의무를,

장관을 포함한 모든 직급의 공직자에게 부과하여야 한다. 공무원에 대해서는 이러한 사항을 공식적 복무규정이나 고용규칙에 반영하여야 한다.

- 8.2. 국가는 개인과 집단에 대한 부정적인 고정관념과 차별을 없애고 문화 간의 이해와 평가를 향상시키기 위해 광범위한 노력을 기울여야 한다. 여기에는 교사에게 인권의 가치와 원칙을 교육하는 것, 전 연령의 학생들을 위한 교과과정의 한 부분으로서 문화간 이해를 소개하고 증진시키는 것 등이 포함된다.

### 원칙 9: 매체의 책임

- 9.1. 모든 매체는 다음의 사항 등을 고려하여, 차별에 대항하고 문화 간의 이해를 증진시키는 역할을 도덕적, 사회적 책임으로서 담당하여야 한다:
  - i. 차별행위가 대중의 주목을 받도록 하면서도, 맥락 속에서 사실적이고 민감한 방식으로 보도하도록 주의한다.
  - ii. 개인이나 집단에 대한 차별이나 부정적 고정관념이 매체에 의해서 조장될 수 있다는 위험을 경계한다.
  - iii. 불관용을 조장할 수 있는 인종, 종교, 성별, 기타 집단 특성에 대한 불필요한 언급을 자제한다.
  - iv. 차별과 부정적 고정관념에 의해 생기는 해악에 대한 인식을 제고한다.
  - v. 여러 집단이나 공동체에 대해 보도하면서, 그 집단이나 공동체의 구성원들을 더 잘 이해할 수 있게 촉진하는 하나의 방법으로 그 구성원들이 발언하고 의견을 진술하도록 기회를 부여하며, 동시에 그러한 집단이나 공동체의 관점을 반영한다.
- 9.2 공공서비스 방송인들은 개인과 집단에 대한 부정적인 고정관념을 피해야 할 의무가 있으며, 문화간의 이해를 증진시키고 여러 공동체와 그들이 직면한 쟁점들에 대해 더 잘 이해할 수 있도록 촉진할 임무가 있다. 여기에는 여러 공동체를 사회의 평등한 구성원으로 묘사하는 프로그램을 방영하는 것이 포함되어야 한다.
- 9.3. 매체와 언론인에 대한 직업상 복무규정에는 평등 원칙이 반영되어야 하며, 그러한 규정을 공표

하고 시행하기 위한 효과적인 조치가 강구되어야 한다.

9.4. 매체 전문가를 양성하는 직업개발프로그램은 평등을 증진하기 위해 매체가 할 수 있는 역할과 부정적 고정관념을 피해야 할 필요성에 대한 인식을 제고시켜야 한다.

### 원칙 10: 기타 행위자들

10.1. 정치인과 기타 사회지도자들은 차별을 조장하거나 평등을 훼손할 수 있는 언급을 피해야 하며, 적절한 경우 차별적인 말이나 행동에 맞서 논쟁하는 등의 방법으로 자신들의 지위를 이용하여 문화 간의 이해를 촉진하여야 한다.

10.2. 시민사회단체들은 다원주의를 존중해야 하며, 본 원칙에 합치하도록 표현의 자유권과 평등권을 증진해야 한다. 시민사회단체들은 특히, 문화 간의 이해를 증진시켜야 하고, 반대 의견을 인정해야 하며, 공동체 내부의 다양성을 인정하는 하나의 방법으로서 다양한 공동체의 구성원들, 특히 주변화된 집단의 구성원들이 자신의 시각과 관심사에 대해 목소리를 낼 능력을 갖도록 지원해야 한다.

## IV. 표현의 자유와 유해 발언

### 원칙 11: 제한

11.1. 국가는 표현의 자유에 대하여 원칙 2.2에 열거된 기준에 부합하지 않는 어떠한 제한도 부과해서는 안 된다. 그리고 특히 (표현의 자유에 대한) 제한은 반드시 법에 의해 규정되어야 하고, 다른 사람의 권리와 명성, 국가 안보나 공공질서, 혹은 공공보건이나 도덕을 보호하려는 목적으로 적용되어야 하며, 이런 이익을 보호하기 위해 민주 사회에서 반드시 필요한 것이어야 한다.<sup>3</sup> 이것은 무엇보다 다음과 같은 제한을 의미한다:

<sup>3</sup> 이것은 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약 제 19조 제3항에 근거하고 있다.

i. 명확하고 협소하게 정의되며 긴급한 사회요구에 대응한다.

ii. 이용가능한 조치 중 침해수준이 최소인 조치이다. 즉, 효과적이면서도 표현의 자유가 덜 제한되는 다른 조치가 없음을 의미한다.

iii. 지나치게 광범위하지 않다. 즉, 광범위하게 또는 특정한 대상 없이 발언을 제한해서는 안 되고, 유해 발언에 해당하는 범위가 아닌데도 제한하거나 정당한 발언을 금지하지 않는다는 의미이다.

iv. 비례적이다. 즉, 표현의 자유를 제한하는 제재 등, 표현의 자유에 대한 해악보다 (표현의 자유를 제한함으로써) 보호하려는 이익에 따른 혜택이 더 커야 한다.

11.2. 국가는 표현의 자유에 대한 모든 제한이 상기 사항과 부합하도록 하기 위해 법체계를 검토해야 한다.

### 원칙 12: 증오 선동

12.1. 모든 국가는 차별, 적대감, 폭력(혐오발언) 등을 선동하는 국가적, 인종적, 종교적 증오에 대한 모든 옹호를 금지하는 법을 제정하여야 한다.<sup>4</sup> 국가적 법제도에서는 명시적으로 또는 권위있는 해석을 통해 다음의 사항을 분명히 하여야 한다:

i. '증오'와 '적대감'이라는 용어는 표적집단에 대한 격앙되고 불합리한 비난, 적의, 혐오의 감정을 말한다.

ii. '옹호'라는 용어는, 표적집단을 향한 증오를 공개적으로 조장하려는 의도를 요건으로 한다고 이해되어야 한다.

iii. '선동'이라는 용어는, 국가적, 인종적, 종교적 집단에 대한 발언으로, 그 집단에 속한 사람들에게 대하여 차별, 적대감, 폭력을 일으킬 수 있는 임박한 위험을 만드는 것을 말한다.

iv. 여러 공동체가 집단정체성에 대해 긍정적인 인식을 고양하는 것은 증오발언에 해당하지 않는다.

<sup>4</sup> 이것은 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제 20조 제2항에 근거한다.



12.2. 국가는 집단대학살 범죄, 비인도적 범죄, 전쟁범죄를 묵인하거나 부인하는 것을 금지해야 하지만, 원칙 12.1에 정의된 혐오발언에 해당될 때에만 그러한 발언을 금지해야 한다.

12.3. 국가는 특정 사상, 믿음이나 이데올로기, 종교나 종교적 기관을 겨냥한 비판 혹은 이에 대한 논쟁에서, 그 표현이 원칙 12.1에 정의된 혐오발언에 해당하지 않는 한, 그 비판이나 논쟁을 금지하지 않아야 한다.

12.4. 국가는 원칙 12.1에서 정의된 혐오발언의 결과 실질적인 피해로 고통 받은 사람들이, 그 피해에 대한 민사상 구제 등 효과적인 구제책에 대한 권리를 갖도록 해야 한다.

12.5. 국가는 모든 혐오발언 규제들이 위의 내용을 준수하도록 법체계를 검토해야 한다.

# 프랑크 라 뤼(Frank La Rue) 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서<sup>1</sup>

## 대한민국 실태조사 보고(2010년 5월 6-17일)

유엔 특별보고관은 의사와 표현의 자유에 대한 권리의 증진과 보호에 관한 실태 조사를 위해 2010년 5월 6일~17일까지 대한민국을 공식 방문하였다. 이 보고서는 대한민국의 정치적, 역사적 배경을 대략적으로 기술하고 의사와 표현의 자유에 관한 권리에 대한 국제적인 법적 기준과 국내법 체계를 전반적으로 설명하고 있다. 특별보고관은 이 보고서의 본문에서, 명예훼손, 인터넷상 의사와 표현의 자유, 선거권 의사와 표현의 자유, 집회의 자유, 국가안보를 근거로 하는 표현의 자유 제한, 공무원의 의사와 표현의 자유, 언론매체의 독립성, 대한민국 국가인권위원회 등에 초점을 두고 있다.

특별보고관은 전 세계에서 가장 높은 광대역 인터넷 보급률을 달성하는 등 대한민국이 지난 수십 년간 역동적인 민주국가로서 이룩한 성과를 높이 평가한다. 그러나, 특별보고관은 2008년 촛불 시위 이후, 정부의 입장과 일치하지 않는 견해를 밝힌 개인들을 국제적 기준에 일치하지 않는 국내 법규에 근거하여 사법 조치하는 사례가 늘어나는 점을 들어 개인의 의사와 표현의 자유에 관한 권리에 대한 제약이 늘어나고 있음을 우려하고 있다. 특별보고관은 대한민국의 민주적 기반이 더욱 공고해 질 수 있도록, 주요 현안 각각에 대해 모든 개인이 다양한 의견을 표현할 수 있는 권리를 법적으로나 실제적으로 전면 보장할 것을 권고하고 있다.

### | 목차 |

I. 서론 | II. 정치적, 역사적 배경 | III. 국제적인 법적 기준 | IV. 국내 법률체계 | V. 대한민국의 의사와 표현의 자유에 관한 권리 현황 | VI. 결론 및 권고

<sup>1</sup> Frank La Rue, "Mission to the Republic of Korea", Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/17/27/Add.2, 2011.3.21.

## 1. 서론

1. 프랑크 라 루, 의사와 표현의 자유에 대한 권리의 증진과 보호에 관한 특별보고관은 대한민국 정부의 초청으로 2010년 5월 6~17일에 공식 방한하여 실태 조사를 수행하였다. 이번 방문은 의사와 표현의 자유에 관한 권리에 대한 국제 기준의 이행을 평가하는 특별보고관의 권한에 따라 이루어졌다. 방한 기간 중에 특별보고관은 서울과 (전라남도) 광주를 방문하였다.
2. 특별보고관은 서울에서 부총리, 외교통상부 차관, 문화체육관광부 차관, 법무부, 교육과학기술부, 행정안전부, 국방부, 경찰청 관계자들과 만나고, 헌법재판소, 대법원, 중앙선거관리위원회, 영화진흥위원회, 방송통신위원회, 방송통신심의위원회 관계자 및 국회의원들과도 면담을 가졌다. 또한, 특별보고관의 위임권한과 관련된 법규의 위반 혐의로 구속되어 있는 사람들과의 면담을 위해 서울구치소를 방문하기도 하였다.
3. 광주에서는 대한민국 민주주의를 위해 목숨을 바친 이들을 기리는 망월동 국립묘지를 참배하였다. 마침 올해(2010년)는 1980년 5월 광주 항쟁의 30주년이 되는 해이기도 하다. 또한, 국세청, 광주시 및 5.18 재단의 관계자들과도 면담을 가졌다.
4. 특별보고관은 서울과 광주에서 인권단체, 작가회의, 언론인 및 기자 협회, 노동조합, 학계, 여성단체, 법조계를 포함한 시민사회의 대표들을 만났다. 자신의 의사와 표현의 자유에 관한 권리를 정당하게 행사하였다고 믿고 있지만 그로 인해 형사 또는 민사상 혐의를 받고 있는 여러 개인들과도 면담하였다.
5. 특별보고관은 대한민국 정부의 초청에 감사를 표한다. 그러나 대통령, 국무총리, 장관과의 면담을 갖지 못한 점은 유감스럽게 생각한다. 또한, 정부의 공식 초청으로 방한하였음에도 불구하고 검찰총장, 국가정보원 관계자들을 만날 수 없었다. 유엔 인권이사회가 특별보고관에게 권한을 행사할 수 있도록 위임한 사안의 중요성과, 건설하고 민주적인 국가를 수립하는 데 있어 의사표현의 자유에 관한 권리가 지니는 중요성을 감안할 때 이에 실망을 금할 수 없다. 또한, 수차례 요청에

도 불구하고 대한민국 국가인권위원회의 인권위원들과 집단 면담을 갖지 못한 점도 유감스럽다.

6. 특별보고관은 임무 수행을 위해 필요한 면담 주선 및 물리적 측면을 지원한 유엔난민고등판무관 (United Nations High Commissioner for Refugees)에게 고마움을 표하는 바이다. 또한, 방한 중에 많은 도움을 준 시민 사회 대표들에게도 감사를 전한다.

## II. 정치적, 역사적 배경

7. 대한민국은 1948년에 선포되었으며, 뒤이어 위도 38도 이북에 '조선인민민주주의공화국'이 수립되었다. 양국 간의 갈등은 1950년에 내전으로 이어졌으며, 1953년 정전협정으로 마무리되었다. 대한민국의 역사는 대부분 권위적인 군부 체제가 연이어 집권하다가 1987년에 이르러서야 다당제 (multi-political system)가 회복되었다.
8. 그 이후로 대한민국은 경제협력개발기구(OECD), G20의 일원으로 아시아 지역의 주요 경제국가로 성장하였고 2010년 11월에는 G20 정상회의를 주도하기에 이르렀다. 유엔개발계획(UNDP)의 최근 인간개발지수(Human Development Index)에서 한국은 전 세계에서 12위를 차지하였다.<sup>2</sup>
9. 대한민국은 민주공화국이며, 헌법에서는 행정, 입법, 사법의 3권 분립을 명시하고 있다. 대통령은 국가원수, 행정수반 및 군통수권자로서 직접선거에 의해 5년 단임으로 선출된다. 대통령과 국무총리가 참여하는 국무회의에서는 정부정책을 수립한다. 국무총리는 대통령이 임명하며 국회의 승인을 거쳐야 한다.
10. 국회는 단원제로 200명 이상의 의원으로 구성되며 각 의원의 임기는 4년이다. 사법부 대법원,

2 2010년 인간개발보고서(Human Development Report 2010). <http://hdr.undp.org/en/statistics/>.

고등법원, 지방법원 및 지원, 특별법원으로 구성된다. 대법원은 하위 법원으로부터 상정된 모든 상고건에 대해 판결을 내리고, 법규명령 및 행정규칙의 합법성을 심의하는 권한을 지니며, 대통령 선거와 총선거의 유효성 여부를 최종 선정하는 기구다. 또한, 대한민국은 9명의 재판관으로 구성된 헌법재판소를 별도로 두어, 헌법을 해석하고 법률의 합헌성을 판단하는 권한을 부여하고 있다.

11. 가장 최근에 실시된 2007년 12월 대통령선거에서는 한나라당의 이명박 후보가 선출되어 2008년 2월에 5년의 임기로 취임하였다. 한나라당은 2008년 4월에 열린 총선에서도 국회의 과반석을 차지하였다.

### III. 국제적인 법적 기준

12. 대한민국의 의사표현의 자유에 관한 권리 관련 현황을 평가하는 데 있어, 특별보고관은 여러 국제적 법기준을 근거로 삼았다. 가장 관련성이 큰 기준은 '시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR, 이하 자유권규약)' 제19조로,

- (a) 모든 인간은 아무런 간섭도 받지 않고 의견을 가질 권리가 있다;
- (b) 모든 인간은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다; 여기서 표현의 자유에 대한 권리란 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계 없이 모든 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다;
- (c) 이 조항의 두 번째 문단에서는 표현의 자유에 관한 권리 행사에는 특별한 의무와 책임이 따르며, 따라서 일정한 제한을 받을 수 있지만 그 제한은 아래 사항을 위하여 법률에 의하여 규정되고 필요한 경우로만 한정된다.
  - (i) 타인의 권리 또는 신용의 존중;
  - (ii) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호.

13. 특별보고관은 이외에도 유엔 자유권규약위원회 일반 논평(General Comments) 제10호와 11호, 인권이사회 건의 12/16, “자유권규약상의 제한 및 유예 규정에 관한 시라쿠사 원칙(Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the ICCPR)”을 포함한 유엔기구의 관련 선언, 결의 및 가이드라인을 기준으로 삼고 있다.

### IV. 국내 법률체계

14. 대한민국의 법제는 대한민국 헌법에 기초한 대륙법 체제로 표현의 자유에 대한 권리를 포함하여 기본적 인권을 보장하고 있다. 헌법 제21조는 “(1) 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. (2) 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다”고 명시하고 있다. 그러나, 제21조 제4항에서는 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”고 규정하고 있다.

15. 이에 더하여, 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 일반 원칙을 명시하고 있다. 의사·표현의 자유에 관한 권리를 제한하는 주요 법률로는 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(정보통신망법)’, ‘집회 및 시위에 관한 법률(집시법)’, ‘정보통신기본법’, ‘청소년보호법’, ‘국가보안법’, ‘공직선거법’, ‘국가공무원법’을 들 수 있다

16. 대한민국은 일원론적 국가(monist State)로서, 헌법 제6조에 명시한 바와 같이, 정부가 비준한 조약은 국내법과 동일한 효력을 지닌다.

## V. 대한민국의 의사와 표현의 자유에 관한 권리 현황

### A. 개요

17. 1980년대 후반의 정치적 자유화로 인해 정부의 언론 통제는 완화되었고 언론 분야의 출판의 자유가 급격히 확대되는 시대가 열리게 되었다. 현재, 한국의 신문 구독률은 높으며, 4개 주요 일간지를 포함하여 100개 이상의 전국 및 지방 일간지가 발간되고 있다. 또한, 케이블 및 위성 방송사업이 1995년과 2002년에 각각 시작되었고, 현재 전체 인구의 약 90%가 휴대폰을 소유하고 있다. 전체 인구의 80% 이상이 광대역 초고속 인터넷 서비스에 접속 가능해지면서, 대한민국은 전 세계에서 가장 높은 인터넷 보급률을 가진 국가에 속하게 되었다.

18. 그러나, 지난 수십 년에 걸쳐 이룩한 성과에도 불구하고, 특별보고관은 대한민국에서의 표현의 자유 영역은 최근 몇 년 간, 특히 2008년의 촛불 시위 이후로 줄어들고 있음에 주목한다. 2008년 5월 2일 주말 동안 중고등학생이 주를 이룬 12,000명 이상이 서울 중심부에 모여 광우병 의혹에도 불구하고 미국산 소고기 수입을 재개한 결정에 반발하여 촛불 시위를 벌였다. '아고라'와 같은 인터넷 토론 게시판, '카시오페이아' 등의 온라인 동호회를 통해 "누리꾼"들은 신속하게 사람들을 동원할 수 있었고, 5월과 6월 내내, 그리고 7월 첫째 주 저녁에는 거의 매일 촛불 시위가 열렸다. 당초 촛불 시위의 초점은 쇠고기 수입에 있었지만, 시위가 계속되고 6월 10일 경에는 참가자 수가 100,000명을 넘어서면서부터는 이명박 정부의 여러 정책에 대한 불만이 표출되기 시작하였다. 초기에는 시위가 대체로 평화적으로 진행되고 시위 참가자들과 경찰도 자제하였지만, 양측의 폭력 행위가 보고되기도 하였다.

19. 이러한 사건 이후로 의사와 표현의 자유에 대한 개인의 권리는 더욱 제한되고 있는 것으로 보인다. 실제로 '국경 없는 기자회'(Reporters without borders)에 의하면, 대한민국은 2007년 출판의 자유 부문에서 39위를 기록하였지만, 2008년과 2009년에는 각각 47위와 69위로 추락하였다. 특별보고관은 최근 대한민국의 표현의 자유 영역이 축소되고 있는 주된 이유가 정부의 입장과 일치하지 않는 견해를 표현하는 개인에 대한 기소건수와 괴롭힘이 늘어나는 데에 있다고 본다.

20. 특별보고관은 대한민국에서 의사와 표현의 자유에 관한 권리를 보호하는 데 있어 사법부의 역할이 중요함을 인식하고 있다. 그러나, 의사와 표현의 자유에 관한 권리를 제한하는 법률의 상당수가 국제 인권기준에 부합하지 않으며 그러한 법률을 근거로 개인에 대해 소송을 제기하는 빈도가 증가함으로써 표현의 자유에 관한 권리를 위축시키는 효과를 야기할 위험이 더욱 커진다는 점에서 우려를 표하지 않을 수 없다.

### B. 우려사안

#### 1. 명예훼손

21. 대한민국에서 명예훼손은 형법에 의한 범죄에 해당한다. 형법 제33장에서는 "명예에 관한 범죄"를 규정하고 구두 명예훼손의 경우, 공개적으로 사실을 적시하는 경우에는 2년 이하 또는 벌금 5백만 원 이하의 처벌을 받는다. 그러나 적시된 사실이 진실이며 단지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 정당화 조항이 포함되어 있다(형법 제310조). 허위 사실을 제기하는 경우에는 5년 이하의 징역, 2년 이하의 자격 정지 또는 천만 원 이하의 벌금이 부과된다. (형법 제307조)

22. 문서 명예훼손과 관련하여, 타인의 명예를 훼손하려는 의도로 사실을 제기하는 경우에는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 7백만원 이하의 벌금에 처한다. 제기된 사실이 허위인 경우, 형법에 따라 7년 이하의 징역, 10년간의 자격 정지 또는 천 5백만 원 이하의 벌금이 부과된다. (형법 제309조 제2항).

23. 나아가, 형법 제311조는 공개적으로 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 2백만 원 이하의 벌금에 처한다고 명시하고 있다.

24. 인터넷상 명예훼손과 관련하여, 2001년에는 형법 제309조를 보완하기 위한 별도의 조항이 정보

통신방법에 신설되었다. 즉, 정보통신방법 제70조에 따라, 어떠한 사실을 인터넷을 통해 일반에게 공개함으로써 타인의 명예를 훼손하는 자는 3년 이하의 금고 또는 징역형이나 2천만 원 이하의 벌금형에 처해진다. 제기된 사실이 허위인 경우에는 7년 이하의 금고나 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금이 부과된다. 정보통신방법 제70조 제3항은 피해자의 의지에 반하여 처벌을 부과하지 못하도록 하고 있지만, 진실된 표현의 '재판부적격성(non-justifiability)'이나 악의적 의도의 요건에 대한 언급은 전혀 없다. 사이버공간에서의 명예훼손은 방송통신위원회가 규제하고 있는데, 이에 대해서는 다음 장에서 더 자세히 논하도록 한다.

25. 특별보고관은 다수의 명예훼손 형사소송이 진실이고 공익을 위한 표현에 대해 제기되고 있으며 정부를 비판하는 개인은 처벌하기 위해 사용되고 있다는 점에 우려를 표한다. 문화방송(MBC)의 시사 프로그램인 '피디수첩'의 연출자 4명과 작가 1명의 경우가 그러하다. 이 프로그램은 미국산 소고기의 광우병 위험을 주장하는 내용을 보도하면서 무역 협상에 책임이 있는 정부 관료를 비판하였다. 그 결과, 2009년에 해당 연출자와 작가가 농림부 관료에 대한 명예훼손 혐의로 체포되었다. 중앙지방법원은 2010년 1월 모두에 대해 무죄를 선고했다. 하지만 검찰 측이 항소하였고 2010년 2월 2일에 동 법원에 의해 기각되었다. 이후 검찰은 상급법원에 상고하였다.

26. 잘 알려진 또 다른 관련 사건으로, 2009년 9월 비정부기구(NGO) 대표인 박원순씨가 국가정보원이 시민단체에 재정적 지원을 하지 못하도록 기업들에게 압력을 가하고 있다고 공식 발언하자 국정원이 이에 대해 박원순 대표를 제소하였다. 국정원은 박원순 대표가 국가를 비방하였다고 주장하면서 2억 원의 손해배상을 요구하였다. 이 사건은 특별보고관 방한 중에도 계속 중이었지만, 다행스럽게도 2010년 9월 15일 서울중앙지방법원에서 박원순 대표의 승소 판결이 내려졌다. 하지만 동 법원은 국가도 예외적인 경우 명예훼손의 피해자로 간주될 수 있다고 판결하였다.

27. 특별보고관은 어떠한 진술이 명예훼손에 해당하기 위해서는 허위여야 하며 타인의 명예를 손상시켜야 하고 악의적 의도가 없어야 한다는 것을 다시 언급한다.<sup>3</sup> 나아가 국제인권법에 따르면

3 A/HRC/4/27, para 47. 또한, A/HRC/14/23 (para. 82-83), A/HRC/14/23/Add.2, A/HRC/7/14 (para. 39-43), E/CN.4/2006/55 (paras 44-55), E/CN.4/2001/64 (paras 43-48), E/CN.4/2000/63 (paras 45-52), E/CN.4/1999/64 (paras 24-28) 참조.

권리와 명예의 보호가 추상적인 기관이 아닌 개인에게 적용되므로 어떤 개인도 국가, 주정부 또는 국가의 상징물에 대한 비판이나 비방을 했다는 이유로 처벌되어서는 안 된다. 또한 다음과 같은 원칙이 존중되어야 한다.<sup>4</sup> (a) 공직자들은 일반 시민들 보다 더 높은 수준으로 비판을 감당해야 하기 때문에 명예훼손 소송을 제기하는 것을 금지해야 한다; (b) 공공의 이익과 연관된 출판물에 내용상 진실을 요구하는 것은 과도하다; (c) 의견에 대해서는 명백히 비합리적 견해를 표현하는 것만이 명예훼손으로 간주된다; (d) 모든 요소의 입증 책임은 피고보다는 명예훼손을 당한 원고에 있다; (e) 명예훼손 소송에서, 구제의 범위는 사과와 정정, 형사 제재, 특히 감금은 절대로 적용되어서는 안 된다.<sup>5</sup>

28. 명예훼손이 대한민국에서는 여전히 형사상 범죄로 남아 있어 본질적으로 가혹한 조치이며 표현의 자유에 관한 권리를 부당하게 위축시키는 효과를 야기한다는 점에 우려를 표한다. 개인은 체포, 재판 전 구속, 고비용의 형사 재판, 벌금부과, 투옥, 전과자 낙인의 위험을 늘 직면하고 있는 셈이다. 또한, 특히 민법에 명시되어 있는 개인의 명예에 대한 손상을 시정하는 데 있어 비형사적 제재(non-criminal sanctions)의 적정성에 비추어 볼 때 형사상 제재는 정당성이 없다. 따라서, 특별보고관은 대한민국 정부가 형법에서 명예훼손죄를 삭제할 것을 권고한다.<sup>6</sup>

## 2. 인터넷상 표현의 자유

29. 앞서 언급한 바와 같이, 대한민국은 아시아 지역뿐만 아니라 전 세계에서 인터넷 접속률이 가장 높은 국가에 속한다. 그 결과 적극적인 '네티즌'들이 인터넷 토론장 등을 통해 온라인으로 다양한 정보, 견해 및 의견을 활발하게 교류하는 적극적이고 역동적인 온라인 문화가 등장하였다. 이제 인터넷은 자유권규약 제 19조에서 보장하고 있는 정보와 사상의 추구, 접수, 전달하는 권리를 행사하기 위해 없어서는 안 될 도구가 되었다.

4 각주 2에 진술된 내용.  
5 각주 2에 진술된 내용.  
6 개정된 제 9650호 민법 제 751조와 764조.

30. 이와 동시에, 특별보고관은 인터넷이 아동 포르노그래피와 같은 범죄를 용이하게 하는 수단으로 사용될 수 있다는 사실과, 인터넷이 안전한 장소로 유지될 수 있도록 보장하고 그러한 범죄행위의 책임자가 대가를 치르도록 해야 하는 정부의 책임을 인정한다. 그러나, 특별보고관은 대한민국에서 평화적인 의견 표현 또는 정보 배포가 명예훼손 또는 모욕으로 간주되면 국내법에 의한 범죄에 해당하여 징역형이나 벌금형에 처해질 수 있다는 점을 우려한다.

31. 게다가, 대통령 직속 정부기관인 방송통신위원회와 방송통신심의위원회는 물론이고 중개업체 [역주: 포털 등 국내법상 정보통신서비스 제공자를 의미함]를 통해 이루어지는 온라인 콘텐츠 규제에 심히 우려스러운 바가 있다. 방송통신위원회는 2008년 2월 이명박 정부가 들어서면서 구 정보통신부와 한국방송위원회를 대신하여 기능하도록 설립되었다.

32. 방송통신심의위원회도 마찬가지로 2008년 2월에 구 정보통신윤리위원회와 한국방송위원회의 [역주: 심의] 기능을 융합하여 설립되었다. 이 기구는 뒤에서 설명할 인터넷상 '불법 정보'에 해당하는 콘텐츠를 결정할 권한을 지닌다. 하지만, 위원회의 정확한 권한이나, 운영 절차, 방송통신위원회와의 관계가 완전하게 명확하지 않다. 방송통신심의위원회는 9명의 위원으로 구성되어 있으며, 3명의 위원은 국회의장에 의해, 3명의 위원은 국회의 소관 상임위원회에서, 3명의 위원은 대통령에 의해 추천된다. 추천된 자들은 대통령이 위촉한다. 명목상으로는 독립적 법정기구이지만, 여당이나 대통령에 의해 발휘될 수 있는 영향력의 정도를 고려했을 때, 특별보고관은 위원들의 추천과 위촉 과정에서 기구의 독립성이 충분히 보장되지 못한다는 점을 우려한다.

33. 대한민국의 입법체제를 살펴보면, 두 개의 법률이 인터넷상 표현의 규제와 특히 관련되어 있다. “전기통신을 효율적으로 관리하고 그 발전을 촉진함으로써 공공복리의 증진에 이바지함”을 목표로 하는 「전기통신기본법」<sup>7</sup>과 “정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경의 조성”을 목표로 하는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’)<sup>8</sup>이다.

7 전기통신기본법 제1조.  
8 정보통신망법 제1조.

### (a) 전기통신기본법

34. 특별보고관은 대한민국 방문 조사 직후 일차 결과를 발표한 성명서에서, “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정한 전기통신기본법 제47조 제1항과 관련하여 우려를 표하였다. 특별보고관은 “공익을 해할”, “허위의 통신”과 같은 표현이 모호하며, 허위 정보 출판을 이유로 징역형을 부과하는 것은 비례성 기준에 부합하지 않고, “공익을 해할 목적으로 허위 정보를 유포하는 것을 금지”하는 것이 자유권규약 제19조 제3항에 의한 어떠한 표현의 자유 제한 가능 사유보다 광범위하다는 점에 주목하였다. 따라서, 특별보고관은 의사와 표현의 자유에 관한 국제 기준에 부합하도록 전기통신기본법 제47조 제1항을 폐지 또는 개정할 것을 대한민국 정부에 권고하였다.

35. 특별보고관은 방문 이후인 2010년 12월 28일에 헌법재판소가 ‘공익’, ‘허위의 통신’과 같은 용어의 모호성을 이유로 전기통신기본법 제47조 제1항에 대하여 위헌으로 결정하였고 이로 인해 현재 동 조항이 효력 정지되었다는 점을 환영한다.

36. 또한, 특별보고관은 인터넷 논객 ‘미네르바’로 알려진 박대성씨가 경제위기를 예견하고 정부의 경제정책을 비판하는 글을 온라인에 게재한 후에 전기통신기본법 제47조 제1항을 위반한 혐의로 2009년 1월 10일 체포되었다는 것에 우려를 표하였다. 그는 특히 두 개의 글에서 “대한민국의 외환시장에 악영향을 끼침으로써 공공복리를 저해하는 날조된 정보를 인터넷에 게시”한 혐의로 기소되었다. 비록 2009년 4월 24일 박대성씨에게 무죄 판결이 내려졌지만, 이 사건이 특히 정부나 정부 정책에 대한 비판과 관련하여 온라인 자기 검열의 강화로 이어졌으며 검찰이 법원 판결에 항소하였다는 점에도 특별보고관은 주목하였다.

37. 특별보고관은 전기통신기본법 제47조 제1항에 대한 헌법재판소의 결정이 내려진 후, 2010년 12월 30일 검찰이 박대성씨에 대한 항소를 취하하였다는 소식을 전해 들었다.

**(b) 중개업체에 의한 온라인 콘텐츠 규제**

38. 정보통신망법에 의하면, 개인의 사생활을 침해하거나 개인의 명예를 훼손하거나 또는 기타 방법으로 타인의 권리를 침해하는 정보가 인터넷으로 배포되는 경우, “그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있다.”<sup>9</sup> 그러한 요청을 받은 경우, 정보통신서비스 제공자 즉 중개업체는 최장 30일간 정보의 삭제 또는 접근 차단을 한 후, 그러한 조치에 대해 지체 없이 신청인 및 정보게재자에게 알리고 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 게시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.<sup>10</sup>
39. 특정 정보가 “권리의 침해여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우”에 해당되는 경우, 정보통신망법 제44조의2 제4항은 블로그 서비스 제공자, 사용자제작콘텐츠(UCC)가 포함된 웹 포털과 같은 정보통신서비스 제공자들이, 그러한 조치에 대한 요청의 유무와 관계없이, 최장 30일간 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단할 수 있다고 규정하고 있다.
40. 또한, 동법 제44조의3에 의하면, 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되면 “임의로 임시조치를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 더 나아가, 동법 제44조2 제6항에 의하면, “[정보통신서비스 제공자가] 필요한 조치[정보의 삭제 또는 접근 차단]를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다”.
41. 특별보고관은 정보통신망법이 인터넷 정보의 통제 책임을, 특정 게시물 또는 정보가 현행 사생활 보호 및 명예훼손 관련법과 기타 관련법에 위배되는지 여부를 판단할 수 있는 독립적 기구가 아니라 중개업체, 즉 민간업체에게 일임하고 있음에 우려한다. 또한, 중개업체에 온라인 콘텐츠를 규제할 수 있는 과도한 권한이 주어진 점은 우려의 대상이며, 이는 특히 동법 제44조의2

<sup>9</sup> 정보통신망법 제44조의2 제4항.

<sup>10</sup> 각주 8항과 같은 조항.

제6항에 서술된 중개업체들의 책임의 범위가 모호하다는 데 연유한다. 따라서 비록 동법 제44조의2 제5항이 “정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다”고 규정하고 있더라도, 중개업체들이 책임을 회피할 목적으로 정보를 삭제하거나 접근을 차단함으로써 안전을 이유로 과오를 범하는 결과를 더욱 유도할 수 있다는 우려가 있다.

42. 더구나, 최초의 정보게재자가 자신이 온라인에서 배포한 정보를 삭제 또는 접근 차단한 온라인 서비스 제공자의 조치에 이의를 제기한다 하더라도, 정보통신망법에서는 서비스 제공자에게 어떠한 후속조치를 취하도록 요구하고 있지 않다. 대신에, 서비스 이용약관에서 스스로 절차를 수립하도록 중개업체에게 재량권이 주어지고 있다. 따라서, 비판을 검열하려는 정치인에 의해 남용될 가능성을 포함하여 자의적이고 과도한 제한으로부터 표현의 자유를 보호할 수 있는 보장책은 전무한 상태다. 개인은 온라인 서비스 제공자의 결정이 내려진 후에 사법부를 통해 배상 절차를 밟을 수 있지만, 기간과 비용의 부담이 클 수 있어서 표현의 자유에 위축 효과가 발생한다.

**(c) 방송통신위원회와 방송통신심의위원회의 또다른 ‘불법 정보’ 규제**

43. 앞서 기술한 중개업체에 의해 규제되는 콘텐츠 유형에 더하여, 정보통신망법 제44조의7 제1항은 누구든지 인터넷을 통하여 다음과 같은 내용의 정보 유통을 금하고 있다.
- (a) 음란한 내용의 정보
  - (b) 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보
  - (c) 반복적으로 상대방에게 도달하여 공포심이나 불안감을 유발하는 내용의 정보
  - (d) 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손, 멸실, 변경, 위조하는 내용의 정보
  - (e) 「청소년보호법」에 따른 청소년유해매체물에 해당하는 내용의 정보
  - (f) 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보
  - (g) 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보

- (h) 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보
- (i) 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보

44. 정보통신망법은 더 나아가, 방송통신위원회는 방송통신심의위원회의 심의를 거쳐 “[위에서 거론된] 정보에 대하여는 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>11</sup> 온라인 서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자와 같은 책임자가 방송통신위원회를 통해 방송통신심의위원회가 내린 요구를 이행하지 않는 경우, 그는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다.<sup>12</sup> 그러므로, 방송통신심의위원회가 명시적으로 방송통신위원회와 서비스 제공자들에게 온라인 정보를 삭제하거나 차단할 것을 ‘명령’하지 않더라도, 요구에 응하지 않을 경우 부과되는 거액의 벌금과 징역형의 위협을 고려해봤을 때, 방송통신심의위원회는 온라인 콘텐츠를 규제하는 데 있어 중개업체에게 상당한 권한을 발휘한다.

45. 특별보고관은 정보통신망법 제44조의7 제1항에서 금하고 있는 정보의 유형이 명확하지 않으며, 특히 형법 제314조에서 금하고 있는 ‘업무 방해’를 포함하여 “범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보”를 광범위하게 금지하는 것은 그 자체로 문제의 소지가 있음에 주목한다. 그 사례로, 정부에 편향적이라고 판단한 3개 신문에 광고를 게재한 기업 명단을 게재하면서 불매 운동을 벌인 24명을 들 수 있다. 동법 제44조의7에 근거하여 방송통신심의위원회는 불매운동을 독려하는 것으로 판단되는 게시물 58건을 삭제하도록 웹호스트[역주: 서비스 제공자]들에게 요구하였으며, 관련자 일부에게는 징역형이 선고되었다.

46. 이와 관련하여 특별보고관의 관심을 끈 또 다른 사건은, 일부 기업이 사용하는 시멘트에 발암 물질이 포함된 전자폐기물이 들어있다고 폭로한 최병성씨의 인터넷 글들을 삭제하도록 방송통신심의위원회가 권고한 것이다. 최병성씨의 글로 인해 국회에서 이 주제에 관해 심사하고 국정 감사를 요구 및 실시하여 결과적으로 안전기준이 개선되는 효과가 있었다는 사실에도 불구하고

고, 방송통신심의위원회는 그의 글이 시멘트 회사의 명예를 훼손하였다고 주장하였다. 명예훼손 관련법에 대한 특별보고관의 우려는 앞장에서 이미 논한 바 있는데, 방송통신심의위원회가 명예훼손이라는 구실로 공익 정보에 대한 차단이나 삭제 권고를 하지 않도록 보장하기 위해 필요한 투명성, 책임성, 정밀성이 미흡하다는 점은 심히 우려할 만한 점이다.

47. 실제로, 방송통신심의위원회가 정부나 유력한 기업들을 비판하는 내용의 정보를 정보통신망법 위반이라는 이유로 삭제하는 사실상의 사후 검열기구로 기능하지 않도록 보장할 수 있는 안전장치는 미흡하다. 이와 관련하여, 특별보고관은 그의 방한 이후인 2010년 9월 30일에 대한민국 국가인권위원회가 방송통신심의위원회 관련 권고 의견을 채택하였다는 사실에 주목한다. 그 권고에서는 방송통신심의위원회가 결정을 내리기 전에 불법으로 간주되는 정보의 게재자가 의견을 제시할 수 있도록 허용하지 않기 때문에 온라인 불법 정보를 삭제하는 현행 절차가 적법 절차 원칙에 위배되며, 방송통신심의위원회의 결정이 자의적이며 정치적으로 영향을 받는다고 지적하였다. 또한 권고는 정보통신망법 제44조의7에 기술된 ‘불법 정보’의 유형이 법적 명확성 기준을 충족하지 못한다는 점을 강조하였다. 이러한 이유로, 국가인권위원회는 방송통신심의위원회의 권한과 기능을 보다 투명하고 책임성 있는 독립적 자율규제기구로 이양할 것을 권고하였다.

48. 특별보고관은 국가인권위원회의 견해를 환영하며, 표현의 자유를 제한하는 모든 법은 자유권 규약 제19조 제3항에 명시된 적법한 목적을 달성하기 위해 명확하고 누구에게나 접근 가능하여야 하며,<sup>13</sup> 어떠한 정치적, 상업적 및 기타 부당한 영향력으로부터도 독립적인 기구에 의해 자의적이거나 편파적이지 않으며 적절한 남용방지 장치를 갖춘 방식으로 운용되어야 함을 강조하는 바이다.

#### (d) 실명제와 본인확인제

49. 인터넷상에 정보나 자료를 게시할 때 그 게시자의 이름을 확인하도록 하는 실명제가 2005년 공

<sup>11</sup> 정보통신망법 제44조의7 제2항.

<sup>12</sup> 정보통신망법 제73조 제5호.

<sup>13</sup> 자유권규약상의 제한 및 유예 규정에 관한 시라쿠사 원칙(E/CN.4/1985/4), 원칙 17 참조.



직선거법 제82조의6에 의해 도입되었는데 이는 선거의 공정함을 확보하기 위한 취지에서였다.

50. 2007년 잇따른 유명 여배우들의 자살 등 인터넷에서 악의적 행위와 관련한 우려로 인해, 정보통신망법 제44조의5에 제한적 본인확인제가 도입되었다. 이 제도는 가명을 허용하되 게시자의 주민등록번호를 통해 신원을 확인한다. 이후로 대통령령으로 여러 차례 기존 법률이 개정되어 실명제가 확대되었다. 예를 들어 2009년 1월에 대통령령으로 정보통신망법이 개정발효하면서 일일 이용자가 10만명 이상인 웹사이트의 경우에는 이용자가 정보를 업로드하거나 게시하기 전에 그의 실명을 확인해야 한다.<sup>14</sup> 이를 어길 시에는 그 부주의로 인해 3천만 원의 과태료에 처해질 수 있다.<sup>15</sup>

51. 2009년 4월 9일, 이러한 대한민국의 본인확인제로 인해, '구글'은 한국어판 유튜브(kr.youtube.com)의 영상 및 댓글 게시 기능을 정지시켰다.

52. 특별보고관은 이러한 인터넷 실명제가 익명성을 기반으로 하는 표현의 자유에 영향을 미칠 것을 우려한다. 게다가 정부에 비판적인 사람들이 자신의 견해를 밝힘으로써 받게 되는 형사상 제재 위협으로 인하여 의견 표명을 꺼리는 경향을 보일 것이다. 이러한 점에서 특별보고관은 2004년 2월 대한민국 국가인권위원회가 채택한 결정에 주목하는 바이며, 그 권고는 실명제가 “명백한 사전검열이자, 익명성에 바탕한 인터넷상의 표현의 자유를 제한하고, 표현의 자유를 침해한다”고 하였다. 인터넷을 통해 자행되는 범죄와 그러한 범죄자의 신원을 밝혀야 할 정부의 책임과 관련하여 제기되는 우려가 합당한 측면도 있으나, 특별보고관은 대한민국 정부가 신원 확인을 위한 다른 수단을 고려하고 그러한 수단도 신원 확인 대상자가 이미 범죄를 저질렀거나 저지르려고 한다는 상당한 근거나 합리적인 의심이 있는 경우에 한하여 사용한 것을 권고한다.

### 3. 선거전 표현의 자유

<sup>14</sup> 정보통신망법 제44조의5; 동법 시행령 제21278호, 2009. 1. 28. 제29조.  
<sup>15</sup> 정보통신망법 제76조 제1항.

53. 공직선거법은 선거전 상당 기간 동안 정치적 논의를 광범위하게 제한하고 있다. 공직선거법 제93조에 의하면, 선거 6개월 전부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 특정 정당이나 후보를 지지하거나 반대하는 내용을 담은 사진, 문서, 도화, 인쇄물, “그 밖에 이와 유사한 것”을 배부 또는 게시할 수 없다.<sup>16</sup> 이 조항을 위반하는 경우 2년 이하의 징역 또는 4백만 원 이하의 벌금에 처해진다.

54. 공직선거법 제58조에 따라 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시가 허용되고는 있지만, 허용되는 표현과 동법 제93조에 의해 금지되는 표현을 구분하기가 매우 어렵다는 점에 주목해야 한다. 실제로, 선거운동과 통상적인 논의의 구분은 매우 모호하다.

55. 또한, 2010년 4월 26일에는 대한민국의 모든 선거 관련 사안을 관할하는 중앙선거관리위원회가 “단체 등의 선거쟁점 관련 활동방법 안내”라는 지침을 발표하였는데, 이 지침은 특정 정당이나 후보자를 지지하거나 반대하지 못하도록 금지하는 데에서 더 나아가, 비정부기구, 종교단체를 포함한 단체들이 주요 선거쟁점에 관한 광고, 벽보, 사진, 문서와 “그 밖에 이와 유사한 것”을 설치, 게시, 배부하는 활동을 금지하고 있다. 결국 “4대강 사업”, “무상급식”과 같은 주요 선거쟁점에 대해 정보를 배포하거나 집회를 개최하는 것을 금지한 결과, 비정부기구와 종교단체들의 일부 활동은 제약을 받았다.

56. 나아가, 앞서 실명인증제와 관련해 언급했듯이, 개인이 정당이나 후보자에 대한 지지 또는 반대를 표시하는 글을 게재하는 경우, 모든 “인터넷 언론사”는 해당 개인의 실명을 확인하여야 할 의무가 있으며,<sup>17</sup> 이를 위반하는 경우에는 천만 원 이하의 벌금이 부과될 수 있다.<sup>18</sup>

57. 선거쟁점 또는 후보자와 관련한 정보의 배포가 어떠한 근거에서 표현의 자유에 관한 권리를 제한하는 사유로 정당화될 수 있는지는 명확하지 않다. 이러한 제약이 자유권 규약의 제19조 3항

<sup>16</sup> 공직선거법 제93조.  
<sup>17</sup> 공직선거법 제82조의6.  
<sup>18</sup> 공직선거법 제261조.

에 열거된 목적을 달성하기 위해 필요하다고 그 정당성이 인정될 수 있을지라도, 특별보고관은 6개월의 금지 기간은 그러한 목적을 달성하기에는 지나치게 긴 시간이라는 우려를 금할 수 없다. 또한, 특별보고관은 정당, 후보 또는 선거쟁점을 지지하거나 반대하는 정보를 배포한 행위에 대한 형사 처벌이 과도하고 부당하다고 본다.

#### 4. 집회의 자유

58. 표현의 자유에 관한 권리에는 평화적 집회와 시위의 형태로 집단적인 표현을 할 수 있는 권리도 포함되며 이러한 권리는 민주주의의 필수 요소다. 대한민국은 헌법 21조에서 이 권리를 보장하고 있다. 그러나, 사실상의(집회) 허가제와 평화적 시위 참가자들에 대한 과도한 무력 진압 혐의에 대한 사법경찰관들의 책임성 결여는 우려스럽다.

59. 헌법 제21조는 “집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다”고 명시하고 있다. 그러나, 집회 및 시위에 관한 법률(집시법)에 의하면, 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 세부 사항을 적은 신고서를 관할 경찰서장에게 제출하여야 하며,<sup>19</sup> 관할 경찰서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 초래한다고 인정되는 경우에는 그 집회나 시위를 금지할 수 있는 권한을 지닌다.<sup>20</sup> 이러한 금지를 위반하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2백만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다.<sup>21</sup>

60. 이와 관련하여, 특별보고관은 “정부는 평화적 집회와 시위를 보호하며 단지 불법적이고 폭력적인 행동을 야기할 수 있는 집회나 시위만을 금지한다고 주장한다. 그러나 어떤 시위들은 폭력성을 띠게 될 것이라고 사전에 판단하고 폭력 행위가 발생하기도 전에 시위를 단속함으로써, 정부는 집회와 시위의 자유라는 기본권을 침해하고 있다”는 전 국가인권위원장의 2009년 6월 성

명에 주목한다. 특별보고관은 그러한 제도가 집회의 사전 허가를 명백하게 금지하고 있는 헌법 조항에 위배된다는 점에 동의한다.

61. 집시법 제10조는 관할 당국의 사전 허가를 받은 경우를 제외하고 해가 뜨기 전이나 해가 진 후의 시위도 금지하고 있다. 2008년의 촛불 시위의 경우에는 경찰이 허가를 하지 않았기 때문에, 국내법에 따라 불법 시위로 간주되었다. 그러나, 이 규정이 헌법의 정신에 위배된다고 판단하여 국회에 2010년 6월 30일까지 집시법 개정을 주문한 헌법재판소의 2009년 9월 24일 결정은 고무적이다. 현재가 지정한 일자까지 집시법 제10조가 개정되지 않았기 때문에, 현재 해당 조항은 효력을 상실한 상태이다. 비정부기구들의 보고에 따르면, 결과적으로 모든 사람들은 자유롭게 야간 집회를 개최할 수 있게 되었고 촛불 시위 동안에 제기되었던 집시법 제10조 위반에 대한 혐의가 기각되는 등 여러 긍정적인 변화가 있었다.

62. 특별보고관은 법집행기관들이 시위 중 공공의 안전을 보장하기 위해 중요한 역할을 수행하고 있음을 인정한다. 그러나, 2008년 촛불 시위 기간과 2009년 1월 서울의 용산 지역에서 발생한 진압 경찰과 세입자 간 충돌을 포함, 과도하게 무력을 행사한 여러 사례들에 대해 특별보고관은 주목하게 되었다. ‘용산 사태’로 불리는 후자의 사건에서는, 재개발 예정인 건물에서 세입자들을 퇴거시키려는 기습 작전 중에 화재로 경찰 1명을 포함한 6명이 사망하였다. 경찰과의 충돌 과정에서 일부 시위자들도 폭력을 행사한 것으로 보고되었으나, 특별보고관은 법집행기관들이 ‘유엔 법집행관 행동강령(UN Code of Conduct of Law Enforcement Officials)’과 ‘법집행관의 무력 및 화기 사용 기본원칙(Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials)’을 준수할 필요가 있음을 재차 강조하고자 한다. 이와 관련하여, 특별보고관은 국가인권위원회가 2008년 10월 27일자 결정문과 2010년 1월 11일 결정문을 통해 촛불 시위 및 용산 사태에서의 경찰의 과도한 무력 사용을 지적한 점에 주목한다.

63. 특별보고관은 진압 경찰의 폭력 혐의를 조사하기 위한 경찰청의 노력을 알고 있으나, 진압 경찰 복에 명찰, 식별 번호 또는 기타 신원 확인이 가능한 정보가 전혀 부착되어 있지 않아 과잉 진압 사건에 대한 조사가 어려움을 겪고 있다는 점을 우려한다. 또한, 경찰의 경우에도 배지를 달

19 집시법 제6조.

20 집시법 제8조.

21 집시법 제22조.

고 있지 않아 시민들이 폭행 또는 기타 형태의 폭력 혐의로 경찰을 제소하는 것이 불가능하다는 점에도 주목한다. 이러한 점에서, 특별보고관은 경찰력의 과도한 사용에 대한 모든 혐의를 독립적 기구가 즉각적이고 철저히 조사하고 책임자를 처벌하는 것이 중요하다는 점을 강조하고 싶다. 그러한 조치들은 개인의 권리를 보호하기 위해서 뿐만 아니라 정부에 대한 국민의 신뢰를 구축하기 위해서도 필수적이다.

64. 특별보고관의 방문 이후로, 모든 경찰복에 배지가 이름표가 부착되고, 경찰의 보호 헬멧을 착용한 경찰의 소속을 확인할 수 있도록 표시를 했다는 사실을 한국 정부로부터 전달받았다.

## 5. 국가안보를 이유로 하는 표현의 자유 제한

65. 특별보고관은, 특히 2010년 3월 26일의 천안함 사건을 통해, 대한민국이 직면하고 있는 안보 문제를 분명하게 인식하고 있다. 또한 모든 국가는 자국민을 보호하기 위해 국가안보 관련법을 제정할 수 있는 정당한 권리와 의무가 있음을 인정한다.

66. 그러나, 특별보고관은 자유권위원회가 대한민국 국가보안법, 특히 국가의 존재와 안전 혹은 민주적 근본 질서를 위태롭게 할 수 있다는 사실을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양, 고무, 선전 또는 이에 동조한 자는 7년 이하의 징역에 처한다는 동법 제7조와 관련하여 여러 차례 우려를 표방하였다는 점에 주목한다.

67. 특히 자유권위원회는 국가보안법 제7조에 따른 “반국가 단체들”을 고무하는 행위로 간주될 수 있는 활동의 범위가 지나치게 넓다고 본다고 언급했다. 자유권위원회에 제기된 선택의정서에 따른 개인청원 사건들과 제7조에 따라 제기된 기소에 대해 주어진 다른 정보에 의하면, 표현의 자유에 지워진 제한들이 국가안보를 지키는데 필요한 것이라고 간주될 수 없기 때문에 자유권규약 제19조 제3항의 요건들을 충족하지 못하는 것이 명확하다. 자유권규약은 단지 그것들이 적성 단체의 사상과 일치하거나 그 단체를 위한 동정심을 유발하는 것으로 간주될 이유로 사상의

자유를 제약하는 것을 허용하지 않는다.<sup>22</sup> 그래서 자유권위원회는 이와 같이 “조약당사국은 국가보안법 제7조가 자유권규약과 일치하도록 신속하게 개정해야 한다고 언급했다.<sup>23</sup>

68. 2006년에 자유권위원회는 최근 몇 년간의 국가보안법을 개정하려는 시도가 있었으며 국가안보 사유의 지속 필요성에 대한 국민적 합의가 없다는 점에 주목하는 한편, 동법 제7조에 의한 기소가 여전히 추진되고 있으며 그에 따라 표현의 자유에 가해진 제약이 자유권규약 제19조 제3항의 요건을 충족하지 못한다는 점에 대해 재차 우려를 표하였다. 이와 함께, 국가보안법 제7조와 동 조항에 의해 내려진 선고 내용이 자유권규약의 요건에 부합하도록 조치를 취할 것을 긴급사항으로 재차 권고하였다.<sup>24</sup>

69. 추가적으로, 전 특별보고관은 2005년 한국 공식 방문 이후 “국가 안보는 한 개인의 표현의 자유에 관한 권리 행사로 인해 직접적으로 위협을 받는 예외적인 사례에서만 위협받을 수 있다. 그러한 위협은 적어도 침해자의 명확한 능력 수립과 예를 들어 폭력의 사용을 선동하거나 조장하는 것과 같이 국가안보를 직접적으로 위협하는 행위를 야기하려는 의도를 가지고 있을 것을 요구한다. 단지 국가안보를 위협할지도 모른다는 미약한 근거를 토대로 표현의 자유에 관한 권리 행사를 처벌할 수 없다. 국가는 어떠한 결과가 발생할 것인지, 왜 그러한 결과들이 국가안보에 직접적인 위협을 가할 수 있는지 입증해야 한다.”라고 강조했다. 전 특별보고관은 정부가 국가보안법을 폐지하고, 국제인권법과 부합하는 다른 국가안보 보호 수단을 강구할 것을 촉구했다.<sup>25</sup>

70. 더 나아가, 국가인권위원회는 2004년 8월에 국가보안법이 오랜기간 표현의 자유에 관한 권리 침해를 포함한 인권을 심각하게 침해하였고 국가안보와 연관된 형사법과 타 법 조항들이 한국의 안보 우려를 나타내는데 충분한 기반을 제공한다는 사실을 고려하여 국가보안법의 폐지를 권고하였다.

22 CCPR/C/79/Add.114, 1999. 11. 1. 9문단.

23 각주 21과 같은 문단.

24 CCPR/C/KOR/CO/3, 2006. 11. 28. 18문단.

25 E/CN.4/1996/39/Add.1, 16문단

71. 국가보안법 제7조의 모호함과 그것의 공익 관련 논의와 견해 교류를 방해하는 효과를 고려하여, 위에서 언급한 여러 기구에서 언급한 바와 같이, 특별보고관은 정부가 이 조항을 폐지할 것을 권고한다.

72. 끝으로, 특별보고관은 국방부가 2008년 7월 22일 23권의 책을 군대 내 금서로 정한 사실에 대해 우려를 표한다. 국방부는 금서 지정의 이유로 해당 책들이 불온하며 병사들의 사고에 영향을 미쳐 국가에 대한 자신들의 의무를 적절히 수행하지 못하게 한 위험이 있다고 설명하였다. 특별보고관은 불온하다고 판단되는 책을 결정하기 위한 기준이나 가이드라인과 관련하여 명확성이 결여되어 있음에 주목하고 있다. 군법무관 7명이 이러한 금서지정과 관련하여 헌법 소원을 제기하였으며, 결과적으로 국방부는 2009년 3월 19일에 그 중 2명을 내부 규율 및 절차를 준수하지 않고 군의 명예를 실추시켰다는 이유로 퇴역 조치하였다.

73. 특별보고관의 방문 이후인 2010년 10월 28일 헌법재판소는 국방부의 금서 지정과 관련하여, “군 당국은 군복무규정 제16조 제2항에 의거하여 병사의 정신력을 심각하게 저해하는 서적을 제한”하였으므로 그러한 결정은 합헌이라고 판결하였고, 이로써 국방부 진정의 범위와 의도가 정당하고 적절하다고 확인하였다.

74. 나아가, 서울행정법원은 2010년 4월 23일 군법무관 2명의 퇴역과 군법무관 4명의 징계를 포함하는 국방부의 징계조치에 대해, 헌법소원을 제기할 수 있는 권리는 국가보안을 이유로 제한될 수 있다는 이유를 들어 그러한 징계조치가 정당하다고 판결하였다. 동 법원은 해당 군법무관들이 헌법소원을 제기하기 전에 군 내부의 이의 제기 절차를 거치지 않았고, 이로써 군의 명령계통을 위반하였다고 주장하였다. 보고된 바에 의하면, 원고들은 2010년 5월 12일 상급법원에 항소를 제기하였다고 한다.

75. 특별보고관은 정보를 추구하고 접수할 수 있는 권리에는 자신이 읽을 수 있는 유형의 서적을 선택할 자유도 포함되며, 이러한 자유는 자신의 사물과 의사에 자유를 실현하기 위해 필수적이라는 점을 강조한다. 대한민국 국가인권위원회가 2009년 9월 결정문에서 지적한 바와 같이, “인간

으로서의 지위는 군복을 입은 병사로서의 지위에 우선한다” 금서 지정은 세계 어느 곳에서 이루어지든가 비민주적인 관행이라고 본다.

## 6. 공무원의 의사와 표현의 자유에 관한 권리

76. 대한민국에서 공립학교 교사를 포함한 공무원은 국가공무원법에 따라 정치적 중립의 의무를 가지고 있어 자신의 의견을 표현하는 것이 금지되어있다. 특별보고관은 ‘전국교직원노동조합(전교조)’의 조합원들이 공공의 이익과 관련된 사안에 대한 평화적인 시국선언을 진행했다는 이유로 조사, 해고, 무급정직, 괴롭힘, 감시 등의 대상이 되어왔다는 점에 대해 심히 우려를 표명한다.

77. 2009년 6월 18일, 17,147명의 교사들은 교육의 질을 저해하고 학생들을 치열한 경쟁으로 몰고가는 교육정책 폐지를 요구하는 시국선언에 동참했다. 이에 대해, 교육과학기술부는 시국선언에 참가한 전교조 조합 간부 22명의 해고, 전교조 지부간부 및 노조전임자 67명의 정직을 포함한 모든 교사들을 징계하겠다는 입장을 발표했다. 2009년 6월 29일 서울지검은 시국선언에 참가한 89명의 상임집행위원에 대한 조사에 착수했고, 경찰은 서울에 위치한 전교조 조합 사무실에 대한 압수수색을 단행, 컴퓨터 하드드라이브와 문서 등을 압수해갔다.

78. 2009년 7월 19일, 전교조는 학교의 민주적 운영, 학생의 인권보장 및 교사의 표현의 자유 존중 등의 내용을 담은 “민주주의 보호를 위한 교사선언”이라는 2차 선언을 전국의 28,637명의 교사가 참여한 가운데 진행하였다. 이에 대해 정부는 다시 한번 22명의 중앙집행위원 및 67명의 노조 전임자를 포함한 89명의 전교조 간부들을 검찰에 기소하고, 징계절차를 추진하였다.

79. 특별보고관이 입수한 정보에 의하면, 위의 선언과 관련하여 적어도 8명의 교사가 해고되었고, 21명은 정직, 그리고 1명은 감봉 등의 징계를 받았다. 또한 여러 보고에 따르면 해당 교사들은 괴롭힘과 감시로 인해 정상적인 생활을 하고 있지 못한 상태이다.

80. 특별보고관은 공무원은 관점 및 의견 형성에 중요한 역할을 맡고 있으며 이에 따라 객관적이고

공정해야 할 의무가 있음은 인정하지만, 공무원 또한 개인으로써의 의사 표현의 자유에 관한 권리를 지니고 있으며, 그러한 권리는 특히 교육정책과 같은 공공의 이익과 관련된 사안이거나 업무이외의 활동일 경우 의사표현의 자유를 행사할 권리가 있음을 밝힌다. 또한, '교직원 권고적용에 관한 ILO와 UNESCO의 전문가 위원회 공동 권고(Joint ILO and UNESCO Recommendation by the Committee of Experts on the Application of Recommendations Concerning Teaching Personnel)'에 의하면, "교사는 국민이 일반적으로 누리는 모든 시민적 권리를 자유롭게 행사할 수 있어야 하며 공적 피선거권을 지닌다. 또한, 이 권고에는 "교사의 인성 발달, 교육서비스, 전체 사회를 위하여 교사의 사회적, 공적 생활 참여는 권장되어야 한다"고 명시되어 있다.<sup>26</sup> 나아가, 2008년 5월 29일 대한민국 헌법재판소는 공무원이 정치적 중립을 지켜야 할 의무는 있으나 "공무원도 개인으로서 정치적 견해를 표현할 자유가 있기 때문에" 그들도 표현의 자유 보장으로부터 예외를 가질 수는 없다고 판결하였으며, 국가인권위원회도 이 결정에 동의하였다<sup>27</sup>.

## 7. 언론매체의 독립성

81. 대한민국에는 집권여당의 정치적 견해를 공유하는 신문매체도 여럿 있는 반면 언론의 다양성과 다원성 보장의 측면에서 독립적이고 친야 성향의 언론매체도 다수 존재하고 있다. 그러나, 특별보고관은 2008년 이명박 정부가 집권한 이후, 한국방송공사(KBS), 한국방송광고공사, 아이랑 TV, 스카이 라이프 그리고 연합뉴스(YTN)를 포함한 여러 방송언론사의 대표가 이명박 대통령의 측근으로 교체되었다는 점에 우려를 표한다. 특별보고관은 효과적인 임명절차를 통한 언론매체, 특히 공중파 방송사 사장과 경영진 독립의 중요성을 강조한다.

82. 또한, 2009년 7월 한나라당이 발의한 신문법 및 방송법 개정안이 국회에서 통과되었다. 개정안은 출판과 방송부문에서 교차소유 허용을 목적으로 하는 것으로 알려진 이 법에 대해 특별보고관은 대기업, 신문사 그리고 외국자본의 방송부문 진출의 발판을 마련하여 언론매체의 다양

26 교직원 권고적용에 관한 ILO와 유네스코 전문가 위원회 공동 권고 제 80조.  
27 각주 25항의 동 권고 79조.

성과 다원성 원칙을 위배할 소지에 대해 우려한다.

## 8. 국가인권위원회

83. 국가인권위원회는 2001년 국가인권위원회법에 의해 설립되었고, 의사표현의 자유를 포함한 대한민국의 인권 개선 및 보호에 중요한 역할을 담당해오고 있다. 특히 특별보고관은 이미 보고서에 언급한 바 있는 2004년~2009년 사이의 의사표현 및 집회의 자유와 관련된 12건이 넘는 위반사례와 관련한 결정을 환영한다.

84. 특별보고관은 이명박 정권 집권이후 국가인권위원회의 11명의 국가인권위원 중 6명의 비상임위원들과 3명의 상임위원들이 임명된 점을 주목한다.<sup>28</sup> 그 후 대다수 인권위원들은 법원의 사건 해결을 기다려야한다는 이유와 전원회의의 정족수 부족을 이유로 위원회는 표현의 자유와 관련된 주요 사건들에 대한 결정문 채택을 미루고 있다. 해당 사건은 집시법 제10조에 의한 일몰 이후 집회·시위의 금지, 국정원에서 박원순 대표를 상대로 제기한 명예훼손 소송을 포함하고 있다. 그러나, 특별보고관은 국가인권위원회법이 특별히 인권위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 관할 법원 또는 헌법재판소에 사실상 및 법률상 사항에 관한 의견을 제시할 수 있음에 주목한다.<sup>29</sup>

85. 인권 개선과 보호를 위한 국가인권기구의 국제 조정위원회 산하 위원회가 지적했듯이, 대통령, 국회 또는 대법원의 수석재판관의 임명을 통한 위원 임명과정은 후보자들에 대한 철저한 검증 및 국민들의 의견 반영은 물론 시민사회의 참여도 보장하기 어렵다.<sup>30</sup> 특별보고관은 국가인권위원회가 의사표현의 자유 개선 및 보호라는 중요한 역할을 가지고 있음을 고려할 때, 임명과정

28 하지만, 2007년 7월(정정보에는 2009년 7월로 정정) 임명된 새로운 인권위원장 취임이후, 두명의 상임위원과 한명의 비상임위원이 사임하였다.  
29 국가인권위원회법 제 28조.  
30 A/HRC/10/55, 섹션 4.10.



에 우려를 표한다. 2010년 9월 30일 국가인권위원회가 채택한 결정에 의거하여, 특별보고관은 대한민국정부에게 방송통신심의위원회의 현 기능을, 사법적 심사를 포함하여 남용을 방지할 수 있는 적절한 안전장치를 갖추고 있으며 어떠한 정치적, 상업적 및 기타 부당한 영향력으로 부터도 자유로운 독립 기구에게 이양할 것을 권고한다.

94. 실명제가 익명성을 기반으로 하는 인터넷상 표현의 자유 행사를 제한하고 있음을 고려하여, 특별보고관은 대한민국 정부에게 다른 신원 확인 수단을 검토하고 그러한 수단도 신원 확인 대상자가 범죄를 저질렀거나 저지르려고 한다는 상당한 근거나 합리적인 의심이 있는 경우에 한하여 사용하도록 권고한다.

### C. 선거전 의사와 표현의 자유

95. 특별보고관은 선거 당일에 이르는 중요한 시기에 선거 및 후보자 관련 주요 사안에 관한 정보와 의견의 공개적이고 자유로운 교류를 포함하여 표현의 자유에 관한 권리를 전면 보장할 것을 대한민국 정부에 권고한다.

### D. 집회의 자유

96. 특별보고관은 대한민국 정부에 헌법 제21조에 위배되는 사실상의 사전 허가 관행을 모두 중지함으로써 표현의 자유에 관한 권리의 집합적 행사 형태인 모든 개인들의 집회의 자유에 관한 권리를 보장할 것을 권고한다. 또한, 특별보고관은 법집행 공무원들에 의한 무력의 과도한 사용에 관한 모든 혐의들이 효과적으로 수사되고, 책임 있는 이들이 처벌되도록 조치를 취할 것을 촉구한다.

### E. 국가안보를 이유로 하는 의사, 표현의 자유 제한

97. 국가안보가 표현의 자유에 관한 권리를 제한할 수 있는 정당한 목적에 속하기는 하지만, 특별보고관은 국가보안법 제7조가 모호하고 공익 관련 사안에 대한 정당한 논의를 금하며, 오랜 기간 인권을, 특히 의사와 표현의 자유에 관한 권리를, 심각하게 침해한 역사가 있기 때문에 이 조항을 폐지할 것을 대한민국 정부에게 권고한다.

98. 특별보고관은 유엔 자유권위원회가 국가보안법의 적용이 의사와 표현의 자유에 관한 권리에 위배된다고 판단한 사례들에서 유엔 자유권위원회가 제시한 결론과 의견을 실행할 것을 대한민국 정부에 권고한다.

99. 특별보고관은 군대 및 병영 내에서 23권의 “불온” 서적을 금지한 것이 합헌이라고 판결한 2010년 10월 23일의 헌법재판소 결정에 우려를 표한다. 특별보고관은 모든 사람은 사상과 의사의 자유에 관한 권리의 연장선상에서 자신이 읽을 책을 선택할 수 있는 권리가 있음을 강조한다. 특별보고관은 금서 지정은 세계 어느 곳이라도 비민주적인 행태에 해당된다는 입장이며, 특히 불온서적을 결정하는 명백한 기준이 부재하다는 점에 비추어, 대한민국 정부에게 그러한 금지를 폐할 것을 촉구한다.

### F. 공무원의 의사, 표현의 자유에 관한 권리

100. 특별보고관은 공립학교 교사들이 학생의 견해와 의견 형성에 중요한 역할을 하고 있음을 인정하는 한편, 대한민국 정부가 교사들이 개인으로서 가지고 있는 표현의 자유에 관한 권리를, 특히 그와 같은 권리가 교육정책과 같은 공익적 사안과 관련 공무 외에 행사되는 경우, 보장할 것을 권고한다.

## G. 언론매체의 독립성

101. 특별보고관은 대한민국에서 언론매체 다원주의가 실재하고 있음을 높이 평가한다. 그러나, 방송사 사장과 경영진의 독립성을 보장하는 효과적인 임명 절차의 확보가 필요하다. 또한, 특별보고관은 대한민국 정부에 신문과 방송 부문의 교차소유와 언론재벌의 형성을 금지함으로써 언론의 다양성과 다원성을 증진하고 보호할 것을 촉구한다.

## H. 대한민국 국가인권위원회

102. 특별보고관은 국가인권위원회가, 특히 2004-2010년의 기간 동안 의사, 표현의 자유와 집회의 자유에 관련된 12개 이상의 사례에서 위반 사실을 밝힌 점을 높이 평가한다. 국가인권위원회가 담당하고 있는 의사표현의 자유에 관한 권리 증진 및 보호라는 중대한 역할에 비추어, 특별보고관은 대한민국 정부가 국가인권위원회의 권고를 충실히 이행하고, 정부로부터의 완전한 기능적 독립, 광범위하고 투명한 임명 절차, 자율적인 직원 채용을 보장하라는 SCA의 권고를 실행할 것을 촉구한다.

# 표현의 자유를 위한 연대 소개



이명박 정권 집권 이후 '표현의 자유'가 위축되고 있다는 진단은 국내외 인권단체를 통해 자주 언급되고 있습니다. 특히 이명박 정부는 기득권층이나 정부에 비판적인 표현에 대해 소송을 제기하면서 표현의 자유에 대한 위축효과를 만들어내고 있습니다. 인권의 여러 영역 중에서도 표현의 자유는 다른 자유들과 인권에 결정적으로 영향을 미치는 중요한 지표가 됩니다.

2011년 프랑크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보관의 한국보고서를 통해 그 현실이 국제적으로 공개되기도 했습니다. 프랑크 라 튀는 “표현의 자유를 제한하는 법률의 상당수가 국제적인 인권기준에 부합하지 않으며 그러한 법률을 근거로 개인에 대한 소송을 제기하는 빈도가 늘어나는 현실은 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기할 위험이 더욱 커진다는 점에서 우려”를 표현했습니다. 특별보관은 국제기준에 부합하지 않는 현행법제와 가혹한 형사상의 제재 위협은 자기 검열의 강화를 초래한다고 지적했습니다.

〈표현의 자유를 위한 연대〉는 표현의 자유가 후퇴되고 있는 현실을 직면하면서 그동안 우리를 울리고 있는 표현의 자유를 침해하는 법과 관행, 규제에 맞서 표현의 자유를 적극적으로 옹호하는 운동을 합니다. 과거 표현의 자유 운동이 '국가안보' 논리에 맞선 측면이 강했다면 지금은 다양한 양상과 확장된 현실(명예훼손, 인터넷 규제, 선거법, 집시법 등)에 직면해 있으므로 그에 걸맞은 새로운 표현의 자유 운동이 필요합니다. 국가안보 논리와 시장의 자유에 맞선 담론과 전략을 생산하고, 국가의 규제나 간섭이 아닌 '시민의 자율성과 다양성이 존중되는 표현의 자유 운동'을 만들기 위해 2011년 6월 21일 출범하였습니다.

표현의 자유를 옹호하는 인권활동가, 법률가, 학자들이 함께 표현의 자유를 침해했던 사례들을 살펴 표현의 자유를 침해·제약하는 각종 제도, 규제에 대해 연구와 토론을 진행했습니다. 그 결과물로 [표현의 자유 정책제안]을 발간하고, 정책과제들이 법제화되도록 하기위한 개선운동을 계획하고 있습니다.

## 표현의 자유를 위한 연대 활동

### | 정책포럼 |

#### 2011.6.21 출범토론회

형사상 명예훼손과 표현의 자유

#### 2011.7.20 공무원, 교사 정치적 표현의 자유 토론회

공무원과 교사의 정당가입 및 정당후원 허용 등 정치적 권리실현을 위한 긴급 토론회 (공동주최: 민주사회를 위한 변호사모임 노동위원회, 민주주의법학연구회, 표현의 자유를 위한 연대/후원: 국회의원 권영길 의원실)

#### 2011.7.28 긴급토론회

'희망버스'에서 드러난 경찰의 집회시위관리방식, 무엇이 문제일까? (공동주최: 표현의 자유 연대, 국회의원 이정희, 조승수, 정동영 의원실)

#### 2011.8.8 교원/공무원의 정치적 기본권 보장 관련 국회 공청회

교원·공무원의 정치기본권 보장 어떻게 볼 것인가? (주관: 민주사회를위한변호사모임, 민주주의법학연구회, 표현의자유를위한연대, 참여연대, 교사·공무원정치기본권찾기공동행동 주최: 민주노동당(이정희, 권영길, 강기갑,곽정숙, 홍희덕, 김선동), 민주당(정동영, 천정배), 진보신당(조승수), 창조한국당(유원일)

#### 2011.9.9 공공기관 및 교육현장의 내부고발자(내부비판) 보호와 관련한 토론회

우리사회 내부고발자는 보호될 수 없는가? (후원: 국회의원 백원우 의원실)

#### 2011.10.23 청소년의 표현의 자유 토론회

청소년 정치참여 보장을 위한 토론회 (공동주최: 표현의 자유 연대, 국회의원 권영길 의원실)

### 2011.12.5 정보접근권 토론회

괴담정부, 그 책임은 누구에게?— 이명박 정부하에서의 표현의 자유와 알 권리(공동주최: 표현의 자유 연대, 투명사회를 위한 정보공개센터)

### 2011.12.7 국가보안법 토론회

(공동주최: 표현의 자유 연대, 국회의원 이정희 의원실, 민주사회를위한변호사모임)

## | 정책워크숍 |

2011.11.12 | 표현의 자유 정책 워크숍 1차

2011.12.3 | 표현의 자유 정책 워크숍 2차

2011.12.27 | 표현의 자유 정책 워크숍 3차

## | 표현의 자유를 위한 연대를 함께 하고 있는 사람들 |

국제엠네스티 한국지부, 노동자 연대 다함께, 문화연대, 미디어기독연대, 민주노동자연대, 민주사회를위한변호사모임, 민주주의법학연구회, 민주화실천가족운동협의회, 불교인권위원회, 서울인권영화제, 언론개혁시민연대, 언론소비자주권 국민캠페인, 인권단체연석회의, 인권운동사랑방, 인천인권영화제, 전국공무원노동조합, 전국교직원노동조합, 전국민주노동조합총연맹, 전국언론노동조합, 진보네트워킹센터, 참여연대, 천주교인권위원회, 청소년인권행동 아수나로, 투명사회를 위한 정보공개센터, 한국게이인권운동단체 친구사이, 한국작가회의, 한국진보연대, 강명득(변호사), 박기호(인권활동가)