

# 소비자의 표현의 자유와 사이버 명예훼손죄의 성립에 관한 소고

강명희  
법령정보관리원, 연구원

## 목 차

### I. 연구의 배경

### II. 소비자의 권리와 소비자 운동

1. 소비자의 개념
2. 헌법상의 소비자권리
3. 소비자기본법상의 소비자권리
4. 인터넷에서의 소비자운동
5. 소비자운동을 위촉시키는 요소로서 소송의 이용

### III. 소비자의 표현의 자유와 사이버 명예훼손죄의 성립 여부

1. 인터넷상 표현의 자유
2. 사이버 명예훼손죄의 성립요건

### IV. 소비자의 표현의 자유 보호를 위한 입법적 대응방안

1. 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화를 위한 개정
2. 소비자의 표현의 자유 보장을 위한 입법

### V. 결론

## 국문요약

사업자에 비해 상대적으로 약자의 위치에 있다고 할 수 있는 소비자를 보호하기 위해 헌법과 소비자기본법은 소비자의 권리에 관하여 규정하고 있다. 이러한 소비자권리의 실현을 위하여 소비자는 인터넷이란 매체를 통해 적극적인 의견표명과 의견교환을 하고 있는데, 사업자는 인터넷에 게시되는 표현들 중 자신에게 불리하게 기재된 내용에 대하여 그것이 진실된 내용이거나 개인적인 경험에 기반하여 작성된 표현이라 할지라도 명예훼손을 이유로 형사 고소를 하는 방식의 대응을 하고 있다.

소비자가 재화나 용역을 구매한 후 불만족한 사항에 대한 사용후기의 작성, 사업자에게 부정적인 영향을 줄 수 있는 내용의 게재 등을 이유로 고소를 당한 경우 소비자는 많은 시간과 비용을 재판에 소모하여야 한다. 또한 이를 지켜보는 다른 소비자들은 자신도 그러한 상황에 놓일 수 있다는 두려움에 의견을 개진하지 않거나 발언을 스스로 검열하여 표현의 자유가 위축되는 결과를 가져오게 된다. 이러한 결과는 소비자의 권리보호 및 표현의 자유 측면에서 결코 긍정적이라 할 수 없다.

이러한 고소 건에 대하여 대법원은 공공의 이익을 위한 것이라면 비방의 목적이 없다고 판단하여 명예훼손죄의 성립 자체를 부정하는 판단을 하고 있으나, 법원의 판단은 사건별로 달라지고 소송절차를 진행한다는 사실 자체만으로도 일반 소비자의 표현의 자유는 위축되는 효과가 있으므로 사실의 적시인 경우에는 명예훼손죄로 고소를 할 수 없도록 ‘사실적시 명예훼손죄의 비범죄화’를 위한 정보통신망법 제70조제1항의 개정이 필요하다고 본다.

또한 소비자의 표현의 자유를 극대화하기 위하여 전략적 봉쇄소송법의 입법에 대하여 생각해 볼 필요가 있다. 우리나라의 법체계상 입법이 어려우므로 법원이 이를 인지하고 조기에 각하하는 식으로 대응하는 사법적 대응을 하자는 의견도 있으나, 표현의 자유를 위협하는 소송을 재판 절차에 가기 전에 조기에 차단하는 것이 더욱 필요하다는 판단 하에 헌법의 틀 내에서 입법논의를 하는 것이 더 나은 것이 아닐까 생각한다.

**주제어** : 소비자권리, 소비자운동, 표현의 자유, 명예훼손, 사이버 명예훼손죄, 전략적 봉쇄소송

## 1. 연구의 배경

인터넷 세상은 표현의 자유와 정보의 오남용 및 악용으로 현실 세상과는 비교도 할 수 없는 파급력을 가지고 광범위하고 심각한 피해를 양산하고 있다. 이로 인해 사이버 명예훼손, 사이버 모욕죄 등과 같은 법적 문제가 급격히 증가하고 있는데, 이에 따라 “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다)” 및 “형법” 등이 적용되어 형사 처벌을 받는 사례 또한 지속적으로 늘고 있다.<sup>1)</sup>

형사 처벌을 위해 고소가 진행되는 사안들 중에는 악성댓글, 개인정보에 대한 허위 사실의 유포, 욕설의 게재 등과 같은 문제로 인한 고소뿐만 아니라 소비자가 재화나 용역을 구매한 후 이에 대한 사용후기의 작성, 불만족한 사항에 대한 게재, 사업자의 영업에 지장을 줄 수 있는 발언의 게시 등을 이유로 해당 사업자가 명예훼손으로 고소를 진행하는 경우도 있다. 이런 경우는 소비자의 표현의 자유와 명예훼손이라는 법익이 충돌한다고 볼 수 있는데 어떤 법익을 우선해야 하는가에 대하여 의문이 생긴다.

헌법 제124조가 소비자의 권리를 보호하고 있고, 소비자의 의견교환 등을 통해서 경제 질서를 형성할 수 있다고 규정하고 있음에 비추어 볼 때, 소비자의 권리와 명예훼손은 다른 차원의 기본권 충돌이 예정되어 있는 경우라 할 것이다. 이러한 점에서 명예훼손죄의 성립 여부를 판단함에 있어 기준을 달리 할 필요가 있다는 견해가 있는데<sup>2)</sup>, 비슷한 견지에서 소비자의 권리와 명예훼손의 위법성 판단 사이의 관계를 밝힌 대법원의 판결도 있다.<sup>3)</sup> 이와 반대로 표현의 자유도 중요하지만 인간의 존엄과 가치를 존중하는 자유민주주의 사회에서 타인의 명예나 권리, 사회윤리를 침해하는 행동은 제재를 하는 것이 타당하다고 생각하는 견해도 있을 것이다.

따라서 본 고에서는 소비자의 표현의 자유와 명예훼손이라는 법익이 충돌을 하는 경우 어떤 법익을 우선시 하는 것이 타당한지에 대해 생각해 보고자 한다. 이에 대한 논의를 하기 위해서 우선 소비자권리와 사이버 명예훼손에 대하여 검토하고, 소비자가 표현의 권리 행사로 사업자에게 부정적인 영향을 미칠 수 있는 내용을 인터넷에 게재한 경우 명예훼손죄의 성립 여부를 판단

1) 정보통신망 명예훼손죄는 인터넷 사이트의 자유게시판이나 미니 홈페이지, 블로그 등에 타인의 명예를 훼손하는 글을 게재하는 경우로서 최근 고소가 증가함에 따라 기소되는 사례 또한 증가하는 추세이다. 대법원 형사법연구회, “범죄유형별 재판참고사항”, 경성문화사(2013. 11.), 44면.

2) 모성준, “소비자의 권리행사로써의 표현과 정보통신망법상 명예훼손죄의 성립여부”, 「법학논총(국민대학교 법학연구소)」, 제27권제2호(2014.), 211면.

3) 대법원 2012. 11. 29. 선고, 2012도10392.

함에 있어 어떠한 사항을 고려해야 하는지, 더 나아가 소비자의 표현의 자유를 극대화시킬 수 있는 방안에는 어떠한 것이 있는지에 대하여 고찰하고자 한다.

## II. 소비자의 권리와 소비자 운동

### 1. 소비자의 개념

소비자에 대한 법률적 규정은 「소비자기본법」에서 찾아볼 수 있다. “소비자”란 사업자가 제공하는 물품 또는 용역(시설물 포함)을 소비생활을 위하여 사용(이용 포함)하는 자 또는 생산 활동을 위하여 사용하는 자로서 ① 제공된 물품 또는 용역(이하 "물품 등"이라 한다)을 최종적으로 사용하는 자(다만, 제공된 물품등을 원재료(중간재 포함), 자본재 또는 이에 준하는 용도로 생산활동에 사용하는 자 제외), ② 제공된 물품 등을 농업(축산업 포함) 및 어업 활동을 위하여 사용하는 자(다만, 「원양산업발전법」 제6조제1항에 따라 해양수산부장관의 허가를 받아 원양 어업을 하는 자 제외)를 말한다<sup>4)</sup>고 소비자기본법은 규정하고 있다.

그러나 일반적으로 소비자는 스스로의 생활을 위하여 상품 등을 구입하거나 서비스를 제공받아 소비하는 자로서, 이익을 목적으로 소비자에게 상품이나 서비스를 제공하는 사업자와 대응되는 개념으로 사용되고 있다.

소비자에 대해서는 일반적으로나 규범적으로 다양하게 정의를 내릴 수 있으나 공통적인 요소를 뽑으면 “소비자란 스스로 생활을 위하여 소비하는 것을 목적으로 하여, 물품·권리·서비스를 최종적으로 취득·이용하는 자”라고 정리할 수 있을 것이다.<sup>5)</sup>

### 2. 헌법상의 소비자권리

사업자에 비해 상대적으로 약자의 위치에 있는 소비자에 대한 보호 필요성은 소비자의 권리 문제로 발전하였고, 헌법에 규정을 두면서 소비자에 대한 기본권 차원으로 격상되었다. 이에 헌

4) 소비자기본법 제2조제1호 및 소비자기본법 시행령 제2조.

5) 김상경, “인터넷을 통한 소비자 운동의 자유에 관한 연구”, 『세계헌법연구』, 제15권제1호(2009), 30면.

법은 경제주체간의 조화를 통한 경제적 민주화를 지도이념 중의 하나로 설정하고 있는 헌법 제 119조제2항<sup>6)</sup>의 실현을 위하여 약자의 위치에 있는 소비자를 보호하는 것에 그치지 않고, 소비자가 중요한 경제주체로서 왜곡된 시장질서를 시정하고 스스로 바람직한 경제질서를 형성해나갈 수 있도록 역할을 부여하였다. 즉, 헌법 제124조에서 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.” 고 규정함으로써 소비자보호운동에 대한 헌법적 보장을 선언한 것이다.<sup>7)</sup>

그러나 헌법은 소비자보호운동의 보장만 규정하고 있을 뿐이어서 이를 소비자의 기본권으로 인정할 수 있는지 여부에 대해서는 논란이 일고 있다. 이에 대하여 소비자권리와 소비자보호운동은 동일한 의미이므로 헌법 제124조가 근거규정이 된다고 하는 견해<sup>8)</sup>와 소비자 기본권은 새로운 유형의 복합적 기본권이기 때문에 헌법 제10조 인간의 존엄성과 행복추구권을 이념적 근거로 하여, 제124조를 부분적인 직접적 근거, 제37조제1항은 보완적 근거, 제23조제1항, 제34조제1항, 제36조제3항 등을 간접적 근거규정으로 한다고 보는 견해도 있다.<sup>9)</sup>

현대 산업사회에서 소비자권리가 헌법차원에서 다루지고 있는 이상 그 기본권성을 부인하기는 어렵다는 것이 다수의견이다. 또한 기본권 차원에서 소비자권리를 다루는 한 헌법의 기본권의 장에 규정되어 있지 않다고 하여도 소비자권리를 기본권으로 그 근거규정을 헌법 제124조로 보는 것에 무리는 없다고 판단된다.<sup>10)</sup>

### 3. 소비자기본법상의 소비자권리

소비자를 보호하기 위한 입법정책의 일환으로 제정된 것이 “소비자기본법”이다. 소비자기본법은 제1조에서 규정하고 있는 것처럼 소비자의 권익을 증진하기 위하여 소비자의 권리와 책무, 국가·지방자치단체 및 사업자의 책무, 소비자단체의 역할 및 자유시장경제에서 소비자와 사업자 사이의 관계를 규정함과 아울러 소비자정책의 종합적 추진을 위한 기본적인 사항을 규정함으

6) 헌법 제119조 ②국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

7) 모성준, “소비자의 권리행사로서의 표현과 정보통신망법상 명예훼손죄의 성립여부”, 『법학논총(국민대학교 법학연구소)』, 제27권제2호(2014.), 216면.

8) 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2007년, 582면 이하.

9) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008년, 579면 이하.

10) 김상겸, “인터넷을 통한 소비자 운동의 자유에 관한 연구”, 『세계헌법연구』, 제15권제1호(2009.), 31~32면.

로써 소비생활의 향상과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다. 소비자기본법은 이러한 목적 실현과 소비자보호를 위해 제4조에서 소비자의 기본적 권리를 규정하고 있다. 1. 물품 또는 용역(이하 "물품 등"이라 한다)으로 인한 생명·신체 또는 재산에 대한 위해로부터 보호받을 권리, 2. 물품 등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리, 3. 물품 등을 사용함에 있어서 거래상대방·구입장소·가격 및 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리, 4. 소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시킬 권리, 5. 물품 등의 사용으로 인하여 입은 피해에 대하여 신속·공정한 절차에 따라 적절한 보상을 받을 권리, 6. 합리적인 소비생활을 위하여 필요한 교육을 받을 권리, 7. 소비자 스스로의 권익을 증진시키기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리, 8. 안전하고 쾌적한 소비생활 환경에서 소비할 권리가 그것이다.

그리고 소비자기본법 제5조는 “ ① 소비자는 사업자 등과 더불어 자유시장경제를 구성하는 주체임을 인식하여 물품 등을 올바르게 선택하고, 제4조의 규정에 따른 소비자의 기본적 권리를 정당하게 행사하여야 한다. ② 소비자는 스스로의 권익을 증진하기 위하여 필요한 지식과 정보를 습득하도록 노력하여야 한다. ③ 소비자는 자주적이고 합리적인 행동과 자원절약적이고 환경친화적인 소비생활을 함으로써 소비생활의 향상과 국민경제의 발전에 적극적인 역할을 다하여야 한다.” 라고 하여 소비자의 책무를 규정하고 있다. 이를 통해 보면 소비자는 소비자의 권리를 극대화 시키고 정당하게 행사하기 위해 노력해야 하는 책무 또한 부담하고 있음을 알 수 있다.

소비자는 물품 등의 선택에 있어서 정보를 제공받을 권리(그 정보가 긍정적인 평가인지, 부정적인 평가인지의 구분 없이)와 사업자의 판매활동 등에 의견을 반영시킬 권리, 스스로의 권익을 증진시키기 위하여 단체행동을 할 수 있는 권리가 있으며, 이 권리를 극대화시키기 위해 노력해야 하는 책무도 부담한다. 이러한 소비자의 권리와 책무는 소비자의 적극적인 의견표명과 의견교환을 넘어서 소비자들의 단결과 단체행동을 통하여 비로소 온전한 실현이 가능하고, 이를 통하여 소비자의 자주적인 소비자 보호운동이 전개될 때 소비자에게 발생할 수 있는 문제의 해결 또한 가능해진다 할 것이다.<sup>11)</sup>

11) 모성준, “소비자의 권리행사로서의 표현과 정보통신망법상 명예훼손죄의 성립여부”, 『법학논총(국민대학교 법학연구소)』, 제27권제2호(2014.), 217면.

#### 4. 인터넷에서의 소비자운동

소비자운동이란 소비자들이 특정 소비자와 관련된 문제에서 그 관심과 이해를 공유하면서 이를 집합적으로 요구하는 일종의 사회운동이다.<sup>12)</sup> 소비자운동은 소비자가 스스로의 권익과 보호를 위하여 권리를 행사하는 소비자기본권의 중요 부분이다.

기존의 소비자운동은 전화 또는 우편상담 등을 통한 소비자고발, 항의방문, 집회나 시위, 토론회 등을 주로 이용하였다. 또한 다수의 소비자에게 상품이나 용역에 대한 주의나 경고는 방송이나 신문을 거쳐서 알렸다. 그러나 인터넷의 발달로 소비자운동도 변화를 맞게 되었다. 온라인 시대의 초기 소비자운동은 부족한 통신환경으로 인하여 일정한 제약이 있을 수밖에 없었고, 통신형태도 간단한 문서형태의 정보제공과 의견수렴 및 상담 등이었기 때문에 활성화되기가 어려웠다. 그러나 점차 정부의 고속정보화정책에 힘입어 광통신망을 통한 인터넷의 보급으로 소비자들의 멀티미디어형 정보교환이 가능해졌고, 시간과 공간의 장벽을 넘어서 쌍방 간의 정보교환과 의사소통을 할 수 있게 되었다. 이로 인해 생산자와 소비자, 소비자와 소비자 및 소비자와 단체 간의 활발한 교류도 이루어졌다.

인터넷 시대의 소비자운동은 사이트를 통하여 소비생활과 관련 정보를 교환하고 정보를 공유하며 공동으로 대응하는 방식으로 전개된다. 특히 소비자단체들은 오프라인에서의 소비자운동을 온라인에 연계하는 방식으로 소비자운동을 전개하고 있다. 소비자단체들은 소비자보호를 위한 각종 정보와 자료를 사이트의 게시판 등을 통해 제공하고 소비자와 상담을 하며 소비자운동을 함께할 소비자를 모집하기도 한다.<sup>13)</sup> 이러한 소비자운동의 시작은 긍정적인 의견이든 부정적인 의견이든 소비자의 소비활동에 대한 자유로운 의견표명과 교환이라고 할 수 있다.

#### 5. 소비자운동을 위축시키는 요소로서 소송의 이용

인터넷을 통한 소비자운동이 다양하고 폭넓은 방향으로 나아가자 사업자들 또한 영업에 부정적인 영향을 미치는 소비자의 자유로운 의견 개진에 대하여 여러 방향으로 대책을 세워나가고 있다. 그 중 하나가 인터넷에 게시되는 표현들 중 사업자에게 불리하게 기재된 내용물에 대하여

12) 박휘주 외 5인, “소비자정책의 평가와 과제”, 한국소비자원, 2007년, 76면.

13) 김상겸, “인터넷을 통한 소비자 운동의 자유에 관한 연구”, 『세계헌법연구』, 제15권제1호(2009.), 36~37면.

그것이 진실된 내용이거나 개인적인 경험에 기반하여 작성된 표현이라고 할지라도 명예훼손을 이유로 형사 고소를 하거나 민사상 손해배상 청구를 적극적으로 하는 것이다. 문제는 자신들에게 유리한 내용에 대해서는 그것이 허위의 사실이건 보상을 위한 왜곡된 의견이건 확산시키려는 노력을 끊임없이 하면서 자신들에게 불리한 내용에 대하여는 과도한 대응을 한다는 점이다. 이는 인터넷에 유통되는 정보의 진실성에 대한 신뢰를 저하시키고 천편일률적인 광고성의 정보들만을 남겨 소비자가 스스로의 권익을 증진하기 위하여 필요한 지식과 정보의 습득을 어렵게 하는 문제를 양산할 수 있다.

물론 소비자가 인터넷에서 구매경험 등을 카페나 블로그에 게시하는 과정에서 허위사실을 게시하거나 비방할 목적 또는 보상이라는 명목 하에 이득을 취하려는 목적으로 사업자에 대하여 과도한 표현을 쓰거나, 다른 소비자의 구매에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 극단적인 발언을 하여 문제가 되는 일도 늘어나고 있다. 또한 일부 파워블로거들이 높은 신뢰도와 영향력을 이용하여 영리를 목적으로 공동구매 알선 등 상업적 활동을 하면서 그 사실을 블로그 이용자들에게 알리지 않음으로써 큰 사회적 파장을 불러오기도 하였다.<sup>14)</sup>

인터넷에 있어서의 소비자의 행동은 헌법 제21조제4항의 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.”는 규정에 의해 제한을 받는다. 즉, 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안 됨에도 불구하고, 이를 어긴 경우에는 법률적인 제재를 받게 된다. 또한 소비자기본법 제5조제1항은 소비자는 소비자의 기본적 권리를 정당하게 행사하여야 함을 규정하고 있다. 이 조항에서 “정당한 행사”가 무엇인지에 대해서는 “사회상규”에 의하여 판단하는 수밖에 없다고 한다. 즉 소비자 운동은 정당한 이유에 의하여 정당한 방법으로 해야 한다고 판단되는 것이다.<sup>15)</sup> 결국 소비자들의 행동은 헌법뿐만 아니라 소비자기본법의 규정을 통해서도 제한을 받고 있다.

그러나 간과해서는 안 될 점은 소비자권리는 헌법 또는 소비자기본법에 의한 법률적 제한 이외에 다른 형태의 제한을 받아서는 안 된다는 점이다. 소비자운동은 헌법상의 근본적인 요청이고, 소비자권리는 “단순히 근대시민법에서의 자유에의 회복을 의미하는 것이 아니라 공적 기관의 개입, 사회적 운동의 압력, 소비자 및 주민의 직접 참가를 필요로 하는 적극적 의미의 사회

14) 모성준, “소비자의 권리행사로서의 표현과 정보통신망법상 명예훼손죄의 성립여부”, 『법학논총(국민대학교 법학연구소)』, 제27권제2호(2014.), 219면.

15) 김상겸, “인터넷을 통한 소비자 운동의 자유에 관한 연구”, 『세계헌법연구』, 제15권제1호(2009.), 38면.

적 성격을 지향하는 권리”<sup>16)</sup>이기 때문이다. 소비자권리는 최대한 보장되어야 하고, 사업자의 권리에 대한 침해의 위법성을 판단함에 있어 비교형량의 기준이 되어야 할 것이다. 현실적으로 소비자가 사업자에 비해 정보, 기술조작, 부담전가, 조직력 및 시장지배력에서 열등하다는 사실이 배제되어서는 안 될 것이다.<sup>17)</sup> 열등한 위치에 있을 수밖에 없는 소비자가 소비자권리를 제대로 보장받기 위해서는 필연적으로 표현의 자유를 비롯한 여러 다른 자유권적 기본권의 행사를 보장받아야만 한다.

그러나 소비자가 인터넷에 게시하는 글이 사업자에게 부정적인 영향을 준다는 이유만으로 무조건 명예훼손을 이유로 형사상 고소를 하거나 민사상 손해배상청구를 하는 사업자들의 태도는 소비자가 소비생활과 관련된 정보를 교환하고 정보를 공유할 수 없도록 차단하는 역할을 한다. 이는 인터넷을 통한 소비자의 표현의 자유를 제한하고 소비자 운동을 원천적으로 봉쇄하여 법률 이외에 다른 형태로 소비자권리를 제한하는 행위이므로 중대한 문제가 아니라 할 수 없다.

이와 관련하여 주로 논의되는 것이 전략적 봉쇄소송 또는 시민들의 공적 발언 및 참여를 봉쇄하기 위한 소송인데, 이 소송은 소송절차상 수반하는 비용, 시간 및 정신적 부담 등을 그러한 발언 및 참여를 하고자 하는 시민들에게 부과하여 결과적으로는 사회 전체적으로 막대한 피해를 발생시킨다.<sup>18)</sup> 현재 세계 각 국은 이러한 문제를 해결하기 위한 방안을 모색하는 노력을 진행하고 있다.

### 가. 전략적 봉쇄소송의 개념

전략적 봉쇄소송(Strategic Lawsuit Against Public Participation, SLAPP)은 공적인 관심사 혹은 사회적 이익(public interest)에 관하여 발언하거나 참여하고자 하는 개인 혹은 집단을 상대로 이를 봉쇄하기 위하여 전략적으로 제기되는 소송을 말한다. 전략적 봉쇄소송의 가장 전형적인 예로는, 부동산 개발에 반대하는 환경단체나 시민들이 자신들의 의견을 개진할 경우 부동산 개발업자가 그들에 대하여 명예훼손이나 불법행위, 업무방해 등을 이유로 거액의 손해배상

16) 조국, “소비자 불매운동의 법적지위와 형사처벌의 당부”, 『형사법연구』, 제23권제3호(2011.), 373면.

17) 권대우, “헌법적 권리로서의 소비자권과 소비자운동권의 발현-소비자기본법의 체계와 의미를 중심으로”, 『세계헌법연구』, 제17권제3호(2011.), 265면.

18) 박경신, “전략적 봉쇄소송 억제(Anti-SLAPP)법리의 미국민사소송제도 상의 환경에 대한 이해와 우리나라에서의 적용가능성”, 『법학연구』, 제14권제3호(2011.), 78~80면.

청구를 하는 것을 들 수 있다.<sup>19)</sup>

## 나. 전략적 봉쇄소송의 특징

첫째, 전략적 봉쇄소송에서 원고는 대부분의 경우 승소를 목적으로 하지 않는다. 원고의 목적은 피고로 하여금 원고의 청구에 대응하기 위하여 변호사를 선임하고, 답변서를 제출하는 등의 재판 과정을 거치며 많은 시간과 비용을 소모하도록 하는 것이다. 원고는 피고가 최대한 많은 비용을 소모하는 것과 낮설고 생소한 소송절차에 대한 두려움을 가지고 혹시나 패소할 경우 거액의 손해배상을 해야 한다는 사실에 위축되는 것을 목적으로 한다.

둘째, 전략적 봉쇄소송은 해당 소송의 피고가 아닌 사람들에게 일종의 본보기로 작용하여 혹시나 자신도 전략적 봉쇄소송의 피고가 될지도 모른다는 두려움을 주어 사회 전반적으로 해당 이슈에 대한 의견표명을 주저하게 하는 위축효과를 노린다는 특징이 있다. 결과적으로 전략적 봉쇄소송의 원고는 소제기를 통하여 피고 외에 제3자가 장래에 특정 이슈에 대하여 발언하는 것을 차단하는 효과를 거두게 되는 것이다. 이러한 종류의 소송이 반복될 경우 위축효과는 사회 전반으로 확대되며, 공적인 문제에 대하여 발언하고자 하는 당사자들은 자신의 발언이 지니는 위험성에 대해 재고하게 될 뿐만 아니라 자신의 발언 혹은 행동을 스스로 검역하는 등의 행동을 취하게 되고, 이는 결과적으로 사회 전반적으로 건전한 의사표명 및 공적인 토론의 기능이 박탈되는 효과를 낳게 된다.<sup>20)</sup>

셋째, 전략적 봉쇄소송은 일반적으로 공공의 이슈와 관련하여 개인 혹은 단체가 기업 혹은 정부를 상대로 비판적인 의견을 개진하거나 적극적인 활동을 하였을 때, 그에 대한 대응으로 제기되는 경우가 많다. 그러나 전략적 봉쇄소송이 아니라도 이런 외관을 갖추는 경우가 있을 수 있으므로 법원에서 구체적인 심리가 진행되지 않은 상태에서 전략적 봉쇄소송인지의 여부를 구별하기란 쉽지 않다는 특징이 있다.

19) 김정환, "인터넷상 표현의 자유와 전략적 봉쇄소송(SLAPP)", 『안암법학』, 제43권(2014.), 954면.

20) 김정환, "인터넷상 표현의 자유와 전략적 봉쇄소송(SLAPP)", 『안암법학』, 제43권(2014.), 957~958면.

## 다. 전략적 봉쇄소송의 문제점

전략적 봉쇄소송의 문제점은 사회 전반적으로 표현의 자유가 심각하게 훼손된다는 것이다. 사업자가 명예훼손 등을 이유로 소송을 제기하는 경우 소비자는 소송을 당했다는 사실을 극도로 두려워하고, 소제기 자체에 부담을 느껴 자신들의 의견표명을 철회하거나 사업자에 대하여 적극적으로 반대를 표시하지 못하게 된다. 결과적으로 누군가가 어떤 발언을 하여 소송을 당했다는 사실이 알려지면 소제기를 당하지 않은 소비자들도조차도 소송을 당할지 모른다는 두려움에 발언 자체를 자제하거나 이슈가 되는 문제의 참여를 꺼리게 되어 인터넷에는 사업자에게 이득이 되고, 긍정적인 정보만 남아 소비자의 의사결정에 필요한 실질적이고 객관적인 정보는 얻을 수 없는 상황이 된다.

또한 전략적 봉쇄소송의 제기로 인하여 무익한 비용이 들고 사법시스템에 대한 신뢰가 저하될 수 있다는 점이 문제가 된다. 사업자는 명예훼손이나 불법행위 등을 이유로 소송을 제기하지만 이를 통해 손해배상을 받고자 하는 의도보다는 오히려 소비자들의 행동을 위축시킴으로서 소비자가 적극적으로 발언을 하거나 문제가 되는 이슈에 참여하는 것을 봉쇄하려는 의도로 소송을 악용한다. 이로 인해 불필요한 시간과 자원이 낭비될 뿐만 아니라 사법시스템은 약자를 보호하지 못하고 강자의 이득을 대변한다는 오명을 쓰게 될 수 있다.<sup>21)</sup>

## 라. 전략적 봉쇄소송의 대응

세계 각 국은 전략적 봉쇄소송으로 인한 문제점을 해결하기 위해 사법적, 입법적 노력을 기울이고 있다. 이에 각각 어떠한 노력을 기울이고 있는지 살펴보고자 한다.

### 1) 사법적인 대응

미국 웨스트 버지니아주 대법원은 석탄회사가 환경단체와 그 지도자를 상대로 제기한 전략적 봉쇄소송을 각하하였다.<sup>22)</sup> Neely 판사는 피고들의 활동 모두에 대하여 절대적 면제(broad

21) 김정환, "인터넷상 표현의 자유와 전략적 봉쇄소송(SLAPP)", 「안암법학」, 제43권(2014.), 959면.

22) Webb v. Furry Case[282 S.E. 2d 28 (W. va. 1981)].

immunity)를 인정한 다수 의견에 반대하였고, 전략적 봉쇄소송에 대응하고 적법한 청구를 보호하기 위해서는 보다 정확한 기준이 필요하다고 주장하였다. 이러한 주장에 근거하여 다음의 세 가지 기준을 제시하였는데, ① 피고의 행위가 미연방수정헌법 제1조에 의해 보호되는 것으로 보이는 경우 통상의 소답(notice pleading)보다 자세하고 특정된 주장을 제출하도록 하고, ② 원고의 소제기가 선의에 의하여 이루어지고 해당 사건이 계속 진행될 수 있는지를 판단하기 위해 예비적인 심문절차(Preliminary hearing)을 열어야 하며, ③ 사건이 사실 심리절차로 진행되고 원고가 본안에 관하여 패소한 경우 원고로 하여금 피고의 모든 소송비용을 부담하도록 하는 것이다. 이러한 기준은 피고를 과도한 소송비용의 부담으로부터 보호하고 소송의 신속한 각하를 가능하게 하며, 원고의 비용부담을 통해 소제기의 유인을 감소시킨다는 점에서 매우 효율적인 것으로 평가된다.<sup>23)</sup>

그 밖에 오스트레일리아는 헌법에 규정된 표현의 자유가 개인과 정부 사이에서의 의사표현까지도 포함한다고 판시하여 미연방수정헌법상의 청원권과 유사하게 이를 해석하였고, 이는 결과적으로 전략적 봉쇄소송에 대응할 수 있는 중요한 이론적 기초로 삼았다.<sup>24)</sup> 이후에 Council of the Shire of Ballina v. Ringland 사건<sup>25)</sup>에서 표현의 자유는 민주주의의 핵심적인 요소이며, 정부에 대한 비판적 의견을 개진할 수 있는 권리 또한 민주주의를 제대로 기능하도록 하는 요소라고 판시하면서 정부기관이 환경단체를 피고로 하여 명예훼손을 이유로 제기한 손해배상청구를 각하하였다. 또한 Williams v. Spautz 사건<sup>26)</sup>에서는 상대방을 위협하거나 소송절차 자체에서 의도하지 않은 “부수적인 이익(Collateral advantage)”을 얻기 위하여 소송절차를 남용하는 것은 허용되지 않는다고 판시하면서, 전략적 봉쇄소송이 허용되지 않음을 분명히 하였다.<sup>27)</sup>

## 2) 입법적인 대응

미국에서는 연방법 차원에서 반 전략적 봉쇄소송법을 제정해야 한다는 의견이 제시되었으나, 입법으로 이어지지는 못하였다. 다만, 일부 주에서 주법으로 반 전략적 봉쇄소송법을 제정하였

23) 김정환, “인터넷상 표현의 자유와 전략적 봉쇄소송(SLAPP)”, 『안암법학』, 제43권(2014.), 972면.

24) Nationwide News Pty. Ltd. v. Wills Case[177 C.L.R. 1, 72 (Austl. 1992)].

25) 33 NSWLR 680 (1994).

26) 174 CLR 509 (1992).

27) 김정환, “인터넷상 표현의 자유와 전략적 봉쇄소송(SLAPP)”, 『안암법학』, 제43권(2014.), 973면.

는데, 처음으로 제정한 주는 워싱턴 주로서 1989년 브렌다 힐 법안(Brenda Hill Bill)이 그것이다. 2013년 기준 주법으로 반 전략적 봉쇄소송법을 도입한 주는 28개 이고, 그 수는 점차 확대될 것을 보인다. 법의 내용은 주마다 다소 상이하나, 일반적으로 ① 전략적 봉쇄소송의 잠재적 피고(Potential Target)가 보호되는 행위의 유형, ② 전략적 봉쇄소송의 피고가 원고를 상대로 하여 손해배상을 받을 수 있는 근거, ③ 전략적 봉쇄소송으로 판명된 사건에 대해서는 이를 조기에 각하시키기 위한 신속한 심문절차(expedited hearing) 등에 대하여 규정하고 있다.<sup>28)</sup>

그 밖에 캐나다의 퀘벡 주에서는 민사소송법을 개정하는 형태(Code of Civil Procedure of 2009)로 반 전략적 봉쇄소송법을 입법하였다. 일본에서는 반 전략적 봉쇄소송법은 아직 제정되지 않은 상태이나 시민의 공공참여를 보장하고, 자유로운 의사표현을 담보하며, 소송제도의 악용을 막기 위해 이를 입법해야 한다는 의견이 제기되고 있다.<sup>29)</sup>

지금까지 살펴본 바와 같이 명예훼손소송이나 전략적 봉쇄소송은 소비자운동을 위축시키기 위한 수단으로 이용되고 있다. 이제 소비자운동과 소비자의 표현의 자유를 위축시키는 사이버 명예훼손죄의 성립요건을 살펴보고, 소비자의 표현의 자유를 보호하기 위한 방법에 대하여 고찰해보고자 한다.

### III. 소비자의 표현의 자유와 사이버 명예훼손죄의 성립 여부

#### 1. 인터넷상 표현의 자유

우리나라 헌법 제21조는 “① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. ③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. ④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있

28) 김정환, “인터넷상 표현의 자유와 전략적 봉쇄소송(SLAPP)”, 『안암법학』, 제43권(2014.), 974면.

29) 김정환, “인터넷상 표현의 자유와 전략적 봉쇄소송(SLAPP)”, 『안암법학』, 제43권(2014.), 976면.

다.” 라고 하여 표현의 자유로서 언론·출판의 자유를 보장하고 있다. 표현의 자유는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는데, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있다.<sup>30)</sup> 헌법재판소도 언론의 자유는 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 그 우월적 지위를 지니고 있는 것이 현대 헌법의 한 특징이라고 판시하였다.<sup>31)</sup>

표현의 자유는 인터넷이라고 하여 다르게 판단되지 않는다. 헌법재판소는 “정보통신망의 발달로 선거기간 중 인터넷 언론사의 선거와 관련한 게시판·대화방 등도 정치적 의사를 형성·전파하는 매체로서의 역할을 담당하고 있으므로, 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정되어 언론·출판의 자유에 의하여 보호된다.” 고 보았다.<sup>32)</sup> 이를 통해 판단할 때 인터넷 상에서 소비자의 소비활동에 대한 표현의 자유 또한 헌법 제21조에 의거하여 보호될 것이다.

그렇다면 헌법이 보장하는 표현의 자유에서 ‘표현’ 은 무엇을 의미하는가에 대한 의문이 생긴다. 표현은 의견 표명이라고 할 수 있는데, 이 의견 표명이 무엇인가에 따라 표현의 보호범위도 달라질 것이기 때문이다. 표현의 자유에서 보호하는 의견은 모든 사물과 인간에 대하여 평가적인 사고의 과정을 거친 개인의 평가적 가치판단 또는 입장 표명으로서 발언자와 발언 내용과의 주관적 관계가 특징적이라고 할 수 있을 것이며, 이러한 의견을 표명한다는 것은 외부세계에 대하여 정신적으로 영향력을 행사하는 것, 자신의 의견을 타인에게 표명함으로써 자신의 정신세계를 알리는 것이라 할 것이다.<sup>33)</sup> 이러한 관점에서 보면 헌법이 보호하는 ‘표현’ 은 가치판단이 개입되어 있는 의견을 자유롭게 개진하는 것을 의미한다고 볼 수 있다.

표현의 자유라는 기본권이라도 제한이 없는 것은 아니다. 헌법 제21조제4항은 표현의 자유에 대하여 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 경우에는 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 침해받은 타인의 보호법익과 표현의 자유라는 기본권이 충돌하는 경우 어떤 법익을 더 우위에 두어야 할 것인지에 대한 판단에 있어서는 보호 영역의 확정이라는 문제가 있으므로 신중한 접근이 이루어져야 할 것이다. 무엇보다 사업자와 소비자의 관계에서는 소비활동에 대한 표현을 명예훼손 등을 이유로 소를 제기하여 자유로운 의사 표현을 저해하고 위

30) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104.

31) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165.

32) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324.

33) 한수용, “헌법학”, 법문사, 2011, 702~703면.

축시키려는 의도로 “침해받은 타인의 보호법익” 을 악용할 수 있기 때문에 더욱 신중하게 판단해야 한다.

## 2. 사이버 명예훼손죄의 성립과 위법성조각

사이버 명예훼손에 관한 규제가 논란이 되는 것은 표현의 자유와 개인의 명예보호라는 두 가치의 충돌과 인터넷이라는 독특한 매체의 특성 때문이다. 사이버 명예훼손죄에 대한 처벌은 개인의 법익 보호를 위하여 반드시 필요한 사항이나, 사이버공간에 대한 규제강화는 표현의 자유를 침해하는 결과로 이어진다.<sup>34)</sup> 따라서 사이버 명예훼손을 이유로 처벌을 할 경우에는 그 처벌에 관한 기준이 명확해야 한다.

사이버 명예훼손에 대해서는 정보통신망법 제70조제1항 및 제2항에서 “ ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.” 라고 규정하여 처벌하고 있다. 이는 형법 제307조<sup>35)</sup>에 규정된 일반 명예훼손죄보다 가중하여 처벌하고 있다.

정보통신망법 제70조은 사이버 명예훼손죄의 성립요건으로 ① 비방할 목적, ② 정보통신망의 이용, ③ 공연성, ④ 사실의 적시를 규정하고 있다.

### 가. ‘비방할 목적’ 에 대한 판단

정보통신망법 제70조는 사이버 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 주관적인 구성요건으로 고의 외에 ‘비방할 목적’ 이 있어야 한다고 규정하고 있다. 마찬가지로 형법 제309조 출판물 등에 의한 명예훼손죄<sup>36)</sup>도 명예훼손의 고의 외에 불법 요소로서 비방의 목적을 요구하고 있다. 그러

34) 유인창, “사이버명예훼손행위와 형사법적 대응방안”, 『한국컴퓨터정보학회논문지』, 제17권제5호(2012.), 178면.

35) 제307조(명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

36) 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손) ① 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

나 사람을 비방할 목적이 정보통신망법 제70조의 사이버 명예훼손죄를 일반 명예훼손죄에 비하여 가중 처벌할 수 있는 특정한 요건이라고 볼 수 있는지에 대해 의문을 가지게 된다.

정보통신망법 제70조제2항의 ‘허위사실의 적시’ 인 명예훼손의 경우 허위 사실을 정보통신망에 기재한 순간 그 내용을 기재한 이유를 불문하고 비방의 목적을 가지고 있었느냐에 대한 판단 없이도 정보통신망법 제70조의 적용을 포기하고 형법 제307조제2항을 적용해야 할 합리적인 근거를 발견할 수 없기 때문이다. 이러한 점을 생각해 보면 정보통신망법 제70조제2항의 허위사실 적시에 의한 사이버 명예훼손죄의 구성요건에서 초과 주관적인 구성요건으로 비방의 목적을 특별히 요구할 필요가 없다고 보여 진다.

이에 반하여 정보통신망법 제70조제1항의 ‘진실한 사실의 적시’ 인 명예훼손의 경우에는 비방의 목적이 특별한 의미를 가질 수 있다. 명예훼손의 매체가 정보통신망인 경우라도 진실한 사실의 적시에 대해서는 비방 목적의 여부에 의하여 형법 제310조<sup>37)</sup>에 의한 위법성조각사유의 적용가능성이 결정될 수 있기 때문이다.<sup>38)</sup>

판례는 “사람을 비방할 목적이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교, 고려하여 결정하여야 한다.” 고 판단하고 있다.<sup>39)</sup> 법원이 비방의 목적에 대한 판단에 있어서 허위의 적시와 사실의 적시를 모두 포섭하여 판단하되, 그 밖의 상황들도 고려하여 판단하고 있음을 알 수 있다.

## 나. 명예훼손행위의 위법성조각

정보통신망법은 형법 제310조와 같은 위법성의 조각사유에 대한 특별규정을 두고 있지 않다. 그러나 법원은 사이버 상에서 표현의 자유가 위축되지 않도록 출판물에 의한 명예훼손죄의 경우와 마찬가지로 ‘비방할 목적’ 의 존부를 판단하는 과정에서 형법 제310조에 규정되어 있는 ‘공공의 이익’ 을 위한 표현행위인지 여부를 적극적으로 고려하여 왔다.

37) 제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

38) 이정원, “사이버공간에서의 명예훼손에 대한 형법적 규제”, 『법학논집』, 제32집제1호(2008), 중앙대학교 법학연구소, 38 ~ 39면.

39) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도8812 판결.

대법원은 “비방할 목적은 행위자의 주관적 의도의 방향에서 공공의 이익을 위한 것과는 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다. 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 그 밖에 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함된다.” 고 실시하면서<sup>40)</sup> “나아가 그 적시된 사실이 이러한 공공의 이익에 관한 것인지는 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론 형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지의 여부, 그리고 그 표현으로 훼손되는 명예의 성격과 그 침해의 정도, 그 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 하고, 행위자의 주요한 동기나 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다.” 고 판시하고 있다.<sup>41)</sup>

결국 출판물 명예훼손죄와 정보통신망 명예훼손죄의 경우 형법 제310조의 규정이 직접 적용된다고는 할 수 없을지라도, 공공의 이익을 위한 것이라고 볼 수 있는 경우에는 원칙적으로 ‘비방할 목적’ 이 부정되어 명예훼손죄 자체가 성립되지 않는다고 판단하고 있음을 알 수 있다.

소비자의 표현의 자유 행사와 명예훼손의 위법성 성립 여부에 있어서도 대법원은 동일한 판단을 하고 있다.<sup>42)</sup> 소비자인 피고가 산후조리를 한 조리원에 대한 불만 사항을 총 9회에 걸쳐 인터넷 사이트에 게시하였다는 이유로 정보통신망법 제70조제1항 명예훼손죄로 기소된 사안에서, 하급심 판결은 피해자인 산후조리원의 손을 들어 주었다. 즉, 제1심 법원은 “이 사건 각 게시물의 내용은 피해자가 운영하는 산후조리원에 대한 정보제공 차원을 넘어 피고인의 불만제기에 대응하는 피해자의 태도와 언행을 인격적으로 비난하는 표현이 다수 포함되어 있는 점, 피해자가 피고인의 환불요구를 거절한 직후 게시물 및 댓글을 계속적, 중복적으로 게재한 점 등 이 사건 각 게시물을 게재하게 된 경위, 구체적인 표현내용과 표현방법 등에 비추어 보면, 다수인을 상대로 영리목적의 서비스를 제공하는 피해자의 입장에서는 고객들의 불만의 의사표현을 어느 정도 감내하여야 할 것이라는 점을 고려하더라도, 피고인이 객관적으로 볼 때 주로 공공의 이익

40) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009도12132 판결; 대법원 2012. 1. 26. 선고 2010도8143 판결 등 참조.

41) 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도5068.

42) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10392 판결.

에 관하여 사실을 적시하였다고 볼 수 없다.” 고 판결한 것이다.

그러나 대법원에서는 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 따라 보장하여야 하며(헌법 제124조), 소비자는 물품 또는 용역을 선택하는 데 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리와 사업자의 사업 활동 등에 대하여 소비자의 의견을 반영시킬 권리가 있고(소비자기본법 제4조), 공급자 중심의 시장 환경이 소비자 중심으로 이전되면서 사업자와 소비자 사이의 정보 격차를 줄이기 위해 인터넷을 통한 물품 또는 용역에 대한 정보 및 의견 제공과 교환의 필요성이 증대되므로, 실제로 물품을 사용하거나 용역을 이용한 소비자가 인터넷에 자신이 겪은 객관적 사실을 바탕으로 사업자에게 불리한 내용의 글을 게시하는 행위에 비방의 목적이 있는지에 앞서 든 제반 사정을 두루 심사하여 더욱 신중하게 판단하여야 한다.” 고 판시하였다. 또한 “제반 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인이 적시한 사실은 산후조리원에 대한 정보를 구하고자 하는 임산부의 의사결정에 도움이 되는 정보 및 의견 제공이라는 공공의 이익에 관한 것이라고 봄이 타당하고, 이처럼 피고인의 주요한 동기나 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 산후조리원 이용대금 환불과 같은 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 그러한 사정만으로 피고인에게 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다.” 고 하여 소비자의 권리행사에 대하여 비방할 목적을 부인함으로써 범죄의 성립을 인정하지 않았다.

## IV. 소비자의 표현의 자유 보호를 위한 입법적 대응방안

### 1. 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화를 위한 개정

대법원은 공공의 이익을 위한 경우라면 비방할 목적이 부인되어 명예훼손죄가 성립되지 않는다고 대체로 판단하고 있다. 그러나 구체적인 사건에서 위법성조각에 대한 판단은 사건별로 달라지고, 하급심과 상급심의 판단도 달라진다.<sup>43)</sup> 즉, 사실을 적시한 행위가 위법성이 조각되어 종국적으로 무죄가 될 가능성이 있다는 것은 “문자 그대로 가능성에 그칠 뿐” 이다.<sup>44)</sup> 피고인

43) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10392 판결; 인천지법 2010. 12. 24. 선고 2010노3208 판결.

44) 김준호, “형법 제307조 제1항의 비범죄화에 관한 소고”, 『공익과 인권』 제4권제2호(2007), 123면.

이 위법성조각의 ‘가능성’을 ‘현실성’으로 바꾸기 위해서는 많은 시간과 비용이 소요되고, 엄청난 심적인 부담감을 가질 수밖에 없으며, 그럼에도 불구하고 완전히 현실화 된다는 보장 또한 없는 것이 문제이다. 상식적으로 변호사의 조력을 제대로 받을 수 없는 일반 국민이 수사에서부터 공공의 이익을 인정받아 무죄가 될 때까지 겪게 될 고초는 형벌 이상의 고통이 될 것임은 쉽게 상상할 수 있다.<sup>45)</sup>

소비자가 인터넷상에서 하는 표현 활동의 대부분이 재화나 용역을 구매한 후 불만족한 사항에 대한 사용후기의 작성, 사업자에게 부정적인 영향을 줄 수 있는 내용의 게재 등일 터인데 이러한 표현을 하였다는 이유로 명예훼손죄로 고소되어 법원의 판단을 받아야만 하는 상황이 된다면 이러한 고소가 있다는 사실 자체만으로도 일반 소비자의 표현의 자유는 위축되는 효과를 가져오게 될 것이다.

또한 소송에서 소비자는 자신이 적시한 사실이 진실이며 공익을 위한 것이라는 재판부의 판단을 이끌어 내기 위해 법률전문가인 검사를 상대로 치열한 법정공방을 주고받아야 할 뿐만 아니라 재판부의 공익을 위한 것이라는 판단을 이끌어 내는데 실패했을 경우에는 모든 법적인 책임을 부담해야 한다. 이러한 모든 상황을 감수할 용기가 부족한 소비자는 표현의 자유를 포기할 수밖에 없고, 법원이 제310조를 어떻게 해석하든지의 여부와는 상관없이 표현의 자유는 강력하게 제한받게 된다.<sup>46)</sup>

이러한 이유로 사실의 적시인 경우까지도 사이버 명예훼손죄로 고소를 하여 재판을 받을 수 있도록 한 정보통신망법 제70조제1항은 개정되어야 할 필요가 있다고 본다. 비방할 목적으로 허위의 사실을 기재한 경우만 처벌하여도 명예훼손에 대한 법 규정 필요성은 충분히 실현될 수 있다고 판단되고, 소비자가 개인적인 경험에 기반하여 기재한 사실의 적시와 같이 소비자가 자신의 표현의 자유를 행사한 경우에는 재판이라는 절차를 거치지 않도록 하는 것이 표현의 자유를 최대한 보장할 수 있는 방법이라고 생각된다.

## 2. 소비자의 표현의 자유 보장을 위한 입법

사업자에 비해 상대적으로 약자일 수밖에 없는 소비자들이 자신의 권익을 보호하고 소비자 위

45) 최관호, “표현의 자유에 대한 형사법적 규제의 법리와 그 대안 - 명예훼손죄를 중심으로 -”, 『민주법학』 제50호(2012. 11), 432면.

46) 김준호, “형법 제307조 제1항의 비범죄화에 관한 소고”, 『공익과 인권』 제4권제2호(2007), 124면.

주의 경계 질서로 재편되기 위해서는 소비자의 표현의 자유에 대한 보장이 극대화 되어야 한다. 악의적이고 편협한 일부 소비자의 행태까지 보호하자는 것이 아니라, 사업자가 자신에게 해가 된다는 이유만으로 소비자의 부정적인 댓글이나 불만족 사항에 대한 게시물에 관하여 명예훼손을 이유로 한 민·형사상 고소행위를 남발하여 소비자의 표현의 자유를 위축시키는 행위는 방지하여야 한다는 의미이다.

이와 동일한 맥락에서 소비자의 표현의 자유 극대화를 위한 반 전략적 봉쇄소송법의 입법에 대해 생각해 볼 수 있다.

즉, 정보통신망법에서 형사법상 사실적시 명예훼손죄의 구성요건을 배제시키는 개정을 하는 것에서 그치지 않고, 민사법상 손해배상소송을 이용하여 소비자의 표현의 자유를 위축시키려는 사업자의 의도를 차단하기 위하여 ① 전략적 봉쇄소송의 잠재적 피고가 보호되는 행위의 유형, ② 전략적 봉쇄소송의 피고가 원고를 상대로 하여 손해배상을 받을 수 있는 근거, ③ 전략적 봉쇄소송으로 판명된 사건에 대해서는 조기에 각하시킬 수 있는 신속한 심문절차 등이 규정된 법률을 입법하자는 것이다.<sup>47)</sup>

그러나, 전략적 봉쇄소송을 억제하기 위해서는 소송을 조기에 차단하여 표현자 또는 주변 사람들에게 미치는 위축효과를 제거하여야 하는데, 우리나라에서 대부분의 전략적 봉쇄소송이 형법상 명예훼손 또는 정보통신망법상 명예훼손 등의 형사절차로 진행되고 있어 전략적 봉쇄소송에 해당하는지 여부에 대한 판단만으로 공소기각결정(형사소송법 제328조제1항제4호, 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 않은 때) 또는 공소기각판결(형사소송법 제327조제2호, 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때)을 내리는 것이 가능하지 않고, 민사절차의 경우에도 소각하 판결을 내리는 것이 체계상 어렵기 때문에 반 전략적 봉쇄소송법을 입법하는 것은 어렵다는 반론이 있다.<sup>48)</sup> 대신 법관들이 전략적 봉쇄소송의 위험성을 충분히 인지하고 전략적 봉쇄소송이 제기될 경우 해당 소송이 전략적 봉쇄소송에 해당하는지의 여부를 신속히 판단하여 만약 이에 해당할 경우에는 조기에 각하하는 식으로 대응하는 것만으로도 충분하다는 주장이다.

우리나라의 법체계상 반 전략적 봉쇄소송법을 입법하는 것보다는 법원의 대응에 맡기자는 주

47) 박경신, "전략적 봉쇄소송 억제(Anti-SLAPP)법리의 미국민사소송제도 상의 환경에 대한 이해와 우리나라에서의 적용가능성", 『법학연구』, 제14권제3호(2011.), 103면.

48) 모성준, "소비자의 권리행사로서의 표현과 정보통신망법상 명예훼손죄의 성립여부", 『법학논총(국민대학교 법학연구소)』, 제27권제2호(2014.), 223면.

장이 현실적으로 더 타당해 보인다. 그러나 가장 참여적인 시장이자 표현촉진적인 매체로서의 인터넷을 질서 위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 또한 소가 제기되어 재판을 받아야 하는 상황에 놓인 소비자의 입장에서는 이미 표현의 자유가 침해되었고 주변 사람들에게도 위축효과가 발생하였다고 볼 수 있으므로, 사후적으로 법관들의 신속한 판단도 중요하나, 조기에 표현의 자유를 위협하는 소송을 차단하는 것이 더 필요한 일이라고 판단된다.

더 구체적으로 입법방안에 대하여 생각해 보자면 손해배상 청구 등의 민사소송이 제기된 경우 피고가 전략적 봉쇄소송을 주장하면서 조기각하신청을 할 수 있도록 입법을 하는 것이 필요하다고 본다. 조기각하신청이 있는 경우 법원이 최대한 빠른 시일 내에 별도의 기일을 잡아 원고의 청구가 전략적 봉쇄소송의 요건에 해당하는지에 대하여 판단하고 이에 해당하는 경우 조기에 각하시킬 수 있도록 한다면 전략적 봉쇄소송으로 인한 문제점은 어느 정도 해결할 수 있을 것이다.<sup>49)</sup>

이를 위해서는 법안에 전략적 봉쇄소송에 대한 요건 및 보호 유형을 규정하여 그 해당 여부에 대한 판단을 명확하게 할 수 있도록 하여야 하며, 만약 법원의 구체적인 심리가 필요한 경우에도 사업자인 원고의 청구가 전략적 봉쇄소송이 아니라는 사실, 피고의 행위가 불법행위인 사실, 피해의 정도 등을 입증하도록 원고에게 입증책임을 전환시키도록 입법하는 것이 필요해 보인다.

반 전략적 봉쇄소송법을 입법하기 위해서는 많은 논의가 이어져야 할 것이고 첨예한 찬반 논란이 예상된다. 그러나 반 전략적 봉쇄소송에 대한 규제의 수단을 헌법의 틀 내에서 재구성하려는 노력을 계속해야 하는 것은 반드시 필요한 일이지 않을까 생각한다.

## V. 결론

사업자에 비해 상대적으로 약자의 위치에 있다고 할 수 있는 소비자를 보호하기 위해 헌법 제 124조는 소비자 기본권에 대한 헌법적 보장을 선언하고 있고, 소비자기본법 제4조는 소비자의

49) 박경신, "전략적 봉쇄소송 억제(Anti-SLAPP)법리의 미국민사소송제도 상의 환경에 대한 이해와 우리나라에서의 적용가능성", 『법학연구』, 제14권제3호(2011.), 102면.

기본적 권리를 규정하고 있다. 이 규정들을 통해 소비자는 물품 등의 선택에 있어서 긍정적인 것이든, 부정적인 것이든 정보를 제공받을 권리가 있고, 스스로의 권익을 극대화시키기 위해 노력할 권리를 보장받고 있다. 소비자가 소비자의 권리 실현의 일환으로 인터넷이란 매체를 통하여 적극적인 의견표명과 의견교환을 넘어 자주적인 소비자 보호운동을 전개하자 사업자는 인터넷에 게시되는 표현들 중 자신에게 불리하게 기재된 내용에 대하여 그것이 진실된 내용이거나 개인적인 경험에 기반하여 작성된 표현이라 할지라도 명예훼손을 이유로 형사 고소를 하는 방법으로 대응하고 있다.

명예훼손을 이유로 소비자를 고소하는 경우 소비자의 표현의 자유와 침해받은 타인(사업자)의 보호법익이 충돌하게 되는데 이런 경우 누구의 법익을 우선적으로 보호할 것인지의 문제가 발생한다. 소비자가 표현의 자유를 남용하는 사례일 수도 있고, 사업자가 소비자의 자유로운 의사표현을 저해하고 위축시키려는 의도로 “침해받은 타인의 보호법익”을 악용하는 것일 수도 있으므로 신중한 접근이 필요하다.

사이버 명예훼손죄의 성립 여부를 판단함에 있어 표현내용의 진실 여부, 공공의 이익에 해당하는지 여부, 비방할 목적이 있는지 여부 등에 대한 명확한 구분이나 기준이 없으므로 법원의 판단을 통해서만 처벌 여부가 가려진다. 그런데 이러한 지난한 재판과정을 거치며 상대적 약자인 소비자는 많은 시간과 비용을 소모하여야 하고 이를 지켜보는 제3자인 소비자들은 자신도 그러한 상황에 놓일 수 있다는 두려움에 더 이상 의견을 개진하지 않거나 발언을 스스로 검열하여 결국 소비자의 표현의 자유가 위축되는 결과로 귀결될 가능성이 커지게 된다. 이러한 결과는 소비자의 권리보호 및 표현의 자유 측면에서 결코 긍정적이라 할 수 없다. 따라서 사업자의 무분별한 소제기를 방지하고 소비자의 표현의 자유를 극대화하기 위하여 소비자의 표현이 객관적인 사실에 기인한 적시인 경우에는 사이버 명예훼손죄에 해당되지 않아 고소를 할 수 없도록 정보통신망법 제70조제1항을 개정할 필요가 있다고 본다. 소비자가 자신의 표현의 자유를 행사하여 사실을 적시한 경우에는 재판이라는 절차를 거치지 않도록 하는 것이 표현의 자유를 최대한 보장할 수 있는 방법이기 때문이다.

또한 소비자의 권리보호를 극대화하기 위하여 정보통신망법의 조문을 개정하는 것에 그치지 않고 사업자의 사법제도 악용을 방지하기 위한 법률을 입법하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 이는 사업자가 자신에게 불리한 발언이나 소비자 운동을 하는 개인을 상대로 이를 봉쇄하기 위하

여 제기하는 전략적 봉쇄소송(Strategic Lawsuit Against Public Participation, SLAPP)에 대응하기 위한 입법이다. 반 전략적 봉쇄소송에 대한 입법은 우리나라의 형사법 또는 민사법의 체계상 받아들이기 어려우므로 법관으로 하여금 전략적 봉쇄소송의 위험성을 충분히 인지하도록 하여 전략적 봉쇄소송이 제기될 경우 신속하게 대응할 수 있도록 맡기는 것이 현실적이고 실효성이 있다는 주장이 있다. 수궁이 가지 않는 바는 아니나 장기적으로 보았을 때 소송을 조기에 차단하여 소비자 또는 주변 사람들에게 미치는 위축효과를 간결하게 제거하기 위하여 헌법의 틀 내에서 입법을 검토하는 것이 소비자의 권리보호에 있어서 더 나은 결정이라고 판단된다. 즉 민사상 손해배상 청구를 하는 전략적 봉쇄소송에 대한 요건 및 보호 유형을 명확히 기재하고, 본안 판단 시 입증책임을 원고가 부담하도록 해야 하며, 전략적 봉쇄소송의 피고가 전략적 봉쇄소송에 대한 조기각하신청을 하는 경우 법원이 최대한 빠른 시일 내에 별도의 기일을 잡아 원고의 청구가 전략적 봉쇄소송의 요건에 해당하는지에 대하여 판단하고 이에 해당하는 경우 조기에 각하시킬 수 있도록 하는 등의 입법이 필요하다고 생각된다.

## 참고문헌

- 강동범, “사이버 명예훼손행위에 대한 형법적 대책”, 「형사정책」, 제19권제1호, 2007년
- 김상겸, “인터넷을 통한 소비자 운동의 자유에 관한 연구”, 「세계헌법연구」, 제15권제1호, 2009년
- 김정환, “인터넷상 표현의 자유와 전략적 봉쇄소송(SLAPP)”, 「안암법학」, 제43권, 2014년
- 김준호, “형법 제307조 제1항의 비범죄화에 관한 소고”, 「공익과 인권」 제4권제2호 (2007)
- 권대우, “헌법적 권리로서의 소비자권과 소비자운동권의 발현-소비자기본법의 체계와 의미를 중심으로”, 「세계헌법연구」, 제17권제3호, 2011년
- 모성준, “소비자의 권리행사로서의 표현과 정보통신망법상 명예훼손죄의 성립여부”, 「법학논총(국민대학교 법학연구소)」, 제27권제2호, 2014년
- 박경신, “전략적 봉쇄소송 억제(Anti-SLAPP)법리의 미국민사소송제도 상의 환경에 대한 이해와 우리나라에서의 적용가능성”, 「법학연구」, 제14권제3호, 2011년
- 박희주 외 5인, “소비자정책의 평가와 과제”, 한국소비자원, 2007년
- 서보건, “기본권의 보호범위와 인터넷상 표현의 자유”, 「유럽헌법연구」, 제10호, 2011년
- 안성조, “SNS를 이용한 명예훼손의 법리적 검토”, 「형사정책」, 제25권제3호, 2013년
- 유인창, “사이버명예훼손행위와 형사법적 대응방안”, 「한국컴퓨터정보학회논문지」, 제17권제5호, 2012년
- 이정원, “사이버공간에서의 명예훼손에 대한 형법적 규제”, 「법학논문집」, 제32집제1호, 2008년
- 정대관, “사이버 공간에서의 명예훼손죄”, 「성균관 법학」, 제17권제1호, 2005년
- 조 국, “소비자 불매운동의 법적지위와 형사처벌의 당부”, 「형사법연구」, 제23권제3호, 2011년
- 조 국, “사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성”, 「형사정책」, 제25권제3호, 2013년
- 최관호, “표현의 자유에 대한 형사법적 규제의 법리와 그 대안 - 명예훼손죄를 중심으로

## 법제논단

—” , 「민주법학」 제50호(2012. 11)

- 권영성, “헌법학원론” , 법문사, 2008년
- 계희열, “헌법학(중)” , 박영사, 2007년
- 한수웅, “헌법학” , 법문사, 2011년
- 대법원 형사법연구회, “범죄유형별 재판참고사항” , 경성문화사, 2013년

## Abstract

Article 124 of the Constitution provides that the State shall guarantee the consumer protection movement intended to encourage consumption activities. Article 4 of Framework Act On Consumers identifies eight consumer's rights including the right to be provided with the knowledge and information necessary for selecting goods, and the right to have their opinions reflected in policies, which are inevitably based on freedom of speech.

However consumers who expressed dismay in public by posting a negative review on the internet was accused of defamation. Furthermore, many companies claim damages against consumers who criticize their goods or service severely. Their goals are accomplished if the consumer succumbs to fear, intimidation, mounting legal costs or mental distress and abandons the criticism.

Article 70 of Act On Promotion Of Information And Communications Network Utilization And Information Protection might prevent consumers from making honest remarks about goods or service because the article enables a company to file an action against them. To protect freedom of expression, it is necessary to revise a provision that a consumer is not punished for his/her harsh criticism of goods or service when it is for public good. And The anti-SLAPP law needs to be legislated to affirmatively guarantee people's freedom of expression.