

미국 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못하는 '진정한 위협'의 주관적 요건¹⁾

I. 사건개요

2014년부터 2016년까지 Counterman(이하 “상고인”)은 지역 가수 C. W.에게 수백 통의 페이스북 메시지를 보냈다. C. W.는 한 번도 상고인에게 답장을 하지 않았고, 두 사람은 직접 만난 적이 없었다. C. W.는 상고인을 차단했지만, 상고인은 계속해서 새로운 페이스북 계정을 만들어 연락을 시도했다. 메시지들 중 일부는 단순히 모르는 사람으로부터 받은 평범한 것들이었지만, 일부는 상고인이 C. W.를 감시하고 있는 뉘앙스의 메시지들이었다. 예를 들면, 상고인은 C. W.에게 “흰색 지프차 안에 있던 게 당신이야?”라고 물어보거나, “당신의 애인과 좋아 보여.”라고 언급하거나, 몇 번의 목격담을 이야기 했다. 결정적으로 몇 개의 메시지는 C. W.에 대한 분노를 표출하고 그녀에게 해악을 예고하는 내용을 담고 있었다. 예를 들면, “영원히 꺼져버려”, “사이버 공간에 머무르는 것은 너를 죽일거야”라든지 “너는 인간관계능력이 부족해. 죽어.”라는 식의 메시지였다.

이러한 메시지들은 C. W.를 공포에 빠뜨리고 그녀의 일상을 뒤흔들어 놓았다. 그녀는 상고인이 자신의 삶을 위협하고 있다고 느꼈고, 상고인이 자신을 따라다니는 것에 대해 매우 두려워했으며 해악을 입게 될 것을 걱정했다. 이로 인해 C. W.는 수면문제와 심각한 불안증을 겪었다. 그녀는 혼자 길거리를 다니지 못하게 되었고, 사회적 관계를 끊었으며, 금전적 부담에도 불구하고 일부 공연들을 취소하였다. 결국 그녀는 상고인을 콜로라도 당국에 신고했다.

콜로라도 당국은 콜로라도 법을 근거로 상고인을 기소하였다. 콜로라도 법

1) Counterman v. Colorado, 600 U.S. 66 (2023) (2023. 11. 2 선고).

은 ‘합리적인 사람이라면 심각한 정신적 스트레스를 겪게 될 정도로 어떠한 수단으로든 반복하여 다른 사람에게 연락을 취하는 행위’를 범죄로 규정하고 있다.²⁾ 콜로라도 당국은 법원에서 페이스북 메시지들을 유일한 증거로 제시하였다.

이에 대하여 상고인은 헌법 수정 제1조³⁾를 근거로 기각 신청을 했다. 상고인은 자신이 보낸 메시지가 ‘진정한 위협(true threats)’에 해당하지 않기 때문에 기소 대상이 될 수 없다고 주장했다. 콜로라도 법에 따르면, 콜로라도 법원은 객관적인 ‘합리적인 사람(reasonable person)’ 심사기준을 적용하여 진정한 위협의 성립여부를 판단한다.⁴⁾ 이 기준을 따르면, 콜로라도 당국은 합리적인 사람이라면 상고인의 페이스북 메시지를 위협적으로 느꼈을 것을 입증해야 한다. 반면, C. W.를 위협하고자 한 상고인의 주관적인 내심의 의사는 입증하지 않아도 된다.⁵⁾ 제1심 법원은 상황을 종합적으로 고려하여 상고인의 메시지가 진정한 위협에 해당한다고 판단하였고, 헌법 수정 제1조가 상고인에 대한 주 당국의 기소를 막는 근거가 되지 않는다고 보았다. 제1심 법원은 사건을 배심원단에 이송했고, 배심원단은 상고인의 유죄를 결정하였다. 이후 콜로라도 항소법원은 이를 유지하였고, 콜로라도 대법원은 상고인의 상고를 각하하였다.

법원들은 (1) 진정한 위협 사건들에서 헌법 수정 제1조가 피고인의 주관적인 내심의 의사가 입증될 것을 요구하는지, 그리고 (2) 만일 그렇다면 주관적 요건에 대하여 어떠한 심사기준을 적용해야 하는지에 대해 의견이 나뉘었다. 따라서 연방대법원은 상고를 허가한다.

II. 쟁점 및 판단

2) Colo. Rev. Stat. § 18-3-602(1)(c) (2022).

3) 미국 헌법 수정 제1조

연방의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

4) People v. Cross, 127 P.3d 71, 76 (Colo. 2006).

5) In re R. D., 464 P.3d 717, 731, n. 21 (Colo. 2020).

1. Kagan 대법관의 법정의견(5인 의견)⁶⁾

가. 이 사건의 쟁점

폭력에 관한 진정한 위협이 헌법 수정 제1조의 보호영역 밖에 있다는 것에 대해서는 모두가 동의한다. 판단의 대상이 되는 표현은 그 객관적인 내용만을 기반으로 진정한 위협에 해당하는지가 결정된다. 이번 사건에서 연방대법원이 가장 먼저 판단해야 할 쟁점은, 헌법 수정 제1조에 따라 진정한 위협 사건에서 콜로라도 당국이 피고인이 자신의 표현이 위협적이라는 것을 인식했었다는 것, 즉 주관적 요건(*mens rea*)이 충족되었다는 것을 입증해야 하는지다. 콜로라도 당국은 이를 입증하지 않아도 된다고 주장하지만, 상고인은 주관적 요건이 없다면 보호영역 내에 있는 위협적이지 않은 표현들이 위축될 가능성이 있다며 당국이 이를 입증해야 한다고 주장한다. 연방대법원은 상고인의 주장에 동의한다. 역사적으로 연방대법원 판결들은 상고인이 언급한 위축효과를 예방하기 위하여 주관적 요건을 인정하여 보호영역 밖의 표현들까지도 보호하려고 해 왔다. 이번 진정한 위협 사건에서 콜로라도 당국은 상고인이 자신의 표현이 위협적인 성격을 가지고 있다는 것을 알고 있었다는 사실을 입증해야 한다.

두 번째 쟁점은 헌법 수정 제1조의 목적에 부합하기 위하여 어떠한 수준의 주관적 요건을 입증해야 하는가이다.⁷⁾ 연방대법원은 콜로라도 당국이 피고인의 무모성(*recklessness*)만 입증하면 된다고 본다. 주관적 요건이 보호영역 밖의 표현까지 보호한다는 것을 고려하면, 연방대법원은 콜로라도 당국이 상고인의 더 높은 수준의 내심의 의사까지 증명할 것은 요구하지 않는다.

6) Roberts 대법원장, Kagan, Alito, Kavanaugh, Jackson 대법관의 의견.

7) 이번 원고에서는 주관적 요건(*mens rea*)과 주관적 심사기준(*subjective standard*), 객관적 심사기준(*objective standard*)이라는 용어가 등장한다. 먼저, 주관적 요건이란 범죄의 구성요건 중 하나로 행위자의 심리적 요소로 볼 수 있다. 이번 원고에서는 주관적 요소와 혼용하여 사용되었다. 한편, 주관적 심사기준은 행위자의 내심의 의사를 기반으로 판단하는 기준을 의미한다. 반면, 객관적 심사기준, 또는 합리적인 사람 심사기준(*reasonable person standard*)은 행위자의 입장이 아닌 합리적인 사람의 입장에서 행위를 판단하는 기준이다. 이번 판결에서 법정의견은 주관적 심사기준을 이용하여 진정한 위협의 성립여부를 판단해야 한다고 본 반면, Barret 대법관의 반대이견은 객관적 심사기준을 이용하여 진정한 위협의 성립여부를 판단해야 한다고 주장하였다.

나. 진정한 위협의 주관적 요건

1791년부터 지금까지 헌법 수정 제1조는 몇몇 제한된 영역에서 표현의 내용을 제한하는 것을 허용해 왔다.⁸⁾ 이 ‘역사적이고 전통적인 영역’은 재판부 뿐만 아니라 일반 대중들에게도 잘 알려져 있다.⁹⁾ 이 영역에 해당되는 것 중 하나는 ‘선동적인 표현(incitement)’으로 즉각적인 불법행위를 유도하려는 목적의 표현을 의미한다.¹⁰⁾ 다른 하나는 ‘명예훼손적인 표현(defamation)’으로 다른 사람의 명예를 훼손시키는, 사실에 대한 거짓된 표현을 의미한다.¹¹⁾ 세 번째는 ‘음란한 표현(obscenity)’으로 성적인 욕구를 자극하고 명백하게 불쾌한 방식으로 성적 행위를 묘사하는 무가치한 표현을 의미한다.¹²⁾ 연방대법원은 이러한 역사적으로 보호받지 못하는 영역의 표현들에 대해 진리로 나아가는 길음으로서의 사회적 가치가 매우 낮다고 표현해 왔다. 이러한 표현들로부터 얻을 수 있는 이익은 이러한 표현들을 금지하여 발생하는 사회적 이익보다 더 작다.¹³⁾

폭력에 관한 진정한 위협은 역사적으로 보호영역 밖에 있는 표현들 중 하나이다.¹⁴⁾ 여기서 ‘진정한’의 의미는 농담이나 과장 또는 맥락상 폭력이 뒤따를 것이라는 실질적 가능성이 없는 표현들과 구분되는 것이다.¹⁵⁾ 진정한 위협이란 화자(話者)가 불법적인 폭력행위를 자행하겠다는 것을 의미하는 진지한 표현을 말한다.¹⁶⁾ 최근 연방대법원은 화자가 자신의 표현의 위협적 성격을 인식하고 있는지 그리고 의도하였는지는 그 표현이 위협적인 표현인지 판단할 때 고려되지 않는다고 판시하였다.¹⁷⁾ 위협적 성격의 여부는 ‘화자의 내심의 의사’에 달려있는 것이 아니라 ‘그 표현이 청자에게 무엇을 전달하는지’에

8) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 468 (2010).

9) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 468 (2010).

10) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1973).

11) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340, 342 (1974).

12) *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24 (1973).

13) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 470 (2010).

14) *Virginia v. Black*, 538, U.S. 343, 359 (2003); *United States v. Alvarez*, 567, U.S. 709, 717-718 (2012) (plurality opinion).

15) *Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 708 (1969).

16) *Virginia v. Black*, 538, U.S. 343, 359 (2003).

17) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 733 (2015).

달려있다.¹⁸⁾ 판단의 대상이 되는 표현이 진정한 위협에 해당하는 표현이라고 판단되면, 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못하기 때문에 이에 따른 불이익이 자연스럽게 뒤따른다.

하지만 헌법 수정 제1조는 진정한 위협에 해당하는 표현들 중 일부를 법적 책임으로부터 보호하는 주관적 요소¹⁹⁾를 필요로 한다. 그 이유는 이른바 위축효과(chilling effect)와 관련 있다. 표현에 대한 금지는 금지영역 밖에 있는 표현을 억제하거나 금지할 가능성이 있다. 화자는 자신의 표현이 헌법 수정 제1조의 보호영역과 금지영역 중 어디에 속하는지 확신하지 못할 가능성이 있다. 또한 사법 체계의 오류로 인하여 보호영역 내에 있는 자신의 표현이 금지될 것을 우려할 수도 있고,²⁰⁾ 단순히 이러한 사법 체계에 연루되어 비용을 치를 것에 대해 걱정할 수도 있다. 결과적으로 이는 금지되지 않는 표현의 자기 검열(self-censorship), 즉 표현의 자유를 신중하고 제한적으로 행사하게 되는 결과를 초래할 것이다.²¹⁾ 이러한 결과를 방지하기 위한 중요한 방책은 주 당국이 비난받을 만한 화자의 내심의 의사를 입증하는지에 따라 법적 책임을 묻는 것이다.²²⁾ 하지만 이러한 요건은 비용을 수반한다. 당국에 입증 책임을 부담시키는 것은 보호영역 밖의 일부 표현들을 보호하게 될 것이다. 왜냐하면 당국은 피고인이 어떠한 생각을 하는지 완벽히 증명할 수 없기 때문이다. 하지만 이러한 추가된 요건들은 완전히 보호받는 표현들이 위축될 가능성을 낮출 것이다. 이전에 언급하였듯이 이 요건은 법의 불확실한 부분을 보완하여 자기 검열의 위협성을 낮춘다.²³⁾ 다르게 말하면, 당국에 피고인의 내심의 의사를 입증하도록 하는 것은 선한 화자가 실수로 책임을 지게 될 수 있다는 두려움을 줄이면서 가치 있는 표현에 대한 ‘숨 쉴 공간’을 제공한다.²⁴⁾

18) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 733 (2015).

19) 참고로, 미국 모범형법전(Model Penal Code)은 주관적 요소(*mens rea*)를 의도(purpose), 인식(knowledge), 무모성(recklessness), 과실(negligence)의 네 가지 유형으로 분류한다.

20) *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767, 777 (1986).

21) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974).

22) *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 526 (1958).

23) *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502, 511 (1966).

24) *United States v. Alvarez*, 567, U.S. 709, 733 (2012) (concurring opinion).

연방대법원은, 일반인이 불법적인 영역을 피하고자 하는 성향을 가지고 있다는 것을 염두에 두고 위협적이지 않은 표현이 억제될 수 있다는 것을 고려해야 한다.²⁵⁾ 자신의 표현이 위협에 해당할지에 대한 두려움, 사법 체계가 자신의 표현에 대해 잘못 판단할 수 있다는 두려움, 그 결과가 어떠한 법적 비용이 발생할 것이라는 두려움은 화자로 하여금 진정한 위협에 해당하지 않는 표현 또한 자제하도록 만든다. 50여 년 전 Marshall 대법관은 판단의 대상이 된 표현이 진정한 위협이 아니라 정치적 과장이라고 주장한 *Rogers* 판결에서 핵심을 짚었다.²⁶⁾ *Rogers* 판결에서 Marshall 대법관은 위협적이지 않은 표현을 위축시킬 위험에 중점을 뒀다. 객관적 심사기준을 적용하는 것은 합리적인 사람이라면 대상이 되는 표현을 맥락상 어떻게 해석할지에 대해서만 고려하기 때문에 사람들이 위협을 과도하게 피하도록 만들 것이다.²⁷⁾ 또한 이러한 심사기준을 적용하는 것은 ‘헌법 수정 제1조가 보호하고자 하는 금지되지 않고, 활발하며, 논의의 여지가 충분한 토론’을 위축시킬 것이다.²⁸⁾

이러한 판결의 이유는 선동적인 표현, 명예훼손적인 표현, 음란한 표현 등 보호영역 밖에 있는 다른 표현들에 대한 주관적 요건을 강조한 연방대법원의 판결들로부터 직접적으로 도출된다. 의심할 여지없이, 이러한 모든 판결들의 주관적 심사기준은 비용을 수반한다. 주관적 심사기준은 보호영역 내에 있는 표현이 위축되는 것을 줄이는 대신, 일반적으로 금지되어야 하고 때로는 위험한 표현들을 기소하기 어렵게 만든다. 후술할 것과 같이 양 쪽의 이익 사이에서의 균형점은 각 상황에서 다르게 발현될 것이다. 그러나 객관적 심사기준의 적용 금지는 유지되어야 한다. 그렇지 않으면 진정한 위협에 대한 기소가 보호영역 내에 있는 위협적이지 않은 표현들을 과도하게 위축시킬 것이기 때문이다.

다. 주관적 심사기준의 적용 수준

25) *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 526 (1958).

26) *Rogers v. United States*, 422 U.S. 35 (1975).

27) *Rogers v. United States*, 422 U.S. 47 (1975) (concurring opinion).

28) *Rogers v. United States*, 422 U.S. 48 (1975) (concurring opinion).

다음으로 검토해야 할 쟁점은 헌법 수정 제1조가 어느 수준의 의사를 주관적 심사기준으로 적용할지다. 주관적 요건에 관한 원칙은 심사기준으로 3가지 선택지를 제공한다. 먼저, 의도(purpose)는 범죄의 주관적 성립요건에서 유책성(culpability)이 가장 높은 수준의 의사이자 입증하기 가장 어려운 것이다. 어떠한 사람이 행위의 결과를 ‘의식적으로 원하면서(consciously desire)’ 행위하는 것을 의도적으로 행동한 것이라고 한다.²⁹⁾ 이 사건에 적용하면, 상고인이 자신의 표현이 위협으로 받아들여지기를 원한 경우를 의미한다. 다음으로는, 의도와 자주 구별되지는 않지만 인식(knowledge)이 있다.³⁰⁾ 어떠한 사람이 인식하에 행위하는 것은 ‘그 행위의 결과가 뒤따를 것이 사실상 확실하다는 것을 알며’ 행위하는 것을 의미한다.³¹⁾ 이 사건에 적용하면, 상고인이 다른 사람들이 자신의 표현을 위협으로 받아들일 것이 사실상 확실하다는 것을 알며 행위하는 경우를 뜻한다. 무모성(recklessness)³²⁾은 앞의 두 개념들과는 큰 차이가 있는 개념이다. 어떠한 사람이 무모하게 행위하는 것은, 일반적으로 그가 ‘자신의 행위가 다른 사람에게 피해를 초래할 상당하고도 부당한 위협을 의식적으로 무시하는’ 것을 의미한다.³³⁾ 이 기준은 피해를 준다는 것에 대한 인식보다는 행위의 위협성에 대해 충분히 고려하지 않은 것에 더 가깝다.³⁴⁾ 그럼에도 불구하고, 무모성이란 타인을 위협에 처하게 만든 의도적인 결정과 관련된 도의적 책임이 있는 행위를 의미한다.³⁵⁾ 이를 위협 행위에 적용하면, 무모성이란 화자가 다른 사람들이 그의 표현을 위협으로 여길 수 있음을 알면서도 해당 표현을 실행에 옮기는 것을 의미한다.³⁶⁾

전술한 심사기준들 중 무모성 수준의 의사가 진정한 위협의 주관적 요소를

29) United States v. Bailey, 444 U.S. 394, 404 (1980).

30) United States v. Bailey, 444 U.S. 394, 404 (1980).

31) United States v. Bailey, 444 U.S. 394, 404 (1980).

32) 무모성은 우리 형법상 미필적 고의와 유사한 개념으로서 고의와 과실의 중간 영역에 위치한다. 과거 무모성은 형법상 과실과 유사한 개념으로 이해되기도 했으나, 과실과 구별되는 개념이며 과실보다 중한 책임이 인정되는 주관적 요소이다. 김종구, 미국 형법의 비교법적 연구, 정독, 2023, 31면.

33) Voisine v. United States, 579 U.S. 686, 691 (2016).

34) Borden v. United States, 593 U.S. ___, ___, (2021) (plurality opinion).

35) Voisine v. United States, 579 U.S. 686, 694 (2016).

36) Elonis v. United States, 575 U.S. 723, 746 (2015) (concurring in part and dissenting in part).

결정하는 데 있어 타당하다. 연방대법원은 지금까지 표현의 자유의 헌법적 가치와 위협 행위에 대한 기소의 위축효과를 중점적으로 고려해 왔다. 하지만 연방대법원의 선례는 역사적으로 보호영역 밖에 있는 표현들을 규율하는 과정에서 상충하는 가치의 조정을 인지하고 강조해 왔다. 여기서 그 가치는, 개인과 사회에 발생하는, 폭력에 관한 진정한 위협이 수반하는 심각한 피해를 방지하는 데 있다. 위협적인 표현들은 그로 인해 발생하는 피해로 인하여 오래 전에 헌법 수정 제1조의 보호영역 밖으로 내몰렸다. 이러한 결정에도 불구하고 주관적 요소를 요건으로 한다는 것은 연방대법원이 진정한 위협에 대한 기소 중 일부를 방지하려 한다는 것을 의미한다. 연방대법원이 진정한 위협에 대한 주관적 요소의 수준을 높일수록, 이를 입증해야 하는 당국의 책임은 더 무거워진다. 이는 아마도 보호영역 내에 있는 표현을 보호하여 얻을 수 있는 이익을 상쇄시킬 것이다. 무모성보다 더 높은 수준의 의사를 요건으로 하는 것은 당국으로 하여금 피고인의 내심의 의사에 대한 추론을 입증하기 더 어렵게 만든다. 무모하게 행위하는 것은 나쁜 실수를 범한 것 이상의 행위이다. 왜냐하면 그들은 자신의 행위가 심각한 피해를 입힐 상당한 위험성을 인식하고 받아들인 것이기 때문이다.

무모성 수준의 의사를 주관적 요건으로 하는 것은 보호영역 내에 있는 표현들에 ‘숨 쉴 공간’을 제공하면서도, 진정한 위협을 제한하여 얻을 수 있는 이익을 너무 많이 포기하게 하지도 않는다.³⁷⁾ 어떠한 균형점을 택한다 하더라도 모든 것을 얻을 수는 없다. 오늘 연방대법원이 택한 법리는 표현의 자유를 극단적으로 보호하는 것도 아니고, 그렇다고 해서 진정한 위협의 위협에 극단적으로 민감한 것도 아니다. 우리는 극단적인 대안을 선택하지 않음으로써 더 중요한 것을 얻는다. 모든 것을 얻는 것은 불가능하지만, 이러한 판단을 통해 저울의 양쪽에서 중요한 것을 많이 얻는 것이다.

라. 이 사건에의 적용

37) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 748 (2015) (concurring in part and dissenting in part).

이 사건으로 돌아오면, 상고인은 객관적 심사기준인 ‘합리적인 사람’ 기준에 따라 기소되었다. 이 과정에서 주 당국은 합리적인 사람이었다면 상고인의 표현을 위협으로 이해했을 것이라는 점만을 입증하면 됐다. 이는 상고인이 자신의 표현이 위협으로 이해되었을 것이라는 것을 알았다는 것을 보여주지 않는다. 전술한 이유들로 인하여 이는 헌법 수정 제1조에 위배되는 것이다.

따라서 연방대법원은 콜로라도 항소법원의 판결을 파기·환송한다.

2. Sotomayor 대법관의 별개의견(2인 의견)³⁸⁾

가. 서론

국가가 표현의 내용을 근거로 하여 해당 표현을 처벌하려 할 때, 헌법 수정 제1조는 기본적으로 엄격한 요건을 요구한다. 이를 통하여 국가는 긴절한 목적을 가지고 있더라도 표현의 자유에 대한 국가의 약속을 부당하게 위반할 수 없다. ‘1791년부터 지금까지 헌법 수정 제1조는 몇몇 제한된 영역에서 표현의 내용을 제한하는 것을 허용해 왔다.’³⁹⁾ 이는 헌법 수정 제1조의 보호 영역으로부터 일부를 제외시키는 것이기 때문에 이로 인한 심각한 결과를 고려하여, 이 범주의 표현들은 ‘명확하게 정의되고, 엄격하게 제한되어야’ 한다.⁴⁰⁾

진정한 위협은 이러한 범주의 표현들 중 하나이고, 미국에서는 수 세기에 걸쳐 위협을 범죄로 처벌하는 전통이 있어 왔다. 이는 전달된 메시지를 근거로 단 한 번의 발언을 처벌하는 경우까지 포함한다. 하지만 의도하지 않은 위협적인 표현을 그 이유만으로 처벌하는 전통은 없었다. 오히려 연방대법원의 선례는 역사적 법령 및 사례들과 마찬가지로 누군가를 위협하는 행위는

38) Sotomayor, Gorsuch 대법관의 의견. 다만, Gorsuch 대법관은 보충의견의 일부에만 동의.

39) United States v. Stevens, 559 U.S. 460, 468 (2010).

40) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571 (1942).

의도적인(intentional) 것이라는 상식적 이해를 반영하고 있다. 연방대법원은 어떠한 내심의 의사가 필요한지에 대하여 ‘전통적으로 어떠한 사람이 특정한 결과를 의도했다는 것은 그 사람이 자신의 행위가 특정한 결과를 초래하기를 바라거나, 그 행위를 통해 그러한 결과가 초래될 것을 상당히 확실하게 인식했다는 것을 의미한다.’고 판시하였다.⁴¹⁾ 이는 개인이 위협을 실행할 의사를 가지고 있었다는 것이 입증되지 않아도 된다는 것을 의미한다. 다시 말하면, 개인이 위협을 의도하거나 자신의 표현이 위협으로 느껴졌을 것이라는 사실을 상당히 확신하고 있었다는 것만 입증되면 그러한 내심의 의사가 있었다는 것을 의미한다.

오늘 법정의견은 불필요하게 이러한 전통적인 이해에서 벗어난다. 나는 법정의견의 모든 부분에 반대하는 것은 아니다. 나는 주관적 요건이 진정한 위협의 성립요건이라는 법정의견의 결론에는 동의한다. 또한, 이 사건에서 상고인의 위협적인 표현을 포함한 스토킹 범죄를 기소하기 위한 무모성 수준의 주관적 요건이 충족되었다는 점에 동의한다. 다만 법정의견과 다르게 나는 무모성이 일반적으로 진정한 위협을 기소하기 위한 주관적 요건으로서 충분한지 여부라는 별도의 더 복잡한 쟁점에 대해서는 논의하지 않을 것이다. 나아가, 무모성 수준의 주관적 요건만을 요구하는 것은 선례, 역사, 그리고 해로운 표현까지 보호하고자 하는 헌법 수정 제1조의 보호 약속에 어긋나는 것이다. 따라서 나는 법정의견의 일부에만 동의한다.

나. 주관적 요건의 수준에 대한 논의가 불필요한 이유

나는 법정의견이 무모성이 진정한 위협 기소에 충분한 주관적 요건인지에 대하여 다루지 않았어야 한다고 본다. 중요한 개념적인 구분이 그 이유를 설명하는 데 도움이 될 것이다. 먼저, 객관적인 관점에서 위협적인 표현들이 있다. 이러한 표현들은 보호영역 밖의 ‘진정한 위협’이라는 범주에 포함되기

41) *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, 150 (1987).

때문에 처벌된다. 하지만 이러한 표현은 범죄 행위에 포함된 표현처럼 보호 영역 밖의 다른 범주의 표현에 해당되어 처벌될 수도 있다. 또는 다른 이유들로 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못할 수 있다. 한편, 보호영역 밖에 있는 진정한 위협의 명확하고 전통적인 범주가 무엇인지에 대한 쟁점이 있다. 나는 이 두 번째 쟁점과 관련하여, 진정한 위협이 성립하는 데 무모성이라는 의사로 충분한지에 대해서는 다를 필요가 없다고 본다.

그 첫 번째 이유는 하급심 법원이 무모성이라는 주관적 요소가 진정한 위협이 성립하는 데 필요한지에 대해 다루지 않았고, 당사자들 또한 주관적 요건의 수준에 대해 주장하지 않았기 때문이다. 두 번째 이유는 상고인은 위협적인 표현이 포함된 스토킹 범죄로 기소되었기 때문에, 이 사건은 진정한 위협을 근거로 할 필요가 없다. 마지막으로, 위협적인 표현을 단 한 번만 했다면 화자가 우연히 또는 실수로 인해 법적 책임을 초래했을 위협이 있지만, 피해자가 원치 않는 표현을 반복적으로 했을 경우에는 우연이나 실수일 확률이 상당히 줄어든다.

전술한 사안들을 고려했을 때, 스토킹 범죄의 과정에서 발생한 위협적인 표현에 대한 기소는, 단 한 번의 발언에 대하여 그 내용만을 근거로 기소함에 있어 필요한 주관적 요건이 무엇인지라는 가장 어려운 쟁점을 정확하게 드러내지 못한다. 진정한 위협에 대한 법리는 상고인이 진정한 위협이라는 예외에 해당하는 행위를 하여 기소 당하고 하급심 법원이 이에 대해 의심스러운 판결을 했을 경우에만 필요하다. 이번 사건과 같은 스토킹 범죄 사건에서는 진정한 위협을 처벌하기 위하여 무모성 수준의 의사가 필요한지에 대해 논의할 필요가 없다.

다. 인터넷 발달로 인한 스토킹 범죄의 위협 증가

진정한 위협의 정의에 관하여 헌법 수정 제1조는 실제로 매우 엄격하게 적용되고 있다. 헌법 수정 제1조의 보호영역은 ‘악의적이고, 모욕적이며, 부정

확한' 표현까지도 포용한다.⁴²⁾ 가치가 적은 표현을 헌법 수정 제1조의 보호 대상으로 여기고 싶지 않을 수도 있다.⁴³⁾ 그러나 우리가 다른 사람에게 말하는 것들의 대부분은 종교적, 정치적, 과학적, 교육적, 정보전달적, 역사적 또는 예술적 가치를 지니고 있지 않지만, 정부의 제한으로부터 보호된다. 불안감을 주거나, 겁에 질리게 하거나, 고통스러운 표현의 경우에는 헌법 수정 제1조의 보호가 더 중요하다. 왜냐하면 이러한 표현이 달갑지 않다는 사실이 이러한 표현을 제한하는 데 중요하게 작용할 수 있기 때문이다. 이에 대하여 연방대법원은 동물 학대 동영상,⁴⁴⁾ 십자가를 불태우는 행위,⁴⁵⁾ 전쟁 전사자의 장례식 앞에서 시위를 하며 혐오 발언을 하는 것,⁴⁶⁾ 컴퓨터로 아동 포르노 사진을 생성하는 것⁴⁷⁾ 등의 사건에서 헌법 수정 제1조의 권리를 옹호했다.

인터넷은 불쾌한 표현이나 위협적인 표현을 과도하게 범죄화할 위험성을 증대시켰다. 우리 사회의 담론은 갈수록 인터넷 공간, 특히 소셜 미디어에서 더 많이 발생하고 있다.⁴⁸⁾ 의사소통과 정보전달의 역동성에 있어서 빠른 변화는 사회가 이를 적절한 행위로 받아들이는 것에 있어서도 똑같이 빠르고 끊임없는 변화를 가져왔다.⁴⁹⁾

한편, 인터넷은 스토킹 범죄와 희롱 범죄들을 더 저지르기 쉽게 만들었다. 스토킹 범죄는 파괴적이며 위험하다. 스토킹 범죄는 삶을 파괴하고 최악의 경우 피해자의 목숨을 잃게 만든다. 희롱하는 사람들은 다른 사람들을 괴롭히면서 인터넷의 익명성 뒤에 숨는다. 이는 친밀한 관계뿐만 아니라 서로 모르는 관계에서도 일어난다. 스토킹 범죄에 대응하는 우리 사회의 능력을 과도하게 제한한다면 큰 대가가 따를 것이다. 하지만 이러한 이유들을 보았을 때, 진정한 위협의 주관적 요건이 되는 의사 수준을 정한다고 해서 스토킹

42) *Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 708 (1969).

43) *Mahanoy Area School Dist. v. B. L.*, 594 U.S. ___, ___ (2021).

44) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 472 (2010).

45) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 347-348 (2003).

46) *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 448-449, 458 (2011).

47) *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234, 239-240, 258 (2002).

48) *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. 98, 104 (2017).

49) *Ontario v. Quon*, 560 U.S. 746, 759 (2010).

범죄의 기소를 막지는 않을 것이다.

라. 의도적이지 않은 위협적인 표현이 진정한 위협에 해당하는지

헌법 수정 제1조의 보호는 진정한 위협의 경계를 규명할 때 신중을 기해야 하는 이유가 된다. 이 과정에서 법정의견과 나는 다른 의견을 가지고 있다. 법정의견은, 진정한 위협을 화자가 위협을 의도했는지 여부와 무관하게 객관적으로 위협적인 모든 표현들로 정의하면서 논의를 시작한다. 법정의견은 위협적인 표현들이 모두 보호받지 못하는 범주에 속한다고 전제하고, 위협적이지 않은 표현을 보호하기 위해 필요한 ‘완충지대’에 대해서 설명한다. 하지만 나는 다르게 생각한다. 이 논의는 헌법적 쟁점으로서 ‘진정한 위협’의 명확하고 제한된 범위가 무엇인지를 묻는 것부터 시작되어야 한다.

법정의견은 의도하지 않은 위협을 ‘진정한 위협’으로 보아 처벌하는 오랜 전통이 있었는지에 대해 먼저 확인해야 한다. 진정한 위협에 대한 연방대법원의 선례와 역사에 따르면, 의도하지 않은 위협 표현을 처벌하는 전통은 존재하지 않는다.

Black 판결⁵⁰⁾에서 연방대법원은 주관적 요건이 충족되지 않으면 위협적인 표현에 대해 유죄를 선고할 수 없다고 판단하였다. *Black* 판결은 진정한 위협이 성립하기 위해서는 내심의 의사가 입증되어야 한다고 명확하게 실시한다. *Black* 판결에서 연방대법원은 진정한 위협을 ‘화자가 불법적인 폭력 행위를 저지를 의도를 전달하는 진지한 표현’이라고 정의하면서 위협적인 표현에 대한 전통적인 이해를 재확인했다.

어떠한 표현을 헌법 수정 제1조의 보호영역에서 제외하는 것은 우리 헌법

50) *Black* 판결에서 연방대법원은 ‘사람들을 위협할 의도로’ 십자가를 불태우는 행위를 범죄로 규정 한 버지니아 주의 법률에 대하여 다루었다. 연방대법원은 십자가를 불태우는 행위에 대한 역사와 이 행위가 위협적인 메시지를 전달하기 위해 자주 활용된 혐오의 상징이라고 언급하였다. 그리고 연방대법원은 주가 ‘진정한 위협’을 금지할 수 있다고 판단하였다. 여기서 진정한 위협은 화자가 특정한 사람이나 단체에 대하여 불법적인 폭력을 범하겠다는 의도를 진지하게 전달하는 표현이라고 정의했다. 또한 연방대법원은 진정한 위협을 금지하는 것은 개인을 폭력에 대한 두려움과 그로 인한 혼란으로부터 보호하고, 그러한 폭력이 발생할 가능성으로부터 보호한다고 보았다. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

이 일반적으로 추구하는 표현과 공익 사이의 이익형량에 큰 변화를 가져오는 것이다. 따라서 중요한 것은 의도하지 않은 위협적인 표현을 헌법 수정 제1조의 보호영역에서 제외하는 오랜 전통이 있는가이다.⁵¹⁾ 하지만 법정의견은 보호영역 밖의 진정한 위협의 성립에 내심의 의사가 필요한지에 대해 명시적으로 다른 선례를 제시하지 않았다.

미국에서 몇몇 주들은 위협에 관한 법률에서 악의(maliciousness)를 명시적 요건으로 하였다.⁵²⁾ 법원들은 보통 주관적 요건을 더 중요하게 여겼다.⁵³⁾ 주법이 위협의 주관적 요건에 대해 침묵하고 있는 경우, 법원들은 자체적으로 주관적 요건을 도입하기도 하였다.⁵⁴⁾ 결과적으로, 위협적인 표현이 성립하는 데 있어서 객관적 심사기준이 충분하다고 선언한 선례나 법령은 없다.

Black 판결과 역사는 고의의 요건(intent requirement)에 관한 것이었다. *Black* 판결에서 고의의 측면에서 진정한 위협을 정의하고 검토할 당시 연방 대법원이 고의를 그 전통적인 정의인 의도 또는 인식보다 낮은 수준의 의사를 의미하는 용어로 사용하였다고 볼 만한 근거는 없다.⁵⁵⁾ 무모성 기준이 ‘협박을 목적으로’ 십자가를 불태우는 행위와 ‘협박할 목적이 아니면서’ 십자가를 불태우는 행위를 구분하는 데 필수적인 역할을 했다는 근거 또한 없다.⁵⁶⁾ 십자가를 불태우는 행위의 폭력적인 역사를 고려할 때, 대중들 앞에서 십자가를 불태우는 정치적 행위가 합리적인 목격자라면 위협을 느낄 것이라는 행위자의 인식 없이 대중들 앞에서 행해졌다고 보기 힘들다.⁵⁷⁾ 따라서 ‘객관적인 사람’ 기준에 크게 의존하는 무모성 기준만으로는 충분하지 않았을 것이다.

진정한 위협과 관련하여 법원이 내심의 의사를 설명하는 데 매우 다양한 용어를 사용해 온 것은 사실이다.⁵⁸⁾ 하지만 형법상 고의의 요소는 전통적으

51) *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 469 (2010).

52) *Me. Rev. Stat.*, Tit. 12, ch. 154, §26 (1840); 1884 *La. Acts No. 64*, §1, p. 86.

53) *State v. Benedict*, 11 *Vt.* 236, 239 (1839).

54) *Commonwealth v. Morton*, 140 *Ky.* 628, 631, 131 *S. W.* 506, 507-508 (1910).

55) *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, 150 (1987).

56) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 372 (2003) (opinion of Scalia).

57) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 388-291 (2003) (dissenting opinion).

58) *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 252 (1952).

로 의도 또는 인식의 두 가지 개념으로 이해되어 왔다.⁵⁹⁾ 그리고 최소한 피고인이 단순히 자신의 표현이 위협적일 수 있다는 위협을 인식하는 것만으로 진정한 위협이 성립한다는 것을 보여주는 역사는 없다.⁶⁰⁾

마. Sotomayor 대법관의 결론

진정한 위협에 관한 법리를 전통적인 수준으로 유지하는 것은 넓은 범위의 정치적, 예술적, 일상적 표현을 그 내용만을 근거로 과도하게 범죄화하는 것을 방지할 것이다. 이는 의도하지 않은 위협적인 표현이 국가의 제한에서 제외된다는 의미가 아니다. 전술한 것과 같이, 반복되고, 목표가 정해져 있으며, 원치 않는 행위인 스토킹 범죄를 처벌하는 스토킹 법은 헌법 수정 제1조 하에서 위헌이 될 소지가 더 적다. 따라서 스토킹 범죄에 한해서는 무모성 수준을 그 주관적 요건으로 하는 것으로 충분하다.

나는 헌법 수정 제1조가 진정한 위협 사건에서 주관적 요소를 요건으로 한다는 부분과 이 사건에서 무모성이 충족된다는 부분에서 법정의견에 동의한다. 하지만 진정한 위협에 해당하려면 어떠한 수준의 주관적 요소가 필요한지에 대한 논의는 다음으로 미룬다.

3. Barrett 대법관의 반대의견(2인 의견)⁶¹⁾⁶²⁾

59) *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 445 (1978); *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, 150 (1987); and *Carter v. United States*, 530 U.S. 255, 270 (2000).

60) *Borden v. United States*, 593 U.S. ___, ___ (2021) (plurality opinion).

61) Barrett, Thomas 대법관의 의견.

62) 본 원고에서는 Thomas 대법관의 반대의견에 대한 보충의견은 생략한다. Thomas 대법관의 반대의견은 Barrett 대법관의 반대의견을 보충하면서 법정의견의 일부 논거를 반박하는 내용을 담고 있다. 본 원고에서는 생략했지만, 법정의견은 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) 판결을 인용하며 명예훼손적인 표현과 위협적인 표현을 비교하였다. 연방대법원은 *New York Times* 판결에서 공인은 명예훼손적인 표현으로 인해 피해를 입었더라도 그 화자가 현실적 악의(actual malice)로, 즉 그 표현의 내용이 거짓인 것을 인식(knowledge)했거나 무모하게 무시(reckless disregard)했을 경우가 아니라면 손해배상을 구할 수 없다고 판시하였다. 법정의견은 이를 진정한 위협이 성립하기 위해서는 주관적 요소가 필요하다는 판단의 근거로 삼았다. Thomas 대법관은 이에 대하여 *New York Times* 판결의 법리를 확장하는 것이 헌법적인 것이 아니라 정책적인(policy-driven) 것이라고 비판하는 취지로 반대의견에 대한 보충의견을 작성했다.

가. 서론

상고인은 진정한 위협을 금지하는 콜로라도 법에 따라 유죄를 선고 받았다. 콜로라도 법은 화자가 자신의 표현의 의미를 이해해야 한다는 것만을 주관적 요건으로 하고 있다. 여기서 다투야 할 쟁점은 헌법 수정 제1조가 그 이상의 것을 주관적 요건으로 요구하는가이다. 콜로라도 당국은 객관적 심사 기준-합리적인 사람이라면 그 표현을 폭력에 관한 위협이라고 보았을 것인지-이 충분하다고 주장한다. 하지만 상고인은 헌법 수정 제1조가 주관적 심사 기준-화자 자신이 자신의 표현이 위협적인 성격을 가지고 있다는 것을 의도하거나 인식했는지-을 요건으로 한다고 주장한다.

두 입장 중에서 한쪽을 선택하는 것은 어렵지 않다. 진정한 위협은 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 않는다. 그리고 헌법 수정 제1조의 보호영역 밖에 있는 거의 모든 표현은 객관적 심사기준을 통해 제한된다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 상고인이 주장한 것과는 다른 주관적 심사기준을 선택한다. 법정의견은 화자가 자신의 표현의 위협적 성격을 무모하게 무시해야만 헌법적 보호를 받을 수 없다고 판단한다. 이는 진정한 위협에 해당하는 표현에만 부당하게 특혜를 부여하는 것이기에, 법정의견에 반대한다.

헌법 수정 제1조는 그 제정 이래 헌법상 금지되는 내용의 표현에 해당한다는 이유로 정부가 특정한 범주의 표현을 제한하는 것을 용인해 왔다.⁶³⁾ ‘특정한 개인이나 단체에 불법적인 폭력을 자행하겠다는 의도를 진지하게 전달하는’ 표현인 진정한 위협도 여기에 포함된다.⁶⁴⁾ 진정한 위협은 가치는 거의 없으면서 막대한 비용을 초래한다.⁶⁵⁾ 또한 진정한 위협은 그 자체로 피해를 야기한다.⁶⁶⁾ 이는 폭력에 대한 두려움을 초래하고, 혼란을 일으키며, 예고된 폭력이 실제로 발생할 가능성을 만든다.⁶⁷⁾

63) R. A. V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 382-383 (1992).

64) Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 359 (2003); R. A. V. v. St. Paul, 505 U.S. 377, 388 (1992).

65) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 572 (1942).

66) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 572 (1942).

67) Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 360 (2003).

진정한 위협의 성질에 비추어 보았을 때, 헌법 수정 제1조의 보호 범위를 결정할 때에 객관적 심사기준을 활용하는 것이 타당하다. 위협적인 표현의 사회적 가치나 가해 가능성은 화자의 내심의 의사에 달려있지 않기 때문이다.⁶⁸⁾ 물론, 위협을 의도하지 않은 화자는 그러한 표현을 하지 않을 가능성이 높다. 하지만 헌법은 궁극적으로 주관적 근거가 아닌 객관적 근거를 통해 진정한 위협을 보호영역에서 제외한다. 따라서 객관적 심사기준이 ‘헌법 수정 제1조가 애초에 폭력에 관한 위협을 보호영역에서 제외하기로 한 근거와 합치한다.’⁶⁹⁾

나. 법정의견에 대한 비판

법정의견은 ‘위협의 성립여부는 화자의 내심의 의사에 달려있는 것이 아니라 그 표현이 청자에게 무엇을 전달하는지에 달려있다.’라는 것에 동의한다. 법정의견은 또한 ‘청자가 문제된 표현이 진정한 위협에 해당하는 표현이라고 판단하면, 그 표현은 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못하기 때문에 이에 따른 불이익이 자연스럽게 뒤따른다.’라는 것을 인정한다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 콜로라도 법을 위헌이라고 판단했다. 왜냐하면 법정의견이 보호영역 내의 표현에 대한 위축효과를 방지하기 위해 완충지대를 만들었기 때문이다. 이 완충지대는 화자가 ‘자신의 표현이 폭력에 관한 위협이라고 받아들여질 상당한 위협을 의식적으로 무시한 경우’가 아닌 한 진정한 위협을 보호한다. 법정의견의 이러한 근거는 잘못되었다.

법정의견의 첫 번째 오류는 진정한 위협에 대해 ‘보호영역 밖의 표현들 사이에서 우선되는 순위’를 부여한 것이다.⁷⁰⁾ 연방대법원은 보호영역 밖에 있는 거의 모든 표현이 객관적 심사기준을 통해 제한된다고 판단해 왔다. 진정한 위협을 주관적 심사기준을 통해 판단하는 것은 선례들을 무시하고 오해

68) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

69) *United States v. Jeffries*, 692 F. 3d 473, 480 (CA6 2012).

70) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 767 (2015) (dissenting opinion).

한 결과이다. 헌법 수정 제1조에 관한 연방대법원의 선례는 객관적 심사기준의 적용을 금지하는 기준선을 설정한 바 없다. 선례는 진정한 위협 사건에 대한 객관적 심사기준의 적용을 허용하는 것을 넘어, 이를 지지한다.

두 번째로, 진정한 위협의 두 가지 특성은 보호영역 내에 있는 표현이 위축될 위험을 이미 방지하고 있다. 따라서 법정의견은 강화된 심사기준을 적용할 필요가 없다. 그 특성 중 하나는 진정한 위협의 정의에 부합하는 표현의 범위가 매우 협소하다는 것이다. 진정한 위협이 성립하기 위해서는 화자가 ‘불법적인 폭력 행위를 자행하겠다는 의도’를 표현해야 한다.⁷¹⁾ 단순히 공격적이거나 형편없이 선택되거나 처참한 표현들은 진정한 위협에 해당되지 않는다. 진정한 위협은 일반적인 대중이 아닌 특정 개인이나 단체에 대한 폭력을 위협하는 것이다.⁷²⁾ 진정한 위협의 두 번째 특성은, 표현이 발생한 ‘전체적인 사실적 맥락’을 잘 알고 있는 합리적인 청자가 해당 표현을 위협적인 것으로 받아들여야 한다는 것이다.⁷³⁾ 이 기준은 화자의 어조, 청중, 의사소통 매체, 그리고 표현이 이루어지는 더 넓은 맥락에 의해 영향을 받는다. 각 요소들은 진정한 위협과 보호영역 내에 있는 표현들을 구분한다.

Black 판결에서 연방대법원은 ‘특정한 사람이나 단체에 대하여 위협을 할 의도로’ 십자가를 불태우는 행위를 금지한 버지니아 주법을 다루었다.⁷⁴⁾ 특히, 그 법은 ‘십자가를 불태우는 행위는 그 자체로 위협의 고의를 추정할 근거가 된다.’라는 추정을 포함하고 있었다.⁷⁵⁾ 그 판결에서 연방대법원의 법정의견은 헌법 수정 제1조에 따라 정부가 특정한 위협 행위를 금지할 수 있다는 결론을 내리며 십자가를 불태우는 행위를 원칙적으로 금지하는 법이 합헌이라고 보았다.⁷⁶⁾ *Black* 판결의 다수의견(plurality opinion)⁷⁷⁾은 더 나아가 법적 추정(statutory presumption)에 대해 언급하였다. 다수의견은 십자가를

71) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 359 (2003).

72) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 359 (2003).

73) *State v. Taveras*, 342 Conn. 563, 572, 271 A. 3d 123, 129 (2022).

74) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 348 (2003).

75) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 348 (2003).

76) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 362-363 (2003).

77) *Black* 판결의 법정의견에는 Rehnquist 대법원장 및 O'Connor, Stevens, Scalia, Breyer 대법관 등 총 5인 참여했지만, 다수의견에는 Rehnquist 대법원장, O'Connor, Stevens, Breyer 대법관 등 총 4인만 참여하였다.

불태우는 행위는 행위자가 헌법상 금지된 위협에 해당하는 행위에 관여한다는 것을 의미할 수도 있지만, 반드시 그러한 것은 아니라고 설시했다.⁷⁸⁾ 십자가를 불태우는 행위는 한 개인을 향한 것일 수도 있고 단체를 향한 것일 수도 있다. 또는 이웃집 마당에서 이뤄질 수도 있고 공적인 공간에서 이뤄질 수도 있으며, 땅 주인의 허락을 받고 이뤄질 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다.⁷⁹⁾ 법적 추정은 다양한 상황 사이의 경계를 모호하게 만들었고, 십자가를 불태우는 행위가 법에 따라 금지되는지 여부를 판단하는 데 필요한 모든 맥락을 무시했다.⁸⁰⁾ 따라서 이 추정은 과도하게 광범위하여 위헌적이다.

Black 판결의 다수의견은 다음과 같이 요약된다. 표현이 발생한 맥락을 무시하는 것은 진정한 위협을 보호영역 내에 있는 표현과 명확하게 구분할 수 없게 만든다. 하지만 표현의 맥락이 적절하게 고려된다면, 그러한 헌법적인 우려는 줄어든다.⁸¹⁾

세 번째로, 역사적인 기록 또한 법정의견에 근거를 제공하지 못한다. 1791년 이래로 진정한 위협은 헌법 수정 제1조의 보호영역에서 제외되어 왔다.⁸²⁾ 만일 상고인이 ‘진정한 위협’의 개념에 처음부터 주관적 심사기준이 내재되어 있었다고 주장하였다면 설득력이 있었을 것이다. 하지만 상고인은 그렇게 하지 못했다. 상고인은 헌법 수정 제1조의 의미를 직접적으로 언급하는 증거를 제시하지 않았다.

상고인은 여러 주의 위협에 관한 법률 조항이 주관적 심사기준을 규정하였다고 주장한다. 하지만 이는 잘못되었다. 주법들은 주관적 심사기준을 적용하였다기보다는 콜로라도 법과 같이 객관적 심사기준을 적용하였다.

주법들이 더 높은 수준의 주관적 요건을 규정하였다고 하더라도, 이러한 조항들이 상고인에게 유리한 것은 아니다. 표현의 자유의 보호영역에 관한 법의 제정은 의회가 그 법을 헌법의 보장에 합치하는 것으로 보았다는 것을

78) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 365 (2003).

79) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 366 (2003).

80) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 365, 367 (2003).

81) *Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 708 (1969).

82) *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377, 382-383, 388 (1992).

의미한다. 따라서 그러한 법이 헌법 수정 제1조에 위배되는지가 쟁점이 되는 경우, 그러한 법의 존재는 오히려 그 반대편⁸³⁾의 논거가 된다. 하지만 여기서의 쟁점은 주관적 고의 요건(a subjective intent requirement)이 헌법이 정한 최소 기준이냐는 것이다. 의회는 항상 최소 기준보다 높게 기준을 설정할 수 있기 때문에, 법률의 제정이 반드시 헌법상 최소 기준에 대한 의회의 견해를 반영하는 것은 아니다.

네 번째로, 주관적 심사기준이 역사적인 배경을 가지고 있다고 가정하더라도, 법정의견의 무모성 기준은 전혀 그렇지 않다. 무모성 기준은 대체 어디서 나온 것인가? 이는 소송 당사자들이 주장한 것이 아니며, 하급심 법원이 다룬 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 무모성 기준을 진정한 위협에 대한 헌법적 최소 요건으로 확립하였다. 그 근거는 불명확하다.

법정의견은 한 쪽에는 ‘표현의 자유’를, 그리고 다른 한 쪽에는 ‘개인과 사회에 대한 심각한 해악’을 두고 이들이 ‘상충하는 가치’라는 것을 인정하며 논의를 시작한다. 이를 고려하더라도 무모성 기준이 어떻게 도출될 수 있는가? 의도나 인식을 주관적 심사기준으로 택한다면 더 많은 표현의 자유가 보장될 것이므로, 더 높은 기준을 택했어야 할 것이다. 객관적 심사기준을 택한다면 피해자들의 피해가 더 적을 것이기 때문에, 더 낮은 기준을 택하는 것이 나올 수도 있다. 양 가치 사이의 최적의 균형점은 상황에 맞게 조절할 수 있는 의회에 맡겨야 할 문제이다. 헌법 수정 제1조에 관한 선례들조차 법정의견이 제시한 기준을 옹호하지 않는다.

객관적 심사기준은 불법행위법(tort law)의 영역에서 민사책임을 입증할 때 널리 활용되지만, 형법상 범죄성립을 위한 전통적인 요건은 범법행위에 대한 인식(awareness)이다.⁸⁴⁾ 이 전통에 따라서 연방대법원은 연방 형법이 주관적 요건에 대해 침묵하는 경우에도 범죄에 해당하는 행위와 그렇지 않은 행위를 구분하는 데 필수적인 주관적 요건을 요구하는 것으로 일반적으로 추정한다.⁸⁵⁾

83) 여기서 반대편이란 ‘합헌론’을 의미한다.

84) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 737-738 (2015).

이번 사건은 형법 조항의 해석에 관한 것이 아니라 헌법 수정 제1조의 보호영역에 관한 것이다. 따라서 법정의견의 결론은 진정한 위협에 대한 형사적 책임뿐만 아니라 민사적 책임에도 영향을 미친다. 오늘 이후로 위협적인 표현을 한 사람이 그 표현이 공포를 유발할 것이라고 예상했다는 것을 입증하지 못하면 그 사람에게 민사적 책임을 부담시키기가 힘들어졌다.

상고인은 헌법 수정 제1조가 보호하지 않는 진정한 위협을 범했다. 그는 자신이 한 표현의 의미를 알고 있었다. 이 위협적인 표현은 피해자에게 삶에 대한 두려움을 초래했고 일상을 뒤흔들어 놓았다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 상고인이 헌법 수정 제1조의 보호를 통해 면책될 수 있다는 결론을 내린다. 헌법의 어떠한 부분도 그러한 결론을 뒷받침하지 않는다. 따라서 나는 법정의견에 전적으로 반대한다.

III. 판결의 의의

이번 판결에서 연방대법원은, 상고인의 표현이 헌법 수정 제1조의 보호를 받지 않는 진정한 위협에 해당하려면 주 당국이 상고인의 내심의 의사를 입증해야 한다고 판단했다. 그리고 진정한 위협이 성립하기 위한 내심의 의사는 ‘주관적 무모성’이라고 실시했다. 여기서 주관적 무모성이란 ‘행위 시에 행위자가 결과발생의 위협을 인식하고도 그 위협을 내심 받아들이는’ 것을 의미한다.⁸⁶⁾ 이는 ‘객관적 무모성’과 구별되는 것으로, 객관적 무모성은 ‘객관적으로 보아 합리적인 일반인이라면 위협을 예견할 수 있는’ 수준을 의미한다.⁸⁷⁾ 결론적으로 이번 판결에 따르면, 판단의 대상이 되는 표현이 진정한 위협에 해당하려면 화자가 ‘다른 사람들이 그 표현을 위협으로 여길 수 있다는 점을 알면서도 이를 행동으로 옮긴다는 것’을 인식했다는 사실을 주 당국이 입증해야 한다.

85) *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, 736 (2015).

86) 김종구, 미국 형법의 비교법적 연구, 정독, 2023, 34면.

87) 김종구, 미국 형법의 비교법적 연구, 정독, 2023, 35면.

이에 대하여 Sotomayor 대법관은 법정의견이 진정한 위협의 주관적 요건의 수준에 대해 불필요하게 논의했다고 보았다. 이 사건에서 상고인의 표현은 스토킹 범죄의 과정에서 발생한 것으로 진정한 위협에 해당하는 표현이 아니더라도 처벌이 가능한 것이었다. Sotomayor 대법관은 진정한 위협에 해당하기 위해 주관적 요건이 필요하다는 것에는 동의하지만, 그 주관적 요건의 수준이 무모성이라는 것에는 동의하지 않았다. 하지만 스토킹 범죄 과정에서 발생한 상고인의 위협적인 표현은 무모성을 충족할 수 있다고 보아 법정의견과 동일한 결론을 내렸다.

Barret 대법관은 법정의견이 진정한 위협의 성립여부를 판단할 때 주관적 심사기준을 활용하는 것에 대하여 비판하였다. Barret 대법관은 진정한 위협이 화자의 내심의 의사와는 상관없이 청자에게 피해를 유발하기 때문에 객관적 기준, 즉 합리적인 사람 기준을 따르는 것이 타당하다고 보았다. 또한 진정한 위협의 요건으로 화자의 내심의 의사를 입증하도록 요구하는 것은 민사 책임의 영역까지 영향을 미쳐 부작용을 초래할 것이라고 실시했다.

미국의 표현의 자유와 상응하여 우리나라에서는 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 인정하고 있다.⁸⁸⁾ 헌법재판소는 표현의 자유에 대하여 ‘사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나’라고 실시한다.⁸⁹⁾ 하지만 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.”라고 규정하며 표현의 자유의 한계를 규정한다. 이를 통해 국가기밀, 사생활의 비밀과 자유, 음란성, 공중도덕과 사회윤리, 선동에 관한 표현은 상황에 따라 헌법의 보호를 받지 못한다.⁹⁰⁾ 하지만 아직까지 위협적인 표현이 표현의 자유의 보호영역에 해당하여 보호되는지에 대

88) 헌법 제21조 제1항

모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

89) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집, 4, 64, 93.

90) 성낙인, 헌법학(제23판), 법문사, 1327-1328면.

해서는 판례나 학설을 통해 정립된 바가 없으며, 협박죄는 형법 제283조91)에 따라 처벌되고 있다.

91) **형법 제283조(협박, 존속협박)**

- ① 사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.
- ② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.