

사실적시 명예훼손죄의 비범죄화

- 형법 제307조 제1항과 제310조를 중심으로 -

자유전공학부 경제학과
김 효 진

<목차>

I. 서론

II. 현행형법상 명예훼손죄

1. 형법상 명예에 관한 죄의 구성
2. 형법상 명예훼손죄의 보호법익 및 성격

III. 사실적시 명예훼손죄의 해석

1. 형법 제307조 1항과 제310조의 관계
2. 형법 제307조 1항의 성립요건
3. 형법 제310조의 성립요건

IV. 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의

1. 사실적시 명예훼손죄의 폐지론
2. 사실적시 명예훼손죄의 존치론

V. 사실적시 명예훼손죄의 쟁점 검토

1. 쟁점의 검토
2. 개선방안

VI. 결론

I. 서론

명예훼손 행위에 의한 피해를 구제받을 수 있는 현행법상 방법은 민사상 손해배상제도 및 형법 제307조에서 제312조에 규정된 명예에 관한 죄를 통해서다. 위 민·형법의 규정은 헌법 제17조 및 제21조 제4항에서 보장하는 인격권 및 프라이버시권을 보호하기 위한 조항이다.¹⁾ 이 중 형법 제307조 제1항에 규정된 ‘사실적시 명예훼손죄’의 타당성에 관한 논의는 형법 및 헌법적 측면에서 오랫동안 지속되어왔다. 형법 제307조 제2항의 ‘허위사실적시 명예훼손죄’와 구분되어 ‘진실사실적시 명예훼손죄’로도 불리는데²⁾ 위 조항에 대해서는 진실인 사실을 적시하는 것이 범죄를 구성하게 된다면, 헌법 제21조 제1항³⁾에서 보호하는 언론·출판의 자유가 현저히 침해될 수 있다는 우려가 제기되었다.⁴⁾ 과거에는 정치인들이 형사상 명예훼손죄를 자신을 비판하는 사인 및 언론을 견제하고자 악용할 여지 때문에 사실적시 명예훼손죄에 대한 비판이 활성화되었다. 그러나 근래에는 2018년 미투(Me Too) 운동 당시 성범죄 사실을 밝힌 피해자들이 오히려 상대방으로부터 ‘사실적시 명예훼손죄’를 근거로 역고소를 당하는 일이 빈번하게 발생하면서 형법 제307조 제1항 및 사실적시 명예훼손죄의 위법성조각사유를 규정한 형법 제310조에 관한 문제 제기가 다시금 이루어지고 있다.

서울지방법원민사1부(2016년, 소속 변호사 1만 3000여명 (응답자 1944명)을 대상으로 설문 조사한 결과에 의하면, 형법 제307조 제1항의 사실적시 명예훼손죄를 폐지해야 한다는 응답자가 49.9%(970명)나 되었고, 처벌수위를 벌금형으로 낮추어야 한다는 의견도 16.5%(320명)에 달했다.⁵⁾ 외국의 입법례도 국가적 남용을 막고⁶⁾ 표현의 자유를 강하게 보장하기 위해 사실적시 명예훼손죄를 폐지하거나 민사적 손해배상책임으로 이 죄를 대신하는 것이 추세다.⁷⁾ 영국은 2010년 명예훼손죄 자체를 폐지하였으며, 미국에서도 사실적시 명예훼손은 민사상 손해배상의 문제일 뿐, 형법상 범죄로 취급되지 않는다. 독일과 일본은 진실한 사실임이 입증되면 명예훼손죄로 처벌하지 않고 있으며, 가나는 2001년에, 멕시코는 2007년에, 뉴질랜드는 1992년에 이미 형사상 명예훼손 제도가 폐지되었다. 더불어 2011년에는 유엔인권위원회(UNHRC)가, 2015년에는 유엔 산하 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약위원회(ICCPR)가 언론·출판의 자유 제한을 이유로 한국의 사실적시 명예훼손죄의 폐지를 권고한 바 있다.⁸⁾ 명예훼손죄의 민사불법화 및 폐지의 세계적 추세에 힘입어 형법 제307조 1항 및 제310조의 사실적시 명예훼손죄에 대한 비범죄화 논의는 활성화되었다. 사실적시 명예훼손죄가 표현의 자유를 과도하게 제한할 위험성을 중심으로 비판이 제기되고 있으며, 인터넷과 SNS의 발달로 인해 개인의 명예권 및 프라이버시권의 침해가 빈번해짐에 따라 관련 문제들이 계속해서 확장되고 있다.⁹⁾ 본 논문에서는 형사상 사실적시 명예훼손죄를 둘러싼 법적

1) 헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”고 규정하고 있다. 동법 제 21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”며 제21조 제1항이 보호하는 표현의 자유에 대한 제한을 규정하고 있다.

2) 김성돈, 진실적시명예훼손죄 폐지론, 형사정책연구, 2016, 27(4), 93면.

3) 헌법 제 21조 1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정한다.

4) 고전적 의미에서 언론·출판의 자유는 자신의 생각 또는 의견을 언어·문자 등으로 불특정 다수인에게 표명하거나 전달하는 의사표현의 자유를 말한다. 오늘날의 언론·출판의 자유는 의사표현의 자유 외에도 보도의 자유나 알 권리까지도 그 내용으로 한다. 이러한 표현의 자유는 헌법 제21조에 의해 기본권으로서 보장을 받는다. (김재현, 사실적시 명예훼손죄의 존재론, 고려법학, 2019, 93, 155면.)

5) 변호사 절반 “사실적시 명예훼손죄 폐지해야”, 법률신문 2016. 5. 23.

6) 박경신, 명예의 보호와 형사처벌제도의 폐지론과 유지론: PD 수집 광우정보도 수사에 즈음하여, 서강법학, 2009, 11(1), 360면.

7) 원혜옥; 김자영, 명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임, 비교형사법연구, 2016, 18(4), 3.

8) 김재현, 앞의 글, 145면.

문제를 형법 제307조 1항 및 제310조의 규정과 판례를 중심으로 살펴보고, 폐지론과 존치론의 주장과 몇 가지 개정안을 검토하려 한다. 끝으로 이를 토대로 필자의 견해를 제안하고자 한다.

II. 현행 형법상 명예훼손죄

1. 형법상 명예에 관한 죄의 구성

형법 제307조에서 제312조는 명예에 관한 죄로서 명예훼손죄와 모욕죄를 규정하고 있다. 명예에 관한 죄의 기본적 구성요건은 본 논문에서 다루는 사실적시 명예훼손죄(제307조 1항)이다. 뒤따르는 허위사실적시 명예훼손죄(제307조 2항) 및 출판물에 의한 명예훼손죄(제309조)는 제307조 1항에 대한 불법 가중적 구성요건이며, 사자명예훼손죄(제308조)는 사실적시 명예훼손죄와는 독립된 구성요건이다.¹⁰⁾ 모욕죄(제311조)는 사실의 적시 없이 경멸 등 부정적 가치판단을 통해 타인의 인격적 가치나 명예를 공공연하게 깎아내리는 경우를 의미한다는 점에서 ‘사실의 적시’를 통해 타인의 명예를 공공연하게 훼손하는 것을 일컫는 명예훼손죄와는 구별된다.¹¹⁾ 사실적시 명예훼손죄(제307조 1항)에 한정해 특별한 위법성조각사유로 제310조가 규정되어 있다. 제310조는 사실적시 명예훼손죄의 성립을 일정한 합법적 목적에서 제한하는 규정이므로 제307조 1항의 타당성 여부와도 밀접한 관련이 있다. 따라서 본 논문에서는 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의를 다루며 제307조 1항과 함께 제310조도 살펴보기로 한다. 마지막으로, 제312조에서 규정하는 바는 사자명예훼손죄와 모욕죄는 친고죄이며, 명예훼손죄와 출판물에 의한 명예훼손죄는 반의사 불벌죄라는 점이다.¹²⁾

제307조(명예훼손) ①공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995. 12. 29.>

②공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995. 12. 29.>

제308조(사자의 명예훼손) 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995. 12. 29.>

제309조(출판물 등에 의한 명예훼손) ①사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995. 12. 29.>

②제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격

9) 2013년을 기준으로 10년 사이 형법상 명예훼손 및 모욕 관련 접수 사건은 12678건에서 34383건으로 약 2.7배 증가하였다. 또한 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」의 사이버 명예훼손 접수 사건도 1333건에서 7595건으로 무려 5.7배 증가하였다. (윤해성; 김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서, 2018, 44면.)

10) 김일수; 서보학, 『새로 쓴 형법각론』, 박영사. 2016, 155면.

11) 김일수; 서보학, 앞의 글, 172면.

12) 김일수; 서보학, 앞의 글, 155면

정지 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995. 12. 29.>

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

제311조(모욕) 공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995. 12. 29.>

제312조(고소와 피해자의 의사) ① 제308조와 제311조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. <개정 1995. 12. 29.>

② 제307조와 제309조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. <개정 1995. 12. 29.>

2. 형법상 명예훼손죄의 보호범의 및 성격

(1) 보호범의

명예개념은 크게 내적 명예, 외적 명예, 주관적 명예 등으로 분류된다. 내적 명예란 인간의 존엄성에 근거한 내면적인 인격 가치를 말하고, 외적 명예란 인격에 대해 외부적으로 주어지는 명성이나 사회적 평가를 말하며, 주관적 명예란, 개인의 주관적인 명예감정을 의미한다. 형법상 명예에 관한 죄의 보호범의인 ‘명예’를 어떤 개념으로 파악할지 학설의 대립이 있으나, 통설과 판례는 외적 명예를 형법상 보호범의으로 파악한다. 인간의 타고난 내면적 가치인 내적 명예는 타인의 침해로 훼손될 수 있는 성질의 것이 아니고, 주관적 명예감정은 사람에 따라 정도가 다르며 가벌성이 피해자의 주관적 감정에 의해 좌우될 수 있다는 이유에 근거한 해석이다. 그러나 내적 명예가 타인으로부터 원천적으로 침해될 수 없는 성질의 것이므로 형법이 보호하는 명예에 포함하지 않는 것에 대해서는 이견이 존재한다.¹³⁾

(2) 법적 성격

통설과 판례는 명예에 관한 죄의 법적 성격을 추상적 위험범¹⁴⁾으로 파악하고 있다. 즉, 현실적으로 명예훼손의 사실이 발생하지 않았어도 사회적 명예의 손상이라는 구성요건이 발생할 추상적인 위험만이 인정되면 범죄가 성립한다. 통설이 본죄를 추상적 위험범으로 해석하는 이유는, 1) 명예의 침해는 인격적·정신적 가치에 대한 측정이므로 그 침해 여부를 입증하는 것이 어렵고, 2) 명예의 침해를 입증하는 행위 자체가 명예의 침해를 재차 초래할 위험이 있기 때문이다.¹⁵⁾ 추상적 위험범과 관련된 쟁점은 이후 사실적시 명예훼손죄의 문제를

13) 김일수; 서보학, 앞의 글, 154면.

14) 위험범이란, 법의 보호범의에 대한 위험상태의 야기만으로 구성요건이 충족되는 범죄를 말한다. 추상적 위험범이란 법익침해의 추상적 위험, 즉, 일반적인 법익침해의 위험이 있음으로써 바로 구성요건이 충족되는 범죄를 말하며, 법익침해의 실행에 대한 위험이 발생한 때 구성요건의 충족을 인정하는 구체적 위험범과 구별된다. (이재상; 장영민; 강동범, 『형법총론』, 박영사, 2015, 72면.)

15) 윤해성; 김재현, 앞의 글, 114면.

다루며 더욱 구체적으로 살피기로 한다.

III. 사실적시 명예훼손죄의 해석

1. 형법 제307조 1항과 제310조의 관계

우리 헌법은 제21조 제1항에서 언론·출판의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 표현의 자유는 민주주의의 확립을 위해 적극적으로 보장되어야 하는 국민의 기본권이다. 그러나 표현의 자유가 모든 경우에 절대적으로 보호받는 것은 아니다. 동조 제4항에서 헌법은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”고 규정한다.¹⁶⁾ 또한, 헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”고 규정하고 있다. 형법상 사실적시 명예훼손죄는 헌법 제21조 4항 및 제17조의 명예권 보호를 근거로 헌법 제21조 1항의 표현의 자유 보장을 제한하는 규정이므로, 표현의 자유라는 기본권이 민주주의 사회에서 매우 구체적이고 중대한 법익인 만큼, 명예권을 근거로 이를 제한하는 데에는 신중해야 하며, 모든 명예훼손 행위 중 반사회성이 강한 일부에만 적용되어야 마땅하다.¹⁷⁾ 명예권의 보호와 표현의 자유 보장의 조화를 도모하기 위하여 같은 목적에서 마련된 규정이 형법 제310조의 위법성조각사유 조항이다. 형법 제310조는 진실성과 공익성의 요건을 갖출 경우, 형법 제307조 1항의 사실적시 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 규정한다. 이는 표현의 자유에 대한 제한에 다시금 제한을 가함으로써 표현의 자유 및 언론의 자유가 명예권 보호라는 명목하에 지나치게 침해될 가능성을 방지하려는 취지의 조항이다. 아래에서는 두 규정의 성립 요건상 문제를 명문 규정 및 판례의 해석을 중심으로 소개하였다.

2. 형법 제307조 1항의 성립요건

형법상 제307조 1항은 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자를 처벌한다고 규정한다. 사실적시 명예훼손의 행위 양태는 ‘명예훼손’이고 행위 수단은 ‘사실의 적시’이며, 사실의 적시를 통한 명예훼손 행위는 ‘공연히’ 행해져야 한다.

(1) 공연성

통설과 판례는 공연성을 불특정인 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 공연성의 의미로 파악한다. ‘공연성’의 행위 방법을 요구하는 것은 당사자에 관한 사실을 당사자 의사와 무관하게 사회에 직접적으로 유포함으로써 발생하는 명예훼손 행위만을 처벌함으로써 표현의 자유가 지나치게 제한되는 일을 방지하기 위함이다.¹⁸⁾ ‘불특정인’이라고 함은 피고인과 특수한

16) 배상균, 사실적시 명예훼손행위의 규제 문제와 개선방안에 관한 검토, 형사정책연구, 2018, 29(3), 167면.

17) 신평, 판례에 나타난 현실적 악의론의 한국적 수용, 세계헌법연구, 2004, 10, 147면.

18) 김일수; 서보학, 앞의 글, 157-158면.

관계가 없는 자를 일컬으며, ‘다수인’이란 단순한 ‘2인 이상’이 아닌, 개인의 명예가 사회적으로 훼손되었다고 평가될 수 있을 정도로 상당 다수의 사람을 의미한다. 그러나 대법원 판례는 개별적으로 특정한 1인에게 사실을 적시하였음에도 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성만 있어도 공연성을 인정해야 한다는 전파성 이론을 따르고 있다. 그러나 통설은 전파성 이론을 수용하는 판례의 태도에 대해 매우 비판적이다. 다만, 판례는 이러한 지적을 수용하여 전파 가능성을 주관적인 전달 의사보다도 발언자와 상대방 간의 ‘특별한 신분관계’ 등에 의해 엄격하게 판단하고 있다.¹⁹⁾

(2) 사실적시

적시의 대상은 타인의 인격적 가치와 사회적 평가에 손상을 입힐 만한 성질의 사실로, 악행이나 추문에 관한 것이 아니어도, 유포되었을 때 당사자의 인격적 가치 및 평가를 저하시킬만한 것이면 된다. 사실이란, 현실적으로 입증 가능한 과거 또는 현재의 구체적인 사건 및 상태로서, 구체성이 없는 추상적 사실은 가치판단에 불과하며 ‘적시’의 대상이 될 수 없다.²⁰⁾ 적시한 사실이 진실일 경우, 제307조 1항의 ‘(진실)사실적시 명예훼손죄’를 구성하며, 적시한 사실이 거짓일 경우, 불법과 형이 가중된 제307조 2항의 ‘허위사실적시 명예훼손죄’를 구성한다.²¹⁾

(3) 명예훼손

명예훼손이란 타인의 명예를 무시·공격·비난하는 일체의 손상행위를 말한다. 사실적시 명예훼손죄는 추상적 위험범으로, 명예가 실제로 훼손될 것을 요구하지 않으며, 명예의 훼손이 발생할 추상적인 위험만으로 명예훼손이 성립한다.

3. 형법 제310조의 성립요건

형법 제310조는 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정한다. 행위가 형법 제310조의 위법성조각사유가 적용되어 정당행위가 성립되기 위해서는 ‘진실한 사실’과 ‘공공의 이익’이라는 요건이 충족되어야 한다. 판례는 형법 제310조의 성립요건을 명문 규정에 비해 넓게 해석하고 있다.

(1) 진실한 사실

적시된 사실은 진실한 사실이어야 한다. 그러나, ① 판례는 전체적으로 진실한 사실이기만 하면 세부적으로 조금의 차이 혹은 과장이 있어도 ‘진실한 사실’로 본다.

19) “위 말을 발설한 피고인이나 그 말을 들은 갑 등이 모두 위 을과 집안간인 관계로 ... 피고인의 위 갑 등에 한 말이 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있었다고 볼 수 없어 피고인의 위 피해자에 대한 사실 적시행위를 공연성을 갖춘 것이라고 할 수 없다.” (대법원 1982.4.27. 선고 82도371 판결)

20) 예컨대, 설교 중에 특정인을 “이단 중에 이단이다”라고 말한 것도 의견표명이나 가치판단에 불과해 사실의 적시에 해당하지 않는다. (대법원 2008.10.9. 선고 2007도1200 판결)

21) 김일수; 서보학, 앞의 글, 160면.

“적시된 사실이 허위의 사실인지 여부를 판단함에 있어서는 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부(細部)에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없다.”²²⁾

또한, ② 판례는 적시된 사실이 공공의 이익을 위한 것이라면, 진실한 사실이라는 증거가 없어도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고 그렇게 믿을 만한 ‘상당한 이유’가 있는 경우에는 위법성이 없다고 해석한다. 신중하게 사실을 조사했음에도 불가피하게 착오가 발생한 경우까지 처벌하게 된다면 언론의 자유를 크게 침해한다는 점을 고려하여 제310조 명문에는 없는 법리를 도입해 위법성조각사유의 범위를 확장한 것이다.²³⁾

“명예훼손죄에 있어서는 개인의 명예보호와 정당한 표현의 자유 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀하기 위하여 형법 제310조를 규정하고 있으므로 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이라면, 진실한 것이라는 증거가 없다 할지라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.”²⁴⁾

(2) 공공의 이익

사실의 적시가 오로지 공공의 이익에 관한 것이어야 한다. 그러나 ③ 판례는 “공공의 이익”의 의미를 국가 및 사회 전반에 관한 것뿐만 아니라 특정 사회집단에 관한 이익까지 포괄하는 것으로 보고, ④ “오로지”를 “주로”의 의미로 이해함으로써 명문에 규정된 바와 비교해 위법성조각사유를 비교적 넓게 해석하고 있다.

다음으로 “오로지 공공의 이익에 관한 때” 위법성을 조각하는 형법 제307조 제2항의 해석에 있어서는, “공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이고, 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하며, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다.”²⁵⁾

22) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4757 판결

23) 배상균, 앞의 글, 173면.

24) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결

25) 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결

(3) 현실적 악의(Actual Malice) 이론

판례는 나아가 ⑤ ‘공인의 공적 활동’과 밀접한 관련 있는 사안에 관하여 진실을 적시한 경우에는 원칙적으로 ‘공공의 이익’에 관한 것으로 보아 사실적시 명예훼손죄를 면책하는 경향을 보인다. 또한, 같은 경우, ⑥ ‘진실한 사실’ 여부의 판단 기준인 ‘상당한 이유’에 대한 해석 및 입증책임도 완화하였다. 이로써 위법성조각사유인 제310조를 한층 더 넓게 해석하고 있다.

판례의 이와 같은 태도는 1999년 헌법재판소의 획기적인 결정에 근거한 해석이다.²⁶⁾ 헌법재판소는 명예훼손죄의 합헌적 해석지침에 대해 1999년 헌법소원 사건에서 아래와 같이 판시한 바가 있다. 위 결정은 명예훼손 여부를 판단하는데 공인과 사인, 공적 사안과 사적 사안을 구별해야 한다는 점을 밝힌 첫 결정으로, 이후의 민·형사상 판결에서 계속하여 인용되었다.²⁷⁾

“당해 표현으로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人)인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알 권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 등을 종합하여 구체적인 표현 내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 언론의 자유에 대한 한계 설정을 할 필요가 있는 것이다. **공적 인물과 사인, 공적인 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 더욱이 이 사건과 같은 공적 인물이 그의 공적 활동과 관련된 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 하는 등 개별사례에서의 이익형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다.**”²⁸⁾

이와 같은 판시는 미국의 명예훼손 판단 법리를 받아들인 결과다. 1964년 New York Times v. Sullivan 사건²⁹⁾에서 미연방대법원은 “공직자는 그의 직무 행위에 관해 명예를 훼손하는 허위 표현에 대해서는, 그 언급이 ‘현실적 악의(actual malice)’를 내포하는 것, 즉, 그것이 허위라는 점을 알았든가 그것이 허위인가 여부에 관하여 부주의하게도 고려함이 없이 되었다는 점을 입증하지 못하는 한 손해배상을 받는 것이 금지된다”고 판시하였다. 이후 현실적 악의 이론은 ‘공인’ 및 ‘공적 인물’에 대해서는 명예훼손의 판단에 있어 특별한 헌법적 면책적 고려를 해야 한다는 방향으로 확장되었다.³⁰⁾

이를 일부 수용한 위 헌법재판소 결정은 제310조의 ‘진실한 사실’ 및 ‘공공의 이익’ 요건을

26) 조국, 명예훼손과 표현의 자유: 사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성, 형사정책, 2013, 25(3), 13면.

27) 판례가 ‘공인’을 어떻게 해석하는가에 관해서는 다음 판결 참조: “음주운전은 공공의 관심사항이 되는 것이고 행위자가 누구인지는 관심의 대상이 되지 아니하나 행위자가 공적인 인물인 경우는 행위자가 누구인지 여부 자체가 바로 공공의 관심 대상이 된다”(서울고법 1998.4.16. 선고 97나47141 판결) 및 “공무원이라고 하여 모두 공인의 지위에 있다고 할 수 없고, 공무원으로서 국가의 정책 방향을 정하는 지위에 있거나 선거직에 종사하여 그 활동이 일정지역 사회나 국가적인 관심사에 해당하는 등 사유가 있어 그 활동 상황을 사회에 알릴 필요가 있다는 점이 인정되어야 공인의 지위에 있다고 할 수 있다”(서울지법 2000.8.23. 선고 99가합30768 판결) 판례는 미국에서 확립된 공인이론을 반영하고 있으나, 아직 국내에서는 공인의 개념이 모호하다는 문제가 제기되어왔다. (하사랑; 김범준; 김민지, 공인(公人)의 개념과 위법행위에 대한 처벌과 용서, 한국심리학회지: 사회 및 성격, 2013, 27(1), 70면.)

28) 헌법재판소 1999.6.24. 선고 97헌마 265 결정

29) New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686 (1964).

30) 신평, 앞의 글, 151면.

넓게 해석하는 현재 판례의 토대가 되었다. 위와 같은 헌법재판소의 입장을 처음 받아들인 대법원 판결은 민사 손해배상 사건에 관한 2002년의 대법원 판결이다. 판시내용은 아래와 같다.

“... 당해 표현이 공적인 존재의 정치적 이념에 관한 것인 경우, 그 공적인 존재가 가진 국가·사회적 영향력이 크면 클수록 그 존재가 가진 정치적 이념은 국가의 운명에까지 영향을 미치게 되므로 그 존재가 가진 정치적 이념은 더욱 철저히 공개되고 검증되어야 하며, 이에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제 제기가 허용되어야 하고 공개토론을 받아야 한다. 정확한 논증이나 공적인 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 공적 존재의 명예보호라는 이름으로 봉쇄되어서는 안되고...정치적 이념의 성질상 그들이 어떠한 이념을 가지고 있는지를 정확히 증명해 낸다는 것은 거의 불가능한 일이므로 이에 대한 의혹의 제기나 주관적인 평가가 진실에 부합하는지 혹은 진실하다고 믿을만한 ‘상당한 이유’가 있는지를 따짐에 있어서는 일반의 경우에 있어서와 같이 엄격하게 입증해낼 것을 요구해서는 안되고, 그러한 의혹의 제기나 주관적인 평가를 내릴 수도 있는 구체적 정황의 제시로 입증의 부담을 완화해 주어야 한다.”³¹⁾

판례는 위와 같은 판단을 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한”이라는 문구를 통해 요약함으로써 현실적 악의 이론의 영향을 명시적으로 드러내기도 했다.

“공직자의 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 특히 선거법 위반 사건 등 정치적인 영향력을 가진 사건 처리의 공정성에 대한 정당의 감시기능은 정당의 중요한 임무 중의 하나이므로, 이러한 감시와 비판기능은 보장되어야 하고 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다.”³²⁾

4. 소결

요컨대, 형법 제310조는 제307조 1항의 명예권 보호를 표현의 자유와 조화시키기 위한 규정으로, 판례는 형법 제307조 1항의 범주 내에서 언론의 자유 및 공직자 등에 대한 건설적인 비판의 가능성을 더욱 확실히 보장하기 위하여 명문 규정에 기재된 바에 비해 위법성조각사유의 범위를 확대해석하는 것으로 보인다.³³⁾

31) 대법원 2002.1.22. 선고 2000다37524, 37531 판결

32) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결.

33) 조국, 앞의 글, 12면.

IV. 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의

1. 사실적시 명예훼손죄의 폐지론

(1) 형법 제307조 1항의 위헌성

폐지론은 진실을 적시하는 행위를 명예훼손죄로 처벌하는 것은 소위 ‘허명(虛名)’을 보호하는 셈이 되어 타당하지 않다고 주장한다.³⁴⁾ 거짓을 통해 타인을 비방하는 행위가 아닌, 참인 사실이 자유롭게 교환되어 특정인에 대한 올바른 평가를 형성하고 그 평가를 통해 적절한 공론의 장을 형성할 기회는 민주주의 사회에서 마땅히 보장되어야 하기 때문이다. 폐지론에 의하면, 무엇보다 표현의 자유는 매우 중대한 헌법상 기본권으로서 ‘허명’의 보호를 위해서 희생될 수 없는 성격의 권리이므로 표현의 자유를 과도하게 제한하는 사실적시 명예훼손죄가 비범죄화되어야 한다.³⁵⁾ “민사상 손해배상이 명예를 훼손당한 개인들에게 적절한 구제수단이 됨에도 불구하고 사회 질서 유지 등의 명분으로 여전히 현대사회에서 형사처벌이 존재하는 것은 그 배후에 정치적 동기와 목적이 있”으므로 형법 제307조 1항의 사실적시 명예훼손죄는 민주주의 사회에서 허용할 수 없는 규정이라는 지적도 있다.³⁶⁾ 특히 최근의 ‘미투(#MeToo)’ 운동에서 사실적시 명예훼손죄로 인해 성폭력 피해자의 폭로가 역으로 공격을 당하는 일이 빈번하게 발생하자, 사실적시 명예훼손죄를 폐지해야 한다는 목소리가 커지고 있다. 2015년, 김모씨는 인터넷상에서 만난 상대방에게서 성희롱성 발언을 듣고 이 사실을 한 온라인 커뮤니티에 올렸다. 2년 후 상대방은 김모씨를 명예훼손 혐의로 고소했으며, 거짓 말탐지기 조사를 거쳐 자신이 올린 글의 내용이 사실이라는 것을 인정받고 나서도 김모씨는 ‘사실적시 명예훼손’으로 벌금 70만원을 내라는 검찰의 약식명령을 받았다.³⁷⁾ 이에 명예가 전통적이고 추상적인 가치인 반면, 표현의 자유는 현대사회에서 매우 구체적이고 중요한 권리이므로 후자를 더 강하게 보장해야 한다는 주장이 일었고, 사실적시 명예훼손죄 폐지에 대한 국민청원도 청와대 게시판에 올라와 논란이 된 바 있다. 이에 따라 법 개정 움직임도 활발해졌다.

(2) 형법 제307조 1항의 구성 요건상 문제

a. 추상적 위험범의 문제

사실적시 명예훼손죄는 추상적 위험범으로서, 보호법익인 인격적 명성과 사회적 평판으로서 명예가 침해될 위험성만 있어도 ‘명예훼손’이 성립한다. 즉, 현실적인 명예의 침해 없이도 행위자의 공공연한 사실 적시가 있어 타인의 명예 저하 위험을 증대시킨다면, 침해가 발생하지 않았더라도 기수가 성립한다.³⁸⁾ 폐지론은 명예의 보호 정도를 추상적 위험범으로 파악

34) 신평 교수는 타인들이 자신에게 불리한 말을 하지 못하도록 법적으로 규제함으로써 보호되는 대상은 ‘명예’가 아닌, ‘허명’이라고 하였다. 그리고 이러한 허명을 보호하기 위해 형사적인 제재를 통해 언론 및 출판의 자유를 제약하는 것은 헌법상 정당화될 수 없다고 주장하였다.

35) 김재현, 앞의 글, 158면.

36) 손태규, 형법상 명예훼손죄의 폐지, 공법연구, 2012, 41(2), 383면.

37) [미투] 미투 운동과 ‘사실 적시 명예훼손죄’...“성폭력 공개 위축” “인격권 위해 필요”, 경향신문, 2018.2.27.

38) 김일수; 서보학, 앞의 글, 162면.

한다면 범죄의 성립에 대한 우려로 사람들의 자유로운 발언이 과하게 억제된다고 비판한다. 폐지론은 나아가 명예훼손죄가 추상적 위험범이므로 민사상 손해배상책임보다 형사상 책임을 인정하는 것이 용이하다는 점을 비판한다. 민사소송에서는 원고의 손해 발생과 인과관계가 확정되어야 피고에게 손해배상책임이 인정되지만, 형법상의 명예훼손죄는 침해 사실 및 구체적인 위험이 없더라도 추상적 위험만으로 처벌될 수 있기 때문이다. 이에 따라 폐지론은 민사적 불법행위 책임보다도 형사처벌의 시기를 앞당김으로써 형법의 보충성 원칙을 훼손한다는 문제를 지적한다.³⁹⁾

b. 공연성

판례는 형법 제307조 1항의 ‘공연성’ 구성 요건을 전파성 이론에 따라 넓게 해석하고 있다. 즉, 현실적인 명예의 훼손이 발생하지 않았더라도 추상적 위험으로서 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성만 있다면 공연성이 성립하여 사실적시 명예훼손죄를 구성한다. 판례는 ‘공연성’의 개념을 확대해 개별적으로 한 사람에게 대하여 사실을 유포하였다고 하더라도 그 사람이 외부에 유포하여 그것이 전파될 ‘개연성’이 있다면 공연성이 인정된다고 본다. 이에 따라 비밀대화도 전파 가능성을 이유로 처벌할 수 있다는 판시도 이루어졌다.

“일대일 비밀대화란 피고인이 ○○의 인터넷 블로그의 비공개 대화방에서 ○○과 사이에 일대일로 대화하면서 그로부터 비밀을 지키겠다는 말을 듣고 한 대화를 일컫는 것으로 보이는데, 위 대화가 인터넷을 통하여 일대일로 이루어졌다는 사정만으로 그 대화 상대방이 대화 내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 없다고 할 수는 없는 것이고, 또 ○○이 비밀을 지키겠다고 말하였다고 하여 그가 당연히 대화 내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 없다고 할 수도 없는 것이고....위 대화가 공연성이 없다고 할 수는 없다.”⁴⁰⁾

폐지론은 통설과 같은 입장에서 전파성 이론을 따르는 판례를 비판한다. 유추해석금지 원칙에 반하며, 결과적으로 적시된 사실이 전파될 가능성이 있었느냐가 가벌성의 기준이 되므로 행위자가 행위 시점에서 행위의 위법성을 판단하기 어렵다는 이유에서다.⁴¹⁾ 특히 ‘공연성’ 구성요건의 도입 취지가 제307조 1항으로 인한 과도한 표현의 자유에 대한 제한을 방지하기 위함임을 고려할 때, 공연성의 범위를 확대해석해 표현의 자유를 억제하는 것은 적절치 않다는 비판이 제기되었다.

(3) 형법 제310조의 소송법상 문제

a. 진실성과 공익성의 입증책임

39) 권순민, 명예훼손죄의 비범죄화에 대한 논의와 그 대안에 대한 연구-형법 제 307 조 제 1 항의 사실 적시 명예훼손죄를 중심으로, 법학논총, 2016, 40(2), 153면.

40) 대법원 2008.02.14. 선고 2007도8155 판결

41) 권순민, 앞의 글, 145면.

통설과 판례는 형법 제310조의 '진실성'과 '공공성' 요건에 대한 입증책임은 명예훼손 행위자, 즉, 피고가 부담한다고 본다.⁴²⁾ 그러나 명예훼손과 관련된 사안에서만 형사소송법상의 일반원칙에 따르지 않을 이유가 없으므로 여전히 검사가 입증책임을 부담해야 한다는 비판이 있다.⁴³⁾ 폐지론은 재판절차에서 피고인이 진실성과 공익성을 직접 입증하여 법률전문가인 검사를 상대로 위법성 여부를 증명하는 것이 어려우므로 피고인에게 불리한 방향으로 소송이 진행될 가능성이 크며, 특히 제307조 1항의 사실적시 명예훼손죄에 있어 입증책임을 피고인에게 전환하여 과도한 부담을 지우게 된다면 표현의 자유 및 언론의 자유를 크게 위축시키는 결과를 낳는다고 주장한다.

(4) 민사상 구제로의 대체 가능성

폐지론은 현행법상 민사구제⁴⁴⁾도 충분하다고 본다. 사실적시로 사인의 명예가 훼손되는 경우, 민사상 손해배상으로 적절한 보호가 가능하므로 형법 제307조 1항이 표현의 자유를 과하게 제한할 가능성을 고려할 때, 형법상 사실적시 명예훼손죄를 폐지해야 한다는 주장이다. 재산상 손해를 배상받기 위해서는 원칙적으로 손해의 액수를 원고가 증명해야 한다. 대법원은 “배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한하는 것이기 때문에 불법행위나 채무불이행 등으로 인하여 피해자 또는 채권자가 제3자에 대하여 어떤 채무를 부담하게 된 경우 상대방에게 채무액과 동일한 배상을 구하기 위하여는 채무의 부담이 현실적·확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것임을 요한다”⁴⁵⁾고 엄격하게 판시하고 있다. 그러나 명예훼손의 문제에서는 매출의 감소 및 장래 얻을 수 있었으나 명예훼손으로 인해 얻지 못한 손해의 액수를 정확히 증명하기 쉽지 않다.⁴⁶⁾ 따라서 명예훼손에 기한 재산적 손해에 대한 민사적 배상이 용이하지 않다는 비판이 있었다. 명예훼손 소송에서 재산상 손해의 발생 사실이 인정되어도 피해자가 손해액을 증명하지 못해 소송을 포기하거나 원고 패소 판결이 나는 경우가 빈번했기 때문이다. 그러나 2016.9.30. 민사소송법이 개정되며 제202조의 2를 신설하였다. 해당 조항은 사회정의 및 형평의 관점에서 손해배상제도를 실현하고자 손해 발생 사실은 인정되나, 손해액의 정확한 증명이 어려운 사안의 경우, 법원이 제반 사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상액으로 정할 수 있도록 규정한다. 폐지론은 형사소송법 개정에 따라 명예훼손의 피해자가 정신적 손해뿐만 아니라 재산적 손해를 민사상 배상받을 가능성이 넓어졌으므로 사실적시 명예훼손죄가 비범죄화되어도 피해자에게 여전히 효과적인 구제수단이 남아있다고 주장한다.

(5) 관련 개정안

박영선 의원 외 10인의 국회의원⁴⁷⁾은 2012년 “진실한 사실을 적시한 경우에도 무조건 범

42) “형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위해서는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다는 점을 행위자가 증명하여야 한다” (대법원 2004.2.27. 선고 2001다53387 판결)

43) 신평, 앞의 글, 148면.

44) 민법 제764조에 의하면, 현행민법상 명예훼손으로 인한 피해를 구제받는 방법으로는 불법행위로 인한 손해배상청구 및 명예회복에 적당한 법원의 처분이 있다. 그러나 가장 많이 사용되는 구제수단은 금전적 손해배상이다. (민법 제764조(명예훼손의 경우의 특칙) 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.)

45) 대법원 2003.04.08 선고 2000다53038 판결.

46) 불법행위로 인한 손해배상청구사건에서 손해액의 증명책임은 피해자인 원고가 부담하는 것이 원칙이다.

47) 박영선 의원은 2005.8.18. 형법 일부개정법률안을 시작으로 현행형법상 명예훼손죄 규정의 개정안을 지속적으로 대표 발의하였다.

죄로 처벌하는 것은 헌법이 보장하는 언론의 자유 및 자유주의의 근간인 비판 활동의 자유를 형법에 의해 금지하는 결과를 초래한다”는 이유로 아래와 같이 현행형법 제307조 1항의 사실적시 명예훼손죄를 삭제한 형법개정안을 발의하였다. 개정안에서 사실적시 명예훼손죄를 삭제한 이유는 첫째, 형사상 명예훼손죄를 처벌하는 규정은 정치적인 보복 및 견제의 수단으로 악용되는 사례가 많기 때문이고, 둘째, 사실적시 명예훼손죄 조항은 “오염된 과자, 비위생적 급식을 하는 학교, 환자를 학대하는 병원, 의뢰인을 속이는 변호사, 뇌물을 주고받은 지방자치단체 정치인 등”에 대해 익명 보도만을 허용함으로써 국민 또는 동일 업종의 타종사자가 지속적인 피해를 보게 만들기 때문이다.⁴⁸⁾ 2018년에는 황주홍 의원 등 17인이 형법 제307조, 제309조, 제310조 전체를 삭제한 개정안을 발의하기도 했다.

형법 제307조(명예훼손) 공연히 허위의 사실임을 알고 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제309조(출판물등에 의한 명예훼손) 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의한 제307조의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

정보통신망법 제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 거짓의 사실임을 알고도 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 사실적시 명예훼손죄의 존치론

(1) 개인의 명예보호 필요성

사실적시 명예훼손죄의 존치론은 헌법상 언론과 표현의 자유도 중요하지만, 개인의 프라이버시권 및 인격권 보호 역시 사회를 이루는 중요한 축이라고 주장한다. 그러므로 표현의 자유와 명예권이 충돌할 때, 극단적인 태일보다는 범익형량을 통해 양 법익이 최대한 보장될 수 있도록 조정해야 한다.⁴⁹⁾ 허명이 아닌 개인의 단순 사생활에 대한 진실은 그 비밀이 보장받아야 마땅하며, 이를 공공연하게 적시하는 타인을 법적으로 제재할 필요성이 인정된다. 예컨대, 사인의 숨기고 싶은 병력, 이혼이유 등 사실 및 도박, 마약흡입 등 법률상 신상 공개 대상이 아닌 사인의 범죄사실을 공개하는 행위를 ‘표현의 자유’로써 보장하는 것은 사상의 자유 시장을 활성화하는 데 기여한다고 보기 어렵기 때문이다. 그러나 현재 징벌적 손해배상제와 같이 형사처벌을 대체할만한 적절하고 효과적인 민사적 구제수단이 마련되어있

2012년 이전 제출한 개정안에서는 사실적시 명예훼손죄 규정을 삭제하지 않았으나, 2012년 발의한 개정안에서는 비범죄화의 사회적 필요성 등을 고려하여 사실적시 명예훼손죄 규정을 삭제하였다. (배상균, 앞의 글, 178-179면.)

48) 박영선의원 등 10인, 형법 일부개정법률안, 2012.6.22. (19대 국회, 의안번호 286).

49) 원혜옥; 김자영, 앞의 글, 4면.

지 않고, 경제적으로 어려운 사인에게는 형사 절차를 통한 피해회복의 통로가 필요하므로 존치론은 형법 제307조 1항의 완전한 비범죄화는 타당하지 않다고 주장한다. 또한, 존치론은 사실적시 명예훼손죄 규정이 폐지되면 오히려 성폭력 피해자가 보호받는 것이 아니라 위협 받거나 2차 피해 및 신상공개의 위협에 노출될 수 있다는 점을 지적한다. 예컨대, 가해자에 동조하는 사람이나 다른 제3자가 피해자의 피해 사실을 자세히 이야기하고 다니거나 피해자의 과거 행실, 성 이력 등에 관해 사실에 기반한 내용으로 명예를 훼손할 경우, 사실적시 명예훼손죄의 수단이 피해자 보호 차원에서 필요하다는 이유에서다.⁵⁰⁾

(2) 사이버 명예훼손에 대한 처벌의 필요성

정보통신망법 제70조⁵¹⁾는 형법 제307조의 특칙으로 ‘비방목적’의 구성요건을 추가적으로 포함하고 있다는 점에서 형법상 명예훼손죄와 차이가 있다. 인터넷과 SNS가 발달함에 따라 사인의 인격권과 프라이버시 침해가 급격히 증가하고 있으며, 명예훼손 행위로 인한 피해가 광범위해지고 그 지속성도 확대되었다. 이와 같은 특성 때문에 민사적 손해배상액을 산정하는 것이 어려워져 형사처벌 없이는 명예훼손 피해자에 대한 효과적인 구제가 어려울 수 있다. 따라서 정보통신망법상의 사실적시 명예훼손죄는 존치되어야 하며, 그 일반조항으로서 형법상 사실적시 명예훼손죄도 존치되어야 한다는 주장이 있다.⁵²⁾ 2016년 헌법재판소는 인터넷 등에서 사실을 적시해 명예훼손을 할 경우, 합헌 결정을 내리면서 정보통신망에서의 명예보호가 표현의 자유를 지나치게 위축하는 효과로 이어지지는 않는다고 밝힌 바 있다.⁵³⁾

(3) 효과적인 민사상 구제의 부재

존치론은 비록 민사소송법의 개정으로 공공연한 사실의 적시로 허명이 아닌 ‘진명’을 훼손당한 피해자의 민사상 구제가 쉬워졌으나, 명예훼손 사안을 민사 분쟁으로만 보고 명예를 훼손한 자를 형사처벌하지 않는다면 명예훼손 행위에 대한 효과적인 제재가 어렵다고 주장한다. 특히 한국에는 미국과 같은 징벌적 손해배상제도가 없기 때문이다. 또한, 경제적으로 어려운 사인이 사실적시 명예훼손의 피해자인 경우 민사소송을 위한 변호사 선임조차 어려우므로 이들의 구제를 위해 형사처벌의 길을 열어야 한다는 비판이 있다. 특히 언론사가 사생활에 관한 사실의 적시로 사인의 명예를 훼손한 경우와 같이 두 당사자의 사회·경제적 권력에 상당한 격차가 있는 경우, 사회적 약자인 사인이 사회적 강자인 언론사와의 민사소송에서 대등한 당사자의 지위를 누리기는 어려우므로 약자 보호 차원에서도 민사상 구제만으로는 불충분하다는 주장도 제기되었다.⁵⁴⁾ 사실적시 명예훼손죄의 존치론은 이를 근거로 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화에 반대한다.

50) 사실 적시 명예훼손 폐지, 정답 아니야, 대한변협신문, 2018. 4. 9.

51) 제70조(벌칙) <신설 2007. 12. 21.> [전문개정 2008. 6. 13.]

① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.<개정 2014. 5. 28.>

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.

③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

52) 원혜옥; 김자영, 앞의 글, 5면.

53) [미투] 미투 운동과 ‘사실 적시 명예훼손죄’...“성폭력 공개 위축” “인격권 위해 필요”, 경향신문, 2018.2.27.

54) 조국, 명예훼손과 표현의 자유: 사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성, 형사정책, 2013, 25(3), 37면.

(4) 관련 개정안

그러나 명예의 보호에 대한 사회적 합의가 유지되는 이상, 피해자의 명예 및 사생활을 보호하면서도 표현의 자유를 폭넓게 보장하기 위해서는 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화가 아닌 제310조의 특례를 개정하는 방법이 바람직하다는 견해도 있다.⁵⁵⁾ 판례가 형법 제310조를 넓게 해석함으로써 사실적시 명예훼손죄로 인해 표현의 자유가 과도하게 제한되는 것을 효과적으로 방지하고 있으므로 판례의 해석을 법 문언으로 명문화해야 하면 충분하다는 주장도 있다.

대표적으로, 조국 교수는 공인의 공적 사안에 있어 제310조 위법성조각사유 규정을 넓게 해석하는 판례의 입장을 따르면서도, 사실적시 명예훼손죄가 언론의 자유 억압의 수단으로 사용될 가능성을 더욱 강하게 차단하기 위해 공인의 공적 사안의 경우에는 사실적시 명예훼손죄의 위법성이 완전히 조각됨을 제310조에 명문화해야 한다고 주장한다. 조국 교수의 개정안에 의하면⁵⁶⁾, 공인과 공적 사안을 사인과 사적 사안으로 구분하여 공인의 공적 사안을 다룰 때는 사실적시 명예훼손죄를 비범죄화하고, 사인의 사적 사안과 관련된 사항에 대해서는 사실적시 명예훼손죄를 유지해야 하며, 공인의 사적 사안, 그리고 사인의 공적 사안은 형법 제310조 ‘공공의 이익’ 요건 만족 여부를 검토하여 위법성 조각을 판단해야 한다. 형법 제307조 1항 및 제310조를 일부 개정해야 한다는 법률안은 국회에서도 여러 차례 발의되었다. 2018년에는 ‘비방의 목적’을 구성요건요소로 추가하여 기존 위법성조각사유로 해결하던 사안들을 구성요건해당성 배제사유로 해결하자는 표창원 대표발의 개정안, 제310조의 위법성 조각사유를 확대하자는 이해훈 대표발의 개정안⁵⁷⁾, 성폭력 피해자의 경우 사실적시 명예훼손죄의 적용을 배제하자는 진선미 및 유승희 대표발의 개정안 등이 제출되었다.⁵⁸⁾

V. 사실적시 명예훼손죄의 쟁점 검토

1. 쟁점의 검토

사실적시 명예훼손죄가 표현의 자유라는 민주주의의 중대한 기본권을 과도하게 침해할 수 있다는 문제 제기에 동의한다. 언론을 통한 건설적인 비판 및 성범죄 피해자의 피해 사실 주장에 대한 제재수단으로 위 범죄가 악용될 수 있다는 우려도 타당한 주장이다. 형법 제307조 1항의 구성요건 중 ‘공연성’을 전파성 이론에 따라 해석하고, ‘명예훼손’을 추상적 위험성을 중심으로 해석하는 판례 및 통설의 태도는 사실적시 명예훼손죄로 인해 표현의 자유가 위축될 여지를 남긴다. 또한, 형법 제310조의 ‘진실성’과 ‘공익성’의 입증책임을 피고에게 지우는 것은 사인이 위 요건들을 검사를 상대로 효과적으로 증명해내기란 어려운 일이므로 표현의 자유를 또 한 번 제한하는 일이다.

그러나 헌법상 보장되는 인격권 또한 현대의 중요한 권리다. 다시 말해, 허명이 아닌 진명은 법적으로 보호되어야 마땅하다. 인터넷과 SNS가 발달하고 누구든 자유롭게 발언할 수

55) 배상균, 앞의 글, 180-181면.

56) 조국, 앞의 글, 39면.

57) 제310조 (위법성의 조각) ...당사자의 법익 침해와 관련되거나 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

58) [LAW & JUSTICE] 쏟아져 나왔던 미투 관련 법안과 일하지 않는 국회, 법률저널, 2018.4.27.

있는 공론장이 확보됨에 따라 명예훼손의 빈도와 그 피해의 범위가 커졌다. 사생활과 관련된 진실을 공연히 적시하기가 쉬워진 이 같은 환경에서 형법적 규제를 배제하고 명예훼손을 대등한 당사자 간의 분쟁으로만 파악한다면 효과적인 제재가 가능할지 의문이다. 징벌적 손해배상제도가 도입됨에 따라 민사적 방법으로도 충분히 인격권 침해의 문제를 해결할 수 있는 미국과는 달리, 한국의 민사적 제재수단은 민사소송법의 개정으로 피해자의 손해액 산정 부담이 줄었다는 점을 고려하고서도 여전히 불충분하므로, 재판에 공정성을 기하고 약자를 보호하기 위해서 형사제재를 유지할 필요가 있다.

무엇보다 판례가 형법 제310조의 위법성조각사유를 앞서 III에서 살펴본 바와 같이 유연하게 해석함으로써 이미 사실적시 비범죄화가 표현의 자유를 지나치게 제한하는 것을 적절히 방지하고 있다고 생각한다. 이러한 판례의 태도 때문에 실제 위법성조각사유로 인하여 무죄가 선고되는 판례가 대다수이기 때문에⁵⁹⁾ 표현의 자유에 대한 심각한 침해를 우려할 상황은 아닌 것으로 보인다. 다만, 현재 규정이 상당히 추상적이므로 판례의 해석에 이를 전적으로 위임하는 것은 자의적 해석을 허용하여 유추해석금지의 원칙에 반할 소지가 있다. 그리고 판례의 입장 중 사실적시 명예훼손죄의 타당성을 확보하기 위한 핵심적인 측면에 대해서는 법에 규정하여 예측가능성을 확보하는 것이 바람직하다. 이와 같은 이유로 사실적시 명예훼손죄의 완전한 비범죄화보다는 판례의 태도를 명문화하는 방식으로 일부 개정하는 것이 타당하다고 생각한다.

2. 개선방안

사실적시 명예훼손죄와 관련된 핵심 쟁점은 결국 충돌하는 두 기본권인 명예권(인격권)과 표현의 자유(자유권)를 어떻게 조화시킬지의 문제다. 개인의 내밀한 사적인 사실이 함부로 사회에 유포됨으로써 발생하는 인격권 침해는 위 범죄를 통해 효과적으로 방지되면서도, 범죄사실 등을 고발함으로써 피해가 재생산되는 것을 방지하고자 제기하는 건설적인 비판은 허용된다면, 사실적시 명예훼손죄가 두 권리를 적절히 조화시켜 보장했다고 말할 수 있을 것이다. 따라서 판례의 태도 중 특히 “공인과 사인, 공적 사안과 사적 사안에 대해 사실적시 명예훼손죄 가벌성 여부를 달리 판단해야 한다”는 해석은 법 규정에 명문화되어야 한다. 이런 점에서 조국 교수의 개정안이 일리가 있다고 생각한다. 그러나 한국에서는 아직 공인에 대한 개념이 확립되지 않았으며, 어떤 것을 사적 사안으로 보고 어떤 것을 공적 사안으로 볼지에 대한 기준 또한 정확하지 않으므로 ‘공’과 ‘사’에 따라 사실적시 명예훼손죄의 적용 여부를 달리 명문화하는 것은 바람직하지 않다. 특히 공인과 사인이라는 점만으로 가벌성을 다르게 판단하는 것은 불충분하다. 예컨대, 고위공직자의 혼외자식 유무를 알리는 것이 대중의 알권리라고 할 수도 없으며, 사인의 직장폭력 또는 성추행 사실을 고발했다 해서 이를 알린 자가 바로 명예훼손죄로 처벌받는 것도 부당할 것이다. 따라서 ‘공’과 ‘사’에 따른 구별보다도 ‘표현의 자유가 개인의 인격권과 비교해 더욱 강한 수준으로 보장되어야 마땅한 사안에 대해서는 사실적시 명예훼손죄가 적용되지 않는다’는 원칙을 포괄할 수 있는 구성요건을 형법 제37조 1항에 추가하는 것이 바람직하다.

표창원 의원이 대표 발의한 개정안과 같이 ‘비방의 목적’을 형법 제307조 1항의 구성요건으로 추가하는 것이 하나의 예다. ‘비방의 목적’은 형법 제309조 출판물 등에 의한 명예훼손

59) 윤해성; 김재현, 앞의 글, 40면.

죄 및 정보통신망법 제70조 사이버 명예훼손죄에는 구성요건으로서 포함되어있는 요건이다. 그러나 현재 형법 제307조에는 없는 요건이다. '비방의 목적'을 요건으로 추가할 경우, 타인의 사생활에 대한 비밀을 공공연히 노출하는 행위는 '비방의 목적'을 추정하여 사실적시 명예훼손죄로 처벌할 수 있게 되며, 미투 운동과도 같이 범죄 피해 사실을 알리고 고발하는 경우에는 '비방의 목적'이 없거나 미미하다고 해석하여 사실적시 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 볼 수 있게 된다. 특히 권력범죄의 경우, 개인이 이에 대해 싸우기란 어려우므로 사회에 알려져 사회적 담론을 형성하고 같은 경험이 있는 사람들끼리 연대하는 과정이 피해 구제를 위해서는 너무나 중요하다. 이와 같은 제반 사정을 고려하여 '비방의 목적' 요건의 해당성을 판단한다면, 성범죄 사실 고발 등의 행위가 사실적시 명예훼손죄의 적용을 받지 않음이 판례의 해석에만 판단을 맡기는 경우보다 더욱 명확해질 것이다. 공무원의 공적 업무와 관련한 언론의 문제 제기도 이와 같은 맥락에서 사실적시 명예훼손죄의 적용을 받지 않을 것이다. 또한, 위법성조각사유가 아닌, 범죄의 구성요건을 개정한다면, 추가된 '비방의 목적' 요건 해당성은 원고 검사 측이 입증해야 한다. 따라서 소송법적 측면에서도 사실적시 명예훼손죄의 성립을 어렵게 함으로써 명예권 보호의 명목으로 표현의 자유가 침해될 가능성을 최소화할 수 있게 된다.

그 외 III에 소개된 제310조 '진실성'과 '공익성'에 대한 판례의 유연한 해석은 법문으로부터 지나치게 벗어나지 않는 한에서 표현의 자유를 명예권 보호와 조화시키고 있다는 점, 그리고 인격권과 자유권의 조화라는 쟁점과 연관된 핵심적인 부분은 아니라는 점을 고려할 때, 지금처럼 판례의 해석에 맡겨두어도 무방하다고 생각한다.

VI. 결론

형법 제307조 1항에 규정된 사실적시 명예훼손죄는 명예권 보호를 이유로 표현의 자유를 과도하게 침해한다는 비판을 받아왔다. 판례는 이러한 비판을 수용하여 동법 제310조에 규정된 사실적시 명예훼손죄의 위법성조각사유를 넓게 해석해왔다. 그러나 명문 규정은 개정하지 않으면서 판례의 해석으로만 조항의 문제를 해결하려 하는 태도는 유추해석금지의 원칙의 측면에서나, 예측 가능성의 측면에서나, 해당 규정의 타당성을 확보하는 측면에서나 바람직하지 않다. 따라서 사실적시 명예훼손죄의 존재론 및 최근 발의된 개정안을 참고하여 공인과 사인, 공적 사안과 사적 사안에 대해 사실적시 명예훼손죄 가벌성 여부를 달리 판단해야 한다는 판례의 입장을 명문화해야 함을 주장하는 바이다. 이와 같이 공과 사의 영역을 구분하여 형법제307조 1항 및 310조의 적용 정도를 판단할 수만 있다면, 표현의 자유와 명예권 보호의 적절한 조화가 가능해지기 때문이다. 다만, '공'과 '사'의 개념 구분은 아직 명확하지 않기 때문에 이를 문언에 기재한다면 범죄를 구성해야 마땅한 경우에 범죄가 성립하지 않고, 범죄를 구성해야 하는 경우 범죄가 성립할 수 있다는 점이 우려된다. 따라서 비교적 추상적인 구성요건으로서 '비방의 목적'을 형법 제307조 1항에 추가하여 명예권을 보호하면서도 표현의 자유가 과도하게 제한되는 것을 포괄적으로 방지하는 것이 바람직하다. 성범죄 피해자가 피해 사실을 공개했을 때 역고소를 당한다는 사실, 그리고 사실적시 명예훼손죄가 성립할 가능성 때문에 표현의 자유에 대한 위축 효과가 발생한다는 점도 이처럼 명문 규정을 개정함으로써 완화될 수 있을 것으로 기대한다.

다만, 범죄 피해 사실에 대한 고발이 사실적시 명예훼손죄에 의해 제재받지 않도록 하는 것이 '수치형'을 정당화하는 결과로 이어질 수 있음은 유의해야 한다. 범죄자가 처벌받아야

함은 당연하지만, 법적으로 신상공개의 대상이 아닌 범죄를 저지른 이의 신상이 공연히 알려지는 것에 형법적 제재를 가하지 않는 것이 바람직한지는 의문이다. 대중이 개인 혹은 단체의 범죄사실을 알게 됨으로써 피해의 재발을 방지할 수 있어야 하지만, 범죄를 저지른 이가 범죄사실에 대한 법적 사실과 더불어 사회적 낙인 등의 수치형까지 부담하는 것이 죄형법정주의의 관점에서 옳은지 여러 이견이 존재한다. 그러나 권력범죄와 같이, 범죄 피해 사실을 공연히 알림으로써 대중의 지지와 연대를 촉구하는 것 외에는 피해자들에게 다른 효과적인 구제수단이 없었던 경우에는, 범죄자의 신상이 알려지는 것을 피해자들의 최후 수단적인 고발에 의한 불가피한 결과로 이해하고, 고발의 사회적 의의는 유지하되, 범죄자에게 가해지는 수치형의 성격은 최소화될 수 있게끔 논의를 이끌어가는 것이 필요하다. 이렇게 사회적 논의를 유도하는 방법에 대해서는 추후의 법적, 제도적 논의가 계속되어야 할 것이다.

인터넷과 SNS가 발달함에 따라 명예훼손과 관련된 분쟁이 갈수록 증가하고 있다. 이에 따라 형법 제307조 1항과 제310조, 그리고 정보통신망법 제70조에 규정된 사실적시 명예훼손죄와 관련된 문제가 점차 확장되고 복잡해질 것으로 보인다. 계속해서 발생하는 사실적시 명예훼손과 관련된 문제들을 적절하게 해결하기 위해서는 관련된 개정안에 대한 심층적인 논의와 개정안의 통과가 시급하다. 입법기관이 해결할 법률의 문제를 마냥 법원의 판단에 위임할 수도 없는 일이다. 사실적시 명예훼손죄의 문제에 관한 사회적 관심이 지속되어 하루빨리 표현의 자유와 명예권을 조화시킨 방식으로 명문 규정이 개정될 수 있길 희망한다.

참고문헌

국내논문

- 권순민, 명예훼손죄의 비범죄화에 대한 논의와 그 대안에 대한 연구-형법 제 307 조 제 1 항의 사실 적시 명예훼손죄를 중심으로, 법학논총, 2016, 40(2), 135-159.
- 김성돈, 진실적시명예훼손죄 폐지론, 형사정책연구, 2016, 27(4), 93-133.
- 김재현, 사실적시 명예훼손죄의 존폐론, 고려법학, 2019, 93, 143-193.
- 박경신, 명예의 보호와 형사처벌제도의 폐지론과 유지론: PD 수첩 광우병보도 수사에 즈음하여, 서강법학, 2009, 11(1), 357-380.
- 배상균, 사실적시 명예훼손행위의 규제 문제와 개선방안에 관한 검토. 형사정책연구, 2018, 29(3), 163-190.
- 손태규, 형법상 명예훼손죄의 폐지, 공법연구, 2012, 41(2), 377-406.
- 신평, 새로운 명예훼손법 체계의 구축에 관한 시도, 공법연구, 2003, 31(3), 191-214.
- 신평, 판례에 나타난 현실적 악의론의 한국적 수용, 세계헌법연구, 2004, 10, 145-170.
- 윤해성; 김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서, 2018, 1-173.
- 원혜옥; 김자영, 명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임, 비교형사법연구, 2016, 18(4), 1-28.
- 조국, 명예훼손과 표현의 자유: 사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성, 형사정책, 2013, 25(3), 9-46.
- 하사랑; 김범준; 김민지, 공인(公人)의 개념과 위법행위에 대한 처벌과 용서, 한국심리학회지: 사회 및 성격, 2013, 27(1), 67-84.

국내서적

- 김일수; 서보학, 『새로쓴 형법각론』, 박영사, 2016
- 이재상; 장영민; 강동범, 『형법총론』, 박영사, 2015

판례 (재인용 포함)

- 헌법재판소 1999.6.24. 선고 97헌마 265 결정
- 대법원 1982.4.27. 선고 82도371 판결
- 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결
- 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결
- 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4757 판결
- 대법원 2002.1.22. 선고 2000다37524, 37531 판결
- 대법원 2003.04.08 선고 2000다53038 판결.
- 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결.
- 대법원 2004.2.27. 선고 2001다53387 판결
- 대법원 2008.02.14. 선고 2007도8155 판결

대법원 2008.10.9. 선고 2007도1200 판결
서울고법 1998.4.16. 선고 97나47141 판결
서울지법 2000.8.23. 선고 99가합 30768 판결

기타자료

박영선 의원 등 10인, 형법 일부개정법률안, 2012.6.22. (의안 번호 286)
변호사 절반 “사실적시 명예훼손죄 폐지해야”, 법률신문 2016. 5. 23.
[미투] 미투 운동과 ‘사실 적시 명예훼손죄’...“성폭력 공개 위축” “인격권 위해 필요”, 경향신문, 2018.2.27.
사실 적시 명예훼손 폐지, 정답 아니야, 대한변협신문, 2018. 4. 9.
[LAW & JUSTICE] 쏟아져 나왔던 미투 관련 법안과 일하지 않는 국회, 법률저널, 2018.4.27.