

헌법소원심판청구서

청 구 인

위 청구인의 대리인 변호사 김 가 연

서울 서초구 서초대로 50길 62-9, 402호 (사)오픈넷

전화 : 02) 525 - 2082, 팩스 : 02) 581 - 1642

청 구 취 지

“형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제311조는 헌법에 위반된다.”라는 결정을 구합니다.

당 해 사 건

서울○○지방법원 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 등

위헌이라고 판단되는 법률조항

형법 제311조

청 구 이 유

I. 사건개요

청구인은 아이돌 그룹 팬클럽의 회원으로 같은 팬클럽의 스태프인 피해자와 그룹의 한 멤버에 대한 의견 차이로 다툼이 발생하여 인터넷 사이트 트위터에서 상호 공방을 벌이던 중, 청구인의 트위터에 피해자의 거주지를 “똥파리 사는 곳”이라 하고, 피해자에 대해 “거지같은 마인드를 가졌더라구요”라고 기재하여 공연히 피해자를 모욕했다는 이유로 기소되어 약식명령을 고지받은 뒤 이에 대해 정식재판을 청구하였습니다. 청구인은 소송 계속 중 처벌근거조항인 형법 제311조에 대하여 2017. 8. 31. 서울oo지방법원에 위헌법률심판의 제청신청을 하였으나 2017. 10. 26. 위 신청이 기각되고 같은 날 벌금 100만원을 선고받았으며, 2017. 11. 1. 기각결정문을 송달받았습니다. 이에 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원심판을 청구하기에 이르렀습니다.

II. 재판의 전제성

현재 당해사건의 항소심이 법원에 계속중이고, 위헌 여부가 문제되는 형법 제311조가 당해사건 및 항소심 재판에 직접 적용되는 처벌근거조항이며, 형

법 제311조가 헌법에 위반된다면 법원은 무죄의 재판을 하게 될 것이므로 재판의 전제성이 충족됩니다.

III. 위헌이라고 판단되는 이유

1. 서론

헌법 제311조는 헌법 제21조의 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 과잉하게 침해하고 있으며 명확성원칙에 위반되어 위헌입니다.

2. 표현의 자유 침해

가. 모욕죄와 제한되는 기본권: 표현의 자유

헌법 제21조에서 보장하고 있는 언론·출판의 자유 즉 표현의 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하고, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로서, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유라고 할 수 있으며(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 등 참조), 위 언론·출판의 자유의 내용으로서는 의사표현·전파의 자유, 정보의 자유, 신문의 자유 및 방송·방영의 자유 등이 있는데, 이러한 언론·출판의 자유의 내용 중 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없으므로, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함합니다(헌재 1993. 5. 13. 91헌바

17, 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 등 참조).

헌법재판소는 또한 “헌법 제21조 제4항은 ‘언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.’고 규정하고 있는바, 이는 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정으로 볼 것이고, 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없다(헌재 2009.05.28, 2006헌바109 참조)”고 하면서, 음란표현도 헌법 제21조가 규정하는 표현의 자유의 보호영역 내에 있다고 보았습니다.

결론적으로 ‘모욕’이 일정한 경우 타인의 명예나 권리를 침해한다고 하여도 헌법 제21조가 규정하는 표현의 자유의 보호영역에는 해당하므로, 형법 제311조는 공연히 모욕하는 행위를 금지함으로써 표현의 자유를 제한하고 있습니다.

나. 모욕죄의 특성

(1) 모욕죄의 진정한 보호법익: 명예감정

우리 형법은 제33장에서 ‘명예에 관한 죄’란 제목 하에 명예훼손죄와 모욕죄를 같이 규정하고 있습니다. 그리고 대법원은 “명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익은 다 같이 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예인 점에서는 차이가 없으나 다만 명예훼손은 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적 사실의 적시를 하여 명예를 침해함을 요하는 것으로서 구체적 사실이 아닌 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현으로서 사회적 평가를 저하시키는 모욕죄와 다르다(대법원 1987.5.12. 선고 87도739 판결 참조)”라고 하여 명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익을 동일하게 ‘외부적 명예’라고 보고 있습니다.

하지만 모욕죄의 유래를 살펴보면 본디 모욕죄는 외부적 명예를 보호하기 위한 죄가 아니었습니다. ‘모욕’이란 단어에서 알 수 있듯이 원래 모욕죄는 모욕감을 느끼고 싶지 않은 주관적이며 내부적인 명예감정을

보호하기 위한 죄입니다. 좀 길긴 하나 주석 형법의 내용을 인용합니다.

명예에 관한 죄는 고대 로마법과 게르만법에서 그 연혁을 발견할 수 있다. 로마법에서는 명예훼손죄를 의미하는 *injuria*가 인격침해죄의 하나로 인정되었다. 이는 고유한 의미에서의 명예침해(*infamatio*) 외에 상해, 주거침해 및 사생활침해와 같은 객관화된 개인의 인격권 침해를 포함하였다. 이후 상해, 주거침해 및 사생활침해가 각각 독립된 범죄의 지위를 차지하게 됨에 따라 *injuria*는 명예침해죄로 고정되었고, 이는 객관적 관점에서 법적·도덕적 생활에서의 인격침해를 중시하였다. 이에 반하여 게르만법의 명예에 관한 죄는 명예감정을 침해하여 피해자에게 모욕을 주는 주관적 측면을 중시하였다. 게르만법에서의 명예란 이처럼 인격적 명예감정을 의미하는 주관적 명예개념 위주였다. 이와 같은 로마법의 객관적 관점과 게르만법의 주관적 관점은 18세기에 이르러 독일의 입법에 의하여 서로 접근하게 되었다. 즉 1794년의 프로이센 일반란트법은 명예에 관한 죄로서 명예훼손죄와 모욕죄에 대한 상세한 규정을 두었고(§538 이하), 이러한 태도가 1851년의 프로이센 형법(§152 이하), 1871년의 독일 제국 형법(§185 내지 §200)을 거쳐 현행 독일 형법에 이르기까지 유지되고 있다.¹⁾

즉, 모욕죄는 게르만법의 주관적 관점이 반영된 명예에 관한 죄이며, 그렇기에 독일 형법에서 모욕죄 조항을 두고 있는 것입니다. 그리고 명예훼손죄와 모욕죄를 같이 규정한 독일 형법의 태도는 일본 형법에 영향을 미쳐 일본 형법도 제230조(명예훼손죄)와 제231조(모욕죄)를 두고 있는데, 이 규정들은 공연성을 구성요건으로 하였다는 점에 특색이 있고 모두 친고죄이며, 당연하게도 현행 형법의 명예에 관한 죄는 이러한 일본 형법의 규정에 기초한 것입니다.

1) 주석 형법 제3판, 형법각칙(4), 제33장 명예에 관한 죄, 372-373 참조

모욕죄의 진정한 보호법익이 명예감정이라는 것은 모욕의 정의에서도 명백히 나타납니다. 앞서 보았듯이 명예훼손은 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 '구체적 사실의 적시'를 하여 명예를 침해하는 것이고, 모욕은 구체적 사실이 아닌 '단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현'으로써 사회적 평가를 저하시키는 것입니다. 모든 표현행위는 크게 표현자의 가치관에 따른 판단인 의견의 표명과 표현자가 알고 있는 사실의 주장으로 구분할 수 있는데, 모욕죄는 의견표명에 의한 명예의 침해를 처벌하고 있고, 명예훼손죄는 사실적시에 의한 명예의 침해를 처벌하고 있는 것입니다.

그런데 아무런 사실의 적시 없이 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현으로 사회적 평가, 즉 외부적 명예를 저하시키는 게 과연 가능한지 생각해 보아야 합니다. 예컨대 길을 지나가던 A가 전혀 모르는 사람인 B에게 공연히 “개새끼야”라고 욕을 하는 경우를 상정해보면, 이 경우 B의 사회적 평가가 저하된다기보다는 오히려 타인에게 함부로 욕을 하는 A의 사회적 평가가 저하되는 것이 일반적일 것입니다. 그리고 여기서 A가 B를 모욕죄로 고소한다면, 이는 A가 자신의 사회적 평가가 저하되었음을 우려해서라기보다는 그런 욕을 들으면서 느낀 모욕감 때문일 것입니다.

이는 판례의 태도를 보아도 분명합니다. 대법원이 모욕적 언사로 인정된 욕설의 예를 몇 가지 들면 ① “빨갱이 계집년”, “만신(무당)”, “첩년”²⁾, ② “야 이 개 같은 잡년아, 시집을 열두 번을 간 년아, 자식을 못 낳는 창녀 같은 년”³⁾, ③ “늙은 화냥년의 간나, 너가 화냥질을 했잖아”⁴⁾, ④ “저 망할 년 저기 오네”⁵⁾ 등이 있는데, 법원이 이런 표현들을 모욕적 언사라고 본 것은 일반인들이, 우리 사회가, 위와 같은 욕설이 그 사람에 대한 진정한 평가라고 판단하여 욕설로 인해 상대방의 사회적 가치를 낮

2) 대법원 1981. 11. 24. 선고 81도2280 판결

3) 대법원 1985. 10. 22. 선고 85도1629 판결

4) 대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결

5) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도873 판결

게 평가할 우려가 있기 때문은 아닐 것입니다. 우리는 위와 같은 모욕적인 언사를 들었을 때 자신의 사회적 평판이 저해될까 우려하기 보다는 불쾌함, 모멸감, 수치심, 분노, 억울함과 같은 주관적인 감정을 느끼는 것이 보통입니다.

이렇듯 연혁이나, 조문의 해석, 판례의 입장 등을 다각적으로 검토해보면 모욕죄의 보호법익이 외부적 명예라고 보기는 어렵습니다. 그런데도 대법원과 다수의 학자는 모욕죄의 보호법익을 외부적 명예로 보고 있습니다.⁶⁾ 그 이유는 우리 형법이 ‘공연성’을 요구할 뿐만 아니라 주관적인 명예감정은 객관적으로 판단하기 힘들어 법적 보호의 대상으로 하기에는 부적절하기 때문이라는 것입니다. 하지만 이것은 이미 존재하는 형법 조항이 정당하다는 전제하에 고안된 주객이 전도된 논리라고 하겠습니다.

독일판례도 명확하게 명예훼손죄와 모욕죄를 다음과 같이 구분하고 있습니다.

“모욕”은 타인에 대한 존경심의 부재 또는 저평가 또는 경시의 표현을 통해 타인의 명예를 공격하는 것이다. 형법 제186조와 제187조[명예훼손]은 타인에 대한 사실적 명제를 제3자들에게 전달하여 그 제3자가 그 명제의 대상자에 대해 경시하도록 만드는 행위를 처벌한다. 이에 반하여 제185조는 표현자 자신의 경시를 표현하는 행위를 처벌하므로 제3자에게 “모욕적 언사”가 전달될 필요가 없다.⁷⁾

이렇게 모욕적 언사가 제3자에게 전달되지 않아도 모욕죄가 성립한다는 것은 독일의 모욕죄의 보호법익이 사회적 평가가 아니라 명예감정이기 때문일 것입니다.

6) 그런데 최근 대법원은 “부모가 그런 식이니 자식도 그런 것이다”라는 표현으로 인하여 상대방의 기분이 다소 상할 수 있다고 하더라도 그 내용이 너무나 막연하여 그것만으로 곧 상대방의 명예감정을 해하여 형법상 모욕죄를 구성한다고 보기는 어렵다(대법원 2007.2.22. 선고 2006도8915 판결)고 판시하여 모욕죄의 보호법익을 명예감정으로 본 판례도 있습니다.

7) OLG [Court of Appeals for Selected Matters], NJW, 38 (1985), 1720 (F.R.G.)

헌법적 관점에서 보면 명예감정이라는 형량불가능한 주관적인 법익을 보호하기 위하여 단순한 의사표현에 형사처벌까지 가하는 모욕죄는 그 자체로 표현의 자유를 과도하게 침해하고 있어 당연히 위헌이라 할 것입니다.

(2) “외부적 명예”설에 대한 오해⁸⁾

독일의 문헌에서 모욕죄의 보호법익이 ‘외부적 명예’라고 실시하는 것은 ‘제3자의 모욕대상자에 대한 평가’를 의미하는 것이 아니라 모욕적 언사가 단순한 증오감의 표현이 아니라 ‘외부적 기준’에 비추어 모욕대상자를 저평가하는 내용을 담고 있어야 한다는 의미입니다. 즉 타인에 대한 단순한 거부는 모욕죄가 아닙니다. 예를 들어, “난 당신이 싫다”라거나 그러한 증오심을 담은 표현은 모욕죄를 성립하지 않습니다. 모욕죄는 모욕대상자의 (1) 도덕적 가치, (2) 인간으로서의 가치(예를 들어, 이성적 능력), 또는 (3) 사회적 가치와 같은 기준에 비추어 타인을 저평가하는 내용을 담고 있을 때 비로소 성립하게 됩니다.⁹⁾

특히 19세기 독일법학자들은 “외부적 명예”의 훼손이 있어야 한다고 강조하였는데 여기서 “외부적”이라는 의미는 언사의 내용이 모욕대상자의 사회적 지위에 동반되는 경외심을 배제하고 있어야 한다는 의미였습니다. 이에 따라 독일의 모욕죄 성립여부를 판단함에 있어서 “명예에 대한 침해의 정도는 동일한 기준에 따라 측정되는 것이 아니라 “모욕당한 자”의 사교범위를 지배하는 규범에 따라서 다르게 측정되었다”고 합니다.¹⁰⁾ 따라서 1800년대 초반에는 ‘존경하는’, ‘친애하는’ 등의 존칭을 사용하지 않은 것에 대해서도 모욕죄 적용여부가 논의되었습니다.¹¹⁾

8) 박경신, 김가연, “모욕죄의 보호법익 및 법원의 현행 적용방식에 대한 헌법적 평가”, 언론과법 10권 2호 (2011)

9) James Q. Whitman, “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, 109 Yale Law Journal 1279, (2000), 1324쪽 (Schönke-Schröder Strafgesetzbuch § 185, 1385-6쪽 (Theodor Lenckner et al. eds., 25th ed. 1999) (F.R.G.)를 인용하며)

10) Whitman, 1324쪽 (38 Archiv für Strafrecht 434, 435 n.4 (Berlin, Decker 1891)를 인용하며)

11) Whitman, 1321쪽.

즉 모욕대상자가 외부적으로 인정되는 지표 즉 어느 정도의 사회적 지위를 가지고 있을 때만 모욕죄 피해를 주장할 수 있다는 것이었습니다. 사회적 지위는 당연히 그 사람의 평판과는 완전히 다릅니다. 매우 높은 지위를 가진 사람이 매우 나쁜 평판을 가질 수 있습니다. 그렇다면 모욕죄의 보호법익은 좋은 평판이 아니라 높은 사회적 지위인 것이었으며 결국 사회적 지위에 대한 침범 여부는 지위의 소유자가 모욕감을 느꼈는가, 즉 명예감정을 침해받았는가로 결정되었던 것입니다.

이것은 독일의 모욕죄가 귀족들 간의 결투제도에서 기원한 것으로 보인다는 견해와도 부합하는 것으로 보입니다. 즉 귀족이 타인으로부터 자신의 지위에 맞는 대우를 받지 못하여 모욕당했다고 생각할 때 그 타인을 주관적으로 징벌하기 위해 결투를 신청하였는데 모욕죄는 이러한 결투제도의 폭력성을 제거하기 위해 결투제도를 형사벌제도로 치환한 결과로 여겨집니다.¹²⁾ 프랑스의 경우 결투제도를 아예 인정하지 않아 폭행·살인죄로 다룬 것과 대조됩니다.¹³⁾ 실제로 1840년 하노버법 상의 모욕죄는 조문 상으로 모욕행위자의 사회적 지위나 그와 모욕피해자와의 관계에 있어서 모욕행위자가 모욕피해자에게 존경과 대우를 해야 하는 상황인 경우에만 성립하였습니다.¹⁴⁾

1870년 제국형법조항에서부터 이러한 요건이 없어지면서 누구나 모욕죄의 피해자로 인정받을 수 있게 되었으나 학설이나 판례상으로는 계속해서 모욕죄는 '높은 사회적 지위에 걸맞은 대우를 받지 못했을 때의 명예감 훼손'을 보호하기 위한 것으로 해석되었습니다. 그 후 1930년대 나

12) Whitman, 1314쪽 (다음의 독일문헌들을 설명하며: Jörg Tenckhoff, Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände 20 (1974); Friedrich Kübler, Ehrenschaft, Selbstbestimmung, und Demokratie, 52 NJW 1281 (1999) (모욕죄의 위헌성을 주장한 논문이며 Beleidigung 형법조항 바로 뒤에 결투에 대한 조항이 있었다가 추후에 결투조항만 폐지되었음을 설명함); Rüdiger Koewius, Die Rechtswirklichkeit der Privatklage 64-95 (1974))

13) Robert A. Nye, Masculinity and Male Codes of Honor in Modern France 134 (1993)

14) Whitman, 1320쪽 (다음 독일법전을 인용하며: Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover [Criminal Code for the Kingdom of Hannover], v. 8.8.1840 ch. 10, art. 265, reprinted in 2 Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher 140 (M. Stenglein ed., Munich, Keiser 1858)).

치독일 하에서 '아리안계 독일인'이라면 외국인이나 다른 민족과 달리 최소한의 예우를 받을 수 있다는 논리 하에 보편적으로 적용가능하게 되었고 이때 '외부적 명예'와 '내부적 명예'사이의 구분도 없어졌다고 합니다.¹⁵⁾

(3) 외국의 입법례로 본 모욕죄의 성격

이와 같이 모욕죄는 표현의 자유에 대한 규제란 점에서는 명예훼손죄와 일견 비슷하나, 명예감정을 보호하고 사실의 적시가 아닌 의견의 표명을 처벌한다는 점에서 명예훼손죄와는 전혀 다른 성격의 죄이며, 그런 이유로 전 세계적으로 독일, 그리고 독일법을 계수한 일본, 대만, 우리나라 등 극소수의 나라에서만 찾아볼 수 있는 특이한 죄입니다. 대부분의 나라에서 외부적 명예는 명예훼손법이 사람들의 평판을 허위사실의 적시로부터 보호하는 것으로 충분히 보장되고, 사람들의 주관적인 명예감정이나 체면까지 보호하려고 하는 것은 표현의 자유에 대한 심대한 침해가 될 것임을 간과하였기 때문일 것입니다.

게다가 일반적 모욕죄가 있는 나라들도 살펴보면, 일본의 형법 제231조는 모욕죄의 형벌로 구류 또는 과료만을 규정하고 있어 그 처벌이 매우 경미하며, 독일의 모욕죄의 처벌은 우리나라와 비슷하나, 그 기소절차가 검찰이 주도하는 공소(公訴, Offentliche klage)에 의해 진행되는 것이 아니라 피해자가 주도하는 사소(私訴, Privatklage)에 의해 진행되는 것으로서 우리나라처럼 강력한 국가기관의 힘으로 진행되는 형사처벌과 비교될 수 없습니다. 물론 공익적인 측면이 있는 사안에 대해서는 검찰이 개입하기는 하지만 이는 예외적인 경우입니다. 그리고 독일계라 할 수 있는 스위스와 오스트리아 형법에도 모욕죄가 있긴 하나 형이 훨씬 가벼우며, 쌍방 모욕의 경우에는 면책이 됩니다. 프랑스에도 일반적 모욕죄가 있긴 하지만 실제 적용은 차별적 모욕, 즉 혐오표현의 경우에만 이루어지고 있습

15) Whitman, 1324쪽.

니다.¹⁶⁾ 표현의 자유를 가장 중요한 기본권으로 보는 미국에는 당연히 모욕죄란 존재하지 않습니다.

다만 많은 나라들이 모욕이라는 구성요건을 포함하는 죄들을 가지고 있으나, 형법 제311조와 같은 일반적인 모욕죄가 아니라 대부분 국가모독죄입니다. 그리고 국가모독죄의 시초는 유럽의 국왕모독죄인데 이와 같은 구시대적인 배경 때문에 자유민주주의체제가 자리 잡힌 국가들에서는 폐지되거나 사문화되어가는 추세이고, 가끔 권위주의 정부들이 이를 남용하다가 유럽인권재판소에서 유죄판결이 번복되고 있거나 국제인권기구들에 의해 계속 비판받고 있습니다. 주로 아프리카의 옛 프랑스 식민지들과 남미의 옛 스페인 식민지들에서 식민통치의 잔재로 존재하고 있지만 그곳에서도 폐지가 꾸준히 이루어지고 있는 것이 현실입니다.

(4) 보충적 주장

그럼에도 불구하고 2012헌바37 사건과 이를 그대로 따른 2015헌바206 등 사건에서 헌법재판소의 다수의견은 “모욕죄는 이와 같이 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예를 그 보호법익으로 하고 있[다]”고 하고 있습니다. 이에 따라 아래의 변론은 보호법익이 “사회적 평가”일 가능성도 염두에 두고 보충적 주장을 적시에 부연하도록 하겠습니다.

다. 과잉금지의 원칙 위반

표현의 자유도 무제한적으로 인정되는 자유는 아닙니다. 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉금지의 원칙은 모든 기본권제한입법의 한계이며, 표현의 자유를 제한하는 입법도 당연히 준수해야 하는 원리입니다. 따라서 ‘모욕적 표현’은 표현의 자유의 보호 대상이나, 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수

16) James Q. Whitman, “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, 109 Yale Law Journal 1279, 1356 (April 2000)

있습니다.

다만 표현의 자유의 경우에 과잉금지의 원칙은 명확성의 원칙과 밀접한 관련성을 가지고 있는데, 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되기 때문에 과잉금지 원칙과 조화할 수 없기 때문입니다 (헌재 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 참조). 명확성원칙 위반 여부는 아래에서 별도로 판단했으나, 과잉금지원칙 위반 여부를 판단할 때 이 점도 고려되어야 할 것입니다.

그리고 결론부터 말하자면 형법 제311조는 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성에 저촉되어 과잉금지원칙을 위반하고 있습니다.

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

모욕죄의 근원이 명예감정을 보호하기 위한 죄로서 그 목적이 사람이 사회생활을 하면서 타인의 언사로 인하여 모욕감을 느끼지 않을 법익을 보호하는데 있음은 앞서 논하였습니다. 그렇다면 우리는 사람들을 모욕감으로부터 보호하는 것이 정당한 목적인지, 다른 사람의 기분을 상하게 할 만한 말을 하지 말라는 도덕률적인 요구를 형사적으로 강제하는 것이 정당한 목적인지를 생각해 보아야 합니다.

법원은 모욕죄의 구성요건으로서 '모욕'이란 사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것이라고 하나 어떤 표현이 모욕적인지에 관해 일관되고 뚜렷한 기준을 제시하지 못하고 있고, 이것은 모욕이란 용어 자체가 불명확할 뿐만 아니라 법원이 명예감정을 보호하려 해왔기 때문에 발생한 문제라 할 것입니다. 모욕감은 사람의 사회적 지위나 자존감, 청취자의 수용능력 등에 의해 크게 좌우될 수 있어 어떤 표현이 모욕감을 줄 수 있는 표현인지 예측하는 것이 불가능하기 때문입니다.

그리고 설령 모욕죄의 보호법익을 ‘외부적 명예’로 보더라도, ‘사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현’했는지 여부를 판단하기 위해서는 결국 모욕의 대상, 즉 피해자의 ‘사회적 지위’가 가장 객관적이고 명확한 기준이 될 수밖에 없습니다. 왜냐하면 명예훼손과 달리 사실적시를 담고 있지 않은 모욕의 경우, 모욕에 의해 저질러지는 사회적 평가의 저하의 정도는, 그 사람이 어떤 잘못을 했는가와는 무관하게 그 사람이 들은 말이 그 사람의 지위에 비해 얼마나 심하게 저열한가에 의해 좌지우지될 것이기 때문입니다. 결국 인간의 ‘사회적 지위’에 따라 어떠한 표현이 그 사람의 인격을 경멸하는 가치판단인지, 즉 모욕적인지 결정되는 결과가 초래되는 것입니다.

예컨대 ‘부모님이 그렇게 가르쳤냐’¹⁷⁾라는 표현을 선생이 학생에게 말할 교육적 측면을 감안하면 학생의 경우 모욕감을 느끼기 어려우나, 반대의 경우 교사는 모욕감을 느낄 수밖에 없을 것이라고 사회적 평가가 진행될 것입니다. 여기서 우리는 똑같이 존엄한 인격체인 두 인간의 인격이 경멸당했는지를 그 사회적 지위에 따라 다르게 평가해버리고 맙니다. 또한 우리나라같이 연장자를 존중하는 문화에서는 손윗사람에게 반말을 하는 것과 손아랫사람에게 반말을 하는 것은 큰 차이가 있는데, 특별히 욕설을 하지 않더라도 전자의 경우 쉽게 모욕적이라 볼 수 있겠지만 후자의 경우는 그렇지 않을 것입니다.

결국은 어떠한 표현이 ‘외부적 명예’를 저하시킬만한 경멸적인 가치판단인지는 결국 객관적 지표인 인간의 ‘사회적 지위’에 비추어 판단할 수밖에 없고, 이것은 다시 사회적 지위가 높은 자가 더욱 두텁게 보호받는 헌법적으로 용인 불가능한 상황을 초래합니다. 더구나 개인의 사회적 지위는 직업, 재산, 연령, 성별 등 외형적인 요소들로 판단될 수밖에 없어 동일하게 보호되어야 할 인격권의 차별을 초래하게 됩니다.

한편 형법의 보충성 원칙을 고려할 때 다른 사람의 기분을 상하게 할

17) 광주지방법원 2008. 5. 21. 선고 2009고정361판결

만한 말을 하지 말라는 도덕규범을 보호하기 위해 형법이 투입될 정도로 도덕규범이나 사회규범의 통제 수단들이 그 역할을 하지 못하는 상황으로 보기도 어렵습니다. 따라서 아무런 사실의 적시 없이 추상적 판단이나 표현을 했다는 이유만으로 형사처벌하는 것은 적합한 수단이 될 수 없습니다.

결론적으로, 주관적인 명예감정을 보호하기 위해 타인에 대한 부정적 표현을 전면 금지하는 모욕죄는 목적부터 정당성을 상실하였으며, 이를 처벌하는 것을 적합한 수단이라고 할 수 없습니다. 또 모욕죄를 사회적 평가를 보호하기 위한 법으로 본다고 할지라도 모욕이라는 행위가 사실 적시를 담고 있지 않는 성질에 비추어 볼 때 사회적 지위가 높은 사람일 수록 더 많은 평가의 훼손이 이루어진다는 차별적 결과가 발생하므로 역시 목적의 정당성이 손상됩니다.

(2) 침해의 최소성

표현의 자유가 지니는 헌법적 가치들은 입헌민주체제에서 반드시 확보되어야 할 중요한 가치이며, 표현의 자유에 대한 규제는 통상 그 표현으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것이고 이러한 국가의 노력은 정당하고 필요한 것이기는 하나, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 메커니즘, 즉 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재합니다. 그리하여 만일 시민사회 내부에서 서로 대립되는 다양한 사상과 의견들의 경쟁을 통하여 유해한 표현의 해악이 자체적으로 해소될 수 있다면 국가의 개입은 최소한도에 그쳐야 할 것이며, 입헌민주국가에서 표현의 자유를 거론할 때 견해의 다양성과 공개토론이 강조되는 소이가 여기에 있는 것입니다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 참조).

따라서 침해의 최소성을 판단할 때는 표현의 자유가 가지는 이러한 헌법적 우위를 고려해야 하며, 국가형벌권의 행사는 국가권력행사 중에서 가장 강력한 힘이고 대상자에게는 가혹한 강제력에 해당하므로, 그 행사

를 형법으로 규정하고자 할 때는 최소한의 행위에 국한되어야 합니다. 따라서 공연히 사람을 모욕하는 행위에 대해 형사처벌 외에 표현의 자유에 대한 침해를 최소화할 수 있는 다른 제재수단이 있다면 침해의 최소성도 충족하지 못하는 것입니다.

사실 법원에 의해 가벌성이 인정된 모욕적 표현들을 보면 대부분 실제 일상생활에서 쉽게 접할 수 있는 표현들로 대부분의 사람들은 그러한 모욕적 표현에 대해 형사고소를 하지 않습니다. 이는 형사처벌이 아닌 시민사회의 자기교정기능으로 해결이 가능하기 때문입니다. 또한 형벌의 최후성과 적정성, 균형성의 관점에서 단순한 욕설 등을 범죄로 구성하는 것은 적절치 않습니다.¹⁸⁾

혹자는 형법 제20조에 의해 사회상규에 위배되지 않는 모욕적 언사들은 처벌받지 않으므로 모욕죄에 의한 표현의 자유 침해가 최소화된다고 주장할지 모릅니다. 그러나 헌법재판소는 이와 같이 하나의 법률규정을 통해 범죄구성요건은 과잉금지원칙에 어긋날 정도로 폭넓게 규정한 후 다른 법률규정을 통해 위법성조각사유를 명시하는 것은 하위의 법에 의해 헌법의 보호범위를 획정하는 위헌적인 규제방식이라고 판시한 바 있습니다.

예컨대 헌법재판소는 업무방해죄를 규정하는 형법 제314조의 ‘위력’에 의한 업무방해죄의 위헌성을 판단하면서 모든 공동과업이 “위력에 의한 업무방해”에 해당하고 단지 노동법이 정한 절차를 엄격하게 따른 공동과업만이 정당화된다는 해석은 헌법적으로 허용되지 않는다는 취지로, “노동법 제4조는 노동조합의 쟁의행위로서 노동법의 목적 달성을 위하여 한 정당한 행위에 대하여 위법성 조각사유에 관한 형법 제20조를 적용하도록 하고 있으나, 이것이 단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라고 할 수는 없다. 그

18) 표성수, “형법상 모욕죄의 문제와 개선방안”, 법조협회, 법조64권4호 (2015), 27쪽.

러한 해석은 헌법상 기본권의 보호영역을 하위 법률을 통해 지나치게 축소시키는 것”이라고 하였습니다(헌재 2010. 4. 29, 2009헌바168 참조).

다시 말하자면, 범죄구성요건을 정한 규정이 과잉하게 기본권을 제한하는 경우 그 시점에 이미 과잉금지원칙의 위반이 발생하는 것이지 위법성 조각사유를 다른 법률에서 규정하고 있다고 하여 그 위반이 치유되지 않는다는 것입니다. 위법성조각사유 규정이 아무리 최종적인 보호범위를 헌법에 합치하는 것으로 넓힌다고 할지라도 이와 같이 하위의 법률이 헌법의 보호범위를 확정하는 것은 인정될 수 없는 것입니다.

노예제도가 존재했던 미국, 식민지를 가지고 있던 프랑스, 유대인을 학살한 독일 등의 선진국에서는 역사적으로 억압과 차별을 겪어왔던 소수자들을 보호하기 위한 혐오죄가 존재합니다. 미국에서는 소수민족, 장애인, 여성 등에 대한 모욕행위를 차별행위로 규정하고 있고 혐오성 발언이 동반된 범죄는 가중처벌하며, 독일에서는 유대인들을 보호하기 위한 대학살부인죄가 존재하고, 프랑스에서는 국적·인종·종교적인 혐오성 발언을 처벌하고 있습니다. 이러한 외국의 혐오죄는 모욕죄와는 달리 사용된 표현과 표현이 사용된 사정 등을 엄격하게 정의하고 있으며, 이와 같은 엄격한 요건을 충족하는 언사만이 처벌대상이 된다는 점에서 표현의 자유에 대한 침해를 최소화하고 있습니다. 그러나 우리나라의 모욕죄는 처벌범위가 그와 같이 제한적이지 않습니다.

또한 민법 제751조 제1항이 타인의 명예를 해한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다고 하는 바, 모욕적 언사에 의한 명예감정 침해행위로 인한 손해는 민사상 손해배상을 받을 수 있습니다. 우리 법원도 “사람은 자신의 인격적 형성에 대해 자부심을 가지고 있는바, 이것이 주관적인 평가에 그친다는 이유로 타인이 정당한 사유 없이 이를 부정하여 정신적 고통을 주는 것이 아무런 제약 없이 허용되어서는 아니 될 터이므로, 타인의 명예감정에 대하여 간과하기 어렵고 명확하면서도 그 정도가 심하게 침해행위를 한 경우, 그 침해행위는 그 타인에 대하여

불법행위를 구성한다”(서울고법 2008. 1. 16. 선고 2006나92006 판결 참조)고 하여 불법행위를 인정하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 이러한 행위에 대하여 형사처벌까지 할 수 있게 규정한 형법 제311조는 침해의 최소성 원칙에 반한다고 할 것입니다.

한편 형사처벌을 그 제재수단으로 사용하더라도 모욕죄가 친고죄로 규정되어 있으므로 표현의 자유에 대한 침해를 최소화하고 있다는 견해가 있습니다. 그러나 모욕죄가 친고죄로 규정되어 있음으로 인해 오히려 피해자의 주관적인 감정과 피해자가 어떠한 해결수단을 찾는가에 따라 형사처벌이 좌우되고 있습니다.

특히나 모욕죄를 친고죄로 함으로 인하여 국가 권력이나 정치인, 기업가, 법률전문가와 같은 사회적 강자가 약자를 상대로 모욕죄를 남용할 여지가 커졌다고 할 것입니다. 최근에는 경찰관들이 업무를 수행하는 과정에서 시민들이 경찰의 직무집행에 대한 불만감을 표시한 경우 경찰관이 모욕죄의 현행범으로 체포하고 민사상 손해배상청구 소송까지 제기하는 사례가 증가하고 있습니다. 이에 대해 친고죄인 모욕죄에 있어 모욕을 당한 경찰관이 스스로 모욕죄의 성립 여부를 결정하고 체포까지 하게 되면 경찰관의 자의가 개입될 여지가 크고 수사의 객관성과 공정성을 담보하기도 어려워 시민의 인권 침해 가능성이 높아진다는 지적도 있습니다.¹⁹⁾

심지어 모욕죄가 친고죄라는 점을 이용해 무차별적인 형사고소 후 고소 취하를 조건으로 합의금을 받아내는 등 돈벌이 수단으로 악용하는 전국회의원이자 방송인인 강용석 변호사와 같은 사람도 생겨났습니다. 대검찰청에 의하면 모욕죄 처리인원 수는 2004년 2,225명에서 2014년 27,945명으로 약 12.5배 증가하였다고 하는데, 이 와중에 수백 명을 상대로 모욕죄로 고소한 후 고액의 합의금을 요구하는 고소제도 남용 사례도 발생하고 있다고 합니다(첨부서류 4. 2015. 4. 13.자 대검찰청 형사부 보도자료 참조).

19) 이성기, “경찰관에 대한 모욕죄의 성립과 처벌에 관한 형사법적 검토”, 한양법학, 25(4), (2014)

이와 같은 이유로 유엔 인권위원회도 2011년 발표한 표현의 자유에 대한 일반논평 34호(CCPR/C/GC/34) 47항에서 “진위를 확인할 수 없는 명예”에 대한 형사처벌은 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’에 어긋난다고 하였는데 여기서 진위를 확인할 수 없는 명예란 감정과 견해의 표명을 말하는 것이고 모욕죄와 같이 사실의 적시가 없는 감정이나 견해의 표명을 형사처벌의 대상을 삼는 것을 말한다 하겠습니까. 유엔 의사표현의 자유 특별보고관도 2011년 한국보고서에서 한국의 명예에 관한 죄가 표현의 자유에 대하여 지나친 위축효과를 가져온다고 하면서, 민법상 이미 명예훼손을 금지하고 있기 때문에 형사처벌은 정당화될 수 없다고 지적하며 국제적 동향에 맞추어 형법에서 명예에 관한 죄를 삭제할 것을 권고한 바 있습니다.

결국 표현의 자유에 대한 침해를 최소화할 수 있는 다른 제재수단이 있음에도 공연히 사람을 모욕하는 행위를 형사처벌하는 형법 제311조는 침해의 최소성을 충족하지 못합니다.

(3) 법익의 균형성

협의의 비례성 원칙에 의하면 모욕적 언사를 금지하고 형사처벌함으로써 얻어지는 명예의 보호라는 이익과 그로 인하여 제한되는 표현의 자유라는 기본권 사이에는 합리적인 비례관계가 성립해야 합니다. 하지만 형법 제311조는 타인의 명예 보호를 위해 민주국가에서 가장 중요한 기본권 중에 하나인 표현의 자유를 심각하게 제한하고 있어 이 사건 형법 조항으로 인해 보호되는 이익과 제한되는 이익 사이에 현저한 불균형이 있다고 할 것입니다.

또한 표현의 자유에 있어서 명백·현존하는 위협의 원칙은 과잉금지 원칙의 가중적 요건으로 기능하는데, 헌법이 규정하고 있는 공익에 명백·현존하는 위협이 있을 때만 표현의 자유에 대한 제한이 정당화되는 것입니다. 아래에서 보듯이 모욕죄는 공익에 대한 명백·현존하는 위협이 없는데

도 불구하고 표현의 자유를 제한하고 있습니다. 따라서 형법 제311조는 법익의 균형성에도 저촉됩니다.

(4) 소결

결론적으로 형법 제311조는 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추지 못하여 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 과잉금지의 원칙을 위반합니다.

라. 명백하고 현존하는 위협의 원칙 위반

(1) 명백하고 현존하는 위협의 원칙의 의미

명백하고 현존하는 위협의 원칙이란 1919년 미국연방대법원의 홀름스(Holmes) 판사가 주장한 표현의 자유를 사후적으로 제약할 경우에도 명백하고 현존하는 위협(clear and present danger)이 있어야 한다는 원칙입니다. 헌법재판소도 반국가단체의 활동을 찬양·고무하는 자를 처벌하는 규정인 국가보안법 제7조 제1항, 제5항에 대해서 그 규정들이 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 행위에 대해서만 적용된다고 판시하여 명백·현존 위협의 원칙을 적용한 바 있습니다(헌재 1990. 4. 2, 89헌가113 참조).

명백·현존 위협의 원칙에서 ‘명백’이라 함은 표현과 해악의 발생 사이에 긴밀한 인과관계가 존재하는 경우를 말하고, ‘현존’이라 함은 해악의 발생이 시간적으로 근접하고 있는 경우를 말하며, ‘위험’이라 함은 공공의 이익에 대한 위협, 즉 실질적인 해악의 발생개연성을 말합니다. 따라서 언론과 해악의 발생 사이에 일정한 인과관계가 있고 그 해악이 목전에 절박한 때에 이 해악의 발생을 다른 수단으로서는 방지할 수 없는 경우에만 표현의 자유를 제한하는 것이 정당시되는 것입니다.²⁰⁾

이러한 명백·현존 위협의 원칙은 표현의 자유를 제한하는 입법에 있어

20) 헌법재판소 헌법재판연구, 6 167~378, 181-181쪽 참조

헌법 제37조 제2항에 대한 가중적 요건이라고 할 수 있습니다. 즉, 언론·출판의 자유에 대한 제한이 가해지지 않고는 국가안전보장·질서유지·공공복리가 '명백하고 현존하는 위협'에 봉착하게 되는 경우에만 법률에 의하여 필요한 한도 내에서 언론·출판의 자유에 대한 제한이 가능한 것입니다.

(2) 모욕적 언사와 명백·현존 위협의 원칙

모욕은 “사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것”인바, 명예훼손적인 표현과는 사실의 적시가 없다는 점에서 가장 큰 차이가 있는데, 사실의 적시가 없는 단순한 의견의 표현을 처벌하는 것은 명백·현존 위협의 원칙의 심대한 위반입니다. 단순한 의견, 감정 또는 추상적 판단의 표현으로 인하여 국가안전보장·질서유지·공공복리가 '명백하고 현존하는 위협'에 봉착하게 되는 경우란 거의 없기 때문입니다. 예를 들어, 사실의 적시는 국가기밀의 누설 또는 허위의 사실적시를 통한 타인에 대한 사회관계에서의 배제 등등의 구체적 피해가 있지만 사실적시가 없이 어떻게 그런 피해를 발생시킬 수 있을지 상상하기 어렵습니다.

다시 한 번 강조하자면, 민주주의는 사회내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 구석구석에 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 그 꽃을 피울 수 있게 됩니다. 따라서 민주주의국가에서의 의견과 감정의 표현은 사실의 주장보다 더 자유로워야 하고 법적으로 더 보호되어야 하는 것입니다. 이러한 사상의 자유시장이론은 민주주의에 있어서 매우 중요한 함의를 가지고 있습니다. 만약 표현에 대하여 국가가 일일이 간섭을 하고 그에 대하여 처벌한다면, 사상의 자유 시장은 더 이상 유지되지 못할 것이며, 법집행기관에 사상을 심사할 권한이 부여된다면, 법집행기관의 자의적인 판단에 의하여 표현에 대한 검열이 자행될 것입니다.

헌법재판소도 일관되게 “언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 그 표현의 해악을 시정하는 1차적 기능은 시민사회 내부에 존재하는 사상의 경쟁메커니즘에 맡겨져 있기 때문이다. 그러나 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하더라도 그 표현의 해악이 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현은 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받을 수 없고 국가에 의한 내용규제가 광범위하게 허용된다”(헌법재판소 전원재판부 1998. 4. 30. 95헌가16 결정 등 참조)고 판시해왔습니다.

문제는 모욕적 언사가 사실의 적시가 아닌 감정이나 의견의 표현으로서 대부분의 경우 상대방에 대한 부정적인 판단 또는 비판이라는 것입니다. 그런데 이러한 부정적 견해의 표명이 다소 가치 없거나 유해할 수는 있을지는 몰라도, 사상의 경쟁 메커니즘에 의하여도 해악이 해소될 수 없는 표현행위로서 국가안전보장·질서유지·공공복리를 명백·현존하는 위협에 처하게 하고 있다고 보기는 매우 힘들며, 그렇게 보아서도 안 됩니다. 민주국가 내의 사회적 공론 형성 과정에서 어떠한 대상에 대한 부정적인 논평 또는 비판은 필수적이며, 표현의 자유는 사실은 그러한 논평이나 비판들을 보호하기 위함이기 때문입니다. ‘상대방이 듣기 좋은 표현’들은 금지되거나 탄압을 받지 않기 때문에, 굳이 표현의 자유로 보호할 필요도 없습니다.

사실의 적시는, 단순한 감정이나 견해의 표명이 발생시키지 않는 파괴력을 가지고 있습니다. 예를 들어, 소위 리벤지포르노와 같은 경우 실제 있는 상황을 그대로 전하여 피해자가 겪는 프라이버시 침해는 엄청나며, 허위사실 적시를 통한 명예훼손은 실제로 피해자가 사회생활 및 경제생활에서 부당하게 기피되도록 만들지만, 모욕의 경우 타인에게 모욕을 당했다는 이유만으로 평판이나 프라이버시에 피해를 발생시키지 않습니다.

결국 사상의 자유시장의 존재 목적은 긍정적이든 부정적이든 상관없이 모든 형태와 내용의 의견들을 자유롭게 경쟁시켜 결국 가장 합리적이고 설득력 있으며 다수가 타당하다고 생각하는 의견만이 살아남도록 하기 위함입니다. 여기서 누군가가 나를 부당하게 나쁘게 평가하고 비판을 한다면 나는 그러한 평가가 잘못되었거나 틀렸음을 주장하고 반박하면 되는 것이지 상대방이 아예 그런 말을 하지 못하도록 입을 막아버려서는 안될 것입니다.

(3) 소결

결국 '상대방이 듣기 싫은 의견'은 발화하지 말라는 제한은 민주주의가 요구하는 자유로운 토론을 금지하는 재갈이며 사상의 자유 시장을 옥죄는 족쇄입니다. 모욕죄는 극단적으로 보면 사상의 자유 시장을 통제된 시장, 검열된 표현만을 허용하는 공산주의적 시장으로 만드는 역할을 하고 있습니다. 모욕죄 앞에서는 해학적인 풍자나 촌철살인의 비평도 설 자리가 없습니다. 그러한 논평이나 비판이 얼마나 정당한지, 사상의 자유 시장에서 살아남을 수 있는지 여부를 떠나서 상대방이 기분이 상했다며 고소를 해버리면 형사처벌의 대상이 되기 때문입니다. 즉, 타인을 비관할 표현의 자유에는 명백·현존하는 위협의 원칙은 적용되지 않고 있으며 오로지 상대방의 관용을 구하라는 요청만이 있을 뿐입니다. 따라서 모욕적 언사 내지는 비판을 처벌하는 형법 제311조는 명백·현존하는 위협의 원칙에 반하여 위헌입니다.

3. 명확성원칙의 위반

가. 엄격한 명확성원칙의 적용

(1) 표현의 자유 규제에 있어서 명확성원칙

헌법재판소가 수차례 강조했듯 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서

명확성원칙은 특별히 중요한 의미를 지닙니다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기하고, 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 함으로써 그러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 합니다. 따라서 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구됩니다(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바 37 등 참조).

(2) 죄형법정주의의 명확성원칙

명확성원칙은 죄형법정주의의 원칙에서도 요청됩니다. 즉 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미합니다.

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있습니다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 2010. 11. 25. 2009헌바27 등 참조).

(3) 소결

형법 제311조는 형벌조항일 뿐만 아니라 동시에 표현의 자유를 제한하고 있으므로, 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성원칙뿐만 아니라 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서의 명확성원칙을 요구한다 할 것이며, 그 정도는 엄격한 의미에서의 명확성이라 할 것입니다.

나. 엄격한 명확성원칙의 위반

(1) 2012헌바37 및 2015헌바206·355 입장 및 문제점

2012헌바37 사건과 이를 그대로 따른 2015헌바206 등 사건에서 헌법재판소의 다수의견은 “사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하였는지 여부는 추상적·일반적으로 결정될 수 없는 성질의 것이므로 이에 해당하는지 여부는 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 정해질 수밖에 없다”고 하면서 “모욕죄는 이와 같이 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예를 그 보호법익으로 하고 있고, 명예훼손죄와는 달리 구체적 사실의 적시를 요구하지 아니하는 등 그 입법목적과 취지 등을 종합하여 볼 때, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기 어렵다. 또한 대법원은 모욕의 의미에 대하여 객관적인 해석기준을 제시하고 있으므로 법 집행기관이 심판대상조항을 자의적으로 해석할 염려도 없다”고 하면서, “어떠한 표현이 심판대상조항의 구성요건에 해당하는지 여부는 분리된 개별적 언사만을 놓고 판단하기 보다는 표현의 전체적인 내용과 맥락을 고려하고, 그러한 표현이 상대방을 경멸할 의도로 행해졌는지 아니면 우발적으로 이루어졌는지 여부, 다소 과장된 표현인지 여부, 대화나 토론의 장이 열리게 된 경위와 그 성격, 행위자와 상대방과의 관계 등 여러 요인을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률해석·적용의 문제”로서 명확성원칙에 위배된다 할 수 없다고 판단했습니다.

하지만 아래서 보듯이 ‘사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현’이라는 대법원의 해석기준을 객관적이라고 하기도 어려울 뿐만 아니라, 이것이 ‘여러 요인을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률해석·적용의 문제’라면 일반인은 법원의 구체적·개별적 판단을 받아보지 않은 이상 어디까지가 허용되는 부정적 표현이고 어디까지가 처벌되는 모욕인지 알 수가 없습니다. 결론적으로 두 사건에서 헌법재판소는 표현의 자유 규제에 대하여 엄격한 명확성원칙이 적용됨을 인정하면서도 실제로는 적용하지 않은 것으로 보입니다.

(2) 구성요건의 광범성

헌법재판소는 법문언이 법관의 해석을 통해서, 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다고 한 바 있습니다(헌재 1998.04.30, 95헌가16 참조). 대법원도 “다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다(대법원 2006.5.11. 선고 2006도920 판결 참조)”라고 판시하였습니다.

그렇다면 유의미한 것은 ‘모욕’이라는 형법적 개념에 대한 법원의 보충적 해석이라고 할 것입니다. 대법원은 ‘모욕’이란 ‘사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’이라고 해석하고 있으며, 우리 법원은 위 기준에 따라 어떤 표현이 모욕적 언사인지를 판단해왔습니다. 그렇다면 ‘모욕’에 대한 이러한 보충적 해석이 해석자인 법관의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가

능성이 없어야하고, 이러한 법관의 보충적 해석이 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람들에게 금지된 행위가 무엇인지를 인식할 수 있는 객관적이고 통일적인 기준을 제시할 수 있어야만 합니다.

하지만 이러한 보충적 해석은 다음과 같이 전혀 명확하지 않습니다. 먼저 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이 포함된 표현의 의미가 너무 광범위하고 명확하지 않습니다. 사회적 평가를 '저하시키는' 것도 아니고 사회적 평가를 '저하시킬 만한' 표현이라고 하면 어떤 표현인지 도대체 감을 잡기가 힘들 뿐만 아니라 표현이 이루어지는 상황, 표현하는 사람과 표현의 대상이 되는 사람의 관계, 표현하는 사람과 표현의 대상이 되는 사람의 윤리적·종교적·사상적 배경에 따른 세계관, 가치관 등에 따라 사람마다 사람의 사회적 평가를 저하시킬만한 표현의 기준이 달라질 수 있기 때문입니다. 또한 '추상적 판단'이라는 정의도 인간의 생각이나 의견, 판단 자체가 원래 추상적이란 것을 고려하면 조금도 구체적이지 않습니다.

뿐만 아니라 '경멸적 감정'의 표현도 그 범위가 너무나 광범위하고 불명확하다할 것입니다. 즉, "경멸"의 사전적 의미는 "깔보아 업신여김"으로 정의되고 있는데, 단어의 의미 자체가 이미 표현의 대상인 사람의 주관적인 판단이 내재되어 있는 것일 뿐만 아니라 표현이 이루어지는 상황, 표현하는 사람과 표현의 대상이 되는 사람의 관계, 표현하는 사람과 표현의 대상이 되는 사람의 윤리적·종교적·사상적 배경에 따른 세계관, 가치관 등에 따라 어떠한 표현이 "경멸적 감정의 표현"인지 여부는 사람마다 그 기준이 달라질 수 있기 때문입니다.

예컨대 법원은 ① "막무가내로 학교를 파국으로 몰고 간다", "추태를 부렸다"²¹⁾, ② "부모님이 그렇게 가르쳤냐"²²⁾, ③ "개똥철학"²³⁾, ④ "인과응보, 사필귀정"²⁴⁾과 같은 표현들을 모욕적 언사라고 한 바 있으나, ⑤ "말

21) 청주지방법원 2009.4.13. 선고 2009고정255 판결

22) 광주지방법원 2008.5.21. 선고 2008고정361 판결

23) 부산지방법원 2008.10.30. 선고 2008노2229 판결

24) 서울중앙지방법원 2006.3.10. 선고 2006고정885 판결

도 안 되는 소리 씨부리고 있네. 들고 차버릴라"25), ⑥"도대체 몇 명을 바보로 만드는 거야? 지만 똑똑하네... 참 나..."26), ⑦ "너는 부모도 없냐"27)와 같은 표현들은 모욕적 언사가 아니라고 판단하였습니다. 과연 '건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진' 일반인이 ①, ②, ③, ④와 ⑤, ⑥, ⑦의 차이를 구분할 수 있을지 의문이 들지 않을 수 없습니다.

따라서 대법원의 해석기준에 의하면 타인에 대한 부정적이거나 경멸적인 내용이 있는 표현은 타인의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있기 때문에 모욕에 해당하게 되며, 이에 따라 "상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에 현실 세태를 빗대어 우스꽝스럽게 비판하는 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 부정적인 내용이지만 정중한 표현으로 비꼬아서 하는 말, 인터넷상 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등"도 모두 모욕죄의 구성요건에 해당하게 되므로(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37) '모욕'의 범위가 지나치게 광범위하다 할 것입니다.

(3) 법원의 2단계 판단법의 위헌성

모욕의 지나친 광범성은 모욕죄 판결문에 나타난 법원의 태도를 분석하여 보면 더욱 명확합니다. 법원의 모욕죄의 유무죄 판단은 거의 대부분 2단계에 걸쳐 이루어집니다. 즉 법원은 1단계로 모욕의 범위를 매우 넓게 보아 대부분 표현의 구성요건 해당성을 인정한 뒤, 2단계로 그러한 표현이 이루어진 사정 등을 종합적으로 고찰하여 사회상규에 반하지 않으면 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각되어 무죄, 그렇지 않으면 유죄라고 판단하고 있습니다.

일반에 공개된 모욕죄 판결문들을 검토해보면 우리 법원이 모욕죄 판단의 1단계에서 모욕의 범위를 매우 넓게 인정하고 있음이 명백히 드러납니다. 물론 그 자체로 모욕적인 표현, 예컨대 "씨발 새끼"28), "개 같은

25) 부산지방법원 2009.11.5. 2009노2161 판결

26) 수원지방법원 2010.4.14. 선고 2009노1456 판결

27) 수원지방법원 2009.9.3. 선고 2009노1083 판결

28) 서울남부지방법원 2010.6.24. 선고 2009고정1825 판결

년”²⁹⁾ 같이 단순한 욕설이나 사람의 신체적 특성을 동물에 비유하는 “똥똥해서 돼지 같은 것”³⁰⁾과 같은 표현은 욕설에 가까운 표현들로 모욕적 표현임이 어느 정도 명백하다고 할 것입니다. 그러나 법원은 욕설과 같이 모욕적임이 명백한 표현만 모욕에 해당한다고 판단하는 것이 아니라, 어떠한 표현에 조금이라도 상대방에 대한 부정적인 평가가 담겨있으면 모욕이라고 보고 있습니다.

예컨대 법원은 ① “전근대적 인식으로 가부장의식을 가지고 회사를 대하고 있는 것이다.”³¹⁾, ② “그렇게 소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다.”³²⁾, ③ “조장들 한심한 인간들임. 불쌍한 인간임.”³³⁾, ④ “북한의 아이들도 아니구요, 우리 아이들입니다.”³⁴⁾과 같이 그 자체로는 욕설이 아니거나 과격하다고 보기 어려운 표현들도 모욕적 표현이라고 인정하였습니다. 모욕죄가 친고죄임을 고려할 때, 결국 어떠한 표현의 상대방이 모욕감을 느꼈다고 고소를 하여 당해 표현이 법원의 판단의 대상이 되기만 하면 거의 필연적으로 모욕의 구성요건에 해당하게 되는 것입니다.

이렇게 법원은 1단계에서 구성요건 해당성을 광범위하게 인정한 후, 2단계에서 형법 제20조의 위법성조각사유에 의하여 이러한 구성요건 해당성의 광범위성을 제한하고 있습니다. 그리하여 바로 위에서 예를 든 ①, ②, ③의 모욕적 표현들은 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각되나, ④의 경우에는 위법성이 조각되지 않는다고 판단하였습니다.

하지만 법원의 위와 같은 2단계 판단법은 명확성의 원칙을 심대하게 위반합니다. 왜냐하면 모욕의 범위를 매우 넓게 본 후에 형법 제20조의 정당행위에 해당하는지 여부를 중심으로 유무죄를 판단한다는 것은 실질적으로 모욕죄의 범죄구성요건에 “정당행위의 부재”를 포함시키는 것과

29) 수원지방법원 2010.5.20. 선고 2010고정1457 판결

30) 수원지방법원 2007.1.30. 2006고정1777 판결

31) 청주지방법원 2006.1.25. 선고 2005고단986 판결

32) 대법원 2003.11.28. 선고 2003도3972 판결

33) 대법원 2008.7.1. 선고 2008도1433 판결

34) 서울북부지방법원 2008.9.25. 선고 2008노635 판결

다름없는데, “정당행위의 부재”는 범죄구성요건으로서 기능하기에는 너무나 불명확하기 때문입니다.

그렇다고 해서 형법 제20조가 그 자체로 위헌적으로 불명확하다는 것은 아닙니다. 형법 제20조의 ‘정당행위’가 정상적으로 위법성조각사유로 기능할 때는 명확성의 원칙을 위반하지 않습니다. 그러나 모욕죄에서처럼 2단계 판단법에 의하여 형법 제20조가 실질적으로 범죄구성요건으로서 기능하는 경우라면 ‘정당행위’ 내지는 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’란 개념은 너무나 불명확하다는 것입니다.

즉 “사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것”이라는 보충적 해석과 “사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위”(대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도6243 판결 등 참조)라는 위법성 조각사유의 구체화된 해석은 모욕적 표현인지 여부 및 모욕적 표현이더라도 위법하지 않는 표현인지 여부를 구별할 수 있는 기준으로 보기 어렵습니다. 왜냐하면 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위는 사람의 사회적 평가를 저하시키는 행위라고 볼 수 없기 때문입니다.

헌법재판소는 2008헌바157 판결에서 “공익을 해할 목적”의 허위의 통신을 금지하는 전기통신기본법 제47조 제1항의 “공익”이 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서유지”와 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비교하여 볼 때 ‘동어반복’이라고 할 수 있을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하며, 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판자유를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이라는 이유로 위헌을 선언한 바 있습니다(헌재 2010.12.28, 2008헌바157, 공보 제171호, 132, 7-7 참조). ‘정당행위’ 및 ‘사회상규’는 ‘공익’과 비교하여 조금도 더 명확하거나 구체

적이지 못합니다.

결국 모욕죄의 경우 위법성을 조각하는 ‘정당행위’는 매우 추상적인 것이어서 어떠한 모욕이 과연 이에 해당하는지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없습니다. 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인들에게 있어 공통적으로 정당행위라고 인식될 수 있는 표현행위가 존재함은 의문의 여지가 없으나, 판단주체에 따라 달리 판단할 가능성이 있는 경우가 존재함도 부인할 수 없습니다.

이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고도 보기 어렵습니다. 사실 법원조차도 무엇이 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’인지에 대한 객관적이고 일목요연한 기준을 제시한 바 없습니다. 결국 타인을 모욕하는 것이 사회상규에 위배되지 않는 경우가 언제인지 법규의 수범자인 일반인들은 법원의 판단을 받아보기 전까진 알 수 없는 게 현실입니다.

(4) 표현의 자유에 대한 위축효과

앞서 언급했듯이 형법 제311조와 같이 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 매우 특별한 의미를 가지며 - 보다 엄격한 의미의 명확성의 원칙이 적용된다는 점에서 - 영미법에서 이는 ‘막연하기 때문에 무효(void for vagueness)’라는 원칙으로도 표현됩니다. 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제가 문제되는 것은 ‘위축효과(chilling effect)’ 때문입니다.

즉, 민주사회에서 표현의 자유가 수행하는 역할과 기능에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반합니다. 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에는, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이

없는 기본권주체는—형벌 등의 불이익을 감수하고서라도 자신의 의견을 전달하고자 하는 강한 신념을 가진 경우를 제외하고—대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다.

미국의 연방대법원은 이미 일찍부터 표현의 자유에 있어서 ‘위축효과’가 가지는 해악을 인지하고, 표현의 자유를 위축시키는 법률은 위헌으로 판단하는 ‘위축효과법리(chilling effect doctrine)’를 형성해왔습니다. 헌법재판소도 “표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 그 규제로 인해 보호되는 다른 표현에 대하여 위축적 효과가 미치지 않도록 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다”(헌재 1998. 04. 30, 95헌가16, 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 등 참조)고 일관되게 판시한 바 있습니다.

이에 따라 2012헌바37의 반대의견을 그대로 인용하자면, “모욕죄의 형사처벌은 다양한 의견 간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고 건전하게 해소할 가능성을 제한한다. 정치적·학술적 토론이나 의견교환과정에서 사용된 일부 부정적인 언어나 예민한 정치적·사회적 이슈에 관한 비판적 표현이 모욕에 해당하여 규제된다면, 정치적·학술적 표현행위를 위축시키고 열린 논의의 가능성이 줄어들어 표현의 자유의 본질적인 기능이 훼손된다. 뿐만 아니라 다원성과 가치상대주의를 이념적 기초로 하는 현대민주주의 사회에서 모욕이라는 광범위한 개념을 잣대로 표현의 허용 여부를 국가가 재단하게 되면 언론과 사상의 자유시장이 왜곡되고 정치적으로도 악용될 우려가 있다”고 하셨습니다.

그리고 위에서 보았듯이 처음부터 구성요건 해당성을 인정하지 않는

것과 구성요건 해당성은 인정하되 위법성을 조각시키는 것과는 형사법상 엄청나게 큰 차이가 있습니다. 구성요건은 범죄 행위의 일반적 유형으로서 정형화되어 있는데 반해, 위법성조각사유는 구체적이고 개별적인 행위에 대한 사후적이고 객관적인 평가로서 위법성을 조각시켜 범죄의 성립을 부정합니다. 즉 구성요건 해당성이 인정되는 순간 피의자 또는 피고인은 처벌받는 것이 원칙이고, 예외적으로 위법성조각사유가 존재하는 경우에만 처벌을 피할 수 있습니다.

결론적으로 우리나라에서는 누구나 어떠한 방식이든 어떠한 내용이든 간에 상대방에게 부정적인 표현을 내뱉은 순간 형사처벌의 위험을 감수해야만 하는 것입니다. 그리고 이와 같은 위험은 위법성조각사유의 모호함에 의해 많은 경우 현실화되며, 나중에 무죄판결을 받는다 하더라도 단순히 부정적인 표현을 했다는 이유만으로 피의자 또는 피고인이 될 위험이 있다는 것은 행위자뿐만 아니라 이를 실시간으로 지켜보는 일반인에 대해서도 엄청난 위축효과를 가져옴을 부정할 수 없습니다.

(5) 소결

이렇듯 형법 제311조는 그 구성요건이 광범위하고 불명확함으로 인하여 엄격한 명확성원칙에 위배되어 표현의 자유에 대해 위축효과를 가져오므로 위헌입니다.

IV. 결론

이상과 같이 형법 제311조는 표현의 자유를 과잉하게 침해하며 명확성원칙에 위배되므로 위헌이라고 판단해주시기 바랍니다.

첨 부 서 류

1. 위헌제청신청서
2. 위헌제청신청기각 결정문 및 당해사건의 판결문
3. 위헌제청신청기각 결정문 송달증명
4. 2015. 4. 13.자 대검찰청 형사부 보도자료
5. 소송위임장

2017. 12. 1.

청구인의 대리인

변호사 김 가 연

헌법재판소

귀 중