

## 사실적시 명예훼손죄의 제도 개선 방향<sup>1)</sup>

사단법인 오픈넷  
손지원 변호사

### 사실적시 명예훼손죄의 실제적 피해와 위법성 조각사유 추가의 무용성

사실적시 명예훼손죄의 가장 큰 문제점은 사회의 부조리를 드러내고자 하는 각종 내부고발을 크게 위축시키는 법제라는 것이다.

즉, 그 형벌조항의 존재 자체로 인하여 진실한 사실을 고발한 사람들이 명예훼손으로 역고소를 당하고 형사범죄의 피의자, 수사 대상이 되어 또 다른 피해와 고통을 겪는다는 점과 사람들이 이와 같은 위험을 부담스러워하여 진실한 사실을 말하는 것을 스스로 억제하게 된다.

특히 미투운동과 관련하여서 그 문제가 더욱 사실적으로 부각이 되었다. 공개적이고 상습적인 성폭력 행위나 증거·증인이 충분하여 진실로 쉽게 증명될 수 있는 성폭력 사실을 폭로한 경우에도, 성폭력 가해자가 폭로자를 명예훼손으로 고소하여 협박·위축시키는 2차 가해를 더욱 손쉽게 해주는 요인으로 지적된 것이다.

적시된 사실이 허위이든 진실이든, 명예훼손죄의 구성요건에는 일단 모두 해당되기 때문에, 명예훼손 고소를 하는 사람은 자신에 대해 적시된 사실이 ‘허위’임을 구체적으로 입증할 필요가 없으며, 피고소인은 자신이 공표한 사실이 ‘진실’임을 증명하여도 피의자 신분을 당장 벗어날 수 없다.

미투의 경우, 성폭력 가해자가 어떤 부분은 사실이고 어떤 부분은 허위라며 만연히 상대 여성을 명예훼손으로 고소하면, 진실사실의 경우에도 명예훼손이 성립할 수 있는 현재 법제 하에서는 범죄 성립 가능성을 부정할 수 없는 수사기관으로서도 이러한 고소만으로도 수사를 개시할 수밖에 없기 때문에, 미투 폭로 여성들이 이러한 2차 피해를 겪고 있다는 제보가 속출하고 있다.

실제로 미투운동을 하였다가 명예훼손으로 고소되어 필자에게 상담을 요청했던 한 상담자는, 상대방 남성이 상담자의 글을 캡처하여 경찰에 제출하면서 ‘어떤 부분은

1) ‘명예훼손 제도 개선 토론회’ (2018. 12. 11. 방송통신위원회, 국회 이철희 의원실, 한국법제연구원, 한국형사정책연구원 주최) 의 토론문임.

사실이지만 어떤 부분은 허위'라며 만연히 명예훼손으로 고소하였고, 경찰에 출두한 상담자는 적극적으로 해당 사실이 실제로 있었음을 소상히 진술하며 입증해야 했다고 한다. 또, 경찰은 상대방에 대한 개인적 감정이나 비방의 목적이 있었던 것은 아닌지를 지속적으로 물었는데, 물론 공공의 이익을 위한 목적이 컸으나 개인적 감정 역시 배제할 수는 없는 성폭력 피해자로서 이에 답하는 것이 꽤나 난감하였다고 한다. 무엇보다 피해자인 자신이 피의자가 되어 경찰에 출석요구를 받고 두려운 마음에 잠을 설치고, 경찰에 출석해서도 자신이 죄가 있는지를 몇 시간이나 취조당하는 것이 마치 이미 죄인 취급을 받는 것 같아 괴롭고 혼란스러웠다고 했다.

성폭력 가해자들이나 비리를 저지른 사람들은 최종적으로 고발자들이 명예훼손으로 처벌받는 것을 목표로 한다기보다 본인들에 대한 폭로를 초기에 진화하는 수단으로 명예훼손 고소를 남발하고 있다.

따라서, 위법성을 조각하여 최종적으로 처벌되지 않을 수 있도록 하는 조항이 있다고 하더라도, 위법성 조각사유는 수사단계에서 적극적으로 검토되지 않고 보통 기소/불기소 혹은 유죄/무죄 판단에 이르러서야 진지하게 고려된다. 사후에 위 요건들에 대한 판단이 제대로 이루어져 불기소 결정이나 무죄 판결이 내려진다고 하더라도, 처벌가능성을 사전에 실질적으로 제한할 수 있는 장치가 없기 때문에 명예훼손 죄에 대한 고소의 남발이 제한될 수 없다.

즉, '공공의 이익을 위하여' 등의 위법성 조각사유를 추가하는 것으로는, 고발자가 상대방으로부터 고소를 당하여 형사범죄의 피의자가 되어 수사를 받는 위험으로부터 보호할 수 없으며, 표현의 자유를 사전에 부당하게 위축시키는 사회적인 해악도 방지할 수 없다.

## ‘공익 목적’ 개념의 불명확성

‘공익 목적’이라는 위법성 조각사유의 추가가 무용한 것은 그 개념의 불명확성, 추상성 때문이기도 하다. ‘공공의 이익을 위하여’라는 요건 개념은 판단자의 주관에 따라 달라질 수 있는 불명확하고 추상적인 개념으로써, 죄의 성부를 가늠할 수 있는 척도가 되지 못한다.

한 피고인이 임금을 체불하고 단체교섭에 성실히 임하지 않는 사장에게 항의하기 위하여 몇몇 직원들과 함께 “000은 체불임금 지급하고 단체교섭에 성실히 임하라.”, “노동임금 갈취하는 악덕업주 000 사장은 각성하라.”는 등의 내용이 기재된 현수막과 피켓을 들고 확성기를 사용하여 거리행진을 한 사례에서, 법원은 “피고인은 공소외 주식회사의 대표이사인 피해자에게 압력을 가하여 단체협상에서 양보를 얻어내

기 위한 방법의 하나로 거리행진을 함으로써 피해자의 명예를 훼손한 사실이 인정되는 바, 이와 같은 피고인의 이 사건 행위의 동기 및 목적, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위 등에 비추어 볼 때, 피고인의 판시 행위가 공공의 이익을 위하여 사실을 적시한 것으로 볼 수는 없다 할 것이다”<sup>2)</sup>라고 하여 공익 목적을 부정하였다.

또 다른 판례에서는, 한 제약회사의 대리점에 대한 갑질을 고발하고자 “모 제약회사는 거래 대리점들과 상의없이 타 회사에 제품의 판매권을 넘기고 불공정한 약관을 들어 계약을 일방적으로 해지하고, 본인이 담보로 제공한 재산에 강제경매를 신청하는 등, 모 제약회사는 밀실정책의 대표 회사이고, 인간의 최소한의 양심과 도덕성은 하수구에 처박아 넣은지 오래되었으며, 지켜야 할 법도 저버리면서까지 같이 살아야 하는 공생의 법칙도 어기고 회사만의 이익을 위해서 상대방을 배려하는 모습은 어디에도 찾을 수 없다(필자 편집)”는 내용의 글을 국회의원, 언론사, 다른 제약회사 등 11곳의 홈페이지에 게재한 사례에 대하여, 법원은 “피고인이 작성하여 게재한 글의 내용이 진실한 사실로서 공소외 주식회사의 시정되어야 할 부분이 일부 포함되어 있기는 하나, 공소외 주식회사를 비방하는 취지가 그 내용의 주조를 이루고 있는 점, 위 사건과 관련되어 있는 자들뿐만 아니라 불특정 다수인들이 볼 수 있는 정치인이나 언론사 또는 위 공소외 주식회사와 경쟁관계에 있는 다른 제약회사의 홈페이지에 게재한 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 위와 같은 내용의 글을 게재한 것이 형법 제310조 소정의 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다고 할 수는 없다”<sup>3)</sup>고 판단하였다.

전자는 임금체불을 일삼는 악덕업주를 사회적으로 고발하여 압박하고 근로조건 개선 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성할 수 있다는 면에서, 후자는 대기업의 대리점에 대한 갑질을 고발하여 각성과 시정을 촉구하고 더불어 유사하게 팽배하여 있는 부조리한 관행들의 개선을 도모할 수 있다는 면에서, 충분히 공익성을 인정받을 수 있는 사례들이다. 그러나 판례는 ‘단체협상에서 양보를 얻어내기 위한 목적’이 있었다거나 ‘비방하는 취지가 그 내용의 주조를 이루고’ 있다거나, 혹은 ‘당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 성격, 범위’를 따져서 공익성이 없다고 판단하였다. 즉, 위 판례상 공익 목적의 유무는 적시한 ‘내용’의 해석만으로 판단되는 것이라기보다 그 전후사정을 고려하여 판단되는 개념으로 죄의 성부를 예측할 수 있는 명확한 기준이 될 수 없다.

판례는 정보통신망법 명예훼손죄들의 구성요건인 ‘비방의 목적’ 여부 판단에 있어서 표현 행위자의 주요한 동기가 ‘공공의 이익’을 위한 것인지를 기준으로 판단하고 있

2) 2004. 6. 9. 선고 2004노1181 판결, 대법원 2004.10.15, 선고, 2004도3912 판결

3) 울산지법 2004. 2. 6. 선고 2003노572 판결, 대법원 2004.5.28, 선고, 2004도1497, 판결

다. 동시에 위에서 말한 일반 명예훼손죄의 위법성 조각사유인 공익 목적 유무 판단에 있어서도 사실상 사적인 ‘비방의 목적이 더 큰지’ 여부를 기준으로 판단하는 경우가 많다. 결국 판례는 사실상 명예훼손죄 성부에 있어서 구성요건 판단에 있어서든, 위법성 조각사유 판단에 있어서든, ‘비방 목적’과 ‘공익 목적’을 상반되는 것으로 보고 그 비중을 비교형량하여 죄의 성부를 판단하고 있는 셈이다.

그러나 이 부분 역시 결국 위의 ‘공익 목적’ 유무를 기준으로 죄의 성부를 판단하는 것에 대한 비판과 같은 비판이 이루어질 수밖에 없다. 즉, 판단자에 따라 지극히 달라질 수 있는 불명확하고 추상적인 개념을 기준으로 죄의 성부를 규정하는 것은 죄형법정주의가 보장하고자 하는 형사처벌 규정의 예측가능성을 담보하지 못하는 위험성을 지닐 수밖에 없다.

판례는 “비방의 목적이 있는지의 판단은 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등도 비교, 고려하여야 한다”<sup>4)</sup>고 하여, 위 공익 목적 판단에서와 같이 표현 내용 자체 뿐 아니라 전후사정을 함께 고려하여 결정하고 있다. 그러다보니 다음 판례들과 같이 한 가지 사례에 관해서도 재판부에 따라 다른 결론이 나오는 경우도 많다.

산후조리원을 이용한 소비자가 포털 산모카페에 “산후조리원 측의 막장대응”이라는 제목 하에 “250만 원이 정당한 요구의 청구인가를 물어보니 막장으로 소리 지르고 난리도 아니네요. 이러면 제가 겪은 사실 모두 후기에 다 올리겠다 했더니 ‘해 볼테면 해봐라’ 오히려 저에게 ‘손해배상을 청구하겠다.’고 합니다.”라는 내용의 글을 게시한 것에 대해 정보통신망법상 명예훼손으로 기소된 사례에서, 대법원은 “피고인이 적시한 사실은 산후조리원에 대한 정보를 구하고자 하는 임신부의 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 있다는 사정만으로 피고인에게 비방할 목적이 있었다고 보기 어렵다”<sup>5)</sup>고 판단했다. 그러나 이 판례의 원심에서는 ‘이 사건 카페는 회원수가 20,000명이 넘는 점, 이 사건 각 게시물 내용은 피해자가 운영하는 산후조리원에 대한 정보제공차원을 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’에 제반사정에 비추어 비방할 목적을 인정하며 유죄로 판단했었다.

4) 2009. 5. 28. 선고 2008도8812 판결, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도6036 판결 등

5) 대법원 2012.11.29, 선고, 2012도10392, 판결

한편, 12년 전 미투 운동과 유사한 사안에서도 재판부에 따라 다른 판단이 나온 사례가 있다. 국립대학교 교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행하였다는 내용의 글을 지역 여성단체(대구 여성의 전화)가 자신의 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 게재한 사안에서, 대법원은 “학내 성폭력 사건의 철저한 진상조사와 처벌 그리고 학내 성폭력 근절을 위한 대책마련을 촉구하기 위한 목적으로 공익의 이익을 위하여 한 것으로 봄이 상당하고, 달리 비방의 목적이 있다고 단정할 수는 없다”<sup>6)</sup>고 판시하였으나, 이 사건의 원심 재판부는 다음과 같은 이유에서 대구 여성의 전화에 유죄를 선고하였다.

즉, 원심은 성폭력과 같은 범죄사실의 공표에 있어서 충분한 증거나 조사없이 가해자의 실명을 공개하며 공표하는 것은 공익 목적보다 비방 목적이 더 크다고 본 것이다. 이와 같은 판단기준에 따른다면 현재 활발히 이루어지고 있는 미투 폭로 역시 공익 목적이 부정될 가능성이 높다. 다행히도 대법원에서 바로 잡혀 공익 목적을 인정받았지만, 이 사례는 죄의 성부를 가르는 ‘공익 목적’, ‘비방 목적’이라는 개념이 법에 정통한 법관들조차 그 판단의 중점에 따라 각자 달리 해석될 수 있는 불명확한 개념임을 단적으로 보여주는 사례이다.

## 결론 및 대안 : 근본적으로는 폐지가 바람직. 순차적으로는 사생활 비밀 누설의 경우로 한정할 필요

사실적시 명예훼손죄로 인하여 한국 기자들의 보도활동 역시 심대하게 위축되고, 일반 국민의 알 권리도 심각하게 제한되는 사회적 해악도 무시할 수 없다.

한국언론진흥재단의 조사 결과, 진실 사실에 대한 조사를 충분히 하는 기자들도, 3명중 1명은 소송을 경험해보고, 2명 중 1명은 상대방으로부터 고소하겠다는 말을 듣고 후속보도를 자제한다고 답했다.<sup>7)</sup> 또한 유독물질이 나온 식품, 화학제품, 비위생적 식당, 의료사고가 난 병원 등에 대한 보도는 유권기관의 판단이 나오기 전까지는 익명보도를 하는 것이 원칙적인 모습이 되었고, 국민들은 해당 업체의 실명을 몰라 두려움에 떨어야 한다. 뿐만 아니라 같은 업종에 종사하는 선량한 업체나 사람들이 억울하게 피해를 보거나 의심을 받아야 한다.<sup>8)</sup> 미투 운동의 경우도 마찬가지다. 가해자를 특정함이 없이 성폭력 사안을 폭로하면 성폭력을 저지른 사람은 다른 주변인들에 희석되어 부정적인 평가를 면하고 자신의 행동을 반성하고 교정할 유인을 얻지 못하는 반면, 선량한 주변인들이 억울하게 오해를 받을 수 있게 되고,

6) 2005.4.29, 선고, 2003도2137, 판결

7) , “기자 3명중 1명은 소송을 경험한다”, (2018. 12. 4.자 기사)

<http://www.mediatoday.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=145798>

8) 박경신, (2010), “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 1-29

미투 폭로를 한 피해자에게 오히려 조직의 명예를 실추시켰다는 비난의 화살이 다시 돌아가게 된다.

진실을 적시함으로 인하여 침해받는 ‘명예’는 처음부터 그 사람이 가질 자격이 없는 명예인데, 이러한 ‘허명’을 보호하기 위하여, 이렇듯 폭로자, 제3자, 국민의 권리와 법익들을 희생시키는 것이 과연 균형적인 것이라 할 수 있을지 의문이다. 즉, 사실 적시 명예훼손죄는 법익균형성을 위반하고 있는 위헌적 법률이라 할 수 있다.

결론적으로 이러한 해악들을 방지하기 위해서는 사실적시 명예훼손죄가 근본적으로 폐지되어야 한다. 진실한 사실을 적시한 경우에는 처음부터 명예훼손죄가 구성되지 않도록 하는 방향으로 가야, 명예훼손으로 고소하고자 하는 사람에게 적시된 사실이 ‘허위’라는 점에 대한 입증책임이 엄격히 부과될 것이고, 적어도 명백히 진실이라는 증거가 있는 사안에 대하여는 무고가 될 것을 염려하여 함부로 명예훼손 고소를 남발하지 않게 될 것이기 때문이다.

세계적으로도 명예훼손죄의 형사범죄화 자체를 폐지해가는 추세이고, 적어도 진실 사실을 말한 경우에는 처벌하지 않는 것이 국제법의 원칙이다. 유엔 인권위원회는 우리나라가 비준한 유엔 자유권 조약 중 표현의 자유 부분에 대하여 말한 사실이 진실한 경우에는 최소한 형사처벌 대상이 되어서는 안 된다는 취지의 유권해석을 내린 바 있다.<sup>9)</sup> 미국, 독일, 프랑스 등 대부분의 선진국들도 사실적시 명예훼손죄를 두고 있지 않으며, 2015년 유엔 자유권 규약 위원회와 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관 역시 대한민국 정부에 사실적시 명예훼손죄의 폐지를 권고한 바 있다.

현재 정보통신망법 사실적시 명예훼손죄 조항에서, 단순히 형법 조항과 같이 ‘공익성’을 요건으로 하는 위법성 조각사유만을 추가하는 방향의 개정은 이미 판례가 ‘비방의 목적’ 판단에 있어 ‘공공의 이익을 위한 적시’였는지를 판단하고 있다는 점에서 별다른 실익이 없고 사실적시 명예훼손죄의 해악을 해소하지 못한다는 점에서 지나치게 소극적인 개정이다.

과거 성이력과 같이 타인의 프라이버시를 침해하는 사실을 적시하는 것을 제재하기 위해 본 죄를 유지해야 한다는 반론이 있다. 그러나 이와 같은 프라이버시 침해 역시 기본적으로 민사상 불법행위 손해배상 영역에서 해결되어야 하는 문제이며, 국가형벌권의 행사가 1차적으로 개입하여야 하는 영역은 아니다. 그럼에도 불구하고 국민 법감정 등을 고려하여 이에 대한 형사처벌 조항이 유지될 필요가 있다면, ‘명

9) 1990년 비준한 유엔의 ‘시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약’에 대한 유엔 인권위원회의 유권해석인 일반논평 34호, 47. (General Comment 34, para. 47, "All such laws, in particular penal defamation laws, should include such defences as the defence of truth...")

예'를 보호법익으로 하는 것이 아닌 헌법 제17조상의 '사생활의 비밀과 자유'를 보호법익으로 하여, 이를 침해하는 사실을 적시한 경우에 한정하여 구성요건을 축소하는 방향으로 개정하여야 한다.

예를 들면 '오로지 사람을 비방할 목적으로 공연히 개인의 내밀한 사적 정보를 드러내어 다른 사람의 사생활의 비밀을 침해한 자'로 구성요건을 축소하여 개정하는 것이다.

이렇게 구성요건을 축소하면 모든 사실의 적시가 아니라 '개인의 사생활의 비밀을 침해하는 사실의 적시'가 있는 표현물에 대해서만 고소 및 수사의 개시가 실질적으로 이루어질 수 있으며, 최소한 내부고발과 같은 업무상 행위 기타 사회적·공적 행위에 대한 사실의 적시들은 초기부터 배제되어 사실적시 명예훼손죄의 해악을 감소시킬 수 있을 것이다.

또한 현재 정보통신망법상 명예훼손죄의 주관적 구성요건인 '비방의 목적' 앞에 '오로지'를 추가하여, 현행보다 구성요건을 축소시키면 위축효과를 상당히 완화시킬 수 있을 것이다. 즉, 오로지 비방의 목적만 있는 악의적인 사생활 유포 행위에 한정하여 처벌하도록 하는 것이다.

개인의 사생활과 관련한 정보라도 그 공개가 공익 목적으로 이루어지는 경우도 있다. 예를 들면 사회적으로 일정한 법적·사회적 지위가 있는 자의 도덕성 등의 검증을 위하여 간통이나 직무 관련 범죄 전과 등을 공개하는 것은 보호될 필요가 있다. 또한, 공공의 이익과 관련되었다고 일견 판단하기 어려운 사례들도 일단 '형사처벌'의 위험으로부터 제외될 필요가 있다. 예를 들면 최근 이슈가 된 '코피노 아버지 찾기'나 '양육비를 주지 않는 부모들 공개' 등과 같은 표현물의 경우, 공표로써 달성하고자 하는 목적이 정당한 사익으로써 비방 목적의 표현행위가 아님은 확실하나, '공공의 이익'과 관련이 있는지는 관점에 따라 판단이 달라질 수 있을 것이다. '오로지 비방의 목적'이 있는 경우로 주관적 구성요건을 한정하면 이러한 표현행위를 형사처벌 범위에서 배제시키면서, 여성이 성폭력을 당한 사실 혹은 일반 개인의 과거 성 이력, 질병정보, 성적 지향, 전과 기록 등을 아무 이유 없이 공개하는 행위를 규제할 수 있을 것이다.

현행 명예훼손죄는 일단 모든 사실의 적시를 구성요건에 해당하도록 하여, 비방의 목적이 없고 해당 사실이 허위가 아니며 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이었음을 고소·고발인이 아닌 표현행위자(피의자)가 실질적으로 입증해야 한다는 것이 또 다른 커다란 문제점으로 지적된다. 그런데 이와 같이 구성요건을 축소시키면 표현행위자(피의자)의 입증책임은 줄어들게 될 것이고, 수사기관으로서도 어떤 표현

행위가 애초에 가벌성이 있는 것인지를 판단함에 있어, 표현행위의 주요한 동기가 공익 목적인지 비방 목적인지를 비교 형량하여 판단하는 것보다 오로지 비방의 목적만이 있는지를 판단하는 것이 좀 더 명확한 기준이 될 수 있을 것이다.

현재는 오히려 위법성 조각사유 규정(형법 제310조)에 ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’라고 규정되어 있어 문제다. 비록 우리 판례가 일반적으로 이보다 조금 넓게 해석하고는 있지만, ‘오로지’라는 법문언으로 인하여 위에서 검토한 문제 판례들에서 볼 수 있듯이 실제 사례에서는 공익성이 엄격하게 판단되는 경우도 있다. 따라서 정보통신망법에 위법성 조각사유 규정을 만들더라도 이 형법 제310조의 문언을 그대로 차용해서는 안 될 것이다.

<끝>