

사실적시 명예훼손죄 토론

윤해성 박사

한국형사정책연구원 부패·경제범죄연구실장

논의의 시작

우리 형법은 진실한 사실을 표현하여 타인의 명예를 훼손한 행위에 대해서도 처벌하는 규정을 두고 있다. 대한민국을 초월하여 전 세계적으로도 어릴 적부터 거짓말을 하지 말라고 교육을 받아오고 있는데, 이것을 반대로 보면 바른말, 즉 진실된 사실만을 말하라는 것이다. 형법과 관련하여 볼 때, 허위의 사실을 말하면 처벌하는 것은 인지상정이지만 진실한 사실을 말했을 때 처벌한다는 것은 그 자체가 모순을 포함하고 있다고 할 수 있다. 사람은 말을 하면서 교감을 얻고 사회성을 기르고 그 말의 중심에는 단순히 표현이나 감정이 아닌 사실을 말하는 것인 만큼 말은 인간 세상에서 가장 중요한 수단인 동시에 권리이며, 나아가 표현의 자유는 민주주의 초석이 되는 헌법상의 권리이기도 하다. 그런 중요한 권리인 표현의 자유를 놓고 우리 형법이 지나치게 간섭을 하고 있는 것은 아닌지 의문을 가져보지 않을 수 없다.

세계적 흐름

2011년 3월 21일 유엔인권위원회(UN Human Rights Committee)와 2015년 11월 6일 유엔 산하 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약위원회(ICCPR)에서는 대한민국의 사실적시의 명예훼손죄 규정을 폐지 권고하기도 하였다. 세계적 추세가 진실한 사실을 적시한 경우 표현의 자유를 위축하기 때문에 비범죄화 내지는 폐지의 방향기로 선회한지 오래이다. 이 때문에 사실적시 명예훼손죄를 처벌하고 있는 나라는 현재 전 세계에서 손가락에 꼽을 정도이다. 또한, 유럽평의회(Council of Europe)는 표현의 자유가 민주주의의 근간을 이루는 매우 중요한 기본권인 점을 강조해서 2001년 이후 여러 차례에 걸쳐 회원국들에게 명예훼손의 비형사범죄화를 촉구해 왔다. 이에 따라 유럽평의회 회원국들은 형사법에 규정된 명예훼손죄를 폐지하거나 대폭 축소하였고 실제 적용에 있어서도 매우 제한적으로 운용하고 있다. 이유인 즉, 명예훼손에 대해서는 형벌보다는 민사상 손해배상으로 대응하는 것이 바람직하고, 특히 명예훼손에 대

해 징역형을 부과하는 형사법 규정은 폐지되어야 한다는 것이다.

사실적시 명예훼손죄의 폐단

성폭력 범죄의 경우 피해자들이 용기내서 사실을 폭로했지만 오히려 사실적시의 명예훼손 규정이 성폭력 피해자들의 입을 가로막을 수 있으며, 오히려 피해자가 가해자가 되어 처벌을 받게 되는 모순적인 현상과 2차적 피해가 발생한다. 또한 부패와 같은 내부 고발자 역시 사실적시의 명예훼손죄의 규정 때문인지 진실을 말하면 처벌받을 수 있다는 상황에 직면하게 된다. 결국 사회 부조리에 대한 발전적 고발을 위축시켜 사회 진보의 기회를 박탈하는 역기능을 양산하게 된다.

형법상 보충성 원칙 고려

형벌은 국가가 국민에게 가할 수 있는 가장 강력한 법적 규제이므로 최후수단성의 원칙을 관철해야 한다. 즉, 법으로써 보호되어야 할 가치라고 할지라도 형법의 최후수단성을 고려한다면 형법이 보호하고자 하는 명예는 형벌을 가할 정도의 평가가 내려질 만한 가치를 가진 명예만을 그 보호대상으로 삼아야 하는 것이 논리적이다. 만약 사회적으로 볼 때 누군가의 명예가 보호할 가치가 없는 허명(虛名)이라는 평가가 내려진다면 이때에도 과연 최후적 보루인 형법이 개입할 필요성이 있는지 생각해 볼 필요가 있을 것이다. 아울러 사실적시 명예훼손죄는 구성요건상 침해범과 결과범의 형식으로 규정되어 있지만, 해석상으로는 추상적 위험범으로 파악하고 있는 것이 일반적이다. 이로 인하여 명예를 보호하는 정도는 높게 되었지만 형벌의 부과요건이 손해배상이라는 민사제재의 요건에 비해 완화되었고, 형벌권의 발동시기가 민법의 개입시기에 비해 앞서는 결과가 되었다. 이러한 점에 비추어 볼 때 사실적시 명예훼손죄 규정은 형법의 최후수단성의 원칙에 반하는 문제가 있으므로 형법상의 범죄로 취급하는 것이 타당한 것인지 의문이 든다.

헌법상 표현의 자유의 체계적 지위

헌법은 표현의 자유를 보장한다. 누구나 자유롭게 의사를 표시하고 사실을 말할 자유를 누릴 수 있다. 최상위의 법규범인 헌법이 표현의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있음에도 불구하고 하위 법규인 형법이 진실을 말하는 행위를 범죄로 규정하고 있다는 것은 받아들이기 어렵다. 인간의 행위는 타인에게 해를 가하지 않는 범위

내에서만 행해져야 할 것이기에, 민주주의의 초석이자 헌법이 보장해주고 있는 권리인 표현의 자유도 타인의 법익을 해할 정도라면 법적 규제가 불가피하다고 할 수 있을 것이다. 아무리 진실한 사실이라고 할지라도 가족 및 혼인관계, 성적습관, 전과 등과 같이 어느 한 개인의 프라이버시(Privacy)를 침해하는 행위는 헌법이 보장해주고 있는 또 다른 권리인 사생활의 비밀과 충돌하는 문제가 발생하므로 이러한 문제도 고려하지 않을 수 없다.

비교법적 검토

독일의 경우, 진실한 사실을 말하면 대부분 처벌하지 않는다. 명예 침해 정도가 큰 정치인 등 공인의 경우에만 진실한 사실을 말했더라도 명예훼손으로 처벌할 수 있지만 공익적 목적이 인정된다면 처벌하지 않고 있어 사실상 표현의 자유를 폭넓게 인정하고 있다. 그렇기 때문에 독일은 타인을 경멸하거나 또는 세평을 저하시키기에 적합한 사실을 주장하거나 유포한 자는 사실이 증명할만한 진실이 아닌 경우에 처벌하고 있다. 다만 적시된 사실이 진실임을 증명한 경우 처벌되지 않는다.

또한 미국의 경우, 명예훼손은 대부분 민사적인 방법에 의하여 해결되고 있고 일부 주는 명예훼손에 관한 형사처벌 규정을 두고 있지만 실제 적용되는 예는 거의 없으며 실제로 적용되는 사례에서도 허위의 사실에 대해서만 명예훼손책임이 인정되고 진실한 사실은 면책된다. 일본은 사실을 적시한 경우 우리보다 비교적 높은 처벌규정을 두고 있지만 위법성조각사유에서 공공성이 있는 경우에 사실여부를 판단하여 진실하다는 것을 증명하면 처벌하지 않고 있는 구조이다.

일본은 사실을 적시한 경우 형법상 처벌규정을 두고 있지만 위법성조각사유에서 공공성이 있는 경우에 사실여부를 판단하여 진실하다는 것을 증명하면 처벌하지 않고 있다. 또한 명예훼손죄를 친고죄로 규정하여 공소가 제기 전에는 공공의 이해로 보아 범죄의 성립이 부정되나 공소가 제기된 경우에 비로소 공공성이 있는 경우에 사실여부를 판단하여 진실이면 처벌을 하고 있지 않는 구조를 보이고 있다. 또한 명예훼손죄를 친고죄로 규정하여 공소가 제기 전에는 공공의 이해로 보아 범죄의 성립을 부정하고 있다. 이에 반해 우리나라의 경우 반의사불벌죄로 규정하고 있어 이런 점에서 우리와 다르다고 하겠다.

결국 독일과 일본은 진실한 사실이 입증되거나 증명되었을 경우에 처벌을 하지 않는 구조로 표현의 자유를 보장하겠다는 측면이 강하다고 볼 수 있다.

판례의 태도

대법원 및 헌법재판소의 판례를 검토한 결과, 사실적시의 명예훼손과 관련하여 가장 먼저 고려해야 할 것은 우리 판례는 전파가능성 이론을 통하여 전파될 가능성이 있으면 공연성을 인정한다는 것이고, 그 다음 비방할 목적과 관련하여 비방할 목적과 공공의 이익(공익성)은 상반된 관계에 있다는 것이다. 결국 공공의 이익에 관한 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적이 부인된다. 그런데 비방할 목적과 공공의 이익이 항상 상반되는 관계에 있지 않음을 고려할 때 이러한 대법원의 설시만으로 비방할 목적이 가지고 있는 불명확성이 해소된다고 보기 어렵다. 이는 결국 진실한 사실을 적시한 것에 사람을 '비방할 목적'이 있는지 여부에 대한 판단을 전적으로 법관의 주관적인 판단에 일임함으로써 일반국민으로서는 어떤 행위가 금지되는지 예측하기 어려워 스스로 표현행위를 자제하는 위축효과를 발생시킬 가능성이 커지게 된다고 할 수 있다.

명예훼손죄와 모욕죄의 법리 분석

가. 명예훼손죄

위법성조각사유단계에서 진실한 사실을 먼저 판단했을 경우에 진실한 사실이 아니면 형법 제307조 제2항의 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위로 넘어가는 것이 타당함에도 형법 제307조 제1항의 사실의 적시 명예훼손죄로 처벌되는 불합리함이 발생하게 된다. 헌법상 표현의 자유를 보장하고 독일과 일본과 같이 사실을 증명하거나 입증했을 때 처벌을 받지 않는 구조가 되기 위해서는 먼저 사실의 적시행위는 중립적인 위치에 배치하는 방안을 검토해 볼 수 있다.

왜냐하면 표현의 자유를 보장하기 위한 전제조건으로 진실한 사실을 적시하는 것은 국민이 누려야 할 기본권이므로 불법성이 없다는 전제하에서는 더욱 그러하다. 또한 전 세계적으로 명예훼손죄를 비범죄화하거나 비구금형 내지 손해배상이라는 민사적 제재를 취하는 현실을 볼 때, 과연 사실을 적시했을 경우에 명예를 보호하기 위하여 형벌수단을 사용하여 보호하는 것이 타당한가하는 점이다. 이는 수단의 적합성면에서 바람직하지 않을 수 있다.

나아가 진실한 사실을 적시하여 형법으로 규제할 경우 현재로서는 추상적 위험범의 형태와 반의사불벌죄로 규정하고 있다는 것은 경미한 범죄가 아니고 사회 유해성 또는 불법의 정도가 낮지 않은 것으로 보았기 때문인데, 결국 불법성이 없는 진실한 사

실을 적시하는 경우에도 불구하고 반의사불벌죄로 규정하는 것은 문제의 소지가 있다. 더욱이 그로 인하여 민법적인 규제보다는 형법적인 규제가 더 빠르게 작동한다는 문제점이 있다. 이는 보충성의 원칙에 반할 우려가 있다.

우리 형법은 진실한 사실을 적시한 경우 원칙적으로 처벌을 하고 있으나 예외적으로 진실한 사실이면서 오로지 공익성이 인정될 경우 위법성이 조각되도록 설계되어 있다. 문제는 판례상 공익성의 범위가 포괄적이라는 점, 아울러 공연성(전파가능성) 역시 포괄적이고 모호하다는 점, 비방할 목적이 인정되면 공익성이 부정되는 비양립론적인 이분법적인 시각을 가지고 있다는 점이다. 더욱이 “국민의 모든 자유와 권리(표현의 자유)는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리(공익성)를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한(표현의 자유를 제한)한다는 해석은 표현의 자유는 공익을 위하여 사익(표현의 자유)을 제한할 수 있다고 볼 수 있다.

이러한 해석에 의하면 헌법상 표현의 자유는 공익성에 의하여 표현의 자유가 제한되어야 하는데, 우리 형법 제307조 제1항은 사실 적시의 행위를 제한하여 명예보호에 충실하나 오히려 형법 제310조의 진실한 사실과 공익성으로 인하여 표현의 자유가 보장되는 기이한 해석론이 연출된다. 여기서의 공익성은 헌법에서는 표현의 자유를 제한하는 기능을 담당하지만 형법에서는 표현의 자유를 보장하는 기능, 즉 2종의 기능 다시 말해서 양날의 칼과 같은 역할을 하고 있는 셈이다. 다시 말해서, 헌법상 표현의 자유는 공익성에 의하여 제한하지만, 형법상 표현의 자유는 공익성에 의하여 보장되는 기이한 구조를 보이고 있다. 그러므로 공익성은 해석상 많은 문제점을 내포하고 있는 것을 알 수 있다.

나. 모욕죄

모욕행위는 사실이 아닌 표현 내지는 감정의 경우에 지나지 않기 때문에 이러한 면에서 보면 형법상 처벌규정을 마련하는 것이 타당한지 의문이 든다. 형법 제311조에서는 “공연히 사람을 모욕”한 행위를 규정하고 있으므로, 모욕죄가 성립하기 위해서는 공연성이 요구된다. 여기서 ‘공연성’이란 명예훼손과 같이 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태를 의미하며, 반드시 피해자의 면전일 필요는 없다. 형법 제311조의 불특정 다수란 의미를 대법원은 2인 이상의 불특정인이라고 판시하고 있으나, 이는 현재 수용되지 않고 특정소수인 앞에서 모욕하는 경우에는 모욕죄가 성립하지 않는다고 한다.

왜냐하면 모욕죄의 경우 사실이나 허위사실의 적시가 없기 때문에 전파가능성을 논할 필요가 없기 때문이다. 이 죄의 성립요건으로 공연성을 특히 요구하는 이유는 직접적으로 사회에 유포시켜 사회적으로 유해한 행위만을 처벌하고 공연성이 없는 개인

적인 정보전달을 제외함으로써 표현의 자유에 대한 지나친 제한을 억제하려는 데에 있다. 이에 형법상 모욕죄는 경미한 범죄이고 이는 사회 유해성 또는 불법의 정도가 낮으므로, 피해자와 가해자의 자율적 해결에 의하도록 하여 친고죄로 규정한 것으로 볼 수 있다.

형법 제310조는 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”고 규정하고 있으므로, 독일형법과 같이 법체계가 다른 이상 해석상 310조를 적용할 수 없고, 명예훼손의 경우 진실성과 공익성 요건이 만족되면 위법성이 조각되는데 반해, 모욕죄의 경우 대개 이러한 요건들이 고려되지 않고 있으므로 모욕행위도 일반적 위법성조각사유에 의해서 정당화될 수 있으며(특히 형법 제20조), 경미한 모욕은 사회상규에 위배되지 않은 행위로 위법성이 조각될 수 있다. 이에 입법론적으로 명예훼손죄나 모욕죄를 비범죄화하고 민사적 구제수단으로 단일화 할 필요가 있는지를 검토해야 할 것이다.