

사실적시 명예훼손죄·모욕죄는 국제인권기준에 부합하는가 토론문

김민정 교수

한국외국어대학교, 미디어커뮤니케이션학부

한국의 “사실적시 명예훼손죄·모욕죄는 국제인권기준에 부합하는가”라는 주제에 대한 논의를 미국 명예훼손 법리에 대한 소개로 시작하고자 한다. 미국 언론인들(journalists)사이에서 통용되는 말 중에 “진실은 명예훼손에 대한 최고의 항변이다(Truth is the best defense against libel)”라는 말이 있다.¹⁾ 하지만, 언론법을 가르쳤던, 나의 지도교수인 패커 교수(Dr. Cathy Packer)는 ‘진실이 명예훼손에 대한 항변(a defense)인 건 맞지만 최고의 항변은 아니라는 점’을 늘 강조했다. 언론에 보도된 의혹이 진실한 사실인지 허위의 사실인지를 재판을 통해 밝히는 일은 그렇게 간단하고 쉬운 일이 아니기 때문에, 공직자(public officials)와 공적 인물(public figures)이 ‘현실적 악의(actual malice)’를 입증해야 한다는 점²⁾이 명예훼손에 대한 최고의 항변이라는 것이다. 실제 언론관련 재판에서 원고가 현실적 악의를 입증하는 일은 매우 어려운 일이고, 따라서 공인³⁾이 언론을 상대로 소송을 제기하는 일은 거의 없다고 했다.

미국 명예훼손 법리에 대한 이야기를 꺼낸 이유는, ‘진실의 발설까지 처벌하는 한국이 뒤쳐져 있다’는 주장을 하기위해서가 아니다. 주지하다시피, 한국에서는 진실의 발설조차 처벌 받을 수 있다.⁴⁾ 하지만 진실한 사실이면서 공공의 이익에 관한 것일 때에는 위법성이 조각된다.⁵⁾ 또한, 판례를 통해 ‘상당성’이라는 위법성 조각사유가 추가

1) 이 말은 미국 언론법 역사에서 유명한 쟁거(Zenger) 사건에서 피터 쟁거의 변호인들이 주장한 것에서 유래했다. 피터 쟁거는 1733년 당시 식민지 지사(colonial governor)를 비판하는 글을 발간했다가 명예훼손죄로 기소되었는데, ‘어떠한 진술(statement)이 진실이라면 설사 그 진술이 개인의 명예를 훼손하는 내용이라고 해도 처벌할 수 없다’는 쟁거 변호인들의 주장을 배심원들이 받아 들여 쟁거는 무죄 석방되었다.

2) 미국에서는 원고(plaintiffs)가 공직자(public officials)이거나 공적 인물(public figures)인 경우, 명예훼손 소송에서 승소하기 위해서는, 언론(피고)이 현실적 악의, 즉 ‘해당 진술이 거짓임을 알고도 보도했거나(knowledge of falsity) 혹은(or) 해당 진술의 진실여부를 확인하려는 노력에 매우 소홀한 채로 그냥 보도했다는 점(reckless disregard for the truth)’을 입증(burden of proof)해야만 한다. 공직자가 ‘현실적 악의’를 입증해야 한다는 법리는 1964년 미국 연방대법원의 뉴욕타임즈 대 설리반(NYT v. Sullivan)판결에서 나왔고, 이후 공적인물도 현실적 악의를 입증해야 하는 것으로 확대되었다.

3) 한국에서 흔히 사용하는 ‘공인’이라는 표현을 이 글에서는 ‘공직자(public officials)’와 ‘공적 인물(public figures)’을 포괄하는 용어로 사용한다.

4) 사실적시 명예훼손죄 관련 조항들: 형법 제307조 제1항, 형법 제309조 제1항, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항

되어 있어, 추후 허위로 밝혀져도 보도 당시 혹은 발설 당시 사실이라고 믿은 상당한 이유가 있으면 명예훼손죄 처벌을 면할 수 있다. 보호정도의 차이는 있지만, 한국의 명예훼손법도 표현의 자유 보호 장치를 담고 있다.

또한, 미국은 표현의 자유를 최우선적 가치로 두는 국가인 반면, 한국은 언론의 자유를 보장하는 헌법 제21조의 마지막 조항에 개인의 인격권 보호가 중요하다는 점을 강조하고 있는 나라인 만큼⁶⁾ 미국의 명예훼손 법리가 마치 진리인 것처럼 말해서는 안된다고 생각한다. 설리반(Sullivan) 판결이 내세운 ‘현실적 악의’ 법리를 채택한 나라라는 전 세계적으로 드물기도 하다.

무엇보다, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제19조도 제2항에서는 표현의 자유를 보장하지만, 동조 제3항에서는 표현의 자유의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따르며 그러한 권리의 행사는 ‘타인의 권리 또는 신용의 존중’ 그리고 ‘국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호’를 위해 필요한 경우에는 법률에 의해 일정한 제한을 받을 수 있다고 규정하고 있다. 따라서, ‘한국의 현행 사실적시 명예훼손죄·모욕죄가 국제인권기준에 부합하지 않는다’고 곧바로 결론 내리기도 무리가 있다고 본다.

우리가 짚어봐야 할 중요한 문제는 진실·진심의 발설이 형사처벌될 수 있다는 법리가 현재 한국사회에서 실질적으로 인권보호에 어떠한 영향을 미치는가하는 점이다. 현실적 악의로 대표되는 미국 명예훼손 법리가 낳은 효과는, 좋은 저널리즘을 구현해야 명예훼손 소송을 피할 수 있는 것이 아니라, 소설 쓰듯 이야기를 지어내거나 황당무계한 제보를 받고 취재 없이 보도하는 그런 조악한 저널리즘만 아니면 법적 책임을 피할 수 있다는 것이고, 이는 ‘공인에 대한 의혹보도는 자유롭게 허용된다’는 종국적인 결과로 이어졌다. 책임 있는 언론(responsible press)도 중요한 가치이지만, 그것을 법으로 담보해 낼 수는 없다는 것이 미국의 입장이다.

한국의 경우는 어떠한가? 다시 말해, 사실적시 명예훼손과 모욕을 형사처벌하는 한국의 법리가 낳은 실제적 효과는 무엇인가?

첫째, 공인들은 언론보도, 온라인 게시물에 대해 명예훼손죄, 모욕죄 고소를 빈번하게 제기한다. 자신에게 불리한 보도가 나오면 명예훼손으로 고소해서 해당 보도가 제기한 의혹이 거짓이라는 인상을 대중들에게 각인시키기를 원하는 경우도 있다.⁷⁾ 정치

5) 형법 제310조(위법성의 조각)는 사실적시 명예훼손죄를 규정하고 있는 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다고 정하고 있다.

6) 대한민국헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”고 명시하고 있다.

7) 금태섭 의원은 한겨레에 기고한 글에서 우리나라 국회의원들이 수사기관에 고소를 남발하는 이유에 대해 적은 바가 있었는데, 고소의 효과를 잘 보여주는 대목을 소개한다(금태섭,

인을 대신해서 소속 정당이나 지지자 그룹에서 고발을 해주는 경우도 있다. 그나마 모욕죄는 친고죄이지만 명예훼손죄는 반의사불벌죄라 정치인이 직접 나서지 않는 고발도 자주 볼 수 있다. 반면 고발된 사건에 대해 정치인이 처벌을 원하지 않는다는 의사를 밝혔다는 이야기는 들어 본 기억이 없다. 물론 악의적이고 잘못된 보도인 경우도 있다. 하지만 공인 관련 소송에서 실제로 명예훼손죄나 모욕죄로 처벌받는 사례는 드물다. 일례로 2015년 9월 참여연대 공익법센터가 발표한 이슈리포트(<입 다물라. 박근혜정부의 국민입막음사례 22선>)에 따르면, 이명박 정부 기간 주요 국민입막음 소송은 형사사건 24건, 민사소송 6건으로 총 30건이었다. 형사사건 24건 중 법원에서 유죄가 인정된 경우는 단 2건이었고,⁸⁾ 민사소송 6건 중 국가기관이나 공직자를 비판한 시민에게 손해배상책임이 있다는 판결은 단 1건도 없었다.

이 같은 상황임에도 불구하고 여전히 공인들은 언론보도와 온라인 게시물에 대해 명예훼손죄·모욕죄 고소를 빈번하게 제기한다. 대표적인 인물은 나경원 자유한국당 원내대표로, <미디어오늘>의 2019년 9월 23일자 보도에 따르면, 그는 선거법상의 허위 사실공표죄, 후보자비방죄 조항과 정보통신망법상의 임시조치 제도를 적극적으로 활용해 자신의 딸의 대학 부정입학 의혹 관련 글을 삭제해 왔고, 최근에는 자신을 친일 파에 빚대고 여성비하적 표현을 쓴 아이디 170여 개를 모욕죄로 고소했다.⁹⁾ 빈도의 차이가 있긴 하지만, 나경원 대표와 정치적으로는 첨예한 대척점에 있는 조국 법무부장관도 민정수석시절, 자신에 대한 비방글을 블로그에 게시한 네티즌 2명을 명예훼손

“특하면 고소 고발하는 의원들... ‘법으로 하는 주먹질’”, 2019.4.6. 한겨레 토요일 기획연재에서 발췌):

우리나라 의원들이 특하면 수사기관에 고소를 하는 이유를 알기 위해서는 실제로 고소된 사건이 어떻게 처리되는지 살펴볼 필요가 있다. 정치인들 사이의 고소 사건은 대체로 세가지 경로를 거친다. 우선 첫번째는 요란하게 장외 말싸움을 벌이다가 호지부지되는 경우다. 단기간에 치열한 다툼이 벌어지는 선거 때 이런 일이 많다. 이슈가 생기면 일단 고소를 한다. 그 자체가 뉴스가 되기 때문이다. 증거가 부족해도 아랑곳하지 않는다. 형사 고소 자체가 타격이 되기 때문에 상대 쪽의 약점이 보이면 일단 고소장을 낸다. 그리고 그 자체로 상대방의 잘못이 인정된 것처럼 공세를 벌인다. 언론에서 “○○의원 ○○ 문제로 피소”라고 보도를 해주는 것도 도움이 된다. 고소를 당한 쪽도 마찬가지로. 짧은 선거운동 기간에 논란의 진상을 밝히기는 쉽지 않다. 잘못이 있는 것이 사실이더라도 일단 명예훼손이나 무고로 맞고소를 하고 본다. 그리고 맞고소를 했다는 것 자체가 역울함을 증명해주는 것인 양 반박을 한다. 이런 사건들은 끝까지 진상을 밝히기가 쉽지 않은 때가 적지 않고 사실 나중에 돌이켜보면 별로 중요하지 않은 경우도 많다. 선거에서 승패가 결정되면 대개는 서로 합의하에 고소를 취소한다. 대통령 선거 같은 중요한 정치적 이벤트 뒤에는 이렇게 취소되는 고소 사건이 수십건에 이르기도 한다. 형사 절차의 낭비이자 국가기관의 권위를 스스로 떨어뜨리는 일이 아닐 수 없다.

8) 나머지는 법원의 무죄확정(3건), 검찰의 불기소처분(10건), 고소인의 고소취소 (7건), 수사/재판 진행 중(2건)이었다.

9) 출처: “나경원과 표현의

자유”(http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=202562). 이 외에도, 나경원 의원측 혹은 자유한국당이 최근 나경원 의원 관련 언론보도에 대해 고소 고발 의사를 밝힌 복수의 경우들이 존재한다. “나경원 ‘대일민국’ 보도에 1억 손해배상 청구”(http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=202649) 및 “나경원 아들 보도 고발에 KBS기자 ‘언론인 겁박’”(http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=202591) 참조.

죄로 고소한 적이 있었고 1심 재판부가 벌금 300만원을 선고했다는 사실이 최근 보도되었다. 관련해서, 오픈넷은 조국 장관이 명예훼손 형사고소 재판을 중단할 것을 요청했다.¹⁰⁾ 자세한 논의는 오픈넷 관계자께서 말씀주실 것으로 예상되어 생략한다. 단, 토론자 역시 ‘공인의 명예는 민사손해배상을 통해 보호하고, 형사처벌 및 인신구속은 비례성의 원칙에 어긋난다’는 오픈넷의 견해에 동의한다는 점을 밝힌다.

둘째, 논의를 통해 입장 차이를 확인하려 하기 보다는 **명예훼손, 모욕죄 고소·고발을 통해 상대의 비판을 차단하려는 경향이 사회 곳곳에서 보인다.** 일화 2개를 소개한다. 우선 변호사 지인으로부터 들은 최근 사례이다. 한 과학자가 언론매체 기고를 통해 명상과 기체조 단체를 비판했다. 해당 단체가 대학원을 만들어, 혈액형·사주 등 과학적으로 검증 불가능한 대상에 대한 “연구논문”을 쓴 이들에게 박사학위를 남발하고, 정체불명의 연구소들을 통해 학술적 권위를 포장하려고 한다는 것이었다. 비판 글에는 ‘사이비 과학(pseudo-science)’이라는 표현도 포함되어 있었다. 해당 명상 단체와 그 회원들은 글을 쓴 과학자를 여러 건의 명예훼손 및 모욕으로 고소했다. 오늘 이 자리에 오신 외국 분들이 이해하기 어려우실 수 있어 재차 강조하자면, **‘사이비(pseudo)’라는 단어를 쓰면 모욕죄로 고소당하는 것이 한국의 현실이다.**

또 다른 사례는 대학교수 지인이 경험한 몇 년 전 일이다. 성폭력으로 인해 소속 대학으로부터 ‘직위해제’ 통보를 받은 교수 A가 행정소송을 제기· 하여 최종처분이 ‘직위해제’에서 ‘3개월 정직’으로 낮춰졌다. 3개월의 정직기간이 끝난 후 교수 A가 학교로 복귀하는 것은 피해학생들이 여전히 재학 중인 상황에서 적절하지 않다고 판단한 해당 학과 교수들과 재학생들이 반대 입장을 담아 1장짜리 전단지를 만들어 학교 정문 앞에서 해당 대학 학생 및 교직원들에게 배포했다. 그 전단지 하단에는 반대 입장에 동의하는 해당 학과 교수들의 이름이 기재되어 있었다. 교수 A는 이들 모두를 명예훼손죄로 고소했고, 토론자의 지인은 피고소인 중 한 명이었다. 지인이 걱정을 하길래, ‘법리로 따져보면 명예훼손죄가 성립될 리가 없다. 공익성과 진실성 요건이 충족되니 걱정마시라’고 위로를 건넸다. 하지만, 경찰서에 불려가서 열 손가락 지장을 찍으며 조사를 받고 또 민·형사 소송을 맡아줄 변호사를 고용하는 등 상당한 시간적, 정신적, 경제적 비용을 써야했던 토론자의 지인에게 종국적인 무죄와 승소는 별반 위로가 되지 않았다. 그는 ‘앞으로는 어떤 주제에 대해서든 입장문에 이름을 올리지 않겠다’고 했는데, **사실적시 명예훼손죄가 일반인들에게 미치는 위축효과를 잘 보여주는 것이다.**

셋째, 우리 모두는 사실적시 명예훼손죄가 극명하게 오용되는 것을 2018년 한국사회를 뜨겁게 달군 미투(MeToo: ‘나도 고발한다’) 운동을 통해 보았다. 2016년 10월에도 ‘OO_내_성폭력’이라는 해시태그(hashtag)를 통해 문단, 영화계, 미술계, 대학

10) 출처: “조국 민정수석 당시 명예훼손 고소는 검경 동원 사익 추구” (<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=202527>).

등에서 자행되어 온 성폭력 및 젠더 폭력에 대한 고발이 집중적으로 이어졌다. 하지만 2016년에도, 2018년에도, 성폭력 피해자들의 용기 있는 고발(revealing)은 사실적시 명예훼손죄로 인해 위축되었다. 최종적으로 불기소, 무죄판결을 받는다고 할지라도, 미투 운동에 참여하여 성폭력 피해사실을 알린 후 오히려 성폭력 가해자로부터 명예훼손으로 역고소 당하여 수사와 재판이라는 일련의 과정을 감내해야 할 가능성이 있다는 사실 그 자체가 미투 운동을 억제하는 효과를 낳았다. 미투 운동과 관련하여 사실적시 명예훼손죄의 문제점이 부각되면서, 사실적시 명예훼손죄 폐지를 촉구하는 법률가 선언문이 발표되고 청와대 국민청원이 여럿 접수되는 등 사회적 관심이 높아 지기도 하였다. 2018년 3월 국회에 제출된 형법 제307조 제1항 개정안들은 성폭력 피해 사실에 대한 고발인 경우 사실적시 명예훼손죄 적용에서 제외하거나¹¹⁾ 적용이 어렵도록 하는 장치¹²⁾를 담고 있다. 그러나 국회는 아직 아무런 진전을 보지 못하고 있다.

이번 토론을 요청받고 준비하면서, 토론자가 새롭게 덧붙일 수 있는 논의가 있을까라는 생각을 했다. 어떻게 보면 해당 주제에 관심을 둔 사람들에게 이미 이 주제는 답이 정해져 있는 문제이기 때문이다. 유엔 자유권 규약 위원회와 유엔 표현의 자유 특별보고관은 대한민국 정부에 사실적시 명예훼손죄 폐지를 권고해 오고 있다. 제20대 국회 이전인 2016년에도 사실적시 명예훼손죄 관련 조항을 폐지토록 하는 형법 일부개정법률안이 금태섭 의원 대표발의와 유승희 의원 대표발의로 각각 제출된 바 있었다. 학자들 사이에서도 사실적시 명예훼손죄를 폐지하는 것이 헌법에 부합한다는 주장이 힘을 얻은 지는 꽤 오래 되었다. 진실이 알려져 손상되는 긍정적 평판은 실상 거짓에 바탕을 둔 ‘허명’인데, 허명을 법으로 보호할 헌법적 근거를 찾을 수 없다는 신평 교수의 주장이 대표적이다. 또한, 사실적시 명예훼손죄 처벌이 실제로 보호하는 것은 사인의 사생활 침해 방지인데, 이는 명예훼손죄로 다룰 것이 아니라 사생활 침해(민법상 불법행위)로 규율하는 것이 바람직할 것이다. 모욕죄 역시 2013년 헌법재판소 결정에서 3명의 재판관이 소수의견을 통해 밝힌 바와 같이, 형사처벌은 국제인권기준에 부합하지 않을 뿐 아니라, 현행 모욕죄에서 ‘모욕’의 범위가 지나치게 광범위하여 표현의 자유를 과도하게 침해하는 측면이 있다는 점이 여러 번 지적된 바 있다.

11) 2018년 3월 9일에 제출된 진선미 의원 대표발의안(의안번호 12397)은 형법 제307조 제1항에 다음과 같은 단서를 신설할 것을 제안하고 있다: “다만, 적시한 사실이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제2조제2호의 직장 내 성희롱 피해사실에 관한 경우 2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조제1항의 성폭력범죄 피해사실에 관한 경우 3. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조제2호의 아동·청소년대상 성범죄 피해사실에 관한 경우”

12) 2018년 3월 16일에 제출된 표창원 의원 대표발의안(의안번호 12510)은 형법 제307조 제1항에 “사람을 비방할 목적으로”를 추가할 것을 제안하고 있는데, 이러한 요건을 추가함으로써 ‘성폭력 피해자들의 정당한 문제제기가 범죄로 치부되지 않도록 하려는 것’이 입법 목적이라 밝히고 있다.

그럼에도 불구하고 2019년 10월 이 자리에서 ‘사실적시 명예훼손죄·모욕죄는 국제 인권기준에 부합하는가’라는 질문을 다시 물어야 하는 이유는 무엇일까? 법을 개정 혹은 폐지해야 할 필요성에 대한 논리적 근거가 부족해서는 아닐 것이다. 아마도 법이 한 사회에서 작동하는 구체적 양태, 즉 사실적시 명예훼손죄, 모욕죄가 한국사회에 어떤 영향을 미치고 있는지를 점검하고, 만약 잘못된 방식으로 작동하고 있다면 이에 대해 사회 전체에 알림으로써, 변화를 추동해 낼 동력을 얻어야 하기 때문이 아닐까 한다. 토론자가 판단컨대, 진실·진심의 발설이 형사처벌될 수 있다는 법리는 현재 한국사회에서 공인에 대한 의혹제기를 차단하고, 정치적 동기에 악용되며, 형사절차의 낭비를 낳고 있다. 또한, 단체와 개인에 대한 정당한 비판을 차단하고, 토론 및 논의에 의한 문제해결이라는 시민적 덕성 개발을 저해하고 있으며, 성폭력 피해자가 피해 사실을 밝히는 일을 억제하는 지경에 까지 이르고 있다. 즉, 오래된 숙제는 익숙한 문제들을 여전히 발생시키고 있을 뿐만 아니라 새로운 문제들을 일으키고 있다. 오래된 숙제의 신속한 개선을 희망하며 토론을 맺는다.