

사실적시 명예훼손죄와 모욕죄의 실재적 폐해

손지원 변호사

사단법인 오픈넷

한국은 명예훼손죄, 모욕죄 고소, 고발이 가장 많은 나라 중 하나다. 2015년기준, 명예훼손 고소, 고발 건수는 약 2만 5천 건, 모욕죄 고소 건수는 약 3만 7천 건이다. 2007년부터 9년 사이에 일반 명예훼손은 1.5배, 사이버 명예훼손은 2.6배, 모욕은 8.7배로 증가한 수치다. 모욕죄는 하루 100건 이상 고소, 고발 사건이 접수된 것이다.¹⁾ 이렇듯 한국에서 명예훼손죄, 모욕죄가 많이 이용되는 현실은, 대중들 사이에서도 나를, 혹은 다른 사람을 욕하는 ‘나쁜’ 표현에 대해서는 응당 국가가 형벌권을 행사하여 해결해주어야 한다는 생각이 지배적이기에 가능한 것으로 보인다. 그러나 진실을 말한 경우, 혹은 부정적 감정을 극적으로 표현하는 일상적 행위만으로도 누구나 하루아침에 형사 피의자가 될 수 있다는 사실 즉, 사실적시 명예훼손죄와 모욕죄는 전 국민을 전과자로 만들 수도 있는 법제라는 사실이 알려지면서 조금씩 인식의 변화가 일고 있다. 이하에서는 사실적시 명예훼손죄와 모욕죄의 위헌성이 실재적으로 어떤 폐해를 낳고 있는지를 중심으로 논의하고자 한다.

‘진실’, ‘허위’를 불문하고 형사범죄화하고 있는 명예훼손 법제의 문제

2018년 4월, 법률가 330인은 사실적시 명예훼손죄 폐지를 촉구하는 법률가 선언문을 발표하였다. 많은 법률가들이 사실적시 명예훼손죄의 위헌성에 공감한다. 심오한 헌법적 분석으로 들어가기 전이라도 진실을 말했다는 이유로 형사처벌 대상이 되는 것이 과도하다는 것은 일반 국민의 법감정으로도 쉽게 알 수 있을 것이다.

사실적시 명예훼손죄는 타인의 사회적 평가를 저하시킬만한 발언이라면 ‘진실’, ‘허위’를 불문하고 일단 모두 형사범죄를 구성할 수 있게 함으로써, 그 형벌조항의 존재 자체로 인하여 표현의 자유에 대한 엄청난 위축효과를 발생시킨다. 적시된 사실이 허위이든 진실이든, 명예훼손죄의 구성요건에는 일단 모두 해당되기 때문에, 명예훼손

1) 의원실 보도자료, ‘하루에 100건 이상’ 모욕죄‘ 고소, 고발
http://www.gsgold.kr/bbs/board.php?bo_table=gs_board3&wr_id=23

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. 진실한 사실을 고발한 사람들이 이처럼 명예훼손으로 역고소를 당하고 형사범죄의 피의자, 수사 대상이 되어 또 다른 피해와 고통을 겪게 되고, 사람들은 이와 같은 위험을 부담스러워하여 진실한 사실을 말하는 것을 스스로 억제하게 된다.

이러한 사실적시 명예훼손죄의 문제는 최근 미투운동과 맞물려 부각되었다. 공개적이고 상습적인 성폭력 행위나 증거·증인이 충분하여 진실로 쉽게 증명될 수 있는 성폭력 사실을 폭로한 경우에도, 성폭력 가해자가 폭로자를 명예훼손으로 고소하여 협박·위촉시키는 2차 가해를 더욱 손쉽게 해주는 요인으로 지적된 것이다. 성폭력 가해자가 일부분은 사실이고 일부분은 허위라며 만연히 상대 여성을 명예훼손으로 고소하면, 어떤 조항이든 범죄 성립 가능성을 부정할 수 없는 수사기관으로서도 이러한 고소만으로도 수사를 개시할 수밖에 없기 때문에, 미투 폭로 여성들이 이러한 2차 피해를 겪고 있다는 제보가 속출했다. 성폭력 가해자들은 최종적으로 고발자들이 명예훼손으로 처벌받는 것을 목표로 한다기보다 본인들에 대한 폭로를 초기에 진화하는 수단으로 명예훼손 고소를 남발하고 있다. 이는 미투 외에도 기업의 비리, 상사의 갑질, 권력자의 부정행위 등을 내부고발하고 공론화시키는 과정에서 다수가 겪고 있는 폐해다.

충분한 근거와 사실확인을 바탕으로 한 기자들도 이러한 고충을 겪고 있다. 한국언론진흥재단의 조사 결과, 기자 3명중 1명은 소송을 경험해보고, 2명 중 1명은 상대방으로부터 고소하겠다는 말을 듣고 후속보도를 자제한다고 답했다.²⁾ 또한 일반인들 역시 명예훼손죄를 우려하여 본인이 직접 경험의 당사자임에도 불구하고 병원, 레스토랑 등에 대한 솔직한 비판적 후기, 소비자불만글을 실명으로 올리는 것을 꺼리고, 그 결과 우리나라 인터넷에서는 나쁜 후기를 찾아보기 어렵고, 전략적 마케팅으로 보이는 칭찬 일색의 글들만이 보이는 경향이 있다. 이는 사실적시 명예훼손죄로 인하여 국민의 알 권리 역시 심대하게 침해받고 있음을 보여준다.

‘공공의 이익을 위한 적시’의 경우 위법성을 조각하는 조항이 있다고 하더라도 이는 수사단계에서는 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 명예훼손죄에 대한 고소의 남발은 제한될 수 없고, 고발자가 상대방으로부터 고소를 당하여 형사범죄의 피의자가 되어 수사를 받는

2) , “기자 3명중 1명은 소송을 경험한다”, (2018. 12. 4.자 기사)
<http://www.mediatoday.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=145798>

위험으로부터 보호할 수 없다. 즉, 사실적시 명예훼손죄를 형사범죄로 구성하는 조항이 있는 한, 위의 사전적인 폐해를 방지할 수 있는 길은 없는 것으로 보인다.

또한 ‘공익 목적’이라는 위법성 조각사유가 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 사장을 비판한 사례³⁾, 한 제약회사의 대리점에 대한 갑질을 고발하면서 제약회사를 비판한 사례⁴⁾에서, 법원은 공익 목적을 부정한 바 있다. 전자는 임금체불을 일삼는 악덕업주를 사회적으로 고발하여 압박하고 근로조건을 개선하기 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.

또, 정보통신망법상의 사이버 명예훼손죄의 구성요건인 ‘비방의 목적’ 여부 판단에 있어서도 결국 공익 목적의 유무를 기준으로 판단하고 있는데, 이 추상성으로 말미암아 한 가지 사례에 관해서도 재판부에 따라 다른 결론이 나오는 경우도 많다. 12년 전 미투 운동과 유사한 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’고 판시⁵⁾하였으나, 이 사건의 원심 재판부는 ‘성폭력과 같은 범죄사실의 공표에 있어서 충분한 증거나 조사 없이 가해자의 실명을 공개하며 공표하는 것은 공익 목적보다 비방 목적이 더 크다’고 하며, 대구 여성의 전화에 유죄를 선고했었다. 이들 사례는 죄의 성부를 가르는 ‘공익 목적’, ‘비방 목적’이라는 개념이 법에 정통한 법관들조차 그 판단의 중점에 따라 각자 달리 해석될 수 있는 불명확한 개념임을 보여주는 사례이다.

최근에는 양육비를 주지 않는 부모들의 신상정보를 공개하는 웹사이트 관련자의 명

3) 2004. 6. 9. 선고 2004노1181 판결, 대법원 2004.10.15, 선고, 2004도3912 판결
4) 울산지법 2004. 2. 6. 선고 2003노572 판결, 대법원 2004.5.28, 선고, 2004도1497, 판결
5) 대법원 2005.4.29, 선고, 2003도2137, 판결

예훼손 사건이 진행중이다. 피고인은 우리나라가 양육비 지급 의무를 이행하지 않는 경우의 강제조치가 미비하다는 사실, 이러한 제도의 미비로 인하여 양육권을 갖지 않은 부모 측이 쉽게 양육비를 주지 않는 관행이 있으며, 당장 생존권을 침해받는 아동들을 위해 양육비 미지급 부모의 신상정보를 적시하여 개인을 압박하는 최후의 수단을 쓸 수밖에 없음을 강변하고 있다. 이러한 활동은 양육비 미지급 문제, 미혼모와 이혼 가정의 아동의 생존권 침해 문제에 대한 사회적 관심을 불러일으키고, 제도 개선을 촉구한다는 공익적 목적이 있다고 볼 수 있다. 그러나 일각에서는 양육비 미지급은 개인의 채무불이행 문제이며, 등재된 사람들이 공인들이 아닌 사인이라는 점에서 공익성을 인정할 수 없다고 주장하고, 검찰 역시 이러한 취지에서 기소를 결정한 사안이다. 만약 이 사례에서 유죄 판결이 나와 양육비를 지급하지 않고 있는 부모들의 명예를 위해, 그 행동의 부당함을 알리고 싶은 전 배우자나 미성년 자녀들, 그리고 이를 함께 알리고 싶어하는 사람들이 형사처벌 대상이 된다면 이는 사실적시 명예훼손죄가 위헌성을 보여주는 또다른 예가 될 것이다.

사실적시 명예훼손죄로 인하여 유독물질이 나온 식품, 화학제품, 비위생적 식당, 의료사고가 난 병원 등에 대한 보도는 유권기관의 판단이 나오기 전까지는 일단 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.⁶⁾ 미투 운동이나 내부고발의 경우에도, 형사처벌의 우려 때문에 가해자를 특정함이 없이 비위사실을 폭로하면 이를 저지른 사람은 다른 주변인들에 희석되어 부정적인 평가를 면하고 자신의 행동을 반성하고 교정할 유인을 얻지 못하는 반면, 선량한 주변인들이 억울하게 오해를 받을 수 있게 되고 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, 사실적시 명예훼손죄는 법익균형성을 위반하고 있는 위헌적 법률이라 할 수 있다.

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 있다⁷⁾. 미국, 독일, 프랑스 등 대부분의 선진국들도 사실적시 명예훼손죄를 두고 있지 않으며, 2015년 유엔 자유권 규약 위원회⁸⁾와 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관⁹⁾

6) , (2010), “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 1-29

7) 우리나라가 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...")

역시 대한민국 정부에 사실적시 명예훼손죄의 폐지를 권고한 바 있다. 국제인권단체 휴먼라이츠워치의 연례인권보고서 한국편에서는 진실을 말해도 명예훼손죄로 처벌할 수 있는 현행 형법 규정 폐지 여부가 현 정부의 인권 수준을 보여주는 척도가 될 것이라고 말했으며, 2018년에는 국제인권기구인 아티클 19(Article 19)이 대한민국에 사실적시 명예훼손죄를 비롯한 형사 명예훼손죄의 폐지를 촉구하는 성명을 발표했다.¹⁰⁾

과거 성이력과 같이 타인의 프라이버시를 침해하는 사실을 적시하는 것을 제재하기 위해 본 죄를 유지해야 한다는 반론이 있다. 그러나 이와 같은 프라이버시 침해 역시 기본적으로는 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, ‘명예’를 보호법익으로 하는 것이 아닌 헌법 제17조상의 ‘사생활의 비밀과 자유’를 보호법익으로 하여, 이를 침해하는 사실을 적시한 경우에 처벌하는 조항을 신설하는 것을 고려할 수 있을 것이다.

감정 표명을 형사처벌 대상으로 삼고 있는 모욕죄의 문제

모욕죄의 문제는 더욱 심각하다. 모욕죄는 구체적인 사실의 적시가 없더라도 ‘사람

8) 2015 유엔 자유권 규약 위원회 권고 Human Rights Committee, “Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea”, Adopted by the Committee at its 115th session (19 October–6 November 2015).

“Criminal defamation laws

46. The Committee is concerned about the increasing use of criminal defamation laws to prosecute persons who criticize government action and obstruct business interests, and of the harsh sentences, including lengthy prison sentences, attached to such legal provisions. It further notes with concern that even a statement which is true may be criminally prosecuted, except if this statement was made for the purpose of public interest alone (art. 19).

47. The State party should consider decriminalizing defamation, given the existing prohibition in the Civil Act and should in any case restrict the application of criminal law to the most serious of cases, bearing in mind that imprisonment is never an appropriate penalty. It should ensure that the defence of truth is not subjected to any further requirements. It should also promote a culture of tolerance regarding criticism, which is essential for a functioning democracy.”

9) 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관 권고

Frank La Rue (2011), “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Mission to the Republic of Korea”(A/HRC/17/27/Add.2), UN Human Rights Council, 21 March 2011

“27. The Special Rapporteur reiterates that for a statement to be considered defamatory, it must be false, must injure another person’s reputation, and made with malicious intent to cause injury to another individual’s reputation.

89. The Government should, in line with the global trend, remove defamation as a criminal offence from the Criminal Act, given the existing prohibition of defamation in the Civil Act.”

10) <https://opennet.or.kr/15205>

의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적인 판단이나 경멸적 감정'을 표현하는 것을 형사처벌하고 있다. 그러나 이러한 '모욕'은 형사범죄의 구성요건임에도 추상적이고 불명확하여 판단자의 주관에 따라 크게 달라질 수 있는 개념이며, 일반인, 심지어 판사조차도 어떤 표현이 모욕적인지 아닌지를 명확히 판단하기 어렵다. 몇 개의 모욕죄 판례들을 보더라도 타인에 대한 부정적인 의사표시에 대해 모욕죄를 인정하는 분명한 기준이나 일관성을 찾기 어렵다. 어떤 판결에서는 다른 사람들이 보는 앞에서 피해자를 향해 주먹을 쥐고 눈을 부릅뜨는 행위를 한 경우에도 '모욕'에 해당한다고 판시한 바 있다.

이러한 불명확한 '모욕' 개념을 구성요건으로 삼고 있는 모욕죄는 죄형법정주의 및 명확성의 원칙을 위반하여 표현의 자유를 심대하게 침해할 위험이 높다.

또한 구체적인 사실의 왜곡이 아닌 개인의 감정 표현만으로는, 표현 대상이 된 타인의 사회적, 외부적 평가에 구체적인 위해를 끼치기 어렵다. 이러한 명백, 현존하는 위험이 없고, 일상적이고 경미한 행위를 형사처벌 대상으로 삼고 있는 모욕죄는 헌법상의 비례의 원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해한다는 위헌의 논쟁이 끊이지 않고 있는 법제다.

UN 인권위원회는 자유권 규약 해석에 대한 일반논평에서 사실적 주장이 아닌 단순한 견해나 감정 표현에 대하여 형사처벌이 이루어져서는 안 됨을 선언하였고, UN 표현의 자유 특별보고관 역시 한국 정부에 이를 지적한 바 있는데 모욕죄는 이러한 국제기준과 권고를 정면으로 위배하고 있다.

최근 제1야당의 원내대표인 나경원 의원이 자신과 관련된 기사에 '나베', '매국노', '국X' 등의 악성 댓글을 게시한 170개의 아이디를 모욕 혐의로 고소하여 화제가 되었다. 단순히 부정적인 의견, 감정 표현, 비하적 단어 사용만으로도 형사처벌 대상이 될 수 있는 '모욕죄'를 공인들이 이용하여 본인에 대한 여러 부정적 댓글들을 포괄적으로 고소하여 비판적인 여론을 위축시키는 행태가 점점 늘고 있으며 이는 매우 우려스러운 현상이다. 집회나 시위 중 참가자가 진압 경찰에게 욕설을 한 것에 대해 모욕죄를 적용한 경우도 있다.

결국 사람의 사회적 평가 저하를 이유로 한 표현물 규제가 광범위할수록, 이는 가장 사회적 평가에 예민한 공인들에 의해 남용되거나, 공인과 공적 사안에 대한 자신의 비판적 의사를 강하게 전달할 수단이 오로지 거친 의사표현뿐인 힘없는 서민들에게 그 칼끝이 향해질 확률이 높다. 형사처벌 규정이 비례의 원칙에 위배한다는 법적 평가를 떠나, 명예훼손죄와 모욕죄가 폐지되어야 하는 근본적 이유다.