

프라이버시와 표현의 자유의  
균형적 보호를 위한

# 「사실적 시 명예훼손죄」의 개정방향

일시: 2020. 7. 28.(화) 오전 10시

장소: 국회의원회관 제9간담회의실

주최: 국회의원 이수진(동작을)

대한변호사협회, 사단법인 오픈넷



# Contents

## 개회사 및 인사말, 축사

**발제** 프라이버시와 표현의 자유의 균형적 보호를 위한 9

사실적시 명예훼손죄의 개정방향

손지원 변호사(사단법인 오픈넷)

**토론** 김한규 변호사(대한변호사협회) 25

윤해성 선임연구위원(한국형사정책연구원)

31

장철준 교수(단국대학교 법과대학)

37

정성민 판사(사법정책연구원 기획연구위원)

41

## 진행계획

사회 : 황성기 교수(한양대학교 법학전문대학원)

| 시간          | 내 용                     |
|-------------|-------------------------|
| 10:00~10:03 | 개회 및 참석자소개 / 동작 이수진 의원실 |
| 10:03~10:06 | 개회사 / 동작을 이수진 국회의원      |
| 10:06~10:09 | 축사 / 이찬희 대한변호사협회장       |
| 10:09~10:12 | 기념사진 촬영 / 참석자 전원        |
| 10:12~10:15 | 좌장 인사 / 황성기 교수          |
| 10:15~10:45 | 발제 / 손지원 변호사            |
| 10:45~11:30 | 지정토론 / 토론자 각 10분内外      |
| 11:30~11:40 | 질의응답 / 참석자 전원           |
| 11:45       | 폐회 / 동작 이수진 의원실         |



안녕하십니까.  
제21대 동작을 국회의원 이수진입니다.

먼저 바쁘신 와중에 자리를 빛내주신 내외 귀빈 여러분께 감사드립니다. 특히 이 자리를 마련하기 위해 물심양면 애써주신 대한변호사협회와 사단법인 오픈넷에 깊은 감사의 인사를 올립니다.

이번 토론회는 장기화되는 코로나19 사태를 감안하여 핵심 인원을 중심으로 마련되었습니다. 그만큼 보다 자유롭고 심도 있는 토론의 장이 되기를 기대합니다.

표현의 자유는 우리 사회의 진보를 위한 필수적 가치입니다. 국민의 알 권리를 보호하고, 건전한 정보 공유가 이루어지게 하는 일 또한 매우 중요합니다.

동시에 우리 헌법에서는 국민의 사생활의 자유를 보장하고 있어, 국가는 특히 최근 정보통신 기술의 발달에 따라 무분별하게 이루어지는 사생활의 침해 및 공표로부터 국민을 보호해야 할 책임이 있습니다.

그런데 현행 형법 및 정보통신망법에서는 사실 적시에 의한 명예훼손을 광범위하게 처벌하도록 규정하고 있습니다. 이는 표현의 자유를 위축시킬 뿐만 아니라, 실질적 피해를 양산하는 사생활의 침해 문제를 해소하기에 한계가 있습니다. 따라서 명예훼손죄가 표현의

자유를 폭넓게 보장하는 동시에, 사생활 보호의 기능을 하도록 하는 법 개정 논의가 필요합니다.

오늘 토론회를 통해 이에 대한 여러 고견을 취합하고, 두 헌법 가치를 균형 있게 보호할 수 있는 최선의 법안을 마련할 수 있도록 노력하겠습니다.

이처럼 귀한 자리를 함께 마련해주신 이찬희 협회장님을 비롯한 대한변호사협회와 황성기 이사장님과 손지원 변호사님을 포함한 사단법인 오픈넷에 다시 한번 존경의 말씀을 전합니다.

감사합니다.

2020년 7월 28일  
국회의원 이 수진



안녕하십니까.  
대한변호사협회장 이찬희 변호사입니다.

「프라이버시와 표현의 자유의 균형적 보호를 위한 ‘사실적 명예훼손죄’의 개정방향 세미나」 개최를 진심으로 축하합니다. 오늘 세미나를 주최하여주신 더불어민주당 이수진 의원님과 사단법인 오픈넷의 관계자 여러분, 그리고 더운 날씨에도 불구하고 귀중한 시간을 내시어 참석해주신 모든 분께 진심으로 감사드립니다.

최근 경찰은 성범죄자·살인자·아동학대범 등의 신상정보를 인터넷에 공개하여 논란이 되었던 ‘디지털교도소’ 운영자에 대하여 명예훼손죄 혐의를 적용하여 수사에 착수하였다고 합니다.

‘디지털교도소’ 운영자는 강력범죄자들의 신상정보 공개를 계속할 것이라는 의지를 드러내며 스스로를 ‘사실적 연쇄 명예훼손범’이라고 칭하고 있다고 합니다. 이처럼 공연히 사실을 적시하여 명예훼손죄로 고소당하고 징역형을 포함하는 형사처벌의 위험을 감수하여야 하는 사례가 적지 않습니다.

과거 성폭력 피해를 호소하는 피해자들과 사회부조리를 고발하는 공익제보자들은 오히려 가해자로부터 명예훼손죄로 고소될 위험에 놓여 입마음을 당하여 왔고, 이러한 점이 주목되면서 사실적 명예훼손죄를 폐지하여야 한다는 주장이 강력하게 제기되었습니다. 세계적인 추세에 맞춰 명예훼손죄에 대한 형사처벌을 폐지하고 국제인권기준에 부합하도록

우리 법제를 정비하여야 한다는 목소리도 더욱 커지고 있습니다.

그러나 명예훼손죄를 통한 제재가 존재하지 않으면, 성폭력피해자 등에 대한 신상공개나 인터넷·SNS 등을 통한 무분별한 사생활 침해가 이루어지더라도 이를 규제하기 어렵고 개인의 인격권과 프라이버시에 대한 보호가 사실상 어렵다는 반론도 만만치 않습니다.

이렇듯 사실적 명예훼손죄는 표현의 자유와 인격권·프라이버시라는 우리 사회의 주요한 두 기본권의 충돌지점에 위치하면서 오랜기간동안 존폐와 개선 논의를 거듭하여 왔습니다. 학계와 실무의 여러 전문가들은 양 기본권의 균형을 맞추기 위하여 사실적 명예훼손죄 존폐에 관한 논증을 더욱 정밀하게 발전시키며, 우리 법제에 맞는 실천적인 모델을 연구하고 사회적인 합의를 도출시키기 위하여 심도있는 논의를 지속하여 왔습니다.

대한변호사협회도 작년 8월 금태섭 의원실 및 한국언론법학회·한국기자협회와 공동으로 ‘사실적 명예훼손죄의 비범죄화 심포지엄’을 개최하여 사실적 명예훼손죄의 존치 여부에 대한 다양한 시각을 검토하고 비범죄화를 위한 실천적 방안을 도출해보는 시간을 가졌습니다.

오늘 세미나는 그동안 축적되고 제시된 개선방안들을 수렴, 정리하여 형법 및 정보통신망법 개정안을 준비하고, 여러 전문가들의 의견을 종합적으로 청취하기 위해 마련한 자리입니다. 현행 법제의 개선방향에 대한 다양한 의견이 제시되고 현실적이고 구체적인 토의가 이어져 오늘의 논의가 입법과정에 적극적으로 반영될 수 있기를 기대합니다.

바쁘신 중에도 오늘 세미나를 위해 귀한 시간을 내어 연구해 주시고, 사회와 발표, 토론을 준비해 주신 전문가 여러분께 다시 한번 감사의 말씀을 드리며, 자리를 빛내 주신 모든 분들의 건강과 행복을 기원합니다. 감사합니다.

2020년 7월 28일  
대한변호사협회 협회장 이 찬 희



# **프라이버시와 표현의 자유의 균형적 보호를 위한 사실적 명예훼손죄의 개정방향**

손지원 변호사(사단법인 오픈넷)



프라이버시와 표현의 자유의 균형적 보호를 위한  
사실적시 명예훼손죄의 개정방향<sup>1)</sup>

손지원 (사단법인 오픈넷)

### 1. 사실적시 명예훼손죄의 폐해와 개정 필요성

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 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 사람들은 명예훼손으로 역고소를 당하고 형사범죄의 피의자, 수사 대상이 되어 또 다른 피해와 고통을 겪게 되고, 사람들은 이와 같은 위협이 부담스러워 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·위축시키는 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.

---

1) 2020년 7월 28일, ‘프라이버시와 표현의 자유의 균형적 보호를 위한 사실적시 명예훼손죄의 개정방향’ 국회 토론회 발제문

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

공익 목적의 적시의 경우 위법성을 조각시키는 규정이 있다고 하더라도 이는 수사 단계에서는 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 위험으로부터 보호할 수 없다. 이는 ‘공익 목적’이라는 기준의 추상성, 불명확성 때문이기도 하다.

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 사례<sup>3)</sup>, 한 제약회사의 대리점에 대한 갑질을 고발한 사례<sup>4)</sup>는 유죄 판결을 받았다. 한편 산후조리원을 이용한 소비자가 포털 산모카페에 일종의 소비자불만글로 산후조리원 측의 대응을 지적하는 글은 최종 무죄가 선고되었으나 원심에서는 유죄로 판단되었다<sup>5)</sup>. 12년 전 미투 운동과 유사한 사안으로, 국립대학교 교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행하였다는 내용의 글을 지역 여성단체가 자신의 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 게재한 사안에서도 최종적으로는 무죄 선고가 나왔으나 원심에서는 유죄로 판단되었었다.<sup>6)</sup>

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

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

3) 부산지법 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 2012.11.29. 선고, 2012도10392, 판결

6) 대법원 2005.4.29. 선고, 2003도2137, 판결

사실적 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.<sup>7)</sup> 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, 사실적 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 내린바 있다<sup>8)</sup>. 미국, 독일, 프랑스 등 대부분의 선진국들도 사실적 명예훼손죄를 두고 있지 않으며, 2015년 유엔 자유권 규약 위원회<sup>9)</sup>와 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관<sup>10)</sup> 역시 대한민국 정부에 사실적 명예훼손죄의 폐지를 권고한 바 있다.

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

8) 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...")

9) 2015년 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.”

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 아티클19(Article19)이 대한민국에 사실적 명예훼손죄를 비롯한 형사 명예훼손죄의 폐지를 촉구하는 성명을 발표했다.<sup>11)</sup> 이와 같은 사실적 명예훼손죄의 실재적 폐해 및 헌법과 국제 인권기준, 세계적 흐름 등을 고려할 때, 본 조항의 개정은 시급한 과제라 아니할 수 없다.

## 2. 프라이버시 보호 필요성

이와 같이 많은 폐단을 낳고 있는 사실적 명예훼손죄가 쉬이 폐지되지 못한 것은 타인의 프라이버시를 침해하는 사실을 적시하는 행위를 제재하기 위해 본 죄를 유지해야 한다는 유력한 반론이 있었기 때문이다. 실제로, 본 조항이 삭제되면 일반인이 부정한 방법을 사용하지 않고 알게 된 타인의 내밀한 정보를 공표하는 행위를 형사적으로 규제할 방도는 딱히 없어진다.

형법 제127조 공무상 비밀누설죄나 제317조 업무상 비밀누설죄는 ‘공무원 또는 공무원이었던 자’ 또는 ‘의사, 한의사, 치과의사, 약제사, 약종상, 조산사, 변호사, 변리사, 공인회계사, 공증인, 종교인 등’과 같이 제한된 범위의 행위 주체에게 특별히 비밀유지의무를 부과한 후 그 위반행위를 처벌하고 있을 뿐, 일반적으로 타인의 비밀을 누설하는 행위를 처벌하지 않고 있다. 개인정보보호법 역시 ‘개인정보처리자’의 지위에 있는 사람의 행위를 규율하고 있다. 또한 형법 제316조 비밀침해죄<sup>12)</sup>는 사람의 편지, 문서, 도화 또는 전자기록 등 특수매체기록에 대한 ‘봉함 기타 비밀장치’의 효과를 제거하는 경우에만 비로소 형사처벌의 대상으로 삼고 있다. 그 밖에 우편물의

10) 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.”

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

12) 형법 제316조(비밀침해) ① 봉함 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서 또는 도화를 개봉한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 봉함 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서, 도화 또는 전자기록등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자도 제1항의 형과 같다.

검열이나 전기통신의 감청 등을 금지하고 있는 통신비밀보호법 제3조 및 전기통신 사업자가 취급 중인 통신의 비밀을 침해하거나 누설하는 행위를 금지하고 있는 전기통신사업법 제83조 제1항도 모두 부정한 수단이나 방법으로 취득한 타인의 비밀을 누설하는 행위를 처벌대상으로 삼고 있을 뿐, 통신 또는 대화의 당사자가 그 상대방으로부터 정당한 방법으로 취득한 타인의 비밀을 누설하는 행위를 처벌대상으로 삼고 있지 않다. 정보통신망법 제49조<sup>13)</sup>에 규정된 ‘정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀 누설’ 역시 타인의 비밀에 관한 일체의 누설행위를 의미하는 것이 아니라, 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀을 정보통신망에 침입하는 등 부정한 수단 또는 방법으로 취득한 사람이나, 그 비밀이 위와 같은 방법으로 취득된 것을 알고 있는 사람이 그 비밀을 아직 알지 못하는 타인에게 이를 알려주는 행위만을 의미하는 것으로 제한하여 해석하고 있다.<sup>14)</sup>

적시된 사실이 아무리 진실이라 하더라도, 개인의 숨기고 싶은 성이력 등의 과거, 전과기록, 질병명, 성적 취향 등 내밀한 정보가 공개되는 것은 한 사람의 인격권을 심대하게 침해하는 결과를 낳는다. 따라서 이러한 행위는 형사적 제재의 영역에 남겨두어 개인의 프라이버시, 사생활의 비밀을 균형적으로 보호할 필요가 있다고 할 것이다.

## 3. 대안

개인의 프라이버시와 표현의 자유를 균형적으로 보호하기 위하여 일명 사실적 명예훼손죄 관련 조항들을 다음과 같이 개정하는 방향을 검토할 수 있다.(이하 ‘본 개정 제안안’)<sup>15)</sup>

- 형법 제307조 제1항 및 정보통신망법 제70조 제1항에서 ‘사실’을 ‘타인의 사생활의 비밀을 침해하는 사실’로 개정.
- 형법 제310조 위법성 조각 규정에 ‘진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우’를 추가하고, ‘오로지 공공에 이익에 관한 때’에서 ‘오로지’를 삭제.
- 명예훼손죄와 모욕죄의 징역형 폐지
- 명예훼손죄를 반의사불벌죄에서 친고죄로 개정

13) 정보통신망법 제49조(비밀 등의 보호) 누구든지 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설하여서는 아니 된다.

14) 대법원 2012. 12. 13., 선고, 2010도10576, 판결

15) 아래 신구조문대비표 참고

#### 4. 논의점

##### 가. ‘사생활의 비밀을 침해하는 사실’로의 개정과 명확성 문제

현행 관련 조항이 위와 같이 개정되는 경우, 모든 일반적인 사실의 적시가 아니라 ‘타인의 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 형사처분 대상에서 배제되어 사실적 명예훼손죄의 해악을 현저히 감소시킬 수 있을 것으로 보인다.

그러나 개인의 행위는 ‘사적 영역’과 ‘공적 영역’으로 명백히 나뉘어지지 않는 부분이 많아 ‘사생활’ 영역에 대한 해석도 분분할 수 있다.<sup>16)</sup> 따라서 ‘사생활의 비밀을 침해하는 사실’과 그 외의 사실을 명확히 구분할 수 있을지 여부 등의 해석에 곤란이 발생할 우려가 존재한다. 이와 유사한 내용으로 전 20대 국회 때 발의되었던 개정안에 대하여도 법무부는 명확성 원칙에 반할 우려가 있어 신중검토가 필요하다는 입장을 밝힌바 있다.

이와 관련하여 보건대, 헌법재판소는 공공기관이 보유·관리하는 개인정보를 공개하면 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우에 이를 비공개할 수 있도록 규정하고 있는 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’의 조항<sup>17)</sup>이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부를 판단하면서, “사생활의 비밀 또는 자유”의 개념이 다소 추상적이기는 하나 헌법의 해석을 통하여 구체화될 수 있는바, 헌법재판소의 상당수 선례에 의하여 “사생활의 비밀 또는 자유”에 관한 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 법 집행기관이 이를 자의적으로 해석할 염려는 희박하므로 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 판시한바 있다<sup>18)</sup>. 이에 따라 ‘사생활’ 개념을 사용하는 규정도 법에 상당수 존재한다.<sup>19)</sup> 물론 그럼에도 불구하고 다소

16) 예를 들면 헌법재판소는 “본인이나 배우자 등이 소유하고 있는 부동산이나 동산, 유가증권 등 재산의 종류와 그 가액 또는 그 재산의 변동사항 등에 관한 정보는 스스로의 뜻에 따라 삶을 영위해 나가면서 개성을 신장시키기 위한 전제가 되는 사유재산에 관한 정보로서 사적 영역에 관한 것”이라고 본 바 있으나(2009헌마544, 2010. 10. 28.), 사유재산에 관한 정보가 순수한 사적 영역인지에 대한 해석은 분분할 수 있을 것으로 보인다.

17) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 (비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보.

18) 헌법재판소 2010. 12. 28 결정, 2009헌바258

19) 공직선거법 제110조(후보자 등의 비방금지) ① 누구든지 선거운동을 위하여 후보자(후보자가 되고자 하는

추상적이고 상대적일 수 있는 ‘사생활’ 개념이 확장해석되어 적용될 위험을 부정할 수 없으므로, 개정 조항은 사생활과 관련한 모든 사실을 적시한 경우가 아니라 사생활의 ‘비밀’을 침해하는 사실을 적시한 경우도 한정할 필요가 있다고 본다.

헌법재판소는 ‘사생활의 비밀’이란 “사생활과 관련된 사사로운 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리”(현재 2002. 3. 28. 2000헌마53 등)“거나, “사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다. 구체적으로 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장받을 수 있는 권리, 개인의 양심영역이나 성적 영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호, 인격적인 감정세계의 존중의 권리와 정신적인 내면 생활이 침해받지 아니할 권리 등이다(현재 2003. 10. 30. 2002헌마518 등)”라고 판시하고 있다.

더 구체적인 사안에서는, “사람의 육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심을 이루는 요소이다. 따라서 외부세계의 어떤 이해관계에 따라 그에 대한 정보를 수집하고 공표하는 것이 쉽게 허용되어서는 개인의 내밀한 인격과 자기정체성이 유지될 수 없다. 이 사건 법률조항에 의하여 그 공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보이다. 인간이 아무리 공동체에서 어울려 살아가는 사회적 존재라 할지라도 개인의 질병명은 외부세계와의 접촉을 통하여 생성·전달·공개·이용되는 것이 자연스럽거나 필요한 정보가 아니다. 오히려 특별한 사정이 없는 한 타인의 지득(知得), 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보”(2005헌마1139, 2007. 5. 31.)라거나, “자동차 안에서 이루어지는 활동 중 일부는 사생활의 영역에 속할 수도 있을 것(이나)... 다만, 이 사건 심판대상 조항들이

자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다). 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매의 출생지·가족관계·신분·직업·경력등·재산·행위·소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등에 관하여 허위의 사실을 공표할 수 없으며, 공연히 사실을 적시하여 사생활을 비방할 수 없다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 그러하지 아니하다.

개인정보보호법 제23조(민감정보의 처리 제한) ① 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 “민감정보”라 한다)를 처리하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 정보주체에게 제15조제2항 각 호 또는 제17조제2항 각 호의 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우

2. 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우

② 개인정보처리자가 제1항 각 호에 따라 민감정보를 처리하는 경우에는 그 민감정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 제29조에 따른 안전성 확보에 필요한 조치를 하여야 한다.

규율하고 있는 것은 자신의 집 차고와 같은 사적인 공간에 세워 놓은 자동차 안에서의 행동이 아니라, 자동차를 운전할 때 운전자의 좌석안전띠착용이다... 일반교통에 사용되고 있는 도로는 국가와 지방자치단체가 그 관리책임을 맡고 있는 영역이며, 수많은 다른 운전자 및 보행자 등의 법익 또는 공동체의 이익과 관련된 영역으로, 그 위에서 자동차를 운전하는 행위는 더 이상 개인적인 내밀한 영역에서의 행위가 아니다. 또한 자동차를 도로에서 운전하는 중에 좌석안전띠를 착용할 것인가의 여부의 생활관계가 개인의 전체적 인격과 생존에 관계되는 ‘사생활의 기본조건’이라거나 자기결정의 핵심적 영역 또는 인격적 핵심과 관련된다고 보기 어렵다. 그렇다면 운전할 때 운전자가 좌석안전띠를 착용하는 문제는 더 이상 사생활영역의 문제가 아니어서 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보호되는 범주를 벗어난 행위라고 볼 것 이므로, 이 사건 심판대상조항들은 청구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.”(2002현마518, 2003. 10. 30.)고 판시하였다. 한편, 정보통신망법 제49조<sup>20)</sup>에서 말하는 ‘타인의 비밀’이란 일반적으로 알려져 있지 않은 사실로서 이를 다른 사람에게 알리지 않는 것이 본인에게 이익이 되는 것을 뜻하며, 타인간의 메신저 대화내용은 정보통신망에 의해 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀에 해당한다고 판시한바 있다(대법원 2018. 12. 27., 선고, 2017도15226 판결).

이러한 판례의 판시들을 종합하면 ‘사생활의 비밀’은 ‘일반적으로 알려져 있지 않은 개인의 전체적 인격과 관계되는 내밀한 영역’으로 해석할 수 있고, 이를 침해하는 사실을 적시한 경우를 본 안으로 규율할 수 있을 것이다.

#### 나. 허위성 혹은 행위자가 허위성에 대한 인식이 증명되지 않은 경우의 규제 공백 문제

판례는 형법 제307조 제1항은 적시된 사실이 진실한 사실이든, 허위의 사실이든 모두 성립될 수 있고, 적시된 사실이 허위의 사실이라고 하더라도 행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우에는 제307조 제2항의 명예훼손죄는 성립할 수 없고, 제307조 제1항의 명예훼손죄가 성립될 수 있다고 판시하고 있다.

“형법 제307조 제1항, 제2항, 제310조의 체계와 문언 및 내용에 의하면, 제307조 제1항의 ‘사실’은 제2항의 ‘허위의 사실’과 반대되는 ‘진실한 사실’을 말하는 것이 아니라 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 ‘의견’에 대치되는 개념이다. 따라서

20) 정보통신망법 제49조(비밀 등의 보호) 누구든지 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설하여서는 아니 된다.

제307조 제1항의 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위의 사실인 경우이든 모두 성립될 수 있고, 특히 적시된 사실이 허위의 사실이라고 하더라도 행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우에는 제307조 제2항의 명예훼손죄가 아니라 제307조 제1항의 명예훼손죄가 성립될 수 있다. 제307조 제1항의 법정형이 2년 이하의 징역 등으로 되어 있는 반면 제307조 제2항의 법정형은 5년 이하의 징역 등으로 되어 있는 것은 적시된 사실이 객관적으로 허위일 뿐 아니라 행위자가 그 사실의 허위성에 대한 주관적 인식을 하면서 명예훼손행위를 하였다는 점에서 가별성이 높다고 본 것이다.”(대법원 2017. 4. 26., 선고, 2016도18024, 판결)

이러한 판례의 취지에 따르면, 형법 제307조 제1항과 정보통신망법 제70조 제1항을 위와 같이 개정하는 경우, 사생활의 비밀과 관련이 없는 일반적인 사실의 적시 중 허위성이나 허위성에 대한 인식이 증명되지 않은 사실의 적시로 인한 명예훼손 행위에 대한 규제 공백이 생긴다는 반론이 있을 수 있다.

그러나 사실적시 명예훼손죄를 개정해야 하는 이유는 근본적인 이유는 진실한 사실을 말한 경우 혹은 진실/허위가 쉽게 증명될 수 없는 (또한 그렇기 때문에 행위자에게 허위성에 대한 인식도 있을 수 없는) 의혹제기나 주장에 대하여 함부로 형사처벌을 해서는 안 된다는 헌법과 국제인권기준의 요구에 부응하기 위해서다. 위에서 언급한 2015년 유엔 자유권 규약 위원회 권고, 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관 권고에서도, 명예훼손은 기본적으로 민사법으로 금지되어야 할 영역임을 전제로 비범죄화를 권고하고 있으며, 형사법에 의한 제재가 있더라도 이는 허위사실이면서 악의적 의도에서 비롯된 가장 심각한 사안에 대해서만 적용되어야 함을 강조하고 있다.

따라서 만일 허위성 혹은 행위자의 허위성에 대한 인식이 증명될 수 없는 사실 적시 행위를 예방, 제재할 필요가 있다고 보더라도, 이는 민사법상 구제로 해결하여야 할 영역으로 보아야 한다. 다만 사생활의 비밀을 침해하는 사실의 적시의 경우에는 진실·허위 여부와 무관하게 당사자의 명예(외부적 평가)를 넘어 헌법 제17조가 보장하는 ‘사생활의 비밀’이라는 법익도 추가적으로 침해하는 결과를 가져오는 비난 가능성성이 큰 행위이므로 형사적 제재의 영역에 남겨놓을 필요가 있는 것이다.

또 한편, 판례는 “행위자가 그 사항이 허위라는 것을 인식하였는지 여부는 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려우므로, 공표된 사실의 내용과 구체성, 소명 자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로

피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 예상되는 파급효과 등의 여러 객관적 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 범죄의 고의는 확정적 고의뿐만 아니라 결과 발생에 대한 인식이 있고 그를 용인하는 의사인 이른바 미필적 고의도 포함하므로 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄 역시 미필적 고의에 의하여도 성립"(대법원 2014. 3. 13., 선고, 2013도12430, 판결)한다고 하여 허위 성에 대한 인식, 고의에 대한 증명책임을 다소 완화하고 있는 듯이 보인다는 점을 고려한다면 가별성 있는 행위에 대한 형사적 제재는 충분히 이루어질 수 있다고 할 것이다.

#### 다. 형법 제310조 위법성 조각 조항의 유지 및 수정

위에서 언급한 바와 같이 ‘사생활’이라는 개념이 확장해석될 우려가 있고, 또한 개인의 사생활의 비밀과 관련된 정보라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당하여 공익 목적으로 공표가 이루어질 수 있다. 예를 들면 공적 인물의 자질·도덕성·청렴성 등의 판단을 위하여 간통, 성희롱, 범죄 전과, 재산상황, 가족 문제에 대한 대처 등을 적시하는 경우다. 따라서 이러한 경우를 형사처벌 대상에서 배제하기 위하여 위법성 조각을 명시한 현행 규정을 유지할 필요가 있다.<sup>21)</sup>

한편, 개정 제안안에서는 형법 제310조로 위법성이 조각되는 경우로써 ‘진실이라고 믿은 상당한 이유가 있는 경우’를 포함하고, ‘오로지 공공의 이익의 관한 때’에서 ‘오로지’를 삭제하고 있는데, 이는 이미 다음과 같이 축적된 판례의 해석을 법문언에 명시하고자 함이다.

“형법 제310조는 ... 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의 자유의 보장이라는 상충되는 두 법의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 이들 두 법의 간의 조화와 균형을 고려한다면, 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다. 그리고 이 경우에 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지의 여부는 그 사실 자체의 내용과 성질에 비추어 객관적으로 판단하여야 할 것이고, 행위자의 주요한 목적이 공공의

21) 정보통신망법 제70조의 경우에는 ‘사람을 비방할 목적’에 대하여 판례가 “가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다. (대법원 2000. 2. 25., 선고, 98도2188, 판결)”는 판시를 유지하고 있어 공익 목적의 적시의 경우에는 구성요건 해당성부터 배제하고 있으므로, 위법성 조각 사유를 따로 명시할 필요는 없을 것으로 보인다.

이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적인 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수는 없다고 할 것이다”(대법원 1993. 6. 22., 선고, 92도3160, 판결 등)

#### 라. 반의사불법죄에서 친고죄로 개정

현재 형법 제307조, 제309조와 정보통신망법 제70조의 명예훼손죄는 반의사불법죄로 규정되어 있다. 반의사불법죄는 피해자의 고소가 없더라도 수사기관이 수사에 착수할 수 있다는 점에서 친고죄보다 형벌권의 발동 시기를 앞당겨 위축효과를 더 신속하고 광범위하게 불러올 수 있어 공적 인물에 대한 비판적 여론을 위축시키기 위해 정치적으로 남용될 수 있는 위험을 매우 크게 안고 있다. 독일, 일본의 경우에도 친고죄로 규정하고 있는 명예훼손죄가 왜 우리나라에서만 반의사불법죄로 규정된 것인지 명확한 유래를 찾을 수 없으나, 인격권이라는 개인적 법익을 보호하기 위한 명예훼손 법제의 취지에 맞도록 친고죄로 개정하는 것이 타당할 것이다.

#### 마. 징역형의 폐지

명예훼손의 비범죄화는 국제적 기준으로 자리잡고 있으며, 세계 각국은 명예훼손죄를 폐지하는 추세다. 유럽평의회(Council of Europe)는 표현의 자유가 민주주의의 근간을 이루는 매우 중요한 기본권인 점을 강조하여 2001년 이후 여러 차례에 걸쳐 회원국들에게 명예훼손의 비형사범죄화를 촉구해 왔으며, 명예훼손에 대하여는 형벌보다는 민사상 손해배상으로 대응하는 것이 바람직하고, 특히 명예훼손에 대해 징역형을 부과하는 형사법 규정은 폐지되어야 한다고 권고하였다. 이에 따라 유럽평의회 회원국들은 형사법에 규정된 명예훼손죄를 폐지하거나 대폭 축소하였고 실제 적용에 있어서도 매우 제한적으로 운용하고 있다.<sup>22)</sup> UN 인권위원회는 UN 자유권 규약에 관한 논평<sup>23)</sup>에서, 국가는 명예훼손의 비형사범죄화를 고려하여야 하며, 형사처벌 규정이 있다고 하여도 이는 가장 심각한 사안들에만 적용되어야 하고, 징역형은 어떠한 경우에도 적정한 형이 될 수 없다고 선언하였다<sup>24)</sup>. 이 UN 자유권 규약은 우리나라로 1990년 4월 비준하여 1990년 7월부터 법률과 동일한 효력으로

22) 한국형사정책연구원, 「사실적 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구」, (2018. 10.)

23) UN Human Rights Committee, “International Covenant on Civil and Political Rights, General comment No. 34” (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011

24) General comment No. 34, para. “47. &States parties should consider the decriminalization of defamation and, in any case, the application of the criminal law should only be countenanced in the most serious of cases and imprisonment is never an appropriate penalty.”

## 형법 신·구조문대비표

국내에 적용되는 규약으로써 이를 준수할 의무가 있다. 이는 2015년 유엔 자유권 규약 위원회<sup>25)</sup>와 2010년 UN 표현의 자유 특별보고관<sup>26)</sup>의 한국 정부에 대한 권고에서도 다시 강조되었다. 또한 위 논평과 특별보고관 보고서 모두 모욕죄와 같이 사실적 주장이 없는 의견 표명에 대하여는 형사처벌이 이루어져서는 안 된다는 점도 강조하고 있다<sup>27)</sup>.

우리나라의 현행 명예훼손죄와 모욕죄는 징역형을 포함하여 상당히 무거운 형벌을 규정하고 있으며, 재판 전 구속이 이루어지는 경우도 있다. 이는 개인의 평판과 명예를 중요시하고 이를 침해하는 행위의 가별성을 높게 평가하는 사회·문화적 인식에 기초하고 있는 것으로 보여 사회적 논의가 더 필요한 부분이겠으나, 위와 같은 국제인권기준과 국제사회의 권고, 세계적 흐름을 고려하여 징역형 폐지의 적극적인 검토를 더 이상 미뤄서는 안 된다고 할 것이다. <끝>

| 현 행   | 개 정 안  |
|---|--|
| <p>第307條(名譽毀損) ①公然히 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 2年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 500萬원 以下の 罰金에 處한다.<br/>           ②公然히 虛偽의 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 5年 以下の 懲役, 10年 이하의 資格停止 또는 1千萬원 이하의 罰金에 處한다.</p> <p>第308條(死者의 名譽毀損) 公然히 虚偽의 事實을 摘示하여 死者の 名譽를 毀損한 者는 2年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 500萬원 以下の 罰金에 處한다.</p> <p>第309條(出版物等에 依한 名譽毀損) ① 사람을 謗謗할 目的으로 新聞, 雜誌 또는 라디오 其他 出版物에 依하여 第307條第1項의 罪를 犯한 者는 3年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 700萬원 以下の 罰金에 處한다.<br/>           ② 第1項의 方法으로 第307條第2項의 罪를 犯한 者는 7年 以下の 懲役, 10년 이하의 資格停止 또는 1千500萬원 이하의 罰金에 處한다.</p> <p>第310條(違法性의 阻却) 第307條第1項의 行爲가 真實한 事實로서 <u>오로지</u> 公共의 利益에 關한 때에는 處罰하지 아니한다.</p> <p>第311條(侮辱) 公然히 사람을 侮辱한 者는 1年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 200萬원 以下の 罰金에 處한다.</p> <p>第312條(告訴와 被害者의 意思) ① 第308條와 第311條의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다.<br/>           ② 第307條와 第309條의 罪는 被害者의 明示한 意思에 反하여 公訴를 제기할 수 없다.</p> | <p>제307조 (명예훼손) ① 공연히 타인의 사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다.<br/>           ② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 사람은 <u>10년 이하의 자격정지</u> 또는 <u>1천만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>제308조(사자의 명예훼손) 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 사람은 <u>500만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>제309조(출판물등에 의한 명예훼손) ① 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 사람은 <u>700만원 이하의 벌금에 처한다.</u><br/>           ② 제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 사람은 <u>10년 이하의 자격정지</u> 또는 <u>1천500만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실이거나 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.</p> <p>제311조(모욕) 공연히 사람을 모욕한 자는 <u>200만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>제312조(고소) ① <u>이 장의 죄는 고소가 있어가 공소를 제기할 수 있다.</u></p> <p style="text-align: right;">&lt;삭 제&gt;</p> |

25) 2015년 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."

26) 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) General Comment 34, para. 47, "Penal defamation laws... should not be applied with regard to those forms of expressions that are not, of their nature, subject to verification."

Frank La Rue (2011) para 27. "With regard to opinions, it should be clear that only patently unreasonable views may qualify as defamatory"

### 정보통신망법 신·구 조문대비표

| 현 행  | 개 정 안  |
|--|--|
| <p>제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.</p> | <p>제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 <u>타인의 사생활의 비밀을 침해하는 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 <u>10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>③ 제1항과 제2항의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.</p> |

김한규 변호사(대한변호사협회)

## 1. 들어가며

표현의 자유는 개인적 인격발현의 요소일 뿐만 아니라 헌법상의 민주적 국가질서를 구성하는 요소이다. 한편, 인격의 자유로운 발현이 가능하기 위해서는 인간이 독자적인 개성을 자율적으로 형성할 수 있는 사생활보호를 필요로 한다. 사실적 명예훼손죄는 우리 헌법이 보호하고 있는 표현의 자유와 개인의 사생활보호가 충돌하는 지점에 국가형벌권이 작동하는 형태다. 사실적 명예훼손죄 개정방향은 위 두 기본권 모두가 소홀히 됨이 없이 진행될 것이 요청된다는 전제하에 발제문에 대한 의견을 개진하도록 하겠다.

## 2. 발제문에 대한 의견

### 가. ‘사생활의 비밀을 침해하는 사실’로의 개정 및 310조 수정

형법은 적시된 사실이 진실한 사실이고, 사실의 적시가 오로지 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 위법성조각사유로 규정하고 있다. 대법원은 사적 행동에 관한 사실이라도 공공의 이익에 포함한다. 그런데 실무에서는 사실적시의 경우에도 어떤 경우에 공공의 이익이 있는지에 판단이 명확하지 않다. 따라서 미투, 내부고발 등의 경우에도 일단은 수사기관의 수사를 받게 되며, 이는 당사자들에게 커다란 고통을 줄뿐만 아니라, 특히 공적인물이나 조직의 비위에 대한 폭로를 위축시킬 우려도 있다.

이 점에서 ‘명예’를 ‘타인의 사생활의 비밀을 침해’로 개정하는 방향에 대해 찬성한다. 병력·전과 등과 같이 개인의 내밀한 영역은 함부로 침해되어서는 안 되며, 민사적 구제수단이 상당히 미흡한 현실인 점을 고려하면 최소한의 보호범위에서 형벌규정은 존치시킬 필요가 있다.

또한 형법 제310조 수정안은 기존의 대법원 판례입장을 관철시킨 것이므로 역시 찬성한다.

### 나. 친교죄로 개정

명예훼손에 대해 피해자도 아닌 자(또는 단체)의 ‘고발’은 실제로 빈번하게 이루어지고 있다. 대개 정치적 내지 사회적 의도 하에 고발이 이루어지는 경우가 다수며,

이는 범죄피해자의 의사가 고려되지 않을 뿐만 아니라 수사당국의 수사력 낭비까지 초래되어 개선될 필요가 있다. 따라서 현행 반의사불벌죄에서 친고죄로 개정하는 방향에 대해 찬성한다.

#### 다. 징역형의 폐지

사실적시 명예훼손죄는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다. 그러나 실무에서 이 죄만으로 구속되거나 실형을 선고받는 경우는 거의 찾아보기 힘들다. 대부분 벌금이나 기소유예처분에 그치는 것으로 알고 있다.

그러나 현실적으로 징역형이 선고되지 않는 것과 징역형을 폐지하는 것은 다른 문제다. 예컨대, 발제문대로 타인의 사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시한 경우로 개정된다고 할 경우, 동일한 피해자에 대해 이런 범죄를 반복해서 저지른 자에 대해 법원이 처벌할 수 있는 형벌의 최대치는 벌금 500만원이다. 이는 민사적 구제수단이 미흡한 현실에서 헌법이 보장하는 개인의 사생활비밀 보장을 국가가 사실상 방기하는 것과 마찬가지다. 징벌적 손해배상과 상습범을 신설해서 징역형을 두지 않는 한, 본죄의 징역형 폐지는 선부른 감이 있다고 생각한다.

### 3. 마치며(징벌적 손해배상도입 요망)

“우리나라는 현재 인터넷 이용이 상당히 보편화됨에 따라 정보통신망을 이용한 명예훼손범죄가 급증하는 추세에 있고, 인터넷 등 정보통신망을 이용하여 사실에 기초하더라도 왜곡된 의혹을 제기하거나 편파적인 의견이나 평가를 추가로 적시함으로써 실제로는 허위의 사실을 적시하여 다른 사람의 명예를 훼손하는 경우와 다를 바 없거나 적어도 다른 사람의 사회적 평가를 심대하게 훼손하는 경우가 적지 않게 발생하고 있고, 이로 인한 사회적 피해는 심각한 상황이다.”

인터넷상 사실적시 명예훼손죄에 대한 합헌결정 속에 담긴 헌법재판관 다수의견의 목소리다.(2013헌바105 등 결정)

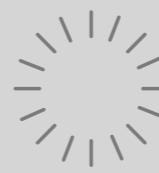
그러나 법조실무에서는 형벌의 위하력도 그다지 크지 않을 뿐만 아니라, 민사실무에서 허위사실적시 명예훼손의 경우도 인정되는 손해배상액수가 높지 않다. 특히 개인보다 범죄피해정도가 중대한 언론의 경우도, 지난 10년 간 언론 보도 이후 명예

훼손을 주장하며 언론사를 상대로 민사소송을 제기하여 일부라도 승소한 경우의 인용 액 평균은 1,946만 4,000원에 불과하다.<sup>1)</sup>

「사실적시 명예훼손죄」 개정도 중요하지만, 명예훼손으로 인한 손해배상소송에 있어서 피해자의 구제와 명예훼손행위의 방지를 위해서는 「징벌적 손해배상제도」를 도입해야 할 필요성이 더욱 크다고 생각한다. 21대 국회의 분발을 기대한다.

1) “언론사 징벌적 손해배상 도입 현실 가능성은” 2020. 5. 20. 자 미디어오늘 인용.

토론



## 사실 적시 명예훼손죄 개정방향

윤해성 선임연구위원(한국형사정책연구원)



## 사실 적시 명예훼손죄 개정방향 토론

윤해성 선임연구위원(한국형사정책연구원)

우리형법은 진실한 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 행위에 대해서 처벌하는 규정을 가지고 있다. 어렸을 때부터 우리는 거짓말을 하지 말라....진실을 말하라고 교육을 받아왔었다. 그리고 헌법에서도 기본권으로 표현의 자유와 알권리를 보장하고 있다. 그런데 형법에서는 사실을 적시하면 처벌하는 규정이 있어 헌법과 상충하는 결과를 보이고 있다. 세계적으로도 허위의 사실을 말하면 처벌하고 있지만 진실한 사실을 말했을 때 처벌한다는 것은 그 자체가 모순이라고 할 수 있으며 우리가 그 동안 교육을 받아온 현실과 비추어 볼 때 상당한 괴리가 있다고 볼 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 권리이다. 이에 민주주의에서는 표현의 자유를 헌법상의 권리로 보장하고 있다.

### 형법상 보충성 원칙 고려

형벌은 국가가 국민에게 가할 수 있는 가장 강력한 법적 규제이므로 형법에서는 형벌은 맨 마지막이라는 최후수단성의 원칙을 고수하여 왔다. 그런데 사실을 말하는 것이 과연 형법이 개입해야 할 문제인지는 다시 한번 고려해보아야 할 것이다. 왜냐하면 형법상 명예훼손죄는 해석상 추상적 위험범으로 파악하고 있어 형벌권의 발동 시기가 자치 민법의 개입시기보다 빠라질 수 있으며, 그 결과 수사기관의 개입이 빨라져 표현의 자유가 위축될 우려 역시 존재한다. 이러한 점에 비추어 볼 때 사실 적시 명예훼손죄 규정은 형법보다는 민법에서 다루는 것이 타당하며 최후수단성을 고려해 볼 때 형법에서는 불법적인 행위태양인 허위사실을 적시했을 경우에 투입하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다.

## 판례의 태도

대법원 및 헌법재판소의 판례를 검토한 결과, 사실적시의 명예훼손과 관련해서 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. 따라서 공공의 이익에 관한 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적이 부인된다는 것이고 비방할 목적이 인정되면 공익성이 부정된다는 논리인데 이러한 비양립적인 이분법적인 관점은 결코 이해하기 어렵다. 예컨대 비방할 목적과 공공의 이익이 항상 상반되는 관계에 있지 않음을 고려하고 서로 존재할 수 있으므로 이러한 대법원의 설시만으로 공익성과 비방할 목적이 가지고 있는 불명확성이 해소된다고 보기 어렵다. 이러한 이유로 인하여 ‘비방할 목적’이 있는지 여부에 대한 판단을 전적으로 법관의 주관적인 판단에 의존하게 된다는 문제점이 발생한다.

## 비교법적 검토

독일의 경우, 진실한 사실을 말하면 대부분 처벌하지 않는다. 다만, 독일은 타인을 경멸하거나 또는 세평을 저하시키기에 적합한 사실을 주장하거나 유포한 자는 사실이 증명할만한 진실이 아닌 경우에 처벌하고 있다. 즉 허위사실을 유포했을 경우에 형법이 개입하고 있다. 그렇지만, 적시된 사실이 진실임을 증명한 경우 처벌되지 않는 구조를 보이고 있다.

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 면책되거나 징역형이 존재하지 않는다.

일본은 사실을 적시한 경우 우리보다 비교적 높은 처벌규정을 두고 있지만 위법성조각사유에서 공공성 여부를 판단 후에 오로지 사실여부를 판단하여 진실하다는 것을 증명하면 처벌하지 않는 구조이다. 다시 말해서 일본은 사실을 적시한 경우 공공의 이해로 보아 표현의 자유를 폭넓게 보장하고 있지만 고소가 있을 경우에 한해서 공공성을 전제로 사실여부를 판단하여 진실하다는 것을 증명하면 처벌하지 않고 있는 구조이다. 이처럼 일본은 형법상 명예훼손죄를 친고죄로 규정하여 공소가 제기 전에는 공공의 이해로 보아 범죄의 성립이 부정되나 공소가 제기된 경우에 비로소 공공성과 사실여부를 판단하여 진실이면 처벌을 하고 있지 않는 구조를 보이고 있다.

이에 반해 우리나라의 경우 반의사불벌죄로 규정하고 있어 당사자의 고소 없이도 수사기관이 개입할 수 있으므로 표현의 자유가 침해될 우려가 크며, 위법성조각사유에서도 일본과 반대로 수사기관이 사실여부를 판단 후에 오로지 법원이 공익성을 판단한다는 점에서 표현의 자유의 침해가 매우 크다고 볼 수 있다. 더구나 판례상 공익성의 판단이 애매하기 때문에 판사의 자의적인 판단으로 이어질 수 있으며 비방할 목적과 공익성은 이분법적인 판단이 아니라 양립할 수 있기 때문에 현재의 이분법적인 시각에서는 공익성을 판단하는데 있어 많은 문제점이 발견 될 수밖에 없다.

결국 독일과 일본은 당사자가 진실한 사실을 입증하거나 증명되었을 경우에 처벌을 하지 않는 구조로 표현의 자유를 보장하겠다는 측면이 강하다고 볼 수 있다. 반면, 우리나라는 (수사기관의) 진실한 사실을 전제로 (법원이) 공익성 증명여부를 판단하므로 오히려 표현의 자유가 제한되는 기인한 법 형태를 가지고 있는 셈이다.

## 명예훼손죄의 개정방향

헌법상 표현의 자유와 알권리를 보장하기 위해서는 사실의 적시행위는 범죄 구성 요건요소로 규정하지 말아야 한다. 그리고 사실일 경우에 한해서 범죄가 성립하지 않는 구조가 바람직하다. 가령, 독일과 일본과 같이 사실을 증명하거나 입증했을 때 처벌을 받지 않는 구조가 되어야 한다. 독일은 이를 위해서 먼저 사실의 적시행위를 중립적인 위치에 배치하고자 범죄구성요건에 사실적시라는 행위태양이 아예 없다. 일본은 사실적시 행위가 범죄구성요건 표지에 있으나 위법성 조각사유에서 진실한 사실임을 입증하면 위법성이 조각되는 구조이다. 독일이나 일본 모두 표현의 자유에 충실하려는 입법적 의도가 법 규정에 녹아있는 것을 알 수 있다. 이는 곧 표현의 자유를 보장하기 위한 전제조건으로 진실한 사실을 적시하는 것은 국민이 누려야 할 기본권이기 때문에 사실적시행위표지는 불법성이 없다는 전제하에서 설정하고 있는 것이며 이러한 형태가 표현의 자유를 보장하기 위해 바람직한 모델로 평가할 수 있다. 또한 전 세계적으로 명예훼손죄를 비범죄화하거나 비구금형 내지 손해배상이라는 민사적 제재를 취하는 현실을 볼 때, 과연 사실을 적시했을 경우에 형벌 수단을 투입하는 것이 타당한지는 여전히 의문이다.

우리형법은 진실한 사실을 적시하는 행위를 금지하는 구성요건으로 규정하고 있는데, 거기다가 추상적 위험범의 형태이며, 반의사불벌죄로 규정하고 있는 것을 알 수 있다. 추상적 위험범 형태라는 것은 법익침해 전 단계이므로 가별성의 범주를 앞당길수 있으므로 이는 곧 표현의 자유의 침해를 의미할 수 있고, 반의사불벌죄의

규정이라면 사실적사 행위는 경미한 범죄가 아니고 사회 유해성 또는 불법의 정도가 높은 범죄라는 것을 의미한다고 볼 수 있으므로 결국 불법성이 없는 진실한 사실을 적시하는 경우에도 불구하고 반의사불법죄로 규정하는 것은 헌법상 보장하고 있는 표현의 자유와 국민의 알권리에 정면으로 배치되는 입법이라고 평가할 수 있다.

더구나 우리 형법에서는 사실을 적시하는 행위를 범죄의 구성요건으로 규정하고 있기 때문에 사실을 말하면 처벌되는 기이한 구조로 표현의 자유를 제한하거나 위축시키는 구조이다. 문제는 판례상 공익성의 범위가 포괄적이라는 점, 아울러 공연성(전파가능성) 역시 포괄적이고 모호하다는 점, 비방할 목적이 인정(부정)되면 공익성이 부정(인정)되는 비양립론적인 이분법적인 시각을 가지고 있다는 점 등을 고려해 본다면 법적 예견가능성을 담보할 수 있는 판단기준은 더욱더 애매해진다는 점이다.

따라서 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 일본과 같이 친고죄로 하되, 고소가 있기 전까지는 공공의 이해로 보아 표현의 자유를 보장하고, 고소가 있는 경우에 한하여 공익성 여부를 판단한 다음 당사자가 진실한 사실임을 입증했을 경우에 위법성이 조각되는 방향으로 개정하는 것이 표현의 자유를 보장하는 방안이라고 볼 수 있다.

장철준 교수(단국대학교 법과대학)

MEMO



---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



MEMO

---

[View Details](#) | [Edit](#) | [Delete](#)

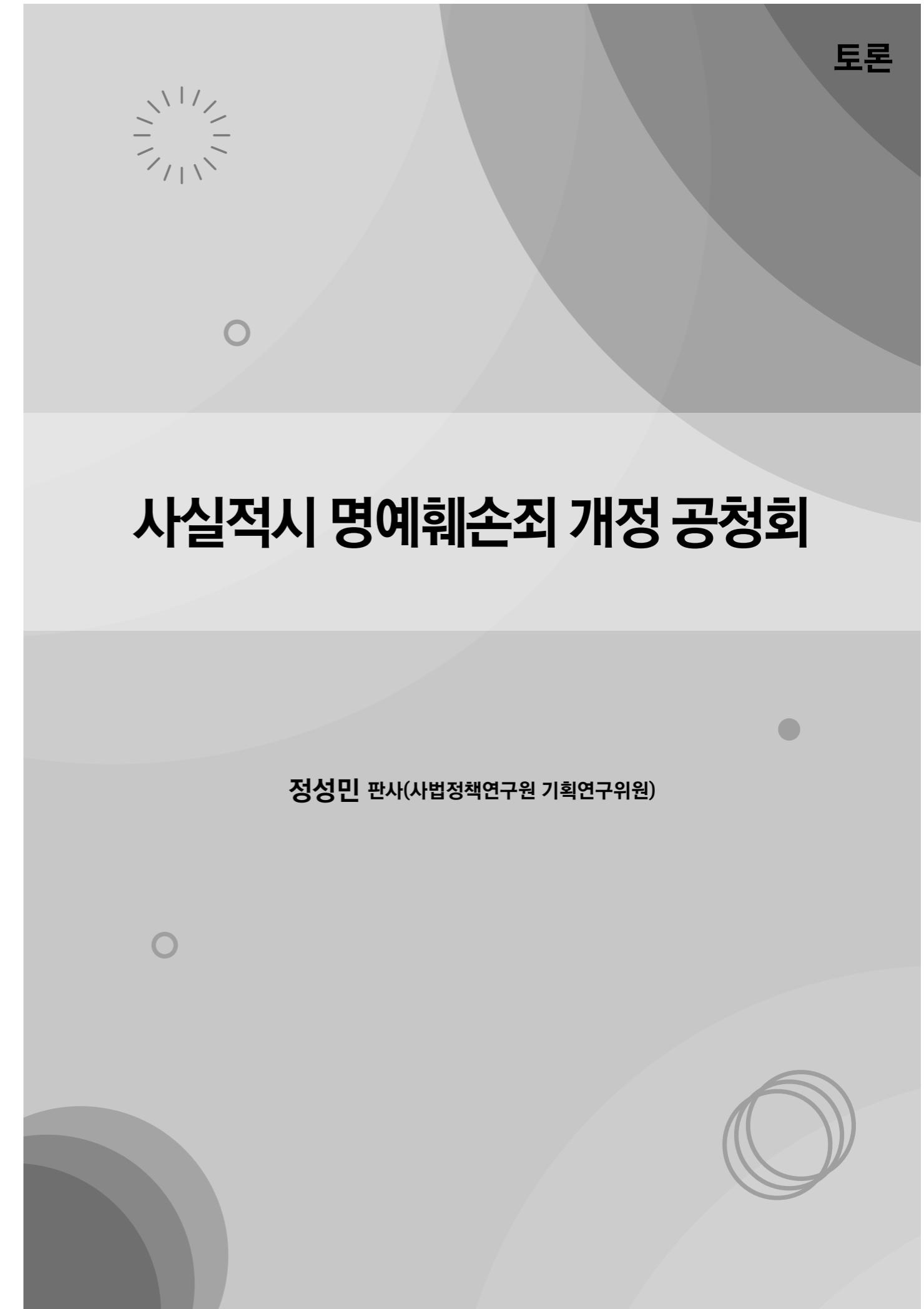
---

Digitized by srujanika@gmail.com

.....

.....

토론





## 사실적시 명예훼손죄 개정 공청회 토론문

2020. 7. 28.

사법정책연구원 기획연구위원/판사 정성민

## 1. 명예훼손 범죄군 쳐별 현황

가. 5년간(2013~2017년) 징역형 선고 피고인 수<sup>1)</sup>

(조사 대상 사건: 334건, 단위: 명)

|              | 형법  | 출판물 | 정보통신망법 | 군형법 | 합계(비율)     |
|--------------|-----|-----|--------|-----|------------|
| 사실적시 명예훼손    | 14  | 3   | 4      | 0   | 21(6.3%)   |
| 허위사실 적시 명예훼손 | 66  | 2   | 70     | 1   | 139(41.6%) |
| 사자명예훼손       | 1   | -   | -      | -   | 1(0.3%)    |
| 모욕           | 143 | -   | -      | 30  | 173(51.8%) |
| 합계           |     |     |        |     | 334(100%)  |

나. 집행유예 비율<sup>2)</sup>(2017년 형사 제1심 집행유예율은 67.6%<sup>3)</sup>)

|                 | 형법   | 출판물        | 정보통신망법  | 군형법       | 합계         |
|-----------------|------|------------|---------|-----------|------------|
| 사실적시<br>명예훼손    | 실형   | 1(7.1%)    | 0(0%)   | 0(0%)     | 1(4.8%)    |
|                 | 집행유예 | 13(92.9%)  | 3(100%) | 4(100%)   | 20(95.2%)  |
| 허위사실 적시<br>명예훼손 | 실형   | 11(16.7%)  | 0(0%)   | 12(17.1%) | 0(0%)      |
|                 | 집행유예 | 55(83.3%)  | 2(100%) | 58(82.9%) | 1(100%)    |
| 사자명예훼손          | 실형   | 0(0%)      | -       | -         | 0(0%)      |
|                 | 집행유예 | 1(100%)    | -       | -         | 1(100%)    |
| 모욕              | 실형   | 42(29.4%)  |         | 2(6.7%)   | 44(25.4%)  |
|                 | 집행유예 | 101(70.6%) |         | 28(93.3%) | 129(74.6%) |
| 합계              | 실형   |            |         |           | 68(20.4%)  |
|                 | 집행유예 |            |         |           | 266(79.6%) |

1) 양형위원회, “전문위원 업무보고”, 2018. 9. 10.(제89차 정기회의), 4-5.

2) 양형위원회, “전문위원 업무보고”, 2018. 9. 10.(제89차 정기회의), 7-8.

3) 32.4% = 집행유예 82,657명/(실형 39,527명 + 집행유예 82,657명)(법원행정처, 2018 사법연감, 598).



## 2. 독일의 사례

### 가. 2018년 형사사건 통계<sup>4)</sup>

|                       | 자유형 실형       | 자유형 집행유예                    | 벌금형 <sup>5)</sup> | 합계            |
|-----------------------|--------------|-----------------------------|-------------------|---------------|
| 전체 범죄                 | 33,242(5.1%) | 69,504(10.6%) <sup>6)</sup> | 550,312(84.3%)    | 653,058(100%) |
| 제14장 모욕 <sup>7)</sup> | 406(1.7%)    | 672(2.9%) <sup>8)</sup>     | 22,155(95.4%)     | 23,233(100%)  |

### 나. 사적기소 대상

- 독일 형법 제14장 모욕에 관한 죄는 사적기소 대상임(형법 제194조 제4항에 규정된 정치단체에 대한 것은 제외)(독일 형사소송법 제374조 제1항 제2호)
- 따라서 공적 이익이 있는 경우에만 검사가 공소를 제기할 수 있음(독일 형사소송법 제376조)
- 이는 모욕에 관한 죄로 기소되는 사람이 적은 원인 중의 하나로 추정되고 있음<sup>9)</sup>

### 다. 독일 형법 제186조 비방(명예훼손)죄의 구성요건

#### 독일 형법 제186조 비방(명예훼손)(Üble Nachrede)

타인에 대한 관계에서 그를 경멸하거나 세평을 저하시키기에 적합한 사실을 주장 또는 유포한 자는, 이러한 사실이 증명할 수 있는 진실이 아닌 경우에는 1년 이하 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히 또는 문서의 반포(제11조 제3항)를 통해 이루어진 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

#### ■ 타인을 경멸하거나 세평을 저하시키기에 적합한 사실

- 주장 또는 유포한 사실은 관련된 자를 경멸하거나 그자의 세평을 저하시키기에 적합하여야 함<sup>10)</sup>

4) Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafverfolgung 2018(Fachserie 10 Reihe 3), Statistisches Bundesamt (2019), 164–165, 202.

5) 자유형과 병과형인 경우 제외.

6) 자유형을 선택한 경우 집행유예 비율 67.6%.

7) 독일 형법 제185조 내지 제200조.

8) 자유형을 선택한 경우 집행유예 비율 62.3%.

9) MüKoStGB/Regge/Pegel, 3. Aufl. 2017, StGB Vor. § 185 Rn. 65.

10) MüKoStGB/Regge/Pegel, 3. Aufl. 2017, StGB § 186 Rn. 14.

- 적합하기만 하면 되고 실제 결과 발생은 요하지 않음(추상적 위험법)<sup>11)</sup>

#### ■ 증명할 수 있는 진실이 아닌 사실

- 주장 또는 유포한 사실이 진실임이 증명되면 처벌하지 않음<sup>12)</sup>
- 이 요건의 체계적 위치(구성요건인지 객관적 처벌조건인지)에 대해서는 견해의 대립이 있음<sup>13)</sup>

### 라. 독일 형법 제187조 중상(허위사실 적시 명예훼손)죄의 구성요건

#### 독일 형법 제187조 중상(허위사실 적시 명예훼손)(Verleumdung)

타인에 대한 관계에서 확실한 인식에 반하여 그를 경멸하거나 세평을 저하시키거나 그의 신용을 위해하기에 적합한 허위의 사실을 주장 또는 유포한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히 집회에서 또는 문서의 반포(제11조 제3항)를 통해 이루어진 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

#### ■ 허위의 사실

- 제186조와의 차이<sup>14)</sup>

#### ■ 확실한 인식에 반하여

- 주장 또는 유포하는 사실이 허위라는 점이 행위자에게 확실해야 함<sup>15)</sup>

11) MüKoStGB/Regge/Pegel, 3. Aufl. 2017, StGB § 186 Rn. 15.

12) MüKoStGB/Regge/Pegel, 3. Aufl. 2017, StGB § 186 Rn. 24.

13) MüKoStGB/Regge/Pegel, 3. Aufl. 2017, StGB § 186 Rn. 24–29.

14) MüKoStGB/Regge/Pegel, 3. Aufl. 2017, StGB § 187 Rn. 8.

15) MüKoStGB/Regge/Pegel, 3. Aufl. 2017, StGB § 187 Rn. 10.



### 3. 제20대 국회에서의 개정 논의

가. 형법 일부개정법률안(이찬열의원 대표발의)(의안번호 1090)<sup>16)</sup>

#### ■ 주요 내용

- 제307조 제1항: ‘사실’ → ‘사생활의 비밀을 침해하는 사실’<sup>17)</sup>
- 법정형에서 징역·금고형 삭제
- 제309조 제1항: ‘사람을 비방할 목적으로’ 삭제
- 제310조: ‘오로지’ 삭제
- 제311조(모욕) 삭제
- 반의사불별죄 → 친고죄

#### ■ 신·구조문대비표

| 현 행   | 개 정 안   |
|---|---|
| <p>第307條(名譽毀損) ①公然하 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 2年 以下의 懲役이나 禁錮 또는 500萬원 以下의 罰金에 處한다.</p> <p>②公然히 虛偽의 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 5年 以下의 懲役, 10年 이하의 資格停止 또는 1千萬원 이하의 罰金에 處한다.</p> <p>第308條(死者의 名譽毀損) 公然히 虛偽의 事實을 摘示하여 死者の 名譽를 毀損한 者는 2年 以下의 懲役이나 禁錮 또는 500萬원 以下의 罰金에 處한다.</p> <p>第309條(出版物等에 依한 名譽毀損) ① 사람을 謹謗할 目的으로 新聞, 雜誌 또는 라디오 其他 出版物에 依하여 第307條第1項의 罪를 犯한 者는 3年 以下의 懲役이나 禁錮 또는 700萬원 以下의 罰金에 處한다.</p> <p>② 第1項의 方法으로 第307條第2項의 罪를 犯한 者는 7年 以下의 懲役, 10年 이하의 資格停止 또는 1千500萬원 이하의 罰金에 處한다.</p> <p>第310條(違法性의 阻却) 第307條第1項의 行爲 가 真實한 事實로서 오로자 公共의 利益에 關한 때에는 處罰하지 아니한다.</p> <p>第311條(侮辱) 公然히 사람을 侮辱한 者는 1年 以下의 懲役이나 禁錮 또는 200萬원 以下의 罰金에 處한다.</p> <p>第312條(告訴와 被害者의 意思) ① 第308條와 第311條의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다.</p> <p>② 第307條와 第309條의 罪는 被害者의 明示한 意思에 反하여 公訴를 제기할 수 없다.</p> | <p>제307조(명예훼손) ① 사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 사람은 500만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 사람은 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>제308조(사자의 명예훼손) 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 사람은 500만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>제309조(출판물등에 의한 명예훼손) ① 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 사람은 700만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 사람은 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.</p> <p>&lt;삭 제&gt;</p> <p>제312조(고소) ① 제307조, 제308조 및 제309조의 죄는 고소가 있어가 공소를 제기할 수 있다.</p> <p>&lt;삭 제&gt;</p> |

16) 임기 만료 폐기.

17) 제307조 제1항에서 ‘공연히’를 삭제한 것은 착오로 보임.



나. 형법 일부개정법률안(유승희의원 대표발의)(의안번호 1558)<sup>18)</sup>

■ 주요 내용

- 제307조(명예훼손) 제1항, 제309조(출판물등에 의한 명예훼손), 제310조(위법성의 조각), 제311조(모욕) 삭제
- 제307조 제2항, 제308조: ‘적시하여’ → ‘허위임을 알면서도 적시하여’ / ‘훼손’ → ‘심각하게 훼손’
- 법정형에서 징역·금고형 삭제
- 반의사불별죄 → 친고죄

■ 신·구조문대비표

| 현 행   | 개 정 안   |
|---|---|
| 제307條(名譽毀損) ①公然히事實을揭示하여 사람의名譽를毀損한者は 2年以下の懲役이나禁錮또는 500萬원以下の罰金에處한다.<br>②公然히虛偽의事實을揭示하여 사람의名譽를毀損한者は 5年以下の懲役, 10년아하의資格停止또는 1千萬원이하의罰金에處한다.                                  | 第307條(名譽毀損) ① <삭 제><br><br>② 허위임을 알면서도 적시하여-----심각하게 훼손-----200만원-----. |
| 제308條(死者의名譽毀損) 公然히虛偽의事實을揭示하여死者의名譽를毀損한者は 2年以下の懲役이나禁錮또는 500萬원以下의罰金에處한다.   | 第308條(死者의名譽毀损) -----허위임을 알면서도 적시하여-----심각하게 훼손-----200만원-----.          |
| 제309條(出版物等에依한名譽毀損) ① 사람을誹謗할目的으로新聞,雑誌 또는 라디오其他出版物에依하여第307條第1項의罪를犯한者は 3年以下の懲役이나禁錮또는 700萬원以下の罰金에處한다.<br>②第1項의方法으로第307條第2項의罪를犯한자는 7年以下の懲役, 10년아하의資格停止또는 1千500萬원이하의罰金에處한다. | <삭 제>   |
| 제310條(違法性의阻却) 第307條第1項의行爲가眞實한事實로서오로지公共의利益에關한때에는處罰하지아니한다.  | <삭 제>   |
| 제311條(侮辱) 公然히 사람을侮辱한者は 1年以下の懲役이나禁錮또는 200萬원以下の罰金에處한다.  | <삭 제>   |
| 제312條(告訴와被害人의意思) ①第308條와第311條의罪는告訴가있어야公訴를제기할수있다.<br>②第307條와第309條의罪는被害人의明示한意思에反하여公訴를제기할수없다.  | 第312條(告訴) ①第307條와第308條-----<br><삭 제>                                    |

18) 임기 만료 폐기.



#### 다. 형법 일부개정법률안(황주홍의원 대표발의)(의안번호 12254)<sup>19)</sup>

##### ■ 주요 내용

- 제303조(업무상위력등에 의한 간음) 제1항: 벌금액 상향(1,500만 원 → 5,000만 원)
- 제307조(명예훼손) 제1항, 제309조(출판물등에 의한 명예훼손) 제1항<sup>20)</sup>, 제310조(위법성의 조각) 삭제

##### ■ 신·구조문대비표

| 현 행  | 개 정 안   |
|--|---|
| 第303條(業務上威力等에 依한 妨淫) ① 業務, 雇傭 其他 關係로 因하여 自己의 保護 또는 監督을 받는 사람에 對하여 偽計 또는 威力 으로써 妨淫한 者는 5年 以下의 懲役 또는 1千500萬원 以下의 罰金에 處한다.<br>② (생 략) | 第303條(業務上威力等에 依한 妨淫) ①<br>-----<br>-----5천만원-----<br>② (현행과 같음) |
| 第307條(名譽毀損) ① 公然히 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 2年 以下의 懲役이나 禁錮 또는 500萬원 以下의 罰金에 處한다.<br>② (생 략)  | 第307條(名譽毀損) <삭 제><br><br>② (현행과 같음)                             |
| 第309條(出版物等에 依한 名譽毀損) ① 사람을 謗謗할 目的으로 新聞, 雜誌 또는 라디오 其他 出版物에 依하여 第307條第1項의 罪 를 犯한 者는 3年 以下의 懲役이나 禁錮 또는 700萬원 以下의 罰金에 處한다.<br>② (생 략)  | 第309條(出版物等에 依한 名譽毀損) <삭 제><br><br>② (현행과 같음)                    |
| 第310條(違法性의 阻却) 第307條第1項의 行爲 가 真實한 事實로서 오로지 公共의 利益에 關한 때에는 處罰하지 아니한다.   | <삭 제>   |

19) 임기 만료 폐기.

20) 형법 제309조 제2항은 ‘제1항의 방법으로 제307조 제2항의 죄를 범한 자는’이라고 하여 제309조 제1항을 준용하고 있는바, 이 법률안이 형법 제309조 제1항을 삭제하면서 같은 조 제2항을 삭제 또는 수정하지 않은 것으로 보임.

#### 4. 이번 개정안 검토

##### 가. 개정안 주요 내용

- 제307조(명예훼손) 제1항: ‘사실’ → ‘사생활의 비밀을 침해하는 사실’
- 법정형에서 징역·금고형 삭제
- 제309조(출판물등에 의한 명예훼손): ‘사람을 비방할 목적으로’ 삭제
- 제310조(위법성의 조각): ‘진실한 사실로서’ → ‘진실한 사실이거나 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우로서’ / ‘오로지’ 삭제
- 반의사불별죄 → 친고죄

##### 나. 검토

###### ■ 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우

- 판례 입장 반영한 개정

대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결  
형법 제310조는 …, 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다.

###### ■ 징역·금고형 삭제

- 벌금형 양형에 큰 영향을 미치지 않을 것인지, 아니면 영향을 미칠 것인지
- 영향을 미친다면 벌금액이 올라갈 것인지(징역형을 선택할 수 없는 것에 대한 반작용), 아니면 내려갈 것인지(법정형이 낮아진 것으로 평가할 수 있으므로)

###### ■ 사생활의 비밀을 침해하는 사실

- 판례·학설 등에 의한 해석론 집적 필요



**MEMO**