

헌 법 소 원 심 판 청 구 서

청 구 인

위 청구인의 대리인 변호사 손 지 원

서울 서초구 서초대로50길 62-9 402호, 법률사무소 이음

전화 : 02-581-1643

청 구 취 지

“형법 제307조 제1항은 헌법에 위반된다.”라는 결정을 구합니다.

침 해 된 권 리

헌법 제21조 표현의 자유

침 해 의 원 인

형법 제307조 제1항

청 구 이 유

1. 이 사건 심판대상조항의 의의 및 해석

이 사건 심판대상은 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자를 형사처벌하도록 규정한 형법 제307조 제1항(이하 ‘심판대상조항’이라 합니다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부입니다.

[심판대상조항]

형법 제307조 (명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

[관련조항]

형법 제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

심판대상조항은 ‘공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자’를 처벌 대상으로 정하고 있습니다. 즉, 심판대상조항은 진실, 허위를 불문하고 사람의 명예를 훼손할만한 사실을 적시한 경우라면 모두 형사범죄를 구성하도록 함으로써, ‘진실한 사실’을 적시한 경우에도 형사처벌 대상에 포함시키고 있습니다.

심판대상조항의 해석과 관련하여, 판례는 ‘공연히’라는 구성요건을 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’로 파악하고 이를 ‘전파가능성’으로 해석하고 있습니다.¹⁾ 또한 본죄는 일반적으로 추상적 위험범으로 해석되고 있으

1) 대법원 1985. 11. 26. 선고 85도2007 판결 등 다수. 이러한 법원의 해석에 대하여는 ‘공연히’라는 요건을 전파가능성으로 이해하는 판례의 입장은 실질적 위법성론과 경미성의 원칙(Geringfügigkeitsprinzip) 내지 현

며, 사람의 명예가 현실적으로 침해되지 않고 단순히 침해의 위험성만 있어도 처벌할 수 있습니다. 즉, 명예를 손상시킬 가능성이 있는 행위만 있어도, 즉 손상을 입기 전 단계에서 명예라는 법익이 침해될 위험성을 인정하고 있는 셈입니다.²⁾ 이와 같은 해석에 따르면, 심판대상조항은 지나치게 광범위하고 포괄적으로 표현의 자유를 제한하고 있습니다.

2. 이 사건 청구의 적법성

청구인은 전 직장의 상사로부터 심한 성적 수치심과 모욕감을 일으키는 성희롱적 발언을 듣고 큰 정신적 충격을 받아 퇴사에 이르게 된 경험이 있는 자입니다. 청구인은 최근 ‘미투 운동’의 효과로 직장 내 만연한 성폭력, 성희롱 문화가 현격히 감소하였다는 사실을 깨닫고, 이에 미투 운동에 동참하여 직장 내 성폭력 문화 근절에 일조하고, 또한 현재까지 지속되고 있을지도 모를 가해 당사자의 직장 내 성희롱으로 인한 제3의 피해를 예방하기 위해, 과거 청구인에게 행한 성희롱 사실을 공개적으로 알리고 이에 대한 반성 및 교정, 사과를 촉구하는 취지의 표현행위를 하고자 하였습니다.

그러나 청구인은 2020. 12. 28. 성폭력 가해사실을 고발했다가 사실적시 명예훼손죄의 유죄 판결을 받은 사례가 있다는 내용의 기사를 통해 청구인 역시 위와 같은 사실을 적시할 경우 이 사건 심판대상조항으로 형사처벌을 받게 될 수도 있음을 알게 되었고, 이에 위와 같이 계획한 표현행위를 실행에 옮기지 못하고 있는 바, 이로써 이 사건 심판대상조항으로 인하여 청구인의 표현의 자유가 직접적으로 침해되고 있습니다.

3. 심판대상조항의 목적 (보호법익)

저성의 원칙(Erheblichkeitsprinzip)의 관점에서 볼 때 문제가 있다는 지적이 있습니다.
2) 한국형사정책연구원, 「사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구」, (2018. 10.)

심판대상조항의 목적(달성하고자 하는 공익)은 사람의 ‘외적 명예의 보호’입니다.³⁾ 심판대상조항의 보호법익인 외적 명예란 사람의 가치에 대한 사회적 평가를 말하며⁴⁾, ‘명예훼손’이란 타인의 사회적 평가를 저하시키는 것을 의미합니다.

그런데 사람에 대한 진정한 사회적 평가는 그 사람에 대한 진실한 정보에 기초하여 비로소 형성되는 것이라 할 수 있으며, 이렇듯 진실한 정보에 기반하여 형성된 사회적 평가는 형법이 보호할만한 법익이라 할 수 있을 것입니다. 그러나, 진실이 드러남으로써 훼손될 수 있는 사회적 평가란 애초에 그 사람이 가질 자격이 없었던 잘못 형성된 사회적 평가, 즉 ‘허명’에 불과합니다.

진실한 사실이 밝혀질 경우에는 종래 형성되어 온 세평은 저하되기도 하지 만 오히려 새로이, 제대로 형성된다고 할 수 있습니다. 가려졌던 진실한 사실이 드러나서 손상될 그 무엇이 있다면, 그것은 그러한 사실에 대한 부지, 은폐를 통해 쌓여진 허명, 즉 잘못 형성된 평판에 불과한 것입니다.⁵⁾ 진실이 베일에 가려진 채 형성된 어떤 사람에 대한 세평은 그 사람의 인격적 가치에 대한 올바른 외부적 평가라고도 말할 수도 없고, 결국 사실적시를 금지함으로써 보호하려는 명예는 진실한 사실에 노출되기 전 단계의 과장된, 왜곡된 명예이므로, 이와 같은 잘못된 평판과 과장된 명예는 진실한 사실의 등장으로 손상을 입는 것이 아니라 바뀌어야 할 허명에 불과하다고 할 것입니다.⁶⁾

3) 일각에서는 심판대상조항이 타인의 사생활의 비밀을 보호하는 기능을 강조하고 있으나, 사생활의 비밀과 자유는 심판대상조항의 보호법익이라고 할 수 없습니다. 심판대상조항의 구성요건이 모든 사실의 적시를 포괄하고 있어 타인의 사생활과 관련한 사실도 포함되어 반사적으로 보호되는 것일 뿐입니다. ‘명예를 훼손한 자’라고 규정하여 명예훼손의 결과를 구성요건으로 하고 있는 이상, 사생활의 비밀과 관련한 내용을 적시했다라도 사람의 사회적 평가를 저하시킬 내용이 아니라면 이 사건 심판대상조항이 적용되지 않기 때문입니다. 따라서 명예를 넘어 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유까지 이 사건 심판대상조항의 보호법익으로 포함할 수는 없다고 할 것입니다.

4) 헌법재판소 2016. 2. 25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 결정

5) 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 102면.

6) 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 103면

박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 국제헌법학회 한국학회,

즉, ‘허명’이란 타인이 자신에 대해 좋은 사실만을 알고 있도록 하기 위해 타인의 입을 막아서 얻어낸 ‘좋은 평판’으로써⁷⁾, 심판대상조항은 이러한 허명을 국민들이 진실된 정보를 공유할 자유를 희생함으로써 보호하고 있는 것인데, 이는 형법으로써 보호할만한 가치가 있는 법익으로 볼 수 없거나, 매우 보호가치가 낮은 법익이라 할 수 있습니다.

진실한 사실의 적시로서 손상을 입는 것은 진정한 사회적 평가나 명예가 아닌 개인의 ‘위신’과 ‘체면’이라 할 수 있으며, 결국 심판대상조항은 명예를 보호한다는 명목으로 위신과 체면을 중시한 전통사회의 문화를 보호하고 있는 것이라고 말해도 과언이 아닙니다.⁸⁾

결론적으로 ‘허명’ 혹은 ‘위신과 체면’은 형법으로써 보호할만한 가치가 있는 법익으로 볼 수 없거나, 매우 보호가치가 낮은 법익이라 할 수 있으며, 이의 손상 또는 (추상적 위협범으로써) 손상될 ‘가능성’만을 가지고 형법적 개입을 인정하고 있는 심판대상조항은 목적의 정당성부터 의심됩니다.

4. 심판대상조항으로 제한되는 기본권

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”라고 규정하고 있습니다. 이 헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있는 표현의 자유는 “자유로운 인격발현의 수단임과 동시에 합리적이고 건설적인 의사형성 및 진리발견의 수단이며, 민주주의 국가의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권”입니다(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001 결정).

2010, 37면.

7) 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 국제헌법학회 한국학회, 2010, 37면.

신평, 명예훼손법, 청림출판, 2004, 313면

8) 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 104면.

즉, 인간이라면 누구나 자유롭게 생각할 권리가 있고, 그 생각을 표현할 자유는 그 사람의 정체성을 발현하는 길이자 가장 기본적인 욕구이므로 표현의 자유는 매우 중대하게 보장되어야 하는 자유권입니다. 또한 표현의 자유는 이러한 표현 주체만의 자유권으로서의 성격을 넘어, 민주주의라는 객관적 사회질서의 근간이 되는 기본권이기도 합니다. 자금지배 원리를 따르는 민주주의는 사회구성원들이 특정 사람, 사물, 가치 등에 대한 정당한 평가를 교환함으로써 공론을 형성하고 그 공론을 통해 오류를 시정할 수 있음을 근간으로 하는데, 표현의 자유는 타인의 알 권리를 보장하는 한편, 이러한 평가 교환, 공론 형성의 역할을 담당하고 있는 기본권이기 때문입니다.⁹⁾

특히 진실한 사실은 자유로운 의사형성과 진실발견의 전제가 되므로, 민주주의 사회에서는 누구나 진실한 사실을 널리 알리거나 자유롭게 표현할 수 있어야 합니다. 이는 타인에 대한 사실도 마찬가지입니다. 타인에 대한 부정적인 진실이 드러나면 ① 진실을 숨김으로 인해 형성될 수 있었던 해당 인물의 긍정적 평가가 깎이거나 ② 해당 인물이 드러난 진실에 관하여 사회로부터 부정적 평가를 받게 됩니다.¹⁰⁾ 이러한 과정은 특정인에 관한 올바른 평가를 형성하고 그 평가를 바탕으로 한 올바른 공론의 장을 형성하도록 합니다.

나아가 타인의 사회적 평가를 저하시키는 표현일지라도 타인의 비위, 과오 사실을 적시하며 비판하는 표현은 행위자로 하여금 자신의 행위를 시정하도록 하여 피해를 구제하거나 제3의 피해를 예방할 수 있고, 또한 다른 사람들에게도 자신의 행위 역시 사회적 감시와 공개적인 비판의 대상이 될 수 있다는 경각심을 심어주어 사회 구성원 각자가 공론장에서 좋은 사회적 평가

9) 류영재, “명예훼손죄에 대한 헌법합치적 해석론과 재판실무의 운용”, 언론과 법 제15권 제1호, 한국언론법학회, 2016, 74면.

10) 류영재, “명예훼손죄에 대한 헌법합치적 해석론과 재판실무의 운용”, 언론과 법 제15권 제1호, 한국언론법학회, 75면.

를 유지하기 위해 각자의 행동을 반추, 교정하도록 만듦으로써 사회 발전에 이바지하는 매우 중요한 기능을 합니다. 헌법이 표현의 자유를 보장하는 이 유가 바로 이러한 민주사회의 순기능이 제대로 작동되도록 하기 위함이라 할 수 있습니다.

사람의 사회적 평가를 형성하는 요소는 그 사람의 행위나 행태, 성격, 지식, 인품, 외모, 능력, 가족관계, 생활태도, 사회적 관계 등 그 범위가 매우 다양하고, 잘못된 행위나 사회적인 문제에 대한 사실의 적시는 그러한 행위를 하거나 문제를 야기한 사람에 대한 부정적인 평가를 수반하게 되므로, 대부분의 비판적이거나 부정적인 사실적시의 표현행위에는 사람의 사회적 평가를 저해하는 내용이 포함되게 됩니다. 그런데 심판대상조항이 타인의 사회적 평가를 저하시킬만한 내용이라면 진실, 허위를 불문하고 형사처벌 대상으로 규정함에 따라, 진실한 사실로서 그에 대한 다양한 의견이 개진되어 자유로운 토론과 논의를 거쳐 해결되어야 할 사안들까지도 심판대상조항의 적용을 받게 됩니다¹¹⁾. 즉, 심판대상조항은 표현의 자유 중에서도 중대하게 보장받아야 할 핵심적인 부분을 제한하고 있는 것입니다.

5. 표현의 자유 제한 법률의 위헌성 심사기준

물론, 표현의 자유 역시 타인의 기본권과 충돌하거나 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 제한할 수 있습니다. 그러나 표현의 자유는 위와 같이 “민주주의의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 우월적 지위를 지니고 있”기 때문에(헌법재판소 1991. 9. 16. 선고 89헌마165 결정), 중대하고 명백한 법익을 보호할 필요가 있을 때 그 제한이 정당화된다고 할 것입니다. 헌법재판소 역시 “표현의 자유는 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치이므로 표현의 자유의

11) 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105, 2015헌바234의 반대의견 참조

사전 제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 한다”고 하여 표현의 자유를 제한하는 법률을 보다 엄격한 기준으로 심사하고 있습니다(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌마47 결정).

6. 과잉금지원칙 위반

가. 침해의 최소성 위반

1) 형사처벌을 규정하고 있는 심판대상조항은 침해의 최소성에 위반됩니다.

가) 입법자는 입법목적 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 합니다(헌법재판소 1998. 5. 28 자 96헌가5 결정). 만일 ‘허명’을 보호하는 것이 정당한 입법목적이라고 할지라도, 표현 주체의 표현의 자유 및 기타 기본권을 가장 최소한으로 제한하는 수단을 택해야 하며, 입법 목적을 달성할 수 있는 다른 덜 제약적인 수단이 있다면 심판대상조항은 침해의 최소성에 위반됩니다.

나) 그러나 우리 법은 표현 행위로 인한 타인의 명예를 보호할 수 있는 충분한 수단을 갖추고 있습니다.

헌법 제21조 제4항에서는 “언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있습니다.¹²⁾ 이에 따라 민법 제750조, 제751조에서는 “타인의 행위로 인해 명예를 침해당한 경우, 피해자는 타인에게 재산상의 손해 및 재산 외 정신적 손해에

¹²⁾ 헌법이 손해배상을 이례적으로 명시한 것은 표현의 자유와 개인의 명예, 인격권이 충돌할 때에는 민사적 해결을 원칙으로 상정하고 있는 것으로도 해석할 수 있는 부분입니다.

대한 배상을 구할 수 있”다고 규정하고 있으며, 손해배상 외에도 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.”고 하여 명예훼손에 관한 특칙을 두고 있습니다(민법 제764조). 나아가, 대법원은 민법이 두고 있는 위 손해배상과 명예회복에 적당한 청구와 같은 ‘사후적’ 구제수단을 넘어 “인격권으로서 명예권에 기초하여 가해자에 대하여 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 구할 수 있다.”고 하여 명문의 규정이 없는 ‘사전적’ 구제수단인 인격권에 기한 침해배제청구권 및 침해금지청구권 및 이에 기한 가처분까지 인정하고 있습니다(대법원 2005. 1. 17. 자 2003마1477 결정). 이러한 민사상 손해배상 및 사전·사후적 구제수단은 행위자에 대한 간접강제 및 일반예방적 효과를 가지고 있습니다.

또한 명예훼손적 표현물이 온라인이나 매체를 통하여 유통되었을 때에는 정보통신망법상의 임시조치 제도¹³⁾, 방송통신심의위원회의 명예훼손 분쟁조정 제도¹⁴⁾, 언론중재법상의 반론보도청구 등¹⁵⁾을 통해 명예 보호가 가능합니다.

-
- 13) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의2(정보의 삭제요청 등)
 ① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 처리한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다.
 ④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 "임시조치"라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.
- 14) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의10(명예훼손 분쟁조정부)
 ① 심의위원회는 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보와 관련된 분쟁의 조정업무를 효율적으로 수행하기 위하여 5명 이하의 위원으로 구성된 명예훼손 분쟁조정부를 두되, 그중 1명 이상은 변호사의 자격이 있는 사람으로 한다.
 ④ 명예훼손 분쟁조정부의 설치·운영 및 분쟁조정 등에 관하여 그 밖의 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- 15) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제16조(반론보도청구권)
 ① 사실적 주장에 관한 언론보도등으로 인하여 피해를 입은 자는 그 보도 내용에 관한 반론보도를 언론사등에 청구할 수 있다.
 ② 제1항의 청구에는 언론사등의 고의·과실이나 위법성을 필요로 하지 아니하며, 보도 내용의 진실 여부와 상관없이 그 청구를 할 수 있다.
 ③ 반론보도 청구에 관하여는 따로 규정된 것을 제외하고는 정정보도 청구에 관한 이 법의 규정을 준용한다.

이처럼 우리 민법과 판례가 개인의 명예 보호를 위한 다양한 사전·사후 구제 수단을 마련하고 있고, 이는 진실을 말한 표현 주체를 형사처벌하는 것보다 표현 주체의 기본권을 덜 제약하는 수단들이라 할 것입니다.

다) 형법은 인신의 자유를 직접적으로 제약할 수 있는 ‘형벌’이라는 가장 강력한 제재를 통한 사회통제 수단이기 때문에 다른 수단에 의해 법익 보호가 불가능하여 그 개입이 필요불가결하다고 판단될 경우에 최후의 수단으로 적용되어야 합니다(형법의 최후수단성, 형법의 보충성 원칙).

헌법재판소 역시 “도덕적으로 비난받을 만한 행위 모두를 형벌의 대상으로 삼는 것은 사실상 불가능하다. 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후의 수단으로 필요 최소한의 범위에 그쳐야 한다.”고 판시한 바 있습니다(헌법재판소 2015. 2. 26. 결정, 2009헌바17). 또한 형법이 보호하는 법익은 “인간실존의 가장 근본적인 가치임과 동시에 인간의 구체적이고 현실적인 사회생활에 필요한 가치”여야 합니다.¹⁶⁾

그런데 ‘허명’을 보호하기 위한 민사상의 손해배상이나 다른 경미한 수단이 있음에도, 진실한 사실을 적시하는 행위에 대해 형벌을 규정한 심판대상조항은, 표현 주체의 표현의 자유 및 기타 기본권을 ‘최대’한으로 제한하고 있는 수단이라 할 수 있으며¹⁷⁾, 이는 침해의 최소성을 명백히 위반하고 있습니다.

라) 나아가 오늘날 세계적으로 명예훼손죄를 비범죄화하거나 최소한 비구금 형으로 하고 있음은 명예보호를 위해 형벌 이외에 다른 수단, 즉 손해배상이라는 민사적 제재가 보다 효과적임을 인정하는 것이라고 할 수 있습니다.¹⁸⁾

16) 헌법재판소 2015. 2. 26. 결정, 2009헌바17 재판관 김이수의 위헌의견 중

17) 김준호, “형법 제307조 제1항의 비범죄화에 관한 소고-대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2138 판결에 관하여-”, 공익과 인권 제4권 제2호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2007, 106면.

18) 한국형사정책연구원, 「사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구」, (2018. 10.)

미국에서 명예훼손은 대부분 민사적인 방법에 의하여 해결되고 있고, 일부 주는 명예훼손에 관한 형사처벌 규정을 두고 있으나, 실제 적용되는 예는 거의 없으며, 실제로 적용되는 사례에서도 허위의 사실에 대하여만 명예훼손 책임이 인정되고 진실한 사실은 면책됩니다. 독일에서도 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실임을 입증하지 못하거나 허위인 경우에 성립되므로, 진실한 사실을 적시한 경우에는 명예훼손죄가 성립되지 않습니다(독일 형법 제186조, 제187조).

국제사회의 명예훼손 비범죄화 권고는 명예훼손 행위에 대한 형사처벌은 침해의 최소성에 위반된다는 메시지를 담고 있습니다. 유럽평의회(Council of Europe)는 표현의 자유는 민주주의의 근간을 이루는 매우 중요한 기본권임을 강조하여 2001년 이후 여러 차례에 걸쳐 회원국들에게 명예훼손의 비형사범죄화를 촉구해 왔습니다. 명예훼손에 대하여는 형벌보다는 민사상 손해배상으로 대응하는 것이 바람직하고, 특히 명예훼손에 대해 징역형을 부과하는 형사법 규정은 폐지되어야 한다고 권고하였습니다. 이에 따라 유럽평의회 회원국들은 형사법에 규정된 명예훼손죄를 폐지하거나 대폭 축소하였고, 실제 적용에 있어서도 매우 제한적으로 운용하고 있습니다.

마) 결론적으로, 형사처벌 외에 다른 덜 제약적인 명예훼손 구제에 관한 제도들이 존재함에도 불구하고, 심판대상조항이 진실한 사실을 적시한 경우에도 징역형까지 형사처벌 할 수 있도록 규정하고 있는 것은 침해의 최소성 원칙에 위배하여 표현의 자유를 지나치게 제한하고 있는 것입니다.

2) 개인의 사생활의 비밀과 무관한 모든 사실의 적시의 경우를 구성요건으로 규정하고 있는 심판대상조항은 침해의 최소성에 위반됩니다.

가) 일각에서는 ‘공표된 사실이 객관적 진실에 부합하더라도 개인이 숨기고

싶은 병력, 성적 지향, 가정사 등 사생활인 경우, 이를 공표하는 것은 사생활의 비밀과 자유에 대한 중대한 침해가 될 수 있다'는 것을 이유로 심판대상조항의 합헌성을 주장합니다.

나) 개인의 내밀한 사생활의 비밀은 그 내용이 진실이라고 할지라도 함부로 공개되어서는 안 되고 이는 '허명'과는 달리 일응 보호가치가 높은 법익이라 할 수 있습니다. 물론 이 경우에도 진실을 말한 사람을 형사처벌하는 것보다는 민사적 제재를 통해 예방·구제하는 것이 비례의 원칙에 부합하는 합헌적 방향이라고 할 것이지만, 이에 대한 형사적 제재가 필요하다고 할지라도, 심판대상조항은 이를 넘어 개인의 사생활의 비밀과 무관한 모든 사실의 적시를 형사처벌 대상으로 규정하고 있어 목적 달성에 필요한 범위를 넘어 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있는 것으로서 침해의 최소성 원칙에 위반합니다.

다) 실제로, 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 사례¹⁹⁾, 한 제약회사의 대리점에 대한 갑질을 고발한 사례²⁰⁾가 유죄 판결을 받는 등, 개인의 사생활과 무관한 공적 행위에 대한 고발 및 법인에 대한 명예훼손²¹⁾에 대하여 심판대상조항이 적용된 경우는 매우 많습니다(참고자료 1).

라) 즉, 진실한 사실 중에서 개인의 내밀한 사적 영역이나 사생활의 비밀과 같이 인격권 보호를 위하여 공개되지 않도록 보호해야 할 부분이 있다면, 그

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

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

21) 대법원 2008. 11. 27. 선고2008도6728 판결

러한 부분에 한하여 이를 금지하면 충분합니다. 그러나 심판대상조항은 사람의 사회적 평가를 저해시킬 만한 사실이라면 비록 그것이 진실한 것이라도 모두 객관적 구성요건에 해당하도록 규정하여 인격권 보호를 위하여 필요한 범위를 넘어 지나치게 진실한 사실에 대한 표현행위를 규제하고 있어 침해의 최소성 원칙에 위반됩니다.

나. 법익의 균형성 위반

1) 허명을 보호하기 위하여 진실한 사실을 적시할 표현의 자유를 제한하고 형사처벌 대상으로 규정하는 것은 법익의 균형성에 반합니다.

가) 심판대상조항이 달성하고자 하는 공익(보호법익)과 심판대상조항으로 인해 침해되는 법익을 비교형량하여 후자가 전자보다 큰 경우에는 법익의 균형성을 위반하는 조항으로 평가됩니다. 한편, 심판대상조항은 형사처벌 규정으로써, 형벌로써 보호하고자 하는 피해자의 이익보다 형벌로 인해 침해되는 이익이 현저하게 클 경우에는 비범죄화를 선택하는 것이 법익의 균형성에 부합합니다.²²⁾

나) 그런데 이미 앞에서 언급한 바와 같이, 심판대상조항은 소위 ‘허명’을 보호하고 있습니다. 허명이나 정당한 평가가 이루어지지 않은 상태(부정적 평가가 쌓이지 않은 상태)는 표현의 자유를 제한하기에 충분한 보호가치가 있다고 볼 수 없습니다.²³⁾ 만일 백번 양보하여 보호 필요성이 있다고 하더라도 형법의 최후수단성, 보충성 원칙에 비추어 볼 때 이는 형법으로 보호할만한 중대한 법익이라 할 수 없으며, 형벌이 아닌 다른 균형적인 제재 수단으로 보호되어도 충분하다고 할 것입니다.

22) 김준호, “형법 제307조 제1항의 비범죄화에 관한 소고-대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2138 판결에 관하여-”, 공익과 인권 제4권 제2호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2007,

23) 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 2012, 42면
류영재, “명예훼손죄에 대한 헌법합치적 해석론과 재판실무의 운용”, 국제헌법학회 한국학회, 75면.

다) 즉, 진실한 사실은 사람의 사회적 평가를 형성하는 데 기초가 되는 사실
이므로, 만약 진실한 사실의 공개로 사람의 명예가 훼손되었다면, 이는 진실
에 기반을 두지 않은 기존의 사회적 평가가 허위로 형성되었거나 과대 또는
과장된 결과에 따른 것이므로, 진실한 사실의 적시로 인한 명예의 훼손이나
저해가 부당한 결과라고 보기 어렵고, 허위의 명예나 과장된 명예가 표현의
자유에 대한 위축효과를 야기하면서까지 보호해야 할 가치가 있는 것이라고
보기도 어렵습니다.

그에 반해, 진실한 사실은 다양한 의사형성과 진리발견의 전제가 되므로, 이
를 자유롭게 전달하고 표현할 자유를 보호해야 하는바, 심판대상조항은 허위
의 명예나 과장된 명예를 보호하기 위하여 진실한 사실의 적시에 대하여도
표현의 자유에 대한 심대한 위축효과를 발생하는 형사처벌을 하도록 규정하
고 있으므로, 법익균형성 원칙에 명백히 위배됩니다.

2) 형법 제310조가 심판대상조항으로 인하여 침해되는 이익의 정도를 감소
시키지 않습니다.

가) 일각에서는 ‘형법 제310조가 표현의 자유와 개인의 명예보호라는 가치
가 조화될 수 있도록 적시된 사실이 진실이고 공익을 위한 경우 처벌하지
않도록 함으로써 표현의 자유 제한을 최소화하고 있다.’는 취지로 주장합니
다.

나) 그러나 심판대상조항은 진실한 사실을 적시한 경우에도 일단 명예훼손
죄의 구성요건에 포함시킴으로써 수사 및 형사처벌의 위험성을 부과하고 있
습니다. 공익적 표현 행위는 표현의 자유의 가장 핵심적인 부분으로써 처음
부터 형사범죄로 규정되어서는 안 될 것이며, 구성요건해당성 단계에서부터

배제되어야 합헌적인 체계라고 할 것입니다. 즉, 공공의 이익을 이유로 사후적으로 위법성이 조각될 수 있도록 규정한 것(형법 제310조)만으로는 표현의 자유를 충분히 보장하고 있다고 보기 어려우며, 심판대상조항의 위헌성을 감소시키지 않습니다.

심판대상조항과 제310조를 해석하면, 표현의 자유가 공공의 이익을 위하는 경우에만 허용된다는 의미로 해석됩니다. 그러나 표현의 자유는 헌법상의 자유권적 기본권이며, 기본권 주체가 국가에 대해 요구할 수 있는 주관적 공권입니다. 자유권적 기본권은 헌법 제37조 제2항에 따라 ‘공익을 해하지 않는 이상’ 보장되어야 하는 것이며, ‘공익을 위한 경우’에만 허용되는 것이 아닙니다. 자유권이란 임의적 자유이지, 무엇을 위한 자유, 예컨대 공익실현을 위한 자유가 아니며, 기본권적 자유가 국가목적이나 공익실현의 목적에 종속되어 그 결과 개인이 자신의 자유를 국가공동체에 바람직한 방향으로 행사해야 한다면 그것은 이미 자유권이 아닙니다.²⁴⁾ 즉, 자유권적 기본권을 공익을 위해 적극적으로 사용하면 형사처벌을 면하게 해준다는 요구는 반헌법적 구조를 띠고 있습니다. 헌법적으로 보장되어 있는 자유권적 기본권을 공익을 위해 사용하도록 또 다른 ‘제한’을 형법이 설정한다면, 즉, 표현의 자유를 공익을 위해 사용하면 처벌하지 않겠다는 규정은 표현의 자유를 ‘보호’하는 방향이 아니라, 오히려 축소시키고 있는 것입니다.²⁵⁾

또한 ‘공익 목적’이라는 위법성 조각사유가 무용한 것은 그 개념의 불명확성, 추상성 때문이기도 합니다. ‘공공의 이익을 위하여’라는 요건 개념은 판단자의 주관에 따라 달라질 수 있는 불명확하고 추상적인 개념으로써, 죄의 성부를 가늠할 수 있는 척도가 되지 못하며, 이로써 표현의 자유의 침해 정도와 위축효과를 상쇄시킬 수 없습니다.

24) 한수웅, “표현의 자유와 명예의 훼손”, 저스티스 통권 84호, 한국법학원, 2005, 47면.

25) 김성돈, 진실적시명예훼손죄 폐지론, 형사정책연구 제27권 제4호 (2016)

이는 다음의 사례들에서 구체적으로 알 수 있습니다.

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 얻어내기 위한 방법의 하나로 거리행진을 함으로써 피해자의 명예를 훼손한 사실이 인정되는바, 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’라고 하여 공익 목적을 부정하였습니다²⁶⁾. 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 살아가야 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

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

위와 같은 내용의 글을 게재한 것이 형법 제310조 소정의 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다고 할 수는 없다'고 판단하였습니다.²⁷⁾

전자는 임금체불을 일삼는 악덕업주를 사회적으로 고발하여 압박하고 근로조건의 개선을 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 사례들입니다. 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 판단한 것입니다. 즉, 위 판례상 공익목적의 유무는 적시한 '내용'의 해석만으로 판단되는 것이라기보다 그 전후사정을 고려하여 판단하고 있어 죄의 성부를 예측할 수가 없습니다.

또한 판례는 정보통신망법 명예훼손죄의 구성요건인 '비방의 목적' 여부 판단에 있어서도 표현 행위자의 주요한 동기가 '공공의 이익'을 위한 것인지를 기준으로 판단하고 있습니다. 그런데 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 것이 라면 부수적으로 산후조리원 이용대금 환불과 같은 다른 사익적 목적이나

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

동기가 내포되어 있다는 사정만으로 피고인에게 비방할 목적이 있었다고 보기 어렵다.’²⁸⁾고 판단했으나, 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 판단하였습니다. 한편, 12년 전 미투 운동과 유사한 사안에서도 재판부에 따라 다른 판단이 나온 사례가 있습니다. 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’고 판시²⁹⁾하였으나, 이 사건의 원심 재판부는 ‘성폭력과 같은 범죄사실의 공표에 있어서 충분한 증거나 조사없이 가해자의 실명을 공개하며 공표하는 것은 공익 목적보다 비방 목적이 더 크다’고 하며, 대구 여성의 전화에 유죄를 선고하였습니다. 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 단적으로 보여주는 사례이며, 이외에도 공익성에 대한 판단이 모호하거나 심급별로 판단이 달라진 사례들은 많습니다. (참고자료 2, 3, 4)

이와 같이 ‘공공의 이익’ 개념의 불명확성은 진실한 사실을 적시한 것이 공공의 이익을 위한 것인지 여부에 대한 판단을 전적으로 법관의 주관적인 판단에 일임함으로써 일반 국민으로서는 어떤 행위가 금지되는지 예측하기 어

28) 대법원 2012.11.29, 선고, 2012도10392, 판결

29) 대법원 2005.4.29, 선고, 2003도2137, 판결

려위 스스로 표현행위를 자제하는 위축효과를 발생시킬 위험이 큼니다.³⁰⁾

헌법재판소 역시 “공익을 해할 목적”으로 허위의 통신을 한 자를 처벌하도록 규정한 전기통신사업법 조항에 대한 위헌 결정에서, “여기서의 ‘공익’은 헌법 제37조 제2항의 ‘국가의 안전보장·질서유지’와 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리’와 비교하여 볼 때 ‘동어반복’이라고 할 수 있을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니다. 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판자유 의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. ‘공익’이라는 개념은 이처럼 매우 추상적인 것이어서 어떠한 표현행위가 과연 ‘공익’을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없다. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인들에게 있어 공통적으로 공익으로 인식될 수 있는 이익이 존재함은 의문의 여지가 없으나, 판단주체에 따라 공익인지 여부를 달리 판단할 가능성이 있는 이익이 존재함도 부인할 수 없다. 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다. 나아가 현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분이다. 문제되는 행위가 어떤 공익에 대하여는 촉진적이면서 동시에 다른 공익에 대하여는 해가 될 수도 있으며, 전체적으로 보아 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위하여는 공익간 형량이 불가피하게 되는바, 그러한 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것은 아니다. 결국, 이 사건 법률조항은 수범자인 국민에 대하여 일반적으로 허용되는 ‘허위의 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지 고지하여 주지 못한다. 어렵פות한 추측마저 불가능하다고는 할 수 없더라도, 그것은 대단히 주관적인

30) 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105, 2015헌바234의 반대의견 참조

것일 수밖에 없다... 막연한 ‘공익’ 개념을 구성요건요소로 삼아서 표현행위를 규제하고, 나아가 형벌을 부과하는 이 사건 법률조항은 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성 원칙에 부응하지 못하는 것이라 할 것이다”라고 판시한 바 있습니다. (헌재 2010. 12. 28. 결정 2008헌바157, 2009헌바88)

헌법재판소가 죄형법정주의상 명확성 원칙은 금지를 근거지우는 법률규정 뿐 아니라 위법성조각사유에도 적용되는 원칙임을 인정하는 이상,³¹⁾ 형법 제310조 역시 명확성 원칙을 위반하고 있는 조항이며, 위헌적인 조항을 근거로 심판대상조항이 비례의 원칙을 충족하고 있다고 주장할 수는 없습니다.

3) 설령 공공의 이익을 위한 적시가 아니더라도 타인에 대한 진실을 말하는 것이 국가형벌권이 개입되어야 할만큼 해악이 중대한 행위라고도 보기 어렵습니다.

가) 진실한 사실을 전달하거나 주장하는 것은 사회생활의 ‘정상적 표현형식 (die normale Ausdrucksformen des Soziallebens)’으로서, 그 자체에 어떤 반가치적 요소가 내포되어 있지 않습니다. 반가치적 요소를 지니지 않은 중립적인 행위를 형법으로 금지하기 위하여는, 그로써 보호하려는 법익이 중대한 법익이어야 하고, 해당 행위를 금지하지 않으면 해당 법익을 보호하기 어려운 정도의 특단의 요청이 있어야 합니다.³²⁾ 그러나 앞서 설명하였듯 심판대상조항이 보호하고자 하는 법익은 진정한 명예가 아닌 진실이 가려짐으로써 획득·유지되는 과장된 사회적 평가, 이른바 ‘허명’으로서, 행위반가치성이 없는 행위를 금지하면서까지 보호해야 할 중대한 법익으로 보기는 어렵습니다.

31) 헌법재판소 2001.6.28. 99헌바31

32) 김성돈, 진실적시명예훼손죄 폐지론, 형사정책연구 제27권 제4호 (2016), 102쪽.

나) 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜져야 한다는 것은 법치주의의 원리상 당연한 이치이며, 형사처벌 규정은 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 유지하여야 합니다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24). 그럼에도 이렇듯 보호가치가 낮은 법익을 보호하기 위하여 행위반가치성이 없거나 ‘지인과의 뒷담화’와 같이 비난가능성이 극히 적은 일 상적이고 경미한 행위를 형사처벌 대상으로 규정하고 있는 심판대상 조항은 책임과 형벌 간 비례원칙 역시 위반하고 있다고 할 것입니다. (참고자료 5)

4) 심판대상조항으로 인하여 침해되는 사익 - 심판대상조항의 실재적 폐해 및 표현의 자유 위축효과

가) 심판대상조항은 타인의 사회적 평가를 저하시킬만한 발언이라면 ‘진실’, ‘허위’를 불문하고 일단 모두 형사범죄를 구성할 수 있게 함으로써, 그 존재 자체로 인하여 표현의 자유에 대한 엄청난 위축효과를 발생시키고 있습니다. 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 없습니다. 진실한 사실을 고발한 사람들은 명예훼손으로 역고소를 당하고 형사범죄의 피의자, 수사 대상이 되어 또 다른 피해와 고통을 겪게 되고, 사람들은 이와 같은 위험이 부담스러워 진실한 사실을 말하는 것을 스스로 억제하게 됩니다.

나) 이러한 사실적시 명예훼손죄의 문제는 최근 미투 운동과 맞물려 부각되었습니다. 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 것입니다. 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 속출했습니다. 성폭력 가해자들은 최종적으로 고발자들이 명예훼손으로 처벌받는 것을 목표로 한다기보다 본인들에 대한 폭로를 초기에 진화하는 수단으로 명예훼손 고소를 남발하고 있습니다. 미투 폭로의 경우에도 사안에 따라 실제 유죄 선고로 이어지는 경우도 있기 때문에 위축효과는 더욱 큼니다(참고자료 6). 이는 미투 외에도 기업의 비리, 상사의 갑질, 권력자의 부정행위 등을 내부고발하고 공론화시키는 과정에서 다수가 겪고 있는 피해입니다.

다) 또한 앞서 말했듯, 공익 목적의 적시의 경우 위법성을 조각시키는 규정이 있다고 하더라도 이는 수사단계에서는 적극적으로 검토되지 않고 보통 기소/불기소 혹은 유죄/무죄 판단에 이르러서야 진지하게 고려됩니다. 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 없습니다.

5) 심판대상조항은 표현 주체의 기본권을 침해할 뿐만 아니라, 다른 국민의 알 권리 역시 침해하고 이로써 다른 사회적 피해도 불러오고 있습니다.

가) 심판대상조항은 국민의 허명과 위선만을 보호하는 반면 국민이 진실된 정보를 교환할 수 있는 기회를 막아 자기를 보호하지 못하도록 함은 물론 타인들에게 정당하게 평가받을 기회를 막아 ‘평가’를 터잡아 발전하는 자유 시장경제의 발전을 저해하는 피해도 수반하고 있습니다.³³⁾

심판대상조항은 범죄나 비리를 저지른 사람들의 실명 및 얼굴과 같은 식별 표지들의 유통을 차단함으로써 국민들이 이들로부터 자신을 보호하기 위한 조치를 취하지 못하도록 만들고 있습니다.³⁴⁾ 언론 보도의 경우에도 심판대상조항의 존재로 인해 유독물질이 나온 식품, 화학제품, 비위생적 식당, 의료 사고가 난 병원 등에 대한 보도는 유권기관의 판단이 나오기 전까지는 일단 익명보도를 하는 것이 원칙적인 모습이 되었고, 국민들은 해당 업체의 실명을 몰라 두려움에 떨어야 합니다.

나) 심판대상조항이 불러오는 익명 보도, 익명 고발 관행은 해당 인물들과 비슷한 직업 또는 특징을 가진 사람들, 주변인들이 억울하게 피해를 보거나 의심을 받게 됨으로써 제3자의 법익도 침해합니다.³⁵⁾ 이로써 사람들이 법을 지키거나 다른 방법으로 모범을 보일 동기를 훼손시키며 이와 함께 국민들의 알 권리도 침해합니다.³⁶⁾ 예를 들면 미투 운동이나 내부고발의 경우, 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 돌아가는 사례가 비일비재하게 발생합니다.

다) 진실을 적시함으로 인하여 침해받는 ‘명예’는 처음부터 그 사람이 가질 자격이 없는 명예인데, 이러한 ‘허명’을 보호하기 위하여, 이렇듯 폭로자, 제

33) 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 국제헌법학회 한국학회, 2010, 42면.

34) 원혜옥·김자영, “명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임”, 비교형사법연구 제18권 제4호, 한국비교형사법학회, 2016, 2면.

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

36) 원혜옥·김자영, “명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임”, 비교형사법연구 제18권 제4호, 한국비교형사법학회, 2016, 2면.;

박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 국제헌법학회 한국학회, 2010, 42면.

3자, 국민의 권리와 법익들을 희생시키는 것은 법익균형성에 위반하고 있는 것이라 아니할 수 없습니다.

6) 소결

허위의 명예나 과장된 명예가 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하면서까지 보호해야 할 가치가 있는 것이라고 보기도 어려움에 반해, 진실한 사실을 전달하고 표현하고 공유할 자유는 중대하게 보호하여야 하는 법익입니다. 심판대상조항은 허위의 명예나 과장된 명예를 보호하기 위하여 진실한 사실의 적시에 대하여도 표현의 자유에 대한 심대한 위축효과를 발생하는 형사처벌을 하도록 규정하고 있으므로, 법익균형성 원칙에 위배됩니다.

7. 결론

가. 정보통신망법상 사실적시 명예훼손죄와의 비교

헌법재판소는 구 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되고, 2014. 5. 28. 법률 제12681호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 정보통신망법’) 제70조 제1항에 대한 위헌소원 사건에서 정보통신망을 이용한 사실적시 명예훼손 행위를 처벌하는 규정에 대하여 합헌으로 판단한 바 있습니다(헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105, 2015헌바234). 합헌 결정의 가장 큰 이유는 ① 해당 조항이 ‘비방할 목적’이라는 초과주관적 구성요건을 추가로 요구하여 인터넷 등 정보통신망에서 공공연하게 적시되는 명예훼손적 표현 중에서도 정보전달, 공공의 이익을 위한 문제제기 등의 범위를 넘어 사람의 명예에 대한 가해의 의사나 목적을 가진 표현만이 금지되도록 그 규제 범위를 최소한도로 제한하고 있다는 점, ② 인터넷 등 정보통신망에서의 정보의 유통은 신속하고 광범위하게

이루어지기 때문에 명예훼손으로 인한 피해가 기존매체와 비교할 수 없을 정도로 크다는 점이었습니다. 해당 조항이 진실한 사실을 말한 경우에도 형사처벌을 규정하고 있다는 점에서 같은 취지로 위헌성이 심대하고 재판단될 가능성이 있다는 점은 별론으로 하더라도, 심판대상조항은 ‘비방할 목적’이라는 초과주관적 구성요건을 가지고 있지 않고, 정보통신망을 수단으로 제한하지 않고 있다는 점에서 일응 위 헌법재판소의 결정과는 현격히 다른 판단이 내려져야 할 것입니다.

나. 사회적 논의의 흐름 및 국제사회의 권고

사실적시 명예훼손죄의 위헌론은 국민들 사이에서도 상당한 지지를 받고 있습니다. 지난 국회에서는 본죄의 폐지를 주장하는 법안³⁷⁾들이 다수 상정되었고, 현재 국회에서도 개정안에 대한 논의가 이어지고 있습니다. 국책 연구기관인 한국형사정책연구원은 2018년 10월, 사실적시 명예훼손죄를 폐지하는 것이 바람직하다는 내용의 보고서를 발간했습니다(참고자료 7). 한편 사실적시 명예훼손죄를 폐지해달라는 청와대 국민청원에는 약 43,000명의 국민이 참여하였으며,³⁸⁾ 나아가 서울지방변호사회 소속 변호사 중 1944명의 변호사가 참여한 설문조사에서도 응답자의 49.9%(970명)가 해당 조항을 폐지하고 민사상의 손해배상의 문제로 전환해야 한다고 답하였습니다.³⁹⁾ 2018년 4월에는 법학 교수 및 변호사 등 법률가 330인이 ‘사실적시 명예훼손죄의 폐지를 촉구하는 법률가 선언문’을 발표하기도 하였습니다(참고자료 8).

세계적으로도 명예훼손죄의 형사범죄화 자체를 폐지해가는 추세이고, 적어도 진실사실을 말한 경우에는 처벌하지 않는 것이 국제법의 원칙입니다. 유엔 인권위원회는 우리나라가 비준한 유엔 자유권 조약 중 표현의 자유 부분에

37) 2012년 박영선의원 대표발의(의안번호 286), 2013년 유승희의원 대표발의(의안번호 8698), 2015년 신경민 의원 대표발의(의안번호 14157), 2016년 유승희의원 대표발의(의안번호 1558) 등.

38) <https://www1.president.go.kr/petitions/125982>

39) <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=100635>(최종검색, 2018년 7월 16일).

대하여 말한 사실이 진실한 경우에는 최소한 형사처벌 대상이 되어서는 안 된다는 취지의 유권해석을 내린바 있습니다.⁴⁰⁾ 미국, 독일, 프랑스 등 대부분의 선진국들도 사실적시 명예훼손죄를 두고 있지 않으며, 2015년 유엔 자유권 규약 위원회⁴¹⁾와 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관⁴²⁾ 역시 대한민국 정부에 사실적시 명예훼손죄의 폐지를 권고한 바 있습니다. 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(Article19)이 대한민국에 사실적시 명예훼손죄를 비롯한 형사 명예훼손죄의 폐지를 촉구하는 성명을 발표했습니다.⁴³⁾

이처럼 다수의 국민, 학계, 법조계, 국제사회가 심판대상조항, 즉, 사실적시 명예훼손죄의 위헌성에 공감하고 있으며, 이러한 여론 및 국제사회의 요청을 반영하여 헌법재판소의 심판대상조항의 위헌성에 대한 새로운 판단이 절실

40) 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...")

41) 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."

42) 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."

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

한 때입니다.

8. 결론

위와 같이 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하므로, 심판대상조항에 대한 위헌 결정을 내려 주시기를 바랍니다.

참 고 자 료

1. 관련 기사 - “44억 의대 편입 사기” 주인공 말했다가 벌금형 (셜록)
2. 관련 기사 - 소비자 입 막는 '진실유포죄'... 그때마다 유무죄 갈렸다 (셜록)
3. 관련 기사 - “임플란트 빠져 음식 못 먹어” 사실 말했다고 벌금형 (셜록)
4. 관련 기사 - ‘양육비 밀린 전 남편’ SNS에 올렸다가 범죄자 될 뻔 (한겨레21)
5. 관련 기사 - ‘사실을 말한 죄’ 때문에 평범한 사람들이 범죄자 된다 (한겨레21)
6. 관련 기사 - 삼촌 성폭력 30년만에 폭로.. 법은 ‘가해자 명예’ 수호 (셜록)
7. 한국형사정책연구원, 「사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구」, 2018
8. 사실적시 명예훼손죄 폐지를 촉구하는 법률가 선언문, 2018

2021. 1.

위 청구인의 대리인
변호사 손 지원

헌법재판소 귀중