

**『형법』 일부개정법률안
[최강욱 의원 대표발의,
의안번호: 2108530]
의견서**

2021. 3.

[사] 오픈넷



대표자: 황성기

주소: [우]06650 서울시 서초구 서초대로 50길 62-9, 402 (서초동, 한림빌딩)

전화번호: 02-581-1643 팩스: 02-581-1642

1. 개정안의 요지

- 형법 일부개정법률안(최강욱 의원 대표발의, 의안번호 2108530, 이하 ‘본 개정안’)은 형법 제307조 제1항(이하 ‘본 조항’)을 ‘사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실’을 적시한 경우에만 적용되도록 하고, 명예에 관한 죄는 모두 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 친고죄로 개정하는 내용임.

2. 현행 규정의 문제점 및 최근 헌법재판소의 견해

- 최근 본 조항에 대한 헌법재판소의 합헌 결정(2017헌마1113, 형법 제307조 제1항 위헌확인)이 있었으나, 이는 진실을 말한 경우에도 형사처벌할 수 있도록 하는 본 조항이 미투 운동 등 각종 사회 부조리 고발 활동을 위축시키며 표현의 자유를 침해하고 있는 현실을 도외시한 것이란 비판이 있음. 이번 헌재 결정에서도 4인의 재판관이 지적한 바와 같이, 진실한 사실을 토대로 토론과 숙의를 통해 공동체가 자유롭게 의사와 여론을 형성하는 것은 민주주의의 근간이며, 진실한 사실이 가려진 채 형성된 허위·과장된 명예가 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하면서까지 보호해야 할 법익이라고 보기 어렵고, 향후 재판절차에서 형법 제310조로 무죄 판단을 받을 가능성이 있더라도 본 조항의 존재 및 공익성 입증의 불확실성으로 표현행위에 대한 위축효과가 심대한 점, 진실한 사실을 적시하는 것은 일반적으로 법질서에 의해 부정적으로 평가되는 행위로 보기 어렵고, 진실한 사실의 적시로 손상되는 것은 잘못되거나 과장된 사실에 기초한 허명에 불과하므로 사실적시 명예훼손 행위를 형사처벌이 필요한 정도의 행위반가치와 결과반가치를 가진 행위로 볼 수 없는 점 등을 고려할 때, 본 조항의 위헌성은 심대함.
- 국책 연구기관인 한국형사정책연구원은 2018년 10월, 사실적시 명예훼손죄를 폐지하는 것이 바람직하다는 내용의 보고서를 발간했고, 사실적시 명예

훼손죄를 폐지해달라는 청와대 국민청원에는 약 43,000명의 국민이 참여하였으며,¹⁾ 나아가 서울지방변호사회 소속 변호사 중 1944명의 변호사가 참여한 설문조사에서도 응답자의 49.9%(970명)가 해당 조항을 폐지하고 민사상의 손해배상의 문제로 전환해야 한다고 답하였음.²⁾ 2018년 4월에는 법학 교수 및 변호사 등 법률가 330인이 ‘사실적시 명예훼손죄의 폐지를 촉구하는 법률가 선언문’이 발표됨. 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 있으며,³⁾ 미국, 독일, 프랑스 등 대부분의 선진국들도 사실적시 명예훼손죄를 두고 있지 않으며, 2015년 유엔 자유권 규약 위원회⁴⁾와 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관⁵⁾ 역시 대한민국 정부에 사실적시 명예훼손죄의 폐지를 권고한 바 있음.

- 이러한 본 조항의 위헌성 및 국민의 법감정, 국제사회의 권고 등을 고려할 때, 본 조항은 폐지, 개정되는 것이 바람직함. 다만 이번 헌재 결정에서 공통적으로 실시된 내용은 진실한 사실이라도 개인이 숨기고 싶은 병력·성적 지향·가정사 등 사생활의 비밀을 공개하는 행위는 형사처벌로 규율할 필요가 있는 영역이라는 것임. 이의 필요성을 인정하더라도, 현재 본 조항은 개인의 사생활의 비밀을 침해하는 경우를 넘어 임금체불, 대리점 갑질 고발 등에도 실제로 적용되어 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있음. 따라서 본 조항의 위헌성을 감소시키면서 표현의 자유와 인격권을 조화롭게 보호하기

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

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

3) 우리나라가 1990년 비준한 유엔의 ‘시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약’에 대한 유엔 인권위원회의 유권해석인 일반논평 34호, 47. (General Comment 34, para. 47)

4) 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).

5) 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

위하여, 본 조항을 모든 사실의 적시가 아니라 공익과 무관한 단순한 개인의 사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시한 경우에 한정하여 적용하도록 개정할 필요가 있으며, 본 개정안은 이러한 헌법정신을 구현할 수 있는 내용으로 평가됨.

3. 본 개정안 도입의 효과

- 본 개정안이 도입되는 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 형사처벌 대상에서 배제되어 사실적시 명예훼손죄의 해악을 현저히 감소시킬 수 있을 것으로 보임.⁶⁾
- ‘사생활의 비밀을 침해하는 사실’ 개념의 불명확성을 우려하는 견해가 있으나, 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 조항⁷⁾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 집행기관

6) 최근 헌재 결정의 반대의견 역시, “일부위헌을 통해 ‘진실한 것으로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한’ 사실 적시가 심판대상조항의 구성요건에서 제외된다면, 어떠한 진실한 사실 적시에 대한 고소·고발이 있더라도 수사단계에서 그 사실 적시가 ‘사생활의 비밀’에 해당하는지 검토될 것이고, 사생활의 비밀에 해당되지 않는 경우에는 범죄가 성립하기 위한 첫 단계인 구성요건해당성부터 인정되지 않아 수사가 더 진행되지 않거나 기소되지 않는 사례가 많아질 것이다. 그러므로, 일부위헌 결정을 통해 표현의 자유에 대한 위축효과는 분명히 현재의 상황보다 감소하게 된다.”고 밝힌바 있음.

7) 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.

이 이를 자의적으로 해석할 염려는 희박하므로 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 판시한바 있으며⁸⁾, 이에 따라 다수 법률에서도 ‘사생활’, ‘사생활의 비밀’을 법률용어로 사용하고 있음.⁹⁾ 이번 헌재 결정의 반대의견에서도, “물론 ‘사생활의 비밀’이란 용어가 다소 추상적이라고 볼 수 있으나, ‘사생활의 비밀’은 헌법 제17조에 명시되어 있는 헌법상 기본권이다. 헌재 ... 다수 법률에서도 ‘사생활의 비밀’을 법률용어로 사용하고 있다. 이에 따라 헌법 및 개별 법률의 실무 영역에서 이에 대한 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있으므로, 그 용어로 인해 표현의 자유가 위축된다고 보기는 어렵다.”고 설시함.

- 한편, 본 개정안으로 명예훼손죄가 현재 반의사불벌죄에서 친고죄로 개정되면, 명예훼손죄가 수사기관이 자의적으로 수사를 착수하거나 제3자의 고발에 의한 ‘전략적 봉쇄소송’ 등 정치적으로 악용되는 것을 방지할 수 있을 것

8) 헌법재판소 2010. 12. 28 결정, 2009헌바258

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

기타 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제14조 제4항, 건강검진기본법 제18조 제3항, 검역법 제29조의2 제2항, ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제9조 제1항 제6호 나목, 공동주택관리법 제27조 제2항 제1호, 국가인권위원회법 제50조, ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제51조의3 제2항 제4호, ‘무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률’ 제11조 제2항, 문화재보호법 제8조 제7항, ‘민간임대주택에 관한 특별법’ 제60조 제6항, ‘방문판매 등에 관한 법률’ 제13조 제4항, ‘범죄피해자 보호법’ 제44조 제2항, 보건 의료기본법 제13조, ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률’ 제53조, ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률’ 제1조, 어선법 제31조 제2항, ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’ 제5조 제1항, ‘위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률’ 제1조, 유통산업발전법 제12조의4 제3항 제1호, 자동차관리법 제69조 제3항, ‘재한외국인 처우 기본법’ 제23조 제1항, ‘중증장애인생산품 우선구매 특별법’ 제7조의2 제2항, ‘지능정보화 기본법’ 제44조 제1항 제3호, ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’ 제7조의3 제2항 제4호, ‘할부거래에 관한 법률’ 제18조 제5항, 헌법재판소법 제39조의2 제1항 제3호 등은 ‘사생활의 비밀’을 법률용어로 사용하고 있음.

으로 평가됨. 반의사불벌죄는 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 있음. 현재 명예훼손죄를 반의사불벌죄로 규정하는 다른 입법례를 찾아볼 수 없으며, 인격권이라는 개인적 법익을 보호하기 위한 명예훼손 법제의 취지에 맞도록 친고죄로 개정하는 것이 타당함.

<끝>