

**『형법』 일부개정법률안  
[박주민 의원 대표발의,  
의안번호: 2112050]  
의견서**

**2021. 9.**

**[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

- 본 개정안은 사실에 관한 명예훼손죄를 처벌하는 규정을 삭제하고(안 제307조, 제309조 및 제310조 삭제), 모욕죄를 삭제하며(안 제311조 삭제), 명예에 관한 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하는 친고죄로 개정(안 제312조)하는 내용을 골자로 하고 있음.

## 2. 사실적시 명예훼손죄의 삭제 부분

- 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 범질서에 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,<sup>1)</sup> 나아가 서울지방변호사회 소속 변호사 중 1944명의 변호사가 참여한 설문조사에서도 응답자의 49.9%(970명)가 해당 조항을 폐지하고 민사상의 손해배상의 문제로 전환해야 한다고 답하였음.<sup>2)</sup> 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,<sup>3)</sup> 미국, 독일, 프랑스 등 대부분의 선진국들도 사실적시 명예훼손죄를 두고 있지 않으며, 2015년 유엔 자유권 규약 위원회<sup>4)</sup>와 2011년 유엔 표현의 자유 특별보고관<sup>5)</sup> 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 바람직하며, 본 개정안은 이러한 헌법정신, 국제인권기준을 구현할 수 있는 내용으로 평가됨.

### 3. 모욕죄 삭제 부분

- 형법 제311조의 모욕죄에서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 단순히

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

사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 말함. 그러나 구체적인 사실이 아닌 ‘사람의 사회적 평가를 저하시키는 경멸적 감정 표현’이란 기준은 지나치게 포괄적, 추상적, 불명확한 개념으로, 판단자의 주관에 따라 범죄의 성부가 달라질 수 있어 헌법상 명확성 원칙과 과잉금지원칙을 위배하여 표현의 자유를 침해할 소지가 높음. 모욕죄 판례들을 보아도 단순한 욕설은 물론이고 타인에 대한 부정적인 의견, 감정 표명에 대해서도 모욕죄를 인정한 사례가 많으며, 분명한 기준이나 일관성을 찾기가 어려움. 최근 헌재의 결정 중 3인의 반대의견에서도, “모욕의 범위가 지나치게 광범위하여 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에도 타인에 대한 비판, 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 인터넷상 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등도 모욕죄로 처벌될 수 있다.”고 지적한 바 있음.

- 특정 개인에 대하여 구체적 사실을 적시하여 개인의 사회적 평가에 영향을 주는 것이 아니라, 개인의 부정적인 감정이나 의견을 표현하는 행위가 국가형벌권의 개입이 필요할만큼 중대한 해악이나 권리 침해가 발생한다고 보기는 어려움. 또한 단순히 타인을 욕하는 경미하고 일상적인 행위를 형사처벌 대상으로 삼고 있는 모욕죄는 다수의 국민들을 피의자, 범죄자로 낙인찍을 수 있는 법으로, 국민의 법 감정도 어긋날 뿐만 아니라 헌법상 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해할 위험이 높음. 헌재 결정의 반대의견에서도, “국가형벌권의 행사는 국가권력행사 중에서 가장 강력한 힘이고 대상자에게는 가혹한 강제력에 해당하므로 그 행사는 최소한의 행위에 국한되어야 한다. 단순한 모욕행위에 대하여는 시민사회의 자기 교정기능에 맡기거나 민사적 책임을 지우는 것으로 규제할 수 있다”고 설시한바 있음.
- 한편, 단순한 모욕적·비하적 표현일지라도 사안에 대한 거친 분노나 반대의 의사를 함축하고 있어 민주사회에서 일정한 기능을 하고 있다는 점도 고려

하여야 함. 현재의 반대의견에서는 “모욕죄의 형사처벌은 다양한 의견 간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고 건전하게 해소할 가능성을 제한한다… 뿐만 아니라 다원성과 가치상대주의를 이념적 기초로 하는 현대민주주의 사회에서 모욕이라는 광범위한 개념을 잣대로 표현의 허용 여부를 국가가 재단하게 되면, 언론과 사상의 자유시장이 왜곡되고 정치적으로도 악용될 우려가 있다.”는 점이 지적된바 있음. 즉, 모욕죄는 그 추상성, 포괄성을 이용하여 공인이나 기업이 고소를 남발하여 그들에 대한 비판적 여론을 위축시키는 데에 남용될 위험이 큼. 실제로 국회의원이나 사회적 물의를 일으킨 공인 등이 자신들의 기사에 비판적 댓글을 단 네티즌을 무더기로 고소하는 사례도 부지기수로 발견되고 있음.

- 2011년 UN 인권위원회는 표현의 자유에 대한 일반논평 34호에서 사실적 주장이 아닌 단순한 견해나 감정표현에 대한 형사처벌은 폐지할 것을 규약 당사국들에게 권고함. 이러한 국제인권기준과 헌법원칙을 고려할 때, 본 조항은 폐지되는 것이 바람직하며, 본 개정안은 이러한 헌법정신과 국제인권 기준을 구현할 수 있는 내용으로 평가됨.

#### 4. 명예에 관한 죄의 친고죄 개정 부분

- 본 개정안으로 명예훼손죄가 현재 반의사불벌죄에서 친고죄로 개정되면, 명예훼손죄가 수사기관이 자의적으로 수사를 착수하거나 제3자의 고발에 의한 ‘전략적 봉쇄소송’ 등 정치적으로 악용되는 것을 방지할 수 있을 것으로 평가됨. 반의사불벌죄는 피해자의 고소가 없더라도 수사기관이 수사에 착수할 수 있다는 점에서 친고죄보다 형벌권의 발동 시기를 앞당겨 위축효과를 더 신속하고 광범위하게 불러올 수 있으며, 정치적, 경제적 권력자들이 지지세력이나 인적 자원을 동원하여 비판적 여론을 위축시키기 위해 정치적으로 남용할 수 있는 위험을 매우 크게 안고 있음. 현재 명예훼손죄를 반의사불

벌죄로 규정하는 다른 입법례를 찾아볼 수 없으며, 인격권이라는 개인적 법익을 보호하기 위한 명예훼손 법제의 취지에 맞도록 친고죄로 개정하는 것이 타당함.

<끝>