국 회 토 론 회

사실적시 명예훼손죄, 이대로 괜찮은가?

사례를 중심으로 보는
사실적시 명예훼손죄의 문제점

일시 | 2021. 12. 16. (목) 14:00 ~ 16:00

장소 | 국회의원회관 제3간담회의실

주최 박주민 의원실, 김용민 의원실, 정필모 의원실, 최혜영 의원실,
사단법인 두루, 사단법인 오픈넷

차례

01 인사말

박주민 국회의원 04
김용민 국회의원 06
정필모 국회의원 08
최혜영 국회의원 10
황성기 사단법인 오픈넷 이사장 12

02 세션1 사례발표

사례1 | 구본창 활동가 (배드파더스)..... 17
사례2 | 김동규 활동가 (명진고 사학비리 관련 활동) ... 19
사례3 | 이명선 기자 (뉴스타파) 24

03 세션2 종합토론

토론문 | 김보경 기자 (셜록)..... 29
토론문 | 김성돈 교수 (성균관대 법학전문대학원) 38
토론문 | 이상현 변호사 (사단법인 두루) 51

인사말

안녕하십니까? 더불어민주당 은평갑 국회의원 박주민입니다.

먼저 바쁘신 중에도, 이번 토론회에 흔쾌히 참여해 주신 구본창 활동가님, 김동규 활동가님, 이명선 기자님, 김보경 기자님, 김성돈 교수님, 이상현 변호사님께 진심으로 감사 인사를 드립니다. 그리고 이 토론회의 원활한 진행을 위하여 안 보이는 곳에서 묵묵히 애써 주신 실무진 여러분들께도 감사하다는 말씀을 드리고 싶습니다.

'사실적시 명예훼손죄'는, 표현의 자유와 권를 같이하며 그동안 학계와 시민·사회계에서 많은 관심이 있던 주제입니다. 저 역시 국회의원이 되기 전부터 고민했었고, 최근에는'사실적시 명예훼손죄'폐지를 골자로 하는 형법 개정안과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 등에 관한 법률 개정안을 발의하기도 하였습니다.

'사실적시 명예훼손죄 폐지'에 대해서는, 많은 분이 그 취지에 공감하면서도, 한편으로는 당사자가 드러나길 원치 않는 사실이, 원치 않는 방법으로 공개되는 문제에 대해서 우려하기도 합니다.

그래서 오늘 이 토론회를 통해, 사실적시 명예훼손죄 폐지의 필요성뿐만 아니라 위와 같은 우려까지도 자유롭게 논의되어, 합리적인 공감대가 마련되기를 희망합니다.

저 역시 이 논의가 국회에서 진척되고 결국에는 사실적시 명예훼손죄가 폐지될 수 있도록 최선을 다하겠습니다.

감사합니다.

2021년 12월 16일
더불어민주당 국회의원 박주민

인사말

안녕하십니까. 더불어민주당 남양주시병 국회의원 김용민입니다.

「사실적시 명예훼손죄 폐지를 위한 토론회」를 개최하게 되어 매우 기쁩니다.

오늘 토론회를 위해 준비해주신 많은 분들의 노고에 감사드립니다. 특히 바쁘신 와중에도 선뜻 좌장을 맡아주신 박주민 의원님 그리고 토론회를 함께 준비해주신 정필모, 최혜영 의원님을 비롯해 사단법인 두루, 사단법인 오픈넷 관계자 여러분께 감사의 인사를 전합니다. 토론패널로 참석해주신 구본창 활동가님, 김동규 활동가님, 이명선 기자님, 김보경 기자님, 김성돈 교수님, 이상현 변호사님께도 감사의 말씀을 드립니다.

형법 및 정보통신망법에는 진실한 사실을 말해도 타인의 명예를 훼손한다며 형사처벌 대상이 되도록 하는 일명‘사실적시 명예훼손죄’규정을 두고 있습니다. 성폭력 피해를 호소하거나, 노동자가 임금체불 또는 직장내갑질 피해를 당했을 때 호소하는 행위 또는 소비자가 기업으로부터 입은 피해를 적시하는 등의 행위가 모두 처벌의 대상이 될 가능성이 존재합니다. 이는 각종 사회 고발 활동 및 언론 활동을 크게 위축시키고 사회의 감시·비판 기능을 마비시키는 등 사회적 약자의 권리를 크게 제약하고 있습니다.

표현의 자유는 개인 또는 단체가 자유롭게 자신의 견해와 사상을 표출할 수 있는 기본적 권리입니다. 진실한 사실은 자유로운 의사 형성과 공론장의 전제가 되므로, 민주주의에선 누구나 진실한 사실을 널리 알리거나 자유롭게 표현할 수 있어야 합니다. 사실을 말했다는 이유로 형벌을 가하는 건,‘표현의 자유와 알권리 라는 헌법상의 권리를 침해하는’문제점이 생겨납니다.

위 문제점들에 대해 다수의 국민들께서 크게 공감하고 계십니다. 사회적 약자를 처벌하는 법이 아닌 보호하는 법을 강화하는 국회가 되길 기원하며. 오늘 토론회에서 이러한 문제점에 대해 합리적이고 바람직한 대안을 찾길 기대합니다.

감사합니다.

2021년 12월 16일

더불어민주당 국회의원 김용민

인사말

안녕하십니까.

국회 과학기술정보방송통신위원회에서 활동하고 있는 더불어민주당 정필모 의원입니다.

먼저, 토론회를 같이 준비해 주신 박주민 의원님, 김용민 의원님, 최혜영 의원님과 사단법인 두루의 김지형 이사장님, 사단법인 오픈넷의 황성기 이사장님, 그리고 관계자 여러분께 감사의 말씀 드립니다.

우리 「형법」(제307조 제1항)과 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(제70조 제1항)은 '사실적시 명예훼손죄'를 규정하고 있습니다. 진실한 사실을 말해도 타인의 명예를 훼손하는 경우에는 형사처벌을 받는 것입니다.

사실적시 명예훼손에 대한 국가의 형벌권 행사는 공적 인물과 공적 사안에 대한 국민의 감시와 비판을 위축시킨다는 지적을 받아왔습니다. 진실한 사실에 대한 정보가 생산·유통되어도 처벌이 될 수 있어서, 표현의 자유를 과도하게 제한한다는 비판도 있습니다.

더욱이 현재 국회에서는 언론개혁을 위해 '징벌적 손해배상 제도'를 도입하는 방안이 추진되고 있습니다. 이 때문에 '이중처벌'을 하게 되는 것이 아니냐는 우려도 제기되고 있습니다.

징벌적 손해배상 제도를 통해 명예훼손에 대한 손해를 예방하거나 배상할 수 있다면 굳이 형사처벌을 할 필요성은 없다고 할 것입니다.

올해 2월 헌법재판소는 사실적시 명예훼손죄를 규정한 형법 제307조 제1항에 대해 합헌결정을 내렸습니다. 주요 근거 중의 하나가 우리나라에서는 명예훼손에 대한 징벌적 손해배상이 인정되지 않아 민사적 구제 방법만으로는 형벌과 같은 예방효과를 확보하기 어렵다는 것이었습니다.

징벌적 손해배상 제도가 도입된다면 사실적시 명예훼손죄를 합헌으로 볼 근거는 더 약해질 수밖에 없습니다.

징벌적 손해배상 제도를 도입하고 사실적시 명예훼손죄를 폐지함으로써 언론의 공적책무를 강화하는 계기로 삼을 수 있길 기대합니다.

저도 언론·미디어 제도개선 특별위원회 위원으로서 언론의 자유와 책임이 조화를 이루도록 하는데 최선을 다하겠습니다.

감사합니다.

2021년 12월 16일

더불어민주당 국회의원 정필모

인사말

반갑습니다. 더불어민주당 국회의원 최혜영입니다.

〈사실적시 명예훼손죄 폐지를 위한 토론회〉를 개최하게 되어 대단히 기쁘게 생각합니다. 바쁘신 중에도 토론회를 함께 준비해주신 박주민, 김용민, 정필모 의원님을 비롯해 사단법인 두루, 사단법인 오픈넷 관계자 분들께 감사의 인사를 전합니다. 발제와 토론을 맡아주신 분들과 귀한 시간 내어 참석해주신 모든 분들께도 감사드립니다.

현행 형법 및 정보통신망법 등에 따르면 단순히 사실을 적시하는 행위도 명예훼손죄의 구성요건에 해당하는 것으로 규정하고 있습니다. 이로 인해 성폭력 피해를 호소하는 행위나 노동자가 임금체불 또는 직장 갑질피해를 호소하는 등의 피해를 적시하는 등의 행위도 처벌받을 가능성이 있어 사회적 약자의 권리가 사실상 제약당하고 있는 실정입니다.

최근 헌법재판소도 진실한 사실 적시 표현행위에 대해서까지 명예훼손죄의 구성요건에 포함시키면 표현의 자유는 형해화될 수 있고, 진실한 사실이 가려진 채 형성된 허위·과장된 명예가 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하면서까지 보호해야 할 법익이라고 보기 어렵다는 등의 이유로 사실적시 명예훼손죄가 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해하고 있다는 위헌의견을 내기도 했습니다.

이러한 문제를 해결하기 위해 박주민 의원님께서 형법 개정안 등을 대표발의했지만, 아직 결론이 나지 않은채 논의 중인 것으로 알고 있습니다. 이에 대해 국민들께서 많은 공감을 하고 계신 것으로 알고 있습니다. 이제는 국회가 국민들의 목소리에 응답할 차례라고 생각합니다. 오늘 토론회에서 폭넓은 논의를 통해 뜻깊은 대안이 도출되길 기대합니다.

감사합니다.

2021년 12월 16일

더불어민주당 국회의원 최혜영

인사말

안녕하십니까?

사단법인 오픈넷 이사장으로 있는 한양대 법학전문대학원 황성기 교수입니다.

오늘 사단법인 오픈넷이 박주민 의원실, 김용민 의원실, 정필모 의원실, 최혜영 의원실, 사단법인 두루와 공동으로 주최하는 「사실적시 명예훼손죄 폐지를 위한 토론회」에 참석해 주신 패널분들을 포함한 모든 분들께 진심으로 감사드립니다.

오늘 토론회의 공동주최자로 참여하는 사단법인 오픈넷은 2013년 1월에 출범하여 '인터넷의 자유, 개방, 공유'의 이념 및 철학을 추구하면서, 인터넷에서의 표현의 자유 확대, 정보 및 온라인 프라이버시의 보장, 폐쇄적인 인터넷 규제의 개선, 망중립성 강화, 공공 데이터 개방, 창작과 혁신을 억압하는 저작권 및 특허 제도에 대한 새로운 대안 등과 관련하여 각종 정부정책에 대한 감시 및 비판, 정책적 대안 제시 등을 실천하고 있는 NGO입니다.

오늘 토론회의 주제인 사실적시 명예훼손죄의 폐지는 저희 사단법인 오픈넷의 주된 활동 영역 중의 하나입니다. 사단법인 오픈넷은 2018. 4. 5. 법학교수, 변호사 등 법률가 330인의 '사실적시 명예훼손죄'의 폐지를 촉구하는 내용의 법률가 선언 발표를 주도한 바 있습니다. 그리고 공익소송 활동의 일환으로 2021. 1. 18. 사실적시 명예훼손죄를 규정하고 있는 형법 제307조 제1항에 대해 위헌 확인을 구하는 헌법소원심판(2021헌마88)을 청구한 바 있습니다. 그런데 헌법재판소는 2021. 2. 25. 재판관 5:4의 의견으로, 형법상 사실적시 명예훼손죄(형법 제307조 제1항)에 대해 합헌결정을 내렸습니다(2017헌마1113, 2018헌바330). 또한 헌법재판소는 2021. 7. 15. 저희 사단법인 오픈넷이 청구한 헌법소원심판(2021헌마88)에 대해서도 동일한 취지로 합헌결정을 내렸습니다.

사실적시 명예훼손죄 위헌소원 및 폐지에 앞장서 온 저희 사단법인 오픈넷은 위와 같은 헌법재판소의 합헌결정과 관련하여, 진실을 말한 경우에도 형사처벌할 수 있도록 하는 사실적시 명예훼손죄가 미투 운동 등 각종 사회 부조리 고발 활동을 위축시키고 표현의 자유를 침해하고 있는 현실을 도외시한 헌법재판소의 합헌결정에 대해서 유감을 표한 바 있습니다.

형법 및 정보통신망법상의 사실적시 명예훼손죄는 표현의 자유를 침해하는 대표적인 규정입니다. 사실 헌법재판소의 위헌결정을 기다리는 것보다는 입법부인 국회가 이 규정들을 선제적으로 폐지하는 것이 필요합니다. 이러한 차원에서 오늘 토론회가 사실적시 명예훼손죄를 폐지하는 형법 및 정보통신망법 개정에 힘을 실어 줄 것으로 믿습니다.

마지막으로 오늘 토론회에서 사례발표를 맡아 주신 구본창 활동가님, 김동규 활동가님, 이명선 기자님, 그리고 토론을 맡아 주신 김보경 기자님, 김성돈 교수님, 이상현 변호사님께 진심으로 감사드립니다. 그리고 오늘 토론회 준비를 위해서 노고를 아끼지 않으신 공동주최 기관의 실무가 구성원 모든 분들께도 진심으로 감사드립니다.

2021년 12월 16일

사단법인 오픈넷 이사장 황성기

세션1 사례발표

사례1 : 구본창 활동가 (배드파더스)

사례2 : 김동규 활동가 (명진고 사학비리 관련 활동)

사례3 : 이명선 기자 (뉴스타파)

[사례1] _구본창 활동가

안녕하세요, 저는 10년전 은퇴를 하고 필리핀으로 은퇴이민을 갔었습니다. 그리고 우연한 기회로 코피노들의 지원활동을 하게 되었고 제가 했던 일은 코피노들이 한국법원에 양육비소송을 할 수 있도록 돕는 것이었습니다.

그런데 법원에서 양육비를 지급하라는 판결을 받았는데도 한 푼도 받지 못하는 사례들이 많이 생겨났었습니다. 도저히 납득할 수 없는 일이었는데 알고 보니 한국의 양육비법이 강제력이 없어서 양육비 지급하라는 판결문이 사실상 휴지조각에 불과한 실정이었고 그래서 양육비 미지급율이 무려 80% 이상인 실정이었습니다.

그때 때마침 여성단체와 양육비이행관리원에서 일했던 지인들이 양육비 미지급자들을 신상공개하는 배드파더스 사이트를 기획했는데, 신상공개할 경우 미지급자인 아빠들의 해꼬지가 겁난다며 방패막이 역할을 해달라는 부탁을 받게 되었습니다. 부탁을 받고 잠시 고민을 했었는데 한국의 양육비법이 바뀌어야만 코피노 아이들도 양육비를 받을 수 있다는 생각에 배드파더스 사이트의 자원봉사자로 활동하게 되었습니다.

사실 저는 배드파더스 사이트의 대표도 아니고 운영자도 아닙니다. 단지 사이트의 제보를 받아서 운영자들에게 전달해주고 또 등재된 미지급자들의 이의제기를 받아 운영자들에게 전달해주는 단순봉사자입니다. 그런데 사이트 운영자

들이 모두 비공개 상태이고, 공개된 사람이 저 밖에 없다 보니 미지급자들이 저를 고소할 수밖에 없었던 거죠. 그래서 검찰의 공소장에서도 저는 사이트 운영자가 아니라 사이트 운영에 적극적으로 협력한 공동정범으로 기소가 되었습니다.

아무튼 3년 동안 사실적시 명예훼손으로 28번 고소당해서 계속 경찰조사를 받았고, 작년 1월 국민참여재판에서 무죄판결을 받았지만 검찰이 항소해서 2심재판을 하게 되었고 이번 달 23일에 2심재판의 판결을 받게 됩니다.

그런데 평범한 소시민이 28번 이상 고소 당해 경찰조사를 받고 또 2년 이상을 재판에 시달리다 보면 스트레스가 극심해서 일상생활이 불가능해집니다. 더구나 본인이 어떤 이익도 취한 것이 없이 배고픈 아이들의 고통을 덜어주려고 자원봉사활동을 한 것 뿐인데, 일상생활이 불가능해질만큼 지속적으로 시달리게 되면 법이 과연 정의를 위해 존재하는 것인 지에 대해 심각한 의문을 갖게 되고, 제가 지금 그런 상태입니다.

[사례2] _김동규 활동가

안녕하세요. 저는 광주에서 활동가로 살고 있는 김동규입니다. 주로 청년세대별 노동조합인 광주청년유니온에서 활동하고 있습니다.

먼저, 사실적시 명예훼손죄 폐지를 위한 토론회에 초청해 주신 더불어민주당 박주민 의원실 관계자분들께 감사드립니다.

저는 그동안 명예훼손죄로 6차례 수사를 받았습니다. 그중 4건은 광주 광산구에 위치한 사립학교 명진고등학교와 관련된 사건이었습니다. 지난 2017년, 광주 명진고 학교재단 이사장이 교사 채용과정에서 1차 시험을 통과한 응시자 A에게 전화를 걸었습니다. 이사장은 그에게 “교사로 채용시켜 줄테니, 5천만 원을 달라”며 금품을 요구했습니다. 하지만, 지원자는 이사장의 제안을 거절했습니다. 지원자는 문자메시지를 통해, “더 이상 연락하지 말아달라. 2차 시험은 떳떳하게 응시하겠다”고 이야기했습니다. 해당 지원자는 금품 제안을 거절했음에도 교사가 되었고, 이사장은 이때의 금품 요구로 배임수재 미수죄로 징역 6개월 실형을 선고받았습니다.

그리고 2020년 5월, 이사장의 금품 요구를 거절하고, 이를 수사기관에 공익 제보했던 교사가 갑작스럽게 해임 징계 처분을 받았습니다. 징계 사유는 그가 작성한 가정통신문에 오류가 있어 학교의 명예가 실추되었다는 등, 징계 양정의 적정성에 비추어 결코 해임에 이를 수 없는 것들뿐이었습니다. 교원의 경우 해임 징

계가 확정될 경우 직업을 잃는 건 물론이고, 3년간 임용시험에 응시할 수 없게 되어 생계에 어려움이 생깁니다. 이 때문에 해당 교사를 좋아했던 학생들을 중심으로 학교법인의 사학비리를 고발하는 목소리가 나왔습니다. 당시 저는 한 재학생 분의 요청을 받고 학교 앞에 현수막을 게시했습니다. 잘못된 징계를 취소해달라는 내용이었습니다. 이를 여러 언론사 기자들이 보도했습니다.

그러자, 학교 측은 현수막을 게시한 저와 이를 요청한 명진고 재학생을 명예훼손죄로 고소했습니다. 학교 재학생이 사학비리를 비판했다는 이유로 학교가 학생을 고소한 것입니다. 이후 저는 오마이뉴스에 명진고 사학비리 사건에 대한 기사를 썼고 3차례 더 고소당했습니다. 명진고 측에게 명예훼손죄로 고소당한 사람은 해임된 교사, 시민단체 대표, 광주교사노동조합 위원장, 언론사 기자 4명, 명진고 재학생 3명 졸업생 1명, 타 고등학교 재학생 1명 등 12명 입니다. 이들에게 걸린 고소는 모두 18건에 달합니다.

고소장이 접수될 경우, 수사기관은 의무적으로 수사를 진행해야 합니다. 관련 자분들은 모두 경찰서에 출석해서 조사를 받으셨습니다. 그리고, 사건 결과를 기다리는 시간을 가졌습니다. 혹여나 형사처벌을 받을지도 모른다는 걱정이나 스트레스를 많은 분들이 받으셨습니다. 몇 달 뒤에야, 검찰에서 명진고가 고소한 명예훼손 사건 18건을 모두 무혐의 종결했습니다. 저를 비롯한 관련자들의 주장이 너무도 명백한 사실이었기 때문입니다. 그럼에도 학교 측이 18건의 고소장을 남발할 수 있었던 이유는 바로 형법 제307조 제1항에 있었습니다. 바로 사실적시 명예훼손죄입니다.

학교 측은 저에 대한 고소장에서 우선, 저의 주장이 허위의 사실이라고 단정한 후, 단서 조항을 붙였습니다.

“설령, 김동규의 주장이 사실이라고 하더라도, 형법 제307조 제1항 사실적시 명예훼손죄에 해당한다”

사실적시 명예훼손죄에는 위법성 조각사유가 존재합니다. 형법 제310조에 나와있듯, 오직 공공의 이익을 위한 경우 위법성이 조각되어, 처벌하지 않습니다. 그러나, 법률 전문가가 아닌 저는 어떤 경우에 저의 주장이 법리의 영역에서 공익적인 주장으로 인정받는지 판단할 능력이 없습니다. 대법원 판례에 따르면, 특정 주장이 ‘주로’ 공익적인 경우 위법성이 조각된다고 합니다. 대한민국 시민 96%는 본인의 행위가 법리적으로 '주로' 공익적인 것인지 판단할 사법적 능력을 가지고 있지 못합니다.

그나마, 명진고 사건 당시에는 저의 행위가 형사처벌 대상이 되기는 어려울 것이라고 생각했습니다. 워낙 많은 언론에서 사건을 보도했고, 해당 교사분에 대한 징계가 교원소청심사위원회에서 취소되었고, 국회 교육위원회가 국정감사에서 이 사건을 다뤘기 때문입니다.

그러나, 제가 처음 명예훼손죄로 고소당했던 2016년에는 달랐습니다. 저는 당시 지인이 아르바이트를 하던 사업장에서 심각한 폭행을 당하고 임금을 체불 당했다는 소식을 듣고, 이를 폭로했습니다. 그 결과 체불임금은 받았지만, 사업주가 저와 저의 지인을 정보통신망법상 허위사실에 의한 명예훼손죄로 고소했습니다. 정보통신망법상 명예훼손과 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 ‘비방의 목적’이 필요합니다. 당시 저에게는 비방의 목적이 없음이 명백했습니다. 또, 저의 주장은 모두 사실이었습니다. 그래서 이때의 사건 역시 사실적시 명예훼손죄의 위법성 조각사유가 적용될 수 있는지가 관건이었습니다. 당시 저는 경찰서에서 1차 조사를 받은 후, 검찰에서 2차 조사를 받았습니다.

당시 제가 느꼈던 강렬한 감정을 기억합니다. 사실적시 명예훼손죄로 고소당한 시민들은 대부분 비슷한 감정을 느낄 것입니다. 왜냐하면, 그들은 대부분 특

정 사건이나 피해를 폭로하거나 고발한 분들이기 때문입니다. 성폭력을 당했거나, 폭행을 당했거나, 특정 집단의 비리를 폭로한 이들이 경찰서에 불려가고, 도리어 죄인 취급을 받습니다. 그리고 몇 달 후에야 무혐의 처분을 받습니다. 그 기간 동안, 피고소인들은 이 사회에 대한 신뢰가 무너지는 경험을 합니다. “너만 조용히 있으면 되는데”라는, 거대한 사회적 억압을 마주하는 경험을 합니다. 내가 잘못한 일이 아닌데, 우리 사회의 법과 제도와 질서가 나를 보호해 주지 않는다는 절망적인 감정을 마주합니다. 6개월 만에 사건이 무혐의 처분되었다는 검찰의 우편을 받고, 저는 기쁨이 아닌 분노를 느꼈습니다.

사실적시 명예훼손죄의 핵심은 ‘원칙적 금지 예외적 허용’입니다. 개인의 내밀한 사생활에 대한 사실을 유포하는 행위 등을 예외적으로 금지하지 않고, 원칙적으로 모든 사실적시를 금지한 후, 이중 ‘공익성’이 있다고 판단되는 행위 만을 예외적으로 허용해온 법 제도 설계가 수많은 공익제보자들의 발화를 억압하고, 표현의 자유에 심대한 위협을 가하고 있습니다.

그동안 저는 단 한 번도 사실적시 명예훼손죄를 이유로 고소당하지 않았습니다. 그러나, 비방의 목적이 없고, 거짓이 아니었기 때문에, 실상 저를 향했던 법률은 사실적시 명예훼손죄였습니다. 만약, 이 법률이 존재하지 않았다면, 저를 고소했던 이들은 무고죄를 두려워하여 고소장을 제출하지 못했을 것입니다.

명진고 측은 각 사회 주체들이 정당한 목소리를 내고 시민으로서의 기본권을 행사하는 것을 억압하기 위해서 시민들을 고소했습니다. 권력을 가진 이들이 비판을 목소리를 가로막기 위한 ‘전략적 봉쇄소송’에 이용하는 것, 이것이 바로 사실적시 명예훼손죄의 본질입니다.

진실을 이야기함에도 스스로 공익성 여부를 판단하지 못하는 시민들의 표현은 지금 이 순간에도 자연스럽게 억제되고 있습니다. 이것의 결과는 우리가 생각하는 것보다 더 엄청날지도 모릅니다. 우리는 지금 임금체불과 폭행을 당하는 동료 시민, 사립학교에서 부당한 사유로 해임된 동료 시민, 성희롱, 성폭행을 당했음에도 명백한 증거를 확보하지 못한 동료 시민들을 지켜내지 못하고 있을지도 모릅니다. 임금체불, 폭행, 성희롱, 성폭력, 부당해고, 그리고 모든 잘못되고 불의한 것들을 마주한 누군가는 지금 이 순간에도 정의로운 발화를 참지 못했다는 이유로 명예훼손죄를 이유로 수사기관에서 조사받고 있을 것입니다.

이 문제를 해결하는 유일한 방법은 정의를 억압하는 ‘진실유포죄’를 지금 당장 폐지하는 것뿐입니다. 경청해주셔서 감사합니다.

[사례3] _이명선 기자

기자라는 직업은 소송 위험을 늘 안고 삽니다. 사실 그대로 보도했음에도 명예훼손이라며 기자에게 '고소하겠다'고 윽박지르는 취재원을 종종 봅니다. 이름을 가리고 보도하더라도 상황이 크게 다르지 않았습니다. 기사에 본인이라고 추정할 수 있는 부분이 있으면 '나를 아는 사람은 기사에 나온 작은 힌트로 본인이란 걸 추정할 수 있지 않겠냐' 혹은 '가족에게조차 전과를 숨기고 살았는데 당신 때문에 노력이 물거품이 됐다'면서 분노를 표시하곤 합니다.

이런 일은 최근에도 겪었습니다. 주가조작에 가담했다가 유죄판결을 받은 한 회사 전 임원은 "임원 재임 기간을 기사에 명시하는 바람에 자신이 범죄 사실에 세상에 까발려졌다"면서 제게 "소송을 각오하라"고 협박조를 말했습니다. 제가 기사를 쓴 이유는 재발방지가 컸습니다. 피해보상은커녕 또다시 터를 옮겨 주가조작을 시도하려고 하니, 기사화하지 않을 수 없었습니다. 하지만 가해자인 그는 명예훼손죄를 언급하며 기자의 입을 막으려 했습니다.

그렇다면 누군가의 범죄, 치부를 까발리는 것을 업으로 삼는 저 같은 기자가 소송을 피하는 방법은 무엇일까요? 바로 '공익적 목적'이라는 점을 강조하는 겁니다. 비방의 목적이 아닌 공익의 이익을 위해 기사를 쓴 것이 인정되면 처벌을 피할 수 있습니다. 기자라는 직업은 공익적 목적을 이유로 내세우기 편한 편입니다, 하지만, 이것은 생각보다 쉬운 문제가 아닌 것을 여러 번 몸소 체험했습니다.

저는 2년 전 논산의 가장 큰 종합병원인 백제종합병원의 비리를 기사로 고발했다가 지금까지 소송전을 벌이고 있습니다. 대리 수술, 탈세 의혹을 비롯해 의료비 과다 청구하는 백제병원의 실태를 기사로 알렸는데, 백제병원은 저를 각종 혐의로 고소한 동시에 민사 소송을 제기했습니다. 백제병원이 문제 삼은 것 중에는 명예훼손이 가장 덩치가 컸습니다. 기사 내용이 일부 사실이 아니며, 사실여부와 무관하게 비방의 목적이 다분하다며 기사 한 문장 한 문장을 문제 삼았습니다.

저는 사실을 보도했기 때문에 명예훼손으로 처벌받을 일을 없다고 생각했지만, 수사받는 과정에서 저는 의문이 들었습니다. '사실로 드러나더라도 사실적시 명예훼손죄가 존재하는 한 나는 처벌받을 수 있는 것 아닌가.' '공익적 목적이라는 것을 밝혀야만 처벌받지 않는데, 그렇다면 공익적인 목적이란 대체 무엇인가.' '공익의 기준은 이념과 힘의 논리와 무관하게 적용될 수 있을까.'

아마 우리나라 기자들이 실명 보도를 꺼리는 이유는 제가 품은 의문과 거리가 멀지 않은 것 같습니다. 해외에서는 실명 보도됐을 문제가 왜 우리나라에서는 그렇지 못할까요?

제가 두루의 이상현 변호사님과 사실적시 명예훼손죄에 대해 헌법소원을 한 것은 위와 같은 의문에서 시작했습니다. 현재 우리나라 법은 '표현의 자유보다 개인의 명예가 더 중요하다'는 취지로 사실적시 명예훼손죄의 존치를 주장하고 있습니다. 한마디로 우리 법은 사실을 말할 자유를 함부로 주어서는 안 된다'는 겁니다.

표현의 자유는 생각과 대화의 위축을 불러온다고 생각합니다. 기자조차 사실적시 명예훼손을 이유로 표현에 제한이 생긴다면 일반 시민들은 어떤 상황일까요? 어떤 직업을 가졌든 간에 표현의 자유가 제한되거나 위축돼서는 안 됩니다. 사실적시로 피해가 발생하면 민사 소송을 통해 다툴 길이 있는 만큼, 처벌의 위협 자체가 표현의 자유를 억제할 수 없게 적어도 형사처벌 대상에서는 배제하는 것이 옳다고 생각합니다.

세션2 종합토론

토론문 : 김보경 기자 (셜록)

토론문 : 김성돈 교수 (성균관대 법학전문대학원)

토론문 : 이상현 변호사 (사단법인 두루)

사실적시를 형벌로 다스리진 말아야

- 김보경 (진실탐사그룹 셜록) -

□ 논의 법령

[형법]

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

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

[정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률] (약칭: 정보통신망법)

제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

□ 문제 의식

-위 법에 따르면, 거짓이 아닌 사실을 말해도 누군가의 명예를 훼손할 만한 사안이면 형사처벌 대상이 됨. 사실상 '진실유포죄.'

-표현의 자유는 민주주의 기본 바탕. 진실한 사실은 자유로운 의사 형성과 공론

장의 전제가 되므로, 민주주의에선 누구나 진실한 사실을 널리 알리거나 자유롭게 표현할 수 있어야 함.

-사실을 말했다는 이유로 형벌을 가하는 건, '표현의 자유와 알권리라는 헌법상의 권리를 침해하는 게 아닐까'라는 문제의식을 가짐.

□'형법 307조 1항'에 대한 헌법소원 논의 배경

-A씨는 2017년 8월 동물병원에서 치료받은 자신의 반려견이 실명 위기에 처하자 동물병원의 수상한 치료 행위를 폭로하려고 했지만, 자신이 사실적시 명예훼손죄로 처벌받을 수 있다는 걸 알고 실천하지 못함. A는 이러한 점이 헌법상 기본권 침해에 해당한다며 2017년 헌법소원 심판을 청구. 헌법재판소는 사실적시 명예훼손죄가 헌법에 위배되지 않는다는 결정(합헌 5: 위헌 4)을 올해 2월에 내림.

-진실탐사그룹 〈셜록〉은 취재 중 진실을 유포했다는 이유로 피해를 본 사람들을 만남. 상품 부작용을 말한 소비자, 미투(MeToo) 폭로자, 내부 고발자, 범죄자의 전과 사실 말한 사람 등 모두 사실적시 명예훼손죄로 형사처벌 받음. 진실한 이야기는 보호받아야 한다는 믿음으로 〈셜록〉은 헌법재판소에 '사실적시 명예훼손죄는 위헌'이라는 취지의 헌법소원을 직접 청구.

□' 사실적시 명예훼손죄' 사례별 시사점

1) 성폭력 가해자가 피해자 '입막음' 수단으로 활용

[사례 1-1]

A씨는 미성년인 자신의 조카 몸을 마음대로 만진 성폭력 가해자다. 그는 초등학교 3학년인 조카가 중학교를 졸업 때까지 괴롭혔다. 조카는 성인이 되어서도 심한 우울증과 외상 후 스트레스를 앓았다. 일상생활을 제대로 할 수 없을 정도였다.

조카의 불행과 달리 A씨는 승승장구했다. A씨는 도청에서 고위공직자로 일했다. 조카는 30년이 지났지만, 늦게나마 삼촌의 잘못을 묻고 싶었다. 2008년 9월, 조카는 삼촌이 근무 중인 OO도청 인터넷 홈페이지 자유게시판에 B 씨의 과거를 풀어놓았다.

"그런 놈이 우리나라 고위 공무원으로 떵떵 거리며 살아도 되는 걸까요? 불쌍한 고아 조카를 6년 동안이나 철저히 유린하고 가족들 앞에서 고개도 못 들고 죄인으로 살게 만든 그 사람."

2010년 6월 16일, 광주지방법원 형사6단독(법관 문방진)은 "조카가 쓴 게시글의 내용이 진실에 가깝다"고 판단하면서도, 정보통신망법 위반에 의한 '사실적시 명예훼손 혐의'를 적용해 징역 6월의 실형을 선고유예했다.

"피고인(조카)이 이 사건 범행에 이르게 된 동기에 참작할 바가 없는 것은 아니나, 피고인이 이 사건 범행에 이르기 전에 가족들과 대화나 확인절차를 거치는 등 다른 해결 수단이나 방법이 있음에도 이런 절차 없이 인터넷 사이트와 피해자 A가 근무하는 OO도청 홈페이지에 글을 바로 게시했다. 공무원인 피해자 A가 이 사건으로 겪었을 사회적 평가 절하와 그로 인한 정신적 고통이 심각할 것으로 보인다. - 1심 판결문 中-

[사례1-2]

한 성인 남성이 여자 친구를 성폭행했다. 몰래카메라로 영상도 찍었다. 피해 여성은 연인이었던 이 남성을 준강간 등의 혐의로 고소했다. 이 남성은 2019년 6월 26일 준강간죄 등으로 기소돼 재판에 넘겨졌다. 피해 여성은 그 남성을 직접 찾아갔다. 피해 여성은 그의 집 출입문 번호키를 풀고, 현관문 앞에서 이렇게 소리쳤다.

"강간범 새X가! 너 나한테 준강간하고 강제추행하고 몰카 찍었잖아.
준강간 2회에 강제추행 1회에 몰래카메라 4회, 2015년부터 2019년까지!"

대구지방법원 서부지원은 2020년 8월 18일 주거침입과 사실적시 명예훼손 혐의를 받는 이 여성에게 벌금 100만 원의 형을 선고유예했다.

- 법원은 사례 1-1에 나온 조카가 쓴 게시글이 진실에 가깝다고 판단했는데, 현행법상 오히려 그게 유죄 이유가 되는 상황.
- 사례 1-1, 1-2 모두 다행히 선고유예로 그쳤지만, 무죄를 받지 못함. 결국 범죄자가 된 것.
-실제 성폭력 피해자가 가해자에게 '보복성 역고소'를 당하는 일은 흔함. 2016년 여성가족부 전국 성폭력 실태 조사보고서에 따르면, 성폭력 피해를 고백한 적 없는 피해자는 62.1%.
-가해자는 방어를 넘어, 성폭력 피해자를 명예훼손 혐의로 형사고소하는 방식으로 자신의 무고함을 내세움. 형법 제307조 1항은 가해자의 방어수단이자 무기가 되기도.
-피해 사실을 누설해 명예훼손으로 고소당하면, 피해자는 가해자의 성범죄 사실을 직접 입증해야 함. 갖은 방법을 동원해 사실 입증을 해냈다면, 비방이 아닌 공익을 위한 목적이었다는 점을 밝혀내야 함. 결국 피해자는 입을 다물 수밖에 없는 구조.
-미투(MeToo) 폭로가 잇따른 2018년 5월경 대검찰청 형사부는 무고 관련 '성폭력 수사 매뉴얼'을 개정. 성폭력 고소 사건의 경우 무고 수사 시 성폭력 여부를 명확히 판단할 때까지 수사를 중단하도록. 실효성은 아직 의문.

2) 부작용 등 피해 사실을 말했다가 역으로 범죄자가 되기도

[사례 2-1]

임플란트 시술 이후 부작용을 앓던 B씨는 '1인 시위'에 나섰다. 법적으로 보장되는 정당한 방법을 통해 권리를 되찾고자 했다. 그는 A치과 건물 1층 앞 출입구에서 이런 내용이 적힌 피켓을 들었다.

"잘못된 임플란트 시술 보상하라. 이젠 임플란트가 빠져서 음식도 못 먹고 다른 병원으로도 못 가네."

시위 시간은 평일 오후 5시부터 약 2시간 씩. 이 씨는 2019년 11월부터 2020년 1월까지 한겨울 내내 1인 시위를 했다. 울산지방검찰청은 2020년 4월 28일 명예훼손 및 업무방해 혐의로 이 씨를 벌금 150만 원에 약식기소했다.

이 씨는 억울했다. 사실을 말했는데 형사처벌을 받아야 하는 현실이 납득되지 않았다. 진실을 말했다는 이유로 경찰 조사를 받았던 경험도 괴로웠다. 이 씨는 법원에 정식재판을 청구했다. 진실을 알린 1인 시위에 벌금 150만 원은 과하다고 생각했다.

재판의 쟁점은 '임플란트가 빠졌는지'였다. 검찰은 임플란트가 아닌, 그 위에 씌우는 크라운(치아 대체 보철물)이 빠졌기에 이 씨가 허위사실을 유포했다고 공소사실에 기재했다. 재판을 통해 다툰 끝에, 울산지법은 이 씨가 크라운을 임플란트라고 지칭한 행위에 대해서는 허위사실 명예훼손 혐의를 무죄로 판단했다.

하지만 법원은 사실적시 명예훼손 및 업무방해 혐의는 유죄로 보고 피고인 이 씨에게 벌금 50만 원을 올해 9월 23일에 선고했다.

-사례 2-1은 본인의 임플란트 시술 부작용을 1인 시위로 알렸다가 사실적시 명예훼손죄로 유죄 판결을 받은 사례. 1인 시위 문구에는 욕설도 없음.
-검찰은 임플란트 기둥과 크라운 등 전문 용어를 구분하지 못했다는 이유로 허위사실로 기소. 전문가 집단에 비해 정보력이 부족한 일반 시민들에겐 불리할 수밖에 없는 상황.
-사례 2-1 당사자는 본인 판결문도 법원으로부터 어떻게 받아보는지 잘 알지 못하는 일반 시민. 경찰 조사 등의 경험도 일반 시민에겐 형벌에 가까움.
-해외와 비교할 때도 한국의 사실적시 명예훼손죄 적용은 특수한 상황. 아프리카, 가나, 스리랑카, 뉴질랜드 등 다수의 국가들이 2013년 이전에 이미 명예훼손죄를 폐지.
-미국의 경우 대부분 주에서 민사 손해배상으로 명예훼손 문제를 해결하고 있음. 일부 주에서 명예훼손을 형사처벌하지만, 실제 적용되는 사례는 거의 없음. 개인의 명예훼손은 형사 처벌 대상이 아닌 공론장에서의 토론으로 충분히 대응할 수 있다는 취지.

3) 모호한 기준의 '비방의 목적'과 '공익성'

[사례 3-1]
C씨는 남자친구와 이별 뒤 약 1년여가 흐른 뒤인 2018년 7월 27일 약 30명이 있는 SNS 단체 대화방에 이런 글을 올렸다.

"(여러분들이) 알고 계시는 이기태(가명)라는 사람은 빨간줄 그어진 강간범입니다. 저를 만나는 동안 헌팅으로 만난 여자를 모텔로 데려가 강간, 피해자가 남자친구가 있어서 싫다고 저항하니 폭행, 협박하려고 동영상 촬영까지 한… (이기태는) 피해자를 강간한 다음날 저와 함께 아무렇지 않게 데이트를 했으며, 한 달 이상 강간사실을 숨기고 저를 만났어요."

법원은 C씨의 행동을 유죄로 판단했다. 수원지방법원 성남지원(판사 정용석)은 2019년 9월 18일, 정보통신망법 위반에 의한 '사실적시 명예훼손 혐의'를 적용받는 C씨에게 벌금 30만 원의 형을 선고유예했다.

[사례 3-2]
남성 A와 여성 B는 술을 마셨다. B가 술에 취해 잠들자, 남성 A는 이 여성을 강간했다. A는 준강간 혐의로 기소돼 2017년 12월 재판에 넘겨졌다. A는 OO도청에서 일했다.

1심 공판이 진행된 다음날인 2018년 3월 16일, 피해 여성의 아버지는 OO도청 인터넷 게시판에 글을 남겼다.

"가해자 A쪽은 반성은커녕 제대로 합의 보려고 하지 않고 차일피일 미루고 있습니다. A의 아버지한테 '합의금을 깎아 달라'는 식으로 전화가 왔더군요. 딸자식 키우는 아버지로서 딸이 그런 일을 당했는데, 거기다 대고 무슨 성이 돈 주고 흥정하고 사고팔고 하는 겁니까? 이 글을 읽는 관계자분들은 조속히 공무원 품위와 OO도를 망신시킨 A를 제명시켜주시기 바랍니다."

재판부는 성폭력 가해자 A에게 징역 2년에, 집행유예 3년을 2018년 5월 3일 선고했다. 이후 B의 아버지가 피고인석에 앉았다. 검찰은 도청 온라인 게시판에 A의 이름을 밝힌 피해자의 아버지를 정보통신망법 위반에 의한 '사실적시 명예훼손 혐의'로 기소했다.

1심 재판부는 2019년 10월 30일, 벌금 50만 원 형을 선고했다. B의 아버지는 항소했지만, 2심에서 기각됐다.

-사례 3-1에서 여자친구는 전 남자친구와 헤어지고 1년 뒤에 인터넷 등에 그의 강간 범죄를 폭로. 사례 3-2에서 피해자 아버지는 재판이 진행되는 와중에 '강간 가해자'의 실체를 그의 직장 게시판에 올림.
-두 사례 모두 피해 당사자가 아닌 제 3자가 강간 가해자 이름 등을 인터넷에 올렸다가 '사실적시 명예훼손' 혐의로 기소됨.
-현행법상, 둘이 무죄를 선고 받으려면 자신들의 행위가 비방의 목적이 아닌, 공익을 위한 것임을 입증해야 했는데, 둘의 행동은 공익과 무관한 걸까.
-'공익적 목적이냐 비방의 목적이냐' 판단하는 법원의 기준은 명확하지 않음. 실제 공익의 범위를 명확히 구분하고 제단하긴 어려움. 어디까지가 공익이고, 어디서부터는 공익이 아닌지 그 기준과 경계가 모호함.

-법원의 판단을 통해서만 처벌 여부가 가려지기 때문에 판사가 누구냐에 따라 달라지기도 함. 판례에 나온 비방에 대한 기준도 추상적임. 내용과 유포 상대, 표현 방법 등을 고려해 비방의 목적이 있었는지 여부를 결정한다고 정한다고는 하지만, 이를 근거로 비방 유무를 결정하는 것은 결국 판사 개인.
-올해 사실적시 명예훼손죄 헌법소원에 대한 헌법재판소의 판단에서도, 소수의견을 밝힌 재판관들은 사실적시 명예훼손으로 기소됐다가 최종적으로 대법원에서 무죄를 확정받은 여러 사례를 언급하며 "법률전문가인 검사와 판사 사이에서도, 원심법원과 대법원의 심급 사이에서도, 명예훼손의 유무죄 판단이 되는 '공공의 이익' 판단이 매우 어려운데, 하물며 일반 국민은 자신의 표현 행위가 공익에 포함될 것인지 그 여부를 정확히 예측할 수 없다"고 지적.
-또 공익과 무관하다고 보여진다고 해도 형사처벌로 이어지는 게 맞을까. 두 사람의 폭로와 표현을 형벌로 다스리는 건 표현의 자유라는 민주주의 대원칙과 헌법상 권리를 침해하는 건 아닐까.

□ 고찰

-아무리 사실이어도 누군가의 범죄 이력, 부도덕 행위, 감추고 싶은 사생활 등을 주변 불특정 다수에게 알리는 행위는 인권 등 기본권을 침해할 수 있음.
-다만, '사생활의 비밀에 해당하는 사실'의 범주가 어디까지인지 고민.
→ **사례1.** 한 형제의 폭력 가해가 담긴 판결문을 휴대폰으로 사진 찍어 입주자 28명에게 전송했다가, 정보통신망법 위반에 의한 '사실적시 명예훼손 혐의로 벌금 100만 원 형을 선고받은 사건.
→ **사례2.** 실명 외에 민감한 개인정보가 적시되지 않은 사건처분통지서를 인터넷 사이트에 첨부했다가 정보통신망법 위반에 의한 '사실적시 명예훼손 혐의로 벌금 150만 원 형을 선고받은 사건.

형법 및 헌법이론적 관점에서의 사실적시명예훼손죄(형법 제307조 제1항) 폐지론

- 성균관대학교 법학전문대학원 김성돈 -

1. 우리나라 명예보호법제는 명예라는 보호법익을 추상적 위험범 형식으로 보호하고 있다. 추상적 위험범적 성격을 가진 명예훼손죄가 성립되기 위해서는 보호법익인 명예가 현실적으로 침해되는 '결과' 발생을 요하지 않고 사실적시라는 '행위'만 있으면 족하다.[1] 명예훼손행위에 대한 형벌부과요건의 문턱이 이렇게 낮게 설정되어 있는 이유는 형법이 보호하는 명예의 속성 때문이다. 명예란 사람의 인격에 대한 사회적 평가(외적 명예)를 의미하는데, 이러한 차원의 '사회적 평가' 자체는 명예훼손적 행위, 즉 사실적시를 통해서는 침해될 수 없기 때문이다. 따라서 명예훼손적 행위인 사실적시는 명예를 훼손할 가능성, 달리 말하면 사회적 평가를 저하시킬 수 가능성(위험성)만 발생시킬 수 있을 뿐이다. [2]

1 이 점은 명예훼손사건에 대해 민사적 손해배상의 요건 보다 형사처벌의 요건이 훨씬 완화되어 있음을 의미한다.

2 뿐만 아니라 사실은 사회적 평가를 저하시킬 가능성도 있지만, 사회적 평가를 상향조정할 가능성도 있다. 이 때문에 현행의 명예보호법제하에서는 명예훼손죄의 성립을 인정하기 위해서는 적시되는 사실 가운데 사회적 평가를 저하시킬만한(가능성이 있는) 행위만을 별도로 선별해야 한다. 이 선별작업은 전적으로 법관에게 맡겨져 있다. 그러지 않아도 명예훼손죄는 추상적 위험범 형식으로 되어 있기 때문에 명예훼손이라는 결과발생이나 명예가 훼손될 구체적 위험성 없이도 '사실적시'라는 행위만으로도 범죄성립을 인정함으로써(명예가 훼손될 위험성은 입법자의 동기이기 때문에 법적용자는 그 위험성을 평가할 필요조차 없기 때문이다) 형법의 개입시기가 법익침해 전단계로 앞당겨져 표현의 자유에 대한 제한을 가하고 있는데. 행위만으로 성립되는 이 구성요건의 적용을 위해 다시 적시 되는 사실 중에도 명예를 훼손할 가능성이 있는 사실과 그렇지 않은 사실에 대한 선별을 법적용자에게 전적으로 맡기고 있다는 것은 이 죄의 성립여부를 예측불가능하게 하여 법치국가를 지탱하는 두 가지 기둥 중 하나인 법적 안정성을 위태롭게 만든다. 이점은 특히 적시된 사실이 허위의 사실이 아닌 경우 더욱 심각해진다.

2. 형법의 명예보호법제는 사람의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있는 사실로서 '허위의 사실' 뿐 아니라 '진실한 사실'도 예정해 두고 있다. 진실한 사실이든 허위의 사실이든 그것이 적시되었을 경우 피해자의 인격에 대한 사회적 평가를 저하시킬 가능성 측면에서는 차이가 없다. 그러나 양자는 각 사실을 적시하는 '행위'가 가지는 사회적 의미의 측면에서는 차원을 달리한다. 명예훼손적 행위의 사회적 의미를 평가함에 있어서는 명예개념이 가지고 있는 속성에 대한 이해가 선행되어야 할 필요가 있다. 어떤 사람의 명예란 사회내에서 처음부터 고정불변의 것으로 미리 주어져 있는 것이 아니라 사회적 커뮤니케이션 과정에서 '형성'되어가는 것이기 때문이다. 명예개념 및 명예훼손법을 이해함에 있어서 취해야 할 접근법이 존재론적 차원의 접근이 아니라 규범주의적(구성주의적) 접근이어야 하는 것도 이 때문이다.

사회적 관계 속에서 어떤 사람의 명예(사회적 평가)의 형성 작용에 결정적인 역할을 하는 것은 그 사람에 대한 정보이다. 어떤 사람이라도 사회적인 상호관계망 속에서 정보의 유입을 통해 사회적인 평가가 끊임없이 이루어진다. 여기서 진실한 사실과 허위의 사실은 사회적 평가를 형성하는데 질적으로 상이한 정보가치를 가질 뿐 아니라 서로 다른 기능을 한다. 어떤 사람에 관한 진실한 사실이 새로운 정보로서 투입되면 그 사람의 인격에 대한 과거의 사회적 평가를 뒤로 한 채 새로운 사회적 평가를 형성하는데 중요한 정보가치로 작용한다. 그 이전까지 있어온 사회적 평가는 재조정(교정)되기 때문이다. 중요한 정보 가치를 가진 진실한 사실이 알려져 있지 않은 상태에서 어떤 사람에 대한 사회적 평가와 그 진실한 사실이 알려진 상태에서의 사회적 평가는 달라지기 마련이다. 만약 일반적으로 부정적 영향을 미치는 것으로 인정되는 어떤 진실한 사실이 사회에 알려지기 전 상태에서 어떤 특정인에 대한 사회적 평가가 10이었다고 하자. 그 사실이 공개되면 그 사람에 대한 사회적 평가가 저하되어 5로 바뀔 수 있을 것이다.

문제는 이와 같이 어떤 사람에 대한 사회적 평가를 재조정하는 진실한 사실의 적

시 행위를 사회적으로 반가치한 행위라고 볼 수 있는지에 있다. 중요한 정보가치를 가진 그 사실의 적시로 인해 어떤 특정인에 대한 사회적 평가를 재조정하는 일은 그 피해자에게는 부정적인 결과를 가져올 수 있지만 사회적인 관점에서 볼 때에는 의미 있는 일이고, 사회적 관계 속에서 정보 가치 있는 사실을 사회 속에 투입함으로 인해 사람의 사회적 평가를 교정하는 일을 한 것이라고 할 수 있다. 이러한 행태를 한 행위자는 정보사회 내지 업적사회에서 사회적인 의미차원에서 보면, 사회적으로 상당한 행위를 수행한 것이라고 할 수 있다. 그러한 사실의 적시는 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 위험(가능성)이 있지만, 그 위험은 사회적으로 의미있는 행위를 한 행위자에게 귀속시킬 것이 아니라 자신에게 부정적 영향을 미칠 사실을 스스로의 귀책에 의해 만들어낸 그 사실의 발원자(ownership)에게 귀속시켜야 한다.

이와 같이 진실한 사실의 적시행위가 가지는 사회적 의미차원에서 볼 때 진실한 사실의 사실의 적시는 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있지만, 그것만으로 행위반가치적 측면에서나 결과반가치적 측면에서 불법적 의미를 가지는 것이라 할 수 없다. 이 때문에 진실한 사실의 적시를 형벌로써 금지하고 있는 형법 제307조 제1항은 처음부터 불법적 의미를 가질 수 없는 이른바 '사회적으로 상당한 행위'를 금지구성요건에 담은 입법적 패착의 결과라고 할 수 있다. 선진 각국의 입법례에서 진실한 사실의 적시를 형벌로 금지하고 있는 예가 드문 것은 바로 이 때문일지도 모른다.

반면에 허위의 사실은 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있으면서도 그 자체 허위의 정보이므로 정보가치의 측면에서 피해자의 사회적 평가를 재조정하는 역할도 하지 못한다. 허위의 정보를 전파하는 행위는 사회적 의미차원에서 피해자에 대한 허위의 사실을 적시하기 때문에 명예를 훼손한 가능성이 본질적으로 더 크다. 뿐만 아니라 허위 사실의 유포는 사회적 커뮤니케이션을 왜곡하기 때문에 사회적으로 상당한 행위라고 평가하기도 어렵다. 무엇보다도 허위 사실의 적시를 통해 명예를 훼손할 위험성은 그 허위사실을 적시와 무관한 피해자가 아니라 그 허위사실을 만들어 내거나 만들어진 허위사실을 전파하는 행위자에게 귀속되어야 한다.

이러한 관점에서 보면 진실한 사실의 적시를 금지하는 행위와 허위 사실의 적시를 금지하는 행위를 모두 불법유형으로 삼는 전제하에서 양자가 불법의 양적 측면에서만 다른 것으로 규정하고 있는 형법의 태도는 두 행위가 질적으로 근본적인 차이를 가지고 있는 것임을 전적으로 간과하고 있는 것으로 보지 않을 수 없다.

3. 명예훼손죄는 사실적시 그 자체를 금지함으로써 명예가 훼손될 가능성을 사전에 차단하는 방식으로 명예보호를 도모하는 동시에 사실을 적시하는 행위를 형벌로써 금지하기 때문에 '표현의 자유'를 제한한다. 그런데 진실한 사실을 적시하는 경우는 허위의 사실을 적시할 경우에 비해 표현의 자유를 제한하기 위해 추구하는 목적의 정당성 및 표현의 자유를 제한할 필요성 측면에서 볼 때 과잉금지에 해당할 소지가 다분하다.

앞서 언급했듯이 진실한 사실의 적시는 사회적으로 명예를 재조정하는 기능을 하기 때문에 사회적 의미차원에서 불법성을 가지고 있지 않다. 이러한 차원의 사실적시를 금지함으로써 추구되는 목적은 과장된 명예 내지 허명의 보호이지 진정한 의미의 명예의 보호가 아니다. 과장된 명예, 허명, 체면, 위신을 보호하기 위해 헌법적으로 국가에게 의무 지워진 표현의 자유라는 기본권 보장을 후퇴시키는 태도는 법익균형의 관점에서 볼 때 헌법상 과잉금지원칙에 반한다. 명예보호목적을 가지고 있는 것이 아니라 실제로는 사회적 재평가작업을 못하게 하면서도 형식적으로만 명예보호라는 핑계하에 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이기 때문이다. 형벌법규에 대한 헌법적 심사를 위해 비례성원칙을 적용함에 있어 허위 사실을 적시하는 행위를 금지하는 구성요건의 경우가 아니라 진실한 사실을 적시하는

행위를 금지하는 구성요건의 경우에까지 균형성심사의 저울대에 '명예'와 '표현의 자유'라는 두 가치를 올려놓을 수는 없을 것으로 보인다.

4. '진실한 사실'의 적시를 통해 명예를 훼손하는 행위를 금지하는 구성요건의 존재 자체 때문에 표현의 자유가 과도하게 위축되는 점은 최근 사실적시명예훼손죄의 위헌심사를 한 헌법재판소도 인정하고 있는 바이다. 특히 해당 헌법재판소 결정[3] 에서 재판관 4인은 적시되는 진실한 사실 가운데 사생활의 비밀과 관계없는 진실한 사실의 적시는 과잉금지원칙에 반하고 표현의 자유를 위축시킨다는 논지를 전개하면서 제307조 제1항을 해석·적용함에 있어 사생활의 비밀에 관한 진실한 사실의 적시만 포섭대상으로 하자는 취지에서 이 조항의 일부에 대해 위헌적 의견을 개진하였다. 반면에 헌법재판소의 다수의 의견은 다음과 같은 태도를 취했다: '사생활의 비밀과 관계없는 진실한 사실의 적시가 표현의 자유를 위축시키는 위축효과를 가지고 있다고 해서 이 부분을 구성요건에서 도려낸다면, 여전히 금지되고 있는 부분, 즉 사생활의 비밀을 침해할 가능성이 있는 사실이 명확하지 않기 때문에(행위자로서는 자신이 발설하는 사실이 금지되어 있는지 허용되어 있는지 여전히 불명확하기 때문에) 위축효과는 없어지지 않는다고 한다(그래서 일부 위헌을 받아들일 수 없다고 한다).'

여기서 확인되는 사실은 다수견해도 사실적시명예훼손죄가 그 자체로 위축효과를 일으키는 것임을 자인하고 있다. 왜냐하면 위헌적임을 이유로 구성요건의 금지목록에서 배제시킬 경우 남아 있는 사실이 어떤 사실일지가 불명확하다면, 아무것도 배제시키지 않고 모든 사실의 적시를 금지하는 태도를 취하면 전체 구성요건안에는 여전히 불명확한 부분이 온존하고 있는 것이고 따라서 형법 제307조 제1항 그 자체가 수범자에게 위축효과를 발생시킨다는 점에는 변함이 없기 때문이다.

5. 뿐만 아니라 앞의 결정에서 헌법재판소는 다수견해이든 반대견해이든 형법 제307조 제1항의 '사실'에 '사생활의 비밀에 해당하는 사실'도 포함시키고 있다. 그러나 명예의 보호와 사생활의 비밀의 보호는 다른 차원의 헌법적 가치를 가지는 것으로서 양자와 관계되는 사실 자체가 일정부분 사실상 중첩성은 가지지만 규범적으로 엄연히 달리 취급되어야 한다. 명예를 훼손할 가능성이 있는 진실한 사실은 행위자가 그 사실을 적시하는 외에 법적용자가 사회적 평가의 저하가능성이라는 추가적 평가작업을 거칠 것을 요한다. 뿐만 아니라 사실을 적시하는 행위가 사회적 평가 자체를 저하시키는, 즉 명예침해적 결과로 항상 이어지는 것도 아니다. 반면에 사생활의 비밀에 해당하는 진실한 사실은 적시되는 행위로써 곧바로 사생활의 비밀이 침해되는 것일 뿐 아니라, 사생활의 비밀은 사회적 평가에 의해 저하되고 말고 할 성질의 것도 아니다.

이와 같이 규범적으로 서로 다른 차원의 사실들이 사실상 중첩성이 있다는 이유만으로 명예보호법제를 사생활의 비밀이라는 다른 차원의 법익을 보호하도록 다른 역할을 맡기는 태도는 입법이 나서야할 일을 사법이 대신하는 월권적 행위이다. 두 가지 사실들이 규범적으로 다르게 취급되어야 서로 다른 대상이라면, 형법 제307조 제1항의 구성요건이 진실한 사실 가운데 일부 사실(사생활의 비밀에 관한 진실한 사실)에 대해서만이라도 불법적 의미를 부여(설정)를 하려는 태도는 이미 그 소임을 다하고 있지 못한 구성요건을 억지로 형법의 세계에서 퇴출시키지 못하고 미련을 보이는 태도에 지나지 않는다. 다시 말해 헌법재판소가 - 다수견해이든 반대견해이든 이구동성으로 - 형법 제307조 제1항의 사실과 본질적으로 상이한 사실, 즉 '사생활의 비밀에 해당하는 진실한 사실'도 포함시켜 해석하고 있는 것은 이미 진실사실적시명예훼손죄의 본래적 존재이유인 명예보호라는 과제를 수행하는데 실패하고 있다는 것의 반증일 수도 있다. 사생활의 비밀을 보

3 헌법재판소 2021. 2. 25. 2017헌마1113, 2018헌바330(병합)

호하려는 입법목적은 새로운 침해범적 구성요건 형식에서 실현되도록 해야 하는 것이 마땅하다.

6. 진실한 사실의 적시를 통해 보호되는 '명예'가 있다고 가정하더라도, 그리고 그러한 명예 보호에 우위를 두면서 표현의 자유를 후퇴시키는 형법 제307조의 태도가 '진실한 사실을 적시하더라도, 공공의 이익에 관한 것일 때에는 정당화될 수 있음을 내용으로 하는 형법 제310조를 통해 다시 양자간의 균형이 유지되고 있다는 태도에는 동의하기도 어렵다.

물론 양자간의 균형 유지를 인정하는 견해가 형법학계에서는 다수를 점하고 있다. 이 때문에 형법 제310조의 존재가 형법 제307조 제1항의 존치론에 가장 든든한 버팀목 역할을 하고 있는 것 같다. 그러나 자세히 살펴보면 제310조에는 특히 '공공의 이익에 관한 것'이라는 표지가 헌법이론적으로 다음과 같은 문제점을 가지고 있음을 알 수 있다.

1) 정당화사유의 기초로서의 공익성의 부적격성

형법 제310조는 적시된 사실이 "진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 것일 때에는 벌하지 않는다"고 규정하고 있는데, 여기서 사실의 진실성 부분은 이미 제307조 제1항의 구성요건요소인 측면도 있으므로 정당화사유로서 고유한 의미를 가지고 있지는 않다. 따라서 제310조에서 구성요건에 해당하는 사실적시행위의 위법성을 조각시키는 본질적 표지는 사실의 '공공의 이익 관련성'(이하 공익성이라 한다)에 있다. 여기서 형법 제310조를 의미를 논구함에 있어 결정적인 한 가지 의문이 있다. 즉 공익성이 과연 형법상 금지의 영역을 넘은 행위를 다시 정당화하는 기제로서의 의미를 가질 수 있는가하는 점이다. 형사입법자에게 공익성은

형법상 금지를 적극적으로 근거지울 때 기초가 되(어 있)는 가치 내지 추구되는 이념이기 때문이다. 형법의 모든 구성요건은 구체적인 피해자 개인의 이익을 보호하기 위한 것이 아니라 평화로운 공존질서를 위해서 유지해야 할 가치 내지 이익인 법익을 보호하기 위해 만들어졌다. 따라서 구성요건의 기저에는 법익을 공적인 차원의 이익, 국가법질서라는 공적차원의 이익, 즉 공익이 자리잡고 있다. 국가형벌이 '개인(구체적인 피해자)의 이익'을 위한 차원의 사형(私刑)이 아니라 법익으로 대변되는 국가의 공적질서를 위한 차원의 '공형벌'로 제도화되어 있음도 이 때문이다. 형법적 법익이 가지고 있는 이러한 공적 차원은 범죄가 아무리 개인의 구체적 이익을 공격하고 있어도 그 범죄에 대한 대응인 형벌이 가지고 있는 성격은 공적인 차원의 대응이라는 것이고, 형벌의 속성도 이에 따라 범죄에 대한 사회윤리적 차원의 비난으로 관념되고 있는 것이다. 헌법 제37조 제2항도 이와 같은 형법이 보호하는 법익의 공적인 차원을 근거지우고 있다. 즉 헌법 제37조 제2항에 따르면 국가가 법률(즉 형법)을 만듦으로써 개인의 자유와 권리(기본권)를 제한하는 일은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리라는 공적인 이익을 위해서만 정당화될 수 있다. 국가의 모든 형사소추권이나 강제적인 공권력을 합법적인 것으로 만들어주는 것은, 그리고 그로써 개인의 자유와 권리(기본권)을 제한하는 것은 그 제한이 다름 아닌 '공익'성에 근거하고 있는 것이라 할 수 있는 것이다. [4]

이에 따르면 명예훼손죄의 구성요건도 피해자 개인의 명예를 보호하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라(이러한 기능은 민법의 손배배상법을 통해 수행!), 추상적인 법익으로서의 공적질서속 자리매김된 '명예'의 보호를 목적으로 한다. 명예가 적극적으로 형벌법규를 통해 보호되는 법익의 목록으로 들어옴으로써 이미 그것은 피해자 개인의 사적 이익을 넘어서 국가법질서 차원의 공적인 의미를 가지게 되는 것이다.

4 헌법적 관점에서 볼 때 이러한 공익성에 기초한 공적 법질서는 – 그것이 형벌을 통해 확보되는 질서라고 하더라도 – 종국적으로는 개인의 자유에 기초를 둔다. 비유하자면 '헌법'은 자유를 보장하지만 형법은 개인의 자유를 보장하는 것은 아니라 일정한 울타리를 넘은 개인의 자유를 형벌을 통해 제한함으로써 공적인 질서를 유지하는 그 공적 질서가 바로 개인에게 제한을 의미하는 울타리이다. 형법은 그 속에서 개인이 자유를 누리고 개인 간의 평화로운 공존질서를 유지하게 하는 '구조'를 보호하는 것이다.

그런데 형법 제310조는 이와 같은 공적인 차원에서 만들어진 범죄구성요건의 형식적 불법을 탈락(정당화)시키는 기제로서 다시 '공공의 이익'을 등장시키고 있다. '진실한' 사실을 적시한 경우 '공적인 차원'의 명예를 공격하고 있어서 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다고 하면서도 다시 '공공의 이익에 관한 것'일 경우에는 위법성이 조각된다는 논리를 전개하고 있는 것이다. 여기에는 일반적으로 형법상 금지를 근거지우는 기제로서 동원되는 공적 차원의 목적이 유독 형법의 사실적시명예훼손죄와 관계해서만 금지행위의 반가치성을 탈락시키는 정당화사유로서도 재활용되고 있는 것이다. 이와 같이 본래 형법상 금지의 기제가 되어야 할 공익성이 다시 그 금지를 정당화하는 기제로도 사용되고 있음은 형법 제310조의 규범 논리구조의 '변칙성(비정상성)' [5]을 말해주고 있다. 형법 제310조에서 명예훼손적 행위의 금지성을 허용하기 위해서 비교형량되어야 할 이익 내지 가치는 '공적 이익'으로서의 명예라는 법익 대(versus) 사적 차원의 자유로서의 '표현의 자유'이지, 피해자 개인의 사적 권리로서의 명예 대(versus) 공공의 이익이 아니다. 이러한 관점에서 보면 형법 제310조에서 '공익성'은 형법의 위법성조각사유라는 허용규범의 기초로 어울릴 수 없는 '이물질'(aluid)이라고 하지 않을 수 없다. 사적인 이익을 추구하는 (잠재적) 범죄자의 자유(표현의 자유라는 기본권)를 제한하는 금지규범의 배후가 되고 있는 공익성이 특이하게도 허용규범(제310조의 위법성조각사유)의 내부속에서 금지된 행위를 정당화하는 기제가 되고 있는 '기이한' 규범구조의 모습을 띠게 된 것은 무엇 때문인가? 그 이유는 애시당초 규범화되지 말았어야 할 금지규범(즉 진실적시명예훼손죄의 구성요건)이 만들어진 잘못에 일차적 원인이 있다고 할 수 있다.

5 형법의 전체적 규범구조를 보면 '공익성'에 기초하여 만들어진 금지규범에 포섭되는 행위를 맥락에 따라 정당화할 경우 또 다시 '공익성'이 작동되도록 허용규범이 만들어져 있지 않다. 즉 형법상 정당화사유로 표준화되어 있는 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙, 정당행위 등 허용규범의 저변에 흐르는 공통적 가치 내지 이념으로 공익성이 다시 내세워지고 있는 경우는 없다. 오히려 자기보호의 원리 내지 법확증의 원리(정당방위나 자구행위), 우월한 이익의 원리(긴급피난), 보호될 이익 흠결의 원리(피해자의 승낙) 등은 '공익'적 차원의 이익 보다는 오히려 공적 질서를 위반한 행위자에게 개인적 차원의 이익실현을 승인하면서 공익적차원을 후퇴시킬 것을 내용으로 하고 있다. 형법의 명예보호법제를 제외하고는 어떤 형법규범도 공적 차원의 질서를 공격한 행위를 금지하면서 동시에 그 공격행위가 공공의 이익을 위한 것일 경우 허용하는 규범논리에 입각하고 있지 않다. 구성요건에 해당하는 행위를 정당화함에 전체로서의 객관적 법질서와의 조화가 오히려 결정적이다. 이점은 형법 제20조의 정당행위로서 정당화되기 위해 대법원이 요구하고 있는 기준들(목적의 정당성, 수단의 사회적 상당성, 필요성, 긴급성, 보충성 균형성 등)도 마찬가지이다.

2) 표현의 자유라는 헌법적 기본권의 타당범위의 축소

공익성에 기초하여 명예훼손적 행위를 정당화하는 형법 제310조는 형법의 금지규범의 규범논리와 허용규범의 규범논리의 관계설정에서 문제적일 뿐 아니라 표현의 자유라는 헌법적 가치를 헌법정신에 합치되게 자리매김하는 일에도 실패하고 있다.

형법 제310조의 존재의의가 형법상 명예보호와 헌법상 표현의 자유를 조화롭게 절충하기 위함에 있는 것이라고 하는데 이견은 없다. 그러나 명예권의 우위를 선언한 제307조 제1항을 통해 제한이 가해진 '표현의 자유'가 필요한 범위내의 제한이 되지 않도록 하기 위해 '제한의 제한' 역할을 하도록 투입된 '공익성'이 실제로는 표현의 자유라는 헌법상의 기본권의 타당범위를 축소시키는 – **의도치 못한** – 결과를 초래하고 있다. 명예보호를 위해 표현의 자유를 지나치게(불비례적으로) 제한하지 않도록 조절하는 공익성 요건 때문에 거꾸로 헌법상의 표현의 자유가 실현되는 타당범위가 근본적으로 축소시키게 되는 결과를 초래하고 있음은 아이러니다. 이 아이러니를 간략하게 공식화하면 다음과 같다: '공공의 이익을 위한 표현의 자유 실현은 무죄, 공공의 이익과 무관한 표현의 자유 실현은 유죄!' 이 공식에 따르는 한, 형법 제310조에는 헌법상 보장되어 있는 표현의 자유를 공익을 위해서만 사용하라는 요구가 국가형벌권을 무기로 '공리화'(당위명제화)되어 있다고 평가할 수 있다. 그러나 표현의 자유가 가지는 헌법적 위상에 초점을 맞추면 형법의 이러한 태도는 반헌법적이다. 주지하다시피 헌법상의 자유권적 기본권은 기본권주체가 국가에 대해 요구할 수 있는 주관적 공권이다. 국가와 개인과의 관계에서 볼 때 기본권은 지극히 개인적인 차원의 권리로서 국가는 이러한 기본권의 실현을 보장해야 할 의무가 있다. 물론 헌법은 표현의 자유를 위시한 헌법의 자유권적

기본권이 무제한의 것임을 인정하는 것은 아니다. 평화로운 공존질서를 위해 – 특히 공공복리나 질서유지 등을 위해 – 제한될 수 있음도 인정하고 있기 때문이다(헌법 제37조 제2항). 그러나 표현의 자유를 한편으로는 '공익' 보호적 차원(명예도 형벌을 통해 보호될 경우 공익적 차원의 공적질서로 바뀐다는 점에 관해서는 앞서 언급함)에서 형사처벌의 위협을 통해 제한하면서도 다른 한편으로는 동일한 표현의 자유를 '공익'을 위해 사용하면 다시 형사처벌을 면하게 해 준다는 – 일견 모순적으로 보이는 – 형법의 태도는 헌법적 가치질서의 근간을 무너뜨리는 태도이다. 개인의 사적 자유를 위해 헌법적으로 보장되어 있는 자유권적 기본권을 공익을 위해 '제한'한 후에 다시 그것을 공적 목적으로 사용하라는 또 '제약'조건을 형법이 설정하고 있다면, 법질서의 위계에 반하기 때문이다. 표현의 자유를 명예라는 법익보호를 위해 제한하였다가 다시 그표현의 자유를 공익을 위해 사용하면 처벌하지 않겠다는 형법의 태도는 사적인 차원에서 헌법이 보장하고 있는 기본권을 공적인 차원을 위해서만 사용하라는 추가적인 제약을 헌법에게 가하고 있는 것일 뿐 아니라 표현의 자유라는 기본권의 위상 내지 성격 자체를 변질시키는 결과를 초래한다. 다시 말해 법체계의 위계 속에서 하위법인 형법이 헌법적으로 보장되어 있는 표현의 자유를 명예보호와 관련해서는 공익을 위해서 사용할 경우 가벌성을 탈락시키겠다는 약속은 표현의 자유의 타당범위를 본질적으로 축소시키는 결과로 귀결되는 것이다. 하위법인 형법이 헌법적 기본권 자체의 속성을 공익지향성으로 바꾸거나 그 타당범위를 공익관련적 테두리로 축소하는 것은 형법의 월권이다. 헌법적 관점에서 보면 하위법률인 형법을 통한 상위법인 헌법의 자유권적 기본권의 본질을 바꾸어 버리는 일종의 하극상이라 하지 아니할 할 수 없다.

3) 공익성 개념의 불명확성

공익성과 표현의 자유라는 관계설정에 관한 한 형법 제310조가 반헌법적 발상에 기초되어 있다는 문제점과는 별개로 '공익' 개념 자체를 가벌성의 한계를 설정하는 표지로 사용하는 형법의 태도는 또 다른 차원의 위헌성시비를 야기한다. '공익을 해칠 목적하의 허위사실유포'를 형사처벌하는 전기통신법 규정이 '공익'개념의 불명확성을 이유로 하여 위헌선언한 헌법재판소의 결정 때문이다.[6]

헌법재판소가 죄형법정주의 명확성원칙은 금지를 근거지우는 법률규정 뿐 아니라 위법성조각사유에도 적용되는 원칙임을 인정하는 이상,[7] 형법 제310조에 등장하는 '공익'개념도 위헌시비로부터 자유로울 수 없게 된 것이다.

다른 한편, 형법 제310조의 공익개념은 대법원이 일관되게 주장하고 있는 인간심리구조를 따를 때 명예와 표현의 자유간의 조화를 도모할 수 있을 것이라는 기대된 기능을 제대로 할 수 없는 측면도 있다. 이러한 측면은 제310조가 적용되려면 행위자에게 공익목적이 인정되어야 하고, 공익목적은 비방의 목적과 양립할 수 없다는 대법원의 태도[8] 때문이다.[9] 이러한 태도는 결국 명예를 공격하는 사실의 적시가 공익관련성을 인정받아 위법성이 조각될 수 있는 가능성을 그만큼 줄어들게 만든다. 왜냐하면 공익목적이 긍정됨으로써 비방목적을 요구하는 출판물등에 의한 명예훼손죄는 성립할 수 없게 되는 측면은 있지만, 반대로 비방목적이 긍정됨으로써 공익목적을 요구하는 위법성조각적 법효과를 얻어낼 수 없게 만드는 한계도 온존하고 때문이다. 어쨌든, 그 자체 불확실하여 명확하게 포착할 수도 없는 공익이라는 개념을 사용함으로써 형사처벌의 유무를 결정하고 있는 형법 제310조의 태도는 헌법상 죄형법정주의에도 위반된다.

6 헌법재판소 2010.10.28, 2008헌바157.
7 헌법재판소 2001.6.28, 99헌바31
8 대법원 2008.11.27, 2007도5312 등 수많은 판결 참조.
9 특히 비방목적과 공익목적의 양립불가능성을 형식적으로 전제하고 있는 대법원의 태도는 인간의 행위가 서로 상충되는 내면적 동기의 발로일 수 있고 그러한 상충되는 양가적 동기는 인간의 본성적 측면이라는 점과 동떨어진 태도라고 볼 수 있다.

7. 사람의 인격에 대한 사회적 평가를 의미하는 형법상 명예 개념은 미리 주어져 있는 고정불변의 개념이 아니라 사회적 커뮤니케이션 과정에서 재조정되어 가는 관계개념이자, 새로운 정보를 통해 재구성되어가는 가변적 개념이다. 어떤 사람에 관한 진실한 사실의 적시도 그 사람의 인격에 대한 사회적 평가를 재조정하는 역할을 한다. 이 때문에 진실한 사실을 적시하는 행위의 사회적 의미는 사회적으로 상당한 행위이므로 그 자체 불법을 구성하지 않는다. 이러한 관점에서 보면 사람의 인격에 대한 사회적 평가를 재조정하는 행위를 금지하는 구성요건이 수행하는 기능은 보호할 가치있는 명예를 보호하는 것이 아니라 진실한 사실이 드러나기 전 상태에서의 명예(과장된 명예, 허명)만 보호한다. 이와는 달리 국가형벌의 힘을 입어 진실한 사실이 드러나지 않게 됨으로써 과거의 허명이나 과장된 명예가 유지되는 사람들이 누리는 혜택과 사회적으로 초래될 손상은 크다. 이들은 이른바 '봉쇄적 전략소송'까지 일쌈으면서 진실을 말하려는 시민의 입에 재갈을 물림으로써 표현의 자유를 과도하게 제한한다. 이들은 명예보호의 과제를 수행하도록 투입된 형법의 그늘 아래 몸을 숨겨 바늘 도둑에서 소도둑으로 성장할 수도 있고, 묻혀진 작은 비리나 악행들은 사회의 구조적 악으로 변모될 수도 있다. 진실한 사실을 세상에 드러나지 못하게 함으로써 허명과 위신 및 체면을 유지시키려는 세력들에게 봉사하고 있는 형법 제307조 제1항이 형법의 세계에서 추방되어야 할 이유가 여기에 있다.

형법 제310조도 표현의 자유라는 헌법적 기본권을 공익성을 위해서만 행사하도록 하는 점에서 헌법적으로 문제가 있기는 마찬가지이다. 형법 제310조의 공익성 요건은 개인의 자유를 근간으로 하고 있는 표현의 자유를 공익추구를 위한 도구로 바꿔버리는 결과를 초래하는 동시에 표현의 자유의 타당범위 자체를 축소·변질시키는 반헌법적 표지이기 때문이다.

처벌 및 기소사례에 비추어본 사실적시 명예훼손죄의 문제점

– 이상현 변호사(사단법인 두루) –

1. 들어가며

최근, 아래와 같이 사회적으로 지탄받아 마땅한 부정의를 대외적으로 알리고자 했던 사건이 있었습니다.

〈사례 1〉

'한센병 환자의 구호와 보호를 목적으로 설립된 재단법인이 아무런 죄도 없는 한센인들을 한센인 시설에서 강제추방하였고, 강제로 추방을 당한 한센인들이 시설에 입소하여 줄 것을 호소하자 용역들과 전투경찰 수십 명을 동원하였으며, 시설의 부지를 팔아치웠고, 월 임대료를 이중으로 받아왔음이 확인되었다'는 내용의 호소문을 위 재단법인의 회원들에게 발송한 사건

그리고 성폭행의 상처를 가슴 속에만 담아두다가, 용기를 내어 본인이 당한 범죄피해를 호소하려 했던 사건이 있었습니다.

〈사례 2〉

성폭행을 당했다고 주장하는 자가 가해자의 직장을 찾아가서, 그곳에서 근무하고 있는 청원경찰에게 '약 30년 전 가해자와 한 마을에서 살면서 동네 오빠, 동생으로 지내던 중 피해자로부터 성폭행을 당했고, 그로 인해 임신해서 유산까지 했다'고 말한 사건

이들은 그 내용이 진실한 이상, 모두 보호되어야 하고 나아가 장려되어야 할 목소리입니다. 그래야만 숨겨졌던 부정의가 사회에 알려질 수 있고, 성폭행을 당한 피해자의 억울함이 조금이나마 풀릴 수 있었습니다.

그러나 우리 사회에는 이러한 정의의 목소리가 너무나도 부족합니다. 정당한 문제제기를 하는 데에도 많은 용기가 필요하고, 때로는 피해도 감수해야 하기 때문입니다. 사실을 말해도 형사처벌을 받을 위험에 처하게 되기 때문입니다. 바로 형법과 정보통신망법이 사실을 적시해서 타인의 명예를 훼손한 자를 처벌한다는 '진실유포죄'를 규정하고 하고 있기 때문입니다. 위 사례들에서도 당사자들은 진실을 말했다는 이유로 수사를 받고 기소되었고, 법원에서 형법 제310조 제1항 위반죄의 유죄판결을 받기도 하였습니다.[1] [2]

1 '한센병 환자 시설 사건'에서 제1심 법원은 사례 1과 같이 호소문을 발송한 형법 제307조 제1항 위반죄의 공소사실을 유죄로 인정하였습니다(대구지방법원 서부지원 2015. 9. 10. 선고 2014고단734 판결). 다만, 항소심 법원은 피고인에게 명예훼손의 범의가 없거나 형법 제310조에 의하여 그 위법성이 조각된다고 보아 제1심 판결을 파기하고 무죄를 선고하였고, 대법원은 검사의 상고를 기각하였습니다(대구지방법원 2016. 10. 19. 선고 2015노3877 판결, 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18024 판결).

2 '30년 전 성폭행 사건'에서 법원은 아래의 공소사실에 대해 유죄를 선고하였습니다(대구지방법원 서부지원 2018. 10. 25. 선고 2018고정288 판결, 이후 항소기간의 도과로 위 판결이 확정됨).

피고인은 2016. 8. 중순경 위 피해자의 직장 정문 초소에서, 그곳에서 근무하고 있는 청원경찰 E에게 피해자를 찾아왔다고 말하여 E로 하여금 피해자에게 연락하도록 한 후 피해자가 나오기를 기다리면서, E에게 '약 30년 전 피해자와 한 마을에서 살면서 동네 오빠, 동생으로 지내던 중 피해자로부터 성폭행을 당했고, 그로 인해 임신해서 유산까지 했다. 그 후 피해자는 공무원으로 취업하면서 아무런 말없이 그냥 떠나버렸고, 피해자를 잊고 자신도 결혼을 했으나 인생이 꼬였고, 너무 힘들게 살아왔는데, 그것이 모두 피해자 때문이다'는 취지로 말함으로써 공연히 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다.

2. 사회적으로 필요한 목소리에 대한 기소 및 처벌사례들

사실적시 명예훼손죄로 인해서, 사회적으로 필요한 '정의의 목소리'가 기소되고 처벌된 사례는 그 외에도 많습니다. ① 갑질로 인한 피해를 호소한 표현행위, ② 조직 내부의 문제를 폭로한 표현행위, ③ 피해를 입은 소비자의 표현행위, ④ 사용자 측의 문제를 지적한 노동자의 표현행위, ⑤ 공익제보행위에 대해서, 검찰은 기소를 하고 있고, 법원은 유죄를 선고하고 있습니다. 대표적인 사례 몇 가지를 소개해 드리겠습니다.

[갑질로 인한 피해를 호소한 표현행위]

○ 제약 도매상이 제약 회사들의 불공정한 거래 행위, 소위 '갑질'에 대해 비난한 글을 관련 단체 및 언론 등에 팩스로 보낸 것에 대해서 유죄가 인정된 사례.[3]

○ 학교 앞에서 '교직의 이용하여 남의 돈을 편취'하였다는 내용의 피켓을 목에 걸고1인 시위를 한 행위에 대해서, 유죄가 인정된 사례. [4]

[조직 내부의 문제를 폭로한 표현행위]

○ 마을 이장이 횡령 사건으로 기소유예처분을 받았다는 사실을, 마을 주민이 마을회관에서 알린 행위에 대해서, 유죄가 인정된 사례.[5]

○ 협회 회원이 협회 정기총회에서 '사무총장이 전 직장에서 인사비리를 저지르고 여기 사무총장 자리에 앉아 있다'고 말한 행위에 대해서, 유죄가 인정된 사례.[6]

3 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004도1497 판결.

4 서울남부지방법원 2018. 11. 2. 선고 2018고단3890 판결.

5 대전지방법원 홍성지원 2018. 10. 30. 선고 2017고정374 판결.

6 서울서부지방법원 2017. 2. 23. 선고 2016고정1415 판결.

○ 노인회 전임 회장이 공금 중 일부를 경로당 통장으로 입금시키지 않고 있다는 내용을 마을 주민들에게 알리 행위에 대해서, 유죄가 인정된 사례.[7]

○ 노인회 회원이, 노인회 간부가 다른 회원들에게 공개 석상에서 폭언과 폭행을 행사했다는 사실을 인터넷에 공유했다가 유죄판결을 받은 사례. 심지어 본 사례에서 이 노인회 간부의 동행자는 폭행죄로 유죄판결까지 받은 상황이었음.[8]

[피해를 입은 소비자의 표현행위]

○ 병원에서 수술을 받은 후 부작용이 생기자, 해당 환자가 병원 앞에서 "천만원이 넘은 *** 수술을 받았습니다. 3개월이면 낫는다는 말만 믿고, 일 년이 넘게 지났습니다. 그러나 여전히 십분 이상을 걸을 수도 계단을 오르내릴 수도 통증 때문에 잠을 잘 수도 없습니다. 심지어 대학병원에서는 이런 수술을 왜 했냐고까지 합니다"라는 내용의 배너 1개를 걸어 놓고 1인 시위를 한 행위에 대하여, 유죄가 인정된 사례.[9]

[사용자 측의 문제를 지적한 노동자의 표현행위]

○ 임금 체불을 당한 노동자가 임금 체불 사실을 피켓에 적어 행인들에게 알린 표현행위에 대해 유죄판결이 내려진 사례.[10]

○ 노조 위원장이, 회사의 노조 담당자가 다른 사업장에서 노조 파괴 활동을 하던 사람임을 인터넷에 알린 것에 대해 유죄판결을 받은 사례.[11]

7 대구지방법원 2017. 1. 25. 선고 2016고정1650 판결.
8 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도11914 판결.
9 대구지방법원 2018. 10. 26. 선고 2017고정2043 판결.
10 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도3912 판결.
11 서울지방법원 2011. 9. 8. 선고 2011노2137 판결.

[공익제보행위]

○ 장애인단체의 고문이 '장애인단체에 제품을 납품하는 곳이 불량제품을 납품하는등 비리를 저지른 사실이 있다'는 진정서를 한국장애인개발원에 보낸 행위에 대해서, 유죄가 인정된 사례.[12]

[기타]

○ 경쟁업체의 거래처에 '해당 업체가 당사의 저작권을 침해하여 유죄판결을 선고받은 바 있고 이후 해당 업체가 제품명을 변경하여 그 제품을 다시 판매하고 있는 것으로 판단되어 당사가 고소를 하였으므로 추후에 거래처도 저작권법 위반 등으로 법적인 규제를 받을 수 있다'는 내용증명을 보낸 행위에 대해서, 유죄가 인정된 사례.[13]

○ 출판사 대표가 2013. 10.부터 2014. 3. 1.까지 도시환경정비사업 공사장에서, 현수막에 "시민여러분! 신문보도에 의하면 이곳은 현재 각종 비리로 국민적 원성과 공분을 사고 있는 불량은행과 나쁜 건설사가 시공하는 **호텔 신축현장입니다. 시공사 4대강 · 지하철입찰 담합비리, 시공사: **산업"이라고 게시한 행위에 대하여, 유죄가 인정된 사례.[14]

○ 남편과 그 내연녀가 장기간 불륜관계를 유지해온 사실을 알게 된 부인이, 내연녀의 직장에 찾아가 '둘이 내연관계였다'고 말한 행위에 대하여, 유죄가 인정된 사례.

12 수원지방법원 성남지원 2017. 1. 11. 선고 2016고정994 판결(항소심에서 원심 파기).
13 서울중앙지방법원 2017. 1. 13. 선고 2016고정3305 판결.
14 서울중앙지방법원 2015. 4. 22. 선고 2014고정5043 판결.

이러한 사례들에서 알 수 있듯이, 공익성이 강한 표현행위에 대한 기소가 이루어지고 나아가 법원의 유죄판결이 내려진 경우가 적지 않습니다. 대외적으로 알려져 있고 정식재판이 진행된 사례만 추려도 그 현황이 이와 같으므로, 사실적시 명예훼손죄로 약식기소된 후에 정식재판청구를 포기한 사례, 판결사례가 대외적으로 알려져 있지 않은 사례, 기소되었으나 무죄가 선고된 사례까지 포함하여 본다면, 부당한 기소 · 처벌사례가 더욱 많을 것임이 분명합니다.

3. 나가며

앞서 소개한 것과 같이, 사실을 말해도 기소되고 처벌되는 경우가 많다 보니, 사람들은 의미 있는 목소리를 내려고 할 때에도 스스로를 검열할 수밖에 없습니다. 결국 말 자체를 하지 않게 됩니다. 이것을 '위축효과'라고 합니다.

실제로 영국의 설문조사 결과에 따르면,[15] 명예훼손으로 인해 표현을 변경하거나(changing stories), 자제하는(abandoning stories) 경우가 적지 않습니다.

〈명예훼손법으로 인해 표현을 변경하는 빈도〉

	언제나(All of the time)	대체로(Most of the time)	가끔(Some of the time)	전혀(None of the time)
일반인(n=85)	0%	3%	62%	36%
소규모 언론 (n=75)	3%	3%	41%	53%

15 Judith Townend, "Defamation, pricacy & the 'chill' – A socio-legal study of the relationship between media law and journalistic practice in England and Wales, 2008-13(2015), pp. 177-178.

〈명예훼손법으로 인해 표현을 자제하는 빈도〉

	언제나(All of the time)	대체로(Most of the time)	가끔(Some of the time)	전혀(None of the time)
일반인(n=88)	0%	1%	57%	42%
소규모 언론 (n=74)	3%	0%	37%	61%

한국의 사정도 이와 크게 다르지 않을 것입니다. 사실적시 명예훼손죄가 '진실한 호소'를 처벌함에 따라 '처벌을 각오할 용기'가 없는 시민들은 정당한 목소리도 내기가 어렵게 되었습니다. 사실적시 명예훼손죄는 다수의 정의로운 시민과 달리 호소할 곳 없는 사회적 약자들이 고초를 겪게 하고 있습니다. 그들의 입에 재갈을 물리고 있습니다. 근본적인 제도적 변화가 필요한 시점입니다.

끝.