

진실한 사실적시 명예훼손죄에 관한 몇 가지 문제

Some issues with true factual libel

조 충 영(Jo, Chung Young)*

ABSTRACT

There has long been controversy in many countries over how far criminal justice will intervene in defamation. The recent trend makes it a rule not to punish those who indicate true facts in most countries. In addition, even if the true facts are indicated, punishment is not usually taken as a criminal problem in the case of the public interest. In our case, Article 307 of the Criminal Act provides for punishment even if true facts are indicated. In other words, if the truth is indicated, it will be punished if “performance” is recognized. It is common to interpret the “publicly” stipulated in the crime of defamation as a state that can be recognized by an unspecified or large number of people. However, the precedent for “recognizable state” is that if there is a possibility of spreading due to “possibility of transmission,” it is recognized even if it is not unspecified or majority, and many scholars say that it means a state that can be directly recognized by unspecified or majority. Aside from the controversy over punishment if the criminal law states the truth, the attitude of these precedents is unfair. First of all, it does not fit the meaning of the word performance. This is because the meaning of performance should be found in performance itself, and the meaning of performance should not be defined through the possibility of propagation. In addition, if it is a “bad word” for the other party, it already has a constituent requirement, which is unfair as it excessively interferes with the daily lives of the people. The illegality is fragmented for what is in the public interest, but this is not a fundamental solution. Therefore, the fact that defamation is generally established by stating true facts is too widely recognized to abolish defamation itself, but it is necessary to reduce the scope to certain cases, such as infringement of personal privacy. In the end, it is necessary to change the paradigm of the punishment of defamation by not punishing in principle, putting freedom of expression first, and punishing in exceptional cases.

Key words: Defamation, performance, propagation possibility theory, direct recognition theory, freedom of expression

* 부산대 법학전문대학원 부교수

I. 들어가며

형법 제307조 제1항은 명예훼손죄에 관한 규정으로 ‘공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다’고 되어 있다. 명예훼손죄의 구성요건 중 ‘공연성’의 의미를 어떻게 이해할 것인가에 대하여 직접적용설과 전과가능성설이 오랫동안 첨예하게 대립되어 있다. 학계의 다수설은 직접적용설을 지지하고 있고 대법원은 전과가능성설을 일관하고 있으며 최근에도 대법원 2020.11.19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결을 통해서 다시 한 번 확인한 바 있다. 이와 더불어 명예훼손죄의 비범죄화를 주장하는 학자들에 의하여 근본적인 문제 즉 명예를 훼손하였다는 것이 사회적으로 어떤 의미를 가지고 있는지에 대하여 이전과는 다른 관점으로 여러 측면에서 분석되고 있다. 현대 사회는 예전과는 달리 많은 정보들이 소통되고 있다. 이러한 정보의 홍수 속에 개인의 명예가 손상되지 않도록 보호해야 된다는 점은 명백하지만 한편 그 보호의 정도는 표현의 자유와 관련하여 어느 범위까지 개인의 명예와 프라이버시를 존중해야 할지도 논란이 있다. 이에 대하여 형법은 명예를 훼손하면 그것이 진실한 사실이든 허위의 사실이든 모두 처벌함을 원칙으로 하여 개인의 프라이버시를 우선적으로 보호하고 단지 적시한 사실이 진실한 경우 그것이 오로지 공공의 이익과 관련된 때에는 처벌하지 않는다는 위법성조각사유에 관한 형법 제310조의 규정을 둠으로써 표현의 자유와의 조화를 도모하고자 하는 나름의 한계를 설정하고 있다. 아래에서는 명예훼손죄의 각국 입법례와 형법의 ‘공연성’ 해석에 대한 여러 견해에 대하여 살펴보고 나아가 명예훼손죄를 형법적으로 규정하는 것이 타당한지 만약 타당하다면 보호해야 할 ‘명예’의 영역은 지금처럼 모든 명예를 대상으로 일반적으로 규정하는 것이 맞는지에 대하여도 논의해 보기로 한다.

II. 명예훼손죄의 규정체계와 입법례

1. 형법 규정의 내용

형법은 진실한 사실을 적시한 경우에도 명예훼손죄로 처벌한다. 명예훼손과 관련한 규정을 자세히 살펴보면 제33장에 ‘명예에 관한 죄’의 장을 두면서 제307조 제1항에는 진실한 사실을 적시한 경우, 제2항에는 허위사실을 적시한 경우의 일반적인 명예훼손에 관하여 규정하였고, 제308조에는 허위의 사실을 적시한 사자의 명예훼손, 제309조에는 비방할 목적의 신문, 잡지, 라디오 기타 출판물에 의한 명예훼손, 제311조에는 사람을 모욕한 경우의 각 규정을 두었다. 그리고 제310조에서 제307조 제1항의 사실적시 명예훼손이 진실한 사실로서

오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 않는다는 위법성 조각사유에 관한 규정을 두고 있다. 이외에 명예훼손과 관련한 특별규정으로 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제70조 제1항과¹⁾ ‘공직선거법’ 제251조가²⁾ 있다.

2. 입법례

1) 미국

영미법에서의 명예훼손은 정당한 이유없이 타인의 명성을 훼손하는 ‘허위의 사실’을 공표하는 행위를 뜻한다고 한다.³⁾ 미국에서는 명예훼손에 대하여 민사적, 형사적으로 통일된 연방의 법률은 존재하지 않고, 개별 주에서 명예훼손에 관한 성문법률을 마련하고 있는데 대부분은 민사상의 불법행위로 규율하고 있다.⁴⁾ 형사처벌의 경우 미연방대법원의 1964년 Garrison 판결에서 공적인 사안에서의 진실 적시 명예훼손도 예외 없이 처벌하였던 루이지애나 법률을 위헌이라고 판단한 이래 많은 주의 법률이 위헌으로 판결되어 이와 관련한 규정의 전부나 일부를 폐지하거나 개정하였다. 현재 일부 소수의 주만이 형사처벌의 규정을 두고 있으나⁵⁾ 이도 정당화 사유를 넓게 인정하여 예외를 두고 있다. 미국에서는 사실을 적시한 것이 진실에 부합하거나 부합하지 않더라도 공적인 관심사의 경우에는 표현의 자유를 보호하기 위하여 선의로 행하여진 논평인 경우 형사상의 명예훼손죄에 해당하지 않을 뿐만 아니라 불법행위법상의 손해배상범위도 크게 제한하는 ‘현실적 악의원칙’이 확립되어 있다. 결론적으로 미국은 개인의 명예보호와 표현의 자유가 충돌할 경우 표현의 자유를 인격권에 우선하여 ‘표현의 자유의 우위 원칙’에 입각해 있다고 볼 수 있다. 다만, 개인의 인격권도 보호하기 위하여 진실한 사실을 사회일반에 공개하여 피해를 주는 경우에는 프라이버시권 침

- 1) (제1항) 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. (제2항) 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.
- 2) 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.
- 3) 김주영, “미국의 명예보호 관련 법제”, 한국법제연구원, 2009, 30면.
- 4) 미국법학회(American Law Institute)가 만든 모범형법전(Model Penal Code)에도 명예훼손죄에 대한 규정은 없다. 모범형법전은 1962년 공표되었는데 이는 1960년대~1970년대 미국 각주의 형법 개정 운동을 촉진하였고, 이들 각 주의 형법들이 모범형법전의 지대한 영향을 받았다(김종구, “미국 형법의 비교법적 연구”, 정독, 2023, 10면).
- 5) 명예훼손에 대한 형사처벌 규정을 두고 있는 주는 메사추세츠, 미네소타, 몬타나, 뉴햄프셔 정도라고 한다(윤해성/김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2018, 57면).

해로 인한 법적 보호는 받을 수 있다고 한다.⁶⁾

2) 독일

독일 형법은 제14장 모욕죄(Beleidigung)에서 명예에 관한 죄를 규정하고 있는데 제186조 이하에서 명예훼손에 관한 규정을 두고 있다. 제186조(비방)는 ‘타인을 비방하거나 세평을 저하시키기에 충분한 사실을 주장하거나 유포한 자는 이러한 사실이 진실임을 증명할 수 없을 때’ 처벌하고 이러한 행위가 공연하거나 문서를 통하여 반포될 때 가중처벌한다고 규정되어 있다. 제187조에서는 제186조와의 관계에서 허위의 사실임을 알면서 주장하거나 유포하는 경우 처벌한다고 하며, 진실의 입증과 관련하여서는 제190조에서 ‘주장 또는 유포한 사실이 범죄행위인 경우 피해자가 그 행위로 인해 유죄의 확정판결을 받는 경우’에는 진실에 대한 입증이 있는 것으로 본다고 한다. 독일에서는 사실적시와 허위사실적시 명예훼손을 모두 문제 삼고 있지만 적시한 내용이 진실이라면 명예훼손으로 처벌하지는 않는다.⁷⁾

3) 영국

보통법상 명예훼손은 크게 문서에 의한 명예훼손인 ‘libel’과 구두에 의한 명예훼손인 ‘slander’로 구분되었다. 그러나 명예훼손죄가 주로 사회적 지위가 높은 사람들에 의해 사회적으로 공적인 사안에 대한 자유로운 토론을 제약하여왔던 측면이 있었고, 유럽인권협약(European Convention on Human Rights) 제10조가 보호하는 언론의 자유와도 여러모로 조화되기 어렵다는 비판이 있던 중 위에서 열거한 비판을 받아들여 2010년도에 명예훼손죄를 폐지하였다.⁸⁾

4) 일본

일본 형법 제230조는 ‘공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 사실의 유무와 상관없이 처벌한다’고 되어 있다. 형법과 달리 사실인지 허위인지 여부에 따른 양형 차이를 두고 있지 않다. 그리고 제230조의2 제1항에서 ‘공공의 이해에 관한 사실에 그 목적이 오직 공익을 도모한다고 인정하는 경우 진실입증이 있다면 벌하지 아니한다’고 하였으며 제3항에서는 ‘제230조의 행위가 공무원 또는 공선에 의한 공무원의 후보자에 관한 사실에 관계되는 경우에는 진실입증이 있는 경우 이를 벌하지 아니한다’고 하였다. 한편, 일본은 제232조 제1

6) 박정난, “사이버 명예훼손의 형사법적 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2019, 23면 이하.

7) 박정난, 위의 논문, 29면.

8) 허6순철, “영국의 명예훼손법 개정과 그 의미”, 공법학연구16-4, 한국비교공법학회, 2015, 126면.

항에서 명예에 관한 죄를 모두 친고죄로 규정하고 있다.

Ⅲ. 구성요건의 검토

1. 명예의 개념과 보호법익

명예에 관한 죄의 보호법익은 사람의 명예이다. 일반적으로 명예를 내부적 명예, 외부적 명예, 명예감정으로 구분한다.⁹⁾ 내부적 명예는 타인이나 자기의 평가와 무관하게 사람이면 누구나 가지고 있는 개인의 인격에 내재하고 있는 가치를 말하며, 외부적 명예란 개인의 인격에 대해 외부의 타인들에게서 주어지는 사회적 평가 즉 타인에 의한 그 사람의 평판을 말하며, 명예감정은 자신의 인격적 가치에 대한 스스로의 주관적 평가를 말한다고 한다. 명예훼손죄의 보호법익을 내부적 명예와 외부적 명예를 모두 합한 것이라는 견해와¹⁰⁾ 명예의 내용을 사실적인 것과 규범적인 것으로 나누고 이 중 규범적인 내용 즉, 개인에게뿐 아니라 사회적 승인관계에서도 인정되는 인격의 중요한 가치 내지 이러한 가치로부터 도출되는 존중대우의 요구가 보호법익이라는 견해¹¹⁾도 있지만 통설은 외부적 명예라고 하며 판례도¹²⁾ 같다.

한편 보호법익이 보호받는 정도는 추상적 위험범으로 파악하여 공연히 사실을 적시하면 완성되고 그로 인해 피해자의 명예가 현실적으로 침해되어야 기수가 되는 것은 아니라고 하는게 통설이며 판례이다.¹³⁾ 이에 대하여 명예훼손죄는 불특정 또는 다수인이 현실적으로 인식해야 할 필요가 있는 것은 아니지만 결과가 아닌 행위관점에서 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태가 됨으로써 구체적 위험이 존재하기 때문에 구체적 위험범으로 파악해야 한다는 견해도 있다.¹⁴⁾

9) 심담, 주석형법 각칙4(제5판), 한국사법행정학회, 2017, 448면; 한제희, 형법주해 X, 박영사, 2023, 8면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제12판), 박영사, 2021, 185면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제7판), 박영사, 2017, 186면; 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018, 741면; 오영근, 형법각론(제7판), 박영사, 2022, 166면; 배종대, 형법각론(제14판), 홍문사, 2023, 188면; 김성돈, 형법각론(제8판), 성균관대학교 출판부, 2022, 227면; 임웅, 형법각론(제13정판), 법문사, 2023, 243면.

10) 김일수/서보학, 위의 책, 186면.

11) 이정원, 형법각론, 신론사, 2012, 195면.

12) 대법원 1987.5.12. 선고 87도739 판결 등.

13) 대법원 2000.2.25. 선고 98도2188 판결 등.

14) 배종대, 위의 책, 196면.

2. 공연성

이에 대하여는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 어떻게 이해하는가에 따라 직접인식설과 전파가능성설의 서로 다른 견해가 있는데 뒤에서 자세히 보기로 한다.

3. ‘진실’한 사실의 적시와 명예의 ‘훼손’

1) 사실의 적시와 관련된 판례의 내용

명예훼손죄가 성립하려면 사실을 적시하여야 한다. 현실에서는 사실의 적시와 의견표현이 항상 명확하게 구분되는 것은 아니다. 이러한 점에 대하여 대법원은 “명예훼손죄의 사실의 적시란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며, 표현내용이 증거에 의해 증명이 가능한 것을 말한다”고 하고 나아가 “판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별할 때에는 언어의 통상적 의미와 용법, 증명가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다”고 하였다.¹⁵⁾ 판례가 구체적 사실의 적시를 부정한 것의 대강을 살펴보면 ① 불미스러운 소문의 진위를 확인하고자 질문하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 발언을 한 경우,¹⁶⁾ ② 방송국 프로듀서 등이 특정 프로그램 방송보도를 통해 이른바 ‘한미 쇠고기 수입 협상’의 협상단 대표와 주무부처 장관이 미국산 쇠고기 실태를 제대로 파악하지 못하였다는 취지의 보도를 한 것,¹⁷⁾ ③ 우리나라 유명 소주회사가 일본의 주류회사에 지분이 50%가 넘어가 일본 기업이 되었다고 한 것,¹⁸⁾ ④ 다른 사람의 말이나 글을 비평하면서 사용한 표현이 평균적인 독자의 관점에서 보았을 때 문제 된 부분이 실제로는 비평자의 주관적 의견에 해당할 경우,¹⁹⁾ ⑤ 피고인이 피해자가 피고인의 범죄를 고발하였다는 내용의 말만하고 그 동기나 경위에 관하여 전혀 언급하지 않았다면 충분한 구체적인 사실이 적시되었다고 보기 어렵다고 한 것,²⁰⁾ ⑥ 당산제에 이혼한 피해자가 참석하여 참여한 다른 사람이 안 좋게 평가하는 말이 많았다고 하고 저녁식사 자리에서 이혼했다는 사람이 왜 마을제사에 왔는지 모르겠다고 말한 경우 피해자의 이혼 경위와 사유 등을 말하지 않고 이혼 사실 자체만 언급한 것은 부정적인 가치판단이나 평가를 표현하고 있을 뿐이라고 하여 이러한 것들은 사실의 적시에

15) 대법원 2011.9.2. 선고 2010도17237 판결 등.

16) 대법원 2018.6.15. 선고 2018도4200 판결, 대법원 1985.5.28. 선고 85도588 판결.

17) 대법원 2011.9.2. 선고 2010도17237 판결.

18) 대법원 2008.11.27. 선고 2008도6728 판결. 판례가 이에 대하여는 가치 중립적인 표현이라고 하였다.

19) 대법원 2017.5.11. 선고 2016도19255 판결.

20) 대법원 1994.6.28. 선고 93도696 판결.

해당하지 않는다고 하였다.²¹⁾

반면, 사실의 적시에 해당한다고 한 것으로는, ① 사람의 성명을 명시한 바 없는 허위사실의 적시행위도 그 표현의 내용을 주위 사정과 종합판단하여, 어느 특정인을 지목하는 것 인가를 알아차릴 수 있는 경우,²²⁾ ② 경찰관을 상대로 한 진정이 내사종결 되었음에도 불구하고 “사건을 조사한 경찰관이 내일부로 검찰청에서 구속영장이 떨어진다”고 한 경우,²³⁾ ③ 사실의 적시는 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 그와 같은 사실의 존재를 암시하고, 또 이로써 특정인의 사회적 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 충분하기에 교수가 학생들 앞에서 피해자의 이성관계를 암시하는 발언을 한 경우,²⁴⁾ ④ 피고인의 시(詩) 중 ‘민생법안이 널려 있어도/ 국회에 앉아 있으면 하품만 하는 년이지/ 아니지 국회 출석을 쫓겨나지’ 라는 내용,²⁵⁾ ⑤ 피해자가 재벌과 사이에 아이를 낳거나 아이를 낳아준 대가로 수십억 원을 받은 사실이 없음에도 불구하고 댓글에 “지고지순이 뜻이 뭔지나 아니? 모 재벌님하고 관계는 끝났나?”라는 내용을 단 경우,²⁶⁾ 등의 판결이 있다. 사실의 적시는 본인의 의견이나 가치판단과는 다르지만 위에서 살펴 본 몇몇 판례에서도 알 수 있듯이 이들을 명확히 구분하기란 쉽지 않다. 그리고 가치판단이라고 하더라도 증명할 수 있는 가치판단은 사실의 영역이겠지만 증명하기 어려운 부분은 모욕죄의 대상이 될 뿐이다.²⁷⁾

2) 명예의 ‘훼손’

‘훼손’은 형법 제307조에 나타난 명예훼손죄의 구성요건임에도 보호법익과 관련하여 추상적 위험범이라는 설명 이외에는 그 자체의 의미에 대하여 학계나 판례에서 거의 다루고 있지 않다.²⁸⁾²⁹⁾ ‘훼손’의 사전적 의미는 ‘체면이나 명예를 손상함’이고 ‘손상’은 ‘명예나 체면,

21) 대법원 2022.5.13. 선고 2020도15642 판결.

22) 대법원 1982.11.9. 선고 82도1256 판결.

23) 대법원 2003.5.13. 선고 2002도7420 판결.

24) 대법원 1991.5.14. 선고 91도42 판결.

25) 대법원 2007.5.10. 선고 2007도1307 판결.

26) 대법원 2008.7.10. 선고 2008도2422 판결. 이 경우는 간접적, 우회적인 표현으로 허위사실의 존재를 구체적으로 암시하는 방법으로 사실을 적시한 경우이며, 사실적시가 반드시 직접적이지 않은 경우에도 명예훼손이 가능하다고 한다(배종대, 앞의 책 204면).

27) 모욕에 해당된다고 판결한 것으로는, “야, 개 같은 잡년아, 시집을 열 두 번을 간 년아, 자식도 못 낳는 창녀 같은 년아”(대법원 1985.10.22. 선고 85도1629 판결), “아무 것도 아닌 똥꼬다리 같은 놈”(대법원 1989.3.14. 선고 88도1397 판결) 등이 있다.

28) 판례에서 ‘훼손’의 의미에 대하여 직접 다룬 것은 거의 없고, ‘훼손’과 관련하여서는 추상적 위험범에 해당하므로 명예를 훼손할 만한 사실을 적시하면 기수로 되고 실제로 침해되어야 기수가 되는 것은 아니라고 설명할 뿐 ‘훼손’의 의미 자체를 직접 언급하지는 않는 게 대부분이다. 심담, 위의 책, 508면; 한제희, 위의 책, 84면; 임웅, 위의 책, 254면 등.

29) 오영근, 위의 책, 171면 이하에서는 ‘훼손’의 의미를 별도로 언급조차 하지 않고, 단지 사실의 적시에 있어 ‘사회적 평가를 저하시킬 만한 사실’이라는 항목으로 다루고 있을 뿐이다. 배종대, 위의 책, 199

가치 따위가 떨어짐'을 말한다고 한다.³⁰⁾ 즉 훼손한다는 것은 기존에 가지고 있는 가치를 내려가게 하는 행위를 의미한다고 볼 수 있다. 한편, 명예훼손죄의 보호법익이 외부적 명예라는 것이 통설인데 앞서 보았듯이 외부적 명예란 인격에 대해 외부의 타인들에게서 주어지는 사회적 평가 즉 타인에 의한 평판을 말한다. 그렇다면 외부적 명예인 평판은 그 사람의 실제의 인격적 가치와 ① 일치하는 사람이 있고 ② 일치하지 않는 사람이 있을 것이며, ②에 있어서는 다시 그 사람의 실제 가치보다 ②-1 저평가 된 사람이 있거나 반대로 ②-2 고평가 된 사람이 있을 수 있을 것이다.³¹⁾ 형법상 진실한 내용의 사실적시 명예훼손이 문제되는 부분은 위의 모든 영역이지만 현실에서 문제가 되는 영역은 주로 ①과 ②-2의 영역이다. ①의 영역과 관련하여서는 이미 사회에 알려져 있는 그 사람의 평판 그대로를 말하였을 뿐인데 이것이 그 사람에게 좋지 않은 부분에 대한 언급이라면 현행 형법상 죄가 될 수 있다. 있는 그대로의 진실한 사실의 적시는 그 사람의 평판과 일치하기 때문에 명예가 떨어져 훼손될 여지가 없음에도 불구하고 범죄가 되는 행위는 될 수 있다. 명예훼손의 보호법익이 타인에 의한 평판이라고 한다면 이미 알려져 있는 진실한 사실에 대하여 말하였을 때에는 죄가 되지 않아야 하는 게 원칙이지만 판례는 그 사람에 대하여 나쁜 표현을 하면 죄가 된다고 하며 이미 알려져 있는 사회적 평판이라는 이유로 죄가 성립하지 않는다고 한 것은 거의 눈에 띄지 않는다. ②-1의 영역에 있는 사람은 이미 알려진 부분에 관한 것은 ①의 영역과 같을 것이고, 사회에 잘 알려지지 않은 부분은 진실한 사실을 적시할수록 그 사람의 평판을 좋게 하는 것이므로 명예가 오히려 올라갈 뿐이어서 별 문제 될 게 없다. 반면, ②-2의 영역은 사회적 평판과 진실한 사실의 적시가 일치하는 부분도 있지만 일치하지 않는 부분도 있다. 이 영역에 있는 사람은 진실한 사실이 밝혀지면 이때까지 전혀 알려지지 않았거나 거짓 내지 잘못된 평판에 대하여 진실이 드러나는 것이어서 실체가 없었거나 사람들이 잘못 알고 있었던 명예 즉 허명(虛名)이 훼손된다. 판례는 진실한 사실을 적시하여 그 사람의 실체를 드러내더라도 그 사람에 대한 나쁜 표현을 하면 죄가 된다는 입장인으로서 허명도 보호되는 결과를 가져온다.

이상에서 명예를 훼손할 수 있는 여러 경우에 대하여 살펴보았지만 결론은 모두 진실한 사실이 그 사람의 사회적 평판과 일치하여 다른 사람들이 알고 있는 내용인더라도 처벌을 받게 된다는 것이고, 심지어는 잘못 알려진 사회적 허명에 대하여 이를 제대로 알리려는 것조차 처벌을 받게 된다. 과연 그 사람의 사회적 평판과 일치하는 데도, 아니면 제대로 알려지지 않은 부분에 대하여 알리려 하는데도 형사적인 처벌을 하는 게 맞을까. 사회적 평판이라는 것은 그 사람에 대한 자유로운 표현을 통하여 이루어 질 수 있는 게 아닐까. 진실인

면 이하도 적시대상이 되는 사실은 사람의 지위·가치를 훼손할 수 있는 것이면 무엇이든 상관없다고 하여 같은 취지.

30) 국립국어원 표준국어대사전.

31) 이해의 편의를 위하여 사람으로 구분하였으나 실제로는 한 사람에게 이 모든 영역이 있을 수도 있으며 오히려 이게 보편적일 것이다.

사실조차도 표현해서는 안 된다는 건 지나치다고 생각한다. 그 사람에 대해 그저 ‘나쁜 말’을 하면 그것이 그 사람의 정당한 사회적 평판을 지적했다고 하더라도, 아니면 가면을 벗기고 진실을 전달하였다고 하더라도 모두 처벌된다는 것은 가혹하다. 사정이 이러하다면 우리 법원은 그 사람에 대한 제대로 된 평판이 통용되는 것을 막고 있는 셈이다.

3) 진실한 사실적시 명예훼손의 처벌에 관한 문제

위에서 살펴본 바와 같이 여러 나라에서 진실한 사실을 적시한 경우 처벌하는 법 자체가 없거나 아니면 진실하다는 증명을 하면 처벌하지 않는다고 규정하고 있다는 점이 표현의 자유를 보호하겠다는 것도 있지만 동전의 양면처럼 그에 의하여 보호하고자 하는 것은 그 사람에 대하여 진실로 제대로 평가된 명예이고 잘못 평가된 부분은 보호하지 않겠다는 것이다. ‘진실한 사실’을 적시하였는데도 진실한 사회적 명예가 ‘훼손’된다는 것은 서로 양립하기 어렵다. 이 점이 진실한 사실적시 명예훼손죄에 대한 처벌규정은 폐지되어야 한다는 명분을 제공하고 있는 것이기도 하다. 진실한 사실을 적시하더라도 명예훼손죄가 성립한다는 것은 형법이 사회적으로 잘못 평가되어 있는 허위의 명성도 보호한다는 취지라고 하든지³²⁾ 개인에 대한 진정한 사회적 평가가 아닌 허명(虛名)은 형벌에 의하여 보호할 가치가 있는 이익이라고 할 수 없어 형법의 보충성 원칙 및 최후수단성 등에 비추어 볼 때 타당하지 않다고 하는 등의 견해가 그것이다.³³⁾

특히 판례에 나타난 것을 보면 사회적으로 물의를 일으킨 사람에 대하여 다른 사람이 그러한 잘못을 지적하면 이를 명예훼손으로 문제 삼는 경우가 많다. 이러한 경우까지 과연 명예훼손을 처벌하는 형사사법절차를 두는 것이 바람직한 것인지에 대하여 근본적인 의문이 생기는 것이다.

이러한 경향의 판례 중 최근에 선고된 일부 예를 들어보면, ① 총학생회장의 출마자격에 관한 조언을 구하는 글의 댓글에 직전 연도에 입후보했다가 중도사퇴한 을의 실명을 거론하며 ‘000이라는 학우가 학생회비도 내지 않고 총학생회장 선거에 출마하려 했다가 상대방 후보를 비방하고 이래저래 학과를 분열시키고 개인적인 감정을 표한 사례가 있다, 그러한 부분은 지양했으면 한다’고 언급한 경우,³⁴⁾ ② 학교폭력의 피해자가 카카오톡 계정 프로필 상태메시지에 “학교폭력범은 접촉금지!!!”라는 글과 주먹 모양의 그림말 세 개를 게시한 경우,³⁵⁾ ③ 빌라를 관리하고 있는 피고인이 누수와 관련한 공사를 요청받았으나 피해자들이 공사협조의 대가로 과도하고 부당한 요구를 하거나 막말과 욕설을 하였다는 취지로 발언하

32) 임웅, 위의 책, 250면.

33) 윤해성/김재현, 위의 논문, 153면.

34) 대법원 2020.3.2. 선고 2018도15868 판결.

35) 대법원 2020.5.28. 선고 2019도12750 판결.

고 ‘무식한 것들’, ‘이중인격자’ 등의 말을 한 경우,³⁶⁾ ④ 피고인이 갑으로부터 사기 범행을 당하였던 사실과 관련하여 10여 명이 참여하던 단체 채팅방에서 ‘갑이 내 돈을 갚지 못해 사기죄로 감방에서 몇 개월 살다가 나왔다. 집에서도 포기한 애다. 너희들도 조심해라.’는 내용을 글을 게시한 경우,³⁷⁾ ⑤ 총학생회장인 피고인이 총학생회 주관의 농활 사전답사 과정에서 학생회 임원진의 음주운전 사실을 계기로 음주운전과 이를 묵인하는 관행을 공론화하여 ‘총학생회장으로서 음주운전을 끝까지 막지 못하여 사과드립니다.’는 글을 페이스북에 게시하여 음주운전자로 특정된 자의 명예를 훼손하였다고 한 경우가³⁸⁾ 있다.

이 판례의 공통점은 피해자들에게도 일정 부분 잘못이 있는 것에 대하여 피고인이 지적한 것이고 원심에서 모두 유죄를 인정하였으나 대법원에서 무죄취지로 파기한 것이다. 게다가 대부분 일상생활에서 흔하게 일어날 수 있는 행동이고 발언들이다. 이러한 일상의 일들에 대하여 그것도 진실한 사실을 적시한 경우까지 대법원이 개입하면서 매번 문제 될 때마다 판단을 하는 게 옳은 것인지. 그리고 법원의 판단이라는 것도 전파가능성 이론을 앞세워 ‘원칙적 개입’, ‘예외적 위법성 조각’으로 판단하여 국민의 평판에 대하여 깊숙이 개입하는 것이 타당한지 의문이다. 이와 관련하여서는 우리 사회가 명예에 관한 죄라는 형사사법적 제도를 이용해 사회적 갈등의 배출구 역할을 하고 있는데 그러한 현상이 과연 바람직한 것인가에 대한 의문을 표하는 견해도 있다. 나아가 다양한 주장과 논란이 사회 내에서의 대화와 타협의 과정은 생략되고, 명예훼손이나 모욕이라는 이름으로 고소, 고발 등의 형식으로 사법절차로 넘어오고 있으며 이는 수사나 재판으로 해결할 수 있지 않을뿐더러 형사사법적으로 해결하는 것이 그러한 일에 적합한 수단도 아니라고 한다.³⁹⁾

앞서도 보았듯이 판례는 명예를 훼손한다는 것을 그 사람이 사회적으로 어떠한 평판을 가지고 있는지 간에 그 사람에 대하여 ‘나쁜 말’을 하는 거의 모든 경우를 일컫는다고 판단하는 듯하다. 법리적으로도 그렇지만 거시적으로도 우리 사회의 갈등을 해결하는데 도움이 되지 않을뿐더러 형사정책적으로 바람직하지도 않다고 생각한다.

36) 대법원 2022.7.28. 선고 2020도8336 판결.

37) 대법원 2022.7.28. 선고 2022도4171 판결.

38) 대법원 2023.2.2. 선고 2022도13425 판결.

39) 한제회, 위의 책, 12면. 그러나 이러한 의견을 가지고 있으면서도 전파가능성이론에 있어서는 범죄현장에서 직접 보고 들은 것이나, 순차적으로 전해 들음으로써 발언내용이 알려지는 것은 결과면에서 사실상 동일하다며 긍정적이다(한제회, “모바일 단체대화방에서의 대화와 공연성”, 형사판례연구25, 한국형사판례연구회, 박영사, 2017, 257면).

IV. 명예훼손죄의 ‘공연성’

1. 논의의 출발

명예훼손죄는 ‘공연성’을 그 요건으로 한다. 공연하다는 것은 대법원 판례에서 인용하다시피 그 사전적 의미가 ‘세상에서 다 알 만큼 뽐내듯’, ‘숨김이나 거리낌 없이 그대로 드러나게’라는 뜻이다. 명예훼손죄의 행위 태양에서 위와 같은 의미를 가지는 공연성을 요구하는 것은 사회적으로 개인의 명예를 훼손하는 내용이 대중들에게 유포되지 않도록 함과 동시에 발언자의 표현의 자유를 보호하기 위함이라고 판단된다. 이러한 전제에서 대법원과 다수의 학자들이 ‘공연성’의 의미를 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’를 의미한다고 하였다. 불특정의 경우에는 그 사실을 들은 전문가가 몇 명인지 그 사람들이 실제 전문하였는지 여부에 대하여는 문제되지 않으며,⁴⁰⁾ 다수인이란 판례에 의하면 2~3명 내지 6~7명으로는 부족하고,⁴¹⁾ 10여명 정도는 되어야 한다고 한다.⁴²⁾ 한편 ‘인식할 수 있는 상태’의 의미와 관련하여서는 이른바 ‘전파성이론’을 인정할 것인지에 대하여 종래 많은 논란이 있다. 만약 전파성이론을 인정하는 입장에 있다면 다수인이 몇 명인지에 대한 논의는 아무런 의미가 없다. 판례가 다수에 해당되지 않는다고 한 2~3명에게라도 사실을 적시한다면 이들이 다수에 해당되지는 않는다고 하더라도 들었던 내용을 전파할 가능성이 있으면 그로 인하여 공연성이 인정될 것이기 때문이다. 아래에서는 ‘전파성 이론’에 근거한 대법원 판결과 이를 비판하는 학설에 대하여 살펴보고 나름대로의 결론을 내리고자 한다.

2. 전파성 이론

대법원은 최근 전원합의체 판결로써 전파성이론을 다시 한번 확인하였다. 즉 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결의 문제된 사안에 대하여 전파성이론에 근거한 판결을 내렸다. 전파성이론에 찬성하는 견해도 있지만⁴³⁾ 대부분의 학자들은 전파성이론에 반대한다.⁴⁴⁾ 전파성이론이란 행위자가 사실적시의 상대방이 특정한 소수의 사람이라

40) 예컨대 직장 인터넷게시판에 사실을 적시하면 이를 본 사람이 없어도 공연성이 인정된다고 한다(대법원 2000.5.12. 선고 99도5734).

41) 대법원 1994.9.30. 선고 94도1880 판결 등.

42) 대법원 1990.12.26. 선고 90도2473 판결 등.

43) 박상기/전지연, *총론·각론강의 형법학(제4판)*, 집현재, 2018, 524면; 김우진, “명예훼손죄에 있어서의 공연성” *형사판례연구* 9, 한국형사판례연구회, 2001, 265면; 김성천/김형준, *형법각론*, 소진출판사, 2014, 248면.

44) 김성돈, 위의 책, 234면; 임웅, 위의 책, 247면; 오영근, 위의 책, 170면; 배종대, 위의 책, 195면; 이재상, 위의 책, 190면 등, 특히 오영근 교수는 ‘전파가능성이론은 더 이상 전파되어서는 안되고 즉시 폐

도 하더라도 그 사람이 불특정 또는 다수의 사람들에게 그 말을 전파할 가능성이 있다면 명예훼손죄의 공연성을 인정할 수 있다는 이론이다.⁴⁵⁾ 전파성 이론의 연혁을 살펴보면 일본 대심원이 1919년에 ‘공연히는 반드시 사실을 적시한 장소에 있던 인원이 다중일 것을 요하는 것이 아니고, 관계없는 두세 사람에 대하여 사실을 고지한 경우라 하더라도 다른 다수인에게 전파될 사정이 있으면 이를 공연히라고 칭하는데 방해가 되지 않는다’고 판결한⁴⁶⁾ 이후 현재까지 일본의 최고재판소가 채택하고 있는 이론이다.⁴⁷⁾ 우리나라에서는 대법원 1968.12.24. 선고 68도1569 판결에서 최초로 전파가능성에 대하여 언급한 이후 지금까지 일관되게 이에 따라 판시하고 있다.

이러한 전파성이론과 이를 뒷받침하는 논리에 대하여 위 전원합의체에 나타난 주요 논거를 살펴보면,

첫째, 공연성은 구성요건으로서, 특정한 소수에 대한 사실적시의 경우 공연성이 부정되는 사정이 될 수 있으므로, 전파 가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증명이 필요하고 나아가 ‘특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고, 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있다’고 판시하고 그렇지만 증명의 정도는 단순히 ‘가능성’이 아닌 ‘개연성’을 요구한다고 하며,

둘째, 공연성의 존부는 발언자와 상대방 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다. 그리고 실제 전파 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있지만, 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 여부를 판단하는데 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다. 이에 전파가능성 법리에 따르더라도 객관적 기준에 따라 전파가능성을 판단할 수 있고, 행위자도 발언 당시에 공연성 여부에 대하여 충분히 예견할 수 있으므로, 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 묻는 것이 아니라고 하며,

셋째, 추상적 위험범으로서 명예훼손죄는 개인의 명예에 대한 사회적 평가를 진위에 관계없이 보호함을 목적으로 하고, 적시된 사실이 사회적 평가를 침해할 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 하나, 침해할 위험이 발생한 것으로 족하고 그 결과를 요구하지 않으므로, 소수의 사람에게 발언하였더라도 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태라면 공연히 발언한 것으로 해석할 수 있다고 하며,

기되어야 한다’고 하며, 배종대 교수는 ‘명예훼손죄의 광범위한 관철을 위해 국민 입을 봉쇄하겠다는 의도와 같다’고 한다.

45) 대법원 2005.12.9. 선고 2004도2880 판결.

46) 大審院 大正 8年 4月 18日 判決.

47) 오영근, “명예훼손죄의 공연성”, 형사판례연구1, 한국형사판례연구회, 1993, 143; 심담, 위의 책, 454면.

넷째, 전파가능성 법리는 정보통신망 등 다양한 유형의 명예훼손 처벌규정에서의 공연성 개념에 부합한다. 정보통신망을 이용한 명예훼손은 ‘행위 상대방’ 범위와 경계가 불분명해지고, 명예훼손 내용을 소수에게만 보냈음에도 행위 자체로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 형성하는 경우가 발생하게 된다. 특히 정보통신망에 의한 명예훼손의 경우 행위자가 적시한 정보에 대한 통제가능성을 쉽게 상실하게 되고, 빠른 전파성으로 인하여 피해자의 명예훼손의 침해 정도와 범위가 광범위하게 되어 표현에 대한 반론과 토론을 통한 자정작용이 사실상 무의미한 경우도 적지 아니하다. 따라서 정보통신망을 이용한 명예훼손 행위에 대하여, 직접 인식하여야 한다거나, 특정된 소수의 상대방으로는 공연성을 충족하지 못한다는 법리는 해결 기준으로 기능하기 어렵다고 하며,

다섯째, 독일 형법과 같은 입법례, 유엔인권위원회의 권고나 표현의 자유와의 조화를 고려하면, 진실한 사실의 적시의 경우에는 형법 제310조의 ‘공공의 이익’도 보다 넓게 인정되어야 한다. 특히 공공의 이익관련성 개념이 시대에 따라 변하고 공공의 관심사 역시 설 없이 바뀌고 있다는 점을 고려하면, 공적 인물, 제도, 정책 등에 관한 것만을 공공의 이익관련성으로 할 것은 아니다. 사실적시의 내용이 사회의 일부 이익에만 관련된 사항이라도 다른 일반인과의 공동생활에 관계된 것이라면 공익성을 지닌다고 할 것이고, 나아가 개인에 관한 사항이더라도 그것이 공공의 이익과 관련되어 있고 사회적인 관심이 있는 경우라면 직접적으로 국가나 사회 일반의 이익이나 특정한 사회집단에 관한 것이 아니라는 이유로 형법 제310조의 적용을 배제할 것은 아니라고 한다.

3. 전파성 이론에 대한 대법원 전원합의체 판결의 소수의견과 학계의 비판

1) 직접인식설

공연성이란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미한다고 한다. 그 중 ‘인식할 수 있는 상태’에 대하여 대법원의 전파가능성 이론을 비판하는 입장에서는 대부분 직접인식설을 취하고 있다. 직접인식설이란 행위자의 명예훼손적인 표현을 불특정 또는 다수인이 ‘직접적으로 인식할 수 있는 상태’여야 한다는 것이다.⁴⁸⁾ 대법원 전원합의체의 반대의견에서도 직접인식설에 근거하여 다수의견을 비판하고 있다. 그 내용은 ‘다수의견은 명예훼손죄의 구성요건인 ‘공연성’에 관하여 전파가능성 법리를 유지하고자 한다. 그러나 명예훼손죄

48) 이외에도 직접인식설에 기반하지만, 공연성을 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태로 다시 해석하여 불특정 소수의 사람이 직접 인식할 수 있는 상태의 경우 아직 공연한 것이 아니므로 그 불특정 소수의 사람이 실제 다수에게 전파하는 경우를 객관적 처벌조건으로 설정하자고 하는 견해와(이창섭, “이른바 전파가능성 이론에 대한 비판적 고찰”, 형사정책, 제33권 제4호, 한국형사정책학회, 2022, 343면), 특정이든 불특정이든 적어도 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태여야 한다는 견해도 있다(안정옥, “명예훼손죄의 ‘공연성’ 해석의 재검토”, 법조 575, 법조협회, 2004, 99면).

에서 공연성은 전파가능성을 포섭할 수 없는 개념이다. 형법 제307조에 규정된 공연성은 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태를 가리키는 것이고, 특정인이나 소수에게 말하여 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있더라도 공연성 요건을 충족한다고 볼 수는 없다. 다수의견은 범죄구성요건을 확장 적용함으로써 형법이 예정한 범위를 벗어나 형사처벌을 하는 것으로서 죄형법정주의와 형법해석의 원칙에 반하여 찬성할 수 없다고 한다.

2) 전파가능성 이론에 대한 비판

(1) 대법원 전원합의체의 반대의견

전파가능성 이론을 확인하였던 대법원 2020.11.19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결 반대의견의 주요한 논거를 살펴보면,

첫째, 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 것은 문언의 통상적 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 확장해석으로 죄형법정주의에서 금지하는 유추해석이며, 공연성은 명예훼손죄의 성립 범위를 좁혀 헌법상 표현의 자유를 가급적 넓게 보장하는 기능을 수행한다. 전파가능성이란 그러한 결과가 현실로 발생하지 않았지만 앞으로 전파될 수도 있다는 뜻이다. 그러나 결과가 발생하지 않은 상황에서 앞으로 전파될 '가능성'이라는 추측을 처벌의 근거로 삼는 것은 죄형법정주의에 명백히 반한다. 즉, 행위가 '공연히' 이루어지지 않은 경우까지도 전파되어 공연한 것으로 될 '가능성'이 있다는 이유로 처벌 대상이 된다는 것이다.

둘째, 형법은 '공연히' 사실 또는 허위사실을 적시한 행위를 처벌하도록 명확히 규정하고 있다. 명예훼손죄의 성립 여부는 적시된 사실의 전파가능성이 아니라 사실적시행위 자체가 공연성을 가지고 있는지에 따라 판단해야 한다. 그리고 전파가능성 범리는 명확성 원칙을 훼손하여 명예훼손죄가 가지는 행위규범으로서의 기능을 떨어뜨리고 법 적용자로 하여금 형벌법규를 자의적으로 적용하는 것을 허용하는 결과를 가져온다.

셋째, 사실적시의 상대방이 전파할 가능성이 있는지 여부로 공연성을 판단하는 것은 수범자의 예견가능성을 침해하여 행위자에 대한 결과책임을 묻는 것으로서, 이는 형사법의 평가 방식에 어긋난다. 결국 불법평가에서 고려 대상으로 삼아서는 안 되는 우연한 사정을 들어 결과책임을 묻는 것이다.

넷째, 공연성을 전파가능성 여부로 판단하는 것은 명예훼손죄의 가벌성의 범위를 지나치게 확장하는 결과를 가져오고 형법의 보충성 원칙에도 반한다. 공연성 판단에 전파가능성을 고려하는 것은 명예훼손죄의 행위 양태로 요구되는 공연성을 전파가능성으로 대체하여, 외적 명예가 현실적으로 침해되지 않아도 침해될 위험만으로 성립되는 추상적 위험범인 명예훼손죄의 보호법익이나 그 정도를 행위 태양과 서로 혼동한 것이다. 명예훼손죄가 추상적

위험범이라는 것은 공연히 적시된 사실로 인해 명예가 훼손될 위험이 있는 경우에 처벌한다는 것이지, 공연하게 될 위험이 있는 경우까지 처벌하는 것이 아니다. 또한 특정한 소수의 사적인 대화나 정보 전달의 경우에도 전파가능성이 있으면 공연성이 있다고 보는 것은 거의 모든 사실적시 행위를 원칙적으로 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다고 보는 것으로, 형법의 보충성 원칙에도 반한다.

다섯째, 전파가능성 유무를 판단할 수 있는 객관적 기준을 설정하는 것이 어렵기 때문에 구체적 적용에 자의가 개입될 소지가 크다. 전파가능성은 구체적 증명 없이 ‘적어도 전파될 가능성은 있다’는 방향으로 포섭될 위험이 더욱 커지게 된다.

여섯째, 다수의견은 개인의 명예를 보호하기 위해 사적인 관계와 공간에서 이루어지는 표현행위까지 구성요건에 해당한다고 본 다음 다시 표현의 자유와 조화를 도모하고자 형법 제310조의 위법성조각사유를 넓게 보고자 한다. 그러나 이러한 것은 결국 개인의 명예보호에 치우치는 것은 마찬가지이고, 전파가능성 법리를 유지하기 위한 구실에 지나지 않는다. 아무리 형법 제310조의 위법성조각사유를 넓게 보더라도 발언의 주된 목적이나 내용에 공익성이 없는 이상 처벌받는다. 사적인 공간에서 사적인 대화에 공익성을 가지는 경우가 얼마나 있는지 의문일 뿐만 아니라 이를 요구하는 것은 사적인 주제에 관한 사담(私談)을 금지하는 것과 마찬가지이다. 모든 국민은 사적 대화 내용이 피해자에게 흘러 들어가지 않는 요행을 바라는 것 외에는 형사처벌을 피할 수 없다. 이것은 모든 국민을 잠재적인 또는 미처 발각되지 않은 범죄자로 보는 것이라고 판단하였다.

(2) 학계의 비판

학계에서 전파가능성 이론에 비판적으로 논의되었던 대부분의 논거들은 위 대법원 전원합의체의 반대의견에 거의 포함되어 있다. 이를 종합하여 정리해 보면, 공연성을 법률구성요건으로 함으로써 가벌적 행위의 범위를 축소시키고자 하는 형법의 근본취지를 무시하고 부당한 유추해석을 통해 죄형법정주의 원칙에 반하며⁴⁹⁾ 특수한 경우에만 공연성이 부정되어 표현의 자유를 지나치게 제한한다거나,⁵⁰⁾ 이로 인하여 처벌대상이 부당하게 확대될 수 있으며,⁵¹⁾ 상대방인 특정인이 실제로 다른 사람들에게 전파하지 않은 경우에도 명예훼손의 기수를 인정하여야 하므로 불합리 하다고도 하며,⁵²⁾ 명예훼손죄가 성립하는지 여부가 상대방의 전파의사에 의해 좌우되며 전파가능성 이론은 명예훼손죄에 있어서 보호법익에 대한 보호 정도와 행위 태양을 서로 혼동하였다고도 하며,⁵³⁾ 이에 의하면 거의 모든 사실 적시가

49) 오영근, 위의 책, 170면.

50) 김일수/서보학, 위의 책, 192면.

51) 김상호, “형법상 모욕과 비방”, 저스티스103, 한국법학원, 2008, 58면.

52) 정영일, 형법각론, 학림, 2019, 89면.

53) 이재상/장영민/강동범, 위의 책, 191면.

공연성이 인정될 수 있는 위험성이 있고 적시된 사실이 결과적인 측면에서 전파될 가능성이 있는지를 공연성의 기준으로 삼기에 수범자의 예견가능성을 벗어나 법치주의를 해치게 되며,⁵⁴⁾ ‘공연히’라는 의미가 모욕죄의 경우 특정 소수의 사람 앞에서 모욕하면 모욕죄가 성립할 수 없는데 이는 명예훼손죄와는 달리 전파될 ‘사실’자체가 없기에 전파가능성을 논할 필요조차 없다고도 한다.⁵⁵⁾ 대법원 전원합의체의 반대의견에서뿐만 아니라 학자들도 현재 대법원이 취하고 있는 전파성이론의 부당함을 계속적으로 주장하고 있다. 그러나 대법원이 최근에도 전파성이론을 전원합의체에서 다수의견으로 지지함으로써 가까운 시일 내에 실무에서 전파성이론이 사라지기란 어려울 듯하다.

4. 소결

전파성이론은 다수의 학자들이 지적하듯이 문제가 많은 이론이다. 이 중 가장 핵심적인 것 중의 하나가 일상에 사용하는 문언의 의미를 넘어서서 공연성을 해석하는 것이 아닌가 하는 것이다. 앞서 보았듯이 ‘공연히’는 ‘세상에서 다 알 만큼 뻔뻔하게’, ‘숨김이나 거리낌이 없이 그대로 드러나게’라는 뜻이다. 이는 ‘공연성’이라는 단어 자체에서 이러한 의미가 있다는 것이지 ‘전파성’이라는 것을 매개하여서도 여전히 이러한 뜻을 가지게 된다는 것은 아니다. 법원의 판결에서 나타나고 있는 법해석의 원칙은 우선 문리해석을 하고, 동시에 다른 법률과의 관련성 등을 고려하여 논리적 정합성을 갖도록 해석해야하며, 이것만으로는 법규범으로서의 의미를 충분히 파악할 수 없을 때에는 형벌법규의 기능, 입법 연혁, 입법 취지와 목적, 형벌법규의 보호법익과 보호의 목적, 행위의 형태 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 그 의미를 구체화하여야 한다고 하였다.⁵⁶⁾ 미국 연방대법원의 조지 서덜랜드 대법관(Justice George Sutherland)은 “사법부는 법률적 해석을 빙자해 이미 존재하는 법률을 개정하는 권한을 가지고 있지 않다”고 하였다.⁵⁷⁾ ‘전파성 이론’은 사법(司法)의 한계를 넘어서는 해석으로 입법자가 의도하지 않았던 사람들을 처벌하도록 법을 해석하는 것이기에 행위자에게 불리한 것으로 죄형법정주의의 원칙뿐만 아니라 삼권분립의 원칙에도 반한다.

한편, 전파성 이론은 시민의 일상생활에 과도하게 관여하여 이를 통제하려는데 문제가 있다.⁵⁸⁾ 판례에 나타난 사안들도 공개된 장소에서 여러 사람을 모아 두고 격식을 차려서 그 사람에 대한 사실을 적시하여 명예를 훼손하는 말을 하는 것이 아니고, 일상의 생활속에서

54) 배종대, 위의 책, 195면.

55) 오영근, 위의 책 183면.

56) 대법원 2020.6.18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결.

57) L. 레너드 케스터/사이먼 정, 미국을 발각 뒤집은 판결 31, 현암사, 2013, 310면.

58) 헌법재판소 1999.6.24. 자 97헌마265 결정에서 “역사적으로 보면, 사람의 가치에 대한 사회적 평가(명예)를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련법은, 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한·억압하는 수단으로 쓰여졌다.”고 서술하고 있다.

늘 이루어지고 있는 중에 문제가 된 일들이 대부분이다. 이러한 경우 사람들이 의견을 자유롭게 표현할 수 있어야 하는 것이 원칙이어야 하며 이러한 것이 정도를 넘어서는 경우에만 비로소 통제를 하여야 한다. 그러나 명예훼손죄의 공연성에 전파성 이론을 대입하게 되면 다른 사람에 대한 ‘나쁜 말’을 하게 되면 일단 형법상의 구성요건에 해당하게 된다. 대법원은 이러한 점을 의식하였는지 전원합의체 판결에서 여러 가지 측면을 고려한 후에야 명예훼손죄가 성립한다는 논리를 전개하고 있다. 그 내용을 요약하자면, 첫째 전파될 가능성의 증명 정도로 단순히 ‘가능성’이 아닌 ‘개연성’을 요구하였고, 둘째 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부는 여러 사정을 검토하여 종합적으로 판단하는 것이지 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 묻는 것이 아니라고 하며, 셋째 진실한 사실의 적시의 경우에는 형법 제310조의 ‘공공의 이익’도 보다 더 넓게 인정되어야 한다고 한다. 그러나 전파성 이론의 보완만으로는 불합리함을 보정하기 어렵다. 대법원의 다수의견에 대하여는 다수의견이 말하는 가능성과 개연성의 차이를 알 수 없고 오히려 이를 판단하는 데에는 사후적으로 법관의 자의가 개입될 여지가 크며, 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 종합적으로 판단한다는 것도 모든 요소를 고려할 수 없을 뿐만 아니라 판단의 범위가 불명확하며, 형법 제310조의 공공의 이익이 더 넓게 인정되어야 한다는 부분도 위법성조각사유의 판단은 문자의 의미 그대로 이미 구성요건에 해당하는 행위를 조각하는지 여부를 판단한다는 것을 뜻하는 것이지 아예 구성요건 해당성이 없다는 것을 의미하지는 않는 것이다. 범죄가 되는 행위에 대하여 위법성조각사유를 넓게 인정하여 구제할 것이 아니라 구성요건 해당성의 범위를 좁게 인정하고 다시 그 예외인 위법성조각사유를 판단하는게 타당하다. 따라서 법원의 해석은 주객이 전도되었다고 할 수 있다. 형법에서 조각사유란 예외적인 경우라는 것인데 예외적인 범주를 넓힌다는 것은 원칙이 잘못되었다는 것이고 그렇다면 원칙의 문제점을 해결하여야 하는 것이지 예외를 넓게 인정할 것은 아니다. 사람의 사회적 평가를 세평(世評)이나 평판(評判)이라고 한다. 이는 세상 사람들의 비평이나 사람들을 비평하여 시비를 판정한다는 뜻이다.⁵⁹⁾ 그러나 대법원의 판결에 의하면 우리 사회에 그 사람에 대한 제대로 된 평판이 있을 수 없고 허명이 난무하게 된다. 이러한 것이 불합리한 것은 말할 필요도 없을 것이다.

따라서 공연성이란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미한다고 하는 직접 인식설이 타당하다고 하겠다.

59) 국립국어원 표준국어대사전.

V. 진실 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화

1. 비범죄화의 타당성

앞서 보았듯이 진실한 사실을 적시한 경우에는 형사법의 처벌대상이 되어서는 안된다고 생각한다. 이러한 것은 유엔인권위원회의 권고나 미국, 독일 형법의 입법례 등을 고려하지 않더라도 시민의 일반적인 사회생활에서, 그 사람에 대하여 진실한 내용을 적시하였음에도 불구하고 죄가 성립한다는 것은 형법의 보충성 원칙에 비추어 매우 지나치기 때문이다. 그리고 진실한 사실을 적시한 경우에는 표현의 자유를 우선시하여 처벌을 하지 않는 것을 원칙으로 하고 예외적인 경우에 처벌을 하는 것으로 명예훼손죄의 원칙에 대한 패러다임을 바꿀 필요가 있다. 이에 대하여 대중매체나 정보통신망을 이용한 명예훼손 사례가 심해지고 있는 현실을 비추어 이에 대한 대응으로 현재의 명예훼손죄의 판단이 적절하다는 주장도 있는데 이러한 견해는 어느 정도 설득력을 가지고 있기도 하다. 대법원도 전원합의체 판결에서 정보통신망을 이용한 명예훼손 행위에 대하여, 상대방이 직접 인식하여야 한다거나, 특정된 소수의 상대방으로는 공연성을 충족하지 못한다는 법리를 내세운다면 해결 기준으로 기능하기 어렵게 된다고 한다. 물론 이러한 것을 모두 고려하더라도 사이버 공간이 아닌 일반적인 모든 경우에게까지 명예훼손으로 처벌하는 것은 지나치다. 특히 피해자가 가해자의 잘못된 사실을 지적하였을 때 적반하장으로 가해자가 피해자를 명예훼손으로 고소하는 경우가 허다한데, 이럴 때 적지 않은 경우가 공연성에 대한 전과성이론을 적용하여 2심까지 유죄가 선고되고 대법원에 가서야 파기되었다.⁶⁰⁾ 대법원에서 비록 파기되기는 하였지만 피해자가 피해를 당했다고 다른 사람들에게 말하는 것조차 문제 삼고, 이를 조심하지 않으면 수사를 받고 2심까지 재판을 받아야 하는 고통이 더해진다. 범죄피해자에게 가해자가 재갈을 물리는 격이다. 형사정책적으로도 법원이 법해석에 무리를 하면서까지 피해사실을 말하는 피해자에게 가해자의 명예를 훼손하였다는 이유로 형사처벌이라는 가혹한 처분을 하는데, 이렇게 하면서까지 가해자의 허울뿐인 명예를 보호해야 되는지도 의문이다. 이때에는 가해자의 명예보다 피해자의 표현의 자유가 우선시 되어야 한다.⁶¹⁾ 진실한 사실을 적시함으로써 진실이 은폐된 상태의 허명이 비로소 제대로 드러나는 것이지 명예가 손상되었다고 보기는 어렵다. 이는 결국 다른 사람들에게 알려져도 되는 사실을 알려지지 못하게 막음으로써 그러한 이익이 있는 주체에게만 유리한 상황이 된다. 앞에서 본 것처럼 이러한 경우 표현의 자유에 대한 범위를 축소하여 진정하게 알려져야 할 사실이 은폐되고 그 사람의 진정한 내면이 아닌 겉으로 드러나는 위신과 체면만 보호하는 역기능만 만연할 가능성이 높

60) 예컨대, 대법원 2020.5.28. 선고 2019도12750 판결, 대법원 2022.7.28. 선고 2022도4171 판결, 대법원 2023.2.2. 선고 2022도13425 판결 등.

61) 이 경우는 개인적인 문제이므로 공공의 이익과도 별로 관련이 없다.

아진다.⁶²⁾

2. 비범죄화에 대한 대안

진실한 사실을 적시한 명예훼손에 대한 모든 경우에 형사적 처벌을 전적으로 폐지하자고 주장하는 것은 무리이다. 그러나 지금처럼 사실을 적시하였다고 모두를 처벌하겠다는 일반 조항을 두는 것은 국민의 표현의 자유를 지나치게 제약하는 것이다.⁶³⁾ 게다가 공연성에 대하여 전과성 이론을 채택하고 있는 현행 법원의 해석은 명예훼손 행위를 광범위하게 처벌하고자 하는 것으로서 형사법의 보충성원칙과도 맞지 않는다. 이러한 점을 감안하여 진실한 사실적시 행위를 처벌하는 일반조항을 폐지하고 진실한 사실적시 행위는 원칙적으로 불처벌하며 예외적으로 병력(病歷) 등의 내밀한 부분이나 은밀한 부분의 사생활에 관한 것, 증오범죄나 혐오 등에 대하여 관련 개별 법률에서 이에 관한 근거를 마련하든지 아니면 이러한 부분에 한정하여 형법에 새로운 구성요건과 처벌조항을 신설하든지 하는 대안이 있을 수 있다.

한편 진실한 사실적시의 경우에는 민사 등 형사제재 이외의 규제수단으로 해결하지는 견해도 있으나 이에 대하여는 아직은 시기상조라고 생각한다. 위에서 적시한 병력(病歷)이나 개인의 은밀한 사생활 부분인 성적(性的) 지향성, 연애경험 여부 등이 진실한 사실이라고 하더라도 자유로이 공개되는 것은 옳지 않고 사후적인 손해배상이라는 민사제재만으로는 부족하며 일정한 형사처벌이 필요하다고 생각하기 때문이다.⁶⁴⁾

반면, 허위사실을 적시한 명예훼손죄는 처벌을 원칙으로 하고 다만 허위라고 오인한 데에 대하여 정당한 사유가 있으면 처벌하지 않는다는 취지의 입법은 필요하다고 생각한다.

Ⅶ. 나가면서

명예훼손죄의 입법과 관련하여서는 헌법상의 표현의 자유와 상충하는 부분을 어떻게 해결할 것인가를 두고 많은 논란이 있다. 이에 대하여 형법 제307조가 규정한 ‘공연히’에 대한

62) 같은 취지로는, 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 2016, 104면 이하 참조.

63) 김성돈, 위의 논문, 128면에서는 진실적시 명예훼손죄는 ‘남의 말을 좋게 합시다’라는 단순한 예의수준의 사회구호를 도치시켜 구성요건화한 것에 다름 아니라고 한다.

64) 스위스 형법 제173조 제3호는 “공익의 보호 또는 기타 정당한 근거 없이 주로 타인을 비방하는 의도로 적시하거나 또는 유포한 진술에 대해서는 특히 그 진술이 사생활이나 또는 가족생활에 관한 것인 때에는 피의자에게는 그러한 진실의 입증의 허용되지 아니하며 그 진술에 의하여 처벌된다”고 한다. 진실이 입증되더라도 그러한 내용을 담고 있는 경우에는 처벌한다는 의미이다.

의미를 법원은 판례를 통하여 비록 특정한 소수인이라고 하더라도 불특정 다수인에게 전파 가능성이 있다면 죄가 성립한다고 해석하여 개인의 명예를 보호하는 쪽에 더 중점을 두고 표현의 자유와의 균형을 위하여 형법 제310조의 위법성조각사유의 범위를 넓히려고 한다. 그러나 다수의 학설은 ‘공연히’의 의미를 불특정 또는 다수인이 직접 인식가능한 경우로 한정하는 것으로 해석하여 조화를 도모하려고 한다. 판례의 위와 같은 해석은 문언의 의미를 벗어나 피고인에게 불리하게 해석되어서는 안된다는 기본원칙에 반한다. 또한 ‘공연히’의 의미를 전파가능성이 있으면 이에 해당한다고 해석하여 당사자의 허명(虛名)을 보호하게 되고 표현의 자유를 지나치게 제약한다. 그러나 일상적으로 일어날 수 있는 몇 사람 간의 언쟁 중에 진실한 사실을 적시하거나 피해자가 가해사실을 적시한 경우에 전파가능성이 있다는 이유로 명예훼손죄로 처벌하거나 형법의 명예훼손이 문제되어서는 안된다. 나아가 표현의 자유와의 조화를 위하여 진실한 사실을 적시하는 경우에는 처벌하지 않는 것을 원칙으로 하고 다만 일정한 경우에 처벌하는 것으로 명예훼손죄에 대한 패러다임을 전환할 필요가 있다. 따라서 진실한 사실일지라도 이를 적시하는 경우 모두 구성요건에 해당하게 되는 현행 법규는 폐지하거나 개정하여, 진실한 사실을 적시한 경우에는 형사적으로 문제삼지 않는 것을 원칙으로 하고 다만, 개인적으로 내밀한 부분이나 개인적 취향의 문제 등은 프라이버시권의 침해 문제로 일반조항이 아닌 개별적으로 처벌하는 것으로 바뀌어져야 한다. 이제는 명예훼손죄에 대하여 전파가능성설과 직접적용설의 대립으로만 보는 시각으로 그칠 게 아니라 그 대안에 대하여도 구체적으로 고민해 보아야 할 때이다.

참고문헌

- 김성돈, 형법각론(제8판), SKKUP, 2022.
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제7판), 박영사, 2007.
- 박상기/전지연, 총론·각론강의 형법학(제4판), 집현재, 2018.
- 배종대, 형법각론(제14판), 홍문사, 2023.
- 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018.
- 심 담, 주석형법 형법각칙(4)(제5판), 한국사법행정학회, 2017.
- 오영근, 형법각론(제7판), 박영사, 2022.
- 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제12판), 박영사, 2021.
- 이정원, 형법각론, 신론사, 2012.
- 임웅, 형법각론(제13전정판), 법문사, 2023.
- 한제희, 형법주해X 각칙(7), 박영사, 2023.
-
- 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 2016.
- 김우진, “명예훼손죄에 있어서의 공연성” 형사판례연구9, 한국형사판례연구회, 2001.
- 김재중/이훈, “명예훼손죄에 있어 공연성의 개념-대법원 2020.11.19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결을 중심으로”, 법과 정책연구 제21권 제1호, 한국법정책학회, 2021.
- 류부근, “SNS상에서의 정보유통과 ‘공연성’ 개념”, 형사정책 제26권 제1호, 한국형사정책학회, 2014.
- 박정난, “사이버 명예훼손의 형사법적 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2019.
- 송시섭, “명예훼손죄의 ‘공연성’ 개념에 대한 재고-대법원 2020.11.19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결”, 서울법학, 제29권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2022.
- 안경옥, “명예훼손죄의 ‘공연성’ 해석의 재검토”, 법조 575, 법조협회, 2004.
- 오영근, “명예훼손죄의 공연성”, 형사판례연구1, 한국형사판례연구회, 1993.
- 윤지영, “명예훼손죄의 ‘공연성’ 의미와 판단기준”, 형사판례연구29, 한국형사판례연구회, 2021.
- 윤해성, “형법체계상의 공연성”, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009.
- 윤해성/김재현, “사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2018.
- 이창섭, “이른바 전파가능성 이론에 대한 비판적 고찰”, 형사정책 제33권 제4호, 한국형사정책학회, 2022.
- 한제희, “모바일 단체대화방에서의 대화와 공연성”, 형사판례연구25, 한국형사판례연구회, 박영사, 2017.

투고일자 : 2023. 08. 31

수정일자 : 2023. 09. 29

게재일자 : 2023. 09. 30

<국문초록>

진실한 사실적시 명예훼손죄에 대한 몇 가지 문제

조 충 영

명예훼손에 대하여 어디까지 형사사법이 개입할 것인가에 대하여는 여러 나라에서 오랫동안 논란이 있어 왔다. 최근의 추세는 대부분의 나라에서 진실한 사실을 적시한 경우에는 처벌을 하지 않는 것을 원칙으로 삼고 있다. 게다가 진실한 사실을 적시한 경우 처벌을 하더라도 공공의 이익을 위한 경우에는 형사적으로 문제삼지 않는 경우가 대부분이다. 우리의 경우는 진실한 사실을 적시한 경우에도 형법 제307조에서 이를 처벌하는 규정을 두고 있다. 즉 진실한 사실을 적시한 경우 ‘공연성’이 인정되면 처벌된다. 명예훼손죄에서 규정한 ‘공연히’에 대하여는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태라고 해석함이 일반적이다. 그러나 ‘인식할 수 있는 상태’에 대하여 판례는 ‘전파가능성’을 이유로 전파가능성이 있으면 불특정 또는 다수가 아니라고 하더라도 인정된다는 입장이며, 이에 반하여 다수의 학자들은 불특정 또는 다수가 직접 인식할 수 있는 상태를 의미한다고 하는 입장이다. 형법이 진실한 사실을 적시한 경우 처벌하는 것에 대한 논란은 차치하고라도 이러한 판례의 태도는 부당하다. 우선 공연성이라는 문언의 의미에 맞지 않는다. 공연성이라는 의미는 공연성 그 자체에서 찾아야지 전파가능성을 매개로 공연성의 의미를 정의해서는 안되기 때문이다. 게다가 진실한 사실의 적시는 그것이 상대방에 대한 ‘나쁜 말’이라면 이미 구성요건해당성을 갖게 되기에 이는 국민의 일상을 지나치게 간섭하는 것으로 부당하기도 하다. 공공의 이익에 해당하는 것에 대하여는 위법성이 조각되지만 이는 근본적인 해결책이 되지 못한다. 따라서 진실한 사실을 적시만 하면 일반적으로 명예훼손죄가 성립한다는 것은 명예훼손을 너무 광범위하게 인정하는 것으로 그 자체를 폐지할 수는 없다고 하더라도 개인의 은밀한 프라이버시를 침해할 경우와 같은 특정한 경우에 성립하는 것으로 그 범위를 축소할 필요가 있다. 결국에는 진실한 사실을 적시한 경우에는 표현의 자유를 우선으로 하여 처벌을 하지 않는 것을 원칙으로 하고 예외적인 경우 처벌하는 것으로 명예훼손죄의 처벌에 대한 패러다임을 바꿀 필요가 있다.

주제어: 명예훼손, 공연성, 전파가능성 이론, 직접인식설, 표현의 자유