

형법 체계상의 공연성

윤 해 성*

국 | 문 | 요 | 약

형법에 있어서 구성요건상 ‘공연’의 개념을 사용한 규정으로는 형법 제22장 성폭속에 관한 죄에서의 제243조 음화반포등죄, 제245조의 공연음란죄, 형법 제33장 명예에 관한 죄에서의 제307조 명예훼손죄, 제308조 사자의 명예훼손죄와 제311조 모욕죄가 있다. 각 죄에 있어서의 ‘공연’의 일반적 개념은 공통한 것으로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말하므로, 현실로 지각되었음을 요하지 아니하고 그 가능성이 있으면 족하고 공중의 면전임을 요하지 아니하고 있다. 이하에서는 형법체계상 공연성이 가지고 있는 위치를 파악해 보고, 그에 따른 공연성의 의미를 분석해 보고자 한다.

공연성이라는 구성요건은 음화반포등죄와 공연음란죄에서는 공공연한 행위상황에서의 행위를 인식할 수 있는 상태를 말하므로 객관적 구성요건요소이다. 다만 양자 모두 음란이라는 규범적 구성요건과 관련이 있지만, 전자는 공연전시 또는 공연상영하는 상태를 두는 것이므로 사람에게 의한 행위는 아니다. 후자는 사람이 음란한 행위를 하는 상황을 연출하는 것이지만 역시 현실적으로 인식할 필요는 없다. 따라서 이때의 공연성은 특정소수인에 대하여는 성립하지 않는다. 또한 모욕죄에 있어서 모욕행위는 상대방에 대한 모욕행위이며, 모욕은 경멸이나 추상적 가치판단이므로 피해법익사이에서의 균형성면에서 보면 명예훼손죄와 차이가 있고, 모욕은 공연성을 요구할 성질의 것이 아니다. 그러므로 모욕이든 공연성이든 규범적 구성요건요소로 볼 수 있다. 명예훼손죄에 있어서는 공연성은 전파가능성으로 대체하여 처벌범위를 넓히고 있다. 현행 우리 형법상 공연성은 객관적 구성요건요소이지만 판례는 전파가능성이론을 적용하기 때문에 객관적 구성요건도 규범적 구성요건도 아닌 사실적·규범적 구성요건으로 볼 수 있다. 이는 자칫 자의적으로 해석하고 형벌권의 남용을 가져올 가능성을 보여주고 있다. 명예훼손죄에 있어서 공연성을 객관적 구성요건요소로 본다면 공연성 해석의 범위를 좁히기 위해서 법률을 명확하고 좁게 규정할 필요성이 있다.

❖ 주제어 : 공연성, 전파성이론, 형법, 명예훼손죄, 표현의 자유.

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

I. 서론

형법에 있어서 구성요건상 ‘공연’의 개념을 사용한 규정으로는 형법 제22장 성폭속에 관한 죄에서의 제243조 음화반포등죄, 제245조의 공연음란죄, 형법 제33장 명예에 관한 죄에서의 제307조 명예훼손죄, 제308조 사자의 명예훼손죄와 제311조 모욕죄가 있다. 각 죄에 있어서의 ‘공연’의 일반적 개념은 공통한 것으로, 그 일반적 의의에 관하여는 일본의 구판례가 취했던 ‘공연’이란 불특정이고 또 다수인이 알 수 있는 상태라는 입장과 일본의 형법학자 官本이 주장하였던 특정, 불특정을 불문하고 다수인이 알 수 있는 상태라는 입장, 그리고 현재의 통설인 불특정 또는 다수인이 알 수 있는 상태라는 입장으로서 불특정인 때에는 다수인 여부를 불문하고, 다수인 때에는 불특정이든 특정이든 불문하다는 견해¹⁾로 현재 우리 대법원 판례²⁾도 이러한 입장을 취하고 있다. 따라서 공연의 일반적 개념은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말하므로, 현실로 지각되었음을 요하지 아니하고 그 가능성이 있으면 족하고 공중의 면전임을 요하지 않는다. 이하에서는 형법체계상 공연성이 가지고 있는 위치를 파악해 보고, 그에 따른 공연성의 의미를 분석해 보고자 한다.

II. 형법상의 공연성

1. 제243조

형법 제243조 음화반포등죄는 음란한 문서, 도화, 필름, 기타 물건을 반포, 판매 또는

- 1) 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1976, 151면; 황산덕, 형법각론, 방문사, 1989, 229면; 정영석, 형법각론, 법문사, 1983, 282면; 서일교, 형법각론, 박영사, 1982, 102면; 김종원, 형법각론, 법문사, 1973, 180면; 정성근, 형법각론, 법지사, 1996, 250면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2004, 184면; 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2001, 187면; 진계호, 형법각론, 대왕사, 2003, 219면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2003, 257면; 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 180면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2005, 193면; 백형구, 형법각론, 청림출판, 2003, 354면; 이정원, 형법각론, 법지사, 2003, 231면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 204면; 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2005, 185면; 정영일, 형법각론, 박영사, 2004, 421면.
- 2) 대법원 2000. 2. 11, 99도4579판결; 대법원 1998. 9. 8, 98도1949판결; 대법원 1996. 7. 12, 96도1007판결; 대법원 1994. 9. 30, 94도1880판결; 대법원 1992. 5.26, 92도445판결 참조.

임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하는 규정이다. 보호법익과 관련하여 음란한 문서, 도화 등을 무책임하게 반포, 판매, 임대, 공연전시 또는 상영할 때에는 성도덕 내지 성풍속에 대한 엄청난 피해를 가져오기 때문에 이를 규제하게 되는데, 이때 표현의 자유나 출판 및 학문, 예술의 자유를 보장한다는 측면에서 신중한 고려를 요하는 범죄유형이다. 본 죄의 행위는 반포, 판매, 임대와 공연전시, 상영의 두 가지 유형이며, 그 기준은 물건개념을 전제로 하여 반포나 판매 또는 임대의 행위에는 현실적으로 물건을 건네주는 행위가 수반됨에 반하여, 전시 및 상영의 행위에는 현실적인 교부 및 양도는 없지만 공연성을 수반하고 있다. 전시나 상영은 다른 사람들이 음란물을 보거나 듣는 것에 그치게 되므로 비교적 성풍속을 해하는 정도가 크지 않을 수도 있지만 공공장소에서 같이 불특정의 많은 사람들에게 음란물을 보게 한다면 전시나 상영이 미치는 사회적 영향력은 상당히 크다고 할 것이기에 행위태양에 넣은 것이다. 또한 공연성을 수반하기 때문에 전시 또는 상영한다는 점에 대한 인식 및 공개적인 행위상황에 대한 인식³⁾이 있어야 한다. 이 때의 공연히는 행위상황이지만, 여기서의 ‘음란성’ 및 ‘공연성’은 규범적 구성요건표지이므로 그에 대한 인식은 정신적 이해를 뜻한다.⁴⁾

여기서 공연성과 관련하여 ‘공연전시’란 불특정 또는 다수인이 관람할 수 있는 상태에 두는 것을 말한다. 과거의 공연전시에는 반드시 유체물인 객체가 인식 가능한 상태에 둘 필요는 없다고 하여 영화필름의 상영, 녹음테이프의 재생 등도 공연전시에 해당한다고 해석하였다. 공연전시의 존부에 대해 최근 사이버 음란물에 관한 사안에서는 음란화상 데이터를 서버 컴퓨터의 하드디스크에 기억, 장치하여 불특정 또는 다수의 이용자가 재생 열람 가능한 상태에 있는 것이 공연전시에 해당한다고 하였다. 따라서 불특정 또는 다수의 자가 관람, 인식할 상태의 설정에 의해 기수에 달한다라는 공연전시의 성질상 서버 컴퓨터에 음란화상 데이터를 기억, 장치한 단계에서 기수를 인정하는

3) 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2006, 746면.

4) 형법상 음란물 관련 범죄 중 공연음란죄에 관해서도 오래전부터 그 구성요건과 보호법익이 불명확하여 법에 대한 일반인의 예측가능성이나 신뢰기능을 저해한다는 비판이 있어 왔다. 즉 공연히 성욕을 흥분 또는 자극케 하고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 말하며(유기천, 형법학 각론, 1976, 일조각, 94면), 음란의 개념은 규범적 구성요소의 전형적인 것으로써 그 사회의 역사적 변화와 발전에 대응하여 유통변천하는 비교정적, 역사적 개념인 동시에 사회내부의 구조적 제모순과 갈등의 반영된 것이라고 한다.

것이 타당하다. 왜냐하면 본 죄는 추상적 위험범이고 실제로 음란화상이 열람된 것은 기수죄 성립의 요건으로는 되지 않기 때문이다.⁵⁾ 이 죄는 행위태양에 따라 반포 등의 경우에는 즉시범 내지 상태범이며, 공연전시·상영의 행위양태는 계속범이다.⁶⁾ 이처럼 형법 제243조가 규정하고 있는 ‘공연성’이란 공적영역을 전제로 하고 있는 것을 알 수 있다. 최근 가상공간은 공공성을 지닌 공적영역이 될 수도 있고, 개인의 프라이버시와 관련되는 사적인 영역이 혼재해 있다고 할 수 있지만, 공연전시의 경우 계속범이기 때문에 사용자의 행위결과가 공적인 성격을 띠면 공연성이 인정될 수 있다.

2. 제245조

형법 제245조에서 규정하고 있는 공연음란죄는 공연히 음란한 행위를 함으로서 성립 되는 범죄로서 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다고 규정하고 있다. 공연음란죄는 음란물에 관한 죄(형법 제243조와 제244조의 음화전시 및 음화제작 등)에서와 같이 음란물을 대상으로 하는 범죄가 아니라 음란한 행위 자체를 처벌하는 범죄로서 일종의 거동범이라 할 수 있으며, 행위자의 주관적 행위경향을 구성요건 표지로서 요구하는 경향범의 일종이라 할 수 있다. 여기서의 ‘공연히’ 또한 불특정 또는 다수인이 알 수 있는 상태를 의미하므로 공개적인 것을 의미하나,⁷⁾ 장소의 공연성만으로는 족하지 않는다. 따라서 거리에서 행하여진 음란행위라 할지라도 숨어서 한 경우에는 본죄에 해당하지 않는다. 그리고 본 죄의 보호법익은 사회의 선량한 성풍속 내지 성도덕을 보호하는 사회적 법익에 대한 죄이므로 일반적으로 위험범으로 평가된다.

현행 형법은 이러한 음란물을 제작하는 등의 행위와 이러한 음란물을 유통시키는 행위 등을 금지시키는 반면 공연히 음란한 행위를 금지시키는 구성요건을 갖추고 있다.

5) 형법 제244조 음화제조등죄는 제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 본죄는 음화 등의 반포, 임대, 공연전시 또는 상영죄의 예비단계에 해당하는 행위를 그 중대성에 비추어 독립된 범죄로 규정한 것이다.

6) 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2007, 638면.

7) 배종대, 형법각론, 홍문사, 2004, 704면 참조.

이러한 금지규범의 해석은 사회 일반의 건전한 성도덕을 지킨다는 추상적인 원칙과는 별도로 청소년 보호 및 원하지 않는 음란물로부터의 접촉을 막아준다는 것, 그리고 인간의 존엄과 가치 등을 보호하려는 목적론적인 의미에서 이루어져야 한다. 그러나 공연 음란죄는 음란물에 관한 범죄에서와 마찬가지로 행위상황인 공연성을 요건으로 하고 음란성을 판단하여 범죄의 성립을 인정하므로 공연성은 규범적 구성요건표지이다.⁸⁾

3. 제307조

형법 제 307조의 명예훼손죄는 “공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손함으로써 성립한다”고 규정하고 있으므로 명예훼손죄는 객관적 구성요건의 하나로써 공연성을 그 요건으로 하고 있고, 이 때의 공연성은 행위방법을 요구하는 것이다.⁹⁾ 명예훼손죄의 구성요건에서 ‘공연히’란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는 다수설¹⁰⁾과 판례¹¹⁾의 견해가 일치한다. 그러나 인식할 수 있는 상태와 관련해서는 불특정 또는 다수인의 직접 인식할 수 있는 상태이어야 한다는 점에서 다수설은 판례의 태도와 다르다. 즉 판례는 소위 전파가능성 이론을 들어 형법 제307조의 ‘공연히’라는 요건의 충족여부와 관련하여 사실을 적시한 상대방이 특정한 한 사람이라도 그 말을 들은 사람이 불특정 또는 다수인에게 그 말을 전파할 가능성이 있는

8) 입법론적으로는 독일형법이나 오스트리아 형법과 같이 음란행위를 성행위에 국한시키고, 단순한 치부노출이나 스트립쇼 등은 공연음란행위가 아니라고 보는 태도가 바람직하며, 공연음란죄에 관한 형법상의 문언은 포괄적이고 불명확하여 죄형법정원칙에 비추어 문제가 있다(김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2007, 648면).

9) 이 죄에서 공연성이라는 행위방법을 요구하는 것은 직접적으로 사회에 유포되어 사회적으로 유해한 명예훼손행위만을 처벌함으로써 개인의 표현의 자유가 이 죄로 인해 지나치게 제한되는 일이 없도록 하기 위함이다(김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2007, 190면).

10) 김성천/김형준, 형법각론, 동현출판사, 2006, 314면; 김일수/서보학, 새로운 형법각론, 2007, 박영사, 190면; 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 180-180면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006, 272면; 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2007, 185면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 204면; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 248면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2003, 193면; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2006, 197면; 정영일, 형법각론, 박영사, 2008, 178면.

11) 대법원 2007. 3. 30, 2007도914판결; 대법원 2000. 5. 16, 99도5622판결; 대법원 2000. 2. 11, 99도4579판결; 대법원 1998. 9. 8, 98도1949판결; 대법원 1996. 7. 12, 96도1007판결; 대법원 1994. 9. 30, 94도1880판결.

경우에는 공연성을 인정하고 있다.¹²⁾ 기본적으로 형법 제307조(명예훼손)는 공연성을 요건으로 하여 명예훼손적인 사실을 적시한 경우와 허위사실을 적시한 경우를 구분하여 차등적인 규율을 하고 있다. 본 죄는 추상적 위험범이다.

4. 제309조

형법 제309조(출판물등에 의한 명예훼손)에는 “사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지, 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조 제1(2)항의 죄를 범한 자는…”이라고 되어 있는 데, 제309조 제1항의 규정을 자세히 보면 ‘제1(2)항의 죄’란 ‘공연히 사실(허위사실)을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 것’으로 해석된다. 따라서 문언해석에 충실히 따를 때 공연성의 요건을 요한다고 이해하는 것이 타당하다고 본다.¹³⁾

5. 제311조

모욕죄는 공연히 사람을 경멸하거나 멸시함으로써 사람의 명예를 침해하거나 위태롭게 하는 범죄이다. 사람의 대한 경멸이나 멸시가 사람의 명예를 침해하거나 위태롭게 하기 위해서는 그러한 경멸의 표현이 법익주체에게 인식시켜야 할 것이다.¹⁴⁾ 그러나 현재 우리 형법의 모욕죄의 해석에서는 공연성을 요구하기 때문에 사람을 경멸하는 표현에 대한 법익주체의 인식 여부에 관하여 해석하고 있지는 않다. 그래서 모욕죄에서의 공연성내용도 명예훼손죄와 동일하게 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태라고

12) 이에 대하여 전파가능성이론은 거의 모든 사실적시행위를 명예훼손죄의 구성요건에 해당하는 것으로 파악함으로써 형법의 보충성원칙에 반하는 문제가 있으며, 전파가능성 유무를 판단할 객관적인 기준이 존재하지 않기 때문에 그 구체적 내용에 자의가 개입될 소지가 있고, 명예훼손죄의 성격이 추상적 위험범이므로 그 행위의 태양이 구성요건을 해석하는데 중요한 요소가 된다는 점을 비판하고 있다. 또한 모욕죄의 해석과 다르게 명예훼손죄를 해석함으로써 형법의 통일적 해석을 저해하고 있으며, 문리해석에 의하여도 문제가 발생하지 않는 경우에도 불구하고 전파가능성이라는 문리해석을 추가함으로써 유추해석금지의 원칙에 반할 위험성을 내포하고 있다(오영근, 명예훼손죄의 공연성, 형사판례연구 제1권, 박영사, 1993, 141-147면 참조).

13) 윤종행, 사이버명예훼손죄에 있어서 비방의 목적과 공의관련성, 형사정책, 제18권 제1호, 300-301면.

14) vgl. Lenkner, S-S StGB, §185 Rdnr. 9 mwN.

이해하고 있다. 그러나 모욕죄의 구성요건은 명예에 관한 죄 전체의 일반적 포괄규정에 해당하므로 공연성의 의미도 명예훼손죄의 그것보다는 넓게 이해해야 한다.¹⁵⁾ 본 죄 역시 추상적 위험범이다.

III. 체계상의 공연성

1. 보호법익상의 공연성

음화반포등죄와 공연음란죄는 선량한 성풍속 특히 그 성감정이라는 사회적 법익을 보호하려는 것이고, 명예훼손죄는 명예가 개인적 법익으로서 그 보호의 객체로 되어 있다는 데 차이가 있다. 사회적 법익인 풍속범죄에도 강간과 추행의 죄, 성폭력특별법상의 범죄와 같이 개인적 법익을 침해하는 범죄로서의 성격을 지니고 있는 반면, 청소년보호법이나 청소년의성보호에관한법률과 같이 기본적으로는 개인적 법익을 침해하는 범죄의 성격을 지니고 있지만 동시에 사회적 법익을 침해하는 범죄로서의 성격을 지니고 있다. 그렇지만 음화반포등죄와 공연음란죄는 개인적 법익을 침해하지 않고 오로지 사회적 법익만을 침해하는 죄로서의 성격을 지닌다는 점에서 차이가 있다. 따라서 이 때의 공연성은 사회적 법익을 객관화시키는 구성요건으로 볼 수 있다. 반면, 개인적 법익인 명예훼손죄에 있어서의 공연성은 그 행위가 주로 구전될 수 있는 성질을 갖는 언어라는 것에 의해서 침해되고 있는 점에 기인하여 명예훼손죄에 있어서의 공연성의 개념을 풍속범죄에 있어서의 공연성과 달리 해석할 수도 있다. 왜냐하면 풍속범죄에서는 사회적 법익으로 공연전시, 공연상영, 공연음란 등은 시각적인 효과를 수반하는 것에 비하여 명예에 관한 범죄는 개인적 법익으로 청각적인 효과를 수반한다는 점에 차이점이 있을 수 있기 때문이다.¹⁶⁾

15) 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2007, 207면.

16) 시각적인 효과는 단시간에 그치는 경우가 많지만 청각적인 효과는 전파를 탈 수가 있다. 대표적으로 발없는 말이 천리를 간다는 우리 속담이 적정한 예이다.

2. 독일 형법 체계상 공연성과의 비교

독일형법상 공연성과 관련된 규정으로 우리 형법상 공연음란죄 및 음화반포등죄와 상응하는 규정으로는 독일 제183조a 공연음란죄(Erregung öffentlichen Ägernisses), 그리고 제184조 음란문서반포(Verbreitung Pornographischer Schriften), 제184조a 동물음란물의 반포(Verbreitung gewalt-oder tierpornographischer Schriften), 제184조b 아동음란물의 반포, 취득 및 소유(Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)로 우리보다 더 세분하게 규정하고 있다. 공연음란에서는 공연히 성적 행위를 하고 이로 인하여 고의로 또는 그 정을 알면서 공분을 야기시킨 행위를, 음란문서반포에서는 18세 미만자가 출입 또는 열람할 수 있는 장소에서 공연히 또는 해당상점과의 영업거래 외에서의 문서의 반포를 통해 양여, 광고, 선전하는 행위와 해당 국가의 형법법규에 위반하여 음란문서 또는 이로부터 취득한 정보를 국외에 반포하거나 공연히 전달하거나 또는 그와 같은 사용을 가능하게 하기 위하여 이를 수출하는 행위를, 동물음란물의 반포에서는 공연히 전시, 게시, 상영하거나 또는 기타 접근을 용이하게 하는 행위를, 아동음란물의 반포, 취득 및 소유에서는 공연히 전시, 게시, 상영하거나 또는 기타 접근을 용이하게 하는 행위를 규정하고 있다. 따라서 독일 형법 제13장 성적자기결정에 대한 죄에서의 공연성은 공공연한 행위상황을 나타내는 객관적 구성요건표지이다.

또한 공연성과 관련된 규정으로는 독일 형법 제186조 비방에서 “타인에 대한 관계에서 타인을 경멸하게 하거나 또는 세평을 저하시키기에 적합한 사실을 주장하거나 유포한 자는 이러한 사실이 증명할 만한 진실이 아닌 경우에는 1년 이하 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히 또는 문서의 반포(제11조 제3항)을 통해 이루어진 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다”고 규정하고 있으므로, 그 행위가 공연성이 있는 경우에 가중처벌하고 있다. 그리고 제187조 증상에서는 “타인에 대한 관계에서 확실한 인식에 반하여 타인을 경멸하게 하거나 또는 세평을 저하시키거나 그의 신용을 위해하기에 적합한 허위의 사실을 주장하거나 유포한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히 집회에서 또는 문서의 반포를 통해 이루어진 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다”고 규정하고 있으므로, 이 조항에서도

공연성이 있는 경우를 가중처벌하고 있다. 따라서 제14장 모욕죄에 대한 죄에서의 공연성은 법정형을 가중시키고 있으므로 행위방법으로 인하여 불법이 가중된 구성요건으로 볼 수 있다.

독일형법상 공연히(öffentlich)의 의미를 ‘불특정 또는 개인적 관계로 내적으로 결합된 다수인이 직접 인식할 수 있도록’ 해석하고 있다.¹⁷⁾ 따라서 불특정 다수인은 불특정 이면서 다수인이 인식할 수 있는 상태이며, 명예훼손죄에서 사실 적시의 상대방이 다수라 하더라도 특정된 경우에는 공연성이 인정되지 않는다. 즉 공연성의 의미를 불특정 이면서 다수인의 경우로 파악할 수 있고,¹⁸⁾ 독일형법 제186조와 제187조의 규정에서 in Beziehung auf einen anderen 이라는 표현으로 인하여 삼각관계, 즉 행위자 - 명예훼손적 표현의 청취자 - 피해자의 관계가 요구되기 때문에 피해당사자에 대한 직접적인 명예훼손은 발생할 수 없다. 또한 제185조의 모욕죄의 경우에는 공연성이라는 구성요건이 없기 때문에 피해당사자에게 직접적인 모욕 또는 제3자를 통한 모욕이 가능하다.

3. 판례에서 본 공연성의 판단기준

음화반포등죄에 있어서의 공연히 전시 또는 상영한다는 것은 불특정 또는 다수인이 관람할 수 있는 상태에 두는 것 또는 관람할 수 있는 영상자료를 화면에 비추어 보이는 것을 말한다. 관람한 상태에 두면 반드시 현실적으로 관람할 필요가 없고, 특정소수인에게 전시하거나 상영하는 것은 공연성을 부정하고 있다.¹⁹⁾ 또한 불특정·다수인에 의

17) RGSt 38, 207; RGSt 42, 112; RGSt 63, 431; Herdegen, Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, 10. Aufl., Walter de Gruyter Verlag, Berlin · New York, 1989, §186 Rn. 13; W. Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 5. Aufl., C. H. München, 2005, §186 Rn. 1ff.

18) 오스트리아 형법 제115조 제1항(모욕)에서는 “공연히 또는 다수인의 면전에서 타인을 욕하거나 조롱하거나 신체에 폭행을 가하거나 신체적 폭행으로 협박을 가한 자는 다른 규정에 의하여 더 중한 형을 과하게 되어 있지 아니한 때에는 3월 이하의 자유형 또는 180일 이하의 일수벌금형에 처한다”고 규정하고 있다. 그리고 일본 형법 제230조 제1항(명예훼손)에서는 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 그 사실의 유무에 관계없이 3년 이하의 징역이나 금고 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있으므로, 진실의 유무를 불문하고 처벌하고 있으며, 제231조(모욕)는 “사실을 적시하지 아니하여도 공연히 사람을 모욕한 자는 구류 또는 과료에 처한다”고 규정하고 있다. 일본 형법은 명예훼손죄와 모욕죄의 경우 공연성을 구성요건 표지로 규정하고 있다.

19) 대법원 1973. 21, 73도409판결.

하여 인식될 수 있는 상태에 놓여 있는 다른 웹사이트를 링크의 수법으로 사실상 지배·이용함으로써…불특정다수인이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한없이 음란한 부호 등을 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성되었다면 그러한 행위는 공연전시의 구성요건을 충족한다고 하였다.²⁰⁾ 전자의 ‘공연히’는 공공연한 상태에서의 전시 또는 상영한다는 의미이고 여기서는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 공연성으로 보았다. 그러나 후자는 불특정·다수인에 의하여 인식될 수 있는 상태를 공연성으로 보았다. 또한 공연음란죄에 있어서의 ‘공연히’는 사람이 많이 있는 가운데에서 공연음란죄가 성립한다²¹⁾고 보았다.

명예훼손죄에 있어서의 판례는 대부분 전파가능성 이론과 관련하여 판시를 하는 경우가 대부분이다. 그러나 사실의 적시가 특정한 소수만을 대상으로 할 때, 특정한 소수에 대해서 부분적으로 공연성을 인정한다면, 이때 판례의 입장을 강하게 비판하게 되는데, 그 이유는 전파가능성이 있는 경우라 하더라도 특정한 소수에 대한 사실의 적시와 같이 개인적이고 사적인 정보의 전달은 명예훼손죄의 처벌범위에 속하지 않기 때문이다. 다시 말해서 우리 형법이 명예훼손죄에 특별히 ‘공연히’라는 구성요건을 첨가해 놓은 이유는 이와 같이 공연성이 인정되지 않는 경우는 처벌하지 않겠다는 취지이므로 그 요건을 엄격하게 해석해야 하므로, 특정한 소수에 대한 명예훼손 행위는 전파가능성 여부와 상관없이 범죄의 성립을 부정해야 한다는 것이다. 이러한 이유로 ‘공연히’라는 문언적 의미는 세상에서 사실을 다 알도록 뚜렷하고 뚜렷하게²²⁾라는 의미해석과 관련하여 확장해석에 의한다고 하더라도 한 두명의 특정한 사람에게 어떤 사실을 이야기한 것을 공연히 행위했다고는 말할 수 없고, 합리적인 확장해석이라도 하더라도 피고인에게 불리하고 부당한 유추해석을 허용해서는 안된다.

결국, 판례가 인정하는 ‘전파성이론’이란 명예훼손죄의 보호법익을 지나치게 중시하여 형법이 규정하는 행위태양을 무시한 것이라고 평가할 수 있다. 명예훼손죄는 추상적 위법범이므로 실제로 피해자의 명예가 훼손되었을 뿐만 아니라 그러한 위법성이 있는 경우에도 처벌되는 것이 사실이다. 그러나 이것이 사실적시의 행위가 공연성의 요건을

20) 대법원 2003. 7. 8, 2001도1335판결.

21) 대법원 2000. 12. 22, 2000도4372판결.

22) 네이버 국어사전 참조.

갖추지 않고 다만 전파가능한 경우에도 모두 처벌한다는 의미는 아니다. 형법은 다른 사람의 명예를 훼손하는 사실 적시의 행위를 모두 처벌하는 것이 아니라, 구성요건상 행위의 방법으로 요구되는 공연히 이러한 행위를 한 경우만을 처벌하고 있기 때문이다. 따라서 특정한 소수를 상대로 한 명예훼손행위는 결과적으로 이것이 다른 사람들에게 전파되었거나 그러한 위험이 있다할지라도 이 죄의 처벌범위에는 포함되지 않은 것으로 보아야 한다. 그러므로 명예훼손죄 성립여부의 판단기준은 적시된 사실의 전파가능성 여부가 아니라 사실 적시 행위 그 자체가 공연성을 가지고 있는가 하는 점이다. 형법은 제311조의 모욕죄에서도 명예훼손죄의 경우와 마찬가지로 공연히라는 요건을 규정하고 있는데 이때에는 전파성의 이론이 적용될 여지가 없다. 왜냐하면 모욕죄는 경멸이나 추상적 가치판단이 피해법익이므로 욕설 등으로 인하여 전파가 된다고 하더라도 명예훼손죄의 사실의 적시나 허위사실의 적시가 전파된 것과는 차원이 다르기 때문이다.²³⁾ 즉, 전파성 이론을 인정하려면 모욕죄에 대해서도 똑같이 전파성이론을 적용해야 한다. 그러므로 공연성의 해석과 관련하여 명예훼손죄와 모욕죄의 공연성이라는 요건이 전파성이론을 뒷받침해주는 요소는 아닌 것이다.

그러나 최근 판례²⁴⁾에서는 개인 블로그에서 비공개 일대일 대화방에서 상대방으로부터 비밀을 지키겠다는 말을 듣고 대화하였더라도 공연성을 인정하여 파장을 야기하고 있다. 그동안 이와 관련하여 여러 판례²⁵⁾들이 비록 특정한 1인에게 명예훼손행위가 행하여졌더라도 그것이 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성을 인정하고 있었고, 다만 특별한 친인척관계나 특수한 상황인 경우에는 공연성을 부정하였다. 그러나 이 판례에서는 공연성 여부에 대해서 판단을 하고 있지 않아 기존의 대법원의 태도와는 다른 입장을 보여주고 있다. 적어도 피고인과 피해자 사이의 관계에 어떤 특수한 상황인지, 왜 공연성이 인정되는지, 전파가능성과의 관련성 및 유무에 대한 설명정도는 언급했어야만 했다. 더욱이 비밀대화조차도 전파가능성 여부를 기준으로 보아 처벌하게 된다면 가벌성의 무한한 확장을 가져올 것은 뻔하다. 이러한 배경은 초기 판례가 공연성의 개념을 불특정·다수인이 인식할 수 있는 상태라고 좁게 해석하였기

23) 전파성이론과 관련하여 모욕죄의 성립을 부정한 판례로는 대법원 1984. 4. 10, 83도49판결.

24) 대법원 2008. 2. 14, 2007도8155판결.

25) 대법원 1985. 4. 23, 85도431판결; 대법원 1990. 7. 24, 90도1167판결 등.

때문에 이를 완화시키기 위해서 일본의 전파가능성이론을 취하면서 시작되었다. 그러나 근래에 일본에서도 공연성을 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태라고 해석하는 견해가 점차 유력해지고 있고, 독일에서도 마찬가지로 해석하고 있는 실정이다. 따라서 이러한 견해들에 의하면 전파가능성이론을 부정하고 적어도 전파가능성이라는 이론은 전파가능성유무를 따지기보다는 행위자의 구성요건적 행위상황(사실적 행위)의 성격을 분석하여 그것이 불특정 또는 다수인에 대한 것인가를 판단하여 공연성 여부를 결정하는 것이 선행되어야 할 것이다.

4. 공연성에 대한 처벌근거

앞에서 살펴보았듯이, 음화반포등죄에서의 처벌근거는 음란한 물건과의 관계에서 불특정 또는 다수인이 공연히 전시하거나 공연히 상영하는 상태에 두면 처벌된다. 따라서 보는 사람은 직접 인식할 필요없이 인식할 상태에 있으면 기수가 된다. 다수인이 동시에 관람할 수 있는 경우뿐만 아니라 순차적으로 관람할 수 있는 경우도 포함된다. 공연음란죄는 음란한 물건과 관계없이 공연히 음란한 행위를 하는 죄이다. 양자 모두 음란이라는 규범적 구성요건과 관계가 있다. 문서, 도화 등이 음란하다는 인식이 필요하며 이것을 공연히 전시 또는 상영해야 하는 상태에 두는 것이며, 공연음란죄가 성립하기 위해서는 공연성, 음란행위라는 점에 대한 고의가 필요하다. 따라서 공연성이라는 요건은 객관적 구성요건으로 규범적 구성요건의 행위를 행위상황으로 객관화시키는 기능을 하고 있다. 다시 말해서 어법상 ‘공연히’라는 구성요건은 전시와 상영을 수식하고 있고, ‘공연히’라는 행위상황을 나타내는 규범적 구성요건이 음란이라는 규범적 구성요건의 한계설정을 제한하는 기능을 하는 것이다. 따라서 ‘공연히’라는 공개적인 행위상황을 나타내는 구성요건은 규범적 구성요건이지만 사실적인 행위상황을 설정해주므로 객관적(사실적) 구성요건요소로 작용하고 있는 것이다. 본 죄는 모두 추상적 위법범이지만 음화반포등죄에서는 음란이라는 규범적 구성요건과 그러한 물건을 공연히 전시하거나 상영하는 상태에 둘 경우에 기수가 성립되므로 보는 사람은 이를 직접 인식할 필요는 없다. 그러나 공연음란죄는 음란이라는 규범적 구성요건이 ‘공연히’라는 객관적 구성요건에 의해서 행위상황이 연출되었을 경우 보는 사람이 이를 직접 인식할 수 있는

상태여야 한다.

명예훼손죄와 모욕죄와 관련하여 독일의 경우 시대에 따른 변화가능성 및 중요성을 고려할 때 규범적·사실적 명예개념을 지지하고 있다.²⁶⁾ 그래서 내적명예는 모욕죄로, 외적명예는 명예훼손죄로 구분하여 규범적으로 파악하고 있다.²⁷⁾ 그렇다면 독일형법 제14장의 모든 구성요건상 법익은 인간의 속성이자 인간존엄의 일부인 명예로 보기 때문에 내적명예의 범위가 상당히 넓어질 수 있기 때문에²⁸⁾ 규범적 명예라는 것은 가치판단의 문제이고, 진실성에 대한 입증책임은 피고인이 부담하게 되며,²⁹⁾ 이에 대한 판단은 법원이 결정해야 할 문제로 보기 때문에 법률에 규정하고 있다. 그렇다면 규범적·사실적 명예개념에 의하면 우리 형법상 명예훼손죄와 모욕죄의 경우 공연성을 구성요건으로 규정하고 있는 것을 이유로 오로지 외적명예만을 보호법익이 된다는 논거를 들고 있는 점과는 상관없게 된다. 이에 독일은 제185조 모욕죄에서 공연성을 요건으로 하고 있지 않다. 따라서 단둘이 있는 상황에서 상대방을 모욕하더라도 본죄가 성립한다. 즉 상대방에 대한 직접적 모욕이나 제3자를 상대로 한 당사자 모욕이 모두 인정된다.³⁰⁾

이렇게 규정한 것은 법체계와 연결된다. 왜냐하면 독일형법은 허위의 사실을 적시하거나 전파한 자는(명예훼손의 기본적 형태) 187조(Verleumdung: 중상)가 적용되지만, 진실인줄 알고 주장하였는데 허위로 밝혀진 경우, 이를 입증하지 못하면 제186조(Üble

26) Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., C. H. München, 1995, §185 Rdn. 2; Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte(BT), 5. Aufl. S. 97; Herdegen, LK StGB, 10. Aufl., vor §185, Rdn. 6; Haft, Strafrecht B.T.(1988), S. 55; Hartung, ZStW 71, 387; BGH 11, 70.

27) 특히 인간의 존엄성에 근거하여 인격체로서의 개인의 독자성을 마련해주기 위하여 다른 인격체와의 승인관계(Anerkennungsverhältnis)를 명예로 이해하는 견해(Wolff, Ehre und Beleidigung, ZStW 1969, 887면)는 명예를 일반적 인격권의 발현으로서 헌법적 관점에서 상호인격적 명예 개념으로 설명되기도 한다. 그러나 이러한 명예개념은 너무 불명확하여 인격권 침해의 모든 형태를 모욕죄로 이해할 수도 있다는 비판이 있다.

28) 독일에서 모욕이란 단어는 이중적 의미로 사용되고 있다고 하면서 넓은 의미로는 비방, 중상, 사자 명예훼손 등을 포함하는 속개념으로, 좁은의미로는 §§185, 192, 193에서 사용되고 있는 본래 의미의 모욕이라고 한다(김상호, 독일의 형법상 모욕죄, 독일학연구 제12호, 동아대학교 독일학연구소, 1996, 125-126면 참조).

29) vgl. Lenkner, S-S StGB, §186 Rdnr. 16 mwN.

30) 따라서 이러한 맥락에서 규범적으로 볼 때, 특정인이든 불특정인든 다수인이든 상관없이 모욕죄에 해당하면 처벌하겠다는 뜻이 '모욕행위'라는 법문에 내포된 것으로 볼 수 있다.

Nachrede: 비방)에 해당된다. 이 때의 비방은 사실적시 이외의 평가를 포함하는 개념이므로, 결국 사실의 적시에 의한 명예훼손행위를 직접 규정한 것이 아니라 타인을 경멸하게 하거나 세평을 저하시키기에 한 행위가 명예를 훼손할 만한 사실임을 입증하지 못한다면(진실한 사실이 아니라면) 모욕죄와 동일하게 처벌되는 것이고 다만, 사실의 적시가 있는 경우에 그 사실이 진실인 경우에는 명예훼손죄가 되지 않고 제192조 사실의 주장, 유포 또는 그러한 상황으로부터 모욕이 인정되는 경우에도 제185조에 의하여 모욕죄로 처벌되기 때문이다. 따라서 우리 형법 제307조 제1항에 해당하는 사실의 적시에 해당하는 경우가 독일형법에 의하면 모욕죄로 처벌되는 것이다. 따라서 진실한 사실의 적시는 타인을 모욕하지 않는 한 자유로운 표현의 자유로서 보장되어야 한다.³¹⁾ 그러므로 독일의 경우 공연성이라는 요건은 행위방법에 의해서 불법이 가중되는 구성요건 요소가 된다. 결국 독일은 모욕과 사실의 적시에 의한 명예훼손과의 구별을 모욕죄의 범위안에서 규범적으로 파악하여(제190조에 의하면 피해자가 유죄판결을 받은 경우에는 진실입증이고, 무죄판결을 받은 경우는 진실입증이 배제) 사실의 적시가 인정된다고 하더라도 모욕죄로 처벌하고 있다. 이때 제186조 제2문 공연성을 가중적 구성요건 요소로 보고 있으며, 제187조 또한 제2문 공연성을 가중적 구성요건 요소로 보고 있어 우리 형법과는 체계가 다르다고 할 수 있다. 결국 독일의 규범적·사실적 명예개념에 따르면 공연성은 모욕죄와 명예훼손죄의 불법가중요건 요소가 될 수 있다.³²⁾

따라서 명예훼손죄에 있어서 공연성의 처벌근거는 전파가능성이론에 의하여 적시된 사실이 계속 전파되어 나갈 위험성에 있는 것이 아니라 공연성에 의한 사실의 적시가 있음으로 인하여 직접 발생할 명예훼손의 위험성에 있는 것이다. 따라서 명예훼손죄에 있어서의 공연성은 불특정 또는 다수인에게 사실적시(허위사실적시) 행위가 명예를 훼손하는 행위상황을 연출되었을 경우에 죄가 성립될 수 있다. 그러나 명예훼손죄에 있어서는 공연성은 판례에 의하면 전파가능성으로 대체하여 처벌범위를 넓히고 있다. 현행

31) 이에 진실한 사실의 적시가 명예훼손죄의 기본적 구성요건으로 정한 형법의 태도는 기본권적 차원에서 의문이 제기되는 입법론적 오류를 범하고 있다는 견해는 이정원, 명예에 관한 죄에서의 명예 개념과 구성요건의 체계, 경남법학 제13호, 1996, 95-96면 참조.

32) 윤해성, 인터넷 모욕죄 신설방향의 고찰, 법학연구 통권 제27집, 전북대학교 법학연구소, 2008, 80-81면 참조.

우리 형법상 공연성은 객관적 구성요건요소이지만 판례는 전파가능성이론을 적용하기 때문에 객관적 구성요건도 규범적 구성요건도 아닌 사실적·규범적 구성요건으로 평가할 수 있다. 이는 자칫 자의적으로 해석하고 형벌권의 남용을 가져올 가능성을 보여주고 있다. 명예훼손죄에 있어서 공연성을 객관적 구성요건요소로 본다면 공연성 해석의 범위를 좁히기 위해서 법률을 명확하게 좁게 규정할 필요성이 있다. 반면 일반상식상 모욕은 명예훼손과는 달리 공연성을 요구할 성질의 행위가 아니다. 왜냐하면 개인에 따라서는 특정한 소수의 사람 앞에서의 모욕이 공연한 모욕보다 더 강한 굴욕감을 유발할 수도 있고, 제107조 제2항의 외국원수에 대한 모욕죄와 제108조 제25항의 외국사절에 대한 모욕죄는 공연성을 요건으로 하고 있지 않기 때문이다. 결국 현행 형법상 모욕죄는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에서 사람을 모욕하는 표현행위로 충분하기 때문에 현실적으로 아무도 모욕의 표현내용을 인식하지 못한 경우에도 모욕죄가 성립할 수 있게 된다. 그러나 법익주체가 자신을 경멸하는 표현을 인식하지 못한 경우에도 일반적인 관점에서 모욕이라 할 수 있는지 의문이다. 결국 모욕죄에서의 공연성이라는 구성요건은 명예훼손죄와 마찬가지로 외적명예로 해석하고 있지만 모욕죄의 경우 실제 모욕행위에 의하여 외적명예가 손상된 자는 모욕당하는 자가 아니라 사람을 모욕하는 사람 자신이다. 따라서 모욕죄의 해석은 모욕의 개념을 분명히 하는 것으로부터 출발해야 한다. 즉 사람을 경멸하거나 멸시함으로써 사람의 명예를 침해하거나 위태롭게 하는 행위가 모욕행위인 것이다. 따라서 모욕은 듣는 사람이 아니라 하는 사람 측면에서 고려해야 한다. 이러한 이유 때문에 모욕죄에서의 공연성과 모욕은 규범적 구성요건요소로 작용하게 된다.

IV. 해석상의 공연성

1. 형법상 공연성의 취지와 인정여부

명예에 관한 죄에서의 공연성을 구성요건으로 규정하고 있는 것은 모욕죄의 보호법익도 인격에 대한 사회적 평가로서의 외부적 명예에 두고 있는 취지로 해석하고 있

다.³³⁾ 그러나 판례는 1인에게 이야기한 경우도 전파 여부에 따라 공연성을 인정하므로 공연성의 취지를 무의미하게 한다는 비판을 가할 수 있다. 여기서 공연성의 취지를 무의미하게 한다는 비판이 비단 판례에만 해당되는가 하는 점을 생각해 볼 필요가 있다. 물론 인식할 수 있는 상태의 해석과 관련하여 직접 인식가능성을 요구하는 학설의 태도와 전파가능성만으로 충분하다는 판례의 견해간에는 그 내용에 있어 구조적인 차이가 있는 것처럼 보인다. 그러나 이러한 구조적 차이를 자세히 보면 판례보다는 다수설이 공연성의 취지를 보다 더 무의미하게 만들 가능성이 있다. 즉 사실 적시의 상대방이 행위자와의 특수한 관계로 한정된 범위내의 사람이 아닌 불특정인 경우에는 그 수의 다소는 상관없다고 해석하므로 결국 상대방이 사실을 전파할 가능성이 있느냐와 상관없이 불특정이면 1인이라도 공연성을 인정할 수 있게 되기 때문이다.

반면 전파가능성이론은 특정된 경우에는 전파가능성을 부정하지만 1인에게 사실을 적시한 경우라도 상대방이 불특정한 경우에는 전파가능성을 인정하여 공연성을 긍정한다. 결과적으로 사실적시의 상대방이 불특정인 경우 다수설은 1인인 상대방의 인식이 가능성만으로, 판례는 1인의 상대방이 인식한 경우 공연성을 평가하므로 공연성의 취지를 무의미하게 한다는 비판은 판례보다는 다수설에 대한 비판으로 적합하다. 그러나 중요한 것은 판례든 학설이든 상대방이 불특정이면 그 수의 다소를 묻지 않기 때문에 결국 1인에 대한 사실 적시도 공연성을 인정할 수 있다는데 문제가 있다.

2. 공연성 해석의 시도

1) 불특정인의 의미

대법원은 공연성의 의미를 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하고 비록 개별적으로 한 사람에게 사실을 유포하였다 하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 없다면 특정한 한 사람에 대한 사실의 유포는 공연성을 결하게 된다³⁴⁾고 보고 있다. 그러나 불특정의 의미에 관해서 상대방이 특수한 관계에 의해서 한정된 자가 아니라는 의미이므로,³⁵⁾ 특수한 관계로 인하여 비밀의 보장이 기대되

33) 임웅, 형법각론, 법문사, 2006, 191면.

34) 대법원 2000. 5. 16, 99도5622판결; 대법원 2000. 2. 11, 99도4579판결.

지 않은 사람들을 불특정인이라고 보아야 한다.³⁶⁾ 명예훼손죄와 관련하여 공연성은 외적명예를 이루는 구성요건이라고 하더라도 그 개념속에는 사실의 적시행위가 비밀보장이 기대되는가 아닌가에 따라서 비밀보장이 기대되면 특정인이고 비밀보장이 기대되지 않으면 불특정인이 될 수 있다. 명예훼손죄에서 말하는 공연성의 요건이 충족되면 이와 같이 판례상의 전파가능성이 있는 경우로 한해야 하며, 그렇다면 ‘불특정인’이란 바로 판례가 말하는 전파가능성을 염두에 둔 개념이라고 할 수 있으며, 이들을 상대로 한 사실의 적시가 명예훼손죄를 구성하는 것은 불특정인이 비록 소수라 하더라도 불특정인은 특정인과 달리 관련 사실을 전파할 가능성이 크므로 결과적으로 명예훼손죄의 보호법익인 피해자의 외적명예를 해하게 된다는 점에 있다고 할 수 있다. 따라서 판례상의 전파성 이론이란 특별히 구성요건을 확장해석한 것이 아니라 다만, 불특정인에 대한 의미를 달리 표현한 것으로 볼 수 있다.³⁷⁾ 결국 판례상의 전파성 이론이 이론적으로 정착하려면 불특정인에 한하여 해석해야 하며, 이때 다수는 불특정인에 흡수되어야 한다. 결국 공연성이란 불특정인 또는 다수가 아니라 불특정인으로 범위를 넓힐 경우에 비로소 전파성이론을 설명할 수 있게 된다. 판례가 특정한 소수에 대해서도 어떤 경우에는 전파될 수 있기 때문에 공연성의 요건이 충족된다고 하고 있는데, 결국 이것은 특정 소수가 처음부터 불특정인이기 때문에 명예훼손죄의 공연성요건이 충족되는 것이다.

따라서 명예훼손죄의 공연성 요건이 성립하는가 여부를 판단하기 위해서는 사실적시(허위적시)의 상대방이 전파 가능성을 갖고 있는가가 아니라 다수인가 또는 불특정인가를 확인해야 할 것이다. 그런 다음 중요한 기준은 사실 적시의 대상과 피해자와의 관계, 그리고 대상자와 행위자와의 관계, 피해자와 대상자간에 어떤 특수한 관계가 있는 경우 그러한 사실은 외부로 전파될 가능성이 그리 높지 않다고 볼 수 있을 것이므로 공연성이 부정되게 된다. 그러므로 불특정한 소수, 단 한명과 같은 매우 적은 수의 사람에게

35) 정성근, 형법각론, 법지사, 1996, 250면; 일본 형법학회, 형사법강좌 제4권, 822면.

36) 피고인이 협박 피의사건의 고소인과 담당검사 및 검찰 사무관 2인 등이 있는 검사 조사실에서 피해자의 명예를 훼손한 발언을 한 경우에 일본 최고재판소는 이에 대해 발언의 상대방들이 법률상 비밀을 지킬 의무가 있는 자로 전파성이 없다고 하여 공연성을 부정하였다(最高裁 昭 34. 2. 19, 最高裁判所 判例集 第13卷 2號, 186面).

37) 김순태, 명예훼손에 있어서 공연성의 요건, 한국방송통신대학교 논문집 제38집, 2004, 177-178면 참조.

사실을 적시한 경우라도 이 사람이 행위자나 피해자와 특수한 관계에 있지 않는 한 불특정인에 해당되어 공연성의 요건이 충족된다.

2) 다수인의 의미

다음으로 다수인의 범위가 문제된다. ‘공연히’라는 어구의 의미에 대해 이것이 불특정 또는 다수인이 인지할 수 있는 상태라는 점, 그리고 여기서 말하는 다수란 몇 명의 소수를 넘어 상당한 다수를 일컫는다.³⁸⁾ 우리 형법 제243조의 음화반포등죄는 그 행위태양 중 하나로 음란물을 공연히 전시하거나 상영하는 행위를 처벌하고 있고 본 규정의 공연성도 불특정 또는 다수인이 관람할 수 있는 상태에 있을 때 인정하고 있다.³⁹⁾ 그러나 여기서는 특정, 불특정을 가리지 않으며 단지 동시에 다수인에게 보여야 하는 것은 아니므로 순차적으로 열람하여도 좋다는 것으로 해석하고 있다.⁴⁰⁾ 다시 말해서 특정인 이든 불특정인이든 다수가 열람할 수 있는 상태여야 하므로 불특정이면 그 수는 상관이 없는 명예훼손죄의 공연성 해석과는 차이가 있어 보인다. 또한 형법 제245조의 공연음란죄에서도 공연히 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태를 말한다고 하고 있으나, 실제 다수인이면 족하고 특정, 불특정을 가리지 않는다는 점에서 음화반포죄등과 같다.⁴¹⁾ 결국 음화반포죄나 공연음란죄에 있어 공연성이 인정되려면 다수여야 하며, 공개적이어야 한다. 그러므로 다수인이상 특정인가 불특정인가 하는 점은 문제되지 않는다. 따라서 우리 형법상의 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태가 아니라 특정이든 불특정이든 적어도 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태로 해석할 수도 있다. 따라서 현행 형법상의 공연성의 의미는 말 그대로 다수인이 인식할 수 있는 상태여야 하므로 가능한 공연성의 요건을 엄격하게 해석할 필요성이 있다. 마찬가지로 공연음란죄의 ‘공연히’란 (공개적으로)다수인이 직접 인식할 수 있는 상태로 해석하면 다수인이면 족하고 특정, 불특정인을 가리지 않게 된다.

또한 명예훼손규정과 관련하여 우리규정은 독일과 달리 사실 적시의 경우에도 처벌

38) 대법원 1956. 1. 27, 4288형상280판결; 대법원 1996. 7. 12, 96도1007판결 참조.

39) 박상기, 형법각론, 박영사, 2008, 587면; 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2007, 646면.

40) 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2007, 638면.

41) 대법원 1973. 8. 21, 73도409판결 참조.

하므로 공연히 사실을 적시(허위사실 적시)한 경우에만 처벌하도록 하여 처벌의 범위를 제한하고자 한 것으로 보인다. 이는 공연히라는 구성요건을 통해 단순히 사실이나 허위 사실의 적시가 아닌 공공연히 사실의 적시나 허위사실의 적시를 처벌하여 헌법이 보장하고 있는 개인의 표현의 자유를 최대한 보장하면서 그 한계로 타인의 명예를 훼손시킬 수 있는 사실을 개인간의 정보전달의 차원이 아니라 사회적으로 혹은 공개적으로 적시했을 때 처벌하고자 한 취지로 보인다. 이와 관련하여 독일의 판례나 다수설은 명예훼손죄의 형이 가중되는 요소인 공연성은 공개된 장소인가는 무관하게 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태로, 여기서의 다수인은 그 수나 개인 신상을 알 수 없는 불특정인이거나 서로 긴밀한 관계에 있지 않는 다수인을 의미한다고 한다.⁴²⁾ 따라서 불특정 다수인은 좀 더 구체적으로 보면 불특정이면서 다수인이 인식할 수 있는 상태이며, 사실 적시의 상대방이 다수라 하더라도 특정된 경우에는 공연성이 인정되지 않는다. 또한 불특정 다수는 다수가 반드시 참석한 상태에서 하므로 1인이 추후 다수에게 전달한 가능성이 있다고 하더라도 공연성을 인정하지 않는다. 아울러 다수여야 하므로 1명 내지 3명 정도의 불특정인에게 사실을 적시한 것은 공연성이 없다고 해야 한다. 그 결과 다수라 하더라도 특정되었다면 다시금 공연성을 부정할 수 있다는 점에서 차이가 있으며 공연성을 보다 엄격하게 인정하고 있다.⁴³⁾ 이러한 공연성에 대한 해석내용은 공연성을 요건으로 하는 다른 구성요건의 공연성 해석에도 그대로 적용된다⁴⁴⁾고 한다.

3) 인식할 수 있는 상태

음화반포등죄와 공연음란죄는 앞에서 살펴보았다. 그러나 인식할 수 있는 상태와 관련하여 문제가 되는 것은 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태인지 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성만으로도 공연성을 인정할 수 있는지의 차이이다. 이에 대하여 현행 형법 규정은 궁극적으로 사람의 사회적 가치 내지 평가를 저하시키는 결과를 염두해 두고 있으므로 명예를 훼손할 만한 사실이 결국 불특정 또는 다수인에게

42) RG 63, 431, RG 38, 207, Hefdegen LK Rn 13, SK-Rudolphi, §186 Rn 19, §166 Rn 12, S/S-Lenckner, §186 Rn 19, Trondle/Fischer, §186 Rn 18.

43) 안경옥, 명예훼손죄의 공연성 해석의 재검토, 법조 575호, 법조협회, 2004, 96면 참조.

44) Einhard Franke, Strukturmerkmale der Schriftenverbreitungstatbestände des StGB, GA 84, 458.

전파될 가능성이 있다면 공연성을 인정할 수 있고,⁴⁵⁾ 판례가 전파성이론을 취하는 이유는 불특정 또는 다수인의 직접적인 인식가능성만을 고집한다면 전파에 의한 간접적인-직접 사실적시의 현장에 다수가 있지 않았지만 소문이나 추문은 전파될 가능성이 높으므로 이러한 간접적인-인식가능성을 부인하게 되어 타인의 명예보호에 심각한 법적 흠결상태를 야기할 수도 있다는 것이다. 아울러 이러한 대법원의 해석이 추상적 위험범인 명예훼손죄의 성격과도 일치하며, 공연성 여부는 결국 법원이 판단하는 것이므로 상대방의 전파의사에 따라 좌우되는 것이 아니어서 공연성의 범위가 지나치게 넓어질 염려도 없다고 한다.⁴⁶⁾ 그리고 무엇보다 현행 법조문이 공연히라고 규정되어 있으므로 직접으로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 초래하든 간접으로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 초래하든 종국적으로 동일한 결과를 가져올 수 있는 행위를 동일하게 취급하기 위해 판례가 전파성 이론을 취한다고 보고 있다.

그러나 명예훼손죄는 추상적 위험범이지만 다른 사람의 명예를 훼손하는 사실 적시의 모든 행위를 처벌하는 것이 아니라 구성요건상 행위의 방법으로 요구되는 공연히 이러한 행위만을 처벌하겠다는 것이다. 이는 행위의 태양으로 요구되는 공연성을 전파가능성으로 대체하여 명예훼손죄의 외적명예가 현실적으로 침해되지 않아도 침해될 위험만으로 성립되는 추상적 위험범이라는 보호의 법익이나 그 정도를 명예훼손의 행위 태양과 혼동한 것으로 볼 수 있다. 따라서 전파가능성 이론은 공연성의 범위를 넓혀 공연성의 뜻은 사실상 무의미하게 되고 표현의 자유를 지나치게 제한하게 되는 문제점이 있다. 그러므로 공연성은 불특정 또는 다수인이 구체적으로 인식할 것을 요구한 경우, 최초전문자의 후속행위여하에 따라 공연성 여부가 결정되는 우연성과 불확정성을 방지할 수 있으며, 공연성 요건을 무용화할 가능성이 적고 개인의 명예보호와 표현의 자유와의 이익형량 사이에서의 개인의 표현이 자유를 지나치게 제한하지 않을 수 있다. 따라서 불특정 다수인이 직접 인식할 수 있는 인식가능성이 타당하다. 그러므로 명예훼손죄 성립여부의 판단기준은 적시된 사실의 전파가능성 여부가 아니라 사실 적시 행위 그 자체가 공연성을 가지고 있는가하는 것이다.

45) 김우진, 형사판례연구(9), 형사판례연구회, 박영사, 2001, 206면.

46) 박상기, 형법각론, 박영사, 2008, 182면.

3. 구성요건의 재해석

음화반포등죄에서 공연성은 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 공연히 전시 또는 상영하는 행위이므로 말그대로 공공연한 상태를 의미하는 객관적 구성요건이다. 공연 음란죄에서 공연성은 공연히 음란한 행위태양에서 음란은 규범적 구성요건이므로 이러한 규범적 구성요건을 판단하는 객관적 구성요건이라고 할 수 있다. 따라서 양자 모두 공연히는 공공연한 행위상황을 표출하여 성도덕 또는 성풍속을 위태화하는 것을 막기 위하여 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태를 공연성이라는 구성요건으로 표지화한 것이다.

그러나 문제는 명예훼손죄의 전파성 이론이다. 이것은 개인의 명예를 보다 충실히 보호하기 위해 등장한 것이므로 공연성의 범위가 확대되지만 명예훼손죄에 있어서의 공연성은 구성요건요소이므로 행위자에게 고의의 한 내용으로서 공연성에 대한 인식을 필요로 한다. 따라서 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다는 인식이 있으면 공연성이 인정되지만 인식이 없으면 공연성은 부정되게 된다. 그렇지만 판례는 전파성 이론을 근거로 하여 불특정 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족하여 명예훼손죄가 성립한다고 하는 반면, 학설은 명예훼손죄에서 공연성의 요건이란 특별히 규정된 객관적 구성요건요소로서 엄격히 해석되어야 하므로 특정한 소수만을 대상으로 한 사실의 적시는 그 내용이 타인의 명예를 해하는 경우라 하더라도 명예훼손죄는 성립하지 않는 것으로 보아야 한다며 대립하고 있다. 본죄가 추상적 위험범이기 때문에 명예훼손죄의 결과발생여부는 중요하지 않다. 그렇기 때문에 추상적 위험범에서는 행위의 태양을 엄격하게 해석해야만 형벌권이 지나치게 확장되는 결과를 방지할 수 있다. 형법 제307조가 ‘공연히’라는 구성요건을 규정하고 있는 것은 모든 사실적 행위가 처벌된다는 의미가 아니라 예외적으로 공연히 사실을 적시하는 행위만이 처벌된다는 의미이고 이러한 취지를 무시하고 형벌권의 범위를 확장하는 방향으로의 해석은 형법해석의 한계를 일탈하는 것이라고 해야 한다.

그렇다면 명예훼손죄상의 공연성이라는 구성요건요소를 다시금 해석할 필요가 있다. 일반적으로 말하는 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태라고 해석하고 있다. 여기서 외적명예라는 보호법익하 공연성의 구성요건요소를 행위방법으로 연결하

여 적합한 행위상황인지, 그리고 그 상황이 전파가능한지를 검토하여 공연성의 인정여부를 따져야 한다. 결국 공연성의 평가는 불특정인인 경우와 다수인인 경우로 나누어 생각해 볼 수 있다. 불특정인 경우, 1차적으로 공연히 (사실을 적시하여) = (사람의 명예를 훼손한) 자이므로 사실을 적시했는지 그리고 그 행위가 사람의 명예를 훼손했는지를 검토해야 한다. 따라서 불특정인 경우 소수라도 사실을 적시한 행위이므로 당연히 다른 사람에게 명예를 훼손할 전파 가능성이 있다고 할 수 있다. 다수인인 경우에는 공연히 (사실을 적시하여) + (사람의 명예를 훼손한) 자가 된다. 따라서 다수인인 경우 불특정 또는 특정인 경우로 다시 나눌 수 있다. 그러므로 공공연히 다수의 사람들에게 사실을 적시하였는지, 그리고 그 사람들이 불특정인 사람과 특정인 사람이 있을 경우 불특정 사람들은 다른 사람에게 명예를 훼손할 전파 가능성이 있고, 특정인 사람들은 다른 사람에게 명예를 훼손할 전파 가능성이 불특정 사람들 보다는 전파 가능성이 낮은지를 살펴봐야 한다. 결국 후자의 경우가 공연성의 범위를 좁힐 수 있다. 이러한 해석의 태도는 인식할 수 있는 상태와도 연결된다. 우리 형법상 공연성과 관련하여서는 추상적 위험범의 성격을 가지고 있기 때문에 이를 인식할 상태를 요하는 것이 현실적으로 직접 인식하지는 않아도 된다. 그렇기 때문에 다수설의 입장에서는 공연성의 범위를 좁히기 위해서는 직접 인식할 수 있는 상태로 보고 있다. 그러나 현행 우리 형법상의 공연성의 요건을 직접 인식할 수 있는 상태라고 해석을 해도 불특정 또는 다수인의 범위를 다시금 해석하지 않는 한 의미는 없다고 보여진다. 결국 이 때의 공연성 또한 사실적시라는 규범적 구성요건의 한계설정을 제한하는 기능을 하지만 불특정인일 경우 전파가능성이 높기 때문에 이러한 전파가능성의 범위는 법원이 판단하게 되며, 다수인일 경우에도 불특정일 경우에는 또한 법원이 판단하게 된다. 다만 불특정인일 경우에는 다소의 구별없이 바로 사실을 적시(허위사실 적시)하는 행위가 전파가능성으로 이어져 사람의 명예를 훼손할 수 있는지에 대한 판단근거로 공연성의 기능이 작용되지만, 다수인일 경우에는 사실을 적시하는 행위가 불특정, 특정인에게 하는 행위인지 그리고 그 행위가 명예를 훼손하여 전파될 가능성이 있는지의 판단근거로 공연성이 작용하게 된다. 결국 공연성은 사실적시(허위사실 적시)에 한계설정을 제한하는 행위방법으로의 행위상황을 나타내는 기능을 하지만, 그러한 행위가 전파가능한 것인가는 역시 법원이 판단해야 하므로 객관적(사실적) 구성요건이면서 전파가능한지의 판단은 법원의 몫이

므로 객관적(사실적)·규범적 구성요건요소로 볼 수 있다.

V. 결론

이를 정리하면 공연성이라는 구성요건은 음화반포등죄와 공연음란죄에서는 공공연한 행위상황에서의 행위를 인식할 수 있는 상태를 말하므로 객관적(사실적) 구성요건요소이다. 다만 양자 모두 음란이라는 규범적 구성요건과 관련이 있지만, 전자는 공연전시 또는 공연상영하는 상태를 두는 것이므로 사람에 의해서 연출되는 행위는 아니다. 후자는 사람이 음란한 행위를 하는 상황을 연출하는 것이지만 역시 현실적으로 인식할 필요는 없다. 따라서 이 때의 공연성은 특정소수인에 대하여는 성립하지 않는다. 또한 모욕죄에 있어서 모욕행위는 상대방에 대한 모욕행위이며, 모욕은 경멸이나 추상적 가치판단이므로 피해법익사이에서의 균형성면에서 보면 명예훼손죄와 차이가 있고, 모욕은 공연성을 요구할 성질의 것이 아니다. 그러므로 모욕이든 공연성이든 규범적 구성요건요소로 평가 될 수 있다. 명예훼손죄에 있어서의 공연성은 사실적시(허위사실 적시)에 한계설정을 제한하는 행위방법으로의 행위상황을 나타내는 기능을 하지만, 그러한 행위가 전파가능한 것인가는 역시 법원이 판단해야 하므로 객관적(사실적)·규범적 구성요건요소로 볼 수 있다.

이처럼 공연성이라는 규범적 구성요건은 기술적 구성요건을 포괄할 뿐만 아니라 기술적 구성요건을 구체화 또는 변형시킴으로써 시대적 요청을 담아낸 다양한 장점들을 포용할 수 있다는 장점을 갖는다고 할 수 있다. 앞에서 보았듯이 행위 상황, 사회적 평가, 행위상황을 나타내는 등 공연성의 역할과 의미는 일반적인거 같지만 다양한 모습을 가지고 있었다. 결국 모든 구성요건 요소는 규범적이고, 모든 구성요건요소는 규범적 성질을 가진다⁴⁷⁾고 한 Wolf의 말처럼 그는 규범적 구성요건요소를 가치가 충족된 평가범죄와 가치의 충전을 필요로 하는 평가범죄로 구별하여 가치가 충족된 개념에는

47) Erik Wolf, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931, S.59(田中久智, 規範的構成要件要素の研究, 法政研究 第31卷5, 6号, 九州大學法政學會, 1965. 444面 以下 參照).

해석이 확정되어 있는 한에 있어서 모든 법률적 가치개념과 경제적, 과학적 가치기준과 같이 확고한 가치 기준을 나타내는 문화적 가치개념으로 분류하였다. 이러한 개념은 입법자에 의해서 규정지어지고 법관에 의해서 확정되어 있는 이론과 판례가 요구하듯이 해석하여야 한다고 하였으나, 이러한 개념이 확정성을 가진다고 해도 서서히 변할 수 있기 때문에 최종적인 형법적 평가의 타당한 한계설정 역시 법정 및 학자의 탁상에서 나타난다고 주장하고 있다. 나아가 그는 기술적 구성요건요소도 또 규범적인 것이라고 생각하며 개개의 사례에 대해서 법률적용에 임한 법관의 규범적 활동의 필요를 지적하고 있다. 이처럼 공연성을 가치 충전을 필요로 하는 가치개념으로 보아 법관에게는 공허한 가치의 핵심만이 주어여 있고 그 충족이 법관의 주관적 가치의식에 맡겨져 있는 것이라고 하였다.⁴⁸⁾ 대표적인 것이 공연성과 모욕이라고 생각하며 이 두 가지 요소는 규범적 구성요건요소이다. 규범적 구성요건은 가치판단의 문제이고 이에 대한 판단은 법원이 결정해야 할 문제이다. 그렇다고 공연성 여부를 전적으로 법원이 판단에 맡길 수는 없다고 생각한다. 왜냐하면 규범적 구성요건을 제한하는 기능을 기술적 구성요건이 할 수 있으며 이러한 기술적 구성요건이 객관적 구성요건요소로서 엄격히 해석되어야만 죄형법정주의의 이념에도 합치될 수 있기 때문이다.

가령 독일의 경우 모욕죄의 범위내에서 진실한 사실의 여부를 형사판결을 통하여 입증하고 있다. 그렇다고 공연성은 형사판결을 통하여 입증하는 것은 아니며 공연히는 행위상황을 나타내는 객관적 구성요건이자 불법이 가중된 구성요건요소로 기능을 하고 있는 것이다. 만약에 공연성이라는 요소가 규범적 구성요건요소이고 이에 대한 평가를 법원에게 맡긴다면 모든 규범적 구성요건요소는 형법전을 통하여 그에 대한 평가방법과 입증여부를 규정해야 할 것이다. 따라서 이를 극복하는 방법은 규범적 구성요건일지라도 객관적 구성요건요소로서 엄격히 해석될 수 있도록 구성요건화하는 것이며, 공연성의 요건을 좁혀 명확하게 법률에 규정하는 것이다. 예컨대 다중을 상대로 한 사실적시 행위만을 명예훼손죄에 포함하도록 하거나, 불특정인이라는 범주를 포기하는 것이 그것이라고 하겠다. 그러나 단순한 사실의 적시를 처벌하는 것이 아니라 공연히 이를 적시한 경우 처벌한다는 형법의 규정에 비추어 불특정 다수인을 불특정 또는 다수인으로 해석하는 것은 문제가 있으므로 입법적 준비를 요한다고 하겠다.

48) Erik Wolf, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931, S.60-61.

참고문헌

- 김성천/김형준, 형법각론, 동헌출판사, 2006.
- 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2007.
- 김종원, 형법각론, 법문사, 1973.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006.
- 백형구, 형법각론, 청림출판, 2003.
- 박상기, 형법각론, 박영사, 2008.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2004.
- 이정원, 형법각론, 법지사, 2003.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 임웅, 형법각론, 법문사, 2005.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
- 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1976.
- 서일교, 형법각론, 박영사, 1982.
- 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2007.
- 진계호, 형법각론, 대왕사, 2003.
- 정영일, 형법각론, 박영사, 2008.
- 정영석, 형법각론, 법문사, 1983.
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2006.
- 황산덕, 형법각론, 방문사, 1989.
- 김우진, 형사판례연구(9), 형사판례연구회, 박영사, 2001.
- 김상호, 독일의 형법상 모욕죄, 독일학연구 제12호, 동아대학교 독일학연구소, 1996.
- 김순태, 명예훼손에 있어서 공연성의 요건, 한국방송통신대학교 논문집 제38집, 2004.
- 안경옥, 명예훼손죄의 공연성 해석의 재검토, 법조 575호, 법조협회, 2004.
- 이정원, 명예에 관한 죄에서의 명예개념과 구성요건의 체계, 경남법학 제13호, 1996.
- 오영근, 명예훼손죄의 공연성, 형사판례연구 제1권, 박영사, 1993.
- 윤종행, 사이버명예훼손죄에 있어서 비방의 목적과 공익관련성, 형사정책, 제18권 제1호,

2006.

윤해성, 인터넷 모욕죄 신설방향의 고찰, 법학연구 통권 제27집, 전북대학교 법학연구소, 2008.

田中久智, 規範的構成要件要素の研究, 法政研究 第31卷(5, 6号), 九州大學法政學會, 1965.

Herdegen, Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, 10. Aufl., Walter de Gruyter Verlag, Berlin · New York, 1989.

W. Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 5. Aufl., C. H. München, 2005.

Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., C. H. München, 1995.

Haft, Strafrecht B.T., 1988.

Wolff, Ehre und Beleidigung, ZStW, 1969.

Erik Wolf, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Leipzig, 1931.

A Study on the Publicity in the Criminal Laws

Yoon, Hae-Sung^{*}

From the constituent requisite of the criminal law, as the provisions to use the concept of 'publicity', there are ones including the Article 243 of the crimes of distributing pornographic drawings, the Article 245 of open lewdness in the crime on sexual customs of the chapter 22 of the penal law, Article 307 of the crime of libel, Article 308 of the crime of libel of the dead, and Article 311 of the crime of contempt in the crime on the reputation of the chapter 33 of the penal law.

The general concepts of 'publicity' in each crime are common, and as for its general meaning, they're standpoints that 'publicity' is the state which many & unspecified persons can know, or the state which many persons can know despite of specificity & unspecificity, or the state which many or unspecified persons can know as the present common view that precedents of Japan took, and it's the viewpoint that ignores whether it's many or not when it's unspecified, and ignores whether it's unspecified or not when it's many, and the present precedents of our Supreme Court take this viewpoint. Therefore, the general concept of openness is the state which many or unspecified persons can recognize, so it doesn't require to be perceived as the reality, it's sufficient if there's a possibility, and doesn't require the presence of the public. In the following, I intend to grasp the position of openness in the system of the penal law, and analyze the meaning of openness. As the result, the constituent requisite of openness is said as the state which can recognize behaviors in the open behavior situations in the crimes of distributing pornographic drawings & open lewdness, so it's the objective element of the constituent requisite. However, though both are connected with the normative constituent requisite of lewdness, the former has the state of open

^{*} Associate Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph.D. in Law

exhibition or open showing, so it's not a behavior by a person.

The latter is the one which a person presents a situation doing a lewd behavior, but it doesn't have to be recognized in actuality. So, publicity on this occasion isn't established to the specific minority. In addition, in the crime of contempt, insulting behavior is the one to the other party, and contempt is disdain or the abstract value judgment, so there's a difference from the crime of libel in the regard of balance between the damaged benefit & protection of the law, and contempt isn't the one which can require publicity. Therefore, both contempt and publicity can be regarded as the normative elements of the constituent requisite. In the crime of libel, 'publicity' is substituted for the possibility of spreading, and the range of penalty is expanded. In our present penal law, 'publicity' is the objective element of the constituent requisite, but the theory of the possibility of spreading is applied in the precedents, and it can be regarded as the factual-normative constituent requisite, neither objective nor normative constituent requisite.

This has the possibility of arbitrary interpretation & abuse of penalty rights. If 'publicity' is regarded as the objective element of the constituent requisite in the crime of libel, it's necessary to stipulate the law definitely & narrowly in order to limit the range of interpreting publicity. If not, as for proving truth, publicity can be regarded as the element of illegal aggravated constituent requisite through the criminal decision like Germany.

❖ Key Word : Publicity, Propagation Theory, Criminal Law, Criminal Defamation, Liberty of Expression.