

진실적시명예훼손죄 폐지론*

김성돈**

국 | 문 | 요 | 약

진실한 사실을 적시하는 것을 명예훼손죄로 처벌하는 형법의 태도에 대한 비판적 태도는 두 가지 주장에 기초하고 있다. 하나는 표현의 자유에 대한 위축효과를 가져온다는 점이고, 다른 하나는 명예보호에 관한 국제사회의 규범수준과도 조화를 이루지 못한다는 점이다. 이 글은 종래의 비판론과 같이 이 두 가지 주장을 논거로 삼지 않고, 형법이론적인 관점과 헌법적인 관점에 초점을 맞추어 진실사실적시명예훼손죄에 대한 폐지주장을 전개한다.

이를 위해 이 글은 현행 명예훼손법제가 표현의 자유와 명예보호 사이에 어떤 관계를 설정하고 있는지를 출발점으로 삼아, 진실적시명예훼손죄가 보호하는 것이 허명이나 위선에 불과하여 형법적으로 보호할 가치를 인정받기 어렵다는 점을 강조하였다. 뿐만 아니라 이 글은 법률전문가들 사이에서 진실적시명예훼손죄가 존치되더라도 표현의 자유가 과도하게 제한될 우려가 없는 것이라는 평가를 만들어내고 있는 위법성조각사유(형법 제310조)가 '공익성'이라는 요건 때문에 헌법상 정당화되기 어려운 태생적 결함을 가지고 있음을 밝히는데 주안점을 두었다.

이 글은 형법해석론적으로나 형법이론적으로 지적될 수 있는 근본적인 문제점의 유발인자가 진실사실적시명예훼손죄에 있음을 확인 한 후, 진실사실적시명예훼손죄(및 정보통신망법의 비방목적진실사실적시명예훼손죄)를 폐지를 주장한다. 여기에 덧붙여 명예와 표현의 자유를 조화롭게 보호하기 위해 현재의 대법원도 취하고 있는 태도를 입법화하여 '허위사실을 적시한 경우라도 진실한 사실로 오인하는데 상당한 이유가 있는 경우'에는 허위사실적시명예훼손죄의 위법성을 조각시키는 것을 내용으로 하는 규정의 신설을 제안한다.

- ❖ 주제어 : 진실사실 적시 명예훼손죄, 표현의 자유, 명예보호, 공공의 이익, 위법성조각사유

* 이 글은 2016년 5월 20일 서울지방변호사회가 개최한 '사실적시명예훼손죄에 관한 심포지움'에서 발표된 것임

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가는 말

진실한 사실을 적시하는 경우를 처벌하는 구성요건을 없애라는 목소리가 계속 높아지고 있다. 이 목소리는 2011년과 2015년 유엔에서 잇달아 날아온 폐지권고,¹⁾ 형식적이든 실질적이든 비범죄화여로의 강한 경향성을 보여주고 있는 외국의 입법례,²⁾ 그리고 이 죄가 국가와 사회에 대한 건전한 비판까지 위축시키는 수단이 되고 있다는 학계와 언론계의 지적에 힘입어 더욱 확산되고 있다. 2012년 이후 이러한 분위기를 반영하여 국회에서도 이미 이 죄의 폐지를 담고 있는 개정안이 몇 차례 발의되었다.³⁾ 진실적시명예훼손죄 폐지 목소리는 2016년 헌법재판소가 정보통신망을 이용한 진실사실명예훼손죄의 위헌시비에 대해 합헌결정⁴⁾을 내린 후에도 여전히 줄어들고 있지 않다.⁵⁾

그럼에도 불구하고 이 죄의 존치론 진영은 이러한 분위기에 도 아랑곳하지 않고 여전히 위세를 발휘하고 있다. 대중매체나 인터넷을 통한 명예훼손 사례가 도를 지나치고 있는 현실을 개탄하며 명예보호의 필요성은 과거보다 더했으면 더 했지 덜하지는 않다는 주장이 설득력을 잃지 않고 있다. 법률 전문가들 사이에는 현실론보다는 진실적시명예훼손죄가 존치되더라도 명예훼손법제가 스스로 자정기능을 하고 있어서 폐지론자들의 우려는 기우에 불과하다는 주장이 강력하다. 이에 따르면 진실사실을 적시한 경우라도 일정한 요건만 충족시키면 형사처벌에서 벗어나게 하는 특별한 규정(형법 제310조)의 존재가 진실적시명예훼손죄의 폐지론을 무력화시

1) 2011.3.21. 유엔인권위원회(UN Human Rights Committee) 제17차 회기 의제 제3호로 제출된 대한민국의 실태조사 보고서 및 2015.11.6. 유엔 산하의 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약위원회(ICCCPR)의 폐지권고안이 그것이다.

2) 외국의 입법례에 관해서는 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 「세계헌법연구」 제16권 제4호(2010/12), 각주 43 참조.

3) 2012년 9월 참여연대의 입법청원, 2012년 6월 박영선 의원발의, 2013년 유승희 의원발의, 2015년 신경민 의원 발의 형법개정안이 모두 형법 제307조 제1항 진실적시명예훼손죄 폐지를 공통적으로 담고 있다.

4) 헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합).

5) 2016.3.17.에서 2016.4.30.까지 서울지방변호사회에서 소속 변호사들에게 진실적시명예훼손죄를 폐지하고 민사상 손해배상을 대응하는 것을 묻는 것을 내용으로 하는 설문조사를 행한 결과 응답자(1,944명) 가운데 민사상 손해배상찬성 견해가 970명(49.90%), 형사처벌유지 견해가 646명(33.23%), 벌금형 단일화 견해가 320명(16.46%), 무응답 8명(0.41%)로 폐지론이 가장 높았다.

키기에 충분한 역할을 한다고 한다. 특히 이러한 논변은 ‘진실한 사실’을 적시한 경우라도 그것이 ‘공공의 이익’에 관한 것일 때에는 이 죄의 위법성을 조각시키므로 명예보호와 표현의 자유가 합리적으로 조화될 수 있다고 한다. 하지만 이와 같은 존치론이 전개하고 있는 현실적인 필요성과 규범논리에 대해 폐지론은 다시금 이른바 ‘위축효과’로 맞서고 있다. 위법성조각사유가 작동한다고 해도 국가공권력의 뜨거운 맛과 불편을 경험한 개인은 이미 위축될대로 위축되어 진실을 향한 입을 닫게 될 가능성은 여전히 배제할 수 없다는 것이다.⁶⁾

이 글은 진실적시명예훼손죄를 폐지하자는 논지를 전개하면서 국제사회의 압력이나 국회의 입법환경의 변화와 같은 외부세력에 의존하지 않는다. 뿐만 아니라 진실적시명예훼손죄의 남용론에 기반을 둔 위축효과에 근거한 폐지론의 힘을 빌리지도 않는다. 그 대신에 이 글은 진실적시명예훼손죄를 퇴출시키는 정공법의 하나로써 우리나라 명예훼손법제 내부 구조속으로 들어가 진실적시명예훼손죄를 헌법적 조명아래에서 ‘다시보기’를 시도한다.⁷⁾ 그로써 진실적시명예훼손죄와 이 죄의 붕괴를 막고 있는 가장 강력한 버팀목인 위법성조각사유(형법 제310조)가 헌법상 정당화되기 어려운 근본적인 구조적 결함을 가지고 있음을 밝히는데 주된 목적을 둔다. 이를 위해 현행 명예훼손법제가 표현의 자유와 명예보호 사이에 어떤 관계를 설정하고 있는지를 출발점으로 삼아, 존치론의 가장 강력한 논거인 형법 제310조의 구조적·내용적 문제점을 드러내는 일에 주력한다. 뿐만 아니라 형법 제310조가 존재함에도 불구하고 진실적시명예훼손죄의 존재 그 자체가 표현의 자유와 명예보호의 조화를 도모하기 어려울 정도로 헌법의 비례성원칙에 위배되는 것임을 확인한다. 결론적으로 이 글은 규범논리적 측면은 물론이고 헌법적인 관점에서 볼 때 모든 문제점의 유발인자가 진실적시명예훼손죄에 있음을 확인함으로써 이 죄를 폐지할 것을 주장한다. 더 나아가 이에 보조를 맞추어 형법 제310조의 내용을 조정하는 등 명예훼손죄의 법제를 재정비함으로써 명예보호를 최대화하면서도 표현의 자유에

6) 위축효과와 표현의 자유에 관한 날카롭고 폭넓은 통찰에 관해서는 박경신, 진실유포죄, 다산초당, 2012, 223면 이하.

7) 이 글은 진실사실적시를 행위태양으로 하는 명예훼손죄의 폐지론에 초점을 맞추고 있으므로 사실적시가 아니라 ‘추상적인 경멸이나 가치판단’의 방법으로 명예를 훼손하는 모욕죄와 ‘허위사실’을 적시하여 명예를 훼손하는 사자명예훼손죄 폐지론은 다루지 않는다.

대한 제한을 최소화하라는 헌법적 요구에 부합하는 방안을 제안해 본다.

II. 현행 명예보호법제 및 표현의 자유와 명예보호의 관계

1. 현행 명예보호를 위한 법제 개관과 기본권충돌

명예는 일반적 인격권의 내용으로서 다양한 방법으로 보호되고 있다. 먼저 헌법은 제21조 제4항에서는 “언론·출판은 타인의 명예 … 를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 함으로써 명예를 헌법상의 보호법익임을 확인해 주고 있다. 민법은 제750조에서 손해배상을 위한 불법행위의 일반적인 요건을 규정하고 제751조 제1항에서는 특히 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다”고 규정함으로써 명예 보호를 위해 위자료 형식의 손해배상의 근거를 제시하고 있다. 더 나아가 헌법 제37조 제2항에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정함으로써 명예 보호를 위해 헌법상의 자유권적 기본권을 제한할 수 있음을 인정한다. 형법 제307조 이하의 명예훼손죄와 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’이라 함)는 이 헌법규정에 근거한 것이다.

주지하다시피 형벌을 수단으로 하고 있는 명예훼손법제에서 명예보호를 위해 제한하는 헌법상의 자유권적 기본권은 표현의 자유이다. 명예보호를 위해 명예라는 명예훼손적 행위를 처벌하는 형법법률을 만들어 헌법의 자유권적 기본권을 제한할 수 있도록 하고 있는데, 이 경우 제한되는 자유권적 기본권도 표현의 자유(언론출판의 자유를 포함한)이다. 명예훼손적 행위의 경우에도 그것이 ‘의견형성’에 기여할 경우에는 표현의 자유에 의한 보호를 받아야 하는데, 일정한 표현행위를 통해 타인의 명예를 훼손했다는 이유로 형사처벌 할 경우 제한되는 기본권이 바로 표현의 자유인 것이다. 명예도 헌법상의 보호해야 할 개인의 기본권의 하나이고 표현의 자유

도 헌법상 보호해야 할 개인의 기본권의 하나인데, 양자가 충돌할 경우 어느 것에 우위를 인정할 것인지에 따라 명예보호를 위한 입법태도는 달라질 수 있다. 만약에 표현의 자유에 우위를 인정한다면 명예훼손적 행위가 있어도 피해자는 그것을 수인해야 할 것이며, 명예보호에 우위를 인정한다면 행위자는 표현의 자유가 제한되는 것을 수인해야 할 것이다.

2. 명예의 보호와 표현의 자유의 관계에 관한 형법의 태도

형식적으로 보면 우리나라 형법은 후자의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다(‘명예보호의 원칙적 우위’). 형법은 - 추상적 경멸적 표현이나 가치판단을 통한 - 모욕죄의 경우와는 달리 - 사실적시를 통한 명예훼손을 형사처벌하면서, 사실을 ‘진실한 사실과 ‘허위’의 사실로 양분하여 허위사실 적시를 통한 명예훼손을 진실사실 적시를 통한 명예훼손에 비해 중하게 처벌하고 있다. 하지만 내용적으로 자세히 보면 사실적시를 통한 명예훼손의 경우 명예보호를 항상 우위에 두고 있지는 않다. 경우에 따라 양자를 비교(‘이익형량’)하여 표현의 자유에 우위를 인정할 경우가 있을 가능성을 열어놓고 있는 것으로 보인다. 그러한 가능성을 열고 있는 것이 바로 형법 제310조이다. 형법 제310조는 “진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 벌하지 아니한다”고 규정하고 있는데, 이에 의하면 ‘사실진실성’과 ‘공익성’이라는 조건이 충족되면 명예보호를 후퇴시켜 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하는 프레임이 만들어져 있는 것으로 설명할 수 있다(‘표현의 자유의 예외적 우위1’). 명예보호 쪽으로 기울어지도록 만들어 놓은 저울대에서 ‘사실의 진실성+공익성’이라는 두 가지 보조추를 표현의 자유 쪽에 추가함으로써 저울대의 무게중심을 표현의 자유 쪽으로 이동시키고 있는 것이 형법 제310조인 것이다. 뿐만 아니라 형법 제310조를 해석·적용하는 실무는 ‘진실’한 사실의 적시를 통한 명예훼손의 경우에만 이와 같은 이익형량의 방법을 동원하고 있는 것이 아니다. 허위의 사실을 적시한 경우에도 진실한 사실로 오인하고 그 오인에 상당한 이유가 인정되고 공공의 이익을 위한 것이라면 허위사실적시를 통한 명예훼손도 처벌하지 않기 때문이다.⁸⁾ 이에 따르

8) “형법 제310조의 규정은 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의

면 허위사실이 적시된 경우 이익형량의 저울대위에 올려놓는 보조추와 저울질의 결과는 다음과 같다. 즉 ‘진실성에 대한 오인+오인의 상당한 이유+공익성’이라는 세 개의 보조추가 표현의 자유 쪽에 추가된다. 그 결과 애초에 명예보호 쪽으로 기울어지도록 만들어 놓은 저울대는 이 세 개의 보조추에 의해 힘이 보태져 표현의 자유 쪽으로 무게중심이 이동한다(‘표현의 자유의 예외적 우위2’).

형법이 만들어놓은 이와 같은 두 개의 저울대가 제대로 작동할 수 있는지의 문제와 이러한 저울대가 잘 만들어진 저울대인지 여부는 별개의 문제이다. 결론부터 말하면 첫 번째 저울대는 잘못 만들어진 것이다. 허위의 사실과는 달리 진실한 사실은 의견형성의 기초가 되고 자유로운 토론에 기여하므로 표현의 자유에 일반적인 우위를 인정하는 것이 헌법의 정신에 부합하기 때문이다. 이에 따르면 진실한 사실을 적시한 경우는 처음부터 이익형량의 저울대를 사용할 사안이 아니라고 해야 한다(‘표현의 자유의 원칙적 우위’). 진실한 사실이 적시되는 경우에도 이익형량을 통해 양자의 우위관계를 결정하고 있는 형법 제310조에 대한 분석으로 나아가기 전에 우선 진실사실적시를 통해 훼손될 가능성이 있는 ‘명예’의 실체에 가까이 가보자.

Ⅲ. 진실적시명예훼손죄의 구성요건상의 문제점

형법은 명예를 보호하기 위해 명예를 손상시킬 위험이 있는 사실적시 자체를 금지한다. 하지만 이를 통해 보호되는 명예는 모든 사람이 제각기 가지고 있는 주관적 명예감정도 아니고 인간의 존엄을 근거지우는 객관적 인격 그 자체도 아니다. 형법이 보호하는 명예는 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 말한다. 하지만 이와 같은 사회적 평가로서의 명예는 그 사람의 그 사람이 관계 맺고 있는 외부적 접촉점인 사회적 지위와 역할에 따라 달라진다. 이와 같이 차원의 명예는 일정한 객관적 실체개념이 있는 것이 아니라 상호작용적 관계개념이다. 뿐만 아니라 명예는 외부

자유 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.”(대법원 1993.06.22. 선고 92도3160 판결).

에서 확인가능한 정태적 고정적 실체가 아니라 그 상대방이 외부세계와 맺고 있는 상호관계에 따라 형성되고 재생산되는 동태적 가변적 평가개념이다. 명예개념이 가지고 있는 이러한 특성은 진실적시명예훼손죄의 해석과 적용에 많은 어려움을 야기한다.

1. 형법의 개입시기를 법익침해의 전단계로 앞당김

위와 같은 명예 개념의 특성상 개별사례에서 어떤 대상의 인격적 가치에 대한 사회적 평가가 어떤 내용의 사실적시를 통해 현실적으로 손상되는지를 확인하는 일은 결코 쉬운 일이 아니다. 이 때문에 형법은 명예가 실제로 손상된 지점(결과)에서 개입하지 않고 명예를 손상시킬 가능성이 있는 사실적시 행위 자체가 있기만 해도 부과될 수 있도록 설계되었다. 즉 명예를 손상시킬 가능성이 있는 행위만 있어도 명예라는 법익이 침해될 위험성을 인정한 입법동기는 명예훼손죄를 추상적 위험범이자 거동범의 형식으로 만들어진 것이다. 이로 인해 명예를 보호하는 보호정도가 가장 강도높게 되었지만 필연적으로 형벌의 부과요건이 손해배상이라는 민사적 제재부과 요건에 비해 오히려 완화되었고, 형벌의 개입시기가 오히려 민법의 개입시기에 비해 전단계로 앞당겨지는 결과가 되었다. 형벌부과는 진실한 사실을 적시하는 행위만으로도 가능하지만, 민사적 손해배상은 정신적 손해 자체가 결과로서 나타나고 - 더 나아가 입증된 정신적 손해가 명예훼손적 발언 때문에 일어났다는 의미의 인과관계까지 입증되어야만 - 가능하기 때문이다.

2. 명예를 손상할 가능성이 있는 ‘진실사실’의 범위의 불명확성

진실적시명예훼손죄의 적시대상이 명예를 손상할 가능성이 있는 진실사실인데, 실제로 어떤 진실사실이 사람의 명예를 손상시킬 ‘가능성’이 있는 사실인지에 대해서 판단하는 것도 쉽지 않다. 개인을 둘러싼 수많은 정보⁹⁾ 중에서 명예를 훼손할

9) 개인 식별정보는 개인정보보호법을 통해 의료적 정보는 의료관계법을 통해 특별하게 보호된다. 이와 같은 특별한 영역에서의 정보는 일반적 인격권의 내용인 명예를 보호하는 명예보호법제에 비해 특별관계에 있으므로 명예훼손죄의 규정이 적용되지 않는다.

가능성이 있는 사실정보를 확정적으로 골라내는 일은 더욱 어렵다. 이 점은 무엇보다도 명예가 관계적 개념이기 때문에 모든 개인이 외부적으로 사회적으로 같은 정도의 평가를 받는 것이 아니기 때문이기도 하다. 다시 말해 명예는 상대방의 사회적 지위와 역할에 따라 그 가능성의 정도가 다르고 객관적으로 측정가능하지도 않기 때문에 누구에게나 동등한 수준으로 보호될 수도 없다. 그 피해자의 누구인지에 따라, 즉 명예의 주체의 사회적 역할과 지위(피해자의 특성)에 따라 적시되는 진실사실의 명예훼손의 가능성여부가 달라지기 마련인 것이다. 진실한 사실이 적시될 경우 피해자의 특성에 맞추어 명예훼손적 행위가 될 수 있는지를 판단하게 되면 평등한 법적용의 요청과 요원하게 된다. 예컨대 협박죄의 경우 협박상대방이 어느 정도의 감수성과 어느 만큼의 강심장을 가지고 있는지가 문제되지 말아야 하듯이, 그리고 중상해로 인정되는 신체의 중요부분이 피해자의 직업과 전문성을 고려하지 않고 모든 피해자에게 평등하게 인정되어야 하듯이, 명예를 손상시킬 가능성(추상적 위험)이 있는 사실도 모두에게 동등하게 인정되는 사실로 제한되어야 한다. 하지만 진실사실 가운데 어떤 사실이 거기에 해당하는지는 일률적으로 말하기가 어렵다. 명예가 사람의 인격적 가치에 대한 외부적 사회적 평가개념이기 때문에 처음부터 상대방의 사회적 지위와 역할을 고려하지 않을 수 없는 문제가 형법이 보호대상으로 삼고 있는 외부적 명예라는 개념 구조 속에 들어 있는 것이다.

이와 같이 진실적시명예훼손죄는 명예를 손상할 가능성이 있는 진실사실과 그렇지 않은 진실사실의 경계를 구체적으로 구획지을 수 있는 명확한 잣대가 없을 뿐 아니라, 상대방의 신분적 지위에 따라 보호의 정도가 달라지며, 그 적시된 내용에 따라 명예훼손적 사실이 되는지의 여부가 달리 판단되는 문제점을 가지고 있다. 심지어 진실한 사실로서 명예를 훼손할 가능성이 있는 사실 범주는 상대방에 대해 부정적인 영향을 미치는 모든 진실사실이 여기에 포함된다고 할 수 있다.¹⁰⁾ 이 때문에 진실사실명예훼손죄는 결국 ‘남의 말을 좋게 합시다’라는 관계적 차원의 단순한 예

10) 예컨대 어떤 음식점에서 주문한 음식이 맛이 없다고 느꼈을 경우 맛이 없다고 인터넷에 게시하거나, 임금을 체불한 고용주의 영업소 앞에서 임금체불사실을 적은 피켓을 들고 있는 경우에도 명예훼손적 사실행위가 될 수 있다. 2016년 헌법재판소에 헌법소원 대상이 된 사건도 회의 중이던 주민들에게 폭언과 폭행을 하여 유죄판결을 받은 아파트 노인회 간부에 대해 피해 주민의 한사람이 인터넷에 당시 상황을 올린 글에 대해서도 진실적시명예훼손죄로 유죄가 선고된 사건이었다.

절을 전도시켜 ‘남을 나쁘게 말하지 말라’ ‘남에 대해 부정적인 말을 하지 말라’는 맥락으로 구성요건화한 것에 불과한 것이라고 해도 과언이 아니다. 진실적시명예훼손죄의 구성요건요소가 가지고 있는 문제는 여기에 그치지 않는다.

3. 진실적시 행위 자체의 행위반가치성

진실한 사실 가운데 어떤 사실이 명예를 손상할 가능성이 있는지 확인하기 어렵다는 점은 진실적시명예훼손죄의 결과반가치를 모호하게 만드는 측면이 있다. 이 죄가 보호하는 명예가 손상되었거나 손상될 위험성(가능성)이라도 있다고 하기 위해서는 그 전제로서 피해자가 어느 정도의 사회적 평가를 받고 있는지가 확정되어야 하는데, 이는 어떤 기준으로도 확정할 수 없고 앞에서 언급했듯이 사회적 역할과 지위에 따라 달라지는 것이기 때문에 본질상 불확정적일 수 밖에 없기 때문이다.¹¹⁾ 설혹 그 가능성(즉 명예라는 법익의 침해될 추상적 위험성)이 확인될 수 있어서 결과반가치성이 인정된다고 가정하더라도 이것만으로 명예훼손적 행위의 불법성을 근거지우기는 어렵다. 어떤 행위에 대해 형벌부과를 정당화 할 수 있는 불법성이 인정되려면 결과반가치 외에도 행위반가치가 있어야 하는데, 진실한 사실을 주장하거나 전달하는 행위 자체의 반가치성은 근거지우기가 쉽지 않다. 어떤 행위의 행위반가치성은 독립된 상수라기보다는 결과반가치성과 연계하여 판단되어야 할 종속변수일 수 밖에 없다. 운전자의 혈중알코올 농도가 높아지면 높아질수록 도로교통의 안전이라는 법익이나 교통관여자의 생명 신체라는 법익에 대한 위험성이 그만큼 높아지고, 낮아지면 낮아질수록 그 위험성의 정도는 그만큼 낮아진다. 예컨대 입법자가 혈중알코올 농도 0.05% 미만을 알코올의 영향을 받지 않은 운전으로 보아 그러한 정도의 음주상태하에서의 운전행위를 음주운전죄의 구성요건적 행위로 만들지 않은 것도 이러한 이유 때문이다. 입법자의 입법동기가 법익침해의 위험성에 있는 경우 그것이 가지는 행위반가치는 법익침해의 위험성의 정도에 비례하는 것이다. 하지만 진실한 사

11) 이 때문에 외적 명예를 보호법익으로 설정하게 되면 명예훼손죄의 불법판단이 불명확하게 되므로 죄형법정주의에 반할 수 있고, 따라서 진실적시명예훼손죄의 명예개념을 사실적으로 이해할 것이 아니라 순수 규범적인 개념으로만 이해해야 한다는 입장을 취하는 태도(이정원, “명예에 관한 죄에서의 명예개념과 구성요건의 체계,” 영남법학 제13집, 98면)도 있다.

실을 적시함으로써 명예를 손상할 가능성은 거의 없다. 진실한 사실을 적시함으로써 진실이 은폐된 상태에서 가정적으로 존재하였을 명예가 비로소 새롭게 형성되어 드러나는 것이지 명예가 손상되는 것은 아니라고 할 수 있기 때문이다. 이러한 이유 때문에 진실한 사실을 전달하거나 주장하는 것은 오히려 그 자체만으로 보면 사회생활의 정상적 표현형식(die normale Ausdrucksformen des Soziallebens)으로서 사람의 본능에 기인한 자연스러운 삶의 방식으로 여겨져왔다.¹²⁾

물론 행위자가 상대방의 사회적 평가를 저하시키려는 의도를 가지고 진실인 사실을 말한 경우 그 의도 내지 고의를 가지고 행위반가치성을 근거지울 수도 있다. 하지만 형법상의 행위반가치는 원래 외부적 행위 그 자체만으로 반가치성이 드러나는 경우가 원칙이다. 사람의 생명에 대한 침해로 향한 살인행위는 그 자체만으로도 행위반가치성을 드러낸다. 반면에 진실적시행위를 행위자의 주관적 의도에 근거하여 그 행위반가치성여부를 긍정하려고 하면 형법을 심정형법화할 위험이 있다. 이와 같은 위험성은 비방목적이라는 내심의 주관적 태도를 추가한다고 해서 줄어들지 않는다. 진실적시행위가 사회생활상의 정상적인 표현형식인 이상 그 자체는 반가치적 요소를 포함하고 있지 않은 - 마치 칼을 구입하는 경우와 같이 - 중립적인 행위이다. 형법이 그 자체 중립적인 행위를 금지의 영역으로 가져올 경우에는 그로써 보호하려는 법익이 중대한 법익이어야 하고, 그러한 행위 - 예컨대 살인예비행위 - 자체를 금지하지 않으면 해당 법익을 보호하기 어려울 정도의 특단의 요건(예, 보충성, 균형성)이 충족되어야 한다. 요컨대 ‘진실사실적시’는 결과반가치적 요소도 약할 뿐 아니라 결정적으로 행위반가치적 요소가 제로에 가깝기 때문에 형법상 불법적 내용을 가지고 있지도 않다. 이 때문에 형법은 공연성요건을 추가하여 다시 처벌범위를 제한하고 있으나 공연성 여부를 판단하는 법원의 잣대 역시 바람 앞의 갈대처럼 흔들리고 있다. 대법원이 전파가능성이 있는 경우 공연성이 인정된다고 하지만 구체적으로 언제 그러한 전파가능성이 있는지에 대해 대법원의 기준이 분명하지 않아서 적용상의 예측가능성을 어렵게 하고 있다. 이 때문에 뒤에서 살펴볼 공익성 요건까

12) 따라서 이러한 이를 단순히 구성요건적 행위의 하나로 금지되어야 한다고 선언하는 것은 생각조차 할 수 없는 일이고 사회적으로 참을 수 없는 일이라고 한다(Hans-Joachim Hirsch, "Grundfragen von Ehre und Beleidigung," FS fuer Wolff, S. 154; Ernst Amadeus Wolff, "Ehre und Beleidigung," ZStW 81(1969), S. 906).

지 동원되면 어떤 구체적 진실한 사실을 적시한 행위가 명예훼손죄에 해당하는지는 - 모욕죄 관련 사안과 함께 - 법률가들 사이에조차도 가장 판단하기 어려운 사안의 하나로 악명이 높다.

4. 진실사실의 적시를 통해 손상될 가능성이 있는 명예의 실체

진실사실이 적시된 경우 사회적 평가가 저하시킬 ‘가능성’이 있다고 하더라도 그로써 저하되는 사회적 평가가 과연 헌법이 그 보호가치를 인정하고 형법을 통해 보호할 가치있는 ‘명예’인지도 의문스럽다. 앞에서 언급했듯이 외부적 명예는 외부와의 상호작용적 관계맺음을 통해 형성되는 되는데, 이를 일상용어적으로 표현하면 ‘평판’ 또는 ‘세평’이라고 할 수 있다. 평판 내지 세평은 진실한 사실이 밝혀질 경우 나빠지는 것이 아니라 새롭게 형성된다. 앞에서 언급했듯이 배일이 가려진 조건하에서의 명예가 진실한 사실이 밝혀짐으로써 비로소 새로운 사회적 평가 내지 명예가 드러나는 것이다. 가려졌던 명예가 드러나서 하지만 진실한 사실이 드러나서 손상될 그 무엇이 있다면, 그것은 그러한 사실에 대한 부지를 통해 쌓여진 허명(잘못 형성된 평판)에 불과한 것이다.¹³⁾ 진실이 배일에 가려진 채 형성된 어떤 사람에 대한 세평은 그 사람의 인격적 가치에 대한 올바른 외부적 평가라고도 말할 수 없기 때문이다. 결국 진실사실적시를 금지함으로써 보호하려는 명예는 진실한 사실에 노출되기 전의 과장된 명예일 수가 있는 것이다. 이와 같은 잘못된 평판과 과장된 명예는 진실한 사실의 등장으로 손상을 입는 것이 아니라 바뀌어야 할 허명에 불과하다.¹⁴⁾ 진실한 사실의 적시로서 손상을 입는 것은 위신과 체면 뿐이다. 따라서 위신

13) 이 때문에 현재의 통설처럼 외적 명예만을 명예훼손죄의 보호법익으로 파악하면 내용없는 외관상의 평판이나 근거없는 세평만을 보호해야 하는 불합리한 경우도 생길 수 있음을 근거로 삼아 형법상 명예에 관한 죄의 보호법익을 내적 명예와 외적 명예를 합한 것으로 파악해야 한다는 견해(김일수/서보학, 형법각론, 박영사 2006, 187면; 주승희, “인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장 검토,” 형사법연구 제25호(2006년 여름), 290면 이하)도 있다.

14) 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 「세계헌법연구」 제16권 제4호(2010/12), 1면; 박동진, “명예훼손과 표현의 자유, 동향과 전망,” 51면; 신평, 헌법적 관점에서 본 명예훼손법, 2004, 313면; “진실한 사실은 사람의 사회적 평가를 형성하는 데 기초가 되는 사실이므로, 만약 진실한 사실의 공개로 사람의 명예가 훼손되었다면, 이는 진실에 기반을 두지 않은 기존의 사회적 평가가 허위로 형성되었거나 과대 또는 과장된 결과에 따른 것이므로, 진실한 사실의 적시로 인한

과 체면의 손상 또는 손상될 ‘가능성’만으로 형법적 개입을 인정하는 것은 위신과 체면이 깎이지 않으려는 사람을 보호하기 위해 진실의 입을 막는 태도이다. 다시 말하면 위신과 체면을 보호하는 것, 그것도 매우 그러한 것들이 실제로 손상을 입기 전단계에서 보호하는 것은 표현의 자유에 대한 과도한 제한인 것은 말할 것도 없고 형법이 보호할 가치있는 법익을 보호하는 것이 아니다. 이 때문에 진실사실적시를 통해 명예라는 이름으로 포장된 위신과 체면을 보호하는 일은 입법목적의 정당성조차 인정받기 어렵다.

결국 진실사실의 적시를 통해 위신과 체면을 보호하는 것은 명예를 보호한다는 명목으로 위신과 체면을 중시한 전통사회의 문화를 보호하는 태도라고 말해도 과언이 아니다. 헌법재판소도 “명예와 체면을 중시하는 전통적 가치”¹⁵⁾를 보호할 필요성을 강조하고 있지만, 이러한 의미의 전통적 가치는 형법이라는 수단을 통해 보호해야 할 수준의 가치가 아니라 극복되어야 할 전근대적인 현상일 뿐이다. 체면과 위신을 형법적으로까지 탄탄하게 지켜 줌으로써 우리 사회는 허위의식과 위선이 난무하게 만들고 사적인 공간과 공적인 공간에 이중적인 잣대가 사용되는 현상을 청산할 수 없게 만든다. 이러한 점은 결국 알려져야 할 사실이 알려지는 것을 막음으로써 지켜야 할 이익이 있는 주체만 유리하게 만들 수 있다.¹⁶⁾ 이는 표현의 자유의 범위를 축소시켜 진정하게 알려져야 할 사실을 은폐시키고 진정하게 보호되어야 할

명예의 훼손이나 저해가 부당한 결과라고 보기 어렵고, 허위의 명예나 과장된 명예가 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하면서까지 보호해야 할 가치가 있는 것이라고 보기도 어렵다.”(헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 재판관 강일원, 김이수 반대의견).

- 15) “명예와 체면을 중시하는 우리 사회의 전통적 가치관의 영향으로, 인터넷 등 정보통신망에서의 명예훼손, 비방 글들로 인하여 피해를 입고 개인이 자살과 같은 극단적 선택을 하는 등 사회적 피해가 이미 심각한 상황에 이르고 있다. 따라서 표현의 자유를 보장하는 경우에도 우리 사회의 특수성을 고려하여, 이러한 명예훼손적인 표현을 규제함으로써 인격권을 보호해야 할 필요성은 매우 크다.”(헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합)).
- 16) 과도하게 명예에 집착하는 현상은 어떤 의미에서든 노예제도를 인정한 사회에서 만연한 현상이었음을 지적하면서 우리나라 조선시대 노비제도하의 양반사회의 문화와 연결시키고 있는 글로는 김현경, 사람, 장소, 환대, 문학과 지성사, 2015, 61면 참조. 물론 조선시대에는 사실적사법법의 명예훼손을 현대 형법에서와 같은 형식으로 규율하고 있는 형벌법규는 존재하지 않았다. 하지만 대명물(적해)이나 경국대전을 보면 노비가 주인을 모욕하는 경우를 엄벌하는 규정과 같이 일정한 신분적 지위에 있는 자의 명예를 보호하는 규정이 준비하게 있었음은 우리나라의 경우에도 외부적 명예는 높은 신분적 지위에 있는 자들의 전유물로 취급되고 있었음을 알 수 있다.

가치있는 명예를 보호해야 할 형법의 순기능까지도 저해할 수 있다.¹⁷⁾ 보호가치없는 명예(위신과 체면)을 보호하는 역기능만 극대화시킬 가능성이 더 높기 때문이다.¹⁸⁾ 물론 사생활의 내밀한 영역, 프라이버시 등은 여전히 보호되어야 한다. 하지만 이러한 이익과 가치는 명예와 다른 차원의 법익이므로 법체계상 이를 보호하는 다른 법률을 통해 보호되어야 한다.¹⁹⁾

IV. 형법 제310조의 문제점과 진실적시명예훼손죄의 위헌성

이와 같이 우리나라 형법은 명예보호를 ‘원칙적’ 우위에 두는 전제에서 출발하면서 확정하기에 모호할 뿐 아니라 보호할 가치도 없는 허명까지도 보호할 여지를 만들어내고 있는 진실사실적시라는 금지구성요건까지 만들어두고 있다. 하지만 형법은 이러한 구성요건에 내재해 있는 문제점을 자인이라도 하듯이 명예보호와 표현의 자유의 충돌을 완충하여 표현의 자유에 대한 ‘예외적인’ 우위성을 인정하는 자정장치인 형법 제310조를 마련해 두고 있다. 그럼에도 불구하고 형법 제310조가 이러한

17) 이러한 역기능은 사실을 이야기하고자 하는 사회적 유인을 위축시킬 뿐 아니라 범경제학적인 동태적 경제효율성이라는 관점에서 보면 판사들의 거래비용을 높이는 비효율성을 초래할 수 있다. 진실을 적시한 경우도 명예훼손죄가 될 수 있음을 알게 되면 다수가 이를 근거로 법정에서 판단을 요구하게 되고(2013년 기준 검찰에 접수된 명예훼손사건은 2004년에 비해 4배가 늘었고 접수된 사건 중 기소가 된 사건은 4.5배가 증가함) 이에 법원에서는 결과적으로 무죄가 될 허수의 사건들도 판단해야 할 필요성이 생기게 되기 때문이다. 이는 사회후생학적으로 볼 때 사회주체들의 표현의 자유에 대한 권리와 법률서비스 수혜의 효율성을 저해하는 결과로 이어질 수 있다.

18) 각종 고발성 시사프록을 보면, 고발대상 당사자들은 사실을 모두 인정하면서도 회사, 학교 등 이름만은 공개하지 말아 달라고 하는 부탁발언을 항상 덧붙이는데서 알 수 있다. 예컨대 불량식품 회사의 이름을 공개하지 않음으로써 유발되는 명예보호의 역기능은 시청자들의 공포와 불안을 확대시켜 건전한 식품회사 까지도 의혹의 대상으로 만드는 불이익을 가져다준다는 점에 있다. 이러한 점을 법익비례원칙의 심사틀속에서 국민의 알권리 및 자기보호권행사의 제약으로 강조하고 있는 견해로는 박경신, 앞의 논문, 4-5면).

19) 특히 혐오발언이나 증오표현 등도 외부적 사실적 명예개념이 아닌 규범적 명예개념 또는 인간존엄성에 근거한 명예개념을 기초로 한 새로운 보호방안을 필요로 한다. 뿐만 아니라 사회복귀를 막는 전과사실의 폭로 등도 명예보호 차원이 아닌 다른 차원에서 보호방안을 강구할 필요가 있다. 이러한 맥락에서 인간의 존엄성에 근거한 인격에 대한 사회적 평가를 명예개념으로 제안하면서 비밀이나 프라이버시도 명예훼손죄의 법제 안에서 보호해야 한다는 견해로는 이희경, 명예훼손죄에 관한 연구 - 명예보호의 한계 - 이화여자대학교 박사학위청구논문, 2009, 22면.

자정기능을 수행할 수 있는지는 의문이다. 표현의 자유를 보호하는 헌법적 관점에서 보면 형법 제310조는 구조적으로나 내용적으로 표현의 자유라는 자유권적 기본권의 본질내용과 상충되도록 만들어져 있기 때문이다. 종래 형법 제310조의 자정기능의 불충분성에 대한 문제제기는 있었지만, 제310조의 구조적·내용적 결함에 대한 비판에까지는 이르지 않고 있다.

1. 제310조의 구조적인 문제점

표현의 자유와 명예보호의 조화를 도모하고 있는 형법 제310조는 그 표제가 말해 주고 있듯이 진실사실적시 명예훼손죄의 위법성이 조각될 수 있는 두 가지 조건을 규정하고 있다. 앞에서 설명했듯이 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하기 위한 보조저울추, ‘사실진실성’과 ‘공익성’이 그것이다. 하지만 이 두 가지 조건은 구조적으로 다음과 같은 문제점을 가지고 있다.

첫째, 사실진실성의 체계적 지위부터가 문제가 있다. 형법 제307조 제1항에 따르면 진실사실의 적시는 진실적시명예훼손죄의 구성요건요소이다. 명예훼손죄의 불법을 근거지우는 요소 가운데 하나가 사실의 진실성인 것이다. 하지만 형법 제310조는 적시된 사실이 진실할 것이라는 점을 다시금 위법성조각의 조건으로 규정하고 있다.²⁰⁾ 이와 같이 현행 명예훼손법제는 진실사실적시를 구성요건요소인 동시에 위법성조각사유로서의 이중적 지위를 부여하고 있다. 진실한 사실을 위법성조각사유에서 다시 한번 활용하고 있는 입법자는 진실사실이 사실적시행위의 (행위)반가치성을 상쇄시키는 요소임을 부지불식간에 드러낸 것이라고 하지 않을 수 없다.

둘째, 진실적시행위의 위법성을 조각시킬 수 있는 두 번째 조건인 ‘공익성’이 표현의 자유와 명예보호의 이익형량의 구조 속에 들어와 있는 것은 더욱 문제거리가 된다.²¹⁾ 제310조에 따르면 사실의 진실성과 공익성이 충족되면 ‘잠정적’으로 존재

20) 물론 사실진실성을 단지 제307조 제1항과 제310조를 연결하는 지시어에 불과하다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만 제310조가 제307조 제1항에 대해서만 적용된다는 점을 보여주기 위해서는 제310조에서 “제307조 제1항의 행위기”라는 지시어만으로도 충분하다. 여기에 더하여 ‘진실한 사실’을 다시 추가적 요건으로 제시하고 있음은 그만큼 ‘사실진실성’이 가벌성배제와 결정적으로 연관되어 있음을 은연중에 인정하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

21) 법문상 ‘오로지 공공의 이익에 관한 것’이라고 되어 있지만, 실무는 ‘주로 공공의 이익에 관한

하는 것으로 가정된 명예훼손적 행위의 ‘불법’이 ‘궁극적’으로 탈락된다는 것인데, 이 경우 객관적 전체 법질서의 관점에서 위법성을 조각시키는 실정법적 근거는 헌법의 표현의 자유이다. 형법이론적으로 설명하면 진실적시행위가 명예훼손죄의 구성요건해당성이 인정되지만 진실성과 공익성을 갖춘 표현의 자유가 명예보호에 비해 우위에 오게 됨으로써 법질서전체의 관점에서 볼 때 진실적시행위가 ‘정당화’(또는 허용)되는 것이다. 하지만 이러한 정당화의 구조(앞에서 설명한 ‘표현의 자유의 예외적 우위’¹⁾ 참조)가 헌법의 기본권이론의 관점에서 납득이 될 수 있는지가 문제이다. 명예보호에 비해 표현의 자유를 예외적으로 우위에 있게 만드는 공익성이라는 요소가 양자의 균형추를 표현의 자유쪽으로 기울게 만드는 속성을 가지고 있는지에 대한 근본적인 의문이 생길 수 있기 때문이다. 여기서 비교되는 두 개의 단위, 즉 명예보호와 표현의 자유라는 두 개는 모두 헌법에서 보장되고 있으므로 국민의 자유와 권리이다. 따라서 이 두 가지는 원칙적으로 그 자체만 가지고는 우열을 가릴 수 없다. 그리고 명예라는 이익과 표현의 자유라는 이익은 모두 국가로부터의 불가입이라는 관점에서 보면 개인이 누려야 할 ‘사익’에 해당한다. 여기서 표현의 자유를 구가하기 위한 개인이 상대방 개인과 관련된 진실된 사실을 적시함으로써 명예가 손상될 수 있는 행위를 하면 사익과 사익의 충돌이 있게 된다.

하지만 형법적 차원에서 명예라는 법익보호를 위한 구성요건이 만들어졌다는 것은 이미 명예가 개별 피해자의 사익의 차원에서 벗어나 ‘모든’ 잠재적 피해자를 위한 보편적 추상적 법익질서라는 국가의 공적질서 속으로 편입되었음을 의미한다. 즉 형법은 명예보호라는 공적질서의 보호를 위해 사익에 해당하는 표현의 자유를 제한하는 구성요건을 만듦으로써 명예보호에 우위성을 부여한 것이다. 여기서 형법 제310조가 다시 표현의 자유에 손을 들어주기 위한 조건으로 ‘공공의 이익에 관한 것’, 즉 ‘공익성’을 제시하고 있다. 하지만 이러한 태도에는 다음과 같은 의문이 제기된다. 헌법적인 관점에서 볼 때 이와 같이 형법이 공익성을 조건으로 하여 이미 공적인 질서에 편입되어 있는 명예의 보호수준을 다시 제한하고 표현의 자유를 확대할 수 있는가? 표현의 자유라는 기본권이 사익을 위한 장에서는 명예보호에 의해

¹⁾ ‘것’이면 죽하다고 넓게 해석하고 있는데, 이러한 해석은 표현의 자유를 넓히려는 취지에서 그 자체 문제가 되지 않는다.

뒷전에 밀리고, 공익을 위한 장에서는 명예보호에 비해 우위에 서게 된다고 말할 수 있는가? 헌법은 어디에서도 개인의 자유권적 기본권인 표현의 자유와 관련하여 공익과 사익을 구별하여 전자의 영역에서만 공익관련적 표현의 자유를 보다 강화하고 신장한다고 하지 않고 있다. 헌법이 표현의 자유를 보장하는 것은 민주사회에서 그것을 보장함으로써 의견형성에 기여할 수 있고 국민의 알권리에 도움이 되며, 건전한 토론을 가능하게 하여 민주주의의 발전에 초석이 되는 것임을 인정하기 때문이다. 이러한 표현의 자유는 언론의 자유로도 나타나고 출판의 자유로도 나타나며 집회와 결사의 자유로도 나타난다. 이와 같은 전제하에서 보면 진실사실적시는 - 허위사실적시의 경우와는 달리 - 민주사회에서 의견형성의 기초가 되고 의견형성에 기여하는 것이라는 이유로 헌법적 보호를 받는 것이지 그것이 공익에 관한 것이기 때문에 보호되거나 보호의 위상이 달라지는 것은 아니다. 이 때문에 독일 형법도 적시된 사실이 진실인 것으로 증명되면 - 공익에 관한 것이건 사익에 관한 것이건 묻지 않고 무조건 - 형법의 개입대상에서 제외하고 있는 것이다. 이러한 점에서 보면 진실사실적시의 경우 형법 제310조의 태도가 비록 표현의 자유에 대한 예외적 우위성을 인정하기 위해 공익성을 원근으로 동원한 것이라고 선의로 해석하더라도 헌법적인 관점에서 볼 때 이는 잘못 동원된 원근이라고 하지 않을 수 없다.²²⁾

위법성 조각사유로서 공익성요건을 가져온 형법 제310조의 태도는 공익성을 기본권의 보장적 차원이 아니라 기본권 제한적 차원에서 요구하고 있는 헌법 제37조 제2항의 문언과도 조화되지 못한다. 주지하다시피 헌법 제37조 제2항은 국가안전보

22) 형법 제310조가 공익성요건을 진실적시행위의 위법성을 조각시키기 위한 조건의 하나로 규정한 형사입법자의 조치는 헌법체계에 반할 수 있다. 왜냐하면 우리나라 헌법 제37조 제2항에서 공익목적은 본래 기본권제한을 위한 입법목적으로 되어 있을 뿐임에도 형법에서 이를 다시 기본권제한의 한계나 자유권적 기본권보장을 위한 논거로 사용하고 있기 때문이다. 이러한 형법의 태도가 심지어 위헌적일 수도 있음을 이론적으로 뒷받침해 주고 있는 글로는 한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호,” 저스티스(통권 84호), 2005.4, 47면(“표현의 자유는 일차적으로 개인적 자유권으로서, 바로 개인이 사적인 영역의 자율적 형성을 위하여 사적으로 이용할 수 있기 때문에 보장되는 것이다. 사적인 것은 모든 자유권의 본질적 요소이며, 마찬가지로 표현의 자유의 본질적 요소이다(Vgl. Schmitt Gaeser, “Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerG,” AoeR 113(1988), S. 55). 자유권이란 임의의 자유권이든지, 무엇을 위한 자유, 예컨대 공익실현을 위한 자유가 아니다(Vgl. Boeckenfoerder, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation,” NJW 1974, S. 1535). 기본권적 자유가 국가목적이나 공익실현의 목적에 종속되어, 그 결과 개인이 자신의 자유를 국가공동체에 바람직한 방향으로 행사해야 한다면, 그것은 이미 자유가 아니다”).

장, 질서유지 또는 공공복리라는 공익목적상 법률을 통해 기본권(표현의 자유)을 제한할 수 있음을 선언하고 있다. 여기에는 국가가 인정한 공적인 법익질서를 유지하기 위해 법률로서 기본권(자유)을 제한할 수 있다는 기본권제한의 법률유보원칙이 천명되어 있고, 형법도 이에 근거하여 법익보호를 위해 기본권을 제한하는 것이다. 이러한 관점에서 보면 형법의 모든 법익은 공익적인 차원의 이익과 가치이고, 따라서 공익은 (표현의 자유를 포함한) 모든 자유권적 기본권을 제한하기 위한 근거가 된다. 명예라는 법익 역시 헌법이 그 보호가치를 인정하여 형법에 의해 보호되는 보호법익의 하나로서 공적인 질서속에 편입되었다. 이와 같이 공적인 차원에서 보호되고 있는 명예가 다시 공익성 때문에 후퇴될 수 있는가? 법익보호를 위해 기본권(자유)을 제한하는 근거가 되어 있는 ‘공익성’을 다시 자유권적 기본권을 우위에 놓기 위한 근거로 다시 활용하는 것은 공익성이라는 요건에 대한 잘못된 활용법이다. 무엇보다도 헌법은 기본적으로 사익에 해당하는 자유권적 기본권을 사익을 위해 사용할 때에는 제한받고 공익을 위해 사용할 때는 그 제한을 다시 없애고 있지 않다. 표현의 자유가 공익만을 위해 구가될 때 더욱 빛나는 자유권적 기본권도 아니고 공익을 위해 투입되어야 헌법적인 보호를 더 두텁게 받게 되는 자유권적 기본권도 아니다. 표현의 자유가 공익과 결부될 때에만 완전하게 보장된다는 제한은 국가가 원칙적으로 사익을 추구하는 개인에 대해 공익을 추구할 것을 강요하는 처사로 밖에 읽히지 않는다. 헌법이 국가에게 허용하고 있는 것은 다만 공익을 위해 사익을 ‘제한’할 수 있다는 점 뿐이다. 따라서 국가는 사익이 공익을 위해 실현될 때 그 사익을 ‘확대’시켜 줄 수가 없다. 요컨대 형법 제310조는 - 진실성조건 뿐 아니라 - 공익성 조건에 대해서도 이중적 모순적 지위를 부여함으로써 명예보호와 표현의 자유와의 관계설정을 반헌법적으로 만들고 있다. 제310조가 자유권적 기본권제한의 근거가 되어야 할 공익성을 그러한 기본권 제한을 회복하기 위한 근거로 가져온 것은 자유권적 기본권의 의의와 그 제한을 위한 헌법적 범리를 잘못 사용한 것이라고 할 수 있다.²³⁾ 물론 이러한 평가는 공익성요건을 추가해서라도 표현의 자유에 우위

23) 헌법적 차원에서 이러한 결론을 지지해 주고 있는 글로는 한수웅, 앞의 논문, 47-48면(“우리 헌법은 기본권적 자유의 보호를 공익에 기여하는 자유행사에 제한하는 것이 아니라, 제3자의 법익이나 공익 등 필수적인 법익의 보호를 기본권의 제한을 통하여 실현하는 구조를 취하고 있다(헌법 제37조 제2항). 공익 등 헌법적인 보호법익은 단지 기본권적 자유의 한계이지 자유행사의 지침이 아닌

를 인정하려는 경우의 수를 늘리려는 입법자의 노력에 대한 지나치게 야박한 평가 일련지는 모른다. 하지만 입법자로 하여금 공익성을 위법성조각사유의 요건속으로 편입시켜 법익보호와 자유권적 기본권 제한의 관계에 혼란을 야기할 수 있는 명예훼손법제를 만들지 않을 수 없도록 막다른 골목으로 몰아넣은 것은 애시당초 금지하지 말았어야 할 진실사실적시명예훼손행위를 굳이 금지목록속에 넣은 입법자의 무리수 때문이라고 말하는 것은 결코 지나친 평가라고 할 수 없다.

2. 형법 제310조의 내용적(해석론상의) 문제점

표현의 자유와 명예보호 간의 조화를 도모하기 위해 공익성요건을 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하기 위한 옵션으로 가져온 입법의 오류는 공익성 요건에 대한 해석과정에서도 다음과 같은 문제점을 노출하고 있다.

첫째, 명예훼손죄의 성립여부를 검토하는 과정에서 공인 또는 공적인 인물에 대한 명예를 사인에 대한 명예에 비해 상대적으로 소홀하게 취급하는 태도로 귀결되고 있다. 이러한 해석태도를 먼저 취한 것은 헌법재판소였다. 헌법재판소는 1999년 경부터 헌법재판소는 명예훼손 관련 실정법을 해석·적용할 때에는 공적 인물과 사인, 공적인 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 한다는 기준을 제시하고 있다.²⁴⁾ 이러한 논리는 헌법재판소도 자인하다시피 “명예훼손죄가 권력을 가진 자의 편에서 약자를 억누르기 위한 방편으로 사용되어 온 전력”²⁵⁾에 대한 반성적 반작용이라고 할 수 있다. 공인에 대한 표현일 경우 명예보호 보다 표현의 자유를 상대적으로 강화하는 논리는 대법원도 따르고 있다.²⁶⁾ 대법

것이다(Vgl. Starck, Die Verfassungsauslegung, in: HdbStR Bd.VII, 1992, §164. Rz.46).”

24) 헌법재판소 1999.6.24. 97헌마265; 헌법재판소 2013.12.26. 2009헌마747 참조.

25) “역사적으로 보면, 사람의 가치에 대한 사회적 평가(명예)를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련 법은, 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한·억압하는 수단으로 쓰여졌다. 국민의 알권리와 다양한 사상·의견의 교환을 보장하는 언론의 자유는 민주제의 근간이 되는 핵심적인 기본권이고, 명예 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되는 권리이므로, 이 두 권리를 비교형량하여 어느쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적인 평가 문제에 속하는 것이다”(헌법재판소 1999.6.24., 97헌마265).

원은 - 정부 또는 국가기관은 명예훼손죄의 명예의 주체가 아니라고 하면서 - “정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도 등으로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있다고 하더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 성립되지는 않는다”²⁷⁾ 하고 있기 때문이다. 이러한 논리를 가능하게 하는 실정법적 근거 내지 배경은 형법 제310조이고 그 가운데 결정적인 요건은 공익성이라는 요건이다.

하지만 형법 제310조의 공익성요건을 미국의 판례법에서 처럼 공인 피해자와 사인 피해자로 구별하는 태도와 결부²⁸⁾시키는 것은 형사책임영역에서 공익성요건에 대한 올바른 해석태도라고 보기 어렵다. 오히려 피해자가 공인이 아니어도 사실적시가 공익에 관한 것일 수도 있고, 피해자가 공인이어도 사실적시가 공익에 관한 것이 아닐 수도 있기 때문이다. 제품의 하자과 관련하여 사기업체의 사장을 향한 소비자의 사실적시나 개인 영업주에 대한 소비자의 불만을 토로하는 사실적시가 공적인 인물을 겨냥하고 있는 것은 아니지만 그러한 사실적시행위의 필요성과 정당성은 의심받을 여지 없이 공공의 관심사항이다. 이러한 점을 고려하면 오히려 ‘공인/사인’의 구별에 따른 명예보호의 차등취급이 아니라 ‘공적 관심사/사적 관심사’의 구별에 따른 명예보호의 차등취급이어야 ‘공공의 이익’이라는 문언의 문자적 의미에 부합한다고 할 것이다.²⁹⁾ 공인을 향한 발언의 경우에만 표현의 자유를 더 넓게

26) 이와 같은 헌법재판소의 결정취지를 적극 수용한 최초의 대법원 판례는 민사판결인 대법원 2002.1.22. 선고 2000다37524 판결이고 이후 이러한 취지는 형사판결에서도 관철되고 있다.

27) 대법원 2011.9.2. 선고 2010도17237 판결 참조.

28) 미국에서 명예훼손에 대해 엄격책임의 법리에 따라 진실성과 허위성이 모호하거나 진실성의 입증 이 어려운 경우 피고에게 손해배상책임을 인정했던 종래의 판례의 태도를 수정하여 ‘공직자’에 대한 명예훼손사건에는 피고의 현실적 악의를 원고가 입증할 것을 요구함으로써 공적 이익의 보호를 위해 표현의 자유를 넓힌 것은 1964년 연방대법원의 뉴욕 타임즈 판결(New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S.254)에서부터였고, 1974년 연방대법원의 Gertz 판결(Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323)에서는 ‘공적 인물’에 대해서, 그리고 1985년 연방대법원의 Dun&Bradstreet 판결(Dun&Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749)에서는 ‘공적 관심사’로 그 외연을 확대하였다(자세한 내용은 권태상, “공적 인물에 대한 명예훼손,” 비교사법 22권 제2호, 한국비교사법학회, 2015, 629면 이하 참조).

29) 대법원도 이와 같은 해석의 가능성을 인정하고 있다.

인정하고, 공인이 아닌 자를 겨냥한 발언은 - 공적인 관심사임에도 불구하고 표현의 자유를 명예보호의 뒷전으로 위치시키는 태도는 공익성의 요건에 대한 목적론적 축소해석일 뿐 아니라 헌법의 표현의 자유라는 자유권적 기본권의 본질에도 부합하지 않는다. 뿐만 아니라 종래 명예훼손법제가 권력자에게 유리하게 작동된 것임에 대한 반성이기는 하나, 그러한 반성적 차원에서 공적인 인물에 대한 명예보호를 소홀하게 취급하는 것도 여전히 평등한 법 적용이라는 헌법상의 요구에 반하기는 마찬가지이다. 진실한 사실이 적시되는 경우 ‘공인’에 국한시키지 않고 모든 ‘공적인 관심사’에 대해 명예보호의 수준을 낮추고 표현의 자유를 높이는 방향으로 전향적인 해석을 하더라도 문제는 여전히 해소되지 않는다. 낮은 수준의 명예보호 때문에 공적인 정책이나 업무를 둘러싸고 전개될 의견형성 내지 토론의 장에 나서서 여론의 못매를 맞아도 명예를 보호받을 수 없게 되면 오히려 아무도 공적인 토론의 장에 나서는 일을 꺼리게 되는 반대적 위축현상이 일어날 수도 있기 때문이다.³⁰⁾ 피해자의 사회적 지위에 따른 차별이든 역차별이든 보다 근본적인 문제는 이러한 모든 해결방안이 임시적 해결방안으로서 헌법상 자유권적 기본권인 표현의 자유의 인정범위에 대한 자의적 축소에 근거하고 있다는 점에 있다. 앞에서 언급했듯이 사실적시가 공적인 관심사인지 사적인 관심사인지에 따라 형사처벌의 영역에서 표현의 자유의 우열성이 바뀌는 것은 적어도 헌법적인 관점에서 보면 - 적어도 입법론상 - 정당화되기 어렵기 때문이다.³¹⁾ 표현의 자유는 사적인 관심사이든 공적인 관심사이든 차

30) 한수웅, 앞의 논문, 49면.

31) 공인과 사인 및 공적인 관심사와 사적인 관심사인지에 따라 명예보호와 표현의 자유와의 관계를 역전시키는 태도가 형사처벌의 영역에서 수용될 수 없음을 앞에서 설명한 자유권적 기본권으로서의 표현의 자유의 본질론에 기초하여 볼 때 반박되기 어려운 결론이다. 공익성이 자유권적 기본권을 제한하는 근거가 될 수는 있어도 자유권적 기본권(표현의 자유)의 헌법적 보호를 두텁게 하고 공적 질서에 해당하는 명예에 대한 형법적 보호를 포기하는 논거로 사용될 수 없기 때문임도 앞서 언급하였다. 하지만 민사적 손해배상의 영역에서는 공익성을 사익보호를 제한하는 근거로 사용하더라도 문제가 없다. 민사적 손해배상의 경우에는 명예보호와 표현의 자유가 순수 사익간의 충돌 차원으로 이해되고, 이 경우 공익성은 양자의 충돌을 조절하는 척도로 기능하여 공익적 표현에 대해 명예주체인 피해자의 명예라는 사익을 제한하더라도 헌법적인 관점에서 문제가 없기 때문이다. 민사적 손해배상 영역은 형사처벌의 영역에서와는 달리 표현의 자유와 명예보호는 항상 구체적인 사례에서 절대적 우열관계로 나타나지 않고 손해의 공평한 조절이라는 논리에서 접근하므로 표현의 자유와 명예의 보호의 상대적 우위성을 인정하는 것이 가능하다. 불법행위의 요건 가운데 손해를 확인하는 과정에서 명예훼손의 피해자가 입은 손해발생의 여부나 그 크기를 계산함에 있어 손해를 분담할 수 있다는 사고가 가능하기 때문이다. 공적인 차원에서 표현의 자유를 더 보호해야

등적으로 누릴 수 있는 자유권적 기본권이 아니다. 표현의 자유는 공공의 이익에 관한 것이든 사익에 관한 것이든 의견형성에 기여하는 진실이 적시되는 경우에는 동등하게 보장되어야 한다.³²⁾ 요컨대 진실한 사실의 적시는 공익성과 상관없이 그 자체로서 - 제3자의 내밀한 영역이나 프라이버시의 침해 또는 혐오나 증오와 연결되는 인간존엄을 침해하는 경우 등 예외적인 경우를 제외하면 - 표현의 자유의 원칙적인 범위속으로 들어와야 한다. 반면, 허위사실은 의견형성에 기여할 수 있는 것이 아니기 때문에 표현의 자유보다 명예보호가 우위에 있어야 한다.

둘째, 공익성이라는 요건은 표현의 자유에 우위를 두기 위해 명예훼손죄의 위법성 조각사유로 동원되더라도 죄형법정주의의 명확성원칙에 반할 여지가 크다. 공익성 개념은 그 범위가 지나치게 넓고 모호해서 처벌과 불처벌의 한계와 관련하여 예측가능성 내지 법적안정성을 저해하기 때문이다. 법관이 공익성개념을 해석·적용함에 있어 공익성이 인정되는 경우와 부정되는 기준을 명확하게 제시하지 못하면 위법성 조각사유가 결국 예측가능성을 담보하지 못하게 된다. 헌법재판소도 명확성원칙은 위법성조각사유에 대해서도 적용되어야 하는 것임을 인정하고 있다.³³⁾ 최근 일명 미네르바 사건과 관련하여 헌법소원의 대상이 된 전기통신기본법 제47조 제1항의 “공익”개념에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 형법 제310조의 공익성개념도 명확성원칙에 위배되는 것임을 사실상 인정한 것이라고 할 수 있다. 구성요건요소로서의 “공익을 해할 목적”의 “공익”개념이 “표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배”되는 것으로 선언되었는데,³⁴⁾ 동일한 개념인 “공공의 이익”이 위법성조각사유로 인정되어 있다고 해서 그 불명확성이 제거되는 것이라고 할 수는 없기 때문이다. 공익을 해할 목적인 경우에는 공익개념이 불명확

할 필요성이 있으면 명예보호의 필요성을 상대적으로 축소시켜 손해배상의 필요성이 없거나 그 정도를 줄여나갈 수 있는 것이다. 영미권에서 공인/사인구별론이나 공적 관심사/사적 관심사의 구별이론이 모두 형사책임이 아닌 ‘손해배상’의 차원에서 문제되고 있는 것도 바로 이러한 배경임을 간과해서는 안된다.

32) 한수웅, 앞의 논문, 48면.

33) “범죄의 성립과 처벌은 법률에 의하여야 한다는 죄형법정주의 본래의 취지에 비추어 볼 때 정당방위와 같은 위법성조각사유 규정에도 죄형법정주의의 명확성 원칙은 적용된다 할 것이다.”(헌법재판소 2001.6.28. 99헌바31).

34) 헌법재판소 2010.12.28., 2008헌바157.

하지만 공익을 위할 목적인 경우에는 공익개념이 명확하다고 말하는 것은 다같은 “공익”개념에 대해 한입으로 두말을 하는 태도에 불과하다. 최근 헌법재판소가 정보통신망법의 비방목적 진실적시명예훼손죄의 경우는 합헌이라고 한 태도가 이와 같이 한입으로 두말하는 태도를 보여준 것이라고 평가할 수 있다. 헌법재판소가 “허위사실”을 유포할 경우 “공익”개념이 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청에 반하므로 전기통신기본법상의 금지구성요건이 위헌이라고 하면서도 “진실사실”을 적시한 경우에는 “비방목적”만 있다면 그 구성요건이 합헌으로 선언하고 있는데,³⁵⁾ 이러한 태도는 비방목적 그 자체가 비판목적과 구별되기 어려운 불명확성을 가지고 있다는 점을 차치하고서라도 - “비방목적”은 “공익성”과 양립할 수 없으므로 공익성만 인정되면 비방목적은 언제나 사라질 수 있다는 해석태도³⁶⁾와 결합되면 결국 스스로 불명확한 개념이라고 인정한 공익성여부체 따라 가별성여부가 최종 결론내려지게 되는 바, 이것으로 이미 헌법재판소는 자충수를 둔 것과 다를 바 없다. 뿐만 아니라 불명확한 ‘공익성’개념을 사실상 불명확하다고 의심받고 있는 ‘비방목적’과 결부시킴으로써 진실적시행위의 최종적인 불법은 이중의 모호성을 가진 잣대에 의해 판단되는 결과가 된다. 더 나아가 불명확한 개념인 ‘공익성’이 자칭 명확한 ‘비방목적’을 좌지우지 한다면 명확성이 불명확성에 의해 그 힘을 잃게 되는 이상한 결론을 수용하는 셈이 되고 만다. 불명확한 개념을 명확한 개념으로 보완할 수는 있지만 명확한 개념을 불명확한 개념을 통해 밀어낼 수는 없을 것이라는 점에서 볼 때, 정보통신망법의 비방목적 진실적시명예훼손죄의 합헌성을 선언한 최근 헌법재판소의 태도는 자체 논리적 일관성을 결여하고 있다고 평가하지 않을 수 없다.

셋째, 표현의 자유를 예외적으로 우위에 두기 위한 공익성이라는 요건을 동원하고 있는 형법 제310조는 기대와는 달리 실효성있게 표현의 자유를 보장하지도 못한다. 공익성요건의 기능에 한계가 있기 때문이다. 이러한 한계는 앞서 언급했듯이 대법원이 비방목적이 인정되더라도 공익성이 인정되면 그 비방목적이 부정된다고 하

35) 헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바2349(병합).

36) “형법 제309조 소정의 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다.”(대법원 2003.11.13. 선고 2003도3606 판결). 헌법재판소도 대법원의 이러한 해석을 그대로 수용하고 있다(헌법재판소 2016.2.25.자2013헌바105, 2015헌바234(병합)결정).

는 비양립론적 태도를 견지하고 있음에 기인한다. 이에 따르면 공익성에 지향한 비판목적이나 개인의 사익을 추구하기 위한 이기적 동기와 비방목적이 인간의 내심의 구조속에서 서로 양립될 수 없는 성질의 것이라고 한다. 이러한 비양립론적 시각은 출판물등에 의한 진실적시명예훼손죄나 전기통신망(인터넷)에 의한 진실적시명예훼손죄의 구성요건요소인 ‘비방목적’을 부정함으로써 형법 제310조의 적용범위, 즉 진실적시행위의 위법성이 조각될 수 있는 문호를 넓히는 의미를 가지기는 한다. 형법 제310조는 오직 형법 제307조 제1항의 구성요건을 충족시키는 행위에 대해서만 적용되도록 만들어져 있기 때문에 공익성 긍정은 제307조 제1항 이외의 다른 명예훼손죄의 구성요건이 적용되어야 할 사건을 제307조 제1항의 구성요건이 적용되어야 할 사건으로 바꾸는 변속장치로서의 역할을 할 수 있기 때문이다. 하지만 그 반대의 경우를 생각하면 비양립론적 시각은 금방 고장난 변속장치가 되고 만다. 공익성과 비방목적이 양립할 수 없다면 비방 목적을 긍정함으로써 공익성을 부정하는 논리로도 활용될 수 있기 때문이다. 이렇게 되면 제307조 제1항의 진실사실적시의 경우에도 공익성이 부정되어 결국 제310조가 적용될 수 없고 그 결과 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하는 입법태도가 언제든지 무시될 수 있기 때문이다. 이와 같이 표현의 자유의 우위성을 인정하는 예외적인 경우의 수를 현저하게 축소시킬 수 있는 사고구조가 바로 공익성과 관련한 비양립론적 시각인 것이다. 비방목적이 공익성이 인정될 때 부정되는 것과 마찬가지로 공익성도 비방목적이 긍정되는 순간 일순간에 소실되고 말 요건으로 보는 것이 대법원의 태도라면,³⁷⁾ 표현의 자유의 원근으로서 가벌적 행위의 위법성을 조각시키는 경우의 수가 극도로 축소되어 위법성 조각사유가 사실상 무용하게 될 수도 있다.³⁸⁾ 뿐만 아니라 이러한 비양립론적 시각

37) “피고인이 작성하여 게재한 글의 내용이 진실한 사실로서 공소와 주식회사의 시정되어야 할 부분이 일부 포함되어 있기는 하나, 공소와 주식회사를 비방하는 취지가 그 내용의 주조를 이루고 있는 점, 위 사건과 관련되어 있는 자들뿐만 아니라 불특정 다수인들이 볼 수 있는 정치인이나 언론사 또는 위 공소의 주식회사와 경쟁관계에 있는 다른 제약회사의 홈페이지에 게재한 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 위와 같은 내용의 글을 게재한 것이 형법 제310조 소정의 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다고 할 수는 없다”(대법원 2004.5.28. 선고 2004도1497 판결).

38) 박경신, 앞의 논문, 8면에서 위축효과를 제310조의 공익성항변이 충분히 해소시켜주지 못한다고 주장하면서, 그 근거중의 하나로 비방 목적을 인정함으로써 공익성을 부인하는 경우를 제시하고 있다. 최근 헌법재판소의 반대의견도 대법원의 이른바 비양립론에 반대하여 “결국 진실한 사실을 적시한 것에 사람을 ‘비방할 목적’이 있는지 여부에 대한 판단을 전적으로 법관의 주관적인 판단에

은 인간의 내심의 구조를 제대로 묘사하고 있지도 못하다. 인간의 내심의 구조는 워낙 다양한 내심의 목적들과 동기들이 고도로 응축되어 있어서 하나의 생각이 존재하면 다른 생각이 배척되게끔 작동하지 않는다. 비방목적이 있다고 해서 공익성과 공익을 위한다는 목적이 마음속에서 사라진다는 것은 인간의 내심의 구조를 서로 밀어내도록 되어 있는 음극과 양극의 전기구조로 설명하는 극도로 소박한 생각에 불과하다. 물론 대법원이 인간의 생각세계를 이렇게 단순하게 생각하고 있을리는 만무하다.³⁹⁾ 대법원으로 하여금 인간심리에 대한 이와 같은 소박한 수준에 이르게 한 것은 명예훼손법제의 단추가 처음부터 잘못 끼워진 탓이 크다. 진실사실적시를 금지구성요건에 넣은 것이 그 첫 번째 잘못 끼워진 단추이고, 그것을 만회하기 위해 공익성을 위법성조각사유로 넣은 것은 두 번째 잘못 끼워진 단추이다.

넷째, 대법원이 인정하는 공익성과 비방목적의 비양립론은 출판물에 의한 진실적시명예훼손죄와 정보통신망에 의한 진실적시명예훼손죄의 존재의의도 크게 반감시킨다. 비양립론하에서는 공익성만 인정되면 비방목적은 부정될 수 밖에 없고 비방목적이 인정되면 공익성이 부정되는 결과가 된다. 이와 같이 공익성과 비방목적의 상호배척성은 비판목적과 구분되기 어려운 비방목적의 존부를 비판목적(공익목적)과 맞닿아 있는 공익성에 의해 판단하게 되면 그 존부 판단이 사실상 자의적으로 이루어지게 된다. 앞에서 언급했듯이 두가지 판단 모두 불명확한 개념이 척도가 되는 한 명예훼손죄의 인정에 이중적인 예측불가능성이 초래되기 때문이다. 뿐만 아니라 이 두 개의 구성요건은 표현의 자유라는 관점에서 평등한 법적용의 원칙까지 위협한다. 두 개의 구성요건이 상정하고 있는 행위주체의 차별성이 가별성에 현격한 차이를 가져오기 때문이다. 출판물등에 의한 명예훼손의 경우는 통상 신문기자 등 언론인이 행위자가 되고, 인터넷에 의한 명예훼손의 경우는 일반시민이 행위자가 된다. 전자의 경우는 대부분 공적인 영역에서 문제제기를 하므로 공익성이 인정

일임함으로써 일반 국민으로서는 어떤 행위가 금지되는지 예측하기 어려워 스스로 표현행위를 자제하는 위축효과를 발생시킬 가능성이 커지게 된다”는 견해를 표명하고 있다(헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합)) 재판관 강일원, 김이수 반대의견)

39) 앞의 헌법재판소의 반대의견에서는 인간의 심리구조를 이렇게 단순화하지 않고 “진실한 사실을 적시한 경우에는 공공의 이익을 위하여 비판하려는 목적과 비방할 목적이 서로 공존하는 경우가 있을 수 있다”고 한다(헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 재판관 강일원, 김이수 반대의견).

됨으로써 비방목적이 부정되고 그 결과 형법 제310조의 적용대상으로 변속되어 가벌성이 배제될 가능성이 커진다.⁴⁰⁾ 뿐만 아니라 여기서 실제로 제310조의 적용영역은 더욱 넓혀져 허위사실인 경우라도 오인에 상당한 이유가 인정되는 한 명예훼손죄의 가벌성 탈락의 가능성이 더욱 커진다. 이와는 달리 일반 네티즌과 같이 사인이 주체가 되는 정보통신망에 의한 진실사실적시명예훼손의 경우는 사적인 영역에서의 문제제기이므로 공익성이 쉽게 긍정되지 않는다. 소비자 고발과 같은 공적인 관심사라고 하더라도 언론 출판의 자유로 연계되어 표현의 자유의 두터운 보호대상으로 쉽게 들어올 수 없다. 기자 등 언론인에 의한 진실사실적시의 경우와는 달리 비방목적이 좀처럼 부정되지 않는 것이다. 더 나아가 허위사실의 적시인 경우에는 오인에 상당한 이유가 있는지에 관한 판단과정을 거치기도 전에 허위사실적시=비방목적공정으로 귀결되고 말 가능성이 크다. 그 결과 기자 등 사인과는 달리 수많은 네티즌들은 정당한 문제제기를 하고 있음에도 불구하고 형법 제310조를 통한 이익형량의 가능성조차 봉쇄되고 만다. 이와 같이 현행 명예훼손법제는 피해자의 신분적 지위에 따라 처벌여부가 달라지고 있을 뿐 아니라 행위자의 신분적 지위에 따라서도 처벌여부가 달라질 수 있는 규범환경을 만들어 놓고 있다. 이러한 적용상의 폐단을 없애려고 해도 결국 진실사실적시를 방법으로 삼는 명예훼손죄는 모두 삭제되는 수 밖에 없다.

3. 진실적시명예훼손죄의 비례성원칙 위배성

진실사실적시의 경우 이익형량의 저울대는 공익성이라는 추가적 저울추 없이도 표현의 자유쪽으로 기울어져야 한다. 앞서 살펴보았듯이 진실한 사실이 적시될 경우 이익형량의 비교단위가 되는 것은 명예보호와 표현의 자유이다. 형법 제310조는 진실한 사실이 적시된 경우 공익성이 인정되는 조건에서만 예외적으로 명예보호에 비해 표현의 자유가 우위에 있음이 선언되어 있다. 하지만 표현의 자유와 비교되는

40) 하지만 형법 제310조에 의해 무죄가 되더라도 이미 피고인이 검찰에 의해 공소가 제기되는 등 위협에 빠지게 되는 것을 목도한 일반시민들이 스스로 표현의 자유를 제한적으로만 행사하게 되는 이른바 ‘위축효과’는 무시될 수 없는 명예훼손죄의 남용사례이다. 하지만 서론에서 밝혔듯이 위축효과와 관련된 문제점은 이 글에서 논외로 한다.

명예가 - 적어도 진실한 사실이 적시된 경우에는 - 형법적으로 보호할 가치가 있는 진정한 의미의 명예가 아닌 경우라면 비교되는 각 단위의 무게 내지 속성 그 자체만 고려하더라도 당연히 표현의 자유에 원칙적 우위성이 인정될 수 있다. 진실한 사실이 감추어진 상태에서 만들어진 과장된 명예, 허명, 위신 또는 체면에 불과하기 때문에 보호가치면에서 표현의 자유에 일반적 우위성이 인정될 수 있기 때문이다. 이러한 결론은 허명을 보호한다는 입법목적의 정당성이 인정되지 않는다는 논거를 통해서도 도출될 수 있다. 다음으로 명예보호와 표현의 자유를 비교형량할 경우 두 개의 가치를 저울질하는 외부적 척도를 사용해 보더라도 표현의 자유가 예외적이 아니라 원칙적으로 우위에 서게 된다는 것을 알 수 있다. 이 경우 양자를 비교하여 상대적 우위성을 재는 헌법적 척도는 표현의 자유에 대한 ‘필요한 한도’내의 제한인지의 여부, 즉 헌법 제37조 제2항의 비례성원칙이다. 이에 따르면 진실한 사실이 적시될 경우 형벌법규를 통해 명예를 보호하는 일이 헌법적으로 정당화된다면 다음과 같은 심사를 통과해야 한다. 첫째, 형벌이라는 수단이 명예를 보호하는 것이 적합한 수단인가(수단의 적합성), 둘째, 명예보호를 위해 형벌 아닌 다른 경미한 침해할 수 반하는 수단은 없는가(최소침해성), 셋째, 보호되는 명예가 그를 위해 제한되는 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있는 것은 아닌가(균형성).⁴¹⁾

명예의 손상을 야기할 정도의 진실한 사실을 적시할 경우 그러한 사실적시를 구성요건적 행위로 만들어 형벌부과의 대상으로 정하는 것이 국가가 법익보호라는 이름으로 개인의 자유를 지나치게 제한한 것인지를 실질적으로 심사하면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 첫째, 형벌이 명예보호를 위한 적합한 수단인지는 그 보호되는 명예의 속성을 고려하면 부정적인 답을 내리지 않을 수 없다. 앞에서 살펴보았듯이 진실한 사실을 적시함으로써 손상될 가능성이 있는 명예는 과장된 명예이고 허

41) 형법 제310조를 이 가운데 세 번째 심사척도인 균형성원칙(이를 협의의 비례성원칙이라고도 한다)을 고려한 것이라고 볼 수도 있다. 하지만 형법 제310조는 진실사실적시라도 명예훼손적 구성요건이 충족되는 것이라고 함으로써 원칙적으로 명예보호가 표현의 자유에 비해 우위에 있음을 전제로 하여 법관이 구체적인 사건과 관련하여 그 행위의 위법성여부를 판단함에 있어 공익성이 인정되는 경우에는 예외적으로 표현의 자유에 우위성을 인정하도록 미리 규범적 결단을 내려 둔 것이다. 이와는 달리 헌법 제37조 제2항의 비례성심사는 명예보호를 위해 형벌법규를 만드는 입법자가 진실적시행위의 구성요건을 만드는 사전적 입법단계로 돌아가서 또는 이미 입법화된 명예훼손법제(형법 제310조까지 평가대상으로 삼아)를 사후적인 관점에서 명예보호와 표현의 자유와의 균형을 심사하는 것을 내용으로 한다.

명에 불과하다. 이에 따르면 이러한 과장된 명예 내지 허명을 형법을 통해 보호하는 것이 입법목적의 정당성부터 부정되는 것은 별론으로 하더라도 형벌이 그러한 명예를 보호하기 위한 적합한 수단이라고 말하기도 어렵다. 통상 헌법재판소는 수단의 적합성을 심사할 경우 언제나 그 수단을 통해 지향하는 목적으로 일반예방 효과를 내세운다.⁴²⁾ 하지만 명예라는 법익을 형벌수단으로 보호하는 것이 일반예방효과가 있는지에 대해서는 경험적 자료가 없으므로 입증불가능한 일이다. 오늘날 세계적으로 명예훼손죄를 비범죄화하거나 최소한 비구금형으로 하고 있음은 명예보호를 위해 형벌이외에 다른 수단, 즉 손해배상이라는 민사적 제재가 보다 효과적임을 인정하는 것의 방증이라고 할 수 있다. 우리나라 민법은 명예훼손에 대한 손해배상을 확보하기 위해 민법 제750조 일반적 불법행위의 요건을 갖추는 경우를 예정해 두고 있을 뿐 아니라 제751조에는 명예훼손의 경우 재산이외의 손해인 위자료에 대해서도 배상할 책임이 있음을 특별히 규정함으로써 명예보호를 위해 만전을 기하고 있다. 헌법 역시 제21조 제4항에서 가장 파급력있게 전개될 수 있는 언론과 출판을 통한 명예훼손에 대해서조차 손해배상청구권이라는 구제수단을 특히 명문화하고 있어서 명예보호를 위한 수단으로서 민사적인 수단이 적합함을 암시하고 있는 듯하다.⁴³⁾ 둘째, 진실한 사실을 적시하는 행위에 대해 형벌로 대응하는 것이 최소한의 침해라고 말하기도 어렵다. 허명을 드러내기 위해 진실한 사실을 적시하는 행위에 대해 부과되는 형벌이 최소한의 침해라고 말하기도 어렵다. 그 허명을 다시 회복하기 위해 민사적 손해배상이나 언론관계법의 반론 및 정정보도 청구 등 보다 경미한 수단을 사용할 수 있기 때문이다. 물론 헌법재판소가 최소침해성 여부를 심사할 경우에도 형벌 이외의 다른 경미한 수단이 있어도 그 수단이 형벌과 동일한 수준의 예방적 효과를 가져 오는지를 묻는다. 그 결과 형벌보다 경미한 수단이라도 형벌과 동일한 효과를 가져 오지 않는 한 형벌수단이 최소침해원칙에 반하지 않는다고 한다. 이와 같이 최소침해원칙을 적용할 경우 형벌과 동등한 효과를 전제하는 한 최소

42) 사형제도의 합헌성에 관한 헌법재판소의 결정문(헌법재판소 2010.2.25. 선고2008헌가23)이 대표적이다.

43) 물론 허명의 실상을 벗기는 진실사실적시가 사생활의 내밀한 영역이나 프라이버시의 침해가능성이 있거나 혐오표현이 있는 경우나 인간의 존엄과 가치를 침해와 연결될 수 있는 경우에는 명예보호법제가 아닌 별도의 법익보호법제를 통해 보호되어야 할 것이다.

침해성 여부는 비례성심사에서 무용한 심사일 수 밖에 없다. 그 강도와 효과에서 형벌을 필적할만한 제재수단이 없다면 동등효과를 전제로 한 심사에서 다른 경미한 수단은 언제나 고려의 대상에서 배제될 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 형벌의 일반 예방효과 자체가 경험적으로 실증될 수 없는 효과라는 측면에서도 그러하다. 따라서 최소침해성심사가 하나하나한 심사가 되지 않도록 하기 위해서는 형벌의 일반 예방적 효과를 사상(捨象)시킨 후 수단 자체가 수범자에 미칠 해악의 정도만 고려해야 할 것이다. 이러한 점에서 보면 적어도 진실사실적시 방법을 통한 명예훼손에 대해서는 형벌이 아닌 민사손해배상의 방법이 보다 경미한 침해를 야기하는 수단이라고 할 수 있다. 마지막으로 진실한 사실을 적시한 경우 명예보호를 위해 표현의 자유를 제한하는 것은 균형성의 관점에서도 유지될 수 없다. 백결을 양보하여 진실한 사실의 적시를 통해 손상될 수 있는 것이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가라는 의미의 명예를 형법적으로 보호가지있는 명예라고 하더라도 이러한 의미의 명예를 보호하는 것이 ‘진실한 사실이 적시되는 경우’에도 표현의 자유에 우선할 수 없다. 그러한 의미의 명예는 어떤 경우에도 현실적으로 손상이 되었음을 입증할 수도 없으므로 언제나 잠재태 내지 가능성으로서의 명예에 불과하다. 뿐만 아니라 그러한 명예는 외부적 평판 내지 세평인 것이므로 상대방의 지위나 역할에 따라 달라지게 마련이 가변적인 명예이다. 이와는 달리 명예보호를 위해 형벌이 부과되는 경우 제한되는 표현의 자유는 언제나 현실적이고 직접적인 자유이다. 뿐만 아니라 표현의 자유를 누리는 주체는 모든 사람으로 헌법상 제한이 있을 수 없으므로 표현 주체의 지위나 역할에 따라 차이가 있을 수 없다. 이러한 점에서 보면 진실한 사실이 적시된 경우 명예보호와 표현의 자유는 예외적으로만 표현의 자유가 우위에 있는 것이 아니라 원칙적으로 우위에 있다 하지 않을 수 없다. 앞서 설명하였듯이 적시된 진실한 사실이 공공의 이익에 관한 것이라고 해서 표현의 자유가 명예보호에 비해 우위성이 인정되는 것도 아니다. 이러한 관점에서 보면 진실한 사실이 적시된 경우에는 명예보호의 원칙적 우위를 인정하여 이를 범죄구성요건화한 형법 제307조 제1항 등은 헌법적으로 정당화되기 어렵다고 해야 한다.

V. 헌법상 표현의 자유의 보호층위와 명예훼손법제의 재정비

표현의 자유는 헌법상 자유권적 기본권의 하나이고 명예도 일반적 인격권의 한 내용으로서 헌법상의 기본권이자 헌법적인 지위를 가지고 있는 보호법익이다. 두 개의 기본권이 충돌할 경우 어느 것에도 일방적인 우위성을 인정할 수 없지만 헌법은 명예보호를 위해 표현의 자유가 제한될 수 있음을 인정한다. 형법은 사실적시의 방법으로 명예훼손이 이루어질 경우 명예보호를 위해 표현의 자유를 항상 제한할 수 있다고 함으로써 명예보호를 표현의 자유에 원칙적인 우위성을 인정하고, 예외적으로 공익성이 인정될 경우에만 표현의 자유에 우위성을 인정한다. 하지만 표현의 자유와 명예보호 사이의 이러한 관계(명예보호의 원칙적 우위관계)는 적시되는 사실이 진실한 사실일 경우에는 헌법적으로 정당화될 수 없음을 확인하였다. 무엇보다 표현의 자유는 표현이 이루어지는 방법과 내용등 표현의 자유가 구가되는 스펙트럼에 따라 그 제한여부 및 제한의 정도가 달라질 수 있다. 양자의 관계는 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

1. 표현의 자유와 명예보호의 관계 정립

첫째, 표현이 생각이나 사상 등을 의견이나 가치판단의 방법으로 이루어질 경우 표현의 자유는 원칙적으로 무제한의 보호를 받는다. 여기에 명예보호가 드러설 여지는 없다. ‘사상의 자유시장이론’의 적용도 바로 이와 같은 스펙트럼의 단면에 대해서만 타당하다. 하지만 예외적으로 인간의 존엄과 가치에 반하는 내용의 표현이 이루어질 경우에는 일정한 요건하에서 형벌로 대응할 수도 있지만 이것도 명예보호의 법제한에서 만들어질 것은 아니다. 예컨대 혐오표현이나 증오표현의 범죄화가 논의될 필요가 있는 것은 이러한 맥락에서의 표현의 자유의 제한이다.

둘째, 사실적시의 방법으로 표현될 경우 사실적시는 의견이나 가치판단 형식의 표현이 아니기 때문에 원칙적으로 표현의 자유영역에 포섭될 성질의 것이 아니다. 따라서 사실의 주장이나 전달이 타인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가의 저하를 초래할 수도 있는 경우에는 명예보호가 전면에 등장한다. 하지만 사실적시의 경우

라고 하더라도 명예보호가 표현의 자유와 충돌하는 국면이 만들어질 수 있다. 사실 적시가 의견형성의 기초가 되거나 민주적 의견형성이나 토론에 기여하는 경우는 표현의 자유영역으로 포섭될 수 있기 때문이다. 물론 이 경우에도 의견형성의 기초가 되거나 의견형성이나 토론에 기여하는 것은 진실한 사실이지 허위의 사실이 아니다. 따라서 진실한 사실이 적시되는 방법의 표현일 경우는 이는 헌법상 표현의 자유가 구가되는 스펙트럼의 단면 속으로 들어오고, 이러한 한 표현의 자유의 보호가 명예 보호에 비해 일반적 우위를 차지한다.

셋째, 반면에 허위사실이 적시되는 경우에는 원칙적으로 명예보호가 우위에 있게 된다. 허위사실의 적시행위에 대해 표현의 자유라는 헌법적 보호를 부여할 수 없는 이유는 허위사실이 의견형성의 기초나 민주적 토론에 기여할 수 없기 때문이다. 따라서 허위사실이 적시된 경우에는 표현의 자유에 대해 명예보호의 원칙적 우위를 인정해야 한다.

2. 헌법적 요청에 따른 형법의 태도변화

그럼에도 불구하고 현행 형법은 명예보호와 표현의 자유간의 우열관계를 위와 같이 규범화하고 있지 않다. 주지하다시피 현행 형법은 허위사실이 적시된 경우 뿐 아니라 진실한 사실이 적시된 경우에도 명예보호에 원칙적 우위를 인정하고 있으며, 적시된 사실이 진실일 경우에 한하여 예외적으로 표현의 자유에 대해 우위를 인정하고 있다.

현행 형법 제310조가 표현의 자유에 대해 예외적 우위성을 인정하는 조건은 주지하다시피 적시사실의 진실성과 공익성이라는 요건이다. 뿐만 아니라 대법원은 형법 제310조의 명문의 규정에도 불구하고 해석상 적시된 사실이 허위인 경우라도 그 허위성을 오인함에 있어 ‘상당한 이유’ 및 ‘공익성’ 요건을 갖추 것을 조건으로 삼아 예외적으로 표현의 자유에 우위성을 인정하고 있기까지 하다.⁴⁴⁾ 형법 제310조가 표현의 자유에 우위를 인정하는 조건의 하나로서 적시사실의 ‘진실성’을 요구하고 있

44) “노동조합 조합장이 전임 조합장의 업무처리 내용 중 근거자료가 불명확한 부분에 대하여 대자보를 작성 부작한 행위가 공공의 이익을 위한 것이고 적시된 내용을 진실이라고 믿고 그렇게 믿은 데에 상당한 이유가 있다 하여 위법성이 조각된다고 본 사례”(대법원 1993.6.22. 선고 92도3160 판결).

음에도 불구하고 법적용자는 적시사실에 ‘허위성’이 인정되는 경우에는 이익형량의 척도를 하나 더 추가적으로 동원하여 ‘오인에 상당한 이유’가 있는지를 살펴 표현의 자유가 우위적 지점을 탈환할 수 있을 가능성을 인정하고 있는 것이다. 이러한 해석 태도는 제310조 규정의 문언에 정면으로 반하지만, 앞에서 설명한 표현방법의 스펙트럼에 따라 표현의 자유를 보호하는 층위구분에 부합한 태도라고는 할 수 있다. 표현의 자유와 명예보호간의 우열관계에 관한 헌법정신을 반영하면 현행 형법의 태도 및 해석론은 다음과 같이 바뀌어져야 한다.

첫째, 적시사실의 진실성을 요구하는 것은 진실적시행위까지 금지함으로써 원칙적으로 명예보호를 우위에 두고 있는 형법 제307조 제1항의 규정 때문이다. 하지만 앞에서 살펴본 바와 같이 적시사실이 진실인 경우에는 명예보호에 비해 표현의 자유의 원칙적 우위성을 인정하는 것이 헌법의 요청이다. 이에 따르면 형법 제307조 제1항의 구성요건은 삭제되어야 한다.⁴⁵⁾

둘째, 표현의 자유의 예외적 우위성을 위해 공익성을 요구하는 것도 잘못 채워진 첫 단추, 즉 원칙적으로 금지되지 말아야 할 진실적시행위까지 구성요건에 담은 잘못을 위법성심사에서 바로 잡기 위함에서라고 할 수 있다. 하지만 공익성이라는 요건을 표현의 자유의 예외적 우위성을 위한 조건으로 내세운 것은 - 앞서 살펴보았듯이 - 헌법상 표현의 자유라는 자유권적 기본권 보장이 공익을 위해서이건 사익을 위해서이건 동등하게 보호되어야 하는 것이라는 관점에서 볼 때 반헌법적이다. 이러한 관점에서 보면 공익성이라는 요건은 명예보호와 표현의 자유간의 충돌을 조절하기 위한 이익형량의 과정에서 원칙적으로 개재되어서는 안될 헌법상의 이물질(aluid)이다. 따라서 적시된 사실이 진실인 경우에는 공익성여부와 무관하게 형법의 개입을 인정하지 않는 것이 헌법적 요청이라고 할 수 있다.

셋째, 위와 같은 헌법적 요청에 부합하기 위해서는 적시된 사실이 허위일 경우에만 명예보호에 ‘원칙적’ 우위성을 인정하여야 한다. 이에 따르면 허위사실적시행위

45) 이의 다른 논거로는 진실사실적시를 통해 보호되는 명예라는 보호법익의 모호성, 진실적시행위 자체의 정상성, 위법성조각사유에 내재한 구조적 내용적 문제점 등을 들 수 있다, 가장 결정적인 논거는 표현의 자유의 헌법적 위상 등을 종합해 볼 때 진실적시명예훼손죄의 위헌성이다. 형법 제310조의 해석상 초래될 수 있는 문제점의 근본원인도 진실사실적시에 대한 원칙적 금지를 선언한 형법 제307조 제1항 때문이라고 할 수 있다.

만을 금지구성요건으로 남겨두는 형법만이 헌법적으로 정당화될 수 있다. 이러한 전제에서 보면 표현의 자유와 명예보호가 충돌을 일으켜 이익형량이 필요한 경우로서 표현의 자유에 대해 예외적 우위성을 인정할 수 있을 경우란 오직 적시사실이 허위사실인 경우에 한한다. 앞에서 언급했듯이 대법원도 이러한 필요성을 인정하여 제310조의 명시적 표현이 위법성조각의 요건으로 적시된 사실이 진실일 경우로 제한하고 있음에도 불구하고 ‘허위사실인 경우’에도 일정한 조건하에 위법성이 조각될 수 있는 것으로 보고 있다. 그렇다면 허위사실이 적시된 경우 표현의 자유가 인정될 수 있는 범위를 넓히기 위해 이익형량이 필요한 경우는 언제이고 어떤 조건하에서 명예보호에 비해 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정할 수 있는가? 그러한 조건을 어떻게 규범화할 수 있는가?

3. 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하기 위한 조건과 규범화방안

사실주장자나 전달자의 경우 그 주장내용이나 전달내용이 허위사실인지 진실사실인지 명확하게 알 수 없는 경우가 있다. 뿐만 아니라 허위사실과 진실사실이 뒤섞여 있는 경우도 있고, 허위사실을 진실한 사실로 오인한 경우도 허다하다. 이러한 적시된 사실이 사후에 객관적으로 허위사실로 판명되지만 해도 항상 명예보호를 위해 형사처벌하게 되면 자유로운 의견교환과 토론이 위축되어 민주주의 발전에 장애를 가져오게 되는 측면이 있다. 허위사실이 적시된 경우에도 표현의 자유의 보호를 넓히기 위해 이익형량을 통해 명예보호와 표현의 자유간의 우열관계를 재조정해야 할 필요성이 있는 경우는 바로 이러한 경우이다. 여기서 표현의 자유에 우위를 인정하기 위한 조건을 어떻게 설정할 것인가가 문제된다.

진실적시명예훼손죄를 삭제하는 전제하에서는 허위의 사실에 대한 인식이 없는 경우는 원칙적으로 허위사실에 대한 고의가 조각되어(형법 제13조) 과실에 의한 명예훼손을 처벌하는 규정이 없으므로 불가벌로 귀결될 것이다.⁴⁶⁾ 하지만 명예를 손상할 만한 사실을 적시함에 있어 사실에 대해 맹목적이거나 성급하고 경솔하게 생

46) 반면에 진실적시명예훼손죄가 존재하는 전제하에서는 형법 제15조 제1항이 적용되어 제307조 제1항의 구성요건이 충족되지만 제310조의 해석을 통해 진실적시행위의 위법성이 조각될 것인지가 심사되는 과정을 밝게 된다.

각하여 허위의 사실을 진실한 사실이라고 오인한 경우까지 모두 고의가 조각되어 불가별로 처리하는 것은 표현의 자유를 과도하게 보호하고 명예보호에는 지나치게 소홀하는 처사가 될 수 있다. 반면에 매우 신중하고 양심적으로 생각하면서 자신이 주장하거나 전달하는 사실이 허위일 가능성을 항상 염두에 두는 자에 대해서는 언제나 허위사실에 대한 고의가 인정되어 가벌성이 긍정되는 결론에 이르게 된다면 표현의 자유에 대한 과도한 제한이 될 수 있다. 뿐만 아니라 진실한 사실로 믿고 있는 경우까지 처벌한다면 주관적 요건없이 처벌하는 것이 되어 잘못이 없는 자에 대한 형사책임을 인정하는 것이 되므로 행위책임주의에 반할 우려도 생긴다. 이러한 점을 고려하면 사실적시자가 적시하는 사실의 허위성에 대해 명백하게 알고 있는 경우가 아닌 한 명예의 보호와 표현의 자유가 충돌을 일으키는 상황으로서 양자에 대한 이익형량을 해야 하는 것이다.

하지만 이와 같은 경우 양자간의 이익형량을 법관의 재량에만 맡길 수는 없으므로 법적안정성을 위해서는 이러한 이익형량을 표준화함으로써 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정할 필요가 있다. 즉 적시된 사실이 허위사실임을 알지 못한 경우에는 허위사실적시에 대한 고의를 무조건 조각시켜 불가별로 갈 것이 아니라 오인에 상당한 이유가 있을 경우나 사실확인 절차에서 요구되는 주의위반이 없었을 것이라는 조건을 명문화 할 필요가 있다. 다시 말해 허위사실에 대한 인식이 없는 경우라고 해서 항상 고의를 조각시켜 불가별로 할 것이 아니라 사실접근에 대한 주의를 다하는 등 일정한 조건이 충족된 경우에만 고의를 조각시켜 불가별로 할 것이 요구되는 것이다. 이와 같은 취지가 규정속에 담기게 하려면 담으려면 형법 제310조에 갈음하는 규정을 다음과 같이 규정할 수 있을 것이다. ‘제00조의 행위(허위사실적시 행위)가 있는 경우라도 그 허위성을 인식하지 못한 데에 **상당한 이유가 있는 경우에 한하여** 벌하지 아니한다’ 또는 ‘제 00조의 행위(허위사실적시행위)라도 그 허위성을 인식하지 못한데에 **요구되는 주의를 다한 경우에 한하여** 벌하지 아니한다’는 식으로 규정하는 방법이다.

현행 명예훼손죄의 법제에서는 표현의 자유의 예외적 우위성을 규정한 형법 제 310조가 형법 제307조 제1항의 진실적시명예훼손죄에 대해서만 적용될 수 있도록 규정되어 있지만, 이 글에서 제안하는 바, 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하는

규정⁴⁷⁾은 - 진실적시명예훼손죄를 삭제하는 전제하에서 - 허위사실을 진실한 사실이라고 믿은 것이라고 인정할만한 ‘조건’을 추가하여 모든 허위사실적시명예훼손죄(비방목적에 추가된 허위사실적시명예훼손죄도 포함)에 대해서도 직접 적용될 수 있는 규정이 되도록 만들어져야 한다. 물론 이 규정속에 종래 제310조에서와 같이 공익성은 표현의 자유의 우위성을 인정하는 조건으로 추가적으로 인정해서는 안된다. 앞에서 밝혔듯이 표현의 자유는 사적인 영역에서 이진 공적인 영역에서 이진 동등하게 보호되어야 할 자유권이기 때문에 사적 이익인지 공적 이익인지에 따라 표현의 자유에 대한 보호여부를 달리해야 할 헌법적 근거가 없기 때문이다.

4. 비방목적의 진실적시명예훼손죄의 삭제여부

형법 제307조 제1항의 진실적시명예훼손죄를 삭제하는 이상, 비방목적에 추가된 출판물등에 의한 진실적시명예훼손죄(제309조 제1항)나 정보통신망을 통한 진실적시명예훼손죄(정보통신망법 제70조 제1항)까지 삭제되어야 한다.⁴⁸⁾ 오늘날 인터넷

47) 이와 같이 허위사실적시행위의 경우 표현의 자유에 대한 예외적 우위성을 인정하기 위해 허위성에 대한 고의가 명백하게 인정되지 않을 것을 전제로 삼아 ‘허위가 아니라고 오인한데에 대해 상당한 이유가 있을 것’을 조건으로 하거나, 허위가 아니라고 오인한 데에 주의위반이 없을 것’을 조건으로 하여 가벌성을 탈락시키는 내용을 - 제310조의 적용에 관한 대법원판례의 태도와 유사하게 - 별도의 조항으로 만들어도 좋고, 허위사실적시명예훼손죄의 단서조항으로 만들어도 상관없다. 다만 진실사실적시명예훼손죄가 삭제되지 않는 상태에서는 그 위법성이 조각된다는 평가가 내려지겠지만, 진실적시명예훼손죄가 삭제되는 전제조건하에서는 허위사실명예훼손죄의 고의가 조각되어 불가별로 된다는 점에서만 차이가 있다.

48) 공직선거법 제251조의 후보자비방죄도 허위사실 뿐 아니라 진실한 사실을 적시하는 행위까지 처벌하고 있다. 따라서 진실사실적시후보자비방죄도 삭제해야 할 것인지가 문제된다. 이 규정은 특히 형법 제310조와 같이 진실성과 공익성을 요건으로 하여 불가벌이 된다는 내용을 포함하고 있어서 형법의 진실적시명예훼손죄의 존재론과 동일한 차원에서 접근하는 것이 가능하다. 다른 한편 후보자비방죄는 대상이 후보자 등으로 특정되어 있고, 후보자들의 명예보호 뿐 아니라 선거의 공정성까지 보호법적으로 삼고 있으며, 초과주관적 구성요건요소로서 비방목적에 아니라 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적”을 요구하고 있어서 형법상의 진실적시명예훼손죄 등과 다른 차원에서 취급해야 할 필요성도 있다. 생각건대 후보자비방죄의 특수성을 고려하더라도 진실사실적시의 경우까지 처벌하는 것은 표현의 자유에 대한 지나친 제한이므로 삭제되는 것이 타당하고, 허위사실을 적시한 경우라도 그 가벌성을 탈락시키기 위해 ‘공익성’요건을 요구하는 내용을 삭제하는 것이 바람직하다. 이에 반해 진실적시명예훼손죄를 존치하고 형법 제310조의 경우도 공익성요건도 그대로 두면서, 진실한 사실에 대한 오인이 있을 경우 정당한 이유를 조건으로 하여 처벌하지 말 것을 추가하되, 후보자비방죄의 경우에만 ‘진실한 사실임이 증명된 때에는 처벌하지 않는다’고 개정할

환경은 비대칭적, 강력한 전파력 등 사실주장이나 전달에 있어 다른 매체가 가지고 있지 못한 특수성을 가지고 있다. 하지만 인터넷이 매체로 작용하는 온라인의 세계는 오프라인의 세계 보다도 더욱 일상적이다. 현실적인 접촉을 통해 관계를 형성하지 않은 사람들이라도 인터넷 환경에서는 빈번한 접촉을 하고 독자적인 관계망을 형성하고 있다. 적어도 의사소통이라는 측면에서는 일상화된 온라인의 생활세계를 오프라인의 생활세계와 차별취급해야 할 이유는 없다. 따라서 인터넷 환경에서 진실사실적시까지 처벌하는 것은 오프라인의 세계에서와 같은 이유로 표현의 자유에 대한 지나친 제한이다. 여기에 비방목적이라는 주관적 요건이 추가되었다고 해서 명예보호가 표현의 자유에 비해 우위에 있어야 한다고 판단할 근거는 약하다. 허위 사실이 적시되는 경우와는 달리 진실한 사실이 적시되는 경우에는 그를 통해 뭔가를 의미있는 주장을 하는 자에게 비방목적과 비판목적은 구별하기 어렵다. 인간본능속에는 시기와 질투가 내장되어 있고, 그 내심은 표출되기 전의 것으로서 의미있는 주장을 할 경우 그것이 비판인지 비방인지 정확하게 구별해내기도 어렵기 때문이다. 설혹 비방목적이 주된 목적이라고 하더라도 진실적시행위와 같이 행위 자체가 독자적 반가치성을 가지지 못한 경우에는 초과주관적 구성요건요소로서의 비방목적이 강화할 불법 자체가 없다고 할 수 있다. 비방목적은 반면에 그 자체 행위반가치성을 가지고 있는 허위사실적시명예훼손죄에서만 불법을 강화할 수 있다.

뿐만 아니라 ‘출판물 등에 의한 진실적시명예훼손죄’와 ‘정보통신망을 통한 진실사실명예훼손죄’는 두 개의 구성요건 공히 비방 목적을 가지고 있지만 비방목적은 명예보호의 원칙적 우위성을 인정하는 기초요소가 되기 어렵다. 대법원이 인정하는 공익성(공익목적)과 비방목적의 비양립론 때문이다. 뿐만 아니라 이 두 개의 구성요건은 표현의 자유라는 관점에서 평등한 법적용의 원칙을 위협한다는 점에 관해서도 앞서 언급하였다. 이 때문에 표현의 자유에 관한 헌법정신에 맞게 명예를 보호하는 법제를 정비하기 위해서는 진실적시명예훼손행위를 처벌하고 있는 세 개의 조문(형법 제307조 제1항, 형법 제309조 제1항, 정보통신망법 제70조 제1항)은 삭제되어야 한다. 반면에 허위사실적시명예훼손행위는 현행 체계를 유지(단순허위사실적시/출판물등에 의한 허위사실적시+정보통신망에 의한 허위사실적시)하는데 문제가 없다.

것을 제안할 하는 견해(이회경, 앞의 논문, 193면)도 있다.

Ⅶ. 나오는 말

진실사실적시명예훼손죄가 폐지되어야 할 이유는 한두 가지가 아니다. 우선 이 구성요건을 통해 보호되는 명예가 형법적으로 보호가치 있는 법익인지부터 의문이다. 진실사실적시를 통해 손상될 가능성이 있는 것은 진실한 사실의 은폐에 가려진 과장된 명예이기 때문이다. 진실사실적시는 사회일반인의 정상적인 생활형태의 하나이므로 그 자체 행위반가치성도 없다. 그 행위를 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있는 진실사실의 적시로 제한하더라도 규범적으로 어떤 사실이 그러한 가능성이 있는 행위인지를 판단하기 어렵기 때문에 가벌성의 한계를 예측하기 곤란하다. 결국 진실적시명예훼손죄는 ‘남의 말을 좋게 합시다’라는 단순한 예의수준의 사회구호를 도치시켜 구성요건화한 것에 다름 아니다.

이와 같이 애초에 금지대상이 되지 말아야 할 진실적시행위를 처벌대상으로 삼은 입법자의 결단은 그 문제점을 완화하기 위한 응급처방으로 이 구성요건에만 적용될 수 있는 위법성조각사유를 만들게 하였다. 진실사실을 심지어 허위사실과 동일한 법정형으로 처벌하고 있는 일본을 제외하고는 유사한 입법례를 찾기 어려운 이 규정이 진실적시명예훼손죄의 폐지주장을 무력화시켜 형법의 영역에서 퇴출되지 않도록 간신히 버티도록 한 역할을 해왔다. 하지만 이 규정은 구조적으로나 내용적으로 더 나아가 헌법적인 관점에서 볼 때 더 이상 유지되기 어려운 내용을 담고 있다. 구성요건요소인 사실의 진실성이 동시에 위법성조각사유의 하나로 둔갑하여 있다는 점은 오히려 사소한 문제에 불과하다. 위법성을 조각시키는 또 다른 요건인 공익성이라는 요건은 실무상 비방목적이 있으면 쉽게 부정되도록 적용되고 있음도 심각한 문제는 아니다. 결정적인 문제는 공익성이라는 요건을 위법성조각사유로 만들어 놓았다는 점이다. 형법이 공익성을 ‘명예보호 후퇴’ 및 ‘표현의 자유에 대한 예외적 우위성’ 인정을 위한 근거로 사용되고 있음은 헌법의 요구에 반할 수 있기 때문이다. 헌법상 표현의 자유는 관련되는 사안이 사적인 관심사인지 공적인 관심사인지, 그 목적이 사적인 목적인지 공적인 목적인지, 더 나아가 상대방이 사인인지 공인인지에 따라 보호의 정도가 달라질 성질의 것이 아니다. 공익성이 인정되는 표현의 자유만 명예보호에 비해 우위에 서도록 만들어진 것은 사적인 차원의 자유권적 기

본권을 오직 공적인 목적을 위해서만 행사하지 말라는 명령에 다름 아니다. 뿐만 아니라 헌법은 제37조 제2항에서도 공익성을 개인의 자유권적 기본권(표현의 자유도 포함)을 제한하기 위한 근거로 사용하도록 하고 있을 뿐 자유권적 기본권의 보호수위를 높이기 위해 활용하도록 하고 있지 않다. 이와 같이 헌법의 가치결단과 조화를 이루어야 할 형법이 헌법의 요구를 수용하고 있지 못한 점은 진실사실적시명예훼손죄를 폐지하지 않고는 수습되기 어렵다.

마지막으로 진실적시명예훼손죄는 헌법상 비례성원칙에 반한다. 진실사실적시를 통해 침해될 가능성이 있는 명예의 실체가 체면, 위신, 허명 등 과장된 명예인 한 형법적으로 보호할 가치도 없으므로 입법목적의 정당성부터 부정된다. 이러한 명예를 형벌로 보호하기에 적합하지도 않고 다른 경미한 보호수단이 마련되어 있고 그러한 수단들이 충분히 효과적이므로 최소침해원칙도 충족하지 못한다. 형법의 개입을 허용하는 명예가 잠재적 가능성만 가지고 있을 뿐임에 반해 진실사실적시 때문에 제한되는 표현의 자유에 대한 제한은 현실적이고 직접적이므로 균형성도 상실된다. 이와 같이 진실사실적시를 통해 보호되는 대상의 실체, 불법내용, 위법성조각사유의 구조적 모순이나 표현의 자유의 헌법적 위상, 이익형량의 내용적 측면 등을 종합적으로 고려하면 형법의 해석적용상 그리고 헌법적 조명하에 초래될 수 있는 모든 문제점의 근본원인은 진실사실적시에 대한 원칙적 금지를 선언한 형법 제307조 제1항에 있다. 따라서 애초에 만들지 말았어야 할 이 조항은 삭제되어 마땅하다.

진실사실적시를 구성요건적 행위로 하고 있는 이상 비방목적이 추가되더라도 위와 같은 문제점에 노출되어 있음에는 변함이 없다. 따라서 출판물등에 의한 진실적시명예훼손죄도 정보통신망에 의한 진실적시명예훼손죄도 삭제되는 것이 바람직하다. 헌법도 (허위사실적시까지 포함한) 명예훼손의 경우에는 특별히 손해배상방법이 적합한 것으로 권유하고 있고, 민법도 (허위사실적시까지 포함한) 명예훼손으로 인한 정신적 손해배상의 가능성에 대해 별도로 규정하고 있음을 보더라도 진실적시행위에 대한 형법적 개입은 형법의 보충성원칙에도 반한다. 민법은 명예훼손으로 손해(위자료)를 배상받으려면 정신적 손해의 경우조차도 손해라는 결과가 입증되어야 할 것을 요구한다. 반면에 현행 형법은 명예가 현실적으로 손상되었다는 결과를 요하지 않고 사실적시행위만으로도 형사처벌을 할 수 있다. 형벌이 가장 날카로운

제재임에도 민사적 제재인 손해배상요건에 비해 완화되어 있는 것이다. 이러한 점에서 보더라도 최소한 진실적시행위에 대한 형벌의 위험성은 거두어들여야 한다. 더 나아가 형법은 그 발동을 최대한 제한하기 위해 허위사실이 적시된 경우라도 표현의 자유와 명예보호의 충돌을 이익형량하여 표현의 자유를 예외적 우위에 둘 수 있는 조건을 규범화해 두고 있어야 한다. 즉 ‘허위가 아니라고 오인한데에 대해 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 벌하지 않는다’는 취지의 규정을 마련해 둘 필요가 있다. 이것이 헌법상 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고(기본권제한의 최소화!) 명예보호를 최대화하라(기본권보호의 최대화!)는 헌법의 요구에 부합하는 일이다.

참고문헌

- 김현경, 사람, 장소, 환대, 문학과 지성사, 2015
- 박경신, 진실유포죄, 다산초당, 2012
- 권태상, “공적 인물에 대한 명예훼손,” 비교사법 22권 제2호, 한국비교사법학회, 2015,
- 이정원, “명예에 관한 죄에서의 명예개념과 구성요건의 체계,” 영남법학 제13집
- 주승희, “인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장 검토,” 형사법연구 제25호(2006년 여름)
- 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성,” 『세계헌법연구』 제16권 제4호(2010/12)
- 박동천, “명예훼손과 표현의 자유,” 동향과 전망, 한국사회과학연구회, 2014(통권 90호)
- 이희경, 명예훼손죄에 관한 연구 - 명예보호의 한계 - 이화여자대학교 박사학위 청구논문, 2009
- 한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호- 한국, 독일과 미국에서의 명예훼손법리에 관한 헌법적 고찰과 비판을 겸하여,” 저스티스(통권 84호), 2005. 4
- Hans-Joachim Hirsch, “Grundfragen von Ehre und Beleidigung,” FS fuer Wolff zum 70.Geburtstag, Springer, 1998.
- Ernst Amadeus Wolff, “Ehre und Beleidigung,” ZStW 81(1969), S. 906).

De-criminalization of Defamation through true facts

Kim, Seong-Don*

Critical approach toward the attitude of criminal law that punishes stigmatizing true facts for defamation, are based on two arguments. One is that it has a chilling effect on the freedom of expression, and the other is that it is not in harmony with the international norms of protection of honor. Instead of grounding these two arguments, this paper argues for the abolition of defamation through true facts with focus on the theoretical and constitutional aspects.

To do so, this article emphasizes that it is difficult to recognize the value which the crime of defamation protects because what it protects is a mere hypocrisy—by making how the current defamation law establishes the relationship between freedom of expression and honor protection as the starting point. Moreover, its focus points toward clarifying the fact that justification clause(Criminal Code, Article 310)—which creates an assessment among legal experts that there is no fear that the freedom of expression will be unduly limited even if the crime of defamation is maintained—is with the inherent difficulty to be constitutionally justified due to the requirement of ‘public interests.’

This paper argues for the de-criminalization of defamation through true facts — after confirming that the underlying cause that can be pointed out in the theoretical-constitution and in the theoretical interpretation of the criminal law lies in defamation through true facts. In addition, in order to harmonize the protection of honor and the freedom of expression, it proposes to establish a regulation featuring the consideration of justification of defamation through false facts in the case that ‘there is a substantial reason to misconceive a false fact as true’ by legalizing the attitude currently taken by the Korean Supreme Court.

* Professor, School of Law, Sungkyunkwan University

- ❖ Key Words: Defamation through true facts, the freedom of expression, protection of honor, public interests, justification clause