

‘일베충’과 ‘듣보잡’은 처벌되어야 하는가



한상규

강원대학교
법학전문대학원 교수

사이버 공간에서의 모욕행위 현황

“우익성향 온라인 커뮤니티인 일간베스트(이하 ‘일베’) 회원이 이달 14일 열린 서울 도심 집회에서 경찰의 물대포에 맞아 쓰러진 농민의 모습을 ‘썰매’에 비유하는 글을 올렸다가 검찰에 고소당했다. … 노모씨는 ID lu*****를 사용하는 일베 회원을 17일 모욕 혐의로 서울중앙지검에 고소했다고 변호인을 통해 밝혔다. 변호인에 따르면 노씨는 집회 당시 보성농민회 백씨가 경찰의 물대포를 맞고 쓰러지자 백씨를 구조했다. 이 장면을 한 언론사가 촬영해 ‘물대포에 실신한 농민’이라는 제목으로 보도했고, 해당 사진이 일베에 올라왔다. 고소당한 일베 회원은 사진을 올리면서 ‘광화문 스킨월드에서 난데없이 썰매를 신나게 끌어주고 있다. 친구들과 진한 우정을 나누는 모습이다’라는 글을 덧붙였다.” 이는 어떤 언론의 최근 보도내용이다.¹⁾

작년 세월호 침몰사고 이후 인터넷 사이트에 실종자들을 ‘물고기밥’으로 표현하며 모욕한 혐의로 처벌받은 사람들이 있다. 5·18 광주민주화운동의 희생자를 비하한 일베 회원도, 세월호 사고 관련 게시글의 댓글에서 글쓴이를 ‘일베충’이라고 언급한 네티즌도 모두 모욕죄로 벌금형을 선고받았다. 그 밖에 트위터에 비속어로 답글을 올렸다가 모욕죄로 유죄판결을 받은 사례가 있고,²⁾ 카카오톡, 페이스북 등 소셜네트워크서비스(SNS)를 통한 상호 비방의 경우에도 형사상 모욕죄

1) 『연합뉴스』, 2015. 11. 17. 최송아, “물대포 맞는 농민 ‘썰매’에 비유 일베 회원 피소”, <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/11/17/0200000000AKR20151117168100004.HTM>(검색일: 2015. 12. 1.)

2) 『법률신문』, 2014. 5. 8. 신소영, “트위터 모욕’ 나꼼수 김용민씨 선고유예 확정”, [https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?Serial=84392&kind=AA&key=\(검색일: 2015. 12. 1.\)](https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?Serial=84392&kind=AA&key=(검색일: 2015. 12. 1.))
인터넷 팟캐스트 <나는 꼼수다>의 패널로 활동했던 김씨는 2012년 1월 자신의 트위터에 A씨가 ‘악의 구렁텅이에서 남을 건져내고 싶은 마음 간절하합니다’라는 비난 글을 올리자 ‘부디 O하세요’라는 답글을 올렸다.

가 적용될 수 있다. 이렇듯 사이버 공간에서의 모욕 행위에 대한 형사처벌 사례가 계속 늘고 있는 것이 현실이다.

경찰청 사이버안전국 통계에 따르면 사이버 명예훼손 및 모욕죄 신고 건수가 2012년 5,684건, 2013년 6,320건, 2014년 8,880건이던 것이 2015년 7월말 현재 8,488건으로 급증하고 있다고 한다. 이는 사이버 공간에서의 욕설·폭언 등에 대해 모욕죄로 고소·고발하는 사례가 크게 늘어났음을 실증한다. 사실 인터넷상 각종 모욕 행위가 사회문제가 된 것은 최근의 일이 아니다. 대표적으로 2004년 ‘왕따 동영상’ 사건(2004년 2월 경남 창원 모 중학교의 한 학생이 같은 반 친구를 괴롭히는 장면을 찍어 인터넷에 유포한 사건, 당시 파문이 확산되면서 학교장이 스스로 목숨을 끊었다.), 2005년 연예인 X파일 사건(광고기획 회사인 제일기획에서 연예인 99명에 관한 정보를 정리하여 만든 파일이 유출된 사건, 그 내용 중 연예인들의 성격, 사생활, 과거사, 각종 루머 등이 큰 파장을 불러 왔다.)과 개똥녀 사건(지하철에서 한 여성이 애완견의 배설물은 치우지 않고 애완견만 닦은 채 앉아 있는 사진과 배설물을 치우는 노인을 대비한 사진이 인터넷에 공개되어 문제가 되었다.), 2006년 된장녀 사건(명품과 최신 유행에 민감한 일부 허영심 많은 여성들을 비하하는 용어로 유행하였다.), 2008년 최진실 사건(사살 원인 가운데 인터넷에 떠돌던 ‘사채업자 루머’가 있었다. 동료 배우가 최근 자살을 했는데 그 원인으로 최진실이 돈을 빌려주고 돈을 상환하도록 압박해서 동료배우를 죽음으로 몰았다는 루머가 돌았다.) 등이 그 대표적인 예다.

인터넷으로 대표되는 사이버 공간의 등장은 이 시대를 살아가는 우리들에게 사회 일반 관심사에 대한 자신의 견해나 감정을 표현할 수 있는 ‘새로운 표현매체의 출현’이라는 의미를 가진다. 컴퓨터가 만든 가상환경을 뜻하는 사이버 공간은 ‘익명성’과 ‘비대면성’, ‘쌍방향성’, ‘빠른 전파성’ 및 ‘접근의 용이성’을 그 특징으로 한다. 사이버 공간에서는 누구나 기존의 사회적 위계질서에 구속되지 않고 자신의 신원이 밝혀져 당하게 될 보복이나 괴롭힘에 대한 두려움 없이 자신의 생각을 자유롭게 표출하고 널리 전파할 수 있다. 또, 시간·공간적 제약 없이 사회적 의제에 대해 의사를 표현하고 서로 토론할 수 있는 장이 되기도 한다. 그래서 사이버 공간은 국민의 의사를 제대로 반영하고 있지 못한 대의민주주의의 문제점을 극복할 수 있는 방안으로 칭송받기도 한다. 이러한 점이 인터넷을 공중파방송에 비해 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”로 부르게 된 이유일 것이다.³⁾

반면 사이버 공간의 위와 같은 특성은 여러 가지 부정적 효과를 낳는 원인이

3) 헌법재판소(2002. 6. 27.) 99헌마480 결정 참조.

될 수도 있다. 현실 공간에서는 서로 다른 의견을 가진 사람들이 결론에 이를 때까지 충분히 토론하고 문제를 해결하여야 할 사안이 사이버 공간에서는 신중한 상호작용을 만들어 내지 못한다든지, 조심스럽지 못하게 즉각적인 반응을 보이거나 상대방에 대한 배려 없이 자신의 의사를 표현하는 데 몰두해 필요 이상의 공격적인 모습을 띠는 것이다. 익명성에 기대어 별다른 책임의식 없이 타인의 명예나 사생활의 비밀 등 인격권을 침해하게 될 위험도 크다.

어떤 이는 익명의 사이버 공간을 답답하고 억울한 현실에 대한 불만을 방출하는 장소로 생각하고 있는지도 모른다. 나라별로 인터넷 댓글 중 악플(부정적 댓글) 대 선플(긍정적 댓글)의 비율을 조사한 결과, 일본 1:4, 네덜란드 1:9에 비해 한국의 경우 4:1로 악플의 비율이 압도적으로 높게 나타났다.⁴⁾ 이는 적절하게 관리되지 못한 감정이 모욕과 경멸의 형태로 사이버 공간에서 표출되는 것으로 이해할 수 있다. 또, 우리 사회가 사이버 공간 외에 감정을 표출할 정당한 출구를 제대로 갖추고 있지 못하다는 반증일 수도 있다. 그 밖에도 분위기에 쉽게 휩쓸리는 경향이나, 의도적으로 사회의 관심을 끌고 주목받기 위해 사이버 공간을 이용하려는 행태도 사이버 공간에서의 모욕행위로 인한 법적 분쟁이 늘어나는 한 원인일 것이다.

모욕죄는 위헌인가

명예훼손죄의 보호법익이 사람의 인격적 가치와 그의 도덕적·사회적 행위에 대한 사회적 평가를 의미하는 ‘외부적 명예’임에는 별다른 이론이 없다. 즉 외부적 명예가 아닌 자기의 인격적 가치에 대한 자기 자신의 주관적인 평가 내지 감정을 의미하는 ‘명예감정’은 명예훼손죄의 보호법익이 아니다. 모욕죄의 보호법익에 관해서도 명예훼손죄와 같이 ‘외부적 명예’라는 것이 지배적 견해이지만 모욕죄의 보호법익은 명예훼손죄와 달리 ‘명예감정’이라고 보는 소수의 견해도 있다.

이와 관련하여 대법원은 ‘보호법익의 관점에서는 명예훼손죄와 모욕죄 모두 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예인 점에서는 차이가 없다’고 판시하여 지배적 견해와 같은 입장을 취하고 있다.⁵⁾ 그러면서 명예훼손은 사람의 사회적 가치를 저하시킬 만한 ‘구체적 사실의 적시’를 하여 명예를 침해함을 요하

4) 『경향신문』, 2014. 10. 17. 이문재, “누가 ‘감정’을 무시하는가”, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201410172035445&code=990100(검색일: 2015. 12. 1.).

5) 대법원(1987. 5. 12.) 87도739 판결 참조.

는 것이어서 구체적 사실이 아닌 '단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현'으로서 사회적 평가를 저하시키는 모욕죄와 구별되고 그런 이유로 모욕죄에 대해서는 명예훼손죄에 비하여 그 형을 가볍게 하고 있는 것이라고 한다. 즉 판례는 명예훼손죄와 모욕죄는 그 보호법익이 '외부적 명예'라는 점에서는 구별되지 않고, 행위의 측면에서 '구체적 사실을 적시하였는지 여부'가 모욕죄와 명예훼손죄를 구별하는 표지가 된다고 한다. 따라서 구체적 사실의 적시 없이 단지 모욕적 언사를 사용하는 것은 모욕죄에 해당할 뿐 명예훼손죄에는 해당하지 않는다는 것이 대법원의 입장이다.⁶⁾

이러한 판례의 입장은 명예훼손으로 처벌되지 않는 의견과 감정의 표현을 또 다른 죄목인 모욕죄로 처벌하는 것이어서 헌법적으로 타당하지 않다는 비판에 부딪히게 된다.⁷⁾ 모욕죄 처벌규정을 통해 감정과 의견 표현이 갖고 있는 순기능을 저해하는 것은 옳지 않다는 것이다. 또한 모욕죄가 외부적 명예를 보호법익으로 하는 까닭에 외부적으로 봤을 때 일반 시민보다 명예를 더 가지고 있을 것이라고 인정될 수 있는 일정한 지위를 가진 사람들이 보다 강한 보호를 받게 되는 보호상의 불평등이 생기고, 피해자가 실제로 모욕감을 느꼈는지를 판단하는 것이 아니라 외부적 명예가 손상되었는지를 객관적으로 판단하게 되므로 국민의 언어적 생활을 국가가 형사적 제재를 동원하여 통제하는 결과를 낳는다는 비판에도 직면하게 된다.⁸⁾

형법상 모욕죄의 위헌성에 관한 헌법재판소의 결정으로는 2013년 진중권 교수가 제기한 형법 제311조(모욕죄)에 대한 헌법소원 사건이 있다. 진 교수는 문화평론가로 알려진 변희재 씨를 '듣보잡'(듣도 보도 못한 잡것이라는 의미)이라고 칭하는 글을 올렸다가 모욕죄로 기소되자 위의 헌법소원을 제기했는데, 이에 대해 헌법재판소는 합헌결정(헌법재판소 2013. 6. 27. 2012헌바37 결정)을 내렸다.

먼저 헌법재판소는 모욕죄를 규정하고 있는 형법 제311조의 '모욕' 부분이 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 결정하였다. "모욕죄의 구성요건인 '모욕'은 사실을 적시하지 않고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것이고, 모욕죄의 보호법익과 입법목적, 취지 등을 종합하면 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무

6) 대법원(1989. 3. 14.) 88도1397 판결 참조.

7) 박경신, 2009. "모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰", 『고려법학』 52권(고려대학교 법학연구원), 272쪽.

8) 박주민, 2012. "국제인권기준에 비추어 본 우리나라 표현의 자유와 관련된 제도의 개선방향 -국가보안법, 명예훼손 및 모욕을 중심으로-", 『서강법률논총』 제1권 제2호, 44쪽.

엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기 어렵고, 법 집행기관이 이를 자의적으로 해석할 염려도 없다”는 것이 그 논거이다.

다음으로 헌법재판소는 형법의 모욕죄 조항이 표현의 자유를 침해하는 것도 아니라고 결정하였다. “사람의 인격을 경멸하는 표현이 공연히 이루어진다면 그 사람의 사회적 가치는 침해되고 그로 인하여 사회구성원으로서 생활하고 발전해 나갈 가능성도 침해받지 않을 수 없어 모욕적 표현으로 사람의 명예를 훼손하는 행위는 분명 이를 금지시킬 필요성이 있다.”는 것이다. 나아가 “모욕죄의 처벌에 피해자의 고소가 필요하고, 그 법정형의 상한이 비교적 낮으며(1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금), 법원이 개별 사안에서 형법 제20조의 정당행위 규정을 적절하게 적용하여 표현의 자유와 명예보호 사이에 적절한 조화를 도모하고 있다.”는 것을 근거로 삼았다(이에 대해서는 다음에서 살펴보는 바와 같이 헌법재판관 3인의 반대의견이 있었다).

그러나 모욕죄의 합헌성을 주장하는 입장은 점점 그 설 자리를 잃어가고 있는 것으로 보인다. 눈을 돌려 외국의 경우를 살펴봐야도 그러하다.

모욕죄의 형사처벌은 보편적인가

우선 모욕죄에 대한 처벌규정을 두고 있는 대표적인 나라를 살펴본다. 일본이 독일의 법을 참고로 형법을 제정하고, 한국은 일본의 형법을 상당 부분 이어받아 독일, 일본, 한국 모두 모욕죄에 관한 처벌규정을 두고 있다. 한편 중국에도 모욕죄에 대한 처벌조항이 있다.

독일 형법 제185조는 “모욕행위는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고 모욕이 행동을 통한 방법으로 이루어진 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.”고 규정하면서⁹⁾ 제194조제1항제1문에서 “모욕죄는 고소가 있어야만 형사소추된다.”고 규정하여 원칙적 친고죄로 규정하고 있다. 일본의 경우 형법 제231조에서 “사실을 적시하지 아니하여도 공연히 사람을 모욕한 자는 구류 또는 과료에 처한다.”고 규정하고,¹⁰⁾ 제232조제1항에서 “이 장의 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.”고 하여 역시 친고죄로 규정하고 있다. 중국 형법 제246조도 “폭력 또는 기타 방법으로 타인을 공연히 모욕하거나 사실을 날조하여 타인을 비방하고, 사안이 엄중한 경우, 3년 이하의 유기징역, 구역, 관제 또는 정

9) 법무부, 2008, 『독일형법』, 156쪽.

10) 법무부, 2007, 『일본형법』, 94쪽.

치권리박탈에 처한다. 전항의 죄는 고소가 있어야 처리한다. 다만 사회질서 및 국가이익에 중대한 위해를 가한 경우에는 예외로 한다.”는 규정을 두고 있다.¹¹⁾

그러나 세계적으로는 모욕죄를 처벌하지 않는 나라가 더 많다. 예를 들어 캐나다 연방형법은 제노사이드(genocide) 선동, 공공장소에서의 혐오선동, 고의에 의한 혐오 조장 등 3가지 유형의 혐오표현을 금지하는 규정을 두고 있을 뿐 모욕죄에 관한 규정은 두고 있지 않다.¹²⁾ 심지어 캐나다 연방대법원은 1985년 홀로코스트를 부정하며 “정말로 6백만이 죽었나?”라는 제목의 팸플릿을 발행하여 허위 사실을 유포한 혐의로 기소된 피고인에 대하여 그 처벌규정인 연방형법 제181조가 표현의 자유를 보장하고 있는 헌법에 위반된다고 판시한 바 있다.¹³⁾

미국에서는 1964년 뉴욕타임즈 대 설리반 사건¹⁴⁾과 개리슨 대 루이지애나 사건¹⁵⁾을 계기로 많은 주들에서 사법부나 입법부에 의해 형사상 명예훼손을 폐지하였고(따라서 모욕죄도 폐지) 명예훼손에 대한 형사처벌규정을 유지하고 있는 주에서도 그 사건수가 1년에 2건 정도로 매우 미미하다고 한다.¹⁶⁾ 미국 연방대법원은 1971년 베트남전 참전에 대한 반대운동과 이에 따른 강제징집에 대한 거부운동이 벌어지고 있던 상황에서 법원 방청객이 “Fuck the Draft”라고 쓰여진 자켓을 입고 법원 복도를 걸어가다가 일종의 소란죄로 체포되어 처벌을 받게 된 사안에서 ‘욕설의 형식을 사용했다는 이유만으로 해당 정치적 표현행위가 제한되어서는 안 된다’는 판단을 한 바 있다.¹⁷⁾

한편 2006년 유럽인권재판소에서는 리셴코 대 우크라이나 사건(Lyshanko vs. Ukraine)에서 우크라이나 검찰이 우크라이나 총리를 비판한 기사를 형사처벌한 것에 대해 인권침해라는 이유로 우크라이나 법원의 유죄판결을 번복하였다.¹⁸⁾ 최근에는 인도 대법원이 컴퓨터나 통신기기를 이용해 ‘극도로 모욕적이거나 위협적인 성격의 정보’를 올리거나 ‘짜증이나 불편함, 모욕감 등을 유발할 목

11) 법무부, 2008. 『중국형사법』, 95쪽.

12) 박해영, 2015. “혐오표현(Hate Speech)에 관한 헌법적 고찰”, 『공법학 연구』, 16권 3호, 한국비교공법학회, 147쪽. 이와 관련하여 국내에서도 최근 모욕죄가 아니라 인종, 성, 연령, 민족, 국적, 종교, 성 정체성, 장애, 언어능력, 도덕관 또는 정치적 견해, 사회적 계급, 직업 및 외모, 지적 능력, 혈액형 등 특정한 집단에 대한 편견, 폭력을 부추길 목적으로 이루어지는 의도적인 폄하, 위협 선동 등의 혐오 표현을 처벌하는 혐오죄로 대체하자는 논의가 활발하다.

13) R. v. Zundel [1992] 2 SCR 731.

14) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

15) Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964).

16) 박경신(2009) 참조.

17) Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

18) 『경향신문』, 2008. 7. 16. “[시론]명예훼손 형사처벌 폐지 마땅”, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=200807161759555&code=990303(검색일: 2015. 12. 1.)

적으로' 거짓정보를 올리는 경우 처벌토록 한 인도통신법에 대해 처벌대상이 분명하지 않아 헌법상 표현의 자유를 침해하고 국민의 알 권리에도 영향을 준다며 위헌판결을 내렸다.¹⁹⁾

대부분의 OECD 국가는 모욕죄 조항을 이미 폐지 또는 사문화했고, 세계언론자유위원회(WEPC) 역시 매년 모욕죄 폐지를 각국에 요청하고 있는 것이 현실이다.

디지털 시대 표현의 자유와 모욕죄의 운명



이러한 상황에서 헌법재판소의 합헌결정에도 불구하고, 형법상 모욕죄 조항을 폐지해야 한다는 주장이 지속적으로 제기되고 있다. 최근 모욕죄 사건의 급격한 증가와 함께 모욕죄 형사처벌 조항을 악용하여 합의금을 받아 내기 위해 이른바 '기획고

소'가 기승을 부리는 등의 부작용이 커졌을뿐만 아니라, 모욕행위를 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 표현의 자유를 위축하고 법 집행기관의 자의적인 판단이 내려질 수도 있다는 이유에서다.

모욕행위의 형사처벌을 찬성하는 입장에서는 표현의 자유는 절대적인 것이 아니라 타인의 권리를 침해하거나 사회질서를 해하는 경우에는 제한될 수 있는 것이며, 모욕죄의 입법취지도 의견이나 감정의 표현 그 자체를 막자는 것이 아니라 너무 과격하거나 저열한 표현을 사용하여 타인의 인격권을 침해하지 말자는 것이라고 주장한다. 표현의 내용과 방식, 장소에 따라 일정한 한계가 존재하고 표현의 자유라는 미명하에 특정 개인과 집단을 비하하여 적대감을 불러일으키는 표현이 용납되기는 어렵다는 것이다. 헌법 제21조제4항에서도 '타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안 된다'는 한계를 규정하고 있다. 특히 사이버 공간에서의 모욕행위는 현실 공간의 모욕행위에 비해 그 전파성이

19) 『연합뉴스』, 2015. 3. 24. 나확진, "인도 대법원 '사이버 모욕죄' 위헌 결정", <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/03/24/0200000000AKR20150324190100077.HTML?input=1195m>(검색일: 2015. 12. 1.)

훨씬 강해서 사이버 모욕을 당한 뒤 그 피해회복은 거의 불가능하다는 점이 강조된다. 최근 한국갤럽의 여론 조사에 의하면 78%의 국민이 사이버상의 명예훼손이나 모욕행위에 대한 처벌을 강화해야 한다고 답변한 것도 그러한 맥락으로 이해된다.²⁰⁾ 해당 조사에 의하면 응답자의 82%는 현재 사이버 폭력이 매우 또는 어느 정도 심각하다고 느끼고 있으며, 별로 또는 전혀 심각하지 않다는 의견은 5% 뿐인 것으로 파악됐다고 한다. 더 자세한 조사 내용은 알 수 없으나 사이버 공간에서의 모욕에 대한 해결책으로 형사처벌을 강화해야 한다는 생각을 대다수 국민이 갖고 있다는 것은 확인할 수 있다.

그러나 사이버 공간에서의 표현행위에 대해 모욕죄를 적용해 형사처벌하는 것은 표현의 자유에 대한 ‘위축효과(chilling effect)’를 불러일으킬 수 있음에 주목하여야 한다. 위축효과(chilling effect)는 법률이 내재하고 있는 위법행위에 대한 ‘억제효과(deterrent effect)’와는 구분되는 개념으로 개인이나 집단이 벌칙 부과에 대한 두려움으로 인해 표현이나 행동을 스스로 위축시키는 것이다. 그로 인해 자기 검열을 강화하고 표현의 자유를 방해하는 결과를 초래한다. 물론 이러한 위축효과는 형사처벌 외의 손해배상청구와 같은 민사소송이나 반론보도·정정보도 등을 청구하는 경우에도 발생할 수 있다. 그러나 형벌권의 위하(威嚇)적 특성상 형사처벌은 다른 민사적, 행정적 수단보다 훨씬 더 사이버 공간에서의 표현의 자유를 위축시킬 가능성이 높다. 특히, 국가기관이 정치적 반대 의견을 억압하기 위해 형사처벌을 요구하는 것은 겉으로는 정당한 피해자의 권리를 행사하는 것처럼 보이지만, 실제로는 표현의 자유를 억압하는 수단이 될 수 있다. 결과적으로 언론이나 개인들이 자기검열을 강화하고 공동체의 주요 관심사에 대한 시민들의 자유로운 발언을 억제할 가능성이 높다.²¹⁾

게다가 사이버 공간에서의 모욕행위에 대한 형사처벌이 남용되면 이제는 형벌을 통해 달성하려던 범죄행위의 억제효과가 약화되는 결과를 초래할 수도 있다. 빈번한 형사처벌의 우려가 상존하면 그 법은 수범자로 하여금 법을 무시하거나 경시하게 만들 수 있기 때문이다. 수범자들이 범법행위로 필요 이상의 잦은 처벌을 받는다면 더 이상 그 행위를 중대한 위법행위로 인식하지 않게 될 것이고 법은 결국 강제력을 확보하지 못하는 한계를 드러낼 것이다.

“언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치 없거나 유해하다는

20) 『연합뉴스』, 2015. 6. 10. 현혜란, “국민 78% “사이버 명예훼손 처벌 강화해야””, <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/06/10/0200000000AKR20150610123800033.HTML?input=1195m>(검색일:2015. 12. 1.)

21) 『경향신문』, 2009. 3. 29. 황용석, “위축효과와 PD수첩 수사”, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=200903291726455&code=940705(검색일: 2015. 12. 1.)

주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 그 표현의 해악을 시정하는 1차적 기능은 시민사회 내부에 존재하는 사상의 경쟁메커니즘에 맡겨져 있기 때문이다. 그러나 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하더라도 그 표현의 해악이 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현은 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받을 수 없고 국가에 의한 내용규제가 광범위하게 허용된다”는 헌법재판소의 입장²²⁾은 규제에 중점을 둔 것이라기보다는 다양한 의견들이 시장의 경쟁과 검증을 거쳐 최종적으로 좋은 의견이나 사상이 남게 된다는 ‘사상의 자유시장’ 이론의 맥락에서 이해되어야 할 것으로 본다.

그런 점에서 앞서 본 바와 같이 형법상 모욕죄의 합헌을 선고한 헌법재판소 2013. 6. 27. 2012헌바37 전원재판부 결정에 대한 재판관 3인의 반대의견은 경청할 만하다. 반대의견은 먼저 모욕죄의 구성요건인 ‘모욕’의 범위가 지나치게 광범위함을 지적한다(이는 미국 연방대법원이 표현의 자유를 제한하는 법률에 대한 위헌심사의 기준의 하나로 삼고 있는 ‘광범위성(Overbreadth) 무효의 원칙’을 참고한 것으로 보인다.). 그래서 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에 현실 세태를 빗대어 우스꽝스럽게 비판하는 풍자·해학을 담은 문학적 표현이나 부정적인 내용이지만 정중한 표현으로 비꼬아서 하는 말, 인터넷상 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등도 모욕죄로 처벌될 수 있으므로, 헌법상 보호받아야 할 표현까지 규제될 염려가 있다는 것이다. 즉 모욕죄를 형사처벌하는 것은 다양한 입장에서 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기해 건전하게 해소할 가능성을 제한할 수 있다. 또, 정치적·학술적 토론이나 의견교환과정에서 사용된 일부 부정적인 언어나 예민한 정치적·사회적 이슈에 관한 비판적 표현이 모욕에 해당하여 규제된다면, 정치적·학술적 표현행위를 위축시키고 열린 논의의 가능성이 줄어들어 표현의 자유의 본질적인 기능이 훼손될 수 있다. 반대의견은 다음으로 국가형벌권의 행사를 형법으로 규정하고자 할 때는 최소한의 행위에 국한되어야 하는 점, 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현행위에 대해서는 시민사회의 자기 교정기능에 맡기거나 민사적 책임을 지우는 것으로 규제할 수 있는 점, 모욕행위를 형사처벌하는 것은 국제인권기준에도 부합하지 않는 측면이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 형법상의 모욕죄는 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해한다고 보았다.

현실적으로는 모욕행위의 형사처벌 여부를 상대방이 누구인지에 따라 나누어

22) 헌법재판소(1988. 4. 30.) 95헌가16결정.

생각해 볼 수도 있다. 공인에 대한 모욕행위를 처벌의 대상으로 삼는 것은 매우 신중하게, 특히 국가나 정부의 수장과 같은 최고의 정치적 권력을 행사하는 사람 혹은 국가기관에 대한 모욕에 대해서는 형사처벌의 대상으로 삼지 않는 방법을 생각할 수 있는 것이다. 명예훼손에 관한 것이기는 하지만 “당해 표현으로 인하여 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야”한다는 대법원 판례²³⁾는 모욕과 관련해서도 시사하는 바가 있다. 즉, 모욕적 표현도 공적 영역에 관한 것인지, 사적 영역에 관한 것인지에 따라 그 보호의 정도가 달라질 수 있는 것이다.

타율에서 자율로

오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 사이버 공간의 표현에 대하여 질서 위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우, 표현의 자유 보장에 큰 장애가 초래될 수 있다. 그러므로 모욕행위에 대해서는 사회의 자율적 규제가 강화되어야 하고, 시간이 걸리더라도 사회의 자율적 정화 기능을 신뢰하여야 한다. 또, 가능한 한 국가에 의한 법적 강제 특히 형벌에 기대지 않아야 하며, 법적 규제에 의하더라도 민사적·행정적 해결을 도모하는 것이 옳다. 한편으로 현실 공간에서의 에티켓을 교육하듯이 사이버 공간에서의 에티켓(네티켓)을 반드시 교육하여야 한다. 이러한 관점이야말로 표현의 자유가 디지털 시대의 정보기술사회에서 개인의 인격 형성과 발전은 물론 국민의 정치참여와 국가정책 결정에 영향을 미칠 수 있는 수단이자 진리에의 도달, 변화와 안정 사이에 균형을 잡는 역할을 온당히 실현할 수 있는 길로 생각되기 때문이다. 그래서 ‘일베충’과 ‘듣보잡’이 형사처벌의 대상이 되는 표현이었다는 데 찬성할 수 없다. ─

23) 대법원(2004. 2. 27.) 2001다53387 판결 참조.