

사실을 적시해도 명예훼손죄로 처벌하는 것이 온당할까.

— 현재 2021. 2. 25. 선고 2017헌마1113, 2018헌바330(병합) 판결 분석

장윤미 법무법인 원앤원 변호사

1. 들어가기에 앞서

얼마전 ‘OO 상간녀 사건’이라는 키워드가 인터넷 상을 뜨겁게 달군 적이 있다. 한 온라인 커뮤니티에 올라온 글이 발단이 되었는데, 해당 글 게시자는 “전 남편의 상간녀가 다른 남성과 결혼을 하였는데 그 여성의 결혼식에 참석해 가족들에게 불륜사실을 폭로하였다”고 적었다. 관련 기사에서 법조인들은 이 경우 불륜 사실을 알린 것은 설사 불륜이 사실이더라도 명예훼손죄가 성립한다고 인터뷰하였는데, 인터넷 여론은 갑론을박이었다. 불륜이 사실이라면 그것을 알렸다고 해서 무슨 문제냐, 불륜 피해자가 명예훼손죄로 처벌받게 정당하느냐는 의견이 많았다.

‘배드파트너스’라는 사이트가 있다. 이혼 후 양육비를 지급하지 않는 부모의 실명과 직업, 학력 등 신상정보를 공유하는 사이트로, 이 사이트 운영자는 정보통신망법 상 명예훼손죄로 기소되었다. 1심 재판부는 ‘배드파트너스’ 사이트 운영자에게 정보통신망법 상 명예훼손죄가 성립하기 위한 요건인 ‘비방의 목적’이 없다는 이유로 무죄를 선고하였는데, 검사가 항소하여 2021년 6월 현재 항

소심이 진행 중이다(수원고등법원 2020노70). 기소의 요지는 양육비를 지급하지 않은 것이 사실 이더라도 이 사실을 사이트에 게재하는 것은 명예훼손이라는 것인데, 사실적시 명예훼손죄가 존재하기 때문에 ‘배드파트너스’ 사이트의 게시내용이 일단, 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다는 점은 분명해 보인다.

다른 어떠한 형벌 규정보다도 명예훼손 관련 조항은 우리 생활에 밀접해 있다. 보통 사람들에게 폭행, 사기, 뇌물 이런 범죄들은 먼 이야기이지만 명예훼손은 언제나 내 문제가 될 수 있다. 지어 내는 것도 아닌 실제로 억울한 일을 겪었을 때 이를 제3자에게 알리는 것은 보통 사람들이 쉽게 생각할 수 있는 호소의 방법이기도 하다. 인터넷이라는 열린 공간은 이런 생각을 가속화하기도 한다. 그런데 이 경우에 보통은 한 번쯤 멈칫하게 된다. 사실적시 명예훼손죄로의 처벌 가능성 때문이다. 변호사로 일하면서 ‘제가 억울한 일을 당했는데 이런 글을 인터넷에 올리면 명예훼손이 되나요?’, ‘공익성의 목적이 있다면 처벌받지 않는다는데, 그런가요?’라는 질문들을 자주 받게 된다.

2. 대선평결 - 형법 제307조 제1항 위헌확인 결정

가. 쟁점의 정리

사실을 적시해도 명예훼손죄로 형사처벌하는 것은 정당할까. 이를테면, 앞서 언급한 ‘배드파트너스’ 사건의 경우, 양육비 지급 의무를 해태한 사람의 명예는 법적으로 보호할 가치가 있을까. 있다면 그 보호는 어느 범위, 어느 수준이어야 할까. 사실을 적시해 타인의 명예를 훼손한 사람에게 그 책임을 물을 경우 형사처벌을 하는 것이 능사일까, 민사적 배상방법으로 형사처벌을 대체할 수는 없는 것일까. 이처럼 사실적시 명예훼손죄에는 여러 쟁점들이 따라붙는다.

헌법재판소는 2021년 2월 25일 재판관 5명 찬성, 4명 반대로 사실적시 명예훼손죄에 대해 형사처벌을 규정한 형법 제307조 제1항에 대한 합헌 결정을 내렸다. 5 대 4라는 것은 그만큼 현재 내에서도 의견이 팽팽히 갈렸다는 것을 보여준다. 기본권을 제한하는 어떠한 법조항이 있을 때, 그 조항이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하는 기준은 이른바 ‘과잉금지원칙’인데, 쉽게 말하면 해당 법조항에서 기본권 제한이 필요최소한의 범위에서 적정하게 이루어져 있는지를 살피는 것이다. 사실적시 명예훼손죄를 규정한 형법 제307조 제1항의 경우 표현의 자유가 개인의 인격권을 위해 제한되고 있는데, 그 제한이 필요최소한도로 이루어졌는지가 쟁점인 것이다. 현재의 다수 입장은 사실적시 명예훼손죄에서 과잉금지원칙 위배는 없다는 결론이었다. 그 이유는 다음과 같았다.

나. 과잉금지원칙의 위배 여부

(1) 현재는 오늘날 매체가 매우 다양해짐에 따라 명예훼손적 표현의 전파 속도와 파급효과가 광범위해지고 있고, 일단 훼손된 명예는 완전한 회복이 쉽지 않기 때문에 명예훼손적 표현행위를 제한해야 할 필요성은 더 커지게 되었다고 보았다. 때문에 사실을 적시하여 명예훼손 행위를 금지하는 것은 개인의 인격권 보호를 위한 것으로 입법목적의 정당성이 인정된다고 판단하였다(목적의 정당성). 또한 형사처벌이 명예훼손적 표현행위에 대해 상당한 억제효과를 가질 것이므로 수단의 적합성도 인정된다고 판시하였다(수단의 적합성).

(2) 그렇다면 사실적시 명예훼손에 대해 형사처벌로 규율한 것이 표현의 자유라는 기본권의 침해를 최소화한 입법이라고 할 수 있을까. 더구나 형법 제307조 제1항은 “공언히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다”라고 하여 징역형까지 선고가 가능하도록 규정하고 있다.

이에 대해 현재 다수의견은 우리 사회의 특수성을 거론하였다. 명예와 체면을 중시하는 우리 사회에서 명예훼손적 표현행위로 피해를 입은 개인이 자살과 같은 극단적 선택을 하는 사례도 발생하는 등 그 사회적 피해가 매우 심각한 상황이기 때문에 표현의 자유의 보장 필요성을 인정하더라도 사실 적시를 통한 명예훼손적 표현행위를 규제하여 인격권을 보호할 필요성이 분명히 존재한다는 것이다.



그 연장선상에서 현재 다수의견은 사실적시 명예훼손죄를 비범죄화하기 위해서는 개개인이 표현의 자유의 무게를 충분히 인식하고 그 결과에 대해 당연히 책임을 져야 한다는 분위기가 성숙되어, 형사처벌이라는 수단을 활용하지 않아도 개인의 명예가 보호될 것이라는 사회적 공감대가 형성되어야 하는데 실상은 그렇지 않다고 판단하였다. 오히려 명예훼손죄로 기소되어 처벌되는 사례가 점차 증가하고 있고, 명예훼손적 표현의 유통경로가 다양화되어 그 피해가 더 커지고 있는 것이 실상이라고 진단하였다. 즉, 사실적시의 경우라도 명예훼손성 표현의 경우 여전히 형사처벌의 필요성이 있다고 본 것이다.

(3) 나아가 현재 다수의견은 징벌적 손해배상이 인정되지 않는 현행 입법례에서 민사상 손해배상만으로는 사실적시 명예훼손을 방지하기 위한 예방 효과를 달성할 수 없다는 점을 지적하였다. 징벌적 손해배상 논의로까지 나아갈 것도 없이, 현재는 현행 민사상 구제수단은 피해자가 소송비용을 부담해야 하는 문제가 있고, 소송 기간이 길어 승소하더라도 그 사이 실추된 명예를 회복할 길이 요원하다고 판단하였다. 명예훼손성 게시물의 삭제를 요구하는 가처분 신청의 경우에도 인터넷상에서 게시물이 무분별하게 퍼지는 경우가 많기 때문에 일일이 그 삭제를 요구하는 것은 사실상 불가능에 가까워 실효적 구제수단으로 기능하기 어렵다고 지적하였다.

(4) 현재 다수의견은 사실적시 명예훼손 관련 위법성 조각사유를 별도로 규정한 형법 제310조의 존재를 사실적시 명예훼손 합헌의 또 다른 근거로 판단하였다. 형법 제310조는 “공언히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”고 규정하고 있는데, 현재와 대법원이 ‘진실한 사실’, ‘공공의 이익’의 범위를 넓게 해석하고 있다는 점을 현재는 형법 제307조 제1항 합헌의 근거로 삼았다.

구체적으로, ▲ ‘진실한 사실’과 관련한 현재의 기본입장은, ‘행위자가 진실한 것으로 오인하여 행위를 하였고, 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 명예훼손이 성립하지 않는다’는 것으로, 잘못 알고 명예훼손 행위를 하였어도 정당한 이유로 사실을 오인한 경우에는 위법성이 조각된다고 그 의미를 넓게 인정하고 있다. ▲ 대법원 역시, ‘세부에 있어 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라면 위법성이 조각된다고 판단하고 있다. 즉, 형법 제310조에 따라 명예훼손 행위자가 폭넓게 면책될 수 있기 때문에 현재 다수의견은 사실적시 명예훼손을 위헌으로 단정할 수 없다고 판단하였다.

또한 ▲ 대법원은 ‘오로지 공공의 이익에 관한’이라는 문구의 의미에 대해서도 ‘국가·사회의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함된다’고 넓게 해석하고 있다. 이처럼 현재와 대법원이 사실적시 명예훼손죄에서 위법성 조각사유의 범위를 넓게 인정하고 있다는 점이 사실적시 명예훼손죄가 피해의 최소성 원칙을 훼손하지 않는다는 판단의 근거로 작용하였다(피해의 최소성).

(5) 그렇다면 형법 제307조 제1항에서 충돌하는 두 개의 법익, 즉, '표현의 자유'와 '개인의 명예'를 훼손당하지 않을 인격권 사이의 균형은 잘 이루어져 있는가. 이 질문에 대한 현재 다수의견의 답변은 '그렇다'는 것이다. 현재는 진실한 사실이라는 이유만으로 특정인에 대한 명예훼손적 표현행위가 무분별하게 허용되어서는 안된다는, 부당한 피해를 받은 경우 민·형사상 절차에 따라 문제를 해결하지 않고 사실을 적시하여 가해자의 명예를 훼손하려는 것은 사적 제재수단으로 악용될 수 있으므로 규제할 필요가 있다고 보았다. 결론은 형법 제307조 제1항의 경우 개인의 명예를 보호하기 위해 표현의 자유를 지나치게 제한하였다고 볼 수 없고, 법익의 균형성을 상실하였다고 보기 어렵다는 것이었다(법익의 균형성).

3. 현재 다수 의견의 검토 및 입법적 보완의 필요성

현재 다수 의견에 공감하게 되는 부분이 많은 것은 사실이다. 명예가 어떤 사람에게는 목숨보다도 중요하고, 게시글을 인터넷 상에서 퍼나르기가 매우 용이한 상황에서 한 번 훼손된 개인의 명예를 나중에 바로잡는다는 것은 불가능에 가깝기도 하다. 형사처벌이 불가능해 민사소송만 가능하다고 가정해 보면, 승소하더라도 시간이 길게 걸린다는 점에서, 또 피해에 비해 턱없이 낮은 위자료 명목의 손해배상액만 인정된다는 점에서 피해자가 과연 제대로 된 피해구제를 받았다고 납득할 수 있을지 의문이다.



하지만 그럼에도 불구하고 사실을 적시한 경우까지 형사처벌로 다스리는 것이 맞는 방향인지에 대한 의문은 사라지지 않는다. 위법성 조각사유를 규정한 형법 제310조가 존재하고 현재와 대법원이 그 범위를 넓게 인정한다고는 해도, 실제로 어떠한 사실을 제3자에게 알리고자 할 때 자신이 위법성이 조각되는 경우인지 아닌지를 미리 따지는 것은 매우 어렵기도 하다. 사실상 사실적시 명예훼손죄의 존재가 표현의 자유를 억압하고, 많은 사람들의 입에 재갈을 물린다는 지적에 대해서는 부인하기가 어렵다.

더구나 사실적시 명예훼손의 스펙트럼은 다양하기도 하다. 보복적 감정에 터잡아 불륜사실을 제3자에게 알리는 경우부터 미성년 자녀의 기본적 생존권을 위해 양육비 미지급 사실을 알리는 경우까지, 한 범주에 그 유형을 담아내기가 어렵다. 각 유형에 따라 처벌의 필요성이 다르고, 비난 가능성도 상이하다. 일률적으로 사실적시 명예훼손죄를 처벌하는 것이 적절한지 의문이 드는 이유이다.

현재 반대의견의 경우 형법 제307조 제1항에 대해 위헌의견을 내면서 일부 위헌결정의 필요성이 있다고 지적하였다. 타인의 사생활의 비밀을 공개한 경우와 그렇지 않은 경우를 나누어 규율할 필요가 있다는 것인데, 사생활의 비밀을 적시해 명예훼손을 한 경우 형사처벌할 필요가 있지만 그 이외의 사안에 있어서까지 사실적시 명예훼손죄로 처벌하는 것은 헌법에 위반된다고 판단한 것이다. 적시된 사실이 객관적 진실에 부합하더라도 개인의 병력, 성적 지향, 가정사 등 사생활의 비밀에 관한 내용의 경우 이를 적시하는 것은 사생활의 비밀과 자유에 대한 중대한 침해가 될 수 있고, 공익과도 무관한 경우가 다수이기 때문에 형사처벌의 필요성이 높지만 다른 경우에 있어서까지 사실적시 명예훼손을 처벌하는 것은 위헌이라는 판단이다.

같은 연장선 상에서 현재 우리 국회에서도 형법 제307조 제1항의 '공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우'를 '공연히 사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우'로 수정하는 내용의 형법 개정안이 계류 중이다. 사실적시 명예훼손의 양상이 매우 다양하고 처벌의 필요성, 비난 가능성의 정도가 상이한 점을 고려할 때 입법 논의가 보다 구체화될 필요성이 높아 보인다. 🇰🇷