



‘기레기’는 되고, ‘뺨뺨이’는 안 되고? 모욕죄 합헌판결 분석

— 2020. 12. 23. 2017헌바 456·475·487·2018헌바114·351(병합) 판결

장윤미 법무법인 원앤원 변호사

1. 들어가며

〈사례 1〉

형법 제311조는 “공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 그럼 기사를 향해, ‘기레기’, 즉 기자와 쓰레기의 합성어인 이 말을 하는 것은 모욕죄에 해당할까, 아닐까.

30대 A씨는 인터넷 자동차전문 매체 기자의 기사에 “이런 길 기레기라고 하죠?”라는 댓글을 달았다가 재판에 넘겨졌는데, 1, 2심 전부 유죄로 판단하고 A씨에게 벌금 30만 원을 선고하였다. ‘기레기’라는 말은 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것이고, 그 뒤에 물음표를 달았다고 해서 단지 다른 사람들의 의견을 묻는 것으로 해석할 수 없다는 이유에서였다. 그러나 대법원의 판단은 달랐다.¹⁾

1) 김정화 (2021. 7. 22). ‘기레기’ 댓글로 벌금 30만원 30대, 파기환송심서 무죄. <뉴스시스>, URL: https://newsis.com/view/?id=NISX20210722_0001523122&cid=10810&pid=10800

〈사례 2〉

한 목사가 간통죄로 기소돼 재판을 받게 되자 교인들 뿐만 아니라 교단 내부도 목사 옹호파와 반대파로 갈라져 분쟁을 겪게 된 일이 있었다. 갈등이 격화되던 가운데 50대 목사인 B씨와 C씨는 간통으로 재판을 받게 된 목사와 그를 옹호하는 장로들을 향해 ‘뺨뺨이’, ‘음란한 거짓말쟁이’라고 칭하였는데 원심은 모욕죄 무죄를 선고하였으나, 대법원은 해당 표현들이 모욕죄에 해당한다고 판단하였다(대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도1453 판결).

대법원은 당시 “‘뺨뺨이’ 등의 표현은 B씨와 C씨가 내세우는 주장의 내용과 실질적인 관계가 없고, 상대방의 신앙을 심각하게 비하하는 표현에 불과하다”고 보았다. B씨와 C씨는 본인들이 사용한 표현이 사회상규에 위배되지 않는다고 하며 형법 제20조를 근거로 무죄를 다투었고 항소심도 형법 제20조를 근거로 모욕죄 무죄를 선고하였지만, 대법원의 판단은 달랐다. 대법원은 이들이 사용한 표현의 내용이나 정도가 본래 목적이나 동기에서 크게 벗어나 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 없다고 판단하였다.

대법원은 “기레기는 기사나 기자의 행태를 비판하는 글에서 비교적 폭넓게 사용되는 단어”이고, “A씨가 단 댓글의 표현이 지나치게 악의적이라고 하기도 어렵다”며 형법 제20조의 사회상규에 위반되지 않는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 판단해 사건을 파기환송하였다(대법원 2021. 3. 25. 선고 2017도17643 판결). 파기환송심은 최근(2021. 7. 22.) A씨에게 무죄를 선고하였다.²⁾ 요약하자면, ‘기레기’는 무죄, ‘뺨뺨이’는 유죄라는 결과가 나온 것이다.

그밖에도 “부모가 그런 식이니 자식도 그렇지”라고 말한 교사에게는 모욕죄 무죄, “퐁퐁하면서 남을 돌볼 수 있겠냐”고 간병인에게 말한 병원 간부에게는 모욕죄 유죄가 선고된 사례가 있다.³⁾ 이렇게 되면 당사 모욕죄로 재판을 받게 되는 사람들은 헛갈릴 수밖에 없다. 실제로 다른 사건에서 모욕죄로 기소된 다수의 피고인들(이하 ‘청구인들’)은 형법 제311조 모욕죄가 너무 모호하며, 해당 조항의 위헌 여부에 대한 헌법적 판단을 구하였다.

2. 대상판결 2020. 12. 23. 2017헌바 456 등 모욕죄 위헌여부 판결

가. ‘공연히 사람을 모욕한다’는 규정의 명확성 여부

(1) 청구인들은 형법 제311조의 ‘모욕’의 의미가 광범위하고 모호해 명확성 원칙에 위배된다고 주

2) 김상희 (2006. 1. 15). ‘간통 목사’ 원색 비난도 모욕죄 해당. <연합뉴스>, URL: <https://news.naver.com/main/read.naver?mode=LSD&mid=sec&sid1=103&oid=001&aid=0001196654>

3) 한국경제 (2007. 3. 20). [생활속 법률] 메신저 대화명으로 남 욕하면 ‘모욕죄’. <한국경제>, URL: <https://www.hankyung.com/society/article/2007031981361>

장하였다. '모욕'의 사전적 의미는 '깔보고 욕되게 함'으로 다소 모호한 것이 사실이다. 이와 관련해 현재는 "모욕이란, 사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것"이라며 "건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기 어렵다"고 판단하였다.

또한 "어떠한 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는가 하는 것에 관하여 구체적인 사건에 있어서 의문이 있을 수 있다는 것은 형법규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것"이라고 판시하였다. 결론은 '모욕죄'가 명확성 원칙에 위배되지 않는다는 것이었다.

(2) 현재의 판시대로 모든 법령은 추상적으로 규율될 수밖에 없다. 상식선에서 무엇이 모욕적 언사인지, 경멸적 표현인지 판단하는 것은 어렵지 않기도 하다. 문제는 앞서 본 사례에서처럼 형법 제20조의 정당행위인지 여부로 '기레기'와 '뽀뽀이'의 유무죄가 갈리는 상황이다. 이 두 사례에서 대법원은 두 표현 전부 경멸적이라는 점은 인정하였다. 다만 동일한 경멸적 표현이라고 하더라도 본인이 주장하는 내용을 강화하기 위한 방편으로 모욕적인 언사를 사용하는 경우라면 사회상규에 반하지 않아 정당행위에 해당한다고 보았는데, 그렇다고 하였을 때 '기레기'는 왜 정당행위이고, '뽀뽀이'는 그렇지 않다는 것인지가 직관적으로 이해되지 않는다.

정당행위라는 개념으로 모욕죄 처벌 여부를 판단하게 될 때 재판부의 재량에 지나치게 의존할 수 있다는 점도 판결의 일관성에 저해가 될 것으로 생각된다. 실제로 '기레기'의 경우 1, 2심은 유죄, 대법원은 무죄, '뽀뽀이'의 경우 1심은 유죄, 2심은 무죄, 다시 대법원은 유죄로 판단이 엇갈렸다. 모욕죄가 행위규범으로 제대로 작동하기 위해서는 어느 경우에 처벌되고 그렇지 않은지 명확하여야 하는데, '모욕'의 의미에 대해서는 어느 정도 판단이 서더라도 '정당행위' 여부에 대해서는 그 해당 여부를 바로 파악하기가 상당히 어려워 보인다.

나. '표현의 자유' 침해 여부

(1) 모욕죄의 위헌 여부를 논할 때 등장하는 또다른 쟁점은 '표현의 자유 침해 여부'이다. 현재가 모욕죄가 표현의 자유를 침해하는 부분이 있지만 합헌으로 결론 내린 이유는 다음과 같았다.

모욕적 표현이 표현의 자유의 한 내용으로 인정되더라도 사람의 인격을 경멸하는 가치판단의 표시가 공연히 이루어진다면, 그 사람의 사회적 가치가 침해되고, 사회 구성원으로 생활해 나가는데 있어 침해가 불가피하다. 더구나 미디어 발달로 모욕적 행위가 쉽게 전파되는 상황에서 그 피해가 과거에 비해 극심하고 피해 회복도 쉽지 않다. 결론적으로 사람을 공연히 모욕하는 행위를 처벌하는 것은 필요하다(입법목적의 정당성 및 수단의 적합성).

(2) 그렇다면 현재 모욕죄 처벌 조항이 지나치게 표현의 자유를 제한하고 있지는 않은가. 이 질문에 대한 현재의 답변은 '그렇지 않다'는 것이었다. 현행 형법은 단순한 모욕적 표현행위를 금지



하는 것이 아니라, 공연히 타인을 모욕한 경우, 그러니까 불특정 다수가 인식할 수 있는 상태에서 모욕적 표현만을 처벌하고 있다는 것이 그 근거 중 하나였다.

또한 모욕죄는 친고죄로 피해자의 고소가 있어야만 형사처벌이 가능하고, 그 법정형도 '1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금'으로 비교적 가볍다. 더구나 대법원은 어떠한 글이 모욕적 표현을 포함하는 판단 또는 의견을 담고 있는 경우라도 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있을 때에는 형법 제20조 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 판시하고 있다. 즉, 표현의 자유로 얻을 수 있는 이익과 명예 보호에 의하여 달성되는 이익을 적절히 조화되도록 이미 법을 적용하고 있다는 것이 현재의 결론이었다(기본권 제한의 비례성).

다. 평가

(1) 현재는 모욕죄 처벌조항이 표현의 자유를 필요·최소한의 범위 내에서 제한하고 있다고 판단하며, 그 근거로 모욕죄가 친고죄로 규정되어 있다는 점, 법정형이 비교적 가볍다는 점, 대법원이 형법 제20조의 정당행위 해당 여부로 모욕죄 무죄를 선고하고 있다는 점 등을 들었다. 모욕죄는 피해자 고소가 있어야 처벌을 받게 되고, 처벌을 받더라도 비교적 가벼운 형에 그치며, 또한 면책이 비교적 폭넓게 인정되고 있으니 현행 모욕죄 처벌규정이 표현의 자유를 지나치게 제약하는 것은 아니라는 취지로 이해된다.



그러나 모욕의 범위가 지나치게 넓고, 모욕죄로 인한 처벌 여부가 피해자의 의사에 달려있다 보니 풍자, 해학 등 표현행위에 있어서도 표현의 자유가 위축되는 측면은 분명히 존재한다. 또한 앞서 살펴본 것처럼 형법 제20조의 '정당행위'라는 것은 수범자에게 즉각적이고 명시적으로 이해되지 않아 표현의 자유를 보호하는 실효적인 수단으로 작동한다고 보기는 어렵다. 형법 제20조 정당행위는 이미 기소가 되어 재판에 넘어간 이후 최종적인 법원 판단의 과정에서 면책되는 방편일 뿐이어서 모욕죄에서 표현의 자유를 보호하는 궁극적인 수단으로 기능하지는 않는다.

(2) 모욕죄 적용의 형평성 문제도 있다. 모욕죄로 규율되는 대상은 사실상 언어적 표현에 한정된다. 그러나 언어적 표현이 아닌 모욕적 표현행위도 있을 수 있다. 최근 유력 대선주자의 부인을 언급한 벽화 하나가 온 나라를 떠들썩하게 하는 일이 있었는데, 벽화 속 그림과 문구는 당사자가 부인하는 의혹들을 명시적이지는 않지만 은연 중에 뉘앙스로 드러내고 있었다. 유력 대선주자의 부인을 겨냥한 'OO의 남자'라는 문구 옆에 시중의 풍문 속에 등장하지만 실제로 연관성이 있는지 확인되지 않은 남성들의 이름이 이 아무개 의사, 김 아무개 검사 이런 식으로 기재되어 있었다. 여성가족부는 해당 벽화에 대해 여성혐오에 기반한 부적절한 인권침해행위라는 비판논평을 내놓기도 했다.

벽화의 구성과 내용은 지목된 당사자로서는 매우 모욕적으로 느낄만한 것이었지만 법조인들 사이에서는 모욕죄로 처벌하는 것이 어렵다는 견해가 많았다(개인적으로 해당 벽화 문구가 명시적으로 기재되어 있지 않아 명예훼손으로의 처벌도 어렵다고 생각한다). 당시 해당 대선주자 캠프는 모욕죄 고소를 검토하였다가 결국 철회하였다.

유사한 사례로 박근혜 전 대통령의 얼굴을 여성 나체그림에 합성한 '더러운 잠'이라는 그림의 경

우도 있다. 당시 이 그림이 국회 의원회관 전시회에 걸렸을 때 모욕죄 여부가 논란이 되었는데 처벌할 수 없다는 견해가 많았고, 실제로 관계자에 대한 수사나 기소가 이루어지지 않았다. 이러한 상황에서 언어적 표현에 한정하여 적용되고 있는 모욕죄가 형평의 원칙에 맞게 기능하고 있는지 의문이 드는 것이 사실이다.

(3) 그렇다고 하여 모욕죄 형사처벌의 범위를 더 넓히는 것이 올바른 방향이라고 생각하지는 않는다. 개인을 형사처벌에 이르게 하는 규정은 사회적으로 반드시 필요한 필요·최소한의 범위 내에서 마련되는 것이 맞고, 특히 그것이 표현의 자유와 관련이 되어 있을 때에는 더욱 그러하다고 생각한다. 더구나 민사적인 배상의 길이 열려 있는 상황에서 사건을 형사화하여 처벌하는 것은 표현의 자유를 과도하게 억압하는 측면이 분명히 존재한다.

현행 모욕죄는 정치인 등 사회적 공인을 겨냥한 풍자나 해학의 경우에도 처벌할 수 있는 길을 열어 놓고 있고, 나아가 현재의 반대의견이 지적인대로 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 인터넷상에서 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등도 모욕죄로 처벌될 수 있다. 비판적인 뉘앙스의 풍자적 표현, 인터넷 상의 신조어 등의 사용은 당사자에게 모욕적으로 느껴질 수는 있지만 그 비난가능성이 매우 높다고 볼 수는 없고, 나아가 형사처벌의 필요성까지 있는지 의문이다.

그렇다면 오히려 모욕죄의 규제 범위를 사회적으로 용인할 수 없고, 하여서도 안 될 혐오 표현 등에 한정하는 것이 온당한 방향이 아닐까 싶다. 성, 종교, 나이, 장애, 고향, 학력 등에 대한 노골적 차별과 혐오, 이에 기반한 표현의 경우 규제의 필요성은 분명히 존재한다. 나아가 혐오표현은 혐오범죄의 예비적 징조라는 진단까지 나오는 상황에서 모욕적 표현을 처벌하는 것은 이러한 경우로 최소화할 필요가 있겠다는 생각이다. 현재 반대의견의 경우 모욕죄의 처벌범위가 지나치게 넓어질 수 있다는 점을 우려하며, 처벌의 필요성이 제기되는 혐오 표현의 경우 별도의 법률을 통하여 규율할 수 있다고 판시하였다.

3. 결 어

혐오 표현의 규제 필요성 등에 대해 집중적으로 다룬 「말이 칼이 될 때」라는 책에 이런 구절이 나온다. 혐오 표현 연구자들은 혐오 표현을 '영혼의 살인', '말의 폭력', '따귀를 때린 것'에 비유한다는 것이다. 모욕적 표현은 그 스펙트럼이 너무나 넓다. 그 중 누군가에게 '영혼의 살인'으로 다가올 수 있는 혐오 표현에 대한 규제는 반드시 필요하고, 이를 '차별금지법' 등의 제정으로 그 논의를 본격화할 때가 오지 않았나 싶다.

모욕죄와 관련해 형사처벌 규정을 두고 있는 나라들도 많으나, 최근 잉글랜드, 웨일스, 아일랜드, 몰도바, 루마니아 등의 국가에서 모욕죄에 대한 형사처벌조항을 전부 폐지하였다고 한다. 독일은 외국 원수 등에 대한 모욕죄를 폐지하였다. 이제 우리도 그 논의의 첫 발을 떼었으면 한다. 🇰🇷