

사자명예훼손 관련 입법의 체계정당성에 관한 고찰

문 덕 민*

연세대학교 법학연구원 전문연구원, 법학박사

■ 국문 초록

허위사실의 언론보도에 의하여 사망한 사람에 대한 명예가 훼손된 경우에는 형법 제308조의 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호규정이 동시에 적용될 수 있다. 그런데 양 입법은 보호대상(보호법익)과 규율되는 행위의 내용 그리고 보호기간 등의 내용에서 상이한 측면이 있어 양 입법이 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지해야 한다는 헌법적 원리인 체계정당성의 원리에 위배되는 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있다.

체계정당성위반 문제와 관련하여, 두 입법의 규율목적과 규율대상이 완전히 동일한 것으로 볼 수는 없다는 측면에서 체계정당성위반의 문제는 없다고 본다. 다만 ‘허위사실’적시에 의한 사자의 ‘명예’를 침해한 경우만을 주목하여 양자의 규율대상을 동일한 것으로 보아 동일한 규율대상에 대하여 상이한 효과를 규정한 것으로 해석하여 체계정당성위반의 문제가 있다고 해석할 여지도 있다. 하지만 ‘허위사실’ 적시에 의한 사자의 ‘명예’를 침해한 경우에는 행위자가 형법상 형벌을 받음과 동시에 피해자는 구제를 위해 언론중재법상 구제절차도 이용할 수 있도록 하여 피해자를 더욱 보호하는 것이 입법자의 의사로 보인다. 이러한 측면에서 양 입법이 충돌한다고 보기 힘들고, 설령 양 입법을 체계정당성 위반으로 본다고 할 경우에도 허위사실적시에 의한 명예훼손의 경우 두 규정 모두를

* moondeokmin@yonsei.ac.kr

적용하여 피해자의 보호를 두텁게 하려는 입법자의 의사를 고려한다면 이를 정당화할 수 있다고 본다.

주제어: 사자명예훼손죄, 사자인격권보호, 공소시효, 언론중재법, 체계정당성

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 사자명예훼손 관련 입법 비교
 - 1. 형법 제308조 사자명예훼손죄
 - 2. 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호
 - 3. 양자의 비교
- III. 사자명예훼손 관련 외국법제의 검토
 - 1. 독일
 - 2. 일본
- IV. 두 입법의 합헌성과 체계정당성 위반여부 검토
 - 1. 두 입법의 합헌성 검토
 - 2. 체계정당성 위반여부
- V. 맺는 말

I. 들어가는 말

우리 헌법 제10조¹⁾는 국민의 기본권으로서 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그런데 기본권의 주체는 원칙적으로 살아있는 사람이고, 사망한 사람은 여기에 원칙적으로 포함되지 않고 예외적으로 기본권 주체성이 인정된다. 하지만 ‘살아있는 인간의 존엄과 가치’라는 헌법상의 기본권을 보호하기 위하여 생존시에 망자가 이미 쌓아 놓은 명예, 인격 등은 사람이 사망한 후에도 일정한 범위 내에서 보호할 필요성이 있을 것이다.²⁾ 이와 관련한 대표적 입법이 형법 제 308조 사자(死者)명예훼손죄 규정과 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(이하 “언론중재법”이라 한다) 제5조의2 사자의 인격권보호 규정이 있다.³⁾

1) 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

2) 서울고법 2013. 6. 13., 선고, 2013나2004096,2004102, 판결

3) 이외에도 저작권법 제14조는 저작자 사망 후의 저작 인격권보호 규정을 두고 있다. 저작권법 제14조(저작인격권의 일신전속성) ①저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.

한편 우리나라에서 언론보도에 의해 피해를 입은 경우 법적 구제 방법은 크게 민사구제와 형사구제로 나누어 볼 수 있다. 민법상으로는 고의 또는 과실로 인한 위법하게 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 경우 불법행위에 기한 손해배상청구권(민법 제750조·제751조)이 인정되며, 특히 명예훼손에 대해서는 명예를 훼손한 자에 대하여 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다(동법 제764조). 한편 형법상으로는 형법 제307조 내지 제311조에 근거하여 공연히 사실(진실 또는 허위)을 적시하여 명예를 훼손하거나 사람을 비방할 목적으로 출판물에 의해 명예를 훼손하거나 공연히 모욕한 경우 각종 명예훼손죄와 모욕죄로 처벌하는 규정이 있다. 언론중재법에서는 언론보도로 인격권이 침해된 경우 피해자가 언론사를 상대로 정정보도청구·반론보도청구·추후보도청구 등을 할 수 있도록 하고 언론중재위원회에 언론피해분쟁에 대하여 조정 및 중재를 신청할 수 있다.

이 가운데 허위사실의 언론보도에 의하여 사망한 사람에 대한 명예가 훼손된 경우에는 위와 같은 우리나라 언론피해구제제도상 형법 제308조의 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호규정이 동시에 적용될 수 있다. 하지만 양 입법은 보호대상(보호법익)과 규율되는 행위의 내용(구성요건) 그리고 보호기간(공소시효) 등의 내용에서 상이한 측면이 있다. 이러한 측면에서 양 입법이 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지해야 한다는 헌법적 원리인 체계정당성의 원리에 위배되는 것이 아닌지 의문이 제기된다.

이에 본 연구에서는 형법 제308조 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호 규정의 체계정당성위반여부를 검토하고자 한다. 이를 위해서 먼저 양 입법의 입법연혁과 현행 규정의 해석을 통해

②저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였다더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

양 입법의 차이를 살펴보고(Ⅱ), 사자명예훼손관련 해외입법을 검토한다.(Ⅲ) 그리고 이러한 논의를 바탕으로 현행 형법 제308조 규정과 언론중재법 제5조의2 규정의 체계정당성 위반여부를 검토하고(Ⅳ), 글을 맺고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 사자명예훼손 관련 입법 비교

1. 형법 제308조 사자명예훼손죄

가. 연혁

구형법(1912년 조선형사령에 의해서 의용된, 1907년에 제정되고 1921년과 1941년에 개정된 일본형법을 말한다)은 제230조 제2항⁴⁾에서 사자명예훼손죄를 규정하고 있었는데, 그 형기가 1년 이하의 징역이었고, 현행 사자명예훼손죄 규정과 같이 허위사실을 적시한 경우에 한하여 처벌하도록 하고 있었다.⁵⁾ 이후 1953년 제정형법 이래로 사자명예훼손죄 규정은 우리형법 제308조에 계속해서 존재하고 있다. “공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손”한다는 구성요건 문구나 “2년 이하”의 징역형 및 금고형의 상한은 제정형법 이후로 변화가 없었다. 다만 1995년 형법 일부개정을 통해 벌금형의 상한액이 2만 5천환에서 500만원으로 변경된 바 있다.

4) 구형법 제230조 ② 사자의 명예를 훼손한 자는 무망(誣罔)에서 나오지 아니한 때에는 이를 벌하지 않는다.

5) 유기천(2012). <형법학 각론강의>. 서울: 법문사. 135.

나. 보호법익

형법 제308조의 사자명예훼손죄는 ‘공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손’함으로써 성립하는 범죄이다. 형법 제308조는 ‘사자의 명예’를 직접적으로 규정하고 있는데, 여기서 사자명예훼손죄의 보호법익이 무엇인지 견해가 대립하고 있다.

사자의 명예주체성을 부정하여 본죄의 보호법익이 유족의 명예 또는 유족이 사자에 대하여 가지는 추모감정이라고 보는 견해⁶⁾와 사람이 사망한 경우에도 역사적 존재로서 인격적 가치는 남아 있기 때문에 사자의 명예주체성을 인정하여 사자의 명예를 본죄의 보호법익으로 보는 견해⁷⁾가 대립하며, 후자가 다수설 및 판례⁸⁾의 태도이다.

다. 내용

사자명예훼손죄는 ①공연히 사실을 적시할 것, ②적시한 사실은 허위일 것, ③ 행위자에게 이러한 사실이 허위임을 인식하였을 것을 그 요건으로 한다. ①의 요건과 관련하여 이때 적시되는 사실은 사자의 명예를 훼손시킬 수 있을 것이어야 하고, ②의 요건과 관련하여 살아있는 사람에 대한 명예훼손은 진실인 사실을 적시한 경우에도 성립하는데 반하여 사자명예훼손죄의 경우에는 진실한 사실을 적시한 경우에는 성립되지 않는다. 그리고 ③의 요건과 관련하여 사자의 명예를 훼손함에 적합한

6) 김성돈(2020). <형법각론>. 서울: SKKUP. 223. 박상기(2005). <형법각론>. 서울: 박영사 178. 이정원(2019). <형법각론>, 서울: 법영사. 211. 등.

7) 김성천/김형준(2000). <형법각론>. 서울: 동현출판사. 298. 김일수/서보학(2005). <새로쓴 형법각론>. 서울: 박영사. 196. 이재상/장영민/강동범(2019). 서울: 박영사. 199. 정성근/박광민(2002). <형법각론>. 서울: 삼지원. 197. 등.

8) 판례는 피고인이 사자의 사망사실을 알면서도 위 망인이 사망한 것이 아니고 빗 때문에 도망다니며 죽은척하는 나쁜 놈이라고 공연히 허위의 사실을 적시한 사건에서 “사자 명예훼손죄는 사자에 대한 사회적, 역사적 평가를 보호법익으로 하는 것”이라고 하여 사자의 명예를 그 보호법익으로 보고 있다. 대법원 1983.10.25. 선고 83도1520 판결.

사실을 적시한다는 고의는 물론, 적시된 사실이 허위라는 점에 대한 인식·인용이 있어야 한다. 이때 고의는 미필적 고의에 의해서도 성립한다.⁹⁾

한편 형법 제310¹⁰⁾조의 위법성조각의 특례는 ‘제307조 제1항의 행위’ 즉, 사실적시 명예훼손의 경우에만 적용된다. 따라서 형법 제308조의 사자명예훼손의 경우에는 형법 제310조의 위법성조각규정이 적용되지 않는다. 반면 형법총칙상의 일반적 위법성조각사유는 당연히 적용될 수 있다. 따라서 정당행위 등에 의해 위법성이 조각될 가능성은 여전히 존재한다.

그리고 사자명예훼손죄는 피해자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄이다. 고소권자는 사자의 친족 또는 그 자손이며, 고소할 자가 없는 경우에는 이해관계인의 신청이 있으면 검사는 10일 이내에 고소할 수 있는 자를 지정하여야 한다(형사소송법 제227조·228조). 그리고 사자명예훼손죄는 친고죄이므로 형사소송법 제233조가 규정한 고소불가분의 원칙이 적용된다.

2. 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호

헌법이 보장하는 자유와 권리를 누리는 자를 의미하는 기본권의 주체는 일반국민에는 원칙적으로 사자는 포함되지 않고, 다만 사자는 예외적으로 기본권의 주체가 될 수 있을 뿐이다.¹¹⁾ 헌법재판소는 지난 2010년 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법 제2조 제9호 위헌제청 사건에서 사자의 일반적 인격권 주체성을 인정한 바 있다. 헌법재판소는 이 결정에서 “사자(死者)인 경우에도 인격적 가치에 대한 중대한 왜곡으

9) 대법원 2014.3.13. 선고 2013도12430 판결.

10) 형법 제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

11) 성낙인(2020). <헌법학>. 서울: 법문사. 994면.

로부터 보호되어야 하므로 사자(死者)에 대한 사회적 명예와 평가의 훼손은 사자(死者)와의 관계를 통해 스스로의 인격상을 형성하고 명예를 지켜온 그들 후손의 인격권, 즉 유족의 명예 내재 유족의 사자(死者)에 대한 경애추모의 정을 제한”하는 것으로 판단하였다.¹²⁾

마찬가지로 언론중재법은 언론 등에 의한 사자의 인격권침해가 있었던 경우 동법의 보호대상으로 인격권의 주체를 살아있는 사람에 한정하지 않고 사자 즉 이미 죽은 사람에게까지도 확대하고 있다(언론중재법 제5조의2). 언론중재법이 인정하는 한도 내에서 사자의 권리의 주체성이 인정되고 있는 것이다. 이하에서는 언론중재법이 제정과정과 규정내용을 살펴본다.

가. 연혁 및 제정목적

(1) 언론중재법의 제정

언론중재법은 참여정부의 개혁입법 중 하나로¹³⁾ 2005년 1월 27일에 제정 및 공포되었고, 6개월 후인 같은 해 7월 28일부터 시행되었다. 이 법은 정기간행물등록등에관한법률과 방송법 등 각 개별법상 각기 규정되어 있던 언론피해구제제도를 포괄하여 본법에 단일화하며, 언론보도에 의해 침해된 국민의 권리구제의 실효성을 확보하기 위하여 청구기간을 확대하고, 종전의 중재제도를 조정과 중재로 구분하여 중재위원회의 조정 또는 중재절차에 의해서도 손해배상을 받을 수 있게 하여 언론의 자유와 독립에 상응한 언론의 사회적 책임을 분담토록 하여 공정한 여론형성과 언론의 공적책임의 실현에 기여하도록 하기 위하여 제정되었다.¹⁴⁾ 이에 따라 언론보도로 인한 피해에 대한 구제수단으로 정정보도청

12) 헌재 2010. 10. 28. 2007헌가23.

13) 조소영(2021). 명예훼손에 기한 피해구제의 법제와 현실 -언론중재법상의 내용을 중심으로-. <미디어와 인격권>, 7권 2호, 6.

구(동법 제14조), 반론보도청구(동법 제16조), 추후보도청구(동법 제17조)가 규정되었으며, 언론보도 또는 게재에 따른 분쟁의 조정과 중재 그리고 침해사항을 심의하기 위해 언론중재위원회가 설치되었다(언론중재법 제7조).

(2) 언론중재법 제5조의2 개정과정

사망한 자의 인격권보호를 규정하고 있는 언론중재법 제5조의2는 원래 2005년 법 제정 당시에는 살아있는 자의 인격권보호 규정과 동일하게 구 언론중재법(법률 제7370호, 2005.1.27. 제정) 제5조에 함께 규정되어 있었다. 당시 동조 제1항과 제2항은 살아있는 자에 대한 인격권보호를 내용으로 규정되었고, 사망한 자의 인격권보호 내용은 제3항부터 제5항까지 규정되어 있었다. 이후 2009년 개정을 통해 형식상의 큰 변화가 나타나게 된다. 사자의 인격권보호 규정이 살아있는 자의 인격권보호 규정에서 독립하여 구 언론중재법(법률 제9425호, 2009.2.6. 일부개정) 제5조의2에 별도로 규정된 것이다. 아울러 이 개정에서는 30년의 구제절차 수행기간 제한이 구법 제5조 제3항의 단서로 규정되었던 것이 별도로 분리되어 개정법 제5조의2 제5항에 별도로 규정하게 되었다.¹⁵⁾ 이후 동법 제5조의2는 2011년에 “사망한 자”를 “사망한 사람”으로 표현을 수정하는 개정이 이루어진 후 현행규정에 이르고 있다.

이러한 형식상의 변화에도 불구하고 사망한 자의 인격권침해에 대하여 언론중재법상의 구제절차를 그 유족이 수행하며, 구제를 청구할 수 있는 기간을 사후 30년으로 제한한 규정의 핵심내용은 처음 2005년 제정당시의 규정과 비교하여 큰 변화가 없었다.

14) 언론중재및피해구제등에관한법률안에대한수정안(김재홍, 2004. 12. 31.), 1.

15) 구제절차수행기간을 단서에 규정하는 것이 바람직하지 않다는 법사위 강경필 전문위원의 체계자구 검토보의견을 수용하여 제5조의2에 제5항을 신설하게 되었다. 강경필, “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고”, 대한민국 국회 (2009. 1.), 2.

〈구법과 신법의 비교〉

<p>구 언론중재법 (법률 제7370호, 2005. 1. 27. 제정)</p>	<p>현행 언론중재법 (법률 제16060호, 2018. 12. 24. 일부개정)</p>
<p>제5조(인격권의 보장 등) ①언론은 생명·자유·신체·건강·명예·사생활의 비밀과 자유·초상·성명·음성·대화·저작물 및 사적문서 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리(이하 “인격권”이라 한다)를 침해하여서는 아니된다.</p> <p>②인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다.</p> <p>②인격권 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 언론등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 보도내용과 관련하여 책임을 지지 아니한다.</p>	<p>제5조(언론등에 의한 피해구제의 원칙) ①언론, 인터넷뉴스서비스 및 인터넷 멀티미디어 방송(이하 “언론등”이라 한다)은 타인의 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리(이하 “인격권”이라 한다)를 침해하여서는 아니 되며, 언론등이 타인의 인격권을 침해한 경우에는 이 법에서 정한 절차에 따라 그 피해를 신속하게 구제하여야 한다.</p> <p>② 인격권 침해가 사회상규(社會常規)에 반하지 아니하는 한도에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없으면 언론등은 그 보도 내용과 관련하여 책임을 지지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 피해자의 동의를 받아 이루어진 경우 2. 언론등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서, 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우
<p>③사망한 자에 대한 인격권의 침해가 있거나 침해할 우려가 있는 경우에 이에 따른 구제절차는 유족이 대행한다. 다만, 다른 법률에서 특별히 정함이 없으면 사망 후 30년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>④제3항의 규정에 의한 유족의 범위는 다른 법률에서 특별히 정함이 없으면 사망한 자의 배우자와 직계비속에 한하되, 배우자와 직</p>	<p>제5조의2(사망자의 인격권 보호) ① 제5조 제1항의 타인에는 사망한 사람을 포함한다.</p> <p>② 사망한 사람의 인격권을 침해하였거나 침해할 우려가 있는 경우에는 이에 따른 구제절차를 유족이 수행한다.</p> <p>③ 제2항의 유족은 다른 법률에 특별한 규정이 없으면 사망한 사람의 배우자와 직계비속으로 한정하되, 배우자와 직계비속이 모두 없는 경우에는 직계존속이, 직계존속도 없는 경우에는 형제자매가</p>

구 언론중재법 (법률 제7370호, 2005. 1. 27. 제정)	현행 언론중재법 (법률 제16060호, 2018. 12. 24. 일부개정)
계비속이 모두 없는 때에는 직계 존속이, 직계존속도 없는 때에는 형제자매로 하며, 동순위의 유족 이 2인 이상 있는 경우에는 각자 가 단독으로 청구권을 행사한다. ⑤사망한 자에 대한 제2항의 규정 에 의한 인격권침해에 대한 동의 는 제4항의 규정에 의한 동순위 유족의 전원의 동의가 있어야 한 다.	그 유족이 되며, 같은 순위의 유족이 2 명 이상 있는 경우에는 각자가 단독으 로 청구권을 행사한다. ④ 사망한 사람에 대한 인격권 침해에 대한 동의는 제3항에 따른 같은 순위의 유족 전원이 하여야 한다. ⑤ 다른 법률에 특별한 규정이 없으면 사망 후 30년이 지났을 때에는 제2항에 따른 구제절차를 수행할 수 없다. [전문개정 2011. 4. 14.]

나. 사자의 인격권보호의 구체적 내용

언론중재법은 기본적으로 살아있는 사람을 전제로 언론, 인터넷뉴스서
 비스 및 인터넷 멀티미디어 방송(이하 “언론등”이라 한다)이 ‘타인’의 생
 명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음
 성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한
 권리(이하 “인격권”이라 한다)를 침해한 경우에는 동법이 정한 절차에
 따라 그 피해를 신속하게 구제하여야 한다고 규정하고 있다(언론중재법
 제5조 제1항). 여기서 동법이 정한 구제절차는 정정보도청구(동법 제14
 조), 반론보도청구(동법 제16조), 추후보도청구(동법 제17조)가 있고, 피
 해자는 동법에 따라 설치된 언론중재위원회에 정정보도, 반론보도, 추후
 보도 및 손해배상 청구 등에 대하여 조정 또는 중재를 신청할 수 있으
 며(언론중재법 제18조 제1항, 제2항 및 제24조 제1항), 법원에 정정보도,
 반론보도, 추후보도 및 손해배상 청구할 수도 있다(제26조 제1항, 제30
 조 제1항).

그런데 언론중재법상 구제절차를 보장받는 제5조 제1항의 ‘타인’에 사
 망한 자가 포함된다(언론중재법 제5조의2 제1항). 이에 따라 사망한 자
 는 인격권을 침해 당한 경우 직접 구제절차를 수행할 수 없으므로 사망

한 자의 배우자와 직계비속, 직계존속, 형제자매(이하 “유족”이라 한다) 순으로 구제절차를 수행하게 되며, 사망 후 30년의 구제절차수행기간이 적용된다는 점을 제외하면 언론중재법상 구제절차에 있어서는 살아있는 자와 동일한 권리를 보장받게 된다. 따라서 언론보도로 인한 피해자의 유족은 언론중재법상 정정보도, 반론보도, 추후보도청구 등의 권리를 행사할 수 있다. 이하에서는 이들 권리에 대해서 간략히 살펴본다.

먼저 정정보도청구권 사실적 주장에 관한 언론보도가 진실에 반하여 피해를 입은 자가 언론사에게 언론보도의 내용에 대하여 내용을 바로잡는 보도를 청구할 수 있는 것을 말한다(동법 제14조 제1항). 피해자는 해당 언론보도가 있었음을 안 날부터 3개월 이내, 해당 언론보도가 있는 후 6개월 이내에 청구할 수 있다(동법 제14조 1항 단서). 반론보도청구권 언론보도의 사실적 주장으로 인하여 피해를 입은 자가 그 보도내용의 진실여부와 상관 없이 이에 반박하는 주장을 보도해줄 것을 언론사에 청구하는 것을 말한다(동법 제 16조). 반론보도청구는 정정보도청구와 마찬가지로 해당 언론보도 등이 있음을 안 날부터 3개월 이내, 해당 언론보도가 있는 후 6개월 이내에 청구할 수 있다(동법 제16조 제3항, 제14조 1항 단서). 그리고 추후보도청구권 언론에 의해 범죄혐의가 있거나 형사상의 조치를 받았다고 보도 또는 공표된 자가 형사절차가 무죄판결 또는 이와 동등한 형태로 종결되었을 경우 언론사에 이 사실에 관한 추후보도의 게재를 청구할 수 있는 것을 말한다. 추후보도청구는 당사자가 형사절차가 무죄판결이나 이와 동등한 형태로 종결되었을 것을 안 날로부터 3개월 이내에 청구할 수 있다.(동법 제17조 제1항). 이들 세 가지 청구는 공통적으로 그 청구요건으로 언론사의 해당 보도에 대한 고의 과실을 요구하지 않으며, 특히 추후보도청구권의 행사는 원칙적으로 정정보도청구권 또는 반론보도청구권의 행사에 영향을 끼치지 않는다(동법 제17조 제4항).

이외에도 언론중재법상 보장된 권리로 사전권리구제수단으로서 이른바 금지청구도 가능한데, 언론의 고의나 과실로 인한 위법행위로 재산상

손해나 인격권 침해 또는 그 외의 정신적 고통을 받은 피해자가 인격권을 침해하는 언론사에 침해의 정지를 청구할 수 있고, 그 권리를 명백히 침해받을 우려가 있는 경우에는 언론사에 침해의 예방을 청구할 수 있는 것을 말한다(동법 제30조 제3항).¹⁶⁾ 이 경우 피해자는 침해행위에 제공되거나 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖에 필요한 조치를 청구할 수 있다(동법 제30조 제4항).

이상에서 살펴본 언론중재법상의 권리를 사망한 자의 경우 살아있는 자에 대한 언론의 인격권침해의 경우와 마찬가지로 그 유족이 행사할 수 있다.

한편 언론중재법 제5조의2 조항의 해석과 적용에 대하여 직접적으로 언급한 대법원 판례는 아직 없는 것으로 보인다. 그리고 언론중재위원회를 통해서 언론중재법 제5조의2 조항의 해석과 적용과 관련하여 매년 자살보도를 통해 자살자의 신상정보를 공개하여 자살자를 특정할 수 있도록 하여 자살자와 유족의 명예와 사생활을 침해한 언론보도에 대한 시정권고(언론중재법 제32조 제1항)가 이어지고 있다.¹⁷⁾ 이외에 언론중재위원회의 조정과 중재에서는 언론중재법 제5조의2 조항의 해석과 적용이 문제된 사례가 시정권고만큼 다수 발견되지는 않는다. 최근 2020년의 조정사례로 신청인의 부친이 극단적인 선택을 했다고 기사화하면서 사망 이유를 유족의 동의 없이 보도한데 대해 유감을 표명하고 기사를 삭제하는 것으로 합의한 사례(2020광주조정20/21)가 있다.

3. 양자의 비교

위에서 살펴본 사자명예훼손관련 두 입법의 차이점을 규정상의 구성요건적 측면에서 살펴보면, 그 보호대상과 허위사실적시요부에서 차이가

16) 언론중재법에 의하여 명문화되기 이전에는 학설과 판례로 인격권에 의한 금지청구권을 인정해오고 있었다. 전광백(2012), 앞의 글, 137.

17) 2020년의 경우 의결번호 제2020-350호, 제2020-350호.

있음을 알 수 있다. 또한 행사기간 내지 보호기간과 관련하여 형법상 사자명예훼손죄의 경우 공소시효기간이 적용되고, 언론중재법상 사자의 인격권보호관련 구제절차들의 경우 행사기간이 각각 적용되는데 구체적 내용에 있어 차이가 있다.

가. 허위사실적시

사자명예훼손죄의 경우 형법 제308조 규정상 “허위의 사실을 적시”했을 것을 명백히 나타내고 있다. 따라서 허위사실이 아닌 진실한 사실을 적시한 경우에는 사자명예훼손죄가 성립하지 않는다. 이는 형법 제307조 1항의 살아있는 사람에 대한 사실적시 명예훼손규정과 대비되는데, 살아있는 사람에 대해서는 진실인 사실을 적시한 경우에도 죄가 성립한다. 이와 같이 형법상 사자명예훼손죄가 그 성립에 허위사실의 적시를 요구하는 것은 역사가의 정당한 평가도 처벌 받을 수 있고, 역사의 정확성과 진실성이 은폐될 수 있기 때문이다.¹⁸⁾

반면 사망한 사람에 대한 언론중재법상 구제절차와 관련하여 사망자의 인격권보호를 규정한 언론중재법 제5조의2 자체는 허위사실보도를 요구하고 있지 않아 진실인 사실이 보도된 경우에도 반론보도청구나 금지청구가 가능하다. 다만, 정정보도청구는 언론보도가 진실에 반할 것을 요구하고, 추후보도청구 또한 언론보도 내용과 다르게 무죄판결 등을 받았을 것을 요구하므로 보도내용이 진실에 반할 것이 요구된다. 다만 앞서 보았듯이 정정보도청구나 추후보도청구의 경우에도 진실에 반하는 내용의 보도행위에 있어 언론사의 고의나 과실이 있을 것을 요구하지 않으므로 언론사의 위법행위가 없어도 행사가능하나, 형법상 사자명예훼손죄는 그 성립에 고의를 요구하므로 행위자의 위법한 행위를 전제로 하고 있다는 점에서 큰 차이가 있다.

18) 유기천, 앞의 책, 145. 한상훈/안성조, <형법개론>. 서울: 정독, 457.

나. 보호대상

형법학계의 다수설적 견해와 판례의 태도에 따르면 형법상 사자명예훼손죄의 보호법익은 역사적으로 남아있는 사자의 인격적 가치, 즉 사자의 명예이다. 반면 언론중재법 제5조의2의 보호대상은 사망한 자의 인격권으로 그 구체적 내용은 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리를 의미한다(언론중재법 제5조). 이와 같이 언론중재법상의 보호대상은 헌법상의 인격권의 구체적 내용을 총망라한 성격이 짙다. 그리고 형법상 사자명예훼손죄가 보호법익으로 삼는 명예는 언론중재법이 보호하는 사자의 인격권의 한 내용으로 포함되어 있다. 즉 언론중재법의 사망자의 인격권보호대상이 형법상 사자명예훼손죄의 보호법익의 범위보다 더 넓다.

다. 행사기간(보호기간)

사자명예훼손죄에 대한 죄책을 물을 수 있는 공소의 시효는 형법 제308조 조문상으로는 드러나지 않다. 다만 사자명예훼손죄의 법정형 2년 이하의 징역 또는 금고는 형사소송법 제249조 제1항 제5호 장기 5년 미만의 징역 또는 금고에 해당하므로 5년의 공소시효가 적용된다. 공소시효란 검사가 일정 기간동안 공소제기를 하지 않고 방치하는 경우 국가의 소추권을 소멸시키는 제도를 의미하며, 이는 일정한 시간이 경과한 경우 사실상의 상태를 유지하고 존중하기 위한 제도이다.¹⁹⁾ 공소시효가 완성된 경우 검사는 수사중인 피의사건을 불기소처분하여야 하며, 공소

19) 형사시효에는 이외에도 형의 시효가 있는데, 공소시효와 판결로 확정된 형벌권을 소멸시키는 형의 시효는 일정시간이 경과 후의 사실상의 상태를 유지 및 존중하려는 취지의 제도이다. 이재상/조균석/이창운(2021), <형사소송법>. 서울: 박영사, 451.

시효가 완성된 사건에 대해 공소가 제기된 경우 법원은 면소판결을 선고해야 한다(형사소송법 제326조 제3호).

한편 언론중재법상 사자의 인격권보호 구제절차 행사기간은 대개 언론보도가 있었던 것을 안 날로부터 3개월, 언론보도가 있었던 날로부터 6개월의 행사기간이 적용되며(언론중재법 제14조 1항 단서, 제16조 제3항, 제17조 제1항), 여기에 더하여 사자의 사망후 30년이 지난 경우에는 위의 권리를 행사할 수 없다(동법 제5조의2 제5항).

이와 같이 사자명예훼손죄는 5년의 공소시효 하나의 기간상의 제한을 받는다. 반면 언론중재법상 사자의 인격권보호 구제절차는 먼저 언론보도를 안 날과 언론보도가 있는 날로부터 일정한 기간 내에 행사해야 한다는 1차적 제한과 더불어 사자가 사망한 후 30년 내일 것이라는 2차적 제한이 가해진다. 가정적 상황으로 사자가 사망한 후 30년이 지난 후 언론보도에 의해 사자의 인격권이 침해된 경우에는 언론보도를 안 날로부터 3개월이 지나지 않은 상황이라도 언론중재법상 보장된 구제절차를 이용할 수 없지만, 사자명예훼손죄의 구성요건에 해당한다면 언론보도 후 공소시효 5년 안에는 공소를 제기하고 처벌할 수 있게 된다.

Ⅲ. 사자명예훼손 관련 외국법제의 검토

1. 독일

가. 사자명예훼손죄

독일형법 제189조²⁰⁾의 사자에 대한 명예훼손죄는 사자에 대한 추모감정을 모독함으로써 성립한다. 본죄의 보호법익이 무엇인지에 관하여는

20) 독일형법 제189조(사자에 대한 추모감정 훼손) 사자에 대한 추모감정을 훼손한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

다툼이 있다.

(1) 보호법익

독일형법 제189조의 보호법익에 대해서는 다양한 견해가 제기되고 있다. 본 조항의 위치가 명예를 보호법익으로 하는 독일형법 제14장 모욕죄의 장에 있는 것으로 보아 본죄의 보호법익은 일단 명예로 볼 수 있다. 그런데 문제는 본죄의 보호법익을 명예로 볼 경우에도 그 명예의 주체가 누구인지 문제된다. 다시 말해서 본죄의 보호법익인 명예의 주체를 사자로도 볼 수 있고 유족 또는 가족으로도 해석할 여지가 있는 것이다.

먼저 본조의 보호법익을 추모감정(das Pietätsgefühl)이라고 보는 견해가 있다. 이 견해는 추모감정의 주체와 그 내용과 관하여 다시 유족과 일반인의 추모감정이라는 견해²¹⁾, 독일형법 제194조 제2항에 규정된 유족만의 추모감정이라는 견해,²²⁾ 그리고 유족의 추모감정과 사후에도 지속되는 인간의 존엄성이라는 견해로 구분된다.²³⁾ 이들 견해에서는 본 죄의 모욕죄적 성격을 부정하며 본 죄가 독일형법 제14장 모욕죄의 장에 규정된 것은 체계상 잘못된 것이라고 본다.²⁴⁾ 추모감정설의 주요근거는 사자명예훼손죄의 연원이다. 1794년 프로이센 일반란트법(ALR)에는 사자명예훼손에 관한 규정이 없었지만 1829년부터 1836년에 작성된 1851년 프로이센형법전 개정초안은 사자에 대한 모욕을 법률에 규정된 친척들에 대한 간접적 모욕으로 보고 있었다고 한다.²⁵⁾

다음으로 고유의 인격권으로서의 인격의 사후적 보호(Postmortaler

21) Lackner/Kühl/Kühl, § 189 Rn. 1.

22) Rengier BT/II § 29 Rn. 35.

23) Fischer § 189 Rn. 2.

24) Regge/Pegel-MK, § 189 Rn. 1 참조.

25) 그러나 이때에는 실제로 입법이 되지는 않았다. 이후 1871년 독일제국형법전은 제189조 제1항에서 사자명예훼손죄를 규정하였고, 큰 내용적 변화없이 현행독일형법에 이르고 있다. Regge/Pegel-MK, § 189 Rn. 16 참조.

Persönlichkeitsschutz als Persönlichkeitsrecht eigener Art)으로 보는 견해가 있다. 이 견해에서는 사자 고유의 인격권으로서의 사후적 인격보호를 보호법적으로 보나 그들은 “사후적 명예”의 구성까지는 반대한다. 이 견해에 따르면 독일 형법 제189조는 “인격보호의 효과”로 설명될 수 있고, 이때 이것은 살아있는 사람의 명예와는 구분되는 고유의 법적으로 이해되어야 한다고 한다. 독일형법 제189조의 보호법적은 변형된 고유한 종류의 인격권이며, 이러한 인격권은 고인을 구성하고 형성한 것의 핵심영역에 대한 사후적 존중이므로 규정의 목적은 “일정 수준의 보호 유지를 통한 생전의 인격보호의 사후완전성”이라고 한다.²⁶⁾

이외에도 학설상으로는 가족의 명예라고 보는 견해²⁷⁾, 표현의 상대방(Adressaten)의 명예라고 보는 견해²⁸⁾, 사회적 평온이라고 보는 견해²⁹⁾, 사자의 자체의 명예라는 견해³⁰⁾, 사자의 생전명예가 지속되는 것이라는 견해³¹⁾ 등이 주장된다. 한편 독일연방대법원에 이 문제에 대해서 명확하게 입장을 밝힌 적은 없다.

(2) 내용

본죄의 행위는 사자에 대한 추모감정을 모독하는 것이다. 모독(Verunglimpfen)은 의 모욕(독일형법 제185조), 비방(독일형법 제186조) 또는 중상(제187조)에 의하여 행해질 수 있는데, 특히 중한 명예훼손(besonders schwere Kränkung)일 것을 요구한다.³²⁾ 그리고 여기서의 사

26) Eisele/Schittenhelm-S/S, § 189 Rn. 1.

27) Regge/Pegel-MK, § 189 Rn. 5 참조.

28) Zaczyk-NK, § 189 Rn. 1. 이 견해는 본죄의 보호법적을 고인의 추모와 관련하여 특별한 관계에 있는 수신인의 명예를 보호법적으로 본다. 그리고 이 견해를 넓게 보아 추모감정설 중의 하나로 해석하는 견해도 있다. 이에 대해서는 Regge/Pegel-MK, § 189 Rn. 4 각주 7 참조.

29) Rogall-SK, § 189 Rn. 5.

30) Hilgendorf-LK § 189 Rn. 2.

31) Hilgendorf-LK § 189 Rn. 2.

자에는 실종자는 포함되지 않지만 실종선고의 규정에 따라 사망한 것으로 보는 사람은 포함된다.³³⁾

본 죄의 고의는 조건적 고의(미필적 고의)로 충분하다는 것이 독일의 일반적 견해라고 한다.³⁴⁾ 그리고 위법성과 관련하여 본조항에서는 독일 형법 제193조 정당한 이익의 주장에 의하여 본조의 행위가 위법성이 조각될 수 있는지 여부가 문제된다. 본조의 행위에 대해서는 기본적으로 독일형법 제193조에 의한 위법성조각은 허용되지 않는다고 보는 견해도 있지만,³⁵⁾ 이에 대하여 예외적인 경우에는 본조의 행위에 대해서도 독일 형법 제193조를 적용하여 위법성을 조각할 수 있다고 해석하는 견해도 다수 발견된다.³⁶⁾

한편 독일형법 제193조³⁷⁾는 “정당한 이익의 주장(Wahrnehmung berechtigter Interessen)”이라는 제목 하에 명예에 관한 범죄에 대한 다양한 불처벌(Straflosigkeit)사유들을 규정하고 있다. 본 규정에는 명예범죄의 몇가지 유형들을 열거한 다음 이러한 행위가 의사표명의 형식 또는

32) Rogall-SK, § 189 Rn. 12; Hilgendorf-LK § 189 Rn. 3, Fische r § 189 Rn. 3, Zaczyk-NK, § 189 Rn. 4.

33) Fischer § 189 Rn. 3; Hilgendorf-LK § 189 Rn. 3; Zaczyk-NK, § 189 Rn. 7.

34) Regge/Pegel-MK, § 189 Rn. 21.

35) Eisele/Schittenhelm-S/S, § 189 Rn. 4; Rogall-SK, § 189 Rn. 15.

36) Kühl은 명예훼손이 이미 특히 중한 형식 또는 형태인 경우에는 적절한 목적을 추구하는 것이 아니라고 보아 이 경우에는 독일형법 제193조의 적용을 부정한다. 다시 말해 Kühl은 특히 중한 형식의 명예훼손이 아닌 예외적인 경우에만 독일형법 제193조에 의한 위법성조각을 인정한다. 참고로 일반적으로 모독을 설명할 때 특히 중한 명예훼손이라고 하는데, Kühl은 이를 다시 세분화하여 형식, 내용 또는 동기가 각각 특히 중대한 경우들로 나누고 있다. 즉 Kühl은 형식 자체로 특히 중한 명예훼손은 독일형법 제193조에 의한 위법성조각을 부정하지만, 내용이나 동기가 특히 중한 명예훼손은 독일형법 제193조에 의한 위법성조각을 인정한다. Kühl-L, § 193 Rn. 3; 같은 책 § 189 Rn. 3 참조. 이외의 예외적 적용에 대하여 궁극적인 견해로는 Hilgendorf-LK § 189 Rn. 11; Regge/Pegel-MK, § 189 Rn. 6.

37) 독일형법 제193조(정당한 이익의 주장) 학술적, 예술적 또는 영업적 성과에 대한 비난적 평가, 권리의 행사나 방어 또는 정당한 이익의 주장 등을 목적으로 하는 비난적 표현, 부하직원에 대한 상사의 비난과 질책, 공무원의 입장에서 직무상 지적이나 평가 및 이에 준하는 사례들은 그 표현의 형태나 이러한 표현이 있었던 상황에 비추어 모욕이 인정되는 경우에만 처벌할 수 있다.

의사표명이 행해진 상황에 비추어 모욕이 인정되는 경우에만 처벌할 수 있다고 규정하고 있다.

이때 “...경우에 한하여 처벌할 수 있다(sind nur insofern strafbar, als)”는 규정 자체로는 이 규정의 법적성격이 명확히 드러나지 않는다. 따라서 이 부분의 해석과 관련하여 이 규정의 법적성격이 무엇인지에 관하여 다툼이 있다.

현재 독일의 통설과 판례의 태도는 이 규정을 명예훼손범죄에 대한 특별한 위법성조각사유를 규정한 것이라고 해석한다.³⁸⁾ 독일형법 제193조 규정을 책임조각사유나 처벌조각사유로 해석하게 되면 민사상의 위법성이 인정되기 때문에 법질서의 통일성을 위해서 민사상의 위법성도 배제할 수 있도록 본 조항을 위법성조각사유로 해석해야 한다고 한다.³⁹⁾ 한편 이 규정을 구성요건해당성조각사유로 보는 견해,⁴⁰⁾ 책임조각사유로 보는 견해⁴¹⁾와 형사불법조각사유(Strafunrechtsausschließungsgrund)로 해석하는 견해⁴²⁾도 발견된다.

나. 사망한 사람의 인격권보호 관련 언론입법

우리나라 언론중재법이 신문과 방송보도를 망라하여 정정보도청구, 반론보도청구, 추후보도청구를 모두 규정하고 있는 것과는 달리 독일의 경우 이러한 권리를 연방법 차원에서 보장하고 있지 않다. 이는 언론관계

38) BVerfG 25.1.1961 - 1 BvR 9/57, BVerfGE 12, 113 (125); Zaczyk-NK, § 193 Rn. 1

39) Regge/Pegel-MK § 193 Rn. 1.

40) Eser는 독일형법 제193조에 해당하는 행위는 독일형법 제185조이하의 범죄의 구성요건해당성 자체를 배제한다고 주장한다. Eser, 1969, S. 20 f. Zaczyk-NK § 193 Rn. 1에서 재인용

41) Regge/Pegel-MK, § 193 Rn. 1에서 재인용

42) Günther는 독일형법 제193조에 해당하는 행위라하더라도 민사상의 위법성의 존재는 인정하지만 형사상의 불법은 부정된다고 해석한다. 즉 본조에 의하여 형사상 처벌은 면하게 되더라도 민사상 불법행위책임까지 면하는 것은 아니라고 해석한다. Regge/Pegel-MK, § 193 Rn. 1 참조.

법의 입법권한이 각 란트에 있고, 연방에게는 입법권한이 없기 때문이다. 이에 따라 각 주의 언론법에서 반론보도청구권(Gegendarstellungsanspruch)을 인정하고 있다.⁴³⁾ 독일의 반론보도청구권은 1822년 프랑스언론법상의 반론보도청구권(droit de response)이 독일에 계수된 것인데, 독일법상 반론보도청구권은 1831년 바덴(Baden)⁴⁴⁾법에 처음 도입되고, 뒤이어 1874년 제국언론법(Reich Press Act)에 도입되었다. 제2차 세계대전 종전 후 반론보도청구권은 서부 연방주들에서 공영방송사까지 적용범위를 확대했고, 1980년대에는 민영방송사로, 1997년부터는 인터넷언론사에까지 적용범위를 확대해오고 있다.⁴⁵⁾

예를 들어 베를린언론법(Berliner Pressegesetz)의 경우 동법 제10조에 반론보도청구권이라는 제목 아래 반론보도청구의 구체적 내용과 절차에 대해서 규정하고 있다. 이때 반론보도청구는 보도가 있는 후 3개월 내에만 가능하며(베를린언론법 제10조 제2항), 연방·주·지방자치단체의 의회와 의사결정기관의 공개회의 및 법원의 공개심리에 대한 진실한 보도에 대해서는 반론보도청구가 인정되지 않는다(동조 제5항)

방송보도의 내용이 진실에 반할 것을 요구하지 않는다는 것과 언론사에게도 직접 반론방송청구가 가능하다는 점이 우리 언론중재법 제16조에 보장된 반론보도청구권과 공통점이 있다. 다만 베를린언론법상 반론보도청구는 우리 언론중재법상 반론보도청구권과 비교할 때 다음과 같은 차이점이 있다. ① 청구기간이 언론보도가 있는 날로 기준으로 할 때 우리 언론중재법상 6개월이지만 베를린언론법은 이를 3개월로 규정하고 있어 독일의 반론보도청구기간이 더 짧다. 그리고 ② 사자의 정정보도청

43) 한편 같은 독일어권 국가인 오스트리아는 독일과 달리 연방법인 미디어법(Mediengesetz) 제9조에 반론보도청구권을 규정하여 연방법차원에서 반론보도청구권을 인정하고 있다.

44) 1831년 당시 바덴은 독일 남서부의 대공국(Großherzogtum)이었으며, 1871년에 독일제국(Deutsches Kaiserreich)에 흡수통일되었다.

45) Udo Branahl, "Gegendarstellung", Journalistikon. <https://journalistikon.de/gegendarstellung/>(2021년 11월 13일 확인)

구권주체성과 관련하여 우리 언론중재법 제5조의2는 명문으로 이를 인정하고 있지만, 베를린언론법상으로는 이러한 명문규정이 발견되지 않는다. 따라서 사자의 권리주체성여부에 대한 규정 자체가 발견되지 않는 베를린언론법에서 사자의 권리 보호기간 내지 행사기간에 관한 규정 또한 발견되지 않는다. 바이에른언론법(Bayerisches Pressegesetz)에서도 마찬가지로 이러한 규정이 발견되지 않는 것으로 보아 다른 주의 입법도 사정이 비슷할 것으로 생각된다.

2. 일본

가. 사자명예훼손죄

일본형법 제230조 제2항⁴⁶⁾은 사자의 명예훼손죄를 규정하고 있다. 사자의 경우에는 살아있는 사람에 대한 명예훼손과 달리 허위의 사실을 적시한 경우에만 죄가 성립하게 되는데, 그 이유는 허명의 보호의 필요성이 감소하고 올바른 역사를 위한 것이라고 하며,⁴⁷⁾ 이를 통해 규범적 명예가 보호된다고 한다.⁴⁸⁾ 이때 본죄의 보호법익(법익의 주체 및 구체적 내용)에 대해서는 견해가 대립하고 있다.

과거 유족의 명예라고 해석하는 견해도 주장되었지만, 이러한 견해에 따르면 사자의 명예훼손죄를 별도로 규정할 필요가 없게 되므로 이를 별도로 규정하고 있는 일본형법의 태도를 설명하기에 곤란하다는 비판을 받았다.⁴⁹⁾

46) 일본형법 제230조(명예훼손) ② 사자의 명예를 훼손한 자는 허위의 사실을 적시한 경우가 아니면 벌하지 아니한다.

47) 齋藤信治 『刑法各論』 69頁 (有斐閣, 第4版, 2014). 유사한 취지로 西田典之는 “본조 2항의 취지는 자자의 규범적 명예를 보호함과 동시에 역사상 인물에 대한 보도나 역사적 연구발표를 저해하지 않는 것에 것일 것이다.”라고 한다. 西田典之 『刑法各論』, 123頁. (弘文堂, 第7版, 2018).

48) 川端博ほか編 『裁判例コンメンタル刑法. 第3卷, §212-§264』 75頁 [今井猛嘉](立花書房, 2006).

현재 일본학계에서는 ①사자에 대한 유족의 경애의 감정이라고 해석하는 견해와 ② 사자 자신의 명예로 해석하는 견해가 주장된다.⁵⁰⁾ 사자에 대한 유족의 경애의 감정이라고 해석하는 견해에 대해서는 사자 자신의 명예로 해석하는 입장에서부터 사자에게 유족이 없는 경우에는 본죄가 성립하지 않게 되는 문제가 있다는 지적이 있다.⁵¹⁾ 사자 자신의 명예로 해석하는 견해에서는 사람의 명예는 사후에도 부당하게 침해되어서는 안되는 이익이며, 각각의 사람들은 이를 가지고 있으며, 이러한 사후의 명예는 보호할 가치가 있다고 주장한다.⁵²⁾ 즉 사후에 있어서는 진실을 적시하여 “허명”이 박탈되어 정당한 평가를 받는 것은 마땅하지만, 일단 죽으면 허위사실의 적시에 의하여 사자의 명예를 보호하지 않는 것은 부당하다고 주장한다.⁵³⁾ 한편 본죄의 보호법의 해석에 대하여 판례의 태도는 명확하지 않다.⁵⁴⁾

일본형법 제230조의 2⁵⁵⁾에 의하면, 명예훼손행위가 ①공공의 이해에 관한 사실에 관한 것으로서(사실의 공공성), ② 그 목적이 오로지 공익을 도모하는 것으로 인정될 수 있는 경우(목적의 공익성), ③ 적시한 사실이 진실임이 증명된(진실성의 증명) 때에는 이를 처벌하지 않는다고 규정하고 있다(일본형법 제230조의 2 제1항).⁵⁶⁾ 또한 동조 제2항과 제3

49) 山口厚 『刑法各論』, 48頁(有斐閣, 第2版, 2010) 참조.

50) 山口厚, 앞의 책, 148면 참조.

51) 山口厚, 앞의 책, 148면 참조.

52) 山口厚, 앞의 책, 148면.

53) 山口厚, 앞의 책, 148면.

54) 川端博ほか編, 앞의 책 75면 참조.

55) 일본형법 제230조의2【공공의 이해에 관한 경우의 특례】 ① 전조 제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관계되고 또한 그 목적이 오로지 공익을 위함에 있었다고 인정되는 경우에는 사실의 진실 여부를 판단하여 진실이라는 증거가 있는 때에는 이를 벌하지 아니한다.

② 전항의 규정의 적용에 관하여는 아직 공소가 제기되지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 간주한다.

③ 전조 제1항의 행위가 공무원 또는 공선(公選)에 의한 공무원의 후보자에 관한 사실에 관계되는 경우에는 사실의 진실 여부를 판단하여 진실하다는 증거가 있을 때에는 이를 벌하지 아니한다.

항은 “공소가 제기되지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실”과 “공무원 또는 공직선거에 의한 공무원의 후보자에 관한 사실”에 대한 특칙을 규정하고 있다. 그러나 일본형법 제230조의 2는 명시적으로 제203조 제1항의 살아있는 사람에 대한 명예훼손에만 적용된다고 규정하여 제 203조 제2항에 규정된 사자명예훼손에는 적용되지 않는다.

나. 사망한 사람의 인격권보호 관련 언론입법

우리나라 언론중재법이 신문과 방송보도를 망라하여 정정보도청구, 반론보도청구, 추후보도청구를 모두 규정하고 있는 것과는 달리 일본의 경우 이와 관련된 언론입법은 방송법 제9조의 정정보도청구 정도가 있는 것으로 보인다.⁵⁷⁾ 반론보도청구를 인정하는 명문규정은 전후 신문지법 폐지 이후로 다시 나타나지 않고 있고,⁵⁸⁾ 표현의 자유를 규정한 일본헌법 제21조⁵⁹⁾에 근거하여 이를 인정할 수 있는지 논란이 있지만 이를 부정하는 것이 일본의 통설적 견해와 판례의 입장이다.⁶⁰⁾ 일본최고재판소는 자민당이 산케이(産経)신문에 공산당을 비난하는 의견광고를 게재한 데 대하여 공산당이 산케이신문에 반론문의 무상게재를 청구하자 산케이

56) 일본형법의 명예훼손죄의 규정은 사실적 명예를 보호하고 진실인 사실을 적시하여도 성립하게 된다. 따라서 언론의 자유의 보장과의 관계에서 문제가 발생하기 때문에 1947년에 “인격권으로서의 개인의 명예 보호와 일본헌법 제21조에 따른 정당한 언론의 보장과의 조화”를 도모하기 위하여 “공공의 이해에 관한 경우의 특례”로 일정한 요건 하에 진실성의 증명에 의한 면책을 인정하는 규정을 도입하였다(일본형법 제230조의 2). 제2차 세계대전 전에도 유사한 규정이 존재하고 있었지만 일본형법상에 존재하지는 않았고 일본의 출판법과 신문지법에 존재하고 있었다. 山口 厚 139면 참조.

57) 일본의 언론피해 구제제도에 대한 상세한 설명은 한영학(2012). <일본언론법연구>. 파주: 한울, 237-256. 고철웅/소흥범(2018). 일본의 언론보도피해와 민사법상 대응방안. <해외언론법제연구보고서>, 1호, 18 참조.

58) 한영학, 앞의 책, 249.

59) 일본헌법 제21조 집회, 결사 및 언론, 출판 기타의 모든 표현의 자유는 이를 보장한다. 검열은 이를 행하여서는 안된다. 통신의 비밀은 이를 침해하여서는 안된다.

60) 고철웅/소흥범. 앞의 글. 23.

이신문이 이를 거절하자 공산당은 소송을 제기한 사건에서 구체적 성문법이 없는 상황에서 헌법상 인격권 또는 조리에 의한 반론보도청구권은 성립하지 않는다고 판시한 바 있다.⁶¹⁾

한편 정정보도청구에 대해서는 일본방송법 제9조⁶²⁾에서 규정하고 있다. 방송보도의 내용이 진실에 반하는 것이어야 한다는 것과 방송사업자에게도 직접 정정보도청구가 가능하다는 점이 우리 언론중재법 제14조에 보장된 정정보도청구권과 공통점이 있다. 다만 일본방송법상 정정보도청구는 우리 언론중재법상 정정보도청구과 비교할 때 다음과 같은 차이점이 있다. ① 적용범위와 관련하여 우리 언론중재법이 방송은 물론 신문을 포함한 언론 전반을 규율하고 있는 반면에 일본은 방송법에서만 정정보도청구 조항을 두고 있기 때문에 신문매체 등을 제외한 전파를 이용한 방송매체에만 정정보도청구가 적용된다는 차이가 있고, ② 청구기간이 언론보도가 있는 날을 기준으로 할 때 우리 언론중재법상 6개월이지만 일본방송법은 이를 3개월로 규정하고 있어 일본의 정정보도청구기간이 더 짧다. 그리고 ③ 사자의 정정보도청구권 주체성과 관련하여 우리 언론중재법 제5조의2는 명문으로 이를 인정하고 있지만, 일본 방송법상으로는 이러한 명문규정이 발견되지 않는다. 따라서 사자의 권리주체성여부에 대한 규정 자체가 발견되지 않는 일본 언론관련 입법에서 사자의 권리 보호기간 내지 행사기간에 관한 규정 또한 발견되지 않는다.

61) 最判1987年(昭和62)4月24日 民集41卷3号490頁.

62) 일본방송법 제9조 (정정보도 등) ① 방송사업자가 진실이 아닌 사항을 방송하였다는 이유로 그 방송으로 인하여 권리가 침해된 본인 또는 그 직접관계인으로부터 방송이 있는 날로부터 3개월 이내에 청구가 있는 때에는 방송사업자는 지체없이 그 방송을 한 사항이 진실인지여부를 조사하여, 그것이 진실이 아님이 판명된 때에는 판명된 날로부터 2일 이내에 그 방송을 한 방송설비와 동등한 방송설비에 의하여 상당한 방법으로 정정 또는 취소 방송을 하여야 한다.

② 방송사업자가 그 방송에 대하여 진실이 아닌 사항을 발견한 때에도 전항과 같다.

③ 전2항의 규정은 민법(1896년 법률제89호)의 규정에 따른 손해배상의 청구를 방해하지 아니한다.

IV. 두 입법의 합헌성과 체계정당성 위반여부 검토

1. 두 입법의 합헌성 검토

두 입법의 위헌성에 관한 직접적인 논의는 발견하기 힘들다. 다만, 형법 제308조 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권 보호규정이 동시에 적용될 수 있는 경우는 ‘허위사실’ 적시에 의한 ‘사자’의 ‘명예훼손’의 경우인데, 이 세 가지 표지 중 ‘명예훼손’과 관련하여 헌법재판소 2021.2.25. 2017헌마1113 결정에서는 형법 제307조 제1항⁶³⁾의 위헌여부를 검토한 바 있다. 이하에서는 헌법재판소결정 검토를 통해 우리 명예훼손죄 중 위헌여부가 쟁점이 된 요소가 형법 제308조 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호규정에도 문제될 수 있는 부분이 있는지 살펴보기로 한다.

가. 명예훼손죄에 관한 헌법재판소 결정례와 후속입법안

헌법재판소는 2021년 2월 25일에 형법 제307조 제1항의 사실적시 명예훼손죄가 과잉금지원칙에 반하여 헌법상 표현의 자유를 침해하는지 문제된 사안에서 5 대 4 의견으로 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였으며,⁶⁴⁾ 동년 7월 15일에도 헌법재판소는 동일조항의 표현의 자유 침해여부가 문제된 사안에서 선례와 달리 판단할 사정변경이나 필요가 없다고 보아 동일한 취지의 판단을 한 바가 있으며 전의 판단과 마찬가지로 5대 4 의견으로 나뉘었다.⁶⁵⁾

다수의견(5인)은 ① 명예는 사회에서 개인의 인격을 발현하기 위한 기

63) 형법 제307조의 제1항의 명예훼손은 허위의 사실이 아닌 ‘진실’인 사실을 적시한 경우에 적용된다.

64) 현재 2021. 2. 25. 2017헌마1113, 2018헌바330(병합)

65) 현재 2021. 7. 15. 2021헌마88 결정

본조건으로서 표현의 자유와 인격권 간의 우열은 손쉽게 단정할 것이 아니고, ② ‘정별적 손해배상’을 인정하는 입법례와는 다르게 우리 민사구제방법만으로는 형벌만큼의 예방효과를 가져오기 힘들며, ③ 우리 헌법재판소와 대법원은 형법 제310조의 위법성조각사유 적용범위를 넓게 인정하여 형법 제307조 제1항에 의한 표현의 자유 제한을 가급적 최소화하고 명예훼손죄가 공적 인물과 국가기관에 대한 정당한 비판을 막는 수단으로 남용하지 못하도록 하고 있으며, ④ 형법 제307조 제1항의 ‘사실’을 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’로 한정하는 일부위헌을 할 경우에도, ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’과 ‘그렇지 않은 사실’ 간의 구분의 불명확성으로 인해 역시 위축효과가 발생할 가능성이 할 가능성은 여전히 존재한다고 보며, ⑤ 형법 제307조 제1항은 과잉금지원칙을 위반하지 않았으므로 표현의 자유를 침해하지 않는다고 보았다.⁶⁶⁾

이에 반해 반대의견(4인)은 ① 표현의 자유는 우리 헌법상 민주주의의 근간이 되는 핵심기본권으로 표현에 대한 제한이 불가피하다라도 그 제한은 최소한으로 이루어져야 하며, ② 헌법 제21조 제4항 전문이 ‘타인의 명예’를 표현의 자유의 한계로 규정하고 있지만 같은 항 후문은 명예훼손의 구제방법으로 민사상 손해배상만을 규정하고 있으므로 우리 헌법이 명예훼손에 대한 구제방법으로 형사처벌을 당연히 예정하고 있는 것은 아니며, ③ 재판절차에서 형법 제310조의 위법성조각사유에 해당된다는 판단을 받을 가능성은 있지만, 일단 형법 제307조 제1항의 구성요건에 해당되는 이상, 자신의 표현행위로 인하여 수사 및 재판절차에 회부될 수 있다는 사실만으로도 위축효과는 발생하며, ④ 헌법 제17조가 규정한 사생활의 비밀의 보호 필요성을 고려한다면, ‘적시된 사실이 사생활의 비밀에 관한 것이 아닌 경우’에는 허위사실을 바탕으로 형성된

66) 박미영 교수는 헌법재판소 다수의견에 동조하여 이 사건에서의 합헌결정을 지지하면서도, 공연성의 범위를 지나치게 확장하는 대법원의 전파가능성 이론에 대한 검토 필요성을 제기한다. 박미영(2021), 사실 적시 명예훼손죄의 폐지에 대한 비판적 검토 - 대상결정 : 헌법재판소 2020. 2. 25. 선고 2017헌마1113, 2018헌바330(병합) 결정 -, <강원법학>, 64권, 188-190.

개인의 명예보다 표현의 자유 보장에 중점을 둘 필요가 있으므로 ⑤ 형법 제307조 제1항 중 ‘진실한 것으로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한’ 사실 적시에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 보았다.⁶⁷⁾

한편 헌법재판소의 합헌결정에도 불구하고, 다수의견과 반대의견이 5 대 4로 팽팽히 맞선 것에서 볼 수 있듯이 여전히 형법 제307조 제1항의 죄에 대한 논란은 크고 여전히 있다. 그 결과 현재 국회에는 형법 제307조 제1항에 대한 여러 개정안들이 계류중이다. 이 중 김용민 의원안⁶⁸⁾과 박주민 의원안⁶⁹⁾은 형법 제307조 제1항 자체를 삭제하여 사실적시 명예훼손죄를 폐지하는 것을 내용으로 하며, 최강욱 의원안⁷⁰⁾의 경우 위 헌법재판소결정 반대의견의 취지를 반영하여 형법 제307조의 제1항 규정 내용 중 ‘사실’을 ‘사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실’로 축소하는 것을 그 내용으로 한다.

나. 두 입법의 합헌성 검토

앞서 언급한 바와 같이 형법 제308조 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호규정에 대하여 직접적으로 그 위헌성을 언급한 문헌은 찾기 힘들다. 앞서 언급한 국회에 계류중인 개정안들에서도 형법상 명예훼손죄의 장에 규정된 많은 규정들에 대한 개정안을 담고 있으면서도, 형법 제308조 사자명예훼손죄에 대한 개정내용을 담고 있는 법률안은 없었다. 그만큼 명예훼손죄 비범죄화 내지 위헌논의에 있어서 사자명예훼손죄는 소외되어 있다. 아래에서는 위에서 검토한 헌법

67) 조성용 교수는 헌법재판소 반대의견에 동조하고, 입법론으로는 심판대상조항과 형법 제310조를 폐지하고 사생활의 비밀에 해당하는 사실적시부분에 대한 부분은 별도의 법률로 규정할 것을 제안한다. 조성용(2021), 사실적시 명예훼손죄의 위헌성 - 현재 2021. 2. 25. 2017헌마1113, 2018헌바330(병합) 결정 -, <법조>, 제70권 제5호, 328.

68) 형법 일부개정법률안(김용민 의원 대표발의)(의안번호 2111649)

69) 형법 일부개정법률안(박주민 의원 대표발의)(의안번호 2112050)

70) 형법 일부개정법률안(최강욱 의원 대표발의)(의안번호 2108530)

재판소 2021. 2. 25. 2017헌마1113, 2018헌바330(병합)결정에서 다수의 견과 반대의견을 통해 위헌여부가 다투어진 부분과 관련하여 위의 두 입법에도 관련될 만한 부분이 있는지 살펴본다.

헌법재판소 다수의견과 반대의견이 충돌한 지점인 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’에 대해서 살펴본다. 다수의견은 사실을 적시한 경우 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’이든 ‘그렇지 않은 사실’ 이든 구분하지 않고 이를 적시한 경우 형사처벌하는 것이 정당화된다고 본다. 반면 반대의견은 사실을 적시한 경우 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’에 대한 적시는 형사처벌이 정당화되지만 ‘그렇지 않은 사실’에 대해서는 이를 적시해도 형사처벌이 정당화되지 않는다고 본다. 적어도 다수의견과 반대의견은 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’ 적시에 의한 명예훼손의 처벌의 필요성에 대해서는 동의한다.

언론중재법의 사자의 인격권보호 규정에 의하여 보호되는 인격권보호 내용에는 ‘사생활의 비밀과 자유’가 포함된다. 언론중재법 제5조에 나열된 인격권의 내용으로 ‘사생활의 비밀과 자유’는 ‘명예’와 병렬적으로 규정되어 있다. 따라서 언론보도에 의한 ‘사생활 비밀과 자유’ 침해는 ‘명예’의 침해여부와 상관없이 언론중재법상 적용대상이 된다는 점에 언론중재법의 사자의 인격권보호 규정의 특징이 있다. ‘사생활의 비밀과 자유’를 두텁게 보호하는 언론중재법의 사자의 인격권보호 규정은 헌법재판소결정 다수의견과 반대의견 모두 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’ 적시에 의한 명예훼손을 처벌하여 개인의 사생활의 영역을 보호하고자 한다는 측면을 고려할 때, 이들 의견과 충돌되는 지점은 발견되지 않는다.

그리고 헌법재판소결정 반대의견은 형법 제307조 제1항 중 ‘진실한 것으로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한’ 사실 적시에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 보고 있는데, 그 취지는 사생활의 비밀에 해당하는 사실의 적시는 그것이 사실이라 해도 여전히 명예훼손죄로 의율해야 한다는 것이다. 그런데 사자명예훼손죄는 허위사실 적시를 전제로 한다. 따라서 허위사실의 적시 내용이 사생활의 비밀에 관한 것이든 아니든

사자명예훼손죄로 의율된다. 헌법재판소결정의 다수의견과 반대의견은 모두 사생활 비밀에 관한 사실적시를 전제로하고 있다는 측면에서 이 지점에서 사자명예훼손죄가 이들 의견과 충돌되지는 않는다.

한편 형법 제307조의 명예훼손죄는 ‘공연히’ 사실을 적시할 것을 구성요건으로 하여, 공연성을 요구한다. 그런데 대법원은 이 공연성의 의미에 대해서 “불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태”라고 하면서 “비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족한다”⁷¹⁾고 해석하여 이른바 전파성이론을 취하고 있다. 이 이론은 공연성을 그 요건으로 하는 사자명예훼손죄의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 형법학계의 통설은 이에 반대하여 공연성은 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태라고 해석하여 ‘직접인식 상태설’의 입장이다. 판례의 해석은 문언의 통상적 의미를 벗어나 유추해석금지원칙에 반한다고 볼 여지가 있다. 그런데 법원의 법률조항 해석이 유추해석금지원칙에 어긋나는 문제와 해당 법률조항 자체의 위헌성 문제는 구분되는 문제라고 본다. 즉, 법원의 전파성이론에 따른 해석이 사자명예훼손죄 규정의 위헌성을 곧바로 끌어내지는 못한다고 본다.

이상과 같이 형법 제308조 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호규정 자체의 위헌성문제는 발견하기 힘들다.

2. 체계정당성 위반여부

가. 체계정당성의 의미

체계정당성(Systemgerechtigkeit)원리란 “규범상호간의 구조와 내용들이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원

71) 대법원 1992. 5. 26. 선고 92도445 판결

리”⁷²⁾를 말한다. 체계정당성의 요구는 국가공권력의 통제를 통해 국민의 자유와 권리보장을 이념으로 하는 법치주의원리에서 파생하며, 이를 통해 입법자의 자의를 방지하여 규범의 명확성, 예측가능성 그리고 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 것이다.⁷³⁾ 체계정당성의 요구에 따라 입법자는 자신이 선택한 가치기준을 법질서로 형성함에 있어 일관되게 적용해야 하며, 이러한 적용은 하나의 법률 내부에서 뿐만 아니라 동일한 규율대상을 갖는 다른 법률에서도 일관되게 준수되어야 한다.⁷⁴⁾ 앞서 살펴본 형법 제308조 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호규정이 양자 모두 사자의 명예 등 인격권보호를 규정하면서도, 허위사실적시요부와 같은 구성요건과 보호기간상 차이를 두고 있는데, 이러한 차이가 헌법상 체계정당성 원리에 위배되는지 살펴본다.

나. 체계정당성 위반여부 및 정당화근거

두 입법의 체계정당성 위반여부를 검토하기 위해서는 형법상 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법상 사자의 인격권보호규정의 규정내용상의 차이가 존재하는지, 그리고 그러한 차이가 존재한다 하여도 이를 정당화할만한 근거가 있는지 검토해야 한다. 체계정당성 위반 자체로는 바로 위헌이 될 수는 없고, 평등의 원칙 등 다른 헌법상 원칙 위반의 징후에 불과하기 때문이다.⁷⁵⁾ 아래에서는 두 입법의 체계정당성 위반여부 및 이를 정당화할 합리적 근거가 존재하는지 검토하기로 한다.

72) 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66 결정

73) 성낙인. 앞의 책. 177.

74) 전광석(2020). <한국헌법론>. 서울: 집현재. 311.

75) 전광석. 앞의 책. 312.

〈형법과 언론중재법상 규정비교〉

	사자명예훼손죄 (형법 제308조)	사자의 인격권보호 (언론중재법 제5조의2)
보호대상	사자의 명예 ⁷⁶⁾	인격권(생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리)
허위사실적시	허위사실적시 필요	허위사실적시 불요 ⁷⁷⁾
행사기간 (보호기간)	공소시효 5년	① 언론보도가 있었던 것을 안 날로부터 3개월, 언론보도가 있었던 날로부터 6개월 ② 사망 후 30년

두 입법의 차이점을 크게 보면 보호대상, 허위사실적시요부, 행사기간(보호기간) 측면에서 부각된다. 형법상 사자명예훼손죄 규정은 사자의 명예를 그 보호대상(보호법익)으로 함에 반하여, 언론중재법상 사자의 인격권보호 규정은 사자의 명예는 물론, 생명, 자유, 신체, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리를 포괄하여 인격권 전반을 그 보호대상으로 한다. 그리고 행위 측면에서 보면 형법상 사자명예훼손죄 규정은 허위사실의 적시를 필요하지만, 언론중재법상 사자의 인격권보호 규정은 일반적으로 보도내용의 허위여부를 묻지 않아 허위사실적시가 필요하지 않다.⁷⁸⁾

보호대상과 행위의 내용 측면에서 본다면 양 입법이 동일한 규율대상을 갖는다고 보기는 힘들어 보인다. 사자명예훼손죄가 규정된 형법은 국가가 부과하는 가장 강력한 제재인 형벌을 부과한다는 점에서 도덕이나 다른 법 제도를 통해 일정한 행위의 준수 또는 확보하기 힘들 때 보충적으로 적용되어야 하며, 이를 형법의 보충성 내지 최후수단성(ultima

76) 다수설과 판례에 따른 경우.

77) 단, 예외적으로 정정보도청구와 추후보도청구는 허위사실적시 필요, 다만 이에 대한 언론사의 고의 또는 과실은 필요하지 않음.

78) 단 정정보도청구와 추후보도청구는 예외로 한다.

ratio)이라 한다.⁷⁹⁾ 형벌을 규정한 형법상 사자명예훼손죄 규정의 보호대상은 언론중재법상 사자의 인격권보호 규정에서 보호대상으로 삼고있는 인격권의 내용 중 하나에 불과한 ‘명예’이고, 이것도 ‘허위사실’을 적시한 경우에만 형벌을 가한다. 사자의 ‘명예’를 ‘허위사실’을 적시하여 침해한 경우는 언론중재법상 사자의 인격권보호규정으로도 보호가 가능하다. 즉 입법자는 사자의 인격권침해의 여러 유형 중 가장 위법성이 크다고 평가한 ‘허위사실’을 적시하여 사자의 ‘명예’를 침해한 유형만을 형벌의 대상으로 한 것이다. 이러한 측면에서 양 입법이 동일한 사항을 규율 대상으로 한 것으로는 보기 힘들다.

그리고 행사기간 측면에서 본다면, 형법과 언론중재법 규정만을 보았을 때 일견 언론중재법 제5조의2 제5항의 사후 30년 보호기간 제한 규정으로 인하여 형법상 사자명예훼손죄 규정보다 언론중재법상 사자의 인격권보호 규정에 보호기간의 제한이 있어 그 보호가 더 제한적이라고 볼 수도 있다. 하지만 형법상 사자명예훼손죄에는 형사소송법에 규정된 공소시효 5년이 적용된다(형사소송법 제249조 제1항 5호). 단순히 30년과 5년이라는 기간만을 고려한다면 오히려 5년의 공소시효가 적용되는 형법상 사자명예훼손죄 규정에 의한 보호가 30년의 보호기간이 적용되는 언론중재법상 사자의 인격권보호규정보다 보호가 두텁지 못하다는 인상을 줄 수도 있다. 하지만 공소시효는 범죄행위가 종료된 시점을 기산점으로 삼는다. 따라서 침해행위만을 기준으로 한다면, 형법상 사자명예훼손죄는 명예훼손행위 이후로 5년, 언론중재법상 사자의 인격권보호는 사자의 인격권 침해행위 즉 보도행위가 있는 날로부터 6개월, 유족이 그러한 보도가 있었던 것을 안날로부터는 3개월의 권리행사기간이 적용된다. 침해행위만을 고려했을 때는 다시 언론중재법상의 사자의 인격권보호 규정이 형법상 사자명예훼손죄 규정에 비해 보호가 약해 보일 수 있다. 하지만 형법상 사자명예훼손죄의 경우 사자의 사망 후 30년이 지

79) 한상훈/안성조, 앞의 책, 8.

난 후에 사자명예훼손행위가 있었던 경우에도 처벌이 가능하다는 점에서 사자의 사후 30년 제한 기간을 둔 언론중재법상 사자의 인격권보호 규정에 비하여 보호가 두텁다고 볼 측면 또한 있다. 이와 같이 언론중재법상 사자의 인격권보호규정이 침해행위와 사망시점을 기준으로 두 개의 제한을 설정하였기 때문에 공소시효만의 적용을 받는 형법상 사자명예훼손죄 규정과 비교하여 그 보호정도를 어느 하나가 더 두텁다고 단 순히 해석할 수는 없는 상황이다. 여하튼 두 입법은 보호기간 내지 행사기간의 측면에서는 차이가 있다.

체계정당성위반 문제와 관련하여, 두 입법의 규율목적⁸⁰⁾과 규율대상이 완전히 동일한 것으로 볼 수는 없다는 측면에서 체계정당성위반의 문제는 없다고 본다. 다만 ‘허위사실’적시에 의한 사자의 ‘명예’를 침해한 경우만을 주시하여 양자의 규율대상을 동일한 규율대상으로 해석하여 체계정당성위반의 문제가 있다고 해석할 여지도 있다. 하지만 ‘허위사실’적시에 의한 사자의 ‘명예’를 침해한 경우에는 행위자가 형법상 형벌을 받음과 동시에 피해자는 구제를 위해 언론중재법상 구제절차도 이용할 수 있도록 하여 피해자를 더욱 보호하는 것이 입법자의 의사로 보인다. 즉, 양 규정 중 하나만을 임의로 적용하라는 것이 아니고 두 규정 모두 적용하라는 의미이다. 이러한 측면에서 양 입법이 충돌한다고 보기 힘들고, 양 입법을 체계정당성 위반으로 본다고 할 경우에도 허위사실적시에 의한 명예훼손의 경우 두 규정 모두를 적용하여 피해자의 보호를 두텁게 하려는 입법자의 의사를 고려한다면 이를 정당화할 수 있다고 본다.

그리고 언론중재법상 사자의 인격권보호규정이 사후 30년의 제한을 둔 것은 형법상 사자명예훼손과 달리 사자의 인격권보호에 과도한 제한을 둔 것은 아닌지 의심이 들수 있다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 형법상

80) 논란은 있지만 응보(應報)·일반예방(一般豫防)·특별예방(特別豫防)을 목적으로 하는 형법과, 언론보도피해에 대한 실효성 있는 구제제도 확립을 통한 언론의 자유와 공적 책임의 조화를 목적으로하는 언론중재법의 입법목적은 차이가 있다.

사자명예훼손에는 공소시효 5년이 적용되고, 언론중재법상 사자의 인격권보호에도 언론보도 후 6개월, 안 날로부터 3개월이라는 권리행사제한 기간이 부여되기 때문에 단순히 언론중재법상 사자의 인격권보호규정상 보호기간의 제한이 형법상 사자명예훼손죄 규정에 비해 과하다고 해석할 수 없다. 더구나 양 입법의 규율대상은 다르다고 보아야 하므로 보호기간의 차이가 체계정당성의 원리 위반의 문제를 야기한다고 보기 힘들다. 물론 언론중재법상 사망자의 인격권보호규정이 규정한 30년의 사망자의 인격권보호기간이 저작권법상 저작재산권은 사후 70년⁸¹⁾의 보호기간을 두고 있고, 형법은 사자명예훼손에 대해서 별도의 보호기간을 두고 있지 않다는 점을 고려할 때⁸²⁾ 적정한지는 검토할 필요가 있어 보인다.⁸³⁾

V. 맺는 말

원칙적으로 기본권의 주체는 살아있는 사람이고, 사망한 사람은 여기에 원칙적으로 포함되지 않고 예외적으로 기본권 주체성이 인정된다. 헌법 제10조는 국민의 기본권으로서 인격권과 행복추구권을 보장하고 있는데, 인격권은 사망한 사람에게도 인정되는 예외적인 기본권이다. 그리고 사망한 사람의 인격권보호를 내용으로 하는 대표적 입법이 형법 제

81) 저작권법 제39조(보호기간의 원칙) ①저작재산권은 이 관에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 저작자가 생존하는 동안과 사망한 후 70년간 존속한다.

②공동저작물의 저작재산권은 맨 마지막으로 사망한 저작자가 사망한 후 70년간 존속한다

82) 앞서 살펴본 공소시효는 별론으로 한다.

83) 30년의 기간의 적정성에 대해서 언론중재법 제정당시 당시 국회 문화관광위원회 수석전문위원 김문희는 추가 검토의 필요성이 있다고 의견을 제시하였다. 하지만 당시 계류중이던 언론중재법안 3개 모두 인격권보호기간을 30년으로 규정하고 있었기 때문에 이 기간의 적정성에 대해서는 별다른 논의가 없었던 듯하다. 김문희, “언론중재및피해구제등에관한법률안검토보고”, 대한민국 국회 (004.11.), 49.

308조 사자(死者)명예훼손죄 규정과 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(이하 “언론중재법”이라 한다) 제5조의2 사자의 인격권보호 규정이 다.

허위사실의 언론보도에 의하여 사망한 사람에 대한 명예가 훼손된 경우에는 형법 제308조의 사자명예훼손죄 규정과 언론중재법 제5조의2 사자의 인격권보호규정이 동시에 적용될 수 있다. 그런데 양 입법은 보호대상(보호법익)과 규율되는 행위의 내용(구성요건) 그리고 보호기간(공소시효) 등의 내용에서 상이한 측면이 있어 양 입법이 규범 상호 간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지해야 한다는 헌법적 원리인 체계정당성의 원리에 위배되는 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있다.

보호대상과 관련하여 형법상 사자명예훼손죄 규정은 사자의 명예를 그 보호대상(보호법익)으로 함에 반하여, 언론중재법상 사자의 인격권보호 규정은 사자의 명예는 물론, 생명, 자유, 신체, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리를 포괄하여 인격권 전반을 그 보호대상으로 한다. 그리고 행위의 내용 측면에서 보면 형법상 사자명예훼손죄 규정은 허위사실의 적시를 필요하지만, 언론중재법상 사자의 인격권보호 규정은 일반적으로 보도내용의 허위여부를 묻지 않아 허위사실적시가 필요하지 않다.

보호대상과 행위의 내용 측면에서 본다면 양 입법이 동일한 규율대상을 갖는다고 보기는 힘들어 보인다. 형벌을 규정한 형법상 사자명예훼손죄 규정의 보호대상은 언론중재법상 사자의 인격권보호 규정에서 보호대상으로 삼고있는 인격권의 내용 중 하나에 불과한 ‘명예’이고, 이것도 ‘허위사실’을 적시한 경우에만 형벌을 가한다. 사자의 ‘명예’를 ‘허위사실’을 적시하여 침해한 경우는 언론중재법상 사자의 인격권보호규정으로 보호가 가능하다. 즉 입법자는 사자의 인격권침해의 여러 유형 중 가장 위법성이 크다고 평가한 ‘허위사실’을 적시하여 사자의 ‘명예’를 침해한 유형만을 형벌의 대상으로 한 것이다. 이러한 측면에서 양 입법이 동일한 사항을 규율대상으로 한 것으로는 보기 힘들다.

체계정당성위반 문제와 관련하여, 두 입법의 규율목적⁸⁴⁾과 규율대상이 완전히 동일한 것으로 볼 수는 없다는 측면에서 체계정당성위반의 문제는 없다고 본다. 다만 ‘허위사실’적시에 의한 사자의 ‘명예’를 침해한 경우만을 주목하여 양자의 규율대상을 동일한 것으로 보아 동일한 규율대상에 대하여 상이한 효과를 규정한 것으로 해석하여 체계정당성위반의 문제가 있다고 해석할 여지도 있다. 하지만 ‘허위사실’적시에 의한 사자의 ‘명예’를 침해한 경우에는 행위자가 형법상 형벌을 받음과 동시에 피해자는 구제를 위해 언론중재법상 구제절차도 이용할 수 있도록 하여 피해자를 더욱 보호하는 것이 입법자의 의사로 보인다. 즉, 양 규정 중 하나만을 임의로 적용하라는 것이 아니고 두 규정 모두 적용하라는 의미이다. 이러한 측면에서 양 입법이 충돌한다고 보기 힘들고, 설령 양 입법을 체계정당성 위반으로 본다고 할 경우에도 허위사실적시에 의한 명예훼손의 경우 두 규정 모두를 적용하여 피해자의 보호를 두텁게 하려는 입법자의 의사를 고려한다면 이를 정당화할 수 있다고 본다.

그리고 행사기간 측면에서 본다면 언론중재법상 사자의 인격권보호규정이 침해행위와 사망시점을 기준으로 두 개의 제한기간을 설정하였기 때문에 공소시효만의 적용을 받는 형법상 사자명예훼손죄 규정과 비교하여 그 보호정도를 어느 하나가 더 두텁다고 단순히 해석할 수는 없다. 어찌됐든 두 입법은 보호기간 내지 행사기간의 측면에서는 차이가 있고 이를 이유로 체계정당성 위반으로 볼 여지도 있다. 하지만 양 입법의 규율대상 자체가 다르다고 보아야 하므로 보호기간의 차이가 체계정당성의 원리 위반의 문제를 야기한다고 보기 힘들다. 설령 ‘허위사실’적시에 의한 사자의 ‘명예’를 침해한 경우만을 주목하여 이를 체계정당성 위반으로 본다고 할지라도 앞서 언급한 바와 같이 이 경우 피해자보호를 더욱 강화한다는 입법자의 의사를 고려하건대 정당화될 수 있다고 본다.

84) 논란은 있지만 응보(應報)·일반예방(一般豫防)·특별예방(特別豫防)을 목적으로 하는 형법과, 언론보도피해에 대한 실효성 있는 구제제도 확립을 통한 언론의 자유와 공적 책임의 조화를 목적으로하는 언론중재법의 입법목적은 차이가 있다.

■ 참고 문헌

〈국내 단행본〉

- 김성돈(2020). 〈형법각론〉. 서울: SKKUP
- 김성천/김형준(2000). 〈형법각론〉. 서울: 동현출판사
- 김일수/서보학(2005). 〈새로쓴 형법각론〉. 서울: 박영사
- 박상기(2005). 〈형법각론〉. 서울: 박영사
- 박정난 (2020). 〈사이버 명예훼손의 형사법적 연구〉. 서울: 경인문화사
- 성낙인(2020). 〈헌법학〉. 서울: 법문사
- 신 평 (2004). 〈명예훼손법〉. 서울: 청림출판
- 언론중재위원회(2021)., 〈2020시정권고사례집〉 서울:언론중재위원회
- 언론중재위원회(2021)., 〈2020조정중재사례집〉 서울:언론중재위원회
- 유기천(2012). 〈형법학 각론강의〉. 서울: 법문사
- 이재상/장영민/강동범(2019). 서울: 박영사
- 이재상/조근석/이창온(2021). 〈형사소송법〉. 서울: 박영사
- 이정원(2019). 〈형법각론〉, 서울: 법영사
- 전광석(2020). 〈한국헌법론〉. 서울: 집현재
- 정성근/박광민(2002). 〈형법각론〉. 서울: 삼지원
- 한상훈/안성조. 〈형법개론〉. 서울: 정독
- 한영학(2012). 〈일본언론법연구〉. 파주: 한울

〈국내 논문〉

- 고철웅/소홍범(2018). 일본의 언론보도피해와 민사법상대응방안. 〈해외언론
법제연구보고서〉, 1호.
- 구자현 (2011). 정정보도청구권을 행사할 정당한 이익. 〈정의로운 사법: 이
용훈 대법원장 재임기념 논문집〉, 사법발전재단.
- 김윤정 (2006). ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’에서 신설된 「정정보
도청구권」에 관한 논의. 〈언론중재〉, 2006년 가을호(통권 100호).
- 김정현 (2010). 언론보도에 대한 피해구제수단 : 손해배상청구권을 중심으
로. 〈가천법학〉, 3권 3호
- 김재협(2007). 정정보도에 관한 헌법재판소 결정의 의미와 파장. 〈언론중
재〉, 2007년 가을호(통권 104호).

- 박미영(2021), 사실 적시 명예훼손죄의 폐지에 대한 비판적 검토 - 대상결정 : 헌법재판소 2020. 2. 25. 선고 2017헌마1113, 2018헌바330(병합) 결정 -, <강원법학>, 64권.
- 전광백(2012). 언론의 인격권 침해에 대한 피해구제 수단. <홍익법학>, 13권 3호.
- 양철한(2014). 인격권에 기한 기사삭제청구권에 대하여. <언론중재>, 2014년 가을호(통권 132호)
- 원혜옥·김자영 (2016). 명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임. <비교형사법연구>, 18권 4호.
- 조성용(2021), 사실적시 명예훼손죄의 위헌성 - 헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113, 2018헌바330(병합) 결정 -, <법조>, 제70권 제5호.
- 조소영 (2006). 정정보도청구권의 이른바 새로운 권리성 여부에 대한 검토. <세계헌법연구>, 제12권 제2호.
- 조소영(2021). 명예훼손에 기한 피해구제의 법제와 현실 -언론중재법상의 내용을 중심으로-. <미디어와 인격권>, 7권 2호.

<국회입법자료>

- 강경필, “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고”, 대한민국 국회 (2009. 1.)
- 김문희, “언론중재및피해구제등에관한법률안검토보고”. 대한민국 국회 (2004. 11.)
- 언론중재및피해구제등에관한법률안에대한수정안(김재홍, 2004. 12. 31.)

<독일문헌>

- Fischer, Thomas(2019). *Strafgesetzbuch : mit Nebengesetzen* (66th ed.). München: C.H.Beck. (Fischer)
- Joecks/Miebach(Eds.)(2017). *Münchener Kommentar zum StGB* (3th ed.). München: C.H.Beck. (저자 -MK)
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Eds.)(2017). *Strafgesetzbuch, StGB* (5th ed.). Baden-Baden: Nomos. (저자-NK)
- Lackner/Kühl(Eds.)(2018). *Strafgesetzbuch Kommentar* (29th ed.). München: C.H.Beck. (Lackner/Kühl)
- Schönke/Schröder(Eds.)(2019). *Strafgesetzbuch Kommentar* (30thed.).

München: C.H.Beck. (저자- S/S)

Wolter, Jürgen(Ed.)(2014). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band III § § 123-211 StGB* (8th ed.). Köln: Carl Heymanns. (저자-SK)

<일본문헌>

川端博ほか編 『裁判例コンメンタール刑法. 第3巻, § 212- § 264』(立花書房, 2006)

山口厚 『刑法各論』, (有斐閣, 第2版, 2010)

齋藤信治, 『刑法各論』, (有斐閣, 第4版, 2014)

西田典之 『刑法各論』, (弘文堂, 第7版, 2018)

■ ABSTRACT

A Study on the Systemic Consistency of Legislations Related to Defamation of Dead Person

Moon, Deok Min
Senior Researcher, Institute for Legal Studies, Yonsei University

In the event of defamation of a dead person through media reports of false facts, the provisions for defamation of a dead person under Article 308 of the Criminal Act and the provisions for the protection of personal rights of a dead person under Article 5-2 of the Media Arbitration Act⁸⁵⁾ may be applied at the same time. However, the two legislations have different aspects in terms of the object of protection (protected legal interests), the content of regulated actions (constituent elements), and the period of protection (limitation periods for public prosecution), it may be questioned whether the two legislation violates the constitutional principle of the systemic consistency of legislations.

In terms of the object of protection, the provisions for defamation of a dead person under the Criminal Act protect a dead person's honor. Meanwhile, the provisions for protecting the personal rights of a dead person under the Media Arbitration Act are not only for a dead person's honor but also for the secret and freedom of life, liberty, body, privacy, portrait, name, voice, dialogue, works, private documents, and other personal values.

⁸⁵⁾ Act On Press Arbitration And Remedies, Etc. For Damage Caused By Press Reports

As for the subject of protection and the content of the act, these regulations are different. Regarding the content of the act, the provision of the Criminal Act for defamation of a dead person requires the publicly alleging of false facts, while the provision of the Media Arbitration Act generally does not ask whether the news content is false, so there is no need to state false facts. The subject of protection of the crime under the Criminal Act, stipulating punishment, is “honor,” which is only one of the contents of the personal rights protected by the provisions of the Media Arbitration Act, and punishment is imposed only if “false facts” are publicly alleged. Meanwhile, the Media Arbitration Act provisions also apply to cases where the “honor” of a dead person is violated by specifying “false facts.” In other words, the legislator stipulated the “false fact” was evaluated as the most illegal among the various types of infringement of the dead person’s rights, and only the violation of a dead person’s “honor” was subject to punishment. In this respect, it seems complicated to say that both legislation has the same subject of regulation.

In the issue of violating the systemic consistency of legislation, it is not considered the systemic consistency of legislation violation because the disciplinary purpose and object of the two pieces of legislation cannot be regarded as the same. If the subject of both regulations is interpreted to be stipulating different effects on the same subject, noting only the case where a dead person’s “honor” is infringed by indicating “false facts.” In that case, it may be interpreted as a problem of violation of system legitimacy. However, the legislator intends to allow the perpetrators to receive punishment under the Criminal Act and at the same time allow the victims to use the remedies under the Media Arbitration Act for relief if alleged “false facts” infringe the “honor” of

a dead person. This addition will further protect the victims. In other words, it does not mean that only one of the two regulations should be applied arbitrarily, but that both should be applied. In this respect, it is difficult to say that the two regulations are conflicting. Even if the two regulations are regarded as violations of the systemic consistency of legislation, in the case of defamation caused by false facts, it can be justified in consideration of the legislator's intention to strengthen the protection of victims by applying both regulations.

Keywords: Defamation of Dead Person, Protection of Personality Rights of the Deceased, Limitation Periods for Public Prosecution, Press Arbitration Act, Systemic Consistency of Legislations

[논문투고일 2021. 11. 15. 논문수정일 2021. 12. 10. 게재확정일 2021. 12. 13.]