

우선 명예훼손과 모욕적인 표현에 관한 판례를 일목요연하게 정리해 주신 발제자의 노고에 감사드립니다. 많은 공부가 되었습니다. 토론자는 이 발표문에 대해 다음 네 가지 사안에 대해 논의해 보고자 합니다.

1. 사실 적시와 의견표현의 구별에 관하여

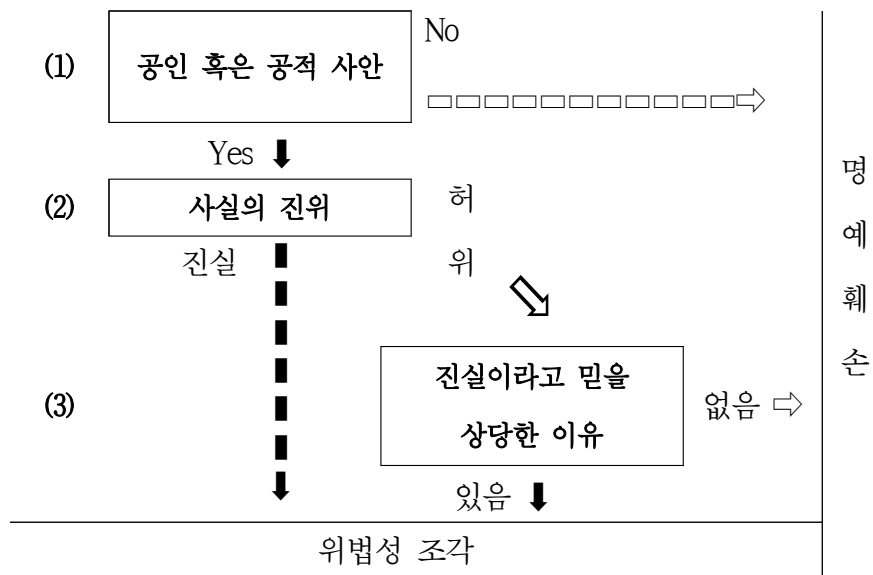
사실과 의견은 잘 구별되지 않습니다. 그렇지만 이를 구별하고 사실 표현에 대해서 표현자에게 더 많은 주의를 요구하는 것이 그 자체로 표현의 자유를 침해한다고 할 수는 없습니다. 명예훼손과 모욕은 모두 피해자의 인격권과 표현의 자유 사이의 갈등관계를 전제로 합니다. 여기서 명예훼손은 사실을 적시하여 명예 등 사람의 인격권을 침해한다는 점에서 모욕과 구별되고 책임도 무겁게 지워져 있습니다. 사실적시로 인하여 발생하는 인격권의 침해나 평판의 저하는 근거 없는 비방이나 모욕적인 의견표명으로 발생하는 침해보다 더 큰 것으로 평가될 수 있기 때문입니다.

그러나 사실과 의견이 잘 구별되지 않다는 점 때문에 사실적시에 대한 엄격한 제한은 의견표명의 자유도 위축시킬 수 있습니다. 그래서 인격권과 표현의 자유의 규범조화를 실현하는 과정에서 표현의 자유는 더 특별히 배려를 받아야 할 필요가 있습니다. 이를테면, 사실의 적시는 그것이 진실인지 아니면 허위인지에 따라서 그 가치를 매우 다르게 평가받을 수 있습니다. 사실의 적시가 진실이라면, 그에 기초한 의견의 표명은 자유로운 의사표현으로서 헌법적인 보호를 받아야 할 것입니다. 그런데 허위사실에 기초한 것이라면, 그에 기초한 의견은 무책임하고 상당히 가치가 떨어지는 발언이 될 것입니다. 그러나 이렇게 보호받을 가치가 떨어지는 표현이라고 하더라도 무조건 인격권

보호를 우선시한다면, 표현의 자유는 위축됩니다. 사실의 진위를 확인하고 철저히 자기검열을 하지 않고서는 사람들이 처벌의 위험을 피할 수 없기 때문입니다. 그래서 표현자에게 인격권 침해나 명예훼손의 고의가 있거나 최소한의 주의도 기울이지 않아서 그런 것이 아닌 한, 인격권 보다는 표현의 자유를 우선시합니다.

2. 명예훼손의 위법성 조각사유에 관하여

명예훼손에 관한 위법성 조각사유의 구조는 발제자가 정리하신 대법원 판례들을 통하여 다음의 그림과 같이 정리해 볼 수 있겠습니다.



여기서 주의해서 볼 곳이 두 군데입니다. 첫째는 공인이나 공적 사안에 관한 사실의 적시가 아니라면, 그 사실이 진실인지에 관계없이 명예훼손 책임이 발생합니다. 적시된 사실이 완전히 사적인 사안인 경우에는 사생활침해가 성립되어 사실의 진위여부에 관계없이 인격권을 침해한다고 할 수 있습니다. 그러나 그렇지 않은 경우라면 문제가 됩니다. 가령 사생활침해는 아니면서, 그렇다고 공인에 관한 혹은 공적 사안이라고 보기도 힘든 사실의 적시가 명예를 훼손하는 경우에는 사실의 진위여부에 관계없이 표현의 자유보다는 인격권이 우선하게 됩니다. 허위가 아닌 진실된 사실의 적시가 명예훼손

손으로 처벌될 수도 있게 됩니다. 이 지점은 지금의 명예훼손죄 처벌규정이 헌법상 표현의 자유를 침해한다는 논쟁이 발생하는 지점입니다. 판례를 통하여 공적 사안을 넓게 해석한다면, 어느 정도 보완될 수도 있겠지만, 처벌 가능성으로 인한 위축효과는 표현의 자유 보호에 있어서 무시할 수 없습니다.

둘째는 공적 사안에 대한 표현이 허위의 사실에 기초한 경우입니다. 허위의 사실을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있었는지, 반대로 말하면 명예훼손의 고의가 있거나 중대한 과실이 있었는지에 따라서 위법성이 조각될 수도 있고, 명예훼손책임을 저야 할 수도 있습니다. 사실의 진위에 관계없이 이런 상당성에 대해 평가한다는 것은 표현의 자유에 대한 특별한 배려라고 할 수 있습니다. 이런 배려는 판례를 통해 형성된 것입니다. 미국의 경우 1964년 뉴욕 타임즈 대 설리반 사건에서 확립된 이와 같은 배려를 우리도 대법원 판결을 통하여 수용한 것으로 보입니다.¹⁾ 판례를 통하여 확립된 이와 같은 법리는 그러나 사안에 따라서 달리 평가될 여지를 남겨두고 있습니다. 우리의 경우 이와 같은 판단은 실제로 이에 대한 판단이 형사사건에서 이루어지는지 혹은 민사사건에서 이루어지는지, 언론사의 보도에 의한 명예훼손인지 아니면 단순히 사적인 의사소통에 의한 것인지 등에 따라서 달리 판단되는 경향이 있다는 지적도 있습니다. 이렇게 개별 사안에 따라 어떻게 판단될지 모른다면 사람들은 공적 사안에 대해 말할 때 어느 정도 처벌의 위험성을 가지고 말을 해야 합니다. 이점은 표현의 자유 보장이 라는 관점에서 매우 중요한 지점이 아닐 수 없습니다.

명예훼손에 대한 위법성 조각 체계에서 짚어본 위 두 지점은 모두 표현의 자유에 대한 위축효과와 관련되어 있습니다. 그리고 이에 대하여 판단하는 법원은 헌법상 표현의 자유와 인격권 보호 사이의 규범조화를 실천하는 현장이기도 합니다. 지금까지 법원의 판결과 위와 같은 지적에 대해 발표자는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

1) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결 및 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결.

3. 모욕죄 처벌에 관하여

한편 사실의 적시와 관련이 없는 모욕죄의 처벌에 관하여 헌법재판소 결정이 있었고 이에 대해 논란이 있다는 사실은 발표문에서 확인할 수 있습니다. 의사표현의 자유와 인격권 보호의 규범조화라는 관점에서 모욕적인 표현을 형법적으로 처벌하는 것이 꼭 헌법에 위반된다고 볼 수는 없습니다. 더구나 ‘사회상규’라는 상당히 폭넓은 위법성 조각사유를 인정하는 것은 법 실무를 통하여 표현의 자유와 인격권 보호가 실체적 조화를 이루어 나갈 수 있는 여지를 만들어 준다고 생각합니다.

비교법적으로 볼 때, 모욕에 관한 법적 다툼은 통상 사적인 다툼입니다. 이를 형법으로 처벌하더라도 ‘사소’로써 다루게 하는 것이 일반적이라고 할 수 있습니다. 그러나 그렇다고 모욕죄를 형사범죄로 처벌하는 것이 헌법적으로 금지되는 것은 아닙니다. 다시 말해, 개인 간의 사적인 다툼에 국가가 개입하여 적극적으로 형벌을 가하는 것이 과연 타당한지에 대해 국가마다 법 문화적 역사적 배경이 다르므로 일률적으로 말하기 곤란하다는 뜻입니다. 여기서 더 나아가 국가가 사적인 다툼에 어느 한쪽을 편들고 국가의 비용으로 다른 한 편 당사자를 처벌할지 말지 판단한다는 것은 심히 균형을 깨는 일이라는 반론도 가능합니다.

한편 이런 논의들을 배경으로 헌법재판소 반대의견은 국가의 공권력을 동원하여 모욕을 죄로 별하려는, 모욕죄 일반이 아니라 법률로써 매우 예외적인 경우에 한정하여 모욕을 죄로 처벌해야 한다고 봅니다. 가령, 혐오표현이나 인종주의적 발언에 대하여 국민선동죄로 처벌하는 독일의 형법이나 기타 유럽국가들의 입법례를 그 예로 들고 있습니다. 이에 대해서는 일응 수긍이 갑니다. 그러나 이를 근거로 헌법 규범적으로 모욕죄를 규정하는 우리의 형법이 헌법상 제한의 한계를 일탈하였다고, 다시 말해 모욕죄에 대한 그간의 사법적 실천이 쌓여있음에도 불구하고 그것이 명확성 원칙이나 과잉금지원칙에 위배되었다고 판단하기에는 다소 무리가 있지 않을까 생각합니다.

4. ISP에 대한 모니터링 의무 부과에 관하여

대체로 미디어로서 인터넷은 사상의 자유시장을 실현하는 매체로서 스스로 허위의 표현이나 부적절한 표현들을 자정할 수 있는 환경으로 인식됩니다. 그래서 다른 미디어에 비해 더 많은 자율성과 자유가 부과됩니다. 반면, 내용규제에 있어서는, 특히 모욕이나 명예훼손 등 표현의 내용에 관한 논의에서 인터넷은 주로 피해를 확산하는 매우 위험한 환경으로 묘사됩니다.

인터넷의 위험성을 강조한다면, ISP를 통하여 더 효율적으로 인터넷 이용자들의 표현을 규제하도록 하는 것이 바람직하겠지만, 이는 표현의 자유 관점에서 사적검열²⁾을 부추기는 매우 안 좋은 결과를 유발합니다. 반면 인터넷의 선순환 기능을 강조하여, 미국의 통신품위법 제230조와 같이 ISP에 대한 책임을 거의 인정하지 않고 무규제 상태로 놔두게 된다면, 인격권 보호라는 관점에서 ‘사이버 불링’과 같은 부작용에 대해 적절히 대처하지 못하는 결과를 초래할 수 있습니다. 실제로 미국에서는 인터넷상 무분별한 표현들에 대해 무기력하기만 한 규제체제에 대해 한창 문제 제기가 되고 있습니다.

현재 인터넷 환경에서 표현의 자유와 개인의 권리보호라는 양자의 가치를 절충하는 어느 정도 확립된 합의점은 저작권 분야에서 확립된 소위 ‘고지 및 제거(NTD) 체제’라고 할 수 있습니다. ISP와 같은 인터넷 매개자에 대해 일정한 책임을 인정하고 ‘고지 및 제거 체제’라는 세이프 하버를 인정하는 것입니다. 우리의 경우 ‘임시조치제도’의 형태로 명예훼손과 모욕에 관해서 ISP에 의한 고지 및 제거 체제가 확립되었다고 할 수 있습니다.

이렇게 절충점이 형성되었다는 이야기는 ‘사이버 불링’ 같은 무분별한 인터넷 이용은 모두 회피되어야 할 것이지만, ISP에게 이용자들의 표현물을 전부 모니터링하도록 하여 사적검열이 발생하게 하는 것도 피해야 한다는 것을 방증합니다. 특히 인터넷상 표현에 대한 사법적인 다툼은 인격권 침해자가 원고로 자신의 피해를 입증하고 피고에게 책임을 묻는 방식으로 진행됩니다. 그래서 사법적 판단에서는 인터넷의 무분별한 사용으로 인한 인격권 침해 현상이 쉽게 주목을 받을 수 있지만, 그에 대한 반작용으

2) ‘사적검열’이란 ISP와 같은 사적 주체로 하여금 이용자들의 표현물을 모니터링하게 하여 그 게시 또는 차단 여부를 결정할 수 있게 하는 것은 국가의 검열 체계의 일부로 기능할 수 있다는 측면에서 붙여진 이름입니다.

로 발생할 수 있는 사적검열과 같이 표현의 자유에 대한 구조적인 우려와 문제들은 크게 주목받지 못할 수 있습니다. 그래서 표현의 자유와 인격권 보호라는 양 가치의 조화를 위해서는 인터넷상 표현에 관한 사법적 판단에 있어서 표현의 자유를 각별히 고려하고 배려해야 할 필요가 있다고 생각합니다. 그런 점에서 사법적으로 ISP에게 직접적인 법적 책임을 인정하거나 가처분을 통하여 일정한 조치를 강제하는 부분은 세심한 주의가 필요하다고 봅니다.

발표자의 발표문과 관련하여 이상 네 가지 논점에 대해 토론자의 생각을 밝히면서, 토론을 마치고자 합니다.