

독일연방헌법재판소 판례 분석을 통해 본 정치인에 대한 모욕표현 및 표현의 자유 한계에 관한 논의

이 현 정*

독일 엘랑엔 뉘른베르크 대학교, 법학박사, 변호사

국문초록

독일 연방헌법재판소는 퀴나스트 판결을 통하여 표현의 자유와 인격권의 이익형량을 위한 원칙과 기준을 체계적으로 제시하였다. 연방헌법재판소의 그간의 표현의 자유 친화적인 판례들을 생성해 낸 법리는 '추정 공식'과 '상호작용이론'이었다. 이 법리에 따르면 이익형량이 필요하지 않고 명예 보호가 자동으로 우선하는 예외에 해당하는 '인간 존엄성에 대한 공격', '정형적인 형태의 모욕', '비방'을 인정하는 경우 매우 엄격한 요건을 요구하였다. 연방헌법재판소는 민주주의 사회에서 표현의 자유가 갖는 특별한 중요성과 그에 따른 광범위한 보호의 필요성을 강조한다. 표현의 자유가 다른 기본권보다 우선한다고 전제하지는 않지만, 표현의 자유를 매우 폭넓게 이해하고 있는 것처럼 보인다. 이런 이유로 연방헌법재판소의 판례에서는 강한 경멸적 표현을 금지하는 것보다 오히려 허용하는 것이 더 많은 것으로 나타나기도 하였다. 퀴나스트 판결은 연방헌법재판소가 기존 판례법을 재고하도록 자극을 주었고, 표현의 자유 친화적인 연방헌법재판소 판례 기초의 전환점이 되었다는 평가를 받는다. 이러한 방향 전환 덕분에 모욕죄의 피해자, 특히 모욕의 대상이 된 정치인들은 앞으로 인격권 보호를 더 잘 받을 수 있을 것으로 기대할 수 있다. 자신의 의견을 자유롭게 표현할 수 있는 권리와 인격의 일반적 권리는 모두 자유롭고 개방적인 민주주의 사회를 위한 필수적인 토대가 되지만, 기본적으로

* hyun.jung.lee@fau.de

모욕표현의 경우 표현의 자유와 일반적 인격권 사이에 이익형량을 통하여 균형을 맞추는 것이 필요하다. 이러한 이익형량의 과정에서는 전후관계상 접근법에 따라 개별 사안의 구체적인 사정과 여러 가지 요소들을 고려하여야 한다.

주제어: 표현의 자유, 모욕표현, 전후관계상 접근법, 쿼리스트 판결, 독일연방헌법재판소, 이익형량

목 차

- I. 서론
- II. 독일 연방헌법재판소의 Künast 판결
 - 1. 사실관계
 - 2. 소송의 진행 과정
 - 3. 독일 연방헌법재판소의 판단
- III. Künast 판결 이유에 관한 논의
 - 1. 독일 연방헌법재판소의 법적 지위
 - 2. 표현의 자유와 인격권의 충돌에 있어서 이익형량
 - 3. 베를린 지방법원과 고등법원의 개별 진술에 관한 평가 및 오류
 - 4. 소결
- IV. 판결의 시사점
 - 1. 모욕의 피해자로서의 정치인에 관한 논의
 - 2. 표현의 자유에 관한 독일 연방헌법재판소의 법리
 - 3. 이익형량의 고려사항
 - 4. 소결
- V. 결론

I. 서론

디지털 시대의 인터넷은 뉴스의 원천이자 의견 교환의 수단이며 정치적 토론의 플랫폼이 된 지 이미 오래다. 소셜 미디어에서 표현의 자유와 개인의 권리 사이의 완만한 균형을 찾는 것은 디지털 시대의 주요 과제 중 하나이다(Gerdemann, 2022). 특히 혐오표현 규제의 정당성과 표현의 자유 간의 충돌이라는 문제는 많은 논의에도 여전히 어려운 문제이다(홍성수, 2019). 또한 ‘혐오’의 의미를 일상적인 감정의 문제로 접근할 경우 혐오표현과 관련된 논의는 더욱 미궁으로 빠지게 될 수밖에 없다(이승현, 2016). 따라서 혐오표현의 문제와 관련한 법철학적 논의와 아울러 객관적 사례의 분석은 필수적이다. 혐오표현을 인종적 증오, 외국인 배척, 반유대주의 또는 무관용(intolerance)에 바탕을 둔 혐오를 전파, 선동, 촉진하거나 정당화하는 모든 형태의 표현(Council of Europe, 1997)으로

이해할 때 혐오표현은 정체성 요소를 공격하는 표현이라는 특성을 갖는다. 이 논문에서 주로 문제가 되었던 표현들은 ‘정치인’이라는 정체성에 기반을 둔 혐오표현이라기 보다는 ‘모욕죄’로 처벌할 수 있는지 여부를 주로 다루고 있기 때문에 여성 정치인에 대한 여성혐오표현적 성격을 띠는 모욕표현이라는 점에서 모욕표현으로 구분한다.

오늘날 디지털 시대의 도래로 페이스북이나 인스타그램 등의 플랫폼을 통하여 정보를 생산하고 유포하는 시민들이 많아지면서 혐오표현, 모욕표현, 욕설과 표현의 자유의 한계에 관한 여러 법적 논점들이 논의되고 있다. 사안에서 문제가 된 페이스북과 같은 소셜 미디어에서 표현의 자유와 개인의 권리 사이의 이익형량은 디지털 시대의 주요 과제 중 하나이다. 퀴나스트 판결은 인터넷 상에서의 모욕, 욕설이 어떠한 경우에 모욕표현에 해당하여 모욕죄로 처벌 가능한지에 관하여 관련된 기준을 제시한다는 점에서 그 분석의 의의가 있다고 하겠다. 유사한 사례에 관한 다른 법원의 판례를 분석하는 비교법적 고찰은 온라인상의 표현의 자유를 둘러싼 갈등 상황에서 우리가 향후 법적 기준을 마련하고 법규범을 해석하는 데 있어서 의미 있는 작업이 될 것이다.

이 논문의 목적은 1986년 소아성애에 관한 발언에 대한 반응으로 페이스북에서 정치인 레나테 퀴나스트(Renate Künast)에 대하여 모욕적인 댓글이 달렸던 것에 관한 독일 연방헌법재판소(BVerfG)의 판례인 2021년 12월 19일자 Künast 판결(이하 ‘퀴나스트 판결’)을 분석하여 정치인에 대한 모욕표현과 표현의 자유의 한계에 관하여 논의하고자 함이다. 퀴나스트 사건에서 법원의 임무는 퀴나스트에 대한 페이스북 댓글이 독일 형법 제185조에서 규정하는 형사상 모욕죄에 해당하는지 여부를 검토하는 것이었다. 이 문제에 관하여 베를린 지방법원(Landgericht Berlin, LG Berlin)과 베를린 고등법원(Das Kammergericht Berlin, KG Berlin)의 진술에 대한 심사 및 이에 대한 독일 연방헌법재판소의 결정을 논의한다.

퀴나스트 판결은 정치인의 명예 보호, 정치권력에 대한 비판, 모욕 발언의 특수성 등 기본권과 관련된 몇 가지 질문에 대한 중요한 시사점을

담고 있다. 독일 연방헌법재판소의 퀴나스트 판결 이전의 판례는 표현의 자유를 하나의 특권으로 인정하고자 하는 경향을 띠었다. 이전 판례에서는 ‘상호작용이론’과 ‘추정 공식’을 적용하여 표현의 자유를 보장하는 것을 매우 중요하게 다루었기 때문이다. 그러나, 독일 연방헌법재판소는 퀴나스트 판결을 통하여 표현의 자유를 특권으로 인정하던 판례법을 점진적으로 개정하고 인간의 존엄성과 사회적 존중의 맥락에서 인격권의 보호를 더 많이 고려하는 듯하다. 사회적 존중이라는 측면에서 보면 의견을 표현하는 것이 여론 형성에 이바지할 수 있을 때 그러한 의견 표현은 매우 중요하게 고려되어야 하나 표현의 자유 보장의 관점에서 모든 발언이 가치 있는 것은 아니기 때문이다. 이러한 이유로 사회적 존중을 고려하는 것은 표현의 자유와 개인의 인격권 사이의 조화로운 균형을 찾는 데 도움이 된다.

이러한 의미에서 독일 연방헌법재판소가 모욕성 발언을 심사할 때 어떠한 요건을 적용하였는지 살펴보고 독일 연방헌법재판소, 베를린 지방법원, 베를린 고등법원 등의 입장을 분석하는 작업은 한국에서 모욕죄와 표현의 자유의 보호 범위에 관한 논의에도 도움이 될 것이다. 특히 최근 연예인인 피해자를 ‘국민호텔녀’로 지칭하는 댓글을 게시한 행위에 대하여 모욕죄가 성립한다고 하여 여성에 대한 혐오표현을 규율하기 위하여 모욕죄를 적용한 대법원의 판결(대법원 2017도19229, 2022)로 혐오표현 일반, 모욕표현, 특히 대상이 공인인 경우¹⁾ 등과 관련한 논쟁이 격렬한 한국 사회에 시사점을 줄 수 있다는 점에서 의미 있다고 생각된다.

1) 혐오표현 일반 중 특히 사이버공간상 혐오표현에 관한 선행 연구로는 ‘정완(2022), 사이버공간상 혐오표현 규제의 당위성에 관한 고찰’, ‘이상경(2017), 온라인 혐오표현 등 혐오표현의 새로운 양상에 관한 연구’ 등이 있고, 비교법적 고찰에 관한 선행 연구로는 미국 연방대법원의 법리와 판단기준을 다룬 ‘송현정(2022), 미국 연방대법원의 혐오표현 관련 법리와 판단기준’, 유럽인권재판소의 법리와 판례 분석을 다룬 ‘이현정(2022), 혐오표현: 표현의 자유와 차별 금지 - 유럽인권재판소의 최신 판례 분석을 중심으로-’와 ‘최란(2022), 헤이트 스피치 해소법 제정 이후 일본의 혐오표현 규제동향과 시사점’ 등이 있다.

II. 독일 연방헌법재판소의 Künast 판결

이하에서는 독일 연방헌법재판소의 퀴나스트 판결의 사실관계 및 소송의 진행 과정을 간단히 소개한 후, 이 사안에 관한 베를린 지방법원과 고등법원의 결정이 독일 연방헌법재판소의 판단과 어떻게 다른지 검토하고자 한다.

1. 사실관계

청구인 레나테 퀴나스트(이하 ‘퀴나스트’)는 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen) 소속의 독일 정치인이다. 1980년대에 녹색당에서 소위 소아성애에 관한 논쟁이 있었다. 노르트라인베스트팔렌주의 녹색당을 포함한 일부 당원들은 폭력 없는 성인과 아동 간의 성관계를 비범죄화하기를 원했다. 독일 형법(StGB) 제176조 제1항은 아동에 대한 성행위를 처벌하고 있으며 여기서 아동은 법적으로 14세 미만의 사람으로 정의된다.

퀴나스트는 1986년 5월 29일 베를린 하원에서 열린 한 회의에 참석하였고, 이 회의에서 기민당(CDU) 소속의 만프레드 예와로프스키(Manfred Jewarowski) 의원은 녹색당 소속의 잉빌트 키엘레(Ingvild Kiele) 의원에게 다음과 같이 질의하였다: “노르트라인베스트팔렌주 녹색당이 아동에 대한 성범죄에 관하여 비범죄화를 촉구한 것에 대해 어떻게 생각하십니까?” 회의록에 따르면 질의를 받은 키엘레 의원 대신 퀴나스트가 끼어들었다: “폭력이 수반되지 않을 때!”.

2013년부터 2015년까지 녹색당은 소아성애와 아동에 대한 성폭력에 관한 베를린 주 협회의 입장을 조사하였고, 퀴나스트의 발언은 조사위원회의 보고서에서 언급되었다. 이 보고서는 2015년 뉴스 포털 “welt.de”의 기사²⁾를 촉발하였다. “녹색당 정치인 퀴나스트, 해명 때문에 곤경에 처

²⁾ Grünen-Politikerin Künast gerät in Erklärungsnot (2015). Retrieve from <https://www.welt.de/politik/deutschland/article141406874/Gruenen-Politikerin-Kuenast-ge>

하다.”라는 기사에서 퀴나스트의 발언은 다음과 같은 말로 보도되었다: “아이들과의 섹스는 폭력이 없다면 괜찮을 것 같지 않나요?”. 2016년 10월 말 인터넷 블로그에 레나테 퀴나스트에 관한 게시물이 올라왔다. 게시물의 제목은 “퀴나스트는 폭력이 수반되지 않는 한 아이들과 섹스해도 괜찮다고 생각한다.”였다. 이 게시물은 퀴나스트의 사진과 함께 그녀의 발언을 다음과 같이 수정한 후 게재하였다: “폭력이 수반되지 않는다면 아이들과의 섹스는 괜찮다. 이제 괜찮아요.” 퀴나스트는 블로그 소유자를 상대로 게시물에 대한 금지 명령 청구 소송을 제기하고 게시물로 인하여 자신이 겪은 고통과 정신적 피해에 대한 보상을 요구하였다.

이에 대하여, 블로그 소유자는 2019년 초 자신의 페이스북 페이지에 다음과 같은 글을 게시하였다.: “퀴나스트와 그녀의 로펌은 바로 이 게시물 때문에 나를 법정에 세우고 있다. 할레 지방법원의 재판은 아직 시작되지도 않았지만, 그녀의 변호사는 고통에 대한 피해 보상으로 15,000 유로를 요구하고 있다. 심지어 WELT에서도 이들의 추악한 발언에 대해 보도했다! 블로그에 링크되어 있다.” 이 게시물에는 퀴나스트의 사진과 그녀의 발언에 관한 원게시물의 링크가 연결되어 있었고, 원게시물의 퀴나스트의 발언은 실제 발언과 정확히 일치하는 것은 아니었다.

2019년 4월과 5월, 많은 페이스북 사용자들이 이 게시물에 댓글로 반응하였다. 페이스북 게시물에는 정치인 퀴나스트에 대한 정도가 심한 언어적 공격이 댓글로 달렸다. 그중 대부분은 정도가 심한 배설물 표현과 성적인 비방이었다(Peifer, 2022).³⁾ 퀴나스트는 이러한 댓글의 작성자들을 모욕죄로 처벌하기 위하여 구버전의 텔레미디어법(Telemediengesetz) 제14조 제3항에 따라 이러한 페이스북 사용자의 신상정보를 제공하여 줄 것

raet-in-Erklaerungsnot.html

3) 이와 같은 표현들은 ‘여성’인 정치인을 공격하는 여성혐오표현의 범주에 포함시킬 수 있겠지만 나머지 표현들은 ‘여성’이라는 정체성에 기반을 둔 혐오표현이라기보다는 퀴나스트에 대한 모욕, 욕설에 가깝다고 판단되고 퀴나스트에 대한 댓글 22개를 ‘모욕죄’로 처벌할 수 있는지 다루고 있으므로 이 논문에서는 서론에서 밝힌 바와 같이 모욕표현이라고 칭한다.

을 법원에 요청하였다. 이 사안의 주요 쟁점은 퀴나스트에 대한 댓글이 형사상 처벌 가능한 모욕죄에 해당하는지 여부와 표현의 자유와 인격권의 이익형량의 문제이다.

2. 소송의 진행 과정

이하에서는 퀴나스트에 대한 댓글을 ‘모욕’으로 처벌할 수 있는지에 관한 베를린 지방법원과 베를린 고등법원의 판단을 소개한다.

가. 베를린 지방법원의 판단

1심 재판부인 베를린 지방법원은 문제가 된 22개의 모든 발언이 표현의 자유 범위 안에서 허용되며 모욕죄로 처벌할 수 없다고 판단하였다. (LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 1, 2019). 베를린 지방법원은 쟁점이 되는 모든 진술이 과격하고 논쟁적이며 단어 선택이 다소 과장되었다는 점을 인정하면서도 이 진술들은 모두 논쟁에 관한 ‘사실적 언급’에 해당하고 이는 표현의 자유 범위 안에서 허용된다고 판단하였다. 베를린 지방법원의 이러한 결정은 정치인의 명예가 더 이상 보호되지 않으며 마치 표현의 자유 보호 범위에 정치인에 대한 ‘모든’ 비방을 포함한다는 인상을 주었다고 비판받았다(Peifer, 2022). 퀴나스트의 변호사는 법을 왜곡하여 적용하였다는 혐의로 베를린 지방법원 재판부에 대하여 형사 고소를 제기하였다.⁴⁾ 퀴나스트의 고소 이후 베를린 지방법원은 기존 판결을 변경하여 문제가 된 22개의 발언 중 다음 6개의 발언이 형법 제185조에 따른 모욕죄에 해당한다고 판단하였다(LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 2, 2020).

⁴⁾ Anzeige gegen Berliner Richter wegen umstrittenen Künast-Urteils (2019) Retrieve from <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/renate-kuenast-beleidigungen-auf-facebook-kanzlei-geht-gegen-berliner-landgericht-vor-a-1288961.html>

1. 더러운 (여성의)성기 (“Drecks Fotze”)
2. 창녀 (“schlampe*”)
3. 걸레 (“Schlamper”)
4. 이 똥덩어리 (“Dieses Stück Scheiße”)
5. 이 개새끼야 (“Ferck du Drecksau”)
6. 이 속이 빈 견과류는 매립지에 있어야 하지만 유해 폐기물을 그곳에 버리면 안 된다. (“Diese hohle Nuß gehört entsorgt, aufe Muldeponie aber man darf ja dort keinen Sondermull entsorgen.”)

나. 베를린 고등법원의 판단

이후 쿠나스트는 베를린 고등법원에 항소하였고, 고등법원은 지방법원의 두 번째 결정에서 모욕죄에 해당한다고 인정한 6개의 발언 외 추가로 다른 6개의 발언을 모욕죄로 처벌할 수 있다고 판단하였다. (KG Berlin, 10 W 13/20, 2020).

추가로 모욕죄에 해당한다고 판단된 6개 발언의 내용은 다음과 같다.

1. 그녀가 다시 정상이 될 때까지 누군가가 그녀를 정말로 흔들 것인가(“Knatter sie doch mal einer so richtig durch, bis sie wieder normal wird”)
2. 아마 이 ‘여자’는 어렸을 때 좀 많이 성관계를 하였고 그 과정에서 정신을 잃었을 것이다. (“Wurde diese “Dame” vielleicht als Kind ein wenig viel gefickt und hat dabei etwas von ihren Verstand eingebüßt.”)
3. 으, 이 늙은 녹색 자식...(“Pfui, du altes grünes Dreckschwein...”)
4. 머리에 똥을 썬 거야. 뇌가 없었기 때문에 충분한 공간이 있었다. (“Der würde in den Kopf geschissen. War genug Platz da kein Hirn vorhanden war/ist.”)

5. 아무도 이 올빼미에 대해 신경 쓰지 않기 때문에 다시 아이가 되고 싶어 한다! (“Die will auch nochmal Kind sein weil sonst keiner an die Eule ran geht!”)
6. 이 늙은 변태 자식아!!!! 아이들과 섹스를 한다는 생각만으로도 뇌가 썩어 없어져야한다!!!! 녹색당도 마찬가지로 생각한다!!!! (“Sie alte perverse Drecksau!!!! Schon bei dem Gedanken an Sex mit Kindern muss das Hirn wegfaulen!!!! Ich glaube, das ist bei den Grünen auch so!!!!!”)

이후 퀴나스트는 베를린 고등법원의 판결에 대하여 상고하였지만 기각되었고, 베를린 지방법원의 두 번의 판결과 베를린 고등법원의 판결 이후 문제가 제기된 22개의 진술 중 다음 10개의 진술은 모욕죄로 처벌 받지 않은 채로 남아있었다:

1. 소아성애자 트롤라(“Pädophilen-Trulla”)
2. 이 늙은 여자는 지붕에 손상을 입었어. 부추처럼 썩어서 이렇게 할 수밖에 없어.(“Die alte hat doch einen Dachschaten die ist hol wie Schnittlauch man kann da nur noch”)
3. 이봐...머리가 얼마나 아픈거야!!!(“Mensch...was bist Du Krank im Kopf!!!”)
4. 그녀는 정신적으로 아프다(“Die ist Geisteskrank”)
5. 나는 저런 말을 하는 사람들의 얼굴을 때릴 수 있다.(“Ich könnte bei solchen Aussagen diese Personen die Fresse polieren.”)
6. 이 아픈 여자를 가둬라, 자기가 무슨 말을 하는지 모르잖아. (“Sperrt diese kranke Frau weck sie weiß nicht mehr was sie redet.”)
7. 그들은 모두 머리가 너무 아프다(“Die sind alle so krank im Kopf.”)
8. 뇌 절단(“Gehirn Amputiert”)

9. 아픈 여자(“Kranke Frau”)

10. 그녀도 한때는 가장 밝은 촛불이 되고 싶었겠지, 역겨운 소아성애자.(“Sie wollte auch Mal die hellste Kerze sein, Pädodreck”)

베를린 지방법원과 고등법원은 문제가 된 댓글을 작성한 페이스북 사용자들의 신상정보를 쿼나스트에 제공하는 것을 거부하였고, 이로써 쿼나스트는 자신의 인격권 침해에 대한 민사 소송을 제기할 기회를 박탈당하였다(Muckel, 2022). 항소 법원의 판결이 확정되고 법적 절차가 모두 종료된 후, 쿼나스트는 독일 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기하였다.

3. 독일 연방헌법재판소의 판단

독일 연방헌법재판소는 베를린 지방법원과 고등법원이 ‘모욕(Beleidigung)’과 ‘비방(Schmähung)’을 동일시하여 표현의 자유와 개인의 명예권 사이에 필요한 균형을 찾지 못하였다고 판단하였고, 두 법원이 잘못된 기준을 적용하여 문제가 되는 여러 진술에 대하여 헌법상 요구되는 고려를 하지 못하였다고 지적하였다(BVerfG, 1 BvR 1073/20, 2021). 이러한 오류에 바탕을 둔 베를린 지방법원과 고등법원의 판결은 청구인 쿼나스트에게 불리하게 내려진 한도 내에서 헌법에 위배되고, 베를린 지방법원과 고등법원에서 이미 ‘모욕’으로 인정된 진술은 그대로 모욕죄의 처벌 대상이 된다고 판단하였다. 그러나, 문제가 되는 모든 22건의 진술이 형법 제185조에 따른 형사상 모욕죄에 해당하는지와 페이스북이 사용자의 신상정보를 제공할 의무가 있는지에 관하여는 이 사건에서 판단하지 않았다. 이러한 독일 연방헌법재판소의 판결 이유에 관한 논의는 아래에서 다룬다.

Ⅲ. Künast 판결 이유에 관한 논의

이하에서는 독일 연방헌법재판소의 쿠나스트 판결 이유에 관한 논의를 서술한다. 먼저 독일 연방헌법재판소의 지위에 관한 논의를 소개하고, 표현의 자유와 개인의 명예 보호가 충돌할 때 적용되는 이익형량의 원리와 베를린 지방법원과 고등법원의 ‘모욕’에 관한 평가가 독일 연방헌법재판소와 어떻게 다른지 논의한다.

1. 독일 연방헌법재판소의 법적 지위

독일 연방헌법재판소는 그 법적 지위가 “상급항소심 법원(Superrevisionsinstanz)”⁵⁾이 아니기 때문에, 개별 특정 사건에서 모욕죄가 성립하는지 여부를 판단하지는 않는다(Muckel, 2022). 법원 판결에 대한 헌법소원의 경우, 연방헌법재판소는 일반 법원의 판결에 있어서 사실관계가 어떠한지 및 사안에서 전체적으로 법을 어떻게 적용하였는지는 검토하지 않기 때문이다. 연방헌법재판소는 특정 헌법 조항의 위반 여부만 다루게 된다(Manssen, 2010). 예를 들어, 사건의 기본권 관련성을 잘못 판단하거나 사건에서 기본권을 잘못 적용하는 등 헌법 위반에 한하여 일반 법원의 판결을 심사한다는 의미이다. 따라서 연방헌법재판소는 일반 법원의 판결에 대해서는 제한된 범위 내에서만 심사하는 것이다.

민법 및 형법과 같은 전문 법률의 올바른 적용은 전적으로 일반 법원의 전문 업무이므로, 독일 연방헌법재판소는 쿠나스트에 대한 22건의 진

5) “상급 항소심”이란 항소심과 동일한 법적 검토를 수행하지만 사건의 계층 구조상 항소심 위에 있는, 즉 내용상으로 두 번째 항소심에 해당하는 사건을 말하는데, 독일에는 이러한 상고심은 존재하지 않는다. 독일 연방헌법재판소가 “상급 항소심 법원”이 아니라는 의미는 판결에 대한 헌법소원에서 판결 전체의 정확성 여부가 아닌 특정 부분의 헌법 위반 여부만 심사한다는 의미이다(Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz(2021), Retrieve from <https://juratopia.de/superrevisionsinstanz/>).

술이 형법 제185조에 따른 형사상 모욕죄에 해당하는지와 페이스북이 사용자 신상정보를 제공할 의무가 있는지를 이 사건에서 판단하지 않았다. 독일 연방헌법재판소는 이 사건에 관하여 새로운 결정을 내리도록 사건을 베를린 고등법원에 다시 돌려보냈다(BVerfG, Künast-Entscheidung, 2021). 연방헌법재판소는 이 사건이 다시 회부될 경우 베를린 고등법원이 퀴나스트의 인격권과 표현의 자유의 중요성을 고려하여 이 사안에 대하여 이전의 판결과는 다른 결정을 내릴 가능성이 있다고 덧붙였다.

2. 표현의 자유와 인격권의 충돌에 있어서 이익형량

독일 기본법 제5조 제2항에 따르면, 표현의 자유는 무엇보다도 개인의 명예에 관한 권리에서 제한된다. 개인이 명예를 존중받을 권리는 일반적인 인격권의 표현이고(기본법 제1조 제1항과 연계한 제2조 제1항), 이는 기본법 제1조 제1항에서 규정하는 인간 존엄성에서 파생되는 권리이다. 다만 일반적인 인격권은 다른 사람의 권리를 보호하기 위한 목적으로 제한될 수 있으며 퀴나스트 사안에서의 표현의 자유와 같은 제3자의 기본권에 의해 제한될 수 있는 것이다. 타인의 인격권에 대한 존중과 표현의 자유는 상호 배타적 관계가 아니기 때문이다(Ipsen, 2018). 이 사건에서 퀴나스트의 프라이버시 권리와 페이스북 댓글 작성자들의 표현의 자유는 형법 제185조에 따른 모욕죄와 충돌한다.

독일 연방헌법재판소의 확립된 판례에 따르면, 표현의 자유와 개인의 명예 보호가 충돌하는 경우 기본적으로 개별 사례별 이익형량이 필요하다. 이 심사 체계는 수십 년 동안 이미 독일 연방헌법재판소에서 사용되어 왔다. 이익형량을 위한 요건은 이미 1994년 아우슈비츠루게 판결(BVerfG, Ausschwitzlüge-Entscheidung, 1994) 및 1995년 군인살인자 판결(BVerfG, Soldaten-sind-Morder-Entscheidung, 1995)에 명시되어 있다. 개별 사례별 이익 형량을 거쳐야 한다는 원칙에는 세 가지 예외가 존재한다. 즉, ‘인간의 존엄성에 대한 공격(ein Angriff auf die Menschenwürde)’,

‘정형적인 형태의 모욕(Formalbeleidigung)’ 및 ‘비방(Schmähung)’의 경우에는 개인의 인격을 보호하는 것이 표현의 자유보다 우선한다는 것이다(BVerfG, Künast-Entscheidung, 2021). 따라서, 이러한 세 가지 예외 사유에 해당하는 경우에는 이익형량의 과정을 거칠 필요가 없다.

첫째, 기본권 제1조 제1항에서 규정하는 인간 존엄성에 대한 공격은 특정 개인의 인간 존엄성을 구성하는 인격의 핵심 내용을 공격당할 때 발생한다(BVerfG, Rassismus-Entscheidung, 2020). 인간의 존엄성은 개인의 기본권과 이익형량할 수 없으므로 이 경우 표현의 자유 보호는 뒷전으로 밀려날 수밖에 없다. 그러나, 어떠한 발언이 인간의 존엄성을 침해하는지를 확인하는 데에는 무엇보다 신중한 추론 과정이 필요하다.

둘째, ‘정형적인 형태의 모욕’은 노골적이고 경멸적인 욕설이 고의로 사용될 때를 일컫는다. 정형적인 형태의 모욕은 어떠한 논쟁의 문맥과는 전혀 관련성이 없고 사회적으로 금기시되는 용어를 사용한다는 특징을 갖는다. 이러한 용어의 사용은 논쟁의 쟁점이나 사실관계와 관계없이 오로지 다른 사람을 경멸하고 비하하는 데에만 그 목적이 있다(BVerfG, Rassismus-Entscheidung, 2020).

셋째, ‘비방’의 경우에는 그 목적이 사안에 관한 논의가 아니라 대상이 되는 사람의 명예를 훼손하고자 함에 있다. ‘비방’은 그 진술에 어떠한 사실적 주장으로 이해할 수 있는 내용이 없고 다른 사람을 욕하거나 깎아내리는 기회로만 사용될 때 발생한다. 어떠한 비판이 과장되어 있고 심지어 비방적인 내용이 포함되어 있다 하더라도 이것을 바로 비방이라고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 비판 또한 과장되거나 근거가 없을 수가 있기 때문이다. 특별한 예외적인 경우에만 ‘비방’으로 인정되며, 그 해석 또한 넓게 인정되어서는 안 된다. 독일 연방헌법재판소의 이전 판례에 따르면 대중에게 중대한 영향을 미치는 사안의 경우 비방은 예외적인 경우로만 인정되며 사적인 불화(Privatfehde)에 한정된다고 명시하고 있다(BVerfG, Staatsanwältin-Entscheidung, 2016). 여기서 사적인 불화란 개인 간의 사적인 문제에 관련된 분쟁을 의미하고, 대중에게 영향을 미

치는 문제에 관한 공개적인 토론에 반대되는 개념으로 이해할 수 있다.

퀴나스트 판결에서 연방헌법재판소는 개인적인 비방만을 목적으로 하는 발언이 오늘날 특히 인터넷상에서는 사적인 불화라는 범주로만 볼 수 없는 경우가 많다고 지적하였다(BVerfG, Künast-Entscheidung, 2021). 오늘날의 인터넷상에서 이루어지는 커뮤니케이션에서는 사적인 관계를 알 수 없는 사람에 대한 비판이 가능하므로(Petri, 2022), 인터넷상에서 이루어지는 비방은 더 이상 사적인 불화에 한정되지 않기 때문이다. 인스타그램, 페이스북, 트위터 및 기타 소셜 네트워크상에서 누구나 사적인 관계가 전혀 없는 정치인, 유명인 및 기타 공인에 대하여 직접 글을 쓰고 그들의 게시물에 글을 쓰거나 댓글을 달 수 있다.

‘인간의 존엄성에 대한 공격’, ‘정형적인 형태의 모욕’ 및 ‘비방’은 이익형량의 필요가 없는 예외적인 경우이므로 제한적으로 인정되어야 한다(Gerdemann, 2022). 표현의 자유와 개인의 명예 보호가 충돌할 때 원칙적으로는 개별 사례에 있어서 이익형량이 이루어져야 하는 것이므로, 이익형량의 예외 사례는 엄격한 기준을 충족해야 하며, 이러한 기준이 충족되었는지 여부는 법원에 의하여 완전히 정당화될 수 있어야 한다. 법원이 어떠한 표현을 ‘정형적인 형태의 모욕’ 또는 ‘비방’으로 잘못 평가하여 예외 사례에 해당하지 않음에도 예외 사례에 적용된다고 판단하여 이익형량을 하지 않은 경우, 이는 중대한 헌법적 오류에 해당하기 때문이다(BVerfG, Bauvorhaben-Entscheidung, 2019).

3. 베를린 지방법원과 고등법원의 개별 진술에 관한 평가 및 오류

이하에서는 베를린 지방법원과 고등법원이 퀴나스트 사안에서 문제가 된 개별 진술을 어떻게 평가하였는지와 이에 관하여 독일 연방헌법재판소가 지적한 헌법상 문제점은 무엇이었던지 검토한다.

가. 이 속이 빈 견과류는 매립지에 있어야 하지만 유해 폐기물을 그곳에 버리면 안 된다. (“Diese hohle Nuß gehört entsorgt, aufe Mülldeponie aber man darf ja dort keinen Sondermüll entsorgen.”)

베를린 지방법원은 퀴나스트의 고소 이후 자체 결정을 변경하여 이 발언을 이익형량의 예외 사유인 ‘인간 존엄성에 대한 공격’에 해당하는 것으로 받아들였다. 베를린 지방법원은 위 진술에서의 폐기하다(“entsorgen”)라는 단어를 국가 사회주의 시절 인명 학살을 암시하는 것으로 해석하였다. 이로써 이 진술은 퀴나스트의 개인으로서의 존엄성을 부정하고, 퀴나스트를 열등한 존재로 묘사하며, 쓰레기로 취급한 것이기 때문에 이는 ‘인간 존엄성에 대한 공격’이라고 본 것이다. 위 진술을 ‘인간 존엄성에 대한 공격’으로 해석한 베를린 지방법원의 평가는 그 근거가 충분하고 설득력이 있다고 판단된다. 베를린 지방법원은 이 진술에 ‘정형적인 형태의 모욕’ 또한 포함되어 있다고도 평가하였다. 연방 헌법재판소는 ‘정형적인 형태의 모욕’을 고의적, 노골적이고, 경멸적이며, 문맥과 무관한 욕설로 절대적으로 눈살을 찌푸리게 하고 사회적으로 금기시되는 욕설(BVerfG, Rassismus-Entscheidung, 2020)이라고 정의한다. 폐기하다(“entsorgen”)와 쓰레기(“Müll”)가 이러한 정의에 부합하여 ‘정형적인 형태의 모욕’에 해당한다고 보는 것은 어렵다고 생각된다. 문맥에 상관없이 ‘쓰레기’는 경멸적인 단어이기는 하나 ‘폐기하다’와 ‘쓰레기’라는 표현을 일반적으로 금기시되는 욕설로 보기는 어렵기 때문이다.

나. 이 똥 덩어리. 그런 말을 하는 것은 완전한 정신 질환의 증거이다. (“Dieses Stück Scheiße. Überhaupt so eine Aussage zu treffen zeugt von kompletter Geisteskrankheit.”)

베를린 지방법원은 위 진술 중 두 번째 문장은 사실에 관한 언급이

포함되어 있으므로 이 진술은 ‘비방’에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이 진술은 전체적으로 대중의 관심사인 소아성에 처벌 여부를 다루고 있다는 점에서 베를린 지방법원은 해당 진술이 ‘비방’에 해당되지 않는다고 결론지었던 것이다. 그럼에도 불구하고 베를린 지방법원은 해당 진술이 예외 사유에 해당하지 않으므로 이에 대한 이익형량이 필요하다고 하면서도 이익형량을 제대로 수행하지 않았고 이익형량의 결과가 어떠한지에 관해서도 전혀 언급하지 않았다(LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 2). 이러한 점은 베를린 지방법원의 해당 판결에 대한 오류로 지적될 수 있다.

다. 소아성애자 트롤라 (“Pädophilen-Trulla”)

베를린 지방법원과 고등법원 모두 이 진술을 형법상 처벌할 수 있는 ‘모욕’으로 평가하지 않았다. 이 진술은 개인의 명예를 훼손하는 것이 아니라 소아성애를 반대하는 데 초점을 맞추고 있으므로, 이익형량의 예외 사유인 ‘비방’에 해당하지 않는다는 것이다. 그럼에도 불구하고, 베를린 지방법원과 고등법원은 이 진술에 있어서 퀴나스트의 인격권과 댓글 작성자의 표현의 자유 충돌에 관하여 이익형량의 과정을 거치지 않았고, 연방헌법재판소는 이러한 점을 문제점으로 지적하였다.

연방헌법재판소는 이미 이전 사건에서 트롤라(“Trulla”)라는 표현을 다룬 적이 있다. 첫 번째 사례인 AG 슈발슈타트 판례(BVerfG, AG Schwalmstadt, 2019)에서 ‘트롤라’라는 표현은 여성을 경멸하는 용어이며 장애와 관련 있는 표현이라고 확인하였다. 이후 트롤라 사건에서 연방헌법재판소는 진술이 이루어지는 상황과 맥락에 따라서 ‘트롤라’라는 표현은 타인의 명예를 훼손하는 진술로 간주할 수 있다고 하였다(BVerfG, Trulla-Entscheidung, 2020). 퀴나스트 사건에서 사용된 ‘트롤라’라는 표현에는 ‘소아성애자’라는 단어가 추가되어 퀴나스트에 대한 명예훼손적 성격이 더 강해졌음에도 베를린 지방법원과 고등법원이 퀴나스트의 인

격권과 댓글 작성자의 표현의 자유 사이의 이익형량을 거치지 않은 점은 두 법원의 해당 판결에 있어서의 오류로 지적될 수 있다.

라. 그녀도 한때는 가장 밝은 촛불이 되고 싶었겠지, 역겨운 소아성애자
("Sie wollte auch Mal die hellste Kerze sein, Pädodreck")

이 진술은 '소아성애자 트롤라'라는 표현과 유사하게 베를린 지방법원과 고등법원에서 '모욕'으로 평가하지 않았다. 이러한 평가 과정에서 베를린 지방법원과 고등법원은 해당 진술이 이익형량의 예외 사유인 '비방'에 해당하지 않음에도 불구하고 기본권 충돌에 있어서 이익형량을 하지 않은 오류를 범한 것이다(LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 2).

마. 창녀 ("schlampe*")

베를린 지방법원은 이 표현을 '정형적인 형태의 모욕'으로 평가하였다(LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 2). 이 용어는 여성에 대하여 특히 노골적이고 경멸적이며 금기시되는 욕설이기 때문에 이러한 판단은 일응 합리적인 것으로 보인다. 그러나, 연방헌법재판소는 '정형적인 형태의 모욕'은 논쟁의 열기가 고조된 상태에서 이루어지는 것이 아니라 사전에 신중하게 이루어져야 한다는 점을 강조하여 이익형량 없이 개인의 명예 보호를 우선시하는 것으로 직접 연결되는 '정형적인 형태의 모욕'을 인정하는 경우를 엄격하게 해석하고 있다(BVerfG, Rassismus-Entscheidung, 2020).

이 사안에서 댓글 작성자는 첫 글자를 소문자로 표기하였고, 단어 뒤에 별표를 붙였는데 이는 명사의 첫 글자를 대문자로 표기하는 독일어 표기법에 의하면 잘못된 철자법이다. 이러한 점으로 미루어볼 때 댓글이 서둘러 작성되었고, 작성자가 게시물을 보고 즉각적이고 감정적으로 반응하여 작성된 것이라고 볼 수 있다. 그러나, 연방헌법재판소는 사용자

가 개인적인 대화에서 구두로 진술할 때보다 인터넷상에서 서면으로 진술할 때 진술에 관하여 생각할 시간이 더 많고, 메시지를 보내기 전에 여러 번 수정할 수도 있으며, “보내기” 버튼도 추가로 눌러야 한다는 점을 강조한다(BVerfG, Künast-Entscheidung, 2021). 이러한 이유로 연방 헌법재판소는 인터넷상에서 짧고 부주의하게 작성된 댓글 또한 ‘정형적인 형태의 모욕’에 해당하는 요건을 충족할 수 있음을 시사하고 있다.

바. 더러운 (여성의)성기 (“Drecks Fotze”)

이 욕설은 퀴나스트의 성별을 지칭하여 여성을 대상으로 하기 때문에 성차별적이다. 첫 번째 판단에서 베를린 지방법원은 해당 진술을 통한 퀴나스트에 대한 야유가 성적 영역에 해당한다고 밝힌 바 있다(LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 1). 베를린 지방법원은 첫 번째 결정에서 이 발언을 표현의 자유 보호 범주에 속하는 것으로 정당화하려고 시도하였다. 퀴나스트가 1986년 성인과 아동간의 비폭력 성관계의 비범죄화를 논의의 대상으로 삼았고, 퀴나스트의 이러한 견해는 사회에서 분노를 일으킬 가능성이 매우 높기 때문에 이 욕설을 이해할 수 있는 범주에 있는 것으로 보았던 것이다.

그러나, 베를린 지방법원은 두 번째 결정에서 이 발언은 오로지 퀴나스트의 개인적 명예를 훼손하기 위한 것이고 퀴나스트를 인격적으로 폄하하기 위한 발언임을 인정하였다(LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 2). 나아가 두 번째 결정에서 베를린 지방법원은 이 발언이 ‘정형적인 형태의 모욕’으로 간주된다고 평가하였다(LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 2-Rn. 28). 이 표현은 특히 여성에 대한 경멸적인 욕설이 포함되어 있다는 점에서 이익형량이 필요하지 않은 예외 요건인 ‘정형적인 형태의 모욕’으로 평가되는 것이 타당하다고 생각된다. ‘더러운 (여성의) 성기’라는 욕설은 모든 맥락에서 절대적으로 눈살을 찌푸리게 하고 사회적으로 금기시되는 용어라고 볼 수 있기 때문이다.

독일의 일부 법학자들은 퀴나스트의 명예를 훼손할 뿐 사안에 대한 논의에 기여하지 못한 모든 진술을 ‘모욕’으로 간주해야 한다고 주장하였다(Petri, 2022). 베를린 지방법원이 첫 번째 결정에서 퀴나스트에 대하여 더러운 (여성의)성기(“Drecks Fotze”) 또는 똥 덩어리(“Stück Schei ße”)로 묘사하는 표현까지 표현의 자유로 용인될 수 있다고 판단한 것은 커뮤니케이션 문화에서의 잔인성으로까지 의심된다고 비판받기도 하였다(Freytag, 2022). 이러한 맥락에서 우아하게 표현된 비방이 조잡하고 무례하게 표현된 비방보다 나은 것인지에 대한 의문이 생긴다. 어떤 사람들은 자신의 생각을 우아하게 표현할 능력이 없지만 그들 또한 특정 이슈에 대한 분노나 지지 등 자신의 의견을 표현할 수 있는 것이 중요하기 때문이다(Peifer, 2022). 문맥과 상관없이 비방이 조잡하고 무례하다는 이유만으로 금지하는 것은 표현의 자유에 대한 큰 제한이 될 수 있다.

논란이 된 표현 중 (1) 이 늙은 여자는 지붕에 손상을 입었어. 부추처럼 썩어서 이렇게 할 수밖에 없어. (“Die alte hat doch einen Dachschaden die ist hol wie Schnittlauch man kann da nur noch”) (2) 이봐...머리가 얼마나 아픈 거야!!! (“Mensch...was bist Du Krank im Kopf!!!”) (3) 그녀는 정신적으로 아프다 (“Die ist Geisteskrank”) 등은 모욕으로 분류해서는 안 된다는 의견이 있다(Höch, 2022). 이러한 댓글의 작성자는 성인과 14세 미만의 어린이 사이의 성관계를 비범죄화하는 것이 부적절하며 이 문제에 관하여 의문을 제기할 수 있다는 것을 의미했을 가능성이 있기 때문이다. 따라서 위 댓글의 작성자는 퀴나스트의 명예를 훼손하고자 한 것이 아니라 소아성애에 관한 자신의 의견을 표현하고자 하였다는 것이 그 이유이다. 퀴나스트의 발언과 소아성애에 관한 내용이 포함된 댓글 중, ‘그런 멍청한 발언을 설명할 다른 방법은 없습니다(“Anders kann man so eine schwachsinnige Äußerung nicht erklären”)와 ‘그런 발언을 하는 것은 완전히 정신이 나간 것(“Überhaupt so eine Aussage zu treffen zeugt von kompletter Geisteskrankheit”)’과 같은 표현은 표현의 자유에 비추어 볼 때 여론 형성에 더 중요한 의미

를 갖는다고 볼 수도 있다. 이러한 발언은 명예를 훼손하는 내용을 담고 있다고 하더라도, 소아성애에 관한 퀴나스트의 발언과 직접적으로 관련 있고, 논쟁의 열기 속에서 이루어진 대중의 관심사와 관련된 문제이므로 표현의 자유 한도 내에서 허용될 수 있다고 생각된다.

4. 소결

퀴나스트 판결에서 독일 연방헌법재판소는 베를린 지방법원과 고등법원이 문제가 되는 진술들이 모욕에 해당하는지에 관하여 일관성 없는 기준을 적용하여 간략하게 검토하였을 뿐이라고 지적하였다. 헌법상 요구되는 인격권의 보호와 표현의 자유가 동등한 지위(Gleichrangigkeit)를 가지기 때문에 둘 사이의 이익형량이 요구됨에도 불구하고 베를린 지방법원과 고등법원은 일방적으로 표현의 자유를 우선시하는 오류를 범하였다는 것이다(Peifer, 2022). 또한 연방헌법재판소는 베를린 지방법원과 고등법원이 문제가 되는 표현에 사실적 언급이 있다는 이유로 ‘비방’이 아니라고 판단하였을 때 표현의 자유와 인격권의 충돌에 있어서 이익형량을 고려하지 않은 오류를 범하였다고 지적하였다(BVerfG, Künast-Entscheidung, 2021). 이러한 오류는 베를린 지방법원과 고등법원이 인격권의 중요성과 그 보호 범위를 제대로 인식하지 못하는 데에서 비롯된 것으로 보인다.

IV. 판결의 시사점

이하에서는 퀴나스트 판결이 가지는 시사점에 관하여 논의한다. 구체적으로 모욕의 피해자로서의 정치인의 지위에 관한 논의, 표현의 자유에 관한 독일 연방헌법재판소의 법리와 표현의 자유와 인격권 충돌의 이익

형량에서 고려하여야 할 사항을 중심으로 서술한다.

1. 모욕의 피해자로서의 정치인에 관한 논의

국가의 제재를 두려워하지 않고 국가 권력의 조치를 신랄하게 비판할 수 있는 권력 비판(Machtkritik)에 관한 권리는 표현의 자유의 핵심 영역에 속한다(BVerfG, Rote-Null-Entscheidung, 2020). 표현의 자유가 가지는 중요성을 무시한 채 권력에 대한 비방성 발언을 경중을 따지지 않고 성급하게 형사상 처벌될 수 있는 모욕으로 평가한다면, 장기적으로 처벌이 두려워 소셜 네트워크상에서 자유롭게 의견을 표현하지 못하게 되는 ‘자기 검열(Selbstzensur)’의 위험이 커질 수 있기 때문이다(Niggemann, 2022). 정부에 대한 비판과 정책의 장단점에 관한 자유로운 의견 교환을 통하여 다양한 정책 옵션 중에서 비교적 현명한 선택을 할 수 있다는 장점이 있다(Petersen, 2019). 표현의 자유에 대한 강력하고 근거 없는 제한은 특히 권위주의 정권에서 전형적인 것으로, 권위주의 국가에서는 사회 불안정과 정치적 혼란을 우려하여 지배 엘리트층에 반대하는 진술을 기소하는 경우가 많다(Skirbekk, 2017). 권력을 잃을까 두려워하는 정부는 표현의 자유를 터무니없이 억압하기 때문이다.

독일 연방헌법재판소는 퀴나스트 판결을 통하여 모욕죄의 피해자와 관련된 흥미로운 측면을 다루고 있다. 즉, 모욕의 피해자가 정치인이라는 사실은 표현의 자유와 인격권 사이의 이익형량의 과정에 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 정치인들은 의식적으로 공개적인 정치 활동을 하므로 일반적으로 모욕에 대한 보호의 필요성이 적다고 간주하였다(BVerfG, 1 BvR 2397/19, 2020). 정치인에 대한 비판과 함께 정치적 이슈에 관한 토론은 정치적 의견의 형성과 사회 발전에 중요한 역할을 담당하기 때문에 정치인에 대한 비판이 어느 정도 넓게 허용되어 왔기 때문이다. 퀴나스트 사안의 경우, 쟁점이 된 이슈는 성인과 14세 미만 아동 간의 합의된 성관계를 비범죄화하는 심각한 문제였다. 이러한 문제를

다름에 있어서 비판이 제기될 수 있고 때에 따라 좋지 않은 감정적 표현이 그러한 비판 내용에 포함되기도 한다. 그럼에도 불구하고, 일반 대중들이 자신의 의견을 자유롭게 표현하고 정치적 이슈에 관한 토론에 참여하는 것이 중요하므로 정치인은 비정치인에 비하여 거친 발언을 참아야 한다는 것이다. 이러한 견해는 연방헌법재판소가 유럽인권재판소의 입장을 참조한 것인데, 유럽인권재판소에 따르면, 정치인에 대하여 허용되는 비판의 한계는 일반 개인에 대한 비판보다 더 넓게 허용된다 (ECtHR, EON v. France, 2013).

그러나, 쿠나스트 판결은 정치인에 대한 보호를 오히려 강화한다는 전혀 다른 새로운 관점을 담고 있다. 다른 정치인이나 시민이 정치인을 비판하는 것은 정치 활동의 자연스러운 일부인 것은 사실이나, 그렇다고 하여 정치인이 모든 모욕적이고 경멸적인 발언을 참아야 한다는 의미는 아니라는 점을 확인한 것이다. 사람들은 자신이 경멸받지 않을 것이라는 확신이 있을 때만 정치적 책임을 지며(Hoch, 2022), 지속적이고 무례한 모욕 발언은 정치인이 공적인 의무를 수행하는 것을 오히려 심각하게 방해할 수도 있기 때문이다(Peifer, 2022). 독일 연방헌법재판소는 쿠나스트 판결에서 정치인은 국가와 사회에 관여하는 지위에 있고, 정치인을 모욕으로부터 보호하는 것은 공공의 이익에 부합한다고 판단하였다. 이 견해에 따르면 국가는 정치인의 인격권을 효과적으로 보호해야 하고, 정치인은 대중의 폄하와 증오 발언으로부터 보호받아야 한다는 것이다 (BVerfG, Künast-Entscheidung, 2021).

베를린 고등법원은 거친 표현으로부터 정치인을 보호하기 어려운 점을 다음과 같이 설명한다: 현행 법률 체계와 독일 연방헌법재판소의 관련 판례는 정치인의 인격권 보호를 강화할 수 있는 근거를 제공하지 않고 있다. 이는 이 문제에 관하여 독일 연방헌법재판소와 입법자들에게 보내는 신호이기도 한데, 정치인들에게 법과 판례를 통해 더 강력한 보호를 제공할 필요가 있다는 ‘신호’이다(KG Berlin, Künast Beschluss Nr. 1, 2020). 독일 연방헌법재판소의 쿠나스트 판결은 베를린 고등법원이 지

적한 이러한 ‘신호’에 반응하여 정치인의 일반적인 인격권 보호를 새롭게 평가하고 있다. 이 판결은 대중의 표현의 자유와 비교할 때 정치인의 일반적인 인격권 보호가 이전보다 더 큰 비중을 차지한다는 점을 확인하였다고 평가받는다(Muckel, 2022). 이러한 의미에서 정치인은 공인이기는 하지만, 공적인 사회적 임무를 수행하지 않는 리얼리티 쇼의 유명인들과는 차별화되어야 한다는 것이다(Freytag, 2022).

공인의 명예 보호와 비평가로부터의 표현의 자유 사이에서 이익형량을 수행할 때 고려해야 할 다른 사항도 있다. 예를 들어, 공인이 어떠한 지위를 가지고 있는지, 어떠한 성격의 대중의 관심을 받고 있는지 등이 관련된다는 것이다. 퀴나스트는 2002년부터 독일 연방 하원의원으로 활동해 왔다. 따라서 그녀는 20여 년 동안 독일 입법에 직접 관여해 온 유명한 국가 정치인으로, 그녀의 발언은 소속 정당, 연방의회 및 독일 전역에서 많은 관심을 받고 있다. 이러한 점에서 퀴나스트가 정치 활동에서 가혹한 비판에 직면한 것은 놀라운 일은 아니다. 권력에 대한 비판은 자유 민주주의에서 중요한 요소이기 때문이다.

2. 표현의 자유에 관한 독일 연방헌법재판소의 법리

독일 연방헌법재판소가 일반적인 원칙에 부합하지 않는 예외적인 판결을 내림으로써 일반 법원의 모욕적 표현물 심사에 관한 판단을 혼란스럽게 만들었다는 주장이 있다(Muckel, 2022). 이로 인하여 일반 법원들이 개별 사안에서 문제가 되는 모욕 진술들을 평가함에 있어서 어려움을 겪게 되었다는 것이다. 이러한 비판을 고려하여, 연방헌법재판소는 퀴나스트 판결을 통하여 표현의 자유와 일반적 인격권의 이익형량을 통하여 균형을 맞추기 위한 원칙과 기준을 체계적으로 제시하는 것을 목표로 한 것으로 보인다(Gerdemann, 2022). 독일 연방헌법재판소는 하급 법원의 판결이 정당한지, 논증은 충분한지 등에 관하여 비판하기는 하지만, 그러한 문제를 직접 다루지는 않으며 다만 헌법상의 오류만 지적하

는 데에 그친다. 이와 관련한 2016년의 사례는 잘 알려져 있다(BVerfG, Staatsanwältin-Entscheidung, 2016). 기자와의 전화 통화에서 한 변호사는 검사에 대해 다음과 같은 진술을 했다: “가출 검사”, “미친 검사”, “불쾌하고 악의적이며 멍청한 검사”. 베를린 지방법원은 이러한 발언을 ‘비방’으로 평가하였다. 베를린 지방법원의 의견에 따르면, 이 진술은 해당 검사가 진행 중인 수사 활동을 전혀 언급하고 있지 않기 때문에 오로지 검사 개인에 대한 것이며 근거 없는 ‘비방’에 해당한다는 것이다. 이러한 진술이 이루어진 이유, 맥락 및 목적을 살펴보면, 이 진술을 통하여 그 변호사는 수사 중인 검사에 대한 개인적인 불만을 표현한 것으로 보인다. 베를린 고등법원은 베를린 지방법원의 판결에 법적 오류가 없다고 판결하였지만, 연방헌법재판소는 이 판결을 뒤집고 해당 진술이 수사 절차와 완벽히 분리되어서 이루어진 것인지, 수사 절차에 대한 언급이 검사의 명예를 훼손하기 위한 명분이나 구실로만 사용되었는지 그 판단에 관하여 더 자세한 설명을 요구하였다.

연방헌법재판소가 베를린 지방법원과 고등법원의 판결을 번복하고 이 사건을 새로운 결정을 위하여 회부한 것에 관하여 부정적으로 보는 견해가 있다(Muckel, 2022). 위에서 언급한 진술들이 괜찮다거나 오히려 받아들여질 수 있다는 인상을 줄 수 있기 때문이다. 특히 일반인들은 이러한 판결을 통하여 표현의 자유가 제한 없이 보장된다고 오해할 수도 있다. 검사를 포함한 공직자는 의식적으로 대중을 향한 공개적인 토론에 관여한다는 점에서 정치인과 비슷한 보호 대상에 해당할 수 있고 이 점에서 이 사건과 퀴나스트 사건의 유사점 또한 찾을 수 있다.

일부 학자들은 독일 연방헌법재판소가 ‘표현의 자유 친화적(meinungsfreundlich)’이라고 지적한다(Hoch, 2022, Peifer, 2022). 이러한 표현의 자유 친화적인 판례들을 생성해 낸 법리는 ‘추정 공식’과 ‘상호작용이론’이었다. 이 법리에 따르면 이익형량이 필요하지 않고 명예 보호가 자동으로 우선하는 예외인 ‘인간 존엄성에 대한 공격’, ‘정형적인 형태의 모욕’, ‘비방’을 인정함에 있어서 매우 엄격한 요건을 요구한다.

연방헌법재판소는 민주주의 사회에서 표현의 자유는 특별히 중요하며, 이러한 이유로 표현의 자유는 광범위하게 보호되어야 한다는 점을 반복해서 강조한다(Hoch, 2022). 표현의 자유가 다른 기본권보다 우선한다고 전제하지는 않지만, 표현의 자유를 매우 폭넓게 이해하고 보호하고 있는 것처럼 보인다. 이러한 이유로, 연방헌법재판소의 판례에서는 심한 경멸적 표현을 금지하는 것보다 오히려 허용하는 것이 더 많은 것으로 나타나기도 하였다(Peifer, 2022). 하급 법원이 표현의 자유를 충분히 고려하지 않았다는 이유로 모욕죄에 대한 많은 지방법원의 유죄 판결이 연방헌법재판소에 의해 뒤집히기도 하였다. 따라서 하급 법원이 진술을 평가할 때 모욕죄에 해당한다고 판단함에 있어서 어느 정도 주저하는 것은 놀라운 일이 아니다. 하급 법원 스스로 표현의 자유의 한계를 넘어선 것으로 보더라도, 표현의 자유 친화적인 독일 연방헌법재판소의 판례에 비추어 경멸적이지만 사실적인 진술은 허용된다고 판단하게 되었기 때문이다.

퀴나스트 사건은 연방헌법재판소가 이와 같은 기존의 판례법을 재고하도록 자극을 주었다는 점에서 의미가 있는 판결이라 하겠다. 이런 의미에서 퀴나스트 판결은 표현의 자유 친화적인 연방헌법재판소 판례의 전환점이 되었다(Freytag, 2022)는 평가를 받는다. 이러한 방향 전환 덕분에 모욕죄의 피해자, 특히 모욕의 대상이 된 정치인들은 앞으로 모욕 표현에 대하여 인격권 보호를 더 잘 받을 수 있을 것으로 기대할 수 있다.

가. 추정 공식 (“Vermutungsformel”)

대중에게 중대한 영향을 미치는 문제에 대한 진술의 경우 표현의 자유로 보호된다는 추정이 있다(BVerfG, Lüth-Entscheidung, 1958). 이러한 ‘추정 공식’에서 벗어나려면 정당화 과정이 필요하다(BVerfG, Soldaten-sind-Morder-Entscheidung, 1995). ‘추정 공식’에 따르면, 대중에게 중대

한 영향을 미치는 문제에 대한 진술은 여론 형성에 기여하는 것으로 간주할 수 있고, 중요한 공공 문제와 관련된 경우에는 다소 가혹한 개인적 주장도 허용될 수 있다(Bumke/Voßkuhle, 2016). 공공이 관련된 문제에 관하여 더 나은 해결책을 찾기 위하여 ‘공개적인 진술’은 우선적으로 보호되어야 한다는 것이다. 여기서 ‘공개적인 진술’이라 함은 소셜 미디어와 같은 공적 공간에서 공적 사안에 관한 담론적 진술에 관한 것이다. 순전히 사적인 문제에 관한 사적 영역에서 이루어진 진술은 공익성이 없으므로 보호가 필요한 진술의 형태에 속하지 않는다(Skirbekk, 2017).

한편 이러한 ‘추정 공식’은 이미 그 의미를 잃었고, 이 공식은 더 이상 유효하지 않다는 주장이 제기되고 있다(Peifer, 2022). 대신, 독일 연방헌법재판소는 퀴나스트 판결을 통하여 다른 심사 기준을 마련하였고, 다른 심사기준이란 “표현의 자유를 고려함에 있어서 고려해야 할 가중치는 발언이 여론 형성에 기여하는 것을 목적으로 할수록 높고, 이와 무관하게 개인에 대한 감정적인 분위기 유포에 불과할수록 낮다”(BVerfG, Künast-Entscheidung, 2021)는 것이다. 이에 따르면, 표현의 자유의 가중치는 어떠한 발언이 여론 형성에 이바지하는 것을 목적으로 할수록 높으며 그 발언의 의도가 여론 형성에 기여하기 위함인지 개인의 감정을 단순히 표출하는 것인지 여부를 신중하게 판단해야 한다.

나. 상호작용이론 (“Wechselwirkungslehre”)

표현의 자유와 일반적 인격권 사이의 충돌을 이익형량하기 위해서는 해당 사건에서 ‘상호작용이론’이 적용되는지 여부를 명확히 하는 것이 중요하다. 기본법 제5조 제2항에 따라 표현의 자유는 일반법의 규정, 청소년 보호에 관한 법적 조항 및 개인 명예권에 의해 제한될 수 있다. 표현의 자유와 같은 대부분의 기본권은 법률에 의해 그리고 법률에 근거하여 제한될 수 있다(일반 법률 유보의 원칙). 우선, 이러한 일반 법률 유보의 원칙을 적용함에 있어서 “일반 법률”이라는 용어가 무엇을 의미

하는지 명확히 해야 한다. 연방헌법재판소는 “일반 법률”의 의미에 관하여 의견 자체를 금지하지 않는 모든 법률이 이에 포함되며, 일반 법률 유보의 원칙이 의미하는 것은 의견 표현 자체를 반대하는 것이 아니라 특정 의견과 관계없이 절대적으로 보호해야 할 법적 이익을 보호하는 역할을 한다는 것(BVerfG, Lüth-Entscheidung, 1958)이라고 해석한다.

이러한 “일반 법률”의 해석과 관련하여 연방헌법재판소는 표현의 자유의 중요성을 강조하는 ‘상호작용이론’을 마련하였다. ‘상호작용이론’에 따르면 “일반법률”이라는 문구는 기본권에 대한 제한을 설정하지만, 동시에 기본권을 제한하는 요건 또한 다시 제한되어야 한다(BVerfG, Lüth-Entscheidung, 1958)는 것이다. 이 ‘상호작용이론’의 주된 의미는 보호되는 법적 이익과 제한 조치 사이의 적절한 균형으로(Ipsen, 2018), 제한에 대한 제한(“Schranken-Schranken”)이라고도 불린다(BVerfG, Lüth-Entscheidung, 1958). “일반 법률”은 표현의 자유를 제한할 수 있지만, 동시에 표현의 자유의 막대한 중요성에 비추어 그 제한의 요건을 해석해야 한다는 것이다(BVerfG, Soldaten-sind-Morder-Entscheidung, 1995). 표현의 자유의 보호는 사실 민주주의의 초석으로 이를 보호하기 위한 ‘상호작용이론’은 21세기 판결에도 등장한다(BVerfG, Heß-Gedenkkundgebung-Entscheidung, 2009).

퀴나스트 판결의 또 다른 중요한 쟁점은 퀴나스트를 모욕하는 댓글을 단 페이스북 사용자의 정보 제공 여부이다. 이와 관련한 핵심 규범은 모욕을 범죄화하는 형법 제185조로, 이에 따르면 모욕은 타인의 명예를 무시 또는 경멸하는 행위이다(BVerfG, Soldaten-sind-Morder-Entscheidung, 1995). 형법 제185조가 기본법 제5조 제2항의 의미에서 “일반 법률”에 해당하여 ‘상호작용이론’의 적용 대상에 해당하는지 여부는 의문이다. 아마도 형법 제185조는 “일반 법률”이 아니라 개인의 명예권에서 나온 규범일 것이고, 이 경우 형법 제185조는 명예 보호를 더 존중하기 때문에 다른 “일반 법률”과는 다르게 취급되어야 한다고 주장할 수 있기 때문이다. 판결에 따르면, 독일 연방헌법재판소는 형법 제185조는 “일반 법률”

의 일부이지만, 모욕은 그 대상이 국가 권력 기관에 대한 것일 경우에만 적용된다고 한다. 연방헌법재판소는 국가 기관에는 “개인적” 의미의 명예가 존재하지 않으므로 일반적인 인격권의 적용을 받지 않는다는 사실로 이를 정당화한다(BVerfG, Soldaten-sind-Morder-Entscheidung, 1995).

반대로, 피해자가 쿠나스트와 같은 자연인인 경우 형법 제185조는 “일반 법률”이 아니므로 ‘상호작용이론’의 적용 범위에 포함되지 않는다는 견해가 있다(Ipsen, 2018). 이러한 견해는 자연인에 대한 명예 보호 기준으로서 형법 제185조가 ‘의견’을 대상으로 하므로 “일반 법률”에 해당하지 않는다는 사실에 의해서도 뒷받침된다. 개인의 명예에 관한 권리는 “일반 법률”과 동등한 것이 아니고 어떠한 특별한 권리를 나타낸다는 것이 그 근거이다. 명예를 보호하는 규정은 특별한 권리로서 그 내용에 따라서 개인의 명예를 해하는 의견을 금지할 수 있고, 이러한 이유로 쿠나스트 사건에서는 개인의 권리와 표현의 자유를 비교형량함에 있어서 연방헌법재판소의 ‘상호작용이론’을 적용할 수 없다는 주장이다.

한편, ‘상호작용이론’은 더 이상 독립적인 의미를 갖는 법 이론이 아니라 표현의 자유에 대한 과도한 금지를 우려한 초기 형태에 불과하다는 견해가 있다(Ipsen, 2018). 연방헌법재판소는 2019년의 잊혀질 권리 결정에서 다음과 같이 이익형량에 따른 실질적 균형을 강조한 바 있다: “충돌하는 기본권의 입장은 상호 작용을 통해 기록되어야 하며, 실질적 균형의 원칙에 따라 관련된 모든 사람에게 가능한 한 효과적인 방식으로 균형을 이루어야 한다(BVerfG, Recht-auf-Vergessen-I, 2019)”는 것이다. 연방헌법재판소는 2019년의 잊혀질 권리 판결과 2021년 쿠나스트 판결 모두에서 구버전의 ‘상호작용이론’에 의존하지 않고 ‘실질적 균형의 원칙’에 따라 판결한 것으로 보인다. ‘실질적 균형의 원칙’에 따르면, 상충하는 기본권은 이익형량을 통하여 완만하게 균형을 이루어야 한다(Niggemann, 2022). 오늘날 이러한 ‘실질적 균형의 원칙’에 따른 이익형량은 모든 기본권의 충돌에 적용되고 있으며 이 원칙에 따르면 ‘상호작용이론’에 따른 표현의 자유에 대한 특권은 더 이상 인정할 수 없다고

판단된다.

3. 이익형량의 고려사항

표현의 자유와 개인의 명예를 이익형량 하는 법원은 개별 사안의 구체적인 상황을 다루어야 한다(BVerfG, Rassismus-Entscheidung, 2020). 모욕죄는 단순히 어떤 말을 했는지가 아니라 그 발언이 어떻게 이루어졌는지를 주로 고려해야 하기 때문이다(Skirbekk, 2017). 관련 발언의 내용, 형식, 원인과 결과뿐만 아니라 발언자, 영향을 받은 사람, 수신자의 인적 사항 및 수까지 고려해야 한다는 것이다(BVerfG, Rassismus-Entscheidung, 2020). 표현의 자유와 인격권 보호의 문제는 양쪽 모두 보호할 가치가 있기 때문에 그 둘 사이의 균형을 맞춘다는 것은 매우 까다로운 작업이다(Bumke/Voßkuhle, 2016). 이러한 평가의 어려움과 이익형량의 불확실성은 법원뿐만 아니라 페이스북과 같은 인터넷 플랫폼에도 영향을 미치고 있다. 인터넷 플랫폼은 모욕 가능성을 사전에 식별하고, 해당 게시물이나 댓글을 삭제하고, 필요한 경우 가해자의 계정을 차단하기 위하여 심의를 수행하게 되었기 때문이다(Freytag, 2022).

퀴나스트 판결에서는 다음의 네 가지 기준이 이익형량에 있어서 다루어졌다:

1. 발언의 비방적 내용,
2. 발언을 통한 여론 형성에 대한 기여도,
3. 진술의 형식 및 관련된 상황,
4. 진술의 유포 및 효과.

제재 수단으로서 형법은 가장 엄중한 수단으로서 법의 적용에 신중을 기해야 한다. 입법부가 모욕을 형사 범죄로 간주하는 것은 명예 보호의 중요성을 강조하기 위한 목적이 분명하며, 이러한 점을 고려할 때 가법

다고 생각되는 모욕 표현도 무시해서는 안 된다고 생각된다. 혹자는 모욕이 신체적 상해나 재산상의 손실을 초래하지 않는다는 점에서 모욕의 피해자에게 미치는 손실을 가볍게 평가하기도 한다. 그러나 이러한 이유로 모욕을 무해한 것으로 규정할 수는 없다. 모욕은 인간의 감정에 부정적인 영향을 미치고, 개인의 사회적 지위와 평판을 손상시킬 수 있으며, 모욕으로 인해 사람의 자존감도 심하게 상처를 입을 수 있기 때문이다. 모욕에 대한 형사 책임은 살아있는 사람의 자아, 정체성 및 자율성과 관련된 더 깊은 감정을 보호하는 역할을 수행하는 것(Skirbekk, 2017)으로 이해할 수 있다. 이러한 맥락에서, 독일 연방헌법재판소는 모욕표현의 댓글을 작성하는 가해자의 다양한 주관적 감정과 과민성을 고려하고 있다(BVerfG, Künast- Entscheidung, 2021). 그러나, 이와 동시에 피해자의 주관적인 민감성 또한 고려하는 것이 합리적일 것이다. 어떤 사람들은 매우 예민하여 모욕으로 인해 심리적으로 고통받고 심지어 자살 충동을 느낄 수도 있기 때문이다.

모욕적인 진술이 다수인을 대상으로 하고, 모욕적인 욕설을 담고 있으며 사실에 관한 표현이 거의 포함되지 않은 경우라면 이러한 진술은 특히 심각하게 받아들여야 한다. 성난 글과 댓글이 수십 개, 심지어 수백 개에 이르는 경우에는 피해자의 심리에 회복할 수 없는 깊은 상처를 남길 수 있기 때문이다. 이러한 의미에서 소셜 미디어에서의 혐오표현과 모욕표현은 사회적 분열로 이어지는 급진화 과정을 동반하기도 하고 (Gerdemann, 2022), 모욕죄를 처벌하는 것은 언어폭력이 물리적인 폭력으로 확대되는 것을 막는 데 도움이 되기도 한다(Peifer, 2022). 퀴나스트에 대한 일부 모욕은 다소 위협적인 성격 또한 띠고 있다고 볼 수 있다. 예를 들어 “이 속이 빈 너트는 폐기해야 하지만, 그곳에서 유해 폐기물을 처리할 수 없다”와 같은 진술이 그러하다.

연방헌법재판소의 견해에 따르면, 서면으로 이루어지는 진술은 자발적인 구두 진술보다 더 큰 정도의 주의 및 자제를 요한다(BVerfG, Künast- Entscheidung, 2021). 페이스북, 트위터 또는 인스타그램과 같은 현대 사

회에서 많이 사용되는 플랫폼에서의 의사소통은 단순히 자극과 반응의 메커니즘에 의하여 이루어지는 것도 아니고 진술과 반대 진술이 감정적인 즉각적 반응으로만 이루어지는 것도 아니다. 오히려 댓글이 작성되는 과정을 보면 감정의 영향을 받긴 하지만 단기적인 어느 정도의 고려 끝에 작성되는 것이 많다. 따라서 소셜 네트워크에서의 서면 진술이 띄는 성격이나 형태 때문에 보호할 가치가 적다고 가정해서는 안 된다(Gerdemann, 2022). 소셜 네트워크에서의 댓글은 다수의 사람이 지속해서 접근할 수 있다는 점에서 사용자에게 오히려 더 높은 수준의 자기규제를 요구하는 것 또한 정당화될 수 있기 때문이다(BVerfG, Künast-Entscheidung, 2021).

모욕표현의 댓글은 모욕당한 피해자의 인격권에 특히 광범위한 효과와 중대한 부정적인 결과를 가져올 수 있다. 또한 많은 플랫폼에서 댓글이 삭제되고 수정될 수 있다는 점에 유의해야 한다. 이전 게시물에 댓글을 다는 방식으로, 혹은 이전 게시물에 거리를 둔 새로운 게시물에 댓글을 작성하는 방식으로 자신이 작성한 모욕표현에 대해 사과할 수도 있다. 소셜 네트워크에서는 자신이 작성한 댓글을 삭제하거나 수정하는 형태로 자신이 모욕표현의 댓글을 작성할 당시의 감정적 초기 반응을 수정할 가능성이 존재하기 때문이다(Gerdemann, 2022). 이러한 의미에서 모욕표현의 댓글을 작성하는 자가 댓글에서 삭제, 수정 또는 거리를 두는 등의 후속 행위를 취하였는지 여부 또한 모욕죄에 해당하는지 여부를 검토할 때 고려되어야 할 것이다.

4. 소결

인터넷의 급속한 성장으로 인해 네티켓(영어의 “그물(Net)”과 프랑스어 “에티켓(Etiquette)”의 합성어)을 가지고 라이브 채팅, 소셜 미디어, 비디오 게임 및 기타 온라인 공간에서 예의범절을 지키고 긍정적으로 행동하는 것이 중요해졌다. 모든 사람은 오프라인뿐만 아니라 온라인상에

서도 존엄과 존경의 대접을 받을 자격이 있기 때문이다. 네티켓의 가장 중요한 원칙 중 하나는 “직접 대화에서 말하지 않을 것을 디지털로 말하지 말라”(Chatfield, 2013)는 것이다. 문명화된 디지털 토론의 참여자는 문명화된 비디지털적 환경에서 자신이 행동한 것처럼 행동해야 한다. 퀴나스트에 대한 모욕 댓글의 작성자는 실생활에서는 스스로 그런 진술을 하는 것을 허용하지 않을 가능성이 높지만, 아마도 온라인에서는 익명성, 온라인이라는 환경에서 느끼는 자유감, 그리고 처벌받지 않을 것이라는 생각 때문에 그러한 모욕표현을 서슴지 않았을 것이다. 많은 사람들은 인터넷의 익명성에 기대어 자신이 오프라인상에서는 행하지 않을 심한 모욕을 하더라도 처벌받지 않을 것이라고 믿는다(Freytag, 2022). 그렇다고 하여 인터넷에서 익명으로 추정된다는 것을 부정적인 것만으로 볼 수는 없다. 예를 들어 억압적인 정권에서 이러한 익명성 추정이 없다면 정치적 논의에 참여조차 할 수 없을지도 모르고, 권위적인 정치 체제 하에서 인터넷은 종종 자유롭게 말할 수 있는 유일한 장소일 수 있다. 이러한 경우에 인터넷의 익명성은 여론 형성에 가치가 있지만 그렇다고 하여 익명성에 기대어 무분별한 모욕 표현을 모두 허용할 수는 없다. 네티켓의 또 다른 중요한 원칙은 자신의 진술에 대해서만 책임을 지는 것이 아니라 자신의 웹사이트에 작성된 다른 사람의 진술에 대해서도 책임을 져야 한다는 것이다(Chatfield, 2013). 이러한 책임으로부터 형법상 모욕에 해당하는 표현을 삭제하고 관리할 네트워크 관리자의 의무를 도출할 수 있다. 게시물을 작성한 자도 자신의 게시물에 작성된 다른 사람의 댓글을 검토해야 한다. 모든 사용자는 인터넷상에서의 자신의 진술 및 자신이 관리하는 사이트에 존재하는 다른 사람들의 진술에 대하여 책임을 질 준비가 되어 있어야 한다.

V. 결론

자신의 의견을 자유롭게 표현할 수 있는 권리와 인격의 일반적 권리는 모두 자유롭고 개방적인 민주주의 사회를 위한 필수적인 토대가 된다(Petri, 2022). 기본적으로 모욕적 진술의 경우 표현의 자유와 일반적 인격권 사이에 이익형량을 통하여 균형을 맞추는 것이 필요하다. 모욕, 욕설은 어떠한 분쟁을 이해하는 데 도움을 준다기보다는 관련된 사람을 근거 없이 비하하는 것에 지나지 않기 때문이다. ‘비방’만 있는 경우에는 이익형량이 필요하지 않은 예외에 해당하지만 이것은 매우 드문 경우이다. 퀴나스트 사안에서 베를린 지방법원과 고등법원은 문제가 되는 진술들을 일관된 기준에 따라 검토하지 않았고 ‘모욕’과 보다 예외적인 경우에 해당하는 ‘비방’이 동일하다고 가정하는 오류를 범하였다. 이러한 오류로 인하여 베를린 지방법원과 고등법원은 ‘모욕’이 분쟁과 전혀 사실적 관련성이 없고 관련자를 이유 없이 멸시하는 것을 목적으로 한다고 판단하였다. 그러나, ‘모욕’과 ‘비방’을 동일한 것으로 본 것은 헌법적 오류에 해당한다. ‘모욕’의 경우에도 사실적 연관성이 존재하고 단순히 상대방의 명예를 훼손하는 것을 목적으로 하는 경우가 존재하기 때문에 구체적인 사안에서 표현의 자유와 모욕표현이 이루어진 제반 사정을 고려하는 것이 중요하기 때문이다. 퀴나스트 판결은 모욕당하지 않을 권리에 관한 정치인들의 지위나 입장도 그 판단에 고려하고 있다. 연방헌법재판소는 정치인들이 의도적으로 대중 앞에 모습을 드러내더라도 모욕적인 발언과 비방으로부터 정치인을 보호하는 것이 공익에 부합한다는 결론에 도달하였다. 권력에 대한 비판은 정치인의 인격권을 침해할 수 있지만 동시에 자유민주주의 국가의 중요한 요소이기도 하다. 더 나아가 독일 연방헌법재판소는 퀴나스트 판결에서 ‘모욕’을 심사할 때 어떠한 점을 중요하게 고려해야 하는지 기준에 관해서 논한다. 특히 인터넷상의 혐오 댓글에 주목하는데, 인터넷에서 이루어지는 모욕표현은 댓글이 달리는 형식과 넓은 파급력으로 인하여 개인의 인격권을 특히 위협하게

침해할 수 있기 때문이다. 퀴나스트 판결은 새로운 판례법으로서 이 판결을 통하여 일반 법원이 아마도 모욕표현에 대해 이전보다 더 적극적으로 대응할 수 있고 이로써 인터넷상의 의사소통 문화의 수준을 높이는 데 기여할 수 있을 것이라고 생각된다. 연방 헌법재판소뿐만 아니라 우리나라 법원 또한 지속적으로 표현의 자유와 인격권의 침해에 관한 판단에 직면하여 왔다. 모욕표현이나 혐오표현과 같은 표현의 자유의 한계와 여타 기본권과의 충돌에 관한 문제는 앞으로도 이익형량을 통하여 균형을 찾아가야 할 중요한 과제가 될 것임이 틀림없다.

■ 참고 문헌

- 송현정 (2022). 미국 연방대법원의 혐오표현 관련 법리와 판단기준. <미국 헌법연구>, 33권 1호, 113-144.
- 이상경 (2017). 온라인 혐오표현 등 혐오표현의 새로운 양상에 관한 연구. <헌법재판연구>, 4권 2호, 123-147.
- 이승현 (2016). 혐오표현의 규제에 대한 헌법적 이해. <공법연구>, 44집 4호, 133-166.
- 이현정 (2022). 혐오표현: 표현의 자유와 차별 금지 - 유럽인권재판소의 최신 판례 분석을 중심으로-. <인권법평론>, 28호, 531-563.
- 정 완 (2022). 사이버공간상 혐오표현 규제의 당위성에 관한 고찰. <홍익 법학>, 23권 3호, 419-442.
- 최 란 (2022). 헤이트 스피치 해소법 제정 이후 일본의 혐오표현 규제동향과 시사점. <고려법학>, 106호, 103-140.
- 홍성수 (2019). 혐오표현의 해악과 개입의 정당성: 금지와 방치를 넘어서. <법철학연구>, 22권 3호, 27-64.
- Bumke, Christian/Voßkuhle, Andreas (2016). Casebook Verfassungsrecht, 7. Auflage, Tübingen.
- Chatfield, Tom (2013). Digitale Kultur: 50 Schlüsselideen, Heidelberg.
- Council of Europe Committee of Ministers (1997). Appendix to Recommendation No. R(97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on "Hate Speech" (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers' Deputies)
- Freytag, Stefan (2022). Anmerkung zu BVerfG, 19.12.2021 - 1 BvR 1073/20: Zur Interessenabwägung bei Hetzkritik gegen Politiker in sozialen Netzwerken, in: GRUR-Prax
- Gerdemann, Simon (2022). Ein Stück Rechtsgeschichte zu den Grenzen der Meinungsfreiheit in sozialen Medien?, in: ZUM.
- Höch, Dominik (2022). Anmerkung zu BVerfG, 19.12.2021 - 1 BvR 1073/20: Beleidigende Äußerungen über bekannte Politikerin in

- sozialen Netzwerken. in: NJW.
- Ipsen, Jörn (2018). Staatsrecht II: Grundrechte, 21. Auflage, München.
- Manssen, Gerrit (2010). Staatsrecht II: Grundrechte, 7. Auflage, München, 2010.
- Muckel, Stefan (2022). Anmerkung zu BVerfG, 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20: Beleidigende Äußerung über eine bekannte Politikerin in sozialen Netzwerken, in: JA.
- Niggemann, Sandra (2022). Hasskriminalität in sozialen Netzwerken: Eine rechtliche Einordnung unter Berücksichtigung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes. Wiesbaden.
- Peifer, Karl-Nikolaus (2022). Anmerkung zu BVerfG, 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20: Beleidigende Äußerungen über bekannte Politiker in sozialen Netzwerken – Fall Künast. in: GRUR.
- Petersen, Niels (2019). Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II: Grundrechte und Grundfreiheiten, München
- Petri, Thomas (2022). Anmerkung zu BVerfG, 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20: Fachgerichtliche Versagung der Auskunft über Bestandsdaten gegenüber Facebook, in: ZD.
- Skirbekk, Gunnar (2017). Philosophie der Moderne: Vernunft, Wahrheit, Menschenwürde, Meinungsfreiheit. Weilerswist.
- 대법원 2022. 12. 15. 선고 2017도19229 판결.
- 유럽인권재판소, EON v. France, 14. March 2013, Nr. 26118/10.
- LG Berlin, Beschluss vom 09.09.2019 – 27 AR 17/19, zitiert nach openJur (“LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 1”).
- LG Berlin, Beschluss vom 21.01.2020 – 27 AR 17/19, zitiert nach openJur (“LG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 2”).
- KG Berlin, Beschluss vom 11.03.2020 – 10 W 13/20, zitiert nach openJur (“KG Berlin, Künast-Beschluss Nr. 1”).
- BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 – (“Lüth-Entscheidung, 1958”).
- BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13.04.1994 – 1 BvR 23/94 (“Ausschwitzlüge-Entscheidung, 1994”).

- BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10.04.1995 – 1 BvR 1476/91
 (“Soldaten-sind-Mörder-Entscheidung, 1995”).
- BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –
 (“Heß –Gedenkkundgebung-Entscheidung, 2009”).
- BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29.06.2016 – 1
 BvR 2646/15 (“Staatsanwältin-Entscheidung, 2016”).
- BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19.2.2019 – 1
 BvR 1954/17 (“Bauvorhaben-Entscheidung, 2019”).
- BVerfG, AG Schwalmstadt, Urteil der Abteilung 41 vom 05.06.2019 – 41
 Ds – 2 Js 9273/16 (“Schwalmstadt-Entscheidung, 2019”).
- BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19.05.2020 – 1
 BvR 1094/19 (“Rote-Null-Entscheidung, 2020”).
- BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19.08.2020 – 1
 BvR 2249/19 (“Trulla-Entscheidung, 2020”).
- BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 02.11.2020 – 1
 BvR 2727/19 (“Rassismus-Entscheidung, 2020”).
- Bundesverfassungsgerichts vom 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20 – Künast
 (“Künast-Entscheidung des BVerfG, 2021”).

■ ABSTRACT

Discussion on the Limits of Freedom of Expression and Insulting Expressions Against Politicians through an Analysis of a Recent German Federal Constitutional Court Case “Künast”

Lee, Hyun Jung

Adjunct Faculty, Friedrich-Alexander-University Erlangen-Nuremberg

The Federal Constitutional Court, through the Künast judgment, systematically established criteria for balancing the freedom of expression and the right to honor after applying the principle of proportionality. The jurisprudence generated by the German Federal Constitutional Court traditionally relies on the presumption formula and the theory of mutual interaction. According to this legal framework, it imposes stringent requirements to exempt a balancing test for attacks on human dignity, formal insults, and defamation, which are exceptions prioritizing the protection of the right to honor. The Federal Constitutional Court repeatedly emphasizes the particular importance and broad scope of protecting the freedom of expression in a democratic society. Even if it did not assume that freedom of expression takes precedence over other fundamental rights, the Court appears to interpret the scope of protection broadly. In its jurisprudence, the Court seems to allow stronger expressions of contempt rather than ban them. The Künast case served as a catalyst for the Federal Constitutional Court to reevaluate its established jurisprudence. In this sense, the Künast judgment is seen as

a turning point in the Court's jurisprudence of favoring freedom of expression over the right to honor. This shift is expected to enhance the protection of the right to honor for victims of insults, particularly politicians, who may express their opinions in public. Freedom of expression and the right to honor are both fundamental rights for a free and open democratic society. In cases involving statements that harm one's honor, balancing between freedom of expression and the right to honor is necessary, considering context and various factors relevant to an individual case.

Keywords: Freedom of expression, Right to Honor, Insulting Expressions, Contextual Approach, Law of Balancing, German Federal Constitutional Court case "Künast"

[논문투고일 2023. 10. 23. 논문수정일 2023. 11. 21. 게재확정일 2023. 11. 27.]