

---

**<표현의 자유를 위한 연대>**

**출범식과 기획포럼**

**“형사상 명예훼손과 표현의 자유”**

**자료집**

---

일시 | 2011년 6월 21일(화) 오전 10:00 ~ 12:30

장소 | 정동 프란치스코 교육회관 4층

주최 | 표현의 자유를 위한 연대



# 목차

## 〈표현의 자유를 위한 연대〉 출범식과 기획포럼 “형사상 명예훼손과 표현의 자유”

### 1부 <표현의 자유를 위한 연대> 출범식

취지문	5
주요 의제	6
조직체계 및 재정	7
사업계획	8
진행 경과 및 일정	13

### 기획포럼 “형사상 명예훼손과 표현의 자유”

포럼취지	13
발제문	18

**<표현의 자유를 위한 연대>**

**출범식**

## <표현의 자유를 위한 연대> 취지문

○ 이명박 정권 집권이후 '표현의 자유'가 위축되고 있다는 진단은 국내외 인권단체를 통해 자주 언급되고 있습니다. 얼마 전 프랭크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보관의 한국보고서가 공개되었습니다. 프랭크 라 튀 씨는 "표현의 자유를 제한하는 법률의 상당수가 국제적인 인권기준에 부합하지 않으며 그러한 법률을 근거로 개인에 대한 소송을 제기하는 빈도가 늘어나는 현실은 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기할 위험이 더욱 커진다는 점에서 우려"를 표현했습니다. 특별보고관은 국제기준에 부합하지 않는 현행법제와 가혹한 형사상의 제재 위협은 자기 검열의 강화를 초래한다고 지적했습니다.

○ 최근 들어 표현과 소통의 총량이 기술발전과 함께 대폭 확장되면서 '표현'과 '소통'의 부작용에 대한 사회 각계의 우려도 높아졌습니다. 이와 함께 "표현의 자유도 타인의 권리를 침해하면 안 된다"는 총론의 무분별한 전횡에 밀려 그렇지 않은 표현물들, 특히 정부나 기득권층에 비판적인 소수자들의 표현물들이 제재되는 빈도가 도리어 높아졌습니다. 그런 탓에 이명박 정부 들어 표현의 자유 침해 사례는 날이면 날마다 신문지면을 장식하고 있습니다.

인권의 여러 영역 중에서도 표현의 자유는 다른 자유들과 인권에 결정적으로 영향을 미치는 중요한 지표가 됩니다. 다른 인권이 후퇴되고 있음을 알리는 '전령사' 같은 존재가 표현의 자유입니다. 기자회견 했다고 잡아들이고, 인터넷에서 입이라도 뺨긋하면 재갈을 물립니다. 공무원이 선언이라도 하면 형사 처벌되고, 파업과 같은 노동자들의 집단적인 표현행위에 수억 원의 손해가압류가 부과됩니다. 이렇듯 표현의 자유 침해는 전일적으로 이 사회 민주주의의 후퇴를 낳고 있습니다.

○ 표현의 자유가 후퇴되고 있는 현실을 직면하면서 그동안 우리를 옹호하고 있는 표현의 자유를 침해하는 법과 관행, 규제에 맞서 표현의 자유를 적극적으로 옹호하는 운동을 제안합니다. 과거 표현의 자유운동이 '국가안보' 논리에 맞선 측면이 강했다면 지금은 다양한 양상과 확장된 현실(명예훼손, 인터넷 규제, 선거법, 집시법 등)에 직면해 있으므로 그에 걸맞은 새로운 표현의 자유 운동이 필요합니다. 큰 호흡으로는 국가안보 논리와 시장의 자유에 맞선 담론과 전략을 생산하고, 국가의 규제나 간섭이 아닌 '시민의 자율성과 다양성이 존중되는 표현의 자유 운동'을 시작합니다. 이를 위해 (1) 표현의 자유를 침해□제약하는 각종 제도, 규제에 대해 연구 및 사례 발표를 하여 (2) 국민 모두가 동의할 수 있는 표현의 자유 정책제안서를 발간하고 (3) 정책제안서의 권고안들이 법제화되도록 하기위한 개선운동을 계획하고 있습니다.

## 주요 의제

### □ 1팀 표현의 자유에 대한 일반적 규제

국가의 강제력과 재량권행사에 의하여 제한되는 표현의 자유를 연구하는 팀.

- 표현의 자유에 대한 형사적 제한
- 국가의 권한 행사에 따른 표현의 자유제한

### □ 2팀 매체 별 표현의 자유

매체를 이용한 표현의 자유와 관련된 연구를 하는 팀.

- 인터넷, 신문, 방송, 영화, 간행물에서의 표현의 자유에 대한 제한

### □ 3팀 특별영역에서의 표현의 자유

공무원, 군인, 수형자, 학생은 그 신분적 특수성으로 인하여 기본권보호의 일반이론이 적용되지 않는다는 특별권력관계이론에 의한 신분적 제한을 받아온 전통적 영역들에 대한 표현의 자유를 연구하는 팀

- 공무원, 군대 내, 구금시설 내, 청소년의 표현의 자유에 대한 제한

### □ 4팀 노동운동 및 소비자운동 관련 표현의 자유

정당한 권리의 행사와 그에 수반한 표현행위가 사적인 경영과 충돌하는 것을 연구하는 팀.

### □ 5팀 집회 및 시위의 자유

집회시위를 규제하고 처벌하기 위한 사전, 사후적 조치로 동원되는 법, 규범을 연구하는 팀

### □ 6팀 선거 시기 표현의 자유

선거 시기 인터넷과 비판적 표현행위를 규제하는 선거법을 연구하는 팀

### □ 7팀 반인권적 표현행위에 대한 제한

반인권적 표현행위(혐오발언, 전쟁선동)에 대한 제한과 그 방식에 대해 연구하는 팀

### □ 8팀 표현의 자유를 위한 보장

알 권리, 정보 접근권, SLAPP(전략적 봉쇄소송) 등의 쟁점을 연구하는 팀

# 조직체계 및 재정

## (1) 조직명칭 : 표현의 자유를 위한 연대

## (2) 조직형태

### < 참가단체와 개인 (2011.6.21 현재) >

- 단체 : 다함께, 문화연대, 미디어기독연대, 민주노동자연대, 민주사회를위한변호사모임, 민주주의 법학연구회, 민주화실천가족운동협의회, 불교인권위원회, 서울인권영화제, 언론개혁시민연대, 언론소비자주권 국민캠페인, 인권단체연석회의, 인권운동사랑방, 인천인권영화제, 전국공무원노동조합, 전국교직원노동조합, 전국민주노동조합총연맹, 전국언론노동조합, 진보네트워크센터, 참여연대, 천주교인권위원회, 청소년인권행동 아수나로, 한국게이인권운동단체 친구사이, 한국작가회의, 한국진보연대
- 개인 : 강명득 (변호사), 박기호, 전진한, 홍성수(숙명여자대학교 법과대학 교수)

### < 운영방식 >

- 의제별 팀 : 팀코디를 중심으로 팀별운영
- 기획팀 : 연대체의 전반적인 운영진행, 일정점검, 재정관리
- 운영회의 : 팀코디 + 기획팀
- 운영위원장 : 이호중 교수 (서강대학교 법학전문대학원)
- 전원회의 : 중요결정을 위한 의결, 필요시 소집

## (3) 재정운영

- 기본 운영비 : 참여단위의 분담금으로 운영 (2011년 분담금 : 단체별 연 10만원 이상)
- 사업별 사업비 : 공동주최나 다양한 공익 기금 신청

# 사업 계획

## (1) 쟁점포럼

### □ 취지

- 의제팀은 각각 자신의 의제와 관련하여 발생한 사안들이 어떤 법, 제도의 작용으로 표현의 자유를 침해하고 있는지 연구합니다. 기존에 연구가 진척되었고 운동진영의 대안도 이미 나와 있는 내용도 있지만 더불어 이명박 정부 하에서 어떤 특징을 가지고 있는지 분석합니다. 이런 연구를 통해 각각의 사례들이 법이나 규제들을 활용해 어떻게 적용되는지 맥락을 분석하고 그 대안을 모색합니다.

- 쟁점포럼은 표현의 자유 억압 실태를 드러내고 그것을 뒷받침하고 있는 법제도의 문제, 개선을 모색하기 위한 사회적 논의를 시작하는 출발점이 될 것입니다. 포럼의 과정 속에서 연구성과를 공유하고 개선안들에 대한 의견을 나누면서 내용을 풍부하게 만들고 사회적으로 문제제기를 할 수 있는 기회로 삼고자 합니다.

### □ 목표

- 1) 의제팀의 연구성과를 공유하고 풍부화하는 계기로 만든다.
- 2) '표현의 자유를 위한 연대'의 활동을 사회적으로 드러내고 표현의 자유를 억압하는 법, 제도 개선을 요구한다.
- 3) 정책제안서의 내용의 구성하는 기반을 만든다.

### □ 주요내용

- 구체적인 사안과 연결되어 그 사안들을 해결하는데 힘이 되는 긴급한 주제이거나 이명박 정부에서 표현의 자유를 억압하는데 주요하게 활용되는 기재로 작용하는 주제

- 기존에 이미 많이 다루어진 주제보다는 앞으로 표현의 자유의 확대를 위해 전략적으로 다루어져야 하거나, 연구 활동의 계기를 만들기 위한 주제

- 유엔 표현의 자유 특별보고관의 권고(1,2차) 및 유엔 자유권위원회 사회권위원회 권고(1,2,3차), 유엔 자유권규약 일반논평, 국가안보와 표현의 자유 및 정보접근에 관한 요하네스버그 원칙, 표현의

자유와 평등에 관한 캠페인 원칙 등 국제인권기준 중심으로 부각

□ 일정

- 6월부터 매달 진행하되 월별 진행 횟수 제한 없이 포럼의 필요성과 준비 가능성을 의제팀별로 판단하고 전체적인 일정배치
- 포럼의 내용이 사회적으로 알려질 수 있는 대중활동을 함께 고민하여 기획

## (2) 표현의 자유 백서

□ 취지

- ‘표현의 자유를 위한 연대’가 출발하게 된 이유는 과거 군사·독재정부부터 살아남은 구시대 유물의 잔존하여 표현의 자유를 억압할 뿐만 아니라 이명박 정부의 가짜 ‘법치주의’로 법과 제도를 동원하여 자유로운 의사표현, 의사소통을 가로막아 인권과 민주주의를 후퇴시키고 있는 현실때문입니다. 이에 표현의 자유의 후퇴를 막는 것을 넘어 표현의 자유를 옹호하고 있는 법, 규제를 폐지하고 표현의 자유를 확장할 수 있는 대안과 활동을 만들어가는 과정을 기록하여 ‘표현의 자유를 위한 연대’활동 이후에도 그러한 고민들이 끊임없이 이어질 수 있도록 합니다. 더불어 이명박 정부에서 벌어진 표현의 자유 탄압사례들을 분석하고 정리하는 기회를 갖고자 합니다.

□ 주요내용

- 이명박 정부의 표현의 자유 탄압실태의 주요 특징과 경향 분석
- ‘표현의 자유를 위한 연대’의 출발부터 논의과정, 사업경과, 결과물 등의 모든 자료

□ 일정

- 중간 중간 백서에 담길 내용의 점검을 하면서 연대활동이 마무리되는 시점에서 본격적인 작업을 시작한다.

## 3) 정책 제안서

□ 취지

- 의제팀의 표현의 자유를 침해하는 법, 제도를 개선하기 위한 연구결과를 토대로 대안적인 정책을

생산한 결과물입니다. 정책제안서를 통해서 이명박 정부의 표현의 자유억압 현실을 드러내면서 구체적인 법, 제도 개선을 요구합니다. 장기적으로는 표현의 자유를 침해할 수 없는 장치로서의 가이드라인과 같은 역할을 할 수 있도록 합니다.

- 정책제안서를 토대로 선거 시기를 전략적으로 대응하기 위한 정책과제집을 별도로 생산합니다.

#### □ 목표

- 1) 2012년 총선, 대선을 겨냥해 표현의 자유에 관한 정책의제를 제시한다.
- 2) 한국 표현의 자유 실태를 통해 문제점을 인식하고 개선방향을 공론화 한다.
- 3) 국제인권기준에 상응하는 국내 표현의 자유에 관한 기준을 높인다.

#### □ 집필 가이드라인

##### 1) 개선 방향

##### 2) 현황 및 필요성

- ① 법과 제도의 문제/ 집행의 문제/ 권리를 침해받은 사람은 누구, 가해자는 누구인지/ 권리행사로 인한 어떤 처벌을 받았는지(해직, 구속, 벌금 등) 간략히 정리
- ② 인권침해 및 후퇴를 수치로 보여주기: 표현의 자유 침해와 후퇴에 관한 일반서술을 뒷받침 하도록 수치자료를 최대한 인용한다. 이를 위해 정보공개청구 등을 적극적으로 활용

##### 3) 국제인권기준 및 해외사례, 해외입법례

15년간 유엔 자유권위원회 및 사회권위원회, ILO가 권고한 내용 정리  
해외입법례 정리

##### 4) 결론 : 정책과제

폐지되거나 개정되어야 할 법, 제도, 관행을 콕콕 찍어서 구체적으로 제시  
가령, '국가보안법 폐지', '선거법 93조 폐지' 등

#### □ 서술 방식

- 백서, 보고서 같은 양적인 자료의 축적이 목적이 아니라 정책보고서는 질적으로 정책과제에 대한 선명성이 잘 드러나도록 간명하게 정리
- 데이터를 인용할 경우도 핵심적으로 필요한 자료를 잘 선별하기

#### □ 집필 일정

- 목차안 제출 : 8월
- 1차 초안 제출 : 10월
- 2차 초안 제출 : 11월
- 최종 : 12월 연내 정책제안서 발간

#### 4) 표현의 자유 옹호를 위한 운동

##### □ 취지

- 쟁점포럼과 정책제안서의 내용들을 사회화하는 과정으로써 ‘표현의 자유를 위한 연대’의 활동과 내용을 대중적으로 확산합니다. 또한 유엔 표현의 자유 특별보고관 권고를 널리 알리고 권고이행의 책임이 있는 정부에게 압박합니다.
- 정책제안서를 통해 표현의 자유를 침해하는 법, 제도를 개선하기 위한 과제를 현실화하기 위해서는 정부와 국회를 압박할 수 있어야 하며, 이는 전사회적 요구와 힘이 뒷받침되어야 합니다. 이를 위해 표현의 자유를 지키고 확대하기 위한 공감대를 넓히고 사회적 약속으로 만드는 과정을 만들기 위한 활동입니다.

##### □ 목표

- 1) 쟁점포럼에서 제기된 문제와 요구를 사회적으로 확산 및 표현의 자유 특별보고관의 권고를 알리고 이행의 책임이 있는 정부에게 압박
- 2) 표현행위의 주체들이 표현의 자유의 중요성을 공감하고 스스로 표현의 자유를 수호하기 위한 요구를 할 수 있도록 북돋움
- 3) 대안적인 정책과제들이 현실화되기 위한 사회적 합의와 동력마련

##### □ 사업계획

- 1) 프랭크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관 권고 이행 촉구 엽서 캠페인 : 특별보고관이 권고한 내용(국가보안법과 명예훼손/ 인터넷에서 표현의 자유/ 집시법 / 경찰신분확인 / 선거법 / 불온서적)을 담은 엽서와 유인물 제작. 권고가 담긴 엽서에 시민이 직접 쓰고 싶은 말을 글로 표현해서 정부에게 발송
- 2) 거리, 광장 등에서의 릴레이 강연 : 표현의 자유를 주제로 거리에서 시민들과 만남
- 3) 표현의 자유 문화제 : 표현의 자유를 옹호하는 문화예술인들의 축제의 장

- 4) 언론사 기획연속기사, 기고 : 포럼에서 생산된 표현의 자유에 관한 실태와 쟁점 소개
- 5) 게릴라문화행동 : 다양한 1인 시위, 플래시몹 등 유쾌 상쾌 발랄한 표현의 자유 문화행동
- 6) 전시, 출판 : 표현의 자유에 관한 사진, 만화, 그림 등 다양한 이미지를 생산해 전시, 출판

#### □ 일정

- 쟁점포럼일정과 정책제안서 생산일정 속에서 적절한 활동계획을 세우고 배치

### 5) 표현의 자유를 위한 연대 온라인 거점 마련

#### □ 취지

‘표현의 자유를 위한 연대’의 온라인 거점을 통해 활동을 알리고 정보, 자료를 제공 소통할 수 있는 공간을 만든다.

#### □ 사업계획 및 일정

- 7월 : 온라인 활동에 대한 구체적인 계획수립과 주체(팀) 선정
- 8월 : 온라인 거점 구축, 홍보

## 진행경과 및 일정

### 진행경과

- 2011.02.28 1차 간담회: 표현의 자유가 후퇴하고 있는 현실과 공동대응 필요성 공유
- 2011.03.11 2차 간담회: 표현의 자유를 침해하는 제도와 관행에 대한 의제 점검, 연대체 이름 및 운영 방식 검토
- 2011.03.23 3차 간담회: 표현의 자유를 침해하는 제도와 관행에 대한 의제 점검, 사업계획안 검토
- 2011.04.05 간담회를 통해 모아진 의견을 토대로 인권, 사회, 노동단체에 참여제안
- 2011.04.16 워크숍: 연대활동의 목표 공유, 주요하게 다루어야 할 의제확정과 팀구성
- 2011.05.13 1차 전체회의: 명칭, 조직구성과 운영방식, 사업계획 확정, 전체일정계획 배치
- 2011.06.15 2차 전체회의: 출범식과 기획토론 준비, 의제팀 구성과 주요과제 공유

### 앞으로의 일정

일정	사업진행 내용
6월	출범식   쟁점포럼   대중사업
7월	쟁점포럼   대중사업
8월	쟁점포럼 대중사업 정책제안서 목차안 제출 (8월 30일)
9월	쟁점포럼 대중사업
10월	쟁점포럼 대중사업 중간점검 전체 워크숍 (10월 초) 정책제안서 1차안 제출 (10월 31일) 표현의 자유 문화제
11월	쟁점포럼 대중사업 정책제안서 2차안 제출 (11월 30일)
12월	정책제안서 발간

## **기획포럼**

# **“형사상 명예훼손과 표현의 자유”**

## 포럼 취지

한국에서 명예훼손은 형법에 의한 범죄에 해당한다. 형사상 명예훼손죄는 과거에는 주로 언론인을 억압하는 수단으로 사용되어 오다가 이명박 정부 들어, 정권과 다른 견해를 갖고 있는 사람을 처벌하는 데 사용되어 왔다. 과거 국가보안법은 매카시즘 혹은 빨갱이 낙인찍기에 기초해 민주주의와 인권 탄압의 상징이라면 최근에는 형법상 명예훼손죄가 정부에 비판적인 인사를 처벌하는 상징이 되고 있다. 정부가 조금이라도 불편함을 느끼는 글을 쓴 언론인이나 네티즌들은 명예훼손죄로 구속, 기소되고 있으며 친정부 성향의 단체나 개인의 민형사상의 고소, 고발도 홍수를 이루고 있다. 정부의 정치적 입장이나 정책에 동조하지 않는 의사나 표현에 대해서는 공적□사적 인적□물적 자원을 총 동원하여 권력의 무기가 되어버린 명예훼손죄를 통해 표현의 자유가 어떻게 침해하는지 살펴보고 대안을 모색해본다.

---

### [참조] 프랭크 라뤼 유엔 표현의 자유 특별보고관 한국보고서<sup>1)</sup> (2011년 제17차 유엔인권이사회) 중에서 '명예훼손' 부분

21. 대한민국에서 명예훼손은 형법에 의한 범죄에 해당한다. 형법 제 33장에서는 명예훼손을 금하고 있다. 명예훼손의 경우, 공개적으로 사실을 제기하는 행위는 징역 2년 이하 또는 벌금 5백만원 이하의 벌금이 부과된다. 그러나, 제기된 사실이 진실이며 단지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 정당화 조항이 포함되어 있다 (형법 310조). 허위 사실을 제기하는 경우에 대한 조항은 5년 이하의 징역, 2년 이하의 자격 정지 또는 천만원 이하의 벌금이 부과된다 (형법 307조).

22. 추가적으로, 문서 명예훼손과 관련하여, 타인의 명예를 훼손하려는 의도로 사실을 제기하는 경우에는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 7백만 원 이하의 벌금에 처한다. 제기된 사실이 허위인 경우, 형법에 따라 7년 이하의 징역, 10년간 자격 정지 또는 천 5백만 원 이하의 벌금이 부과된다 (형법 제309조 (2)항).

23. 또한, 형법 311조에서는 한 사람이 다른 사람을 공개적으로 모욕을 하였을 경우에 징역이나 1년 이하의 사회봉사 또는 2백만원 이하의 벌금이 부과된다.

24. 인터넷상 명예훼손과 관련하여, 2001년에는 문서 명예훼손에 관한 형법 제309조를 보완하기 위한 별도의 조

---

1) 프랭크 라뤼(Frank La Rue), 유엔 표현의 자유권 증진과 보호에 대한 특별보고관 방문 보고서 중 부록 대한민국 실태 조사 보고서 인용 「Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Prank L Rue」 유엔 문서 번호: A / ARC / 17 / 27/ Add.2

항이 정보통신망법에 신설되었다. 즉, 정보통신망법 제70조에 따라, 어떠한 사실을 인터넷을 통해 일반에게 공개 함으로써 타인의 명예를 훼손하는 자는 3년 이하의 금고 또는 징역형이나 2천만 원 이하의 벌금형에 처해진다. 제기된 사실이 허위인 경우에는 7년 이하의 금고나 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금이 부과된다. 정보통신망법 제70조 (3)항은 피해자의 의지에 반하여 처벌을 부과하지 못하도록 하고 있지만, 진실된 표현의 '재판부적격성(non-justifiability)'이나 악의적 의도의 요건에 대한 언급은 전혀 없다. 사이버공간에서의 명예 훼손은 방송통신위원회가 규제하고 있는데, 이에 대해서는 다음 장에서 더 자세히 논하도록 한다.

25. 특별보고관은 다수의 명예훼손 형사소송이 진실이고 공익을 위한 표현에 대해 제기되고 있으며 정부를 비판 하는 개인을 처벌하기 위해 사용되고 있다는 점에 우려를 표한다. 문화방송(MBC)의 시사 프로그램인 '피디수첩'의 연출자 4명과 작가 1명의 경우가 그러하다. 이 프로그램은 미국산 소고기의 광우병 위험을 주장하는 내용을 보도하면서 무역 협상에 책임이 있는 정부 관료를 비판하였다. 그 결과, 2009년에 해당 연출자와 작가가 농림부 관료 명예훼손 혐의로 체포되었다. 중앙지방법원은 2010년 1월 모두에 대해 무죄를 선고했지만, 검찰 측이 항소 하면서 이 보고서 작성 당시 이 사건은 상급 법원에 계류 중이었다.

26. 잘 알려진 또 다른 관련 사건으로, 2009년 9월 비정부기구(NGO) 대표인 박원순씨가 국가정보원이 시민단체에 재정적 지원을 하지 못하도록 기업들에게 압력을 가하고 있다고 공식 발언하자 국정원이 이에 대해 박원순 대표를 제소하였다. 국정원은 박원순 대표가 국가를 비방하였다고 주장하면서 2억원의 손해배상을 요구하였다. 이 사건은 특별보고관 방한 중에도 계류 중이었지만, 다행스럽게도 서울중앙지방법원에서 박대표의 승소 판결이 내려졌다. 2010년 9월 15일, 서울중앙지법은 원칙상 국가가 명예훼손의 피해자로 소송을 제기할 자격이 없다고 판결하였다. 그러나, 서울중앙지법은 또한 예외적인 경우에 국가도 명예훼손의 피해자로 간주될 수 있다고 강조 하였다.

27. 특별보고관은 어떠한 진술이 명예훼손에 해당하기 위해서는 허위여야 하며 타인의 명예를 손상시켜야 하고 악의적 의도가 있어야 한다는 것을 반복한다. 추가적으로, 국제 인권규범과 원칙에 의거하여 권리와 개인의 명예 보호를 위해, 아무도 국가, 국가 상징을 비판하거나 모욕하는 것으로 처벌받지 않는다. 또한, 다음 원칙들을 반드시 존중되어야 한다. (a) 유명인사들은 일반 시민들보다 더 많은 비판을 감수하여야 하기에 명예훼손 소송을 자제 하여야 한다. (b) 국민의 이익에 과도하게 연계되어있는 출판 경위에 사실을 요구할 수 있고; (c) 의견에 관해서는 명백하게 비합리적인 의견만이 명예훼손으로 간주될 수 있어야 한다. (d) 모든 면에서 오명에 대한 증거는 피고보다는 명예훼손을 당했다고 주장하는 사람에게 초점이 맞춰져야 한다. 사실이 이슈인 부분에서 증거대한 책임은 원고에게 달려있다. (e) 명예훼손의 행동에서, 사죄와/ 혹은 정정(訂正), 그리고 형법상의 제재, 그러나 징역의 경우에는 적용되어서는 안되지만, 이러한 다양한 해결책이 마련되어야 한다.

28. 실제로, 특별보고관은 명예훼손이 대한민국에서는 여전히 형사상 범죄로 남아 있어 본질적으로 가혹한 조치이며 표현의 자유권에 부당하게 위축효과를 야기한다는 점에 우려를 표한다. 개인은 체포, 재판 전 구속, 고비용의 형사 재판, 벌금부과, 투옥, 전과자 낙인의 위협을 늘 직면하고 있는 셈이다. 또한, 특히 민법에 명시되어 있는 개인의 명예에 대한 손상을 시정하는 데 있어 비형사적 제재(non-criminal sanctions)의 적정성에 비추어 볼 때 형사상 제재는 정당성이 없다. 따라서, 특별보고관은 대한민국 정부가 형법에서 명예훼손죄를 삭제할 것을 권고한다.

## [권고]

89. 대한민국 정부는 국제적 동향에 맞추어, 명예훼손 금지 규정이 민법에도 명시되어 있으므로 형사상 명예훼손 죄를 형법에서 삭제하여야 한다. 특별보고관은 민주사회에서는 견제와 균형의 일환으로 공직에 대한 국민의 감시가 따르는 것이므로 공무원과 공공기관은 명예훼손 민사소송 제기를 삼가야 한다고 강조한다. 또한, 특히 공무원, 공공기관 및 기타 유력 인사들에 대한 비판을 포함하여 비판적 의견을 수용하는 문화를 조성할 것을 대한민국 정부에게 촉구하며, 이러한 문화는 민주주의의 필수 요소다.

# 명예의 보호와 형사처벌제도의 폐지론과 유지론 - PD수첩 광우병보도 수사에 즈음하여

박경신 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

## I. 서론

명예훼손의 형사처벌에 대해 다시 한 번 논의가 필요한 시점이라는 주장이 사회 일각에서 나오고 있다. 형사처벌을 반대하는 논리는 명예훼손은 개인 간의 일로서 현대사회의 공동체 이익과 무관한 민사적 사안에 불과한 것이지 국가 형벌권으로 해결할 일은 아니라는 것이다.

명예훼손법이 지키고자 하는 명예에 대한 의미 분석을 통한 폐지 의견도 있다. 명예 개념은 '계급적' 성격을 띠고 있으며, 이는 주로 사회적 영향력이 있는 사람에 대한 보호를 주된 목적으로 이용될 수 있어 공인이나 공적 존재가 자신들에 대한 비판을 막기 위해 남용할 수 있으며, 이는 언론자유에 심각한 침해로 가져올 수 있다는 의견도 뒤따른다.

또 현실적으로 개인의 고소는 손해배상을 받기 위한 하나의 지렛대 역할을 하고 있으며, 결국 국가 소송으로 인한 표현의 자유 위축만 가져온다는 주장도 있다. 다시 말하자면 명예훼손 형사처벌은 사적인 목적으로 추진되는 것이며 국가가 개입하여 단지 사적 행위를 지원할 뿐이라는 주장으로서 위와 명예훼손은 '개인간의 일'이라는 주장이다.

또 명예훼손에 대한 미국의 법리는 민사적 해결에 초점이 맞춰져 있으며, 이러한 경향이 세계적인 추세이기도 하다는 것도 명예훼손에 대한 형사적 처벌을 반대하는 주요 논거다.

그러나 이러한 주장에 대한 반론도 만만치 않다. 우선 미국 법리와 비교할 때 우리는 징벌적 손해배상을 받아들이지 않고 있으며, 이런 상황에서 형벌을 대체하여 예방 및 위하효과를 거둘

장치가 없다는 점이 지적된다. 또 미국 내에서도 민사적 명예회복이 무용지물이라는 논란이 있고, 민사 위주의 해결 방법이 언론의 명예훼손을 부추긴다는 비판도 존재해 그 방향이 옳다고도 할 수 없다는 것이다.

이에 대한 절충점으로 현재 반의사불벌로 되어 있는 명예훼손을 사자(死者)의 명예훼손이나 모욕죄처럼 친고죄로 규정할 필요가 있다는 주장도 있다. 국가 스스로의 개입을 최소화하면서도 예방효과를 거둘 수 있다는 의견에서다.

또한 우리나라가 진실한 내용에 대해서도 형사처벌을 하고 있는 점에 대한 비판도 있다. 진실한 내용이 전과되어 입게 되는 명예의 훼손에 대해서도 국가의 형벌권을 이용해 보호해야 할 가치가 있는가하는 점도 다시 생각해 볼 문제라는 것이다. 그러나 이것은 형법 제307조 1항의 폐지를 통해 별도로 해결될 수 있는 문제로서 명예훼손에 대한 형사처벌 제도 폐지 자체와는 별개의 문제이므로 직접적으로는 다루지는 아니한다.

이 글에서는 명예훼손 형사적 처벌 폐지 논의를 둘러싼 쟁점을 살펴보고, 국내외 명예훼손 법리 및 판례를 통한 각국의 명예 보호 범위와 그 장단점, 그리고 우리 사회의 환경에 적합한 방향은 어떤 것인지 등을 살펴보고자 한다.

## II. 세계 명예훼손제도 비형법화의 흐름과 그 이유

현재 세계 각국에서는 형사상 명예훼손의 폐지에 대한 논의가 한창이다.<sup>2)</sup> 물론 대부분의 국가는 형사상 명예훼손 제도를 유지하고 있다. 한 인권단체가 조사한 바에 의하면 조사 대상 주요국 168개국 158개국이 형사상 명예훼손을 유지하고 있긴 하나 이들 나라에서는 2005년 1월부터 2007년 8월까지 20개월 동안 명예훼손죄로 투옥된 사람은 전 세계적으로 146명뿐이라고 한다(이 통계는 우리나라의 실형 횟수를 포함하지 않고 있으며 일본은 1 내지 4명사이라고 한다).<sup>3)</sup> 즉 전 세계적으로 평균 1년에 한 사람도 투옥되고 있지 않다고 보면 된다. 이에 비해 우리나라는 2005년에서 2009년 7월 사이 55개월 사이에 136명(집행유예 및 선고유예 제외)이 자유형을 선고받았으니<sup>4)</sup> 월평균 명예훼손투옥수를 산정해보면 한국을 제외한 세계평균 7.3명에 비해 한국은 2.8명이다. 전 세계 명예훼손 투옥수의 28%정도가 대한민국에서 일어난다고 보면 된다.

미국의 경우에도 2004년 현재 15개 주 정도가 명예훼손에 대한 형사처벌규정을 가지고 있지만 이들 주에서 제기되는 명예훼손 형사사건의 전국 총합이 1년에 약 2건에 머물 정도로 의미가 없어져버렸다.<sup>5)</sup>

2) Winfield, et al., "The Abolition Movement: Decriminalizing Defamation and Insult Laws," Communications Lawyer, Fall 2007

3) <<http://www.article19.org/advocacy/defamationmap/overview.html>> 2009년5월31일 방문.

4) 2009년10월16일 이춘석 국회의원 보도자료

5) Media Law Resource Center, "Criminalizing Speech About Reputation: The Legacy of Criminal Libel in the U.S. After Sullivan and Garrison, 45-56

형사상 명예훼손의 폐지는 하나의 흐름을 형성하고 있다. 아프리카의 가나는 2001년도에 멕시코 연방상원은 2007년도에 뉴질랜드가 1992년에 그리고 스리랑카가 2002년도에 형사상 명예훼손 제도를 폐지하였고 2004년에 유럽안보협력기구(OSCE)의 미디어자유대표자가 유럽의 명예훼손형사처벌제도에 관한 보고서<sup>6)</sup>를 출간한 이후에 보스니아-헤르체고비나, 에스토니아, 그루지아, 우크라이나, 몰도바가 명예훼손 형사처벌제도 자체를 폐지하였고 프랑스, 마케도니아, 몬테네그로, 불가리아, 크로아티아 그리고 세르비아가 자유형을 폐지하였다.<sup>7)</sup> 심지어는 2007년 현재 회교 국가인 바레인에서도 명예훼손의 비(非)형사화가 논의되고 있다고 한다.<sup>8)</sup>

이들 국가에서 명예훼손의 비형사화 논의가 진행되는 이유는 각국 정부들이 형사상 명예훼손 제도를 체제유지를 위해 남용하고 있는 것으로 보이는 경우가 많기 때문이다. 또 정치인들이 형사상 명예훼손을 자신에 대한 국민들의 비판이나 자신의 정치적 라이벌을 제압하기 위해 남용할 수 있다. 특히 형사사건은 명예가 훼손되었다고 주장하는 권력자는 아무런 비용을 들이지 않고 도리어 국민의 세금을 이용하여 검찰을 동원하여 자신의 비판자들에게 타격을 가할 수 있기 때문에 더욱 문제가 된다.

예를 들어, 유럽인권재판소는 가장 최근에는 2006년도에 우크라이나 총리를 비판하는 기자에 대해 우크라이나 검찰이 형사처벌을 가한 것을 인권침해라고 규정하고 유죄판결을 번복하였다.<sup>9)</sup> 참고로 유럽인권재판소의 결정은 EC소속 국가들에 대해 구속력을 가진다. 유럽인권재판소는 언론인들이 정부나 유력 정치인을 비판한 것에 대해 명예훼손 형사처벌을 받은 여러 사례들을 검토하였고 대부분의 사건들에서 회원국 법원의 결정들을 번복하였다.<sup>10)</sup> 오스트리아 국내법원결정만 해도 3번의 번복이 이루어졌는데 형벌이 과도하여 언론의 자유를 침해하며 국민의 알 권리를 침해한다는 이유였다.<sup>11)</sup> 특히 유럽인권재판소는 거의 모든 사건에서 명예훼손에 대해 자유형을 선고하는 것은 모두 과도한 형벌이라고 하였으며<sup>12)</sup> 단지 인종혐오와 관련된 사건에서

6) OSCE Vienna 2005 "Libel and Insult Laws: A matrix on where we stand and what we would like to achieve" <<http://www.osce.org/fom/documents.html?lsi=true&limit=10&grp=288>> 2009년5월31일 방문

7) <<http://www.article19.org/advocacy/defamationmap/overview.html>> 2009년5월31일 방문. 유럽안보협력기구 미디어 자유대표자 Ilija Dohel의 "명예훼손의 비(非)형사화의 성과에 대한 보고서" <<http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/10/article1>> 2009년5월31일 방문.

8) <[www.rsf.org/print.php3?id\\_article-22348](http://www.rsf.org/print.php3?id_article-22348)>.

9) Eur. Ct. H.R., *Case of Lyshanko v. Ukraine*, Judgment of August 10, 2006, Application No. 00024040/02.

10) Dan Kozlowski, For the Protection of the Reputation or Rights of Others: The European Court of Human Rights' Interpretation of the Defamation Exception in Article 10(2), 11 COMM. L. & POL'Y 133.

11) Eur. Ct. H.R. *Case of Oberschlick v. Austria* (no. 2), Judgment of June 25, 1997, Application No. 00020834/92 (기자가 한 오스트리아의 보수정치인을 "바보"라고 부른 사건);

Eur. Ct. H.R., *Case of Lingens v. Austria*, Judgment of July 8, 1986, Application No. 00009815/82 (기자가 오스트리아의 전 총리를 '신랄한 기회주의'와 '부도덕함'을 비판한 경우);

Eur. Ct. H.R., *Case of Unabh[ngige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, Judgment of Feb. 26, 2002, Application No. 00028525/95 (기자가 한 오스트리아의 정치인의 이민정책을 '나치의 것에 비유한 경우).

12) Eur. Ct. H.R., *Case of Colombani and Others v. France*, Judgment of June 25, 2002, Application No. 00051279/99 (모로코 정부의 마약단속의지를 조롱한 글에 대한 명예훼손 처벌 번복);

는 자유형을 허용해야 한다고 한 결정만 바 있다.<sup>13)</sup>

미국의 경우도 별로 다르지 않다. 허위의 주장으로 공직자에 대한 평판을 저하시키더라도 그 주장이 허위임을 알고 있었거나 허위일 가능성을 무모하게 무시한 경우에만 명예훼손이 성립됨을 선포한 저 유명한 New York Times 대 Sullivan 판결<sup>14)</sup>과 그 판결의 잣대를 충족시키지 못하는 범죄구성요건을 명시한 형법을 위헌처분한 Garrison 대 Louisiana 사건<sup>15)</sup> 이후 뉴욕, 캘리포니아, 일리노이스, 텍사스 주를 포함한 많은 주들의 명예훼손 처벌조항이 위헌처분되거나<sup>16)</sup> 주의 회에 의해 자발적으로 폐기되었다.

이렇게 된 이유는 유럽에서와 마찬가지로 형사상 명예훼손이 권력자에 의해 남용되는 경우가 너무 많았기 때문이다. 1920년대부터 1956년 사이에도 형사 명예훼손의 2분의 1 정도는 정치적으로 유력한 자가 자신의 권위를 유지하기 위해 제기된 경우였다.<sup>17)</sup>

아직도 형사상 명예훼손을 유지하고 있는 미국의 주들의 경우를 살펴봐도 마찬가지이다. 위

---

Eur. Ct. H.R., Case of Castells v. Spain, Judgment of April 23, 1992, Application No. 00011798/85 (바스크 지역의 1977년 당시 살인 사건에 대한 기사에 대한 스페인정부의 명예훼손 처벌 반복);

Eur. Ct. H.R., Case of Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria, Judgment of November 13, 2003, Application No. 00039394/98 (오스트리아에서 극우단체와의 연정을 반대하는 글에서 한 극우보수정치인의 부인을 '장롱나치'라고 비난한 것에 대해 사소(私訴)에 의한 4천유로 및 2천유로의 벌금형이 내려지자 이 판결을 반복함);

Eur. Ct. H.R., Case of De Haes and Gijssels v. Belgium, Judgment of February 24, 1997 (벨기에의 특정 판사의 이혼판결을 비판한 글을 쓴 기자에 대한 명예훼손 형사처벌을 반복함), Application No. 00019983/92;

Eur. Ct. H.R., Case of Dalban v. Romania, Judgment of September 28, 1999, Application No. 00028114/95; Eur. Ct. H.R., (루마니아에서 기자가 공기업체 사장의 비리를 폭로한 것에 대하여받은 명예훼손 형사처벌을 반복함.)

Case of Thorgerir Thorgerirson v. Iceland, Judgment of June 25, 1992, Application No. 00013778/88; Eur. Ct. H.R., Case of Nilsen and Johnsen v. Norway, Judgement of November 25, 1999, Application No. 00023118/93;

Case of Barford v. Denmark, Judgment of February 22, 1989, 149 Eur. Ct. H.R. (Ser. A).

13) Eur. Ct. H.R., Case of Cumpăna and Mazare v. Romania, Judgment on Dec. 17, 2004, Application No. 0033348/96.

14) 376 U.S. 254 (1964)

15) 379 U.S. 64 (1964)

16) Ashton v. Kentucky, 384 U.S. 195 (1996) (노동운동가가 지역경찰이 파업 중인 탄광의 사측에 유리한 위법행위를 저질렀다고 주장한 것에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 미 연방대법원 결정)

Gottschalk v. State, 575 P.2d 289 (Alaska 1978) (주경찰 소속 경관이 민간인을 상대로 절도행위를 저질렀다고 주장한 것에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 결정)

Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964) (지방법원의 무능함을 지적한 변호사에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 미연방대법원결정)

Ivey v. State, 821 So. 937 (Alabama 2001) (변호사가 여성을 사주하여 부주지사 선거 출마자가 그 여성을 폭행했다고 주장하도록 한 것에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 결정)

State v. Browne, 205 A.2d 591 (N.J. Super Ct. App. Div. 1965)(시장선거에서 상대방 후보가 공금을 횡령하였다고 주장한 것에 대한 명예훼손 기소를 기각한 결정.)

Fitts v. Kolb, 779 F.Supp. 1502 (D.S.C. 1991) (2명의 주의회 의원의 부패상을 고발한 기자에 대한 형사 명예훼손 사건에서 주법 자체를 위헌처분한 결정)

Weston v. State, 528 S.W.2d 412 (A. 1975) (지방경찰청장과 마약조직과의 연루설을 고발한 주간지 편집자와 발행인에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 결정)

Commonwealth v. Armao, 286 A.2d 626 (Pa. 1972) (지방 유력인사와 윤락업소와의 연루설을 고발한 주간지 편집자에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 결정)

17) Robert A. Leflar, The Social Utility of the Criminal Law of Defamation, 34 Texas Law Review 984 (1956)

에서 말한 매우 적은 수의 사건들 중에서도 매우 높은 비율의 사건들이 공직자들이 자신들에 비판적인 민간인들을 보복하기 위해 제기된 것이었다. 1990년부터 2002년 사이에 있었던 23건의 반이 정치적인 처벌로 분석되었다.<sup>18)</sup> 이러한 이유로 형사 명예훼손 사건들의 유죄판결이 상급법원의 법률심에 의해 번복되는 예들을 심심치 않게 찾을 수 있다.

이와 같이 공직자에 의해 제기된 명예훼손 형사소송이 번복되는 흐름은 유럽과 미국에서만 국한된 것이 아니다. 아메리카인권협약에 가입한 중남미의 국가들 역시 국내의 언론인들이 자국의 정치인들에 대해 비판적인 기사를 써서 명예훼손 처벌을 당하는 것에 대해 인권협약에 위반된다는 결정을 하였다.<sup>19)</sup>

이에 따라 월드뱅크<sup>20)</sup>, 유럽의회의 사무총장<sup>21)</sup>, UN사회경제규약 특별조사관<sup>22)</sup>, Organization of American States<sup>23)</sup>, Organization for Security and Cooperation in Europe<sup>24)</sup> 등의 기관들이 모두 형사상 명예훼손의 폐지를 촉구하고 있다.

현재 명예훼손에 의해 실형이 선고되고 있는 나라들은 러시아, 몽고, 카자흐스탄, 브라질, 베네주엘라, 카메룬, 케냐, 버마, 태국, 인도네시아, 예멘, 오만, 아프가니스탄 등의 개발도상국이나 후진국들이며 선진국으로는 스페인이 2003년에 바스크 독립주의자가 국왕을 고문의 피수'라고 칭한 것에 대해 형사처벌을 하여 오명을 뒤집어쓰고 있다.

위의 세계적 흐름에도 불구하고 일본은 명예훼손 형사처벌제도를 활발하게 이용하고 있다. 독일은 명예훼손제도를 유지하고 있고 독일 형법을 계수한 일본 역시 명예훼손 형사처벌 제도를 유지하고 있다. 하지만 독일은 명예훼손으로 투옥된 사람들은 최근에 한 명도 없었고 단지 독일이 특수하게 보유하고 있는 모욕죄의 사소(私訴)에 의한 벌금형이 매우 활발하게 이용되고 있을 뿐이다. 스페인의 경우는 일반적인 명예훼손 형사처벌제도보다는 국왕모독죄에 따른 형사처벌이 더 큰 비중을 차지하고 있다. 이러한 시각에서 보면 일본의 명예훼손 형사처벌 제도의 활발한 운영은 선진국에서는 거의 유례가 없다고 보여진다.

---

18) Russell Hickey, A Compendium of U.S. Criminal Libel Prosecutions: 1990-2002, Libel Defense Resource Center Bulletin, Mar. 27, 2002, 97쪽

19) I/A Court HR., Case of Ricardo Canese v. Paraguay, Judgment of August 31, 2004, Ser. C No. 111; See also, I/A Court HR., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica, Judgment of July 2, 2004, Ser. C No. 107 (코스타리카의 언론인이 유력외교관의 해외에서의 위법행위를 고발한 기사에 대한 명예훼손 유죄판결 번복).

20) [www.worldbank.org/wbi/news/docs/jdwwpapedwpfc.htm](http://www.worldbank.org/wbi/news/docs/jdwwpapedwpfc.htm)

21) 2006년 5월 유럽의회의 사무국은 “형사처벌의 위협은 특히 반역적이다. 모든 유럽의회 회원국들은 자국의 법을 검토하여 형법 조항들을 폐지하고 언론인에 대한 과도한 민사손해배상을 금지해야 할 것이다” 라는 성명을 발표함. <[www.erc.hrea.org/lists/hr-media/markup/msg00207.html](http://www.erc.hrea.org/lists/hr-media/markup/msg00207.html)> 2009년5월31일 방문

22) 2004년 12월17일, 특별조사관 Ambeyi Ligabo는 “국제인권기준에 충족하기 위해서는 각국은 명예훼손 사건을 민법으로 다루어야 하며 벌금은 기자들의 재정적 능력에 비추어 적절한 수준에 그쳐야 한다”라고 권고하였다. <[www.daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/106/90/PDF/G0510690.pdf?OpenElement](http://www.daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/106/90/PDF/G0510690.pdf?OpenElement)>.

23) <[www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID\\_680&LID\\_1](http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID_680&LID_1)>

24) <[www.osce.org/documents/rfm/2007/03/23842\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/rfm/2007/03/23842_en.pdf)>,  
<[www.osce.org/documents/rfm/2003/11/3346\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/rfm/2003/11/3346_en.pdf)>

일본의 형법 제230조는 "뚱뚱히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 그 사실이 진실인지 허위인지에 관계없이 3년 이하의 징역이나 구금 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다"고 하고 있고 형법 제230-2조는 "상기 조항의 행위가 공익에 관한 사실을 통해 이루어졌고 오로지 공익을 증진하기 위한 목적으로 행하여졌다면 그리고 그 사실이 진실임이 입증된다면 그 행위는 처벌되지 아니한다"라고 되어 있다.<sup>25)</sup>

일본은 온라인을 통한 소통이 활발해지면서 거의 사문화되어 있던 명예훼손 형법조항이 사용되기 시작하여 2003년 현재에만 1년 동안 300건 이상의 체포가 있었다고 한다.<sup>26)</sup> 이를 보고한 학자는 그 이유로서 "명예를 통한 사적 순위 정하기(private ordering through reputation)"를 들고 있다. 즉 자원을 여러 선택지들 사이에 분배함에 있어 자신의 평가 보다는 후보들이 가지고 있는 평판 즉 타인들의 평가를 매우 중요시 생각한다는 것이다.

그러나 필자가 보기에는 이와 같은 사회현상이 바람직한 것인지 계속 유지될 것인지는 불분명해 보인다. 타인들의 평가도 시장경제에서 중요한 역할을 하지만 타인들의 평가와는 독립적으로 자신만의 평가를 내리는 것 역시 시장경제에서 빼놓을 수 없는 역할을 한다. 타인들의 평가'에 의해서 자원분배가 이루어진다는 것은 사실 주체적인 평가가 이루어지지 않는다는 것이며 이와 같은 현상은 시장지배적 사업자들에게 결정적으로 좋은 영향을 미치게 되며 시장경제의 공정한 경쟁을 저해한다. 결국 우리나라는 세계적인 흐름을 따를 것인지 일본을 따를 것인지에 대해 생각해보아야 한다.

### III. 폐지론

#### 1. 범죄구성요건의 추상성

우리나라에서 명예훼손 형사처벌의 문제점을 가장 먼저 제기한 사람은 신평 판사인 듯하다.

25) 여기까지는 공연성, 사실적 주장, 명예훼손을 기본적인 범죄구성요건으로 하고 공익적 목적과 진실을 위법성 조각사유로 하는 한국법과 그리 다르지 않다. 그러나 형법 제230-2조는 제2항과 제3항에서 주장된 사실이 "기소 이전의 타인의 범죄행위"나 "공직자 또는 공직선거후보자"에 관한 것일 경우 모두 진실이 완전항변이 된다는 점에서 큰 차이가 있다. 즉 우리나라에서는 범죄의혹이나 공직자에 대한 진실된 보도를 하는 경우에도 혹시 형법 제301조 상의 '오로지 공익을 위하여' 요건을 충족시킬 수 있는지에 대해 두려워해야 하지만 일본에서는 위 두 사안에 대해서는 진실된 보도를 자유롭게 할 수 있다는 것이다. 장자연 리스트와 관련된 조선일보 방상훈 사장의 실명보도 논란에 의미를 가질 것으로 보인다.

26) Salil K. Mehra, "Post a Message and Go to Jail: Criminalizing Internet Libel in Japan and the United States", 78 University of Colorado Law Review 767 (2007). 변호사의 숫자가 적고 징벌적 손해배상제도가 없어 사법(私法)적인 피해구제절차가 강력하지 못하여 형사적 처벌이 강조되고 있다는 설명도 있다. 하지만 이 설명은 명예훼손 뿐만 아니라 모든 법률분야에 적용되는 것이며 왜 유독 명예훼손 분야에서만 일본에서 형사절차가 민사절차에 대하여 다른 나라에 비추어 상대적으로 더 활성화되었는지 설명하지 못한다. 그러나 명예훼손 분야에서만 고유하게 형사절차를 민사절차에 비하여 상대적으로 선호하는 1차적 이유가 발견되면 (예를 들어, 본문에서 설명하는 private ordering의 사회적 중요성) 그 이유의 작용을 강화하는 2차적 이유가 될 수는 있을 것으로 보인다.

다음을 음미해보자.

언론 출판의 자유는 우리의 인간다운 삶을 가능케 하는 민주제의 필수불가결한 본질적 요소이다. 위에서 실시한 관점에 선다면 어느 표현이나 진술이 문제가 있다면 원칙적으로 여기에 대해서는 다른 표현이나 진술로 대항하게 하는 것이 옳다. 법에 의한 도움을 빌려 해당 표현, 진술의 해악을 제거하는 것은 다른 표현, 진술로서는 도저히 할 수 없을 때 부차적으로 인정된다고 하는 것이 마땅하다. 표현의 영역에서 가능하면 법의 힘은 제한적으로 미치게 하는 것이 타당하다. . . 민사상 불법행위책임을 물어 손해배상책임을 가하는 제재는 그것이 타인의 명예권침해라는 요건사실의 충족이 있어야 한다. 결과발생이 요구되는 것이다. . . 그 배상책임액을 신중적으로 산정한다면, 이것이 갖는 언론 출판의 자유에 대한 상당한 제약적 효과를 부정할 수 없다는 치더라도 일응 이 제재수단은 수긍될 수 있다고 본다. . . 그러나 형사상의 명예훼손죄 규정에 의한 제재수단은 근본적인 문제를 안고 있다. 왜냐하면 명예훼손죄는 일반적으로 추상적 위험범이라고 설명되기 때문이다. 명예침해가 발생할 추상적 위험만 있으면 명예훼손죄에 해당하게 되는 것이다. . . 과연 이러한 위험성만으로 언론 출판의 자유에 대한 가장 강력한 제재수단으로 작용하게 하는 것이 타당할는지 의문을 가지 않을 수 없다.<sup>27)</sup>

신평은 이에 따라 우선 명예훼손 형사처벌제도에 대한 재검토를 강변하는 한편 제도가 폐지되지 않은 현실에서 범죄구성요건을 더욱 강화할 것을 요청하였다. 미국연방대법원의 실제 악의(actual malice)기준<sup>28)</sup>을 도입하거나 고의나 중과실의 경우에만 명예훼손을 인정하는 방식을 제안하였다.<sup>29)</sup>

즉 헌법재판소가 1999년에 공적인 사안에 대해서는 허위를 진실한 것으로 믿고서 한 하였거나 중요한 내용이 아닌 사소한 부분에 대한 허위보도'는 면책되어야 하고 허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위(眞僞)를 알아보지 않고 게재한 허위보도'는 면책될 수 없다고 한 결정<sup>30)</sup>이후에 대법원이 2003년에 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 경우'에만 명예훼손 책임을 지울 수 있다는 판결<sup>31)</sup>로 발전시켰는데 이를 한발 더 나아가게 하여 아예 허위임을 알거나 진위여부를 무모하게 무시한 경우'에만 명예훼손 책임을 지우는 기

27) 신평, <명예훼손법>, 청림출판(2004년), 312-3쪽.

28) 필자는 “실제 악의”가 “현실적 악의”보다 더욱 우수한 번역이라고 믿는다. 원문인 actual malice를 설명하면서 미연방대법원은 NY Times 대 Sullivan사건에서 ‘허위임을 알았거나 진위 여부를 무모하게 무시한 경우 (with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not)’로 설명하고 있다. 즉 ‘허위인줄 알면서 한 허위보도’가 증상에 있고 혹시 ‘허위임을 무모하게 외면한 경우’를 보충적으로 포함시키기 위해 위와 같은 표현을 쓴 것으로 보인다. 즉 핵심은 ‘허위임을 실제로 알았거나 **실제로** 알았어야 한다고 할 만큼 허위를 모른 것이 무모한 경우’에 책임을 부과하겠다는 것이다. Sullivan, 280쪽.

29) 신평, 316-7쪽.

30) 헌법재판소 1999.6.24. 선고97헌마265 결정. 같은 결정에서 현재는 ‘허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위를 알아보지 않고 게재한 허위보도’는 면책을 주장할 수 없다고 하였다.

31) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결

준에 맞추자는 것이다.

그러나 위 주장은 우선 자신이 지적한 명예훼손 형사처벌제도의 폐지 이유와 조응하지 않는 해결책이라고 하겠다. 명예훼손 형사처벌이 추상적 위험범<sup>32)</sup>이론인 것이 문제라면 이에 대해 형사처벌에 있어서도 평판의 저하를 정량적으로 증명하도록 요구하는 등의 해결책이 제시되었어야 한다.

그러나 신평의 주장의 문제점은 더욱 근본적인 곳에서 찾을 수 있다. 신평의 폐지주장의 가장 강력한 힘은 명예훼손죄가 추상적 위험범<sup>33)</sup>이라는 통찰에서 비롯된다. 즉 살인, 사기 등은 명백한 피해가 나타나지만 명예훼손의 경우 실제로 피해가 뚜렷하지 않다. 예를 들어 내가 가르치던 학생이 전과자라고 누군가 허위주장을 하여 내가 그 학생에 대해 더 좋지 않은 생각을 가지게 되었다고 하자. 그러나 그것이 어떤 피해로 나타날지는 또는 실제로 아무런 피해가 발생할지는 불분명하다는 것이다.

이 주장의 문제점은 상당수의 형법이 이와 같은 구체적인 피해가 없는 행위에도 형벌을 부과한다는 것이다. 예를 들어, 마약음복, 음란물배포, 간통 등의 경우가 그러하다. 물론 자유주의적인 입장에서는 특정할 수 있는 구체적인 피해가 없는 경우에도 책임을 부과하는 모든 형벌제도에 이의를 제기할 수는 있다. 사실 허위사실유포죄가 위헌이라는 주장의 핵심은 특정할 수 있는 구체적인 피해가 없이 표현의 자유를 제약한다는 것이다.<sup>32)</sup> 하지만 허위사실유포죄는 그 결과의 추상성 및 불특정성이 명예훼손죄의 그것보다 훨씬 높다고 보여진다.

정리하자면 신평의 추상적 위험범<sup>33)</sup> 주장은 지금 당장 명예훼손에 대한 형사처벌제도를 고유하게 폐지될 수 있는 근거가 되기는 어려울 것으로 보인다.

## 2. 명예훼손은 개인 간의 일로서 민사적 사안<sup>33)</sup>이라는 폐지론<sup>33)</sup>

위의 주장은 위의 제목에 나타난 문구 이상으로는 제기가 되지 않아 주장을 제기한 자에게는 불공평한 논의가 되지 않을까하는 우려를 안고 논의하고자 한다.

개인 간의 일<sup>33)</sup>이라고 할지라도 입법자가 그 일에 있어서 보호되어야 할 공익이 있어 그 공익을 보호하기 위해 형법을 통해 개입하고자 하였다면 절차적 하자가 없는 한 이 형벌제도는 존중이 되어야 한다. 오토바이를 탈 때 헬멧을 쓰지 않는다거나 배우자가 있는 이성과 성교를 하는 행위 등은 한 개인의 일<sup>33)</sup>이거나 개인 간의 일<sup>33)</sup>이지만 국가가 형사적으로 개입하고 규제하는 것이 허용되고 있다. 물론 위 행위 자체들에 대해서도 자유주의적인 시각에서는 위헌이라는 주장이 제기될 수 있다.

하지만 명예훼손은 위에서 살펴보았듯이 타인에게 직접적인 그리고 구체적인 피해를 주게 되는 것이며 자유주의적인 시각에서 보더라도 위헌이라는 주장을 하기는 어렵다. 물론 신평이 주

32) 박경신, “허위사실유포죄의 위헌성에 대한 비교법적 분석”, 『법학연구(인하대학교)』 제12집 제1호 게재 (2009년5월).

33) 유승삼, ‘오보할 자유를 허하라’, 내일신문칼럼

<<http://www.naeil.com/News/economy/ViewNews.asp?num=465481&sid=E&tid=8>> 2009년 5월31일 방문

장한대로 명예훼손죄는 추상적 위험범<sup>34)</sup>이라는 주장을 받아들인다면 명예훼손은 타인에게 직접적이거나 구체적인 피해를 주는 것이 아닌 것으로 볼 수도 있다. 하지만 명예훼손은 간통이나 음란물배포와는 다른 차원에서 피해자에 대한 강제적 효과가 있다. 즉 명예훼손은 제3자가 피해자에 대한 평판을 훼손시키므로 피해자가 감시하고 통제할 수 없는 상황에서 이루어질 수 있다. 명예훼손을 개인 간의 일<sup>35)</sup>이라고 보기는 어려울 것 같다.

### 3. 명예훼손 형사처벌은 명예라는 계급적 가치를 보호하므로 사회적 영향력이 있는 공인이나 공적 존재가 자신들에 대한 비판을 막기 위해 남용할 수 있다<sup>36)</sup>

위 주장은 둘로 나누어볼 수 있다. 첫째 사회적 영향력이 있는 공인과 공적 존재들이 행사하는 영향력이 크기 때문에 타인에게 피해를 줄 우려가 있으므로 지속적으로 비판과 감시의 대상이 되어야 하는데 명예훼손 소송은 이와 같은 비판과 감시를 어렵게 한다는 점이다. 둘째 이들은 그 영향력을 검찰에 행사하여 자신들에 대한 비판을 막기 위해 기소를 종용할 수 있다는 것이다.

두 번째의 우려는 사회적 영향력이 있는 사람이 피해자 또는 잠재적 고소인이 되는 모든 소송에 똑같이 적용되므로 명예훼손 형사처벌제도의 폐지근거가 되지 않는다.

첫 번째 우려의 경우 명예훼손에만 고유하게 적용되는 이유인 것이 사실이다. 즉 명예훼손죄는 말을 한 사람을 그가 한 말에 대해 법적책임을 지우는 제도이며 우리 사회가 그 말 - 즉 공인에 대한 비판 - 을 소중하게 생각한다면 이에 대해 형벌을 부과하는 것은 금기시되어야 한다. 하지만 이 우려는 명예훼손에 대한 민사소송제도에도 똑같이 적용된다. 즉 형사처벌제도가 가지고 있는 특성에 천착하지 못하고 있어 형사처벌제도 폐지론 보다는 신평이 위에서 제안한 위법성조각사유 강화론으로 수렴될 가능성이 더욱 높다.

### 4. 형사고소는 손해배상을 받기 위한 하나의 지렛대 역할일 뿐이다.<sup>37)</sup>

형사고소가 민사사건의 지렛대 역할을 하는 경우는 명예훼손 외에도 많이 있다. 예를 들어 억울하게 사기를 당하였으나 스스로 입증하기가 어려운 경우 사기고소를 하여 검찰의 힘을 빌려 사기당한 돈을 되찾는 민사소송을 별도로 진행할 수도 있다. 형사소송의 결과가 민사소송에 영향을 미치는 것 자체가 문제라고 하기는 어렵다.

### 5. 프라이버시권과의 형평성

34) 법무부 '고소사건, 일본의 155배 - 묻지마 고소 생각좀 해봅시다', 2006년6월15일 네이버 기사 <<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=001&oid=169&aid=0000000030>>; 소성규, 명예훼손으로 인한 손해배상책임에 있어서 면책법리에 관한 연구, 민사법학, 제18호, 577쪽.

명예권과 유사한 프라이버시권 침해의 경우 그 처벌을 위한 형법규정이 존재하지 않는다는 점에서 명예권침해도 형사범영역에서 벗어나게 하는 것이 옳다는 관점도 제시되고 있다.<sup>35)</sup> 그러나 이에 대해서는 일반적으로 개인의 정보누설을 수단으로 하는 프라이버시권의 침해의 경우, 그 유형 및 결과에 따라 비밀침해죄나 명예훼손죄로 귀결될 수 있고, 그 외 유형의 경우에도 사회적 유해성 및 보호필요성이 인정되는 경우 앞으로 얼마든지 형법의 보호영역내로 들어올 수 있다”는 반론이 타당한 것으로 보인다.<sup>36)</sup> 실제로 2008년 8월 16일 행정안전부는 이러한 목적으로 개인정보보호법을 입법예고하기도 하였고 이 법안에는 형사처벌이 포함되어 있다.<sup>37)</sup>

## 6. 형사처벌의 “항패”로서의 위험성

필자는 명예훼손 형사제도가 도리어 명예를 보호하기 어렵게 만든다고 본다. 예를 들어 억울하게 명예를 훼손당한 사람이 고소를 할 경우 이것이 공적인 사안일 경우 이에 대해서는 맞고소를 하는 경우를 자주 볼 수 있다. 즉 명예훼손 형사고소의 가능성은 도리어 명예훼손을 당한 사람의 피해구제를 수월하게 하는 만큼 명예훼손을 한 사람의 반격도 수월하게 한다.

도리어 명예훼손 형사고소는 명예훼손이 아닌 다른 피해에 대해 고소를 한 사람이 그 고소내용을 여러 사람들에게 알리고자 할 경우 이 피해자를 입막음할 수 있는 제도로 작용한다.

*대구에서는 대학교수가 2000년5월12일 자신의 조교에게 독한 고량주를 마시도록 하여 정신을 잃게 하고 호텔로 데려가 강간한 사건이 있었다. 피해자의 고소로 2001년 3월13일에 대구고등법원에서 징역2년에 집행유예 3년의 형을 받은 후 유죄가 확정되었다. 2000년 7월에는 한 대학교사가 자신의 연구실에서 피해자를 강제로 껴안고 자신의 성기를 만지게 하는 등 강제로 추행하였으나 피해자의 합의로 풀려나게 되었다. 재판이 진행되는 동안 시민단체들이 위의 2인의 교수에 대한 엄정한 수사 및 처벌을 요구하였는데 2인 모두 위 사실을 공개한 시민단체 대표들을 명예훼손 혐의로 고소하여 성폭력 역고소 대책위원회가 구성되었다.<sup>38)</sup>*

하지만 명예훼손 형사처벌제도를 폐지할 이유라기보다는 명예훼손 형사처벌제도의 실효성에 이의를 제기하는 주장이라고 할 수 있다.

35) 신평, 새로운 명예훼손법 체계의 구축에 관한 시도, 공법연구, 제31집 제3호, 2003년 3월호, 214쪽.

36) 주승희(한국형사정책연구원 부연구위원) - 2006년 한국형사법학회 춘계학술대회 발표문 “인터넷상 명예훼손행위에 대한 형사처벌의 타당성 검토”, 16쪽.

37) 2009년8월12일 행정안전부 장관 발의안 제58조에서 제62조까지.

<<http://www.mopas.go.kr/gpms/ns/mogaha/user/userlayout/bulletin/userBtView.action?userBtBean.bbsSeq=1035767&userBtBean.ctxCd=1007&userBtBean.ctxType=21010005&currentPage=111>> 2009년6월1일 방문

38) <[http://www.hotline.or.kr/kwh/bbs/board.php?bo\\_table=kwh\\_act14&wr\\_id=43&page=0](http://www.hotline.or.kr/kwh/bbs/board.php?bo_table=kwh_act14&wr_id=43&page=0)>

## 7. 형사처벌의 주체가 정부부처라는 점

필자는 형사소송에 고유하게 발생하는 문제점은 바로 형사처벌이 국가에 의해 수행된다는 점이라고 본다. 위에서 살펴보았듯이 표현의 자유의 가장 큰 가치는 자유민주주의사회에서 강제력을 독점하고 있는 국가 및 그 국가를 운영하는 공직자들에 대한 비판과 감시라고 할 것이다. 현대에 감시하는 눈과 비판하는 입이 없는 사회는 부패와 인권침해의 온상이 될 수 밖에 없다는 단순한 진리는 표현의 자유 보호지수와 부패지수와 반비례관계에 대한 국제기구들의 연례조사에 의해 확인되고 있다.<sup>39)</sup> 그런데 명예훼손 형사처벌은 감시와 비판의 대상이 되어야 할 국가가 명예훼손 형사처벌제도의 운영자가 될 경우 국민은 국가를 상대로 한 비판을 제어할 수 밖에 없다.

실제로 이와 같은 사례로 지적되고 있는 것이 바로 MBC PD수첩 광우병보도에 대한 검찰수사이다.

### <MBC PD수첩 광우병 보도에 대한 수사>

MBC PD 수첩은 2008. 4. 29. 「긴급취재, 미국산 쇠고기 과연 광우병에서 안전한가」 제하의 프로그램에서 미국의 도축실태 및 인간광우병 발생 우려등에 대해 보도하였다. 2008. 6. 20. 농식품부는 친위여부가 불분명한 가설이나 일방적 주장에만 의거한 편파적 보도로 미국산 쇠고기와 광우병에 대한 과도한 불신과 불안을 야기하고, 방송 전반을 통해 농식품부가 미국산 쇠고기의 안전성에 대한 충분한 사전검토와 실태파악도 거치지 않은 것처럼 보도하여 그 동안 미국과의 협의과정에서 식품의 안전성을 지키기 위해 정부가 기울인 노력을 폄하하고 신뢰에도 치명적인 손상을 가하는 한편 장관과 협상대표들의 명예를 직접적으로 침해하였다”는 이유로 ① 미국여성 아레사 빈슨의 사인을 인간광우병인 것처럼 의도적으로 사실을 왜곡보도 ② 주저앉은 소의 동영상은 광우병에 걸린 소의 동영상으로 의도적으로 왜곡 보도 ③ 라면스프, 의약품, 화장품 등 통해서도 광우병에 감염될 위험이 있다고 허위보도, ④ 농식품부가 미국의 실정을 잘 모르거나 알면서도 숨기고 수입 위생조건 개정에 합의하였다고 보도한 부분에 대하여 수사의뢰하였다.

이에 대해 검찰은 위 사건을 수사하면서 MBC 제작진들을 상대로 인터뷰 동영상 원본자료 및 번역본, 원어 대본등을 지참하고 출석할 것을 요구하였으나 제작진들이 이에 불응하자, 2008. 7. 29. 「PD수첩 사건 자료제출요구」 라는 제목으로 136페이지의 자료를 언론에 공개하였다. 위 자료제출요구에 따르면 PD수첩이 어떤 의도를 가지고 다운너 소를 광우병에 걸린 소 내지 광우병 의심소로 일방적으로 각인시켰다는 지적에 대하여 이와 관련된 자료를 제출하기 바람, .....

39) Transparency International, *Transparency International Corruption Perceptions Index 2007*

<[www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi/2007](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2007)>, Freedom House, "Global Press Freedom 2007,"

<[www.freedomhouse.org/uploads/fop/2007/pfscharts.pdf](http://www.freedomhouse.org/uploads/fop/2007/pfscharts.pdf)>

라는 점에서 왜곡보도라는 지적에 대하여 이와 관련된 자료를 제출하기 바람, ...위반이 있는 것으로 오인하게 하여 보도의 공정성 및 객관성등에 문제가 있다는 지적에 대하여 이와 관련된 자료를 제출하기 바람”등의 표현을 사용하여 보도자료로 배포하였고, 이후 각 언론에서 검찰은 PD 수첩이 의도적 왜곡보도 하였다고 결론내림”이라는 내용으로 보도되었다. 검찰은 그 이후 압수수색영장 및 체포영장을 발부받아 관련 PD들을 체포하고 원본테이프의 압수수색을 시도하는 등의 수사를 최근까지 진행하다가 2009.6.18 기소하였다.

이에 대해서는 검찰의 7.29 공개자료 전문을 숙독한 한 학자가 다음과 같은 판단을 내린 바 있다.<sup>40)</sup>

첫째 아래사 빈슨 유족, 의사 및 미국의 현지 언론들이 CJD가 의심된다'고 말한 것을 vCJD 인지 의심하고 있다'고 바꾼 것은 허위가 아니라 당연한 조치였다. 현지에서는 vCJD는 CJD와 다른 병이 아니라 CJD 중의 하나로 지칭되고 있음이 검찰자료에도 나와 있다. 언론보도의 예를 들면 '광우병 감염이 의심되는 여성'이라는 제목 하에 "CJD는 1백만명 중의 1명에서 나타나며 쇠고기를 먹으면 걸릴 수도 있다"라는 식이다. 이 사건이 애시당초 유명해진 것도 누구나 먹는 쇠고기에 의해 전염되는 vCJD감염가능성 때문이었지 전염통로 자체가 희귀한 일반CJD의 감염가능성 때문이 아니었다. 진중권이 이에 대해 PD수첩 측에 해명 요구한 것은 잘못이다.

둘째 주저앉는 소(다우너)를 광우병 의심소'로 지칭한 것은 허위도 과장도 아니다. 실제로 다우너가 광우병이 아니라고 입증된 바가 없다. (물론 다우너의 원인은 수백가지가 될 수가 있고 광우병이 그 중의 하나일 뿐이지만 그렇다고 해서 그중에서 광우병 감염소의 비중이 몇 마리인지 확인된 바가 없다 - 편집자 추가) 사실 광우병의 위험 때문에 오바마 대통령은 모든 다우너의 도축을 금지하지 않았는가. 앵커가 다우너를 가볍게 단 한번 광우병 걸린 소'라고 지칭하는데 이미 앞에서 광우병이라고 단정할 수 없다'라고 확정적으로 내레이션 된 후였다. 빈슨에 광우병 의심'진단을 내린 의사가 주치의인지 아닌지도 마찬가지이다. 의심'진단은 의심'진단'일 뿐이다.

셋째 나머지 소위 허위'로 지적되는 것은 피해자들의 명예에 영향을 주지 못한다. 미국에서 학교급식에 이용된 리콜쇠고기의 양이 1억톤인지 3천만톤인지 전혀 이들의 명예와 관련이 없다.

넷째 미국의 리콜이 2급이었다는 것, 미국인의 먹거리 불안감 여론조사의 조사방법, 도축장이 적발된 법이 위생법이 아니라는 사실 등을 생략한 것은 허위가 아니다. 누군가 신방검영의 장점

40) 박경신, "PD수첩, 수사거부가 법치구현", 미디어오늘 2009년 4월12일 게재 칼럼

<<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=78822>> 이 글에서 저자는 검찰이 '허위'가 무엇인지도 특정하지 못한 상황에서 체포영장이나 압수수색영장을 신청한 이상 이 신청들은 형사소송법 상의 영장발부요건을 충족시키지 못하였으므로 모두 기각되어야 함에도 불구하고 법원에 의해 발부되었으므로 그 집행이 거부됨이 마땅하다고 주장하였다. 이에 대해 '검찰의 수사가 타당한지 않더라도 적법하게 발부된 압수수색영장과 체포영장의 집행은 허락하여야 하지 않겠는가'라고 이의를 제기하는 사람이 있을 것이다. 그러나 이에 대해서는 특별히 언급을 하지 않겠다. 단지 유신독재시절 긴급조치 1호에 따라 발부된 체포영장이나 압수수색영장의 집행을 반드시 허락하여야 하는가 반문해볼 필요는 있다. 이것은 특별히 언론의 취재원공개 거부권까지 언급을 하지 않더라도 논의해볼 만한 것이다.

만을 말하고 단점을 생략하면 허위가 되는가. 사물의 어느 측면을 언급할 지는 순전히 견해의 영역이며 법적규제의 밖에 있다.

다섯째 “94% 발병율”, “발병율이 다른 나라에 2-3배”, “화장품[외약품으로 전염가능”, “0.1g의 위험물질로 발병”, “발병하면 100% 사망” 모두 과학자들이 특정한 조건들을 가정한 상황에서 불완전한 정보에 근거하여 수립한 가설들을 그대로 옮긴 것이며 누구에 의해서도 허위라고 입증된 바가 없다. 진실로 입증되지도 않았지만 진실의 근거가 충분하지 않다고 하여 허위로 단죄되어 법적 책임을 져야 한다면 신의 존재를 믿는 모든 신앙인들은 모두 감옥에 가야 할 것이다.

결론적으로 말하면 첫째 검찰은 ‘허위’가 무엇인지에 대해 아무런 특정을 하지 못하고 ‘허위적 시’에 의한 명예훼손 수사를 진행하고 있는 것이다. 둘째 명예훼손 피해를 주장하는 이가 공인이고 사안도 공적 사안인 이상 현재의 현재결정이나 대법원판례에 따르면 검찰이 ‘허위’라고 지적하는 내용들은 PD수첩의 제작진이 외국의 과학자나 언론의 주장을 옮긴 것이고 충실히 옮기지 못한 부분은 사소하므로 면책되어야 함이 명백하다.

셋째 위 수사가 가장 ‘황당한’ 점은 따로 있다. 사람들은 세상의 많은 사물들에 대해 평가를 하게 되고 이 평가에 대해 동의를 하지 않는 말들은 그 평가자들의 명예를 훼손할 수 있다는 논리이다. 정운천, 민동석 등이 “농식품부가 미국의 실정을 잘 모르거나 알면서도 숨기고 수입 위생조건 개정에 합의하였다고 보도”하였다고 고소장에서 주장하는 것도 실제로 MBC가 그러한 보도를 하였다는 것이 아니고 자신들은 미국산 쇠고기를 안전하다’고 평가하였는데 이를 허위로 안전하지 않다’라는 보도를 함으로써 또는 자신들은 미국산 쇠고기의 광우병 위험도를 N정도로 보았는데 MBC는 허위로 그 위험도를 N+1정도로 과장하여 보도함으로써 자신들의 명예를 훼손하였다는 것이다. 하지만 이와 같은 사물에 대한 평가, 특히 사실적 주장에 대한 동의가 이루어지지 않는다고 하여 어느 한쪽의 주장을 허위라고 단정하여 그 주장이 그 주장에 반하는 평가를 한 자의 명예를 훼손하였다고 법적 책임을 지우는 것은 사회 전반적으로 수인할 수 없는 표현의 자유에 대한 심대한 침해가 될 것이다. 사람들은 항상 자신의 주변 사물들에 대한 평가를 하기 때문이며 이 평가들은 항상 일치하지 않을 수 있다. 그런데 그와 같은 평가가 같은 사물에 대해 평가를 내린 다른 사람들의 명예에도 영향을 줄 가능성까지 고려하여 평가를 하여야 한다면 누구도 사물에 대한 평가를 하려 하지 않을 것이다. 특히 사물들에 대한 평가는 과학의 발전을 위해 필수적이다. 이에 따라 미국에서는 법적으로 과학계의 논문들이 다른 과학자들의 가설을 평가함에 있어 사실적인 허위가 있다고 할지라도 이 평가가 그 과학자들의 명예를 저하한 것으로 인정하지 않는다.<sup>41)</sup> 그 이유는 “과학자들은 항상 가설과 이론들을 의심하며 이 의심은 지식을 확장시키기” 때문이며 과학적 명제들은 영원히 재수정을 거쳐야”하는데<sup>42)</sup> 과학적 명제들에 대한 평가가 그 명제를 주장한 과학자들의 명예를 훼손할 수 있다는 법적 가

41) Ezrailson v. Rohrich, 65 S.W.3d 373, (Tex. App. 2001).

42) Daubert v. Merrell Dow Pharms. Inc., 509 U.S. 579, 597, 113 S.Ct. 2786, 125 L.Ed.2d 469 (1993).

능성을 열어두면 과학은 불가능해질 것이다.

자세히 살펴보면 위의 수사는 명예훼손 형사처벌제도를 폐지근거를 제시하는 통렬한 우화라고 보인다. 국민의 일부와 국가는 미국산 쇠고기의 광우병가능성에 대하여 이견을 가지고 있던 것으로 보인다. 물론 이것은 절대적 이견이 아니라 상대적 이견이다. 국가는 핸드폰이나 자동차의 미국수출을 증진시키는 FTA체결과 맞바뀌도 될 정도로 미국산 쇠고기 수입허용은 상대적으로 안전한 것이었고 MBC PD수첩은 그렇게 하기에는 상대적으로 불안전하다는 것이었다. 그런데 정부는 검찰을 앞세워 자신의 주장이 옳다는 것을 논리를 통해 입증하려고 하기 보다는 형사처벌로 제압하려 하고 있는 것이다.

## 8. 소결

명예훼손 형사처벌제도의 가장 큰 문제는 명예훼손은 궁극적으로 표현의 자유와 충돌 관계에 있는데 표현의 자유의 핵심은 정부정책에 대한 비판임에도 불구하고 이 제도는 이 비판에 대해 정부의 한 부처인 검찰이 범죄수사를 할 수 있도록 한다는 점이라고 할 수 있다. 물론 이에 대한 매우 간단한 반론이 삼권분립이론에서 나올 수 있으며 이에 대해서는 아래에서 살펴보도록 한다.

## IV. 유지론

### 1. “민사피해구제가 불충분하다”

명예가 보호되어야 하는 공익이라면 이를 보호하기 위해 형사제도가 필요하다는 반론은 주로 미국 시스템과의 비교에 기초하고 있다. 우리나라는 변호사 숫자도 적고 징벌적 손해배상도 도입되어 있지 않으므로 민사적 구제로는 불충분하므로 국가가 개입하여 형벌로서 명예를 보호해야 한다는 것이다.

그러나 민사적 구제가 불충분한 분야는 명예훼손 분야만이 아니다. 위에서 살펴본 바와 같이 명예훼손 형사처벌제도 폐지론은 형사처벌제도는 민사구제제도가 가지고 있지 않은 고유한 해악이 있다는 것이다. 즉 표현의 자유의 핵심적 보호영역은 정부에 대한 비판임에도 불구하고 형사처벌제도는 정부부처의 하나인 검찰이 정부에 대한 비판에 대해 범죄수사를 하도록 한다는 것이다. 위의 유지론은 이 주장에 대해 적절한 대답을 하지 못하는 것으로 보인다.

물론 위 주장은 정부비판이 아니라 사인에 대한 표현에 대해서는 형사처벌을 유지할 수 있으며 정부에 대한 표현에 대해서는 형사처벌을 폐지한다는 절충안으로 전환될 경우 강력해질 수 있다.

## 2. 정부비판에 대한 위법성 조각사유의 강화

위에서 말하였듯이 명예훼손 형사처벌제도의 폐지론의 핵심에는 정부 비판의 중요성과 형사처벌의 주체가 정부 자신이라는 점이다. 즉 형사처벌은 누군가 해야 하는데 검찰이 할 수 밖에 없는데 검찰이 속해 있는 정부에 대한 공정할 수가 없다는 것이다.

이에 대해 혹자는 정부에 대한 비판은 공적인 사안이 되므로 첫째 현행법상으로 일부 허위가 있어도 합법성이 인정되고 둘째 진실로 간주가 되면 역시 공적인 사안이므로 면책이 된다는 점을 들 수 있다. 그러므로 실제로 현행법이 그대로 집행이 된다고 하더라도 상당 부분 명예훼손 형사처벌제도의 고유한 위협은 제거될 수 있다. 특히 검찰은 검찰 스스로 피의자의 기본권을 제한할 수 없다. 압수, 수색, 체포, 구속 등 검찰이 피의자의 기본권을 제한하려면 반드시 법원의 허락을 영장이라는 문서를 통해서 받아야 하고 사실 검찰은 법원이 발부한 영장을 집행하는 것뿐이다. 징역, 벌금 등의 영구적 결정 등은 법원이 재판을 통해서 결정하는 것임은 말할 것도 없다. 그러므로 행정부 및 입법부로부터 독립된 사법부가 이 과정을 통제하는 한 검찰이 형사처벌의 주체가 된다는 것은 명예훼손 형사처벌 유지논쟁에서 제거되어야 한다. 특히 위의 PD수첩의 광우병 보도에 대한 수사도 사실 검찰의 과오가 아니라 체포영장 및 압수수색영장을 발부해 준 법원에 문제가 있다고 할 수도 있다.

이것은 필자가 생각하기에는 이론적으로는 가장 강력한 유지론이 될 것으로 보인다.

그러나 우리나라의 현실은 어떠한가? 형사소송법의 영장발부요건이 제대로 지켜지지 않아 검찰은 체포영장이나 압수수색영장을 무기로 피의자의 진술거부권을 거의 무시하고 일방적으로 피의자를 밀어붙일 수 있다. 또 검찰이 '허위'를 입증하지도 않은 상황에서 피해자에게 '진실이라고 믿을만한 상당성'을 입증할 책임을 지우고 그 책임이 충족되지 않으면 유죄가 선고되는 상황이 비일비재하다.<sup>43)</sup>

## V. 결론

명예훼손 형사처벌의 폐지는 국제적 흐름이고 그 흐름을 추동하는 것은 이 제도가 권력자의 영향력 하에 있는 검찰의 기소권을 매개로 권력자의 체제유지에 남용되어 왔다는 엄중한 역사가 있다. 그리고 그 남용의 역사와 가능성은 PD수첩 광우병보도에 대한 검찰수사에서 현실이 되었다. 물론 이와 같은 위험성을 이유로 하여 반드시 제도 자체를 폐지해야 하는 것은 아니다. 사법부가 검찰의 기소권과 조사권을 엄정한 영장주의 하에 통제한다면 명예훼손 형사처벌 제도의 존립도 허용될 수 있다. 또 검찰에 영향력을 미칠 수 있는 공직자들이나 국가기관에게 명예훼손 피해자로서의 지위를 인정해주지 않는 것도 권력에 의한 남용가능성에 대한 적절한 대처

43) 박경신, "진실적시에 의한 명예훼손 폐지 및 '허위' 입증책임 소재 확립"- 노회찬 '떡값검사' 판결, PD수첩수사, 장자연 리스트 사태에 대하여", 2009년 4월14일 <국민의 알권리인가? 명예훼손인가? - 장자연 사건에서 바라본 국민의 알권리와 명예훼손> 토론회 발제문

방안일 수 있다. 또는 일본처럼 신화의 경지에 이를 정도로 정권과의 독립성을 유지하고 있는 검찰을 운영하는 것도 한 방법일 수 있다. 중요한 것은 영장주의, 공직자를 보호하는 명예훼손죄 폐지, 독립적인 검찰 모두 명예훼손 형사처벌제도의 폐지만큼이나 어렵다는 것이다. 명예훼손 형사처벌제도의 사문화에 기대를 걸어본다.

□참고문헌□

Winfield, et al., "The Abolition Movement: Decriminalizing Defamation and Insult Laws,"  
Communications Lawyer, Fall 2007

OSCE Vienna 2005 "Libel and Insult Laws: A matrix on where we stand and what we would like to  
achieve" <<http://www.osce.org/fom/documents.html?lsi=true&limit=10&grp=288>> 2009년5월31  
일 방문

Robert A. Leflar, The Social Utility of the Criminal Law of Defamation, 34 Texas Law Review 984  
(1956)

Russell Hickey, A Compendium of U.S. Criminal Libel Prosecutions: 1990-2002, Libel Defense  
Resource Center Bulletin, Mar. 27, 2002, 97쪽

신평, <명예훼손법>, 청림출판(2004년)

신평, 새로운 명예훼손법 체계의 구축에 관한 시도, 공법연구, 제31집 제3호, 2003년 3월호

주승희(한국형사정책연구원 부연구위원) - 2006년 한국형사법학회 춘계학술대회 발표문 "인터넷상 명예  
훼손행위에 대한 형사처벌의 타당성 검토"

# 국가는 명예훼손의 객체가 될 수 있는가

윤지영(변호사)

## 1. 들어가며

명예훼손 형사처벌제도가 주로 정부에 대한 비판을 막고 권력자의 체제 유지를 위한 수단으로 악용되어 왔다는 발제자의 의견에 동의한다. 그러나 그렇다고 해서 명예훼손 형사처벌제도를 없애거나 혹은 해당 법률 규정을 사문화하는 것이 해법인지에 대해서는 의문이 든다. 국가와 개인 간, 혹은 언론사와 개인 간에 정보가 비대칭한 현실에서 정보를 쥐고 있는 자가 명예훼손의 주체가 되는 다음과 같은 실례는 언제든지 재발할 수 있기 때문이다.

- 한국소비자보호원이 제품의 유통경로에 대한 조사 없이 제조자의 직접공급지역 외에서 단지 외관만을 보고 구입한 시료를 바탕으로 '이동쌀막걸리에서 유해물질이 검출되었다는 검사 결과를 공표한 사례
- 검찰이 피의사실을 요약 정리한 수사자료를 언론사 사회부 기자들에게 배포하고 당해 언론사 사회부 기자가 범죄사실을 단정하는 듯한 기사를 작성하여 보도한 사례

국가를 견제하기 위함이라면 명예훼손 형사처벌제도는 유지하되 법적인 해석을 통하여 국가의 명예훼손 객체성을 부정하는 것이 보다 현실적이다. 이와 관련하여 '국정원 명예훼손 손해배상청구사건'을 소개하면서 '국가의 명예훼손 형사처벌제도 악용을 막기 위한 방법'에 관해 의견을 밝히고자 한다<sup>44)45)</sup>.

44) 당해 사건은 민사사건이다. 따라서 명예훼손에 관한 형사처벌제도와 직접 연계되는 것은 아니다. 다만 민사상 명예훼손 손해배상청구사건의 소송요건과 형사상 처벌요건은 사실상 동일하므로 민사사건의 논의를 형사처벌제도에 원용할 수 있다고 본다.

45) 사인 간에 발생한 명예훼손 사건에 대해서도 형사처벌을 하는 것이 과연 바람직한 것인지 논의가 필요하다. 개인적

## 2 '국정원 명예훼손 손해배상청구사건'의 소개

2009. 6. 23.자 위클리 경향에는 다음과 같은 기사가 실렸다. “국가정보원이 시민단체와 관계맺은 기업 임원들까지 전부 조사해 개별적으로 연락하는 등에 많은 단체들이 재정적으로 힘겨운 상태입니다. 총체적으로 지휘하는 곳이 없으면 일어날 수 없는 일이 여러 곳에서 발견됩니다. 명백한 민간사찰이자 국정원법 위반이에요. 우리 희망제작소만 해도 지역홍보센터 만드는 사업을 3년에 걸쳐 하기로 행정안전부와 계약을 했는데 1년 만에 해약통보를 받았습니다. 하나은행과는 마이크로크리딧 같은 소기업후원사업을 같이 하기로 합의하고 기자회견까지 했는데 어느 날 무산되었습니다. 나중에 알고 보니 국정원에서 개입했다고 합니다” 당해 기사는 이종탁 기자가 박원순 희망제작소 상임이사를 인터뷰한 후 쓴 글이다. 이에 대해 국가(원고)는 박원순 희망제작소 상임이사(피고)가 마치 국가기관인 국가정보원이 직권을 남용하여 민간사찰을 하는 것과 같은 인식을 가지게 하는 등 국가정보원 및 국가의 명예를 훼손하였다는 이유로 2009. 9. 11. 민사상 손해배상청구의 소를 제기하였다.

이 사건의 주요 쟁점 중 하나는 첫째, 국가가 명예훼손의 객체가 될 수 있는지, 즉 국가에게 명예가 있는 것인지, 둘째, 명예훼손에 관한 일반적인 법리를 국가가 당사자인 경우에도 적용할 수 있는지 여부였다.

원고는, 국가 역시 공법인으로서 사회생활을 영위하는 독립된 주체이므로 일반인과 동일한 가치의 명예를 가지고 있으며 따라서 명예훼손에 관한 일반적인 법리가 이 사건에도 동일하게 적용된다고 주장했다. 반면 피고는, 국가는 명예를 가지고 있지 아니하며 명예훼손에 관한 일반적인 법리를 국가가 당사자인 경우에는 적용할 수 없다고 주장했다<sup>46)</sup>.

이에 대해 법원은 2010. 9. 15. 원고 패소 판결을 내렸다. 판결문 중 일부를 인용하면 다음과 같다.

1. “국가는 기본권의 보장의무를 지는 수범자이지 그 향수 주체는 아니라고 할 것인 점, 국가나 국가기관이 업무를 정당하게 처리하고 있는지 여부는 국민들의 광범위한 비판과 감시의 대상이 될 수밖에 없고 국가로서는 당연히 이를 수용해야만 하는 점, 우리 형법상 국가는 일반적으로 명예훼손이나 모욕죄의 피해자가 될 수 없는 것으로 해석되고 있으며, (비록 내국인이 국외에서 한 행위에 국한되는 것이기는 하지만) 과거 대한민국이나 국가기관을 모욕 또는 비방하거나 허위사실을 유포하는 등의 방법으로

---

으로는 구성요건을 강화하여 허위사실에 의한 명예훼손죄의 구성요건만 남기거나 잔실한 사실인 경우에는 악의성을 요건으로 추가해야 한다고 생각한다. 이 글에서는 이 부분은 생략하기로 한다.

46) 더 나아가 피고는, 이 사건 소는 국민의 국가에 대한 자유로운 비판을 봉쇄할 의도로 제기된 것으로서 신의성실의 원칙에 반하는 소권 남용에 해당한다고 본안 전 항변을 하였다. 이에 대하여 재판부는 원고가 소송 외적인 목적을 위하여 이 사건 소를 제기하였다는 점을 인정할 아무런 증거가 없다며 이 부분 주장을 받아들이지 않았다.

대한민국의 위신을 해하는 행위에 관하여 국가모독죄로 처벌하는 조항을 두고 있었으나 현재는 이와 같은 조항이 삭제된 점, 국가는 잘못된 보도 등에 대하여 자신의 보유하고 있는 다양하고 방대한 정보를 활용하여 스스로 진상을 밝히거나 문화체육관광부장관을 통하여 국정을 홍보할 수 있으며 언론사 등을 상대로 정정보도나 반론보도를 청구할 수 있는 등 이미 충분하고도 유효적절한 대응수단을 갖추고 있다고 볼 수 있는 점, 만약 아무런 제한 없이 국가의 피해자 적격을 폭넓게 인정할 경우 표현의 자유와 언론의 역할 및 기능이 극도로 위축되어 자칫 언론이 봉쇄될 우려가 있으며 국가 산하에는 실로 다양하고 많은 국가기관이 있다는 점을 감안할 때 소송이 남발될 위험성도 배제할 수 없는 점 등을 종합하면 국가는 원칙적으로 명예훼손으로 인한 피해자로서 소송을 제기할 자격이 없다”

2. “다만, 기본권 보장의무를 지는 자라고 하여 기본권에서부터 우리나라의 모든 권리와 제도의 향수 주체가 될 수 없는 것은 아니며, 국가도 헌법과 법령에 따라 부여된 과제와 기능을 수행함에 있어 최소한의 사회적 승인 내지 신뢰를 필요로 하는 점, 단지 그 대상이 국가라는 이유만으로 명백한 허위사실의 유포나 악의적인 비방과 같이 언론이나 표현의 자유 범위를 현저히 일탈하는 남용 행위에 대해서 까지 법적인 보호를 외면할 필요는 없는 점, 우리 형법은 대한민국을 모욕할 목적으로 국가 또는 국장을 손상하거나 비방하는 행위를 처벌대상으로 삼고 있어 일정한 경우 국가도 명예와 관련된 법익의 보호 대상으로 보고 있는 점 등을 종합하면 비록 국가라 하더라도 일정한 범위 내에서는 법적 보호의 대상이 될 수 있다고 보아야 할 것이다”

3. “국가는 언론매체나 제보자의 명예훼손 행위가 감시, 비판, 견제라는 정당한 활동의 범위를 벗어나 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우에 한하여 예외적으로 명예훼손으로 인한 피해자가 될 수 있다고 봄이 상당하고 이 경우 언론매체 등의 명예훼손 행위가 현실적인 악의에 기한 것이라는 점에 대한 증명책임은 피해자인 국가에게 있다고 할 것이다”

현재 이 사건은 항소심에 계류 중이다.

### 3. 국가는 명예훼손의 객체가 될 수 있는가<sup>47)</sup>

앞서 1심 법원이 국가의 명예훼손의 적격을 원칙적으로 부정하는 논리를 지지한다. 더 나아가 몇 가지 덧붙이자면 국가를 국민과 분리된 법인이라고 할 수는 없다. 왜냐하면 국가란 국민과 상관없이 스스로 활동 목적을 부여하고 스스로 창설한 존재가 아니기 때문이다. 국가는 스스로 존립하는 실체가 아니라, 국민들의 헌법적 결단 또는 합의에 의한 존재다. 국가는 국민들의 헌법적 통합체이자 국민들이 창설한 존재이므로, 국가에 대한 국민의 평가란 곧 공동체 구성원의 공동체에 대한 평가라고 볼 수 있다. 따라서 국민의 통합체인

47) 1심 소송 과정에서 제출한 준비서면을 인용.

국가로서는 그 창설자이자 구성원인 국민에게 주장할 수 있는 인격권으로서의 고유한 평가에 해당하는 명예를 가진다고 할 수 없다.

국가를 국민 개개인과 구별되는 이념적 통일체를 기관으로 하는 법적 주체로 인식한다고 하더라도, 국민이 국가기관과 가지는 특별한 내재적 관계를 부정할 수 없다. 전체로서의 국민은 주권자로서 국민대표기관을 비롯한 국가기관에 권력을 위임하게 되므로, 위임한 권력의 행사에 대해 감독하고 감시할 지위에 있게 된다. 이러한 위임 및 감독의 관계에서는 감독 당하는 지위에 있는 국가의 독자적 이익이란 있을 수 없다. 따라서 국가는 국민을 대상으로 지켜야 할 명예라는 것을 가질 수가 없게 되는 것이다. 다시 말하면 명예란 독립한 법인격의 품성, 덕행, 신용 등 사회 공동체 내에서 받는 객관적 평가다. 그렇다면 전체로서의 주권자인 국민을 기반으로 하고, 국민으로부터 위임받은 권한을 행사하며, 국민의 기본권을 수호하면서 동시에 국민의 감독을 받는 위치에 있을 뿐인 존재인 국가는 사회 공동체로부터 받는 평가로서의 명예를 가질 수 없다.

물론 국가에도 명예라는 가치가 있다. 그러나 그 가치는 국민을 위해 지켜져야 한다. 그것은 인격권으로서의 명예라기보다는 국가 기능의 수행에 있어서 사회적 신뢰를 얻거나 유지할 국가의 이익이라고 보는 것이 정확하다. 이러한 경우 국가 역시 반론보도청구권 등의 장치를 이용할 수 있으나 이러한 제도보장에 따른 권리의 주체가 된다는 것이 곧 기본권의 주체가 되는 것을 의미한다고 할 수는 없다.

국가 권력의 남용을 막기 위하여 명예훼손 형사처벌제도를 없애거나 사문화하는 것은 국가가 명예훼손의 객체가 될 수 있다고 보는 경우에도 인정될 수 있는 논리다. 또한 국가 권력의 남용을 막기 위해서는 비단 형사처벌제도뿐만 아니라 민사상 손해배상청구도 금지해야 하는 것이 옳다. 국가의 경우 명예훼손 객체성을 부정하고 형사처벌제도는 물론 민사상 손해배상청구제도 역시 원천적으로 봉쇄하는 것이 바람직하다고 생각한다.

## 명예훼손죄 폐지의 공론화를 위하여

이호중(서강대 법학전문대학원)

### 1. 서

○ 프랭크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관은 한국보고서에서 명예훼손이 형법상 범죄로 처벌되는 것에 대해 강한 어조로 비판한 바 있다. 특별보고관은 진실하고 공익을 위한 표현에 대해 다수의 형사소송이 제기되고 있으며, 정부를 비판하는 개인을 처벌하기 위해 형법상 명예훼손죄 규정을 동원하고 있다는 점에 우려를 표명하였으며, 명예훼손죄의 형사처벌이 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기한다는 점에 대해서도 우려를 제기하였다.

○ 그런데 국내의 논의상황에 비추어 보면, 프랭크 라 튀 특별보고관의 비판은 매우 낮설게 느껴질 수 있다. 국내 법학계, 특히 형사법학계에서는 그 동안 명예훼손죄의 폐지를 주장하거나 그것을 공론화한 적이 없기 때문이다.

○ 이 토론문은 박경신 교수의 발제문에 덧붙여, 우리 사회에서 명예훼손죄 처벌이 이루어지는 메카니즘을 조명해 보고, 명예훼손죄 처벌규정이 실제로는 명예를 보호하는 것이 아니라 사회적 지위와 권력을 가진 사람들에 대한 시민사회의 비판을 통제하는 기능을 수행할 뿐이라는 점을 지적하고자 한다. 그럼으로써 우리 사회에서 명예훼손죄의 폐지를 공론화하는 단초를 제공할 수 있다면 다행이다.

## 2 외국의 입법례에 대한 단상

○ 영미법계 국가인 미국이나 영국 등에서는 명예훼손을 형사상 범죄로 처벌하지 않는 것이 일반적인 경향이다. 명예훼손은 민사상 불법행위로 다루어지며, 특히 공직자에 대한 명예훼손행위는 적시한 사실이 허위일 것, 그리고 가해자가 허위임을 알고 있었거나 최소한 허위일 가능성을 무모하게 무시한 경우일 것을 요건으로 한다(New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)). 이처럼 공직자에 대하여 명예훼손의 불법성을 엄격히 제한하는 이론은 공적 사안에 대한 자유로운 비판을 보장하는 등 표현의 자유를 보장하기 위함이다. 이러한 이론은 공적 인물(public figure)로, 그리고 더 나아가서 공적 관심사(public concern)로 적용영역을 확대해 가고 있다(Rosenbloom v. Metromedia Inc., 403 U.S. 29(1971)).

○ 반면에, 명예훼손죄의 형사처벌 규정을 갖고 있는 국가들도 많이 있다. 비교적 선진국이라고 말할 수 있는 국가 중에서는 독일, 프랑스, 오스트리아, 스위스 등이 대표적으로 명예훼손죄의 형사처벌규정을 유지하고 있는 국가들이다. 그러나 이러한 국가들의 명예훼손죄 처벌규정들의 실체를 들여다보면, 실질적으로는 명예훼손죄의 대부분이 '비범죄화'되고 있다는 점을 주목할 필요가 있다.

프랑스의 경우 공연성이 있는 명예훼손은 범죄이기는 하지만 벌금형만 규정되어 있으며, 공연성이 없는 명예훼손행위는 경범죄로 취급된다.

독일과 스위스 및 오스트리아 형법은 적시한 사실이 진실한 경우이거나 진실한 것으로 믿는데 정당한 이유가 있는 경우에는 처벌하지 않는다. 우리 형법 제310조의 적용과 유사하다고 말할 수 있으나, 공익성 요건을 요구하지 않는다는 점에서 우리의 경우와 다르다. 이들 국가에서는 결국 진실한 사실을 적시한 명예훼손죄는 실질적으로는 형사범죄로 취급되지 않는다.

유럽국가 중에서 우리와 유사하게 명예훼손죄를 유지하고 있는 대표적인 국가는 독일을 들 수 있는데, 독일의 경우 명예훼손죄는 사소(Privatklage)에 의하여 규율되고 있다는 특징이 있다. 사실 유럽국가의 대부분은 적용범위의 차이는 있어도 사소제도를 역사적 전통으로 가지고 있는 경우가 많은데, 그 대표적인 국가는 독일과 프랑스를 들 수 있다. 독일의 경우를 설명하면 아래와 같다. 독일 형사소송법은 역사적 전통으로 피해자에 의한 사소제도를 두고 있는데, 사소제도가 적용되는 범죄의 경우 피해자가 고소하더라도 검사는 특별히 공익적 필요성이 인정되는 경우가 아니면 수사 및 공소제기를 할 수 없다는 제한을 받는다(독일 형사소송법 제376, 377조). 또한 사소를 제기하기 전에 반드시 화해절차를 거쳐야 하며(화해전치주의), 화해절차에서 손해배상 등에 합의하지 못한 경우에 비로소 피해자는 사소를 제기할 수 있다(독일 형사소송법 제380조). 이처럼 명예훼손죄에 사소제도가 적용된다는 것은 비록 명예훼손죄가 형법상 범죄로 규정되어 있다 하더라도 그 성격이 지극히 개인적인(사적인) 법익침해행위이기 때문에 형사처벌보다는 피해자와 가해자 사이의

화해와 손해배상에 의한 갈등해결을 우선시한다는 정책적 기조를 반영하는 것이다. 사소제도의 이러한 특성상 명예훼손행위에 대하여 당사자 사이에 화해가 성립하지 않아 사소를 제기하는 경우에도 자유형이 선고되는 경우는 없으며 기껏해야 벌금형이 선고되는 정도에 불과하다.

### 3. 명예훼손죄의 폐지를 공론화하기 위한 단초

#### 1) 사적인 갈등 v. 처벌의 공익

○ 형법상 명예훼손죄는 진실한 사실을 공표하는 경우건 허위의 사실을 공표하는 경우건 상관없이 모두 반의사불벌죄이다(단, 사자명예훼손죄와 모욕죄는 친고죄). 명예훼손죄의 처벌규정을 둔 독일이나 스위스, 오스트리아형법은 모두 친고죄로 규정하고 있다.<sup>48)</sup>

○ 친고죄와 반의사불벌죄는 법제도적 성격이 다소 다르기는 하나, 모두 피해자가 고소취소나 처벌불원의 의사표시에 의하여 형사절차에 대한 통제권한(더 이상 형사사건화하지 못하도록 하는 권한)을 갖는다는 점에서는 동일하다. 또한 실제로 피해자의 고소에 의하여 형사사건으로서의 수사와 공판이 진행된다는 점에서도 비슷하다. 다만, 형법이론상 반의사불벌죄는 친고죄로 규정되는 범죄보다는 ‘공익적 성격’이 다소 강조되고 있는 정도이다.

○ 명예훼손죄가 친고죄 내지 반의사불벌죄로 규정되어 있다는 것은 명목상으로는 형법상 범죄행위로 규정되어 있으나 실질적으로는 ‘사적인 갈등 수준에서’ 해결되어야 할 성질의 불법행위라는 점, 그리고 그러한 사적인 갈등해결의 차원에서 해결하는 것이 바람직하고 또 장려되어야 한다는 정책적 기조가 담겨 있다. 우리나라 형법의 이러한 정책적 프로그래밍은 긍정적인 측면에서는 다음의 두가지를 시사해 준다.

첫째, 명예훼손을 당한 피해자의 입장에서는 민사소송에 의한 손해배상이나 언론중재위원회를 거친 정정보도 등 민사상의 실질적인 구제를 보다 손쉽게 받을 수 있도록 해준다는 장점이 있다.

둘째, 명예훼손죄의 형사처벌규정을 폐지하는데 대한 우려 내지 충격이 실제로는 그리 크지 않다는 점이다. 명예훼손죄는 반의사불벌죄로 규정됨으로 인해 실제로는 민사상의 손해배상 등에 의하도록 촉진하는 방향으로 설계되어 있기 때문이다.

48) 다만, 오스트리아 형법의 경우 연방대통령, 의회, 연방군에 대한 범행은 피해자의 고소없이도 직권으로 소추가 가능하도록 규정하고 있다(오스트리아 형법 제117조).

○ 다른 한편으로, 위와 같은 (형)법정책적 프로그래밍은 명예훼손행위에 대해 '사적인 갈등해결의 가능성과 공익적 처벌필요성의 불완전한 공존'에 터잡고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 바로 그렇기 때문에 우리나라에서 명예훼손행위가 때로는 사적인 갈등 수준으로 처리되는 경우가 있는가 하면, 그렇지 않고 명예훼손이 공적 처벌이 필요한 영역으로 규율되는 경우를 구분짓는 모종의 메타니즘이 작동하게 된다. 문제는 이러한 구분의 메카니즘, 명예훼손행위에 대한 형사처벌을 정당화하는 공익담론의 메카니즘이 결코 민주주의적으로 작동하지 않는다는 점이다. 앞으로 좀 더 정밀한 분석이 필요하겠지만, 필자의 생각에 이러한 메카니즘에는 명예훼손을 당한(혹은 당했다고 주장하는) 자가 소유한 '사회적 자본'의 정도와 크기, 그리고 정부정책에 대한 정치세력간의 갈등이 결정적인 역할을 하지 않나 생각된다.

우리의 경험에 의하면, 명예훼손사건이 수사와 재판에서 피해자로 등장하는 사람들은 대개 어느 정도의 사회적 지위를 갖고 있는 사람들이다. 사회적 지위가 높을수록 그러한 사람의 명예훼손 고소는 검찰의 수사를 추동하는 강력한 힘을 갖고 있다.

검찰의 명예훼손죄 처벌을 정당화하는 공익담론의 핵심적인 키워드는 '사회적 자본으로서 신뢰'이다. 대통령이나 국회의원, 장관 등 정부관료, 더 나아가서는 재벌회장 등에 이르기까지, PD수첩 사건이나 미네르바 사건의 경우를 보면(물론 미네르바사건은 명예훼손사건은 아니다), 무분별한 언론보도나 인터넷상의 표현행위가 국가 혹은 국가기관의 정책적 신뢰성의 상실을 야기하고 이것이 대한민국이라는 '브랜드'의 신인도를 떨어뜨릴 위험이 있다는 점이 검찰과 일부 언론이 주도하는 '공익담론'의 해석코드로 등장하고 있다. 요컨대, PD수첩이나 미네르바사건을 보면, 정부 정책에 대한 비판은 정부의 대외적, 국제적 신뢰성에 타격을 줌으로써 엄청난 공익적 피해를 야기하는 행위이기 때문에 형사적으로 강력하게 규제되어야 한다는 논리가 작용하고 있다.

박경신 교수가 적절하게 지적하였듯이, PD수첩사건에서 허위인지 여부가 문제되는 것은 외국의 과학자나 언론의 주장을 옮긴 부분에 대한 것인데, 그것들은 명예훼손을 당한 피해자인 "농림수산식품부 장관에 대한" 사실주장이 아니다. 그럼에도 불구하고 검찰이 PD수첩의 보도를 농림수산식품부 장관에 대한 명예훼손죄로 "정의(definition)"하는 것은 실제로는 미국산 쇠고기가 안전하다는 장관의 판단 및 신뢰도에 대한 도전이기 때문이다.

이렇듯 선별적 통제의 메카니즘을 바탕으로 하여, 명예훼손죄는 사회적 자본으로서 신뢰성을 보호하는 수단으로 전략해 버리는 것이 오늘의 현실이다. 그리고 사회적 자본으로서의 신뢰성을 보호하는 것이 '공익'인 이유는 신자유주의 경제질서 하에서 그것이 철저하게 시장에서의 위험관리 및 자본의 이윤창출기능을 보장한다는 점에 있다. 이 점에서 명예훼손죄의 계급성은 더욱 강화된다.

더 나아가서 신뢰성이라는 사회적 자본은 어느 정도의 사회적 지위와 권력을 가진 사람들이 개인적으로 향유하는 것이기도 하다. 신자유주의 형사사법담론은 법적 논증에 있어서 안전에 대한 모든 욕구를 사적인 것으로 치환해 버리는 능력이 있다. 그리하여 자연스럽게 공적 영역에 속하는

개인이나 기관들로 하여금 스스로의 위협과 안전에 대해 말할 수 있는 기회를 제공해 준다. 이를 '안전의 사유화'라 부를 수 있을 것이다.

대통령, 장관, 더 나아가서 국정원 같은 국가기관들은 공적인 정책수행자로서 시민들의 민주적 공론의 장에서 정책비판의 대상이 될 수 있을 뿐이며, 사적 주체가 향유하는 것과 동일하게 명예의 보호를 주장할 수 없다. 명예란 민주주의적 공론의 장에 들어서는 사적 주체들의 의사소통의 진정성을 보장하기 위한 법익으로 그 의미를 획득한다. 그러나 검찰은 시민들이 대통령이나 장관의 정책에 대하여 그리고 국가기관의 정체성에 대하여 말할 때 그들의 명예를 훼손한다고 판단한다. 사적 주체로서의 그들이 지닌 신뢰도에 대한 보호가 국가정책에 대한 민주적 공론의 욕구를 압도해 버리는 법담론이 형성되고 있는 셈이다.

## 2) 민주주의적 공론에 의한 검증 v. 형사처벌에 의한 검증

○ 프랭크 라 튀 유엔 표현의 자유 특별보고관은 한국보고서에서 “명예훼손이 대한민국에서는 여전히 형사상 범죄로 남아 있어 본질적으로 가혹한 조치이며 표현의 자유에 부당하게 위축효과를 야기한다”는 점을 지적한 바 있다.

○ 많은 사람들은 공익을 위하여 진실한 사실을 공표한 경우에는 제310조에 의하여 무죄가 되기 때문에(더 나아가서 형법 제310조는 공표한 사실이 진실한 것이 아닌 경우에도 진실하다고 믿는데 정당한 이유가 있는 경우에도 적용된다), 형법상 명예훼손죄 처벌규정이 표현의 자유를 침해하는 것이 아니며, 오히려 표현의 자유와 명예의 보호 사이에 적절한 균형을 도모하는 것이라고 평가하고 있다. 그러나 이 말은 반쯤만 맞는 말이다. 타인의 명예를 훼손하는 행위가 진실한 사실을 공익을 위하여 공표한 경우에는 제310조에 의하여 적절한 행위로 평가된다는 것은 분명하다. 그런데 그렇게 되기 위해서 치러야 할 대가가 무척 클 수 있다는 점이 문제이다.

어떠한 주장이 진실한가 여부, 공익을 위한 것인가 여부는 사실적시의 순간에 명백하게 드러나지 않는 경우가 많으며, 부분적으로 허위가 개입되어 있는 경우에는 전체적으로 진실한 사실의 적시인지 허위사실의 적시인지의 판단에 대해서도 견해의 차이가 존재할 수 있다. 결국 적시된 사실이 제310조에 의하여 위법성조각이 될 만한 것인지는 최소한 검찰의 수사, 더 나아가서는 법원의 재판을 받아봐야 비로소 판명되는 경우가 많다. 검찰의 수사는 늘 강압적 조치의 가능성을 전제로 하여 진행될 것이다. 검찰의 수사는 그 자체가 권력행위이다. 어떤 사실을 주장한 개인은 그것이 진실이거나 허위임이 판명되기까지 체포와 구속의 위협, 형사재판의 비용을 감수해야 하는 상황에 놓이게 된다. 검찰의 권력에 주눅들지 않고 이러한 위협부담을 기꺼이 감수하고자 하는 의지가 있는 자만이 용감하게 사실의 주장을 할 수 있다. 이는 표현의 자유에 대한 위축효과와 문제로 인식

되어야 한다. 그리고 정부정책에 대하여 비판적인 주장을 한 개인에 대하여 검찰이 수사권력의 칼날을 들이대는 경향이 강할수록 이러한 위축효과는 기하급수적으로 커지게 마련이다. PD수첩사건은 시민들에게 위축효과를 공부하게 만든 대표적인 사건이다.

○ 또 다른 측면, 즉 제도적인 측면에서도 명예훼손죄 형사처벌이 표현의 자유에 대하여 야기하는 위축효과를 말할 수 있다. 흔히 정부의 정책에 대한 비판과 주장은 민주주의의 필수요소라고 한다. 그것은 정부정책에 대한 시민사회의 평가와 논쟁은 민주주의적 담론의 장에서 형성되어야 함을 의미한다. 그런데 어떠한 주장이나 비판이 명예훼손죄로 형사처벌의 대상이 되고 그에 대한 검찰의 수사가 진행된다면, 그것은 민주주의적 공론장의 기능을 축소시켜 버리거나 정지시켜 버리는 효과를 낳는다. 정부 정책에 대한 비판이나 평가의 옳고 그름을 최종적으로 법원이 판단하는 결과가 되기 때문이다. 정부는 시민들에게 이렇게 말한다 : “이제 수사가 시작되었으니 더 이상 그 문제는 거론하지 말고 정부를 믿고 수사결과를 지켜 보거라!”

#### 4. 명예훼손죄 폐지를 공론화하자

○ 이쯤이면 우리는 형사상 명예훼손죄의 폐지를 공론화할 때가 되었다고 믿는다. 명예훼손은 언제나 형사범죄로 규율되는 것이 아니라, 대부분의 명예훼손사건은 이미 민사상의 제재로 규율되고 있는 실정이므로, 형사상 명예훼손죄의 처벌규정을 폐지하는 것에 대해 과도하게 민감한 반응을 보일 필요가 없다. 오히려 오늘날 신자유주의 형사사법담론에 힘입어 명예훼손죄의 처벌규정은 사회적 지위와 권력을 가진 사람들이 향유하는 사회적 자본으로서 신뢰성 보호를 위한 수단으로 변질 내지 전락하고 있으며, 이것은 민주주의적 공론의 장에서 기능해야 할 정부정책에 대한 활발한 비판의 공론을 말살시켜 버리는 부정적 효과를 지니고 있다. 이것이 명예훼손죄의 폐지를 말해야 하는 근본적인 이유이다.

○ 그리고 명예훼손죄에 대한 민사상의 규제에 의할 때에도 분명하게 강조해야 할 것은 국가정책을 생산하고 집행하는 국가기관이나 고위공직자에 대해서는 언제나 시민사회의 비판과 감시가 작동해야 하기 때문에 그들이 명예훼손의 피해자로서 소송을 제기하는 것에 대해서는 제한을 가할 필요가 있다는 점이다. 박원순 변호사에 대한 국정원의 명예훼손죄 소송사건이 이에 대한 공론화 및 법제화의 필요성을 제기해 주고 있다.