

현행 사이버 명예훼손죄 법리의 문제점 및 개선방안 관련 최근 논의 검토*

주 승 희**

국 | 문 | 요 | 약

인터넷상 명예훼손 및 모욕사건이 매년 폭증하고 있다. 인터넷이 표현촉진적 매체로서 민주주의 발전에 매우 큰 기여를 하고 있음은 자명하지만, 개인의 명예 보호 역시 민주주의 발전과 개인의 자아실현에 기여한다는 점에서 인터넷상 명예훼손죄의 형사처벌 역시 정당성을 갖는다. 다만 형법을 수단으로 하는 개인의 명예 보호에 있어서 i)그와 상반관계에 있는 표현의 자유를 과도히 침해하지 않아야 하며, ii)행위자의 책임은 그 불법에 상응하는 한도내에서만 부과되어야 한다는 형법이론적 한계를 준수해야 하고, iii)한정된 사법자원의 효율적인 사용이나 집행의 결손이 초래할 사법에 대한 신뢰저하 등 형사정책적 요소를 고려해야 할 것이다. 그런 취지에서 첫째 현행 출판물등명예훼손죄와 사이버명예훼손죄의 '비방목적' 요건이 그 개념과 기능면에서 삭제될 필요성이 있으며, 둘째 진실한 사실로서 공공의 이익을 위한 경우에는 위법성이 조각될 수 있도록 관련 조문을 정비해야 하고, 셋째 최근 논의되고 있는 정보통신망법상 반의사불벌조항의 삭제나 사이버모욕죄의 신설 논의는 그 순기능보다 역기능이 클 수 있다는 점에서 매우 신중한 접근이 필요하다.

❖ 주제어 : 사이버명예훼손죄, 명예개념, 비방 목적, 반의사불벌죄, 사이버모욕죄

* 본 연구는 덕성여자대학교 2008년도 교내연구비 지원에 의해 수행되었음.

** 덕성여자대학교 법학과 전임강사, 법학박사(Dr. jur.)

I. 들어가며

이제 인터넷이 무엇이며, 그 순기능과 역기능이 무엇인지를 소개할 필요가 없을 정도로 인터넷은 우리 사회 대중의 삶에 깊숙이 자리 잡았다. 법제 역시 마찬가지이다. 1990년대 중반 처음 인터넷의 대중화가 시작되었을 때, 자칫 법과 제도가 기술의 빠른 발전을 따라잡지 못할까 하는 우려가 나라를 불문하고 적지 않았지만, 그 사이 각 국가마다 또 필요한 경우 국제적으로 연합하여 발 빠르게 대처함으로써 그와 같은 우려는 상당부분 해소된 것으로 보인다.

그런데 최근 들어 인터넷에 대한 정부의 관심이 뜨겁다. 2008년 새 정부 들어서 정부와 국민간의 의사소통 필요성이 더욱 강조되면서 한편으론 인터넷의 정보제공기능 및 의사소통적 기능을 십분 활용하기 위한 방안이,¹⁾ 다른 한편으론 ‘최고기괴담’이나 ‘독도괴담’과 같은 각종 허위사실유포의 차단 필요성이 제기되고 있다. 지난 7월 법무부장관도 인터넷상 허위사실 유포와 명예훼손과 관련하여 사이버 모욕죄 신설을 검토하는 등 인터넷 유해사범에 대한 처벌 강화를 추진하겠다는 의사를 밝힌 바 있다.²⁾ 때마침 10월 초 발생했던 유명연예인의 자살사건의 주된 원인으로 인터넷상 악성댓글이 지목되면서 그에 대한 엄중한 대처의 요구가 더욱 커진 상태이고, 지난 해 11월부터 일부 국회의원들이 사이버모욕죄의 신설이나 악플러의 신상정보공개요청 권한부여 등을 내용으로 하는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 함) 개정안을 차례로 국회에 상정하고 있어, 일각에서는 향후 인터넷이용자의 표현의 자유가 전방위적으로 제한될 수 있다는 우려가 표출되고 있다.

이미 여러 비교법적 연구를 통해 알려진 바와 같이 우리나라는 다른 나라에 비해 명예훼손행위를 엄격하게 규제하고 있다.³⁾ 그럼에도 현재의 명예훼손법규가 익명성을

1) 작년 봄 미국최고기수입반대를 위한 촛불시위를 경험하면서 국민과의 의사소통이 부족했다는 자각 하에 청와대의 홍보기능을 대폭 강화하면서 홍보기획관을 기용하고, 그 아래에 인터넷을 전담하는 국민소통비서관을 신설한 것을 그 예로 들 수 있다

(http://www.heraldbiz.com/SITE/data/html_dir/2008/06/16/200806160231.asp).

2) <http://news.hankooki.com/lpage/politics/200807/h2008072303240621060.htm>, <http://www.donga.com/fbin/output?n=200807230166>

3) 독일, 일본, 영국, 미국, 프랑스, 오스트리아 등의 명예훼손죄 입법례 소개는 이천현 외, 「형법각칙 개정연구(2) -개인적 법익에 관한 죄-」, 한국형사정책연구원, 2008, 28쪽 이하.

이용한 악성댓글로부터 개인의 인격권을 보호하기 위해서는 역부족인지, 따라서 사이버모욕죄의 신설과 같은 더욱 강화된 처벌 방안이 필요한 것인지 면밀히 검토해보아야 할 시점으로 보인다. 본 논문은 현행 (사이버)명예훼손죄 및 모욕죄의 법리를 통설과 판례를 중심으로 검토한 후 개선해야 할 점을 짚어본 후에, 정보통신망법에 대한 최근의 개정논의 중에서 반의사불벌조항 삭제 및 사이버모욕죄신설의 필요성 여부를 형법 이론 및 형사정책적 측면에서 살펴보고자 한다.

II. 인터넷상 명예훼손 및 모욕 행위의 발생 현황

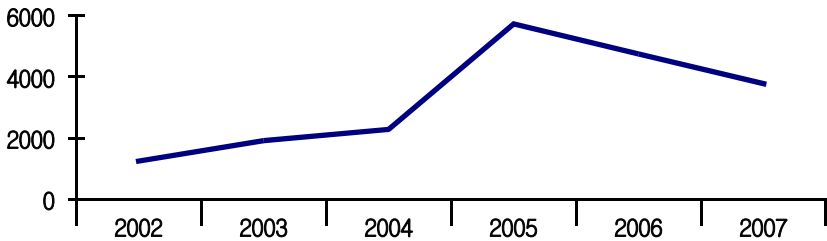
인터넷상 명예훼손 사건이 매년 폭증하고 있음은 언론 보도 등을 통해 익히 알려진 사실이다. 인터넷이용자라면 누구나 쉽게 명예훼손 및 모욕의 범죄현장을 목격할 수 있을 정도로 매우 가까이 그리고 빈번하게 발생하는 범죄이다. 이를 뒷받침할 만한 공식적인 통계자료로서 먼저 정보통신윤리위원회⁴⁾의 명예훼손분쟁조정을 위한 상담건수를 연도별로 정리하면 아래의 <표>와 같다.

<표 1> 정보통신윤리위원회의 인터넷상 명예훼손·모욕 상담건수¹⁾

구 분	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
명예훼손 (모욕)	278 (33)	1,248 (115)	1,916 (894)	2,285 (979)	5,735 (1,802)	4,751 (1,641)	3,780 (1,257)

1) 정보통신윤리위원회의 「2007년 사이버권리침해 사례집」, 265쪽의 사이버권리침해 관련 표, '연도별 상담내용(20001-2007)'의 내용 중 명예훼손(모욕)의 수치만 추출하여 작성함.

4) 정보통신부장관은 정보통신망에서의 명예훼손관련 정보에 관하여 정보통신윤리위원회 산하 명예훼손분쟁조정부의 심의를 거쳐 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다(정보통신망법 제44조의7 제2항, 제44조의9 제4호, 제44조의10).



〈그림 1〉 정보통신윤리위원회의 인터넷상 명예훼손·모욕 상담건수

위 〈그림 1〉을 보면 명예훼손관련 상담건수가 2001년 278건에서 2007년 3780건으로 전체적으로 볼 때 증가 추세에 있음을 알 수 있다.⁵⁾ 다음으로 『검찰연감 2007』에 소개된 1987년부터 2006년까지 20년간의 범죄사건처리현황에 관한 자료를 분석한 다음의 〈표 2〉를 보면 지난 20년간 명예훼손죄가 꾸준히 증가하고 있음을 확인할 수 있다.

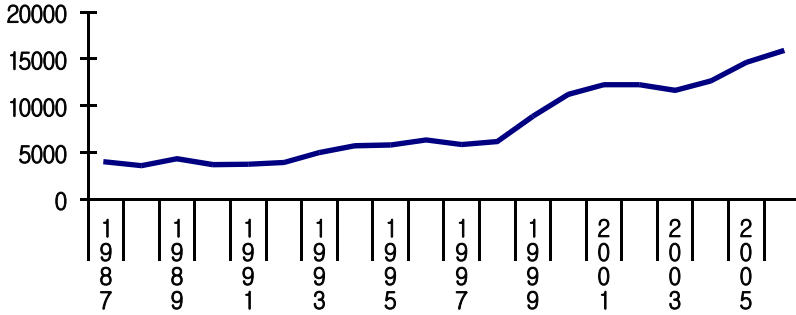
〈표 2〉 검찰에 의한 지난 20년간 명예훼손죄처리 통계¹⁾

연도 \ 처리현황	처 리	기 소	불기소	기소율 (1994년~ 타관·송치등)
1987	4003	647	3354	16.2
1988	3614	615	2994	17.0
1989	4349	813	3535	18.7
1990	3720	700	3020	18.8
1991	3756	765	2989	20.4
1992	3948	710	3233	18.0
1993	5015	915	3734	18.2
1994	5737	816	4108	333
1995	5820	781	4231	220

5) 2005년 명예훼손상담건수가 특히 많았던 이유에 대해서 위 자료집에는 아무런 언급이 없다. 2005년 당시 서울대 황우석교수 논문조작 사건의 전말이 드러나며 전국민을 공황에 빠뜨린 바 있고, 정부의 831 부동산대책, 헌법재판소의 호주제헌법불합치결정, 기생충알김치파동 등 사회적으로 큰 파장을 일으킨 사건들이 줄지어 언론에 보도되었는데, 이들 이슈가 직간접적으로 영향을 미친 것은 아닌지 추측해 볼 뿐이다.

연도 \ 처리현황		처 리	기 소	불기소	기소율 (1994년~ 타관·송치등)
1996		6360	918	4829	160
1997		5867	992	4267	187
1998		6191	1111	4248	192
1999		8880	1719	5965	281
2000	명예훼손	7593	1399	5367	266
	출판물등명예훼손	1773	175	1170	171
	모욕	1858	532	1260	21
	계	11224	2106	7797	458
2001	명예훼손	8713	1709	6078	306
	출판물등명예훼손	1476	151	883	215
	모욕	2069	554	1408	41
	계	12258	2414	8369	562
2002	명예훼손	8192	1651	5537	424
	출판물등명예훼손	1990	163	1385	198
	모욕	2077	595	1377	41
	계	12259	2409	8299	663
2003	명예훼손	8479	1483	6055	313
	출판물등명예훼손	1226	147	812	73
	모욕	1948	534	1316	49
	계	11653	2164	8183	435
2004	명예훼손	9140	1714	6332	268
	출판물등명예훼손	1196	73	772	106
	모욕	2311	687	1529	9
	계	12647	2474	8633	383
2005	명예훼손	10933	1954	7644	289
	출판물등명예훼손	1184	104	785	65
	모욕	2516	802	1579	37
	계	14633	2860	10008	391
2006	명예훼손	11791	2226	8364	275
	출판물등명예훼손	1185	90	800	139
	모욕	2857	913	1826	40
	계	15833	3229	10990	454

1) 「검찰연감」, 2007, 516쪽 이하 541쪽의 20년간의 ‘전체사건의 죄명별’ 처리현황에 관한 표에서 명예에 관한 죄에 대한 통계를 추려내어 표를 작성하였음.



〈그림 2〉 검찰에 의한 지난 20년간 명예훼손죄처리 통계

위의 〈그림 2〉를 보면 아직 일반인에게 인터넷이 널리 보급되기 전인 1990년대 중반까지는 명예훼손죄의 증가율이 그리 높지 않다. 반면 1990년대 후반 이후 명예훼손처리 사건수가 서너 배가량 높아진 것을 볼 수 있는데, 이는 인터넷의 확산과 함께 일반인의 이용률이 높아지고 인터넷매체의 특성상 그 이용자들이 게시판이나 블로그 등 ‘공연성’이 확보된 장소에서 타인의 명예를 훼손할 만한 내용의 글을 쉽게 올리거나 다른 게시판에 옮길 수 있어 명예훼손죄의 성립이 그 전보다 용이해진 결과로 분석된다.⁶⁾

Ⅲ. 인터넷상 명예훼손 및 모욕행위의 법적 규제

타인의 명예를 훼손할 만한 글을 인터넷게시판 등에 올리는 경우, 형법 제33장의 명예에 관한 죄 및 정보통신망법 제70조 사이버명예훼손죄에 의한 처벌이 가능하다.

1. 형 법

현행 형법 제307조 제1항은 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우, 2년

6) 인터넷상 명예훼손 실태에 관한 풍부한 사례는 박균성, 「인터넷상 명예훼손 실태 및 대응방안」, 정보통신윤리위원회 보고서, 2005를 참고할 것.

이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있고, ‘허위의 사실을 적시한 경우에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다. 허위의 사실을 적시하여 사자(死者)의 명예를 훼손한 경우, 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제308조). 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물을 이용한 명예훼손(이하 ‘출판물등명예훼손죄’라 함)의 경우, 법익침해의 중대성을 고려하여 사실을 적시한 경우 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에(제309조 제1항), 허위의 사실을 적시한 경우 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처함으로써(동조 제2항) 일반 명예훼손죄보다 가중처벌규정을 두고 있다. 또한 일반 명예훼손죄와 달리 ‘비방할 목적’이라는 초주관적 요소가 추가적으로 충족되어야 한다. 욕설과 같은 사실의 적시 없는 비방의 경우 모욕죄에 의한 처벌(1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금)이 가능하다(동법 311조). 사자명예훼손죄와 모욕죄는 친고죄이며, 일반명예훼손죄와 출판물등명예훼손죄는 반의사불벌죄이다(제312조). 타인의 명예를 훼손한 경우에도 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 경우, 위법성이 조각된다(제310조).

2. 정보통신망법

인터넷을 이용한 명예훼손의 경우, 출판물등에 의한 명예훼손죄와 동일한 혹은 더욱 심각한 법익침해의 우려가 있음에도 ‘신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물’에 TV나 인터넷을 포함시키는 것이 해석상 논란의 여지가 컸는데,⁷⁾ 2001년 정보통신망법 제61조(현행법 제70조)를 신설함으로 해결하였다. 동법은 ‘정보통신망을 통하여’ 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우, 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에, 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우, 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 그 법정형을 볼 때 자유형의 상한은 출판물등명예훼손죄와 동일하지만, 벌금액의 상한이 더 높아 전체적으로 볼

7) 본죄의 ‘기타 출판물’에 TV, 인터넷을 포함시키는 것이 목적인적 해석에 부합한다는 견해로는 김일수/서보학, 「형법각론」, 2004, 200쪽 이하; 이정원, 「형법각론」, 2003, 244쪽. 유추해석금지원칙에 반한다는 이유로 반대하는 견해로는 박광민, “인터넷 명예훼손의 기본법리와 위법성조각”, 성균관법학 제15권 제2호, 155쪽; 오영근, 「형법각론」, 255쪽; 임웅, 「형법각론」, 2003, 209쪽.

때 인터넷상 명예훼손행위를 출판물등명예훼손의 경우보다 가중처벌하고 있음을 알 수 있다. 사이버명예훼손죄 역시 형법상 명예훼손죄(일반명예훼손죄, 출판물등명예훼손죄)와 마찬가지로 반의사불벌죄이다(정보통신망법 제70조 제3항).

3. 사이버명예훼손죄의 보호법익 및 성립 요건

가. 보호 법익 및 명예 개념

상술한 형법과 정보통신망법의 명예훼손죄 모두 사람의 ‘명예’를 보호하고 있으며, 그 내용이 서로 동일하다는 점에는 의견이 일치한다. 다만 명예의 구체적 내용과 모욕죄의 보호법익에 대해서는 견해가 나뉘고 있다. 우선 우리나라의 통설과 판례는 명예훼손죄와 모욕죄 모두 명예를 보호법익으로 삼고 있으며, 구체적으로 ‘사람의 인격적 가치와 그의 도덕적·사회적 행위에 대한 사회적 평가’, 즉 ‘외적 명예(äußere Ehre)’만을 보호한다고 보고 있다.⁸⁾

나. 정보통신망

‘정보통신망’이란 「전기통신기본법」 제2조 제2호의 규정에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 뜻한다(정보통신망법 제2조 제1항 제1호). 구체적으로 인터넷상 포털게시판이나 댓글, 블로그, 카페, 홈페이지, 메신저, 전자우편 등을 이용하는 경우를 뜻한다. 타인의 명예를 침해할만한 내용의 글을 게시하거나 사진 또는 동영상 올리는 등 다양한 방법에 의해 행해지고 있다.

다. 비방 목적

판례에 따르면 ‘비방의 목적’이란 형법 제309조 제1항의 ‘사람을 비방할 목적’과 마찬가지로

8) 박광민, 앞의 논문, 153쪽; 박상기, 「형법각론」, 2008, 178쪽; 배종대, 「형법각론」, 2007, 265쪽; 이재상, 「형법각론」, 2007, 181쪽; 임웅, 「형법각론」, 2003, 192쪽; 대법원 1987.5.12, 선고, 87도739 판결; 대법원 1985.10.22, 선고, 85도1629 판결 외 다수.

가지로 ‘가해의 의사 내지 목적’을 뜻한다. 비방의 목적 유무의 판단에 있어서는 ‘적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것’인지 여부가 주된 판단 기준이다. 즉 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 비방의 목적과 공공의 이익을 위한 것이 서로 상반된 관계에 있는 것으로 파악하여, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적이 없는 것으로 판단하는 것이다. 여기에서 ‘적시한 사실이 공공의 이익에 관한 경우’란 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하며, ‘공공의 이익에 관한 것’에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함된다고 한다. 구체적으로 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인지를 판단하기 위해서는 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인(公人)인지 아니면 사인(私人)에 불과한지 여부, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지 여부, 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부, 그리고 그 표현에 의하여 훼손되는 명예의 성격과 그 침해의 정도, 그 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려할 것으로 요구한다.⁹⁾ 다수설은 타인의 명예를 훼손할 만한 내용의 글을 인터넷상 게시한 경우에도 비방의 목적이 부인되는 경우에는 사이버 명예훼손죄로 처벌할 수 없지만 형법 제307조의 명예훼손죄의 적용은 가능한 것으로 보고 있다.¹⁰⁾

라. 공연성

형법상 명예훼손죄와 마찬가지로 사이버명예훼손죄가 성립하기 위해서는 ‘공연성’이 요구된다. 이는 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’를 의미하며, 높은 전파성을 갖는 인터넷의 특성상 공연성의 요건은 쉽게 충족된다. 예컨대 1 대 다수의 채팅방

9) 대법원 2006.8.25. 선고, 2006도648 판결; 대법원 2006.9.28. 선고, 2004도6371 판결; 대법원 2005. 10. 14. 선고, 2005도5068 판결; 대법원 1998. 10. 9. 선고, 97도158 판결; 2000. 2. 25. 선고, 98도2188 판결; 2003. 12. 26. 선고, 2003도6036 판결; 2005. 4. 29. 선고, 2003도2137 판결

10) 박광민, “인터넷상의 명예훼손에 대한 형사법적 규제”, 형사법연구 제24호, 2005/겨울, 106쪽; 정대관, “사이버 공간에서의 명예훼손죄”, 성균관법학 제17권 제1호, 2005, 209쪽

이나 게시판 등에 비방의 글을 올린 경우 다수의 네티즌들이 그 글을 읽을 수 있으므로 공연성이 인정된다.

마. 사실의 적시

‘사실의 적시’란 ‘사실관계에 관한 보고 내지 진술로서 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로 시간과 공간적으로 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술’을 의미하며,¹¹⁾ ‘사실의 적시’와 ‘단순한 의견 또는 논평의 표명’을 구별할 때에는 ‘당해 표현의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의 주의로 표현을 접하는 방법을 전제로 표현에 사용된 어휘의 통상적인 의미, 표현의 전체적인 흐름, 문구의 연결 방법 등을 기준으로 판단’할 것을 요하고, 더불어 ‘당해 표현이 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 등도 함께 고려’하여야 한다.¹²⁾ 타인의 명예를 훼손할만한 내용의 것이라도 사실의 적시에 해당하지 않을 경우 모욕죄가 성립 가능하다. 다만 정보통신망법상 모욕죄를 별도로 규율하고 있지 않으므로 형법 제311조의 모욕죄에 의한 처벌이 가능하다.¹³⁾

바. 형법 제310조의 적용 가능성 여부

타인에 대한 명예훼손이 인정되는 경우에도 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 경우 위법성이 조각되어 처벌받지 않는다. 여기서 공공의 이익이란 ‘국가·사회 또는 다수인의 일반의 이익’을 뜻한다. 그런데 만약 어떠한 행위가 출판물등명예훼손죄 또는 사이버명예훼손죄의 성립 요건을 충족하는 경우에는 형법 제310조에 의한 위법성 조각이 불가능해진다. 왜냐하면 공익을 위해 진실한 사실의 적시를 통해 신문이나 라디오, 인터넷을 수단으로 피해자의 명예를 훼손한 경우, 가해자의 행태가 비방목적이 있는 것으로 인정된다면, 그와 같은 행위는 ‘오로지’ 공공의 이익을 위한 행위가 아닌 것이기 때문이다.¹⁴⁾ 그런 점에서 출판물등을 이용해 타인의 명예를 훼손한 경우라도

11) 대법원 2006.9.28. 선고, 2004도6371 판결

12) 대법원 2006.8.25. 선고, 2006도648 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고, 98도2188 판결, 2003. 6. 24. 선고, 2003도1868 판결

13) 대법원 2004. 6. 25. 선고, 2003도4934 판결.

비방 목적이 부정되는 경우에는 적시한 사실의 진실성과 공익성이 인정되는 경우 형법 제310조에 따라 처벌을 면할 수 있기 때문에 가벌성유무를 좌우하는 중요한 요소이므로 그 판단 기준 역시 중요할 수밖에 없다. 법원은 사람을 비방할 목적이 있는지 여부를 “당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교, 고려하여 결정”하도록 하고 있다.¹⁵⁾

IV. 현행 사이버명예훼손죄 법리 및 관련 개정논의의 비판적 검토

1. 현행 사이버명예훼손죄 법리의 비판적 검토

가. 명예 개념

1) 통설·판례의 입장에 대한 기존의 비판과 재비판

앞서 소개한 바와 같이 우리나라 학계의 통설과 판례는 (사이버)명예훼손죄와 모욕죄 모두 사람의 인격적 가치에 대한 외부적 평가, 즉 ‘외적 명예’만을 보호법익으로 삼는다는 입장이다. 그러나 외적명예뿐만 아니라 ‘인간의 존엄성에 근거한 내면적인 인격가치’, 이른바 ‘내적 명예(innere Ehre)’도 보호대상이 된다는 ‘내적·외적 명예’ 개념이 있는데,¹⁶⁾ 이에 대해서는 내적 명예가 타인에 의해 훼손될 성질의 것이 아니라는 이유 및 현행법상 ‘공연성’ 요건을 근거로 수용하지 않는다.

다른 각도에서 통설의 외적 명예 개념을 비판하는 견해가 있다. 현행법상 진실한 사실의 적시에 의한 명예훼손죄의 성립을 인정하고 있는데, 피해자에게 당연한 사실을 적시하는 경우 명예의 침해가 없거나 불가능하며, 진실한 사실의 적시에 의한 명예훼손죄를 인정하기 위해서는 명예개념을 순수하게 규범적으로 이해해야 할 필요성을 제시

14) 대법원 1995.6.30. 선고, 95도1010 판결; 대법원 2003. 12. 26. 선고, 2003도6036 판결; 정대관, 앞의 논문, 209쪽; 정완, 「인터넷상 명예훼손의 합리적 대응방안」, 한국형사정책연구원, 2007, 81쪽

15) 대법원 2002. 8. 23. 선고, 2000도329 판결.

16) 김일수·/서보학, 앞의 책, 183쪽 이하.

한다. 즉 인간의 존엄성에 근거한 사회적 승인관계에서의 ‘중요한 가치’ 내지 ‘존중 대우의 요구’가 명예훼손죄 및 모욕죄의 보호법익으로 보아야 한다는 ‘규범적 명예’(normative Ehre)으로의 대체를 주장하는 것이다.¹⁷⁾ 이 역시 학계의 다수 견해에 의해 비판을 받고 있다. 형법상 모든 규정이 기본적으로 보호법익에 대한 존중요구를 내포하고 있기 때문에 명예에 관한 죄에서만 그러한 존중요구를 보호법익으로 파악하는 점에서 타당치 않다는 것이다.¹⁸⁾

한편 모욕죄의 경우 외적 명예뿐 아니라 인격적 가치에 대한 자기 자신의 주관적인 평가 내지 감정으로서의 ‘명예감정(Ehrgefühl)’도 보호법익이 될 수 있다는 일부 견해¹⁹⁾에 대해서는 그 가벌성이 피해자의 주관적인 감정에 의해 좌우될 수 있다는 점에서 모욕죄의 보호법익으로 부적절하다는 비판을 가한다.

2) 사 견

가) 내적 명예의 침해가능성

우선 내적 명예개념을 비판하는 통설의 논거가 부적절하다는 지적을 하고 싶다. 내적 명예가 외부로부터 침해될 것의 성질이 아니라는 이유로 명예훼손죄 및 모욕죄의 보호법익에서 배제시키는 통설의 논거는 내적 명예 역시 타인의 비방이나 욕설 등에 의해 훼손될 수 있으므로 타당치 않다. 즉 어느 개인이 갖는 인격적 가치로서의 내적 명예가 비방이나 욕설에 의해 양적으로 줄어드는 것은 아니지만(그 점에서 양적 변화를 가져오는 외적 명예와 구별된다), 그로 인하여 명예 자체가 손상될 수 있는 것이다. 예컨대 아직 사회적인 명성을 획득하지 못한 갓난아기나 연쇄살인범과 같은 악명 높은 범죄인, 사회적 접촉이 전혀 없는 중증장애인이더라도 내적 명예를 갖고 있으며 이들에게 비방이나 욕설을 퍼붓는 경우 외적 명예의 침해는 없을지라도 내적 명예의 손상은 인정 가능하다. 그런 점에서 내적 명예를 보호법익의 범주에 포함시킬 것인가 여부는 ‘침해가능·불가능’의 차원에서 접근할 것이 아니라 명예에 관한 죄의 보호범위를 어디까지 인정할 것인가 하는 입법정책의 문제로 접근해야 할 것으로 보인다.²⁰⁾

17) 이정원, 98쪽

18) 김일수/서보학, 제6판, 183쪽; 이천현 외, 앞의 보고서, 55쪽.

19) 유기천, 「형법학(각론강의 상)」, 138쪽.

나) 공연성 요건의 해석

또한 통설은 현행법상 ‘공연성’의 요건을 근거로 오로지 외적 명예만이 보호법익이라고 주장하는데, 이는 ‘내적 명예가 침해불가능하기 때문에 보호법익이 될 수 없다’는 다수 견해의 입장을 반박할 수 있는 근거가 될 수 있다. 만약 통설이 이해하는 바와 같이 내적 명예가 본질상 침해불가능한 것이라면 어차피 외적 명예가 침해되기 위해서는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태가 요구되어질 것이고 따라서 ‘공연성’이라는 요건이 전혀 불필요한 것이 되기 때문이다. 현행법상 ‘공연성’의 요건은 그 요건이 충족되지 않는 경우, 즉 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에서의 비방 또는 욕설행위의 경우, 그로 인한 명예 훼손의 정도가 비교적 경미하여 보호의 필요성이 적고 입증의 어려움도 크다는 점을 고려하여 보호 영역에서 배제하고자 하는 것으로 이해해야 할 것이다.

다) 규범적 명예 개념

또한 ‘규범적 명예’ 개념에 대한 기존의 비판 역시 수긍하기 어렵다. 우선 용어 사용과 관련하여 독일 학계에서의 규범적 명예 개념은 국내에 소개·주장된 ‘인격의 중요한 가치로부터 도출되는 존중의 요구’뿐만 아니라 ‘인간의 존엄성에 근거한 내면적인 인격적 가치’, 즉 ‘내적 명예’를 포함하는 매우 폭넓은 개념이다.²¹⁾ 이 외에도 인격체로서의 개인의 독자성을 마련해준다는 의미에서의 ‘다른 인격체와의 승인관계(Anerkennungsverhältnis)’²²⁾나 일반적 인격권의 발현으로서의 ‘상호인격적 명예 개념(interpersonaler Ehrbegriff)’²³⁾

20) 주승희, “인터넷상 명예훼손죄에 대한 비범죄화 주장 검토”, 형사법연구 제25호, 2006/여름, 290쪽 이하.

21) Hirsch, 주 3)의 글, 59면 이하; Schönke-Schröder-Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 2001, Vor § 185이하. Rd.1; Schmitt-Gläser, Meinungsfreiheit und Ehrenschaft, JZ 1983, 100면. 독일의 규범적 명예개념에 대한 상세한 소개로는 Ju, Seung-Hee, Strafrechtlicher Ehrenschaft im Internet, München, 2005.

22) Wolff, Ehre und Beleidigung, ZStW 1969, 887면. 따라서 승인이론으로 설명되고 있다(Ignor, Der Strafbestand der Beleidigung, Baden-Baden, 1995, 37면).

23) 개인이 사회공동체내에서 다른 사람들과 공존하기 위해서는 인격체로서 존중되어야 하고 자아를 실현할 수 있도록 보장되어야 함을 논거로 한다. Nomos Kommentar zum StGB-Zaczyk, Baden-Baden, 1995, Vor § 185; Schönke-Schröder-Lenckner, 주 6)의 글, Vor § 185 이하,

등 ‘인간의 존엄성’이라는 규범적 관점에서 도출되는 모든 개념을 규범적 명예 개념으로 포섭하여 이해하고 있다.²⁴⁾

위의 여러 가지 규범적 명예 개념 가운데 국내에 소개·주장된 ‘인격의 중요한 가치 내지 그로부터 도출되는 존중의 요구’를 명예로 이해하는 견해에 대해서 형법상 모든 규정이 기본적으로 보호법익에 대한 존중요구를 내포하고 있기 때문에 명예에 관한 죄에서만 그러한 존중요구를 보호법익으로 파악하는 점에서 타당치 않다는 비판이 있음은 앞서 소개한 바와 같다. 그러나 상기한 규범적 명예, 즉 ‘인격의 중요한 가치 내지 그로부터 도출되는 존중의 요구’를 분석해보면, 앞의 ‘인격의 중요한 가치’는 기존의 ‘내적 명예’와 내용이 동일하며, 뒤의 ‘그로부터 도출되는 존중의 요구’는 명예라는 ‘보호법익에 대한 존중요구’가 아니라 그 자체가 보호법익이라는 점에서 위와 같은 비판이 타당치 않은 것으로 보인다. 내적 명예라는 것이 사실적으로 존재하는 가치가 아니다. 따라서 이를 보호한다는 것은 결국 ‘타인의 내면적 인격 가치를 존중하라’는 규범적 의무를 지운다는 점에서 동전의 양면과 같은 내용이며, 서로 분리하여 비판할 것은 아니다.

라) 진실한 사실의 적시에 의한 사실적 명예의 침해 가능성

그렇다고 해서 필자가 국내 문헌에서 주장된 규범적 명예 개념을 지지하는 것은 아니다. 진실한 사실의 적시를 통해서 규범적 명예뿐 아니라 사실적 명예도 침해 가능하기 때문이다. 예컨대 어느 개인에 대한 외부적 명성이 그릇된 정보에 기초한 것일지라도

Rd.1. 특히 장애인과 비장애인의 관계에서 유의미하다는 평가는 Schramm, Über die Beleidigung von behinderten Menschen: Festschrift für Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, 545면 이하. 그러나 이러한 명예 개념은 너무 불명확하여 인격권 침해의 모든 형태를 모욕죄로 이해할 수도 있다는 비판을 받고 있다. Kubiciel/Winter, Globalisierungsfluten und Strafbarkeitsinseln - Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschatzes, ZStW 2001, 310면; Leipziger Kommentar-Herdeggen, Strafgesetzbuch, B/5, 10.Aufl., Berlin, 1988, Vor § 185 Rd.11; Tenckhoff, Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände, Berlin, 1974, 174면. 이러한 비판에 대한 재비판은 Schramm, 앞의 글, 546면.

24) 우리나라와 같이 명예를 형법적 보호대상으로 삼고 있는 독일의 경우 명예 개념을 둘러싼 논쟁이 매우 활발하다. ‘만인의 만인을 향한 투쟁(bellum omnium contra omnes)’으로 비유할 만큼 다양한 명예 개념이 등장하며, 범문헌에서만도 60여 가지의 명예 개념을 찾을 수 있다(Hirsch, Ehre und Beleidigung, Karlsruhe, 1967, 5면; Kaufmann, Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten, ZStW 1972, 418면; Schöβler, Anerkennung und Beleidigung, Frankfurt a.M., 1997, 21면, 각주 40).

그가 현재 누리고 있는 명성은 사실적으로 존재하는 것이고, 진실한 사실의 적시를 통해 그동안 누렸던 명성에 금이 간다면 이는 사실적 명예의 침해가 인정될 수 있기 때문이다. 진실한 사실의 적시에 의한 명예훼손죄를 처벌함으로써 어느 개인이 누리는 부당한 명예를 국가가 보호한다는 사실에 대해서 입법론상 비판할 수는 있겠지만, 진실한 사실의 적시에 의한 사실적 명예의 침해가능성을 부정하고 오로지 규범적 명예의 보호만을 주장하는 논거로서는 부적절하다고 생각된다.

마) 소 결

지금까지의 필자의 견해를 정리하자면, 내적 명예(규범적 명예) 역시 본질상 명예에 관한 죄의 보호법익이 될 수 있으며, 이를 보호법익에 포함시킬지 여부는 입법정책상의 문제라는 것이다. 내적 명예를 보호법익으로 삼는 경우, 외적 명예 없이 오로지 내적 명예만 인정되는 사람에 대한 비방행위 또는 외적 명예의 침해 없이 오로지 내적 명예의 침해만 인정되는 사례의 가벌성을 인정함으로써 명예를 더욱 두텁게 보호한다는 측면이 있지만, 그와 반비례하여 행위자의 표현의 자유가 더욱 제한될 수 있다는 점에서 신중하게 접근할 필요가 있다. 구체적 설명은 아래의 ‘사이버모욕죄’의 신설의 정당성 검토에서 행하기로 한다.

나. ‘비방 목적’ 요건의 검토

정보통신망법상 사이버명예훼손죄는 형법상 출판물등명예훼손죄와 마찬가지로 명예훼손의 고의 외에 초주관적 불법요소로서 ‘비방의 목적’을 요구하고 있다. 일반명예훼손죄에 비해 가중 처벌되는 이유가 신문이나 라디오, 인터넷 등을 이용하여 타인을 비방하는 경우 전파성이 더욱 높다는 점이고 또한 비방의 목적을 필요로 하는 목적범이라는 점에서 그 행위반가치가 더 높다는 고려에서라는 것이다.²⁵⁾

지금까지의 학설과 판례를 보면 비방 목적이라는 구성요건의 존재 자체에 대해서는 아무런 이의를 제기하고 있지 않지만, 필자는 동 구성요건이 현행법상 명예에 관한 죄

25) 김일수/서보학, 앞의 책, 200쪽; 박상기, 앞의 책, 190쪽; 배종대, 앞의 책, 287쪽; 이재상, 앞의 책, 196쪽; 임웅, 앞의 책, 208쪽

의 체계 내에서 다음과 같은 이유 때문에 순기능적 요소보다는 역기능적 요소로 작용할 여지가 크다고 보면, 따라서 형법 제309조 및 정보통신망법 제70조의 비방목적 요건을 삭제할 것과 동시에 양자 모두 진실한 사실의 적시로서 공익성이 인정되는 경우 그 위법성이 조각될 수 있도록 관련 법조문을 정비할 것을 제안하는 바이다.

1) 비방 목적의 개념과 기능에 대한 다수설·판례의 태도

통설은 ‘비방 목적’을 ‘사람의 명예를 훼손시키기 위해 인격적 평가를 저하시키려는 의도’로 해석하고 있는데, 이는 명예훼손죄가 성립하기 위해 기본적으로 요구되는 주관적 요소로서의 고의의 내용과 다르지 않아 보인다. 즉 타인의 명예를 훼손한다는 사실의 ‘인식’과 ‘의욕’이라는 내용 중 단지 ‘의욕’의 측면을 부각시킨 것이다. ‘비방 목적’에 대한 판례의 해석은 더욱 간단하다. ‘가해의 의사 내지 목적’이 그것인데,²⁶⁾ ‘가해’의 의미가 타인의 명예에 ‘해’를 ‘가’하는 것으로 풀이하는 것이 옳다면 또한 ‘의사 내지 목적’이 ‘의욕’에 다름 아니라면 결국 명예훼손죄의 주관적 요소로서의 고의와 동일한 것이 된다. 만약 ‘비방 목적’을 고의와 구별되는 그 무엇으로 해석하고자 하는 경우에는 다음의 두 가지 해석이 가능할 것이다.

첫째, 고의 종류가 인식·의욕강도에 따라 여러 종류로 나뉜다는 점을 고려할 때, 출판물등명예훼손죄 및 사이버명예훼손죄에서 ‘비방 목적’의 요구가 의욕강도가 낮은 ‘미필적 고의’에 의한 동죄의 성립을 부정하는 요소로서 기능하는 것이다. 아래의 판례를 보면 법원은 ‘비방목적’과 ‘고의’를 별도의 구성요건요소로 구분하여 각각의 존재여부를 판단하는 것이 아니라 ‘범의’로 통칭하여 판단함을 알 수 있다.

형법 제309조 제2항 소정의 출판물에 의한 명예훼손죄는 타인을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손할 경우에 성립되는 범죄로서, 피고인이 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의

26) 판례는 사이버명예훼손죄의 비방목적의 의미도 이와 동일하게 해석하고 있다. “정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 명예훼손죄에 있어서 ‘고의’는 타인의 사회적 평가를 저하시킬 사실의 인식과 그 의사를 말하고, ‘비방의 목적’은 가해의 의사 내지 목적을 요하며, ‘사실의 적시’는 사실관계에 관한 보고 내지 진술로서 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로 시간과 공간적으로 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미한다”(대법원 2006.9.28. 선고, 2004도6371 판결).

성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험치에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다.”²⁷⁾

계속해서 법원은 ‘비방목적’이 ‘공공의 이익’과 상반관계에 있는 것으로 바라봄으로써 공익성과 적시사실의 진실성이 인정되는 언론매체의 통상적인 보도활동의 경우 ‘비방목적’이 부인되어 종국적으로 제310조에 의한 위법성 조각의 가능성을 열어 두고 있다. 공익성이 인정되는 경우 비방 목적이 부인됨으로써 그 속성상 공익을 위해 타인의 명예에 관련된 사실을 보도할 수밖에 없는 언론매체의 언론·출판의 자유를 보장해주는 것이다. 다수 견해도 판례의 이와 같은 해석을 지지한다.²⁸⁾

“형법 제309조 제1항 소정의 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 형법 제310조의 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있어야 하는 형법 제309조 제1항 소정의 행위에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 형법 제307조 제1항의 행위에 한하여 적용되는 것이고, 반면에 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다고 봄이 상당하므로 이와 같은 경우에는 형법 제307조 제1항 소정의 명예훼손죄의 성립 여부가 문제될 수 있고 이에 대하여는 다시 형법 제310조에 의한 위법성 조각 여부가 문제로 될 수 있다”(대법원 1998.10.9. 선고 97도158 판결).²⁹⁾

한편 판례는 “행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없는 것”³⁰⁾으로 판시함으로써, 법문과 달리 ‘오로지’의 의미를 ‘주로’의 의미로

27) 대법원 2002. 12. 10. 선고, 2001도7095 판결.

28) 박상기, 앞의 책, 193쪽 이하; 이재상, 앞의 책, ‘비방목적’과 명예훼손의 ‘고의’가 동어반복임을 지적하면서 ‘비방목적’의 의미를 주관적 의도의 강도 내지 방향성에 맞도록 해야 하고 따라서 ‘비방목적’과 제310조의 ‘공공의 이익’이 상호 배척적인 관계에 있는 것으로 보아야 한다는 견해로는 박광민, 앞의 논문, 154쪽.

29) 같은 취지의 판결로는 대법원 2000. 2. 25. 선고, 98도2188 판결; 대법원 2003. 12. 26. 선고, 2003도6036 판결

해석함으로써 제310조의 적용범위를 넓히고 있다.

둘째, ‘비방 목적’을 그 기능이 아닌 문자적 의미에서 찾는 것인데, 즉 타인의 명예를 훼손한다는 인식과 의욕과 구별되는 ‘타인을 비난하고자 하는 심정적 상태(비난의도)’로 이해하는 것이다. 다수설이 출판물등명예훼손죄와 사이버명예훼손죄의 가중처벌근거로서 매체의 큰 확산성 외에도 ‘비방 목적’이라는 행위 양태를 들고 있음을 볼 때, 비방 목적은 단순히 (언론출판자유의 보장을 위하여) 출판물등명예훼손죄와 사이버명예훼손죄의 성립을 제한하는 요소로서만 작동하는 것이 아니라, 그 자체가 불법가중요소로서 인식되고 있는 것으로 보인다. 또한 언론기관이 공익을 위하여 진실을 보도하더라도 비방목적에 의한 출판물등명예훼손죄가 성립되는 경우 제310조에 의한 위법성조각을 부인하는 취지의 아래 판결은 ‘비방 목적’이 ‘공공의 이익’과 상호배척관계에 있는 것이 아니라 병존할 수 있는 개념으로 파악하는 것으로 보인다.

형법 제307조 제1항의 명예훼손행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 위법성은 조각되나 형법 제309조 소정의 출판물등에 의한 명예훼손행위는 그것이 오로지 공공의 이익을 위한 행위였더라도 위법성이 조각되지 않음은 형법 제310조의 규정에 비추어 명백하다(대법원 1986.10.14. 선고, 86도1603 판결)³¹⁾

2) 사 견

‘비방 목적’에 대한 위의 두 가지 이해 가능성 모두 다음과 같은 이유에서 비판의 여지가 크다.

가) ‘비방 목적’과 ‘공공의 이익’의 병존가능성

우선 출판물등명예훼손죄와 사이버명예훼손죄에서의 ‘비방 목적’과 ‘공공의 이익’이 주관적 의도의 방향에서 서로 상반되는 것으로 파악하는 것은 법리상 부적절하다고 본다. 비방 목적은 행위자의 내심의사로서 그 유무를 판단하기 위해서는 피해자가 자백하지 않는 한 간접사실에 의존할 수밖에 없고, 그 한 요소로 적시한 사실의 ‘공익성’이

30) 대법원 2003. 11. 13. 선고, 2003도3606 판결

31) 같은 취지의 판결로는 대법원 1993. 4. 13. 선고, 92도234 판결; 대법원 1995. 6. 30. 선고, 95도1010 판결.

고려될 수 있을 것이다. 그러나 공익성과 비방목적은 별개의 구성요건으로 사안에 따라 얼마든지 병존할 수 있으며, 더 나아가 공익성이 클수록 피해자에 대한 ‘가해의사’ 내지 ‘사람의 명예를 훼손시키기 위해 인격적 평가를 저하시키려는 의도(비난의도)’가 더욱 커지는 것이 오히려 일반인의 본성에 부합하는 것으로 보이기 때문이다. 말하자면 공익성이 인정되는 명예훼손행위에서의 피해자는 공무원이나 어느 단체의 장 등 공적인 위치에 있는 사람이거나 어떤 형태로든 공적인 일과 관련된 사람일 것이고, 이들에 대해서는 일반 사인보다 더욱 높은 윤리가 요구되는 것이 일반적이라는 점에서 그의 비리를 누설하고자 하는 의욕이나 비난의 욕구 모두 클 것이라는 점이다.³²⁾ 법리상 비방목적이 인정되는 경우에는 형법 제310조에 의한 위법성 조각이 부정될 것이므로 구태여 공익성 유무를 판단할 필요가 없는데, 법원은 거꾸로 ‘공익성’이 인정되는 경우 ‘비방목적’이 부인된다고 봄으로써 명예훼손죄 체계에 혼란을 초래하고 있다.³³⁾

나) 윤리형법적 성격

물론 피해자에 대한 아무런 비난의도(비방 또는 명예훼손의 의욕) 없이 오로지 공익을 위해 피해자의 비리를 누설하는 경우를 생각해볼 수 있다. 신문사 등 언론매체의 기자는 그 내심에 피해자에 대한 어떤 비난 또는 비방 의도 없이 업무상 오로지 공익을 위해 피해자의 비위사실을 밝힐 수 있기 때문이다. 그렇다면 결과불법이 동일함에도 비방의도가 있었던 사례를 그렇지 않은 경우보다 가중처벌해야 할 근거는 무엇인가? 만약 다수설과 같이 ‘비방 목적’을 불법의 가중요소로 이해하게 되면 이는 국가가 개인에게 ‘죄는 미워하되 사람은 미워하지 말라’와 같은 윤리의무, 즉 ‘타인의 비위사실을 공익을 위하여 적시하되 내심에 그를 비난하는 의도를 품지 말라’라는 윤리적 의무를 부과하고 이를 위반하는 것을 비윤리적인 행위로 보아 더욱 중하게 처벌하는 것이 되어 부당하다. 근대형법이 벗어나고자 하는 일종의 ‘윤리형법’의 성격을 갖게 되기 때문이다.

32) 예컨대 국회의원의 성매매사실의 적시는 그가 공인이기에 일반 사인의 성매매사실의 적시와 달리 ‘공익성’이 인정되고 동시에 그가 공인이기에 가해자의 내면에는 일반 사인의 성매매보다 더욱 큰 비난의도가 수반될 수 있는 것이다.

33) 같은 견해로는 윤종행, “사이버명예훼손죄에 있어서 비방의 목적과 공익관련성”, 형사정책 제18권 제1호, 2006, 318쪽.

다) 언론기관과 일반 사인의 차별

이와 달리 출판물등명예훼손죄의 ‘비방 목적’이 언론기관이 갖는 사실공개적 성격과 공공성, 공익성을 감안하여 개인의 명예보호와 언론출판의 자유를 조율하는 기능을 가지고 있기 때문에 그런 성격을 갖지 않는 정보통신망 이용행위는 비방 목적이 없더라도 사이버명예훼손죄의 성립을 긍정해야 한다는 견해가 있다.³⁴⁾ 행위주체면에서 언론기관과 사인을 구별하여, 언론기관은 비방목적이 없는 경우 사이버명예훼손죄의 성립을 부정하지만, 사인의 경우 정보통신망에 공익을 위해 진실한 사실을 적시하더라도 동죄의 성립을 인정하자는 것인데, 이와 같은 차별은 오늘날 인터넷상 정보교류현황을 보면 그다지 합리적으로 보이지 않는다. 언론사에게 공정하고 진실한 사실의 보도의무가 인정된다고 해서 현실적으로 각 언론사가 정치적·경제적 이익과 무관하게 공정하게 진실한 보도를 하여 독자들로부터 큰 신뢰를 얻는 것은 아니기 때문이다.³⁵⁾ 오히려 ‘정보프로슈머(information prosumer)’라는 신조어가 있을 정도로 일반 사인도 때에 따라서는 자신의 전문성을 발휘하여 공공의 이익과 고도의 신뢰성을 확보할만한 정보를 제공할 수 있고, 실제로 언론매체가 게시한 기사에 대해 그 오류 및 부당성을 지적하는 댓글을 심심찮게 볼 수 있다. 과거 일반 사인은 대중매체가 제공하는 정보의 수용자에 불과했지만 인터넷의 등장으로 인해 얼마든지 정보제공자가 될 수 있는 오늘날 정보화시대에는 더 이상 일반 사인(네티즌)을 언론기관과 차별할 실익이 없고, 오히려 제공된 정보의 ‘진실성’과 ‘공익성’을 잣대로 그 불법성을 판단하는 것이 합리적으로 보인다.

라) 소 결

결론적으로 현행 출판물등명예훼손죄와 사이버명예훼손죄의 구성요건 가운데 ‘비방 목적’ 요건은 삭제할 필요성이 있다고 판단된다. 동시에 제310조의 위법성조각사유에 제309조 제1항을 추가함으로써 출판물등명예훼손죄의 경우에도 진실한 사실의 적시로서 공공의 이익이 인정되는 경우 그 가벌성을 배제시켜야 할 것이며,³⁶⁾ 같은 취지에서

34) 박상기, 앞의 책, 199쪽; 정완, 앞의 보고서, 81쪽.

35) ‘안티조종운동’이 그 대표적 예이다.

36) 형법제정 당시 정부가 제출한 형법초안에는 명예훼손죄의 위법성조각규정인 제333조(현행 제310조)의 적용대상에 제332조 제1항(현행 제309조 제1항)도 포함되었으나, 법제사범위원회는 현재의

정보통신망법에도 형법 제310조에 상응하는 위법성조각규정을 신설해야 할 것이다.³⁷⁾ 앞에 지적한 바와 같이 ‘비방 목적’ 요건이 출판물등명예훼손죄의 성립을 제한함으로써 언론출판의 자유를 보장하는 기능으로만 작동하는 것이 아니라 일부 판례와 같이 ‘비방 목적’이 인정되는 경우 형법 제310조에 의거한 위법성조각을 불가능하게 함으로써 그 가벌성을 확장하는 요소로서 기능할 수 있기 때문이다. 공익을 위하여 진실한 사실을 적시한 행위가 타인의 명예를 훼손했다는 이유로 처벌하게 된다면 개인의 명예보호에 치중한 나머지 국민의 알권리나 언론의 자유를 부당하게 침해할 수 있어 부당하며, 법원이 ‘비방목적’과 ‘공익성’을 ‘행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계’로 파악하고자 하는 것은 바로 위와 같은 불합리함을 시정하기 위한 교육지책으로 보이기 때문이다. 비방목적이라는 요건을 삭제하더라도 출판물등명예훼손죄와 사이버 명예훼손죄는 그 확산성으로 인해 가중처벌의 근거가 충분한데, 비방목적 요건이 존재하고 제310조의 적용 대상에 제309조 제1항이 제외됨으로써 ‘공익성’과 애매한 관계에 처하게 되고, 결과적으로 법관의 자의적 판단 가능성을 높이는 구실만 하고 있다. 참고로 명예훼손죄의 성립에 있어 고의 외에 ‘비방 목적’을 초주관적 요소로 요구하는 입법례는 우리나라가 유일하다. 현행 명예에 관한 죄는 다른 범죄들과 마찬가지로 연혁상 일본법과 독일법에 기초한 것인데, 양국의 법에 있지 않는 요소를 첨가했다는 점에서 독창성을 인정할 수 있겠지만, 언론출판의 자유보장이나 윤리형법의 탈피를 위해서 삭제하는 것이 바람직하다.

2. 관련 개정 논의의 검토

가. 반의사불벌조항의 삭제 필요 여부

현행법상 사이버명예훼손죄는 오프라인에서의 명예훼손죄와 마찬가지로 피해자의

다수설, 판례의 태도와 같이 ‘비방 목적’을 ‘오로지 공공의 이익에 관한 이유’라는 제333조 구성요건과 상반된 관계로 보아 목적범인 제332조 제1항에 대해서는 제333조가 적용될 여지가 없다는 이유로 이를 삭제할 것을 주장하였는데 이것이 받아들여져 오늘날에 이른 것이다(한국형사정책연구원, 「형사법령제정자료집(1)」, 형법, 1990, 70쪽, 482쪽 이하),

37) 특별형법의 범람과 일반형법의 사문화를 고려할 때 종국적으로는 정보통신망법상의 명예훼손에 관한 규율 규정이 형법전 속으로 편입되어야 할 것이다.

명시한 의사에 반하여 기소할 수 없다(정보통신망법 제70조 제3항). 따라서 인터넷상 명예훼손의 내용을 담고 있는 사이트가 발견되더라도 피해자의 처벌의사부터 확인한 후이나 심의에 들어가거나 수사를 개시하는 것이 실무이다. 이와 관련하여 사이버명예훼손죄의 반의사불벌조항이 삭제되어야 한다는 주장이 제기되고 있다. 인터넷상 명예훼손죄가 발생하게 되면 다수의 네티즌들에 의한 무비판적 퍼나르기 등을 통해 순식간 사이버공간 전체로 그 피해가 확산되기 때문에 피해자의 피해가 사후구제조치만으로 회복하기에 너무 심각해지고, 원래의 가해자뿐 아니라 수많은 가해자들이 가담하게 됨으로 피해자의 의사만을 고려하여 사건을 해결하는 전통적인 수사방법이 부적절하다는 이유이다.³⁸⁾

필자 역시 사이버공간에서의 명예훼손행위가 법익침해 양태나 정도에 있어 현실공간에서의 명예훼손행위와 차이가 있다는 사실 인식에는 공감하지만, 다음의 두 가지 이유에서 반의사불벌조항의 존치를 주장하는 바이다.

첫째, 입법자가 명예훼손죄를 반의사불벌죄로 규정한 이유는 본 죄가 폭행죄나 협박죄 등의 다른 범죄와 마찬가지로 국가형벌권의 발동을 피해자의 의사에 종속시켜도 괜참을 만큼 법익침해가 경미하다는 판단에 기초한 것인데,³⁹⁾ 이와 같은 판단은 사이버명예훼손죄라고 해서 달라지지 않기 때문이다. 인터넷이 갖는 특성, 예컨대 무한복제가능성, 신속한 전파가능성, 익명성 등으로 인해 인터넷게시판 등에 타인에 대한 비방의 글을 올릴 경우 제3자에 의해 쉽게 확산될 가능성이 있다는 점에는 이론의 여지가 없지만, 그로부터 곧바로 사이버명예훼손죄의 법익침해의 정도가 크다는 결론을 내려서는 안될 것이다. 현실적으로 인터넷에 올려진 모든 비방정보가 복제·확산되는 것이 아니라, 일반적으로 사회적 관심을 끌만한 이슈들만이 네티즌들에 의해 확산되기 때문이다. 예컨대 정치인의 부적절한 언동이나 정책의 발표, 연예인의 사생활 등 공적 관심사가 대부분이며, 사인과 관련한 정보 역시 그 사인의 행동이 공적 관심을 충분히 끌 만한 언행인 경우거나 다수 복제·전파되고 있다.⁴⁰⁾ 물론 타인에 대한 명예훼손적 정보가 다수의 네티즌들의 관심을 끌게 되어 일단 확산된 경우에는 법익침해의 정도가 오프라인에서

38) 정완, 앞의 보고서, 113쪽.

39) 배종대, 「법총론(제9판)」 2008, 148쪽

40) 일명 개똥녀 사건을 예로 들 수 있다.

보다 클 수 있다. 그러나 그와 같은 가중된 결과불법은 현행 정보통신망법상 사이버 명예훼손죄의 법정형에 이미 반영되어 있는 것으로 보인다.

둘째, 사이버명예훼손죄에 대한 반의사불벌조항의 삭제는 형사정책적 측면에서 부정적 결과를 초래할 수 있다. 피해자가 미처 인식하지 못한 법익침해행위에 대해 발 빠르게 대응할 수 있다는 점에서 명예라는 법익보호가 좀 더 강화될 수 있겠지만, 인터넷상 타인에 대한 비방내용이 곳곳에 넘쳐나는 현실과 명예훼손죄보다 법익침해가 더욱 큰 중범죄에 대한 수사인력과 예산도 부족한 현실을 고려할 때, 오히려 사이버명예훼손죄에 대한 집행의 결손만이 더욱 부각될 우려가 있다. 더 나아가 부족한 인력과 예산으로 인한 집행의 결손은 자의적인 법집행의 우려와 함께 사법부에 대한 국민의 신뢰를 저하시킬 수 있다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.⁴¹⁾ 현재 명예훼손의 피해자가 피해사실을 경찰에 적극적으로 알린 경우에도 사안의 경미성과 수사인력의 부족으로 경찰의 대응이 소극적이라고 한다.⁴²⁾ 그런 점에서도 반의사불벌조항 삭제 주장은 이미 피해자로부터 고소된 명예훼손사건에 대해서 수사기관이 적극적으로 대응할 수 있는 여건이 마련된 후 논의해도 늦지 않으리라는 판단이다.

나. 사이버모욕죄 신설의 필요성 여부

최근 연예인의 자살의 원인으로 인터넷상 ‘악플’⁴³⁾이 지목되면서 사이버모욕죄를 신설하자는 주장이 더욱 힘을 받고 있다. 현행 정보통신망법에는 모욕행위의 처벌에 관한 별도의 규정이 없어 형법상 모욕죄의 적용을 받게 되는데, 인터넷에 게시된 악플의 경우 오프라인에서의 욕설보다 순식간에 전체 사이버공간으로 확대되고 그에 따라 피해

41) 경찰청은 2008년 10월 6일부터 한달간 전국 사이버수사요원 900명을 동원해 인터넷상 허위사실 유포 및 악성댓글에 대해 집중단속을 벌인다고 밝힌 바 있다.

<http://www.police.go.kr/announce/newspdsView.do?idx=92861&cPage=1>

그 자체만 보면 법익보호의 측면에서 바람직하지만, 그 시기면에서 볼 때 자칫 정부정책에 반대하는 네티즌들의 통제라는 정치적 목적이 개입된 것이라는 오해를 살 수 있다.

(<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=73239>).

42) 정완, 앞의 보고서, 19쪽

43) 네티즌들이 인터넷 뉴스나 게시글 밑에 자신의 의견이나 소감 등을 적는 일이 많은데 이를 댓글이라 하며, 댓글 중에서 욕설 등과 같은 비난의 내용을 글을 ‘악플’이라고 하고, 반대로 칭찬의 내용을 담은 경우 ‘선플’로 표현하고 있다,

자가 받는 정신적 충격이 매우 크고 회복불가능하다는 점에서 오프라인에서의 모욕죄보다 가중처벌할 필요성이 있다는 것이다.⁴⁴⁾ 사이버모욕죄의 가중처벌의 필요성은 사이버모욕죄의 불법이 오프라인에서의 불법보다 크다는 것을 전제로 해야 할 것인데, 사이버모욕죄의 가중처벌을 주장하는 견해는 사이버모욕죄로 인한 법익침해가 일반 모욕죄가 적용되는 사례보다 더욱 크다는 점을 그 이유로 삼고 있다.

그러나 사이버모욕죄가 일반 모욕죄와 마찬가지로 ‘외적 명예’라는 법익을 보호한다는 통설과 판례의 견해에 따르면, 위의 전제는 잘못된 것으로 보인다. 현재 우리나라의 댓글문화를 고려해 볼 때 인터넷게시판 등에 악플이 많이 달린다고 해서 악플대상자의 외적 명예가 그만큼 많이 침해되는 것으로 보기 어렵기 때문이다. 게시판에 악플이 달리는 경우를 가정해보면 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 그 한 가지는 기사나 게시물의 내용상 악플대상자가 비난받을 만한 행동을 했을 경우이고, 나머지는 기사나 게시물의 내용이 악플이 아닌 선플의 대상이 됨이 마땅함에도 엉뚱하게 악플이 달린 경우이다.

우선 첫 번째 사례의 경우 네티즌의 악플달기로 인해 그 대상자의 외적 명예가 침해되었다고 보기 어렵다. 만약 악플대상자의 외적 명예가 침해되었다면, 이는 악플에 의한 것이 아니라 악플을 유발한 기사나 게시물의 게시자의 게시행위로 인해 비롯되었다고 보아야 할 것이고, 따라서 그 법적 책임은 게시자가 부담해야 할 것이다.(진실한 사실인 경우 정보통신망법 제70조 제1항이, 허위사실인 경우 동법 동조 제2항이 적용될 것이다.)

두 번째 사례의 경우에도 악플 자체로 인해 악플대상자의 외적 명예가 침해되었다고 보기 어려운 측면이 있다. A의 선행을 보도한 기사에 B가 악플을 다는 경우, B를 비난하는 악플이 무수히 달리는 것이 일반적이는데, 이를 볼 때 그와 같은 행위로 인해 침해되는 외적 명예는 A가 아닌 B의 것이며, 그와 같은 행위를 규제할 경우 B를 비난하는 다수의 네티즌들이 오히려 법적 책임을 부담하는 부당한 결과를 초래할 수 있다.

그런 점에서 외적 명예를 보호법익으로 보는 한 사이버모욕죄의 불법이 일반 모욕죄보다 크다고 보기 어렵다. 반면 ‘명예감정’이나 ‘규범적 명예’를 보호법익으로 간주하는 견해를 취하는 경우에는 사이버모욕죄의 불법이 크다고 볼 여지는 있다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이 명예감정은 자신의 인격가치에 대한 주관적 평가로서 얼마든지 과소·

44) 정완, 앞의 보고서, 107쪽 이하.

과대평가될 수 있고, 정신병자나 유아처럼 주관적 명예감정이 없는 경우도 있어 보호법적으로 삼기 어렵다는 비판이 계속 제기되고 있다. 특히 사이버모욕죄는 그 특성상 악플 등 욕설을 담고 있는 정보가 인터넷 곳곳에 퍼져있을 수 있어 명예감정의 훼손정도가 피해자의 정보수집양에 좌우될 수 있다는 점을 간과해서는 안될 것이다. 구태여 자신에 대한 부정적 평가를 모두 서평할 필요가 없음에도 부지런히 수집·확인하여 명예감정의 훼손을 자초한 피해자에 대해서 법익침해가 크다는 이유로 국가가 강력한 보호를 해줄 필요성이 없다는 점에서 명예감정을 법적으로 삼기 어렵다고 본다.

반면 규범적 명예는 ‘인격의 중요한 가치로부터 도출되는 존중의 요구’ 또는 ‘인간의 존엄성에 근거한 내면적인 인격적 가치’를 보호한다. 따라서 인터넷게시판 등에 악플을 다는 행위는 곧바로 타인의 인격적 가치의 존중 위반으로서 명예훼손이라는 법익침해의 결과를 인정할 수 있으며, 일반 모욕죄에 비해 더욱 많은 수의 사람들이 이를 목격할 수 있다는 점에서 결과불법이 더욱 크다고 볼 여지가 있다. 즉 독일의 통설처럼 사실적·규범적 명예개념을 취하는 경우 사이버모욕죄의 가중처벌이 정당화될 수는 있겠지만, 이는 형법이론적 측면과 형사정책적 측면에서 모두 바람직하지 않다고 본다.⁴⁵⁾ 타인과 더불어 사는 삶 속에서 타인을 자신과 동등한 인격체로 존중함이 마땅하고, 따라서 타인의 그릇된 행동을 보아도 다수의 사람들 앞에서 지적하고 모욕하여 상처를 주는 것은 비윤리적인 행위로서 지양되어야 할 것임에는 이론의 여지가 없다. 그러나 재산이나 생명, 외적 명예와 같은 구체적 법익의 침해가 수반되지 않는 단순한 인격존중윤리위반을 형벌로 처벌하는 것은 형법의 최후수단성원칙에 반하며, 장차 그와 유사하게 타인의 인격을 존중하지 않는 모든 행위를 처벌대상으로 수용하지 않는 한 평등원칙에도 반할 수 있다. 무엇보다 한정된 사법자원을 모욕행위보다 가벌성이 큰 중대범죄를 적발·처벌하는데 사용하는 것이 형사정책적으로 더욱 합리적이라고 사료된다.

45) 현실세계에서의 모욕행위보다 사이버공간에서의 모욕행위의 불법성이 더 크다고 할 만한 뚜렷한 근거가 없으며 일반형법으로 충분히 대응할 수 있다는 이유로 사이버모욕죄의 신설을 반대하는 견해로는 이천현 외, 앞의 보고서, 115쪽. 기존 명예훼손죄의 형량이 매우 인플레이트되어 있고, 형사제재보다는 위자료 등 손해배상을 통한 구제, 공개사과, 정정보도 등이 효과적인 구제수단이며, 표현의 자유가 갖는 헌법적 가치를 고려할 때 사이버 모욕죄의 신설이 부당하다는 견해로는 권창국, “사이버공간에 있어서 표현의 자유와 한계”, 형사정책연구 제19권 제4호(2008/겨울호), 239쪽 이하.

V. 나가며

헌법재판소는 인터넷이 ‘가장 참여적인 시장’으로 ‘표현촉진적인 매체’임을 인정한 바 있다. 나아가 “인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다”는 전제하에, “표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것”임을 강조하였다.⁴⁶⁾ 그러나 개인의 명예 보호 역시 표현의 자유가 보장하고자 하는 민주주의 발전과 개인의 자아실현에 기여한다는 점에서 인터넷상 명예훼손죄의 형사처벌 역시 정당성을 갖는다.⁴⁷⁾ 다만 인터넷상 개인의 명예 보호는 그와 상반관계에 있는 표현의 자유를 과도히 침해하지 않아야 할 것이며 행위자는 그 불법에 상응하는 한도내에서만 책임을 진다는 형법이론적 한계내에서 이루어져야 할 것이다. 한정된 사법자원의 효율적인 사용이나 집행의 결손이 초래할 사법에 대한 신뢰저하 등 형사정책적 요소도 함께 고려해야 할 요소이다. 그런 취지에서 현행 출판물등명예훼손죄와 사이버명예훼손죄의 ‘비방목적’ 요건이 그 개념과 기능면에서 삭제될 필요성이 있으며, 동시에 진실한 사실로서 공공의 이익을 위한 경우에는 위법성이 조각될 수 있도록 관련 조문을 정비해야 할 것이다. 최근 논의되고 있는 정보통신망법상 반의사불벌조항의 삭제나 사이버모욕죄의 신설 필요성에 대해서는 법이론적 측면과 법정정책적 측면을 고려한 신중한 접근이 필요할 것으로 보인다.

46) 헌법재판소 2002.6.27, 선고, 99헌마480 결정.

47) 인터넷상 명예훼손죄에 대한 비범죄화 주장에 대한 비판으로는 주승희, 앞의 논문, 292쪽 이하.

Critical approach to the online defamation law and the recent proposals for defamation law reform in Korea

Ju, Seung-Hee^{*}

This article examines the online defamation law and criticizes the recent proposals for its reform in Korea. First, it argues that, unlike the prevailing view among commentators, not only extrinsic honor but also intrinsic honor ought to be protected by the (online) defamation law. Second, the meta-subjective element of the online defamation law, 'purposely for the defamation' is needed to be eliminated not only for the protection of free expression and but also for the corresponding interpretation to the defamation legal system, —under such premise the online defamation is immunized by amending the law, if the statement was true and concerned with the matters of public interest. Finally it criticizes the recent proposals for the online defamation law reform, which suggests stronger regulation towards online defamation, in theory as well as in practice. For instance the proposal of reform, indicating that the online defamation law should no longer be an offense subject to complaint, does not correspond with the legal characteristics of online defamation, a minor offense, and it is not so practical because of the limited resources of law enforcement. On the contrary, it might have the opposite effects like the less trust in the judicial system as well as the political misuse. The other proposal of creating a classification of crime called internet insult would be evaluated as a drastic but anachronistic measure, hence unacceptable because of the reasons mentioned above.

❖ Keywords : online defamation law, extrinsic-intrinsic honor, an offense subject to complaint, internet insult

투고일 : 2009. 1. 30 / 심사(수정)일 : 2009. 2. 20 / 게재확정일 : 2009. 2. 26

^{*} Assistant Professor, Department of Law, Duksung Women's University, Dr. jur.