

전파가능성의 법리를 유지할 필요성에 관한 법리적·경제학적 일고
 - 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결 -

강 영 찬

< 목 차 >

I. 사건의 개요	1
II. 소송의 경과	2
1. 원심판결	2
2. 대법원 판결: 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결	2
가. 다수의견의 판지: 전파가능성의 법리 유지	
나. 반대의견의 판지: 전파가능성의 법리 폐기	
III. 전파가능성의 법리에 대한 이론·실제적 검토	9
1. 공연성 요건에 대한 판단	9
가. 공연성의 의의	
나. 공연성의 확장으로서의 전파가능성	
다. 대상판결의 위치	
라. 잔존하는 문제들	
2. 표현의 자유와의 긴장관계	12
가. 표현의 자유 대(對) 명예권	
나. 표현의 자유 대(對) 사생활의 비밀과 자유	
다. 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 관한 표징	
3. 사실적시 명예훼손의 비범죄화 동향과 관련하여	14
가. 형법상 위법성조각사유의 민법에의 원용	
나. 보호법익의 축소 - 사생활의 비밀과 자유	
다. 연성법을 통한 국제사회의 목소리	
IV. 전파가능성의 법리에 대한 비교법적 검토	16
1. 보통법(Common Law) 체계	16
2. 법전법(Civil Law) 체계	18
3. 전파가능성의 포섭 가능성	19

V. 전과가능성 법리의 유지 필요성	20
1. 범규범의 검토: 명예권에서 비롯되는 형사처벌의 당위성	20
2. 법현실의 검토: 정보사회 속 명예훼손적 표현의 확산	21
3. 실효성의 제고: 형사처벌과 민사배상의 법경제학	22
가. 형사책임	
나. 불법행위책임	
VI. 결어	30
※ 참고문헌	31
※ 국문초록	35

I. 사건의 개요

1. 사실관계

피고인은 전남 고흥군 어느 마을의 주민이며, 피해자 C, D, E, F, G도 같은 마을의 주민이다. 사안에서는 폭행·상해·명예훼손이 문제되었다. 공소사실을 요약하면 다음과 같다. 명예훼손의 점에 관한 주요 부분에 밑줄을 그었다.

- 2018년 2월 3일, 피고인은 오후 1시 즈음에 마을 경로당에서 C의 사망한 친척에 대하여 욕설을 했고, C는 항의하였다. 피고인은 피해자의 발을 잡아끌고 옆구리를 발로 가격함으로써 4주 치료를 요하는 늑골 골절상을 가하였다.
- 2월 중순경, 피고인은 마을 경로당에서 F가 자신을 굴 까는 작업에서 쫓아내려고 한다고 주장하며 F의 입을 쥐어뜯고 떡살을 잡아당겨 폭행하였다.
- 3월 7일 오후 4시부터 5시 사이 즈음에 피고인은 D의 집 뒷길에서 D와 말다툼을 하는 과정에서 자신의 남편인 공소의 2, 그리고 공소의 3이 듣는 가운데 D에게 “저것이 징역살다운 전과자이다. 전과자가 늙은 부모 피를 빨아먹고 내려온 놈이다.”라고 큰 소리로 말함으로써 공연히 사실을 적시해 피해자의 명예를 훼손하였다. 신고를 받고 출동한 경찰관 앞에서도 피고인은 D가 죄질이 무척 나쁜 전과자라고 수회 소리치기도 하였음이 인정된다. 한편 D의 친척인 공소의 3은 피고인으로부터 D가 전과자라는 사실을 처음 들었다고 진술하였다.
- 3월 8일, 피고인은 오전 10시경 마을 경로당 앞에서 D의 떡살을 잡아 흔들고 바닥에 쓰러뜨려 2주간의 치료를 요하는 목 부위 열상을 가하였다. D의 처 E가 이 과정에서 피고인을 저지하려 들자, E의 머리카락을 잡아 흔들고 그 가슴팍을 발로 가격하여 폭행하였다.
- 3월 30일, 오후 3시부터 4시 사이 피고인은 밭일을 하던 G로부터 “왜 나무를 여기에 버려놨느냐.”라는 말을 듣고 “야 이년아 니 새끼가 굴 한다고 그랬지.”라고 말하면서 G의 떡살을 잡고 주먹으로 얼굴을 가격하여 폭행하였다.
- 4월 2일, 오전 10시 40분경 피고인은 마을 버스승강장 앞에서 D와 욕설이 담긴 말다툼을 하면서 D의 떡살을 잡아 흔들고, 대야에 들고 있던 바닷물을 D의 얼굴에 뿌려 폭행하였다.
- 4월 3일, 오전 8시경 피고인은 G를 보고 “야 이년아, 왜 이곳에 병을 버려놨냐.”라고 하면서 주먹으로 G의 얼굴을 가격하여 폭행하였다.
- 4월 9일, 피고인은 오후 2시경 밭 앞길에서 돌맹이를 정리하는 E의 뒤에서 양손으로 E의 머리카락을 잡아당겨 넘어뜨리고, 발로 E의 다리 및 배를 밟고, 손으로 목 부위를 할킴으로써 치료일수 불상의 상해를 가하였다.

2. 주요 쟁점

주된 쟁점은 명예훼손죄의 객관적 구성요건요소 중 공연성의 요건에 관하여 전과가능성의 법리를 유지할 것인지 여부이다. 피고인 측은 이에 대하여 당시 자신의 남편인 공소외 3은 D가 전과자인 사실을 이미 알고 있었으며, D의 친척인 공소외 4가 근처에 있다는 것을 알지 못하였으므로, 명예훼손에 대한 구성요건적 고의가 없어 고의범이 성립하지 않고 나아가 공연성 역시 충족되지 못하였다고 일관되게 주장하였다. 피고인 측의 변호는 이미 확립된 판례로서 전과가능성의 법리를 주어진 것으로 받아들이고 다만 전과가능성이 부정된다는 요지를 담고 있었던 것이다. 원심은 종래 대법원 판례를 좇아 전과가능성과 그 귀결로 공연성을 인정하였다. 하지만 대법원에서는 전과가능성의 법리를 유지할 것인지를 두고 격론이 벌어졌다.

II. 소송의 경과

1. 원심판결

가. 제1심: 광주지방법원 순천지원 2020. 2. 6. 선고 2018고단2534 판결

제1심은 상해, 폭행, 명예훼손의 범죄가 각 성립함을 인정하였다. 사실적시 명예훼손 부분과 관련하여, 피고인의 남편인 공소외 2가 피해자 D의 전과사실에 대하여 이미 인지하고 있었다거나 공소외 3이 D와 친척관계에 있다고 하더라도 피고인의 발언이 전과될 가능성은 있을 수 있다고 본 것이다.

나. 제2심: 광주지방법원 2020. 4. 28. 선고 2020노359 판결

제2심은 2020년 3월 8일자 피해자 E에 대한 폭행에 관하여 처벌불원의 의사표시가 있다고 인정하여 이 부분에 대하여는 공소기각판결을 선고하고, 나머지 판단은 유지하였다.

2. 대법원 판결: 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결

가. 다수의견의 판지: 전과가능성의 법리 유지

1) 보호법익으로서의 명예

다수의견은 명예란 “인간의 존엄과 사회적 생활의 기초 위에서 누려야 할 인격적 가치”로서, 형법상 명예에 관한 죄에서 보호법익으로서는 “사람의 인격에 관

해 타인들에게서 주어지는 사회적 평가”로 정의된다고 한다.¹⁾ 이에 따르면 명예훼손죄는 개인의 명예에 대한 사회적 평가를 그 진위에 관계없이 보호한다.

2) 공연성 요건에 관한 법리

가) 공연성의 의미

일반형법 및 특별형법상의 명예훼손 관련 범죄들은 구성요건으로서 명예에 대한 침해가 “공연히” 또는 “공공연하게” 이루어질 것을 요구한다. 대법원은 ‘공연성’을 “불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태”라고 해석하고 있으며,²⁾ 통설도 이와 같다. 이처럼 명예훼손죄를 침해범이 아닌 추상적 위험범으로 보는 이유는 형법이 “명예를 훼손한”이라는 문구를 사용하고 있음에도 불구하고, 명예에 대한 침해는 객관적으로 확인되거나 증명되기 어렵다는 점을 감안하여 보호법익으로서의 명예를 한층 두텁게 보호하기 위함이다.

나) 표현의 자유에 대한 제한의 필요성

공연성은 일종의 불확정 법개념으로서, 시대의 변화나 정보통신망의 발달에 따라 그 개념과 내용이 달라질 수 있다. 그런데 다수의견에 따르면 명예와 체면을 중시하는 한국 사회의 전통적 가치관 하에, 정보통신망에서의 명예훼손이 심각한 사회적 피해를 촉발하고 있다는 점에서, 명예훼손적 표현을 규제함으로써 인격권을 보호할 필요성이 크다.³⁾ 표현의 자유를 위하여 인격권 및 사생활의 자유와 비밀을 일방적으로 희생하는 것은 용인될 수 없다.

다) 전파가능성의 법리

사실적시 명예훼손죄를 추상적 위험범으로 해석하게 되면, 간접적으로 특정 소수인에 대하여 사실을 적시하였더라도 그 소수의 사람이 불특정 또는 다수인에게 당해 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정된다고 볼 수도 있다. 이것이 바로 대법원의 확립된 법리로 정착된 이른바 ‘전파가능성 이론’이다.⁴⁾

라) 전파가능성의 법리의 통제

전파가능성의 법리가 무제한 적용되면 공연성 요건을 요구하는 취지가 형해화되고 표현의 자유가 과도하게 위축될 수 있다는 점에는 다수의견도 동의한다. 실제로 이러한 견지에서 전파가능성을 통제하는 법리가 그간의 판례에 의하여 충분히 집적되었다고 설명한다.

1) 대법원 1988. 9. 27. 선고 88도1008 판결.

2) 대법원 1992. 5. 26. 선고 92도445 판결; 대법원 1996. 7. 12. 선고 96도1007 판결; 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155 판결.

3) 헌법재판소 2016. 2. 25.자 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 결정.

4) 대법원 1968. 12. 24. 선고 68도1569 판결; 대법원 1981. 10. 27. 선고 81도1023 판결.

첫째, 검사의 엄격한 증명을 요구한다.⁵⁾ 둘째, 특정 소수인에 대하여 사실을 적시한 경우에 전과가능성을 인정하려면 불특정 또는 다수인에게 전과·유포될 ‘가능성’을 넘어 ‘개연성’이 요구된다.⁶⁾ 셋째, 형법상 과실범이 처벌되지 않기에 고의가 인정되어야 하는데, 이때 “전과가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사”로서 최소한 미필적 고의가 “외부에 나타난 행위의 형태와 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 그 전과가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인”하는 방식으로 인정되어야 한다.⁷⁾ 넷째, “발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전과할 가능성이 있는지 여부”가 고려되어야 한다.⁸⁾ 다섯째, 발언 후 실제 전과 여부는 우연한 사정에 불과하므로 전과가능성 유무 및 공연성의 존부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다.⁹⁾ 여섯째, 발언자와 적시의 상대방 및 피해자가 사적으로 친밀한 등 특수한 관계에 있거나, 적시의 상대방이 “직무상 비밀유지의무 또는 이를 처리해야 할 공무원이나 이와 유사한 지위에 있는 경우”에는 비밀이 보장될 것이 원칙적으로 상당히 높은 정도로 기대되기에, 특별한 사정이 없는 한 공연성이 부정된다.¹⁰⁾

다수의견은 이상의 객관적 기준이 마련되어 있으며, 구체적 사안에서 법원은 적시의 상대방이 갖는 전과의사만으로 판단하거나 실제 전과된 결과만을 가지고 비난가능성을 따지지는 않는다고 실시한다. 따라서 범죄행위자로서는 공연성 여부를 충분히 예견할 수 있으므로 형사처벌이 지나치게 가혹한 것은 아니라고 본다.

마) 정보통신망에서의 전과가능성

정보통신망·정보유통과정의 본질적 속성인 비대면성·접근성·익명성·연결성은 정보의 무한 저장·재생산·전달을 가능케 함으로써 행위자는 적시사실에 대한 통제가능성을 빠르게 상실하고, 표현에 대한 반론과 토론을 통한 자정작용이 사실상 무의미하게 되기도 한다. 따라서 정보통신망에서 전과가능성의 법리를 인정하지 않게 되면 보호법익으로서의 명예를 무방비 상태에 방치하는 격이 된다고 다수의견은

5) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2234 판결; 대법원 2006. 4. 14. 선고 2004도207 판결.

6) 대법원 1982. 3. 23. 선고 81도2491 판결, 대법원 1989. 7. 11. 선고 89도886 판결.

7) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도340 판결. 이와 관련하여 ① 친밀하고 사적인 관계 ② 공적인 관계에서 조직 등의 업무와 관련하여 사실을 확인·규명하는 과정상의 발언 ③ 상대방의 가해에 대하여 대응하면서 한 발언 ④ 수사·소송 등 공적인 절차에서 당사자들 사이에 공방을 하던 중 행하여진 발언 등에 대해서는 가급적 고의를 부정하는 방향으로 신중하게 판단하는 판례의 조류가 형성되어 있다고 다수의견은 실시하고 있다.

8) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155 판결.

9) 대법원 1981. 10. 27. 선고 81도1023 판결; 대법원 1998. 9. 8. 선고 98도1949 판결; 대법원 2000. 2. 11. 선고 99도4579 판결.

10) 대법원 1978. 4. 25. 선고 78도473 판결; 대법원 1981. 10. 27. 선고 81도1023 판결; 대법원 1984. 3. 27. 선고 84도86 판결; 대법원 2000. 2. 11. 선고 99도4579 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도4800 판결.

강조한다.¹¹⁾

3) 전과가능성 법리의 새로운 제한

그럼에도 불구하고 다수의견은 사실적시 명예훼손의 비범죄화 경향이라는 세계적 추세와, 사실적시로 인한 명예훼손을 표현의 자유에 대한 재갈로 악용하는 사례에 대한 일반 국민의 반발적 법의식에 비추어, 전과가능성 법리를 새롭게 제한하는 법리를 제시하고 있다.

가) 공정한 비판

공정한 비판을 무분별하게 처벌하면 건전한 여론의 형성이나 균형 잡힌 민주주의 발전을 가로막을 수도 있으므로, 발언 내용을 엄격하게 판단하여 공정한 비판의 가능성을 보장해야 한다. 반대의견이 원용하고 있는 UN인권위원회의 권고를 의식한 것으로 보인다.

나) 형법 제310조 소정의 특수한 위법성조각사유 확대

형법 제310조는 사실적시 명예훼손의 경우에도 ‘진실성’과 ‘공공의 이익’ 요건이 구비되면 불벌한다. 우선 다수의견은 대법원이 형법 제310조를 완화하여 해석해 왔음을 지적한다. 첫째, 형법 제310조 문언상으로는 실제로 진실한 사실일 것이 요구되지만, 법원은 여기에 “진실한 사실이 아니거나 진실한 사실이라는 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우”까지 포섭하여 왔다.¹²⁾ 이때 “그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실”이면 족하고, 세부적으로 “진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방”하다. 또한 법원은 공공의 이익 요건도 완화해 해석해 왔다. “널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익” 및 “특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익”도 공공의 이익에 포섭되는 것으로 보고, “행위자의 주요한 동기 내지 목적”이 공공의 이익을 위한 것이라면 “부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도” 위법성이 조각된다고 본 것이다.¹³⁾

위 2020도5813 전원합의체 판결(이하 ‘대상판결’)에서 다수의견은 일보 전진하여 공공의 이익 요건을 추가로 완화하여 해석하는 길을 열었다. ‘공공의 이익’은 불확정 법개념으로서, 그 의미가 고정된 것이 아니다. 다수의견은 독일 형법 제193조를 감안하여, 우리 법제 하에서도 “사인이더라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질과 사회에 미칠 영향을 헤아려” 공공의 이익에 관련되는지 여부를 판단할 수 있다고 판시하였다. 보다 구체적으로, 적시된 사실의 내용이 ❶ 사회 일반의 일부 이

11) 손현수, “[판결] 다른 사람 헐담, 소수에게만 했어도 명예훼손”, 법률신문, <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=165858> (2020. 11. 19. 16:25).

12) 대법원 1962. 5. 17. 선고 4294형상12 판결; 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결. 형법 제310조는 명예권과 표현의 자유라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것(대법원 1993. 6. 22. 선고 92도 3160 판결)이라는 점을 근거로 제시한다.

13) 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결; 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002도3570 판결.

익에만 관련된 것이라도 다른 일반인과의 공동생활에 관계된 사항 ② 개인에 관한 것이더라도 공공의 이익과 관련되어 있고 사회적인 관심을 획득한 사항이라면 “직접적으로 국가·사회 일반의 이익이나 특정한 사회집단에 관한 것이 아니라는 이유만으로” 제310조의 적용이 배제되지 않는다는 것이다. 이처럼 다수의견은 사실적시 명예훼손죄에 관한 위법성조각사유인 ‘공공의 이익’ 요건이 충족되는 경우를 새롭게 인정함으로써, 전과가능성의 법리를 새로이 제한하고자 하였다.¹⁴⁾

4) 사안의 포섭

다수의견은 공소의 3과 피해자의 친분 정도나 적시된 사실이 피해자의 공개하기 꺼려지는 개인사에 관한 것으로서 주변에 회자될 가능성이 큰 내용이라고 보았다. 그렇다면 촌수나 구체적 친밀관계가 밝혀진 바도 없는 일응의 친척관계만을 이유로 전과가능성이 부정된다고 볼 수 없다. 또한 피고인이 공개된 장소에서 큰 소리로 말하여 다른 마을 사람들이 들을 수 있을 정도였던 점이 인정되므로, 공연성 요건이 넉넉히 충족된다고 보았다.

5) 다수의견에 대한 보충의견

보충의견은 표현의 자유는 비교적 잘 보장되는 반면, 정보통신망 등을 통해 악의적이고 혐오적인 내용이 유포되어 개인의 인격권이 무차별, 무제한적으로 침해되고 피해회복은 불가능하거나 무의미해지는 상황이 대두된다는 데에 주목하여 반대의견을 반박하고 있다.

첫째, 전과가능성의 법리는 결과책임을 추궁하는 것이 아니다. 전과가능성의 유무를 따져 객관적·규범적인 관점에서 명예가 훼손될 위험에 처하게 한 행위로 인하여 일반적 위험성이 발생한 경우에 행위의 불법성을 인정하는 것은, 결과책임과는 근본적으로 다르다.

둘째, 판례가 전과가능성 판단에 관한 인적 관계를 두고 일견 일관적이지 못한 태도를 보이는 듯해도, 사안별로 “친구나 직장동료라는 신분관계에 따라서만 판단하는 것이 아니라 대화 경위, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등의 제반 사정”을 총체적으로 고려하여 구체적 타당성에 부합하는 결론을 내린다.

셋째, 명예훼손죄에서의 ‘공연성’은 음화 등 전시·상영죄와 공연음란죄 등에 있어서의 ‘공연성’ 요건과는 달리 해석되어야 한다. 후자는 ‘선량한 성풍속’을 보호법익으로 삼기에 명예훼손이 “말이 아닌 물건의 상태나 행위에 의한 것”이므로 전과가능성 유무에 관한 판단이 원칙적으로 개재될 여지가 없는 것이다.

넷째, 반대의견의 주장처럼 “공연히”의 문리해석상 “불특정 또는 다수인이

14) 김기수, “[2020년 분야별 중요판례분석] 19. 언론법”, 법률신문, <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=170273> (2021. 6. 3. 09:10).

‘직접’ 인식할 수 있어야” 한다는 의미가 자연 타당하게 도출되는 것은 아니다. 설혹 그러한 해석을 수용하더라도, 가벌성의 범위가 반드시 축소되는 것도 아니다. 예컨대 “발언자와 사적으로 밀접한 관계가 없는 소수에 대하여 사실을 적시한 경우” 반대의견에 따르면 공연성이 인정될 수 있고, “사적으로 밀접한 관계에 있는 특정 소수에 대한 발언의 경우” 공연성이 부정될 터인데, 이는 전파가능성의 법리를 채택하더라도 마찬가지이기 때문이다.

다섯째, 반대의견이 내세우는 “직접 인식할 수 있는 상태” 도 다소 불명확하고, 기사 이를 “불특정 또는 다수인이 물리적 공간에서 동시에 존재” 하거나 “상대방과의 대면” 상황으로 이해하더라도, 그러한 해석은 현대 정보사회에서 합목적적이지 못하다. 도리어 형법 제309조 소정의 출판물 등에 의한 명예훼손죄에서 출판물 등은 그 자체로서 불특정 또는 다수인에 대한 전파성을 예정하고 있기 때문에 구성요건에서 공연성을 요구하지 않고 있는 점과 비교하면, 반대의견은 부당하다.

여섯째, 공범이론만으로는 문제를 충분히 해결할 수 없다. 명예훼손죄는 추상적 위험범으로서 “불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는 개별적 소수에게 사실을 적시” 하는 때에 기수에 이르고, 그렇다면 더 이상 공범이 성립할 여지가 없게 된다. 더군다나 공범이론을 관철하면 최초로 사실을 적시한 발설자에게 교사의 고의를 인정할 수 없는 경우에 최초 발설자의 불법성이 가장 큼에도 불구하고 그를 처벌할 수 없게 된다는 문제가 발생한다.

나. 반대의견의 판지: 전파가능성의 법리 폐기

3인의 대법관은 직접인식가능성설의 입장에서 반대의견을 제시하였다. 전파가능성의 법리를 부정하고, 불특정 혹은 다수인의 직접적인 인식이 인정되어야 공연성이 있다고 보았다.

1) 죄형법정주의 위반

첫째, 반대의견은 전파가능성 법리는 죄형법정주의에서 금지되는 유추해석·확장해석이라고 주장한다. 형법 제307조 문언상 “공연히” 는 적시행위의 태양을 “실행행위 자체가 공연히” 이루어지는 것으로 한정된다고 새기는 것이다.

둘째, 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙을 위반하였다고 본다. 반대의견에 따르면 공연성 충족여부는 ❶ 불특정 또는 다수인에 대한 것인지 ❷ 사실적시행위가 공개된 장소 등에서 이루어져 불특정 또는 다수인이 이를 인식하였거나 인식할 수 있었는지 ❸ 적시된 사실이 사회적·공개적으로 유포되었다고 볼 수 있는지 여부에 따라 판단된다. 그렇다면 전파가능성의 법리는 결국 공연성 이외에 전파가능성이라는 새로운 구성요건요소를 창설하는 것으로서, 명확성의 범위를 명백하게 이탈한 것이 된다.

2) 체계적 해석에 대한 장애

전파가능성의 법리는 다른 범죄와의 체계적인 해석에 장애를 일으킨다. 공연성을 구성요건으로 하는 형법 제243조의 음화 등 전시·상영죄나 형법 제245조의 공연음란죄의 경우에는, 전파가능성을 공연성으로 포섭하지 않고 원칙적으로 “불특정 또는 다수인”의 인식가능성만을 고려한다.¹⁵⁾ 비록 이 경우 보호법익이 명예훼손죄처럼 개인적 법익은 아니고 사회적 법익이기는 하지만, 보호법익 침해행위가 직접적으로 사회에 유포·노출됨으로써 타인에게 해악을 끼치거나 보호법익을 침해할 위험이 있는 경우만을 처벌하려는 입법취지는 형법 제307조 소정의 명예훼손죄와 마찬가지로 한다.

3) 행위책임의 원칙 위반

전파가능성을 공연성으로 포섭하는 것은 행위책임이 아닌 결과책임을 추궁하는 것이다. 사실적시자(행위자)·상대방·피해자의 관계가 어떠한지를 중심으로 전파가능성 유무를 판단하고, 이에 기초하여 공연성 충족여부를 결정하는 것은 “당해 사실을 전해들은 제3자의 지위나 역할을 고려하여 행위자의 불법성을 판단하는 것이기 때문”이다.

이러한 논리의 연장선상에서, 반대의견은 오히려 범죄행위자는 최초의 적시자가 아니라 그 상대방인 전파자이며, 이때 공범이론을 적용하여야 한다고 주장한다.

4) 보충성의 원칙 위반

반대의견은, 전파가능성의 법리를 채용하게 되면 “일상생활에서 자연스럽게 발생하는 사적이고 개인적인 사실적시 행위”까지 처벌하게 되어 형사처벌의 보충성에 반한다고 본다. 이는 판례가 집행되었음에도 여전히 명쾌한 기준을 설정하기 어렵고, 상대방과의 인적 관계가 유사한 사안에서 상이한 판단이 내려진 경우가 많기 때문이다. 한편 반대의견은 다수의견이 “명예훼손의 추상적 위험”을 “공연성이 충족될 위험”과 혼동하고 있다고도 비판한다.

5) 해외 입법례 및 세계적 경향과의 간극

명예에 관한 죄의 연원인 고대의 로마법·게르만법은 권력자나 지배계급에 대한

¹⁵⁾ 음화 등 전시·상영죄에 관하여는 대법원 1973. 8. 21. 선고 73도409 판결을, 공연음란죄에 관하여는 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000도4372 판결을 참조하라.

일반 시민의 비판을 막기 위하여 존재했다는 측면이 있고, 최근 우리 사회에서의 미투(Me Too) 운동에서도 이러한 경향이 두드러졌다. 이에 세계 각국은 명예훼손에 대한 형사처벌을 폐지하고 민사적 해결방안을 강구하는 추세이다. 반대의견은 특히 UN인권위원회의 권고¹⁶⁾와 UN인권이사회 특별보고관 보고서¹⁷⁾를 거론하며 대한민국의 형법상 명예훼손죄 폐지를 촉구하는 국제사회의 목소리에 주목한다.

6) 사안의 포섭

적시의 상대방은 특정의 소수인인 바, 공연성 요건이 충족되지 않아 명예훼손죄는 성립하지 않는다. 특히, 다수의견이 논거로 제시한 “피고인이 큰 소리로 말하여 다른 마을 사람들이 들었는지 여부”는 공소사실의 내용도 아니어서 피고인이 방어권을 행사할 기회조차 부여되지 않았던 사정인데, 이를 기록에서 발굴하여 판결이유에 기재한 것에는 쉽사리 수긍할 수 없다고 반대의견은 지적하고 있다.

Ⅲ. 전파가능성의 법리에 대한 이론·실제적 검토

1. 공연성 요건에 대한 판단

가. 공연성의 의의

명예훼손죄의 보호법익인 명예는, 헌법 제10조 전문의 인간의 존엄과 가치로부터 도출되는 일반적 인격권의 한 발현형태이다.¹⁸⁾ 인격권 중 특히 외적 인격권은 객관적·외부적·사회적 가치평가로서의 인격상에 대한 자기결정권을 의미한다. 이러한 인격권의 내용을 이루는 ‘명예’에 관한 권리는, 사람이나 그 인격에 대한 “사회적 평가(Verkehrsehre)”를 보호하기 위하여 인정된다.¹⁹⁾ 그 보호범위에 허명(虛名) 즉 진실하지 아니한 세평(世評)이 포함되는지에 관하여 학설의 대립이 있지만,²⁰⁾ 원칙적으로 허명 또한 헌법상 인격권의 보호범위에 포함되는 것으로 해석함이 상당하다.²¹⁾ 다만 이때의 명예란 ‘외적 명예’에 한정되는 것이며, 개인의 인격의 내적 가치 그 자체인 ‘내적 명예’나 그에 대한 주관적 평가인 ‘명예감정’과는 구별된

16) UNHRC, General comment no. 34, Article 19, Freedoms of opinion and expression, 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, para. 47.

17) Frank La Rue, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Human Rights Council 17th Session, Agenda item 3, A/HRC/17/27/Add.2 (21 March 2011), para. 28.

18) 정종섭, 憲法學原論(第12版), 박영사, 2018, 429; 성낙인, 헌법학(제21판), 법문사, 2021, 1093.

19) 헌법재판소 2014. 6. 26.자 2012헌마757 결정.

20) 배계설이 다수설이며, 포함설은 소수설이다. (송진경, “사실적시 명예훼손죄에 대한 비판적 검토”, 가천법학 제13권 제2호 (2020. 6.), 126; 김성돈, “진실적시 명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호 (2016. 12.), 103-104, 117-121.)

21) 유태권·윤원선·차종엽, “진실적시 명예훼손죄에 대한 규범적 검토”, 정치커뮤니케이션연구 제50호 (2018. 9.), 61-63.

다.²²⁾

사회적 가치평가를 해할 우려 있는 사실이 불특정 또는 다수인에게 도달하면 개인의 인격권이 침해될 수 있다는 점에서, 명예훼손죄는 ‘공연성’이라는 표지를 두어 명예의 침해를 억제한다. 다른 한편으로는 이러한 공연성의 표지가 충족되지 않은 경우에는 처벌할 수 없음을 명확히 함으로써, 명예훼손죄는 개인의 명예와 표현의 자유를 조화시키고 있다.

판례와 통설은 ‘공연성’은 “불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태”를 지칭한다는 데에 일치된 시각을 보이고 있다.²³⁾ 이때 ‘공연성’은 규범적 구성요건이지만 사실적인 행위상황을 설정해주므로 사실적 구성요건요소로 작용한다.²⁴⁾

나. 공연성의 확장으로서의 전파가능성

재판례의 본류를 추적하여 보면, 대법원은 1968년 이래 전파가능성의 법리를 수용하고 있음을 알 수 있다. “공연히”라는 행위태양을 두고 “전파될 가능성”이라는 추정적 판단을 개입시키는 법해석을 한 것인데,²⁵⁾ 최초로 도입 당시 별다른 의문 없이 ‘전파가능성’이 공연성의 어의(語義) 내로 포섭된다고 파악하였던 것이다. 특정의 소수인에 대한 사실적시행위도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 인정되는 이상, 불특정 또는 다수인에게 직접 사실을 적시한 것과 규범적으로 별다른 차이 없이 취급된다.²⁶⁾

판례가 ‘전파가능성설’의 입장인 데에 반하여, 통설은 불특정 또는 다수인이 당해 적시된 사실을 직접 인식할 수 있는 상태에 있어야 한다는 이른바 ‘직접인식가능성설’의 입장이다. 판례에 대하여는, 공연성은 구성요건적 고의의 인식대상이 되어야 하는데, 정작 판례는 사실적으로 전파가능성이 있는지만을 따지고 전파가능성에 대한 행위자의 인식은 따지지 않았다는 비판이 제기된다.²⁷⁾ 가벌성의 무한한 확장과, 사안마다 통일된 원칙이 작동되지 못하여 죄형법정주의상 명확성의 원칙을 위배하게 되리라는 우려도 있다.²⁸⁾ 한편 ‘공연성’이란 “다수인이 인식할 수 있는 상태”로 한정 해석하여야 한다는 소수설도 있다.²⁹⁾

다. 대상판결의 위치

대상판결은 전파가능성의 법리를 유지할지에 관한 대법원 내부의 이견이 확인된

22) 장영수, 헌법학(제13판), 홍문사, 2020, 678; 박용상a, 명예훼손법, 현암사, 2008, 47-48.

23) 안경옥, “名譽毀損罪의 ‘公然性’ 해석의 再檢討”, 法曹 제53권 제8호 (2004. 8.), 84.

24) 윤해성, “형법 체계상의 공연성”, 刑事政策研究 제20권 제1호 (2009. 3.), 428.

25) 대법원 1993. 3. 23. 선고 92도455 판결.

26) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2018도4200 판결.

27) 윤해성, op. cit., 437.

28) 조현옥, “명예훼손죄에 있어서 공연성의 의미와 판단기준 - 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도 8155 판결”, 法學研究 제32권 (2008. 11.), 370-371.

29) 안경옥, op. cit., 91.

최초의 판례이다. 다수의견과 반대의견 간의 치열한 논의를 바탕으로 대상판결은 하급심의 재판실무에 사용될 명확한 기준을 제시하였고, 이로써 법관의 자의적 재판이 우려된다는 학계의 비판을 해소하는 계기가 될 것이라는 전망도 있다.³⁰⁾ 특히 다수의견은 형법 제310조 소정의 ‘공공의 이익’을 보다 폭넓게 해석하는 다소 새로운 법리를 제시했다.³¹⁾ 이는 형법 제310조를 보다 확대하여 규정하여야 한다며 제시하던 입법론과 궤를 같이한다.³²⁾ 대상판결은 전파가능성의 법리를 제한하고 그 한계를 뚜렷이 설정한 이정표와 같은 판결이다.

대상판결 선고 이후, 전파가능성 법리는 여전히 강고한 위세를 자랑하고 있다. 공직선거법 제96조 제1항의 죄가 문제된 최근 사안에서, 대법원은 “ ‘공표’ 는 불특정 또는 다수인에게 왜곡된 여론조사결과를 널리 드러내어 알리는 것” 으로서, “비록 개별적으로 한 사람에게만 왜곡된 여론조사결과를 알리더라도 그를 통하여 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면” 구성요건해당성이 인정된다고 판시하였다.³³⁾

라. 잔존하는 문제들

대상판결에 관한 평석들은 - 현직 판사 등 실무자들의 평석을 제외한다면 - 예외 없이 통설인 직접인식가능성설의 입장에서 반대의견과 같은 논거들을 근거로 다수의견에 반대하고 있다.³⁴⁾ 대상판결 이후에도 해결되지 않고 있는 문제들을 아래와 같이 거시할 수 있다.

1) 수사실무 왜곡

원론적으로 수사기관은 공연성의 존부에 대하여 수사하여야 한다. 사안에서 이는 “당시 마을 주민들이 어느 정도로 그 발언을 들었는지 여부” 등을 따지는 것으로 귀착될 것이다. 하지만 공소사실에서는 공연성보다는 전파가능성이 인정되는지에 방점을 두고 있다. 이는 전파가능성의 법리 때문에 오히려 공연성 자체에 대한 수사가 제대로 행하여지지 못하고 있음을 보여준다는 견해도 존재한다.³⁵⁾

30) 박영욱, “명예훼손죄의 공연성 판단과 전파가능성 법리”, 사법 제1권 제55호 (2021. 5.), 1241.

31) 이주원, “[2020년 분야별 중요판례분석] 9. 형법(각칙)”, 법률신문, <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=168486> (2021. 3. 18. 09:43).

32) 배상균, “사실적시 명예훼손행위의 규제 문제와 개선방안에 관한 검토”, 형사정책연구 제29권 제3호 (2018. 9.), 186.

33) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2019도13687 판결.

34) 김재중·이훈, “명예훼손죄에 있어 공연성의 개념 - 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결을 중심으로”, *법과 定策研究* 제21권 제1호 (2021. 3.), 20-27; 한성훈, “판례를 통해서 본 명예훼손죄의 공연성의 의미와 판단기준에 관한 소고 - 대법원 2020. 11. 29. 선고 2020도5813 전원합의체 판결을 중심으로”, *法學論叢* 제41권 제2호 (2021. 5.), 221-228.

35) 이수현, “[판례평석] 명예훼손죄의 공연성과 전파가능성”, 대한변협신문, <https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=22611> (2020. 12. 21. 09:15).

2) 통계학적 비판

한편 명예훼손 형사판결 데이터를 바탕으로 ‘전파가능성’과 관련된 요소들로서 유포내용, 적시방법, 정보유포자, 정보수령자, 유포시간, 유포장소, 정보청취자, 피해자와 수령자 관계, 행위자의 인식정도 등을 조작적으로 정의하여 설명변수로 두고 대법원의 유·무죄 판단을 종속변수로 두어 다중회귀분석을 한 결과, 5%의 p-value를 보이는 변수는 하나도 없이 그 어떠한 사실관계상의 요소도 귀무가설을 기각하지 못하는 것으로 판단되었다.³⁶⁾ 같은 연구에서 변수 간 교차분석을 한 결과, 카이제곱(χ -squared) 결과는 각 변수들이 굉장히 독립적인 것으로 해석되어 대법원의 판단에 통일적인 기준이 흠결되어 있음을 시사하였다.³⁷⁾ 종합하여 보면, 적어도 통계학적 관점에서 볼 때, 선고된 판결들만을 가지고서는 전파가능성의 법리가 객관성·공정성·일관성 있게 적용되고 있다고 볼 수 없다.

2. 표현의 자유와의 긴장관계

헌법 제21조 제4항은 언론·출판은 타인의 명예·권리, 공중도덕, 사회윤리를 침해하여서는 안 된다고 명언한다. 이를 두고 표현의 자유의 보호영역을 설정한 것이라는 견해와 표현의 자유를 제한하는 근거를 선언한 것이라는 견해가 대립하였는데, 헌법재판소는 과거 전자의 견해를 취하다가 현재는 후자의 견해를 취하고 있다.

가. 표현의 자유 대(對) 명예권

명예훼손죄는 그 보호법의 측면에서나 ‘공연성’이라는 표지를 요구한다는 측면에서나 인격권의 일부인 ‘명예’와 ‘표현의 자유’ 간의 긴장관계를 다스리고 있다. 통설은 표현의 자유의 내재적 한계를 벗어난 대표적인 예로 명예훼손을 거론한다.³⁸⁾ 헌법재판소 역시 명예훼손적 표현이 표현의 자유의 보호범위에 포함된다고 하더라도, 인터넷 등 정보통신망의 특성상 명예가 심각하게 그리고 회복불가능하게 훼손될 우려를 감안하면, 비방을 목적으로 공공연히 행하여지는 명예훼손을 금지할 필요가 있다고 실시한 바 있다.³⁹⁾ 같은 맥락에서, 표현의 자유를 보장하는 경우에도 체면을 중시하는 우리 사회의 특수성을 고려하여 명예훼손적 표현을 규제함으로써 개인의 인격권을 보호할 필요성이 있다고 인정하였다. 기본적으로 명예훼손적 표현

36) 이인호·이구현, “명예훼손죄의 공연성 구성요건에 관한 비판적 고찰: 대법원 판례를 중심으로”, 언론과 법 제12권 제2호 (2013. 12.), 76-77.

37) Ibid., 73-75. 다만 변수 간 독립성과 관련하여 내생성 편향(endogeneity bias)이 있을 수 있으므로 도구변수(instrumental variable)법이나 이중차분(difference-in-difference)법을 활용하는 후속 연구를 기대한다.

38) 권영성, 改訂版 憲法學原論(2010年版), 보문사, 2010, 510; 정중섭, op. cit., 623-628; 성낙인, op. cit., 1301-1304.

39) 헌법재판소 2016. 2. 25.자 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 결정.

이 표현의 자유의 보호범위 내에 있으면서도, 피해자의 명예를 훼손함으로써 그의 인격권을 부당하게 침해할 수 있다는 것이다. 이는 강학상 기본권의 진정충돌로서, 기본권과 공공복리 등이 충돌하는 부진정충돌이나 어느 한 기본권의 보호범위 밖에서 포착되는 유사충돌보다 상대적으로 규제하기 어려운 영역에 속한다.⁴⁰⁾

나. 표현의 자유 대(對) 사생활의 비밀과 자유

표현의 자유가 명예권이 아닌 사생활의 비밀과 자유와 충돌하는 것으로 해석되기도 한다. 이 역시 헌법 제21조 제4항의 취지상 표현의 자유의 내재적 한계로서 사생활의 비밀과 자유가 거론된다는 점에서 비롯된다.⁴¹⁾ 최근 헌법재판소의 반대의견은 사생활의 비밀에 해당하는 진실한 사실만을 보호범위로 삼아야 한다고 보며 한정위헌이라고 판단하고 있으며,⁴²⁾ 대상판결의 다수의견이 제시하는 공공의 이익 요건과 관련하여 공적 인물에 대해서는 기준을 완화하는 법리도 실상 사생활의 비밀과 언론의 자유 간 충돌에서 태동하였다는 점에서,⁴³⁾ 경청할 만한 견해이다.

다. 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 관한 표징

그러나 명예훼손죄가 보호하려는 명예는 사생활의 영역에 국한되는 것이 아니라 외부적인 가치평가라는 점을 감안하면, 주된 긴장관계를 구성하는 기본권은 여전히 인격권이라고 봄이 상당하다. 사생활의 비밀이 “공연히” 혹은 “공공연하게” 전파되어서는 안 된다는 것은 그 정의상 너무나도 자명하다. 최근 헌법재판소 법정의견은 사생활의 비밀에 해당하는 사실과 그렇지 않은 사실 사이의 불명확성을 명시적으로 지적하면서 보호법익을 사생활의 비밀로 한정하는 방식의 일부위헌결정을 할 수 없다고 설시하기도 했다.⁴⁴⁾

형법상 사실적시 명예훼손죄가 규정되어 있는 점, 헌법재판소가 개인의 인격권 보호를 위하여 명예훼손적 표현을 제재할 필요가 있음을 인정하고 있는 점 등을 고려하면, 우리 법제 하에서는 표현의 자유와 개인의 인격권이 충돌할 때 원칙적으로 개인의 인격권을 우선하되, 공인(公人)에 대하여 운신의 폭(breathing space)을 넓혀준다거나, 형법 제310조의 위법성조각사유의 범위를 확장하는 식으로 표현의 자유를 보완하여 왔음을 알 수 있다. 이러한 구도 하에서 특히 ‘공연성’이라는 표징은 표현의 자유를 보호하는 한계를 설정함과 동시에 인격권이 희생될 수밖에 없는

40) 장영수, op. cit., 506; 성낙인, op. cit., 1024-1025; 정중섭, op. cit., 355.

41) 성낙인, op. cit., 1304-1035.

42) 헌법재판소 2021. 7. 15.자 2021헌마88 결정.

43) 양자의 충돌을 해결하는 방법으로, 개인의 생활영역을 구획하여 영역별로 공개여부 및 그 정도가 상이하다는 ‘인격영역론’, 자살한 사람과 같이 특수한 경우에는 사생활의 비밀을 포기한 것으로 간주하는 ‘권리포기론’, 공적 인물은 원칙적으로 사생활의 비밀의 공개가 그러한 권리의 침해가 아니라고 보는 ‘공적인물론’, 국민의 알 권리의 대상이 되는 사항은 공개함이 공공의 이익이 부합한다는 ‘공공이익론’ 등이 있다.

44) 헌법재판소 2021. 2. 25.자 2017헌마1113, 2018헌마330(병합) 결정.

영역을 확정하는 기준으로 자연스럽게 기능하게 된 것이다. 인터넷상 정보의 프로슈머(prosumer)가 등장함에 따라 더더욱 그러하다.⁴⁵⁾

그렇다면 공연성의 범위를 전파가능성까지 아우르는 것으로 볼지, 적시의 상대방이 직접 인식 가능한 상태로 한정하여 볼지는 인격권이 언제부터 표현의 자유 앞에서 후퇴해야 하는지를 알려주는 중차대한 지표가 된다. 요컨대 대상판결은 형법상 구성요건요소만을 논하는 데에 그치지 않고, 헌법상 기본권으로서의 표현의 자유가 어디서부터 보호되기 시작하는지에 관한 거대한 담론을 내포하고 있는 것이다.

3. 사실적시 명예훼손의 비범죄화 동향과 관련하여

형법상 사실적시 명예훼손죄의 존폐 논쟁은 대상판결에서 직접적으로 다루어지는 논의는 아니다. 다만, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 추세는 형사처벌의 범위와 정도를 축소해야 한다는 근거로 사용될 수 있고, 반대의견도 같은 맥락이다. 본고에서는 전파가능성의 법리를 유지할 것인지 여부와 관련되는 한도 내에서 아주 간략하게 이를 검토하고자 한다.

가. 형법상 위법성조각사유의 민법에의 원용

범죄로서 형사처벌되지 않는다면, 민사상 손해배상청구만이 문제된다. 이때 형법상 위법성조각사유로서 제310조의 내용은 민사상 불법행위로서의 명예훼손에도 적용되고 있는데, 이러한 유추적용은 민사배상이 형사처벌을 대체할 수 있음을 시사하는 바, 사실적시 명예훼손 비범죄화의 전제 중 하나이다. 특히 전파가능성의 법리 존치여부가 민사배상의 결정에 어떠한 영향을 미치는지와 관련하여 유념하여야 할 부분이다.

형법 제310조는 사실적시 명예훼손죄에 관한 개별적 위법성조각사유를 규정하고 있다. 그리고 민사법원은 이러한 형법상의 위법성조각사유를, 민법상 불법행위로서 명예훼손의 성립을 따질 때에, 소극적 요건으로 인입하고 있다. 민사인지 형사인지를 불문하고 명예훼손행위가 상술한 ‘진실성’ 요건과 ‘공공의 이익’ 요건을 구비한 경우에는 위법성이 없다고 보며, ‘진실성’ 요건에 관하여 주관적 인식상 진실한 사실로 믿었다면 요건을 갖춘 것으로 보는 완화된 법리도 적용하고 있다.⁴⁶⁾

다소 기술적인 문제로서, 민사사건과 형사사건에서 위법성조각의 적용요건이 차

45) 박윤경, “표현의 자유와 명예훼손 - 인터넷에서의 명예훼손을 중심으로”, 法學研究 제18권 제3호 (2015. 9.), 288.

46) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결. 판례 중에는 완화된 진실성의 법리를 두고 고의·과실이 없어 불법행위가 성립하지 않는다고 본 것들(대법원 1995. 6. 16. 선고 94다35718 판결; 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결 등.)도 있는데, 이를 두고 형법상 구성요건적 과책의 조각이라고 해석할 것은 아니고 단지 구체적 타당성을 기하는 과정에서 논리의 구성을 달리하여 민법상 불법행위에 있어 위법성을 막바로 부정하는 대신 위법성을 일응 추정하게끔 하는 불법행위자의 귀책사유를 부정하는 것으로 이해하면 족할 것이다.

이가 나는지에 관하여 논란이 있다. 형법 제310조를 적용하기 위한 요건에 관한 초기 판시 중에는 ‘진실성’과 ‘공공의 이익’ 외에 “그 목적이 오로지 공익을 도모하기 위한 것”이라는 ‘목적의 공익성’이 부가된 것이 있는데,⁴⁷⁾ 이후 형사사건에 대법원은 ‘목적의 공익성’을 제외하였다.⁴⁸⁾ 그런데 민사사건에서는 여전히 ‘목적의 공익성’이 요구되고 있어, 일본 형법 제230조의2 제1항을 연상시키고 민사사건과 형사사건 간 동일하게 위법성조각을 인정하려 하였던 최초 취지를 자칫 몰각시킬 우려가 있다는 비판이 제기된다.⁴⁹⁾

나. 보호법익의 축소 - 사생활의 비밀과 자유

보호법익을 제한하여 관념하는 논의는, 사실적시 명예훼손죄 존폐론에서 발견된다. 우선 존치론의 입장에서는 사생활의 비밀과 자유가 사실적시 명예훼손죄에 의하여 보호되어야 한다는 점이 자명하다.⁵⁰⁾ 반대로 폐지론에서도 형법 제307조 제2항이 허명을 보호하는 것은 수정되어야 하지만, 그 경우에도 사생활의 비밀·자유는 엄격히 보호되어야 한다는 것이 주류적 견해이다.⁵¹⁾ 형벌의 겸역성을 강조하며, 아예 형법상 명예훼손죄의 보호법익을 사생활의 비밀로 명시·한정할 것을 제안하는 입장도 있다.⁵²⁾

사실적시 명예훼손죄의 보호법익을 헌법상 사생활의 비밀·자유로 제한 해석하는 것은, 전파가능성의 법리를 폐지하는 논거가 될 수 있다. 명예권은 ‘사회적’ 가치 평가가 부정적으로 발달·변모하는 경우에 문제된다. 그렇기에 명예는 이를 형성하는 주체로서 본질적으로 불특정 혹은 다수가 전제되는 개념인 반면, 사생활은 직접적인 유출 자체로서 침해되는 것으로서 불특정 혹은 다수에 전파되는 경우에 오직 추가적으로 그 비밀·자유가 침해된다. 물론 전파가능성의 법리가 존속하는 편이 사생활의 비밀·자유 보호에도 더 효과적이지만, 일반적 명예에 비하여 그 필요성이 적어도 이론상 덜하다는 데에 착목할 수 있다. 전파가능성의 개연성이 있는 소수의 특정인에게 일정한 사실이 유출된 상황을 상정하여 보면, 사생활의 비밀과 자유는 명예권과 달리 추후 침해될 개연성만을 가지고 형사처벌로써 보호할 당위가 상대적으로 열음을 알 수 있다.

47) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결.

48) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결.

49) 신평, 새롭게 쓰는 명예훼손법, 청림출판, 2004, 80-81.

50) 박정난, “사실적시 명예훼손죄의 비범죄화에 관한 입법론적 검토”, 법학논총 제31권 제3호 (2019. 2.), 262.

51) 윤해성·김재현, “사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, (2018. 10.), 143-147; 김재현, “사실적시 명예훼손죄의 존폐론”, 고려법학 제93호 (2019. 6.), 172-173.

52) 송진경, op. cit., 126-127.

다. 연성법을 통한 국제사회의 목소리

인권감시(Human Rights Watch)는 대한민국의 사실적시 명예훼손죄가 국제인권법에 위반된다고 비판하며, 즉각적으로 형법 제307조 제1항 등에 기한 공소제기를 중지하고, 조속히 당해 조항을 입법론적으로 폐지하여야 한다고 권고하는 내용의 검토보고서를 UN인권위원회(Human Rights Committee)에 제출한 바 있다.⁵³⁾ 이를 반영하여 UN인권위원회는 국가별 정례인권검토(Universal Periodic Review)를 통해 사실적시 명예훼손죄 폐지를 촉구하였다.⁵⁴⁾ 이와 더불어 반대의견이 명기하는 UN인권위원회의 권고의견, UN인권이사회 특별보고관 보고서도 있다.

이들은 총체적으로 국제법상 연성법(soft law)을 이룬다. 흔히 연성법이란 엄격한 의미의 법은 아니지만, 그것이 준수되리라는 일정한 수준의 기대를 창설하는 “법과 정치 사이의 중간지대적 성격을 지닌 국제적 행동규칙”이라고 일컬어진다.⁵⁵⁾ UN인권위원회는 UN 체제 하의 자유권규약(International Covenant on Civil and Political Rights)에 따라 설립된 전문가 기구(expert body)로서, 자유권규약 당사국들의 이행상황을 주기적으로 검토·감시하는 UN의 산하 기관이다. 그 국가별 정례인권검토는 유서 깊은 관행이자 국제인권법상의 권위 있는 문헌으로서, 인권법의 분야에서 강력한 사실상의 영향력을 행사한다. 다수의견이 ‘공공의 이익’을 보다 넓게 인정하는 새로운 법리를 채용한 것도 UN인권위원회의 권고의견을 의식한 것으로 평가된다.⁵⁶⁾

IV. 전파가능성의 법리에 대한 비교법적 검토

1. 보통법(Common Law) 체계

가. 영국

중세 영국의 교회법과 군주주권 및 신분제의 사회제도는 국왕, 귀족, 성직자 등 귀인(貴人)의 명예를 보호하는 데에 방점을 두었다. 이러한 태도는 근대 보통법에도 계승되어 명예훼손으로 인한 손해배상의 소인(訴因; cause of action)이 모조리 추정된다고 보는 엄격책임에 근접한 법리의 군(群)을 형성하였다.⁵⁷⁾ 특히 성칭법원(court of Star Chamber)은 로마법상의 서면에 의한 귀인비방죄(libellus famosus)를 차용하여, 문서에 의한 언론범죄의 유형으로 ❶ 정치적 명예훼손 ❷ 사인에 대한 형사명예훼손 ❸ 신성모독죄 ❹ 음란물죄를 처벌하였다.⁵⁸⁾

53) Human Rights Watch, “Universal Periodic Review Submission – Republic of South Korea” (2017. 3.), 2-3.

54) UNHRC, “UPR of Republic of Korea(3rd Cycle – 28th session)”, paras. 132.107-108.

55) 정인섭, 新국제법강의(제11판), 박영사, 2021, 81.

56) 원유민, “우리 법원에서의 국제법 관련 판결”, 서울국제법연구 제28권 제1호 (2021. 6.), 374.

57) 박용상b, 영미 명예훼손법, 한국학술정보, 2019, 37-38.

그러나 보통법상 비일관적·모순적 법리의 전개에 대한 비판과 함께 언론의 자유가 부상함에 따라 1996년과 2013년 법개정을 통해 균형추가 표현의 자유 쪽으로 이동하게 된다. 또한 문서에 의한 언론범죄 4종류가 1959년 음란출판법(Obscene Publication Act), 2008년 형사사법 및 이민법(Criminal Justice and Immigration Act), 2009년 검시관 및 사법법(Coroners and Justice Act)로 모두 대체됨에 따라 공식적으로 형사처벌이 일체 철폐되었다.⁵⁹⁾ 그 배후에는 언론의 자유를 보장하는 유럽인권협약 제10조에 대한 고려도 있었다고 평가된다.⁶⁰⁾

민사상 손해배상에 있어 명예훼손을 가한 측의 항변·면책을 개관해 본다. 첫째, 진실의 항변(defence of truth)이라 하여, 사소한 부정확성에도 불구하고 내용의 요점이 실질적으로 진실하다는 것을 입증함으로써 항변할 수 있다.⁶¹⁾ 그러나 명예를 훼손하는 내용을 반복하거나 재공표하는 자는 그가 처음 명예훼손적 표현을 한 것과 같은 책임을 지게 되는데, 이는 “소문 전파자는 소문 날조자와 같이 나쁘다”라는 법언에 기초하여 채택된 일명 반복규칙(repetition rule)이다.⁶²⁾ 다만 이 경우에도 선의 배포자의 항변, 공정보도의 특권, 중립보도의 특권 등이 인정된다.⁶³⁾ 둘째, 절대적 면책특권(absolute privilege)은 정부의 일정한 직무를 집행하는 자가 일정한 절차 내에서 행한 진술에 대하여 표현의 내용을 막론하고 면책되는 것을 의미한다.⁶⁴⁾ 셋째, 제한적 면책특권(qualified privilege)은 표현자 자신과 상대방 사이에 당해 정보를 주고받을 이익과 의무가 있고 이를 위해 필요·적정한 범위 내에서 직접적으로 정당한 이익을 가지는 사람들에게 진술한 것이라면 면책된다는 것이다.⁶⁵⁾ 악의가 입증되면 면책특권이 깨진다는 점에서 제한적 면책특권으로 불린다. 넷째, 언론 미디어의 보도 특권으로서 일명 ‘레이놀즈 항변’이 있다. 즉, 책임 있는 언론(responsible journalism)의 범위 내라면 언론의 자유를 보장하겠다는 것으로 이해할 수 있으며,⁶⁶⁾ 현행 명예훼손법 제4조에 공익사항에 관한 책임 있는 보도의 항변(defence of responsible publication on matters of public interest)으로 명문화되어 있다.

나. 미국

미국은 주별로 명예훼손에 대한 형사처벌을 규정하기도 하지만, 연방 보통법 차

58) Ibid., 54-55.

59) Ibid., 57.

60) 허순철, “영국의 명예훼손법 개정과 그 의미”, 공법학연구 제16권 제4호 (2015. 11.), 129.

61) *Williams v Reason* [1998] 1 WLR 96.

62) *Lewis v Daily Telegraph Ltd.* [1964] AC 234; *McPherson v. Daniels* [1829] B&C 263; *Roberts & Another v. Gable & Others* [2007] EMLR 457.

63) 박용상b, op. cit., 101.

64) Ibid., 110; Robert Sack, *Sack on Defamation: Libel, Slander, and Related Problems*(4th ed.), New York: Practising Law Institute (2012), Ch. 8 참조.

65) Robert Sack, op. cit., Ch. 9 참조.

66) *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.* [1999] 3 WLR 1010; *Charman v. Orion Publishing Group & Others* [2006] EWHC 1756 (QB); *Flood v. Times Newspapers Ltd.* [2012] UKSC 11.

원에서 원칙적으로 명예훼손이 형사사건으로 처리되는 경우는 드물다. 그 결과 민사쟁송이 명예훼손에 있어 피해자 권리구제의 대중을 이루고 있다. 연방대법원은 판례법을 통하여 공적 인물인 경우 외에 사적 인물이라도 공적 사항에 관한 보도라면 가해자의 명예훼손적 표현이 허위이며, 피고가 이에 대하여 악의·중과실에 준함을 입증하여야 한다는 현실적 악의(actual malice) 이론을 발달시켰다.⁶⁷⁾ 따라서 가해자가 과실(negligence)보다 한 단계 높은 ‘현실적’ 악의를 갖춘 상태에서 주관적·의식적으로 경솔하게 허위성을 경시(reckless disregard of falsity)하였어야 한다.⁶⁸⁾ 피해자는 이를 명료하고 설득력 있는 증거(clear and convincing evidence)에 의하여 입증할 책임을 부담함으로써, 일반 민사소송상 승소에 충분한 증거의 우위(preponderance of evidence)만으로는 부족하게 된다.⁶⁹⁾

이러한 현실적 악의 이론을 우리 대법원은 명시적으로 배척한 바 있다.⁷⁰⁾ 하지만 이후 헌법재판소가 미국의 이론을 일부 수용하는 듯한 결정을 하였고,⁷¹⁾ 대법원도 공인 및 공적 사안에 관하여 국민적 감시기능이 필요하므로 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한” 면책되어야 한다고 판시하였고,⁷²⁾ 현재에 이르기까지 공인이나 공적 사안에 관하여는 ‘현저히 상당성을 잃은 공격의 법리’가 확고부동한 입장으로 채택되어 있다.⁷³⁾ 이를 두고 현실적 악의 이론을 배척한 종전의 태도를 사실상 폐기한 것으로 보는 견해도 있는데,⁷⁴⁾ 어느 모로 보나 대법원은 사실상 현실적 악의 이론에 점차 접근해 가고 있다.

한편 영국 보통법상 반복규칙과 유사하게 미국의 경우에도 ‘재공표규칙(republishing rule)’이 인정되어, 명예훼손을 재공표한 자는 그것이 인용에 불과한 경우에도 일정한 책임을 지게 된다.⁷⁵⁾ 그럼에도 미국 법원은 공정보도의 특권을 인정하여 언론이 공개적·공식적 절차에서 행한 진술·기록을 공정·정확하게 보도하는 경우 진실성을 묻지 않고 면책을 인정하고 있다.⁷⁶⁾ 다만 공적 사안에 관한 토론·논쟁에서의 명예훼손적 표현을 중립적으로 보도한 경우 면책시켜 주는 중립보도의 특권(neutral reportage privilege)은, 면책이 문제되는 경우에 공정보도의 특권이 전가의 보도처럼 사용된 결과 사장된 상태이다.⁷⁷⁾

67) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 299 (1964); *Gertz v. Robert Welch Inc.* 418 U.S. 339, 340 (1974); *Philadelphia Newspapers Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767 (1986).

68) *Curtis Pub. Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 153 (1967); Robert Sack, op. cit., para. 1:3.1

69) *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968).

70) 대법원 1997. 9. 3. 선고 97다24207 판결; 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결.

71) 헌법재판소 1999. 6. 24.자 97헌마265 결정.

72) 대법원 2003. 7. 8. 선고, 2002다64384 판결; 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결.

73) 대법원 2014. 4. 24. 선고 2013다74837 판결; 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결; 대법원 2019. 11. 21. 선고 2015두49474 전원합의체 판결; 대법원 2021. 3. 25. 선고 2016도14995 판결 등.

74) 신평, op. cit., 294-304.

75) *Hogan v. Herald Co.*, 446 N.Y.S. 2d 836, 841 (App. Div. 1982); *Condit v. Dunne*, 317 F.Supp. 2d 344, 363 (S.D.N.Y. 2004).

76) 박용상b, op. cit., 164-174.

77) Robert Sack, op. cit., para. 7:3.5[D][4].

2. 법전법(Civil Law) 체계

가. 프랑스

프랑스는 명예훼손죄를 특별형법으로서 언론자유법(Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse) 제35조에 규정하고 있으며, 진실한 사실임이 입증되는 경우 처벌하지 않는다. 진실성 요건만을 요구한다는 점에서 우리나라보다 가벌성의 범위가 확대되어 있음을 알 수 있다. 이 외에도 언론자유법은 언론 범죄의 시효를 1년 내로 짧게 제한하고, 고소인의 주장에 흠결이 있는 경우 보정명령(requalifier)이 불가능하고 면소판결(non-lieu)을 하여야 한다고 규정함으로써 언론의 자유를 폭넓게 보장하고 있다.⁷⁸⁾

최근 명예훼손죄를 긍정한 사안에 대하여 유럽인권법원이 유럽인권협약 제10조 제2항 위반이라고 판단하면서,⁷⁹⁾ 진실한 사실이 아닌 경우에도 공익적 목적이 강하다면 명예훼손죄로 처벌할 수 있는 범위가 더욱 좁아지는 추세에 있다. 다만, Pleven법, Gayssot법, 평등·시민권법 등에서 인종차별·성차별을 비롯한 혐오표현에 대한 죄목을 별도로 규정하고 있다.⁸⁰⁾ 종합하면, 프랑스는 기본적으로 표현의 자유를 강하게 보장하지만, 혐오표현이 문제되는 특수한 영역에서는 형사처벌로써 명예훼손적 표현을 단죄하고 있음을 알 수 있다.

나. 독일

독일 형법은 사실적시 명예훼손을 처벌하지 않는다. 독일 형법 제186조 내지 제187조의 허위사실적시 명예훼손죄는 공연성이 없는 경우에도 성립하되, 공연성을 성립요건이 아닌 가중요건으로 삼고 있다.⁸¹⁾ 이때 공연성은 “불특정이면서 다수인”을 적시의 상대방으로 하는 상태라고 해석된다.⁸²⁾

다. 일본

우리나라와 유사한 국가로는 일본이 있다. 일본 형법 제230조 제1항은 우리나라 형법과 마찬가지로 사실적시 명예훼손을 처벌하면서, 공연성을 그 요건으로 한다. 일본 형법 제230조의2 제1항은 우리 형법 제310조와 유사하게, 진실성과 공공의 이해(내지 공익) 요건이 구비되는 경우의 위법성조각사유를 규정하고 있다.

일본 최고재판소는 전과가능성의 법리를 1919년 이후로 채택하여 왔다. 특기할

78) 강명원, “프랑스에서 표현의 자유에 관한 연구 - 표현의 자유 제한을 중심으로”, 공법연구 제49권 제3호 (2021. 2.), 123-124.

79) CEDH, 5^e section, 21 janvier 2016, de Carolis et France Televisions c/ France (n° 29313/10).

80) 강명원, op. cit., 124-127.

81) 박영욱, op. cit., 1219.

82) 안경욱, op. cit., 88-89.

만한 점은, 일본에서는 전파가능성설과 직접인식가능성설이 굉장히 팽팽하게 대립하고 있으며 근래에는 전파가능성설이 유력설로 다시금 부상하고 있다는 점이다.⁸³⁾

3. 전파가능성의 포섭 가능성

대상판결의 반대의견에도 불구하고, 비교법적으로 볼 때 전파가능성의 법리가 특별히 부당한 것은 아니다. 우리와 가장 유사한 법제를 채택하고 있는 국가 중 하나인 일본은 전파가능성의 법리를 유지하고 있으며, 학계에서 오히려 전파가능성설이 다수설으로 포착된다. 한편 우리와 가장 상이한 법체계를 지닌 영미법계에서도, ‘반복규칙’ 내지는 ‘재공표규칙’의 정신은 오히려 전파가능성의 법리와 상통하는 것으로 보아야 한다. 징벌적 손해배상제의 존재 및 민·형사의 상대적 구분에 비추어 볼 때 영미법계에 대한 맹종의 태도는 경계하여야 할 것이나, 적어도 형사 법률상 입법자의 결단 내지 입법취지에 관한 실질적 동이(同異)에는 주목할 필요가 있다. 이 뿐만 아니라 혐오표현을 보다 강하게 규제하는 시대적 흐름을 고려하면, 사회적 차별과 그로 인한 분열·반목에 선제적으로 대응하기 위해서라도 전파가능성의 법리를 유지할 실익을 찾을 수 있다.⁸⁴⁾ 이러한 의미에서 전파가능성의 법리는 오히려 표현의 자유를 실질적으로 보장하는 데에 기여할 수도 있다고 볼 수 있다.

V. 전파가능성 법리의 유지 필요성

1. 범규범의 검토: 명예권에서 비롯되는 형사처벌의 당위성

사실적시 명예훼손죄는, 허위의 사실이 아닌 진실한 사실을 적시한다는 점에서 표현의 자유를 제한하는 형사입법이다. 그 구도는 표현의 자유를 한 쪽에 두고 다른 한 쪽에는 주위적 보호영역으로 명예권, 보충적·중핵적 보호영역으로 사생활의 비밀과 자유를 두는 기본권의 진정충돌 상황이다. 명예훼손은 개인의 명예권 및 이와 불가분적으로 결합되어 있는 일반적 인격권을 보호하고자 인정된다. 그런데 인격권이란 그 향유주체와 분리할 수 없는 인격적 이익의 왜곡·변형·훼손을 받지 않을 권리로서, 인간 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건을 포괄적으로 보호하는 역할을 수행한다. 인간의 존엄과 가치가 기본권 중의 기본권인 이상, 개인의 인격권에서 유래하는 명예권은 수치형(羞恥刑) 내지 사회적 매장이 대두되는 현대사회에서 마찬가지로 강도 높게 보호되어야 한다.

비록 민주주의의 태동과 공고화가 표현의 자유를 중심으로 이루어짐이 사실이지만, 공권력에 대한 견제가 용이해진 정보화 시대에 표현의 자유를 과거 군사독재 하에서만 중시하는 시대정신(Zeitgeist)이 아직도 유효한지 의문이다. 나아가 적시

83) 박영욱, op. cit., 1220-1221.

84) 홍영기, “형법이 보호하는 명예 - 사실적시 명예훼손죄 비범죄화논의와 관련하여”, 헌법재판연구 제7권 제2호 (2020. 12.), 192-193.

하는 사실이 진실이라는 이유만으로 가벌성의 범위를 제한하여야 한다는 시각들이 타당한지도 의구심이 든다. 명예훼손죄가 보호하는 것은 사회적 평가이며, 진실한 사실이든 허위의 사실이든 사회적 평가를 저해한다면 우선 그 적시를 제한할 필요성에 차이를 둘 이유가 불분명하기 때문이다. 행위자가 피해자를 사회구성원으로 온전히 생활하지 못하도록 만들 의도로 사실을 적시하는 것이 형법상 금압되는 대상이며, 이때 적시된 사실이 허위인지 아닌지를 가려내기까지 피해자의 사회에 대한 연결성(connexité)이 깨지면 다시 회복될 수 없는 경우가 대부분이라는 점에서 내용의 진실성 여부가 중요하지 않다.⁸⁵⁾

오늘날 형법상 명예에 관한 죄가 보호법익으로 하는 명예는 사회적 개인의 최소한의 실존요건으로서 의미를 지닌다. 우리의 헌법질서가 전제는 인간상은 사회공동체 안에서 자신의 생활을 자기책임 하에 스스로 결정·형성하는 성숙한 민주시민이며, 그러한 인간은 공동체에 관련·구속되어 있으면서도 고유가치를 훼손당하지 않고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체라 할 것이다.⁸⁶⁾ 즉, 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 법규범 체계는 사람들이 함께 살아가는 사회(Mitwelt) 속에서 소통을 통해 공동체와 스스로 사이에 균형을 잡고 자율적으로 인격을 형성해 나가는 인간을 예정하고 있다. 그런데 이러한 인간의 사회적 가치평가로서의 명예를 훼손한다는 것은 그를 타자로부터 완전히 단절시켜 그의 실존됨을 박탈하는 것이다.⁸⁷⁾ 명예가 훼손된 사람은 사회적으로 배격당하며, 더 이상 소통에 그 의사대로 참여할 수 없게 되고, 그 존재의 의미를 상실함에 따라 헌법이 예정하는 인간상과 완전히 괴리된다. 이는 불명예의 삶을 관념할 때 더욱 명백해지며, 특히 사실을 적시한다는 명분 아래 명예훼손을 서슴지 않는 것은 정보사회에서 물리력·경제력보다도 중요하다고 할 수 있는 핵심적인 삶의 조건으로서 타자 및 사회로의 연결성을 끊어버리는 것임에 유의하여야 한다.⁸⁸⁾

헌법재판소는 최근까지 반복적으로 사실적시 명예훼손죄가 표현의 자유에 대한 과도한 제한이 아니라고 판시하여 왔다. 명예는 사회에서 개인의 인격을 발현하기 위한 기본조건이므로 표현의 자유와 인격권의 우열은 쉽게 단정할 성질의 것이 아닌 점, 헌법 제21조가 표현의 자유를 보장하면서도 타인의 명예와 권리를 그 한계로 선언하는 점, 개개인이 사적 제재수단으로 명예훼손을 악용하는 것을 규제할 필요성이 있는 점, 공익성이 없음에도 단순히 허명을 공격하고자 타인의 약점·허물을 공연히 적시하는 것은 표현의 자유의 목적에도 부합하지 않는 점 등을 종합적으로 고려하면, 형법 제307조 제1항은 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해하지 않는다는 것이다.⁸⁹⁾

사실적시 명예훼손죄는 인격권 보호에 필수적이며,⁹⁰⁾ 따라서 그 보호법익을 축소

85) 홍영기, op. cit., 189.

86) 헌법재판소 2003. 10. 30.자 2002헌마518 결정.

87) 홍영기, op. cit., 177.

88) Ibid., 178-179.

89) 헌법재판소 2021. 2. 25.자 2017헌마1113, 2018헌바330(병합) 결정; 헌법재판소 2021. 7. 15.자 2021헌마88 결정.

하는 등의 방안을 통한 성립범위 제한에는 선불리 동의할 수 없다. 그렇다면 전과 가능성을 사실적시 명예훼손죄의 구성요건으로 포섭할 필요가 있는지 이하 정리해 보고자 한다.

2. 법현실의 검토: 정보사회 속 명예훼손적 표현의 확산

법규범과 법현실은 괴리되어서는 안 되며, 법규범은 법적 안정성이라는 한계를 이탈하지 아니하는 선에서 법현실의 보폭에 신속히 반응하여야 한다. 외적 명예는 일단 훼손되면 완전한 회복이 사실상 불가능한데, 사회적으로 명예가 중시되나 명예훼손으로 인한 피해는 더 커지고 있다. 인터넷의 발달로 인하여 기존에는 상상하지 못한 속력으로 온갖 수단을 통해 비전형적인 정보의 확산이 이루어지고 있음은 다언을 요하지 않는다. 악플과 비방적 표현 그리고 선거공작과 여론선동의 문제들은 이를 여실히 드러내고 있다. 일각에서는 사이버공간의 쌍방향성으로 인하여 반박가능성이 보장되기에 도리어 명예훼손을 엄벌하는 태도에서 탈피하여야 한다고 주장하지만, 피해자와 가해자 간의 전과자로서의 지위가 현격하게 불균등할 수 있음을 고려하면 이러한 주장은 정보비대칭과 디지털 역량의 불평등을 간과한 것이다.⁹¹⁾ 결국 전과가능성이 우리가 당면한 법현실에서의 명예훼손적 표현으로 인한 문제의 요체를 이루고 있음은 부정할 수 없는 사실이다.

다만 표현의 자유도 정보사회의 발달에 따라 그 보호영역이 넓어지는 것이 보통이므로, 인격권과 적절한 조화를 이루기 위해 전과가능성의 법리를 제한할 필요는 인정할 수 있다. 다수의견의 법리 외에, 영미법상 반복규칙·재공표규칙에 대한 항변으로서 인정되는 단순한 전과자(innocent disseminator)의 항변을 도입하여,⁹²⁾ 정보통신망에서 명예훼손적 표현임을 인지하지 못한 채 악의 없이 이루어지는 배포에 있어 민사적 손해배상의 범위를 제한하거나 형사상 가벌성을 부인하는 등의 입법론적 보완을 모색해 볼 수 있을 것이다.

3. 실효성의 제고: 형사처벌과 민사배상의 범경제학

이상의 논의는, 형사처벌의 실효성이 담보되지 않으면 무의미할 것이다. 전과가능성의 법리를 유지하는 것이 명예훼손적 표현을 억제하는 데에 실효적일 뿐만 아니라 비용-편익의 차원에서 효율적이어야 현실적 정당성을 인정받을 수 있다. 그렇다면 피해자와 가해자 그리고 형벌권을 가진 국가의 복잡다기한 이해관계를 최적화하는 데에 전과가능성의 법리가 기여하는지 분석할 필요가 있다. 주위적으로는 형사

90) 명예에 관한 죄와 관련하여, 정보통신망법상 명예훼손죄를 반의사불벌죄로 규정한 것이 체계정당성에 반하지 않는다는 것에 헌법재판소 2021. 4. 29.자 2018헌바113 결정을, 허위사실적시 명예훼손죄가 합헌이라는 것에 헌법재판소 2021. 2. 25.자 2016헌바84 결정을, 모욕죄가 합헌이라는 것에 헌법재판소 2020. 12. 23.자 2017헌바456 결정을 참조하라.

91) 박용상a, op. cit., 1251-1253.

92) Ibid., 1297-1298; 이는 중립보도의 특권과도 맥을 같이한다.

책임을, 보충적으로는 불법행위책임을 검토하여 전과가능성의 법리를 통합적으로 고찰해 보고자 한다. 다만, 엄밀한 수학적 모델링과 구체적 함수의 계량적 도출은 본고의 목적 범위를 벗어나므로, 이하에서는 사회 전체적으로 합리적인 선택이 무엇일지에 관한 직관적 결론을 도출하는 데에 중점을 둔다.

가. 형사책임

형사처벌은 일반예방적 효과와 특별예방적 효과를 가진다. 전자는 범죄억제(deterrence)기능으로 구체화된다. 후자는 범죄자를 사회에서 격리시키는 무력화(incapacitation)기능, 범죄자를 교화시키는 재활(rehabilitation)기능, 형벌권 발동으로써 응분의 보복을 가하는 응보(retribution)기능으로 구체화된다.⁹³⁾ 이하에서는 전과가능성의 법리가 어떻게 ① 개인의 사실적시 명예훼손죄를 범하는 것을 억제하고 ② 동 범죄의 사회적 비용을 최소화하는 데에 기여하는지 살펴본다.

1) 범죄행위의 결정

개인적 차원에서 위법행위에 나아갈지 말지를 결정하는 것을 ‘범죄행위결정이론’으로 이처럼 설명된다.⁹⁴⁾ 이를 위해서는 기대이익과 기대비용을 비교하여야 한다. 기대이익은 범죄행위로부터 얻는 금전적 이익과, 범죄행위자가 느끼는 성취감·모험심·만족감 기타 동료로부터의 인정 등 심리적 이익으로 구성된다.⁹⁵⁾ 한편 기대비용은 직접 필요한 경비 및 심리적 비용을 포괄하는 직접비용(direct cost), 범죄행위 대신 합법적 분야에서 취업하였다면 얻었을 일실수입으로서의 기회비용(opportunity cost), 그리고 처벌의 강도와 처벌받을 확률을 곱한 기대처벌비용(expected punishment cost)으로 대별된다.⁹⁶⁾

기대이익의 증가율은 체감하고, 기대비용의 증가율은 체증하는 연속적이고 미분가능한 소위 잘 정의된(well-defined) 함수를 상정하면, 합리적 인간인 행위자는 이해득실을 따짐에 따라, 범죄행위의 한계기대이익(marginal expected benefit)이 한계기대비용(marginal expected cost)과 같아지는 지점에서 범죄행위의 빈도·강도 등 수준을 결정한다.

그렇다면 명예훼손적 표현의 가해자는 처벌확률 $p \in [0, 1]$ 에 대하여, 범죄행위의 기대이익이 기대비용을 상회하는 한 구체적 범행으로 나아간다.⁹⁷⁾ g_{mon} 은 금전적 이

93) 신도철, “범죄와 형벌의 범경제학” (김일중·김두일 편집), 범경제학: 이론과 응용[1], 해남(2011), 316.

94) 박세일 외 6인, 범경제학(재개정판), 박영사, 2019, 434.

95) Ibid., 435-436.

96) Loc. cit.

97) T. Miceli, Economic Approach to Law, Stanford University Press (2004), 288-290.

익, g_{psy} 는 심리적 이익, c_{dir} 는 직접비용, c_{opp} 는 기회비용, f 는 과료·벌금 등 금전적 형벌(언론사의 명예훼손의 경우 행정형벌 외에 과징금이나 행정질서벌로서의 과태료 등 행정법상 기타 의무이행확보수단도 문제될 수 있다.), t 는 구속·유치·구인·징역·금고 등 형사절차상 일체의 자유형적 제재, c_{pun} 는 자유 구속에 따른 시간단위별 불이익을 금전으로 환산한 비용을 각기 표상한다고 하자.

$$g_{mon} + g_{psy} > c_{dir} + c_{opp} + p(f + c_{pun}t)$$

좌변을 $G = g_{mon} + g_{psy}$ 로 정의하고 이를 y 축에 위치시키면, 위 식의 우변을 하한로 하여 범죄행위의 공급수준이 우상향하는 개인의 ‘범죄행위공급곡선’이 도출된다.⁹⁸⁾ 명예훼손적 표현을 통하여 행위자가 얻는 심리적 이익은, 기본적으로 외적 명예를 침해하였다는 데에서 느끼는 통쾌감 기타 이에 준하는 감정이다.⁹⁹⁾ 그런데 전과가능성의 범리는 그러한 심리적 이익을 완전히 얻기도 전에 명예훼손의 성립을 긍정한다. 그에 따라 명예훼손적 표현이 성립하는 데에 이르기 위한 직접비용은 줄어드는 반면, 그 기회비용은 대폭 증가할 것이다. 이를 수치화한 절댓값의 대소가 전체적 순(純)효과를 결정짓게 되는데, 가벌성의 범위를 넓힘에 따라 반사적으로 직접비용이 줄어드는 것에 비하여 기회비용은 복잡다단한 형태로 증가할 것이 의도된다는 점에 비추어, 다음과 같이 후자의 절댓값이 더욱 큰 것으로 보는 것이 합리적일 것이다. 한편 자유 구속에 따른 시간단위별 불이익에는 영향이 없다. 이상을 전과가능성의 범리 존치여부(1이면 존속, 0이면 폐지)를 나타내는 질적 변수(RLY)와 비용변수별 기대함수(expectation function)를 사용하여 표현해 본다.

$$E(c_{dir} | RLY=1) < E(c_{dir} | RLY=0)$$

$$E(c_{opp} | RLY=1) \gg E(c_{opp} | RLY=0)$$

$$E(c_{pun} | RLY=1) = E(c_{pun} | RLY=0)$$

$$\therefore E(c_{dir} + c_{opp} + p(f + c_{pun}t) | RLY=0) < E(c_{dir} + c_{opp} + p(f + c_{pun}t) | RLY=1)$$

요컨대 전과가능성의 범리는, 앞서 본 범죄행위공급곡선의 하한을 상승시키는 결과를 가져오고, 그 자연스러운 귀결로 명예훼손적 표현이라는 범죄행위로 나아갈 행위자의 유인을 감소시킨다. 적어도 범죄행위의 결정에 있어서 전과가능성의 범리

98) 박세일 외 6인, 435.

99) 홍영기, op. cit., 187. 이러한 연유로 벌금형·손해배상 등 재산적 제재가 실효성이 없다는 비판이 유력하다.

를 존속시키는 것이 바람직하다는 점이 직관적으로 자명한 것과는 상통한다.

실제에 있어서는 대상판결이 전과가능성의 법리를 다양한 방면으로 제한하는 점에 비추어, 전과가능성의 법리 존치여부(RLY)가 질적 변수가 아닌 양적 변수로 파악함이 타당하다. 수학적으로는 다음과 같이 재구성할 수 있다. 결론은 동일하다.

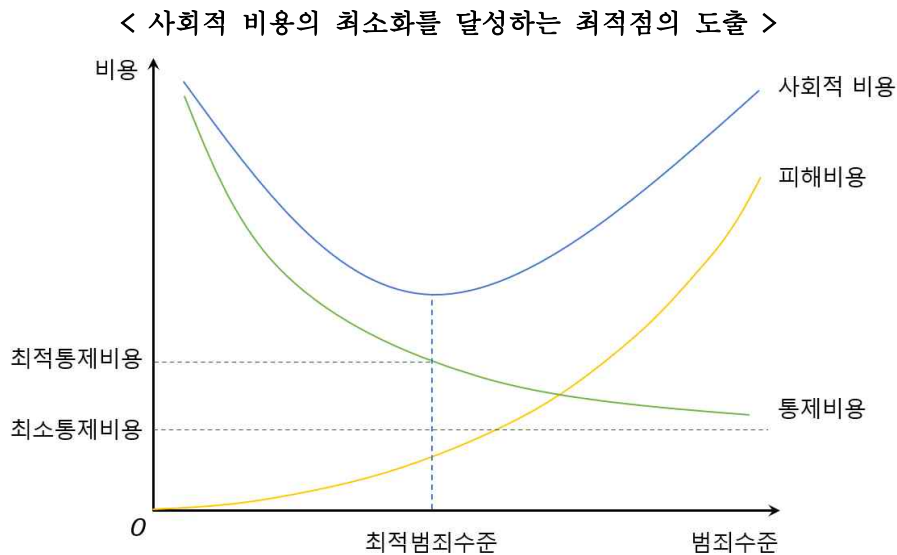
$$0 \leftarrow \text{cov}(c_{dir}, RLY) / \text{var}(RLY) < \text{cov}(c_{opp}, RLY) / \text{var}(RLY)$$

$$\text{cov}(c_{pun}, RLY) / \text{var}(RLY) = 0$$

$$\therefore \text{cov}(c_{dir} + c_{opp} + p(f + c_{pun}t), RLY) / \text{var}(RLY) > 0$$

2) 사회적 비용의 최소화

범죄의 사회적 비용은 범죄로부터의 피해비용(damages cost)과 범죄의 예방·처벌을 위한 통제비용(control cost)으로 구성된다.¹⁰⁰⁾ 그 합인 사회적 비용함수가 바로 본 단계에서의 목적함수가 되며, 이때 개인의 명예권을 일정 수준 이상 보장해야 한다는 제약조건 하에서 목적함수를 최소화하는 제약하의 극소화(constrained minimization)가 요구된다.¹⁰¹⁾



위 그림에서도 묘사되는 것처럼 피해비용은 기하급수적으로 증가한다고 보아야 한다. 메트칼프의 법칙(Metcalf's law)에 따르면 네트워크의 가치는 참여자 수의 제

100) Ibid., 441-443; R. Cooter & T. Ulen, Law & Economics(6th ed.), Boston: Pearson Education Inc. (2012), 489-491.

101) 엄밀하게는 라그랑지 승수법을 활용하여야 할 것이지만, 본고의 목적이 수학적 엄밀성보다는 직관적 이해를 돕는 데에 있다는 점에 비추어 후속 연구로 미루고자 한다.

곱에 비례하는데, 정보통신망이 발달한 현대사회에서 명예훼손적 표현의 위력도 전파의 진전에 따라 상한 없이 그 이상으로 강해진다고 보아야 하기 때문이다. 다만 대상판결과 같이 정보통신망을 거치지 않는 경우도 있음을 감안하여, 메트칼프의 예측을 따라 대략 범죄수준의 제공에 피해비용이 비례한다고 상정해 본다.

반면 통제비용은 범죄를 억제하면 억제할수록 증가하므로 범죄수준에 대하여 우하향하는 개형을 가진다. 이때 제약조건을 감안하면, 범죄수준의 다과를 불문하고 항상 일정 수준 이상의 통제비용을 지출하여야 한다고 추론할 수 있다. 이는 통제비용의 점근선(漸近線)으로 표현된다. 이때 보호되는 법익은 양(+의 이익임에 반하여 통제비용은 음(-)의 이익 즉 비용인데, 이익과 비용의 양면성에 의하면 일반성의 상실 없이 비용 측면만 고려할 수 있다.

간단한 예시를 살펴보자. 범죄수준을 x 라고 하고, 피해비용을 $dmg = x^2$, 제약조건을 $0 < ctrl_{min} \leq ctrl$, 통제비용을 $ctrl = ctrl_{min} + 1/x$ 이라고 하면 다음과 같은 과정을 거쳐 최적범죄수준과 최적통제비용을 도출할 수 있다.

$$\begin{aligned} \text{Min } dmg + ctrl &= x^2 + ctrl_{min} + x^{-1} \text{ w.r.t. } x \\ \partial(dmg + ctrl)/\partial x &= 2x - 1 = 0 \\ \therefore x^* &= 1/2, ctrl^* = ctrl_{min} + 2 \end{aligned}$$

사회적 비용의 최소화를 위해서는 통제비용을 최적범죄수준에 맞추는 것, 다시 말해 최적통제비용을 범죄 예방·처벌의 예산으로 소요하여야 한다. 통제비용은 두 가지 부분으로 구성된다. 한 부분($ctrl_{min}$)은 제약조건에 따른 최소통제비용이고, 다른 부분($ctrl - ctrl_{min}$)은 최소통제비용을 공제한 통제비용이다. 후자는 범죄수준에 대하여 우하향하는 속성을 갖는데, 위에서는 x^{-1} 로 묘사되고 있음을 알 수 있다. 최적 통제비용에 도달하기 위해서는, 피해비용의 한계증가분이 통제비용의 한계감소분과 일치하여야 함을 위 그래프에서 알 수 있다. 이때 통제비용의 감소는 $ctrl - ctrl_{min}$ 에서 기인함이 명백하다. 그렇다면 사회적 비용의 최소화는 다음과 같은 조건에서 달성된다.

$$\partial dmg/\partial x = |\partial(ctrl - ctrl_{min})/\partial x|$$

피해비용 함수는 단조증가하므로, 앞서 상세히 법현실을 검토한 것에 비추어 볼 때 위 등식의 좌변은 과거에 비해 현대사회에서 다소 높아져 있는 상태일 것으로 추측된다. 그렇다면 사실적시 명예훼손죄의 사회적 비용을 최소화하기 위해서는 우변을 증가시켜야 할 터인데, 이는 통제비용에서 최소통제비용을 공제한 부분의 한계감소분 - 계산에 있어서는 최소통제비용이 상수라는 가정 하에 통제비용의 한계감소분 - 이 더욱 작아져야 함을 의미한다. 달리 표현하면 범죄 수준과 비용함수들이 동적으로 변화하는 현실에서 범죄를 보다 강하게 억제해야 함을 뜻하고, 전과가

능성의 법리 유지가 폐지보다 이러한 기조에 더욱 잘 부합함을 알 수 있다.

3) 소결: 사실적시 명예훼손죄 억제에 주된 통로

법경제학적 검토의 결과, 전과가능성의 법리가 있는 편이 없는 편보다 개인이 사실적시 명예훼손의 범행으로 나아가는 것을 억제하고, 사실적시 명예훼손범죄의 사회적 비용을 최소화하는 데에 기여할 수 있음을 확인할 수 있다.

나. 불법행위책임

1) 사회적 관점

불법행위 법제는 민법 제750조에 따라 사고(accident)의 발생가능성을 최소화하는 유인체제로 작용한다. 사회 전체적인 관점에서 사회적 비용을 최소화하는 주의의무($d = d^*$) 수준으로 수범자들을 유도하는 목적이 된다. 그렇다면 전과가능성의 법리가 있는 상황과 없는 상황을 두고 비교정태(comparative statics)분석을 통해 존치여부를 결정할 수 있다. 물론 사실적시 명예훼손에 대하여 불법행위책임조차 묻지 말아야 한다는 입장에서는, 이 부분 분석의 전제 자체에 반대할 수 있다는 점을 유념하여야 한다.

사회적 비용(C)은, 주의의무¹⁰²⁾의 단위당 비용을 m 이라고 할 때 주의의무비용($m \times d$)과, 사고의 단위당 비용을 n_A 이라고 할 때 상당한 주의의무를 다하여도 발생하는 사고로 인한 피해의 기댓값($E_A(d) \times n_A$)으로 구성된다.¹⁰³⁾ 사고의 단위당 비용이 항등(恒等)하게 유지되는 것이, 범죄의 피해비용의 증가율이 체증하는 것과 대조적이다. 널리 알려진 핸드 판사의 공식도 실상 경제학의 한계적 분석에 따른 것으로서 본질적으로 같은 맥락이다.¹⁰⁴⁾ 이때 C 역시 독립변수 d 에 대하여 잘 정의된(well-defined) 함수라고 하면, 주의의무의 수준과 사고의 빈도·강도는 반비례하므로 $E'_A(d) < 0$ 이고, 다만 그 감소 정도는 혼잡효과나 중복(redundancy)효과 등으로 인하여 체감하는 것이 보통이므로 $E''_A(d) > 0$ 이라고 전제된다.

$$\text{Min } C = md + n_A E_A(d) \text{ w.r.t. } d$$

102) 경제학적으로는 ‘과실책임’ 보다 ‘기여과실의 항변(defense of contributory negligence)’이 인정되는 엄격책임’이 사회적으로 더욱 효율적인 유인체제이다.(김정현, “불법행위법의 경제 분석: 표준 모형을 중심으로”(김두얼·양용현 편집), 법경제학: 이론과 응용[III], 해남(2014), 176-177; 박세일 외 6인, op. cit., 329-331.) 그러나 엄격책임주의는 근대 민사법의 이념 및 헌법상 자기책임의 원리에 어긋나므로 채용하기 어렵다.

103) 고학수·허성욱, “불법행위법의 법경제학”(김일중·김두얼 편집), 법경제학: 이론과 응용[I], 해남(2011), 182-184; R. Cooter & T. Ulen, op. cit., 200-204. 피해자의 손해회피·억제의무는 주의의무 차원에서 논의될 문제가 아니므로 논외로 한다.

104) 박세일 외 6인, op. cit., 314-318.

최소화의 제1계 조건은 $m/n_A = -E'_A(d^*)$ 이다. 이때 전과가능성의 법리의 존재는 기본적으로 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지 않으려는 행위자에 대하여 주의 의무 수준을 높이는 방향으로 작동한다는 점을 상기하여야 한다. 따라서 전과가능성의 법리가 존재하는 상황은 그렇지 않은 상황에 비하여 현재 사회 전체의 평균적 주의의무 수준(d_0)이 ❶ $d_0 < d^*$ 인 상황이라면 사회적 비용을 극소화하는 데에 기여하고, 반대로 이미 ❷ $d_0 > d^*$ 인 상황이라면 사회적 최적점으로서의 조정(tâtonnement)에 해가 된다.

추가적으로 전과가능성의 법리가 인수(parameter) m 에 대해 미치는 영향도 고찰해 보아야 한다. 현실에서의 공격적 표현, 정보통신망에서의 악플, 기타 명예훼손적 표현을 표출하는 데에 거리낌이 없는 것을 현대사회의 특질 중 하나이다. 이러한 추세와 더불어 진실한 사실을 이야기하는 이상 명예가 훼손되는 것은 고려할 필요가 없다는 인식이 팽배해 있다. 결국 현대사회에서 명예훼손을 쉽게 생각하는 경향(inclination) 내지 성향(propensity)이 있다고 추단할 수 있고, 그렇다면 주의의무를 다하는 비용이 심적으로 작지 않게 다가올 것이다. 수학적으로 표현하면, 사고의 단위당 비용에 대하여 표준화된(normalized) 주의의무의 단위당 비용으로서의 m/n_A 가 높은 수준에 위치해 있다고 추정된다.

이러한 가설이 실제에 들어맞는다면, $m/n_A > |E'_A(d_0)|$ 인 상황으로 점칠 수 있고, 작금의 현실은 $d_0 < d^*$ 인 상황이라고 추단할 수 있다. 이 경우 사실적시 명예훼손적 표현행위로 인한 불법행위에 대한 사회 전체적 주의의무 수준을 증대시키는 방향으로 이동하여야 최적수준을 달성할 수 있을 것이므로, 전과가능성의 법리를 존속시키는 것이 사회적 관점에서 도움이 된다.

2) 개인적 관점

형사영역에서는 고위공직자수사처 검사의 공소제기권 인정과 경찰의 불기소처분에 따른 수사종결권 획득에도 불구하고, 여전히 국가소추주의·기소편의주의가 대체로 유지되고 있다. 그러나 민사사건에서는 원칙적으로 본인소송주의가 관철되어, 피해자 입장에서 제소 단계부터 고려하여야 한다. 민사적 해결은 원칙적으로 피해자의 권리구제가 목적이다. 그렇다면 구도를 전환하여 제약하의 극대화(constrained maximization)로 풀이할 수 있다. 목적함수는 사회적 비용함수를 반전시킨 효용함수를 개개인에게 분속(分屬)시킨 개인의 권리구제함수로 표현된다.

$$\begin{aligned} \text{목적함수} &= (\text{승소가능성}) \times (\text{집행가능성}) \times (\text{소가}) \times (\text{인용비율}) - (\text{암목적 기회비용}) \\ &\quad - [1 - (\text{승소가능성}) \times (\text{집행가능성})] \times (\text{일체의 소송비용}) \end{aligned}$$

배상액은 소송가액 내지 소가에 판사의 인용비율을 곱한 값이다. 소송비용에는

입증비용, 변호사 보수, 소송수행에 따른 기회비용, 법원 서비스 이용대금 등이 있는데,¹⁰⁵⁾ 명시적 비용과 암묵적 비용으로 나뉜다. 명시적 비용은 승소 시 가해자 측에 전가할 수 있는 반면, 일실수입 및 소송에 소요되는 시간·노력 기타 제반비용은 암묵적 비용으로서 보상받기 어렵다. 이와 더불어 승소하더라도 가해자의 무자력 등으로 인하여 금전배상이 어려운 경우도 감안하여야 한다.

한편 징벌적 손해배상제에 의존할 수 있는지 여부도 중요한 요인이 된다. 사실적시 명예훼손죄 존치론에서 대표적으로 주장되는 논거는 징벌적 손해배상이 인정되기 어려운 상황 속에서 형사처벌 없이는 명예가 충분히 보호되지 못한다는 것이다.¹⁰⁶⁾ 최근 상법 개정을 통해 상사영역 일반에 징벌적 손해배상제도가 도입될 전망이다. 제대로 운용되기까지는 상당한 정책시차(policy lag)가 예견될 뿐만 아니라 상인 아닌 자 혹은 상행위가 아닌 방식으로의 명예훼손이 주로 문제되는 현실에서, 징벌적 손해배상제도에 기대기는 어려워 보인다. 또한 손해배상제도 일반에의 접근(access) 수준이 천차만별이어서 개인의 경제적 능력·여건에 따라 심각한 편차가 발생할 수 있다는 점에서,¹⁰⁷⁾ 징벌적 손해배상만으로 문제를 해결하자는 주장은 사회적 약자인 피해자의 권리구제를 도외시킬 우려가 있다.

제약조건 #1(전보배상): 인용비율 ≤ 1

제약조건 #2(징벌배상): 1 < 인용비율 ≤ 5

현실의 제약조건을 어떻게 추정할 수 있을지 살펴보자. 전보배상의 경우에는 처분권주의 하에서 최대 인용비율이 100%이므로 위의 제약조건 #1과 같이 표현된다. 징벌배상이 제대로 이루어지는 경우 대체로 손해액을 상회하는 배상이 가능하며, 현재 상법 개정안에 따르면 한도가 손해액의 5배라는 점에서 위의 제약조건 #2와 같은 부등식을 상정할 수 있다. 두 제약조건을 벡터로 보고, 제한적으로만 징벌배상이 가능할 것이라는 점에 비추어 제약조건 #1에 보다 큰 가중치를 둔 두 벡터의 볼록조합(convex combination)으로 구성된 집합의 어느 한 원소가 실제 제약조건일 것으로 추정할 수 있다.

전과가능성의 법리는 불법행위책임의 성립요건에 있어 가해자의 귀책사유 입증을 완화시킴으로써 피해자의 승소가능성을 증대시킨다. 그렇다면 제약하의 극대화 문제에서 전과가능성의 법리를 인정하는 것이 권리구제의 극대화에 유리하다. 이는 직관적으로도 명확하다.

105) 김두일, “소송 및 분쟁해결제도의 범경제학” (김일중·김두일 편집), 범경제학: 이론과 응용, 해남 (2011), 270-272.

106) 김형준, “명예훼손죄 비범죄화에 대한 비판적 검토”, 법학논문집 제43집 제3호 (2019. 12.), 86.

107) 박정난, op. cit., 277.

3) 소결: 불법행위책임의 보충적 성격

형사책임이 충분히 원활하게 작동한다면, 사실적시 명예훼손의 영역에서 불법행위책임의 보충적 성격에 따라 민사배상에서의 배상액 극대화가 반드시 필요한 것은 아니게 된다. 그런데 전과가능성의 법리는 형사정책적으로뿐만 아니라 불법행위책임의 추궁에 있어서도 유용한 것으로 확인된 바, 불법행위책임의 보충적 성격을 고려하더라도 결과적으로 전과가능성의 법리를 유지하는 것이 법경제학적으로 바람직하다고 조심스레 추측된다.

Ⅶ. 결어

전과가능성의 법리는 명예훼손죄의 구성요건해당성을 폭넓게 긍정하는 기능을 수행해 왔다. 판례상 그 맹아는 대법원의 무비판적 수용이었다는 문제, 특히 일본에서의 법리를 별다른 문제의식 없이 계수하였다는 감이 없지 않은 것이 사실이다. 하지만 현대사회에서 인터넷을 통한 다면적 소통의 양상이 비약적으로 발달하면서, 전과가능성의 법리는 오늘날 명예훼손범죄를 억제하고 그 결과 명예권의 침해를 예방하는 데에 효과적으로 기여하게 되었다.

하지만 정보통신망에의 접근성이 강화되고 사회의 면면에 온라인의 요소가 스며들며 따라, 명예훼손적인 표현은 예전보다 더욱 쉽게, 더욱 큰 부정적 메아리를 울리며 급격히 비상하고 있다. 한편 진실한 사실관계를 언급하는 것이 어째서 범죄로서 처벌되어야 하느냐라는 대중적 인식은 어느덧 지배적인 목소리가 되었다. 이러한 시의에 따라 사실적시 명예훼손죄를 폐지하여야 한다는 목소리는 강성하고, 국제사회 역시 다양한 경로로 사실적시 명예훼손을 범죄로 규정하여 형사처벌하는 우리의 법제에 대하여 지속적인 비판의 목소리를 내어오고 있다.

대상판결은 이러한 법현실에 당면하여, 전과가능성의 법리에 관한 우리 사법부의 입장을 명확·세밀하게 집대성하고 있다. 그간의 사실적시 명예훼손 판례가 일관적이지 못하다는 통계학적 비판도 존재하지만, 대상판결이 판단기준을 명확하게 정립하여 줌으로써 향후 그러한 우려는 불식되리라고 기대해 볼 수 있다.

대상판결의 다수의견은 “전과가능성의 법리를 유지하는 것이 실질적인 공연성 판단에 부합되고, 공연성의 범위를 제한하는 데에 공헌” 한다고 밝히고 있다. 법리적·경제학적 검토 결과, 전과가능성의 법리는 실로 사실적시 명예훼손의 법현실을 적절하게 반영하면서도, 법규범의 차원에서 이론적 처벌의 범위를 사회통념상 비난가능성의 범위와 일치시키고 있음을 알 수 있다. 이처럼 법규범과 법현실을 총체적으로 고려하건대 공연성에 관한 전과가능성의 법리는 유지되어야 한다.

참 고 문 헌

단행본

- 고학수·허성욱, “불법행위법의 법경제학” (김일중·김두얼 편집), 법경제학: 이론과 응용[I], 해남 (2011).
- 권영성, 改訂版 憲法學原論(2010年版), 보문사, 2010.
- 김두얼, “소송 및 분쟁해결제도의 법경제학” (김일중·김두얼 편집), 법경제학: 이론과 응용, 해남 (2011).
- 김정현, “불법행위법의 경제 분석: 표준 모형을 중심으로” (김두얼·양용현 편집), 법경제학: 이론과 응용[III], 해남 (2014).
- 박세일 외 6인, 법경제학(재개정판), 박영사, 2019.
- 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008.
- _____, 영미 명예훼손법, 한국학술정보, 2019.
- 성낙인, 헌법학(제21판), 법문사, 2021.
- 신도철, “범죄와 형벌의 법경제학” (김일중·김두얼 편집), 법경제학: 이론과 응용[I], 해남 (2011).
- 신평, 새롭게 쓰는 명예훼손법, 청림출판, 2004.
- 장영수, 헌법학(제13판), 홍문사, 2020.
- 정인섭, 新국제법강의(제11판), 박영사, 2021.
- 정중섭, 憲法學原論(第12版), 박영사, 2018.
- Cooter, Robert, Thomas Ulen, Law & Economics(6th ed.), Boston: Pearson Education Inc. (2012).
- Miceli, Thomas, Economic Approach to Law, Stanford University Press (2004).
- Sack, Robert, Sack on Defamation: Libel, Slander, and Related Problems(4th ed.), New York: Practising Law Institute (2012).

❖ 논문

- 강명원, “프랑스에서 표현의 자유에 관한 연구 - 표현의 자유 제한을 중심으로”, 공법연구 제49권 제3호 (2021. 2.).
- 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호 (2016. 12.).
- 김재중·이훈, “명예훼손죄에 있어 공연성의 개념 - 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결을 중심으로”, 법과 定策研究 제21권 제1호 (2021. 3.).
- 김재현, “사실적시 명예훼손죄의 존폐론”, 고려법학 제93호 (2019. 6.).
- 김형준, “명예훼손죄 비범죄화에 대한 비판적 검토”, 법학논문집 제43집 제3호

- (2019. 12.).
- 박영욱, “명예훼손죄의 공연성 판단과 전파가능성 법리”, 사법 제1권 제55호 (2021. 5.).
- 박윤경, “표현의 자유와 명예훼손 - 인터넷에서의 명예훼손을 중심으로”, 法學研究 제18권 제3호 (2015. 9.).
- 박정난, “사실적시 명예훼손죄의 비범죄화에 관한 입법론적 검토”, 법학논총 제31권 제3호 (2019. 2.).
- 배상균, “사실적시 명예훼손행위의 규제 문제와 개선방안에 관한 검토”, 형사정책연구 제29권 제3호 (2018. 9.).
- 송진경, “사실적시 명예훼손죄에 대한 비판적 검토”, 가천법학 제13권 제2호 (2020. 6.).
- 안경옥, “名譽毀損罪의 ‘公然性’ 해석의 再檢討”, 法曹 제53권 제8호 (2004. 8.).
- 원유민, “우리 법원에서의 국제법 관련 판결”, 서울국제법연구 제28권 제1호 (2021. 6.).
- 유태권 · 윤원선 · 차종엽, “진실적시명예훼손죄에 대한 규범적 검토”, 정치커뮤니케이션연구 제50호 (2018. 9.).
- 윤해성, “형법 체계상의 공연성”, 刑事政策研究 제20권 제1호 (2009. 3.).
- 윤해성 · 김재현, “사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, (2018. 10.).
- 이승민, “명예훼손죄의 ‘전파가능성 이론’ 유지 여부 - 대상판결: 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결”, 범죄수사학연구 제7권 제1호 (2021. 6.).
- 이인호 · 이구현, “명예훼손죄의 공연성 구성요건에 관한 비판적 고찰: 대법원 판례를 중심으로”, 언론과 법 제12권 제2호 (2013. 12.).
- 조현욱, “명예훼손죄에 있어서 공연성의 의미와 판단기준 - 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도 8155 판결”, 法學研究 제32권 (2008. 11.).
- 한성훈, “판례를 통해서 본 명예훼손죄의 공연성의 의미와 판단기준에 관한 소고 - 대법원 2020. 11. 29. 선고 2020도5813 전원합의체 판결을 중심으로”, 法學論叢 제41권 제2호 (2021. 5.).
- 허순철, “영국의 명예훼손법 개정과 그 의미”, 공법학연구 제16권 제4호 (2015. 11.).
- 홍영기, “형법이 보호하는 명예 - 사실적시 명예훼손죄 비범죄화논의와 관련하여”, 헌법재판연구 제7권 제2호 (2020. 12.).

❁ 보고서

Human Rights Watch, “Universal Periodic Review Submission - Republic of South

Korea” (2017. 3.).

La Rue, Frank, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Human Rights Council 17th Session, Agenda item 3, A/HRC/17/27/Add.2 (21 March 2011).

UNHRC, General comment no. 34, Article 19, Freedoms of opinion and expression, 12 September 2011, CCPR/C/GC/34.

UNHRC, “UPR of Republic of Korea(3rd Cycle - 28th session)” , paras. 132.107-108.

국내 판례

- 대법원 1962. 5. 17. 선고 4294형상12 판결.
- 대법원 1968. 12. 24. 선고 68도1569 판결.
- 대법원 1973. 8. 21. 선고 73도409 판결.
- 대법원 1978. 4. 25. 선고 78도473 판결.
- 대법원 1981. 10. 27. 선고 81도1023 판결.
- 대법원 1982. 3. 23. 선고 81도2491 판결.
- 대법원 1984. 3. 27. 선고 84도86 판결.
- 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.
- 대법원 1988. 9. 27. 선고 88도1008 판결.
- 대법원 1989. 7. 11. 선고 89도886 판결.
- 대법원 1992. 5. 26. 선고 92도445 판결.
- 대법원 1993. 3. 23. 선고 92도455 판결.
- 대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결.
- 대법원 1994. 10. 25. 선고 94도1770 판결.
- 대법원 1995. 6. 16. 선고 94다35718 판결.
- 대법원 1996. 7. 12. 선고 96도1007 판결.
- 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2234 판결.
- 대법원 1997. 9. 3. 선고 97다24207 판결.
- 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결.
- 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결.
- 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결.
- 대법원 1998. 9. 8. 선고 98도1949 판결.
- 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000도4372 판결.
- 대법원 2000. 2. 11. 선고 99도4579 판결.
- 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결.
- 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결.

대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도4800 판결.
대법원 2002. 9. 24. 선고 2002도3570 판결.
대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결.
대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결.
대법원 2003. 7. 8. 선고, 2002다64384 판결.
대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도340 판결.
대법원 2006. 4. 14. 선고 2004도207 판결.
대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155 판결.
대법원 2014. 4. 24. 선고 2013다74837 판결.
대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결.
대법원 2018. 6. 15. 선고 2018도4200 판결.
대법원 2019. 11. 21. 선고 2015두49474 전원합의체 판결.
대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결.
대법원 2021. 3. 25. 선고 2016도14995 판결.
대법원 2021. 6. 24. 선고 2019도13687 판결.
헌법재판소 1999. 6. 24.자 97헌마265 결정.
헌법재판소 2003. 10. 30.자 2002헌마518 결정.
헌법재판소 2014. 6. 26.자 2012헌마757 결정.
헌법재판소 2016. 2. 25.자 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 결정.
헌법재판소 2020. 12. 23.자 2017헌바456 결정.
헌법재판소 2021. 2. 25.자 2016헌바84 결정.
헌법재판소 2021. 2. 25.자 2017헌마1113, 2018헌바330(병합) 결정.
헌법재판소 2021. 4. 29.자 2018헌바113 결정.
헌법재판소 2021. 7. 15.자 2021헌마88 결정.

국외 판례

CEDH, De Carolis et France Televisions c. France (2016) (n° 29313/10).
Charman v. Orion Publishing Group & Others (2007)
Condit v. Dunne (2004).
Curtis Pub. Co. v. Butts (1967).
Flood v. Times Newspapers Ltd. (2012).
Gertz v. Robert Welch Inc. (1974).
Harris v. Minielle (1896).
Hogan v. Herald Co. (1982).
Lewis v. Daily Telegraph Ltd. (1964).
M' Pherson v. Daniels (1829).

New York Times v. Sullivan (1964).
Philadelphia Newspapers Inc. v. Hepps (1986).
Reynolds v. Times Newspapers Ltd. (1999).
Roberts v. Gable (2007).
St. Amant v. Thompson (1968).
Williams v. Reason (1998).

기사

김기수, “[2020년 분야별 중요판례분석] 19. 언론법”, 법률신문,
<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=170273> (2021. 6. 3. 09:10).
손현수, “[판결] 다른 사람 험담, 소수에게만 했어도 명예훼손”, 법률신문,
<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=165858> (2020. 11. 19. 16:25).
이수현, “[판례평석] 명예훼손죄의 공연성과 전파가능성”, 대한변협신문,
<https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=22611> (2020. 12.
21. 09:15).
이주원, “[2020년 분야별 중요판례분석] 9. 형법(각칙)”, 법률신문,
<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=168486> (2021. 3. 18. 09:43).

국 문 초 록

대상판결은 대법원 내에서 전과가능성의 법리를 유지할 것인지를 두고 본격적이
고도 치열한 의견 대립이 수면 위로 드러난 최초의 판결이다. 사안의 사실관계는
비교적 단편적이며, 인터넷을 통한 명예훼손이 등장하지조차 않음에도 불구하고, 다
수의견과 반대의견은 시대의 흐름에 기민하게 반응하면서 사실적시 명예훼손죄의
가벌성을 서로 다른 방향으로 단한(斷限)하고 있다. 다수의견은 그간 집적된 수많은
판례들을 꼼꼼이 정리하면서 전과가능성의 법리가 제련되어 왔음을 보이고, 그 순
기능을 강조하면서 추가로 위법성조각사유 중 ‘공공의 이익’ 부분을 확대하는 새
로운 법리를 제시하고 있다. 이와 대조적으로 반대의견은 죄형법정주의, 형사법령의
체계적 해석, 그리고 사실적시 명예훼손의 비범죄화라는 세계적 추세에 비추어 전
과가능성 이론을 폐지하는 것부터 시작하여야 한다는 입장을 내비친다.

본고는 우선 법이론적 고찰을 통해, 공연성에 있어서 과연 전과가능성이 어떻게
이해되어 왔는지, 사실적시 명예훼손죄에 있어 충돌하고 있는 기본권으로서 표현의
자유와 그 반대 대적점에 있는 인격권·명예권 및 사생활의 비밀과 자유가 어떠한
긴장관계에 있는지에 대하여 소상하게 논한다. 또한 전과가능성의 법리를 유지할
것인지 여부를 둘러싸고 사실적시 명예훼손의 비범죄화 담론에서 문제될 수 있는
사항들을 다각적으로 살핀다. 구체적으로는 형법 제310조 소정의 위법성조각사유
법리의 민사상 불법행위책임에의 준용 양상, 보호법익의 범위 획정에 있어 사생활
의 비밀과 자유가 합당한 경계가 되는지 여부, 우리 법제상 형법 제307조 제1항의
폐지·제한을 촉구하는 국제사회의 연성법적 목소리 등을 다루고 이러한 다종다양
한 상호관계를 종합적으로 고려할 필요성을 상기시키고자 한다. 또한 보통법계 및
법전법계 국가들의 입법례를 우리의 사실적시 명예훼손 법제와 비교법적으로 검토
함으로써, 전과가능성의 법리가 정당화될 수 있는 근거를 찾고자 노력한다.

전과가능성의 법리의 유지에 관한 찬반양론은 대상판결을 기점으로 잠정적인 중
지부(中止符)를 찍게 되었다. 이러한 상황에서 종래의 논의를 그대로 다루는 것은
선행연구를 답습하는 것에 지나지 않을 것이다. 이에 본고는 새로운 접근방법으로
서 유관 헌법이론들을 널리 활용하는 한편, 법경제학을 차용하여 형사처벌과 민사
상 불법행위책임의 현실적 기전 속에서 전과가능성의 법리가 어떠한 역할을 수행하
고 있는지 조명하고자 시도하였다. 이러한 일련의 논의는 전과가능성의 법리는 현
재로서도 여전히 타당하다는 방향으로 맺어진다.

첫째, 법규범의 측면에서 사실적시 명예훼손죄를 형사처벌하는 것은 헌법적 당위
에 기초한다. 일반적 인격권 중에서도 헌법질서가 예정하는 사회적 인간상에서 핵
심적인 개인의 명예는, 아무리 표현의 자유가 보장되어야 한들 그에 언제나 양보될
성질의 것은 아니다. 정보화 사회에서 그 어느 때보다 사회 구성원들 간에 연결과
소통이 강화되고 기존에는 상상하지 못했던 정도로 얽히고설킨 공동체가 등장하였
고, 그 결과 사회적 평가로서 인간의 명예는 기본권 주체의 실존요건에 해당하는

막중한 위치를 차지하게 되었다. 명예에 대한 침습은 명예훼손적 표현의 전파와 밀접불가분의 관계에 있다는 점에서, 전파가능성의 법리를 형사처벌의 범위 내로 포섭하는 것은 법리적으로뿐만 아니라 합목적적으로 정당화된다.

둘째, 법현실과 보조를 맞추지 않는 규범으로서의 법은 허울 좋은 장식에 불과한바, 명예훼손 법제는 온갖 형태의 명예훼손적 표현의 횡행하는 현 상황을 타개하기 위한 노력을 경주할 책임이 있다. 전파가능성의 법리를 부인하는 것은 현실을 외면한 채 법이론의 추상적 평면에 머무르는 것일 뿐이다. 무분별하게 공격적인 표현이 난무하는 작금의 시대상을 직시하는 용기는, 우리에게 전파가능성의 법리를 적극적으로 수용하여 공동체를 건전한 소통의 장으로 유도하도록 명할 것이다. 이때 표현의 자유와의 긴장 관계를 조정하는 것은 ‘단순한 전파자의 항변’ 내지 대상판결의 다수의견이 제안하는 확대된 위법성조각사유와 같은 발전적 범장치의 뭉이어야 하지, 급진적으로 단행되는 판례변경의 뭉이어서는 안 된다.

셋째, 형사책임과 불법행위책임의 법경제학적 이해 아래 전파가능성의 법리가 갖는 실효성과 효율성을 능히 인정할 수 있다. 직관을 위한 간명성(parsimony)과 현실의 반영을 위한 복잡성(complexity)을 조화시키는 모델을 수립함으로써, 본고는 구체적인 현실에서는 단편적으로만 나타나는 전파가능성의 법리가 가져오는 효과들이 한데 모여 궁극적으로 범죄행위 예방과 피해자 보호에 기여함을 보인다. 전파가능성의 법리는 잠재적 행위자가 사실적시 명예훼손 범행으로 나아가려는 결정을 저지하고, 그 사회적 비용을 최소화하며, 불법행위에 있어 최적의 주의의무 수준을 달성하는 데에 기여하고, 명예가 훼손된 피해자의 권리 구제에 일조하고 있다.

대상판결의 다수의견은 “전파가능성의 법리를 유지하는 것이 실질적인 공연성 판단에 부합되고, 공연성의 범위를 제한하는 데에 공헌” 한다고 밝히고 있다. 본고의 법리적·경제학적 검토 결과에 비추어 볼 때 그 뜻은 더욱 분명해진다. 전파가능성의 법리는 실로 사실적시 명예훼손의 법현실을 적절하게 반영하면서도, 법규범의 차원에서 이론적 처벌의 범위를 사회통념상 비난가능성의 범위와 일치시키고 있다. 법규범과 법현실을 총체적으로 고려하건대 전파가능성의 법리를 유지하여야 하며, 대상판결 결론의 타당성에 수긍할 수 있다.

■ 핵심용어: 전파가능성, 사실적시 명예훼손, 공공의 이익, 재공표규칙, 법경제학