



제388회국회(임시회)
제3차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈사실적시 명예훼손죄 처벌 대상 축소 등〉
■최강욱의원 대표발의(의안번호 제8530호)

2021. 6.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 박장호

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	3
1. 사실적시 명예훼손죄 처벌대상 축소	3
2. 명예에 관한 죄의 친고죄로의 전환	13
※ 참고자료: 해외 주요국 사실적시 명예훼손죄 규정	20

I. 제안경위

1. 발 의 자: 최강욱의원 등 10명
2. 발 의 일: 2021. 3. 4.
3. 회 부 일: 2021. 3. 5.

II. 제안이유 및 주요내용

우리나라는 허위사실은 물론 진실한 사실을 적시한 경우에도 형사 처벌하고 있어, 헌법이 보장하는 표현의 자유, 언론·출판의 자유를 과도하게 제한하고, 고소·고발 남발 등 명예훼손죄를 악용하는 사례가 많이 발생하고 있음. 이와 같은 명예훼손죄의 남용은 UN 및 다수의 국제기구·단체로부터 우리나라를 언론 및 표현의 자유 후진국으로 평가받게 만드는 주요한 원인으로 작용하고 있으며 헌법상 보장된 표현의 자유를 위축시키는 결과를 낳고 있음.

최근 헌법재판소도 형법 제307조제1항에 대하여 ‘병력·성적 지향·가정사 등 사생활의 비밀’에 해당하지 아니한 사실 적시까지 형사처벌하는 것은 헌법에 위반될 소지가 있어 비범죄화를 고려할 필요가 있다는 의견을 밝혔음.

이에 형법 제307조제1항을 ‘사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실’을 적시한 경우에만 적용되도록 함으로써 헌법이 보장하고 있는 언론 및 표현의 자유를 실질적으로 보장하면서, 사생활의 비밀

보호와 조화시키고, 명예에 관한 죄는 모두 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 친고죄로 개정함으로써 수사기관이 자의적으로 수사를 착수하거나 제3자의 고발에 의한 ‘전략적 봉쇄소송’ 등 정치적으로 악용되지 않게 하려는 것임(안 제307조제1항 및 안 제312조).

Ⅲ. 검토의견

1. 사실적시 명예훼손죄 처벌대상 축소

가. 개정안의 내용

개정안은 “공연히 사실을 적시하여” 사람의 명예를 훼손하는 이른바 사실적시 명예훼손죄의 구성요건을 “공연히 사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실을 적시하여” 사람의 명예를 훼손하는 것으로 축소하는 것임(안 제307조제1항).

개정안의 대상은 제307조제1항이나, 현행 형법 제309조제1항¹⁾에서 “사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자”를 처벌하도록 하고 있으므로 개정안은 현행 형법 제309조제1항의 처벌 대상 역시 축소하는 효과가 있음.

현행	개정안
第307條(名譽毀損) ① 公然히 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 2年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 500萬원 以下の 罰金에 處한다. ② (생략)	第307條(名譽毀損) ① ----- <u>사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실</u> ----- ----- -----. ② (현행과 같음)

1) 형법 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손) ①사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.
②제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

나. 현행법상 명예훼손죄 체계

(1) 처벌 규정

현행법상 명예훼손죄에 관한 처벌은 「형법」과 「정보통신망 이용 촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 “정보통신망법”)에 규정되어 있음.

① 형법 제307조²⁾제1항에서 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고, 500만원 이하의 벌금에 처하고 (사실적시 명예훼손죄),

② 형법 제307조제2항에서 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 사실적시 명예훼손죄보다 높은 형량인 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하며 (허위사실적시 명예훼손죄),

③ 형법 제308조³⁾에서 죽은 사람(사자)에 대한 허위사실적시 명예훼손행위만을 처벌 대상으로 하여, 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고(사자의 명예훼손죄),

④ 형법 제309조⁴⁾에서는 사람을 비방할 목적으로 “신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여” 형법 제307조제1항 또는 제2항의 명예훼손죄를 범한 자는 가중하여 처벌하며(출판물등에 의한 명예훼손죄)

2) 제307조(명예훼손) ①공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

②공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

3) 형법 제308조(사자의 명예훼손) 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

4) 각주 1)의 조문 참조

⑤ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 “정보통신망법”이라 함) 제70조⁵⁾에서는 사람을 비방할 목적으로 “정보통신망을 통하여” 공공연하게 사실 또는 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자에 대해서는 일반적인 명예훼손죄 및 출판물 등에 의한 명예훼손죄보다 높은 수준으로 처벌함(정보통신망에 의한 명예훼손죄).

< 현행법상 명예훼손 처벌 규정 >

구분		근거규정	처벌대상	법정형
명예훼손	사실적시	형법 제307조①	공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자	· 2년 이하 징역이나 금고 · 500만원 이하 벌금
	허위사실 적시	형법 제307조②	공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자	· 5년 이하 징역 · 10년 이하 자격정지 · 1천만원 이하 벌금
사자의 명예훼손	사실적시	처벌대상이 아님		
	허위사실 적시	형법 제308조	공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자	· 2년 이하 징역이나 금고 · 500만원 이하 벌금
출판물 등에 의한 명예훼손	사실적시	형법 제309조①	<u>사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여</u> 제307조제1항(사실적시명예훼손죄)의 죄를 범한 자	· 3년 이하 징역이나 금고 · 700만원 이하 벌금
	허위사실 적시	형법 제309조②	<u>사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여</u> 제307조제2항(허위사실적시 명예훼손죄)의 죄를 범한 자	· 7년 이하 징역 · 10년 이하 자격정지 · 1,500만원 이하 벌금
정보통신망을 통한 명예훼손	사실적시	정보통신망법 제70조①	<u>사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여</u> 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자	· 3년 이하 징역 · 3,000만원 이하 벌금
	허위사실 적시	정보통신망법 제70조②	<u>사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여</u> 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자	· 7년 이하 징역 · 10년 이하 자격정지 · 5,000만원 이하의 벌금

- 5) 정보통신망법 제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
 ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
 ③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

(2) 위법성 조각 및 친고죄·반의사처벌죄 규정

- 형법 제310조⁶⁾에서 사실적시 명예훼손죄(제307조제1항)의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다고 하는 위법성 조각 규정을 둠.
- 형법 제312조⁷⁾제1항에서 사자의 명예훼손죄(제308조) 및 모욕죄(제311조)에 대하여는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄로 규정하였고, 같은 조 제2항에서 명예훼손죄(제307조) 및 출판물 등에 의한 명예훼손죄(제309조)는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄로 규정하였음⁸⁾.

다. 사실적시 명예훼손죄 폐지 등에 대한 견해 대립 및 헌법재판소 결정

(1) 견해 대립⁹⁾

- 사실적시 명예훼손죄 폐지론은 사실적시 명예훼손죄로 인해 모든 표현행위가 형법상 잠재적 범죄자의 대상이 될 가능성이 있게 되어 일반국민의 기본권인 표현의 자유를 위축시키고, 명예훼손죄 피소 우려 때문에 피해자의 폭로가 어려우며, 불법성이 적은 사실의 적시 행위는 형사상 규제하기 보다는 민사상 규제를 해야 한다는 입장임.

6) 제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

7) 제312조(고소와 피해자의 의사) ①제308조와 제311조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

②제307조와 제309조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

8) 정보통신망법 제70조제1항 및 제2항도 반의사불벌죄로 규정되어 있음.

* 정보통신망법 제70조(벌칙) ① ~ ② (생략)

③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

9) 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 윤해성·김재현, 한국형사정책연구원 보고서(2018년 10월), p151-p152

- **존치론**은 헌법상 표현의 자유 뿐 아니라 명예도 보호 대상이 되므로 형법상 명예훼손죄를 통해 외적 명예를 보호할 필요가 있고, 한국의 특수성과 문화를 고려해 볼 때 아직 형법상 사실적시 명예훼손죄를 폐지하고 민사상 손해배상으로만 규율하는 것은 시기상조라는 입장임.

(2) 헌법재판소 2021. 2. 25. 선고, 2017헌마1113결정¹⁰⁾

- 형법 제307조제1항이 과잉금지원칙에 반하여 헌법상 표현의 자유¹¹⁾를 침해하는지가 문제된 사안에서, 헌법재판소는 **재판관 5:4의 의견으로 합헌결정**을 하였음. 합헌의 주요 논거는 다음과 같음.

- * 오늘날 매체가 매우 다양해짐에 따라 명예훼손적 표현의 전파속도와 파급효과는 광범위해지고 있으며, 일단 훼손되면 완전한 회복이 어렵다는 외적 명예의 특성상 명예훼손적 표현행위를 제한해야 할 필요성은 더 커지게 되었다.
- * 우리나라의 민사적 구제방법만으로는 형벌과 같은 예방효과를 확보하기 어렵다.
- * 헌법재판소와 대법원은 위법성 조각규정인 형법 제310조의 적용범위를 넓게 해석¹²⁾함으로써 형법 제307조제1항으로 인한 표현의 자유 제한을 최소화함과 동시에 명예훼손죄가 공적인물과 국가기관에 대한 비판을 억압하는 수단으로 남용되지 않도록 하고 있다.

10) 헌법재판소는 종전에 ‘정보통신망을 이용한 사실적시 명예훼손죄’에 관하여 합헌 결정을 한 바 있음(헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105 결정).

11) 헌법 제21조 ①모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.

④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

12) [헌법재판소 1999. 6. 24. 선고, 97헌마265 결정 등] (형법 제310조와 관련하여) 첫째, 그 표현이 ‘진실한 사실’이라는 입증이 없어도 행위자가 진실한 것으로 오인하고 행위를 한 경우, 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 명예훼손죄는 성립하지 않는 것으로 해석하여야 한다. 둘째, ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’라는 요건은 언론의 자유를 보장한다는 관점에서 그 적용범위를 넓혀야 한다.

- * 헌법 제21조가 표현의 자유를 보장하면서도 타인의 명예와 권리를 그 한계로 선언한 점, 타인으로부터 부당한 피해를 받았다고 생각하는 사람이 법률상 허용된 민·형사상 절차에 따르지 아니한 채 사적 제재수단으로 명예훼손을 악용하는 것을 규제할 필요성이 있는 점, 공익성이 인정되지 않음에도 불구하고 단순히 타인의 명예가 허명임을 드러내기 위해 개인의 약점과 허물을 공연히 적시하는 것은 자유로운 논쟁과 의견의 경합을 통해 민주적 의사형성에 기여한다는 표현의 자유의 목적에도 부합하지 않는 점 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

○ 이에 대해 재판관 4인은 형법 제307조제1항 중 ‘진실한 것으로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한 사실 적시에 관한 부분’은 헌법에 위반된다는 **일부 위헌 의견**을 제시하였는데, 그 주요 논거는 다음과 같음.

- * 헌법 제17조가 선언한 사생활의 비밀의 보호 필요성을 고려할 때, ‘적시된 사실이 사생활의 비밀에 관한 것이 아닌 경우’에는 허위 사실을 바탕으로 형성된 개인의 명예보다 표현의 자유 보장에 중점을 둘 필요성이 있다.
- * 자신의 표현행위로 수사·재판절차에 회부될 수 있다는 사실만으로 표현의 자유에 대한 위축효과는 발생할 수 있고, 이후 수사·재판절차에서 마주하게 될 공익성 입증의 불확실성까지 고려한다면 위축효과는 더욱 커지게 된다.
- * 표현의 자유의 중요한 가치는 공직자에 대한 감시와 비판인데, 감시와 비판의 객체가 되어야 할 공직자가 진실한 사실 적시 표현행위에 대한 형사처벌의 주체가 될 경우 국민의 감시와 비판은 위축될 수밖에 없다.

[대법원 2007. 12. 14. 선고 2006도2074 판결] 형법 제310조의 ‘진실한 사실’이란 그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로서 세부에 있어 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하고, ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’에서의 공공의 이익에 관한 것은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다.

라. 해외입법례13)

- 대륙법계의 경우 대부분 사실적시 명예훼손을 원칙적으로 처벌하되, 적시된 사실이 진실인 경우 등에서 처벌을 면할 수 있는 예외규정을 두고 있음.

* 구체적 입법례는 ‘참고자료: 해외 주요국 사실적시 명예훼손죄 규정’ 참조

- 미국에서는 개별 주법상 명예훼손에 대한 형사적 처벌 규정들이 위헌으로 판결되어 폐지 또는 개정되었고, 현재 4개의 주법(매사추세츠주, 미네소타주, 몬타나주, 뉴햄프셔주)에서 명예훼손에 대한 명시적인 형사처벌규정을 두고 있음.

마. 개정안에 대한 검토

- 개정안은 사실적시 명예훼손죄의 구성요건을 “사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실”로 축소함으로써 타인의 인격권·명예권과 행위의 표현의 자유 간의 조화를 도모한 것으로 이해됨. 공적 영역과 사적 영역에 대한 언론의 자유의 제한 정도를 구분하여 사적 영역에 대하여 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권을 우선하는 취지의 헌법재판소¹⁴⁾와 대법원¹⁵⁾의 해석 태도에 비추어 볼 때에 개인의 인격권

13) 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 윤해성·김재현, 한국형사정책연구원 연구보고서 (2018년 10월), p57-p67

14) [헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정] 신문보도의 명예훼손적 표현의 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에는 차이가 있어야 한다. 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실은 민주제의 토대인 여론형성이나 공개토론에 기여하므로 형사제재로 인하여 이러한 사안의 게재를 주저하게 만들어서는 안된다.

15) [대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결] 언론보도로 인한 명예훼손이 문제되는 경우에는 그 보도로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 보도가 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인

침해 가능성이 높다고 할 수 있는 사생활에 관한 중대한 비밀로 한정하여 구성요건을 규정한 개정안의 입법취지에 타당한 측면이 있음.

○ 다만, 개정안에 대하여는 다음과 같은 점을 고려할 필요가 있음.

첫째, 개인의 행위를 사적 영역과 공적 영역으로 명백히 구분하기 어려운 경우가 많고, 사적 영역에서도 ‘사생활에 관한 중대한 비밀’에 해당하는지 아니면 ‘사생활에 관한 비밀이기는 하지만 중대하다고는 볼 수 없는 경우’에 해당하는지에 대해서 명확히 판단하기 어려운 측면이 있음.

둘째, 헌법재판소와 대법원은 제310조의 위법성 조각사유를 “진실한 사실이라는 입증이 없어도 행위자가 진실한 것으로 오인하고 행위를 한 경우 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 명예훼손죄는 성립하지 않는 것”¹⁶⁾으로 넓게 해석하여 왔음. 개정안에 따라 적시 대상 행위를 “사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실”로 축소하여 규정하는 경우 종전 헌법재판소나 대법원의 견해가 변경되어 위법성 조각사유의 인정범위가 달라질 가능성이 있음.

영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 그 보도가 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 따져보아 공적 존재에 대한 공적 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간 심사기준에 차이를 두어야 하는데, 당해 표현이 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선할 수 있으나, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 것인 경우에는 그 평가를 달리하여야 하고 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다. 특히 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 이러한 감시와 비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때 비로소 정상적으로 수행될 수 있으며, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로, 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없다.

16) 각주 9)의 헌법재판소 결정 및 대법원 판결 참조

셋째, 정보통신망법 제70조제1항에서 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 “사실”을 드러내어 타인의 명예를 훼손한 자를 처벌하고 있으므로, 개정안에 따라 정보통신망법을 개정할 필요가 있는지도 추가적으로 검토할 필요가 있는 것으로 보임¹⁷⁾.

- 이상의 논의를 종합해 볼 때, 개정안은 타인의 인격권·명예권과 행위자의 표현의 자유 간의 조화를 도모하는 등의 긍정적인 측면이 있으나, “사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실”과 “그렇지 않은 사실” 등을 구분하여 판단하기 어렵고, 현행법 제310조에 대한 종전의 헌법재판소 및 대법원의 견해가 변경되어 위법성 조각사유의 인정범위가 달라질 가능성을 고려할 필요가 있으며, 정보통신망법 제70조제1항의 개정 여부에 대한 검토가 필요하므로, 사실적시 명예훼손죄 폐지 여부에 대한 종전의 논의, 헌법재판소 결정, 해외 입법례 및 국민적 공감대 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항에 해당한다고 사료됨.

바. 관계기관 의견

- 법무부는 입법취지에는 공감하나, 최근 헌법재판소 결정의 다수의견(개인의 행위를 사적 영역과 공적 영역으로 명백히 구분하기 어려

17) 정보통신망법 제70조제1항의 대상을 이 건 개정안과 같이 “사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실”로 개정하는 개정안이 2021. 4. 8. 최강욱 의원 등 10인에 의하여 제안되어, 과학기술정보방송통신위원회에 계류되어 있음.

운 경우가 많아 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’이 무엇인가에 대해서도 명확히 판단하기 곤란하고, 개정안에 따르더라도 처벌되어야 할 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’의 적시와 처벌되지 않아야 할 ‘사생활의 비밀에 해당하지 아니하는 사실’의 적시 사이의 불명확성에 따르는 위축효과가 발생할 가능성은 여전히 존재하며, 형법 제310조의 위법성 조각사유와 그에 관한 헌재와 대법원의 해석을 통해 제307조제1항으로 인한 표현의 자유 제한이 최소화되고 있는 점을 고려하여 충분한 검토가 필요하다는 의견임.

2. 명예에 관한 죄의 친고죄로의 전환

가. 개정안의 내용

현행 형법상 명예훼손죄(제307조)와 출판물 등에 의한 명예훼손죄(제309조)는 반의사불벌죄로 규정되어 있는데, 개정안은 위 2가지 범죄를 모두 친고죄로 전환함으로써 명예에 관한 죄의 장에 규정된 모든 범죄를 친고죄로 하려는 것임(안 제312조).

현행	개정안
제33장 명예에 관한 죄 第312條(告訴와 被害者の 意思) ① 第308條와 第311條의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다. ② 第307條와 第309條의 罪는 被害者の 明示한 意思에 反하여 公訴를 제기할 수 없다.	제33장 명예에 관한 죄 제312조(고소) 본장의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

나. 친고죄와 반의사불벌죄

친고죄란 범죄의 피해자 기타 고소권자의 고소가 있어야만 공소제기를 할 수 있는 범죄이고, 반의사불벌죄란 피해자의 고소가 없어도 수사와 소추를 할 수 있지만 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 명시적인 의사표시를 하는 경우에는 그 의사에 반하여 형사소추를 할 수 없도록 한 범죄를 가리킴.

현행법은 범죄가 발생하면 피해자의 의사를 고려하지 않고 국가가 형사소추를 하는 국가소추주의를 취하고 있는데, 형법과 일부 특별법은 국가소추주의의 예외로서 형사소추권 행사에 피해자의 의사표시를 존중하는 친고죄와 반의사불벌죄 규정을 두고 있음.¹⁸⁾

친고죄와 반의사불벌죄의 본질은 유사하나 피해자의 의사표시가 적극적 기능을 하는 친고죄와 달리 소극적 기능을 하는 반의사불벌죄는 국가형벌권의 행사 가능성을 다소 넓혀 공익적 관점을 강화하려는 측면이 있음¹⁹⁾. 즉, ① 친고죄로 규정하는 것은 개인적 법익의 침해에 대한 보호를 적극적으로 해당 개인의 처분권에 일임함으로써 국가형벌권의 개입을 가능한 한 제한한다는 의미이고, ② 반의사불벌죄로 규정하는 것은 피해자 의사를 존중하되 범죄 피해의 심각성과 사회적 해악성을 고려하여 국가의 개입 가입성이 다소 강화된다는 의미를 가짐.

반의사불벌죄는 1953년 형법 제정 시 도입된 우리 형법에 고유한 제도로써, 현행 형법상 반의사불벌죄로 규정된 범죄는 ‘외국원수에 대한 폭행·협박죄 및 모욕·명예훼손죄’(제107조제1항 및 제2항), ‘과실치상죄’(제266조), ‘명예훼손죄’(제307조) 및 ‘출판물등에 의한 명예훼손죄’(제309조) 등이 있음.

현행 형법상 친고죄로 규정된 범죄로는 비밀침해죄(제316조), 업무상비밀누설죄(제317조)가 있고, 권리행사방해죄(제323조) 등 일부재산죄에서 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 이외의 친족 간의 범죄를 친고죄로 규정하였음.

18) 이희경, “친고죄와 반의사불벌죄의 근거와 현행법제의 타당성 연구”, 피해자학연구(2013년), p265~p266

19) 윤동호, “피해자의 의사와 형사절차”, 피해자학연구 제14권제1호(2006), p133

다. 헌법재판소 2021. 4. 29. 선고, 2018헌바113결정

- 최근 헌법재판소는 정보통신망을 통한 허위사실적시 명예훼손죄를 “반의사불벌죄”로 규정한 정보통신망법 제70조제3항²⁰⁾에 대하여 재판관 전원일치로 합헌 결정을 하였는데, 주요 논거는 다음과 같음.

- * 어떤 범죄를 친고죄로 정하고 어떤 범죄를 반의사불벌죄로 정할 것인지는 범죄 피해의 중대성과 사회적 해악성, 공소권을 행사함으로써 얻을 수 있는 이익과 피해자의 의사에 따라 공소권 행사를 제한함으로써 얻을 수 있는 이익 등을 종합적으로 고려하여 정할 수 있는 문제로서 입법부에 광범위한 형성의 자유가 인정되는 영역임.
- * 형법상 ‘모욕죄’는 피해자에 대한 구체적 사실이 아닌 추상적 판단과 감정의 표현이라는 점에서, ‘사자명예훼손죄’는 생존한 사람이 아닌 사망한 사람에 대한 허위사실 적시라는 점에서 각 불법성이 감경되는 반면, ‘정보통신망법의 명예훼손죄’는 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 거짓사실을 적시한다는 점에서 행위불법과 결과불법이 가중된다는 차이가 있음.
- * 친고죄의 범위를 넓게 설정하면 고소가 있어야 수사 및 형사소추가 개시될 것이므로 피해자의 의사를 폭넓게 존중할 수 있다는 장점이 있으나, 피해자가 범죄자의 보복 또는 사회적 평판이 두려워 고소를 하지 못하게 될 우려가 있는 반면, 반의사불벌죄의 범위를 넓게 설정하면 피해자의 고소 없이도 수사 및 형사소추가 개시되어 범죄자의 손해배상과 합의를 촉진한다는 장점이 있으나, 비교적 경미한 범죄에 대해서도 고소가 없는 상태에서 수사 개시됨으로써 피해자의 의사에 반하는 결과가 초래될 수 있으므로, 어느 한쪽의 범위를 넓히는 것이 반드시 합리적이라고 단정하기 어려움.
- * 입법자는 위와 같은 사정과 함께, 공소권 행사로 얻을 수 있는 이익과 피해자의 의사에 따라 공소권 행사를 제한함으로써 얻을 수 있는 이익의 조화 등을 종합적으로 형량하여 친고죄·반의사불벌죄 여부를 달리 정한 것이므로, 심판대상조항이 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 보기 어려움.

20) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것)」 제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

라. 개정안에 대한 검토

- 앞서 살펴본 바와 같이 개정안 제307조제1항은 사실적시 명예훼손죄의 구성요건을 “사실 적시”에서 “사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실 적시”로 개정하고, 개정안 제312조에서 위 제307조제1항, 제309조제1항(제307조제1항을 구성요건으로 함)과 더불어 제307조제2항 및 제309조제2항을 “반의사불벌죄”에서 “친고죄”로 개정하는 내용임.

이러한 개정안 제307조제1항과 제312조의 내용을 정리하면 다음의 표와 같음.

구분		근거 규정 (형법)	처벌대상	
			친고죄 vs 반의사불벌죄	
			현행	개정안
명예 훼손	사실 적시	제307조 ①	공연히 <u>사실</u> 을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자	공연히 <u>사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실</u> 을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자
		제312조	<u>반의사불벌죄</u>	<u>친고죄</u>
	허위사실 적시	제307조 ②	공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자	현행과 같음
		제312조	<u>반의사불벌죄</u>	<u>친고죄</u>
출판물 등에 의한 명예훼손	사실 적시	제309조 ①	사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 <u>제307조제1항의 죄를 범한 자</u>	현행과 같음
		제312조	<u>반의사불벌죄</u>	<u>친고죄</u>
	허위사실 적시	제309조 ②	사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제2항의 죄를 범한 자	현행과 같음
		제312조	<u>반의사불벌죄</u>	<u>친고죄</u>

② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

- 개정안 제312조는 수사권 발동을 피해자의 의사에 맡겨 피해자가 원하지 않음에도 불구하고 수사기관이 자의적으로 또는 제3자의 고발에 의하여 수사하는 것을 막음으로써 해당 범죄 수사의 남용을 줄여 피해자를 보호하고 헌법상 표현의 자유를 강화하려는 입법취지로서 타당한 측면이 있음.

특히, 개정안 제307조제1항에 따라 사실적시 명예훼손죄 구성요건이 단순한 “사실”에서 “사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실”로 개정되면 제307조제1항 및 이에 따른 제309조제1항의 침해 대상이 개인의 일부 사생활로 상당 부분 축소되므로, 그 침해에 대한 형사절차 진행에 있어 개인의 의사를 존중할 필요성이 한층 커지게 된다는 점에서 대상 범죄를 친고죄로 규정하는 것은 긍정적이라고 할 것임.

- 다만, 개정안에 대하여는 다음과 같은 점들도 같이 고려할 필요가 있는 것으로 보임.

첫째, 형법 제정 당시부터 명예훼손죄(제307조) 및 출판물 등에 의한 명예훼손죄(309조)는 그 대상이 사실인지 또는 허위사실인지를 가리지 않고, 사자의 명예훼손죄(제308조) 및 모욕죄(제311조)²¹⁾와는 달리 ‘반의사불벌죄’로 규정하였는데, 이는 개인적 법익인 명예에 대한 침해를 경미하지 않게 보는 국민 정서와 더불어 높은 전파성·신뢰성·장기간의 보존가능성으로 인하여 법익침해 정도가 큰 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 특성 등을 고려한 것으로 보임.

21) 제311조(모욕) 공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

둘째, 당초 반의사불벌죄를 도입한 취지는 주로 피해자 개인의 법익을 침해하는 범죄 중 상대적으로 덜 경미하여 처벌의 필요성이 상당함에도 불구하고 이를 친고죄로 하는 경우 피해자가 심리적 압박감이나 후환이 두려워 고소를 주저함으로써 법이 그 기능을 다하기 어려울 것에 대비²²⁾하려는 것이었음. 따라서, 개정안과 같이 명예훼손죄를 친고죄로 전환하게 되면 피해자가 심리적 압박감이나 후환이 두려워 고소를 주저하거나 그럼에도 불구하고 고소함으로써 가해자의 협박이나 보복 등 추가 피해가 발생할 가능성이 있음.

셋째, 반의사불벌죄 규정은 진행되고 있는 수사 등의 종결권을 피해자에게 부여함으로써 피해자에 대한 배상이나 당사자 사이에 개인적인 차원에서 이루어지는 분쟁해결을 촉진하고 존중하려는 취지²³⁾가 있는데, 친고죄로 전환하는 경우 이러한 취지가 약화되는 측면도 있음.

- 이상의 논의를 종합해 볼 때, 명예에 관한 죄 모두를 친고죄로 전환하는 것은 개정안에서 사실적시 명예훼손죄의 대상을 “사생활에 관한 중대한 비밀을 침해하는 사실”로 한정함으로써 개인의 의사를 존중할 필요성이 한층 커지고, 수사권 발동을 피해자의 의사에 맡겨 수사기관 등에 의한 남용 가능성을 줄이며, 헌법상 표현의 자유를 강화하려는 관점에서 긍정적인 것으로 보임.

22) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93도1689 판결

23) 위 대법원 93도1689 판결

다만, 명예훼손죄 및 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 형법 제정 당시부터 반의사불벌죄로 규정된 취지, 개정안에 따라 친고죄로 전환되는 경우 사회적으로 유명한 개인이나 단체 등이 명예를 침해받은 때에도 고소권을 행사하기 어려운 경우가 있어 피해자 보호에 공백이 발생할 수 있다는 점 및 반의사불벌죄 규정이 피해자 배상이나 개인적 분쟁 해결 촉진 기능을 하는 측면이 있다는 점 등을 고려하고, 범죄피해의 중대성과 해악성 및 피해자 의사 존중 필요성을 비교형량하여 입법정책적으로 결정할 사안으로 보임.

마. 관계기관 의견

- 법무부는 친고죄로 변경 시 팬 등을 상대로 고소가 곤란한 연예인·공인 등은 고소를 주저하거나 고소를 하는 경우에도 이로 인한 추가 피해가 예상되는 등 피해자 보호에 공백이 발생할 우려가 있고, 반의사불벌죄는 피해자의 적극적 고소가 없더라도 피해 정도가 중하고 사회적 혼란이 확대될 수 있어 처벌이 불가피한 명예훼손 사건에 대한 수사가 가능하며, 「형법」 상 폭행, 협박, 과실치상이나 「정보통신망법」 상 명예훼손, 불안감 유발 문자 발송 등 현행법상 반의사불벌죄 전반에 대하여 체계적으로 검토할 필요가 있다는 점 등을 고려하여 충분한 검토가 필요하다는 의견임.

<참고자료: 해외 주요국 사실적시 명예훼손죄 규정>

국가	사실적시 명예훼손죄 규정
독일 형법	제186조 타인을 비방하거나 세평을 저하시키기에 충분한 사실을 주장하거나 전파한 자는 이러한 사실이 <u>진실임을 증명할 수 없을 때에는</u> 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히 또는 문서(제11조제3항)의 반포를 통하여 이루어진 때에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
스위스 형법	제173조 1. 타인의 불명예스러운 행동 또는 그의 평판을 해하는 데 적합한 다음 사실을 다른 사람에게 비방하거나 또는 무고한 자, 그러한 비방이나 또는 무고를 유포한 자는 고소에 의하여 180일수 이하의 벌금에 처한다. 2. 피의자가 자신이 적시한 또는 유포한 진술이 <u>진실에 상응함을 입증하거나 또는 자신이 진실하게 그것을 진실로 믿을 만한 정당한 이유가 있었음을 입증한 때에는</u> 벌하지 아니한다.
오스 트리아 형법	제111조① 제3자가 인식할 수 있는 방법으로 타인을 경멸할 만한 인격이나 심정을 들어 비난하거나 불명예스럽거나 선량한 풍속에 반하는 행위를 들어 경멸 또는 비하한 자는 6개월 이하의 자유형 또는 360일까지의 일수벌금형에 처한다. ③ <u>진술이 진실한 것이라고 증명된 때에는</u> 처벌되지 아니한다. 제1항의 경우 행위자가 진실이라고 주장하는 데 충분한 사유가 있다고 증명되는 경우에도 처벌되지 아니한다.
일본 형법	제230조① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우 그 사실의 유모에 관계없이 3년 이하의 징역이나 금고 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다. 제230조의2① 전조 제1항의 행위가 <u>공공의 이패에 관한 사실에 관계되고 또는 그 목적이 오로지 공익을 위함에 있었다고 인정되는 경우에는</u> 사실의 진실 여부를 판단하여 진실이라는 증거가 있는 때에는 이를 벌

	하지 아니한다. ② 전항의 규정의 적용에 관하여는 아직 공소가 제기되지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 간주한다. ③ 전조 제1항의 행위가 공무원 또는 공선에 의한 공무원의 후보자에 관한 사실에 관계되는 경우에는 사실의 진실 여부를 판단하여 진실하다는 증명이 있을 때에는 이를 벌하지 아니한다.
--	---

문 의 처
02)6788-5056