

진실적시명예훼손죄의 위법성조각사유에 대한 판례의 판단기준 검토

— ‘공공의 이익’을 중심으로 —

An Analysis on the Criteria of Justification Clause Applied by Courts in the Cases of Defamation by Publicly Alleging Facts

—Focusing on ‘Public Interest’—

고려진*

Ko, Ryoe-Jin

목 차

- | | |
|---|---------------------|
| I. 들어가며 | IV. 진실적시명예훼손죄의 정비방안 |
| II. 진실적시명예훼손죄에 대한 종래의 논의 | V. 결론 |
| III. 위법성조각사유로서의 ‘공공의 이익’에
대한 판결례의 비판적 검토 | |

진실적시명예훼손죄의 폐지론과 존치론의 주장이 팽팽하다. 형법 제310조의 위법성조각사유가 있어 표현의 자유 보호 문제와 조화를 이룰 수 있다고 하나, 표현의 자유는 ‘위축 효과’라는 특성이 있고, 위법성조각사유를 구성하는 요소인 ‘공공의 이익’은 그 개념자체로 모호하다는 한계가 있다. 특히 사인에 대한 명예훼손행위의 경우 과연 공공의 이익이 무엇인지 의문이다.

본 연구를 통해 실제로 사인에 대한 진실적시명예훼손죄 사건에서 ‘공공의 이익’을 적용하여 위법성조각사유를 판단한 형사 법원의 판결례를 분석한 결과, ‘공공의 이익’의 주

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021.48.417>

투고일: 2020. 12. 30. / 심사회의일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 대전지방법검찰청 검사, 한국외국어대학교 법학전문대학원 박사과정

Prosecutor, Daejeon District Prosecutors' Office

된 구성요소인 ‘공적 관심사’에 대한 일반적·구체적 판단 기준을 확인할 수 없었고, 그 판단 기준별 또는 사례별로도 객관적인 유형화가 곤란하였다. 법원의 심급별 판단 결과가 다른 경우도 상당히 많았다.

결국 진실적시명예훼손죄는 위법성조각사유라는 안전장치가 있다 하더라도 형법의 기본원칙인 명확성과 예측가능성에 반한다는 문제를 극복하기 어렵다. 표현의 자유에 대한 위축효과 문제가 심각한 점을 더하여 보면 진실적시명예훼손죄는 즉시 폐지하고 관련 민사상 구제수단을 정비하는 것이 바람직하다.

[주제어] 진실적시명예훼손, 위법성조각사유, 공공의 이익, 공적 관심사, 표현의 자유, 위축효과

I. 들어가며

형법 제307조 제1항에 규정된 진실적시명예훼손죄¹⁾는 표현의 자유를 지나치게 제한하고 국제 사회의 규범 수준과도 조화를 이루지 못한다는 비판론에 따라 꾸준히 폐지 논의가 있어 왔다. UN 의사 표현의 자유 특별보고관인 프랑크 라 뢰(Frank La Rue)는 2011. 3. 21. 유엔인권이사회 제17차 회기에 의제 제3호로 한국에 대한 보고서를 제출하면서 “사실적시에 의한 명예훼손은 절대적으로 형사 범죄로 취급해서는 아니 되고, 명예훼손에 의한 개인의 법익침해는 민사법에 따라 해결하는 것이 바람직하다”고 권고하였다.²⁾ 국회에서도 이 죄의 폐지를 담고 있는 개정안이 수차례 발의된 바 있다.³⁾

하지만 헌법재판소는 2016년, 비방할 목적으로 정보통신망을 이용하여 공공연하게 진실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 처벌하는 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률」 제70조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하여⁴⁾, 결국 우리나라에서 진실적시명예훼손죄는 당분간 (명예훼손적) 표현의 자유를 제한하는 유효한 법률로서 기능하게 될 것으로 보인다. 나아가 일부 법률 전문가들 사이에는 진실적시명예훼손죄가 존치되더라도 명예훼손법제가 스스로 자정기능을 하고 있어서 폐지론자들

1) 사실적시명예훼손을 표기하는 논문도 다수 있으나, 여기서는 허위사실적시명예훼손죄와 구분하여 진실적시명예훼손죄로 명명하기로 한다.

2) Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, A/HRC/17/27/Add.2.(21 March 2011), para.89

3) 2012년 9월 참여연대의 입법청원, 2012년 6월 박영선 의원발의, 2013년 유승희 의원발의, 2015년 신경민 의원 발의 각 형법개정안

4) 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 결정.

의 우려는 기우에 불과하다는 주장 또한 강력하다.⁵⁾

진실적시명예훼손죄 존치론의 이론적 근거 중 하나는 ‘위법성조각사유’의 존재이다. 형법상 진실적시명예훼손죄를 처벌하도록 규정되어 있다 하더라도, 형법 제310조의 위법성조각사유를 통해 사안별로 유·무죄를 판단하여 구체적 타당성을 도모할 수 있다는 것이다. 형법 제310조는 ‘제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다’고 규정하여 ‘진실성’과 ‘공공의 이익’을 위법성조각사유의 구성적 표지로 삼고 있다. 이에 따라 판례는 위 표지 중 ‘진실성’의 허들을 통과한 진실적시명예훼손죄의 대상 사건들에 대해 다시금 ‘공공의 이익’을 판단하여 위법성을 조각할 수 있는 구체적 기준을 세워놓았다.

그러나 ‘공공의 이익’의 추상적 성격으로 인하여 판사의 주관적 판단에 따라 위법성조각사유가 성립할 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있는 문제가 있다. 특히 공인과 달리 사인에 대한 명예훼손죄 사건에서 과연 공공의 이익이 무엇인지 의문이 생긴다.

따라서 이 논문은 판례가 정립한 위법성조각사유 중 ‘공공의 이익’을 판단하는 구체적 기준이 어떠한지, 그 기준에 따른 판단이 법률의 명확성과 형벌의 예측가능성 측면에서 적정한지 여부를 검토하는 것을 목적으로 한다. 특히, ‘사인에 대한 진실적시명예훼손죄’에 위법성조각사유를 적용하여 유·무죄 여부를 판단한 구체적 사례를 유형화할 수 있는지 검토하고자 한다. 유형화가 가능하다면 예측가능성이 높아 진실적시명예훼손죄는 표현의 자유에 대한 제한이 과도하지 않아 존치론의 논거로 활용될 수 있고, 유형화하기 어렵다면 표현의 자유에 대한 제한이 과도하기 때문에 진실적시명예훼손죄는 폐지되는 것이 타당하다는 주장에 설득력을 더할 것이라고 본다.

II. 진실적시명예훼손죄에 대한 종래의 논의

1. 진실적시명예훼손죄 폐지론

진실적시명예훼손죄의 폐지를 주장하는 학계의 근거는 다음과 같다. 첫째, 진실 적시로 인해 악화되는 사회적 평가는 ‘허명’에 불과하여 보호가치가 없고⁶⁾, 표현의 자유를

5) 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 2016, 94쪽.

6) 신평, 명예훼손법, 청림출판, 2004, 313쪽.

지나치게 제한한다. 표현의 자유는 평가 교환, 공론 형성의 역할을 담당하는 기본권이기 때문에 민주주의 사회에서 객관적 사회질서가 된다. 따라서 허명이나 정당한 평가가 이루어지지 않은 상태(부정적 평가가 쌓이지 않은 상태)는 표현의 자유를 제한하기에 충분한 보호가치가 있다고 볼 수 없고, 이를 보호하기 위해 표현을 제한하는 법률은 헌법위반의 의심을 받게 되는 것이다.⁷⁾ 둘째, 형벌의 보충성에 반한다. 진실적시명예훼손죄의 규정 자체로 인해 민사적 손해배상책임이 인정되는 시기보다 앞서서 형사처벌이 이루어질 우려가 있다는 것이다. 민사소송의 경우 소송절차에서 원고의 손해 발생과 피고의 명예훼손 행위 사이에 인과관계가 확정되어야 손해배상 책임이 인정되는데 반해, 진실적시명예훼손죄는 추상적위험범으로 규정되어 있어 명예라는 인격적 가치에 대한 실제적 침해나 구체적 위험이 없는 경우에도 처벌될 수 있기 때문이다.⁸⁾ 셋째, 진실적시 명예훼손죄는 그 존재 자체로 표현의 자유와 명예보호의 조화를 도모하기 어려울 정도로 헌법의 비례성 원칙에 위배된다. 명예 보호와 표현의 자유 모두 헌법상의 보호해야 할 개인의 기본권 중 하나이고, 양자가 충돌할 경우 어느 것에 우위를 인정할 것인지에 따라 명예보호를 위한 입법태도는 달라질 수 있는데 형법은 진실적시명예훼손죄를 규정함으로써 명예보호에 원칙적 우위를 두고 있다는 것이다. 그러나 허위의 사실과 달리 진실한 사실은 의견형성의 기초가 되고 자유로운 토론에 기여하므로 오히려 표현의 자유에 일반적인 우위를 인정하는 것이 헌법의 정신에 부합한다고 한다.⁹⁾

2. 진실적시명예훼손죄 존치론

이에 반해 존치론의 주장 역시 만만치 않다. 첫째, 형법 제307조 제1항이 결국 허명(虛名)을 보호하게 된다는 주장에 대해, 사람의 진가(眞價)와 외부적 평가(외부적 명예) 사이에는 항상 차이가 있게 마련이기 때문에, 만약 명예훼손죄가 진명(眞名, 진실된 가치와 일치하는 명예)만을 보호해야 한다면 실제 허명인지 진명인지의 입증조차 쉽지 않으려니와, 우리가 타인과의 만남과 관계성 속에서 누리고 있는 현실적인 명예가 있다면 그것은 중요한 실존조건의 하나로서 당연히 형법상 보호받아야 할 가치가 있는 것으로

7) 류영재, “명예훼손죄에 대한 헌법합치적 해설론과 재판실무의 운용”, 언론과 법 제15권 제1호, 한국언론법학회, 2016, 75쪽.

8) 김선화, “피해자의 범죄피해 사실적시와 명예훼손죄의 성립”, 젠더법학 제11권 제1호, 한국젠더법학회, 2019, 51-52쪽.

9) 김성돈, 앞의 논문, 96-98쪽.

보아야 한다는 것이다.¹⁰⁾ 둘째, 명예의 보호는 자유로운 의견교환과정에 대한 한계일 뿐 아니라 동시에 민주주의를 구성하는 중요 요소이므로, 명예보호가 제대로 이루어지지 않는 경우에는 오히려 표현의 자유에 대한 동일한 위협적 효과가 있다는 점을 지적하기도 한다. 국가가 자신의 명예를 보호해 주리라는 믿음이 존재하지 않는 사회에서 일반 국민은 공적 토론에 참여하는 것을 주저하게 되며, 결국 다양한 사고의 자유로운 경합을 통하여 진리를 발견하고자 하는 민주적 의견형성과정이 크게 저해된다는 것이다.¹¹⁾ 셋째, 진실적시명예훼손죄가 존치되더라도 명예훼손법제가 스스로 자정기능을 하고 있어서 폐지론자들의 우려는 기우에 불과하다는 주장이 강력하다. 이에 따르면 진실한 사실을 적시한 경우라도 일정한 요건만 충족시키면 형사처벌에서 벗어나게 하는 특별한 규정 - 형법 제310조-의 존재가 진실적시명예훼손죄의 폐지론은 무력화시키기에 충분한 역할을 한다고 한다. 특히 이러한 논변은 ‘진실한 사실’을 적시한 경우라도 그것이 ‘공공의 이익’에 관한 것일 때에는 이 죄의 위법성을 조각시키므로 명예보호와 표현의 자유가 합리적으로 조화될 수 있다고 한다.¹²⁾ 나아가 우리나라는 미국과 같이 형벌을 대체할 만한 징벌적 손해배상이 부재하며, 현재로서는 유효하고 적절한 대체수단이 충분하게 확보되어 있다고 볼 수 없기 때문에 진실적시명예훼손죄의 폐지는 법적 안정성 및 치안유지의 측면에서도 보다 신중하게 접근할 필요가 있다고 한다.¹³⁾

III. 위법성조각사유로서의 ‘공공의 이익’에 대한 판결례의 비판적 검토

1. 대상판례의 선정

1.1 공인과 사인의 구분

공인¹⁴⁾에 관한 표현물에는 공공의 이익으로 인정될 내용을 담고 있는 경우가 대부분

10) 서보화, “V. 명예에 관한 죄 규정의 개정방안”, 형사정책연구원 연구총서 형사법개정연구(IV): 형법각칙 개정안, 2009, 238쪽.

11) 한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호”, 저스티스 통권 제84호, 한국법학원, 2005, 21쪽.

12) 김성돈, 앞의 논문, 95쪽.

13) 배상균, “사실적시명예훼손행위의 규제 문제과 개선방안에 관한 검토”, 형사정책연구 제29권 제3호(통권 제115호, 2018. 가을), 185쪽.

이다. 따라서 이 논문은 공공의 이익에 관한 판례의 기준을 분명하게 살펴보기 위해 사인에 관한 표현물만 연구 대상으로 삼는다. 대상자가 공무원, 정치인, 연예인, 그 외 유명인인 경우 검토 대상 판례에서 제외하였고, 언론의 자유와 관련하여 특수성이 인정되는 언론기자 등에 대한 사안 또한 대상 판례에서 제외하였다.

1.2 대상 판례의 선정기준

검찰청 판결문 검색 시스템을 통해 검색 조건으로 ‘명예훼손’, ‘공공의 이익’, ‘위법성 조각’을 입력하여 나온 판결 수는 2010년~2020년간 총 1,151건이다. 이 중 당사자(검사 또는 피고인)가 상고하여 대법원 판결례까지 있는 사건들은 총 72건이다.¹⁵⁾ 위 72건 중 사인에 대한 진실적시명예훼손죄에 해당하는 사건들은 총 34건으로 확인되었다. 허위사실적시명예훼손죄로 기소되었으나, 판례의 해석론을 통해 진실적시 명예훼손죄로 판단한 사안 또한 대상 판례에 포함하였다¹⁶⁾. 이 논문은 위 34건을 대상(이하 ‘대상판례’라 한다)으로 검토하고자 한다.

2. 판례의 ‘공공의 이익’ 판단기준 분석

2.1 대법원의 일반적 실시

대법원은 「공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조에 따라서 위법성이 조각되어 처벌되지 않기 위해서는 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는데, 여기서 공공의 이익에 관한 것이라 함은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 이익에 관한 것도 포함된다고 할 것인바, 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 적시된 사실 자체의 내용과

14) 공인과 사인의 구분과 관련하여서는, 이승선, “공인”이란 누구인가”, 언론과 법 제19권 제2호, 한국언론법학회 2020 ; 이재진, 이정기, 한국과 중국 명예훼손법상의 ‘공인’ 개념에 관한 비교연구, 언론과 법 10권 2호, 2011 참조

15) 대법원은 법률에 대한 최종적인 법해석 기관이라 할 수 있는바 대법원 판결례까지 있는 사건들을 대상판례로 선정하였다.

16) 1심이나 2심에서 허위사실적시명예훼손죄로 판단하여 유죄를 선고하였더라도 상급심에서 진실적시명예훼손죄로 의율하여 확정된 경우 대상 판례에 포함하였다.

성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 여러 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 한다.」고 판시하였다.¹⁷⁾

즉 대법원이 위법성조각사유의 ‘공공의 이익’에 대한 일반적 판단기준으로 실시한 요소는 크게, ① 공적 관심사인지, ② 표현의 내용과 방법이 어떠한지, ③ 공표가 이루어진 상대방의 범위가 어떠한지 ④ 침해되는 명예훼손의 정도가 어떠한지(비교형량), ⑤ 비방의 목적이 있는지로 분류할 수 있다.

2.2 공공의 이익 판단기준 분석

2.2.1 ‘공적 관심사인지 여부’를 가장 중요한 판단기준으로 함

34건의 대상판례를 검토한 결과 법원은 위 요소 중 ‘공적 관심사인지 여부’를 가장 중요한 판단기준으로 삼고 있음을 확인할 수 있었다. 실제로 대상 판례 중 ‘공적 관심사인지’여부를 판단기준으로 하여 유무죄 여부를 결정한 사례가 32건에 달하였고, 특히 다른 요소와 상관없이 ‘공적 관심사’에 해당하는지 여부를 절대적 기준으로 삼아 판시한 사례가 많았다. 그 중 일부를 살펴보면 다음과 같다.

㉠ 대법원 2017. 6. 15. 선고 2016도8557 판결

《사실관계》

피고인들은 ○○향교의 관계자들이고 피해자는 위 향교재단이사장으로서, 피고인들은 피해자의 별건 무고죄 대법원 판결이 확정되자 피해자에 대한 퇴진 촉구대회를 개최하면서 약 25일간 위 ○○향교 재단 앞 노상에서 ‘결핍하면 고소 고발, ○○○(피해자 실명)의 취미인가’, ‘징역형 받은 ○○○이가 유림이냐’, ‘○○○ 무고죄 대법원 판결(징역 6월 집행유예 2년, 사회봉사명령 80시간, 2013. 11. 28. 판결)이라고 기재된 플랜카드, 어깨띠 등을 준비하고 기재된 내용과 같이 구호를 제창하였다.

1심과 2심은 피고인들이 피해자의 범행 전력에 관한 내용이 포함된 플랜카드를 공공 장소에 게시하여 그 곳을 지나가는 불특정 다수의 사람들이 볼 수 있도록 한 행위가 전파가능성이 매우 크고 실제로도 피해자에 대한 사회적 평가가 상당 정도로 저해된 점 등을 종합할 때 공공의 이익을 위한 것이라고 인정하기 어렵다고 판단하였다. 그러나 대법원은 원심 판결을 무죄 취지로 파기환송하면서, ○○향교 재단의 대표자가 직무

17) 대법원 1997. 4. 11. 선고 97도88 판결, 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결, 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3594 판결 등

수행에 적합한지 여부는 재단법인의 운영에 관여하는 사람들은 물론이고 이에 관여하지 않는 사람들을 포함한 공동체 전체의 관심과 이익에 관한 사항에 해당한다고 할 수 있다고 판단하였다.

이 판결례는 명예훼손적 사실적시 행위가 불특정 다수를 대상으로 이루어졌고, 그 표현 내용과 발언 등에 비추어 비방의 목적이 인정될 여지가 있음에도 그 내용이 공적 관심사에 해당한다는 이유로 공공의 이익을 인정한 사례이다.

㉔ 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도8211 판결

《사실관계》

피고인은 피해자 신천지 예수교 ○○교회의 신도였던 사람으로 위 교회와 피해자 G목사에 대해서, “○○에 대한 호소문”이라는 제목으로 “총회에 대한 진상조사와 처벌을 촉구하였으나, G목사(피해자)의 죄를 덮고 감싸기에 급급하고 오히려 바른 말을 하는 자의 입을 막기 위해 징계를 청구하였다”, “G목회자는 P모, J모 재정부장과 공모하여 재정의 유령항목, 엉터리 재정으로 성도들의 눈을 속이고, 교회재정을 빼돌렸다”는 등의 전단지를 작성하여, 조선일보 8,000부, 동아일보 4,500부, 한겨레신문 7,500부 등 합계 2,000부의 신문에 끼워 광주 북구 지역에 배포하였다.

1심은 전단지에 적시된 내용과 글의 표현방식, 배포한 전단지의 수량 등에 비추어 피고인의 행위가 공공의 이익을 위한 것이라고 볼 수 없다는 취지였으나, 2심은 교회의 재정은 주로 교회 교인들의 현금으로 구성되는 것으로서 그 특성상 교인들의 중요 관심 사항이고, 피고인이 이 사건 전단지에 적시한 사실 자체의 내용 및 그 표현이 악의적이거나 저속하지 아니하다는 점에서 1심 판결을 파기하고 무죄를 선고하였으며 대법원 역시 같은 취지로 검사의 상고를 기각하였다.

위 판결례는 피고인의 명예훼손행위가 위 교회 교인들이 아닌 불특정 다수인을 대상으로 행하여져 전파가능성이 상당하였음에도 이에 대한 실시 없이 해당 사안이 공적 관심사에 해당한다는 점을 주된 이유로 하여 공공의 이익을 인정한 사례이다.

㉕ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도5459 판결

《사실관계》

피고인은 피해자 ○○○가 집사로 재직하는 교회의 교인에게 전화를 걸어, “○○○(피해자 실명)는 전과 43범으로 계속 사기를 치고 다니니 ○○○와 가까이 하지 마라”라고 말하고, 또 다른 교인에게 전화를 걸어 “○○○가 전과 40여범이고, 여러 사람들에게 사기를 친다. 이런 사람을 교회에 놔 두면 되겠느냐”라는 취지로 말하였다.

이 사안에서 1심은 구체적 근거설시 없이 피고인에 대하여 유죄를 선고하였으나, 2심은 피고인이 적시한 사실은 피해자가 출석하는 교회의 집단과 구성원들의 관심과 이익에 관한 사항으로서 공공의 이익을 위한 행위로 볼 여지가 있다는 이유로 위법성조각

사유를 인정하여 무죄를 선고하였고, 대법원 또한 같은 취지로 검사의 상고를 기각하였다.

위 판결례는 피고인에게 피해자에 대한 피고인에게 피해자에 대한 비방의 목적이 인정될 수 있음에도, 특정 사회집단에 속한 사람이 ‘전과자’라는 점이 구성원들의 공적 관심사에 해당한다는 이유로 공공의 이익을 인정한 사례이다.

2.2.2. ‘비방의 목적 유무’ 또한 주요 고려 요소임

34건의 대법판례 중 ‘비방의 목적’을 그 판단기준으로 실시한 판례는 총 12건으로 많지 않았으나 공적 관심사에 해당할 여지가 있음에도 ‘비방의 목적’이 있다는 이유로 공공의 이익을 부정하고 유죄를 선고한 사례 또한 있는바, 결국 때로는 ‘비방의 목적 유무’가 위법성조각사유를 인정하는 결정적 요소가 되고 있음을 알 수 있다. 대표적 사례는 아래와 같다.

㉠ 대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도7308 판결

《사실관계》

피고인은 아파트 관리사무소 회의장에서 회의를 하던 중 통장직을 맡고 있는 피해자에 대하여, ‘피해자가 ▲▲▲(같은 아파트 주민)을 감금하고 폭행한 폭력범이니 통장 자격이 없다. 통장으로 추천하지 말라’고 소리쳤다.

이 사안은 애초에 허위사실적시 명예훼손으로 기소되었다. 1심에서는 허위 사실로 볼 수 없다는 취지로 판단하여 그대로 무죄를 선고하였는데, 2심에서는 1심과 같이 사실적시명예훼손으로 판단한 후, 피고인의 행위가 사적인 동기에서 비롯된 것으로 공공의 이익을 위한 것으로 볼 수 없다고 판단하여 유죄를 선고하였다. 대법원 또한 2심과 같은 취지로 피고인의 상고를 기각하였다.

이 사안은 피고인이 아파트 통장인 피해자가 같은 아파트 주민인 ▲▲▲을 폭행한 사실을 발언한 것으로 그 내용 자체로는 아파트 주민들의 공적 관심사에 해당할 수 있는 내용임에도 법원은 이에 대한 설시는 하지 않은 채 피고인에게 비방의 목적이 인정된다는 이유만으로 공공의 이익을 인정하지 아니하였다.

㉡ 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016도21605 판결

《사실관계》

피고인은 의사인 피해자 ○○○가 상해진단서를 잘못 발부하였다는 이유로 피해자가 근무하는 병원 앞 노상에서 ‘위 진단대로라면 수술은 과잉진료이며, 진단서 잘못 발급으로 인해 상해 폭행 인정받지 못해서 기각됨. 진료비를 환불해 주세요’라고 적힌 피켓을 들고 같은 내용으로 소리쳤다.

1심은 이 사건 병원에서 진단서를 잘못된 내용으로 발부한 사실은 이 사건 병원에서 진료를 받았거나 받을 수 있는 일반 국민들의 공적인 관심사에 해당하는 것이고 피고인은 그와 같이 진단서를 잘못 발부한 것을 항의하고 일반 국민들에게 알릴 목적으로 이 사건 피켓을 든 것으로 보이는데 공공의 이익에 해당할 수 있다고 판단하였다. 그러나 2심은 위 사안이 공적 관심사에 해당할 수 있음을 인정하면서도 피고인 행위의 주된 목적은 잘못된 상해진단서 발급을 문제삼아 피해자의 명예에 타격을 입혀 진료비를 돌려받거나 금전적 보상을 받고자 하는 것에 있었다며 공공의 이익을 부정하였고, 대법원 또한 같은 취지로 피고인의 상고를 기각하여 유죄를 확정하였다.

위 판결례는 1심과 상급심의 판단이 달라진 경우로서, 공적 관심사에 해당하는 사안임에도 피고인이 행위의 비방의 목적이 지배적이었다는 이유로 공공의 이익을 부정한 사안이다.

2.2.3 그 외 인자는 부수적 고려 요소에 해당

34건의 대상판례를 검토한 결과, ‘공공의 이익’을 구성하는 요소 중 ‘표현의 내용과 방법’이 어떠한지, ‘공표가 이루어진 상대방의 범위’가 어떠한지 ‘침해되는 명예훼손의 정도’가 어떠한지 등은 각 부수적 고려 요소일 뿐 단독으로 공공의 이익 여부를 결정하는 구성요소가 아니었음을 확인할 수 있었다. 즉, 공공의 이익을 인정하거나 부정할 때 그 논거를 강화하는 요소로만 언급되었을 뿐이다. 각각의 요건만 적용하여 판단한 사례는 전무하였고, 대상 판례 중 위 세 가지 요건을 모두 실시하지 않은 판례 또한 7건에 달했다.

특히, ‘공표가 이루어진 상대방의 범위’와 관련하여 특정 집단의 관심사를 불특정다수에게 공표하였거나 전파가능성이 상당함에도 공적 관심사에 해당한다는 이유로 무죄를 선고한 사례가 다수 있었는데(㉠ 13도8211 판결 - 목사인 피해자가 교회 재정을 빼돌렸다는 내용의 문서를 일간지에 끼워 배포한 경우, ㉡ 10도2139 판결 - 교수가 특정 과목의 폐강을 유도하였다는 내용을 인터넷에 게시한 경우, ㉢ 09도14486 판결 - 재개발추진위원장의 비리 의심 사안을 언론에 공표한 경우 등) 이 경우에는 법원이 판결문에서 ‘공표가 이루어진 상대방의 범위’ 요소에 대해 주의 깊게 고려하지 아니하였다.

적시한 내용이 모욕적 표현을 포함하고 있음에도 공적 관심사에 해당한다는 이유로 무죄를 선고한 사례도 있어(㉣ 2013도5459 판결 - ‘전과 43범이고 계속 사기를 치고 다닌다’, ㉤ 2009도11522 판결 - ‘살인자야 살인자! 살인음모!’, ㉥ 2011도5011 판결 -

‘새빨간 거짓말을 떠들어대며 주민들을 현혹시킨다’ 등) 결국 법원의 판단 기준은 명확하지 아니한 것으로 보인다.

2.2.4 사례별 구분

대상판례 중 진실적시명예훼손죄가 문제가 된 사안은 크게 4가지 사례로 나뉘었다. (1) 피해자의 전과 및 수사 내용 공표(10건), (2) 피해자의 사생활 공표(5건), (3) 피해자의 비리 의심 내용 공표(17건), (4) 피해자가 제공한 서비스 등에 대해 불만족한 내용의 공표(2건) 등이다. 법원이 위 각 주제별로 최종적으로 위법성조각사유를 인정하였는지 여부를 표로 정리해 보면 다음과 같다.

〈표 1-1〉

구 분	위·조 부정(유죄)	위·조 인정(무죄)
전과 및 수사내용 공표	3건	7건
사생활 공표	4건	1건
비리 의심 내용 공표	4건	13건
제공 서비스에 대한 불만족 사항 공표	2건	-

표에 따르면 피해자의 비리 의심 내용을 공표하였을 때 공공의 이익을 인정하여 무죄를 선고한 사례가 13건으로 상대적으로 많았을 뿐, 각 사례별로 법원이 특별히 공공의 이익을 인정한다거나 부정한다는 경향성은 없었다. 그보다는 위 사안이 각 어떤 맥락에서 공표되었는가가 더 중요한 고려요소였고, 이는 결국 법원의 구체적 판단에 따라 그 결과가 달라질 수 있음을 의미한다.

3. 판결례에 대한 비판적 검토

3.1 같은 사안에서 심급별 판단이 상이한 경우 다수 있음

34건의 대상판례중 1심과 2심의 판단이 다르거나, 2심과 대법원의 판단이 다른 경우 등 같은 사안에 대해 심급별 판단이 상이한 경우는 총 16건에 달하였다. 대법원은 대부분 사실심 최종심인 2심의 판단과 그 결론을 같이 하였는데, 대법원이 2심과 결론을 달리한 사례 또한 4건 있었다. 이는 그만큼 진실적시명예훼손죄가 각 사안별로 판단이 애매하다

는 점을 명확히 보여주는 결과라 할 것이다.

3.2 무죄 확정 비율이 높음

대상판례 중 최종 무죄로 확정된 사건이 21건이나 되었다. 대상판례가 대법원 선고까지 된 사건만 추려낸 것임을 감안하더라도 일반적 무죄율(2018년 기준, 전국 평균 1심 무죄율 : 0.79%, 2심 무죄율 1.69%)¹⁸⁾과 비교할 때 상당히 높은 수준이다. 이는 위법성조각사유가 제 기능을 한 결과로 볼 수도 있겠으나, 결국 대상자로서는 경찰 및 검찰의 수사 및 기소, 법원의 1심, 2심, 상고심 판단에 이르기까지의 지난한 과정을 거쳐야 했음을 보여준다. 대법원이 위법성조각사유를 인정하여 최종적으로 무죄를 선고했다 하더라도 대상자는 피의자와 피고인의 신분으로 형사처벌의 위험성을 감수해야 하고, 이는 표현의 자유에 대한 극도의 위축효과로 이어질 수밖에 없다.

3.3 공적 관심사에 대한 법원의 판단 결과를 일반화하기 곤란함

공적관심사의 판단기준을 객관적으로 유형화하기 곤란하다는 점에서 더 나아가, 법원이 구체적 사안에서 공적관심사에 대해 판단한 결과를 그대로 일반화하여 적용하기에도 곤란한 문제가 있다.

앞서 살펴본 대법원 2016도8557 판결은, ‘○○향교 재단의 대표자가 직무 수행에 적합한지 여부는 재단법인의 운영에 관여하는 사람들은 물론이고 이에 관여하지 않는 사람들을 포함한 공동체 전체의 관심과 이익에 해당한다’고 판시한 사안이다. 향교재단의 공익적 성격이 일반 재단법인보다 크기 때문인 것으로 보이나, 그렇다면 이를 일반화하여 일부라도 공익적 목적을 표방하는 단체라면 사인인 대표자 등에 대한 전과 사실 공개가 공공의 이익이라는 이유로 모두 정당화될 수 있는지 의문이다.

또한, 대법원 2013도5459 판결은, ‘피고인이 적시한 피해자의 전과사실이 피해자가 출석하는 교회의 집단과 구성원들의 관심과 이익에 관한 사항’이라고 판시하였는데 과연 특정인의 전과 사실이 특정 집단의 공적 관심사에 해당할 수 있다고 일반화할 수 있는지 또한 의문이다. 자신의 전과 사실은 기본적으로 타인에게 알리고 싶지 않은 사생활의 비밀에 해당하기 때문이다. 최근 ‘배드파더스’나 ‘디지털교도소’ 문제가 찬반 양론

18) 대검찰청 공판송무과, “2019 무죄 분석 - 2018년도 무죄선고 사건”, 2019, 2-8쪽.

을 타고 크게 이슈화되는 것¹⁹⁾도 이와 같은 문제의식에서 비롯된 것이다.

3.4 계획적 범행임에도 그 처벌가치를 낮게 평가하는 문제점

피고인이 적시한 내용이 ‘공적 관심사’에 해당하는 경우에는 결국 ‘비방의 목적 유무’가 ‘공공의 이익’의 주된 판단인자가 될 수밖에 없다. 비방의 목적은 피고인의 표현 방법과 내용을 위주로 판단하게 되는 것인데, 그러다보니 결국 즉흥적으로 정제되지 않은 내용과 표현으로 타인의 명예훼손 사실을 적시하는 행위는 공공의 이익을 부정하는 결과로 이어지고, 오히려 보다 계획적인 명예훼손 행위는 공공의 이익을 인정받게 될 수 있다. 이는 우발적 범행을 선처하고 계획적 범행을 중하게 처벌하는 형사처벌 양형사유의 판단기준과도 맞지 않는다는 문제가 있다.

4. 소결

진실적시명예훼손죄의 존치론자들은 그 논거 중 하나로 위법성조각사유라는 일종의 ‘안전장치’를 내세운다. 그런데 실제 판결례를 살펴보면, 위법성조각사유의 큰 축인 ‘공공의 이익’의 판단기준은 사실상 해당 사안이 ‘공적 관심사’에 해당하는지 여부로 귀착되는 경우가 대부분인데, 법원은 정작 그 판단기준에 대해서는 일반적·구체적인 설시를 하지 아니하였다. 나아가 법원이 ‘공적 관심사’라고 인정한 내용 중에서는 그 범위를 지나치게 넓게 해석한 경우가 많아 결국 무엇이 ‘공적 관심사’인지 여부조차 모호해지는 문제가 발생한다. 법원의 각 심급별로도 공공의 이익 인정여부에 대해 그 판단 결과가 달라지는 경우가 상당히 많았으며, 진실적시명예훼손죄 자체의 무죄율도 월등히 높았다. 이는 결국 위법성조각사유가 그 판단요소별 또는 구체적 사례별로 각 객관적인 유형화가 곤란함을 의미한다.

‘공공의 이익’은 아무리 그 기준을 구체적으로 실시하더라도 근본적으로 불명확할 수밖에 없는 개념이기도 하다. 헌법재판소조차 일명 미네르바 사건과 관련한 헌법소원 사건에서, 전기통신기본법 제47조 제1항의 ‘공익’ 개념에 대해 ‘표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배’된다는 이유로 위헌 결정을 한바 있다.²⁰⁾ 동일한 개념인 ‘공공의 이익’이 위법성조각사유로 규정되어 있다고 하여

19) “사실적시 명예훼손은 악법인가... ‘미투’부터 ‘배드파더스’까지”, 경향신문, 2020. 10. 3.

그 불명확성이 제거된다고 볼 수는 없다.

결국 위법성조각사유의 존재는 오히려 진실적시명예훼손죄가 법률의 명확성이나 형벌의 예측가능성을 확보하기 어렵게 만드는 요소인 것으로 판단된다.

IV. 진실적시명예훼손죄의 정비방안

이상과 같은 논의를 종합적으로 고려하면 진실적시명예훼손죄는 정비되어야 한다. 학계 등에서 논의되는 정비방안은 크게 두 가지로 나뉘는데 각 방안의 내용 및 장단점을 살펴보면 다음과 같다.

1. 진실적시명예훼손죄를 폐지하는 방안

진실적시명예훼손죄를 즉시 폐지해야 한다는 견해는 진실적시명예훼손죄가 애초에 표현의 자유보다 개인의 명예보호에 일방적 우위를 부여하는 문제점이 있는바 그 즉시 폐지하고, 나아가 비방목적이 추가된 출판물 등에 의한 진실적시명예훼손죄(제309조 제1항)나 정보통신망을 통한 진실적시명예훼손죄(정보통신망법 제70조 제1항)까지 모두 삭제되어야 한다고 한다.²¹⁾ 이 같은 즉시 폐지 견해는 현실적으로 발생하는 명예훼손으로 인한 피해는 민사상 손해배상소송을 통해 구제될 수 있다는 점에 기초한다.²²⁾

다만 우리나라의 경우 형벌을 대체할 만한 징벌적 손해배상이 부재한바, 현재로서는 유효하고 적절한 대체수단이 충분하게 확보되었다고 보기 어렵다는 문제가 있다. 사생활의 내밀한 영역, 프라이버시 또한 여전히 보호되어야 하고 혐오표현 등에 대한 규제도 필요하다²³⁾. 종래 이러한 이익과 가치는 진실적시명예훼손죄, 모욕죄 등에 포섭하여 규율하고 있었으나 사실 이들은 엄밀히 구분하면 ‘명예’와는 다른 차원의 법익이다. 이 때문에 진실적시명예훼손죄를 폐지하는 경우 이를 보호하는 다른 법률을 마련하여야 한다는 목소리가 있다.²⁴⁾

20) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정.

21) 김성돈, 위의 논문, 123쪽.

22) 원혜옥, 김자영, “명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임”, 비교형사법연구 18권 4호, 한국비교형사법학회, 2016, 13쪽.

23) 박혜영, “혐오표현에 관한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제16권 제3호, 한국비교공법학회, 157쪽 이하.

2. 진실적시명예훼손죄를 존치하고 법제를 정비하는 방안

반면, 진실적시명예훼손죄의 존치론은 민사적 제재의 실효성에 대해 근본적으로 회의적이다.²⁵⁾ 예컨대 개인의 숨기고 싶은 병력, 성적 지향, 연애경험, 이혼이유 등 민감한 사적 비밀을 본인의 의사에 반하여 온라인 또는 오프라인에서 공개하는 행위 그리고 도박, 마약흡입 등 법률상 신상공개 대상이 아닌 사인의 범죄사실을 공개하는 행위 등을 옳다고 단정하기 어려운데다, 이러한 행위를 민사제재만으로 규제하는 것 또한 타당한지 의문이라는 것이다.²⁶⁾ 나아가 사회적 약자인 사인이 사회적 강자에 의해 명예훼손을 당한 경우 국가형벌권의 도움을 받을 수 있는 길을 열어두어야 함을 강조하기도 한다.²⁷⁾

이러한 견해는 진실적시명예훼손죄를 존치시키되, 위법성조각사유를 확대해석하거나 개정하여 표현의 자유 또한 보호하는 방안을 제시한다. 구체적으로는 형법 제310조의 공익성의 요건을 완화하여 해석하거나 법 개정을 통하여 ‘공공의 이익’에 관련된 사항이라고 볼 수 있는 것들을 예시적으로 기술할 것을 제안한다.²⁸⁾ 그러나 이러한 개선방안에 의하더라도 ‘공공의 이익’이라는 개념 자체가 불명확한 이상 형벌의 예측가능성이 떨어진다는 문제점은 해소된다고 보기 어렵다.

3. 사건

사건으로는 진실적시명예훼손죄를 즉시 폐지하고 이와 관련된 손해는 민사소송으로 해결하도록 하는 것이 타당하다고 본다. 세계적 입법 흐름도 이와 같은 뿐 아니라 ‘사실을 말했다 뿐인데 형사 처벌된다’는 논리구조는 상식적으로도 납득이 되지 않는 측면이 있다. 진실을 적시하여 명예가 훼손된 결과 발생한 손해는 민사소송을 통해 구제받도록 하는 것이 우리 법체계에서 보다 합리적인 해결방안인 것으로 판단된다.

물론, 진실적시명예훼손 관련 우리나라의 민사적 구제수단이 아직 충분하다고 보기 어려운 측면이 있다. 이에 따라 진실적시명예훼손 행위로 인한 ‘손해 발생’의 판단 요건

24) 이희경, “명예훼손죄에 관한 연구 - 명예보호의 한계”, 이화여자대학교 박사학위 청구논문, 2009, 22쪽.

25) 김형준, “명예훼손죄 비범죄화에 대한 비판적 검토”, 법학논문집 제43권제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2019 참조.

26) 조국, “사실적시명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성”, 형사정책 제25권 제3호, 한국형사정책학회, 2013, 25쪽.

27) 윤해성, 김재현 “사실적시명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 대한 연구”, 형사정책연구원 연구총서, 한국형사정책연구원, 2018, 143쪽; 조국, 앞의 논문, 24쪽.

28) 윤해성·김재현, 앞의 논문 145쪽; 서보하, 앞의 논문 233쪽.

및 입증 책임의 판단 기준²⁹⁾을 보다 더 완화하고, 돌이킬 수 없는 막대한 손해를 구제하기 위하여 징벌적 손해배상제도를 도입·구체화하는 등 민사적 구제수단을 정비하는 일이 선행되어야 한다.

또한, 위법성조각사유 중 ‘공공의 이익’의 가진 생래적 모호함은 민사소송에서도 대두될 문제인 것이 사실이다. 그러나 이러한 ‘불명확성’을, 법익침해가 상당하고 보다 강력한 법적제재 수단인 형사처벌의 영역에 그대로 둔다는 것이 오히려 더 부당하다. 사인으로서의 일단 고소 또는 고발이 되는 순간 즉시 피의자의 신분으로 수사기관에 출석하여 조사를 받아야 하고, 혹여 기소가 되는 경우에는 1심과 2심에 이어 대법원에 이르기까지 형사 피고인으로서 재판을 받아야 하는 불리한 위치에 놓인다. 최종적으로 무죄 판결을 받는다 하더라도 그 과정에서 이미 표현의 자유에 대한 위축효과는 상당할 것이 자명하다. 실제로 현실에서 사인들은 명예훼손으로 피해를 입었다고 생각되는 경우 상대방에 대한 압박 수단으로 ‘일단 형사고소부터 하고 보는’ 경우가 상당히 많다. 최근 미투 운동에 대응하여 성범죄 가해자가 피해자에 대하여 명예훼손죄로 맞고소하는 사례가 상당히 많은 것도 위와 같은 부작용의 한 단면이라 할 것이다³⁰⁾. 이는 형벌의 일반 예방 효과와 더불어 표현의 자유에 대한 ‘일반적 위축효과’로도 이어질 수 있다는 점에서 문제이다.

V. 결론

진실적시명예훼손죄의 존치론자들은 위법성조각사유의 존재로 각 사안별 구체적 타당성을 도모할 수 있기 때문에 결국 표현의 자유에 대한 위협은 최소화된다고 주장한다. 그러나 위법성조각사유의 구성요건요소인 ‘공공의 이익’은 그 개념 자체로 불명확하다는 한계가 있다. 특히, ‘사인’에 대한 진실적시명예훼손죄에 대해서는 ‘공공의 이익’을 판단할 수 있는 대략적 지표조차 가늠하기 어렵다는 점에서 형벌의 예측가능성을 크게 저해한다. 법원이 공공의 이익을 판단하는 ‘일반적’ 기준을 세워놓기는 하였으나, 이 논문에서 살펴본 바와 같이 결국 공공의 이익의 ‘구체적’ 판단기준은 정립되었다고 볼

29) 2019. 9. 30. 시행된 개정 민사소송법은 제202조의 2(손해배상 액수의 산정)를 신설하여 손해액의 증명책임을 다소 완화하였다.

30) 박선영, “성폭력사실의 공론화와 명예훼손”, 법조 제52권 제7호, 2003, 49-50쪽.

수 없고 그 기준 및 사례별로 유형화하기도 어려웠다. 그러다 보니 공공의 이익에 대한 법원의 판단이 심급별로도 다른 경우가 상당히 많았고, 검찰과 법원의 견해 차이로 볼 수 있는 무죄율 또한 월등히 높았다. 이는 그 자체로 진실적시명예훼손죄가 법률의 명확성이나 형벌의 예측가능성을 담보한다고 보기 어렵다는 의미이다. 나아가 표현의 자유는 다른 기본권과 달리 ‘위축 효과’라는 일반적 효과만으로도 그 권리가 침해되거나 크게 제한되는 특수성이 있음을 고려할 때, 진실적시명예훼손죄는 존재 그 자체만으로 해악이 크다.

세계적으로도 진실적시명예훼손죄를 처벌하는 입법례가 거의 없고, 형벌의 최후 수단성 및 보충성의 원칙에 비추어 보더라도 진실적시명예훼손죄를 형법에 규정하여 원칙적으로 처벌하는 것은 우리나라 법체계에 부합하지 않는다. 진실적시명예훼손죄를 존치시키면서 처벌 규정이나 위법성조각사유를 개정하는 식의 땀질식 처방 또한 위와 같은 근본적인 문제점을 해소할 수 없다. 따라서 진실적시명예훼손죄는 즉시 폐지하되 동시에 민사적 구제 수단을 보다 현실화하는 데에 논의를 집중하는 것이 더 바람직한 해결 방향이라 할 것이다³¹⁾.

31) 최근 형법의 진실적시명예훼손죄 자체에 대하여 위헌 소원이 제기되었고 2020. 9.경 헌법재판소에서 공개변론이 있어 존치론과 폐지론 사이에 치열한 공방이 있었다. 진실적시명예훼손죄의 위헌성 여부에 대해서는 조만간 다시 헌법재판소의 결정이 있을 것으로 보인다.

참고문헌

1. 단행본

- 대검찰청 공판송무과, 2019 무죄 분석 - 2018년도 무죄선고 사건, 2019.
- 신 평, 명예훼손법, 청림출판, 2004.
- 윤해성/김재현, 사실적시명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 2018.

2. 학술지

- 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 2016, 93-133쪽.
- 김선화, “피해자의 범죄피해 사실적시와 명예훼손죄의 성립”, 젠더법학 제11권 제1호, 한국젠더법학회, 2019, 47-92쪽.
- 김형준, “명예훼손죄 비범죄화에 대한 비판적 검토”, 법학논문집 제43권 제3호, 중앙대학교법학 연구원, 2019, 71-92쪽.
- 류영재, “명예훼손죄에 대한 헌법합치적 해설론과 재판실무의 운용”, 언론과 법 제15권 제1호, 한국언론법학회, 2016, 67-107쪽.
- 박선영, “성폭력사실의 공론화와 명예훼손”, 법조 제52권 제7호, 2003, 45-90쪽.
- 박해영, “혐오표현에 관한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제16권 제3호, 한국비교공법학회, 137-169쪽.
- 배상균, “사실적시명예훼손행위의 규제 문제과 개선방안에 관한 검토”, 형사정책연구 제29권 제3호(통권 제115호, 2018. 가을), 163-190쪽.
- 서보학, “V. 명예에 관한 죄 규정의 개정방안”, 형사정책연구원 연구총서 형사법개정연구(IV): 형법각칙 개정안, 2009, 213-242쪽.
- 원혜욱, 김자영, “명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임”, 비교형사법연구 18권 4호, 한국비교형사법학회, 2016, 1-28쪽.

이승선, “‘공인’이란 누구인가”, 언론과 법, 제19권 제2호, 한국언론법학회, 2020, 115-162쪽.

이재진/이정기, “한국과 중국 명예훼손법상의 ‘공인’ 개념에 관한 비교연구”, 언론과 법 10권 2호, 한국언론법학회, 2011, 237-277쪽.

조 국, “사실적시명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성”, 형사정책 제25권 제3호, 한국형사정책학회, 2013, 9-46쪽.

한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호”, 저스티스 통권 제84호, 한국법학원, 2005, 21-52쪽.

3. 학위논문

이희경, “명예훼손죄에 관한 연구 - 명예보호의 한계”, 이화여자대학교 박사학위청구논문, 2009.

[Abstract]

An Analysis on the Criteria of Justification Clause Applied by Courts in the Cases of Defamation by Publicly Alleging Facts

—Focusing on ‘Public Interest’—

Ko, Ryoe-Jin*

There is a sharp division of opinions between the maintenance and abolition of criminal defamation by publicly alleging facts. The justification clause of Article 310 of the Criminal Act can help strike a balance between freedom of expression and defamation by publicly alleging facts. However, a chilling effect can deter freedom of expression, and the concept of public interest, one of the elements for justifying defamation acts has been criticized as vague and ambiguous. In particular, in the case of defamation against a private person, it is questionable what actually constitutes the public interest.

According to this analysis, which analyzed the previous decisions of criminal courts that applied the test criteria for the public interest to decide the applicability of justification clause in the cases of defamation against a private person by publicly alleging facts, general or specific standards applicable to the matter of public concern, one of the elements constituting public interest, were not found, and it was also difficult to objectively categorize the accumulated precedents, such as similar decisions per the criteria element or type of matter. In addition, there are many cases in which appellate courts overruled trial courts' decisions.

Hence, criminal defamation by publicly alleging facts is unlikely to satisfy the principles of clarity and predictability, which are fundamental principles of the criminal law, although the justification clause safeguards it. If we consider the chilling effect problem associated with freedom of expression, it is better to abolish criminal defamation by publicly alleging facts and enforce applicable civil remedies.

* Prosecutor, Daejeon District Prosecutors' Office

[Key Words] Criminal Defamation by Publicly Alleging Facts, Justification Clause, Public Interest, Freedom of Expression, Chilling Effect