

# 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바37 결정 형법 제311조위헌소원

## 판시사항

가. 모욕죄를 규정하고 있는 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제311조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)의 ‘모욕’ 부분이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극) 나. 심판대상조항이 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)

## 재판요지

가. 모욕죄의 구성요건으로서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것으로서, 모욕죄의 보호법익과 그 입법목적, 취지 등을 종합할 때, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기 어렵고, 법 집행기관이 이를 자의적으로 해석할 염려도 없으므로 명확성원칙에 위배되지 아니한다. 나. 사람의 인격을 경멸하는 표현이 공연히 이루어진다면 그 사람의 사회적 가치는 침해되고 그로 인하여 사회구성원으로서 생활하고 발전해 나갈 가능성도 침해받지 않을 수 없으므로, 모욕적 표현으로 사람의 명예를 훼손하는 행위는 분명 이를 금지시킬 필요성이 있고, 모욕죄는 피해자의 고소가 있어야 형사처벌이 가능한 점, 그 법정형의 상한이 비교적 낮은 점, 법원은 개별 사안에서 형법 제20조의 정당행위 규정을 적정하게 적용함으로써 표현의 자유와 명예보호 사이에 적절한 조화를 도모하고 있는 점 등을 고려할 때, 심판대상조항이 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원의 반대의견 심판대상조항의 구성요건인 ‘모욕’의 범위는 지나치게 광범위하여 타인에 대한 부정적 이거나 경멸적인 내용이 있는 표현은 타인의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있어 모욕에 해당하게 된다. 이에 따라 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에 현실 세태를 빗대어 우스꽝스럽게 비판하는 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 부정적인 내용이지만 정중한 표현으로 비꼬아서 하는 말, 인터넷상 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등도 모욕죄로 처벌될 수 있으므로, 헌법상 보호받아야 할 표현까지 규제될 수 있다. 모욕죄의 형사처벌은 다양한 의견간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고 건전하게 해소할 가능성을 제한하는바, 정치적·학술적 토론이나 의견교환과정에서 사용된 일부 부정적인 언어나 예민한 정치적·사회적 이슈에 관한 비판적 표현이 모욕에 해당하여 규제된다면, 정치적·학술적 표현행위를 위축시키고 열린 논의의 가능성이 줄어들어 표현의 자유의 본질적인 기능이 훼손된다. 또한 국가형벌권의 행사를 형법으로 규정하고자 할 때는 최소한의 행위에 국한되어야 하는 점, 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현행위에 대하여는 시민사회의 자기 교정기능에 맡기거나 민사적 책임을 지우는 것으로 규제할 수 있는 점, 모욕행위를 형사처벌하는 것은 국제인권기준에도 부합하지 않는 측면이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해한다.

## 참조조문

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제311조

## 참조판례

가. 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822, 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 등, 판례집 21-1하, 545, 560-561, 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27, 판례집 22-2하, 368, 377-378 나. 헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 319

# 헌 법 재 판 소 전 원 재 판 부 결 정

사 건 2012헌바37 형법제311조위헌소원

【청 구 인】 진○권 (대리인 법무법인 이공 담당변호사 허진민)

원심판결 대법원 2010도10130정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손),  
모욕

판결선고 2013. 06. 27.

## 주 문

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제311조는 헌법에 위반되지 아니한다.

## 이 유

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 ○○당 인터넷 사이트 당원 게시판과 인터넷 사이트 ‘다음’에 있는 자신의 블로그에 타인을 모욕하는 글을 게재하고, ○○당 게시판에 비방할 목적으로 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하였다는 이유로 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)죄, 모욕죄로 기소되어 제1심(서울중앙지방법원 2009고단6302)에서 벌금 300만 원을 선고받았고, 이에 불복하여 항소(서울중앙지방법원 2010노615)하였으나 항소가 기각되었으며, 다시 불복하여 상고(대법원 2010도10130)하였으나 2011. 12. 22. 상고도 기각되었다.

(2)청구인은 위 상고심 계속 중에 모욕죄를 규정하고 있는 형법 제311조가 명확성원칙에 위반되고, 표현의 자유를 침해하는 규정이라고 주장하며 위헌법률심판제청 신청(대법원 2011초기245)을 하였으나 2011. 12. 22. 위 신청이 기각되어 같은 달 26. 그 결정문을 송달받자 2012. 1. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제311조가 헌법에 위반되는지 여부이고, 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

#### [심판대상조항]

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)

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

#### 2. 청구인의 주장요지

가. 심판대상조항은 ‘모욕’이라는 너무나 추상적이고 광범위한 개념을 구성요건요소로 삼아 표현행위를 규제하고 있어 표현의 자유에 대한 제한입법에서 요구하는 명확성원칙 및 죄형법정주의에서 파생하는 명확성원칙에 위배된다.

나. 모욕죄는 모욕감을 느끼고 싶지 않은 주관적이며 내부적인 명예감정을 보호법익으로 하는 범죄이다. 그런데 이러한 주관적 명예감정은 객관적으로 판단하기 어려워 법적보호의 대상으로 하기에는 부적절하므로, 심판대상조항은 그 목적의 정당성을 인정하기 어렵다. 그리고 모욕 행위에 대해서는 형사제재가 아니더라도 다른 사회규범이나 분쟁수단을 통하여 적절히 규제할 수 있음에도 형사처벌까지 하는 것은 방법이 적정하지 아니할 뿐만 아니라 비례성원칙에도 반한다. 또한, 사실의 적시가 없는 단순한 의견이나 감정 또는 추상적 판단의 표현으로 인하여 국가안전보장이나 질서유지, 공공복리에 명백하고 현존하는 위험이 발생하는 경우란 있을 수 없다.

결국 심판대상조항은 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 모든 기본권 제한입법의 한계원리인 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 표현의 자유를 침해하고 있다.

#### 3. 판 단

##### 가. 제한되는 기본권

헌법 제21조 제4항은 ‘언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.’고 규정하고 있는바, 이는 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정으로 볼 것이고, 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등, 판례집 21-1하, 545, 560).

즉, 표현이 어떤 내용에 해당한다는 이유만으로 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다고는 볼 수

없으므로, ‘모욕적 표현’이 일정한 경우 타인의 명예나 권리를 침해한다고 하여도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석하여야 할 것이다(헌재 2012. 11. 29. 2011헌바137, 판례집 24-2하, 141, 152 참조).

결국 심판대상조항은 모욕행위를 처벌함으로써 일정한 내용의 모욕적 표현을 금지하고 있다는 점에서 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유를 제한하고 있다.

#### 나. 명확성원칙 위반 여부

##### (1) 명확성원칙의 의미

(가) 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기하고, 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 함으로써 그러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 따라서 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.

한편, 이러한 명확성원칙은 죄형법정주의의 원칙에서도 요청된다. 즉 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미한다.

그러나 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법 기술적으로 불가능하고, 다소 광범위하여 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 명확성원칙에 반한다고 할 수는 없다 할 것이다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등, 판례집 21-1하, 545, 560-561 참조).

그리고 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822; 2010. 11. 25. 2009헌바27, 판례집 22-2하, 368, 377-378 참조).

(나) 심판대상조항은 공연히 사람을 모욕한 자를 처벌하도록 하고 있는 형벌조항일 뿐만 아니라 동시에 표현의 자유를 제한하고 있다. 따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성원칙뿐만 아니라 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서의 명확성원칙을 요구한다 할 것이며, 그 정도는 엄격한 의미에서의 명확성이라 할 것이다.

## (2) 판단

(가) 심판대상조항의 보호법익은 사람의 가치에 대한 사회적 평가, 즉 외부적 명예로서 심판대상조항에 규정된 ‘모욕’은 사전적 의미로 ‘깔보고 욕되게 함’을 의미하고, 형법학계의 해석도 ‘모욕’이라 함은 사실을 적시하지 아니하고 사람에게 대하여 경멸의 의사를 표시하는 것으로서 언어적 표현에 국한되지 아니하고 서면이나 거동에 의한 일체의 행위를 지칭한다고 보고 있다. 대법원도 모욕죄의 구성요건으로서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것이라고 판시함으로써(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등 참조), 위에서 살펴본 문언적 의미를 기초로 한 객관적 해석기준을 마련하고 있다.

(나) 그리고 여기서 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하였는지 여부는 추상적·일반적으로 결정될 수 없는 성질의 것이므로 이에 해당하는지 여부는 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 정해질 수밖에 없다.

(다) 모욕죄는 이와 같이 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예를 그 보호법익으로 하고 있고, 명예훼손죄와는 달리 구체적 사실의 적시를 요구하지 아니하는 등 그 입법목적과 취지 등을 종합하여 볼 때, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기 어렵다. 또한 대법원은 모욕의 의미에 대하여 객관적인 해석기준을 제시하고 있으므로 법집행기관이 심판대상조항을 자의적으로 해석할 염려도 없다.

(라) 나아가 구체적으로 어떠한 표현이 심판대상조항의 구성요건에 해당하는지 여부는 분리된 개별적 언사만을 놓고 판단하기 보다는 표현의 전체적인 내용과 맥락을 고려하고, 그러한 표현이 상대방을 경멸할 의도로 행해졌는지 아니면 우발적으로 이루어졌는지 여부, 다소 과장된 표현인지 여부, 대화나 토론의 장이 열리게 된 경위와 그 성격, 행위자와 상대방과의 관계 등 여러 요인을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률해석·적용의 문제이다. 어떠한 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는지 하는 것에 관하여 구체적인 사건에 있어서 의문이 있을 수 있다는 것은 형법규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것이므로, 그러한 사정만으로 심판대상조항이 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 표현의 자유 침해 여부

### (1) 이 사건의 심사기준

헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함된다(헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 319 참조). 심판대상조항이 공연히 타인을 모욕한 경우에 이를 처벌하는 것은 위와 같이 헌법 제10조에 의하여 보장되는 외부적 명예를 보호하기 위함이다. 그와 반면에 심판대상조항은 표현의 자유를 제한하고 있으므로 결국 심판대상조항에 의하여 명예권과 표현의 자유라는 두 기본권이 충돌하게 된다.

이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이고, 결국은 과잉금지원칙에 따라서 심판대상조항의 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단이 표현의 자유를 제한하는 정도와 명예를 보호하는 정도 사이에 적절한 비례를 유지하고 있는가의 관점에서 심사하기로 한다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 528-529 참조).

### (2) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

모욕적 표현이 표현의 자유의 한 내용으로서 인정된다 하더라도 그와 같은 사람의 인격을 경멸하는 가치판

단의 표시가 공연히 이루어진다면 그 사람의 사회적 가치는 침해되고 그로 인하여 사회의 구성원으로서 생활하고 발전해 나갈 가능성도 침해받지 않을 수 없다. 특히 최근 미디어와 정보통신 기술의 발달로 인하여 타인에 대한 모욕적 행위가 쉽게 전파될 수 있고 그러한 행위가 초래할 수 있는 피해가 과거에 비하여 극심하며 피해 회복 또한 쉽지 않다.

따라서 공연히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현함으로써 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예를 훼손하는 행위를 금지시킬 필요성은 분명 존재한다고 하지 않을 수 없어 심판대상조항의 입법목적은 정당하다 할 것이고, 공연히 사람을 모욕하는 행위를 처벌하는 것은 그 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다.

### (3) 기본권 제한의 비례성

심판대상조항은 표현의 상대방이나 장소 등을 묻지 않고 모든 모욕적 표현행위를 금지하고 있는 것이 아니라, 공연히 타인을 모욕한 경우, 즉 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태 하에서의 모욕적 표현만을 제한하고 있다.

그리고 심판대상조항이 도모하는 입법취지와 보호법익의 중요성, 특히 인터넷 등 정보통신매체를 이용한 모욕적 표현은 그 전파에 따른 파급효과가 적지 않을 것이라는 점, 모욕죄는 피해자의 고소가 있어야만 형사처벌이 가능도록 하고 있는 점, 그 법정형이 '1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금'으로 규정되어 있어 상한이 비교적 낮은 점, 특별한 사정이 있는 경우에 집행유예나 선고유예 판결이 선고될 수 있는 등 비교적 경미한 불법성을 가진 행위에 대하여는 법관의 양형으로 불법과 책임을 일치시킬 수 있는 점 등에 비추어 보면, 심판대상조항에 의한 처벌은 필요최소한의 범위 내에서 표현의 자유를 제한하고 있다고 할 것이다.

나아가, 대법원은 어떠한 글이 모욕적 표현을 포함하는 판단 또는 의견의 표현을 담고 있을 경우에도, 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 살펴보면 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 판시함으로써(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도6462 판결, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010도9511 판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등 다수), 표현의 자유로 획득되는 이익 및 가치와 명예 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 적절히 조화되도록 심판대상조항을 적용하고 있다. 이와 같이 심판대상조항은 공연히 타인을 모욕한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조의 정당행위 규정을 적정하게 적용함으로써 행위자의 표현의 자유도 적절히 보장될 수 있으므로 기본권 제한의 비례성을 잃었다고 볼 수 없다.

한편, 위에서 본 바와 같이 모욕적 표현행위가 인터넷 등 정보통신매체를 이용하여 이루어지는 경우에는 그 전파에 따른 파급효과가 적지 않고, 그로 말미암아 개인의 명예가 침해당할 우려는 과거보다 훨씬 커지고 있다. 반면 심판대상조항이 모욕적 표현을 한 자를 처벌함으로써 표현의 자유를 다소 제한한다고 하더라도, 그 표현행위가 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법의 일반적 위법성조각사유가 적용되어 처벌되지 않을 수 있다는 점 등을 고려하면, 심판대상조항에 의한 개인의 표현의 자유의 제한 정도가 심판대상조항에 의하여 보호되는 개인의 명예에 비하여 월등하게 크다고 단정하기 어렵다. 그렇다면 심판대상조항이 상충되는 개인의 명예보호와 표현의 자유 사이에 법익균형을 상실하고 있다고 보기는 어렵다.

### (4) 청구인의 주장에 대한 판단

청구인은 심판대상조항이 금지하는 모욕적 표현의 범위가 너무나 포괄적이고 광범위하여 일상생활에서 타

인과의 대화나 의견교환 과정에서 행한 추상적 판단이나 비판적 표현이 상대방의 애매모호한 주관적인 명예감정에 기대어 모두 모욕에 해당한다는 이유로 형사처벌될 수 있으므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다는 취지의 주장을 한다.

그러나 심판대상조항의 보호법익은 주관적인 명예감정이 아니라 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예이고(대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결 참조), 모욕죄가 성립하기 위해서는 가해의 의사 내지 목적을 필요로 하는 것은 아니지만, 적어도 공연히 사람을 모욕한다는 인식, 즉 모욕의 고의가 있어야 한다. 또한 어떠한 표현이나 거동이 타인의 명예에 대한 경멸의 표시인가의 여부는 그것이 표시된 상황, 표시의 상대방, 의사표시나 거동 전체의 의미관련성 등을 종합하여 객관적·합리적으로 판단되는 것이지, 상대방의 주관적인 명예감정에 의존하여 결정되는 것은 아니다. 그리하여 어떠한 표현행위가 심판대상조항의 구성요건에 해당하는지 여부는 개별 사건에서 구체적인 정황을 종합적으로 고려하여 법원이 판단하여야 할 통상적인 법률해석·적용의 문제일 뿐, 청구인이 상정하는 어떠한 표현행위가 구성요건을 충족시킬 가능성이 있다는 사정만으로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 아래 5. 와 같은 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원의 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

#### 5. 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원의 위헌의견

우리는 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해한다고 생각하므로 아래와 같이 그 의견을 밝힌다.

##### 가. 제한되는 표현의 광범성

심판대상조항의 구성요건인 ‘모욕’의 범위는 지나치게 광범위하다. 대법원은 ‘모욕’이란 ‘사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’이라고 해석하고 있다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등 참조). 이러한 해석기준에 의하면 타인에 대한 부정적이거나 경멸적인 내용이 있는 표현은 타인의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있기 때문에 모욕에 해당하게 된다. 다수의견은 심판대상조항이 공연히 타인을 모욕한 경우, 즉 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태 하에서의 모욕적 표현만을 제한한다고 한다. 그러나 이는 모욕행위의 상대방, 장소 등의 상황을 한정하고 있을 뿐, 처벌되는 ‘모욕’의 내용을 제한하는 것은 아니다. 모욕죄의 구성요건해당성이 매우 넓게 인정되고 있는바, 결국 타인에 대한 ‘비판’도 ‘모욕’에 해당하게 되고, 심판대상조항의 형사처벌 대상이 될 수 있다.

이에 따라 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에 현실 세태를 빗대어 우스꽝스럽게 비판하는 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 부정적인 내용이지만 정중한 표현으로 비꼬아서 하는 말, 인터넷상 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등도 모욕죄로 처벌될 수 있다. 이 사건에서 문제되었던 ‘듣보잡’은 ‘듣지도 보지도 못한 잡놈’을 줄인 말로 ‘잘 알려지지 않은 사람 또는 물건’을 가리키는 인터넷 신조어이다. 이러한 인터넷 신조어는 누리꾼 사이에 유행하는 재미있는 문화현상 중 하나로, 다소 거칠고 거북한 표현이 있다고 하여 이를 무조건 모욕적인 표현이라고 볼 것은 아니다.

표현의 자유는 구체적인 사회적 해악을 발생시키거나 개인의 명예감정을 심각하게 침해할 가능성이 있는 행위에 대해서만 제한하여야 한다. 추상적 판단과 감정의 표현에 의하여 발생할 해악이 크고 명백한 경우에 한정하고 그러한 표현만을 처벌하여야 할 것이다. 예를 들면, 성별·종교·장애·출신국가 등에 대한 혐오적 표

현이나(미국 US Code Title 18 Part 1 Section 245(b)(2), 프랑스 언론법 제33조 제3항, 제4항 참조) 집단에 대한 증오와 폭력을 선동하는 표현(독일 형법 제130조 참조) 등을 처벌할 수 있을 것이다. 오로지 모멸감을 줄 목적으로 상대방을 인신공격하고 비하하는 직설적·노골적 표현 중에서 상대방의 즉각적인 폭력을 유발할 위험이 있는 행위도 처벌할 수 있을 것이다(미국 **fighting words law** 참조). 심판대상조항은 구체적인 사회적 해악을 발생시키거나 개인의 명예감정을 심각하게 침해하는 표현을 넘어서 헌법상 보호받아야 할 표현인 단순히 부정적·비판적 내용이 담긴 판단과 감정표현까지 규제할 수 있게 되므로 그 규제범위가 지나치게 넓다.

#### 나. 표현의 자유에 대한 위축효과

심판대상조항이 처벌하는 모욕의 범위가 지나치게 광범위하여 표현행위를 위축시킨다. 모욕죄의 형사처벌은 다양한 의견간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고 건전하게 해소할 가능성을 제한한다. 정치적·학술적 토론이나 의견교환과정에서 사용된 일부 부정적인 언어나 예민한 정치적·사회적 이슈에 관한 비판적 표현이 모욕에 해당하여 규제된다면, 정치적·학술적 표현행위를 위축시키고 열린 논의의 가능성이 줄어들어 표현의 자유의 본질적인 기능이 훼손된다. 뿐만 아니라 다원성과 가치상대주의를 이념적 기초로 하는 현대민주주의 사회에서 모욕이라는 광범위한 개념을 잣대로 표현의 허용 여부를 국가가 재단하게 되면 언론과 사상의 자유시장이 왜곡되고 정치적으로도 악용될 우려가 있다.

다수의견은 형법 제20조 정당행위 규정으로 행위자의 표현의 자유를 적절히 보장할 수 있다고 하나, 사후적인 결과로서의 위법성 조각 심사만으로는 표현행위의 위축효과를 막을 수 없다. 모욕죄에 대한 고소·기소·재판에 이르는 형사사법절차의 진행은 행위자뿐만 아니라 이를 실시간으로 지켜보는 일반인에 대해서도 위축효과를 가져온다. 인터넷 홈페이지·블로그·소셜 네트워크 서비스(SNS) 등이 일상화된 환경에서는 모욕죄의 형사처벌이 우리 사회에 미치는 표현의 자유 위축효과도 상당히 크다.

#### 다. 형사처벌의 적정성

국가형벌권의 행사는 국가권력행사 중에서 가장 강력한 힘이고 대상자에게는 가혹한 강제력에 해당하므로 그 행사를 형법으로 규정하고자 할 때는 최소한의 행위에 국한되어야 한다. 도덕이나 사회의 영역에서 해결 가능한 것은 도덕이나 사회 구성원에게 맡겨야 한다. 단순한 추상적 판단이나 정밀적 감정의 표현행위에 대하여는 시민사회의 자기 교정기능에 맡기거나 민사적 책임을 지우는 것으로 규제할 수 있다.

오늘날 사이버 공간에서 이루어지는 모욕적 표현은 그 전파의 파급효과가 크기 때문에 이를 적절히 규제할 필요가 있다는 점은 수긍이 된다. 그러나 사이버 공간에서의 상당수의 악의적 표현행위는 주로 청소년들에 의하여 우발적이고 충동적으로 행해지고 있는데, 이를 모두 형벌로 규제하는 것은 청소년들을 포함하여 많은 사람들을 불필요하게 범죄자로 만들 우려가 있다. 사이버 공간에서의 경미한 모욕행위에 대하여는 해당 표현물을 삭제하거나, 행위자에 대하여 게시판에의 접근을 금지하는 조치를 취하는 등의 대안을 통하여 상당 부분 파급을 차단할 수 있으므로, 형사처벌을 통한 제재가 필요하지 않은 경우도 있다.

2012년 검찰연감에 의하면 2000년 모욕죄는 1,858건이 접수되어 그 중 532명이 기소되었는데, 2011년에는 11,839건이 접수되어 그 중 6,260명이 기소되었다. 이와 같이 11년 만에 모욕죄로 기소되는 인원이 10배 이상 늘어난 현상에는 여러 가지 원인이 있겠지만, 인터넷상 표현이 많아지면서 얼굴을 마주하지 않은 채 쉽게 상대방에게 모욕감을 주는 일이 많아졌을 것이고, 모욕죄 고소가 그만큼 증가하였을 것이다. 이는 나를 향한 비판적이거나 부정적인 의견표명과 감정표현을 받아들이는 여유가 우리 사회 전반적으로 많이 없어졌음을 시사한다.



‘모욕’의 범위에는 경미한 모욕행위, 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현까지 포함될 수 있는바, 이러한 표현까지 모욕죄로 형사처벌하는 것은 표현의 자유를 지나치게 제한한다.

#### 라. 국제인권기준

모욕행위를 형사처벌하는 것은 국제인권기준에도 부합하지 않는 측면이 있다. 우리나라가 당사국으로 가입함으로써 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력이 있는 국제인권조약인 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제19조는 표현의 자유를 규정하고 있다. 위 규약상 기관인 인권이사회(Human Rights Committee)의 제19조 의견과 표현의 자유에 관한 일반논평 제34호는 사실적 주장이 아닌 단순한 견해표명에 대해 법적 책임을 지을 수 없다고 선언하였다. 또한 당사국들이 명예에 관한 죄를 비범죄화하는 것을 고려하여야 하고, 형사처벌은 매우 심각한 경우에 한하여 적용되어야 하며, 특히 징역형은 어떠한 경우에도 적절한 형벌이 될 수 없다고 한 바 있다. 의견과 표현의 자유에 대한 유엔 특별보고관은 한국의 명예에 관한 죄가 표현의 자유에 대하여 지나친 위축효과를 가져온다고 하면서, 민법상 명예훼손에 대하여 손해배상청구소송이 가능하기 때문에 형사처벌은 정당화될 수 없다고 지적하며 형법에서 명예에 관한 죄를 삭제할 것을 권고하였다.

#### 마. 입법례

모욕죄의 시초는 연혁적으로 로마제국의 신성모독죄와 유럽의 국왕모독죄로, 현재 여러 국가에서 모욕죄 규정을 두고 있다. 그러나 모욕죄가 민주사회에서 자유로운 비판을 막고 표현의 자유를 지나치게 억제한다는 이유로 상당수의 국가에서 모욕죄가 부분적으로 폐지되거나 실질적으로 사문화되고 있다.

미국연방대법원은 말하는 자가 공직자나 공적인물에 대하여 ‘실제적 악의’를 가지고 ‘허위’ 진술을 한 경우가 아닌데도 명예손상을 이유로 명예훼손죄를 적용하여 처벌하는 것은 비판과 자유로운 토론을 막기 때문에 위헌이라고 선언하였다. 미국의 법리상 ‘공격적 언어(fighting words)’는 헌법상 표현의 자유에서 보호하는 영역에 속하지 않지만 그 범위는 상당히 제한적이다. 미국연방대법원은 ‘평화파괴를 초래하는 경향이 있는 무례한 말과 욕설’을 처벌하는 규정과 ‘위협적, 모욕적, 명예훼손적, 모독적인 언어를 사용하여 다른 사람을 욕한 자’를 처벌하는 규정에 대해 그 적용범위가 너무 넓어 헌법상 보호되는 표현에도 적용될 가능성이 있어 위헌이라고 하였다.

대륙법계 국가들을 살펴보면, 일본 형법 제231조는 모욕죄를 처벌하고 있으나, 모욕죄의 법정형은 구류 또는 과료로 매우 가볍다. 법정형을 구류 또는 과료로 정하고 있는 범죄는 일본 형법상 모욕죄가 유일하다. 독일 형법 제185조는 모욕죄를 처벌하고 있으나, 실제로 모욕죄로 처벌되는 수는 매우 적다고 한다. 독일 모욕죄의 집행은 검찰이 아니라 피해자가 주도하는 사소(私訴, Privatklage)에 의해 진행되는데, 그 절차가 매우 복잡하고 부담스러워 남용을 막는 측면이 있다. 프랑스에서는 2000년 이후 차별적 특성의 모욕죄 외의 모욕죄에 대해 벌금형만을 규정하고 있고, 2004년 외국원수 모욕죄를 폐지하였다. 중남미 국가들은 ‘공무집행 중인 공무원을 공격·모욕·위협하는 표현’을 형사처벌하는 모욕죄를 두고 있었는데, 칠레, 코스타리카 등 다수의 국가에서 폐지하였고, 온두라스 대법원과 과테말라 헌법재판소는 이러한 모욕죄에 대해 위헌을 선언하였다.

#### 바. 소결

심판대상조항은 지나치게 광범위하게 표현을 규제하고 있어 자유로운 토론과 건전한 비판을 억제하고 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 안창호 강일원 서기석 조용호