

형법 제307조 제1항 명예훼손죄에서 ‘사실 적시’의 의미와 형법 제307조 제2항 ‘허위사실’ 착오 해석방법^{* **}

하 태 영^{***}

< 목 차 >

- 대상판결: 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18024 판결 [명예훼손]
- I. 서론
- II. 형법 제307조와 제309조 ‘사실 적시’의 의미와 사실착오 문제
- III. 형법 제310조 위법성조각사유와 적시된 사실의 진실성 착오 해석
방법
- IV. 결론

- 대상판결: 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18024 판결
[명예훼손]

[공소사실]

피고인은 △을 둘러싼 각종 의혹을 만연히 사실이라고 믿고, 공소의 1 명의
로 △의 한센인 강제추방, 불법부지매각 등 각종 불법행위가 사실인 것처럼 기
재된 호소문을 작성하여, 이를 □회원들 약 182명에게 우편으로 발송함으로써,
공연히 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다. 검사는 甲을 형법 제307
조 제2항 명예훼손죄로 기소하였다.

* 이정원 교수님의 정년을 진심으로 축하드립니다. 교수님과 함께한 10년 생활은 큰 행운
이었습니다. 학회활동은 항상 행복했습니다. 많은 가르침 깊이 감사드립니다. 항상 건강
하시길 바랍니다. 仁德.

** 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원으로 연구되었습니다

*** 동아대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

[재판 진행]

1. 제1심 판결

검사는 당초 이 사건 공소사실에 대하여 형법 제307조 제2항의 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄로 공소를 제기하였다. 그러나 제1심 제9회 공판기일에 형법 제307조 제1항의 사실 적시에 의한 명예훼손죄로 공소장변경신청을 하였다. 법원이 이를 허가하여 형법 제307조 제1항으로 공소장변경이 이루어졌다. 제1심 법원은 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다.¹⁾ 피고인은 항소하였다.

항소이유는 다음과 같다: (1) 사실오인 혹은 법리오해: 이 사건 호소문은 사실을 적시한 것이 아니라 피고인의 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과하고, 공공성·사회성을 지닌 사안에 관하여 내부구성원에게 문제점을 알려 이를 바로잡고자 하는 좋은 의도일 뿐만 아니라 피해자에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격으로 볼 수 없어 피고인에게 명예훼손의 고의를 인정하기 어려우며, 공공의 이익을 위하여 위 호소문을 작성 발송하였으므로 형법 제310조에 따라 그 위법성이 조각됨에도 원심은 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. (2) 양형부당: 원심이 선고한 형(징역 4개월 집행유예 1년, 사회봉사 80시간)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 제2심 판결

제2심 법원은 원심판결을 파기하고, 피고인에게 무죄를 선고하였다.²⁾ “피고인이 공소외인 명의로 발송한 이 사건 호소문은 전체적인 취지에 있어 중요한 부분에서 객관적 사실과 합치하거나 피고인에게 그 내용이 허위라는 점에 대한 인식이 있었다고 보기 어렵고, 호소문의 내용 및 발송 상대방 등에 비추어 이는 공공의 이익에 관한 것이므로, 피고인에게는 명예훼손의 범의가 없거나 형법 제310조에 의하여 그 위법성이 조각되는 것으로 보아야 한다”고 하여 제1심 판결을 파기하고 무죄로 판단하였다. 검사는 상고하였다.

1) 대구지방법원 서부지원 2015. 9. 10. 선고 2014고단734 판결.

2) 대구지법 2016. 10. 19. 선고 2015노3877 판결.

3. 대법원 판결

대법원은 검사 상고를 기각하였다.”³⁾

형법 제307조 제1항, 제2항, 제310조의 체계와 문언 및 내용에 의하면, 제307조 제1항의 '사실'은 제2항의 '허위의 사실'과 반대되는 '진실한 사실'을 말하는 것이 아니라 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 '의견'에 대치되는 개념이다. 따라서 제307조 제1항의 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위의 사실인 경우이든 모두 성립될 수 있고, 특히 적시된 사실이 허위의 사실이라고 하더라도 행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우에는 제307조 제2항의 명예훼손죄가 아니라 제307조 제1항의 명예훼손죄가 성립될 수 있다. 제307조 제1항의 법정형이 2년 이하의 징역 등으로 되어 있는 반면 제307조 제2항의 법정형은 5년 이하의 징역 등으로 되어 있는 것은 적시된 사실이 객관적으로 허위일 뿐 아니라 행위자가 그 사실의 허위성에 대한 주관적 인식을 하면서 명예훼손행위를 하였다는 점에서 가벌성이 높다고 본 것이다.

3) 대법관 권순일(재판장) 박병대(주심) 박보영 김재형. “원심이 이 사건 호소문의 내용이 중요한 부분에서 객관적 사실과 합치하거나 피고인에게 그 내용이 허위라는 점에 대한 인식이 있었다고 보기 어렵다는 이유로 명예훼손의 범의가 없다고 판시한 부분은, 앞에서 본 법리, 특히 형법 제307조 제1항의 사실적시는 진실한 사실이든 허위의 사실이든 상관이 없다는 점으로 볼 때 그 이유 설시에 적절치 않은 부분이 있지만 판결 결과에는 영향이 없다. 이에 관여 대법관의 일치된 의견으로 상고를 기각하기로 한다.”

[연구]

I. 서론

형법 제307조 제1항은 진실한 사실 적시, 형법 제307조 제2항은 허위사실 적시, 진실성 착오는 형법 제307조 제2항과 형법 제15조 제1항을 적용하여 중한 고의를 인정할 수 없어, 형법 제307조 제1항을 고의를 적용한다.⁴⁾ 이어서 형법 제310조를 적용하여 위법성을 조각한다.⁵⁾ 이것이 우리가 일반적으로 이해해 온 형법 도그마틱이다.

이정원 교수는 “적시되는 사실이 진실인 경우 형법 제307조 제1항 명예훼손죄가 성립하고, 허위인 경우 형법 제307조 제2항 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄가 성립한다. 제2항은 제1항에 대해 불법이 가중된 구성요건이다.⁶⁾ 사실의 진실 여부는 객관적 사항이기 때문에 이에 대한 인식도 고의의 내용이 된다. 따라서 허위의 사실을 진실로 오인하고 공연히 적시한 경우 형법 제307조 제1항 명예훼손죄만 성립한다(형법 제15조 제1항)⁷⁾”고 설명한다. 임웅 교수도 “형법 제307조 제1항과 제2항과 대비하여 해석(논리해석)하자면, 단순명예훼손죄에서 적시되는 ‘사실’은 ‘진실한 사실’이어야 한다”고 밝히고 있다.⁸⁾ 우리나라 대

4) 유기천, 「형법학[각론강의]」, 정정신판 영인본, 법문사, 2012, 145면; 김일수·서보학, 「새로 쓴 형법각론」 제6판, 박영사, 2004, 193면.

5) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18024 판결 [명예훼손] 형법 제310조(형법 제307조 제1항에서 ‘진실한 사실’만 한정) 형법 제310조는 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라고 하여 제307조 제2항의 ‘허위사실의 적시’에 의한 명예훼손을 그 적용대상에서 제외하면서 제307조 제1항의 ‘사실의 적시’에 의한 명예훼손, 그중에서도 적시한 사실이 ‘진실한 사실’인 때에 한하여 위법성이 조각될 수 있도록 정하고 있다.

6) 이정원, 「형법각론」 제1판, 법원사, 1999, 217면; 이정원·류석준, 「형법각론」 법영사, 2019, 197면.

7) 이정원, 앞의 책, 218면; 이정원·류석준, 앞의 책, 203면.

8) 임웅, 「형법각론」 제8정판, 법문사, 2017, 234면. 그러나 임웅 교수는 2019년 제10정판에서 20년 동안 유지해 온 견해를 바꾸어 대법원 판례와 같은 입장으로 전환하였다. 임웅, 「형법각론」 제10정판, 법문사, 2019, 5면과 241면: “본죄에서 ‘사실’은 진실한 사실이든 허위의 사실이든 모두 포함한다. 진위(眞僞)가 불명인 사실도 여기에 포함된다. 다만 ‘허위’의 사실인 경우 제307조 제2항이 우선적으로 적용된다. 제2항은 제1항에 대하여 법조경합 중 특별관계에 있다.” 그러나 깊이 생각하여 보건대 이러한 입장 변화에 대해 많은 아쉬움이 있다. 형법 제250조 제1항과 제2항의 관계를 설명하는 것과 다르기 때문이다. 임웅 교수는 “보통살인의 고의로 존속살해의 결과를 발생시켰을 경우, 보통살인죄의 고의·기수책임을 진다”(36면)고 설명한다. 사실의 착오 때문이다. 그러나 이러한 착오이론은 형법 제307조

부분 교과서 설명이다(통설).⁹⁾

그러나 대법판결은 여기에 새로운 견해를 밝히고 있다. “① 형법 제307조 제1항의 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위의 사실인 경우이든 모두 성립될 수 있다. ② 특히 적시된 사실이 허위의 사실이라고 하더라도 행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우에는 형법 제307조 제2항의 명예훼손죄가 아니라 형법 제307조 제1항의 명예훼손죄가 성립될 수 있다. ③ 형법 제307조 제1항의 법정형이 2년 이하의 징역 등으로 되어 있는 반면 형법 제307조 제2항의 법정형은 5년 이하의 징역 등으로 되어 있는 것은 적시된 사실이 객관적으로 허위일 뿐 아니라 행위자가 그 사실의 허위성에 대한 주관적 인식을 하면서 명예훼손행위를 하였다는 점에서 가벌성이 높다고 본 것이다.”

문제는 형법 제307조 제1항 '사실의 적시'를 '진실한 사실과 허위의 사실을 모두 포함하는 범문'으로 이해한다면, 형법 제307조 제1항 고의는 '진실한 사실'에 대한 인식과 '허위의 사실에 대한 인식'도 모두 포함하여, 형법 제307조 제2항과 객관적 구성요건에서 구분이 불가능하다. 사실착오 문제를 해결하기 위해 이렇게 '포괄적으로 해석'한다면, 형법 제15조 제1항 형법 체계를 붕괴시킬 가능성이 있다.

입법부는 형법 제307조 제1항과 제2항을 명확하게 구분한다. 그럼에도 대법원이 왜 입법부 입법 취지를 반영한 명확한 문리해석·논리해석·목적론적 해석을 하지 않는지 의문이다. 대법판결 입장에 따르면 형법 제15조 제1항은 적어도 형법 제307조 명예훼손죄 해석에서 무용지물이 된다.

참고로 형법 제250조 제1항 살인죄와 제2항 존속살해죄는 분리되어 있다. 대법원 논리대로 한다면, 형법 제250조 제1항 '사람'에는 '일반인과 존속'이 모두 포함되며, 고의에 따라 보통살인죄와 존속살인죄로 처벌될 수 있다. 사실착오 문제가 간단히 해결된다. 그렇지만 형법 제250조 제2항은 해석상 객관적 구성요건에서 의미가 없는 범조문이 된다. 주관적 구성요건과 불법가중으로 양형참조 조항 의미밖에 없다. 형법 제308조와 제309조 범문을 보면, 입법부 의도를 명확히 알 수 있다. 입법부는 기본적 구성요건과 가중적 구성요건을 구분한다.

명예훼손죄 적용에서 붕괴되었다.

9) 유기천, 앞의 책, 145면; 임웅, 앞의 「형법각론」 제8정판, 234면; 김일수/서보학, 앞의 책, 191면: “적시된 사실이 진실한 사실이면 형법 제307조 제1항의 단순명예훼손죄에, 허위사실이면 형법 제307조 제2항의 가중적 명예훼손죄에 각각 해당한다. 다만 불법과 형의 경중에 차이가 있을 뿐이다.”

그러므로 해석방법에서 그 의미를 최대한 밝혀야 한다.

그동안 대법원 판례를 보면, 이해하기 어려운 법해석들이 많다. 타인(他人) 개념에 ‘생존자와 사망자’를 모두 포함 시킨 법해석이다. 이러한 법해석도 사실 ‘사자(死者)’라는 객관적 구성요건을 무용지물로 만드는 법해석이다. 타인 문서와 타인의 비밀¹⁰⁾에 대한 해석도 마찬가지다. 독일은 입법에서 생존자와 사망자를 명확하게 구분한다. 우리나라 대법원은 이러한 입법정신을 면밀히 살펴야 할 것이다. 죄형법정주의 정신을 심각하게 훼손하는 법해석은 우리가 항상 경계해야 하는 것이다. 이것이 내가 대상판결을 선정한 이유이다.

범죄구성요건이 국민들에게 규범명확성과 규범선도성을 제시하고 있다면, 해당 구성요건의 객관적 요건이 먼저 검토되고, 그것이 충족한 이후에 주관적 요건인 고의와 착오 문제가 검토되는 것이 논리적이다. 우리 형법은 제15조 제1항에 사실착오를 명문으로 두고 있다. 이것은 정밀한 형법체계를 위한 명문 규정이다. 형법 제15조 제1항은 법정적 부합설을 명문화한 것이다. 따라서 대상판결이 제시한 형법 제307조 제1항 ‘진실한 사실과 허위사실 포함이론’과 형법 제310조 ‘상당성이론’은 이론구성에서 많은 문제점이 포함되어 있다. 논리적 해석방법·문리적 해석방법·목적론적 해석방법에 큰 혼란을 주기 때문이다.

대상판결 쟁점은 네 가지이다. ① 형법 제307조 제1항에서 말하는 ‘사실’의 의미, ② 형법 제307조 제1항 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위사실인 경우이든 모두 성립할 수 있는지 여부, ③ 적시된 사실이 허위사실이나 행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우, 형법 제307조 제1항 명예훼손죄가 성립하는지 여부이다. ④ 이 경우 형법 제310조를 적용할 수 있는지 여부이다.

나는 이 논문에서 먼저 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항 ‘사실 적시’의 의미와 사실착오 문제를 검토하고자 한다. 여기서는 종전 대법원 판례와 대상판결을 비교하여 분석하고자 한다(Ⅱ). 마지막으로 형법 제310조 위법성조각사유와 적시된 사실의 진실성 착오문제를 다루고자 한다. 학계 논의와 대법원 해

10) 대법원 2018. 5. 11. 선고 2018도2844 판결 [업무상과실치사·업무상비밀누설·의료법위반] <의사의 과실 존부와 의료법상 사망한 자의 비밀도 보호되는지 여부에 관한 사건>
【판시사항】 의료인의 비밀누설 금지의무를 규정한 구 의료법 제19조에서 정한 ‘다른 사람’에 생존하는 개인 이외에 이미 사망한 사람도 포함되는지 여부(적극) **【판결요지】** 형벌법규 해석에 관한 일반적인 법리, 의료법의 입법 취지, 구 의료법 제19조의 문언·내용·체계·목적 등에 비추어 보면, 구 의료법 제19조에서 정한 ‘다른 사람’에는 생존하는 개인 이외에 이미 사망한 사람도 포함된다고 보아야 한다.

석방법을 분석하고자 한다(Ⅲ). 결론에서 대상판결 의미와 과제를 정리하고, 시사점을 제안하고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 형법 제307조와 제309조 '사실 적시'의 의미와 사실착오 문제

형법 제307조와 제309조 '사실 적시' 착오 문제는 두 가지 유형이 있다. 하나는 허위사실을 진실한 사실로 오인하고 적시한 경우이다. 해석방법은 형법 제15조 제1항이 적용하여 형법 제307조 제1항 또는 형법 제309조 제1항 명예훼손죄로 해결하는 방법이다. 다른 하나는 진실한 사실을 허위사실로 오인하고 적시한 경우이다. 해석방법은 “큰 고의는 작은 고의를 포함한다”는 명제를 사용한다. 형법 제307조 제1항 또는 제309조 제1항 명예훼손죄 객관적 구성요건에 해당하는 고의만 인정한다.¹¹⁾ 명예훼손죄는 미수범과 과실범 처벌 규정이 없다. 종전 대법원 판례를 분석하면서, 대상판례를 검토하려고 한다.

1. 대법원 1994. 10. 28. 선고 94도2186 판결〔출판물에 의한 명예훼손〕

【판결요지】

가. 형법 제309조 제2항의 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 성립하려면 그 적시하는 사실이 허위이어야 할 뿐 아니라 범인이 그와 같은 사실이 허위라고 인식을 하여야만 된다 할 것이고, 만일 범인이 그와 같은 사실이 허위라는 인식을 하지 못하였다면 형법 제309조 제1항의 죄로서 벌하는 것은 별론으로 하고 형법 제309조 제2항의 죄로서는 벌할 수 없다.

나. '가'항의 허위의 점에 대한 인식, 즉 범의에 대한 입증책임은 검사에게 있다.

【판례평석】 형법 제309조 제2항 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 그 적시하는 사실이 허위이고(객관적 구성요건), 범인이 그와 같은 사실이 허위라고 인식을 하여야 성립한다(주관적 구성요건). 대법원은 “만일 범인이 그와 같은 사실

11) 임웅, 앞의 책, 238면.

이 허위라는 인식을 하지 못하였다면, 형법 제309조 제1항의 죄로서 벌하는 것은 별론으로 하고 같은 법 제309조 제2항의 죄로서는 벌할 수 없다 할 것이다. 그 허위의 점에 대한 인식 즉 그 범의에 대한 입증책임은 검사에게 있다 할 것이다.”고 판시하였다. 문제는 ‘형법 제309조 제1항의 죄로서 벌하는 것은 별론으로 하고’의 해석이다. 제309조에 제1항이 진실사실과 허위사실을 모두 포함하는지 전혀 언급이 없다. 다만 허위사실 인식이 없으면, 진실한 사실 고의만 인정하고, 입증은 검사가 한다.¹²⁾ 대법원 일관된 입장이다. 그래서 학계는 형법 제15조 제1항을 적용하여 제309조 제2항을 적용하여 객관적 구성요건을 적용하되, 주관적 구성요건으로 제309조 제1항을 적용하는 것이라고 해석한다.

2. 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2234 판결

[보건범죄단속에관한특별조치법위반·약사법위반·사문서위조·
위조사문서행사·출판물에의한명예훼손]

【판결요지】

가. 형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물에의한명예훼손죄가 성립하려면 피고인이 허위사실을 적시함에 있어 적시사실이 허위임을 인식하여야 할 것이고, 이러한 허위의 점에 대한 인식 즉 범의에 대한 입증책임은 검사에게 있다.

나. 형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물에의한명예훼손의 공소사실 중에는 동조 제1항 소정의 사실적시 출판물에의한명예훼손의 공소사실이나 같은 법 제307조 제1항의 명예훼손 공소사실도 포함되어 있으므로, 피고인에게 적시한 사실이 허위사실이라는 인식이 없었다면, 법원은 공소장변경절차 없이도 같은 법 제309조 제1항의 사실적시 출판물에의한명예훼손죄로 인정할 수 있고, 또 비방의 목적이 인정되지 아니하면 심리의 과정에 비추어 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 같은 법 제307조 제1항의 명예훼손죄로 인정할 수도 있다.

다. 구 형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물에의한명예훼손으로 공소

12) 평석으로 주승희, “명예훼손죄에서의 사실의 진실성에 관한 착오”, 『형법판례 150선』 한국형사판례연구회, 박영사, 2016, 206~207면: “대상판결과 마찬가지로 허위사실을 진실한 사실로 오인하여 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우에는 불법가중사유를 인식하지 못한 경우이므로 사실의 착오에 관한 형법 제15조 제1항이 적용되어 형법 제309조 제1항의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립한다고 보는 것에 학설상 이견이 없다(206면).”

제기된 사안에서, 공소장변경 없이 같은 법 제309조 제1항의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손이나 같은 법 제307조 제1항의 명예훼손으로 처벌하지 아니하고 무죄를 선고한 원심판결을 유지한 사례.

【판례평석】 허위사실 인식이 없으면, 진실한 사실 고의만 인정하고, 입증은 검사가 한다. 대법원 일관된 입장이다.

3. 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18024 판결〔명예훼손〕

【판결요지】

형법 제307조 제1항, 제2항, 제310조의 체계와 문언 및 내용에 의하면, 제307조 제1항의 ‘사실’은 제2항의 ‘허위의 사실’과 반대되는 ‘진실한 사실’을 말하는 것이 아니라 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 ‘의견’에 대치되는 개념이다. 따라서 제307조 제1항의 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위의 사실인 경우이든 모두 성립될 수 있고, 특히 적시된 사실이 허위의 사실이라고 하더라도 행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우에는 제307조 제2항의 명예훼손죄가 아니라 제307조 제1항의 명예훼손죄가 성립될 수 있다. 제307조 제1항의 법정형이 2년 이하의 징역 등으로 되어 있는 반면 제307조 제2항의 법정형은 5년 이하의 징역 등으로 되어 있는 것은 적시된 사실이 객관적으로 허위일 뿐 아니라 행위자가 그 사실의 허위성에 대한 주관적 인식을 하면서 명예훼손행위를 하였다는 점에서 가벌성이 높다고 본 것이다.

4. 소결

가. 그동안 대법원은 “형법 제309조 제1항의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손죄로 인정할 수 있고” 라는 정문을 사용하여 왔다.¹³⁾ 대상판결은 종전 판례 이론구성을 전면 엮어 버리고 있다. 그 결과 형법 제15조 제1항 해석을 무용지물로 만들고 있다.

나. 형법 제307조 제1항 ‘사실 적시’에 ‘진실한 사실’과 ‘허위사실’을 모두 포함시켜 해석한다면, 형법 제307조 제2항과 제309조 제2항은 존재의미가 없다.

13) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2234 판결 [보건범죄단속에관한특별조치법위반·약사법위반·사문서위조·위조사문서행사·출판물에의한명예훼손]

왜냐하면 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항으로 모두 해석이 가능하기 때문이다. 이 경우 사실착오 문제는 모두 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항이 적용된다. 형법 제307조 제2항과 제309조 제2항은 ‘허위사실’과 ‘허위사실’에 인식이 있는 경우만 적용된다. 그러나 형법 제250조 제1항과 제2항을 비교하면서, 논리적 해석을 해야 한다.

다. 생각건대 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항에서 ‘사실 적시’란 ‘진실한 사실 적시’로 제한하여 해석하여야 한다. ‘사실’은 발생하거나 존재한 사실(事實, fact, eine Tatsache, etwas Geschehenes oder Bestehendes)이다.¹⁴⁾ ‘발생·존재한 사실이 아닌 것’은 ‘허위사실’(虛僞事實, eine unwahre Tatsache)이다. 형법 제307조 제2항과 제309조 제2항이 허위사실로 규정되어 있다면, 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항은 ‘진실한 사실’이 입법자 의사라고 보아야 한다. 형법 제310조 조문은 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서”라고 명확하게 규정하고 있다. 이것이 우리 입법자 의사에 충실한 해석방법이다(문리해석, 논리해석, 목적론적해석).

라. 대법원 대상판결 결론은 일견 단순 한 것 같지만, 형법 도그마틱에서 치명적 결함을 갖고 있다. 입법부가 만든 형법 제15조 제1항 의미가 없어지기 때문이다. 따라서 대법원 입장인 “형법 제307조 제1항의 ‘사실’은 제2항의 ‘허위의 사실’과 반대되는 ‘진실한 사실’을 말하는 것이 아니라 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 ‘의견’에 대치되는 개념이다. 따라서 제307조 제1항의 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위의 사실인 경우이든 모두 성립될 수 있고, 특히 적시된 사실이 허위의 사실이라고 하더라도 행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우에는 제307조 제2항의 명예훼손죄가 아니라 제307조 제1항의 명예훼손죄가 성립될 수 있다. 제307조 제1항의 법정형이 2년 이하의 징역 등으로 되어 있는 반면 제307조 제2항의 법정형은 5년 이하의 징역 등으로 되어 있는 것은 적시된 사실이 객관적으로 허위일 뿐 아니라 행위자가 그

14) Küper, Wilfried, Strafrecht Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen, Heidelberg, 1996, S. 192: “‘Tatsachen’-als Inhalt einer Behauptung/Verbreitung-sind konkrete Vergänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die der sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit angehören und damit dem Beweis zugänglich sind(Merkmale: geschichtliche Existenz, sinnliche Wahrnehmbarkeit, prinzipielle Beweisbarkeit; Gegensatz: Werturteil, Meinungsäußerung); Wessels/Hettinger/Engländer. Strafrecht Besonderer Teil/1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 43., völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2019, S. 168 Rdnr. 488.

사실의 허위성에 대한 주관적 인식을 하면서 명예훼손행위를 하였다는 점에서 가벌성이 높다고 본 것이다”라는 논지는 “형법 제307조 제1항과 제2항과 대비하여 해석(논리해석)하자면, 단순명예훼손죄에서 적시되는 ‘사실’은 ‘진실한 사실’이어야 한다”¹⁵⁾로 변경되어야 한다.

Ⅲ. 형법 제310조 위법성조각사유와 적시된 사실의 진실성 착오 해석방법

형법 제310조 위법성조각사유가 적용되기 위한 요건은 적시된 사실이 ‘진실한 사실’이어야 한다. 설령 공공이익을 위한 적시라고 하더라도, 허위사실을 적시하는 경우 형법 제310조가 적용되지 않는다.¹⁶⁾ 문제는 착오이다. 행위자가 허위사실을 진실한 사실이라고 오인하고, 공익을 위하여 적시한 경우, 어떻게 해결할 것인가. 이것이 해석방법논쟁을 불러일으키고 있다. 논리적으로 보면, ‘허위사실’이기 때문에 형법 제310조가 적용될 수 없고, 단지 형법 제16조 법률착오로 문제로 보인다. 그러나 국내 다수 학자들은 형법 제310조는 위법성조각사유이므로, 이 착오는 “위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오가 된다”고 한다.¹⁷⁾ 여기에는 학설이 대립하고 있다. ① 형법 제310조 위법성조각설(허용된 위험의 법리원용설과 상당이유설), ② 형법 제16조 법률착오설, ③ 형법 제13조 위법성조각사유전제사실착오설(법효과 제한적 책임설, 다수설)이다.¹⁸⁾ 하나는 위법성에서, 다른 하나는 책임에서 해결방법을 찾고 있다. 대법원 판례는 이 문제를 그동안 형법 제310조를 적용하여 해결하였다(상당이유설). 대상판결도 형법 제310조를 적용을 긍정하고 있다. 여기서는 이해를 돕기 위해 먼저 종전 대법원 판례들을¹⁹⁾ 분석하고, 이어서 학계 논의를 검토한 후, 사건을 밝히고자 한다.

15) 임웅, 앞의 책, 234면(학계 다수견해).

16) 임웅, 앞의 책, 239면.

17) 임웅, 앞의 책, 241면; 임웅, 「형법총론」 제9정판, 법문사, 2017, 344~351면 참조.

18) 이인규, 「형법강의」 학연, 2018, 463~464면.

19) 형법 제310조 적용에서 사실의 진실성에 관한 착오 판례들: (년도순) 대법원 1962. 5. 17. 선고 4294형상12 판결; 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결; 대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결; 대법원 1993. 6. 22. 선고 93도1035 판결; 대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결; 대법원 1994. 8. 26. 선고 94도237 판결; 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결; 대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결; 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결; 대

1. 대법원 판례 분석

1) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29판결〔위자료 등〕

대법원 1988년 명예훼손죄 관련 민사판결에서 ‘상당한 이유’를 언급하고 있다. “형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증명이 있으면 위 행위에 위법성이 없으며 또한 그 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.”²⁰⁾ 이 민사판결이 1993년 대법원 형사판결에도 영향을 미친 듯하다. 추측건대 1962년 판결에도 언급되어 있어서 아마도 일본 판결에서 이 이론을 가져온 듯하다.²¹⁾

2) 대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결〔명예훼손〕

대법원은 1993년 형사판결에서 형법 제310조 위법성조각사유 해석에서 법문에도 없는 ‘상당한 이유’를 언급하고 있다. “적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이

법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18024 판결.

20) 대법원 1988. 10. 11. 선고 92도3160판결.

21) 배상균, “허위사실적시 명예훼손에 있어서 진실성의 착오에 관한 검토”, 『외법논집』 제40권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016, 93~107면(94~101면): 이 논문은 일본 판례를 자세히 검토하고 있다. “일본에서도 진실성의 착오의 의미에 관해서는, 고의론 및 착오론 처럼 견해의 대립이 큰 부분과 관련되어 매우 복잡한 양상을 띠고 있다. 이 부분에 관한 논의는 진실규명의 법적 성격에 관한 논쟁의 연장선상에서, 진실성의 착오를 책임론(착오론 내지 과실론)의 문제로서 처리하는 것이 일반적이다. 다만 이 문제를 책임론 이전의 위법성의 단계에서 고려해보려는 견해도 최근 유력하게 주장되고 있다. 이는 고의 책임에 앞서 위법성의 문제로서 보는 견해로서, 위법성조각사유라는 전제 하에 증명가능한 정도의 확실한 자료 내지 근거에 기초하였으나 착오에 빠진 경우 또는 증명에 실패한 경우에는, 표현의 자유의 정당한 행사로서 평가할 필요가 있다고 한다. 즉 증명가능한 정도의 확실한 자료 내지 근거에 기초하다면 허위사실일지라도 일본 형법 제35조(정당행위)에 의해 위법성이 조각된다고 한다. …… 단순히 “착오를 회피할 수 없었다.” 또는 “상당한 이유가 있다”라고 하는 것만으로는 불명확하고, 또한 그로 인해 해석의 논란이 우려되기 때문에, 피고인의 진실성의 착오를 입증하기 위한 근거로서 “확실한 자료, 근거에 비추어 상당한 이유가 있는 때”를 객관적인 판단기준으로서 제시한 것으로 이해되고 있다”(99면).

유가 있는 경우에는 위법성이 없다.”²²⁾ 그러나 ‘상당한 이유’의 법적 근거와 요건이 무엇인지 명확하지 않다. 민법 해석을 형법 해석에 옮겨 온 것으로 생각한다. ① 형법 제307조 제1항 행위, ② 진실한 사실, ③ 오로지 공공의 이익, ④ 객관적 요건인 ①②③에 대한 행위자 인식이다. 네 가지를 판단하면 될 것이다. ①②③④에 대한 착오문제는 책임으로 넘겨야 한다. 임웅 교수는 “판례가 명예훼손행위의 위법성이 조각되자면 “진실한 것으로 믿을 만한 ‘상당한 이유가 있는 경우’라고 한 것, 또 “확실한 자료나 근거에 비추어 피고인이 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지”라고 한 것은 바로 형법 제310조의 특별한 주관적 정당화요소로서 사실의 진실 여부에 관한 성실한 검토의무·확인 의무를 가리키는 것으로 이해된다”고 설명하고 있지만,²³⁾ 범죄체계상 이해하기 힘든 해석방법이다.

3) 대법원 1994. 8. 26. 선고 94도237 판결 [명예훼손]

대법원은 1994년 형사판결에서도 형법 제310조 위법성조각사유 해석에서 법문에도 없는 ‘상당한 이유’를 언급하고 있다. “피고인들이 적시한 사실이 진실한 것이라고 할 수는 없음은 물론, 설사 피고인들이 피해자들의 비리가 있다고 믿었다고 하더라도 이는 피고인들의 독단적인 추측에 불과한 것일 뿐 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있었다고 할 수는 없다 할 것이다.”²⁴⁾ ‘상당성이론’은 판례이론으로 굳혀 지는 듯하다. 그러나 ‘상당한 이유’의 법적 근거와 요건이 무엇인지 명확하지 않다. ① 형법 제307조 제1항 행위, ② 진실한 사실, ③ 오로지 공공의 이익, ④ 객관적 요건인 ①②③에 대한 행위자 인식이다. 네 가지를 판단하면 될 것이다. ①②③④에 대한 착오문제는 책임으로 넘겨야 한다.

4) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결 [출판물에의한명예훼손(명예훼손)]

22) 대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결; 이 판결에 대한 평석으로 임웅, 법률신문사, 1994년 1월 31일자, 15면.

23) 임웅, 앞의 「형법각론」 제8정판, 243면.

24) 대법원 1994. 8. 26. 선고 94도237 판결.

대법원은 1996년 형사결에서도 형법 제310조 법문에도 없는 ‘상당한 이유’를 언급하고 있다. “피고인의 위 취재보도를 형법 제307조 제2항의 허위사실적시 명예훼손죄로 의율한 예비적 공소사실에 대하여 피고인이 위 기사내용을 허위라고 인식하였음을 인정할 증거가 없으므로 피고인을 허위사실 적시로 인한 명예훼손죄로 처벌할 수는 없고 다만 형법 제307조 제1항의 죄로 처벌할 여지가 있을 뿐이라고 전제한 다음, 명예훼손죄에 있어서는 개인의 명예보호와 정당한 표현의 자유보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 피하기 위하여 형법 제310조를 규정하고 있으므로 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이면 진실한 것이라는 증명이 없다 할지라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다.”²⁵⁾ 그러나 ‘상당한 이유’의 법적 근거와 요건이 무엇인지 명확하지 않다. ① 형법 제307조 제1항 행위, ② 진실한 사실, ③ 오로지 공공의 이익, ④ 객관적 요건인 ①②③에 대한 행위자 인식이다. 네 가지를 판단하면 될 것이다. ①②③④에 대한 착오문제는 책임으로 넘겨야 한다.

5) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결 [명예훼손]

형법 제310조 위법성조각사유 입증은 행위자가 한다. 증명은 엄격한 증명을 요하지 않는다. 전문증거에 대한 증거능력 제한을 규정한 형사소송법 제310조2는 적용되지 않는다. 대법원은 세 가지를 명확히 하였다.

6) 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결 [출판물에의한명예훼손]

이 판결은 출판물 명예훼손죄로 공소가 제기된 경우 ① 비방목적이 부존재하고, ② 공공이익이 존재하고, ③ 진실성이 있으면, ④ 형법 제307조 제1항을 검토하고, 이어서 ⑤ 형법 제310조를 심사할 수 있음을 명확히 한 판결이다.²⁶⁾ 형

25) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결.

26) 평석으로 권오걸, “형법 제310조의 적용범위”, 『형법판례 150선』 한국형사판례연구회, 박영사, 2016, 204~205면: “대법원은 형법 제310조의 적용에 있어서 형법 제307조 제1항을 전제하면서도, 출판물 명예훼손죄 경우에도 형법 제307조 제1항의 죄로 밝혀진 경우에는 형법 제310조 적용가능성을 열어주고 있다. 다만 공공의 이익의 판단에 있어서 보다 확실한 논거가 필요하다(206면).”

법 제310조 적용가능성을 넓혀 놓았다는 점에서 의미가 있다.

7) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4757 판결〔출판물에의한명예훼손〕

대법원은 형법 제310조 위법성조각사유 해석에서 법문에도 없는 '상당한 이유'를 언급하고 있다. 그러나 '상당한 이유'의 법적 근거와 요건이 무엇인지 명확하지 않다. 민법 해석을 형법 해석에 옮겨 온 것으로 생각한다. ① 형법 제307조 제1항 행위, ② 진실한 사실, ③ 오로지 공공의 이익, ④ 객관적 요건인 ①②③에 대한 행위자 인식이다. 네 가지를 판단하면 될 것이다. ①②③④에 대한 착오문제는 책임으로 넘겨야 한다.

8) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18024 판결〔명예훼손〕

【판결요지】 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 처벌되지 않기 위하여는 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것이고, 행위자도 공공의 이익을 위하여 행위하였어야 할 뿐 아니라, 그 적시된 사실이 진실한 것이거나 적어도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고, 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어야 한다. ... (중략) ... 원심이 이 사건 호소문의 내용은 진실이거나 진실이라고 믿을 만한 상당한 근거가 있고, 이를 배포한 행위가 공공의 이익에 관한 것이라고 하여 형법 제310조에 따라 위법성이 조각된다고 인정한 것은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 명예훼손죄에서의 위법성 조각사유에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다. 그러므로 원심이 이 사건 호소문의 내용이 중요한 부분에서 객관적 사실과 합치하거나 피고인에게 그 내용이 허위라는 점에 대한 인식이 있었다고 보기 어렵다는 이유로 명예훼손의 범의가 없다고 판시한 부분은, 앞에서 본 법리, 특히 형법 제307조 제1항의 사실적시는 진실한 사실이든 허위의 사실이든 상관없다는 점으로 볼 때 그 이유 설시에 적절치 않은 부분이 있지만 판결 결과에는 영향이 없다.

【판례평석】 대법원은 2000년 형사판결에서 형법 제310조 법문에도 없는 '상당한 근거'를 언급하고 있다. 그러나 '상당한 이유'의 법적 근거와 요건이 무엇인지 명확하지 않다. ① 형법 제307조 제1항 행위, ② 진실한 사실, ③ 오로지

공공의 이익, ④ 객관적 요건인 ①②③에 대한 행위자 인식이다. 네 가지를 판단하면 될 것이다. ①②③④에 대한 착오문제는 책임으로 넘겨야 한다.

2. 학설 대립

형법 제310조 법적 성격은 학설과 판례 모두 개인 인격권과 표현자유²⁷⁾ 조화를 고려하여, 특별히 규정된 위법성조각사유로 이해하고 있다. 그 적용범위는 진실하다고 증명된 공익적 사실만이 포함된다. 여기서 진실성 착오가 논란이 되는 이유는 사실이 진실한 것이라고 믿었으나, 그 증명에 실패한 모든 경우, 전부 명예훼손 책임을 인정한다면, 표현자유가 과도하게 위축될 수 있다는 우려 때문이다. 그래서 형법 제310조 법적 효과 논쟁 실익은 진실성을 오진한 경우 그 처리방법에 있다. 진실성 증명에 실패한 경우에도 일정한 조건하에서 명예훼손죄 위법성조각을 인정하여 공공 성격을 가진 표현을 보호해야 한다. 이런 주장이다.²⁸⁾

1) 형법 제310조 위법성조각설

가. 형법 제310조 객관적 요건은 진실한 사실과 공익이며, 주관적 요건은 ‘진실한 사실과 공익’에 대한 인식이다. 여기서 인식이란 의사와 동기를 말한다. 두 요건을 모두 충족해야 위법성이 조각된다.

나. 이 학설에 따르면, 행위자가 사실을 적시할 때, ‘진실한 사실과 공익’에 대하여 성실히 검토의무를 이행하였다면, 비록 진실성에서 착오가 있더라도 행위자의 행위반가치가 탈락된다. 이 경우 형법 제310조를 적용하여 위법성이 조각된다. ‘허용된 위협의 법리원용’이라고 한다. 김일수·서보학²⁹⁾, 김재봉,³⁰⁾ 임웅³¹⁾ 교수가 『허용위험법리원용설』을 지지한다.

27) 박지현, “명예훼손 또는 사실공표 행위의 면책을 위한 ‘진실이라 믿을 만한 상당한 이유’ 기준에 대한 재해석”, 『민주법학』 통권 제57호, 관악사, 2015, 91~129면.

28) 배상균, 앞의 논문, 93~107면(106면).

29) 김일수/서보학, 앞의 책, 194면: “객관적 진실의 확인은 때때로 개인의 인식능력의 한계 밖에 있기 때문에, 행위자가 신중하게 사실을 조사했음에도 착오를 일으켰다면 역시 위법성이 조각될 수 있다.”

30) 김재봉, “형법 제310조와 의무합치적 심사”, 『형사판례연구』 제8호, 박영사, 2000, 202~227면.

다. 이러한 해석방법은 위법성 단계에서 불법을 배제하려는 시도이며, 피고인에게 유리하게 해석하려는 노력에서 의미가 있다.³²⁾ 그러나 타당한 해석방법이라고 볼 수 없다.³³⁾ 형법 제310조가 적용되기 위해서는 먼저 객관적 요건인 진실한 사실과 공익이 충족되어야 하며, 나아가 주관적 요건 '진실한 사실과 공익'에 인식이 있어야 한다.³⁴⁾ 객관적 요건이 충족되지 않으면, 형법 제310조가 적용될 수 없다. 다만 주관적 요건은 진실한 사실을 공공의 이익을 위하여 적시한다는 의사와 동기가 있어야 하는데, 성실한 검토의무를 이행하였다면, 진실성에 대한 인식, 즉 의사와 동기가 있다고 추정할 수 있다. 여기서 성실한 검토란 의사와 동기를 추정하는 하나의 방법인 것이다.

라. 그러나 객관적 요건이 결여되어 있음에도, “적어도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고, 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유”가 있는 경우 객관적 요건과 주관적 요건을 모두 충족하여 위법성이 조각된다고 해석한다면, 범죄체계를 붕괴시키는 것이다. 나아가 객관적 요건이 충족될 경우, ‘성실한 검토의무·확인 의무’는 주관적 요건 판단에서 의미가 있는 것이다. 전제가 잘 못된 것이다. 따라서 『허용위험법리원용설』과 『상당성이론』은 타당하다고 볼 수 없다. “소송법적 표현을 실체법에 접목시켜 ‘증명 가능한 정도의 진실성을 위법성

31) 임웅, 앞의 「형법각론」 제8정판, 241면: 임웅 교수 주장을 요약하면, “착오를 일으킨 자가 경신(輕信)이 있을 때, 엄격책임설은 명예훼손죄 고의범으로 처벌된다. 반면 제한적 책임설은 처벌할 수가 없다. 과실범 처벌 규정이 없기 때문이다. 그러나 보도기관 경신 경우 제한적 책임설의 ‘부당한 처벌공백’을 메울 수 있는 방법이 필요하다. ‘성실한 검토의무’를 형법 제310조 성립에 필요한 ‘특별한 주관적 정당화 요소’로 파악하는 ‘허용된 위험의 법리’로 바꾸어 진다. ‘보도사실의 진실성 확인·조회의무’를 다 했다면, 위법성이 조각될 수 있다.” 그러나 생각건대 행위자의 성실한 검토의무는 형법 제16조 법률착오에서 ‘정당한 이유’로 검토하면 된다. 보도기관의 보도행위가 위험을 내포한다고 하더라도, 보도기관의 ‘보도사실의 진실성 확인·조회의무’를 다 했다고, 위법성이 조각될 수는 없는 것이다. 불법은 불법이고, 책임은 책임이다. 불법문제는 위법성에서, 책임문제(위법성인식문제)는 책임에서 검토하는 것이 범죄체계이다.

32) 배상균, 앞의 논문, 93~107면(104면): 이 논문은 일본 판례를 자세히 검토하고 있다. 배상균 교수는 “‘진실성의 증명’이라는 소송법적 표현을 실체법에 접목시켜 ‘증명 가능한 정도의 진실성을 위법성조각사유’로서 봄으로서 입증책임의 전환을 긍정할 필요가 있다”고 주장한다. 그러나 범죄체계를 혼란에 빠뜨릴 위험이 있다.

33) 손동권, 「형법각론」 초판, 율곡출판사, 2004, 170면: “허용된 위험사상에 근거한 의무합치적 심사이론은 독일 형법 제193조 해석론으로 가능할지 몰라도, 진실성과 공익성만을 규정한 우리 형법 제310조 해석론으로 맞지 않다. 입법자 의사는 허위사실적시 위험을 수용하지 않는다. 오로지 ‘진실한 사실’일 것을 요구한다.”

34) 임웅, 앞의 「형법각론」 제8정판, 239면: “형법 제310조 위법성조각사유가 적용되기 위한 요건은 적시된 사실이 ‘진실한 사실’이어야 한다. 설령 공공의 이익을 위한 적시라고 하더라도, 허위사실을 적시하는 경우 형법 제310조가 적용되지 않는다.”

조각사유로 보자”는 주장³⁵⁾은 형법 제310조 입법개정을 통해서 해결할 일이다. 해석론으로 불가능하다고 본다.

2) 형법 제16조 법률착오설

가. 형법 제310조 객관적 요건은 진실한 사실과 공익이며, 주관적 요건은 ‘진실한 사실과 공익’에 대한 인식이다. 여기서 인식이란 의사와 동기를 말한다. 두 요건을 모두 충족해야 위법성이 조각된다.

나. 이 학설에 따르면, 행위자가 진실성을 착오하여, 자신 행위가 형법 제310조 요건을 모두 충족하여 허용되는 것으로 오인한 경우, 형법 제16조 법률착오가 된다는 입장이다. 이 학설은 허위사실을 진실이라 믿은 것은 위법성조각사유전제사실착오가 아니라, 형법 제15조 제1항이 적용되는 사실착오문제라고 말한다. 이러한 사실착오 문제는 형법 제307조 제1항과 형법 제309조 제1항을 검토에서 충분히 반영된 것이다. 그리고 만약 행위자가 자신 행위에 대해 형법 제310조 위법성조각사유에 해당한다고 오인하였다면, 이는 형법 제16조 법률착오문제라고 한다. 이 경우 불법은 인정되고, 책임이 조각될 수 있다는 주장이다. 김성돈, 손동권 교수가 『금지착오설』을 지지한다. 손동권 교수는 “주관적인 착오문제에 대해 객관적 조각 그 자체를 인정하는 판례 태도는 해석론으로 타당하지 않다. 왜냐하면 고의조각(사실착오) 또는 책임비난(법률착오) 문제로 다루어져야 한다”고 주장한다.³⁶⁾ 타당한 주장이다.

다. 생각건대 형법 제16조 법률착오설은 사실착오와 법률착오를 모두 활용하는 해석방법이다. 범죄체계상 타당한 해석방법이라고 본다. 형법 제15조 제1항과 형법 제307조 제1항·형법 제310조를 묶어서 해결하고, 해당사항이 없는 경우, 형법 제16조 ‘정당한 이유’로 다시 검토하여 책임조각 여부를 검토하자는 것이다. ‘성실한 검토의무 이행’은 불법 문제가 아니고, 책임문제라고 생각한다. 전문가들에게 이 정도의 조회와 문의 그리고 확인을 거쳤다면, 회피가능성이 없다고 판단할 수 있어, 책임이 조각된다는 것이다. 이러한 해석방법이 형법 제310조 법문에 근거를 둔 합리적 해결방안이라고 생각한다.³⁷⁾

35) 배상균, 앞의 논문, 93~107면(106면).

36) 손동권, 앞의 책, 169면.

37) 손동권, 앞의 책, 170~171면.

3) 위법성조각사유전제사실착오설

가. 형법 제310조 객관적 요건은 진실한 사실과 공익이며, 주관적 요건은 '진실한 사실과 공익'에 대한 인식이다. 여기서 인식이란 의사와 동기를 말한다. 두 요건을 모두 충족해야 위법성이 조각된다.

나. 이 학설에 따르면, 형법 제310조는 위법성조각사유이다. 형법 제310조 객관적 요건인 '적시사실 진실성에 대한 착오'를 위법성전제사실조각사유로 본다. 행위자가 허위사실을 진실이라고 오인하고, 공익을 위하여 적시한 경우, 위법성조각사유전제사실착오로 해석한다.³⁸⁾ 현재 우리나라 다수설이다. 박상기, 배종대, 이재상, 이정원, 정성근·박광민 교수가 지지한다.³⁹⁾ 위법성조각사유전제사실착오에 대한 해결방안은 여러 학설로 대립되어 있다. 착오에 정당한 이유가 있는 경우 모든 학설과 판례 태도에서 거의 차이가 없다. 다수설은 법효과제한 책임설이다. 과실책임만 물을 수 있다. 그러나 명예훼손죄는 고의범이고, 과실범을 처벌하는 구성요건이 없다.

다. 그러나 이러한 해석방법은 타당하다고 볼 수 없다. ① 우리 형법에서 사실 적시의 진실성 여부는 형법 제307조 제1항과 제2항 사이 형벌가중사유에 해당할 뿐이다. 형법 제15조 제1항 사실착오를 언급함이 없이 바로 위법성조각사유전제사실착오 문제를 거론하는 것이 타당한지 의문이다. ② 또한 형법 제307조 제2항 또는 제309조 제2항으로 객관적 구성요건을 검토하고, 다시 사실착오로 중한 고의를 조각시킨 후(불법감경), 다시 형법 제310조 위법성조각사유를 검토하고, 이어서 위법성조각사유전제사실착오로 검토하는 방법이다. 적시사실 진실성 착오를 문제를 이렇게 삼중으로 검토가 필요한지도 의문이다. ③ 적시한 사실이 객관적으로 허위사실이고, 또한 공공의 이익이 없음에도, 행위자가 주관적으로 진실하고 공공이익이 있다고 착각한 경우, 자기 행위가 형법 제310조 요건을 모두 충족하여 모두 허용되는 것으로 착오를 일으킨 것은, 형법 제16조 법률착오에 해당할 뿐이다. 이 경우 그 착오에 정당한 이유가 있으면, 책임이 조각된다.⁴⁰⁾ ④ 우리 형법은 위법성조각사유전제사실착오를 해결하기 위

38) 이인규, 「형법강의」 개정판, 학연, 2016, 463~464면.

39) 박상기, 「형법각론」 제8판, 박영사, 2011, 188면; 배종대, 「형법각론」 제7전정판, 홍문사, 2010, 270면; 이재상, 「형법각론」 제8판, 박영사, 2012, 189면; 이정원, 「형법각론」 제3판, 법지사, 2003, 242면; 정성근·박광민, 「형법각론」 전정2판, SKKUP, 2015, 190~191면.

40) 손동권, 앞의 책, 171면.

한 명문 규정을 두고 있지 않다. 그럼에도 이 문제를 복잡한 학설 대립에 맡기는 것이 과연 옳은지 의문이다. 너무 이론에 몰입되어, 불필요한 논쟁만 유발시킨다고 생각한다. 이 학설이 과연 어떤 실익이 있는가?

라. 생각건대 위법성조각사유전제사실착오로 해결하려면, 먼저 입법이 선행되어야 한다. 형법 제16조 제2항이 신설된다면, 논의해 볼 수 있는 학설이다.

4) 소결

가. 대법원 판례의 상당성이론과 허용위험법리이론에 동의할 수 없다. 형법 제310조 올바른 해석이라고 볼 수 없기 때문이다. ‘상당성’이란 용어는 형법 제310조 법문에 없으며, ‘검토의무’로 객관적 요건을 상쇄시킬 수 없기 때문이다.

나. 또한 위법성전제사실착오론도 동의하기 어렵다. 불법감경과 위법성조각사유로 검토하면 될 사안을 삼중으로 검토하는 것도 타당하지 않으며, 위법성전제사실착오론을 해결하기 위한 형법에 명확한 규정도 없기 때문이다.

다. 따라서 이 경우 형법 제15조 제1항과 형법 제310조 그리고 형법 제16조를 활용하는 방안이 타당하다고 생각한다.

라. 행위자가 진실이라고 믿었다면, 진실인식에 대한 고의만 인정하고, 행위자가 위법성이 조각된다고 믿었다면, 위법성인식을 조각하여 책임을 조각하면 될 것이다.

3. 변호사시험문제 비판 고찰

대법원 판례를 변형시킨 문제가 변호사시험에 자주 출제되고 있다.⁴¹⁾ 선택형과 사례형 모두 위법성조각사유전제사실착오 문제들이다. 나는 이런 유형 문제에 대해 항상 회의적이다. 법조문에도 없는 내용이며, 판례 입장과도 다르고, 학설 대립이 심한 너무도 이론 몰입형 문제이기 때문이다. 이런 문제가 당락을 결정한다면, 슬픈 일이다. 왜 이런 문제가 출제되는지 이해할 수 없다. 우리 형법에는 위법성조각사유전제사실착오 관련 법조문이 없다. 판례도 위법성조각사유전제사실에 대한 착오를 인정하지 않는다. 굳이 이러한 고난도 이론 문제로

41) 2016년 제5회 변호사시험 형사법 사례형 기출문제 제2문; 2013년 제2회 변호사시험 형사법 선택형 기출문제 10번.

형법시험을 어렵게 만들 필요가 없다. 이것이 한 시간 강의로 가능한지, 1분에 풀 수 있는 문제인지 의문이다.

4. 사건

그럼에도 더 정치한 법이론이 필요하다면, 형법 제16조(법률의 착오) 개정이 전제되어야 한다. 왜냐하면 위법성인식·위법성착오·위법성조각사유전제사실착오를 책임에 명확히 규정하고, 책임고의에 대한 해석방법을 통일할 필요가 있기 때문이다. 정치한 법해석은 법조문이 없이 불가능하다. 다수학자들이 선호하는 위법성조각사유전제사실착오 해결방법은 행위론과 범죄체계가 반영된 입법이 하나의 대안이 될 수 있다. 내가 제안하는 개정안이다.⁴²⁾ 형법 제16조(법률착오와 위법성조각사유전제사실착오) ① 위법성인식은 자기행위가 법령에 범죄가 된다는 인식이다. ② 위법성착오는 자기행위가 법령에 범죄가 되지 않는다는 인식이다. 정당한 이유가 있는 경우 처벌되지 않는다. 정당한 이유란 문의 의무이행과 조회의무이행을 말한다. ③ 위법성조각사유전제사실착오 경우 구성요건에서 고의는 인정되지만, 책임에서 고의를 인정할 수 없으므로, 고의범으로 처벌될 수 없다. 다만 과실범 처벌 규정이 있는 경우 책임에서 과실을 인정하여 과실범으로 처벌된다.

IV. 결론

1. 명예훼손죄 보호법익은 외적명예이고, 보호정도는 추상적 위험범이다. 구성요건은 기본적 구성요건과 불법구성요건으로 구분하여 정비되어 있다. 그래서 ① 형법 제13조 고의, ② 형법 제15조 제1항 사실착오, ③ 형법 제310조 위법성조각사유, ④ 형법 제13조 위법성조각사유전제사실착오, ⑤ 형법 제16조 법률착오 등 논란이 많다. 대상판례는 이 쟁점들이 종합된 것이다. 행위자가 허위사실을 진실한 사실로 알고, 그 사실을 적시하여, 타인 외적명예를 훼손한 행위이기 때문이다.

42) 하태영, 「형법조문강화」 법문사, 2019, 45면.

2. 형법 제307조 제1항은 진실한 사실 적시, 형법 제307조 제2항은 허위사실 적시, 진실성 착오는 형법 제307조 제2항과 형법 제15조 제1항을 적용하여 중한 고의를 인정할 수 없어, 형법 제307조 제1항을 고의를 적용한다. 이어서 형법 제310조를 적용하여 위법성을 조각한다. 이것이 우리가 일반적으로 이해해 온 형법 도그마틱이다. 이정원 교수는 “적시되는 사실이 진실인 경우 형법 제307조 제1항 명예훼손죄가 성립하고, 허위인 경우 형법 제307조 제2항 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄가 성립한다. 제2항은 제1항에 대해 불법이 가중된 구성요건이다. 사실의 진실 여부는 객관적 상황이기 때문에 이에 대한 인식도 고의의 내용이 된다. 따라서 허위의 사실을 진실로 오인하고 공연히 적시한 경우 형법 제307조 제1항 명예훼손죄만 성립한다(형법 제15조 제1항)⁴³⁾”고 설명한다. 임웅 교수도 “형법 제307조 제1항과 제2항과 대비하여 해석(논리해석)하자면, 단순명예훼손죄에서 적시되는 ‘사실’은 ‘진실한 사실’이어야 한다”고 밝히고 있다. 우리나라 대부분 교과서 설명이다(통설).

3. 그러나 대수판결은 『형법 제307조 제1항 명예훼손죄는 적시된 사실이 진실한 사실인 경우이든 허위의 사실인 경우이든 모두 성립될 수 있다. 특히 적시된 사실이 허위의 사실이라고 하더라도 행위자에게 허위성에 대한 인식이 없는 경우에는 제307조 제2항의 명예훼손죄가 아니라 제307조 제1항의 명예훼손죄가 성립될 수 있다』고 판시한다. 대수판결은 종전 판례를 전면 엮어 버리고 있다. 그 결과 형법 제15조 제1항 해석을 무용지물로 만들고 있다.

이러한 해석방법은 문리해석에 반한다. 형법 제307조 제1항 ‘사실 적시’에 ‘진실한 사실’과 ‘허위사실’을 모두 포함시켜 해석한다면, 형법 제307조 제2항과 제309조 제2항은 존재의미가 없다. 왜냐하면 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항으로 모두 해석이 가능하기 때문이다. 이 경우 사실착오 문제는 모두 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항이 적용된다. 형법 제307조 제2항과 제309조 제2항은 ‘허위사실’과 ‘허위사실’에 인식이 있는 경우만 적용된다. 그러나 형법 제250조 제1항과 제2항을 비교하면서, 논리해석을 해야 한다.

생각건대 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항에서 ‘사실 적시’란 ‘진실한 사실 적시’로 제한하여 해석하여야 한다. ‘사실’은 발생하거나 존재한 사실(事實, fact, eine Tatsache, etwas Geschehenes oder Bestehendes)이다. ‘발생 · 존재한

43) 이정원, 앞의 「형법각론」 제1판, 법원사, 1999, 218면.

사실이 아닌 것'은 '허위사실'(虛偽事實, eine unwahre Tatsache)이다. 형법 제307조 제2항과 제309조 제2항이 허위사실로 규정되어 있다면, 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항은 '진실한 사실'이 입법자 의사라고 보아야 한다. 형법 제310조 조문은 "제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서"라고 명확하게 규정하고 있다. 이것이 우리 입법자 의사에 충실한 해석방법이다(문리해석·논리해석·목적론해석). 대법원 대상판결 결론은 일견 단순한 것 같지만, 형법 도그마틱에서 치명적 결함을 갖고 있다. 입법부가 만든 형법 제15조 제1항 의미가 없어지기 때문이다. 따라서 대법원 논지는 변경되어야 한다.

4. 대법원은 종래 형법 제310조를 넓게 해석해 왔다. 법문에도 없는 상당성이론을 제시했다. 문리해석·논리해석·목적론해석에 반한다. 위법성조각사유는 엄격하게 해석해야 한다. 불법과 정법을 구분하는 경계이기 때문이다. 피해자 입장에서 생각해야 한다. 대상판결은 『이 사건 호소문의 내용은 진실이거나 진실이라고 믿을 만한 상당한 근거가 있고, 이를 배포한 행위가 공공의 이익에 관한 것이라고 하여 형법 제310조에 따라 위법성이 조각된다고 인정한 것은 정당하다』고 판시한다. 그러나 '진실이라고 믿을 만한 상당한 근거'는 진실과 다르며, 주관적 요건을 설령 인정한다고 하더라도, 객관적 요건이 결여되어 형법 제310조 위법성조각사유가 될 수 없다. 이는 책임에서 논의해야 할 문제다. 대법원이 불법의 선을 긋지 않는다면, 형법도그마틱의 의미는 무너지는 것이다.

5. 대법원은 적시사실의 진실성 착오문제를 형법 제310조 상당성이론으로 해결하고 있다. 또 일부 학자들은 허용위험법리이론으로 해결방안을 찾고 있다. 모두 형법 제310조에서 근거를 찾으려는 노력들이다. 그러나 이러한 해석방법에 동의할 수 없다. 형법 제310조 법문에 충실한 올바른 해석이라고 볼 수 없기 때문이다. '상당성'이란 용어는 형법 제310조 법문에 없으며, '검토의무'로 객관적 요건을 상쇄시킬 수 없다. 생각건대 형법 제310조 해석방법은 문리해석·논리해석·목적론해석에 충실해야 한다. ① 형법 제307조 제1항 행위, ② 진실한 사실, ③ 오로지 공공의 이익, ④ 객관적 요건인 ①②③에 대한 행위자 인식이다. 네 가지를 판단하면 될 것이다. ①②③④에 대한 착오문제는 책임으로 넘겨야 한다.

또한 위법성전제사실착오론도 동의하기 어렵다. 형법 제310조는 위법성조각사유이며, 형법 제310조 객관적 요건인 '진실한 사실'은 그 전제사실이라며, '적시사실 진실성에 대한 착오'를 위법성전제사실조각사유로 보지 않을 이유가 없

다고 주장한다. 그러나 불법감경과 위법성조각사유로 검토하면 될 사안을 삼중으로 검토한다. 이러한 과잉검토는 타당하지 않다. 또한 위법성전제사실착오론을 해결하기 위한 명확한 규정도 형법에 없다. 형법 제15조 제1항으로 한번 걸러내고, 형법 제310조를 검토하여 또 한 번 걸러내고, 마지막으로 형법 제16조로 검토해도 피고인에게 불리한 해석방법이 아니라고 본다. 구성요건 착오는 사실착오이고, 위법성인식착오는 법률착오 문제다.

만약 행위자가 적시한 사실을 진실이라고 믿었다면, 형법 제307조 제1항 구성요건 고의만 인정하고, 또 행위자가 자기 행위를 위법성조각사유로 믿었다면, 법률착오로 해결하면 된다. 형법 제16조에 근거하여 정당한 이유가 있는 경우, 책임을 조각하면 된다. 나는 이것이 최상의 해석방법이라고 생각한다.

따라서 대상판결은 형법 제307조 제1항 ‘사실’의 의미를 무리하게 확장시켜 놓았고, 형법 제310조 범문 의미를 붕괴시키고 있다. 대상판결은 위법성이 조각되지 않으며, 법률착오를 인정할 수 없어 형법 제317조 제1항 명예훼손죄 유죄라고 생각한다. 이러한 해석들이 상고심을 가중시키는 이유가 된다고 본다.

투고일 : 2019.12.03. / 심사완료일 : 2019.12.12. / 게재확정일 : 2019.12.16.

[참고문헌]

- 권오걸, 「스마트 형법총론」 형설출판사, 2011.
- _____, “형법 제310조의 적용범위”, 「형법판례 150선」 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- _____, “형법 제310조의 적용범위”, 「형사판례연구」 제15호, 박영사, 2007.
- 김성돈, 「형법총론」 제5판, 성균관대학교출판부, 2017.
- 김성천·김형준, 「형법총론」 제8판, 소진출판사, 2018.
- 김신규, 「형법총론강의」 박영사, 2018.
- 김일수·서보학, 「새로쓴 형법총론」 제13판, 박영사, 2018.
- 김태명, 「판례형법총론」 피앤씨미디어, 2013.
- 김형민, 「형법총론」 박영사, 2015.
- 김혜정·박미숙·안경옥·원혜옥·이인영, 「형법총론」 피앤씨미디어, 2018.
- 박상기, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2012.
- 박상기·신양균·조상제·전지연·천진호, 「판례교재 형법총론」 준커뮤니케이션즈, 2010.
- 배종대, 「형법총론」 제12판, 홍문사, 2016.
- 서거석·송문호, 「신 형법총론」 전북대학교출판문화원, 2017.
- 성낙현, 「형법총론」 제2판, 동방문화사, 2011.
- 성낙현(역), 「독일형법의 이론과 연습(Samson, Erich, Strafrecht I)」 법문사, 1998.
- 손동권·김재윤, 「새로운 형법총론」 을곡출판사, 2011.
- _____, 「새로운 형법각론」 을곡출판사, 2013.
- 손동권, 「형법각론」 초판, 을곡출판사, 2004.
- _____, “명예훼손죄에 대한 특별한 위법성조각규정(형법 제310조)의 적용상 문제점”, 「판례월보」 제322호, 판례월보사, 1997.
- 송희식, 「형법판례정문」 【총론편】, 동아대학교 출판부, 2012.
- 신동운, 「형법총론」 제10판, 법문사, 2017.
- _____, 「판례분석 형법총론」 2015.
- _____, 「新판례백선 형법총론」 경세원, 2009.
- 안동준, 「형법총론」 학현사, 1998.
- 오영근, 「형법총론」 박영사, 제4판, 2018.
- 윤동호, 「한눈에 잡히는 형법총론」 개정판, 국민대학교출판부, 2017.
- 원형식, 「형법총론(판례중심)」 동방문화사, 2018.

- 이용식, 「형법총론」 박영사, 2018.
- 이영란, 「한국형법학 -총론강의-」 제2판, 숙명여자대학교 출판국, 2003.
- 이인규, 「형법강의」 학연, 2018.
- 이정원, 「형법총론」 신론사, 2012.
- _____, 「형법각론」 제1판, 법원사, 1999.
- _____, 「형법각론」 신론사, 2012.
- 이정원 · 류석준, 「형법각론」 법영사, 2019.
- 이재상 · 장영민 · 강동범, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2017.
- 이형국, 「형법총론」 제4판, 법문사, 2007.
- 임 응, 「형법총론」 제11정판, 법문사, 2019.
- _____, 「형법각론」 제9정판, 법문사, 2018.
- 정성근 · 박광민, 「형법총론」 전정2판, 성균관대학교출판부, 2015.
- 정영일, 「신 형법총론」 학림, 2018.
- 정웅석, 「형법총론」 대명출판사, 2018.
- 천진호, 「형법총론」 준커뮤니케이션즈, 2016.
- 하태훈, 「사례중심 형법총론」 법원사, 2002.
- 허일태, 「독일형법총론」 제20판, 법문사, 1991.
- _____, 「독일형법총론」 제27판, 세종출판사, 1998.
- 도종진 · 박광섭 · 정대관, 「형법각론」 충남대학교출판문화원, 2014.
- 김성돈, 「형법각론」 제5판, 성균관대학교출판부, 2018.
- 김성천 · 김형준, 「형법각론」 제6판, 소진, 2017.
- 김일수 · 서보학, 「새로쓴 형법각론」 제9판, 박영사, 2018.
- _____, 「새로쓴 형법각론」 제6판, 박영사, 2004.
- 박상기, 「형법각론」 제8판, 박영사, 2011.
- 박찬걸, 「형법각론」 박영사, 2018.
- 배종대, 「형법각론」 제10전정판, 홍문사, 2018.
- 신동운, 「형법각론」 제2판, 법문사, 2018.
- 신동운 · 한인섭 · 이용식 · 조국 · 이상원, 「로스쿨 형법각론」 박영사, 2009.
- 오영근, 「형법각론」 제4판, 박영사, 2017.
- 유기천, 「형법학[각론강의]」 정정신판 영인본, 법문사, 2012.
- 윤동호, 「한눈에 잡히는 형법각론」 개정판 2판, 국민대학교출판부, 2017.
- 이상원, 「형법각론 -법률가의 맥」 박영사, 2011.
- 이재상 · 장영민 · 강동범, 「형법각론」 제10판(보정판), 박영사, 2017.

- 이형국, 「형법각론」 법문사, 2007.
- , 「형법각론」 제10정판, 법문사, 2019.
- 정성근·박광민, 「형법각론」 전정2판, 성균관대학교출판부, 2015.
- 정웅석·최창호, 「형법각론」 대명출판사, 2018.
- 최호진, 「형법각론강의」 준커뮤니케이션즈, 2018.
- 한정환, 「형법각론」 법영사, 2018.
- 고종주, 「재판의 법리와 현실 -소송사건을 이해하고 표현하는 방법-」 법문사, 2011.
- 서울중앙지방법검찰청, 「명예훼손 실무 연구」 서울중앙지방법검찰청, 2015.
- 하태영, 「형법조문강화」 법문사, 2019.
- 한국형사정책연구원, 「형법, 형사법령제정자료집(1)」 한국형사정책연구원, 1990.
- 조 응, “명예훼손적 언론보도의 위법성조각 요건”, 「법과 정의 그리고 사람: 박병대 대법관 재임기념 문집」 사법발전재단, 2017.
- 주승희, “명예훼손죄에서의 사실의 진실성에 관한 착오”, 「형법판례 150선」 한국형사판례연구회, 박영사, 2016.
- 배병일, “방송보도로 인한 명예훼손에서의 상당성 판단의 기준”, 「동북아법연구」 제9권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016.
- 윤지영, “형법 제310조의 법적 성격과 거증책임”, 「형사소송법 핵심 판례 110」 제2판, 박영사, 2016.
- 배상균, “허위사실적시 명예훼손에 있어서 진실성의 착오에 관한 검토”, 「외법논집」 제40권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016.
- 박지현, “명예훼손 또는 사실공표 행위의 면책을 위한 '진실이라 믿을 만한 상당한 이유' 기준에 대한 재해석”, 「민주법학」 통권 제57호, 관악사, 2015.
- 박용성(번역), “영국 명예훼손법 및 해설”, 「언론중재」 여름호, 언론중재위원회, 2015.
- 외무부, “유럽인권재판소(ECtHR) : Morice v. France 사건의 판결: 명예훼손과 표현의 자유의 관계”, 「국제법 동향과 실무」 제14권 제2호, 외교통상부, 2015.
- 이석배, “집합명칭에 의한 명예훼손과 형법 제310조의 적용범위”, 「고시계」 제56권 제10호, 국가고시학회, 2011.
- 강윤구, “형법 제310조의 위법성조각사유에 해당하기 위한 요건, 아파트 동대표인 피고인이 자신에 대한 부정비리 의혹을 해명하기 위하여 그 의혹제기자가 명예훼손죄로 입건된 사실 등을 기재한 문서를 아파트 입주”, 「대법원

- 판례해설」 제59호, 법원도서관, 2006.
- 문채규, “형법 제310조의 법리”, 「민주사회를 위한 변론」 제4호, 민주사회를 위한 변호사모임, 1994.
- , “형법 제310조에 대한 규범이론적 접근”, 「안암법학」 제11호, 무지개출판사, 2000.
- 김재봉, “형법 제310조와 의무합치적 심사”, 「형사판례연구」 제8호, 박영사, 2000.
- 김종구, “형법 제310조와 착오”, 「연세법학연구」 제6집 제1권, 연세대학교 법과대학 법률문제연구소, 1999.
- , “형법 제310조의 적용범위 : 대법원 1996.8.23.선고, 94도3191 판결과 관련하여”, 「고시계」 제42권 제12호, 국가고시학회 1997.
- 박정근, “형법 제310조에 관한 문제점”, 「법정(구)」 제25권 제1호, 법정사, 1970.
- Kinderhäuser, Urs/Hilgendorf, Eric, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. völlig neu bearbeitete Auflage, Nomos Baden-Baden 2020.
- Küper, Wilfried, Strafrecht Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen. C.F. Müller Heidelberg, 1997.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 49., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller Heidelberg, 2019. Mit ebook: Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte. (허일태, 독일형법총론, 제20판, 법문사, 1991; 제27판, 세종출판사, 1998).
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael/Engländer, Armin, Strafrecht Besonderer Teil/1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte. 43., völlig neu bearbeitete Auflage 2019. Mit ebook: Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte.
- Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas/Schuhr, Jan C., Strafrecht Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte. 42., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller Heidelberg, 2019. Mit ebook: Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte.

[국문초록]

형법 제307조 제1항 명예훼손죄에서 ‘사실 적시’의 의미와 형법 제307조 제2항 ‘허위사실’ 착오 해석방법

하 태 영*

형법 제307조 제1항과 제309조 제1항에서 ‘사실 적시’란 ‘진실한 사실 적시’로 제한하여 해석하여야 한다. ‘사실’은 발생하거나 존재한 사실(事實, fact, eine Tatsache, etwas Geschehenes oder Bestehendes)이다. ‘발생·존재한 사실이 아닌 것’은 ‘허위사실’(虛僞事實, eine unwahre Tatsache)이다. 형법 제307조 제2항과 제309조 제2항이 허위사실로 규정되어 있다면, 형법 제307조 제1항과 제309조 제1항은 ‘진실한 사실’이 입법자 의사라고 보아야 한다. 형법 제310조 조문은 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서”라고 명확하게 규정하고 있다. 이것이 우리 입법자 의사에 충실한 해석방법이다(문리해석·논리해석·목적론해석). 대법원 대상판결 결론은 일견 단순한 것 같지만, 형법 도그마틱에서 치명적 결함을 갖고 있다. 입법부가 만든 형법 제15조 제1항 의미가 없어지기 때문이다. 따라서 대법원 논지는 변경되어야 한다.

대법원은 적시사실의 진실성 착오문제를 형법 제310조 상당성이론으로 해결하고 있다. 또 일부 학자들은 허용위험법리이론으로 해결방안을 찾고 있다. 모두 형법 제310조에서 근거를 찾으려는 노력들이다. 그러나 이러한 해석방법에 동의할 수 없다. 형법 제310조 법문에 충실한 올바른 해석이라고 볼 수 없기 때문이다. ‘상당성’이란 용어는 형법 제310조 법문에 없으며, ‘검토의무’로 객관적 요건을 상쇄시킬 수 없다. 생각건대 형법 제310조 해석방법은 문리해석·논리해석·목적론해석에 충실해야 한다. ① 형법 제307조 제1항 행위, ② 진실한 사실, ③ 오로지 공공의 이익, ④ 객관적 요건인 ①②③에 대한 행위자 인식이다. 네 가지를 판단하면 될 것이다. ①②③④에 대한 착오문제는 책임으로 넘겨야 한다. 또한 위법성전제사실착오론도 동의하기 어렵다. 구성요건 착오는 사실착오이고, 위법성인식착오는 법률착오 문제다.

* 동아대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

만약 행위자가 적시한 사실을 진실이라고 믿었다면, 형법 제307조 제1항 구성요건 고의만 인정하고, 또 행위자가 자기 행위를 위법성조각사유로 믿었다면, 법률착오로 해결하면 된다. 형법 제16조에 근거하여 정당한 이유가 있는 경우, 책임을 조각하면 된다. 나는 이것이 최상의 해석방법이라고 생각한다.

대상판결은 형법 제307조 제1항 ‘사실’의 의미를 무리하게 확장시켜 놓았다. 형법 제310조 법문 의미를 붕괴시키고 있다. 대상판결은 형법 제310조 위법성이 조각되지 않는다. 형법 제16조 법률착오를 인정할 수 없다.

대상판결은 형법 제307조 제1항 명예훼손죄가 성립한다. 형법 제307조 제1항은 진실한 사실 적시, 형법 제307조 제2항은 허위사실 적시, 진실성 착오는 형법 제307조 제2항과 형법 제15조 제1항을 적용하여 중한 고의를 인정할 수 없어, 형법 제307조 제1항을 고의를 적용한다.

주제어 : 명예훼손, 형법 제307조 제1항 사실, 형법 제307조 제2항 허위사실, 위법성조각사유전제사실착오, 법률착오, 형법 제310조 위법성조각사유, 상당성

[Abstract]

Meaning of Defamation of 'Publicly Alleging Fact' of Article 307(1)
of Criminal Act and Interpretation of 'False Information' Mistake of
Article 307(2) of Criminal Act*

Ha, Tae-Young**

'Publicly alleging facts' in Article 307 Provision(1) and Article 309 Provision(1) of Criminal Act should be interpreted as 'statements of true facts.' 'Fact' is a fact that has occurred or existed (事實, eine Tatsache, etwas Geschehenes oder Bestehendes). 'What is not a fact that has occurred or existed' is 'false fact' (虛偽 事實, eine unwahre Tatsache). If 'false fact' is stipulated in Article 307(2) and Article 309(2) of Criminal Act, 'true fact' in Article 307(1) and Article 309(1) must be considered opinions of legislators. Article 310 of Criminal Act clearly states that "the conduct of Article 307(1) is a true fact." This is the way of interpretation that is faithful to our legislators' opinions (literal interpretation, logical interpretation, and purposive interpretation). The ruling conclusion of the Supreme Court case seems simple at first glance, but it has a fatal flaw in criminal law dogmatics because Article 15(1) of Criminal Act made by the legislature will become meaningless. Therefore, the Supreme Court's argument should be modified.

The Supreme Court is solving the problem of the mistake of truth regarding publicly alleging facts by means of the equivalence theory in Article 310 of Criminal Act. In addition, some scholars are seeking for solutions based on the accepted risk theory. They are all trying to find evidence in Article 310. However, we cannot agree with this interpretation because it cannot be regarded as a correct interpretation faithful to Article 310. The term 'equivalence' is not found in Article 310, and 'duty of review' does not offset

* This work was supported by the Dong-A University research fund.

** Professor Dong-A University, Law School, Ph. D. in Law.

objective requirements. It is asserted that the interpretation of Article 310 should be faithful to the literal, logical and purposive analyses. ① Behaviors of Article 307(1) of Criminal Act, ② True Facts, ③ Only Public Interests, ④ Doer's Recognition of the Objective Requirements of ①, ②, and ③. These four requirements are useful in judgment. Mistakes regarding ①, ②, ③, and ④ requirements should be asked for responsibility. In addition, it is difficult to agree with the discrepancy of illegal precondition fact. The mistake of specific requirements is the discrepancy of fact while the mistake of recognition of illegality is the discrepancy of law.

If a doer believed that publicly alleging facts were true, only the intentional element of Article 307(1) of Criminal Act is admitted. If the doer believed his or her conduct was the justification defense, its solution is to apply the discrepancy of law. When there is a good reason based on Article 16 of Criminal Act, responsibility can be excluded, which, I think, is the best interpretation.

The case of the Supreme Court unreasonably extended the meaning of 'fact' in Article 307(1), breaking the meaning of Article 310 of Criminal Act. The Supreme Court case does not exclude the illegality of Article 310 and does not admit the discrepancy of law of Article 16 of Criminal Act.

The Supreme Court case rules a defamation offense under Article 307(1) of Criminal Act. Article 307(1) specifies statements of true facts, Article 307(2) includes statements of false facts, and Article 307(2) and Article 15(1) contain the mistake of truth. In this light, serious criminal intent can not be admitted. The Supreme Court case applies criminal intent under Article 307(1) of Criminal Act.

Key words : defamation, fact of Article 307(1) of Criminal Act, false fact of Article 307(2) of Criminal Act, discrepancy of illegal precondition fact, discrepancy of law, justification defense of Article 310 of Criminal Act, equivalence