



독일 형법전 체계내에서의 명예훼손 및 모욕에 관한 죄

정보신청기관 : 법무부 검찰국 형사기획과

I. 서론

독일은 기본법(GG) 제5조에 의한 의사표현 및 언론의 자유를 통하여 보장된 기본권을 기초로 한 표현이 타인의 명예를 훼손하거나 모욕하는 경우에 이러한 행위를 처벌함으로써 타인의 명예를 보호하고자 하는 규정을 형법전¹⁾에 두고 있다. 독일 형법전 제14장은 “Beleidigung”이라는 표제어를 통하여 제185조에서 제200조까지의 규정을 두고 명예훼손 및 모욕에 관한 죄를 규정하고 있다. 여기에서 제185조는 모욕(Beleidigung), 제186조는 명예훼손(Üble Nachrede)²⁾, 제187조는 악의적 명예훼손(Verleumdung), 제

188조는 정치인에 대한 명예훼손 및 악의적 명예훼손(Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens) 그리고 제189조는 死者에 대한 명예훼손(Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener) 등이 규정되어 있다. 또한 명예훼손행위가 공연히 또는 문서(제11조 제3항 포함)의 유포를 통하여(제186조와 제187조) 또는 집회에서(제187조) 범하여진 경우에는 그 형을 가중하고, 제185조의 모욕의 행위가 폭력행위를 수단으로 하여 발생한 경우에도 그 형을 가중한다. 그리고 제193조에는 명예훼손 및 모욕의 관한 죄에만 해당되는 별도의 위법성조각사유를, 그리고 제194조는 고소에 관한



1) Strafgesetzbuch(StGB), BGBl. IS. 306

2) Üble Nachrede를 우리말로 직역했을 때에는 “비방”이 맞으나 이 규정이 명예보호와 관련된 기본구성요건의 역할을 수행하고 있는 점에서 “명예훼손”으로 번역하는 것이 더 적합하다고 생각된다.



규정을 두고 있다.

아래에서는 먼저 독일형법전에 규정되어 있는 명예훼손 및 모욕에 관한 죄의 조항들을 구체적으로 살펴보고, 판례를 통하여 그 사용에 있어서의 독일 법원의 법해석 및 적용에 관한 입장을 살펴보고(II), 이것을 통하여 한국형법전의 명예훼손 및 모욕죄와 관련된 규정들과 비교를 함으로써(III) 양자간 차이를 통한 시사점을 찾아보고자 한다.

II. 독일 형사법체계에 있어서의 명예훼손 및 모욕에 관한 죄

1. 명예훼손 및 모욕에 관한 죄에 대한 일반적 특징

(1) 범죄체계

명예훼손죄에 대한 구성요건의 체계에 있어서 제186조를 기본구성요건으로 하고, 제187조는 허위의 사실임을 알면서도 그러한 허위의 사실을 주장하거나 유포하는 경우에 대한 불법가중 구성요건이며, 제188조는 정치적으로 동기화된 명예훼손에 대하여 제186조와 제187조에 대한 불법가중구성요건으로 구성되어 있다. 제185조의 모욕죄에 대한 구성요건은 이들 구성요건들과 구별된 별도의 구성요건으로 간주된다.

(2) 보호범의

독일형법 제185조에서 제188조까지의 규정의 보호객체는 명예(Ehre)인데, 명예에 대한 개념은 논란이 되고 있지만, 최근의 판례의 경향에 의하면 순수한 규범적 명예개념으로서 인간에게 부여되고, 인간의 존엄으로부터 도출되어지며 사회적으로 존중되어지는 타당성에 대한 가치(Geltungswert)라고 한다.³⁾

(3) 명예의 주체

모든 사람이 모욕 및 명예훼손의 주체가 될 수 있으나 死者는 제189조의 주체가 될 수 있지만, 제185조부터 제188조의 주체는 될 수 없다. 그리고 제194조 제3항과 제4항에 따라서 인적 결합체, 조합, 공공기관 그리고 법인과 같은 집단 또한 주체가 될 수 있지만 여기에서 인적 결합체는 통일적 의사를 형성할 수 있고 사회에서 법적으로 승인된 기능을 수행할 것이 요구되어진다.⁴⁾ 여기에서 형법 제193조 제3항과 제4항에 의한 포함되지 않는 집단에 대하여 집단명칭을 통한 개인에 대한 모욕 또는 명예훼손의 경우에는 해당 인적범위가 쉽게 파악되어질 수 있으며, 그 범위에 소속된 사람이 개별화되어질 수 있는 경우에는 집단명칭을 통한 개인에 대한 모욕 및 명예훼손이 성립된다.⁵⁾



3) BGHSt 35, 76; BGHSt 36, 145; OLG Dusseldorf NJW 1989, 3030; OLG Dusseldorf NJW 1992, 1335; OLG Frankfurt NJW 1989, 1367.

4) BGHSt 6, 186; BayObLG NJW 1990, 1742.

5) BGHSt 36, 83.

(4) 표현범(Kundgabedelikt)으로서의 명예훼손 및 모욕죄

본 범죄유형은 표현범으로서 특정된 내용 또는 객관적으로 특정할 수 있는 내용의 표현을 통해서 피해자 또는 제3자가 그 내용을 인식해야 할 수 있어야 한다. 따라서 독백 또는 일기⁶⁾, 불명료한 표현으로 인하여 명예훼손적 표현의 청취자로 하여금 제3자의 명예에 어떠한 영향도 미치지 못한 경우⁷⁾, 명예를 훼손할 수 있는 상황만을 단순하게 야기한 경우⁸⁾ 등은 표현범으로서의 특성이 결여되어 본 죄에 해당되지 않는다. 가족, 연인⁹⁾, 사실혼 관계에 있는 배우자¹⁰⁾, 아주 친밀한 친구관계¹¹⁾, 변호사와 의뢰인 사이 또는 의사와 환자 사이¹²⁾ 등과 같은 밀접한 신뢰관계에 있는 사람들간의 제3자에 대한 모욕 및 명예훼손적 표현의 경우에도 표현범죄의 특성이 결핍되어 본 규정에 해당되지 않는다. 모욕 및 명예훼손에 대한 표현을 듣는 사람의 인식이 곧 행위의 결과이다. 이러한 인식을 위해서는 단지 지각적인 인지만으로는 불충분하고 명예훼손적 의미에 대하여 정신적인 이해까지 수반되어야만 한다.¹³⁾



6) RGSt 71, 159; BayObLG JZ 1951, 786.

7) BGHSt 9, 17.

8) BGH NStZ 1984, 216.

9) BVerfG NJW 1995, 1477.

10) BVerfG NJW 1997, 185.

11) BVerfGE 90, 255.

12) OLG Hamburg NStZ 1990, 237; OLG Hamm NJW 1971, 1852.

13) BGHSt 9, 17.

2. 명예훼손(Üble Nachrede)

§ 186 Üble Nachrede

Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(§ 186 명예훼손 : 제3자와의 관계에 있어서 그 사람을 경멸하는 것에 적합하거나 또는 여론에 있어서 그 사람의 명예를 실추시키기에 적합한 사실을 주장하거나 유포한 자는 이 사실이 진실한 것으로 증명되지 않으면 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 그리고 이 행위가 공연히 또는 문서(형법 제11조 제3항 포함)의 유포를 통하여 범하여진 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.)



§ 190 Wahrheitsbeweis durch Strafurteil

Ist die behauptete oder verbreitete Tatsache eine Straftat, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen dieser Tat rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Beweis der Wahrheit ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist.

(§ 190 형사판결을 통한 진실에 대한 증명 : 주장 또는 유포된 사실이 범죄행위일 경우에는 명예훼손 피해자가 이 범죄로 인하여 유죄에 대한 확정판결을 받은 경우에는 진실에 대한 증명이 이루어진 것으로 간주되어진다. 그와는 반대로 명예훼손 피해자가 주장 또는 유포에 대하여 무죄로 확정판결을 받은 경우에는 허위사실로 간주되어진다.)

§ 192 Beleidigung trotz Wahrheitsbeweises

Der Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache schließt die Bestrafung nach § 185 nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

(§ 192 진실에 대한 증명에도 불구하고 성립될 수 있는 모욕 : 주장 또는 유포의 형태 또는 상황들로부터 모욕의 존재가 발생되어지

는 경우에는 주장 또는 유포된 사실이 진실로 증명되었다 하더라도 제185조에 따른 처벌을 제외시키지 않는다.)

※ 참조 § 11 Personen- und Sachbegriffe

(3) Den Schriften stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und anderen Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen.

(제11조 인적 및 물적 개념들 : (3) 이 조항을 제시한 동일한 규정에서 음향매체, 영상매체, 정보처리자료, 모사본 그리고 기타 다른 표현물 등은 문서와 동일하게 취급한다.)

(1) 사실(Tatsache)

여기에서의 사실은 객관적으로 결정되어지고 증명에 이용될 수 있는 모든 과거 또는 현재의 사건 또는 상태를 의미하며, 순수한 의견표현 또는 순수한 가치판단은 여기의 사실에 해당되지 않는다. 하지만 이러한 가치판단은 빈번하게 사실의 주장과 연결되어지기 때문에 이에 대한 구별의 어려움이 존재하는데, 독일의 판례에 따르면 표현이 자기자신의 판단을 내리는 데에 있어서 객관적인 사실을 포함하지 않고 주관적인 입장표명의 범위내에서만 국한되어질 경우에는 단순한 가치판단으로 인정한다.¹⁴⁾



14) 사실의 주장과 단순한 가치판단 사이의 구별에 관해서는 BGHSt 6, 159; BGHSt 6, 357; BGHSt 11, 329; BGHSt 12, 287; BGH NJW 1982, 2246; BGH NJW 1982, 2248; BayObLG JR 1995, 216; OLG Bremen StV 1999, 534; OLG Hamm NSZ-RR 2006, 7 참조.

(2) 명예훼손성(Ehrenrührigkeit)

사실은 다른 사람을 경멸하거나 여론에 있어서 평가를 실추시키기에 적합하여야 한다.

(3) 주장(Behauptung)과 유포(Verbreitung)

자신이 직접 또는 타인을 통하여 획득한 사실을 자신의 확신에 따라서 진실한 것으로 간주하여 표현하는 행위가 주장이고, 타인을 통하여 획득한 사실을 전달하는 행위를 유포라고 한다. 단순한 소문의 전달도 여기에서의 유포에 해당되어 진다. 주장과 유포에 있어서는 표현의 문맥이 중요하기 때문에¹⁵⁾, 직설화법뿐만 아니라 추측 또는 질문형의 표현 또한 이에 해당되어질 수 있다.

(4) 삼각관계의 필요성

제3자와의 관련성을 통하여, 즉 행위자 - 청구자-피해자의 삼각관계를 통하여 행위가 이루어져야만 하기 때문에, 행위자는 제3자에게 피해자에 대한 명예훼손적 사실을 표현해야만 하며, 그러한 표현에 있어서 피해자가 그 자리에 같이 있었는가는 중요하지 않다.

(5) 진실에 대한 증명(Erweislichkeit der Wahrheit)

여기에서 주장 또는 유포된 사실에 대하여 진실여부에 대한 증명은 구성요건표지가 아니라 가벌성의 객관적 조건으로서 처벌조각사유가 되고 이에 대한 행위자의 고의는 필요하지 않다. 여기에서 주장 또는 유포된 사실의 진실에 대한 증명에 있어서는 독일 형사소송법 제244조 제2항¹⁶⁾에 따라서 입증책임이 법원에 부과되기 때문에 피고인이 입증책임과 입증의무를 부담해야 할 필요는 없다. 다만 피고인은 진실조사의 결과에 따른 위험성을 감수해야만 하는데, 즉 진실에 대한 증명이 성공하지 못하면 이것과 관련된 모든 의심이 행위자에게 불리하게 작용될 수 있다. 또한 사실관계의 핵심이 진실이면 진실에 대한 증명이 이루어진 것으로 간주되어지고¹⁷⁾, 그 주장 또는 유포된 사실이 형사소송의 대상이 된 경우에는 제190조에 따른 증명규정이 적용된다. 이와는 별도로 제186조에 따른 명예훼손에 의한 소송에서 피고인이 제193조에 따라서 무죄선고되거나 또는 제185조와 제192조에 따라서 유죄선고가 된 경우에는 진실에 대한 증거조사는 중단되어질 필요는 없지만, 다만 이 경우에 사실관계의 해명과 피해자의 선의의 명성의 회복이라는 피해자의 이익이 우선되어야만 한다.¹⁸⁾



15) OLG Köln NJW 1962, 1121; OLG Köln 1963, 1634; OLG Hamm NJW 1971, 853.

16) § 244 StPO [Beweisaufnahme] (2) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. (형사소송법 제244조 제2항 [증거조사] : 법원은 진실조사를 위하여 판결을 위하여 중요한 의미를 가지는 모든 사실과 증거에 대해서 증거조사를 실시해야만 한다)

17) BGHSt 18, 182.



(6) 공연성(Öffentlichkeit)

명예훼손적 사실이 개별적으로 특정할 수 없는 비교적 규모가 큰 인적 범위내에서 표현되어진 행위에 대해서는 그 형이 가중된다. 여기에서 표현장소와 형태는 중요하지 않고, 따라서 대중적 장소, 공개재판정, 인터넷 또는 방송을 통하여 실행되어진 행위가 여기에서의 “공연성”에 해당된다.

(7) 문서의 유포(Verbreiten von Schriften)

구체적인 문서에 기록된 표현이 제3자에게 넘겨진 경우에, 제3자가 그 표현을 인식하고 행위자가 그 제3자를 더 이상 통제할 수 없을 때 여기서의 “문서의 유포”에 해당되어진다. 여기에서의 유포의 개념은 단 한 사람에게 문서를 유포하고 그 사람이 이와 같은 방식으로 다른 사람들이 사용할 수 있으면 족하다. 제11조 제3항에서 명명된 표현물 또한 여기에서의 문서와 동일시된다.¹⁹⁾

denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(§ 187 악의적 명예훼손 : 더 나은 지식에 반하여 제3자와의 관계에 있어서 그 사람을 경멸하는 것에 적합하거나 또는 여론에 있어서 그 사람의 명예를 실추시키기에 적합하거나 또는 그의 신용을 위태롭게 하기에 적합한 허위의 사실을 주장하거나 유포한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 이 행위가 공연히 또는 어떤 집회내에서 또는 문서(형법 제11조 제3항 포함)의 유포를 통하여 범하여진 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.)

3. 악의적 명예훼손(Verleumdung)

§ 187 Verleumdung

Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahren Tatsache behauptet oder verbreitet, welche

제187조의 구성요건은 제186조와 구성요건과 기본적 구조는 동일하지만, 그 차이점 또한 존재하는데, 즉 제187조는 i) 허위의 사실임을 더 나은 지식에 의해서 알고 있음에도 불구하고 그 허위의 사실을 주장 또는 유포한 경우, ii) 명예훼손



18) BGHSt 11, 273; BGHSt 27, 290; BGH NJW 1978, 834; OLG Frankfurt NJW 1989, 1367.

19) 인터넷 상에서의 유포에 관하여 BGHSt 47, 55 참조.

손 이외에 신용을 위태롭게 할 수 있는 경우, 그리고 iii) 집회에서의 주장 또는 유포한 경우를 추가로 규정하고 있다.

(1) 허위사실에 대한 인식

제187조 주장 또는 유포된 사실이 허위일 것이 전제되어야만 한다. 따라서 여기에서의 허위의 사실은 구성요건표지이기 때문에 소송에 있어서 증명되어야만 한다. 그리고 이러한 사실이 허위임이 행위자의 더 나은 지식에 반하여 (wider besseres Wissen) 주장 또는 유포되어야만 하기 때문에 행위자에게 허위에 대한 직접적 고의가 요구되어진다.

(2) 신용의 위태화(Kreditgefährdung)

여기에서 또한 허위의 사실이 피해자의 신용을 위태롭게 할 수 있는 행위가 구성요건에 포함되는데, 여기에서의 “신용”의 개념은 피해자의 경제적인 의무이행과 관련한 일반인의 신뢰를 의미하는 것으로 이해되어진다.

(3) 집회에서의 표현(Kundgabe in einer Versammlung)

제186조에서 언급된 공연히 이루어진 표현과 문서의 유포뿐만 아니라 집회에서의 표현을 포함하고 있는데, 여기에서의 “집회(Versammlung)”는 특정된 목적을 위해서 특정 장소에 모인 대규모의 사람들이라고 이해되어진다.

4. 정치인에 대한 명예훼손 및 악의적 명예훼손

§ 188 Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens

(1) Wird gegen eine im politischen Leben des Volkes stehende Person öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) eine üble Nachrede (§ 186) aus Beweggründen begangen, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen, und ist die Tat geeignet, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

(2) Eine Verleumdung (§ 187) wird unter den gleichen Voraussetzungen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(§ 188 정치인에 대한 명예훼손 및 악의적 명예훼손 : (1) 국민에 대한 정치적 생활을 하는 사람에 대하여 공연히 또는 어떤 집회에서 또는 문서(제11조 제3항 포함)의 유포를 통하여 공적 생활에 있어서 명예훼손 피해자의 지위와 관련시키고자 하는 행위동기로부터 제186조의 명예훼손을 범하고 이러한 행위가 피해자의 공적 영향력을 현저하게 위태롭게 하기 적합한 경우에는 3개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

(2) 동일한 전제조건하에서 제187조의 악의적 명예훼손은 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.)



제188조는 정치인에 대하여 그들의 공적 영향력을 현저하게 위태롭게 하는 제186조와 제187조의 명예훼손적 사실의 표현에 대한 가중처벌 규정이다. 그러나 제188조는 이러한 행위가 공연성, 집회 또는 문서의 유포를 통한 행위를 전제하고 있다는 점에서 제186조 1문과 제187조 1문의 각 조항의 기본구성요건과는 구별된다.

(1) 정치인

여기에서의 정치생활을 하는 사람은 어느 정도 계속적으로 국가, 헌법, 입법과 행정의 근본적인 업무를 다루고 중요한 정치적 영향력을 행사하는 자를 말하는 것으로²⁰⁾, 행정부 각료, 헌법재판소 재판관²¹⁾, 지도적인 위치에 있는 정당정치인²²⁾ 등이다. 그러나 지방의회 의원과 시장·군수에 대해서 독일의 판례는 정치인에 해당되지 않는다는 견해²³⁾와 선거를 통하여 선출되어진 경우에는 해당된다는 판례²⁴⁾로 나뉘어지고 있다.

(2) 정치적으로 동기화된 행위동기

주관적 구성요건으로서 객관적 구성요건에 대한 고의뿐만 아니라 공적 생활에서의 피해자의

지위와 관련된 행위동기가 필요하다. 이러한 동기는 정치적 목적설정이 중요하지 않고, 예를 들어, 특정 공직에 대한 경쟁관계에서 행하여진 명예훼손적 표현²⁵⁾ 또는 단지 잡지의 판매부수의 증가 또는 방송의 시청률을 증가시키려고 하는 경우에도 여기에서의 행위동기에 해당되어진다.²⁶⁾

(3) 공적 영향력의 현저한 감소

여기에서의 표현이 신뢰의 하락으로 인하여 피해자의 공적 영향력을 현저하게 위태롭게 할 것이 요구되어지며, 피해자의 공적 영향력에 대한 신뢰가 위태로워졌다는 행위자의 확신 또는 집회의 규모는 중요하지 않다.²⁷⁾

5. 死者에 대한 명예훼손

§ 189 Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener

Wer das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(§ 189 사자에 대한 명예훼손 : 死者의 명예를



20) BayObLG NJW 1982, 2511.

21) BGHSt 4, 338.

22) OLG Dusseldorf NJW 1983, 1211.

23) OLG Frankfurt NJW 1981, 1569.

24) BayObLG JZ 1989, 699.

25) OLG Düsseldorf NJW 1983, 1211.

26) BGHSt 4, 119.

27) BGH NJW 1954; BGH NSTZ 1981, 300.

훼손한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.)

死者에 대한 명예훼손을 규정하고 있는 제189조의 보호법익에 관해서 死者의 명예에 대한 보호뿐만 아니라 사망후에도 존속하는 死者의 인간의 존엄성에 대한 보호이고²⁸⁾, 여기서의 死者에 대한 명예훼손인 Verunglimpfung은 허위사실의 주장 또는 가치판단을 통하여 死者의 명예가 현저하게 침해되어지는 경우를 의미한다.²⁹⁾

6. 모욕(Beleidigung)

§ 185 Beleidigung

Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(§ 185 모욕 : 모욕은 1년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다. 모욕이 폭력행위를 수단으로 하여 범하여진 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.)

§ 192 Beleidigung trotz Wahrheitsbeweises

Der Beweis der Wahrheit der behaupteten

oder verbreiteten Tatsache schließt die Bestrafung nach § 185 nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

(§ 192 진실에 대한 증명에도 불구하고 성립될 수 있는 모욕 : 주장 또는 유포의 형태 또는 상황들로부터 모욕의 존재가 발생되어지는 경우에는 주장 또는 유포된 사실이 진실로 증명되었다 하더라도 제185조에 따른 처벌을 제외시키지 않는다.)

제185조는 모욕죄에 대하여 규정하고 있고, 2문에서는 폭력행위를 수단으로 한 모욕의 경우에 그 형을 가중하는 구성요건을 두고 있다. 그리고 제192조는 제186조의 명예훼손행위가 진실한 사실로서 증명되었다 하더라도 그 형태 또는 상황으로 인하여 이미 모욕이 존재하는 경우에 제185조의 가벌성을 인정하는 규정이다.

(1) 모욕(Beleidigung)

제185조의 의미에서의 모욕은 멸시와 경멸의 표현으로 피해자에게 직접 또는 제3자에게 구두, 문서 또는 제스처 등을 통하여 이루어질 수 있다. 또한 행위자가 처음에는 모욕의 의사없



28) BGHSt 40, 97.

29) BGHSt 12, 364; BayObLG NJW 1988, 2901.



이 실행된 표현이 추후에 외부에 알려지는 것을 행위자가 저지하지 않은 경우의 부작용을 통한 모욕 또한 가능하다. 피해자가 사회생활의 완전한 수행을 곤란하게 하는 표현 또는 피해자의 사회생활능력에 대한 부정적 이미지를 유발할 수 있는 피해자의 도덕적·정신적·신체적인 결합의 표현 등은 모욕적 표현으로서 충분하다. 이러한 표현은 선입견없는 제3자가 구체적인 문맥속에서 객관적으로 해석하여 판단되어야만 한다.³⁰⁾ 성적 접촉을 통한 행위방식 또한 성적인 목적이외에 피해자 또는 제3자를 모욕한 것으로 평가되어지면 제174조이하의 성적자기결정권에 반하는 범죄뿐만 아니라 여기에서의 모욕에 해당되어진다.³¹⁾

(2) 폭력행위를 수단으로 한 모욕(Beleidigung mittels einer Tätlichkeit)

폭력행위를 수단으로 한 모욕은 피해자의 신체에 대한 직접적인 작용을 통하여 멸시와 경멸을 표현하는 것으로 제185조 1문의 모욕죄보다 그 형을 가중하고 있는데, 예를 들어 누구의 얼굴에 침을 뱉거나³²⁾, 따귀를 때리는 것 등이다. 하지만 이마를 콧코 찌르는 것과 같은 행위는 폭력행위를 수단으로 한 모욕에 해당되지 않는다.³³⁾

(3) 형태 또는 상황에 의한 모욕

주장 또는 유포된 사실이 진실로 증명되거나(제186조) 또는 제186조와 제187조의 행위가 제193조에 의해서 위법성이 조각되어진 명예훼손 행위는 처벌할 수 없지만, 그럼에도 불구하고 이러한 행위가 주장 또는 유포의 형태나 상황들로 인하여 모욕이 되는 경우에 제185조에 의한 처벌이 고려되어진다.

7. 명예훼손에 대한 위법성조각사유

§ 193 Wahrnehmung berechtigter Interessen

Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.



30) BVerfGE 93, 266; OLG Düsseldorf NJW 1989, 3030.
 31) BGHSt 36, 145; BGH NStZ 1992, 33; BGH NStZ 1995, 129.
 32) OLG Zweibrücken NJW 1991, 240.
 33) OLG Düsseldorf NJW 1960, 1072.

(§ 193 정당한 이익의 대변 : 학술적, 예술적 또는 영업적 능력에 대한 비난적인 평가, 권리의 행사 또는 방어 또는 정당한 이익을 대변하기 위한 비난적 표현, 부하직원에 대한 상사의 비난과 질책, 공무원의 입장에서 직무상 고소 또는 판단 그리고 유사 사례들은 표현의 형태 또는 상황들로부터 모욕의 존재가 발생되어지는 경우에 한해서만 가벌성이 인정된다.)

명예훼손의 위법성에 관해서는 위법성조각사유의 일반적 원칙들이 적용된다. 예를 들어 정당방위³⁴⁾, 효율적으로 표현되어진 피해자의 승낙³⁵⁾ 등이다. 그 외에 명예훼손 및 모욕의 죄에 있어서 형법 제193조를 통한 별도의 정당화사유를 규정하고 있다. 여기에서의 정당성은 여론형성의 문제와 관련되어지는 경우에 이익형량의 원칙과 독일 기본법 제5조에 따른 자유로운 의사표현이라는 헌법상의 기본권에 따라서 판단되어져야만 한다.³⁶⁾ 명예훼손 및 모욕에 관한 죄 중에서는 제193조에 의한 위법성이 조각되는 사례는 주로 제185조, 제186조 그리고 제188조 제1항의 경우이고, 제187조, 제188조 제2항 그리고 제189조의 경우는 여기에 해당되지 않는데, 그 이유는 허위사실에 대한 인식하에서 실행되어진

의도적 비난을 정당한 이익의 대변으로 고려할 수는 없기 때문이다.³⁷⁾

(1) 비난적 평가(Tadelnde Urteils)

예술적, 영업적 또는 학술적 능력에 대한 비난적인 평가들은 정당화되어진다. 언론기고 또는 상품 및 제품에 대한 평론 등이 여기에 해당되어진다.

(2) 권리의 행사 또는 방어(Ausführung oder Verteidigung von Rechten)

여기에서의 권리의 행사 또는 방어는 논쟁중인 사람들 사이에서의 직접적인 성명 및 반론 또는 재판중에 있는 소송당사자 또는 소송대리인에 의해서 실행되어질 수 있다.³⁸⁾

(3) 비난, 질책, 고소와 판단(Vorhaltungen, Rügen, Anzeigen und Urteile)

私法 또는 행정법상의 특성을 가지고 있는 상하관계의 목적에 따른 상사의 부하직원에 대한 비난 또는 질책은 정당화되어지며, 교사와 학생관계 또한 이러한 관계에 해당되어진다. 그리고 예를 들어 심문과정에서 경찰공무원이 피의자를 범죄자로 간주하는 것과 같은 공무원의 직무상 고소 또는 판단 등에 있어서도 위법성이 조각된다.



34) BGHSt 3, 217; BayObLG NJW 1991, 2031.

35) BGHSt 5, 362; BGHSt 8, 357; BGHSt 11, 67; BGHSt 23, 1.

36) BVerfGE 7, 198; BVerfGE 12, 113; BVerfGE 24, 278; BVerfGE 94, 1; BGHSt 12, 287; BGHSt 18, 182; BGHSt 36, 182.

37) BGH NSTZ 1995, 78.

38) BGH NSTZ 1995, 78; OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2006, 173.



(4) 기타 정당한 이익의 대변(Wahrnehmung berechtigter Interessen)

법질서에 의해서 보호할 가치가 있는 것으로 승인되고 피해자에 의해서 존중되어지는 모든 이익들이 여기에서의 정당성을 부여받을 수 있다. 따라서 사적 이익³⁹⁾ 뿐만 아니라 공적 이익 또한 고려되는데, 예를 들어 정치적·법적 결정⁴⁰⁾, 도로교통의 안전, 경솔하게 이루어진 형사소송이 아닌 경우의 형사소추⁴¹⁾ 등이 여기에 해당되어진다.

여기에서 이익을 대변할 자격이 있는 자는 이성적인 재량에 따라서 그 이익의 대변자로 간주될 수 있는 모든 사람을 의미하는데, 사적 이익의 경우에는 당사자, 가족 또는 당사자와 친밀한 관계에 있는 사람⁴²⁾, 변호사, 세무사 등과 같은 권한있는 대리인 등이고, 공적 이익의 경우에는 일반인 모두가 그 이익을 대변할 수 있다. 특히 일반인에 대한 정보제공의 이익을 위해서 언론매체와 방송매체와 같은 대중언론기관이 그 중추적 역할을 수행한다.⁴³⁾

명예훼손적인 표현이 정당한 이익의 대변으로

서 인정되기 위해서는 적절한 방식으로 필수적이고 적합한 수단으로서, 즉 비례성의 원칙을 통한 이익형량에 따라서 판단되어야만 한다.⁴⁴⁾ 그리고 언론매체 또는 방송매체와 같은 매스미디어를 통한 공표의 경우에는 더욱더 엄격한 비례성의 원칙에 따라서 판단되어야만 하는데⁴⁵⁾, 예를 들어 언론매체 또는 방송매체에서 사실관계의 침묵으로 인하여 선입견이 없는 평균적인 독자 또는 시청자로 하여금 잘못된 인상을 줄 수 있는 불완전한 보도의 경우에는 제193조에 의해서 위법성이 조각되지 않는다⁴⁶⁾, 그 이유는 언론과 방송매체에는 그들의 고유업무인 일반인의 관심을 가질만한 사건에 대한 정보를 제공하고 비판하며 그리고 다른 방법으로 여론을 형성하는데 있어서 진실에 부합되고 일방적으로 왜곡되지 않은 보도만을 할 의무가 부과되어지기 때문이다. 또한 언론과 방송매체는 부득이한 근거가 존재하지 않는 한 시민들의 사적생활의 영역에는 침범할 수 없다. 따라서 사적생활에 해당되는 사건이 정치인 또는 기타 공적인 생활을 하는 사람과 관련되어 있다하더라도 그것은 일반인에



39) 재산상의 이익을 위한 판례로 OLG Hamm NJW 1987, 1034 참조.

40) BVerfG NJW 1992, 2815.

41) OLG Köln NJW 1997, 1247.

42) BayObLG NJW 1965, 58.

43) BVerfGE 12, 113; BGHSt 18, 182.

44) BVerfGE 24, 278; BGHSt 18, 182.

45) BGHSt 14, 48; OLG Stuttgart JZ 1972, 745.

46) BGH NJW 2006, 601.

게 관심이 될 만한 사건이 될 수 없다. 다만 정당한 일반인의 이익의 대상이 될 만한 특별한 상황이 발생할 경우에는 가능하다.

8. 친고죄

§ 194 Strafantrag

(1) Die Beleidigung wird nur auf Antrag verfolgt. Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist eine Antrag nicht erforderlich, wenn die Verletzte als Angehöriger einer Gruppe unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn der Verletzte widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden. Stirbt der Verletzte, so gehen das Antragsrecht und das Widerspruchsrecht auf die in § 77 Abs. 2 bezeichneten Angehörigen über.

(2) Ist das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, so steht das Antragsrecht den in § 77 Abs. 2 bezeichneten Angehörigen zu. Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung

oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist eine Antrag nicht erforderlich, wenn der Verstorbene sein Leben als Opfer der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verloren hat und die Verunglimpfung damit zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn der Verletzte widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden.

(3) Ist die Beleidigung gegen einen Amtsträger, einen für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einen Soldaten der Bundeswehr während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst begangen, so wird sie auch auf Antrag des Dienstvorgesetzten verfolgt. Richtet sich die Tat gegen eine Behörde oder eine sonstige Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so wird sie auf Antrag des Behördenleiters oder des Leiters der aufsichtführenden Behörde verfolgt. Dasselbe gilt für Träger von Ämtern und Behörden der Kirchen und anderen Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts.

(4) Richtet sich die Tat gegen ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes oder eine anderen politischen Körperschaft im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes, so wird sie nur

mit Ermächtigung der betroffenen Körperschaft verfolgt.

(§ 194 친고 : (1) 모욕 및 명예훼손은 청구에 의해서만 소추되어진다. 이 행위가 문서(제11조 제3항 포함)의 유포 또는 대중적인 사용가능성 또는 어떤 집회내에서 또는 방송국에서의 상연을 통하여 범하여지고, 어떤 단체의 소속인으로서 피해자가 국가사회주의 또는 다른 폭력정권과 전제정권하에서 소추되었으며, 이 단체는 국민의 일부분이고 모욕 및 명예훼손이 이러한 소추와 관련되어진 경우에는 청구가 필요하지 않다. 그러나 이 행위는 피해자가 반대하는 경우에는 직권으로 소추할 수 없다. 이 반대는 철회되어질 수 없다. 피해자가 사망한 경우에는 청구권과 반대권은 제77조 제2항에 명명된 가족에게 주어진다.

(2) 사자의 명예가 훼손된 경우에는 청구권은 제77조 제2항에 명명된 가족에게 허용된다. 이 행위가 문서(제11조 제3항 포함)의 유포 또는 대중적인 사용가능성 또는 어떤 집회내에서 또는 방송국에서의 상연을 통하여 범하여지고, 사자가 국가사회주의 또는 다른 폭력정권과 전제정권하의 피해자로서 그의 생명을 상실하고, 명예훼손이 그와 관련되어진 경우에는 청구가 필요하지 않다. 그러나 이 행위는 피해자가 반대하는 경우에는 직권으로 소추할 수 없다. 이 반대는 철회되어질 수 없다.

(3) 모욕 및 명예훼손이 공무원, 공적 업무를 위해서 특별히 의무있는 자 그리고 복무중 또는 복무와 관련되어 있는 연방군대의 군인에 대하여 범하여진 경우에는 그 복무의 상관의 청구에 의하여 소추되어진다. 그 행위가 공적 행정의 업무를 대변하는 관청 또는 기타의 기

관에 대하여 범하여진 경우에는 그 기관의 장 또는 감독관청의 장의 청구에 의해서 소추되어진다. 공무원의 보조자와 교회와 행정법상의 다른 종교단체의 기관에 있어서도 통용되어진다.

(4) 이 행위가 연방 또는 주의 입법기관 또는 이 법률의 장소적 효력범위내의 기타 정치단체에 대하여 범하여진 경우에는, 그 행위는 단지 해당 기관의 권한으로 소추되어진다.)

※ 참조 § 77 Antragsberechtigte

(2) Stribt der Verletzte, so geht sein Antragsrecht in den Fälle, die das Gesetz bestimmt, auf den Ehegatten, den Lebenspartner und die Kinder über. Hier der Verletzte weder einen Ehegatten oder einen Lebenspartner noch Kinder hinterlassen oder sind sie vor Ablauf der Antragsfrist gestorben, so geht das Antragsrecht auf die Eltern und, wenn auch sie vor Ablauf der Antragsfrist gestorben sind, auf die Geschwister und die Enkel über. Ist ein Angehöriger an der Tat beteiligt oder ist seine Verwandtschaft erloschen, so scheidet er bei dem Übergang des Antragsrecht aus. Das Antragsrecht geht nicht über, wenn die Verfolgung dem erklärten Willen des Verletzten widerspricht.

(제77조 청구권자 : (2) 피해자가 사망한 경우에는 법률이 정한 사례에 있어서 그의 청구권은 배우자, 사실혼관계의 자 그리고 자녀에게로 이전된다. 여기에서 피해자가 배우자, 사실혼관계의 자 그리고 자식이 없는 경우 또는 그

들이 청구기간의 소멸이전에 사망한 경우에는 청구권은 부모에게 이전된다. 그리고 부모가 청구기간의 소멸이전에 사망한 경우에는 형제 자매와 그 후손에게 이전된다. 가족이 행위에 참가하거나 또는 친족관계가 소멸한 경우에는 청구권의 이전에서 제외된다. 피해자의 명시적 의사가 소추를 반대하는 경우에는 청구권은 이전되지 않는다.)

모든 모욕 및 명예훼손죄는 친고죄이다. 단 제 194조 제 1항 2문과 제 2항 2문에서 국가사회주의 정권하에서 자행되었던 피해자와 폭력정권과 전제정권의 피해자에 대해서는 직권으로 소추할 수 있도록 예외규정을 두고 있다. 이 경우에도 피해자의 의사에 반하여 처벌할 수는 없다. 제 194조 제 3항은 친고권의 범위를 업무에 대한 상사와 기관의 장에게로 확장하는 규정이고, 제 194조 제 4항은 해당 단체의 권한이 친고를 대신할 수 있는 규정이다.

9. 기타 규정

§ 199 Wechselseitig begangene Beleidigung

Wenn eine Beleidigung auf die Stelle erwidert wird, so kann der Richter beide Beleidiger oder einen derselben für straf-frei erklären.

(§ 199 상호간의 모욕 및 명예훼손 : 상호간에 범하여진 모욕 및 명예훼손의 경우에는, 법관은 모욕 및 명예훼손의 쌍방당사자 또는 그들 중 일방당사자를 무죄로 선고할 수 있다.)

§ 200 Bekanntgabe der Verurteilung

(1) Ist die Beleidigung öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen und wird ihretwegen auf Strafe erkannt, so ist auf Antrag des Verletzten oder eine sonst zum Strafantrag Berechtigten anzuordnen, dass die Verurteilung wegen der Beleidigung auf Verlangen öffentlich bekanntgemacht wird.

(2) Die Art der Bekanntmachung ist im Urteil zu bestimmen. Ist die Beleidigung durch Veröffentlichung in einer Zeitung oder Zeitschrift begangen, so ist auch die Bekanntmachung in eine Zeitung oder Zeitschrift aufzunehmen, und zwar, wenn möglich, in dieselbe, in der die Beleidigung enthalten war; dies gilt entsprechend, wenn die Beleidigung durch Veröffentlichung im Rundfunk begangen ist.

(§ 200 유죄선고에 대한 공고 : (1) 모욕 및 명예훼손이 공연히 또는 문서(제11조 제3항 포함)의 유포를 통하여 범하여지고 그것으로 인하여 형벌이 선고된 경우에는 피해자 또는 기타 친고권자의 청구로 모욕 및 명예훼손으로 인한 유죄선고를 요구에 따라서 공적으로 공고할 것을 명령해야만 한다.

(2) 공고에 대한 종류는 판결문내에서 결정되어야만 한다. 모욕 및 명예훼손이 신문 또는 잡지내에서의 공표를 통하여 범하여진 경우에는 신문 또는 잡지에서, 가능하다면 모욕 및 명예훼손이 이루어졌던 동일한 신문 또는 잡지에서 공고가 이루어져야만 한다. 모욕 및 명예훼손이 방송에서의 공표를 통하여 범하여진 경우에도 이것은 동일하게 적용되어진다.)



III. 한국형법체계와의 비교

명예훼손 및 모욕죄의 구성요건에 관한 체계는 한국형법과 독일형법이 유사한 구조를 가지고 있다고 할 수 있다. 즉 명예훼손죄를 사실의 적시에 있어서 진실한 사실과 허위의 사실을 구별하여 그 형량을 달리 규정하고, 死者의 명예훼손에 대한 별도의 규정을 마련하고 있으며, 출판물에 의한 명예훼손의 경우에는 그 형을 가중하고 명예훼손에만 적용되는 별도의 위법성조각사유를 규정하고 있으며, 명예훼손 및 모욕에 관한 죄에 대한 고소 및 처벌에 대한 규정을 두고 있고, 모욕죄의 구성요건은 명예훼손죄의 그것과 구별되는 것으로 규정하는 방식 등이다. 그러나 이러한 유사구조에도 불구하고 두 나라사이의 명예훼손 및 모욕죄의 규정방식 또는 구성요건 표지에 있어서 차이점 또한 존재하고 있으며, 아래에서는 이러한 차이점을 분석해 보고자 한다.

1. 명예의 주체

한국과 독일형법에서 명예에 관한 죄의 주체가 사람이라는 것에는 차이가 없고, 또한 死者의 명예에 관해서는 별도의 규정을 통하여 보호하고 있는 것 또한 동일하다. 하지만 법인과 같은 단체의 경우에 있어서는 두 법체계는 서로 상이한 입장을 나타내고 있다. 즉, 한국형법에는 명시적 규정이 없기 때문에 이에 대한 판단을 법원

의 결정에 맡기고 있고, 대법원은 법인만을 명예의 주체로서 인정하고 있다.⁴⁷⁾ 그러나 독일에서는 형법 제193조 제3항과 제4항에서 친고권을 단체의 장 등에게 부여하고 있기 때문에, 이로부터 단체에 대한 명예의 주체성을 인정할 수 있게 된다. 따라서 독일에서는 인적 결합체, 조합, 공공기관 그리고 법인과 같이 통일적 의사를 형성하고 사회에서 법적으로 승인된 기능을 수행하는 단체들이 명예의 주체로서 인정되고 있다.

2. 공연성의 요건

한국형법은 모든 명예훼손 및 모욕죄에 대하여 공연성을 요구하고 있다. 하지만 독일형법에 있어서는 제188조의 정치인에 대한 명예훼손의 경우를 제외하고 명예훼손 및 모욕죄에 있어서 공연성을 요건으로 하지 않고, 단지 공연히 또는 문서의 유포 또는 집회내에서의 행위에 있어서 그 형을 가중하고 있다. 한국의 통설적 입장에서는 “공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태”를 의미하는 것으로 해석되어지기 때문에, 명예훼손 및 모욕죄의 범위가 독일보다 더 좁게 인정된다고 할 수 있다.

3. 진실한 사실의 적시로 인한 명예훼손

한국형법은 진실한 사실을 적시한 경우에도 제307조 제1항에 따라서 처벌된다. 물론 이 경우에는 제310조에 따라서 공공의 이익을 위한



47) 대법원 1959. 12. 23. 4291형상539.

경우에는 위법성이 조각되어진다. 하지만 독일의 경우에 있어서는 주장 또는 유포된 행위가 진실한 사실일 경우에는 이중의 보호장치를 두고 있다. 즉 제186조에 따라서 주장 또는 유포된 행위가 진실한 것으로 증명되면 처벌이 조각되어지고, 만약 제186조에 따른 진실증명에 실패할 경우에는 위법성조각사유에 해당되는 제193조에 따른 정당한 이익의 대변에 관한 판단을 통하여 위법성이 조각될 수 있다. 한국에서는 독일의 제186조의 진실증명에 대하여 위법성조각사유와 같은 의미로 논의하는데, 독일형법은 제186조와는 다른 제193조에서 별도의 위법성조각사유가 규정되어 있기 때문에 독일형법 제186조를 위법성조각사유에서 논의하는 것은 잘못된 논의이고, 또한 제186조의 진실한 사실의 증명을 행위자가 거증책임을 부담하는 것으로 해석하는데, 독일에서의 통설은 이러한 입증책임을 행위자에게 부담시키지 않고 증거조사에 있어서의 형사소송법의 기본원칙인 형사소송법 제244조 제2항에 따라서 법원이 이에 대한 진실발견의 책임을 지게 된다.

4. 출판물에 의한 명예훼손에서의 비방목적

한국에서는 비방할 목적을 가지고 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 명예훼손을 범한 경우에는 형법 제309조에 의해서 그리고 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에는 특별법인 정보통신망이용촉진 및 정보보호에 관한 법률 제70조에 의하여 그 형이 가중된다. 하지만

이러한 행위가 비방할 목적없이 출판물 또는 정보통신망을 통하여 발생되어지는 경우에는 형법 제307조에 따른 단순 명예훼손죄에 해당되어지며, 결국 제309조는 제307조에 대한 비방목적이라는 주관적 구성요건으로 인하여 불법이 가중되는 규정이라고 해석될 수 있다. 독일의 경우에 있어서는 한국에서의 출판물과 같은 성격을 가지고 있는 문서의 유포를 통한 명예훼손의 경우에, 비방목적이라는 전제조건없이 단순 명예훼손죄보다 그 형을 가중하고 있다.

5. 허위사실에 의한 명예훼손의 주관적 구성요건요소

한국형법은 제307조 제2항에서 허위사실의 적시를 통한 명예훼손과 제309조 제2항에서 비방 목적을 통한 제307조 제2항의 명예훼손, 그리고 제308조에서 허위사실의 적시를 통한 死者에 대한 명예훼손을 규정하고 있는데, 이러한 규정에 있어서 주관적 구성요건요소로서 미필적 고의로도 충분하기 때문에 행위자는 그가 적시한 사실이 허위라는 것에 대한 미필적 고의만 있어도 본 죄에 해당되어진다. 그러나 독일의 허위사실에 대한 명예훼손에 관한 규정인 제187조는 “더 나은 지식에 반하여(wider besseres Wissen)” 허위의 사실을 주장 또는 유포한 경우에 해당되므로 주장 또는 유포한 사실이 허위라는 것에 대한 행위자의 직접적 고의가 필수적인 주관적 구성요건요소가 된다.



6. 허위사실의 적시로 인한 신용의 위태화

독일형법 제187조의 경우에 허위의 사실을 주장 또는 유포함으로써 타인의 신용을 위태롭게 할 수 있는 경우에도 명예훼손죄로 처벌하는 규정을 두고 있다. 하지만 한국형법의 명예훼손 및 모욕의 죄에는 이에 해당하는 구성요건이 존재하지 않으며, 다만 이와 같은 신용위태화에 대하여 제313조를 통한 신용훼손죄를 별도로 규정하고 있다.

7. 정치인에 대한 명예훼손죄

일형법에서는 정치인에 대한 명예훼손죄의 경우에 제188조에서 제186조와 제187조의 명예훼손죄보다 그 형을 가중하고 있다. 정치인은 일반인과 달리 대중적인 이미지에 따라서 그의 정치적 생명력이 좌우되기 때문에 이를 보호하기 위한 규정이다. 하지만 제188조는 제186조 1문과 제187조 1문의 명예훼손과 달리 공연성이 전제되어야만 한다. 즉 제186조와 제187조의 명예훼손의 경우에는 공연성이 없는 경우에도 처벌이 가능하고 공연성이 존재하면 그 형을 가중하는데 반하여 제188조의 정치인에 대한 명예훼손의 경우에는 공연성이 존재해야만 본조에 해당되어진다. 한국형법에는 이에 대한 별도의 규정은 존재하지 않고 있으며, 만약 독일형법처럼 정치인에 대한 명예훼손 규정을 신설하고자 하는 경우에는 대중적인 이미지가 정치인만큼 중요한 연

예인과 같은 공인에 대한 명예훼손 또한 같이 고려해 볼 수도 있을 것이다.

8. 폭력행위를 수단으로 한 모욕

한국형법에서는 폭력행위를 수단으로 한 모욕과 그렇지 않은 모욕을 구별하지 않고 두 경우 모두 동일하게 처벌하는 것에 반하여, 독일에서는 폭력행위를 수단으로 한 모욕의 경우에는 그렇지 않은 모욕죄보다 그 형을 가중한다.

9. 위법성조각사유

(1) 모욕죄에 대한 적용여부

모욕죄의 경우에 명예훼손죄에만 적용되는 별도의 위법성조각사유에 해당되는가의 여부에 있어서, 한국의 대법원은 해당되지 않는다고 판시⁴⁸⁾하고 있으나, 독일에서는 모욕죄도 위법성조각사유를 규정하고 있는 제193조에 적용된다고 한다. 단 모욕죄뿐만 아니라 명예훼손죄가 제193조에 해당한다 할지라도 그 형태 또는 상황에 의해서 모욕죄의 존재가 인정되는 경우에는 제185조의 모욕죄에 해당된다.

(2) 규정방식의 차이

독일형법 제193조에서는 위법성을 조각하기 위하여 학술적, 예술적 그리고 영업적 능력에 대한 비판의 경우, 권리의 수행 및 방어, 부하직원



48) 대법원 1959. 12. 23. 4291형상539.

에 대한 상사의 비난과 질책 그리고 공무원의 직무상 고소 및 판단 등을 예시하고 그 외의 일반적인 규정으로 기타 정당한 이익의 대변을 두고 있다. 하지만 한국형법 제310조에 따르면 진실한 사실과 오로지 공공의 이익을 위한 것의 두가지 전제조건을 갖춘 제307조 제1항의 행위에 대해서만 그 위법성을 조각한다. 따라서 독일형법 제193조에서 열거된 예시조항들은 한국에서는 형법 제20조의 정당행위로서 일반적 위법성조각사유로 처리하고 있다. 그리고 한국형법 제310조는 오로지 공공의 이익을 위한 경우에만 위법성이 조각되지만, 독일의 경우에는 “정당한 이익을 대변”이라는 문구를 통하여 위법성을 광범위하게 조각시키는데, 예를 들어 사적이익의 경우에 독일형법의 규정에 의해서는 당연히 위법성이 조각되지만, 한국형법의 경우에는 이러한 사적 행동이 공공의 이익이 되는 경우에만 위법성이 조각되어진다.

(3) 위법성조각사유의 입증책임

한국에서의 위법성조각사유에 관한 논의에 있어서 그 소송법적 효과를 거증책임의 전환으로 해석하고 있다. 하지만 이러한 해석에는 동의할 수 없는데, 그 이유는 한국의 논의가 독일형법 제193조의 위법성조각사유에 대한 논의가 아니라 형법 제186조의 명예훼손에 있어서의 진실증명과 관련된 논의이고, 또한 위에서 설명한 것처럼 독일에서는 제186조의 진실증명 또한 그 입증책임이 증거조사에 대한 형사소송법의 기본원칙인 형사소송법 제244조 제2항에 따라서 법원

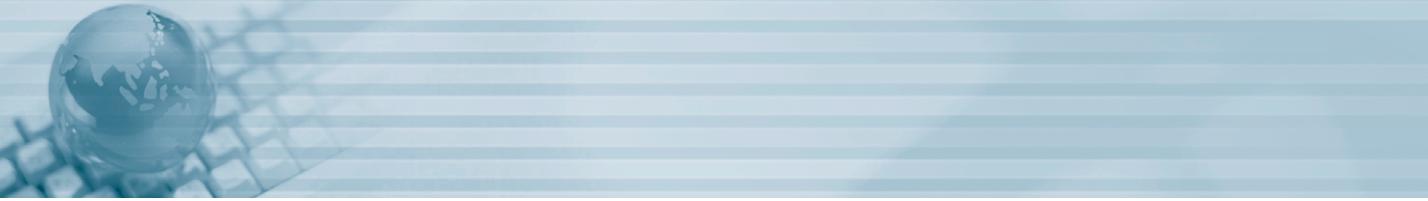
이 부담해야 한다는 견해가 통설이기 때문이다. 따라서 독일형법의 적용에 의하면 제186조에 의한 명예훼손의 경우에 주장 또는 유포된 행위가 진실한 것으로 증명되면 처벌이 조각되고, 만약 증명에 실패하면 제193조의 위법성조각사유에 해당되는가를 판단함으로써 진실한 사실의 적시를 통한 명예훼손의 경우에는 이중적 보호장치를 두고 있는 것이 독일형법상의 특징이라고 할 수 있다.

10. 명예훼손죄에 있어서의 삼각관계성

독일형법의 제186조와 제187조의 규정에서 “in Beziehung auf einen anderen”이라는 표현으로 인하여 삼각관계, 즉 행위자-명예훼손적 표현의 청취자-피해자의 관계가 요구되기 때문에 피해당사자에 대한 직접적인 명예훼손은 발생할 수 없다. 하지만 한국형법의 명예훼손죄에 대한 규정에서는 이러한 표현을 존재하지 않는다. 그러나 독일형법에 있어서도 제185조의 모욕죄의 경우에는 그러한 표현이 없기 때문에 피해당사자에게 직접적인 모욕 또는 제3자를 통한 모욕이 가능하다.

11. 친고죄 규정

한국형법 제312조에서는 명예훼손 및 모욕죄에 관한 고소 및 피해자의 의사에 관한 규정을 두고 있는데, 즉 제312조에 따르면 제308조와 제311조는 친고죄로, 제307조와 제309조는 반의사불벌죄로 규정하고 있다. 이에 반하여 독일형법은 모든 명예훼손 및 모욕죄에 관하여 친고죄로



규정하고 있으며, 예외적으로 나치정권인 국가 사회주의정권 또는 구동독의 정권과 같은 폭력 정권과 전제정권하에서 범하여진 명예훼손 및 모욕의 경우에 직권으로 공소를 제기할 수 있도록 규정하고 이 경우에는 피해자의 의사에 반하여 공소를 제기하지 못하는 반의사불벌죄를 규정하고 있다.

12. 명예훼손 및 모욕에 관한 특별법

한국에서는 정보통신망을 이용하여 비방목적으로 명예훼손을 하는 경우에는 정보통신망이용 촉진 및 정보보호에 관한 법률 제70조를 통하여 그 형을 가중하는 특별법이 존재하지만, 독일에

서는 이러한 정보통신 또는 이와 유사한 다른 수단을 이용하여 실행된 명예훼손을 처벌하는 별도의 특별법률은 존재하지 않고, 이와 같은 정보통신수단을 이용한 명예훼손 및 모욕의 경우에도 일반형법전의 규정에 따라서 처리한다.

이 재 일

(독일 주재 외국법제조사원)