

# 名單公開와 尊嚴價值

全在慶\*

## 차례

- I. 名單公開의 背景과 葛藤狀況
  - 1. 脫法行爲에 대한 反感의 表象
  - 2. 效果의 社會統制手段
  - 3. 原始와 文明의 交叉
- II. 名單公開의 實際
  - 1. 實定法的 根據
  - 2. 名單公開의 類型과 特性
- III. 名單公開의 文化와 歷史
  - 1. 社會經濟的 疏外
  - 2. 慣習刑罰과 私的名譽刑
- IV. 名單公開의 本質과 適正性 分析
  - 1. 處罰性
  - 2. 二重處罰
  - 3. 異常한 處罰
  - 4. 尊嚴價值와 名譽毀損
- V. 公開의 限界와 代案
  - 1. 法執行의 實效性 確保 : 處罰·制裁의 多樣化
  - 2. 負擔附 登錄制 : 持續的·實質的 制裁
  - 3. 處罰의 個人化와 法定主義

\* 韓國法制研究院 首席研究員

## I. 名單公開의 背景과 葛藤狀況

### 1. 脫法行爲에 대한 反感의 表象

투기자·기피자·도피자·탈세자 등의 명단을 공개하는 행위 [이하 '명단공개'라 약칭한다]의 적법성이 다투어진다. 「명단공개에 찬성하는 측」은 범법자들을 사회적으로 매장시키는 한이 있더라도 사회질서를 유지하여야 한다는 의지를 표명한다. 「명단공개에 반대하는 측」은 국민을 겁주는 행정편의주의적 발상을 종식시킬 것을 촉구한다. 최근에는 도심교통의 원활화를 위한 「차량 10부제 운행」을 위반한 차량 소유주에 대하여 그 신분을 공개하겠다는 행정청[서울시]의 방침이 전해지자<sup>1)</sup> 언론계가 격노하였다.<sup>2)</sup>

명단공개에 대한 언론계의 반응은 「사람을 미워하라고 강요하는 것」·「약속에도 없었던 공개는 약속위반」과 같이 온건한 비판에서부터 「인민재판」·「치졸한 협박」과 같은 극도의 적개심의 표출에 이르기까지 다양하다. 이러한 비판 탓인지 10부제 위반자에 대한 명단공개는 아직 실현되지 아니하고 있다. 그러나 효과적인 법집행수단이 빈약한 행정청들은 명단공개에 대한 미련을 떨치기 어렵다. 명단공개에 관한 시비는 언제 어디에서든지 재연될 소지가 충분하다. 왜 그런가?

행정청이 명단공개를 추진하는 행위유형을 보면 대부분 누구나 껄뻘하게 생각하기 쉬운 「알미운」 범법행위들이다. 이러한 행위들은 민법(제103조)의 표현을 빌면 「반사회적 법률행위」이며, 형법(제20조)의 규정과 같이 「사회상규에 위배되는 행위」이다. 즉 명단공개는 행정청의 일시적인 감정에서 즉흥적으로 제안된 수단이다. 명단공개는 「가진 자」 내지 기득권층의 탈법행위를 미워하는 상당수 시민들의 정서를 표상하고 범법행위와의 숨바꼭질에 지친 법집행자들의 신념을 반영한다.

1) 京郷新聞 1995년2월4일자 제23면 뉴스 “10부제 위반 명단공개 검토”.

2) 中央日報 1995년2월4일자 제3면 사설 “문제 많은 명단공개 발상” ; 京郷新聞 1995년 2월5일자 제3면 사설 “명단공개로 시민 협박하나” ; 朝鮮日報 1995년2월6일자 제3면 사설 “특하면 명단공개”, 참조.

## 2. 效果的 社會統制手段

정부는 사회복지를 증진시키고 효과적으로 사회를 통제하기 위하여 각종 법률 장치들을 양산한다. 그러나 국민들은 오히려 '법의 홍수' 속에서 과도한 정부규제에 좌절을 겪거나 반발한다. 현대의 법률은 갈수록 알기 어렵고 지나치게 상세하다.<sup>3)</sup> 법의 남용은 매일 일어난다.<sup>4)</sup> 아마도 대부분의 관료들은 권력게임(power game)에 종사하지 아니한다. 그들은 일상적인 쇄신을 가능하게 하기 위하여 또는 우리의 식탁에 고기를 올려놓게 하기 위하여 규칙들을 무시하여야 하는 위치에 놓여 있다. 그리하여 완벽한 역설만이 존재한다 : "우리는 어떠한 법률이 이행되지 아니함을 발견하였을 경우에도 상세한 법규를 모두 동원하는 어떠한 보호를 생각할 것인가?"<sup>5)</sup>

그러나 복잡하고 기술적인 법규들의 폭발과 그에 대한 비판에도 불구하고 법 집행 관리들은 늘 효과적인 통제수단이 부족함을 아쉬워한다. 대부분의 관료들은 정부의 규제완화 내지 자율화에 찬성하면서도 규제조치를 후퇴시킬 경우 정책의 실효성을 뒷받침할 수 있는 수단이 사라지지 않을까 두려워한다. 법적 강제장치를 되도록 많이 확보하여야 한다고 생각하는 사람들은 법의 권위가 몰락해서는 아니된다고 믿는 한편 그들의 권한이 약화되는 것을 싫어한다. 이른바 「승용차 10부제 운행 위반자의 명단을 공개한다」는 정부의 방침은 행정국가화를 지향하는 현대법치국가에서 흔히 볼 수 있는 법률관의 혼동을 잘 나타내고 있다.

## 3. 原始와 文明의 交叉

명단공개에 관한 언론계의 비판은 이러한 발상이 보수반동적이라는 것이다 : 언론의 비판에 의하면, "당국의 발상은 관리들이 국민 위에 군림하던 권위주의

---

3) Philip K.Howard, *The Death of Common Sense : How Law Is Suffocating America*, (Random House : New York, 1994), p.30.

4) *Ibid.*, p.32.

5) *Ibid.*, p.33.

시대의 고압적 대민관에서 벗어나지 못하고 있음을 드러낸 것이다.”<sup>6)</sup> 또 “우리 사회의 그릇된 관행의 유산이다.”<sup>7)</sup> 이러한 비판의 근거는 명단공개가 과거 자자형(刺字刑) 내지 경면형과 닮아 있으며 서구의 「주홍글씨」를 연상시킨다는 것이다.<sup>8)</sup> 명단공개가 이러한 유산과 닮아있다는 지적은 옳다. 그러나 문제는 어떠한 사회적 제재가 과거와 닮아 있으면 무조건 그릇되었고 권위주의적 발상에 해당하는가의 여부이다.

명단공개 문제는 오히려 “획일적인 국가형벌권의 행사가 합리적인가”, “현행 형벌 또는 행정벌로 적절한 사회통제를 달성할 수 있는가” 또는 “정부에 의한 차별과 사회적 제재를 병존시키는 것은 과연 비효율적인가”라는 관점에서 접근하여야 할 것이다. 역사법학과의 교설로 되돌아가는 것도 문제이지만, 민족의 고유한 법감정을 외면한 법집행도 문제이다.<sup>9)</sup> 갑오개혁 이후 근대법체의 계수와 더

6) 京鄕新聞 1995년2월5일자 제3면 사설 “명단공개로 시민 험박하나”, 참조.

7) 朝鮮日報 1995년2월6일자 제3면 사설 “특하면 명단공개”, 참조.

8) 1850년에 간행된 미국 작가 나다니엘 호오돈의 장편소설 『주홍글씨』는 17세기 중엽 식민지 보스턴에서 어둡고 준엄한 청교도 사회를 배경으로 벌어진 간통사건을 소재로 삼아 죄지은 자의 고독한 심리를 묘사하였다 : 늙은 의사와 결혼한 젊은 여인 헤스터 프린은 남편보다 먼저 미국으로 건너 와 살고 있는데 남편으로부터 아무런 소식이 없는 가운데 사생아 딸을 낳았다. 상대는 그곳의 고독한 목사 아더 뎀스테일이었지만 헤스터는 끝까지 상대의 이름을 밝히지 않았다. 헤스터는 간통의 벌로 공개된 장소에서 「A」자(‘간통’을 뜻하는 ‘Adultery’의 머리글자)를 가슴에 달고 일생을 살라는 형을 선고받았다. 뎀스테일은 양심의 가책에 시달리면서도 사람들에게 죄의 두려움을 설교하는 위선의 생활을 계속하였다. 킬링워드라는 가명으로 행세하는 헤스터의 남편은 간통사실을 알고 복수할 것을 결심하였다. 그는 우연한 기회에 상대가 뎀스테일임을 알고 그의 정신적 고통을 자극하는데 부심하였다. 사건발생 후 7년만에 새로 부임한 지사의 취임식 날 설교를 마친 뎀스테일은 처형대에 올라 헤스터와 딸을 가까이 불러 자기 가슴을 헤쳐보였다. 그의 가슴에는 「A」자가 있었다. 그는 그 자리에서 죄를 고백하고 쓰러져 죽었다.

9) 繼受法制와 국민의 法感情 간의 乖離에 관하여서는, “現下의 朝鮮에 시행하는 법률이 朝鮮인이 지은 법률은 물론 아니요, 朝鮮人の 生活意識이 기초되어 작성된 것도 아니다. 오직 朝鮮을 統治하는 필요에 입각한 政治요 法律인 故로 그 법률이 朝鮮人の 實質生活에 不합한 것이 결코 하나 둘이 아니다” : 東亞日報 1925년2월28일자 社說 “治安과 民意”, 참조.

불어 전통적 제재수단이 자취를 감추었지만, 아직 전근대성(前近代性)과 근대성(modernity)이 혼재하는<sup>10)</sup> 우리 사회에서는 체면(體面)의식을 자극하는 제재의 합리성과 효율이 추구되어야 한다.

## II. 名單公開의 實際

### 1. 實定法的 根據

서울시가 범법자의 명단을 공개하겠다고 하여 말썽을 빚은 「자동차 10부제운행」 제도의 법적근거는 도시교통정비촉진법이다. 같은 법은 광역지방자치단체장과 인구 10만 이상의 도시 또는 수도권 도시의 시장(이하 '시장 등'이라고 약칭한다)에게 자동차 운행제한권을 부여하고 있다 : 시장 등은 도시교통의 유통을 원활하게 하고 교통시설의 효율적인 이용을 위하여 도시교통정비지역안의 일정한 지역에서의 자동차의 운행을 억제하여야 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 지방 도시교통정책심의위원회의 심의를 거친 후 내무부장관·건설부장관 및 교통부장관과 협의하여 자동차의 운행을 제한할 수 있다(제20조제1항). 그러나 이 법에는, 『시장 등이 자동차의 운행을 제한하고자 하는 때에는 미리 그 목적·기간·대상지역 및 자동차의 종류·용도·사용목적 기타 필요한 사항을 정하여 이를 고시하여야 한다』(제2항)는 취지만이 규정되어 있을 뿐, 명단공개가 명시적으로 규정되어 있지 아니하다.

정부당국 또는 운동단체 등에서는 걸핏하면 「명단을 공개하겠다」는 뜻을 밝히고 있으나 실제 명단공개를 규정하고 있는 실정법규는 극소수이다. 현행 법제상 '법률' 차원에서 명단공개를 명시하고 있는 것은 「자원의절약과재활용촉진에 관한 법률」 1건 뿐이다. 같은 법률은 행정청의 권고가 준수되지 아니할 때 명단공개를 할 수 있도록 규정한다 : 주무부(환경부)장관은 같은 법(제9조 내지 제12조)의

10) 한국 사회에서의 형법체계는 二重的 構造를 띠고 있다. 법문화의 지평에서는 '前近代'의 형법이 지속되고 있고 사회경제적 지평에서는 '脫近代'의 형법이 시작되고 있다 : 이상돈, 刑法의 近代性과 對話理論, 홍문사, 1994, 25쪽.

규정에 의한 재활용지정사업자, 제1종지정사업자, 제2종지정사업자 및 지정부산물배출사업자가 각 해당 지침을 준수하지 아니하여 자원재활용을 현저히 저해한다고 인정될 때에는 그 사업자에 대하여 지침의 준수를 권고할 수 있다(제13조제1항). 만약 이 규정에 의하여 권고를 받은 사업자가 정당한 사유없이 그 권고를 따르지 아니할 때에는 주무부장은 그 명단과 지침위반내용을 공개하거나 필요한 조치를 명할 수 있다(제2항).

명단공개라는 명시규정은 없지만 '조사결과' 또는 '업무결과'를 공표함으로써 결과적으로 명단이 공개되는 것과 같은 효과를 초래하는 입법례도 있다 : 소비자보호법은 사업자가 위해방지의무를 이행하지 아니한 때 또는 물품·영역의 규격·품질·거래조건이나 방법 등을 비교·조사한 때(영 제17조; 영 제30조제2호)에는 소비자단체 또는 한국소비자보호원으로 하여금 그 결과를 공표할 수 있도록 규정한다(법 제18조제3항(조사결과공표); 제28조제3항(업무결과공표)). 한국소비자보호원은 특정사례를 소비자에게 알릴 필요가 있는 경우(영 제30조제1호)에도 업무결과를 공표할 수 있다. 또한 허위등록사실을 공표함으로써 명단이 공개되는 결과가 초래되는 입법례도 있다 : 공직자윤리법은 공직자재산등록이 허위로 된 경우 공직자윤리위원회로 하여금 일간신문 광고를 통하여 그 사실을 공표하도록 규정하고 있다(제8조의2제1항제3호).

상습적 조세체납자에 대한 국세청의 명단공개는 법규에 근거하지 않고 국세청 훈령인 국세징수사무처리규정(제66조)에 근거한다. 한편, 극히 드문 예이지만, 지방자치단체 차원에서 명단공개를 규정하고 있는 경우도 있다 : 지방수입의 부과상황을 주민에게 공개함으로써 지방수입 부과행정의 공명정대함을 주민에게 알리고 나아가 참여의식을 고취시킬 목적으로 1989년 1월 1일 제정된 「대전광역시 지방수입부과공개에 관한 규칙」(규칙 제1276호)은 지방수입부과 공개대상으로서 주민세·농지세, 고액체납자의 명단, 하천사용료의 부과, 기타 시장이 필요하다고 인정하는 사항을 규정한다(제2조). 이 중에서 문제되는 부분은 바로 「고액체납자의 명단」이다. 시장이 필요하다고 인정할 때에는 고액체납자의 명단을 공개할 수 있다(제3조제2호). 고액체납자의 명단은 일간신문에 게재 또는 구, 출장소 및 동 게시판에 게시·공개한다(제4조제3항 본문). 다만 일간신문에 게재하여 공개할 때에는 시장이 이를 일괄 게재하여 공개한다(같은 항 단서).

## 2. 名單公開의 類型과 特性

① 連坐型 公開 : 직접적인 법률행위의 주체는 아니지만 범법자의 행위와 밀접한 관련이 있어 연대책임을 물어야 할 경우가 있다. 이러한 경우에 행해질 수 있는 공개를 '연좌형 공개'라고 지칭할 수 있다. 예컨대, 불법과외를 받은 학생의 부모들의 명단을 공개한다고 상정할 경우,<sup>11)</sup> 불법과외의 직접적인 당사자는 물론 과외학원과 그 수강생이지만 당사자 학생의 부모는 '불법'(물론 이 때의 '不法'은 '한시적·가변적' 개념이다)을 교사·방조하고 과외비를 지급하기 때문에 실질적인 행위주체이며 따라서 사회적 비난가능성(非難可能性)이 있다. 그러나 최근 일각에서 주장되고 있는 바와 같이 이른바 「친일파 후손」들의 명단을 공개하겠다고 버르는 경우<sup>12)</sup>와 같은 연좌형 명단공개는 위헌 여부가 문제된다.<sup>13)</sup>

11) 교육부와 서울시교육청은 그동안 불법과외 적발시 과외교습자만 처벌하고 학생에 대하여는 관대한 조치를 취하였으나 앞으로는 학생까지 처벌한다는 방침을 천명하였다(1995.3.30). 이를 위하여 교육부와 서울시교육청은 불법과외를 받다가 적발된 학생에 대한 처벌규정을 일선학교의 학칙에 구체적으로 명시하도록 지시하는 등 학생처벌의 범위와 내용을 대폭 강화하기로 결정하였다. 아울러 불법과외를 받은 학부모에 대하여는 명단을 공개하거나 국세청에 세무조사를 의뢰하는 등 강력한 조치도 함께 취할 계획이라고 밝혔다. 이러한 계획은 그동안 불법고액과외가 적발되더라도 대체적으로 과외교습자만 처벌받았기 때문에 불법과외를 근본적으로 방지하는데 실효를 거두지 못하였다는 판단에 근거하고 있다 : 京鄉新聞 1995년3월31일자 제23면 뉴스 "불법과외 학생도 처벌 : 학칙에 명시".

12) 「바른 역사를 위한 민족회의」는 "정치·사회·경제계 지도층 인사 가운데 친일파 후손 4천여명의 명단을 확보하고 있으며, 이들이 선조들의 과오를 인정하지 않을 경우 그 명단을 차례로 공개할 예정"이라고 밝혔다(1995.2.14). '바른 역사를 위한 민족회의'는 기독교청년회, 독립유공자유족회, 3·1운동기념사업회, 홍사단 등 48개 단체 대표와 원로인사들이 해방 50돌을 맞아 일제잔재청산과 민족의 평화통일을 위한 국민운동을 펴나갈 목적으로 1995년 2월 15일 창설한 단체이다. 민족회의는 그러나 "친일파 후손들의 명단공개는 사회정의와 올바른 역사관을 정립하기 위한 것으로 개인에 대한 인신공격이 되지 않도록 할 방침"이라고 덧붙였다 : 한겨레신문 1995년2월15일자 제23면 뉴스 "이승만 정권 미화동 가치관 혼란".

② 非理型 公開 : 가장 일반적인 명단공개는 당사자 개인의 비리 또는 범행을 폭로하여 사회적 비난을 유발하는 것이다. 독직사건의 비리를 언론에 공개하는 경우<sup>14)</sup>가 이에 해당한다. 횡령·배임·뇌물 또는 파렴치범 등과 같은 범행을 대상으로 하는 비리형 공개는 그 원인이 된 행위가 대부분 이미 범죄의 구성요건을 충족하기 때문에 공개에 대한 사회적 공감대가 형성되기 쉽고 따라서 명단공개에 대한 시비의 소지가 감소된다. 비리형 공개는 오로지 공익을 위하여 진실을 공표하는 것이기 때문에 형법상 명예훼손죄를 구성할 가능성도 희박하다. 그러나 공개를 당하는 당사자들로서는 공개내용이 실제적 진실과 부합된다고 하더라도 명예에 손상을 입기 때문에 법률상 여러가지 쟁점을 낳는다.

③ 政治攻勢型 公開 : 정치적 신조 또는 가치관이 다른 상대방 또는 집단의 행위 또는 선전을 약화시키거나 철회시키기 위하여 명단공개 방법이 이용되는 경우도 있다.<sup>15)</sup> 이러한 형태의 공개는 불법 또는 비리를 원인으로 하지 아니하며 실천

13) 현행 헌법(제13조제3항)은 “자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다”는 연좌제 금지를 천명하고 있기 때문에 연좌형 공개는 헌법정신에 반한다. 명단공개를 형벌로 보지 아니한다고 하더라도 공개 그 자체는 헌법이 규정하는 「불이익한 처우」에 해당하기 때문에 위헌의 소지가 있다. 물론 헌법(제13조제1항)은 정부 당국의 명단공개행위에 대하여 적용될 뿐 사인(私人) 상호간에는 적용되지 아니하므로 개인 또는 단체의 명단공개행위는 합헌적이라고 주장할 수도 있다. 그러나 헌법상의 자유와 권리가 국가에 의하여서만 침해되는 것은 아니며 헌법규범이 사인에 대하여 직접 적용되지 아니한다는 한계도 없다고 본다면 개인 또는 단체의 연좌형 명단공개는 위헌의 소지가 짙다.

14) 교육부는 수원대학 이외에 교수채용비리로 잡음이 일고있는 지방의 K대학 등 2~3개 대학에 대하여서도 “빠른 시일안에 감사에 착수한다”고 밝히고 특히 금품을 받고 교수를 채용한 대학에 대하여서는 재정지원의 중단과 정원동결 등 강력한 제재를 가할 것을 골자로 한 교수채용비리 근절대책을 마련한다고 발표하였다. 교육부의 한 관계자는 「금품을 주고 교수직을 산 교수의 명단공개 등의 조치도 이 대책에 포함된다」고 언급하였다 : 東亞日報 1995년3월17일자 제1면 뉴스 “교육부 교수채용비리 종합감사: 수원대 착수”.

15) 민간환경운동단체인 환경운동연합은 최근 내무부가 입법예고한 국립공원법 개정안을 강력히 비난하였다(1995.4.6). 연합측은 “한국의 자연환경은 매우 심각한 위기에 처하여 있다. 주말이면 사람들이 야외로 나가는 것도 바로 도시환경조건이 열악하기 때문이다. 이러한 상황에서 국립공원마저 훼손된다면 이는 마지막 남은 생태계를 포기하는 것



목표 또는 운동방법의 차이 등을 원인으로 하기 때문에 공개의 효과도 충격적이지 아니하며 따라서 공개의 폐단도 감소된다. 다른 유형의 명단공개는 당사자들을 사회적으로 매장시킬 것을 목적으로 하지만 정치공세형 공개는 정치적 주도권의 다툼을 목적으로 하기 때문에 관점에 따라서는 「정치행위」 그 자체로 보일 수도 있다. 이 유형의 공개는 '비난'이라기보다 '변형된 홍보'로서의 실질을 가지기 때문에 법률상 크게 문제되지 아니한다.

④ 處罰公示型 公開 : 피공개 당사자가 경제적 불이익 또는 처벌을 당하였음을 널리 알리는 유형의 명단공개가 있다. 금융부실거래자의 명단을 공개하는 경우<sup>16)</sup>가 이에 해당한다. 이러한 유형에서는 공개로 인하여 어떠한 불이익이 새롭게 야기되는 것이 아니다. 이 유형에 속하는 공개는 처벌 또는 제재의 결과를 알려거나 처벌에 부수하는 마무리 조치에 지나지 아니한다. 즉 피공개자가 경제적으로 무능력할 뿐만 아니라 잠재적 거래상대방에게 불이익을 안길 수 있어 그 사실을 사계에 널리 알림으로써 거래를 중단시키거나 주의를 촉구하는 기능을 수행한다. 이러한 공개에서는 공개 그 자체로 효과가 종료되는 것이 아니라 공개와 더불어 불이익이 시작된다. 즉 「공개되었다」고 함은 「제재대상으로 등록되었다」는 것을 의미한다. 한편 처벌공시형 공개는 경우에 따라 연좌형 공개와 결부되기도 한다.

⑤ 豫告型 公開 : '체납자공표'와 같이 법집행 당국이 처벌을 강행하기 전단계에서 처벌의 뜻을 예고하되 유예기한내에 과오를 시정한다면 처벌하지 아니하겠

---

이다. 따라서 환경운동연합은 독자적으로 국립공원법을 마련하여 여야 국회의원들의 서명을 받아 우리의 법안을 관철시키겠다"고 전제하면서 만약 서명을 거부하는 의원들이 있다면 그 명단을 공개하겠다고 덧붙였다 : 世界日報 1995년4월12일자 제26면 인터뷰 기사 "최 열 환경운동연합 사무총장".

16) 전국은행연합회는 최근 정주산업(株), 제일세라믹(株) 및 동방원양개발공사(株) 등 금융부실거래기업 81개와 관련자 106명의 명단을 공개하였다(1995.4.10). 이번에 명단이 공개된 금융부실거래자는 1994년 4·4분기(10월~12월) 중 금융기관에 10억원 이상의 부실채무를 지고 있는 기업 및 기업인이다. 이들은 기존의 당좌거래계약이 해지되고 신규당좌거래개설이 금지되며 새로 대출도 받을 수 없게 된다. 또 이미 발행된 신용카드의 사용이 금지되는 것은 물론 새로 카드도 발급받을 수 없다. 연대보증인의 경우 앞으로 연대보증인 자격이 상실된다. 이번에 명단이 공개된 기업에 대한 여신은 채권보전조치와 함께 회수조치가 취하여진다 : 東亞日報 1995년4월10일자 제3면 뉴스 "금융 부실거래 기업 81곳 106명 명단공개".

다는 뜻을 표명하는 유형의 공개가 있다.<sup>17)</sup> 이러한 형태의 공개는 법집행의 전단계에서 행해질 수 있지만 법집행의 전제조건은 아니다. 예고형 공개는 「상당한 이행기간을 정하여 그 때까지 이행하지 아니할 때」에는 강제집행을 한다는 점에서는 행정상 대체적 작위의무에 대한 대집행(代執行)절차의 일환으로 행해지는 계고(행정대집행법 제3조제1항)와 비슷하다. 그러나 계고(戒告)는 그 뜻을 '미리 문서(戒告狀)로서 알릴 것'을 요건으로 하며 또 행정청이 당사자에게 통지할 의무를 지는데 비하여, 예고형 공개는 여론(언론발표)을 통하여 간접적으로 알려며 또 행정청이 '위협적·임의적'으로 실시한다.

⑥ 督勵型 公開 : 전교 학생들의 성적을 게시판에 공고하여 학생들의 수치심과 자괴심을 동시에 자극하여 학업성취도를 높이려는 「성적일괄게시」처럼, 복지 등의 분야에서 행정시책에 소극적으로 협조하는 기업 또는 기업주들을 독려하는 유형의 공개가 있을 수 있다.<sup>18)</sup> 일반적인 형태의 명단공개는 불법·탈법행위 또는 비리를 대상으로 삼는다. 그러나 교육·복지 등의 분야에서 볼 수 있는 바와 같이

17) 아르헨티나 국세청은 최근에 정부의 자존심을 걸고 대대적인 탈세추방운동에 들어갔다. 카를로스 타치 국세청장은 공공연하게 가짜 물품송장을 이용하여 지난 4년간 모두 10억달러의 세금을 포탈한 150개 대기업과 중견기업의 명단을 발표함으로써 탈세에 대한 도전장을 냈다. 그는 이들 기업에 열흘간의 시간여유를 주고 미납세금을 낼 것인지 아니면 고발당할 것인지를 선택하라고 계고하였다. 이번 조치는 지난 4년간 세금을 제대로 내도록 강제하는 성공적 노력의 대미를 장식하는 것이다. 타치 청장은 1991년 이후 자신의 「청렴강직 세무원들」(Untouchables)를 파견하여 아이스크림 가게, 주차장, 소규모공장을 샅샅이 뒤지게 하는 등 세무조사의 강도를 높여 왔었다. 이에 따라 세금징수 실적은 남아메리카 최저에서 최고수준으로 올라 재정적자시대를 마감하는데 크게 기여하였다 : 中央日報 1995년4월15일자 제28면 뉴스 “아르헨티나, 대대적 탈세추방 나서”.

18) 노동부는 최근 장애인 의무고용 불이행 업체에게 물리는 부담금[149,000원/1인]의 절반 정도에 해당하는 장애인 우수업체 지원·장려금을 부담금의 80% 수준으로 인상시킬 것을 내용으로 하는 장애인고용 증진대책을 발표하였다(1995.4.20). 노동부는 이를 위하여 앞으로 5년간 3,000억원의 장애인 고용촉진 기금을 집중 투자할 계획인데 특히 우수업체에 대하여서는 포상 및 근로감독 면제, 조달청 납품업체로서의 우선권 부여, 조세감면 등의 특혜를 주는 한편 고용 부진업체에 대하여서는 명단을 공개할 방침이라고 밝혔다 : 國民日報 1995년4월20일자 제21면 뉴스 “장애인 고용업체 지원확대 : 장려금 늘리고 감세 등 특혜”, 참조.

국가나 지방자치단체의 금전적 지원 또는 적극적 후원에 의하여 추진되는 프로그램등에 있어서는 명령·강제만으로 소기의 행정목적을 달성하기 어려우며 당사자들이 법적의무를 준수하지 아니한다고 하여 도덕적으로 비난하기도 어렵다. 이러한 경우 행정당국은 소극적 당사자에게 현저한 불이익을 안기기보다 「누가 누가 잘하나」식의 명단공개를 택하게 된다.

### Ⅲ. 名單公開의 文化와 歷史

#### 1. 社會經濟的 疏外

명단공개는 실제 명예형(名譽刑)의 일종이다. 명예형은 공개적으로 범인의 수치심을 유발하는 형벌로서 명예를 욕되게 한다는 점에서 오욕형(汚辱刑)이다. 베카리아는 '명예형'을 '공중의 비난'으로 파악한다. 명예형으로 인하여 사회는 지금까지 범인에게 부여하던 존경과 신뢰, 그리고 국민과 그를 연결시키고 있던 동포애를 박탈한다. 베카리아에 의하면, 자존심을 이유로 저질러진 범죄에 또는 형벌의 고통에 명예를 느끼는 범인에 대하여서는, 육체적인 고통을 내용으로 하는 형벌을 과하지 않는 것이 좋다. 그들은 광신자이기 때문에, 그들을 진압하는 데에는 비웃음과 창피를 주는 이외에 방법이 없다. 많은 관중들 앞에서 광신자들의 거짓된 자존심을 꺾는 것이 이 형벌의 요점이다. 실제로, 진리까지도 비웃음이라는 무기로 공격당하게 되면, 힘껏 방어하지 않으면 아니되기 때문이다.<sup>19)</sup>

명예형은 국민정서를 고려하고 그 처벌대상을 적절히 골라야 한다. 그 이유는 다음과 같다[베카리아]: "명예형의 효과는 반드시 법률상의 효과에 그치지 않기 때문에, 명예형을 과하는 법률은 언제나 크게는 전인류적인 도덕감정에 그리고 작게는 그 나라의 사회통념과 도덕감정에 기초를 두어야 한다. 만약 법률이 명예형을 과하는 행위가 사회통념과 다르다면 그 법률은 존경을 받지 못하게 되고, 지금까지 승인되어 온 도덕이나 성실이라는 관념은 사람들의 마음 속에서 사라진다.

19) 베카리아, 犯罪와 刑罰 : *DEI DELITTI E DELLE PENE*, 김봉도 옮김, 박문각, 1992, 94쪽.

명예와 무관한 행위에 명예형을 선고하는 것은, 오히려 명예형의 효과를 반감시킨다.”<sup>20)</sup> 물론, 명예형을 자주 선고해서는 아니된다. “여론의 힘을 너무 빈번히 이용하면, 여론의 힘 자체도 약화되기 때문이다.” 또 명예형이 다수에게 동시에 가해져도 아니된다. “다수가 받는 오욕이란 이미 어느 누구의 오욕도 아니다.”

## 2. 慣習刑罰과 私的名譽刑

동양에서는 「주홍글씨」 대신에 일찌기 「검정글씨」가 행해졌다. 주(周)나라 때 시행되었던 자묵형(刺墨刑)은 가장 경미한 처벌로서 얼굴에 먹물을 들였다(尙書 呂刑編).<sup>21)</sup> 이것은 범법자에 대한 경고와 관용의 표시였다. 이를 무시하면 신체를 손상하는 형벌(肉刑)을 가하게 된다. 갑골문의 ‘신’(辛)자는 문신용 칼의 상형이다. 따라서 ‘신’을 포함한 글자는 대부분 형벌과 관계가 있다. 예컨대, 갑골문의 ‘재’(宰)자는 집안에 문신을 하는 도구가 놓여 있는 형상으로 집안에 있는 어떤 사람이 다른 사람을 처벌할 수 있는 권위가 있음을 표시하고 있다. 자묵의 형을 채리는 사람은 반드시 고관은 아니라도 형살(刑殺)의 권위를 지니고 있는 지배자이었다. ‘재’(宰)자는 뒤에 일국의 정사를 다스리는 관리를 일컫는 말로 사용되었다. 한편 문신을 새기고 죄과를 드러내 보이려고 하면 그 위에 검은 먹물을 들이는데, 금문의 ‘죄’(皁)자는 문신용 칼과 코로 이루어져 있으며 ‘코에 먹물을 들인 것’을 표시하고 있다.<sup>22)</sup> 즉 자묵형은 코에 글자를 새기기도 하였다.

고려시대에는 도적 또는 죄를 지은 노비 등에 대하여 삼면형(鋏面刑: ‘경면형’이라고도 지칭함)을 시행하였다.<sup>23)</sup> 이는 얼굴이나 팔뚝에 글자를 새기는 것이었다. 명(明)나라 때는 이를 자자형(刺字刑)이라고 하였는데, 재물에 관한 죄를 지은 사람에게 곤장·강제노역 등의 주형에 덧붙이는 부가형으로 실시되었다. 명률에서는 오른 또는 왼쪽 팔뚝 위에 절도·강도·도관전(盜官錢) 등의 글자를 새겼다. 수형자가 자자(刺字)를 지워버렸을 때에는 60대의 매질에 처하고 다시 자자

20) 같은 책, 93쪽.

21) 許進雄, 中國古代社會: 文字와 人類學의 透視, 흥 회 옮김, 동문선, 1991, 507쪽.

22) 같은 책, 508쪽.

23) 韓國民族文化大百科事典 24, 한국정신문화연구원, 1991, 814쪽.

하였다. 조선시대에도 널리 시행되었던 삽면형 또는 자자형은 일반인들에게 그 범죄자를 조심하라는 '경계'의 의미를 내포하고 있었지만 신체에 죄인의 표지를 늘 지니고 다녔기 때문에 당사자를 사회적으로 매장시키는 기능을 수행하였다.<sup>24)</sup>

전통사회의 자자형은 형벌의 일환으로서 법집행기구에 의하여 시행되었지만 법정형(法定刑)이라기보다 관습형(慣習刑)이었다. 한편, 민간의 관습중에도 명예형에 해당하는 사적(私的)처벌이 시행되었다 : 조선시대 향약을 위반한 천민은 불기[笞] 40대를 맞았지만 선비와 장자는 그 벌칙으로서 명예형을 선고받았다. 즉 상벌(上罰)에 해당하는 선비는 동네 뜰에 오래 세워둠으로써 수치심을 일으키도록 하였고 회식 때에는 가장 말석에 따로 앉히는 것으로 벌을 삼았다. 장자는 만좌면책(萬座面責)이라고 하여 여러 사람이 앉아 있는 가운데 면책을 하였다.<sup>25)</sup> 율곡은 「해주일향약속」(海州一鄉約束)에서 이 만좌면책을 중벌(中罰)로 규정한 바 있다.<sup>26)</sup>

만좌면책의 전통은 현대에도 여러 곳에서 재현되었다. 1991년 경북 안동지방의 현지조사 결과[안동문화원장 유한상의 증언]에 의하면, 그곳에서는 (적어도 20세기 중엽까지) 어떠한 불상사가 발생하면 이를 마을 전체의 불명예로 간주하였다. 문중회의에 있어서도 문제아 또는 패륜아 등에 대하여 종가집 벽에 이름을 거꾸로 써붙여 징계하였다. 중한 경우에는 호적을 배제하고 족보에서도 성명을 삭제하였다.<sup>27)</sup>

---

24) 자자형(刺字刑)을 당한 전과자들은 땅군[강패]을 조직하여 거지로 생활하였다. 얼굴에 자자가 있는 사람은 포교의 감시를 당하였을 뿐만 아니라 친족들의 배척으로 조상의 제사참례도 못하였다. 고약으로 그 흉터를 가리고 갓을 쓰고 나가더라도 꼬장꼬장한 사람들은 고약을 떼고 갓을 부수었다. 따라서 절도전과자는 문밖으로 나갈 수가 없었고, 동리에서도 왕래를 하지 아니하였으며 애경상문(哀慶相問)을 못하였다. 동리 아이들까지도 문앞을 지나면 "저 집은 경친 놈의 집"이라고 침을 뱉고 그 집 아이들이 나가면 "저 놈은 경친 놈의 자식이니 같이 놀지 말자"고 돌림방을 쳤다 : 金和鎭, 韓國의 風土와 人物(을유문고 113), 을유문화사, 1990, 278쪽.

25) 이규태, 韓國人の 意識構造 上, 문리사, 1977, 273쪽.

26) 박경하, 朝鮮後期鄉約研究, 박사학위논문, 중앙대 대학원, 1992.12, 96쪽.

27) 전재경·정금식·배승희, 慣習法調查研究(I), 한국법제연구원, 1991, 200쪽.

## IV. 名單公開의 本質과 適正性 分析

### 1. 處罰性

일부 언론기관은 승용차 10부제 운행 위반자의 명단을 공개하려는 서울시의 방침에 대하여 “약속에도 없던 명단공개를 추가로 실시한다면 이중처벌(二重處罰)이 아닌가”라는 문제를 제기하였다.<sup>28)</sup> “한가지 범죄를 이중으로 처벌할 수 없다는 법의 기본정신에 배반되며 법치주의(法治主義) 사회의 기본정신에도 위배된다”는 것이 주요 반박논리이다.<sup>29)</sup> 그러나 명단공개가 이중처벌이라는 논리가 성립하려면 먼저 명단공개가 ‘처벌성’이 확립되어야 한다. 만약 명단공개가 처벌에 해당하지 아니한다면 이중‘처벌’의 문제도 제기될 수 없다. 그렇다면 명단공개는 처벌인가? 우선 이 문제는 처벌의 실재와 관련되어 있다. 응보주의(retributivism)나 공리주의(utilitarianism) 모두 처벌의 실재에 있어서 내재적(immanent)이지만 관념상 차이가 있다 :

공리주의(功利主義)에서는 유용성(utility)의 원리에 따라 처벌을 정당화시킨다. 이 이론에 의하면, 처벌은 「장차 범죄의 억제를 통하여 회피되는 고통」이 「처벌이 범인에게 가하는 고통」을 능가하는 때에 한하여 정당화된다. 공리주의적 설명의 핵심은 「개별적 처벌 사례는 예상되는 미래의 이익에 따라 정당화되어야 한다」는 것이다. 이에 비하여 응보주의적 설명은 미래지향적이라기보다 과거지향적이며 처벌을 「잘못된 범행에 대한 교정」(redress)으로 본다. 응보주의(應報主義)에는 복수에서부터 도덕적 비난의 표현까지 서로 다른 관념들이 존재하지만 공통된 주제는 「정의를 위하여 처벌한다」는 것이다.<sup>30)</sup> 응보주의는 두가지 원리를 내포한다: 첫째, 유죄자(the guilty)만이 처벌되어야 한다. 둘째, 모든 유죄자가

28) 中央日報 1995년2월4일자 제3면 사설 “문제 많은 명단공개 발상”, 참조.

29) 朝鮮日報 1995년2월6일자 제3면 사설 “특하면 명단공개”, 참조.

30) Book Review : *The Punishment of Immanent Criticism* (Punishment : Theory and Practice, By Mark Tunik. Berkeley : University of California Press. 1992), *Harvard Law Review* vol.106 no.8, June 1993, p.2021.

처벌되어야 한다.<sup>31)</sup> 이러한 관념에 따르면 명단공개는 '도덕적 비난'을 포함하는 한편 장래범죄의 억제를 목표로 한다는 점에서 '처벌성'을 지니고 있다.

그 다음에 검토되어야 할 것은 명단공개가 실정법적 차원에서 처벌성을 지니는가의 여부이다. 넓은 의미의 처벌에는 형사벌 뿐만 아니라 행정벌(行政罰)과 민사벌(民事罰)까지 포함한다. 명단공개는 형법(제41조)이 규정하고 있는 형의 종류에 포함되지 아니한다. 또 명단공개는 민사상 법률행위의 제한 또는 금전적 불이익과 직접적 관련이 없다. 「처벌공시형」 공개는 명단공개와 더불어 다른 처벌이 병과되는 것이지 공개 그 자체가 민사벌은 아니다. 명단공개가 행정벌인가의 여부에 관하여서는 논의의 여지가 있다. 행정청에 의한 명단공개는 행정형벌은 아니며 조례상 과태료와 무관하다.

행정법론에서는 명단공개를 '공표'로 파악한다 : 공표(公表)는 "행정법상 의무위반이 있는 경우 그 위반사항을 불특정다수인이 알 수 있도록 발표함으로써 그 위반자의 명예·신용의 침해를 위협하여 행정법상의 의무이행을 간접적으로 강제하는 수단이다."<sup>32)</sup> 일부 행정법학자들은 공표를 "명령·강제 못지않은 효과를 지닌 행정수단으로 활용될 수 있는" '비권력적 사실행위'(非權力的 事實行爲)로 이해하면서도<sup>33)</sup> '행정벌'이라고 단정하지는 아니한다. 행정벌은 죄형법정주의의 원칙에 비추어 법률에 규정되어야 하는데 현재의 공표제도는 법률적 근거가 박약하기 때문이다. 이러한 관점에서 본다면 명단공개는 행정벌이라기보다는 행정작용의 실효성을 확보하기 위한 새로운 강제수단의 하나에 불과하다.

그러나 명단공개는 그 실정법적 근거결핍에도 불구하고 실제 처벌로서의 기능을 수행한다. 명단공개가 처벌에 속한다면 새로운 형태의 행정질서벌(行政秩序罰)로 볼 수 있을 것인가의 여부가 문제된다. '행정질서벌'이라고 말하면 대개 '과태료'를 연상하지만, 행정질서벌이 과태료에 국한될 이유는 없다. 행정청에 의한 명단'공개'는 행정법상의 의무위반에 대한 제재를 목적으로 실시될 뿐만 아니라, 「간접적으로 행정상 질서에 장애를 줄 위험이 있는 행위에 대한 제재수단」에 속한다고 볼 수 있기 때문에 명단공개 행위를 행정질서벌에서 배제할 이유가 없다.

31) *Ibid.*, p. 2022.

32) 석종현, 일반행정법(上), 삼영사, 1990, 581쪽.

33) 홍준형, 行政法總論, 한울, 1993, 551~552쪽 ; 유지태, 行政法新論, 신영사, 1995, 273쪽.

요컨대, 행정상의 질서유지를 목적으로 하는 명단공개는 행정벌에 속하며 따라서 넓은 의미의 '처벌'에 속한다고 보아야 할 것이다. 명단공개 내지 공표를 막연한 '강제수단'으로 파악함으로써 법치국가원리, 적법절차 또는 죄형법정주의로부터의 일탈을 방지하는 것보다는 처벌 내지 행정벌의 일종으로 보아 공개의 한계를 분명히 규율하는 것이 헌법원리와 부합할 것이다.

## 2. 二重處罰

명단공개가 '처벌'의 일종이라면 다른 처벌에 부가하여 실시되는 명단공개는 외관상 이중처벌에 속한다. 그러나 서로 다른 종류의 처벌이 동시에 병과되었을 때 무조건 이중처벌금지의 원칙에 저촉된다고 볼 수는 없다. 현행 헌법(제13조제1항후문)은 "모든 국민은 ... 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다"고 규정하여 일사부재리(一事不再理)의 원칙과 이중처벌금지의 원칙을 인정함으로써 하나의 행위에 대한 이중의 형사처벌을 금지하고 있고, 이 원칙은 형사판결이 확정되어 기판력이 발생하면 동일한 사건에 대하여 거듭 심판할 수 없으며 재판결과 무죄이거나 심판이 끝난 행위에 대하여서는 다시 형사책임을 물을 수 없다(형사소송법 제326조제1호)는 취지로 해석된다.<sup>34)</sup>

한편 「적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명·자유·재산을 박탈당하지 아니한다」는 적법절차(適法節次)원칙(헌법 제37조제2항)에 의하여 행정벌의 영역에 있어서도 이중처벌금지의 원칙이 당연히 적용된다.<sup>35)</sup> 따라서 동일한 행위에 대한 같은 종류의 처벌이 순차적으로 되풀이될 수는 없다. 남은 문제는 다른 종류의 처벌이 동시에 병과될 수 있는가의 여부이다.

대법원은 형사처벌을 받은 자에 대한 운행정지처분이 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다고 판시하였다.<sup>36)</sup> 또 동일한 사유로 인한 직위해제처분과 감봉처분도

34) 김철수, 憲法學概論, 박영사, 1992, 370쪽.

35) 헌법상 一般의 法律留保 조항(제37조제2항)에 의하여 적법절차원리가 형사·행정·민사 분야에까지 적용될 수 있다는 이론에 관하여서는, 전재경, 韓國의 適法節次에 관한 研究, 박사학위논문, 동국대 대학원, 1991, 189~195쪽, 참조.

36) 大判 1983.10.25, 83 도 3266.



일사부재리의 원칙에 반하지 않는다고 판시하였다.<sup>37)</sup> 독일 헌법재판소의 판례<sup>38)</sup>에 의하면, 국가의 형벌권과 징계권은 이것이 동시에 발동되더라도 양자의 목적과 방향이 전혀 다르기 때문에 이중처벌금지의 원칙에 반하지 아니한다.<sup>39)</sup> 이러한 취지에 비추어 본다면, 행정질서벌에 속하는 일반적 명단공개 행위는 형벌 또는 행정형벌과 목적·방향이 다르기 때문에 이중처벌이라고 보기 어려우며 따라서 다른 처벌과의 병과도 가능하다고 보아야 할 것이다.

### 3. 異常한 處罰

적법절차(due process of law)원리는 잔혹하고 이상한 처벌을 금지한다. 명단공개는 정형적인 처벌과 다른 - 보기에 따라서는 익숙하지 아니한 - 처벌이기 때문에 잔혹하지는 않다고 하더라도 '이상한' 처벌이 아닌가의 여부가 문제된다.<sup>40)</sup> 그러나 어떠한 처벌이 이상한지 아니면 정상인지의 여부는 그것이 낯설고 어색한 것인가에 달려있지 않다. 오히려 모든 처벌은 - 확신범의 경우가 아닌 한 - 다소의 수치심 내지 망신을 야기한다. 처벌의 이상성 유무는 그 목적이 온당한지 그리고 그 수단이 목적과 비례관계를 유지하는지의 여부에 따라 결정하여야 할 것이다. 따라서 이상성의 문제는 먼저 '처벌' 일반의 원리 또는 본질에 비추어 판단하는 한편 국민들의 법감정 나아가 법률문화 일반과 동떨어져 있는가의 여부에 관하여 따져보아야 할 것이다.

최근 미국의 적법절차론은 처벌과 교정의 기관 및 절차에 중점을 둔다. 처벌

37) 大判 1983.10.25, 83 누 184.

38) BVerfGE 21, 391(401).

39) 허 영, 韓國憲法論, 박영사, 1992, 347쪽.

40) 미국 아칸소州 캠덴市의 에드윈 키튼 판사는 10년전부터 줌도독들에게 단기자유형 대신에 「저는 줌도독입니다. 지금 벌받고 있습니다」라고 씌어진 간판을 앞뒤로 걸친채 60일 동안 슈퍼마켓 앞에 서 있도록 명령하여 긍정적인 평판을 듣고 있다. 그러나 미국 시민자유연합 아칸소지부장은 이러한 처벌이 "잔혹하고 이상한 처벌"에 해당한다고 반발하였다. *Examiner*紙 : 스포츠서울 1995년2월27일자 제19면 기사 "줌도독 이색별주기", 참조. 이러한 처벌은 한국 전래의 滿坐面責과 같은 유형에 속한다. 명단공개외의 경우에도 내면적으로는 망신과 수치심을 겨냥하기 때문에 '이상한 처벌'이라는 비판을 받을 가능성이 있다.

교정 절차에서의 위헌적인 침해에 대한 사법부의 관심은 두가지의 주요한 추론력에 근거한다 : 첫째는 실제적인 것이며 이상하고 잔혹한 처벌에 대한 연방헌법 수정 제8조의 보장에 관한 해석에 중점을 둔다. 둘째의 방향은 절차적인 것이어서 담당 기관들에서의 재판형(裁判型) 청문을 통한 적정절차의 보장에 일반적으로 초점을 맞춘다.<sup>41)</sup> 현대의 개혁주의자들은 여태까지 일반적으로 처벌기관들로 간주되어 왔던 것들을 처우기관(處遇機關)들로 전환시키고자 노력함으로써 개인적 자유와 권리들에 대한 절차적 보장을 희석시키려 한다.

개혁주의자들에 의하면, 교정기관들에 관한 적정절차는 이론상 부적절하고, 실무상 역기능적인 것으로 간주되고 그 누구도 '처벌' 받고 있는 중이 아니며 법정 절차들은 단지 '질병'의 효과적인 '치료'를 방해하고 '골치아픈' 개인들이 저항할 수 있는 일련의 수단들을 제공할 뿐이다.<sup>42)</sup> 이러한 논리에 따르면 명단공개는, 사회적 '치료'를 목적으로 하는 한, 이상한 처벌이 아니라고 볼 수도 있다. 적법절차를 '절차지향적'으로 해석하면 '명단공개'는 그 절차만 정당하면 '이상한 처벌'에 속하지 아니하게 된다. 그러나 적법절차는 단순한 '절차보장' 이상의 것이다. 실제적 적법절차에서는 처벌 자체의 정당성에도 주목한다. 따라서 명단공개는 적정절차에 관한 검토는 처벌의 양태 또는 목적에 관한 논의를 넘어 인간의 존엄가치에까지 이른다.

#### 4. 尊嚴價値와 名譽毀損

명단공개는 어느 일면 개인의 명예를 손상시킨다. 명예훼손은 현행 헌법상 존

1) 미국 연방대법원이 1961년 10월의 裁判期가 종료될 무렵에 선고한 *Robinson v. California*, 370 U.S.660(1962)판결은 첫째, 殘酷하고 異常한 處罰의 부과에 대한 헌법적 보장을 수정 제14조에 결합시킴으로서 이를 연방뿐만 아니라 州 차원에서도 적용시킬 수 있도록 만들었다. 둘째, 그것은 모든 형사법규들은 推定 범법자의 상태나 조건에 근거하지 말고 行爲를 근거로 하여 책임을 할당하여야 한다는 것을 最小限의 妥當性의 條件으로서 설정하였다. 끝으로 그것은 處罰은 범죄에 적합하여야 한다는 일반 헌법적 요구가 수정 제8조에 담겨 있음을 인정한 듯이 보였다 : Ducat/Chase, "適法節次의 展開", 전재경 옮김, 법무자료 제102집 『人身保護의 法理』, 법무부, 1988, 261~262쪽.

2) 같은 책, 264쪽.

엄가치(제10조)와 프라이버시권리(제17조)에 의하여 이중의 보호를 받는다. 그러나 개인의 명예훼손이 모두 헌법상 존엄가치 내지 프라이버시와 충돌하는 것은 아니다. 명단공개가 위헌판정을 받으려면 그로 인한 명예훼손의 정도가 존엄가치의 본질을 침해하여야 한다. 한편 프라이버시는 존엄가치와 완전히 일치하지는 않지만 또 완전히 별개의 관념도 아니다. 따라서 명단공개를 규정하는 제정법이 위헌인지의 여부를 따지기 위하여서는 먼저 존엄가치와 프라이버시의 관계를 논한 다음 어떠한 이론구조를 통하여 명예훼손이 존엄가치의 보호를 받는지를 논하여야 한다.

마쇼(Mashaw)교수의 견해에 따르면,<sup>43)</sup> 존엄가치에 대한 강조는 자연권(自然權)에의 복귀라는 측면을 지니고 있었던 까닭에 곧잘 논쟁의 대상이 되었지만, 프라이버시의 보다 발전된 관념으로 현대에 재생되고 있다. 한편 트라이브(Tribe)교수에 따르면, 헌법상의 권리장전은 자아(self)의 여러 측면을 간과하고 있다.<sup>44)</sup> 어느 정도의 도피가 가능한 사회적 환경에서는 '사적사항의 비공개'에서 오는 이익과 '독립적인 의사결정'의 이익을 옹호할 수 있는 프라이버시 권리가 중요한 의미를 지니고 있는데,<sup>45)</sup> 프라이버시 권리는 '타인에게 영향을 미칠 자유'가 자아의 중심관념임에도 불구하고<sup>46)</sup> 내면적 경향에 쫓아 대외적 통제권을 경시하므로 개별적이면서도 사회적인 개념을 추구할 필요성이 있다. 따라서 '기본적'이라고 할 만큼 충분히 '독자적'인 관념으로서 '인격권(right of personhood)'이 부각되어야 한다.<sup>47)</sup>

이 '인격'은 단순한 자기존중(self-respect)의 관념이 아니다. 그것은 '자치'(autonomy) · '사사로움'(intimacy) · '정체'(identity) 및 '존엄'(dignity)과 동류의 관념으로서<sup>48)</sup> 자연법사상, 보통법(common law) 그리고 법들을 연원으

43) Mashaw, "行政節次의 適正性과 保護法益", 전재경 옮김, 法曹 제374호, 1987. 11, 174쪽의 註61.

44) Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd.ed. (Mineola, New York : The Foundation Press, Inc., 1988), p.1308.

45) *Ibid.*, p.1302.

46) *Ibid.*, p.1303.

47) *Ibid.*, p.1305.

48) *Ibid.*, p.1304.

로 한다.<sup>49)</sup> 요컨대, '인격'(personhood)의 관념은 좁게는 「의사결정의 자치」를 의미하지만 넓게는 '인간다움'(manhood + womanhood)의 뜻을 지니는 포괄적 헌법가치로 파악할 수 있다. 이러한 관점에서 본다면 프라이버시와 존엄가치의 실질은 같다. 프라이버시는 존엄가치의 본질영역에 속한다. 따라서 명예훼손이 프라이버시를 침해한다는 주장은 존엄가치를 침해한다는 주장과 같다. 그렇다면 명예훼손은 바로 존엄가치의 문제로 귀결된다. 미국 연방헌법은 존엄가치 조항을 규정하고 있지 아니하기 때문에 적법절차 조항의 '자유'라는 문언을 통하여 존엄가치를 보장하지만 한국 헌법은 별도의 존엄가치 조항(제10조)을 두는 한편 법률유보 내지 적법절차 조항(제37조제2항)을 통하여 다시 존엄가치를 보장하는 구조를 취한다.

적법절차에 의한 존엄가치의 보장은, 미국의 경우, '자유'라는 측면에서 논의된다. 적법절차 조항이 개인의 명예(reputation)라는 법익을 어느 정도까지 보호하느냐의 문제는 근래에 특히 많이 다루어지고 있다.<sup>50)</sup> 보안관이 지역내 상인들에게 "활동적 들치기"(active shoplifters) 명단을 배포하여 주의를 촉구하자 그 명단에 낀 사람이 명예훼손으로 제소한 사안에서,<sup>51)</sup> 다수의견은 단순한 명예훼손만으로는 "자유"의 박탈에 해당되지 않는다고 하였다.<sup>52)</sup> 즉 공익을 위한 명단공개는 그것이 진실인 한 당사자의 인격권을 해치는 것이 아니다. 또 명예훼손으로서의 가벌성(可罰性)을 구비한다고 볼 수 없다. 물론 정부관리가 허위정보를 유포한다면 그 행위는 일반적인 선택 또는 행동의 자유를 현저하게 축소시킬 것이고 따라서 자유박탈에 해당된다고 한다.<sup>53)</sup>

한편 명예훼손이 중대하여 사교와 고용의 기회를 광범위하게 해칠 경우에도 자유의 축소가 초래된다. 예컨대, 학생에 대한 정학조치가 그의 교우 관계와 장래

49) *Ibid.*, pp.1309~11.

50) Nowak, J.E./ Rotunda, R.D./ Young, J.N., *Constitutional Law* 2nd.ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1983), p.544.

51) *Paul v. Davis*, 424 U.S.693(1976).

52) *Ibid.* at 708~10.

53) 行政上 公表가 "확실히 眞實이라고 믿을 만한 客觀적이고도 타당한 確證과 근거가 있는 경우"가 아닌 한 名譽毀損을 면하기 어려우며 따라서 國家賠償사유가 될 수 있다는 취지의 판례로서는, 大判 1993.11.26, 93다18389, 참조.

의 교육 또는 취업 기회를 손상시킬 정도라면 적법절차를 거쳐야 한다.<sup>54)</sup> 정부가 그 피용자를 해고하는 과정에서 공표한 정보도 명예훼손을 구성하고 고용의 기회를 해칠 가능성이 있다.<sup>55)</sup> 일반적으로 정부 피용자는 그의 해고와 관련된 정보의 진실성을 다룰 권리가 있다고 한다. 반대의견중에는 이러한 관련 정보가 진실한 경우에도 피용자는 그 정보가 해고를 정당화시키는지의 여부를 다룰 권리를 가진다는 주장도 있다.<sup>56)</sup>

## V. 公開의 限界와 代案

### 1. 法執行의 實效性 確保 : 處罰 · 制裁의 多樣化

명단공개가 처벌로 정착되기 위하여서는 이 제도가 소극적으로 「이중처벌이 아니고 존엄가치를 침해하지 아니한다」는 것만으로는 부족하며 적극적으로 법집행의 실효성을 증진시켜야 한다. 법집행의 실효성을 확보하기 위하여서는 처벌과 제재 수단을 다양화시키는 것이 필요하다. 그런데 우리는 현행 형벌제도의 폐단을 지적하면서도 처벌의 확실성 때문에 현행 제도를 원용할 수 밖에 없고 명예감정을 존중하는 사회에 살면서 명예형을 배척하는 모순에 빠져 있다. 그러나 면허나 자격이 재산권으로 작용하는 전문가시대에 있어서 자격상실·자격정지와 같은 처벌은 명예형 겸 재산형이다. 따라서 자격상실·자격정지보다 가벼운 명예형으로서 명단공개가 배척될 이유가 없다. 다만 명단공개는 전통적으로 관습형벌이었기 때문에 명단공개가 현대국가의 성문법제와 어울리기 위하여서는 관습법의 존립근거와 관습형벌의 제도화 경로가 밝혀져야 한다.

국가 전체 차원에서는 관습법(customary law)이 국가법(state law)에 종

---

54) Goss v. Lopez, 419 U.S. 565 (1975). 이 판결은 재산에 대한 節次保護라는 측면도 있다 : R. J. Pierce / S. A. Shapiro / P. R. Verkuil, *Administrative Law and Process* (Mineola, New York : The Foundation Press, Inc., 1985), p. 233.

55) Cf. Codd v. Velger, 429 U.S. 624 (1977) (*per curiam*).

56) *Ibid.* at 631 (*Stevens, J. dissenting*).

속되어 있는 듯이 보인다. 이는 국가법과의 존립가능성을 전제로 하여 관습법이 정의되고, 국가제도가 관습법정(customary courts)보다 광범위한 관할권을 향유하기 때문이다. 그러나 이는 관습법과 국가법이 상호작용하는 제1단계에 불과하다. 제2단계 상호작용은 가장 이익이 되는 분쟁해결 방식으로 두개의 법제도를 사용하는 민중들의 전략에 의하여 야기된다. 이 단계에서는 국가법제와 결부되어 관습법이 민중들에 의하여 여전히 이용된다. 그러므로 국가법과의 관계에서 관습법이 반드시 무기력한 위치에 놓여 있는 것은 아니다. 관습법의 특성은 변화되었다. 이 변화는 민중들이 상황변화에 따라 스스로 선택한 결과이다.<sup>57)</sup>

관습법은 사회경제적 변화와 국가법에 의한 잠식에도 불구하고 여전히 살아 있으며 그 추종자들에 의하여 활용된다. 물론 변화하는 조건에 민중들이 적응하기 때문에 그에 따라 관습법의 특성도 변화였다. 관습법은 살아있는 법을 구성한다. 국가법정에서 일어나는 것보다 훨씬 구체적으로 민중들의 사회적 실재를 반영하는 법은 바로 이 '살아있는 법'이다. 물론 제도화된 관습법은 국가법률에 의하여 또는 다른 국가권력의 현시(顯示)에 의하여 잠식될 위험이 있다. 물론 살아있는 관습법은 그 유연성과 변화수용성 때문에 존립가능성이 더 높다.<sup>58)</sup> 죄형법정주의는 관습형벌을 금지하였지만, 제도화된 관습상 처벌까지 부정하는 것은 아니다. 관습처벌이 법감정과 어울리고 성문형벌보다 폐단이 적다면 제도화를 막을 이유가 없다.

## 2. 負擔附 登錄制 : 持續的 · 實質的 制裁

형법의 탈근대화(脫近代化) 현상은 삼단논법적 명제로 표현된다<sup>59)</sup>: ①근대형법의 이성(理性)은 "형법의 임무는 법익을 보호하는데 있다"고 말한다 ②그런데

57) Athaliah Molokomme, "Caught Between Indigenous Law and State Law: The Strategies of Mothers in Maintenance Cases in a Bangwaketse Village", Ren Kuppe and Richard Potz(Eds.), *LAW & ANTHROPOLOGY: International Yearbook for Legal Anthropology* Volume 7 (Martinus Nijhoff Publishers : London, 1994), pp.307~308.

58) *Ibid.*, p.308.

59) 이상돈, 앞에 든 책, 23쪽.

후기산업사회에서는 '사회적 위험성'이 있는 곳에 (형법이 보호하여야 할 가치있는) 법익이 있기 때문에 형법의 기능이 확대된다 ③따라서 탈근대의 형법은 '사회적 위험성'의 제거 및 예방을 임무로 한다. 탈근대 형법에 있어서 법익보호원칙은 곧 위험예방원칙을 말한다. 탈근대의 형법은 역설적으로 이성중심의 서구적 형법관에서 벗어날 것을 요구한다. 법철학상의 포스트 모더니즘은 우리 민족정서와 사회현실에 적합한 고유한 방식의 형벌이 등장할 수 있음을 시사한다. 전근대의 명단공개는 이미 탈근대의 씨앗을 잉태하고 있었다.

그러나 명단공개가 효과적이고 필요하다고 할지라도 거듭나기 위하여서는 전근대적 요소들이 청산되어야 한다. 명단공개는 비정상적 요소들은 되도록이면 지양되어야 한다. 더 나아가 '공개'가 적절하지 않다면, 비공개로 전환되어야 한다. 이는 명단의 공개가 아니라 명단의 등록에 가깝다. 명단등록이 효과나 기능면에서 공개에 못지 않다면 오히려 등록이 권장되어야 한다. 보고 듣는 사람으로 하여금 소름끼치게 만드는 잔혹한 처벌의식은 외면하고 싶은 잔인성에 구경꾼들을 길들여 놓으며 수형자를 동정 또는 감탄의 대상으로 변모시킨다. 베카리아는 "살인 행위를 무서운 범죄라고 말하는 바로 그 (재판)당사자가 양심의 가책도 없이 태연히 그 (살인)행위를 자행하는 것을 우리들은 목격하고 있다"고 비판하였다. 예컨대, 사형집행의 공개는 폭력이 재연되는 온상으로 인식되었다.<sup>60)</sup>

미셸 푸코에 의하면, 처벌받는 것도 수치스러운 일이지만 처벌하는 일도 명예스러운 것이 아니다. 그리하여 처벌행위는 형벌의 과정 속에서도 가장 비밀스러운 부분이 되는 경향을 보이게 되었다. 예컨대, '단두대'는 프랑스 형벌제도의 상징처럼 여겨졌고 대혁명의 와중에서는 대규모의 연극적 행사 분위기를 연출하였지만 그 후 형집행당국에서는 사형집행이 구경거리가 되지 않게 하기 위하여 두 경을 씌운 마차를 호송차로 신속하게 사형수를 옮기는 등의 은폐조치를 취하였다.<sup>61)</sup> 이제 처벌행위는 일상적으로 인식되는 생활의 영역을 떠나서 추상적 의식의 영역 속으로 들어가고 사람들은 처벌의 효과를 가시적인 강렬함에서가 아니라 처벌당한다는 확신 - 숙명적인 필연에서 찾게 되었다.<sup>62)</sup> 뒷날 불이익을 안기기

60) 미셸 푸코, 감시와 처벌 : *Surveiller et Punir*, 오생근 옮김, 나남출판, 1994, 31쪽.

61) 같은 책, 40쪽.

62) 같은 책, 32쪽.

위하여 명단을 등록한다면 비밀주의도 충족시킬 뿐만 아니라 지속적·실질적 처벌이 가능하다.<sup>63)</sup>

### 3. 處罰의 個人化와 法定主義

명단공개는 당사자들의 심리(心理)까지 처벌함으로써 처벌을 개인화시킨다. 미셸 푸코에 의하면, 앞으로의 처벌은 사람들의 정신 속에 범죄를 통해서 얻는 잘못된 이익 대신에 올바른 금전 개념을 불어넣을 수 있어야 한다. 그러기 위하여는 징벌이 자연스러워야 할 뿐만 아니라 각자의 징벌 속에서 자기 자신의 이익을 얻을 수 있어야 한다. 이제는 지난 날의 요란스러우면서도 실속 없었던 형벌은 존재하지 아니하게 되었다.<sup>64)</sup> 처벌의 개인화는 동일한 한가지 벌에 관한 개념이 모든 사람에게 똑같은 영향력을 갖지 아니한다는 데에서 출발한다. 벌금형이 부자에게 두렵지 않듯이 공개형을 받는 자는 명예박탈형이 두렵지 않다.

여기에서 우리는 범죄와 징벌의 대응적인 분류의 필요성과 범죄자의 개별적인 성격에 부합하는 '형벌의 개인화'의 필요성이 동시에 나타나는 현상을 보게 된다. 미셸 푸코는 이를 '최상의 특성화 법칙'이라고 규정짓는다.<sup>65)</sup> 이러한 개인화(個人化)는 종래의 법해석학 속에서 발견되던 형벌의 조정작업과는 아주 다르다. 종래의 조정작업은 양심(道徳)의 문제를 이성(理性)과 (기독교)교리에 따라 해결하려는 이론(決疑論)에 기초하고 있었다. 그러나 새로운 개인화에서는 심리학적 지식이 결의론적 법해석학을 대신하게 되었다.<sup>66)</sup>

사회통제를 목적으로 하는 비리형 명단공개가 야만적이며 명예훼손에 속하기 때문에 불가하다는 주장은 오히려 근거가 박약하다. 법정요건을 갖춘 명단공개는

---

33) 명단공개는 社會的 隔離를 추구하지만 사람들의 記憶이란 그리 오래가지 않기 때문에 명단공개에 의한 제재는 一過性을 면하기 어렵다. 명단을 공개하는 대신에 - 마치 運轉 免許所持者들의 罰點을 관리하듯이 - 비위사실을 관련기록에 登錄하여 두었다가 당사자가 새로운 法律行爲 내지 準法律行爲로 나아가고자 할 때 不利益을 안기면 制裁의 持續性이 유지될 것이다.

34) 미셸 푸코, 앞에 든 책, 168쪽.

35) 같은 책, 154쪽.

36) 같은 책, 155쪽.



존엄가치를 침해하는 측면보다 질서유지 내지 사회통제라는 공익성이 더 부각된다. 기존의 형벌제도가 교화개선이라는 행형목적을 충분히 달성하지 못하고 있는 상황에서, 과태료 또는 범칙금과 같은 재산적 제재의 확대에도 반대하고 명단공개와 같은 명예형에도 반대한다면, 우리는 법집행당국에 대하여 유효한 무기는 주지 않으면서 효과적인 법집행만을 독려하는 모순에 빠진다. 행위자의 심리에 직접 작용하는 명단공개는 법감정에 부합할 뿐만 아니라 현행 처벌제도의 한계를 보완하는 기능을 수행한다. 그리고 이러한 목적에 이바지하는 명예형은 위헌이 아니다. 다만 법치국가원리, 적법절차원리 그리고 죄형법정주의 원칙을 충족시키기 위하여, 명단공개는 형식적 의미의 '법률'〔議會制定法〕에 근거하여야 한다.