[UCI]I804:24011-200000234231

2007年 2月

博士學位論文

出版物 等에 의한 名譽毁損罪 硏究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 忠 勳

出版物 等에 의한 名譽毁損罪 硏究

A Study on the Crime of Libel

2007年　2月　日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴　忠　勳

出版物 等에 의한 名譽毁損罪 硏究

指導敎授　　文　正　珉

이 論文을 法學博士學位 申請論文으로 提出함

2006年　10月　日

朝鮮大學校 大學院

法　學　科

朴　忠　勳

朴忠勳의 法學博士學位 論文을 認准함

委員長	大學校	敎授	(인)
委　員	大學校	敎授	(인)
委　員	大學校	敎授	(인)
委　員	大學校	敎授	(인)
委　員	大學校	敎授	(인)

2006年　12月　日

朝鮮大學校 大學院

目　　次

Abstract

第1章 序　論 ····· 1

第1節 硏究의 目的 ····· 1

第2節 硏究의 範圍와 方法 ····· 3

第2章 名譽毁損罪의 理論的 檢討 ····· 5

第1節 出版物 等에 의한 名譽毁損罪의 體系 ····· 5

第2節 名譽毁損罪의 基本槪念 ····· 6

1. 名譽의 槪念과 主體 ····· 6

가. 名譽의 槪念 ····· 6

나. 名譽의 主體 ····· 10

2. 名譽毁損罪의 成立要件 ····· 14

가. 公然性 ····· 14

나. 事實의 摘示 ····· 24

第3節 出版物 等에 의한 名譽毁損罪의 排除事由 ····· 33

1. 違法性阻却事由에 의한 排除 ····· 33

가. 正當行爲 ····· 33

나. 被害者의 承諾 ····· 37

2. 刑法 第310條에 의한 排除 ····· 38

가. 刑法 第310條의 適用範圍와 效果 ····· 39

나. 出版物 等에 의한 排除 ····· 46

다. 不法行爲法上의 排除 ····· 47

第3章 言論·出版의 自由와 名譽毁損罪 ····· 51

第1節 言論·出版의 自由 ····· 51

1. 意　義 ····· 51
2. 機　能 ····· 52
가. 個性伸張의 手段 ····· 52
나. 民主的 統治秩序의 前提條件 ····· 53
3. 內　容 ····· 53
가. 古典的 意味의 言論·出版의 自由 ····· 54
나. 現代的 意味의 言論·出版의 自由 ····· 54
4. 限　界 ····· 60
가. 憲法規定 ····· 61
나. 名譽毁損의 禁止 ····· 61

第2節 名譽의 保護와 規制 ····· 63

1. 序　說 ····· 63
2. 刑法的 規制方法 ····· 65
가. 一般刑法 ····· 65
나. 特別刑法 ····· 66
3. 民法的 規制方法 ····· 69
가. 意　義 ····· 69
나. 損害賠償 ····· 70
4. 反論報道請求權 ····· 76
가. 意　義 ····· 76
나. 反論報道請求權 行事 ····· 77

다. 公職選擧法의 反論報道請求權 ····· 79
라. 追後報道請求權 ····· 80
第3節 言論·出版의 自由와 名譽의 保護와의 調和 ····· 81
1. 序 說 ····· 81
2. 刑法 第310條의 規範的 意味 ····· 82
3. 刑法 第310條의 役割 ····· 83
가. 違法性阻却의 意義 ····· 84
나. 違法性阻却의 要件 ····· 84
다. 眞實性과 公益性의 立證責任 ····· 94
라. 民事訴訟에서의 適用與否 ····· 97
第4章 出版物 等에 의한 名譽毁損罪의 各國의 動向 ····· 98
第1節 外國의 立法例 ····· 98
1. 美 國 ····· 98
2. 獨 逸 ····· 101
3. 日 本 ····· 104
第2節 우리나라 ····· 105
1. 刑法 第307條의 名譽毁損罪 ····· 105
가. 意 義 ····· 105
나. 客觀的 構成要件 ····· 106
다. 主觀的 構成要件 ····· 106
2. 刑法 第308條의 死者의 名譽毁損罪 ····· 107
가. 意 義 ····· 107
나. 客觀的 構成要件 ····· 107

다. 主觀的 構成要件 ····· 108
3. 刑法 第309條의 出版物 等에 의한 名譽毁損罪 ····· 108
가. 出版物 等의 槪念 ····· 109
나. 誹謗의 目的 ····· 113
다. 提報者의 責任 ····· 120

第5章 出版物 等에 의한 名譽毁損罪의 問題點과 改善方案 ··· 123

第1節 構成要件上의 問題點과 改善方案 ····· 123
1. 刑法 第309條의 構成要件 ····· 123
가. 目的犯 規定 ····· 123
나. 새로운 媒體 ····· 125
2. 構成要件上의 改善方案 ····· 125
가. 刑法 第310條의 適用 ····· 126
나. TV放送의 刑法 第309條의 適用 ····· 128
第2節 適用上의 問題點과 改善方案 ····· 129
1. 公人과 公益性의 適用 ····· 129
가. 公人의 槪念과 範圍 ····· 129
나. 公益性의 槪念과 範圍 ····· 138
2. 適用上의 改善方案 ····· 143
가. 公人의 範圍設定 ····· 143
나. 公益性의 範圍設定 ····· 147

第6章 結 論 ····· 151

參考文獻 ····· 151

ABSTRACT

A Study on the Crime of Libel

Park, Choong Hoon
Advisor : Prof. Moon, Jeong Min, Ph. D.
Department of Law
Graduate School of Chosun University

The purpose of this study is to obtain reasonable and valid conclusions through examinations of libel relating to issued publications based on criminal codes through bibliographical research.

These days, new media such as newspapers, magazines, televisions and the Internet network have worked as a means to improve freedom of expression and organize the order of democracy.

However, evil practices are occurring due to mass media, one of which is libel.

In addition, as current society has become hugh and urbanized thanks to development of communication equipment and technology, the liber cases are getting complex and diversified, and they have caused many large damages.

As democratic countries have to create and maintain democratic political orders by integrating opinions of the majority based on free formation and delivery of public opinions, the freedom of expression, in particular, on public matters should be guaranteed as an important

constitutional right.

However, private rights such as personal honor or personal freedom and secret should be also protected. So, how to deal with the crash of two benefits such as protection of personal honor and guaranty of expression right should be decided by comparing several social profits and measuring the values obtained through protection of profits, values and personality.

The previous countermeasure against mass media usually focused on criminal punishment. It prosecuted offenders of liber or employees of mass media so that they could be punished through criminal cases, which was designed to compensate for emotional damages and prevent repetition of liber cases.

However, these days, instead of punishment according to criminal procedures , monetary compensation or proper measures for recovery of honor have been used according to civil procedures.

In th beginning, the libel cases were involved in criticism against policy of the government or public officers or critical proposal to incite insurrection or criticize churches, and they were generally treated as criminal cases, but these days, they tend to rely on the civil procedures.

It is because the libel cases are involved in complex interests that can not be resolved only with psychological compensation when criminal punishment is given to wrongdoers and as most of the offenders are wealthy business men, the victims can have satisfactory monetary compensation.

However, there are still many libel cases to be criminally

prosecuted as a means of civil relief in our country.

Our country has higher weight of criminal cases on libel relating to the mass media than advanced counties.

It is related to the general tendency that our people tend to resolve the problems based on criminal procedures instead of civil procedures for civil conflicts.

Currently, there are many publications which deal with libel cases in the perspective of constitutional or civil procedures while not many ones that deal with them in the perspective of criminal procedures.

The parties concerned tend to resolve general libel cases through civil procedures, but in consideration of libel cases by publications that have significantly increased recently, libel crimes involved in criminal codes are also increasing.

However, in the past, there were not many cases that sought for legal relief means against libel cases. It was not because there were less libel cases, but because recognition on intangible personality rights such as honor was lower and though their rights of honor were infringed, the victims were unwilling to reveal it, fearing that their honor was more damaged.

However, as cases focusing on serious libel have increased recently, the means to relive have more diversified. As more victims are raising suits, the quantity and quality of judgement are increasing, and more monetary compensation are required in civil suits.

This study speculated basic concepts of libel cases involved in publications, and identified what meaning values of basic rights such as protection of honor, freedom of mass media and publication have

in discussing libel crimes involved in publications based on the criminal codes. And it conducted comparative analysis on foreign legal theories in respect to legal theories of libel crimes through publications.

In particular, it examined the tendencies of Germany and America in respect to special treatment of public figures such as politicians or movie stars to present improvement plans of Korean criminal codes.

It also examined several issues involved in the theme based on existing bibliography on libel crimes in publications in the perspective of criminal codes in order to present several reasonable and valid conclusions on libel crimes involved in publications.

It was somewhat afraid that we deal with the theme of libel crimes involved in publications and mass media only in the perspective of the Constitution, but this study tried to deal with it within the boundary of criminal perspective.

第 1 章 序 論

第 1 節 硏究의 目的

명예에 대한 중요성은 인간의 오랜 역사를 통해 사회적인 전통과 풍습을 초월해서 인정되어 왔다. 최근 들어 신문·잡지나 TV 등 현대사회의 대중매체는 한편으로 민주주의 국가에서 개인의 표현의 자유를 신장하고, 민주주의 질서를 구성하는 근간으로서 중요한 기능을 하고 있으나 다른 한편 대중매체로 인한 폐해 또한 계속적으로 발생하고 있고 이러한 폐해 중 하나가 바로 명예훼손이라 할 것이다. 더구나 현대사회에서는 통신기술과 장비의 발달로 대중매체가 거대화·광역화되어 가면서 오보로 인한 명예훼손은 그 형태가 복잡하고 다양해졌을 뿐만 아니라 그에 따른 피해 역시 매우 빠르고 넓게 확산되고 있는 것이 현실이다.

민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달에 의하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나가는 것이므로 표현의 자유, 특히 공익사항에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상의 권리로서 최대한 보장을 받아야 한다. 그렇지만 그에 못지않게 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 사적 법익도 보호되어야 한다. 그러므로 인격권으로서의 개인의 명예보호와 표현의 자유 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익과 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정하여야 한다.[1)]

우리나라에서는 개인의 명예보호를 위하여 형법 제33장에서 명예에 관한 죄에 대하여 '공연히 사실을 적시'하여 명예를 훼손한 경우를 기본적인 범죄로 규정하고 있으며, '허위사실의 적시에 의한 명예훼손' 및 '출판물 등에 의한 명예훼손'에 대하여 형을 가중하고 있다. 특히 전파성이 큰 출판물 등에 의한 명예훼손으로부터 명예를 보호하기 위해 동 행위를 가중처벌하고 있다. 그러나 형

1) 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2005, 186면; 대법원 1998. 7. 14, 96다17257.

법은 이러한 명예보호규정과 동시에 제310조에서 '제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.'고 하는 명예훼손죄에 대한 특수한 위법성조각사유를 규정하고 있다. 이는 명예훼손행위라고 하더라도 국민의 알권리의 충족 혹은 언론·출판의 자유 보호를 위한 것이다. 즉 형법 제310조는 명예와 언론·출판의 자유가 충돌하는 경우의 조화점을 규정하고 있는 것이라고 할 수 있다.

현재 국내에서 출판물에 의한 명예훼손과 관련하여 헌법이나 민법적 관점에서 접근하여 다룬 문헌들은 많이 있으나, 형법적 관점에서 다루고 있는 문헌들은 그리 많지 않은 것이 현실이다. 보통의 명예훼손 사건에서도 민사상의 해결점을 찾으려 하는 것이 당사자들의 주된 흐름으로 볼 수 있지만, 최근 들어 부쩍 늘어나고 있는 출판물에 의한 명예훼손 사건들은, 형사법적으로 문제가 되는 사안들도 이와 더불어 증가하고 있다고 볼 수 있다.[2] 그러나 예전에는 명예훼손에 대해 법적인 구제수단을 이용하는 경우는 많지 않았다. 명예훼손의 사례가 적었기 때문은 아니며, 일반적으로 명예라는 무형적 인격권에 대한 자각이 희박하여 명예권이 침해되더라도 피해자가 이를 수인하였고 명예훼손사실을 공개법정에 드러냄으로써 오히려 명예가 더욱 훼손될 것을 우려해 고소를 꺼려했기 때문이라고 할 것이다. 그러나 최근에는 명예훼손이 문제가 되는 경우가 늘어나면서 그 구제방법도 예전에 비해 다양해졌다. 소의 제기가 늘어남에 따라 그에 관한 판결도 양과 질 모든 면에서 증가했으며, 명예훼손에 대한 민사소송에서 손해배상액이 크게 늘어난 것도 변화 중의 하나이다. 헌법상 보장되는 표현의 자유는 최대한 보장되어야 하지만 개인의 명예권을 침해하는 경우 이를 해결하기 위한 입법으로 민사상 손해배상책임과 형법 제307조 내지 309조의 형사처벌 규정을 두고 있다.

본 연구에서는 명예훼손죄에 관하여 기본 이론들을 검토하고, 비교하여 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 직면하고 있는 구성요건상의 문제점과 적용상의 문

2) 법원의 명예훼손죄에 관한 1심 공판 접수 현황을 사법연감 1998~2006년까지를 아래와 같이 도표로 정리하였다.(사법연감, 법원행정처, 1998~2006년)

년도	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
사건	394	585	713	971	1234	1242	1196	1236	1550

제점을 분석한 후 현대사회에서 더욱 빈번히 발생하는 출판물 등에 의한 명예훼손 사건에서의 합리적이고 타당한 개선방안을 제시해 보고자 한다.

第 2 節 硏究의 範圍와 方法

위와 같은 목적을 위해 이 논문에서는 먼저 명예훼손죄와 언론·출판의 자유에 대하여 개괄적으로 살펴본 후, 양자간의 조화점에 대한 학설 및 판례를 분석하고, 출판물 등에 의한 명예훼손죄에 관한 기존 문헌들에 바탕하여 주제와 관련된 여러 가지 쟁점들에 대한 검토를 통하여 형사법적으로 제기되는 문제점 및 개선방안을 강구하고자 한다.

이 논문의 구성은 다음과 같다.

제1장은 서론으로서 연구의 목적, 범위 및 방법을 제시하였다.

제2장에서는 명예훼손죄의 기본개념을 논의하고 이론적으로 검토하였다. 제1절에서는 이 논문의 주요목적인 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 체계를 설명하고, 제2절에서는 명예훼손죄의 논의에 필요한 기본개념으로 명예의 개념과 주체, 그리고 공연성과 사실의 적시에서의 각각의 요소를 나누어 살펴보았다. 제3절에서는 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 배제사유로 위법성조각사유에 의한 배제와 형법 제310조에 의한 배제로 나누어 살펴보았고, 위법성조각사유에 의한 배제는 다시 정당행위와 피해자의 승낙으로 나누었고, 형법 제310조에 의한 배제는 형법 제310조의 적용범위와 효과, 출판물 등에 의한 배제, 불법행위상의 배제 등으로 나누어 살펴보면서 형법 제309조와의 관계를 설명하였다.

제3장에서는 언론·출판의 자유와 명예훼손죄와의 조화를 법질서 전체와 관련하여 살펴보았다. 제1절에서는 언론·출판의 자유를, 제2절에서는 형법적 규제 이외의 민법적 규제, 반론보도청구권 등을 통해 명예가 더욱 적절히 보호될 수 있음을 설명하였고, 제3절에서는 언론·출판의 자유와 명예의 보호와 관련하여 헌법적 시각과 형법의 조화와 관련하여 형법 제310조의 역할에 대하여 설명하였다.

제4장에서는 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 각국의 동향을 미국, 독일, 일본의 입법례를 통해 우리나라 출판물 등에 의한 명예훼손죄와 비교법적으로 살펴

보았다

제5장에서는 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 문제점과 개선방안으로 제1절에서 형법 제309조의 구성요건상의 문제점과 개선방안을, 제2절에서 적용상의 문제점과 개선방안으로 공인과 공익성의 적용에 관하여 살펴보았다.

마지막으로 결론부분은 이제까지의 논의를 종합하는 것으로 끝을 맺고자 한다.

한편 본 논문에서는 명예훼손죄와 관련된 선행연구 및 기타 자료 등의 내용을 분석·정리하는 문헌연구방법을 사용하였다. 또한 명예훼손죄에 대한 합리적 대안을 제시하기 위해 우리나라의 경우 제309조가 실제적으로 어떻게 적용되는지의 판단기준은 하급심과 대법원의 판례분석과 외국의 경우는 명예훼손과 관련된 판례를 분석하는 방법으로 하였다.

第 2 章　名譽毁損罪의 理論的 檢討

第 1 節　出版物 等에 의한 名譽毁損罪의 體系

출판물 등에 의한 명예훼손죄는 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손함으로써 성립하는 범죄이다. 이는 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 일반명예훼손죄인 형법 제307조의 명예훼손죄에 비하여 '비방의 목적'과 행위방법이 공연성보다 전파성이 큰 출판물 등에 의한다는 점과 언론매체에 대한 대중의 신뢰성과 장기간의 보존가능성을 내재하고 있다는 이유로 인하여 별개로 구성요건화하여 일반명예훼손죄에 보다 행위불법이 가중된 구성요건이다. 즉 불법가중적 수단과 넓은 확산성으로 인해 행위방법상의 특수성과 비방의 목적으로 인하여 형이 가중되는 것을 고려한 가중처벌조항이라고 할 것이다.[3)]

일본 등 외국의 법제에서는 출판물에 의한 명예훼손을 일반적인 명예훼손과 구별하고 있지 않는데, 우리 형법은 이를 특별히 규율하고 있다고 할 수 있다. 비방의 목적이 있는 출판물에 의한 명예훼손죄에 대해서는 제310조가 적용되지 않는다.

판례에 따르면 형법 제309조 제1항 소정의 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 형법 제310조의 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있어야하는 형법 제309조 제1항 소정의 행위에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 형법 제307조 제1항의 행위에 한하여 적용되는 것이고, 반면에 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다고 봄이 상당하므로 이와 같은 경우에는 형법 제307조 제1항 소정의 명예훼손죄의 성립여부가 문제될 수 있고 이에 대하여는 다시 형법 제310조에 의한 위법성 조각 여부가 문제로 될 수 있다고 판

---

3) 임　웅, 「형법각론」, 법문사, 2006, 208면.

시[4]하고 있다. 즉 판례는 비방할 목적만 있으면 적시된 사실이 진실이고 공공의 이익에 관한 때에도 제310조가 적용되지 않고 형법 제309조에 의하여 처벌할 수 있다고 본다. 본죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄를 소추요건으로 하고 있다.

第 2 節 名譽毁損罪의 基本槪念

1. 名譽의 槪念과 主體

가. 名譽의 槪念

명예개념은 크게 객관적 명예개념과 주관적 명예개념으로 구분된다. 여기서 객관적 명예개념은 내부적 명예와 사회적 명예를 포괄하는 개념이고 주관적 명예개념은 이른바 명예감정을 의미한다고 할 수 있다.

내부적 명예란 객관적으로 존재하는 사람의 내부적 가치이다. 즉, 사람의 가치 그 자체이고 그 의미에 있어서의 명예는 사람의 내부에 존재하여 나타나고, 외부에서 침해될 수 있는 성질의 것은 아니다. 따라서 그 의미에서 볼때 침해를 관념으로 할 수 없고 법적보호의 대상에는 해당하지 않는다.

사회적 명예(외부적 명예)라는 것은 사람이 품성, 덕행 등의 인격적 가치에 대해서 사회로부터 받는 객관적 평가·명성을 말한다. 법률상의 명예라고 하는 경우에는 이 의미에서 사용되는 것이 일반화 되어 있고, 엄밀한 의미에서 명예훼손의 명예의 의미이고, 법적보호를 받아야하는 전형적인 명예라고 말할 수 있다. 그리고 명예감정이란 사람의 가치에 대해서 본인 자신이 가지고 있는 의식, 감정이다[5]. 명예감정은 각 사람의 주관적 의식과 감정의 정도에 따라서 개인차가 있는 것이기 때문에 사회의 일반인에 대한 규범으로서 법의 보호에는 적당하지 않으므로 형법상의 명예훼손죄 및 불법행위로서의 명예훼손에 있어서의 명예란 외부적 명예를 가리킨다고 봄이 우리나라의 판례[6]와 통설[7]의 입장

4) 대법원 2003. 12. 26, 2003도6036.

5) のぞみ總合法律事務所, 「新・名譽毁損」, 商事法務, 2006. 5면.

이다.

학자에 따라 명예를 사람이 사회생활에서 가지는 가치,[8] 즉 독립된 인격체로서 인정되는 가치[9]로 정의하고 있고, 일본판례의 견해를 수용하여 사회적 생활에서 사람이 가지는 지위 또는 가치라고 하는 견해[10]도 있다. 대법원 판례는 사람의 가치에 대한 사회적 평가로 판시[11]하고 있다.

한편 독일에서의 명예개념은 인격의 존엄성에 근거한 내면적 가치(내적명예), 인격에 대해 외부적으로 주어지는 명성이나 사회적 평가(외적 명예 또는 객관적 명예), 주관적 사정으로서의 명예감정(주관적 명예), 인격에 대한 존중요구(인격적 명예), 인격의 독립성을 가능하게 해주는 사회적 승인관계(사회적 명예) 등으로 파악하고 있다. 이들 다양한 명예개념을 다시 유형별로 규범적 명예개념(내적명예와 인격적 명예), 사실적 명예개념(외적명예와 주관적 명예), 규범적·사실적 명예개념(내적·인격적 명예를 기초로 외적 명예와 주관적 명예를 포괄), 인격적·사회적 명예개념(사회적 명예에 합당한 인격적 대우의 요구) 등으로 분류되기도 하는데, 독일의 통설과 판례는 규범적·사실적 명예개념에서 인격적·사회적 명예개념으로 보는 것이 유력해지고 있는 추세이다.[12]

(1) 內部的 名譽

내부적 명예라 함은 사람이 가지고 있는 본체적인 내부적 가치, 즉 진실의 가치라고 할 수 있고 사람의 일신에 갖추어져 있는 도덕, 품위, 성질 그 자체를 가리키는 것으로 신과 같이 순수한 눈에 의하여 판단되는 사람의 가치라고 할 수 있다. 따라서 그것은 세상 사람들과는 관계가 없는 객관적인 존재이며, 타인에 의하여 침해되어 변경될 수도 없으며, 그 회복이라는 것도 생각할 수 없다.

---

6) 대법원 1992. 10. 2, 92다756; 대법원 1988. 6. 14, 87다카1450.

7) 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2006, 180면; 박상기, 앞의 책, 172면; 임웅, 앞의 책, 190면.

8) 이재상, 앞의 책, 180면.

9) 정성근·박광민, 「형법각론」, 삼지원, 2006, 192면.

10) 유기천,「형법학」, 일조각, 1988, 136면.

11) 대법원 2000. 2. 25, 99도4757; 대법원 1999. 10. 22, 99도3213; 대법원 1994. 10. 25, 94도1770.

12) Haft, BT, S.55; Herdegen, LK, Vor §185 Rn.17.

이러한 내부적 명예는 이를 창조하는 자도 이를 파괴하는 자도 바로 그 사람자신이기 때문에, 이러한 명예에 대하여는 법률에 의한 보호라고 하는 것이 무의미하며 또 적합하지도 않다고 할 수 있다.

한편 사람의 가치라고 하는 것은 도덕적 가치만을 가리키는 것이 아니라, 정신적·육체적으로 일체인 사람의 사회적 존재로서의 가치이다. 따라서 사람의 업적, 능력 등과 같은 것까지도 포함한 가치를 말한다.[13)]

(2) 外部的 名譽

외부적 명예란 일반적으로 사람에 대한 도덕적·사회적 행위에 대한 사회적 평가 또는 가치판단 혹은 사람에 대한 사회의 사실적·주관적인 평가라고 할 수 있다. 사람에 대한 평가는 정신적·육체적으로 하나인 사회적 존재로서의 사람에 대한 평가이다. 형법상 보호되는 법익으로서의 명예란 외부적 명예를 의미한다. 명예훼손을 사람에 대한 사회적 평가를 저해하는 행위라고 보기 때문에 주관적인 명예감정의 침해만으로는 명예훼손이 되지 않는다는 것이다.

사회적 가치판단의 대상이 되는 사람의 가치는 그 사람의 행위·인격에 대한 윤리적 가치에 한하지 않고, 윤리적 인격으로서의 명예 이외에 법률적·예술적·학문적 명예는 물론 단순히 인간으로서의 명예, 예컨대 건전한 신체적·정신적 소질을 구비하고 있다는 사실에 의하여도, 또한 국가·사회에서 일정한 지위·신분·직업 등을 가지고 있다는 사실에 의하여도 명예가 성립할 수 있다.

외부적 명예는 사람마다 그 내용·정도에 차이가 있을 수 있다. 예를 들어 정치가와 같은 공적 인물이나 예술인 혹은 프로선수와 같은 공인은 일반인과 비교하여 특수한 지위·업적·능력 등을 가진자로서의 명예, 즉 특수하고 우월한 명예를 가지고 그 명예도 헌법적으로 보호가 된다. 그러나 유명인과 같은 공인은 공인이라고 하는 사정에 의하여 일반인과 비교하여 일반대중의 관심이 강하고, 언론이 그 행동이나 사생활 등을 폭로하는 경우가 많아 공인의 명예훼손 혹은 프라이버시 침해의 문제가 생기기 쉽다. 또한 정치가의 정치적 행동에 관한 보도·평론·비판이나 기타 유명인의 학문·예술 등의 업적에 관한 비판

13) 권오승, “명예의 의의와 명예훼손의 모습”, 「언론중재」, 1983, 7면.

이나 평론이 행하여지는 경우도 흔하므로, 그로 인한 명예훼손이 문제될 가능성도 크다.[14]

평가되는 가치란 반드시 윤리적인 가치에 한하지 아니하고 인격적 가치 전반에 걸친다. 즉 사회생활상 가치가 인정되는 것 전체이다. 윤리적인 의미에서의 인격뿐만 아니라 사람의 성격, 혈통, 용모, 지식, 건강, 능력, 직업, 신문, 행동 등이 모두 대상이 된다. 다만 사람의 경제적인 지급능력 및 지급의사에 대한 사회적인 평가는 넓은 의미에 있어서 명예에 포함되나 형법은 이를 "신용"이라 평가하여 특별히 보호하고 있으므로 여기서 말하는 명예에는 포함되지 않는다.[15]

"평가"란 적극적인 평가를 의미함으로 소극적인 평가, 즉 "악명"은 명예가 아니다. 여기에서 적극적인 평가이면 과거의 명예든 현재의 명예든 장래의 명예든 관계는 없다. 또한 "평가"란 외부적·사회적인 평가를 말함으로 사람의 가치와 전혀 일치하지 않는 사회적 평가, 즉"허명"도 포함된다.

위와 같이 명예를 외부적 명예로 해석하는 한 사회생활을 하고 있는 자이면 어느점에서나 명예를 가짐으로 범죄자, 백치, 정신병자, 사자, 파렴치한자, 부도덕자 등도 명예의 주체가 될 수 있고, 법인이나 기타의 단체도 명예의 주체가 된다고 하겠다.[16]

(3) 名譽感情

명예감정은 자기의 인격적 가치에 대한 자기 자신의 주관적인 평가 내지 감정을 의미한다. 명예감정은 명예훼손죄의 보호법익이 될 수 없다. 그러나 모욕죄의 보호법익이 되는가에 대하여는 견해의 대립이 있으나 통설[17]과 판례[18]는 외부적 명예라고 보고 있다.

---

14) 김민중, "원고의 신분과 명예훼손법리의 적용", 「언론중재 」, 2000, 21면.

15) 이상섭, "표현의 자유와 인격권 침해에 관한 연구", 한양대학교 석사학위논문, 2001, 33면.

16) 정영일, 「형법각론」, 고시계, 1990, 152면.

17) 임 웅, 앞의 책, 191면; 이재상, 앞의 책, 180면; 박상기, 앞의 책, 172면

18) 대법원 1992. 10. 27, 92다756; 대법원 1988. 6. 14, 87다카1450.

나. 名譽의 主體

(1) 自然人

자연인은 모두 명예의 향유주체가 된다. 성별·나이·지능·신분·직업·사회적 지위의 높고 낮음을 가리지 않는다. 유아나 정신병자, 백치도 인격적 주체이므로 명예의 향유주체가 된다. 그 밖에 범죄자·실종선고를 받은자·악덕기업주도 역시 명예의 주체가 된다. 다만 태아는 아직 명예의 향유자는 아니며 태아 자신에 대한 명예훼손·모욕은 산모에 대한 명예훼손이 될 수 있다.

형법상 보호법익인 명예는 인간의 내적·외적 가치를 포함한다. 인간의 내적 가치란 인간의 존엄성의 기초가 되는 인격의 윤리적 완전가능성과 자신의 삶을 의미 있는 삶으로 가꾸어 나갈 수 있는 인간의 기본적인 능력을 의미한다. 그러므로 여기에는 개인의 인격에 대한 윤리적 가치는 물론 개인의 정치적·사교적·학문적·예술적 능력과 신체적·정신적인 자질도 포함된다. 인간의 외적 가치란 각자의 성격·자질·능력·직업·신분·혈통·가계·건강·외모·지식 등에 대한 사회적인 평가, 즉 명성을 말한다. 다만 개인의 주관적인 명예감정은 범죄학적·피해자학적 관점에서는 의미를 지닐 수 있으나 보호법익으로서 법적·사회적 의미를 부여받기 곤란하다.

사람의 성적 능력도 명예의 내용이 될 수 있지만 성적 명예는 원칙적으로 강제추행이나 혼인빙자·사기간음 등의 보호대상이 된다. 그밖에 사람의 경제적 지급능력·지급의사에 대한 사회적 평가도 명예의 일종이지만 형법은 이를 별도의 신용훼손죄(제313조)의 보호법익으로 삼고 있기 때문에 본죄의 명예에서 제외된다. 본죄에서 보호하는 명예는 반드시 그 사람의 진가와 일치하지 않아도 좋다. 사회에서 승인되고 통용되는 한 가정적 명예도 명예임에 틀림없다. 명예는 성별·연령·기혼·미혼을 묻지 않는다. 유아·정신병자·백치도 명예의 주체가 된다. 유아는 현재의 성장상태와 장래의 가치에 대하여 정신병자는 그 질병과 관계없이 남아있는 사회적 가치와 과거에 가졌던 가치에 대하여 명예의 주체가 될 수 있다. 범죄자, 실종선고를 받은자, 파렴치한도 명예의 주체가 된다.[19]

(2) 法　人

명예를 사람에 대한 사회적인 평가라고 보는 한 법인이나 단체도 자연인과 마찬가지로 보호받아야 할 사회적인 평가를 가지고 있음은 이론이 없다. 법인은 주식회사와 같은 상법상의 회사뿐만 아니라 민사상의 법인도 포함된다. 종중이나 주택조합 등과 같이 단체의 실체를 갖춘 이른바 비법인사단(법인격 없는 단체)은 법적으로 승인된 사회적·경제적 기능을 담당하고 통일된 의사를 형성할 수 있으면 명예의 향유주체가 된다.[20] 이러한 단체는 공법상 단체이건 사법상 단체이건 가리지 않는다. 따라서 정당, 노조, 병원, 종교단체, 종친회, 향우회 등도 명예의 주체가 된다. 따라서 법인 기타 실체를 갖춘 권리능력 없는 단체·사단에 관하여도 그 사회적 평가가 있는 것이므로 자연인에게 뿐만 아니라 법인이나 비법인사단·재단에 대한 명예훼손이 성립한다고 보는 것이 통설[21], 판례[22]이다.

법인·비법인사단은 설립부터 청산종료시까지 법인격을 갖게 되므로 해산 이후라도 청산이 종료되어 법인격을 완전상실할 때까지는 명예의 향유 주체가 된다. 그러나 낚시회, 골프클럽, 등산동우회처럼 개인적인 취미생활을 위해 결합된 사교단체나 조직범죄를 수행하는 범죄단체 등은 법에 의해 인정된 사회적 기능을 담당하는 단체라고 할 수 없기 때문에 명예의 주체가 될 수 없으며[23], 가정이나 마을은 통일된 의사를 가지고 사회적으로 활동하는 단체라 할 수 없으므로 원칙적으로 명예의 주체가 될 수 없는데, 가정 또는 마을 그 자체에 대한 명예훼손은 안되더라도 가정 또는 마을에 속한 구성원에 대한 명예훼손적인 언동은 명예훼손이 될 수 있다.[24]

---

19) 정성근·박광민, 앞의 책, 196면.

20) 대법원 1990. 2. 27, 89다카12775.

21) 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2006, 247면; 이재상, 앞의 책, 169면; 임　웅, 앞의 책, 197면.

22) 대법원 1999. 10. 22, 98다6381; 대법원 1996. 6. 28, 96다12696; 대법원 1990. 2. 27, 89다카12775.

23) 김일수, “명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가?”, 「안암법학」, 1993. 8, 290면.

24) 이재상, 앞의 책, 183면.

(3) 死者의 境遇

(가) 名譽毁損罪의 主體性 與否

형법 제308조는 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 경우를 사자의 명예훼손죄로 처벌하고 있다. 사자가 명예훼손죄의 주체가 될 수 있느냐가 사자의 명예훼손죄의 보호법익과 관련하여 논란이 되는데, 다수설은 역사적 존재자로서의 인격적 가치는 보호받아야 하므로 사자도 명예의 주체가 된다고 해석한다.[25]

그러나 이에 대하여 형법 제308조에서 별도로 규정하고 있는 사자의 명예훼손죄는 사자의 명예를 직접적인 보호대상으로 삼고 있는 것이 아니라 유족을 포함한 일반 대중의 사자에 대한 추모감정을 훼손하는 행위를 방지하고 사자에 대한 역사적 평가의 왜곡을 방지하려는 의도라고 봄이 타당하다는 반대견해가 제시된다.[26] 제308조라는 별도의 규정이 존재한다고 하여 이미 사망한 사람에게 명예훼손죄의 경우에만 특별히 법익주체성을 인정하는 것은 부당하다고 할 것이다. 가령 이미 사망한 타인의 편지를 개봉하여 지득하는 것이나 사망한자의 소유물을 절취하는 행위를 별도로 구성요건화 하였다고 하여 그러한 사자를 형법상의 법익주체로 볼 수 없는 것과 같은 이치라고 할 것이다. 따라서 후자의 견해와 같이 유족이나 일반인의 사자에 대한 추모감정을 보호하기 위한 규정으로 이해하는 것이 타당하다[27]고 하겠다.

(나) 出版物 等에 의한 名譽毁損罪 適用 問題

출판물에 의하여 사자의 명예를 훼손하였다고 하더라도 형법 제309조는 사자의 경우를 규정하고 있지 않으므로, 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 적용되지 않고 다만 제308조의 사자명예훼손죄의 적용 여부만이 문제될 것이다.

---

25) 이재상, 앞의 책, 182면; 정성근・박광민, 앞의 책, 196면; 이형국, 「형법각론」, 법문사, 1999, 313면.

26) 박상기, 앞의 책, 178면; 이정원, 「형법각론」, 법지사, 2003, 225면.

27) 김화중, “출판물 등에 의한 명예훼손죄에 관한 연구”, 연세대학교 석사학위논문, 2003, 10면.

(4) 集合名稱

집단의 크기와 구성원의 수, 조직체계, 대외적인 구성원의 개성 부각정도 등에 비추어 집단이나 단체의 개별 구성원에 대한 사회적 평가까지 아울러 저하되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에만 개별 구성원에 대한 명예훼손까지 인정할 수 있다.[28)]

따라서 독자적으로는 명예의 주체가 될 수 없는 구성원도 그 집단의 명칭에 의하여 명예가 훼손될 수 있다. 이것을 집합명칭에 의한 명예훼손 또는 집단표시에 의한 명예훼손이라고 한다. 여기에는 두가지 형태를 생각할 수 있다.[29)]

첫째, 집합명칭에 의하여 집단의 모든 구성원의 명예가 침해되는 경우이다. 예컨대 甲법원의 판사, 乙경찰서에 근무하는 경찰관 또는 모든 국회의원이라는 명칭으로 명예를 훼손하는 경우가 여기에 해당한다. 이러한 명칭에 의한 그 집단의 구성원은 모두 각자의 명예가 침해되었다고 보아야 한다.

그러나 이러한 형태에 의한 명예훼손이 가능하려면 집단의 구성원이 일반인과 명백히 구별될 수 있을 정도로 집합명칭이 특정되어야 한다. 단순히 학자, 경찰관 여자 또는 상인이라는 명칭만으로는 그 집단이 특정되었다고 할 수 없다. 명예를 훼손하는 표현도 집단의 구성원을 모두 지적하는 내용이어야 하고 예외를 인정하는 일반적이고 평균적인 판단으로는 성립되지 않는다. 대법원이 "서울시민" "경기도민"이라는 막연한 표시만으로는 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 판시[30)]한 것은 이러한 의미에서 이해할 수 있다.

둘째, 집합적 명사를 쓴 경우에도 특정인을 가리키는 것이 명백하면 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 말할 수 있다.[31)] 직업·학력·지연·출신 등에

---

28) 서울지방법원 2000. 10. 18, 9가합95970.

29) 이재상, 앞의 책, 183면.

30) 대법원 1982. 11. 9, 82도1256.

31) 대법원은 명예훼손죄는 어떤 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 그 명예를 훼손함으로써 성립하는 것이므로 그 피해자는 특정한 것임을 요하고, 다만 서울시민 또는 경기도민이라 함과 같은 막연한 표시에 의해서는 명예훼손죄를 구성하지 아니한다 할 것이지만, 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백하면, 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있다. 피해자의 이름을 직접적으로 적시하고 있지는 않으나, 3·19동지회 소속 교사들이 학생들을 선동하여 무단하교를 하게 하였다고 적시하고 있는 사실, 이 사건 고등학교의 교사는 총66명으로서 그중 약37명이 3·19동지회 소속교사들인 사실, 학교의 학생이나 학부모, 교육청 관계자들은 3·19동

서 유래하는 공통성을 가지는 사람들의 집단에 대하여 그 집단에 속하는 일부 구성원들에게만 해당될 수 있는 명예훼손 사실이 보도된 경우에 그 보도로 인하여 그 집단에 속하는 구성원 모두에 대하여 명예훼손이 성립하는 지는 그 집단에 속하는 구성원의 수, 그 집단을 다른 집단이나 단체와 구별하게 하는 구성원들 사이의 공통요소, 보도내용 등을 종합하여 판단한다.[32]

2. 名譽毁損罪의 成立要件

가. 公然性

형법 제307조의 명예훼손죄는 '공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손함으로써 성립한다'고 규정하고 있다. 공연성의 의미에 관하여는 종래에는 불특정이고 또한 다수인이 인식할 수 있는 상태, 특정·불특정을 묻지 않고 다수인이 인식할 수 있는 상태로 파악하는 견해도 있었으나, 현재 우리나라는 "불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태"를 의미한다는 점에 견해가 일치하고 판례[33]도 같은 취지이다. 명예훼손죄에 있어서 공연성을 특히 요구하는 것은, 직접적으로 사회에 유포시켜 사회적으로 유해한 행위만을 처벌하고, 공연성이 없는 개인적인 정보전달을 제외함으로써 표현의 자유에 대한 지나친 제한을 억제하려는 이유에서이다.[34]

(1) 不特定人 또는 多數人

명예훼손죄의 '공연히'란 '불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태'를 의미

지회 소속 교사들이 누구인지 알고 있는 사실을 인정한 다음, 그렇다면 3·19동지회는 그 집단의 규모가 비교적 작고 그 구성원이 특정되어 있으므로 피고인이 3·19동지회 소속 교사들에 대한 허위의 사실을 적시함으로써 3·19동지회 소속 교사들 모두에 대한 명예가 훼손되었다고 할 것이고, 따라서 3·19동지회 소속 교사인 피해자의 명예 역시 훼손되었다고 보아야 할 것이라고 판단하였는바, 명예훼손죄에 있어서 피해자의 특정성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다고 판시하였다(대법원 2003. 2. 20, 2001도6138; 대법원 2000. 10. 10, 99도5407).

32) 서울지방법원 2000. 10. 18, 99가합95970.

33) 대법원 2006. 5. 25, 2005도2049; 대법원2004. 4. 9, 2004도340.

34) 김일수·서보학, 「형법각론」, 박영사, 2004, 185면.

한다는 점에 대해서는 판례나 학설의 견해가 일치하고 있다.[35] 최근의 대법원 판례[36]들도 일관된 입장을 잘 보여 주고 있다. 그리고 여기서의 '불특정 다수인'이란 '불특정 또는 다수인'으로 해석되므로, 결국 '불특정'이면 수의 다소를 불문하고 '다수인'인 경우에는 특정되었더라도 공연성을 인정할 수 있다는 해석에 이르게 된다. 판례가 공연성을 이와 같이 '불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태'로 해석한 몇 가지 사례를 살펴보면, 피고인이 자신이나 피고인과 특별한 친분관계에 있지 않은 사람들 다수인에게 한 사람씩을 상대로 지방의회의원선거를 앞둔 시점에 현역 시의회의원이면서 다시 그 후보자가 되고자 하는 자를 비방한 경우에도 대법원은 특정인을 상대로 한 것이 아니므로 그 숫자가 조금 적더라도 공연성을 인정할 수 있다고 하였다.[37] 이는 먼저 사실적시의 상대방이 불특정인 경우는 그 수의 다수가 문제되지 않음을 보여준다.

반면에 진정서와 고소장을 '특정'사람들에게 개별적으로 우송하여 다수인에게 배포한 경우나, 유인물을 71명의 '회원'에게 배포한 경우, 진주민속예술보존회 이사장이 이사회 또는 임시총회를 진행하다가 10여명 또는 30명의 '회원'들이 있는 자리에서 허위사실을 말한 경우, 출판물 15부를 피고인들이 소속된 교회의 '교인' 15인에 배부한 경우 등에서 대법원이 공연성을 인정한 것은 사실적시의 상대방이 특정된 경우에는 다수여야 공연성을 인정하고 있음을 보여 준다고 하겠다.[38]

그러나 판례는 '불특정'과 '다수인'을 인정할 수 있는 구체적이거나 일반적인 기준을 제시하고 있지는 않다. 즉 사실적시의 상대방이 불특정인 경우에는 그 수의 다소에 상관이 없으며, 특정된 경우에는 다수임을 요한다고 하였을 뿐 어떠한 경우에 특정되지 않았다고 볼 수 있는지에 대한 기준이 나타나 있지 않으며, 어느 정도가 다수인지에 대해서도 일반적인 기준은 언급하고 있지 않다. 반면에 학설 중 다수설은 '불특정'이란 상대방이 '특수한 관계에 의해서 한정된 범위에 속하는 사람'이 아니라는 의미이며, 행위시에 상대방이 구체적으로 누구

35) 김일수・서보학, 앞의 책, 187면; 박상기, 앞의 책, 181면; 이재상, 앞의 책, 180면; 임 웅, 앞의 책, 193면; 정성근・박광민, 앞의 책, 184면.

36) 대법원 2006. 5. 25, 2005도2049; 대법원 2004. 4. 9, 2004도340.

37) 대법원 2006. 5. 25, 2005도2049; 대법원 1996. 7. 12, 96도1007.

38) 안경옥, "명예훼손죄의 공연성해석의 재검토", 「형사판례연구」, 박영사, 2001, 240면.

인가 특정되어 있지 않다는 것을 의미하는 것은 아니라고 해석한다. 따라서 '특수한 관계에 의해 한정된 범위'에 속하는 사람이 특정인이고, 그렇지 않은 사람이 불특정인이라고 할 수 있다. 그러나 여기서도 '특수한 관계에 의해 한정된 범위'를 단순히 친족관계 등 종전부터 행위자와 밀접한 관계를 의미한다는 견해,[39] 특수관계를 반드시 친족 등의 밀접한 관계로 한정할 필요는 없고 가족 등의 관계 이외에도 특정인물에 대한 정보를 공유할 이유가 있는 집단도 포함시키는 견해가 있다.[40] 그러나 다수인은 특정되어도 상관없지만 다수여야 하므로 단순히 몇 명에 불과한 사람보다는 많은 수의 사람이 필요하다고 한다.[41] 공연성의 개념은 대법원 1989.7.11, 선고 89도2886 판결에서 '특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있을 것이다.'라고 하여 가능성의 개념을 개연성이라고 좀더 구체적으로 정의하고 있다. 그럼 다음 판례를 통하여 공연성이라는 개념이 판결에서 구체적으로 어떻게 확정되는가를 살펴보기로 한다.

(가) 公然性을 認定한 判例

① 大法院 2006. 5. 25, 2005도2049

명예훼손죄에 있어서의 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로, 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족한다 할 것이다. 피고인 1인 선거범죄 사건의 제보자가 공소외 1이라는 사실을 알리게 된 경위나 그 상대방인 공소외 2나 공소외3의 지위 등에 비추어 보면, 비록 피고인 1이 공소외 2나 공소외 3에게 개별적으로 사실을 알렸다고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있어 공연성이 인정된다고 판단하였다.

---

39) 임 웅, 앞의 책, 194면.

40) 김우진, "명예훼손죄에 있어서의 공연성", 「형사판례연구」, 박영사, 2001, 241면.

41) 안경옥, 앞의 논문, 241면.

② 大法院 2000. 5. 12, 99도5734

직장의 전산망에 설치된 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용의 글을 게시한 행위는 명예훼손죄를 구성한다라고 하여 공연성을 인정하였다.

③ 大法院 1996. 7. 12, 96도1007

피고인의 말을 들은 사람은 한 사람씩에 불과하였으나 그들은 피고인과 특별한 친분관계가 있는 자가 아니며, 그 범행의 내용도 지방의회 의원선거를 앞둔 시점에 현역 시의회 의원이면서 다시 그 후보자가 되고자 하는 자를 비방한 것이어서 피고인이 적시한 사실이 전파될 가능성이 많으므로 피고인의 판시 범행은 행위 당시에 이미 공연성을 갖추었다.

④ 大法院 1994. 9. 30, 94도1880

대법원은 '명예훼손죄에 있어서 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로, 비록 두 세 사람이 있는 자리에서 허위사실을 유포하였다고 하더라도 그 사람들에 의하여 외부에 전파될 가능성이 있다면 명예훼손죄의 성립에 아무런 영향이 없다'고 하면서 '결과적으로 피해자에 대한 이와 같은 허위사실이 동네 여러 사람들에게 유포되어 피해자가 이 사실을 듣고 피고인을 고소하기에 이르른 사정을 참작하여 볼 때, 피고인의 판시 범행은 그 행위당시에 이미 명예훼손죄에 있어서 공연성의 요건을 충분히 갖추었다고 할 것이므로'라고 하여 공연성을 인정하였다.

⑤ 大法院 1993. 3. 23, 92도455

명예훼손의 발언(피해자들이 전과가 많다는 내용)을 들은 사람들이 피해자들과는 일면식이 없다거나 이미 피해자들의 전과사실을 알고 있었다고 하더라도 공연성 즉 발언이 전파될 가능성이 없다고 볼 수 없다고 하여 공연성을 인정하였다.

⑥ 大法院 1991. 6. 25, 91도347

대법원은 이 판결에서 '명예훼손죄의 요건인 공연성은 불특정 또는 다수인이

인식할 수 있는 상태를 말하는 것이므로, 피고인이 판시와 같은 진정서와 고소장을 특정 사람들에게 개별적으로 우송한 것이라고 하여도 다수인(19명, 193명)에게 배포하였고, 또 그 내용이 다른 사람들에게 전파될 가능성도 있는 것이므로 공연성의 요건을 충족된 것이라고 보아야 한다.'라고 하여 공연성을 인정하였다.

⑦ 大法院 1990. 12. 26, 90도2473

피고인이 재단법인 진주민속예술보존회의 이사장으로서 이사회 또는 임시총회를 진행하다가 회원 10여명 또는 30여명이 있는 자리에서 허위사실을 말한 사건이다. 대법원은 다수인에 대한 사실적시로서 공연성을 인정하였다. 또한 피고인이 의장으로서 의안에 관하여 발언하다가 그와 같은 내용의 말을 하였다 하더라도 그것이 사회상규에 반하지 아니함으로써 위법성이 없다고는 할 수 없다고 하였다.

⑧ 大法院 1990. 7. 24, 90도1167

대법원은 이 판결에서 '명예훼손죄에 있어서의 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 뜻하는 것이므로 비록 피고인이 세 사람이 있는 자리에서 또는 한 사람에게 전화로 허위사실을 유포하였다 하더라도 그 사람들에 의하여 외부에 전파될 가능성이 있는 이상 범죄의 성립에는 영향이 없다'라고 하였다. 이것은 불특정 또는 다수인에게 적시하지 않았어도 전파가능성이 있음을 이유로 공연성을 인정한 것이다.

⑨ 大法院 1986. 9. 23, 86도556

명예훼손죄에 있어서 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태라고 풀이함이 상당하므로 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하였다고 하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건은 충족된다.

(나) 公然性을 부정한 判例

① 大法院 2005. 12. 9, 2004도2880

어느 사람에게 귀엣말 등 그 사람만 들을 수 있는 방법으로 그 사람 본인의 사회적 가치 내지 평가를 떨어뜨릴 만한 사실을 이야기하였다면, 위와 같은 이야기가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다고 볼 수 없어 명예훼손의 구성요건인 공연성을 충족하지 못하는 것이며, 그 사람이 들은 말을 스스로 다른 사람들에게 전파하였더라도 위와 같은 결론에는 영향이 없다.

② 大法院 2000. 5. 16, 99도5622

통상 기자가 아닌 보통 사람에게 사실을 적시할 경우에는 그 자체로서 적시된 사실이 외부에 공표되는 것이므로 그때부터 곧 전파가능성을 따져 공연성 여부를 판단하여야 할 것이지만, 그와는 달리 기자를 통해 사실을 적시하는 경우에는 기사화 되어 보도되어야만 적시된 사실이 외부에 공표된다고 보아야 할 것이므로 기자가 취재를 한 상태에서 아직 기사화하여 보도하지 아니한 경우에는 전파가능성이 없다고 할 것이어서 공연성이 없다고 봄이 상당하다.

③ 大法院 2000. 2. 11, 99도4579

이혼소송 계속중인 처가 피해자인 남편의 친구로서 소송 과정에서 피해자에게 유리한 진술서를 작성하여 주었던 갑에게 사실관계를 알리는 내용의 편지를 보내는 기회에 피해자에게 보내는 서신도 함께 동봉하여 보내면서 피해자에게 보내는 서신 중에 피해자의 명예를 훼손하는 사실을 기재한 경우 위 적시된 사실의 전파가능성이 있다고 볼 수 없다.

④ 大法院 1998. 9. 8, 98도1949

다방에서 단 한사람에게 피해자에 대한 명예를 훼손할 만한 사실을 적시하였으나, 피고인의 그 말을 들은 갑은 피해자와 함께 근무하는 직장 동료로서 피해자의 명예가 훼손될 것을 염려하여 피고인이 발설한 내용을 함부로 소문내지 않을 것을 기대할 수 있는 사람이고, 실제로도 오직 피해자에게만 그와 같은

말을 전하고 다른 사람들에게는 그와 같은 말을 전파하지 않은 경우 전파가능성이 없다.

⑤ 大法院 1996. 4. 12, 94도3309

피고인을 명예훼손죄로 고소할 목적으로 그 증거자료를 미리 은밀하게 수집, 확보하기 위하여 피고인의 발언을 유도하여 비밀녹음을 하였다고 의심되는 사람들에게 한 피해자의 여자 문제 등 사생활에 관한 피고인의 발언은 이들이 수사기관 이외의 다른 사람들에게 전파할 가능성이 있다고 단정하기는 어려워 공연성이 없다 할 것이다.

⑥ 大法院 1990. 4. 27, 89도1467

대한요식업중앙회 경남지부 마산시 조합장으로 취임한 피고인이 조합의 원만한 운영을 위하여 피해자의 측근이며 피해자의 불신임을 적극 반대하였던 갑에게 조합운영에 대한 협조를 구하기 위하여 단 둘이 있는 자리에서 이사회가 피해자를 불신임하게 된 사유를 설명하는 과정에서 피해자에 대한 여자관계의 소문이 돌고 있다는 취지의 말을 한 사건에서 대법원은 전파될 가능성이 있다고 할 수 없다는 이유로 공연성을 부정하였다.

⑦ 大法院 1989. 7. 11, 89도2886

이 판결에서 대법원은 '명예훼손죄에 있어서 공연히란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말하는 것이고 특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 가 있을 것이다.'라고 하면서 '피고인이 공소 외 피해자의 남편인 갑과 단 둘이 있는 장소에서 그의 처인 피해자의 비리를 지적하는 말을 한 것은 특별한 사정이 없는 한 공연하다고 말하기는 어렵다고 보여지는 데'라고 하여 공연성을 부정하였다.

공연성에 관한 대법원 판례가 상당히 많아 이 문제가 명예훼손죄의 중요한 쟁점임을 알 수 있다. 대법원은 일관하여 특정 소수의 사람에 대한 사실의 적

시도 그것이 불특정 또는 다수인에게 전파될 위험성이 있으면 공연성이 있다는 입장을 취하고 있다. 구체적으로 어떤 경우에 전파의 가능성이 있다고 볼 것인가에 대하여, 대법원은 표현에 관련된 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하는 입장을 취하고 있다. 가장 많이 언급되는 사정으로는 표현상대방과 피해자, 표현행위자와 상대방과의 관계이며 기타 표현의 상대방이 비밀을 지킬 만한 사람인지 여부, 표현의 일시・장소・경위・내용, 상대방의 수, 모인 경위, 표현에 대한 상대방의 반응, 실제 전파되었는지 여부, 표현의 상대방이 표현 내용을 이미 알고 있었는지 여부 등도 판결에 고려된 사정의 내용이다.[42]

(2) 傳播可能性理論

판례와 다수설은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태로 공연성을 해석하는 데에는 견해가 일치되지만 정작 '인식할 수 있는 상태'를 판단함에 있어서는 견해의 차이가 있다. 즉 판례[43]는 소위 '전파성' 혹은 '전파가능성이론'을 다수설[44]은 '직접인식가능성설'을 주장하고 있다. 법원은 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 적시하였다 하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족한다고 판시하고 있다. 따라서 이혼소송 계속중인 처가 피해자인 남편의 친구에게 사실을 적시한 경우는 공연성을 부정한 반면,[45] 기자에게 사실을 적시한 경우는 기자가 기사화하여 보도하지 않는 경우에는 전파가능성이 없다고 하였다.[46]

전파가능성이 있는가의 여부에 대해서는 대법원은 대체적으로 다음과 같은 요소를 고려하여 판단한다.

첫째, 행위자와 사실적시의 상대방이 특별한 관계에 있는 경우이다. 예컨대 처의 추궁에 대해 피해자의 동침사실을 처에게 이야기하거나, 피해자와 피고인

42) 표성수, 「언론과 명예훼손」, 육법사, 1997, 333면.

43) 대법원 1994. 9. 30, 94도1880; 대법원 1989. 7. 11, 89도886.

44) 이재상, 앞의 책, 182면; 배종대, 앞의 책, 255면;

45) 대법원 2000. 2. 11, 99도457.

46) 대법원 2000. 5. 16, 99도5622.

의 남편 앞에서 피해자에게 말하거나, 피고인의 집안관계 사람들 앞에서 피고인의 형수에 대한 이야기를 한 때에는 전파가능성을 부정하였다.[47]

둘째, 사실적시의 상대방이 피해자와 밀접한 결합관계 혹은 특별관계에 있는 경우이다. 피해자의 남편 한 사람에게 사실을 적시하였거나, 피해자의 남편과 친척 앞에서 피해자의 불륜사실을 말한 경우, 혹은 피해자들의 딸·사위·매형 및 자신의 처 앞에서 모욕적 언사를 사용한 경우에 대법원은 전파가능성을 부정하였다.[48]

셋째, 직무상의 관계로 인해 비밀이 보장될 수 있는 사정이 있는 경우도 대법원은 전파가능성을 부정하였는데, 그 예로는 피해자의 직장상사나 동업관계 내지 사업관계가 있는 자에게 이야기한 경우를 들 수 있다.[49]

대법원이 전파가능성을 인정한 사례로는 행위자와의 특수한 관계를 인정할 수 없는 경우로 피고인이 2-3명이 있는 자리에서 허위사실을 유포한 경우나 4인에게 사실을 적시한 경우, 또 한사람에게 전화로 허위사실을 적시한 경우에도 상대방이 불특정인 경우에는 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하고 있다.[50] 현행형법 규정은 궁극적으로는 사람의 사회적 가치내지 평가를 저하시키는 결과를 염두에 두고 있으므로 명예를 훼손할 만한 사실이 결국 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성을 인정할 수 있다는 것이다.[51] 또한 판례가 전파성이론을 취하는 이유는 불특정 또는 다수인의 '직접'적인 인식가능성만을 고집한다면 전파에 의한 '간접적인' - 직접 사실적시의 현장에 다수가 있지 않았지만 소문이나 추문은 전파될 가능성이 높으므로 이러한 간접적인 - 인식 가능성을 부인하게 되어 타인의 명예보호에 심각한 법적 흠결상태를 야기할 수도 있다는 것이다. 아울러 이러한 대법원의 해석이 추상적 위험범인 명예훼손죄의 성격과도 일치하며, 공연성 여부는 결국 법원이 판단하는 것이므로 상대방의 전파의사에 따라 좌우되는 것은 아니어서 공연성의 범위가 지나치게

47) 대법원 1984. 3. 27, 84도86; 대법원 1985. 11. 26, 85도2037.

48) 대법원 1989. 7. 11, 89도886; 대법원 1981. 10. 27, 81도1023; 대법원 1981. 10. 27, 81도1023.

49) 대법원 1984. 2. 2, 83도891; 대법원 1983. 10. 25, 83도2190; 대법원 1998. 9. 8, 98도1949.

50) 대법원 1994. 9. 30, 94도1880; 대법원 1985. 12. 10, 84도2380; 대법원 1990. 7. 24, 90도1167.

51) 김우진, 앞의 논문, 206면.

넓어질 염려도 없다고 한다.[52] 그리고 무엇보다 중요한 것은 법조문이 단순히 '공연히'라고 규정하고 있을 뿐 '불특정 또는 다수인에게'라고 규정하고 있지 않는 현행법체제하에서 직접으로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 초래하든, 간접적으로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 초래하든 종국적으로 동일한 결과를 가져올 수 있는 행위를 동일하게 취급하기 위해 판례가 전파성이론을 취한다고 보고 있다.[53]

(3) 直接認識可能性說

다수설은 판례와 대조적으로 '공연히'를 '불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태'로 해석한다. 다시 말해 다수설은 '불특정'이면 수의 다소를 불문하고, 다수인인 경우에는 특정되어도 상관없다는 점에서는 판례의 견해와 일치하지만, '인식할 수 있는 상태'와 관련하여서는 불특정 다수인이 '직접' 인식할 수 있는 상태를 의미한다.

다수설이 판례를 비판하는 주된 논거를 들자면 다음과 같다.[54]

첫째, 전파성이론은 공연성의 요건을 통해 보장하고자 하는 표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 수 있다는 것이다. 즉 '공연히'를 범죄구성요건으로 규정함으로써 가벌적 행위의 범위를 축소시키고자 하는 형법의 근본취지를 무시하고 부당한 유추해석을 통하여 표현의 자유를 지나치게 제한하고 있다는 것이다. 이는 1인에게 이야기한 경우도 처벌하게 되므로 일반인의 일상생활에까지도 개입하는 결과가 되어 형법의 보충성의 원칙에 반하거나 개인적인 정보전달도 처벌할 가능성이 있게 된다고 한다.

둘째, 명예훼손죄의 성립여부가 상대방의 전파의사에 의해 좌우되어 범죄의 성립여부가 상대방의 의사에 의해 결정되므로 법적 안정성에 문제가 있다는 것이다.

셋째, 전파가능성 여부를 판단할 객관적 기준이 없어 법관의 자의가 개입될

52) 박상기, 앞의 책, 182면.

53) 김우진, 앞의 논문, 262면.

54) 김일수・서보학, 앞의 책, 187면; 이재상, 앞의 책, 182면; 임 웅, 앞의 책, 182면; 정성근・박광민, 앞의 책, 185면.

위험성이 높다는 점이다.

넷째, 전파성이론은 행위의 태양으로 요구되는 공연성을 전파가능성으로 대체하고자 하는데, 이는 명예훼손죄의 외부적 명예가 현실적으로 침해되지 않아도 침해될 위험만으로 성립되는 추상적 위험범이라는 보호의 법익이나 그 정도를 명예훼손죄의 행위태양과 혼동한 것으로 볼 수 있다는 것이다.

다섯째, 모욕죄도 논리적으로 전파가능성을 기준으로 공연성 여부를 판단해야 하나, 이를 기준으로 모욕죄를 인정한 판례는 없다는 점을 그 논거로 들기도 한다. 결국 다수설에 따르면 전파가능성이론은 특정한 한 사람에 대한 사실의 적시도 비밀이 보장되거나 전파될 가능성이 없는 특수한 경우가 아니면 공연성을 인정하게 되어 공연성의 규정이 사실상 무의미하게 되고, 표현의 자유를 지나치게 제한하게 된다는 것이다. 따라서 불특정 다수인이 직접 인식할 수 있는 인식가능설이 타당하다고 주장한다.[55]

나. 事實의 摘示

(1) 事　實

(가) 事實과 價値判斷

명예훼손죄가 성립하기 위해서는 사실의 적시가 있어야 한다. 미술작품이나 음악공연에 대해 형편없다고 말하는 경우와 같이 사실이 아닌 평가 혹은 가치판단이나 의견진술을 적시한 경우에는 그것이 사회적 평가를 저하시킬 수 있는 경우라고 하더라도 명예훼손죄가 될 수 없다. 또한 사실의 적시가 아닌 경멸적 표현을 사용한 경우에는 모욕죄가 성립할 수는 있어도 명예훼손죄는 성립되지 않는다[56]. 그러나 어떠한 표현이 사실의 적시인가 의견 또는 추상적 판단의 표현인가를 구별하기는 쉽지 않다. 어떤 진술이 사실의 적시냐 의견의 표명이냐를 구별함에 있어서는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단

55) 안경옥, 앞의 논문, 244면.

56) 박홍우, “명예에 관한 죄”, 「주석 형법 각칙(4)」, 한국사법행정학회, 2006, 393면.

하여야 할 것이다.[57]

(나) 社會的 評價를 低下시킬 만한 事實

사실이란 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이어야 한다. 사회적 평가를 저하시킬 만한 사실이라면 그 종류를 묻지 않는다. 나쁜 행실, 성격, 신체적 조건, 건강, 능력, 가족관계, 친구관계, 전력 등 어느 것이든지 무방하다. 다만 경제적 가치를 저하시키는 것은 별도로 신용훼손죄를 구성하므로 여기의 평가에 포함되지 않는다.[58] 어떠한 사실이 여기에 해당하는가는 그 사람이 어떠한 명예를 가지고 있느냐에 따라 다르며, 이러한 의미에서 상대적인 것이다.

(다) 現在 및 過去의 事實

적시되는 사실은 현재 및 과거의 사실 외에 장래의 사실을 포함하는지 여부가 문제된다. 이에 대하여는 장래사실의 진술은 의견진술에 불과하기 때문에 과거 및 현재의 사실에 한한다는 부정설[59], 장래의 사실도 포함한다는 긍정설[60] 이 대립하고 있다. 판례는, '명예훼손죄가 성립하기 위하여서는 사실의 적시가 있어야 하는 데, 여기에서 적시의 대상이 되는 사실이란 현실적으로 발생하고 증명할 수 있는 과거 또는 현재의 사실을 말하며, 장래의 일을 적시하더라도 그것이 과거 또는 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하는 경우에는 명예훼손죄가 성립한다고 할 것이고, 장래의 일을 적시하는 것이 과거 또는 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하는지 여부는 그 적시된 표현 자체는 물론 전체적인 취지나 내용, 적시에 이르게 된 경위 및 전후 상황, 기타 제반 사정을 종합적으로 참작하여 판단하여야 한다.'고 판시한 다음, 피고인이 경찰관을 상대로 진정한 사건이 혐의 인정되지 않아 내사종결

57) 대법원 1998. 3. 24, 97도2956.

58) 대법원 1994. 4. 12, 93도3535.

59) 임 웅, 앞의 책, 196-197면; 이정원, 앞의 책, 234면; 손동권, 「형법각론」, 율곡출판사, 2004, 163면.

60) 이재상, 앞의 책, 182면; 김일수・서보학, 앞의 책, 190면; 정성근・박광민, 앞의 책, 186면; 오영근, 「형법각론」, 박영사, 2005, 239면.

처리되었음에도 불구하고 공연히 '피진정인인 경찰관에 대하여 내일부로 검찰청에서 구속영장이 떨어진다'고 말한 것은 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하여 장래의 일을 적시한 것으로 볼 수 있어 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시에 해당한다고 판시[61]하고 있다.

(라) 이미 알려진 事實

적시되는 사실은 반드시 비공지의 것이어야 하는가 하는 문제에 대하여는 학설이 나뉜다. 다수설은 반드시 비공지의 것임을 요하지 아니하고, 공지의 사실이라도 이를 적시함으로써 더욱 그 사람의 명예를 저하시킬 우려가 있는 한 명예훼손죄가 된다고 주장하고[62], 소수설은 견문자들 모두가 사실을 알고 있었을 때에는 이로 인해 명예가 훼손될 추상적 위험도 없다고 할 수 있으므로 명예훼손죄의 불능미수가 될 수 있지만, 명예훼손죄의 미수를 벌하는 규정이 없기 때문에 불가벌이라고 주장한다.[63] 판례[64]도 다수설을 따르고 있다.

(마) 眞實한 事實

형법 제307조 제1항의 사실은 진실한 사실이어야 한다. 허위의 사실을 적시하는 경우에는 형법 제307조 제2항의 허위사실적시에 의한 명예훼손죄가 성립한다[65]. 진실한 사실을 적시함에도 불구하고 명예훼손죄의 성립을 인정하는 것은 과대평가되었든 아니든 사람이 현재 누리고 있는 외적 명예를 그 자체로서 보호해 주어야 할 필요가 있기 때문이다.

---

61) 대법원 2003. 5. 13, 2002도7420.

62) 박상기, 앞의 책, 183면; 손동권, 앞의 책, 163면; 이재상, 앞의 책, 187면; 앞의 책, 263면.

63) 오영근, 앞의 책, 251면.

64) 대법원 1994. 4. 12, 93도3535.

65) 검사가 형법 제307조 제1항의 명예훼손죄로 기소한 공소사실에 대하여 법원이 공소장의 변경없이 그보다 형이 중한 형법 제307조 제2항의 허위사실명예훼손죄를 인정하는 것은 피고인의 방어권행사에 불이익을 주는 것으로서 허용될 수 없다(대법원 2001. 11. 27, 2001도5008).

(2) 摘　示

(가) 具體性

명예훼손적 언급행위가 지칭하는 사실은 그 진위와 허위를 불문하고 특정인의 사회적 가치나 평가를 침해할 수 있는 가능성이 있는 구체적인 것으로서 현실적으로 발생하고 증명할 수 있는 과거와 현재의 상태를 말한다. 여기서 그러한 적시 사실은 외부적 명예가 침해될 수 있을 정도로 구체적인 것이어야 한다.[66]

적시의 방법으로서 반드시 단정적인 표현을 사용할 필요는 없고 우회적인 방법에 의하여 사실을 암시하거나, 추측·의혹·추리하는 방식에 의한 것도 사실의 적시에 해당한다.[67] 다만 질문에 대한 단순한 확인 대답만으로는 적시로 볼 수가 없을 것이다.

비록 일반인이 잘 알고 있는 공지의 사실이라고 할지라도 이를 적시하였을 경우에는 명예훼손행위로서 성립하게 된다.[68] 장래사실에 대한 예상은 의견진술은 될 수 있어도 사실의 적시는 아니라고 보아야 하며, 다만 현재의 사실에 관한 것을 내포하고 있거나 장래의 실현이 확실하게 예정되어 있는 사안에 대한 진술은 사실의 적시에 포함된다고 보아야 한다. 즉 적시 사실은 현실적으로 발생하고 증명할 수 있는 과거 또는 현재의 사실이어야 하며, 장래의 일을 적시하더라도 그것이 과거 또는 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하는 경우에는 명예훼손죄가 성립한다고 할 것이고, 장래의 일을 적시하는 것이 과거 또는 현재의 사실을 기초로 하거나 이에 대한 주장을 포함하는지 여부는 그 적시된 표현자체는 물론 전체적인 취지나 내용, 적시에 이르게 된 경위 및 전후 상황, 기타 제반 사정을 종합적으로 참작하여 판단하여야 하는 것이다.[69]

그리고 재산적 사항이나 경제적 지불능력에 대한 평가를 저하시키는 언급행

66) 박상기, 앞의 책, 183-4면; 이재상, 앞의 책, 187면.

67) 배종대, 앞의 책, 277면.

68) 대법원 1994. 4. 12, 93도3535.

69) 대법원 2003. 5. 13, 2002도7420.

위는 별도로 신용훼손죄의 구성요건에 해당하므로 본죄에 포함되지는 않는다고 할 수 있다. 또한 사실의 적시와 관련하여 대법원은 고발의 동기나 경위를 알리지 않은 채 단순히 자신을 형사고발하였다는 사실을 여러 사람 앞에서 알리는 행위만으로는 적시사실의 구체성을 인정할 수 없다고 하였다.[70]

(나) 事實摘示의 手段으로서 言論媒體의 利用

일반 명예훼손죄에 있어서 사실 적시의 방법에는 제한이 없다. 즉 언어, 문서, 도화 등 어떠한 수단에 의해서건 구체성과 공연성의 요건을 충족하는 한 명예훼손의 죄책을 지게 되는 것이다. 그런데 그러한 수단으로서 신문, 잡지, 라디오 등 언론매체를 이용하는 경우 형법 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄라는 불법가중적 구성요건을 충족하게 된다. 인터넷상의 매체를 이용하는 경우 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 의한 죄책을 지게 된다.[71]

(다) 意見表現과 事實報道의 差異

언론의 비판기능 보장이라는 측면에서, 사설이나 칼럼같은 주관적 사실보도를 구분하여 전자의 경우에는 정당화의 범위가 좀더 넓어진다고 할 것이다.[72] 대법원도 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위로 인한 명예훼손에서는 그 의견 또는 논평 자체가 진실인가 혹은 객관적으로 정당한 것인가 하는 것은 위법성 판단의 기준이 될 수 없고, 그 의견 또는 논평의 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라는 증명이 있는가, 혹은 그러한 증명이 없다면 표현행위를 한 사람이 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라고 믿을

70) 박상기, 앞의 책, 184면; 대법원 1994. 6. 28, 93도696.

71) 김화중, 앞의 논문, 22면.

72) 미국의 경우도 거츠판결에 의하여 의견에 대하여는 수정헌법 제1조의 보호를 부여하여야 하므로 사실과 의견을 구별하는 일은 법원의 헌법적 의무가 되어 버렸다(Gertz v. Welch, 418 U.S. 3231974). 이후에 Milkovich v. Lorain Journal 사건에서는 이를 좀더 구체화하여 수정헌법 제1조의 목적에 비추어 어떤표현이 사실인가 혹은 의견인가라는 것보다 객관적인 증거의 기초위에서 '허위 또는 진실로 증명될 수 있는가'라는 구분이 보다 적절하며, 공적인 관심사에 관한 증명 가능한 허위의 사실을 암시하지 않은 의견은 완전한 보호를 받는다고 판시하였다.

만한 상당한 이유가 있는가 하는 것이 위법성 판단의 기준이 된다고 하였다.[73]

또한 신문 등 언론매체가 특정인에 대한 기사를 게재한 경우 그 기사가 특정인의 명예를 훼손하는 내용인지의 여부는 기사에 사용된 어휘의 통상적인 의미, 기사의 전체적인 흐름, 문구의 연결 방법 등을 기준으로 하여 판단하여야 할 것인데 이는 사실 적시와 의견 또는 논평 표명의 구별, 의견 또는 논평표명의 경우에 전제되는 사실을 적시하고 있는 것인지 여부의 판별에 있어서도 타당한 기준이 될 것이고, 아울러 사실 적시와 의견 또는 논평 표명의 경우에 전제되는 사실을 적시하고 있는 것인지 여부의 판별에 있어서는 당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 등도 함께 고려하여야 할 것이다.[74]

(라) 被害者의 特定 問題

본죄가 성립하려면 적시된 허위사실에 의하여 명예를 훼손당하게 된 피해자가 특정되어야 하는데,[75] 신문이나 TV에 보도된 사안에서는 보통 직접적인 실명은 거론되지 않으므로 이와 같은 사안에서 피해자가 특정되었는지가 문제된다. 즉 사실의 적시는 특정인의 가치가 구체적으로 침해될 수 있을 정도로 구체적일 것을 요하므로, 피해자를 특정하지 않거나 구체적인 사실을 적시하지 않으면 본죄를 구성하지 않는다.[76]

언론매체에서는 흔히 모자이크 처리나 영문 이니셜을 사용한다. 그렇다고 하더라도 거주지역과 대략적인 인적사항이 표시됨으로 인하여 개인의 신원이 추측될 수 있으므로 이러한 경우에도 피해자는 특정될 수 있다고 하여야 한다.

이와 관련하여 TV 드라마나 소설, 또는 영화나 풍자극 등에서도 실존인물을 상징하는 가공의 인물을 내세우거나 가명을 쓰게 하는 허구적 상황설정의 경우도 문제가 된다. 그러나 이와 같은 경우에도 극의 배경이나 역할, 언어적 묘사나 거동으로 실존인물을 지칭하는 것이라고 일반인의 상식으로 추론할 수 있는

73) 대법원 1999. 2. 9, 98다31356.

74) 대법원 2003. 6. 24, 2003도1868.

75) 박상기, 앞의 책, 191면; 이재상, 앞의 책, 187면; 배종대, 앞의 책, 277면.

76) 김화중, 앞의 논문, 23면.

상황이라면 명예훼손의 피해자는 특정되었다고 보아야 한다. 즉 소설이나 극의 전체적 내용으로 보아 극중 인물이 실존인물을 지칭하고 있는지를 판단하여야 하는 것이다.[77] 다만 이같은 매체상의 풍자적·비판적 창작물의 경우에는 언론의 시대반영, 비판적 기능수행의 보장이라는 측면으로 볼 때, 위법성이 결여되는 범위가 좀 더 넓어진다고 보아야 할 것이다.

대법원 판례도 이와 같은 견지에서 사람의 성명 등이 명시되지 아니하여 게재된 기사나 영상 자체만으로는 피해자를 인식하기 어렵게 되어 있더라도 주변 상황이나 표현을 종합하여 피해자가 누구인지를 알 수 있고 또한 그 사실을 아는 사람이 다수인 경우에는 피해자가 특정되어 있다고 본다.[78]

가해자가 피해자를 명확하고 구체적으로 지목하여 정확히 일반인으로 하여금 그 지목대상을 인식하게 하였을 경우에는 당연히 죄가 성립할 것이나, 착오나 실수로 제3의 인물이 피해를 보는 경우가 생길 수 있다.[79]

이에는 크게 두가지 유형이 있을 것이다. 즉 첫째의 경우 원래 명예훼손행위로서의 위법성이 인정되는 행위인데 피해 객체까지 오인되어 엉뚱한 피해자가 발생한 경우이고, 두 번째 경우는 적법한 발표행위이었으나 방법상의 실수나 오인으로 제3의 피해자가 발생한 경우이다.

첫 번째로, 검찰 수사기록 상의 내사 중이던 '서기관 홍길동'이라는 이름을 우연히 읽게 된 기자가 사실확인 없이 '행정자치부 서기관 홍길동'이라고 보도하였으나 실은 해양수산부 서기관이고 행정자치부에도 실제로 같은 이름을 지닌 서기관이 존재하여 예측하지 못한 피해를 입는 경우의 예를 들면 과실범 규정이 존재하지 않는 명예훼손죄의 특성상 구성요건상의 착오로 불가벌이 될 수도 있는 문제가 생긴다. 또한 행정자치부 서기관이라고 제대로 지칭하였으나 행정자치부 내에 같은 이름을 지닌 서기관이 2명인 경우를 들 수 있는데, 이 같은 경우에는 당연히 출판물에 의한 명예훼손죄의 성립에 영향이 없다고 할 것이다.

두 번째 경우의 예로는, 형법 제310조나 일반적 위법성 조각사유의 요건을

77) 표성수, 앞의 책, 68면.

78) 대법원 2002. 3. 29, 2001도2624.

79) 이재상, 앞의 책, 187면; 표성수, 앞의 책, 62면.

충족하는 적법한 공표행위였으나 표기상의 오류나 구체적 신원의 제시가 없어 제3의 인물이 오해를 받는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 제3의 인물에 대한 지칭의도가 없어 본래 의도한 행위과정과 완전히 별개의 사안으로 평가된다면 과실범의 문제로 불가벌이 될 수도 있을 것이다[80].

(마) 기타 事實의 摘示로 問題되는 例

일반적인 명예훼손적 문언이나 영상이외에 문제되는 것들을 구체적으로 살펴보면 매체상의 헤드라인이나 간접적인 관련자료로 언급되는 사진・영상・만화・만평 등이 문제된다.[81]

① 헤드라인

실제로 언론보도를 살펴보면 독자의 관심을 좀더 효과적으로 끌기 위하여 자극적이고 과장된 헤드라인을 게재하는 경우가 많다. 여기서 이러한 헤드라인 부분을 독립적으로 판단해야 할 것인지, 아니면 본문의 구체적 내용과 결부시켜 판단해야 할 것인지의 문제가 있지만, 이는 구체적 상황에 따라 달라진다고 할 것이다.

즉 헤드라인 부분의 자극성과 과장성이 심하여 보통신문이나 매체의 헤드라인 부분만을 읽거나 각인하는 성향을 지닌 일반인으로 하여금 그러한 부분을 인식하게 하였다면, 본문의 내용이 명예훼손적 성격을 띠지 않았다고 하더라도 작성자는 그 책임을 회피할 수 없다고 할 것이다. 그러나 어느정도 독자의 관심을 끌기 위한 방법이 요구되고 주의환기적 특성을 띠어야 하는 헤드라인의 성격상 그 명예훼손적 위법성을 판단함에 있어서는 본문의 내용과 연관하여 신중한 고려를 하여야 할 것이다.

② 紙面 등의 媒體에 添附된 寫眞이나 映像

지면상의 사진[82]이나 영상 등도 문제가 되는데 특정기사를 게재하거나 방영

80) 김화중, 앞의 논문, 24면.

81) 표성수, 앞의 책, 76면.

하며 관련자료로 언급하거나 아무런 설명이 없더라도 독자나 시청자로 하여금 사안과 연관된 인물로 인식케 하여 명예를 훼손하였다면 당연히 그 책임을 피할 수는 없다고 할 것이다. 예를 들어 지면상의 기사가 '과소비를 일삼는 대학가의 세태'를 다루며, 관련자료로 게재된 사진이 아무런 연관이 없는 지나가는 여대생들의 모습을 담은 경우도 이에 해당할 것이다.

③ 漫畵나 漫評

매체상의 만화나 만평에 의한 경우도 그러한 명예훼손의 문제가 발생할 수 있다. 미국의 경우 만화나 만평에는 대중의 공개적 사상의 표출은 그 표현이 다소 공격적이거나 명예훼손적 요소를 지니고 있다고 하더라도 규제되어서는 안된다는 기본원칙이 적용되고 있다.[83] 또한 정치적 만평의 내용이 단일한 의미로만 해석되거나 또는 그 해석이 명예훼손적인 것이 아니라면 소송의 대상이 되지 못한다는 원칙이 고수 된다.

우리나라의 판례 경향을 보면, 신문의 만화에 의해서도 인격권이 침해될 수 있는 것으로 인식하고 있다. 즉 판례의 일반적 경향에 의하면 만화나 만평은 그 성격상 의견이나 논평의 범주에 속하는 것이지만, 사실을 허위로 적시하는 경우 명예훼손의 책임을 물을 수 있는 것이다.[84]

대법원은 이와 관련하여 구체적인 사실관계를 드러내지 않고 한 두 컷의 그림과 압축된 설명을 통해 특정인물이나 사건을 풍자한 경우 명예훼손에 해당하지 않는다고 하며, 만화나 만평의 경우 명예훼손 여부를 판단하려면 작가의 의도, 소재가 된 객관적 상황 등을 종합해 독자에게 어떤 인상을 주었는지를 살펴봐야 하고 독자에 의한 판단의 정도가 명예훼손성을 판단하는 기준이 된다고 판시한 바 있다.[85] 즉 명예훼손이란 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등 인격적 가치에 대하여 사회로부터 받는 객관적인 평가를 침해하는 행위를 말하고, 그와 같은 객관적인 평가를 침해하는 것인 이상, 의견 또는 논평을 표명하는 표

82) 대법원 1989. 11. 14, 89 도 1744.

83) Street v. New York, 394 U.S. 576, 1969.

84) 이재진, 「언론과 명예훼손 소사전」, 나남출판, 2003, 65면.

85) 대법원 2000. 7. 28, 99다6203.

현행위에 의하여도 성립할 수 있다고 한다. 다만 단순한 의견 개진만으로는 상대방의 사회적 평가가 저해된다고 할 수 없으므로, 의견 또는 논평의 표명이 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평일 경우에는 명예훼손 책임은 성립되지 않는다고 한다. 그러나 여기에서 말하는 사실의 적시란 반드시 사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정할 것은 아니고, 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 그 표현의 전 취지에 비추어 그와 같은 사실의 존재를 암시하고, 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 족하다고 하였다.[86]

第3節 出版物 等에 의한 名譽毁損罪의 排除事由

1. 違法性阻却事由에 의한 排除

가. 正當行爲

(1) 法令 또는 業務로 인한 行爲

(가) 訴訟活動

형사재판에 있어서 검사의 기소요지의 진술, 증인의 진실한 사실의 증언 및 피고인과 변호인의 정당한 방어권의 행사는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다. 그러나 정당행위라도 권리의 남용으로 인정되는 때에는 위법성이 조각되지 않으므로 피고인과 변호인이 방어권을 남용한 경우에는 위법성이 조각되지 않는다.[87]

피고인의 법정에서의 허위진술과 관련하여 일본 대심원은, '피고인은 기소된 피고사건에 관한 일체의 사실을 진술하여 그 사건의 진상을 밝혀서 자기의 이익을 방어할 권리를 가진다고 보아야 함은 방어의 주체인 피고인의 지위에 비

86) 김화중, 앞의 논문, 27면.

87) 이재상, 앞의 책, 190면; 배종대, 앞의 책, 265면.

추어 당연한 것이다 따라서 비록 공개된 법정에서 피고인이 방어권의 행사로서 행한 진술이 우연히 제3자의 명예를 훼손하는 결과를 발생하는 일이 있어도 그 행위는 위법성을 결여하여 명예훼손죄를 구성하지 아니하는 것이다. 그러나 피고인이 갖는 방어권의 행사는 원래 절대무한이 아니고 그 진술은 진실에 적합하여야 한다. 만약 허위의 사실을 진술해서 제3자의 명예를 훼손한다면, 이는 권리의 남용이요 그 행위의 위법성을 조각하지 아니함은 물론이다'라고 판시[88] 한 바 있다.

(나) 論 評

다수설은 학술 또는 예술작품에 대한 공정한 논평도 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다고 주장한다.[89] 그러나 논평 그 자체는 사실의 적시가 아니므로 명예훼손죄의 구성요건해당성이 없고, 다만 논평을 위해 사실을 적시하는 경우에 그것이 공정한 논평을 위하여 필요한 경우라면 업무로 인한 행위로서 위법성이 조각될 수 있다고 보는 것이 보다 정확할 것이다.[90]

(다) 報 道

다수설은 신문, 라디오 등의 보도기관의 보도도 진지한 정보의 이익이 존재하고 국민의 알 권리를 충족시키는 한 정당한 업무행위에 속하므로 그로인하여 타인의 명예를 훼손하더라도 위법성이 조각된다고 주장한다.[91] 그러나 보도기관의 보도에 사람을 비방할 목적이 없으면 형법 제309조가 적용되지 아니하고 제307조가 적용되며, 그 내용이 진실이거나 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 형법 제310조에 의하여 위법성이 조각[92]되므로,

88) 일본최고재판소 1930. 5. 22, (형집 제5권, 185면)

89) 김일수・서보학, 앞의 책, 193면; 박상기, 앞의 책, 188면; 이재상, 앞의 책, 190면; 임 웅, 앞의 책, 205면.

90) 오영근, 앞의 책, 254면.

91) 김일수・서보학, 앞의 책, 193면; 박상기, 앞의 책, 188면; 이재상, 앞의 책, 190면; 정성근・박광민, 앞의 책, 188면.

형법 제310조의 요건을 갖춘 때에 한하여 위법성이 조각된다고 해석하는 것이 타당하다[93]. 다만 보도기관의 보도방식이 형법 제309조 소정의 '신문, 잡지, 라디오 기타 출판물'에 해당하지 아니하면 형법 제20조가 적용될 수 있을 것이다.

(라) 議員의 活動

국회의원이 국회내에서 직무상 행한 발언은 법령에 의한 행위, 업무로 인한 행위로 위법성이 조각될 수 있고, 위법성이 조각되지 않는 경우에도 헌법 제45조에 의하여 국회 이외에서 책임을 지지 않는다. 국회의원에게 면책특권을 인정하는 취지는 국회의원이 국민의 대표자로서 국회 내에서 자유롭게 발언하고 표결할 수 있도록 보장함으로써 국회가 입법 및 국정통제 등 헌법에 의하여 부여된 권한을 적정하게 행사하고 그 기능을 원활하게 수행할 수 있도록 보장하는데 있고, 면책특권의 대상이 되는 행위는 국회의 직무수행에 필수적인 국회의원의 국회 내에서의 직무상 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에만 국한되지 않고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함된다.[94]

독일 기본법 제46조 제1항은 '연방의회의 의원은 연방의회 또는 위원회에서 행한 표결 또는 발언을 이유로 하여 어떠한 시기에 있어서도 재판상 또는 직무상의 소추를 받지 아니하며 원외에서 책임을 지지 아니한다. 이 규정은 비방적 명예훼손행위에 대하여는 적용되지 아니한다.'고 규정하고 있다. 그러나 우리 헌법 제45조에는 독일 기본법에서와 같은 예외규정이 없고, 독일의 비방적 명예훼손행위에 관한 독일 형법 제187조는 단순히 명예를 보호하는 것이 아니라 어떤 사실이 진실이 아님을 확실히 알고 있음에도 불구하고 이를 공표하여 타인을 비방하거나 사회적 가치를 현저히 떨어뜨리려고 하는 경우와 또 그러한 것을 통해서 재산법상의 책임이행을 통해 누리는 신임 또는 신용을 해하는 자를 처벌하고자 하고 있으므로, 단순히 인격적 가치를 훼손하는 경우는 독일 형법 제187조에 의하지 않고 제185조 또는 제186조에 의하여 처벌되고 있다.[95]

92) 대법원 1997. 4. 11, 97도88.

93) 박홍우, 앞의 논문, 413면.

94) 대법원 1996. 11. 8, 96도1742.

95) 최윤철, "국회의원의 면책특권의 보호범위에 관한 연구", 「법학연구」, 한국법학회, 2003, 358면.

(2) 社會常規로 인한 行爲

명예훼손행위가 사회상규에 위배되지 않으면 형법 제20조에 의한 정당행위로서 위법성이 조각된다. 이에 관한 판례를 소개하면 다음과 같다.

(가) 肯定한 事例

① 피고인이 소속한 교단협의회에서 조사위원회를 구성하여 피고인이 목사로 있는 교회의 이단성 여부에 대한 조사활동을 하고 보고서를 그 교회 사무국장에게 작성토록 하자, 피고인이 조사보고서의 관련 자료에 갑을 명예훼손죄로 고소했던 고소장의 사본을 첨부한 경우, 이는 자신의 주장의 정당성을 입증하기 위한 자료의 제출행위로서 위법하다고 까지는 할 수 없고 출판물에 의한 명예훼손죄의 구성요건에 해당하지 아니하거나 사회상규에 위배되지 아니한다.[96]

② 조합의 긴급이사회에서 불신임을 받아 조합장직을 사임한 갑이 그 후 개최된 대의원총회에서 피고인 등의 음모로 조합장직을 박탈당한 것이라고 대의원들을 선동하여 회의 진행이 어렵게 되자 새조합장이 되어 사회를 보던 피고인이 그 회의진행의 질서유지를 위하여 이사회의 불신임결의 과정에 대한 진상보고를 하면서 갑은 긴급이사회에서 불신임을 받고 쫓겨나간 사람이라고 발언한 것이라면, 피고인에게 명예훼손의 범의가 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 그러한 발언은 업무로 인한 행위이고 사회상규에 위배되지 아니한 행위에 해당한다.[97]

③ 교회담임목사를 출교처분 한다는 취지의 교단산하 재판위원회의 판결문은 성질상 교회나 교단 소속신자들 사이에서는 당연히 전파, 고지될 수 있는 것이므로 위 판결문을 복사하여 예배를 보러온 신도들에게 배포한 행위에 의하여 그 목사의 개인적인 명예가 훼손된다 하여도 그것은 진실한 사실로서 오로지 교단 또는 그 산하교회 소속신자들의 이익에 관한 때에 해당하거나 적어도 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당하여 위법성이 없다.[98]

96) 대법원 1995. 3. 17, 93도923.

97) 대법원 1990. 4. 27, 89도1467.

98) 대법원 1989. 2. 14, 88도899.

(나) 부정한 사례

① 피고인으로부터 갑을 비방하는 말을 들은 사람들이 기자, 방송국PD, 신문사 편집국장 등 상당한 사회적 영향력과 전파력을 갖춘 사람들이거나 갑과 같은 동요작곡가들이어서 피고인의 행위로 인한 갑에 대한 사회적 평가의 절하와 그로 인한 갑의 정신적 고통이 심각할 것으로 보이는 점, 피고인이 공소사실 기재 사람들뿐만 아니라 동요작가인 을, 병 및 학부모 정, 무 등 기타 여러 사람에게도 그러한 비방을 하고 다녔던 점 등을 비롯하여 이 사건 기록에 나타난 피고인과 갑과의 관계, 피고인이 이 사건 각 명예훼손행위에 이르게 된 경위와 그 이후의 정황 등 제반 사정을 종합하면, 피고인의 행위는 그 수단이나 방법이 상당하다고 보이지 아니하고 또한, 피고인의 행위로 인하여 피고인이 얻게 될 이익이 그로 인하여 심각하게 침해될 갑의 사회적 평가와 균형을 이루지 못할 정도로 경미하다고 보이므로 피고인의 행위가 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당하지 않는다.[99]

② 사단법인 진주민속예술보존회의 이사장이 이사회 또는 임시총회의 의장으로서 의안에 관하여 발언하다가 타인의 명예를 훼손하는 내용의 말을 하였다면 사회상규에 반하지 아니한다고 할 수 없으므로 위법성이 조각되지 아니한다.[100]

나. 被害者의 承諾

명예는 그 법익주체가 처분할 수 있는 개인적 법익이다. 명예에 관한 죄를 친고죄 또는 반의사 불벌죄로 규정하고 있는데 비추어 볼 때에 피해자의 승낙이 있는 때에는 위법성이 조각된다. 친고죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있고, 반의사 불벌죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

따라서 고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있는 때에, 그리고 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 대하여 처벌

99) 대법원 2004. 6. 25, 2003도4934.

100) 대법원 1990. 12. 26, 90도2473.

을 희망하지 않는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회되었을 때에는 공소기각의 판결을 선고하여야 한다(형사소송법 제327조 5·6호)고 규정하고 있다. 이러한 의미에서 명예에 관한 죄는 해제조건부범죄라고도 한다. 다만 피해자의 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여 대법원은 제1심 판결선고 전에 하여야 한다[101]고 판시하고 있다.

2. 刑法 第*310*條에 의한 排除

형법 제307조 제1항은 '공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한' 경우, 진실한 사실을 적시한 경우에도 명예훼손죄가 성립할 수 있도록 규정하고 있다. 헌법에서 보장하고 있는 언론의 자유와 개인의 인권보호가 상호 충돌될 수 있는 가능성이 상존하고 있다. 이런면에서 형법이 공정한 비판을 억제 내지는 금지하는 결과를 초래할 수 있도록 규정하고 있는 것이다.

이러한 문제를 해결하기 위해 형법 제310조에서는 일반적인 위법성 조각사유 이외에 명예훼손에 적용되는 특수한 위법성조각사유를 규정하고 있다. 즉 '제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다'고 규정하여 특수한 위법성조각사유를 규정하고 있다. 여기에서 제310조가 적용되기 위해서는 먼저 적시된 사실이 진실하여야 하고, 사실의 적시가 오로지 공공의 이익에 관한 것이어야 한다. 여기의 진실한 사실이란 사실의 중요 부분이 진실과 합치되는 사실을 말한다. 따라서 적시사실의 중요부분이 진실이면 충분하고 세부적인 부분까지 합치할 필요는 없다. 예컨대 다소 과장된 표현이라고 하더라도 곧바로 허위사실이 되는 것은 아니다. 또한 '오로지 공공의 이익에 관한 것'이란 국가와 사회 또는 국민의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 이익을 말한다.

대법원은 이러한 공익성과 관련하여 형법 제310조에서 '오로지 공공의 이익에 관한 때'라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야

101) 명예훼손죄에 있어서 제1심 판결 선고 후에 한 피해자의 처벌희망철회의 의사표시는 효력이 없으므로 이에 기하여 공소기각을 선고함은 위법이다(대법원 1962. 3. 8, 4294형비상112).

한다. 여기의 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회·기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지의 여부는 당해 적시 사실의 구체적 내용, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 범위의 방법 등 표현 자체에 관한 제반사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의해 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예침해 정도 등을 고려하여 결정하여야 한다. 행위자의 주요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형벌 제310조의 적용을 배제할 수 없다고 판시[102]하고 있다. 따라서 부수적으로는 사익적인 동기가 포함된 경우에도 위법성이 조각될 수 있다. 특히 여기서 문제가 되는 것은 개인의 명예훼손이 국민의 알권리와 충돌하는 경우이다. 이 때 양자 사이에 명확한 한계를 구분하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그 한계는 구체적 상황에서 표현의 자유가 어느 정도 보장되어야 하느냐에 따라 결정된다. 이 판단 과정에서는 다양한 사회적 이익들에 대한 비교형량과 가치평가가 기초되어야 한다.

가. 刑法 第310條의 適用範圍와 效果

(1) 適用範圍

형법 제310조는 '제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.'라고 규정하고 있어 제307조 제1항은 당연히 적용되나 제309조를 적용할 것인가가 문제되고 있다. 형법 제310조에서 '제307조 제1항의 행위가'라고 규정하고 있어 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우에는 제310조가 적용되지 않는 것으로 오해할 소지가 있으나 이는 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우에도 비방할 목적이 있는 경우에만 제309조의 출판물에 의한 명예훼손에 해당하므로 비방할 목적이 없는 출판물에 의한 명예훼손은 일반명예훼손과 같이 취급되어 310조 위법성의 조각 조항이 적용된다.

타인의 명예를 훼손하는 기사를 게재하는 경우, 그 기사가 비방의 목적이 있

102) 대법원 1998. 10. 9, 97도158.

다고 인정될 때에는 형법 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 성립하여 이 경우에는 기사의 내용이 진실하거나 진실하다고 믿는 데 상당한 이유가 있으며 그것이 오로지 공공의 이익을 위한 행위였다고 하더라도 위법성이 조각되지 아니하며[103], 그 기사가 비방의 목적이 없는 경우에는 출판물 등에 의한 명예훼손죄로 처벌받지 않으며 형법 제307조의 일반 명예훼손죄가 성립[104]하여 기사의 내용이 진실하거나 진실하다고 믿는 데 상당한 이유가 있고 그것이 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 형법 제310조가 적용되어 위법성이 조각된다. 판례의 경향은 출판물에 의한 명예훼손시 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이면 거의 자동적으로 비방목적의 존재를 부인하여 비방 목적을 추론케 하는 간접사실을 따로 수집하지 않고 있다.[105] 출판물에 의한 명예훼손의 경우라도 공공의 이익에 관한 것이면 제309조가 아니라 제307조가 적용되어 사실상 제309조에도 제310조를 적용하는 것과 같이 운영되고 있다.[106]

(2) 實體法上 效果[107]

형법 제310조의 법률요건이 모두 충족되면 그 법률효과는 '처벌하지 아니한다.'는 것이다. 처벌하지 아니한다는 법적 성질은 처벌조각사유설·위법성조각

---

103) 대법원 1986. 10. 14, 86도1603 ; 대법원 1995. 6. 30, 95도1010.

104) '형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물에 의한 명예훼손의 공소사실 중에는 동조 제1항 소정의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손의 공소사실이나 같은 법 제307조 제1항의 명예훼손 공소사실도 포함되어 있으므로, 피고인에게 적시한 사실이 허위사실이라는 인식이 없었다면 법원은 공소장 변경절차 없이도 같은 법 제309조 제1항의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손죄로 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'라고 판시하였다(대법원 1997. 2. 14, 96도2234).

105) '보도의 내용, 피해자의 지칭 정도, 피고인의 신분이 일간지 기자인 점을 고려하여 보면, 기사의 목적은 변사사건의 의문점을 독자들에게 알림으로써 국민의 알 권리를 충족시키려는 것이었고 비방할 목적은 인정되지 않는다.'고 판시하였다(대법원 1996. 8. 23, 94도3191). '피고인이 본건 강연, 대담이나 기고한 글 중에서 언급한 ○○○의 형태는 객관적으로 볼 때 사회일반에 상당한 영향력을 행사하고 있던 동인의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있다는 의미에서 공공의 이익에 관한 것이라고 봄이 상당하고, 또 피고인으로서도 ○○○ 개인을 비방할 목적에서라기보다는 …구원파를 경계할 목적으로 공공의 이익을 위하여 한 행위'라고 판시하였다(대법원 1996. 4. 12, 94도3309).

106) 고영호, "명예훼손에 대한 고찰", 한양대학교 석사학위논문, 2000, 65면.

107) 손동권, "형법 제310조의 실체면과 절차면", 「형사판례연구」, 박영사, 1998, 217면.

사유설·구성요건해당성배제사유설 등이 있으나 위법성조각사유설이 우리나라의 통설[108]이다. 처벌조각사유설은 적시된 사실의 진실성과 공익성이 인정됨에도 명예훼손죄의 성립을 인정하고 다만 그 처벌만 조각시킨다고 보아 개인의 명예보호에 치우친 견해이고, 구성요건해당성배제사유설은 언론의 자유보호에 편중되어 명예보호의 소홀한 단점이 있으므로 위법성조각사유설이 타당하다고 생각한다. 이하에서는 학설을 살펴보기로 한다.

(가) 處罰阻却事由說

처벌조각사유설에 의하면 범죄 그 자체의 성립을 인정하고 다만 적시된 사실이 진실하다는 증명이 있으면 이를 조건으로 처벌만이 조각된다고 한다. 또한 이렇게 해석하는 것이 형법 제310조의 법문언에 충실하며 거증책임을 전환하는 규정의 취지로 보아 정당하다고 본다. 만일 사실의 증명이 있는 경우 실질적으로 위법하지 않는 경우라고 한다면 정당행위의 이론으로서 처벌하지 않을 수 있으므로 형법 제310조의 규정을 둘 필요가 없다는 점을 들고 있다.

그러나 이 설에 의하면 사실의 진실성은 구성요건요소가 아니므로 고의의 내용이 될 수 없고 사실의 진실성에 관한 착오는 행위자가 죄책에 아무런 영향을 주지 못하고 행위자가 사실을 진실한 것으로 오신하는데 상당한 이유가 있는 경우에도 처벌을 면할 수 없게 된다. 따라서 언론은 사실의 여부에 대한 조사부담으로 대부분 침묵을 지키게 되어 형법 제310조의 입법취지는 상실되고 말 것이다. 그러므로 이 설은 개인의 명예보호와 언론의 자유를 위축시키는 불합리한 결과를 초래하게 된다.[109]

처벌조각사유설은 개인의 명예보호에는 철저하다는 장점이 있으나, 다음과 같은 점에서 비판을 받는다. 첫째, 처벌조각사유설은 '처벌하지 아니한다.'라는 문언에는 충실한 것으로 보이지만 동조를 언론의 자유와 관련시켜 이해한다면 사실의 진실성과 적시의 공익성이 인정됨에도 불구하고 범죄의 성립을 긍정한다는 점에서 타당하지 않다. 둘째, 착오가 회피불가능한 경우까지 명예훼손죄의

108) 임 웅, 앞의 책, 201면; 오영근, 앞의 책, 214면; 이재상, 앞의 책, 178면.

109) 차용석, "명예훼손죄에 있어서 사실의 진실성에 관한 착오", 「고시계」, 1979.12, 32면.

성립을 인정하는 것은 지나치게 개인의 명예보호만을 강조한 나머지 상대적으로 언론자유의 보장에 소홀하게 된다는 점에서 양자의 균형과 조화를 도모하고 있는 형법 제310조의 입법취지에 반한다고 할 것이다.

(나) 構成要件該當性阻却事由說

구성요건해당성조각사유설은 적시된 사실이 주요부분이 증명가능한 정도로 진실할 때에는 행위의 정형적 위법성이 결여되어 구성요건해당성이 조각된다고 하며 다음과 같이 그 이유를 설명하고 있다. 형법 제310조를 단순히 위법성조각사유라고 하면 어떤 특수사유에 대하여 다시 위법성을 가지게 될 때에는 이미 범죄의 성립을 조각할 수 없게 된다. 더군다나 위법성은 가치판단의 문제이므로 실제적으로 그 존부의 판단에 있어서 법관의 주관적 자의가 개입될 여지가 있다. 명예훼손죄에 있어서 법정요건이 구비되면 사실의 진실성이 범죄의 성립을 조각시킨다는 것은 언론의 자유를 보장한다는 취지이므로 이 한계에서 법관의 자의가 개입할 여지를 인정하는 것은 부당하고 따라서 진실한 이상 범죄의 성립이 조각된다고 이해해야 한다. 즉 사실의 진실성은 단지 위법성조각사유 이상의 구성요건적인 것으로서 사실이 진실할 경우에는 행위의 구성요건해당성을 조각한다고 한다.

그러나 이 설에서 사실의 진실성을 소극적 구성요건으로 이해하므로 명예훼손죄의 구성요건 자체가 수정되는 것이 되어 명예훼손행위가 명예훼손죄에 해당되지 않게 되는 난점이 생기게 된다.[110] 따라서 개인의 명예보호보다는 언론의 자유를 상대적으로 넓게 보장하게 되어 부당하다.

또한 이 설은 만일 위법성조각사유라고 한다면 피고인에게 불이익한 해석이 허용될 수 있기 때문에 구성요건해당성이 조각되어야 한다고 하지만 위법성조각사유라고 해서 특별히 피고인에게 불이익한 해석이 허용될 수는 없다. 이런 주장의 근거는 구성요건은 엄격하게 해석해야 하는데 대하여 위법성조각사유는 반드시 그렇지 않고 명문의 규정을 초월하여 피고인에게 불이익한 해석도 허용될 수 있다는 데 있다.

---

110) 정성근, “명예훼손죄에 있어서의 사실증명”, 「고시계」, 1978.7, 92면.

위법성조각의 경우는 법익을 구체적으로 형량하므로 그 한계가 형식적으로 명확하지 않은 경우가 많은 것이 사실이나 법에서 일정한 형식적 요건만 구비하면 위법성을 조각한다고 규정한 경우에는 그 법문의 제약을 일탈할 수 없을 것이다. 뿐만 아니라 조각이라는 말에는 그 전제로서 무엇인가의 요건의 해당성이 인정되어야 한다. 위법성의 조각은 구성요건해당성을 전제로 인정할 수 있으나 구성요건해당성의 조각은 그렇지 않다. 만일 구성요건해당성조각을 인정한다면 구성요건에 해당하지만 해당하지 아니한다는 자기모순의 결론이 나오게 되므로 구성요건해당성조각이라는 개념은 무용한 것이라고 할 수밖에 없다.

구성요건해당성조각사유설에 대해서는 아래와 같은 비판이 가능하다. 첫째, 구성요건해당성설은 사람의 실질적 가치에 걸맞지 아니하는 허명이라도 일응 존중하는 것이 사회생활의 이익에 합치된다는 취지에서 형법이 타인의 불명예스러운 사실을 공표하는 것 자체를 구성요건으로 삼고 있다는 사실을 간과하고 있으며 명백히 위법성의 조각이라고 한 동조의 표제에도 부합되지 않는다. 둘째, 형사정책적 관점에서 보더라도 착오가 회피가능한 경우까지 고의를 조각하는 것은 형법 제310조의 남용을 초래할 수 있다는 점에서 타당하지 않다.

(다) 違法性阻却事由說

위법성조각사유설은 적시된 사실이 진실이라는 증명이 있으면 행위의 위법성이 조각되어 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 한다. 형법 제310조의 사실의 증명규정은 인격권으로서의 개인의 명예를 보호함과 동시에 정당한 언론의 자유 보장도 고려하여 양 법익의 조화를 이룬다는 취지에서 형법 제307조는 명예훼손 전체를 원칙적으로 금지하는 규정이고 제310조는 그 예외적 허용규정으로서 이해된다.

즉 형법은 사람의 실질적인 가치와 일치하지 않는 허명이라고 하더라도 그것을 침해하지 않는 것이 개인이 사회생활을 영위하는 이익에 합치되므로 사실의 진부를 묻지 않고 타인의 불명예스러운 사실을 공표하지 못하게 금지하여 명예훼손죄의 구성요건으로 하고 다만 형법 제310조는 언론의 자유와의 관계에서 진실성과 공익성이 있는 경우에 한해서 예외적으로 허용한 규정이고 비록 형법

제307조의 구성요건에 해당하는 행위라 하더라도 일정한 조건을 구비한 것이라면 위법성을 조각시키는 위법성조각사유로서 이해한다. 이 설이 우리나라 통설[111]이다.

처벌조각사유설은 사실의 진실성과 적시의 공익성이 인정되는 경우에도 범죄의 성립을 긍정하여 개인의 명예보호에 치중한 나머지 언론의 자유에 대한 보장을 경시한 것으로 타당하다고 할 수 없다. 구성요건해당성조각사유설은 명예의 보호보다는 언론의 자유보장에 편중한 것이라 하겠다.

사실의 진실성 여부는 동조 1항에 해당하느냐 또는 2항에 해당하느냐에 대한 기준에 불과하고 진실성이 가려진 다음에 적시의 공익성이 인정되면 이를 고려하여 위법성이 조각된다고 보아야 할 뿐만 아니라 형법도 이를 위법성조각사유로 규정하고 있으므로 통설인 위법성조각사유설이 타당하다.

(3) 訴訟法上 效果

사실의 진실성과 공익성의 판단은 법원이 하지만, 그 거증책임을 누가 지느냐 하는 데에는 문제가 있다. 거증책임은 요증사실의 존부에 대하여 증명이 불충분한 경우에 불이익을 받을 당사자의 법적 지위를 말한다.[112] 법원은 사실의 존부를 확인하기 위하여 당사자가 제출한 증거와 직권으로 조사한 증거에 의하여 재판에 필요한 심증을 형성한다. 그러나 이러한 증거에 의하여도 법원이 확신을 갖지 못할 때에는 일방의 당사자에게 불이익을 받을 위험부담을 주지 않을 수 없다. 이러한 위험부담이 거증책임이다. 검사에게 거증책임이 있을 경우 검사가 적극적으로 그 사실을 증명하지 못하면 증명불능의 이익은 피고인에게 돌아간다.

거증책임의 분배원칙에 대한 명문의 규정에 의한 예외를 거증책임의 전환이라고 한다. 실체법적 사실에 대하여는 검사가 거증책임을 지므로 통설은 피고인이 거증책임을 가지는 경우를 거증책임의 전환이라고 한다. 그러나 거증책임의 전환이란 원래의 거증책임의 담당자로부터 상대방으로 전환된 거증책임의

111) 이재상, 앞의 책, 193면; 임 웅, 앞의 책, 201면; 박상기, 앞의 책, 187면.

112) 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2006, 459면.

예외적 배분을 말하는 것이며, 처음부터 피고인에게 거증책임이 있는 경우는 거증책임분배의 원칙이지 거증책임의 전환이라고 할 수 없다. 따라서 거증책임의 전환이라고 하기 위하여는 첫째로 거증책임을 상대방에게 전환하기 위한 명문의 규정이 있어야 하며, 둘째로 거증책임의 예외를 뒷받침할 만한 합리적 근거가 있어야 한다. 거증책임의 전환에 관한[113]규정으로는 형법 제263조 보통상해죄의 동시범특례와 형법 제310조의 명예훼손죄의 위법성 조각사유를 들 수 있다.

형법 제310조의 적용요건, 즉 사실의 진실성 및 공익성에 관한 거증책임이 검사와 피고인 중 어느측에 있는가 하는 문제에 관하여는 첫째로 거증책임이 피고인에게 전환된다는 견해[114]와 둘째로 형사소송법상의 일반원칙에 따라 검사에게 있다는 견해[115]가 대립하고 있다. 판례[116]는 거증책임전환설의 입장이다.

일본형법 제230조의 2는 '전조 제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관계되고 그 목적이 오로지 공익을 위하는데 있다고 인정되는 때에는 사실의 진부를 판단하여 진실이라는 증명이 있으면 벌하지 아니한다'라고 규정하고 있고, 독일 형법 제186조도 '사실이 진실이라고 증명되지 아니하는 때에는 …에 처한다.'고 규정하고 있으므로 사실이 진실이라는 증명을 하는 거증책임이 피고인에게 있음을 명백히 밝히고 있다.

그러나 우리 형법 제310조는 '진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 벌하지 아니한다.'고 하여 위법성조각사유의 요건만을 갖추고 있을 뿐이고 증명에 관하여는 아무런 규정도 두고 있지 않다. 따라서 이는 명예훼손죄에

113) 이재상, 「형사소송법」, 462면.

114) 정영석, 「형법각론」, 법문사, 1995, 289면; 황산덕,「형법각론」, 방문사, 1994, 234면.

115) 김일수・서보학, 앞의 책, 193면; 박상기, 앞의 책, 188면; 배종대, 앞의 책, 264면; 이재상, 「형법각론」, 190면; 정성근・박광민, 앞의 책, 190-1면.

116) '형법 제310조에서 오로지 공공의 이익에 관한 때라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하고 이 경우에 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지의 여부는 당해 적시사실의 구체적인 내용, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해정도 등을 비교・고려하여 결정하여야 하며 행위자의 주요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다'(대법원 1996. 10. 25, 95도1473).

관한 특수한 위법성조각사유를 규정한 것이지 거증책임의 전환에 관한 규정이라고 볼 수는 없다고 해야 하며[117], 동조의 위법성조각사유의 부존재에 대한 거증책임은 검사에게 있다고 해야 한다.[118]

나. 出版物 等에 의한 排除

형법 제310조는 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 위법성이 조각된다는 것을 의미하므로, 형법 제309조에 해당하는 행위는 이에 포함되지 않는다[119]고 할 것이다. 즉 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 비방할 목적이 인정되는 경우이므로 제310조에 의해 위법성이 조각되는 경우에서 제외되는 것이다. 출판물에 의한 명예훼손을 비방의 목적이 없다고 하여 일반 명예훼손죄 규정으로 귀결시켜 제310조에 의한 위법성조각을 무분별하게 인정하게 되면 언론사의 책임을 지나치게 경감시키고 출판물에 의한 명예훼손의 경우에는 제310조의 적용이 없다는 일반원칙을 무력화시키는 결과가 된다.[120] 즉 판례나 일부 학설은 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다고 봄이 상당하다고 하지만[121], 언론기관의 보도 내용이 고의나 과실로 진실에 대한 심사의무를 소홀히 하였거나 공익성을 위반하였을 경우에는 언제나 비방의 목적을 인정하여 제309조를 적용하는 것이 타당하다고 한 것이다. 그러나 일반적으로 비판기능을 수행하는 사회적 공기로서의 언론보도에 있어서, 예외적으로 비방의 목적이 부인되는 경우가 가능하다고 하는 견해에 의하면 이 경우 제309조상의 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 책임범위에서 벗어나게 되어 제307조의 일반 명예훼손죄의 죄책 가능성이 남게 되고, 제310조에 의한 위법성조각이 문제[122]될 수 있게 된다.

---

117) 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1982, 430면; 차용석, 「형사소송법」, 세영사, 1987, 616면.

118) 이재상, 「형사소송법」, 464면.

119) 대법원 1993. 4. 13, 92도234; 이 판례에서 형법 제310조에 의하여 위법성이 조각되는 경우는 형법 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 한 한다고 하였다.

120) 박상기, 앞의 책, 195면.

121) 대법원 2000. 2. 25, 98도2188; 사건에서는 언론사가 대학생의 변사의혹을 게재한 주요목적은 공공의 이익을 위한 것이지 특정인을 비방하기 위한 것이 아니므로 제309조상의 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 판시하였다(대법원 1996. 8. 23, 94도3191).

판례는 형법 제309조 제2항의 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 성립하려면 피고인이 허위사실을 적시함에 있어 적시사실이 허위임을 인식하여야 할 것이고, 이러한 허위의 점에 대한 인식, 즉 범의에 대한 입증책임은 검사에게 있다는 태도를 취하고 있다.[123] 진실한 사실적시와 허위의 사실적시라는 두가지 태양을 별도로 구분하고 있는 출판물에 의한 명예훼손죄 사안에서, 검사가 행위자의 허위성 인식에 대한 입증을 하지 않는 한 진실한 사실로 인식한 것으로 취급된다는 추론이 가능할 것이다.[124]

다. 不法行爲法上의 排除

(1) 違法性阻却事由의 意義

우리 민법 제750조에서는 '고의나 과실에 의한 위법한 행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다'고 규정하여, 일본 민법 제709조와는 달리 위법한 행위가 성립요건임을 명문으로 규정하고 있다. 따라서 위법행위가 있음에도 불구하고 불법행위책임이 면해지기 위해서는 위법성조각사유가 존재해야 한다. 우리 민법 제761조 1항에서 '타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제3자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다.'라고 규정하고 있고, 2항에서 '전항의 규정은 급박한 위난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 경우에 준용한다.'라고 규정하여 위법성조각사유에 대해서 일반적인 것으로 정당방위와 긴급피난을 불법행위 분야에서 별도로 규정하고 있다. 이밖에도 자력구제나 피해자의 승낙, 정당행위 역시 위법성조각사유가 될 수 있을 것이다. 명예를 훼손하여 발생한 손해에 대한 불법행위의 책임은 면책사유로서 형법에서와 같은 명문의 규정이 없기 때문에 형법 제310조에서 규정하고 있는 위법성조각사유를 민법에도 유추 적용할 수 있는가의 여부가 문제되지만 학설은 긍정하고 있다. 또한 대법원 역시 일관되게

---

122) 허위사실 적시의 출판물에 의한 명예훼손죄에 대하여는 오로지 공공의 이익에 관한 것이라 하여 형법 제310조 소정 위법성조각사유가 적용될 여지가 없는 것은 당연하다(대법원 2002. 12. 10, 2001도7095).

123) 대법원 1997. 2. 14, 96도2234; 대법원 1994. 10. 28, 94도2186.

124) 김화중, 앞의 논문, 40면.

위법성의 논의가 정비된 형법의 위법성에 관한 이론을 민사사건에도 채택하여, 사안의 공공성, 목적 내지 행위의 공익성, 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유를 제시하면서 사안별로 개인의 인격권과 언론의 자유와의 가치를 비교 형량하고 있다.[125]

(2) 公共的 表現

대법원은 '형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실이라는 증명이 있으면 그 행위에 위법성이 없으며 또한 그 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다'[126]고 전제하고 있다.

(가) 公共性

명예훼손이 면책되기 위해서는 명예훼손의 내용이 공공의 이해에 관련된 사실일 것을 요한다. '공공의 이해'의 해당여부에 대한 판단은 공표된 사실의 구체적인 내용을 근거로 해야 할 것이다. 따라서 일반적이고 추상적인 광범한 기준을 제시한 것은 기준이 될 수 없을 것이다.

(나) 公益性

보도된 내용이 진실이라 하더라도 그 내용이 공익성이 없고 오로지 사적인 사실에 관한 것일 때에는 위법성은 조각될 수 없다. 보도기사의 기술내용, 기술방법 등으로부터 객관적으로 보아 흥미위주나 사적인 목적으로 이루어진, 더 나아가 개인에 대한 저질적인 모욕적 언사에 의한 인신 공격적인 것을 포함한 개인적인 원한관계 등은 이 범주에 포함 될 수 없을 것이다.

우리 대법원 판례에 의해 공공의 이익이 있는 것으로 긍정한 사례들로서 국

125) 대법원 2004. 10. 15, 2004도3912; 대법원 1998. 10. 9, 97도158.

126) 대법원 2002. 4. 29, 2000도4469.

립대교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 추행하였다는 내용의 글을 지역여성단체가 자신의 인터넷홈페이지 게시판 또는 소식지에 게재한 경우,[127] 화천군과 A산업과의 청소대행의 재계약이 체결됨으로인해 불리해질 근로자의 근로조건을 유지하기 위해 A산업의 비리를 신문기자에 적시하여 기사화한 경우[128] 등은 위법성이 조각된다고 한다.

이에 반해 회사의 대표이사에게 압력을 가하여 단체협상에서 양보를 얻어내기 위한 방법의 하나로 현수막과 피켓을 들고 확성기를 사용하여 반복해서 불특정다수의 행인을 상대로 소리치면서 거리행진을 함으로써 대표이사의 명예를 훼손한 행위는 공공의 이익에 관한 것이라 볼 수 없다고 한다.[129]

(다) 眞實性 또는 眞實이라고 믿을 만한 相當한 理由

명예훼손행위가 면책되기 위해서는 진실이라는 증명 또는 그 증명이 없더라도 최소한 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있어야만 한다.

① 眞實性

진실성이란 공표의 내용이 실제 사실과 부합하는 것을 말한다. 이러한 진실성은 우선 적시된 사실의 중요부분이 사실과 합치되어야 할 것이다. 비록 공표의 내용의 일부가 사실과 차이가 있거나 다소 과장이 있는 경우라 하더라도, 중요부분이 사실과 부합한다면 곧 바로 허위라고는 할 수 없을 것이다. 또한 적시된 사실의 진실성 여부의 판단은 일반 독자나 청취자, 시청자들이 보통의 주의하에 받게 되는 인상을 기준으로 해야 할 것이다. 따라서 단순한 인용이나 소문에 의한 사실의 적시라 할지라도, 그것이 일반인들에게 진실이라고 인정될 정도에 달하여, 그로 인하여 명예가 침해된 경우에는 직접 사실을 적시한 것과 동일하게 취급될 수 있을 것이다. 더 나아가 사실의 적시가 어떤 형태로든 당해 사실을 암시하는 것이라면 명예훼손이 될 것이다.

127) 대법원 2005. 4. 29, 2003도2137.

128) 대법원 2003. 12. 26, 2003도6036.

129) 대법원 2004. 10. 15, 2004도3912.

② 眞實이라고 믿을 만한 相當한 理由

피고가 언론사인 경우 침해한 기사가 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었다는 사실을 위법성조각사유로서 입증해야 하지만, 내용자체가 진실하다는 것을 입증해야 하는 것은 아니고, 진실이 아니더라도 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다는 것을 입증해야 한다고 하고 있다.

대법원은 상당성의 기준에 대해 '기사의 성격상 신속한 보도가 요청되는가, 정보원이 믿을 만하나, 피해자와 대면 등 진실확인이 용이한 사항인가와 같은 여러사정을 종합하여 판단하여야 한다'고 판시[130]하고 있다. 예컨대 언론사가 입수가능하고 확인할 수 있는 객관적 자료나 근거를 가지고 있었는가의 여부가 불법행위의 책임을 묻기 위한 구체적인 기준으로 작용하고 있다는 것이다. 따라서 '일간 신문사가 다른 언론매체의 보도내용을 마치 직접 취재한 것처럼 기사를 작성하면서 그 기사내용의 진위여부를 확인하기 위하여 피해자 및 관련자와 접촉하려고 시도하였으나 그 방법이 부적절하였거나 그 노력을 다하지 못하여 실패하자, 더 이상의 사실 확인 노력도 하지 아니한 채 별다른 근거없이 막연히 기사를 작성한 경우, 일간신문이 신속성을 요구한다는 점을 감안하더라도 그 언론매체에게 그 기사의 취재과정에서 그 기사의 내용이 진실이라고 믿는 데에 상당한 이유가 있다고 보기 어렵다'고 판시[131]하였다. 또한 '수사기관이 피의자 자백을 받아 기자들에게 보도자료를 배포하는 방법으로 피의사실을 공표함으로써 피의자의 명예가 훼손된 사안에서 피의사실이 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 없다'고 했다.[132]

130) 대법원 1996. 5. 28, 94다33828.

131) 대법원 1996. 8. 20, 94다29928.

132) 윤철홍, "명예훼손의 위법성 조각사유에 대한 연구", 「언론중재 」, 2002, 49면.

第3章 言論·出版의 自由와 名譽毁損罪

第1節 言論·出版의 自由

1. 意 義

우리 헌법은 모든 국민에게 언론·출판의 자유를 보장하고 있다. 언론·출판의 자유란 개인의 사상이나 의견을 언어·문자 등으로 불특정 다수인에게 발표하는 자유를 말한다. 여기에서 언론이란 구두에 의한 표현을, 출판이라 함은 문자 및 상형에 의한 표현을 말하는 것이지만 구별의 실익은 없다. 언론·출판에 있어서의 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없다. 즉 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다. 그러므로 음반 및 비디오물도 의사형성적 작용을 하는 한 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정된다.[133]

따라서 흑색리본의 패용·연좌데모·피켓팅 등 비언어적 매체에 의한 표현이나 행위에 의한 사상의 전달을 의미하는 상징적 표현도 표현의 자유의 하나로서 법의 보호를 받는다.[134]

언론·출판의 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유를 의미하는 것으로서, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는 데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다.[135]

이런 이유에서 우리 헌법 제21조에서는 4개항에 걸쳐 언론·출판의 자유를 비롯하여 언론·출판에 대한 허가나 검열금지, 통신·방송의 시설기준과 신문

---

133) 헌법재판소 1993. 5. 13, 91헌바17.

134) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2006, 464면.

135) 헌법재판소 1989. 9. 4, 88헌마22.

의 기능보장을 위한 법정주의, 언론·출판의 자유의 한계 등을 규정하고 있다.[136]

언론·출판의 자유는 협의의 고전적 의미와 광의의 현대적 의미로 구분한다.

협의로서의 언론·출판의 자유라 함은 사상 또는 의견을 언어, 문자 등으로 불특정 다수인에게 발표하는 자유를 말한다. 언론이라 함은 담화, 토론, 연설, 방송 등과 같은 구두에 의한 사상 또는 의견의 발표를 말하고, 출판이라 함은 문서, 도화, 사진, 조각 등과 같은 문자와 상형에 의한 사상 또는 의견의 발표를 말한다.

이에 대하여 광의의 의미에서의 언론·출판의 자유라 함은 사상이나 의견을 발표하는 자유 외에 알권리, 액세스권, 반론권, 언론기관 설립권 등은 물론 언론기관의 취재의 자유와 편집·편성권 및 그 내부적 자유까지 포괄하는 의미로 사용된다.[137] 특히 언론·출판의 자유와 표현의 자유와의 관계가 문제된다. 표현의 자유는 내심의 사상이나 의견을 외부에 표현하는 자유로서, 개인적 표현의 자유인 언론·출판의 자유와 집단적 표현의 자유인 집회·결사의 자유를 총칭하는 개념이다.[138]

2. 機 能

가. 個性伸張의 手段

언론·출판의 자유는 자주적 인간의 정치적·사회적·문화적·지적인 개성신장의 수단으로서의 의의와 기능을 가지고 있다. 우리의 법질서가 인간의 존엄

---

136) 헌법 제21조 【언론·출판·집회·결사의 자유】① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
③ 통신방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.
④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

137) 권영성, 앞의 책, 464면.

138) 표현의 자유와 언론·출판의 자유는 용어가 같은 의미로 혼용되는 경우가 많으나 본 논문에서는 표현의 자유의 핵심내용은 언론·출판의 자유이기 때문에 이를 중심으로 고찰하는 입장에서 이러한 개념적 구분하에 용어를 사용하기로 한다.

성에 바탕을 둔 자주적 인간의 공동생활의 형식을 뜻한다고 볼 때, 모든 국민에게 의사표현의 자유를 보장함으로써 모든 생활문제에 대해서 자신의 견해를 분명히 할 수 있게 하는 것은 마치 도덕적으로 필요한 생명의 공기(sittlich notwendige Lebensluft)를 공급해주는 것이나 다름없다.[139]

나. 民主的 統治秩序의 前提條件

언론·출판의 자유는 민주주의 통치질서가 성립하기 위한 필수적인 전제조건으로서의 의의와 기능을 가지고 있다.[140] 국가권력의 창설과 국가내에서 행사되는 모든 권력의 최후적 정당성이 국민의 가치적인 공감대에 귀착될 수 있는 통치형태가 바로 민주주의이기 때문에 언론·출판의 자유를 보장함으로써 여론형성의 통로를 열어놓고, 의사표현과 정보의 전파를 통한 정치적 동의형성을 가능케 하는 것이야말로 민주주의 실현을 위한 필수불가결한 전제조건이 아닐 수 없다. 따라서 언론·출판의 자유 보장은 민주주의 질서의 초석인 동시에 그 기둥이며, 한 나라의 민주주의가 얼마나 성숙했는가를 판단하는데 있어 중요한 가치척도가 된다.[141]

3. 內 容

언론·출판의 자유는 자신의 의사를 표현·전달하고, 의사형성에 필요한 정보를 수집·접수하고 객관적인 사실을 보도·전파할 수 있는 자유를 그 내용으로 한다. 또 보도매체를 이용해서 자기의 입장을 밝히고 여론형성에 기여할 수 있는 이른바 액세스권도 포함된다고 볼 수 있다. 이 권리는 국민의 권리가 아니라 인간의 권리이기 때문에 우리 국민만이 아니라 외국인에게도 보장 된다. 이를 크게 고전적 의미와 현대적 의미로 나누어 볼 수 있다.

---

139) R. Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4. 1928. S. 44ff. 50; 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2005, 522면.

140) 언론·출판의 자유는 현대 자유민주주의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이며 이를 최대한도로 보장하는 것은 자유민주주의 헌법의 기본원리의 하나이다(헌법재판소 1992. 6. 26, 90헌가23).

141) 허 영, 앞의 책, 655면.

가. 古典的 意味의 言論·出版의 自由

고전적 의미에서의 언론·출판의 자유는 불특정의 다수인을 상대로 자신의 의견이나 사상을 자유로이 표명하거나 전달할 수 있는 자유이다. 헌법 제21조는 이와 같은 의견 또는 사상의 표명과 전달의 자유를 보장하고 있다. 국가권력은 의사표명 또는 사상의 표명과 전달의 자유를 보장하고 있다. 국가권련은 의사표명 또는 사상전달을 방해하거나 금지할 수 없다. 예컨대, 의견이나 사상의 발표 또는 전달을 억제하기 위한 인신구속, 사전검열, 입법조치, 도청 등을 할 수 없다.[142]

이와 같이 고전적 의미의 언론·출판의 자유는 사상 및 의견을 발표할 자유와 이를 전달할 자유를 총괄하는 개념으로 이해되었고, 국가권력에 의한 강제의 금지에 그 주안점이 두어져 왔던 것이다. 고전적인 언론·출판의 자유는 기능적 측면에서도 언론이 지식과 정보의 획득 및 진리발견의 전제조건인 동시에 개인적 인격발전과 자아실현의 수단이라고 인식하였었다.

나. 現代的 意味의 言論·出版의 自由

언론·출판의 자유는 인간의 운명을 창조적으로 개척하려는 사람들의 능동적이고 적극적인 역할과 그것을 객관적 제약성의 수준에 묶어두려는 세력들의 작용 사이에서 그 내용과 형식 및 본질과 현상간에 상당한 갈등을 빚으면서 오늘날까지 발전해 왔다.[143]

15세기의 인쇄술의 발달은 여러 가지의 표현의 자유에 대한 관심을 불러왔고, 18·19세기에 이르러서는 언론기관 특히 '신문의 언론자유'로 발전했으며, 20세기에 들어와서는 영화, 라디오, 텔레비전을 비롯한 새로운 정보매체의 출현으로 정보와 사상을 자유롭게 탐색, 수령, 전달하기 위한 '정보의 자유'로 확대되었다. 이러한 현상은 정보의 빈부격차가 심화되고 정보와 언론이 새로운 권력의 핵심으로 부각되기 시작하면서 이제는 정보매체이용의 권리를 평등하게

142) 권영성, 앞의 책, 467면.

143) 유일상, "언론의 자유, 개인의 명예 그리고 프라이버시", 「신문과 방송」, 1993, 46면.

보장하는 것이 언론·출판의 자유를 충실히 보장하는 것이라는 뜻으로 해석되기에 이른다.[144]

결국 현대의 언론·출판의 자유는 정보의 생산 및 유통과 관련된 사실적 주장 및 의견의 외부적 표출을 자유롭게 행할 수 있음을 뜻한다.

이와 같은 언론·출판의 자유의 실질을 보장하려면 먼저 정보원천에의 자유로운 접근권을 비롯하여 공사의 사회집단에 대해 정보의 공개를 청구하거나 정보원천에 대해 정보공개의무를 요구하는 알 권리 및 취재의 자유가 확보되어야 한다.

현대적 의미에서의 언론·출판의 자유는 고전적 의미의 언론·출판의 자유의 내용을 이루는 의견 또는 사상의 표명과 전달의 자유 외에 알권리, 액세스권, 반론권, 언론기관 설립권, 언론기관의 자유까지도 그 내용으로 한다.

(1) 現代國家에서 情報의 流通過程과 그 法的 關係

(가) 情報源

정보원이라 함은 정보의 원천으로서 정보자료의 출처를 말한다. 정보원도 정보관리자에 따라 국가와 지방자치단체 등이 관리하는 공공기관정보, 정치집단, 경제집단, 언론기관, 문화집단 등이 관리하는 사회집단정보, 개인이 관리하는 개인정보 등으로 구분된다. 또한 정보는 공표되어 일반국민이 접근할 수 있는 일반정보와 그렇지 아니한 내부정보로 구별된다.

(나) 情報蒐集

정보수집이라 함은 정보원으로부터 정보를 수집하는 행위를 말한다. 정보수집행위는 두 종류의 권리로 나눌 수 있다. 하나는 언론기관 취재의 자유이고 또 하나는 일반국민의 정보공개청구권이다. 이들 정보수집과정에 대응하는 권리가 바로 알 권리 또는 읽을 권리이다.

---

144) Jean d'Arcy, The right to communicate, UNESCO DOCUMENT NO 36, Prepared for the International Commission for the Study of Communication Problems, 1979, p.3.

(다) 情報處理

정보처리라 함은 정보를 선택하고 재구성하는 행위를 말한다. 개인은 수집된 갖가지 정보를 선택하고 재구성함으로써 자신의 의견을 형성한다. 정보의 선택과 재구성작업은 개인, 공공기관, 언론기관, 기업체, 정치단체 등에서도 행하여지고 있는데, 특히 언론기관의 경우는 내부에서의 편집·편성과정이 여기에 해당한다. 전자인 개인적 정보선택과 재구성의 과정은 헌법상 사상, 양심, 학문의 자유로서 보장되고, 후자인 언론기관의 편집·편성과정은 편집권, 편성권으로서 법적보호의 대상이 되고 있다.

(라) 情報傳達

정보전달이라 함은 처리된 정보를 전달하는 행위를 말한다. 전통적인 언론·출판의 자유는 바로 이 정보전달의 자유를 보장하는 것이었다. 그러나 오늘날에는 언론기업의 집중화 내지 독과점화에 대응하여 일반시민, 독자, 시청자 등이 그 의견이나 정보를 언론기관에 적극적으로 전달하려 하고 있다. 언론기관에의 접근과 그 이용권이라고 불리는 액세스권이 그것이다. 또한 언론기관의 정보전달에 반론을 게재하는 반론권도 그 중의 하나이다.

(2) 알권리

알권리라 함은 모든 정보원으로부터 일반적 정보를 수집하고 처리할 수 있는 권리를 말한다. '일반적'이란 신문, 잡지, 방송 등 불특정의 다수인에게 개방되는 것을 말하고, '정보'란 양심, 사상, 의견, 지식 등 개인의 정신적 활동에 관한 일체의 자료를 말한다. 개인에게는 공공기관과 사회집단 등에 대하여 정보공개를 청구할 수 있는 권리만이 아니라 그에 관한 취재의 자유를 의미한다.[145]

이러한 알권리의 개념이 등장하게 된 사회적 배경은 국민의 생활전반에 걸쳐 불가결한 정보가 정부나 특정의 기업 또는 언론기관에게 집중되거나 독점관리되고 있어 일반국민은 정보에 접근하여 그것을 수집할 수 없게 되었다는 사정

145) 헌법재판소 1989. 9. 4, 88헌마22.

과 정보수집의 중요성에 대한 자각이 점차 싹트게 되어 언론기관이나 일반국민의 정보수집욕구가 증대되었기 때문이다. 알권리는 민주주의와 불가분의 관계를 가지고 있다. 민주국가는 자유롭고 최대한의 정보수집을 바탕으로 하는 여론 없이는 정상적인 기능발휘가 불가능하며, 정보없이는 책임있는 의사의 형성이 불가능하다. 그런 의미에서 알권리는 민주국가의 헌법체제 하에서는 의견과 사상발표의 자유에 못지 않는 중요성을 가진다.[146]

(3) 액세스(Access)權

액세스(access)권이란 언론매체에 접근해서 언론매체를 이용할 수 있는 언론매체접근·이용권이다. 즉 국민이 자신의 사상이나 의견을 표명하기 위하여 언론매체에 자유로이 접근·이용할 수 있는 권리를 말한다. 현대언론기관의 거대한 독과점기업화에 따라 국민의 알권리를 충족시키고 정보를 전달하여야 할 언론매체에 국민의 접근·이용이 배제된 채, 국민은 일방적인 정보의 수령자의 지위로 전락하고 말았다. 이에 Barron은 미국 수정헌법 제1조의 "연방의회는 …언론·출판의 자유를 제한하는 법률을 제정하여서는 아니된다"라는 규정이 "토론을 위한 적당한 기회"까지도 선언한 것으로 해석하여, 매스미디어에 대한 액세스권의 정립을 위한 국가의 적극적인 역할을 강조했다.[147] 오늘날 언론기관에 대한 액세스권은 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 인식되고 있다. 액세스권의 헌법적 근거로 헌법 제21조 1항 언론·출판의 자유로부터 출발하여, 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에 기초한 인격권의 보호를 위해서도 인정되며, 헌법 제34조 1항 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위해서도 액세스권이 필요하다.[148]

146) 권영성, 앞의 책, 469면.

147) Jerome A. Barron, "Access to the Press-A New First Amendment Right", 80 Havard Law Review, Vol.80, 1967, pp.1641-1678.

148) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2006, 428면.

(4) 反論權

반론권 또는 반박 보도청구권이라 함은 정기간행물이나 방송에서 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 입은 자가 발행인이나 편집자에 대하여 피해를 입었다는 주장을 게재하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다.[149] 보도의 자유와 반론권이 충돌시 인격적 가치의 침해에 대한 구제수단인 반론권 및 해명권이 우선적으로 보호되어야 한다.[150]

반론권은 프랑스혁명 당시 신문검열이 폐지되자 일부 중소신문사가 언론의 자유를 남용하여 비방경쟁을 하기 시작하였고 이로 인하여 명예를 훼손당한 자가 속출하자, 이들의 신속·간결한 명예회복수단으로 신설된 제도이다. 이는 언론에 의해 침해된 개인의 명예회복에 매우 유용한 수단으로 유럽의 여러 국가의 경우에는 적극적으로 활용하는데 반하여 영미법계 국가에서는 언론·출판의 자유를 제약할 수 있다는 이유로 이를 인정하지 않는 경향이다.[151]

반론권의 헌법적 근거로는 헌법 제21조 제4항의 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다라는 규정을 들 수 있다. 이에 따라 방송법과 정기간행물의 등록 등에 관한 법률도 정정 보도청구권을 규정하고 있다.[152] 그러나 반론권은 이와 같은 정정 보도의 게재나 방송만을 내용으로 하는 권리가 아니고, 기사에 언급된 자가 그와는 다른 내용을 게재 또는 방송하는 권리까지 포함하게 되는 것이다.

(5) 言論機關 設立權

언론·출판의 자유는 언론기관을 자유로이 설립할 수 있는 언론기관 설립의 자유도 그 내용으로 한다. 그러므로 헌법이나 법률이 신문, 통신, 방송 등의 시

149) 허 영, 앞의 책, 533면.

150) 허 영, 앞의 책, 534면.

151) 팽원순, “반론권제도의 역사적 발전”, 「언론중재」, 1982, 48면.

152) 정정보도청구권과 반론권은 표현상의 차이는 있으나 오늘날 대다수 국가에서 양자를 동일한 개념으로 사용하고 있고, 양자를 구별하는 경우에도 정정보도청구권을 협의의 반론권으로 이해하고 있다. 헌법재판소도 정정보도청구제도를 피해자의 반론게재청구권으로 해석하고 있다(헌법재판소 1991. 9. 16, 80 헌마165).

설기준을 지나칠 정도로 과중하게 규정할 경우에는 언론·출판의 자유를 제한하는 것이 된다. 헌법은 제21조 제3항에서 언론기관의 시설기준 법정주의를 규정하고 있다. 이 조항은 언론기관 설립의 자유를 제한하는 의미와 언론기관 설립의 폐해를 방지하는 의미를 아울러 가지는 것이다. 정간법과 방송법은 언론기관 설립의 자유와 관련하여 언론기관과 언론인에 관한 여러 가지 제한규정을 두고있다. 정간법 및 방송법에서 「법인이 아니면 일간신문이나 일반주간신문 또는 통신을 발행할 수 없다(정간법 제9조 제3항, 방송법 제13조 제1항)」라고 하고 있으므로, 언론기업은 법인체여야 하며, 특정인[153]에 대해서는 언론인, 발행인, 편집인 또는 방송국의 장이 될 수 없다고 규정하고 있다. 또한 언론기관 설비의 자유를 제한하는 의미를 가지는 것으로 언론기업의 독과점 규제문제가 있다.

자본주의 국가에서는 매스미디어의 시설이 재벌기업이나 국가에 의하여 독점되고 있을 뿐 아니라 상품화되는 경향이 있기 때문에 오늘날에는 국민의 언론·출판의 자유가 새로운 위협을 받게 되고 국민의 의사가 매스컴 운영자들에 의하여 왜곡될 위험성이 증대되고 있다. 따라서 새로 제정된 신문법 제15조에서는 일간신문과 방송사업의 兼營을 금지함으로써 언론기업의 독과점화를 방지하고 있다.

(6) 言論機關의 自由

현대국가에서는 국민의 선택과 결정을 가능하게 하는 수단이 일반적으로 언론기관에 의하여 수집되고 전달되는 정보인 것으로 인식되고 있으므로 언론기관에 대하여 정치적·사회윤리적 기능을 기대하지 않을 수 없으며, 민주국가에서 언론기관이 수행하는 여론형성이라는 공공적 기능도 높이 평가하지 않을 수 없다. 헌법은 제21조 제3항에서 「통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다」라고 하고 있고, 이에 따라 정간법 제6조에서 「발행인은 종사자의 편집 및 제작활동을 보호하여야 한다」라고

153) 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자, 대한민국에 주소를 두지 아니한 자, 금고 이상의 형의 선고를 받고 일정한 요건을 갖추지 못한자, 보안관찰법에 의한 보안관찰처분이나 사회보호법에 의한 보호처분이 집행중인자, 외국의 법인 또는 단체 등이다.

규정하고 있다.

이와 같이 언론기관이 수행하는 공공적 기능으로부터 언론기관의 특권을 추론할 수 있다. 언론기관에서 주장하는 특권에는 네 가지가 있다. 국가기관에 대하여 정보를 청구할 수 있는 특권, 허위보도의 경우에도 상당한 이유가 있을 때에는 형사상 처벌을 면제받는 특권, 명예훼손의 보도내용이 진실이며 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 형사상 처벌을 면제받는 특권, 언론기관 종사자들의 증언거부의 특권 등이 그것이다. 그러나 허위보도의 경우와 증언거부, 즉 취재원의 묵비권에 대하여는 언론기관의 공공적 기능에도 불구하고 특권으로 인정하지 않는 것이 국내외의 통설[154]이다.

언론기관의 자유의 내용으로는 보도 및 논평의 자유, 취재의 자유, 보급의 자유, 출간시기의 결정, 편집활동 등 보조 활동의 자유를 들 수 있다. 언론기관은 국민의 알권리에 조직적이고 효과적으로 봉사하는 기관일 뿐 아니라 민주정치를 위하여 필수불가결한 여론형성기능을 담당하는 기관이기 때문에 보도의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하여야 한다.

4. 限　界

언론·출판의 자유가 넘어설 수 없는 구체적 한계에 대해서 '타인의 명예와 권리', '공중도덕'이나 '사회윤리'의 침해금지를 들고, '명예와 권리'침해에 대해서는 피해배상청구를 인정하고 있다. 언론·출판 자유의 헌법적 한계가 구체적으로 무엇을 의미하는지 살펴보면 다음과 같다.

첫째 언론·출판의 자유의 한계로서의 명예와 권리는 우리 헌법이 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권과 사생활의 비밀보호와의 상호관계하에서 이해해야 한다. 따라서 헌법에서 말하는 '명예'는 형법에 의한 '명예보호'보다 넓은 개념으로 보아야 한다.

둘째 공중도덕이나 사회윤리는 헌법상 가치질서와 상호관계에서 이해되어야 한다. ⅰ) 청소년보호 내지는 청소년교육에 역행하는 언론·출판은 허용되지 않는다. ⅱ) 전통적인 문화국가의 정신에 어긋나는 언론·출판은 허용되지 않

154) 권영성, 앞의 책, 474면; 허 영, 앞의 책, 530면; Vgl. BVerfGE 36, 193.

는다. ⅲ) 우리헌법이 보장하는 혼인·가족제도에 반하는 언론·출판은 허용되지 않는다.

셋째 우리 헌법이 지향하고 있는 민주적 기본질서와의 상호관계하에서 민주적 기본질서를 부인하거나 파괴하려는 반민주적 언론·출판은 보호받을 수 없다고 할 것이다. 공산주의를 찬양·선전하는 언론·출판이 금지되는 것도 그 때문이다.[155]

가. 憲法規定

우리 헌법은 언론·출판의 자유의 헌법적 한계를 명시하고 있다. 헌법 제21조 제4항에서 '언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.'라고 규정하고 있다. 언론·출판의 자유가 가지는 여러 가지 헌법상의 의의와 기능을 고려해서 언론·출판의 자유를 중요한 기본권적 가치로 보호하면서도, 언론·출판의 자유가 자칫 통합의 분위기를 해치는 방향으로 행사되는 일이 없게 하기 위해서 헌법제정권자는 언론·출판의 자유가 넘어설 수 없는 헌법적 한계를 명시하는 헌법정책적 결단을 내린 것이라고 평가할 수 있다.[156]

나. 名譽毁損의 禁止

(1) 言論의 自由와 名譽保護의 利益調整의 基準

개인의 기본권인 언론의 자유와 타인의 인격권인 명예는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 그 뿌리를 두고 있으므로 두 권리의 우열은 쉽사리 단정할 성질의 것이 아니다. 언론의 자유는 개인이 언론 활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기실현의 수단임과 동시에 사회 구성원으로

155) 허 영, 앞의 책, 536면.

156) 허 영, 앞의 책, 535면.

서 평등한 배려와 존중을 기본원리로 공생·공존관계를 유지하고 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치를 실현하는 수단이다.

개인의 언론활동이 타인의 명예를 훼손하는 경우, 행위자와 피해자라는 개인 대 개인 간의 사적관계에서는 언론의 자유보다 명예보호라는 인격권이 우선하나, 당해 표현이 공공적·사회적·객관적인 의미를 가진 정보에 해당되는 것은 그 평가를 달리 하여야 한다. 왜냐하면 국민이 알아야 할 권리는 개인의 인격형성과 자기실현은 물론 정치적 의사형성과정에 참여하는 자기통치를 실현하는 공적성격도 아울러 갖고 있기 때문이다. 국민의 알권리와 다양한 사상·의견의 교환을 보장하는 언론의 자유는 민주주의의 근간이 되는 핵심적인 기본권이고, 명예보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되는 권리이므로, 이 두 권리를 비교형량하여 어느쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적인 평가문제에 속하는 것이다. 그러므로 언론매체의 명예훼손적 표현에 실정법을 적용할 때에는 언론의 자유와 명예보호라는 상반되는 헌법상의 두 권리의 조정 과정에 다음과 같은 사정을 고려하여야 한다. 즉 신문보도의 명예훼손적 표현의 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에 차이가 있어야 한다.

객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실은 민주주의의 토대인 여론형성이나 공개토론에 기하므로 형사제재로 인하여 이러한 사안의 게재를 주저하게 만들어서는 안된다. 신속한 보도를 생명으로 하는 신문의 속성상 허위를 진실한 것으로 믿고서 한 명예훼손적 표현에 정당성을 인정할 수 있거나 중요한 내용이 아닌 사소한 부분에 대한 허위보도는 모두 형사제재의 위협으로부터 자유로워야 한다.[157]

시간과 싸우는 신문보도에 오류를 수반하는 표현은 사상과 의견에 대한 아무런 제한없는 자유로운 표현을 보장하는 데 따른 불가피한 결과이고 이러한 표현도 자유토론과 진실확인에 필요한 것이므로 함께 보호되어야 하기 때문이다. 그러나 허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위를 알아보지 않고 게재한 허위보도에 대하여는 면책을 주장할 수 없다.[158]

---

157) 대법원 1996. 8. 23, 94도3191.

(2) 刑法上 名譽毁損罪規定의 解釋基準

명예훼손적 표현에 대한 형사법을 해석함에 있어서는 이러한 헌법적인 요청을 고려하여 첫째, 명예훼손적 표현이 진실한 사실이라는 입증이 없어도 행위자가 진실한 것으로 오인하고 행위를 한 경우, 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 명예훼손죄는 성립되지 않는 것으로 해석하여야 한다. 둘째, 형법 제310조 규정의 '오로지 공공의 이익에 관한 때에'라는 요건은 언론의 자유를 보장한다는 관점에서 그 적용범위를 넓혀야 한다. 국민의 알권리의 배려라는 측면에서 객관적으로 국민이 알아야 할 필요가 있는 사실에는 공공성이 인정되어야 하고, 또 사인이라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질과 이로 인하여 사회에 미칠 영향을 헤아려 공공의 이익은 쉽게 수긍할 수 있도록 하여야 한다.[159] 셋째, 형법 제309조 규정의 '비방할 목적'은 그 폭을 좁히는 제한된 해석이 필요하다. 법관은 엄격한 증거로써 입증이 되는 경우에 한하여 행위자의 비방 목적을 인정하여야 한다.

第2節 名譽의 保護와 規制

1. 序 說

언론보도에 의한 침해를 규제하는 방법 중에는 자율적 규제가 가장 이상적이다. 언론이외의 기관에 의한 규제는 결국 표현의 자유에 대한 직·간접적인 위협이 되기 때문이다. 또한 자율적 규제는 소송의 번거로움을 절감시켜 주고 언론에 대한 신뢰를 높여 줄 뿐만 아니라 언론의 제반활동을 개선하고 언론인들의 자질 향상에 기여하게 된다.[160] 그러나 언론사의 자율적 규제나 민간단체를 통한 규제방법은 현실적으로 아직 만족스러운 정도로 정착되지 못하고 있기 때문에, 법적인 규제수단에 대한 논의가 필요하다. 그러나 명예훼손을 형법으로만

158) 성낙인, 앞의 책, 446면.

159) 대법원 1993. 6. 22, 92도3160.

160) 장영민·정진수, "언론보도에 의한 인권침해와 그 규제에 관한 연구", 형사정책연구원, 1995, 17면.

규율하는 것은 적절하지 않다. 명예훼손의 성격상 행위자를 처벌한다고 해도 명예를 실제적으로 보호하는 데는 별 도움을 주지 못한다.

현대의 정보화사회 속에서는 새로운 정보가 계속 생산·공급되는 상황이기 때문에 왜곡된 언론보도에 의한 피해는 그 즉시 시정되지 않으면 회복불능의 상처를 남길 수 있는 반면에 사법적 판단은 그 성질상 상당한 시간을 두고 사안을 신중하게 분석하고 검토한 이후에 비로소 내려질 수 있기 때문이다.[161] 처벌이 피해자에게 만족감의 충족 이외의 실제적인 어떤 이익을 가져다주는 것도 아니다. 징역형은 말할 것도 없으며, 벌금형이라고 해도 그 벌금이 피해자에게 돌아가는 것이 아니기 때문이다.[162] 게다가 명예훼손행위가 잘 처벌되지 않을 뿐만 아니라 처벌된다고 해도 형량이 낮고 언론기관 자체에 대한 형사처벌은 벌금액수가 낮아서 실효성이 없다.[163] 또한 형사판결의 공시제도가 있기는 하나 실제로는 잘 이용되지 않는다.[164] 그리고 민사사건과 달리 형사사건에서 사실의 진실성에 대한 거증책임을 검사가 진다면 피해자에게 형사사건이 특별히 유리할 이유도 없다.[165] 그렇다면 명예훼손에 대해서 행위자를 처벌하는 것은 별로 실익이 없다고 말할 수도 있을 것이다.[166] 만약 명예훼손에 대한 법적인 대응방법이 형법뿐이라면 이런 문제점에도 불구하고 형법을 적용할 수밖에 없을 것이다. 그러나 형법 이외의 다른 법에도 명예훼손에 대한 다양한 대응방법이 존재하며, 이에 대해 살펴볼 필요가 있다.

---

161) 장영수, “언론관련판례 회고”, 「언론중재」, 1999, 45면.

162) 김성돈, “원상회복의 형사제재로서의 적격성과 형법의 과제”, 「피해자학연구」, 1997, 122면.

163) 한위수, “명예의 훼손과 민사상의 제문제”, 「사법논집」, 법원행정처, 1993, 397면.

164) 판결공시제도가 형법에 도입된지 30년이 지난 1983년에야 대법원은 뒤늦게 판결공시절차에 관한 지침을 마련했으나, 그 이후에도 법관들의 무관심과 사법부의 미진한 예산정책으로 인해 판결이 공시된 예가 없다고 한다(이정훈, “범죄보도와 형사상의 제문제”, 서울대학교 석사학위논문, 1997, 60면).

165) 독일형법에서의 명예훼손죄가 참고가 된다. 명예훼손죄는 소송상 사인소추범죄이다(독일 형사소송법 제374조 1항 2호). 그리고 검사는 명예훼손죄가 공공의 이익과 관계있는 때에만 공소를 제기할 수 있다(독일 형사소송법 제376조). 또한 명예훼손죄는 화해담당관청의 화해가 성과를 얻지 못한 경우에만 기소할 수 있다(독일 형사소송법 제380조 1항). 명예훼손죄가 이렇게 복잡한 절차를 거쳐야 하며, 사인이 검사의 역할을 하는 것이 어렵기 때문에 독일에서는 명예훼손죄를 형사가 아닌 민사사건으로 처리하려고 한다.

166) 박용상, “표현의 자유의 제한에 관한 일반이론”, 「헌법문제와 재판」, 법원행정처, 1997, 175면.

2. 刑法的 規制方法

가. 一般刑法

형법은 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손함으로써 성립하는 단순 명예훼손죄(제307조 1항), 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손함으로써 성립하는 허위사실적시 명예훼손죄(제307조 2항), 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손함으로써 성립하는 사자의 명예훼손죄(제308조), 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 타인의 명예를 훼손함으로써 성립하는 출판물 등에 의한 명예훼손죄(단순사실을 적시한 경우는 제309조 제1항, 허위사실을 적시한 경우는 제2항)를 규정하고 있다. 그리고 사실의 적시 없이 공연히 사람의 외적 명예를 훼손함으로써 성립하는 모욕죄(제311조)를 두고 있다. 이 중에서 사자의 명예훼손죄(제308조)와 모욕죄(제311조)는 친고죄이고(제3122조 1항), 명예훼손죄(제307조)와 출판물 등에 의한 명예훼손죄(제309조)는 반의사불벌죄로 규정되어 있다(제312조 2항).

그런데 언론보도에 의한 명예훼손은 객관적인 면에 한정해서 본다면 제309조의 출판물에 의한 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다. 특히 당해 보도사실이 허위인 경우에는 형법 제309조 제2항의 객관적 구성요건에 해당할 것이다. 그러나 형법 제309조가 적용되기 위하여서는 비방의 목적이 있어야 한다. 여기서 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다. 그런데 대부분의 언론보도는 공익성을 추구하기 때문에 비방의 목적이라는 주관적 구성요건요소를 충족하기는 어렵다. 따라서 언론종사자에 대해 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 실제로 적용되어 처벌되는 경우는 거의 기대할 수 없다. 그러나 비방의 목적으로 언론매체에 취재원을 제공하여 간접정범의 형태로 출판물에 의한 명예훼손죄를 범하는 개인에 대해서 제309조를 적용할 여지는 있다고 할 것이다.

형법 제307조 제2항의 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄가 성립하려면 사실

을 적시하는 사람이 그 사실을 허위라고 인식하였어야 한다.

그런데 언론보도 매체가 허위사실임을 알면서 보도하는 것도 거의 생각하기 어렵다. 따라서 언론보도에 의한 명예훼손은 보도사실의 진실성이 다소 의심스러운 경우 내지 실제로 진실한 경우에 주로 문제된다. 이 경우에 적용될 수 있는 구성요건은 제307조 1항의 단순 명예훼손죄이다. 제307조 제1항의 행위에는 적시사실이 진실이고 행위자도 진실이라고 믿고 한 경우, 적시사실이 허위이지만 행위자가 진실이라고 믿고 한 경우, 적시사실이 진실이지만 행위자가 허위라고 믿고 한 경우가 포함될 수 있다. 그런데 형법 제310조의 위법성의 조각사유는 바로 이 제307조 제1항의 행위에 대해서만 적용될 수 있다.[167]

나. 特別刑法

(1) 公職選擧 및 選擧不正防止法

우리나라에서 명예훼손행위의 형사사건은 선거와 관련하여 상대적으로 많이 발생하고 있다. 공직선거 및 선거부정방지법에서는 그 제110조(후보자비방금지)에서 누구든지 선거운동을 위하여 후보자, 후보자의 배우자와 직계 존비속이나 형제자매의 출생지·신분·직업·경력 등 재산·인격·행위·소속단체 등에 관하여 허위의 사실을 공표할 수 없으며, 공연히 사실을 적시하여 사생활을 비방할 수 없다고 하면서 다만 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 그 규제대상이 아님을 밝히고 있다. 이 규정을 구체화하는 형태로 동법 제250조 제2항(허위사실공표죄)에서는 상대방 후보자가 당선되지 못하게 할 목적으로 연설, 방송, 신문, 통신, 잡지, 벽보, 선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상, 3천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하였다. 동법 제251조(후보비방죄)에서는 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설, 방송, 신문, 통신, 잡지, 벽보, 선전문서 기

167) 손동권, “언론보도에 의한 명예훼손과 형사책임”, 「언론중재」, 2003. 가을호, 93면.

타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. 다만 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있다.

공직선거 및 선거부정방지법상의 허위사실공표죄나 후보자비방죄에서 사실의 적시 등 그 기본적 구성요건 등의 해석에 관하여는 대체로 형법상의 명예에 관한 죄의 것을 그대로 원용할 수 있다.

다만 대법원 허위사실공표죄에서의 '허위사실'은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이라고 판시[168]하였다. 또 후보자비방죄에서 '후보자를 비방한다'라고 함은 후보자와 관련된 사실을 적시하여 당해 후보자를 비방함을 의미하는 것으로서 그 사실적시 중에는 후보자 개인의 신분, 경력 또는 인격 등 직접 그 후보자 자신에 관한 것뿐만 아니라 간접적인 사실이라 하더라도 이를 적시하는 것이 후보자의 당선을 방해할 염려가 많은 것은 이에 포함된다는 판례[169]가 있다. 허위사실공표죄나 후보자비방죄 모두 '당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적'을 요하는 목적범이다. 후보자 등에 대한 허위사실의 공표나 비방 등 고의 외에 위의 목적이 구성요건상 요구되는 것이다. 또한 대법원은 '그 목적에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하다고 할 것이나, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.'[170]라고 하였다.

형법상의 명예훼손죄에서 적시한 사실이 진실하고, 오로지 공공의 이익을 위하여 그 행위가 행해진 때에는 위법성이 조각되는 것처럼, 공직선거 및 부정방지법에서도 후보자비방죄에 해당되더라도 '진실한 사실로서 공공의 이익에 관

168) 대법원 2000. 4. 25, 99도4260; 대법원 1998. 9. 22, 98도1992.

169) 서울지방법원 1995. 8. 17, 95고합661.

170) 대법원 1997. 4. 25, 96도2910.

한 때'에는 처벌하지 아니한다는 규정을 두고 있다. 형법 제310조의 규정과 비교하여 '오로지'라는 문구가 빠져있다. 그러나 그 해석은 형법상의 것과 동일하다고 보아도 무방하다.[171] 대법원은 강남구 구의원이 타인의 사생활에 대한 명예훼손행위를 하고, 이로 인해 수사를 받게 되자 사과문을 게재함과 아울러 구의원직 사직서를 제출한 뒤 피해자와 합의를 한 사실을 두고 '우리 개포3동에는 작년 8월부터 구의원이 없다. 개포3동 구의원이 강남구청 홈 페이지에 모 여성의원에 대한 명예훼손 및 성희롱 발언내용을 게재하였다. 피해 여성의원의 고소로 서울경찰서에서 수사한 결과 개포3동 구의원으로 밝혀졌으며 개포3동 구의원은 구속을 면하려는 갖은 노력 끝에 합의조건으로 강남구민과 피해 여성의원에게 강남신문을 통하여 사직광고를 내고 사퇴하였다.'는 취지의 발언을 한 것은 전체적인 취지에서 사실과 부합하다는 외에 공공의 이익에 관하여 다음과 같이 판시[172]하였다. 유권자들로 하여금 피고인의 공무담임자로서의 적격성을 가늠하는 데에 유용한 자료로서, 상대후보자의 평가를 저하시켜 스스로가 당선되려는 사적 이익 못지않게 유권자들에게 상대후보자의 자질 등에 대한 충분한 자료를 제공함으로써 적절한 투표권을 행사하도록 하려는 공공의 이익도 상당한 동기가 되었고, 적시한 위 사실의 내용 등에 비추어 볼때 공공의 이익과 사적 이익이 동시에 존재하고 거기에 상당성도 인정되므로,… 형법 제310조 또는 공직선거 및 선거부정방지법 제251조 단서에 의하여 위법성이 조각된다.[173]

(2) 정보통신망이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률

인터넷 망의 급속한 보급확대로 인하여 인테넷 신문과 인테넷 방송이 또 다른 주요 언론매체로서 자리잡고 있다. 이와 더불어 인터넷 언론을 통한 명예훼손의 문제도 크게 대두되고 있다. 이를 규율하는 법으로 '정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'이 있다. 특히 동법 제61조는 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 사실(제1항) 또는 허위의 사실(제2항)을 적시

171) 대법원 2003. 11. 13, 2003도3606.

172) 대법원 1996. 6. 28, 96도977.

173) 신평, 「명예훼손법」, 청림출판, 2004, 63면.

하여 타인의 명예를 훼손한 자에 대해 형사처벌하고 있다. 다만, 이 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.(제3항) 형법상 출판물 등에 의한 명예훼손죄에 유사한 행위에 대해서만 규정한 점에서 본 법의 특징을 발견할 수 있고, 따라서 비방의 목적을 가지고 행하는 동 죄에 대해서는 형법 제310조가 적용될 수 없을 것이다.[174]

3. 民法的 規制方法

가. 意　義

민법에서의 명예훼손은 고의 또는 과실로 사람의 사회적 평가를 저하시키는 행위를 말하며,[175] 외적 평가인 명예의 훼손, 즉 명예권의 침해가 있을 것이 요구된다. 그러나 외부적 평가로서의 명예는 무형적이기 때문에 실제로 피해자가 가해자의 어떤 행위로 말미암아 자신의 외부적 평판이 손상 또는 저하되었음을 증명하는 것은 거의 불가능하다는 점이 문제이다. 이와 같이 가해행위와 그로 인한 인과관계의 입증이 객관적으로 곤란하다는 것이다. 따라서 소송상으로는 명예훼손에 있어서 요건을 충족하는 일정한 행위가 있으면 손해가 발생하였음을 추정할 수밖에 없을 것이다.[176] 민사사건에서는 공연성이 필요 없다는 판례[177]가 있으나, 이 판례는 예외이며 현재는 공연성을 요한다고 해석하는 것으로 판단된다. 또한 위의 판결은 피해자 본인에게 한 사실의 적시만으로도 불법행위가 성립한다는 취지는 아니라고 할 것이다.[178]

---

174) 손동권, “언론보도에 의한 명예훼손과 형사책임”, 94면.

175) 대법원 1998. 10. 27, 98다24624 ; 장영민・정진수, 앞의 책, 117면.

176) 방석호, 「미디어법학」, 법문사, 1995, 154면.

177) 대법원 1964. 9. 22, 64다261.

178) 한위수, 앞의 논문, 413면.

나. 損害賠償

(1) 意　義

민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 민사상의 손해배상에 관한 일반원칙을 천명하였다. 따라서 첫째, 고의·과실로 야기한 위법행위가 있고, 둘째, 타인에게 손해가 발생하였으며, 셋째, 위법행위와 손해와의 사이에 법적 인과관계가 인정될 때 손해배상책임을 지게 된다고 해석한다. 또 민법 제751조는 「재산 이외의 손해의 배상」이라는 표제하에, 그 제1항에서 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.”고 규정하였다.

명예훼손으로 인한 민사상의 손해배상책임을 생각할 때 위의 두개 조문이 바로 그 손해배상책임의 직접적인 근거로 작용한다. 형사상 제재의 대상으로서의 명예훼손행위에 관하여는 형법전 중에 비교적 상세한 규정이 나와 있어서, 그 규정의 해석론으로 형사상 명예훼손행위를 충분히 파악할 수 있다. 그러나 민사상의 손해배상책임을 발생시키는 원인으로서의 명예훼손행위가 그 요건사실이 어떠한 것인지에 관하여는 민법전 어디에도 규정이 없다. 위 두개의 민법조문은 명예훼손으로 인한 손해배상책임의 근거규정이지, 어떤 경우에 명예훼손의 불법행위책임이 성립하는지에 관한 규정은 아니다. 그런데 법질서 전체의 체계상 앞에서 본 형사상의 명예훼손이 성립한다면, 그리고 특수한 위법성조각사유에 해당함이 없어서 형사상의 제재를 받는 행위라면, 당연히 민사상의 손해배상책임이 성립하는 것으로 인식된다. 하나의 똑같은 표현행위를 두고 형사상의 형벌 제재와 민사상의 손해배상책임 제재 양자중에서 택일적으로 어느것만 인정된다는 것은 그냥 받아들이기가 어렵다. 형사적 형벌과 민사상의 손해배상 제재가 추구하려는 목적이 동일하지 않을 수 있다는 점을 고려하더라도 마찬가지이다. 이것이 일반의 법감정이라고 할 수 있다.

실제로 우리의 판례에 있어서, 명예훼손으로 인해 불법행위책임을 인정하는 경우를 보면 거의 형사상의 명예훼손죄 성립의 경우로 동일하게 해석한다. 따

라서 전술한 명예훼손죄에 관한 이론은 대체로 민사상의 명예훼손에 관한 손해배상책임을 논함에 있어서도 타당하다. 다만 몇가지 점에서 형사상의 명예훼손죄와는 달리 민사상의 명예훼손에 특유한 이론을 구성하는 것이 타당하지 않느냐는 논의도 있어, 이에 관하여 살펴보기로 한다.

형사상의 명예훼손에서와 마찬가지로 민사상의 명예훼손 손해배상책임에 있어서도 사람이 가지는 명예의 세가지 범위, 즉 내부적 명예·외부적 명예·명예감정 중 손해배상책임을 발생시키는 훼손의 대상은 외부적 명예에 한한다는 점을 주지시키고자 한다.[179]

(2) 特殊한 問題

(가) 公然性

형사상의 명예에 관한 죄에서는 예외없이 '공연성'이 요구되었고, 이 공연성의 해석에 관하여 판례는 '불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태'라는 소위 전파성이론을 채택하고 있다.[180] 대법원 판결 중에서 '민사상 명예를 훼손하였다는 이유로 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서의 명예훼손은 형사상 명예훼손죄의 구성요건인 불특정인 또는 다수인이 들을 수 있는 상태를 필요로 하지는 아니하나…'라고 판시한 것이 있다.[181] 이는 곧 민사상의 명예훼손 손해배상책임에 있어서는 공연성의 요건을 요구하지 않는다는 뜻이다. 그러나 이는 잘못된 판결이라고 생각한다.[182] 첫째, 민사법과 형사법을 통할한 전체 법질서의 체계라는 관점에서, 동일한 명예훼손의 사안을 두고 민사법과 형사법에서 달리 해석하는 것은 바람직하지 못한 것이니 가급적 이를 피해야 할 것이다. 둘째, 민사상의 명예훼손 손해배상책임을 인정함에 있어서 그 침해의 대상은 외부적 명예에 한정되고, 이는 형사상의 명예에 관한 죄의 보호법익이기도 하

179) 이광범, "명예훼손, 프라이버시 침해와 그 구제방법", 「헌법문제와 재판」, 법원행정처, 1997, 131-132면.

180) 대법원 1994. 9. 30, 94도1880.

181) 대법원 1964. 9. 22, 64다261.

182) 신 평, 앞의 책, 69면.

다. 외부적 명예라고 하는 것은 그 개념의 문언에 의하여도 어떤 사람의 인격에 대한 사회적 평가, 객관적 평가를 의미함이 당연하다. 공연성의 요건을 갖추지 못한 명예훼손행위로 인하여서는 이 같은 사람에 대한 객관적인 평가를 손상시키는 것 자체를 상정하기 어렵다. 셋째, 실제 민사상의 명예훼손 손해배상책임을 인정하는 우리 판례의 사안을 분석해 볼 때 공연성이 없는 경우는 없다고 단정해도 과언이 아니다. 향후의 대법원 판결에서 명확히 태도를 보여야 할 문제이다.[183] 다만, 민사상의 불법행위책임은 고의뿐만 아니라 과실에 의해서도 성립한다. 형법상의 명예훼손죄는 어디까지나 고의에 의한 행위만을 대상으로 한다. 따라서 공연성의 점에서도 민사상의 명예훼손책임은 '과실에 의한 명예훼손적 사실의 공연한 전파'의 경우에도 성립될 수 있다는 차이점은 고려되어야 한다.

(나) 被害者의 特定

명예훼손행위의 내용이 어느 특정인을 대상으로 한 것이어야 그 특정인이 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 추궁할 수 있다. 피해자의 성명을 전부 명시하지 않아도 된다. 頭文字 혹은 이니셜로 표시하거나 가명을 쓴 경우라도 상관없다. 다른 사람이 그 내용으로 미루어 그것이 피해자를 지칭하는 것임을 알면 될 것이다. 그리고 명예훼손 내용을 보거나 듣는 다른 사람이란 반드시 객관적인 입장의 제3자에 한정할 필요는 없을 것이다. 피해자와 잘 아는 사람이어서 그 내용이 피해자를 가리키는 것으로 쉽게 인식할 수 있는 사람이어도 무방하다고 본다.

피해자 특정의 문제는 최근[184] 형사 명예훼손죄의 성립을 위하여도 적용되고 있다. 다만 우리나라의 판례는 민사상의 손해배상책임의 경우에 집중되어 있다.

피해자의 특정은 실무상 대단히 자주 접하는 문제일 것이나, 그 판단은 쉽지 않다. 그래서 우리나라의 판례에도 이 문제가 빈번히 등장한다. '호스테스 출신

183) 한위수, 앞의 논문, 413면.

184) 신문기사에 피해자의 성명 등이 명시되지 않았으나 '교육감 출마예상자', '모 상업계 교장' 등의 표현을 주위사정과 종합해 보면 그 기사내용의 당사자가 피해자임을 특정할 수 있고, 그 지역 교육계에 종사하는 많은 사람들도 기사내용의 당사자가 피해자임을 알 수 있는 경우에 해당하므로, 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 성립한다고 판시하였다(대법원 2005. 6. 10, 2005도2316).

서울대 여학생 충격고백'이라는 제하의 기사에서 수기의 주체를, 전주에서 고등학교를 졸업한 서울대 사회대 86학번의 여학생으로 나타내었다. 이 기사에 의해 명예훼손을 당했다고 하여 손해배상을 청구한 원고들은 서울대 사회대 86학번 여학생 49명 중 일부이고, 특히 원고 중 2명은 전주 소재 고등학교를 졸업한 여학생이라는 점에서, 원고들이 생활하는 범위 내의 주변 사람들 사이에서는 기사의 모델이 원고들일 수 있다고 추지하기에 충분하므로 신문사는 손해배상책임이 있다고 판시[185]하였다.

이에 관한 대법원 판례로서는 피해자의 딸인 10대 가출소녀에 대한 기사에서 피해자의 딸과 사위의 이름과 혼인신고지를 명시하고 피해자가 살던 마을 이름과 생활환경, 피해자의 딸이 가출한 경위와 생활상도 상당히 구체적으로 표현한 경우에 그 기사를 읽어본 사람이면 피해자를 특정할 수 있었다고 한 것[186], 26세의 중견 모델 진모 양이 호텔과 여관을 돌아다니며 아무개를 접대하였다고 보도한 사안에서 방송, 모델업계에 종사하는 사람들로서는 그 기사만으로 피해자를 특정할 수 있다고 한 것을 들 수 있다.

(다) 죽은 사람에 대한 명예훼손

형법 제308조의 사자의 명예훼손죄의 보호법익이 죽은 사람 자신의 명예냐 그렇지 않으면 유족의 명예냐에 관하여 학설의 대립이 있는 것처럼, 민사상으로도 학설이 나누어진다. 죽은 사람 자신의 명예의 침해를 인정하는 견해는 소수설[187]이고, 다수설은 죽은 사람의 명예를 해하는 행위 자체가 불법행위를 구성한다고 하기보다 유족의 죽은 사람에 대하여 품고 있는 감정 또는 유족의 명예가 침해되었다고 하여 유족에 대한 불법행위를 구성하고, 유족은 스스로의 권리로 그 명예침해에 대한 손해배상을 구할 수 있다고 한다.[188]

185) 서울지방법원 1996. 5. 14, 94가합1515; 서울지방법원 2000. 7. 12, 99가합90005.

186) 명예훼손에 의한 불법행위가 성립하려면 피해자가 특정되어 있어야 하지만, 그 특정을 함에 있어서 반드시 사람의 성명을 명시하여야만 하는 것은 아니고, 사람의 성명을 명시하지 않은 경우라도 그 표현의 내용을 주위 사정과 종합해볼 때 그 표시가 누구를 지목하는가를 알아차릴 수 있을 정도이면 피해자가 특정되었다 할 것이다라고 판시하였다(대법원 1994. 5. 10, 93다36622).

187) 五十嵐清, 「人格權論」, 一粒社, 1989, 196면; 藤岡康宏, "死者の名譽毀", 「ジュリスト」, 1985, 57면.

188) 한위수, 앞의 논문, 401-402면; 손동권, "언론보도의 사자의 명예훼손", 「언론중재」, 1992, 9면; 竹出

민사사건에서 이에 관한 판단을 내린 대법원 판결은 아직 없으나, 하급심 판결에 민사상 죽은 사람의 명예주체성을 긍정하는 취지의 판시가 있다.[189] 생각건대, 형법 제308조에서 죽은 사람의 명예훼손에 관하여 명문의 규정이 있듯이, 민법 제3조에서는 '권리능력의 존속기간'이라고 하여 "사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다."라고 규정하였다. 그리고 이 '생존한 동안'의 사람으로 일견 보기 어려운 태아에 관하여 민법 제762조에서는 '손해배상청구권에 있어서의 태아의 지위'라고 특별한 규정을 두어 "태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다."라고 간주하였다. 그런데 이러한 특별 규정이 없는 죽은 사람의 전반에 관하여, 민법 제3조의 규정에 반하여 죽은 사람에게 바로 명예훼손으로 인한 손해배상청구권을 인정하기란 민법상 불가능한 해석이라고 본다.[190]

(라) 虛僞事實의 摘示

형법상 명예훼손죄는 적시된 사실의 진위에 관계없이 성립하며, 다만 그것이 허위인 경우에는 형이 가중됨에 그친다. 그리고 적시된 사실이 진실한 경우 그것이 오로지 공공의 이익에 관한 것이면 위법성이 조각된다. 소위 '虛名', 즉 진실한 사실의 적시에 의하여 침해됨을 가정한 명예도 보호할 가치가 있다고 하여 보호하는 입장이다. 이에 관한 어떠한 규정도 없는 민사상의 손해배상청구에 있어서는 어떻게 해석하여야 할 것인가? '허명'을 훼손해도 손해배상청구를 긍정해야 할 것인가? 대법원은 이를 명시적으로 긍정한 판결이 있다.[191] 법질

捻,「名譽,プライバシ-侵害に關する民事責任の硏究」,酒井書店, 1983, 93면; 丸山昌一,"死者の名譽毁損", 「裁判實務大系不法行爲法(1)」,靑林書院, 1991, 54면.

189) 모델소설에 있어서 모델이 된 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 그 소설의 출판금지를 구할 수 있고, 그 모델이 된 사람이 이미 사망한 경우에도 그 유족이 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 그 금지를 구할 수 있다. 인간은 적어도 사후에 명예를 중대하게 훼손시키는 왜곡으로부터 그의 생활상의 보호를 신뢰하고 그 기대하에 살 수 있는 경우에만 살아있는 동안 헌법상의 인간의 존엄과 가치가 보장되기 때문이다(서울지방법원 1995. 6. 23, 94카합9230).

190) 신 평, 앞의 책, 74면.

191) 이 사건에서 피고는 장성한 자식들과 같이 사는 과부인 원고와 정교관계를 가졌는데, 이같은 사실을 부락민들에게 유포시켰다. 원고는 그것이 허위사실이라고 주장하며 위자료청구를 하였는데, 대법원은 그것이 증거에 의해 인정되어도 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지는 것이라고 분명히 판시하였다(대법원 1967. 7. 25, 67다1000).

서 전체의 통일적인 체계구성을 위해서는 형법상의 허명보호규정이 존재하는 이상 민사상으로도 그 경우 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 인정할 수밖에 없다고 본다.[192]

(마) 意見表明

명예훼손의 점에 관하여 우리 대법원이 미국 판례법상 형성된 의견과 사실 2분론에 입각하여, 어떤 표현이 순수한 의견표명에 해당하는 경우에는 민사상으로도 형사상으로도 명예훼손이 성립하지 않는다는 분명한 입장을 취하고 있다. 그런데 형법상 모욕죄에 해당하는 표현행위로 민사상의 손해배상책임을 발생시킬 것인가 하는 문제가 있다. 그 표현은 의견표명에 해당하는 경우가 많기 때문에 대법원의 명예훼손에 관한 새로운 입장천명과 관련하여 문제로 등장하지 않을 수 없다. 형법상 모욕죄 구성요건 해당행위로 민사상의 불법행위책임을 지게 될 경우를 상정하기란 어렵다.[193] 명예훼손으로 인한 손해배상책임 뿐만 아니라 다른 인격권의 침해를 이유로 하여서도 그러하다.

최근 대법원 판례[194]에 따르면 의견표명으로 보면서도 손해배상책임을 인정하고 있다. 즉 대법원 판례는 명예훼손으로 인한 손해배상책임이 아니라 형법상 모욕죄에 대항하는 행위로 인한 손해배상책임을 인정한 것으로 본다. 그 근거로는 첫째, 순수한 의견표명의 경우 민사상, 형사상 명예훼손 제재의 대상에서 벗어난다는 의견과 사실 이분론을 이 판결로 폐기한 것이라면 전원합의부 판결로 판례변경절차를 밟았어야 할 것이나 그렇지 않았다. 둘째, 이 사건의 판시 이유에서 명예훼손에 의한 불법행위에 해당한다고 한 원심판결[195]을 배척한다는 취지를 분명히 했다. 셋째, 손해배상책임을 인정하는 근거로 명예나 명예

192) 신 평, 앞의 책, 75면.

193) 대법원 2003. 11. 28, 2003도3972.

194) TV뉴스 프로그램에서 특정변호사가 소송수행을 잘못하여 의뢰인에게 불리한 판결이 선고되도록 하였다는 기본적 사실에 기초하여 소위 '순백의 법조인'과 대비하여 '사람답게 살지 못한 사람'이라거나 '한심하다 못해 분통이 터진다'는 등의 표현을 사용하여 의견을 표명한 것은, 변호사의 잘못의 정도와 판결에 대한 영향을 지나치게 확대, 과장하여 평가한 결과에 따른 표현으로서 그러한 의견표명은 모멸적인 표현에 의한 인신공격에 해당하여 의견표명으로서의 한계를 일탈한 불법행위가 될 수 있다(대법원 2003. 3. 25, 2001다84480).

195) 서울고등법원 2001. 11. 29, 2001나11989.

훼손과 같은 용어를 사용하지 않고 굳이 '모멸적인 표현'이라는 용어를 쓴 것은 명예훼손으로 인한 손해배상책임이 아니라는 것을 밝힌 것으로 볼 수 있다. 넷째, 원고의 소제기에서 명예훼손, 모욕을 별개의 청구원인으로 파악하여 하나로 특정하여야 하는 것은 아니다. 다만 정신적 피해로 인한 위자료청구임을 밝히면 되는 것이다. 이 위자료청구에는 민법 제751조 제1항에 따라 '명예'의 침해로 인한 것이거나 모욕의 행위에 의해 '기타 정신상 고통'을 받은 것 중에 아무 것이든 혹은 두루뭉술하게 청구원인으로 기재하면 되고, 위 민법 조항이 있는 이상 법원은 원칙적으로 명예가 훼손된 경우가 아니더라도 '기타 정신상 고통'을 받은 것으로 인정되는 경우에 그 손해배상 인용의 판단을 해야 할 것이다. 물론 언론표현의 자유와의 관계에서 피고가 갖는 보다 우월적 법익을 고려하여 이를 기각하거나 기타 위법성 조각사유의 인정으로 청구를 기각할 수 있다. 이 사건은 바로 이렇게 법원이 인용의 판단을 할 수밖에 없다고 판단하여 내려진 경우로 볼 수 있다.[196] 한편 이 사건에서는 방송내용의 진실성에 대한 입증책임을 원고에게 부과한 것으로 판단되는데, 이는 다른 대법원 판결과 배치된다고 하겠다.[197]

4. 反論報道請求權

가. 意　義

반론보도청구권은 정기간행물, 방송, 종합유선방송에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자가 정기간행물을 발행하는 자, 방송국, 종합유선방송국에 반론보도의 게재, 반론보도의 방송을 청구할 수 있는 권리이다.

반론보도청구권은 법이 규정한 형식적인 요건만 충족되면 행사할 수 있는 권리이다. 반론보도청구권을 행사하기 위해서는 언론보도와 개별적 연관성을 가지는 자가 일정한 기간 안에 반론보도의무자에게 반론보도문의 게재를 요청함으로써 족하고 당해 언론사는 원문 보도의 진위 여부나 청구자의 구체적인 손

196) 신　평, 앞의 책, 77면.

197) 대법원 2004. 2. 27, 2001다53387.

해여부에 관계없이 이에 응하여 반론보도문을 게재하여야 하며, 언론중재위원회의 중재절차나 법원의 심판절차에서도 이러한 형식적 요건의 구비 여부만이 심리의 대상이 될 뿐이다.

반론보도청구권이 인정되는 취지로 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 언론기관이 특정인의 일반적 인격권을 침해한 경우 피해를 받은 개인에게도 신속·적절하고 대등한 방어수단이 주어져야 하며, 특히 공격내용과 동일한 효과를 갖게끔 보도된 매체 자체를 통하여 방어 주장의 기회를 보장하는 반론권 제도가 적절하고 형평의 원칙에도 잘 부합한다는 점이다. 둘째, 독자로서는 언론기관이 시간적 제약 아래 일방적으로 수집·공급하는 정보에만 의존하기보다는 상대방의 반대주장까지 들어야 비로소 올바른 판단을 내릴 수 있기 때문에 이 제도는 진실발견과 올바른 여론형성을 위하여 중요한 기여를 할 수 있게 된다는 점이다.[198]

나. 反論報道請求權 行事

(1) 반론보도와 원보도의 관련성

반론보도를 청구할 수 있는 내용은 원보도의 사실적 주장과 관념적으로 연관성을 가지는 사실적 진술과 이를 명백히 전달하는 데 필요한 설명에 국한되는 것이다. 그러나 여기서 원보도의 사실적 주장에는 원보도에서 직접적으로 기술한 사항은 물론 원보도가 직접적으로 기술하지 않은 사실이라도 전체적인 보도의 취지, 경위, 내용 등을 통하여 간접적으로 표현하거나 암시하는 내용으로 인정할 수 있는 사실도 포함된다. 또 이에 대한 반론내용은 원보도의 내용을 반박하는 내용, 원보도를 보충하는 내용, 원보도의 불명확성을 해소하는 내용, 반론으로 주장하는 사실의 정당성을 위해 필요한 증거나 증빙으로서의 새로운 사실 등도 포함될 수 있다. 다만 법원은 신청인이 구하는 반론보도의 전체적인 취지에 반하지 않는 범위 안에서 신청인의 명예나 권리가 최대한 회복될 수 있도록 적절히 수정하여 인용할 수 있다.[199]

---

198) 이광범, “불법행위로서의 명예훼손과 그 구제방법”, 「헌법문제와 재판」, 법원행정처, 1997, 183면.

(2) 행사의 정당한 이익

반론보도청구권은 첫째로, 언론기관이 특정인의 인격권을 침해한 경우 피해를 받은 개인에게도 신속·적절하고 대등한 방어수단이 주어져야 함이 마땅하고 특히 공격내용과 동일한 효과를 갖게끔 보도된 매체 자체를 통하여 방어 주장의 기회를 보장하는 것이 적절하고 형평의 원칙에도 잘 부합할 수 있으며, 둘째로, 독자로서는 언론기관이 시간적 제약 아래 일방적으로 수집·공급하는 정보에만 의존하기 보다는 상대방의 반대주장까지 들어야 비로소 올바른 판단을 내릴 수 있기 때문에 상대방의 반대주장의 기회를 보장하는 것이 진실발견과 올바른 여론형성을 위하여 중요한 의미를 가진다는 취지에서 인정된 것이다. 이것은 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조, 사생활의 비밀과 자유를 규정한 헌법 제17조, 언론·출판의 자유의 한계와 책임을 규정한 제21조 제4항 등의 헌법적 요청에 뿌리를 두고 있으며[200], 피해자의 권리를 구제한다는 주관적 의미와 함께 독자로 하여금 균형잡힌 여론을 형성할 수 있도록 한다는 객관적 제도로서의 의미를 아울러 가진다.[201]

이처럼 반론보도청구권은 헌법에 근거를 둔 권리임과 동시에 단순한 주관적 권리를 넘어서는 것이므로 가능한 한 그 실현이 충분히 보장되어야 한다. 이러한 취지에서 반론보도청구권은 원보도를 진실에 부합되게 시정보도해 줄것을 요구하는 권리가 아니라 원보도에 대하여 피해자가 주장하는 반박내용을 보도해 줄 것을 요구하는 권리이므로 원보도의 내용이 허위임을 요건으로 하지 않으며[202], 나아가 반론보도의 내용도 반드시 진실임을 증명할 필요가 없다.[203]

그러나 한편 언론기관도 헌법 제21조에 기하여 기본권으로서 언론의 자유를 가지는데, 보도내용의 진실여부를 가리지 아니하고 반론보도문 게재의무가 부과됨으로써 직접적으로 언론기관의 편집의 자유가 제한됨과 동시에 간접적으로

199) 대법원 2006. 11. 23, 2004다50747.

200) 헌법재판소 1991. 9. 16, 89헌마165.

201) 대법원 2006. 2. 10, 2002다49040.

202) 대법원 2000. 2. 25, 99다12840.

203) 대법원 1991. 1. 15, 90다카25468.

언론기관의 활동을 위축시켜 보도의 자유를 포함한 언론기관의 언론의 자유가 제한되는 결과가 초래되고, 이에 따라 반론보도청구권은 언론기관의 언론의 자유와 서로 충돌하는 면이 있음을 피할 수 없다. 이와 같이 서로 충돌하는 두 헌법적 이익 사이의 갈등은 상충하는 이익 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법을 모색함으로써 두 이익이 최적으로 실현될 수 있는 경계획정을 통하여 해결하게 된다.

그런데 반론보도청구인이 스스로 반론보도청구의 내용이 허위임을 알면서도 청구하는 경우는 반론보도청구권을 남용하는 것으로 헌법적 보호 밖에 있는 것이어서 반론보도청구권을 행사할 정당한 이익이 없다고 할 것이다. 반론제도가 본래 반론보도내용의 진실여부를 요건으로 하지 않는 것이어서 허위반론의 위험을 감수하는 것은 불가피하다 하더라도 반론보도청구인에게 거짓말할 권리까지 부여하는 것은 아니다. 반론보도청구인 스스로 허위임을 인식한 반론보도내용을 게재하는 것은 반론보도청구권이 가지는 피해자의 권리구제라는 주관적 의미나 올바른 여론의 형성이라는 객관적 제도로서의 의미 어느 것에도 기여하지 못하여 반론보도청구권을 인정한 헌법적 취지에도 부합되지 않는 것으로서 이를 정당화할 아무런 이익이 존재하지 아니하는 반면 이러한 반론으로부터 자유로울 언론기관의 이익은 그만큼 크다고 할 수 있기 때문에 상충하는 이익 사이의 조화로운 해결책을 찾는다면 위와 같은 허위임을 인식한 반론보도청구는 마땅히 배제되어야 한다.[204]

다. 公職選擧法의 反論報道請求權

공직선거법은 제8조의 3과 제8조의 4에서 정기간행물의 선거보도에 대한 반론보도청구권을 규정하고 있다. 공직선거법의 반론보도청구권은 정간법의 반론보도청구권과 유사하나, 선거일전 90일부터 선거일까지 방송 또는 정기간행물에 공표된 인신공격, 정책의 왜곡선전 등으로 피해를 받은 후보자 또는 후보자가 되려고 하는 자가 보도가 있음을 안 때부터 10일 내에 청구하는 것으로 정간법상의 반론보도청구권보다 요건이 엄격하다.

---

204) 대법원 2006. 11. 23, 2004다50747.

라. 追後報道請求權

정간법 제20조는'정기간행물에 의하여 범죄혐의가 있다거나 형사상의 조치를 받았다고 보도된 자는 그에 대한 형사절차가 무죄판결 또는 이와 동등한 형태로 종결된 때에는 그 날로부터 1월 이내에 서면으로 언론사에 이 사실에 관한 추후보도의 게재를 청구할 수 있다'고 규정하며 방송법과 유선방송법은 이 규정을 준용하고 있다. 범죄사건의 내용과 경위 등에 대한 신속한 보도는 국민의 알권리에 봉사하는 언론사의 의무라고 할 수 있으나, 그로 인해 보도대상이 된 범죄피의자의 인격권이 심각하게 침해되므로 자신에 대한 범죄관련보도가 공표된 뒤 무죄판결 또는 이와 동등한 형태로 종결된 때에는 침해된 인격권의 회복을 위하여 그 사실에 대한 보도를 요구할 수 있도록 함이 형평에 맞고, 이러한 취지에서 이 규정을 두게 된 것이다. 형사보상법에서도 이와 유사한 절차가 있다. 형사보상법 제24조는 형사재판절차에서 무죄판결을 받은 자의 미결구금에 대하여 금전보상을 규정하고 있는 이외에 그 보상판결의 요지를 관보에 게재하여 공시하도록 하고 신청에 의하여 신청인이 선택하는 2종 이상의 일간신문에 각1회씩 공시할 수 있도록 하는 보상결정의 공시제도를 규정하고 있다. 그러나 이 제도는 추후보도청구권과는 그 게재방법과 효과면에서 큰 차이가 있다고 할 수 있다.[205]

반론보도청구권이 수사단계에 있는 피의자의 범죄에 관한 사실보도에 대해 반대진술권을 보장하여 그 폐해를 시정할 수 있는 구제제도이기는 하지만, 무죄판결을 받기까지 상당한 시간이 걸리므로 무죄판결 후에는 이미 종전 수사단계의 범죄사실보도에 대한 반론보도청구권의 행사기간이 도과하였을 수 있으며, 이러한 경우 반론보도청구권은 의미가 없다. 따라서 추후보도청구권은 언론침해에 대한 구제제도에서 진일보한 것이라고 할 수 있다.[206]

신청인의 요건을 제외한 요건과 절차는 모두 반론보도청구권의 규정을 준용하고 있다. 추후보도청구권은 정기간행물에 의하여 범죄혐의가 있다거나 형사상의 조치를 받았다고 보도된 자가 그에 대한 형사절차가 무죄판결 또는 이와

205) 이건웅, "언론에 의한 법익침해에 대한 구제수단", 「헌법문제와 재판」, 법원행정처, 1996, 243면.

206) 박용상, 앞의 논문, 643면.

동등한 형태로 종결되었을 때 행사할 수 있다. 그리고 추후보도의 내용은 청구인의 명예나 권리회복에 필요한 범위에 한정된다. 추후보도청구권은 형사절차가 종결된 날로부터 1개월 이내에 언론사 또는 방송사에 게재 또는 방송을 청구해야 한다.[207]

第3節 言論·出版의 自由와 名譽의 保護와의 調和

1. 序 說

민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달에 의하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성 유지시켜 나가는 것이므로 표현의 자유, 특히 공익사항에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상의 권리로서 최대한의 보장을 받아야 할 것이다. 우리 헌법 제21조 제1항도 「모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다」라고 규정하고 있는데 그 핵심은 표현의 자유 보장에 있다고 해석된다. 그리고 헌법 제21조 제4항 전단에서는「언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다」라고 규정하여 표현의 자유가 민주정치에 있어 필수불가결의 자유이기는 하지만 절대적인 것이 아니고 언론·출판이 그 내재적 한계를 벗어나 타인의 명예나 권리를 침해한 경우에는 법의 보장을 받을 수 없는 것으로 하여 그 한계를 명시하고 있으며, 헌법 제21조 제4항 후단에서는「언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다」라고 규정하여 언론·출판의 사후책임에 관하여 명문규정을 두고 있다.

한편 헌법 제10조 전단에서는 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다」라고 하여 생명권, 인격권 등을 보장하고 있다. 따라서 개인은 국가권력이나 공권력 또는 타인에 의하여 부당하게 인격권이 침해될 때에는 그 배제와 손해배상을 청구하여 권리를 구제받을 수 있다. 그러므로 우리가 민주정치를 유지함에 있어서 필수불가결한 언론·출판 등 표

207) 최준혁, “출판물에 의한 명예훼손죄와 위법성조각사유”, 서울대학교 석사학위논문, 2000, 96면.

현의 자유는 가끔 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 인격권의 영역을 침해할 경우가 있는데 표현의 자유 못지않게 이러한 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로 인격권으로서 개인의 명예 보호와 표현의 자유 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 衡量하여 그 규제의 폭과 방법을 정해야 할 것이다.

위와 같은 취지에서 볼때 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 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다. 이렇게 함으로써 인격권으로서 명예 보호와 표현의 자유 보장과의 조화를 꾀할 수 있다 할 것이다.

2. 刑法 第*310*條의 規範的 意味

형법 제310조는 '형법 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다'는 내용의 특별한 위법성조각사유를 규정하고 있다. 이 규정은 우리 헌법이 보장하는 언론자유와 개인 명예권이라는 헌법적 법익 사이의 충돌을 규범 합치적으로 조화하려는 취지의 것으로 볼 수 있다. 한편으로 우리 헌법 제21조는 모든 국민에게 언론·출판의 자유를 기본권으로서 보장하고 있다. 다른 한편으로 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조는 그 보장범위에 당연히 명예권을 포함하고 있다. 특히 헌법 제21조 4항은 '언론·출판은 개인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.'고 규정하고 있다.

따라서 언론보도로 인하여 개인의 명예가 침해되면 헌법적 법익이 충돌하게 된다. 이렇게 헌법적 법익이 충돌할 때 국가는 이를 해결하는 방법을 찾아야 한다. 이 경우 어느 하나의 일방적 희생 하에 다른 하나를 일방적으로 보장하는 선택이어서는 안된다. 왜냐하면 양 법익의 충돌을 민주적으로 조화하는 것

이 바람직한 해결책이 된다. 그것은 양 법익의 상호제한을 통하여 서로의 희생을 최소화하고 서로의 보장을 최대로 하는 것이다. 따라서 언론의 자유를 보호함으로써 얻는 이익과 개인의 명예권을 보호함으로써 얻는 이익을 비교 형량하여서 그 한계를 설정하여야 한다. 형법 제310조는 이를 위한 중요한 준거규범으로 작용할 수 있을 것이다.

그런데 제310조는 제307조 1항의 행위에 대해서만 적용될 수 있다. 그 때문에 고의로 허위사실을 적시하여야 성립하는 제307조 2항이나 제308조의 위반행위와 비방의 목적으로 행할 것을 요하는 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄에 대해서는 제310조가 적용될 수 없다. 특히 대법원은 비방의 목적으로 출판물에 의한 명예훼손을 실행한 경우에는 그것이 오로지 공공의 이익을 위한 행위였다고 하더라도 위법성이 조각되지 않는다고 판시하였다.[208] 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다.

3. 刑法 第*310*條의 役割

명예훼손의 위법성조각에 관하여 특히 중요한 것은 표현의 자유와 조화 문제를 어떻게 이해하고 적용하느냐 하는 점이다. 헌법상 두 가지 가치, 즉 명예권과 표현의 자유 충돌시 조화에 관한 논의는 명예훼손의 위법성조각과 직결된다. 이와 같은 위법성조각문제는 주로 형법 제310조의 위법성조각과 형법 제20조의 정당행위를 중심으로 다루어져 왔다. 종래의 대법원의 입장은 명예의 보호를 중시하고 위법성조각의 범위를 좁게 보는 것이었다고 할 수 있으며, 헌법상 가치의 조화라는 시각에서 문제를 다룬 판결은 찾기 어려웠다.

그러나 최근 대법원[209]의 입장은 명예훼손죄에 있어서 표현의 자유와 조화를 충분히 고려하고 있다. 공적인 표현에 있어서 진실의 증명이 없더라도 행위자

---

208) "형법 제309조 소정의 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다"(대법원 2000. 2. 25, 98도2188).

209) 대법원 2006. 5. 25, 2005도2049; 대법원 2004. 10. 15, 2004도3912; 대법원 2003. 11. 13, 2003도3606.

가 진실인 것으로 정당하게 믿었고 또 그와 같이 믿는데 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다는 판결,[210] 개인의 사적인 신상에 관한 사항이라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질이나 이를 통하여 사회에 미치는 영향력의 정도 등에 따라서는 공공의 이익에 관한 것으로 평가될 수 있다는 판결,[211] 다소 비방의 목적이 인정되어도 주된 동기가 공익을 위한 것이면 위법성이 조각된다는 판결[212]을 그 예로 들 수 있다.

가. 違法性阻却의 意義

인격권으로서의 명예에 대한 침해는 그 자체는 원칙적으로 위법성을 띠는 행위라 할 것이나 그것이 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위, 즉 정당행위이거나 피해자의 승낙 등 일반적 위법성조각사유에 해당하는 경우에는 형사상 범죄 또는 민사상 불법행위에 해당하지 아니한다 할 것이다. 이러한 일반적 위법성조각사유 외에 형법 제310조는 「제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다」라고 규정하여 명예훼손에 대하여만 인정되는 특별한 위법성조각사유를 규정하고 있다. 이는 앞에서 본 바와 같이 헌법상 표현의 자유의 보호가 특히 기대되는 공공적 성격을 가진 표현에 대하여 위법성조각을 허용하는 것으로 이해된다.[213] 그러므로 형법 제310조 규정은 특히 언론기관의 보도에 의한 명예훼손에 중요한 의미를 지닌다.

나. 違法性阻却의 要件

(1) 眞實한 事實

210) 대법원 1993. 6. 22, 92도3160; 대법원 1988. 10. 11, 85다카29.

211) 대법원 1996. 7. 12, 96도1007.

212) 대법원 1993. 6. 22, 92도3160; 대법원 1989. 2. 14, 88도899.

213) 형법 제310조 규정의 성격을 "형법의 규정은 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의 자유의 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로…"라고 헌법적 시각에서 해석하고 있다(대법원 1993. 6. 22, 92도3160).

공공적 성격을 갖는 표현일지라도 위법성이 조각되기 위하여는 진실한 사실을 적시한 것이어야 한다. 비록 공적표현은 국민의 이익을 위하여 강하게 보호되어야 하나, 진실이 아닌 경우의 표현은 공공의 이해관계에 관한 것이라고 하더라도 보호의 대상이 될 수 없다는 취지이다. 진실성은 표현의 모든 세부적인 부분까지 진실할 것을 요하는 것이 아니며, 중요한 부분이 진실이면 설령 사소한 부분이 사실과 다른 점이 있어도 무방하다.[214] 대법원도 사실과 다른 다소 과장된 표현이 있다하더라도 허위보도라고 볼 수 없다고 판시[215]하고 있다. 또한 전문적 표현에 의한 사실적시의 경우, 즉 "하다는 소문이 있다.", "○○○가 …라고 폭로하였다."라는 보도를 할 경우 진실한 보도인지 여부는 실제로 그러한 소문이 있는가가 아니라 그 소문의 내용 또는 ○○○가 폭로한 내용이 진실한 것인가의 유무로 진실성을 판단하여야 한다. 이는 폭로한 소문의 내용 때문에 피해자의 명예가 훼손되기 때문이다. 또한 위법성조각요건으로 진실성을 요구한다 하더라도 객관적으로 진실이 아니었으나 행위자가 믿은 경우 어떻게 처리할 것인가가 문제된다. 이와 관련하여 대법원은 피고인이 주관적으로 진실이라고 확언하였고 그에 대한 상당한 이유가 있으면 족하다는 입장을 취하고 있다.

미국에서는 1964년 뉴욕타임즈사건[216]에서 공직자들은 그 공직적 활동에 관한 비난이 현실적 악의, 즉 그것이 허위임을 알거나 허위 여부를 무모하게 무시하고 이루어진 비난임을 공직자 자신들이 증명하지 못하는 한 손해배상을 구할 수 없다고 함으로써 공직자의 경우에는 진실한 사실의 범위를 확대하였

214) 이재상, 「형법각론」, 187면.

215) 대법원 1958. 9. 26, 4291형상323.

216) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964. 이 판결은 Alabama주 Montgomery시에서 경찰을 담당하고 있던 위원 Sullivan이 1960. 3. 29자 New York Times전면광고의 광고주인 4명의 흑인 목사와 신문사를 명예훼손으로 제소한 사건으로, 이 광고는 '그들의 주장에 귀를 기울이라'는 제목으로 King목사와 남부에서의 저항운동에 참여하는 사람들에 대한 모금을 호소하는 내용 중 "학생들은 학교에서 강제로 내쫓겼으며, 총과 최루가스로 무장한 경찰관들이 Alabama주립대학을 둘러싸고, 저항하는 학생들을 배고프게하여 굴복시킬 목적으로 식당을 폐쇄하였다"는 부분이 허위라고 Sullivan이 주장한 사건이다. 위 판결은 두 가지로 요약될 수 있다.

첫째, 공직자의 공적 활동에 관한 비판은 규범적으로 헌법상 언론·출판의 자유의 보호를 받아야 하고 과거의 common law가 명예를 강조하여 왔지만 그것은 헌법의 정신에 따라 수정되어야 한다.

둘째, 공적인 문제에 관한 선의의 표현은 설령 그것이 허위의 것이었다 하더라도 보호되어야 하므로 원고측이 발언자의 현실적 악의를 분명하고 확실한 증거에 의하여 증명하지 못하는 한 손해배상책임을 인정할 수 없다는 것이다.

다.[217] 대법원이 상당성 원리를 도입한 것은 미국에서와 같이 위법성조각의 범위를 넓게 인정하는 것은 아니지만 개인의 명예보호와 표현의 자유와의 조화에서 중요한 전환점이 되었다고 하겠다.

(2) 相當性

(가) 意 義

기자들의 취재란 항상 명예훼손의 위험성을 내포하고 있다. 기자들은 부분적인 지식, 간접적인 경험 및 인터뷰를 통해 진실을 찾아가기 때문에 어려움이 한 두 가지가 아니다. 취재원이 고의로 거짓말을 하거나 노련한 언론플레이에 휘말리면 기자가 의도했든 의도하지 않았든 오류나 오보는 피할 수 없다. 항상 옳고 정확한 판단을 내린다는 보장이 없기 때문에 기자가 잘못할 때마다 법정에 서게 된다면 누구도 언론활동을 제대로 할 수 없을 것이다. 이와 같은 경우 행위자가 허위의 사실을 진실이라고 알고 공표한 경우에 어떻게 할 것인가가 문제된다. 즉 그러한 경우도 진실한 사실을 공표한 경우와 마찬가지로 취급하자는 입장과 허위사실을 진실하다고 안 것은 행위자의 잘못이므로 행위자에게 명예훼손에 대한 책임을 지우자는 입장이 있을 수 있다. 전자의 경우는 명예훼손이 횡행할 우려가 있으며 후자의 경우 언론의 자유가 위축될 우려가 있다.

우리 형법은 진실한 사실을 적시한 경우에만 처벌하지 아니한다는 규정을 두고 있지만 이를 보완하기 위하여 "적시한 사실이 취재당시 진실하다고 믿는 데 상당한 이유가 있는 경우"에도 면책된다는 것이 판례이론이다.

이는 1969년 일본에서 처음 내려진 판례를 우리나라가 원용한 것으로 알려지고 있으며,[218] 대법원은 "형사상으로나 민사상으로 타인의 명예를 훼손한 경우…진실한 사실이라는 증명이 있으면 위 행위에 위법성이 없으며 또한 그 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는

217) 미국의 명예훼손소송에서 언론이 면책될 수 있는 경우는 첫째 그 사실이 진실일 경우, 둘째 공직자와 공인이 제기한 소송에서 원고측이 '현실적 악의'를 증명하지 못할 때, 셋째 공평한 논평의 면책특권이 있다.

218) 한동원, "보도의 법적·윤리적 한계와 피해구제", 「언론중재위원회 토론회 주제논문집」, 1996, 11면.

위법성이 없다라고 판시[219]하여 위 이론을 도입하였다.

(나) 相當性의 判斷基準

대법원은 “확실한 자료나 근거에 비추어 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지의 여부를 신중하게 검토하여야 할 것”이라고 판시[220]하고 있다. 특히 언론기관에 의한 보도는 그것이 사회에 미치는 영향이 지대한 점을 감안하여 그 사실이 단순히 풍문이나 억측에 의거하는 것만으로는 부족하고 진실을 뒷받침할 만한 합리적인 자료나 근거가 있어야 한다는 것이다. 이를 일률적으로 말할 수는 없지만 법원의 판결문을 살펴보면 대략 다음과 같은 기준을 제시하고 있다.[221]

첫째, 행위자가 누구인가?, 즉 일간신문인가 주·월간잡지인가를 기준으로 제시한다. 마감시간의 제한을 상대적으로 많이 받는 일간신문이 시사 주·월간지보다 상당성 원리의 적용을 많이 받을 수 있도록 하고 있다.

둘째, 기사의 성격, 즉 신속성을 요하는 보도기사인가 상당한 기간을 두고 준비하는 기획기사인가를 기준으로 제시한다. 기획기사보다 시간을 다투는 보도기사가 보다 상당성 원리의 적용을 많이 받고 있다.

셋째, 취재원이 믿을 만한 사람인가?

넷째, 피해자와의 대면 등 진실확인이 용이한 사항인가를 기준으로 제시하고 있다

① 相當性을 認定한 事例

첫째, 수사당국 또는 국가기관의 공식발표를 그대로 보도하거나 실질적인 변동없이 보도한 경우에는 취재원의 신뢰도가 높고 보도의 신속성이 요구되며 언론기관에 사실탐지능력에 한계가 있는 점 등을 고려하여 특히 의심할 만한 사정이 없는 한 따로 확인취재를 하지 않더라도 진실이라고 믿는 데 상당한 이유

219) 대법원 1994. 8. 26, 94도237; 대법원 1993. 6. 22, 92도3160; 대법원 1988. 10. 11, 85다카29.

220) 대법원 1993. 6. 22, 92도3160.

221) 고영호, 앞의 논문, 50면.

가 있다고 상당성을 인정한다.

신문기자가 담당 검사로부터 취재한 피의사실을 그 진위 여부에 관한 별도의 조사 및 확인 없이 보도했으나 위 기사가 소정의 절차에 의하여 행한 발표 및 배포 자료를 기초로 객관적으로 작성되어 있는 경우[222], 하급심판례에 이하면, 국세청보도자료에 의하여 원고를 부동산투기자로 보도한 경우[223], 경찰의 보도자료에 의하여 원고를 전과 7범이라고 보도한 경우[224]는 모두 진실하다고 믿는 데 상당한 이유가 있다고 판시하였다.

둘째, 언론기관이 독자적으로 취재하여 의혹보도 등을 하는 경우에도 기자가 관계자의 증언을 두루 취재하는 등 기사의 정확성을 위하여 최대한 노력을 기울인 경우에는 진실이라고 믿는 데 상당한 이유가 있다고 상당성을 인정한다.

중앙대학생회장 이○○씨 변사사건에 안기부요원이 관련되었다는 기사에 대해 "이○○이 사망직전에 마지막으로 동행한 사람은 남자인 백아무개와 안기부 여직원인 도아무개였다"라는 부분을 제외한 나머지 부분은 사실을 보도한 것으로 인정되고, 위 허위부분에 대하여도 피고인이 진실에 부합되지 않는다는 인식을 하였다고 보기 어렵다고 하면서 진실하다고 믿는 데 상당한 이유가 있다고 판시[225]하였다.

② 相當性을 否定한 事例

첫째, 수사당국 또는 국가기관의 공식발표에 따라 보도하는 경우에도 당국의 발표를 오해하여 사실과 다르게 보도하거나, 기자의 견해를 부가하여 보도하는 경우는 상당한 이유가 없다고 한다. 하급심판례에 의하면, 이혼위자료를 받아내기 위하여 남편을 청부폭행하였다는 내용의 경찰의 보도자료를 보고 기사 첫머리에 '춤바람 주부'라는 제목을 부가하고 원고가 춤바람이 나서 이러한 범행을 하였다는 기자 자신의 견해를 덧붙인 경우[226]에 진실이라고 믿는 데 상당한 이

222) 대법원 1999. 1. 26, 97다10215.

223) 서울지방법원 1992. 4. 29, 91가합43911.

224) 서울지방법원 1988. 4. 29, 87가합3739.

225) 대법원 1996. 8. 23, 94도3191.

226) 서울지방법원 1995. 5. 19, 93가합54908.

유가 없다고 판시하였다.

둘째, 수사당국 또는 국가기관의 공식발표에 따라 보도하는 경우에도 공식발표에 하자가 있는 경우이다. 지방국세청 소속 공무원들이 통상적인 조사를 다하여 의심스러운 점을 밝혀 보지 아니한 채 막연히 의구심에 근거하여 원고가 위장증여자로서 국토이용관리법을 위반하였다는 요지의 조사결과를 근거로 국세청장이 보도자료를 발표하여 이를 인용한 기사의 경우,[227] 공보관인지 여부가 불분명한 사건담당 경찰관이 내부 결재절차 없이 출입기자실에 취재하여 줄 것을 요청한 후 자신이 담당한 사건에 대해 발표한 것을 근거로 기사를 작성한 경우,[228] 한국소비자보호원이 제품의 유통경로에 대한 조사없이 제조자의 직접 공급지역 외에서 단지 외관만 보고 구입한 시료를 바탕으로 '이동쌀막걸리'에서 유해물질이 검출되었다는 검사결과를 공표한 것을 보도한 경우[229]에 진실이라고 믿는 데 상당한 이유가 없다고 판시하였다.

셋째, 언론기관이 독자적으로 취재하여 의혹보도 등을 하는 경우에도 기자가 관계자의 증언을 두루 취재하는 등 기사의 정확성을 위하여 최대한 노력을 기울이지 않은 경우는 상당한 이유가 없다고 한다. 수사의 초점이 되지 아니하여 보강수사가 이루어지지 않은 유명 연예인의 접대행위에 관하여 수사기록 및 담당 검사로부터 입수한 정보만을 근거로 사실확인을 하지 아니한 채 일간신문에 허위기사를 게재한 경우,[230] 공직자의 비위사실을 제보 받고 사실인지 여부에 대하여 공직자의 직속상관으로부터 부정적 답변을 들었음에도 그 진위 확인 없이 일방적인 제보만을 바탕으로 신문기사를 작성하여 보도한 경우,[231] 실명에 의한 논픽션 라디오 드라마에 있어서는 일반의 청취자 등이 그 내용을 사실이라고 받아들이기가 쉬운 반면에 신속성의 요청은 일반 보도에 비하여 그다지 크다고 할 수가 없으므로 그 방송에 있어서는 단순히 풍문이나 억측이 아닌 신빙성이 있는 자료에 의거하여야 할 필요성이 보다 크다고 할 것이므로 당사자

227) 대법원 1993. 11. 26, 93다18389.

228) 대법원 1998. 7. 14, 96다17257.

229) 대법원 1998. 5. 22, 97다57689.

230) 대법원 1998. 5. 8, 96다36395.

231) 대법원 1997. 9. 30, 97다24207.

본인이나 그 주변인물을 통하여 확인하는 등의 충분한 조사활동을 사전에 거침이 마땅하다고 할 것이어서 이러한 확인 내지 조사활동을 거치지 아니한 채 위 드라마를 그대로 방송한 경우[232]에 진실이라고 믿는 데 상당한 이유가 없다고 판시하였다.

넷째, 타 언론매체를 인용, 보도한 경우이다. 대법원은 "영자지 일간신문사인 피고는 경찰 출입기자가 없는 탓에 경찰의 보도자료, 연합통신의 통신문, 다른 신문의 기사, 방송매체의 방송내용 등을 인용하면서 마치 직접 취재한 것처럼 기사를 작성하면서 그 기사내용의 진위여부를 확인하기 위하여 피해자 및 관련자와 접촉하려고 시도하였으나 그 방법이 부적절하였거나 그 노력을 다하지 못하여 실패하자 더 이상의 사실확인 노력도 하지 아니한 채 별다른 근거없이 막연히 기사를 작성한 경우에는 일간신문이 신속성을 요구한다는 점을 감안하더라도 그 언론매체에게 그 기사의 취재과정에서 그 기사의 내용이 진실이라고 믿는 데에 상당한 이유가 있었다고 보기 어렵다"고 판시[233]하였다. 이 판결에서 대법원은 "언론매체가 다른 언론매체의 보도 내용을 참작하여 보도하더라도 자신의 보도로 인한 책임은 면할 수 없으므로 자기 책임하에 그 내용의 진위 여부를 직접 확인하려는 노력을 다하여야 하며, 특히 일간신문이나 방송의 보도내용은 취재시간이 제한된 탓에 보도내용의 진위 여부가 불확실하거나 과장보도되는 경우가 적지 않아 그 진실성이 객관적으로 담보되어 있다고 보기도 어려우므로 이를 진실로 믿기 위하여는 더욱더 진위 여부의 확인에 노력을 기울여야 할 것이다."라고 판시한다.

위 판결은 통신사가 아닌 다른 신문사의 기사를 참고로 한 것이고 그 출처도 밝히지 않고 있으므로 통신기사에 대한 판례로는 볼 수 없을 것이다. 우리나라의 언론사는 수많은 해외기사를 AP, UPI 등 통신사로부터 제공받아 이를 그대로 보도하고 있고, 지방신문사에서는 서울 또는 타 지방에서 발생한 사건에 대하여 연합통신뉴스사로부터 기사를 제공받아 이를 보도하는 경우가 많다. 이와 같은 경우 미국에서는 통신사 등 뉴스수집기관으로부터 제공받은 기사를 그대로 보도한 경우에는 첫째로 그것이 신뢰할 만한 뉴스수집 기관으로부터 전신을

232) 대법원 1998. 5. 8, 97다34563.

233) 대법원 1996. 5. 28, 94다33828.

받은 것이고, 둘째로 피고인으로는 그 뉴스가 허위인지를 몰랐으며, 셋째로 그 뉴스 자체의 문맥상으로는 그것이 부정확한 것일지 모른다고 주의를 하게 할 만한 사항이 없고, 마지막으로 피고인이 수신한 내용을 아무런 실질적인 변경을 가하지 않고 그대로 보도한 경우에는 위법성이 조각된다고 본다.[234]

(3) 公共의 利益

형법 제310조는 '오로지 공공의 이익에 관한 때'라고 규정하고 있으나 학설은 객관적으로 표현이 공공의 이익에 관한 것이어야 하고, 주관적으로 표현의 동기가 공공의 이익을 위한 것이어야 한다고 이해하며,[235] 대법원도 같은 취지에서 위 두가지 요건으로 보고 있다.[236] 여기에서 공공의 이익이란 국가, 사회 또는 일반인의 공동이익에 관련된 것을 말한다. 그러나 그것은 표현의 전파범위와도 관련이 있는 것으로 반드시 그 표현이 모든 사회에 이익이 되어야 하는 것은 아니며 작은 집단에 보편적으로 이익이 되는 표현을 그 집단 내에서 전파시키는 경우에도 공공의 이익이 인정된다.[237]

(가) 公共의 利益에 관한 事實

공공의 이익을 판단하는 기준에 대하여 대법원은 '공공의 이익에 관한 때라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때, 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는 것인데, 여기의 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이고, 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지의 여부는 당해 적시 사실의 구체적 내용, 당해사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위의 광협, 그 표현의 광협, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 고

234) 염규호, "통신기사게재와 명예훼손", 「언론중재」, 1993, 61면.

235) 박상기, 앞의 책, 197면; 이재상, 「형법각론」, 187면.

236) 대법원 2006. 5. 25, 2005도2049.

237) 대법원 2006. 5. 25, 2005도2049; 대법원 2004. 10. 15, 2004도3912; 대법원 2003. 11. 13, 2003도3606.

려함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예 침해 정도를 비교·고려하여 결정하여야 할 것'이라고 판시[238]하였다. 따라서 반드시 정치·경제적인 사실, 공인[239]의 공적 행동에 관한 것이 아니더라도 공공의 이익에 관한 사항이 될 수 있다.

대법원은 "개인의 사적인 신상에 관한 사실이더라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질이나 이를 통하여 사회에 미치는 영향력의 정도 등의 여하에 따라서는 그 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 자료가 될 수 있는 것이므로 형법 제310조 소정의 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 있는 경우가 있다"라고 판시[240]하면서, 신학대학교의 교수가 출판물 등을 통하여 종교단체인 이른바 '구원파'를 이단으로 비판하는 과정에서 특정인을 그 실질적 지도자로 지목하여 명예를 훼손한 사실을 적시한 행위를 특정인이 지도자로서의 자질이나 덕목이 부족함으로써 구원파를 경계할 목적으로 공공의 이익을 위하여 한 행위로 보아

---

238) 대법원 2006. 5. 25, 2005도2049; 대법원 2004. 10. 15, 2004도3912.

239) 미국연방대법원은 Curtis Publishing Co v. Butts(1967); Associated Press . Walker(1967)에서 공인뿐만 아니라 공적인 인물, 즉 사인 중 공인과 같이 취급되는 인물에게까지 확대적용하였으며, 그 후 Gerts v. Robert Welch. Inc.사건(418 U S 323. 1974)에서 공인 및 공적 인물에 대한 개념을 정립하였다. 이 판결에서 공적인 인물을 자발적인 공적인 인물과 비자발적인 공적인 인물로 구별하였으며, 비자발적인 공적인 인물에게는 현실적 악의의 책임원칙을 배제하였다. 그 구별개념을 간략히 살펴본다. 첫째, 공직자의 범위로 이에 대하여 미국 연방대법원이 구체적 기준을 제시하지 않아 각 사안별로 판단하고 있으며, 공직자의 지위여부는 법원에서 우선적으로 판단하여야 할 문제로 배심에서 결정할 사안이 아니라고 판시하였다(Rosenblatt v. Bear, 383 US. 75,88, 1966). 일반적으로 선거직 공무원은 그 업무의 중요도에 비추어 예외없이 현실적 악의의 입증을 요구하고 있으며, 임명직 공무원의 경우는 직급이 아주 낮은 공무원과 임시직 공무원은 공직자의 범위에서 제외되는 경우가 상대적으로 많다.

둘째, 공적인 인물로 크게 자발적인 공적인 인물과 비자발적인 공적인 인물로 나눈다. 자발적 공적인 인물은 모든 면에서 공적인 인물로 평가되는 일반적인 공적인 인물과 제한된 분야에서의 공적인 인물인 제한적 공적인 인물로 구분되다. 일반적인 공적인 인물은 큰 영향력이 있는 지위를 차지하거나 광범한 명성을 얻어서 모든 면에 있어서 공적인 인물로 평가되는 사람으로 유명 TV쇼를 오랫동안 진행해온 사람, 저명한 작가, 배우 등이 그 예이다. 제한적인 공적 인물은 특정한 공적인 논쟁에 있어서 그 결과에 영향을 끼치기 위하여 자발적으로 논쟁에 뛰어든 사람으로 특정한 문제에 관하여만 공적인 인물로 인정되어 그 특정한 문제에서만 현실적 악의의 입증이 요구되는 사람이다. 언론의 사건보도와 관련하여 주로 문제가 되는 형사피의자나 피고인의 경우, 미국에서는 범행 이전에 공직자, 공적인 인물의 지위를 갖지 않았으면 공적인 인물로 평가받지 않고 있다. 우리는 미국처럼 명시적으로 공직자, 공인, 사인을 구분하여 명예훼손 요건을 달리하고 있지 않다. 따라서 미국의 민사소송에서의 공인개념을 법률체계가 다른 우리형법에 그대로 적용하기는 어렵다고 본다. 형법 제310조 위법성조각사유 판단시 '공공의 이익에 관한 것'이 무엇이냐에 대한 판단의 자료로 참고될 수 있을 것이다. 우리 대법원은 신분의 차이를 '공공의 이익에 관한 사실' 판단시 고려하여, 공직자나 유명인 관련 내용은 비록 사생활이라고 하더라도 '공공의 이익에 관한 사실'이라고 판단하는 경향이 많다.

240) 대법원 1996. 4. 12, 94도3309.

야 옳을 것이라고 판시하였고, “공직선거에 입후보한 후보자의 유죄확정판결의 전과사실은 종전의 공직 수행과정에서 범죄나 비리와 직접적으로 관계된 것이 아니라 하더라도 그의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 자료가 되어 그의 공직후보자로서의 자질과 적격성을 판단하는데 중요한 자료가 될 뿐 아니라 또한 그것은 법원의 최종적 사법적 판단을 받은 것이므로 공적 이익에 관한 사실이라고 보아야 한다”라고 판시[241]하였다.

또한 “범죄사건 보도는 사회적 규범이 어떠한 내용을 가지고 있고, 그것을 위반하는 경우 그에 대한 법적 제재가 어떻게, 어떠한 내용으로 실현되는가를 알리고, 나아가 범죄의 사회문화적 여건을 밝히고 그에 대한 사회적 대책을 강구하는 등 여론형성에 필요한 정보를 제공하는 등의 역할을 하는 것으로 믿어지며, 따라서 대중매체의 범죄사건 보도는 공공성이 있는 것으로 취급할 수 있을 것이다”라고 판시[242]하여 범죄자체에 대한 보도의 공공성을 인정하면서 ‘범죄자체를 보도하기 위하여 반드시 범인이나 범죄 혐의자의 신원을 명시할 필요가 있는 것은 아니고, 범인이나 범죄혐의자에 관한 보도가 반드시 범죄 자체에 관한 보도와 같은 공공성을 가진다고 볼 수도 없다.’라고 하였다. 일반적으로 대중매체의 범죄사건 보도는 범죄 행태를 비판적으로 조명하면서 범죄 자체에 대한 보도가 아닌 범인이나 범죄 혐의자의 신원을 공개하는 경향이 있으며, 이 경우에는 공공의 이해에 관한 사실이 아니라고 하였다.

(나) 公共의 利益을 위한 目的

명예를 훼손하는 행위가 위법성을 조각하기 위해서는 객관적으로 공표된 사실이 공익에 관한 것이어야 할 것이나, 그와 함께 주관적으로 그 사실공표의 동기나 목적이 오로지 공익을 위한 것이어야 하는가에 관하여 우리 형법은 사실의 공공성 외에 목적의 공익성까지 요구함을 명시하지 아니하고 있으나, 대법원은 “그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증명이 있으면 위 행위는 위법성이 없

241) 대법원 1996. 6. 28, 96도977.

242) 대법원 1998. 7. 14, 96다17257.

으며"라고 판시[243]하여 목적의 공익성이 필요하다는 입장을 취하였다.

법문에서 '오로지'라는 것은 확실히 다른 동기의 경합을 배척하는 의미의 단어지만, 인간의 심리작용은 복잡해서 동기만으로 행동하는 인간을 기대한다는 것은 사실상 불가능하다는 점을 감안한다면, 주요한 동기가 공익을 위한 것이면 그 동기에 다소 사익을 도모하는 동기가 혼입되어 있어도 무방하다고 보아야 할 것이다.[244]

대법원은 "피고인들의 소행에 피해자를 비방할 목적이 함께 숨어 있었다고 하더라도 그 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다"라고 판시[245]하고 있으며, "행위자의 주요한 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 형법 제310조에의 적용을 배제할 수 없다"라고 판시[246]하였다.

다. 眞實性과 公益性의 立證責任

진실성과 공익성의 입증책임과 관련하여 검사에게 입증책임이 있다는 견해[247]와 피고인측에 입증책임이 있다는 견해[248]의 대립이 있다. 전자는 형사소송에 있어서 입증책임은 원칙적으로 검사에게 있고, 특히 위법성조각사유는 범죄성립요건에 관한 것이므로 그 부존재는 검사가 부담하여야 하며 이에 대한 예외를 인정하기 위하여는 일본형법 제230조의 2【공공의 이해에 관한 경우의 특례】와 같이 「…행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관계되고 그 목적이 오로지 공익을 위하는 데 있다고 인정되는 때에는 사실의 진부를 판단하여 진실이라는 증명이 있으면 벌하지 아니한다」라는 규정이 우리 형법에는 없으므로 피고인의 무죄추정의 원칙과 그에 따른 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로'

---

243) 대법원 1988. 10. 11, 85다카29.

244) 이재상, 「형법각론」, 188면.

245) 대법원 1984. 9. 11, 84도1547.

246) 대법원 1993. 6. 22, 92도3160.

247) 박상기, 앞의 책, 199면; 이재상, 「형법각론」, 190면; 정성근・박광민, 앞의 책, 258면.

248) 표성수, 앞의 책, 361면.

라는 원칙에 비추어 입증책임이 검사에게 있다고 주장한다. 이에 반하여 후자는 비록 제310조에 일본의 형법처럼 「증명이 있으면」이라는 표현이 없지만 해석상 그렇게 이해할 수 있다고 한다. 이에 관하여 대법원은 92도3160 판결에서는 "…그렇다면 위 대자보 내용이 모두 진실한 사실임이 증명되었다고 볼 수 없지만 피고인이 그와 같이 믿는 데에는 그럴 만한 상당한 이유가 있었다고 볼 수 있다"라고 판시하며, 94도237 판결에서는 "…사정이 이러하다면 피고인들이 적시한 사실이 진실한 것이라고 할 수 없음은 물론 피고인들이 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있었다고 할 수 없다"라고 판시하여 명확한 태도를 밝히지는 않았지만 피고인에게 입증책임이 있다는 논리를 택한것이 아닌가 짐작할 수 있을 정도의 판시라고 이해된다.

대법원은 피고인에게 진실성과 공익성에 관한 입증책임이 있다는 것을 명확히 밝히면서 더 나아가 피고인측이 부담하여야 할 입증의 정도에 관하여는 자유로운 증명으로 족하고 전문법칙의 적용이 배제된다고 하였다[249]. 판결의 내

---

249) 피고인 ○ ○ ○, ○ ○ ○등이 공모하여 …"강변·강서아파트 재건축 조합원 여러분께"라는 제목으로 "김○○이 아파트 자치회 대의원회의에서 불신임을 받은 이후에도 자치회장직을 사칭하여 용산구청 주택과에 질의서 등을 보내 재건축사업에 혼란과 지장을 주고, 자치회장의 직인을 강탈 도용하여 악의에 찬 질의서를 용산구청에 보내고, 재건축의 방해요소를 찾기 위하여 용산구청 주택과 관계공무원을 괴롭혀 오다가 8월10일에는 주택과장에게 1시간 30분 동안 욕설과 고성으로 행패를 부리고, 주택조합과 자치회 관계자에게는 부인을 앞세워 이성을 잃고 폭행을 자행하며 협박과 공포조성에 혈안이다"는 내용의 유인물 184매를 작성하여 … 명예를 훼손한 것이다.」라고 공소를 제기한 것에 대하여, 대법원은 "피고인들을 포함한 강변·강서아파트 재건축 주택조합의 대의원들이 대의원회의를 개최하여 위 조합의 재건축사업 추진을 방해하여 온 피해자 김○○의 판시와 같은 행위에 대하여 논의한 끝에 위 김○○의 이와 같은 방해행위로 인하여 아파트 지역이 소란스럽게 되고, 관할구청에 대하여서도 조합인가와 관련하여 조합원간에 마치 내분이라도 있는 것처럼 보여질 위험이 있으므로, 이를 주민들에게 사실대로 홍보하여 재건축사업에 적극 협조를 구할 필요가 있다는 결의를 하였고, 이에 따라 위 조합의 조합장 또는 이사인 피고인들이 그들 명의로 공소사실 기재 내용과 같은 유인물을 작성하여 주민들에게 배포하게 된 사실을 적법하게 확정한 다음, 이 사건에 있어서 피고인들이 위와 같은 유인물을 제작·반포하게 된 주요한 동기는 위 김○○의 방해행위를 조합원들에게 통지하여 조합원들의 동요를 막기 위한 것으로 보이므로, 이는 위 조합 또는 조합원들에게 통지하여 조합원들의 동요를 막기 위한 것으로 보이므로, 이는 위 조합 또는 조합원들 모두의 이익을 위한 것으로서 '오로지 공공의 이익에 관한 때'에 해당한다고 판단하였는바, 원심의 판단은 위와 같은 견해에 따른 것으로 볼 수 있어 정당하다고 여겨지고 위 유인물에서 '강탈도용', '악의에 찬', '행패', '협박과 공포조성에 혈안이다" 등 다소 감정적이고 과격한 표현방법을 사용하였다고 하여 피고인들이 위 유인물을 제작·배포한 목적이나 동기가 위 김○○을 비방하려는 데에 있다고 단정할 수는 없다고 할 것이다 라고 판시하면서 검찰의 상고이유 중 "형법 제310조의 사실에 대한 입증책임은 피고인에게 있고, 그 증명은 엄격한 증명에 의하여야 하며, 따라서 이때에도 형사소송법 제310조의 2 소정의 전문법칙이 적용되는 것이며 이와 같은 법리를 오해하여 진정성립이 인정되지도 않은 증거들을 게시하여 사실을 인정한 제1심판결을 유지한 제2심에 잘못이 있다."고 하여 명예훼손에 있어서 위법성조각사유의 입증에 관한 법리오해에 대한 상고이유에 대하여, 대법원은 "공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규

용을 살펴보면 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것”이라고 판시함으로써 형법 제310조의 명예훼손죄에 있어서 위법성조각사유에 대한 입증책임은 행위자에게 있다는 것을 명확히 하였다.

아울러 “그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니므로, 이 때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의 2는 적용될 여지가 없다.”라고 판시함으로써 그 입증의 방법은 자유로운 증명으로 족하고 전문법칙에 관한 형사소송법 제310조의 2는 적용되지 않음을 선언하였다.

우리 형법의 해석론으로는 형법 제310조가 입증책임의 전환을 규정한 것으로는 볼 수 없으며, 위법성의 부존재에 대해 피고인이 입증책임을 지는 것이 아니라 위법성의 존재에 대한 입증 책임이 검사에게 있다는 것이 해석상 타당하다고 생각한다. 사실의 진위에 관하여 피고인 측에 입증책임을 지우는 것은 문제이다. 그것은 증명이 되지 않으면 질실한 사실이었다 하더라도 벌하는 것이 되기 때문이다. 일반적으로 검사가 입증책임을 지는 것은 검사와 조직의 능력을 전제로 하여 합리적인 것이지만, 이러한 전제가 없는 피고인에게 합리적 의심을 초래하도록 진실을 증명하도록 하는 것은 불가능을 강요하는 것이다.

그러나 대법원은 비록 그 입증의 정도에 있어서 엄격한 증명이 아니라 자유로운 증명으로 족하다고는 하지만 ‘진실한 사실’과 ‘공공의 이익’이라는 것을 모두 피고인에게 입증토록 판시하고 있다.[250]

정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것이나, 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니므로 이 때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조에는 적용될 여지가 없다”라고 선고하였다(대법원 1996. 10. 26, 95도1473).

250) 고영호, 앞의 논문, 63면.

라. 民事訴訟에서의 適用與否

형법 제310조와 같이 명문규정이 없는 민사상의 명예훼손에 대해서도 적시된 사실이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 불법행위가 성립하지 아니한다고 볼 것인가가 문제 되었으나, 대법원은 "형사상으로나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증명만 있으면 위 행위에 위법성이 없으며…"라고 판시[251]하여 민사소송에서도 형법 제310조가 적용되어 불법행위가 성립되지 않음을 명백히 하고 있다.

251) 대법원 1988. 10. 11, 85다카29.

第4章 出版物 等에 의한 名譽毁損罪의 各國의 動向

第1節 外國의 立法例

1. 美 國

영미에서는 보통법상 문서에 의한 명예훼손(libel)과 구두에 의한 명예훼손(slander)의 두 가지 유형으로 나누어져 있다.[252]

그리고 1960년 이전까지 보통법상 명예훼손사건에서는 언론출판의 자유보다는 개인의 명예권을 더욱 보호하는 엄격책임주의(Strict liability)[253]가 적용되었다. 즉 그 당시에는 진실임을 믿은 것에 상당한 이유가 있더라도 보도자가 책임을 지고, 진실항변에서 진실임에 대한 입증책임은 보도자에게 부과되었다. 또 원고는 피고의 고의 과실을 따로 입증할 필요가 없었고 피고가 진실임을 입증하지 못하면 피고에게 책임을 물을 수 있었다. 오직 진실항변이 절대적으로 인정되어 허위의 발언에 대해서만 명예훼손이 문제되었다. 특히 1942년의 Chaplinsky v. New Hampshire 사건과 1952년의 Beauhamais v. Illinoise 사건에서 판례는 명예훼손적 표현행위가 헌법의 보호범위 밖에 놓여 있다는 점을 명백히 하였다. 그러다가 1964년의 New York Times Co. v. Sullivan(앨라바마주 몽고메리시 경찰국장)사건[254]에 대한 획기적인 연방 대법원판례를 계기로, 그 이후에는 공인의 명예보다 언론의 자유가 우선적으로 보호된다는 것이 미국 연방 대법원의 일반적인 경향이 되었다. 즉 명예훼손의 문제가 보통법에서 헌

---

252) Barbara Dill, The Journalist's Handbook on Libel & Privacy, Vol. 214, 1986.

253) Marc A. Frankiin, Mass Media Law Cases and Materials, 3th ed, The Foundation Press, Inc., 1987, pp.109-110;보통법상의 명예훼손 요건은 미국의 경우 각 주별로 차이가 있어 단일한 기준이 존재하지는 않지만, 대게 타인에 관한 명예훼손적 허위의 의사표현이 제3자에게 공표되는 경우 명예훼손이 성립한다. 이때 한국의 법 이론과의 차이를 살펴보면 보통법에서는 원고가 피고의 고의과실을 입증하지 않아도 된다는 것이다. 즉, 언론의 보도 등으로 인해 피해를 입고 소송을 제기한 개인이 언론의 잘못된 행위를 저질렀다는 사실을 입증할 필요가 없다는 것이다. 그래서 원고가 문제되는 명예훼손적 발언을 어떠한 방식으로든 주장・입증하고 피고가 주장하지 않는다면, 피고는 손해배상을 해야만 한다. 이를 보통법상의 엄격책임주의라고 한다(이재진, 앞의 책, 169면)

254) New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 255, 1964.

법으로 격상되었고, 연방헌법 수정 제1조(표현의 자유)상의 언론보도에 대한 헌법적 보호가 주어지게 되었다. 이 판결에 의하면 공무원이 허위사실에 의한 명예훼손을 이유로 손해배상을 받기 위해서는 그 보도가 현실적 악의(actual malice)[255]에 의하여 이루어졌다는 것, 즉 보도자가 그것이 허위임을 알거나 또는 허위여부를 상관하지 아니하고(with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not) 보도하였음을 입증하여야 한다는 것이다.

이 판결에서 도출된 명예훼손의 면책법리는 형사사건인 Garrison v. Louisiana 사건에서도 그대로 적용되었다. 그리고 초기의 미국 연방 대법원판례에는 이러한 면책의 법리가 공직자에 대한 명예훼손에 국한되었다가 그 이후 Curtis Pub. Co v. Butts사건과 Associated Press v. Walker사건에서 뉴욕타임즈의 '현실적 악의'의 입증기준이 공적 인물에까지 확대되었다. 또 Gertz v. Robert Welch, Inc. 사건에서 연방 대법원은 공인을 일반적 공적 인물과 제한적 공적 인물로 나누어서 전자에 대해서는 모든 사항의 보도에 관해서, 후자에 대해서는 그가 관여한 특정 문제에 관해서만 현실적 악의의 입증기준을 적용토록 하였다. 이러한 공적 인물은 일반적으로 언론매체에 접근가능성이 크고 허위보도에 대한 반박기회를 가질 수 있으며 허위보도의 위험에 자신들을 자발적으로 노출시켰기 때문에 그보다는 언론보도를 보호할 가치가 더욱 크다는 것이다.

그리고 1971년의 Rosenbloom v. Metromedia, Inc. 사건[256]에서는 피해자가 사인인 경우에도 현실적 악의의 입증기준을 적용할 수 있는 공적 관심사(matter of public concern)이론까지 발전되었다.

그러나 1974년의 Gertz v. Robert Welch Inc. 사건[257]에서 연방 대법원은

255) "현실적 악의"란 New York Times Co. v. Sullivan 사건에서 미국 연방대법원이 보통법상의 '악의'의 거증책임 기준을 언론의 특성에 맞게 고려하여 만든 기술적 용어이다. 뉴욕타임스원칙이라고도 하는 이러한 현실적 악의에 대해 연방대법원은 '공표된 내용이 허위사실을 공표의 주체가 공표 당시에 알고 있었거나 또는 진실여부에 대한 주의를 기울이지 않은 채 허위사실을 공표한 것'이라고 정의하였다(이재진, 앞의 책, 220면)

256) Rosenbloom v. Metromedia, Inc., 403 U.S. 29, 1971.

257) 원고 Gertz는 변호사로서 그곳 경찰관에 의해 사망한 청년의 유족이 제기한 손해배상 소송을 대리하고 있는데 피고는 잡지 발행인으로서 그 잡지에서 "Gertz가 그 경찰관을 엮어 넣으려고 했고 공산주의자다."라고 원고를 공격하였다. 이에 Gertz가 피고를 상대로 명예훼손을 이유로 손해배상의 소를 제

Rosenbloom사건에서의 판결을 위헌으로 간주하면서 원고가 사인인 경우에 현실적 악의의 입증을 요구하지 않고 통상의 과실책임 원칙에 따라 판단하도록 하였다. 사인은 공인과 달리 매스미디어를 통해 공중의 주목을 이끌어 내고자 하는 것도 아니며 명예훼손적 언사에 대해 반박하기 위해서 매스미디어에 접근할 수 있는 능력이나 정도가 공인에 비해 부족하기 때문에 공인보다는 더 많은 보호를 필요로 한다는 것이다.

다만 피해자가 사인인 경우의 입증책임은 Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps사건[258]에서 원고에게 보도내용의 허위성과 피고 언론매체의 과실을 입증해야 하는 것으로 판시하였다. 이것도 종래 보통법에서 피고가 진실에 대한 입증책임을 부담한 것과 비교하면 크게 변모된 것이다.

그 이후 여러 판례를 거치면서 언론의 면책기준이 정착되었다.[259] 즉 오늘날 미국에서 언론보도는 그 사실이 진실인 경우, 피해자인 공직자와 공인이 현실적 악의를 증명하지 못한 경우, 그리고 공정한 논평으로 평가되는 경우 등이 면책될 수 있다. 또 언론의 자유를 보장하기 위해서는 언론보도에 본의 아니게 뒤따르는 어느 정도의 허위보도에 대하여 관용을 베풀어야 하며 그렇지 아니할 경우 언론기관이 자기검열을 하게 되어[260], 언론·출판의 자유에 위축효과를 가져오게 되기 때문이라는 것이다. 이에 따라 공직자에 대한 명예훼손사건에서의 강화된 구성요건은 그 후 하위직 공무원[261]은 물론 선거를 통하지 아니하고 임명된 공무원과 공직에 출마한 후보[262]에게까지 확대 적용되었다.

기하였으나 현실적인 악의까지 입증하는 데에는 실패하였다(Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 1974).

258) Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps, 475 U.S., 767, 1986.

259) 전원열, “명예훼손에 관한 각국의 이론”, 「한국언론과 명예훼손소송」, 나남출판, 2002, 171면; 이재진, “언론관련 명예훼손소송 추이비교”, 「언론중재」, 2000년 여름호, 38면; 배금자, “보도와 명예훼손 대안적 검토”, 「언론중재」, 1999, 31면.

260) Franklin, a.a.O., S.201-208.

261) Johnston v. Baer, 383 U.S. 75, 1966.

262) Monitor Patriot Co. v. Roy, 401 U.S.265, 1971; Ocala Star-Banner Co. v. Damron, 401 U.S, 295, 1971.

2. 獨 逸

독일 형법은 제14장에 모욕과 명예훼손죄를 규정하고 있다. 독일 형법 제186조에서 규정하는 '사실적시에 의한 명예훼손죄는 「타인을 비방하거나 세평을 저하시키기에 충분한 사실을 주장하거나 전파한 자는 이러한 사실이 진실임을 증명할 수 없을 때에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 이루어진 때에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다」고 하고 있다. 그리고 허위사실의 적시에 의한 명예훼손은 독일 형법 제187조에서 「타인을 비방하거나 세평을 저하시키거나 신용을 해하기에 충분한 허위의 사실을 그 정을 알면서 주장하거나 전파한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히, 집회 중에 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 이루어진 때에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다」고 하고 있다.

우리 형법과는 달리 명예훼손이 '공연히', '집회 중' 또는 '문서'로 행해진 경우에는 별도의 법조문이 아닌 동일 구성요건 내에서 가중된 형태로 규정하고 있다. 우리 형법 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄에서는 '비방의 목적'을 요구하고 있으나, 독일 형법에서 '문서'의 반포를 통한 명예훼손은 그러한 목적을 요구하고 있지 않다. 여기서 '문서'란 독일 형법 제11조 제3항에서 「이 조항을 원용하는 규정이 있는 경우 음성·영상매체에 의한 기록, 전자기록, 도화 및 기타의 표현물은 문서로 본다」고 하고 있다.[263] 따라서 텔레비전이나 라디오는 당연히 포함되며, 인터넷도 여기에 해당한다. 홈페이지를 통해 명예를 훼손한 경우도 불특정 다수의 사람이 접근할 수 있으면 '문서'에 해당하고, 이메일을 통한 경우도 한정된 사람이 아닌 경우에는 가중된 형태로 다루어진다.[264] 그리고 제200조에서는 '공연히' 또는 '문서'로 이루어진 명예훼손이 유죄로 인정된 경우에는 유죄판결을 공시하도록 규정하여 피해자의 보호를 위한 조치를 규정하고 있다.[265]

---

263) 1997년 6월 13일자 「정보 및 통신서비스의 일반요건 규율을 위한 법률 (Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingung für Informations-und Kommunikationsdienste; 이하 정보 및 통신서비스법으로 약칭)」에 의하여 종전의 문서의 개념에 전자기록(Datenspeicher)이 추가되었다.

264) Tröndle-Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 52. Auflage, 2004, §186, Rn. 18.

그 이외에도 독일 형법 제187조 a 제1항은 「정치인에 대하여 집회 중에 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 피해자의 공적 생활상의 지위와 관련된 동기에 의하여 공연히 사실을 적시함으로써 명예를 훼손하고(제186조)그 행위가 공적 활동을 현저히 저해하기에 충분한 때에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다」고 하고, 가중된 형태로 제2항에서 「제1항과 동일한 요건하에서의 허위사실에 의한 명예훼손(제187조)의 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다」고 하는 정치인에 대한 사실·허위사실 적시에 의한 명예훼손에 대한 규정을 두고 있는 점은 우리 형법과 차이가 있다.

명예훼손의 구성요건에 대해 독일 형법도 특별한 위법성조각사유를 규정하고 있다. 즉 독일 형법 제193조(정당한 이익의 옹호)는 「학문적·예술적·영업적 업적에 대한 비판, 권리의 행사나 방위 또는 정당한 이익의 옹호 등을 목적으로 하는 비판적 의견의 발표, 상관의 부하에 대한 징계 및 견책, 공무원의 업무상 고발 또는 비평과 기타 이에 준하는 경우에는 의견발표의 형식이나 의견발표가 행하여진 정황에 비추어 모욕이 인정된 때에 한하여 처벌할 수 있다」고 규정하고 있다.

그런데 독일형법 제193조의 핵심표지에 해당하는 정당한 이익을 추구하였는가의 여부는 구체적 이익형량에 의해 결정된다. 즉 보도를 통해 얻는 공익이 이로 인하여 침해되는 개인의 명예이익보다 우월한지의 여부가 판단되어야 한다. 이 경우에 행위의 적격성과 필요성, 수단의 적합성이 고려되어야 한다. 정당한 이익을 추구할 위치에 있지 아니한 자에게는 적격성이 결여되고, 효과는 같지만 완화된 다른 수단이 있을 때에는 필요성이 결여될 것이다. 그리고 수단의 적합성을 인정받기 위해서는 행위자가 행위당시에 그 표현내용의 진실성에 관한 의무합치적 심사와 조회의 의무를 이행하여야 한다. 이를 위반하여 혐의사실을 진실하다고 경솔하게 믿은 경우에는 제193조에 의한 위법성조각이 인정

265) 제200조【유죄판결의 공시】① 모욕행위가 공연히 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 이루어지고, 이에 대하여 형이 선고된 때에는 피해자 또는 기타 고소권자의 신청에 의하여 모욕을 이유로 한 유죄판결을 그 요구된 바에 따라 공시할 것을 명하여야 한다.
② 공시방법은 판결을 통하여 정한다. 모욕행위가 신문 또는 정기 간행물에 공표함으로써 이루어진 때에는 그 공시는 신문 또는 정기간행물에 게재하며, 가능한 경우에는 모욕이 게재된 것과 동일한 신문이나 정기간행물에 공시하여야 한다. 모욕행위가 방송을 통한 공표에 의하여 이루어진 때에도 또한 같다.

되지 않는다.[266]

그리고 독일의 판례는 공적인 의견형성 내지 정치적인 의견형성의 사안을 통상적인 사안과 구별하여 이익형량의 경우에 개인의 명예권보다는 언론의 자유 내지 국민의 알권리에 상대적으로 더 큰 비중을 둔다.

특히 우월적 법익의 보호를 위해 언론자유를 제한하는 경우에도 그것은 일방적인 제한이어서는 안되고 언론자유의 중요성에 의해 다시 제한되어야 한다는 교차작용설의 원리와 "의심스러울 때에는 표현자유의 이익으로"의 원칙이 정착되었다.[267]

독일 형법에서는 진실성의 입증이 성공하면 다른 요건의 충족없이도 면책되기 때문에,[268] 제193조의 위법성조각사유는 그 진실성 입증이 성공하지 못한 경우와 객관적으로 허위인 사실을 적시한 경우에 특별한 의미를 가진다. 그리고 위법성조각사유의 적용범위로서는 '고의로 행하는' 허위사실적시의 명예훼손(제187조), 비방을 내용으로 하는 독일 형법 제189조의 사자의 명예훼손,[269] 제192조의 형식모욕의 죄[270] 등에서는 원칙적으로 적용되지 않는다.

그러나 의식적으로 허위사실을 적시하지 않으면 객관적으로 허위사실이라 하더라도 제193조에 의한 이익형량을 통하여 위법성조각은 가능하다. 이 경우 독일에서는 행위자가 상기한 심사의무와 조회의무를 이행하여 법 위반의 위험성을 최대한으로 낮추었다면 그에게 제193조의 적용이 인정되는 것이다. 그리고 심사의무의 범위는 개별사건에서 구체적 상황에 따라 결정된다. 그 경우에 시간적·직업적·개인적인 측면에서의 추가적인 사실확인 가능성과 주장사실을 진실한 것으로 믿게 해 줄 상황의 중요성 그리고 명예훼손의 정도와 상대방에게 미치는 영향 등이 판단기준이 된다[271]는 것이다.

---

266) 손동권, "언론보도에 의한 명예훼손과 형사책임", 90면.

267) 손동권, 91면.

268) 독일 형법 제190조【형사판결을 통한 진실입증】주장 또는 전파한 사실이 범죄행위인 경우에 피해자가 그 행위로 인하여 유죄의 확정판결을 받은 때에는 진실의 입증이 있는 것으로 본다. 이에 반하여 진실의 입증은 피해자가 사실의 주장 또는 전파가 있기 이전에 무죄의 확정판결을 받은 때에는 배제된다.

269) 독일 형법 제189조 【사자의 명예훼손】사자의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

270) 독일 형법 제192조 【진실입증에도 불구하고 성립되는 모욕】주장 또는 전파한 사실에 관한 진실의 입증이 있는 경우라도 그 주장 또는 전파가 이루어진 정황에 비추어 모욕이 인정되는 때에는 제185조에 의한 처벌을 배제하지 아니한다.

3. 日 本

일본 형법 제34장의 명예에 대한 죄의 규정을 보면, 형법 제230조에 명예훼손의 처벌규정을, 제230조의 2에 공공의 이해에 관한 경우의 면책규정[272]을, 제231조에 모욕죄의 처벌규정을, 제232조에 친고죄의 규정을 두고 있다. 관련조문을 보면 다음과 같다.

· 제232조(명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 그 사실의 유무를 불문하고, 3년 이하의 징역이나 금고 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.

② 사자의 명예를 훼손한 자는 허위의 사실을 적시하여 한 경우가 아니면 벌하지 아니한다.

· 제230조의2(공공의 이해에 관한 경우의 특례) ①전조 제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관계되고, 또한 그 목적이 전적으로 공익을 도모할 것이었다고 인정되는 경우에는 사실의 진부를 판단하여, 진실인 것의 증명이 있는 때는 이를 벌하지 아니한다.

② 전항의 규정의 적용에 있어서는 공소의 제기에 이르지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 본다.

③ 전조 제1항의 행위가 공무원 또는 공선에 의한 공무원의 후보자에 관한 사실에 관계되는 경우에는 사실의 진부를 판단하여, 진실인 것의 증명이 있는 때는 이를 벌하지 아니한다.

· 제231조(모욕) 사실을 적시하지 않더라도 공연히 사람을 모욕한 자는 구류 또는 과료에 처한다.

· 제232조(친고죄) ① 이 장의 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.

② 고소를 할 수 있는 자가 천황, 황후, 태황태후, 황태후 또는 황사인 때에는 내각총리대신이, 외국의 군주 또는 대통령인 때에는 그 나라의 대표자가 각각 대신하여 고소를 한다.

---

271) 김재봉, “형법 제310조와 의무합치적 심사”, 「형사판례연구」, 2000, 223면.

272) 堀部政男은 이 면책규정을 표현의 자유와 명예권과의 조화를 도모한 규정이라고 해석하고 있다(堀部政男, “表現の自由と人格權の調和”,「現代損害賠償法講座(2)」, 1980, 31면).

우리형법과 비교하면 제230조 1항은 '공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 그 사실의 유무에 관계없이 3년 이하의 징역이나 금고 또는 50만엔 이하의 벌금으로 처벌된다.' 라고 하여 그 적시사실의 진실여부를 불문하고 구성요건에 해당하도록 규정하고 있다. 반면 우리형법은 제307조 제1항이 진실한 사실의 적시에 의한 명예훼손, 동 제2항이 허위사실의 적시에 의한 명예훼손을 구별하고 있다. 그리고 일본형법 제231조는 모욕죄를 규정하고 있는데, 명예훼손죄와의 차이는 사실의 적시여부에 있는 점에서 우리나라와 동일하다.

그리고 제230조 제2항에서는 '죽은 사람의 명예를 훼손한 자는 허위의 사실을 적시한 경우가 아니면 벌하지 아니한다.'라고 규정하였다. 이는 우리 형법 제308조 사자의 명예훼손죄와 내용이 같다. 일본에서 모욕죄도 명예훼손죄와 같이 그 보호법익이 사회적 명예 혹은 외부적 명예[273]라고 보고 있으므로, 사실을 공연히 적시하여 사회적 명예를 훼손한 경우에는 형법 제230조에 의해, 그 외의 방법으로 사회적 명예를 훼손시킨 경우에는 형법 제231조에 의해 처벌한다는 것이 일본에서의 명예훼손행위에 대한 형사법의 기본적 구조하고 할 수 있다. 여기에서 알 수 있듯이 일본에서는 출판물 등에 의한 명예훼손죄를 달리 규정한 우리 형법 제309조와 같은 조문이 없다.

第2節 우리나라

1. 刑法 第307條의 名譽毁損罪

가. 意 義

본죄는 명예에 관한 죄의 대표로서 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손함으로써 성립하는 범죄이다. 즉 형법 제307조 제1항의 진실한 사실의 적시에 의한 명예훼손죄는 형법상 명예에 관한 죄의 기본적 구성요건이나 허위사실의 적시에 의한 명예훼손죄는 적시사실이 허위이기 때문에

273) 宗宮信次, 「名譽權論」, 有斐閣, 1961, 15면.

불법가중적 구성요건이라고 할 수 있다. 그러므로 전자에 해당하는 경우에는 법정형이 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처하고 후자의 법정형은 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하게 된다. 본죄는 반의사불벌죄이므로 피해자의 명시한 의사에 반하여 처벌할 수 없다.

나. 客觀的 構成要件

공연성의 의미에 관하여는 종래 이를 '불특정한 다수인이 인식할 수 있는 상태' 또는 '특정·불특정을 불문하고 다수인이 인식할 수 있는 상태'를 의미한다는 데 의견이 일치하고 있다. 따라서 불특정인의 경우에는 수의 다소를 묻지 아니하고, 다수인의 경우에는 그 다수인이 특정되어 있다고 하더라도 관계없다. 여기서 불특정이란 행위시에 상대방이 구체적으로 특정되어 있지 않다는 의미가 아니라 상대방이 특수한 관계로 한정된 범위에 속하는 사람이 아니라는 것을 의미하며, 다수도 단순히 복수라는 것만으로 족하지 않고 상당한 다수임을 요한다고 이해된다.

그러나 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 것을 요하는 것이 아니라, 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에 도달하면 족하다고 해야 한다.

본죄는 추상적 위험범이기 때문이다. 인식할 수 있는 상태의 의미에 관하여 대법원 판례는 일관되게 이른바 전파성 이론이라 불리는 입장을 취하고 있다.

다. 主觀的 構成要件

형법 제307조의 본죄가 성립되려면 타인의 명예를 훼손하는 데 적절한 사실을 적시한다는 고의가 요구됨은 형법상 당연한 귀결이다. 본죄에 있어서 고의는 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한다는 인식과 인용이므로 명예를 훼손하게 된 동기나 명예를 훼손할 목적은 요구되지 아니한다. 고의는 미필적 고의로도 족하다. 그러나 여기서 문제는 진실한 사실의 적시와 허위의 사실적시라는 고의에 있어 착오에 기해 이를 행한 경우 이를 어떻게 법리접근하여 해결할

것인지가 문제된다. 그러나 당해 착오문제는 뒤에서 논할 형법 제310조의 특별한 위법성조각 부분에서 이를 연관지어 검토하고자 한다.

2. 刑法 第308條의 死者의 名譽毁損罪

가. 意 義

사자의 명예훼손죄는 공연히 허위사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손하는 죄를 의미하며 특이한 점은 사자에 대해 허위사실을 적시한 경우에만 본죄가 성립된다는 것이다. 본죄의 보호법익에 대해서 견해가 대립되고 있는데 우선 사자의 명예라고 파악하는 견해[274]와 유족의 추모감정이라는 입장[275]과 사자에 대한 일반대중의 추모감정이라는 학설[276]의 다툼이 있다.

본죄의 보호법익은 무명인이라 하더라도 본죄가 성립될 수 있고, 극단적인 상황으로 가정하여 유족이 존재하지 아니하는 경우에도 본죄가 성립될 여지는 있다고 할 것이므로 통설의 태도인 사자의 명예라고 보호법익을 파악하는 것이 타당하다고 생각된다.

본죄는 다른 명예훼손죄와는 상이하게 친고죄로 되어있다. 즉 피해자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있으며[277] 본죄의 법정형은 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

나. 客觀的 構成要件

본죄의 객관적 구성요건은 형법 제307조의 명예훼손죄의 법리를 대부분 수용하고 있다. 본조의 객체는 사자이며 여기의 사자는 자연인에 대한 개념이므로

---

274) 이재상, 「형법각론」, 180면; 임 웅, 앞의 책, 194면.

275) 배종대, 앞의 책, 271면.

276) 박상기, 앞의 책, 190면.

277) 사자의 명예를 훼손한 범죄에 대하여는 그 친족 또는 자손은 고소할 수 있다(형사소송법 제227조) 그러나 고소권자가 없을 시에는 이해관계인의 신청에 의하여 검사가 10일 이내 고소권자를 지정해야 한다(형사소송법 제228조)

해산된 법인이나 소멸된 법인격 없는 단체는 본죄의 사자에 해당하지 않는다. 공연히 허위사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손하는 것이다. 진실한 사실을 적시한 경우에는 본죄가 성립하지 않는다.

다. 主觀的 構成要件

공연히 허위사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한다는 점에 대한 인식과 의사가 있어야 한다. 허위라는 점에 대해서는 확정적 인식을 요하고 미필적 인식으로는 부족하다. 죽은 자에 관하여 진실한 사실을 적시하는 것은 역사적 기록과 평가를 위하여 반드시 필요한 작업이므로, 본죄는 허위의 사실을 적시한 경우에만 범죄가 성립할 수 있도록 규정하고 있다. 명예훼손 행위시에 명예의 주체가 이미 사망한 자일 것을 구성요건으로 하고 있다. 따라서 명예를 훼손당한 사람이 명예훼손행위 후에 사망한 경우에는 제307조의 명예훼손죄가 성립한다. 본죄는 친고죄이므로 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. 고소권자는 사자의 친족 또는 자손이다.

3. 刑法 第*309*條의 出版物 等에 의한 名譽毁損罪

우리 형법은 출판물 등에 의한 명예훼손을 특별히 취급하고 있으며 이는 다른 나라의 입법례에서 찾기 힘든 특이한 형식이다.[278] 그 취지는 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물, 즉 언론에 의한 명예훼손의 경우 전파의 범위가 넓어서 한번의 잘못된 보도로도 그 침해의 정도가 회복키 어려울 정도로 크므로 이를 특별히 취급한 것으로 이해된다. 판례도 형법 제309조 제1항은 사실적시의 방법으로서 출판물 등을 이용하는 경우 그 성질상 다수인이 견문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다는 데 그 가중처벌의 이유가 있다고 한다.[279] 본죄가 형법 제307조의 일반적 명예훼손죄와 다른 점은 명예훼손의 행위방법이 '공연히'가 아

278) 이석연, "형법상 명예훼손죄의 법리와 적용", 「언론중재」, 1992, 9면.

279) 대법원 1998. 10. 9, 97도158.

니라 '출판물 등에 의하여'라는 것이다. 출판물 등에 의하여 사실을 적시함으로써 타인의 명예를 훼손한 경우에는 별도의 공연성을 요구하지 않는다.[280] 이는 출판물 등에 의한 경우 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있기 때문에 공연성은 당연히 인정될 수 있다. 또한 본죄는 목적범으로써 일반적·주관적 불법요소인 고의 외에 특별한 주관적 불법요소인 '비방의 목적'이 있어야 한다는 것이다.

가. 出版物 等의 槪念

형법 제309조는 "신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여"라고 규정함으로써 신문, 잡지 등의 인쇄매체와 라디오 등 방송매체를 출판물로 규정하고 있으나 이는 예시에 불과하여 TV, 비디오, 영화 등 영상매체도 그 밖의 출판물 개념속에 들어간다는 견해[281]도 있지만, 형법해석은 엄격해야 한다는 점을 고려한다면 이를 열거적 규정이라고 해석하여야 하고 영상매체에 대해서는 입법적으로 해결해야 할 것이다.[282] 출판물은 주로 등록 출판된 제본인쇄물, 제작물을 의미하지만, 이 정도의 효용과 기능을 가지고서 사실상 출판물로 유통·통용될 수 있는 그 밖의 비공인 제본인쇄물이나 제작물도 포함된다고 해야 한다. 따라서 출판물 자체에 대한 등록·인가 여부는 그 요건이 아니다. 그러나 공공성, 전파가능성, 신뢰성이 높은 출판매체로서의 외관기능을 갖고 있어야 하기 때문에 단순한 프린터물[283]이나 손으로 쓴 필기물[284], 복사물[285], 개인용 비디오 녹화물은 본조의 출판물 개념에서 제외된다. 이러한 경우는 제307조의 일반명예훼손죄가 문제될 수 있을 뿐이다. 본죄는 추상적 위험범이므로 출판물 등에 의해 사실을 적시함으로써 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에 이

---

280) 이재상, 「형법각론」, 192면.

281) 김일수, 「형법각론」, 박영사, 1999, 405면.

282) 임 웅, 앞의 책, 209면.

283) 컴퓨터 워드프로세서로 작성되어 프린트된 A4 용지7쪽 분량의 인쇄물이 형법 제309조 제1항 소정의 '기타 출판물'에 해당하지 않는다고 봄(대법원 2000. 2. 11, 99도3048).

284) 대법원 1986. 3. 25, 85도1143

285) 장수가 2장에 불과하며 제본방법도 조잡한 것으로 보이는 최고서 사본이 출판물이라고 할 수 있을 정도의 외관과 기능을 가진 인쇄물에 해당한다고 보기는 어렵다고 봄(대법원 1997. 8. 26, 97도133).

르면 기수가 된다. 현실적으로 인식하였는지 여부 및 비방목적의 달성 여부는 본죄 성립에 영향을 미치지 않는다.

(1) 條文의 由來

출판물에 의한 명예훼손죄를 가중처벌하는 이유는 사실적시의 방법으로서의 출판물 등의 이용이 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등으로 인해 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다는 점에 있다.[286] 영미에서의 libel은 문서에 의한 명예훼손, slander는 구두에 의한 명예훼손이라고 할 수 있다. Libel은 문서, 인쇄물[287], 회화, 조각, 밀랍인형 등 영구적인 방법에 의한 명예훼손이다. 하지만 시간적으로 영구성을 반드시 요하는 것이라고 할 수 없고, 비행기로 공중에 문자를 그리는 것도 libel의 한 방법일 수 있다.[288] Slander는 구두, 몸짓 기타 일시적 방법에 의한 경우이고, 수화도 여기에 들어간다.[289] Libel을 처벌하는 이유는 글이 말보다 그 효력이 지속적이라는 점과 행위자가 단순한 분노의 표출이 아니라 명예훼손을 위해 심사숙고한 결과라는 점에 있다. 말로 한 명예훼손행위가 예외적으로 libel에 해당하는 경우도 있다.[290]

(2) 새로운 媒體에 대한 對應

라디오는 글로 공표하지 않기 때문에 libel에 해당하지 않는 것은 분명하지만, 방송이 되면 그 내용의 확산정도는 일반 문서보다 훨씬 빠르며, 문자와 음성이 동시에 방영되는 TV와 PC통신은 그 효과가 더욱 강하다. 즉 소리, 그리고 소리와 결합한 영상은 문서와는 전혀 다른 새로운 위험이다.[291] 그러나 영미법계에서는 libel과 slander를 구별하는 전통 때문에 이러한 매체를 어떻게 규율해

286) 대법원 1997. 8. 26, 97도133; 대법원 1998. 10. 9, 97도158.

287) Lawless v. Anglo-Egyptian Cotton Co, U.S. 262, 1860.

288) 塚本重賴, 「英米法における名譽毀損の研究」,中央大學出版部, 1998, 26면.

289) W.V.H. Rogers, Winfield & amp; Jolowicz on Tort, 12th ed. 1984, p.276.

290) Phelps & Hamilton, op. cit. pp.7-9.

291) op. cit., p.33.

야 할지 혼란이 있으며 입법태도도 다양하다.[292] 우리형법은 제309조에 라디오를 규정하고 있으나 TV는 규정하지 않고 있다. 컴퓨터에 의한 명예훼손행위를 어떻게 다루어야 할 지도 문제가 된다. 최근 컴퓨터의 이용을 통한 정보사회로의 발전은 그 자체가 하나의 기회인 동시에 개인의 명예와 관련하여서는 사생활 침해라는 커다란 위험원일 수도 있다. 명예훼손행위는 전통적인 범죄수법에 의해서도 가능하지만 컴퓨터를 통해 발생하는 새로운 범죄현상 중의 하나이다.[293] 또한 인터넷의 이용으로 인해 명예훼손의 손해정도가 커질 수 있음에도 유의해야 한다.[294]

PC통신은 통신매체인 동시에 매스미디어의 성격을 가지며, 사이버공간은 대중매체처럼 한꺼번에 여러 이용자들에게 동일한 정보를 전달하며 그 공간 가운데 일부를 다수의 이용자들에게 공개하고 있다는 점에서 매스미디어로서의 역할을 수행한다고 볼 수 있다.[295] 그러나 컴퓨터를 이용한 명예훼손행위와 관련해 기존의 해석을 그대로 적용하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 소위 사이버공간은 매스미디어와 달리 쌍방향성이 특징으로서 자신의 명예를 훼손하는 표현에 대한 반박이 매스미디어에 비해서 상당히 용이하므로, 훼손된 명예에 대한 회복을 기존의 법적 수단에 의해 실현할 필요성이 적어지기 때문이다.[296] 또한 타인의 명예훼손행위에 대해 그 공간을 제공해 준 인터넷서비스 제공자 또는 온라인서비스 제공자에게도 책임을 물어야 하는가의 문제도 언론기관의 책임과는 달리 기존의 명예훼손 법리가 그대로 적용되기는 어렵다.[297] 「기타 출판물」의 해석과 관련하여 TV[298]가 여기에 포함되는지가 문제가 된다. TV가 라디오 기타 출판물이라는 개념의 가능한 의미에 들어올 수 없으므로, TV

292) 표성수, 앞의 책, 30면.

293) 하태훈, “정보사회에서의 형법의 의무와 과제”, 「법문사」, 1998, 1-4면.

294) 이재진, “인터넷상의 명예훼손 현상에 대한 비판적 고찰”, 「언론중재」, 1998, 33면.

295) 윤영철, “사이버공간에서의 표현의 자유와 명예훼손”, 「언론중재」, 1997, 7면.

296) 황성기, “언론매체규제에 관한 헌법학적 접근”, 서울대학교 박사학위논문, 1999, 256면.

297) 황상재, “사이버스페이스에서의 명예훼손에 관한 판례와 쟁점들-미국의 판례를 중심으로-”, 「정보법학」, 1997, 302면.

298) 전파법시행령 제2조 2호에 따르면 텔레비전은 전파를 이용하여 정지 또는 이동하는 사물의 순간적 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.

에 의한 명예훼손이 출판물에 의한 명예훼손죄의 입법취지에 아무리 합치된다고 하더라도 제309조에 의해 처벌할 수 없다는 견해[299]가 있다. 이에 반해 라디오를 출판물의 예시로 보는 견해[300]는 TV나 비디오 등 영상매체도 당연히 포함된다고 한다. 라디오를 출판물의 예시가 아니라고 해석하면서 TV는 라디오와 대등한 청취효과를 가지면서 시각적 효과까지 포함한 것이므로 본죄의 수단에 포함되는 것이 당연하다고도 한다.[301]

라디오가 출판물의 예시가 아니라고 해석한다면 TV가 「기타 출판물」에 해당한다고 보지 않아야 한다. 만약 TV가 포함된다고 해석한다면 죄형법정주의 원칙에 반하기 때문이다. 라디오는 문자를 이용해 내용을 전달하는 매체가 아니므로, 라디오를 출판물에 포함시키면 해석의 한계인 문언의 가능한 의미에 반하기 때문이다. 즉 현행법상으로는 TV에 의한 명예훼손이 제309조의 규율대상이 된다고 해석할 수는 없다고 생각한다. 라디오 등의 매체와 비교했을 때 균형이 맞지 않는다는 문제점이 있기는 하나, TV에 의한 명예훼손을 현행법에 의해 처벌할 수 없는 것도 아니기 때문에 출판물에 TV가 포함된다고 해석할 필요는 없다.[302] 그러나 개선할 점이 있음은 분명하다. 즉 『신문・잡지 또는 라디오 기타 출판물』이라는 법문의 문제점은 두 가지로 정리할 수 있다. 첫째, 『라디오 기타 출판물』이라고 표현하여 출판물의 예시가 될 수 없는 라디오가 마치 그 예의 하나인 것처럼 규정한 점이다. 둘째, 출판물에 대해서만 가중처벌할 수 있을 뿐 현실적으로 더욱 문제가 되는 TV 등의 방송매체나 비디오 또는 녹음테이프, 컴퓨터를 매개로 하는 PC통신이나 인터넷 등에 대해 가중처벌을 할 수 없다는 점이다.[303] 따라서 이에 대한 입법적인 개선이 필요하다.[304]

---

299) 임 웅, 앞의 책, 209면.

300) 박상기, 앞의 책, 182면.

301) 최준혁, 앞의 논문, 21면.

302) TV에 의한 명예훼손을 형법 제307조의 단순명예훼손죄로 처벌하는 것이 심히 법감정과 형평에 반한다고 하더라도 법관은 국회의 법개정에 의한 입법적 해결이 있을 때까지 기다릴 수 밖에 없다고 하였다(임웅, 앞의 책, 209면).

303) 표성수, 앞의 책, 343면.

304) 형법개정법률안은 제188조 1항에서 “사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 기타 출판물이나 라디오, 텔레비전 기타 방송을 통하여…”라고 함으로써 입법적인 개선을 꾀하려고 했으나, 1995년의 형법개성시는 반영되지 않았다. 또한 조정과정에서 비디오나 녹음테이프 등에 의한 명예훼손도 포함하여야 한다

나. 誹謗의 目的

(1) 誹謗目的의 槪念

형법 제309조가 규정하는 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 성립하기 위하여는 일반적·주관적 불법요소인 고의 외에 초과주관적 구성요건요소로서 '비방할 목적'이 있어야 한다. 사람을 비방할 목적이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이다. 따라서 형법 제310조의 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있어야 하는 형법 제309조 제1항 규정의 행위에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 형법 제307조 제1항의 행위에 한하여 적용되는 것이다.

반면에 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다고 봄이 상당하므로 이와 같은 경우에는 형법 제307조 제1항 규정의 명예훼손죄의 성립 여부가 문제될 수 있고 이에 대하여는 다시 형법 제310조에 의한 위법성 조각 여부가 문제로 될 수 있다. 따라서 비방할 목적이 없으면 허위 사실을 신문에 게재하는 것만으로는 이 죄가 성립되지 않는다.[305] 그러나 비방목적이 있으면 진실한 사실을 보도하더라도 제310조가 적용되지 않아 사실의 적시가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위한 것이라도 위법성이 조각되지 않는다.[306] 이는 단순한 고의를 넘어선 행위자의 주관적 요소를 구성요건으로 구성한 것으로 항상 타인의 명예를 훼손하는 기사를 취급하는 언론종사자들에게 명예훼손죄는 큰 위협이 되므로 비방의 목적을 요건으로 정함으로써 언론을 보호하려는 뜻도 있는 것으로 생각한다.[307]

비방의 목적을 실제 사건에서 어떻게 적용할 것인가에 대하여 대부분의 경우 형법 제310조의 요건을 설명하는 가운데 인간의 행동에는 갖가지의 목적이 결

는 견해도 있었으나, 이러한 테이프는 그 전파성에서 크게 뒤떨어지므로 일반명예훼손으로 처벌하면 족하다는 판단에 따라 포함시키지 않았다.

305) 대법원 1960. 3. 23, 4992형상298.

306) 대법원 1970. 3. 31, 70도43.

307) 고영호, 앞의 논문, 25면.

합되어 이루어지는 경우가 많으므로 다른 목적이 혼입되었다 하더라도 주된 목적이 그 요건에 충족되면 족하다고 해석하는 정도이다. 이와 같은 이론과 달리 실제 사건에 있어서 어떤 경우에 비방의 목적이 있는가를 결정하는 것은 매우 어려운 문제이다. 인간의 행동목적은 복잡다기하여 명예훼손의 경우에도 비방의 목적 이외에 여러 가지 다른 목적이 섞여 있는 경우가 많고, 행위자의 내면적·심리적 요소를 국외자가 판단하기 어렵기 때문이다.

사람의 목적을 양으로 정하는 것이 가능할지 의문이나, 가능하다고 한다면 여기서 요구하는 비방의 목적의 정도가 전적으로 비방할 목적이 있어야 한다는 것인지, 주된 목적이 비방의 목적이면 족한 것인지 아니면 다소라도 그와 같은 목적이 섞여 있으면 충분하다는 것인지도 불분명하여 실제적용에 있어서 많은 문제점을 안고 있다. 즉 '비방의 목적'이 없는 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우는 제307조의 명예훼손죄 성부여부가 문제되고 제310조 위법성조각사유의 적용이 가능하다. 이 경우는 명예를 훼손하기에 더 효과적인 신문, 잡지, 라디오 기타 출판물을 이용하는 것은 더 무겁게 처벌하려는 취지를 살리지 못하는 반면에 진실한 사실이고 공공의 이익에 관한 경우 위법성이 조각될 수 있으므로 언론·출판의 자유 보장에 유리하다. 그러나 '비방의 목적'이 있는 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우 당연히 제309조가 적용되어 제310조 위법성조각사유의 적용은 불가능하다. 이 경우는 출판물 등에 의한 명예훼손을 더 무겁게 처벌하려는 취지는 살릴 수 있으나 진실한 사실이고 공공의 이익에 관한 경우도 처벌되므로 언론·출판의 자유보장에 더 불리하다고 할 것이다.

(2) 誹謗 目的의 內容

비방의 목적이란 사람의 명예를 훼손시키기 위해 인격적 평가를 저하시키려는 의도를 말한다.[308] 이와는 달리 행위자가 자신의 행위가 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손할 가능성이 있음을 인식하고 감수하는 정도를 넘어 목적으로 삼는 것이라고 보기도 한다.[309] 이러한 정의는 비방의 목적이 고의의

308) 조해섭, "출판물에 의한 명예훼손죄의 구성요건과 위법성조각", 「형사재판의 제문제」, 박영사, 1999, 65면.

309) 한위수, "명예훼손에 관련된 민·형사상의 판례와 쟁점", 「언론중재」, 1996, 13면; 배종대, 앞의 책, 234면.

두가지 요소 중 의욕과 관련됨을 보여준다. 즉 미필적 고의로는 부족하고 의도적 고의가 있어야 한다.[310] 하지만 이때 '비방'의 통상적 의미와 용법은 '명예훼손'과 크게 다르지 않다. 따라서 사람을 비방할 목적으로 사람의 명예를 훼손한다는 동어반복에 지나지 않으므로, 초과주관적 불법요소로서 특별히 제한적 의미를 가진다고 보기는 어렵다.[311]결국 비방의 목적이 있는가의 여부는 주관적인 내심의 상태이므로 행위자가 자백하지 아니하는 한 직접적인 증거로써 이를 입증할 수는 없을 것이므로 그 행위를 둘러싼 주변의 사정 등을 통하여 간접적으로 인정할 수밖에 없다.[312] 최근 비방의 내용과 적용범위에 대해 명확히 밝힌 판례가 나왔다. 대법원은 "형법 제309조 1항 규정의 출판물에 의한 명예훼손죄는 타인을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손할 경우에 성립되는 범죄로서, 여기서 '비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하다."라고 판시[313]하였다. 헌법재판소는 비방의 목적의 입증에 관해 "법관은 엄격한 증거로써 입증이 되는 경우에 한하여 행위자의 비방목적을 인정하여야 한다"고 한다.[314]

(3) 誹謗 目的의 性格

비방의 목적 성격을 크게 두가지로 구분할 수 있는데, 첫째는 비방의 목적은

310) 김일수, 앞의 책, 407면.

311) 조해섭, 앞의 논문, 64면.

312) 한위수, 앞의 논문, 13면.

313) 국립대학교 교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행하였다는 내용의 글을 지역 여성단체가 자신의 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 게재한 사안에서, 국립대학교 교수인 피해자의 지위, 적시사실의 내용 및 성격, 표현의 방법, 동기 및 경위 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 비록 성범죄에 관한 내용이어서 명예의 훼손정도가 심각하다는 점까지를 감안한다 할지라도 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 위와 같은 내용을 게재한 행위는 학내 성폭력 사건의 철저한 진상조사와 처벌 그리고 학내 성폭력의 근절을 위한 대책마련을 촉구하기 위한 목적으로 공공의 이익을 위한 것으로서 달리 비방의 목적이 있다고 단정할 수 없다고 판시하였다(대법원 2005. 4. 29, 2003도2137).

314) 헌법재판소 1999. 6. 24, 97헌마265.

초과주관적 구성요건요소로 보아야 한다. 현행형법 제310조에 해당하는 정부초안 제333조는 「제330조 제1항(명예훼손죄) 또는 전조 제1항(출판물에 의한 명예훼손죄)의 행위가 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때는 처벌하지 아니한다」라고 규정하고 있었다. 그러나 1953년 7월7일의 제16회 국회 제16차 본회의에서 법제사법위원회가 제333조에서 '또는 전조 제1항'을 삭제하자는 수정안을 올린다. 법제사법위원장이었던 윤길중에 따르면 제332조[315]의 『타인을 비방할 목적』과 『오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다』는 제333조의 취지가 서로 상반되기 때문이며, 그의 주장에 따라 수정안이 통과되었다. 하지만 비방의 목적이 없으면 "신문, 잡지에다 타인의 명예를 훼손하는 사실을 적시해서 공표를 했다 할지라도 원칙적인 제330조로 돌아가서 처벌되지 아니할 것"[316]은 분명하다. 따라서 비방의 목적이 초과주관적 구성요건요소라는 내용과 출판물에 의한 명예훼손죄에 제310조가 적용되지 않는다는 내용은 전혀 모순되지 않는다.

둘째는 일반적으로 "제309조가 개인의 명예권을 철저히 보호하는 규정이며 제310조는 언론의 자유를 보호하는 규정"이라고 이해한다. 입법자는 「비방의 목적」을 특별히 규정함으로써 출판물에 의한 명예훼손 중 비방의 목적이 있는 경우에만 제309조가 적용되도록 하였는데, 적용범위를 이렇게 축소한 것은 명예의 보호보다는 표현의 자유를 보장하는 취지로 볼 수도 있다.[317] 판례 또한 비방의 목적이 있는 경우에도 제310조를 적용해 위법성을 조각하기 때문에, 실제로 제309조가 적용되는 경우는 거의 없다고 보아도 될 것이다. 즉 비방의 목적을 요구하는 취지는 단순 명예훼손죄에 비하여 엄하게 다루어지는 만큼 단순한 고의를 넘어선 행위자의 주관적 요소를 구성요건으로 규정한 것으로 보이나, 출판물 등의 표현수단만을 이유로 일반 명예훼손죄와 달리 취급하는 것은 항상 타인의 명예를 훼손하는 기사를 취급하는 언론종사자에게 큰 위협이 되므

315) 형법정부초안 제332조 제1항은 「타인을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제330조 제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다」라고 한다. 이 조문에서 형량을 제외한 나머지 문언은 현재의 형법 제309조와 같다. 다만 형법정부초안은 제332조 제2항을 두어 허위사실을 적시하여 출판물에 의한 명예훼손죄를 범한 경우를 가중처벌하고 있었다.

316) 한국형사정책연구원, 「형법제정자료집」, 1990, 483면.

317) 황성기, 앞의 논문, 254면.

로 이러한 목적을 요건으로 정함으로써 언론을 보호하는 뜻도 있다할 것이다.[318]

(4) 다른 條文과의 關係

(가) 第309條와 第307條와의 關係

제310조는 「제307조 제1항의 행위가…」라고 규정하고 있기 때문에 문언상 제309조가 적용되는 사안에는 제310조를 적용할 수 없다. 그러나 앞에서도 밝혔듯이 출판물에 의한 명예훼손의 모든 경우에 제309조가 적용되는 것은 아니다. 즉 출판물을 통해 명예를 훼손할 만한 사실을 적시했다고 하더라도 비방의 목적이 인정되지 아니하거나, 제309조에서의 출판물의 정도에 이르지 못하면 제309조가 아니라 제307조가 적용되는 것이다.[319] 판례도 이러한 입장을 유지하고 있다.[320]

(나) 第309條와 第310條와의 關係

비방의 목적은 그 자체가 위법하기 때문에, 비방의 목적이 있으면 진실한 사실을 적시한 경우라고 할지라도 제310조의 규정이 적용될 여지가 없다고 한다.[321] 그리고 제309조 1항이 적용되는 행위는 제20조의 사회상규에 해당하기 위한 목적의 정당성 및 수단의 상당성이라는 요건을 충족하기도 어렵다[322]고 한다. 판례도 원칙적으로는 학설과 같은 입장이다. 즉 제310조의 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 않는다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있는 경우인 제309조 제1항 규정의 행위에 대하여는 적용하지 아니하고 위 목적을 필요로 하지 않는 제307조 제1항의 행위에 한하여 적용한다고 하며,[323]

318) 표성수, 앞의 책, 345면.

319) 최준혁, 앞의 논문, 26면.

320) 대법원 2005. 4. 29, 2003도2137

321) 김일수, 앞의 책, 407면; 백형구, 「형법각론」, 청림출판, 1999, 357면; 이재상, 「형법각론」, 198면.

322) 조해섭, 앞의 논문, 72면.

이는 제310조의 규정에 비추어 명백하다할 수 있다. 이러한 입장은 '사람을 비방할 목적'이라는 초과주관적 요소를 담고 있는 출판물에 의한 명예훼손죄의 행위반가치를 제310조가 확보하는 결과가치로 상쇄할 수 없다는 인식을 의미한다.[324]

그러나 비방의 목적을 인정하면서도 제310조의 적용을 인정한 판례도 있다. 가령 교회 담임목사를 출교처분한다는 취지의 교단 산하 재판위원회의 판결문은 성질상 교회나 교단 소속 신자들 사이에서는 당연히 전파·고지될 수 있는 것이므로 위 판결문을 복사하여 예배를 보러 온 신도들에게 배포한 행위에 의하여 목사의 개인적인 명예가 훼손된다 하여도 그것은 진실한 사실로서 오로지 교회 또는 그 산하교회 소속 신자들의 이익에 관한 때에 해당하거나 적어도 사회상규에 위배되지 않는 행위에 해당하여 위법성이 없으며, 이 경우 피고인들의 소행에 피해자를 비방할 목적이 함께 숨어있었다고 하더라도 그 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 형법 제310조에 해당하여 처벌할 수 없다고 하였다.[325] 이런 판결이 하나에 불과하다면 예외로 보아 지나칠 수도 있겠으나 그렇지는 않다.[326] 판례의 태도는 일관성이 없을 뿐만 아니라 제310조의 문언에도 어긋난다. 그러나 이는 제310조를 엄격하게 적용했을 경우의 불합리한 결과를 피하기 위한 고심의 흔적이라고 생각한다. 다수설은 비방의 목적을 "사람의 명예를 훼손시키기 위해 인격적 평가를 저하시키려는 의도"로 파악한다. 그렇다면 구성요건적 고의가 구성요건실현에 대한 인식과 의사라고 볼 때 행위자가 명예훼손에 대한 약간의 의욕만 있어도 비방의 목적이 있다고 평가할 수 있는 것이다.[327] 그러나 이때의 비방의 목적이 전적으로 비방할 목적이 있어야 한다는 것인지, 주된 목적이면 족한 것인지, 아니면 다소라도 그와 같은 목적이 섞여 있으면 충분하다는 것인지는 불분명하다.[328] 만약 이 세가지 중 마지막이

323) 대법원 1960. 10. 26, 4293형상823; 대법원 1984. 9. 11, 84도1547.

324) 신동운, 「판례백선 형법총론」, 경세원, 1998, 108면.

325) 대법원 1989. 2. 14, 88도899.

326) 대법원 1993. 6. 22, 93도1035; 대법원 1996. 10. 25, 95도1473.

327) 조해섭, 앞의 논문, 66면.

328) 표성수, 앞의 책, 345면.

라면 적시한 사실이 진실하며 오로지 공공의 이익에 관한 때에도 극히 주관적인 비방의 목적만 확인되면 제309조로 처벌할 수 있기 때문에[329], 출판물에 의한 사실의 적시는 피해자의 의사여부에 따라 대부분 명예훼손죄로 처벌될 수 있다는 우려가 현실화될 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 결과는 바람직하지 않기 때문에 부분적으로 비방의 목적이 있더라도 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 경미한 비방목적은 전체적으로 공익성에 의해 희석되어 제310조를 적용할 수 있으며,[330]판례[331]도 이러한 태도를 취하고 있다.

즉 판례[332]는 형법 제309조 소정의 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다고 하며, 비방목적을 추론케 하는 간접사실을 따로 수집하지 않는 경향이다. 그 결과 출판물에 의한 경우라도 공공의 이익에 관한 것이면, 제309조가 아니라 제307조가 적용된다. 이로써 사실상 제309조에도 제310조를 적용하는 것과 같은 효과가 발생한다.[333] 결국 대법원은 형법 제310조의 적용해석과 관련하여 비방의 목적을 공공의 이익이라는 요소로 상쇄시킨다고 볼 수 있다.[334]

그러나 이러한 해석이 법문에 어긋나는 것은 분명하므로 입법적인 개선이 필요하다고 생각한다. 그 방안으로는 출판물에 의한 명예훼손죄를 폐지하고 일반명예훼손죄로 대체하거나, 출판물에 대해 「비방의 목적」이라는 구성요건 없이 단순히 가중처벌하되 형법 제310조가 적용될 수 있도록 개정할 수 있을 것이다.[335] 또는 '오로지'나 '주로'등과 같이 「비방의 목적」의 범위를 한정짓는

---

329) 이정훈, 앞의 논문, 109면.

330) 이석연, 앞의 논문, 11면.

331) 명예훼손적 표현에서의 '비방할 목적'은 그 폭을 좁히는 제한된 해석이 필요하다라고 밝힘(대법원 2006. 4. 14, 2004도207; 대법원 2004. 2. 13, 2003도6675; 헌법재판소 1999. 6. 24, 97 헌마 265).

332) 대법원 2000. 2. 25, 98도2188.

333) 배종대, 앞의 책, 234면.

334) 오경식, "출판물에 의한 명예훼손", 「형사판례연구」, 박영사, 194면.

335) 장영민・정진수, 앞의 책, 125면; 이석연, 앞의 논문, 11면.
오스트리아 형법 제111조
① 타인을 제3자가 인식할 수 있는 방법으로 경멸스러운 성격이나 성향을 들어 비난하거나, 여론상 경멸하

문언을 넣을 수도 있을 것이나, 비방의 목적과 비판의 목적을 엄밀히 구별하기는 어렵기 때문에, 비방의 목적은 구성요건으로는 적절하지 않다고 생각한다.[336]

다. 提報者의 責任

(1) 記者에 대한 提報

정을 모르는 기자에게 허위의 정보를 제공하여 신문에 허위사실을 보도하게 한 경우에 본죄의 간접정범이 성립할 수 있는지 여부가 문제된다. 다수설은 본죄가 자수범이 아니므로 간접정범의 성립을 인정하고[337], 소수설은 본죄의 교사범이 성립되고 기자에 대하여는 형법 제307조 제1항에 의한 명예훼손죄가 성립한다고 주장한다.[338]

대법원은 출판물이 전문가의 검토를 거쳐 출판자의 독자적인 판단으로 만들어지는 경우에는 그로 인하여 명예훼손의 결과가 발생하였다고 하더라도 그 출판물에 기사를 게재한 기자나 출판사 자신이 출판물에 의한 명예훼손의 죄책을 부담할 것인지 그 기사내용을 제공한 제보자에 대하여는 같은 죄의 죄책을 지울 수 없다는 주장에 대하여, '타인을 비방할 목적으로 허위의 사실인 기사의 재료를 신문기자에게 제공한 경우에 기사를 신문지상에 게재하느냐의 여부는 신문 편집인의 권한에 속한다고 할 것이나 이를 편집인이 신문지상에 게재한 이상 기사의 게재는 기사재료를 제공한 자의 행위에 기인한 것이므로 기사재료

거나 명예를 떨어뜨리기에 적합한 불명예스러운 행동 또는 선량한 풍속에 반하는 행동을 들어 비난한 자는 6월 이하의 자유형 또는 360일 이하의 일수벌금형에 처한다.

② 그 행위를 출판물, 방송 기타 그 중상이 광범위한 여론에 접근될 수 있는 방법으로 범한 자는 1년 이하의 자유형 또는 360일 이하의 일수벌금형에 처한다.

③ 그 진술이 진실한 것으로 증명된 때에는 행위자를 벌하지 아니한다. 제1항의 경우에는 행위자의 진술이 진실한 것이라고 간주하기에 충분한 근거를 제공하는 사유 등이 증명된 경우에도 행위자를 벌하지 아니한다.

336) 최준혁, 앞의 논문, 29면.

337) 김일수・서보학, 앞의 책, 201면; 박상기, 앞의 책, 191면; 손동권, 앞의 책, 176면; 이재상, 「형법각론」, 198면.

338) 백형구, 앞의 책, 366면.

를 제공한 행위는 형법 제309조 제2항 소정의 출판물에 의한 명예훼손죄의 죄책을 면할 수 없는 것이다. 따라서, 피고인이 피해자를 비방할 목적으로 신문기자에게 허위사실을 설명하고 보도자료를 교부하여, 그 내용을 진실한 것으로 오신한 신문기자로 하여금 신문에 허위기사를 게재하도록 하였다면, 이는 출판물에 의한 명예훼손죄의 구성요건을 충족하므로, 피고인에 대하여 같은 죄가 성립한다'고 판시함으로써, 다수설을 따르고 있고, '출판물에 의한 명예훼손죄는 간접정범에 의하여 범하여질 수도 있으므로 타인을 비방할 목적으로 허위의 기사 재료를 그 정을 모르는 기자에게 제공하여 신문 등에 보도되게 한 경우에도 성립할 수 있다'고 명시적으로 이를 판시[339]하고 있다.

(2) 記者外의 者에 대한 提報

제보자가 기사의 취재·작성과 직접적인 연관이 없는 자에게 허위의 사실을 알렸을 뿐인 경우에는 설사 그 제보가 나중에 기사화 되었더라도 피제보자에게 특별히 기사화를 부탁했거나 또는 피제보자가 이를 기사화할 것이라고 예상되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 피제보자가 언론에 공개하거나 기자들에게 취재됨으로써 그 사실이 신문에 게재되어 일반 공중에게 배포되더라도 제보자에게 출판·배포된 기사에 관하여 출판물에 의한 명예훼손죄는 성립하지 않는다고 할 것이다. 이리하여 판례는, 피고인이 피해자 갑 회사와 사이의 분쟁을 해결하기 위하여 갑 회사 대표자를 사기 혐으로 고소하였으나 검찰에 의하여 무혐의결정이 내려지자 이 문제를 야당 국회의원을 통하여 해결하기 위하여 야당 소속으로서 서울시 정무부시장인 을에게 분쟁 경위를 설명하면서 갑 회사의 명예를 훼손할 수 있는 내용이 담긴 자료를 넘겨주었고, 을은 같은 당 소속 국회의원 병에게 그 자료를 넘겨주었는데, 여당대표가 국회 대표연설에서 갑 회사를 '우리 시대의 영웅'이라고 치켜세우자 병은 이를 비판하기 위하여 국회에서 피고인으로부터 넘겨받은 자료를 토대로 갑 회사를 비난하는 주장을 공개적으로 하자 언론이 이를 기사화 한 사건에서, 피고인이 병에게 자료에 담긴 내용을 언론에 공개하여 기사화 되도록 특별히 부탁하였다거나 병이 이를 언론에

339) 대법원 2002. 6. 28, 2000도3045.

공개하여 기사화 할 것이 고도로 예상되는 특별한 사정이 있다고 보기 어려우므로, 피고인에게 출판물에 의한 명예훼손죄의 책임이 없다고 판시[340]하였다.

340) 대법원 2002. 6. 28, 2000도3045.

第5章 出版物 等에 의한 名譽毁損罪의 問題點과 改善方案

第1節 構成要件上의 問題點과 改善方案

1. 刑法 第309條의 構成要件

가. 目的犯 規定

목적범은 구성요건상 고의 이외에 일정한 행위의 목적을 필요로 하는 범죄를 말한다. 여기의 목적은 특수한 주관적 불법요소이지만 고의는 일반적 주관적 불법요소이고, 구성요건의 외부적·객관적 사실을 초과하는 사실을 인식대상으로 하지만 고의는 구성요건의 외부적·객관적 사실을 인식대상으로 한다는 점에서 목적은 고의와 구별되고, 목적은 행위와 관련을 가진 유형적 개념으로서 불법판단의 기초가 되지만 동기는 법적으로 무의미한 비유형적 개념으로서 책임평가에 영향을 미친다는 점에서 목적은 동기와 구별된다. 목적범은 목적이 행위자의 행위자체에 의하여 직접 실현되고, 목적실현을 위하여 다른 별도의 행위를 할 필요가 없는 단절된 결과범으로서 형법 제309조의 비방의 목적이 여기에 해당한다 할 수 있다.

형법 제309조가 성립하기 위해서는 비방할 목적성을 갖추어야 한다. 즉 목적범으로 한정하여 그 적용대상을 극히 제한하고 있다. 단순 명예훼손죄와 비교하여 가중 처벌하는 이유는 비방할 목적이라는 주관적 요소와 명예훼손 정도와 위험성이 출판물에 의한 경우에는 일반 다중에게 적시됨으로써 증대된다는 객관적 요소 때문이다. 형법이 이러한 비방할 목적성을 구성요건화 한 것은 출판물이 국민의 알권리를 충족시키기 위하여 갖는 공익성과 그로 인하여 본질상 타인의 명예에 관련된 사실을 보도할 경우가 많은 속성을 감안하여 언론자유의 위축을 최소화하고 언론매체의 여론형성기능 등 공적업무에 충실하게 하기 위한 배려라고 할 수 있다. 하지만 언론의 자유에 치우쳐 개인의 명예보호를 소

홀히 한다는 비판을 면하기 어려울 수도 있다.

비방의 목적이 없는 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우는 제307조의 명예훼손죄 성립여부가 문제되고 제310조 위법성조각사유의 적용이 가능하다. 이 경우는 명예를 훼손하기에 더 효과적인 신문·잡지·라디오·기타 출판물을 이용하려는 것을 더 무겁게 처벌하려는 취지를 살리지 못하는 반면에 진실한 사실이고 공공의 이익에 관한 경우 위법성이 조각될 수 있으므로 언론·출판의 자유에 유리하다. 반면에 비방의 목적이 있는 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 경우 당연히 제309조가 적용되어 제310조 위법성조각사유의 적용은 불가능하다. 이 경우는 출판물 등에 의한 명예훼손을 더 무겁게 처벌하려는 취지는 살릴 수 있으나 진실한 사실이고 공공의 이익에 관한 경우도 처벌되므로 언론·출판의 보장에 불리하다.

형법 제309조 제1항은 「사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조 제1항의 죄를 범한 자는 3년이하의 징역이나 금고 또는 700만원이하의 벌금에 처한다」라고 규정하고 있다. 따라서 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 성립하기 위하여는 일반적·주관적 불법요소인 고의 외에 초과주관적 구성요건요소인 비방의 목적이 있어야 한다.

비방의 목적은 실제 사건에 있어서 어떤 경우에 비방의 목적이 있는가를 결정하는 것은 매우 어려운 문제이다. 비방의 목적이란 인간의 내면적·주관적 생각으로 외부인이 이를 추지할 수 없다. 또한 인간의 행동목적은 복잡다기하여 명예훼손의 경우 비방의 목적 이외에 여러 가지 다른 목적이 섞여 있는 경우가 대부분일 것이다. 사람의 목적을 양으로 정하는 것이 가능할지 의문이나 가능하다고 한다면 여기서 요구하는 비방의 목적의 정도가 전적으로 비방할 목적이 있어야 한다는 것인지, 주된 목적이 비방의 목적이면 족한 것인지 아니면 다소라도 그와 같은 목적이 섞여 있으면 충분하다는 것인지도 불분명하여 실제 적용에 있어서 문제점을 안고 있다. 대법원은 “피해자를 비방할 목적도 함께 숨어 있었다고 하더라도 그 중요한 정도가 공공의 이익을 위한 것이면 비방할 목적이 없다”고 판시[341]한다.

위의 판례에서 보듯이 비방의 목적은 그 자체만으로 유무를 판단할 수 없어

341) 대법원 2005. 4. 29, 2003도2137.

다른 제반사정을 고려하여 법관이 판단한다. 그러므로 법관의 자의가 개입될 여지를 내포하고 있다. 실제에 있어서 비방의 목적 유무에 대한 판단은 법관이 명예훼손을 한 행위자의 마음을 추지한 후 다른 제반사항, 즉 공공의 이익 등과 비교형량하여 결정하고 있다.

나. 새로운 媒體

우리 형법은 제309조에 라디오를 규정하고 있으나 TV는 규정하지 않고 있다. 컴퓨터에 의한 명예훼손행위를 어떻게 다루어야 할 것인지도 문제이다. 최근 TV와 인터넷통신을 이용한 개인의 사적 자유영역에 대한 침해가능성이 보다 높아지고 있다. 형법 제309조 「기타 출판물」의 해석과 관련하여 TV가 여기에 포함되는지가 문제가 된다. 형법 제309조에 의해 처벌할 수 없다는 견해와 라디오를 출판물의 예시로 보는 견해가 서로 대립하고 있다. 라디오가 출판물의 예시가 아니라고 해석한다면 TV가 「기타 출판물」에 해당한다고 보지 않아야 한다. TV가 당연히 포함된다고 해석할 수도 없다. 이러한 해석은 죄형법정주의에 반하기 때문이다. 「신문・잡지 또는 라디오 기타 출판물」이라는 법문의 문제점은 두가지로 정리할 수 있다. 첫째로 「라디오 기타 출판물」이라고 표현하여 출판물의 예시가 될 수 없는 라디오가 마치 그 예의 하나인 것처럼 규정하고 있다는 점이다. 둘째로 출판물에 대해서만 가중처벌할 수 있을 뿐 현실적으로 더욱 문제가 되는 TV등의 방송매체나 비디오 또는 녹음테이프, 컴퓨터를 매개로 하는 인터넷통신 등에 대해 가중처벌 할 수 없다는 점이다.

2. 構成要件上의 改善方案

법관의 주관적 판단이 개입될 수 있는 '비방할 목적'의 유무에 따라 법률적용에 차이가 발생한다. 즉 '비방의 목적'이 없는 출판물에 의한 명예훼손의 경우는 제307조의 명예훼손죄 성부여부가 문제되고 제310조 위법성조각사유의 적용이 가능하지만, '비방할 목적'이 있는 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우 당연히 제309조가 적용되어 제310조 위법성조각사유의 적용은 불가능하다.[342] 이와

같이 법률적용에 중대한 영향을 미치는 구성요건을 객관적 판단이 어려운 심정적 요소로서 불명확한 개념을 사용하고 있다.

이는 형법의 대원칙인 죄형법정주의와 관련된 문제점을 내포하고 있다. 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙에 따라 형벌법규는 그 구성요건과 그에 따른 법적효과를 누구나 사전에 명확하게 알 수 있도록 규정하여야 한다. 형벌법규의 내용이 추상적이거나 불명확할 때에는 형벌법규의 해석에 대한 법관의 자의가 허용되므로 유추해석의 위험이 있어 죄형법정주의에 위배된다.[343] 명확성 원칙의 핵심은 구성요건에 금지된 행위를 명확하게 규정하는 데에 있다. 즉 구성요건은 국민이 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인가를 알 수 있을 정도로 명확하여야 하며, 법관이 자의적으로 확장할 수 없는 개념을 사용하여야 한다는 것이다.

그러므로 비방의 목적을 구성요건으로 규정하는 것은 명확성의 원칙에 위배되어 위헌의 소지가 있다. 악의적인 명예훼손을 중벌하려는 취지에는 수긍이 가지만, 이와 같이 판단기준이 불명확한 비방의 목적을 구성요건으로 규정하기에는 부적절하므로 구성요건요소에서 제외하고, 출판물 등에 의한 명예훼손죄를 단순 명예훼손죄보다 가중처벌하는 경우는 앞에서 살펴본 바와 같이 다른 나라의 입법례에서는 찾기 힘든 특이한 형식이다. 그러므로 형법 제309조 출판물 등에 의한 명예훼손의 법정형을 가중함이 없이 단순 명예훼손죄의 법정형으로 처벌하여도 충분하다고 생각한다.[344]

가. 刑法 第310條의 適用

형법 제310조는 「제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다」라고 규정하고 있어 제307조 제1항은

342) 대법원 1969. 5. 23, 69도1662; 대법원 1970. 3. 31, 70도43.

343) 특정범죄가중처벌등에 관한법률 제4조 제1항 「형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 정부관리 기업체의 간부직원은 이를 공무원으로 본다」는 규정에서 '관리'라는 용어는 정부가 어떤 목적과 법적근거에서, 어떤 사항에 대하여 어떤 내용과 정도의 관리를 함을 의미하는지를 가름 할 수가 없는, 지나치게 추상적이고 광범위한 구성요건으로서 명확성의 원칙에 반한다 라고 판시하였다(헌법재판소 1995. 9. 28, 93헌바50).

344) 표성수, 앞의 책, 469면.

당연히 적용되나 제309조 출판물 등에 의한 명예훼손죄에 대하여는 제310조가 적용되지 않음을 명백히 하고 있다.[345]

실제 적용에 있어서 판례의 경향은 출판물에 의한 명예훼손시 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이면 거의 자동적으로 비방목적의 존재를 부인하여 비방목적을 추론케 하는 간접사실을 따로 수집하지 않고 있다.[346] 그 결과 출판물에 의한 명예훼손의 경우라도 공공의 이익에 관한 것이면 제309조가 아니라 제307조가 적용되어 사실상 제309조도 제310조를 적용하는 것과 같이 운영되고 있다.

그러므로 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우에도 비방할 목적이 있는 경우에만 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손에 해당하므로 비방할 목적이 없는 경우에는 출판물, 즉 언론에 의한 명예훼손도 제310조에 의하여 위법성이 조각된다.

민법에는 형법 제310조와 같은 위법성조각사유가 규정되어 있지 않기 때문에 타인의 명예를 훼손한 경우 적시된 사실이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 민법상으로도 불법행위가 성립되지 않는다고 볼 것인가가 문제 되었다. 대법원은 “형사상으로나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증명만 있으면 위 행위에 위법성이 없으며…”라고 판시하여[347] 민사소송에서도 형법 제310조가 적용되어 불법행위가 성립되지 않음을 명백히 하였다.[348]

실제 적용에 있어서 판례의 경향은 출판물에 의한 명예훼손시 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이면 거의 자동적으로 비방목적의 존재를 부인하고 있어 출판물에 의한 명예훼손의 경우라도 공공의 이익에 관한 것이면 제309조가 아니라 제307조가 적용되어 사실상 제309조도 제310조를 적용하는 것과 같이 운영되고 있다. 이에 대한 규정이 없는 민법에서도 마찬가지이다. 그러므로 제310

---

345) 대법원 1986. 10. 14, 86도1603; 대법원 1995. 6. 30, 95도1010.

346) 대법원 1989. 2. 14, 88도899.

347) 대법원 1988. 10. 11, 85다카29.

348) 고영호, 앞의 논문, 92면.

조의 조문을 내용 중「제307조 제1항의 행위가」라는 규정을 「명예훼손의 행위가」로 개정하는 것이 타당하다고 생각한다.[349]

나. *TV*放送의 刑法 第*309*條의 適用

'TV방송' 또는 '인터넷통신'에 의한 방법으로 타인의 명예를 훼손하는 경우에 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄로 처벌할 수 있느냐 이다. 현행형법이 제정된 1953년의 과학수준에서는 대중 매체수단으로서 TV방송, 그리고 대중 정보전달 체계로서 인터넷통신을 예상할 수 없었다. 입법자는 TV방송과 인터넷통신에 의한 명예훼손이라는 '방법유형'을 제309조에 명시하지 못한 것으로 판단된다. 그러나 출판물에 의한 명예훼손죄를 가중처벌하는 입법취지 및 형법의 보호적 기능을 중시한다면, 오늘날 행해지는 TV방송과 인터넷통신에 의한 명예훼손 방법은 제307조의 단순 명예훼손죄가 아니라 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄에 의하여 가중처벌하는 것이 타당한 해석이라고 주장할 수 있다. 이러한 점에서 보자면, 제309조가 규정한 명예훼손 방법에는 입법자가 예상하지 못했던 '법의 흠결'이 존재한다.[350] 형법학자 중에는 아무런 의미없이 TV와 인터넷을 '출판물'의 개념에 포함된다고 해석하거나[351], 출판물은 예시규정이므로 TV방송을 출판물에 포함시키는 것이 제309조의 목적론적 해석에 부합하다[352]고 함으로써, 결국 TV방송과 인터넷통신에 의한 명예훼손도 제309조에 의하여 가중처벌할 수 있는 것으로 보는 견해가 있다.

그러나 형법 제309조에 명시된 '출판물'이란 개념을 확실히 해석해보면, 출판물의 사전적 의미는 '반포·판매할 목적으로 인쇄된 서적 및 도화'이다.[353] 출판물이라는 개념요소로서 인쇄물이라는 점이 필수적이고, 의미의 가능한 해석범위도 인쇄여부를 한계선으로 한다고 보아야 한다. 출판물은 복사물이나 프린

---

349) 고영호, 앞의 논문, 92면.

350) 임 웅, "법의 흠결과 형법의 유추적용금지", 「형사법연구」, 한국형사법학회, 제21호, 2004, 86면.

351) 김일수·서보학, 앞의 책, 198면.

352) 박상기, 앞의 책, 192면.

353) 이희승, 「국어대사전」, 민중서림, 2000, 3823면.

트물로서는 부족하고, 적어도 인쇄된 물건의 정도에 이르러야 한다는 것이 형법학자들의[354] 합치된 견해이고, 판례[355]도 이점을 분명히 하고 있다. 그렇다면 TV방송과 인터넷통신을 출판물에 포함시키는 해석은 해석이 아니라, 제309조의 유추적용이요, 법관에 의한 법창조이며 입법활동에 속한다고 해야 한다.[356]

이와 같이 제309조의 적용이 피고인에게 가중처벌이라는 불리한 결과를 가져오는 이상, 죄형법정주의가 요청하는 형법의 유추해석금지원칙에 위배된다는 것은 명백하다. TV방송과 인터넷통신에 의한 명예훼손을 제309조로 처벌하는 것이 제309조의 입법취지에 아무리 합치된다고 하더라도, TV가 라디오 기타 출판물이라고 하는 개념의 가능한 의미 속에 들어올 수는 없는 것이므로, 제309조에 의하여 가중처벌 할 수는 없다.

TV방송에 의한 명예훼손을 형법 제307조의 단순 명예훼손죄로 처벌하는 것이 심히 법감정과 형평에 반한다고 하더라도, 입법적 해결이 있을 때까지 기다릴 수밖에 없다. 현실적으로 출판물에 대해서만 가중처벌 할 수 있을 뿐 더욱 문제가 되는 TV나 인터넷통신 등은 가중처벌 할 수 없다. 이에 대한 입법적인 개선이 필요하다고 생각한다.

第2節 適用上의 問題點과 改善方案

1. 公人과 公益性의 適用

가. 公人의 槪念과 範圍

(1) 槪　念

354) 박상기, 앞의 책, 192면; 이재상, 앞의 책, 192면; 정성근·박광민, 앞의 책, 193면.

355) 형법이 출판물 등에 의한 명예훼손죄를 일반 명예훼손죄보다 중벌하는 이유는 사실적시의 방법으로서 출판물 등의 이용이 그 성질상 다수인이 견문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다는 데 있다는 점에 비추어 보면, 형법 제309조 제1항 소정의 '기타 출판물'에 해당한다고 하기 위하여는 그것이 등록·출판된 제본인쇄물이나 제작물은 아니라고 할지라도 적어도 그와 같은 정도의 효용과 기능을 가지고 사실상 출판물로 유통·통용될 수 있는 외관을 가진 인쇄물로 볼 수 있어야 한다(대법원 1997. 8. 26, 97도133).

356) 임　웅, 앞의 논문, 87면.

우리 대법원은 2002년 판결에서 “언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서 표현된 내용이 사적(私的) 관계에 관한 것인가 공적(公的) 관계에 관한 것인가에 따라 차이가 있는바, 즉 당해 표현으로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 따져보아 공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하며, 당해 표현이 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선할 수 있으나, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 것인 경우에는 그 평가를 달리하여야 하고 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하며, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지의 여부도 또한 고려되어야 한다.”라고 판시[357]하면서 공적 존재라는 개념을 원용하여 미국의 공인이론과 같은 논리를 펴고 있다. 그러나 실제로는 공인에 대한 명예훼손 면책기준을 적용함에 있어 공익이 있는 경우에만 위법성이 조각되는 것으로 판단한다. 공인의 개념이나 범위에 대해서도 정확한 언급이 없어 법리 적용 과정에서 혼선이 초래될 개연성이 높다.

우리와 미국의 명예훼손법이 비록 현실적 악의와 징벌적 손해배상에 있어서 근본적인 차이가 날지라도 기본적으로는 언론의 자유가 위축되어서는 아니 된다는 헌법정신에 큰 차이가 없다. 명예훼손에 관한 불법행위의 성립여부를 논함에 있어서 그 보도대상 인물의 공공성 문제로 삼는 경우 그 인물이 민주정치 실현, 공공정책결정에 어떠한 영향을 미치는 인물인가의 관점에서 유형화할 필요성이 높다. 공인이냐 사인이냐 구분하기란 쉽지 않지만 명예훼손의 대상인물이 공공의 이해가 걸려 있느냐, 명예훼손적 표현이 공적 관심사이냐의 여부에 따라 구분이 되어야 한다.[358] 공인이론은 언론자유나 공인의 명예보호와의 관계속에서 미국 판례에서 형성 발전된 이론으로서, 기본적으로 공직자나 공적인물의 행위에 관한 보도에 대해 명예훼손책임을 지우기 위해서는 미국 수정헌법

357) 대법원 2002. 1. 22, 2000다37524.

358) 배병화, “공익보도에 의한 명예훼손과 면책사유에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 2005, 106면.

제1조 및 제14조에 비추어 볼 때 그 보도내용이 허위임을 알았거나 이를 무분별하게 무시하고 이루어졌다고 하는 '현실적 악의'가 있음을 피해자자 명백하게 입증하여야 한다는 것으로 공직자는 명예훼손에 있어서 일반 사인과는 다른 취급을 받는다는 것인데, 언론의 자유를 보장하기 위해서는 사회비판 기능을 수행하는 언론활동에 필연적으로 수반하는 공인에 대한 명예훼손성 보도에 대하여는 일정 정도의 관용이 허용되어야 하고, 그러한 언론활동에 있어서 일반인에 대한 보도와 똑같은 규제를 가할 시에는 사회적 공기능을 억제하는 것이라고 한다. 이러한 공인이론에 있어서 공인의 개념은 엄격한 의미의 공직자만이 아니라 사회 유명인사나 연예인과 같은 공적 인물이나 공적 관심사에 까지 확대되기도 한다.[359]

(가) 美國의 公人理論과 判例

① 美國의 名譽毁損 法理

미국의 명예훼손책임은 보통법상의 엄격책임에서 유래하였으나, 면책사유로서의 항변은 정당성, 진실, 공정한 비평[360], 특권 등의 이론으로 확대 발전하면서 공인에 대한 명예훼손에 대해서는 일반인에 비해 그 구성요건을 크게 강화하기에 이르렀다. 특히 취근에 언론자유에 대한 예찬과 국민의 알권리를 강조하면서 공인에 대한 명예훼손은 그 성립을 더욱 어렵게 하고 있다.

우선 보통법상 엄격책임주의 하의 명예훼손 요건을 정리하면 첫째로 타인에 관한 명예훼손적인 허위의 의사표현이 있을 것, 둘째로 이 의사표현으로서 제3자에 대한 공표가 될 것 등이다.

② 公人理論의 定立과 그 展開

1964년 연방대법원의 뉴욕타임즈사건 판결[361]이후 공인의 개념이 부각되었다.

359) 김화중, 앞의 논문, 56면.

360) Marc A. Frankiin, Mass Media Law Cases and Materials, 3th ed, The Foundation Press, Inc., 1987, pp.137-140; Randall P.Bezanson, Gilbert Cranberg, John Soloki, Libel Lawand the Press, The free press, 1987, pp.218-227.

361) New York Times v. Sullivan. US. 254, 1964.

여기서 공직자의 공적행위에 관한 보도에 대해 명예훼손책임을 지우기 위해서는 수정헌법 제1조 및 제14조에 비추어 볼 때 그 보도내용이 허위임을 알았거나 이를 무분별하게 무시하고 이루어졌다고 하는 '현실적 악의'가 있음을 피해자가 명백하게 입증하여야 한다고 한 것이다.[362]

현실적 악의란 거짓임을 알았거나 이를 무시하는 주관적 심리상태를 의미하는 것으로 연방대법원은 해석하고 있는데 이는 그 본질적 내용이 명예를 훼손하려는 의사로 볼 수 있다. 판결문에서 '현실적 악의'란 인쇄물로 인한 명예훼손의 성립을 어렵게 하기 위해 기존 불법행위법상의 고의개념을 헌법적 수준으로 변형시킴으로써 입증책임을 어렵게 만들기 위한 방편인 것이다.[363] 공직자 외에 공적인물[364]의 개념까지 포섭하여 현실적 악의의 적용범위를 확대하였으나[365], 이후에 공인의 개념이 축소되는 경향을 보이기도 하였는데 이를 선언한 것이 바로 Gertz판결[366]이라고 할 수 있다. 즉 이전의 공인 이론 등에 의하여 공인이나 공적 인물의 경우 그 명예침해에 대한 보호가능성이 위축해지자 연방대법원이 공인의 범위를 축소하여 원고를 사인으로 인정하여 현실적 악의의 입증이 필요 없다고 판결하였다.

공무원이나 공적인물이 아닌 경우에는 현실적 악의의 무거운 입증책임을 요구하지 않고 일반 과실로도 충분하다고 봄으로써 뉴욕타임즈 판결을 통해 설정

---

362) 김상호, "언론의 명예훼손", 「비교형사법연구」, 1999, 147면.

363) 방석호, 앞의 책, 147면.

364) 연방대법원에 이러한 공적인물에 관해 비록 공무원은 아니더라도 정책결정에 있어서 사회적으로 큰 영향력을 갖고 있는 유명인사의 경우 자유로운 비판이 허용될 필요가 있으며, 이들은 자신의 정당성을 밝히고 그 비판에 대응하기 위한 언론기관에의 접근권이 일반인보다 넓은 만큼 자유로운 비판의 폭도 그만큼 넓어야 형평에 맞는다고 판시한 바 있다(박선영, 「언론정보법연구Ⅰ」, 법문사, 2002, 176면).

365) 입증책임을 어렵게 하려는 헌법적 법리는 그 후 형사상의 명예훼손의 영역에서도 적용되었는바, Gerrison v. Louisiana, 379 U.S. 64, 1964 사건이 그 예이다. 여기서 연방대법원은 Times사건이 비록 공무원의 공무집행에 대한 명예훼손으로 발생되는 손해배상청구사건이었으나 그 사건에서 확립된 법리는 본건과 같은 형사사건에도 적용되어야 한다고 판시하였다(김상호, 앞의 책, 147면).

366) 미국 명예훼손법의 의사표현에 대한 취급은 3단계로 변화하여 왔는데, 첫째로 보통법상 '공정한 논평의 법리'가 적용되던 시기로서 의견진술이라 할지라도 일정한 요건을 갖춘 경우에만 보호를 인정하는 입장이고, 두 번째로 Gertz 판결 이후의 시기로 순수한 의견으로 분류할 수 있다면 면책을 인정하는 의견의 특권성이 인정된 단계이다. 셋째의 단계는 1990년 Milkovich 위증비난사건에서 의견의 특권성을 부인함으로써 개인의 명예를 중시하는 측면도 부각된 시기라고 할 수 있다(Gertz v. Welch, 418 US. 323, 1974).

되었던 명예훼손으로부터의 보호를 다시 중요하게 평가하기 시작한 것이다. Gertz 판결은 특히 개인의 명예권을 상대적으로 확보할 수 있는 길을 새롭게 열었다는 점에서 뉴욕타임즈 판결과 함께 중요한 의미가 부여되고 있다.[367]

공적인물에 관하여 현재의 연방대법원 입장을 종합해 보면 그리 넓게 해석하고 있지는 않은 것으로 보인다. 연방대법원은 세가지 유형의 공적 인물을 인정하는데 다음과 같다. 첫째로, 공동체 내에서 일반적 명성(general fame)을 가지고 있는 사람인데 이들은 모든 면에 있어서 공적 인물이다. 둘째로, 어떤 공적 논쟁의 이슈 해결에 영향을 미치기 위하여 자발적으로 그 논쟁에 뛰어든(voluntarily injected himself into a public controversy)사람이고, 이들은 문제된 그 논쟁에 관해서만 공적인 인물이 된다. 셋째로, 특정 타인 때문에 공중의 관심을 받게 되고 따라서 보도대상이 된 사람이다.[368]

공인만이 아니라 공적 관심사에 관한 보도내용에 대해서도 엄격책임주의의 적용을 배제한 원칙은 음란잡지판매사건[369]에서 연유한다. 사건에서는 방송보도의 허위성이 문제된 사안인데 여기서는 사인에 관한 것이라도 공공의 관심사에 관한 것인 한 현실적 악의가 있는 경우에만 명예훼손이 성립한다고 판시하였다. 미연방대법원의 전체적인 경향은 공적 인물의 지나친 확대로 일반인의 피해를 경시한다는 비판에 대응하고 70년대 중반부터 최근까지의 보수적 경향에 비추어 명예보호를 언론의 자유보다 조금 더 비중을 두고 있는 경향이라 할 수 있다.

(2) 範 圍

(가) 公職者[370]

명예훼손 소송에서 말하는 공무원이 되려면 선출직 공무원이거나 권한행사의 재량권을 지닌 자라야 한다. 공공정책의 결정은 물론 그 정책의 시행과정에 영

367) 방석호, 앞의 책, 151면.

368) 전원열, “명예훼손에 대한 각국의 이론”, 「한국언론과 명예훼손소송」, 나남출판, 2002, 172면.

369) Rosenbloom v. Metromedia Inc. 403 U.S. 29, 1971.

370) 배병화, 앞의 논문, 106-110면.

향력을 행사할 수 있는 경우 비판의 대상으로 허용함이 정당하다고 보아야 한다. 미연방대법원은 공직자에 대한 범주에 대해 정확한 지침을 내리지 않았다. 다만, 모든 공무원들이 공직자라는 범주에 포함될 수는 없다는 입장을 유지하고 있다. 실제로 현실적 악의를 따지는 사건에서 공적 업무로 인한 공직자의 명예훼손은 거의 대부분 공직자로서의 신분을 인정하고 있다.

연방대법원이 공직자에 대한 정확한 선을 긋지는 않았지만 몇 개의 판결을 통해서 공직자의 칭호가 어떠한 경우 타당한지를 밝혔다. 1966년의 Rosenblatt v. Baer사건이 그 주요한 예이다. 뉴햄프셔의 한 지방신문을 상대로 한 전직 공영 레크리에이션 구역 감독자의 명예훼손 소송사건이다. 연방대법원은 이 판결에서 "최소한 공직자라는 직함이 적용되려면 정부공무원으로서 정부업무 행위에 실질적 책임이나 통제권을 갖고 있거나 일반대중에게 갖고 있는 것 같이 비춰지는 사람이 해당된다"고 판시했다. 공직자는 반드시 직급이 관건이 되는 것은 아니다. 그러나 원고의 직책이 자주 중요한 것으로 일반 국민이 그 직책을 맡고 있는 자의 자격이나 업무수행에 대해 독립적 관심을 갖게 되어 있다면 고려의 요건이 된다.

① 選擧職 公職者

국회의원, 지방의회 의원 등 선거직 공무원은 명예훼손법 적용을 받는 공직자에 해당한다. 이들은 선거에 출마하여 자기의 명예와 행위 등을 일반 대중 앞에 자발적으로 공개함으로써, 직접적인 정책입안 결정에 관여함으로써 국민의 평가와 감시의 대상이 된다. 우리나라에서는 그동안 국회의원, 도의회 의원이 제기한 명예훼손 소송에서 공인이라는 점을 검토하지 않았다.

선거후보자의 명예훼손과 연관해서 중요한 점은 정당에 대한 명예훼손은 사실상 절대적인 헌법상의 보호에 속한다는 것이다. 미국에서 정당이 개인에게 명예훼손을 이유로 소송을 제기해서 나온 판례는 단 한 건도 없다고 한다. 정부가 일반 국민을 상대로 명예훼손 소송을 하는 것과 마찬가지로 부질없는 시간낭비라는 판단 때문이다. 정당이 국민의 공유재산이라는 개념에서 볼 때, 정당에게 명예훼손소송을 허용하게 된다면, 이는 곧 민주정치의 근본에 대한 도전이라고 받아들여질 것이다.

② 行政・法院 公務員

행정부나 법원에 관계된 공무원의 현실적 악의 기준은 어느정도 정책입안 결정 등에 책임을 갖고 있느냐가 관심거리이다. 공직자의 행위가 그 공직자의 직책에 적합한 것이냐가 판단의 주요 요인으로 작용한다. 직접 공직과 관련이 없는 것처럼 보이는 것 같아도 공직자의 공무원 자격사유를 포괄적으로 고려하여 현실적 악의의 범위를 판단한다. 공직자의 사적 명예에 관한 것이라도 공적 명예와 불가분의 관계라고 해석한다.

행정부나 법원 등의 공무원은 직책에 따른 실질적 책임으로 인해 포괄적으로 명예훼손법상 공직인사가 된다. 법원이 반드시 한 사람 한 사람의 직책과 그의 문제된 책임, 행위 등을 연관지어서 공직자의 신분확인을 하는 것은 아니다.

미국에서는 고위각료급 공무원, 연방기관의 국장이나 위원장, 판사, 시예산국장 등은 공직자로 취급함이 당연하다. 연방의 검사, 주나 시의 검사들도 마찬가지이다. 우리나라에서는 대통령 경제수석비서관, 대통령 경호과장이 명예훼손을 제기한 사례가 있는데도 공인개념이 적용되지는 않았지만, 앞으로 법리 적용이 달라져야 할 인물임은 더 말할 필요가 없다.

③ 敎育公務員

국공립학교에 근무하는 초등학교, 중고등학교 교사, 대학교수들이 공직자에 해당한다고 본다. 그 이유는 공공의 기금에서 나오는 봉급을 받는 고용인이고 일반 국민은 교육공무원의 능력 등에 각별한 관심을 갖고 있다는데서 찾는다. 직급의 높고 낮음이 문제가 아니라 담당하는 업무가 정부의 기능을 수행하고 책임이 있는 직책인지 여부가 중요하다.

미국의 경우 다수의 판결에서 교육공무원을 공직자로 인정하고 있으나 텍사스, 버지니아 주 등에서는 다른 입장을 취하고 있다. 다른 공무원에 비해서 교직에 있는 경우 현실적 악의가 요구되는데 무리가 따른다는 것이다. 교육자들, 특히 행정직 등을 맡지 않는 평교사의 경우 언론의 접근기회가 많지 않다는 점이 그 이유가 될 수 있다.

④ 前職 公務員

공직자의 정의에 있어서 전직인지 현직인지 여부가 문제될 수 있다. 공직을 떠난 경우라 하더라도 문제의 명예훼손 기사가 원고의 재직시에 관련한 행위라면 당연히 공인 개념이 적용된다. 그러나 일반대중이 공직자의 행위에 더 이상 관심이 없을 정도로 시간이 지난 상황이면 현실적 악의 원칙이 정당하지 않다.

⑤ 公職候補者

장래 공무원이 될 자, 즉 선거후보자도 선거로 당선된 공직자와 마찬가지로 적용대상이다. 선출직의 경우 대부분 그 직위가 갖는 결정권 내지 재량권이 크고, 공식적으로 후보등록절차가 있는 만큼 후보등록을 마친 때부터 적용대상이 된다. 선거당시 공직에 있지 않다고 해도 선거후보자에 대한 공개적인 논의야말로 뉴욕타임스룰이 적용될 수 있는 최선의 경우라는 논리이다.

(나) 公的 人物

명예훼손을 주장하는 자의 사회적 신분이나 지위에 따라 표현의 자유의 한계가 결정되어야 한다고 보는 견해를 '공적인물이론'이라고 한다. 공적 인물은 명예훼손적 표현이 있더라도 일반인에 비하여 그 표현을 수인하여야 할 경우가 많고, 공적 인물의 사생활은 공적 관심사가 되어 이미 공익의 한부분을 이룬다는 주장이다.

공적 인물이란 그 재능, 명성, 생활양식에 의하여 공중이 그 행위, 인격, 지식에 관심을 갖는 직업으로 인하여 공공의 관심이 되는 자를 가르킨다. 공적 인물에는 정치인, 운동선수, 유명 연예인과 같이 자발적으로 명사가 된 자뿐 아니라 범인, 피의자와 같이 그 가족과 같이 타의로 유명인이 된 자도 포함된다.

미국의 경우, 종교지도자들이나 사회운동가들을 공적 인물로 본다. 회사의 중역들이나 기업의 소유자, 사업가들이 공적 인물이냐는 한마디로 단정할 수 없다. 빌 케이츠와 같은 경우라면 분명 공적 인물, 그것도 일반적인 공인이라고 봐야 한다. 그러나 사업상 단지 이름이 있다고 해서 또는 유명한 영향력 있는 회사의 간부라고 해서 공적인 인물이 되는 것은 아니라고 한다. 단순히 사업상의 거래 등에 관여하는 것 그 자체로는 공적 인물의 핵심요인이 될 수 없음을

인지해야 한다.

전문 직업인들의 경우도 비슷하다고 할 것이다. 변호사나 의사가 단지 직업상 하는 일 그것만으로는 공적 인물의 요건이 충족될 수 없다. 국제적인 명성을 갖고 있는 작가, 주요 언론사의 정기 칼럼니스트, 영화나 TV비평가 등도 공적 인물이 된다. 언론사의 유명 앵커나 기자도 마찬가지라고 본다. 유명세에 관련한 공적 인물 이론은 천인공노할 죄를 저지른 살인마나 암살자 등에게 적용된다. 이른바 '명예훼손이 될 수 없는' 경우로서 직업범죄자들은 대게 공적 인물로서 현실적 악의에 대한 증명을 하여야 한다.

① 一般的 公的 人物

공직자는 아니나 그 재능, 명성, 생활양식에 의하여 공중이 그 행위, 인격, 지식에 관심을 갖는 직업으로 인하여 공공의 관심이 되는 자를 말한다. 아주 유명한 사회 저명인사나 정치·경제의 활동가, 전국적 인기를 받는 스타급 연예인, 운동선수, 백만장자, 인기프로그램의 앵커, 대기자 등이 여기에 속한다고 본다.

미국 연방대법원은 일반적 공적 인물이 되려면 모든 목적과 상황에서 그의 명성이나 악명이 영향력을 미치지 않는 곳이 없을 정도의 경우라 구분하였다. 반면, 제한적 공적 인물은 직업상 다수인에 노출되고 대중인기를 얻기 위해 자신을 공개하려고 노력하기 때문에 프라이버시를 일부 포기한 것으로 간주되는 자가 해당한다.

② 制限的 公的 人物

일정한 공적 논쟁에 스스로 참여하거나 개입하여 그 제한된 범위의 논점에 관하여만 제한적으로 공적 인물이 되는 경우에 해당하는 자이다. 공개적인 직업에서 다수인을 상대로 활동하여 일정한 전문적 분야에서 지명도를 갖는 자를 말한다. 연예인과 체육인, 베스트셀러의 작가, 종교지도자, 기자 등이 여기에 속한다. 기업가와 형사피의자의 변호사, 유명인사의 가족, 널리 알려진 사건의 당사자가 된 부인, 범죄의 피해자, 민사소송의 피고, 형사피의자는 해당하지 않는다고 본다.

제한적인 공적 인물에 대해서도 일반적 공적 인물과 마찬가지로 명예훼손법리에서 사인과 달리 취급하여야 한다. 누가 제한적 공적 인물에 해당하는지 여부를 일률적으로 확정하기는 곤란한 문제이다. 이 경우 첫째로 스스로 공적 논쟁에 참여하 지 여부, 둘째로 논쟁의 결과에 영향을 미치려는 노력을 하는지 여부, 셋째로 언론에의 접근이 용이하여 반론을 쉽게 가질 수 있는지 여부, 넷째로 문제된 발언내용이 공적 사항인지 여부, 다섯째로 논쟁에서 피해자가 중심적 위치를 차지하고 있는지 여부 등을 고려하여 판단하여야 한다.

제한적 공적 인물에는 '자발적 제한적인 공적 인물'과 '비자발적 제한적인 공적 인물'로 나누어 볼 수 있다. 전자는 자발적으로 특별한 논쟁에 참여하고 개입하여 그 공적 논점과의 관계에서만 한정적으로 공적 인물로 되는 경우를 말한다. 후자는 스스로의 의사와 관계없이 공적 논점에 참여하고 개입하는 경우를 말한다. 명예훼손법리가 차별적으로 적용되는 제한적인 공적 인물은 공적인 논쟁의 중심에 자발적으로 참여한 자발적 제한적인 공적 인물에 해당한다.[371]

나. 公益性의 槪念과 範圍

(1) 槪 念

공익성 개념은 1953년 제정된 형법 제310조를 통해 처음 등장하였다. 이 조항은 "제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다"라고 규정하였다. 여기서 주목할 사항은 공익의 원칙이 적용되기 위해서는 먼저 보도내용의 진실성이 반드시 증명되어야 한다는 점이다.

1960년대 초기 판결에서 일단 공익성이 인정되면 허위의 보도가 아닌 이상 다소 과장된 표현이 있더라도 언론사가 승소하였다. 그 입장이 달라진 것은 1988년 판결에서 상당성 이론이 등장하면서 부터이다. 즉 진실이 아니더라도 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우 면책이 이루어진다. 공익성을 적용함에 있어서 공무원의 공적 업무에서 차츰 일반인의 비리, 불법혐의 보도에까

371) 김민중, 앞의 논문, 32면.

지 확대하고 있다.

판례에 나타난 공익보도는 주로 국가안보, 범죄보도, 사회질서 유지를 위해 필요하다고 생각하는 사항, 대중계몽, 대중이익보호, 사생활보호 등이다. 공인에 관련된 보도는 국가안보나 사회질서유지가 주된 대상이다. 일반인에 관련된 보도는 범죄, 대중계몽, 대중이익보호, 사생활이 다뤄진다. 이를테면 행정당국의 불합리한 처사, 경찰이 도박장을 보호한 행위, 사회사업가의 장애자 회비착복, 교사의 그릇된 교육활동 비판, 언론인들의 촌지수수혐의, 연예인의 해외유학사기, 정치인의 부동산 투기 혐의를 다룬 보도가 공익으로 인정된다.

법원이 공익성을 판단함에 있어서, 공익성은 일반 대중 모두가 관심을 가질 수 있는 사안이어야 한다. 그 사안이 국민 전체나 혹은 구체적 단체의 이익에 결부되어야 함을 의미하는 것은 아니다. 특정목적을 가진 집단이 개념적으로 유추할 수 있고, 관심을 가질 수 있는 사안이라면 공익성이 인정된다.

종전 법원의 태도를 보면 명예훼손 여부를 판단함에 있어 공익성보다 진실성이나 상당성을 우선시하는 경향을 보인다. 공익성은 진실성, 상당성의 부수적 요건으로 여기며 보도사실이 진실인지 여부가 더욱 중요하다는 뜻이다. 언론의 자유와 개인의 명예권이라는 이익을 비교형량 하는데 언론과 법원의 시각차가 드러나는 부분이기도 하다. 법원은 보도내용의 진실성 또는 상당성에 근거하여 면책여부를 가늠하고 있다. 경우에 따라서는 판사의 자의적 해석이 너무 지나치다는 비판이 제기되기도 한다. 그러나 언론은 진실성 보다는 국민의 알권리에 부합하는지 여부를 가리는 공익성에 무게를 두는 경향이 있다. 근래에는 헌법재판소와 대법원이 헌법적 관점에서 언론의 자유를 보장하려는 움직임이 일고 있다. 과거보다 공익성의 적용범위를 폭넓게 해석하여야 한다는 면모를 보인 점은 주목할 만하다.

(2) 範　圍

명예훼손 소송사건에서 가장 논란이 되는 면책사유 논란은 공익성 인정여부와 범위 설정이라고 할 수 있다. 허위사실 유포에 의한 명예훼손이나 사실적시에 의한 명예훼손이 진실한 사실이더라도 처벌하는 부분에 대해서는 별 다른

이론이 있을 수 없다. 그러나 공익을 위하여 진실한 사실을 알리는 경우에도 명예훼손죄로 민·형사상 책임을 묻는다면 언론의 자유가 지나치게 위축된다는 점에서 재고하여야 한다. 명예훼손 처벌로 얻게 되는 피해자의 명예보다 명예훼손 처벌로 희생되는 이익이 더욱 크게 될 것이기 때문이다,

공익을 최우선시 하는 공익보도의 경우에는 책임을 완화시키는 쪽으로 공익성을 탄력적으로 적용하는 방안이 절실하다. 민주주의의 기초가 되는 언론의 자유는 정권의 나팔수로서 전락하지 않고 정권의 권력남용이나 정책부진, 정책과오, 권력형 비리를 비판하고 감시하도록 안전판을 마련하기 위해서라도 공익성을 담보한 기사라면 처벌을 받아서는 안될 것이다.[372]

공익에 관한 사항이 무엇인지 일률적으로 정의하기가 어려운 점이 많아 논란이 많은 현실도 정비되어야 한다. 그 범위를 너무 광의로 해석하거나 너무 협의로 해석하려는 경향 모두 비판이 따른다고 보아 판례를 통해 집적된 공익의 범위를 유형화하는 작업이 필요한 시점이라 하겠다.

(가) 국가안전보장·사회질서유지·반사회적 범죄방지· 소비대중 이익보호

공익성이 인정되는 보도로는 국가안전보장과 사회질서유지, 반사회적 범죄방지, 소비대중 이익보호 및 사회적 손실방지를 들 수 있다. 국가안전보장이나 사회질서를 위한 기사의 경우에는 비교적 내용상의 공익성이 인정되는 측면이 많다. 보도의 내용에는 문제가 없더라도 보도기사의 제목이 대중의 의견형성에 차지하는 비중을 고려해 볼 때 제목은 특히 진실한 내용만을 담아야 한다고 판단하는 경향이 강하다.[373] 반사회적 범죄보도는 예외적으로 '공익을 위해' 또는 '중대한 국민의 알권리 확보를 위하여' 그 내용이 진실인 경우에는 명예훼손의 위법성이 조각되어야 한다. 특히 행위자가 공직자나 정치인, 공적 인물인 경우에는 행위자가 누구인지 여부 자체가 공공의 관심대상이 되는 것이기 때문에 면책이 이루어져야 할 것이다.

소비대중 이익보호 및 사회적 손실방지에 대한 판례는 소수에 불과하지만 공

372) 한위수, 앞의 논문, 6-26면.

373) 이재진·이성훈, "명예훼손 소송의 위법성 조각사유로서의 공익성에 대한 연구", 「언론정보학보」, 2003, 164-169면.

공의 이익이 인정되어야 할 부분임에 틀림없다. 하급심 판결[374]에서 “보도의 목적이 원고의 개인적 사업에 미칠 수 있는 부정적 영향에도 불구하고 전적으로 일반 소비대중의 이익보호와 사회적인 손실방지라는 공중의 이익이 있었고…” 라고 판시하여 개인적 손해에 대해서 공익이 우선한다는 인식을 보였다. 또 다른 판결[375]에서 “다소 과장된 표현을 이용하였다고 하더라도… 단순히 원고와 피고 사이의 매매계약에 관한 보도가 아니라 사회문제가 된 것이고, 공공의 이익에 관한 것으로 보인다”고 판시해 소비자들의 이익보호를 위해 공익성의 우선을 강조 하였다.

(나) 공공의 문제

공익보도의 내용을 공공의 문제와 비공공의 문제로 구분하여 공공의 문제에 대해서는 공익성을 인정하여야 할 것이다. 여기서 공공의 문제라 함은 반드시 국가나 사회 전체의 이익을 대변하는 문제일 필요는 없다. 특정한 사회집단이나 종교집단, 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것이면 충분하다고 본다. 공공의 문제에 관한 보도와 공공의 문제 결정권자에 관한 보도는 그 자유를 최대한 보장해 그 보도에 있어서 지나치게 조심하거나 위축되는 일이 없도록 하여야한다.

(다) 공직자・정치인・선거보도

공직자와 정치인 그리고 선거에 관한 보도는 진실한 사실이기만 하면 공익성이 인정되는 쪽으로 범위를 완화하여야 한다. 공직자는 정부의 정책을 결정하고 시행하는 존재로서 이들에 대한 감시, 비판활동은 뉴스 가치가 큰 공공성과 공익성에 관한 사안이다. 공직선거 및 부정선거방지법 제351조의 후보자 비방죄는 그 단서에서 “진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”라고 정하여 ‘오로지’라는 문구를 삭제하고, 형법 제310조가 정하는 일반적 위법성 조각사유보다 완화된 입장을 보이고 있다. 선거과정에서 상대 후보

374) 서울지방법원 남부지원 1994. 11. 11, 93가합21447.

375) 서울고등법원 2000. 3. 9, 99나43440.

에 대한 명예훼손적 발언이 많다는 배경과 함께 이러한 공직후보자에 대한 발언은 공익 관련성이 크므로 강하게 보호되어야 한다는 것을 의미한다.[376]

(라) 단순한 의견 공정한 비평

어떤 표현에 대해 진위를 증명함이 가능하지 않은 단순한 의견과 공정한 논평에 대해서는 다소 명예훼손적 표현이 포함되어 있다고 하더라도 공익성을 강하게 보호해 주어야 한다.

미국 연방대법원은 Milcovich 판결[377]을 통해서 어떤 진술이 상상적 표현, 수사적 과장, 감상적 묘사 등 무엇으로 불리던 간에 상관없이 진위 증명이 안 되는 진술이면 명예훼손이 되지 않는 것으로 명백히 하고 있다. 이 판결의 의미는 진위 증명이 가능한 사실을 말한 경우 명예훼손의 성립이 가능하고, 증명 가능한 사실의 진술이 아닌 경우에는 명예훼손이 될 수 없다는 것이다.[378]

보도내용이 '사실' 에 관한 것인지 '평가' 인지를 구분하려는 시도가 전혀 없지 않았지만 앞으로 이를 적극적으로 구분하여 면책여부를 판단하여야 한다. 대법원은 1988년 판결에서, 언론의 보도내용이 비록 사실이 아니라 하더라도 인물에 대한 평가가 공공의 이익에 관한 사항일 경우에는 원칙적으로 비평의 대상이 된다고 하였다. 보도내용이 사실에 관한 것인지, 평가에 관한 것인지 구분한 첫 사례라고 주목을 받았지만 최종 결론[379]에서는 공익에 관한 판단만 하

376) 형법 제310조에 의하여는 …적어도 공공의 이익이 사회의 이익보다 우월한 경우에만 위법성이 조각되었다고 할 것이다. 그러나 이러한 해석으로는 선거운동의 자유를 충분히 보장할 수 없고 유권자에게 후보자에 대한 충분한 정보를 제공함으로써 유능하고 적합한 인물이 공직의 담당자로 선출되도록 기여하는 데 부족하다는 반성적 고려에서 공직선거 및 선거부정방지법 제251조 단서는 '오로지'라는 단어를 삭제한 것이라고 할 것이므로, 이제는 진실한 사실의 적시에 관한 한 그것이 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기가 된 것이 아니더라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 인정된다면 위 단서조항에 의하여 위법성이 인정된다고 보아야 한다(전원열, "명예훼손 불법행위에 있어서 위법성요건의 재구성", 서울대학교 박사학위논문, 2001, 77면).

377) Milcovich v. Lorain Journal Co., 497 U.S.1, 1990.

378) 전원열, 앞의 논문, 211면.

379) 이 판결은 최종 결론에서 '피고발행의 월간잡지에 게재된 갑의 수기는 원고가 수행한 소송과 관련하여 그가 변호사로서의 자질이 부족하다는 것을 내용으로 하고 있으므로 이러한 인물에 대한 평가로서 공공의 이익에 관한 사항인 경우에는 원칙적으로 비평이 대상이 된다고 할 수 있겠으나, 이 사건 수기는 그 내용과 기술방법으로 보아 원고의 인격을 비방하는 인신공격의 표현이 상당히 포함되어 있어 그 수기의 게재가 오로지 공익을 위한 시도로서 행한 것이라고는 도저히 볼 수 없고 진실성이 결여된 점

고 있다는 점에서 의견과 사실의 구분을 명시적으로 밝히지는 않았다고 해석된다. 그 이후 1999년 2월 판결[380]에서 '사실을 적시하는 표현행위로 인한 명예훼손'과 '의견 또는 논평을 표명하는 표현행위에 의한 명예훼손'을 처음으로 구별하여 위법성 여부를 판단하고 있다. 이 판결은 의견의 진실여부가 위법성 판단의 기준이 될 수 없는 이유는 원래 의견에는 진위라는 것이 없기 때문인데 이 점을 밝히지 않고 있다.[381]

최근 들어 민사판결과 형사판결에서는 한 단계 더 발전한 모습을 보이고 있다. 대법원은 2000년 7월 판결에서, 의견은 그 자체로는 명예훼손으로 인한 손해배상 책임을 성립시키지 않는다고 판시[382]하였다. 또 대법원 2001년 1월 판결에서는 기사의 문장을 구체적으로 분석하여 기사 전체가 아니라 그 구절구절에 있어 사실과 의견을 구별하는 기준, 혼합의견과 순수 의견의 차이에 관한 인식을 보여주고 있다.[383]

2. 適用上의 改善方案

가. 公人의 範圍設定

1964년 New York Times v. Sullivan 사건[384]에서 공무원에 대한 비판을 폭넓게 허용한 이후 개리슨 대 루이지애나 사건에서는 공무원의 대상을 전직으로까지 확대해석하였다. 1966년 Rosenblatt v. Baer 사건[385]에서는 공무원 자체뿐

은 위 수기의 제목 및 표현내용과 문면자체에 의하여 분명한 바이다.'라고 하여 공익에 관한 판단만 하고 있다(대법원 1988. 10. 11, 85다카29).

380) 대법원 1999. 2. 9, 98다31356.

381) 전원열, "명예훼손 불법행위에 있어서 위법성요건의 재구성", 213-240면.

382) 단순한 의견만으로는 상대방의 사회적 평가가 저해된다고 할 수 없으므로 의견 또는 논평의 표명이 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평일 경우에는 명예훼손으로 인한 손해배상책임은 성립되지 아니하나, 한편 여기에서 말하는 사실의 적시란 반드시 사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정할 것은 아니고, 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 … 구체성이 있으면 족하다(대법원 2000. 7. 28, 99다6203).

383) 대법원 2001. 1. 19, 2000다10208.

384) New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964.

385) Rosenblatt v. Baer, 383 U.S. 75, 1966.

아니라 '공적행위', '공적업무'와 관련된 보도 역시 보호하게 된다. 1971년 Rosenbloom v. Metromedia, Inc. 사건[386]에서는 Sullivan 사건의 원칙 적용범위를 공인인지, 사인인지 하는 신분에 따른 구분을 지양하고, 문제가 되는 사건 내용의 공적 관심사 여부의 내용을 기준으로 결정해야 한다고 해서, 그 적용범위를 '공적 관심사'로 확대하여 소송 당사자의 지위여부에 상관없이 명예훼손적 언사가 오로지 공공의 이익을 위해 행해졌을 경우 현실적 악의가 적용된다고 판결하였다. 설리번 사건에서 제시한 공인의 개념은 각종 판례에서 공적 인물의 범위로 확대수용되고, 그러한 적용범위를 공적 관심사에까지 확대한 로젠브룸 판결과 관련, 모든 공적 관심사에 관하여 언론의 면책을 인정하면 표현의 자유나 언론의 보호에는 충실하되 개인의 명예보호에 너무나 불충실한 결과가 야기된다는 비판이 나오게 된다.

이러한 시대적 요구에 따라서 1974년 Gertz v. Robert Welch Inc, 사건[387]에서 공적 인물에 대한 개념을 정립하면서 공적 인물을 자발적 공적 인물과 비자발적 공적 인물로 구별하였으며, 비자발적 공적 인물에는 현실적 악의의 책임원칙을 배제하고 있다.

미국은 언론에 관한 명예훼손에 있어서 이중적인 판단 기준을 갖는다. 소송을 제기한 사람이 공인인가 사인인가, 언론에 의해서 다루어진 내용이 공적 관심사인지 아닌지, 공적 관심사에 자발적이고 적극적으로 관여하는지 아닌지 등의 원칙에 따라서 판단을 하고 있다.[388]

반면 우리 법원은 언론자유의 적극적인 보장제도라고 할 수 있는 현실적 악의 원칙을 적용한 판례가 없다. '독자적인 견해', '독특한 판례이론'으로 평가하여 명시적으로 이를 거부하고 있다.[389]

또 공무원과 국회의원이 관련된 사건에서도 대법원은 공인에 대한 정의없이

---

386) Rosenbloom v. Metromedia, Inc., 403 U.S. 29, 1971.

387) Gertz v. Robert Welch Inc, 418 U.S. 323, 1974.

388) 최지웅, "명예훼손 판례분석을 통한 공인에 대한 개념연구", 경성대학교 석사학위논문, 2003, 52면.

389) '…상당한 이유에 대한 입증책임을 피해자가 부담하여야 할 것이라는 등의 상고이유 주장은 독자적인 결해에 불과하여 받아들일 수 없고…'(대법원 1997. 9. 30, 97다24207); '…미국에서 헌법상 표현의 자유를 근거로 언론의 공인에 대한 비판의 자유를 폭넓게 인정하기 위하여 발전한 독특한 판례이론으로 우리 법제에서 수용할 수 없다'(서울고법 1997. 6. 26, 97 다 1480).

‘공인에 관한 명예훼손을 일반 사인과 다르게 보아야 할 이유가 없다.’고 판시하고 있다. 또 일부판례에서 ‘공적 인물’ ‘공인이라고 할 수 있는 사람’ 등의 언급을 하고 있지만, 대법원은 변호사 관련 판결에서 ‘일정한 입장에 있는 인물에 대한 행위가 공적 비판의 대상이 된다 하더라도’, 미니시리즈 방송 사건에서 ‘피해자가 공적 인물이라고 하여’, 라는 표현을 쓰고 있다.[390] 그러나 ‘일정한 입장에 있는 인물’이 무엇을 말하는지, 그러한 입장에 있는 인물에 대한 ‘공적 비판’의 의미가 무엇인지, ‘공적 인물’이 무엇인지에 대한 언급은 전혀 없다.[391] 우리 대법원이나 하급법원들은 공무원이나 공적인물, 공직자 등의 개념을 구분하지 아니한 채 혼용하고 있는 것이다. 하지만 1997년을 기점으로 공인에 의한 제소가 전체 명예훼손소송의 3분의 2를 차지하며, 원고의 신분도 대통령, 전직 국무총리, 국회의원, 검사, 군장성, 도지사, 전직 국가정보원장, 전직 장관, 경찰관 등 거의 모든 공직자를 망라하고 있고,[392] 공인에 대한 명예훼손에 있어서는 미국의 ‘현실적 악의의 법리’를 전면 수용하여야 한다고 주장하고 있다.[393]

이러한 시대적 배경 하에서 대법원은 2002년부터 공인에 대한 명예훼손분야에서 새로운 법리를 전개하는 판결이 잇달아 내놓고 있다. 대표적인 판결 등의 주요내용을 살펴보면, 민주노총 사건[394]에서 ‘공인의 정치적 이념에 대한 의혹의 제기에 있어서는 상당성의 입증책임을 완화해 주어야 하고’, ‘공인의 정치적 이념은 국가사회에 미치는 영향이 지대하여 이에 대한 의혹이 있으면 널리 문제제기가 허용되고 공개토론을 받아야 할 필요가 있는 반면 특정인의 정치적 이념은 위장가능성이 있는데다가 그 성질상 이를 정확히 증명해 낸다는 것은 극히 어려우며…’, 전북도지사 사건[395]에서 ‘정당대변인의 정치적 논평의 위법성을 판단함에 있어서는 어느 정도 수사적인 과장표현은 용인되어야 하고, 공직자의 도덕성, 청렴성 또는 공직자의 업무처리의 정당성에 대하여는 항상 국민

390) 차용범, “공인의 명예훼손에 대한 사법적 논의의 한계”, 「한국언론학보 제45-2호」, 2001, 봄, 401면.

391) 서울고등법원 1997. 9. 3, 96나82966; 서울지방법원 1997. 12. 10, 96가합22315.

392) 박선영, 「언론정보법연구Ⅱ」, 법문사, 2002, 140-141면; 배금자, “공직자의 명예훼손소송과 그 법리”, 「언론중재」, 2002년 여름호, 22-23면.

393) 김민중, 앞의 논문, 32면.

394) 대법원 2002. 1. 22, 2000다37524.

395) 대법원 2003. 7. 8, 2002다64384.

의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고'라고 판시함으로써 종전의 명예훼손법리가 공인에 대한 자유로운 비판을 위축시킨 점이 없지 않았음을 감안하면 진일보 하였다고 하겠다.

언론과 법원의 입장을 살펴보면 첫째로, 법원은 공인을 '공공의 이익'원칙의 일부분으로 정의하고 있는 반면, 언론은 공인을 미국 언론법에서의 면책특권으로서 공인으로 개념화하려 한다. 둘째로, 법원은 공인의 사생활을 언론의 자유로운 보도의 범위 속에 두는 것을 꺼리는 반면, 언론은 사람들이 모두 알기를 원하기 때문에 공인의 생활의 모든 측면이 취재보도의 대상이 되어야 함을 강조하고 있다. 셋째로, 법원은 공인은 명예훼손에 대한 배상을 위하여 현실적 악의를 밝힐 필요가 없다고 판시하는 반면, 언론은 계속해서 공인은 명예훼손에 있어 현실적 악의를 증명해야 하는 것으로 그리고 있다.[396]

주로 언론에 의해 제기되는 공인이론은 국민의 알권리를 앞세운 언론의 면책특권에 근거하고 있다. 언론의 자유가 사인의 명예나 사생활을 함부로 침해하는 것까지 허용하는 것은 아니다. 법원의 명확하지 않는 태도로 인하여 공적인물의 범위가 넓어짐으로 개인의 명예 침해가능성이 더욱 커지고 있다. 언론의 자유는 더 큰 사회적 가치를 위해 제한 될 수 있다. 특히 악의적으로 허위를 유포하여 명예를 훼손하는 행위는 말할 것도 없고 공연히 사실을 유포하여 명예를 훼손하는 행위도 가차없이 사법처리되어 마땅하다.

언론자유란 미명으로 일반 사인들의 명예를 훼손하는 것은 정당화 될 수 없다. 공인에 관한 보도라 할지라도 그 사안이 공인의 인격영역 중 사적 영역에 관한 보도인가 공적영역에 관한 보도인가를 분명히 하여 공적영역에 관한 사항은 언론의 자유가 최대한 허용되어야 하겠지만 사적영역에 관한 사항은 개인의 명예보호의 차원에서 최대한 보장되어야 한다고 생각한다. 그러기 위해서 우리나라도 이제는 독일형법과 같이 사실의 증명만으로 면책되거나 일본 형법과 같이 공직자에 한하여 사실증명만으로 면책되는 제도의 입법이 검토되었으면 한다. 그리고 우리나라도 독일 형법 제187조 a '정치인에 대한 사실 또는 허위사실 적시에 의한 명예훼손'과 일본형법 제230조의2 제3항 '공무원 또는 공선에

396) 이재진, "명예훼손법상의 공인과 언론에 나타난 공인의 개념적 차이에 대한 연구", 「한국언론학보」, 1999년 여름호, 170면.

의한 공무원의 후보자들에 대한 면책규정'과 같이 공인에 대해서는 별도의 입법적 조치를 하여 최근 언론에서 제기되는 공인에 대한 추상적 논의를 구체화할 필요가 있다고 생각한다.

나. 公益性의 範圍設定

공공의 이익이 무엇을 뜻하는 것인지 단정하기 어려우며, 구체적인 사항에서 공공의 이익인지의 여부를 가리는 것 또한 쉬운 일은 아니다. 대법원은 국회의원이 피고가 된 사건에서 '형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 경우에도 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 그 행위에 위법성이 없으며, 또한 진실하다는 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것'[397] 이라고 전제하고, '오로지 공공의 이익에 관한 때'라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때, 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는 것인데, 여기의 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이고, 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 적시사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 한다,[398] 행위자의 중요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 공공의 이익을 위한 것으로 보아야 할 것'[399]이라고 판시하였다.

공공의 이익의 구체적인 예로 법원은 '아파트 동대표인 피고인이 자신에 대한 부정비리 의혹을 해명하기 위하여 그 의혹 제기자가 명예훼손죄로 입건된

397) 대법원 1996. 10. 25, 95도1473; 대법원 1996. 5. 28, 94다33828; 대법원 1988. 10. 11, 85다카29.

398) 대법원 2006. 5. 25, 2005도2049; 대법원 2004. 10. 15, 2004도3912.

399) 대법원 1996. 10. 25, 95도1473; 대법원 1996. 10. 11, 95다36329; 대법원 1993. 6. 22, 93도1035.

사실 등을 기재한 문서를 아파트 입주민들에게 배포한 행위',[400] '국립대학교 교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행하였다는 내용의 글을 지역 여성단체가 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 게재한 행위가 공공의 이익을 위한 것',[401] '전국교직원노동조합 소속 교사가 작성·배포한 보도자료의 일부에 사실과 다른 기재가 있으나 전체적으로 그 기재 내용이 진실하고 공공의 이익을 위한 것,'[402] 국회의원이 국회 본회의장에서 국회 상임위원장 선거를 위한 투표가 이루어지는 동안 자신의 의원석에 앉아서 한 언행을 방송한 사안[403]등을 들었다.

공공의 이익이란 적시된 사실 자체의 내용이나 성질 등을 종합하여 사안별로 판단하여야 하며, 이 경우 공공의 이익은 반드시 국가나 사회전체의 이익에만 국한되지 아니한다는 것이 대법원의 일관된 판례이다.[404]

대법원은 언론기관에 의한 공적 인물에 대한 명예훼손사건도 일반 사인과 똑

---

400) 대법원 2005. 7. 15, 2004도1388.

401) 대법원 2005. 4. 29, 2003도2137.

402) 대법원 2001. 10. 9, 2001도3594.

403) 변호사인 원고는 열린우리당 소속 제17대 국회의원으로 전반기 2년간 국회 내 상임위원회 중 국방위 및 정보위에 소속되어 있다가 후반기에 자신의 의사에 반하여 법사위에 배정되었고, 이에 국회 본회의장에서 국회 상임위장장 선거를 위한 투표가 이루어지는 동안 자신의 의원석에서 동료 의원들에게 자신이 법사위에 배정된 것과 관련하여 불만을 토로한 모습 및 발언내용이 당시 본회의장 2층 방청석에 있던 피고 방송사의 기자에 의해 촬영 및 녹음되어 방송되고 동영상으로 게재된 사안에 대하여 서울중앙지방법원은 '공직자에 대한 풍자와 독설은 모멸적인 표현에 의한 인식공격에 해당하는 정도가 아닌 한 널리 허용되고, 특히 공직자의 도덕성, 업무처리의 정당성 여부에 대한 언론기관의 감시와 비판기능은 그것이 악의적이거나 현저치 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다. 상임위 배정의 어려움 및 그에 따른 일부 의원들의 불만을 보도하는 것이 주된 목적으로 그 공익성이 인정되고…'(서울중앙지방법원 2006. 10. 13, 2006가합71378).

404) 대부분의 대법원 판례가 명예훼손을 한 보도내용의 진실성과 공익성만을 기준으로 판단한 데 비하여, 보도내용이 '사실에 관한 것'인지 '평가'인지를 구분하려고 한 듯한 판례가 있다. 언론의 보도내용이 비록 사실이 아니라 하더라도 인물에 대한 평가가 공공의 이익에 관한 사항일 경우에는 원칙적으로 비평의 대상이 된다고 하였다. 이 판결은 보도내용이 사실에 관한 것인지 평가에 관한 것인지를 구분한 유일한 것이라는 점에서 주목을 끈다. 다만, 이 판결도 최종 결론에서는 "피고 발행의 월간잡지에 게재된 갑의 수기는 원고가 수행한 소송과 관련하여 그가 변호사로서의 자질이 부족하다는 것을 내용으로 하고 있으므로 이러한 인물에 대한 평가로서 공공의 이익에 관한 사항인 경우에는 원칙적으로 비평의 대상이 된다고 할 수 있겠으나, 이 사건 수기는 그 내용과 기술방법으로 보아 원고의 '인격을 비방하는 인신공격의 표현이 상당히 포함되어 있어 그 수기의 게재가 오로지 공익을 위한 시도로서 행한 것이라고는 도저히 볼 수 없고 진실성이 결여된 점은 위 수기의 제목 및 표현내용과 문면 자체에 의하여 분명한 바이다."라고 하여 공익에 관한 판단만 하였다.(대법원 1988. 10. 11 85 다카 29)

같은 차원에서 심리하고 있으며, 단지 '공공의 이익'이 있는 경우에만 위법성이 조각되는 것으로 판단하고 있다. 다시 말하여 우리 대법원은 피해자의 신분이 무엇이냐에 관하여는 고려하지 아니하고 단지 보도목적이 공공의 이익을 위한 것이면 위법성이 조각되는 것으로 판단하고 있다. 또한 보도내용이 사실에 관한 것인지 비평인지도 구분하지 아니한 채 단지 불명확한 개념인 '공공의 이익'이라는 기준만으로 판단하고 있다.[405] 대법원은 판결[406]을 통해 공익성의 성립요건들은 밝히고 있지만, 공익을 어떻게 분류하며 그 범위를 어느 정도 인정하고 있는지에 대해 지적은 보이지 않는다. 판례에 나타난 공익성은 일반 대중 모두가 관심을 가질 수 있는 사안이어야 하지만 특정 목적을 가진 집단이 개념적으로 유추할 수 있고 그들이 관심을 가질 수 있는 사안이라면 공익성이 인정되는 것으로 보고 있다. 실제로 법원은 명예훼손 여부의 판단에 있어 여전히 공익성을 진실성이나 상당성의 부수적인 요건으로 여기며 언론의 보도사실이 진실인지 여부에 판단의 기준을 두고 있다. 언론에서 주장하는 국민의 알권리와 밀접한 관련을 가진 공익성이 명예훼손의 면책사유로 독자적인 위치를 차지하지 못하고 있으며 언론이 면책되는 경우에도 진실성이 입증되고 난 이후의 상황이다.

법원과 언론의 입장을 살펴보면 먼저, 법원은 진실성 또는 상당성에 근거하여 면책될 수 있는가의 여부를 우선 판단하는데 반해 언론은 그 기사의 진실성 여부보다는 보도기사가 공익을 위한 것으로 국민의 알권리가 우선한다는 것을 강조한다. 둘째로, 법원은 명예훼손 소송을 개별 당사자간의 분쟁이라고 생각하는 반면 언론은 사생활 침해와 같은 순수한 사적분쟁을 넘어서 공동체적 공적 관심사라고 생각한다. 우리 법원은 언론에 의한 명예훼손이든 사인에 의한 명예훼손이든 가리지 않고 진실성, 공익성, 상당성을 위법성 조각사유로 보고 있다.

미국 연방대법원은 언론에 의한 명예훼손사건의 경우에만 공적 인물, 공적

405) 박선영, "언론에 의한 명예훼손에서의 공익성과 진실성 및 현실적 악의"「언론중재」, 1998. 46면.

406) '공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하며…'(대법원 2000. 2. 11, 99도3048).

관심사외에 진실성과 현실적 악의를 면책사유로 보고 있다. 미국의 공적 인물과 공적 관심사는 우리의 공익성을 세분화하여 언론의 책임을 묻고자 하는 것과 같다.

우리 헌법재판소[407]는 "판사들은 언론의 자유를 보장한다는 관점에서 공익성의 적용범위를 과거보다 더욱 폭넓게 해석해야 한다"고 판시했고, 대법원[408]은 "공적존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안간에는 심사기준에 차이를 두어야 하며, 당해 표현이 공공적·사회적 의미를 가진 사안일 경우 그 평가를 달리하여 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다"고 하였다.

최근 판결에서 공인개념을 수용하여 공익성의 범위를 확장한 것은 종래 우리 법원이 언론에 의한 명예훼손과 사인에 의한 명예훼손을 구별하지 않았던 것에 비하면 법원의 판결기준의 변화를 의미한다. 공익성의 개념은 형법 제310조 공공의 이익에서 찾을 수 있으며 이 조항은 명예의 보호와 언론의 자유를 조화시키는 중요한 역할을 담당한다. 언론이 진실성보다는 국민의 알권리 차원에서 공익성에 무게를 두고 있지만 우리법원은 진정 국민의 알권리와 명예권을 모두 보호할 수 있는 방법을 모색하는게 중요한데 그 방법으로는, 첫째로 형법 제310조의 해석을 '허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위를 알아보지 않고 게재한 허위보도'의 경우는 면책을 주장할 수 없게 하고, 둘째로 진실 여부의 판단에서 공익 관련성이 클수록 대체적 내용이 진실에 부합하는 한 책임을 면하게하고, 셋째로 언론이 진실을 위해 최선의 노력을 다하였는가를 판단함에 있어서 언론측의 입증시도를 충분히 받아들이고 정당화사유를 폭넓게 인정[409]하였으면 한다. 마지막으로 우리의 판례가 미국의 '현실적 악의 법리'와 달리 진실여부의 입증책임을 언론에 부과하고 있어 언론의 자유측면에서 불만일 수 있지만 개인보다 사회적 강자인 언론에 입증책임을 지우는 것은 약자의 명예권 보호라는 측면에서 당연하며 그것만이 개인의 명예와 언론의 자유가 조화를 이룰 수 있을 것이라고 생각한다.

---

407) 헌법재판소 1999. 6. 24, 97헌마265.

408) 대법원 2002. 1. 22, 2000다37524.

409) 박용상, "한국에서 표현의 자유-이론과 실제", 「언론과 법」, 한국언론법학회, 2002. 10.

第 6 章 結 論

오늘날 민주주의 정치는 여론에 의해 그 정당성을 인정받고 있으며 여론은 일반적으로 언론매체를 통해 형성되고 있기 때문에 그 보호의 필요성이 보다 중요하다고 할 수 있다. 그러나 언론의 자유가 정신적 자유권의 핵심이고 민주사회의 초석으로서 최대한 보장되어야 한다고 할지라도 절대적 자유로서의 성격을 갖는 것은 아니다. 즉 언론의 자유와 그로 인해 침해될 수 있는 개인의 명예 등은 하나의 연속선상의 양편에 위치하여 한 쪽이 커지면 다른 쪽은 그만큼 작어지는 상호제약의 관계에 서 있다고 하겠다.

언론의 자유와 개인의 명예훼손간의 충돌점이 형법 제309조 출판물 등에 의한 명예훼손죄이며 이것의 조화점이 형법 제310조의 위법성조각사유에 해당하는 규정이다.

이와 같은 점을 고려해 볼 때 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 명확하지 않는 법규정과 해석으로는 언론의 자유와 개인의 명예보호라는 두 권리의 충돌관계를 해결하는 데 어려움이 많다할 것이다. 이러한 문제점과 개선방안에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 형법 제309조는 비방할 목적으로 출판물 등에 의하여 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시한 경우 명예훼손죄가 성립하도록 규정하고 있다. 그러나 제309조에서 구성요건으로 규정하고 있는 비방의 목적은 그 자체만으로 유무를 판단할 수 없어 다른 제반 사정을 고려하여 법관이 판단한다. 즉 인간의 내면적이고 주관적인 생각으로 외부인이 이를 추정할 수 없는 것이다. 그러므로 법관의 자의가 개입될 여지를 내포하고 있다. 이와 같이 법관의 주관적 판단이 개입될 수 있는 비방할 목적의 유무에 따라 법률적용에 있어 차이가 발생한다. 이처럼 불명확한 개념을 구성요건으로 하는 것은 부적절하다. 아울러 출판물 등에 의한 명예훼손죄를 단순한 명예훼손죄보다 중하게 처벌하고 있지만 이는 다른 나라에서 찾아보기 힘든 특이한 형식이다. 그러므로 출판물 등에 의한 명예훼손죄를 폐지하고 일반명예훼손죄로 대체하거나, 출판물 등에 대해 「비방의 목적」이라는 구성요건 없이 단순 가중처벌하여도 충분하다고 생각한

다.

둘째, 우리형법은 진실한 사실에 근거하여 기사를 작성하여도 명예훼손죄가 성립하도록 규정하고 있다. 이는 언론의 자유와의 관계에서 진실한 내용의 적시를 처벌하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 이와 같은 문제점을 해소하기 위하여 형법 제310조는 언론이 사회 감시자로서의 역할을 수행할 수 있도록 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다라고 위법성조각사유를 규정하여 명예의 보호와 표현의 자유를 조화시키는 역할을 담당하고 있지만, 진실한 사실의 적시만으로는 행위자가 처벌되지 않도록 해야 할 것이며, 오히려 진실한 사실의 적시로 피해가 생긴 경우는 형법이 아닌 민법상의 구제 수단을 활용하는 것이 바람직하다고 생각한다.

셋째, 적용범위와 관련하여, 법문상으로 위법성조각 규정은 제307조 제1항의 경우에만 적용되고 형법 제309조 출판물 등에 의한 명예훼손죄에는 그 적용을 배제하고 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 실제 적용에 있어서 법원은 언론에 의한 명예훼손죄의 경우도 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이면 비방목적의 존재를 부인하고 있다. 그 결과 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우에도 공공의 이익에 관한 것이면 제309조가 아니라 제307조가 적용되어 사실상 제309조에도 제310조를 적용하는 것과 같이 운영되고 있다. 이러한 해석은 법문에 어긋난다 할 것이므로 입법적인 개선이 필요하다고 생각한다. 이에 대한 방안으로 출판물에 의한 명예훼손죄도 형법 제310조가 적용될 수 있도록 '제307조 제1항의 행위가'라는 규정을 '명예훼손의 행위가'로 변경하였으면 한다.

넷째, TV방송과 인터넷통신에 의한 명예훼손을 제307조 단순명예훼손죄가 아니라 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄로 처벌하는 것은 모순이 아닐 수 없다. TV가 라디오 기타 출판물이라고 하는 개념의 가능한 의미 속에 들어올 수 없는 것이므로, TV방송에 의한 명예훼손을 형법 제307조의 단순명예훼손죄로 처벌하는 것이 심히 법감정과 형평에 반한다고 하더라도, 입법적 해결이 있을 때까지 기다릴 수밖에 없다. 현실적으로 출판물에 대해서만 가중처벌할 수 있을 뿐 더욱 문제가 되는 TV나 인터넷 통신 등은 가중처벌 할 수 없다. 이에 대한 입법적인 개선이 필요하다.

다섯째, 공인의 범위와 관련하여 법원의 명확하지 않는 태도로 인하여 공인의 범위가 확대되어 개인의 명예 침해가능성이 더욱 커지고 있다. 공인에 관한 보도라 할지라도 그 사안이 공인의 인격영역 중 사적 영역에 관한 보도인가 공적영역에 관한 보도인가를 분명히 하여 공적 영역에 관한 사항은 언론의 자유가 보장되어야 하겠지만 사적영역에 관한 사항은 개인의 명예보호 차원에서 최대한 보장되어야 한다고 생각한다. 그러므로 우리나라도 이제는 면책범위를 분명히 하기 위하여 독일형법과 같이 사실의 증명만으로 면책되거나, 일본 형법과 같이 공직자에 한하여 사실증명만으로 면책되는 제도의 입법이 검토되었으면 한다. 그리고 독일형법 제187조a '정치인에 대한 사실 또는 허위사실 적시에 의한 명예훼손'과 일본 형법 제230조의2 제3항 '공무원 또는 공선에 의한 공무원의 후보자들에 대한 면책규정'과 같이 공적인물에 대해서는 별도의 입법조치를 하여 공인의 범위에 대한 애매한 태도를 분명히 할 필요가 있다고 생각된다.

여섯째, 명예훼손에 대한 법적용에있어서 가장 논란이 되는 부분이 거증책임을 피고인에게 지우고 있다는 점이다. 언론의 자유와 개인의 명예권을 모두 보호할 수 있는 방법을 모색하는게 필요한데, 형법 제310조의 해석을 허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위를 확인하지 않고 게재한 허위보도의 경우는 면책을 주장할 수 없게 하고, 진실여부의 판단에서 공익 관련성이 클수록 대체적 내용이 진실에 부합하는 한 책임을 면하게 하며, 언론이 진실을 위해 최선의 노력을 다하였는가를 판단함에 있어서 언론측의 입증시도를 충분히 받아들이고 정당화사유를 폭넓게 인정하였으면 한다. 그리고 우리 법원은 언론이 주장하는 미국의 현실적 악의 법리와 달리 진실여부의 입증책임을 언론에 부과하고 있어 언론의 자유측면에서 불만일 수 있으나 개인보다 사회적 강자인 언론에 입증책임을 지우는 것은 약자의 명예권 보호라는 측면에서 당연하며, 나아가 개인의 명예와 언론의 자유가 조화를 이이룰 수 있을 것이라고 생각한다.

參 考 文 獻

▣ 國內文獻

1. 單行本

강구진. 「형사소송법원론」. 학연사, 1982.

권영성. 「헌법학원론」. 법문사, 2006.

김일수. 「형법각론」. 박영사, 1999.

김일수・서보학. 「형법각론」. 박영사, 2004.

박상기. 「형법각론」. 박영사, 2005.

박선영. 「언론정보법연구Ⅰ」. 법문사, 2002.

———. 「언론정보법연구Ⅱ」. 법문사, 2002.

방석호. 「미디어법학」. 법문사, 1995.

배종대. 「형법각론」. 홍문사, 2006.

백형구. 「형법각론」. 청림출판, 1999.

성낙인. 「헌법학」. 법문사, 2006.

손동권. 「형법각론」. 율곡출판사, 2004.

신동운. 「판례백선 형법총론」. 경세원, 1998.

신 평. 「명예훼손법」. 청림출판, 2004.

오영근. 「형법각론」. 박영사, 2005.

유기천.「형법학」. 일조각, 1988.

이재상. 「형법각론」. 박영사, 2006.

———. 「형사소송법」. 박영사, 2006.

이재진. 「언론과 명예훼손 소사전」. 나남출판, 2003.

이정원. 「형법각론」. 법지사, 2003.

이형국. 「형법각론」. 법문사, 1999.

이희승. 「국어대사전」. 민중서림, 2000.

임 웅. 「형법각론」. 법문사, 2006.

정성근・박광민. 「형법각론」. 삼지원, 2006.
정영석. 「형법각론」. 법문사, 1995.
정영일. 「형법각론」. 고시계, 1990.
차용석. 「형사소송법」. 세영사, 1987.
표성수. 「언론과 명예훼손」. 육법사, 1997.
허 영. 「한국헌법론」. 박영사, 2005.
황산덕.「형법각론」. 방문사, 1994.
사법연감. 법원행정처. 1998～2006.
한국형사정책연구원. 「형법제정자료집」, 1990.

2. 硏究論文

권오승. “명예의 의의와 명예훼손의 모습”. 「언론중재」, 1983. 3.
김민중. “원고의 신분과 명예훼손법리의 적용”. 「언론중재 」, 2000.
김상호. “언론의 명예훼손”. 「비교형사법연구」, 1999.
김성돈. “원상회복의 형사제재로서의 적격성과 형법의 과제”. 「피해자학연구」. 1997.
김우진. “명예훼손죄에 있어서의 공연성”. 「형사판례연구」. 박영사, 2001.
김일수. “명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가?”. 「안암법학」, 1993. 8.
김재봉. “형법 제310조와 의무합치적 심사”. 「형사판례연구」, 2000.
박선영. “언론에 의한 명예훼손에서의 공익성과 진실성 및 현실적 악의”「언론중재」, 1998.
박용상. “표현의 자유의 제한에 관한 일반이론”. 「헌법문제와 재판」. 법원행정처, 1997.
———. “한국에서 표현의 자유-이론과 실제”. 「언론과 법」. 한국언론법학회, 2002. 10.
박홍우. “명예에 관한 죄”. 「주석 형법 각칙(4)」. 한국사법행정학회, 2006.
배금자. “공직자의 명예훼손소송과 그 법리”. 「언론중재」, 2002년 여름호.
———. “보도와 명예훼손 대안적 검토”. 「언론중재」, 1999.

배병화. “공익보도에 의한 명예훼손과 면책사유에 관한 연구”. 전남대학교 박사학위논문, 2005.
손동권. “언론보도에 의한 명예훼손과 형사책임”. 「언론중재」, 2003. 가을호.
———. “언론보도의 사자의 명예훼손”. 「언론중재」, 1992.
———. “형법 제310조의 실체면과 절차면”. 「형사판례연구」. 박영사, 1998.
안경옥. “명예훼손죄의 공연성해석의 재검토”. 「형사판례연구」. 박영사, 2001.
염규호. “통신기사게재와 명예훼손”. 「언론중재」, 1993.
오경식. “출판물에 의한 명예훼손”. 「형사판례연구」. 박영사, 194면.
유일상. “언론의 자유, 개인의 명예 그리고 프라이버시”. 「신문과 방송」, 1993.
윤영철. “사이버공간에서의 표현의 자유와 명예훼손”. 「언론중재」, 1997.
윤철홍. “명예훼손의 위법성 조각사유에 대한 연구”. 「언론중재 」, 2002.
이건웅. “언론에 의한 법익침해에 대한 구제수단”. 「헌법문제와 재판」. 법원행정처, 1996.
이광범. “명예훼손, 프라이버시 침해와 그 구제방법”. 「헌법문제와 재판」. 법원행정처, 1997.
———. “불법행위로서의 명예훼손과 그 구제방법”. 「헌법문제와 재판」. 법원행정처, 1997.
이석연. “형법상 명예훼손죄의 법리와 적용”. 「언론중재」, 1992.
이재진. “명예훼손법상의 공인과 언론에 나타난 공인의 개념적 차이에 대한 연구″. 「한국언론학보」, 1999년 여름호.
———. “언론관련 명예훼손소송 추이비교”. 「언론중재」, 2000년 여름호.
———. “인터넷상의 명예훼손 현상에 대한 비판적 고찰”. 「언론중재」, 1998.
이재진・이성훈. “명예훼손 소송의 위법성 조각사유로서의 공익성에 대한 연구”. 「언론정보학보」, 2003.
임 웅. “법의 흠결과 형법의 유추적용금지”. 「형사법연구」제21호. 한국형사법학회. 2004.

장영민・정진수. “언론보도에 의한 인권침해와 그 규제에 관한 연구”. 형사정책연구원, 1995.

장영수. “언론관련판례 회고”. 「언론중재」, 1999.

전원열. “명예훼손 불법행위에 있어서 위법성요건의 재구성”. 서울대학교 박사학위논문, 2001.

———. “명예훼손에 관한 각국의 이론”. 「한국언론과 명예훼손소송」. 나남출판, 2002.

———. “명예훼손에 대한 각국의 이론”. 「한국언론과 명예훼손소송」. 나남출판, 2002.

정성근. “명예훼손죄에 있어서의 사실증명”. 「고시계」, 1978. 7.

조해섭. “출판물에 의한 명예훼손죄의 구성요건과 위법성조각”. 「형사재판의 제문제」. 박영사, 1999.

차용범. “공인의 명예훼손에 대한 사법적 논의의 한계”. 「한국언론학보」 제45-2호, 2001 봄.

차용석. “명예훼손죄에 있어서 사실의 진실성에 관한 착오”. 「고시계」, 1979. 12.

최윤철. “국회의원의 면책특권의 보호범위에 관한 연구”. 「법학연구」. 한국법학회, 2003.

팽원순. “반론권제도의 역사적 발전”. 「언론중재」, 1982.

하태훈. “정보사회에서의 형법의 의무와 과제”. 「법문사」, 1998.

한동원. “보도의 법적・윤리적 한계와 피해구제”. 「언론중재위원회 토론회 주제논문집」, 1996.

한위수. “명예의 훼손과 민사상의 제문제”. 「사법논집」. 법원행정처, 1993.

———. “명예훼손에 관련된 민・형사상의 판례와 쟁점”. 「언론중재」, 1996.

황상재. “사이버스페이스에서의 명예훼손에 관한 판례와 쟁점들-미국의 판례를 중심으로-”. 「정보법학」, 1997.

황성기. “언론매체규제에 관한 헌법학적 접근”. 서울대학교 박사학위논문, 1999.

▣ 外國文獻

1. 日本文獻

皆川治廣.「プライバシー權の保護と限界論」. 北樹出版, 2000.

堀部政男.「プライバシーと高度情報化社會」. 岩波新書, 2000.

————.（編）、「プライバシーの比較法」. 日本評論社, 1996.

多島泰彦　外.「現代メイでィアと法」. 三省党, 1999.

蘆部信喜(編）.「アメリカ憲法判例」. 有斐閣, 1998.

浜田純一.「情報法」. 有斐閣, 1997.

石村善治. 堀部政男. 「情報法入門」. 法律文化社, 1998.

松尾直. 「情報法とプライバシー權」. 文眞党, 1997.

松井茂記, 「マス・メディア法入門 2版」.日本評論社, 1999.

————.「アメリカ憲法入門4版」.有斐閣, 2000.

————.「マス・メディア法入門2版」.日本評論社, 1999.

五十嵐清. 「人格權論」. 一粒社, 1989.

田中英夫　外(編).「英米法辭典」 .東京大學出版會, 1991.

田村善之(編).「情報・秩序・ネットワーク」.北海道大學図書刊行會, 1999.

靜岡縣辯護士會(編). 「情報化時代の名譽毀損・プライバシ侵害をめぐる法律と實務」. ぎょうせい, 2000.

竹出捻. 「名譽,プライバシ-侵害に關する民事責任の研究」.酒井書店, 1983.

塚本重賴. 「英米法における名譽毀損の研究」.中央大學出版部, 1998.

樋口陽一. 「比較憲法」.青森書院新社, 1977.

靜岡縣弁護司會(編）.「情報化時代の名譽毀損・プライバシー侵害をめぐる法律と實務」 . ぎょうせい, 2000.

のぞみ總合法律事務所. 「新・名譽毀損」. 商事法務, 2006.

宗宮信次 「名譽權論」. 有斐閣, 1961.

丸山昌一.“死者の名譽毀損”.「裁判實務大系不法行爲法(1)」. 青林書院, 1991.

山口成樹. “名譽毀損法における事實と論評 (1),(2),(3)”. 第35券1・2号. 第36券

第2号「都立大學法學會雜誌」, 1994, 1995.
松井茂記. “名譽毀損と表現の自由 (1), (2), (3), (4)”.「民商法雜誌」第113卷 第3号, 1995.
————. “意見による名譽毀損と表現の自由”. 「民商法雜誌」第113卷 第3号, 1995.
————. “修正1條と營利的言論”. 「判例タイムズ」第451号, 1981.
右崎正博. “名譽毀損における事實と論評”.「法律時報」第69券 第11号, 1998.
紙谷雅子. “刑事被告人の讀書歷に基づいて犯行の動機を推論する內容の新聞記事と名譽毀損の成立”「法律時報」第70券 第10号, 1998. 10.
喜多村洋一. “名譽毀損訴訟でいわゆる意見特權は存在しないと判示した事例”. 「ジュリスト」第1034号,1993.1.5.
瀨川信久. “新聞記事が意見を公表したときの名譽毀損の成否”.「判例タイムズ」871号, 1995.
堀部政男. “表現の自由と人格權の調和”. 「現代損害賠償法講座2」, 1980.
藤岡康宏. “死者の名譽毀損”. 「別冊ジュリスト85號マスコミ判例百選」, 1985.
丸山昌一. “死者の名譽毀損”.「裁判實務大系不法行爲法(1)」.靑林書院, 1991.

2. 西洋文獻

Alderman, Ellen & Kennedy, Caroline. The Right to Privacy. New York : Vintage Books, 1997.
Arthur. Miller, The Assault on Privacy, Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, 1972.
Barbara Dill, The Journalist's Handbook on Libel & Privacy, Vol. 214, 1986.
Diens, C. Thomas. “Libel Reform” 23U. Mich. J. L. Ref. 1, 1989.
Enson. Eric P. “COMMENT : A Roadblock on the detour Around the First Amendment : Is the Enforcement of English Libel Judgments in the United States Unconstitutional?” 21 Loy. L. A. int'l &

Comp. L. J. 159, 1999.

Etzioni, Amitai. The Limits of Privacy. U. S. : Basic Books. 1999.

Finkelman, Paul. Privacy and the Constitution vol. 1 Traditional Speech Rights. New York and London : Garland Publishing, Inc., 1999.

————————. Privacy and the Constitution vol. 2 Electronic Speech Rights. New York and London : Garland Publishing, Inc., 1999.

————————. Privacy and the Constitution vol. 3 Electronic Speech Rights. New York and London : Garland Publishing, Inc., 1999.

Fried, Charles. "THE OLIVER WENDEL HOLMES DEVISE LECTURE : Perfect Freedom, Perfect Justice" 78 B. U. L. Rev. 717, 1998.

Hemmer, Jr. Joseph J. Communication Law. Lanham, Maryland : Austin & Winfield, Publishers, 2000.

Jean d'Arcy, The right to communicate, UNESCO DOCUMENT NO 36, Prepared for the International Commission for the Study of Communication Problems, 1979.

Jerome A. Barron, "Access to the Press-A New First Amendment Right", 80 Havard Law Review, Vol.80, 1967.

Levy Leonard W. and Karst Kenneth L. Encyclopedia of the American Constitution(2nd edition). New York : Macmillan Reference USA, 2000.

Lewis. Darryll M. Halcomb. "A Symposium on Tort and Sport : Defamation of Sports Officials" 38 Washburn L. J. 781, 1999.

Lidsky, Lyrissa Barnett. "Silencing John doe : Defamation & Discourse in Cyberspace" 49Duke L. J. 855, 2000.

Logan, David A. "Essay : Libel Law In The Trenches : Reflections On Current Data On Libel Litigations" 87 Va. L. Rev. 503, 2001.

Marc A. Frankiin, Mass Media Law Cases and Materials, 3th ed, The Foundation Press, Inc., 1987.

Robert D. Sack, on Defamation: Libel, Slander, and Related Problems3.2, at

3-4(3d ed.) 2003.

Rothfeld, Charles "The Surprising Case Against Punitive Damages in Libel Suits Against Public Figures" 19 Yale L. & Pol'y Rev. 165. 2000.

Sanford, Bruce W. LIBEL and PRIVACY(2nd edition). Gaitherburg, New Yokr : Aspen Law & Business, 2001.

T. Barton Carter, Juliet Lushbough Dee, Harvey L. Zuckman, Mass Communication Law, 5th Ed, West Group, 2000.

Tröndle-Fischer. Strafgesetzbuch und Nebengesetz. 52.Auflage, 2004.

Turking, Richard C. and Allen, Aniya L. PRIVACY LAW. St. Paul, Minn : West Group, 1999.

Uhm, Ki-yul, "The Right to Know : Idealism and Realism in National Security Secrecy", Ph.D. dissertation, University of Iowa, 2000.

Vick, Douglas W., Macpherson Linda. "An Opportunity Lost : The United Kingdom's Failed Reform of Defamation Law" 49 Fed. Comm. L. J. 621, 1997.

W. Wat Hopkinas, "The Involuntary Public Figure: Not So Dead After All," 21Gardozo Arts & Entertainment Law Journal 1, 44, 2003.