



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사학위논문

의견에 의한 불법행위 책임에
관한 연구

-명예훼손과 모욕을 중심으로-

2016년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

강 정 욱

의견에 의한 불법행위 책임에 관한 연구

-명예훼손과 모욕을 중심으로-

지도교수 김 재 형

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함

2016년 4월

서울대학교 대학원

법 학 과

강 정 욱

강정욱의 법학석사학위논문을 인준함

2016년 6월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

國文抄錄

민법 제751조와 제764조는 타인의 명예를 훼손한 자에 대한 손해배상 책임을 인정하고 있다. 그런데 형사상 명예훼손죄와 달리 사실의 적시를 요구하는지에 대하여 명문의 규정이 없으므로 해석에 맡겨져 있다. 민사상 명예훼손에서 사실의 적시가 필요한지를 검토하기 위해서는 명예훼손 및 사실과 의견의 개념과 법적 성질에 대해서 살펴볼 필요가 있다.

미국에서는 거츠(Gertz) 판결 이래 사실과 의견을 구별하여 의견의 표명에 대하여 헌법적 보호를 가하고 있다. 미국의 판결과 리스 테이트먼트의 입장이 우리나라 학설과 판례에 많은 영향을 미쳤다고 평가하고 있으므로 미국에서의 논의를 참조하였다.

그런데 우리나라는 미국과 달리 진실한 사실을 적시한 경우에도 민형사상 명예훼손이 성립할 수 있고, 구체적 사실의 적시가 없는 모욕도 형사처벌을 하고 있으므로 미국에서의 논의가 우리나라에 바로 적용된다고 보기 어렵다.

다음으로 우리나라에서 사실과 의견의 구별 및 구별기준에 관하여 논의하였다.

사실과 의견을 구별하여 사실의 적시가 없는 의견의 표명은 명예훼손에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하다. 의견은 진위를 구별할 수 없으므로 의견을 정정하는 일은 사법부에서 판단할 것이 아니라 의견과의 경쟁을 통해서 이루어져야 하기 때문이다.

다만 실제 사례에서 사실과 의견을 구별하는 것은 어려운 문제인데, 학설과 판례는 전체적 상황 접근방식에 따라 사실과 의견을 구별하고 있다. 전체적 상황 접근방식에서 제시하는 4가지 요소들 중에 입증가능성이 핵심적인 구별기준이고, 다른 요소들은 문제되는 진술의 의미를 확정하는데 고려된다. 만약 문제되는 진술의 의미를

확정할 수 없거나 입증가능한지 여부가 불분명한 경우에는 의견으로 추정하는 것이 타당하다.

마지막으로 의견의 표명으로 인한 불법행위 책임의 성립여부를 논의하였다. 사실의 적시가 없는 의견의 표명도 상대방의 사회적 평가를 저하시키거나 정신상 고통을 줄 수 있으므로 인격권 침해에 해당할 수 있다. 따라서 의견의 표명에 대하여 명예훼손이 성립할 수 없다고 하더라도 인격권 침해에 해당하는지를 살펴볼 필요가 있다.

판례는 의견 표명의 한계를 일탈한 것을 인신 공격적 표현행위라고 정의하고 있으므로, 인신 공격적 표현행위의 개념 및 판단기준을 논의하였다. 인신 공격적 표현행위는 사실의 적시가 없으므로 명예훼손에서 위법성 조각사유인 진실 또는 상당성과는 다른 기준이 필요하다.

인신 공격적 표현행위는 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 결정해야 한다. 따라서 모욕죄에서 사회상규에 위배되는지 여부를 판단하던 요소들은 인신 공격적 표현행위의 성립요건으로 검토하는 것이 타당하다.

결론적으로 명예훼손에서 사실의 적시가 없는 의견의 표명은 명예훼손으로 인한 불법행위 책임이 성립할 수 없고, 다만 의견 표명의 한계를 일탈하는 인신 공격적 표현행위는 불법행위 책임이 성립한다. 의견의 자유로운 개진과 교환은 헌법상 보호될 필요가 있으므로 인신 공격적 표현행위를 인정하는데 신중해야 한다.

주요어 : 명예훼손, 사실, 의견, 순수의견, 혼합의견, 전체적 상황 접
근방식, 모욕, 인신 공격적 표현행위

학 번 : 2011-21372

目 次

國文抄錄	i
제1장 序 論	1
제1절 문제의 제기	1
제2절 연구의 목적	5
제3절 연구의 방법	7
제2장 미국에서 의견의 표명과 명예훼손	8
제1절 공정논평의 법리	8
I. 일반론	8
II. 공정논평의 법리	9
제2절 의견특권론	11
I. 거츠 판결	11
1. 사실관계	11
2. 판시사항	11
3. 검토	12
II. 리스테이트먼트의 입장	13
1. 리스테이트먼트	13
2. 순수의견과 혼합의견의 구별	13
3. 검토	15
III. 올만 판결	16
1. 사실관계	16
2. 판시사항	16
3. 검토	17

제3절 의견특권론의 수정	19
I. 밀코비치 판결	19
1. 사실관계	19
2. 판시사항	19
3. 검토	20
II. 밀코비치 판결 이후	20
제4절 소결	22

제3장 사실과 의견의 구별

제1절 개설	24
I. 일반론	24
II. 관련 법 규정	25
제2절 사실과 의견의 구별	27
I. 문제제기	27
II. 구별의 실익	28
III. 의견의 표명에 의한 명예훼손	28
1. 학설	28
2. 판례	29
3. 검토	30
제3절 사실과 의견의 구별기준	34
I. 학설	34
1. 순수의견과 혼합의견의 구별	34
2. 프로써와 키튼의 의견 3분류	36
3. 전체적 상황 접근방식	37
II. 판례	38
III. 검토	40
제4절 사실과 의견의 구별 실제적 적용	43

I . 희곡에 대한 논평과 명예훼손	43
1. 사실관계	43
2. 판시사항	44
3. 검토	47
II . 풍자만화와 명예훼손	49
1. 사실관계	49
2. 판시사항	49
3. 검토	50
III . 정치적 이념과 명예훼손	52
1. 사실관계	52
2. 판시사항	52
3. 검토	54
IV . 사실왜곡과 명예훼손	55
1. 사실관계	55
2. 판시사항	55
3. 검토	57
제4장 의견의 표명과 불법행위 책임	60
제1절 의견의 표명	60
I . 일반론	60
II . 모욕과 의견	61
제2절 의견의 표명과 불법행위 책임	63
I . 학설	63
II . 판례	63
III . 검토	64
제3절 인신 공격적 표현행위와 불법행위 책임	66
I . 인신 공격적 표현행위	66

1. 개념	66
2. 판단기준	67
3. 명예훼손과의 관계	68
II. 위법성 조각사유	70
1. 공익성과 진실 또는 상당성	70
2. 공정논평의 법리	71
3. 사회적 상당성	71
4. 검토	72
제4절 인신 공격적 표현행위의 실제적 적용	75
I. 정치적 논평과 인신 공격적 표현행위	75
1. 사실관계	75
2. 판시사항	76
3. 검토	77
II. 명예훼손과 인신 공격적 표현행위의 구별	78
1. 사실관계	78
2. 판시사항	79
3. 검토	79
III. 인신 공격적 표현행위와 위법성 조각	80
1. 사실관계	80
2. 판시사항	81
3. 검토	82
IV. 공적 존재에 대한 비판과 인신 공격적 표현행위	84
1. 사실관계	84
2. 판시사항	85
3. 검토	86
제5장 結 論	88

參考文獻	91
ABSTRACT	95

제1장 序 論

제1절 문제의 제기

오늘날 개인의 재산뿐만 아니라 인격권을 침해하는 행위에 대하여 민형사상 분쟁이 많이 발생하고 있다. 개인의 인격권 역시 중요한 가치로 대두되었다는 것을 의미할 뿐만 아니라 인격권 침해도 더 이상 사적 분쟁해결보다 법적 분쟁해결이 더 중요시된다는 것을 의미한다.

인격권을 침해하는 대표적이고 전통적인 영역이 바로 명예훼손이다. 우리 법은 명예훼손에 대하여 민사상 불법행위 책임을 인정할 뿐만 아니라 명예훼손죄를 형사처벌하고 있다. 그런데 헌법 제21조 제4항에서 “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.”고 규정하고 있듯이, 명예훼손은 필연적으로 언론·출판의 자유와 충돌하고, 인격권과 표현의 자유의 조화가 중요하면서도 해결하기 쉽지 않은 문제이다.

그렇다면 명예훼손은 무엇이고, 어떤 경우에 불법행위 책임이 인정되는지를 상세하게 검토할 필요가 있다. 학설과 판례는 전통적으로 명예훼손에서 명예란 외적 명예를 뜻하고, 명예훼손이란 상대방의 사회적 평가를 저하시키는 일체의 행위를 의미한다고 말한다. 민법에서 명예훼손과 관련한 규정들은 제751조 제1항, 제764조 등을 들 수 있다. 위 규정들과 명예훼손에 대한 개념으로부터 상대방의 명예를 훼손한 자는 불법행위로 인한 손해배상 책임이 있다는 것을 도출할 수는 있지만 구체적으로 어떤 경우에 명예훼손으로 인한 불

법행위 책임이 성립하는지 알 수 없다.

한편 형법 제307조는 명예훼손죄가 성립하기 위하여 공연성과 사실의 적시를 요구하고 있다. 명예훼손으로 인한 불법행위 책임이 성립하기 위하여 명예훼손죄와 마찬가지로 공연성과 사실의 적시가 필요한 것인지가 문제될 수 있는데, 이하 본문에서는 사실의 적시에 대하여 집중적으로 논의하고자 한다.

명예훼손에서 사실의 적시가 필요한지는 바꿔 말하면 의견의 표명에 의해서도 명예훼손이 성립할 수 있는지의 문제이다. 의견의 표명에 의한 명예훼손의 성립 문제에 대하여, 일반적으로 학설은 우리나라 판례가 미국 판결의 영향을 받았다고 평가하고 있으므로 먼저 미국에서의 논의를 소개하고자 한다.

미국의 명예훼손법에서 의견에 대한 취급은 역사적으로 3단계로 나눌 수 있다. 제1단계는 ‘공정논평의 법리’가 적용되는 시기로, 의견에 의한 명예훼손 책임을 인정하되 다만 의견이 공인이나 공적 관심사에 대한 공정한 논평일 경우에는 예외적으로 면책되었다. 제2단계는 ‘의견특권론’이 헌법상 보장되는 시기로, 1974년 연방대법원이 거츠(Gertz) 판결에서 허위의 의견이란 없고 의견은 다른 의견과의 경쟁을 통해 정정해야 한다고 판시한 이래, 사실과 의견을 구별하여 의견에 대하여 헌법적 보호를 하고 있다. 제3단계는 ‘의견특권론 수정’을 가한 시기로, 1990년 연방대법원이 밀코비치(Milcovich) 판결에서 의견의 형식을 갖추고 있다고 면책되는 것이 아니라 그 실질을 보아 허위로 입증될 수 있는지가 면책의 기준이 되어야 한다고 판시하였다.¹⁾

우리나라 대법원은 미국의 판결에 영향을 받아 사실과 의견을 구별하고 순수한 의견만으로는 명예훼손으로 인한 손해배상 책임이

1) Robert D. Sack, Sack on Defamation, Third Edition, Practising Law Institute, 2006, 4-4-4-5면; 한위수, “논평과 명예훼손”, 민사법학 21호, 한국사법행정학회, 2002, 298~299면.

성립하지 않는다고 판시하고 있다. 이러한 판례의 태도에 대하여 학설은 대체로 지지하고 있지만, 진실한 사실의 적시도 명예훼손죄에 해당할 수 있고 모욕죄도 처벌하는 우리나라 법 규정상 미국의 논의를 그대로 적용하기 어렵다.

의견의 표명에 의한 명예훼손이 성립하는지를 검토하기에 앞서 의견의 개념을 명확히 할 필요가 있다. 명예훼손이 성립하는지가 문제되는 의견이란 순수의견을 말한다. 묵시적으로 전제되는 사실을 적시하거나 전제가 되는 사실을 암시하는 혼합의견은 법적으로 사실의 적시로 취급하는 것이 타당하다. 의견의 형식을 갖추었다는 이유만으로 면책될 수는 없으므로, 사실의 적시가 없는 순수의견만이 명예훼손의 성립이 문제가 된다.

학설과 판례는 의견의 표명만으로는 상대방의 사회적 평가를 저하시킬 수 없다는 점을 들어 의견의 표명에 의한 명예훼손의 성립을 부정하고 있다. 그러나 진술자나 언론매체의 사회적 지위나 신뢰성에 따라 순수의견으로도 상대방의 사회적 평가를 저하시킬 수 있다고 보아야 한다. 의견의 표명에 의한 명예훼손을 부정하는 근거는 거츠 판결에서 판시한 것처럼, 의견은 진위를 구별할 수 없으므로 의견을 정정하는 일은 사법부에서 판단할 것이 아니라 의견과의 경쟁을 통해서 이루어져야 하기 때문이다.

사실과 의견을 구별할 필요성이 인정된다고 하더라도 실제 양자를 구별하기는 쉽지 않다. 판례에서 문제되는 표현은 사실이나 의견으로 명확하게 구별되는 것이 아니라, 양쪽의 성격을 모두 갖고 있거나 애매한 경우가 대부분이기 때문이다. 학설과 판례는 미국의 올만(Ollman) 판결의 영향을 받아 전체적 상황 접근방식에 따라 사실과 의견의 구별하고 있는데, 전체적 접근 방식의 타당성과 보완점을 검토하고 구체적 사안을 분석하여 사실과 의견의 구별을 명확하게 할 필요가 있다.

의견의 표명에 의한 명예훼손이 성립하지 않는다면 의견의 표명은 면책되는 것인지가 문제된다. 미국과는 달리 우리나라는 구체적 사실의 적시가 없는 경우에도 모욕죄로 형사처벌을 하고 있으므로 민사상으로도 인격권 침해로 인한 불법행위 책임이 성립할 여지가 있다. 하지만 의견의 자유로운 개진과 교환은 헌법상 보호할 필요가 있으므로 의견에 의한 불법행위 책임을 인정하는데 신중해야 한다.

대법원은 의견의 표명도 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 한 경우에는 명예훼손과는 다른 유형의 불법행위를 구성할 수 있다고 판시하고 있다. 의견 표명의 한계를 일탈한 것을 인신 공격적 표현행위라고 정의한다면, 인신 공격적 표현행위의 판단기준을 검토할 필요가 있다. 학설과 판례는 인신 공격적 표현행위의 구체적 판단기준을 제시하고 있지 않은데, 인신 공격적 표현행위는 형법상 모욕죄와 유사하므로 모욕죄에 대한 판례를 분석하여 판단기준을 정리하고자 한다.

특히 최근 대법원과 헌법재판소에서 모욕죄에 해당하지 않는다고 판시한 판결들이 나오고 있는데, 과거 모욕죄의 구성요건에는 해당하지만 사회상규에 위배되지 않는다고 하여 위법성을 조각한 판례들과의 차이를 유의할 필요가 있다. 인신 공격적 표현행위에 해당하지 않는다고 판단하는 것과 위법성 조각사유로 검토하는 것은 입증책임의 차이를 가져올 수 있다.

마지막으로 원고가 사실과 의견을 구별하지 않고 명예훼손으로 인한 손해배상 책임을 청구한 경우에 인신 공격적 표현행위에 의한 손해배상 책임을 인정할 수 있는지가 변론주의와 관련하여 문제가 된다.

제2절 연구의 목적

명예훼손에서 사실과 의견을 구별하는 근본적인 이유는 의견의 표명은 명예훼손으로 인한 불법행위 책임이 성립하지 않는다고 보아 의견을 보호하는 것에 있다고 생각한다. 자유로운 의견의 개진과 교환은 개인의 개성을 발현시키는 것일 뿐만 아니라 민주주의의 발전을 위해서도 필수적 전제조건이다.²⁾ 의견은 근본적으로 진위를 증명할 수 없으므로 사법부에서 판단하기에 적절하지 않다.

명예훼손에서 사실과 의견의 구별의 필요성이 인정된다고 하더라도 실제 문제되는 표현행위를 사실과 의견으로 구별하는 작업은 매우 어렵다. 똑같은 단어라고 하더라도 당시 상황이나 문맥에 따라 다르게 해석될 수 있고, 사실과 의견의 성격을 모두 지니는 표현도 존재하기 때문이다. 사실과 의견의 구별에 대한 원심과 대법원의 판단이 다르거나 대법원의 의견이 갈린 경우도 종종 있다.

사실과 의견의 구별기준으로 학설과 판례는 문제되는 표현 자체 뿐만 아니라 문맥, 사회적 흐름, 입증가능성 등을 모두 고려하는 전체적 상황 접근 방식을 취하고 있다. 하지만 실제로 위 구별기준을 어떻게 적용되는지, 판례가 구별기준을 적용하여 판단하는 결과가 타당한지에 대해서 의문이 있다. 전체적 상황 접근방식에서 제시하는 기준들을 검토하고 구체적 사례를 분석하여 실제적인 적용을 연구하고자 한다.

한편 의견의 표명을 보호할 필요성이 인정된다고 하더라도 의견의 표명에 의해 상대방의 사회적 평가가 저하되거나 정신상 고통을 받는다면 불법행위 책임이 인정될 여지가 있다. 의견의 표명에 의한 불법행위 책임을 인정한다면 굳이 명예훼손 책임과 다른 유형의 책임을 인정할 필요가 있는지, 다른 유형의 책임을 인정하는 실익은

2) Robert D. Sack, 앞의 책, 4-3면.

무엇인지를 연구하고자 한다.

상대적으로 사실과 의견의 구별론에 비해 의견의 표명에 의한 불법행위 책임에 대한 연구가 많지 않다. 의견의 한계를 일탈하여 불법행위 책임이 인정되는 개념을 ‘인신 공격적 표현행위’라고 정의한다면, 인신 공격적 표현행위의 판단기준과 위법성 인정요건에 대해서 분석해야 한다.

결론적으로 명예훼손에서 사실과 의견을 구별하고, 의견으로 판명된 경우 의견에 의한 불법행위 책임이 성립하는지를 검토하여 표현의 자유와 인격권의 조화를 도모하는 것이 최종적인 연구의 목적이다.

제3절 연구의 방법

먼저 미국 명예훼손법의 논의를 소개하면서 명예훼손에서 의견에 대한 보호가 달라진 배경을 검토하고, 순수의견과 혼합의견의 구별에 관한 리스테인먼트의 입장과 전체적 상황 접근방식을 최초로 제시한 올만 판결을 우리나라 대법원 판결과 비교하여 분석하는 방식으로 연구하고자 한다.

다음으로 의견의 표명에 의한 명예훼손을 인정할지 여부에 대해서, 학설과 판례의 입장을 소개하고, 의견의 표명에 의해 상대방의 사회적 평가가 저하될 수 있는지에 대해서 검토하고자 한다. 학설과 판례는 명예훼손에서 명예는 외적 명예로 보고 있으므로, 주관적 가치판단인 의견의 표명만으로는 상대방의 사회적 평가가 저하될 수 없다면 논리적으로 의견의 표명에 의한 명예훼손의 성립을 부정해야 할 것이다. 만약 의견의 표명으로도 사회적 평가가 저하될 수 있다면, 의견의 표명에 의한 명예훼손의 성립을 부정하는 이유는 무엇인지를 미국 거츠 판결을 통해 설명하고자 한다.

대법원은 사실과 의견의 구별기준으로 미국 올만 판결의 전체적 상황 접근방식을 받아들인 것으로 소개되는데, 전체적 상황 접근방식에서 제시하는 기준들을 분석하고, 실제 사건들을 분석하여 적용하는 방식으로 사실과 의견의 구별을 명확하게 하고자 한다.

마지막으로 의견의 표명에 의해 불법행위 책임이 인정되는지에 대하여, 의견 표명의 한계를 일탈한 인신 공격적 표현행위는 형법상 모욕죄에서 모욕과 유사한 개념으로 볼 수 있으므로, 모욕죄에 관한 판례를 분석하여 인신 공격적 표현행위의 판단기준과 위법성 조각 사유에 대해 검토하겠다.

제2장 미국에서 의견의 표명과 명예훼손

제1절 공정논평의 법리

I. 일반론

미국 연방 수정헌법 제1조는 “국회는 종교의 자유를 침해하거나 언론·출판의 자유, 집회의 자유, 청원의 자유를 침해하는 법률을 제정해서는 안 된다.”라고 규정하여 표현의 자유를 보장하고 있다. 미국에서 명예훼손은 다른 사람의 명성을 해하여 그 사람이 사회에서 받는 평가를 저하시키거나 제3자로 하여금 그와 거래하거나 어울리는 것을 주저하게 만드는 행위라고 정의한다.³⁾

그런데 전통적으로 보통법(Common Law)에서 명예훼손은 수정헌법상 보호되는 표현이 아니라고 보고, 명예훼손적 표현은 허위라고 추정하였다.⁴⁾ 나아가 진술자가 명예훼손의 의도를 갖고 있었는지, 허위라는 점을 알았는지, 또는 과실이 있는지 등이 문제되지 않는 이른바 엄격책임을 진다고 보았다.⁵⁾

그러나 연방대법원은 표현의 자유, 특히 공적인 표현에 대한 헌법적 보호를 보장함으로써 엄격책임에 수정을 가하였다.⁶⁾ 1964년 뉴욕 타임즈 판결에서 공인에 대한 명예훼손은 현실적 악의가 증명되지 않는다면 책임을 지지 않는다는 원칙을 확립하였고, 이후 1974년 거츠 판결로 의견은 명예훼손의 대상이 되지 않는다는 의견특권

3) American Law Institute, Restatement of the law Second Torts 2d, American Law Institute Publishers, 1977, 156면, §559.

4) American Law Institute, 앞의 책, 235~236면, §581A Comment b.

5) 신평, 명예훼손법, 청림출판, 2004, 171~172면.

6) 김경환, “의견에 의한 명예훼손 (II)”, 언론관계소송 재판실무연구(1), 한국사법행정학회, 2008, 230면.

론이 등장하게 되었다. 거츠 판결 이후 1977년 리스테이트먼트 제2판의 개정이 이루어져 순수의견과 혼합의견을 구별하여 순수의견은 명예훼손에 해당하지 않는다고 규정하였고, 1984년 올만 판결에서 사실과 의견의 구체적인 구별기준을 제시하였다. 이후 과도한 의견 특권론에 따른 인격권의 경시가 우려되어 1990년 밀코비치 판결이 선고되었고, 이 판결의 정확한 의미에 관하여는 여러 가지 해석이 나오고 있다.⁷⁾

II. 공정논평의 법리

미국에서는 전통적으로 보통법상 의견도 상대방의 명예를 훼손할 수 있다고 보아 의견이라는 이유만으로 면책되지 않았다.⁸⁾ 그러나 의견은 법적 절차에서 당부가 밝혀질 수가 없고 의견은 보호가치가 있다고 인식됨에 따라 의견이 공정한 논평에 해당한 경우 면책된다는 공정논평의 법리(fair comment rule)가 발전되었다.⁹⁾

공정논평의 법리가 적용하려면 의견이나 논평이 ① 공중의 관심사에 대한 것이고, ② 논평자의 진정한 의견이고, ③ 상대방에게 오로지 해를 가할 목적으로 진술한 것이 아니어야 하고, ④ 허위의 사실을 적시하거나 암시해서는 안 된다는 것이 요구된다.¹⁰⁾

공정논평의 법리는 점차 적용범위가 확대되어 공무원에 대한 보도뿐만 아니라 공직 후보자, 공직과 무관한 지역 지도자 등 자발적으로 공적 논쟁에 뛰어들 자, 그리고 예술가, 유명 운동선수 등 공중의 인정을 받기 위하여 자신을 드러내 놓는 자를 모두 포함하게 되었다.¹¹⁾

7) 신평, 앞의 책, 175면.

8) American Law Institute, 앞의 책, 170~171면 §566 Comment a.

9) 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008, 82면.

10) American Law Institute, 앞의 책, 171면 §566 Comment a.

11) 전원열, “명예훼손 불법행위에 있어서 위법성 요건의 재구성”, 서울대학교 법

공정논평의 법리에 대하여 ‘논평자의 진정한 의견’, ‘상대방에게 오로지 해를 가할 목적’, ‘공정한 논평’ 등의 개념이 다양하게 해석될 수 있어 보호의 범위가 불분명하다는 비판이 있다.¹²⁾

의견특권론이 등장한 이후에도 공정논평의 법리가 효력을 가지는지에 대해 논란이 있다. 공정논평의 법리가 변함없이 인정된다는 견해도 있지만, 명시적으로 공정논평의 법리는 더 이상 적용될 여지가 없다고 판단하거나 공정논평의 법리를 실시하더라도 실질적으로는 의견특권론에 의하여 판단한 판결들이 많아 공정논평의 법리는 독자적인 의미를 상실하였다고 볼 것이다.¹³⁾

학박사 학위논문, 2001, 206면.

12) Robert D. Sack, 앞의 책, 4-6면.

13) Robert D. Sack, 앞의 책, 4-8~4-9면; 신평, 앞의 책, 160~161면.

제2절 의견특권론

I. 거츠 판결¹⁴⁾

1. 사실관계

사실관계를 간단하게 요약하면 다음과 같다. 시카고 경찰관인 Nuccio는 살인죄로 유죄판결을 선고받았다. 피해자의 가족들은 유명 변호사인 원고를 선임하여 Nuccio를 상대로 민사소송을 제기하였다. 그런데 잡지사인 피고는 Nuccio의 재판은 경찰을 불신하게 하려는 공산주의자의 음모라고 주장하면서, 원고가 Nuccio 재판을 조작했고, 원고가 전과를 가지고 있다는 암시를 주었고, 원고를 공산주의의 앞잡이라고 지칭하는 기사를 게재하였다. 원고는 피고를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다.

2. 판시사항

연방대법원은 원고가 과거 시 위원회에서 일했다든지 사체 검시에 참여했다는 사실이나, 원고가 Nuccio 사건과 관련하여 역할을 맡았다는 사실만으로는 변호사인 원고를 공직자나 공인으로 만든다고 볼 수 없으므로 뉴욕 타임즈 판결에서 판시한 현실적 악의의 법리를 적용할 수 없다고 판단하였다.

연방대법원은 방론으로 “수정헌법 제1조에 의하면 허위의 의견이란 없다. 의견이 유해하다고 보이더라도, 의견의 정정은 판사나 배심원의 양심이 아닌 다른 의견과의 경쟁을 통해 이루어져야 한다. 하지만 허위의 사실 적시에는 아무런 헌법적 가치가 없다. 고의적인

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

거짓말이나 부주의한 실수는 공적인 쟁점에 대한 ‘제한되지 않고, 건전한, 개방된’ 토론의 사회적 이익을 증가시키지 못한다.”라고 판단하였다.

3. 검토

거츠 판결은 사인(私人)에 대한 명예훼손은 현실적 악의가 없더라도 과실이 있으면 손해배상 책임이 인정된다는 원칙이 그 핵심적인 판시 내용임에도, 방론에서 판시한 의견특권론이 더 주목을 받게 되었다.¹⁵⁾ 즉 거츠 판결은 사실과 의견의 구별을 헌법적 차원의 문제로 격상시키고, 동시에 의견이면 원칙상 절대적으로 면책된다는 헌법상 의견특권론을 실시한 것으로 받아들여졌고, 이 판결 이후 연방과 주의 각급 법원은 의견은 면책된다는 취지의 판결을 선고하였다.¹⁶⁾

의견특권론은 의견에 대한 헌법적 보호를 통해 표현의 자유를 더욱 보장하고자 하였다. 하지만 의견특권론의 실제적인 효력에 대해 의문을 품는 견해가 있다. 의견특권론은 ‘의견의 정정은 다른 의견과의 경쟁으로 이루어져야 한다’는 것에 기초하고 있는데, 이는 의견의 자유로운 개진과 자기검열의 방지를 의미한다. 그런데 현실적으로 사실과 의견의 구별기준이 모호하고 그 판단결과를 예측하기 어려우므로 의견특권론이 의견의 자유로운 개진과 자기검열의 방지를 가져올 것이라는 기대는 환상에 불과하다고 비판한다.¹⁷⁾

사실과 의견의 구별을 위하여 다양한 기준이 제시되었지만 여전히 명확한 기준이 확립되지 않아 법 적용의 불안정성이 우려되었고,

15) 신평, 앞의 책, 196면.

16) 박용상, 앞의 책, 86면.

17) Jeffrey L. Kirchmeier, “The Illusion of the Fact-Opinion Distinction in Defamation Law”, Case Western Reserve Law Review, Spring 1989, Vol.39(3), 887~897면

의견특권론이 등장한 이후 피고인 언론사는 소송에서 거의 언제나 승소하게 되어 인격권에 대한 경시를 가져왔다.¹⁸⁾

II. 리스테이트먼트의 입장

1. 리스테이트먼트

미국법학원(American Law Institute)에서 발간한 리스테이트먼트(Restatement)는 미국법 주요 분야 중 판례를 중심으로 발달한 영역을 몇 가지로 나누어 조문의 형식으로 판례이론을 종합하여 나타내고 여기에 설명(Comment)과 예시(Illustration)를 붙인 것이다.¹⁹⁾ 리스테이트먼트는 비록 법원을 구속하지는 않지만 각 분야의 저명한 학자, 판사 등에 의해 형성되어 왔기 때문에 상당한 영향력을 가진다.

2. 순수의견과 혼합의견의 구별²⁰⁾

리스트에이트먼트 초판은 의견의 표명에 의한 명예훼손에 대하여 제566조에서 “양 당사자가 이미 알고 있거나 추정하고 있는 사실에 기초한 의견의 표명에 의해서도 명예훼손이 성립할 수 있다.”, 제567조에서 “드러나지 않은 사실을 암시하는 의견의 표명에 의해서도 명예훼손이 성립할 수 있다.”고 규정하고 있었다. 위 제566조에 대하여 명예훼손이 성립하기 위해서는 ‘허위이고 명예훼손적이어야 한다’는 제588조와 모순된다는 비판이 있었다.²¹⁾

18) 박용상, 앞의 책, 88면.

19) 신평, 앞의 책, 200면.

20) American Law Institute, 앞의 책, 170면 이하.

21) George C. Christie, “Defamatory Opinions and the Restatement (Second) of Torts”, Michigan Law Review, 1 August 1997, Vol.75(8), 1625~1632

거츠 판결 이후 리스테이트먼트 제2판은 공정논평에 관한 조항들을 삭제하고 제566조를 “의견의 표명에 의해서도 명예훼손이 성립할 수 있다. 다만 이 경우 의견의 전제가 되는 드러나지 않은 명예훼손적 사실의 주장을 함축하고 있어야 제소할 수 있다.”고 개정하여, 순수의견과 혼합의견을 구별하고 혼합의견만이 명예훼손에 해당할 수 있다고 규정하였다.

구체적으로 위 조항에 대한 리스테이트먼트의 설명과 예시를 살펴보면, Comment a는 보통법상 명예훼손은 의견에 의해서도 성립할 수 있고 공정논평의 법리에 대해 설명하고 있다.

Comment b는 순수의견과 혼합의견을 구별하고 있다. 순수의견이란 진술자가 자신이 미리 진술한 사실이나 양 당사자가 이미 알거나 추정하고 있는 사실에 근거하여 진술한 의견으로 다른 사실의 존재를 암시하지 않는 반면, 혼합의견은 미리 진술한 사실이나 양 당사자가 추정하고 있는 사실에 근거하지 않은 의견으로 드러나지 않은 사실의 존재를 암시하는 것을 말한다.

Comment c는 거츠 판결에 따라 순수의견과 혼합의견을 구별하는 것은 헌법적으로 매우 중요해졌고, 순수의견은 그 의견이 부당하거나 비합리적이고 심지어 경멸적이라고 하더라도 명예훼손에 해당하지 않는 반면 혼합의견은 명예훼손에 해당할 수 있다고 한다.

Illustration은 순수의견과 혼합의견의 사례로, 예컨대 A가 B에게 “내 생각에 C는 알코올중독자가 틀림없어.”라고 진술한 경우에, C에 대한 드러나지 않은 사실을 암시하고 있다고 해석될 수 있으므로 혼합의견에 해당할 수 있지만, 만약 A가 B에게 “나는 지난 6달 동안 C를 두 번 봤는데, 두 번 모두 아침 5시 반에 술을 마시고 있었어. 내 생각에 C는 알코올중독자가 틀림없어.”라고 진술한 경우에는 전제가 되는 사실을 적시하고 있으므로 순수의견에 해당할 수 있다고 한다.

면.

그리고 순수의견과 혼합의견에 대하여 4가지 규칙을 다음과 같이 제시하고 있다. ① 순수의견이 명예훼손적인 허위의 사실에 기초하고 있다면, 허위의 사실에 대하여는 명예훼손 책임이 있지만 의견 부분은 책임이 없다. ② 순수의견의 전제가 되는 사실이 명예훼손적이지 않다면 전제사실은 물론 의견 부분도 명예훼손 책임이 없다. ③ 의견의 전제되는 사실이 미리 진술되지는 않았지만 양 당사자가 진실한 사실로 추정하고 있고 다른 명예훼손적인 사실이 없다면 명예훼손 책임이 없다. ④ 드러나지 않은 사실의 존재를 암시하는 명예훼손적인 의견은 명예훼손 책임이 있다.

Comment d는 풍자나 조롱 역시 순수의견과 혼합의견의 구별이 적용될 수 있다고 한다. 풍자가 거친 표현을 사용했다고 하더라도 미리 진술되거나 양 당사자가 추정하고 있는 사실에 근거하였다면 순수의견에 해당하여 명예훼손 책임이 없다.

Comment e는 화가 나서 이성을 잃고 하는 욕설 중에는 그 의미를 문자 그대로 받아들이거나 진지하게 받아들이기 어려운 경우가 있는데, 이 경우 명예훼손 책임은 없다고 한다. 예컨대 화가 나서 원고를 후레자식이라고 부른 경우에 원고가 사생아라는 의미로 말한 것이 아니라 단순히 욕설을 한 것으로 보아야 한다.

3. 검토

리스테이트먼트의 내용은 대부분 법원의 판결을 정리한 것으로 새로운 것이라고 할 수는 없다. 순수의견은 연방 수정헌법 제1조에 의해 보호받는다라는 명제는 이미 압도적인 지지를 받아 왔다.²²⁾ 실제 판결에서는 대체로 순수의견으로 보호된다고 판단하고 명예훼손적 숨은 사실이 있다고 판단한 경우는 소수에 지나지 않는다고 한

22) 신평, 앞의 책, 206면.

다.²³⁾

순수의견과 혼합의견의 구별에 대하여 실제로 문제가 되는 대부분의 의견은 혼합의견인데, 혼합의견 중에서 제소 대상이 되는지 문제는 그 진술 내에 허위의 사실 내용이 얼마나 담겨 있는지 정도의 문제라고 평가하는 견해가 있다.²⁴⁾

Ⅲ. 올만 판결²⁵⁾

1. 사실관계

원고인 올만 교수가 메릴랜드 대학의 정치학과 학과장에 지명되자 칼럼니스트인 피고가 원고를 비난하는 ‘마르크스주의 교수의 외도’라는 제목의 칼럼을 게재하였다. 칼럼의 내용 중에 ① “올만 교수는 정치적 마르크스주의의 확실한 주장자이다.”, “학계에서 올만 교수는 정치적 활동가로 널리 알려져 있다.”, ② “마르크스주의를 가르치는 것뿐만 아니라 행동을 위한 기반을 만든다.”, “올만 교수는 그의 저작에서 학교를 ‘혁명’ 준비를 위한 도구로 사용하고자 하는 욕망을 인정하고 있다.”, ③ “익명의 정치학 교수는 올만 교수에 대하여 ‘올만 교수는 학계에서 인정받지 못한다. 그는 단순한 활동가이다.’라고 진술하고 있다.”는 표현 등이 원고의 명예를 훼손하는지가 문제되었다.

2. 판시사항

법원은 거츠 판결에 의해 사실과 의견의 구별이 헌법적 원칙의

23) 신평, 앞의 책, 217~218면.

24) 전원열, 앞의 논문, 239면.

25) *Ollman v. Evans*, 750 F.2d 970 (D.C. Cir. 1984).

문제로 격상시켰지만 그 구별기준을 제시하지 않았다는 점을 언급하고, 사실과 의견의 구별기준으로 4가지 요소들을 제시하였다.

올만 판결에서 제시하고 있는 4가지 요소들은 ① 문제되는 표현의 통상적인 용법이나 의미, ② 진술의 입증가능성, ③ 전체적인 맥락, ④ 더 넓은 맥락이나 사회적 흐름이다.

법원은 위 기준을 적용하여 이 사건 칼럼에서 문제되는 표현은 의견에 해당하므로 보호받는다고 판단하였다. 특히 “올만 교수는 학계에서 인정받지 못한다. 그는 단순한 활동가이다.”는 진술에 대하여, ㉠ 칼럼이 사실란에 게재되어 일반적인 독자들이 의견으로 받아들이는 점, ㉡ 칼럼에서 위 표현 바로 앞에 올만을 뉴욕 대학교 교수라고 소개하여 원고의 객관적인 지위를 진술하고 있는 점, ㉢ 피고가 칼럼에서 올만 교수가 메릴랜드 대학의 정치학과 학과장으로 지명된 것에 대해 소수의 학자들만 문제를 제기하고 있다고 진술한 점 등에 비추어 볼 때 수사적 과장에 불과하여 의견의 표명에 해당한다고 판단하였다.

3. 검토

이 판결은 컬럼비아 특별구 항소법원(D.C. Circuit)의 판결로 사실과 의견의 구별기준에 관하여 처음으로 일반적인 정형화를 시도하였다. 처음의 시도이고 하급심 판결임에도 불구하고, 판결에 나타난 4가지 요소에 관한 분석은 그 후 가장 영향력을 크게 미친 식별기준이 되었다고 한다.²⁶⁾

사실과 의견의 구별이 갖는 다분히 정치적, 이데올로기적 성격을 가능한 실제적이고 구체적인 내용을 부여했다는 점에서 긍정적으로 평가되지만, 올만 판결에서 제시하는 기준 역시 해석의 여지가 있

26) Eileen Finan, “The fact-opinion determination in defamation”, Columbia Law Review, May 1988, Vol.88(4), 809면; 신평, 앞의 책, 224면.

므로 실제 사건에서 사람의 가치관이나 경험 등에 따라 다른 결론에 이를 수 있어 여전히 불완전하다는 평가가 있다.²⁷⁾ 더 나아가 사실과 의견을 구별하는 추상적인 기준을 설정하는 것은 불가능하며, 입증가능한 것인지에 대한 판단은 상대적이므로 사실과 의견의 구별하는 대신 원고로 하여금 진술의 허위를 입증하도록 하는 것이 타당하다는 비판도 있다.²⁸⁾

올만 판결에서 제시하는 4가지 요소의 적용방법에 대하여 다수의견을 작성한 스타(Starr) 판사는 ③ 전체적인 문맥, ④ 더 넓은 맥락이나 사회적 흐름을 먼저 고려해야 한다고 판시하였고²⁹⁾ 이를 지지하는 견해³⁰⁾도 있지만 입증가능성을 중요시하며 반대하는 견해³¹⁾도 있다.

이 판결에 대하여 연방대법원은 원고의 상고 청구를 불허하였는데("The petition for writ of certiorari is denied."), 이에 대하여 다른 직업과 달리 동료인 학자로부터 인정을 받는다는 것은 학자의 평판에 절대적인 영향을 미치고, 올만 교수가 학계에서 인정을 받는 지 여부는 입증가능한 문제이기 때문에 헌법상 보호되는 의견의 표명이 아닌 사실의 적시로 보는 것이 타당하다는 이유로 반대하는 견해가 있었다.³²⁾

27) 신평, 앞의 책, 232면은 이 판결에서 다수의견이 수립된 기준에 동의하였으면 서도 '올만 교수는 학계에서 인정받지 못한다.'는 표현이 사실인지 의견인지에 대한 판단이 크게 갈렸다는 점에서 알 수 있듯이 기준 적용의 불명확성을 여실히 드러내고 있다고 한다.

28) David M. Becker, "Structuring Defamation Law to Eliminate the Fact-Opinion Determination: A Critique of Ollman v. Evans", Iowa Law Review, March 1986, Vol.71(3), 931~934면.

29) Ollman v. Evans, 750 F.2d 970 (D.C. Cir. 1984), 980면 각주 17.

30) Rodney W. Ott, "Fact and opinion in defamation: recognizing the formative power of context", Fordam Law Review, March 1990, Vol.58(4).

31) Jeffrey E. Thomas, "Statements of Fact, Statements of Opinion, and the First Amendment", California Law Review, 1 May 1986, Vol.74(3).

32) Ollman v. Evans, 471 U.S. 1127 (1985) 반대의견.

제3절 의견특권론의 수정

I. 밀코비치 판결³³⁾

1. 사실관계

원고인 밀코비치는 고등학교 레슬링 코치였는데, 그의 팀은 다른 고등학교 팀과의 경기에서 언쟁에 휩쓸렸다. 원고와 감독 스카트는 오하이오 고등학교 체육위원회의 조사절차에서 증언하였고, 그의 팀은 보호관찰 처분을 받게 되었다. 그들은 여러 부모들이 제기한 소송에서도 증언을 하였는데, 주법원은 오하이오 고등학교 체육위원회의 결정을 뒤집었다. 법원의 결정이 있는 다음날, 신문사인 피고는 원고가 위증을 했다는 것을 암시하는 내용의 칼럼을 게재하였다. 원고는 칼럼이 자신이 위증죄를 범했다는 내용이고, 원고의 선생과 코치로서의 명예를 훼손하는 것이므로 피고를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다.

2. 판시사항

연방대법원은 수정헌법 제1조는 별도의 의견특권론을 요구하지 않고, 표현의 자유가 숨 쉴 공간은 기존의 헌법적 원칙들에 의해 보장될 수 있다고 판시하였다. 또한 거츠 판결은 의견에 대한 절대적인 면제를 의도한 것은 아니라고 판시하였다.

연방대법원은 합리적인 배심원이라면 피고의 칼럼은 밀코비치가 사법절차에서 위증을 했다는 주장을 암시하고 있다고 결론내릴 수 있다고 판시하였다. 그 이유로 ① 이 사건 기사는 밀코비치가 위증

33) Milkovich v. Lorain Journal Co., 497 U.S. 1 (1990).

죄를 범했다는 인상을 부인할 수 있는 험겁거나 비유적이고 과장된 표현을 사용하지 않았다는 점, ② 이 사건 기사의 일반적인 취지 역시 밀코비치가 위증죄를 범했다는 인상을 부인하게 만들지 않는다는 점, ③ 밀코비치가 위증죄를 범했다는 암시는 밀코비치의 체육위원회 조사절차에서의 증언과 사법절차에서의 증언을 비교하는 방법 등으로 진위를 입증할 수 있다는 점에서 충분히 사실적이라고 판단하였다.

3. 검토

연방대법원은 문제가 된 진술이 사실인지 의견인지에 관하여 어떤 선형적 분류를 하는 것을 피하고, 진술의 진실성에 관한 입증가능성에 초점을 맞추었다고 할 수 있다.³⁴⁾

밀코비치 판결은 종래 하급심에서 문제가 된 진술이 의견의 형식을 갖추고만 있으면 거의 대부분 이를 의견이라고 판단하여 면책시키던 것을 금지하고, 허위로 증명될 수 있는가를 면책의 기준으로 제시한 데 의의가 있다고 한다.³⁵⁾ 종래 보호받지 못하는 사실과 보호받는 의견에 대한 구분을 보호받지 못하는 허위로 증명된 진술과 보호받는 허위로 증명되지 않은 진술에 대한 구분으로 바꾸었다고 볼 수 있다.³⁶⁾

II. 밀코비치 판결 이후

밀코비치 판결은 거츠 판결 이후 연방과 주의 각급 법원에서 의견이면 절대적으로 면책된다고 판단하는 것에 제동을 걸면서 이에

34) 신평, 앞의 책, 237면.

35) 전원열, 앞의 논문, 211면.

36) Robert D. Sack, 앞의 책, 4-13~4-15면.

대체할 만한 뚜렷한 기준을 제시하지 않았기 때문에 이후 하급심 판결의 입장은 다양하게 나타났다.³⁷⁾ 밀코비치 판결 이후 하급심 판결의 경향은 크게 8가지로 구분될 수 있는데, ① 허위의 사실을 적시하거나 암시한 경우에 제소가능하다는 판결, ② 추론적 의견과 평가적 의견을 구별하지 않고 순수의견으로 면책된다는 판결, ③ 미리 진술한 사실이나 양 당사자가 추정하고 있는 사실이 없는 경우에도 전체적 상황 접근방식에 따라 면책하는 판결, ④ 전체적 상황 접근방식에 따라 진술이 입증가능하지 않으므로 면책하는 판결, ⑤ 밀코비치 판결이나 전체적 상황 접근방식에 따라 모호한 진술을 면책하는 판결, ⑥ 전체적 상황 접근방식에 따라 진술을 사실로 판단한 판결, ⑦ 과장과 욕설을 면책하는 판결, ⑧ 별다른 분석 없이 진술을 의견으로 판단한 판결이다.³⁸⁾

이에 대하여 밀코비치 판결은 그 이전의 형식적인 의견특권론에서 벗어나 보다 실질적으로 사실과 의견을 구별하고자 했고, 밀코비치 이후의 하급심 판결들은 밀코비치 판결에서 보이는 이 태도를 기본적인 전제로 하되 구체적인 구별 기준에 관하여는 밀코비치 판결 이전의 것도 참조하여 판결한다고 평가하여 사실과 의견의 구별에 대하여 형식에서 실질로의 변화를 꾀하고 있다고 평가하는 견해가 있다.³⁹⁾

37) 신평, 앞의 책, 239면.

38) Kathryn Dix Sowle, "A matter of opinion: Milkovich four years later", William & Mary Bill of Right Journal, Winter 1994, Vol.3(2), 499~551면.

39) 신평, 앞의 책, 248~249면.

제4절 소결

미국에서 의견에 대한 취급은 공정논평의 법리, 의견특권론, 의견특권론의 수정으로 진행되어 왔다. 우리나라 판례 역시 후술하듯이 의견특권론을 도입하여 사실과 의견을 구별하고 있고, 판례가 제시하는 사실과 의견의 구별기준 역시 올만 판결에서 제시한 4가지 요소와 유사한 것에 비추어 미국의 논의에 많은 영향을 받은 것을 알 수 있다.

의견특권론의 수정을 가하였다고 평가받는 밀코비치 판결의 의미에 대하여 논란이 있고 실제 밀코비치 판결 이후 하급심의 판결도 다양하게 나타나고 있다. 생각건대 밀코비치 판결은 의견특권론을 폐지한 것이 아니며 종래 의견의 형식을 갖추고 있으면 이를 의견이라고 판단하여 면책시키던 것을 금지하고 허위로 증명될 수 있는지를 면책의 기준으로 제시한 것에 의의가 있다.

그런데 우리 형법은 의견에 해당하는 모욕죄를 형사처벌하고 있다. 또한 판례는 진실한 사실을 적시한 경우도 명예훼손이 성립할 수 있고, 다만 진실 또는 상당성과 공익성이 인정되는 경우에는 위법성이 없다고 판단하고 있다. 따라서 미국의 논의가 그대로 적용될 수 있는지, 밀코비치 판결에 의한 의견특권론의 수정은 어떻게 적용될 수 있는지 문제가 된다.

생각건대 모욕죄를 형사처벌하고 사실 적시 명예훼손을 인정하는 것과는 별개로 우리나라에서도 의견특권론을 인정할 수 있다. 대법원은 명예훼손에서 사실과 의견을 구별하여 의견의 표명에 의한 명예훼손을 부정하는 의미에서 의견특권론을 도입하고 있다. 따라서 문제되는 표현이 의견의 표명에 해당되어 명예훼손이 부정된다고 하더라도 명예훼손과는 별개의 인격권 침해로 인한 불법행위 책임이 인정될 수 있다.

또한 의견은 주관적 가치판단으로 입증할 수 없는 것이기 때문에 의견은 결국 밀코비치 판결에서 의미하는 ‘허위로 증명될 수 없는 것’에 해당한다. 다만 사실 적시 명예훼손을 인정하는 판례의 태도에 비추어 문제되는 표현이 의견이 아닌 진실한 사실로 판명된 경우에는 공익성이 인정되는지 여부를 추가로 검토할 필요가 있다. 즉 밀코비치 판결은 우리나라 판례가 제시하는 사실과 의견의 4가지 구별기준 중에서 입증가능성을 핵심적인 구별기준으로 보아야 한다는 측면에서 의미가 있다.

제3장 사실과 의견의 구별

제1절 개설

I. 일반론

명예훼손에서 명예의 개념에 대하여 통설과 판례는 외적 명예로 보고 있다. 즉 명예훼손에서의 명예라 함은 사람의 품성,德行, 명성, 신용 등 세상으로부터 받는 객관적인 평가를 말하는 것이고 특히 법인의 경우에는 그 사회적 명성, 신용을 가리키는 것이다.⁴⁰⁾ 명예훼손은 명예주체에 대한 사회적 평가를 저하시키는 일체의 행위를 말한다.⁴¹⁾ 따라서 자신의 인격적 가치에 대한 자신의 주관적인 평가 내지 감정을 의미하는 명예감정의 침해는 명예훼손에 해당하지 않는다.⁴²⁾

우리나라는 허위의 사실을 적시한 경우뿐만 아니라 진실한 사실을 적시한 경우도 명예훼손이 성립할 수 있다. 다만 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 위법성이 없으며 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.⁴³⁾

피해자가 공적 인물이라 하여 방송 등 언론매체의 명예훼손 행위가 현실적인 악의에 기한 것임을 그 피해자 측에서 입증하여야 하

40) 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카1450 판결.

41) 대법원 1997. 10. 28. 선고 96다38032 판결.

42) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다756 판결.

43) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

는 것은 아니지만,⁴⁴⁾ 공적 존재에 대한 공적 관심사안의 경우 사적인 영역에 속하는 사안과 심사기준에 차이를 두어 언론의 자유에 대한 제한을 완화하고 있다.⁴⁵⁾

II. 관련 법 규정

명예훼손에 관한 법 규정으로 헌법 제21조 제4항은 언론·출판은 타인의 명예를 침해하여서는 안 되고, 언론·출판이 타인의 명예를 침해한 때에는 피해의 배상을 청구할 수 있다고 규정하여 표현의 자유와 인격권의 조화를 강조하고 있다.

명예훼손에 관한 구체적 규정으로 형법 제307조 제1항은 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자”를 처벌하고 있고, 같은 조 제2항은 “공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자”를 가중처벌하고 있다. 즉 형법상 명예훼손죄는 객관적 구성요건으로 ‘공연성’과 ‘사실의 적시’를 요구하고 있다.⁴⁶⁾

민법은 제751조 제1항에서 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.”고 규정하고, 제764조에서 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.”고 규정하여 명예훼손으로 인한 손해배상 및 구제수단에 대하여 규정하고 있다.

따라서 민법은 명예훼손으로 인한 불법행위 책임을 인정하고 있고, 명예훼손도 불법행위에 관한 포괄조항인 민법 제750조에 따라 불법행위 책임이 성립할 수 있다.

44) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결.

45) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결.

46) 이재상, 형법각론, 박영사, 2013, 187~192면.

그 밖에 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률은 정정보도·반론보
도·추후보도 등에 관해 규정하고 있고, 정보통신 이용촉진 및 정보
보호 등에 관한 법률은 정보통신망을 통한 명예훼손죄를 처벌하고
있다.

제2절 사실과 의견의 구별

I. 문제제기

민법은 명예훼손으로 인한 불법행위 책임의 성립요건에 대하여 규정하고 있지 않다. 따라서 민사상 명예훼손의 성립요건에 형법상 명예훼손죄의 구성요건과 마찬가지로 ‘공연성’과 ‘사실의 적시’를 요구할 것인지 문제가 된다.

먼저 명예훼손이 성립하기 위하여 공연성이 필요한지에 대하여 학설은 명예훼손의 보호법익을 피해자의 명예감이 아닌 피해자에 대한 사회적 평가로 보는 한 적어도 피해자 이외의 제3자에게 그러한 진술을 할 것이 필요하다고 한다.⁴⁷⁾

문제는 사실의 적시가 없는 의견의 표명인 경우에도 명예훼손으로 인한 불법행위 책임이 인정될 수 있는지 여부이다. 논의를 시작하기 전에 사실과 의견의 정의를 명확히 할 필요가 있다. 사실(事實)의 사전적인 의미는 “실제로 있었던 일이나 현재에 있는 일”이고, 의견(意見)의 사전적인 의미는 “어떤 대상에 대하여 가지는 생각”이다.⁴⁸⁾ 즉 사실은 현실적으로 발생하고 증명할 수 있는 과거와 현재의 상태를 말하고, 의견은 가치판단으로 그 정당성은 주관적 확신에 의하여 좌우되는 것이다.⁴⁹⁾

대법원은 명예훼손죄에 있어서 사실의 적시란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며, 그 표현내용이 증거에 의한 입증이 가능한 것을 말한다고 판시하고 있다.⁵⁰⁾

47) 곽윤직 편, 민법주해[XVIII] 채권(11), 박영사, 2005, 268면(이동명 집필부분).

48) 네이버 국어사전.

49) 이재상, 앞의 책, 189~190면.

결국 의견의 표명은 주관적인 가치판단으로 증명할 수 없는 것인데, 주관적인 가치판단인 의견의 표명으로 타인의 사회적 평가가 저하된다고 할 수 있는지, 의견은 '진실성'을 증명할 수 없는데 명예훼손의 위법성 판단 기준을 어떻게 적용할 것인지가 문제가 될 수 있다. 따라서 명예훼손에 있어 사실의 적시와 의견의 표명을 구별할 것인지를 살펴볼 필요가 있다.

II. 구별의 실익

사실과 의견을 구별하는 실익은 의견의 표명은 명예훼손으로 인한 불법행위 책임이 성립하지 않는다고 보아 표현의 자유를 보장하는 것에 있다. 즉 의견의 표명은 명예훼손이 성립하지 않고 다만 예외적으로 인신 공격적 표현행위에 해당하는 경우에만 인격권 침해로 인한 불법행위 책임이 인정된다면 사실의 적시에 비해 표현의 자유를 더 보장하게 된다.

그 밖에 법 규정상 사실의 적시를 요구하는 경우가 있다. 형법과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 명예훼손죄 및 공직선거법상 후보자비방죄는 사실의 적시를 구성요건으로 규정하고 있다. 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률상 정정보도·반론보도는 사실적 주장에 대해서만 청구할 수 있다.

III. 의견의 표명에 의한 명예훼손

1. 학설

명예훼손으로 인한 불법행위 책임에서 사실과 의견을 구별하여

50) 대법원 1998. 3. 24. 선고 97도2956 판결.

사실의 적시가 없는 의견의 표명만으로도 명예훼손이 성립할 수 있는지가 문제된다.

긍정설은 민법 제751조는 형법상 명예훼손죄와 달리 사실의 적시를 규정하고 있지 않은 점, 의견의 표명으로 타인의 사회적 평가를 저하시킬 수 있는 점, 사실과 의견을 구별하는 것이 모호한 점 등을 들어 사실의 적시가 없는 의견의 표명도 명예훼손이 성립할 수 있다고 한다.⁵¹⁾

반면 부정설은 의견의 표명만으로는 타인의 사회적 평가가 저하된다고 볼 수 없는 점, 의견은 진위를 구별할 수 없으므로 당연히 면책된다는 점 등을 들어 의견의 표명은 명예훼손이 성립할 수 없다고 한다.⁵²⁾

2. 판례

대법원은 “민사상 타인에 대한 명예훼손 즉 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회로부터 받는 객관적인 평가를 저하시키는 것은 사실을 적시하는 표현행위 뿐만 아니라 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위에 의하여도 성립할 수 있을 것”이라고 판시하여 긍정설의 입장으로 해석할 수 있지만, “의견 또는 논평을 표명하는 표현행위로 인한 명예훼손에 있어서는 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 증거가 있는가, 혹은

51) 박용상, 언론과 개인 법익 : 명예, 신용, 프라이버시 침해의 구제제도, 조선일보사, 1997, 105면; 한기택, “광의의 의견 또는 논평에 의한 명예훼손”, 대법원 판례해설 32호, 법원도서관, 1999, 284면.

52) 전원열, 앞의 논문, 220면; 정원태, “풍자만화와 명예훼손으로 인한 불법행위 책임”, 대법원판례해설 35호, 법원도서관, 2001, 121면; 한위수, 앞의 논문, 311~312면

그러한 증거가 없다면 표현행위를 한 사람이 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는가 하는 것이 위법성 판단의 기준이 되는 것이므로, 어떠한 표현행위가 명예훼손과 관련하여 문제가 되는 경우 그 표현이 사실을 적시하는 것인가 아니면 의견 또는 논평을 표명하는 것인가, 또 의견 또는 논평을 표명하는 것이라면 그와 동시에 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 것인가 그렇지 아니한가를 구별할 필요가 있다.”고 판시하였으므로,⁵³⁾ 대법원은 묵시적으로 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 혼합의견에 의한 명예훼손을 인정한 것이고, 순수 의견에 의한 명예훼손을 인정한 것은 아니다.

이후 대법원은 “단순한 의견 개진만으로는 상대방의 사회적 평가가 저해된다고 할 수 없으므로, 의견 또는 논평의 표명이 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평일 경우에는 명예훼손으로 인한 손해배상 책임은 성립되지 아니하나, 한편 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 족하다.”라고 판시하였다.⁵⁴⁾

결국 대법원은 사실의 적시를 전제로 하지 않는 순수의견은 타인의 사회적 평가를 저하시킬 수 없으므로 명예훼손의 성립을 부정하는 부정설의 입장이다.

3. 검토

먼저 의견의 형식을 갖추고 있더라도 묵시적으로 그 전제가 되는

53) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결.

54) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.

사실을 적시하고 있는 혼합의견(광의의 의견)은 법적으로 사실의 적시와 같이 취급해야 하므로 명예훼손이 성립하는 것은 당연하다. 대법원이 판시한 것처럼 사실을 적시하는 방법에는 제한이 없기 때문에 사실을 직접적으로 표현한 경우뿐만 아니라 간접적이고 우회적으로 사실을 암시하는 것 역시 사실의 적시로 보아야 하기 때문이다.

결국 문제는 사실을 암시하지 않는 순수의견(협의의 의견)에 의해 명예훼손이 성립하는지 여부이다. 민법 제751조는 명예훼손뿐만 아니라 다른 인격권 침해까지 포괄하여 규정하고 있으므로 ‘사실의 적시’를 규정하고 있지 않았다고 긍정설을 취할 수는 없다.⁵⁵⁾ 오히려 법체계의 통일성에 비추어 형법상 명예훼손죄와 마찬가지로 민사상 명예훼손도 ‘사실의 적시’가 필요하다고 해석하는 것이 더 설득력이 있다.⁵⁶⁾

결론적으로 의견의 표명에 의한 명예훼손의 성립을 부정하는 것이 타당하다. 다만 그 논거를 검토할 필요가 있다.

긍정설과 부정설의 논거를 보면 의견의 표명으로 타인의 사회적 평가가 저하될 수 있는지에 대해 견해가 대립된다. 긍정설은 의견의 표명으로 타인의 사회적 평가가 저하될 수 있으므로 명예훼손이 성립한다는 반면, 부정설은 의견의 표명만으로는 타인의 사회적 평가가 저하될 수 없다고 한다. 판례는 단순한 의견의 개진만으로는 상대방의 사회적 평가가 저하된다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.⁵⁷⁾

의견은 주관적인 가치판단이므로 입증할 수 없기 때문에 의견을 표명했다고 하더라도 상대방이 가지는 사회적 평가가 저하될 수 없는 것처럼 보인다. 부정설은 진술의 상대방이 진술자의 의견에 동조

55) 민성철, “의견면책의 한계 (하) -인신공격적인 의견 표명에 의한 불법행위 책임의 성부”, 언론중재 24권 4호(통권93호 2004. 12. 겨울), 언론중재위원회, 2004, 51면.

56) 김재형, 언론과 인격권, 박영사, 2012, 301면.

57) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.

하지 아니하는 경우에는 타인의 사회적 평가가 저하된다고 볼 수 없고, 반대로 진술의 상대방이 진술자의 의견에 동조하여 타인을 나쁘게 평가하더라도 이는 함께 표명된 근거된 사실의 적시에 기초하여 상대방 스스로의 평가에서 기인하는 것일 뿐 진술자의 의견 자체에서 기인하는 것은 아니라고 한다.⁵⁸⁾

그러나 의견의 표명으로도 사회적 평가가 저하될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 사회적으로 존경을 받는 사람이나 유명인이 특정인 甲에 대하여 TV 프로에서 “나는 甲을 싫어합니다.”라고 말한 경우 甲은 사회적 평가에 있어서 치명타를 입을 수 있다.⁵⁹⁾ 시청자는 甲에 대한 다른 어떠한 사실의 적시가 없더라도 혹은 사실의 적시가 있다고 하더라도 이와 상관없이 사회적으로 존경을 받는 사람이 안 좋은 평가를 내렸다는 것만으로 甲에 대한 평가가 나빠졌을 가능성이 크다. 그렇다고 “나는 甲을 싫어합니다.”라는 발언을 의견이 아닌 사실의 적시라고 볼 수도 없다. 이렇듯 진술자나 언론매체의 사회적 지위, 신뢰성 등에 따라 의견의 표명이더라도 타인의 사회적 평가를 저하시킬 수 있다.

판례가 의견으로 보아 명예훼손의 성립을 부정했던 풍자만화,⁶⁰⁾ 노동당운동이나 공산계릴라식 빨치산 전투라는 표현,⁶¹⁾ “사람답게 살지 못한 사람”이나 “한심하다 못해 분통이 터진다”는 표현⁶²⁾ 등 역시 독자나 시청자로 하여금 타인의 사회적 평가를 저하시키게 만드는 의견의 표명이다.

의견의 표명에 의한 명예훼손을 부정하는 이유는 거츠(Gertz) 판결에서 판시하였듯이, 의견은 진위를 구별할 수 없는 것이므로 의견을 정정하는 일은 사법부에서 판단할 일이 아니라 의견과의 경쟁을

58) 한위수, 앞의 논문, 311~312면.

59) 전원열, 앞의 논문, 237면.

60) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.

61) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결.

62) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2001다84480 판결.

통해서 이루어져야 하기 때문이다. 즉 자유로운 의견의 개진과 교환은 민주주의에 있어 필수적인 전제조건이고, 의견의 표명에 통제를 가하는 것은 표현의 자유를 현격하게 제한하는 것이기 때문이다.⁶³⁾ 자유로운 의견의 개진은 개인의 개성을 발현하는 것으로서 자기완성에 기여할 뿐 아니라 진리의 발견과 사회발전을 위해 중요하므로 헌법상 보호받아야 한다.⁶⁴⁾

따라서 누구든지 인신 공격적 표현행위에 해당하지 않는 한 자신의 의견을 자유롭게 표명할 수 있고, 설사 의견의 표명이 타인의 사회적 평가를 저하시키더라도 의견의 표명은 헌법상 더욱 보호해야 한다는 측면에서 명예훼손에 있어 사실과 의견의 구별을 도입한 것으로 이해해야 한다.

대법원은 “의견을 표명한 부분 중에 원고의 사회적 평가에 영향을 미치거나 그 주관적인 명예감정 등을 침해한 표현이 있다고 하더라도 이러한 사정만으로 이를 위법하다고 볼 수는 없으므로, 결국 제1,2기사도 원고의 명예를 훼손하는 행위에 해당하지는 않는다.”라고 판시하였는데,⁶⁵⁾ 결국 판례도 의견의 표명이 사회적 평가에 영향을 미칠 수 있다는 것은 인정하지만, 그럼에도 불구하고 명예훼손 책임을 인정할 수 없다는 입장으로 해석될 여지가 있다.

63) 전원열, 앞의 논문, 220면은 ‘의견을 보호하는 이유는, 그것이 사회적 평가와 무관하기 때문이 아니라, 그것은 진위 구별이 안 되는 것이어서 헌법상 언론자유에 비추어 처벌할 수 없기 때문인 것이다.’라고 한다.

64) 박용상, 앞의 책, 현암사, 2008, 80면.

65) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결.

제3절 사실과 의견의 구별기준

I. 학설

판례에서 문제되는 표현행위의 경우 대부분 사실과 의견의 혼재되어 있거나 사실과 의견의 경계선 상에 있어 사실과 의견을 구별하는 것이 어렵다. 학설은 주로 미국에서의 논의를 소개하고 우리나라 판례의 입장을 분석하는 방식으로 사실과 의견의 구별기준을 제시하고 있다. 미국에서의 논의로 주로 소개하는 것은 ① 순수의견과 혼합의견의 구별, ② 프로써(Prosser)와 키튼(Keeton)의 의견 3분류, ③ 전체적 상황 접근방식이다. ① 순수의견과 혼합의견의 구별, ② 프로써와 키튼의 의견 3분류는 의견의 형식으로 보이는 진술 중에서 명예훼손의 대상이 되는 의견과 그렇지 않은 의견을 구별하는 방식이고, ③ 전체적 상황 접근방식은 사실과 의견의 구별 없이 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 명예훼손의 대상이 되는 사실과 그렇지 않은 진술을 구별하는 방식이다.⁶⁶⁾

1. 순수의견과 혼합의견의 구별⁶⁷⁾

미국법학원(American Law Institute)에서 발간한 Restatement Second 제566조에 의하면 "의견의 표명에 의해서도 명예훼손이 성립할 수 있다. 다만 이 경우 의견의 전제가 되는 드러나지 않은 명예훼손적 사실의 주장을 함축하고 있어야 제소할 수 있다"라고 규정한다. 즉 순수의견과 혼합의견을 구별하여 혼합의견만이 명예훼손에 해당할 수 있다.

66) 전원열, 앞의 논문, 223면.

67) American Law Institute, 앞의 책, 170면 이하.

순수의견이란 진술자가 자신이 미리 진술한 사실이나 양 당사자가 이미 알거나 추정하고 있는 사실에 근거하여 진술한 의견으로 다른 사실의 존재를 암시하지 않는 반면, 혼합의견은 미리 진술한 사실이나 양 당사자가 추정하고 있는 사실에 근거하지 않은 의견으로 드러나지 않은 사실의 존재를 암시한다.⁶⁸⁾

우리나라 판례도 순수의견과 혼합의견의 개념을 도입하고 있다. 대법원은 “피고는 이 사건 기사로 계엄이 불법이라는 자신의 의견을 표명하면서 그와 같이 보는 근거 즉, 그 의견의 기초가 되는 사실까지 따로 밝히고 있다고 할 것이므로, 피고가 표명한 의견 부분은 이른바 순수의견으로서 타인의 명예를 훼손하는 행위가 될 여지가 없다고 할 것이다.”라고 판시하여⁶⁹⁾ 순수의견을 의견의 기초가 되는 사실을 적시하고 있는지를 기준으로 판단한 것으로 보인다. 하지만 대법원이 “의견 또는 논평의 표명이 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평일 경우에는 명예훼손으로 인한 손해배상 책임은 성립되지 아니하나, 한편 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 족하다.”고 판시한 것처럼,⁷⁰⁾ 순수의견과 혼합의견은 사실의 적시 내지 암시가 있는지를 기준으로 판단해야 한다.⁷¹⁾

사실의 적시가 없는 순수의견은 명예훼손에 해당할 수 없는 반면, 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 혼합의견은

68) American Law Institute, 앞의 책, 171~172면.

69) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다10208 판결.

70) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.

71) 민성철, “의견면책의 한계 (상) -인신공격적인 의견 표명에 의한 불법행위 책임의 성부”, 언론중재 24권 4호(통권93호 2004. 12. 겨울), 언론중재위원회, 2004, 52면.

명예훼손에 해당할 수 있다.⁷²⁾

2. 프로써(Prosser)와 키튼(Keeton)의 의견 3분류⁷³⁾

미국의 학자인 프로써와 키튼은 의견을 추론적 의견(deductive opinions), 평가적 의견(evaluative opinions), 정보전달적 의견(informational opinions)으로 분류한다.

추론적 의견은 대중에게 제공되거나 널리 알려져 있다고 생각되는 진실한 사실에 기초하여 원고의 잘못된 행동 또는 다른 사람이 원고에 대하여 비난한다는 것을 암시하거나 추론하게 하는 의견을 말한다. 예를 들어 “A, B, C 사실에 비추어 보면 甲이 살인자이다.”라고 하는 것을 말한다.⁷⁴⁾

추론적 의견은 과거에는 추론이 허위로 증명될 경우에 제소가능하다고 보았다. 그러나 현재에는 기초가 되는 사실이 모두 드러나 있기 때문에 순수의견에 해당하여 제소불가능하다는 것이 통설이다.⁷⁵⁾

평가적 의견은 상대방에게 제공되거나 추정되는 진실한 사실에 기초하여 다른 사람이나 다른 사람의 행동에 대하여 내리는 가치판단을 말한다. 예를 들어 “이 영화는 내가 본 최악의 영화이다.”라고 하는 것을 말한다.⁷⁶⁾

평가적 의견은 합리적인 사람이라면 기초가 되는 사실로부터 명예훼손 명예훼손을 도출하기 어려운 경우에 제소가능하다고 보았다. 그러나 현재에는 추론적 의견과 마찬가지로 기초가 되는 사실이 모

72) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다10208 판결.

73) W. Page Keeton, Prosser and Keeton on The Law of Torts, Fifth Edition, 1984, 813~814면.

74) 한위수, 앞의 논문, 314면

75) 전월열, 앞의 논문, 227면.

76) 한위수, 앞의 논문, 314면

두 드러나 있기 때문에 설령 평가가 불합리한 것이더라도 제소불가능하다고 보고 있다.⁷⁷⁾

정보전달적 의견은 원고의 진술이 의견의 형태를 띠더라도 합리적으로 볼 때 정보를 전달하는 것이라고 보이는 경우에 성립한다. 정보전달적 의견은 원고의 진술이 의견을 정당화하는 드러나지 않은 사실을 암시하므로 리스테이트먼트의 혼합의견과 유사하다. 예를 들어 “Z은 부패한 정치인이다.”라고 하는 것을 말한다.⁷⁸⁾

만약 암시하는 드러나지 않은 사실이 의견에 의해 정당화되지 않는다면, 정보전달적 의견은 드러나지 않은 사실의 허위 진술로 취급된다.

학설은 추론적 의견과 평가적 의견은 순수의견과 유사한 반면, 정보전달적 의견은 혼합의견과 유사하다고 할 수 있고, 평가적 의견은 추론적 의견에 비해 더 보호받아야 한다고 설명한다.⁷⁹⁾

3. 전체적 상황 접근방식

전체적 상황 접근방식의 대표적인 사례로 올만 판결⁸⁰⁾을 소개하고 있다. 올만 판결은 사실과 의견의 구별기준으로 4가지를 제시하였는데, ① 문제된 표현의 통상적인 용법 또는 의미, ② 진술의 입증가능성, ③ 전체적인 문맥, ④ 더 넓은 사회적 맥락이나 사회적 흐름이다.

올만 판결은 4가지 요소들에 대하여 다음과 같이 설명하였다. ① 구체적인 단어의 일반적인 용법 또는 의미를 분석하는 목표는 문제된 표현이 일반적으로 이해되는 의미를 가지고 있는지 아니면 불명

77) 전원열, 앞의 논문, 227면.

78) 한위수, 앞의 논문, 314면

79) 한위수, 앞의 논문, 314면.

80) *Ollman v. Evans*, 750 F.2d 970 (D.C. Cir. 1984).

확하거나 모호한 것인지를 판단하기 위함이다. 독자들은 일반적으로 불명확하거나 모호한 표현으로부터 사실을 추론하기 어렵기 때문이다. ② 입증가능성이 없다면 합리적인 독자의 경우 문제된 표현이 사실을 포함하고 있다고 생각하지 않을 것이다. ③ 문맥이나 문제된 표현 주변의 문장들은 일반 독자들이 문제된 표현으로부터 사실을 추론하는데 영향을 미칠 것이다. ④ 다른 유형의 표현은 -예컨대 신문기사, 연구논문 등- 다양한 사회적 역할을 가지고 있으므로, 독자가 사실과 의견을 판단하는데 영향을 미친다.

II. 판례

대법원은 “신문 등 언론매체가 특정인에 대한 기사를 게재한 경우 그 기사가 특정인의 명예를 훼손하는 내용인지 여부는 당해 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접하는 방법을 전제로 기사에 사용된 어휘의 통상적인 의미, 기사의 전체적인 흐름, 문구의 연결 방법 등을 기준으로 하여 판단하여야 할 것인데, 이는 앞에서 본 사실 적시와 의견 또는 논평 표명의 구별, 의견 또는 논평 표명의 경우에 전제되는 사실을 적시하고 있는 것인지 여부의 판별에 있어서도 타당한 기준이 될 것이고, 아울러 사실 적시와 의견 또는 논평 표명의 구별, 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. 즉 신문기사 가운데 그로 인한 명예훼손의 불법행위 책임 인정 여부가 문제로 된 부분에 대하여 거기서 사용된 어휘만을 통상의 의미에 좇아 이해하는 경우에는 그것이 증거에 의하여 그 진위를 결정하는 것이 가능한 타인에 관한 특정의 사항을 주장하고 있는 것이라고 바로 해석되지 아니하는

경우라도 당해 부분 전후의 문맥과 기사가 게재될 당시에 일반의 독자가 가지고 있는 지식 내지 경험 등을 고려하여 볼 때에 그 부분이 간접적으로 증거에 의하여 그 진위를 결정하는 것이 가능한 타인에 관한 특정의 사항을 주장하는 것이라고 이해된다면 그 부분은 사실을 적시하는 것으로 보아야 할 것이고, 이를 묵시적으로 주장하는 것이라고 이해된다면 의견 또는 논평의 표명과 함께 그 전제되는 사실을 적시하는 것으로 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.⁸¹⁾ 즉 판례에 의하면 특정인의 명예를 훼손하는 내용인지를 판단하는 기준은 사실과 의견의 구별기준 및 순수의견과 혼합의견의 구별기준에 모두 적용할 수 있다고 판단한다. 판례는 ‘사용된 어휘의 통상적인 의미, 기사의 전체적인 흐름, 문구의 연결 방법, 당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름, 진위 결정 가능성’을 사실과 의견의 구별기준으로 제시하고 있다.

이후 대법원은 반론보도 청구사건에서 “당해 원보도의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의 주의로 원보도를 접하는 방법을 전제로 사용된 어휘의 통상적인 의미, 전체적인 흐름, 문구의 연결방법뿐만 아니라, 당해 원보도가 게재한 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 및 독자에게 주는 전체적인 인상도 함께 고려하여야 할 것이다. 또한 원보도가 사실적 주장인지, 의견표명인지는 원보도와 이에 대하여 게재를 구하는 반론보도문의 비교를 통하여 확인하는 방법도 있을 수 있으며, 원보도와 반론보도문이 서로 다른 구체적인 경과를 알리거나 상황을 묘사하는 내용의 것이라면 원보도도 일응 사실적 주장에 해당하는 것이라고 할 수 있으나, 반론보도문의 내용이 새로운 사정을 알리려는 것이 아니라 단지 원보도를 재구성하는 것이라면 그 원보도는 의견의 표명에 그치는 것이라고 할 수 있을 것이다.”라고 판시하여⁸²⁾, 위 구별기준에 추가하여 ‘독

81) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결.

82) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2002다49040 판결.

자에게 주는 전체적인 인상, 반론보도문과의 비교'를 제시하고 있다.

정리하면 판례가 제시하는 사실과 의견의 구별기준 또는 순수의견과 혼합의견의 구별기준은 올만 판결과 유사하게 ① 사용된 어휘의 통상적인 의미, ② 입증가능성, ③ 전체적 흐름이나 문구의 연결 방법, ④ 보다 넓은 문맥이나 사회적 흐름으로 정리할 수 있다. 독자에게 주는 전체적인 인상은 ③ 요소 또는 ④ 요소 포섭될 수 있고,⁸³⁾ 정정보도나 반론보도의 경우에는 정정보도문과 반론보도문과의 비교도 구별기준이 될 것이다.

Ⅲ. 검토

먼저 명예훼손에서 사실과 의견을 구별하는 것은 명예훼손으로 인한 손해배상 책임의 대상이 되는 의견과 그렇지 않은 의견을 구별하는 것이므로 프로써와 키튼의 의견 3분류는 순수의견과 혼합의견과 큰 차이가 없다.

다음으로 순수의견과 혼합의견의 구별은 순수의견과 혼합의견을 개념을 정의하고 구별하고 있지만 구체적인 구별기준을 제시하고 있지 않다. 혼합의견은 묵시적으로 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 것이므로 결국 사실과 의견을 구별하는 기준과 동일한 구별기준이 적용될 수 있다. 즉 사실과 의견을 구별하는 것은 형식적으로 판단할 것이 아니라 실질적으로 사실의 적시가 있는지를 판단해야 한다. 추론적 의견처럼 사실의 형태를 취하고 있더라도 실제로는 의견인 것이 있고, 혼합의견처럼 의견의 형태를 취하고 있더라도 사실을 암시하고 있는 것이 있기 때문에 실질적 기준에 따라 구별해야 한다.⁸⁴⁾ 판례 역시 한편 명예훼손에서 말하는 “사실의 적시란 반드시 사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정할 것은 아니고, 간접적이고

83) 권태상, “사실과 의견의 구별”, 민사판례연구 36권, 박영사, 2015, 728면.

84) 전원열, 앞의 논문, 238면.

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 족하다.”라고 판시하고 있다.⁸⁵⁾

사실과 의견은 전체적 상황 접근방식에 따라 구별하는 것이 타당하다. 문제는 판례가 제시하는 요소들을 어떻게 적용할 것인가에 있다. 의견은 진위를 구별할 수 없고 허위의 의견은 없으며 표현의 자유의 측면에서 의견의 자유로운 개진과 교환이 보장되어야 하므로 진위를 결정할 수 있는지, 즉 입증가능성이 있는지가 사실과 의견의 핵심적인 구별기준이 될 것이다.

입증가능성이 있는지를 검토하기 위해서는 먼저 문제되는 표현의 의미를 확정해야 한다. 문제되는 표현의 의미를 확정하는 단계에서 입증가능성을 제외한 다른 요소들을 고려할 수 있다. 즉 사용된 어휘의 통상적인 의미를 기준으로 하지만, 수사여구나 문구의 연결방법 및 앞뒤 문장과의 관계를 고려하고, 넓게는 기사 전체, 진술이 나오게 된 당시의 사회적 배경, 진술자의 사회적 지위나 일반 독자의 지식 등을 고려하여 어휘의 통상적인 의미나 표현의 형태와 달리 새롭게 암시하고 있는 사실이나 다른 의미는 없는지를 검토하여 문제되는 표현의 의미를 확정해야 한다.

이후 확정된 표현의 의미가 입증가능한 것인지를 검토하여 입증이 가능하다면 사실의 적시가 있다고 판단하고, 입증이 불가능하다면 의견으로 판단한다.⁸⁶⁾ 입증이 불가능하다면 이는 순수의견으로 명예훼손에 해당할 수 없게 된다.

만약 문제된 표현의 의미를 확정할 수 없거나 입증가능한지 여부가 불분명한 경우에는 의견으로 추정하는 것이 타당하다. 표현의 진실 또는 상당성의 입증책임이 진술자에게 있는 우리 판례 준칙에서

85) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결.

86) 권태상, 앞의 논문, 731면.

불이익을 입게 될 진술자를 보호할 수 있고,⁸⁷⁾ 표현의 의미가 불명확하거나 모호한 경우 독자나 시청자는 일반적으로 의견으로 받아들여지게 되며, 표현의 자유에 비추어 의견의 자유로운 개진과 교환이 보장되어야 하기 때문이다.

판례는 대체로 사실과 의견의 구별기준을 병렬적으로 제시하고 있지만, 입증가능성을 우선적 척도로 판시한 판결도 있다. 앞서 소개한 반론보도 청구사건에서 대법원은 “사실적 주장과 의견의 표명을 구별하는 척도로서는, 그것이 객관적으로 입증가능하고 명확하며 역사성이 있는 것으로서 외부적으로 인식 가능한 과정이나 상태를 포함하여 원보도의 보도 대상이 된 행위자의 동기, 목적, 심리상태 등이 외부로 표출된 것이라면 이를 사실적 주장이라고 판단할 수 있을 것이다.”라고 판시하여 입증가능성을 우선적 척도로 고려하고, 이와 더불어 “사용된 어휘의 통상적인 의미, 전체적인 흐름, 문구의 연결 방법뿐만 아니라, 당해 원보도가 게재한 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 및 독자에게 주는 전체적인 인상도 함께 고려하여야 할 것이다.”라고 판시하였다.⁸⁸⁾

87) 김경환, “의견에 의한 명예훼손 (1)”, 언론관계소송 재판실무연구(1), 한국사법행정학회, 2008, 227면.

88) 대법원 2006. 2. 10. 선고 20002다49040 판결.

제4절 사실과 의견의 구별 실제적 적용

판례에서 문제되는 표현행위는 대부분 사실과 의견의 성격을 모두 가지고 있으므로 전체적 상황 접근 방식에 의하더라도 명확한 결론을 내리기가 어려운 경우가 많다. 하나의 표현행위를 두고 원심과 대법원의 판단이 바뀌거나 대법원의 판단이 다수의견과 반대 의견으로 나뉘는 경우도 있다.⁸⁹⁾ 그럼에도 불구하고 전체적 상황 접근 방식은 사실과 의견의 구별기준으로 확고히 자리 잡고 있으므로, 사실과 의견의 구별기준이 실제적인 적용을 주요 판례를 분석하는 방식으로 검토하고자 한다.

① 대법원이 처음으로 사실과 의견의 구별을 도입했다고 소개하는 대법원 1992. 2. 9. 선고 98다31356 판결, ② 풍자만화의 특수성을 고려한 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결, ③ 공적인 존재의 정치적 이념에 대한 언론의 보도가 문제된 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613 판결, ④ 사실왜곡에 의한 인격권 침해를 인정한 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결을 검토하고자 한다.

I. 희곡에 대한 논평과 명예훼손⁹⁰⁾

1. 사실관계

사실관계를 간단하게 요약하면 다음과 같다. 신문사인 피고는 작가인 원고가 발표한 ‘0.917’이라는 희곡과 위 희곡을 기초로 하여 공연할 계획이었던 연극에 대하여, 남녀 어린이와 중년 남·여성 사

89) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649 판결.

90) 대법원 1992. 2. 9. 선고 98다31356 판결

이의 변태적 성행위를 묘사함으로써 벗기기 연극으로 관객을 끌려고 한다는 내용의 기사를 게재하여 원고가 피고를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다.

피고의 기사 중에서, “① 「불의 가면」과 같은 벗기기 연극에 관객이 몰리고 있는 가운데 이번에는 10세 전후의 소년소녀가 성적 학대를 당하는 연극이 1일부터 문예회관 소극장 무대에 올려질 예정이어서 큰 충격을 던지고 있다, ② 지난 10일부터 연습에 들어간 문제작은 「0.917」 아역배우 김OO양 등 5명이 출연, 중년 남·여성과의 변태적 성행위를 하는 등의 파격성을 보여주고 있다, ③ 극 중 7세의 남녀 어린이는 키스를 가르쳐 주려던 30대 주부의 성적 학대 의도를 앞질러 스스로 전라가 돼 자신의 몸에 위스키를 끼얹고 오히려 활게 만들거나 숙직하는 중년남성에게 접근 「강제추행당했다고 신고하겠다」고 협박해 상처난 자신의 몸을 탐하게 하는 섬뜩함을 보여준다. 또 「숙직할 때면 으레 한 번쯤 여자 생각하게 마련 아녜요», 「나는 사랑도 할 줄 알아요», 「저한테 유혹을 느끼지 않으세요」라며 스스럼없이 옷을 벗고 술과 담배를 즐긴다, 7세 전후의 소년소녀와 중년 남·여성의 변태 성행위를 통해 독재권력의 폭압을 다루려던 연극 「0.917」이 드센 비난 여론에다 아역 배우의 부모가 자녀의 출연을 거부함으로써 공연자체가 취소됐다.” 부분이 문제가 되었다.

2. 판시사항

대법원은 “민사상 타인에 대한 명예훼손 즉 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회로부터 받는 객관적인 평가를 저하시키는 것은 사실을 적시하는 표현행위 뿐만 아니라 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위에 의하여도 성립할 수 있을 것

인바, 어떤 사실을 기초로 하여 의견 또는 논평을 표명함으로써 타인의 명예를 훼손하는 경우에는 그 행위가 공공의 이해에 관한 사항에 관계되고, 그 목적이 공익을 도모하기 위한 것일 때에는 그와 같은 의견 또는 논평의 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라는 증거가 있거나 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라는 증거가 없더라도 표현행위를 한 사람이 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다.

이와 같이 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위로 인한 명예훼손에 있어서는 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 증거가 있는가, 혹은 그러한 증거가 없다면 표현행위를 한 사람이 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는가 하는 것이 위법성 판단의 기준이 되는 것이므로, 어떠한 표현행위가 명예훼손과 관련하여 문제가 되는 경우 그 표현이 사실을 적시하는 것인가 아니면 의견 또는 논평을 표명하는 것인가, 또 의견 또는 논평을 표명하는 것이라면 그와 동시에 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 것인가 그렇지 아니한가를 구별할 필요가 있다.”고 판시하였다.

대법원은 이 사건 기사들의 위법성에 대한 판단에서, “먼저 ③의 내용은 문맥상 연극의 내용을 그대로 설명하고 있는 것이어서 사실의 적시라고 볼 수 있고, 대체로 그 적시된 사실이 진실하다는 증거가 있다고 할 수 있다. 다만 ①과 ③의 내용 중에 ‘성적 학대’라는 부분은 별도 적시되어 있는 ‘30대 주부가 소년에게 키스를 가르쳐 주려고 하는 것’을 전제사실로 하여 그에 대한 평가를 한 것인지, 아니면 이 사건 희곡 중에는 이 것 이외에도 30대 주부가 예정하고

있는 별도의 ‘성적 학대’가 있다는 것인지 애매한데, 뒤에서 보는 ‘성행위’라는 표현 부분과 관련하여 독자들이 가지게 되는 그릇된 인상을 강화하는 역할을 할 것으로 보인다. 또한 ③ 중 ‘자신의 몸을 탐하게’라는 부분 역시 그 자체로는 증거에 의하여 진위를 증명할 수 있는 것인지 애매하지만, 이 역시 뒤에서 보는 ‘성행위’라는 표현 부분과 관련하여 독자들이 가지게 되는 그릇된 인상을 강화하는 역할을 할 것으로 보인다. ②와 ③의 내용 중에 ‘성행위’라는 표현은 그 전체적인 문맥으로 볼 때에 이 사건 희곡에서 7세 남녀 어린이와 중년 남녀 사이의 성행위가 묘사되어 있다는 사실을 적시하고 있다. ‘성행위’라는 표현 앞에 ‘변태적’ 또는 ‘변태’라는 수식어가 붙어 있으나 그와 같은 수식어가 붙어 있다 하여 적시된 사실의 의미 내용이 달라진다고 볼 수 없다. 그러나 이 사건 희곡의 내용에 의하면 성행위 장면은 없으므로 적시된 사실이 진실이라는 증거가 없다. 다음으로 ①의 ‘벗기기’라는 표현은 사회통념상 연극 또는 영화 등에 있어서 관객의 저속한 성적 호기심을 유발시키기 위하여 주제 표현과는 관계없이 필요 이상으로 출연자의 신체를 노출시키는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있는바, 이 역시 그 자체로는 이 사건 제1기사에 적시된 다른 사실들을 전제로 하여 그와 같은 희곡의 내용을 벗기기로 평가한 것으로 볼 소지도 있고, 반대로 이 사건 희곡에는 이 사건 제1기사에 별도로 적시된 사실 이외에도 관객의 저속한 성적 호기심을 유발시키기 위하여 출연자의 신체를 노출시키는 부분이 있음을 암시함으로써 그와 같은 별도의 전제사실을 적시하는 것으로 볼 소지도 있다. 그런데 이 사건 기사의 내용에 ‘아역 배우들이 출연하여 중년 남녀성과 변태적 성행위를 하는’이라는 부분이 있고, 이 사건 기사가 문예비평란에 희곡 또는 연극에 대한 비평으로 게재된 것이 아니고, 사회면에 ‘벗기기 연극’이 위험 수위에 달하였다고 하면서 이 사건 연극을 그와 같은 벗기기 연극의 하나

로 비판하는 직접적인 사실 보도 형식으로 기사로 실린 점, 아직 여성 또는 남성으로서의 2차 성징이 발현되기에는 너무 어린 나이인 7세의 남녀 어린이가 이 사건 제1기사 ③에 적시되어 있는 것처럼 상반신을 벗거나 혹은 알몸이 된다 하더라도 일반인의 경우 그것을 보고 성적 호기심이 유발된다고 보기는 어려울 것이라는 점 등에 비추어 보면 일반적인 독자들은 위 ‘벗기기’라는 표현을 후자로 받아들일 개연성이 상당히 크다고 생각된다. 이와 같이 볼 때 ‘벗기기’라는 표현을 위 후자로 받아들인다면 이는 그 전제된 사실이 진실이라는 증거가 없는 경우에 해당한다. 또한 위 표현을 위 전자와 같이 본다 하더라도 그 전제가 되어 있는 사실 중 ‘성행위’라는 사실이 진실한 것이라는 증거가 없는 경우에 해당한다.”고 판시하였다.

3. 검토

학설은 이 사건을 대법원이 민사상 명예훼손에서 최초로 사실과 의견을 구별한 판결이라고 소개하고 있다.⁹¹⁾ 대법원은 묵시적으로 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 혼합의견은 명예훼손의 성립이 가능하고, 혼합의견의 위법성 조각사유에 대해 판시하고 있다. 이 사건에서 순수의견에 의해 명예훼손이 성립할 수 있는지에 대해서는 판단하고 있지 않다.⁹²⁾

사실을 적시하는 방법에는 제한이 없기 때문에 사실을 직접적으로 표현한 경우뿐만 아니라 간접적이고 우회적으로 사실을 암시하는 것 역시 사실의 적시로 보아야 한다.⁹³⁾ 따라서 혼합의견은 법적으로 사실의 적시와 같이 취급해야 하므로 위법성 조각사유 역시 대법원이 판시한 것처럼 전제가 되는 사실의 공익성과 진실 또는

91) 김경환, 앞의 논문, 213면; 전원열, 앞의 논문, 215면.

92) 한기택, 앞의 논문, 299면.

93) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.

상당성으로 판단하는 것이 타당하다.

이 사건에서 대법원은 문제되는 표현행위 중 ‘성적 학대’, ‘자신의 몸을 탐하게’에 대하여 독자에게 그릇된 인상을 강화하는 역할을 하는 것으로 보인다고 판단하였다. 결국 위 표현행위들을 혼합의견으로 보아 명예훼손의 성립을 인정하였다. 그런데 대법원이 판시한 것처럼 위 표현행위들이 전제가 되는 사실에 대하여 평가를 하는 것인지 아니면 별도의 성적 학대가 있다는 것인지 애매하거나, 증거에 의하여 진위를 증명할 수 있는 것인지 애매하다면 순수의견으로 보아 명예훼손이 성립하지 않는다고 보는 것이 어떨을까 하는 아쉬움이 남는다.

다음으로 대법원은 ‘벗기기 연극’이라는 표현에 대하여, 적시된 다른 사실들을 전제로 하여 희곡의 내용을 벗기기로 평가한 것으로 볼 소지도 있고, 반대로 이 사건 희곡에는 관객의 저속한 성적 호기심을 유발시키기 위하여 출연자의 신체를 노출시키는 부분이 있음을 암시함으로써 그와 같은 별도의 전제사실을 적시하는 것으로 볼 소지도 있다고 한다. 대법원은 ‘벗기기 연극’이라는 표현을 후자와 같이 혼합의견으로 판단하였는데, 그 근거로 ㉠ 이 사건 기사의 내용에 ‘아역 배우들이 출연하여 중년 남녀성과 변태적 성행위를 하는’이라는 부분이 있고, ㉡ 이 사건 기사가 문예비평란이 아닌 사회면에 기재된 점, ㉢ 너무 어린 나이인 7세의 남녀 어린이가 상반신을 벗거나 혹은 알몸이 된다 하더라도 일반인의 경우 그것을 보고 성적 호기심이 유발된다고 보기는 어려울 것이라는 점 등을 제시하고 있다. 그런데 ㉠처럼 전제가 되는 사실의 적시가 허위라는 점을 들어 ‘벗기기 연극’이라는 표현에 대하여 명예훼손이 성립한다고 판단하는 것은 부당하다. 즉 ㉠라는 허위의 사실 자체가 명예훼손에 해당하는 것이지, 의견이 바로 혼합의견에 해당한다거나 명예훼손이 성립하는 것은 아니다. ㉡와 ㉢ 요소는 전체적 상황 접근방식 중에

‘③전체적 흐름이나 문구의 연결방법’이나 ‘④보다 넓은 문맥이나 사회적 흐름’에 포함될 수 있다.

II. 풍자만화와 명예훼손⁹⁴⁾

1. 사실관계

사실관계를 간단하게 요약하면 다음과 같다. 신문사인 피고는 만평란에 원고 등 세 사람이 여행사 사무실에서 LA로 가는 항공권 3장을 구입하는 만평을 게재하고, 원고 등 다섯 사람이 공항의 출국장지에서 해외도피를 의논하고 있는 만평을 게재하여 원고가 피고를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다.

2. 판시사항

대법원은 “단순한 의견 개진만으로는 상대방의 사회적 평가가 저해된다고 할 수 없으므로, 의견 또는 논평의 표명이 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평일 경우에는 명예훼손으로 인한 손해배상 책임은 성립되지 아니하나, 한편 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 족하다.”, “그러한 구체적인 사실의 적시 없이 단지 특정 인물이나 사건에 관하여 비평하거나 견해를 표명한 것에 불과할 때에는 명예훼손이 되지 않고, 나아가 이 사건과 같이 한 두 컷의 그림과 이

94) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결

에 관한 압축된 설명 문구를 통해 인물 또는 사건을 희화적으로 묘사하거나 풍자하는 만평 또는 풍자만화의 경우에는 인물 또는 사건 풍자의 소재가 되는 구체적인 사실관계를 직접 적시하지 아니하고 이에 풍자적 외피를 씌우거나 다른 사실관계에 빗대어 은유적으로 표현하는 기법을 사용하는 만큼, 그 만평을 통하여 어떠한 사상이 적시 또는 표현되었는가를 판단하는 데에는 이와 같은 풍자적 외피 또는 은유를 제거한 다음, 작가가 그 만평을 게재한 동기, 그 만평에 사용된 풍자나 은유의 기법, 그 만평을 읽는 독자들의 지식 정도와 정보 수준, 그리고 그 만평의 소재가 된 객관적 상황이나 사실관계를 종합하여 그 만평이 독자들에게 어떠한 인상을 부여하는가를 기준으로 삼아야 한다.”고 판시하였다.

대법원은 이 사건 각 만평의 경우 원고 등이 항공권을 구입하거나 해외도피를 의논하고 있는 장면은 그 자체가 표현의 목적 또는 대상이라기보다는 어떤 사상을 희화적으로 묘사하기 위하여 사용된 풍자적 외피 또는 은유에 지나지 않는 만큼, 이 사건 각 만평이 원고의 명예를 훼손할 만한 구체적인 사실을 적시하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

3. 검토

이 사건에서 대법원은 의견의 표명이 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수의견은 명예훼손이 성립하지 않음을 명시적으로 판단하였다. 또한 풍자만화의 특수성을 고려하여 표현의 자유를 넓게 보장하였다는 점에서 의의가 있다.⁹⁵⁾

풍자만화는 사회 또는 인간의 부정적인 면을 폭로하고 공격하는 만화를 의미하는데,⁹⁶⁾ 조롱이나 희화화, 비방 등이 수반되는 경우가

95) 한위수, 앞의 논문, 324면.

96) 네이버 국어사전.

많고, 한 두 컷의 그림으로 이루어지기 때문에 내용이 함축적이고 사회적 흐름을 반영한 경우가 많고, 독자들 역시 그림 자체를 사실의 적시로 받아들이기 보다는 함축적인 의미를 파악하고 비방이나 유머로 받아들이는 경우가 많다. 또한 풍자의 대상이 되는 것은 대부분 공적 인물이거나 공적 관심사인 경우가 많다. 따라서 풍자만화로 인한 명예훼손이 문제되는 경우에는 이러한 풍자만화의 특성을 고려해야 하며, 사실의 적시가 있는지 애매한 경우에는 이는 사실을 적시한 것이 아니라 소재로 사용한 것으로 볼 것이고, 풍자에 담긴 내용은 의견의 표명으로 보는 것이 타당하다.⁹⁷⁾

이 사건 판결은 사실과 의견을 구별하여 순수의견에 의한 명예훼손의 성립을 부정하고, 풍자만화의 특수성을 고려하여 이 사건 각 만평들이 구체적 사실을 적시하였다고 볼 수 없다고 판단한 것은 타당하다. 다만 사실의 적시가 없다고 하더라도 불법행위가 성립하는지 여부를 심리하여야 할 것이다.⁹⁸⁾ 제4장에서 후술하듯이 순수의견이라고 하더라도 인신 공격적 표현행위는 인격권 침해로 불법행위 책임이 성립할 수 있다.

이에 대하여 이 사건 1심 판결을 참고할 만하다. 이 사건 1심 판결은 “만평 등을 통하여 특정인을 풍자의 대상으로 삼아 그를 희화적으로 묘사한 경우, 그 만평이 특정인의 명예를 훼손할 만한 구체적인 사실을 적시하는 데까지 이르지 않는다고 하더라도, 그로 인하여 특정인의 명예감정이나 인격권이 침해되었다면, 그 만평을 통해 표현된 사상이 허위의 내용이고, 나아가 그 만평에 사용된 풍자의 기법이나 내용이 사회에서 용인될 수 있는 한계를 벗어나 위법하다고 인정되는 경우에는 불법행위로 평가될 수 있는 것이나, 이 사건 각 만평이 표현하고 있는 내용, 즉 당시 원고가 경제 위기의 책임자로

97) 김학웅, “정치 풍자/패러디에 대한 법적 패러다임의 변화에 대하여”, 언론중재 32권 1호(통권122호), 언론중재위원회, 2012, 59면.

98) 김재형, 앞의 책, 301~302면.

지목되어 그 책임 추궁을 면하기 어려운 상황에 처해 있었다는 것이 객관적 사실에 부합하고 있음은 위에서 본 바와 같고, 더욱이 당시 대통령 경제수석비서관이라는 원고의 지위나 이 사건 각 만평이 소재로 삼은 사안의 성격과 내용에 비추어 볼 때, 이 사건 각 만평에서 사용한 풍자의 기법이나 내용이 사회에서 용인될 수 있는 한계를 벗어난 위법한 것이라고는 보이지 아니하므로, 이 사건 각 만평의 게재가 위와 같은 의미의 불법행위에 해당한다고 보기도 어렵다.”고 판단하였다.⁹⁹⁾

Ⅲ. 정치적 이념과 명예훼손¹⁰⁰⁾

1. 사실관계

사실관계를 간단하게 요약하면 다음과 같다. 잡지사인 피고는 “소위 ‘주사파’가 언론매체에 많이 침투해 있고, KBS가 방영한 많은 프로그램들이 ‘주사파’에 의해 만들어졌으며, KBS PD인 원고가 제작한 프로그램의 내용도 북한의 역사관에 기초하여 만들어졌으므로 원고 역시 주사파이다.”라는 내용의 기사를 게재하여 원고가 피고를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다.

2. 판시사항

대법원은 “이 사건 기사부분만의 구조를 보면 이는 원고의 사상적 경향을 그가 제작한 프로그램 내용의 분석을 통하여 평가한 소위 ‘순수의견’으로 보이는 외관을 가지고 있음은 사실이나, 한편 이 사건 기사를 전체적으로 보면 전체 7면의 이 사건 기사 중 이 사건

99) 서울지방법원 1988. 8. 12. 선고 98가합15397 판결.

100) 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613 판결

기사부분은 1/3면 미만에 불과하고 분석의 전제사실인 이 사건 프로그램의 내용을 이 사건 기사에서 따로 소개하고 있지도 아니한 점에서 이 사건 기사는 특정인의 정치사상을 분석 평가하고자 한 것이 아니라, 우리나라의 언론 특히 방송에 좌익세력이 대거 침투해 있으면서 방송을 통하여 대한민국의 정통성과 자유민주주의 가치를 훼손하고 국민을 세뇌시키고 있다는 사실을 주장하면서 이를 고발하는데 그 취지가 있고, 그 사실 주장에 대한 하나의 근거로서 원고가 제작한 프로그램 내용을 들어 원고도 주사파임이 분명하다고 지적한 것으로, 기사 전체의 취지와 관련하여 보면 이 사건 기사부분은 그 진위를 가릴 수 있는 사실의 적시로 보는 것이 타당하다.”고 판단하였다.

이어서 대법원은 “그런데 이 사건 기사부분이 비록 사실적시에 해당한다 하더라도 이는 특정인의 정치적 이념에 관한 사실적시이고, 그 특정인의 지위가 원고와 같이 공적인 존재인 경우에는 그의 정치적 이념이 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 어려우므로, 이에 대한 의혹의 제기나 주장이 진실에 부합하는지 혹은 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 따짐에 있어서는 일반의 경우에 있어서와 같이 엄격하게 입증해 낼 것을 요구해서는 안 되고 그러한 의혹의 제기나 주장을 할 수 있는 구체적 정황의 제시로 족하다고 해야 할 것이다.”라고 판시하여, 공적인 존재의 정치적 이념에 대한 문제제기에서 위법성 조각사유를 판단함에 있어서 진술자인 피고의 입증의 부담을 완화하고 있다.

결론적으로 대법원은 “이 사건 기사부분 중 위 프로그램의 내용에 나타난 원고의 역사해석을 곧 주사파의 역사해석으로 단정하여

원고를 주사파로 지목한 부분은 지나친 논리의 비약이라 할 것이고, 앞에서 본 바와 같이 그 부분이 공적 존재의 정치적 이념에 관한 것으로서 진실성에 관한 입증의 부담을 완화하여야 한다는 입장에서 보더라도 이 부분 사실적시는 진실하거나 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 보기 어려우며, ‘주사파’가 그 당시 우리나라의 현실에서 가지는 부정적이고 치명적인 의미에 비추어 이를 단순히 수사적인 과장으로서 허용되는 범위 내에 속한다고 보기는 어렵다.”고 판시하고 있다.

3. 검토

대법원은 원고의 정치적 이념을 주사파로 비난한 것은 순수의견의 외관을 가지고 있지만 기사 전체에서 이 사건 기사가 차지하는 비중, 분석의 전제가 되는 사실인 프로그램의 내용을 따로 소개하고 있지 않은 점 등을 고려할 때 원고가 주사파임이 분명하다고 지적한 것은 진위를 가릴 수 있는 사실의 적시로 보는 것이 타당하다고 판단하였다.

그러나 이 사건 표현행위처럼 특정인의 정치적 이념에 대한 비난을 입증가능한 사실의 적시라고 인정하는 것에 신중할 필요가 있다. 정치적 이념도 입증가능하다면 사법부에서 진술자의 사상을 판단하게 되어 표현의 자유를 위축시킬 우려가 있기 때문이다.¹⁰¹⁾ 대법원에서 사실의 적시로 고려했던 요소들만으로는 사실의 적시라고 보기 어렵다. 원고의 프로그램에서 드러나는 원고의 역사해석은 시청자의 가치관에 따라 다르게 평가할 수 있는 주관적인 가치판단으로 보는 것이 타당하다.¹⁰²⁾

101) 손원선, “사실의 적시와 의견의 표명 -대상판결: 대법원 200. 12. 24. 선고 2000다14613판결-”, 중앙법학 9집 2호(2007. 8.), 중앙법학회, 2007, 593면.

102) 손원선, 앞의 논문, 593면.

제4장에서 후술하듯이 의견의 표명 역시 인신 공격적 표현행위에 해당하는 경우에는 불법행위가 성립할 수 있으므로 ‘주사파’가 인신 공격적 표현행위에 해당하는지 문제가 된다. ‘주사파’가 우리나라의 현실에서 가지는 부정적인 의미와 공적 존재의 정치적 이념에 관한 문제제기는 널리 허용할 필요가 있다는 점을 종합적으로 고려하여 인신 공격적 표현행위에 해당하는지, 사회상규에 위배되는지 여부를 판단해야 할 것이다.

IV. 사실왜곡과 명예훼손¹⁰³⁾

1. 사실관계

사실관계 중 원심¹⁰⁴⁾과 대법원의 판단이 일치하지 않은 부분만 간단하게 요약하면 다음과 같다. 신문사인 피고는 원고 노동조합에 대하여 원고의 투쟁방향이나 원고 직원들이 이미 지급받고 있는 임금수준 등에 관하여 사실을 적시하여 비판하는 내용의 기사를 작성하고(제1, 2기사), 단체협약에 따른 휴일의 수 증가와 임금인상에 관하여 함께 언급하여 사실을 적시한 다음 그러한 내용의 협상을 ‘질편한 잔칫상’, ‘현대차가 아니라 현대근로복지재단’에 비유하면서 비판하는 내용의 기사를 작성하여(제6, 7기사) 원고가 피고를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다.

2. 판시사항

대법원은 제1, 2기사에 관하여, 전체적인 인상과 맥락으로 보아 일반 독자의 입장에서 볼 때 구체적인 사실전달보다는 의견표명 내

103) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결

104) 서울고등법원 2005. 10. 18. 선고 2004나84063 판결.

지 논평을 주된 목적으로 하는 보도로 해석함이 상당하고, 전임자의 숫자나 노조원의 임금수준에 관한 보도 부분은 사실을 적시한 것이기는 하지만 그 진위 여부와 관계없이 원고 또는 그 조합원들의 객관적인 사회적 평가를 저하시키는 것이라고 볼 수 없으며, 의견을 표명한 부분 중에 원고의 사회적 평가에 영향을 미치거나 그 주관적인 명예감정 등을 침해한 표현이 있다고 하더라도 이러한 사정만으로 이를 위법하다고 볼 수는 없으므로, 결국 제1, 2기사는 원고의 명예를 훼손하는 행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.

대법원은 제6, 7기사에 관하여, 먼저 일반론으로 “표현행위자가 타인에 대하여 비판적인 의견을 표명하였다는 사유만으로 이를 위법하다고 볼 수는 없지만, 만일 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 혹은 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 함으로써 그 인격권을 침해한다면, 이는 명예훼손과는 별개 유형의 불법행위를 구성할 수 있다.”고 판시하였다.

구체적으로 살펴볼 때, 제6, 7기사 역시 일반 독자의 기준에서 볼 때 전체적인 인상과 맥락으로 보아 구체적인 사실전달보다는 의견 표명 내지 논평을 주된 목적으로 하는 보도로서, 원고의 사회적 평가를 저하시키는 사실을 적시한 명예훼손에 해당한다고 보기는 어려우나, 그 의견표명의 전제로 적시한 사실관계 중 “원고의 쟁의행위로 인하여 체결된 2003년도 단체협약에 따라 원고 조합원들이 연간 1 사일 내지 177일의 휴일을 누리면서도 연봉 5,000만 원을 받게 되었다”는 보도내용은, 피고가 휴일수와 연봉액을 병렬적으로 거시하는 표현을 사용한 점, 제6, 7기사의 다른 부분에서도 원고의 조합원들이 실제로 위와 같은 휴일을 사용하는 것이 아니라 제도적으로 보장된 휴일수의 최대한도라는 것을 시사하는 단서나 표현이 전혀 없는 점 등 제반 사정을 고려하여 볼 때, 피고가 의도적으로 사

실을 왜곡함으로써 원고 내지 그 조합원들의 인격권을 침해하였다 할 것이므로, 이는 원고에 대한 불법행위를 구성한다고 판단하였다.

3. 검토

먼저 이 사건 제1, 2기사에 관하여, 원심은 “제1, 2기사는 현대자동차 근로자들이 많은 임금을 받고 있음에도 불구하고 그들로 구성된 원고가 경영권에 간섭하는 요구조건을 내세운 투쟁을 하여 열악한 근로조건에서 일하는 협력업체 종사자들 등에게 피해를 주고 있다는 의견을 표명하고 있는바, 위 각 기사의 내용은 원고에 대한 사회적 평가를 저하시키는 것이라고 할 것이다.”라고 판시하여 명예훼손적 표현이 있다고 판단하였다. 다만 의견 또는 논평의 전제가 되는 각 사실은 모두 중요한 부분에 있어서 진실이거나 피고가 이를 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 할 것이고, 그 각 기사에서의 의견 표명이 원고에 대하여 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이라고 보기도 어렵다는 이유로 위법성이 조각된다고 판단하고 있다.

그러나 원심은 의견의 표명에 의한 명예훼손을 인정한 것으로 타당하지 않다. 원심은 이 사건 제1, 2기사의 내용을 의견의 표명이라고 판단하면서 원고의 사회적 평가를 저하시키기 때문에 명예훼손에 해당한다고 판단하고 있다. 하지만 앞서 검토한 것처럼 명예훼손에서 사실과 의견을 구별하여 순수의견에 의한 명예훼손은 성립될 수 없다. 따라서 대법원에서 판시한 것처럼 “의견을 표명한 부분 중에 원고의 사회적 평가에 영향을 미치거나 그 주관적인 명예감정 등을 침해한 표현이 있다고 하더라도 이러한 사정만으로 이를 위법하다고 볼 수는 없으므로” 명예훼손에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하다.

다음으로 이 사건 제6, 7기사에 관하여, 원심은 “제6, 7기사는 원고의 쟁의행위로 인하여 체결된 단체협약에 따라 현대자동차 근로자들이 연간 165일 내지 177일의 휴일을 누리면서도 연봉 5,000만 원을 받게 되었다면서 이로써 우리 경제 전반 또는 소비자들, 협력업체들에게 큰 피해를 주게 되었다는 의견을 표명한 것으로, 위 기사의 내용은 독자들로 하여금 위와 같은 피해의 원인을 원고가 제공하였다는 인상을 줌으로써 원고에 대한 사회적 평가를 저하시키는 것이라고 할 것이다.”라고 판시하여 명예훼손적 표현이 있다고 판단하고, 피고가 그 적시된 사실이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었다고 보기 어려우므로 위법성이 조각되지 않는다고 판단하였다.

마찬가지로 원심은 의견의 표명에 의한 명예훼손을 인정하는 것으로 타당하지 않다. 그렇다고 제6, 7기사의 내용을 혼합의견으로 보기도 어렵다. 혼합의견은 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하는 것을 말하는데, 이 사건 제6, 7기사는 의견 표명의 전제가 되는 사실을 직접 적시하고 있고(원고 조합원의 휴일수와 연봉액), 이를 근거로 원고가 우리 경제 전반 및 소비자들, 협력업체들에게 큰 피해를 주고 있다는 의견을 표명한 것으로 순수의견으로 볼 것이다.

따라서 대법원의 판시처럼 제6, 7기사는 피고가 의도적으로 사실을 왜곡함으로써 원고 내지 그 조합원들의 인격권을 침해하였다고 보아 불법행위 책임을 인정하는 것이 타당하다. 다만 대법원은 사실 왜곡에 의한 인격권 침해를 의견에 의한 불법행위 책임의 유형으로 판시하고 있는데, 의견에 의한 불법행위 책임과는 별개 유형의 인격권 침해로 보는 것이 타당하다. 이 사건 제6, 7기사가 인격권 침해로 불법행위 책임이 인정되는 이유는 사실을 왜곡했기 때문이지 피고가 사용한 표현인 ‘질편한 잔칫상’, ‘현대차가 아니라 현대근로복

지재단' 등이 의견 표명의 한계를 일탈했기 때문이 아니다. 또한 사실을 왜곡했다는 표현에서 알 수 있듯이 이는 진위를 결정할 수 있는 것으로 사실의 적시의 영역이다. 명예훼손과 사실 왜곡으로 인한 인격권 침해는 사실의 적시라는 점에서 공통점이 있고, 다만 명예훼손처럼 사회적 평가를 저하시킬 것이 요구되지 않는다는 점에서 차이점이 있다.¹⁰⁵⁾ 대체로 사실 왜곡이 있으면 상대방의 사회적 평가가 저하된다고 보아 명예훼손이 성립된다고 볼 수 있지만, 이 사건 제6, 7기사처럼 원고 조합원의 휴일수와 연봉액을 과장해서 왜곡한 경우에는 원고 조합원의 사회적 평가가 저하된다고 보기 어렵다. 하지만 피고의 사실왜곡으로 원고 조합원들이 정신상 고통을 입었고, 피고의 사실왜곡이 의도적이므로 별도의 인격권 침해로 인한 불법행위 책임을 인정하는 것이 타당하다.

105) 김시철, “명예훼손·모욕·사실왜곡에 의한 인격권 침해의 성립요건 및 공통점과 차이점”, 대법원판례해설 79호(2009년 상반기), 법원도서관, 2009, 289면.

제4장 의견의 표명과 불법행위 책임

제1절 의견의 표명

1. 일반론

의견은 사실과 대비되는 개념으로, 주관적 가치판단이며 진위를 구별할 수 없는 것을 말한다. 의견은 순수의견과 혼합의견으로 구별할 수 있는데, 묵시적으로 사실을 암시하고 있는 혼합의견은 법적으로 사실의 적시와 동일하게 취급한다.

명예훼손은 사실의 적시에 의해서만 성립할 수 있으므로, 사실의 적시가 없는 의견은 명예훼손이 성립할 수 없다. 하지만 의견에 의해서도 상대방의 사회적 평가가 저하되거나 정신상 고통을 줄 수 있으므로 의견의 표명에 의한 불법행위 책임을 인정할 수 있는지가 문제된다.

하지만 자유로운 의견의 개진과 교환은 민주주의에 있어 필수적인 전제조건이고, 의견의 표명에 통제를 가하는 것은 표현의 자유를 현격하게 제한하는 것이기 때문에 의견의 표명에 의한 불법행위 책임을 인정하는데 신중해야 한다.

또한 의견의 표명에 의한 불법행위 책임을 인정할 수 있다면 위법성 조각사유가 문제된다. 판례는 명예훼손에서 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 위법성이 없으며 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 판시하고 있는데,¹⁰⁶⁾ 의견의 표명은

106) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

진위를 구별할 수 없으므로 위 기준을 바로 적용할 수 없다.

II. 모욕과 의견

의견은 “어떤 대상에 대하여 가지는 생각”인데,¹⁰⁷⁾ 욕설은 너무나 원시적이고 거친 감정의 표출에 불과한 것이지 그 느낀 바가 생각으로 정리된 수준에 이른 것이 아니기 때문에 욕설 등 모욕은 의견의 범주에 포함될 수 없다는 견해가 있다.¹⁰⁸⁾

욕설 등 모욕이 의견의 범주에 포함되는지 여부를 검토하기에 앞서 욕설과 모욕의 개념을 구별할 필요가 있다. 통설과 판례는 모욕의 개념에 대하여 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것이라고 정의하고 있다.¹⁰⁹⁾ 따라서 욕설뿐만 아니라 욕설이 아닌 표현도 모욕에 포함되고, 욕설이 아닌 표현은 생각으로 정리된 수준에 이른 것도 있다는 점에서 의견의 범주에 포함된다.

그렇다면 모욕과 달리 욕설은 의견의 범주에 포함될 수 없는 것인가. 욕설 역시 의견의 범주에 포함된다고 보는 것이 타당하다. 욕설이라고 모두 위법성이 인정되어 형사처벌되거나 불법행위 책임을 지는 것이 아니다. 욕설도 표현의 자유의 보호영역에 해당되고 다만 타인의 인격권이나 질서유지 또는 공공복리 등을 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석해야 한다.¹¹⁰⁾ 즉 욕설인지 여부가 중요한 것이 아니라 의견 표명의 한계를 넘어 위법성이 인정되는지 여부가 형사처벌이나 불법행위 책임의 판단기준이 되는 것이다.

결국 선형적으로 욕설 등 모욕이 의견과 따로 존재하는 것이 아

107) 네이버 국어사전.

108) 전원열, 앞의 논문, 241면.

109) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결.

110) 헌법재판소 2013. 6. 27.자 2012헌바37 결정.

니라 사실의 적시가 아닌 의견의 표명 중에서 한계를 넘는 것이 모욕에 해당한다고 보는 것이 타당하다.¹¹¹⁾ 다만 욕설은 대체로 진술자의 사회적 평가가 저하되는 것이지, 사실의 적시가 없는 욕설을 당하는 상대방에 대한 사회적 평가가 저하되는 것은 아니다.¹¹²⁾ 따라서 사실을 적시하지 않고 사회적 평가를 저하시키는 추상적 판단이나 경멸적 표현을 의미하는 모욕 대신 판례가 사용하는 ‘인신 공격적 표현행위’라는 개념으로 의견에 의한 불법행위 책임을 검토하겠다.

111) 민성철, 앞의 논문, 49면.

112) 전원열, 앞의 논문, 241면.

제2절 의견의 표명과 불법행위 책임

I. 학설

사실의 적시가 없는 의견은 명예훼손이 성립할 수 없다. 하지만 의견에 의해서도 상대방의 사회적 평가가 저하되거나 정신상 고통을 줄 수 있으므로 의견의 표명에 의한 불법행위 책임을 인정할 수 있는지가 문제된다.

부정설은 의견 표현의 방식이나 표현내용을 들어 불법행위를 인정하게 되면 사실상 판사의 주관에 의하여 불법행위 책임의 성립 여부가 결정되게 되고 이는 언론의 자유에 심각한 제한을 가져올 수 있다는 점을 들어 의견에 의한 불법행위 책임의 성립을 부정한다.¹¹³⁾

긍정설은 헌법 제21조 제4항은 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 형법 제311조는 사실 적시가 아닌 모욕에 대하여 형사처벌을 규정하고 있고, 민법 제751조는 명예 기타 정신상 고통을 가한 자에 대하여 손해배상 책임을 규정하고 있는 것을 종합하면 의견 역시 불법행위 책임이 성립할 수 있다고 한다.¹¹⁴⁾

II. 판례

대법원은 “표현행위자가 타인에 대하여 비판적인 의견을 표명하였다는 사유만으로 이를 위법하다고 볼 수 없지만, 만일 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 혹

113) 신평, “새로운 명예훼손법 체계의 구축을 위한 시도”, 공법연구(31-3), 208~209면.

114) 민성철, 앞의 논문, 48면.

은 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 함으로써 그 인격권을 침해한다면, 이는 명예훼손과는 별개 유형의 불법행위를 구성할 수 있다.”¹¹⁵⁾고 판시하여, 의견에 의한 불법행위 책임의 성립을 인정하고 인신 공격적 표현행위 뿐만 아니라 사실을 왜곡하는 것 역시 의견에 의한 불법행위 책임에 해당한다고 판단하고 있다.

Ⅲ. 검토

의견이 모두 면책된다고 볼 수 없고, 의견 표명의 한계를 일탈한 인신 공격적 표현행위의 경우에는 불법행위 책임이 성립한다고 보는 것이 타당하다. 다만 판례는 인신 공격적 표현행위 이외에 사실을 왜곡하는 것도 의견에 의한 불법행위 책임을 인정하였으나 앞에서 검토한 것과 같이 이는 의견의 표명이 아닌 사실의 적시로 보는 것이 타당하다.

생각건대 헌법 제21조 제4항과 민법 제751조를 종합할 때 명예훼손 이외의 인격권 침해도 불법행위 책임이 성립할 수 있다. 의견의 자유로운 개진과 교환은 보장되어야 하지만, 지나치게 인신 공격적이거나 모멸적인 표현은 의견의 자유경쟁에 아무런 도움을 주지 않고, 때로는 상대방에게 극심한 정신적 고통을 준다.¹¹⁶⁾ 따라서 모든 의견은 면책된다는 부정설은 타당하지 않다.

한편 긍정설은 모욕을 형사처벌하고 있다는 것을 논거로 하고 있는데, 모욕을 형사처벌하는 것과 무관하게 민사상 불법행위 책임이 인정된다고 할 것이다. 사건으로 모욕은 형사처벌을 할 것이 아니라

115) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734 판결.

116) 김경환, “의견에 의한 명예훼손 (Ⅱ)”, 언론관계소송 재판실무연구(1), 한국사법행정학회, 2008, 243면.

민사상 불법행위 책임의 인정 여부로 다루는 것이 타당하다. 판례는 형법상 모욕죄에서 모욕은 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다고 판시하고 있는데,¹¹⁷⁾ 판례에 의하면 비판적 의견이나 풍자적 표현도 모욕에 포함될 수 있고 일회적이거나 경미한 욕설도 모욕에 포함될 수 있어 처벌의 범위가 지나치게 광범위하여 표현의 자유를 위축시킬 우려가 있는 점, 정치적·사회적 쟁점에 대한 부정적이거나 비판적인 표현을 모욕죄로 규제하면 자유로운 의견의 개진과 교환을 위축시키고 정치적으로 악용될 우려가 있는 점, 대부분의 모욕 사건은 민사상 손해배상 책임이나 시민사회의 자기 교정기능에 따라 해결할 수 있어 모욕을 형사처벌하는 것은 형벌의 최후수단성에 반하는 점 등의 문제점이 있다.¹¹⁸⁾ 따라서 진실한 사실을 전제로 한 비판 또는 공적 관심사에 대한 비판은 면책된다는 예외조항을 두거나 상대방의 사회적 평가가 저하되었는지 여부를 엄격하게 해석하여 형법상 모욕죄의 적용범위를 축소할 필요가 있다.

결국 의견 표명의 한계를 일탈한 인신 공격적 표현행위에 대하여 민사상 불법행위 책임을 인정하는 것이 타당하다. 다만 의견에 의한 불법행위 책임을 인정하게 되면 표현의 자유를 현격하게 제한하거나 위축시킬 우려가 있다는 점에서 의견에 의한 불법행위 책임을 인정하는 것에 신중해야 한다.

117) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결.

118) 헌법재판소 2013. 6. 27.자 2012헌바37 결정 반대의견.

제3절 인신 공격적 표현행위와 불법행위 책임

I. 인신 공격적 표현행위

1. 개념

의견 표명의 한계를 일탈하여 불법행위 책임이 성립하는 것을 인신 공격적 표현행위라고 한다면, 인신 공격적 표현행위가 무엇인지에 대해 개념을 정리할 필요가 있다.

먼저 인신공격(人身攻擊)의 사전적인 의미는 “남의 신상에 관한 일을 들어 비난함”이다.¹¹⁹⁾ 그러나 타인의 신상에 대하여 비난을 하였다는 이유만으로는 불법행위 책임이 성립한다고 할 수 없다. 결국 판례에서 의견에 의한 불법행위 책임을 인정한 사안을 바탕으로 인신 공격적 표현행위의 개념을 정리하는 것이 타당하다.

대법원은 초기에는 사실과 의견의 구별하여 문제되는 표현이 의견이라고 판단되면 명예훼손이 성립하지 않는다고 판시하고 별도로 불법행위 책임의 성립을 검토하지 않았다.¹²⁰⁾ 이후 대법원이 의견의 표명에 의한 불법행위 책임을 인정한 사례를 보면, “아무리 공적인 존재의 공적인 관심에 관한 문제의 제기가 널리 허용되어야 한다고 하더라도 구체적 정황의 뒷받침도 없이 악의적으로 모함하는 일이 허용되지 않도록 경계해야 함은 물론 구체적 정황에 근거한 것이라 하더라도 그 표현방법에 있어서는 상대방의 인격을 존중하는 바탕 위에서 어휘를 선택하여야 하고, 아무리 비판을 받아야 할 사항이 있다고 하더라도 모멸적인 표현으로 모욕을 가하는 일은 허용될 수 없다.”고 판시하거나,¹²¹⁾ “그러한 의견표명은 모멸적인 표현에 의한

119) 네이버 국어사전.

120) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.

121) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결.

인신공격에 해당하여 의견표명으로서의 한계를 일탈한 불법행위가 될 수 있을 것으로 보인다.”고 판시하였다.¹²²⁾ 결국 판례에 의하면 인신 공격적 표현행위를 모욕과 유사하게 보고 있으므로, 인신 공격적 표현행위는 상대방의 신상에 관한 일을 들어 모멸적인 표현으로 모욕하는 것을 말한다고 정리할 수 있다.¹²³⁾

2. 판단기준

판례는 인신 공격적 표현행위의 판단기준에 대해 판시하고 있지 않지만, 모욕의 개념과 유사하므로 모욕에 대한 판단기준을 참고할 수 있다.

대법원은 형법 제311조의 모욕에 관하여 “피고인과 공소외인의 관계, 피고인이 이러한 발언을 하게 된 경위와 발언의 횟수, 발언의 의미와 전체적인 맥락, 발언을 한 장소와 발언 전후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인의 위 발언은 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 저속한 표현이기는 하지만 객관적으로 공소외인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당한다고 보기는 어렵다.”고 판시하였다.¹²⁴⁾ 헌법재판소도 형법 제311조의 모욕에 관하여 “사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하였는지 여부는 추상적·일반적으로 결정될 수 없는 성질의 것이므로 이에 해당하는지 여부는 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 정해질 수밖에 없다. 그리고 모욕에 해당하는지 여부는 피해자의 주관적 감정이 아니라 구체적 상황을 고려한 다음 사회통념에 의하여 객관적 의미와 내용에 따라 판단하여야 하고, 언어 또는 거동이 타인의 명예에 대한 경멸의 의

122) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2001다84480 판결.

123) 민성철, 앞의 논문, 59면.

124) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도2229 판결.

사표시인가를 판단하자면 그것이 표시된 상황, 표시된 장소, 표시의 상대방, 의사표시 전체의 의미관련성 등이 종합적으로 검토되어야 한다.”고 판시하여¹²⁵⁾ 대법원과 유사하게 판단하고 있다.

결국 인신 공격적 표현행위 역시 추상적·일반적으로 결정될 수 없고, 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 결정되어야 한다. 따라서 명예훼손을 판단하는 기준과 마찬가지로 인신 공격적 표현행위의 판단기준 역시 표현행위의 객관적인 내용과 아울러 합리적인 사람이 사용된 어휘의 통상적인 의미, 전체적 흐름이나 문구의 연결방법, 보다 넓은 문맥이나 사회적 흐름 등을 종합적으로 고려하여 진술의 상대방이 느끼는 전체적인 인상을 기준으로 판단해야 할 것이다.¹²⁶⁾

3. 명예훼손과의 관계

명예훼손과 인신 공격적 표현행위를 판단하는 기준이 유사하다면 굳이 명예훼손과 별개 유형의 불법행위 책임으로 구성할 실익은 무엇인가. 즉 인신 공격적 표현행위 역시 명예훼손으로 인한 불법행위 책임을 진다고 이론 구성하는 것과의 차이는 무엇인가.

만약 인신 공격적 표현행위도 명예훼손으로 구성한다면 사실과 의견의 구별은 의미가 없어진다. 따라서 의견의 표명은 명예훼손에 해당하지 않는다고 보아 표현의 자유를 보장하고자 하는 것에 반한다. 사회적 평가를 저하시키지만 의견 표명의 한계를 일탈하지 않은 표현도 명예훼손에 해당하는 반면, 사회적 평가를 저하시키지 않지만 정신적 고통을 주는 욕설은 면책되거나 또 다른 유형의 인격권 침해로 구성해야 한다.

또한 판례는 명예훼손에서 “그것이 공공의 이해에 관한 사항으로

125) 헌법재판소 2015. 3. 26.자 2013헌마531 결정.

126) 대법원 1997. 10. 28. 선고 96다38032 판결.

서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 위법성이 없으며 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.”고 판시하여¹²⁷⁾ 진실 또는 상당성을 위법성 조각사유로 보고 있다. 사실의 적시가 없는 인신 공격적 표현행위는 진실 또는 상당성을 위법성의 판단기준으로 적용할 수 없으므로 명예훼손과는 다른 위법성 조각사유를 적용해야 한다.

마지막으로 입증책임의 분배에 있어서도 차이가 있다. 명예훼손에서 적시된 사실의 진실 또는 상당성은 피고가 입증해야 하나,¹²⁸⁾ 의견 표명의 한계를 일탈하여 인신 공격적 표현행위에 해당한다는 것은 불법행위의 성립요건으로 원고가 입증해야 한다.¹²⁹⁾

결국 인신 공격적 표현행위는 명예훼손과는 다른 유형의 인격권 침해에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 그런데 인신 공격적 표현행위를 명예훼손과 다른 유형으로 본다면, 원고가 명예훼손으로 인한 손해배상 책임만을 청구한 경우에 법원이 인신 공격적 표현행위로 인한 손해배상 책임을 인정할 수 있는지가 변론주의와 관련하여 문제가 된다. 생각건대 명예훼손과 모욕은 형사상으로는 엄격하게 구분되지만 민사상으로는 모두 인격권 침해로서 불법행위를 이유로 한 손해배상 책임을 발생시킬 수 있다.¹³⁰⁾ 즉 명예훼손과 인신 공격적 표현행위는 둘 다 정신상 고통에 대한 손해배상을 청구하는 것으로 민법 제751조 제1항에 근거하고 있고, 사실과 의견의 구별 또는 명예훼손과 인신 공격적 표현행위의 구별은 당사자의 법률적 평가에 지나지 않으므로 법원은 원고의 주장에도 불구하고 인신 공격적 표현행위로 인한 불법행위 책임을 인정할 수 있다고 할 것이다.

127) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

128) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결.

129) 민성철, 앞의 논문, 52면.

130) 김재형, 앞의 책, 302면.

실무에서 명예훼손으로 인한 불법행위 책임과 인신 공격적 표현행위로 인한 불법행위 책임의 손해배상 액수를 정함에 있어 형법상 명예훼손죄와 모욕죄의 법정형의 차이처럼 손해배상 액수를 달리 판단할 필요가 있는지 문제된다. 생각건대 사안에 따라 달리 판단할 문제이지만 인신 공격적 표현행위는 의견의 표명으로 제3자가 이를 표현자의 주관적 가치판단으로 여기는 반면 명예훼손은 사실의 적시로 제3자가 이를 객관적 사실로 여길 가능성이 많아 사회적 평가가 훼손되는 정도에 차이가 있는 점, 의견의 표명은 개인의 개성 발현과 민주주의의 발전을 위해 사실의 적시보다 헌법상 더 보호할 필요가 있는 점 등에 비추어 손해배상 액수를 정함에 있어 이를 고려할 필요가 있다.

II. 위법성 조각사유

인신 공격적 표현행위의 위법성 조각사유에 대하여 명예훼손과 마찬가지로 공익성과 진실 또는 상당성을 기준으로 하는 방안, 미국의 공정논평의 법리를 도입하는 방안, 사회적 상당성에 의해 판단하는 방안이 있다.

1. 공익성과 진실 또는 상당성

대법원은 “의견 또는 논평을 표명하는 표현행위로 인한 명예훼손에 있어서는 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 증거가 있는가, 혹은 그러한 증거가 없다면 표현행위를 한 사람이 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라고 믿

을 만한 상당한 이유가 있는가 하는 것이 위법성 판단의 기준이 되는 것이므로, 어떠한 표현행위가 명예훼손과 관련하여 문제가 되는 경우 그 표현이 사실을 적시하는 것인가 아니면 의견 또는 논평을 표명하는 것인가, 또 의견 또는 논평을 표명하는 것이라면 그와 동시에 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 것인가 그렇지 아니한가를 구별할 필요가 있다.”고 판시하여,¹³¹⁾ 의견에 의한 명예훼손에서 전제되는 사실의 진실성 또는 상당성을 위법성 판단의 기준으로 판단하였다.

2. 공정논평의 법리

미국에서 사실과 의견을 구별하기 이전에 적용하던 기준인 공정논평의 법리(Fair Comment Rule)를 위법성 조각사유로 검토하는 방안이 있다. 즉 공정논평의 항변이 인정되기 위한 요건인 의견이나 논평이 ① 공중의 관심사에 대한 것이고, ② 논평자의 진정한 의견이고, ③ 상대방에게 오로지 해를 가할 목적으로 진술한 것이 아니어야 하고, ④ 허위의 사실을 적시하거나 암시해서는 안 된다는 것¹³²⁾을 위법성 조각사유로 검토하게 된다.

3. 사회적 상당성

통설과 판례는 모욕죄의 위법성 조각사유에 대하여 형법 제310조를 적용하는 것이 아니라 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조에 의하여 예외적으로 위법성이 조각된다고 한다.¹³³⁾ 판례는 사회적 상당성을 판단함에 있어 ‘①

131) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결.

132) American Law Institute, 앞의 책, 171면 §566 Comment a.

133) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433 판결.

글을 올리게 된 동기나 경위 및 배경, ② 전제가 되는 사실의 진실 또는 상당성, ③ 피해자를 특정한 정도, ④ 모욕의 횟수 및 모욕이 글 전체에서 차지하는 비중, ⑤ 모욕의 정도, ⑥ 글의 게시장소' 등을 고려하고 있다.¹³⁴⁾ 그 밖에 피해자가 자초한 측면이 있는지, 공적인 존재의 공적 관심사에 해당하는지도 고려될 수 있다.¹³⁵⁾

4. 검토

먼저 '공익성과 진실 또는 상당성'에 대하여 살펴보면, 인신 공격적 표현행위 중에서 사실을 전제로 하지 않은 의견도 있지만, 대부분 미리 진술한 사실이나 상대방이 이미 알고 있는 사실에 기초하여 진술한 의견이다. 또한 허위의 사실에 기초한 의견은 의견의 자유로운 경쟁에 아무런 도움을 주지 않는다. 따라서 판례가 제시하는 공익성은 물론이고, 적시된 사실의 진실 또는 상당성도 위법성을 판단하는 하나의 기준이 될 수 있다.

하지만 진실한 사실을 기초로 하여서도 모멸적인 표현에 의해 인신공격을 하였다면 위법성이 인정되어 불법행위 책임이 성립할 수 있다. 그렇다고 인신공격이 공익성에 대치되는 개념으로 보기도 어렵다. 반대로 허위의 사실을 기초로 한 비난이나 욕설이 경미한 경우에는 불법행위 책임이 성립하지 않을 수 있다. 결국 인신 공격적 표현행위는 명예훼손의 위법성 조각사유인 공익성과 진실 또는 상당성과는 다른 판단기준이 요구된다.

다음으로 '공정논평의 법리'에 대하여, 공정논평에서 제시하는 ①과 ③의 요건은 공익성 요건에 포함될 수 있고, ④의 요건은 진실 또는 상당성의 요건과 유사하므로 판례가 판시하는 명예훼손의 위법성 조각사유와 차이가 없다. ②의 요건은 진술자가 진정한 의견이

134) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433 판결.

135) 서울남부지방법원 2011. 4. 14. 선고 2010나1307 판결.

라고 밝히면 이를 뒤집기 어렵고 반대로 진정한 의견임에도 정황증거에 의해 진정한 의견이 아닌 것으로 인정되어 명예훼손에 해당한다면 의견의 자유로운 개진과 교환을 현저하게 제한하는 것이 되어 부당하다.¹³⁶⁾

마지막으로 사회적 상당성을 살펴보면, 인신 공격적 표현행위는 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 결정해야 하고, 사회적 상당성에 고려하는 요소들은 대부분 인신 공격적 표현행위를 판단하는 요소들과 중첩된다. 사회적 상당성에서 고려하는 요소들은 인신 공격적 표현행위의 성립요건으로 파악하는 것이 타당하다.

사회적 상당성에서 고려하는 요소들을 인신 공격적 표현행위의 성립여부로 판단하는 것과 위법성 조각사유로 판단하는 것은 입증책임에서 차이를 가져온다. 즉 법원이 인신 공격적 표현행위인지 여부가 불분명하다면 불법행위의 성립요건에 대한 입증책임을 지는 원고의 불이익으로 판단하여 불법행위 책임을 부정하게 된다. 반대로 법원이 인신 공격적 표현행위에 해당하지만 사회상규에 위배되는지 여부가 불분명하다면 위법성조각사유에 대한 입증책임을 지는 피고의 불이익으로 판단하여 불법행위 책임을 인정하게 된다.

사회적 상당성의 요소들을 위법성 조각사유로 판단하는 것은 명예훼손에서 진술자인 피고는 공익성과 진실 또는 상당성을 입증하면 손해배상 책임이 없는데, 인신 공격적 표현행위에서 진술자인 피고로 하여금 사실상 인신 공격적 표현행위가 아니라는 점을 입증하게 하는 것과 차이가 없어 피고에게 더 큰 입증의 부담을 주는 것으로, 사실의 적시보다 더 보호할 필요가 있는 의견의 표명을 더 제한하게 되고 표현의 자유를 위축시키는 결과를 가져올 우려가 있다.¹³⁷⁾ 인신 공격적 표현행위라는 것이 선형적으로 결정되어 있는

136) 한위수, 앞의 논문, 320면.

137) 민성철, 앞의 논문, 62면.

것이 아니라 구체적 상황과 사회적 흐름에 따라 달리 판단될 수 있고, 의견의 자유로운 개진과 교환을 보장할 필요가 있다는 점에서 사회적 상당성에서 고려하는 요소들은 인신 공격적 표현행위 여부를 판단하는 것이 타당하다.

최근 대법원은 “피고인과 공소외인의 관계, 피고인이 이러한 발언을 하게 된 경위와 발언의 횟수, 발언의 의미와 전체적인 맥락, 발언을 한 장소와 발언 전후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인의 위 발언은 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 저속한 표현이기는 하지만 객관적으로 공소외인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당한다고 보기는 어렵다.”고 판시하였는데¹³⁸⁾, 의견의 자유로운 개진과 교환을 보장하기 위하여 점차 모욕의 범위를 축소하는 것으로 평가할 수 있다.

138) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도2229 판결.

제4절 인신 공격적 표현행위의 실제적 적용

종전 판례에서는 원고가 명예훼손으로 인한 손해배상 책임을 청구하는 경우에 사실과 의견을 구별하여 사실의 적시가 없다는 이유로 손해배상 책임을 부정하였다.¹³⁹⁾ 그런데 점차 최근 판례에서는 사실의 적시가 없다고 하더라도, 인신 공격적 표현행위에 해당하는 경우에는 손해배상 책임을 인정하고 있다.¹⁴⁰⁾ 이하 인신 공격적 표현행위로 인한 불법행위 책임을 인정한 주요 판례를 분석하는 방식으로 개념 및 판단기준 등을 검토하고자 한다.

① 언론의 자유에 의해 보호받는 의견과 보호받지 않는 의견을 구별한 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결, ② 명예훼손과 인신 공격적 표현행위를 구별한 대법원 2003. 3. 25. 선고 2001다84480 판결, ③ 모욕적 언사에 해당하지만 사회상규에 위배되지 않는다는 이유로 불법행위 책임을 부정한 서울남부지방법원 2011. 4. 14. 선고 2010나1307 판결, ④ 공적인 존재의 공적 관심사에 대한 언론의 비판이 문제된 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734 판결을 검토하고자 한다.

I. 정치적 논평과 인신 공격적 표현행위¹⁴¹⁾

1. 사실관계

사실관계 중 대법원이 불법행위 책임을 인정한 원고 민주노총에 대한 사실관계만을 간단히 요약하면 다음과 같다. 잡지사인 피고는

139) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.

140) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734 판결.

141) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결

원고 민주노총의 총파업이 좌경, 친북, 체제전복투쟁으로 치달는 것을 비판하면서 정부에 단호한 법집행을 주문하는 내용의 공격적인 기사를 게재하였다. 이 기사 중 ① 원고를 ‘불법단체’, ‘불법, 불순세력’이라고 칭한 부분, ② 원고의 투쟁을 ‘정권타도투쟁’이라고 칭한 부분, ③ 원고의 투쟁을 ‘체제와 국가전복을 궁극목적으로 한 공산계릴라식 빨치산전투’라거나 그 정치투쟁의 기본구도를 ‘자본가와 노동자의 계급 투쟁’으로 보고, 그 노동운동을 ‘북한의 조선노동당의 이익을 위한 노동당운동’으로 표현한 부분 등이 문제가 되었다.

2. 판시사항

대법원은 “아무리 공적인 존재의 공적인 관심사에 관한 문제의 제기가 널리 허용되어야 한다고 하더라도 구체적 정황의 뒷받침도 없이 악의적으로 모함하는 일이 허용되지 않도록 경계해야 함은 물론 구체적 정황에 근거한 것이라 하더라도 그 표현방법에 있어서는 상대방의 인격을 존중하는 바탕 위에서 어휘를 선택하여야 하고, 아무리 비판을 받아야 할 사항이 있다고 하더라도 모멸적인 표현으로 모욕을 가하는 일은 허용될 수 없다.”고 판시하였다.

구체적으로 살펴볼 때, ①표현은 그 자체로서 명예훼손적 의견 표현에 해당하나 의견은 진실이거나 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있는 사실에 기초하고 있다고 할 것이고, 공적 단체에 대한 공적 관심사항에 관한 것이므로 불법행위가 되지 않는다. ②표현은 원고의 투쟁 방법과 투쟁 구호를 기초로 한 피고의 평가를 표현한 의견에 해당하되, 이러한 의견의 근거되는 사실을 밝히고 있으므로 헌법상 보장되는 표현의 자유의 범위 내에 있다고 할 것이므로 불법행위가 되지 않는다. ③표현은 공적인 존재인 원고의 정치적 이념에 관한 것으로 이에 대한 의문이나 의혹은 개연성이 있는 한 광범

위하게 문제제기가 허용되어야 한다. 다만 이 사건 기사는 단순한 의혹의 제기 차원을 넘어 단정적인 표현을 하였는바, ‘북한조선노동당의 이익을 위한 노동당운동’이라고 표현한 부분은 과장표현이라 할 것이고 언론의 자유 측면에서 보호받을 수 있지만, ‘공산계릴라식 빨치산 전투’라고 표현한 부분은 비록 그 표현 자체가 구체적인 사실의 적시가 아니라 원고의 투쟁방법을 그에 비유한 평가의 표현이라 하더라도, ‘공산계릴라식 빨치산전투’라 함은 공산주의 혁명을 달성하기 위해 적의 배후에서 파괴와 살상 등으로 기습, 교란하는 비정규부대의 유격전투를 뜻하는 표현으로서, 원고의 투쟁방법, 투쟁과정에서 나온 과격한 구호 등을 참작하여 본다고 하더라도 그 비유가 지나치고 감정적이고도 모멸적인 언사에 해당하여 이러한 모욕적인 표현까지 언론의 자유라는 이름 아래 보호받을 수는 없을 것이라고 판단하였다.

3. 검토

대법원은 이 사건에서 명시적으로 판시하지는 않았지만 원고가 명예훼손으로 인한 손해배상과 정정보도문의 게재를 청구한 이 사건 소송에서 모욕에 의한 손해배상 책임을 인정할 수 있다고 판단하여, 원고가 주장하는 불법행위 책임에 대한 법률적 평가에 구속되지 않는다는 것을 보여주고 있다.

대법원은 이 사건에서 상당히 과격해 보이는 표현들인 ‘불법단체’, ‘불법, 불순세력’, ‘정권타도투쟁’, ‘노동당 운동’ 등에 대하여 진실 또는 상당성이 인정되거나 허용되는 과장 표현이라는 이유로 불법행위 책임의 성립을 부정하였는데, 정치적 논쟁에 관한 언론보도에 있어 언론에게 폭넓은 논평의 자유를 부여한 것으로 평가할 수 있다.¹⁴²⁾

그러나 대법원은 ‘공산계릴라식 빨치산전투’이라는 표현은 비유가 지나치고 감정적이고도 모멸적인 언사에 해당하여 이러한 모욕적인 표현까지 언론의 자유라는 이름 아래 보호받을 수는 없을 것이라고 판단하고 있다. 이에 대하여 순수의견으로 보면서도 모욕적인 표현이기 때문에 면책되지 않는다고 판단한 것은 논리적인 일관성이 없고, 차라리 혼합의견으로 보아 명예훼손을 인정하는 것이 논리적이란 평가가 있다.¹⁴³⁾ 그러나 순수의견도 의견 표명의 한계를 일탈한 경우에는 명예훼손과는 다른 유형의 인격권 침해로 인한 불법행위 책임이 성립할 수 있으므로 대법원의 입장이 타당하다.

다만 ‘공산계릴라식 빨치산전투’가 의견 표명의 한계를 일탈한 인신 공격적 표현행위에 해당하는지 여부는 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 결정해야 한다. 따라서 종전에는 인신 공격적 표현행위로 보아 불법행위 책임의 성립을 인정할 수 있다고 하더라도 시간의 경과에 따라 현재에는 표현의 자유에서 보호되는 과장된 표현에 불과하다는 판단을 할 수 있다.¹⁴⁴⁾

II. 명예훼손과 인신 공격적 표현행위의 구별¹⁴⁵⁾

1. 사실관계

사실관계를 간단하게 요약하면 다음과 같다. TV 방송사인 피고는 뉴스 방송에서, ‘못 믿을 변호사’라는 제목으로 변호사인 원고에 대한 보도를 시작하였는데, 원고가 증거를 일부 누락하거나 의뢰인에게 불이익한 증거를 제출한 사실을 보도하며 원고를 “사람답게 살

142) 김경환, “정치적 의견표명에 의한 명예훼손에 있어서의 위법성 요건”, 민사판례연구 25권, 박영사, 2003, 248~249면.

143) 김경환, 앞의 논문, 249면.

144) 김재형, 앞의 책, 298면.

145) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2001다84480 판결

지 못한 사람”, “한심하다 못해 분통이 터집니다.”라고 표현하여 원고가 피고를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다.

2. 판시사항

대법원은 “이 사건 방송에서 변호사인 원고의 소송수행 잘못으로 의뢰인에게 불리한 판결이 선고되도록 하였다는 기본적 사실의 보도는 진실이 아니라고 단정할 수 없다 할 것이므로, 그에 해당하는 보도 내용이 원고에 대한 허위사실을 적시한 것임을 전제로 하여 위 방송이 명예훼손에 의한 불법행위에 해당한다고 인정한 원심의 판단에는 채증법칙에 위배하여 사실을 오인하거나 언론보도에 의한 명예훼손의 위법성조각사유에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다 할 것이고, 따라서 이 점을 주장하는 피고들의 상고이유에서의 주장은 정당하다. 다만, 이 사건 방송에서 위와 같은 기본적 사실에 기초하여 원고를 소위 ‘순백의 법조인’과 대비하여 ‘사람답게 살지 못한 사람’이라거나 ‘한심하다 못해 분통이 터진다.’는 등의 표현을 사용하여 의견을 표명한 것은, 그 적시된 사실에 비추어 보거나 원심 판시 인정 사실에 나타난 위 사건 재판의 전과정이나 원고의 소송수행 내용 전반에 비추어 살펴볼 때 원고의 잘못의 정도와 판결에 대한 영향을 지나치게 확대, 과장하여 평가한 결과에 따른 표현으로서 그러한 의견표명은 모멸적인 표현에 의한 인신공격에 해당하여 의견 표명으로서의 한계를 일탈한 불법행위가 될 수 있을 것으로 보이므로 원심으로서의 그 범위 내에서 피고들의 책임을 인정하고 이에 상응하는 책임을 묻는 것은 별론으로 한다.”고 판시하였다.

3. 검토

대법원은 이 사건에서 명예훼손과 인신 공격적 표현행위로 인한 불법행위 책임을 명백히 구별하고 있다. 즉 이 사건 방송은 변호사인 원고가 불성실한 소송수행을 하여 의뢰인에게 불이익한 판결이 선고되었다는 내용의 사실을 적시하여 원고의 사회적 평가를 저하시키는 것으로 명예훼손에 해당할 수 있지만, 공익성과 진실 또는 상당성이 인정되어 위법성이 없다. 하지만 이 사건 방송에서 사용된 ‘사람답게 살지 못한 사람’이라거나 ‘한심하다 못해 분통이 터진다.’는 등의 표현은 의견 표명의 한계를 일탈하여 인신 공격적 표현행위에 해당한다고 판단하여, 사실과 의견을 구별하고, 명예훼손과는 다른 유형의 의견에 의한 불법행위 책임을 인정하고 있다.

대법원은 인신 공격적 표현행위의 판단기준에 대해 설명하고 있지 않다. 대법원이 “위 사건 재판의 전과정이나 원고의 소송수행 내용 전반에 비추어 살펴볼 때 원고의 잘못의 정도와 판결에 대한 영향을 지나치게 확대, 과장하여 평가한 결과에 따른 표현으로서 그러한 의견표명은 모멸적인 표현에 의한 인신공격에 해당한다.”고 판시한 것에 비추어, 사용된 표현의 객관적인 의미뿐만 아니라 위와 같은 표현을 하게 된 경위와 전체적인 맥락을 고려하는 것으로 보인다.

Ⅲ. 인신 공격적 표현행위와 위법성 조각¹⁴⁶⁾

1. 사실관계

사실관계 중 인신 공격적 표현행위가 문제되는 부분만 간단하게 요약하면 다음과 같다. TV 토론 프로그램의 발언이 화제가 되어 ‘고대녀’라고 불리며 높은 관심과 인기를 얻고 있었던 甲이 위 발언

146) 서울남부지방법원 2011. 4. 14. 선고 2010나1307 판결

당시 고려대 재학생 신분을 유지하고 있었음에도, 국회의원 乙이 甲은 ‘고려대학교 학생이 아니다. 고려대학교에서 제적을 당한 학생인데, 이력을 보면 민주노동당 당원으로 각종 선거에서 선거운동을 하는 정치인이다’라는 취지의 발언을 하자, 甲이 다른 사람들과 함께 항의집회를 열어 乙은 “대국민 사기극을 벌였다”, “정치적 수준이 한심하다”는 취지의 발언을 하고, 다른 시위참여자들도 “입만 열면 망언” 등의 구호가 적힌 피켓과 “乙의 뇌구조”라는 제목 하에 乙의 뇌구조가 그려진 피켓을 들고 있었으며, 甲은 라디오 시사 프로그램 인터뷰에서 乙은 “국회의원으로서의 수준과 자질이 의심스럽다”는 취지의 발언을 하여 명예훼손이 문제되었다.

2. 판시사항

법원은 “피고가 대국민 사기극을 벌였다고 생각한다는 부분이나 정치적 수준이 한심하다거나 국회의원으로서의 수준과 자질이 의심스럽다는 취지의 발언 및 입만 열면 망언이라는 표현은 그 진위를 결정하는 것이 가능하다고 보이지 않으므로, 단지 원고의 피고에 대한 개인적 생각이나 의견표명이라 할 것이지, 그 내용이 비판적인 관점에서 작성되었다거나 다소 과격한 표현을 사용하였다고 하여 이를 명예훼손에 해당한다고 단정할 수 없다. 또한 ‘피고 뇌구조’라는 제목 하에 뇌구조를 형상화한 피켓의 경우, 일반 국민이 보통의 주의로 위와 같은 피켓 내용에 접근하는 것을 전제하여 이에 사용된 어휘, 표현방식, 일반 국민에게 주는 전체적인 인상을 고려할 때, 이는 단순히 피고와 관련된 일련의 사건들을 희화적으로 묘사한 것일 뿐, 실질적으로 피고가 그와 같은 생각을 하고 있을 것이라는 등의 구체적 사실을 적시하였다고 볼 수 없다.”고 판시하여 甲의 항의 집회 시 발언과 피켓 내용 및 인터뷰 내용 등은 구체적인 사실 적

시라고 보기 어려워 명예훼손을 구성하지 않는다고 판단하였다.

다음으로 법원은 모욕으로 인한 불법행위 여부를 검토하였는데, “원고가 피고에 대하여 대국민 사기극을 벌였다거나 정치에 대한 한심한 수준을 보여 주었다거나 국회의원으로서의 수준과 자질이 의심스럽다고 한 발언, 입만 열면 망언이라는 피켓이나 뇌구조 그림은 그 표현의 통상적 의미와 용법 등에 비추어 피고를 비하하여 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현한 것으로서 모욕적인 언사에 해당한다.”고 판시하면서도, “원고가 위와 같은 발언 등을 하게 된 동기나 경위 및 배경을 살펴보면, 원고는 백분토론에서의 피고의 명예훼손 행위에 반발하여 이에 대한 항의 과정에서 위와 같은 발언 등을 하게 된 것으로 이는 피고가 자초한 측면이 있는 점, 공적인 존재의 공적인 관심사에 관한 문제의 제기는 널리 허용되어야 한다는 점, 문제가 된 발언이나 피켓은 대부분 한나라당 당사 앞에서 이루어진 점, 원고가 한 발언 내용에 다소 격한 표현이 있기는 하지만 이는 피고의 명예훼손적인 이 사건 발언 및 행위로 인한 격앙된 감정 상태에서 피고의 잘못된 발언을 정정하고 그 잘못을 비난하면서 이루어지게 된 점 등을 종합적으로 고려하면, 그 표현 내용이 사회상규에 위배될 정도로 피고의 사회적 평가를 저하시키거나 피고에게 모욕적이고 경멸적인 인신공격을 하였다고 보기 어렵다 할 것이어서, 원고가 피고를 모욕하였다는 예비적 주장 역시 이유 없다 할 것이다.”고 판시하여 사회상규에 위배되지 않아 위법성이 조각된다고 판단하고 있다.

3. 검토

이 사건에서 법원은 甲의 발언 및 피켓이나 뇌구조 그림 등에 대하여 먼저 명예훼손으로 인한 불법행위 책임이 성립하는지를 검토

하고, 구체적 사실의 적시가 없으므로 명예훼손은 성립하지 않는다고 판단하였다. 다음으로 모욕으로 인한 불법행위 책임이 성립하는지를 검토하면서, 모욕적 언사에는 해당하지만 사회상규에 위배되지 않아 위법성이 조각된다고 판단하였다.

이와 같은 법원의 판단은 명예훼손에서 사실과 의견의 구별하고, 의견에 의한 불법행위 책임을 검토하는 구조로써 타당하다. 즉 명예훼손에서 사실과 의견을 구별하여 사실의 적시가 없는 의견의 표명은 명예훼손에 해당하지 않는다고 판단하여 의견의 표명을 보호하고, 다만 의견의 표명도 인신 공격적 표현행위에 해당하는 경우에는 불법행위 책임이 성립할 수 있다.

이 사건에서 법원은 甲의 발언은 진위를 결정하는 것이 가능하지 않으므로 의견의 표명으로 보아야 한다고 판단하였다. 앞서 사실과 의견의 구별에서 살펴보았듯이, 입증가능성이 있는지가 사실과 의견의 핵심적인 구별기준이므로 甲의 발언은 의견의 표명으로 보는 것이 타당하다. 또한 뇌구조 그림 역시 풍자만화 사건¹⁴⁷⁾과 마찬가지로 乙을 희화하기 위하여 사용된 풍자적 외피 또는 은유에 지나지 않는 것이지 실제 乙이 그와 같은 생각을 하고 있다는 구체적 사실을 적시하였다고 볼 수 없다.

사실의 적시가 없는 의견의 표명에 대하여 명예훼손이 성립하지 않지만, 의견표명의 한계를 일탈한 인신 공격적 표현행위는 불법행위 책임이 성립한다. 이 사건에서 乙은 주위적으로 명예훼손으로 인한 불법행위 책임을, 예비적으로 모욕에 인한 불법행위 책임을 청구하였지만, 법원은 당사자가 주장하는 불법행위 책임에 대한 법률적 평가에 엄격하게 구속되지 않으므로 명예훼손으로 인한 불법행위 책임만을 청구한 경우에도 의견의 표명인 경우에는 인신 공격적 표현행위에 해당하는지 판단하여야 한다.

147) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.

이 사건에서 법원은 甲의 발언은 모욕적 언사에 해당하지만 발언 등을 하게 된 경위, 공적인 존재의 공적 관심사에 관한 문제제기, 발언 등이 이루어진 장소 등을 종합적으로 고려하면 사회상규에 위배되지 않는다고 판단하였다. 그러나 甲의 발언 등은 인신 공격적 표현행위(모욕적 언사)에 해당하지 않는다고 판단하는 것이 타당하다. 인신 공격적 표현행위가 선형적으로 결정되어 있는 것이 아니라 구체적 상황과 사회통념에 따라 개별적으로 결정해야 하는 것이므로, 이 사건 법원에서 사회상규에 위배되는지 여부에서 검토한 발언 등을 하게 된 경위, 공적인 존재의 공적 관심사에 관한 문제제기, 발언 등이 이루어진 장소 등은 인신 공격적 표현행위를 판단하는 요소들로 적용하는 것이 타당하다.

IV. 공적 존재에 대한 비판과 인신 공격적 표현행위¹⁴⁸⁾

1. 사실관계

국회의원인 원고는 국회 여성위원회 회의에서 여성부장관에게 술시중과 성상납의 강요 등을 이유로 자살한 연예인 사건에 피고 언론사가 관련된 것이 아닌지를 질의하면서, 언론사도 성매매 방지 교육을 실시하여야 한다는 취지의 발언을 하였다. 이에 피고 언론사는 ‘원고의 언론을 향한 성폭행적 폭언’이라는 제목으로 원고의 발언을 비판하는 내용의 사설을 게재하여 원고가 피고를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다. 사설 내용 중에 ‘언론인들 얼굴에 오물을 던진 것’, ‘모략성 흑색 유언비어를 악용해 특정인과 특정 직업집단 전체에 침을 뱉는 파렴치한 탈선’, ‘정상적 의원으로서, 정상적 인간으로서의 선을 넘었다’ 등이 문제되었다.

148) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734 판결

2. 판시사항

대법원은 “언론이 사실을 통하여 공적인 존재에 대하여 비판적인 의견을 표명하는 것은 언론 본연의 기능에 속하는 것이므로 원칙적으로 위법하다고 볼 수 없다. 다만 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 또는 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 하는 등으로써 그 인격권을 침해한 경우에는 의견표명으로서의 한계를 일탈한 것으로서 불법행위가 될 수 있다.”라고 판시하였다.

구체적으로 살펴볼 때, “① 이 사건 사실의 전체적인 취지는, 국회의원인 원고가 국회에서 권력자들이 성상납을 받았는데 언론사 임원, 그중에서도 ‘○○일보 사주’가 그에 관련되어 있다고 발언한 다음 이를 전제로 언론사도 권력기관이니 성매매 예방교육을 받아야 한다고 주장·제안한 것을 두고, 국회의원의 국회 발언에 면책특권이 있다고 하여 언론인과 같은 특정 집단 전체를 성상납을 받거나 성매매를 하는 집단으로 모욕을 주어서는 안 된다는 내용인 점, ② 이 사건 사실에서 위와 같이 원고의 국회의원으로서의 직무활동에 대하여 비판적인 의견을 개진하는 과정에서 원고에 대하여 일부 경멸적인 표현이 사용되기는 하였으나, 전체적인 내용과 취지로 볼 때 원고에게 악의적으로 모욕을 가할 목적으로 작성된 사실이라고 보기 어려운 점, ③ 원고의 이 사건 발언은 종국적으로 언론인에 대하여 성매매 예방교육을 강제하는 법안 발의에 관련된 것으로서 공공의 이해에 관한 사항임은 물론이고, 공적 존재인 원고가 제시한 정책과 관련된 것이므로 다양한 비판과 문제제기가 허용되어야 할 사안인 점, ④ 통상적으로 신문의 사실은 사실의 보도를 위주로 하는 일반 기사와는 다르게 강한 어조의 비판이나 풍자·과장 등의 수

사적인 표현기법이 흔히 사용되고 일반 독자들도 그러한 속성을 감안하여 받아들이는 경향이 있는 점” 등을 종합하면 이 사건 사설의 위와 같은 표현들은 지나치게 모멸적인 언사에 의한 인신공격에 해당하여 의견표명으로서의 한계를 일탈하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

3. 검토

이 사건 원심판결은 피고의 위와 같은 표현들에 대하여 구체적인 설시 없이 일단 모욕행위에 해당한다고 판단한 다음, 위법성 조각 사유를 검토하는 단계에서 이 사건 사설은 공적 존재인 원고의 공적 관심사에 대한 비판으로 이에 대한 제한은 완화되어야 하고, 신문의 사설은 풍자나 과장 등 다양한 표현방법이 사용될 수 있다는 것을 고려한다고 하더라도, ㉠ 그 표현의 방법 및 정도에 비추어 공직자로서 뿐만 아니라 개인으로서의 원고에 대한 사회적 평가를 지나치게 훼손하는 것으로 보이는 점, ㉡ 원고에 대하여 직접적으로 비난하는 표현이 수회 사용된 점, ㉢ 원고의 발언에 비하여 이 사건 사설에서 사용된 표현은 더욱 공격적이고 직설적인 점, ㉣ 이 사건 사설은 원고의 피고 언론사에 대한 의혹 제기 발언에 대한 대응의 성격을 가지는 바, 이러한 경우에는 언론이 순수하게 공익적 차원에서 공직자를 비판하는 경우와 달리 원고가 감수하여야 할 수인의 정도를 낮게 보아야 하는 점 등을 종합하면 위법성이 조각된다는 피고의 주장은 이유가 없다고 판단하였다.¹⁴⁹⁾

그러나 대법원은 원심판결과 달리 인신 공격적 표현행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 대법원은 ① 이 사건 사설의 전체적인 취지, ② 피고에게 악의적인 모욕을 가할 목적이 있었는지 여부, ③

149) 서울고등법원 2012.01.27. 선고 2011나36512 판결

공적인 존재의 공적 관심사에 대한 비판인 점, ④ 신문 사설의 속성 등을 종합할 때 의견 표명의 한계를 일탈하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심판결이 위법성 조각사유로 검토하고 있는 요소들과 대법원이 인신 공격적 표현행위의 성립 여부로 검토하고 있는 요소들은 중첩되는 것으로 특별한 차이를 발견할 수 없다. 인신 공격적 표현행위라는 것이 선형적으로 결정되어 있는 것이 아니라 구체적·개별적으로 판단되어야 하고, 의견의 자유로운 개진과 교환을 보장할 필요가 있다는 점에서 대법원처럼 인신 공격적 표현행위의 성립요소로 검토하는 것이 타당하다.

다만 대법원은 인신 공격적 표현행위를 검토하는 하나의 요소로 이 사건 사설이 “원고에게 악의적으로 모욕을 가할 목적으로 작성된 사설이라고 보기 어려운 점”을 들고 있는데, 명예훼손이나 모욕이 성립하기 위하여 미국의 뉴욕타임즈 판결¹⁵⁰⁾처럼 현실적 악의를 요구하는 것은 아니다. 즉 공적인 존재의 공적 관심사에 대한 비판의 경우에 피고에게 악의적으로 명예훼손이나 모욕을 가할 목적이 인정되지 않는다고 하여 바로 명예훼손이나 모욕의 성립이 부정되는 것은 아니다. 하지만 공적인 존재의 공적 관심사에 대한 문제제기는 널리 허용될 필요가 있고, 의견의 표명에 대한 불법행위 책임을 인정하면 의견의 자유로운 개진과 교환을 위축시킬 우려가 있다는 점에서 인신 공격적 표현행위를 인정하는데 신중할 필요가 있다.

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

제5장 結 論

1. 우리 민법은 명예훼손이 성립하기 위하여 사실의 적시를 규정하고 있지 않지만, 법체계의 통일성과 의견의 헌법적 보호를 위하여 명예훼손에서 사실의 적시를 요구하는 판례의 태도가 타당하다.

하지만 학설과 판례는 그 논거로 의견의 표명만으로 상대방의 사회적 평가를 저하시킬 수 없다는 것을 제시하고 있는데, 상황에 따라 의견의 표명만으로도 상대방의 사회적 평가를 저하시킬 수 있다. 결국 의견의 자유로운 개진과 교환을 헌법적으로 보장하고 의견의 표명에 대한 사법부의 통제를 최소화해야 한다는 이유로 명예훼손이 성립하지 않는다고 보아야 할 것이다.

2. 사실과 의견의 구별기준으로 미국의 순수의견과 혼합의견의 구별, 의견 3분류, 전체적 상황 접근방식에 대한 논의와 대법원의 입장을 살펴보았다.

혼합의견은 묵시적으로 그 전제가 되는 사실을 암시하고 있으므로, 법적으로 사실의 적시로 취급하는 것이 타당하다. 사실을 적시하는 방법에는 제한이 없으므로 직접적으로 사실을 적시하는 것뿐만 아니라 간접적·우회적으로 사실을 적시하는 것도 포함된다. 사실의 적시가 없는 순수의견만이 명예훼손의 성립여부가 문제가 되지만, 순수의견과 혼합의견의 구별 역시 전체적 상황 접근방식에 따라 판단해야 할 것이다.

전체적 상황 접근방식에서 제시하는 요소들 중 입증가능성이 사실과 의견의 구별에서 핵심적인 기준이라고 할 것이다. 하지만 같은 단어나 문장이라고 하더라도 문맥이나 구체적 상황에 따라 다르게 해석될 수 있으므로 입증가능성을 제외한 다른 요소들을 고려하여 문제가 되는 표현의 의미를 확정해야 한다.

만약 표현의 의미를 확정할 수 없거나 입증가능한지 여부가 불분명하다면 의견으로 추정하여 명예훼손이 성립하지 않는다고 볼 것이다. 일반적으로 독자는 의미가 모호한 경우 이를 사실이 아닌 의견으로 받아들이는 경향이 있고, 입증가능한지가 불분명하다면 자유로운 의견의 개진과 교환을 보호하기 위해 의견으로 추정하는 것이 타당하기 때문이다.

3. 의견의 표명에 의한 불법행위 책임을 살펴보았다. 과거 판례는 명예훼손에서 사실과 의견을 구별하여 의견으로 판명된 경우에는 손해배상 책임이 없다고 판단하였다. 그러나 명예훼손이 성립하지 않는다고 하더라도 의견 표명의 한계를 일탈한 인신 공격적 표현행위는 명예훼손과는 다른 유형의 인격권 침해에 해당할 수 있다.

의견의 자유로운 개진과 교환을 보장하기 위해 의견은 절대적으로 면책된다는 견해도 있지만, 민법 제751조 제1항이 명예훼손 이외 정신상 고통을 주는 인격권 침해를 예정하고 있고, 지나치게 인신 공격적인 표현은 의견의 자유경쟁에 아무런 도움을 주지 않고, 때로는 상대방에게 극심한 정신적 고통을 주기 때문에 의견 표명의 한계를 일탈한 경우에도 불법행위 책임이 성립할 수 있다.

다만 인신 공격적 표현행위를 인정함에 있어서는 의견의 헌법적 보호를 위해 신중할 필요가 있고, 최근 대법원과 헌법재판소에서 모욕죄의 성립을 엄격하게 보고 있는 것에 비추어 사회통념과 구체적 상황에 따라 진술을 하게 된 동기, 전제되는 사실의 진실 또는 상당성, 모욕의 정도와 비중, 상대방이 이를 유발했는지 여부, 공적 인물이나 공적 관심사에 해당하는지 등을 고려하여 제한적으로 인정할 것이다.

4. 마지막으로 실제 소송에서 원고가 명예훼손으로 인한 손해배상

책임만을 청구하는 경우에 법원이 당사자의 주장에 구속되어 인신 공격적 표현행위로 인한 불법행위 책임을 인정할 수 없는지가 문제가 된다.

민사소송에 변론주의 원칙에 따라 법원은 당사자가 주장하지 않은 사실에 대해 판단할 수 없지만, 명예훼손과 인신 공격적 표현행위는 둘 다 정신상 고통에 대한 손해배상을 청구하는 것으로 민법 제751조 제1항에 근거하고 있고, 사실과 의견의 구별 또는 명예훼손과 인신 공격적 표현행위의 구별은 당사자의 법률적 평가에 지나지 않으므로 법원은 원고의 주장에도 불구하고 인신 공격적 표현행위로 인한 불법행위 책임을 인정할 수 있다고 할 것이다.

결국 법원은 문제되는 표현행위에 대하여 먼저 사실과 의견을 구별하고, 의견에 해당하는 경우에는 추가적으로 인신 공격적 표현행위에 해당하는지 여부를 검토해야 할 것이다.

5. 이 논문은 명예훼손에서 사실과 의견의 구별 및 의견에 의한 불법행위 책임을 검토하기 위하여, 미국의 논의를 소개하고 관련 개념 및 법적 성질을 규명하여 체계적인 논의를 제시하고자 하였다. 의견의 표명에 의한 명예훼손을 부정하면서도 인격권 침해로 인한 불법행위 책임을 인정한다는 결론이 실제 소송의 결과에서 큰 차이를 가져오지 않을 수 있다. 하지만 명예훼손의 성립여부를 명확히 하고 의견의 표명에 의한 불법행위 책임이 성립하는 기준을 명확히 한다면 표현의 자유가 더 보장될 수 있을 것이다.

參考文獻

1. 국내문헌

(1) 단행본

곽윤직 편, 민법주해[XVIII] 채권(11), 박영사, 2005.

김재형, 언론과 인격권, 박영사, 2012.

박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008.

_____, 언론과 개인 법익, 조선일보사, 1997.

신평, 명예훼손법, 청림출판, 2004.

이재상, 형법각론, 박영사, 2013.

(2) 논 문

권태상, “사실과 의견의 구별”, 민사판례연구 36권(2014. 2.), 박영사, 2015.

김경환, “의견에 의한 명예훼손 (I)”, 언론관계소송 재판실무연구 (1), 한국사법행정학회, 2008.

_____, “의견에 의한 명예훼손 (II)”, 언론관계소송 재판실무연구 (1), 한국사법행정학회, 2008.

_____, “정치적 의견표명에 의한 명예훼손에 있어서의 위법성 요건”, 민사판례연구 25권(2003.2.), 박영사, 2003.

김시철, “명예훼손·모욕·사실왜곡에 의한 인격권 침해의 성립요건 및 공통점과 차이점”, 대법원판례해설 79호(2009년 상반기), 법원도서관, 2009.

김학웅, “정치 풍자/패러디에 대한 법적 패러다임의 변화에 대한

- 여”, 언론중재 32권 1호(통권 22호), 언론중재위원회, 2012.
- 민성철, “의견면책의 한계 (상) -인신공격적인 의견 표명에 의한 불법행위 책임의 성부”, 언론중재 24권 3호(통권92호 2004. 9. 가을), 언론중재위원회, 2004.
- _____, “의견면책의 한계 (하) -인신공격적인 의견 표명에 의한 불법행위 책임의 성부”, 언론중재 24권 4호(통권93호 2004. 12. 겨울), 언론중재위원회, 2004.
- 손원선, “사실의 적시와 의견의 표명 -대상판결: 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613판결-”, 중앙법학 9집 2호(2007. 8.), 중앙법학회, 2007.
- 신평, “새로운 명예훼손법 체계의 구축을 위한 시도”, 공법연구 31집 3호(2003.3.), 한국공법학회, 2003.
- 전원열, “명예훼손 불법행위에 있어서 위법성 요건의 재구성”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2001.
- 정원태, “풍자만화와 명예훼손으로 인한 불법행위책임 -원고 등이 경제위기의 책임자로 지목되면서 검찰수사와 특감이 거론되는 한편 새로 출범할 정부가 경제위기의 원인규명과 책임자 처벌에 대한 의지를 피력하고 있는 상황에서 원고 등이 항공권을 구입하거나 해외도피를 의논하고 있는 장면을 담고 있는 풍자만화를 기고하여 이를 일간지에 게재한 것이 허위 사실을 적시하여 원고의 명예를 훼손한 것에 해당하는지”, 대법원판례해설 35호(2000년 하반기), 법원도서관, 2001.
- 한기택, “광의의 의견 또는 논평에 의한 명예훼손”, 대법원판례해설 32호(1999년 상반기), 법원도서관, 1999.
- 한위수, “논평과 명예훼손”, 민사법학 21호(2002. 3.), 한국사법행정학회, 2002.

2. 외국문헌

(1) 단행본

Robert D. Sack, Sack on Defamation, Third Edition, Practising Law Institute, 2006.

American Law Institute, Restatement of The Law Second Torts 2d, American Law Institute Publishers, 1977.

W. Page Keeton, Prosser and Keeton on The Law of Torts, Fifth Edition, West Publishing Co., 1984.

(2) 논 문

David M. Becker, "Structuring Defamation Law to Eliminate the Fact-Opinion Determination: A Critique of *Ollman v. Evans*", Iowa Law Review, March 1986, Vol.71(3).

Eileen Finan, "The fact-opinion determination in defamation", Columbia Law Review, May 1988, Vol.88(4).

George C. Christie, "Defamatory Opinions and the Restatement (Second) of Torts", Michigan Law Review, 1 August 1997, Vol.75(8).

Jeffrey E. Thomas, "Statements of Fact, Statements of Opinion, and the First Amendment", California Law Review, 1 May 1986, Vol.74(3).

Jeffrey L. Kirchmeier, "The Illusion of the Fact-Opinion Distinction in Defamation Law", Case Western Reserve Law Review, Spring 1989, Vol.39(3).

Kathryn Dix Sowle, "A matter of opinion: Milkovich four years later", William & Mary Bill of Right Journal, Winter 1994, Vol.3(2).

Rodney W. Ott, "Fact and opinion in defamation: recognizing the formative power of context", Fordam Law Review, March 1990, Vol.58(4).

ABSTRACT

A Study on Defamation and Tort Liability by Opinions

Chung Wook Kang

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

§ 751 and § 764 of Civil Code sets up a liability for defamation. Since there is no explicit provision about whether 'Statement of Fact' is required, it is needed to discuss a concept and legal nature of 'Defamation', 'Fact' and 'Opinion'.

As the US Supreme Court said in 'Gertz v. Robert Welch, Inc.': "Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries, but on the competition of other ideas. But there is no constitutional value in false statements of fact.", courts have distinguished fact and opinion, and stated that an expression of opinion cannot be actionable. I referred to discussion in U.S., since the position of U.S. court and Restatement of Law have influenced Korean cases and studies.

But in Korea, a statement of true fact can be actionable. Also insult without a statement of fact can be punished. So the discussion in U.S. may be revised in Korea.

Next, I discussed the distinction between fact and opinion, and the distinguishing criteria.

Opinions without a statement of fact should be exempted from a defamation action. Opinions cannot be proved false and correction of an opinion should be based on the competition of other opinions.

But the distinction between fact and opinion in real cases are matter of difficult problem. Cases and Studies are following 'the totality of circumstances approach' to fact and opinion question. The verifiability factor is the most important criteria among the other factors of this approach. The other factors may be considered to confirm the meaning of a statement. If the meaning or verifiability is uncertain, it should be assumed as an opinion.

Finally, I discussed tort liability by opinions. Since opinions can give emotional distress or harm a reputation of another, tort liability can be established. Therefore even though an expression of opinion is not subject to liability for defamation but can establish tort liability by giving emotional distress.

Since the courts are using a concept of 'Personal Insult' for deviating the limits of an opinion, definition of the concept and criteria should be discussed. It needs different privileges other than truth privilege.

'Personal Insult' should be determined by specifically and

individually. So the factors which were considered in justification of insult crime should be considered as requirement of 'Personal Insult'.

In conclusion, opinions without a statement of fact cannot be the basis of a defamation action, but can establish tort liability for 'Personal Insult'. Since freedom to express and exchange opinions are protected by the constitution, establishing tort liability for 'Personal Insult' should be cautious.

Keywords : Defamation, Fact, Opinion, Pure Opinion, Mixed Opinion, Totality of Circumstances Approach, Insult, Personal Insult

Student Number : 2011 - 21372