



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](#)

법학박사 학위논문

명예훼손법의 기초이론에 관한 연구

- 명예권의 역사, 이론 및 시사점 -

2018년 8월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

김범진

명예훼손법의 기초이론에 관한 연구

- 명예권의 역사, 이론 및 시사점 -

지도교수 남 효 순

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함
2018년 4월

서울대학교 대학원
법학과 민법전공
김 범 진

김범진의 박사 학위논문을 인준함
2018년 7월

위원장 최 봉 경 (인)

부위원장 김 형 석 (인)

위원 전 원 열 (인)

위원 최 준 규 (인)

위원 남 효 순 (인)

국문초록

명예훼손법은 명예권과 표현의 자유 사이에서 적절한 균형점을 찾는 것을 핵심으로 한다. 그런 점에서 미국에서는 1964년 *New York Times v. Sullivan* 판결 이후 명예훼손법이 헌법화(constitutionalized)되었다고 설명된다. 그러나 명예훼손 재판에서의 비교형량은 명예권과 표현의 자유라는 헌법적 가치를 저울질하듯이 비교하는 것에 그치는 것은 아니다. 그 이전에 명예권의 의미와 내용을 규정하는 다양한 사회적, 문화적 요소들이 고려되어야 하고, 또한 민주주의의 성숙도, 각 국가별 헌법적 결단과 같은 표현의 자유의 내용을 구성하는 요소들에 대한 진지한 고찰이 필요하다. 명예훼손 불법행위가 '사회학적 불법행위(sociological tort)'라고 불리는 이유도 바로 그러한 점에 있다.

이러한 문제의식 하에 본고에서는 명예훼손법상 명예권의 구체적 내용을 이루는 여러 요소들에 관한 역사와 이론들을 살펴보고, 그러한 고찰이 우리 재판실무에 대해 갖는 시사점에 관하여 살펴보았다. 구체적으로, 우선 근대적 명예권의 형성과정 및 명예권의 제한사유로서 표현의 자유의 역사를 검토하였고, 이러한 고찰을 통하여 우리가 현재 알고 있는 명예훼손법제가 성립된 것은 불과 반세기 남짓에 불과하였다는 점을 확인하였다. 근대 이전 명예훼손법은 선동적 명예훼손(seditious libel)의 예에서 보듯이, 지배권력에 저항하는 목소리를 탄압하는 수단으로 악용되었으나, 19세기를 거치면서 민주주의와 표현의 자유의 확립에 따라 명예권의 개념은 과거의 귀족적 색채에서 공리주의와 인간의 존엄, 평등사상을 반영하는 형태로 변모하였다. 다만 이러한 명예권의 내용은 각 국가가 처한 역사적, 문화적 전통에 따라 그 내용을 달리하는데, 독일, 미국, 영국, 캐나다 4개국의 명예권의 실체와 내용을 살펴봄으로써 명예권과 그 제한사유로서의 표현의 자유가 각 국가의 고유한 역사적, 문화적 전통과 깊은 관련을 맺고 있다는 점을 살펴보았다. 또한 서구의 논의를 중심으

로 현대 명예훼손법상 명예 혹은 평판 개념의 의미 내지 구조를 사회과학, 형법학 등 인접 학문의 연구결과와의 관련 속에서 살펴보았다.

위와 같은 이론적 고찰을 배경으로 우리나라에서의 명예권의 개념을 한국의 문화적 전통, 실정법, 재판실무의 3가지 측면에서 살펴보았다. 우리나라의 경우 문화적 전통, 실정법의 측면에서는 명예권 보호를 중시하는 전통을 갖고 있지만 재판실무의 경우 손해배상제도의 특수성과 단절된 근대화의 역사를 배경으로 독특한 명예권 개념이 형성되었다는 점을 검토하였다. 이어서 우리나라 명예훼손 재판에 있어서 필요한 고려요소들을, ① 정치적 표현행위의 문제, ② 비정치적, 공익적 표현의 문제, ③ 비정치적, 비공익적 표현의 문제, ④ 명예권 보호정도에 관한 역사 내지 사회문화의 측면, ⑤ 명예훼손 개념의 의미와 관련한 가치체계의 측면, ⑥ 당사자의 도덕성의 측면, ⑦ 당사자의 주관적 지위의 측면 등 7가지로 살펴보고, 각 요소별로 문제되는 세부 쟁점을 대법원 및 하급심 판결을 중심으로 검토하였다. 이러한 고찰을 통하여, 종래 공익성이라는 하나의 관점으로 설명되는 위법성조각사유를 명예훼손법의 이론체계에 맞게 좀 더 세밀하게 분화된 기준으로 정립할 필요성에 대해 살펴보았다. 또한 명예권 보호의 정도 내지 명예훼손의 개념에 관해서도 법사회학적 접근이 필요하다는 점을 지적하였고, 당사자의 도덕성과 법률요건과의 관계에 대한 분석을 통하여 우리나라 재판실무는 도덕성과잉의 문제를 보이고 있다는 점을 살펴보았다. 또한 이러한 고찰을 배경으로 현대 명예훼손법상 가장 중요한 이론적 쟁점 중 하나인 이른바 공인이론(public figure theory)의 문제를 기존 학설에서 논의된 내용과 다른 시각에서 검토해 보고, 최근 우리나라에서 치열하게 논의되고 있는 명예훼손법 비범죄화, 진실적시 명예훼손 폐지론에 대해 갖는 함의들을 살펴보았다.

주요어 : 명예훼손, 명예권, 명예, 평판, 재산권, 존엄, 표현의 자유

학번 : 2013-31052

목 차

제1장 서론	1
제1절 문제의 제기	1
I. 논문의 목적 및 검토의 필요성	1
II. 명예훼손 소송의 구조적 복잡성	4
III. 정리	9
제2절 본 논문의 고찰범위 및 서술순서	9
I. 본 논문의 고찰범위	9
II. 본 논문의 서술순서	10
제2장 근대 이전의 명예훼손법	12
제1절 고찰의 필요성	12
제2절 19세기 이전의 표현의 자유	13
I. 개요	13
II. 19세기 이전 표현의 자유에 관한 선도적 이론	14
제3절 19세기 이전의 명예훼손법 : 영미법의 경우	16
I. 서설	16
II. 19세기 이전 영국 명예훼손법	17
III. 19세기 이전 영국 명예훼손법의 주요 유형	21
1. 선동적 명예훼손(seditious libel)	
- 정치적 반대자에 대한 통제의 장치	21
가. 개요	21
나. 선동적 명예훼손의 역사	22
(1) 스칸달리스 마그나툼(Scandalis Magnatum) - 1275년	22
(2) 리벨리스 파모시스(De Libellis Famosis), 성실재판소(星室裁 判所, Star Chamber) 15~17세기	23

(3) 19세기까지의 선동적 명예훼손	26
2. 신성모독적 명예훼손(blasphemous libel) 및 교회법(ecclasiastical law)상의 명예훼손	
- 정신적 통제의 장치	28
가. 신성모독적 명예훼손(blasphemous libel)	28
나. 교회법(ecclasiastical law)상의 명예훼손	29
3. 외설적 명예훼손(obscene libel)	31
4. 일반사인에 대한 명예훼손과 결투(duel)의 문제	32
가. 일반론	32
나. 결투(duel)의 문제	34
5. 영미 명예훼손법상 면책사유의 발전	36
가. 17세기 - 절대적 면책사유	37
나. 19세기 - 상대적 면책사유	38
제4절 소결 및 정리	40

제3장 근대적 명예권의 형성

제1절 개요

제2절 명예훼손법의 탈정치화(脫政治化)

- 표현의 자유의 확립과 선동적 명예훼손, 종교적 명예훼손의 소멸 ·	42
I. 서설	42
II. 표현의 자유의 확립과 명예훼손법의 변화	42
1. 선동적 명예훼손 및 유사법령의 쇠퇴	43
2. 20세기초 변화의 이념적 기초 : 사상의 자유시장 이론 등	47
가. 이른바 “사상의 자유시장 이론”의 개요	47
(1) 서설	47
(2) 사상의 자유시장 이론의 내용	48
(3) 사상의 자유시장 이론에 대한 비판	50
나. 기타이론	53

(1) 민주주의, 민주주의적 자치정부(democratic self government) 이론	53
(2) 자율성 이론(autonomy theory)	56
다. 정리	59
III. 소결론 : 일반 불법행위로서 명예훼손법	60
제3절 명예권 개념의 변화	
- 근대적 의미의 명예권 개념의 형성과정	61
I. 개요	61
II. 근대이전의 명예권 개념	62
III. 19세기 이후의 변화 : 근대적 명예권의 형성과정	64
1. 변화 1 : 재산권으로서의 평판의 개념	
- 시장사회, 개인주의, 공리주의의 영향	64
가. 19세기의 재산권적 평판 개념의 등장	65
나. 사회적, 이념적 배경	66
다. 한계 및 문제점	69
2. 변화 2 : 인간 존엄(human dignity)과 명예권	70
가. 서설	70
나. 이론적 배경 : 근대적 인권 개념의 등장	70
다. 인간 존엄에 기초한 명예권 개념의 의미	71
라. 재산권으로서의 평판과의 관계	72
3. 소결론	73
제4절 명예훼손법의 재정치화(再政治化)	
- 이른바 공인이론의 탄생과 그 영향	74
I. New York Times 판결과 공인이론	74
1. New York Times 판결	74
2. New York Times 판결 이전 면책특권과 공인이론	75
II. 영미 명예훼손법상 현실적 악의(actual malice)의 역사적 변천 ...	78
III. 공인이론의 미래	79

제5절 소결 및 정리	80
제4장 현대 명예훼손법상 명예, 평판의 구조	82
제1절 용어의 정의, 명예권 침해의 기본구조 등	82
I. 용어의 정의	82
II. 명예권 침해의 기본구조	84
1. 서설	84
2. 소유권 침해와의 비교	86
가. 개요	86
나. 명예권에 관한 질문들	88
III. 인접학문에서 명예, 평판 개념	89
1. 형법학	89
2. 인문사회과학에서 명예, 평판 개념	93
가. 사회학, 도덕철학 등에서 명예(honor) 개념	93
나. 사회학, 경제학 등에서 평판(reputation) 개념	97
다. 소결 및 정리	99
IV. 명예권 부정설의 입장	99
제2절 현대 명예훼손법상 명예, 평판 개념의 구조	102
I. 명예(honor)로서의 평판	102
1. 의미	102
2. 명예훼손법상의 함의	103
가. 명예훼손 소송의 전근대적, 비합리적 성격	103
나. 특정집단의 구성원들에 대한 명예훼손의 문제	104
다. 영미법상 추정적 손해(presumed damages)의 개념	104
라. 단순한 평판침해와의 차이점	106
마. 소결	107
3. 명예(honor)와 존엄(dignity)의 갈등관계	108
II. 재산권(property)으로서의 평판	109

1. 개요	109
2. 명예훼손법에의 반영	109
가. 평판의 계량화 가능성에 대한 관념	109
나. 공동체 규범의 강제에서 피해자의 권리구제로	110
다. 공리주의(utilitarianism)와 정책(policy)의 문제	111
3. 재산권 개념의 한계	111
III. 존엄(Dignity)으로서의 평판	112
1. 개요	112
2. 명예훼손법에의 반영	
- 공동체의 구성원 적격(standing in the community)	113
3. 존엄개념의 문제점	114
가. 존엄과 평판 관계의 모호성	114
나. 존엄 개념의 포괄성, 모호성	115
4. 소결	117
IV. 결론에 갈음하여 - 명예, 평판의 미래	117

제5장 명예권에 대한 비교법적 검토 120

제1절 서설 120

I. 명예권의 구체적 내용과 각 국가의 사회문화적 배경	120
II. 표현의 자유와 명예권 보호의 관계 : 상호비대립성의 측면	122

제2절 각 국가별 검토 126

I. 영국의 경우	126
1. 서설	126
2. 영국에서의 표현의 자유	127
3. 영국에서의 명예권 : 명예훼손법 개혁 이전	128
가. 명예권 보호의 중심지 : 이른바 ‘명예훼손법의 세계수도’ ...	128
나. 미국과의 비교	130
4. 최근의 변화	133

가. 개요	133
나. 대법원 판결 및 최근의 입법	133
(1) 대법원(House of Lords) 판결들	133
(2) 관련 입법	138
(3) 국제적 영향	140
다. 최근의 변화에 대한 평가	142
4. 소결 및 정리	144
II. 독일의 경우	144
1. 개요	144
2. 독일 헌법상 인간 존엄의 법리와 표현의 자유	145
가. 인간 존엄의 법리	145
나. 독일에서의 표현의 자유	148
3. 독일의 명예권 및 명예훼손법	151
가. 인간의 존엄과 명예권	151
나. 표현의 자유와의 비교형량 : 구체적 사례들	153
4. 정리 : 독일에서의 명예권의 특징	158
III. 미국의 경우	160
1. 개요	160
2. 미국 헌법상 인간 존엄과 표현의 자유	160
가. 미국 헌법상의 인간 존엄의 개념	161
나. 미국의 표현의 자유 : 가치중립성 내지 내용중립성	164
3. 미국에서의 명예권	166
가. 공인의 경우	167
나. 일반사인의 경우	168
다. “libel-proof plaintiff doctrine”의 문제	169
라. 사회적 약자들의 경우 : 혐오표현(Hate Speech)의 문제	172
마. 소결 및 정리	174
IV. 캐나다의 경우	174
1. 개요	174

2. 캐나다의 헌법정신과 표현의 자유	175
가. 개요	175
나. 캐나다 표현의 자유의 특수성 : 공동체주의와 다문화주의 ..	176
3. 캐나다의 명예권	180
가. 개요	180
나. 1995년 Hill v. Church of Scientology 판결	181
다. 2008년 이후의 변화	183
(1) WIC Radio Ltd. v. Simpson 판결	183
(2) Grant v Torstar Corp 판결, Quan v. Cusson 판결	184
4. 소결론	186
제3절 정리	186

제6장 우리나라 명예훼손법 내지 명예훼손 소송에서의 시사점

189

제1절 우리나라의 명예권	189
I. 실정법 체계	190
1. 헌법	190
2. 개별법령	190
3. 소결	193
II. 한국의 명예권 : 사회문화적 측면	193
1. 서설	193
2. 한국의 사회문화적 전통과 명예권	194
가. 개요	194
나. 한국의 집단주의적, 관계지향적 사회문화	195
다. 논의의 한계	199
3. 한국의 명예권의 내용 내지 구성요소	201
가. 개요	201
나. 우리나라 명예권의 구체적 내용 : 서양과의 비교	202

(1) 서설	202
(2) 명예(honor)로서의 평판 - 서양인의 명예(honor)와 비교 ..	203
(3) 재산권으로서의 평판(reputation as property)의 측면	205
(4) 존엄으로서의 평판(reputation as dignity)의 측면	206
III. 재판실무상의 명예권	208
1. 논의의 전제 : 우리나라 명예훼손 소송의 특징	209
가. 전체적 검토	209
나. 우리나라와 미국의 명예훼손 손해배상 사건 비교	211
(1) 사건수, 승소율 및 인용금액	211
(2) 손해배상 항목	212
(3) 실제적 손해의 입증방법 관련	215
(4) 절차의 측면 및 소송비용	217
2. 우리의 재판실무에 나타나는 명예, 평판 개념	
- 고도로 규범화, 추상화된 명예, 평판 개념	217
가. 개요	217
나. 평판침해의 한계사례들	219
(1) 정치 이데올로기와 관련된 사례들	219
(2) 이른바 “libel-proof plaintiff doctrine”과 관련하여	222
다. 정리 및 평가	224
(1) 추상적 명예, 명예 개념의 의미	
- 인간 존엄의 법리와의 관계 및 그 형성배경	224
(2) 추상적 명예, 평판 개념의 명예훼손법상 함의	226
IV. 명예권의 한계로서의 표현의 자유	228
1. 민주화 이전	228
가. 사상의 자유시장의 부존재 : 선동적 명예훼손의 예	228
나. 종교적, 외설적 명예훼손의 예	231
2. 민주화 이후의 표현의 자유	232
3. 소결 및 비교법적 검토 - 서구 선진국들과의 비교	234
V. 논의의 종합 : 한국에서의 명예권	236

제2절 명예훼손 재판에서의 고려요소

- 표현의 자유와 비교형량, 공인이론(公人理論)의 도입 논의 등	237
I. 서설	237
1. 문제의식	237
2. 민사재판에서의 정의와 형평의 문제	237
가. 민사사건의 다양성과 정의, 형평	237
나. 명예훼손 재판에서의 고려요소	241
II. 이른바 공인이론(公人理論)의 문제	242
1. 서설	242
2. 공인이론의 불균형 : 명예권 과소보호, 과다보호의 이중성	244
가. 개요	244
나. 명예권의 과소보호 내지 불균형적 보호	245
다. 공인이론과 명예권 과다보호 : 공인이론의 경직성	249
(1) 사실관계(Milkovich 판결)	250
(2) 소송의 경과 및 쟁점	251
(3) 하급심 판결의 판단에 대한 의문	252
(4) 공인이론과 공익성, 상당성 이론의 면책구조의 비교	254
(5) 소결	255
3. 소결 및 정리	256
III. 명예훼손 재판에서의 고려요소	258
1. 서설	258
가. 위법성 조각사유의 세분화 필요성	258
(1) 개요	258
(2) 반론 및 재반론	260
나. 대법원 판례의 입장	264
2. 위법성 조각사유의 요소들	267
가. 고려요소 1 : 정치적 표현행위의 우선성	267
(1) 의의	267
(2) 정치의 문제와 비정치적 공익성 사안의 구별	267

(3) 법원 판례의 사안들 검토	269
(4) 통시성, 역사성의 고려	278
(5) 소결론	279
나. 고려요소 2 : 비정치적, 공익적 사안	280
(1) 개요	280
(2) 비정치적 공적 이익이 관련된 사안들	282
(3) 문제되는 공익이 학문, 예술적 표현행위인 경우	286
(4) 소결 및 정리	293
다. 고려요소 3 : 비정치적, 비공익적 사안 - 제3자의 알권리 ·	294
(1) 개요	294
(2) 유명인의 취급	295
라. 소결론	298
마. 관련문제 - 혐오표현(hate speech)의 의미	299
3. 명예권과 문화의 측면	300
가. 고려요소 4 : 명예권 보호 정도에 대한 사회적 합의	300
(1) 적정한 명예권 보호 v. 표현의 자유	300
(2) 공동체의 예의범절 규범의 법적 강제	306
(3) 통시적 고찰의 필요성	308
나. 고려요소 5 : 명예 혹은 평판 개념(혹은 명예훼손의 개념)에 대한 규범체계의 측면	309
(1) 개요	309
(2) 사회적 평판 저하 이외의 부가적 요건의 필요성 여부	309
(3) 우리나라의 사례들	310
4. 당사자의 주관적 사정 등	313
가. 고려요소 6 : 당사자의 도덕성	313
(1) 문제의 소재	313
(2) 명예훼손 소송에서 원, 피고의 도덕성이 문제되는 맥락 ..	315
(3) 사례들	319
(4) 분석	322

(5) 소결론	327
나. 고려요소 7 : 당사자의 주관적 지위	329
5. 소결 및 정리	330
제3절 관련문제 : 명예훼손죄 비범죄화, 진실적시 명예훼손 폐지	
론	332
I. 기존의 논의들	332
1. 형사범죄 및 진실적시 명예훼손 폐지론	332
2. 존치론	333
II. 분석	334
1. 분석의 전제	334
2. 사건	337
가. 진실적시 명예훼손 폐지 논의와 관련하여	337
나. 비범죄화 논의	340
 제7장 결론	 343
 참고문헌	 346
Abstract	369

표 목 차

〈표 1.〉 Francis Holt의 Libel 분류(1816년)	18
〈표 2.〉 명예(honor)로서의 평판 재산권(property)으로서의 평판 비교	68
〈표 3.〉 명예(honor), 재산권(property), 존엄(dignity) 비교	73
〈표 4.〉 영미법상 명예훼손법의 변천	79
〈표 5.〉 프리덤하우스의 4개국 평가, 2017년	122
〈표 6.〉 독일, 영국, 캐나다, 미국의 표현의 자유와 명예권 보호	122
〈표 7.〉 표현의 자유의 소극적 자유, 적극적 자유	124
〈표 8.〉 개인주의적 문화권, 집단주의 문화권의 문화적 전통 비교 ·	196
〈표 9.〉 Geert Hofstede의 개인주의 지수 비교, 1967~1973년	198
〈표 10.〉 명예권 관련 서구국가들과 우리나라의 문화적 전통 개략적 비 교	202
〈표 11.〉 미국 명예훼손법상의 손해배상의 종류	212
〈표 12.〉 우리나라, 미국의 손해배상 항목의 비교	213
〈표 13.〉 독일, 캐나다, 영국, 미국, 한국의 표현의 자유, 명예권	234
〈표 14.〉 프리덤하우스의 5개국 평가, 2017년	234
〈표 15.〉 명예훼손법상의 면책항변 구조 : 미국과 한국의 비교	253
〈표 16.〉 상당성 요건과 악의성, 현저한 상당성 이론의 비교	265
〈표 17.〉 ①~③ 유형 명예훼손과 혐오표현에서 의사표현의 상대방	299
〈표 18.〉 범죄인, 장애인 유형에 있어서 평판침해 인정 여부	303
〈표 19.〉 명예훼손법상 평판침해 판단 방법 - 미국과 한국의 비교	316
〈표 20.〉 명예훼손법에서 피고의 태도에 관한 영미법, 한국법의 역사적 비교	318
〈표 21.〉 진실적시 명예훼손의 유형 분류	339

그 립 목 차

〈그림 1.〉 명예권 침해의 기본구조	84
〈그림 2.〉 영국 명예훼손 소송 1992~2015년	137

제1장 서론

제1절 문제의 제기

I. 논문의 목적 및 검토의 필요성

본 논문은 명예훼손법상 명예권¹⁾의 역사, 이론, 그리고 표현의 자유 등 명예권 제한사유의 형성과정을 역사적, 비교법적 관점에서 살펴보고, 그러한 고찰이 우리의 명예훼손 재판실무에 대해 갖는 시사점에 대해 살펴보는 것을 목적으로 한다. 어느 제도이건 그 제도의 역사적 유래 내지 이론적 기초에 대한 분석은 우리가 현재 운용하고 있는 제도의 실체를 이해하기 위한 필수적인 전제가 된다. 명예훼손법 역시 예외는 아니며, 그 본질적 구성요소인 명예권의 역사 내지 이론에 대한 고찰은 현재 운용되는 명예훼손법 체계의 이해를 위해서 필수적이다.

그런데, 명예훼손법의 역사와 이론을 고찰하는 것은 단순히 이론적, 학문적인 측면에서만 그 의의를 찾을 수 있는 것은 아니다. 오히려 소송실무의 관점에서 그와 같은 고찰의 필요성은 절실하다. 그 이유는 민사재판에 있어서 명예훼손 소송이 갖는 특수성에 기인하는데, 우선 그 점을 간략히 언급하기로 한다.

민사소송의 목표 내지 대이념이 “정의와 형평의 관념에 입각한 분쟁의 해결”이라는 점에 대해서는 이론의 여지가 없을 것이다. 그러나 민사소송에서의 정의와 형평은 무엇이며, 어떠한 점들을 어떻게 심리할 경우

1) 본고에서 말하는 ‘명예권’이란 ‘right to reputation’ 즉 「명예훼손법의 보호법익인 “제3자 내지 사회의 평가로서의 평판”의 침해에 대해 사전적, 사후적 구제수단을 행사할 수 있는 권리」를 의미한다. 따라서 그 의미에 비추어 “평판권”이라는 용어가 더 정확할 수 있으나, 학설, 판례상 관용화된 표현인 명예권이라는 용어를 사용하기로 한다. 다만 이러한 용어의 사용은 명예훼손법상 명예, 평판의 개념 및 구성요소가 상당한 복잡적, 중층적 성격을 갖고 있음을 의미하는데, 그러한 점은 이후 관련 부분에서 살펴보기로 한다.

정의와 형평의 관념에 부합하는 결론에 이를 수 있는가? 이러한 질문은 여전히 한 마디로 답하기 어려운 난제이다. 교과서적인 차원에서 얘기하자면, 민사소송은 민사관련 법리에 의해 대립하는 두 당사자의 사적 권리, 의무의 존부를 판명하는 절차이다. 그러한 권리, 의무의 존부는 법률에서 정해진 권리, 의무의 내용을 당해 사안의 사실관계에 적용한 결과로서 결정되는 것일 뿐 특별한 사정이 없는 한 법률 외적 요소(external non-legal element) 가령 당사자의 인간성 내지 도덕성, 재산상태(주관적 요소), 정치적 요소, 배분적 정의의 문제(거시적 요소) 등에 의해 결정되지 않는 것이 원칙이다. 예를 들어 대여금 사건을 생각해 보면, 변제의 약정이 포함되어 있는 금전소비대차계약 체결 사실과 금원교부 사실이 입증되고, 피고가 변제 기타 항변사유(무효, 취소 사유 및 반사회적 질서, 불공정행위 해당여부 포함)를 입증하지 못하는 한 법원은 원고 승소 판결을 내려야 한다. 처분문서가 명확하게 존재하고 의사표시의 하자 등 법률상 항변사유가 인정되지 않는 한 대여 당시의 다른 사정이나 당사자의 경제적 지위, 당사자의 도덕성 등을 고려해서는 안된다. 조정이 아닌 판결을 하는 법원은 원고가 과렴치한이고 피고가 고매한 인격의 소유라는 이유로 청구기각을 할 수 없고(당사자의 도덕성 불고려, 악인이라는 이유로 법률이 부여한 권리를 박탈할 수 없음), 원고가 재벌이고 피고가 극빈자라는 이유로 원고 패소판결을 할 수도 없다(배분적 정의의 불고려).²⁾

그런데, 민사재판이라고 해서 항상 그와 같이 법률요건 외의 사실이 철저하게 배제되는 것은 아니다. 앞서 예로 든 대여금 사건과 같이 철저히 요건사실 위주로 판단되는 사안도 있지만, 경우에 따라서는 판단에

2) 이상돈, 기초법학, 제2판, 법문사 (2010) 485~507면, 이상돈, 홍성수, 법사회학, 박영사 (2000) 11~48면은, 19세기 이후 법사상의 발전을, ① 자유주의적 법모델, ② 사회국가적 법모델, ③ 절차주의적 법모델의 순으로 발전하였다고 지적하면서, 자유주의적 법모델의 특징으로 독립성, 형식성, 외부성을 들고 있는데, 이러한 계약법 사건 재판방식은 자유주의적 법모델에 가깝다고 할 수 있다.

고려되어야 할 요소들이 증가하기도 하여, 사안과 관련한 모든 제반사정이 고려되기도 한다. 대법원 판례를 예로 들면, 가령 이행지체를 이유로 하는 계약해제시 위약금 감액 여부의 판단,³⁾ 민법 제643조의 적용과 관련하여 임차인에게 불리한 약정인지의 판단기준,⁴⁾ 합의해제에 의한 계약해제의 인정 여부,⁵⁾ 채권자취소권에 있어서 사해행위의 판단기준⁶⁾ 등등 다양한 경우에 있어서 대법원은 당사자의 주관적 지위, 사건을 둘러싼 여러 상황들을 종합적으로 고려할 것을 요구하고 있다.

대체적으로 말하자면, 다양한 민사사건들 가운데 법률요건이 비교적 명확한 사건의 경우(몇 가지 예를 들자면, 앞서 본 대여금 청구, 담보물권의 순위 관련 분쟁, 배당이의 사건 등 주로 금전채권의 존부가 문제되는 재산법 관련 사건 등이 그러하다) 법원은 각 당사자의 인간성 내지 도덕성, 재산상태, 주관적 지위, 기타 정황 등을 고려하지 않는 것이 정의(正義)인 반면 위와 같이 법률요건이 불확정 개념으로 구성되어 있거나 다수의 이해관계가 존재하는 사안의 경우 정의와 형평에 따른 재판을 위해서는 보다 다양한 요소들을 고려해야 한다.⁷⁾ 이처럼 민사재판에서

3) 가령 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다10061 판결은 다음과 같이 판시한다. “당사자 사이에 위약금 약정이 있다고 보게 되면 이러한 위약금 약정은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로 추정되는 것이므로 당사자 일방이 상대방에게 지급한 약정금은 당사자의 채무불이행을 이유로 위 약정을 해제한 상대방에게 당연히 귀속된다고 볼 수 있는 것이지만, 이러한 경우에도 곧바로 당사자의 약정금반환청구권을 전면적으로 부정하여서는 아니되고 계약 당사자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 실제의 손해액과 그 예정액의 대비, 그 당시의 거래관행 및 경제상태 등 제반 사정을 참작하여, 그것이 일반 사회인이 납득할 수 있는 범위를 넘는 경우라면 적어도 그 초과 한도 내에서는 예정액을 부당하게 과다한 것이라고 보아 그 반환의무를 인정하여야 마땅하다.”

4) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011다1231 판결 등

5) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결 등

6) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결 등

7) Martha Nussbaum은 저서 「시적 정의(Poetic Justice)」에서 “법정에서 피고를 얼굴 없는 정체불명의 무분별한 대중의 한 사람으로 보지 말고 고유의 개별적인 인간 존재로 대할 것”을 강변한 미국 연방대법원 판결[Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, 304 (1976)]을 인용하면서, 진정한 정의는 원, 피고를 둘러싼 실존적 존재의 디테일까지 파악하는 문학적 상상력을 요구한

정의와 형평에 맞는 재판을 결정하는 요소들을 개별 사건에 따라 상당한 차이를 보이는데, 그러한 관점에서 명예훼손 재판은 후자에 속한다. 항목을 바꾸어 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

II. 명예훼손 소송의 구조적 복잡성

잘 알려진 바와 같이, 1964년 미국 연방대법원의 New York Times 판결⁸⁾ 이후 일반 불법행위 가운데 하나였던 명예훼손법이 미국 수정헌법 제1조가 규정한 표현의 자유의 문제와 결부되는 헌법화 (constitutionalization)의 과정을 겪게 되었다고 설명된다.⁹⁾ 그러나, 명예훼손 소송의 어려움은 단순히 헌법화라는 하나의 문제만으로 설명할 수 없고, 명예권의 의미와 내용을 구성하는 다양한 사회문화적 요소들을 비롯한 여러 측면에서의 복잡성, 중층성을 갖는다는 점에서 비롯된다. 이러한 점들을 간략히 살펴보기로 한다.

① 사회문화적 맥락의 고려

명예훼손은 명예 혹은 평판이 훼손되는 것을 구성요건으로 하는데, 그러한 판단은 해당 사회의 문화 내지 총체적인 규범 구조와 불가분적 관

다고 주장한다. Martha Nussbaum, Poetic Justice [박용준 역, 시적 정의, 궁리 (2013)] 14면 참조. 매우 타당한 지적이기는 하지만 앞서 언급한 대여금 사건, 배당이의 사건 등의 예에서 보듯이 적어도 우리 재판실무상 모든 민사 사건의 심리가 그와 같은 문학적 상상력이 동원되는 방식으로 이루어지는 것은 아니다.

8) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964), 이하 “New York Times 판결”이라 한다.

9) E. Chemerinsky, Constitutional Law, Wolsters Kluwer (2011) p.1078; Stanley Ingber(a), “Defamation: A Conflict between Reason and Decency”, Virginia Law Review Vol. 65, No. 5 (1979) p.801 등 다수, 참고로 미국에서 말하는 ‘헌법화’는 보통법의 규율대상으로만 이해되던 명예훼손 사건이 수정헌법 제1조의 문제가 있는 사건으로 취급되기 시작하였음(즉, 절차법적으로 본다면 연방대법원에서 심사를 허가한다는 의미)을 의미한다.

련성을 갖는다. 가령 미국의 경우 20세기 이전에는 백인에게 negro라고 말하는 것은 명예훼손으로 인정되었지만 최근에는 그렇지 않다거나,¹⁰⁾ 동성애자에 관한 발언의 명예훼손 여부가 첨예하게 다투어지는 점¹¹⁾ 등은 바로 그러한 맥락에서 이해할 수 있다. 또한 영국 등 유럽국가에서의 명예훼손(defamatory)의 의미가 미국에서의 그것과 달리 규정되어 있는 점도 바로 그와 같이 다른 문화적 전통과 관련된다고 할 수 있다.¹²⁾ 따라서, 우리나라의 소송에서 어떠한 발언이 명예훼손적(defamatory)인지 여부는 우리 사회의 전통 및 가치관, 일반적 도덕관념 등을 당연한 전제로 하는 것이고, 그러한 도덕관념은 급속도로 변화하고 있다는 점 또한 매우 중요한 고려요소가 아닐 수 없다.

② 명예권 보호 정도에 관한 역사적, 문화적 전통

또한 명예권을 어느 정도로 보호할 것인지의 문제는 당해 공동체의 역사적, 문화적 전통과 밀접한 관련을 맺는다. 이러한 명예권 보호의 정도는 표현의 자유에 의해 결정되는 것만은 아니다. 현대 명예훼손법에서는 표현의 자유가 가장 중요한 명예권 제한사유로 인식되는 것은 사실이지만, 명예권 보호의 정도는 그에 앞서서 공동체의 밀집도, 관계적 가치의 중요성, 공유되는 가치의 다원성 등 다양한 사회문화적 요소들에 의해

10) Lyriisa. B. Lidsky, "Defamation, Reputation, and the Myth of Community", 71 Wash. L. Rev. 1 (1996) pp.29~31.

11) Holly Miller, "Homosexuality As Defamation: A Proposal For the Use of the 'Right Thinking Minds' Approach in the Development of Modern Jurisprudence" 18 Comm. L. & Pol'y 349 (2013); 우리나라 사례로는 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도5077 판결 등이 있는데, 이에 대해서는 제6장에서 살펴본다.

12) 영국의 경우 공동체 전체의 관점에서 '건전한 상식을 가진 사람(right thinking people)'을 기준으로 명예훼손 여부를 판단하는 반면 미국의 경우 '상당한 수의 존중가능한 소수(substantial and respectable minority)'를 기준으로 한다. 이처럼 다수가 아닌 당해 명예주체가 속한 소수의 공동체를 기준으로 하는 것은 미국의 다원주의를 반영한 것이다. Restatement (Second) of Torts 559(1977); Lyriisa. B. Lidsky(주 10), p.16.

결정되기 때문이다.

Frederick Schauer는 “권리는 문화적 진공상태(cultural vacuum)에서 발생하지 않는다. 오히려 권리는 부분적으로는 이미 존재하던 공동체의 규범(preexisting community norms)을 통합하거나 반영함으로써 존재하는 것이다”라고 갈파한 바 있는데,¹³⁾ 이는 명예훼손법상의 명예권에 대해서도 그대로 들어맞는 통찰이라고 할 수 있다.

③ 표현의 자유 내지 헌법적 결단과의 관련성

명예훼손 소송이 헌법상 표현의 자유의 문제와 직결된다는 점은 잘 알려진 사실이다. 그런데, 이러한 표현의 자유의 문제 역시 단순히 고정불변한 헌법상 기본권의 측면으로 파악해서는 아니된다. 오히려 그것은 당해 국가의 민주주의의 성숙도, 그 국가의 헌법이 지향하는 가치지향성 등과 같은 여러 요소들이 복잡하게 얽혀 있다는 점에 주의해야 한다.¹⁴⁾ 즉 이 부분 역시 보다 넓은 의미에서 정치적, 역사적 문제가 관련된다.

④ 공리주의적 고려 : 위법성 조각사유

명예훼손법에는 공익성 등 위법성 조각사유와 관련하여서도 대단히 복잡한 법률문제가 존재한다.¹⁵⁾ 주지하다시피 우리 대법원은 민사사건에서도 형법 제310조를 유추하여 공익성, 상당성 요건을 위법성 조각사유로 인정하고 있다.¹⁶⁾ 그런데, 이러한 공익성, 상당성 요건은 그 자체로 매우

13) Frederick Schauer(d), “The Generality of Rights” 6 Legal Theory 323, 328-36 (Cambridge 2000) - Ronald J. Krotoszynski, The First Amendment in Cross-Cultural Perspective, Harvard University Press, (2006) p.185에서 재인용.

14) 이러한 점에 대해서는 제5장(비교법적 검토)에서 구체적으로 살펴본다.

15) 이 문제는 표현의 자유와 관련되는 문제이기는 하지만 반드시 그것에 국한되는 것은 아니다(제6장에서 자세히 살펴본다).

16) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결 등.

중요한 법이론적 쟁점을 내포하고 있다. 즉, 대법원이 실시하고 있는 공익성, 상당성 법리는 일응 공리주의적(utilitarian) 관점에서 피해자의 권리를 제한하는 이론, 즉 공적 이익을 이유로 사적인 권리, 의무 관계에 굴절을 가져오는 이론이다.¹⁷⁾ 민사재판은 원고 A와 피고 B 두 당사자의 권리, 의무의 존부를 판단하는 절차이므로, 대부분의 민사사건에서는 A와 B의 권리, 의무의 존부만이 문제되지만, 경우에 따라서는 제3자의 이해관계가 A와 B의 권리, 의무관계를 굴절시키기도 한다.¹⁸⁾ 명예훼손 소송 역시 그러한 경우에 속한다.¹⁹⁾

⑤ 쌍방 당사자의 도덕성의 전면적 부각

명예훼손 재판은 발화자와 상대방의 도덕성 또한 전면적으로 부각되는 경향이 강하다. 민사재판은 법률적인 관점에서 권리와 의무의 존부를 판단하는 절차이므로 원칙적으로 당사자의 도덕성 판단과는 명백히 구별되어야 한다. 앞서도 언급한 바와 같이 계약법 사건, 재산법 사건들의 경우 특별한 사정이 없는 한 당사자의 도덕적 측면은 고려요소가 아니다. 그런데, 명예훼손 사건의 경우 이 요소는 매우 특이한 양상으로 전개된다. 즉, (i) 피고(발화자)의 도덕성은 그 동기의 진실성, 공익성과 연결되고, (ii) 원고(상대방)의 도덕성은 그 발언 내용의 진실성과 관계된다. 즉, 명예훼손 사건에서 피고는 원고의 비위행위 등 도덕적 하자를 비난하는 경우가 대부분인데, 원고의 도덕성은 명예훼손적 발언의 진실성, 상당성의 간접자료로 작용한다.²⁰⁾

17) 이러한 공리주의적 판단은 전근대 명예권에서는 가능하지 않았던 근대적인 명예권 개념의 핵심적인 내용이기도 하다(이에 대해서는 아래의 제3장, 제4장에서 상세하게 살펴보기로 한다).

18) 권영준(a), “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 저스티스 통권 제109호 (2009) 96~97면 참조.

19) 다만 이러한 위법성 조각사유도 매우 다양한 세분화가 가능한데, 이점에 대해서는 제6장에서 다시 살펴보기로 한다.

20) 가령 원고가 “회사 자금을 횡령하였다”는 발언이 명예훼손인지 여부가 문제

특히 우리나라의 명예훼손 재판의 경우 이러한 당사자의 도덕성의 문제가 지나치게 과잉되는 양상을 보이는데, 이러한 점은 영미권, 특히 미국에서의 명예훼손 소송과 차이가 나는 부분이다. 민사사건에서도 배심 재판이 허용되는 미국의 경우 이른바 ‘인격에 관한 증거’(character evidence)는 특별한 사정이 없는 한 증거로 제출될 수 없는 것이 원칙이다.²¹⁾ 이러한 ‘인격에 관한 증거’의 배제 원칙은 법적 권리, 의무의 판단이 당사자의 개인적 도덕성 내지 인간성에 의해 영향을 받아서는 아니된다는 다분히 법실증주의적인 사고를 그 배경으로 한다. 반면 자유심증주의가 지배하는 한국의 민사소송 구조 하에서는 그러한 제한이 없고, 실무상으로도 인격에 관한 증거의 제출은 사실상 무제한 허용되며, 특히 명예훼손 소송의 경우 그러한 증거는 중요한 판단자료 가운데 하나로 이용되는 것이 현실이다.

뒤에서 다시 살펴보겠지만, 미국의 경우 명예훼손 사건 중 실제적 손해배상(actual damages)이 문제되는 사건에서는 인격(character)에 관한 증거는 원칙적으로 배제되고, 평판(reputation)에 관한 증거가 심리되는 반면, 우리의 경우 평판(reputation)에 관한 심리는 거의 이루어지지 않는 반면 인격(character)에 관한 증거들이 난무함으로써 당사자의 도덕성 문제가 법률요건을 대체하는 ‘도덕성 과잉’의 문제가 존재한다.²²⁾

되는 사안에서 원고의 평소의 태도, 도덕성 등이 정황증거로 사용된다는 의미이다(제6장에서 상세히 검토한다).

- 21) Federal Rules of Evidence Rule 404 (1) 참조(“Evidence of a person’s character or character trait is not admissible to prove that on a particular occasion the person acted in accordance with the character or trait.”) [단, 404 (2) 이하는 예외를 규정하고 있다.]
- 22) 이러한 문제는 법철학의 핵심주제로 논의되는 법과 도덕의 관계의 문제와는 구별되는 것이다. Ronald Dworkin은 「법의 제국」 제1장에서 Riggs v Palmer, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1899) 판결을 법과 도덕 내지 법과 원리의 관계를 설명하기 위한 예로 들고 있다. 위 사안은 상속인이 피상속인을 살해하였을 때 상속적격이 상실된다는 법률이 존재하지 않음에도 불구하고 법원이 “아무도 자신의 잘못으로부터 이득을 취해서는 안된다”는 도덕원리에 입각하여 상속권을 부인한 사례로, Dworkin은 이러한 사례를 통하여 그의 통합성으로서의 법원리(law as integrity)를 설명하고 있다. 여기

III. 정리

이처럼 명예훼손법상 명예권의 판단은 정치, 사회적 맥락, 사회의 일반적 도덕관념 등 문화적 측면, 공리주의적 권리제한의 정당화 근거 등 실로 다양한 요소들에 대한 판단이 요구된다. 명예훼손이 “사회학적 불법행위(sociological tort)”라고 불리우는 것이나,²³⁾ 명예훼손법상 평판(reputation)은 “시대 종속적 개념(time-bound concept)” 혹은 “문화 종속적 개념(culture-bound concept)”이라는 지적 역시²⁴⁾ 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 명예훼손법의 이러한 측면은 명예훼손 재판의 어려움의 이유임과 동시에 본 논문의 고찰대상인 명예권 및 명예권 제한사유들의 이론, 역사의 고찰 필요성 등의 근거이기도 하다.

제2절 본 논문의 고찰범위 및 서술순서

I. 본 논문의 고찰범위

본 논문의 고찰범위와 관련하여 다음과 같은 두 가지 점을 지적하고자 한다.

첫째, 본 논문에서는 명예훼손법상 보호법익인 명예, 평판의 의미와 내용 그리고 그 제한사유로서 표현의 자유 등 위법성조각사유의 문제 등 명예훼손 소송에 있어서 가장 기초적인 요건사실을 중심으로 고찰한다. 따라서, 그밖에 추가적인 쟁점들, 가령 집합표시에 의한 명예훼손의 문

서 Dworkin은 법과 도덕의 관계를 설명하고 있는 것인데, 이러한 사례는 피상속인이 살인자라는 관점에서 보면(즉 부도덕한 당사자라는 사실) 법과 당사자의 도덕성의 문제가 된다.

23) Jerome H. Skolnick, “Foreword : The Sociological Tort of Defamation”, 74 Cal. L Rev. 677, 690 (1986)

24) Randal Bezanson(b), “The Libel Tort Today”, Washington and Lee Law Review, Vol. 45 Issue 2 (Spring 1988) p.536.

제, 사자에 대한 명예훼손, 전과자의 책임의 문제, 의견/사실 구별론, 인터넷 등 새로운 매체들에 의한 명예훼손의 문제 등의 쟁점들은 본고의 고찰대상이 아니다. 이러한 문제들 역시 매우 중요한 쟁점들이지만 본고에서는 그 이전에 명예훼손이 무엇인지, 이를 어떻게 판단할 것인지, 어떠한 경우에 면책이 되는지와 같이 가장 기본적인 요건들의 해석에 관한 논의에 집중한다.

둘째, 본고는 민사상 불법행위로서의 명예훼손 내지 명예훼손 재판을 주요대상으로 한다. 명예훼손법은 형사상으로도 문제되고, 표현의 자유의 문제로 인하여 필연적으로 헌법적 쟁점도 포함된다. 하지만 본고에서는 형사법과 관련된 쟁점들은 검토대상이 아니며 헌법적 쟁점 역시 필요한 한도 내에서만 검토한다. 물론 명예, 평판 개념 및 공익성, 상당성과 같은 위법성조각사유는 형사법에도 그대로 적용될 수 있지만, 이러한 점은 민, 형사에서 명예 내지 평판의 침해를 공통적인 구성요건으로 하고 있기 때문일 뿐이다. 뒤에서 보는 바와 같이 본고의 목적은 우리나라 명예훼손 재판(특히 민사재판)의 여러 쟁점을 고찰하는 것으로 그 구제수단의 측면에서는 손해배상, 금지청구 등 민사적 제재에 대해서만 고찰한다. 이와 관련하여, 명예훼손법에서 민, 형사법의 구별의 문제는 제2장 내지 제5장에서 살펴보는 근대 이전의 명예훼손법이나 비교법적 검토의 경우에도 마찬가지로 제기되는 문제인데, 이러한 문제는 관련되는 부분에서 그때 그때 지적하기로 한다.

II. 본 논문의 서술순서

본 논문의 고찰순서는 다음과 같다.

제2, 3장에서는 통시적(通時的) 관점에서, 근대 이전의 표현의 자유와 명예훼손법에 대하여, 그리고 20세기 이후의 명예훼손법의 변화와 근대적 명예권의 형성과정을 살펴본다. 근대 이전의 명예훼손법은 오늘날의 그것과 매우 다르다. 따라서, 19세기 이전의 명예훼손법 및 명예권이 20

세기에 들어서 어떠한 변화과정을 겪게 되었는지에 대해 살펴보는 것은 오늘날 우리가 향유하고 있는 명예훼손법 내지 명예권의 의미에 대해 보다 명확한 이해를 가능케 한다는 점에서 의의가 있다.

제4장에서는 현대 명예훼손법에서의 명예권의 구조 및 그와 관련한 이론적 쟁점들을 살펴본다. 이를 위하여 명예권 침해의 기본구조를 살펴보고, 사회과학이나 도덕철학 등에서 논의되는 명예(honor), 평판(reputation)의 개념, 그리고 형법학에서의 명예, 평판의 개념을 검토한 뒤 현대 명예훼손법상 명예 또는 평판 개념의 특징에 대해 살펴본다.

제5장에서는 공시적(共時的) 관점에서 미국, 독일, 영국, 캐나다 등 서구의 선진국들을 중심으로 역사적, 문화적 배경의 측면에서 명예권의 의미 및 보호의 정도 등을 살펴본다. 이러한 비교법적 고찰을 통하여 명예훼손법 및 명예권의 내용은 당해 국가의 정치체제 및 문화적 전통과 밀접하게 관련되어 있다는 점을 살펴본다.

제6장에서는 제2~5장의 논의를 토대로 우리나라에서의 명예권의 역사 내지 이론을 정치, 사회적 측면, 실정법의 측면, 그리고 재판실무의 측면에서 검토하고, 그러한 고찰들이 우리나라의 명예훼손 재판실무에서 갖는 시사점을 ① 정치적 표현행위의 문제, ② 비정치적, 공익적 표현의 문제, ③ 비정치적, 비공익적 표현의 문제, ④ 명예권 보호정도에 관한 역사 내지 사회문화의 측면, ⑤ 명예훼손 개념의 의미와 관련한 가치체계의 측면, ⑥ 당사자의 도덕성의 측면, ⑦ 당사자의 주관적 지위의 측면의 7가지 쟁점에 따라 살펴본다.

제2장 근대 이전의 명예훼손법

제1절 고찰의 필요성

21세기를 사는 우리에게 명예훼손법의 핵심쟁점이 표현의 자유와 명예권의 대립 내지 비교형량의 문제라는 점이 너무도 당연한 사실처럼 느껴진다. 또한 표현의 자유는 근대 자유민주주의 헌정 체제라면 어느 국가도 부인하지 않는 최고의 기본권 중 하나이며, 명예권 역시 인격권의 일종으로 헌법과 민법이 인정하는 주요한 사권이라는 점에 대해서도 별다른 의문을 갖지 않는다.

그러나 인류의 전 역사를 통틀어 보자면 표현의 자유가 헌법상 기본권으로 인정된 것이나, 명예권이 오늘날과 같은 형태로 인정된 것은 불과 1세기도 되지 않았다. 후술하는 바와 같이 근대적 의미의 표현의 자유가 현실적인 권리로 인정되는 시발점은 1919년 Holmes 대법관이 미국 연방대법원의 판결의 소수의견에서 이른바 “사상의 자유시장 이론”을 수정헌법 제1조의 법원리로 천명한 것으로 볼 수 있다.²⁵⁾ 20세기 이전에도 영국의 J. Milton이나, J. S. Mill, 프랑스의 Voltaire와 같은 진보적인 사상가들이 있었지만, 국가가 앞서서 국가는 개인의 사상의 당부를 판단할 수 없으며, 정부를 비판하는 사상을 포함하여 그 어떠한 개인의 표현행위도 존중하겠다는 입장을 밝힌 것은 인류 역사에 있어서 실로 획기적인 변화가 아닐 수 없다.²⁶⁾ 미국 연방대법원이 그러한 입장을 밝히기 이전까지는 물론이고, 그 이후에도 상당기간 심지어 지금까지도 전세계의 많

25) *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919)

26) 위 판결에서 Holmes 대법관과 Brandeis 대법관의 의견은 비록 소수의견이기는 하지만 그 이후 미국 연방대법원의 주류적 견해가 되어 “위대한 반대자들(great dissenters)”이라는 별칭이 붙은 것은 잘 알려진 사실이다. Thomas Healy, *The Great Dissent - How O. W. Holmes Changed His Mind*, Metropolitan Books (2013) 참조.

은 국가들에서 그와 같은 표현의 자유는 인정되지 않는다. 권력자는 자신의 견해에 반대하는 의견 표명이나 비판을 허용하기보다는 가혹한 처벌로 응징하고, 국가권력에 대한 비판이 아니라고 하더라도 주류적 가치관을 비판하는 사상을 허용하지 않는 일은 여전히 흔히 찾을 수 있는 현상이다.²⁷⁾ 명예권의 경우에도 마찬가지이다. 오늘날 명예권은 모든 인간이 동등하게 누리는 사권의 하나로 인정되고 있지만, 이 역시 20세기 이후의 현상일 뿐 19세기 이전까지 명예권의 모습은 전혀 그렇지 않았다. 후술하는 바와 같이 19세기 이전 명예훼손법은 평등한 시민들의 인격권을 보호하기 위한 제도였다기보다는 정치권력자에 대한 비판자들을 처벌하거나 주류 문화가 받아들이지 않는 가치관이나 사상을 배포하는 자들에 대한 응징의 수단으로 이용되는 경향이 강하였다.

재2절 19세기 이전의 표현의 자유

I. 개요

주지하다시피, 표현의 자유는 자유주의, 민주주의, 입헌주의가 확립된 정치체제에서 핵심적인 기본권이다. 표현의 자유는 헌법이 나열하는 여러 기본권 가운데 하나이지만 가장 민감한 기본권일 수밖에 없는 이유는 살아있는 권력에 대한 비판을 허용해야 한다는 속성에 기인한다. 그 결과 어느 정도 민주주의가 성취된 국가에서도 표현의 자유는 완전하지 못한 경우가 비일비재하다. 전인류를 통틀어서 본다면 인류가 태고적 최초의 정치사회를 구성한 이래 표현의 자유라는 기본권이 인정된 시기는 불과 1세기도 안되었고, 그보다 압도적으로 오랜 기간 인류는 그러한 자유

27) Robert Hargreaves, *The First Freedom : A History of Free Speech* (2002) [오승훈 역, *표현의 자유의 역사*, 시아출판사 (2006)]; J. B. Bury, *A History of Freedom of Thought* (1913) [박홍규 역, *사상의 자유의 역사*, 바오출판사 (2005)] 참조

를 누리지 못하였다. 근대 이전은 물론이고, 21세기인 현재에도 전세계의 많은 국가들에서 자유로운 표현의 자유는 인정되지 않는다. 이러한 사실은, 동서양을 막론하고, 굳이 멀리 갈 것도 없이 북한의 경우나, 우리나라의 경우에도 군사독재 시절은 말할 것도 없고 비교적 최근까지도 정부의 민간인사찰, 불법도청, 명예훼손 소송의 정치적 남용 등이 문제된 사실에서도 쉽게 알 수 있다.²⁸⁾

뒤에서 보는 바와 같이 우리가 알고 있는 표현의 자유란 국가가 개인의 자유를 보장할 의무가 있다는 정치적, 시민적 자유주의, 모든 국민은 주권자로서 자신의 의견을 표명할 자유가 있다는 민주주의, 자유로운 토론은 결국 장기적으로 진실의 발견에 이르는 토대를 제공한다는 공리주의 등 인류 역사가 이루어낸 근대적 정치사상 내지 사회철학에 기초한 것이다.²⁹⁾ 하지만, 그러한 표현의 자유는 서구 선진국들의 경우에도 20세기 전반기까지는 인정되지 않았고 2차 대전 이후에야 비로소 보편적인 권리로 받아들여졌다.

II. 19세기 이전 표현의 자유에 관한 선도적 이론

잘 알려진 바와 같이 John Milton의 「아레오파지티카(Areopagitica)」(1644), John Stuart Mill의 「자유론(On Liberty, 1859)」 등은 표현의 자유를 이론적인 관점에서 옹호한 저술로서 중요한 의미를 갖는다. 「아레오파지티카(Areopagitica)」는 고대 희랍 시대의 법정과 의회 기능을 하는

28) 이에 대한 자세한 내용으로는 윤상민, “형법상 정치인의 명예보호”, 법학연구 제29집 제3호 (2013); 장주영, “박근혜 정부 출범 이후 표현의 자유 현황”, 형사정책 제25권 제3호 (2013); 그리고 참여연대, “이슈리포트 : 이명박 정부 이후 국민 입막음 소송 사례보고서” (2014. 10.) 및 “이슈리포트 : 박근혜 정부의 국민입막음 사례 22선” (2015. 9.) 등 참조.

29) Eric Barendt(a), Freedom of Expression, Oxford University Press, (2005) 제1장 참조; 이러한 표현의 자유의 정당화 근거에 관해 소개한 국내 문헌으로는 박용상(a), 표현의 자유, 현암사 (2003) 15~41면; 성선제(a), “언론의 자유의 사상적 기초” 헌법학연구 제7권 제1호 (2001) 참조.

“areopagos(아레오파고스)”라는 희랍어에서 유래되었다. 여기서 Milton은, 거짓과 진리가 열린 자유 시장에서 대결과 경쟁을 벌일 수 있다면 필연적으로 진리가 승리한다는 논지를 밝히고 있다.³⁰⁾ 검열은 우리가 이미 알고 있는 바를 활용할 수 있는 능력을 가로막아 무디게 할 뿐만 아니라 앞으로 전개될 종교적, 세속적 지혜의 발견을 방해하여 그 싹을 잘라냄으로써 모든 학문의 좌절과 진리의 후퇴를 가져올 것이라고 하였다. 허위의 의견과 진리의 의견이 자유롭게 공개되고 표현된다면 공개적 의견 시장(Free market of opinion)이 형성될 수 있고, 공개적 의견 시장은 거짓과 진리가 서로 경쟁, 대결할 기회를 제공해 준다. 이러한 Milton의 사상은 현재까지도 사상의 자유시장 이론으로 표현의 자유의 철학적 기초가 되었음은 물론이다.

John Stuart Mill은 「자유론(On Liberty, 1859)」 제2장에서 다음과 같은 세 가지 상황을 언급하면서 자유로운 언론과 토론의 자유를 강조한다. (i) 만일 소수의견이 진실을 담고 있다면 표현의 자유를 통하여 진실이 발견될 수 있고, (ii) 만일 소수의견이 일부의 진실을 담고 있다면 자유로운 토론을 통하여 다수의견과 소수의견이 갖는 각각의 진실이 무엇인지를 밝힐 수 있으며, (iii) 만일 소수의견이 잘못된 것이라면 다수의견의 진리성을 보다 명확하게 밝힐 수 있다(즉, 토론이 없었다면 그 소수의견의 오류는 시정되지 않고 지속되었을 것이다).³¹⁾ 표현의 자유를 통하여 대립되는 사상이 경쟁하고, 그 결과 오류가 시정되는 과정에서 진리가 발견될 수 있고, 그렇기 때문에 국가가 사상과 그 산물인 표현행위를 통제해서는 아니되고, 자유로운 표현과 토론을 통하여 진리가 발견되어 궁극적으로 사회적 효용이 극대화된다는 것이다.

하지만 이러한 이론들은 그 이론들이 발표될 당시에 단지 학자들의 주장에 불과하였을 뿐 현실은 아니었다. 그러한 이론이 현실화된 것은 20

30) J. B. Bury, 박홍규 역(주 27), 119~120면; Robert Hargreaves, 오승훈 역(주 27), 186~193면.

31) John Stuart Mill, On Liberty, (1859) [박홍규 역, 자유론, 문예출판사 (2009)] 64면.

세기 초중반 이후로서 현재를 기준으로 보더라도 1세기를 넘지 아니한다.

제3절 19세기 이전의 명예훼손법 : 영미법의 경우

I. 서설

오늘날 명예훼손 소송은 사인간의 권리침해의 문제를 다루는 불법행위 소송의 하나라는 점에 의문이 없다. 마치 값이 을의 재산권, 신체권을 침해한 경우 불법행위법에 의해 손해배상책임을 부담하는 것처럼 명예권 침해 역시 사적 불법행위로 취급된다. 그러나, 근대 이전 명예훼손법을 보면 것처럼 일반 불법행위로서의 명예훼손은 명예훼손법제의 일부에 불과하였고, 선동적 명예훼손(seditious libel),³²⁾ 신성모독적 명예훼손(blasphemous libel)과 같이 정치적 반대자를 탄압하고, 피치자들의 정신 세계를 통제하는 장치로서 기능하는 측면이 상당한 비중을 차지하였다는 점을 확인할 수 있다.³³⁾ 그러다가 18, 19세기 민주주의, 자유주의의 확립과 함께 위와 같은 정치적, 종교적 명예훼손법은 점차 소멸해 가는 한편,

32) “seditious libel”에 대한 번역으로는 “선동적 명예훼손” 외에도 “치안방해적 명예훼손”, “반정부적 명예훼손”이라는 용어도 사용되고 있다. 그러한 번역이 더 정확한 의미를 전달하는 측면이 있는 것은 사실이나, 이 글에서는 사전적 번역에 해당하는 “선동적 명예훼손”을 사용하기로 한다.

33) 참고로, 영미법상 명예훼손은 libel과 slander로 구별되는데, 전자는 문서와 같이 그 내용이 시간적으로 지속되는 명예훼손(communication in some tangible or physical form), 후자는 구두에 의한 발언과 같이 표현행위가 일시적인 명예훼손(statement by spoken words or by transitory gestures)을 의미한다. Rodney Smolla(b), Law of Defamation, C. Boardman Co. (2017) §1:11. 통상 문서에 의한 명예훼손, 구두에 의한 명예훼손으로 번역하지만, 이는 정확하지 않다. 왜냐하면 현대 명예훼손법에서 라디오, 텔레비전 등에서 말한 내용은 transitory하지 않다고 보아 libel로 보기 때문이다 (Restatement 3rd of Torts §568A). 따라서 본고에서는 양자 모두 ‘명예훼손’이라고 표기하되 문맥에 따라 적절하게 원문을 병기 또는 직접 표기하기로 한다.

보편적 인권 내지 인간의 존엄, 평등 사상의 도래와 함께 비로소 모든 인간에게 동등하게 인정되는 명예권 개념이 형성되기에 이르렀다. 즉, 18, 19세기의 근대화, 민주화의 과정은 정치적으로 경도(傾倒)되었던 명예훼손법이 소멸하는 과정이었고, 그러한 탈정치화를 통하여 오로지 일반 불법행위법으로서의 명예훼손법만 존속하게 되었다. 이와 같은 근대 이전 명예훼손법의 특징을 가장 잘 보여주는 영국의 경우를 중심으로 19세기 이전 명예훼손법에 대해 간략히 살펴보기로 한다.³⁴⁾

II. 19세기 이전 영국 명예훼손법

영국법상 근대 이전 명예훼손법은 크게, ① 선동적 명예훼손(seditious libel), ② 신성모독적 명예훼손(blasphemous libel), ③ 외설적 명예훼손

34) 명예훼손법제는 각 국가들마다 차이가 있으며, 그 발전경로도 다르다. 가령 독일의 경우 민, 형사법리가 동시에 발달한 영국과 달리 형사법 중심으로 발전하였고, 영미법상 명예훼손법이 객관적 평판 침해의 문제로 접근한 반면 독일에서는 주로 모욕죄를 중심으로 명예감정 침해의 문제를 다루는 점 등에서 차이가 있다[이재상, 형법각론, 제9판, 박영사, (2013) 181~182면]. 그럼에도 불구하고 독일법에서도 근대 이전에는 지배계급에 대한 명예보호에 치중하는 등 후술하는 19세기 이전 명예훼손법제의 특징을 유사하게 보여주고 있었다. 가령 현행 독일형법은 제185조 내지 제189조에서 모욕(Beleidigung), 비방(Üble Nachrede), 중상(Verleumdung), 정치인에 대한 비방 및 중상(Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens) 死者에 대한 추모감정 모독(Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener) 등을 규정하고 있다. 그런데, 1794년 프로이센 일반 란트법(PreuBische Allgemeine Landrecht)은 명예 침해에 대한 규정을 무려 151개의 조문(2. Teil, 20 Titel, 10 Abschnitt §§538~690)으로 규정하고 있었으나, 1851년 프러시아 형법 제정 당시 대폭 축소하여 오늘에 이르고 있다고 한다. 즉, 프로이센 일반 란트법에서는 결의론(決疑論)적 방식(in kasuistischer Weise, - 즉, 일반, 추상적 규율이 아닌 개별 사안별로 규율하는 방식)으로, 다양한 신분(die Verschiedenheit der Stände)에 따라 각기 다른 명예개념(Ehrbegriff)을 규정하고 있었다. 그 이후 그와 같은 다양한 명예침해에 대한 규정이 소멸하는 것은 제3장에서 보는 바와 같이 명예훼손법의 정치적 성격이 배제되는 과정이다.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB Band 4:§§185-262; 3. Auflage 2017 참조.

(obscene libel), ④ 사인에 대한 명예훼손(private libel or slander)의 4가지로 분류되었다.³⁵⁾ 여기서 ① 선동적 명예훼손(seditious libel)은 통치자에 대한 비판을 민, 형사적으로 문제삼아 제재, 처벌하는 것이므로 정치적 반대자를 탄압하기 위한 장치였고, ② 신성모독적 명예훼손(blasphemous libel), ③ 외설적 명예훼손(obscene libel)은 신성모독적, 외설적 발언을 죄(sin)의 문제로 보아 처벌함으로써 지배적인 가치관을 옹호하고 국민의 정신세계를 통제하는 장치였다. 이처럼 정치적, 정신적 통제는 근대 표현의 자유의 이념이 투쟁의 대상으로 삼는 그 대척점에 있는 것이라는 점에서 매우 흥미로운 현상이 아닐 수 없고, 오늘날 명예훼손법 체계를 이해함에 있어서도 매우 중요한 함의를 갖는다.

19세기 초경 영국 명예훼손법 저서인 Francis Holt의 「The Law of Libel」(1816년)에서 명예훼손(libel)을 대략 다음과 같이 10개의 유형으로 분류하여 설명하고 있는데,³⁶⁾ 이러한 사실은 오늘날 명예훼손법이 오로지 ④의 문제로만 인식되고 있는 것과 달리 20세기 이전에는 ①~③의 점이 매우 중요한 의미를 갖고 있었다는 사실을 보여준다.

<표 1 : Francis Holt의 Libel 분류 - 1816년>

35) J. R. Spencer, "Criminal Libel - A Skeleton in the Cupboard(1)" 1977 CRIM. L. REV. 383 - Robert Post(c), "Cultural Heterogeneity and Law : Pornography, Blasphemy, and the First Amendment" California Law Review, Vol. 76, Issue 2 (1988) p.305에서 재인용, 그리고 영국 명예훼손법의 역사에 대한 개괄적인 설명으로는, R. C. Donnelly, "History of Defamation" 1949 Wis. L. Rev. 99 (1949); David Riesman "Democracy and Defamation : Control of Group Libel" Columbia Law Review Vol 42, No 5(1942.); Van Vechten Veeder(a), "History and Theory of the Law of Defamation I", Columbia Law Review, Vol. 3, Issue 8 (1903)

36) Francis Holt, The Law of Libel, London (1816) Book II의 Chapter I 내지 XII. 위 책은 google books 사이트에서 e-book 형태로 확인 가능하다. https://books.google.co.kr/books?id=Ius1AQAAMAAJ&pg=PA9&source=gb_s_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false (2018. 7. 23 마지막 방문)

	종류	구분
1	Libels against the Christian Religion	종교적 명예훼손
2	Libels against Morality and the Law of Nature	도덕적 명예훼손
3	Libels against the Law of Nations	정치적 명예훼손
4	Libels against the State and Constitution	
5	Libels against the King and his Government	
6	Libels against the King's Government	
7	Libels against the Two Houses of Parliament	
8	Libels against Courts of Justices	
9	Libels against the Magistrates	
10	Libels against private persons	개인적 명예훼손

위 표에서 1, 2는 각 종교적, 도덕적 명예훼손이고, 3~9는 정치적, 선동적 명예훼손의 세부유형이며, 오직 10만이 사인에 대한 명예훼손이라는 사실을 확인할 수 있다. 물론 사인에 대한 명예훼손의 상당 부분은 slander에 의해 해결되었으므로, 민사사건으로서의 사인에 대한 명예훼손이 부재하였던 것은 아니다. 그러나 적어도 명예훼손법의 주류였던 libel에 있어서는 오히려 정치적, 종교적 측면이 훨씬 더 큰 비중을 차지하였음을 알 수 있다.

제3장에서 자세히 보는 바와 같이 20세기 이후 선동적 명예훼손 (seditious libel)과 신성모독적 명예훼손(blasphemous libel)은 사실상 소멸하게 되고,³⁷⁾ 명예훼손(defamation, libel)이라는 표현은 다른 수식어가

37) 참고로, 현재에도 seditious libel을 두고 있는 나라는 캐나다로서, 캐나다 형법(Criminal Code) 제59조 내지 제61조는 seditious libel을 처벌하고 있다. 하지만, 동법 제60조는 정부의 정책을 비판할 목적의 경우 고의가 부정된다고 규정하고 있다. 또한 캐나다, 뉴질랜드, 북아일랜드 등에서는 아직 blasphemous libel을 처벌하는 규정이 존치하고 있다. 한편 UN 인권위원회는 2011. 7. 국제인권 및 정치적 권리에 관한 협약 제52조 일반적 논평 34(a)

없다면 일응 사인에 대한 명예훼손으로 인식되는 것과 크게 대비되는 부분이다. 이러한 점은 근대 이후 표현의 자유의 확립 과정 및 근대 인권 개념의 등장과 함께 명예권 역시 평등화 과정을 겪는 것과 궤를 같이 하는 것이다. 뒤에서 보는 바와 같이, 오늘날 인정되는 표현의 자유는 결국 국가가 개인의 사고를 통제할 수 없다는 점을 가장 근본적인 전제로 하는 것인데, 정치적, 종교적, 도덕적 반대자에 대한 통제의 의미를 갖는 위 ①~③ 유형은 표현의 자유의 ‘mirror image’로 이해할 수 있을 것이다.

공무원의 수뢰 등을 비판하는 간행물을 발간한 John Tutchin에 대한 1704년 명예훼손 사건에서 John Holt 판사(Lord Chief Justice)는 기소를 인정하면서 다음과 같이 판시하였는데,³⁸⁾ 이러한 판시내용은 당시에는 너무도 당연한 상식에 속하였음이 분명하다.

“만일 어떤 사람이 정부에 대해 나쁜 의견을 갖도록 하는 것에 대해 아무런 책임도 지지 않도록 한다면, 어떠한 정부도 온전히 유지될 수 없다. 따라서 모든 정부는 사람들이 정부에 대해 좋은 의견을 갖도록 하는 것이 반드시 필요하다.”³⁹⁾

위 시기 선동적 명예훼손과 신성모독적 명예훼손은 매우 밀접한 관련을 갖는다. 즉, 정부에 대한 비판자들(critics)은 이교도(heresy)에 다름 아

52-paragraph statement, General Comment 34 on the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) 1976)에서 신성모독적 명예훼손은 표현의 자유와 양립할 수 없다는 점을 밝힌 바 있다. 아래 각 사이트 참조. (2018. 7. 23 마지막 방문)

https://en.wikipedia.org/wiki/Seditious_libel

https://en.wikipedia.org/wiki/Blasphemous_libel

38) Rex v. Tutchin (1704), Judith Schenck Koffer, Bennet L. Gershman “The New Seditious Libel” 69 Cornell L. Rev. 816 (1983) p.822에서 재인용.

39) 원문 : “If people should not be called to account for possessing the people with an ill opinion of the government, no government can subsist. For it is very necessary for all governments that the people should have a good opinion of it.”

니고, 이교도는 신성에 반하는 악마(devil)와 다를 바 없다. 따라서, 정부를 비판하는 자는 악마와 동일시(diabolize)함으로써 현재의 정치체는 신성시(deify)된다는 논리로서⁴⁰⁾ 양자는 동일시되는 것이다. 이하에서 근대 이전의 명예훼손법의 역사와 그 의미에 대해 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

III. 19세기 이전 영미 명예훼손법의 주요 유형

I. 선동적 명예훼손(seditious libel)

- 정치적 반대자에 대한 통제의 장치

가. 개요

선동적 명예훼손(seditious libel)이란 국왕을 비롯한 고위관료 등을 비방 또는 비판하는 것을 형사범죄로 보아 처벌하는 제도를 의미한다.⁴¹⁾ 선동적 명예훼손은 정치적 반대자에 대한 탄압의 수단으로 사용되는 것이었으므로, 그 내용과 체계가 오늘날의 명예훼손법과는 사뭇 다르다. 그 가장 대표적인 예가 진실항변(truth defence)으로, 오늘날 영미법에서는 대부분 진실은 일종의 절대적 항변사유(absolute privileges)지만 선동적

40) Judith Schenck Koffer, Bennet L. Gershman(주 38), p.823.

41) 영국법상 앞서 본 4가지 유형의 명예훼손 가운데 선동적 명예훼손은 원칙적으로 형사사건이지만 후술하는 바와 같이 15~18세기를 거치면서 민사와 결합하게 되면서 민사 명예훼손의 법리에도 영향을 미친다. 신성모독적 명예훼손은 교회법에 의해 규율되던 것이므로 민, 형사와도 다른 것이지만 피해자 보호가 아닌 가해자에 대한 단죄의 의미가 있었으므로 형사에 가깝다. 그리고 외설적 명예훼손 역시 공공질서에 대한 범죄로서 형사의 문제였다. 이처럼 영미법상의 명예훼손법은 애초에 형사적인 측면에서 발전하였으나 근대에 이르러서는 형사 명예훼손법은 거의 소멸하고 민사에 흡수되는데, 다만 형사법정에 형성된 법리들은 민사법리에 영향을 미치게 된다. 가령 손해의 추정, 주관적 요건으로서의 악의(malice) 등이 그러한데, 이러한 점에 대해서는 관련 부분에서 살펴본다.

명예훼손에 있어서는 진실은 항변사유가 아니었다. 오히려 19세기 이전에는 “더 진실한 진술일수록 더 강한 명예훼손(The greater the truth, the greater the libel)”이라는 것이 격언이었는데,⁴²⁾ 그 이유는 바로 제도의 취지에서 찾을 수 있다. 즉 국왕과 통치자에 대한 비방과 반대를 처벌함으로써 기존의 질서를 유지하는 것이 선동적 명예훼손죄의 취지였으므로, 공표되는 진술 즉 공표되는 국왕에 대한 비난이 진실한 것이면 국왕 내지 권력자에 대한 비판적인 언사가 진실인 경우 지배자에 대한 도전의 의미는 더욱 강해질 수 있으므로 기존 질서에 대한 위협의 정도가 강하다는 것이 바로 그 이유였다.⁴³⁾ 한편, 선동적 명예훼손은 원칙적으로 형사법이지만, 15세기 말경부터 같은 사실관계를 근거로 민사소송을 제기하는 것도 허용되었다.⁴⁴⁾

나. 선동적 명예훼손의 역사

(1) 스칸달리스 마그나툼(De Scandalis Magnatum) - 1275년

영국에서 선동적 명예훼손의 기원으로 평가되는 것은 1275년 제정된 De Scandalis Magnatum이다.⁴⁵⁾ 이는 “고위층 인사에 대한 비방(Scandal or slander of great men or nobles)”을 의미하는 라틴어로, 동법은 “왕과 그의 신민 혹은 귀족들 사이의 불화를 야기할 수 있는 잘못된 소식이

42) Peter N. Amponsah, *Libel Law, Political Criticism, and Defamation of Public Figure*, LFB Scholarly Publishing LLC (2004) p.42, 이러한 전통은 20세기까지도 이어져서 일찌감치 진실은 항변사유로 인정된 민사와 달리 형사에서는 진실이 항변사유가 아니었다. 이러한 이유로 형사가 오히려 명예훼손의 성립 범위가 넓은 것이 되는데, 이 점은 형사의 경우 평화의 교란(breach of peace)을 방지하는 것이 목적이라는 논리로 정당화되었다.

43) Peter N. Amponsah(주 42), p.42.

44) R. C. Donnelly(주 35), p.109. 즉, 선동적 명예훼손법은 아래에서 보는 바와 같이 법령에 근거한 것이었는데, 법령 위반을 이유로 하는 민사소송이 가능하였다는 의미이다.

45) Van Vechten Veeder(a)(주 35), p.553.

나 이야기(any false News or Tales, whereby discord, or occasion of discord or slander may grow between the King and his People, or the Great Men of the Realm)”의 배포를 금지하였다. 여기서 “the Great Men of the Realm”이란 고위성직자(prelate), 공작(duke), 백작(earl), 남작(baron) 등의 귀족, 그리고 수상(chancellor), 재무상(treasurer), 옥새관 서기(clerk of the Privy Seal), 왕궁 집사(steward of the King’s House), 판사(justices of the one bench) 등을 의미하였다.⁴⁶⁾ 이는 명예훼손에 의해 피해를 입은 개인을 보호하기 위한 법률이 아니라 권력자에 대한 비판 내지 반대를 단죄하기 위한 장치였음은 물론이다.

(2) 리벨리스 파모시스(De Libellis Famosis)와 성실재판소(星室裁判所, Star Chamber) : 15~17세기

하지만 선동적 명예훼손의 본격적인 도래는 De Libellis Famosis라는 것이 법사학자들의 일반적인 설명이다.⁴⁷⁾ 리벨리스 파모시스가 그 이전 시기 스칸달리스 마그나툼과 다른 점은 후자의 경우 지배계급에 속하는 개인을 보호하는 양상을 띠었다면, 16세기 이후 절대주의 국가의 등장으로 인하여 리벨리스 파모시스의 경우 국가 및 지배계급을 보호하는 장치로서의 의미가 더 강하였다는 점이다.⁴⁸⁾ 또한 전자의 경우에는 정확한 사실진술과 허위진술을 구별한 반면 후자에서는 진실, 허위를 구별하지 않고 정부에 대한 비판적 언사는 그 자체로 처벌대상이 되었다는 점에서도 차이가 있었다.⁴⁹⁾

46) Lawrence Mcnamara, Reputation and Defamation, Oxford University Press (2007) p.75.

47) Van Vechten Veeder(a)(주 35), p.566.

48) Pat O’Malley, “From Feudal Honour to Bourgeois Reputation, Ideology, Law and the Rise of Industrial Capitalism” Sociology, Vol. 15, No. 1 (February 1981) pp.83~84; David Riesman(주 35), pp.735~736.

49) Norman L. Rosenberg, Protecting the Best Men : An Interpretive History of the Law of Libel, The University of Carolina Press (1986) p.4.

제3장, 제5장에서 자세히 살펴보는 바와 같이 근대 이전 명예훼손법의 중심 개념은 평판(reputation)이 아닌 명예(honor)였다.⁵⁰⁾ 이러한 명예(honor)는 그 의미가 매우 다양하지만 가장 중요한 개념요소는 특정한 신분(특히 귀족, aristocrat)에 귀속되는 고유한 특성이었는데, 이러한 신분귀속적인 명예(honor)는 근대 이전 신분사회에서 매우 중요한 역할을 하였다. 즉, 당시 유럽국가들에서 지배집단은 법적인 수단보다는 사회적 지위 그 자체로 자신들의 지배권을 유지하고 있었기 때문에 명예(honor) 및 그에 대한 침해를 다루는 명예훼손은 자신들의 지배권을 공고히 함에 있어서 매우 중요한 장치였다.⁵¹⁾ 다시 말해서 당시 지배계급은 그 지배적 지위를 신분 그 자체에 의존하고 있었다는 것으로, 이는 자신들의 지배적 지위를 담보할 수단들이 매우 빈약하였음을 의미한다. 바로 그러한 점에서 당시 사회에서는 사회질서 유지에 있어서 선동적 명예훼손은 매우 중요한 의미를 갖는 법적 장치였다.

리벨리스 파모시스의 등장은 또한 17세기 인쇄술의 발달과 관련된다. 그 이전 스칸달리스 마그나툼이나 일반 사인에 대한 명예훼손에 있어서 구술과 문자의 구별은 존재하지 않았다. 그런데, 인쇄술의 발달에 따라 양자의 구별이 등장하였는데, 고대 로마법상의 De Libellis Famosis의 법리에 따라 문서에 의한 명예훼손(libel)의 법리를 발전시킨 것이다.⁵²⁾ 이러한 libel의 법리는 유명한 영국의 성실재판소(Star Chamber Court)에

50) 제5장에서 상세히 살펴보겠지만, 법학에서는 명예(honor)와 평판(reputation)이 별 구별 없이 혼용되는 경향이 강하지만, 인문학, 사회과학에서는 양자는 엄연히 구별되는 개념이다. 명예(honor)는 중세적, 전근대적, 귀족적 기원을 갖는 개념인 반면 평판(reputation)은 “어느 개인에 대한 사회의 객관적 평가”라는 중립적, 객관적 개념으로 완전히 다른 것이다. 명예훼손법상 보호법익을 “제3자 내지 사회의 평가로서의 평판”이라고 하면서도 ‘평판훼손’이 아닌 ‘명예훼손’이라고 번역하는 것 자체가 이미 명예훼손의 중층적 성격을 드러내는 것이다.

51) Pat O'Malley(주 48), p.82.

52) Van Vechten Veeder(a)(주 35), pp.567~569, 로마법상의 De Libellis Famosis는 익명의 풍자(anonymous pasquinades)를 처벌하는 제도였으나, 이 시기에 그 요건이 다소 변형되어 적용되었다.

의해 정교화되었다.⁵³⁾ 성실재판소는 1487년 설립되어 1640년 장기의회(Long Parliament)에 의해 폐지될 때까지 국왕을 비롯한 지배계급을 비판하는 저항세력을 잔혹한 고문과 가혹한 처벌로 일관한 것으로 악명 높았다.⁵⁴⁾ 성실재판소의 폐지 이후 선동적 명예훼손은 왕의 법정(The Court of King's Bench)의 관할이 되었지만, 국왕의 반대자에 대한 가혹한 처벌의 관행은 바뀌지 않았다.⁵⁵⁾

한편 17세기 인쇄술이 도입되었을 때에는 영국을 비롯한 유럽국가들은 모든 출판물에 대해 사전허가를 받도록 하였다. 심지어 이미 허가를 받은 도서의 2쇄를 출간할 경우에도 추가로 허가를 받아야 했다.⁵⁶⁾ 그런데, 출판물의 증가에 따라 사전허가의 실효성이 떨어짐에 따라 성실재판소에 의해 발전된 criminal libel 법리는 보통법에 통합되면 발전하기 시작하였다.⁵⁷⁾ 이처럼 criminal libel의 법리가 보통법에 적용된 점이 공식적으로 선언된 사례는 1670년 Lord Chief Baron Hale in King v Lake in the Exchequer 판결이었다.⁵⁸⁾ 그 이후 문서에 의한 명예훼손은 왕의 법정에서 새로운 법리로 형성되기 시작하였는데, 그 대체적인 내용은 손해의 증명을 요하는 slander와 달리 libel에서는 손해가 추정된다는 점, slander는 민사적 불법행위의 문제로만 다루어진 반면 libel은 민, 형사가 동시에 가능하였다는 점 등이었다. 즉 이 시기(17세기 후반)에 libel과

53) 성실재판소(星室裁判所, Star Chamber)는 법정의 천장에 별자리 장식이 되어 있는 점에서 유래된 명칭인데, 원래는 정치적, 사회적으로 명망 있는 사람들에게 대한 재판을 위한 목적에 설립되었지만, 실제로는 정치적 탄압의 기관으로 그 악명이 높았다. 1487년에 정식으로 설립되었지만, 그 이전에도 비공식적으로 활동하였다고 한다.

54) David Riesman(주 35), p.735, Van Vechten Veeder(a)(주 35), p.568.

55) The Court of King's Bench는 주로 형사사건을 담당하는 법원을 의미하였다. 반면 Court of Common Pleas는 왕과 무관한 신민(subject)들 사이의 송사 즉 민사사건을 담당하는 법원이었다.

56) Van Vechten Veeder(a)(주 35), p.568.

57) Van Vechten Veeder(a)(주 35), p.569.

58) Van Vechten Veeder(a)(주 35), pp.570~571; Paul Mitchell, The Making of the Modern Law of Defamation, Oxford and Portland, Oregon (2005), p.4.

slander의 구별이 정착되었다.⁵⁹⁾

(3) 19세기까지의 선동적 명예훼손

선동적 명예훼손은 성실재판소의 폐지 이후에도 정치적 반대자들의 탄압의 장치로서 활용되었고, 자유주의, 민주주의 이념의 확산에 따라 끊임 없이 도전을 받았지만 19세기까지 존속하였다.⁶⁰⁾ 뒤에서 보는 바와 같이 17~19세기의 기간 동안 영국에서는 표현의 자유에 대한 인식이 제고됨에 따라 명예훼손법에서도 다양한 면책사유가 발전하는 등 근대적인 발전을 이룬 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고 여전히 선동적 명예훼손법은 정치적 반대자를 탄압하는 중요한 장치로 기능하고 있었으며, 20세기에 이르러야 비로소 소멸의 길을 걷게 된다.⁶¹⁾

한편, 이와 같은 선동적 명예훼손의 존재는 영국에 비해 민주주의의 확립이 늦어졌던 대륙법계 국가들도 마찬가지였다. 가령 프랑스의 경우 나폴레옹 이후 왕정복고의 시기에 제정된 1822년 법령⁶²⁾ 그리고 1848년 법령⁶³⁾에서 정부에 대한 증오 내지 경멸을 일으키는 행위, 정부기관에 대한 명예훼손을 처벌하였으며, 1881년 법령⁶⁴⁾은 군대 역시 그 대상에 포함시켰다.⁶⁵⁾ 독일의 경우에도 여전히 형법에서 정부기관, 입법기관 등을 모욕하는 행위를 처벌하였으며, 이탈리아 1930년 형법, 스페인의 1931년 형법 등도 유사한 내용을 포함하고 있었다.⁶⁶⁾

반면 같은 시기 미국의 경우는 조금 다르다. 유명한 1734년 Peter

59) R. C. Donnelly(주 35), p.121; Paul Mitchell(주 58), pp.3~4. libel과 slander의 구별은 1670년 King v. Lake 케이스에서 최초로 이루어졌다고 한다.

60) David Riesman(주 35), p.736.

61) Peter N. Amponsah(주 42), p.53, p.55. 이 점에 대해서는 제3장 제2절에서 자세히 살펴본다.

62) The Law of March 25, 1822, art 4.

63) The Law of August 11, 1848

64) The Law of July 29, 1881, art 30.

65) David Riesman(주 35), p.737.

66) David Riesman(주 35), p.737.

Zenger 사건은 정치인에 대한 비판에 대해 무죄를 선고한 매우 이례적인 사건이다.⁶⁷⁾ 독일 태생 미국 언론인 Peter Zenger는 뉴욕가제트(New York Gazette)지가 뉴욕주 총독(governor)의 어용노릇을 하는 데 불만을 품고 독자적으로 뉴욕 위클리 저널(New York Weekly Journal)이라는 잡지를 발행하여 총독을 비판하였다. 이로 인하여 그는 선동적 명예훼손죄로 체포되어 형사재판에 회부되었다. 그런데, 그 이후 이루어진 재판에서 Andrew Hamilton의 뛰어난 변론으로 인하여 무죄가 선고되었다. 이는 당시 미국은 물론이고 영국에서도 언론출판의 자유의 위대한 승리로 널리 알려지게 되었다.⁶⁸⁾ 비록 그 이후 미국에서는 자유주의적 분위기가 고양되면서 선동적 명예훼손을 적용하여 처벌하는 빈도가 상대적으로 적어지기는 하였지만, 20세기 이전까지는 미국에서도 선동적 명예훼손의 법리는 여전히 중요한 역할을 하고 있었다. 대표적인 예가 1789년 선동법(Sedition Act)이다. 이 법은 정치적 목적으로 정부 관료를 비판하는 행위를 금지하였지만, 진실은 면책사유로 인정하였다. 이는 연방주의자들이 자신에 대한 비판자들을 탄압하기 위해 제정한 법으로, 실제로 분권주의자들에게 대해 편향되게 적용됨으로써 많은 비판을 받았다.⁶⁹⁾ 19세기에선 선동법 내지 선동적 명예훼손은 여전히 유효했지만 민주주의를 위해 공적 이슈에 대한 토론이 필요하며, 표현의 자유가 확대되어야 한다는 인식이 서서히 퍼지기 시작하였다.⁷⁰⁾ 특히 19세기 중반 이후 대중매체의 발달과 함께 표현의 자유에 대한 인식이 널리 확산되었다. 대표적으로 19세기를 통틀어 미국에서 가장 많이 인용된 논문으로 알려진 Thomas Cooley의 “A Treatise on the Constitutional Limitations Which

67) Peter N. Amponsah(주 42), pp.46~47.

68) Peter N. Amponsah(주 42), pp.46~47, Robert Hargreaves, 오승훈 역(주 27), 287~290면 참조. 이 케이스는 선동적 명예훼손에 있어서도 진실이 항변으로 받아들여진 최초의 사례이기도 하다. 앞서 언급한 바와 같이 영국의 경우 1843년 Libel Act에서 선동적 명예훼손에 있어서 진실항변을 인정하였는데, 미국의 경우 영국보다 100년 가까이 빠른 것이다.

69) Peter N. Amponsah(주 42), p.50.

70) Peter N. Amponsah(주 42), p.50.

Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union”이라는 1868년 논문은 표현의 자유의 중요성을 강조하면서, 전통적인 명예훼손법을 비판하였다.⁷¹⁾ 구체적으로 그는 사전검열은 금지되지만 사후적 처벌은 얼마든지 가능하다는 Blackstone 공식은 수정헌법 제1조에 위반된다거나, 1789년 선동법(Sedition Act)이 진실항변을 인정하는 점에서 전통적인 명예훼손법리보다 진실보한 것이지만, 여전히 수정헌법 제1조에 위반된다고 주장하였다.⁷²⁾ 그는 명예훼손법 역시 정치, 사회의 현실적 변화에 부응해야 하는데, 현재의 명예훼손법제는 미국의 대중매체의 발전 추이에 비추어 낙후된 것이라고 비판하였다. 다만 당시의 주류적인 판결들이 이러한 이념을 따라가지는 못하였고, Thomas Cooley 역시 그가 판사가 되어 내린 판결에서는 자신이 학자로서 주장한 정도로 진실보한 판결을 내리지는 못하였다고 한다.⁷³⁾

정리하면, 19세기는 자유주의와 민주주의의 확립으로 표현의 자유의 필요성에 대한 인식이 고양되면서도, 다른 한편으로 여전히 선동적 명예훼손의 법리는 여전히 정치체제의 불안요소를 제거하기 위한 법장치로서 중요한 기능을 하는 양면성이 존재하는 시기였다. 즉 민주주의의 확립에 따라 선동적 명예훼손법이 완전히 소멸되기 위해서는 아직은 더 많은 시간이 필요하였다.

3. 신성모독 명예훼손(Blasphemous Libel) 및 교회법(ecclesiastical law) 상의 명예훼손

- 정신적 통제의 장치

가. 신성모독 명예훼손(Blasphemous Libel)

다음으로 신성모독적 명예훼손(Blasphemous Libel)이다. 영국 보통법의 고전인 Blackstone의 1796년 저서 「Commentaries on the laws of

71) Norman L. Rosenberg(주 49), pp.161~177.

72) Norman L. Rosenberg(주 49), pp.162~163.

73) Norman L. Rosenberg(주 49), pp.177~184.

England」에 의하면, 신성모독적 명예훼손이란 “신의 존재 혹은 그의 전지전능하심을 부정하거나 우리의 주 그리스도에 대해 오만불손한 (contumelious) 비난을 하는 행위”를 의미한다.⁷⁴⁾ 여기서의 피해자는 신성 내지 종교이지만, 그 실질은 선동적 명예훼손과 유사하였다. 즉 신성에 대한 모독은 곧 기존의 지배계급의 시각에서 본 사회질서에 대한 모독으로 받아들여졌다.⁷⁵⁾ 즉, 이 역시 표현의 자유를 억압하는 수단으로 사용되었다. 저명한 사상가인 Thomas Paine의 “이성의 시대(Age of Reason)”, 저명한 시인 P. B. Shelley의 시(詩) “Queen Mab”, 기타 무신론을 주장하는 수많은 작가들의 작품들이 신성모독적 명예훼손에 의한 처벌을 받았다.⁷⁶⁾ 이는 오늘날 이른바 필화(筆禍)라고 불리는 현상과 다르지 않다. 다만 신성모독적 명예훼손도 19세기에 들어서면서 과거와는 다른 양상으로 발달하였다. 즉 과거에는 신성모독 자체가 처벌대상이었다면 19세기 이후에는 기독교 자체에 대한 비판은 어느 정도 용인하되, 그 내용이 지나치게 악의적인 경우에만 처벌하는 방식으로 변모하였다.⁷⁷⁾ 이는 앞서 본 바와 같이 19세기 이후 자유주의의 확장에 따른 결과이다. 영국에서 신성모독적 명예훼손은 20세기에는 사실상 사문화된 상태로 남아 있었으나 2008년 Criminal Justice and Immigration Act 2008에 의해 비로소 소멸하였다.⁷⁸⁾

나. 교회법(ecclesiastical law)상의 명예훼손(diffamation)

신성 자체에 대한 모독과 구별되는 것으로, 일반 사인에 대한 명예훼손

74) W. Blackstone, Commentaries on the laws of England, Vol. 4. ch. 4. p.46, Jeremy Waldron, Harm in Hate Speech, Harvard University Press (2012) p.42에서 재인용.

75) Robert Post(c)(주 35), p.306.

76) Robert Post(c)(주 35), p.306.

77) Robert Post(c)(주 35), pp.308~310.

78) Hilaire Barnett, Constitutional & Administrative Law, 8th Edition Routledge (2011) p.565.

손이기는 하지만 교회법에 의해 규율되는 명예훼손에 대해서도 간략히 살펴보기로 한다. 중세 이래 사인간의 명예훼손은 주로 교회법에 의해 처리되었는데, 이러한 명예훼손 제도의 핵심 취지는 피해자의 명예권을 보호하는 것이 아니라 가해자(calumniator)의 죄(sin of calumny)를 단죄하는 것이었다.⁷⁹⁾ 교회법은 로마법상의 “injuria”의 법리를 수용하여⁸⁰⁾ 교회법상의 명예훼손법인 diffamation의 법리로 발전시켰는데, 이러한 법리의 목적은 “pro salute animae” 즉 “건전한 정신을 위한 것(for the good of his soul)”이었다. 즉, 이는 성직자와 일반인들에 대해 기독교적 도덕과 가치관을 강제하는 강력한 수단으로 작용하였다. 현대 명예훼손법에서 등장하는 악의(malice)의 연원은 교회법으로 거슬러 올라가는데, 바로 발화자의 악의가 명예훼손의 핵심적인 요소였다.⁸¹⁾ 교회법에서 명예훼손을 처벌하는 것은 그것이 죄(sin)이기 때문이고 그 죄의 핵심은 바로 발화자의 악의성에 있었다.⁸²⁾ 교회법상의 명예훼손 소송의 대상은 절도, 부정직에 관한 것들도 있었지만 가장 빈번한 주제는 다름 아닌 성적 순결(sexual probity)에 관한 명예훼손(sexual slander)이었다.⁸³⁾ 한 실증적 연구에 의하면 17세기 영국 요크 지역의 200건의 교회법정 명예훼손 사건 가운데 150건이 성적 순결에 관한 것이었다고 한다.⁸⁴⁾ 이러한 종류의 명예훼손이 갖는 사회학적 의미는 기독교적 도덕을 강제하고, 그러한 도덕률을 준수하지 않는 사람을 공동체로부터 배제하는 것이다. 순결하지 않는 여자는 단순히 비난만 받는 것이 아니라 공동체의 구성원으로서

79) Van Vechten Veeder(a)(주 35), p.550, David Riesman(주 35), p.734. 그렇기 때문에 교회법정에서는 손해배상 판결을 하지 않았다. Paul Mitchell(주 58), p.53.

80) 로마법상 injuria란 다른 사람에게 위해를 가하는 모든 행위를 의미하는 것으로 물리적인 것에 의한 것뿐만 아니라 모욕적인 언사와 같이 언어에 의한 것도 포함하는 것이었다. Van Vechten Veeder(a)(주 35), pp.563~564.

81) Van Vechten Veeder(b), “The History and Theory of the Law of Defamation II” Columbia Law Review, Vol. 4, Issue 1 (1904) p.35.

82) Van Vechten Veeder(b)(주 81), p.35.

83) Lawrence Mcnamara(주 46), p.73.

84) Lawrence Mcnamara(주 46), p.73.

의 자격 자체를 박탈당하는 것이므로, 기독교 공동체 내의 다른 구성원을 그와 같은 식으로 비방하는 것 역시 교회법 위반의 범죄행위로 간주되었던 것이다.⁸⁵⁾

교회법정은 대략 5세기 경부터 발전하였고, 9세기에서 중세의 마지막까지 어느 군주도 교회법(canon law)의 권위를 부정할 수 없을 정도로 성장하였다. 교회법정은 세속법정과 다른 법리를 갖고 있었고, 절차도 달랐으며, 관여자들도 달랐다. 초기 교회법정의 경우 교회의 주된 임무는 인간의 영혼의 건강(salute animae, soul's health)을 지키는 것이었던 관계로, 명예훼손적 발언을 한 경우 발언자는 흰색 수의(壽衣, shroud)를 입고 제의실(vestry room)에서 사도들과 피해자 앞에서 무릎을 꿇고 촛불을 켜고 참회를 해야 했다.⁸⁶⁾ 교회법상으로도 당연히 진실항변은 허용되지 않았다.⁸⁷⁾ 이러한 교회법정은 중세말기를 거치면서 왕의 법정과 치열한 관할 다툼을 하기 시작하였고, 16세기 경에는 왕의 법정에게 우위를 빼앗기게 되었다. 16세기 경 교회 법정이 왕의 법정에게 우위를 잃게 된 것은 교회의 전제와 부패, 시대착오적 참회방식에 대한 비판 등이 작용하였다.⁸⁸⁾ 하지만 교회법정은 19세기까지도 영향력을 발휘하였으며, 영국의 경우 1855년 “잉글랜드와 웨일즈 지역에서 명예훼손 소송에 있어서 교회법정 관할 폐지에 관한 법률(An Act for Abolishing the Jurisdiction of the Ecclesiastical Courts of England and Wales in Suits for Defamation)”에 의해 공식적으로 소멸하였다.⁸⁹⁾

3. 외설적 명예훼손(obscene libel)

신성모독적 명예훼손과 유사하지만 다른 종류로 취급되는 것이 바로

85) Lawrence Mcnamara(주 46), p.74.

86) Van Vechten Veeder(a)(주 35), p.551. Rodney Smolla(b)(주 33), §1:2.

87) Lawrence Mcnamara(주 46), p.72.

88) Restatement (Second) of Torts §568 comment; R. C. Donnelly(주 35), p.106.

89) Lawrence Mcnamara(주 46), p.72.

외설적 명예훼손이다. 이는 음란한 표현행위를 규제하는 것인데, 그 목적은 음란성 자체에 있다기보다는 종교적인 측면과 평화의 교란(breach of peace)에 대한 징벌의 성격을 띠었다.⁹⁰⁾ 즉, 17세기까지 외설적 명예훼손은 음란하다는 이유로 처벌한 것이 아니라 그것이 신성모독적인 내용을 담고 있다거나 기존의 질서에 반한다는 이유로 처벌되었는데, 이는 당시까지 외설적 명예훼손 역시 정치적, 종교적 명예훼손의 일환으로 취급되었음을 의미한다.⁹¹⁾ 그러나 이 역시 18세기 이후에는 음란물 자체에 대한 제재의 의미로 조금씩 변화하였는데, 이는 결국 오늘날과 같이 공서양속에 반한다는 의미에서 제재의 대상으로 본 것이다. 가령 영국의 1868년 케이스에서는 음란물에 관하여 “젊은이로 하여금 성에 관한 것 혹은 불순하고 선정적인 생각을 갖게 하는 것”이라고 정의하기도 하였다.⁹²⁾ 그 이후 영국에서는 1857년 「Obscene Publication Act」에 의해 음란물을 규율하였는데, 동법이 적용된 1868년 Regina v. Hicklin 판결에서는 “음란물이란 그것이 예술적, 문학적 의미를 갖는지 여부와 무관하게 그와 같은 부도덕한 내용에 영향을 받을 수 있는 사람들을 타락시키는 경향을 갖는 것”을 의미한다는 이른바 ‘Hicklin test’로 알려진 외설에 관한 기준이 정립되기도 하였다.⁹³⁾

4. 일반 사인에 대한 명예훼손과 결투(duel)의 문제

가. 일반론

90) Colin Manchester, “A History of the Crime of Obscene Libel”, 12 J. Legal Hist. 36, 57 (1991) p.40.

91) Colin Manchester(주 90), pp.36~38.

92) (1868) L.R. 3 Q.B.D. 360, 371., Colin Manchester(주 90), p.48에서 재인용.

93) Colin Manchester(주 90), p. 48, Hicklin test의 원문은 다음과 같다. “material tending to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influences was obscene, regardless of its artistic or literary merit.”

이처럼 19세기 이전의 명예훼손법은 주로 권력자와 종교, 도덕에 대한 비판의 측면이 강하였지만, 사인(私人)에 대한 일반적 명예훼손이 없었던 것이 아님은 물론이다. 앞서 언급한 교회법상의 명예훼손 외에 영국의 경우 이미 중세부터 사인에 대한 명예훼손을 규율하였는데, 원고는 손해 및 수치(shame)에 대한 배상을 요구하였다.⁹⁴⁾ 사실상 모욕이 소인(訴因)인 경우도 많았고, 피해자의 주된 목적은 실추된 명예와 자존심의 회복에 있었다. 이는 일반사인에 대한 명예훼손은 상당부분 민사사건으로 처리되었음을 의미하는데, 민사사건에서는 선동적 명예훼손과 달리 이미 13세기 이전부터 진실은 면책사유로 인정되었다.⁹⁵⁾

이러한 사인간 명예훼손은 지방법정(local courts, manorial courts)에서 다루어졌지만, 교회법정에서 처리되는 경우도 있었고, 16세기 이후 왕의 법정으로 서서히 이전하였다. 또한 성실재판소는 정치적인 명예훼손만을 다룬 것이 아니라 비정치적인 명예훼손도 다루었으며, 그 결과 앞서 언급한 바와 같이 스칸달리스 마그나툼, 리벨리스 파모시스의 libel의 법리가 보통법과 결합되기 시작하였고, 그 결과 오늘날 우리가 알고 있는 민사상의 명예훼손법의 법리들이 형성되기 시작하였다.⁹⁶⁾ 물론 민사사건이 왕의 법정에서 다루어지기 위해서는 일방 당사자가 귀족이어야 한다는 등의 요건이 필요하였지만(즉 평민들간의 명예훼손 소송은 여전히 지방법정에서 다루어졌다),⁹⁷⁾ 아무튼 이처럼 왕의 법정에서 선동적 명예훼손만이 아닌 일반 민사사건을 처리하면서 선동적 명예훼손의 법리와 보통법의 명예훼손 법리가 결합되는 과정을 겪게 된다. 구체적으로, 손해가 추정된다는 엄격책임의 법리는 형사적인 요소이고, 진실은 면책항변으로 인정된다는 것은 민사적인 요소로서, 이러한 과정은 20세기까지도 이어진다.⁹⁸⁾

94) R. C. Donnelly(주 35), p.101.

95) R. C. Donnelly(주 35), p.102.

96) Van Vechten Veeder(a)(주 35), pp.567~56.

97) R. C. Donnelly(주 35), p.106, p.109.

98) R. C. Donnelly(주 35), p.120. 참고로 우리나라의 명예훼손법에서는 명예훼손

이처럼 17세기 이전에는 교회법상의 명예훼손, 성실재판소에서 다루어지던 선동적 명예훼손, 지방법정 및 왕의 법정에서 다루어지던 일반 명예훼손이 구별되어 있었으나, 17세기 경 성실재판소의 폐지와 교회법정의 쇠퇴로 인하여 교회법과 선동적 명예훼손의 법리는 보통법으로 통합되게 되었다.

나. 결투(duel)의 문제

정치적 명예훼손의 전담재판부였던 영국의 성실재판소에서 비정치적 명예훼손을 다루는 것이 정당화된 것은 결투의 문제였다. 근대 이전에는 “명예(honor)를 잃는 것은 목숨을 잃는 것보다 더 나쁘다”는 취지의 격언들이 상식적인 명제였고, 결투를 통하여 죽음으로써 명예의 회복을 꾀하였다는 것은 주지의 사실이다.⁹⁹⁾ 한편, 앞서 언급한 영국의 성실재판소의 목적은 정치적 반대자들을 처벌함으로써 공적 평화(public

적 발언 및 공표행위, 그로 인한 평판 저하, 손해의 발생, 진술이 허위인 경우는 허위인 점까지 원고가 주장 및 입증하는 것이 원칙인 반면(다만 실무상 평판저하로 인한 손해는 사실상 추정되는 것처럼 운용되고 있는데, 이점에 대해서는 제6장에서 자세히 살펴본다) 영미 명예훼손법상 원고는 명예훼손적 발언이 있었다는 사실만 주장 및 입증하면, 손해 및 허위성은 추정되고, 피고가 진실임을 항변사유로 입증하여야 한다. 그런 점에서 이른바 엄격책임(strict liability) 법리에 입각한 것이라고 설명되는데, 이러한 엄격책임의 법리의 유래는 선동적 명예훼손에서 비롯된다. 뒤에서 살펴보는 미국의 New York Times 판결, Gertz 판결 등은 수정헌법 제1조의 법리에 입각하여 그러한 엄격책임의 법리에 제한을 가함으로써 표현의 자유를 증진시키고자 한 판결이라고 할 수 있다.

99) J. G. Peristiany, Julian Pitt-Rivers, Honor and grace in anthropology, Cambridge (England) ; New York : Cambridge University Press (1992) pp. 18~31에 의하면 중세에는 명예로 인하여 죽은 사람이 역병에 의해 죽은 사람보다 더 많았다고 한다(박성환, “명예의 사회적 논리와 기능”, 문화와 사회 vol. 11. 2011. 22면에서 재인용). 가령 미국의 경우 미국 건국의 1등 공신 중 한 명인 Alexander Hamilton은 미국 부통령이 된 Aaron Burr과의 결투에서 죽음을 당하였고, 미국 대통령이 된 Andrew Jackson 역시 결투에서 Charles Dickinson이라는 당시 유명한 변호사를 죽음에 이르게 한 것을 비롯하여 미국이나 유럽 역사상 결투의 희생자가 된 사람들은 헤아릴 수 없을 정도로 많다.

tranquility)를 수호하는 데에 있었다.¹⁰⁰⁾ 그런데, 귀족들 사이에서 유행하던 결투는 수많은 의미 없는 죽음을 초래하였으므로, 이 역시 공적 평화를 훼손하는 행위로 간주되기 시작하였다. 이에 유럽 국가들은 다양한 방식으로 결투를 금하기 위한 노력을 기울이기 시작하였다. 20세기 이전 결투에 대한 유럽국가들의 태도는 이중적이었다.¹⁰¹⁾ 한편으로는 결투를 없애거나 줄이기 위해 다양한 노력을 하였지만, 다른 한편으로는 결국 결투를 용인하는 태도를 보였다. 17세기 말경 영국에서는 상원과 하원에서 결투를 금하는 법령을 수차례 통과시켰지만 실효성이 없었다.¹⁰²⁾ 공리주의의 창시자인 Jeremy Bentham 역시 그의 저서 「형법의 원칙 (Principles of Penal Law)」에서 명예(honor) 침해에 대한 보복으로 이루어지는 결투의 법적 대응물을 찾기 위한 다양한 구상을 보여주면서 “만일 법률이 명예의 침해에 대한 적절한 구제수단을 제공한다면 결투는 반드시 소멸할 것이다”라고 하였다.¹⁰³⁾ 이는 당시까지만 해도 결투의 관행이 사회적으로 보편화되어, 오늘과 같이 인간의 생명권을 침해하는 범죄로 취급되지 않았기 때문이다.¹⁰⁴⁾

이러한 점은 근대 이전의 명예(honor)의 관념과도 관련된다. 앞서도 언급한 바와 같이 근대 이전 귀족들에게 있어서 명예(honor)는 생명보다 중요한 것으로 간주되었다.¹⁰⁵⁾ 따라서, 제3자가 자신의 명예를 훼손한다면 생명을 걸고 회복을 구하는 것이 당연한 것이고,¹⁰⁶⁾ 명예의 회복을

100) Van Vechten Veeder(a)(주 35), p.555.

101) Paul Mitchell(주 58), p.36.

102) Paul Mitchell(주 58), p.36.

103) Robert C. Post(b), “The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution”, 74 CALIF. L. REV. 691, 700 (1986), 각주 83. 참조.

104) 이는 범규범이 규범으로서의 힘을 얻기 위해서는 공동체 전체의 사회적 지지가 필요하다는 점을 여실히 보여주는 사례라고 할 수 있다.

105) Robert C. Post(b)(주 103), pp.700~702.

106) James Landale, *Duel : a True Story of Death and Honor*, Canongate Books Ltd. (2005) [채계병 역, *결투 : 명예와 죽음의 역사*, 이카루스미디어 (2008)] 333~334면에 의하면 원래 결투는 귀족계급의 전유물이었는데, 19세기 이후 결투의 관습이 일반인에게도 확산되었는데, 역설적으로 그것은

구하는 과정에서 명예를 훼손한 자의 목숨을 빼앗는 것은 위법성이 없는 행위로 인식되었다.¹⁰⁷⁾ 이처럼 결투 자체가 사회적으로 용인되는 행위였기 때문에 그에 대한 법적 규제는 사회적 정당성을 얻기가 쉽지 않았다. 그러한 맥락에서 단순히 법으로 금하는 것이 능사가 아니라 결투를 야기하는 명예침해의 문제에 대해 사법적 구제수단을 부여해야 한다는 논의도 다양하게 이루어졌다. 프랑스의 명예법정(the court of honor, la cour d'honneur)을 도입해야 한다는 논의가 대표적이다.¹⁰⁸⁾ 독일의 경우에도 결투의 문제는 명예훼손 내지 모욕죄의 법리와 밀접한 관련을 갖고 있었다. 즉, 근대 초기 독일의 군주들은 귀족들 사이에서 횡행하는 결투의 관행을 근절시키기는 방안에 대해 골머리를 앓고 있었는데, 그 대안 중 하나가 바로 명예훼손 내지 모욕을 형사범죄로 처벌하는 것이 었다.¹⁰⁹⁾

이처럼 결투의 문제는 전근대적인 명예(honor)의 문제와 연결되고, 명예훼손법, 모욕법의 근대적 형태는 사적 폭력을 배제하고 국가만이 폭력을 독점화하는 과정에서 결투라는 전근대적인 제도를 소멸시키려는 근대 국가적 노력과 궤를 같이 하면서 새로운 의미를 획득하였다.

5. 영미 명예훼손법상 면책사유의 발전

-
- 결국 결투의 관행을 쇠퇴하게 하는 결과를 낳았다고 한다.
- 107) 19세기의 어느 작가는 다음과 같이 썼다. “국가가 일반적으로 공손한 예절, 대화의 즐거움, 함께하는 것의 행복 같은 고귀한 축복을 얻기 위해 일년에 6명 정도의 남자가 희생되는 것을 보기 싫어하는 것은 이상하다.” 즉 결투 옹호자들은 결투라는 제도가 있음으로 인하여, (i) 말하기 전에 두 번 생각하게 하고 그럼으로써 무례를 억제할 수 있다. (ii) 결투는 갈등 해결을 위한 통제된 출구를 제공함으로써 더 큰 폭력을 막는 역할을 한다. (iii) 결투는 사회에 이익이 되는 남자다운 명예 개념을 영속하게 하고, 인간을 강하고 독립적으로 만드는 등 다양한 이익이 있다고 강변하였다고 한다. James Landale, *채계명 역(주 106)*, 343면 참조.
- 108) Paul Mitchell(주 58), pp.36~37. 이는 프랑스에서 결투의 문제를 해결하기 위해 세워진 법정이었다고 한다.
- 109) James Q. Whitman(a), “Enforcing Civility and Respect : Three Societies” 109 *Yale L.J.* 1279 (2000.) pp.1315~1317.

한편, 17세기 이후 영미 명예훼손법의 발전에 있어서 반드시 살펴보아야 할 쟁점은 면책사유의 발전이다. 잘 알려진 바와 같이 면책사유는 명예훼손의 성립을 조각시키는 일종의 위법성조각사유로 이는 근대적인 표현의 자유의 확립과정과 관련된다. 이하에서 간략히 살펴보기로 한다.

가. 17세기 : ‘절대적 면책사유’의 등장

영국 명예훼손법상 이른바 절대적 면책특권(absolute privileges)¹¹⁰⁾은 17세기부터 발달하기 시작하였다. 리딩 케이스는 1668년 R v Elliot 판결로 영국에서 대법원 역할을 하던 상원(House of Lords)은 하원(House of Commons) 내에서 이루어진 명예훼손에 대해 무죄를 선고하였다.¹¹¹⁾ 이 사건은 피고가 선동적 명예훼손에 해당하는 발언을 한 장소가 의회라는 이유로 무죄가 선고된 사안으로, 1689년 권리장전(Bill of Rights)은 제9조에서 “의회의 절차에서의 표현의 자유와 논쟁은 법정 기타 의회 밖 어디에서도 탄핵되거나 심문되지 아니한다”라고 규정하기도 하였다.¹¹²⁾

110) 영미 명예훼손법상 면책특권은 크게 절대적 면책특권(Absolute Privileges)과 제한적 면책특권(Qualified Privileges)으로 나뉘는데, 전자는 아무런 조건 없이 면책이 인정되는 것을 의미하고 후자는 악의(malice)적인 비방이 아닌 한 면책이 인정되는 것을 의미한다. 절대적 면책특권으로 주로 정부 기관 사이의 표현행위인 의회내 절차의 면책, 재판절차에서의 면책, 고위 공직자간의 면책, 당사자의 동의, 부부간의 대화 등이 있고, 후자는 법적, 도덕적 의무이행 과정에서의 발언, 자기 또는 제3자 혹은 공동체 전체의 이익을 위한 발언 등 여러 사회적, 공적 이익들을 고려한 면책특권을 의미한다(예를 들면, 그 사람은 범죄자이니 결혼하면 안된다고 말한 경우, 피용자에 대한 평판조회에 대해 답변하는 과정에서 부정적인 언사를 한 경우, 교사의 자질에 대해 부정적인 언급을 한 경우 등). Rodney Smolla(b)(주 33), §8:2; Dan Dobbs, Robert Keeton, David Owen, Prosser and Keeton on Torts, 5th Edition, West Publishing Co. (1984) pp.816~839.

111) Paul Mitchell(주 58), p.194. 다만 당시 법원은 의회내의 발언에 대해서는 면책이 인정된다는 취지의 1512년 법령을 그 근거로 제시하였다는 점에서 엄밀한 의미에서 보면 위 판결이 새로운 법리를 창출한 것은 아니라는 견해도 있다.

112) 원문 : “That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or

그 이후 18세기를 거치면서 민주주의, 자유주의 이념이 발전해감에 따라 공적 사안에 대한 토론의 중요성이 인식되기 시작하였다. 그 결과 의회 내 토론에 대한 면책특권(parliamentary privilege)의 범위가 확대되는 등 절대적 면책특권의 범위가 넓어지기 시작하였다.¹¹³⁾ 이러한 분위기 속에서 18세기말 경 영국의 Wilkes 사건은 매우 상징적인 의미를 갖는다.¹¹⁴⁾ 그는 영국 의회의 의원으로서 정부에 대한 비판적인 언사를 하였다는 이유로 선동적 명예훼손에 의해 기소되었다. 그는 의회면책을 주장하였으나 받아들여지지 않아 22개월의 수감생활을 하였는데, 그의 수감에 대해 항의하는 폭동이 일어났다. 그 이후 유명한 Fox Libel Act of 1792가 제정되었는데, 그 핵심적 내용은 판사가 아닌 배심원이 명예훼손성 여부를 판단한다는 것으로 이는 결국 선동적 명예훼손의 입증책임을 강화하기 위한 시도였다. 즉, Fox Libel Act of 1792는 영국 명예훼손법이 좀 더 자유주의적으로 변모한 계기가 되었다.¹¹⁵⁾

한편, 영국 보통법의 대가인 William Blackstone은 사전검열은 위헌이라고 주장하였지만, 선동적 명예훼손과 같은 사후적 처벌 및 손해배상은 당연하다고 보았다는 점은 잘 알려진 사실이다.¹¹⁶⁾ 이러한 지적은 19세기 이전 표현의 자유에 대한 인식의 한계를 보여주는 것이다.

나. 19세기 '상대적 면책사유'의 등장

영국 명예훼손법의 역사에서 19세기는 매우 중요한 분수령이다. 19세기의 상황을 한마디로 요약하자면 공리주의와 자유주의적 사상의 확산에 따른 표현의 자유에 관한 이념의 등장 및 각종 면책특권의 발전과 그러면서도 선동적 명예훼손은 여전히 폐지되지 않고 남아 있는 양면성이

place out of Parliament”

113) Peter N. Amponsah(주 42), pp.45~47.

114) Peter N. Amponsah(주 42), p.48.

115) Judith Schenck Koffer, Bennet L. Gershman(주 38), p.824.

116) Judith Schenck Koffer, Bennet L. Gershman(주 38), p.823.

다.¹¹⁷⁾

즉, 19세기의 경우 민주주의와 자유주의 이념의 확장에 따라 공적 토론의 필요성이 인식되면서 18세기부터 그 단초를 보여오던 여러 면책항변들이 본격적으로 발달하기 시작하였다. 구체적으로, 1830년 *Toogood v Spyring* 판결에서 제한적 면책특권이,¹¹⁸⁾ 1863년 *Campbell v Spottiswoode* 판결에서 공정논평(fair comment)의 법리가¹¹⁹⁾ 생성되었다. 그러한 면책특권은 종래 명예훼손법의 요건 사실이었던 악의(malice)와의 관계에 대한 다양한 해석과 함께 점차 정교하게 발전하였다.¹²⁰⁾ 이러한 면책특권의 배경에는 공리주의적 사고의 확산이 존재하였다. 이 시기 영국의 판례들은 마치 유행처럼 “사회 일반의 이익(the general interest of society)”, “사회의 복지(the welfare of society)”, “인류의 편의(the convenience of mankind)”과 같은 용어를 빈번하게 사용하였다.¹²¹⁾ 심지어

117) 이는 달리 말하면 정치적으로 민감하지 않은 사항들부터 면책항변이 인정되기 시작하였음을 의미한다.

118) Paul Mitchell(주 58), p.151; M. Slaughter, “The Development of Common Law Defamation Privilege: From Communitarian Society to Market Society”, *Cardozo Law Review*, Nov, 1992, Vol.14(2) p.377. 위 *Toogood v Spyring* 판결의 다음과 같은 문구는 제한적 면책특권의 전형을 보여준다.

“...법에 의해서건 도덕에 의해서건 공적, 사적 의무를 수행하는 과정에서, 그 자신의 이해관계가 관련된 개인이 업무를 수행하는 과정에서 행해진 발언들 ... 만일 합리적 경우 혹은 긴급상황이 존재하는 경우 그리고 정직하게 행해진 발언들은 공동의 편의와 사회의 복리를 위해 보호된다.” (원문 : “...fairly made by a person in the discharge of some public or private duty, whether legal or moral, or in the conduct of his own affairs, in matters where his interest concerned... If fairly warranted by any reasonable occasion or exigency, and honestly made, such communications are protected for the common convenience and welfare of society.”

119) Paul Mitchell(주 58), pp.169~183. 한편 1790년 *Dibdin v Swan* 판결에서 그 단초가 마련되었는데, 다만 그 사례는 엄밀히 말해서 공정논평을 정식화한 것이라기보다는 공정한 논평이라면 malice가 인정될 수 없다는 취지였다고 한다.

120) Paul Mitchell(주 58), pp.169~183, pp.101~122.

121) M. Slaughter(주 118), p.377.

어 1843년 Libel Act에서는 법령 자체에서 진술내용이 진실한 사실로서 공적 이익을 위한 것인 경우 면책사유로 인정한다는 것을 명시적으로 규정하기도 하였다.¹²²⁾ 물론 이는 형사상 명예훼손(즉, seditious libel)에 관한 것이다. 앞서 언급한 바와 같이 민사와 달리 형사의 경우에는 진실이 항변이 아니었는데, 위 법에서 최초로 형사에서도 공익성을 전제로 진실한 사실에 대해서도 항변을 인정하였던 것이다.

다만 앞서 본 바와 같이 위와 같은 발전에도 불구하고 선동적 명예훼손의 중요성은 여전히 유지되었다. 19세기는 전근대적인 내용과 형식에 갇혀 있던 명예훼손법이 여러 모로 근대적인 모습을 갖추어가는 과도기라고 말할 수 있다. 근대적 의미에서의 공리주의적 면책항변이 발달하면서도 다른 한편으로 선동적 명예훼손의 법리는 여전히 정치체제의 불안요소를 제거하기 위한 법장치로서 중요한 기능을 하고 있었다.

제4절 소결 및 정리

19세기 이전 전세계의 어느 국가에서도 우리가 알고 있는 표현의 자유는 인정되지 않았고, 명예훼손법제 역시 그 많은 부분에 있어서 20세기와 같이 개인의 명예권을 보호하는 기능을 하는 것이 아니라 사회의 구성원들에게 주류적인 권력 내지 가치관을 강제하는 기능을 하고 있었다. 이러한 두 가지 측면은 상호 분리된 것이 아니라 동전의 양면처럼 표리의 관계를 이루는 것이었다. 선동적 명예훼손, 신성모독적 명예훼손은 그러한 표리관계를 잘 보여주는 것인데, 이러한 제도는 18세기에 정점에 이르렀다가 19세기 이후 민주주의와 자유주의의 거대한 흐름 속에서 결국 새로운 형태로의 탈바꿈을 경험하게 된다.

122) Peter N. Amponsah(주 42), p.51.

제3장 근대적 명예권의 형성

제1절 개요

20세기를 거치면서 명예훼손법은 급격한 변화를 겪게 되는데, 그 과정은 크게 보아 다음과 같은 3단계로 구분할 수 있다.

- ① 20세기 전반의 근대 민주주의 및 표현의 자유의 확립에 따른 탈(脫)정치화,
- ② 민주주의의 확립과 시장사회의 도래에 따른 명예 개념의 평등화,
- ③ 20세기 후반 이른바 공인이론의 확립에 따른 재(再)정치화

①의 과정 즉 민주주의의 확립, 표현의 자유의 보편화에 따른 탈정치화란 달리 말하면 명예훼손법에서 선동적, 종교적 명예훼손과 같은 정치적 성격의 명예훼손법이 소멸하는 과정을 의미한다.¹²³⁾ ②의 과정 즉 명예권 개념의 평등화란 근대 이전 신분제적 질서에 기초하였던 명예권이 평등주의적 인권개념에 기반한 명예권 개념으로 변모되는 과정을 의미한다. 이러한 두 과정을 통하여 근대 이전 정치적, 신분사회적 요소가 강하였던 명예훼손법의 특성은 소멸하고 일반 불법행위법의 한 유형으로서의 명예훼손법만 존재하게 된 것이다. 그런데, 20세기 명예훼손법의 변화는 여기서 그치는 것이 아니다. ③의 변화는 1964년 New York Times 판결 이래 공인에 대한 명예훼손은 오히려 위법성이 조각된다는 새로운 법리를 발견하면서 전혀 다른 의미로 정치와 연결되는 과정을 겪게 되었음을 의미한다. 미국에서 명예훼손법의 ‘헌법화(constitutionalization)’라고 불리는 이 과정은 명예훼손법이 그 이전과 반대 방식으로 정치화되었음

123) Randal Bezanson(b)(주 24), p.537은 이러한 과정을 “명예훼손법의 민주화(democratization)”라고 설명한다.

을 의미한다. 과거 선동적 명예훼손은 정치적 지배자들에 대한 명예훼손을 특별히 가중하여 처벌하는 법리였다면, 공인이론은 정치적 지배자들에 대한 명예훼손은 오히려 일반 사인에 대한 명예훼손과 달리 면책이 인정된다는 법리를 의미하는 것이기 때문이다.¹²⁴⁾ 이하에서 차례로 살펴보기로 한다.

제2절 명예훼손법의 탈정치화

- 표현의 자유의 확립과 선동적 명예훼손, 종교적 명예훼손의 소멸

I. 서설

앞서 본 바와 같이 19세기는 급격한 변화를 겪은 시기였지만, 여전히 선동적 명예훼손법이 유효하게 존재하였고, 실질적인 의미에서의 표현의 자유는 이념에 불과하였다. 그러나, 20세기에 이르러 민주주의의 확산 및 표현의 자유 이념의 확립에 따라 명예훼손법의 양상도 급격하게 변모하게 된다. 그러한 시대적 흐름이 명예훼손법에 초래한 변화 가운데 가장 중요한 것은 선동적 명예훼손, 종교적 명예훼손이 소멸하면서 오로지 사인간의 권리침해로서의 명예훼손만이 남게 되었다는 점이다. 즉, 20세기에 명예훼손법은 불법행위법의 한 유형으로서만 존속하게 되었다. 이하에서 그 과정을 간략히 살펴보기로 한다.

II. 표현의 자유의 확립과 명예훼손법의 변화

124) New York Times紙는 New York Times 판결 50주년에 즈음한 2014. 3. 8. 자 사설에서 “세계의 많은 나라들에서 언론인들은 단지 그들의 일을 한다는 이유로(즉 정부를 비판한다는 이유로) 감시당하고, 고통받고, 심지어 투옥되기도 한다. 이러한 법의 영역에서 미국은 가장 칭찬받을 경우(a laudable example)에 속한다”고 밝히기도 하였다.

<https://www.nytimes.com/2014/03/09/opinion/sunday/the-uninhibited-press-50-years-later.html>

1. 선동적 명예훼손 및 유사법령의 쇠퇴

유럽의 경우 19세기 말경까지도 선동적 명예훼손이 유효하였지만, 20세기 들어서면서 그 사용빈도는 현격히 떨어진다. 영국의 경우 어느 통계에 의하면 1893년부터 1914년 사이 매년 24건의 선동적 명예훼손 형사 재판이 있었던 반면 그 이후 1930년까지는 연 15건 정도, 1930년대에는 연 19건 정도였지만, 1940년 이후에는 거의 소멸되었다고 한다.¹²⁵⁾ 특히 1953년 유럽인권조약(European Convention on Human Rights)의 발효 이후에는 선동적 명예훼손은 동 조약 위반으로 인식되었고, 2010년 영국에서 형사 명예훼손죄의 폐지에 이르는 길을 걷게 된다.¹²⁶⁾ 제2장에서 살펴본 바와 같이, 독일의 경우 19세기 프러시아 일반 란트법(Prussian General Land Law of 1794)은 명예 침해에 대한 규정을 무려 150여 종류의 구성요건으로 규정하고 있었으나, 1851년 프러시아 형법 제정 당시 대폭 축소하여 오늘에 이르게 되었는데, 이러한 변화 역시 명예훼손법의 정치적 성격이 배제되는 과정이다.

미국의 경우 선동적 명예훼손은 1917년 방첩법(Espionage Act) 및 1918년 선동법(Sedition Act) 등의 형식으로 계승되었는데, 1919년 방첩법 위반 여부가 다투어진 Schenk/Frohwerk/Debs¹²⁷⁾ 3부작(trilogy)에서 표현의 자유 및 선동적 명예훼손의 위헌 여부가 정면으로 다루어졌다.¹²⁸⁾ 당시 방첩법 및 선동법은 국가의 군사정책이나 군사적 의무를 거부하거나 반대하는 행위를 처벌하고 있었는데, 위 사건의 원고들은 모두 전쟁(제1차 세계대전)에 반대하는 시위 혹은 팜플렛 배포와 같은 표현행

125) Peter N. Amponsah(주 42), p.53, p.55.

126) 이에 대한 보다 자세한 내용은 정태호, 김훈집, “영국의 명예훼손죄 폐지와 그 교훈”, 경희법학 제50권 제1호 (2015)

127) Schenk v. U. S., 249 U. S. 47 (1919); Frohwerk v. U. S., 249 U. S. 204 (1919); Debs v. U. S., 249 U. S. 211 (1919)

128) K. Sullivan & G. Gunter, Constitutional Law, Foundation Press (2010) pp.773~777.

위로 기소되어 유죄의 판결을 받은 상태에서 그러한 판결이 수정헌법 제 1조에 위반된다는 주장을 하였다. 그러나, Holmes 대법관이 다수의견을 대표하여 판결문을 작성한 위 3사건 모두 합헌 결정을 하였는데, 다만 Holmes 대법관은 Schenk 판결에서 다음과 같이 판시하여 그 유명한 “극장에서의 불” 비유와 “명백, 현존하는 위험(clear and present danger)”의 법리를 천명하였다.

“...그러나 모든 행위의 특징은 그것이 행해진 상황에 의존한다. 가장 엄격한 표현의 자유 보호 입장을 취한다고 하더라도 극장에서 ‘불이야’를 외침으로써 대혼란을 야기하는 그러한 표현행위를 보호하지는 않을 것이다. 사실상 폭력 행사와 같은 효과를 갖는 표현행위 또한 보호하지 않을 것이다. 모든 사안에서의 문제는 당해 상황에서 사용된 표현행위가 의회가 예방해야 하는 실질적인 해악을 야기할 명백하고 현존하는 위험을 창출하는지 여부이다.”¹²⁹⁾

그리고, 같은 해 유사한 사안, 즉 미국의 러시아 파병을 반대하는 유인물을 배포한 사실에 대해 방첩법 위반으로 기소된 사안인 1919년 *Abrams v. U.S.* 판결¹³⁰⁾에서 Holmes와 Brandeis 대법관은 널리 알려진 다음과 같은 반대의견을 통하여 이른바 ‘사상의 자유시장 이론’을 제시하였다.¹³¹⁾

129) 원문 : “But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.”

130) *Abrams v. U.S.* 549 U.S. 1145 (1919)

131) 다만 이러한 Holmes 대법관의 견해는 소수의견이므로 법정의견은 아니다. 그러나 이러한 소수의견은 당시에 상당한 파급효과가 있었고, 20세기 중반 이후에는 연방대법원의 공식적인 입장으로 확립된다.

“그러나 인간이 시간의 흐름에 따라 대립하는 신념들이 뒤바뀌었다는 점을 깨닫는다면, 인간은 실제 이상으로 궁극적인 선은 사상의 자유로운 교환의 의해 달성된다는 것, 즉 진실에 대한 최선의 시금석은 그것이 경쟁하는 시장에서 받아들여질 수 있는 힘을 갖고 있는지 여부라는 점을 믿게 될 것이다.”¹³²⁾

Holmes 대법관은 위 판시 부분에 이어서 미국에서 여전히 1798년 선동법이 유효하다는 정부측 대리인의 의견을 다음과 같이 반박한다.

“수정헌법이 선동적 명예훼손의 유효성을 인정하였다는 정부측 주장에는 동의할 수 없다. 역사는 그 반대인 것으로 보인다. 미국은 수년 동안 1798년 선동법에 의해 부과된 벌금을 상환하였던 점에 비추어 미국은 동 법에 대해 후회하는 입장이었던 것으로 이해된다. 오직 악의 교정을 시간에 맡기는 식으로 방치할 경우 즉각적인 위험을 초래하는 비상상황의 경우에만 그 법은 유효하다.”¹³³⁾

위와 같은 판시는, 미국 연방대법원이 기존의 판결에서 선동법의 위헌성 여부를 판단하지 않았기 때문에¹³⁴⁾ 정부측에서는 선동법은 위헌이 아

132) 원문 : “But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.”

133) 원문 : “I wholly disagree with the argument of the Government that the First Amendment left the common law as to seditious libel in force. History seems to me against the notion. I had conceived that the United States, through many years, had shown its repentance for the Sedition Act of 1798, by repaying fines that it imposed. Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsels to time warrants ”

134) 1978년 선동법, 1918년 선동법 모두 정식으로 연방대법원의 위헌심사를 받

나라고 주장한 것이고, 이에 대해 Holmes 대법관은 종래 정부에서 선동법에 의해 벌금을 냈던 것에 대해 정부가 이를 상환한 사례가 있던 점에 비추어 사실상 정부는 선동법의 위헌성을 인정한 것이라고 반박한 것이다.

Holmes와 Brandeis의 유사한 반대의견은, 사회주의자의 선동에 대한 처벌 여부가 다투어진 1925년 *Gitlow v. New York* 판결,¹³⁵⁾ 캘리포니아의 Criminal Syndicalism Act 위반으로 기소된 것이 수정헌법 제1조에 위반되는지 여부가 다투어진 *Whitney v. California* 판결¹³⁶⁾로 이어지고, 1935년 Holmes 대법관 사망 이후 공산주의를 찬양하는 표현이 Smith Act에 위반되는 것인지 여부가 문제된 *Dennis v. United States* 판결로 이어진다.¹³⁷⁾ 그리고 이러한 Holmes “명백, 현존하는 위협의 법리”는 오하이오의 Criminal Syndicalism Act의 수정헌법 제1조 위반 여부가 문제된 1969년 *Brandenburg v. Ohio* 판결에서 결국 법정의견으로 실현된다.¹³⁸⁾

다만 *Brandenburg v. Ohio* 판결은 KKK의 시위에 관한 것이므로 사안 자체는 선동적 명예훼손과 차이가 있고, 결국 명예훼손법의 영역에 있어서 선동적 명예훼손의 가능성은 완전히 소멸시킨 것은 1964년 *New York Times* 판결과 같은 해 *Garrison v. Louisiana* 판결¹³⁹⁾에서였다. 전

은 사실이 없다. *New York Times* 판결 각주 15 참조.

135) *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)

136) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), 다수의견은 합헌으로 판단하였으나, Holmes, Brandeis 대법관은 명백, 현존하는 위협이 인정되지 않는다는 이유로 위헌의견을 개진하였다.

137) *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)

138) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) 판결, 동 판결에서 연방대법원은 “즉각적인 위법한 행위를 선동 혹은 야기할 의도와 실제로 그러할 가능성이 있는 경우(directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action)”라는 표현의 자유 제한의 정당화기준을 제시하였는데, 이는 기존의 ‘명백, 현존하는 위협의 원칙’의 기준을 발전시켜 최종적으로 정립한 기준으로 표현의 자유의 영역을 보다 확대한 기준으로 이해된다. K. Sullivan & G. Gunter, *Constitutional Law*, Foundation Press (2010) pp.806~810.

자의 경우 잘 알려진 바와 같이 민사상 명예훼손의 법리를 대폭 변경한 것이고, 후자는 형사상 명예훼손죄에 대해 New York Times 판결과 같은 법리를 적용함으로써 사실상 선동적 명예훼손을 최종적으로 소멸시키는 길로 가게 된 것이다.

위와 같은 일련의 판결들은 모두 19세기 이전 선동적 명예훼손의 반명제를 정립하는 과정이었다. Gitlow 판결에서 Holmes와 Brandeis 대법관은 문제의 유인물은 반정부적 선동(incitement)이므로 유죄라는 다수의견에 반대하면서 “모든 사상은 결국 선동이다(Every idea is an incitement)”이라는 문구로 선동법 내지 선동적 명예훼손의 위헌성을 표현하고 있으며, Garrison v. Louisiana 판결에 이르러 그와 같은 Holmes 대법관의 의견은 현실이 되었던 것이다.

2. 20세기 초 변화의 이념적 기초 : 이른바 사상의 자유시장 이론 등

넓은 의미에서 20세기의 이러한 변화의 근본적인 추동력은 민주주의 내지 자유주의의 확립의 과정에서 찾을 수 있다. 하지만 보다 직접적인 이론적 근거를 찾는다면 다름 아닌 ‘사상의 자유시장 이론(the marketplace of ideas theory)’과 같은 표현의 자유의 이론들이라고 할 수 있다. 이하에서는 사상의 자유시장 이론의 내용을 간략히 살펴보고, 그에 대한 비판 및 대안적 이론들에 대해 간략히 살펴본다.

가. 이른바 “사상의 자유시장 이론”의 개요

(1) 서설

표현의 자유에 관한 가장 고전적인 이론은 이른바 ‘사상의 자유시장 이론(the marketplace of ideas theory)’이다. 이 이론의 연원은 제2장에

139) Garrison v. Louisiana, 379 US 64, 85 S. Ct. 209, 13 L. Ed. 2d 125 (1964)

서 본 바와 같이 John Milton의 「아레오파지티카(Areopagitica)」(1644), John Stuart Mill의 「자유론(On Liberty, 1859)」 제2장으로 거슬러 올라가며, 그 핵심적인 메시지는 “표현의 자유를 통하여 대립되는 사상들이 경쟁하고, 그 결과 오류가 시정되는 과정에서 진리가 발견될 수 있다. 그렇기 때문에 국가가 사상과 그 산물인 표현행위를 통제해서는 아니되고, 자유로운 표현과 토론을 통하여 진리가 발견되어 궁극적으로 사회적 효용이 극대화된다”는 것이다. 이러한 고전적 이론은 제2차 세계대전 이후 미국 연방대법원 판결에 의해 단순한 이념 내지 사상이 아닌 개인이 갖는 구체적 권리로 현실화되기 시작하였고, 그 이후 정도의 차이는 있지만 전세계의 모든 선진국들이 그 취지를 수용하는 등 세계적으로 강력한 영향을 미치게 된다.

(2) 사상의 자유시장 이론의 내용

하지만 사상의 자유시장 이론은 그 자체로 정교한 이론체계를 갖는 완결된 이론이라기보다는 표현의 자유에 대한 공리주의적, 자유주의적 메타포에 가깝다. 사상의 자유시장 이론은 표현의 자유의 대명사처럼 논하여지지만 어느 이론가에 의해 정교하게 체계적, 이론적으로 설명된 바는 없다.¹⁴⁰⁾ 이처럼 사상의 자유시장 이론은 그 자체로 그 외연과 내포를 정의하기 어려운 이론으로, 그 실질을 보더라도 하나의 단일한 이념에 기초한 것은 아니다. 흔히 사상의 자유시장 이론의 가장 핵심적인 철학적 기초로는 공리주의를 드는 것이 보통이다. 즉 표현의 자유를 인정해야 할 근거를 진리추구, 사회적 진보 등에서 찾는 것으로, 이러한 사고의 배경에는 사회적 효용의 극대화라는 공리주의적 사고가 전제되어 있음을 의미한다.¹⁴¹⁾ 하지만, 사상의 자유시장 이론의 이론적 배경이 공리주의에

140) 同旨: 김민배, “표현의 자유와 사상의 자유시장 - 홈즈(Mr. Justice Oliver W, Holmes)를 중심으로”, 토지공법연구 제33집 (2006) 311면.

141) Frederick Schauer(a), Free Speech : a Philosophical Enquiry, Cambridge University Press (1982) p.17.

국한되는 것은 아니며, 실로 다양한 이념을 배경으로 한다. 가령 (i) 제한 정부론 내지 개인의 자율성에 입각하여 국가는 개인의 사상의 자유에 관여할 수 없다는 정치적 자유주의(political liberalism), (ii) 이성과 진보에 대한 신뢰를 배경으로 인간의 지식과 사회는 진보한다는 근대적 계몽주의, (iii) 관용의 정신을 기반으로 하는 도덕적 상대주의 내지 회의주의(scepticism), (iv) 국가는 사적 섹터에 관여하여서는 아니된다는 자유방임주의적 경제사상(laissez-faire) 등이 그것이다.¹⁴²⁾

이러한 사상의 자유시장 이론은 특히 미국 연방법원 판결들에 의해 고도로 발전하게 된다. 몇 가지 예를 들면, 제한정부론, 개인의 자율성에 기초한 정치적 자유주의 내지 관용의 정신을 극단적으로 보여준 판시로 Frank Easterbrook 판사의 1985년 American Booksellers v. Hudnut 판결을 들 수 있다.¹⁴³⁾ 이 사안은 미국 내에서 유명한 페미니스트인 Catherine MacKinnon, Andrea Dworkin이 초안을 작성한 일리노이주의 포르노그래피 규제법령의 위헌 여부가 문제된 사안이다. 이 사건에서 F. Easterbrook 판사는 특유의 화려한 문체로 다음과 같이 판시하면서 페미니스트들의 주장을 배척하고 위헌으로 결정하였다.

“수정헌법 제1조 하에서 정부는 국민이 갖는 사상에 대해 평가를 할 수 없다. 노골적이건 그렇지 않건, 사상은 청중들이 받아들이는 만큼만 강력하다. 수백만을 죽음으로 몰아넣은 나찌스의 신념이나 수백만을 억압하는 KKK의 생각처럼 생각 자체가 유해할 수도 있다. 그리고 유해한 생각이 사회에 만연할 수도 있다. 지구상의 많은 나라들은 전체주의가 지배하고 있으며, 그와 같은 정부는 수백만의 사고를 장악하고 그들이 믿는 사고를 전파하여 개인들을 사상의 노예로 만든다. 우리 사회를 그와 같은 사회와 구별짓는 것은 우리 사회는 정부가 잘못되었다고, 심지어 유해하다고 믿는 생각에 대해서도 이를 자

142) Frederick Schauer(a)(주 17), pp.15~34; Eric Barendt(a)(주 29), pp.1~38; 김민배(주 140) 등 참조, John Stuart Mill의 사상이 자유주의와 계몽주의를 반영한다면, Holmes의 법현실주의는 회의주의 내지 상대주의와 연결된다.

143) American Booksellers v. Hudnut, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985)

유롭게 전파할 절대적 자유가 보장된다는 점이다.”¹⁴⁴⁾

다음과 같은 Robert Jackson 대법관의 다음과 같은 판시 내용도 미국 수정헌법 제1조의 정신을 압축적으로 표현한 것으로 잘 알려진 수사(修辭)이다.¹⁴⁵⁾

“우리 헌법이라는 별자리에서 움직이지 않는 별이 있다면, 그것은 지위 고하를 막론하고 정부관료는 정치, 민족주의, 종교 기타 다른 의견에서 정통을 규정하여 말 또는 행동으로 시민들이 이를 고백하도록 강제할 수 없다는 것이다”¹⁴⁶⁾

이러한 판시에서 사상의 자유시장 이론이 미국 사법부를 어떻게 변화시켰는지, 그리고 선동적 명예훼손법과 정반대의 대척점에 있는 정치적 자유주의가 얼마나 확고한 원칙으로 자리잡게 되었는지를 확인할 수 있다. 물론 후술하는 바와 같이 위와 같은 화려한 수사가 현실에서 얼마나 철저하게 지켜질 것인지에 대해서는 의문이 있기는 하지만 말이다.

(3) 사상의 자유시장 이론에 대한 비판

144) 원문 : “Under the First Amendment the government must leave to the people the evaluation of ideas. Bald or subtle, an idea is as powerful as the audience allows it to be. A belief may be pernicious—the beliefs of Nazis led to the death of millions, those of the Klan to the repression of millions. A pernicious belief may prevail. Totalitarian governments today rule much of the planet, practicing suppression of billions and spreading dogma that may enslave others. One of the things that separates our society from theirs is our absolute right to propagate opinions that the government finds wrong or even hateful.”

145) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)

146) 원문 : “If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion, or force citizens to confess by word or act.”

하지만, 이와 같은 사상의 자유시장 이론의 막대한 영향력에도 불구하고, 20세기 후반에 이르러는 사상의 자유시장 이론을 지지하는 견해보다는 비판하는 견해가 압도적이다. 사상의 자유시장 이론에 대한 비판은 크게 보아 다음과 같은 두 가지로 구분할 수 있다.

첫째, 지식사회학 등의 입장에서, 근대 계몽주의가 갖는 낙관론에 대한 비판이다.¹⁴⁷⁾ 이 비판론에 의하면 사상의 자유시장 이론은 “(i) 객관적 진실이 존재하고, 그와 같은 진실은 밝혀질 수 있다. (ii) 인간은 합리적, 이성적 존재로서 그와 같은 진실을 인식할 수 있는 능력을 가지고 있다. (iii) 인간의 능력이 발전함에 따라 진리가 발견되고 오류가 시정됨으로써 문화적 다양성이 점차로 해소될 수 있다.”는 점을 대전제로 한다는 것이다.

그런데, 현대 지식사회학, 행동심리학 등의 발전에 의하여 더이상 위와 같은 전제는 타당하지 않은 것으로 밝혀졌다고 한다. (i) 우선 진실은 객관적이지 않다. 객관적 진실이라는 것은 근대 초기 계몽주의의 산물일 뿐 20세기 이후에는 더 이상 객관적 진리가 존재한다고 믿지 않는다. 진실은 발견되는 것이라기보다는 창조되는 것 혹은 선택되는 것에 불과하다. (ii) 인간이 합리적이라는 가정도 타당하지 않다. 인간이 합리적인 경우도 있지만 그 보다는 많은 경우에 있어서 비합리적인 감정에 지배되고, 인간의 인지능력은 수많은 왜곡과 오류에 의해 점철되어 있으며, 무의식적인 욕망, 억압, 공포 등에 의해 좌우된다. (iii) 마지막으로, 인간의 역사가 진보함에 따라 다양성이 줄어들고 하나의 객관적 진리로 수렴한다는 가정도 사실이 아닌 것으로 드러났다. 즉, 오히려 다양성이 더 심화

147) 이하의 내용에 대해서는 C. Edwin Baker(a), *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press (1989) 제1장, 제2장; C. Edwin Baker(b), “Scope of The First Amendment Freedom Of Speech”, 25 *UCLA L Rev* 964 (1978), Frederick Schauer(a)(주 17), pp.25~34; Vincent Blasi, “Holmes and the Marketplace of Ideas”, *Supreme Court Review*, Vol. 2004, Issue 1 (2004); Stanley Ingber(b) “The Marketplace of Ideas : A Legitimizing Myth” 1984 *Duke L.J.* 1 (1984) 등 참조.

되고, 하나의 단일한 사고와 신념이 진리라고 믿는 경우는 드물다.

둘째, 자유방임 메타포에 대한 비판이다. 사상의 자유시장 이론은 마치 경제학에서의 자유방임(laissez-faire) 사상처럼 정부의 개입 없이 모든 것을 시장에 맡기면 최선의 결과가 가져올 것이라고 주장하지만, 현실은 전혀 그렇지 않다는 것이다. 이러한 자유방임의 문제는 1980년대 이후 미국 연방대법원의 수정헌법 제1조 판결과 관련하여 가장 핵심적인 쟁점이 되기도 하였다. 대표적인 예로 1978년 First National Bank of Boston v. Bellotti 사건을 들 수 있다.¹⁴⁸⁾ 이 사건은 기업에 대해 선거와 관련하여 영향력을 행사할 목적에서 기부를 하는 것을 금지하는 매사추세츠 법률이 수정헌법 제1조에 위배되는지 여부가 문제된 사안으로, 연방대법원의 다수 의견은 이를 긍정하였다. 그런데, 위 사건의 소수의견은 다음과 같이 판시하면서 기업의 자금 지출을 적절히 제한하지 않는 것이 오히려 사상의 자유시장을 왜곡하는 결과가 된다는 점을 지적하였다.

“매사추세츠 주에서 기업의 정치적 활동에 대해 아무런 제한을 하지 않는 것이 오히려 중립성을 해하는 것이고 또한 간접적으로 기업의 관점을 전파하는 것을 지원하는 것이라고 할 수 있다. 아무런 법적 규제를 하지 않음으로써 기업은 그러한 활동에 대해 자금을 지원하기 위한 자원 마련의 이점을 얻는 것이기 때문이다. 그와 같은 지출은 사상의 자유시장을 수호하려는 수정헌법의 역할을 중대하게 침해하는 결과가 될 것이다.”¹⁴⁹⁾

이러한 판시는 자유방임이 곧 중립성 침해이며 정부의 개입이 오히려

148) First National Bank of Boston v. Bellotti 98 S.Ct. 1407 (1978)

149) 원문 : “Massachusetts could permissibly conclude that not to impose limits upon the political activities of corporations would have placed it in a position of departing from neutrality and indirectly assisting the propagation of corporate views because of the advantages its laws give to the corporate acquisition of funds to finance such activities. Such expenditures may be viewed as seriously threatening the role of the First Amendment as a guarantor of a free marketplace of ideas.”

중립성을 보장하는 것이라는 반자유방임적 사상을 표현한 것으로서, 표현의 자유에 있어서 국가중립성의 의미에 관해 매우 중요한 문제제기를 하고 있는 것이다. 후술하는 바와 같이 이러한 판시는 표현의 자유에 관한 민주주의 이론과 연결되고, 명예훼손법의 관점에서는 제6장에서 살펴보는 공인이론(公人理論)의 비판과도 연결된다.¹⁵⁰⁾

나. 기타 이론

이러한 사상의 자유시장 이론의 문제점을 지적하면서 등장한 이론으로는, ① 모든 국민은 주권자이고, 표현의 자유는 주권자의 주권행사를 보장하기 위해 필수불가결한 권리라는 ‘민주주의 이론’ 내지 ‘민주주의적 자치정부(democratic self-government) 이론’, ② 모든 인간은 자신의 삶과 사상을 스스로 결정할 수 있는 도덕적 주체이므로 국가는 그러한 개인의 자율성을 보장할 의무가 있고, 표현의 자유는 바로 그러한 자율성의 표현이라는 취지의 ‘자율성(autonomy) 이론’을 들 수 있다.¹⁵¹⁾ 두 이론 역시 방대한 이론체계와 철학적 깊이를 갖고 있지만, 본고의 주제인 명예훼손법의 맥락에서 의미있는 내용 중심으로 간략히 살펴보기로 한다.

(1) 민주주의, 민주주의적 자치정부(democratic self government) 이론

150) 위와 같은 사상의 자유시장 이론에 대한 비판 가운데 명예훼손법의 관점에서 의미 있는 비판은 두 번째 비판이다. 명예훼손 소송에서 문제되는 진실, 허위 여부는 대부분 소송법적으로 증명이 가능한 사실에 관한 것이므로(가령 원고가 횡령한 사실이 있는지, 위법한 행위를 한 사실이 있는지 여부) 위 논의에서 얘기하는 객관적 진리의 존부와 같은 철학적 문제와는 직접적 관련이 없다. Frederick Schauer(a)(주 17), pp.32~33도 이 점을 지적하고 있다.

151) C. Edwin Baker(a)(주 147); Ronald Dworkin(b), *Freedom's Law*, Oxford University Press (1996) pp.195~223; Thomas Scanlon(a), "A Theory of Freedom of Expression", 1 *Phil. & Pub.Aff.* 216 (1972) 등 참조.

우선 민주주의 내지 민주주의적 자치정부(democratic self government) 이론의 경우 그 시발점은 1946년 Alexander Meiklejohn의 「Free Speech and its Relation to Self Government」라는 저서에서 찾는 것이 일반적인데,¹⁵²⁾ 근자에는 Cass Sunstein, Owen Fiss, Robert Post 등에 의해 보다 정교한 이론으로 발전하게 되었다.¹⁵³⁾ Alexander Meiklejohn의 초기 이론은 표현의 자유의 근거를 민주주의 정치의 참여라는 측면에서 고찰한 것인 반면¹⁵⁴⁾ 최근의 이론들은 위 First National Bank of Boston v. Bellotti 판결에서 보는 바와 같이 연방대법원이 취하는 사상의 자유시장 이론의 자유방임적 성격을 비판하면서, 미국 연방대법원이 다양한 사안에서 표현의 자유를 과도하게 보호하면서 오히려 사장의 자유시장을 왜곡하였다는 비판에 집중하는 경향을 보인다. 가령 Cass Sunstein은 다음과 같이 주장한다. 표현의 자유의 시스템은 민주주의의 공적 심의(public deliberation) 과정을 위한 제도이다. 모든 사람들이 정치적 평등을 전제로 공적 주제들에 대해 토론을 하는 것, 굳이 합의가 이루어지지 않는다고 하더라도 권력이 개입하지 않는 토론을 보장하는 것은 수정헌법 제1

152) Frederick Schauer(a)(주 17), p.33 등 다수.

153) Cass Sunstein(a), Democracy and the Problem of Free Speech, Free Press (1993); Owen Fiss, The Irony of Free Speech, Harvard University Press (1996); Robert C. Post(a), Democracy, Expertise, and Academic Freedom, Yale University Press (2012) 등 참조.

154) Meiklejohn은 미국 수정헌법 제1조의 제정 배경 및 미국 수정헌법 제1조는 아무런 단서조항이 없다는 점에서 그의 논의를 시작한다. 그에 따르면, 미국 건국의 정치적 이념은 타운미팅과 같은 수준에서 이루어지는 자치정부(self government)이다. 즉, 모든 국민은 주권자로서 공동체의 운영에 참여할 권한을 갖는다. 그런 점에서 수정헌법 제1조는 아무런 제한규정을 두고 있지 않으며 표현에 대한 가능한 제한은 토론의 질서를 유지할 수 있는 방법에 대한 제한에 그친다고 한다. Meiklejohn에게 있어서 표현의 자유는 진실발견과는 아무런 관련이 없다. 그것이 진실인지 여부는 관심이 아니며 주권자인 개인의 목소리를 절대적으로 배제될 수 없다는 점이 핵심이다. 그리하여 그는 오로지 정치적, 공적 표현만이 수정헌법 제1조에 의해서 보호되는 것이며, 그밖에 표현들은 수정헌법 제5조의 적법절차 조항에 의해서 보호되는 것이라고 말한다. Alexander Meiklejohn, Free Speech and its Relation to Self Government, Harper Brothers Publishers (1946) pp.16~37.

조의 목표이고, 그것이 매디슨적인(Madisonian) 이상이다.¹⁵⁵⁾ 그런데, 수정헌법 제1조의 법리는 1970년대 이후 급격히 자유방임주의로 귀결됨으로써 공민적(civic) 관점은 급격히 소멸하였다. 그가 보기에 연방대법원이 천명하는 바와 같이 자유주의적 중립성(neutrality)은 허구적인 신화에 불과하다. 시장경제의 자유방임은 사실상 엄청난 법적 규제를 통해 지켜지는 측면이 강하다. 재산법, 계약법, 불법행위법 등 실제로는 중립적으로 보이는 법제들 역시 기존 체제를, 자유방임 경제를 유지하는 데에 필수적인 제도적 장치이다.¹⁵⁶⁾ 제2차 대전 이후 뉴딜정책 등에서 보듯이 경제의 영역에서는 자유방임의 신화가 깨어진 지 오래이다. 반면, 유독 수정헌법 제1조에서는 사상의 자유시장 이론에 의해 위와 같은 환상이 여전히 남아 있고, 심지어 뉴딜시대 보다 더 강화되었다는 것이다. 그가 보기에 그와 같은 해석은 수정헌법 제1조의 원칙에 부합하는 것이 아니라 오히려 정면으로 배치된다. 시장논리에 의해 지배되는 방송, 규제받지 않는 언론은 표현행위의 공적 심의 기능을 약화시키고, 민주주의를 후퇴시킨다.¹⁵⁷⁾ 심지어 그는 사상의 자유시장 이론에 입각한 표현의 자유 시스템은 공적 심의의 활성화라는 이상에 대해 냉각효과(chilling effect)를 가져온다고까지 말한다.¹⁵⁸⁾

Owen Fiss는 표현의 자유의 역사는 전통적인 자유주의 즉 개인의 자유를 지지하고 이를 억압하는 국가권력을 제한하는 이론에 기초한 것이

155) Cass Sunstein(a)(주 153), pp.20~23, pp.224~245.

156) Cass Sunstein(a)(주 153), pp.29~33, p.40, 바로 그런 이유로 그는 New York Times 판결에 대해 다음과 같이 해석한다. 즉 법학자들은 국가의 작용이 개입되지 않은 민사사건에서 수정헌법 제1조를 개입시킨 것이 특징이라고 평하지만, 그가 보기에 그런 차이는 본질적이지 않다. 왜냐하면, 명예훼손법이라는 불법행위법의 법리 역시 국가가 만들어낸 인위적 제도이기 때문이다. 따라서, 위 판결의 진정한 의미는 정부가 표현의 자유라는 헌법적 원리와 또 다른 국가 권력 작용 가운데 하나인 불법행위법 간의 조화로운 해석을 추구한 것에 불과하다는 것이다.

157) Cass Sunstein(a)(주 153), pp.68~75.

158) Cass Sunstein(a)(주 153), p.251. 즉 기존의 논의(정부의 규제가 냉각효과를 가져온다는 논리)와 정반대로 얘기하고 있는 것이다.

었지만, 오늘날 자유주의는 평등을 강조하는 복지자유주의로 변모하였다는 점에서부터 논의를 시작한다. 이처럼 변화된 상황에서 국가는 자유의 적이라는 전통적인 자유주의적 공식이 더 이상 진리일 수 없으며, 경우에 따라서는 국가의 개입이 반드시 필요한 경우가 있다는 사실을 인식하는 것이 중요하다.¹⁵⁹⁾ 표현의 자유는 그간 '개인의 권리'의 측면에서 다루어져 왔는데, 표현의 자유의 진정한 의미는 개인의 자유가 아닌 공적 토론, 공적 의사결정의 장치로 이해되어야 한다. 바로 그런 점에서 표현의 자유는 '종교의 자유'와 같이 순전히 개인적인 자유와는 차원을 달리하는 문제이다.¹⁶⁰⁾ 그러한 맥락에서 포르노그래피나 혐오표현에 대한 규제는 중립성 원칙의 위반이 아니다.¹⁶¹⁾ 왜냐하면 그와 같은 표현행위는 국가가 아닌 사인이 공적 토론을 왜곡시키는 것이고, 국가의 규제는 그와 같은 왜곡을 교정하는 효과를 갖는 것이기 때문이다. 민주주의는 단순히 형식적으로 다수결이면 되는 것이 아니라, 실질적으로 충분한 정보가 공유된 상태에서의 다수결이어야 하므로 그와 같은 개입은 정당화될 수 있다.¹⁶²⁾ 즉 시장과 사적 섹터에 맡겨 둘 경우 언론시장의 심각한 왜곡이 존재하게 되므로, 불개입은 이미 중립이 아니다.¹⁶³⁾

(2) 자율성 이론(autonomy theory)

다음으로, 국가는 자율적인 도덕적 주체인 국민의 자율적인 의사표현을 억제할 근거가 없다는 취지의 자율성 이론 내지 자유주의 이론은 표

159) Owen Fiss(주 153), pp.9~15, 다만 그는 주의할 것은 그와 같은 논의 속에서 자유와 평등이 대립하고 그 어느 것이 우선하는가의 문제가 아니라 평등 속에서 자유를 찾는 문제가 되어야 한다고 한다.

160) Owen Fiss(주 153), p.3.

161) Owen Fiss(주 153), p.21.

162) Owen Fiss(주 153), p.23.

163) 그밖에 민주주의 이론의 주요 저서로는 Robert C. Post(a)(주 153) 참조. Robert Post 역시 민주주의에서의 공적 토론의 중요성을 강조하면서 연방 대법원의 내용중립성 원칙 등을 비판한다.

현의 자유의 절대성을 강조하는 절대주의의 입장과 친화적인 경향을 갖는다. 이러한 입장을 취하는 C. Edwin Baker, Ronald Dworkin 등은 표현의 자유의 반(反)공리주의적 권리성을 강조하면서 명예권 자체를 사실상 부인하는 입장에 이르게 된다.

미국에서 표현의 자유의 정당화근거에 관한 이론들 가운데 이른바 ‘자율성(autonomy)’ 이론의 주요논자인 C. Edwin Baker는 명예권에 대해 사실상 이를 부정하는 입장을 취한다. 그가 말하는 자율성 이론의 요지는 다음과 같다.¹⁶⁴⁾ 근대 자유민주주의 사회에서의 온전한 성인들은 Kant적인 의미에서 자기입법자(self-legislator)이며 스스로의 삶을 스스로 결정할 자유와 권리를 갖는다. 모든 근대적 주체는 고도의 자율적 주체로서 국가가 그의 삶과 사고의 내용에 관여할 수 없다. 표현행위는 그러한 자율성을 갖는 자기입법자의 자기결정에 근거한 자기실현의 행위이므로 절대적으로 보호되어야 한다. 그에 대한 유일한 예외가 동일한 도덕적 자율성의 주체인 타인의 자율성을 침해하는 경우인데, 명예 또는 평판에 대한 침해는 그러한 자율성의 침해가 아니다. 즉, 명예는 단지 “사회질서와 다른 사람들의 태도의 특정한 형식에 의존하는 것”이므로 표현행위의 한계가 될 수 없다는 것이다.¹⁶⁵⁾ C. Edwin Baker에게 있어서 타인의 자율성(autonomy)을 침해하는 표현행위란 공갈, 협박, 강요와 같이 타인의 자율적 결정 자체를 방해 또는 왜곡하는 매우 특수한 경우에 국한하는 것이다.¹⁶⁶⁾ 이러한 입장에 따를 때 명예감정의 침해는 자율적인 주체가 스스로 감내해야 할 어떤 것에 불과하다.¹⁶⁷⁾

164) C. Edwin Baker(a)(주 147), pp.47~69.

165) C. Edwin Baker(a)(주 147), p.59, 각주 24(p.300) 참조.

166) C. Edwin Baker(a)(주 147), pp.60~69.

167) 우리나라에도 잘 알려진 미국의 정치철학자 M. Sandel 교수의 평판 개념에 대한 다음과 같은 분석도 이러한 논점과 관련된다. M. Sandel, *Democracy's Discontent*, (1996) [안규남 역, 민주주의의 불만, 동녘 (2012) 125~126면.

“무연고적 자아(unencumbered self)에게는 명예가 아니라 존엄, 즉 스스로 목적을 선택할 수 있는 자율적 행위로서의 인간의 능력에 근거하는 존엄(dignity)이 존중의 토대이다. 인간 존중을 인간이 맡고 있는 사회적 역할과 연결 짓는 명예(honor)와 달리 존엄(dignity)은 사회 제도에 선행하는 자아에 근거하기 때문에 모욕적 언사로

Ronald Dworkin은 “개인의 권리는 다수의 이익이라는 이름으로 침해될 수 없는 으뜸패(trump card)”라는 주장으로 잘 알려져 있다.¹⁶⁸⁾ 그의 주장은 공리주의를 비판하는 것인데, 이러한 그의 권리중심적 법이론은 표현의 자유에 대해서도 동일하게 적용된다. 즉, 민주주의 사회에서 모든 개인은 표현의 자유를 갖고 있으며, 이는 본질적 권리이므로 국가나 사회의 이익이라는 이름으로 제한될 수 없다는 것이다.¹⁶⁹⁾ 그는 포르노그라피가 여성의 인권을 침해하므로 그러한 표현행위를 규제해야 한다는 페미니스트들의 주장이나, 포르노그라피가 사회의 근본가치를 침해하므로 위헌이라고 판단한 캐나다 대법원 판결¹⁷⁰⁾에 대해, 표현의 자유는 어떠한 아이디어가 유해하다거나 전통적인 관념에 배치되는 것이라는 이유로 제한될 수 없다는 것을 핵심적인 내용으로 하는 것이므로, 위와 같은 페미니스트들의 주장이나 캐나다 법원 판결은 민주사회의 기본원리에 반하는 것이라고 비판한다.¹⁷¹⁾ 모든 강력하고 논쟁적인 사고에는 누군가의 자존감(self-esteem)을 침해할 잠재적 가능성이 있지만 그러한 점이 표현의 자유의 제한 근거가 될 수 없다는 것이다. 같은 맥락에서 그는 미국 연방대법원이 음란물(obscenity)에 대해 사회적 가치(social redeeming

만 가해진 위해에는 끄덕도 하지 않는다. 이런 자아에게 평판은 본질적으로 명예의 문제가 아니라 단지 도구적으로만, 이룰테면 사업용 자산으로만 중요한 뿐이다. 명예훼손이 무연고적 자아에게 위해가 될 수 있으려면 어떠한 현실적 해악이 입증되어야 한다.”

M. Sandel의 이러한 설명은 그가 표방하는 공동체주의와 달리 J. Rawls 등 계약론자들의 경우 무연고적 자아를 전제로 하므로 그러한 정치철학 하에서 평판은 도구적 가치만을 가져야 하는데, 실제로는 그렇지 않다는 것이다. 즉 명예(honor)의 개념은 그 자체로 계약론자가 아닌 공동체주의적 입장에 서야 설명이 가능하다는 취지이다.

168) Ronald Dworkin(a), *Taking Rights Seriously* (1978) [염수균 역, 법과 권리, 한길사 (2010) 354~394면 참조. 참고로 Ronald Dworkin은 다른 저서에서는 표현의 자유의 근거에 관하여 민주주의의 정당성을 언급하기도 한다. Ivan Hare and James Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press (2013) 서문 참조.

169) Ronald Dworkin(b)(주 151), pp.195~223.

170) *Butler v Her Majesty the Queen*, decided Feb. 27, 1992.

171) Ronald Dworkin(b)(주 151), p.206.

value)가 없다는 이유로 보호대상이 아니라고 판시한 것은 정부의 표현 행위 선별을 허용하는 것이라는 점에서 부당하다고 지적한다.¹⁷²⁾ 모든 시민은 자율성을 갖는 도덕적 주체인데, 정부가 어떤 특정한 사회적 목적을 근거로 자율적인 주체인 시민들이 보아야 할 것, 읽어야 할 것을 선별하는 것은 시민들의 자율성을 침해하는 것으로 허용될 수 없다는 것이다.¹⁷³⁾¹⁷⁴⁾

다. 정리

이상과 같은 표현의 자유의 근거에 관한 논쟁은 미국에서 집중된 논의로서 매우 사변적인 논쟁으로 비칠 수 있지만, 표현의 자유는 물론이고 명예훼손법에 있어서도 매우 중요한 함의를 갖는다. 19세기 이전과 비교

172) Ronald Dworkin(b)(주 151), pp.206~208.

173) Ronald Dworkin(b)(주 151), pp.207~208. 참고로 민주주의 이론의 지지자인 Robert Post의 다음과 같은 점들을 근거로 자율성 이론을 비판한다. ① 자율성(autonomy)은 표현행위만의 근거가 되는 것이 아니라 인간의 모든 행동에 대한 근거가 되므로 특별히 표현의 자유의 정당화 근거가 될 수 없다. ② 자율성 이론은 자율성은 화자만이 갖는 것이 아니라 그 상대방도 갖는다는 점을 간과한 것이다. 그 결과 자유주의적 자율성 이론가들은 명예훼손 등 표현행위에 의한 권리침해에 대해 제대로 설명하지 못한다. ③ 자율성 이론은 대화가 이루어지는 정치적 맥락 등을 전혀 고려하지 않는다는 점에서 문제가 있다. 가령 피해자가 공인인 경우와 그렇지 않은 경우는 매우 다른 것임에도 불구하고 이러한 점을 구별하지 않는다는 것이다. Robert Post(d), "Participatory Democracy and Free Speech", 97 Va. L. Rev. 477, 477 (2011) pp.479~480.

174) 그밖에 자율성 이론에 관한 주요 논문으로는 Kent Greenawalt, "Free Speech justification", Colum. L. Rev., Vol. 89 (1989); Thomas Scanlon(a), "A Theory of Freedom of Expression" 1 Phil. & Pub.Aff. 216 (1972) 참조, 다만 Thomas Scanlon은 "Freedom of Expression and Categories of Expression" 40 U.Pitt.L.Rev. 519 (1979)에서는 초기의 절대주의적 입장에서 다소 후퇴하였고, 그 이후 "Baker on Autonomy" 27 Const. Comment. 321-23 (2011)에서는 자율성 이론 자체를 포기한다고 밝힌 바 있다. 그럼에도 불구하고 위 "A Theory of Freedom of Expression"이라는 논문에서 제시한 이론은 자율성 이론의 중요한 부분을 차지하는 것으로 평가되고 있다.

할 경우 이러한 이론들이 논의되고 있다는 사실 자체가 얼마나 큰 변화 인지를 쉽게 알 수 있다. 즉, 이러한 이론들에 의해 명예훼손법은 급속하게 그 정치적 성격을 탈각할 수 있었던 것이다. 그리고, 표현의 자유의 근거를 어떻게 보는가에 따라서 보호되는 표현의 범위에서 차이가 나고, 이러한 이론들은 표현의 자유와 관련하여 제기되는 많은 문제들에 대해 이론적 자원들을 제공해 준다는 점에서도 그 의미가 크다. 후술하는 바와 같이 민주주의 이론은 미국식의 공인이론의 비판에 대한 매우 중요한 이론적 기초를 제공하고 있으며, 표현의 자유의 절대주의(absolutism)에 친화적인 자율성 이론은 명예권 부정설과 연결되기 때문이다.¹⁷⁵⁾ 다만 유럽국가는 물론이고 미국에서도 법원 판결에서도 특정한 입장을 취하는 경우는 없고, 오늘날 대부분 법원 판결은 위와 같은 3가지 모두 표현의 자유의 인정근거로 인용하는 것이 보통이며,¹⁷⁶⁾ 이러한 점은 우리나라의 경우도 마찬가지이다.¹⁷⁷⁾ 바로 그러한 점에서 위와 같은 이론적 논의는 실천적인 측면에서 일정한 한계를 갖는 것도 사실이다.

III. 소결론 : 일반 불법행위로서의 명예훼손법

이상과 같이 20세기에 들어 선동적 명예훼손 및 그 유사범령의 폐지는 결국 사인간의 권리침해의 문제를 다루는 명예훼손법만 남게 되었음을 의미한다. 즉, 이제 유일하게 남은 명예훼손은 인격권의 일종인 명예권을 침해하는 불법행위의 한 유형일 뿐이다. 이러한 점은 우리나라와 같이 명예훼손을 형사범죄로 보아 처벌하는 형사법 체계를 가지고 있는 경우라고 하여 다른 것이 아니다. 우리나라 형법상 명예훼손죄 역시 절도, 사기 등에 있어서 민, 형사상 구제수단이 양립하는 것처럼 사적 개인간의 명예권 침해에 대한 구제수단에 불과하고, 국가, 종교, 권력에 대한 비판

175) 민주주의 이론과 공인이론의 관계에 대해서는 제6장에서, 자율성 이론과 명예권 부정설에 대해서 제4장에서 각각 살펴보기로 한다.

176) 가령 1995년 Hill v Church of Scientology 판결 [1995] 2 S.C.R. 1130.

177) 박용상(a)(주 29), 41면.

을 처벌하는 선동적 명예훼손과는 그 차원을 달리하는 것이기 때문이다.¹⁷⁸⁾

제3절 명예권 개념의 변화

- 근대적 의미의 명예권 개념의 형성과정

I. 개요

이처럼 20세기에 들어 명예훼손법은 정치적 성격을 탈피하면서 불법행위의 한 유형으로만 남게 된 것은 한편으로는 민주주의 및 표현의 자유의 확립에 따른 정치적 명예훼손의 소멸에 기인하는 것이기도 하지만, 다른 한편으로는 근대적 의미의 명예권의 등장 내지 형성과정도 관련된다. Robert Post 등 서구학자들의 최근 연구에 의하면, 근대적 의미의 명예권(a right to reputation)은 중세 전통사회의 명예(honor)로서의 평판(reputation)에서 한편으로는 개인주의와 시장사회에 의해 대변되는 재산권(property)적인 의미의 평판 개념, 다른 한편으로는 민주주의와 인권개념의 확립에 따른 존엄(dignity)으로서의 평판 개념의 등장에 따라 현대적인 의미를 갖게 되었다. 이하에서 그러한 변화의 내용을 살펴보기로 한다.¹⁷⁹⁾

178) 사권으로서의 명예훼손법이 정치적으로 남용되는 것은 또다른 문제이다.

179) 제1장 각주 1에서 언급한 바와 같이 명예훼손법상 보호법익인 「평판에 관한 권리(right to reputation)」를 - 평판권이 아닌 - 명예권으로 번역하는 것은 바로 이러한 측면에서 혼동의 소지가 있다. 서구의 논의들은 평판(reputation)의 구성하는 요소로서 명예(honor), 재산권(property), 존엄(dignity)을 들고 있으므로 이러한 한도 내에서는 평판(reputation)이 명예(honor)보다 더 외연이 큰 개념이기 때문이다(후술하는 바와 같이 사회과학에서는 용례가 달라 양자가 전혀 다른 개념으로 사용된다). 다만 그럼에도 불구하고 각주 1에서 본 바와 같은 이유로 본고에서는 명예권이라는 용어를 사용하기로 하되 필요한 경우 위와 같이 영어 표현을 괄호로 병기하기로 한다.

II. 근대 이전의 명예권 개념

명예훼손법상의 평판은 근대 이전에는 명예(honor)로서의 의미가 핵심적인 것이었다. 명예(honor)는 당사자의 노력과 무관하게 주어진 신분 또는 지위에 고유한 것으로, 근대 이전 명예훼손법에서 보호의 대상으로 삼았던 평판은 바로 그러한 사회적 지위에 따른 명예(honor)였다. Post는 명예(honor)로서의 평판을¹⁸⁰⁾ “개인이 특정한 사회적 역할의 규범적 특징들과 동일시하고, 역으로 사회가 그러한 역할에 대해 부여한 관념과 평가를 다른 사람으로부터 받아들이는 평판(reputation)의 형식”이라고 정의한다.¹⁸¹⁾ 이러한 명예로서의 평판은 다음과 같은 특징들을 갖는다.

① 신분 또는 지위에의 귀속성 : 명예(honor)는 귀속적인 사회적 역할이 지배적으로 확립되어 있으며, 그러한 역할이 사회적 지위와 개인적 행위에 대한 규범적 기준을 제공하는 사회를 전제로 한다.¹⁸²⁾ 이러한 사회에서의 명예훼손은 시장사회에서의 명예훼손과 다른 의미를 갖는다. 시장사회에서의 명예훼손이 개인의 사적 자산에 대한 침해와 같은 방식으로 다루어진다면, 전근대 사회에서 명예(honor)에 대한 침해는 단순히 그 개인의 평판에 대한 침해에 그치는 것이 아니라 그 신분, 역할, 지위 자체에 대한 침해로 간주된다.¹⁸³⁾ 앞서 본 바와 같이 선동적 명예훼손

180) 각주 1, 각주 179에서 언급한 바와 같은 이유로 “명예로서의 평판”이라는 번역은 다소 어색한 감이 있다. 이러한 점을 고려하여 honor를 ‘영예(榮譽)’로 번역하는 방법도 생각해 볼 수 있으나[장유리, “헌법상 명예권 보호에 관한 연구”, 부산대학교 박사학위 논문 (2014) 15~16면은 그와 같이 번역하고 있다.], 후술하는 바와 같이 사회과학 등에서는 honor를 확고하게 명예로 번역하는 점에 비추어 이 역시 또다른 혼동을 초래할 우려가 있다.

181) Robert C. Post(b)(주 103), pp.700~701, “a form of reputation in which an individual personally identifies with the normative characteristics of a particular social role and in return personally receives from others the regard and estimation that society accords to that role.”

182) Robert C. Post(b)(주 103), p.701.

183) Robert C. Post(b)(주 103), p.702.

(seditious libel)은 단순한 개인에 대한 명예훼손에 그치는 것이 아니라 왕족 또는 귀족계급 전체 나아가 사회질서에 대한 도전으로 받아들여졌던 것은 바로 위와 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 사인에 대한 명예훼손에 있어서도 결투의 관습에서 보는 바와 같이 이는 귀족적 신분에 대한 자긍심과 밀접하게 연결되어 있었다. 19세기 이전 유럽국가들의 명예훼손법제는 대부분 이처럼 금전으로 배상이 가능하지 않은 명예(honor)에 대한 침해의 문제로 다루어졌다.¹⁸⁴⁾ 민사적 구제수단보다는 형사처벌이 주된 구제수단이 될 수밖에 없었던 것도 이러한 특성과 관련된다.¹⁸⁵⁾

② 선천성, 고정성 : 명예(honor)로서의 평판은 선천적인 것이고, 변화하지 않는 고정성을 갖는다. 후술하는 바와 같이 근대적인 의미에서의 재산권적인 성격을 띠는 평판은 개인의 노력의 결과이다. 따라서, 그러한 평판은 개인의 노력에 의해 증가하거나 줄어들 수도 있어, 개인마다 다르고, 또 같은 개인에게 있어서도 시기각각으로 변동된다. 그러나 전근대의 명예(honor)로서의 평판은 선천적인 지위에서 비롯되므로, 개인의 노력에 의해 증가시킬 수도 없고 반대로 쉽게 상실하는 것도 아니다.¹⁸⁶⁾ 평등한 개인을 전제하는 근대적 개념과 달리 명예(honor)로서의 평판은 계급적 불평등을 전제로 한다.

③ 총체성 : 물론 이러한 명예(honor)도 이른바 불명예스러운 행동에 의해 박탈되는 것은 가능하다. 그런데, 불명예스러운 행동으로 명예를 잃

184) Robert C. Post(b)(주 103), pp.703~704.

185) 한편, 제4장에서 살펴보겠지만, 사회학 또는 철학에서의 명예(honor)는 명예훼손법상의 명예개념과 다르다. 즉, 사회학 또는 철학에서 말하는 명예는 사회적 지위나 타인의 시선에 기초한 도덕관념에 국한하는 것이 아니라 신분규율에 대한 헌신, 도덕적 미덕의 추구 등 다양한 측면을 갖는 반면 명예훼손법에서 말하는 명예는 주로 타인의 평가와 관련되며, 특히 근대 이전 명예(honor)로서의 평판은 Robert Post가 정의한 바와 같이 주로 사회적 지위 또는 역할의 측면에서 이해된다.

186) Robert C. Post(b)(주 103), p.701.

는 것은 그 공동체에서 자신의 지위 자체 내지 존재가치를 잃는 것을 의미한다.¹⁸⁷⁾ 그런 점에서 명예(honor)는 총체적인 것이다. 명예(honor)의 상실은 곧 그 개인이 갖는 사회적 지위 자체의 상실이다. 그러므로 명예의 상실에 대해서는 금전적 손해배상은 큰 의미가 없다. 결투의 전통에서 보듯이 명예(honor)로서의 평판을 훼손하는 행위에 대한 구제수단은 오직 명예의 회복(vindication) 뿐이다.¹⁸⁸⁾

요컨대, 명예(honor)로서의 평판은 신분제적 공동체를 전제로, 특정한 사회적 지위(특히 귀족 계급)와 결부되어 그러한 지위 자체에서 인정되는 평판의 특수한 형식이라고 할 수 있다. 선동적 명예훼손, 결투 등은 모두 그러한 전근대적 명예(honor)의 관념과 직, 간접적으로 연결되는 것이다.

III. 19세기 이후의 변화 : 근대적 명예권의 형성 과정

그런데, 이러한 전근대적 명예(honor) 개념은 19세기 이후 재산권적 평판 개념과 인간의 존엄을 바탕으로 하는 평판 개념의 등장 및 확산에 의하여 급격한 변화의 과정을 겪는다. 이를 차례로 살펴본다.

1. 변화 1 : 재산권으로서의 평판의 개념

- 시장사회, 개인주의, 공리주의의 영향

187) Robert C. Post(b)(주 103), p.702.

188) 한편, Lawrence Mcnamara는 주로 귀족적인 명예(honor)에 주목하는 Robert Post의 논의를 비판하면서, J. G. Peristiany 등 역사학자들의 논의에 기초하여 귀족이 아닌 일반인들에게도 비록 귀족들의 그것과는 다르지만 명예(honor)의 관념은 항시적으로 존재하였다는 점을 지적한다(가령 남자는 그의 가족을 부양하는 것에 대하여, 여자는 순결을 지키는 것에 대하여). 결국 명예란 같은 가치관을 공유하는 공동체(community, honor group) 내에서의 구성원 자격을 얻기 위해 필요한 공적으로 확인된 도덕적 가치체계(a system of publicly acknowledged moral values)라는 것이다. Lawrence Mcnamara(주 46), pp.49~50.

가. 19세기의 재산권적 평판 개념의 등장

재산권으로의 평판은 말 그대로 평판을 재산권처럼 파악하는 사고방식이 등장하였음을 의미한다. 거의 모든 것이 금전적 가치로 환원가능한 현대 시장경제에서 이러한 개념이 낫설지 않지만, 이러한 개념이 일반화된 것은 그리 오래전의 일이 아니다.¹⁸⁹⁾ 앞서 본 바와 같이 19세기는 명예훼손법에 많은 변화를 가져온 시기인데, 이러한 재산권적 평판 개념의 등장 역시 그러한 변화의 예이다. 특히 19세기 영국 판례들은 평판 역시 재산권의 하나로 볼 수 있다는 취지의 판시들을 하였다. 가령 1869년 *Dixon v. Holden* 판결에서 법원에서 다음과 같이 판시한다.¹⁹⁰⁾

“재산권이란 무엇인가? 어떤 사람은 땅에 대해 재산권을 가질 수 있고, 다른 사람은 물건에 대해, 또다른 사람은 기술에 대해, 또다른 사람은 평판에 대해 재산권을 가질 수 있다 : 그리고 이러한 것들(심지어 사람의 좋은 평판)에 있는 재산권을 훼손하는 것은 무엇이건 가장 가치 있는 형태의 재산권을 침해하는 것이다”¹⁹¹⁾

189) Robert C. Post(b)(주 103), p.694 이하 ; David Rolph, *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, Ashgate Publishing Limited, (2008) pp.19~23.

190) David Rolph(주 189), p.22에서 재인용. 또한 M. Slaughter(주 118), p.352, pp.372~377. 참조. 나아가 위 판결은 판시이유에서 “그의 재산인 그의 평판은 아마도 다른 그 어떤 재산보다 값어치 있을 것”이라고 하였고, 이와 유사한 판시로 *M’pherson v Daniels* (1829) 10B & 263 (1829) 109 ER 448 판결은 “모든 재산에 대해 침해는 민사소송의 대상이 된다. 좋은 이름(good name)이나 평판(reputation)에 대한 침해가 그와 다르다고 말할 수 있는 근거가 무엇인가?”라고 판시하기도 하였다. 그리고 후술하는 바와 같이 19세기 영국 판결들은 “사회의 이익”, “공중의 이익”과 같은 용어를 빈번하게 사용하면서 면책사유를 폭넓게 인정하기 시작하는데, 이러한 면책사유의 발전은 평판에 대한 재산권적 이해를 전제로 하는 것이다.

191) 원문 : “What is property? One man has property in lands, another in goods, another in a business, another in skill, another in reputation; and whatever may have the effect of destroying property in any one of these things (even in a man’s good name) is, in my opinion, destroying property of a most valuable description”

이러한 변화는 명예를 신분귀속적 특성으로 파악하였던 19세기 이전에는 상상하기 어려운 일로서, 19세기 이후 근대사회의 거대한 변환과 밀접한 관련을 맺으면서 나타난 현상이다. 다만 주의할 것은, 재산권으로서의 평판 개념은 평판을 마치 영업권(good will)과 같이 취급하여 그 금전적 가치를 평가하는 것에 그치는 것만은 아니라는 점이다. 물론 그 점을 포함하기도 하지만,¹⁹²⁾ 다른 한편으로 이는 보다 근본적인 차원에서 명예권을 파악함에 있어서 개인과 공동체의 관계를 규율하는 사회의 근본원리에 있어서의 변화가 발생하였음을 의미하는 것이다.¹⁹³⁾

나. 사회적, 이념적 배경

이러한 재산권적 평판의 개념이 등장하게 된 시대적, 이념적 배경으로는 (i) 자본주의적 시장경제, (ii) 근대적 개인주의, (iii) 공리주의의 3가지를 들 수 있다. 차례로 간략히 살펴본다.

① 자본주의적 시장경제

우선 19세기 이후 자본주의 시장경제의 보편화가 이러한 개념의 등장

192) Robert C. Post(b)(주 103), p.695, 물론 평판침해 자체를 금전적으로 정확하게 계산하는 것은 불가능하다. 제4장에서 자세히 보는 바와 같이 바로 그런 이유에서 영미법에서는 “추정적 손해(presumed damages)”와 같은 법리가 발달하게 된 것이다.

193) 참고로 현대 명예훼손법에서 평판을 재산권과 같은 것으로 인식하지는 않는다. 가령 우리 민법 역시 제751조에서 명예권에 대한 침해를 비재산적 손해의 일종으로 파악하고 있는 것을 비롯하여 인격권 침해는 재산적 침해와는 그 본질을 달리하는 것으로 이해된다. 그럼에도 불구하고 기업에게 있어서 브랜드 가치 등 이른바 ‘평판자본’과 같은 개념에서 확인할 수 있는 바와 같이 평판을 계량화가 가능한 재산권으로 파악하려는 강력한 흐름이 존재하는 것 또한 부인할 수 없다. 가령 한은경, 이보영, “평판자본의 개념 및 구성에 관한 소고”, 광고연구, Issue 96 (March 2013)

의 핵심적 배경이 되었다는 점에는 의문이 없다. 과거에는 시장에서 판매되지도 않고 심지어 금전적 가치로 평가되지 않았던 것들이 상품화, 계량화되는 거대한 흐름 속에 명예권 역시, 비록 완전한 행태는 아니지만 일정 정도 계량화가 가능한 상품처럼 취급되기 시작한 것이다.¹⁹⁴⁾

② 개인주의(individualism)

재산권으로서의 평판 개념은 공동체와 개인의 관계에서 공동체가 우선하는 것으로 보는 명예(honor) 개념과 달리 공동체에 우선하여 존재하는 평등한 개인을 전제로 한다. 즉 개인주의(individualism)의 등장은 이러한 개념이 발전하는 데에 있어서 중요한 배경이 된다.¹⁹⁵⁾ 이러한 개인주의적 사고방식 하에서 재산권으로서의 평판은 명예(honor)와 달리 사회적 지위와 무관하게 사회의 구성원인 모든 개인에게 인정되는 것이다. 그렇기 때문에 재산권으로서의 평판은 개인의 노력과 외적 상황의 변화에 따라 증가되기도 하고 감소되기도 한다.¹⁹⁶⁾ 이러한 평판 개념은 모든 인간이 평등하다는 전제를 갖는다. 자신의 정체성의 일부를 구성하는 평판을 스스로의 노력에 의해 구성할 수 있다는 것은 모든 인간에게 동등하고, 사회적 지위와 무관하다.¹⁹⁷⁾ 이러한 인식은 19세기 이전에는 가능하지 않은 것이었다. M. Slaughter는 공동체와 개인의 관계를 중심으로, 공동체가 개인에 우선하는 사회와 개인이 공동체에 우선하는 사회를 대비하면서 근대로의 이전은 전자에서 후자로 이행하는 과정으로 설명한다.¹⁹⁸⁾ 이러한 그의 설명은 현대 정치철학에서 공동체주의자들과 계약론자들의 대립구도와 유사한데, 그는 공동체주의자들이 계약론자들을 비판하면서 사용하는 ‘무연고적 자아(unencumbered-self)’라는 개념으로 시장

194) Robert C. Post(b)(주 103), p.697.

195) Lawrence Mcnamara(주 46), p.41.

196) Robert C. Post(b)(주 103), p.696.

197) Robert C. Post(b)(주 103), p.697.

198) M. Slaughter(주 118), pp.352~353.

사회의 개인을 설명한다. 즉, 전자의 경우에는 공동체 속에서 그 위치를 갖는 개인(situated self)이 의미를 갖는 반면 후자에서는 공동체에 앞서는 무연고적 자아가 우선적인 존재가 된다.¹⁹⁹⁾ 명예(honor)로서의 평판과 재산권(property)으로서의 평판의 차이점을 도표로 정리하면 다음과 같다.

<표 2. 명예(honor)로서의 평판과 재산권(property)으로서의 평판의 비교>

	명예(honor)	재산권(property)
구성방식	공동체주의적 사회 공동체 > 개인	개인주의의 확립 개인 > 공동체
사회적 기초	신분과 지위에 귀속	모든 개인이 평등
변동성	고정성	노력으로 증가, 감소 가능
개인의 의미	situated self	unencumbered self

③ 공리주의(utilitarianism)

재산권으로서의 평판 개념은 비합리성과 전통적 사고가 지배하던 명예 훼손법에 공리주의적(utilitarian) 사고가 도입되었음을 의미하는 것이기도 하다.²⁰⁰⁾ 이러한 공리주의적 사고의 유입은 각종 면책특권(privilege)의 등장에서 잘 드러난다. M. Slaughter에 의하면, 명예훼손법상의 면책 사유는 시장사회에서의 정책적 고려들이 명예훼손법의 내용으로 편입된 것이다. 이러한 사실이 의미하는 바는 19세기 이후 평판은 마치 개인의 소유물처럼 취급되면서, 공공의 이익(public good)이라는 새로운 이익과의 비교가 가능해졌다는 것이다. 면책특권은 명예훼손이 성립함에도 불구하고 배상책임을 부인하는 법리로서 이는 그 자체로 공리주의적 비용

199) M. Slaughter(주 118), p.354.

200) M. Slaughter(주 118), p.372.

- 편익 분석(cost-benefit analysis)을 전제한다.²⁰¹⁾ 19세기 이전에는 악의(malice)가 없었다는 점이 면책의 근거였다면 이제는 다른 이익을 근거로 면책을 주장한다. 1894년 Holmes 대법관이 얘기했던 것처럼 “모든 것은 정책(policy)의 문제”로 환원되는 것이다.²⁰²⁾ 앞서 언급한 바와 같이 19세기 영국의 판례들은 “평판은 곧 재산”이라는 판시를 함과 동시에 과거와 달리 면책특권을 인정하는 근거로서 “사회 일반의 이익(the general line of society)”, “사회의 복지(the welfare of society)”, “인류의 편익(the convenience of mankind)”과 같은 용어를 빈번하게 사용하였다.²⁰³⁾ 즉 18~19세기를 거치면서 법원은 과거 화자가 해야 할 말과 그렇지 않은 말이 무엇인지를 분석하는 것에서 사회의 이익이 무엇인지의 문제로 그 관심을 옮겨가게 되었는데, 바로 이러한 변화는 현대 명예훼손법의 중심이 그 이전의 통약불가능한(incommensurable) 명예(honor)에서 계산 가능한(commensurable) 재산권적 의미로 이전하였음을 의미하는 것이다.²⁰⁴⁾

다. 한계 및 문제점

다만 명예 내지 평판은 재산권과 많은 점에서 차이가 나므로 이를 재산권으로 파악하는 것에는 무리가 있다. 20세기 이후 그러한 점을 지적하는 논의들이 다양하게 등장하게 되는데,²⁰⁵⁾ 이 점에 대해서는 제5장에

201) M. Slaughter(주 118), p.354, p.372.

202) Oliver Wendell Holmes, Jr., “Privilege, Malice, Intent” 8 Harv. L. Rev. 1 (1894) - M. Slaughter(주 118), p.373에서 재인용.

203) M. Slaughter(주 118), p.377.

204) M. Slaughter(주 118), p.380, 참고로 통약불가능성(incommensurability)이란 비교가 가능한 척도가 존재하지 않음을 의미한다. 명예를 금전 기타 척도로 평가할 수 없다면 명예권의 희생으로부터 얻는 이익과 명예권 희생 가운데 어느 선택이 더 우월한 것인지를 판단할 수 없는 것이다.

205) 19세기와 달리 20세기에 이르면 평판은 그 자체로 재산권으로 볼 수 없다는 취지의 판결들이 등장한다. David Rolph(주 189), p.23. 다만 평판자본과 같이 평판을 계량가능한 재산권으로 파악하고자 하는 시도들도 끊이지 않고 있다

서 구체적으로 살펴보기로 한다.

2. 19세기 이후의 변화 2 : 인간의 존엄(human dignity)과 명예권

가. 서설

다음으로 19세기 이후 명예권 개념에 지대한 영향을 미친 또다른 개념은 인간 존엄(human dignity)의 개념이다.²⁰⁶⁾ 인간 존엄은 근대 자유민주주의 국가들의 헌법에서 공히 인정되는 가치이다. 명예권에 대한 보호 역시 개인의 생명권에 대한 보호와 마찬가지로 인간의 존엄성에 기초한 것이라는 관념 또한 세계인권선언을 비롯하여 대부분의 선진국 법제에서 받아들여지고 있다. 현대 명예훼손법의 많은 부분들은 이러한 존엄의 관념에 의해 설명될 수 있다. 이하에서 구체적으로 살펴본다.

나. 이론적 배경 : 근대적 인권 개념의 등장

인간의 존엄(human dignity)의 관념은 사상사적인 측면에서는 고대로마까지 그 연원을 추적할 수 있지만, 그것이 실정법적 권리로 인정된 것은 20세기 이후의 일이다.²⁰⁷⁾ 1919년 독일 바이마르 헌법을 필두로 하여 1933년 포르투갈, 1937년 아일랜드 헌법에서 인간 존엄의 관념을 헌법에 명문화하였고, 제2차 대전 이후에는 전세계적으로 확산되었다.²⁰⁸⁾ 잘 알려진 바와 같이 독일의 경우 1949년 기본법 제1조는 인간의 존엄을 최고의 헌법적 가치로 천명하고 있으며, 미국의 경우에도 비록 헌법상

는 점을 앞서 언급한 바와 같다.

206) Robert C. Post(주 103), pp.708~720; David Rolph(주 189), pp.27~36.

207) Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Right", The European Journal of International Law Vol. 19 no. 4 (2008), pp.664~665.

208) Christopher McCrudden(주 207) p.664.

명문의 규정은 없지만 수정헌법 제5조, 제14조의 적법절차 조항을 비롯한 다양한 헌법적 권리의 해석과 관련한 여러 판결들에서 인간의 존엄을 헌법적 원리로 인정하고 있다.²⁰⁹⁾

다. 인간 존엄에 기초한 명예권 개념의 의미

그렇다면 이러한 인간 존엄이 명예권의 기초가 된다는 것은 말의 의미는 무엇인가? 대체적으로 “모든 인간은 자신의 평판에 대한 부당한 침해나 허위의 공격으로부터 보호받을 수 있는 권리를 가진다는 것”을 의미하는 것으로 이해된다. 이러한 존엄의 개념은 인간이라는 지위 자체에서 인정되는 권리라는 점에서, 모든 인간은 공동체의 구성원으로서의 동등한 자격 또는 적격(full membership in society)에 대한 권리를 갖는다는 것을 의미하는 것이기도 하다.²¹⁰⁾ 이러한 점은 다음과 같은 세계인권선언의 규정, 미국 연방대법원은 1966년 Rosenblatt v. Baer 판결의 판시내용, 캐나다 대법원의 판시내용 등에서 확인할 수 있다.

<1948년 세계인권선언 12조>

“누구도 자신의 프라이버시, 가족, 가정, 교신 내용에 대해 부당한 간섭을 받지 않고, 그 자신의 명예와 평판에 대해 공격받지 않을 권리가 있다. 모든 사람은 그와 같은 간섭이나 공격으로부터 법률에 의한 보호를 받을 수 있다.”²¹¹⁾

209) 이점과 관련하여 미국과 독일은 상당한 차이가 있는데, 자세한 내용은 제5장에서 구체적으로 살펴본다.

210) Robert C. Post(b)(주 103), p.712.

211) 원문 : The Universal Declaration of Human Rights art 12. “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

<1966년 미국 Rosenblatt v. Baer 판결>

“자신의 평판에 대한 정당화될 수 없는 공격과 부당한 침해로부터 보호받을 권리는 인간의 본질적인 존엄과 가치라는, 모든 질서정연한 자유의 정치체제에 저변에 깔려 있는 기초적 개념에 근거한 것이다”²¹²⁾

<1995년 캐나다 Hill v Church of Scientology 판결>

“좋은 평판은 개인의 존엄성과 내적 가치와 밀접하게 관련된다. 그것은 표현의 자유와 마찬가지로 법률에 의해 보호되어야 한다. (중략) 민주주의는 언제나 개인의 근본적인 중요성을 인정해 왔다. 그러한 중요성은 각인의 평판의 중요성에 기초한 것일 수 있다.”²¹³⁾

사회적 지위와 신분의 분화 즉 불평등을 전제로 하는 전근대적인 명예(honor)와 달리 존엄(dignity)은 평등(equality)을 전제로 한다. 현대 민주주의와 입헌주의 체제 하에서 모든 인간은 동등한 존엄에 대한 권리를 갖기 때문이다.²¹⁴⁾

라. 재산권으로서의 평판과의 관계

212) 원문 : “The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being -- a concept at the root of any decent system of ordered liberty.”

213) 원문 : “A good reputation is closely related to the innate worthiness and dignity of the individual. It is an attribute that must, just as much as freedom of expression, be protected by society’s laws. (중략) Democracy has always recognized and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person.”

214) 이러한 점에 대한 자세한 내용은 제4장에서 다시 살펴본다.

이처럼 평등을 전제로 한다는 점에서 존엄으로서의 평판은 재산권으로서의 평판과 공통되지만, 존엄 역시 경제적 가치로 환원될 수 없다는 점에서 재산권으로서의 평판과 구별되고, 명예(honor)로서의 평판과 공통점을 갖는다. 재산권으로서의 평판은 개인으로 구성된 시장사회를 전제로 하지만 존엄으로서의 평판은 개별 구성원과 필수불가결한 관계를 맺는 공동체를 전제로 한다. 이처럼 존엄으로서의 평판은 한편으로는 명예(honor)로서의 평판과 공통되고, 다른 한편으로는 재산권 개념과 공통된다. 이를 개략적으로 정리해 보면 다음과 같다.

<표 3. 명예(honor)로서의 평판, 재산권(property)으로서의 평판, 존엄(dignity)로서의 평판>

	명예	재산권	존엄
평등성	x	o	o
공동체 관련성	o	x	o
통약가능성	x	o	x
사회적 전제	신분적 공동체 전통사회	시장사회 자본주의, 공리주의	평등한 공동체 민주주의, 인권

3. 소결론

이처럼 현대 명예훼손법상의 평판 개념은 전근대의 신분귀속적 명예(honor) 개념에서 재산권적 평판의 개념, 존엄과 연결된 평판의 개념이 중첩되는 방식으로 형성되었다. 제2절에서 본 바와 같이 민주주의와 자유주의 이념의 확산은 명예훼손법 체계를 평등화, 민주화시켰다면, 시장사회, 개인주의, 근대적 인권 개념의 등장은 명예훼손법상 평판의 의미에 새로운 내용을 불어넣는 변화를 야기하면서 오늘날 우리가 알고 있는 명

예훼손법을 탄생시킨 것이다.

제4절 명예훼손법의 재정치화

- 이른바 공인이론의 탄생 및 그 영향

19세기 이후 민주주의와 표현의 자유, 근대적 의미의 인권 개념의 등장 등으로 인하여 명예훼손법은 한편으로는 선동적 명예훼손, 종교적 명예훼손의 소멸에 의하며, 다른 한편으로는 평등주의적 명예권 개념의 등장에 의해 현대 명예훼손법의 형태로 변모하였다. 하지만 명예훼손법은 곧 전혀 다른 방식으로 정치의 결합하는 과정을 겪게 되는데, 그것은 잘 알려진 New York Times 판결에 의해 대표되는 공인이론에 의한 정치화이다.

I. New York Times 판결과 공인이론

1. New York Times 판결

잘 알려진 바와 같이 미국 연방대법원의 1964년 New York Times 판결은 공인에 대한 명예훼손을 극적으로 제한한 판결이다. 공직자에 대한 명예훼손은 현실적 악의(actual malice)가 입증되지 않는다면 인정될 수 없다는 취지의 New York Times 판결은 선동적 명예훼손(seditious libel)의 종지부를 찍었을 뿐만 아니라²¹⁵⁾ 그 반대의 결과 즉 권력자에 대한 명예훼손을 가중처벌하는 것이 아니라 정반대로 권력자에 대한 명예훼손을 부정함으로써 명예훼손법을 정반대의 의미로 정치화하는 계기가 되었다. 미국 학자들이 New York Times 판결에 의해 명예훼손법이

215) Richard A. Epstein, "Was New York Times v. Sullivan Wrong?" 53 U. Chi. L. Rev. 782 (1986.) p.782.

헌법화(constitutionalized)되었다고 표현하는 것은 그 이전까지 보통법의 법리에 의해 지배되던 명예훼손법이 수정헌법 제1조에 의해 새로운 국면을 맞게 되었음을 의미하는 것인데, 그러한 변화는 정치적 영향력에서 막 벗어난 명예훼손법이 다시 한 번 정반대의 의미로 정치화되었음을 의미하는 것이다.

New York Times 판결의 현실적 악의의 법리는 이후 공직자(public official)에서 공인(public figure)으로, 명예훼손법에서 프라이버시 침해와 같은 다른 불법행위 유형으로 확산되면서 이른바 “공인이론(public figure theory)”이라는 이름으로 그 영역을 확대하였다. 즉, New York Times 판결의 취지는 공직자에 대한 정치적 표현행위의 자유를 보장하기 위한 것이었는데, 그 이후 공인으로서의 확장은 사실상 공적인 이슈 전반에 대해 표현의 자유를 확장하는 것을 의미하였다.²¹⁶⁾

2. New York Times 판결 이전의 면책특권과 공인이론

한편 제2장에서 본 바와 같이 영미 명예훼손법에 있어서 절대적 면책특권의 경우 이미 17세기 이전부터, 제한적 면책특권의 경우에는 19세기 이후 발달하였다. 그리고 그러한 면책특권의 등장은 민주주의와 공리주의를 그 사상적 배경으로 하고 있다는 점은 앞서 본 바와 같다. 그런데, New York Times 판결에 의해 확립된 공인이론 역시 민주주의 내지 공리주의를 이론적 배경으로 하므로, 양자의 이론적 기초에 본질적인 차이는 없다고 볼 여지도 많다.²¹⁷⁾ 미국의 경우 19세기말, 20세기 초경에도 이미 많은 판결들이 표현의 자유를 규정한 주헌법을 근거로 명예훼손의

216) 공인이론의 기본적 법리 및 문제점, 한국 명예훼손법에서의 함의 등은 제6장에서 자세히 살펴본다.

217) 미국 내에서도 (i) New York Times 판결에서 정립한 법리는 기실은 기존 보통법에서 축적된 법리들을 달리 표현한 것이고, 전혀 새로운 것이 없다는 견해와 (ii) 그렇지 않고 이는 기존의 보통법의 법리들을 뛰어넘는 독립적인 항변을 수립한 것이라는 견해의 대립이 있다. Rodney Smolla(b)(주 33), §2:114.

범위를 축소하는 판단을 하였다.²¹⁸⁾ 예를 들어 1908년 Kansas주 판결인 Coleman v McClennan 판결은 선거 부정을 고발한 팜플렛으로 기소된 사안에서 1심은 유죄로 판결하였으나 주대법원은 표현의 자유를 규정한 칸자스 주헌법 제11조를 근거로 원심을 파기하였다. 위 판결에서 칸자스 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

“선거에 있어서 후보들의 인격과 자격요건에 대해 토론하는 것은 절대적으로 중요하다. 그러한 토론의 국가적, 사회적 중요성과 그로 인한 이익은 매우 큰 것이어서 그와 관련되는 사인들의 불편과 비교할 수 없고, 그로 인해 발생할 수 있는 사인들의 평판에 대한 침해는 비록 그것이 매우 큰 것이라고 하더라도 그러한 공적 이익에 양보해야 한다. 그러한 사실이 대중에게 알려짐으로써 얻는 이익은 매우 큰 반면 사인의 인격에 미치는 영향은 매우 적은 것이어서 그러한 토론은 반드시 면책되어야 한다.”²¹⁹⁾

또한 지방자치단체인 시는 명예훼손의 주체가 될 수 없다고 판시한 1923년 일리노이 대법원의 City of Chicago v Tribune Co. 판결의 경우에도 표현의 자유를 규정한 일리노이 헌법 제2조 제4항을 그러한 판단의 근거로 든 바 있다.²²⁰⁾ 이처럼 이미 New York Times 판결 이전에도 미국 명예훼손법은 영국 법원과 마찬가지로 표현의 자유와 공리주의의 이

218) Ian Loveland, Political Libels : A Comparative Study, Oxford-Portland Oregon (2000) pp.37~64.

219) 원문 : “It is of the utmost consequence that the people should discuss the character and qualifications of candidates for their suffrages. The importance to the state and to society of such discussions is so vast, and the advantages derived are so great, that they more than counterbalance the inconvenience of private persons whose conduct may be involved, and occasional injury to the reputations of individuals must yield to the public welfare, although at times such injury may be great. The public benefit from publicity is so great, and the chance of injury to private character so small, that such discussion must be privileged.”

220) Ian Loveland(주 218), p.46.

념에 입각하여 명예훼손법리를 축소하려는 시도를 해 온 바 있다. 그럼에도 불구하고 왜 미국의 헌법학자들은 New York Times 판결에 이르러 비로소 명예훼손법이 헌법화되었다고 표현하는 것일까? 양자를 구별하여 취급하는 데에는 다음과 같은 두 가지의 이유가 있는 것으로 보인다.

우선, 비록 표현의 자유의 영향을 받은 것이 사실이라고 하더라도 기존 명예훼손법상 면책항변들은 보통법의 법리 내에서 발달한 것으로 해석되는 반면, 공인이론은 미국 연방대법원에서 명예훼손법에 대해 수정헌법 제1조를 직접 적용한 결과로 보기 때문이다. 그런데, 앞서 본 바와 같이 이미 19세기 이후 영국은 물론 미국의 다양한 명예훼손 사건에서 헌법상의 표현의 자유와 민주주의에 있어서 숙고된 동의(informed consent)의 원칙을 적용하였다는 점에서²²¹⁾ 양자의 차이는 본질적인 차이이기보다는 법 적용의 형식의 차이에 지나지 않는 측면이 있다.

따라서, 보다 근본적인 차이는 민사재판에서도 심심치 않게 등장하는 공공의 이익과 같은 정책 논거(policy rationale)가 아니라 연방헌법을 정면으로 도입하는 방식으로 권력자일수록 명예권이 부정된다는 강력한 이론을 확립한 데에 있다고 보아야 할 것이다.²²²⁾ 즉 기존의 이론들은 단순히 공적인 이익을 이유로 제한적인 범위 내에서 면책을 인정해온 것이 라면 New York Times 판결은 현실적 악의라는 새로운 법리를 천명하면서 권력자에 대해 명예권을 부인하는 다소 급진적인 방식으로 수정헌법 제1조의 정신을 구현하려고 하였던 것이다. 요컨대, New York Times 판결에 의하여 선동적 명예훼손을 정면으로 배척함으로써 명예훼손법은 19

221) Ian Loveland(주 218), p.37. 참고로, 여기서 숙고된 동의의 원칙(informed consent principle)이란 주권자인 국민은 권력에 대해 그 내용을 숙지한 상태(informed)에서 동의를 하여야 한다는 민주주의의 원리를 의미한다. 즉 이를 위해서는 표현의 자유가 인정되어야 한다는 것이다.

222) New York Times 판결 이후 미국의 헌법학자 Harry Kalven은 “Alexander Meiklejohn이 거리에 나와 춤이라도 출 일”이라고 기뻐하였으며, “진정한 의미에서 선동적 명예훼손을 완전히 뒤집은 사안”이라고 논평하였다. Harry Kalven, “The New York Times Case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment”, Supreme Court Review, Vol. 1964. p.221.

세기와 정반대의 의미로 다시 한 번 정치적인 성격을 갖게 된 것이다.

II. 영미 명예훼손법상 현실적 악의(actual malice)의 역사적 변천

한편, New York Times 판결 이래 미국에서 확립된 공인이론에서 공인에 대한 명예훼손의 성립요건으로서 현실적 악의(actual malice)는 “허위 사실에 대한 인식 내지 무분별한 무시(reckless disregard)”를 의미하는 것으로, 근대 이전의 명예훼손법에서의 부정한 의도를 의미하는 악의(malice)와는 그 의미가 다른 것이다.

앞서 언급한 바와 같이, 근대 이전 명예훼손법은 피해자의 구제보다는 발화자의 죄에 대한 단죄의 의미가 강하였다.²²³⁾ 그 결과 전근대 명예훼손법과 근대 이후의 명예훼손법을 가르는 중요한 차이는 근대 이전 명예훼손법에서는 발화자의 악의(malice)가 명예훼손법의 핵심 요건이었다면 19세기 이후 악의(malice)는 명예훼손법의 요건에서 점차 소멸함으로써 엄격책임주의(strict liability)로 변모하였다는 점이다.

1812년 Starkie는 그의 저서 “Law of Slander, Libel Scandalum Magnatum and False Rumours”에서 피고의 귀책사유(fault)는 명예훼손을 깨뜨리는 핵심주제로 보았고, 실제로 가장 복잡한 쟁점을 안고 있는 명예훼손법의 중심 주제였다.²²⁴⁾ 바로 그런 점에서 영미 명예훼손법의 근대화 과정은 malice라는 요건이 점진적으로 소멸되는 과정이기도 하였다.

한편, 영미법에서 19세기 이전 명예훼손적 발언이 있으면 악의는 추정되었고, 피고는 자신의 행위가 악의에 의한 것이 아니라는 점을 본인의 진술 외의 다른 증거로 입증해야 했다. 여기서 악의란 상대방에 대한 부정한 의도, 해의, 정당한 목적 없이 상대방을 괴롭히려는 의도 등을 의미

223) 즉 앞서 본 바와 같이 19세기 이전 명예훼손법에서 악의를 문제삼는 것은 교회법의 영향이었다. Van Vechten Veeder(b)(주 81), p.35.

224) Paul Mitchell(주 58), p.101.

하였다. 19세기에도 이러한 악의는 명예훼손의 요건이었고, 악의의 핵심은 해의(intention to injure)였지만 19세기 말에서 20세기로 넘어오는 과정에서 “해할 의도”에서 “해할 수 있다는 상황에 대한 인식”을 거쳐 결국에는 “원고의 평판을 해하는 발언”으로 그 의미가 변모되면서, 결국 20세기 초에는 악의 요건이 소멸하였다.²²⁵⁾

이러한 과정을 거쳐 현대 명예훼손법에서는 오로지 평판 침해만을 요건으로 하는 것으로 자리잡게 되었는데, 이러한 변화는 결국 제2, 3장에서 본 바와 같이 명예훼손법이 가해자 처벌이 아닌 피해자의 손해회복을 목적으로 하는 일반 불법행위로 변모되었음을 의미하는 것이다. 이상의 논의를 개략적으로 정리해보면 다음과 같다.

<표 4. 영미법상 명예훼손법의 변천 요약>

	19세기 이전	20세기 초반	20세기 후반
정치적 성격	선동적 명예훼손 등	일반 불법행위	일반 불법행위+공인이론
보호대상	국가권력, 종교, 귀족의 명예 등	평등한 명예권	평등한 명예권+표현의 자유
주관적 요건	악의(malice) - 해의	엄격책임	엄격책임+현실적 악의

III. 공인이론의 미래

하지만 New York Times 판결이 가져온 영향은 그리 단순하지 않다. 미국에서 그것이 이른바 공인이론이라는 이름으로 실로 다양한 법리를 형성하는 과정을 겪게 되었지만, 미국 내에서도 많은 비판을 받았을 뿐만 아니라²²⁶⁾ 제5장에서 자세히 보는 바와 같이 다른 민주주의 국가들에

225) Paul Mitchell(주 58), pp.101~122, 한편 미국 역시 20세기 초에 유사한 과정을 거쳐 malice를 배제하였다고 한다.

226) 가령 Mark D. Walton, “The Public figure Doctrine : A Reexamination of

서는 정면으로 배척되기도 하였다. 다만 그럼에도 불구하고 권력자에 대한 비판의 중요성이라는 근본정신은 21세기 명예훼손법의 핵심 주제가 되었다는 점은 누구도 부인할 수 없을 것이다. 현재까지의 공인이론의 역사에 비추어 향후에도 끊임없이 새로운 양상으로 변모해 갈 것으로 예상되기는 하지만, 적어도 현재와 같은 정치체제가 존속하는 한 이 이론은 향후에도 강력한 힘을 발휘할 것으로 예상된다. 오늘날 민주주의가 성숙하였다고 하는 서구 선진국들의 경우에도 여전히 다양한 사회적 불평등과 갈등, 모순, 정치권력의 부패 등으로부터 자유롭지 아니하기 때문이다.

제5절 소결 및 정리

명예훼손은 가해자가 피해자와 관련한 어떠한 발언으로 피해자의 평판을 떨어뜨림으로써 손해를 야기하는 불법행위의 한 유형이다. 그럼에도 불구하고 20세기 이후 명예훼손법의 변천과정을 보면 명예훼손법은 여러 가지 점에서 다른 불법행위와 구별되는 매우 독특한 성격을 갖고 있다는 사실을 확인할 수 있다.

첫째, 명예훼손법은 인류 역사를 통틀어 보더라도 다른 불법행위와 달리 실로 장구한 시간을 정치와 관련을 맺어왔고, 현재에도 그러하다. 그 이유는 아마도 명예권 침해의 수단으로서의 표현행위는 필연적으로 정치적으로 민감한 성격을 갖지 않을 수 없기 때문이다.

둘째, 명예권은 공동체와 개인의 관계를 규율하는 기본원리와 밀접한 관련을 맺는다. 공동체 중심의 전통사회에서 개인주의적 시장사회로, 전

Gertz v. Robert Welch, Inc. in Light of Lower Federal Court Public Figure Formulations” 16 N. III. U. L. Rev. 141, 174 (1995); Mark A. Franklin, “Constitutional Law : The Role of Content” 34 UCLA L. Rev. 1657, 1682 (1987); Robert F. Nagel, “How Useful Is Judicial Review in Free Speech” 69 Cornell L. Rev. 302 (1984); Gerald R. Smith, “Of Malice and Men : The Law of Defamation”, 27 Val. Y. Rev. 39 (1992)

근대적 봉건사회에서 입헌주의적 민주사회로의 변화는 새로운 명예권 개념을 형성하기에 이르렀다.

이러한 역사적 흐름에 비추어 정치, 사회, 문화적인 측면에서 과거와는 비교할 수 없을 정도로 급속한 변화를 겪고 있는 21세기에 있어서 명예, 평판의 개념 및 명예훼손법은 또 어떠한 변화를 겪게 될 것인지 쉽게 예측하기 어려운 일인지도 모른다.

제4장 현대 명예훼손법상 명예, 평판의 내용 및 구조

민사상 명예훼손은 말 그대로 개인의 명예나 평판을 떨어뜨리는 발언을 통하여 명예권을 침해함으로써 성립하는 불법행위이다. 그런데 여기서 말하는 명예, 평판의 의미는 무엇인가? 이전 장에서 자세히 본 바와 같이 명예훼손법 내지 명예, 평판의 개념은 역사적으로 급격한 변화를 거친 바 있다. 오늘날 법학 뿐만 아니라 사회학이나 자연과학 등의 영역에서도 명예 혹은 평판 개념의 의미와 내용에 대해 다양한 연구가 이루어진 바 있는데, 비록 법학과 사회과학의 문제의식 및 접근방식은 상호간 상당한 차이가 있지만 명예나 평판의 본질에 있어서 차이가 있을 수 없다는 점에서 그러한 인접학문의 도움을 받을 필요도 있다. 본장에서는 명예 또는 평판 개념의 보다 심층적인 분석을 위하여 명예권 침해의 기본구조에서부터 여러 인접학문들에서의 명예, 평판 개념 등을 살펴보고 이를 토대로 명예훼손법상 명예 혹은 평판 개념의 구체적 구조와 내용 등을 살펴보기로 한다.²²⁷⁾

제1절 용어의 정의, 명예권 침해의 기본구조 등

I. 용어의 정의

명예 내지 명예권의 개념을 밝히기에 앞서서, 우선 문제되는 주요 용어의 사전적 정의를 살펴보기로 한다.²²⁸⁾ 명예훼손(defamation)은 “사회

227) 이하의 내용과 관련하여 필자는 2017. 8. 저스티스 통권 제161호에 “명예훼손법상 명예, 평판 개념과 그 시사점”이라는 논문을 게재한 바 있다(이하의 내용은 위 논문의 내용을 보다 발전시킨 부분이라는 점을 밝혀둔다).

228) 이러한 용어 정리의 문제는, 단순히 용례 혹은 번역의 문제에 그치는 것이 아니라 명예 내지 명예권의 의미를 어떻게 파악할 것인가라는 이 글의 핵

적 평판(즉 reputation)에 대한 침해”를 의미한다. 사전적인 의미에서는 일응 ‘reputation’은 ‘평판’으로 해석하고 ‘명예’는 그와 구별되는 ‘honor’라는 용어에 대응하는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 그러나, 법률적인 의미에서 그러한 번역은 reputation 내지 defamation의 본래적인 의미와 부합하지 않는 측면이 있다.

제3장에서 언급한 바와 같이 최근 서구의 학자들은 명예훼손법상의 reputation의 의미를 ‘명예로서의 평판(reputation as honor)’, ‘재산권으로서의 평판(reputation as property)’, ‘존엄으로서의 평판(reputation as dignity)’의 3가지 종류로 설명하고 있다. 이러한 점에 비추어도 reputation이라는 단어는, 단지 사전적 의미로는 ‘평판’으로 번역하는 것에 아무런 문제가 없지만,²²⁹⁾ 적어도 명예훼손법에서 말하는 reputation은 단순히 사전적인 의미에서 ‘평판’에 국한하는 것이 아니라 보다 중첩적, 복합적 의미를 가지며 특히 ‘명예(honor)’라는 보다 적극적인 의미 또한 포함하는 것으로 이해해야 한다. 이러한 문제는 defamation을 “reputation을 훼손하는 행위”라고 정의하면서도 이를 ‘평판훼손’이라고 번역하지 않고 ‘명예훼손’이라고 번역하거나, ‘right to reputation’의 의미를 ‘평판권’으로 번역하지 않고 ‘명예권’이라고 번역하는 점, 민법 제764조²³⁰⁾ 역시 “명예를 훼손하는 자”라는 용어를 사용하고 있는 점 등에서 이미 예정되어 있는 문제이다.²³¹⁾

십 주제와 직결되는 문제이다.

229) 이는 영어단어 ‘reputation’의 사전적 의미도 마찬가지이다. “reputation is the opinion that people have about how good they are. If they have a good reputation, people think they are good” (출처 : 네이버 영영사전 - <http://endic.naver.com/>)

230) 민법 제764조 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.”

231) 다만, 세계인권선언의 경우 명예권에 대해 다음과 같이 규정하여, “honor and reputation”으로 표현하고 있다.

(1) The Universal Declaration of Human Rights art 12. “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation.

한편, 사회학, 도덕철학 등 분야에서도 'honor' 개념의 역사적 의미에 관하여 다양한 연구가 이루어지고 있는데, 국내 학자들은 예외 없이 이를 '명예'로 번역하고 있다. 또한 최근 사회학, 경제학, 생물학 등 다양한 영역에서 reputation의 사회적 기능에 관한 많은 연구가 이루어지고 있는데 이 경우 reputation은 '평판'으로 번역하는 데 아무런 문제가 없다. 이처럼 사회과학에서의 용례는 법학에서의 용례와 일치하지 않는다. 즉, 사회과학에서는 명예(honor)/평판(reputation)의 구별에 별다른 의문이 없어 보이지만, 명예훼손법상의 명예와 평판은 상호 명확하게 구별되어 있다기보다는 외연과 내포가 중첩되고 그 경계가 모호한 상태로 혼용되고 있다.²³²⁾

위와 같은 이유로, '명예권'이라는 용어의 의미는 명예(honor)에 대한 권리를 의미하는 것이라기보다는 명예(honor)를 포함하는 평판(reputation)에 대한 권리를 의미하는 것으로 봄이 상당하고, 명예훼손법의 보호범의 구별되는 순수한 의미의 명예(즉, 사회과학적인 의미에서의 명예)와도 구별되는 것으로 이해하는 것이 적절할 것이다.²³³⁾

II. 명예권 침해의 기본구조

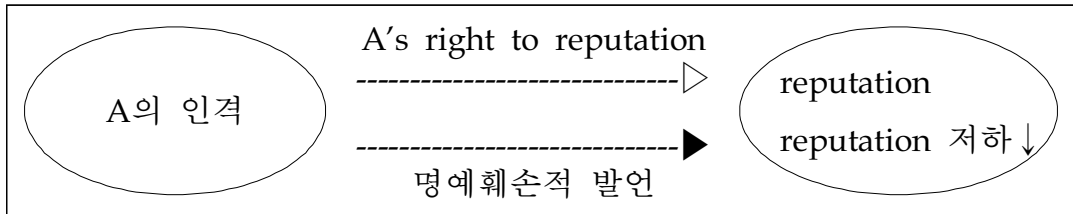
1. 서설

Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks."

- (2) The International Covenant on Civil and Political Rights art. 12 "No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference Q attacks."
- 232) 실제로 우리나라의 법원 판결들도 "...이로써 명예가 훼손되었다.", "명예가 침해되었다.", "사회적 평가가 훼손되었다.", "사회적 평가가 저하되었다"는 표현들을 명확히 구별하지 않고 사용하고 있다.
- 233) 한편, 형법학에서는 내적 명예(innere Ehre), 외적 명예(äußere Ehre), 명예감정(Ehrgefühl) 같은 개념을 사용하는데, 이러한 형법학에서의 명예개념 및 사회과학에서의 명예, 평판 개념에 대해서는 뒤에서 다시 살펴본다.

다음으로, 명예권 침해의 기본적인 구조를 살펴본다. 우선 다음과 같은 그림을 보자.

<그림 1. 명예권 침해의 구조>



명예훼손 즉 평판을 훼손하는 발언이 있을 경우 명예주체 A가 입는 피해는 다음과 같은 3단계로 구분할 수 있다.

- ① 발화자의 명예훼손적 발언을 들었을 때의 불쾌감
- ② 그러한 발언이 제3자에게 공표됨으로써 발생하는 평판의 저하자체
- ③ 평판 저하로 인한 재산적 손해(ex. 영업손실), 비재산적 손해(ex. 인간관계 훼손)

우선 ①항은 이른바 '주관적 명예감정의 침해'로서 통설 및 판례는 그러한 감정적 침해는 명예훼손법제의 보호대상이 아니라고 한다.²³⁴⁾ 명예

234) 대법원은 명예감정의 침해는 명예훼손을 구성하지 않는다는 점을 여러 차례 밝힌 바 있다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다8341 판결). 다만, 서울고등법원 2008. 1. 16. 선고 2006나92006 판결은 "사람은 자신의 인격적 형성에 대해 자부심을 가지고 있는바, 이것이 주관적인 평가에 그친다는 이유로 타인이 정당한 사유 없이 이를 부정하여 정신적 고통을 주는 것이 아무런 제약 없이 허용되어서는 아니되므로, 타인의 명예감정에 대하여 간과하기 어렵고 명확하면서도 그 정도가 심한 침해행위를 한 경우, 그 침해행위는 그 타인에 대하여 불법행위를 구성한다."고 판시한 바 있다(상고기각

훼손법제의 보호법익은 ②항 이하이다. 명예 또는 평판의 침해로 인한 손해는 원칙적으로 ②항이지만 그로 인해 파생되는 재산적, 비재산적 손해도 발생할 수 있다(③항).²³⁵⁾ 이러한 권리침해의 구조를 소유권 등 재산권 침해와 비교해 보면 명예권 침해의 구조적 특수성을 이해할 수 있다. 즉, 명예권을 “명예주체에 대한 사회의 정당한 평가에 대한 권리”라고 이해할 경우 그러한 평판에 대한 침해는 내가 소유한 물건(즉 소유권의 객체)에 대한 침해와 유사하다. 그리고, 그러한 침해로 인한 정신적 고통은 소유권 침해시 소유 주체가 겪는 정신적 고통에 대응한다. 따라서, 재산적 손해로 인한 정신적 고통은 재산적 피해가 회복될 경우 특별한 사정이 없는 한 회복된 것으로 본다는 판례의 법리²³⁶⁾는 명예권 침해로 인한 정신적 고통의 경우에도 그대로 적용될 수 있다는 논리가 일응은 가능하다.

2. 소유권 침해와의 비교

가. 개요

위와 같이 명예권 침해와 재산권 침해를 유사한 맥락에서 비교할 수는

으로 확정됨).

참고로, 일본의 경우 그 이전부터 명예감정의 침해를 이유로 손해배상책임을 인정한 사례들이 있었다. 가령 東京地判1990(平成2)年7月16日 判時1380号116頁, 名古屋地判1994(平成6)年9月26日 判時1526号99頁, 佃克彦, 名譽毀損の法律實務, 弘文堂, (2017) 136면에서재인용, 참고로, 명예감정 침해를 명예훼손 침해와 구별하여 이론적 관점에서 분석한 글로는 石橋秀起, “名譽毀損と名譽感情の侵害”, 田中恒好教授 藥師寺公夫教授吉村良一 教授退職記念論文集(上卷) (2015) 참조.

235) 제6장에서는 보는 바와 같이 우리의 재판실무상으로는 ②항의 손해를 비재산적 손해로 보아 그에 대한 위자료 배상을 명하고, ③항의 손해 중 재산적 손해 부분은 상당인과관계가 인정되는 경우에 한하여 인정한다(특별손해로 보는 경우와 그렇지 않은 경우로 나뉘는데, 특별손해로 보지 않는 경우에도 상당인과관계를 매우 엄격하게 보는 경향이 있다).

236) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다18959 판결 등.

있겠지만 양자의 차이 또한 간과해서는 아니된다. 제3장에서 본 바와 같이 19세기에 평판 자체를 재산권으로 인식한 판결이 존재하였던 것²³⁷⁾과 달리 현대 명예훼손법의 해석상 명예 내지 평판을 그 자체로 재산권으로 보는 견해는 찾기 어렵다. 명예권 침해는 일반 재산권의 침해와는 그 본질을 달리한다는 점에서 위와 같은 재산권 침해에 대한 비유는 부적절한 측면이 있다. 명예권 침해의 구조와 소유권 침해를 비교할 경우 다음과 같은 차이가 있다.

① 소유권의 대상인 물건(동산, 부동산)은 소유주체와 분리된 객체인 반면 명예 또는 평판은 소유주체와 완벽하게 분리될 수 없다. 즉, 나의 인격과 무관하게 존재하는 소유권 객체와 달리 사회적 평판은 명예주체의 인격에 조응한다(명예주체의 인격과의 관련성).

② 소유권의 대상인 객체는 양도, 상속의 대상이 되지만 명예 혹은 평판은 명예 혹은 평판의 주체와 완전한 분리 및 양도는 가능하지 않다(명예주체와의 분리 또는 양도불가능성).

③ 소유권의 객체는 그 주체와 분리된 존재인 반면 명예, 평판은 그 주체와 완전히 분리되지 않는다.²³⁸⁾ 즉, 소유권의 객체인 동산, 부동산은 객관적 존재인 반면 명예권의 객체인 명예 또는 평판은 나를 제외한 제3자의 평가의 총합이므로, 나에게 대한 공동체의 관계에 기초하는 것이다(평판의 관계적 속성).

④ 소유권의 대상인 물건의 가치는 어느 정도 고정된 성격을 갖는 반면 어느 개인에 대한 평판은 그때 그때 다르고, 또 사람마다 다른 것이어서 대단히 유동적이다. 어쩌면 어떠한 사람에 대해 마치 고정된, 불변

237) 제3장 제3절 III. 1. 참조(영국의 1869년 Dixon v. Holden 판결 등은 평판 그 자체가 재산권이라고 판시함)

238) Laura Heymann은 마치 동산, 부동산의 경우 로크(Locke)적인 의미에서 주체의 노력이 투여된 경우 소유권 취득이 인정되는 것과 달리 평판의 경우 타인의 판단 없이 존재할 수 없다는 점에서 재산권의 형태로서의 존재론적 지위(ontological status)의 특이성이 있다고 한다. Laura Heymann, "The Law of Reputation and the Interest of Audience", 52 B. C. L. Rev. 1341 (2011) pp.1373~1374.

하는 평판이 존재하는 것처럼 전제하는 것 자체가 타당하지 않은 것인지도 모른다(평판의 변동성 내지 유동성).²³⁹⁾

⑤ 소유권의 객체에 대한 침해는 이른바 차액설의 관점에서 침해로 인해 저하된 가치 그 자체가 손해가 되지만 평판의 침해는 그로 인한 평판의 저하 자체, 그로 인한 재산적, 비재산적 손해 등 다양한 항목의 손해가 발생할 수 있는데, 그러한 손해의 정확한 측정은 현실적으로 불가능에 가깝다(침해결과의 특수성).²⁴⁰⁾ 또한 가사 평판 침해로 인한 손해를 측정할 수 있다고 하더라도, 명예훼손이 갖는 관계적 속성은 손해배상만으로 해소되지 않는 또 다른 측면을 갖는다.²⁴¹⁾

나. 명예권에 관한 질문들

위와 같은 재산권과의 차이점 또는 명예권의 특수성으로부터 다음과 같은 여러 가지 질문들이 제기된다.

① 명예 또는 평판 개념은 원칙적으로 공동체 내에서 명예주체와 제3

239) 이러한 점을 지적한 글로는, Thomas Gibbons, "Defamation Reconsidered", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, No. 4 (Winter, 1996)

240) 평판저하를 금전적 손해로 산정하는 것의 어려움을 극단적으로 보여준 사례로는 *Masson v. New Yorker Magazine Inc.* 832 F. Supp. 1350 (N.D. Cal. 1993)을 들 수 있다. 위 사건에서 배심원들은 평판 저하 자체에는 의견이 일치하면서도 손해배상액에 관해서는 1백만 달러가 적정하다는 견해와 1달러의 명목적 손해배상이면 족하다는 견해가 대립되었다고 한다. Clay Calvert, "Harm to Reputation; An Interdisciplinary Approach to the Impact of Denial of Defamatory Allegations", 26 *Pac. L. J.* 933 (1995) p.937에서 재인용.

241) 민법 제764조에서 일반 불법행위와 달리 명예훼손의 특칙을 두고 있는 것도 바로 그러한 이유에서이다(「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」상의 정정보도, 반론보도 청구권도 같은 맥락). 이러한 원상회복에 관한 조항은 독일, 프랑스, 스위스 등 유럽국가들에도 공통되는 현상이다. 민법주해 (XIX) 332~333면 참조. 한편, 영미법의 경우 전통적으로 그러한 구제수단은 인정되지 않았으며, 다만 최근 그러한 구제수단을 도입해야 한다는 논의로는 Joshua Crawford, "Importing German Defamation Principle : A constitutional Right of Reply", 41 *Fla. St. U. L. Rev.* 767 (2014) 참조.

자 사이의 관계라는 측면에서 파악되어야 하므로 공동체 의존적이다. 이러한 공동체 의존성은 명예 또는 평판을 구성하는 기초개념으로서 당해 공동체 구성원들이 공유하는 가치관, 신념 체계는 무엇인지, 그러한 가치관과 신념체계는 역사적으로 어떻게 형성되었으며, 어떻게 변화해 가고 있는지 등의 문제라고 할 수 있다.

② 명예주체의 인격과 그에 대한 평판의 관계와 관련하여서는, 명예 내지 명예권을 사실적인 개념으로 파악할 것인지 아니면 규범적인 개념으로 파악할 것인지를 문제가 제기된다. 이 문제는 주로 독일, 일본의 형법학의 논의와 관련되는데, 후술하는 바와 같이 영미법상으로는 물론이고 우리의 재판실무상으로도 유사한 문제가 존재한다(제6장에서 보는 바와 같이 진실적시 명예훼손의 문제가 대표적이다).

③ 마지막으로 손해의 평가 및 구제수단의 문제이다. 명예훼손법상의 구제수단과 관련하여 대륙법상의 원상회복에 관한 특칙의 존재나, 영미법상 다양한 손해배상 항목의 존재 및 그에 대한 다양한 비판적 논의는 바로 이러한 사정과 관련된다. 평판침해의 손해에 대해 어떠한 구제수단을 인정할 것인지는 명확한 해결책을 찾기 어려운 난제이다.

III. 인접학문에서의 명예, 평판 개념

1. 형법학

(1) 종래 명예의 의미에 관해 심도 있는 논의가 이루어진 분야는 형법학이다. 잘 알려진 바와 같이 형법학자들은 명예를 내적 명예(*innere Ehre*), 외적 명예(*äußere Ehre*), 명예감정(*Ehrgefühl*)의 3가지로 나누어 설명하는 것에서 출발한다.²⁴²⁾ 통설적인 설명에 의하면, ① 내적 명예(*innere Ehre*)는 사람이면 누구나 가지고 있는 인격의 내적 가치를 의미

242) 이재상(주 34), 183면; 김일수·서보학 공저, 새로쓴 형법각론 (7)판, 박영사, (2009) 186면.

하는 것으로 이는 외부로부터 침해될 수 없는 성질의 것이어서 형법의 보호대상이 될 수 없다고 한다. ② 명예감정(Ehrgefühl)은 자기의 인격적 가치에 대한 주관적인 평가 내지 감정을 의미하는 것으로 이 역시 반대설은 있으나 형법의 보호대상이 아니라고 한다. ③ 따라서, 형법의 보호대상이 되는 명예는 외적 명예(äußere Ehre) 즉 사람의 인격적 가치에 대한 외부적 평가를 의미한다는 것이 통설의 입장이다. 형법학에서 말하는 외적 명예(äußere Ehre)란 앞서 논의한 바와 같이 민사상 명예훼손 불법행위에 있어서 사회 내지 제3자의 명예주체에 대한 평가인 평판(reputation)의 개념과 대체로 일치하는 것으로 보인다.

(2) 그런데, 최근 독일, 일본의 논의에 기초하여 이러한 명예개념을 사실적 개념, 규범적 - 사실적 개념, 규범적 개념 등으로 세분화해서 이해해야 한다는 견해들이 제시되고 있다.²⁴³⁾ 즉, 이와 같은 통설적인 설명에 대해 사실적 명예개념은 명예훼손죄의 보호범위로 설명되기에 충분하지 않다는 비판이 존재한다. 주관적 명예감정은 결여되거나 과장될 수 있고, 외적 명예 역시 개인에 대한 실제의 평가는 지나치게 좋거나 나쁠 수 있다는 점에서 이를 기준으로 명예개념을 설명하는 것은 적절하지 않다는 것이다. 이러한 사실적 명예개념에 의할 경우 악명 높은 범죄인이나 사회적 접촉이 전혀 없는 사람(은둔자)에 대한 비방, 욕설은 외적 명예의 침해가 없다는 것이 되어 부당하다는 것이다.²⁴⁴⁾ 또한 외적 명예만을 명예훼손죄에 관한 죄의 보호범위로 이해하는 경우 법익의 보호영역이 부당하게 축소될 여지가 있다. 다수설은 내적 명예가 외부로부터 침해될 성질의 것이 아니라는 논거를 내세우는데, 비방이나 욕설에 의해 어느 개인의 내적 명예가 양적으로 줄어드는 것은 아니지만(그 점에서

243) 이하의 논의에 대해서는 이정원, “명예에 관한 죄에서의 명예개념과 구성요건의 체계”, 경남법학 13집 (1996) 88면 이하; 주승희, “인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장 검토”, 형사법연구 (2006) 288면 이하; 이회경, “명예훼손죄에 관한 연구 : 명예 보호의 한계”, 이화여자대학교 박사학위 논문 (2009) 참조.

244) 주승희(주 243), 289~290면, 후술하는 바와 같이 이러한 논의는 앞서 본 영미법상의 ‘libel-proof plaintiff doctrine’의 법리와 유사한 맥락에서 이해할 수 있다(양자의 비교에 대해서는 제6장에서 다시 살펴본다).

양적 변화를 가져오는 외적 명예와는 구별된다) 명예 자체가 손상될 수는 있다는 점을 간과한 것이라고 한다.²⁴⁵⁾

(3) 이러한 다수설의 문제점을 비판하면서 등장한 견해는 실로 다양하지만 크게 보아, (i) 규범적, 사실적 명예개념설과, (ii) 순수하게 규범적인 측면에서 명예를 파악하려는 견해로 나눌 수 있다.

① 우선 규범적, 사실적 명예개념설의 경우 명예개념을 “인간의 내적 가치(내적 명예, 규범적 명예개념)와 타인의 의한 평판(외적 명예)을 포함하는 복합적(규범적 - 사실적) 법익”으로 보아야 한다는 견해이다. 이 견해는 앞서 본 바와 같은 이유로 외적 명예만을 보호법익으로 하는 것은 타당하지 않으며, 인격적 가치를 의미하는 내적 명예도 다수설의 견해와 달리 침해될 수 없는 것이 아니라는 점에서 “주관적 명예감정을 배제한 내적 명예와 외적 명예를 합한 것”을 명예훼손법의 보호법익으로 파악하는 것이 타당하다고 한다.²⁴⁶⁾

② 반면 규범적 명예개념설은 규범적, 사실적 명예개념에서 더 나아가 명예개념을 순수하게 규범적으로 파악하고자 하는 입장이다. 이에 의하면 명예에 대한 죄의 보호대상은 “인간에게 인간 존엄에 근거하여 당연히 인정되는 중요한 가치” 내지 “이러한 가치로부터 도출되는, 부당하게 멸시되지 아니할 존중대우의 요구”로서, 그러한 규범적 요청이 명예의 내용을 구성한다는 것이다.²⁴⁷⁾ 또한 이러한 중요한 가치 내지 존중대우의 요구는 인격의 관점에서 뿐만 아니라 사회적 승인관계에서 인정되어야 한다는 견해도 있다. 즉 개인의 특성, 능력, 활동, 작업 등은 인간이

245) 주승희(주 243), 290면, 주승희는 내적 명예는 침해불가능성의 문제라기보다는 정책적 결단의 문제라고 한다. 그리고 다수설과 판례는 현행법이 공연성을 구성요건으로 규정하고 있는 것을 이유로 오로지 외적 명예만이 보호법익이 된다는 논거를 들고 있으나, 그렇다고 하여 오로지 외적 명예만이 보호법익이라고 볼 수는 없다고 한다. 한편, 이러한 논의는 형법상의 명예훼손에 관한 논의인데, 민사상 명예훼손에 있어서는 공연성을 요하지 않으므로 적어도 민사상으로는 외적 명예만을 보호법익으로 볼 근거가 더 박약하다고 말할 수도 있을 것이다.

246) 김일수·서보학(주 242), 186~187면.

247) 이정원(주 243), 88면, 98면.

사회적 역할의 주체로서 능동적으로 의무를 이행하고 공동사회를 형성하는 인격의 발현이며, 이러한 인격의 발현은 개인의 인격 자체와 동일한 법률의 보호를 필요로 한다는 것이다.²⁴⁸⁾

이러한 규범적 명예개념에 대해 규범적, 사실적 명예개념설은 “인격에 대한 존중요구”는 형법상 모든 규정이 전제하는 것이라는 점에서 명예에 관한 죄에서만 그러한 존중요구를 보호법적으로 파악하는 것은 타당하지 않다고 비판한다.²⁴⁹⁾

(4) 이러한 논의들은 대단히 추상적인 논쟁으로 비칠 수 있지만, 뒤에서 다시 살펴보는 바와 같이 영미법은 물론이고 우리 재판실무에서 명예 또는 평판이 어떻게 취급되는지에 대해 매우 중요한 함의를 가진다. 이에 대해서는 제6장에서 자세히 살펴보게 될 것인데, 다음과 같은 세 가지 점만을 간략히 지적하고자 한다.

첫째, 이러한 독일, 일본, 우리나라 형법학에서의 논의는 영미권의 학자들이 주로 민사 명예훼손법에서 평판을 명예(honor), 재산권(property), 존엄(dignity)으로 구별하여 논의하는 것과 용례(terminology)는 다르지만 그 본질적인 내용에 있어서는 많은 부분에서 공통된다. 가령 사실적 명예개념은 사회로부터 받는 객관적인 평가가 실재한다는 전제하에 그러한 평판의 침해에 주목하는 견해로서 명예(honor), 재산권(property)의 평판개념에 친화적이라면, 규범적 명예개념은 인간평등의 이념을 전제로 하는 존엄(dignity)으로서의 평판개념과 친화적이라고 할 수 있다.

둘째, 앞서 본 바와 같이 규범적, 사실적 내지 규범적 개념설을 취하는 형법학자들은 우리 대법원이 사실적 명예개념을 취하고 있다고 주장하면서 그 문제점을 비판하고 있지만, 제6장에서 자세히 보는 바와 같이 우리 대법원 및 재판실무는 겉으로는 사실적 명예개념설을 취하는 것처럼 판시하고 있지만 실제로는 규범적 개념 유사한 방식으로 운용되는 경향이 강하다. 바로 그런 점에서, 독일의 논의를 수입한 위와 같은 논의들은

248) 이정원(주 243), 88~100면.

249) 김일수·서보학(주 242), 186면.

우리나라의 재판실무에 비추어 다소 핵심에서 벗어난 느낌이 있다.

셋째, 위와 같은 논의들은 현재 우리나라에서 논의되고 있는 진실적시 명예훼손 폐지론 등에서 상호 대립되는 주장들의 문제점을 해결할 수 있는 풍부한 이론적 자양분을 제공하는 매우 의미 있는 논의이다. 그럼에도 불구하고 현재 우리나라에서 진행되는 논쟁들은 그러한 이론적 개념들을 전혀 사용하지 않고 있는데, 이러한 점에 대해서도 제6장에서 살펴보기로 한다.

2. 인문사회과학에서 명예, 평판개념

다음으로 인문사회과학에서 논의되는 명예 또는 평판의 개념에 관하여 본다. 이와 관련하여, 다음과 같은 두 가지 점을 우선적으로 지적하고자 한다.

첫째, 앞서도 언급한 바와 같이 명예와 평판의 개념이 미묘하게 혼용되는 법학에서와 달리 사회과학에서 명예(honor)와 평판(reputation)은, 비록 상호간 공통되는 측면이 있기는 하지만, 완전히 구별되는 별개의 개념으로 취급된다. 따라서, 이하에서도 양자를 구별하여 살펴보기로 한다.

둘째, 사회학, 철학 등에서 주목하는 점은 명예(honor), 평판과 같은 기제들이 사회적, 윤리적 관점에서 어떠한 기능을 하는지에 관한 것이다. 즉 사회학이나 철학의 주된 관심은 명예 또는 평판이 인간 사회에서 갖는 기능의 측면이다. 반면 법학에서 문제되는 명예는 개인에 대한 외부적 평가를 법률적 보호의 대상으로 파악하는 것이라는 점에서 다른 맥락을 갖는다.

가. 사회학, 도덕철학 등의 명예(honor) 개념

(1) 사회학이나 도덕철학에서 명예(honor)의 의미 내지 개념에 관하여

실로 다양한 논의가 존재하지만, 가장 일반적인 수준에서 정의하자면 “사회적 지위에 따르는 평판이나 명망, 선망의 대상이 된직한 괄목할 만한 업적, 탁월한 능력, 칭송받을 만한 행위 등에 의해 특정 인물이 사회적 가치나 정치적 덕목을 체현하는 것으로 간주되는 것” 정도로 말할 수 있다.²⁵⁰⁾ 이러한 명예(honor)는 고대로부터 탁월성(arete), 덕성(virtu) 등과 연결되는 것이었고, 명예(honor)가 갖는 주요한 사회적 기능은 인간으로 하여금 단순히 소극적 금지규범으로서의 법과 도덕의 준수에 머무르는 것이 아니라 이를 넘어서 도덕적인 탁월성의 경지에 이르게 한다는 것이다. 즉, 법은 강제를 통하여 작용하고 도덕과 윤리는 개인의 양심이나 사회적 관습을 통하여 규율되는 것으로 주로 소극적 금지의 측면에서 작용한다면, 명예는 특정한 집단의 윤리 또는 규범을 내면화하도록 함으로써 인간으로 하여금 도덕적 우월성을 극단으로 추구하게끔 하는 독특한 규범체계라는 것이다.²⁵¹⁾ 법과 도덕에서는 선과 악(good/bad)을 기본적인 대립구도로 하고 있다면, 명예는 수치(honor/disgrace)를 그 대립개념으로 한다.²⁵²⁾ 따라서, 명예로운 인간에게 있어서 불명예는 죽음보다 더 수치스러운 일이 된다. 전쟁에서 후퇴하기보다는 죽음을 택하는 전사(戰士)나, 불의와 타협하지 않고 죽음을 택하는 지사(志士)의 명예(honor)는 단순한 금지규범으로 설명할 수 없는 선행과 도덕적 탁월함의 근거가 되는 것이다.

(2) 그러한 점에서 명예(honor)는 합리적 이기주의자를 상정하는 근대적 인간관과는 부합하지 않는 측면이 있다. 근대 경제학이 상정하는 합리적 이기주의자의 시각에서 보면 별 실익 없는 명분이나 자존심 때문에 목숨을 거는 것은 무모하기 그지 없는 일이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 오늘날에도 명예(honor)는 물질적 합리성의 차원에서는 설명하기 어려운 도덕성을 설명함에 있어서, 혹은 물질만능주의가 팽배한 자본주

250) 박규철 외 7인, 명예란 무엇인가? 서양철학이 전해주는 명예관, 한국학술정보 (2012) 264면.

251) 박성환(주 99) 37~38면.

252) 박규철 외 7인(주 250), 265면.

의 사회에서 규범의 공백을 메꾸는 장치로서 여전히 그 의미가 적지 않다.²⁵³⁾

(3) 하지만, 이러한 명예(honor)가 반드시 긍정적인 측면만을 갖는 것은 아니다. 명예살인(honor killing),²⁵⁴⁾ 결투(duel)의 전통에서 보는 바와 같이 명예는 극단적 선택의 기제로도 작용한다. 명예는 도덕적 탁월성의 근거가 되기도 하지만 다른 한편으로 극단적인 행위를 정당화하는 기제로도 작용하는데, 양자의 기본적인 구조는 다르지 않다. 명예는 특정 집단의 가치관이나 규범을 내면화함으로써 이를 극대화하는 기능을 하는 것으로, 그 집단적 규범의 내용에 따라 다양한 방식으로 발현될 수 있기 때문이다. 박성환 교수는 명예가 근대사회의 도덕적 혼란을 극복할 수 있는 기제가 될 수 있다고 하면서도, 다만 그 전제로서 “그것이 전통적 코드의 퇴행적 복구라는 형식을 띠어서는 아니되며”, “명예의 윤리와 관련하여 미래의 사회집단들이 치러야 할 시험은 그 폐쇄적 특수주의가 인간의 보편적 존엄이라는 근대의 발견 및 성과를 구현하고 안정시킬 수 있는가이다.”라고 밝히고 있는데,²⁵⁵⁾ 이러한 지적은 위와 같은 측면에서

253) 박성환(주 99), 55~56면. “그러나 명예가 반드시 전근대의 잔재로서만 기능하는 것은 아니다. 근대는 분화와 개인주의화의 경향에 직면하여 통합의 대응력이 필요하다는 점을 의식하게 되는데, 이같은 사회적 근대의 자기성찰에 대하여 명예는 부분체제들 사이의 상호교류, 재도덕화, 성찰적 자기조정, 후기전통적 집단의 형성, 후기근대적 다원주의를 지원할 수 있는 근대의 주요 부품 가운데 하나라고 하겠다. 근대사회의 현재와 미래에서 명예의 재발견은 경험적으로 타당할 뿐만 아니라, 어느 점에서는 도덕적으로 바람직하다. 명예의 존중은 바로 근대사회가 처한 위기와 혼란을 극복하는 하나의 대안이 될 수 있을 것이다.”

254) 이슬람권에서 집안의 명예를 더럽혔다는 이유로 가족 구성원을 죽이는 관습을 의미한다. 언론보도에 의하면 2017. 1. 16. 파키스탄의 어느 가정에서 5년간 몰래 어느 남성과 사귀면서 가출한 18세의 딸을 가문의 명예를 훼손하였다는 이유로 화형에 처한 모친에게 사형이 선고되었다. 피해자의 모친은 자신의 딸을 살해한 이후 거리에 나와 그 사실을 외치고 다녔으며 구금 이후에도 아무런 후회가 없다는 입장을 밝혔다는 것이다. 파키스탄의 경우 최근 명예살인을 금하는 법령을 제정하였는데, 2015년까지만 해도 한 해 1,000명 이상이 명예살인으로 목숨을 잃었다고 한다.

<http://edition.cnn.com/2017/01/17/asia/pakistan-honor-killing-death-penalty/index.html>

http://www.newsis.com/view/?id=NISX20170117_0014646082&cID=10102&pID=10100 (마지막 방문 2018. 7. 23.)

매우 적절한 것이 아닐 수 없다.

(4) 한편 서양과 동양의 문화를 '죄의식 문화(guilt culture)'와 '수치의 문화(shame culture)'로 구별한 것으로 유명한 Ruth Benedict²⁵⁶⁾는 명예의 기준이 오로지 타자의 인식에 기초한 경우와 타자의 인식과 무관하게 내면의 도덕적 신봉원리(commitment principle)에 기초한 경우를 구별하였다고 한다.²⁵⁷⁾ 명예의 기준이 오로지 타자의 시선에 있을 경우에는 허명, 체면과 같이 도덕적 원칙과 무관한 기준이 명예의 근거가 될 수 있지만 그와 달리 자신의 내면적 도덕적 원칙이 기준이 되는 경우(즉 자신의 도덕적 수준에 대한 자부심이 그 기준이 되는 경우) 도덕적 탁월함의 근거가 될 가능성이 더 커지게 될 것이다.²⁵⁸⁾ 즉, 전자에 비해 후자가 더 고차원적인 도덕감정일 가능성이 높다.

또한 명예(honor)는 폐쇄적 구조 하에서 사회적 지위(social status)에 근거한 것일 수도 있고, 도덕적 미덕(moral virtue)에 근거한 것일 수도 있다.²⁵⁹⁾ 근대 이전 귀족사회에서 단순히 귀족이라는 신분에 의해 부여된 명예관념이 전자의 대표적인 예라면 내면적 신봉원리에 대한 자부심에 근거한 명예관념은 후자의 예라고 할 수 있는데, 전자의 경우는 서열(precedent)이 도덕적 요소보다 우선하는 경향이 있고, 그런 점에서 후자에 비해 퇴행적인 성격을 가질 가능성이 더 높을 것이다.²⁶⁰⁾

255) 박성환(주 99), 57면.

256) 미국의 저명한 문화인류학자(1887~1948), 일본문화에 대한 분석서인 「국화와 칼」의 저자이다.

257) 박규철 외 7인(주 250), 270~272면.

258) 후술하는 바와 같이 법적 개념으로서의 명예는 타자의 시선에 의한 평가는 포섭되지만 신봉원리에 기초한 명예감정은 법률적 의미의 명예와는 직접적 관련이 없다. 그런 점에서 인문사회과학에서 말하는 명예의 개념은 법학적 명예 개념보다 그 외연이 훨씬 넓다고 말할 수 있을 것이다.

259) Lawrence Mcnamara(주 46), pp.55~56.

260) 그밖에 명예에 관한 다른 이론들을 간략히 보면, (i) Cicero, Augustine 등은 “덕으로서의 명예”를 강조하여, 명예를 덕의 결과로서 얻는 존경 등을 의미한다고 본 반면, Thomas Hobbes는 힘 내지 권력의 측면에서 이해하였다고 하고, (ii) Alexis De Tocqueville은 명예는 타인으로부터 존중, 숭배를 받는 규칙들의 총체라고 정의하였다고 하고, (iii) A. MacIntyre는 명예를 개인의 차원에서 이해한 반면 J. Roberts는

나. 사회학, 경제학 등에서 평판(reputation)의 개념

(1) 오늘날 평판(reputation) 또한 여러 사회과학 분야의 폭넓은 연구대상이 되고 있다. 명예와 평판은 타인과의 관계적 측면을 핵심 요소로 하고 있다는 점에서 공통점을 갖고 있기도 하지만 다른 한편으로 명예에 비해 평판은 그 의미가 비교적 선명하다는 점에서 차이가 있다. 즉, 앞서 본 바와 같이 명예는 탁월한 능력이나 업적을 전제하는 것에서부터 도덕적 원칙에 대한 신봉, 그밖에 인간이 갖는 비합리적 집착에 이르기까지 실로 다양한 의미를 갖는 개념인 반면 평판은 “어느 개인에 대한 제3자 또는 공동체의 평가”라는 점에서 그 의미는 상대적으로 명확하다. 하지만 평판의 사회적 기능에 관해서도 명예에 관한 논의만큼이나 실로 방대한 논의가 존재하는데, 이 글에서는 다음과 같은 몇 가지 점만을 간략히 지적하고자 한다.

(2) 우선, 전통적으로 사회학 영역에서는 평판이 갖는 인간의 인격형성의 기능에 주목해 왔다. Herbert Mead, Erving Goffman 등 이른바 ‘상징적 상호작용’ 이론가들은 인간의 자아는 타자와의 관계를 통해서 형성된다는 점에 주목하여 평판이 결국 자아의 형성에 본질적인 요소로 작용한다는 점을 지적한다.²⁶¹⁾ 상징적 상호작용 이론에 의하면 인간은 타자와의 관계 속에서 자아를 형성한다. Herbert Mead는 인간이 자아를 형성하는 과정을 아동이 야구와 같은 게임의 규칙을 습득하는 과정에 비유한다. 가령 3루수를 맡은 아동은 단순히 3루수의 역할만이 아니라 모든 선수들의 역할과 각 역할들의 관계를 완전히 파악할 때 비로소 3루수의 역할을 온전하게 수행할 수 있는 것과 마찬가지로, 공동체 속에서의 개인은 타인과의 유기적 관계 속에서만 온전한 자아를 형성할 수 있다.

명예를 집단적인 차원의 문제로 보아 명예란 “명시적이든 묵시적이든 집단의 다른 구성원들에게 약속을 지키고 헌신하려는 기질”이라고 정의하였다고 하고, (iv) Spinoza는 “외적 원인의 관념을 동반하는 기쁨”으로 정의하였다고 한다. 신득렬, “명예의 개념과 교육적 의미”, 교육철학 제30집 (2006) 92~98면.

261) 이하의 내용에 대해서는 Robert C. Post(b)(주 103), pp.707~710 참조.

Erving Goffman은 Herbert Mead가 말한 사회화의 과정은 자아의 완성이라는 종점을 갖는 것이 아니라는 점을 강조한다. 즉 자아의 정체성은 지속적인 사회적 상호작용을 통하여 영구적으로 구성되는 과정에 있는 것이다.²⁶²⁾ 이처럼 평판은 인간의 자아형성에 필수적인 역할을 하는 중요한 기제라는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

(3) 다음으로 진화생물학의 영역에서는 이기적인 인간이 어떻게 이타적, 협력적 행위를 할 수 있는지의 문제와 관련하여 사회체계 속에 형성된 평판의 기능에 주목한다.²⁶³⁾ 즉, 인간은 원래 이기적이고, 사회에서 성공하고 경쟁에서 승리하기 위해서는 타인보다 앞서야 하므로 이타적인 행위나 협력은 가능하지 않을 것 같은데, 실제 인간 사회에서는 항상 다양한 방식으로 이타적인 행위와 협력이 이루어지고 있다. 그리고, 그러한 역설의 이유는 다름 아닌 관계적 속성을 가진 평판의 존재에서 그 답을 찾을 수 있다는 것이다.

(4) 또한 최근 경제학, 경영학의 영역에서도 평판의 중요성에 대한 논의들이 실로 다양하게 이루어지고 있다. 특히 경영학에서는 기업의 평판이란 “기업이 오랫동안 수행해온 활동에 토대를 둔 가치판단의 체계”라거나 “장기간에 걸쳐 사람들 사이에 형성된 특정기업에 대한 종합적인 평가”로서, 이러한 평판은 기업의 사활을 좌우하는 핵심 요소라는 것이다. 미국에서는 1990년대 이후 「Corporate Reputation Review」라는 저널이 만들어질 정도로 기업평판의 의미, 그 측정방법, 평판 제고의 방법론 등에 대해 다양한 연구가 이루어지고 있다고 한다.²⁶⁴⁾ 그리고 이러한

262) 다만, 이러한 E. Goffman의 이론은 양자관계에 관한 이론이다. 반면 명예훼손은 3자간의 관계에서 문제된다. 즉, 발화자와 피해자 외에 청중이 개입한다. 청중의 경우 양자간의 분쟁에 대해 어떠한 판단을 내려야 하는지 결정해야 한다. 만일 청중 즉 공동체가 발화자의 편을 든다면 그 상대방의 공동체 구성원으로서의 지위는 침해되는 결과가 된다. Robert C. Post(b)(주 103), p.712.

263) D. Ardia, “Reputation In a Networked World : Revisiting the Social Foundation of Defamation Law”, 45 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 261 (2010) pp.266~268.

264) 김대영, 평판이 전부다, 매일경제신문사, 2016, 177~179면 참조.

연구들은 기업에만 그치는 것이 아니라 국가, 개인에 대해서도 확장되고 있다는 것이다.

다. 소결 및 정리

이상에서 본 도덕철학, 사회과학 등에서의 명예, 평판 개념은 명예훼손법의 이해에 있어서도 매우 중요한 실마리들을 제공해준다.

첫째, 가장 중요한 점으로, 이러한 고찰들을 통하여 왜 개인의 명예 또는 평판에 대한 권리를 인격적 법익으로서 보호하는 것인지에 대한 실마리를 얻을 수 있다. 명예와 평판은 서로 상이한 개념이기는 하지만 양자 모두 개인과 사회에 있어서 매우 중요한 기능을 하고 있으며, 이권이 전혀 없는 것은 아니지만 사회적 존재인 인간에게 명예 혹은 평판은 어찌 보면 그 어떤 것보다도 바꿀 수 없을 정도로 중요한 가치를 갖는 것이다.

둘째, 이러한 고찰을 통하여 명예훼손법상 명예, 평판 개념의 중첩적, 복합적 성격을 파악할 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 명예와 평판은 일정 정도 공통점을 가지면서도 많은 점에서 차이를 보이는데, 뒤에서 다시 살펴보겠지만 명예훼손법은 단순히 평판에 대한 침해만을 보호하는 것은 아니며, 전근대적인 명예의 보호도 미묘하게 중첩되어 있는 것이다.

IV. 명예권 부정설의 입장

다음으로, 명예권의 권리성 인정 여부에 대한 부정설 내지 회의적 입장에 대해서 본다. 우리나라를 포함한 다수의 선진국에서 명예권을 권리로 인정하고 있다는 점에서 그 권리성을 부정할 여지는 없다고 볼 수 있다.²⁶⁵⁾ 하지만 이론적인 측면에서는 비록 극소수설이기는 하지만 명예권

265) 그 대표적인 예로, 세계인권선언(The Universal Declaration of Human Rights) 제12조 “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour

의 권리성에 대해 부정적 내지 회의적인 입장을 밝힌 견해들이 존재하고 있다. 제2장에서 살펴본 C, Edwin Baker 등의 자율성(autonomy) 이론의 경우 사실상 명예권 부정설에 가깝고, 그러한 이론적인 논의가 아니더라도 미국에서는 명예권에 대한 회의론이 종종 제기된 바 있다.²⁶⁶⁾ 이러한 견해들을 일반적으로 받아들일 수는 없겠지만 이러한 견해들을 통하여 다음과 같은 점들을 확인할 수 있다.

and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

266) 그 내용을 간략히 정리하면 다음과 같다.

- ① Zechariah Chafee는 미국과 유럽의 명예훼손법제의 차이를 설명하면서 자신이 태어난 특정 지위에서 평생을 살아갈 가능성이 큰 영국과 달리 이동성이 강한 미국에서는 명예권의 관념이 다르다는 점을 지적한다. 영국에서는 친구, 지인들이 특정한 영역에서 생활하고 있으므로 이들과의 관계가 중요할 수밖에 없는 반면 미국의 경우 명예를 훼손당하였다고 하더라도 명예훼손 소송에 시간을 낭비하기 보다는 자신의 커리어에 집중하는 편이 더 유리하다고 생각한다는 것이다. Zechariah Chafee, *Government and Mass Communication*, 1947, pp.106~107.
- ② 이와 유사한 맥락에서, 「군중속의 고독」(The Lonely Crowd, 1950년)의 저자로 잘 알려진 미국의 사회학자 David Riesman은 1942년 논문에서, 자본주의 이전의 명예(honor), 가족, 공동체가치 등이 귀족들뿐만 아니라 중산층에게도 여전히 중요한 의미를 갖는 유럽과 달리 봉건사회를 거치지 않고 자본주의가 발전한 미국에서는 명예가 전혀 중요하게 다루어지지 않는다는 점을 지적한다. 소속 공동체와 소속 집단의 명예를 목숨처럼 소중히 여기는 전통이 남아 있으며, 사소한 도발에 대해서도 명예훼손 소송을 남발하는 유럽대륙과 달리 미국에서는 상대적으로 명예훼손의 문제를 심각하지 않게 생각해왔으며 특히 집단명예훼손법(group libel)은 그 중요성이 미미하였다는 것이다. 제5장에서 보는 바와 같이 미국에서 명예권의 취급이 다른 서구 선진국에 비해 현저한 차이를 보이는 점이나, 혐오표현 등에 대해 자유주의적 입장을 견지하고 있는 것은 이러한 맥락에서 이해될 수 있는 것이다. David Riesman(주 35), p.730.
- ③ 이러한 지적은 최근에도 발견되는데, 가령 David A. Anderson 역시 현대 다원주의 사회에서는 더 이상 명예훼손이 큰 의미가 없다는 지적을 한 바 있다. 즉, 과거 공동체 내에서 인생의 모든 일들이 이루어지는 전근대 사회와 달리 현대 사회는 여러 공동체가 병존하고, 각 개인은 쉽게 이동이 가능하므로 명예의 중요성은 반감될 수밖에 없다는 것이다. 오늘날과 같은 다원주의 사회에서는 많은 것들이 용서되고, 적은 것들이 영구적으로 비난받는다라는 것이다. David A. Anderson(a), “Reputation, Compensation and Proof”, 25 *William & Mar Law Review* 747(1984), pp.777~778.

첫째, C. Edwin Baker 등 자율성 이론의 지지자들은 도덕적으로 자율적인 존재로서의 인간을 전제로 한다. 그와 같이 도덕적으로 성숙한 자아는 자기 자신의 입법자로서 오로지 자기의 행위준칙만을 고려할 뿐 타인이 그 자신에 대해 가하는 비판은 크게 중요하게 생각하지 않는다. 비록 이러한 입장이 다분히 이상론적이기는 하지만, 명예권은 현실적으로 나약하고, 타인의 평판에 스스로의 삶이 좌지우지되는 현실적인 인간을 상정하고 있다는 사실을 날카롭게 지적하는 것이다.²⁶⁷⁾ 우리나라의 경우에도 유교적 전통 등 자신의 내면보다는 외면에 치중하고, 지나치게 타인의 시선에 의존하는 경향 등은 부정설이 지적하는 한 단면이라고 할 수 있다.²⁶⁸⁾

둘째, 부정설의 논의를 통하여 명예권의 중요성은 개인과 공동체의 관계에 의존하는 것이라는 점을 이해할 수 있다. 즉, 명예권의 중요성은 사회적 밀집도 또는 타자의존성, 공동체 의존성의 정도에 따라 달라지는 것으로 볼 수 있다. M. Slaughter가 지적하는 바와 같이 명예훼손은 공동체주의적 경향이 약화되고, 개인이 공동체에 우선하는 사회에서는 그 보호의 정도가 약해진다.²⁶⁹⁾

셋째, 마지막으로, 명예권의 강도는 사회의 윤리규범이 하나의 가치체계로 구성되는지, 다원주의적 가치체계로 구성되는지 여부와도 관련된다. 사회가 하나의 가치체계로 구성되는 경우 명예훼손의 개념은 비교적 쉽게 구성될 수 있는 반면, 다원주의적 사회의 명예권은 그 양상이 보다 복합적일 수밖에 없다. 영국과 미국은 같은 보통법 국가이지만 명예훼손의 성립요건이 다르다. 영국의 경우 공동체 전체의 관점에서 건전한 상식을 가진 사람(right thinking person)을 기준으로 명예훼손 여부를 판

267) New York Times v. Sullivan (1964) 판결은 공인에 관하여 “악조건을 견딜 수 있는 강인한 인간(men of fortitude, able to live in a hardy climate)”으로 묘사하였는데, 이 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

268) 다만 이러한 견해에 대해서는 사회학적 명예, 평판 개념에서 살펴본 바와 같이 명예, 평판이 갖는 사회학적 순기능을 간과하였다는 비판이 가능할 것이다.

269) M. Slaughter(주 118), p.352; 또한 Lawrence Mcnamara(주 46), pp.24~30, 이 점에 대해서는 뒤에서 다시 살펴본다.

단하는 반면²⁷⁰⁾ 미국의 경우 ‘상당한 수의 존중가능한 소수(substantial and respectable minority)’를 기준으로 한다.²⁷¹⁾ 이처럼 다수가 아닌 당해 명예주체가 속한 소수의 공동체를 기준으로 하는 것은 미국의 다원주의를 반영한 것이다.²⁷²⁾

제2절 현대 명예훼손법상 명예, 평판 개념의 구조

제3장에서 19세기 이전 명예(honor)로서의 평판(reputation)이 20세기에 이르러 재산권(property) 및 존엄(dignity)의 개념과 결합하면서 평판(reputation) 개념이 평등화되는 과정을 거쳤다는 점을 살펴보았다. 이하에서는 이러한 3가지 측면의 평판 개념이 현대 명예훼손법의 내용 속에 어떤 식으로 반영되어 있는지에 대해 살펴보기로 한다.

I. 명예(honor)로서의 평판

1. 의미

근대 이전 명예(honor)로서의 평판은 (i) 공동체 관련성, 사회적 지위 관련성, (ii) 선천적 귀속성, 고정성, (iii) 총체성, (iv) 통약불가능성 등의 특징을 갖는다는 점은 제3장에서 본 바와 같다. 그리고 이러한 명예로서의 평판 개념이 전근대의 공동체 사회를 그 배경으로 한다는 점은 앞서 본 바와 같지만, 그렇기 때문에 현대 명예훼손법에서 소멸하였을 것이라고 생각한다면 이는 오산이다.²⁷³⁾ 즉, 명예로서의 평판 개념은 현대 명예

270) Lawrence Mcnamara(주 46), p.191 이하.

271) Restatement (Second) of Torts 559 (1977)

272) Lyrrisa. B. Lidsky(주 10), p.16.

273) 박성환(주 99) 8면도 다음과 같이 지적한다.

“명예는 얼핏 보기에 근대라고 일컫는 시대에 뒤떨어지거나 거스르는 주제로 생각될 수 있다. 명예는 근대사회에서 마치 정절처럼 진부한 무용지물로 추도되는가 하면, 기

훼손법에서도 그 영향이 소멸하지 않고 남아 있는데, 바로 그러한 점은 명예훼손법의 복합성의 근본적인 원인 가운데 하나이다. 이하에서 그 내용을 구체적으로 살펴본다.

2. 명예훼손법상의 합의

가. 명예훼손 소송의 전근대적, 비합리적 성격 등

전술한 바와 같이 20세기에 이르러 명예훼손법상의 평판의 개념은 상당한 변모를 겪었지만 명예(honor)로서의 평판 개념이 완전히 소멸한 것은 아니다. 현대에서도 명예훼손법은 경제적 합리성으로 설명되기 어려운 정서적, 반이성적, 전통적 성격을 갖는다. 앞서 본 바와 같이 명예(honor)는 실로 다양한 모습을 띠고 있지만, 근대적 합리성으로 설명하기 어려운 요소를 포함하고 있다. 현대에 이르러서도 명예훼손 소송은 경제적 보상을 목적으로 한다기보다는 실추된 명예의 회복(vindication)을 목적으로 하는 경우가 많다. Randal Bezanson은 실증적인 분석을 통하여 미국에서 원고들이 명예훼손 소송을 제기하는 주된 이유는 손해배상이 아닌 명예의 회복이라는 점을 밝힌 바 있는데,²⁷⁴⁾ 이러한 점은 우리나라의 경우에도 마찬가지이다. 후술하는 바와 같이 우리나라의 경우 명예훼손 손해배상 소송의 인용금액이 매우 적어 소송비용도 보전받지 못할 정도의 수준에 불과함에도 불구하고 명예훼손 소송이 끊이지 않는데, 이러한 점은 경제적 합리성의 관점에서는 설명되지 않는다. 현대사회에서 결투와 같은 제도는 사라졌지만 여전히 많은 사람들은 명예(honor)의 실추는 경제적 이익과 무관하게 반드시 회복되어야 한다고 생각한

것해야 과거를 기록하는 연대학자의 관심사로 치부되기도 한다. 그러나 오늘날에도 우리의 적지 않은 일상 영역은 명예나 명예에 관련된 개념으로 점철되어 있다. 정치적 사건이나 스캔들을 보도하는 언론에는 명예훼손이나 명예회복이라든지 명예를 걸고 하는 약속(또는 파기)이라는 어휘들이 심심찮게 등장한다.”

274) Randal Bezanson(a), “The Libel Suit in Retrospect: What Plaintiffs Want and What Plaintiffs Get”, California Law Review, Vol. 74, Issue 3 (May 1986)

다.²⁷⁵⁾

나. 특정 집단의 구성원들에 대한 명예훼손의 문제

재산권, 존엄 개념이 평등을 지향한다면 명예(honor)는 신분, 지위에 귀속되는 것으로서 불평등을 본질로 하는데, 이러한 신분 내지 지위에 귀속되는 명예(honor) 관념은 현대에서도 완전히 소멸하지 않았다. 현대 사회에서도 특권층, 기득권은 존재하고 있으며, 이들은 자신의 지위와 신분에 따른 독특한 명예관념을 가질 수 있다. 같은 맥락에서 특정한 집단의 구성원들에 대한 명예훼손은 특별한 의미를 가질 수 있다. 가령 의사, 교수, 법률가 등 전문가들은 그 소속 집단의 구성원이라는 사실 자체에 대해 명예 관념을 가질 수 있고, 그러한 명예관념에 대한 침해는 여전히 일반인들과 구별되는 의미를 갖는다.²⁷⁶⁾ 물론 이러한 전문직업군에 속한 개인에 대한 명예훼손은 그의 노력과 성취에 대한 폄훼라는 측면을 가질 수 있다는 점에서 과거에 순수하게 사회적 신분에 귀속되는 명예와는 그 성격을 달리하는 것도 사실이다. 그러나 그러한 개인적 성취에 대한 폄훼와 그러한 집단 자체의 직업적 명예에 대한 폄훼가 구별할 수 없는 방식으로 섞여 있는 것도 사실이며, 이는 결국 후자의 측면이 여전히 존재하고 있음을 의미하는 것이다.

다. 영미법상의 추정적 손해(presumed damages)의 개념

영미 명예훼손법상의 추정적 손해(presumed damages)의 개념은 명

275) David Anderson(a)(주 266)은 추정적 손해개념을 강하게 비판하면서 평판의 침해로 인한 손해를 최대한 명확하게 계산해야 한다는 주장을 개진하였으나, 2006년 글에서는 그 이전 자신의 입장을 변경한다고 밝힌 바 있다. David Anderson(c), "Rethinking Defamation", 48 Ariz. L. Rev. 1047(2006), pp.1049~1050. 즉 명예훼손 소송은 피해에 대한 경제적인 보상이 전부는 아니며, 사회적, 문화적 맥락이 중시되어야 한다는 것이다.

276) Robert C. Post(b)(주 103), p.708.

예(honor)로서의 평판의 잔재이다.²⁷⁷⁾ 추정적 손해는 발언이 명예훼손적인 것으로 인정되면 입증이 없어도 손해가 추정된다는 것인데,²⁷⁸⁾ 이는 번복이 가능하지 않은(irrebuttable) 강력한 추정이다.²⁷⁹⁾ 최근까지도 미국에서는 비록 공인이론 등 연방대법원이 수정헌법 제1조에 의하여 확립해 온 법리들에 의하여 명예훼손 소송에서 승소하는 것은 지난한 일이지만 일단 승소하면 그 인용금액이 무려 1백만 달러 이상(한화 약 10억 원 이상)에 이를 정도로 거액인 경우가 많은데,²⁸⁰⁾ 이는 추정적 손해라는 전통적 개념에 기인하는 것이다.²⁸¹⁾ 추정적 손해는, 거액의 배상액이라는 결론에서는 징벌적 손해배상(punitive damages)과 유사하지만 그 의미는 완전히 다르다. 즉, 징벌적 손해배상은 모든 불법행위에서 인정되는 것으로

277) Robert C. Post(b)(주 103), pp.697~698; M. Slaughter(주 118), p.353.

278) 이러한 손해의 추정은 영미 명예훼손법상 'defamation per se'와 연결되는데 'defamation per se'란 손해에 대한 입증을 요하는 defamation per quod와 달리 그 자체로 손해가 추정되는 것을 의미한다. libel의 경우에는 명예훼손적 발언의 경우 그 자체로 libel per se로 인정되고(즉 사실상 모든 libel은 libel per se인데, 명예훼손적 발언인지 여부가 다투어지면 그 경우 명예훼손적이라는 점에 대해 추가 입증을 요한다), slander의 경우 ① 범죄, ② 혐오스러운 질병, ③ 직업상의 결함, ④ 부정(不眞)함과 같이 전통적으로 커먼로에서 인정되어온 항목들에 한하여 slander per se로 인정된다. Dan Dobbs, Robert Keeton, David Owen(주 110), pp.785~797.

279) 우리나라의 소송실무상으로는 그 모든 손해를 위자료의 측면에서 접근하는 경향이 있지만, 미국 명예훼손법상에서는 명목적 손해, 보상적 손해, 추정적 손해, 실제의 손해, 징벌적 손해 등 실로 다양한 손해배상의 항목을 각각 개별적인 손해로 심리하고 있다[Rodney Smolla(b)(주 33), §9-1~9-10]. 이에 대한 자세한 내용은 제6장 제2절 참조.

280) 이를 '사법에 의한 횡재(judicial jackpot)'로 표현하기도 한다는 점은 앞서 언급한 바와 같다. Susan E. Seager, "Jackpot! Presumed Damages Gone Wild - And Unconstitutional", 31-WTR Comm. Law. 1 (2015) 후술하는 바와 같이 David Anderson 을 비롯하여 많은 학자들은 이러한 추정적 손해배상의 문제점에 대해 비판적인 입장을 취해 왔는데, 2015년 기준 미국 51개주 가운데 8개주에서는 추정적 손해를 폐지하거나 제한하고 있다고 한다. 이는 'defamation per se'를 인정하지 않는다는 의미이기도 하다.

281) 이처럼 명예훼손에 대한 추정적 손해가 거액인 것은 명예훼손법이 중세 이래 유지되어 온 결투라는 사적 폭력을 근대국가 내부의 제도로 환원하는 과정에서 정비되었다는 점을 고려해보면 충분히 수긍이 가는 것이다. 즉 명예의 훼손은 생명침해와 유사한 것으로 인식되었던 것이다.

로 가해자의 악성이나 가해행위의 비정상성(egregious behavior)에 대한 징벌적 의미를 갖는 것인 반면, 추정적 손해배상은 명예훼손에 고유한 것이고, 어떠한 악성이 아니라 명예 또는 평판의 훼손 자체에 대한 배상의 성격을 갖는다는 점에서 완전히 다르다.²⁸²⁾ 수정헌법 제1조로 상징되는 표현의 자유의 국가인 미국에서 여전히 추정적 손해의 개념이 존재한다는 것은 명예훼손법에 내재한 명예(honor) 개념의 존재에서 그 비밀을 찾을 수 있다. 물론 이러한 추정적 손해는 1964년 New York Times 판결, 1974년 Gertz 판결, 1985년 Dun & Bradstreet 판결 등을 거치면서 적어도 공인 또는 공적 이슈에 대해서는 헌법적인 제약의 대상이 되었지만,²⁸³⁾ 그러한 헌법적 제약이 존재하지 않는 사안의 경우 여전히 막강한 힘을 발휘하고 있다. 현대 불법행위법은 가해자에 대한 처벌에서 그 상대방의 피해에 대한 구제로 그 중심이 옮겨지고 있다는 것은 주지의 사실이다. David Anderson에 의하면 그에 대한 유일한 예외가 명예훼손법이라는 것이고, 추정적 손해는 명예훼손법의 그와 같은 점을 상징적으로 드러내는 것이다.²⁸⁴⁾

라. 단순한 평판침해와의 차이점

282) David Anderson은 다음과 같은 점에서 추정적 손해는 징벌적 손해배상 보다 더 나쁘다고 한다. 첫째, 징벌적 손해배상은 피고의 극악한 행위(egregious behavior)의 증거가 있어야 하는데, 추정적 손해는 그렇지 않다. 둘째, 징벌적 손해배상은 상급심에서 심사의 대상이 되는 반면 추정적 손해는 그러한 통제가 약하다. David Anderson(a)(266), p.750; 유사한 맥락에서 Susan E. Seager는 추정적 손해는 표현의 자유나 적법적치의 원리에 반하는 것이어서 위헌이라고 주장한다. Susan E. Seager(주 280), pp.31-33.

283) New York Times 판결 이래 연방대법원이 확립한 공인이론을 구제수단의 관점에서 간략히 요약하면, (i) 사인/사적이슈의 경우 위 모든 구제수단이 가능하지만, (ii) 사인 / 공적이슈 사안에서는 실제적 손해만 가능하고(즉 실손해를 입증해야 함) 추정적 손해는 actual malice 입증이 있는 경우에만 가능하며(Gertz, Dun & Bradstreet), (iii) 공인의 경우에는 actual malice 입증 없이는 어떠한 종류의 손해배상을 주장할 수 없다는 것이다.

284) Robert C. Post(b)(주 103), pp.747~748.

명예(honor)로서의 평판이 갖는 공동체 규범과의 관련성은 명예훼손 개념의 핵심적인 요소이다. 즉, 명예훼손은 평판을 저하하는 행위이지만 평판을 저하하는 모든 행위가 명예훼손이 되는 것은 아니다. 가령 SARS 와 같이 비험오적인 전염병에 걸렸다는 발언으로 사람들이 그와 만나거나 거래하기를 꺼리는 경우, 미국에서 공화당이 다수인 지방에서 민주당 원이라고 발언하여 인간관계가 훼손되는 경우 등이 그 예이다. 이러한 점은 재산권으로서의 평판 개념으로는 설명할 수 없는 것으로, 명예 및 명예훼손은 단순한 평판의 저하와 동치시킬 수 없는 고도의 규범성과 도덕성을 그 전제로 하고 있음을 시사한다.²⁸⁵⁾ 즉, 도덕적인 비난(moral opprobrium)²⁸⁶⁾ 혹은 수치(disgrace)²⁸⁷⁾의 의미를 지니지 않은 것은 명예훼손이 될 수 없는데, 이러한 측면은 명예(honor)와 관련된 공동체 규범이 작용하고 있음을 의미한다.

마. 소결

285) 이와 관련하여 명예(honor)가 명성(fame)이나 평판(reputation)과 다른 점은 명예(honor)는 가치지향성을 갖는 반면 명성(fame)이나 평판(reputation)은 중립적인 개념이라는 지적이 있는데, 이러한 지적 역시 위와 같은 맥락에서 이해할 수 있다[신득렬(주 260), 101~102면 참조].

286) M. Franklin 외 2, Mass Media Law, 8th ed. (2011) pp.172~173.

287) Dan Dobbs, Robert Keeton, David Owen(주 110), p.773. 이러한 예로, ① 그가 돈 문제에 지나치게 까다롭다거나, ② 요금을 깎아주지 않았거나, ③ 모임에 입회하기를 거부하였다거나, ④ 제대로 된 주소지가 없거나, ⑤ 파업 중 회사를 그만두었다거나, ⑥ 그가 진행하는 공사가 과도하게 지연되고 있다는 발언을 한 경우 등을 예로 들고 있다(이러한 예들은 모두 20세기 초 미국 판례의 사례들이다).

우리나라의 판결 가운데 평판침해를 부정한 경우로는, ① 유명 소주회사가 일본의 주류회사에 지분 50%가 넘어가 일본기업이 되었다고 한 표현의 경우(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도6728 판결), ② A가 B를 범죄자로 고발하였다고 한 경우(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009도6687 판결, 다만 고발의 동기 내지 경위가 불순하다는 진술이 포함된 경우는 명예훼손이 될 수 있다고 판시함), ③ 특정 기동대 소속 전경들이 경찰 상부에서 내린 진압명령이 불법적이어서 이에 불복하기로 결정하였다는 표현(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011도11226 판결) 등이 유사한 예라고 할 수 있다.

이상에서 본 바와 같이 명예(honor)라는 관념은 근대 이전에 비롯된 것이지만 현대 명예훼손법에서도 상당 부분 그 잔재가 남아 있다. 바로 그러한 점에서 앞서 본 바와 같이 명예훼손법의 보호범익을 “제3자 또는 사회의 평가인 평판”이라고 하면서도 평판훼손이 아닌 명예훼손이라고 하는 것이나 “right to reputation”을 평판권이 아닌 명예권이라고 하는 것은 시대착오적 오류가 아니라 명예훼손 제도의 본질에 기인하는 것이라고 말할 수 있다.

3. 명예(honor)와 존엄(dignity)의 갈등관계

한편, 사회적 지위에 부여되는 명예(honor)로서의 평판은 근대적 평등 관념이나 인간의 존엄성과 갈등관계에 서기도 한다. 사회적으로 인종, 성별에 따른 차별이 사라지지 않고 공공연히 존재할 경우 그에 기초한 발언들은 상대방의 사회적 평판을 침해할 수 있다. 미국에서 불과 수십년 전까지만 해도 백인을 흑인으로 부르는 것은 명예훼손으로 인정되었으나(그 역은 성립하지 않음은 물론이다),²⁸⁸⁾ 20세기 중반 경부터 판례가 변경된 점이나, 최근 동성애자로 칭한 것이 명예훼손으로 인정될 것인지 여부에 관한 논쟁은 바로 그러한 맥락에서 이루어진 것이다.²⁸⁹⁾ 여기서 등장하는 미묘한 문제는, 인종차별, 성차별, 계층간 차별이 완전히 사라지지 않은 상황에서 그러한 발언이 사실적인 차원에서 평판의 침해를 가져옴에도 불구하고 평등과 존엄이라는 규범에 입각하여 명예훼손을 부인하여야 할 것인지의 문제이다. 최근 동성애 관련 명예훼손 사건에서 미국 법원이 “동성애자들에 대한 편견이 아직도 도처에 존재하는 것은 사실이다. 하지만 그렇다고 법원이 동성애자를 저급한 부류로 인정하는 판결을 할 수는 없다”는 취지로 판시한 것은²⁹⁰⁾ 바로 그러한 맥락에서 이

288) Flood v. News & Courtier Co., 50 S.E. 637, 639 (S.C. 1905) Lyrissa. B. Lidsky(주 10), pp.30~31.

289) Holly Miller(주 11) 참조.

290) 645 F. Supp. 2d 258 (S.D.N.Y. 2009), 321 F. Supp. 2d 130 (D. Mass.

해할 수 있다. 즉, 법원에서 그와 같은 판결을 하였다는 사실 자체가 동성애자를 저급한 부류로 낙인찍는 것에 다름 아니기 때문이다. 이러한 점은 명예훼손법의 사실적 측면과 규범적 측면이 대립되는 것이기도 하고, 명예(honor)와 존엄(dignity)이 긴장관계에 놓일 수 있음을 의미하는 것이기도 하다.²⁹¹⁾

II. 재산권으로서의 평판(reputation as property)

1. 개요

제3장에서, 재산권으로서의 평판(reputation as property) 근대 이전 신분적 불평등을 전제로 한 명예훼손법의 변화를 상징하는 개념이라는 점을 살펴보았다. 이하에서는 그러한 변화들이 현대 명예훼손법에 어떻게 반영되어 있는지 살펴보기로 한다.

2. 명예훼손법에의 반영

가. 평판의 계량화 가능성에 대한 관념

재산권으로서의 평판은, 말 그대로 평판 자체를 소유권의 객체인 물건 처럼 이해하는 것이므로 그 침해나 훼손에 대해서는 금전적 평가 및 배상이 가능하다.²⁹²⁾ 제3장에서도 언급한 바와 같이 “평판이 곧 재산권”이라고 하였던 19세기와 달리 현대 명예훼손법에서는 평판을 곧바로 재산권으로 취급할 수 있다고 보지는 않는다. 하지만 다른 한편으로 이를 계

2004).

291) 우리 대법원 판결 가운데에도 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도5296 사건(혼전 임신이 명예훼손에 해당하는지 여부에 관한 사례)의 경우 그러한 문제를 안고 있는데, 이에 대해서는 제6장에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

292) Robert C. Post(b)(주 103), p.695.

량화하려는 시도들은 꾸준히 계속되고 있다. 현대 명예훼손법은 거의 예외 없이 법인에 대한 명예훼손을 인정하고 있는데, 오늘날 기업의 평판 또는 브랜드가치, 영업권 등의 금전적 가치를 평가하는 일은 보편적인 현상이고,²⁹³⁾ 미국 판례상으로 그러한 기업 평판의 침해를 산정하는 다양한 방법이 발전하고 있다.²⁹⁴⁾

나. 공동체 규범의 강제에서 피해자의 권리구제로

명예(honor)로서의 평판을 해하는 것은 공동체를 묶는 공통의 가치에 반하는 행위를 적시하는 것이고, 그에 의해 피해자는 공동체 구성원으로서의 자격 박탈의 위험에 처할 수도 있다. 반면 재산권으로서의 평판은 근대 시장사회의 도래에 따라 그와 같은 공동체 규범 관철의 측면 보다는 피해자가 입는 경제적, 금전적 손실의 측면에서 접근한다. Robert Post는 미국 불법행위법 Restatement도 바로 이러한 점을 반영하고 있다고 한다. 즉, 제2차 Restatement 제559조는 “공표행위가 ① 공동체에서의 그의 평가를 저하시키거나 ② 제3자로 하여금 그와 교제하거나 거래하는 것을 방해하는 경우 명예훼손적이다.”²⁹⁵⁾고 규정하고 있는데, 여기서 ①

293) 브랜드 가치 평가 전문기관인 인터브랜드(inter-brand) 등은 해마다 세계의 주요 기업들의 브랜드 가치를 평가한다. 기사의 일부를 인용하면 다음과 같다. “기업별 브랜드 가치는 삼성전자가 63조963억원으로 가장 높았고, 이어 현대차가 14조5365억원, 기아차가 7조3681억원, 네이버가 5조1061억원, SK텔레콤이 3조7003억원, 삼성생명이 3조6338억원, KB국민은행이 2조9790억원, LG전자가 2조7788억원, 신한은행이 2조7396억원, 아모레퍼시픽이 2조5294억원 등으로 10위권에 이름을 올렸다.”

http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2018032702109932781011&ref=naver
(마지막 방문 2018. 7. 23.)

294) Meiring De Villiers, “Quantitative Proof of Reputational Harm”, 15 Fordham J. Corp. & Fin. L. 567(2010) 참조. 우리의 소송실무상으로도 기업의 브랜드가치 저하로 인한 손해를 위하여 전문평가기관에 브랜드가치를 평가하는 경우가 존재한다.

295) Restatement, at § 558 (1977). “communication is defamatory if it tends to harm the reputation of another as to lower him in the estimation of the community or to deter third persons from associating or dealing

은 규범적인 성격을 띠고 있지만, ②는 다분히 가치중립적이고 행위지향적인 설명(behavioral account)을 하고 있다는 것이다.²⁹⁶⁾ 교체하는 것(associate) 외에 거래하는 것(deal)이 방해되는 것은 명예를 시장가치의 측면에서 파악한 전형적인 예라는 것이다. 다만, 이러한 이론적 설명이 아니라고 하더라도 오늘날 명예훼손 소송이 피해자의 평판침해로 인한 손해의 배상을 원칙으로 하고 있다는 점에는 별다른 의문의 여지가 없다.

다. 공리주의(utilitarianism)와 정책(policy)의 문제

재산권으로서의 명예훼손은 비합리성과 전통적 사고가 지배하던 명예훼손법에 공리주의적(utilitarian) 사고가 도입되었음을 의미하는데, 이러한 공리주의적 사고는 각종 면책특권(privilege)에서 쉽게 확인할 수 있다. 면책특권은 명예훼손이 성립함에도 불구하고 배상책임을 부인하는 법리로서 이는 그 자체로 공리주의적 비용-편익 분석(cost-benefit analysis)을 전제한다.²⁹⁷⁾ 우리 명예훼손법상의 공익성, 상당성 항변도 그 실질은 공적 이익이 있다면 권리침해를 부인해주겠다는 것이므로, 이념적 기초는 공리주의적 사고라고 할 수 있는데, 이 점에 대해서는 제6장에서 자세히 살펴보기로 한다.

3. 재산권 개념의 한계

하지만 아무리 개인주의, 시장경제가 지배하는 사회가 되었다고 하더라도 평판이 형성되는 과정은 단순히 개인의 노력만으로 이루어지는 것은 아니다. 평판의 형성은 태생적, 우연적인 요소를 포함하여 실로 다양

with him.”

296) Robert C. Post(b)(주 103), p.719.

297) M. Slaughter(주 118), p.372.

한 요소들에 의해 지배를 받는다. 사회적 지위 역시 여전히 중요하고, 타인들이 어떤 개인에 대해 갖는 평판은 딱히 합리적으로 설명하기 어려운 것도 사실이다.²⁹⁸⁾ 오늘날 기업의 브랜드 가치가 매매의 대상이 되는 경우도 존재하지만 적어도 자연인이 갖는 평판은 그의 인격과 분리될 수 없다.²⁹⁹⁾ 평판에 대한 시장도 형성된 바는 없다. 개인의 경우 평판의 가치는 평소 시장에서 판단되지 않으며, 오로지 명예훼손 재판과정에서만 평가될 뿐이다.³⁰⁰⁾ 요컨대, 평판은 타인들이 나에게 대해 갖는 평가이므로 그것에 의해 나의 재산상태가 영향을 받을 수는 있어도, 평판 그 자체가 재산이라고 말하기는 어렵다.³⁰¹⁾

재산권으로서의 평판 개념은 평판을 재산권의 대상으로 파악하므로 마치 재벌과 결인처럼 명예와 평판이 개인의 노력에 부응하여 양적으로 계산되는 것처럼 개념화한다. 명예(honor)로서의 평판 역시 신분에 따른 차별을 당연한 전제로 한다. 그러나 이러한 개념은 현대 명예훼손법상의 명예 개념에 부합하지 않는다. 여기서 현대의 명예권 개념을 이해함에 있어서 명예(honor), 재산권(property)만으로 설명하기 어려운 존엄(dignity)의 개념에 대한 이해의 필요성이 제기되는 것이다.

III. 존엄(Dignity)으로서의 평판

1. 개요

인간의 존엄성(human dignity)은 근대 자유민주주의 국가들의 헌법에서 공히 인정하는 가치이다. 명예권에 대한 보호 역시 개인의 생명권에 대한 보호와 마찬가지로 인간의 존엄성에 기초한 것이라는 관념 또한 세계인권선언을 비롯하여 대부분의 선진국 법제에서 받아들여지고 있다.

298) Lawrence Mcnamara(주 46), p.42.

299) David Rolph(주 189), p.21.

300) David Rolph(주 189), p.22.

301) Lawrence Mcnamara(주 46), p.42.

현대 명예훼손법의 많은 부분들은 이러한 존엄의 관념에 의해 설명될 수 있다. 다만 그럼에도 불구하고 이러한 존엄으로서의 평판 개념 역시 이론적으로 명쾌하게 설명되지 않는 여러 문제점들을 내포하고 있다. 이하에서 구체적으로 살펴본다.

2. 명예훼손법의 반영

- 공동체의 구성원 자격(standing in the community)

명예권에 대한 보호의 근거가 인간의 존엄에 기초한다는 것은 모든 인간은 자신의 평판에 대한 부당한 침해나 허위의 공격으로부터 보호받을 수 있는 권리를 가진다는 것을 의미한다.³⁰²⁾ 과거 신분과 지위에 대응하던 명예의 개념과 달리 현대에서는 인간이라는 지위 그 자체에서 평판에 대한 부당한 침해를 배척할 권리를 갖는다. 이러한 존엄의 개념은 모든 인간은 공동체의 구성원으로서 동등한 자격 또는 자격(full membership in society)을 갖는 것을 전제로 한다.³⁰³⁾ 이러한 사고는 앞서 본 형법학에서의 규범적 명예개념과 일맥상통하는 것이다. 규범적 명예개념은 인간의 존엄 관념에 기초하여 모든 인간은 평등하게 존중받을 권리가 있다는 점을 명예훼손법에 반영한 것이기 때문이다.

존엄으로서의 평판은 또한 공동체와 개인의 불가분의 관계를 전제로 한다. 재산권으로서의 평판은 평판을 오로지 개인에게 귀속되는 소유물과 같은 것으로 파악하는 것인 반면 존엄으로서의 평판은 개인적인 측면과 동시에 공동체 관련성을 갖는다. 존엄으로서의 평판은 개인의 평판을 보호함과 동시에 공동체가 유지해야 하는 규범 체계를 관철시키는 기능을 한다.³⁰⁴⁾ 존엄은 명예처럼 결투에 의해 회복되는 것이 아니다. 모든

302) Robert C. Post(b)(주 103), p.708; Rosenblatt v. Baer. 383 U.S. 75 (1966)

303) Robert C. Post(b)(주 103), p.712.

304) Robert Post와 달리 M. Slaughter는 honor와 dignity를 구별하지 않는다[M. Slaughter(주 118), p.351]. 어원의 측면에서 보더라도 고대 로마에서 honor와 dignity는 사실상 같은 관념이었다. 즉 honor 못지않게 dignity 역시 공동체

인간은 자신의 명예를 부당하게 훼손당하였을 때 법률에 의하여 공동체의 구성원 자격을 회복(rehabilitation) 또는 확인받을 수 있다.

3. 존엄개념의 문제점

그러나, 존엄으로서의 평판 개념은 다음과 같이 중요한 이론적 문제점을 지니고 있다.

가. 존엄과 평판의 관계의 모호성

우선 명예(honor), 재산권(property)과 달리 존엄(dignity)의 경우 평판 자체가 어떻게 존엄과 동치될 수 있는지는 명확하지 않다. Eric Barendt 등 학자들이 지적하는 바와 같이 명예훼손법은 명예 또는 평판을 보호하는 법리이지 인간의 존엄성 자체에 대한 권리가 아니다.³⁰⁵⁾ 즉 인간의 존엄성은 명예권 보호의 근거가 될 수는 있어도 그것이 곧바로 명예권의 구성요소라고 볼 수는 없다.

Robert Post는 개인과 공동체의 상호작용에 관한 Herbert Mead, Erving Goffman 등의 사회학 이론을 통하여 평판과 인간의 존엄의 관계를 설명하는데,³⁰⁶⁾ 그의 이러한 설명은 위와 같은 비판을 극복하기 위한 시도이다.³⁰⁷⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 상징적 상호작용 이론에 의하면 평판은 인간의 자아형성에 필수적인 요소이다. Robert Post에 의하면 존엄으로서의 평판이 보호하는 것은 바로 그러한 측면에서 사회의 구성원 자격의 인정을 위한 존중 내지 승인이다. 이를 위해 사회는 일종의 예의규

귀속적이며, 개인으로 분열된 사회가 아닌 공동체의 규범에 귀속된 인간을 전제로 한다.

305) Eric Barendt(b), "What's the Point of Libel Law?", Current Legal Problems, Vol.52(1) (1999) p.117.

306) Robert C. Post(b)(주 103), pp.709~711.

307) David Rolph(주 189), p.27.

범(civility rule)을 세우는 것인데, 명예훼손법은 그러한 예의규범에 반하여 구성원 자격(membership in society)에 대한 위협을 초래하는 행위에 대한 법적 대응책이다.

그러나, 이러한 설명에도 불구하고 여전히 의문은 남는다. 상징적 상호작용론에서 말하는 자아와 사회의 관계에 관한 이론(즉 모든 자아는 그 주변을 둘러싼 사회와의 상호작용을 통하여 형성된다는 이론)은 인간과 사회에 관한 보편적인 이론으로, 인간의 존엄성이라는 근대적 이념의 형성 이전에도 적용될 수 있는 이론이기 때문이다. Robert Post 스스로 지적하고 있는 바와 같이 명예훼손법상 평판은 명예, 재산권, 존엄 그 3가지로 완벽하게 설명될 수 없는 다양성, 복합성을 갖는데, 그 3가지 개념은 나름대로의 역사성을 갖는다는 점에서 위와 같은 보편성을 설명하기에 부족한 것이 아닌가 하는 의문이 존재하는 것이다. 이러한 맥락에서 Lawrence Mcnamara는 “reputation as dignity”라는 개념은 성립할 수 없으며, “평판이란, 모든 개인을 구성원으로 포괄하는 사회에 내재한 존엄의 원리에 입각하여 어떠한 사람에 대해 판단을 내리는 것”으로 보아야 한다고 주장하고,³⁰⁸⁾ M. Slaughter는 reputation as dignity는 reputation as honor와 사실상 유사한 개념이지만 전자에 비해 후자는 평등사회를 전제로 한다는 점에서만 차이가 있다고 지적하는데,³⁰⁹⁾ 이러한 지적들이 오히려 더 타당하다고 생각된다.

나. 존엄 개념의 포괄성, 모호성

다음으로, 존엄(dignity)이라는 개념 자체가 너무도 다양하고 포괄적이어서 그 실체가 모호하다는 문제가 있다. 학자들에 따라 인간의 존엄이란 너무도 모호하고 광범위해서 심지어 아무런 쓸모없는(useless) 개념이

308) Lawrence Mcnamara(주 46), p.56의 각주 101.

309) M. Slaughter(주 118), p.352의 각주 2, 이러한 점은 전근대의 honor 관념이 평등화, 민주화되는 과정이기도 하다. 같은 취지로, James Whitman(a)(주 109), pp.1313~1330.

라거나, 하나의 개념(a concept)이 아니라 여러 관념들(many conceptions)로 보아야 한다는 견해도 존재한다.³¹⁰⁾ 인간의 존엄성을 세분화하여 개념화하려는 다양한 시도가 있는 것은 바로 그러한 이유에서이다.

가령 Christopher McCrudden은 사상사 및 헌법사에 대한 방대한 고찰을 토대로 법률적 측면에서의 존엄은, ① 인간의 내재적 가치(intrinsic worth)의 의미, ② 그러한 내재적 가치에 대한 존중(respect for this intrinsic worth)의 의미, ③ 그리고 개인 우선 내지 최소국가의 이념(the limited state claim)의 3가지가 최소한의 핵심 요소(a minimum core)라고 설명한다.³¹¹⁾ 그는 또한 존엄의 관념은 각 국가별로도 차이가 나는데, 가령 독일헌법의 경우 공동체주의적 경향을 보이는 반면 미국, 헝가리 헌법은 개인주의적 경향을 보인다는 점, 존엄이 권리 자체의 근거가 되기도 하지만 다른 한편으로 권리 제한의 근거가 되기도 한다는 점 등을 지적한다.³¹²⁾

Leslie M. Henry는 존엄의 개념을 ① 제도적 지위(institutional status)로서의 의미, ② 인간의 보편적 평등(equality)의 의미, ③ 자유주의적 전통에서의 자율성(autonomy) 내지 자유(liberty)로서의 의미, ④ 인격적 완전성(personal integrity)으로서의 의미, ⑤ 공동체주의적 가치로서의 의미의 5가지로 설명하고 있으며,³¹³⁾ Neomi Rao는 미국헌법상의 존엄의 개념을 ① 성별, 능력과 무관하게 인간이라는 이유만으로 인정되는 개인의 내재적 가치(inherent worth)로서의 의미, ② 실체적 도덕적 가치(substantive moral value)의 의미, ③ 공동체의 승인 내지 타인에 대한 존중(recognition and respect)의 의미의 3가지로 설명하기도 한다.³¹⁴⁾

310) Leslie M. Henry, "The Jurisprudence of Dignity", 160 U. Pa. L. Rev. 169(2011), p.189.

311) Christopher McCrudden(주 207) p.679.

312) Christopher McCrudden(주 207) pp.699~707.

313) Leslie M. Henry(주 310) 참조.

위와 같은 존엄 개념에 관한 논의들을 살펴보면, 명예권과 인간 존엄의 개념이 연결될 수 있는 지점이 어느 정도 파악되는 측면이 있기는 하다. 그것은 다름 아닌 모든 인간이 평등하게 갖는 '존중대우의 요구에 관한 권리'의 기초로서의 존엄이다. 즉 존엄은 개인의 자유 내지 자율성, 신체의 완전성, 최소한의 평등, 비인간적 처우로부터 자유로울 권리 등 다양한 면모를 갖지만, Robert Post가 지적한 바와 같이 명예권은 공동체 내의 구성원 적격의 문제이며, 그것은 다름 아닌 모든 인간은 공동체의 구성원으로서 최소한의 존중대우를 받을 권리를 갖는다는 사실을 의미한다. 바로 그런 점에서 존엄으로서의 평판은 형법학에서 말하는 규범적 명예개념과 연결되는 것이며, 그에 가장 친화적인 형태는 제5장에서 보는 바와 같이 독일에서의 명예권 개념이라고도 말할 수 있다.

4. 소결

인간 존엄의 관념은 그 이론적 문제점에도 불구하고 20세기 이후 명예훼손법 내지 명예권 개념에 미친 막대한 영향을 부인하기 어렵다. 그것은 근대이전의 봉건사회나 19세기 이후 자본주의의 냉혹한 현실 속에서 인권, 평등과 같은 소수자보호를 지향하는 근대적 이념이 명예훼손법에 미친 영향을 설명하는 데 있어서 반드시 필요한 개념이다.

IV. 결론에 갈음하여 - 명예, 평판의 미래

명예훼손법상 명예 또는 평판은 매우 복합적 의미를 갖는 개념으로, 위와 같은 3가지 형태로 명예 또는 평판의 개념이 완결적으로 해결되는 것은 아니다. 그런 이유로 최근에는 위 3가지 개념으로 설명되지 않는 평판의 새로운 측면을 설명하기 위한 이론적 시도들이 존재한다. 대표적

314) Neomi Rao, "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law" 86 Notre Dame L. Rev. 183 (2011)

으로, (i) 최근 대중매체의 변화된 환경 속에서 명예 또는 평판의 의미를 새롭게 구성해야 한다는 견해,³¹⁵⁾ (ii) 평판의 사회적 기능에 주목하면서 평판의 공적 성격을 규명하고자 하는 견해³¹⁶⁾ 등이 그러하다.

Thomas Gibbons는 현대사회에서 미디어의 역할에 주목하여, 평판이 객관적으로 존재하는 것이 전혀 아니고 얼마든지 만들어질 수 있다는 점을 강조한다.³¹⁷⁾ 즉 현대 미디어 환경에서 특히 공인, 유명인들의 평판은 과거처럼 고정불변의 실체로 파악할 수 없으며 미디어에 의해 조작, 변형이 가능하다는 것이다. David Rolph 역시 현대의 매체 환경의 변화로 인하여 적어도 공적 인물 내지 유명인의 경우에는 명예, 재산권, 존엄으로 설명할 수 없는 “reputation as celebrity”라는 개념으로 설명되어야 한다고 주장한다.³¹⁸⁾ 또한 Daniel Solove는 평판의 사회적 기능에 대한 고전적 사회학 이론들과 평판 통제에 대한 개인의 욕구를 전제로 인터넷이 보편화된 세상에서는 평판의 통제가 더 이상 가능하지 않다는 점을 지적한다.³¹⁹⁾ 21세기의 급속하게 변화하는 환경속에서 명예 또는 평판이 갖는 의미 역시 20세기 이전의 개념들로 설명하기 어려운 새로운 모습으로 변화할 가능성이 높는데, 이러한 점에 대한 이론적 구성은 아직도 그 형태가 명확하지 않을 정도로 초기단계에 불과하다.

다음으로 앞서도 언급한 바와 같이 평판의 공적 성격과 관련하여 최근 들어 위와 같은 평판의 공적 성격, 청자의 입장에서의 올바른 평판에 기초한 정보를 수령할 이익, 그러한 건전한 평판 정보들이 갖는 사회적 유용성 등에 대해 다양한 연구들이 이루어지고 있다. 이와 관련하여, 1999년 영국 Reynolds 판결의 다음과 같은 판시 부분은 주목할 만하다.

“평판은 개인의 존엄의 본질적 부분일 뿐만 아니라 민주사회의 수많은 결정의

315) Thomas Gibbons(주 239); David Rolph(주 189).; Daniel Solove, *Future of Reputation, Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, Yale University Press (2008) [이승훈 역, *인터넷 세상과 평판의 미래*, 비즈니스맵 (2013)] 참조.

316) Laura Heymann(주 238) 참조.

317) Thomas Gibbons(주 239) 참조.

318) David Rolph(주 189), pp.171~184.

319) Daniel Solove, [이승훈 역(주 315)] 55~88면.

기초가 된다. 따라서, 평판에 대한 훼손에 의해 개인만이 아닌 사회도 피해를 입는다. 따라서, 평판에 대한 보호는 단지 개인의 이익에 국한하는 것이 아니라 공동선(public good)을 지키는 문제이다.”³²⁰⁾

이처럼 명예 또는 평판의 의미에 관한 논의는 여전히 진행형인 상태라고 할 수 있다. 인류의 역사를 통틀어보면, 20세기 후반은 명예권보다는 표현의 자유에 집중한 시기였음이 분명하다. 그런 점에서 민주주의가 어느 정도 정착된 이후라면 새로운 변화된 환경 하에 명예권의 의미를 어떻게 파악할 것인지가 새로운 화두로 떠오를 가능성이 높다. 우리나라의 경우에도 최근 인터넷과 명예훼손 등 새로운 매체환경 속에서 명예훼손의 문제에 대한 논의는 대단히 활발하게 이루어지고 있다. 그리고, 그러한 연구들은 인터넷이 평판의 의미 내지 개념에 미치는 영향에 대한 연구라기보다는 인터넷 상의 명예훼손을 어떻게 해결해야 할 것인지와 같은 실질적인 문제에 집중하는 경향이 농후하다. 그러나 그러한 논의가 보다 생산적인 것이 되기 위해서는 인터넷을 포함한 변화된 대중매체 하에서 명예 혹은 평판의 의미에 관한 보다 근본적인 고찰이 필요하지 않을까 생각된다.

320) 위 판결의 관련 판시 부분 : “Reputation is an integral and important part of the dignity of the individual. It also forms the basis of many decisions in a democratic society which are fundamental to its well-being: whom to employ or work for, whom to promote, whom to do business with or to vote for. Once besmirched by an unfounded allegation in a national newspaper, a reputation can be damaged for ever, especially if there is no opportunity to vindicate one’s reputation. When this happens, society as well as the individual is the loser. For it should not be supposed that protection of reputation is a matter of importance only to the affected individual and his family. Protection of reputation is conducive to the public good.”

제5장 명예권론에 대한 비교법적 검토

제1절 서설

제5장에서는 명예권의 구체적 내용을 영국, 독일, 미국, 캐나다의 순으로 비교법적인 관점에서 살펴본다. 구체적 검토에 앞서서 다음의 두 가지 점을 지적하기로 한다.

I. 명예권의 구체적 내용과 각 국가의 사회문화적 배경

(1) 제1장에서 언급한 바와 같이 Frederick Schauer는 “권리는 문화적 진공상태(cultural vacuum)에서 발생하지 않는다. 부분적으로, 권리는 이미 존재하던 공동체의 규범(preexisting community norms)을 반영함으로써 존재하는 것이다”라고 지적한 바 있고,³²¹⁾ 또한 권리는 통상적인 의미에서 헌법적인 것이지만(constitutional) 다른 한편으로 보다 깊은 의미에서 우리를 구성하는 것(constitutional in the sense that they constitute who and what we are)이라고도 하였다.³²²⁾ 명예권에 관하여도 그의 이러한 언명은 타당하다. 후술하는 바와 같이 미국, 독일, 영국, 캐나다의 경우 명예권의 구체적 내용을 살펴보면 각 나라는 전혀 상이한 문화적 전통과 철학을 배경으로 각기 고유한 명예권의 내용을 갖고 있다는 점을 확인할 수 있다.

우선 명예 내지 평판의 보호 정도 및 그 구체적 내용과 관련하여 각 국가는 상이한 전통을 보인다. James Whitman, Edward Eberle 등은 명예권, 프라이버시권 등 인격권(personality rights)의 특성을 파악함에 있

321) Frederick Schauer(d)(주 13) - Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.185에서 재 인용.

322) Frederick Schauer(d)(주 13) 참조.

어서 독일 등 유럽국가들과 미국의 차이를 존엄(dignity)의 문화와 자유(liberty)의 문화의 차이로 설명한다.³²³⁾ 전통사회를 기반으로 하는 유럽 국가들은 존엄의 가치에 치중하는 반면 17세기 이후 성립된 근대국가인 미국은 개인의 자유를 기초이념으로 한다는 것이다. 이러한 고찰을 제4장에서 본 honor, property, dignity의 관점에서 설명하면, 영국, 독일 등 유럽국가들은 honor, dignity의 전통이 강한 반면, 전통사회를 겪지 않고 성립된 근대국가인 미국은 시장경제, 개인주의적 측면이 강하여 평판의 property적인 측면이 더 부각되는 사회라고 설명될 수 있을 것이다. 또한 honor, dignity의 전통을 지닌 유럽국가들 중에서도 독일의 경우 제2차 대전 이후 채택된 독일기본법에서 인간의 존엄(dignity)을 최고의 이념으로 채택함으로써 영국에 비해 honor보다는 dignity적인 요소가 강조되었다고 할 수 있다. 또한 캐나다의 경우 역사적 경로는 미국과 유사함에도 불구하고 미국과는 정반대의 입장을 취하고 있다는 점에서 이 역시 독특한 경우에 속한다. 이처럼 평판의 honor, property, dignity적 요소는 시장경제와 자유주의, 민주주의를 기초원리로 하는 20세기 선진국가의 명예권에서 공통되는 요소라고 할 수 있지만 그 구체적인 내용은 각국의 특수한 문화적, 정치적 배경에 의해 각기 다른 양상으로 나타나고 있다.

(2) 다만 다른 한편으로 최근 명예훼손법의 동향은 지구화에 따른 근접성으로 인해 각 국가 상호간 상당한 영향을 주고받으며 상호수렴하는 경향을 보여준다는 점 또한 지적하지 않을 수 없다. 후술하는 바와 같이 영국, 캐나다를 비롯한 많은 국가들이 New York Times 판결 법리의 수용을 명시적으로 거부하였지만, 다른 한편으로 최근 수년간 공인이론의 법리를 부분적으로 수용함으로써 표현의 자유를 증진하는 방향으로 변모

323) Privacy에 관하여 미국과 유럽의 상이한 전통에 관해서는 James Q. Whitman(b), "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty", 113 Yale L.J. 1151 (2004) 참조. 그리고, 명예훼손과 관련하여 유사한 논의로는 Guy E. Carmi, "Dignity Versus Liberty : The Two Western Culture of Free Speech" 26 B.U. Int'l L.J. 277 (2008), Edward. J. Eberle, Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States, Praegers (2002)

한 것도 사실이다.³²⁴⁾ 이러한 점은 지구화로 인한 전세계적인 수렴성을 보여주는 것이다.

II. 표현의 자유와 명예권 보호의 관계 : 상호 비대립성의 측면

두 번째로 지적할 점은 표현의 자유와 명예권의 관계에 관한 문제이다. 흔히 표현의 자유와 명예권은 서로 대립되는 관계로 이해된다. 즉, 표현의 자유의 보호에 치중하면 명예권 보호가 약화되고, 명예권 보호에 치중하면 표현의 자유가 약화되는 상호 배타적인 관계에 있다는 것이다. 일반론의 관점에서 이러한 명제가 틀렸다고 말할 수는 없지만, 반드시 그렇다고 단정할 수는 없다는 점에 주의해야 한다. 즉 표현의 자유가 폭넓게 보호되면서도 명예권의 보호 역시 충분하게 이루어질 수도 있고, 표현의 자유가 부재하면서도 명예권에 대한 보호 역시 미흡한 경우가 존재할 수 있다는 것이다. 가장 대표적인 경우가 바로 미국이다. 흔히 미국의 경우 수정헌법 제1조로 대표되는 표현의 자유의 국가로 인식되고 있으며, 표현의 자유에 관한 이론적, 철학적 논의의 풍부함이나 수정헌법 제1조 관련 연방대법원의 판결들이 다른 방대한 고민들은 표현의 자유의 역사에 막대한 영향을 미친 것이 사실이다. 하지만, 정작 미국의 표현의 자유에 대한 평가가 긍정적인 것만은 아니다. 세계 언론의 자유의 지표 가운데 하나인 국경 없는 기자회(Reporters without Borders)의 언론의 자유 평가에 의하면 미국은 2015년 49위, 2017년 43위에 불과하다.³²⁵⁾ 반면 아래에서 보는 바와 같이 미국에 비해 보다 강력한 명예권 보호의 전

324) New York Times 판결의 국제적 영향에 관해서는, 염규호(b), “설리번 판결 50주년과 언론의 자유 : 제1 수정헌법의 국제적 영향”, 언론중재, Vol. 130, 2014년 봄호, 동 논문에서 저자는 New York Times 판결의 법리를 전면적 혹은 부분적으로 수용한 예로서 헝가리, 필리핀, 아르헨티나, 타이완 등 국가를 들고 있다.

325) 국경없는 기자회 홈페이지(<https://rsf.org/en>) 참조. 물론 이 정도 평가도 전세계 다른 국가들과 비교할 경우 상위권인 것은 사실이나 유럽 선진국들에 비해 현저히 낮은 수치이다. (마지막 방문 : 2018. 7. 23.)

통을 갖고 있는 국가로 분류되는 독일, 캐나다의 경우 2017년 순위는 16위, 22위로 미국보다 우위이다. 영국의 경우 명예권 보호의 측면에서는 미국과 정반대의 극단에 있지만 언론의 자유 순위는 40위 정도로 미국과 유사하다.³²⁶⁾ 위 4국에 있어서 표현의 자유와 명예권 보호의 정도를 도표로 정리하며 다음과 같다.

<표 6. 독일, 영국, 캐나다, 미국의 표현의 자유와 명예권 보호>

	표현의 자유 - 국경 없는 기자회견, 2017	명예권 보호의 전통
독일	16위 - 높음	높음
캐나다	22위 - 높음	높음
영국	40위 - 낮음	높음
미국	43위 - 낮음	낮음

위 표에서 보는 바와 같이 위 4개국만을 비교할 경우 독일, 캐나다는 표현의 자유와 명예권 보호가 모두 높음이고, 영국은 표현의 자유는 낮음, 명예권 보호는 높음인 반면 미국은 양자 모두 낮음이다. 이러한 결론이 도출될 수 있는 이유는 무엇일까? 이는 표현의 자유의 다양성과 관련

326) 이러한 평가치는 또다른 국제단체인 freedomhouse의 평가결과와도 유사하다. 즉 freedomhouse의 경우 표현의 자유에 대한 제한이 전혀 없는 경우를 0점, 표현의 자유가 전혀 존재하지 않는 경우를 100점으로 평가하는데, 2017년 경우 캐나다 18, 독일 20, 영국 25, 미국 23으로 평가한 바 있다. (마지막 방문 : 2018. 7. 23.)

출처 : <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/freedom-press-2017>

<표 5. 프리덤하우스의 4국 평가>

	캐나다	독일	영국	미국
프리덤하우스 (평점, 낮을수록 자유정도 높음)	18	20	25	23

된다. 다수의 논자들은 표현의 자유를 ‘소극적 자유’와 ‘적극적 자유’의 두 가지 측면으로 나누어서 고찰한다. 통상 소극적 자유란 표현행위에 대한 규제의 측면을, 적극적 자유란 그 목소리를 낼 수 없는 소수자들에 대해 정당한 목소리를 낼 수 있도록 하는 정부의 적극적 지원의 문제를 의미한다.³²⁷⁾ 이를 Hohfeld식의 권리분류론에 따라 나눈다면 소극적 자유는 면책권(immunity), 적극적 자유는 청구권(claim)에 해당하는 것으로 볼 수 있다.³²⁸⁾

소극적 자유와 적극적 자유의 구별은 정치철학자 Isaiah Berlin의 “자유 의 두 개념(Two concepts of Freedom)”이라는 논문에서 유래된 구별인데,³²⁹⁾ 소극적 자유란 간섭의 부재를, 적극적 자유는 자아실현이나 자신의 사상을 현실화하는 것과 같이 간섭의 부재를 넘어서서 자유의 적극적 실현의 측면을 의미한다. 표현의 자유의 맥락에서도 그러한 구분에 입각한 논의가 이루어지고 있는데, 소극적 자유란 표현행위에 대한 규제의 측면을 의미하고, 적극적 자유와 관련하여서는, (i) 국가는 소수자의 언론(言路) 확보를 지원할 의무가 있는가? (ii) 만일 언론이 소수 지배계층에게 독점되어 있는 상황이라면 국가는 언론의 객관성을 확보하기 위하여 지배적 언론이 아닌 소수언론에 대해 적극적 지원조치를 취할 의무가 있는가? (iii) 그렇다면 그 기준은 어떻게 설정되어야 하는가? (iv) 그러한 정책은 자유주의 국가의 중립성 의무에 위배되는 것은 아닌가? 등등의 문제가 제기된다.

<표 7. 표현의 자유의 소극적 자유, 적극적 자유>

327) Frederick Schauer(a)(주 17), 제8장 “What kind of freedom”(pp.131~153); Eric Barendt(a)(주 29), pp.25~30.

328) Frederick Schauer(a)(주 17), pp.122~123.

329) Isaiah Berlin “Two concepts of Freedom”(1958), 박동천 역, 「이사야 벌린의 자유론」(아카넷) 중 “자유 의 두 개념”

	소극적 자유	적극적 자유
목적	간섭의 부재	평등한 목소리의 실현
철학적 기초	개인주의적 자유주의	paternalism
Hohfeld식 분류	면책권(immunity)	청구권(claim)

그런데, 미국의 경우 사상의 자유시장 이론의 남용으로 인하여 언론시장의 지나친 왜곡 내지 집중이 문제점으로 지적되어 왔고, 바로 그러한 점이 Cass Sunstein이나 Owen Fiss 같은 학자들이 비판해 온 지점이다. 즉 이들 학자들이 지적하는 바와 같이 미국의 경우 정치적 자유주의에 입각하여 공적 사안에 대한 표현의 자유를 선도적, 획기적으로 확장시킨 20세기 초반 연방대법원 판례와 달리 20세기 후반 특히 1970년대 이후에는 사상의 자유시장 이론의 자유방임적 경향이 확대됨에 따라 신자유주의(neo-liberal) 내지 자유지상주의적(libertarian) 경향을 띠는 판결들을 내놓음으로써 언론시장의 왜곡을 초래하였다는 것이다.³³⁰⁾

한편, 손해배상, 금지청구권의 측면에서 명예훼손법의 경우 표현의 자유의 소극적 자유의 측면과 관련됨은 물론이다.³³¹⁾ 명예훼손법을 소극적으로 운용함으로써 표현의 자유를 옹호할 경우 그러한 한도 내에서는 명예권과 표현의 자유가 상호 배타적인 관계에 있을 수 있지만, 위와 같은 이유로 넓은 의미에서 표현의 자유 전체와 명예권이 반드시 상호 배타적(mutually exclusive)인 대립관계에 있는 것은 아니다. 오히려 명예권 보

330) 이러한 점에 대해서는 제6장에서 자세히 살펴본다.

331) 반면 정정보도, 반론보도청구권의 경우는 적극적 자유의 측면과 관련된다. 참고로, 혐오표현의 규제와 관련하여 홍성수 교수는 혐오표현 규제의 필요성을 지지하면서도 그러한 규제가 표현의 자유라는 헌법적 가치와 충돌하는 것을 최소화하기 위하여 “표현의 자유를 증진하는 방향으로의 규제”의 필요성을 강조하는데, 이러한 지적은 표현의 자유의 적극적 자유의 측면에서의 논의라고 할 수 있다. 홍성수(a), 말이 칼이 될 때, 어크로스 (2017) 그리고 홍성수(b), “혐오표현의 규제 : 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색” 법과사회 50호(2015. 12.) 참조

호의 전통이나 표현의 자유의 내용과 정도 역시 그 사회의 문화적 전통, 정치적 상황 등에 의존하는 것으로서 각 국가의 특수한 상황 및 재판문화 등의 영향을 받을 수밖에 없는 것이다.

제2절 각 국가별 검토

I. 영국의 경우

1. 서설

전통적으로 영국은 거액의 배상액, 높은 승소율, 폭넓은 관할권 인정 등으로 이른바 ‘전세계 명예훼손 소송의 수도(libel capital of the world)’라고 불리울 정도로 명예권 보호에 치중하는 국가이다. 후술하는 바와 같이 최근까지도 명예훼손 소송에서 승소율은 90%에 가깝고, 승소시 거액의 손해배상액이 인정되며, 미국과 달리 공인에 대한 명예훼손 소송에서도 사인과 구분없이 거액의 손해배상액이 인정되기도 하였다. 이는 선동적 명예훼손에 그 뿌리를 두고 있는 엄격책임(strict liability) 원칙이 현재까지도 인정되기 때문인데, Robert Post의 논의방식에 따라 설명하면 honor적인 명예권 개념이 여전히 강력한 영향력을 발휘하고 있음을 의미한다. 다만 후술하는 바와 같이 21세기에 이르러 대법원(House of Lord)³³²⁾ 판결(Reynolds, Jameel 판결) 및 입법적 노력(2013년 개정 명예훼손법)에 의해 표현의 자유를 보다 넓게 수용하고자 하는 다양한 노력을 기울이고 있는데, 이러한 노력에도 불구하고 전통적인 방식이 완전히 해소된 것으로 볼 수 없는 점에 비추어, 영국의 경우 명예권 보호는 중세 이래 면면히 내려온 전통에 기초한 것으로 그 뿌리가 매우 깊다는 사

332) 참고로, 영국은 2009년 헌법개혁법률에 따라 대법원(Supreme Court of the United Kingdom)을 설립하였다. 이하에서 살펴보는 Reynolds, Jameel 판결은 그 이전 상원(House of Lords)이 내린 판결이다.

실을 알 수 있다. 이하에서는 우선 영국에서의 표현의 자유의 문제를 살펴보고, 이어서 영국에서의 명예권 내지 명예훼손법의 구체적 내용을 최근 명예훼손법 개혁 전후의 시기로 나누어 살펴보기로 한다.

2. 영국에서의 표현의 자유

John Milton과 J. S. Mill의 모국인 영국의 경우 표현의 자유의 오랜 전통을 갖고 있음은 물론이다. 비록 의회의 구성원들에게 제한된 것이기는 하였지만 이미 1689년 권리장전(Bill of Rights) 제9조에서 “의회의 절차에서의 표현의 자유와 논쟁은 법정 기타 의회 밖 어디에서도 탄핵되거나 심문되지 아니한다.”³³³⁾고 하여 의회 내의 표현의 자유를 규정하고 있었다. 또한 이미 18세기에 Blackstone도 “언론의 자유는 자유 국가의 본질적 속성이다”라고 하여 민주사회에서 표현의 자유의 중요성을 강조한 바 있다.³³⁴⁾ 다만 영국에서 표현의 자유가 법령에 의해 인정된 것은 비교적 최근의 일로서, 1998년 제정된 인권법(Human Rights Act)이 유럽인권규약(ECHR)을 국내법으로 수용함에 따라 표현의 자유를 규정한 European Convention on Human Rights(이하 “ECHR”) 제10조가 영국에서 법적 효력을 갖게 되었다.³³⁵⁾ 다만 그렇다고 해서 1998년 이전과 이후가 급격한 차이를 갖는 것은 아니다. 불문헌법 국가의 오랜 전통을 갖고 있는 영국에서는 그 이전에도 이미 표현의 자유는 헌법적 가치로 인정되어 왔기 때문이다.³³⁶⁾

3. 영국에서의 명예권 : 명예훼손법 개혁 이전

333) 원문 : “That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.”

334) Hilaire Barnett(주 78) p.552.

335) Hilaire Barnett(주 78), p.553.

336) Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.185.

가. 명예권 보호의 중심지 : 이른바 ‘명예훼손법의 세계수도’

(1) 최근 명예훼손법에 대한 개혁 시도가 있기 이전 영국은 “명예훼손법의 세계수도(the libel capital of the world)”라고 불리울 정도로, 명예권 보호에 치중하는 국가라는 점은 잘 알려진 사실이다. 영국이 그러한 별칭을 갖게 된 것은 다음과 같은 사정들에서 기인한다.

(2) 우선, 가장 중요한 문제로 명예훼손 소송에서 원고 승소 판결의 비율이 매우 높다. 어느 통계에 의하면 1990년대까지 영국에서의 명예훼손 소송에서 승소율은 90% 정도에 이른다는 것으로,³³⁷⁾ 이는 승소율이 극히 낮은 미국과 비교해서는 물론이고 우리나라와 비교해도 매우 높은 수치이다. 미국의 경우 명예훼손 소송에서의 승소율이 극히 낮은 반면 일단 승소할 경우 거액의 배상액을 받는 관계로 이를 “Jackpot”으로 표현하기도 하는데,³³⁸⁾ 영국의 소송실무는 이러한 미국의 경향과 극명하게 대비됨은 물론 우리나라와 비교해도 위와 같은 승소율은 매우 높은 것이 아닐 수 없다.³³⁹⁾

(3) 다음으로 손해배상액의 측면에서도 보더라도 거액의 배상액이 인정되는 것이 보통이다. 영국의 명예훼손법에서도 미국과 마찬가지로 손해가 추정되므로 배상액의 측면에서도 원고에게 매우 유리하다.³⁴⁰⁾ 그리

337) Drew Sullivan, “Libel Tourism: Silencing the Press Through Transnational Legal Threats ; A Report to the Center for International Media Assistance” 19 (2010. 1.) p.19면; Stephen Bates, “Libel Capital No More? Reforming British Defamation Law”, 34 Hastings Comm. & Ent L.J. 233 (2012) p.235에서 재인용.

338) Susan E. Seager(주 280) 참조.

339) 후술하는 바와 같이 우리나라의 경우에도 승소율은 대략 40~50% 정도에 불과하다.

340) 영국의 경우 미국과 달리 ‘추정적 손해배상(presumed damages)’이라는 용어를 사용하지 않는 경향이 있는데, 그 이유는 영국과 미국의 현대 명예훼손법의 차이에서 기인한다. 즉 미국의 경우 Gertz 판결 이후 사인/공적 사안인 경우 연방대법원은 과실 및 실제적 손해를 입증해야 한다고 판시하였기 때문에[Rodney Smolla(b)(주 33), § 9:23] 그와 같은 실제적 손해배상

고, 소송비용의 측면에서도 가히 세계 최고일 정도로 높지만 그 대부분을 피고에게 전가할 수 있다는 점에서 원고로서는 소제기에 큰 부담을 느끼지 않는다는 것이다.³⁴¹⁾

(4) 마지막으로, 폭넓은 관할권의 인정이다. 즉, 종래 영국 법원은 원, 피고 모두 외국인이고 사안의 쟁점 기타 제반사정이 영국과 직접적 관련이 없는 경우에도 최소한의 관련성만 있다면 관할권을 인정해 주는 경향이 있었다. 그러한 이유로 매우 빈번하게 관할쇼핑(forum shopping)의 대상이 되었는데, 이러한 관할쇼핑의 대표적인 예로 Rachel Ehrenfeld의 경우를 들 수 있다. 미국 민주주의 센터(American Center for Democracy) 이사직을 맡고 있던 Rachel Ehrenfeld는 2004년 “Funding Evil : How Terrorism is Financed and How to Stop It.”이라는 책을 출간하였다. 그런데, 그 직후 그는 책에서 언급하였던 사우디아라비아 출신 은행가로부터 동 저서에서 마치 그 은행가가 테러리스트와 연계된 것처럼 서술되었다는 이유로 영국 법원에 명예훼손 소송을 제소당하였다. 이 소송에서 영국법원이 관할을 인정하였던 이유는 인터넷 업체인 아마존(Amazon.com) 사이트에서 23권이 영국에 배송되었다는 점 때문이었다.³⁴²⁾ 이러한 넓은 관할권 인정은 외국판결의 승인, 집행의 문제를 발생시키는데, 미국에서 이 문제를 정면으로 다룬 연방입법이 2010년 연방의회에서 통과된 ‘SPEECH Act’였다. 이는 “Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act 2010”의 약어로서, 영국의 명예훼손 판결이 미국법상 요건을 갖추지 못한 경우 집행을 불허하는 것을 골자로 한다. 즉, 명예훼손 피해자가 엄격한 미국법상의 명예훼손 요건을 회피하기 위하여 영국에서 소제기하여 미국 내에

(actual damages)과 대비되는 의미에서 추정적 손해배상(presumed damages)라는 표현을 사용하지만, 영국의 경우 일반적 손해는 모두 추정되므로 굳이 추정적 손해배상(presumed damages)라는 표현을 사용하지 않는 것이다.

341) Stephen Bates(주 337), pp.234~235.

342) Mahfouz v. Ehrenfeld, [2005] EWHC (QB) 1156 (Eng.)

서 이를 집행하는 것을 방지할 목적에서 제정되었다.

나. 미국과의 비교

(1) 위에서 살펴보는 바와 같이 이러한 영국의 명예권 보호 경향은 명예권 보호의 정도가 극히 취약한 미국과 극단적으로 대비된다. 그런데 실정법 체계의 측면에서 보면 그러한 차이가 발생한 것은 그리 오랜 것은 아니다. 즉, 많은 학자들이 언급하는 바와 같이 1964년 New York Times 판결 이전 미국과 영국의 명예훼손법은 적어도 법률 체계상으로는 큰 차이가 없었으며, 미국의 경우 1964년 이후 New York Times, Gertz, Dun & Bradstreet 판결 등을 거치면서 가히 혁명적인 변화를 겪게 되었기 때문이다. 하지만, 단순한 법체계가 아니라 그러한 법체계의 배후에 있는 사회, 문화, 정치적 요소를 살펴보면 영국과 미국은 18세기 이후부터 이미 서로 완전히 다른 경로를 밟아옴으로써 전혀 다른 문화적 배경을 갖게 되었음을 확인할 수 있다. 비록 미국이 모국인 영국으로부터 법체계를 수용한 것은 사실이지만 18~19세기를 거치면서 미국 특유의 독특한 문화를 형성한 것 또한 잘 알려진 사실인데, 그러한 상이한 문화적 전통은 명예권의 실질에도 직접적인 영향을 미친 것이다.

(2) 20세기 초 미국의 저명한 헌법학자 Zechariah Chafee는 이러한 차이를 매우 생생하게 묘사한 바 있다. 즉, 1947년 책에서 그는 이미 “명예훼손 소송에서 있어서 영국에서는 미국에 비해 훨씬 더 원고의 승소율이 높으며, 배상액도 더 높다”고 지적한 바 있다.³⁴³⁾ 그러면서 그는 러시아 공주인 Youssouppoff 사건³⁴⁴⁾을 언급하는데, 1934년 명예훼손 사건인 동

343) Zechariah Chafee(주 266), p.105.

344) Youssouppoff v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures (1934); 러시아의 괴승으로 알려진 Rasputin을 주인공으로 하는 영화에서 그가 Natasha라는 공주를 강간하는 것으로 묘사되었는데, 실제 역사에서 Rasputin의 암살자로 유명한 Youssouppoff 공의 아내인 Irina 공주가 영화속의 Natasha가 자신을 상징하는 것으로 보인다는 이유로 영화제작사를 상대로 명예훼손 소송을 제기한 사건을 의미한다.

사건에서 피고가 합의금으로 15만 파운드³⁴⁵⁾를 지급한 사실을 언급하면서 “과연 미국에서라면 10만 달러를 받았을까?”라는 의문을 제기한다. 그리고 그러한 차이는 법체계의 차이에서 기인하는 것이 아니라고 지적한다.³⁴⁶⁾ 즉 미국의 명예훼손법이 영국의 법체계를 계수하였으므로 양자의 법체계 자체에서 큰 차이가 있는 것은 아니므로, 결국 그 차이는 문화적 배경의 차이에서 비롯되는 것으로 설명할 수밖에 없다는 것이다. Zechariah Chafee는 영국의 판사와 배심원들은 “유동적이고 이동이 빈번한(fluid and migratory) 미국 사회와 다른 지적 환경(different intellectual climate)에서 살고 있기 때문”이라고 한다.³⁴⁷⁾ Zechariah Chafee의 위와 같은 언급을 통하여, 명예권에 대한 영국의 존중은 그 뿌리가 매우 깊은 것인 점, 그리고 그것은 독일과 같이 나찌스와 같은 역사적 경험을 토대로 한 집단이성의 반성적 사고나 Kant, 기독교 철학과 같은 깊이 있는 철학적 사고에 의한 것이 아니며 그 근원을 명확히 알 수 없는 사회적, 문화적 전통에 기인하였음을 알 수 있다.

(3) 영국은 New York Times 판결의 법리 내지 공인이론과 같은 법리를 인정하지 않는다. 따라서, 유명 정치인이나 공인들도 그에 대한 비판적인 언론에 대해 자유롭게 명예훼손 소송을 제기하고, 법원은 사인과 별 구별 없이 원고의 청구를 인용해왔다. 최근까지도 John Major 총리,³⁴⁸⁾ Jeffrey Archer³⁴⁹⁾ 등을 비롯하여 수많은 유명 정치인들이 명예훼손

345) 현재의 환율로 계산해 보아도 약 2억 원이 넘는 금액으로, 당시가 1934년 점을 감안하여 현재가치로 환산하면 수십억 원에 이르는 금액이라는 추정이 가능할 것이다.

346) Zechariah Chafee(주 266), p.105.

347) Zechariah Chafee(주 266), p.106.

348) Major v The New Statesman, 2002년 The New Statesman이 메이저 총리의 불륜 관계에 대해 보도한 것과 관련하여 메이저가 The New Statesman을 상대로 명예훼손 소송을 제기하였으나 판결이 선고되기 전에 합의에 의해 종결되었다. 당시 합의금이 얼마였는지는 알려지지 않았지만, 그 이후 보도에 의하면 “회사가 파산하기 직전의 금액”이었다고 한다(그 이후 메이저의 상대방의 폭로로 스캔들이 사실임이 드러나자 The New Statesman 측은 메이저를 상대로 합금을 반환하라며 소송을 제기하기도 하였다).
출처 : 2002. 10. 5.자 Guardian지 기사 (마지막 방문 2018. 7. 23.)

손 소송의 원고가 되어 소송을 제기하고, 실제로 거액의 손해배상액을 인정받는 경우가 비일비재하였다.³⁵⁰⁾

(4) 미국과 영국의 이러한 상반된 경향은 하급심의 재판실무의 태도에서도 확인된다. 잘 알려진 바와 같이 미국의 공인이론은 New York Times 판결, Gertz 판결 등에 의해 그 이론적 틀이 마련되었다.³⁵¹⁾ 그런데, 연방대법원에서 가이드라인을 제시하는 것과 그 실제의 운용은 완전히 같은 문제는 아니다. 공인인지 여부는 입증책임에서 엄청난 차이가 있으므로 사실상 소송의 승패를 가르는 중요한 문제이지만 그 구별이 반드시 명확한 것은 아니다. 그런데 후술하는 바와 같이 미국의 하급심 판결들을 보면 미국에서 인정되는 공인은 정치인, 공직자 외에도 운동선수, 연예인, 누드댄서 등 실로 다양한 직업군들이 포함되어 그 범위가 매우 넓다. 그런데, 이러한 사례들은 하급심 판결에 의해 확대되어 온 사실을 확인할 수 있다.³⁵²⁾ 즉 공인이론의 적용범위를 확장한다는 것은 표현의 자유를 넓게 인정하고 명예권을 제한하는 것을 의미하는데, 미국의 법원 실무는 공인이론의 적용에 있어서 명예권 보호에 적대적인 방향으로 제도가 운용되었다는 것이다. 반면 영국의 경우 후술하는 바와 같이 최근 영국 상원은 Reynolds 판결 등에서 명예권 보호보다는 표현의 자유를 보호하는 방향으로 가이드라인을 제시하였음에도 여전히 하급심에서는 그러한 판시를 받아들이는데 적극적이지 않았다는 것이다.³⁵³⁾ 이러한 재판제도의 운용은 미국과 영국의 재판실무에서 상반된 경향성을 깊이 내재하고 있음을 시사하는 것이라고 할 수 있다.

<https://www.theguardian.com/politics/2002/oct/05/uk.pressandpublishing>

349) 보수당 부총재를 지낸 거물급 정치인으로 1986년 그가 창녀와 관계를 맺었다는 기사를 쓴 The Daily Star를 상대로 명예훼손 소송을 제기하여 50만 파운드(약 6억 원)의 배상액을 인정받은 바 있다.

350) Ian Loveland(주 218), pp.1~2.

351) 이에 대한 자세한 내용은 제6장 제2절에서 살펴보기로 한다.

352) Mark D. Walton(주 226); Mark A. Franklin(주 226), p.1666.

353) Kyu Ho Youm(c), "Liberalizing British Defamation Law : A Case of Importing the First Amendment?" 13. Comm. L. & Pol'y 415 (2008) p.433, 이에 대해서는 뒤에서 다시 살펴본다.

4. 최근의 변화

가. 개요

이처럼 영국의 경우 20세기까지만 하더라도 표현의 자유보다는 명예권 보호에 극단적으로 치중하는 경향을 보여왔지만, 1999년 Reynolds 판결, 2006년 Jameel 판결 및 2013년 명예훼손법 개정으로 상당한 변화를 겪게 된다. 이는 과거에 비해 표현의 자유에 대한 보호를 넓히는 방향으로의 변화인데, 이러한 변화를 야기한 요인으로는 (i) 미국의 영향, (ii) 영국 명예훼손법에 대한 비판 및 개혁논의, (iii) 유럽인권재판소 및 UN 인권위원회의 권고 등을 들 수 있다. 다만 그럼에도 불구하고 미국과 같은 현실적 악의의 법리를 전격적으로 수용한 것은 아니며, 영국내 반대의견도 만만치 않은 상황이다. 따라서, 이러한 변화는 2018년 현시점을 기준으로 여전히 진행형이라고 할 수 있고, 향후 어떠한 양상으로 발전할 것인지를 판단하기 위해서는 좀 더 시간이 필요할 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 이하에서 최근의 변화에 대해 간략히 살펴보기로 한다.

나. 대법원 판결 및 최근의 입법

(1) 대법원(House of Lords) 판결들

영국에서의 변화의 포문을 연 판결은 1993년 Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd and Others 판결이다.³⁵⁴⁾ 위 사건은 지방자치단체의 재정지출에 대해 의문을 제기하는 언론보도에 대해 지방자치단체가 명예훼손 소송을 제기한 사안으로, 국가기관이 명예훼손의 피해자가 될 수 있는지 여부가 문제되었다. 이에 대해 영국 상원은 New

354) [1992] 1 QB 770

York Times 판결을 인용하면서 “민주적으로 선출된 정부는 무제한의 공적 비판이 가능해야 하는데, 명예훼손 소송의 위협은 그러한 비판적 표현의 자유에 대해 부당한 제약이 될 수 있다”고 판시하면서,³⁵⁵⁾ 국가기관은 명예훼손 피해자가 될 수 없다고 판시하였다. 위 판결 이전에 영국 대법원이 미국 연방대법원 판례의 법리를 명시적으로 인용한 적은 없었다는 점에서 위 판결은 영국 명예훼손법에 획기적 변화를 가져온 판결로 이해된다.³⁵⁶⁾ 다만 위 판결에서 미국 법리를 명시적으로 인정한 것은 아니고, 현실적 악의의 법리를 받아들인 것은 더더욱 아니다.³⁵⁷⁾

그 이후 영국에서 유사하게 논쟁적인 판결들이 선고되는데, 가장 중요한 판결은 1999년 Reynolds v Times Newspapers Ltd 판결이다.³⁵⁸⁾ 이 판결의 사실관계는 다음과 같다. Times Newspapers는 전 아일랜드 수상인 Reynolds가 아일랜드 의회를 제대로 이끌지 못하였다는 취지의 기사를 게재하였고, 같은 기사를 영국에서 배포되는 신문에도 게재하였다. 그런데, 아일랜드 신문의 기사와 달리 영국에서 배포된 신문의 기사에서는 Reynolds가 제공한 설명문을 누락하였다. 이에 Reynolds가 Times Newspapers를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다. 그런데 사안의 성격상 공정 논평의 항변(fair comment defence³⁵⁹⁾)은 가능하지 않았던 관계

355) 원문 : “it was of the highest public importance that a democratically elected governmental body should be open to uninhibited public criticism, and since the threat of civil actions for defamation would place an undesirable fetter on the freedom to express such criticism,”

356) Peter N. Amponsah(주 42), p.57.

357) Peter N. Amponsah(주 42), p.57.

358) [2001] 2 AC 127; [1999] 3 WLR 1010; [2000] EMLR 1; [1999] 4 All ER 609

359) 이는 미국이나 우리나라에서의 ‘의견의 항변’과 유사한 것이나, 그 인정범위가 더 좁다. 종래 보통법상의 항변이었으나 1952년 Defamation Act Section 6에서 다음과 같이 명문화하였다.

“In an action for libel or slander in respect of words consisting partly of allegations of fact and partly of expression of opinion, a defence of fair comment shall not fail by reason only that the truth of every allegation of fact is not proved if the expression of opinion is fair comment having regard to such of the facts alleged or referred to in

로, 피고인 Times Newspapers사는 공적 이슈에 대한 새로운 면책특권을 주장하였다. 비록 영국 대법원(House of Lords)은 Times사의 주장을 받아들이지는 않았지만, 공적 이슈에 대한 면책특권의 인정 기준을 제시함으로써 영국 명예훼손법에서 새로운 방향을 제시하였다. 동 판결에서 법원은 “Reynolds Privilege” 혹은 “Responsible Journalism”이라고 불리는 공적 사안에 대한 면책특권 요건을 10가지로 제시한 바 있는데,³⁶⁰⁾ 이는 영국은 물론 캐나다, 뉴질랜드, 호주 등 보통법 전통을 따르는 국가들의 판결에 중대한 영향을 미치게 된다.³⁶¹⁾ 다만 위 판결은 그 결론에 있어서 언론사의 주장을 받아들이지 않은 것이므로 정치적 표현행위에 대해 특권적 지위를 부여할 것을 요하는 ECHR 제10조 및 ECtHR의 관시취지에는 미치지 못하였다.³⁶²⁾ 또한 영국 내에서 특히 하급심에서 위 판결은

the words complained of as are proved.”

360) 그 내용(원문)은 다음과 같다.

1. The seriousness of the allegation. The more serious the charge, the more the public is misinformed and the individual harmed, if the allegation is not true.
2. The nature of the information, and the extent to which the subject matter is a matter of public concern.
3. The source of the information. Some informants have no direct knowledge of the events. Some have their own axes to grind, or are being paid for their stories.
4. The status of the information. The allegation may have already been the subject of an investigation.
5. The steps taken to verify the information.
6. The urgency of the matter. News is often a perishable commodity.
7. Whether comment was sought from the claimant. He may have information others do not possess or have not disclosed. An approach to the claimant will not always be necessary.
8. Whether the article contained the gist of the claimant's side of the story.
9. The tone of the article. A newspaper can raise queries or call for an investigation. It need not adopt allegations as statements of fact.
10. The circumstances of the publication including the timing

361) 다만 후술하는 바와 같이 위와 같은 Reynolds 항변은 2013년 명예훼손법에 의해 폐지된다.

362) Peter N. Amponsah(주 42), p.63. 즉 ECHR은 유럽국가들에 대해 정치적

그다지 전향적으로 받아들여지지 않았다. 어느 한 통계에 의하면 1999년부터 2006년까지 하급심에서 Reynolds 항변이 성공한 사례는 약 20% 정도에 불과하였다고 한다.³⁶³⁾ 영국 하급심 법원에서 위 10가지 요소는 공적 사항에 대한 명예훼손을 표현의 자유의 이름으로 정당화하기 위한 요건이라기보다는 언론사들이 넘어야 할 장애물(hurdles)로 인식되었다는 것이다(즉 하급심 판결들은 위 10가지 요건을 모두 충족되어야 면책항변이 인정되는 것처럼 제도를 운용하였다).³⁶⁴⁾

이러한 경향은 결국 2006년 Jameel v. Wall Street Journal Europe 판결³⁶⁵⁾로 이어진다. 동 판결의 사실관계는 다음과 같다. 미국 정부는 사우디 정부에 사우디 내의 은행 계좌들을 비밀리에 감찰해 달라는 요청을 하였는데, 그 계좌들 가운데 사우디의 사업가인 Jameel의 계좌가 포함되어 있었다. 미국 정부에서 그러한 요청을 한 이유는 그러한 은행 자금들이 테러리스트들 지원을 위해 사용된다는 첩보에 따라 자금흐름을 추적하기 위해서였다. Wall Street Journal Europe은 그러한 사실을 보도하였고, Jameel은 Wall Street Journal Europe을 상대로 자신이 마치 테러리스트의 배후세력인 것처럼 보도되었다는 이유로 명예훼손 소송을 제기하였다. 영국 고등법원은 그러한 기사는 미 정부와 사우디 정부의 비밀유

표현의 자유의 제한은 “민주사회에서 반드시 필요한 경우”로 국한해야 할 것을 요구하였으나, 영국은 정치적 표현행위가 문제되는 명예훼손에서도 엄격책임의 원리를 적용함으로써 정치적 표현행위에 대해 특권적 지위를 부여하는 것을 거부하고 있다는 것이다(실제로 1975년부터 1996년 사이에 영국은 41회 ECHR 위반을 지적받았는데, 그 가운데 1/3이 표현의 자유에 관한 것이었다고 한다).

363) Kyu Ho Youm(c)(주 353), p.433.

364) Jameel v. Wall Street Journal Europe 판결문 문단 56. 참조. 원문은 다음과 같다. “In the hands of a judge hostile to the spirit of Reynolds, they can become ten hurdles at any of which the defence may fail. That is how Eady J treated them. The defence, he said, can be sustained only after “the closest and most rigorous scrutiny” by the application of what he called “Lord Nicholls’ ten tests”. But that, in my opinion, is not what Lord Nicholls meant.”

365) [2006] UKHL 44; [2007] 1 AC 359; [2006] 3 WLR 642; [2006] 4 All ER 1279; [2007] EMLR 14; (2007) Bus LR 291; (2006) HRLR 41.

지 약정에 위반되는 것이므로 공적 관심사가 될 수 없다고 판단하였다. 그러나 대법원은 Reynolds 항변을 근거로 하여 고등법원 판결을 파기하였다. 동 판결문을 작성한 Hoffman경은 앞서 언급한 바와 같이 Reynolds 판결에 대해 적대적인 판사들에 의해 Reynolds 항변이 넘어야 할 장애물인 것처럼 취급되면서 동 판결의 취지가 왜곡되었다고 지적하였다. 그러면서 그는 Jameel 판결에서 새롭게 정립한 원칙은 Reynolds 항변이 더 이상 지나치게 협소하게 적용되는 것을 방지할 목적에서 천명된 것이라고 하였다.³⁶⁶⁾ 동 판결에서 대법원이 제시한 심사기준은 다음과 같다.

- ① 기사의 내용이 공적 이익에 관한 것(matter of public interest)인가?
- ② 명예훼손적 내용 포함된 것이 정당화될 수 있는가(whether the inclusion of the defamatory statement was justifiable)?
- ③ 기사 작성을 위한 정보수집 및 보도 과정이 책임감 있고 공정한 방식으로 이루어졌는가(whether the steps taken to gather and publish the information were responsible and fair)?

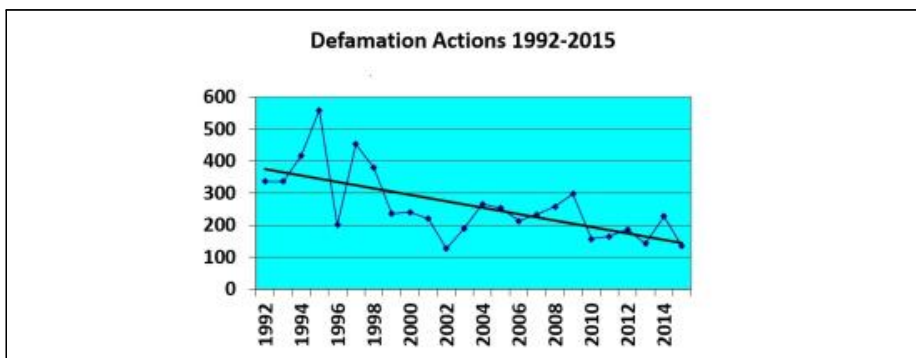
그리하여 당해 사안에서 대법원은 그 성격상 공적 이익에 관한 사안이고, 보도내용에 Jameel을 언급한 것 역시 정당화될 수 있으며, 정보의 수집 및 취재 과정 역시 정당하다고 판시하였다. 특히 ③의 요건과 관련하여 Hoffman경은 하급심 법원에서 피고가 진실을 입증하지 않는 한 명예훼손적 발언의 허위성은 추정된다는 전통적인 법리를 그대로 따른 것은 잘못된 것이라고 지적하면서, 그 내용이 반드시 진실일 필요는 없다고 판시하였다. 이러한 판시는 명예훼손적 발언의 허위성은 추정되며 해당 진술의 진실성은 피고가 입증해야 한다는 영국 명예훼손법의 진실항변에 중대한 변경을 가한 획기적인 판시라고 할 수 있다.³⁶⁷⁾

366) Kyu Ho Youm(c)(주 353), p.434.

367) 이러한 판시는 우리 대법원의 공익성, 상당성 항변과 유사해 보이지만 그

영국 법무부의 통계를 분석한 기사에 의하면 런던에서 제기된 영국의 명예훼손 소송은 아래 표와 같이 1992년 이래 지속적으로 감소하는 경향을 보이고 있다고 한다.³⁶⁸⁾ 다만 이러한 감소에는 위와 같은 판결 외에 다음 항목에서 살펴보는 바와 같이 영국의 명예훼손법 개선 입법의 결과이기도 하였다.

<그림 2. 영국 명예훼손 소송 1992~2015년>



(2) 관련 입법

한편, 영국의 경우 20세기에도 1952년, 1996년, 2013년 3차례에 걸쳐 명예훼손법을 개정하였는데, 특히 2013년 개정법은 여러가지 점에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 이를 간략히 보기로 한다.³⁶⁹⁾

맥락은 전혀 다른 것이라는 점에 주의해야 한다. 즉, 영국 명예훼손법상 발언내용이 명예훼손적인 것이면 허위성이 추정되고, 진실은 주장자가 입증하여야 한다. 그런데 그러한 입증이 결코 쉬운 것은 아니므로 허위인 점이 명백하지 않아도 명예훼손 책임을 부담하는 결과가 된다(진위불명의 경우 입증책임의 중요성). 그러한 점에서 위와 같은 항변이 인정된다는 것은 언론사의 입장에서 매우 획기적인 변화가 아닐 수 없다.

368) "Judicial Statistics, 2015: Issued defamation claims down by 40%, the second lowest number since 1992" 출처;

<https://inform.wordpress.com/2016/06/04/judicial-statistics-2015-issued-defamation-claims-down-by-40-the-second-lowest-number-since-1992/> (2018. 7. 23. 마지막 방문)

369) 이에 대한 세부적인 내용을 담은 해설서로는 James Price QC and Felicity McMahon, Blackstone's Guide to The Defamation Act 2013, Oxford

① 우선 위 법은 제1조에서 명예훼손 소송이 성립하기 위해서는 중대한 피해(serious harm)을 입증해야 한다고 규정하고 있다. 이는 사소한(trivial) 청구원인으로 소송을 남발하는 것을 막기 위한 조치로서, 명예훼손의 정도가 상당한 정도(substantial)에 이르러야 소송이 가능하다는 점을 명시한 것이다.³⁷⁰⁾ 과거에 발언의 명예훼손성만 입증하면 되고 손해 자체를 입증할 필요 없었던 점과 크게 대비되는 부분이다.

② 위 법의 가장 중요한 목적은 표현의 자유를 국제적인 수준으로 끌어올리는 것으로, 이를 위하여 Reynolds, Jameel 판결의 법리를 실정법으로 명문화하였다. 법 제4조는 공익성 항변을 규정하고 있는데 그 내용은 다음과 같다.

제4조 (1) 명예훼손 소송에서 다음 사항을 입증하면 피고를 위한 항변이 된다.

- (a) 대상 진술이 공적 이익에 관한 사항에 관한 것이거나 그 일부를 이를 것; 그리고,
- (b) 대상 진술의 공표가 공익을 위한 것이었다고 피고가 합리적으로 믿었을 것³⁷¹⁾

또한 제4조 제6항은 Reynolds 항변을 폐기한다고 규정하고 있는데, 이는 보통법상의 원칙을 실정법 체계 내로 통합시킨 것이다.

③ 다음으로, 위 법은 앞서 언급한 관할쇼핑(forum shopping)에 대한

University Press (2013); 그리고 동법의 핵심적인 내용을 요약 정리한 국내 문헌으로는, 박용상(c), “영국 명예훼손법 및 해설”, 언론중재, vol. 135, 2015년 여름호 (2015); 허순철, “영국의 명예훼손법 개정과 그 의미”, 공법학연구, 제16권 제4호, (2015)

370) James Price QC and Felicity McMahon(주 369), p.14.

371) (1) It is a defence to an action for defamation for the defendant to show that—

- (a) the statement complained of was, or formed part of, a statement on a matter of public interest; and
- (b) the defendant reasonably believed that publishing the statement complained of was in the public interest.

국제적인 비판을 극복하기 위한 규정을 마련하였다. 제9조, 제10조에서 관할에 관한 상세한 규정을 두고 있는데, 제9조 제2항에서는 “잉글랜드와 웨일즈가 그 진술과 관련하여 소송을 제기하기에 가장 적합한 장소라고 판단되지 않는 경우”에는 법원은 관할권을 부인할 수 있다는 조항을 두었다.³⁷²⁾ 이러한 조항으로 인하여 그 이전과 달리 영국법원은 더 이상 과거처럼 명예훼손 관할을 폭넓게 인정하지 않을 수 있다.

④ 그밖에 의미 있는 조항으로는 (i) 정직한 의견(honest opinion)에 관한 제3조,³⁷³⁾ (ii) 웹사이트 운영자에 관한 제5조,³⁷⁴⁾ (iii) 보도(reports)에 관한 특권을 규정한 제7조,³⁷⁵⁾ (iv) 단일공표 규칙(single publication rule)을 규정한 제8조³⁷⁶⁾ 등을 들 수 있다.

(3) 국제적 영향

마지막으로, 영국의 변화를 불러온 중요한 배경 가운데 하나로 유럽인권법원의 영향을 들 수 있다. 제2차 대전 이후 유럽국가들은 인권과 민주주의의 공고화를 위하여 ECHR을 마련하였다. ECHR은 1950년 초안이

372) “A court does not have jurisdiction to hear and determine an action to which this section applies unless the court is satisfied that, of all the places in which the statement complained of has been published, England and Wales is clearly the most appropriate place in which to bring an action in respect of the statement.”

373) 이는 공정논평의 항변(fair comment defence)을 재구성한 것으로, 종래 영국법상 좁게 인정되던 공정논평의 항변을 폐기하고 그 범위를 더 넓게 인정하면서 그 요건을 정리한 것이다.

374) 최근에 문제되고 있는 인터넷상의 명예훼손과 관련한 제반 문제를 입법적으로 정리한 것이다.

375) 이는 기존 보통법 및 1996년 Defamation Act에서 인정된 보도에 관한 특권을 입법적으로 재정비한 것이다.

376) 종래 보통법상으로는 같은 내용을 여러번 공표하는 경우 각각의 경우에 대해 소멸시효가 진행된다는 것이었는데, 위 조항에 의해 그와 같은 보통법상의 법리를 폐기하고 최초의 공표시 기준으로 그 이후의 행위에 대해서도 소멸시효가 진행된다는 새로운 법리를 입법화한 것이다. James Price QC and Felicity McMahon(주 369), pp.127~128.

작성되고 1953년 발효되었는데 제10조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제10조 표현의 자유

1. 모든 사람은 표현의 자유를 갖는다. 이 권리는 공공 기관의 간섭 없이 그리고 국경을 넘어서 의견을 가질 자유, 정보와 생각을 수령하고 전파할 자유를 포함한다. 다만 정부가 방송, 텔레비전, 영화산업에 대해 인허가를 요하는 것을 금하는 것은 아니다.
2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 수반되므로 민주주의 사회에서 요구되는 바에 따라 국가안보, 영토의 보장 및 공적 안전, 무질서와 범죄의 예방, 보건 및 도덕관습, 그리고 명예권 및 타인의 권리 보호를 위하여, 그리고 비밀 정보의 폭로를 방지할 목적으로, 혹은 사법부의 권위와 공정을 유지하기 위하여, 법률이 정한 형식, 조건, 제한 혹은 벌칙에 의해 제한될 수 있다.³⁷⁷⁾

위 조항에 근거하여 유럽인권법원은 정치적 명예훼손 사건에 대해 제 10조를 근거로 ECHR 위반이라고 판단하는 등 지속적으로 유럽국가들의 표현의 자유 확대를 위한 노력을 기울였다. 특히 앞서 언급한 바와 같이 영국은 1998년 Human Right Act에 의해 ECHR을 수용하기 이전 1975년에서 1996년까지 유럽인권위원회로부터 총 41회 ECHR 위반을 지적당

377) 원문 : Article 10 (Freedom of expression)

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

한 바 있는데, 그 가운데 1/3이 표현의 자유에 관한 것이었다.³⁷⁸⁾ 그러한 과정을 통하여 영국은 과거에 ECHR과 영국 국내법은 전혀 별개의 것이라는 사고에서 점점 벗어나서 ECHR을 점진적으로 받아들이게 되었고, 결국 1998년 Human Right Act에 의해 ECHR을 국내법으로 수용하게 된다.³⁷⁹⁾ 이러한 과정들은 앞서 본 Derbyshire County Council, Reynolds, Jameel 판결들이 나오는 중요한 배경이 되었음을 물론이다.

다. 최근의 변화에 대한 평가

이와 같은 영국의 최근의 변화의 과정에 대해서는 다음과 같은 평가가 가능할 것이다.

첫째, 영국 명예훼손법의 최근 변화는 자발적 혹은 내적인 요인에 의한 것이라기보다는 외적 요소가 강하게 작용하였음을 알 수 있다.³⁸⁰⁾ ECHR에 기초하여 유럽인권법원이 지속적으로 민주주의 국가에서 표현의 자유의 중요성에 대해 강조한 것은 그러한 변화의 주된 추동력이었음은 물론이다. 영국의 판결들이 미국 연방대법원의 판결을 직접적으로 언급하지 않는 경향이 있는 관계로 미국의 영향이 어떠한 것이었는지 명확하게 확인하기 어려운 것은 사실이다. 그러나 유럽인권법원의 변화 자체가 미국 판결의 직접적 영향을 받은 것인 이상³⁸¹⁾ 위와 같은 영국의 변

378) Peter N. Amponsah(주 42), p.63.

379) Peter N. Amponsah(주 42), p.64.

380) Stephen Bates(주 337), pp.225~239.

381) Kyu Ho Youm(d), "Actual Malice in U.S. Defamation Law : The Minority of One Doctrine in the World", 4 J. Int'l Media & Ent. L. 1 (2011) pp.28~29.은 유럽인권법원은 표현의 자유를 규정한 ECHR 제10조를 해석함에 있어서 New York Times 판결 등 미국의 수정헌법 제1조의 법리가 표현의 자유 관련 유럽인권법에 "매력적인 선례(attractive precedent)"을 제공하고 있어 그러한 미국판례들을 매우 주의 깊게 검토하고 있다고 밝히면서, 가령 정치인의 공적 지위와 사적 지위를 구별한 *Lingens v Austria*, 8 E.H.R.R. 407, 418-19 (1986)의 경우 New York Times 판결을 직접 모델로 하였다고 한다.

화에 있어서 미국 판결이 중요한 역할을 하였다는 점은 부인하기 어려울 것이다.

둘째, 그러한 변화는 밑에서부터가 아닌 위에서부터 강제되는 방식으로 이루어진 것이다. 앞서 본 바와 같이 최근의 변화는 대법원 판결이나 입법에 의해 주도되었다. 미국의 경우 공인이론의 범위가 애초에 연방대법원이 상정하였던 것 이상으로 확대되었다는 지적과 달리 Reynolds 판결 이후에도 하급심에서는 Reynolds 판결의 법리를 수용하지 않았다는 지적은 양국의 문화적 저변의 차이를 보여주는 것이다. 영국내에서 이러한 개혁방향에 대한 반대의견도 만만치 않을 뿐만 아니라,³⁸²⁾ 2013년 명예훼손법의 개정으로 인하여 명예훼손 소송이 수치상으로는 감소하는 경향을 보이고 있지만 이러한 변화에도 불구하고 영국에서의 명예권 보호의 전통이 쉽게 수그러들지 않을 것이라는 지적도 존재한다. 단적으로 명예훼손 소송은 줄어든 반면 프라이버시 침해 소송이 증가하였다는 것으로, 결국 명예훼손법에 의해 구제받아야 할 것을 프라이버시 침해 소송으로 우회적으로 구제받고자 한다는 것이다.³⁸³⁾

셋째, 최근의 명예훼손법에 대한 일련의 개혁은 영국에서 명예권 자체의 문제라기보다는, 명예훼손법에 내재한 기술적, 세부적 요소들이 지나치게 전근대적인 요소를 그대로 안고 있다는 문제점에 대한 지적에 따라 것처럼 낡은 제도적 장치들을 개선하려는 시도인 측면이 강하다.³⁸⁴⁾ 잘 알려진 바와 같이 영국인들은 과거의 제도들이 시대에 뒤떨어지는 것으로 평가되더라도 쉽게 제도를 변경하기보다는 가급적 기존 제도들을 유지하면서 다른 방식으로 이를 보완하려는 경향이 강하다. 명예훼손법의 개혁 시도는 기존의 명예훼손법제가 더 이상 수인의 한도를 초과할 정도로 낡은 것이었다는 인식에 이르렀음을 의미하는 것이기도 하다.

382) Stephen Bates(주 337), p.243.

383) The Law Society Gazette 2015. 12. 7.자 기사 (마지막 방문 2018. 7. 23.)
<https://www.lawgazette.co.uk/practice-points/libel-stats-dont-tell-the-whole-story/5052583.article>

384) Rodney Smolla(b)(주 33), §1:9, §1:9.50

이러한 점들을 종합할 경우 영국의 경우 전통적으로 유지되어온 명예권 보호의 전통에 본질적인 변화가 있다고 볼 수 있는지는 다소 의문이다. 또한 영국 명예훼손법이 보여준 변화는 아직도 현재진행형이라는 점에 비추어도 아직 그 판단을 위해서는 좀 더 시간이 필요할 것이라고 생각된다.

5. 소결 및 정리

이상과 같이 영국은 비록 최근에 전향적인 모습을 보이고 있기는 하지만 그 이전까지는 어느 모로 보나 전세계적으로 명예권의 보호가 가장 중시되는 국가였다. 영국은 미국과 같은 보통법 국가이면서도 명예훼손법에 있어서는 완전히 상반된 방향으로 발전하였는데, 이러한 상반된 경향은 단순히 법체계만으로 설명할 수는 없으며 17세기 이후 두 나라의 역사적, 문화적, 지리적, 정치적 요소가 작용한 결과이다.

비록 최근 들어 영국에서는 명예훼손법의 전근대적인 요소를 탈피하고자 하는 다양한 시도들을 하고 있지만, 그럼에도 불구하고 위와 같은 전통이 쉽게 다른 방향으로 변경될지는 좀 더 시간을 두고 지켜보아야 할 것으로 생각된다.

II. 독일의 경우

1. 개요

다음으로 독일에 관하여 본다. 독일은 영국과 같은 유럽국가이지만 명예훼손법제의 역사 및 그 형성과정에 있어서는 영국과 많은 차이를 보인다. 주지하다시피 독일의 경우 명예훼손법은 민사법이 아닌 형사법 위주로 발전하였고, 명예훼손이 민사상 불법행위로 정립된 것은 20세기 이후의 일이다. 독일의 경우 19세기 이전에는 신분에 기초한 강력한 명예

(honor)의 전통을 갖고 있었으나,³⁸⁵⁾ 20세기 이후 인간 존엄(dignity)의 법리가 독일법상 최고의 가치로 자리잡게 된다. 잘 알려진 바와 같이 1947년 독일기본법은 나찌스 독재, 유대인 학살 등의 역사를 배경으로 인간의 존엄을 최우선하는 가치로 천명한 바 있으며, 그러한 헌법적 가치는 기본권의 대사인효 이론에 의해 사권에도 영향을 미친다. 20세기 이후 독일에서의 명예권 역시 그러한 인간 존엄의 법리와 밀접한 관련을 갖는데, 다만 최근에는 공적 영역에서의 표현의 자유를 강조하는 입장을 보이고 있다. 이처럼 독일은 특유의 역사를 배경으로 뒤에서 보는 미국은 물론이고 같은 유럽국가인 영국과도 매우 상이한 모습을 보이고 있다. 이하에서는 독일에서 인간 존엄의 법리, 표현의 자유 등을 살펴보고, 독일에서의 명예권의 구체적 내용에 대해 살펴보기로 한다.

2. 독일에서의 인간 존엄의 법리와 표현의 자유

가. 인간 존엄의 법리

(1) 독일기본법 제1조는 “① 인간의 존엄성은 침해되지 아니한다. 모든 국가권력은 이 존엄성을 존중하고 보호할 의무를 진다. ② 그러므로, 독일 국민은 이 불가침, 불가양의 인권을 세계의 모든 인류공동체, 평화 및 정의의 기초로서 인정한다.”라고 규정하고 있고,³⁸⁶⁾³⁸⁷⁾ 제2조 제1항은 “누구든지 다른 사람의 권리를 침해하거나 헌법질서 또는 도덕률에 반하

385) James Q. Whitman(a)(주 109), p.1332, 박성환(주 99), 23~29면 등.

386) 원문 :

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

387) 번역은 법제처 세계법제정보센터에서 제공하는 번역에 따랐다. 이하 같다.

(<http://world.moleg.go.kr/web/main/index.do>)

지 않는 한 자기의 인격(persönlichkeit)을 자유로이 실현할 권리를 가진다”라고 규정하고 있다.³⁸⁸⁾

(2) 인간의 존엄성은 실정법을 넘어서는 자연법적 권리라는 점은 이미 오래전부터 인정된 바이다. 독일 연방헌법재판소는 “개인을 단순히 국가의 객체(blosses objekt)로 여기는 것은 인간의 존엄에 반하는 것이다. ‘모든 개인은 항상 그 자신이 목적이 되어야 한다’는 원칙은 모든 범영역에서 제한없이 적용되어야 한다. 개인의 내적 존엄성은 그를 독립된 인격체로 인정하는 데에 있다”고 판시하였는데,³⁸⁹⁾ 이러한 판시는 Kant 철학의 영향을 보여주고 있다. 또한 연방헌법재판소는 “기본법이 상정하는 인간은 고립된 개인이 아니라 공동체에 의존하고 개인의 가치를 훼손하지 않는 범위 내에서 공동체에 헌신하는 개인을 의미한다”고 판시하기도 하였는데,³⁹⁰⁾ 이는 독일의 공동체주의적 경향을 보여준다.³⁹¹⁾

(3) 독일에서의 인간 존엄의 법리의 특징을 보여주는 고전적인 사례로 1954년 Lebach 판결³⁹²⁾을 들 수 있다. 동 판결에서 Lebach는 강도죄로 실형선고를 받고 형기를 마친 사람으로, 퇴소후 그의 범죄에 관한 내용이 방송될 것이라는 사실을 알게 되어 방송의 금지를 구하는 가처분을 신청하였다. 이에 대해 법원은 “범죄자가 다시 사회의 구성원으로 재활하여야 할 이익과 그를 다시 사회에 복귀시켜야 할 공동체의 이익은 범죄행위에 대한 공적 토론의 이익보다 우선한다”고 판시하면서 원고 청구를 인용하였다. 즉, 범죄가 실행된 단계에서는 이를 보도한다면 그것은

388) 원문 :

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

389) BVerfGE 45, 187, 228(1977) Edward J. Eberle(주 323), p.43에서 재인용.

390) BVerfGE 4, 7, 15~16(1954) Donald K. Kommers, Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of Federal Republic of Germany, Duke University Press (2012), p.362에서 재인용.

391) Edward J. Eberle(주 323), p.42.

392) BVerfGE 35, 202 (1973) Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.108~109; Edward J. Eberle(주 323), pp.105~108.에서 재인용.

표현의 자유에 의해 보호될 수 있지만, 범죄자가 형기를 마친 이후에는 범죄자의 재사회화의 이익이 표현의 자유에 우선한다는 것이다.³⁹³⁾

1969년 Microcensus 판결³⁹⁴⁾도 좋은 예이다. 동 판결은 국가의 사적 정보 수집의 적법성의 한계에 관한 사안이다. 독일 연방 조사 법령에 의하면 모든 가정은 휴가 및 휴양을 위한 여행에 관한 사실(Tatbestand “Urlaubs- und Erholungsreisen”) 등을 비롯한 여러 정보들을 정기적으로 정부에 제공할 것을 규정하고 있는데, 그러한 정보제공 의무를 거부하여 벌금형을 받은 원고가 그와 같은 사적 정보의 제공은 독일기본법 제1조가 정한 인간의 존엄에 반한다고 주장하였다. 이에 대해 연방헌법재판소는 합헌 결정을 하였지만, 그 논증과정에서 “독일기본법이 상정하고 있는 인간의 이미지에 비추어, 모든 인간은 공동체에서의 사회적 승인과 존중을 받을 권리는 갖는다. 만일 국가가 인간을 단순한 수단으로 취급한다면 국가는 인간의 존엄성을 침해하는 것이다”라는 대전제로 언급한 뒤 “개인의 사적 영역은 자유롭고 책임감 있게 그의 인격상 발전 (die Entfaltung seiner Persönlichkeit)을 위하여 그 개인에게 맡겨져야 하며, 국가가 개입할 수 없다”고 판시하였다.³⁹⁵⁾

(4) 이러한 인간 존엄의 개념은 마치 미국 헌법에서의 적법절차(Due Process)의 원리가 그러하듯이 독일 헌법소송에서 수많은 쟁점들의 무한한 원천으로 작용한다.³⁹⁶⁾ 그 구체적인 발현의 예를 살펴보면, (i) 인간의 평등, (ii) 신체의 완전성, (iii) 개인의 지적, 정신적 세계에 대한 존중,

393) 한편, 1999년 Lebach II 판결(1 BvR 348/98, 1 BvR 755/98, v. 25.11.1999.)은 그 결론을 달리한다. 위 판결은 같은 범행에 관여하였던 원고가 TV 방송국 SAT를 상대로 방송금지를 구한 사안이었는데, 법원은 방송의 자유를 이유로 원고 청구를 기각하였다. 다만 Lebach I 판결과 달리 이 판결에서는 원고의 신원이 전혀 드러나지 않았다는 점에서 차이가 있었다고 한다. Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.109~110.

394) BVerfGE 27, 1 (1969) Donald K. Kommers, Russell A. Miller(주 390), pp.356~357에 재인용.

395) 다만 동 판결에서 휴가와 휴양을 위한 여행 정보 취득은 위헌이 아니라고 하였다.

396) Donald K. Kommers, Russell A. Miller(주 390), p.355.

(iv) 국가 공권력의 제한, (v) 복지국가의 추구 등을 들 수 있다.³⁹⁷⁾

나. 독일에서의 표현의 자유

(1) 독일기본법 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① 누구든지 자기의 의사를 말, 글 및 그림으로 자유로이 표현·전달하고, 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송 및 영상보도의 자유는 보장된다. 검열은 허용되지 않는다.
- ② 이 권리들은 일반 법률의 조항과 청소년 보호를 위한 법규 및 개인적 명예권에 의하여 제한된다.
- ③ 예술과 학문, 연구와 강의는 자유이다. 강의의 자유는 헌법에 충실할 의무로부터 면제되지 아니한다.³⁹⁸⁾

독일기본법 제5조에 의해 독일에서 표현의 자유가 폭넓게 보장된다는 사실에는 이견이 없다.³⁹⁹⁾ 2차 대전 이후 독일기본법 제정 당시 나찌스

397) Edward J. Eberle(주 323), pp.51~52.

398) 원문 :

- (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.
- (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.
- (3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

399) Pawel Lutomski, "Private Citizens and Public Discourse: Defamation Law as a Limit to the Right of Free Expression in the U.S. and Germany", German Studies Review, Vol. 24, No. 3 (Oct., 2001) p.572; Oliver Jouanjan, "Freedom of Expression in the Federal Republic of

치하의 Paul Joseph Goebbels의 전체주의적 표현 통제의 경험에 대한 반성으로 인하여 표현의 자유 역시 특별한 지위를 부여받았다.⁴⁰⁰⁾ 앞서 본 바와 같이 국경 없는 기자회견, 프리덤하우스와 같은 국제기구의 평가에 의하더라도 독일의 언론의 자유는 본고에서 다루는 미국, 영국보다 더 높은 수준이며 전 세계적으로도 최상위권에 속한다.

(2) 독일에서의 표현의 자유와 관련하여 가장 중요한 판결로는 1958년 Lüth 판결을 들 수 있다.⁴⁰¹⁾ 동 사안은, 나찌스에 협력하고 유대인박해 영화를 제작한 영화감독 Harlan이 영화계에 재등장하는 것에 분노한 Lüth가 Harlan이 제작한 영화에 대한 관람거부 운동을 하였고, 이에 대해 Harlan의 영화 제작사 및 배급사는 Lüth를 상대로 금지청구를 구하였다. 하급심에서는 Harlan측 청구를 인용하였으나, 독일연방헌법재판소는 Lüth의 손을 들어주었다. 판결이유에서 연방헌법재판소는 기본법상 기본권 체계는 객관적 가치질서에 입각해 있다는 전제 하에 최고의 헌법 원리인 인간의 존엄성은 사법의 해석에 있어서도 지침이 된다고 판시하면서 잘 알려진 “객관적 가치질서”의 법리를 천명하였다. 또한 “기본법 제5조 제2항에 따라 표현의 자유는 일반법률에 의해 제한될 수 있지만, 자유민주주의 국가에서 표현의 자유는 공적 영역에서 중요한 기능을 한다는 점에 주의하여 제한여부와 범위를 결정해야 한다”고 판시하면서 특히 “가치판단 내지 의견 표명의 자유”의 중요성을 강조하였다. 그러면서 위 사안에서 “Lüth의 행위는 독일이 나찌스의 과거를 깊이 후회하고 있다는 점을 알림으로써 전세계적으로 독일 정부 및 국민들의 이미지 제고에 기여하는 것”으로, “이처럼 공적 가치 있는 표현행위는 Harlan의 재산권이나 인격적 이익에 우선한다”는 취지로 판시하였다.

Germany”, Indiana Law Journal Vol. 84, issue 3 (2009)

400) Peter E. Quint(a), “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, 48 Md. L. Rev. 247 (1989) pp.249-250.

401) BVerfGE 7, 198 (1958), 이하의 내용은 Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.120~122; Donald K. Kommers, Russell A. Miller(주 390), pp.442~450. 참조.

(3) 이처럼 독일의 표현의 자유는 미국과 같은 ‘국가중립성’ 내지 ‘내용 중립성’을 지향하는 것이 아니라 독일기본법이 지향하는 가치에 구속된다. 즉 독일에서의 표현의 자유는 가치중립성을 지향하는 것이 아니라 가치지향성을 갖는다.⁴⁰²⁾ Dieter Grimm 교수는 이러한 독일 표현의 자유의 특징을 “가치 및 원리 정향성(the value or principle orientation)”이라고 표현한 바 있다.⁴⁰³⁾ 이러한 가치지향성을 잘 드러내는 것은 기본법 제1조가 정한 인간의 존엄(human dignity) 외에 기본법 제9조, 제18조, 제21조에 의해 도출되는 투쟁적 민주주의(militant democracy) 및 대학살부정(Holocaust Denial) 케이스를 들 수 있다.⁴⁰⁴⁾ 즉, 독일기본법 제9조는 결사의 자유를 규정하고 있지만 반헌법적 결사는 금지되고, 제18조에 의하면 자유민주주의 기본질서에 반하는 표현행위는 금지된다. 또한 제21조에 의하면 자유민주적 기본질서에 반하는 정당 역시 헌법상 허용되지 아니한다. 또한 이러한 가치지향적 헌법이론의 대표적인 사례로 Holocaust Denial 케이스를 들 수 있다.⁴⁰⁵⁾ 이 케이스의 사실관계는 다음과 같다.⁴⁰⁶⁾ 독일 NPD(Nationaldemokratische Partei Deutschlands)에서 당 행사를 개최하면서 대학살(Holocaust)을 부인하는 역사가를 초청하여 연설을 하도록 하였고, 이에 대해 지방정부는 대학살을 부정하는 일이 발생하지 않을 것을 조건으로 허가를 하였다. 이에 NPD는 독일기본법 제5조 위반을 이유로 연방헌법재판소에 제소하였으나, 연방헌법재판소는 “표현의 자유는 의견에 관한 것이고, 사실에 관한 표현은 특히 진술이 허위사실을 대상으로 하는 경우 제한될 수 있다. 그런데, 대학살 부정은 허위사실의 진술이므로 그에 대한 제한은 합리적인 것”이라는 취지로 판시하면서 NPD의 청구를 기각하였다. 요컨대, 독일에서는 미국에

402) Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.95

403) Dieter Grimm, “Human Rights and Judicial Review in Germany” in Human Rights and Judicial Reviews : A Comparative Perspective 267, 273, Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.95.에서 재인용.

404) Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.118.

405) BVerfGE 90, 241 (1994)

406) Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.126~127.

서와 같은 ‘사상의 자유시장’은 인정되지 않는 것이다.⁴⁰⁷⁾

(4) 다만 위와 같은 헌법적 가치가 특별히 반영되지 않은 영역 특히 정치적 표현행위의 경우 폭넓은 표현의 자유가 보장된다. 예를 들어 1990년 국기모독(Flag Desecration) 사건,⁴⁰⁸⁾ 국가 모독 사건⁴⁰⁹⁾에서 독일 연방헌법재판소는 독일 국기 및 국가를 모독, 조롱하는 표현행위가 헌법의 보호를 받을 수 있다고 판시하였다. 특히 전자의 경우 같은 시기 미국에서 있었던 Texas v Johnson 사건과 비교된다.⁴¹⁰⁾

3. 독일의 명예권 및 명예훼손법

가. 인간의 존엄과 명예권

(1) 독일에서의 명예권은 앞서 본 바와 같이, 독일기본법 제1조가 정한 인간 존엄의 법리와 밀접한 관련을 갖는다. 제4장에서 보았듯이 독일 형법학에서도 명예의 개념에 관해 복잡다단한 논의가 전개된 바 있지만 그 핵심적인 내용은 결국 인간 존엄의 의미를 어떻게 파악할 것인지에 집중되어 있다. 독일기본법에서 인정되는 인간 존엄의 맥락에서 독일에서의 명예권의 특징을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 독일기본법 제2조 제1항에

407) Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.103.

408) BVerfGE 81, 278 (1990), 서점 주인인 피고인이 전쟁 반대를 주제로 하는 책의 뒷부분에 독일 국기(national flag)에 대해 소변을 보는 듯한 합성 사진을 끼워서 판매하여 국기 모독이 문제된 사안으로, 하급심에서 독일 형법 90a(1)조 위반이 인정되었으나 연방헌법재판소에 의해 파기되었다.

409) BVerfGE 81, 298 (1990), Howler라는 잡지에서 독일 국가(national anthem) 가사를 패러디한 사안으로 하급심에서 역시 유죄가 인정하였으나 연방헌법재판소가 이를 파기하였다[위 BVerfGE 81, 278 (1990) 판결과 같은 날 선고된 판결이다.

410) 성조기를 소각한 행위가 수정헌법 제1조의 보호를 받을 수 있다고 판시한 사안으로, 후술하는 바와 같이 당시 많은 논쟁을 불러 일으켰다. 두 케이스를 비롯한 정치적 표현행위에 관한 독일과 미국의 비교에 관해서는 Peter E. Quint(b), “The Comparative Law of Flag Desecration: The United States and the Federal Republic of Germany”, 15 Hastings Int’l & Comp. L. Rev. 613, 638 (1992)

서 규정한 바와 같이 모든 개인은 자신의 인격상을 발전시킬 권리를 갖는데, 명예나 평판은 공동체 속에서 개인의 인격상을 발전시키는 데에 있어서 필수적인 요소이다.⁴¹¹⁾ 평판은 모든 인간에게 있어서 그의 인격상에 필수적인 내적, 외적 측면을 갖는다. 평판은 자기 이미지의 반영이므로 개인의 인격상 형성에 있어서 건전한 평판은 필수적 요소이다(내적 측면). 또한 대외적인 관계에 있어서도 평판은 어느 개인에 대한 다른 사람들의 이미지를 의미한다는 점에서 중요성을 갖는다(외적 측면).⁴¹²⁾ 둘째, 그와 같은 전제하에 국가와 공동체는 개인의 인격상 발전을 보장하기 위하여 개인의 명예 내지 평판을 보호할 의무를 부담한다.⁴¹³⁾ 국가는 자유의 적이라는 전제 하에 최소국가를 지향하는 미국과 달리 독일에서는 국가의 적극적 기능이 인정된다. 결국 독일 헌법은 각 개인의 인격상(personality, Persönlichkeit)의 보호와 그 건전한 발전을 최고의 가치로 여기고 있으며, 평판의 보호는 그러한 인격상 보호의 핵심적인 요소 가운데 하나이다.⁴¹⁴⁾

(2) 한편, 민사법의 관점에서 명예권이 구체적 권리로 인정된 것은 독일 민법에서 일반적 인격권의 전개과정과 관련된다.⁴¹⁵⁾ 잘 알려진 바와 같이 독일 민법 제정 당시 명예권은 형사적인 문제였을 뿐 원칙적으로 민사 불법행위법의 보호대상이 아니었다. 독일 민법 제823조 제1항은 인격권의 보호법익으로 생명, 신체, 건강, 자유만을 언급하고 있었으며 명예권은 제외되는 것으로 해석되었다.⁴¹⁶⁾ 그러나 제2차 세계대전 이후 독

411) Edward J. Eberle(주 323), pp.95~97.

412) Edward J. Eberle(주 323), p.96.

413) Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.102; Joshua Crawford(주 241), p.2.

414) Edward J. Eberle(주 323), p.97.

415) 이하의 내용에 대해서는, 김재형(b), “공인보도와 인격권”, 언론중재 Vol. 133 (2014년 겨울) 74~75면; 허명국, “독일에서의 사자의 인격보호와 인격권의 간접적 침해에 관한 소고”, 한림법학 FORUM Vol.20 (2009) 135~; 손원선, “한국, 독일 민법에 있어서 표현의 자유와 명예보호 : 위법성과 책임에 관한 비교법적 고찰”, 한독법학 No.14 (2003)

416) 다만, 명예를 보호하는 형법 규정을 민법 제823조 제2항의 보호법규로 보아 불법행위를 인정하거나 제826조(미풍양속에 반하는 고의적인 침해)의

일기본법의 채택의 영향으로 독일 연방대법원은 1954년 이른바 ‘독자의 편지(Leserbrief) 판결’⁴¹⁷⁾에서 일반적 인격권을 독일민법 제823조 제1항의 ‘기타의 권리(sonstiges recht)’로 승인하였다. 그리고 독일연방헌법재판소는 Soraya 판결⁴¹⁸⁾에서 연방대법원이 인정한 일반적 인격권을 승인하였다. 명예권은 이러한 일반적 인격권 가운데 하나인 개별적 인격권에 속함은 물론이다.

(3) 이처럼 독일에서의 명예권은 인간의 존엄을 최우선의 가치로 규정한 독일 기본법 제1조, 독일 연방대법원 및 독일 연방헌법재판소의 일반적 인격권에 관한 법리에 기초하여 오늘에 이른 것으로, 결국 인간 존엄과 불가분적인 관련을 맺고 있다고 할 수 있다.

나. 표현의 자유와의 비교형량 : 구체적 사례들

(1) 앞서 본 바와 같이 독일에서 표현의 자유는 기본법이 인정하는 최상위의 기본권 중의 하나이다. 그런 점에서 명예권과의 관계에서 어려운 비교형량의 문제를 제기한다. 이 점과 관련하여 독일의 경우 영국과 같이 명예권이 우월하거나 미국과 같이 표현의 자유가 더 우월한 지위에

요건이 갖추어진 경우에는 불법행위 책임이 인정될 수 있었다. 참고로, 독일민법 제823조 제2항 전단은 “타인의 보호를 목적으로 하는 법률에 위반한 사람도 동일한 의무를 진다”라고 규정하고 있다(여기서 동일한 의무란 823조 제1항에 의한 불법행위 손해배상책임을 의미한다).

417) BGH Urt. v. 25. 5. 1954 - 1 ZR 211/53, NJW 1954, 1404 ff. 변호사인 원고는 그의 고객인 전 제국은행장의 위임을 받아 피고 신문사에 기사의 정정을 요청하는 편지를 발송하였는데, 피고 신문사는 그 편지를 독자의 편지(Leserbrief)로 게재하였다. 그러자 원고는 자신의 편지는 독자의 편지가 아니라 변호사로서 기사의 정정을 요구하는 편지였음을 밝힐 것을 소구하였다. 이에 대하여 연방대법원은 신문기사의 정정을 요구하는 변호사의 편지를 독자의 편지로 게재하는 것은 기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항이 보장하고 있는 일반적 인격권을 침해하는 것으로서 민법 제823조 제1항에 따라서 불법행위가 된다고 판시하였다

418) BVerfGE 34, 269 (1973) 언론사가 이란국왕 Shah의 전처와의 가상의 인터뷰를 게재한 정기간행물에 대해 손해배상책임을 인정한 사안이다.

있는 것이 아니라 원칙적으로 “포괄적 이익 및 법의 형량을 통하여” 위법성 여부를 결정해야 한다는 비교형량론에 입각하고 있다.⁴¹⁹⁾ 이하에서 그 구체적 양상을 간략하게 살펴보기로 한다.

(2) 우선 명예권과 표현의 자유가 충돌하는 상황에서 명예권 보호를 우선한 사례들을 살펴본다.

① 우선 가장 고전적인 사례로, 사자의 명예권이 문제된 1971년 Mephisto 판결⁴²⁰⁾을 들 수 있다. 1930년대 나찌 독일에서 망명한 작가 Klaus Mann⁴²¹⁾은 과거 나찌에 협력한 배우 Gustaf Gründgens에 관한 책을 다른 이름(Hendrik Höfgen)으로, 일종의 풍자소설의 형식으로 저술하였다. 1964년 출판사에서 Klaus Mann의 책을 Mephisto라는 제목으로 재출간하려고 하였는데, 그 배우의 양아들이 출판금지를 구한 사안에서 연방헌법재판소는 사자의 명예권이 표현의 자유에 우선한다고 판시하였다. 동 판결에는 두 개의 소수의견이 있었는데, (i) 소설의 내용은 이미 사망한 자에 관한 것인 점, 소설은 허구에 불과한 점, 망자의 평판은 역사에 의해 결정되는 것이지 허구에 불과한 소설에 의해 좌우되는 것이 아닌 점 등에 비추어 Gustaf Gründgens의 dignity가 훼손된 것으로 볼 수 없다는 의견과, (ii) Klaus Mann에게 Gustaf Gründgens의 명예를 훼손할 의도가 있었다고 볼 수 없고, 공적 토론의 중요성에 비추어 출판금지를 허용할 수 없다는 의견이 그것이었다.⁴²²⁾

② Drunkard 판결⁴²³⁾의 경우도 좋은 예이다. 이는 음주벽, 마약중독 등으로 인하여 법률행위 능력의 제한을 선고받은 사람들의 명단 공개의 적법 여부가 문제된 사안으로, 법원은 그와 같은 명단이 이들과 거래하는 불특정 다수인의 보호를 위하여 사용될 수 있음은 당연하다고 하더

419) 김재형(b)(주 415), 73면; 한수웅, “표현의 자유와 명예보호”, 저스티스 통권 제84호 (2005. 4.) 33면.

420) BVerfGE 130, 73 (1971) Donald K. Kommers, Russell A. Miller(주 390), pp.358~361; Ronald J. Krotoszynski, op cit., pp.104~105에서 재인용.

421) 저명한 소설가 Thomas Mann의 아들이다.

422) Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.107에서 재인용.

423) BVerfGE 78, 77, 78 (1978) - Edward J. Eberle(주 323), pp.96~97.

라도, 그러한 정보들이라고 하여 아무런 제한 없이 공표될 수 있는 것은 아니라고 판시하면서, 그 이유로서 만일 그러한 정보들이 아무런 제한 없이 공표된다면 “그의 평판에 부정적인 낙인을 찍는 것이 되어 그 개인의 완전성에 심각한 영향을 미칠 수 있기 때문”이라고 하였다.

③ 1987년 Strauß 판결⁴²⁴⁾은 어느 잡지에서 당시 바이에른 주지사였던 Strauß에 대해 성관계를 갖는 돼지로 묘사한 만평이 문제된 사안으로, 연방대법원은 “그러한 만평도 기본법 제5조 제3항이 보호하는 표현행위의 요건을 충족하였다”고 판시하면서도 “그럼에도 불구하고 인간의 존엄성이라는 최고의 가치에 우선할 수 없다”고 판시하면서 인격권 침해를 인정하였다. 이 사건은 흔히 공인에 대한 모욕적인 표현도 표현의 자유의 보호대상으로 인정되는 미국의 Hustler Magazine, Inc v. Jerry Falwell 사건과 비교된다.⁴²⁵⁾

④ 1986년 Böll 판결⁴²⁶⁾은 어느 지역 방송에서 노벨문학상 수상 작가인 Heinrich Böll에 대해 보도하면서 그를 “가장 기만적이고 부패한 작가”로 묘사하고 그의 작품들을 “역겨운 오물”이라고 칭한 사건으로, 연방헌법재판소는 이 비평의 명예훼손적 성격을 판단함에 있어서 “전적으로 작가 개인에 대한 비하적 표현으로 가득하고 소설의 내용과의 연관성을 전혀 인식할 수 없다”고 판시하면서 표현의 자유가 우월할 수 없다고 판시하였다.

(3) 다음으로 명예권 침해가 존재함에도 불구하고 공익성이 인정되어 표현의 자유가 우선한 사례들을 본다. 앞서 언급한 Lüth 판결 이래 독일

424) 다만 위 소설은 1981년부터 독일에서 출판되고 있다고 한다. 김재형(a), 언론과 인격권, 박영사 (2012) 54면 참조.

425) 486 U.S. 46 (1988), Hustler Magazine에서 목사인 Jerry Falwell에 대해 “첫 경험에 대해 이야기 하다(Jerry Fawell talks about his first time)”라는 제목으로 음주에 관한 내용과 어머니와 성적 관계의 중의적 내용으로 해석될 수 있는 패러디를 한 것이 “고의적인 감정적 괴롭힘(tort of intentional infliction of emotional distress, IIED)”이라는 불법행위가 될 수 있는지 여부가 문제된 사안이다.

426) BVerfGE 54, 208 (1980), 이하의 내용은 한수웅(주 419), 34면에서 재인용.

연방헌법재판소는 공적 토론과 사적 토론을 구별하여 공적 토론의 경우 “표현의 자유의 우위 원칙”을 확립하고 있다.⁴²⁷⁾ 또한 사실적시에 비해 의견 표명에 대해 우월적 지위를 부여하고 있으며, 다만 공적 토론이나 의견표명의 경우에도 위 Strauß 판결, Böll 판결과 같이 인간의 존엄성을 중대하게 침해하거나 전적으로 비방을 목적으로 하는 발언의 경우에는 표현의 자유의 제한을 인정한다.⁴²⁸⁾

① 1961년 Schmid-Spiegel 판결⁴²⁹⁾은, Spiegel지가 Stuttgart시 고등법원장인 Schmid에 대해 비판적인 언사를 하자, Schmid가 한 인터뷰에서 Spiegel지를 “정치적 영역에서 발간되는 포르노 잡지”라고 비하하여 명예훼손죄로 기소된 사안이다. 1, 2심에서는 유죄판결을 받았으나 연방헌법재판소는 여론형성 과정에서의 의견과 반대의견을 강조하면서 이른바 ‘정당한 반격의 원칙’을 근거로 무죄를 선고하였다.

② 1980년 Kunstkritik 판결⁴³⁰⁾은 피고 라디오 방송국에서 원고에 대해 공격적인 언사를 한 것의 명예훼손 여부가 문제된 사안이다. 1974년 원고는 예술비평에 대한 강연에서 특정 박물관 및 화랑(galerie)의 행태에 대해 비판을 하였고, 피고 라디오 방송국은 원고의 비판에 대해 “증오에 가득찬 공격적 연설”, “개인적 증오심”, “편협한 교감선생”, “박해 분위기 조장” 등의 표현을 남발하면서 그의 연설에 대해 비판하였다. 1, 2심에서는 원고의 명예가 중대하게 침해당하였다고 하면서 명예훼손을 인정하였으나, 연방헌법재판소는 원고가 공적 토론에 자발적으로 참여하였다는 점을 지적하면서 명예훼손을 부정하였다.

③ 1994년 Greenpeace 판결⁴³¹⁾의 경우 Klaus Staeck이라는 예술가가 환경운동 차원에서 Hoechst AG라는 독일의 화학회사 사장을 풍자한 그

427) 한수웅(주 419), 36면; 손원선(주 415), 457면.

428) 한수웅(주 419), 33~34면.

429) BVerfGE 12, 113 (1961), 한수웅(주 419), 35면; Donald K. Kommers, Russell A. Miller(주 390), pp450~453.

430) BVerfGE 54, 129 (1980), 이하의 내용에 대해 한수웅(주 419), 35면 참조.

431) BGH NJW 1994, 124 (12. 10. 1993.)

림의 명예훼손 여부가 문제된 사안이다.⁴³²⁾ 그는 옥외 광고판에 그린 풍자화에서 동 회사의 사장의 그림과 함께 “모든 사람이 기후에 대해 얘기합니다. 우리는 그것을 망치고 있습니다”라는 풍자적인 코멘트를 기재하였다. 또한 그 그림 밑에는 “오존의 파괴와 온실효과에서는 단연 최고, 독일의 오존 생산에 책임 있으며, 기후 파괴자”라는 기재도 있었다. 사진에 등장한 화학공장 사장은 명예훼손 및 인격권 침해를 이유로 광고판의 제거를 구하였으며, 하급심에서는 청구가 인용되었다. 그러나 독일연방대법원은 위 사안은 공적 이슈에 관한 것이고, 그러한 영역에서의 표현의 자유는 적법성의 추정을 받는다고 하면서 원심을 파기하였다.

④ 1995년 Tucholsky 판결⁴³³⁾의 경우 1991년 걸프전을 배경으로, 평화주의자인 Kurt Tucholsky가 “군인들은 모두 살인자”라는 취지의 플래카드를 내걸고, 전단지를 살포한 것이 문제가 되어 명예훼손 등으로 기소된 사안이다. 하급심에서는 “군사 업무에 복무하는 사람들을 사회에서 무가치한 존재로 묘사하는 것은 이들의 존엄과 명예를 침해하는 것”이라고 판시하면서 유죄를 인정하였으나, 연방헌법재판소는 “표현의 자유가 타인의 인간의 존엄에 실질적인 영향을 미치는 경우에는 표현의 자유가 우선할 수 없다.”, 혹은 “모든 기본권의 근원으로서 인간의 존엄은 다른 기본권에 우선한다”고 판시하면서도, 이 사건의 경우 문제된 진술은 일반적인 사항에 대한 의견의 진술에 가깝고 개별적인 군인 개인들의 존엄을 해하는 것으로 볼 수 없다고 판시하면서 위 진술 역시 표현의 자유의 보호대상이 된다고 판시하였다.

(3) 이처럼 독일법원은 인간 존엄에 기초한 명예권의 중요성을 인정하면서도 공적 영역에서의 표현의 자유 역시 폭넓게 인정하고 있다. 위

432) 이하의 내용에 대해서는 Pawel Lutomski(주 399), pp.587~588.

433) BVerfGE 93, 266 (1995), 이하의 내용에 대해서는 Donald K. Kommers, Russell A. Miller(주 390), pp.468~475. 참고로, 당시 독일에서는 Tucholsky의 반전, 평화주의 취지에 동조하는 사람들이 자동차에 “군인들은 살인자들”이라고 스티커를 붙이고 다니는 등 사회적 이슈가 되었다고 한다. Donald K. Kommers, Russell A. Miller(주 390), p.469.

Tucholsky 판결은 판시이유에서 명예권과 표현의 자유의 비교형량과 관련하여 그러한 비교형량의 결과는 구체적인 사안의 맥락 없이 일반적, 추상적으로 도출될 수 없다는 취지로 판시하고 있는데,⁴³⁴⁾ 이러한 판시는 미국식의 공인이론과 같은 유형적 접근법과는 달리 개별 사안에 대해 모든 정황을 종합하여 이익형량을 한다는 점을 잘 보여 주고 있다. 바로 그렇기 때문에 표현의 자유와 명예권의 비교형량이 어떤 식으로 이루어지는 것인지 단정적으로 말하기 어려운 측면이 있지만, 전체적으로 보면 인격권, 명예권의 중요성을 인정하면서도 공적이슈 및 의견 표명에 있어서는 표현의 자유를 폭넓게 인정하려는 입장이라고 말할 수 있을 것이다.⁴³⁵⁾

5. 정리 : 독일에서의 명예권의 특징

이상에서 본 바와 같이 독일에서의 명예권의 가장 큰 특징은 인간 존엄(dignity)의 문제와 밀접하게 연결되어 있다는 점이다. 독일에서 명예권이 인간 존엄의 문제와 밀접하게 관련된다는 점은 다음과 같은 두 가지 의미를 갖는 것으로 생각된다.

첫째, 이러한 점은 독일에서 명예권의 중요성을 시사한다. 앞서 자세히 본 바와 같이 독일은 전통적으로 명예를 매우 중시하는 사회적, 역사적 전통을 갖고 있었으며, 제2차 대전 이후 정립된 독일 헌법정신은 인간의

434) 원문 : Auf der Stufe der Anwendung von §§ 185 ff. StGB im Einzelfall verlangt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG eine Gewichtung der Beeinträchtigung, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite droht, bei der alle wesentlichen Umstände zu berücksichtigen sind (vgl. BVerfGE 7, 198 [212]; stRspr). Das Ergebnis dieser Abwägung läßt sich wegen ihres Fallbezugs nicht generell und abstrakt vorwegnehmen. Doch ist in der Rechtsprechung eine Reihe von Gesichtspunkten entwickelt worden, die Kriterien für die konkrete Abwägung vorgeben.

435) Lutomski(주 399), p.587은 특히 1990년대 이후에는 표현의 자유를 더 보호하는 방향으로 나아가는 것으로 보인다고 지적한다.

존엄, 인격의 자유로운 발현을 최우선의 가치로 인정하고 있다. 명예권은 그와 같은 인격의 자유로운 발현의 한 측면으로 이해된다는 점에서 결국 명예권은 매우 중요한 권리가 아닐 수 없다. 이처럼 명예권이 중요시된다는 점에서는 영국과 유사하고 미국과는 차이가 있다.

둘째, 인간의 존엄을 강조하는 독일법의 태도는 명예권을 규범적 관점에서 파악하는 것과도 관련된다. 앞서 본 바와 같이 독일 형법에서의 명예권 논의는 인간 존엄의 개념과 연결된 규범적 명예개념의 인정 여부에 집중되는데, 이러한 점은 영미 명예훼손법과 구별되는 측면이다. 독일법에서는 영미법과 같은 추정적 손해(presumed damages)의 개념이 인정되지 않으며, 그렇기 때문에 영국이나 미국에서처럼 수십, 수백억 원의 손해배상액이 인정되지 않는다.⁴³⁶⁾ 이러한 차이 역시 영미권과 독일의 문화적 차이에서 비롯된 것이 아닌가 생각된다.

셋째, 표현의 자유와의 관계에 있어서 독일 법원은 인격권 및 명예권의 우월적 지위를 인정하면서도 공적 영역에서의 표현의 자유 역시 폭넓

436) 즉 손해배상의 측면에서, 영국, 미국과 달리 독일의 경우 위자료로 접근하는데, 인정되는 배상액의 액수는 영미권에 비해 낮다. 구체적으로 1990년대 이전 미디어에 의한 인격권 침해 사건에서 위자료 액수는 2,500마르크(DM)를 하한선으로 두었으며[유로화 도입 당시 1유로는 1.95583마르크였다는 것이므로, 2,500마르크는 약 1,278유로, 한화로 환산하면 약 170만 원 정도이다], 1994년 이전에 인정된 위자료 최고액수는 50,000마르크 정도였다고 한다(한화 약 3,400만 원). 그 이후 유명한 Caroline 공주 사건에서 180,000마르크가 인정되는 등(한화 약 1억 2,200만 원) 고액의 사례도 있었으나, 최근에는 대부분 5,000유로에서 30,000유로의 범위 내에서 정해진다고 한다(한화 약 750만 원에서 4,500만 원 정도 사이). 노만경, “언론보도 관련 판결의 위자료 산정 현황 및 특징”, 언론중재 2011년 겨울호 (2011) 13~14면.

다만 주의할 것은 명예권 침해에 대한 구제수단으로 손해배상만을 인정하는 영미권과 달리 독일은 오히려 손해배상청구는 예외로 보고 있으며(독일 민법 제249조는 원상회복을 원칙으로 하고 있음), 철회청구(wiederruf, retraction), 반론권(gegendarstellung, right to reply), 금지청구(unterlassungsanspruch, injunctive relief) 등을 폭넓게 인정하고 있다. Alexander Bruns, “Access to Media Sources in Defamation Litigation in the United States and Germany”, 10 Duke J. Comp. & Int’l L.283 (2000) 참조.

게 인정하고 있다. 그런 점에서 공적 토론 및 의견의 영역에서는 명예권 보호가 절대적인 것은 아니라고 할 수도 있을 것이다.

결국 독일에서의 명예권의 취급은 독일 특유의 역사와 문화적 전통, 헌법적 결단의 결과라고 할 수 있을 것이다.

III. 미국의 경우

1. 개요

명예권에 관한 미국의 접근법은 영국, 독일과 대비된다. 잘 알려진 바와 같이 미국은 전통사회를 겪지 않은 상태에서 근대국가를 세운 특이한 경우이며, 종교의 자유를 위해 이주한 사람들에 의해 성립한 사회답게 개인의 자유(liberty) 내지 자율성(autonomy)을 가장 중요한 가치로 삼는다. 제6장에서 살펴보는 바와 같이 문화인류학자들의 실증적인 연구에 의하더라도 미국은 전세계에서 가장 개인주의적인 성향이 강한 국가로 분류된다. 경제적인 측면에서 보더라도 세계의 어느 나라보다도 자유방임적인 시장경제체제를 근간으로 한다. 그리고 헌법 이념의 측면에서도 연방대법원이 인간 존엄에 대해 천명하고 있지만 그 의미는 독일 등 유럽국가와 다르고, 헌법상 핵심적인 가치라고 보기도 어렵다. 이처럼 공동체적 전통사회의 역사의 부재, 인간 존엄에 대한 미국적 이해 등의 사회문화적 배경으로 미국에서는 명예권의 보호가 매우 미약하다. 제4장에서 본 바와 같이, 비록 극소수설이기는 하지만 명예권 부정설 내지 회의적 시각이 대부분 미국에서 비롯되었다는 점은 결코 우연적인 것만은 아니다. 이하에서는 미국에서의 인간 존엄의 의미, 표현의 자유에 대해 살펴보고, 이를 토대로 미국에서 명예권의 구체적 취급에 대해 살펴보기로 한다.

2. 미국 헌법상 인간의 존엄과 표현의 자유

가. 미국 헌법상의 인간의 존엄의 개념

제4장에서 본 바와 같이 세계인권선언 등을 비롯하여 현대 입헌민주주의 국가들은 인간의 존엄을 명예권의 근거로 들고 있으며, 미국도 예외는 아니다.⁴³⁷⁾ 하지만 미국의 인간 존엄은 독일과 같은 유럽국가들에서 말하는 존엄과 다르다. 앞에서 살펴본 바와 같이 독일기본법은 인간 존엄의 불가침을 명시적으로 밝히고 있으며, 학설과 판례 모두 인간의 존엄성은 헌법 최고의 가치일 뿐만 아니라 기본권의 방사효를 통하여 사법관계에도 영향을 미치는 객관적 가치질서로 파악함으로써 인간 존엄의 근본적, 포괄적 규범성을 인정한다. 반면 미국의 경우 헌법에 인간 존엄에 대해 아무런 규정이 존재하지 않음은 물론이고, 연방대법원 역시 단 한 번도 인간의 존엄에 대해 개념정의를 한 사실이 없다.⁴³⁸⁾

또한 미국법상 인간의 존엄은 구체적 사안에서 법원리 내지 법적 근거로 원용되고 있을 뿐 구체적으로 어떠한 경우를 포함하는지에 대해 일반론적 설명이 제시된 바는 없다. 그런 이유로 미국 헌법상 인간 존엄의 개념은 사실 공허하기 그지없다는 지적도 있다.⁴³⁹⁾ 미국 연방대법원은 개별 구체적 사례에 따라 존엄의 개념을 원용하고 있을 뿐이다. 그 대표적인 사례들을 살펴보면, (i) 수정헌법 제4조 내지 privacy권 내지 성적

437) *Rosenblatt v. Baer* 판결 참조 383 U.S. 75 (1966), “자신의 평판에 대한 정당화될 수 없는 공격과 부당한 침해로부터 보호받을 권리는 인간의 본질적인 존엄과 가치라는, 모든 질서정연한 자유의 정치체제에 저변에 깔려 있는 기초적 개념에 근거한 것이다(The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being -- a concept at the root of any decent system of ordered liberty).” 다만 후술하는 바와 같이 그 이후 1974년 *Paul v. Davis* 판결에서 “평판에 대한 침해는 적법절차 조항에 의해 보호되지 않는다”고 명시적으로 밝히는 등, 명예권은 헌법상 근본적 권리(fundamental right)가 아니라는 점을 분명히 한 바 있다.

438) Edward J. Eberle(주 323), p.47.

439) Edward J. Eberle(주 323), p.53.

자기결정권과 관련하여,⁴⁴⁰⁾ (ii) 수정헌법 제8조에 근거한 권리들과 관련하여,⁴⁴¹⁾ (iii) 정신지체에 대한 사형금지의 근거로 원용된 사례들과 관련하여,⁴⁴²⁾ (iv) 비정상적 성행위(sodomy)를 금하는 법률의 위헌성의 근거로서,⁴⁴³⁾ (v) 수정헌법 제14조의 적법절차의 근거로서,⁴⁴⁴⁾ (vi) 혹은 명예권의 근거로서⁴⁴⁵⁾ 제시되고 있다. 독일의 경우 국가는 존엄을 지키는 주체라면, 미국에서 국가는 존엄의 다른 이름인 자유 내지 자율성의 상대방이다.⁴⁴⁶⁾ 즉, 미국에서 상정하는 인간의 존엄은 공동체주의적이라기 보다는 자유주의적, 개인주의적이다. 국가의 적극적 역할을 강조하기보다는 최소국가를 추구하고, 적극적 자유보다는 소극적 자유를 지향한다. 많은 학자들이 지적하는 것처럼 인간의 존엄은 그 외연이 지나치게 넓은 개념인 관계로 이를 한 마디로 정의하기도 어렵고, 논자마다 그 의미를 전혀 다른 방식으로 사용할 수 있는 고도로 추상적인 개념이다.⁴⁴⁷⁾ 미국과 독일에서 존엄의 개념을 이처럼 상이하게 사용하는 것이 납득하기 어

440) 피임기구 사용이 privacy권에 의해 보호된다는 취지의 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); 낙태 역시 privacy권에 의해 보호된다는 취지의 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) 등, 수정헌법 제4조는 사생활보호에 관한 규정이다.

441) 미국 국적을 박탈하는 처벌은 수정헌법 제8조에 위반된다는 취지의 *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), [수정헌법 제8조 : “과다한 보석금을 요구하거나, 과다한 벌금을 과하거나, 잔혹하고 비정상적인 형벌을 과하지 못한다(Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.)”]

442) *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)

443) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)

444) *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952)

445) *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966); 다만 1974년 *Paul v. Davis* 판결에서는 연방대법원은 “평판에 대한 침해는 적법절차 조항에 의해 보호되지 않는다”고 밝힌 바 있다.

446) Guy E. Carmi(주 323), p.294; 한편 유럽과 미국의 프라이버시권의 의미와 내용의 차이를 분석한 James Q. Whitman(b)(주 323), p.1162는 프라이버시와 관련하여서도 다음과 같이 비교한다 : “유럽의 경우 프라이버시는 존엄과 존중의 문제로서 자신의 이미지, 이름, 평판을 지키는 문제이다. ... 반면 미국에 있어서 프라이버시는 국가로부터 자신의 자유를 지키는 문제이다.”

447) Leslie M. Henry(주 310), p.189; Christopher McCrudden(주 207) p.679.

려운 일은 전혀 아니고, 양국의 문화적 전통의 차이를 그대로 반영하는 것이다.

한편, 미국의 경우 인간 존엄에 관한 대법원 판례의 법리는 1960~1980 년대에 집중된 경향이 있는데, 이러한 경향에는 Brennan 대법관의 영향이 실로 막대하다.⁴⁴⁸⁾ Brennan 대법관은 1956년 연방대법관에 취임하여 1990년까지 재임하였는데, 그가 집필한 판결문에서 인간의 존엄을 언급한 케이스는 무려 60건에 이르는 등 실로 미국에서 인간 존엄의 법리를 확산하는 데 혁혁한 공헌을 하였다. 다만 문제는 그의 퇴임 이후에는 미국 연방대법원 판결에서 인간 존엄의 법리는 사실상 사문화된 지경에 이르렀다는 점이다.⁴⁴⁹⁾ 바로 그러한 점에서 인간 존엄의 법리가 과연 연방대법원의 확립된 견해인지에 대해 심각한 의문이 제기되기도 한다.⁴⁵⁰⁾

448) Guy E. Carmi(주 323), pp.288~289.

449) Guy E. Carmi(주 323), p.289.

450) 다만 이러한 일반적인 해석에 대해 이견을 제시하는 견해로는 Steven Heyman, *Free Speech and Human Dignity*, Yale University Press (2008) 제1~4장 참조. 그의 논의를 요약하면 다음과 같다. 미국의 표현의 자유의 철학의 기원은 인간의 존엄성(human dignity)에 기초한 자연권(natural rights)적 전통을 기초로 한다. 즉, 미국 건국 초기의 정치사상은 자연권적 전통에 터잡은 것으로 이러한 전통에 의할 때 표현의 자유를 인정하는 근거는 사상의 자유시장 이론이나 민주주의 이론과 같이 도구주의적(instrumentalist) 방식이 아닌 인간의 존엄성과 자율성에 기초한 것이었다. 그런데, 19세기 후반부터 실증주의적, 공리주의적 법사상이 미국을 지배하게 되면서 자연권적 전통이 소멸한 것처럼 보이게 되었다. 그리고, 그 결과 자연권적 권리론보다는 사회적 효용을 중시하는 법해석 풍토가 지배하게 되었고, 표현의 자유도 도구주의적 관점에 의해 해석되는 것이 주류적인 흐름으로 되었다. 하지만, 20세기 중반 잇따른 인간의 존엄성의 법리에 기초한 연방대법원 판결들에서 보듯이 미국에서도 자연권적 전통이 완전히 사라진 것은 아니며, 미국의 법정신에 그대로 살아 있다. 이러한 자연권적 전통에 의할 경우 자유주의적 자유는 타인의 동등한 자유와 공동체의 이익을 위해 적절한 범위로 제한될 수 있고, 그와 같은 타인의 동등한 자유와 공동체의 이익의 범위가 역사적으로 정교하게 확대되어 온 바 있으므로 표현의 자유 역시 정교하게 그 한계가 설정되어야 한다. 그럼에도 불구하고, 미국의 수정헌법 제1조의 법리는 표현의 자유의 범위를 제대로 설정하지 못하였고 과도하게 인정된 경향이 있다는 것이 그의 진단이고, 지금이라도 자연권적 권리론에 기초하여 재구성이 필요하다는 것이다.

나. 미국에서의 표현의 자유 : 가치중립성 내지 내용중립성

표현의 자유의 측면에서도 미국의 사법부가 내세우는 철학은 매우 독특하다. 후술하는 바와 같이 독일의 경우 헌법이 정한 가치규범에 따라 표현의 자유에 대해서도 일정정도 가치서열에 따른 제한을 인정하는 것과 달리 미국의 경우 가치중립성, 내용중립성을 핵심적인 가치로 제시한다. 제3장에서 언급한 정치적 자유주의에 관한 연방대법원 판결의 수사들(즉, 아무리 유해한 생각이라고 하더라도 국가가 이를 규제할 수 없다는 취지의 판결들)⁴⁵¹⁾은 바로 그러한 맥락에서 이해할 있다. 미국의 경우 국가 중립성을 표현의 자유의 기본원리로 천명하면서 끊임없이 실제적 가치판단에서 벗어나려는 경향을 보이고 있다.

이러한 국가중립성 문제가 가장 극적으로 드러난 사례로는 국기소각(flag burning) 케이스인 *Texas v Johnson*을 들 수 있다.⁴⁵²⁾ 위 사건은 정치적 의사표현의 일환으로 성조기를 불태운 행위를 처벌하는 것이 위헌인지 여부가 문제된 사안으로, 미 연방대법원은 5 : 4로 표현의 자유를 인정하였다. 즉 다수의견은 국가중립성 명제 즉 “정부가 사회에서 어떠한 아이디어가 유해하거나 불쾌하다고 판단한다고 하여 그 아이디어의 표현을 금지할 수 없다.”⁴⁵³⁾고 하면서 위헌을 선언한 반면, 소수의견은 “질서와 도덕성에 대한 사회적 이익(social interest in order and morality)이 우선한다.”고 판시하면서 반대의견을 개진한 바 있다.⁴⁵⁴⁾ 공

451) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *American Booksellers v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985) 등.

452) 491 U.S. 397 (1986)

453) 원문 : “The government may not prohibit the verbal or nonverbal expression of an idea merely because society finds the idea offensive or disagreeable, even where our flag is involved. Nor may a State foster its own view of the flag by prohibiting expressive conduct relating to it, since the government may not permit designated symbols to be used to communicate a limited set of messages. Moreover, this Court will not create an exception to these principles protected by the First Amendment for the American flag alone”

화당을 비롯한 미국내 보수파들은 이 판결에 분노하였고 연방의회는 그 직후 1989 Flag Protection Act를 제정하였으나, 1990년 연방대법원은 United States v. Eichman 판결에서 다시 동법을 위헌이라고 판결함으로써 결국 폐기되었다는 것은 잘 알려진 사실이다. 이 판결에 대해 Rodney Smolla 교수는 “J. S. Mill이 Aristotle을 5 : 4로 이긴 사안”이라고 표현하기도 하였는데,⁴⁵⁵⁾ 여기서 J. S. Mill은 국가중립성을 지지하는 자유주의적 전통을, Aristotle은 사회질서와 도덕성을 강조하는 공동체주의를 대표하는 상징으로 비유된 것이다.

이러한 미국 법원의 국가중립성에 대한 집착은 이른바 “내용중립성 (content neutrality)”라는 명제로 실로 방대한 양의 논쟁을 축적해 온 바 있다.⁴⁵⁶⁾ 내용중립성 원칙이란 국가는 시간, 장소, 방법의 규제(Time, Place, Manner, 이른바 “TPM 규제”)는 상대적으로 자유롭게 할 수 있지만 표현행위의 내용에 기반한 규제는 예외적인 사정이 없는 한 허용되지 않는다는 법리를 의미하는데,⁴⁵⁷⁾ 이러한 중립성의 이념은 미국 수정헌법 제1조의 법이론의 중핵을 이루는 것이기도 하다. 다만 그럼에도 불구하고 과연 내용중립성의 내용은 무엇이고, 그것이 현실적으로 어떻게 가능한지에 대한 논의는 해결의 실마리를 찾기 어려울 정도로 복잡다기하게

454) 원문 : “It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality”

455) Rodney Smolla(a), Free Speech in an Open Society, Knopf Doubleday Publishing Group(1992) p.89.

456) 국가중립성 논쟁과 마찬가지로 내용중립성의 문제 역시 실로 다양한 논의들이 있지만 아무도 그 해결의 실마리를 제시하지 못하였다고 말하여질 정도로 논의의 결론은 열려진 상태로 남아 있다[Cass Sunstein(c), “Words, Conduct, Caste”, 60 U Chi L Rev 795 (1993); Elena Kagan, “Regulation of Hate Speech and Pornography After R.A.V.” The University of Chicago Law Review; Summer 1993; 60, 3; Periodicals Archive Online pg. 873 등 참조].

457) Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971); NAACP v. Button, 371 U. S. 415 (1963); Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949); De Jonge v. Oregon, 299 U. S. 353 (1937) 외 다수.

벌어지고 있는 것이 현실이다.⁴⁵⁸⁾

3. 미국에서의 명예권

이상의 논의를 배경으로 미국의 명예권에 관하여 살펴보기로 하자. 앞서 본 바와 같이 미국 연방대법원은 1966년 *Rosenblatt v. Baer* 판결에서 인간 존엄과 명예권의 관계를 판시한 바 있지만, 그 이후 미국 연방대법원은 1974년 *Paul v. Davis* 판결에서 “평판에 대한 침해는 적법절차 조항에 의해 보호되지 않는다”고 명시적으로 밝히는 등,⁴⁵⁹⁾ 명예권은 현

458) 내용중립성 문제에 관한 비판들을 간략히 정리하면 다음과 같다[Steven Heyman(주 450), 제2장, 제3장; Cass Sunstein(c)(주 456); Elena Kagan(주 456), 등 참조].

① 우선, 연방대법원은 도발적인 발언(fighting words), 음란물(obscenity) 등은 수정헌법 제1조에 의해 보호되지 않는다는 판시를 반복함으로써 이른바, 높은 가치(high-value)의 표현과 낮은 가치(low-value)의 표현을 구별하고 있다. 그러나 그런 구별이 어떻게 가능한 것인지, 그 기준은 무엇인지에 대해 의문이 제기되지만 연방대법원은 한 번도 그에 대해 제대로 설명한 바 없다. Steven Heyman(주 450), p.90. 등 참조.

② 다음으로, 내용 규제인지, TPM 규제인지 여부에 관한 기준이 명확하지 않은 경우가 많다. 연방대법원은 종종 당해 규제 법률이 내용규제인지 아니면 TPM 규제인지 여부에 대해 다수의견과 소수의견이 갈리면서 심하게 대립하기도 하였는데[예를 들어 *Arcara v. Cloud Books, Inc.* 478 U.S. 697 (1986), *Heffron v International Soc. for Krishna Consciousness, Inc.* 452 US 640 (1981)], 이러한 점은 불허되는 내용규제와 허용되는 TPM 규제의 경계선이 모호함을 의미한다.

③ 마지막으로 내용규제라고 하더라도 반드시 필요한 규제가 있을 수 있음에도 불구하고 내용중립성이라는 명제 하에 제한이 부정되는 문제가 있다.

이러한 비판들은 내용중립성 명제가 그 이념적인 타당성에도 불구하고 현실적으로 실천하는 것은 결코 쉬운 일이 아니라는 점을 보여준다. 결국 수정헌법 제1조의 법리는 중립성에 대한 원칙적인 선언과 그 예외가 불편한 공존상태를 유지하고 있는 것이다. 마치 사상의 자유시장이 그러하듯이 내용중립성은 자유주의의 이상에 불과할 뿐 그것이 온전히 실현될 수 없다는 비판은 정치철학에서 국가중립성에 대한 완전주의적 비판과 마찬가지로 그 설득력을 부인하기 어렵다.

459) *Paul v. Davis* 424 U.S. 693 (1976), “Reputation alone, apart from some more tangible interests such as employment, does not implicate any

법상 근본적 권리(fundamental right)가 아니라는 점을 분명히 밝힌 바 있다. 미국에서의 취약한 명예권 보호의 전통은 다음과 같은 여러 가지 측면에서 확인이 가능하다.

가. 공인의 경우

1964년 New York Times 판결 이후 이른바 공적 인물로 분류되는 사람들은 명예권 자체를 박탈당하는 결과가 되었다. 공인이론에 입각한 일련의 판결들이 제시하는 명예권의 개념은 대단히 선명하다. 즉, 이들 공인들은 “어려운 상황에서도 곳곳이 살아갈 수 있는 강인한 인간(men of fortitude, able to live in a hardy climate)”으로,⁴⁶⁰⁾ 그러한 인간상은 “강인함, 자기에 대한 신뢰 그리고 용기 있는 인간”이라는 미국인의 자기 이미지에 부합하는 것이다. 미국인들은 그가 속한 사회, 공동체를 뛰어넘는 독립적 개인의 이미지에 상당한 중요성을 부여하며, 그 결과 자기의존(self-reliance)과 자율(autonomy)에 강력한 가치를 부여한다.⁴⁶¹⁾ 미국인들은 특정 공동체에 구속되지 않으며, 자유로운 이동이 가능하므로 관계적 속성을 갖는 명예권에 대한 관념이 유럽국가들에 비해 약할 수밖에 없다. 이러한 명예개념은 스스로 자신의 삶을 개척하는 자수성가형 인간을 이상형으로 그리는 미국적 인간형과도 일맥상통하는 것이다.

이러한 경향은 명예훼손 사건이 아닌 다른 유형의 불법행위 관련 판결에서도 발견된다. 고의적인 감정적 괴롭힘(tort of intentional infliction of emotional distress, IIED)의 성부가 문제된 Hustler Magazine, Inc v. Jerry Falwell 판결⁴⁶²⁾에서 연방대법원은 감정적으로 부정적인 효과

‘liberty’ or ‘property’ interests sufficient to invoke the procedural protection of the Due Process Clause”

460) New York Times 판결 참조, 한편 위 판시 부분은 Craig v. Harney, 331 US367, 376 (1947)을 인용하고 있다.

461) R. Bellah, Habits of Heart : Individualism and Commitment in American Life 151 (1985); Robert Post(c) (주 35), p.303에서 재인용

462) 486 U.S. 46 (1988), Hustler Magazine에서 목사인 Jerry Falwell에 대해

(adverse emotional impact)가 표현의 자유를 제한할 근거가 될 수 없다는 취지로 판시한 바 있다.⁴⁶³⁾

나. 일반사인의 경우

물론 위와 같은 판시는 공인에 관한 것이므로 공적 인물로 분류되지 않는 사인에 대해서는 적용되는 것은 아니다. 하지만 미국의 사인의 경우에도 명예권의 보호가 독일 등 유럽국가의 정도에는 전혀 미치지 않는다. 명예훼손 승소율 자체가 극히 낮다는 점⁴⁶⁴⁾ 외에 비록 명예훼손 사건은 아니지만 *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* 판결,⁴⁶⁵⁾ *Florida Star v. B. J. F.* 판결⁴⁶⁶⁾ 등의 판시내용을 보면 미국에서 일반인들의 명예권의 취급이 어떠한지를 잘 알 수 있다. 위 판결들은 강간 피해자의 실명을 거론하는 보도의 금지를 구하는 피해자들의 청구에 대해 “언론에 공개된 정보가 사실이고, 그러한 정보의 입수과정이 위법하다는 등의 사정이 없는 한 강간 피해자를 언론에 보도하는 것도 수정헌법 제1조의 보호대상”이라고 판단한 사안이다. 이러한 사안들은 범죄자, 한정치산자들에 대해

“첫 경험에 대해 이야기 하다(Jerry Fawell talks about his first time)”라는 제목으로 음주에 관한 내용과 어머니와 성적 관계의 증의적 내용으로 해석될 수 있는 패러디를 한 것이 “고의적인 감정적 괴롭힘(tort of intentional infliction of emotional distress, IIED)”이라는 불법행위가 될 수 있는지 여부가 문제된 사안이다.

463) 원문 : “An ‘outrageousness’ standard thus runs afoul of our longstanding refusal to allow damages to be awarded because the speech in question may have an adverse emotional impact on the audience”

464) 어느 통계에 의하면 1983~2003년 사이에 73%의 명예훼손, 프라이버시 소송은 피고의 motion to dismiss가 인용되어 기각되었고, 본안소송으로 들어간 사건에서 승소율은 약 43% 정도였다고 한다. 따라서 명예훼손소송의 승소율은 결국 11.6% 정도라는 것인데(= 0.27 x 0.43), 이는 앞서 본 바와 같이 유사한 기간 명예훼손 소송 승소율이 90%에 이르는 영국과 크게 대비된다. M. Franklin 외 2(주 286), p.262.

465) *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975)

466) *Florida Star v. B. J. F.*, 491 U.S. 524 (1989)

서도 인격의 자유로운 발현을 위한 세심한 배려를 하는 독일과 극명하게 대립되는 사례들이 아닐 수 없다.⁴⁶⁷⁾

앞서 언급한 1974년 Paul v. Davis 판결은 경찰이 “소매치기 리스트”를 상점들에게 배포한 것이 리스트에 등재한 사람의 명예를 훼손한 것인지 여부가 쟁점이 된 사안으로, Rehnquist 대법관이 작성한 다수의견은 “평판에 대한 침해는 적법절차 조항 및 42 U.S.C. § 1983에 의해 보호되는 권리침해가 아니다”는 취지로 판단하였다.⁴⁶⁸⁾

다. “libel-proof plaintiff doctrine”의 문제

명예훼손 소송에서 미국적 특징을 상징적으로 잘 드러내는 법리로서 이른바 “libel-proof plaintiff doctrine”을 들 수 있다. 이는 상습범죄자(habitual criminal), 중범죄자(felony)와 같이 평판 자체가 너무도 나쁜 경우 명예훼손적 발언에 의해 평판이 침해될 여지가 없다고(libel-proof) 보아 법률문제로서(as a matter of law) 청구기각을 하는 것을 의미한다.⁴⁶⁹⁾ 이러한 법리는 1975년 Cardillo v Doubleday & Co., Inc.에서 최초로 인정되었다.⁴⁷⁰⁾ 실형 복역 중이던 Cardillo는 피고가 쓴 책 “My

467) 또한 Oklahoma Pub. Co. v. District Court, 430 U.S. 308 (1977) 판결 참조.

468) Paul v. Davis 424 U.S. 693 (1976) 한편, Brennan 대법관은 그와 같은 다수의견은 미국 헌법이나 기존 결정들에 반하는 것이라고 비판하였다. Brennan 대법관은 다음과 같이 웅변적인 수사로 가득한 소수의견을 개진한 바 있다. “I have always thought that one of this Court’s most important roles is to provide a formidable bulwark against governmental violation of the constitutional safeguards securing in our free society the legitimate expectations of every person to innate human dignity and sense of worth. It is a regrettable abdication of that role and a saddening denigration of our majestic Bill of Rights when the Court tolerates arbitrary and capricious official conduct branding an individual as a criminal without compliance with constitutional procedures designed to ensure the fair and impartial ascertainment of criminal culpability.”

469) Rodney Smolla(b)(주 33), §9:61.

Life in the Mafia“에서 자신의 범죄를 표현한 것이 명예훼손이라고 주장하면서 소송을 제기하였다. 1심은 표현의 자유를 이유로 기각하였지만, 항소심에서는 원고는 여러 죄목의 연방범죄(federal felony) 및 기타 수많은 경미한 범법행위(numerous minor infractions of the law)로 유죄 판결을 받은 점에서 법률문제로서 명예훼손이 성립하지 않는다(libel proof)라고 판시하였다.

그 이후 연방하급심 법원을 중심으로 위 법리가 발달하게 되는데, 크게 두 가지 유형이 있다.⁴⁷¹⁾ 첫째는 특정 이슈에 관하여(the issue-specific branch) 명예훼손이 성립하지 않는다는 법리로서 위 Cardillo 판결을 비롯하여 주로 상습범죄자, 중범죄자에 관한 케이스들에서 판례군을 형성하였다.⁴⁷²⁾ 두 번째 유형은 명예훼손이 문제되지 않는 부분의 평판침해가 이미 커서 명예훼손이 성립하는 부분의 영향이 거의 미미하다고 보아 명예훼손의 성립을 부정하는 법리이다(the incremental harm branch). 즉 이미 상당한 정도의 평판저하가 이루어진 이상 문제된 발언으로 인하여 유의미한 정도로 증가된 침해(no incremental harm)가 존재하는 것으로 볼 수 없다는 의미이다.⁴⁷³⁾ 대표적인 사례로 Simmons Ford, Inc. v. Consumers Union of United States, Inc의 경우를 들 수 있다.⁴⁷⁴⁾ 동 사안에서 전기자동차 소매상인 원고가 자신이 취급하는 자동차에 대해 여러 종류의 악평을 한 피고를 상대로 명예훼손 소송을 제

470) Cardillo v Doubleday & Co. Inc., 518 F.2d 638, 639 (2d Cir. 1975)

471) 이하의 내용에 대해서는 Evelyn Peyton, “Rogues’ Rights: The Constitutionality of the Libel-Proof Plaintiff Doctrine”, Santa Clara Law Review, Vol. 34, Issue 1 (1993); Wayne M. Serra, “New Criticisms of the Libel-Proof Plaintiff Doctrine”, 46 Clev. St. L. Rev. 1 (1998)

472) Buckley v. Littell, 539 F.2d 882, 889 (2d cir. 1976), cert. denied, 429 U. S. 1062 (1977); Guccione v. Hustler Magazine Inc., 800 F.2d 298, 299 (2d Cir. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1091 (1987)

473) Rodney Smolla(b)(주 33), §9:61, 그런 점에서 “substantial truth”의 법리(진술내용이 상당한 정도로 진실이면 사소한 오류가 있다고 하더라도 진실항변을 인정한다는 법리)와 유사하다고 한다.

474) Simmons Ford, Inc. v. Consumers Union of United States, Inc., 516 F. Supp. 742, 745 (S.D.N.Y. 1981)

기하였다. 그런데, 원고는 피고의 악평들 가운데 일부 사소한 오류만을 문제삼아 소송을 제기하였는데, 법원은 명예훼손이 문제되지 않는 나머지 진술들에 의해 이미 충분히 평판이 저하되었고, 문제된 진술에 의해 추가로 유의미한 평판저하가 발생한 것으로 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

다만 미국의 이러한 법리가 완전히 보편화된 것은 아니고, 주마다 그 적용범위 및 요건은 조금씩 다를 뿐만 아니라 학설상으로는 이러한 법리가 잘못되었다는 비판도 만만치 않다. 1984년 *Liberty Lobby, Inc. v. Anderson* 판결에서 Antonin Scalia⁴⁷⁵⁾ 판사는 “사람의 평판은 그 전체로 유지되거나 떨어지는 하나의 단일한 실체(monolith)라고 생각하지만” 사실은 “우리 모두에게는 최소한 아주 조금이라고 하더라도 선한 면이 있어서, 아무리 나쁜 사람이라고 하더라도 더 나빠질 수 있다”고 판시하였다.⁴⁷⁶⁾ 이러한 판시는 평판의 본질에 대한 날카로운 통찰임과 동시에 위 법리의 문제점을 예리하게 지적하는 것이다. 이처럼 명예보호 법제의 구제를 절대적으로 차단하는 libel-proof의 법리를 쉽게 인정하기보다는 아무리 평판이 좋지 않은 사람이라고 하더라도 문제된 진술에 의해 추가적인 평판 저하가 있었는지를 심리해야 한다는 입장도 많다.⁴⁷⁷⁾ 그리고, 학자들 가운데에는 이러한 법리가 흉악범이라고 해도 법의 보호가 부여되어야 한다는 미국 수정헌법 제5조, 제14조의 적법절차의 원리나 수정헌법 제14조의 평등보호 조항 위반이라는 비판도 만만치 않다.⁴⁷⁸⁾

libel-proof plaintiff doctrine은 독일식의 인간의 존엄에 기초한 규범적 평판의 개념과 크게 대비되는 개념이다. dignity 혹은 규범적 개념은 모든 인간은 인간이라는 사실 자체만으로 공동체 내에서 최소한 그의 존엄

475) 연방대법관이 되기 전 연방항소법원 판사이던 Antonin Scalia를 의미한다.

476) *Liberty Lobby, Inc. v. Anderson*, 746 F. 2d 1069, 1075 (3 Cir. 1988) 원문 : “...there is a little bit of good in all of us – or perhaps upon the pessimistic assumption that no matter how bad someone is, he can always be worse”

477) 대표적으로 *Sharon v. Time, Inc.*, 575 F. Supp. 1162 (S.D.N.Y. 1983).

478) Evelyn Peyton(주 471), pp.200~213.

가치를 인정받아야 한다는 전제 하에, 사회적 평판이 전혀 없거나 그 가치가 미미한 경우에도 평판 침해를 인정한다는 법리이다. 마치 무소득자에게도 기본소득을 지급하겠다는 사회복지 정책과 유사하다. 하지만 미국에서는 이러한 명예 내지 평판 개념이 인정되지 않는다.⁴⁷⁹⁾ 미국의 경우 제6장에서 보겠지만 추정적 손해(presumed damages)의 영향으로 명예훼손 소송에서 승소할 경우 거액의 배상액이 인정되는 경우가 많다. 즉 미국에서는 수백억 원에 해당하는 명예침해에서(presumed damages의 경우) 그 가치가 전혀 인정되지 않는 경우에 이르기까지(libel-proof plaintiff doctrine) 그야말로 양극화된 사실적 명예 개념이 존재하고 있다. 이러한 미국에서의 명예권의 취급은 경제구조에 있어서 유럽과의 차이점, 즉 사회적 평등을 강조하는 유럽식의 복지국가와 부의 불평등을 용인하는 신자유주의적 경제구조와 닮아 있다.

라. 사회적 약자들의 경우 : 혐오표현(Hate Speech)의 문제

마지막으로, 이른바 ‘혐오표현(hate speech)’의 문제를 들 수 있다. 잘 알려진 바와 같이 독일 등 유럽국가들에서는 혐오표현을 엄격하게 규제하면서 형사처벌 등 강력한 제재를 가하고 있다.⁴⁸⁰⁾ 반면 미국의 경우

479) 한편 앞서 본 바와 같이 libel-proof plaintiff doctrine 법리를 배척하는 법원의 입장도, 법률문제로서(as a matter of law) 이 항변을 받아들이지 않는다는 의미이고, 구체적으로 평판 침해가 있었는지를 사실 문제로서(as a matter of fact) 심리하게 되므로, 결국 사실적 평판 개념이라는 점에서는 차이가 없다.

480) 유럽과 미국의 전체적 비교에 관하여는 Ioanna Tourkochoriti, “Should Hate Speech Be Protected? Group Defamation, Party Bans, Holocaust Denial and the Divide Between (France) Europe and the United States”, 45 Colum. Hu. Rts. L. Rev. 552 (2014); 혐오표현에 관한 국내문헌으로는, 이승현, “혐오표현에 대한 헌법적 고찰”, 연세대학교 박사학위 논문 (2016); 홍성수(a)(주 331), 한편 최근(2017. 9. 6.) 독일에서는 혐오표현을 방치하는 SNS업체에 대해 최대 5,000만 유로(한화 약 650억 원)의 벌금을 부과할 수 있는 법안을 통과시켰다고 한다.

<http://www.hankookilbo.com/v/9c13889f762644b7b1c29f416b841abf>

연방대법원은 20세기 후반 이후 혐오표현을 규제하는 법령이 수정헌법 제1조에 위반된다는 판시를 해왔다.⁴⁸¹⁾ 리딩케이스인 1992년 *R. A. V. v. City of St. Paul* 판결에서 연방대법원은 흑인 가정 뒷마당에서 이른바 십자가 태우기(cross burning) 행사를 하는 원고들에 대한 처벌의 근거가 된 Minnesota주 St. Paul의 「Bias-Motivated Crime Ordinance」가 수정헌법 제1조에 위반된다고 판결하였다.⁴⁸²⁾ 그 이후 연방대법원은 미국 나찌스들이 유대인들 마을에서 시위를 하는 것을 금하는 것이 위헌이라는 일련의 판결을 하였고,⁴⁸³⁾ 심지어 대학 내에서 소수인종들을 비하하는 일체의 행위를 금하는 교내 규칙들도 수정헌법에 위반된다고 하였다.⁴⁸⁴⁾ 물론 혐오표현은 사회적 약자에 대한 피해를 방지하는 것이 주목적인 반면 명예훼손은 개인의 평판 침해를 문제 삼는 것이므로 양자가 문제되는 맥락은 다르다.⁴⁸⁵⁾ 그러나 혐오표현에 대한 규제 역시 인간 존엄(human dignity)에 기초한 사회공동체의 구성원 적격의 인정 문제라는 점에서 현대 명예훼손법이 평판을 보호하는 것과 유사한 맥락에 있는 것이고, 바로 그런 점에서 혐오표현에 대한 미국 법원의 태도는 명예권에 대한 인식 내지 태도와 유사한 맥락에서 이해할 수 있다.

(마지막 방문 2018. 7. 23.)

481) 1952년 판결인 *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250에서 연방대법원은 일종의 혐오표현 규제 법령이라고 할 수 있는 일리노이 주법의 합헌성을 인정한 바 있다.

482) *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)

483) *National Socialist Party v. Skokie*, 432 U.S. 43 (1977), *Collin v. Smith*, 447 F. Supp. 676 (1978)

484) *Doe v. University of Mich.*, 721 F. Supp. 852 (E. D. Mich. 1989), *Corry v. Stanford*, No. 740309 (Cal. Super. Ct. Santa Clara Co. 1995); 이러한 혐오표현에 관한 미국 판례의 입장에 대한 체계적인 비판으로는, Jeremy Waldron(주 74), Waldron 교수는 혐오표현은 사회적 약자의 사회의 일상에서 평등하게 취급받을 수 있는 사회적 자격이라는 의미에서 공동체 구성원 적격(standing in the community)를 부정하는 것이라고 하면서 미국 연방대법원 판결이나 C. Edwin Baker, Ronald Dworkin과 같은 논자들의 입장을 비판한다.

485) Rodney Smolla(b)(주 33), §4.51~4.65 참조.

마. 소결 및 정리

이처럼 미국의 판결들은 매우 선명한 미국적 색채를 보이고 있으며, 일부 판결들은 우리의 상식에 비추어도 언뜻 받아들이기 어렵다.⁴⁸⁶⁾ 이와 같이 볼 경우 미국의 공인이론은 표현의 자유에 대한 보호의 전통에 기인하는 것만이 아니라, 명예권을 보는 관점 자체가 유럽 국가들과 다르기 때문이라고 볼 여지도 많다. 연방대법원 판결들이 실시한 바와 같이 미국의 인간상은 “두꺼운 피부의 강인한 인간”이며,⁴⁸⁷⁾ 공동체보다는 개인이 우선하는 사회적 전통들은 명예권에 대한 상이한 취급의 배경이 되었다고 할 수 있다.

V. 캐나다의 경우

1. 개요

마지막으로, 미국과 같이 북미의 신생국가이지만 유럽적 전통을 따르는 캐나다의 경우를 살펴보기로 한다. 캐나다는 앞서 본 3국과 비교할 경우 그 어느 나라와도 구별되는 매우 특이한 성격을 갖는다. 앞서 언급

486) 특히 위 강간피해자 신원 보도 관련 Florida Star v. B. J. F. 판결, 또한 Oklahoma Pub. Co. v. District Court, 430 U.S. 308 (1977) 판결에서 연방대법원은 11살 소년이 2급 살인으로 기소된 사안에서 그 이름에 대한 보도를 금한 법령이 수정헌법 제1조에 위반된다고 판시하였다. 이러한 미국의 판례는 다음과 같은 우리나라의 범죄피해자 보호법 조문과 크게 대비된다.

범죄피해자 보호법 제2조(기본이념) ① 범죄피해자는 범죄피해 상황에서 빨리 벗어나 인간의 존엄성을 보장받을 권리가 있다. ② 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온은 보호되어야 한다.

487) 미국 법률가들은 이와 같은 미국 명예훼손법에 대해 사람들로 하여금 “두꺼운 피부(thick skin)”를 갖도록 권장하는 것에 다름 아니라고 비판한다. https://www.huffingtonpost.com/joel-cohen/libel-developing-a-thick-libel_b_5525471.html <https://www.jw.com/of-free-speech-and-thick-skin/> (마지막 방문 2018. 7. 23.)

한 James Whitman, Edward Eberle 등의 논의에 의하면 중세를 경험하지 않은 근대국가인 캐나다는 미국과 유사한 전통을 가져야 할 것으로 예상되지만, 실제로는 그 반대이다. 즉, 캐나다의 경우 미국과 달리 소규모의 공동체를 유지하면서 영국의 식민지로 있다가 19세기 말에 독립을 하였고, 20세기 이후에는 다민족 공동체를 이루며 살아온 역사적 전통을 배경으로, 영국보다도 더 강한 명예권 보호의 전통을 가진 것으로 평가될 정도이며,⁴⁸⁸⁾ 표현의 자유와 명예훼손법에 있어서 다문화주의, 다민족주의 등을 반영한 독특한 전통을 형성해 오고 있다.

2. 캐나다의 헌법정신과 표현의 자유

가. 개요

캐나다의 헌법에 해당하는 Canadian Charter of Rights and Freedoms(캐나다 헌장) 제2조는 표현의 자유를 규정하고 있다.⁴⁸⁹⁾ 동 조항에 의하여 모든 캐나다 국민은 헌장 제1조의 제한 하에서⁴⁹⁰⁾ 표현의 자유를 기본권으로 주장할 수 있다. 캐나다 헌장은 1982년 제정되었지만, 그 이전부터 대법원은 표현의 자유를 헌법적인 권리로 인정해 오고 있었다. 가령 1930년 판결에서 캐나다 대법원은 “표현의 자유는 민주주의 국가의 필수적 요소”라고 밝힌 바 있고,⁴⁹¹⁾ 마찬가지로 1951년 판결에서는

488) Dean Jobb, “Responsible Communication on Matters of Public Interest : A New Defense Updates Canada’s Defamation Laws” 3 J. Int’l Media & Ent. L. 195 (2010~2011) p.199.

489) 헌장 제2조 원문 : 2. Everyone has the following fundamental freedoms : (a) freedom of conscience and religion; (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; (c) freedom of peaceful assembly; and (d) freedom of association.

490) 헌장 제1조 원문 : 1. “The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

“사상과 표현의 자유 그리고 모든 주제에 있어서 생각과 신념의 불일치는 우리의 삶의 본질”이라고 판시하면서 선동법(sedition act)에 대한 제한적 해석을 하기도 하였다.⁴⁹²⁾ 그리고 헌장의 전신이라고 할 수 있는 1960년 Canadian Bill of Rights 역시 표현의 자유를 근본적 권리로 인정하고 있었다.⁴⁹³⁾ 이처럼 캐나다는 그 어느 유럽국가들에 비해서도 일찍부터 표현의 자유에 관한 심도 있는 이해에 기반한 헌정질서를 갖추고 있었다.⁴⁹⁴⁾

나. 캐나다의 표현의 자유의 특수성 : 공동체주의와 다문화주의

캐나다에서 표현의 자유를 제한하는 기준은 헌장 제1조가 제공한다. 제1조의 제한기준을 구체적으로 실시한 대법원 판례로는 1986년 Oakes 판결⁴⁹⁵⁾을 들 수 있는데, 동 판결은 합헌적인 기본권 제한의 심사기준을 마련하였다는 점에서 중요한 의의가 있다.⁴⁹⁶⁾ 그러한 캐나다의 표현의 자유는 특히 미국과 비교하여 다음과 같은 특징을 갖는다.

첫째, 캐나다의 사법심사의 원리는 공동체주의적(communitarian), 다문

491) Dean Jobb(주 488), p.207.

492) Boucher v. The King, [1951] SCR 265, 288 - Dean Jobb(주 488), p.208에서 재인용

493) Dean Jobb(주 488), p.207.

494) 앞서 본 바와 같이 최근 국제기구들의 평가에 있어서도 캐나다는 표현의 자유 내지 언론의 자유에 있어서 영국, 미국보다 훨씬 더 높은 순위를 기록하고 있다.

495) R v Oakes [1986] 1 S.C.R. 103

496) 이른바 ‘Oakes Test’로 알려진 캐나다 헌법상 기본권 제한 심사기준으로, 그 내용을 보면, ① 목적이 자유민주적 기본질서에서 절실히 요구되는 실질적인 것이어야 하고(pressing and substantial in a free and democratic society), ② 그 수단이 합리적이어야 하며(must not be arbitrary), ③ 최소 침해의 원칙을 충족시켜야 하며(should impair "as little as possible" the right or freedom in question), ④ 수단과 목적 사이에 비례성이 인정되어야 한다는 것(proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance)으로 우리나라 헌법재판소의 기본권 제한 위헌 심사기준과 유사함을 알 수 있다.

화주의적(multi-cultural), 평등지향적(equality-oriented) 성격을 갖는다.⁴⁹⁷⁾ 캐나다는 19세기 이래 폭넓게 이민을 받아들여 다민족주의, 다문화주의 사회를 형성하고 있었다. 캐나다 헌법은 평등을 헌법의 최고의 원리 가운데 하나로 천명하고 있는데, 이들이 말하는 평등은 개인의 평등이라기 보다는 그룹간의 평등이라는 점에서 미국과 대비된다.⁴⁹⁸⁾ 이와 같은 캐나다 법제의 가치지향성은 헌법해석에서 잘 드러난다. 원래 캐나다의 헌법은 보통법에 곧바로 적용되지 않는 것으로 해석되었지만, 1991년 R. v. Salituro,⁴⁹⁹⁾ 1995년 Hill v Church of Scientology 판결⁵⁰⁰⁾을 거치면서 마치 독일의 기본권의 대사인효와 유사한 법리를 천명하게 된다. 1995년 Hill v Church of Scientology 판결에서 대법원 다음과 같이 판시한다.

“역사적으로, 보통법은 법원에서 당대의 사회적 가치에 부응하기 위하여 법률을 점진적으로 변경해 온 결과로서 발전하였다. 헌장은 우리의 민주적 사회와 우리의 법체계를 지도하고 형성하는 근본적 가치들을 표현한 것이다. 따라서 법원은 헌장에서 표현된 가치들에 부응하기 위하여 필요한 방식으로 보통법을 점진적으로 수정해 가는 것이 필요하다.”⁵⁰¹⁾

497) Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.49~50.

498) Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.50. 참고로, 헌장 제27조는 “헌장은 캐나다의 다문화주의적 전통을 보존, 고양하는 방식으로 해석되어야 한다(This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.)”고 규정하고 있고, 평등권에 관해 규정한 제15조 제2항 역시 다음과 같이 그룹간의 평등에 대해 언급하고 있다. - “제1항 규정이 인종, 국적, 종교, 성별, 나이, 정신적, 육체적 장애 등으로 사회적으로 혜택받지 못한 개인 혹은 집단에 대한 조건을 개선하는 법령, 프로그램, 활동 등을 금지하는 것은 아니다 (Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability).”

499) [1991] 3 S.C.R. 654

500) [1995] 2 S.C.R. 1130

501) 문단 92, 원문 : “Historically, the common law evolved as a result of the courts making those incremental changes which were necessary in

이처럼 캐나다는 영국, 미국과 같은 보통법 국가이고, 미국과 같은 신대륙의 신생국가임에도 불구하고 오히려 독일과 유사한 헌법의 대사인효, 객관적 가치질서 이론과 유사한 가치지향적 헌법이론을 정립하고 있다.

둘째, 미국과 달리 캐나다의 경우 정부의 정책을 존중하는 전통을 갖고 있다. 미국에 있어서 정부는 기본권의 침해자라면 캐나다에서 정부는 기본권의 수호자이다.⁵⁰²⁾ 미국의 사법부는 정부의 정책이 국민의 기본권을 제한하는 점에 주목한다면 캐나다의 사법부는 정부의 정책이 국민의 기본권을 보호한다는 점을 전제로 한다.

이러한 캐나다의 헌법적 전통으로 인하여, 표현의 자유가 폭넓게 보호되면서도,⁵⁰³⁾ 인종문제, 평등 문제 등에 있어서는 앞서 언급한 헌장 제1조의 제한을 폭넓게 인정하고 있다. 그 대표적인 예가 바로 혐오표현(hate speech)에 대한 규제로서, 소수자 내지 소수 그룹의 보호를 위하여 폭력적이거나 비인간적인 표현에 대한 제한은 헌법적으로 폭넓게 허용되고 있다. 바로 그러한 점에서 캐나다 대법원은 미국과 같이 국가중립성, 내용중립성을 지향하는 것이 아니라 내용규제를 허용하고 있는 것이다.

그 대표적인 사례로, R v. Keegstra 판결을 들 수 있다.⁵⁰⁴⁾ 이는 반유대주의(Anti-Semitism)를 가르치는 교사에 대해 특정그룹에 대한 혐오표현의 처벌을 규정한 캐나다 형법 제319조를 적용할 수 있는지 여부가 문제된 사안이다.⁵⁰⁵⁾ 항소심에서는 표현의 자유를 이유로 무죄를 선고하였

order to make the law comply with current societal values. The Charter represents a restatement of the fundamental values which guide and shape our democratic society and our legal system. It follows that it is appropriate for the courts to make such incremental revisions to the common law as may be necessary to have it comply with the values enunciated in the Charter.”

502) Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.50~51.

503) Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.29.

504) [1990] 3 S.C.R. 697

505) 캐나다 형법 제319조 (1), (2)항은 다음과 같이 혐오표현에 대한 처벌을 규정하고 있다.

으나, 캐나다 대법원은 4 : 3으로 기소를 인정하였다. 대법원의 논리는 다음과 같다. 이러한 표현행위도 표현의 자유의 보호대상은 되지만 Oakes 기준에 의한 형량을 위해서는 폭력의 위험이 있는지를 보아야 하며 이를 위해서는 표현행위의 내용을 보아야 한다. 다만 문제는 위 사건의 경우 현실적인 위해의 증거가 충분하지 않았다는 점이었다. 그럼에도 불구하고 대법원은 위 사안의 경우 문제된 표현행위 자체가 harassment 라고 하면서 유죄를 인정하였다.⁵⁰⁶⁾ 여기서 볼 수 있는 것은 캐나다에서 이해되는 민주주의는 미국과는 전혀 다른 것이라는 점이다. 즉, 캐나다에서 추구하는 민주주의는 모든 그룹의 평등을 실현하는 것이므로, 혐오표현에 의해서 소수자가 발언권을 조금이라도 잃게 된다면 정부가 개입해서 사상의 자유시장을 개입할 수 있다는 것이다.⁵⁰⁷⁾ 즉, 캐나다에서는 미국과 같은 국가중립성은 인정되지 않는다.

유사한 사례로 1990년 Taylor v Canadian Human Rights Commission⁵⁰⁸⁾ 판결을 들 수 있다. 동 판결은 백인우월주의, 반유대주의 단체의 일원인 Taylor가 인종주의적 메시지를 전파하는 행위로 기소된 사안에서 대법원은 문제되는 표현행위는 정치적 담론이라는 표현의 자유 주장을 배척하고 기소를 인정하였다.⁵⁰⁹⁾ 또한 포르노그래피에 대한 규제

-
- (1) Every one who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of
 - (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
 - (b) an offence punishable on summary conviction.
 - (2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of
 - (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
 - (b) an offence punishable on summary conviction.

506) Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.54~55.

507) Ronald J. Krotoszynski(주 13), p.57.

508) [1990] 3 S.C.R. 892

509) Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.60~63.

의 합헌성이 문제된 R. v. Butler,⁵¹⁰⁾ R. v. Sharpe 사건⁵¹¹⁾ 등에서도 모두 법률에 의한 규제의 합헌성을 인정함으로써 미국과 달리 캐나다 대법원은 내용중립성 원칙을 인정하지 않고, 헌법정신에 따른 가치관을 관철하는 입장을 보여주고 있다.⁵¹²⁾

다소 특이한 케이스로 Zundel 판결을 들 수 있다.⁵¹³⁾ 동 판결은 이른바 ‘대학살 부정(Holocaust Denial)’에 관한 것으로 나찌스 숭배자인 Ernest Zundel이 “과연 6백만이 죽었을까(Did Six Million Really Die)?”라는 팜플렛을 유포한 행위로 기소된 사안이다.⁵¹⁴⁾ 동 판결에서 3인의 소수의견은 소수자 보호 등의 관점에서 형사처벌을 인정하였으나, 4인의 다수의견은 처벌의 근거조항인 형법 제181조가 지나치게 포괄적으로 규정되어 표현의 자유에 대한 위축효과를 가져올 수 있다는 이유로 위헌을 선언하였다.⁵¹⁵⁾

3. 캐나다의 명예권

가. 개요

캐나다의 경우 명예권에 관한 매우 확고한 전통을 갖고 있다. 앞서 본 바와 같이 캐나다는 전통적으로 표현의 자유를 폭넓게 보호하지만, 명예권의 경우 표현의 자유의 범위 밖에 존재하였다. 즉 캐나다의 경우 미국과 같이 중세, 봉건사회를 경험하지 않은 신생국가임에도 미국과는 다르게 공동체주의적 문화를 형성해 왔고, 명예권은 그러한 문화속에서 강력한 보호를 받는 권리로 인식되었다.

510) [1992] 3 S.C.R. 452

511) [2001] 1 S.C.R. 45

512) Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.69~82.

513) [1992] 3 S.C.R. 731

514) Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.60~63.

515) Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.64~66.

나. 1995년 Hill v Church of Scientology 판결

이러한 캐나다에서 전통적인 명예권의 취급이 어떠한 것인지를 상세히 밝힌 판결로는 1995년 Hill v Church of Scientology 판결⁵¹⁶⁾을 들 수 있다. 동 판결의 사실관계는 다음과 같다. 캐나다 종교단체인 Church of Scientology의 변호사인 Morris Manning은 법정 복도에서 검사인 Casey Hill이 “판사를 기망하였고, Church of Scientology의 비밀문서를 보존하라는 법원 결정을 위반하였다”고 주장하면서 Casey Hill에 대해 법정모독 소송을 제기할 것이라고 공표하였다. 그러나 막상 법정모독 소송에서는 Church of Scientology의 공표 내용이 사실이 아닌 것으로 밝혀졌고, 결국 Hill이 Church of Scientology를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다. 동 소송에서 Hill이 승소하였으며, 항소심에서 법원은 최종적으로 피고에 대해 일반적 손해배상(general damages) C\$300,000, 가중적 손해배상(aggravated damages) C\$500,000, 징벌적 손해배상(punitive damages) C\$800,000을 인용하는 판결을 선고하였고, 피고가 상고하였으나 캐나다 대법원은 상고를 기각하였다.⁵¹⁷⁾ 동 판결은 명예권의 중요성에 대해 다음과 같이 매우 중요한 일반론을 설시한다.

“명예훼손 소송에 있어서 형량되어야 할 다른 하나의 가치는 개인의 평판의 보호이다. 표현의 자유의 중요성에 대해서는 많은 글들이 있지만 평판의 중요성에 대해서는 그렇지 않다. 그러나 대부분 사람들에게 있어서 좋은 평판은 그 무엇보다 중요한 것이다. 좋은 평판은 개인의 존엄성과 내적 가치와 밀접하게 관련된다. 그것은 표현의 자유와 마찬가지로 법률에 의해 보호되어야 한다. 이 사건에서 필요한 비교형량을 위하여 평판의 중요성에 대해 논의되어야 한다. 민주주의는 언제나 개인의 근본적인 중요성을 인정해 왔다. 그러한 중

516) [1995] 2 S.C.R. 1130

517) C\$는 캐나다 달러를 의미하는 것으로 위 액수는 각 3억 원, 5억 원, 8억 원 정도에 해당하는 금액이다.

요성은 각인의 평판의 중요성에 기초한 것이어야 한다.”⁵¹⁸⁾

그리고, New York Times 판결과 동 판결이 실시한 현실적 악의(actual malice)의 법리에 관하여 다음과 같이 비판하면서 캐나다는 이를 수용할 수 없음을 명백히 밝힌 바 있다.⁵¹⁹⁾

- ① 재판의 심리가 현실적 악의의 여부에 집중된 나머지 원고의 입장에서는 자신의 명예권 보호에서 핵심적인 내용인 문제된 진술의 허위성을 다룰 기회조차 얻기 어렵다.
- ② 현실적 악의의 입증을 위한 discovery 등의 절차는 오히려 언론의 자유를 침해한다.
- ③ 소송비용을 급격히 증가시킨다.
- ④ 허위 진술을 보호함으로써 공적 담론에 있어서 진실의 가치를 하락시키고 그 결과 사회적 비용을 유발한다.

위와 같은 근거로 캐나다 대법원은 미국의 현실적 악의의 법리를 채택하지 않는다는 점을 분명히 하면서, 위 사건에서 명예훼손을 인정하였다. 위 판결은 캐나다의 경우 명예권을 인간의 존엄에 기초한 중요한 가치로 인정함은 물론 그것이 민주주의 발전을 위한 초석이라고 평가함으로써 캐나다 헌법원리에 있어서 명예권의 중요성을 명백하게 밝힌 사안이다.

518) 문단 107, 원문 : “The other value to be balanced in a defamation action is the protection of the reputation of the individual. Although much has very properly been said and written about the importance of freedom of expression, little has been written of the importance of reputation. Yet, to most people, their good reputation is to be cherished above all. A good reputation is closely related to the innate worthiness and dignity of the individual. It is an attribute that must, just as much as freedom of expression, be protected by society’s laws. In order to undertake the balancing required by this case, something must be said about the value of reputation. Democracy has always recognized and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person.”

519) 위 판결문의 문단 128~131.

다. 2009년 이후의 변화 : WIC Radio Ltd. v. Simpson 판결, Grant v Torstar Corp 판결, Quan v. Cusson 판결

그러나 캐나다 대법원 역시 2009년 이후 영국과 유사한 방식의 변화를 겪게 된다. 이하에서 간략하게 살펴보기로 한다.

(1) WIC Radio Ltd. v. Simpson 판결

2008년 WIC Radio Ltd. v. Simpson 판결은,⁵²⁰⁾ 유명한 라디오쇼 호스트인 피고(Rafe Mair)가 원고(Simpson)를 히틀러, 나찌스, 스킨헤드에 비유한 발언이 문제된 사안이다. 위 사건에서 대법원은 결국 명예훼손을 인정하였지만 판시 이유에서 기존에 마치 확고한 성채(citadel)처럼 보였던 캐나다의 명예권론에 변화를 예고하는 듯한 판시를 하였다는 점에서 중요한 의의가 있다.⁵²¹⁾ 즉 캐나다 대법원은 위 판결에서 다음과 같은 점을 지적한다. 첫째, 명예훼손법은 오늘날의 사회적 현실에 맞게 재구성될 필요가 있다. 둘째, 그러한 관점에서 현대의 정보통신기술 발달의 영향을 중요하게 고려하여야 한다. 셋째, 명예훼손 소송에서 원고의 지위 역시 중요하게 고려되어야 한다. 그러면서 위 사건에서 대법원은 원고는 공적인 존재로서 언론매체를 통하여 논쟁을 자초한 점, 그리고 그 자신의 평판을 창조할 능력을 갖는다는 점을 지적하면서, 그러한 경우 명예훼손을 쉽게 인정해서는 안된다는 점을 강조하였다. 그러면서 위 판결은 공정논평의 법리의 판단기준을 주관적 기준에서 객관적 기준으로 변경하였다.⁵²²⁾ 다만 그럼에도 불구하고 위 판결은 입증책임의 전환에 대해서

520) [2008] 2 SCR 420

521) Bob Tarantino, "Chasing Reputation : The Argument for Differential Treatment of "Public Figure" in Canadian Defamation Law" 48 Osgoode Hall L. J. 595 (2010) p. 603.

522) Mitchell Drucker, "Canadian v. American Defamation Law : What Can

는 침묵하고 있으며, 여전히 피고는 허위의 추정(presumption of falsity)을 받고 있다는 점에서 본질적인 변화를 이끈 것은 아니라는 한계를 갖는다.⁵²³⁾ 즉 위 판결은 결론 자체에서 대단한 변화를 이끈 것은 아니지만 동 판결에서 실시한 판결이유들은 향후 캐나다의 명예훼손법의 향방을 가능케 하는 것이라는 점에서 의미가 있다.

(2) Grant v Torstar Corp 판결, Quan v. Cusson 판결

캐나다 명예훼손법의 본격적 변화를 가져온 판결은 2009년 Grant v Torstar Corp 판결,⁵²⁴⁾ Quan v. Cusson 판결이다.⁵²⁵⁾ Grant v Torstar Corp 사건은 피고 언론사가 골프장 소유자인 원고가 골프장 건립을 위해 정치권에 부정한 청탁을 하였다는 보도를 하였다가 명예훼손으로 피소를 당한 사안이다. 1심은 명예훼손을 인정하였으나, 2심은 1심의 결론을 번복하였고, 대법원은 표현의 자유를 인정한 헌장 제2조(b)를 근거로 2심의 결론을 유지하였다. 위 Grant v Torstar Corp 판결과 같은 날 선고된 Quan v. Cusson 판결 역시 유사하다. 온타리오의 경찰이었던 원고(Cusson)는 2001년 미국 9/11테러 직후 상부의 허락 없이 9/11 사고현장에 가서 구조활동을 한 사실이 있었다. 그런데, 피고 신문사는 원고가 당시 자신을 유능한 캐나다 기마경찰(RCMP, Royal Canadian Mounted Police) 소속이라고 속였다는 취지의 기사를 게재하여 명예훼손으로 피소를 당하였다. 두 사안 모두 항소심에서 이른바 “Responsible Communication on Matters of Public Interest”(RCPI)의 법리를 인정하였는데, 캐나다 대법원이 이를 받아들인 것이다. RCPI는 영국의 Reynolds, Jameel 판결에서 인정된 “Responsible Journalism”의 법리와 유사하지만 피고가 언론사에 국한하지 않는다는 점에서 그 적용범위가

We Learn From Hyperlinks?” 38 Can.-U.S. L.J. 141 (2013) p.150.

523) Mitchell Drucker(주 522), p.150.

524) [2009] 3 S.C.R. 712

525) [2009] 3 S.C.R. 640, 두 판결은 같은 날 선고되었다.

더 넓다.⁵²⁶⁾

위 항변을 위해서 피고는 (i) 진술내용이 공공의 이익에 관한 것일 것, (ii) 진술 자체가 제반정황에 비추어 그 사실의 진실성을 확인하기 위해 최선의 노력을 하였다는 등 책임 있는 방식으로 이루어졌다는 점을 입증하여야 한다.⁵²⁷⁾ 그리고 캐나다 대법원은 후자의 판단 요소로서 (i) 주장 내용의 심각성, (ii) 문제의 공적 중요성, (iii) 문제의 시급성, (iv) 출처의 신뢰성, (v) 원고의 입장이 반영되었는지 여부, (vi) 명예훼손적 발언이 포함된 것이 필요하였는지 여부, (vii) 단순히 보도의 목적에서 이루어진 것인지 여부⁵²⁸⁾의 7가지를 제시하였다.

결국 위와 같은 판결을 통하여 캐나다 역시 영국과 마찬가지로 표현의 자유의 영역을 확장하고, 전통적으로 강하게 인정되어온 명예권의 범위를 상대적으로 축소하는 방향으로 선회하였다. 다만 이러한 변화는 영국과 마찬가지로 명예권을 축소하는 방향이라기보다는 명예훼손법의 전근대적 요소를 개혁하고자 하는 측면이 강할 뿐만 아니라,⁵²⁹⁾ 판례가 축적된 것이 아니어서 향후 그러한 변화가 구체적으로 어떠한 방향으로 발전할 것인지에 대한 판단을 위해서는 좀 더 시간이 필요할 것으로 보인다. 특히 위 판결의 사안들은 앞서 본 바와 같이 캐나다 대법원이 전통적으로

526) Bob Tarantino(주 521), p.608.

527) 원문 : (i) the publication must be on a matter of public interest, (ii) the publication was responsible, in that the defendant was diligent in trying to verify the allegations, having regard to all of the circumstances.

528) 원문 : (i) The seriousness of the allegation, (ii) The public importance of the matter, (iii) The urgency of the matter, (iv) The status and reliability of the source, (v) Whether the plaintiff's side of the story was sought and accurately reported, (vi) Whether inclusion of the defamatory statement was justifiable, (vii) Whether the defamatory statement's public interest lay in the fact that it was made rather than its truth("reportage"); (vii)항의 의미는 다음과 같다. 즉 통상 보통법에서 명예훼손적 발언을 반복하는 것도 명예훼손에 해당한다. 그런데 그러한 진술을 하였다는 취지의 보도를 한 경우에는 그러한 원칙에 대한 예외를 인정한다는 것이다.

529) Bob Tarantino(주 521), p.613.

로 우월한 가치를 인정해온 다문화주의, 다민족주의 내지 그룹간 평등과 같은 쟁점과 직접적으로 관련이 있는 사안에 관한 판결이 아니라는 점에서, 향후 그와 같은 영역에 있어서 캐나다 대법원이 어떠한 입장을 취할 것인지는 좀 더 시간을 두고 지켜볼 문제이다.⁵³⁰⁾

4. 소결론

이상에서 본 바와 같이 캐나다는 독일, 미국, 영국과도 또다른 모습을 보여주고 있다. 신대륙의 신생국가이지만 미국과는 분명한 선을 긋고 있으며, 모국인 영국과도 다르다. 개인주의적 자율과 자유를 최고의 가치로 삼는 미국과 달리 공동체주의적 전통을 강하게 견지하고 있으며, 명예권과 표현의 자유의 한계를 설정함에 있어서 헌법적 가치를 분명히 밝히고 있다는 점에서 영국과도 다르다. 이처럼 헌법적 가치지향성을 명확하게 보여 주고 있다는 점에서 독일과 유사하지만 그러한 헌법적 가치의 내용 및 형성과정은 독일과도 전혀 다르다. 그러면서도 캐나다는 표현의 자유에 있어서도 매우 전향적인 모습을 보여주고 있는바, 전체적으로 명예권과 표현의 자유의 비교형량에 있어서 매우 모범적인 사례라고 할 수 있다.

제3절 정리

이러한 비교법적 분석을 통하여 도출되는 결론은 다음과 같은 3가지로

530) Mitchell Drucker(주 522), p.150. 저자는 “최근의 이러한 변화가 캐나다의 명예훼손법에서 피고측에 유리한 방향으로 자리잡을 것인지는 더 지켜보아야 할 문제이다”라고 하면서, 그에 대한 부정적인 입장(즉 캐나다에서의 RCPI 항변은 향후 더 후퇴할 것으로 예상하는 입장)을 피력한 Jamie Cameron의 논문을 언급하고 있다. - Jamie Cameron, Does Section 2(b) Really Make a Difference? Part 1 : Freedom of Expression, Defamation Law and the Journalist-Source Privilege, 51 S.C. L. REV. 133, 133-37 (2010).

정리할 수 있을 것으로 생각된다.

(1) 우선, 계속하여 강조해 온 바와 같이 명예권의 구체적 내용과 의미는 각 국가의 문화적, 역사적 전통과 매우 긴밀한 관련을 갖는다는 점이다. 이러한 점은 앞서 언급한 Frederick Schauer의 지적 외에도 많은 학자들이 지적한 내용이기도 하다. 가령 미국의 저명한 보통법학자인 Melvil Eisenberg는 올바른 규범의 조건으로서 사회적 정합성(Social Congruence)과 체계적 일관성(Systemic Consistency)을 든 바 있다.⁵³¹⁾ 후자는 규범 상호간에 모순이 없어야 함으로 의미하는 것이고, 전자는 도덕, 관습 등 사회문화적 요소와 규범이 조화를 이루는 것을 의미한다. 즉 좋은 법규범은 공동체의 근간을 이루는 가치체계와 정합적인 관계를 이루는 것이어야 한다는 것이다. 시야를 좀더 넓혀서 보면, 근대 사회학의 비조 가운데 한 명으로 평가되는 Montesquieu는 그의 1748년 저서 법의 정신(De l'esprit des lois)에서 법의 진정한 의미를 파악하기 위해서는, ① 각 정부의 본성과 원리, ② 기후, 토양, 영토의 위치와 크기, 농경, 수렵, 목축 등과 같은 거주민들의 주요 생활양식, ③ 헌법이 지지할 수 있는 자유의 정도, 거주민들의 종교, 성정(inclinations), 부, 인구, 예절, 풍습, ④ 법들 상호간의 관계, 법의 기원, 입법자의 의도, 법을 확립시킨 사물들의 질서 등과의 관계 등을 고찰해야 한다고 지적한 바 있다.⁵³²⁾ 이러한 지적은 명예권의 경우에도 그대로 적용될 수 있다.

위 4개국을 비교해보면, 미국은 수정헌법 제1조 및 독특한 사회문화적 배경을 토대로 나머지 3개국보다 명예권 보호의 전통이 약하다. 명예권을 중시하는 영국과 독일의 경우 영국은 honor적인 명예권의 전통이 강하였다면 독일은 20세기를 거치면서 dignity가 강조되는 방식으로 변모하였다는 점에서 차이가 있다. 캐나다의 경우 명예권의 전통에서는 영국과 유사하지만 가치지향적인 헌법질서라는 측면에서는 독일과 유사한 측

531) Melvil Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press, (1988) pp.44~45.

532) 몽테스키외, *법의 정신*, I. 3. 38면 이하, 김수배 외 2인, 인문학과 법의 정신, 충남대학교 출판문화원 (2013) 221면에서 재인용.

면도 보이고 있다. 이처럼 위 4개국은 각 국가의 사회문화적 배경에 따라 명예권의 구체적 내용을 달리한다.

(2) 다만 최근 이러한 각국의 경향은 각 문화적 특수성만을 보여주는 것이 아니라 일정한 수렴성을 보이고 있다는 점 또한 간과해서는 아니될 것이다. 최근 영국과 캐나다의 변화는 표현의 자유의 측면에서의 이러한 수렴성을 보여주는 사례라면, 각 국가별도 정도의 차이는 있지만 인간의 존엄과 같은 현대적 가치를 명예훼손법상 명예권 개념의 근거로 제시하는 점 역시 현대 명예훼손법의 수렴성을 보여주는 예라고 할 수 있다.

(3) 마지막으로 이러한 수렴성은 명예훼손법 내지 명예권의 역사성, 통시성의 측면과도 연결된다. 20세기 이후 선동적 명예훼손의 소멸과 표현의 자유의 확립 과정은 각 국가별로 차이를 보이기도 하지만 민주주의, 인권, 입헌주의 등의 확립이라는 전체적인 흐름에서는 큰 차이가 없다. 이러한 역사성은 21세기 명예권의 내용이 무엇인지의 문제와 연결된다. 캐나다 대법원이 WIC Radio 판결에서 밝힌 바와 같이 명예훼손법이 사회의 변화, 발전에 부응하여 지속적으로 새로운 법체계를 형성, 발전시켜 나가는 과정이라면 21세기가 직면한 급속한 사회변동은 명예훼손법 내지 명예권 개념에 새로운 과제를 부여하고 있다고 말할 수 있다.

제6장 우리나라 명예훼손법 내지 명예훼손

소송에서의 시사점

본장에서는 제2장 내지 제5장에서 살펴본 명예훼손법에 관한 이론적 논의들이 우리 명예훼손법 내지 명예훼손 소송에서 갖는 함의에 대해 살펴보기로 한다. 이를 위하여 우선 제1절에서는 사실적, 분석적 관점에서 우리나라의 명예권의 실체가 어떠한지를 살펴보기로 하고, 제2절에서는 이러한 분석을 토대로 우리나라 명예훼손 재판실무상 문제되는 쟁점들을 검토하고, 각 쟁점별로 필자의 의견을 제시하기로 한다. 마지막으로 제3절에서는 관련문제로서 최근 논의되고 있는 진실적시 명예훼손 폐지론과 명예훼손 비범죄화 논의에 대해 간략히 살펴보기로 한다.

제1절 우리나라의 명예권

명예권 보호의 정도 및 명예권의 내용에 영향을 미치는 요소는 다양하다. 실정법 체계 뿐만 아니라 각 국가들이 갖는 사회문화적 배경 및 정치적 요소 역시 명예권의 내용에 중요한 영향을 미친다. 나아가 권리와 의무의 내용은 결국 재판을 통하여 구현되는 점을 고려하면 재판실무 내지 재판문화 역시 명예권의 종국적, 구체적 내용을 결정하는 요소가 된다. 이하에서는 아래와 같은 3가지 순서에 따라 우리나라의 명예권의 실체에 대해 살펴본다. 그리고, 그에 이어서 우리나라의 표현의 자유의 문제를 살펴보고, 논의를 종합하기로 한다.

- ① 명예권 보호 관련 실정법 체계
- ② 명예권 보호에 관한 사회문화적 전통
- ③ 명예훼손 재판실무에서의 명예, 평판의 취급

I. 실정법 체계

1. 헌법

헌법 제21조 제4항은 “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.”라고 규정하여 헌법 자체에서 명예권의 근거조항을 두고 있다.

헌법재판소는 『헌법은 제21조에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유 ... 를 가진다(제1항). 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다(제4항)”고 하고, 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 이를 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다”고 규정하고 있다. 개인의 기본권인 언론의 자유와 타인의 인격권인 명예는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 그 뿌리를 두고 있으므로 두 권리의 우열은 쉽사리 단정할 성질의 것이 아니다. 그러나 자기의 사상과 의견 표현에 아무런 제한도 받지 않고 타인의 인격권인 명예를 함부로 침해할 수 있다고 한다면 언론의 자유는 자기모순에서 헤어나지 못하므로, 헌법은 언론·출판의 자유는 보장하되 명예 보호와의 관계에서 일정한 제한을 받는 것을 분명히 한 것이다.』 라고 판시하여 일응 위 조항의 의미를 긍정적으로 평가하고 있다.⁵³³⁾

2. 개별법령

형법 제307조 내지 제310조는 명예권 침해행위에 대한 형사처벌을 규

533) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768

정하고 있으며,⁵³⁴⁾ 민법 제751조 역시 명예권에 관한 특칙을 두고 있음은 주지의 사실이다.⁵³⁵⁾ 나아가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조 내지 제44조의10에서 정보통신망을 통한 명예훼손 관련 다양한 조문들을 두고 있고, ⁵³⁶⁾ 동법 제70조에서는 정보통신망을 이용한 명예훼손에 대한 형사처벌을 규정하고 있다. 또한 「언론중재 및 피해자 구제 등에 관한 법률」 역시 제4조(언론의 사회적 책임 등), 제5조

534) 형법 제307조(명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

제308조(사자의 명예훼손) 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제309조(출판물 등에 의한 명예훼손) ① 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

535) 민법 제751조(재산 이외의 손해의 배상) ① 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

② 법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.

제764조(명예훼손의 경우의 특칙) 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.

536) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조(정보통신망에서의 권리보호) ① 이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다.

② 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제1항에 따른 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.

③ 방송통신위원회는 정보통신망에 유통되는 정보로 인한 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인에 대한 권리침해를 방지하기 위하여 기술개발·교육·홍보 등에 대한 시책을 마련하고 이를 정보통신서비스 제공자에게 권고할 수 있다.

그밖에 제44조의2(정보의 삭제요청), 제44조의3(임의의 임시조치), 제44조의4(자율규제), 제44조의10(명예훼손 분쟁조정부) 등의 조문이 있다.

(언론등에 의한 피해구제의 원칙), 제16조(반론보도청구권), 제17조(추후 보도청구권), 제26조(정정보도청구등의 소), 제30조(손해배상), 제31조(명예훼손의 경우의 특칙), 균형법 제64조 제3, 4항,⁵³⁷⁾ 공직선거법 제250조,⁵³⁸⁾ 제251조⁵³⁹⁾ 등에서 명예훼손에 관한 상세한 조문들을 두고 있다.

그밖에 방송법 제5조 제3항⁵⁴⁰⁾, 국가정보화 기본법 제41조 제1항⁵⁴¹⁾, 범죄피해자보호법 제2조 제2항,⁵⁴²⁾ 등에서 명예 보호에 관한 개별규정을 두고 있으며, 특별법의 형식으로 과거 국가의 위법행위 등으로 부당한 처우를 받은 사람들의 명예회복을 위한 법도 「민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」, 「거창사건등 관련자의 명예회복에 관한 특

537) 균형법 제64조 (상관 모욕 등) ③ 공연히 사실을 적시하여 상관의 명예를 훼손한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

④ 공연히 거짓 사실을 적시하여 상관의 명예를 훼손한 사람은 5년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

538) 공직선거법 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매의 출생지·가족관계·신분·직업·경력등·재산·행위·소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등에 관하여 허위의 사실[학력을 게재하는 경우 제64조제1항의 규정에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우를 포함한다]을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.

539) 공직선거법 제251조(후보자비방죄) 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

540) 방송법 제5조(방송의 공적 책임) ③ 방송은 타인의 명예를 훼손하거나 권리를 침해하여서는 아니된다.

541) 국가정보화 기본법 제41조(이용자의 권익 보호 등) ① 국가기관과 지방자치단체는 국가정보화를 추진할 때 이용자의 권익보호를 위하여 다음 각 호의 시책을 마련하여야 한다.

3. 이용자의 명예·생명·신체 및 재산상의 위해 방지

542) 범죄피해자 보호법 제2조(기본이념) ① 범죄피해자는 범죄피해 상황에서 빨리 벗어나 인간의 존엄성을 보장받을 권리가 있다.

② 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온은 보호되어야 한다.

별조치법」, 「동학농민혁명 참여자 등의 명예회복에 관한 특별법」, 「부마 민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」, 「제주4·3사건 진상규명 및 희생자명예회복에 관한 특별법」, 「삼청교육피해자의 명예회복 및 보상에 관한 법률」 등 실로 다양하다.

3. 소결

비교법적인 측면에서 보더라도, 헌법에 명문으로 명예권을 규정한 경우는 매우 드물다는 점에서, 그리고 민, 형사법 및 각종 특별법에서 모두 명예권 보호에 관한 상세한 규정을 두고 있다는 점에서, 적어도 우리 실정법의 해석상 명예권 보호가 매우 중요한 가치로 인정되는 국가로 분류될 수 있을 것이다.

II. 한국의 명예권 : 사회문화적 측면

1. 서설

다음으로 우리나라에서의 명예권을 사회문화적 측면에서 살펴보기로 한다. 앞서 언급한 바와 같이 명예권의 실체를 이해하기 위해서는 단순히 실정법의 조문을 확인하는 것만으로는 부족하고, 사회문화적 배경에 대한 고찰이 필요하다. 명예권에 관한 사회문화적 고찰은 다시 (i) 명예 혹은 평판이 당해 사회에서 어떠한 의미를 갖는지(즉 명예, 평판에 대해 어느 정도의 중요성을 부여하는지 여부), (ii) 명예, 평판의 구체적 내용이 무엇인지의 측면으로 구분될 수 있다. 전자는 미국과 영국의 차이에서 본 바와 같이, 당해 공동체에서 명예, 평판이 어느 정도의 중요성으로 취급되는지의 문제라면, 후자는 명예훼손법상 명예, 평판의 구체적 내용이 무엇인지의 문제라고 할 수 있다. 이하에서 차례로 살펴본다.

2. 한국의 사회문화적 전통과 명예권

가. 개요

제5장에서 보았듯이, 서구의 경우에도 영국, 독일과 같이 전통사회의 역사를 간직한 국가와 미국과 같이 개인주의가 우월한 국가는 명예권 보호에 있어서 상반된 경향을 보인다. 그런 점에서, 우리나라의 경우 명예권에 대해 어떠한 전통을 갖고 있는가? 우선 역사적, 사회문화적 측면에서 보면, 반만년의 유구한 역사, 단일 민족으로 이루어진 공동체, 좁은 국토와 밀집된 인구, 그리고 예법 중심의 유교적 전통을 계수한 역사까지 감안하면 한국인에게 있어서 명예권의 중요성은 결코 간과할 수 없을 것이라는 추론이 가능하다.⁵⁴³⁾ 그런 점에서 우리나라는 문화적, 역사적 전통의 측면에서 볼 때 개인주의적 자유의 전통이 강한 미국보다는 전통적 공동체의 유산을 안고 있는 유럽대륙 국가들의 그것에 더 가깝다고 말할 수 있을 것이다. 그러나 우리나라의 문화적, 역사적 전통이 유럽국가와 같은 것이 아님은 물론이다. 전근대 유럽국가들에서 명예(honor)는 귀족문화의 일부로 발전해온 것인데, 그러한 전통과 유교문화가 같은 것일 수 없고, 18~19세기 이후 민주주의, 자유주의, 자본주의 등으로 대표되는 유럽사회의 근대화 과정과 20세기 이후 외부 세력에 의해 이식된 근대화 과정이 같은 것일 수 없다. 그렇다면, 우리나라에서 명예권은 어떠한 특징을 갖는가? 한국사회에서의 명예(honor)의 의미와 사회적 기능에 관한 본격적인 연구를 찾기는 어렵지만,⁵⁴⁴⁾ 한국의 사회문화 내지 한

543) 김재형(b)(주 415), 82면도 이러한 측면을 다음과 같이 지적하고 있다.

“우리나라는 역사적으로 명예를 매우 중요한 가치로 보았다. 명예를 잃으면 모든 것을 잃어버리는 것처럼 생각하는 경향이 적지 않다. 이에선 전통적인 성리학파 유교문화의 영향도 크게 작용하였다. 명예에 관한 일반인의 관념이나 문화적 인식이 명예훼손에 관한 법적 판단에 영향을 미칠 수 있다.”

544) 앞서 본 박성환, 박규철 외 7인, 신득렬 등의 명예(honor) 개념에 관한 연구들 역시 대부분 서구의 논의들을 정리한 것이고 우리나라에서의 명예(honor) 개념에 관해 분석을 한 것은 아니다.

국인의 심리에 관한 문화심리학적 연구 등을 통하여 이러한 쟁점에 대해 어느 정도 간접적인 시사점을 얻을 수 있을 것으로 생각된다.

나. 한국의 집단주의적, 관계지향적 사회문화

사회학자, 문화심리학자들의 연구에 의하면, 동서양 국가의 사회문화를 구별짓는 가장 중요한 기준은 개인주의와 집단주의이다.⁵⁴⁵⁾ 개인주의란 집단의 이익보다는 개인의 이익을 우선시하고 개인간의 연계성이 느슨한 사회의 조직원리를 의미한다. 반면 집단주의란 개인보다 집단의 이익을 우선시하며 인간을 하나 또는 그 이상의 집합체의 일부분으로 봄으로써 밀접하게 연계된 개인들로 구성된 사회형태를 의미한다.⁵⁴⁶⁾ 개인주의는 사회구성의 궁극적 단위가 개인이며, 사회는 이러한 개인들의 집합체로 이해하는 반면, 집단주의는 사회의 궁극적 단위를 사람들 사이의 관계 또는 이러한 관계의 원형인 가족과 같은 집단으로 본다. Hofstede는 개인주의/집단주의 외에 권력거리(power distance), 남성성, 불확실성 회피 등 다양한 요소로 광범위한 비교문화 연구를 하였는데, 다른 지표들과 달리 개인주의/집단주의 지표는 동, 서양을 선명하게 가르는 지표로 판명되었다고 한다.⁵⁴⁷⁾ 즉 미국 및 유럽국가들은 뚜렷이 개인주의적 성향을 보인 반면 아시아 국가들은 대부분 집단주의적 성향을 보였다는 것이다.

이러한 기준에서 볼 때 우리나라는 당연히 집단주의 문화권에 속한다. 근대 자본주의와 시장사회, 자유주의를 확립하는 과정에서 개인주의 문화를 갖게 된 서구 선진국과 달리 한국에서는 개인주의가 제대로 성립한

545) 조궁호, 사회관계론의 동, 서 비교, 서강대학교 출판부 (2013) 29~142면; 한성열 외 3인, 문화심리학 - 동양인, 서양인, 한국인의 마음, 학지사 (2015) 514~517면; Geert Hofstede, Gert Jan Hofstede, Michael Minkov, Culture and Organizations 3rd ed. (2010) [차재호, 나은영 역, 세계의 문화와 조직, 학지사 (2014)] 115~162면; 채정민, 문화심리학, 교문사 (2014) 155~175면 등.

546) 조궁호(주 545), 42~43면.

547) 조궁호(주 545), 32면.

경험이 없다.⁵⁴⁸⁾ 집단주의 문화권에 속하는 한국의 경우 인간관계의 중요성, 자아 정립에 있어서 타자의존성 등은 한국인의 심리적 특성을 설명하는 데 있어서 매우 중요한 요소이다. 서구 국가들의 경우 보편적 이성과 합리주의에 대한 굳은 신념은 개인의 자율성을 강조하였고, 타자로부터 독립적인 자기 개념(*independent self-concept*)의 기초가 되었다면, 동아시아의 유교문화권에서 성장한 사람들은 타자와 조화롭게 살아가야 한다는 상호협력적인 자기개념(*interdependent self-concept*)에 친화적이다.⁵⁴⁹⁾ 즉, 집단주의 문화권에 속하는 동아시아 국가들에서는 인간관계 있어서도 타자와의 관계를 전제로 자기의 존재가 성립하고, 개인의 고유한 역할보다는 가정과 사회라는 집단 안에서의 역할을 중시하는 관계적 존재로 규정하는 경향이 강하다. 개인주의 문화권에서는 자부심, 자긍심과 같이 대인관계적 맥락과 무관한 정서가 중요하다면 집단주의적 문화권에서는 관계지향적 정서가 중요하다. 한국인에게 가장 중요한 가치는 '관계'로서 한국은 그 어느 나라에 비하더라도 관계를 중시하는 문화를 갖고 있다는 주장도 있다.⁵⁵⁰⁾ 그리고, 이러한 유교적, 아시아적 가치관은 전근대적인 사상으로 폐기된 것이 결코 아니다. 결혼식, 장례식을 비롯한 각종 사회의례에서 보듯이 이러한 가치관은 우리의 생활저변에 깊숙하게 뿌리를 내리고 있어 쉽게 사라지지 않는다.⁵⁵¹⁾

물론 인간관계의 중요성은 동서양을 가릴 것 없이 보편적인 것이기도 하다. 가령 체면과 같은 정서는 동양에서 유래된 것이지만,⁵⁵²⁾ 서양에서도 이러한 정서는 중요하다. 제4장에서 언급한 상징적 상호작용 이론의 대표적 학자인 Erving Goffman도 자아의 형성과정에서 체면의 중요성을 상론한 바 있다.⁵⁵³⁾ 즉 Erving Goffman에 의하면 체면은 사회적으로 바

548) 한성열 외 3인(주 545), 505~517면; 조궁호(주 545), 48~140면.

549) 한성열 외 3인(주 545), 509면.

550) 권수영, 한국인의 관계심리학, 살림(2012) 참조.

551) 한성열 외 3인(주 545), 510면.

552) 영어의 "lose face"는 원래 중국에서 영어로 수입된 표현이라고 한다. Geert Hofstede 외 2(차재호, 나은영 역)(주 545), 137면.

553) Erving Goffman, *Interaction Ritual : Essays in Face-to-Face Behavior*,

람직하다고 여겨지는 이미지를 얻음으로써 자신의 긍정성을 다른 사람들에게 공적으로 인식시키는 것으로 인간의 자아 형성에 필수적 요소이다.⁵⁵⁴⁾ 다만 각 문화권에 따라 중요시하는 문화적 가치와 규범이 다르므로, 타인에게 인정받고자 하는 바람직한 이미지 역시 문화마다 다르다. 개인주의적이고 자기지향적이며 평등을 지향하는 문화적 가치를 지닌 서양인의 경우에는 자신의 의사에 따라 자율적으로 결정하고 행동하는 독립성과 자신의 개성과 능력에 대한 인정을 추구하는 자기완성적인 체면이 강한 반면 집단의 조화를 중요시하고 타인을 의식하며 위계와 서열을 중시하는 문화적 가치를 지닌 한국인의 경우 타인의 기대나 규칙에 부응하는 규범성과 사회적인 지위나 신분이 함축하고 있는 개인의 능력 또는 인격적 우월성에 대한 인정을 추구하는 사회적 측면의 체면이 강하다.⁵⁵⁵⁾

<표 8. 개인주의적 문화권, 집단주의 문화권의 문화적 전통 비교>

	개인주의 문화권	집단주의 문화권
자기개념	상호독립적 자기개념 (independant self concept) 보편적 이성, 합리주의	상호협력적 자기개념 (interdependant self concept) 공동체와의 협력적 관계
정서	자부심, 자긍심 - 대인관계와 무관한 정서	체면, 자존심 - 관계적 정서
Ruth Benedict의 해석	죄의식 문화	수치의 문화

(1967) [진수미 역, 상호작용 의례, 아카넷 (2013)]

554) Erving Goffman, [진수미 역(주 552)] 17~55면(제1장) 참조.

555) 한성열 외 3인(주 545), 514~515면; 그리고 최상진, 김기범, “체면(體面)의 심리적 구조”, 한국심리학회지 제14권 제1호 (2000); 최상진, 유승범, “한국인의 체면에 대한 사회심리학적 한 분석”, 한국심리학회지 제6권 제2호 (1992) 참조.

이와 같이 불 경우 일응 우리나라의 사회문화적 배경에서 명예, 평판의 중요성은 서양에 비해 결코 가볍지 아니한 것이라고 말할 수 있을 것이다. 다음과 같은 헌법재판소 및 대법원의 판시이유 역시 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다

* 헌법재판소 2016. 2. 25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 결정

“명예와 체면을 중시하는 우리 사회의 전통적 가치관의 영향으로, 인터넷 등 정보통신망에서의 명예훼손, 비방 글들로 인하여 피해를 입고 개인이 자살과 같은 극단적 선택을 하는 등 사회적 피해가 이미 심각한 상황에 이르고 있다. 따라서 표현의 자유를 보장하는 경우에도 우리 사회의 특수성을 고려하여, 이러한 명예훼손적인 표현을 규제함으로써 인격권을 보호해야 할 필요성은 매우 크다.”

* 대법원 2012. 6. 18. 선고 2011두2361 전원합의체 판결

“우리 사회에서는 체면과 명예, 평판, 신용 등을 중시하는 분위기가 일반적이어서, 불기소처분을 받았음에도 관련 수사기록이 공개됨으로써 범죄혐의에 대한 피의자로서 수사기관의 조사를 받아 일부 범죄혐의 관련 진술이 있다는 사실이 주변 사람들이나 자신의 거래상대방 등에게 알려지는 것 자체만으로도 그 개인의 사회적 인격상에 관한 자기결정권이 침해되는 결과가 초래될 수 있다.”

이처럼 우리나라의 사회문화적 전통에 비추어 우리나라의 경우 개인주의적 전통이 강한 미국과는 비교할 수 없을 것이고, 유럽 국가들과 비교하더라도 명예권은 매우 중요한 가치일 수밖에 없다는 추론이 가능하다. 이와 관련하여, 개인주의, 집단주의의 이론을 정립하고 전세계 약 100여 개 국가들을 대상으로 방대한 실증적인 분석을 통해 개인주의/집단주의 성향을 계량적으로 평가한 Geert Hofstede의 연구에 의하면 제5장에서 언급한 4개국과 우리나라의 개인주의 지수는 다음과 같다(아래의 수치는

높을수록 개인주의가 강하다는 의미이다).⁵⁵⁶⁾

<표 9. Geert Hofstede의 개인주의 지수 비교, 1967~1973년 기준>

국가	미국	영국	캐나다	독일	한국
개인주의 지수	91	89	73	69	18

제5장에서, 미국과 독일, 캐나다를 비교할 때 미국은 자유주의적, 개인주의적 전통이 강하고, 독일과 캐나다는 인간 존엄의 가치나 공동체주의적 경향이 강하다는 점을 언급하였다. 비록 공동체주의와 집단주의가 같은 개념은 아니지만⁵⁵⁷⁾ 양자 모두 자유주의적 개인주의를 그 대립개념으로 한다는 점에서 일정정도 공통점을 갖는 것도 사실이다. 그리고, 캐나다나 독일의 경우 미국에 비해 공동체주의적 경향이 상대적으로 강하다는 것일 뿐 여전히 서구의 개인주의 문화권에 속하는 국가들이라는 점에 변함이 없다. 바로 그런 점에서 우리나라의 경우 제4장에서 언급한 서구 국가들에 비해 관계적 요소에 대한 강조점이 더 클 수밖에 없을 것이다. 이러한 집단주의적, 관계지향적 문화는 우리나라에서 명예권 보호의 사회적 토대가 된다고 말할 수 있을 것이다.

다. 논의의 한계

다만 위와 같은 논의에는 다음과 같은 두 가지 한계가 있다는 점에 주

556) Geert Hofstede 외 2(차재호, 나은영 역)(주 545), 120~122면.

557) 제5장에서 언급한 바와 같이 “기본법이 상정하는 인간은 고립된 개인이 아니라 공동체에 의존하고 개인의 가치를 훼손하지 않는 범위 내에서 공동체에 헌신하는 개인을 의미한다”는 독일연방헌법재판소의 판시는 독일에서 말하는 공동체주의적 개인주의의 의미를 압축적으로 표현하고 있다고 생각된다. BVerfGE 4, 7, 15~16(1954) Donald K. Kommers, Russell A. Miller (주 390), p.362에서 재인용.

의해야 한다.

첫째, 위와 같은 분석의 타당성에도 불구하고 우리나라는 이미 서구화의 정도가 상당한 정도로 진척되었다는 점을 간과해서는 안된다. 정치, 경제, 사회의 모든 측면에서 시장경제, 민주주의, 자유주의 등은 우리사회의 본질적인 구성원리로서 상당한 정도로 정착되었다고 볼 수 있다. 비록 유교적 가치가 사회저변에서 완전히 소멸한 것은 아니라고 할지라도 그러한 전근대적 가치가 우리사회이 기초이념이라고 볼 수는 없다. 위에서 본 Geert Hofstede의 개인주의 지수는 1967~1973년 경 이루어진 조사를 토대로 한 것인데, 우리나라의 급속한 사회변화 속도에 비추어 1991년의 한국사회와 그로부터 무려 50년 가까이 지난 현재의 사회가 같은 것이라고 볼 수도 없다. 바로 그러한 점에서 현시점에서 우리나라의 명예권에 관해 논의함에 있어서 서구화, 근대화의 문제를 제쳐두고 동양적, 유교적 가치만을 논하는 것은 적절치 않은 측면이 있다고 본다.

둘째, 개인주의 사회라고 하더라도 단지 그 사회구성 원리의 측면에서 개인의 자유와 선택을 중시한다는 의미일 뿐 인간관계 내지 관계적 가치의 중요성이 경시된다는 의미로 볼 수는 없다. 즉, 개인주의 사회라고 하여 평판침해의 문제가 중요하지 않다고 볼 수 없는데, 특히 명예훼손은 객관적인 평판 침해를 보호하는 것이지 주관적인 명예감정을 보호하는 것이 아니라는 점에서도 그러하다(이러한 점은 서구에서 명예훼손법제가 고도로 발전한 점에 비추어도 자명하다). 또한 명예훼손 내지 명예권의 의미와 내용 그 중요성 등이 개인주의, 집단주의의 기준만으로 결정되는 것으로 볼 수도 없고, 기타 각 국가의 다양한 사회문화적 요소에 영향을 받는 것이라는 점도 간과되어서는 아니된다. 즉, 관계지향적, 타자지향적인 문화에서 명예, 평판의 의미가 매우 중요하다는 지적은 그 타당성을 부인하기 어렵지만, 그렇다고 하여 개인주의적 사회에 비추어 명예, 평판의 중요성이 절대적으로 우월한 것이라고 볼 수 있는지에 대해서는 의문이 없지 않다.

위와 같은 점들에 비추어, 우리나라의 명예권의 의미와 내용은 그 구

체적 내용 즉 우리나라에서의 명예훼손법상 명예, 평판의 의미와 구체적 내용을 좀 더 분석적으로 고찰할 필요가 있다고 할 것인데, 이에 대해서는 항목을 바꾸어 살펴보기로 한다.

3. 한국에서의 명예권의 내용 내지 구성요소

가. 개요

우리나라의 명예권의 구체적 내용을 이해하기 위해서는 우선 그 전제로서 현재 우리나라의 명예훼손법은 20세기 이후 서구화의 과정에서 외부로부터 수입된 제도라는 점을 지적하지 않을 수 없다. 제3장, 제4장에서 살펴본 바와 같이 서구 명예훼손법상 명예, 평판은 중층적인 개념이다. 서구 국가들의 경우 중세의 귀족적 명예(honor)에서 근대에 들어서면서 개인주의, 시장경제, 민주주의, 자유주의의 확립에 따라 property, dignity의 개념과 결합되는 과정을 겪게 되었다는 점을 살펴보았다. 반면 우리나라의 경우 그러한 역사적 전통을 가졌던 것은 아니고, 현행 명예훼손법제는 근대화의 과정에서 서구로부터 이식된 제도이다. 우리나라는 19세기 이전 고유한 법체계를 갖고 있기는 하였지만, 오늘날과 같은 의미에서의 서구적 명예훼손법제를 갖고 있었던 것은 아니었다. 즉, 우리나라에는 전통적으로 오늘날과 같은 명예훼손죄는 전해 내려오지 않았으며, 1905년 형법대전 제14장 잡범죄(雜犯罪) 제1절 매리율(罵詈律)의 규정들이 사실상 최초의 명예훼손법제이다.⁵⁵⁸⁾ 물론 조선시대에도 대명률(직해)이나 경국대전을 보면 노비가 주인을 모욕하는 경우를 엄벌하는

558) 김일수, “명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가?” 안암법학 Vo. 1 (1993) 287면. 위 매리율 규정은, 타인을 욕한 자, 또는 서로 욕을 주고받는 자들을 태(笞) 10에 처하였고(제625조), 소년자(少年者)가 연장자에게 후매(詬罵)한 경우에는 태(笞) 50(동조 단서), 평민이 관인(官人)을 매(罵)하거나 관등이 낮은 자가 높은 자를 매(罵)한 경우에는 관인등급에 의하여 가중처벌하고(제653, 654조), 친족존장(親族尊長)을 매(罵)한 경우에도 가중처벌하였다(제656조).

규정과 같이 일정한 신분에 있는 지배계급의 지위를 보호하는 규정은 많았다고 하고⁵⁵⁹⁾ 그런 점에서 지배계층에 대한 명예훼손 내지 그와 유사한 행위를 처벌하는 법률이 전혀 없었던 것은 아니다. 그러나 그렇다고 하더라도 그것이 서양의 귀족주의적 명예 개념에 입각한 명예훼손법과 같은 것은 아니다.

그러다가 20세기에 들어서면서 민주주의를 비롯하여 서구의 정치제도 및 법제도를 수입하는 과정에서 전통적인 법체계와는 단절된 상태에서 다른 문화적 뿌리를 갖는 법제를 수입하게 되었고, 명예훼손법도 그와 같이 수입된 근대화과정에서 도입된 제도이다. 그런 점에서 우리나라의 경우 현대 명예훼손법상의 명예, 평판의 개념은 서구와는 전혀 다른 방식으로 형성된 것임을 알 수 있다. 전근대적인 명예훼손법에서 개인주의, 시장경제, 민주주의의 발전과 함께 property, dignity적인 개념으로 발전해온 서구와 달리 우리나라의 경우 유교적인 전통을 가진 전근대의 단계에서 20세기에 이르러 외세에 의해 강요된 근대화, 서구화의 과정에서 서구의 제도들을 도입하게 되었고, 명예훼손법제 역시 그 과정에서 도입된 제도라는 점에서 차이가 있다.

나. 우리나라 명예권의 구체적 내용 내지 구성요소 : 서양과의 비교

(1) 개요

한편 서구국가들의 경우 18, 19세기를 거치면서 전근대적, 공동체주의적 사회에서 자본주의, 시장경제로 변모하게 되었고, 그 과정에서 개인주의에 바탕을 둔 자유주의를 확립하게 되었으며, 20세기 이르러서는 인권 개념에 기초한 입헌주의를 확립하게 되었다. 이러한 서구국가들의 사회경제적 발전과정을 Post 등의 논의와 접목시키면, 전근대적 공동체사회

559) 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 Vol. 27 No.4 (2016) 104면.

에서는 명예(honor)의 문화가, 18, 19세기 이후에는 재산권(property) 및 존엄(dignity)으로서의 평판 개념이 발전하게 된 것이라고 말할 수 있다. 반면 우리나라의 경우 근대 이전 공동체주의적 사회를 유지하고 있었던 것은 맞지만 그것은 서양에서의 귀족주의적 명예(honor)의 전통을 가진 공동체가 아니라 유교적 집단주의에 기초한 공동체라는 점에서 차이가 있다. 또한 20세기 이후에는 재산권(property) 및 존엄(dignity)으로서의 평판 개념의 사회경제적 토대를 갖는 시장경제, 자본주의, 자유주의, 민주주의 등을 서양으로부터 수입하게 되었다는 점에서, 그 내용은 유사할 지라도 그 형성과정은 서양과 다르다. 전체적인 관점에서, 그 과정을 개략적으로 비교해보면 다음과 같은 정도로 정리할 수 있을 것이다.

<표 10. 명예권과 관련하여 서구국가들과 우리나라의 문화적 전통의 개략적인 비교>

	서구국가들	한국
근대 이전	공동체사회 - 귀족주의적 명예(honor)의 전통	공동체사회 ≠ 유교적 집단주의
18, 19세기	시장사회, 개인주의 - property적 평판	⇒ 20세기에 수입
19, 20세기	민주주의, 인권사상 - dignity적 평판	⇒ 20세기에 수입

이하에서는 우리나라 명예훼손법상 명예, 평판의 구체적 내용에 관하여, 위와 같은 평판의 3가지 측면에 따라 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

(2) 명예(honor)로서의 평판 - 서양인의 명예(honor)와 비교

우선 명예(honor)의 측면에서 보면, 우리나라의 경우에도 명예(honor)

의 관념이 매우 중요하다는 점은 앞서 본 바와 같다. 하지만 명예(honor)의 구체적 내용은 서양의 그것과 완전히 다르다. 즉, 제2, 3장에서 자세히 본 바와 같이 서양에서의 명예(honor)는 고대 그리스, 로마에서 비롯되어 중세 봉건사회의 기사도, 귀족주의적 문화를 배경으로 한다. 귀족 사회에서 집단에 속하려는 자는 각 집단에 고유한 규범을 준수해야 하는데, 가령 감정의 자제, 신체적 유능, 전사로서의 덕목, 신의, 선행 등이 주요한 덕목이었다. 따라서, 명예관념은 신분사회에 있어서 생활양식의 형성에 결정적인 영향력을 행사하였으며, 전근대인들의 생활감정 전체를 물들일 정도로 삶에 중심적인 요소였다.⁵⁶⁰⁾ 반면 우리나라에서의 명예는 위와 같은 서양의 전통과 달리 그 실질은 체면(體面)에 가깝다. 비록 서양의 명예 관념도 매우 중층적, 복합적 성격을 갖는 것이어서 한마디로 설명하기 힘든 것이지만 제4장에서 본 바와 같이 ‘가치체계에 대한 신봉’과 같은 내면적인 측면을 한 요소로 하고 있다면, 우리나라의 명예관념은 타인의 시선에 대한 의식에 치중하는 등 타자지향성을 강하게 갖는다. 집단주의 문화권에서는 스스로가 자신을 얼마나 긍정적으로 생각하는지가 중요한 것이 아니라 타인이 자신을 얼마나 긍정적으로 생각하는지가 더 중요한 가치라는 문화심리학자들의 연구에서 볼 수 있듯이,⁵⁶¹⁾ 한국인의 명예관념은 타인의 인식과 좀 더 강력하게 연결되어 있다고 볼 수 있다. 또한 서구 역사에서 명예훼손법이 결투로 상징되는 명예에 관한 사적 폭력을 제거하기 위한 과정에서 정비되었고, 그렇기 때문에 영미법상 추정적 손해와 같은 개념이 형성되었다면, 우리나라의 경우에는 그러한 개념은 존재하지 않는다. 물론 관계지향적인 한국인에게 명예는 목숨보다 중요하다는 식의 주장은 흔히 거론되기도 하지만, 그럼에도 불구하고 그 구체적인 양상이 서양과 동일한 것은 아니다. 즉, 우리나라의 경우 서양에서처럼 폭력적이거나 극적인 명예(honor)의 문화는 존재하지 아니하였다.

560) 박성환(주 99) 12~14면.

561) 한성열 외 3인(주 545), 514면.

다만 이러한 차이는 명예(honor)라는 사회적 관념의 측면에서의 차이인 것이고, 그러한 명예의 내용과 무관하게 명예를 보호하는 명예훼손법의 측면에서 본다면⁵⁶²⁾ 여러 측면에서 공통점을 갖는 것도 사실이다. 제5장에서 본 바와 같이 명예로서의 평판은 명예훼손법의 전근대적, 비합리적 성격을 갖는다는 점이나, 공동체의 가치지향적 성격을 갖는 점, 특정 직업집단의 명예훼손 등을 설명하는 점 등에서 의미를 갖는데, 그러한 특성들은 우리나라의 명예훼손법에서도 그대로 드러나기 때문이다.

(3) 재산권으로서의 평판(reputation as property)의 측면

다음으로 재산권으로서의 평판(reputation as property)의 측면에서 본다. 제5장에서 본 바와 같이 이 개념은 평판의 계량화 가능성에 대한 관념을 기본으로 하여, 가해자의 단죄에서 피해자의 구제로의 변화 및 각종 면책항변의 등장 등 시장사회, 개인주의에 따른 명예훼손법의 평등화, 근대화를 설명하는 개념이다. 그런 점에서, 현재 우리나라의 명예훼손법 역시 그와 같은 기본적인 개념요소들을 포함하고 있음은 물론이다. 앞서 본 바와 같이 근대 이전 우리나라에서 명예훼손법과 유사한 법제도는 존재하지 않았고, 단지 양반의 지위를 보장하기 위한 유사 제도들만이 존재하였다면, 현대 명예훼손법은 피해자의 권리침해를 구제하기 위한 제도입에 아무런 의문이 없으며, 뒤에서 자세히 살펴보는 바와 같이 공익성, 상당성 항변과 같은 다양한 면책사유들에서 그러한 사고들은 다양한 방식으로 드러나기 때문이다. 이처럼 재산권으로서의 평판(reputation as property)은 외부로부터 이식된 서구적 제도가 시장경제와 자본주의를 수용한 우리나라의 현대적 사회구조에 정착된 측면을 보여준다. 그런 점

562) 제4장에서 본 바와 같이 명예, 평판의 사회학적 내용이 무엇인지의 문제와 그러한 명예, 평판에 대한 침해에 대해 법적 보호를 부여하는 것은 별개의 문제이다. 따라서, 명예, 평판의 구체적 내용이 전혀 다르다고 하더라도 그러한 명예, 평판을 법적으로 보호하기로 한 이상 법률적인 의미에서 명예훼손법은 동일하게 성립할 수 있다.

에서 재산권으로서의 평판(reputation as property)의 관점에서 보면, 적어도 현대 명예훼손법상 평판의 개념에 있어서 서구의 그것과 차이점이 크다고 볼 수 없다. 이러한 유사성은 이미 우리나라의 사회경제적 토대 자체가 시장경제, 자유주의, 개인주의 등을 상당 정도 수용하였다는 사실 및 재산권법 사고는 문화적 차이와 무관하게 상당한 공통점을 갖는다는 점과 관련된다.

다만 이러한 측면에서도 서구의 명예훼손법과 우리나라 명예훼손법이 완전히 동일한 것은 아니다. 영미 명예훼손법은 ‘해의’를 의미하는 malice의 기능을 축소시킴으로써 가해자 측면에서 피해자 보호 위주로 변모해왔다면, 제6장 제2절에서 자세히 살펴보는 바와 같이 우리나라 명예훼손법은 “악의성, 현저한 상당성” 법리와 같이 주관적 요건의 측면에서 독특한 법리를 형성하고 있기 때문이다.⁵⁶³⁾ 즉, 우리나라의 명예훼손법은 기본적으로는 서양의 제도를 수입하여 정착시킨 제도이지만 일정 정도 우리나라의 문화와 정서를 반영하여 변형된 측면이 있다.

(4) 존엄으로서의 평판(reputation as dignity)의 측면

마지막으로, 존엄으로서의 평판(reputation as dignity)의 측면 역시 근대화 과정과 맞물려 있다. 제4장에서 본 바와 같이 인간 존엄의 개념은 20세기 이후 대부분의 자유민주주의 국가들의 헌법이 수용하는 가장 기본적인 이념이다. 우리 헌법도 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”(제1항), “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진

563) “악의성, 현저한 상당성” 법리란 공적 공직자에 대한 논평 등에 있어서 “악의적이거나 현저히 상당성을 결여한 공격”에 대해서만 명예훼손을 인정한다는 법리로서, 제6장 제2절에서 상세히 보는 바와 같이 면책사유에 있어서 발화자의 측면을 고려하는 법리이다. 이러한 취지의 지적으로는 이재우, “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격과 민사상 명예훼손”, 민사법학, Vol. 78 (2017) 참조.

다”(제2장)라고 하여 인간의 존엄을 규정하고 있고, 헌법재판소는 인격권의 근거를 헌법 제10조에서 찾고 있으며(헌재 1990. 9. 10.자 89헌마82 결정), 대법원은 명예권의 근거를 그와 같은 인격권의 한 형태로 이해하고 있다(대법원 2013. 3. 28 선고 2010다60950 판결 등). 따라서, 우리 명예훼손법상 명예권은 인간의 존엄을 그 근본이념으로 하고 있다는 점에 의문이 없다. 이러한 인간 존엄의 이념 역시 서구화의 과정에서 도입된 제도이지만 우리 헌법상 최고의 가치라는 점에 사실상 이견이 없다.

다만 제4장에서 본 바와 같이 인간 존엄은 그 외연이 지나치게 넓은 개념인 관계로, 그 내용을 정확하게 이해하는 것은 쉽지 않다. 일례로, 제5장에서 본 바와 같이 독일헌법이 취하는 존엄의 개념과 미국에서의 존엄의 개념은 상당히 다르다. 독일의 경우 공동체적 관념을 토대로 하여 인간이라는 사실만으로 최소한의 평등한 권리를 인정하는 관념이라면 미국의 경우 존엄은 오히려 자율성과 자유의 개념과 친화적이라는 점은 앞서 본 바와 같다. 그 결과 명예권의 개념도 독일과 미국은 다른데, 이와 관련하여 독일의 Winfried Brugger 교수의 다음과 같은 독일의 명예권 설명은 우리나라의 명예권의 의미를 이해하는 데에도 일정한 시사점을 제공한다.⁵⁶⁴⁾

- ㉠ 가장 기본적으로, 개인의 능력, 성취와 무관하게 단지 인간이라는 이유만으로 공동체의 구성원(as member of the human community)으로 갖는 최소한의 존중에 대한 평등한 권리와 관련되는 명예권, 이는 인간 존엄을 규정한 독일기본법 제1조 제1항에 근거한다.
- ㉡ 다음으로, 사회 내에서의 상호존중 혹은 예의범절 규범(mutual respect or civility)의 최소한과 관련되는 명예권, 이는 자유로운 인

564) Winfried Brugger, “Ban on or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law”, 17 Tul. Eur. & Civ.L.F. 1 (2002) pp.10~11.

격상 발현을 규정한 독일기본법 제2조 제1항에 근거한다.

- ㉔ 마지막으로 공동체 구성원으로서의 지위에 영향을 미치는 평판 침해로부터 보호받을 권리를 의미한다.

그러면서 Winfried Brugger는 위 3가지 중 ㉔항의 경우 미국적인 개념이라고 한다. 즉, 미국 Restatement of Tort에 기재된 바와 같이 제3자와 교제하거나 거래하는 데에 방해를 받지 않을 권리는 미국적인 개념이라는 것이라는 지적인데, 보다 정확하게 말한다면 결국 미국에서는 ㉑, ㉒과 같은 명예권 개념과는 거리가 멀다는 의미이기도 하다. 제5장에서 이러한 미국과 독일의 차이는 구체적으로 살펴보았는데, 우리나라의 경우는 어떠한지에 대해서는 이론적인 논의보다는 재판실무에서 명예권의 취급이 어떠한 것인지를 보다 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 즉, 헌법 재판소나 대법원 판례에서 인간 존엄의 최고가치성을 선언하는 것은 매우 중요한 의미를 갖지만, 그럼에도 불구하고 그 실질적인 내용이 무엇인지는 판결의 구체적 내용을 통해서 비로소 확인할 수 있다. 이에 대해서는 항목을 바꾸어 살펴본다.

III. 재판실무상의 명예권

마지막으로 우리나라의 재판실무에서 취급되는 명예권의 내용과 실질에 관하여 살펴본다. 표현의 자유의 경우 앞서 본 바와 같이 국제기구들에 의한 평가수치로 확인 가능한 자료가 있는데, 명예권 보호에 관해서는 그러한 계량화된 자료는 존재하지 않는다. 그러나, 앞서 본 문화적 전통, 실체법의 내용 등에 비추어 우리나라의 경우 명예권 보호의 정도는 일응 '높음'이 답인 것으로 보이기는 하나 반드시 그렇다고 단정하기는 어렵다. 그 이유는 아래에서 보는 바와 같은 재판실무에서 취급되는 명예권의 실질에 기인한다.⁵⁶⁵⁾ 이하에서 구체적으로 살펴본다.

1. 논의의 전제 : 우리나라 명예훼손 소송의 특징 - 미국 등과의 비교

우선, 우리나라의 명예훼손법 내지 명예훼손 재판실무에서 나타나는 명예권의 실재를 객관적으로 파악하기 위하여, 외국의 경우와 우리나라를 비교해 보기로 한다.

가. 전체적 검토

전체적으로 보면 독일, 일본 등 대륙법계 국가들의 경우는 우리나라와 그 제도나 손해배상제도의 운용에서 본질적인 차이가 있다고 볼 수는 없지만, 미국, 영국, 태나다 등 영미권 국가들의 경우는 상당히 다르다.

우선 가장 중요한 특징으로서는 제5장에서 본 바와 같이 독일은 우리나라와 마찬가지로 손해배상 청구권 외에도 우리나라의 반론보도 청구권, 정정보도 청구권, 금지청구권과 유사한 철회청구(retraction, wiederruf), 반론권(right to reply, gegendarstellung), 금지청구(injunctive relief) 등을 폭넓게 인정하고 있고,⁵⁶⁶⁾ 일본의 경우도 유사하다.⁵⁶⁷⁾ 잘 알려진 바와 같이 우리나라는 「언론중재 및 피해자 구제 등에 관한 법률」에서 정정보도, 반론보도 청구권이 인정되고 있을 뿐만 아니라 대법원은 이른바 ‘파스퇴르 판결’로 알려진 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40612 판결에서 최초로 인격권 침해를 이유로 하는 금지청구권을 인정한 이래 대법원 2005. 1. 17. 자 2003마1477 결정에서 명예권 침해를 예방하기 위한

565) 이처럼 명예훼손 소송의 실무가 어떻게 운용되는지는 명예권의 실재를 이해함에 있어서 매우 중요한 요소임에도 불구하고 종래 명예훼손법과 관련한 논의들은 가령 미국의 공인이론의 도입 여부와 같은 추상적인 수준에 머무르는 경향이 강하였다. 그러나 정작 언론사 등 명예훼손법의 직접적 영향을 받는 당사자들의 입장에서는 공인이론의 도입과 같은 이론적 측면보다는 실제의 재판 결과 즉 명예훼손에 기한 손해배상청구의 인용가능성이나 인용 금액과 같은 요소들도 매우 중요한 문제가 아닐 수 없다.

566) Alexander Bruns(주 436), pp.288-292.

567) 특히 일본의 경우 우리나라에서는 헌법재판소에 의해 위헌으로 결정된 사죄광고도 허용된다. 佃克彦, 前掲書, 351~352면.

금지청구권을 인정하고 있으며,⁵⁶⁸⁾ 재판실무상으로도 이러한 법리에 터잡은 각종 시위금지가처분 등은 비교적 용이하게 인정되는 경향이 있다.⁵⁶⁹⁾ 반면 미국의 경우 오로지 손해배상제도만을 두고 있을 뿐 금지청구권은 일종의 사전검열로 인식되어 극히 예외적으로만 인정되고 있다.⁵⁷⁰⁾ 다만 미국의 경우에도 최근 독일과 같은 반론보도 청구권 등을 도입해야 한다는 견해가 제시되고 있다.⁵⁷¹⁾

568) 대법원 2005. 1. 17. 자 2003마1477 결정, “명예는 생명, 신체와 함께 매우 중대한 보호법익이고 인격권으로서의 명예권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리라고 할 것이므로 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회로부터 받는 객관적인 평가인 명예를 위법하게 침해당한 자는 손해배상 또는 명예회복을 위한 처분을 구할 수 있는 이외에 인격권으로서 명예권에 기초하여 가해자에 대하여 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 구할 수도 있다.” 한편 일본의 경우 이른바 ‘북방저널 사건’으로 잘 알려진 最高裁判所 1986(昭和61). 6. 11. 判決(民集 40卷 4号, 872面) 이래 명예권 침해를 이유로 하는 금지청구권을 인정한 바 있다. 岡根好彦, “名譽毀損表現の差止めに関する再検討”, 阪南論集. 社會科學編 50(2), 1-19, (2015-03), 2-5면 참조.

569) 다만 우리 대법원 판례의 의하더라도 현재 이루어지는 시위 등에 대한 금지가 아니라 장래의 표현행위에 대한 사전적 금지는 헌법 제21조 제2항의 취지 등을 고려하여 비교적 엄격하게 인정하고 있다(위 대법원 2005. 1. 17. 자 2003마1477 결정 참조). 한편, 아래의 제3절에서 살펴보는 바와 같이, 최근 우리나라에서는 명예훼손죄의 비범죄화 및 진실적시 명예훼손의 폐지에 관한 논의들이 많다. 폐지론의 경우 표현의 자유 확장에 주목하는 입장인데, 이러한 논의에서 금지청구권 문제가 특별히 거론되지 않는 것은 흥미로운 현상이다(그 주된 이유는 아마도 대부분 금지청구권은 가처분의 형태로 이루어지고, 가처분 사건은 상당수가 1심에서 종결되기 때문이 아닐까 생각된다).

570) *Near v. Minnesota* 283 U.S. 697 (1931); *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971), 다만 동 판결에도 불구하고 최근 미국의 주법원에서는 명예권 침해를 이유로 하는 금지청구권을 인용하는 판례들이 존재하고 있다. 그러한 판결들은 주로 (i) 표현행위가 재산권 침해의 우려가 있는 경우(*Barlow v. Spies*, 744 N.E2d 1, 4 (Ct. App. Ind. 2001)) (ii) 특정한 행위와 결부된 표현행위의 경우(*Eppley v Iacovelli*, no. 1:09-CV-386-SEB-JMS, 2009 WL 1035265 at 2-4 (S.D. Ind. 2009.)), (iii) 명예훼손적 표현임이 판결로서 선고된 경우(*Baliboa Island Inn v Lemen*, 40 Cal. 4th 1141, 1144-1147 (2007)) 등이라고 한다. 岡根好彦, 前掲書, 11~14면 참조.

571) Joshua Crawford(주 241) 참조.

또한 손해배상의 측면에서 본다면, 후술하는 바와 같이 영국, 미국의 경우 다양한 손해배상 항목을 두고 있으며 배상액의 측면에서도 극단적으로 높은 액수를 인용하는 경향을 보이고 있는 반면, 독일, 일본은 우리나라와 마찬가지로 위자료 중심으로 배상액이 결정되고 있으며 배상액의 측면에서 보면 우리나라의 경우보다는 전체적으로 더 높은 금액을 인정하는 것으로 보이지만 영미권처럼 높은 금액을 인정하지는 않는다.⁵⁷²⁾

이하에서는 우리나라와 가장 극단적으로 비교되는 미국의 경우를 비교하여 살펴보고,⁵⁷³⁾ 이러한 비교를 통하여 우리나라 재판실무에서의 명예, 평판 개념의 실질에 대해 검토해 보기로 한다.

나. 우리나라와 미국의 명예훼손 손해배상 사건 비교

(1) 사건 수 및 승소율, 인용금액

우선, 우리나라의 명예훼손 사건은 사건수도 엄청나지만 청구가 인용되는 비율도 상당한 반면 그 인용금액은 매우 적다. 반면, 미국의 경우 소송 사건 자체도 많지 않고, 승소율도 극히 미미하지만 일단 승소를 하면 수억 원, 심지어 수십 억원의 손해배상액이 인정되어 우리나라와 극명하게 대비된다.

구체적으로, 우리나라의 경우 가령 2013년 기준 명예훼손죄(형법, 정보통신망법)로 기소된 사건은 3,446건에 이른다고 한다.⁵⁷⁴⁾ 민사사건 승소

572) 노만경(주 463) 참조.

573) 후술하는 바와 같이 명예훼손 소송의 실무를 비교해보면 우리나라와 미국의 차이는 “과연 이것이 같은 제도라고 말할 수 있을까?” 하는 의문이 들 정도로 많은 차이를 보인다. 이에 대한 간단한 지적으로는 박영선, “한국과 크게 다른 미국의 명예훼손 소송” 법률신문 (2017. 2. 20.자) (마지막 방문 : 2018. 7. 23.)

<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=108178>

574) 정진수 외 2, 명예훼손죄, 모욕죄에 대한 판례의 판단 기준 연구, 한국형사정책연구원 (2015) 8면

율의 관점에서 보면 2015~2017년 언론기관을 상대로 한 명예훼손 손해배상 청구소송의 인용율은 각 47.3%, 38.8%, 49%였다.⁵⁷⁵⁾ 반면 우리나라의 경우 명예훼손 손해배상 소송의 경우 인용액은 개인의 경우 50~300만 원, 언론기관의 경우에는 200~3,000만 원 정도가 대부분으로 그 금액은 결코 크지 않다.⁵⁷⁶⁾

이에 비해 미국의 경우 어느 통계에 의하면 2009년 한 해 동안 73%의 언론관련 소송은 피고의 motion to dismiss를 인용하여 재판없이 종결되었고, 심지어 2009년에는 전미를 통틀어 정식의 재판이 이루어진 것은 단 9건뿐이었다고 한다.⁵⁷⁷⁾ 물론 이는 언론사가 피고인 사건만의 통계이므로 일반 사인간의 사건은 제외된 것이나, 한국과 비교할 때 극명하게 대조되는 것임은 분명하다. 또한 미국의 경우 명예훼손 소송의 승소율이 극도로 낮지만 일단 승소하게 되면 인정되는 배상액은 매우 크다. 2006년 기준으로 당시까지 항소법원에서 인정된 명예훼손 소송의 최대 인용금액은 Sprague v. Walter, 441 Pa.Super. 1, 656 A.2d 890 (1995)에서의 2,400만 달러(한화 약 300억 원 정도)였다고 한다.⁵⁷⁸⁾ 잘 알려진 New York Times 판결의 사안 역시 1964년 판결이었음에도 연방대법원에서 파기되기 전 알라바마주 법원은 미화 50만 달러(한화 약 6억 원)의 배상액을 인용하였다.

(2) 손해배상의 항목

우리나라의 경우 명예훼손으로 인한 손해배상은 일부 재산권 침해가 인정되는 예외적인 사례들을 제외하고 사실상 위자료 하나로 통일되어

575) 언론중재위원회 간, 「언론관련 판결 분석보고서」 2015~2017년 참조.

576) 다만 이 점과 관련하여 미국의 경우 민사재판만이 문제되지만 우리나라의 경우 형사처벌도 동시에 받을 수 있다는 점은 고려되어야 한다.

577) M. Franklin 외 2(주286), p.262.

578) M. Franklin 외 2, Mass Media Law, 7th ed. (2006) p.364. 다만 위 케이스는 상고심에서 결국 합의로 종결되었다고 한다(합의금액은 알려지지 않음).

있다.⁵⁷⁹⁾ 반면 미국의 경우 실로 정교한 손해배상의 항목 구별이 발달해 있다. 이를 간략히 도표로 정리하면 다음과 같다.⁵⁸⁰⁾

<표 11. 미국 명예훼손법상의 손해배상의 종류 >⁵⁸¹⁾

명목적(nominal) 손해배상	1) 원고가 원할 경우, 2) 명예훼손의 정도가 미미할 경우, 선언판결(declaratory judgment) 유사			
보상적(compensatory) 손해배상	특별 손해(special damages)	금전적 손해 - 영업손실 등 평판저하에서 파생된 부수적 손해		
	일반적 손해(general damages)	실제의 손해(actual damages) - 금전적 손해 x	평판의 저하 정신적 고통	증거 o
		추정적 손해(presumed damages)	평판의 저하 정신적 고통	증거 x
	징벌적(punitive) 손해배상	행위자의 악성, 사악한 동기 등 요건, 일반 불법행위법상 요건		

이처럼 미국의 경우 극도로 복잡한 명예훼손 손해배상 제도를 갖고 있는데, 위와 같은 손해배상의 구조를 우리 법제와 비교하면 다음과 같다. 우선 명목적 손해배상과 징벌적 손해배상은 우리 법제에서는 인정되지 않는 영미법의 특수한 제도이므로 논외로 한다. 따라서, 결국 보

579) 이에 대한 비판적 논의로는 이재경, “명예훼손에 있어서 손해배상과 징벌적 손해배상의 도입에 관한 논의”, 인하대학교 법학연구소, 법학연구 9(2) (2006) 참조. 한편 이러한 점은 일본의 경우도 유사하다. 松井茂記, 表現の自由と名譽毀損, 有斐閣 (2013) 235면 참조.

580) 참고로, 위와 달리 영국의 경우에는 (i) 보상적 손해(compensatory damages) 혹은 일반적 손해(general damages), (ii) 가중적 손해(aggravated damages), (iii) 징벌적 손해(punitive damages) 등으로 분류된다. David Milo, Defamation and Freedom of Speech, Oxford University Press (2008) pp.221-254; Patrick Milmo et al. Gately on Libel and Slander, Sweet & Maxwell (2004) pp.828~830.

581) 아래 표의 내용은 Rodney Smolla(b)(주 33), §9.1~9.36 참조.

상적 손해배상만이 남는데, 여기서 (i) 일반적 손해(general damages)란 평판저하 자체의 손해 및 정신적 손해(즉 비금전적 손해)이고, (ii) 특별 손해(special damages)란 평판저하로 인한 영업손실 등 파생된 금전적 손해를 의미하므로, 결국 우리법제상 각 위자료와 확대손해에 해당하는 것이다. 미국법과 우리법상의 손해배상 방식을 도표로 비교하여 정리하면 다음과 같다.

<표 12. 우리나라, 미국의 손해배상 항목의 비교>

	우리나라	미국
비금전적 손해	위자료	일반적 손해 ① actual damages (입증 要) ② presumed damages (입증 不要)
금전적 손해	확대손해	특별손해(special damages)
기타 구제수단	x	명목적 손해배상, 징벌적 손해배상

이처럼, 미국법상 우리 명예훼손 실무상 위자료에 해당하는 것은 일반적 손해(general damages)인데, 미국의 경우 그러한 손해는 (i) 평판저하에 대한 입증을 요하는 실제적 손해(actual damages)와 (ii) 손해의 입증을 요하지 않는 추정적 손해(presumed damages)의 두 가지로 나뉜다.⁵⁸²⁾

그리고, 이러한 각 항목은, 우리 법률 용어로 표현하면 마치 별개의 소송물인 것처럼 다루어진다. 각 항목은 원고의 주장, 입증 여부에 따라 별개로 산정되는데, 예를 들어 *Weller v. American Broadcasting Cos* 232 Cal. App. 3d 991, 283 Cal. Rptr. 644, 19 Media L. Rep. (BNA) 1161 (1991) 사건에서 법원은 원고측 증인의 증언을 기초로 원고의 평

582) 다만 2015년 기준으로 테네시, 매릴랜드, 칸자스, 미주리 등 8개주는 추정적 손해를 위헌으로 판시하여 소멸시켰다. Susan E. Seager(주 280), p.32.

판 저하에 대한 실제적 손해에 대한 배상으로 50만 달러, 추정적 손해 배상으로 50만 달러, 정신적 손해에 대한 배상으로 1백만 달러의 배상액을 인정하였다.⁵⁸³⁾ 여기서 원고의 정신적 손해에 대한 배상 역시 실제적 손해로서, 원고가 당사자본인 신문을 통하여 “분노, 걱정, 불면, 식욕감퇴와 우울증” 등을 겪었다는 점을 증언하였고, 그러한 증거에 입각하여 인정된 배상액이라고 한다.⁵⁸⁴⁾

(3) 실제적 손해의 입증의 방법과 관련하여

미국과 우리나라의 명예훼손 재판실무에서 가장 큰 차이 중 하나는 실제적 손해(actual damages)의 증명방법이다. 미국의 경우 추정적 손해(presumed damages)가 인정되지 않는 사안(현실적 악의를 입증하기 어려운 사인/공적 이슈의 사안의 경우) 및 추정적 손해(presumed damages)를 폐지한 주의 경우 원고가 승소하기 위해서는 증거에 의하여 실제적 손해(actual damages)를 입증해야 한다. 이러한 실제적 손해(actual damages)를 입증하는 방법으로는 주로 증인 혹은 당사자본인 신문이 활용된다. 원고의 대리인은 그러한 증거조사를 통하여 명예훼손적 발언이 있기 전의 평판은 어떠했는데, 그러한 발언으로 그에 대한 평판에 어떠한 변화가 있었는지를 입증한다. 또한 명예훼손적 발언에 의해 원고가 겪은 정신적 고통, 스트레스 등도 입증의 대상이 된다. Rodney Smolla 교수에 의하면 John Walsh, Wickersham, 그리고 Taft 등은 이러한 방면의 입증에 있어서 미국내 최고의 전문가로 알려져 있다고 한다.⁵⁸⁵⁾ Walsh 변호사는 명예가 침해된 사례(anecdotal evidence)에 집착하지 말고 원고가 속한 업계(business) 내지 주변 인간관계(social circle)의 제3자의 증언을 통하여 과거의 평판을 입증하도록 하

583) Rodney Smolla(b)(주 33), §9:14에서 재인용.

584) Rodney Smolla(b)(주 33), §9:14.

585) Rodney Smolla(b)(주 33), §9:30.

고, 이어 그 이후의 평판을 입증하되 그 점에 대해서는 친구, 친척보다는 객관적인 제3자가, 평판 침해로 인한 고통은 친구, 친척 등이 적절하다는 식으로 조언하고 있으며, 또한 정신적 고통은 당사자본인 신문이 가장 적절한 방법이라고 한다.⁵⁸⁶⁾

반면 우리나라의 경우 이러한 평판의 저하에 대해 별도의 증거조사를 하는 경우 찾아보기 어렵다. 앞서 본 바와 같이 우리나라에서 추정적 손해나 징벌적 손해는 인정되지 않고, 오로지 평판 침해에 대한 위자료만이 인정되는데, 피해자의 평판저하의 정도는 위자료의 참작사유로서 제반정황을 종합하여 법관에 의해 직관적으로 판단될 뿐 구체적 증거조사의 대상이 아니다. 뒤에서 다시 살펴보겠지만, 미국의 경우 명예훼손 증거법상 인격(character)에 관한 증거의 제출은 원칙적으로 금지되고, 오로지 평판(reputation)에 관한 증거들 위주로 심리되는 반면, 우리나라는 평판(reputation)에 관한 증거조사는 이루어지지 않고 인격(character)에 관한 증거들만이 난무하는 것이 현실이다.

이러한 차이는 다른 한편으로, 우리나라와 미국의 문화적 차이 내지 재판절차의 차이에서 기인하는 바도 큰 것으로 생각된다. 즉, 미국의 경우 법정에서 증언을 하면서 거짓말을 할 것이라는 점은 상정하기 어려운 문화를 갖고 있다. 그 결과 미국 재판에서는 증인의 증언 심지어 당사자본인신문의 내용만으로도 요증사실을 인정하는 경우도 많다. 반면 우리나라의 경우 특히 민사사건의 경우 위증이 만연해 있고, 그 결과 증인의 증언은 그 신빙성이 부인되는 경우가 비일비재하다. 즉 처분 문서 등 물증이 존재하거나 기타 정황으로 당해 사실을 인정하는 것이 자연스럽다고 판단되지 않는 한 증인의 증언만으로 요증사실을 인정하

586) Rodney Smolla(b)(주 33), §9:30; 그밖에 여론조사(opinion survey)의 방법도 종종 사용되고 있다고 한다. Charles W. Ehrhardt, "Reputation and Character in Defamation Actions", Washington University Law Quarterly, Vol. 64, Issue 3 (Fall 1986), pp.877-883. 참조(여론조사가 평판 침해를 정확하게 측정할 수는 없지만, 상당한 정도의 신빙성 있는 증거가 될 수 있다고 한다).

는 경우는 매우 드물다. 이러한 재판실무 내지 재판문화에 비추어 평판 침해를 제3자 혹은 당사자본인이 진술한다고 하여 법원이 그러한 증언 내지 진술을 믿어줄 리 만무하다. 결국 이러한 재판실무로 인하여 평판 침해 자체는 입증의 대상도 아니라고 생각하는 관행이 정착된 것이다.

(4) 절차의 측면 및 소송비용 등

마지막으로 절차의 측면에서도 보더라도, 미국과 한국은 극명하게 대비된다. 우리의 경우 명예훼손 소송이 일반 불법행위 소송보다 특별히 더 복잡하거나 더 많은 시간이 소요되는 사건은 아니다. 고려요소가 많고 불확정개념이 많아 판단은 어렵지만, 오히려 증거조사를 해야 할 내용이 많지 않아 절차가 과도하게 지연되는 경우는 다른 사건에 비해 적은 편이라고 말할 수도 있다.⁵⁸⁷⁾

하지만 미국에서의 명예훼손 소송은 절차의 측면에서도 매우 복잡하고, 소송도 장기화되는 경향이 매우 강하다. 양자가 치열하게 다투는 명예훼손 사건은 최종 확정시까지 수년 이상 걸리는 경우도 부지기수다. 이처럼 절차가 복잡하고 장기화되는 것에는 여러 가지 원인들이 있을 수 있지만 주로 현실적 악의를 입증하기 위해 discovery 등 다양한 증거조사를 거치는 경우가 많기 때문이다.⁵⁸⁸⁾

2. 우리의 재판실무에서 나타나는 명예 내지 평판의 개념

- 고도로 규범화된, 추상적 명예 내지는 존엄으로서의 명예 개념

가. 개요

587) 오히려 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제29조는 다음과 같이 규정하고 있다. 제29조(언론보도등 관련 소송의 우선 처리) 법원은 언론보도등에 의하여 피해를 받았음을 이유로 하는 재판은 다른 재판에 우선하여 신속히 하여야 한다.

588) Hill v Church of Scientology of Toronto 1995. 2 S.C.R. 1130 등 참조.

이처럼 우리나라의 명예훼손 소송은 미국의 그것과 극명하게 대비되는데, 이러한 재판실무에서 이해되는 명예개념은 형법학의 용례로 표현하면 ‘사실적 명예개념’이 아닌 ‘규범적 명예개념’에 가깝고, Robert Post의 논의에 따르면 honor, property적인 명예개념 보다는 dignity적인 명예개념에 가깝다(다만 우리 재판실무가 형법학에서 논의되는 의미에서의 규범적 손해개념이나 Robert Post가 논한 dignity적인 개념을 취하였다는 의미는 전혀 아니다. 이에 대해서는 뒤에서 다시 살펴본다). 대법원 판례는 명예란 “사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등 세상으로부터 받는 객관적인 평가”라고 밝히고 있지만⁵⁸⁹⁾ 대법원 판례는 명예의 개념을 어떻게 파악할 것인지, 혹은 명예훼손의 의미 즉 사회적 평판이 침해되었다는 말의 의미를 어떻게 파악할 것인지에 대해 명확하게 밝힌 바는 없다.⁵⁹⁰⁾ 대부분의 하급심 판결에서도 수많은 쟁점들(피해자 특정 여부, 전과가능성, 위법성 조각사유 등)에 대해 세밀하게 판단을 하면서도 정작 명예훼손이 성립하는지 여부에 대해서는 “발언의 내용, 그 전후 맥락 등에 비추어 원고의 명예 내지 사회적 평판 내지 명예가 침해되었다고 봄이 상당하다”고 판단하는 경우가 대부분이고, 구체적으로 어떤 근거로 어느 정도로 평판이 침해되었다는 것인지에 대해 증거조사를 하거나 그 내용을 밝히는 경우는 거의 없다.

이와 같은 우리 재판실무에서 통용되는 명예의 개념은 구체적, 사실적 개념이라기보다는 추상적, 규범적 개념에 가깝다. 당해 원고의 구체적 평판이 무엇인지, 그것이 얼마나 훼손되었는지가 아니라 그러한 지위에 있는 평균인의 명예 내지 평판을 기준으로 평가절하적 발언에 의해 추상

589) 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카1450 판결, 한편 이러한 개념정의는 일본 판례를 자구 하나 수정하지 않고 그대로 옮긴 것이다(最判昭和 45年 12月 18日 民集 24卷 13號 2151하). 즉 명예의 개념정의에서부터 우리나라 고유한 사정에 관한 고민은 존재하지 않았던 것에 다름 아니다.

“...民法七二三條にいう名譽とは、人がその品性、徳行、名聲、信用等の人格的価値について社會から受ける客觀的な評價、すなわち社會的名譽を指すものであつて”

590) 同旨; 정진수 외 2, op cit 25~26면.

적, 규범적으로 평가된 평판훼손의 정도만이 문제되는 것이다.

나. 평판침해의 한계사례들

이처럼 명예훼손 발언 전후의 평판에 대한 증거조사 및 사실인정을 하지 않는 결과, 명예훼손이 인정되었지만 실제로 평판의 저하가 있었는지 여부조차 의심스러운 한계적 사례들도 많다. 즉, 범죄행위나 비리에 대한 발언은 비록 증거조사를 하지 않는다고 하더라도 어느 정도의 평판의 저하가 있었을 것이라는 추정이 가능하다. 하지만 최근 우리나라 명예훼손 소송에서 빈번하게 발생하는 정치적 논쟁 과정에서의 중북, 좌파, 공산주의자와 같은 이념적 발언이 명예훼손인지 여부가 문제되는 사안이나 문화적 가치판단이 개입되는 사안들의 경우 과연 그러한 발언으로 원고의 사회적 평가가 저하되었다고 볼 수 있는지 의문이 드는 경우가 많다. 구체적 사례들을 몇 가지 보기로 한다.

(1) 정치이데올로기와 관련된 사례들

이러한 문제점이 가장 잘 드러나는 사례들 가운데 하나는 바로 정치적 이념 논쟁 가운데 발생한 명예훼손적 발언에 관한 사안들이다.

① 서울중앙지법 2016. 9. 28. 선고 2015가단160303 판결⁵⁹¹⁾은 어느 극우성향의 언론인이 대통령 당선 이전의 문재인을 중북, 공산주의자로 표현한 사안에서 다음과 같이 판시하면서 3,000만 원의 배상액을 인정하였다.⁵⁹²⁾

591) 2018. 7. 23. 현재 항소심 진행중이다(서울중앙지방법원 2016나63080 사건).

592) 중북 관련 법원 결정례들을 분석한 논문으로는, 이정기 “‘중북(從北)’ 관련 판례의 특성과 판례에 나타난 법원의 표현의 자유 인식” 언론중재위원회, 미디어와 인격권 제2호(2016) 참조.

“남북이 대치하고 있고, 국가보안법이 시행되고 있는 우리나라의 현실에서 특정인이 북한의 남한혁명노선이라고 하는 ‘민족해방 민주민주주의 혁명론’을 추종하며 민족해방(NL)을 내세우는 ‘주사파’ 또는 북한을 무비판적으로 추종하는 주사파와 같은 계열에 들 수 있는 ‘종북’으로 지목될 경우 그는 대한민국의 정체성과 헌법적 기본질서를 부정하는 행위를 하여 형사처벌의 대상이 될 수 있는 부정적이고 치명적인 반사회세력으로 몰리고, 그에 대한 사회적 명성과 평판이 크게 손상될 것이므로, 이로 인하여 명예가 훼손된다고 보아야 할 것이다.”

그런데, 위 발언은 “애국시민사회진영, 2013년 신년 안보 결의”라는 극우성향 단체의 신년하례식에서 보수성향의 회원 약 500명 앞에서 이루어진 것으로, 이미 유사한 생각을 가진 청중을 상대로 전국적 지명도를 가진 문재인 대통령 후보에 대한 위 발언이 과연 그의 사회적 평판에 얼마나 큰 저하를 가져왔을지 의문이 있다. 이점과 관련하여 동 판결은 다음과 같이 판시하고 있다.

“...주로 정치적으로 같은 입장에 있는 이른바 애국시민사회진영의 시민단체 회원들을 대상으로 한 것으로 보이는 사정을 감안하더라도, 원고에 대한 다소 과장된 정치적 수사를 통한 의견 또는 논평의 표명 차원을 넘어 진위를 가릴 수 있는 명예훼손적 의견을 단정적으로 표명한 것으로 보아야 한다. 그렇다면, 피고의 원고에 대한 위 ‘공산주의자’ 관련 발언 또는 강연으로 원고에 대한 사회적 명성과 평판은 크게 손상되었다고 할 것이므로, 이는 원고에 대한 명예훼손행위가 되거나 원고의 인격권을 침해하는 불법행위가 된다.”

② 서울중앙지방법원 2016. 4. 21. 선고 2014가단5336511 판결⁵⁹³⁾은 극우 성향의 국회의원이 국회에서 대정부질의를 하는 과정에서 민변(민주사회를 위한 변호사 모임)에 대해 “간첩을 옹호하는 단체”라고 발언한 점에 대해 민변이 원고가 되어 소송을 제기하였고, 법원은 다음과 같이

593) 항소, 상고기각으로 확정되었다.

판시하면서 원고의 청구를 인용하고 300만 원의 위자료 지급을 명하였다.

“피고의 위 발언은 원고가 간첩을 옹호하고 있다는 내용으로서 사실의 적시에 해당하고, 간첩을 옹호한다는 의미가 남과 북이 대립하고 있는 우리사회에서 가지는 부정적 의미에 비추어 볼 때, 원고의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 수 있는 명예훼손적 표현에 해당한다. 따라서 피고의 위 발언은 원고에 대한 불법행위에 해당한다.”

③ 그밖에 부산고등법원 2012. 8. 10. 선고 2011나3469 판결은 진보정당 대표인 정치인이 대구, 경북지역을 ‘보수꼴통’이라고 표현하였다고 보도한 언론기관에 대해 500만 원의 위자료 지급을 명하였다.

위와 같은 사례들에서, 과연 일반인들이 그러한 발언을 얼마나 심각하게 받아들였을지는 의문이고, 실제로 평판이 저하되었는지도 의문이며, 저하되었다면 얼마나 저하되었는지 등도 명확하지 않다.⁵⁹⁴⁾⁵⁹⁵⁾ 반면 정치

594) 한편, 이러한 판결과 관련하여 제5장에서 살펴본 캐나다의 2008년 WIC Radio 판결의 판시내용은 매우 흥미롭다. 제5장에서 본 바와 같이 위 판결은 많은 부분에서 매우 흥미로운 판시 내용을 담고 있는데, 그 가운데 하나는 현대적인 미디어 환경의 특성에 관한 것이다. 즉 현대의 미디어 환경 하에서 공적 논쟁에 참여하는 공인들은 마치 원, 피고 입장을 대변하면서 싸우는 변호사처럼 각각의 입장에서 논쟁을 하는 것이고, 청자들은 그러한 논쟁에서 등장하는 발언들을 액면 그대로 받아들이지 않는다는 것이다. Bob Tarantino(주 521), pp.605~606, 우리나라의 중복 관련 판결에서 등장하는 논객들 역시 위와 같은 맥락에서 이해할 수 있지 않을까 생각된다.

595) 다만 이러한 경향은 실제의 평판에 대한 심리를 하는 미국에서도 나타나는 현상이다. 가령 유명한 New York Times 판결의 사실관계는 New York Times에서 경찰공무원인 Sullivan을 인권운동을 탄압하는 세력으로 묘사한 기사에 관한 것이었다. 동 판결에서 Black 대법관은 보충의견에서 보수성향의 알라바마주에서 그러한 기사는 설리반의 실제 평판의 훼손을 가져왔을 리가 없다는 지적을 한 바 있다. 그럼에도 불구하고 배심원들은 50만 달러의 배상액을 평결하였는데[이는 추정적 손해(presumed damages)의 영향이다], 이러한 판결 역시 평판에 대한 사실적 개념과는 거리가 먼 것이

인, 유명인과 관련하여 그 자체로 개연성이 있는⁵⁹⁶⁾ 불륜관계에 관한 기사나 과거 비위행위에 관한 기사 등은 허위임이 밝혀진 경우에도 평판침해의 손해가 쉽게 회복되지 않는 경우도 많은데, 우리 재판실무는 그러한 양극단의 사례를 명확하게 구별하지 않고 일관하여 다소 천편일률적인 위자료를 인정하는 경향이 강하다.

(2) 이른바 “libel - proof plaintiff doctrine”과 관련하여

위와 같이 추상화, 규범화된 명예, 평판 개념은 미국 명예훼손법상 인정되는 이른바, “libel - proof plaintiff doctrine”과 관련된 사례들에서 극명하게 드러난다. 제5장에서 본 바와 같이 미국법상 “libel - proof plaintiff doctrine”이란 명예훼손적 발언 이전에 이미 원고의 사회적 평판이 너무나 나쁜 경우 더 이상의 명예훼손이 가능하지 않다는 법리를 의미한다.⁵⁹⁷⁾ 위와 같은 법리가 우리 법원 실무에 잘 알려져 있지는 않지만, 명예훼손적 발언 이전의 평판에 대해 증거조사를 하지 않는 우리 실무의 경향에 비추어 위와 같은 법리는 인정하지 않는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

서울중앙지방법원 2011. 10. 14. 선고 2011나25410 판결(쌍방 상고하지 않아 확정됨)은 그러한 점을 극명하게 보여주는 사례이다. 동 판결에서 피고인은 초등학생 사망 사건과 관련하여 용의자로 조사를 받던 중 전화방 도우미를 주먹으로 때려 사망에 이르게 한 후 사체를 토막내 은닉한 사실을 자백하여 성폭력범죄처벌법상 강간살인, 특정범죄가중처벌등에관

라고 할 수 있다.

596) 예를 들어 유명 정치인이 그 측근 미모의 여성과 불륜관계에 있다는 기사가 보도되는 사례와 같이 그 자체로 개연성이 있는 내용이라면 실제로는 그렇지 않다는 사실이 밝혀져도 주변의 의혹의 시선은 쉽게 사라지지 않는다.

597) Rodney Smolla(b)(주 33), §9:61; Patricia Kussmann, “Construction and Application of Libel-Proof Doctrine”, 54 A.L.R. 6th 165 (Originally published in 2010) 참조.

한법률상의 영리약취, 유인, 사체은닉죄 등에 대해 유죄판결을 받았으나, 전화방 도우미에 대한 범죄에 대해서는 살인의 미필적 고의가 있었다고 보기 어렵다는 이유로 살인죄는 인정되지 않고 상해치사죄와 사체은닉죄가 유죄로 인정되어 사형이 선고되었다. 그리고 원고에 대한 사형선고는 쌍방의 항소, 상고를 거쳐 대법원에서 확정되었다. 그런데, 위 사안을 보도하는 과정에서 피고 언론사는 전화방 도우미에 관한 범죄 부분에서 마치 살인죄를 범한 것처럼 잘못 보도하였고, 원고가 이에 대해 손해배상 청구를 한 사안으로 위 판결은 다음과 같이 판시하면서 원고 청구를 인용하고 300만 원의 손해배상을 인정하였다.

“... 원고는 E씨를 주먹으로 때려 사망에 이르게 하였을 뿐인데도 이 사건 기사에는 E씨를 살해한 것으로 기재되어 원고의 명예가 훼손되었다고 주장하는 바, 원고에 대하여 전화방 도우미에 대한 살인에 대하여는 살인의 미필적 고의가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로 상해치사죄만이 유죄로 인정되고 살인죄에 대한 무죄부분에 대하여 검사의 항소, 상고가 모두 기각되었음에도 이 사건 기사에 ‘E씨를 살해한’ 것으로 단정적으로 기재된 사실은 앞서 본 바와 같으므로 이로써 원고의 명예가 훼손되었다고 할 것이다.”

위 판결은 사형이 확정될 정도의 흉악범에게도 명예권을 인정해 주었다는 점에서 “libel - proof plaintiff doctrine”에서 보이는 사실적 명예개념과 대비되는 추상화된 명예 또는 평판 개념을 취하는 사례라고 할 수 있을 것이다.

유사한 사례로, 초등학생 2명을 성폭행하고 살해한 혐의로 사형이 확정되어 수감중인 A는 자신을 ‘살인마’로 표현한 신문기자를 명예훼손 혐의로 고소하였고, 2017. 9. 27. 수원지검은 이를 각하처분하였다. 그런데, 언론보도에 의하면 각하처분을 한 이유에 관하여 검찰은 “허위의 사실로 볼 수 없고, 공공의 이익을 위한 것”이기 때문이라고 밝혔는데,⁵⁹⁸⁾ 이러

598) 국민일보 2017. 9. 27.자 기사 “살인범을 살인마라고 하면 살인범의 명예를

한 이유설시 역시 마치 평판침해는 인정됨을 전제로 하는 것으로 해석될 여지가 있다.

다. 정리 및 평가

그렇다면 이와 같은 우리 재판실무의 태도를 어떻게 평가할 것인가? 이러한 점을 아래와 같이 살펴보기로 한다.

(1) 추상적 명예, 평판개념의 의미 - 인간 존엄의 법리와 관계, 그 형성배경

이러한 우리 재판실무에서의 명예, 평판 개념은 미국식의 사실적 명예, 평판 개념보다는 독일식의 존엄에 입각한 개념에 가까운 것으로 보인다. 우리 대법원 판례는 명예권을 인격권의 한 종류로 보고 있고,⁵⁹⁹⁾ 인격권의 근거로서 인간의 존엄을 규정한 헌법 제10조를 들고 있는 점에 비추어도 그러하다.⁶⁰⁰⁾ 따라서, 헌법의 해석상 우리나라에서도 인간 존엄은 명예권의 가장 핵심적인 기초라는 점에는 의문이 없다. 다만 그럼에도 앞서도 언급한 바와 같이 우리나라의 대법원 판례는 물론 하급심에서도 명예권의 구체적 내용을 평가함에 있어서 인간 존엄의 법리가 개별 사안에서 구체적으로 어떻게 적용되는지에 대해 세밀하게 논증한 사례는 찾기 어렵다. 앞서 본 서울중앙지방법원 2011. 10. 14. 선고 2011나25410 판결(상해치사, 사체은닉 사건)의 판시이유를 보더라도 명예훼손을 인정한 것은 평판침해를 구체적으로 심리하지 않는 재판실무의 결과일 뿐, “법

훼손한 것일까?” (마지막 방문 2018. 7. 23.)

<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&oid=005&aid=0001031586&sid1=001>

599) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결 등

600) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결 등

죄인이라고 하더라도 최소한의 인격체로서 존중대우를 받을 자격을 인정하는 것이 상당하므로 사실적인 의미에서의 평판침해가 없다고 하더라도 명예권 침해를 인정해야 한다”는 취지로 판시한 것은 아니다. 바로 그러한 점에서 우리나라의 재판실무에서의 명예권의 취급은 오랜 관행 특히 손해배상 실무와 같은 재판실무 내지 관행의 연장선에서 형성된 것으로 보는 것이 타당하지 않을까 생각된다. 즉 우리나라 재판실무에서 비재산적 손해에 대한 위자료 금액은 그리 높지 않은데, 명예훼손 소송도 그러한 재판실무와 관련된다는 것이다. 명예의 훼손 내지 침해 정도는 물증에 의한 입증이 사실상 불가능하고, 결국 증언이 가장 중요한 증거가 될 수밖에 없다. 그런데, 우리 재판실무에서 증인의 증언의 경우 법원은 물증과 경험칙에 의해 뒷받침되지 않는 한 수십명이 증언을 한다고 한들 그러한 증언들을 믿지 않는다. 따라서, 평판침해와 같은 요소는 애시당초 입증이 불가능한 요건사실에 가깝다. Rodney Smolla 교수가 언급한 미국 명예훼손 소송 전문변호사에 관한 얘기는 우리나라와는 거리가 먼 것이다.

이러한 경향은 평판침해의 손해 그 자체에 그치는 것이 아니라 그로 인한 재산적 손해의 경우에도 마찬가지이다. 명예훼손 소송에서 특히 원고가 기업인 경우에는 평판 침해로 인한 손해 외에 그러한 명예훼손적 발언으로 인하여 매출이 감소되는 등 영업에 심각한 타격을 입었음을 이유로 손해배상을 청구하는 경우가 많은데, 이러한 경우 우리 법원은 인과관계 인정에 매우 인색하다. 기업의 매출 증감에는 여러 요소들이 작용할 수 있는데, 명예훼손적 발언 이후 매출이 감소한 사실이 인정된다고 하더라도 그러한 매출감소가 명예훼손적 발언의 직접적 결과라고 단정하기 어렵다는 것이다. 대법원 1999. 10. 8. 선고 98다40077 판결의 하급심인 서울고등법원 1998. 7. 9 선고 97나47790 판결의 다음과 같은 판시는 대표적이다.⁶⁰¹⁾

601) 다만 최근에는 그러한 경향에 대한 여러 비판적 견해로 인하여 그러한 손해를 적극적으로 인정하는 판결들이 나오고 있는데(서울중앙지방법원

“이 사건 방송 보도를 전후하여 원고가 제조 판매하는 위 사이클론 제품의 매출액이 감소하기 시작하여 1995.경에 이르러서는 **거의 도산 지경에까지 이른 사실**은 이를 인정할 수 있으나, 위 각 증거만으로는 그와 같은 매출액의 감소가 이 사건 방송 보도로 인하여 초래된 것이라고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.”

(2) 추상적 명예, 평판 개념의 명예훼손법의 함의

이러한 우리 재판실무상의 명예, 평판의 취급을 어떻게 평가할 것인가? 의도된 것으로 볼 수는 없지만, 이러한 경향은 다음과 같은 두 가지 상반된 결과를 낳는다.

① 명예권 과다보호의 측면

우선, 명예권 과다보호의 측면이다. 이는 다른 한편으로 표현의 자유가 위축되는 것을 의미하는 것인데, 앞서 본 바와 같이 미국과 대비할 경우 우리나라 명예훼손 실무의 특징은 민형사가 동시에 이루어지고, 비록 그 금액이 매우 작기는 하지만 너무도 쉽게 명예훼손이 인정됨으로써 표현의 자유가 침해되는 결과가 된다.

구체적인 사례로서, 평판 침해에 대한 구체적 입증 없이 손해배상을 인정한 종북 관련 판결들이 그러하다는 점은 앞서 언급한 바와 같다. 이념의 측면에서 그 반대의 구조를 가진 사례로, 서울남부지법 2016. 10. 14. 선고 2016가소374406 판결을 들 수 있다. 동 판결은 극우 성향을 가진 인사의 기사에 대해 반대의견 및 비난성 발언을 표시한 댓글 게재자들에 대해 각 10만 원의 위자료 지급을 명하였다. 그런데, 그러한 댓글

2016. 1. 13. 선고 2013가합16690 판결 등), 아래의 제2절에서 구체적으로 살펴본다.

가운데 “사이코패스 추가”라는 단 두 단어를 기재한 경우도 있었다. 비록 인용금액이 크지 않다고 하더라도 이런 정도의 표현에 대해 불법행위 책임을 부담케 하는 것은 표현의 자유에 대한 과도한 침해라고 볼 여지가 많다.⁶⁰²⁾ 표현의 자유의 관점에서 볼 경우 이러한 경향 자체도 문제이지만, 보다 심각한 문제는 그러한 사법부의 경향이 정치적으로 악용될 가능성이 높다는 점이다. 최근 일각에서 명예훼손죄를 반의사불벌죄가 아닌 친고죄로 전환하자는 논의가 등장하는 것도 바로 이러한 점과 무관하지 않다.⁶⁰³⁾

② 명예권 과소보호의 측면 - 표현의 자유의 확장

반면 이러한 재판실무는 다른 한편으로 명예권의 보호가 매우 미흡할 수 있음을 의미하기도 한다. 즉 추정적 손해배상, 징벌적 손해배상으로 수억, 수십억 원의 배상책임을 인정하는 미국의 경우는 말할 것도 없고, 그렇지 않은 독일, 일본과 비교하더라도 우리나라의 손해배상액은 그리 크지 않다.⁶⁰⁴⁾ 앞서도 언급한 바와 같이 명예훼손 여부 자체도 직관적으로 파악되는 경향이 강하지만 그 침해 정도 역시 직관적 판단에 기초하여 그저 위자료 산정의 사유로 고려될 뿐이다. 물론 우리나라에서도 명예훼손 소송에 있어서 위자료 산정의 현실화를 위한 다양한 노력들이 지속되는 것은 사실이지만⁶⁰⁵⁾ 그럼에도 불구하고 평판의 침해 자체를 구체적인 입증의 대상으로 삼는 것은 여전히 우리의 재판실무와 거리가 멀다.

602) 다만 위 사건에서 법원은 명예훼손이 아닌 인격권 침해를 인정하였다.

603) 2016. 9. 7. 유승희 의원 대표발의 “정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 등에 관한 법률 일부개정법률안” 참조.

(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

604) 노만경(주 463) 참조.

605) 가령 장현우, “손해배상액산정기준표(안) 및 구성요소 검토” 언론중재 2011년 겨울호; 그리고 대법원 역시 2017. 1. “불법행위 유형별 적정한 위자료 산정방안”이라는 자료를 발표하여 명예훼손의 경우 일반피해 5,000만 원, 중대 피해 1억 원이라는 일응의 기준을 제시하면서, 특별가중사유가 있는 경우에는 기준금액의 2배까지 증액할 수 있다고 밝힌 바 있다.

명예훼손으로 인한 손해는, 사안에 따라서는 지나치게 과장된 것일 수도 있지만, 경우에 따라서는 금전으로 환산하는 것이 무의미할 정도로 큰 것일 수도 있다. 그러한 사안에서 피해자는 결국 제대로 된 배상을 받지 못하고, 자신이 입은 손해에 비해 극히 미미한 배상액만을 받고 씩씩하게 법정을 나서는 사례도 비일비재하다.

IV. 명예권의 한계로서의 표현의 자유

마지막으로, 명예권의 제한사유들 가운데 가장 중요한 요소 가운데 하나로서 표현의 자유의 문제를 간략히 살펴보기로 한다. 우리나라의 경우 역사를 통틀어 보더라도 권력과 주류적 사고에 반하는 사상을 표현할 수 있는 자유라는 것이 존재한 것은 불과 30~40년도 채 되지 않았다. 조선 시대까지 거슬러 올라갈 것도 없이 1987년 민주화 이전의 상황만을 보더라도 이러한 점은 쉽게 파악할 수 있다. 이하에서 한국에서의 표현의 자유의 현주소를 1987년 민주화 이전과 이후를 비교하여 간략히 살펴보기로 한다.⁶⁰⁶⁾

1. 민주화 이전

가. 사상의 자유시장의 부존재 : 선동적 명예훼손(**sedition libel**)의 예

민주화 이전 우리나라에 “사상의 자유시장”이라는 것은 존재하지 않았다. 그 단적인 예로 1972. 11. 22. 유신헌법 개정 이후 1979. 10. 26. 박정희 대통령 서거시까지 존재하였던 긴급조치를 들 수 있다. 유신헌법 제 53조⁶⁰⁷⁾는 긴급조치의 헌법적 근거가 되었는데, 긴급조치 제1호의 핵심

606) 정치학자 및 헌법학자들은 대체로 1987년 6월 항쟁 이후 민주화가 이루어진 것으로 파악하는 것이 일반적이다. 최장집 외 1, 민주화 이후의 민주주의, 후마니타스 (2010) 117면.

내용만을 살펴보면 다음과 같다.

<대통령긴급조치 제1호 (1974. 1. 8. 제정) >

1. 대한민국 헌법을 부정, 반대, 왜곡 또는 비방하는 일체의 행위를 금한다.
2. 대한민국 헌법의 개정 또는 폐지를 주장, 발의, 제안, 또는 청원하는 일체의 행위를 금한다.
5. 이 조치에 위반한 자와 이 조치를 비방한 자는 법관의 영장 없이 체포, 구속, 압수, 수색하며 15년 이하의 징역에 처한다.

위 조문 자체에서 알 수 있듯이 긴급조치는 말 그대로 ‘한국판 선동적 명예훼손(seditious libel)’에 다름 아니다. 즉 위 법령의 취지는 제2장에서 살펴본 13세기 영국의 스칸달리스 마그나툼(Scandalis Magnatum)이나 16세기 리벨리스 파모시스(Libellis Famois)와 다를 것이 없다.

이러한 점은 그 운용실태를 보더라도 분명하다. 최근 「진실, 화해를 위한 과거사정리위원회」(이하 “과거사정리위원회”)의 조사결과에 의하면, 1974. 1. 8. 긴급조치 제1호가 제정된 이후 박정희 대통령 서거시까지 긴급조치에 의해 처벌된 피해자는 1,142명에 이르고,⁶⁰⁸⁾ 그 확정판결은 최

607) 유신헌법(전문개정 1972. 12. 27 헌법 제8호) 제53조

① 대통령은 천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어, 신속한 조치를 할 필요가 있다고 판단할 때에는 내정·외교·국방·경제·재정·사법등 국정전반에 걸쳐 필요한 긴급조치를 할 수 있다.

② 대통령은 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 이 헌법에 규정되어 있는 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지하는 긴급조치를 할 수 있고, 정부나 법원의 권한에 관하여 긴급조치를 할 수 있다. (③항 생략)

④ 제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다. (이하 생략)

608) 역사속의 사법부, 사법발전재단(2009.) 417~432, 박순영, “유신헌법에 기한 대통령긴급조치의 위헌성” 형사재판의 제문제 제7권 (2014) 827면에서 재인용.

근까지도 존속하고 있었다. 그런데, 최근에 밝혀진 놀라운 사실은 긴급조치에 의해 처벌받은 사람들 중 민주화운동과 아무런 관련이 없는 사람들이 태반 이상이라는 점이다. 즉, 긴급조치에 의해 처벌된 사안의 대부분은 박정희 대통령이나 유신체제에 대해 비판적인 언사를 하였다는 이유로 실형을 선고받은 경우들인데, 그 구체적 내용을 보면 공적인 장소에서의 발언이 아닌 술자리, 식사 자리 등 단순히 사적인 모임에서 극히 우발적으로 박정희 대통령이나 유신체제에 대해 부정적인 발언을 하였던 경우가 절반 이상을 차지하였다.⁶⁰⁹⁾

예컨대, (i) 1975년 한 전기설비업자는 술자리에서 “박정희 대통령이 족제비처럼 생겼다”고 말했다가 1년 6개월의 실형을 선고받았고, (ii) 한 외판원은 주위 사람들에게 “정부가 돼먹지 않아 학생들이 들고 일어난 것이다”라고 말했다가 10년의 징역형을 선고받았으며, (iii) 어느 조류사육업자는 “긴급조치 4호가 정부의 잘못을 은폐하고 정부를 비판하는 학생들을 억압하려는 것”이라는 발언을 했다고 하여 10년의 징역형을 선고받았다.

민주주의가 어느 정도 자리잡은 2000년대에 들어서면서 긴급조치 피해자들을 구제해주어야 한다는 여론이 형성되기에 이르렀고, 과거사정리위원회는 긴급조치 피해자 구제를 위한 특별법 제정을 추진하기도 하였다. 그러던 와중에 동 위원회에서는 피해자 오종상에 대한 진상규명을 착수하여 2007. 10. 경 이 사안에 대해 진상규명 결정을 하였다.⁶¹⁰⁾ 오종상 역시 정치인도 아니고 민주화운동과는 거리가 먼 평범한 시민이었는데, 1974년 버스에서 학교 과제에 대해 논의하는 고등학생에게 “유신 체제에서는 민주주의가 발전할 수 없다.”고 말하였다는 이유로 3년의 실형

609) 진실, 화해를 위한 과거사정리위원회 홈페이지 참조.

http://www.jinsil.go.kr/Information/Notice/article/read.asp?num=1923&pageno=1&stype=title&sval=긴급&data_years=2014&data_month=

610) 진실, 화해를 위한 과거사정리위원회 직바-10862호, 오종상 긴급조치 위반 사건.

을 살았던 사람이다. 과거사정리위원회의 조사결과 1974년 피해자 오종상에 대한 수사 당시 중앙정보부에서는 구타, 잠 안 재우기, 협박 등 가혹행위를 통하여 자백을 받았고, 중앙정보부가 수사권이 없는 사안이었음에도 불구하고 마치 경찰관이 작성한 것처럼 조서를 조작하였다는 점 등이 밝혀졌다. 과거사정리위원회는 이들의 불법행위는 형법 제123조의 직권남용죄 등에 해당하며, 이는 공소시효가 만료되어 형사소송법 제420조 제1항, 제422조 소정의 재심사유에 해당한다는 취지의 결정(권고 결정)을 하였다.

그 이후 위 사건의 대상자인 오종상을 비롯한 긴급조치의 피해자들은 법원에 재심청구를 하는 경우가 속출하였는데, 그 이전 하급심에서는 재심청구를 기각한 경우와 재심결정을 인용한 사례들이 혼재하고 있었고, 위헌법률심판 제청신청에 대해서는 이를 모두 기각하였다. 그러던 중 서울고등법원은 2009. 1. 29. 위 사건에 대해 재심개시결정을 하였고 이어 서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009재노19 판결은 긴급조치 위반의 점에 대해 무죄 혹은 면소판결을 하였다. 그리고, 그 상고심인 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결은 긴급조치에 대해 위헌을 선언하고 위 피해자에 대해서는 무죄를 선고하였다.⁶¹¹⁾

위 사건에서 알 수 있듯이, 불과 40년 전만 하더라도 표현의 자유라는 것은 마치 먼 나라의 얘기 같은 것이었다.

나. 종교적, 외설적 명예훼손의 예

민주화 이전 군부독재 하에 종교적, 성적 표현 역시 전혀 자유롭지 않았다. 군부독재 하의 표현의 자유에 관한 중요한 연구업적을 남긴 문학

611) 다만 동 판결은 한편으로는 진보적 판결로 찬사를 받았지만, 다른 한편으로는 헌법재판소의 권한 사항인 법률의 위헌심사권을 대법원이 행사한 것이라는 점에서 많은 비판을 받은 바 있다. 위 대법원 판결로부터 3년이 지나 헌법재판소는 현재 2013. 3. 21. 2010헌바132 결정으로 긴급조치에 대해 다시금 위헌 결정을 하였다.

평론가 임헌영에 의하면⁶¹²⁾ 군부독재 하에서 수많은 문학작품들이 이른바 필화(筆禍)를 겪었는데, 그 대부분은 정치적 비판에 관한 것이었지만 일부 외설표현이나 신성모독에 관한 것도 존재하였다.⁶¹³⁾ 우리나라의 경우 지배적 가치관에 반하는 문학적 표현행위에 대한 형사처벌은 민주화 이후에도 계속되었다. 소설가 장정일, 마광수, 만화가 이현세 등이 자유로운 성적 묘사로 인하여 형사처벌을 받은 사실은 그 대표적인 예라고 할 수 있다.⁶¹⁴⁾

2. 민주화 이후의 표현의 자유

(1) 한국의 표현의 자유는 헌법의 문제이기도 하지만, 보다 본질적인 차원에서 본다면 민주주의와 정치의 성숙도의 문제이기도 하다. 정치학자 및 헌법학자들은 대체로 1987년 6월 항쟁 이후 민주화가 이루어진 것으로 파악하는 것이 일반적이라는 점은 앞서 본 바와 같다. 그와 같이 보았을 때 한국의 경우 민주주의가 불과 30년이 되지 않은 매우 짧은 역사를 가진 것이기도 하지만, 보다 중요한 문제는 그 이후 전개된 한국의 민주주의가 실질적인 것이 아니라 형식적, 절차적인 것에 머물렀다는 점이다.⁶¹⁵⁾ 물론 전향에서 살펴본 바에 의할 때, 민주화 이후 우리나라의

612) 문학평론가 임헌영은 “임헌영의 필화 70년”이라는 제목으로 2016. 10. 6.부터 2017. 5. 25.까지 우리나라 문학에서의 필화의 사례를 세밀하게 분석한 바 있다. 아래 인터넷 사이트 참조. (마지막 방문 2018. 7. 23.)

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_serial_list.html?s_code=ac219

613) 예를 들어 임헌영은 다음과 같이 밝히고 있다. “군부독재 치하에서는 에로티시즘 관련 필화도 급증했다. 염재만의 소설 <반노>(1969년 입건, 1975년 무죄)와 박승훈의 수필집 <영점하(零點下)의 새끼들>, <영년(零年) 구멍과 뱀의 대화>, <서울의 밤> 등이 엄청난 센세이션을 일으키며 물의를 빚었다. 영화로는 <7인의 여포로>(이만희 감독), <내시>(신상옥 감독), <벽 속의 여자>(박종호 감독), <너의 이름은 여자>(이형표 감독), <춘몽>(유현목 감독) 등이 외설관계로 경고, 소환 조사 등을 당했다.”
http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201705252052005&code=210100#sid5917799edfd78f98a03cb253d9fbb76 (마지막 방문 2018. 7. 23.)

614) 채형복, 법정에 선 문학, 한티재, (2016)은 장정일, 마광수 사례를 포함한 한국문학의 중요한 필화사건 7가지를 해설하고 있다.

표현의 자유가 엄청나게 신장한 것은 사실이다. 더 이상 반대자를 물리적인 힘이나 폭력으로 제압하는 일이 발생하기 어려운 사회적 분위기가 조성되었다. 그러나 여전히 한국의 표현의 자유는 유럽국가들이나 미국 등 서구 선진국들에 비해서 그 수준은 일천하다고 평가된다. 표현의 자유에 관하여 권위 있는 국제기구인 프리덤하우스(Freedom House)에 의하면 한국의 2017년 언론의 자유 지수는 조사대상 199개국 중 66위로서 부분적 자유국으로 분류되었다. 한국은 2001년부터 2009년까지 줄곧 1그룹인 자유국에 속했으나 2010년 처음으로 2그룹 부분적 자유국으로 떨어진 뒤 2017년까지 회복하지 못하였다.⁶¹⁵⁾ 이러한 하락은 이명박 정부하의 민간인사찰, 불법도청, 명예훼손 소송의 정치적 남용 등이 주요 원인이었던 것이고, 2017년 진보정권의 집권으로 개선될 것으로 예상되기는 하지만 정치권력의 향방에 따라 헌법적 가치가 크게 변동된다는 사실 자체가 민주주의가 공고화되지 않다는 증거라고도 할 수 있을 것이다.⁶¹⁷⁾

(2) 표현의 자유가 한국사회의 모든 문제를 해결할 수 있는 만병통치약은 아니다. 표현의 자유는 절대권력에 저항하는 과정에서 소수자의 권

615) 최장집 외 1(주 606), 최장집 교수는, 민주화 이후 한국사회는 질적으로 나빠졌다고 하면서(위 책 8~9면, 그 이유로 양극화의 심화, 교육문제, 사회계층간 이동가능성의 감소 등을 들고 있다), 민주주의로 전화하는 것보다 민주주의를 지키고 발전시키는 것이 더욱 어렵다고 한다. 그리하여 민주주의의 민주화가 한국사회의 과제라고 하고 있다.

616) 조선일보 2017. 12. 15.자 기사 참조 (마지막 방문 2018. 7. 23.)

http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/11/13/2017111301711.html

또한 2016. 4. 27. 경향신문 기사 (마지막 방문 2018. 7. 23.)

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201604280449001&code=970201#csidx669b9e42d181bbeb6e40eafc3728256

617) 제5장에서 본 바와 같이 미국식의 중립성(neutrality) 추구는 자유방임(laissez-faire)적 경향으로 흐르면서 많은 문제를 낳는 것이 사실이지만, 다른 한편으로 중립성을 쉽게 부인할 경우 국가권력의 심각한 권력남용의 위험이 있다는 점을 간과해서는 안된다(이러한 취지의 지적으로는 Ronald J. Krotoszynski(주 13), pp.68, 정치철학자 Isaiah Berlin의 적극적 자유의 위험에 관한 지적도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다). 바로 그러한 점에서 중립성(neutrality) 이념은 여전히 매우 중요한 가치이며, 독일, 캐나다와 같이 반중립적 가치지향성은 고도로 성숙한 민주주의를 전제로 할 때에 비로소 유의미한 것이라고 할 수 있다.

리확보를 위한 초석으로 제시되었으며, 수백년의 투쟁의 과정에서 인정된 것이지만, 21세기의 문제상황은 근대초기와는 다르다. 현시대의 상황은 표현의 자유가 절대적으로 보장된다고 해도 해결될 수 없는 문제들이 산적해 있다.⁶¹⁸⁾ 하지만 그와 같은 시대적 변화와 표현의 자유가 갖는 한계점에도 불구하고 표현의 자유의 권리로서의 가치와 사회적 효용은 결코 과소평가되어서는 아니된다. 우리의 상황은 여전히 민주주의의 역사가 일천하고, 여전히 밝힘으로써 고쳐야 할 불편한 진실들과 권력자, 지배자들이 숨기고 싶어 하는 진실들이 켜켜이 쌓여 있다. 이러한 사실들은 비단 최고의 정치권력, 지배계급에 국한되지 않고 온 사회에 내재해 있다. 또한 언론환경은 극도로 왜곡되어 있으며, 소수자의 목소리는 여전히 소외되어 있다. 표현의 자유의 중요성을 간과할 수 없는 것은 아직까지도 우리는 민주주의와 자유주의 역사가 일천한 사회이기 때문이다. 또한 위와 같은 정치적, 공적 영역의 거대담론을 차치하더라도 자신의 삶의 도덕적 입법자인 개인의 판단은 존중되어야 한다는 자율성 (autonomy) 이론의 명제도 그 의미를 과소평가할 수는 없다. 비록 아시아 국가로서 서구 선진국들과 문화적 전통을 달리하는 것은 사실이지만 자유주의를 근간으로 하는 헌정질서를 채택한 이상 위와 같은 권리는 모든 국민들에게 인정되어야 하기 때문이다.

3. 소결 및 비교법적 검토 - 서구 선진국들과의 비교

이처럼 우리나라의 상황은 역사적, 문화적 측면 혹은 헌법 해석의 측면에서 명예권의 필요성에 대한 인식은 공동체주의적 전통을 가진 유럽 국가들 못지않게 강한 반면, 표현의 자유는 여전히 가야할 길이 많이 남아 있는 듯하다. 국경 없는 기자회견나 프리덤하우스의 평가를 보면 우리

618) 단적으로 우리 사회가 직면한 문제들을 생각해 보아도, 사회적 양극화, 환경문제, 실업문제 등등은 표현의 자유가 보장되지 않아서 해결되지 않은 것은 아니며, 표현의 자유가 완벽하게 보장된다고 해도 크게 달라지지 않을 가능성이 높은 문제들이다.

나라의 경우 서구 선진국들에 비해 표현의 자유 보호의 정도는 아직까지도 매우 미흡하다는 점을 알 수 있다. 제5장에서 살펴본 미국, 영국, 독일, 캐나다 등 서구 선진국들의 경우와 우리나라의 경우의 비교해 보면 아래 표와 같이 정리될 수 있다.⁶¹⁹⁾

<표 13. 독일, 캐나다, 영국, 미국, 한국의 표현의 자유, 명예권 보호>⁶²⁰⁾

	표현의 자유 - 국경 없는 기자회견, 2017	명예권 보호의 전통
독일	16위	높음
캐나다	22위	높음
영국	40위	매우높음
미국	43위	낮음
한국	63위	높음?

정리하면, 우리나라는 명예권 보호에 치중하는 문화적 전통을 갖고 있지만 다른 한편으로 표현의 자유의 열악한 실태에 비추어 그러한 요청에 대한 일정한 제한은 불가피하다고 보아야 한다. 위와 같은 수치에 비추어, 그리고 영국이나 캐나다의 경우에도 표현의 자유를 위하여 명예권에 대한 보호를 축소해온 최근의 변화에 비추어 전체적으로 우리나라가 나

619) 앞서도 언급한 바와 같이 비록 프리덤하우스나 국경 없는 기자회견의 계량화된 언론자유 지수를 100% 신뢰하기는 어려울 것이나, 일응의 평가기준으로서 충분한 가치가 있다고 생각된다.

620) 또다른 국제기구인 프리덤하우스의 평가치도 위 수치와 크게 다르지 않다.

<표 14. 프리덤하우스 5개국 평가, 2017년>

	캐나다	독일	영국	미국	우리나라
프리덤하우스 (평점, 낮을수록 자유정도 높음)	18	20	25	23	34

아가야 할 방향 역시 표현의 자유가 보다 신장되는 방향이어야 할 것으로 보인다.

V. 논의의 종합 : 한국에서의 명예권

이상의 논의를 종합, 정리하면 다음과 같다.

(1) 우리의 헌법 및 실정법 체계 그리고 대법원 및 헌법재판소의 판시 취지 등을 종합적으로 살펴보면 명예권 보호를 매우 중요한 가치로 취급하고 있다는 점을 확인할 수 있다. 이러한 점은 우리나라의 사회문화적 배경이 작용한 것으로 볼 수 있다.

(2) 유교적 전통을 계수한 우리나라는 개인주의적 자유주의의 전통을 가진 서구국가들과 달리 집단주의적 문화를 배경으로 하여, 타인의 시선을 중시하는 관계지향적 사회문화를 갖고 있다. 이러한 사회문화는 우리나라에서 명예, 평판의 사회적 의미 내지 중요성의 근거가 된다. 즉, 이러한 사회문화적 배경은 명예권 보호법제의 물적 토대가 되는 것이다.

또한 이러한 사회문화적 전통 속에서 명예권의 의미 자체가 서양과 다를 수밖에 없다. 다만 우리나라의 법제는 20세기에 이르러 서구화, 근대화 과정에서 서양으로부터 도입된 제도이고, 이러한 점은 명예훼손법제도 마찬가지이다. 그러한 제도가 우리의 전통문화와 이질적인 면도 있을 수 있지만 상당 부분은 이미 우리나라에 정착된 것도 사실이다. 이러한 점은 우리나라의 정치, 경제 자체가 이미 상당한 정도로 서구화된 점과도 관련된다. 우리나라의 명예권의 실재를 Robert Post 등 영미권 학자들의 분류에 따라 명예, 재산권, 존엄의 개념에 따라 분류해 보면 다음과 같다. 우선, 우리나라의 명예 관념은 서양에 비해 좀 더 관계지향적, 타자지향적이라는 점에서 서양의 명예관념과 차이가 있다. 반면, 재산권적 개념, 존엄의 개념 등은 서구화된 사회경제적 배경 및 근대적인 헌법 이념에 비추어 상당한 유사성을 보이면서도 일정 정도 한국적인 특성을 보

인다고 말할 수 있다.

(3) 마지막으로 우리나라 재판실무에서의 명예, 평판의 취급을 보면, 지나치게 규범화, 평준화된 경향을 보이고 있다. 이러한 경향은 표현의 자유 및 명예권 보호의 관점에서 긍정적 요소와 부정적 요소 두 가지 모두 보이는 양면성을 보인다.

제2절 명예훼손 재판에서의 고려요소

- 표현의 자유와의 비교형량, 공인이론의 도입 여부 등

I. 서설

1. 문제의식

제2절에서는 지금까지 본고에서 고찰하였던 명예권의 역사와 이론, 표현의 자유의 변모 과정 등이 우리나라 명예훼손 재판에서 갖는 의미를 살펴보기로 한다. 제1장에서 언급한 바와 같이 명예훼손 소송은 당사자의 지위, 행위가 이루어진 상황, 전체적 맥락 등등 실로 다양한 요소들이 복합적으로 고려된다는 점에 그 특징이 있다. 이 점에서 대해서는 제1장에서 간략히 언급하였지만, 민사재판에서의 정의와 형평의 문제라는 보다 근본적인 시각에서 다시 한 번 강조하여 설명하고자 한다.

2. 민사재판에서의 정의와 형평의 문제

가. 민사사건의 다양성과 정의, 형평

(1) 민사소송의 목표 내지 대이념이 “정의와 형평의 관념에 입각한 분쟁의 해결”이라는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다. 그러나 민사소송

에서의 정의와 형평은 무엇이며, 어떠한 점들을 어떻게 심리할 경우 정의와 형평의 관념에 부합하는 결론에 이를 수 있을 것인가의 문제는 여전히 한마디로 답하기 어렵다. 정의란 무엇인가라는 질문은 윤리학, 사회철학, 정치학, 경제학 등 인문사회과학은 물론이고 법철학에서도 가장 핵심적인 질문으로 엄청난 양의 논의들이 진행되어 왔다. 그런데 사회과학에서 말하는 정의란 주로 사회정의(즉 거시적, 배분적 정의)를 의미하는 것이고, 법철학자들도 주로 헌법이나 형법의 측면에서 논의하고 있을 뿐, 민사재판에서 두 당사자간의 분쟁에서 정의란 구체적으로 무엇인지, 특히 수많은 유형의 민사사건에서 정의란 무엇인가라는 질문에 대한 답을 각 사건의 유형별로 검토하는 연구는 찾아보기 힘들다.⁶²¹⁾ 물론 민사재판에서의 정의란 무엇인가라는 질문은 실제 재판 업무를 담당하는 판사들을 비롯한 변호사 및 당사자들이 거의 매일 같이 직업적으로 고민을 하는 문제로서, 그러한 고민의 결과로서 거대한 판례법리가 축적된 것은 사실이다. 그러나, 대법원 판례는 당해 사안을 해결하는 법리를 판시할 뿐 왜 그러한 판례의 결론이 왜 정의에 부합하는지에 대해 법이론 내지 법철학적인 설명을 하는 것은 아니다. 더욱이, 재판실무상으로는 대법원 판례가 명시적으로 설명하지 않음에도 불구하고 실무관행에 의해 확립

621) 수년전 베스트셀러로 이름을 떨친 Michael Sandel의 「정의란 무엇인가?」와 같은 저서 역시 Kant주의, 공리주의, 자유지상주의 등 도덕철학 내지 사회정의론의 관점에서의 정의론을 논하고 있는데, 이러한 정의론에 관한 기초적 논의들의 중요성은 부인할 수 없지만 다른 한편으로 민사재판의 개별 사안에서 정의란 무엇인가라는 문제를 해결하기에는 과도하게 추상수준이 높은 논의들이다. 이러한 점은 법철학의 개론서들도 마찬가지이다. 가령 Brian Bix, *Jurisprudence : Theory and Context*, 7th Edition, Carolina Academic Press (2015); Nigel Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence*, 3th Edition, Thomson Reuters (2010), 최종고, *법철학*, 제4판, 박영사 (2002), 최봉철, *현대법철학*, 법문사 (2007) 등 참조. 다만 계약법, 불법행위법의 철학적 기초에 관한 논의들은 상당히 존재하는데[Jeffrie G. Murphy, Jules L. Coleman, *Philosophy of Law : An Introduction to Jurisprudence*, West View Press (1990) pp.143~180; 권영준(a)(주 18), 권영준(b), “계약법의 사상적 기초”, *저스티스 통권 제124호* (2011) 참조.], 이 역시 계약법, 불법행위법의 개별유형에 관한 분석이라기보다는 전체적 관점에서 접근하고 있다.

된, 일종의 재판문화에 의해 처리되는 부분도 상당한 비중을 차지한다.⁶²²⁾

(2) 민사소송은 원칙적으로 대립되는 두 당사자의 권리, 의무를 확정짓는 절차이다. 그런데, 그와 같이 두 당사자의 권리, 의무를 확정함에 있어서 어떠한 요소들을 고려하여야 하는가? 법실증주의적 재판이론의 관점에서 볼 때에는 그와 같은 권리, 의무는 법률과 판례 법리에 의해 결정되어야 할 뿐 다른 여타의 사정들이 고려되어서는 안된다.⁶²³⁾ 그러나 민사사건들 가운데 엄격하게 법률요건에 따라 명징하게 판단될 수 있는 사건들이 존재하기도 하지만 그렇지 않고 실로 다양한 요소들이 고려되는 사건들도 존재한다. 예를 들어 대여금 사건의 경우 오로지 처분문서의 내용에 따라 판단되어야 하고 대여 당시의 다른 사정이나 당사자의 경제적 지위, 당사자의 도덕성 등을 고려하는 것은 정의관념에 반한다. 즉 법원은 원고가 파렴치한이고 피고가 고매한 인격의 소유자라는 이유로 청구기각을 할 수 없고, 원고가 백만장자이고 피고가 극빈자라는 이유로 패소판결을 할 수도 없다. 담보물권법, 민사집행법 관련 사건에서도 일부 극히 예외적인 경우를 제외하고는⁶²⁴⁾ 당사자의 주관적 사정이나 거래 당시의 여러 요소들 및 정치적 요소 등 거시적, 사회적 측면은 직접적 고려대상이 아니다. 오로지 담보목적물에 설정된 등기의 순위, 등기의 적법성 등 형식적인 요건들 위주로 수학적, 기계적으로 판단하여야 하며 다른 요소들을 고려하여 그러한 수학적 판단을 배척하는 것은 특단의 사정이 없는 한 정의로운 재판이 아니다. 이러한 결론은 근대 계약법상 모

622) 앞서 본 명예, 평판에 관한 재판실무의 경향도 그러한 관행적 재판실무의 결과이다.

623) Ronald Dworkin은 「법의 제국」에서 1) 과거의 법규범들만을 고려하는 입장(법실증주의), 2) 정책 등 미래의 효용을 주로 고려하는 입장(법현실주의), 3) 정책은 고려함 없이 법과 법 이외의 원리들을 통합적으로 고려하는 입장(Dworkin이 지지하는 해석주의 내지 통합성으로서의 법관념)의 3가지 입장을 밝힌 바 있다. 이러한 법철학적 논의가 대단한 중요성을 갖는 것은 사실이지만 이하에서 논의하는 내용은 그와 같은 법철학의 논의라기보다는 추상수준이 낮은 법률요건의 해석에 관한 문제에 가깝다.

624) 가령 민법 제103조, 제104조의 항변이 그러한 사정에 해당할 것이다.

든 계약 당사자를 자유롭고 평등한, 동등한 계약 주체로 전제하는 관념과 관련되는데,⁶²⁵⁾ 이러한 점은 사법(私法)의 영역에서 이루어지는 민사 사건은 분쟁에서 대립하는 두 당사자의 권리와 의무를 확정하는 절차이며, 당사자의 도덕성을 판단하는 절차 혹은 거시적, 정치적 배분적 정의의 문제와는 직접적 관련이 없다는 사실과 관련된다.⁶²⁶⁾

(3) 한편 같은 민사사건 가운데에도 불법행위 사건의 경우는 접근 방식에 다소 차이가 있다. 즉 비접촉적 사회관계에서 발생하는 부정의를 교정하는 불법행위의 경우 계약법에 비해 단순히 대립당사자만의 문제가 아닌 사회전체가 간접적 이해관계를 갖는 경우가 있다. 즉 사회적 위험의 배분이라는 장기적, 정책적인 관점이 상대적으로 더 중요한 요소로 고려된다.⁶²⁷⁾ 즉, 그러한 한도에서 거시적, 사회적 맥락의 고려가 중요한 요소로 등장하기도 한다.

하지만 이러한 분류는 극히 일반론적인 분류에 불과하고, 구체적인 사건에 따라서는 계약법의 영역에서도 당사자의 주관적 사정 등 제반요소들이 종합적으로 고려되는 경우도 존재하고(가령 계약의 부당파기로 인한 계약해제 사건의 경우, 위약금 감액 여부의 판단 등), 불법행위법의 경우에도 일정한 요건에 따라 수학적, 기계적으로 판단되는 경우도 존재한다(가령 대물피해로 인한 손해배상 사건).

이처럼 민사법의 영역에서도 어떤 요소를 얼마만큼 고려하는 것이 정의관념에 부합하는 것인지는 각 사건 유형마다 다르다. 이를 달리 말하

625) 현대 계약법에서 이러한 원칙에 많은 예외들이 인정되는 것은 사실이지만 [권영준(b)(주 621) 참조], 소송 실무상 계약의 당사자는 동등한 주체로 취급되는 것이 원칙임은 물론이다. 근자에 계약정의론의 입장에서 계약자유에 대한 논의하는 글로는, 지원림, “계약정의에 관한 연구”, 한국비교사법학회, 비교사법 제9권 제2호 (2002)

626) 물론 오늘날 민사법의 영역에서도 헌법적 관점의 중요성이 날로 증대되는 것은 사실이다[이와 관련한 최근 문헌으로는, 윤진수 외 3, 헌법과 사법, 박영사 (2018) 참조]. 그러나 그럼에도 불구하고 민사법 영역에서의 정의는 거시사회적 정의와 명백하게 구별되는 것 또한 사실이다.

627) 권영준(a)(주 18) 96~97면은 그러한 예로 명예훼손 외에 제3자의 채권침해, 환경침해, 제조물 책임 등을 들고 있다.

면, 민사재판의 목적이 “정의와 형평의 관념에 부합하는 분쟁의 합리적 해결”이라고 할 때 그러한 정의가 당사자의 주관적 요소를 어느 정도로 고려할 것인지, 정치, 사회적 요소를 얼마나 고려할 것인지 여부는 사건의 유형마다 다르다는 것이다(왜 그런지는 법이론적으로 규명되어야 할 문제이다).

나. 명예훼손 소송에서의 고려요소

그러한 관점에서 명예훼손 사건의 재판상의 어려움은 제1장에서 언급한 바와 같이 그 어느 민사사건에 비해 많은 요소들이 고려되어야 하고 실제로도 고려되는 사건이라는 점에 기인한다. 그것은 비단 표현의 자유라는 헌법적인 문제와 직결되기 때문만은 아니다. 명예훼손 소송은 가해자, 피해자 외에 청자(聽者)라는 제3자를 필연적으로 포함하는 3각구조에 기초한 관계로 표현의 자유라는 헌법적 요소보다 더 큰 의미에서 정치적, 관계적인 성격을 갖고 있으며,⁶²⁸⁾ 명예 내지 평판 개념의 역사적, 문화적 성격 등 거시적인 측면 및 당사자의 주관적 지위, 도덕성 등 실로 다양한 측면이 고려될 수밖에 없기 때문이다. 명예훼손 소송을 재판하는 법원은 그러한 다양한 측면 중 어느 하나라도 간과한다면 정의관념에 부합하는 결론에 이를 수 없다.

이하에서는 우리 재판실무에 있어서 명예훼손 소송에서 필요한 고려요소(즉 재판실무에서, 정의와 형평에 부합하는 판결을 하기 위해서 고려해야 하는 요소)의 문제를 ① 정치적 표현행위의 문제, ② 비정치적, 공익적 표현의 문제, ③ 비정치적, 비공익적 표현의 문제, ④ 명예권 보호의 정도에 관한 사회적, 문화적 전통의 문제, ⑤ 평판침해 개념의 규범체계의 문제, ⑥ 당사자의 도덕성의 문제, ⑦ 당사자의 지위의 문제의 7가지 측면에서 살펴보기로 한다.

여기서 ①~③은 위법성 조각사유의 문제이고, ④, ⑤의 점은 명예훼손

628) Richard Epstein(주 215), pp.785~786; Barendt(a)(주 29), pp.25~30.

이라는 요건사실의 해석 문제이며, ⑥, ⑦은 양자에 모두 걸쳐 있는 문제이다. 위와 같은 요소들도 결국은 요건사실과 직, 간접적으로 관련되는 것으로,⁶²⁹⁾ 명예훼손 소송은 그와 같은 요건사실의 해석 자체에서 이미 정치적, 사회적, 문화적 요소가 깊숙하게 개입한다는 점에서 특징이 있는 것이다. 한편 현대 명예훼손법에서 가장 중요한 논쟁 가운데 하나인 이른바 ‘공인이론’의 문제는 ①~③의 문제와 관련되는 것으로, 위 각 고려 요소들의 문제들을 살피기에 앞서서 우선 공인이론의 문제를 검토하기로 한다.

II. 이른바 공인이론의 문제

1. 서설

New York Times 판결에 의해 확립된 공인이론(公人理論)⁶³⁰⁾의 전세계적 영향 및 서구 선진국들의 대응에 대해서는 제5장에서 살펴본 바와 같다. 우리 대법원의 입장도 영국, 캐나다 등과 같이 적정한 범위 내에서 이를 수용할 뿐 공인이론의 법리를 받아들이지는 않는다. 즉 1997년 우리 대법원은 공직자의 윤리·비위사실 보도가 허위임을 알았거나 이를 무분별하게 무시한 경우에만 상당성 법리가 부정되어야 한다는 주장은 독자적인 견해에 불과하다며 배척한 바 있고(대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24207 판결),⁶³¹⁾ 후술하는 바와 같이 2002년 이후 “공적 사안에 관한

629) 여기서, ①~③은 항변사유의 문제이고, ④, ⑤는 명예훼손 요건사실의 문제이므로, 논리적으로는 ①~③의 문제보다는 ④, ⑤의 문제를 먼저 살펴볼 필요가 하겠지만, 후술하는 바와 같이 공인이론을 비롯하여 ①~③의 문제가 검토되어야 할 이론적 쟁점들이 훨씬 더 많은 관계로 ①~③의 점을 먼저 살펴보고 이어서 ④, ⑤의 점을 살펴보기로 한다.

630) 참고로, 공인이론과 관련하여 공인, 공적 인물, 공적 존재, 공직자 등 여러 용어들이 사용되고 있는데, 공인, 공적 인물은 같은 말이고, 공적 존재도 큰 차이는 없다. 반면 공직자는 공인 중에서 특히 공직에 있는 사람들을 의미한다(즉 공인의 한 유형이다).

631) 이러한 점은 일본의 경우도 마찬가지이다. (最2小判 1987(昭和62)年 4月24

법리”, 공직자의 경우 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 경우”에만 명예훼손이 성립한다는 법리를 확립한 바 있다(이하에서 “악의성, 현저한 상당성 법리”라고 한다). 학설상으로도 최근에는 미국의 공인이론을 그대로 받아들여야 한다는 견해는 많지 않은 것으로 보이고,⁶³²⁾ 미국에서 공인이론의 문제점으로 지적되는 논의들을 반영하여 공인을 여러 유형으로 분류해야 한다는 견해나,⁶³³⁾ 공인이론의 기본정신은 인정하지만 우리 법체계상 인정되기 어렵다는 견해가 다수인 것으로 보인다.⁶³⁴⁾ 김재형 대법관은 공인이론을 우리법상 받아들이기 어려운 이유로, (i) 표현의 자유에 관하여 아무런 제한규정이 없는 미국 수정헌법 제1조와 명시적 제한 규정을 두고 있는 우리 헌법의 차이점, (ii) 실정법 체계의 차이점(우리의 법 자체가 이미 공익성, 상당성을 위법성 조각사유로 규정하고 있는 점), (iii) 우리나라와 미국의 절차법적 차이점(미국의 경우 discovery 제도 등에 의해 현실적 악의의 입증이 가능하지만, 우리의 경우 그러한 입증이 사실상 불가능한 점), (iv) 명예권 전통에 관한 문화적 차이점 등을 들고 있으며,⁶³⁵⁾ 한위수 변호사 역시 유사한 지적을 하고 있다.⁶³⁶⁾

日) 佃克彦, 前掲書, 563~565면 참조. 즉 하급심에서 일부 이를 수용하는 듯한 판시를 한 경우가 있으나, 최고재판소 판결을 포함한 주류는 대부분 그러한 견해는 표현의 자유를 과도하게 보호하게 된다는 이유로 이를 배척하고 있다.

632) 현실적 악이론 수용에 대해 긍정적인 견해로는, 김민중, “공적 존재, 공적 관계와 명예훼손책임”, 저스티스 통권 제75권 (2004); 김상호, 차용범, “출판물에 의한 명예훼손”, 동아논총, Vol. 37 (2000) 참조.

633) 이승선(a), “연예인의 인격권 침해유형과 언론소송에 있어서 ‘공적 지위’의 특성에 관한 연구, 한국방송학보, 제18권제3호, (2004) 305~308면; 이승선(b), “공적 인물이 청구한 명예훼손 소송의 특성과 함의 : 방송사 사건을 중심으로”, 방송과 커뮤니케이션 Vol. 8, No. 1(2007) 108면.

634) 김재형(b)(주 415); 전원열(b), “공인에 대한 명예훼손(2)” 164면; 한위수 편집대표, 언론관계소송, 한국사법행정학회 (2007) 162~164면; 한위수, “공인에 대한 명예훼손의 비교법적 일고찰”, 저스티스 제69호 (2002. 10.) 등 참조.

635) 김재형(b)(주 415), 81~82면.

636) 한위수(주 634) 153~154면도 공인이론을 수용할 수 없는 근거로서, (i) 한국의 명예권 전통은 미국과 다른 점, (ii) 우리나라는 명예훼손법이 정치적으로

이러한 지적들은 모두 타당하고, 위 4가지 점에 대해서는 본고에서 이미 살펴본 내용들에 의해 확인이 가능하다. 이하에서는 공인이론을 받아들일 수 없는 이유에 관하여 기존에 학자들 사이에 충분히 논의된 내용들은 반복하지 않기로 하고, ① 공인이론은 명예권을 과소보호 내지 불균형적 보호를 초래하는 문제가 있을 뿐만 아니라, ② 또한 경우에 따라서는 명예권을 과다보호하는 기이한 불균형을 낳을 수 있다는 점을 지적하기로 한다(①의 점은 잘 알려진 내용이기도 하지만 기존의 논의와 다른 관점에서 정리해 보기로 한다).

2. 공인이론의 불균형성 : 명예권 과소보호, 과다보호의 이중성

가. 개요

공인이론은 명예훼손의 피해자에게 가해자의 현실적 악의(허위 사실의 인식 또는 무분별한 무시)를 입증하게 함으로써 명예권 보호에 미흡하다는 사실을 잘 알려진 사실이다. 하지만 공인이론의 핵심적인 취지가 공인에게 있어서 명예권보다는 표현의 자유를 우선하겠다는 데에 있으므로 그러한 점은 공인이론의 단점만은 아니고 공인이론의 장점이기도 하다. 즉 공인의 명예권을 축소하는 것은 공적 담론의 장을 확장하고자 하는 공인이론의 필연적 결과이며, 이는 정치적, 헌법적 결단의 문제일 뿐 공인이론 자체의 결함이라고 할 수는 없다. 따라서, 명예권의 측면에서 볼 경우 공인이론의 문제점을 보다 정확하게 말한다면 공인에 대한 명예권 보호가 취약하다는 사실에 있는 것이 아니라, (i) 한편으로는 공인의 범위를 지나치게 확대함으로써 공인이론의 정신이 적용될 수 없는 영역에 까지 공인이론을 적용함으로써 명예권 보호에 있어서 근거 없는 불균형

로 악용된 역사가 없는 점, (iii) 헌법 규정의 차이점, (iv) 절차법의 차이, (v) 현실적 악의론은 미국에서도 많은 비판을 받고 있는 점 등을 근거로 들고 있다. 이러한 논의 역시 대체로 타당하지만 (ii) 부분 논거에 대해서는 다소간 오해의 소지가 있어 보인다.

을 낳았다는 점(명예권의 과소보호 내지 불균형적 보호), (ii) 다른 한편으로는 공익적 사안으로 보호되어야 하는 표현에 대해서도 오히려 명예훼손을 인정함으로써 표현의 자유를 위축시키는 예상외의 결과를 야기할 수도 있다는 점(명예권의 과다보호)에 있다고 보아야 한다. 이하에서 차례로 살펴본다.

나. 명예권의 과소보호 내지 불균형적 보호

(1) 잘 알려진 바와 같이 미국 공인이론의 출발점은 New York Times 판결이며, 이 판결에서의 문제는 시민운동을 탄압하는 공권력에 대한 비난의 명예훼손성 여부였다. 동 판결에서 Brennan 대법관이 지적한 바와 같이 동 판결은 선동적 명예훼손의 종지부를 찍은 사건이다. 즉, 1964년 New York Times 판결은 그 시대를 반영하는 것처럼 무겁고, 진지하고 심각한 주제를 그러한 무게와 진지함으로 다루고 있다.⁶³⁷⁾ Richard Epstein를 비롯하여 많은 학자들이 지적하는 것처럼 New York Times 판결이 그와 같은 결론을 도출할 수 있었던 근본적인 이유는 어쩌면 표현의 자유가 아닌 인종차별에 항거하는 시민운동이 더 근원적인 이유였을지도 모른다.⁶³⁸⁾ 그런데, 그 이후 미국 연방대법원은 1967년 Curtis 판결,⁶³⁹⁾ 1974년 Gertz 판결⁶⁴⁰⁾ 등을 거치면서 공직자(public official)가 아닌 공적 인물(public figure)에 대해 같은 법리를 적용하기 시작하였고, 그 이후 연방대법원과 하급심은 공인의 범위를 지속적으로 확대하였

637) 잘 알려진 바와 같이 1960년대 미국은 전후 복지자본주의가 꽃을 피우는 한편 인종차별 반대 시민운동, 반전운동, 반핵운동 등 다양한 정치적 담론들이 만개한 시기였다.

638) Richard A. Epstein(주 215), p.787; Frederick Schauer(b), Social Foundations of the Law of Defamation - A Comparative Analysis", Journal of Media Law and Practice, Vol. 1, Issue 1 (May 1980), p.5.

639) Curtis Pub. Co. v. Butts 388 U.S. 130 (1967), 조지아 대학교 미식축구 감독이 공적 인물로 평가되었다.

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

다.⁶⁴¹⁾ 그 결과 정치인과 공무원 외에도 유명 연예인의 처,⁶⁴²⁾ 서핑선수,⁶⁴³⁾ 누드 댄서,⁶⁴⁴⁾ 조직폭력배⁶⁴⁵⁾ 등까지도 공인의 범주에 해당하는 것으로 판단하여 정치권력자와 동일한 입증책임의 부담을 안게 하였다.⁶⁴⁶⁾

(2) 그러나 이와 같이 정치권력자에 대한 비판과 누드댄서에 관한 논평이 같은 차원에서 다루어지는 것이 과연 정당한가는 의문이 아닐 수 없다. 이러한 접근법은 직관적으로 생각해 보아도 의문이지만, 특히 명예훼손법의 이론적 기초에 비추어 다음과 같은 문제가 있다. 제3장에서 자세히 본 바와 같이, 명예훼손법에 있어서 위법성 조각사유는 단일하게 발전해 온 것이 아니다. 즉, 민주주의 내지 정치권력의 문제, 공익성의 문제, 알 권리의 문제 등은 모두 명예훼손법의 위법성 조각사유의 문제이지만, 그러한 각각의 위법성 조각사유들은 그 역사적 기원이나 이념적 기초에서 상호간에 차원을 달리하는 문제이다. 즉 민주주의 내지 정치의 문제는 20세기 중반 제2차 세계대전 이전까지의 국가와 그 이후 정치적 자유주의가 확립된 국가를 구별하는 요소로서, 명예훼손법에서 가장 중요한 화두이며, 가장 심각하고 진지한 논의이다(정치적 자유주의).⁶⁴⁷⁾ 반

641) 잘 알려진 바와 같이 미국 명예훼손법상 공적 인물은 공직자(public official), 전면적 공적 인물(all purpose public figure), 제한적 공적 인물(limited purpose public figure) 등으로 분류된다.

642) Carson v Allied News Co., 529 F. 2d. 206 (7th Cir. 1976.)

643) Chapman v. Journal Concepts, Inc., 528 F. Supp. 2d 1081 (D. Haw. 2007)

644) Griffin v. Kentucky Post, 10 Media L. Rep. (BNA) 1159 (Ky. Cir. Ct. 1983)

645) Rosanova v. Playboy Enterprises, Inc., 411 F. Supp. 440 (S.D. Ga. 1976)

646) 다만 이들은 대부분 전면적 공인(all purpose public figure)은 아니고 제한적 공인(limited purpose public figure)이므로 문제의 쟁점과 관련된 사안에 대해서만 공인으로 인정되는 것은 사실이다. 가령 스포츠 선수의 경우 당해 스포츠와 관련된 쟁점이 문제될 경우 공인이 되는 것이고, 그렇지 않고 그와 무관한 그의 사생활 등에서는 사인에 불과하다. 그러나 일단 공인으로 인정되면 현실적 악의 법리의 적용을 받는다는 사실에는 차이가 없다(Rodney Smolla(b)(주 33), §2:78).

647) Cass R. Sunstein(b), "Hard Defamation Cases", William and Mary Law Review, Vol. 25, Issue 5 (Special Issue 1984) p.897면은 "뉴욕타임즈 사건

면 그러한 정치권력이나 민주주의의 문제와 직결되지는 않지만 다수 대중 내지 공공의 이익과 관련되는 공익적인 의사표현도 있다. 나아가 공공의 이익과 직결된다고 볼 수는 없지만 다수 대중이 관심 내지 호기심을 갖는 요소들도 있다. 영미법상 위와 같은 위법성 조각사유의 역사를 보면 전자와 같이 정치적으로 민감한 면책항변일수록 뒤늦게 인정되었다. 그러한 점에 비추어, 명예훼손법상 항변사유들은 그 성격에 따라 전혀 다른 비중으로 취급되어야 하고, 그 한계는 법률적으로 명확하게 설정되어야 한다. 즉, 정치권력에 대한 비판은 민주주의의 중핵이므로 권력자의 명예권 보호가 최소화될 수밖에 없다. 반면 정치권력에 대한 비판이 아닌 공적 담론은 가해자와 피해자 외에 제3자의 이익을 위해 가해자, 피해자간 권리침해의 요건사실에 변형을 가하는 이론이므로 최소침해의 원칙에 입각해야 한다. 비정치적, 비공익적 사안에서 이른바 알권리가 문제되는 경우 그 위치는 공익적인 것에 비해 열후적인 것일 수밖에 없다.⁶⁴⁸⁾

(3) 이처럼 명예훼손 위법성 조각사유의 세분화라는 관점에서 보면, 미국에서 고안되고 발달된 공인이론은 심각한 문제점을 안고 있다. 즉, 공인이론의 근본적 문제점은 공인에 대한 명예권을 부인하는 그 점에 있는 것이 아니라 New York Times 판결과 같이 심각한 정치적 주제에 있어서 명예권의 희생을 강제하는 현실적 악의론을, 그만큼 심각한 주제라고 볼 수 없는 사안에 대해서까지 확장한다는 데에 있다.⁶⁴⁹⁾ 이처럼 미국에서 공인이론의 범위가 과도하게 확대된 데에는 (i) 미국의 문화적, 역사적 전통의 측면과 (ii) 특히 1970년대 이후 미국 정치, 경제, 문화적 경향

의 논점은, 선동적 명예훼손 및 그에 준하는 법리는 민주주의 심장을 강타하는 것(strike at the heart of Democracy)이다.”라고 밝히고 있다.

648) 전원열(a), “명예훼손 불법행위에 있어서 위법성 요건의 재구성”, 서울대학교 박사학위 논문 (2001) 135면도 연예인들을 정치인과 같이 취급하는 것은 문제가 있다는 취지의 지적을 하고 있다.

649) Mark Franklin 교수는 미국의 하급심 법원 판결들에 의해 연방대법원이 애초에 예정한 것 이상으로 공인의 범위가 확대되었다고 지적한다. Mark Franklin(주 226), p.1666.

이 작용하였던 것으로 보인다. 전자는 앞서 자세히 본 바와 같이 미국의 취약한 명예권 보호의 전통과 관련된다. 제4, 5장에서 자세히 살핀 바와 같이 미국의 명예권 전통은 그와 같은 판결을 용인하는 사회적, 문화적 토대가 되었다. 나아가 이러한 확대는 통시적인 차원에서의 미국의 표현의 자유 철학적 흐름과도 맞닿아 있다. Cass Sunstein, Robert Post, Owen Fiss 등 학자들이 지적하는 것처럼 미국의 경우 1970년대 이전에는 정치적 거대담론이 표현의 자유의 중심주제였다면 1970년 이후에는 미시적 담론으로 그 중심이 옮겨간다.⁶⁵⁰⁾ 20세기 전반에는 전쟁반대, 정부 비판, 자본주의 반대 등 목직한 주제들이 수정헌법 제1조의 판례를 형성하였다면, 1970년대 이후에는 상업광고의 문제, 포르노그래피의 문제, 기업의 선거자금 지원[Buckley v Valeo (1976)],⁶⁵¹⁾ 등과 같이 미시적이고 가벼운 주제들이 수정헌법 제1조의 내용이 된다. 또한 1970년대 이전에는 정치적 이슈에 대한 정치적 자유주의가 그 이념적 기초였다면 1970년대 이후에는 자유지상주의적 자유방임(laissez faire) 사상이 그 이념적 기초가 된다.⁶⁵²⁾ 그 결과 기업의 정치헌금 제한이 표현의 자유에 반하여 위헌이라거나(위 Buckley v Valeo), 심지어 강간피해범의 신원 발표를 금지하는 것이 표현의 자유에 반하여 위헌이라는 판결(Florida Star v. B. J. F.)과 같이, 표현의 자유가 지나치게 확장되는 결과가 되었

650) Cass Sunstein(a)(주 153), pp.1~23; Owen Fiss(주 153), pp.1~41.

651) 424 U.S. 1, 개인의 선거후보자에 대한 기부를 1,000달러로 제한한 것은 합헌이나, 독립적인 선거운동 지출에 대한 제한은 수정헌법 제1조에 반한다고 판시한 사례로서, 미국 내에서도 엄청난 논쟁을 촉발한 바 있다.

652) Cass Sunstein은 그는 다음과 같은 일화를 제시한다. 미국 사회는 전통적으로 TV 광고시간을 제한해 왔는데, 미국 방송위원회(FCC)는 1984년에 그와 같은 제한을 풀어 버린 일이 있었다. 그 이후인 1990년 미국 의회에서 아동의 과도한 TV노출 등을 이유로 그와 같은 제한을 부활시키려고 하였는데, 부시 대통령은 수정헌법 제1조를 언급하면서 다음과 같이 말하였다고 한다. “미국 헌법에 의할 때 정부는 미국 국민이 무엇을 보고 듣는지를 결정한 권한이 없고, 이는 결국 시장의 자유로운 소비에 맡겨져야 한다.” 그가 보기에 이러한 부시 대통령의 인식은 수정헌법 제1조의 의미가 얼마나 오도되었는지를 알 수 있는 극적인 예이다. Cass Sunstein(a)(주 153), pp.1~2.

던 것이다.⁶⁵³⁾

(4) 이러한 미국 자체의 문화적 전통과 1970년대 이후 미국의 사회경제적 흐름과 맞물리면서 지속적으로 확대된 공인이론은, 공적 표현의 범위를 혁명적으로 확장시킨 기여를 한 것은 사실이지만, 명예권의 범위를 과도하게 축소한 것이라는 점에서 많은 비판을 받고 있는 것도 바로 같은 이유에서이다. 영국, 캐나다 등 많은 선진국들에서 같은 법리를 받아들이지 않는 것은 단순히 공직자, 정치권력자의 명예권 보호에 대한 이념적 차이에만 근거한 것은 아니며 위와 같은 공인의 범위의 차이에도 기인하는 것이다. Cass Sunstein 등 미국 표현의 자유의 논쟁에서 민주주의론자들이 이러한 표현의 자유의 무차별적 확장을 반대하고 공적, 정치적 담론과 그렇지 않은 담론을 구별하여 2원론적(two tier) 수정헌법 제1조의 법리를 만들자고 주장한 것은 바로 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 이러한 미국 내의 비판론에만 비추어도 공인이론은 우리의 문화적 현실과 전혀 친화적일 수 없는 것임을 알 수 있다.

다. 공인이론과 명예권 과다보호 : 공인이론의 경직성과 관련하여

그런데, 다른 한편으로 공인이론은 공적인 사안으로서 표현의 자유에 의해 명예권 보호가 당연히 후퇴해야 하는 사안에서도 오히려 명예권을 과다하게 보호하는 역설적인 상황이 발생할 수 있다는 예상외의 이론적 약점을 갖고 있다. 이러한 약점은 언급한 바와 같이 수학 공식적 유형분류를 추구하는 이론이 갖는 약점이기도 한데, 미국 명예훼손법의 역사에서 New York Times 판결에 버금가는 중요성을 가진 1990년 Milkovich 판결은 그러한 이론적 약점을 보여주는 좋은 예이다.⁶⁵⁴⁾ 동 판결은 명예훼손법의 난제 가운데 하나인 의견/사실 구별론의 판단기준을 제시한 기념비적 판결로 잘 알려져 있지만, 정작 동 판결에서 의견/사실 구별론

653) Owen Fiss(주 153), pp.16~17.

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

에 있어서의 극심한 이론적 혼동의 배후에는 공인이론이 갖는 경직성이라는 문제점이 도사리고 있다는 점은 학자들 사이에서도 간과되어 왔다. 이러한 점을 이해하기 위해서는 위 사건의 사실관계 및 하급심의 경과 등에 대한 이해가 필요한데, 이하에서 살펴보기로 한다.

(1) 사실관계

위 판결의 사안은 1974년 오하이오주의 메이플 고등학교와 멘터 고등학교의 레슬링팀 간의 이른바 ‘패싸움’에서 비롯되었다.⁶⁵⁵⁾ 여기서 메이플 고등학교의 코치인 Milkovich는 고교 선수들 사이의 패싸움을 부추겼다는 이유로 교육위원회에서 징계처분을 당하였다. 그는 이러한 처분이 부당하다고 주장하면서 불복하여 제기한 취소소송에서 자신은 패싸움에 전혀 관여하지 않았다는 취지의 당사자본인신문을 하여 승소하였다. 그런데, 당시 현장을 목격하였던 Lorain Journal의 Ted Diadiun 기사는 “큰 거짓말로 법을 유린하다(Maple beat the law with a big lie).”는 제목하에 “교육자라는 자가 법정에서 명백히 거짓 진술을 하였다. 이는 교육자로서 도저히 할 수 없는 일이며, 통탄할 일이 아닐 수 없다.”는 취지의 기사를 게재하였다.⁶⁵⁶⁾

655) 이하의 내용에 대해서는 Rodney Smolla(b)(주 33), §6.14~6.24

656) 그 기사의 원문 중 핵심 부분을 발췌하면 다음과 같다.

“(중략) 그들은 청문회에 가서 OHSAA 위원회 앞에서 사실과 다른 진술을 하기로 하였다. 즉 그들은 놀랍게도 위원회에 대해 자신들의 결백을 주장하고 잘못을 멘터 측에 돌리고자 하였던 것이다. 나는 그 사건이 발발하였을 당시 현장을 목격한 2,000여 명 가운데 한 사람이었고, 동시에 OHSAA의 청문회에도 참석한 사람이었다. 즉 나는 중립적인 제3자로서 실제의 현장과 그 현장에 대한 Milkovich와 Scott의 설명을 동시에 목격한 아주 특별한 지위에 있었다. (중략) 현장에 있었던 사람이라면 메이플 하이츠 쪽이건 멘터 쪽이건 혹은 중립적인 제3자이건 모두 Milkovich와 Scott이 법정에서 진실만을 말하겠다는 선서를 하였음에도 불구하고 거짓을 말하고 있다는 것을 알고 있었다. 그럼에도 불구하고 그들은 결국 처벌받지 않았던 것이다. 이런 것이 우리의 다음 세대들이 학교의 교육자들로부터 배울 교훈인가? 나는 그렇지 않다고 본다.”

(2) 소송의 경과 및 쟁점

이에 대해 Milkovich가 Lorain Journal을 상대로 명예훼손 소송을 제기하였으며, 동 사건은 무려 16년에 걸쳐 연방대법원을 3번이나 올라가는 극히 복잡한 절차를 거치게 되었다.⁶⁵⁷⁾ 위 사건에서의 핵심적인 쟁점은 다음의 두 가지였다.

- ① 고등학교 체육코치는 공인인가?
- ② 문제의 기사는 사실의 진술인가 아니면 의견의 표명인가?

16년에 걸쳐 연방대법원을 3회나 오가면서 수많은 법원에서 위 두 가지 쟁점에 관해 상반된 판결이 반복되었는데(바로 이 점에 비추어도 공인 여부, 의견사실 구분론이 얼마나 판단이 어려운 쟁점인지를 알 수 있다) 연방대법원의 최종 판단은 다음과 같다.

657) 이를 간략하게 요약하면 다음과 같다. 1심에서는 피고의 진술은 사실이고, Milkovich는 공인이기는 하지만, 현실적인 악의가 인정되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 반면 2심은 현실적 악의가 인정된다는 이유로 원고 청구 인용취지로 파기하였는데, 이에 대해 피고가 상고하였으나 주대법원은 상고를 기각하고 피고가 연방대법원에 심리를 신청하였으나 연방대법원도 기록이송을 불허하였다(즉, certiorari 부인됨). 파기환송심에서는 피고의 진술이 의견표명에 해당한다거나 가사 그렇지 않다고 하더라도 현실적 악의의 법률상 주장이 인정될 수 없다는 이유로 원고 청구를 기각하였다. 항소심 법원은 1심을 인정하였으나, 주대법원에서는 (i) 밀코비치가 공인이 아닌 점, (ii) 의견의 진술로도 볼 수 없다고 하면서 다시 파기하였다. 이번에도 연방대법원 certiorari를 인정하지 아니하였다. 그 이후 2번째 환송심에서 오하이오 항소법원은 의견표명이라고 하면서 피고 승소의 판결을 하였다. 주 대법원은 상고를 기각하였는데, 1990년 이 사건은 마침내 15년 만에 연방대법원의 판결을 받게 되었고, 연방대법원은 의견표명이 아닌 사실의 진술이라고 판시하였다. Rodney Smolla(b)(주 33), §6:17.

- | | |
|-------------------------------|----------|
| ① 체육코치는 공인인가? | : 공인 X |
| ② 문제의 기사는 사실의 진술인가, 의견의 표명인가? | : 사실의 진술 |

즉, 연방대법원은 “이 사건의 경우 문제의 기사의 내용(즉 Milkovich 가 위증을 하였다는 취지)은 증거에 의해 진위를 가릴 수 있는 사실적인 것이다. 따라서, 명예훼손이 성립할 수 있다”는 취지로 판시하면서 과거 환송하였다.⁶⁵⁸⁾

위와 같은 판단은 지극히 타당한 것으로 보인다. 체육코치가 공인이 아니라는 것이나⁶⁵⁹⁾ “법정에서 선서하고도 사실과 다른 진술을 하였다”는 기사내용은 사실의 진술이지 의견의 표명으로는 도저히 볼 수 없기 때문입니다.

(3) 하급심 판결의 판단에 대한 의문

그런데, 여기서 갑작스럽게 드는 의문이 있다. 이처럼 당연한 듯이 보이는 쟁점들을 두고 왜 16년에 이르는 기간 수많은 법정에서 그렇게 빈번히 판단이 갈렸던 것일까? 위 두 가지 쟁점 가운데 특히 후자의 경우 즉 위 진술이 사실의 표명이라는 판단은 의견/사실 구별에 관한 어떠한 이론에 의하더라도⁶⁶⁰⁾ 사실의 표명이지 의견의 진술로 볼 수는 없다

658) 위 연방대법원 판결 이후 두 당사자는 결국 화해를 하여 사건이 종결되었다고 한다.

659) 미국의 공인이론에 의할 때 체육코치도 충분히 공인이 될 수 있다. 그러나 전면적 공인이 아닌 제한적 공인의 경우(미국 공인이론상 전면적 공인은 매우 드물고 대부분이 제한적 공인이다) 당해 사안에서 문제된 쟁점을 스스로 주도한 점이 인정되어야 하는데 이 사건의 경우 그러한 점이 인정되지 않은 것으로 보인다.

660) 잘 알려진 바와 같이 의견/사실 구별 기준은 명예훼손법상 가장 어려운 문제이다. 미국의 경우 *Ollman v. Evans*, 750 F.2d 970(D. C. Cir. 1984.) 판결에서, ① 어의, ② 입증가능성, ③ 문맥, ④ 배경 내지는 전체적 맥락 등 4요소를 종합적으로 고려하는 “4요소설” 혹은 “전체적 상황 접근법”을 제시한 바 있으며, 이 사건 Milkovich 판결에서는 “검증가능한 주장/검증불

(“Milkovich가 선서를 하고도 위증을 하였다”는 기사내용). 그럼에도 불구하고 위 사건의 진행 과정에서 왜 그 이전의 여러 하급심 법원들은 이를 의견표명으로 보았을까? 바로 이점이 공인이론의 난점을 적나라하게 보여주는 지점인 것이다. 즉, 위 사건에서 Milkovich를 공인으로 보지 않을 경우 그리고 사실진술이면서 동시에 진실을 입증하지 못한다면 기사에 대한 거액의 손해배상 판결은 불가피해지는 것이다.⁶⁶¹⁾

이러한 사건이 한국 법원에서라면 어떻게 판단되었을까? 위 판결의 사실관계는 마치 우리 법정의 명예훼손 사건인양 매우 익숙하다. 우리나라 재판실무상으로도 비록 정치권력 내지 정치체제에 관한 발언은 아니지만 위와 같이 어느 정도 공적 성격을 가진 사안에서 명예훼손 인정 여부가 문제되는 사안은 비일비재하다(가령 목사, 재건축조합장, 종중임원 등의 비위 내지 부정행위를 고발하는 진술, 기사 등이 문제되는 경우). 그리고 그러한 사안의 경우 전형적으로 공익성, 상당성 항변에 의해 판단이 이루어지는데, 기사 진실 여부가 확인되지 않는다고 하더라도 그것이 공공의 이익에 관한 것이고, 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있었다면 위법성이 조각된다. Milkovich가 공인인지 여부와 무관하게 (기자가 허위 사실을 분명히 알고도 그런 기사를 쓴 것이 아니라면) 과연 위와 같은 기사가 표현의 자유에 의해 보호되지 않아야 하는가? 이 점이 바로 공인이론의 결정적인 취약점이다. 즉 공인으로 인정되는 것과 그렇지 않은 경우는 입증책임 측면에서 엄청난 차이를 가져오는데, 공인이론에 따르면 그 한계가 불분명한 사안에서도 공인여부의 판단은 불가피하다(공인/사인 이분론). 그리고, 사안의 내용상 직관적으로는 면책을 인정하는 것이 타당해 보인다고 하더라도, 공인도 아니고 의견진술로도 볼 수 없다면 면책을 인정할 근거가 없는 것이다. 위 사건에서 여러 하급심 법원에서 이론상의 무리에도 불구하고 위 기사의 내용을 사실의 적시가 아닌 의견

가 주장”의 이원론의 채택한 것으로 해석하는 것이 일반적이다.

661) 일응의 사실관계에 비추어 위 기사는 진실한 사실의 적시인 것으로 보이지만, 미국법상 명예훼손법 발언의 허위성은 추정되고 진실은 주장하는 자가 입증해야 하는데 그러한 입증도 쉽지 않은 경우가 많다.

의 표명으로 본 이유는 바로 이러한 딜레마를 해결하기 위한 시도였던 것으로 보인다. 즉, Milkovich가 공인이 아니라고 판단되는 순간 기자의 발언을 의견표명으로 보지 않는다면 명예훼손의 인정이 불가피한데, 이는 구체적 타당성에 전혀 부합하지 않는다는 것이다. 이러한 문제점은 아래와 같이 우리나라의 상당성 이론과 비교해보면 쉽게 이해할 수 있다.

(4) 공인이론과 공익성, 상당성 이론의 면책구조의 비교

공인이론과 공익성, 상당성 이론에서의 면책구조를 도표로 정리해 보면 다음과 같다.

<표 15. 명예훼손법상의 면책항변 구조 : 미국과 한국의 비교>

미국				한국			
순수 의견	사실/혼합의견			순수 의견	사실/혼합의견		
	진실	허위			진실	허위	
X	X	공인x	O	-	X	O	O
	- 단 일부 예외 O	공인o	현실적 악의o 현실적 악의x			공익성/ 상당성	X

위 표에서 보는 바와 같이 진실한 사실의 적시인 경우 보호되는 범위는 미국이 더 넓다(미국의 진실항변, 한국의 진실적시 명예훼손).⁶⁶²⁾ 그런데, 앞서 언급한 바와 같이 진실에 대한 입증책임은 피고가 부담하므

662) 통상 영미법의 경우 진실은 언제나 절대적 항변이라고 알려져 있으나, 미국의 경우 일부 주에서는 진실이 언제나 항변인 것은 아니고, 공익성 등 예외 조건을 충족시켜야 한다. Rodney Smolla(b)(주 33), §2:1~2:3

로 미국의 경우 진실로 인정되는 것은 우리에게 비해 훨씬 어렵다. 반면 허위사실 적시의 경우에는 판단기준 자체가 달라진다. 즉, 미국 명예훼손법에 의할 경우 공인여부, 우리의 명예훼손법에 의할 경우 공익성/상당성 여부에 따라 차이가 나는데, 미국의 경우 공인이 아니라고 판단되는 순간 허위의 진술(보다 정확히 말하면 진실을 입증하지 못하는 경우)은 다른 면책사유가 인정되지 않는 한⁶⁶³⁾ 표현의 자유의 보호대상이 되지 않는다. 반면 우리의 경우에는 공익성, 상당성 이론에 의해 유연한 보호가 가능하다.⁶⁶⁴⁾

미국의 하급심에서는 겉으로는 연방대법원 판례에 따라 원고의 신분에 따라 입증책임을 달리하는 공인이론을 취하면서도, 실질에 있어서는 그 내용을 고려하는 경우가 많다는 지적이 있는 것도 바로 위와 같은 맥락에서 이해할 수 있는 것이다⁶⁶⁵⁾.

(5) 소결

어느 결론이 타당한가? 위 사건의 사실관계를 보면 Lorain Journal의 신문기사는 Milkovich가 교육자임에도 거짓말을 하였다는 점에 분개하여

663) 제2, 3장에서 본 바와 같이 절대적 면책사유는 의회, 재판, 행정절차에서의 발언, 동의, 부부사이의 발언 등이 있고, 상대적 면책사유는 추천서 작성과 같이 타인의 이익을 위한 경우, 중립적 보도의 경우 등이 있다. 위 사건에서는 그러한 점들이 문제되지 않았음은 물론이다.

664) 이러한 차이 외에도 공익성, 상당성 법리를 피고가 과실 없음(즉, 주의를 기울이지 않았음)을 입증해야 하는 반면 현실적 악의론은 원고가 피고에게 허위에 대한 인식이 있었음을 명백하고 설득력 있는(clear and convincing) 증거로 입증할 것을 요구한다는 점에서 차이가 있다. 이러한 관점에서, 우리나라의 공익성, 상당성 이론이 미국의 공인이론(현실적 악의론)과 완전히 다른 것이라는 점을 강조한 글로는 손태규(b), “한국의 상당성 법리와 미국의 현실적 악의 법리의 차이 - 미국의 상당한 믿음 기준, 주의태만 기준과의 비교를 중심으로 -”, 공법연구 제38집 제4호 (2010. 6.) 참조. 손태규 교수는 국내의 일부 학자들이 양자를 사실상 비슷한 것으로 취급하는 경향이 있는데, 이는 오류라고 지적하면서, 위와 같은 입증책임과 입증정도의 차이를 지적한다.

665) Mark D. Walton(주 226), p.169.

교육적 목적에서 이를 비판하는 기사를 게재한 사안이다.⁶⁶⁶⁾ 그럼에도 Milkovich의 위증이 사실이 아니라고 판단되는 경우 Milkovich가 공인이 아니라면 명예훼손이 성립하는 것을 막을 수 없는데, 그와 같은 결론은 언뜻 납득하기 어렵다(앞서 언급한 바와 같이 미국의 경우 피고가 대상 진술의 진실을 입증해야 하는데, 그러한 입증이 쉽지 않는 경우가 많다). 마찬가지로 위증한 것이 사실이라면 명예훼손이 성립하지 않는다는 결론은 납득할 수 있지만, 그 이유 역시 사실을 보도해서라기보다는 “발언내용이 공익적인 것이기 때문”이라고 하는 것이 더 타당하지 않을까? 이처럼 신분 중심의 공인이론이 반드시 표현의 자유에 유익한 방향으로만 작용하는 것은 아니다.

3. 소결 및 정리

이상에서 본 바와 같이, 공인이론은 미국사회에 고유한 명예권 관념 및 수정헌법 제1조의 철학, 전근대적 요소를 간직하고 있는 미국 명예훼손법 체계의 산물이고, 보다 근본적으로 미국 문화의 산물이다. 또한 배심재판과 관련된 유형적 접근법은 애초의 의도와 무관하게 사안에 따른 구체적 타당성을 추구함에 있어서도 장애물로 작용하는 측면이 있을 뿐만 아니라 발화자의 발언 동기를 비롯하여 제반사정을 종합적으로 고려하는 우리 명예훼손 소송 실무와도 부합하지 않는다. 흔히 공인이론은 그때그때 비교형량을 하는 방식(ad hoc balancing)과 달리 유형별 접근법(categorical approach)을 취함으로써 법적 안정성을 취하는 것이 장점이라고 알려져 있지만, 제한적 공인이론의 해당 여부 자체가 논란이 많아 법적 안정성에 기여하는 것으로 보기 어렵고, 다른 적절한 요소들은 제대로 고려하지 못한다. Gerald R. Smith는 공인이론에 대해 “원고의

666) 뒤에서 상세히 보는 바와 같이 우리나라의 공익성, 상당성 항변은 그 실질에 있어서는 발언자의 도덕적 진지성이 문제되는 경우가 많은데, 이 사건에서 Lorain Journal의 기사내용은 그러한 요건을 충분히 충족한 것으로 보인다.

지위에 대한 분석은 ad hoc balancing을 제거하지 못한 반면 모든 다른 중요한 요소들을 고려하지 않는 balancing만 요구할 뿐이다”라고 신랄하게 비판한 바 있고,⁶⁶⁷⁾ 비록 1976년 판결이기는 하지만 미국의 어느 연방법원 판사는 “공인을 정의하는 것은 못으로 벽에 해파리를 박는 것과 같다(Defining public figures is much like trying to nail a jellyfish to the wall)”고 말하였을 정도로 그 판단은 쉽지 않다는 것인바,⁶⁶⁸⁾ 이러한 비판적 언급들은 바로 위에서 본 바와 같은 문제점에 기인한 것이라고 할 수 있다.

물론 우리 법원이 취하는 공익성, 상당성 항변 역시 주먹구구식 판단으로 귀결될 수 있고, 후술하는 바와 같이 법률요건과 당사자의 도덕성을 혼동하는 등 법리적 문제점을 갖고 있다는 점에서 미국식의 공인이론보다 100% 우월한 이론이라고 단정하기는 어렵다. 그러나, 공인이론은 위와 같은 치명적 문제점을 안고 있을 뿐만 아니라 명예훼손법은 공인, 공익성 외에도 고려해야 할 요소들이 많고 그러한 요소들 대부분이 불확정개념으로 어느 정도 직관적 판단이 불가피한 점 등에 비추어 공인이론이 갖는 장점이 그리 크다고 볼 수는 없다.

요컨대, Milkovich 판결 및 공인이론은 명예훼손 소송에서 유형화의 어려움을 잘 보여준다. 공인이론과 같은 유형론은 이를 통하여 법적 안정성, 언론기관의 예측가능성에 기여하고자 하는 것이나, (i) 개별 사안에서 구체적 타당성을 담보하기 어려울 뿐만 아니라, (ii) 그러한 의도가 실현되기도 쉽지 않다. 이러한 두 가지 측면은 서로 맞물려 있는 것으로, 유형화는 일응 손쉬운 판단을 가능하게 하지만 유형화에 따른 판단을 하고자 할 경우 그 결론이 타당하지 않게 되는 경우가 발생하고, 그러한 사태가 반복되면 결국 유형화에 왜곡이 가해질 수밖에 없다.

667) Gerald R. Smith, “Of Malice and Men : The Law of Defamation”, 27 Val. Y. Rev. 39 (1992) p.70.

668) Rosanova v. Playboy Enterprises, Inc., 411 F. Supp. 440 (S.D. Ga. 1976) 염규호(a), “공적 인물과 명예훼손”, 언론중재, 2000년 봄호 (2000) 63면에서 재인용.

III. 명예훼손 재판의 고려요소

이상의 논의를 배경으로, 이하에서는 우리나라 명예훼손 재판에 있어서 고려해야 할 고려요소의 문제를 이론적 쟁점 및 관련 대법원 판결 등을 중심으로 차례로 살펴보기로 한다.

1. 서설

가. 위법성 조각사유의 세분화 필요성

(1) 개요

위에서 언급한 위법성 조각사유의 세분화 필요성에 대해 다시 한 번 간단히 언급하기로 한다. ① 정치권력에 대한 비판의 자유의 문제는 19세기 이전까지의 국가와 그 이후 정치적 자유주의가 확립된 국가를 구별하는 결정적인 요소로서, 명예훼손법의 가장 중심적인 주제이다. 특히 민주주의가 완전하게 자리잡지 않고, 사회적 모순과 불평등이 존재하는 사회에서 정치권력에 대한 비판은 미국식 공인이론과 유사한 정도로 명예권 축소를 인정해도 무방하다고 보아야 한다(정치적 표현행위의 우월적 지위).⁶⁶⁹⁾ ② 반면, 위 Milkovich 판결의 사안에서 본 바와 같이 정치권력이나 민주주의의 문제와 직결되지는 않지만 다수 대중 내지 공공의 이익과 관련되는 공익적인 의사표현도 있다.⁶⁷⁰⁾ 그러한 표현행위의 경우

669) 다만 이러한 주장이 미국의 현실적 악의론을 그대로 수용하자는 의미는 아니다. 김재형(b)(주 415)에서 지적한 바와 같이 현실적 악의론은 절차적인 측면에서도 우리의 제도와 부합하지 않기 때문이다.

670) Cass R. Sunstein(b)(주 647) pp.896~899도 이와 유사하게 New York Times 판결의 취지는 선동적 명예훼손, 민주주의의 문제이므로 그러한 정치적 측면과 무관한 사안에서 현실적 악의의 법리를 적용하는 것은 부당

명예권과 표현의 자유의 적정한 비교형량이 필요하다(비정치적, 공익적 표현행위). ③ 마지막으로 공공의 이익과 직결된다고 볼 수는 없지만 다수 대중이 관심을 갖는 사실들의 경우 표현의 자유보다는 명예권이 우선하여야 한다(비정치적, 비공익적 표현행위). 유명인 내지 연예인의 경우 그런 측면에서 이중적인 지위를 갖는다. 이들과 관련된 문제가 공익적인 측면을 가질 수도 있지만 단순히 호기심의 대상인 경우도 있을 수 있기 때문이다.

①, ②의 구별과 관련하여, 정치적 표현의 우월적 지위는 대부분의 학자들이 동의할 정도로 보편화된 견해라고 할 수 있다. 그러나 문제는 이러한 견해들 대부분이 정치적 표현의 범위를 과도하게 넓게 파악함으로써 그 진정한 의미를 희석화하는 경향을 갖고 있다는 점이다. 즉 정치적 표현행위의 범위를 넓게 보면서 공적 담론의 중요성을 강조하다 보면, 기실 극히 사적인 표현을 제외하고는 공적 의미를 갖지 않은 표현이 거의 없고, 그렇게 보면 사실상 공적 표현은 그 외연이 지나치게 확장되는 경향을 갖게 된다. 앞서 본 미국의 공인이론은 말할 것도 없고, “공공의 이익’이라 함은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다.”는 대법원 판례의 취지,⁶⁷¹⁾ 그리고 학설상 공인을 분류하려는 다양한 시도들 가운데 상당수는 스포츠선수, 연예인 등도 공인의 범주에 포함시킴으로써⁶⁷²⁾ 공인의 범위를 확대하려는 점, 심지어 미국의 민주주의 이론자들의 논의 가운데에도 이러한 경향이 확인된다.⁶⁷³⁾ 그러나 필

하다고 지적한다.

671) 대법원 2001. 10. 9 선고 2001도3594 판결 등 참조.

672) 가령 이재진, 이창훈, “법원과 언론의 공인 개념 및 입증책임에 대한 인식적 차이 연구”, 미디어 경제와 문화 제8권 제3호 (2010) 248~250면; 박아란 외 2, 공인보도와 언론의 자유, 한국언론진흥재단 (2017) 34~56면; 이재진 (a), 언론과 공인, 한양대학교출판부 (2018) 49~53면 등 참조.

673) 앞서 언급한 바와 같이 민주주의 이론의 입장에서 사상의 자유시장이론을 비판하면서 정치적 담론의 우선성을 강조한 Cass Sunstein 역시 그가 말하는 “정치적 담론”은 단순히 정치에 국한되는 것은 아니며 문학, 예술을 포함하는 것이고, 상업적 표현, 음란 표현도 정치적 영향(political effects)이

자의 견해로는 이러한 정치적 담론의 지나친 확장 경향은 정치적 표현 내지 권력에 대한 비판을 특별히 보호하려는 명예훼손법의 본래의 취지에 반하는 것이라고 생각된다. 바로 그런 점에서 정치권력에 대한 비판의 의미를 갖는 정치적 표현행위와 비정치적, 비권력 공익의 사안은 구별이 필요하다고 본다.

물론 이러한 3가지 요소는 명확하게 구별되는 것은 아니다. 오히려 스펙트럼처럼 연속선상에 존재하는 것은 사실이다.⁶⁷⁴⁾ 그러나 이러한 3가지 요소는 하나의 '기준점'으로 보아 전혀 다른 비중으로 취급되어야 하고, 각 기준점 사이에 있는 사안들은 그 기준점을 중심으로 적절한 비중으로 평가되어야 한다(공인/사인 이분법 반대). 즉 정치적 표현행위 → 비정치적, 공익적 표현행위 → 비정치적, 비공익적(정확히 말하면 공익성의 정도가 상대적으로 낮은 표현)의 순으로 스펙트럼처럼 점진적으로 그 비중을 판단할 필요가 있다는 의미이다.

(2) 반론 및 재반론

이러한 주장에 대해서는 다음과 같은 반론들이 가능하고, 반론의 취지들은 충분히 고려되어야 할 것이다.

① 우선 권력자라고 하여 현실적 악의론에 준하는 정도로 표현의 자유를 보호하는 것은(즉 명예권을 사실상 박탈하는 것은) 앞서 본 한국의

있고 정치적 숙고(political deliberation)에 기여하는 것이라면 정치적 담론으로 보아야 한다고 한다. Cass Sunstein(a)(주 153), pp.152-154 참조. 이러한 그의 논의는 사상의 자유시장 이론의 대안으로 그가 제시한 이원론적 표현의 자유 이론(two-tier first amendment theory)에 있어서 수정헌법 제 1조의 보호범위가 지나치게 넓게 되는 것을 회피할 의도에서 비롯된 것으로 보이지만(그리고 미국의 분위기에서는 이 정도도 표현의 자유의 범위를 매우 제한하는 것이기도 하다), 이와 같이 볼 경우 결국 어지간한 주제도 모두 넓은 의미의 정치적 담론으로 평가되어 결국 권력문제와 무관한 모든 주제들까지도 정치적 담론에 포함되어 그 범위를 과도하게 확장하는 결과를 가져올 우려가 있다고 생각된다.

674) 同旨, 전원열(a)(주 648), 196면; 전원열(b)(주 634), 167면 참조.

문화적 전통에도 부합하지 않고, 공익적 목적에도 부합하지 않는다는 비판이 있을 수 있다. 즉, 공인이론의 또다른 약점 가운데 하나는 공인의 명예권을 충분히 보호해 주지 않을 경우 양심적이고 정직한 사람들이 공적 논쟁에 참여하는 것을 꺼릴 수 있다는 것이다.⁶⁷⁵⁾ 우리나라는 물론 심지어 미국 내에서 이러한 비판들이 존재하고,⁶⁷⁶⁾ 영국, 캐나다에서 공인이론을 수용하지 않은 것도 바로 이러한 점과 관련된다(명예권 우선론의 입장).

② 정치권력과 관련된 사안과 그렇지 않은 사안을 구별할 필요가 없으며, 후자의 경우에도 정치권력 관련 사안과 구별할 필요 없이 폭넓게 표현의 자유를 인정해야 한다는 반론도 가능할 것이다. 실제로 영국이나 캐나다의 최근 판례 역시 공적 이익만을 기준으로 제시할 뿐 그러한 구별을 하지 않는다(공익성과 표현의 자유를 넓게 보는 입장).

③ 마지막으로, 공인이론과 같이 명확한 기준을 제시하지 않고 위와 같이 스펙트럼으로 파악하는 것은 사법(司法)의 측면에서는 법적 안정성을 해하고, 언론인 내지 언론기관의 입장에서는 예측가능성을 저감함으로써 표현의 자유를 해하는 결과가 된다(유형별 분류론의 입장).

그러나, 이러한 비판에 대해서는 다음과 같은 재반론이 가능할 것이다.

① 쟁점과 관련하여, 우리나라의 문화적 전통이나 공인이론의 문제점에 대한 비판은 본고에서 자세히 살펴본 바와 같다. 하지만 우리나라의 현 상황은 특히 공적 토론이나 정치적 담론에 있어서는 표현의 자유의 확대

675) 한수웅(주 419) 26면은 다음과 같이 주장한다.

“국가가 자신의 명예를 보호해 주리라는 믿음이 존재하지 않는 사회에서, 개인이 공개 토론에 참여하는 것이나 다수의 의견과 다른 견해를 공개적으로 표명하는 것은 용기를 필요로 할 뿐 아니라, 큰 위험부담을 안고 있기 때문에 일반 국민은 이를 주저하게 되며, 결국 다양한 사고의 자유로운 경합을 통하여 진리를 발견하고자 하는 민주 의견형성과정이 크게 저해된다.”

676) Richard Epstein은 현실적 악의론이 공적 토론에 미치는 부정적 영향에 대해 다음과 같이 지적한다[Richard Epstein(주 215), pp.799~800].

첫째, 이러한 법리가 확립될 경우 정직한 사람들이 공적 토론에 참여하기를 꺼릴 우려가 있다. 둘째, 공적 토론의 양만 중요한 것이 아니라 질 또한 중요한데, 현실적 악의의 법리에 의할 경우 공적 토론의 양은 늘어나겠지만 온갖 허위정보들이 난무함으로써 공적 담론의 질이 저하될 것이다.

의 필요성이 더욱 절실하다. 즉, 정치적 담론의 영역에 있어서는 우리나라의 민주주의의 상황에서 명예권 보호를 강화함으로써 얻을 수 있는 공적 이익보다는 표현의 자유를 신장시킴으로써 얻을 수 있는 이익이 더 크다고 보아야 한다.

다음으로 ② 쟁점의 경우, 앞서 본 바와 같이 정치적 표현행위 내지 권력적 요소가 개입된 사안과 정치와 무관한 일반적 공익성이 문제되는 사안을 구별할 필요가 있다고 본다. 이러한 주장은 결국 표현의 자유의 이론적 근거를 어떻게 보느냐의 문제와도 관련된다. 반론의 논지는 표현의 자유의 우월적 지위를 인정하는 자율성 이론(autonomy theory)의 입장에 가까운 것인데, 앞서 본 우리 헌법 및 실정법 체계에 비추어 우리나라의 경우 표현의 자유가 명예권이나 다른 공적 이익에 언제나 우선하는 것으로 볼 근거는 없다. 한편, 위 ①, ②의 쟁점은 상호 연결되어 있는 문제이다. 우리나라의 문화적 전통이나 실정법 체계에 비추어 미국처럼 표현의 자유의 항상적 우월적 지위를 인정할 이유는 없다고 본다. 다만 그럼에도 불구하고 정치적 표현행위에 한하여 표현의 자유의 우월적 지위를 인정할 필요가 있는 것은 우리나라의 민주주의의 역사가 일천하기 때문이다. 결론적으로, 위와 같은 해석(즉 정치권력에 대한 비판적 표현에 국한하여 현실적 악의론 유사한 표현의 자유의 우월적 지위를 인정하고, 비정치적 공익성 표현은 그보다 낮은 수준으로 인정)이 우리의 민주주의 상황과 명예권 보호의 전통을 조화롭게 고려한 해석이라고 할 수 있다.⁶⁷⁷⁾

③ 마지막으로, 법적 안정성과 예측가능성을 해할 수 있다는 지적은 일응 타당하다. 법률가들은 물론이고 언론학을 연구하는 학자들도 공인 개념을 정립하기 위해 많은 노력을 기울이고 있는데, 이러한 노력은 이를 통하여 언론으로 하여금 언론보도의 한계를 명확하게 예측할 수 있도록

677) 덧붙여, 정치권력에 대한 표현행위에 대해서만 우월적 지위를 인정하는 것은 표현의 자유가 국가를 대상으로 하는 기본적 공권이라는 헌법이론에도 부합한다고 생각된다.

록 함으로써 언론의 자유를 확립하고자 하는 시도로 이해되고, 그러한 시도들은 분명히 중요한 의미를 갖는다.⁶⁷⁸⁾ 그러나 앞서 언급한 “공인을 정의하는 것은 못으로 벽에 해파리를 박는 것과 같다”는 비판에서 본 바와 같이 미국식 공인이론에 의하더라도 명확한 기준이 제시되는 것은 아니다. 또한 명예훼손 소송은 공익성 내지 공인 여부와 같은 요소 외에도 불확정 개념으로 이루어진 실로 다양한 요소들이 복합적으로 작용하므로,⁶⁷⁹⁾ 공인의 개념을 확립한다고 하여 그러한 요소만으로 판결의 결론을 예측하는 것은 불가능에 가깝다. 즉 개별 사안마다 다양한 요소들이 고려되어야 하고 그와 같이 미묘한 문제들이 중첩적으로 존재하여 그 자체로 사전에 판결 결과를 예측할 수 있는 명쾌한 기준을 마련하는 것은 사실상 불가능에 가깝고, 어느 정도 직관적인 판단은 불가피하다고 할 수밖에 없다.

678) 최근의 이러한 시도들을 집대성한 글로는 이재진(a)(주 672), 박아란 외 2(주 672), 참조.

679) 명예훼손 소송에서 고려되는 고려요소는 본고에서 논한 역사적, 문화적, 정치적 배경만을 의미하는 것은 아니고 그 보다 더 넓게 문제의 발언이 행하여진 맥락, 장소, 방식 등을 포함한다. 이와 관련하여 2012년 유럽인권재판소의 판례인 Von Hannover v. Germany (no. 2) 판결의 판시내용은 참작할만하다. 캐롤라인 모나코 공주의 휴가생활을 동의 없이 사진촬영하여 보도한 것이 프라버시 침해에 해당하는 것인지 여부가 문제된 사안으로, 유럽인권재판소는 당해 정보의 공익성 여부, 당사자가 대중에 알려진 정도 외에도, 사진 및 보도의 구체적 방식(the way in which the photo or report are published and the manner in which the person concerned is represented in the photo or report may also be factors to be taken into consideration) 사진이 촬영된 당시의 주변환경(the context and circumstances in which the published photos were taken) 등도 위법성 여부를 판단하기 위한 고려요소로 참작되어야 한다고 밝히고 있다[우리 대법원 역시 “신문 등 언론매체의 어떤 기사가 타인의 명예를 훼손하는지의 여부는 일반 독자가 기사를 접하는 통상의 방법을 전제로 그 기사의 전체적인 취지와 연관하에서 기사의 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 기사가 독자에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 하고, 여기에다가 당해 기사의 배경이 된 사회적 흐름 속에서 당해 표현이 가지는 의미를 함께 고려하여야 한다.”고 판시하고 있다(대법원 2008. 2. 14 선고 2005다75736 판결 등)]. 이처럼 인격권 침해를 다루는 재판은 어느 하나의 요소만으로 그 결론을 도출할 수 없는 복합성을 갖는다는 점에 주의할 필요가 있다.

나. 대법원 판례의 입장

이러한 관점에서 우리 대법원 판결의 내용을 살펴보면, 우리 대법원은 미국식의 공인이론에 비해 더 합리적인 기준을 갖고 있다는 점을 확인할 수 있다. 우리 대법원 판례가 축적한 위법성 조각사유의 체계들을 간략히 요약, 정리하면 다음과 같다.

① 우선 공익성, 상당성 이론이다. 우리 대법원은 1988. 10. 11. 선고, 85다카29 판결 이래, “그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다”는 취지로 판시함으로써 이른바 공익성, 상당성의 법리를 판례이론으로 확립한 바 있다.⁶⁸⁰⁾

② 그리고, 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결은 “당해 표현이 공적인 존재의 정치적 이념에 관한 것인 경우, 그 공적인 존재가 가진 국가·사회적 영향력이 크면 클수록 그 존재가 가진 정치적 이념은 국가의 운명예까지 영향을 미치게 되므로 그 존재가 가진 정치적 이념은 더욱 철저히 공개되고 검증되어야 하며, 이에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제제기가 허용되어야 하고 공개토론을 받아야 한다”고 판시하여 공적인 존재라는 구별기준을 제시하였다.⁶⁸¹⁾⁶⁸²⁾

680) 이는 일본의 법리를 받아들인 것으로, 일본은 1966년 판결(最 1 小判 1966<昭和 41>年 6月23日 民集2卷 5號 1118頁)에서 위와 같은 법리를 형성하였다. 松井茂記, 前掲書, 11~20면; 佃克彦, 前掲書, 444면 참조.

681) 위 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결의 판시내용을 좀 더 자세히 살펴보면 다음과 같다. “...정확한 논증이나 공적인 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 공적 존재의 명예보호라는 이름으로 봉쇄되어서는 안되고 찬반토론을 통한 경쟁과정에서 도태되도록 하는 것이 민주적인데, 사람이나 단체가 가진 정치적 이념은 흔히 위장하는 일이 많을 뿐 아니라 정치적 이념의 성질상 그들이 어떠한 이념을 가지고 있는지를 정확히 증명해 낸다는 것은 거의 불가능한 일이므로 이에 대한 의혹의 제기나 주관적인 평가가 진실에 부합하는지 혹은 진실하다고 믿을 만한

③ 나아가 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결 이래 대법원은 “특히 공직자의 도덕성, 청렴성에 대하여는 국민과 정당의 감시기능이 필요함에 비추어 볼 때, 그 점에 관한 의혹의 제기는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 책임을 추궁하여서는 안 된다”고 판시함으로써 공직자에 대한 비판의 경우 악의성, 현저한 상당성 법리를 확립하였다.⁶⁸³⁾

④ 또한 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003다52142 판결 등은 “당해 표현이 언론사에 대한 것인 경우에는, 언론사가 타인에 대한 비판자로서 언론의 자유를 누리는 범위가 넓은 만큼 그에 대한 비판의 수인 범위 역시 넓어야 하고, 언론사는 스스로 반박할 수 있는 매체를 가지고 있어서 이를 통하여 잘못된 정보로 인한 왜곡된 여론의 형성을 막을 수 있으며, 일방 언론사의 인격권의 보장은 다른 한편 타방 언론사의 언론자유를 제약하는 결과가 된다는 점을 감안하면, 언론사에 대한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다”라고 판시하여 위와 같은 기준을 언론사에 대해서

상당한 이유가 있는지를 따짐에 있어서는 일반의 경우에 있어서와 같이 엄격하게 입증해 낼 것을 요구해서는 안되고, 그러한 의혹의 제기나 주관적인 평가를 내릴 수도 있는 구체적 정황의 제시로 입증의 부담을 완화해 주어야 한다.”

682) 한편, 2005. 7. 28.부터 시행된 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」은 제5조 제2항에서 “인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다”는 위법성 조각사유를 명문으로 규정하였다.

683) “언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는, 당해 표현으로 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하고, 특히 공직자의 도덕성, 청렴성에 대하여는 국민과 정당의 감시기능이 필요함에 비추어 볼 때, 그 점에 관한 의혹의 제기는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 책임을 추궁하여서는 안 된다.”

도 적용하고 있다.⁶⁸⁴⁾

⑤ 최근 대법원은 위와 같은 점들을 망라하여 다음과 같이 매우 중요한 판시를 한 바 있다(대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다33489 판결).

“...나아가 명예훼손을 당한 피해자가 공적 인물인지 일반 사인인지, 공적 인물 중에서도 공직자나 정치인 등과 같이 광범위하게 국민의 관심과 감시의 대상이 되는 인물인지, 단지 특정 시기에 한정된 범위에서 관심을 끌게 된 데 지나지 않는 인물인지, 적시된 사실이 피해자의 공적 활동 분야와 관련된 것이거나 공공성·사회성이 있어 공적 관심사에 해당하고 그와 관련한 공론의 필요성이 있는지, 그리고 공적 관심을 불러일으키게 된 데에 피해자 스스로 어떤 관여가 된 바 있는지 등을 종합적으로 살펴서 결정하여야 한다.”

이러한 판시취지는 미국의 전면적 공인이론과 제한적 공인이론의 구별 기준과 유사한 것으로 이해되지만,⁶⁸⁵⁾ 다른 한편으로 위와 같은 위법성 조각사유의 세분화 필요성과 유사한 취지로 이해할 수도 있을 것으로 생

684) 공익성, 상당성 이론과 악의성, 현저한 상당성 이론의 관계에 관해서는 뒤에서 다시 살펴본다. 이제우에 의하면 상당성 요건과 악의성 요건은 다음과 같은 측면에서 구별된다고 한다. 이제우(주 563), 419~425면 참조.

<표 16. 상당성 요건과 악의성, 현저한 상당성 이론의 비교>

	공익성, 상당성 이론	악의성, 현저한 상당성 이론
대상	공, 사 영역 모두 넓게	공적 인물의 경우
판단기준	주로 사실확인 여부	원고에 대한 태도
인정취지	진실성 요건 입증 책임 경감	감시, 비판 기능 제고 및 표현의 자유

반면 김준호, “명예훼손 법리상 대통령은 공인인가?” 저스티스, 통권 제 162호 (2017. 10.)은 상당성 이론은 사실적시의 경우에, 악의성 이론은 허위사실 적시의 경우에 적용되는 이론이라고 분석하고 있다.

685) 위 판시내용 중 “단지 특정 시기에 한정된 범위에서 관심을 끌게 된 데 지나지 않는 인물인지”라는 부분과 “적시된 사실이 피해자의 공적 활동 분야와 관련된 것이거나 ... 공적 관심을 불러일으키게 된 데에 피해자 스스로 어떤 관여가 된 바 있는지”라는 부분은 제한적 공인이론이 요건과 유사하다.

각된다. 이러한 판시취지를 이론적으로 좀 더 세밀하게 정리할 수는 없을까? 이하에서는 그러한 점들을 살펴보기로 한다.

2. 위법성 조각사유의 요소들

가. 고려요소 1 : 정치적 표현행위의 우선성

(1) 의의

우선 가장 잘 알려진 것이지만 다른 한편으로 충분히 명확하게 인식되지 않은 요소로서 정치적 표현행위의 우선성 내지 정치권력의 문제이다. 인류 역사에서 법의 역사는 근대 이전 강자를 보호하는 법에서 강자로부터 약자를 보호하는 법으로, 지배의 도구에서 지배자의 견제의 도구로, 형식적 법치주의에서 실질적 법치주의로 변화되어 왔음은 주지의 사실이다. 명예훼손법 역시 이러한 변화의 흐름 속에 있었다. 제2장 내지 제4장에서 본 바와 같이 명예훼손법은 오랜 기간 동안 정치적으로 악용되어 오다가 20세기에 이르러서야 그러한 구태에서 벗어날 수 있었고, 20세기 후반에는 거기서 더 나아가서 권력자를 비판할 수 있는 민주주의적 수단으로 격상하게 되었다. 바로 그런 점에서, 명예훼손 소송에 있어서 정치권력에 대한 비판행위의 중요성은 핵심적인 요소로 고려되어야 한다.

(2) 정치의 문제와 비정치적 공익성 사안의 구별

명예훼손법이 정치적인 것과 관련된다고 할 때 그 핵심적인 의미는 정치권력의 문제 즉 정치권력에 대한 비판적 표현행위는 최우선적으로 보호되어야 함을 의미한다. 즉, 뒤에서 자세히 보는 바와 같이 명예훼손 소송에서 문제되는 쟁점들은 정치 내지 정치권력의 문제와 무관한 공적 이익에 관한 사안도 다수 존재하는데, 이러한 공익성 사안은 정치권력의

문제와는 구별되어야 한다. 이러한 점은 명예훼손법의 역사를 통해서도 확인할 수 있다. 제2장에서 살펴보았듯이 명예훼손법에 있어서 단순한 공적 이익에 기한 면책사유는 이미 17세기경부터 발전하였는데, 이는 권력과 직결되지 않은 문제들이었던 반면 권력의 문제와 민감하게 관련되었던 문제들은 20세기에 이르러서야 비로소 변화를 겪게 되었다.⁶⁸⁶⁾ 이처럼 정치권력과 직결되는 문제일수록 변화가 더딜 수밖에 없었다는 것은, 권력의 문제는 극도로 민감한 문제이며 민주주의가 어느 정도 정착된 국가에서도 여전히 진행형인 문제라는 점을 의미한다.

특히 우리나라와 같이 민주주의가 아직까지도 완전히 뿌리내리지 않은 단계에서는 명예권 보호보다는 표현의 자유가 우위에 서야 한다는 것은, 즉 공적 담론의 우선성은 정치권력의 문제와 밀접하게 연결되어야 한다는 의미로 이해되어야 한다. 앞서 본 바와 같이 미국식 공인이론의 가장 큰 문제점은 애초에 정치적 자유주의의 이론으로 발전한 것이 그 외연을 지나치게 확장하여 정치권력의 문제와 아무런 상관이 없는 경우(가령 스포츠 스타, 연예인 등의 가십거리 기사 등)에 대해서도 권력자에 대한 비판과 동일한 지위를 부여함으로써 명예권의 부당한 축소를 가져온 점에 있다. 따라서, 그 반면교사로서 명예훼손법을 정치권력의 문제와 연결 시킴으로써 정치권력 비판 담론의 우월적 지위를 인정해야 한다. 결국 정리하면 공적인 쟁점에 대한 문제제기에 있어서도 명예권의 희생하에 인정되는 표현의 자유의 인정범위에 차별성이 존재해야 하는데, 그러한 차별적 취급의 핵심적 기준은 정치권력의 문제(즉 문제되는 쟁점이 얼마

686) 이러한 구별은 앞서도 언급한 바와 같이 New York Times 판결의 평가와 직결되는 문제이기도 하다. New York Times 판결은 명예훼손법의 혁명적 변화를 가져온 판결로 이해되는 것이 일반적이지만, 이에 대한 반론도 존재한다. 즉 수정헌법 제1조를 원용하였을 뿐 그 본질을 따져보면 결국 공정논평(fair comment)의 항변이나 각종 면책특권과 본질적 차이가 있는 것은 아니므로 결국 보통법 내에서 발달한 법리와 크게 다를 바 없다는 견해이다[Rodney Smolla(b)(주 33), §2:114]. 그러나 이러한 반대견해는 New York Times 판결이 갖는 정치적 성격, 권력의 문제와의 직접적 관련성을 간과한 것이다.

나 정치권력의 남용과 같은 정치적 쟁점과 관련되는가라는 문제)가 되어야 한다는 것이다. 이를 19세기 이전의 명예훼손법을 기준으로 말한다면, 특히 가중처벌되던 seditious libel에 해당하는 표현행위는 특별히 보호될 필요가 있다는 의미라고 말할 수도 있을 것이다.

(3) 법원 판례의 사안들 검토

위와 같은 관점에서 우리 대법원 판례 및 하급심 판결 등에 대해 분석해 보기로 한다.

(가) 기본적 법리 : 공적 존재와 공직자의 구별

① 앞서 본 바와 같이 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결은 “공적 존재에 대한 의문이나 의혹은 개연성이 있는 한 광범위한 문제제기가 허용되어야 한다”는 공적 존재에 관한 법리를 천명하였고, 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결은 도지사의 비리보도에 관한 사안에서 “공직자의 도덕성, 청렴성에 대하여는 국민과 정당의 감시기능이 필요함에 비추어 볼 때, 그 점에 관한 의혹의 제기는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 책임을 추궁하여서는 안 된다”고 판시하여 “악의성, 현저한 상당성” 법리를 천명하였는바, 이러한 판례의 법리는 많은 학자들에 의해 지지를 받았다.⁶⁸⁷⁾

다만 위 두 판례의 차이점에 대해 언급한 글은 많지 않은데, 전자의 경우 민노총, 노동조합, 시민단체 등이 주체인 반면 후자는 국가기관이 주체라는 점에서 차이가 있다. 즉 전자의 경우 민노총, 노동조합, 시민단체 등은 권력자가 아닌 반면(오히려 권력에 대해 비판적인 입장을 취하는 단체이다) 후자는 권력자가 명예권의 주체라는 점에서 차이가 있고, 그런 점에서 후자에 대해 표현의 자유를 보다 폭넓게 인정하는 것이 타

687) 한위수(주 634); 이승선(a)(주 633); (b)(주 633); 이제우(주 563) 각 참조.

당하다.

대법원은 그 이후 국가기관 등 권력자에 대한 명예훼손에서 위와 같은 법리를 확립하고 있는데, 가령 유명한 광우병 PD수첩 사건의 경우가 대표적이고,⁶⁸⁸⁾ 검사의 수사방침에 관한 보도사안,⁶⁸⁹⁾ 정당의 활동에 대한 보도,⁶⁹⁰⁾ 대통령 직속 자문위원회 위원장의 발언에 대한 야당 대변인의 논평⁶⁹¹⁾ 등에서 위와 같은 법리를 적용하고 있다.

② 다만 대법원 판례나 하급심 판결이 본고에서 지적한 바와 같은 구별을 염두에 두고 있는 것으로 보이지는 아니한다. 공적 존재와 공직자를 구별하는 것 외에도 공직자나 정치인의 경우에도 정치권력과 밀착되어 있으면 있을수록, 사안이 성격이 정치권력에 대한 비판의 의미를 갖는 것일수록 표현의 자유의 영역은 더 커져야 할 것인데, 통상의 경우 공직자라면 그러한 점에 대한 고려 없이 동일한 법리를 적용하는 것으로 보이기 때문이다. 그러나, 단순히 공무원이라는 이유만으로 지위 고하를 막론하고 최고 권력자에 대한 비판적인 논평과 같이 볼 수 없는 것이고, 그런 점에서 비록 명예권과 표현의 자유의 한계를 실시하는 부분에 있어

688) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결

689) 이른바 대전법조비리 사건, 대법원 2003. 9. 2. 선고 2002다63558 판결, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결

690) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005다40907 판결 “정당의 간부나 대변인으로서의 정치적 주장이나 정치적 논평에는 국민의 지지를 얻기 위하여 어느 정도의 단정적인 어법도 종종 사용되고, 이는 수사적인 과장표현으로서 용인될 수도 있으며, 국민들도 정당의 정치적 주장 등에 구체적인 사실의 적시가 수반되지 아니하면 비록 단정적인 어법으로 공격하는 경우에도 대부분 이를 정치공세로 치부할 뿐 그 주장을 그대로 객관적인 진실로 믿거나 받아들이지는 않는 것이 보통이므로, 정당의 정치적 주장이나 논평의 명예훼손과 관련한 위법성을 판단함에 있어서는 이러한 특수성이 충분히 고려되어야 한다. 따라서 공공의 이해에 관련된 사항에서 정당 상호간의 정책, 정견, 다른 정당 및 그 소속 정치인들의 행태 등에 대한 비판, 이와 직접적으로 관련된 각종 정치적 쟁점이나 관여 인물, 단체 등에 대한 문제의 제기 등 정당의 정치적 주장에 관하여는 그것이 어느 정도의 단정적인 어법 사용에 의해 수사적으로 과장 표현된 경우라고 하더라도 구체적 정황의 뒷받침 없이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 그 책임을 추궁하여서는 아니 된다.”

691) 서울중앙지방법원 2006. 10. 11. 선고 2005가합11174 판결

서는 동일, 유사한 표현을 사용하더라도 그 구체적 내용에 있어서 권력과의 근접성의 문제를 중요한 변수로 고려하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 하급심 판결 중에서 주목할 만한 사례들은 단연 최근에 사회적으로 문제되었던 박근혜 전 대통령 관련 판결들이다.

㉠ 대구지방법원 2015. 12. 22. 선고 2015고단1834 판결은 2015. 4. 16. 세월호 사건 당시 박근혜 대통령의 행적에 대해 의문을 제기하면서 당시 박 전 대통령이 정운희와 함께 있었으며, 두 사람은 연인관계로서 애정행각을 벌이고 있었다는 취지의 유인물을 배포한 행위에 관하여, “국가 또는 정부기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없고, 국가 등에 대한 비판이 바로 담당 공직자 개인에 대한 명예훼손이 될 수는 없지만, 기본권 주체인 공직자 개인의 인격권은 헌법 제10조 등에 근거하여 일정한 범위 내에서 보호받아야 하므로,⁶⁹²⁾ 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 한계를 벗어난 표현행위로 인하여 공직자 개인의 인격권이 침해된 경우에는 그 표현행위자에 대하여 형법상 명예훼손의 죄책 등 법적 책임이 성립한다고 보아야 한다”고 전제한 뒤, “국가정책 또는 공직자의 직무수행이나 국정운영에 대한 비판은 자유민주주의의 요체이고, 헌법에 보장된 표현의 자유는 이러한 비판 기능을 수행하는 데 중요한 방편이 되므로 충분히 보장되어야 할 뿐만 아니라 나아가 권장됨이 마땅하다. 그러나 표현의 자유를 빙자하여 공직자의 직무수행 등에 대한 상식 있는 비판이나, 국가정책에 대한 건전한 문제 제기는 없이 음란하고 저속한 사진이나 그림·글 등을 통하여 공직자 개인을 비방하고 폄하하는 데만 치중한다면 이는 표현의 자유에 의하여 보호될 수 있는 영역의 범위를 벗어난 것으로 보아야 한다. 피고

692) 이처럼 위 판결은 공직자의 공적 존재로서의 지위와 공직자 개인으로서의 지위의 분리가능성을 전제로 하고 있는데, 최고 권력자에 대해 이러한 구별은 최소한도로 인정되어야 한다. 즉, 정치권력에 가까운 공직자의 경우 공적 지위의 수행과 무관한 순수한 사생활에 대하여까지 공인이론에 준하는 취급을 할 필요는 없겠지만 최고권력자의 경우 공적 요소가 배제되는 사생활의 범위는 극히 협소하게 보아야 할 것이다.

인들은 개와 닭이 교미하는 음란한 사진이나, 백설공주와 왕자가 음란한 대화를 주고받는 그림 등을 통하여 대통령 박근혜를 비방하는 위법을 저지르고도 표현의 자유를 내세워 그 울타리 안에 피하고자 할 뿐 진지하게 반성하는 모습은 찾아보기 어렵다”고 판시하면서 벌금 500만 원, 100만 원을 선고하였다.⁶⁹³⁾

㉔ 부산지방법원 2016. 6. 23. 선고 2015고단7862 판결은 피고인이 기모노를 입은 박근혜 대통령의 그림 위에 ‘경국지색(傾國之色)’이라고 쓰인 전단지를 포함하여 대통령을 비판하는 전단지 2종을 배포해 명예훼손 혐의로 기소된 사안으로 징역 6월에 집행유예 2년, 벌금 50만 원을 선고하였다. 재판부는 위 행위가 표현의 자유에 의해 보호되어야 한다는 피고인의 주장에 대해서는 “피고인은 허위사실을 유포하여 피해자들의 명예를 훼손한 범행을 비롯하여 여러 범행들을 저지르고도 진지하게 반성하는 모습을 찾아보기 어렵다. 위 피고인은 자신의 모든 행위가 헌법상 보장된 표현의 자유에 의해 보호되어야 한다는 취지로 주장하나, 이를 빙자하여 악의적으로 허위사실을 유포하여 공직자 개인의 명예를 훼손하는 등의 각종 범행을 저지른 위 피고인에 대하여는 그에 마땅한 책임을 물을 수밖에 없다.”고 판시하였다.⁶⁹⁴⁾

㉕ 다만 서울중앙지방법원 2015. 12. 17. 선고 2014고합1172 사건⁶⁹⁵⁾ 역시 세월호 7시간 당시 박근혜 전 대통령의 행적에 관한 기사가 문제된 사안으로, 일본 산케이 신문 기자인 가또 다쓰야가 피고인인 사건이다. 위 사건에서 법원은 (i) 박근혜 전 대통령이 정윤희와 애정행각을 벌였다는 부분은 허위사실에 해당한다는 점, (ii) 피고인 역시 그와 같은 기사 내용의 허위성을 인식하였을 것인 점, (iii) 위 기사 내용이 피해자 박근

693) 다만 항소심인 대구지방법원 2018. 1. 25. 선고 2016노159 판결은 이를 의견표명으로 보아 1심의 판단을 번복하였고, 현재(2018. 7. 23.) 상고심 진행 중이다.

694) 항소심에서 벌금이 20만 원으로 감액되었고, 대법원에서는 상고기각으로 확정되었다.

695) 쌍방 항소하지 않아 확정되었다.

혜의 명예를 중대하게 훼손할 것이며, 특히 그러한 점은 박근혜가 대통령이라는 공인의 지위에 있다고 하더라도 달라지지 아니한다는 점 등을 밝히면서 결국 문제의 기사는 명예훼손에 해당한다고 판시하였다. 다만 위 사건은 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반이 문제된 사안인 관계로 명예훼손의 고의 외에 비방의 목적 또한 인정되어야 할 것인데, 이 사건의 제반정황에 비추어 피고인에게 비방의 목적이 있었다고 보기는 어렵고, 오히려 “이 사건 기사의 전체 내용과 구조 및 앞서 본 사정을 종합하여 보면, 일본인인 피고인이 이 사건 기사를 작성한 주요한 동기 내지 목적은 최인접 국가의 정치·사회·경제적 관심 사안을 본국인 일본 내지 일본인에게 전달하기 위함이었다는 것으로 보인다”고 판시하면서 무죄를 선고하였다.⁶⁹⁶⁾

③ 박근혜 전 대통령은 권력의 최정점에 있었고, 그러한 권력의 최정점에서 권력을 남용한 혐의를 받고 있었던 점을 고려하면 위 대구지법, 부산지법 판결의 타당성에는 의문이 있다. 위 판결들은 “악의성, 현저한 상당성”이라는 대법원 판결의 법리를 적용한 것이나, 최고권력자에 대해서는 미국식의 공인이론 수준의 기준을 적용했어야 한다. 위 판결들은 허위사실에 대한 조사의무의 태만을 문제 삼은 것이 아니라 표현행위의 상당성을 문제 삼은 것이고, 예외법절을 중시하는 우리의 전통에 비추어 독일의 Strauss 판결⁶⁹⁷⁾과 마찬가지로 인간의 존엄과 예외법절을 우위에 둔 판결로서 정당하다는 주장이 가능할 것이다. 문화적 전통의 측면에서 볼 때 그러한 견해가 일응 설득력이 있어 보이지만, 다른 한편으로 그러한 견해는 우리나라와 독일은 민주주의의 성숙도에 있어서 상당한 차이가 있다는 점을 간과한 문제가 있다. 즉, 우리나라의 현상황을 고려할 때

696) 이처럼 비록 위 사건은 무죄가 선고되기는 하였지만, 일본 내에서는 기소 시점부터 많은 비판이 있었다. 동 판결에 대한 평석으로는 韓永學, “産経新聞韓國大統領名譽毀損事件に関する一考察”, *マス・コミュニケーション 研究* 89卷 (2016) 참조. 저자는 한국의 명예훼손법이 명예권 보호에 지나치게 치중되어 있으며, 그 결과 국제연합으로부터 명예훼손 형사처벌 폐지 등 개선권고를 받고 있다는 점 등을 지적하고 있다.

697) BVerfGE 75, 369 (1987) - 수상 Strauss를 성교하는 돼지로 묘사한 사안.

앞서 언급한 바와 같이 적어도 권력자에 대한 표현행위에 대해서는 독일 보다는 미국식 법리를 따르는 것이 타당하다고 보아야 한다.

위 대구지법 판결은 유죄의 이유로 “공직자의 직무수행 등에 대한 상식 있는 비판이나, 국가정책에 대한 건전한 문제 제기는 없이” 오로지 인격모독적인 표현행위만이 존재하고 있다는 점을 지적한다. 이러한 판시와 관련해서는 정치적 의사표현의 우월적 지위가 건설적 비판에 국한하여 인정되는지 아니면 이미 드러난 비위행위에 대한 분노감정을 표현하는 행위에도 적용되는지의 문제가 검토되어야 할 것이다. 위와 같은 판시는 결국 건설적인 비판에 대해서만 표현의 자유의 우월적 지위를 인정할 수 있다는 것에 다름 아닌데, 정치적 표현행위의 영역에 있어서 과연 그와 같이 좁게 볼 것인지도 의문이다.⁶⁹⁸⁾

마지막으로, 공익성, 상당성 이론의 관점에서 보더라도, 이러한 사안에서는 표현행위가 허위임을 알았거나 미필적 고의에 준하는 정도로 알 수 있었을 경우에만 책임을 부과하였어야 한다. 특히 일반 사인으로서는 대통령의 은밀한 사생활을 미리 확인하는 것은 사실상 불가능에 가까운 점에 비추어 상당성 법리를 엄격하게 적용하는 것의 타당성에 대해 의문이 존재한다.⁶⁹⁹⁾

④ 이명박, 박근혜 정부 당시 청와대비서실, 김기춘 전 비서실장, 국가정보원, 경찰, 해경, 보수여당 국회의원 등이 그들의 공권력 내지 정치권력 행사에 대해 비판을 한 언론인, 시민단체 등에 대해 명예훼손 고소, 민사소송을 제기한 사건들도 상당하다.⁷⁰⁰⁾ 이러한 사례들 역시 명예훼손

698) 항소심인 대구지방법원 2018. 1. 25. 선고 2016노159 판결은 이를 의견표명으로 보아 1심의 판단을 번복하였으나, 이러한 판단의 타당성 역시 다소 의문이다.

699) 대법원 판례의 법리에서 상당성 법리는 보도 이전에 충분한 사실확인을 위한 노력을 기울였는지를 보는 것이다. 그런데, 대통령의 세월호 7시간의 경우 정권이 바뀐 이후에야 비로소 진상이 밝혀질 정도로 일반인의 입장에서 그 내용을 파악하기 어렵다. 그런 점에서 New York Times 판결처럼 원고로 하여금 피고가 허위임을 알았거나 알 수 있었음을 입증하도록 입증책임을 전환하거나 그렇지 않다고 하더라도 피고의 입증 부담을 대폭 완화할 필요가 있다.

법이 정치적으로 악용된 전형적인 사례들이므로 명예권 보호와 표현의 자유에 관한 통상적인 이론을 적용할 것이 아니라 New York Times 판결 수준으로 표현의 자유에 우위를 둘 필요가 있을 것이다.

(나) 권력기관의 다변화

현대국가에 있어서 권력은 정치권력에 국한하지 않는다. 재벌권력, 언론권력 등도 정치권력에 못지않은 막강한 영향력을 행사하고 있으며, 이러한 정치권력 이외의 권력에 대한 비판 내지 논평의 자유 역시 국가권력에 대한 비판 못지않게 공동체의 이익 내지 복리에 지대한 영향을 갖는다. 따라서, 권력의 문제는 이러한 측면도 고려해야 한다. 이러한 관점에서 다음과 같은 사례들은 상당한 의미가 있다.

즉 대법원은 언론기관간의 명예훼손 소송에서 “당해 표현이 언론사에 대한 것인 경우에는, 언론사가 타인에 대한 비판자로서 언론의 자유를 누리는 범위가 넓은 만큼 그에 대한 비판의 수인 범위 역시 넓어야 하고, 언론사는 스스로 반박할 수 있는 매체를 가지고 있어서 이를 통하여 잘못된 정보로 인한 왜곡된 여론의 형성을 막을 수 있으며, 일방 언론사의 인격권의 보장은 다른 한편 타방 언론사의 언론자유를 제약하는 결과가 된다는 점을 감안하면, 언론사에 대한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다”라고 판시한 것을 비롯하여(대법원 2006. 3. 23. 선고 2003다52142 판결), 언론기관 간 문제되는 명예훼손 사건에서 공직자에 관한 기준을 적용하고 있다.⁷⁰¹⁾ 물론 판시취지에서 확인할 수 있는 바와 같이 이러한 판례의 입장은 언론기관의 특수성을 고려한 것이지 언론기관이

700) 참여연대, “이슈리포트 : 이명박 정부 이후 국민입막음소송 사례보고서” (2014. 10.) 및 “이슈리포트 : 박근혜 정부의 국민입막음 사례 22선” (2015. 9.)

701) 언론기관간 명예훼손에 관한 분석으로는 성선제(b), “언론사 간 비판 보도와 명예훼손의 상당성 판단 기준” 언론중재 2017년 여름호 참조.

권력기관이라는 점을 고려한 것은 아니다. 하지만 다른 한편으로 이러한 판시의 필요성은 언론기관은 이미 정치권력을 넘어서는 권력집단이 되었다는 측면에서도 검토될 필요가 있다.⁷⁰²⁾

이러한 맥락에서 매우 흥미로운 사안으로, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734 판결을 들 수 있다. 동 판결은 국회의원의 언론사에 대한 비판적 발언이 문제된 사안으로, 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

“국회의원 갑이 국회 여성위원회에서 “언론사는 권력기관이기 때문에 성매매 예방교육을 강제하여야 한다”는 취지의 발언을 하였는데, 을 신문사가 사설 제목에서 갑이 언론을 상대로 ‘성폭행적 폭언’을 하였다고 표현하고, 본문에서 “언론인들 얼굴에 오물을 던진 것”, “모략성 흑색 유언비어를 악용해 특정인과 특정 직업집단 전체에 침을 뱉는 파렴치한 탈선”, “정상적 의원으로서, 정상적 인간으로서의 선을 넘었다”라고 표현한 사안에서, 위 사설의 전체적인 취지는 국회의원의 국회 발언에 면책특권이 있다고 하여 언론인과 같은 특정 집단 전체를 성상납을 받거나 성매매를 하는 집단으로 모욕을 주어서는 안 된다는 내용인 점, 사설의 전체적인 내용과 취지로 볼 때 갑에게 악의적으로 모욕을 가할 목적으로 작성된 사설이라고 보기 어려운 점, 갑의 발언은 종국적으로 언론인에 대하여 성매매 예방교육을 강제하는 법안 발의에 관련된 것으로서 공공의 이해에 관한 사항이고 다양한 비판과 문제제기가 허용되어야 할 사안인 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 표현들이 지나치게 모멸적인 언사에 의한 인신공격에 해당하여 의견표명으로서의 한계를 일탈하였다고 보기 어렵다.”

702) 최장집 외 1(주 606) 35~37면은 다음과 같이 밝히고 있다.

“19세기 민주주의에서 의견의 자유를 의미하는 언론의 자유와 오늘날 이미 대기업화되고 거대한 사적 권력으로 커진 언론기업들이 이야기하는 언론의 자유는 동일시 될 수 없다고 생각한다. John Kean, Anthony Giddens를 포함해 많은 지식인들은 현대 세계에서 언론이 정치를 주도하는 것에 대해 우려하고 있다. 그만큼 언론이 정치를 주도하는 것은 세계적으로도 일반화된 현상인 것처럼 보인다. 나 역시 현대 민주주의의 최대 위협은 대기업화된 거대언론이라고 생각한다.”

언론사는 표현의 자유의 주체이기도 하지만, 경우에 따라서는 현대사회에서 또다른 권력기관으로서의 위치를 점하고 있다. 그런 점에서 정치인인 국회의원이 언론사를 비판하는 언술 역시 정치적 표현행위로서 강한 보호가 부여될 필요가 있을 것이다.

(다) 정치권력관계의 실질적 측면

한편 외관상으로는 정치권력의 문제처럼 보이지만 정치권력의 문제와 직결된다고 볼 수 없는 경우 공인이론 내지 그에 준하는 법리에 의한 보호를 부여하는 것은 타당하지 않다. 하급심 판결의 사안 가운데 고 노무현 전 대통령에 대한 명예훼손 사건이 문제된 부산지법 2016. 11. 24. 선고 2015가합45188 판결이 좋은 예이다. 대학 교수인 C는 “노무현 대통령의 선거조작 증거를 찾고 대법관 입장에서 명백한 사기극을 판단하라”는 내용을 시험문제로 제출한 것이 명예훼손이 되는지 여부가 문제된 사안에서, 부산지법은 원고에 2,500만 원을 배상하라고 판결하였다. 재판부는 “허위 사실로 망인과 유족의 사회적 평가, 고인에 대한 명예·추모 감정을 침해한 점이 인정된다”며 “원고가 명예와 인격권을 침해 당해 정신적 고통을 입어 피고는 정신적 손해를 배상할 의무가 있다”고 판결하였다. 동 판결은 앞서 본 공적 존재 내지 악의성, 현저한 상당성의 법리를 적용하지 않고 공공성, 상당성의 법리만을 적용하여, 비록 위 사안은 공적 사안이기는 하지만 상당성이 인정되지 않는다는 이유로 명예훼손을 인정하였다. 이와 같은 사례는 공적 인물에는 해당하지만 정치권력에 대한 비판적 표현행위와 같은 유형으로 취급하기보다는 공적 사안에 관한 표현행위의 수준으로 이해되어야 할 것이라는 점에서 위와 같은 재판부의 판단은 정당하다.⁷⁰³⁾⁷⁰⁴⁾

703) 참고로, 미국의 공인이론에 의하면 한번 공인이었던 사람은(특히 정치인이거나 유명 연예인 등 이른바 전면적 공인) 특별한 사정이 없는 한 공인의 지위를 쉽게 상실하지 않는 반면[Alan Kaminsky, “Defamation Law: Once a Public Figure Always a Public Figure”, 10 Hofstra L. Rev. 803, 830

(4) 통시성, 역사성의 고려

마지막으로, 정치권력 내지 민주주의의 문제를 고려함에 있어서는 그러한 문제가 갖는 통시성, 역사성을 고려해야 한다. 명예훼손법과 민주주의가 불가분의 관계를 갖는다는 명제는 이중적인 의미를 갖는다. 즉, 인과관계라는 관점에서 볼 때 민주주의가 확립되어야 표현의 자유가 온전히 보장된다는 의미이기도 하지만, 다른 한편으로 표현의 자유는 민주주의의 확립과 발전을 촉진하는 요소로서의 의미를 갖기 때문이다. 즉, 표현의 자유는 민주주의의 필수적 구성요소이기도 하지만, 민주주의를 확립하는 도구로서의 의미를 갖는다는 점에서도 매우 중요하다. 그런데, 민주주의가 온전히 확립되지 않은 국가의 경우 후자의 의미가 강조될 수밖에 없다. 민주주의가 공고화되지 않은 단계에서는 보다 성숙한 민주주의를 위해서 표현의 자유를 보다 강하게 보호할 필요가 있기 때문이다.

그런데, 이를 달리 말하면 민주주의가 공고하게 확립된 국가라면 명예훼손법의 적용도 다를 수 있음을 의미한다. 즉, 명예훼손법에 있어서 공인이론 내지 공익성, 상당성 이론은 인격권에 대한 희생을 불가피한 요소로 한다. 따라서, 적어도 이론적인 관점에서는, 권력이 적절하게 분산되고, 권력의 사사화 내지 사유화(privatization) 가능성이 적은 완성도 높은 민주주의 체제라면, 그리고 그 결과 실질적인 의미에서 공직자가 권력자가 아닌 공복(公僕)으로 인식되는 사회라면 공인이론의 필요성은

(1982) p.831, 염규호(a)(주 668), 72면 참조], 우리 법원은 그와 같은 법리를 인정하지 않는다(서울중앙지방법원 2007. 1. 24. 선고 2006가합24129 판결 등, 이에 대해서는 뒤에서 다시 살펴본다). 앞서 본 바와 같은 논의에 의할 때 우리 법원의 입장이 명예훼손법의 이론의 측면에서 더 타당한 것이다.

704) 이와 관련하여 김준호(주 684)는 대통령 입후보자의 경우(대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결), 현직 대통령의 경우(앞서 본 박근혜 대통령 관련 서울중앙지법 2015. 12. 17. 선고 2014고합1172 판결), 고인이 된 대통령의 경우(대법원 2014. 3. 13. 선고 2013도12430 판결)의 3가지 판결 모두 대통령을 공인으로 취급하지 않았다고 비판하고 있다. 그런데, 앞서 본 바와 같이 위 3가지 경우는 정치권력의 근접성이라는 측면에서 완전히 같은 정도로 다루어질 사안은 아니라고 생각된다.

상대적으로 축소되고 정치인, 공인에게도 일반인과 유사한 인격권 보호를 부여할 수 있을지도 모른다.⁷⁰⁵⁾

요컨대, 우리나라와 같이 민주주의가 성숙하지 않은 상태라면 더욱이 공적 지위에 있는 권력자에 대한 비판의 명예훼손 성립을 최소화하는 판단이 불가피하다고 보아야 한다. 앞서 본 바와 같이 우리나라는 급속도의 민주화 과정을 겪기는 하였지만 권력자들이 여전히 국민의 입을 막기 위해 명예훼손법을 남용하는 점에서 알 수 있듯이 그 기반이 매우 취약하다. 다만 그럼에도 불구하고 다른 한편으로 급변하는 21세기의 상황에 비추어 민주주의 역시 급속하게 성장할 가능성이 있고, 그런 점에서 명예훼손법 역시 새로운 상황에 따라 지속적으로 변화될 수밖에 없다는 점 또한 간과되어서는 아니될 것이다.

(5) 소결론

결론적으로, 권력자에 대한 비판에 대해, 특히 민주주의가 성숙하지 않은 단계에서 보다 폭넓은 표현의 자유를 인정할 필요가 있다. 많은 학자들이 지적하는 것처럼 우리나라의 법제상 현실적 악의론과 같은 법리를 직접 적용하는 것은 적절치 않다고 하더라도 면책항변을 폭넓게 인정하는 방식 등으로 적어도 정치적 표현행위에 있어서는 그에 준하는 표현의 자유 확장을 허용함이 타당하다. 그렇다면 여기서 말하는 권력자란 누구인가? 이러한 질문에 대한 답은 위와 같은 결론이 결국 선동적 명예훼손(seditious libel)과 반대되는 의미라는 점을 생각해 보면 어느 정도 답을 찾을 수 있을 것이다. 인류 최초의 성문화된 선동적 명예훼손법인 1275년 스킨달리스 마그나툼은 “the Great Men of the Realm”에 속하는 사람들에 대한 명예훼손적 표현행위를 가중처벌하였다는 것으로, 현대사회

705) 오늘날 공적 사안, 공익에 대한 명예훼손의 법리는 각 국가마다 차이가 있지만 그 기본정신은 전세계적으로 보편화된 것은 사실이다. 그러나 명예훼손법의 극적인 변화의 역사에 비추어 그러한 일반론이 향후 어떤 식으로 변화될 것인지는 쉽사리 예측하기 어려운 것 또한 사실이다.

에서 위와 같은 위치에 있는 사람들(즉 소위 말하는 지배적 권력집단에 속하는 경우)의 공적 사안에 대해서는 명예침해를 사실상 부정하는 정도로 표현행위를 보호해야 할 것이다.

나. 고려요소 2 : 비정치적, 공익적 사안 - 공리주의 내지 배분적 정의

(1) 개요

명예훼손 소송에서 정치적인 표현행위 못지않게 중요한 문제는 바로 공적 이익 내지 제3자의 이익의 문제이다. 이러한 문제는 정치적 표현행위와 연장선상에 있는 표현행위로서 그 경계가 명확한 것은 아니지만 구별이 필요한 것 또한 사실이다. 민주주의의 문제나 정치권력의 문제는 정치권력과 전체사회가 대립하는 문제라는 점에서, 그리고 국민의 국가에 대한 주관적 공권의 행사에 준하여 볼 수 있다는 점에서 그렇지 않은 영역에서 명예권이 표현의 자유와 대립하는 것과는 차원을 달리한다(공인이론의 진정한 정신은 바로 이점에 있다고 할 수 있다). 반면 단순한 공리주의 내지 배분적 정의의 문제는 비권력적 관계에서 가해자와 피해자 사이의 권리침해의 존부를 판단함에 있어서 제3자의 이익을 고려하는 법리이다. 명예훼손법이 표현의 자유와 불가분의 관계를 갖는다는 점은 상식이 되어버린 명제이지만, 불법행위로서의 명예훼손은 원칙적으로 가해자와 피해자 양자간의 관계의 문제이다. 그와 같이 볼 경우 공익성을 이유로 명예권에 제한을 가하는 것은 다수의 이익을 위해서 한 사람의 권리 침해를 용인하는 논리이기도 하다.⁷⁰⁶⁾ Cass Sunstein의 표현의 빌자면 공적 목적을 위한 수용(taking)과 같이 다수의 이익을 위해 인격권을 희생시키는 것이며(즉 명예권을 수용의 대상으로 한 것),⁷⁰⁷⁾ Ronald

706) 다만 이는 표현의 자유의 정당화 근거의 논거에 따라 반론이 제기될 수 있는 부분이다.

707) Cass Sunstein(a)(주 153), p.47.

Dworkin의 표현의 빌면 공리주의적 법이론은 으뜸패(trump card)로 취급되어야 할 권리의 최우선성을 부인하는 것이다.⁷⁰⁸⁾ 따라서 명예권의 제한을 위한 공익성을 인정함에 있어서는 명확하고 합리적인 근거가 있어야 하고, 그 기준을 마련함에 있어서 헌법상의 최소침해의 원칙과 같이 세심하게 구별되는 방식으로(narrowly tailored) 정립되어야 한다.

우리나라 명예훼손 재판실무상으로 앞서 본 정치적 발언의 경우 오히려 예외적인 사례들에 속하고, 위법성 조각사유가 문제되는 절대다수의 사례들은 바로 이러한 논점과 관련된다. 빈번하게 등장하는 예를 들면, (i) 식품가공업체의 공정과정에 대한 비위생성에 관한 의혹 보도의 경우,⁷⁰⁹⁾ (ii) 교회 목사의 이단성, 비리 등에 관한 보고의 경우,⁷¹⁰⁾ (iii) 재건축조합장의 비리에 관한 고발,⁷¹¹⁾ (iv) 산후조리원의 불편사항들을 블로그에 올린 경우⁷¹²⁾ 등 그 수를 셀 수 없을 정도로 다양한 사례들이 존재한다. 또한 (v) 학문, 예술적 표현이 어느 상대방의 명예를 훼손하는 사례들도 이러한 유형으로 볼 수 있을 것이다.

이러한 사례들의 경우 권력의 문제, 정치의 문제와 직접적 관련이 있는 것은 아니므로 공인이론과 같은 극단적인 법리가 적용될 필요는 없다. 즉, 표현행위에 의해 보호되는 공적 이익과 피해자의 인격권 침해에 대한 고도의 비교형량의 문제가 발생한다. 그리고 이러한 명예권 침해와

708) 다만 앞서 본 바와 같이 Ronald Dworkin의 명예훼손에 대한 입장은 정반대이다. 즉 그는 사실상 명예권을 인정하지 않는 부정설에 가까운 입장이며 표현의 자유를 명예권이나 청소년의 건전한 의식보호(포르노그래피의 경우) 등을 이유로 제한하는 것이 '권리를 진지하게 생각하지 않는 것'이라고 주장한다. Ronald Dworkin(b)(주 151), pp.195~223. 그럼에도 불구하고 그의 반(反)공리주의적 법철학은 그 반대의 논리에서도 주장될 수 있을 것이다. 이러한 점에 대한 지적으로는 Jeremy Waldron(주 74), pp.158~160.

709) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다256374 판결, 서울고등법원 2014. 11. 14. 선고 2014나9481 판결 - 확정

710) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다84236 판결, 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007도1220 판결 등

711) 대법원 1990. 4. 27. 선고 89도1467 판결, 대법원 2006. 12. 23. 선고 2006다15922 판결 등

712) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10392 판결

공익적 요소는 때로는 너무도 극적으로 대치하는 경우도 많다. 이러한 사안들도 실로 다양한 유형이 존재하지만, 이하에서는 다소 극단적인 사례로서 명예훼손이 상당한 재산적 손실로 이어지는 사안과 학문, 예술적 표현의 경우 2가지 유형만을 살펴보기로 한다.

(2) 비정치적 공적 이익이 관련된 사안들

(가) 구체적 사례들

비정치적 공적 이익과 명예권이 극단적으로 대립하는 몇 가지 사례를 보기로 한다. 특히 명예권의 측면에서 재산권적 평판이 문제되는 경우 그러한 대립은 매우 극적이므로 그러한 사안들을 살펴보기로 한다.

① 우선 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10392 판결을 보자. 동 사안은 산후조리원 이용고객이 임신, 육아 관련 인터넷 카페에 자신이 이용한 산후조리원의 불만사항을 올린 것이 명예훼손이 되는지 여부가 문제된 사안이다. 1, 2심은 위 카페는 회원수가 20,000명이 넘는 점, 게시물 내용은 산후조리원에 대한 정보제공차원을 넘어 인격적으로 비난하는 표현이 다수 포함되어 있는 점, 피해자가 피고인의 환불요구를 거절한 직후 게시물 및 댓글을 계속적, 중복적으로 게재한 점 등을 근거로 비방의 목적 및 명예훼손을 인정하였다.⁷¹³⁾ 그러나 대법원은 위 피고인이 인터넷 카페 게시판 등에 올린 글은 자신이 산후조리원을 실제 이용하면서 겪은 일과 이에 대한 주관적 평가를 담은 이용 후기인 점, 위 글에 '갑의 막장 대응' 등과 같이 다소 과장된 표현이 사용되기도 하였으나, 인터넷 게시물에 적시된 주요 내용은 객관적 사실에 부합하는 점, 피고인이 게시한 글의 공표 상대방은 인터넷 카페 회원이나 산후조리원 정보를 검색하는 인터넷 사용자들에 한정되고 그렇지 않은 인터넷 사용자들에게

713) 서울북부지방법원 2012. 6. 7. 선고 2012고단710 판결(1심), 서울북부지방법원 2012. 8. 9. 선고 2012노729 판결(2심)

무분별하게 노출되는 것은 아닌 점 등 제반 사정에 비추어, 피고인이 적시한 사실은 산후조리원에 대한 정보를 구하고자 하는 임신부의 의사결정에 도움이 되는 정보 및 의견 제공이라는 공공의 이익에 관한 것이라고 봄이 타당하고, 이처럼 피고인의 주요한 동기나 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 산후조리원 이용대금 환불과 같은 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있다는 사정만으로 피고인에게 갑을 비방할 목적이 있었다고 보기 어렵다고 판시하면서 원심 판결을 파기하였다.⁷¹⁴⁾

② 서울중앙지방법원 2016. 1. 13. 선고 2013가합16690 판결(확정)을 본다. 동 사안에서 피고 언론사의 발언은 원고 소주 회사의 소주의 원재료인 알칼리환원수에 인체에 유해한 물질이 포함되어 있다는 내용이었고, 원고의 주장은 이는 사실이 아니며 그러한 방송의 배후에 원고의 경쟁사의 사주(使囑)가 있었다는 것이다. 만일 문제된 진술이 사실이라면 이는 수백, 수천만의 건강과 관련되는 중요한 문제이고, 그 내용이 허위라면 원고 회사의 대외적 이미지(즉 평판)에 치명적일 수 있는 사안이다. 위 사건의 판결문에 의하면 피고 언론사의 공표내용은 경쟁사와의 결탁에 기한 것으로 관련자들이 이미 형사처벌을 받았다는 것이고, 그 결과 법원은 우리나라 명예훼손 소송으로는 극히 이례적으로 매출감소에 따른 손해 및 위자료로 33억 원을 인용하였다.⁷¹⁵⁾

714) 유사한 사례로 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도8812 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다84236 판결 등을 들 수 있다. 전자는 성형외과의 수술 결과에 대해 부정적인 댓글을 단 것이 정보통신망법상의 명예훼손인지 여부가 문제된 사안에서 1, 2심은 유죄를 인정하였으나 대법원은 공익적 표현으로 보아 무죄 취지로 파기하였다. 후자는 교회내 다른 계과 간에 이단 등의 표현으로 비난한 행위가 명예훼손이 문제된 사안으로, 1, 2심에서 유죄로 된 부분이 대법원에서 파기되었다.

715) 이러한 판례의 태도는 그간 명예훼손으로 인한 재산권 침해를 인정함에 있어서 극도로 인색하였던 법원의 태도에 비추어 진일보한 것이라고 할 수 있다. 즉, 종래 우리 법원은 명예훼손으로 인한 재산권 침해에 대해서는 인과관계를 인정할 수 없다는 입장을 취하는 경우가 많았다. 가령 앞서 언급한 서울고등법원 1998. 7. 9 선고 97나47790 판결 참조(대법원 1999. 10. 8 선고 98다40077 판결로 확정됨). 또한 이른바 ‘파스퇴르 사건’으로 잘 알

③ 또다른 예로, 2015년 경 사회적 파장을 일으켰던 이른바 백수오 사태의 경우를 들 수 있다. 갱년기 여성의 건강에 효능이 있는 것으로 알려진 백수오를 원재료로 하는 건강기능 식품을 제조, 개발한 A사는 창업 10년에 코스닥 상장을 이루고, 우리나라 건강기능식품 시장의 판도를 갈아엎을 정도로 무섭게 성장하였다. 그런데 2015. 4. 22. 소비자원은 백수오 제품은 실은 백수오와 유사하지만 가격은 1/3 정도 수준이고, 인체에 치명적인 이엽우피소라는 유해물질이 포함되어 있다는 충격적인 발표를 하였다. 그 이후 A사의 주가는 폭락하여 시가총액 약 1조 원 이상이 날아가 버려 상장폐지 직전에 몰리게 되었다. 그런데 그 이후 검찰조사 및 소송과정에서 이엽우피소의 함유량은 완제품 기준 0.0016%라는 사실, 이엽우피소는 백수오와 유전자 구성이 98~99% 같은 근연종으로 마치 인삼과 도라지 같은 관계인 사실, 중국과 대만에서는 양자를 구별하지 않고 식용으로 취급하는 사실, 나아가 우리나라에서 이엽우피소가 도입된 것 자체가 정부(농림수산부)의 적극적인 재배독려에 의한 것이었다는 사실 등이 밝혀지면서 소비자들의 공표는 허위라는 사실이 드러나게 되었다.⁷¹⁶⁾ 만일 소비자들의 발표가 사실이었다면 이는 공익성이 인정될 수 있는 사안이지만 다른 한편으로 그것이 사실이 아닌 경우 피해자가 입을 피해는 너무도 극심한 것이어서 그러한 표현행위는 신중에 신중을 기할 필요가 있었던 것이다.

(나) 분석

려진 대법원 1996. 4. 12 선고 93다40614, 40621 판결의 경우 허위사실 및 광고중지를 인정하면서도 매출감소로 인한 손해배상청구에 대해서는(약 35억 원 청구) 이를 기각하고, 위자료 청구 3억 원만을 인정하였다.

716) 서울중앙지방법원 2017. 9. 1. 선고 2015가합551104 판결, 수원지방법원 성남지원 2016. 1. 28. 선고 2015가단208312 판결 등. 다만 동 판결들은 명예훼손 사건은 아니고 소비자인 원고들이 피고 회사를 상대로 제기한 손해배상 소송이었는데, 법원은 위와 같은 점들을 근거로 원고들의 청구를 기각하였다. 피고 회사는 소비자를 상대로 명예훼손 손해배상 소송 제기를 고려하였으나, 고심 끝에 제기하지 않은 것으로 알려져 있다.

위와 같은 사안들과 권력의 문제가 제기된 박근혜 대통령 사건을 비교해 보자. 위 소주 원재료 사건이나 백수오 사건, 산후조리원 사건 등은 국민들의 위생, 건강과 관련된 사안이므로 중요한 공익이 관련되지만 이들 회사들이 국가기관과 같은 정도의 공적, 권력적 지위에 있는 것은 아니다. 따라서 이들의 명예권이 과도하게 제한되어서는 아니되며, 발화자의 과실에 대해서는 상대적으로 엄격한 기준에 의한 심사가 필요가 있다. 즉, 이러한 비리를 공표함에 있어서 충분한 조사의무를 이행할 필요가 있다. 식재료의 안전이 중요한 문제이기는 하지만 그러한 문제가 반드시 언론에 공표되어야 시정되는 것은 아니고, 수사기관 내지 국가기관의 조사에 기반한 행정조치 등으로 시정될 여지도 있다. 반면 그러한 공표행위가 이들 사기업의 평판에 미치는 영향은 실로 막대한 것이다. 이에 비해 박근혜 판결에서 문제된 세월호 7시간과 같은 문제는 완전히 다르다. 일반 사인으로서의 대통령의 행적에 대해 조사의무를 이행할 방법이 없을 뿐만 아니라 이는 권력자의 비위라는 측면에서 보다 폭넓은 비판이 허용되어야 하고, 때로는 다소 악의적인 공격이고 상당성을 잃은 비판이라고 하더라도 함부로 그러한 표현행위가 또다른 국가기관인 사법부에 의해 재갈이 물려져서는 아니된다.

한편, 위에서 본 ①~③의 사안도 각각 그 공익성의 정도나 표현행위의 양태, 명예권 침해로 인한 피해 정도 등에서도 미묘한 차이가 있다. 명예권 침해의 정도에서 본다면 ②, ③의 사안이 가장 큰 것이었고, ①의 경우는 그보다는 적다. ②, ③와 같이 식재료가 문제되는 사안은 일단 알려지고 나면 그 이후 반론권이 보장된다고 하더라도 한 번 가졌던 의심은 해소되기 어렵다. 반면 ①의 사안은 반론에 의해 의혹이 완전히 해소될 수는 없지만 어느 정도 논박은 가능하다. 다음으로 공익성의 측면에서 본다면 3가지 사안 모두 일반대중의 이해관계와 관련되지만 과연 그러한 방법으로 표현하는 것 외에 다른 방법이 없었는가의 측면에서 본다면 ②, ③의 사안은 행정기관에 대한 신고, 수사기관에 대한 고발 등의 방법

이 존재하였다면 ①의 사안은 그렇지 않다. 그런 점에서 ①번 사안에서 표현의 자유가 명예권 보호가 우월할 수 있다는 대법원의 판단은 어느 정도 수긍할 수 있을 것이다. 이처럼 비권력적 공익성 사안 역시 실로 다양한 경우들이 존재할 수 있다.

(3) 문제되는 공익이 학문, 예술적 표현행위인 경우

비정치적 공익성의 또다른 유형으로 학문, 예술적 표현행위의 경우를 본다. 여기서의 공익은 학문과 예술의 자유라는 추상적인 것으로, 먹거리의 위생문제와 같이 국민들에게 직접적 영향을 미치는 것은 아니지만 전혀 다른 의미에서 그 이상의 중요성을 갖는다.

(가) 사례들

① 대법원 2017. 5. 11. 선고 2016도19255 판결은 어느 원로 역사학자가 소위 “임나일본부설”⁷¹⁷⁾을 지지하는 식민사관에 빠져 있다는 취지의 비판적인 저작이 그 역사학자의 명예훼손이 되는지 여부가 문제된 사안이다. 1심은 저자의 내용이 사실과 다른 점이 많다는 점에서(즉 그 역사학자는 사실은 식민사관을 비판하는 입장을 가진 사람임에도 사실을 왜곡하여 서술하고 있음) 명예훼손을 인정하였다.⁷¹⁸⁾ 그러나 2심은 저자의 기술이 허위사실이라고 단정하기 어렵고, 비록 자극적인 내용으로 독자 등의 주목을 받으려는 사적인 이익을 위한 동기가 있었던 것으로 보이기도 하지만 비방의 목적이 주된 목적으로 보이지 않는 점,⁷¹⁹⁾ 학문과 사

717) 일본의 야마토왜[大和倭]가 4세기 후반에 한반도 남부지역에 진출하여 백제, 신라, 가야를 지배하고, 특히 가야에는 일본부(日本府)라는 기관을 두어 6세기 중엽까지 일본이 직접 지배하였다는 학설을 의미한다.

718) 서울서부지방법원 2016. 2. 5. 선고 2015고단1605 판결.

719) 동 사안은 출판물에 의한 명예훼손이 문제된 사안이므로 비방의 목적이 문제되었다. 이에 대하여 항소심 재판부는 다음과 같이 판시하고 있다. “공소외 1이 사학계의 주류라고 할 수 있는 소위 ‘강단사학’에서 영향력이 있

상의 영역에서는 표현의 자유를 폭넓게 인정해야 하는 점 등을 근거로 무죄를 선고하였고, 그러한 결론은 대법원에서 유지되었다. 결국 법원은 학문적 표현의 자유의 우위를 인정한 것이다.

② 최근 유사한 논쟁을 불러일으킨 사안으로 서울고등법원 2017. 10. 27. 선고 2017노610 판결(박유하 교수의 제국의 위안부 사건)을 들 수 있다. 이 사건의 경우 민사와 형사가 함께 진행되었는데, 민사의 경우 1심에서 손해배상이 인정된 반면⁷²⁰⁾ 형사의 경우 1심에서 무죄가 선고되었다가⁷²¹⁾ 2심에서 1,000만 원의 벌금형이 선고되었다. 1심 재판부는 “박유하 교수가 책에서 개진한 견해는 가치판단을 따지는 문제이므로 형사 절차에서 법원이 수행할 수 있는 권한이나 능력에서 벗어난다”는 이유로 무죄를 선고한 반면, 2심 재판부는 허위사실 적시에 의한 평판침해를 인정하였고, 다만 “학문과 표현의 자유는 보호받아야 하고 잘못된 생각은 토론 등으로 판단이 이뤄져야 하지 법관의 판단으로 가려지는 것은 바람직하지 않다”는 점을 양형이유로 밝히면서 벌금형을 선고하였다.⁷²²⁾

(나) 분석

우선 학문적 논의의 영역에 있어서 일반적인 표현행위보다 더 넓은 표현의 자유가 인정되어야 한다는 점에는 이론의 여지가 없다.⁷²³⁾ ①번 입

는 위치에 있는 인물이고, 피고인은 이와 입장이 다른 소위 ‘재야사학’의 일원인 것으로 보이는 점에 비추어 보면, 피고인이 공소의 1을 비판할 경우 사학계에서 자신의 존재감을 부각시키고 사회적 명성을 제고할 수 있는 등 피고인이 얻을 수 있는 사적인 이익이 전혀 없다고 할 수는 없겠으나, 앞서 본 바와 같은 피고인의 주요한 저술목적에 비추어 볼 때, 그러한 사익적 동기는 상대적으로 부수적인 것에 불과하다고 판단된다.”

720) 서울동부지방법원 2016. 1. 13. 선고 2014가합104726 판결, 인용금액은 1,000만 원이었고, 현재(2018. 7. 23.) 항소심 진행중이다(서울고등법원 2016나2009351 사건).

721) 서울동부지방법원 2017. 1. 25. 선고 2015고합329 판결.

722) (2018. 7. 23. 현재) 대법원 2017도18697 사건으로 대법원 계속중이다.

723) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2004도254 판결 등 참조.

나일본부 사건의 2, 3심 역시 문제의 저작물에 사실과 다른 점이 있다는 점을 충분히 인정하면서도 무죄를 선고한 것은 바로 그와 같은 점에서 이해할 수 있을 것이다. 그러한 판단의 타당성을 부인할 수 없음은 물론이나, 이론적인 관점에서 이러한 사안은 위 (2)항에서 문제되는 비교형량과 전혀 다른 차원의 비교형량이 문제된다는 점이 지적되어야 한다.

우선, 명예권의 측면에서 보면, (2)항에서 본 사안과 달리 위 사안에서 과연 원고의 명예권 침해가 심각한 것이었는지는 의문이다. 일단 대다수의 국민들은 그와 같은 학술적인 논쟁 자체에 큰 관심이 없고, 관심이 있는 사람들은 그 구체적 내용을 통해서 원로학자의 입장을 쉽사리 확인할 수 있다. 언론에 알려진 바에 의하면 동 학자의 저술을 조금만 보더라도 문제의 저작에서 논의된 내용이 사실이 아니라는 점을 쉽게 파악할 수 있었다고 한다. 바로 그와 같은 점에서 위 저술에 의해 원고의 사회적 평가가 얼마나 저하되었는지는 의문이 있고, 가사 저하되었다고 하더라도 위 (2)항에서 본 바와 같은 사안들과는 비교하기 어려운 정도이다 (이러한 사안에서 문제되는 것은 오히려 원고 역사학자의 명예감정의 침해가 아닌가 생각된다).

다음으로 이러한 사안에서 표현의 자유를 보호해야 할 공익 역시 (2)항에서 살펴본 공익과는 전혀 다른 종류의 것이다. (2)항에서 살펴본 공익은 표현행위 그 자체를 보호하기 위한 것이라기보다는 식품제조업체의 위법행위로 인하여 소비자들이 입을 수 있는 손해를 막기 위한 것이라면, 여기서 문제되는 공익은 임나일본부의 존속 여부가 아니라 그러한 학술적 논쟁이 사상의 자유시장에서 해소되도록 할 사회의 이익이다. 즉, (2)항에서 살펴본 사안들은 공익성과 명예권의 대립은 사상의 자유시장에서 그 판단을 맡기기에 적절치 않은 측면이 있다면, 여기서는 사상의 자유시장 이론이 적용되기에 적합한 사안이다. 즉 제3장, 제4장에서 본 바와 같이 사상의 자유시장 이론에 대해서는 많은 비판들이 존재하는 것은 사실이지만 이러한 학문적 표현이 문제되는 사안들만큼 사상의 자유시장 이론이 적합한 영역은 없을 것이다.

② 제국의 위안부 사건 역시 기본적인 구도는 위 임나일본부 사건과 유사하지만 그 대립구도는 훨씬 복잡하다. 이 부분 검토를 위하여 우선 제국의 위안부 문제를 둘러싼 국내외의 논쟁 구도를 간략히 정리해 보기로 한다. 제국의 위안부 발간 이후의 반응은 크게 보아, (i) 박유하 교수의 입장 자체에 대한 찬반 논쟁과, (ii) 명예훼손 유죄 판결에 대한 찬반 논쟁의 2가지 측면에서 이루어졌다.

박유하 교수 입장의 타당성 여부에 대하여 일본에서도 진보와 보수 양 진영에서 찬반 양론이 심하게 나뉘어 격론을 벌인 바 있고, 이러한 사정은 우리나라도 마찬가지이다. 즉, 우리나라의 경우 박유하 교수의 학문적 입장에 대해 비판적인 입장이 다수이며 그러한 비판적인 논의는 역사학, 여성학, 정치학, 법학 등 실로 다양한 학문분야에서 이루어진 바 있지만,⁷²⁴⁾ 소설가 장정일 등 일부 박유하 교수를 지지하는 입장을 밝힌 학자, 지식인들도 전혀 없었던 것은 아니다.⁷²⁵⁾

다음으로 명예훼손 유죄 항소심 판결과 관련하여, 고대 김우창 교수, 유시민 작가를 비롯한 국내 학자, 지식인은 물론 Noam Chomsky, 오에 겐자부로(大江健三郎) 등 해외 지식인들까지 항소심 판결이 표현의 자유에 대한 중대한 침해라는 비판적인 입장을 표명하기도 하였다.⁷²⁶⁾ 반면

724) 관련 저술과 논문이 말 그대로 쇄도하였는데, 단행본으로는 정영환, 누구를 위한 화해인가? 제국의 위안부의 반역사성, 푸른역사 (2016), 손정업 외 18, 제국의 변호인 박유하에게 묻다 : 제국의 거짓말과 '위안부'의 진실, 말 (2016) 등이 있고, 논문들은 그 수를 세기 어려울 정도로 많은 글들이 발표되었고 현재에도 발표되고 있다. 학계의 전반적인 논의에 관해서는 이현미, “제국의 위안부와 기억의 정치학”, 국제정치논총 57(2) (2017); 김명희, “일본군 위안부 문제와 부인(denial)”의 정치학 - 제국의 위안부 사태 다시 읽기”, 한국여성학, 33(3) (2017) 참조.

725) 박유하 교수를 지지하는 단체로서 “동아시아의 화해와 평화와 목소리”라는 단체가 결성되기도 하였고(<http://news1.kr/articles/?2427926> 참조), 박유하 교수 이전에도 이른바 뉴라이트로 알려진 이영훈 전 서울대 교수가 「대한민국 이야기」 등 저서에서 유사한 입장을 취한 바 있다.

726) 경향신문 2017. 12. 8.자 기사 참조. (마지막 방문 2018. 7. 23.) http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/12/08/2017120800198.html

다만 성명에 참여한 지식인, 학자들이 박유하 교수의 학문적 입장을 지지

항소심 판결을 지지하는 견해도 만만치 않게 제기되었는데, 가령 “형사 사건은 국가기관이 표현의 자유를 억압한 것이 아니라 명예훼손을 당한 정신대 피해자들의 고소에 의해 시작된 것이므로, 마치 국가가 표현의 자유를 억압한 것처럼 비판하는 것은 타당하지 않다”거나(정영환 일본 메이지가쿠인대학 교수),⁷²⁷⁾ 박유하 교수의 주장을 살펴보면 허위와 모순이 가득하여 학문의 자유에 의해 보호받을 가치가 없는 사이버 학문의 자유 주장에 불과하다는 비판도 존재한다.⁷²⁸⁾

결국 이 부분에서 박유하 교수의 입장을 지지하는지 여부와 명예훼손 형사 유죄판결을 지지하는지 여부는 전혀 다른 문제라는 점을 고려하면 크게 보아 ㉠ 박유하 교수의 입장을 지지하는 입장(이 경우 당연히 형사 항소심판결에 대해 비판적인 입장일 것임), ㉡ 박 교수의 입장에는 반대하지만 명예훼손 유죄에 대해서는 표현의 자유를 이유로 반대하는 입장, ㉢ 박 교수 입장에도 반대하고 명예훼손 유죄 판결에는 찬성하는 입장의 3가지 입장이 있을 것이다.

㉠의 입장은 일본의 수정주의(revisionism)를 지지하는 입장이고,⁷²⁹⁾ ㉡ 입장은 전통적인 자유주의적, 사상의 자유시장 이론의 입장에서의 주장으로, 특히 문제되는 표현의 자유가 학문의 자유이므로 더 강력한 보호

하는지 여부는 별개의 문제이다(즉 이들은 박유하 교수의 입장에 대해 동조하는 입장일 수도 있겠지만 그렇지 않다고 하더라도 표현의 자유라는 관점에서 유죄판결을 비판한 것일 수 있다).

727) 한겨레신문 2015. 12. 2.자 기사 (마지막 방문 2018. 7. 23. - 다만 이는 형사판결 이전 기소시에 개진된 견해이다.)

<http://www.hani.co.kr/arti/international/japan/720103.html>

728) 민사 1심 판결은 박유하 교수의 주장을 일일이 반박하면서 “피고 박유하의 위와 같은 표현은 학문의 자유의 한계를 일탈한 것으로 위법하다”고 판시하였다.

또한 대구신문 2018. 4. 22.자 칼럼 (마지막 방문 2018. 7. 23.)

<http://www.idaegu.co.kr/news.php?mode=view&num=182893>

729) 수정주의란 기존의 일본 역사 서술방식을 강요된 역사관이라고 반발하면서 군국주의 침략을 부인하는 입장으로 유럽에서 대학살(holocaust)을 부인하는 부인론(denialism)과 일맥상통하는 입장이다. 이현미(주 724), 김명희(주 724) 참조.

를 받아야 한다는 입장이라고 할 수 있다. 반면 ㉔의 입장은 논자에 따라 차이가 있겠지만 위안부 문제는 사상의 자유시장 이론에 맡겨두어서는 안된다는 입장으로 위안부 문제의 특수성을 강조하는 입장이라고 할 수 있을 것이다. 일단 우리나라에서 ㉓ 입장을 지지하는 사람들은 많지 않을 것이므로 논외로 하고, 일응 보기에 ㉔ 입장의 타당성을 부인하기 어려워 보이면서도, 직관적 내지 정서적으로는 ㉔ 입장 역시 그 타당성을 쉽게 부인하기 어려운 측면이 있다. 그 이유는 무엇인가? 이는 아마도 위안부 피해자들은 역사적 희생자이며 그렇기 때문에 이들의 명예권 보호는 다른 사안들과 달리 특별한 대우를 받아야 한다는 인식이 깔려 있기 때문일 것이다.

이러한 논쟁은 명예훼손이 혐오표현의 문제로 넘어가는 지점이다. 비록 아직까지 이 부분에 대해 본격적인 논의를 찾기는 어렵지만 위안부 문제는 혐오발언의 맥락에서 논의되는 ‘역사부정죄’의 문제와 맥이 닿는 측면이 있다. 제5장에서 본 바와 같이 유럽과 캐나다에서는 유대인 대학살 등을 부인하는 행위를 처벌하고 있는데,⁷³⁰⁾ 우리나라의 경우에도 최근 5·18민주화운동을 부정하는 행위, 일본 제국주의의 식민통치를 부정하는 행위 등을 처벌하는 법안들이 발의되는 등 그에 대한 논의가 이루어지고 있다.⁷³¹⁾ 위안부 문제는 역사적 희생자라는 점에서 충분히 그러한 관점에서의 논의 가능성을 안고 있다고 할 수 있고, 그렇기 때문에 학문의 자유, 표현의 자유에 기초한 논의들의 설득력에도 불구하고 쉽사리 반론이 가라앉지 않고 있는 것이다.⁷³²⁾

730) 이러한 내용을 소개한 우리나라의 문헌으로는 김희정, “역사적 사실을 부인하는 행위에 대한 제재 법률의 헌법적 정당성”, 고려법학 제67호 (2012); 이재승, “기억과 법 : 홀로코스트 부정”, 법철학연구, 제11권 제2호 (2008) 등 참조.

731) 가령 최근 이종걸 의원 대표발의(2014. 6. 20.)로 「일제 식민지배 옹호행위자 처벌 법률안」이 발의된 바 있고, 김동철 의원 대표발의(2013. 5. 27.)로 5.18 민주화운동 등 민주화운동을 부인하는 자를 처벌하는 「반인륜 범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안」이 발의된 바 있다.

732) 앞서 본 바와 같이 우리나라 학자, 지식인들 가운데 절대다수는 박유하 교

여기서 문제는 다시, ㉠ 역사부정죄를 인정할 것인지의 문제 즉 제5장에서 본 바와 같이 국가중립성을 추구할 것인지, 아니면 표현의 자유에 있어서 가치지향적 체계를 추구할 것인지의 문제와, 후자의 입장을 취할 경우에도 ㉡ 위안부 문제가 독일에서의 나찌 대학살처럼 어떠한 방식으로 우리사회에서 문제제기가 불허되는 사안이라는 점에 대한 국민적 합의가 인정될 수 있는지의 문제로 나눌 수 있다. 현재 우리나라는 이러한 두 가지 문제 모두에 대해 국민적인 합의가 존재하지 않는 상황인데, ㉠의 문제와 관련하여, 학문의 자유, 표현의 자유를 강조하는 입장은 자유주의적 중립성 이념을 추구하는 것이고, 위안부 문제는 그렇게 볼 수 없다는 입장은 가치지향적 표현의 자유 체계를 주장하는 것으로 볼 수 있다. ㉡의 문제와 관련하여, 역사부정죄를 입법화한다는 것은 우리 공동체가 지향하는 가치지향성을 확인하는 것이라고 할 수 있는데, 현재 우리 사회에서는 그러한 점에 대해 명확한 합의가 존재하는 것으로 볼 수는 없다.

다만 그럼에도 불구하고 학문의 영역에서 이루어지는 표현행위에 대해 명예훼손이나 혐오표현의 논리를 적용하는 것은 여전히 다소 어색한 감이 없지 않다. 비록 박유하 교수의 주장에 문제가 많다는 점을 인정한다고 할지라도, 그러한 점은 학문시장에서의 논의를 통하여 해결되어야 할 문제라는 점에서 단순히 위안부 피해자에 대해 편견에 찬 혐오발언을 하는 경우와 같은 선상에서 볼 수는 없기 때문이다.⁷³³⁾

수의 입장에 대해 비판적인 점을 고려할 때, (명예훼손 유죄 판결을 명시적으로 비판한 지식인들을 제외하고) 비록 이들이 위 명예훼손 유죄판결에 대해 명시적인 입장을 밝히지는 않았지만 내심으로는 명예훼손 유죄판결을 지지하는 사람도 상당할 것으로 생각된다.

733) 이와 관련하여 앞서 본 바와 같은 두 가지 주장 즉, (i) 위안부 명예훼손 판결은 피해자들의 고소에 의해 이루어진 것이므로 국가가 표현의 자유를 억압한 것처럼 주장하는 것은 타당하지 않다는 주장과, (ii) 박유하 교수의 주장 내용을 보면 진정한 의미에서의 학문의 자유를 주장할 수준이 아니라는 주장에 관하여 다음과 같은 반론이 가능할 것이다(명예훼손을 부정한 형사 1심 판결의 판결이유에 이미 그러한 점들이 잘 정리되어 있다).

우선 전자의 주장에 대해서는, 학문의 자유 영역은 국가가 그 당부를 관

정리하면, 위안부 문제가 혐오표현이나 역사부정죄의 맥락에서 우리 공동체가 그 아픔을 보듬기 위해 이를 부정하는 행위에 대해 제재를 가할 수 있다고 본다고 하더라도, 그러한 제재 내지 제한은 위안부 희생자들에 대해 “결국 당신들도 돈 때문에 자발적으로 매춘행위를 한 아니냐”는 식으로 매도하는 표현행위에 국한되어야 할 것이지, 저술이 누가 보기에 학술적 가치가 없음이 명백한 것이 아닌 한 역사적 사실에 대한 고증과 연구를 통해 학술적인 서적의 형태로 발간한 저작까지 그 대상으로 할 수 있는 것은 아니라고 보아야 하지 않을까 생각된다.

(4) 소결 및 정리

비정치적, 비권력적 공익성이 문제되는 표현은 극히 다양하고, 이러한

여할 수 없는 부분이므로 명예훼손 재판이라는 형식으로도 관여해서는 안 된다는 반론이 가능할 것이다(1심 판결의 다음 판시 부분 참조. “그러나 이는 어디까지나 서로 다른 가치판단과 평가 사이의 당부를 따지는 문제로서, 그에 관한 판단은 형사소송절차에서 법원이 수행할 수 있는 능력과 권한의 범위를 벗어난다. 학문적 표현의 자유는 옳은 의견뿐 아니라 틀린 의견도 보호한다. 옳은 의견만 보호를 받는다면, 의견의 경쟁이란 존재할 수 없을 것이고, 그 경우 학술적 의견의 옳고 그름을 결정하는 주체는 결국 국가기관이 될 것이다. 피고인의 견해에 대한 당부의 판단은 학문의 장에서 전문가들이, 나아가 사회적 공론의 장에서 모든 시민이 서로 자유롭게 의견을 교환하여 상호 검증과 논박을 거치는 방식으로 이루어져야 하고 또 그렇게 함으로써 가장 잘 이루어질 수 있다” 판결문 46면).

다음으로 후자의 주장에 대해서는 학문의 자유에 의해 보호되는 학문의 범위가 어느 정도인지의 문제로서, 이와 관련하여서도 형사 1심 판결은 “이 사건 책은 피고인이 조선인 일본군위안부에 대하여 새로운 사료를 제시하거나 기존 학계에 알려지지 않았던 역사적 사실을 발굴하여 소개하는 책이 아니라, 학계에서는 이미 알려진 기존의 사료와 선행 연구결과를 토대로 우리 사회의 주류적 시각과 다른 입장에서 주로 일반 시민들을 상대로 피고인 자신의 주장을 개진하고 있는 학술적 성격의 대중서이다. 일부 전문 역사 연구자들은 이 사건 책에 대하여 ‘피고인이 사료를 취사선택하고 분석하는 방법에 잘못이 있다’거나 ‘피고인이 전개한 추론에 성급한 일반화나 과도한 비약 등의 논리적 오류가 있다’는 비판 등을 제기하기도 한다. 그러나 그러한 비판들의 내용과 이 사건 기록을 함께 살펴봐도, 피고인이 기존 사료에 대한 나름대로의 평가와 해석에 근거하여 논란의 소지가 많은 주장을 제기하는 정도를 넘어서, 새로운 사료를 날조하거나 기존 사료의 내용을 왜곡하는 등의 방법으로 허위의 역사적 사실을 작출하려는 의도를 가졌다고까지 보기는 어렵다.”고 판시하고 있는바(판결문 45면) 이러한 판시취지는 그러한 비판에 대한 답변이라고 할 수 있을 것이다.

사안들은 결국 앞서 본 바와 같이 추구되는 공익의 크기와 침해되는 명예권의 정도, 추구하는 공익의 내용이 무엇인지, 그러한 공익 목적에 당해 표현행위가 과연 불가피한 것이었는지 등 다양한 요소들이 비교형량되어야 할 것이다. 그리고 그러한 비교형량에 있어서도 평판침해의 정도에 대한 심리가 필요하고, 바로 그러한 점에서 표현의 자유의 우월적 지위가 인정되는 권력적, 정치적 표현행위와 구별되어야 한다.

다. 고려요소 3 : 비정치적, 비공익적 사안 - 제3자의 알권리의 측면

(1) 개요

다음으로 공익성과는 또다른 차원에서 문제되는 것이 제3자의 알권리의 문제이다. 이러한 알권리의 문제 역시 앞서 본 공익성의 쟁점과 분명한 경계를 긋는 것이 쉬운 일이 아닌 것은 사실이지만, 알권리의 대상 내지 이유가 공적 이익과 관련되기보다는 단순한 호기심에 가까운 것일수록 명예권 보호에 대한 제한은 보다 엄격한 기준하에 인정되어야 한다. 우리나라의 공익성, 상당성 이론의 원조격인 일본의 경우 앞서 본 공적 존재의 이론이나 악의성, 현저한 상당성 이론으로 세분화하지 않고 공익성, 상당성 이론 내에서 문제를 해결하고 있지만, 그러한 공익성의 범위를 단순히 대중이 알고 싶은 사항까지 넓힐 수 없다는 것이 학설과 판례의 입장이다.⁷³⁴⁾ 즉 일본의 경우 위법성조각이 인정되기 위해서는 “공중의 관심사”로는 부족하고, “공중의 정당한 관심사”가 되어야 한다는 것으로, 다수의 판례들은 단순한 호기심에 그치는 사안은 공익성을 인정할 수 없다는 취지로 판시하고 있는바,⁷³⁵⁾ 이러한 판시취지는 충분히 고려할 만하다.

734) 佃克彦, 前掲書, 446~447면 참조.

735) 佃克彦, 前掲書, 454~460면 참조.

(2) 유명인의 취급

여기서 가장 문제가 되는 것은 바로 연예인과 같은 유명인을 어떻게 취급할 것인가의 문제이다. 미국의 경우 유명 연예인은 거의 대부분 공인으로 인정되며, 그들의 결혼, 사랑, 건강 등에 관한 얘기들에 대해 현실적 악의론이 적용되는 것이 일반적이다.⁷³⁶⁾ 우리나라의 경우 연예인 역시 언론소송에서는 공인과 같이 보자는 견해⁷³⁷⁾와 그렇지 않다는 견해가 대립된다.⁷³⁸⁾ 그러나 앞서 자세히 본 바와 같이 미국과 같이 연예인을 공인으로 보아 정치인과 같은 수준의 공인이론의 적용하는 것은 타당하지 않다. 우리나라 판례의 경우 일부 하급심 판결에서 연예인 역시 공적 인물에 해당하는 것처럼 판시하고 있지만, 그 내용을 살펴보면 미국에서와 같이 정치인과 같은 수준으로 취급하고 있는 것은 아님이 분명해 보인다. 몇 가지 사례를 본다.

① 서울고등법원 1994. 4. 14. 선고 93나43059 판결은 유명 연예인이 불법 유학업체와 결탁하여 부정한 이익을 취한 것처럼 보도한 것이 명예훼손인지 여부가 문제된 사안으로, 법원은 “이 사건의 경우를 살피건대, 먼저 원고는 영화배우 등으로 활동하는 연예인으로 일반 대중들에 미치는 영향이 크다고 할 수 있는 이른바 공인(公人)이며, 위 보도내용이 불법유학알선 등의 위법행위에 관한 것으로, 이 사건 보도는 공공의 이익을 위하여 행하여진 것이라고 할 수 있다”라고 판시하면서도 그 내용이 사실과 다른 것이고, 피고 언론사가 충분한 조사의무를 이행한 것으로 볼 수 없다고 판시하면서 명예훼손을 인정하였다. 위 판결의 경우 원고

736) Rodney Smolla(b)(주 33), §2:60.

737) 윤성욱, 엔터테인먼트 산업과 스타의 권리, 커뮤니케이션북스, (2006) 7~12면, 그리고 이재진(b), “연예인 관련 언론소송에서 나타난, 한, 미간의 위법성 조각사유에 대한 비교연구 : 공인이론과 알권리를 중심으로” 한국방송학보, 통권 제18권 제3호, (2004)도 우리나라에서 미국과 같은 공인이론을 받아들이기는 어렵지만 연예인에 대해 공인의 지위를 인정하는 것에 대해 긍정하는 입장을 취한다.

738) 이승선(a)(주 633), 주로 307~308면 참조.

가 공인에 해당한다는 점을 인정하였지만 판결의 전체적 취지를 보면 단지 원고가 공적인 존재라는 점만을 지적한 것일 뿐⁷³⁹⁾ 그 판단구조는 공익성, 상당성의 법리에 의해 사안을 해결하고 있을 뿐 공인이론 내지 그와 유사한 법리를 적용한 것은 아니라는 점을 확인할 수 있다.⁷⁴⁰⁾

② 서울중앙지방법원 2007. 1. 24. 선고 2006가합24129 판결은, 한때 인기 텔런트였으나 활동을 중단한 배우에 대한 보도가 명예훼손, 프라이버시 침해가 되는지 여부가 다투어진 사안에서, “...원고는 1978년 경부터 TV 텔런트로 활동하여 왔으므로 공인으로서의 신분을 가지고 있었다고 할 수 있으나, 1988년 결혼과 함께 연예계를 은퇴한 후 일체의 언론매체와의 인터뷰에도 응하지 않은 채 가정생활에만 전념하고 있음은 앞에서 본 바와 같아, 원고는 더 이상 공적 인물이 아니라 할 것이고, 공적 인물이 아닌 원고의 사생활에 대하여 대중의 관심이 갑자기 많아졌다는 이유만으로 공중의 정당한 관심사라고 볼 수도 없고, 원고의 사생활보도에 공익적 목적이 있었다고도 보기 어렵다”라고 판시하였다. 이러한 판시는 공인의 지위를 쉽게 잃지 않는 미국과 대비되는 것으로, 앞서 살펴본 법리들에 비추어 지극히 타당한 판결이라고 생각된다.

③ 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다33489 판결은 어느 영화감독의 가정폭력을 다룬 기사가 명예훼손인지 여부가 문제된 사안에서 다음과 같이 판시하였다.

“피고의 주장처럼 가정폭력 및 아동학대의 심각성을 알리고 개선 대책을 촉구하는 여론을 형성하기보다, 일반 독자로 하여금 영화 감독인 원고가 가정폭력 및 아동학대의 가해자라는 인상을 가지게 하는 사실의 전달에 초점이 맞추어진 것으로 보인다. 또한 기사의 전반적인 내용이 원고를 고소한 소외인의

739) 다만 위 판결은 2002년 이후 대법원이 공적 존재의 이론, 악의성, 현저한 상당성 법리를 확립하기 전의 판결이다.

740) 그리고 전체적인 판시취지에 비추어 굳이 공인이라는 표현의 사용할 필요가 있었는지는 의문이다. 공인이라는 표현 속에 공인이론의 적용대상이라는 오해가 발생할 여지가 있기 때문이다.

진술을 일방적으로 인용하여 고소 내용을 여과 없이 전달하는 데에 중점을 두고 있을 뿐이고, 핵심적인 사항에 관하여 객관적인 사실 확인을 한 내용은 별로 없다. 오히려 그 기사 중 '○씨와 ○군은 ○감독의 가정폭력과 아동학대에 시달리다 작년 초 심터로 피신해 현재까지 피신해 있다'는 부분은 고소장이나 소외인의 진술을 인용하는 방식도 아니고 마치 기자가 확인한 사실인 양 적고 있다. 뿐만 아니라 비록 원고가 청소년 성범죄를 소재로 한 이른바 '사회 고발 영화'라고 할 수 있는 "△△△"라는 영화를 연출한 영화감독으로서 그 영화를 통하여 한때 청소년 성범죄의 심각성 등에 관한 공적 논쟁을 불러 일으켜 일반의 관심을 끌었다 하더라도, 위 기사가 다루고 있는 내용은 위와 같이 사회적 관심의 대상이 된 주제와는 거리가 먼 데다가 공공적·사회적으로 의미가 있는 공적인 관심 사안이라기보다는 주로 원고 가정 내부의 사적인 영역에 속하는 일로서 원고의 인격권 내지 사생활의 비밀과 명예를 침해할 우려가 높다고 할 것이다."

위 판례는 기사의 내용이 표면적으로는 공적인 것이라고 하더라도 발화자의 주관적 동기의 측면을 고려하여 공익적인 목적이 아니고, 그 내용도 공익적인 것이 아니라고 판단한 것이다.

⑤ 또한 범죄행위의 보도와 관련하여 대법원은 "일반적으로 대중 매체의 범죄사건 보도는 범죄 행태를 비판적으로 조명하고, 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 믿어지고, 따라서 대중 매체의 범죄사건 보도는 공공성이 있는 것으로 취급할 수 있을 것이나, 범죄 자체를 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"고 판시하고 있는바, 이러한 판시 역시 타당하다(대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결 등).

⑥ 결론적으로, 유명인의 경우 관련 보도의 내용 자체가 공익적 성격을 갖지 않는 한 명예권 보호가 표현행위보다 우선하는 것으로 보아야 한다. 특히 공적 영역과 직접적 관련 없는 사생활 영역이 그러한데, 이 경우에 있어서도 구체적 사안의 특성 및 내용을 고려하지 않는 유형론은 적절하지 않다고 본다. 이승선 교수는 공적 인물 여부를 (i) 사회의 정책 결정, 자원배분 영향력의 측면, (ii) 미디어 접근 자발성의 측면 2가지 기준으로 정리할 필요가 있다고 하면서, 연예인에 대해 다음과 같이 지적하고 있는데, 타당한 견해이다.⁷⁴¹⁾

“위와 같이 연예인은 공무원이나 정치인 등과 같은 부류의 공적 인물 혹은 공인과는 사회적 지위를 달리하고 있고, 언론소송에서도 같은 범주의 공적 인물로 취급되서는 안된다. 미디어에 대한 접근의 용이성이 확보된다고 하더라도 한 사회의 중요한 정책자원의 결정에 참여하거나 영향을 미치는 위치에 있지 않기 때문이다. 연예인은 공적 인물의 한 유형이긴 하지만 엄밀히 말해서 ‘비정치인으로서 공적 인물’이라고 말할 수 있다. 따라서, 공적 인물과 관련한 정치적 표현으로 인해 발생한 인격권 소송에 적용되고 있는 입증부담의 완화를, 연예인들이 청구한 소송에 그대로 적용하는 것은 무리이다. 비정치적인 공적 인물 혹은 비자발적인 공적 인물의 경우, 진실성과 진실오인의 상당성, 그리고 공공성과 공공의 이익을 위한 목적 등을 엄정하게 심판할 필요가 있다.”

라. 소결론

제5장에서 본 바와 같이, 미국의 경우 공인이론의 범위를 확장함으로써 표현의 자유가 대단히 넓게 인정되고 있지만, 이는 표현의 자유만의 문제라기보다는 명예권에 대한 보호를 지나치게 경시하는 것에서 비롯되었다고 보는 것이 더 정확한 표현인지도 모른다. 우리 대법원 판례의 경우 애초에 공익성, 상당성 이론으로 처리하던 영역을 공적 존재, 공적 사

741) 이승선(a)(주 633), 305~309면.

안, 공직자와 같이 세분화해온 바 있는데, 이러한 세분화는 명예훼손법의 역사와 이론의 취지에 비추어 정당하다. 다만 대법원은 왜 그러한 세분화가 필요한 것인지에 대한 기준까지 명확히 제시한 것으로 볼 수는 없는데, 이상에서 살펴본 바와 같이 정치적 표현행위의 문제, 배분적 정의의 문제, 단순한 알권리의 문제 등을 세심하게 구별하여 보다 정교하게 정리될 필요가 있을 것이다.

마. 관련문제 - 혐오표현(hate speech)의 의미

한편, 관련문제로서 혐오표현의 문제를 간략히 살펴보기로 한다. 위와 같은 구별론은 혐오표현의 헌법적 위치를 이해함에 있어서도 중요한 실마리를 제공한다. 제2, 3장에서 자세히 본 바와 같이 seditious libel은 사회적 강자가 사회적 약자의 비판을 억압하는 논리라면, ①(정치적 표현행위)의 유형은 New York Times 판결 이후 역전된 사회적 약자의 사회적 강자에 대한 비판을 허용하는 논리이다. 반면 ②(비정치적, 공익성 사안), ③(비정치적, 비공익성 사안)은 - 그 안에서도 여러 유형이 존재하는 것은 사실이지만 - 전체적으로는 권력의 차원에서 사회적으로 평등한 주체들 간의 문제라면, ④ 혐오표현 규제는 seditious libel의 mirror image, 즉 사회적 약자의 평판을 침해하는 행위를 법률로써 보호하겠다는 것이다. 즉, 혐오표현 규제는 seditious libel과 정반대 구조의 명예훼손적 표현(즉 강→약 v. 약→강)을 규제하는 것이므로, 결국 그 정신에 있어서는 ① 유형의 고려(약→강의 명예훼손 부정)와 일맥상통하는 것이다. 혐오표현이 집단에 대한 명예훼손(group libel)과 연결되는 것은 바로 이러한 측면에서 이해할 수 있다.⁷⁴²⁾

<표 17. ①~③ 유형 명예훼손과 혐오표현에서 의사표현의 상대방>

742) Jeremy Waldron(주 74), pp.34~64.

	① 유형 (정치적 사안)	② 유형 (비정치적, 공익성 사안)	③ 유형 (비정치적, 비공익적 사안)	④ 유형 (혐오발언)
의사표현 상대방	사회적 강자 ↑ 사회적 약자	원칙적으로는 대등한 주체간 의사표현, * 다만 개별사안에 따라 차이가 있 고, 사적 섹터에서의 권력의 문제 등이 있을 수 있음		사회적 강자 ↓ 사회적 약자
비고	sedition libel과 동일 유형 (단, 법률효과는 정반대)			sedition libel 의 반대유형

3. 명예권과 문화의 측면

다음으로, 명예권과 문화적 전통과 관련하여 (i) 명예권 보호 정도에 대한 사회적 합의의 측면, (ii) 명예훼손 개념과 관련한 규범체계의 측면을 보기로 한다. 전자는 명예권에 대해 어느 정도의 보호를 부여할 것인지의 문제이고, 후자는 어떠한 경우 명예훼손을 인정하고 어떠한 경우에는 그렇지 않은지의 문제이다.

가. 고려요소 4. : 명예권 보호 정도에 대한 사회적 합의의 측면

명예권 보호의 정도를 규정한 것은 실정법 체계 이외에도 사회문화적 전통 및 재판문화 등에 의해서도 영향을 받는다는 점은 앞서 본 바와 같다. 이 점과 관련하여서도 (i) 손해배상액의 산정의 문제, (ii) 예외범절의 규범을 어느 정도로 강제할 것인지의 문제 등이 주로 고찰되어야 하고, (iii) 통시적 고찰의 필요성이 지적되어야 한다. 차례로 살펴본다.

(1) 적정한 명예권 보호의 필요성 v. 표현의 자유의 확대 필요성

(가) 개요

우리나라의 경우 개인주의의 전통을 갖고 있는 미국은 물론 유럽국가들에 비해서도 관계적 요소를 중시하는 문화적 전통을 갖고 있다는 점, 다만 우리 재판실무에서 명예 혹은 평판의 취급은 고도로 추상화, 규범화된 것이고, 그 결과 구제수단의 측면에서 손해배상의 액수나 범위도 다소 천편일률적인 경향을 보인다는 점은 앞서 본 바와 같다.

이처럼 우리나라 재판실무에서 이루어지는 명예훼손 사건은 규범적, 추상적 명예 개념에 입각하여 지나치게 평등주의적 경향을 보이면서 명예권에 대한 정당한 보호를 부여하지 못하는 문제가 있다. 물론 이러한 평등주의적 경향이 그 자체로 부당한 것은 아니다. 그와 반대의 경향을 보이는 미국의 명예훼손 재판의 경우 미국 내에서도 많은 비판을 받아왔고, 그러한 비판의 내용을 자세히 살펴보면 비판자들이 제시하는 방향이 마치 우리나라의 제도와 같은 형태처럼 보이는 것도 사실이기 때문이다.⁷⁴³⁾ 하지만 그럼에도 불구하고 우리나라 명예훼손법은 미국 명예훼손법과 정반대의 문제점을 갖고 있는 것이 사실이다.

요컨대, 표현의 자유의 확장을 위하여 그다지 심각하지 않은 명예권 침해에 대해서는 청구기각의 범위를 넓히고(특히 정치적, 공익적 사안의 경우), 다른 한편으로 명예권 침해를 규범적 관점이 아닌 사실적 관점에서 파악하고자 하는 노력을 좀 더 기울여 심각한 명예권 침해의 사안의 경우 실질적인 배상이 이루어지도록 하는 것이 필요할 것이다. 이 점을 다음과 같이 손해배상액의 상한의 측면과 하한의 측면 두 가지 측면에서 살펴보기로 한다.

743) 대표적으로 David A. Anderson(b), "Is Libel Law Worth Reforming?" University of Pennsylvania Law Review, vol. 140, No. 2 (Dec., 1991.); "Rethinking Defamation" 48 Ariz. L. Rev. 1047 (2006.); 그리고 이러한 내용을 소개한 국내문헌으로는, 이광범, "미국 명예훼손법과 그 개혁론 : 미국 명예훼손법 개혁론의 관점에 비추어본 우리나라의 명예훼손법" 서울대학교 석사학위논문 (2000), 개혁론의 핵심적인 내용이 절차의 신속화, 과도한 배상액의 제한, 확인판결(declaratory judgment)의 도입 등인데, 이러한 내용은 마치 우리의 재판실무를 연상시킨다.

(나) Honor와 손해배상액 상한

우선, 앞서 본 바와 같이 우리나라의 경우 명예훼손에 대해 미국과 같이 수억 원 대의 손해배상을 인정하지 않는다. 그러한 차이는 동서양의 문화적 차이 및 우리나라 손해배상제도의 문제 등이 그 원인이라는 점은 앞서 본 바와 같다. 그런데, 그와 같은 사실적 차원에서의 차이점을 차치하고, 규범적 관점에서 평가한다면 어느 제도가 우수하다고 보아야 할까? 우리와 같은 제도의 운용방식은 명예훼손으로 인한 피해가 극심한 상황에서도 피해자가 제대로 된 배상을 받지 못한다는 단점이 있는 반면 표현의 자유의 측면에서도 매우 유리한 제도이다. 우리나라에서도 명예훼손 소송이 갖는 냉각효과(chilling effect)를 얘기하지만 실제로 느끼는 위협의 정도는 미국과 비교하면 사실상 경미한 것이다. 따라서, 우리 명예훼손법이 갖는 장점을 최대한 살리면서 단점을 보완하는 방법은 기존과 같은 방식을 유지하되, 명예훼손으로 인한 피해가 매우 극심할 뿐만 아니라 발화자의 의도 자체가 이미 그러한 결과를 의도한 경우에 한하여 극히 예외적으로 사실적 명예개념을 인정하는 방안이 아닐까 생각된다.⁷⁴⁴⁾

(다) Dignity와 손해배상액 하한

다음으로 손해배상액의 하한의 측면은, 비록 그 경제적 차이는 크지 않지만, 명예훼손법의 이론과 관련하여 매우 어려운 법률적 쟁점들을 안고 있다. 앞서 본 미국의 libel-proof doctrine과 형법학에서 논의되는 규범적 명예개념의 문제인데, 이해를 돕기 위하여 구체적 사안을 토대로

744) 그런 점에서 최근 법원에서 명예훼손 소송에서 위자료 현실화 방안을 구체적으로 논의하는 것은 상당한 의미가 있다(대법원이 2017. 1. 공포한 “불법 행위 유형별 적정한 위자료 산정방안” 참조).

논의를 전개하기로 한다.

① 제1절에서 언급한 상해치사죄를 살인죄로 잘못 보도한 사건(서울중앙지방법원 2011. 10. 14. 선고 2011나25410 사건)에서 우리 법원이 300만 원의 배상액을 인정한 것은 사실적 명예개념이 아닌 규범적 명예개념에 가깝다. 즉 이 사건의 경우 미국과 같이 libel-proof plaintiff doctrine을 적용하였다면 손해배상은 배척되었을 것이다.⁷⁴⁵⁾ 어느 결론이 타당할까? 반면 앞서 본 바와 같이 초등학생 성폭행, 살인범에 대해 ‘살인마’라고 표현한 경우는 어떠한가?

② 독일의 Lebach 판결의 사안처럼 중범죄를 저지른 것은 사실이지만 이미 형기를 마치고 재사회화 과정에 있는 사람에 대해 과거 범죄전력을 밝히는 진술에 대해서는 평판침해를 인정해야 하는가?

③ 유사한 사례로 중범죄를 저지른 전력이 있지만 10여년의 시간이 흘러 사람들의 기억에서 잊혀진 경우 혹은 다른 지역으로 이주하여 새로운 삶을 살고 있는데, 과거 전력을 공표하는 경우는 어떠한가? (③-1)⁷⁴⁶⁾ 만일 중범죄를 저지른 자가 다른 지역으로 이주하여 새로운 삶을 살고자 하지만 이주의 목적 자체가 과거의 전력을 숨기고 그 지역에서 또다른 사기행각을 벌이기 위한 것이었다면 어떠한가? (③-2)

④ 독일 형법학에서 논의되는 사례들 즉 정신지체아에 대해 병신, 애꾸, 걸지도 못하는 놈과 같은 표현을 한 경우는 어떠한가?

이러한 사례들은 각기 사안을 달리하지만 결국 두 가지의 문제로 수렴한다. (i) 그 하나는 평판이 매우 낮은 사람에 대해서도 평판침해를 인정할 것인지 여부와, (ii) 만일 그러하다면 애초에 낮은 평판에 대해 그가

745) 위 사안은 미국식의 논의에 의할 때(제5장 제2절 III. 참조) libel-proof plaintiff doctrine 중 incremental harm(다른 사정들로 인하여 이미 충분히 평판훼손이 있었다면 그에 추가하는 경미한 명예훼손은 유의미한 평판침해를 야기한 것으로 볼 수 없다는 법리)의 법리가 적용될 수 있는 사안이다.

746) 이러한 사안은 최근 우리나라에서도 활발하게 논의되고 있는 “잊혀질 권리(right to be forgotten)”의 문제와도 관련되는 문제이다. 잊혀질 권리에 관한 연구들을 정리한 자료로는, 문재완(b), 잊혀질 권리, 집문당 (2016) 참조.

귀책사유가 있다는 점을 고려할 것인지의 여부이다.

전자의 문제와 관련하여 사실적 개념론에 의하면 위 사례들은 평판 침해 자체가 없다고 보는 것이고, 규범적 개념론에 의하면 그렇지 않다고 보는 것이다. 독일의 내적 명예 개념이나 “우리 모두에게는 최소한 아주 조금이라고 하더라도 선한 면이 있어서, 아무리 나쁜 사람이라고 하더라도 더 나빠질 수 있다”는 Antonin Scalia 판사의 판시내용은⁷⁴⁷⁾ 모두 그러한 입장에 있는 것이다.

후자의 문제는 그러한 판단에 있어서 당사자의 귀책사유를 고려할 것인지의 문제이다. 즉, 범죄자들을 범죄자라고 말하는 것에 대해 명예훼손이 성립하지 않는다고 보는 것과 비교하여 장애인 등 사회적 약자에 대해 장애사실을 비속하게 표현하는 것에 대해 명예훼손이 성립하지 않는다고 보는 것은 차원을 달리한다. 즉 후자보다 전자의 경우 훨씬 거부감이 덜 드는 것은 전자(범죄자)의 경우에는 자신이 초래한 평판 저하인 반면 후자(사회적 약자)는 자신이 책임질 수 없는 사유로 애초의 평판이 낮은 것이기 때문이다. 또한 후자에 비해 전자에 있어서 공익성에 의한 위법성조각사유가 인정되는 경우가 더 많을 것이다(위 ③-2 사안). 결국 이 부분 쟁점은 아래와 같이 (i) 그 모든 경우에 평판침해를 부인하는 입장, (ii) 범죄자 사안의 경우에는 부정하고, 장애인 사안의 경우에만 긍정하는 견해, (iii) 양자 모두에 대해 긍정하는 견해의 3가지 유형으로 분류할 수 있을 것이다.

<표 18. 범죄인, 장애인 유형에 있어서 평판침해 인정 여부>

	1설	2설	3설
범죄인 유형	X	X	O
장애인 유형	X	O	O

1설은 2가지 모두에 대해 사실적 개념설을 취하는 입장이고, 3설은 두

747) Liberty Lobby, Inc. v. Anderson, 746 F. 2d 1069, 1075 (3 Cir. 1988)

가지 모두에 대해 규범적 개념설을 적용하는 입장이며, 2설은 귀책사유 유무에 따라 나누는 견해이다. 미국에서 libel-proof plaintiff doctrine을 강력하게 비판하는 논자들은 아무리 중범죄인이라고 하더라도 그 스스로 소중히 여기는 평판이 있을 수 있고, 특히 수형자들 사회에서의 평판도 있을 수 있음에도 평판 침해를 인정하지 않는 것은 수정헌법 제4조, 제 14조가 정한 적법절차(due process)의 원리, 평등보호(equal protection) 조항에 반하는 위헌적 법리라고 비판하는데,⁷⁴⁸⁾ 이러한 비판론은 3설의 입장으로 볼 수 있다.

형법학의 규범적 명예론 논의 외에 우리나라에서 이러한 내용이 구체적으로 논의된 바는 없지만, 사견으로는 사회적 약자들에 대한 명예훼손에 있어서는 규범적 명예론에 입각하여 평판침해를 인정하고(이러한 입장은 혐오표현 규제론의 논리와 일맥상통하는 것이다), 상습범, 흉악범에 대해서도 원칙적으로는 규범적 명예론을 적용할 것이나 비난의 대상이 되는 행위에 대해 책임이 너무도 커서 그러한 비난을 표현하는 것이 사회상규에 비추어 크게 무리가 없다고 생각되는 경우 평판침해를 부정하는 방안이 타당할 것으로 생각된다. 다만, 그렇다고 하더라도 문제가 되는 사안과 무관한 내용에 대해서는 평판침해를 함부로 부정할 수는 없다고 보아야 한다. 예를 들어서, 살인범에 대해 살인행위를 비난하는 경우는 당해 행위에 대한 비난이 문제되지만 살인범에 대해 가령 불륜관계 등과 같이 다른 차원의 이슈에 대해 언급하는 것은 전혀 다른 문제라고 할 수 있다. 요컨대, dignity적인 개념은 어떠한 개인이 특정한 측면에 과오가 크다는 사실만으로 모든 면에서는 그의 존엄이 부정되어서는 아니된다는 의미라고도 할 수 있을 것이다.

다만 이러한 분류는 원칙적인 유형의 분류이고, 공표한 사실이 진실인지 허위인지, 공익성이 있는 것인지, 원고의 낮은 평판의 원인이 무엇이며, 공표시점과의 시간적 간격은 어느 정도인지 여부 등에 따라 실로 무궁무진한 케이스들이 존재할 수 있다.⁷⁴⁹⁾ 그리고, 우리나라의 경우 이러

748) Evelyn Peyton(주 471), pp.200~213.

한 입장들 가운데 어느 입장을 택할 것인지 여부에 관하여 앞서 언급한 사례들 외에 많은 사례들이 축적되지 않은 것이 사실이다. 그러나 이러한 논의가 매우 적실성이 있는 영역은 최근 찬반 양반이 극단적으로 갈리고 있는 진실적시 명예훼손 폐지 논쟁인데, 이 부분에 대해서는 아래의 제3절에서 살펴보기로 한다.

(2) 공동체의 예의범절 규범의 법적 강제

다음으로, 명예권 보호정도의 문제는 공동체의 예의범절 규범에 대해 어느 정도까지 법이 개입할 것인가의 문제와도 직결된다. 제3장, 제4장에서 본 바와 같이 영미 명예훼손법의 역사에 있어 악의(malice)의 변천과정은 발화자의 주관적 심리상태라는 점에서 이러한 문제와 관련이 있다. 19세기 이전 악의(malice)는 명예훼손 성립의 핵심적인 요건이었으나 20세기에 들어 점차 소멸함에 따라 엄격책임주의(strict liability)로 변모하였다. 이러한 변화는 명예훼손법이 불법행위의 한 유형으로 변모함에 따라 요건사실 자체가 보다 실증주의적으로 변모하였음을 의미하는 것으로(즉 가해자의 발언행위를 단죄하는 하는 것이 아니라 피해자의 평판침해로 인한 손해를 전보하는 것), 특히 미국의 명예훼손 재판은 더 그러한 경향이 강하다.

반면 우리나라의 경우는 그 양상이 다르다. 즉, 우리나라의 경우 명예훼손 소송은 공동체의 예의범절 규범의 강제라는 성격을 좀더 강하게 갖는다. 최근 몇몇 학자들이 지적하고 있는 바와 같이 우리 대법원이 확립한 “악의성, 현저한 상당성 이론”은 그러한 관점에서 이해할 수 있다. 위 이론은 상당성 이론과 달리 원고에 대한 피고의 태도가 고려된다.⁷⁴⁹⁾ 즉, 표

749) 가령 ②유형과 ③-1 유형의 차이는 ③-1 유형은 10년의 시간이 흘러 과거의 중범죄로 인한 평판저하가 소멸하였다고 볼 여지가 있고, 그 경우에는 ②와 달리 사실적 개념설에 의하더라도 평판침해를 인정할 수 있다는 점에서 차이가 있다고 볼 수 있다.

750) 이제우(주 563), 419면 참조.

현의 방식이나 성격, 표현의 적정성이 검토대상이 되며, 감정을 드러내지 않는 중립적인 표현, 인격을 존중하는 어휘의 선택, 과도한 모멸적 표현의 해당 여부 등으로 악의성 여부를 판단한다는 것이다. 이러한 점은 종래 커먼로상의 악의(malice)가 피고의 태도의 문제에 관한 것인 반면 New York Times 판결에서 인정된 현실적 악의(actual malice)는 허위 사실에 대한 인식 여부를 문제 삼으면서 현대화 내지 실증주의적 법이론화된 것에 대비되는 대목이 아닐 수 없다.

또한 우리 대법원은 "...그러나 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."라는 판시하고 있는데(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결, 이러한 판시내용은 앞서 본 "악의성, 현저한 상당성" 법리와도 구별되는 것이다), 이는 사법부에 의해서 예의범절 규범의 법률적 한계가 천명된 예라고 할 수 있을 것이다.

이러한 점은 앞서 본 바와 같이 사실적 명예개념이 아닌 규범적 개념을 취하는 것과 관련되는 것이기도 하다. 명예훼손 피해자들은 명예훼손으로 물질적인 피해를 회복하고자 하는 것이 아니라 가해자에게는 공동체의 예의범절 규범(civility rule)을 관철하고, 피해자에 대해서는 실추된 명예의 회복(vindication, rehabilitation)을 꾀하는 것이다. 즉, 명예훼손 소송은 외견상으로는 원고가 입은 손해에 대한 금전적 배상을 구하고 피고가 방어하는 불법행위 손해배상 소송의 형식을 띠지만, 손해액의 정확한 계산, 사회적 위험의 적정한 배분 등 법경제학적 이념에 의해 지배되는 여타 현대형의 불법행위 사건들과는 그 성격을 전혀 달리한다. 우리의 명예훼손 소송 역시 다분히 공동체 규범의 강제 및 원고의 공동체 구성원적격(standing in the community)의 문제로 보는 관점이 내면에 깊이 뿌리내

리고 있는 것인지도 모른다.

주의할 것은, 위 고려요소 1.(정치적 표현행위의 문제)에서 본 바와 같이 일정한 경우에는 위와 같은 법리에도 예외를 인정할 필요가 있다는 점이다. 앞서 본 박 전 대통령 판결들 역시 바로 위와 같은 관례의 법리를 그대로 적용한 것인데, 이러한 판결이 갖는 이론적 문제점은 모멸적 표현의 한계에 대한 대법원 판결의 법리를 다른 요소들과의 관계에 대한 충분한 숙고 없이 기계적으로 적용한 점에 있다고 볼 수도 있다. 즉, 권력자에 대한 비판적 표현에 있어서는 허용되는 예외범절의 수위도 사안에 따라 조절될 필요가 있다.

(3) 통시적 고찰의 필요성

마지막으로, 명예권 보호의 정도라는 측면에서도 민주주의의 문제와 마찬가지로 통시적 파악의 필요성은 절실하다. 한국사회에서 민주주의가 역동적으로 변모해온 것과 마찬가지로 명예권 보호의 토대가 되는 사회적 환경이나 일반 공중의 의식구조 역시 급격하게 변모하고 있는 것 또한 사실이기 때문이다. 제1절에서 본 바와 같이 우리나라의 경우 명예권이 중시되는 사회적, 문화적 전통을 갖고 있지만, 다른 한편으로 그러한 공동체적, 집단주의적 문화가 급속하게 변모하고 있는 것 또한 사실이다. 21세기의 한국의 상황은 유교적 문화가 사회저변에 깊숙이 산재하여 존재하는 한편, 공동체문화가 급속히 해체되면서 서구 역사에서 구현된 것과 전혀 다른 의미에서 개인주의 문화가 급속히 확산되는 다면성을 보여주고 있다고 할 수 있다. 또한 서구의 그 어떤 나라보다도 빠른 속도로 확산되는 인터넷문화, SNS 등 새로운 매체의 발달은 명예권 보호의 측면에서 과거와는 전혀 다른 새로운 문제점들을 제기하고 있다. 명예훼손법의 적용에 있어서 바로 이러한 변화들은 끊임없는 숙고와 성찰의 대상이 되어야 한다는 점에 대해 긴 설명을 요하지 않을 것이다.

나. 고려요소 5 : 명예 혹은 평판 개념(혹은 명예훼손의 개념)에 대한 규범체계의 측면

(1) 개요

다음으로, 명예훼손을 구성하는 사회문화적 가치체계 내지 규범체계라는 측면에서 본다. 반복하여 언급한 바와 같이 명예권 내지 명예훼손의 개념은 공동체가 공유하는 가치관이 반영될 수밖에 없다. 즉, 명예훼손의 성립 여부는 사회적 규범체계를 떠나서 판단할 수 없는 것이다. 나아가 그러한 가치관 내지 가치체계 역시 시간의 흐름에 따라 변화하는 것이기도 하다. 영미권 특히 영국의 경우 1,000년이 넘는 명예훼손법의 역사를 갖고 있고, 그러한 역사는 실로 다양한 사례들과 역사적 변천을 보여주고 있다. 우리나라의 경우 명예훼손법의 역사 자체가 일천하여 그러한 점에 대한 문제의식 자체가 크지 않지만, 향후 사례가 축적됨에 따라 위와 같은 문제에 대한 인식들은 점차 증가할 것으로 생각된다.

(2) 사회적 평판 저하 이외의 부가적 요건의 필요성 여부

이와 관련하여, 영미권, 일본 등에서 논의되는 내용 중 하나는 명예훼손을 인정함에 있어서 규범적, 도덕적 요소의 제한이 필요한 것인지의 여부이다.⁷⁵¹⁾ 미국의 경우 평판의 저하만으로 명예훼손이 성립하는 것은 아니고, 문제된 진술이 상대방에 대한 도덕적 비난(moral opprobrium)의 의미를 갖는 경우에만 명예훼손이 성립한다고 보는 것이 통설적인 설명이다.⁷⁵²⁾ 일본의 경우 유사한 논의로서 개인의 인격적 가치와 무관한 내용을 적시한 경우에도 명예훼손이 인정될 수 있는지의 문제가 있다. 통

751) 이 점에 대해서는 제4장 제2절 I. 2. 라항(단순한 평판침해와의 차이점) 부분에서 이미 살펴본 바 있다.

752) M. Franklin 외 2(주 286), p.172.

설과 주류적인 판례는 그러한 경우에도 명예훼손이 인정된다고 하고, 판례 가운데에도 동성애에 관한 발언,⁷⁵³⁾ 정신장애자에 관한 발언⁷⁵⁴⁾ 등에 관하여 명예훼손을 인정하였다. 반면 高知地判1992(平成4)年3月30日 판결은 피차별부락출신이라는 발언이 명예훼손이 되는지 여부가 문제된 사안에서 법원은 “그러한 것은 사생활에 관한 사실일 뿐 원고에 관하여 사회적 평가를 저하시키는 성질을 갖는 것으로 볼 수 없다”고 판시하면서 명예훼손을 부정하였다. 이러한 판시는 명예훼손에서 말하는 사회적 평가는 인격가치와 관련된 것으로 한정하는 입장을 취한 것으로 볼 수 있다.⁷⁵⁵⁾

이와 같이 볼 경우 명예훼손법의 보호대상이 “사회로부터의 객관적인 평판”이라고 말하는 것은 다시 한 번 맞지 않은 것이 된다. 즉 명예훼손은 모든 객관적 평판저하에 관한 것이 아니라 그 사회의 규범체계와 관련하여 도덕적으로 비난가능성이 있는 것들 혹은 인격가치와 관련된 것으로 제한되는 것이고, 그러한 가치판단과 무관한 사항들에 대해까지 무제한적으로 인정되는 것은 아니라고 할 수 있기 때문이다.

(3) 우리나라의 사례들

우리나라의 경우 근대적인 명예훼손법의 역사가 일천하여 많은 사례들이 축적된 것은 아니지만 그러한 사례들이 전혀 없는 것은 아니다. 가령 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도5296 사건은 혼전임신에 관한 발언의 명예훼손성 여부가 문제된 사안이었는데, 1~3심 모두 명예훼손을 인정하였다. 위 판결의 하급심(창원지방법원 2012. 8. 22. 선고 2011고단442 판결) 역시 우리나라의 거의 모든 판결들이 그러하듯이 문제의 진술이 왜 명예

753) 東京高判 2006 (平成18) 年10月18日 判時1946号48항, 佃克彦, 前掲書, 7면에서 재인용.

754) 宇都宮地枳木支判 1958 (昭和33) 年2月28日 下級裁判所民事裁判例集9卷2護344항, 佃克彦, 前掲書, 7면에서 재인용.

755) 佃克彦, 前掲書, 7면.

훼손에 해당하는지 여부에 대한 판단 없이 “살피건대, 피고인이 당시 피해자 C가 결혼 전에 임신 하였다거나 (중략) 공표한 사실은 명백하다. 피고인의 그와 같은 발언은 피해자들에 대한 사회적 평판을 저하시킬 만한 구체적인 사항에 해당한다”는 취지로 판시하면서 명예훼손을 인정하였다. 그런데, 이러한 판시에는 다음과 같은 두 가지 문제가 있다.

첫째, 혼전 임신에 대한 사회적 인식은 급속도로 변화되고 있는 점을 고려할 때 과연 그러한 발언으로 인하여 사회적 평가가 훼손되었다고 볼 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 간통죄 위헌 판결에서 확인할 수 있는 바와 같이 우리나라의 성과 순결에 관한 관념은 급속도로 변화하고 있는 점에 비추어 위 사안은 달리 볼 여지도 있을 것이다.

둘째, 보다 중요한 점으로는 위와 같이 사회적인 평가가 엇갈릴 수 있는 사안에서 법원이 명예훼손을 인정한다면 유사 사안에서 사회적으로 낙인찍는 효과도 존재한다는 점 또한 중요하게 고려해야 할 것이다. 앞서 언급한 바와 같이 미국 판결 가운데에는 동성애 관련 발언이 명예훼손이 될 수 없다고 판시하면서 그 이유로 “동성애자들에 대한 편견이 아직도 도처에 존재하는 것은 사실이다. 하지만 그렇다고 법원이 동성애자를 저급한 부류로 인정하는 판결을 할 수는 없다”고 판시한 사례가 있다.⁷⁵⁶⁾ 위 대법원 판결과 관련하여 양재규 변호사도 위 미국 판결과 같은 취지로 다음과 같은 의견을 밝힌 바 있다.⁷⁵⁷⁾

“한편, 비윤리적 행동의 공개를 명예훼손의 범주에 포함시키는 데에는 또 다른 측면의 문제도 있다. 흔히 명예훼손이라 평가받는 행위나 대상은 나쁘거나 부정적인 것이 되기 마련이다. 그런데 이번 사건처럼 일부 사람들이 나쁘게 느끼거나 부정적으로 인식한다고 해서 법원에서 명예훼손이라고 곧장 판단해 버리면 어떻게 될 것인가. ‘혼전임신 = 나쁜 것’이라고 공식적으로 인정하는 셈이 되는 것이다. 물론, 우리나라 상당수의 기독교인들은 혼전임신 내지 혼

756) 645 F. Supp. 2d 258 (S.D.N.Y. 2009), 321 F. Supp. 2d 130 (D. Mass. 2004)

757) 양재규, “명예훼손은 좁게, 사생활 보호는 넓게”, 언론중재 2013년 봄호.

전성관계를 부도덕하다고 여긴다. 그러나 사회적으로는 그렇게 인식하는 것 같지 않다. 이런 사회 일반의 인식이 옳다면 혼전임신 사실의 공표는 명예훼손이 아니라고 보아야 할 것이다. 사회 내 특정 그룹에 속한 사람들에게는 부도덕하거나 심지어 최악일 수 있지만 나머지 사회 일반인들에게 그것은 별일 아니기 때문이다.”

위 사안과 유사한 맥락에서 문제되는 것이 바로 동성애 관련 발언의 명예훼손 성립 여부이다. 앞서도 언급한 바와 같이 미국의 경우 백인을 흑인라고 부르는 경우에 대해서는 20세기 중반을 거쳐, 동성애 관련 발언의 경우에 대해서는 최근에 법원의 입장이 변경된 바 있는데, 우리나라 법원 판결들의 경우에는 아직까지도 동성애자 관련 발언을 명예훼손으로 인정하고 있다. 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도5077 판결은 다음과 같이 판시하였다.

“원심판결의 이유에 의하면, 원심은 그 설시의 증거를 종합하여, 사실은 피해자가 동성애자가 아님에도 불구하고 피고인은 인터넷사이트 싸이월드에서 7회에 걸쳐 피해자가 동성애자라는 내용의 글을 게재한 사실을 인정한 다음, 현재 우리사회에서 자신이 스스로 동성애자라고 공개적으로 밝히는 경우 사회적으로 상당한 주목을 받는 점, 피고인이 피해자를 괴롭히기 위하여 이 사건 글을 게재한 점 등 그 판시의 사정에 비추어 볼 때, 피고인이 위와 같은 글을 게시한 행위는 피해자의 명예를 훼손한 행위에 해당한다고 하여 피고인을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하였는바, 위의 법리 및 기록에 비추어 이러한 원심의 판단은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 채증법칙 위배, 심리미진 또는 명예훼손죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.”

그러나, 위와 같은 판단 역시 시간의 흐름과 그에 따른 사회적 관념의 변모에 따라 변경될 가능성이 매우 높을 뿐만 아니라, 앞서 언급한 바와 같은 낙인효과에 비추어 조속히 변경될 필요가 있을 것이다.⁷⁵⁸⁾ 이러한

758) 참고로, 일본에서도 이혼녀가 명예훼손이 되는지 여부와 관련하여 유사한

점은 명예훼손 개념과 규범체계의 측면에서 문제될 뿐만 아니라 소수자 보호라는 인간 존엄의 측면의 문제이기도 한데, 우리나라에서는 아직 그러한 측면에 대한 인식이 매우 부족한 것이 사실이다.

4. 당사자의 주관적 사정 등

마지막으로, 당사자의 주관적 사정과 관련하여 당사자의 도덕성의 측면과 당사자의 주관적 지위의 문제를 살펴보기로 한다.

가. 고려요소 6 : 당사자의 도덕성

(1) 문제의 소재 : 당사자의 도덕성이 문제되는 맥락

우리나라 재판실무에서 당사자의 도덕성(혹은 당사자의 인격 내지 인간성)이 간접적으로 결론에 영향을 미친다는 사실은 비단 명예훼손 소송에 국한하는 것은 아니다. 따라서, 이러한 문제는 매우 중요한 문제일 수밖에 없는데, 그럼에도 불구하고 법이론가들 사이에서 이러한 문제에 대해 본격적인 연구는 사실상 전무하다. 주의할 것은 당사자의 도덕성의 문제는 법과 도덕의 문제와는 완전히 다른 문제라는 점이다. 법철학사에서 길고도 오랜 논쟁의 핵심 주제는 법과 도덕의 관계인데, 그러한 주제는 법과 도덕 규범의 관계(부도덕한 법도 법이라고 할 수 있는지) 혹은 재판결과와 도덕규범의 관계(판결의 결론이 우리의 도덕관념에 부합하는지 여부)의 문제일 뿐 법 혹은 재판과 당사자의 도덕성에 관한 문제는

논의가 있었다. 이와 관련하여 東京地判 2013 (平城) 年12月24日 (判時2219號81항)은 여성 텔런트가 이혼 위기에 처했다는 기사가 명예훼손인지 여부가 문제된 사안에서 “이혼에 관한 사실은, 이혼하는 부부가 적지 않은 자금의 사정에 비추어 그 직접적인 원인이 무엇인가와 관계없이 그러한 보도로 당사자의 사회적 평가가 저하된 것으로 보기 어렵다”고 판시한 바 있다. 佃克彦, 前掲書 9면에서 재인용.

아니다.⁷⁵⁹⁾

미국의 경우 인격에 관한 증거(character evidence)의 법칙은 재판에서 당사자의 도덕성의 문제가 개입되는 것을 막기 위한 장치로서의 의미를 갖는다. 즉 미국법의 경우 사실인정에 있어서 인격에 관한 증거(character evidence)는 배제되는 것이 원칙이므로, 오로지 발언 내용 자체의 명예훼손성 여부를 놓고 배심원들이 공방을 벌이는 것이 원칙이다.⁷⁶⁰⁾ 반면 우리나라의 경우 발언 내용 자체도 물론 중요하지만 당사자의 도덕성 여부가 실질적인 다툼이 되는 경우가 비일비재하다. 법이론의 측면에서 볼 때 당사자의 도덕성은 법이 정한 권리와 의무의 문제를 우선할 수 없다고 보아야 한다(원고가 파렴치한이라는 이유로 대여금 청구를 기각할 수 없음을 상기할 것). 그럼에도 불구하고 우리의 재판실무에 있어서는 (특히 불확정개념이 요건사실이 되는 사건에 있어서는) 때때로

759) 양자는 다음과 같이 구별되는 것이다. 즉 법과 도덕의 문제는 법 혹은 판결이 우리의 도덕관념에 부합하는지의 문제라면, 도덕성의 문제는 당사자의 도덕성이 재판결과에 반영되어야 하는지의 문제이다. 제1장 각주 22에서 언급한 바와 같이 Ronald Dworkin은 「법의 제국」 제1장에서 Riggs v Palmer, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1899) 판결을 법과 도덕 내지 법과 원리의 관계를 설명하기 위한 예로 들고 있다. 즉, 상속인이 피상속인을 살해하였을 때 상속적격이 상실된다는 법률이 존재하지 않음에도 불구하고 법원이 “아무도 자신의 잘못으로부터 이득을 취해서는 안된다”는 도덕원리에 입각하여 상속권을 부인한 것은 법과 도덕의 관계에 관한 설명이다. 그런데, 만일 상속인이 피상속인을 살해한 것이 아니라 수많은 사람들을 살해한 연쇄살인범인 경우에도 상속권을 인정할 것인지의 문제로 제기되었다면 이는 법과 도덕의 문제라기보다 법과 당사자의 도덕성의 문제라고 할 수 있을 것이다.

760) 다만 미국에서도 유사한 문제가 전혀 없는 것은 아니다. Richard Posner에 의하면 미국 재판에 있어서도 판결에 있어서 직관이 작용하는 부분이 매우 크다는 것이고, 이러한 점은 어찌보면 보편적인 현상이라고 볼 수도 있기 때문이다. Richard Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press (2008) [백계문, 박종현 역, 법관은 어떻게 사고하는가, 한울 (2016)] 제4장 “입법하는 법관의 심리” 부분 참조. Richard Posner는 다음과 같이 말한다(위의 책 169면). “...확실히 법규주의가 중요하기는 하나 그것이 전부는 아니다. 왜냐하면 법은 법규주의로 다 설명될 수 없기 때문이다. 공표된 판결문에는 법관이 판결에 이른 진정한 이유가 드러나 있지 않은 경우가 종종 있다. 그럴 경우 그 진정한 이유는 법관의 무의식에 묻히게 된다.”

법적인 관점에서의 권리, 의무를 확정하는 것을 도덕성의 문제로 치환해 버리는 문제가 나타나고 있다(쉽게 말해서 누가 더 좋은 사람인지에 따라 청구인용 여부를 결정하는 문제). 즉 우리나라의 재판실무는 도덕성이 실제로 필요한 이상으로 드러나는 “도덕성의 과잉”의 문제가 존재한다. 이러한 도덕성의 과잉 문제는 명예훼손 소송에만 국한하는 문제가 아니라 재판 일반에서 드러나는 현상이지만, 특히 명예훼손 재판과 같이 불확정개념이 지배하고 고려요소가 다양한 경우 두드러지는 측면이 있다.

(2) 명예훼손 소송에서 원, 피고의 도덕성이 문제되는 맥락

명예훼손 소송에서 이러한 당사자의 도덕성을 구체적으로 보면, 다른 민사재판과는 다소 다른 양상으로 나타난다는 사실을 알 수 있다. 이를 원고와 피고의 양측으로 나누어 살펴보기로 한다.

(가) 원고의 도덕성

우선 원고의 도덕성을 먼저 본다. 원고의 도덕성이 문제되는 국면은 크게 다음과 같은 3가지 유형으로 나눌 수 있다.

① 첫 번째 경우는 그 자체가 요건사실이 되는 경우이다. 가령 문제의 진술이 “원고는 사기꾼, 파렴치한이다”라는 것이라면, 원고가 사기꾼, 파렴치한인지 여부는 사건의 핵심 쟁점이 된다. 즉 그것이 사실인지 여부에 따라 진실/허위사실이 문제되므로 명예훼손의 성립, 위법성 조각사유의 인정 등 결론에 영향을 미친다. 인격에 관한 증거 제출이 금지되는 미국에서도 이러한 경우에는 증거제출이 허용되는 것도 바로 이 때문이다.⁷⁶¹⁾

761) Federal Rule of Evidence 405 (b) By Specific Instances of Conduct. When a person's character or character trait is an essential element of a

② 다음으로 문제의 진술이 “원고가 최근 회사 자금을 횡령하였다”는 것이라면, 원고의 도덕성 내지 인격에 관한 증거들(평소 행실이나 인간성에 관한 증거들)은 정황증거에 불과하다. 미국의 경우 이러한 사안에서 당사자의 인격에 관한 증거의 제출 여부가 엄격하게 규율된다. 이와 관련한 미국의 증거법은 매우 복잡한데, 간략하게 요약하면 다음과 같다. 즉, 원고의 일반적 인격(*general character*)에 관한 증거는 배척되고, 사건과 무관한 구체적 악행(*specific bad act*)의 증거 역시 배척되며, 다만 사건과 직접적 관련된 악행의 증거는 제출이 허용된다는 것이다.⁷⁶²⁾ 이러한 미국 증거법의 태도는 배심원의 편견을 배제하기 위한 것이기도 하지만 심리를 오직 당해 사안에 집중함으로써 평소 비도덕적인 당사자도 법률이 정한 권리를 함부로 박탈당하게 하여서는 아니된다는 법이념이 깔려 있는 것이다. 반면 우리나라의 경우 정황증거들이 무한정 제출되고, 그러한 정황증거들이 재판의 결론에 영향을 미치게 되는데, 이러한 상황에서 쌍방 대리인들은 그 상대방의 평소의 모든 악행에 관한 증거를 집요하게 제출하고 그러한 증거들은 결국 법원의 최종 판단에 영향을 미치지 않을 수 없는 것이다.

③ 또다른 유형으로 문제의 진술이 “원고는 동성애자이다”라거나, “원고는 정신장애자이다”라는 진술의 경우 미국이건 한국이건 도덕성의 증거는 명예훼손성 여부와 직접적 관련이 없다. 이 경우에도 미국에서는 제출이 금지되고, 우리나라의 경우 비록 증거제출에 아무런 제한이 없지만 그와 같은 증거가 제출되더라도 결론에 큰 영향을 미치지 않는 것이다.⁷⁶³⁾

실무상 가장 많이 문제되는 것이 바로 ②의 유형이고, 그러한 유형에

charge, claim, or defense, the character or trait may also be proved by relevant specific instances of the person's conduct.

762) Rodney Smolla(b)(주 33), §9:60~9:63.

763) 다만 이러한 증거들이 판사의 무의식에 부정적인 영향을 미칠 가능성을 배제할 수 없을 것이다. Richard Posner(주 760), 141면, 169면 등도 유사한 지적을 하고 있다.

있어서 우리 재판실무는 당사자의 도덕성 내지 인간성이 필요 이상으로 과잉 노출되는 문제를 보이고 있다. 미국의 경우 증거법상 평판(reputation)에 대한 증거와 인격(character)에 관한 증거를 엄격히 구별하여 실제적 손해배상(actual damages)이 문제되는 사안에서는 전자에 관한 증거 위주로 심리를 하고, 후자의 증거는 엄격한 요건하에만 제출이 허용되는 것이 원칙인 반면⁷⁶⁴ 우리나라의 경우 앞서 본 바와 같이 평판(reputation)에 대한 증거조사는 이루어지지 않고, 인격(character) 즉 당사자의 도덕성에 대한 증거들은 맥락 없이 제출되는 것이 현실이다(구체적 사례는 아래에서 다시 살펴본다).

<표 19. 명예훼손법상 평판침해 판단 방법 - 미국과 한국의 비교>

	reputation 저하 심리 여부 (actual damages 사안의 경우)	character evidence
미국	O	X - (단, 예외 있음)
한국	X	O

(나) 피고의 도덕성

다음으로 피고의 도덕성은 발화자의 동기의 문제와 관련된다. 우리나라의 명예훼손법에서 피고의 도덕성이 문제되는 경우는 다음과 같다.

① 우선 요건사실을 구성하는 경우이다. “비방의 목적”의 문제가 그것인데, 형법 제309조, 정보통신망법 제44조의7, 제70조에서 이를 명시적으로 규정하고 있는데, 이는 피고가 부정한 의도로 표현행위를 한 경우에 한해 형사처벌을 인정하겠다는 취지이다(형법 제309조,⁷⁶⁵ 정보통신망법

764) Rodney Smolla(b)(주 33), §9:60~63.

765) 형법 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손) ① 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자

제44조의7 등). 그런데, 비방의 목적은 초과주관적 요건이므로 요건사실의 해석의 문제이지만, 사람의 내면에 관한 것이어서 명확한 증거가 없는 한 당사자의 인격에 관한 증거들이 간접적으로 영향을 미칠 수밖에 없다. 즉 피고의 평소의 행실이나 태도 등이 그러한 요건 사실 판단에 간접적인 영향을 미치는 것이다.

② 다음으로 비방의 목적은 요건 사실이 아닌 경우에도 명예훼손법의 판단에 있어서 매우 중요한 기능을 한다. 대법원은 “형법 제307조 제2항의 명예훼손죄에 있어서의 범의는 그 구성요건사실 즉 적시한 사실이 허위인 점과 그 사실이 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이라는 점을 인식하는 것을 말하고 특히 비방의 목적이 있음을 요하지 않는다.”라고 판시하지만,⁷⁶⁶⁾ 다른 한편으로 “비방의 목적은 공익적인 목적과 상호 배치되는 것이라고 판시하여⁷⁶⁷⁾ 결국 비방의 목적이 있었는지 여부는 공익성이라는 위법성 조각사유의 인정 여부와 관련된다. 그리고 비방의 목적이 있었는지 여부는 제반사정을 종합하여 판단해야 한다는 것이므로,⁷⁶⁸⁾ 결국 당사자의 인간성에 관한 증거들은 간접적으로 위법성 조각사유의 성립 여부의 판단에 영향을 미치지 않을 수 없다.

③ 앞서 언급한 바와 같이 최근 우리 대법원이 확립하고 있는 “악의

는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

766) 대법원 1991. 3. 27. 선고 91도156 판결 등 다수.

767) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도8812 판결 등 다수.

768) 위 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도8812 판결 “사람을 비방할 목적이 있는지 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 하는데, 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하고, 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회 집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이고, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다.”

성, 현저한 상당성” 이론은 피고의 원고에 대한 태도가 문제되는 것인데, 그러한 판단에 있어서도 결국 피고의 도덕성이 직, 간접적으로 영향을 미치지 않을 수 없다. 앞서 본 바와 같이 19세기 이전 영미법은 악의(malice)를 명예훼손의 성립요건으로 삼음으로써 가해자의 태도를 문제 삼다가 20세기 이후 그러한 요건을 소멸시킴으로써 피해자의 손해(즉 평판 침해)에 대한 배상의 의미로 전환하였다. 그리고 20세기 후반 공인이론에서 말하는 현실적 악의(actual malice)는 허위사실에 대한 인식 여부를 보는 것이므로 19세기 이전의 악의(malice)와는 그 의미가 다르다. 이러한 변화는 보다 실증주의적 관점에서 명예훼손법을 일반 불법행위의 한 유형으로 이해하는 것인데, 최근 대법원 판례가 확립한 “악의성, 현저한 상당성” 법리는 오히려 피고의 태도를 보겠다는 것이므로 영미 명예훼손법의 방향과 대비된다. 그리고 이러한 영미법과 우리 대법원 판례의 차이점은 문화적 차이를 반영하는 것이라고 말할 수 있을 것이다.

<표 20. 명예훼손법상 피고의 태도에 관한 영미법과 한국법의 역사적 변천>

	19세기 이전	20세기 초	20세기 후반
미국	malice - 해의(害意)	- malice 소멸 - 평판 침해가 문제	- 공인이론의 actual malice - 허위사실 인식 여부
		20세기 후반	21세기
한국	-	- 상당성 이론 - 평판침해 및 주의의무	- 악의적 태도 고려 - 영미법의 19세기적 사고 - 공동체 예의범절 강제

(3) 사례들

몇 가지 사례들을 보기로 한다.

① 의정부지방법원 고양지원 2016. 8. 22. 선고 2015가합72705 판결(서울고등법원 2017. 10. 27. 선고 2016나2061724 판결)은 언론사에서 유치원의 성추행 의혹을 보도한 것이 문제된 사안이다. 피고 언론사는 원고 유치원에서의 아이들에 대한 성추행 의혹을 보도하였고, 원고 유치원은 그러한 보도내용이 사실이 아니고, 원고 유치원의 명예를 훼손하였다는 이유로 피고 언론사, 피고 제보자 등을 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다. 피고 언론사는 물론 보도 내용이 사실이며, 사실이 아니라고 하더라도 공익성, 상당성 법리에 따른 위법성 조각을 주장하였다. 관련하여 유치원 관계자들에 대한 형사사건이 있었고, 민사판결문만 해도 수십면에 이르는 이 사건의 사실관계는 매우 복잡하지만 결국 법원은 피고들의 손해배상책임(각 4,000만 원, 2,000만 원)을 인정하였는데, 그 이유는 성추행의 피해자라고 주장되는 어린이의 어머니인 피고 제보자가 성추행 사실이 명확하지 않고, 단지 자신의 아이가 유치원에서 잘 적응하지 못하는 것에 대한 화풀이로 일부 사실을 과장하여 제보한 사실 등이 드러났기 때문이다. 즉 이 사건의 법적 쟁점은 결국 피고 2의 제보에 의한 보도가 사실인지 여부, 원고의 명예를 훼손하는지 여부인데, 그 다툼의 양상은 결국 원, 피고 가운데 누가 더 도덕적으로 비난받을 방식으로 행동하였는지가 그 대상이 되는 경향이 매우 농후하다.

② 서울남부지방법원 2012. 2. 23. 선고 2010가합23150 판결은,⁷⁶⁹⁾ 모 방송국에서 원고들이 운영하는 휴게소의 종업원이 원고들로부터 폭력과 학대를 당했다는 취지의 방송을 한 것이 원고들에 대한 명예훼손이 되는지 여부가 문제된 사안이다. 재판부는 방송내용이 사실과 다를 뿐만 아니라 오로지 시청자들의 호기심을 자극하여 시청률을 높일 목적에서 제대로 된 사실관계 확인조차 하지 않고 보도를 하였다고 판시하면서 이례적으로 1억 5,000만 원이라는 거액의 손해배상액을 인정하였다. 즉 법원은 피고 언론사의 보도 동기가 매우 불순하다고 판단한 것이다. 동 판결

769) 서울고등법원 2013. 1. 11. 선고 2012나28808 판결에서 항소기각되고, 쌍방 상고하지 않아 확정되었다.

역시 판결문만 수십 면에 이르는 복잡한 사실관계를 배경으로 하는데, 이러한 사안의 경우 실제 재판에서는 보도 내용의 명예훼손성, 사실성도 중요하지만 결국 두 당사자 중 누가 더 도덕적으로 비난받을 방식으로 행위한 것인지가 실질적인 다툼이 되는 측면이 강하게 존재한다.

③ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004도1497 판결은 형사사건이지만 매우 흥미로운 사안이다. 피고인은 A사와 상품공급계약을 체결하고 A사로부터 제품을 공급받아 판매하여 왔는데 A사가 거래 대리점들과 충분한 상의 없이 B사에게 제품의 판매권을 넘기고 불공정한 약관을 들어 피고인과의 계약을 일방적으로 해지하였다. 이에 피고인과 A사 사이에 분쟁이 발생하였는데 피고인은 “A사는 밀실정책의 대표 회사이고, 인간의 최소한의 양심과 도덕성은 하수구에 처박아 넣은 지 오래되었으며, 지켜야 할 법도 저버리면서까지 같이 살아가야 하는 공생의 법칙도 어기고 자신의 이익을 위해서 상대방을 배려하는 모습은 어디에도 찾을 수 없다.”는 취지의 글을 국회의원, 언론사에 제보하고, 다른 제약회사 등 11곳의 홈페이지에 게재하였다. 이러한 사실관계 하에 법원은 “피고인이 작성하여 게재한 글의 내용이 진실한 사실로서 공소의 주식회사의 시정되어야 할 부분이 일부 포함되어 있기는 하나, 공소의 주식회사를 비방하는 취지가 그 내용의 주조를 이루고 있는 점, 위 사건과 관련되어 있는 자들뿐만 아니라 불특정 다수인들이 볼 수 있는 정치인이나 언론사 또는 위 공소의 주식회사와 경쟁관계에 있는 다른 제약회사의 홈페이지에 게재한 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 위와 같은 내용의 글을 게재한 것이 형법 제310조 소정의 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다고 할 수는 없다”고 판단하였다.

④ 서울남부지방법원 2012. 9. 27. 선고 2011가합10564 판결(확정)의 사안은 그러한 문제가 집중적으로 다루어진 사안이다. 원고는 유수의 대기업이고 피고는 영세한 인터넷 언론사인데, 피고 언론사는 1년 가까운 기간 동안 원고 회사의 내부 비리에 관한 보도를 유독 집중하여 보도하였다. 그런데, 원고의 주장에 따르면, 피고 언론사가 것처럼 원고 회사의

비리를 집중보도한 것에는 부정적인 의도가 있었다는 것이다. 즉, 우리나라 인터넷 언론사들은 대기업으로부터 협찬금, 찬조금 명목으로 금전적 지원을 받으면서 우호적인 기사를 작성해주는 관행이 존재하는데,⁷⁷⁰⁾ 위 사건에서 원고 회사는 피고 언론사에 대해 그러한 협찬금 지급 요청을 거부하였고, 그 이후 피고 언론사는 원고 회사에 관한 부정적 보도를 집중하였다고 주장하였다. 다만 1심에서는 그러한 점에 대한 입증이 충분하지 않아 문제된 기사들 상당 부분은 위법성 조각이 인정되었고, 항소심에서 원고가 그 부분을 집중적으로 입증하자 피고 언론사가 항소를 취하하여 사건은 1심으로 종결되었다.⁷⁷¹⁾

(4) 분석

이 부분은 다음과 같이 공익성 항변이 배척되는 경우와 성공하는 경우의 두 가지로 나누어 분석해 보기로 한다.

770) 이러한 사이버언론의 문제 내지 기업의 언론사에 대한 협찬금, 찬조금 등이 최근까지도 여전히 문제되고 있다는 점은 공공연한 사실이다. 한국기자협회의 2015. 3. 18.자 기사는 다음과 같이 보도하고 있다. (마지막 방문 2018. 7. 23.)

http://www.journalist.or.kr/news/article_print.html?no=36014

“언론환경 악화로 경쟁이 격화되면서 기업에 대한 광고·협찬 강요는 비정상적인 방식으로 이루어지고 있다. 2013년 한국광고주협회 조사에 따르면 강압적 협찬 요구가 연간 10회 이상 발생하는 경우는 72.5%에 달했다. 협찬 금액도 회당 1000만원에서 5000만원까지가 50%, 1억원 이상인 경우도 8.3%를 차지했다. 광고·협찬을 의식하는 언론사의 부적절한 보도 행태는 어제 오늘 일이 아니다. 양상은 대개 두 갈래로 나뉜다. 기업 공격형 기사를 무차별적으로 쏟아내며 광고를 요구하는 경우, 주요 광고주인 대기업을 의식해 언론사가 스스로 기사를 톤다운시키거나 띄워주기식 보도를 하는 경우다.”

771) 1심에서 문제된 기사들 64건 가운데 3건에 대해 명예훼손이 인정되었는데, 원고 회사는 그나마 일부 명예훼손이 인정되었다고 보아 항소하지 않은 상태였던 관계로(즉 부대항소만을 제기함) 피고 언론사의 항소취하로 사건이 확정되었다.

(가) 공익성 항변이 배척되는 경우

공급사의 비리를 필요한 정도를 넘어서 수 많은 당사자들에게 제보한 점을 들어 그 의도가 공익적인 것이 아닌 상대방 비방에 있다는 취지의 위 ③번 판결에 대해 박경신 교수는 다음과 같이 비판한다.⁷⁷²⁾

“위 판례에서 너무 많은 사람들이 부정적 평판을 가지게 된다고 해서 공공의 이익이 부인된다는 것은 납득이 가지 않는다. 공익성의 항변은 사안이 중요하니 여러 사람에게 알려야 한다는 취지에서 존재하는 것인데, 너무 많은 사람들에게 알려져서 공익성이 부인된다는 것은 공익성 항변의 존재이유에도 어긋나고 표현의 자유의 보호 취지인 사상의 자유시장 이론에 정면으로 대립한다.”

문제의 본질은 다음과 같은 점에 있다. 즉, 발언 내용의 공익성, 상당성(나아가 진실성)과 상대방 비방에 대한 의도가 중복하여 존재하는 경우 명예훼손을 인정할 것인지의 여부이다. 추측건대, 위 ③번 판결은 인격에 관한 증거 배제의 법칙이 적용되고, 대체적으로 진실항변이 인정되는 미국에서였다면 명예훼손이 인정되지 않았을 가능성이 있다. 반면 우리 재판실무는 발언 내용 자체만을 보는 것이 아니라 발언의 경위, 동기, 목적 등을 종합적으로 고려한다는 점에서 미국과는 그 접근법이 다르다. 대법원은 “적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다”는 법리를 확립하고 있는데,⁷⁷³⁾ 그 반대해석상 “비방의 목적이 있다면 공공의 이익이 부인된다”는 논리가 성립한다. 류영재 판사는 “형법 제310조에 대한 해석 중 전자의 것처럼⁷⁷⁴⁾ 표현이 공공의 이익에 관한 것인지 아닌지를 객관적 내용만을 기

772) 박경신(a), 표현·통신의 자유, 논형 (2013) 60면.

773) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결 등 다수.

774) “...그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하며, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공

준으로 판단하는 것이 아니라 표현한 자의 주관적 사정도 고려하는 것은 재고해 보아야 한다”라고 주장한 바 있는데, 이러한 주장 역시 박경신 교수의 주장과 같은 맥락에서 이해할 수 있다.⁷⁷⁵⁾

동기가 불순하다는 것은 발화자의 일반적인 인격에 관한 것은 아니지만 당해 사안에서 발화행위에 비난 가능성이 있다는 것으로, 발언내용의 객관적 내용과 구별되는 문제이다. 그런데 우리 명예훼손 재판실무는 그러한 발화의 동기가 발화내용 못지않게 중요하게 취급되는 경향이 강하다. 재판을 하는 판사도 인간인 이상 도덕적으로 올바르게 행위한 당사자를 그렇지 않은 당사자보다 더 보호하고 싶은 욕망을 느끼는 것은 당연하다. 또한 권리, 의무의 존부 판단이 불명확한 경우 도덕적으로 올바른 당사자가 승소하는 결론이 크게 부당한 것은 아니라고 말할 수도 있을 것이다(이른바 “구체적 타당성”). 하지만 그러한 도덕성 판단이 법률이 정한 권리, 의무의 판단에 우선한다면 이는 위법한 판단이라고 보아야 할 것이다. 이는 마치 제2절 서론에서 밝힌 바와 같이 요건을 갖춘 대여금 청구에 있어서 원고가 부도덕하다는 이유로 청구를 기각하는 것과 다를 바 없다(이는 법앞의 평등이라는 법치주의 이념에 반하는 것이다). 반복하여 지적한 바와 같이 명예훼손 소송은 법률이 정한 권리의무와 당사자의 도덕성 판단이 뒤섞여 있어 양자를 구별하기 어려운 경우가 많다. 그러한 사안일수록 법원은 권리, 의무의 판단을 도덕성 판단으로 대체하는 유혹에 빠질 가능성이 높아진다.⁷⁷⁶⁾ 대법원 판례는 비방의 목적과 공익적 목적이 상호 배타적인(mutually exclusive) 성격을 갖는 것

의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다”는 취지의 대법원 판결을 의미한다(대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결 등).

775) 류영재, “명예훼손죄에 대한 헌법합치적 해석론과 재판실무의 운용”, 언론과 법, Vol. 15 No.1, (2016) 79면; 박경신(a)(주 772), 61~64면 역시 비방의 목적과 공익성의 관계를 설명하면서 유사한 취지로 판례의 입장을 비판하고 있다.

776) 이른바 ‘구체적 타당성’은 그러한 유혹에 빠지는 것을 정당화하는 기제로 작용하기도 한다.

처럼 판시하고 있지만, 실제의 사안에서는 그렇지 않은 경우도 많다.⁷⁷⁷⁾ 실제 사안에서 비방의 목적과 공익적 목적이 동시에 존재할 수도 있고, 나아가 오로지 비방할 목적에서 이루어진 표현행위라고 하더라도 그 내용의 객관적 의미가 공익적인 것일 수도 있다(특히 ③, ④번 판결이 그러하다). 그러한 사안에서 공익적 목적에 의해 위법성 조각을 인정할 것인지 아니면 공익적 의도를 부인할 것인지는 매우 신중한 판단이 요구된다. ④번 판결의 경우에도, 비록 보도의 동기가 그와 같이 부도덕한 것이었다고 하더라도 기사의 내용 자체는 공익적인 것이었을 수도 있다. 이러한 경우 법원은 문제된 기사의 내용만으로 명예훼손 성립 여부를 판단해야 하는가 아니면 동기의 측면을 고려하여 내용에 의한 판단을 결정해야 하는가?

사건으로는 그러한 부정한 의도로 기사를 남발하여 원고 회사로 하여금 평판 저하의 손해를 입게 하였다면 이는 손해배상액의 산정에서 고려함은 별론으로 하고, 명예훼손 및 위법성 조각사유의 판단은 드러난 기사의 내용을 중심으로 객관적으로 판단하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 당사자의 도덕성 문제는 중요한 문제이기는 하지만 그렇다고 그러한 측면이 법률이 정한 권리, 의무의 존부 판단을 대체할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 박경신 교수와 류영재 판사의 지적 역시 바로 그러한 취지로 이해할 수 있다.⁷⁷⁸⁾

777) 이러한 대법원의 판시는 논리적 오류라는 지적으로는, 김신규, “사이버명예훼손, 모욕행위에 대한 형사규제의 개선방안”, 비교형사법연구, 제19권 제4호 (2018) 603~604면.

778) 이러한 문제가 발생하는 또다른 이유는 우리나라의 공익성, 상당성 이론에서 공익성을 판단하는 접근방식 자체의 문제점에 기인하는 것이기도 하다. 즉, 우리나라의 학설과 판례는 문제되는 표현이 공익적인 것인지와 화자의 동기가 공익적인 것인지를 두 쟁점을 명확하게 구별하여 논의하지 않는 경향이 있다. 반면 일본의 경우 위 두 가지 쟁점을 명확하게 구별하여 논의를 하고 있으며(佃克彦, 前掲書, 446~472면 참조), 실제 판례들을 보더라도 문제된 진술의 공익성은 인정하지만 그 목적이 공익적인 것이 아니라는 이유로 위법성 조각사유를 인정하지 않은 사례들이 다수 발견된다[가령 長崎地判1983(昭和58)年3月28日 판결은 문제된 발언 자체는 학교 교육 문제에 관한 것으로서 공익적인 것이지만, 그 발언내용을 보면 상대방에 대

(나) 공익성 항변이 성공하는 경우

한편, 공익성 항변에 성공하는 경우에는 위 (가)항과는 다른 의미에서 도덕성의 차원이 존재한다. 우리 재판실무상 공익성 항변이 성공하는 경우에도 실제의 공익성이 입증되었기 때문이라기보다는 발화자의 도덕적 진지성이 입증되었기 때문에 항변이 받아들여지는 경우가 많다. 우리 대법원 판례가 취하고 있는 공익성, 상당성 이론의 경우에도 ‘공공의 이익’이라는 사회적 총효용 증대를 위하여(즉 R. Posner식의 용어를 빌자면 일종의 ‘wealth-maximization’) 권리침해를 제한하는 구조를 취하고 있으므로 일응 보기에는 전형적인 공리주의적 법익 판단의 구조를 취하고 있는 것으로 보인다. 하지만 우리의 재판실무상 대법원 판례가 정립한 공익성, 상당성 이론 역시 발언 내용의 공익적 성격을 정확하게 산정하지는 않는다. 즉 우리 대법원 판례 및 재판실무는 “목적 내지 의도가 공익을 위한 것인지” 여부를 판단함으로써 발화자의 동기를 주로 심리할 뿐 실제로 그러한 발언이 어느 정도의 공적 이익으로 전환되었는지를 심리하는 것이 아니다.⁷⁷⁹⁾ 이는 마치 앞서 언급한 바와 같이 명예훼손 여부

한 적대적인 비방, 비난이 주된 것이므로 공익적 목적을 인정할 수 없다고 판시하였다. 佃克彦, 前掲書, 469면에서 재인용]. 다만 그 구체적인 내용을 보면 우리나라 판례에서 비방의 목적이 있는 경우에는 공익성을 인정하지 않는다는 판시와 유사해 보이는데, 적어도 법이론의 측면에서 보면 일본과 같이 양자를 구별하여 분석하는 것이 더 우수해 보이고, 더 나아가다면 전술한 바와 같이 목적의 공익성은 명예훼손의 성립(내지 위법성 조각요건)에서 제외하고 비방의 목적이 인정되는 경우라면 손해배상액 산정에서 고려하는 방안까지 고려할 수 있을 것이다.

779) 이점이 (가)항과는 다른 차원의 문제인 이유는 대법원 판결이 이미 그 점을 밝히고 있기 때문이다. 즉, 형법 제310조는 “진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”라고 규정하고 있고, 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제5조 제2항 제2호 역시 “언론등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서, 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우”라고 규정하고 있지만, 대법원 및 하급심 판결은 공익성, 상당성 항변의 내용에 관하여 “그 행위가 공공의 이해에 관한 사항에 관계되고, 그 목적이 오로지 공익을 도모하기 위한 것일 때에

를 판단함에 있어서도 평판의 구체적 침해 정도를 판단하지 않는 것과 유사하다. 물론 평판의 침해와 마찬가지로 그러한 발언으로 증대된 사회적 총효용을 측정하는 것이 쉽지 않을 뿐만 아니라 공익적 동기가 인정된다면 그로 인하여 공익적 효과가 나타났을 것으로 추정할 수 있을 것이다. 바로 그러한 점에서 공익성, 상당성 이론의 근본적 정신에는 공리주의적 사고가 존재하고 있다는 점을 부인할 수는 없을 것이다. 하지만, 일단 명예훼손적 발언이라고 인정되면 손해가 추정되고, 구체적 손해의 발생 여부를 더 나아가 살필 필요 없다는 것이 honor/dignity적 명예 개념의 특징인 것과 마찬가지로 공익성, 상당성 이론에 의할 때 일단 그 목적과 동기에 있어서 공익성이 인정되면 실제의 공익적 효과의 발생 여부는 더 이상 살필 필요 없이 위법성이 조각되는 것으로 판단되는 것도 사실이다. 즉, 피고측에서 항변에 성공하는 것은 공익이 입증되었기 때문이 아니라 그 발언 동기의 진지성, 도덕성이 인정되었기 때문이다.

(5) 소결론

법이론의 측면에서 보자면 당사자의 도덕성에 의해 권리, 의무의 존부 판단을 하는 것은 이른바 “법적 도덕주의(legal moralism)”가 적용된 것과 유사한 결과가 된다. 법적 도덕주의(legal moralism)란 타인에게 해를 끼치지 않은 행위에 대해서도 도덕성을 이유로 법적 제재를 가할 수 있다는 입장을 의미하는데,⁷⁸⁰⁾ 재판에서 당사자의 도덕성을 고려한다면 이

는”이라고 밝히고 있다(대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결 등 다수).

780) 잘 알려진 바와 같이 오직 타인에게 해를 가할 경우에만 개인의 자유를 제한할 수 있다는 J. S. Mill의 해악원리(harm principle)에 입각한 자유주의적 법관념과 배치되는 것이다. 법적 도덕주의(legal moralism)에 관해서는 Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 4: Harmless Wrongdoing*, Oxford university Press, (1990) pp.3~10. 참조, 그리고 법적 도덕주의(legal moralism)에 관한 국내 문헌으로는, 오세혁, “해악원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의”, *중앙법학 제11집 제2호* (2009. 8.) 참조.

는 타인의 권리를 침해하였는지가 명확하지 않음에도 그 당사자가 도덕적이지 않다는 이유로 법적 제재를 당한 것이기 때문이다. 이러한 재판은 해악원리(harm principle)에 기초한 자유주의 법철학 내지 실증주의 법이론의 관점에서 보면 명백히 위헌적 판결이 된다. J. S. Mill 혹은 Kant에 의해 대표되는 자유주의는 개인의 자율성(autonomy)를 최우선적 가치로 삼는 소극적 자유를 그 기초 원리로 한다. 이른바 J. S. Mill이 제시한 “침해의 원칙(harm principle)”에 의하면 자율성의 주체인 모든 개인들은 타인에게 해를 가하지 않는 한 어떠한 행위도 할 수 있고, 국가는 이를 간섭할 수 없다. Joel Feinberg가 세밀하게 논증하였던 것처럼 아무리 비도덕적인 행위라고 하더라도 타인에게 해를 가하지 않는 한 국가는 이를 간섭할 수 없다(이른바 “paternalism”의 배제). 이러한 자유주의적 사회의 평등은 개인의 도덕성, 인간성을 묻지 않는 비도덕적 평등(non-moral equality)일 수밖에 없다. 이와 관련하여 동양적, 유가적 전통에서의 자유, 존엄, 평등의 개념은 다르다는 지적이 있다.⁷⁸¹⁾ 이승환 교수에 의하면 유가적 전통에서는 개인의 자율성에 기반한 소극적 자유의 개념은 인정되지 않는다. 유가적 자유의 개념은 공동체의 도덕을 내면화하는 자기완성의 수양론에 기반한다. 그렇기 때문에 국가 및 공동체의 후견적 간섭은 언제든지 가능하고, 개인의 도덕성과 무관하게 모든 인간이 존엄, 평등하다는 관념은 인정되지 않는다.⁷⁸²⁾

781) 이승환(a), 유가사상의 사회철학적 재조명, 고려대학교출판부, (1998) 232~253면; 이승환(b), “왜 유학(儒學)에서는 권리존중의 윤리관이 형성되지 못했는가 : 유가(儒家)와 자유주의 사회철학의 비교적 관점에서”, 중국철학, Vol.3 No.1 (1992) 참조.

782) 이승환(a)(주 781), 240, 241면은 다음과 같이 말한다. “자유주의의 도덕과 무관한 평등관(non-moral equality)과는 달리, 유학에서는 인품의 정도에 따라 각 개인이 누릴 수 있는 권리도 달라진다고 본다. 비유를 들어 말하자면, 성품이 극악무도한 사람에게 칼자루를 맡길 수 없듯 인품이 비천한 사람에게 권리라는 도덕적 무기를 쥐어 줄 수는 없다.” 또한 인간의 존엄 및 이를 관철할 수 있는 수단으로서의 권리와 관련하여 “유가전통에서 본다면 오직 도덕적 성인만이 참다운 개인이다. 누구나 성인이 될 수 있는 잠재성은 가졌지만 오직 소수의 사람만이 이에 들 수 있었다. 유가전통에서 인간의 평등한 권리는 철저히 무시되었으며, 권리보다는 의무가 더

앞서 본 미국 재판의 실무는 법실증주의, 자유주의에 기초한 해악원리(harm principle) 내지 비도덕적 평등(non-moral equality)에 기초한 것이라면 우리나라의 재판실무는 아직도 그러한 서구적인 개념과 거리가 먼 것인지도 모른다. 이러한 실무의 경향은 한국의 문화적 특성을 반영한 것이라는 점에서 그 자체로 존중될 필요가 있기도 하지만, 다른 한편으로 인간의 존엄이나 인권 등을 근본가치로 채택한 헌법 이념에 비추어 위헌의 소지가 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

나. 고려요소 7 : 당사자의 주관적 지위

(1) 마지막으로 각 당사자의 상대적, 주관적 지위의 문제를 간단히 살펴본다. 명예훼손 사건에서 당사자의 사회적 지위 등 상대적, 주관적 지위는 매우 중요한 고려요소이다. 위 고려요소 ①~③ 및 혐오발언의 문제에서 본 바와 같이 같은 발언이라고 하더라도 발화자와 상대방의 사회적 지위가 어떠한 것인지에 따라 명예훼손의 판단은 달라질 수밖에 없다. 나아가, 그와 같이 정치적 의미에서의 지위가 아니라고 하더라도 가령 명예훼손적 발언을 한 피고가 사장이고 그 상대방이 노동자인 경우와 그 반대인 경우 즉 발언자가 사장이고 그 상대방이 근로자인 경우는 같은 발언이라고 해도 그 맥락이 전혀 다르다.

(2) 앞서 본 바와 같이 최근 언론사간의 명예훼손이나 기타 정치적 단체들 사이의 명예훼손 분쟁도 다양하게 제기되고 있는데, 대법원 관례는 언론사간 분쟁에 있어서 “악의성, 현저한 상당성 법리”를 적용하는 이유에 대해 언론사라는 특수성만을 고려하고 있을 뿐 각 언론사의 주관적 위치를 어떻게 고려해야 할지에 대해 언급한 바는 없다. 그러나 모든 언론사가 같이 취급될 수는 없다. 소위 언론권력으로 분류될 수 있는 거

중시되었다.” 우리 헌법은 인간의 존엄과 평등을 보장하지만 이 역시 서구의 이념을 도입한 것이고 우리의 재판실무상으로는 J. S. Mill의 해악원리에서와 같은 평등한 자율성은 인정되지 않는 것인지도 모른다.

대언론사가 있는가 하면 주류권력을 비판하는 소수언론 등 다양한 스펙트럼이 있으므로 모든 언론사를 같이 볼 수는 없다.⁷⁸³⁾ 기성 권력, 재벌 권력과 결탁한 언론권력으로 분류될 수 있는 언론사가 탐사보도를 업으로 하는 소수 언론사를 비판하는 기사와 그 반대의 경우를 같은 기준에서 볼 수는 없는 것이다.

(3) 마찬가지로, 2002년 대법원이 이른바 “공적 존재” 이론을 최초로 천명한 것으로 유명해진 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결의 경우 그 내용을 보면 원고들은 민주노총, 민주사회를 위한 변호사모임, 참여연대 등 진보단체이고 피고는 한국논단이라는 보수성향을 가진 언론사였다. 대법원이 민주노총, 민변, 참여연대들에 대해 “전국적 지명도를 가진 공적 단체”라고 판시한 것은 원칙적으로 정당하고, 그러한 공적 단체들의 활동에 대한 공적 감시 내지 비판은 매우 중요하다는 판시내용도 원칙적으로 정당하다. 하지만 그 반대의 상황 즉 언론사는 소수언론이며 원고가 정치권력 내지 그에 준하는 단체였으며, 보도의 내용이 기득 정치단체에 대한 비판이었다면 언론의 자유에 대한 보호의 정도는 더 강력한 것이 되었어야 할 것이다. 이처럼 명예훼손법에서는 당사자의 지위 자체도 고려대상이 되지 않을 수 없는 것이다.

5. 소결 및 정리

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다.

(1) 우선 앞서 본 고려요소 ①~③과 관련하여 명예훼손 위법성 조각사유는 세밀하게 구별하여 다른 기준을 적용할 필요가 있다. ① 정치권력에 대한 비판의 의미를 갖는 정치적 표현행위는 미국식 공인이론에 준하

783) 물론 그와 같은 분류가 반드시 명확한 것은 아니라는 점에서 이는 사실상 불가능에 가까운 요구라는 반론이 있을 수 있다. 그러나, 어차피 명예훼손법은 실로 다양한 요소들이 종합적으로 고려되는 것이므로, 이러한 점 역시 최종 결론의 도출에서 있어서 고려되어야 한다는 주장 자체가 부당한 것으로 볼 수는 없을 것이다.

는 정도의 입증책임 완화를 인정해도 좋을 것이다(표현의 자유의 우월적 지위 인정). 정치권력에 대한 비판의 자유는 근대 명예훼손법에서 가장 중심적인 주제로서, 그 핵심가치는 우리의 명예훼손법에서도 충분히 반영되어야 한다. ② 반면 정치적 표현행위는 아니지만 제3자 내지 사회전반의 이익이 관련된 문제에 관해서는 적절한 비교형량이 필요할 것이다. 그러한 비교형량과 관련하여 공익성의 내용이 무엇인지 결정할 필요가 있고, 발언 내용이 허위일 경우 피해자에게 미치는 영향이 어떠한 것인지도 중요하게 고려되어야 하며, 추구하는 공익의 실현방법의 문제도 세밀하게 고려되어야 한다(비교형량의 필요성). ③ 마지막으로 단순한 유명인, 연예인에 관한 기사, 보도 등은 공익성 여부를 검토하고 그것이 공적쟁점과 크게 연결되지 않는다면 명예권의 우월적 지위를 인정하는 것이 타당할 것이다(명예권의 우월적 지위 인정). ④ 한편 혐오표현의 문제는 ①과 mirror image의 관계에 있다. 즉, ①의 경우 사회적 약자가 강자를 비판하는 것을 허용하는 법리라면, 혐오표현은 사회의 소수자들을 폄훼하는 것에 대해 제재를 가하는 것이기 때문이다.

(2) 명예권의 측면에서는 크게 ① 명예권에 관한 보호정도의 측면, ② 명예훼손 개념을 규정짓는 규범체계의 측면 등에 대한 고려가 이루어져야 한다. 이러한 측면 역시 단순히 실정법의 요건사실에 구애될 것이 아니라 좀 더 거시적 시각에서 사회학적 접근이 필요하다. 전자의 경우 사회문화적 전통도 중요하지만 우리나라에서 독특하게 형성된 재판실무에서의 명예, 평판의 개념에 대한 성찰이 필요하다. 후자와 관련하여서는 급속하게 변화하는 규범의 구조에 대한 파악이 필요하다. 특히 우리나라의 경우 한편으로는 전통사회의 요소들이 사회 곳곳에 내재화되어 있는 반면 각종 매체의 발달을 비롯하여 전통적인 공동체의 붕괴 등 21세기적인 변화는 세계의 그 어느 나라보다도 빠른 속도로 진행되고 있는 이중성을 보여주고 있다는 점에 주의할 필요가 있다. 바로 그런 점에서 그와 같은 요소들에 대한 통시적, 역사적 관점을 견지하는 것이 필요하다.

(3) 마지막으로 당사자의 측면과 관련하여서는, ① 당사자의 도덕성의

측면과 ② 각 당사자의 상대적 지위에 대한 고려도 필요하다. 명예훼손 재판은 그 본질상 도덕성의 문제가 요건사실과 긴밀하게 연관될 수밖에 없는 특성을 갖고 있다. 다만 그럼에도 불구하고 그것이 권리, 의무의 존부판단을 치환하거나 대체해서는 아니된다. 각 당사자의 주관적, 상대적 지위의 문제는 위 (1)에서 검토한 내용과 연결되는 문제이다. 명예훼손 소송은 같은 발언이라고 하더라도 발화자와 그 상대방의 지위가 어떠한 것인지에 따라 다른 판단이 필요하다.

이처럼 명예훼손 재판은 실로 다양한 요소들에 대한 균형잡힌 판단을 요구하고 있다. 그러한 각 요소들에 대한 판단이 잘못되면 정의로운 재판이 될 수 없다.

제3절 관련문제 : 명예훼손죄 비범죄화, 진실적시 명예훼손 폐지론

마지막으로 제3절에서는 최근 활발하게 논의되고 있는 형사상 명예훼손죄 폐지론과 진실적시 명예훼손 폐지론의 문제를 간략하게 살펴보기로 한다. 최근 우리나라에서는 이 두 가지 쟁점에 대해 찬반 양론이 팽팽하게 대립되고 있는데, 크게 보아 폐지론은 표현의 자유의 확장의 측면을 강조하는 입장이고, 존치론은 명예권의 중요성을 강조하거나 우리 명예훼손제도의 현실적 운용의 한계점 등에 비추어 폐지는 시기상조라는 입장이다. 본고에서 고찰한 명예권의 이론은 이러한 논의들에 대해서도 몇 가지 시사점을 갖는데, 그러한 점들을 간략하게 살펴보기로 한다.

I. 기존의 논의들

1. 형사범죄 및 진실적시 명예훼손 폐지론

형사범죄의 폐지론을 주장하는 견해는,⁷⁸⁴⁾ (i) 명예훼손죄는 추상적 위협범이므로 침해의 위험성만으로도 처벌이 가능한 점,⁷⁸⁵⁾ (ii) 명예훼손 형사처벌은 정치적 남용가능성을 갖고 있고, 실제로도 정치적으로 남용되어 온 점,⁷⁸⁶⁾ (iii) 프라이버시권과의 균형(즉 프라이버시권 침해에 대해서는 형사처벌 규정이 없는 점),⁷⁸⁷⁾ (iv) 형사 명예훼손 비범죄화는 세계적인 추세라는 점을 그 근거로 들고 있다.⁷⁸⁸⁾

형사범죄 폐지론 외에 진실적시 명예훼손의 폐지를 주장하는 견해들은 위와 같은 점들 외에 (i) 진실한 사실적시로 침해되는 것은 허명(虛名)에 불과하다는 점,⁷⁸⁹⁾ (ii) 형사법의 경우 진실적시 명예훼손행위는 결과반가치는 인정할 수 있어도 행위반가치를 인정할 수 없다는 점 등을 지적하고 있다.⁷⁹⁰⁾

2. 존치론

반면 존치론은 (i) 민주사회에서 자유언론, 표현의 자유 못지 않게 인격권 보호 역시 중요한 가치인 점,⁷⁹¹⁾ (ii) 우리나라의 명예훼손 민사재판

784) 이하의 논의에 대해서는 전체적으로 권순민, “명예훼손죄 비범죄화에 대한 논의와 그 대안에 관한 연구”, 법학논총 제40권 제2호 (2016); 원혜욱, 김자영, “명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임”, 비교형사법연구 제18권 제4호 (2016); 박경신(b), “명예의 보호와 형사처벌제도의 폐지론과 유지론”, 서강법학, Vol. 11 no 1. (2009) 등 참조.

785) 이 점에 관해서는 주로 김성돈(주 559) ; 서울지방변호사회, “사실적시 명예훼손죄에 관한 심포지엄”(토론자료) (2016. 5. 20.) 중 김성돈 교수 발표문 “진실적시 명예훼손 폐지론” 부분; 그리고 신평(b), 한국의 언론법, 높이깊이 (2011) 395면.

786) 이점에 관한 상세한 논의로는 손태규(c), “형법상 명예훼손죄의 폐지”, 공법연구, 제41집 제2호 (2012) 378~385면; 박동천, “명예훼손과 표현의 자유”, 동향과 전망 (2014) 60~63면.

787) 신평(b)(주 785), 397면.

788) 이 점을 세밀하게 분석한 글로는 박경신(a)(주 772), 34~43면; 박경신(b)(주 784), 359~364면

789) 신평(b)(주 785), 396면; 박경신(a)(주 772), 51면.

790) 김성돈(주 559), 101~103면.

791) 원혜욱, 김자영(주 784), 4~5면.

은 미국과 같이 징벌적 손해배상과 같은 제도를 두고 있지 않은 점,⁷⁹²⁾ (iii) 우리나라의 사이버공간은 익명성, 비대면성을 특징으로 각종 악플과 악의적, 인신공격적 표현들이 난무하는 점⁷⁹³⁾ 등을 들고 있다. (iv) 그리고 폐지론이 주장하는 논거들은 법제의 정비를 통하여 보완이 가능하므로 폐지의 근거가 될 수 없다는 주장도 있다.⁷⁹⁴⁾

진실적시 명예훼손 규정에 의해 침해되는 보호법익이 허명에 불과하다는 주장에 대한 반대론은 공포되는 내용이 사실이라고 하더라도 개인의 명예를 훼손할 수는 있으므로 진실적시 명예훼손이 위헌이라고 단정할 수 없다는 점을 들고 있다.⁷⁹⁵⁾

II. 분석

1. 분석의 전제

위 논의들은 모두 상당한 설득력을 갖고 있는 것들이어서 어느 일방만

792) 조국, “사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성” 형사정책 Vol. 25 No.3 (2013) 24면.

793) 원혜옥, 김자영(주784), 5~6면.

794) 권순민(주 784), 152~156면, 권순민은 다음과 같이 주장한다. “법제도의 폐지는 처벌 규정을 새로이 신설하는 것만큼 신중하게 고려될 필요가 있다. 다양한 대안적 방법들의 진지한 검토가 선행되어야 한다.” 권순민(주 784), 154면.

795) 조국(주 792), 23~24면, 조국 교수는 다음과 같이 밝히고 있다. “공적 영역에서 활동하지 않고 있는 사인의 숨기고 싶은 병력(病歷), 성적 지향(sexual orientation), 연애경험, 이혼이유 등 민감한 프라이버시를 본인의 의사에 반하여 온라인 또는 오프라인에서 공개하는 행위, 그리고 도박, 간통, 마약흡입 등 법률상 신상공개 대상이 아닌 사인의 범죄사실을 온라인 또는 오프라인에서 공개하는 행위 등을 민사제재로만 규제할 것인가? 이러한 행위를 통하여 공개되는 사안이 허위가 아니라 사실이라고 해서 자유로이 공개되는 것이 옳은가? 이러한 행위에 대해서는 민사상 손해배상이 가능하겠지만, 현재 민사제재만으로 이러한 행위에 대한 효율적 통제가 가능할 것인가? 필자의 답은 부정적이다.”; 서울지방법원호사회 토론자료의 서보학 교수, 김종복 판사, 이재승 검사의 발제문도 같은 취지이다.

이 옳고, 그 반대의 견해는 그르다고 말할 수는 없다. 다만 본고에서 살펴본 명예권에 관한 이론에 비추어 위와 같은 논의들에서 필요한 몇가지 이론적 전제들에 대해 지적하고자 한다.

(1) 위와 같은 논의들은 모두 우리나라의 표현의 자유의 일천함에 대한 우려를 전제로 한다. 긍정설의 주된 논거가 그러함은 말할 것도 없고, 부정설 역시 마찬가지이다. 그러나 두 견해 모두 우리나라에 있어서 명예권론의 문제에 대한 본격적인 분석은 결여되어 있다. 앞서 본 바와 같이 명예권과 표현의 자유의 비교형량은 명예권 보호에 관한 문화적 전통, 표현의 자유와 관련한 정치적 성숙도, 재판실무의 경향 등이 종합적으로 고려되어야 한다. 박경신 교수는, 비형벌화는 세계적인 추세라는 점을 강조하면서, “일본만이 예외인데 과연 일본을 따를 것인지 아니면 세계적 추세를 따를 것인지 선택을 해야 한다”고 지적한다.⁷⁹⁶⁾ 제5장에서 보았듯이 표현의 자유를 확대하는 것이 세계적인 추세인 것은 분명해 보이고, 그러한 배경에는 민주주의의 핵심적 가치가 존재한다는 점에서 그러한 지적의 타당성은 부인하기 어렵다. 하지만 그럼에도 불구하고 그 이전에, 그렇다면 왜 우리나라와 일본은 서구 국가와 다른지에 대한 숙고는 필요한 것이 아닌가 생각된다. 제5장에서 보았듯이 명예권 보호의 전통과 표현의 자유의 관계를 정립하는 문제는 각 국가별로 상당한 차이를 보이고 있다는 점에서, 우리나라의 경우 세계적인 추세를 따를 준비가 되어 있는지, 그렇지 않다면 그 이유는 무엇인지, 사실과 당위 내지 사실과 규범의 괴리 상황에서 어느 정도까지 규범의 선도적 역할을 인정할지 등에 대한 진지한 고찰이 선행되어야 할 것으로 생각된다.⁷⁹⁷⁾

(2) 또한 위와 같은 논의들은 기존의 영미법이나 독일 형법학에서 논의된 명예개념에 관한 철학적, 이론적 논의들과 연결하여 법이론 차원에서 좀 더 숙고될 필요가 있다. 영미법상 명예, 평판 개념에 관해서는 국

796) 박경신(b)(주 784), 364면.

797) 형사처벌 폐지 반대론에서, 우리의 법제도가 아직 폐지를 결정하기에 이르다는 주장 역시 이러한 우리의 문화적 전통에 대한 직관적인 판단이 전제되어 있는 것으로 보인다.

내에 소개된 글이 거의 없다시피 하므로 그렇다고 치더라도, 형법학에서의 명예 개념에 관해서는 상당한 논의들이 축적된 바 있음에도 그러한 풍부한 이론적 자양분이 전혀 이용되지 않고 있고, 그 결과 보다 깊이 있는 논의가 이루어지지 못한 측면이 있다. 기존의 형법학의 논의들을 보면, 명예 개념에 관한 추상적 논의들은 그 자체의 논쟁에 매몰된 측면이 강하고, 실무적 쟁점을 논하는 글들은 그러한 논의들을 전혀 고려하지 않는 이론과 실무의 괴리가 존재하고 있다고 생각된다(양자를 연결시키는 시론적 논의에 관해서는 아래의 2.항에서 살펴보기로 한다).⁷⁹⁸⁾

(3) 재판실무와 관련하여서는, 민사상 손해배상제도의 불충분성을 중심으로 논의가 이루어지는 측면이 있다. 그러나 그러한 불충분성은 어디서 비롯되었는지에 관한 논의에는 생각해 볼 점들이 존재한다. 가령 대부분 학자들이 우리나라의 민사상 손해배상의 불충분성과 관련하여 징벌적 손해배상 제도의 문제만을 언급하고 있지만, 앞서 자세히 본 바와 같이 그 근원에는 우리나라의 명예, 평판 개념의 문제가 존재한다. 즉 민사상 구제가 불충분한 것은 징벌적 손해배상제도를 도입하지 않아서가 아니라 우리 실무에서 다루어지는 명예, 평판의 개념이 과도하게 규범화, 추상화되어 있기 때문이기도 하다. 징벌적 손해배상제도가 우리의 법제도에 부합하는 것인지도 의문이지만⁷⁹⁹⁾ 가사 징벌적 손해배상제도를 도입한다고 하더라도 현재 존치론이 주장하는 문제들이 모두 해결될 수 있는 것도 아니다. 징벌적 손해배상은 피고가 극악한 방식으로 표현행위를 하는 등 요건에 맞아야 하는데, 그렇지 않으면서도 피해자의 손해가 충분히 전보되지 못하는 경우도 얼마든지 존재하기 때문이다.

798) 앞서도 언급한 바와 같이 영미법상 명예, 평판의 개념과 형법학의 명예 개념의 논의는 비록 전혀 다른 어휘를 사용하고 있기는 하지만 그 의미가 상호 이질적인 것은 아니다.

799) 이 점에 관해서는, 김재형(a)(주 424), 463~484면(“징벌적 손해배상제도의 도입문제”), 반면 긍정론으로는, 이봉수, 명예훼손소송에서의 위자료 산정, 언론중재 (2005. 겨울)

2. 사건

이러한 관점에서 두 가지 쟁점에 관해 필자의 사건을 간단히 밝히면 다음과 같다(논리 전개와 순서상 우선 진실한 사실 적시 명예훼손 폐지론을 먼저 보기로 한다).

가. 진실적시 명예훼손 폐지 논의와 관련하여

(1) 민, 형사를 불문하고 진실적시 명예훼손의 폐지의 문제는 명예권 이론의 측면에서 좀 더 심도 있는 논의가 필요하다. 이와 관련하여 폐지론과 존치론의 여러 주장들을 비교할 경우 문제되는 경우들을 크게 보아 다음과 같이 4가지 유형으로 분류할 수 있다.

① 우선, 박경신 교수, 신평 교수가 주장하는 것처럼 허명(虛名)은 실제의 인격과 세상에 알려진 평판 사이에 불일치가 존재하는 경우로서 특히 실제의 인격보다 더 높은 평판이 존재하는 경우를 의미한다. 박경신 교수는 “오염된 과자, 비위생적 급식을 하는 학교, 환자를 학대하는 병원, 의뢰인을 등쳐먹는 변호사, 뇌물을 주고받는 지자체 정치인들”에 대한 보도가 익명으로 이루어지는 이유는 진실적시 명예훼손 소송의 우려 때문이라고 주장하고 있다.⁸⁰⁰⁾ 박경신 교수가 들고 있는 이러한 사례들은 진실이 알려짐으로써 과장된 평판이 실제의 수준으로 환원되는 예로서 그 자체로 정의관념에 부합하는 것일 뿐만 아니라 그러한 진실들이 알려지는 것이 공익에 부합하는 사례들이라는 점에서 보호가치가 없음은 당연하다.⁸⁰¹⁾

② 반면 존치론자들이 주장하는 사례들은 차원을 달리한다. 앞서 분

800) 박경신(a)(주 772), 51면.

801) 우리 재판실무상 진실적시 명예훼손으로 처벌/혹은 손해배상 인용되는 경우는 그리 많지 않고 대부분은 허위사실 적시가 문제된다. 더욱이 박경신 교수가 제시하는 사례들은 대부분 공익성, 상당성이 인정되어 위법성이 조각되는 사례들이다.

바와 같이 조국 교수가 지적하는 사례들 즉 공적 영역에서 활동하지 않고 있는 사인의 숨기고 싶은 병력(病歷), 성적 지향(sexual orientation), 연애헌, 이혼이유 등은 그 내용 자체가 거짓으로 축적한 평판이 아닐 뿐만 아니라 굳이 이를 공개해야 할 공적 이익을 찾기 어려운 사례들이다. 물론 이러한 사례들 역시 구체적인 상황에 따라 공개의 공적 이익이 존재할 수도 있다. 가령 당사자가 다른 이익을 목적으로 그러한 사실들을 의도적으로 감춤으로써 제3자들로 하여금 실제와 다른 인식을 갖도록 한 것에 대해 비난가능성이 존재하는 상황이 그러하다.

③ 조국 교수가 주장하는 사안들과 또다른 유형으로 형법학의 규범적 명예개념론자들이 주장하는 사례들을 들 수 있다. 이들 규범적 명예개념론이 주장하는 사례들은 불구, 장애인 등에 대해 병신, 애꾸, 모자란 놈과 같은 사실을 표현하는 경우로서, 이러한 표현행위는 진실한 사실임과 동시에 공지의 사실을 밝히는 것이지만⁸⁰²⁾ 인간 존엄에 기초한 존중대우의 요구에 의해 규범적인 관점에서 명예훼손이 인정되어야 한다는 것이다. 주승희 교수의 다음과 같은 지적은 바로 그러한 측면에서 이해될 수 있다.⁸⁰³⁾

“내적 명예의 보호법의 가능성 여부는 ‘침해 가능·불가능’의 문제라기보다는 오히려 형사정책상 명예훼손에 관한 죄의 보호범위를 어디까지 인정할 것인가에 관한 입법자의 결단의 문제로 보인다. 인간의 존엄성에 근거한 내적 명예 역시 그 개념의 추상성, 그 침해 여부의 불명확성에도 불구하고, 그 보호에 관한 사회적 합의가 있는 경우에는 외적 명예와 마찬가지로 명예훼손에 관한 죄의 보호법의 내로 진입할 여지가 있는 것이다.”

④ 또다른 유형으로는 앞서 본 미국의 “libel-proof plaintiff doctrine”이 적용되는 사안을 들 수 있다. 제5장에서 자세히 본 바와 같이 미국에

802) 위의 ② 유형과의 차이는 ② 유형의 경우 내밀한 사실로서 프라이버시권에 의해 보호될 수 있는 사실들인 반면 ③ 유형은 공지의 사실이라는 점이다.
803) 주승희(주 243), 290면.

서 논의되는 “libel-proof plaintiff doctrine”은 허위사실임에도 명예훼손을 인정하지 않는 법리이다. 즉 원고의 평판이 워낙에 좋지 않아서 더 이상 저하될 평판이 존재하지 않으므로 명예훼손을 인정하지 않겠다는 법리로서, 지극히 사실적인 명예, 평판 개념에 기초한 법리이다. 앞서 본 초등학생 2명을 성폭행살인범을 ‘살인마’로 표현한 경우 명예훼손이 성립하지 않는다는 판단은 저하될 평판이 존재하지 않는다는 사실적 명예 개념에 기초한 것이기도 하지만, 다른 한편으로 독일식의 규범적 명예론의 관점에서 보면 흉악범죄를 저지름으로써 낮은 평판을 스스로 자초한 점에 비추어 인간의 존중대우 요구에 따른 보호를 부여하지 않겠다는 취지로 해석할 수 있을 것이다. 즉, 이러한 유형과 ③ 유형의 차이는 모두 진실한 사실의 적시로서 객관적 평판 침해가 존재하는 것으로 보기 어려운 사안이지만, ③의 경우는 인간의 존중대우의 요구의 필요가 존재하는 사안이고, ④의 경우는 그러한 요구가 상대적으로 약한 사안이라는 점이다. 바로 그런 점에서 사실적시 폐지론은 미국식의 사실적 명예개념에 친화적인 주장이라고 할 수 있고, 그러한 주장이 인간 존엄을 추구하는 근대적 헌법적 결단과 가치체계에 부합하는지는 다소 의문이라 생각된다.⁸⁰⁴⁾

(2) 이 부분과 관련하여 또 한 가지 고려하여야 할 점은 혐오표현의 문제이다. 최근 우리나라에서도 혐오표현을 규제해야 한다는 논의들이 많고, 실제로 법규정의 도입을 통하여 제도를 정비하고자 하는 시도들도 이루어지고 있다.⁸⁰⁵⁾ 그런데, 혐오표현 규제는 사실상 집단 명예훼손을

804) 한편 위 ④의 유형은 다시 (i) 사실을 적시하는 경우(흉악범을 흉악범으로 부르는 경우)와, (ii) 허위사실을 적시하는 경우(앞서 본 서울중앙지법 2011나25410 판결, 상해치사범을 살인범으로 부르는 경우)로 나눌 수 있다. 규범적 개념론을 극단으로 가면 모두에 대해 명예훼손을 인정하자는 논리가 될 수 있고, 반면 미국식의 사실적 명예개념에 의하면 양자 모두 명예훼손이 부정될 것이다. 절충설의 입장에서 전자에 대해서는 명예훼손 부정, 후자는 인정하는 견해도 가능할 것이다.

805) 국회입법조사처, “혐오표현 규제의 국제적 동향과 입법과제”, NARS 현안 보고서 제306호 (2017. 6. 12.)

처벌하는 것이어서, 명예훼손 비범죄화 논의와 연결하여 양자를 함께 정비할 필요가 있을 것이다. 특히 위 ②, ③ 유형의 경우 그 논리는 혐오표현의 규제 필요성 논의와도 연결된다.

위 4가지 유형을 도표로 정리하면 다음과 같다.

<표 21. 진실적시 명예훼손의 유형 분류>

	① 유형	② 유형	③ 유형	④ 유형
내용	과장된 평판의 경우	드러나지 않는 개인적 약점	사회적 약자	범죄자 유형
명예훼손 인정 필요성	없음	없음/있음	있음	없음/있음(?) (귀책사유 존부)
비고	공익성 인정 가능	privacy권 문제	존엄(dignity)	사실적/규범적 평판 개념

결론적으로, 우리의 재판실무, 헌법정신, 명예권 전통 등을 종합할 경우 사실 적시에 의한 명예훼손은 ③ 유형 혹은 ②, ③의 유형으로 제한하여 인정되는 것이 타당하다고 생각된다.

나. 비범죄화 논의

이처럼 진실적시 명예훼손 역시 그 일부에 한해 제한적으로 존속이 필요하다는 입장을 취한다고 하더라도 이를 민사적 구제수단으로만 인정할 수도 있으므로, 이러한 주장이 명예훼손 형사처벌 폐지론과 양립불가능한 것은 아니다.

형사범죄 폐지론의 경우 표현의 자유의 확대 필요성에 비추어 원칙적으로 타당하다는 점은 부인하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 다음과 같은 점들이 고려되어야 한다고 본다.

(1) 앞서 본 바와 같이, 우리의 문화적 전통, 실정법 체계, 재판실무 어느 면에서 보더라도 한국은 명예권을 매우 중시하는 전통을 갖고 있다. 따라서, 국제적 흐름을 따르기 위하여 혹은 표현의 자유라는 당위를 위하여 명예권 보호의 한 축을 이루고 있는 형법 규정 전체를 폐지한다면 규범이 현실을 충분히 따라가지 못하는 규범과 현실의 괴리가 발생할 가능성이 있다. 따라서, 형사범죄 폐지의 방향을 선택하더라도 그러한 괴리를 최소화하는 방향으로 제도의 정비가 진행되어야 하고, 그런 점에서 형사처벌의 완전한 폐지는 민사책임에 의한 구제방안이 정비될 것을 전제로 해야 한다는 주장은 충분히 경청할 필요가 있다. 앞서 본 바와 같이 우리나라의 명예훼손 민사책임은 과도하게 규범화, 추상화되어 있음에도 그러한 제도가 유지될 수 있었던 것은 형사책임과 맞물려 있었기 때문인지도 모른다.⁸⁰⁶⁾ 그런 점에서 악의적, 의도적 명예훼손 내지 평판침해의 정도가 극심한 사안의 경우 징벌적 손해배상이 아니라고 하더라도 사실적 명예개념을 실질적으로 인정하여 평판 침해에 대한 실효적인 구제가 이루어진다는 점이 비범죄화의 전제가 되어야 한다.

(2) 다만 위와 같은 논의는 실무적인 필요에 따른 논의일 뿐이며, 법이론의 차원에서 볼 때에는 여전히 해결되기 어려운 난점이 존재한다. 그 이유는 상호간 성격이 다른 민사책임과 형사책임을 마치 대체제인 것처럼 취급되는 측면이 있기 때문이다. 따라서, 명예훼손 비범죄화 논의는 보다 근본적인 차원에서 명예권 보호를 형사범죄에서 제외시키는 것이 타당한 것인지 여부에 관한 법철학 내지 법정정책의 측면에서의 검토가 전제되어야 한다. 그런 점에서 현재 논의되는 비범죄화 논의의 최대의 논거는 단연 민주주의와 표현의 자유의 확장이고, 그와 같은 논점의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 본고에서 살펴보았듯이 민주주의와 표현의 자유의 확장은 명예훼손법의 성격을 변질시켰으며, 그러한 흐름은 여전히 진행형으로 전세계적인 추세이다. 바로 그러한 점에서 명예

806) 이는 주로 실무가들의 입장이기도 하다. 서울지방법변호사회, “사실적시 명예훼손죄에 관한 심포지엄”(토론자료) 2016. 5. 20. 참조.

훼손 비범죄화 논의 역시 앞서 본 바와 같이 우리나라 민주주의의 성숙도, 사회문화적 상황에 대한 공시적, 통시적 검토가 전제되어야 한다. 그리고 이러한 공시적, 통시적 고찰에 있어서 민주주의라는 단 하나의 흐름만이 존재하는 것은 아니라는 점에 주의해야 한다. 물론 폐지론자들이 주장하는 것처럼 민주주의와 표현의 자유의 확장은 가장 중요한 요소이고, 그 필요성은 서구 선진국들에 비해 우리나라의 경우 더더욱 절실하다고 말할 수 있다. 다만 그럼에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 변화하는 매체 환경에서 명예와 평판의 기능, 그 보호 필요성 등에 대한 고찰도 간과되어서는 아니될 것이다.

(3) 결론적으로, 사건으로는 현행법과 같은 일반적인 형사처벌 조항은 폐지하되, 그 동기 내지 행위태양이 악의적이고 피해자의 피해가 극심한 경우에만 예외적으로 처벌하는 방식으로 구성요건을 엄격하게 정비하는 방법을 고려할 수 있지 않을까 생각된다. 그리고 그러한 재정비에 있어서는 앞서 언급한 바와 같이 혐오표현 규제와 연계하는 것이 적절할 것으로 생각된다.⁸⁰⁷⁾ 대원칙은, 표현의 자유나 명예권 보호와 같은 하나의 원칙만을 강조하기보다는 규범은 항상 사회의 요구에 부응해야 하고, 그렇지 않은 규범은 현실적 규범력을 잃는다는 점을 고려하여, 변화하는 사회의 요구가 어떠한 것인지를 충분히 반영하여야 한다는 점에 있을 것이다.

807) 두 쟁점의 연관성에 대한 고민 없이, 일각에서는 표현의 자유를 근거로 명예훼손 비범죄화를 촉구하고, 또다른 한편에서는 혐오표현 규제입법을 주장하는 것은 다소 모순되는 상황이라고 생각된다(즉, 두 논의는 상호 유기적으로 연결되어 검토되어야 한다).

제7장 결 론

명예훼손 소송은 민사소송 가운데에도 매우 특이한 경우에 속한다. 대립되는 두 당사자의 권리, 의무를 확정함에 있어서 정치, 사회, 문화적 요소를 비롯하여 당사자의 주관적 요건까지 세밀하게 분석할 필요가 있기 때문이다. 명예훼손이 “사회학적 불법행위(sociological tort)”라고 불리우는 것도 바로 이러한 특성 때문이다. 이러한 명예훼손 소송의 특성을 감안하면 명예훼손 사건에서의 올바른 재판을 위해서는 단순히 명예권과 표현의 자유를 저울질하듯이 비교교량하는 것에 그치는 것이 아니라 명예권의 의미와 내용을 구성하는 역사적, 문화적 전통은 무엇인지, 그리고 명예권의 제한사유로서의 표현의 자유를 규정하는 민주주의의 성숙도, 당해 정치공동체의 헌법적 가치지향 등이 심층적으로 고려되어야 한다. 나아가 공리주의적 사고에 기반한 위법성 조각사유의 문제, 당사자의 도덕성과 권리, 의무의 상관관계 등 실로 쟁쟁한 법적 쟁점들이 도사리고 있으므로, 그러한 모든 쟁점에 대해 심층적인 검토가 필요하다.

명예훼손법의 역사 및 근대적 의미의 명예권의 형성 과정을 살펴보면, 명예훼손법은 장구한 역사를 통하여 지배권력의 필요에 부응하는 방식으로 악용되었으며, 오늘날과 같이 일반 불법행위로만 인식된 것은 불과 1세기도 되지 않는다. 이는 달리 표현하면 명예훼손법이 근대 민주주의의 발달에 따라 탈정치화되는 과정을 겪었음을 의미하는 것인데, 그러한 탈정치화는 표현의 자유의 이념이 현실화되는 과정에 다름 아니다. 나아가 20세기 후반에 인류역사는 New York Times 판결과 같은 전혀 새로운 법리를 통하여 종래 선동적 명예훼손(seditious libel)과 정반대의 의미에서 명예훼손법이 재정치화하도록 하였고, 이러한 과정을 통하여 현대 명예훼손법은 그 이전과 완전히 다른 양상으로 전개되었다. 또한 현대 명예훼손법은 19세기 이후 거대한 사회변화 내지 사회사상의 흐름과도 복잡한 관련을 맺는다. 그 대표적인 예가 바로 시장사회, 개인주의, 공리주

의를 바탕으로 하는 재산권(property)적 평판개념의 등장과 민주주의, 인권사상을 배경으로 하는 인간의 존엄(human dignity)에 기반한 평판의 개념이다. 이러한 이념적 요소들은 현대 명예훼손법의 다양한 제도들과 직, 간접적 관련을 맺으며 현재의 복합적, 중층적 명예, 평판 개념을 형성하였다.

다만 명예권과 표현의 자유는 고도로 역사적, 문화적 전통과 관계되므로 각 국가별로 전혀 다른 양상을 보일 수밖에 없다. 그 구체적인 예로서, 자연법과 Kant 철학에 기초한 인간 존엄을 최고의 가치로 삼는 독일에서의 존엄적 명예 개념, 개인의 자유와 자율성, 국가중립성을 강조하면서 명예권의 중요성을 상대적으로 낮게 평가하는 미국의 경우, 전통사회의 역사를 배경으로 강력한 명예권 보호의 전통을 갖고 있는 영국의 경우, 북미의 신생국가이지만 가치지향적 헌법을 지향하는 캐나다의 경우 등 명예권의 의미와 내용은 각 개별국가들의 역사적, 문화적 전통 및 헌법적 결단과 깊은 관련을 맺는다는 사실을 확인할 수 있다.

이러한 서구의 역사를 주요 배경으로 한 이론적 논의들이 우리나라의 명예훼손 소송에서 어떠한 함의를 갖는가? 우선 우리나라의 명예권의 내용과 실제에 관해서는 사회문화적 전통, 실정법, 재판실무의 3가지 측면에서 살펴볼 수 있는데, 문화적 전통, 실정법의 측면에서는 명예권 보호에 충실한 반면 재판실무의 경우에는 몇 가지 외적 요인에 의하여 지나치게 추상화된 명예, 평판 개념에 의존하고 있다는 점을 확인할 수 있다. 다음으로 재판이론(a theory of adjudication)이라는 관점에서, 명예훼손 재판이 정의와 형평의 관념에 부합하는 결론을 내기 위해서는, ① 정치적 표현행위의 문제, ② 비정치적, 공익성의 측면, ③ 비정치적, 비공익적 표현행위의 문제, ④ 명예권 보호의 역사적 전통, ⑤ 명예훼손 내지 평판 침해의 의미와 관련 문화적 규범, ⑥ 도덕성의 문제, ⑦ 각 당사자의 지위 등 7가지 쟁점에 대한 검토가 필요하다. 여기서 ① 내지 ③과 관련하여 종래 공익성이라는 하나의 개념으로 논의되는 경향이 강하였지만 명예훼손법의 이론에 비추어 위법성 조각사유의 세분화라는 관점에서 보다

세밀한 기준을 마련할 필요가 있고, 그런 의미에서 미국식 공인이론은 우리나라의 문화적 전통에 전혀 부합하지 않는다. ④, ⑤의 측면과 관련하여서는 우리나라의 명예권 보호의 전통과 표현의 자유의 정립 필요성이라는 관점에서 검토되어야 하는데, 우리나라의 경우 역사적, 사회적 전통의 측면에서 보았을 때 명예권 보호에 관한 매우 뿌리 깊은 요구를 잠재하고 있는 한편, 일천한 민주주의의 역사로 인하여 표현의 자유의 정립 또한 강력하게 요구된다는 상호 대립적인 요청이 모순적으로 공존하고 있는 상황임을 확인할 수 있었다. 바로 그러한 관점에서 앞서 본 바와 같이 위법성 조각사유를 더 세분화하여 정치적 담론에 한정하여 공인이론 수준의 표현의 자유의 보호를 부여하고 그렇지 않은 표현행위들에 대해서는 권리제한의 요건을 좀 더 세심하게 가다듬을 필요가 있다. 그리고 19세기 이래 명예훼손법의 내용이 끊임없이 변화해 온 점에 비추어 가까운 미래에 명예훼손법을 규정하는 정치, 경제, 사회적 환경이 어떻게 변화할지 알 수 없는 것이라는 점에서, 그러한 정치, 사회, 문화적 요소들에 대한 통시적 변화에 대해서도 세심한 주의를 기울일 필요가 있다는 점을 강조하였다. 특히 21세기의 사회적 변화의 속도는 그 이전보다도 훨씬 더 빠른 것이라는 점을 고려하면 더더욱 그러하다. 마지막으로, 명예훼손 재판에 있어서 당사자의 도덕성이 작용하는 양상에 대해서도 고도의 관심을 요한다. 이 부분 역시 단순히 명예훼손법에 국한되는 문제라기보다는 우리나라의 재판문화라는 보다 큰 틀에서 이해되어야 하는 문제인데, 당사자의 도덕성을 구체적 타당성의 측면에서 고려하는 것은 정당하지만 법률이 정한 권리와 의무의 내용을 넘어서는 도덕성의 과잉은 정의와 형평에 반하는 결과를 초래할 수 있다는 점 또한 간과되어서는 아니될 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

가. 단행본

- 곽윤직, 김재형, 민법총칙 제9판, 박영사 (2013)
- 곽윤직 편, 민법주해 (XIX), 박영사 (1992)
- 권수영, 한국인의 관계심리학, 살림 (2012)
- 김대영, 평판이 전부다, 매일경제신문사 (2016)
- 김수배 외 2인, 인문학과 법의 정신, 충남대학교 출판문화원 (2013)
- 김일수, 서보학 공저, 새로쓴 형법각론 (7)판, 박영사 (2009)
- 김재형(a), 언론과 인격권, 박영사 (2012)
- 문재완(a), 언론법, 늘봄 (2008)
- (b), 잊혀질 권리, 집문당 (2016)
- 문재완 외 15, 미디어와 법, 커뮤니케이션스북스 (2017)
- 박경신(a), 표현, 통신의 자유, 논형 (2013)
- 박규철 외 7인, 명예란 무엇인가? 서양철학이 전해주는 명예관, 한국학술
정보 (2012)
- 박아란, 김민정, 최지선, 공인보도와 언론의 자유, 한국언론진흥재단
(2017)
- 박용상(a), 표현의 자유, 현암사 (2003)
- _____ (b), 명예훼손법, 현암사 (2008)
- 신평(a), 명예훼손법, 청림출판 (2004)
- ____ (b), 한국의 언론법, 높이깊이 (2011)
- 윤성옥, 엔터테인먼트 산업과 스타의 권리, 커뮤니케이션북스 (2006)
- 윤재운, 함석천, 언론분쟁과 법, 청림출판 (2005)

이승환(a), 유가사상의 사회철학적 재조명, 고려대학교출판부, (1998)

이재상, 형법각론, 제9판, 박영사 (2013)

이재진(a), 언론과 공인, 한양대학교출판부 (2018)

장주영, 미국 수정헌법 제1조와 표현의 자유 판결, 육법사 (2015)

정진수 외 2, 명예훼손죄, 모욕죄에 대한 판례의 판단 기준 연구, 한국형
사정책연구원 (2015)

조궁호, 사회관계론의 동, 서 비교, 서강대학교 출판부 (2013)

채형복, 법정에 선 문학, 한티재 (2016)

최장집, 민주화 이후의 민주주의, 후마니타스 (2010)

최종고, 법철학, 제4판, 박영사 (2002)

최봉철, 현대법철학, 법문사 (2007)

한성열 외 3인, 문화심리학 - 동양인, 서양인, 한국인의 마음, 학지사
(2015)

한위수 편집대표, 언론관계소송, 한국사법행정학회 (2007)

황경식, 사회정의론의 철학적 기초, 철학과 현실사 (2013)

홍성수(a), 말이 칼이 될 때, 어크로스 (2017)

나. 논문

강승식, “표현의 자유와 인간 존엄성의 관계”, 청주대학교 법학정책 연구
소 법과정책 제15집 제2호 (2009)

권순민, “명예훼손죄 비범죄화에 대한 논의와 그 대안에 관한 연구”, 법
학논총 제40권 제2호 (2016)

권영준(a), “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 저스티스 통권 제
109호 (2009)

_____ (b), “계약법의 사상적 기초”, 저스티스 통권 제124호 (2011)

김명희, “일본군 위안부 문제와 부인(denial)”의 정치학 - 제국의 위안
부 사태 다시 읽기“, 한국여성학, 33(3) (2017)

- 김민배, “표현의 자유와 사상의 자유시장 - 홈즈(Mr. Justice Oliver W, Holmes)를 중심으로”, 토지공법연구 제33집 (2006)
- 김민중, “공적 존재, 공적 관계와 명예훼손책임”, 저스티스 통권 제75권 (2004)
- 김봉수, “공인에 대한 명예훼손법리의 함의와 그 한계”, 형사정책 제25권 제3호 (2013)
- 김상호, 차용범, “출판물에 의한 명예훼손”, 동아논총, Vol. 37 (2000)
- 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 Vol. 27 No.4 (2016)
- 김시철, “언론, 출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토”, 저스티스 제147호 (2015. 4.)
- 김신규, “사이버명예훼손, 모욕행위에 대한 형사규제의 개선방안”, 비교형사법연구, 제19권 제4호 (2018)
- 김일수, “명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가?” 안암법학 Vo. 1 (1993)
- 김재형(b), “공인보도와 인격권” 언론중재 Vol. 133, (2014. 겨울)
- 김준호, “명예훼손 법리상 대통령은 공인인가?” 저스티스, 통권 제162호 (2017. 10.)
- 김혁기, “법의 길에 나타난 Holmes의 법적 회의론” 원광법학 제26권 제3호(2012)
- 김희정, “역사적 사실을 부인하는 행위에 대한 제재 법률의 헌법적 정당성”, 고려법학 제67호 (2012)
- 노만경, “언론보도 관련 판결의 위자료 산정 현황 및 특징”, 언론중재 2011년 겨울호 (2011)
- 류영재, “명예훼손죄에 대한 헌법합치적 해석론과 재판실무의 운용”, 언론과 법, Vol. 15 No.1, (2016)
- 박경신(b), “명예의 보호와 형사처벌제도의 폐지론과 유지론” 서강법학, Vol. 11 no 1. (2009)
- _____ (c), “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연

구 제16권 제4호 (2010)

- 박동천, “명예훼손과 표현의 자유”, 동향과 전망 (2014)
- 박성환, “명예의 사회적 논리와 기능”, 문화와 사회 vol. 11 (2011. 11)
- 박순영, “유신헌법에 기한 대통령 긴급조치의 위헌성”, 형사재판의 제문제 제7권(2014)
- 박용상(c), “영국 명예훼손법 및 해설”, 언론중재, vol. 135, 2015년 여름호 (2015)
- 박정란, “공인의 공적 영역과 관련된 사실적시 명예훼손죄에 대한 비판적 검토”, 인권과 정의, Vol. No. 466, (2017)
- 성선제(a), “언론의 자유의 사상적 기초” 헌법학연구 제7권 제1호 (2001)
- (b), “언론사 간 비판 보도와 명예훼손의 상당성 판단 기준”, 언론중재 (2017. 여름)
- 손원선, “한국, 독일 민법에 있어서 표현의 자유와 명예보호 : 위법성과 책임에 관한 비교법적 고찰”, 한독법학 No.14 (2003)
- 손태규(a), “현실적 악의 규정에 대한 인식과 판단 - 한국 법원과 외국 법원의 비교 연구”, 한국언론학보 49(1) (2005. 2.)
- _____ (b), “한국의 상당성 법리와 미국의 현실적 악의 법리의 차이 - 미국의 상당한 믿음 기준, 주의태만 기준과의 비교를 중심으로 -”, 공법연구 제38집 제4호 (2010. 6.)
- _____ (c), “형법상 명예훼손죄의 폐지”, 공법연구, 제41집 제2호 (2012)
- 신득렬, “명예의 개념과 교육적 의미”, 교육철학 제30집 (2006)
- 신평(c), “새로운 명예훼손법 체계의 구축에 관한 시도”, 공법연구 제31집 제3호 (2003)
- 양재규, “명예훼손은 좁게, 사생활 보호는 넓게”, 언론중재, (2013. 봄)
- 염규호(a), “공적 인물과 명예훼손”, 언론중재, 2000년 봄호 (2000)
- _____ (b), “설리번 판결 50주년과 언론의 자유 : 제1수정헌법의 국제적인 영향”, 언론중재, 2014년 봄호 (2014)
- 오세혁, “해악원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의”, 중앙법학 제11집

- 제2호 (2009)
- 원혜욱, 김자영, “명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임”, 비교형사법연구 제18권 제4호 (2016)
- 윤상민, “형법상 정치인의 명예보호”, 법학연구 제29집 제3호 (2013)
- 윤성목, “공인의 미디어 소송 특징과 국내판결 경향에 관한 연구”, 한국언론정보학보 (2007)
- 이광범, “미국 명예훼손법과 그 개혁론 : 미국 명예훼손법 개혁론의 관점에 비추어본 우리나라의 명예훼손법”, 서울대학교 석사학위논문 (2000)
- 이봉수, “명예훼손 소송에서의 위자료 산정”, 언론중재 (2005. 겨울)
- 이승선(a), “연예인의 인격권 침해유형과 언론소송에 있어서 ‘공적 지위’의 특성에 관한 연구”, 한국방송학보 제18권 제3호 (2004)
- (b), “공적 인물이 청구한 명예훼손 소송의 특성과 함의 : 방송사 사건을 중심으로”, 방송과 커뮤니케이션 Vol. 8, No. 1 (2007)
- (c), “명예훼손 사건에서 공직자의 이중적 지위, 법원은 어떻게 보고 있나”, 언론중재 (2016. 여름)
- 이승현, “혐오표현에 대한 헌법적 고찰”, 연세대학교 박사학위 논문 (2015)
- 이승환(b), “왜 유학(儒學)에서는 권리존중의 윤리관이 형성되지 못했는가 : 유가(儒家)와 자유주의 사회철학의 비교적 관점에서”, 중국철학, Vol.3 No.1 (1992)
- 이재경, “명예훼손에 있어서 손해배상과 징벌적 손해배상의 도입에 관한 논의”, 인하대학교 법학연구소, 법학연구 9(2) (2006)
- 이재승, “기억과 법 : 홀로코스트 부정”, 법철학연구, 제11권 제2호 (2008)
- 이재진(b), “연예인 관련 언론소송에서 나타난, 한, 미간의 위법성 조각사유에 대한 비교연구 : 공인이론과 알권리를 중심으로”, 한국방송학보 통권 제18권 제3호 (2004)

- 이재진, 이성훈, “명예훼손 위법성 조각사유로서의 공익성에 대한 연구”,
한국언론정보학보 (2003)
- 이재진, 이창훈, “법원과 언론의 공인 개념 및 입증책임에 대한 인식적
차이 연구”, 미디어 경제와 문화 제8권 제3호 (2010)
- 이정기, “‘종북(從北)’ 관련 판례의 특성과 판례에 나타난 법원의 표현의
자유 인식”, 언론중재위원회, 미디어와 인격권 (2016. 제2호)
- 이정원, “명예에 관한 죄에서의 명예개념과 구성요건의 체계”, 경남법학
13집(1996)
- 이제우, “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격과 민사상 명예훼손”,
민사법학 Vol. 78 (2017)
- 이춘구, “사상의 자유시장 이론 전개의 법적 고찰 : 연원과 현대적 발전
을 중심으로”, 한국국가법학회, 국가법연구 제10집 1호 (2014)
- 이현미, “제국의 위안부와 기억의 정치학”, 국제정치논총 57(2) (2017)
- 이희경, “명예훼손죄에 관한 연구 : 명예 보호의 한계”, 이화여자대학교 박
사학위 논문 (2009)
- 장주영, “박근혜 정부 출범 이후 표현의 자유 현황”, 형사정책 제25권 제
3호 (2013)
- 장유리, “헌법상 명예권 보호에 관한 연구”, 부산대학교 박사학위 논문
(2014)
- 장현우, “손해배상액 산정 기준표(안) 및 구성요소 검토”, 언론중재 2011
년 겨울호(2011)
- 전원열(a), “명예훼손 불법행위에 있어서 위법성 요건의 재구성”, 서울대
학교 박사학위 논문 (2001)
- 정태호, 김훈집, “영국의 명예훼손죄 폐지와 그 교훈”, 경희법학 제50권
제1호 (2015)
- 조국, “사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성”, 형사정책 Vol.25 No.3
(2013)
- 주승희, “인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장 검토”, 형사법연구

(2006)

지원림, “계약정의에 관한 연구”, 한국비교사법학회, 비교사법 제9권 제2호 (2002)

최상진, 김기범, “체면(體面)의 심리적 구조”, 한국심리학회지 제14권 제1호 (2000)

최상진, 유승범, “한국인의 체면에 대한 사회심리학적 한 분석”, 한국심리학회지 제6권 제2호 (1992)

한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호”, 저스티스 통권 제84호 (2005. 4.)

한은경, 이보영, “평판자본의 개념 및 구성에 관한 소고”, 광고연구, Issue 96 (March 2013)

한위수, “공인에 대한 명예훼손의 비교법적 일고찰”, 저스티스 제69호 (2002. 10.)

허명국, “독일에서의 사자의 인격보호와 인격권의 간접적 침해에 관한 소고”, 한림법학 FORUM Vol.20 (2009)

허순철, “영국의 명예훼손법 개정과 그 의미”, 공법학연구, 제16권 제4호, (2015. 11.)

홍성수(b), “혐오표현의 규제 : 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제 대안의 모색”, 법과사회 20호 (2015. 12.)

2. 일본문헌

가. 단행본

五十嵐清, 人格權法 概說, 有斐閣 (2003)

松井茂記, 表現の自由と名譽毀損, 有斐閣 (2013)

建部雅, 不法行爲法における名譽概念の變遷, 有斐閣 (2014)

佃克彦, 名譽毀損の法律實務, 弘文堂, (2017)

나. 논문

韓永學, “産経新聞韓國大統領名譽毀損事件に關する一考察”,

マス・コミュニケーション 研究 89卷 (2016)

石橋秀起, “名譽毀損と名譽感情の侵害”, 田中恒好教授

藥師寺公夫教授吉村良一 教授 退職記念論文集(上卷) (2015)

岡根好彦, “名譽毀損表現の差止めに關する再檢討”, 阪南論集.

社會科學編 50(2), 1-19, 2015-03

3. 영미문헌

가. 단행본

Peter Amponsah, Libel Law, Political Criticism, and Defamation of Public Figures, LFB Scholarly publishing LLC New York (2004)

C. Edwin Baker(a), Human Liberty and Freedom of Speech, Oxford University Press (1989)

Eric Barendt(a), Freedom of Speech, Oxford University Press (2005)

Hilaire Barnett, Constitutional & Administrative Law, 8th Edition, Routledge (2011)

Brian Bix, Jurisprudence : Theory and Context, 7th Edition, Carolina Academic Press (2015)

Zechariah Chafee, Government and Mass Communication, University of Chicago Press (1947)

Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, Wolsters Kluwer (2011)

Dan Dobbs, Robert Keeton, David Owen, Prosser and Keeton on Torts, 5th Edition, West Publishing Co. (1984)

- Ronald Dworkin(a), *Taking Rights Seriously* (1978) [염수균 역, 법과 권리, 한길사(2010)]
- _____ (b), *Freedom's Law*, Oxford University Press (1996)
- _____ (c), *Law's Empire*, [장영민 역, 법의 제국, 아카넷 (2004)]
- Edward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, Praegers (2002)
- Melvil Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press (1988)
- Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 4: Harmless Wrongdoing*, Oxford university Press, (1990)
- Owen M. Fiss, *Irony of Free Speech*, Harvard University Press (1996)
- Erving Goffman, *Interaction Ritual : Essays in Face-to-Face Behavior*, (1967) [진수미 역, 상호작용 의례, 아카넷 (2013)]
- Ivan Hare and James Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press (2009)
- Robert Hargreaves, *The First Freedom : A History of Free Speech* (2002) [오승훈 역, 표현의 자유의 역사, 시아출판사 (2006)]
- Thomas Healy, *The Great Dissent - How O. W. Holmes Changed His Mind*, Metropolitan Books (2013)
- Steve J. Heyman, *Free Speech and Human Dignity*, Yale University Press (2008)
- Geert Hofstede, Gert Jan Hofstede, Michael Minkov, *Culture and Organizations* 3rd ed. (2010) [차재호, 나은영 역, 세계의 문화와 조직, 학지사 (2014)]
- Francis Holt, *The Law of Libel*, London (1816)
- M. Franklin 외 2, *Mass Media Law* 7th ed., Foundation Press (2005)

- M. Franklin 외 2, Mass Media Law 8th ed., Foundation Press (2011)
- Donald K. Kommers, Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of Federal Republic of Germany, Duke University Press (2012)
- Ronald J. Krotoszynski, The First Amendment in Cross-Cultural Perspective, New York University Press (2006)
- Anthony Lewis, Freedom for the Thought That We Hate, (2007) [박지웅 역, 우리가 싫어하는 생각을 위한 자유, 간장 (2010)]
- Ian Loveland, Political Libels : A Comparative Study, Oxford-Portland Oregon (2000)
- Lawrence Mcnamara, Reputation and Defamation, Oxford University Press (2007)
- Michael Meyer and William Parent, The Constitution of Rights : Human Dignity and American Values, Cornell University Press (1992)
- John S. Mill, On Liberty (1859) [박홍규 역, 자유론, 문예출판사 (2009)]
- Patrick Milmo [et al.], Gately on libel and slander, Sweet & Maxwell (2004)
- David Milo, Defamation and Freedom of Speech, Oxford University Press (2008)
- Alexander Meiklejohn, Free Speech and its Relation to Self Government, New York: Harper Brothers Publishers, (1946)
- Paul Mitchell, The Making of the Modern Law of Defamation, Oxford and Portland, Oregon (2005)
- Richard Moon, The Constitutional Protection of Freedom of

- Expression, University of Toronto Press(2000)
- Jeffrie G. Murphy, Jules L. Coleman, Philosophy of Law : An Introduction to Jurisprudence, West View Press (1990)
- Martha Nussbaum, Poetic Justice, Beacon Press (1995) [박용준 옮김, 시적 정의, 궁리 (2013)]
- David Owen, The Philosophical Foundation of Tort Law, Oxford University Press (1995)
- James Price QC and Felicity McMahon, Blackstone's Guide to The Defamation Act 2013, Oxford University Press (2013)
- Richard Posner, How Judges Think, Harvard University Press (2008) [백계문, 박종현 역, 법관은 어떻게 사고하는가, 한울 (2016)]
- Robert C. Post(a), Democracy, Expertise, and Academic Freedom, Yale University Press (2012)
- David Rolph, Reputation, Celebrity and Defamation Law, Ashgate Publishing Limited, (2008)
- Norman L. Rosenberg, Protecting the Best Men : An Interpretive History of the Law of Libel, The University of Carolina Press (1986)
- Robert D. Sack, Sack on Defamation, I, Practising Law Institute (2006)
 _____, Sack on Defamation, II, Practising Law Institute (2006)
- Michael Sandel, Democracy's Discontent (1996) [안규남 역, 민주주의의 불만, 동녘(2012)]
- Niegel Simmonds, Central Issues in Jurisprudence, 3th Edition, Thomson Reuters (2010)
- Frederick Schauer(a), Free Speech : a Philosophical Enquiry,

- Cambridge University Press (1982)
- Rodney A. Smolla(a), *Free Speech in an Open Society*, Knopf
Doubleday Publishing Group (1992)
- _____ (b), *Law of Defamation*, C. Boardman Co. (2017)
- Daniel Solove, *Future of Reputation, Gossip, Rumor, and Privacy on the
Internet*, Yale University Press (2008) [이승훈 역, 인터넷 세
상과 평판의 미래, 비즈니스맵 (2013)]
- Cass Sunstein(a), *Democracy and Problem of Free Speech*, Free Press
(1993)
- K. Sullivan & G. Gunter, *Constitutional Law*, Foundation Press (2010)
- Jeremy Waldron, *Harm in Hate Speech*, Harvard University Press
(2012)
- James Weinstein, *Hate Speech, Pornography and the Radical Attack
on Free Speech Doctrine*, Westview Press (1999)

나. 논문

- David A. Anderson(a), "Reputation, Compensation and Proof", 25
William & Mary Law Review 747 (1984)
- (b), "Is Libel Law Worth Reforming?", *University
of Pennsylvania Law Review*, vol. 140, No.
2 (1991)
- (c), "Rethinking Defamation", 48 *Ariz. L. Rev.* 1047
(2006)
- David S. Ardia "Reputation In a Networked World : Revisiting the
Social Foundation of Defamation Law", 45 *Harv.
C.R.-C.L. L. Rev.* 261 (2010)

- E. Barendt(b), "What's the Point of Libel Law?", *Current Legal Problems*, Vol. 52(1) (1999)
- Stephen Bates, "Libel Capital No More? Reforming British Defamation Law", 34 *Hastings Comm. & Ent L.J.* 233 (2012)
- Robert N. Bellah, "The Meaning of Reputation in American Society", *Cal. L. Rev.* Vol. 3 (1986)
- Randal Bezanson(a), "The Libel Suit in Retrospect: What Plaintiffs Want and What Plaintiffs Get", *California Law Review*, Vol. 74, Issue 3 (May 1986)
- _____ (b), "The Libel Tort Today", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 45 Issue 2 (Spring 1988)
- Vincent Blasi, "Holmes and the Marketplace of Ideas", *Supreme Court Review*, Vol. 2004, Issue 1 (2004)
- Winfried Brugger, "Ban on or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law", 17 *Tul. Eur. & Civ.L.F.* 1 (2002) pp.10~11.
- Alexander Bruns, "Access to Media Sources in Defamation Litigation in the United States and Germany", 10 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 283 (2000)
- Clay Calvert, "Harm to Reputation; An Interdisciplinary Approach to the Impact of Denial of Defamatory Allegations", 26 *Pac. L. J.* 933 (1995)
- Guy E. Carmi, "Dignity Versus Liberty : The Two Western Culture of Free Speech", 26 *B.U. Int'l L.J.* 277 (2008)
- Joshua Crawford, "Importing German Defamation Principle : A constitutional Right of Reply", 41 *Fla. St. U. L. Rev.* 767 (2014)
- R. C. Donnelly, "History of Defamation", 1949 *Wis. L. Rev.* 99 (1949)

- Mitchell Drucker, "Canadian v. American Defamation Law : What Can We Learn From Hyperlinks?", 38 Can.-U.S. L.J. 141 (2012)
- Charles W. Ehrhardt, "Reputation and Character in Defamation Actions", Washington University Law Quarterly, Vol. 64, Issue 3 (Fall 1986)
- Richard A. Epstein, "Was New York Times v. Sullivan Wrong?", 53 U. Chi. L. Rev. 782 (1986)
- Mark A. Franklin, "Constitutional Law : The Role of Content", 34 UCLA L. Rev. 1657, 1682 (1987)
- Thomas Gibbons, "Defamation Reconsidered", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 16, No. 4 (Winter, 1996)
- Kent Greenawalt, "Free Speech justification", Colum. L. Rev., Vol. 89 (1989)
- L. M. Henry, "The Jurisprudence of Dignity" 160 U. Pa. L. Rev. 169 (2011)
- Laura A. Heymann, "The Law of Reputation and the Interest of Audience", 52 B. C. L. Rev. 1341 (2011)
- Oliver Wendell Holmes, Jr., "Privilege, Malice, Intent", 8 Harv. L. Rev. 1 (1894)
- Stanley Ingber(a), "Defamation: A Conflict between Reason and Decency", Virginia Law Review Vol. 65, No. 5 (Jun. 1979)
- _____ (b), "The Marketplace of Ideas : A Legitimizing Myth", 1984 Duke L.J. 1 (1984)
- Bruce E. Johnson, "Is the New York Times Rule Relevant in Breitbart World?", 19 Comm. L. & Pol'y 211 (2014)

- Dean Jobb, "Responsible Communication on Matters of Public Interest : A New Defense Updates Canada's Defamation Laws", 3 J. Int'l Media & Ent. L. 195 (2010~2011)
- Oliver Jouanjan, "Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany", Indiana Law Journal Vol. 84, issue 3 (2009)
- Harry Kalven, "The New York Times Case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment", Supreme Court Review, Vol. 1964 (1964)
- Alan Kaminsky, "Defamation Law: Once a Public Figure Always a Public Figure", 10 Hofstra L. Rev. 803, 830 (1982)
- Elena Kagan, "Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine", The University of Chicago Law Review, Vol. 63, No. 2 (Spring, 1996)
- Patricia Kussmann, "Construction and Application of Libel-Proof Doctrine", 54 A.L.R. 6th 165 (Originally published in 2010)
- Lyrissa. B. Lidsky, "Defamation, Reputation, and the Myth of Community", 71 Wash. L. Rev. 1 (1996)
- Pawel Lutomski, "Private Citizens and Public Discourse: Defamation Law as a Limit to the Right of Free Expression in the U.S. and Germany", German Studies Review , Vol. 24, No. 3 (Oct., 2001)
- Colin Manchester, "A History of the Crime of Obscene Libel", 12 J. Legal Hist. 36, 57 (1991)
- Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Right", The European Journal of

International Law Vol. 19 no. 4 (2008)

Holly Miller, "Homosexuality As Defamation: A Proposal For the Use of the 'Right Thinking Minds' Approach in the Development of Modern Jurisprudence", 18 *Comm. L. & Pol'y* 349 (2013)

Pato O'Malley, "From Feudal Honour to Bourgeois Reputation, Ideology, Law and the Rise of Industrial Capitalism", *Sociology*, Vol. 15, No. 1 (1981)

Kevin Martin, "Defamation Defined", *Chicago-Kent Law Review* Vol. 43 (1996)

Robert F. Nagel, "How Useful Is Judicial Review in Free Speech", 69 *Cornell L. Rev.* 302 (1984)

Evelyn Peyton, "Rogues' Rights: The Constitutionality of the Libel-Proof Plaintiff Doctrine", *Santa Clara Law Review*, Vol. 34, Issue 1 (1993)

Robert C. Post(b), "The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution", 74 *CALIF. L. REV.* 691, 700 (1986)

_____ (c), "Cultural Heterogeneity and Law : Pornography, Blasphemy, and the First Amendment", *California Law Review*, Vol. 76, Issue 2 (1988)

_____ (d), "Participatory Democracy and Free Speech", 97 *Va. L. Rev.* 477, 477 (2011)

Peter E. Quint(a), "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory", 48 *Md. L. Rev.* 247 (1989)

_____ (b), "The Comparative Law of Flag Desecration: The United States and the Federal Republic of

- Germany", 15 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 613, 638 (1992)
- Neomi Rao, "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law", 86 Notre Dame L. Rev. 183 (2011)
- David Riesman, "Democracy and Defamation : Control of Group Libel", Columbia Law Review Vol 42, No 5 (1942)
- David A. J. Richards, "Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment", 123 U. Pa. L. Rev. 45, 82 (1974)
- Thomas M. Scanlon(a), "A Theory of Freedom of Expression", 1 Phil. & Pub.Aff. 216 (1972)
- _____ (b), "Freedom of Expression and Categories of Expression", 40 U.Pitt.L.Rev. 519 (1979)
- Frederick Schauer(b), "Social Foundations of the Law of Defamation - A Comparative Analysis", Journal of Media Law and Practice, Vol. 1, Issue 1 (May 1980),
- _____ (c), "Public Figures", 25 Wm. & Mary L. Rev. 905, 936 (1984)
- (d), "The Generality of Rights" 6 Legal Theory 323, 328-36 (Cambridge 2000)
- Judith Schenck Koffer, Bennet L. Gershman, "The New Seditious Libel", 69 Cornell L. Rev. 816 (1983)
- Susan E. Seager, "Jackpot! Presumed Damages Gone Wild - And Unconstitutional", 31-WTR Comm. Law. 1. (2015)
- Wayne M. Serra, "New Criticisms of the Libel-Proof Plaintiff Doctrine", 46 Clev. St. L. Rev. 1 (1998)
- Jerome H. Skolnick, "Foreword : The Sociological Tort of Defamation",

- 74 Cal. L. Rev. 677, 690 (1986)
- M. Slaughter "The Development of Common Law Defamation Privilege: From Communitarian Society to Market Society" *Cardozo Law Review*, Nov, 1992, Vol.14(2)
- Gerald R. Smith, "Of Malice and Men : The Law of Defamation", 27 *Val. Y. Rev.* 39 (1992)
- J. R. Spencer, "Criminal Libel - A Skeleton in the Cupboard(1)" 1977 *CRIM. L. REV.* 383 (1977)
- Cass R. Sunstein(b), "Hard Defamation Cases", *William and Mary Law Review*, Vol. 25, Issue 5 (Special Issue 1984)
- _____, "Words, Conduct, Caste", 60 *U. Chi. L. Rev.* 795, 807-08 (1993)
- Bob Tarantino, "Chasing Reputation: The Argument for Differential Treatment of 'Public Figures' in Canadian Defamation Law", 48 *Osgoode Hall L.J.* 595 (2010)
- Ioanna Tourkochoriti, "Should Hate Speech Be Protected? Group Defamation, Party Bans, Holocaust Denial and the Divide Between (France) Europe and the United States", 45 *Colum. Hu. Rts. L. Rev.* 552 (2014)
- Van Vechten Veeder(a), "History and Theory of the Law of Defamation I", *Columbia Law Review*, Vol. 3, Issue 8 (1903)
- _____(b), "History and Theory of the Law of Defamation II", *Columbia Law Review*, Vol. 4, Issue 1 (1904)
- Meiring De Villiers, "Quantitative Proof of Reputational Harm", 15

Fordham J. Corp. & Fin. L. 567 (2010)

Mark D. Walton, "The Public figure Doctrine : A Reexamination of Gettz v. Robert Welch, Inc. in Light of Lower Federal Court Public Figure Formulations", 16 N. III. U. L. Rev. 141, 174 (1995)

James Q. Whitman(a), "Enforcing Civility and Respect : Three Societies", 109 Yale L.J. 1279 (2000)

_____ (b), "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty", 113 Yale L.J. 1151 (2004)

Kyu Ho Youm(c), "Liberalizing British Defamation Law : A Case of Importing the First Amendment?", 13. Comm. L. & Pol'y 415 (2008)

Kyu Ho Youm(d), "Actual Malice in U.S. Defamation Law : The Minority of One Doctrine in the World", 4 J. Int'l Media & Ent. L. 1 (2011)

4. 독일어 문헌

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB Band 4:§§185-262; 3. Auflage 2017

5. 기타 자료

역사속의 사법부, 사법발전재단(2009)

언론중재위원회, 언론관련판결 분석보고서 2008.~2016.

사법부 간행물, 불법행위 유형별 적정한 위자료 산정방안 (2017. 1.)

서울지방법원, "사실적시 명예훼손죄에 관한 심포지엄"(토론자료)

2016. 5. 20.

국회입법조사처, “혐오표현 규제의 국제적 동향과 입법과제”, NARS 현
안보고서 제306호 (2017. 6. 12.)

참여연대, “이슈리포트 : 이명박 정부 이후 국민입막음소송 사례보고서”
(2014. 10.)

_____, “이슈리포트 : 박근혜 정부의 국민입막음 사례 22선” (2015.
9.)

6. 인터넷 검색 자료

- * 선동적 명예훼손 관련 위키피디아 자료

https://en.wikipedia.org/wiki/Seditious_libel

https://en.wikipedia.org/wiki/Blasphemous_libel

- * 국경없는 기자회, 프리덤하우스 홈페이지

<https://rsf.org/en>

<https://freedomhouse.org/report/freedom-press/freedom-press-2017>

- * 독일 혐오표현 입법 관련 기사(한국일보 2017. 9. 16.자 기사)

<http://www.hankookilbo.com/v/9c13889f762644b7b1c29f416b841abf>

- * 브랜드 가치 관련 언론본도

http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2018032702109932781011&ref=naver

- * 미국 명예훼손법 관련 법률가들의 논평 관련 기사

https://www.huffingtonpost.com/joel-cohen/libel-developing-a-thick-libel_b_5525471.html

<https://www.jw.com/of-free-speech-and-thick-skin/>

* John Major 총리 명예훼손 소송 관련 2002. 10. 5.자 Guardian지 기사

<https://www.theguardian.com/politics/2002/oct/05/uk.pressandpublishing>

* 최근 영국 명예훼손 소송의 추이 관련 기사

<https://inform.wordpress.com/2016/06/04/judicial-statistics-2015-issued-defamation-claims-down-by-40-the-second-lowest-number-since-1992/>

* The Law Society Gazette 2015. 12. 7.자 기사

<https://www.lawgazette.co.uk/practice-points/libel-stats-dont-tell-the-whole-story/5052583.article>

* 평판의 일종의 브랜드의 경제적 가치 관련 기사(2018. 3. 27.자 디지털 타임스 기사)

http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2018032702109932781011&ref=naver

* 파키스탄 명예살인 관련 기사

<http://edition.cnn.com/2017/01/17/asia/pakistan-honor-killing-death-pe>

nalty/index.html

http://www.newsis.com/view/?id=NISX20170117_0014646082&cID=10102&pID=10100

* 진실, 화해를 위한 과거사정리위원회 홈페이지

[http://www.jinsil.go.kr/Information_Notice/article/read.asp?num=1923&pageno=1&styp=title&sval=긴급&data_years=2014&data_month=\)](http://www.jinsil.go.kr/Information_Notice/article/read.asp?num=1923&pageno=1&styp=title&sval=긴급&data_years=2014&data_month=))

* 민주화 이전 언론 탄압 관련 자료들

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_serial_list.html?s_code=ac219
http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201705252052005&code=210100#csidx5917799edfd78f98a03cb253d9fbb76

* 우리나라의 표현의 자유 순위 관련 기사들

http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/11/13/2017111301711.html
http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201604280449001&code=970201#csidx669b9e42d181bbeb6e40eafc3728256
<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/04/27/0200000000AKR20160427207300071.HTML?input=1195m>

* 우리나라의 필화사건 관련 기사

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_serial_list.html?s_code=ac219
http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201705252052005&code=210100#csidx5917799edfd78f98a03cb253d9fbb76

* 법률신문 기사 : 박영선, “한국과 크게 다른 미국의 명예훼손 소송” 법

를신문 (2017. 2. 20.자)

<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=108178>

- * 국민일보 2017. 9. 27.자 기사 “살인범을 살인마라고 하면 살인범의 명예를 훼손한 것일까?”

<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&oid=005&aid=0001031586&sid1=001>

- * 2016. 9. 7. 유승희 의원 대표발의 “정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 등에 관한 법률 일부개정법률안”

(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

- * 사이버 언론 관련 한국기자협회 2015. 3. 18.자 기사

http://www.journalist.or.kr/news/article_print.html?no=36014

- * 박유하 교수 관련 기사

http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/12/08/2017120800198.html

<http://www.hani.co.kr/arti/international/japan/720103.html>.

<http://www.idaegu.co.kr/news.php?mode=view&num=182893>

<http://news1.kr/articles/?2427926>

Abstract

A Study on the Basic Theories of Defamation Law

– The History, Theory and Practical Implications
of the Right to Reputation –

Bumjin Kim

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

The law of defamation, at its core, is about finding the right balance between protecting the right to reputation on the one hand and ensuring freedom of expression on the other. In this regard, defamation law was constitutionalized in the United States in 1964 subsequent to the Supreme Court decision in *New York Times v. Sullivan*. However, balancing in defamation lawsuits goes beyond simply weighing the constitutional values embedded in the right to reputation and freedom of expression. That is, such comparison must be preceded by consideration of various social and cultural factors defining the meaning and substance of the right to reputation, as well as such factors as the maturity of democracy and determination of constitutional values across different countries that make up the meaning and substance of freedom of free speech. This is precisely

why defamation is often referred to as a sociological tort.

Understanding the complexity of such balancing test, this dissertation investigates the history and theories related to various factors of the right to reputation under defamation law and examines the implications of such investigation for trial practice in Korea. First, this dissertation looks into the process of formation of the modern right to reputation and the history of freedom of speech as a limitation on the right to reputation, and confirms that it has only been about half a century since the legislation of defamation law as we know it. As demonstrated by the example of seditious libel, premodern defamation law was used as a means to suppressing voices resisting the ruling power.

Then, during the 19th century when democracy, liberalism and freedom of expression became established, the concept of the right to reputation underwent transformation to reflect human dignity and the ideology of equality. It is worth noting that the substance and application of the right to reputation differ among countries depending on their historical and cultural traditions. For instance, the concept of honor stands out as a traditional societal value in Great Britain, whereas in Germany, the element of dignity has become stronger following the 20th century. In the United States, where individual autonomy and liberty are emphasized, the element of property is more evident compared to honor or dignity. As such, the right to reputation and freedom of speech as a limitation thereon take different forms based on the historical and cultural tradition peculiar to each country.

Further to the theoretical examination of the right to reputation as outlined above, this dissertation analyzes the right to reputation in Korea in terms of cultural tradition, the positive law and trial practice. It highlights the fact that trial practice in Korea has resulted in the establishment of a distinctive concept of the right to reputation based on the unique mechanism of compensation for damages and the severed modern history, despite the Confucian collectivism and the accompanying tradition of valuing the protection of the right to reputation in terms of cultural tradition and positive law. Moreover, this dissertation explores defamation trials in Korea by studying Supreme Court and lower court decisions in the following perspectives: (1) issues in political expression, (2) issues in non-political, public-interest expression, (3) issues in non-political, non-public-interest expression, (4) the history and social culture related to the extent of protection afforded to the right to reputation, (5) the value system related to the meaning of defamation, (6) the parties' morality, and (7) the parties' subjective positions. Based on the foregoing, this dissertation examines the need for defining the circumstances precluding wrongfulness, which are currently summed up as public interest, in more specific categories. It further points out that a sociological approach to the law of defamation is needed in connection with protection for the right to reputation and the concept of defamation, and also that trial practice in Korea portrays excessive importance imposed on the morality aspect based on the analysis of the relationship between the parties' sense of morality and legal requirements. Additionally, this dissertation looks into the public figure theory, which is one of the most important theoretical issues

under the law of defamation, from perspectives different than existing theories, and its implications for the hotly-debated topics of decriminalization of defamation and that of abolition of defamation through true facts.

keywords : defamation, right to reputation, honor, dignity,
property, freedom of expression

Student Number : 2013-31052