

## [判例評釋]

### 대법원 2000.2.25. 선고 啓明大事件 판결에 관하여

申 平\*

#### I. 序論

##### 1. 名譽毀損에 대한 法秩序의 대응

사람은 누구나 다 지고한 존재이다. 무엇으로도 대체할 수 없는 유일무이한 가치체이다. 인간이 만든 모든 제도, 법질서는 인간의 지고성, 존엄성을 보장하는 방향으로 진화해왔다고 해도 과언이 아니다. 한편 인간 존엄성의 가장 깊은 본질은 인격이다. 그리고 그 인격의 외부적 표상을 이루는 것은 명예라고 이를 수 있다.

인간의 존엄성을 보장하는 것은 헌법의 궁극적인 가치이념의 하나이고, 이같은 헌법의 정신에 부응하기 위해 형법상 명예훼손죄를 처벌하고, 민사상 명예훼손의 위법행위로 타인이 정신적인 피해를 입었을 경우 손해배상을 하게 한다.

형법 제307조 제1항에서는 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하면 명예훼손죄로 처벌하고, 나아가 적시한 사실이 허위인 경우에는 동조 제2항에 의해 가중처벌된다. 그리고 이러한 명예훼손행위가 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 행해진 때에는 역시 가중처벌된다(형법 제309조). 구체적 사실의 적시 없이 공연히 타인을 모욕한 때에는 모욕죄로 처벌된다. 한편 당선이라는 목적을 향해 치열한 언어의 격전이 행해지기 마련인 선거판에서 다른 후보자의 명예를 훼손한 경우에는 별도의 법규

---

\* 대구가톨릭대학교 법학과 조교수, 변호사

정에 의해 처벌된다. 즉 공직선거및선거부정방지법에서는 그 제110조에서, 누구든지 선거운동을 위하여 후보자(후보자가 되려는 자 포함)의 신분, 경력, 인격, 재산, 행위 또는 그 소속정당에 관하여 허위의 사실을 진술하거나 유포할 수 없으며, 공연히 사실을 적시하여 개인의 사생활을 비방할 수 없다고 규정하였다. 그리하여 상대방 후보자가 당선되지 못하게 할 목적으로 연설, 방송, 신문, 통신, 잡지, 벽보, 선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 동법 제250조 제2항의 허위사실공표죄에 의하여 처벌되고, 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 위와 같은 방법으로 공연히 사실을 적시하여 위와 같은 사람들을 비방한 자는 동법 제251조의 후보자비방죄로 처벌된다. 형법상의 명예훼손죄에서 적시한 사실이 진실하고, 오로지 공공의 이익을 위하여 그 행위가 행해진 때에는 위법성이 조각(동법 제309조)되고, 공직선거및선거부정방지법에서도 허위사실공표죄와 후보자비방죄에 해당되더라도 '진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때'에는 처벌하지 아니한다는 규정을 두고 있다(동법 제110조 단서, 제251조 단서)

타인의 명예훼손으로 인한 민사상의 손해배상청구에 있어서는 위에서 본 형법인 공직선거및선거부정방지법에 해당하느냐 여부와는 조금 다른 각도에서 바라볼 필요가 있다. 손해배상청구는 형사법과는 다른 원리에 의해 지배되는 민사법상의 불법행위이론에 의해 그 성否를 따져야 한다. 그래서 민법 제750조의 일반불법행위책임의 원칙 그리고 민법 제751조의 타인의 명예를 해한 경우에 불법행위가 성립할 수 있다는 특칙조항에 의거하여, 손해를 배상받을 수 있는 불법행위인가를 판정해야 한다. 첫째, 고의가 아닌 과실에 의하여서도 불법행위가 될 수 있다. 둘째, 민사상 불법행위의 경우에도 사실의 적시에 의한 경우가 일반적이겠으나, 설사 사실적시가 아닌 욕설, 모욕 등 형법상 모욕죄에 해당하는 경우에도 불법행위가 성립된다.

이 논문에서 말하는 명예훼손은, 법질서 전체의 관점에서 따지는 것이고 따라서 형사상의 명예훼손의 경우 뿐만 아니라 민사상의 불법행위책임의 한態樣으로 논의되는 명예훼손책임까지 포괄하여 의미한다.

## 2. 名譽毀損에 있어서의 憲法的 價値의 충돌

앞에서의 언급대로, 인간이 존엄성을 유지하며 인간답게 살아나가기 위해서는 인격의

보장이 그 본질적 요청이다. 그리고 인격의 보장 중 중요한 요소는 자신의 사회적 평가인 명예가 보호되는 것이다. 실로 명예권은 민주주의 국가의 기본질서를 이루는 인권의 개념 중 가장 핵심에 위치해있는 권리의 하나라고 해도 과언이 아니다.

한편, 자유로운 언론은 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 영역에서 여론을 형성하여 국민이 국가주권자의 지위를 지키게 할 뿐만 아니라 국민이 건전한 인격형성의 과정을 더듬어 나감에 있어서도 필수불가결한 존재이다. 자유로운 언론을 가능하게 하는 헌법적 요청은 두 말 할 것 없이 우리 시대의 가치질서 중 선두에 나서는 고귀하고 근본적인 요청이다.

언론이 제 기능을 다하기 위해서는 광범한 정보의 수집을 필요로 하고, 정보의 수집 과정에서 불가피하게 개인의 사적 영역에 관한 자료도 터치하게 된다. 당연히 개인의 명예권을 손상시킬 우려가 상존한다.

특히 우리 사회에서는 1987년 이후의 민주화과정에서 언론의 과점적 제한경쟁체제가 무너지면서 언론사간의 무한 경쟁시대로 접어들었다. 유선방송, 위성방송, 인터넷방송 등의 다양한 신매체가 등장한 모습에서도 그 일단을 볼 수 있다. 어쩌면 민주화 그 자체가 언론에 관한 새롭고 무한한 지평을 열어나가는 것이라고 할 수 있다.

그러나 이로 초래되는 정보화시대에서 개인이 겪게 되는 손해 특히 명예권의 침해로 인한 손해는 어떻게 평가되어야 할까? 그 위해는 점차 심각해지고 있다.

우리의 국가와 사회는 우선 자유로운 언론의 실현에 치중할 수밖에 없다. 그러나 자유로운 언론에 의해 파생되는 개인의 손해를 방치한다면, 그 사회는 더 이상 민주사회가 아니다. 구성원의 인격이 무시되는 체제에서 어찌 국민이 주인이 될 수 있는가? 그것은 결코 우리가 이상으로 생각하며 정열을 바쳐야 할 사회일 수 없다. 사회는 개인의 평판에 대한 공격을 예방하고 또 그를 회복하는데 대하여 광범하고 강력한 이해를 갖고 있다<sup>1)</sup>는 말처럼, 명예권의 존중은 역시 우리 사회를 유지하는 다른 하나의 기축이다.

### 3. 名譽毀損에 관한 새로운 大法院 判例의 등장

과거 우리 대법원은 허위사실에 의한 명예훼손죄에 관한 판례에서, 그 적시하는 사실이 사람의 평가를 저하시키는 허위이어야 할 뿐만 아니라 범인이 그와 같은 사실이 허

1) Rosenblatt v. Baer, 383 U.S. 75, 86(1966)

위라고 인식을 하여야만 된다는 비교적 원론적이고 평면적인 해석을 가하여 왔다.<sup>2)</sup> 그러다가 적시된 사실을 전체적으로 보아 중요한 부분이 객관적 사실과 합치하는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다고 하여도 이를 허위의 사실일 수는 없다<sup>3)</sup>고 하며, 각론적인 문제의 해결을 위한 기준의 하나를 제시하고 있다.

대법원은 2000. 2. 25. 명예훼손죄에 관한 두 개의 중요한 판결을 선고하였다.<sup>4)</sup> 이 판결들은 명예훼손죄 구성요건의 하나인 사실의 적시에 관한 것이었다. 즉 명예훼손으로 의율된 어떤 표현행위를 세 개의 범주로 나누어, 첫째 사실의 적시인가, 둘째 단순히 의견을 표명하는 것인가, 셋째 의견을 표명한다고 하더라도 묵시적으로 그 전제가 되는 사실을 적시한 것인가(이를 혼합의견이라고 칭한다.)로 나누었다. 그래서 첫째 셋째 범주의 경우에는 유죄로 될 수 있으나, 둘째 범주의 단순한 의견 또는 논평의 경우에는 '사실의 적시'가 아니므로 명예훼손죄가 성립되지 않는다는 것이다.<sup>5)</sup>

대법원 판례의 이같은 태도<sup>6)</sup>에 따르면, 어떤 표현행위는 크게 나누어 사실의 적시와 순수한 의견의 표명으로 나눌 수 있다. 전자만이 명예훼손죄의 구성요건해당성을 충족시킬 수 있다. 반면 순수한 의견의 표명은 증거에 의하여 진위가 증명될 수 없는 것으로 명예훼손죄의 대상이 될 수 없다고 한다.

따라서 어떤 표현행위를 허위사실에 의한 명예훼손행위로 의율하기 위해서는 그것이 사실의 적시여야 하고, 나아가 검사에 의하여 그 허위의 점 및 피고인이 허위의 점을 인식하였다는 점에 관하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 입증이 되어야 한다.<sup>7)</sup> 반대로 피고인의 적시사실이 진실에 부합되는 것이거나 허위입증이 불충분한 경우, 그리고 표현행위가 사실의 적시가 아니라 단순한 의견의 표명에 불과한 경우에는 무죄로 된

2) 대법원 1988. 9. 27. 선고 88도1008 명예훼손사건(법원공보 1988. 11. 1., 1361면), 1994. 10. 28. 94도2186 출판물에 의한 명예훼손사건(법원공보 1994. 12. 1., 3171면) 등 판결 참조.

3) 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 출판물에 의한 명예훼손사건(법원공보 1998. 11. 15., 2715면), 1999. 10. 22. 선고 99도3213 명예훼손사건(법원공보 1999. 12. 1., 2451면) 판결 참조.

4) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도 2188 출판물에 의한 명예훼손사건(법원공보 2000. 4. 15, 885면), 같은 날 선고 99도4757 출판물에 의한 명예훼손사건(법원공보, 前掲書, 906면) 판결.

5) 대법원은 표현행위의 민사상 손해배상책임 여부를 판단함에 있어서도 이처럼 3가지의 범주로 나누어 판단한다(대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 손해배상(기), 2000. 7. 28. 선고 99다6203 손해배상등 사건의 판결).

6) 위 98도2188 판결의 경우에는 이같은 내용이 판결요지에 나타나 있고, 위 99도4757 판결의 경우에는 판결요지에는 나타나 있지 않으나, 판결이유에서 이를 전제로 하여 유무죄를 판단하고 있다.

7) 위 99도4757 판결 중 10면 참조.

다.<sup>8)</sup>

이처럼 표현행위를 사실과 의견으로 구분하여 의견에 해당될 경우에는 무죄 또는 손해배상책임불성립으로 된다는 법리는, 실은 미국 법이론 혹은 미국 연방대법원 판례<sup>9)</sup>의 영향을 받은 것으로 추측된다.

이 논문에서는 위 대법원 판례를 중심으로 하여 논의를 전개하려고 한다. 그러므로 명예훼손에 있어서 사실과 의견을 구분하는 점을 주된 논점으로 하여, 이 구분을 처음으로 만들어낸 미국 연방대법원 판례의 생성과정을 살펴보고 또 그것아 뒤에 다소 변용된 모습을 고찰하고자 한다. 그럼으로써, 명예훼손에 있어서 명예권과 언론의 자유라는 기본적 법익, 헌법적 가치가 팽팽하게 대립하며 충돌하는 현실을 살핀다. 그리고 그 충돌의 현실속에서 양자의 조화로운 고려를 어떻게 이끌어낼 수 있을 것인가 하는 문제의식을 갖고 이 논문을 이끌어가고자 한다. 한편 일본에서도 이에 관한 여러 개의 최고재판소 판례가 있는 만큼 우리 대법원 판례의 분석을 위해 필요한 한도에서 간략히 살펴보기로 한다.

## II. 美國 聯邦大法院 判例의 태도

### 1. Gertz사건판결 이전

#### 1) 보통법상의 취급

16세기 후반 이래 보통법은 허위의 명예훼손적 진술공표로 평판에 손해를 입은 개인이 소송을 제기하는 것을 허용할 수 있게 하였다. 미국에서 명예훼손법은 어떤 개인이 그의 훼손된 이름을 옹호하는 수단으로서 뿐만 아니라, 명예훼손 진술로 야기된 손해배상을 구하기 위해 발전되었다.<sup>10)</sup>

보통법의 발달과 함께, 손해의 문제를 차치한다면, 명예훼손의 제소를 위해서는 단지 허위의 명예훼손적 요소가 공표되었다는 사실을 주장하면 되었다.<sup>11)</sup> 보통법은 일반적으

8) 위 판결 중 11면 참조.

9) 특히 Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323(1974) 참조.

10) L. Eldredge, Law of Defamation 5(1978), at 5.

11) 예컨대 Restatement of Torts 558(1938) 참조.

로 제소를 위해 진술의 형식에 어떤 다른 제한을 가하지 않았다. 그래서 진술이 사실이나 의견이냐에 따라서 차별되지 않고, 표현의 내용이 의견이라도 명예훼손에 해당하는 것으로 취급되었다.<sup>12)</sup>

## 2) 公正한 論評의 特權 법리((the privilege of fair comment rule)

공정한 논평의 특권 법리는 영국에서부터 시작되어 보통법상의 면책특권 중 제한적 특권의 하나로서 인정되어왔다.<sup>13)</sup> 공정한 논평의 원칙은, 의견의 진실한 공표가 합법적인 공공의 관심사에 관하여 되어지고 또 진실하거나 특권이 주어지는 사실에 기초하여 되어지는 경우에 법적으로 면책된다는 것이다.<sup>14)</sup> 즉 면책의 특권이 주어지는 의견공표는 ① 공공의 관심사에 관한 것일 것 ② 진실이나 특권이 주어지는 사실에 기초한 것일 것 ③ 해를 끼칠려는 목적만으로 되어진 것이 아닐 것이라는 세가지 요건을 필요로 한다.<sup>15)</sup>

공정한 논평의 특권은 오로지 의견의 표현에 주어지는 것이지, 허위의 사실진술의 경우-그것이 바로 표현되거나 의견의 표현에 함축되었나를 가리지 않고-에는 적용되지 않는다.<sup>16)</sup>

의견의 표현이 사실의 주장보다 더 보호받아야 하는 것은, 그것이 기본적으로 옳고 그르냐는 자유로운 토론으로 결정되어야 한다는 자유민주사회의 기본적 요청에 근거한다. 이렇게 해서 보통법에 들어가게 된 공정한 논평특권의 법리는 활발한 공중적 의견교환의 필요성과 명예훼손으로 피해를 입은 사람의 구제를 위한 필요성을 적절히 조화하는 원리로 자리잡았다. 즉 명예권과 언론의 자유라는 상충된 헌법적 가치를 조화시키는 원리로 자리를 잡은 것이 공정논평특권의 법리라고 할 수 있다.

---

그리고 Gertz, supra note 8, at 370에서 화이트 대법관은 소수의견으로 “전형적인 州 명예훼손법에 의하면, 명예훼손을 당한 시민은 그를 적의와 경멸, 조롱의 대상이 되게 한 허위의 공표만을 증명하면 되었다.”라고 하였다.

12) 예컨대 the 1977 Restatement (Second) of Torts 566, b Comment a에서 “명예훼손법에 의하면, 의견의 표현도 그것이 어떤 사람의 평판을 손상시키거나 그래서 지역사회에서의 평가를 저하시키고 혹은 제3자로 하여금 그 사람과 사귀거나 교섭하는 것을 저지하는 등으로 충분히 그 평판에 해를 야기할 때 명예훼손으로 된다.”고 하였다.

13) 朴容相, 언론과 개인법익, (서울: 조선일보사, 1998), 435면.

14) F. Harper & F. James, Law of Torts 5, 28(1956), at 456.

15) Restatement of Torts, supra note 10, at 606.

16) Restatement (second) of Torts, supra note 11, at 566. Comment a.

## 2. 意見特權論(opinion rule)의 등장

공정논평특권의 법리에서 개인의 명예권과 언론의 자유는 시이소오에서 일단 균형을 잡아 수평을 이루었다고 할 수 있다. 그런데 양자의 균형을 무너뜨리고 언론의 자유 쪽으로 확실히 무게중심을 옮겨버린 것이 의견특권론이다. 이것은 연방대법원의 거츠사건판결<sup>17)</sup>에서 표명되었다. 이 판결은 방론(dictum)에서 수정헌법 제1조에 의해 모든 의견은 명예훼손의 제소로부터 면책된다고 선언하였다.

수정헌법 제1조에 의하면, 틀린 사상(idea)이란 존재하지 않는다. 의견(opinion)이 아무리 유해하다고 보여도 우리는 그 시정을 법관이나 배심의 양심에 의존할 것이 아니라 다른 의견과의 경쟁에서 구해야 한다. 그러나 허위의 사실진술에는 헌법적 가치가 없다.<sup>18)</sup>

그런데 위 구절은 처음 문장에서의 '사상'과 다음 문장에서의 '의견'을 같이 본다. 그렇다면 위 구절이 흠즈대법관의 고전적 '사상의 자유시장론'<sup>19)</sup>을 단순반복한 것에 지나지 않는다고 할 수 있다.<sup>20)</sup> 사상의 자유시장론은 언론자유를 절대성을 강조하였다. 그처럼 이 판결에서 나타난 의견특권의 이론은 명예권이라는 개인의 인격적 법익의 수호보다는 언론자유를 우월성을 극명하게 강조하였다. 의견의 표명에 해당된다고 인정만 되면 여기에 어떠한 책임도 물을 수 없었기 때문이다. 어쨌든 여기에 나타난 의견특권 또는 의견면책의 이론은 그를 적용한 수많은 판례를 뒤따르게 하였다.

이 이론에 따른다면, 사실과 의견의 구분은 상당히 모호함에도 일단 의견의 표현으로 보면 면책되었다. 예컨대 누가 "내 생각에는 갑이 거짓말쟁이다."라고 표현하면 의견의 공표로 보아 면책된다. 하지만 단순히 "갑은 거짓말쟁이다."라는 표현의 경우 그것에 사실의 진술이 내포되어 있다는 평가를 받게 된다. 그런데 전자의 표현은 사실은 후자의 표현과 같다고 할 수 있다. 그럼에도 전자는 완전면책되고 후자는 그렇지 않다.

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

18) Id., at 339340.

19) Abrams v. United States, 250 U. S. 616, 630(1919)(Homes, J., dissenting) 워낙 유명한 구절이라 원문 그대로 소개하면 "[The] ultimate good desired is better reached by free trade in ideas ... the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market."

20) Milcovich v. Lorain Journal Co. 497 U. S. 1 (1990).

의견특권의 광범한 적용의 결과 개인의 명예권은 아주 경시되는 경향으로 흐를 수밖에 없었다. 이 이론의 등장 후 명예훼손사건에서 피고로 된 언론사는 거의 언제나 승소하였다 한다.<sup>21)</sup>

### 3 意見特權論의 修正 - 밀코비치사건판결<sup>22)</sup>

개인의 명예권과 언론의 자유, 두 개의 헌법적 가치는 모두 중요한 것이나 의견특권의 이론은 분명히 언론자유를 손을 들어주었다. 그래서 양자가 부딪치는 현장에서 거의 대부분 언론자유가 우월하게 취급되는 현상을 낳았다.

한동안 거츠사건판결에서 표명된 의견특권의 이론은 확고한 자리를 잡았다. 그러다가 미국 연방대법원은 밀코비치사건판결에서 의견특권이론의 수정을 꾀하였다.

#### 1) 밀코비치事件의 概要

상고인(원고) 밀코비치는 메이플 하이츠(Maple Heights)고등학교 레슬링 코치였다. 당시 그가 지도하던 팀이 멘터(Mentor)고등학교의 팀과 가진 경기에서 싸움을 벌였다. 그와 감독 스콧은 오하이오 고등학교체육위원회에서 벌어진 조사청문회에서 증언했다. 위 위원회는 조사를 토대로 밀코비치의 팀을 보호관찰에 처했다. 몇몇 학부모가 소송을 제기했고 밀코비치와 스콧은 이 소송에서도 증언했는데, 여기에서 위 위원회의 결정을 뒤집었다. 법원판결이 난 다음 날 피고인 Lorain 언론사가 발행하는 신문은 역시 피고인 Diadiun이 쓴 칼럼을 게재하였다. 이 칼럼에서는 밀코비치가 선서를 하고 치른 사법적 절차에서 거짓말을 했다는 취지로 암시하는 내용이 있었다. 밀코비치는 군법원에 피고들을 상대로 하여 명예훼손소송을 제기하였다. 밀코비치는 그 칼럼은 자신이 위증을 범했다고 비난했고, 그럼으로써 교사와 코치의 직업을 가진 자신에게 해를 끼쳤으며, 칼럼은 그 자체로서 명예훼손(libel)을 구성한다고 주장했다.

칼럼의 여러 부분이 명예훼손에 해당한다고 주장되어졌으나 그 중에서 가장 중요한 부분은 다음과 같다.

21) David A. Elder, Defamation: A Lawyer's Guide, Clark Boardman Callaghan, Deerfield, II. (1993), at. 42, 43.

22) Milkovich, supra note 19.



메이플 하이츠팀과 멘터팀의 경기를 관전했던 사람은 누구라도, 그가 메이플 하이츠 고등학교나 멘터 고등학교에서 왔건 또는 관계없는 제3자인, 밀코비치와 스콧이 진실을 말할 엄숙한 선서를 하고도 청문회에서 거짓말을 했다고 가슴 속으로 느낄 것이다.<sup>23)</sup>

## 2) 判示內容

연방대법원은 우선 거츠사건의 판시가 어떤 표현이 의견이라는 딱지를 붙일 수 있다는 사실만으로 도매금으로 면책됨을 의미하는 것이 아니라고 하였고, 의견의 표현은 때론 객관적인 사실의 주장을 내포한다고 판시하였다. 이로써 거츠사건판결에서 판시된 의견특권이론은 폐기 내지 수정되었다고 보지 않을 수 없다.

그러면서 표현의 자유가 살아남기 위해 요구하는 ‘숨쉴 공간’<sup>24)</sup>은 의견과 사실이라는 인위적인 이분법의 설정에 의해서가 아니라, 기존 연방대법원 판례에서 판시된 헌법상의 제원칙들에 의해 적절히 보장된다고 판시하였다. 그리고 다음과 같은 기존의 헌법상의 원칙들을 열거하였다.

첫째 헵스사건판결<sup>25)</sup>은 공중의 관심사에 관한 진술이 명예훼손이 되기 위해서는 피고가 언론사인 경우 허위라는 점이 입증되어야 한다는 제안을 나타낸다. 그래서 “내 생각으로 존즈시장이 거짓말쟁이다.”라는 진술과 달리 “내 생각으로 존즈시장이 마르크스와 레닌의 가르침을 받아들임으로써 그의 지독한 무지를 드러낸다.”라는 진술은 소송의 대상이 되지 않는다. 헵스사건판결은 공중의 관심사에 관한 진술로서 그것이 허위의 사실함축을 포함하지 않는 경우 완전한 헌법적 보호를 받음을 보장한다.

둘째 브레슬러사건판결<sup>26)</sup>, 레터 캐리어사건판결<sup>27)</sup>, 폴웰사건판결<sup>28)</sup>로 이어지는 판례는, 합리적으로 보아 어떤 개인에 관하여 실제적 사실을 진술하는 것으로 해석될 수 없으면 보호된다는 원칙을 세웠다. 이 원칙은 공중의 토론이 ‘상상적 표현’ 혹은 ‘웅변적

23) *Milcovich v. The News-Herald*, 46 Ohio App. 3d 20, 21, 545 N.E. 2d 1320, 1321(1989).

24) *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U. S., at 772(quoted New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S., at 272).

25) *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U. S. 767 (1986).

26) *Greenbelt Cooperative Publishing Assn., Inc. v. Bresler*, 398 U. S. 6 (1970).

27) *Letter Carriers v. Austin*, 418 U. S. 46, 50 (1988).

28) *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U. S. 46, 50 (1988).

과장'의 결핍을 겪지 않도록 보장한다.

셋째 뉴욕타임즈사건판결<sup>29)</sup>, 버츠사건판결<sup>30)</sup>, 그리고 거츠사건판결에서 판시된 유책요건은 공공사에 관한 토론이 '간섭받지 않고 활발하며 문호가 널리 개방되어야'한다는 점을 더욱 보장한다. 그래서 공공의 관심사에 관한 의견의 진술이 공적인물(public figures)이나 공무원에 관하여 허위의 명예훼손적 사실의 진술을 내포하는 경우에도, 언급된 개인은 그러한 진술이 허위라는 인식 혹은 그 진실성에 관하여 무모한 경시(reckless disregard)로 되어졌다는 점을 입증해야 한다.

연방대법원은 이상과 같은 판례들에 의하여 인정된 헌법상의 원칙들 외에 추가적으로 헌법수정 제1조상의 표현의 자유를 보장하기 위해 의견에 관한 별도의 헌법적 특권을 인정하는 것을 수긍할 수 없다고 하였다.

그리고 구체적으로 밀코비치사건에서, 칼럼에 나타난 Diadiun의 진술이 과연 밀코비치가 사법적 절차에서 위증을 범했다는 점에 관한 주장을 내포하고 있는지에 관하여 합리적인 사실발견자(factfinder)가 판단을 내릴 수 있는지 보자고 하면서, 여기에 긍정적으로 대답할 수밖에 없다고 하였다. 그래서 피고인 Diadiun과 Lorain언론사가 명예훼손의 책임을 진다는 결론을 내렸다.

연방대법원은 마지막 부분에서 개인의 명예권과 언론의 자유라는 두 개의 상치될 수 있는 헌법적 가치의 조화에 관하여 다음과 같은 의미있는 판단을 내렸다.

위에서 논의된 많은 판결 즉 명예훼손소송에서 피고를 위해 헌법수정 제1조의 보호를 확립하는 판결들은 분명히 공공사에 관한 자유롭고 간섭받지 않은 토론에 관한 수정헌법의 핵심적 보장대상이라는 법원의 인식을 나타낸다. 그러나 이와 평형상태를 유지해야 할 측면이 있다. 즉 우리들은 정기적으로 '명예훼손법에 잠재한 중요한 사회적 가치'를 인정해왔다. 그리고 '사회는 개인의 평판에 대한 공격을 예방하거나 그 손해회복을 함에 있어서 광범위하고 강한 관심을 갖는다'<sup>31)</sup>는 점을 인정한다.

### 3) 밀코비치事件判決에 대한 評價

이 판결에 대한 평가는 구구하다.

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

30) Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U. S. 130 (1967).

31) Rosenblatt v. Baer, 383 U. S. 75, 86 (1966).

이 판결이 기존의 의견특권이론을 인정하면서 다만 이를 축소시켰다거나, 그 이전과 달리 의견과 사실의 구별에 대한 입증책임을 원고에게 전가시켰다고 하는 관측이 있는가 하면, 이 판결은 기존의 이론을 완전히 폐기하였다는 관측에 이르기까지 다양한 편차를 보이고 있다.<sup>32)</sup>

그러나 우리가 단편적이긴 해도 이 판결의 판시내용에서 본대로, 이 판결이 의견특권을 언론자유를 보장하기 위한 별도의 헌법상 원칙으로 내거는 것을 부인하고, 기존의 헌법상 원칙으로 돌아갔다는 것은 명백하다. 그리고 언론의 자유를 보장하기 위해 개인의 명예권을 일방적으로 보호의 대상밖으로 내몰 수 없다고 하면서, 의견특권에 의해 허물어진 양자의 균형을 다시 회복하려는 분명한 판시를 하였다. 이 점에 관하여 판결문은 상당한 공간의 비중을 할애하고 있다.<sup>33)</sup>

이 판결이 갖는 부수적 효과로, 의견특권 이전에 형성, 수립된 공정논평특권이 다시 부활되어 그 의미를 새롭게 한다고 하겠다. 물론 공정논평특권이 보통법상에 편입된 이후 연방대법원 판례에 의해 인정된 언론자유 보호에 관한 헌법적 제원칙<sup>34)</sup>을 고려하여 수정된 모습으로 나타나야 할 것이다.

### Ⅲ. 日本 最高裁判所 判例의 태도

일본 최고재판소의 명예훼손에 관한 판결은 주로 명예훼손으로 인한 손해배상책임이라는 민사상 청구에 관한 것이다.

32) 朴容上, 前掲書, 475면.

33) 이 점은 이 판결을 파기환송한다는 최종결론을 내리기에 바로 앞서 인용하는 스튜어트 대 법관의 웅변적 서술에서도 잘 나타난다.

“어떤 개인이 그의 평판에 관하여 불법적 공격이나 잘못된 침해를 당했을 경우 보호받아야 할 권리는 바로 모든 인간존재가 가지는 본질적 존엄과 가치에 대한 기본적 관념, 정돈된 자유를 갖춘 품위있는 체제의 뿌리에 있는 관념에 다름 아니다.

명예훼손의 잘못된 행동이 초래하는 파피는 물론 법이 되찾아줄 수 있는 영역이 아니다. 하지만 그것이 불충분하다 해도, 손해에 대한 소송은 평판이 잘못된 방법으로 더럽혀진 사람에게 법이 주는 옹호 혹은 회복을 위한 유일한 희망이다.” Rosenblatt, at 9293 (Stewart, J., concurring).

34) 위 3의 (2)항에서 실시한 첫째, 둘째, 셋째로 언급된 판례상의 것을 말한다.

## 1. '公正한 論評의 法理'의 형성

최고재판소에서 '사실'과 구분한 '의견'을 달리 취급하여 판결문에 처음 등장시킨 것은 1987. 4. 24 선고판결<sup>35)</sup>이었다. 여기에서 공공의 이해에 관한 사실에 관계가 있고(객관적 요건), 그 목적이 오로지 공익을 도모하는 것(주관적 요건)인 경우, 그것이 어떤 사람의 사회적 평가에 영향을 주었다고 해도 비판, 논평의 영역을 벗어나지 않았다고 할 수 있을 때, 그 주요한 점에 있어서 진실이라는 증거가 있다고 한다면 명예훼손이 성립하지 않는다고 판시하였다.

이 판결은 사실의 적시 뿐만 아니라 의견 내지 논평의 표명도 민사상의 명예훼손이 될 수 있다는 전제에서, 일정한 경우 면책된다는 판시를 내렸다고 할 수 있다.<sup>36)</sup>

이어서 최고재판소는 초등학교 통지표 교부를 둘러싼 혼란을 비판하는 뼈대를 배포한 행위가 명예훼손에 해당하지 않는다고 다음과 같이 판시<sup>37)</sup>하였다.

공공의 이해가 걸린 사항에 관하여 자유롭게 비판하고 논평을 가하는 것은 표현의 자유 행사로서 존중되어야 함이 마땅하며, 그 행위가 공공의 이해를 가지고 공익의 목적이 있으며, 전제로 되는 사실(의 주요한 점)에 관하여 진실성의 증명을 전제로 한 논평이라면 명예침해라는 불법행위 위법성을 결하는 경우가 있다.

최근의 판례에서는 다음과 같이 판시<sup>38)</sup>하였다.

특정의 사실을 기초로 하는 의견 내지 논평의 표명에 의한 명예훼손에 관해서, 그 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관계가 있고, 또 그 목적이 오로지 공익을 꾀하는 것이며, 표명의 내용이 인신공격으로 나아가는 등 의견 내지 논평으로서의 영역을 벗어나지 않는 경우에, 행위자에게 있어서 이같은 의견 등의 전제로 되는 사실의 중요한 부분을 진실이라고 믿음에 관한 상당한 이유가 있는 때에는 고의, 과실이 부정된다.

35) 最高裁 二小 1987. 4. 24. 判決.

36) 紙谷雅子, "刑事被告人の讀書歴などに基づいて犯行の動機を推論する内容の新聞記事と名譽毀損の成立", 法律時報 70卷10號(1998年 10月), 88面.

37) 最高裁 一小 1989. 12. 21. 判決.

38) 最高裁 三小 1997. 9. 9. 判決.

각 판시는 조금씩 차이가 있기는 하나 대체적인 점에서, 그 전제하는 논리, 설정된 요건의 점에서 앞서 본 미국의 보통법상 인정되는 공정한 논평특권의 법리를 방불케 한다. 실제로 일본에서는 이러한 논리를 자국의 독특한 ‘공정한 논평의 법리’라고 부른다.<sup>39)</sup>

## 2. 事實과 意見의 區分基準

최고재판소는 1997년 9월 9일 선고 판결에서 사실과 의견 내지 논평의 구별에 관하여, 문제된 신문기사가 의견 내지 논평의 표명에 해당하는 듯한 말을 사용하고 있어도 ① 당해 신문 기사를 읽는 일반 독자를 기준으로 하여, ② 그 독자가 보통의 주의를 배풀어 읽는 경우를 상정하는데다, ③ 기사 전후의 문맥이나 기사의 공표 당시에 독자가 갖고 있던 지식 내지 경험을 종합적으로 고려하여, ④ 증거 등으로 그 존부를 결정할 수 있는 타인에 관한 특정 사항을 주장한 것으로 이해되는 때에는 사실적시를 포함하는 것이라고 판시<sup>40)</sup>하였다.

그리고 최고재판소는 1997년 9월 9일 선고판결과 1998년 1월 30일 선고판결에서 명예훼손책임이 면제되는 ‘의견’의 범위를 축소하였다.

즉 1997년 9월 9일 선고 판결<sup>41)</sup>은, 일반론으로 수사상의 과장 내지 강조, 비유적인 표현방법, 제3자로부터의 전문의 내용소개, 추론의 형식을 채용한 기술이 간접적이거나 완곡히 어떤 사항을 주장하는 것으로 이해될 수 있을 때 이를 의견의 범위로부터 제외하여, 사실의 적시에 해당한다고 판단했다. 그리고 1998년 1월 30일 선고판결<sup>42)</sup>은, 추론의 결과로서 기재되어 있어도 증거 등으로 그 존부를 결정할 수 있는 것이라면(예컨대 사람의 행위에 관한 동기의 기술로, 추론에 의해 되어진 것이어도) 그 논거로 되는 사항에 관하여는 사실의 적시에 해당한다고 판시하였다. 즉 범행의 동기에 관한 추측, 추론의 결과도 증거 등으로부터 그 존부를 결정하는 것이 가능하므로 ‘의견’에 해당하지 않는다는 판시이다.

39) 紙谷雅子, 前掲論文, 89面 및 判例タイムズ 955號(1998. 1. 15.), 117면 참조.

40) 最高裁 三小 1997. 9. 9. 判決.

41) 同 判決.

42) 最高裁 二小 1998. 1. 30. 判決.

#### IV. 大法院 2000.2.25.宣告 99다4757 判決에 관하여

##### 1. 小序

미국 연방대법원 판례에 나타난 것처럼, 표현행위를 사실과 의견으로 구분하여 의견에 해당하는 경우에는 명예훼손죄에 해당하지 않는다는 우리 대법원 판례는 2000. 2. 25. 선고된 두 개의 판결에서 처음 나타났음은 既述하였다.

그런데 명예훼손의 점이 문제되는 비교적 특수한 영역을 대상으로 하는 공직선거및 선거부정방지법위반에 관한 판결에서는 양자의 구분이 비교적 일찍 나타났고<sup>43)</sup>, 또 2000. 2. 25. 선고된 두 개의 대법원 판결 뒤에도 바로 이 구분을 이용한 판결이 선고되었다.<sup>44)</sup>

이러한 여러 대법원 판결 중에서 여기에서는 특히 2000. 2. 25. 선고 99도4757 출판물에 의한 명예훼손(인정된 죄명 : 명예훼손) 판결을 분석해보기로 한다. 그 이유는 우선 이 판결에서 의견과 사실의 구분에 관하여 판시이유에 상세히 나와있다는 점을 들 수 있고, 다른 면으로는 이 사건이 소위 영남사학의 명문대학인 '계명대 사건'으로 불리워 질 수 있는 것으로, 사회의 이목을 많이 끈 것이기 때문이다.

##### 2. 事件의 概要 - 전제사실

43) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 공직선거및선거부정방지법위반사건의 판결에서는, “공직선거및선거부정방지법 제251조 본문의 ‘사실의 적시’란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치하는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며 ...”라고 하여, 의견표현은 사실의 적시라는 구성요건에 해당하지 않는다고 판시하였다. 1998. 9. 22. 선고 98도1992 공직선거및선거부정방지법위반, 명예훼손 사건의 판결에서도 단순히 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 허위사실공표죄의 구성요건인 허위사실에 해당한다고 할 수 없다고 판시하였다.

44) 2000. 4. 25. 선고 99도4260 공직선거및선거부정방지법위반 판결로, “공직선거및선거부정방지법 제250조 제2항에서 규정하는 허위사실공표죄가 성립하려면, 우선 허위의 사실을 공표하여야 하고, 여기에서 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 ... 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다 ...”라고 판시함으로써 역시 의견과 사실의 2구분법에 따랐다.

대법원은 이 사건의 전제로 되는 사실관계를 다음과 같이 인정하고 있다.

1955년 미국 예수교 북장로파 대한선교회(대한선교회로 약칭)와 대한예수교장로회 경북노회(경북노회로 약칭)가 재단법인 계명기독교대학(학교법인 계명기독교대학으로 명칭변경, 이하 법인으로 약칭)을 설립하였다. 계명기독교대학은 후에 계명대학교로 바뀌었다.

신일회(현재 계명대의 총장)의 부친인 신태식은 1961년 계명기독교대학의 학장이 되었다. 신태식은 1964. 1. 주도적으로 법인의 정관을 변경하며 법인 이사의 과반수를 자신의 영향력 아래 두게 되었다. 신태식은 1971. 10. 19. 다시 정관변경을 시도하여 종전 정관의 설립자 규정을 삭제하고, 이사회를 완전 장악하였다. 여기에 대하여 설립자인 경북노회가 소를 제기하였고, 대법원 판결에 의해 설립자 규정을 삭제한 정관변경의 무효가 확정되었다.

신태식은 1961년부터 1978년까지 계명기독교대학의 학장으로 재직하였고, 1978년에는 아들 신일회가 계명대학교로 승격되고 나서 초대총장으로 취임하였다. 신태식은 명예총장으로 남았고, 1982년 당국의 시정지시가 있기까지 매월 총장의 봉급과 같은 금액을 재단으로부터 지급받았다. 1982년 공인회계사 엄의영이 법인에 대하여 회계감사를 하였는데, 그 감사보고서에 의하면 적절한 감사절차를 적용할 수 없을 정도로 법인의 회계기록이 부실하다는 점이 지적되었다. 신일회는 문교부 당국의 종용에 의하여 1982. 5. 3. 총장직에서 물러났다.

1988년 계명대학교가 전국 최초로 교수들에 의한 총장직선제를 도입하자 신일회는 교수협의회의 추천을 받아 총장에 당선되어 제4대 총장으로 다시 취임하였다.

1992년 신태식, 신일회 부자의 전횡을 견제하려는 경북노회와 교수들의 반대, 비판이 거세지자 신일회는 총장선거에 후보로 나서면서 다음 번 총장 선거에는 나서지 않겠다는 각서를 제출하였고, 제5대 총장으로 선출되었다. 이로써 1996년 당시 계명대학교 40년의 역사 가운데 약 30년을 신태식, 신일회 부자가 학장 또는 총장직을 맡았다.

신일회는 제6대 총장 선거가 다가오자 일방적으로 계명대학교의 총장직선제를 폐지하고, 총장후보추천위원회를 구성하여 그 추천과 이사회의 결의를 통해 다시 1996년 제6대 총장에 취임하였다.

이 무렵부터 계명대 교수협의회 소속 교수들은 신일회가 전제 교수들의 의견수렴을 거치지 아니한 채 일방적으로 총장직선제를 폐지하고, 공약을 어기면서 총장에 취임한 것은 불법한 교권침해이고, 신일회의 지배 아래 있는 법인 이사회는 거수기에 불과하다

고 하면서 신일회와 이사들의 퇴진운동을 전개하기 시작하였다. 피고인들은 교수협의회  
의 간부들로서, 신일회와 이사들에 대한 퇴진운동의 과정에서 이 사건 각 문제로 된 표  
현행위가 담긴 문건을 작성, 배포하거나 방송사와의 인터뷰를 행하였다.

한편 계성목재소와 성주목장의 진정한 소유권자가 누구이냐에 관하여,

우선 계성목재소 부지가 원래 대한선교회 유지재단 소유이었다가, 대한선교회 유지재  
단이 1969. 2. 16. 계성학교에 증여하고, 계성학교는 그 대가로 법인에게 평당 금 3,500  
원의 돈을 지급하기로 한 것이었는데, 신태식이 수증자 항목에서 계성학교를 누락시키  
고 '계성목재소 대표 신태식'을 수증자로 바꿔 대한선교회 유지재단 이사회의 결의를  
얻어내고, 1970년 문교부장관의 인가를 받은 다음 그해 10. 23. 개인 신태식 명의로 소  
유권이전등기를 하였다.

성주목장 부지는 현재 이병찬(법인 사무국장), 신인용(계명대 경양학과 교수) 명의로  
소유권이전등기가 되어 있고 이병찬, 신인용은 법인은 아무런 이해관계가 없다고 하나,  
성주목장 부지의 매수당시 법인의 총무과장이었던 박동욱은 법원의 증인신문절차에서  
성주목장 부지는 이병찬과 신인용 개인이 아니라 법인이 매수한 것이라고 증언하였다.  
박동욱의 증언이나 진술은 상당히 신빙성이 높다.

피고인들은 출판물에 의한 명예훼손으로 기소되었으나, 재판과정에서 죄명이 단순 명  
예훼손을 바뀌었다. 제1심에서 피고인들은 각 벌금 200만원에 형 선고유예의 판결을 선  
고받았고,<sup>45)</sup> 피고인들이 이에 불복 항소하였으나, 이 사건 각 문건의 기재사실에는 허  
위사실의 적시가 있고, 방송사 인터뷰내용도 허위사실의 발언이라는 이유로 항소기각되  
었다.<sup>46)</sup>

### 3. 주된 判示內容

대법원은 명예훼손의 표현을 사실의 적시와 의견의 표명으로 나누고, 의견의 표명이  
더라도 의견의 전제로 어떤 사실의 적시가 포함되어 있는 경우에는 이를 사실의 적시  
범주에 포함시켜 판단하였다. 의견의 표명은 명예훼손의 대상이 아니며, 적시된 사실의  
허위 및 피고인들의 허위에 대한 인식의 점은 검사가 입증해야 한다는 원칙 하에 이  
사건의 경우 충분한 입증이 되었다고 볼 수 없다고 판시하였다. 대법원의 태도는 표현

45) 대구지방법원 1998. 7. 10. 선고 97고단2719 판결.

46) 대구지방법원 1999. 10. 8. 98노2335 판결.



행위를 기본적으로 사실과 의견의 두 범주로 나누어, 의견은 면책된다는 것이다.

결국 원심이 피고인들의 표현행위 전부를 유죄로 인정한 것은 형법 제307조 제2항의 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄에 대한 법리를 오해하였거나, 증거 없이 범죄사실을 인정한 위법이 있다며 원심에의 파기환송판결을 선고하였다.

그러면 대법원이 피고인들의 표현행위를 구체적으로 어떻게 평가 즉 사실의 적시와 의견의 표명, 나아가 의견표명이라도 사실의 적시가 포함된 경우<sup>47)</sup>로 보았는지를 살펴 보자.

① “학교발전과 대다수 대학 구성원들의 염원을 저버리고 대학을 영구적으로 사유화 하기 위해 이번 사태를 야기한 장본인인 신일회 총장은 책임을 통감하고 즉각 퇴진하여야 한다.”는 표현

신일회 총장은 책임을 통감하고 즉각 퇴진하여야 한다는 부분은 의견표명이고, 나머지는 사실의 적시이나 객관적 사실에 부합한다고 판시.

② “법인 이사회 또한 이번 일을 통해 신일회 총장을 위한 거수기 역할 이외에는 학교발전을 위한 어떠한 책임 있는 기능도 할 수 없음이 재확인되었으므로 역시 퇴진하여야 한다.”는 표현

사실의 적시이나 허위의 점에 대한 입증이 되지 않았다고 판시.

③ “신씨 일가는 계명대학교의 설립자도 아니면서 부자세습을 통하여 계명 40여년의 역사 중에서 30여년을 지배해왔고 이사회를 완전히 장악하게 되자 이제는 요식적인 총장추천위원회 제도를 통하여 계명대학교를 영구 사유화하려고 하고 있습니다”는 표현

객관적, 역사적 사실에 부합하거나 허위의 점에 대한 입증이 되지 않은 사실의 적시라고 판시.

④ “a. 신일회는 법인 감사 결과 부정사태가 지적되어 2대 총장직을 수행하던 1982년

47) 이를 ‘혼합의견’이라고 불렀음은 전술한 바와 같다. 참고로, 이것을 미국의 1977년 리스테인트먼트 제2판에서는 ‘혼합된 의견’(mixed opinion)으로 책임을 면하지 못한다고 하고, Ollman v. Evans, 750 F. 2d 970, 1201(D. C. Cir. 1984)사건판결에서는 ‘혼성적 의견’(hybrid opinion)이라는, ‘순수한 의견’에 대비되는 개념으로 등장했다고 한다(朴容相, 前掲書, 443-444면).

총장직을 사퇴하게 되었고 총장직에서 물러나 있던 6년여동안 절치부심 복귀의 기회를 노리며 학생들과 교수들을 사주하여 학교의 분란을 조성하는 등 재기를 위한 음모를 꾸몄다.

b. 신일회는 부친때부터 구축하여 놓은 배경과 집요한 노력을 통하여 법인 이사들을 하나씩 교체하여 이제 법인 이사회는 그의 꼭두각시와 다름 없이 되었다.

c. 신일회는 변경된 정관과 강화된 교원인사규정, 재임용제도 등을 무기로 교수들의 신분을 위협하는 일방, 전임 교수협의회 의장단을 징계에 회부하고 현 의장단을 경고조치하는 동시에 평의원들에게는 사퇴를 종용함으로써 교수들의 대의기구인 교수협의회를 탄압하였고 교수들을 설득하고 종용하기 위한 온갖 학내 회의와 학내 모임 등을 주선하는데 행정력을 소진하였으며 전화와 개별면담 등을 통하여 압박을 가하고 학내 정보조직을 통하여 교수들의 동태를 감시하는 등 교수들의 반발을 억누르기 위하여 학내를 공포의 도가니로 몰아넣었다.

d. 신일회는 설립자도 아닌 사람이 40여년의 계명역사에서 30여년에 걸쳐 학교를 지배한 후 이제 영구지배체제로 나아가려고 획책하고 있다.

e. 신일회는 가신그룹을 통해 학교를 지배하면서 신입교수에 대한 임용조차 파벌조성에 이용하고 있다. 객관적으로 볼 때 연구업적이 부족하여 보통 교수의 경우라면 승진이 도저히 불가능함에도 불구하고 측근들의 경우에는 승진이 되는 경우가 있다.”는 표현

허위사실의 적시로 입증이 되었다고 할 수 없다고 판시.

⑤ “신일회 부자는 재단소유였던 계성목재소를 사유화하였고”라는 표현 중요한 부분에 있어서 객관적 사실에 부합한다고 판시.

⑥ “학교자금으로 구입한 성주목장 부지를 당시 재무담당 교수와 직원의 차명으로 편취하였다.”는 표현

사실의 적시로 허위라는 입증이 부족하다고 판시.

⑦ “신일회는 측근 교수의 추천에 의하여 신입교수를 채용하는 등 철저한 연고주의에 의하여 교수를 채용함으로써 학력이나 연구능력이 탁월한 지원자를 번번히 탈락시켰다. 신일회는 교육개혁, 학교장기발전계획 조차 자신의 장기집권을 위한 수단으로 악

용하며 졸속으로 진행하는 일방 학내에 위협적 강제적 분위기를 조성하는 등 대학과 지역 및 국가사회 전체의 건전한 발전에 암적 요소가 되고 있다.”는 표현

피고인들이 내린 결론에 이르게 된 구체적인 사실에 관하여 허위성 입증에 되지 않았다고 판시.

⑧ “신일회씨의 대학사유화 기도를 저지하고 편취된 학교재산을 환수하는 것은 계명대학교를 정상화하는 첫걸음이다.”는 표현

전제되는 사실들을 제외하면 순수한 의견표명이라고 판시.

⑨ “a. 학교법인 이사회가 직선총장 폐지를 선언한 것은 하나의 기만행위였지 진정으로 학교를 사랑하는 동기나 정당성에서 나온 것이 아닌 것이 입증된 이상 더 이상 존 재가치도 권위도 상실되었고 만인에게 비난받아도 유구무언일 줄로 압니다. 우리 계명 대학이 공적 사립대학임에도 불구하고 일개인의 사유화를 위한 공모자이기에 명분과 도의도 추락했고 단지 거수기 노릇만을 했다는 것이 판명되었습니다. 이사회가 정관의 설립자 규정을 삭제하고 사유화한 것을 통곡해오던 바인데 이제 그 마각이 세상에 알려졌고 직무유기, 기능상실, 권위실추, <하나님의 것을 개인소유화>시킨 공적 행위는 천인공노할 밖에 없습니다.

b. 신일회는 부자세습 30여년간 학장, 총장했으면 이제 하산할 때가 된 것을 모르고 어찌 그리 과욕을 부리나요. 역사를 훑치는 자가 가장 나쁜 자인 것을 알 때가 되었는데 어찌 그리 둔감합니까. 다시 총장이 되기 위해 것처럼 교수들의 교권은 말할 것도 없고 인권마저 짓밟으면서까지 총장이 그렇게 하고 싶던가요. 참으로 한심합니다. 그냥 떠나지 말고 그간 부정축재한 것도 학교로 환수하고 회오의 눈물을 흘리면서 여생을 반성하면서 보내는 것이 가장 바람직한 생의 자세가 아닐까요. 부정직한 총장을 모시고 제자들에게 정직을 가르쳐야 할 때 교수들의 양심이 갈등을 조금이나마 헤아려 보았습니까.”라는 표현

혼합의견으로 전제되는 사실이 허위라고 할 수 없다고 판시.

⑩ “사원총장 밑에서 사원교수는 할 수 없다. 총장 밑에서 교수를 하든지 그게 아니면 사장 밑에서 사원을 하겠다.”는 표현

여기에서 사실적시는 “신일회는 사장총장이다.”라는 부분이나, 허위사실적시라고 단

정할 수 없다고 판시.

⑪ “신일회 총장은 집요하게 자기 자신에 대한 지지를 부탁한다. 회유를 해서 안되면 협박이 나온다.”는 표현

객관적인 사실에 부합하는 사실적시라고 판시.

#### 4. 判決에 대한 評價

##### 1) 意見과 事實의 區分基準에 대한 評價

###### 가. 이 사건에서의 의견과 사실의 구분과 이에 대한 의문

이 판결은 표현행위를 의견과 사실로 대별하여, 의견표명은 허위인 점을 따질 수 없으므로 즉 입증의 대상이 되지 아니하므로 명예훼손죄의 구성요건 자체를 충족시키지 않는다고 하며, 허위사실의 적시가 입증되어야 한다고 판시한다. 이 판시는 결국 의견과 사실의 구분기준을 입증 가능성 여부로 제시한 것이다. 그리고 의견과 사실의 구분은, 당해 표현의 객관적인 내용과 아울러 일반의 사람이 보통의 주의로 표현을 접하는 방법을 전제로 표현에 사용된 통상적인 의미, 표현의 전체적인 흐름, 문구의 연결 방법 등을 기준으로 판단하여야 하고, 여기에다 당해 표현의 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 등도 함께 판단하여야 한다는 기준을 제시하고 있다.<sup>48)</sup>

이같은 기준하에서 피고인들의 표현행위를 의견과 사실로 구분하여 판단하였다. 그러나 대법원이 제시한 구분기준을 엄두에 두고 우리가 판단하더라도, 이 사건에서 대법원이 내린 구체적 표현행위에 관한 의견과 사실의 구분 결론에는 일응 수긍하기 어려운 점이 적지 않다. 위 3항에서의 구체적 사실을 보며 대법원의 판단을 대비하여 보자

①항 : ‘신일회 총장은 책임을 통감하고 즉각 퇴진하여야 한다’는 부분만이 의견표명이라고 판시하였으나, ‘대학을 영구적으로 사유화하기 위하여’라는 부분 등도 대법원이 말하는 소위 혼합의견에 들어간다고 볼 수 있다.

48) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결. 공직선거및선거부정방지법위반 사건의 판결에서는 사실과 의견의 구분에 관하여 “어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 입법취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다.”(대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결)라든지, “언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다.”(대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 판결)고 기준을 제시하였다.

- ②항 : ‘거수기’, ‘재확인되었으므로’라는 부분은 혼합의견의 표명으로 볼 수 있다.
- ③, ④항 : 전부 사실의 적시라고 되어있으나 상당부분 의견표명으로 볼 여지가 있다.
- ⑦항 : 대부분 혼합의견이라고 명시했어야 한다.
- ⑧항 : 혼합의견이라고 볼 수 있다.
- ⑩항 : “신일회는 사장총장이다.”라는 부분은 오히려 혼합의견이다.

이상 몇가지 점에 대하여 대법원이 내린 기준에 따라 지적을 해보아도 의견과 사실의 구분에 관하여 문제가 적지 않다는 점을 알 수 있다. 의견과 사실의 구분이 이처럼 명확하지 않다면 중대한 문제에 봉착하게 된다. 이같은 구분의 모호성, 애매성이야말로 어쩌면 의견과 사실의 구분론이 가지는 가장 커다란 이론적 맹점이라고 지적할 수 있을지 모른다.

#### 나. 意見과 事實의 區分基準에 관한 外國의 例

그러면 외국의 경우에는, 역시 우리처럼 의견과 사실의 구분론에 입각해서 판시하는 예에서 의견과 사실을 어떻게 구분하는지 살펴보자.

일본 최고재판소의 사실과 의견의 구분기준에 관해서는 이미 III의 2항에서 기술하였다. 이것과 위에서 본 대법원의 구분기준을 비교한다면 대단히 유사하다고 할 수 있다. 즉 어떤 표현행위를 받아들이는 평균적인 사람에게 있어서의 사고과정을 기본적인 구분의 기준으로 하는 외에 표현행위 자체, 그리고 표현행위가 행하여진 주변정황을 종합적으로 고려한 끝에 결국은 입증가능성의 여부에 귀착하여 판단한다.

미국에서는 연방대법원에서 직접 그 기준에 관하여 판시한 경우는 아직 없고, 앞에서 본 밀코비치 사건의 대법원 판결에서 그 전에 내려진 항소심 판결에서 제시한 구분기준<sup>49)</sup>을 인용한다. 즉 전체적인 정황하에서 어떤 표현행위를 의견 혹은 사실로 판단할 것인지에 관하여 4가지의 다음과 같은 요소가 고려된다. ① 사용된 특정한 언어 ② 그 표현의 입증가능성 여부 ③ 표현의 일반적 전후관계(context) ④ 표현이 나타난 좀 더 넓은 전후관계이다.

①은 사용된 언어의 통상적 의미와 용법에 의해 의견인지 사실인지 결정한다는 의미다. ②는 입증가능한 것은 사실, 불가능한 것은 의견이라는 의미다. ③은 표현의 전후관

49) Ollman v. Evans, 242 U. S. App. D. C. 301, 750 F. 2d 970(1984), cert. denied, 471 U. S. 1127 (1985).

게 혹은 문맥이 과장적이거나 비유적이거나 익살스러운 것이면 의견으로 취급될 수 있다는 등의 의미다. ④ 예컨대 표현이 행해진 사회적 상황을 고려하여, 사실 또는 의견란에 게재되는 글 또는 노동쟁의 중의 논란이나 풍자적 만평과 같이 일정한 형태의 표현은 관습상 상대방에게 의견으로 이해되는 경향이 있다는 의미다.<sup>50)</sup>

이같은 미국판례의 4가지 기준에 따라서 이 사건 판결문에 나타난 쟁점사항에 관하여 하나하나 판단해들어가는 경우에도 역시 그 명확성은 두드러지게는 보이지 않는다.

## 2) 意見의 경우 名譽毀損 절대 불성립론에 대한 評價 등

이 사건에서 대법원은 표현행위를 의견과 사실로 나누어 의견에 해당될 경우에는 명예훼손이 절대 성립하지 않는다고 판시했다. 의견의 표명은 사실의 적시가 아니므로 명예훼손의 구성요건을 충족시키지 못한다는 전제에 선 듯 하다. 우리 대법원의 이러한 태도가 미국의 연방대법원 판례의 이론에 영향을 받은 것 같다는 점은 이미 밝혔다. 그런데 우리가 앞에서 본 바와 같이 이 점에 관한 미국 연방대법원의 태도는 거츠사건과 밀코비치사건에서 크게 다르다.

거츠사건에서는 모든 의견의 표명이 명예훼손의 제소로부터 면책된다고 선언하였다. 그러나 밀코비치사건에서는 거츠사건 판결에서 나타난 의견특권의 이론을 원칙적으로 폐기하였다. 대신에 기존의 보통법상 수용된 공정논평특권의 법리와 과거 이 문제에 관해 내린 판례에서 보장된 헌법상의 원칙들로 돌아간다는 것을 판시했다.

거츠사건과 밀코비치사건을 두고 우리가 판단해본다면, 이 사건 대법원 판결은 거츠사건에 관한 미국 연방대법원 판결 쪽에 가깝다. 이런 점에서 우리 대법원 판결은 다소 문제가 있다. 대법원이 고려했다고 보여지는 미국 연방대법원 판결은 원칙적으로 폐기된 것이기 때문이다(물론 이에 관해서는 여러 가지 해석이 있고, 아직 결론이 나지 않은 상태이어서 '원칙적 폐기'라는 말을 썼으나 밀코비치사건 판결을 선입견 없이 읽는다면 적어도 거츠사건 판결에 대한 '원칙적 폐기'라는 용어는 대체로 지지를 받을 수 있다고 본다.). 그리고 거츠사건의 판결은 개인의 명예권과 언론의 자유라는 두가지 상충하는 헌법적 가치를 조화시키지 못한 면이 많다. 언론의 자유 쪽에 지나치게 기울어 버린 판결이다.

그렇다면 우리 대법원도 거츠사건의 판결보다는 밀코비치사건의 판결을 고려하는 것이 옳다. 우리 대법원의 이론에 따르면, 의견은 전적으로 명예훼손죄의 대상에서 배

50) 朴容相, 前掲書, 452 내지 457면 참조.

제시켜버리고 이른바 혼합의견의 경우 의견과 분리한 기초사실, 전제사실에 관하여 검사에게 엄격한 입증책임을 지우게 하는 결과 허위사실임이 분명히 드러나는 표현을 써서 타인을 공격하지 않는 한 거의 명예훼손죄의 성립은 이루어지지 않게 될 것이다. 어쩌면 명예훼손죄의 규정은 유명무실하게 될지 모른다. 반면 일본 최고재판소는 미국 법 이론상의 공정논평특권의 법리와 거의 유사한 공정논평의 법리를 개발하여 사용한다. 이 점에서 우리에게 시사하는 바가 크다.

혹자는 대법원이 우리 형법상 명예훼손죄는 '사실의 적시'에 의한 표현행위라야 그 구성요건해당성이 있고, 사실의 적시라고 할 수 없는 '의견'이나 '논평'의 경우에는 형법상 모욕죄의 구성요건에 해당하므로, 이에 입각하여 어떤 표현이 의견에 해당될 경우 명예훼손죄의 처벌대상에서 전적으로 배제하는 것이라고 주장할지 모른다. 그래서 명예권의 침해를 원인으로 손해배상을 구하는 민사소송에서는 몰라도, 형사소송에서는 현재 대법원이 취하는 태도가 정당하다고 할지 모른다. 이 점에 관하여 의견과 사실을 구별하는 수차의 대법원 판결문의 어떤 판시이유에서도 명시적으로 나타나 있지는 않으나 이를 전제로 하는 듯 하다. 일면 수궁이 가는 논리이다. 그러나 수많은 표현행위 중 위 주장에서 말하는 순수한 의견, 논평은 거의 존재하지 않는다고 본다. 극히 대부분의 의견, 논평은 모두 어떤 사실관계를 전제로 해서 성립한다. 단발적인 욕설, 조롱 등을 제외하고, 전제되는 사실이 전혀 없이 무채색으로 표백화된, 극히 추상화된 의견, 논평이 과연 존재하겠는가? 그런 극단적인 예외를 위하여 의견이나 논평을 대상에서 아예 제외한다는 논리를 펴는 것은 아무래도 궁색하다. 그러므로 의견이나 논평도 일단 명예훼손의 대상에 넣어 판단하되, 그 중 일부는 민주사회의 초석이 되는 언론자유를 보장하기 위해 처벌에서 제외된다는 논리를 펴는 것이 보다 현실적이다.

그런데 이 사건을 미국 법이론상의 공정논평특권의 법리와 일본 판례상의 공정논평의 법리에 비추어 한번 판단해보자.

계명대 학내분규문제는 계명대라는 대학사회 뿐만 아니라 그 지역사회 전체에 오랫동안 큰 관심사가 되어왔다. 이것은 공공의 관심사가 된 일이라고 보아야 한다. 계명대 교수협의회와 간부교수들은 이같은 공공의 관심사를 해결하기 위하여 오랫동안 노력해왔고, 그 노력의 과정에서 이 사건에서 문제된 표현행위를 했다. 한편 이 사건 대법원의 사실인정에서 보여주듯 피고인들 표현행위는 기본적인 점에서 진실했다. 이같은 점에서 피고인들의 이 사건 표현행위는 공정논평특권법리의 적용대상이 된다고 하겠다.

그런데 일본 판례이론상의 공정논평의 법리 적용을 받을 수 있느냐 하는 점에 관하

여는, 그 목적이 오로지 공익을 꾀하는 것이었나, 표명의 내용이 인신공격으로 나아가는 등 의견 내지 논평으로서의 영역을 벗어나지 않는 경우이었느냐 하는 요건에서 다소 문제가 될 수 있다. 그 외 위 법리적용을 위하여 요구되는, 공공의 이해에 관한 사실에 관계가 있느냐, 의견 등의 전제로 되는 사실의 중요한 부분을 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있느냐 하는 요건은 이 사건에서 그다지 문제가 되지 않고 통과될 수 있을 것이다.

피고인들의 표현행위를 전체적으로 평가하여 그리고 피고인들의 지위나 이 사건 표현행위를 하게 된 전반적인 정황을 고려한다면, 피고인들의 표현행위는 오로지 공익을 꾀하기 위한 것이었다고 판단함에 무리가 없을 듯 하다. 가장 문제되는 것은 피고인들의 표현행위가 상당부분 신태식, 신일회 부자에 대한 인신공격의 성격을 띄고 있다는 점이다. 하지만 이 사건 대법원 판결에서 누누이 강조하며 언급하듯이 신태식, 신일회 부자의 계명대학에 대한 집착과 과도한 욕심 등의 태도는 대단히 비난받을 소지가 많다. 신태식, 신일회 부자의 정당하지 못하고 또 불법성의 강한 추정이 발동하는 행동에 대하여 이를 비판하는 과정에서 불가피하게 다소 인신공격적 요소가 포함되었더라도, 이는 허용되는 수사적 과장으로 봄이 타당하다. 결과적으로 피고인들의 이 사건 표현행위는 건전한 비판, 논평의 영역을 일탈하지 않았다고 판단할 수 있다. 즉 일본 판례이론상의 공정논평의 법리의 적용대상이 된다고 본다.

결과적으로 미국의 공정논평특권의 법리나 일본의 공정논평의 법리 어느 것에 비추어보아도 이 사건 피고인들의 행위가 그 적용대상이 된다면, 우리 대법원의 이 사건에 대한 태도는 수긍될 수 있다.

## V. 結論

이 사건에서 피고인들에게 명예훼손죄의 유죄를 인정할 수 없다는 대법원의 판시는 결론으로서는 정당하다. 그러나 우리 대법원이 고려하는(또는 고려하는 것으로 보여지는) 미국 연방대법원판결이 나중의 판례에 의해 이미 원칙적으로 폐기되었다고 할 수 있는데, 고려판결이 개인의 명예가 침해되는 표현행위에 있어서 상충하는 헌법적 가치를 조화시킴에 실패한 것이라는 점을 생각해야 한다. 그래서 우리도 의견과 사실의



단순한 2분법을 전제로, 의견은 절대 면책 혹은 구성요건불해당성이라는 판단을 내리는 것을 지양하고, 외국의 법이론이나 판례이론을 참작하여 우리 나름대로의 세련된 기준을 제시해야 할 것이다. 물론 여기에서 가장 중요시되어야 할 점은, 공정한 논평이나 의견의 표명, 이를 토대로 한 건전한 토론이 민주사회에서 수행하는 기능이 극히 중요하다는 점, 반면에 명예훼손적 행동으로 인간의 존엄과 가치에 손상을 입은 개인이 기댈 곳은 그것을 제재할 수 있는 법질서밖에 없다는 점이다. 두 개의 점은 서로 상충된다. 명예훼손의 장에 있어서 이처럼 충돌하는 언론의 자유와 개인의 명예권은 모두 중요한 헌법적 가치를 내포하고 있다. 따라서 양자는 적절한 무게를 부여받아 시소에서 평행을 유지해야 한다.

그리고 의견과 사실의 구분에 관해 객관성을 부여받을 수 있는 확실한 기준이 없어, 과연 이 사건 판결이 의견과 사실에 관하여 적절한 구분을 했는지에 관하여 단언을 내릴 수 없다. 이 사건에서 대법원이 제시하는 구분기준에 따르더라도, 의견부분과 사실부분에 관하여 구별하는 대법원의 판시와는 다르게 볼 여지가 충분히 있음은 위에서 본 바와 같다. 그런데 우리 뿐만 아니라, 양자의 구분에 관하여 일본 판례상 확립된 원칙, 미국 판례에서 제시된 기준도 명확성을 결하기는 마찬가지이다.

어쩌면 이같은 의견과 사실 구분의 애매성은 본질적인 문제에서 우러나오는지도 모를 일이다. 입증가능하게 보이는 표현도 그것이 기본사실이다 추측 등 일정한 가공을 한 경우에는 의견인지 사실인지 구별이 어렵게 된다. 또 일상의 표현이 반드시 항상 순수한 사실의 적시 혹은 순수한 의견의 표명 양자 중 어느 하나로 명확히 구별가능한 것은 아니고 완곡한 표현형식을 사용한다. 나아가 사실을 적시하며 의견이나 논평을 가하는 중간형식의 것이 대단히 많다. 이들을 전부 의견과 사실 양자로 깨끗이 구별하여 결론을 내리고자 하는 것은 애당초 불가능한 일일지 모른다. 더 나아가서 생각한다면 이렇다. 즉 의견이든 사실이든 인간의 의식이 가공한 것이다. 언어 자체가 사물을 인간의 의식에 따라 가공, 변형시키는 도구인 셈이다. 실제의 사물은 그 자체로서 존재하나, 인간은 의식으로 이를 가공하여 표현하는 것이다. 그러므로 우리가 보통 말하는 순수한 사실적 표현이라도 거기에는 오랜 역사를 거치며 형성되어 온 인간의 전통적 의식으로 가공된 요소가 들어가는 셈이다. 의견은 이같은 의식적 가공의 요소가 좀 더 많은 표현 형식이다. 이 점에 있어서 양자간에는 정도의 차는 있어도 본질적인 큰 차는 없다.

이같은 문제점을 안고 있다고 해도 명예훼손에 있어서 의견과 사실의 구분은 불가피해보인다. 민주주의 사회에서의 건전한 토론과 의사형성의 자유를 보장하기 위해서는

의견을 사실로부터 구분해 내어 여기에 특수한 지위를 부여하는 것이 마땅하기 때문이다.

그러나 양자의 구분에 있어서 현재 제시된 한국이나 일본, 미국의 판례이론은 충분치 않다. 좀 더 구체적이고 실감이 가는 구분, 어느 표현행위에 있어서든 대체로 이론의 여지 없이 따를 수 있는 객관적인 기준이 새로 마련되어야 한다. 이는 장기적으로 우리에게 주어진 과제라고 본다.

한편 이 소송은 피고인들의 형사책임을 묻는 형사소송이어서 허위사실 나아가 피고인들의 허위의 점에 대한 인식의 점에 관하여 검사에게 입증책임을 부과하였다. 그러나 민사소송의 경우, 즉 명예훼손으로 인한 손해배상청구소송에 있어서는 입증책임이 어떻게 될까? 아직 우리나라에서는 이에 관한 판례가 없다. 일본에서는 판례상 표현행위자가 그 표현상에 나타난 사실을 진실로 믿음에 상당한 이유가 있는 때에는 불법행위 요건으로서의 고의, 과실이 부정된다고 한다.<sup>51)</sup> 그래서 사실의 진실성 또는 그 진실성을 믿었음에 상당한 이유가 있었다는 점을 피고가 입증하면 손해배상책임을 면한다고 말하여진다.<sup>52)</sup> 우리나라에서도 이와 비슷한 형태로 명예훼손소송에서의 입증책임을 규정하리라고 보여진다. 하지만 미국에서의 '현실적 악의의 법리'(actual malice rule)에 의하면, 명예훼손 피해자가 공무원인 경우 피고 언론사가 기사의 진실성에 대해 허위라는 인식 혹은 그 진실성에 관하여 무모한 경시(with knowledge or disregard of whether it was false or not)<sup>53)</sup>로 보도하였음을 입증하지 못하면 손해배상을 받을 수 없다. 하지만 이같은 현실적 악의의 법리나 미국 연방대법원 판례상 인정되는 표현의 자유의 우월성보장에 관한 헌법적 원칙<sup>54)</sup>들을 우리 법체계상 당장 모두 받아들이기에는 여러 가지 난점이 있을 것이다. 결과적으로 미국보다 표현의 자유를 보장함에 다소 소홀해질 우려가 있는데, 이 점의 시정방법에 관하여는 앞으로 깊은 고찰이 필요하리라고 본다.

51) 最高裁 一小 1966. 6. 23. 判決; 最高裁 一小 1983. 10. 20. 判決; 最高裁 三小 1997. 9. 9. 判決; 最高裁 一小 1983. 10. 20. 判決에서는 적시된 사실의 중요부분에 관하여 입증이 되면 된다고, 입증책임을 범위에 관하여 판시하였다.

52) 右崎正博, "名譽毀損における事實と論評", 法律時報 69卷11號(1998.11.), 103面; 判例タイムズ 955號(1998. 1. 15.), 116面 참조.

53) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S., at 279280.

54) 앞의 II의 3의 (2)항 참조.