

崔彰烈 教授指導  
碩士學位請求論文

名譽毀損에 대한 民事法的 救濟에 관한 研究

Eine Studie zur zivilrechtlichen Abhilfe  
über die Ehrverletzung

2004年

誠信女子大學校 大學院

法學科

李 珍 榮

名譽毀損에 대한 民事法的 救濟에 관한 研究

Eine Studie zur zivilrechtlichen Abhilfe  
über die Ehrverletzung

崔彰烈 教授指導

이 論文을 碩士學位論文으로 제출함

2004年 5月

誠信女子大學校 大學院

法學科

李 珍 榮

認 准 書

李珍榮의 碩士學位 論文으로 認准함

심사위원 인

심사위원 인

심사위원 인

誠信女子大學校 大學院

## 論文概要

오늘날 人間의 생활 환경은 매스 미디어(mass media)의 성장과 資本主義의 高度化와 新聞·放送 등이 發達함에 따라 個人의 名譽나 프라이버시를 保護해야 할 必要性이 증대되고 있다.

名譽毀損은 名譽라고 하는 保護法益에 대한 侵害를 말한다. 不法行爲法の 保護法益인 名譽는 사람의 人格的 價値에 대해 社會로부터 부여하는 評價, 즉 外部的 評價를 가리킨다. 본인이 스스로 일정한 평가를 받고자 하는 名譽感情이나, 사람으로서 당연히 갖는 內在的 價値인 人間的 尊嚴性은 여기의 名譽에 해당하지 않는다.

名譽에 대한 侵害에 대하여 救濟할 수 있는 方法은 刑事法的 處罰(刑法 第307條·第308條·第309條)과 民事法的 回復(民法 第750條·第751條·第764條)으로 구분할 수 있는 바, 이는 歷史的·文化的 差異에 의해 國家마다 그 輕重의 差異는 있으나 民事法的 回復方法을 선호하는 경향으로 흘러가고 있음은 부인할 수 없다. 그 理由는 民事法的 回復方法이 단순히 處罰하는 것보다 現實적으로 유리할 뿐만 아니라 두 基本權간의 葛藤解決에 더 합리적일 수 있기 때문이다. 즉, 名譽란 基本的으로 個人의 人格에 속하는 중요한 屬性을 지니고 있는 만큼 그것을 國家의 刑罰權보다는 個人과 個人間的 대립관계에 있어서 이해의 균형을 목적으로 하는 私法에 그 保護를 맡기는 것이 오히려 합당하다는 데 그 根據를 두고 있다. 이러한 현상은 刑法上 名譽毀損罪의 起訴 比率이 상대적으로 낮고 法院에서 實刑을 宣告받는 수가 적으며, 또한 言論仲裁委員會의 활성화로 인해 이를 이용하는 수가 增加하

는 것으로부터 알 수 있다. 그러므로 言論仲裁制度와 民事訴訟을 연계하여 더욱 보완하는 작업이 필요하고, 이 경우 原狀回復의 方法이 더욱 합리적으로 研究되어야 한다.

따라서 本 論文에서는 名譽毀損에 대한 民事法的 救濟方法에 대하여 중점적으로 살펴 보려한다.

우선 一般的인 救濟方法으로서 損害賠償請求와 原狀回復을 들 수 있다. 民法 제751조에 의한 精神的 損害에 대한 慰籍料支給請求權이 있다. 그러나 우리 나라 法院이 인정하는 慰籍料의 額數는 극히 미미한 실정이어서 被害者의 救濟로는 충분치 못한 감이 있다. 名譽毀損에 대한 名譽回復手段으로서 謝罪廣告 등의 原狀回復處分이 있다. 그러나 謝罪廣告는 憲法裁判所의 違憲決定으로 인해 현재로는 不可能한 救濟手段이고, 그에 대체할 手段으로서 判決掲載, 取消廣告 등이 거론되고 있다. 다음으로는 事前的인 救濟手段으로서 妨害排除請求와 妨害豫防請求의 禁止請求權이 있다. 마지막으로 定期刊行物の등록등에관한法律에서 規定하고 있는 反論報道請求權을 들 수 있다.

위와 같은 名譽毀損에 대한 民事法的 救濟手段으로서 충분한 해결책이 되기 위해서는 아직 미흡한 부분이 많다. 各各의 制度를 修正·補完하여 實效性 있는 救濟方案이 될 수 있도록 재정비해야 할 것으로 생각된다. 本 論文에서는 각 制度마다 문제시 되고 있는 부분에 대해서 자세하게 論하여 본다.

# 目 次

論文概要 .....	i
第1章 序 論 .....	1
第1節 研究의 目的 .....	1
第2節 研究의 範圍 및 方法 .....	6
第2章 名譽毀損의 判斷基準 .....	8
第1節 名譽毀損의 概念 .....	8
1. 名 譽 .....	8
2. 名譽毀損 .....	15
第2節 名譽毀損의 成立要件 .....	32
1. 序 說 .....	32
2. 故意·過失에 의한 名譽毀損 .....	33
3. 事實의 摘示 .....	35
4. 損害의 發生 .....	43
5. 違法性 .....	44

6. 表現行爲와 損害發生間의 因果關係 .....	64
7. 被害者의 特定性 .....	48
第3節 名譽毀損의 免責事由 .....	50
1. 一般的인 違法性阻却事由 .....	50
2. 事實의 眞實性 .....	58
3. 公共性 .....	65
4. 目的의 公益性 .....	69
第4節 小 結 .....	71
第3章 名譽毀損의 民事法的 救濟 .....	73
第1節 序 說 .....	73
第2節 損害賠償請求權 .....	75
1. 名譽毀損과 損害 .....	75
2. 損害賠償請求權 .....	79
3. 慰藉料請求權 立法例 .....	82
4. 名譽毀損으로 인한 慰藉料請求權 .....	87
5. 慰藉料 算定의 時期 .....	101
第3節 原狀回復請求權 .....	102
1. 原狀回復請求權의 概要 .....	102
2. 謝罪廣告의 問題 .....	103
3. 適當한 處分의 原狀回復請求權 .....	112

第4節 禁止請求權 .....	115
1. 禁止請求權의 意義 .....	115
2. 事前的 救濟의 必要性 .....	116
3. 禁止請求權의 成立要件 .....	116
4. 禁止請求權의 比較法的 考察 .....	117
5. 妨害排除請求・妨害豫防請求 .....	118
6. 禁止請求權의 要件 .....	121
7. 禁止請求權의 行使方法 .....	123
第5節 反論報道請求權 .....	127
1. 反論報道請求權의 意義 .....	127
2. 反論報道請求權에 관한 比較法的 考察 .....	130
3. 反論報道請求權에 관한 根據 .....	133
4. 反論報道請求權의 成立要件 .....	137
5. 反論報道請求權의 內容 .....	143
6. 追後報道請求權 .....	144
第6節 小 結 .....	146
第4章 結 論 .....	148
參考文獻 .....	152
ZUSAMMENFASSUNG .....	159

# 第1章 序 論

## 第1節 研究의 目的

오늘날 人間의 生活環境은 매스 미디어(mass media) 時代의 커다란 성장과 情報技術의 發達로 크게 變化하고 있다. 現代 社會의 政治·經濟·社會·文化 등 모든 分野에 있어서 매스 미디어와 科學技術의 影響을 받지 않는 곳은 없다. 現代社會를 살아가는 人間이라면 이러한 부분에 대한 필요성을 충분히 느낄 것이다. 하지만 이러한 부분에 대한 比重이 확대됨에 따라 逆機能의 部分 또한 크게 發生하고 있다.

매스 미디어(mass media)와 정보기술 發달의 逆機能으로 個人의 名譽나 프라이버시 侵害의 경우가 점점 增加하고 있는 추세이다. 時代의 發展에 따라 個人의 私生活 中心의 社會가 形成되고, 人間의 尊嚴性에 대한 지각이 높아지고, 現代 社會에 있어서 매스 미디어를 이용한 대중매체의 범위가 확대됨에 따라 人格權 侵害의 可能性이 높아지고 있다. 이러한 全般的인 變化의 환경속에서 人格權 保護가 향상되고 있다. 그리고 人格權 中에서도 그 발전에 있어서 先導的 位置에 있는 것 中의 하나가 名譽權이다. 실제로 名譽權에 관한 判決은 그 동안 급격하게 증가하여 왔다. 현재까지 우리 나라에 있어서 人格權法은 名譽의 보호에 의하여 展開되어 왔다고 하여도 과언이 아닐 것이다.

다른 나라에 있어서도 名譽毀損이 오래전부터 民事上의 保護를 받아왔다. 名譽는 일찍이 로마法上의 人유리아(injuria)訴權에 의하여 인정되어 近代

各國의 法에 계수되었다. 그러나 19세기의 獨逸 普通法學에서는 名譽는 오로지 刑法에 의하여 保護되어야 한다고 생각하였기 때문에 私法上의 保護는 그다지 發展되지 않았으며, 民法에도 名譽에 대한 特別한 規定을 두지 않았다. 獨逸에 있어서 名譽에 대한 私法的 保護가 촉진된 것은 獨逸 民法의 施行 後 學說이나 判例의 結果인 것이다. 오늘날 名譽는 一般的 人格權의 하나로서 보호되고 있다. 스위스에 있어서도 名譽毀損에 대해서는 人格權의 일환으로서 保護되고 있다. 프랑스에서도 名譽毀損은 刑法上의 保護이외에 民法上의 保護를 받을 수 있는데 不法行爲 規定이 탄력적이기 때문에 保護의 範圍는 상당히 넓다. 이에 비하여 英·美法에서의 名譽毀損法은 不法行爲의 하나의 類型으로서 오래전부터 독자적인 발전을 보여주고 있으며, 오늘날에는 복잡한 체계를 가진 制度로 이루어져 있다<sup>1)</sup>.

우리 나라에서는 民法 중 名譽가 不法行爲法上의 保護를 받는다는 것이 規定되어 있다(民法 제751조·제764조). 判例 또한 民法上의 規定을 根據로 하여 名譽를 保護하고 있다<sup>2)</sup>. 과거와 달리 오늘날 名譽毀損을 둘러싼 判例가 급격히 增加하여 왔으며, 또한 중요한 論點에 대해서도 새로운 法理를 전개한 大法院의 判決도 있다<sup>3)</sup>. 더구나 名譽毀損에 대한 한 가지 保護方法

- 1) 洪春義, “名譽毀損과 民事責任”, 法學研究 제19집, 全北大學校 附設 法學研究所, 1992, 141面.
- 2) 大法院 1988.6.14. 宣告, 87다카1450 判決에서는 “民法 제764조에서 말하는 名譽란 사람의 품성, 덕행, 명예, 신용 등 세상으로부터 받는 객관적인 평가를 말하는 것이고, 특히 法人의 경우 그 사회적 名譽나 信用을 가리키는데 다름없는 것으로 名譽를 毀損한다는 것은 그 사회적 평가를 침해하는 것을 말한다”라고 判示하고 있다.
- 3) 大法院 1988.10.11. 宣告, 85다카29 判決에서는 “憲法 제9조 후단에서는 ‘모든 國民은…幸福을 추구할 權利를 가진다’라고 하여, 生命權·人格權 등을 보장하고 있어 개인이 國家權力이나 公權力 또는 他人에 의하여 부당히 人格權이 侵害되었을 경우에는 人格權의 侵害를 이유로 그 侵害行爲의 排除와 損害賠償을 請求하여 그 權利를 救濟받을 수 있도록 하고 있다”라고 判示하고 있다.

으로서 學說·判例에 의하여 인정되어 온 謝罪廣告에 대하여 憲法裁判所가 違憲決定을 내림으로써 더욱 복잡한 양상을 띠고 있다<sup>4)</sup>.

현행 우리 憲法은 제21조 제1항에서 “言論·出版 등에 의한 表現의 自由”를 保障하는 동시에 同條 제4항에서 “言論·出版은 他人의 名譽나 權利 또는 公衆道德이나 社會倫理를 侵害하여서는 아니된다”라고 規定하고, 이어서 “言論·出版이 他人의 名譽나 權利를 侵害한 때에는 被害者는 이에 대한 被害의 賠償을 請求할 수 있다”라고 規定하고 있다. 이러한 憲法 規定은 현대 사회에 있어서 특히 言論·出版 등에 의한 自由의 重要性和 아울러 人間의 名譽를 비롯한 個人의 人格權이 얼마나 소중한가를 밝혀주는 것이라 하겠다. 또한 名譽權의 侵害에 대한 法の 保護는 人間의 존엄성을 중시하는 憲法精神과 文化國家의 이념구현을 위한 要請으로도 볼 수 있다. 현대생활에 있어서 私生活의 保護問題나 國民의 權利意識의 제고 등으로 인하여 人格權으로서의 名譽權에 대한 관심이 더욱 높아졌다고 생각된다. 즉 現代에 이르러 人間의 尊嚴을 지고의 價値로 생각하기에 이르렀다는 점이다. 그에 따라 人格權도 人間尊嚴의 당연한 歸結로서 再評價되기에 이르렀고, 國民의 人格意識도 과거에 비하여 현저히 높아졌다고 할 수 있다. 또한 人間으로서의 尊嚴과 價値를 憲法 최고의 價値로 保護하고 있는 憲法 제10조 제1문 全段으로부터 人格權이라는 포괄적인 私法上的 權利가 도출되고, 刑法 제307조 以下에서 사람의 名譽를 侵害한 者에 대하여 刑事制裁를 民法에서는 他人의 名譽를 侵害한 者의 損害賠償責任制度를 規定하여 個人의 名譽를 保護하고 있다(民法 제750조·제751조·제764조).

우리 나라의 民法上 不法行爲에 대한 救濟方法은 金錢賠償이 原則이다(民法 제764조). 그러나 名譽毀損과 같은 不法行爲에 있어서는 金錢賠償만으로

4) 憲法裁判所 1991.4.1, 89헌마160 全員裁判部(判例月報 250號 64面 以下).

서는 被害者가 입은 財産的·精神的 損害에 대한 충분한 補償은 不可能한 경우가 많은 한편, 名譽毀損에 있어서는 適當한 處分으로써 金錢賠償을 대신케 할 수 있고, 또는 이것을 보충케 하는 것이 가능하며 效果的인 경우가 많다. 그래서 民法은 제764조에서 名譽毀損의 경우에는 “法院은 被害者의 請求에 의하여 損害賠償에 갈음하거나 損害賠償과 함께 名譽回復에 適當한 處分을 命할 수 있다”라고 例外的 規定을 두고 있는 것이다.

구체적으로 名譽毀損에 대한 民事法的 救濟에 대해 살펴보면 損害賠償請求權은 民法 제750조와 제751조에 의해 발생한다. 하지만 현재 損害賠償請求로서 문제시 되는 것을 살펴보면, 財産上的 損害는 쉽게 식별이 가능하기 때문에 충분히 賠償될 수 있지만, 눈으로 볼 수 없는 精神的 損害에 대한 補償으로 慰籍料의 문제가 해결되지 않고 있다. 判例를 근거로 慰籍料에 대한 자료를 살펴보면, 우리 나라의 경우 慰籍料 최고 액수가 1,000만원 미만인 경우가 대부분이다. 반면 미국의 경우 慰籍料가 평균 40억원에 달하는 액수와 비교하여 볼 때 큰 차이를 나타내고 있다. 따라서 慰籍料額의 기준을 정확하게 산정하여 被害者들이 올바른 賠償을 받을 수 있는 慰籍料請求權이라는 制度에 대해서 民事法이 가질 수 있는 명확한 판단근거가 필요하다. 두 번째로 名譽毀損의 경우 金錢賠償만으로는 被害者가 입은 損害가 충분히 전보되는 것은 불가능하다. 따라서 名譽를 回復하는데 가장 효과적인 방법으로서 原狀回復請求權을 들 수 있다. 判例上 인정되고 있는 사죄광고, 취소문과 사죄문의 제시, 사과문의 교부 등이 있다. 그러나 謝罪廣告에 대해서는 憲法裁判所에서 “民法 제764조의 규정에서 名譽回復에 適當한 처분에 사죄광고를 포함시키는 것은 憲法에 違反된다”라고 判示하여 違憲判決을 내렸다. 따라서 取消廣告와 같은 방법을 이용하여 被害者의 損害를 原狀回復 시킬 수 있는 구체적인 방법이 필요하다. 세 번째로 名譽毀損의 救濟

手段은 거의 事後的인 方法이 대부분이다. 하지만 이것을 事前에 抑制할 수 있는 妨害豫防請求와 妨害排除請求로서 禁止請求權이 인정되고 있다. 마지막으로 反論報道請求權은 定期刊行物이나 放送에서 公표된 내용에 의해서 被害를 입은 者가 發行人이나 編輯人에 대하여 그에 대한 反論을 무료로 掲載 또는 放送하여 줄 것을 요구하는 權利이다.

이렇게 個人의 名譽는 刑法 規定외에 憲法과 民法 등에 의하여 保護받고 있다. 과거에는 名譽毀損의 侵害에 대해서 刑事上 處罰이 대부분이었지만, 오늘날은 民事上 訴訟이 증가하고 있는 추세이다. 하지만 現實과는 다르게 名譽毀損의 民事法的 救濟方法은 아직 미흡한 실정이며, 이에 해당하는 判例가 증가하고 있지만 정리가 미비한 상태이다.

따라서 本 論文에서는 名譽毀損의 明確한 概念을 알고, 이에 따르는 成立要件과 免責要件을 검토하고자 한다. 무엇보다도 名譽를 侵害당했을 경우 民事法的으로 救濟 받을 수 있는 手段에 대해서 자세하게 살펴보려 한다.

## 第2節 研究의 範圍 및 方法

本 論文은 名譽毀損에 대한 民事法的인 救濟手段에 대하여 구체적으로 살펴볼 것이다. 오늘날 현대 사회는 급속도로 發展함에 따라 점점 個人中心의 社會로 커져가고 있다. 이에 따라 각각의 人間은 人格적인 존재로서 認定받 고자 하므로 本人에 대한 人格權이 중시되어 가고 있다. 私法的으로 權利의 主體인 人間 個個人은 자신의 名譽·信用·姓名·學文이나 能力 뿐만 아니라 다른 모든 사람으로부터 侵害받지 않을 權利를 갖는다.

名譽毀損은 名譽라고 하는 保護法益에 대한 侵害를 말한다. 不法行爲의 保護法益인 名譽는 사람의 人格的 價値에 대해 社會로부터 부여하는 評價, 즉 外部的 評價를 말한다.

과거에는 名譽毀損 被害者의 救濟方法으로 刑事에 근거한 處罰(刑法上 名譽毀損罪 ; 刑法 제307조)이 主를 이루었으나, 오늘날 民法에서는 名譽에 대한 侵害가 發生하는 경우에 不法行爲로서 民法 제750조 規定에 근거한 民事訴訟이 主가 되고 있다. 民法 제750조는 故意 또는 過失로 違法하게 他人에게 損害를 가한 者는 損害賠償의 責任이 있다는 근대 民法의 原則을 추상적으로 規定하고 있을 뿐이고, 名譽毀損에 대한 法理는 전적으로 學說이나 判例에 맡겨지고 있다.

우리 나라의 判例는 아직 미비한 상태에 있다. 그렇기 때문에 본 논문에서는 國·內外 文獻들과 각각의 사안마다 判例를 첨부하여, 名譽毀損의 명확한 法理에 대해 알아보고, 이에 따르는 民事法的 救濟手段에 대하여 研究하여 보고자 한다. 따라서 文獻的 接近方法과 判例의 檢討 등을 통해 본 論文을 작성하였다.

다음으로는 本 論文에 대한 研究의 範圍에 대한 內容을 제시한다.

우선 第2章에서는 名譽毀損에 대한 概念에 대해서 살펴본다. 名譽의 概念을 學說의 檢討를 통해서 정리하고, 名譽毀損의 精確한 概念을 確立한다. 다음으로는 名譽의 主體가 될 수 있는 當事者 範圍에 대해서 알아보고, 名譽의 主體가 侵害당하는 名譽毀損行爲의 類型에 대해서 살펴본다. 그리고 名譽毀損이 不法行爲責任을 發生시키는 成立要件의 各 항목에 대해서 알아보고, 民法의 不法行爲에 있어서 違法性이 阻却되는 경우 損害賠償이 인정되지 않는 것처럼 名譽毀損의 경우에도 免責事由가 있는 경우에 不法行爲가 成立하지 않는다. 따라서 名譽毀損의 경우 免責될 수 있는 여러 가지 內容에 대해서 檢討하여 본다.

第3章에서는 本 論文의 핵심사항으로서 名譽毀損에 대한 民事法的 救濟手段에 대해서 알아본다. 不法行爲로 인한 損害賠償請求權을 비롯하여 原狀回復請求權, 禁止請求權 그리고 反論報道請求權에 대해서 살펴본다. 무엇보다도 損害賠償請求權에서는 慰籍料에 대한 부분이 問題가 되고 있으며, 憲法裁判所의 違憲判決을 받은 謝罪廣告請求權에 대해서 精確하게 알아보려 한다.

第4章에서는 本 論文에 대한 結論을 제시한다.

## 第2章 名譽毀損의 判斷基準

### 第1節 名譽毀損의 概念

#### 1. 名譽

사람은 社會生活을 통해서 他人과 더불어 認定받고 尊重해 주는 人間關係에서 스스로의 人格培養과 인간다운 삶의 價値를 실현하는 의미를 가지게 된다. 이런 점에서 사람에게는 肉體的 存在로서의 身體가 있고, 동시에 精神的 存在로서의 名譽가 있는 것이다. 따라서 名譽는 ‘사람이 人間の 尊嚴과 社會的·倫理的 生活의 基礎 위에서 마땅히 享有해야 할 人格的 價値(品行·德行·名聲·信用 등)<sup>5)</sup>’ 라고 할 수 있다<sup>6)</sup>.

이러한 人格的 價値로서의 名譽는 사람이 社會生活을 維持하는데 매우 중요한 것으로 人間の 품위를 보전시켜줄 뿐만 아니라 他人과의 관계를 맺으며 人間關係를 폭넓고 다양하게 형성해 나갈 수 있는 토대를 제공한다. 그러므로 名譽가 侵害되어 실추될 경우 사람의 人格 및 他人과의 관계로서의 社會生活에 중대한 영향을 미치게 된다. 이에 憲法·民法·刑法 및 定期刊行物의登錄등에관한法律<sup>7)</sup> 등에 規定을 두어 名譽를 保護함으로써 그에 따

5) 大法院 1999.2.9. 宣告, 98다31356 判決에서는 “民事上 他人에 대한 名譽毀損, 즉 사람의 品性, 德行, 名聲, 信用 등의 人格적 가치에 관하여 社會로부터 받는 客觀的인 評價를 저하시키는 것은 사실을 적시하는 표현행위 뿐만 아니라 意見 또는 論評을 표명하는 표현행위에 의하여도 成立할 수 있을 것인바...”라고 判示하고 있다.

6) 金日秀, “名譽毀損罪를 어떻게 理解할 것인가?”, 安岩法學 第1號, 安岩法學會, 1993. 9, 282面.

르는 處罰 및 名譽回復을 도모하고 있다. 그러나 이러한 保護法益의 관점에서 名譽의 概念을 구체적으로 어떻게 파악할 것인가는 學說이 다양하게 전개되고 있다.

### (1) 本質・現象의 區別說

이 說은 名譽를 그 本質과 現象으로 나누어 설명한다<sup>8)</sup>.

먼저 名譽의 本質이란 神과 같은 순수한 눈에 의하여 판단되는 사람의 價値, 즉 사람의 人格的 價値 그 自體로서 사람의 一身에 갖추어져 있는 道德・品性 또는 性格 등을 말하고, 그것은 다른 사람들과는 관계가 없는 客觀的인 實體이며, 他人에 의하여 侵害되어 변경될 수도 없으며, 그 回復이라는 것도 생각할 수 없다. 따라서 이를 창조하고 파괴하는 者도 모두 그 사람 자신이기 때문에 法에 의한 保護라고 하는 것이 무의미하며 적합하지 않다고 할 수 있다.

이에 반하여 名譽의 現象, 즉 外的인 名譽란 일반적으로 사람에 대한 社會的 評價 또는 價値判斷이다. 다시 말하면 각 사람이 그 品性・德行・名聲・能力 등에 의하여 社會로부터 附與받고 있는 評價이다. 여기에서 사람에게 대한 評價라 함은 그 사람의 人格에 대한 評價를 말하고, 社會的 評價라 함은 本人 이외의 多數의 다른 사람들의 事實的이고 主觀的인 評價를 의미한다. 우리는 흔히 社會的 評價라 함은 一般人들의 평균적인 판단으로서 社會通念에 의한 客觀的 判斷일 것으로 추측하고 예상하게 된다. 그러나 실제

---

7) 定期刊行物の登錄등에관한法律은 1987年 11月 28日(法律 第3979號 文化관광부)에 制定되었다. 그 후로 1989年 12月 30日(法律 第4183號 文化관광부) 일부 改定을 시작으로 최근에는 2003年 5月 29日(法律 第6905號) 일부 改定되었다.

8) 金箕斗, “名譽毀損과 侮辱”, 法政 第211號, 法政社, 1968. 1, 34-35面.

로는 特定人 이외의 많은 사람들이 각자가 特定人에 대하여 評價하는 事實的·主觀的 評價의 總體라고 할 수 있다. 그러므로 그 自體가 얼마든지 動搖可能性이 있는 他人들의 主觀的인 價値判斷이기 때문에 그것은 侵害될 수도 있고 때로는 低下될 수도 있으며, 따라서 回復하는 것도 可能하다. 法에 의한 保護가 가능한 名譽라 함은 바로 이러한 名譽現象을 말하는 것이라고 한다<sup>9)</sup>.

## (2) 三分說

名譽의 概念에 관하여 一般的인 學說로서 內的인 名譽·外的인 名譽·名譽感情의 세 가지로 나누어 檢討<sup>10)</sup>하고 있다.

### 1) 內的인 名譽

內的인 名譽(innere Ehre)는 사람이 가지고 있는 人格의 内部的 價値 그 자체를 말한다. 이러한 價値는 순수한 價値世界의 價値이며, 사람이 出生에 의하여 가지게 되어 결코 喪失할 수 없는 人格的 價値이다<sup>11)</sup>. 즉, 사람의 內的인 價値는 가장 중요한 生存利益으로서 根源的이며, 內的인 品位와 性質에서 비롯되는 것으로 社會的 價値의 여하를 불문하고 개인 本人에게 存在하는 眞實의 價値이다<sup>12)</sup>. 따라서 이것은 '敵이 많으면 名譽도 많다(viel

9) 李榮蘭, “名譽毀損罪에 있어서의 名譽의 概念”, 考試研究, 考試研究社, 1990. 7, 160-161面.

10) 靜岡縣弁護士會 編, 「情報化時代の名譽毀損·プライバシ-侵害をめぐる法律と實務」, ぎょうせい株式會社, 2000, 2面.

11) 李在祥, 「刑法各論(第4版)」, 博英社, 2004, 174-175面.

12) Paul Bockelmann, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 1.Aufl. 1977, S.184.

Feind, viel Ehr)'라는 표현에서 의미하는 바에 적합한 것으로 個人的 眞價, 그 自體를 가리키는 것이기 때문에 他人에 의해 毀損될 성질이 아니므로 法律에 의한 保護라고 하는 것은 무의미하다고 한다<sup>13)</sup>.

## 2) 外的인 名譽

外的인 名譽(äußere Ehre)는 사람의 人格的 價値와 그의 道德的·社會的 行爲에 대한 社會的 評價를 말한다. 이것은 다른 말로 規範的 名譽價値(normativer Ehrbegriff)라고 한다<sup>14)</sup>. 外的인 名譽는 倫理的 價値에 국한되지 아니하고, 學問的·社交的·政治的·藝術的 能力, 職業, 臣分, 性格 등에 대한 評判도 포함된다<sup>15)</sup>. 우리 나라 名譽에 대한 保護法益은 外的인 名譽를 通說<sup>16)</sup>·判例<sup>17)</sup>로 보고 있다. 이는 사람에게 대한 社會의 주관적인 시선에 의한 動搖可能性이 있는 價値判斷이므로 事實的이고 主觀的인 評價

13) 韓炳九, 「言論法制通論」, 나남出版社, 1987, 61面.

14) 內的인 名譽와 外的인 名譽를 함께 독일에서는 일반적으로 事實的 名譽概念(faktischer Ehrbegriff)과 規範的 名譽概念(normativer Ehrbegriff)으로 나누기도 한다. 前者는 자신이 느끼는 主觀的인 名譽, 名譽感情 또는 그에 대한 외부의 좋은 평판 등을 의미하며, 後者는 개개의 태도나 행동과는 무관하게 가치 있는 존재인 인간이 갖는 인격성 자체에 대한 존중 요청을 말한다. 獨逸의 通說은 名譽毀損罪의 保護法益을 이 양자가 결합된 規範的·事實的 名譽(normativ-faktischer Ehrbegriff)로 보고 있다(Harro Otto, "Die einzelnen Delikte", Grundkurs Strafrecht, MAX SCHMIDT ROMHILD, 5. Aufl. 1988, S. 97).

15) 金日秀·徐輔鶴, 「刑法各論(第5版)」, 博英社, 2003, 181面.

16) 郭潤直, 「債權各論(第6版 民法講義IV)」, 博英社, 2003, 401面 ; 裴鍾大, 「刑法各論(第5版)」, 弘文社, 2003, 251面 ; 李在祥, 前揭書, 176面 ; 任 雄, 「刑法各論(改訂版)」, 法文社, 2003, 191面 ; 陳癸鎬, 「刑法各論(第5版)」, 大旺社, 2003, 217面.

17) 大法院 1988. 9. 27. 宣告, 88도1008 判決에서는 " 刑法 제307조 제2항 소정의 名譽毀損罪가 성립하기 위하여서는 事實의 摘示를 공연히 하여야 하고 그 摘示하는 사실이 사람의 사회적 평가를 저하시키는 것으로서 虛僞이어야 하며 범인이 그와 같은 사실이 허위라고 인식을 하여야 한다"라고 判示하고 있다.

로서 아리스토텔레스가 ‘名譽는 우리들의 功績에 대한 他人의 意見이다’ 라고 말한 의미와 상통한다<sup>18)</sup>. 이와 같이 外的인 名譽가 他人의 感想變化에서 오는 主觀的 價値判斷이기 때문에 그것은 侵害에 의하여 低下될 수도 있고, 또한 回復하는 것도 가능하므로 法律에 의해 保護되는 것이 마땅하다고 한다. 大法院에서도 名譽毀損의 保護法益으로서 外的인 名譽를 判示하고 있다<sup>19)</sup>.

### 3) 名譽感情

內的인 名譽와 구별되는 것으로 名譽感情(Ehrgefühl)이 있다. 名譽感情은 本人의 人格價値에 대한 本人의 主觀的 評價를 말한다. 이것은 刑法의 保護對象이 되기는 어렵다. 왜냐하면 主觀的 名譽感情이 없는 경우도 있고, 얼마든지 本人의 주관에 따라서 過大·過小 評價 될 수 있기 때문이다<sup>20)</sup>. 그러나 단순히 名譽感情을 侵害한 것에 불과한 경우일지라도 加害者가 행한 표시의 내용<sup>21)</sup>, 수단 내지는 방법, 그 시기, 장소 등의 구체적인 제반 사정<sup>22)</sup>을 종합하여 名譽의 侵害 여부를 결정해야 할 것이다. 侮辱罪의 保護法

18) 韓炳九, 前掲書, 62面.

19) 大法院 1992.10.27. 宣告, 92다756 判決은 “民法 第764條에서 말하는 名譽毀損이란 사람의 社會的 評價를 低下시키는 行爲를 말하고, 단순히 主觀的으로 名譽感情이 侵害되었다고 주장하는 것만으로는 名譽毀損이 되지 않는다”라고 判示하였다.

20) 大法院 1988.6.14. 宣告, 87다카1450 判決.

21) 日大律地法 昭和 48(1973).10.15. 判例時報 736號 81面 判決에서는 “징계해고의 사실이 함부로 공표 된 것은 被害者의 名譽와 信用을 저하시키는 것이기 때문에 그 公表가 허용되는 범위는 스스로 한계가 있고, 반드시 필요한 경우에도 필요한 최소한의 표현을 사용하여야 한다고 하면서 原告가 어떤 중대한 不法行爲를 했기 때문에 징계해고 된 것과 같은 인상을 주는 본건 광고는 違法하게 原告의 名譽와 信用을 毀損한 것이다”라고 判示하고 있다.

22) 서울 民事地方法院 1984.10.15. 宣告, 83가단7668 判決.

益이 名譽感情이라는 少數見解가 있다<sup>23)</sup>.

우리 나라의 下級審判例<sup>24)</sup>나 日本의 下級審判例<sup>25)</sup>에서는 名譽感情의 侵害를 이유로 한 慰藉料를 인정한 例가 있고, 名譽感情도 인격적 이익이므로 일정한도를 초과하는 違法的 侵害에 대하여는 不法行爲의 성립을 인정하여야 한다는 주장<sup>26)</sup>도 있으나 주관적 名譽感情이 侵害된 것만으로는 名譽毀損이 成立되지 않는다고 할 것이므로<sup>27)</sup>, 이는 名譽毀損과는 별개의 不法行爲로서 그 成立與否를 따져야 할 것이다<sup>28)</sup>.

### (3) 五分說

첫 번째로 人格의 尊嚴性에 근거한 內面的 價値인 內的인 名譽, 두 번째로 人格에 대해 外部的으로 주어지는 名譽이나 社會的 評價를 받는 外的인 名譽, 세 번째로 주관적 사정으로서의 名譽感情인 主觀的 名譽, 네 번째로 人格에 대한 尊重要求로써 人格的 名譽와 다섯 번째로 人格의 獨立性을 가능하게 해주는 社會的 承認關係인 社會的 名譽 등을 名譽概念으로 파악하고 있다<sup>29)</sup>.

23) 劉基天, 「改稿 刑法學(各論講義上)」, 一潮閣, 1982, 145面.

24) 서울 民事地方法院 1984.10.15. 宣告, 83가단7668 判決에서는 “原告에 대한 위와 같은 내용의 기사를 掲載함으로써 原告에 대한 社會적 평가를 저하시켰음은 물론 原告의 名譽感情을 侵害하였다고 하지 않을 수 없다 할 것이므로 被告는 이로 인하여 原告가 받은 정신상의 고통을 慰藉할 義務가 있다”라고 判示하였다.

25) 東京地判 昭和 46(1971).8.7. 判例時報 640號 5面 ; 東京地判 昭和 61(1986).5.6. 判例時報 1223號 71面.

26) 五十嵐清, 「人格權論」, 一粒社, 1989, 14面.

이에 대하여 名譽感情의 侵害를 不法行爲로 보면서도 名譽毀損이 아닌 프라이버시의 侵害로 구제되어야 할 것이라는 주장이 있다(金曾漢 外 編, 「註釋 債權各則(IV)」, 韓國司法行政學會, 1987, 130面).

27) 大法院 1992.10.27. 宣告, 92다756 判決 參照.

28) 廣島地判 昭和 37(1962).2.27. 判例時報 295號 20面.

이를 다시 유형별로 規範的 名譽概念(內的인 名譽와 人格的 名譽), 事實的 名譽概念(外的인 名譽와 名譽感情), 規範的·事實的 名譽概念(內的·外的인 名譽를 기초로 外的인 名譽와 主觀的 名譽를 포괄), 人格的·社會的 名譽概念(社會的 名譽에 합당한 人格的 대우의 요구)등으로 分類하기도 한다. 獨逸의 通說과 判例는 規範的·社會的 名譽概念에 서 있으나 최근 人格的·社會的 名譽概念이 유력해지는 추세이다<sup>30)</sup>.

#### (4) 檢 討

우리 나라에 있어서 名譽의 概念에 관한 論議는 주로 刑法上 名譽毀損의 保護法益과 관련하여 전개되어 왔다<sup>31)</sup>. 民法上 名譽의 概念에 대하여는 人格의 내재적 가치를 말하는 內的인 名譽, 人格的 價値의 사회에 의한 承認 또는 評價를 말하는 外的인 名譽 및 본인 자신에 대하여 가지고 있는 價値 判斷을 말하는 名譽感情의 세 가지가 있으나, 위 內的인 名譽는 本人 또는 他人의 평가와 독립하여 사람이 가지는 固有價値이므로 他人으로부터 侵害 될 성질의 것이 아니어서 法律的 保護의 범위 밖에 있고, 名譽感情은 각 사람의 주관적 의식과 감정의 정도에 따라서 개인차가 있는 것이기 때문에 사회의 普通人에 대한 規범으로서의 法の 保護에는 적당하지 않으므로 刑法上의 名譽毀損罪 및 不法行爲로서의 名譽毀損에 있어서의 名譽란 外的인 名譽를 가리킨다고 봄이 우리 나라와 日本의 通說·判例이다<sup>32)</sup>. 따라서 名譽毀

29) 邊星守, “名譽毀損罪 適用의 實際와 問題點”, 高麗大學校 大學院 碩士論文, 1996, 9面.

30) 金日秀, 前揭論文, 283面.

31) 權五乘, “名譽의 意義와 名譽毀損의 모습”, 言論仲裁 제3권 제3호 통권8호, 言論仲裁委員會, 1983 가을호, 6-7面.

32) 大法院 1997.10.24. 宣告, 96다17851 判決; 池弘源, “人格權과 侵害”, 司法論集 第10輯, 法院行政處, 1979. 12, 224面.

損이란 사람의 社會的 評價를 저하시키는 行爲를 말하고 여기서 평가되는 가치는 반드시 윤리적인 것임을 요하지 아니하며, 刑法上으로는 信用毀損罪 (刑法 제313조)에 의하여 保護받는 경제적 신용, 즉 사람의 경제적인 지불 능력 및 지불의사에 대한 사회적 평가도 廣義의 명예에 속하므로 民法上의 名譽毀損의 保護法益이 된다고 본다.

## 2. 名譽毀損

### (1) 名譽毀損의 意義

名譽毀損은 名譽라고 하는 保護法益에 대한 侵害를 말한다. 不法行爲法의 保護法益인 名譽는 사람의 人格的 價値에 대해 社會에서 부여하는 評價, 즉 外部的 評價를 가리킨다<sup>33)</sup>. 本人이 스스로 일정한 評價를 받고자 하는 名譽感情이나, 사람으로서 당연히 갖는 內在的 價値인 人間的 尊嚴性은 여기의 名譽에 해당하지 않는다. 社會가 어떤 사람에 대하여 하는 評價는 그의 性品·德行·品行·名聲·信用·能力·業績 등의 다양한 요소에 관련하여 행해진다. 그러므로 어떤 행위가 상대방의 名譽感情에 상처를 입히긴 했지만, 그의 外部的 評價는 損傷시키지 않은 경우에 그 行爲는 名譽毀損<sup>34)</sup>에 해당

33) 郭潤直, 前掲書, 401面 ; 權五乘, 前掲論文, 7面 ; 權龍雨, “名譽毀損과 不法行爲責任”, 法學論叢 第14輯, 檀國大學校 法政大學, 1987. 3, 91面 ; 五十嵐清, 前掲書, 13面.

大法院 1999.2.9. 宣告, 98다31356 判決에서는 “民事上 他人에 대한 名譽毀損, 즉 사람의 性品, 德行, 名聲, 信用 등의 인격적 가치에 관하여 社會로부터 받는 객관적인 평가를 저하시키는 것은 事實을 摘示하는 표현행위 뿐만 아니라 意見 또는 論評을 표명하는 표현행위에 의하여도 성립할수 있을 것인바…”라고 判示하고 한다.

34) 大法院 1988.6.14. 宣告, 87다카1450 判決은 “名譽毀損이란 사람의 社會的 評價를 저하시키는 行爲를 말하고, 여기서 評價되는 價値는 반드시 倫理的인 것임을 要하지 아니하

하지 않는다.

따라서 本人 또는 他人의 評價와는 獨立하여 사람이 客觀적으로 가지는 固有價値인 內的인 名譽는 他人으로부터 侵害되는 性質은 없으며, 法律的으로 保護의 範圍밖에 있게 된다. 그러나 사람이 本人 자신의 人格價値에 대하여 가지는 主觀적인 名譽感情의 保護는 그렇게 단순하지 않다. 刑法의 영역에 있어서 通說은 名譽感情은 개인의 主觀的 認識이나 感情이기 때문에 개인에 따라 차이가 있고, 그렇기 때문에 사회의 普通人에 대한 規範으로서의 法の 保護에 적당하지 않다고 하고 있다. 이에 대하여 少數說은 名譽毀損罪와 侮辱罪는 保護法益을 달리하는 것으로 侮辱罪는 名譽感情을 保護法益으로 한다고 주장한다<sup>35)</sup>.

생각건대 民法<sup>36)</sup>의 領域에서 名譽를 保護하려고 할 때에는 刑法上의 要件으로부터 떠나서 被害者の 地位 등을 종합적<sup>37)</sup>으로 考慮하여, 人格價値에

---

며, 刑法上으로는 信用毀損罪(刑法 제313조)에 의하여 保護받는 經濟的 信用, 즉 사람의 經濟的인 支拂能力 및 支拂意思에 대한 社會的 評價도 廣義의 名譽에 속하므로 民法上의 名譽毀損의 保護法益이 된다고 본다”라고 判示하고 있다.

35) 李榮蘭, 前揭論文, 160-161面.

36) 民事에서도 刑事 條項이 유추 적용되느냐에 대하여 日本에서는 오래 전부터 下級審判決에서 民事事件에 대해서도 이를 유추 적용해 온 바 있었고(예컨대 東京地判 昭和 30(1955).7.11. 判例時報 59號 5面 ; 大阪地判 昭和 33(1958).1.17. 判例時報 140號 22面), 日本 最高裁判所에서는 昭和 41(1966).6.23. 判例時報 453號 29面 判決로 이를 確認 할 수 있다.

우리 나라에서도 종래 學說上으로 위 刑法規定의 民事에의 類推·適用을 肯定하는 見解가 있다(朴哲雨, 「金曾漢 編輯代表 註釋 債權各則(IV)」, 韓國司法行政學會, 1987, 131面. ; 池弘源, 前揭論文, 225面).

또한 大法院 1988.10.11. 宣告, 85다카29 判決에서도 “刑法上으로나 民事上으로 他人의 名譽를 毀損하는 行爲를 한 경우에도 그것이 公共의 理解에 관한 事項으로서 그 목적이 오로지 公共의 利益을 위한 것일 때에는 眞實한 事實이라는 證明만 있으면 위 行爲에 違法性이 없으며…”라고 判示하여 民事에서도 위 刑法 條項이 類推·適用됨을 명백히 하고 있다.

37) 名譽感情은 他人의 生命·身體·財物에 대한 加害와는 달리 우리의 일상생활에서 흔히

대한 社會的 評價의 低下與否를 民法의 고유한 問題로서 다루어야 할 것이다. 民法上으로는 모욕 등에 의하여 단순히 名譽感情을 侵害한 것에 불과한 경우일지라도 行爲者가 행한 표시의 내용, 수단 내지 방법, 그 시기, 장소 등의 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다<sup>38)</sup>. 名譽感情도 일종의 인격적 이익이기 때문에 일정한도를 넘는 위법한 침해에 대하여는 不法行爲가 성립된다. 下級審이지만 서울 民事地方法院<sup>39)</sup>은 “원고에 대한 위와 같은 기사들을 게재함으로써 원고에 대한 사회적 평가를 저하시켰음은 물론 原告의 名譽感情을 侵害하였다고 하지 않을 수 없다 할 것이므로 被告는 이로 인하여 原告가 받은 정신상의 고통을 慰藉 할 의무가 있다”라고 判示하여 名譽感情을 保護하고 있다.

## (2) 名譽毀損의 當事者

### 1) 自然人

名譽의 主體는 사람이다. 따라서 自然人은 누구나 人間으로서의 尊嚴性을

---

행해지는 日常性을 가지며, 他人에 대해 나쁜 평판을 유도하는 情報提供·報道·告發 등은 종종 公共의 필요에 상응한다는 公共性을 갖는다. 그러므로 各人에게 他人의 名譽를 毀損하지 않기 위해 어떤 경우 어느 정도의 注意義務가 부과되었다고 볼 것인가를 判斷하는 것은 매우 어렵다. 특히 憲法上 保障된 國民의 言論·出版의 自由(憲法 제21조 제1항)와 名譽毀損의 責任 사이에는 利益의 衝突이 있게 된다. 따라서 名譽毀損의 判斷에 있어서는 言論의 自由와 言論의 公的 責任 그리고 他人의 人格保護의 第3者를 충분히 比較衡量하여 합리적인 社會規範으로서 作用할 수 있도록 유의하여야 한다(崔文基, “名譽毀損의 民事責任에 관한 小考”, 成均館法學 제11권 1호, 성균관대비교 법연구소, 1999. 12, 4面 각주12번 參照).

38) 五十嵐清, 前掲書, 14面.

39) 서울 民事地方法院 1983.9.30. 宣告, 83가합2449 判決.

가지며 社會生活를 통하여 일정한 社會的 評價를 가지므로 名譽毀損의 當事者가 될 수 있다<sup>40)</sup>. 自然人인 이상 幼兒와 精神病者도 名譽의 主體가 된다. 즉 幼兒는 그의 현재의 성장상태에 대한 價値와 장래의 가치에 대하여 名譽의 主體가 되며, 精神病者도 병과 관계없이 남아 있는 社會的 價値와 과거에 얻은 價値에 대하여 名譽의 주체가 될 수 있다. 다만 幼兒에 대한 名譽의 侵害가 成人의 名譽를 侵害하는 때에는 幼兒의 名譽는 문제되지 않는다고 하겠다<sup>41)</sup>. 또한 性別·年齡·既婚·未婚을 不問하며, 犯罪者·파렴치한·失蹤宣告를 받은 者도 名譽의 主體가 된다. 그들도 人間尊嚴의 所有者이고, 名譽侵害는 知的 認識能力과 關係없이 社會의 客觀的 尺度로 判斷되어야 하기 때문이다<sup>42)</sup>.

## 2) 法人 또는 權利能力 없는 團體

名譽는 自然人에게만 있는 것이 아니다. 현재 通說<sup>43)</sup>은 自然人 이외에 法人도 名譽主體가 될 수 있다는 점에 일치된 見解를 보이고 있다. 判例<sup>44)</sup>도 같은 입장이다. 法人도 社會生活에서 그 활동·봉사·제품생산 등과 관련하여 名譽를 누릴 수 있으므로 名譽의 享有主體가 된다<sup>45)</sup>. 다만 法人에게 名譽毀損이 認定된다는 경우 慰籍料가 認定되는가에 대하여 論議가 되고 있는 바, 法人에게는 精神的 苦痛이 있을 수 없다는 이유로 이를 否定하는 見解가 있을 수 있으나, 法人의 名譽가 侵害될 경우에 救濟手段으로서 取消廣告

40) 李銀榮, 「債權各論(第4版)」, 博英社, 2004, 973面.

41) 李在祥, 前掲書, 177-178面.

42) 陳癸鎬, 前掲書, 222面.

43) 裴鍾大, 前掲書, 255面.

44) 大法院 1999.10.22. 宣告, 98다6381 判決은 “法人의 목적사업 수행에 영향을 미칠 정도로 法人의 社會的 名譽·信用을 毀損하여 法人의 社會的 評價가 侵害된 경우에는 그 法人에 대하여 不法行爲를 구성한다”라고 判示하고 있다.

45) 金日秀·徐輔鶴, 前掲書, 185面.

등의 方法만으로는 不適當하고 불충분한 경우가 있고, 또 財産的 損害가 發生하지 아니하였다 하여도 無形損害의 賠償을 必要로 하는 경우가 많다는 이유에서 이를 認定함이 타당하다 하겠다<sup>46)</sup>. 우리 나라<sup>47)</sup>와 日本의 判例<sup>48)</sup>도 이를 認定하고 있다.

權利能力 없는 團體라도 法的으로 承認된 社會的·經濟的 機能을 擔當하고, 統一된 意思를 形成할 수 있는 경우에 있는 한 名譽의 享有主體가 되는 것이다. 따라서 정당, 노조, 병원, 종교단체, 종친회<sup>49)</sup>, 향우회 등도 名譽의 主體이다. 다만, 낚시회, 골프클럽, 등산 동우회 등처럼 개인적인 취미 생활을 위해 결합된 社交團體나 組織犯罪를 수행하는 犯罪團體 등은 法에 의해 認定된 社會的 機能을 擔當하는 團體라고 할 수 없기 때문에 名譽의 主體가 될 수 없다.

46) 韓渭洙, “名譽의 毀損과 民事上の 諸問題”, 司法論集 第24輯, 法院行政處, 1993, 12, 400-401面.

47) 大法院 1965.11.30. 宣告, 65다1707 判決에서는 “法人의 목적사업수행에 영향을 미칠 정도로 法人의 名譽信用을 侵害한 경우에는 그 侵害者에 대하여 不法行爲를 원인으로 損害賠償을 請求할 수 있다”라고 判示하고 있다(大法院 1998.10.27. 宣告, 98다9892 判決 參照).

48) 日裁判 昭和 39(1964).1.28. 民集 18卷 1號 136面에서는 “法人의 名譽權 侵害의 경우는 金錢 評價가 可能한 無形의 損害가 發生한 것이 반드시 전혀 없지는 않다. 그러한 損害는 加害者로 하여금 金錢으로라도 賠償시키는 것을 社會 觀念上 理解해야 하고, 이 경우는 民法 제723조에 被害者 救濟가 현격한 방법이 規定되어 있다는 사정으로써, 金錢 賠償을 부정한 것은 가능하지 않다고 말한 것에 歸結한다”라고 判示하였다. 한편 權利能力 없는 社團에 관한 것으로서는 東京地判 昭和 43(1968).1.31. 判例時報 507號 7面 參照한다.

49) 大法院 1997.10.24. 宣告, 96다17851 判決은 “民法 제764조에서 말하는 名譽라 함은 사람의 品性, 德行, 名譽, 信用 등 세상으로부터 받는 객관적인 評價를 말하는 것이고, 특히 法人의 경우에는 그 社會的 名譽·信用을 가리키는 데 다름없는 것으로 名譽를 毀損한다는 것은 그 社會的 評價를 侵害하는 것을 말하고, 이와 같은 法人의 名譽가 毀損된 경우에 그 法人은 상대방에 대하여 不法行爲로 인한 損害賠償과 함께 名譽回復에 적당한 處分을 請求할 수 있고, 從衆과 같이 訴訟上 當事者 能力이 있는 非法人社團 역시 마찬가지이다”라고 判示하고 있다.

### 3) 死者의 名譽毀損

刑法 제308조는 “公然히 虛偽의 事實을 摘示하여 死者의 名譽를 毀損한 者”를 處罰하고 있는바 民事上에 있어서도 死者의 名譽를 毀損하는 것을 不法行爲로 認定할 것인가가 문제된다. 위 刑法上 死者의 名譽毀損罪의 保護法益에 관하여 遺族의 名譽라는 견해, 遺族이 死者에 대하여 품고 있는 追慕感情이라는 견해, 死者에 대한 社會的 評價라는 公共의 利益이라는 견해 그리고 死者의 名譽 그 自體라는 견해가 있고, 우리 나라<sup>50)</sup>와 日本의 通說은 死者의 名譽 그 自體를 保護法益이라고 보고 있다<sup>51)</sup>.

또한 民事上으로 不法行爲責任法으로서 死者의 名譽는 保護되어야 한다. 死者에 대한 名譽毀損의 경우도 訂正廣告 등의 名譽回復處分에 의해 復原됨이 필요하며, 또한 死者의 名譽를 保護하는 것이 다른 法規定(刑法 제308조 死者의 名譽毀損 ; 著作權法 제14조 제2항 著作人格權의 一身專屬性)과의 均衡상 타당하기 때문이다. 死者에 대한 名譽毀損이 그의 相續人이나 親權者의 名譽毀損이 별도로 成立한다<sup>52)</sup>. 死者 자신에 대한 名譽毀損이 成立하

50) 서울 地方法院 1995.6.23. 宣告, 94카합9230 判決은 “모델小說에 있어서 모델이 된 사람의 名譽를 毀損하는 경우에는 名譽毀損 또는 人格權 侵害를 理由로 그 小說의 出版禁止를 구할 수 있고, 그 모델이 된 사람이 이미 死亡한 경우에도 그 遺族이 名譽毀損 또는 人格權 侵害를 理由로 그 禁止를 구할 수 있다. 人間은 적어도 死後에 名譽를 증대하게 毀損시키는 왜곡으로부터 그의 생활상의 保護를 신뢰하고 그 기대하에 살 수 있는 경우에만, 살아있는 동안 憲法上의 人間의 尊嚴과 價値가 保障되기 때문이다. 그러나 小說에서 個人의 名譽가 毀損되거나 人格權이 侵害되었다는 理由로 그 出版禁止를 구하는 경우에는 憲法上 藝術의 自由와 出版의 自由가 保障되어 있는 점에 비추어 그 侵害의 態樣 및 程度를 考慮하여 個人의 名譽가 증대하게 毀損된 경우에만 이를 認定하여야 한다”라고 判示하였다.

51) 李會昌 外 編, 「註釋 刑法各則(II)」, 韓國司法行政學會, 1994, 576面.

52) 大阪地裁堺支部 昭和 58(1983).3.23. 判例時報 1071號 33項에서는 “遺族에 의한 死者의 名譽回復 措置를 대행한 請求는 棄却되었지만, 遺族의 謝罪廣告와 損害賠償請求가 認容되었다”라고 判示하였다.

더라도 死者는 그 效果로서 發生하는 請求權의 主體가 될 수 없고, 그 權利는 相續人이나 親權者에 의해서 行使되어야 하므로, 엄밀한 의미에서는 相續人이나 親權에 대한 不法行爲責任이 發生할 뿐이라고 해석된다<sup>53)</sup>).

#### 4) 集合名稱

集合名稱에 의한 名譽毀損, 예컨대 獨自적으로 名譽의 主體로 될 수 없는 集團의 構成員도 그 集團이 名稱에 의하여 名譽毀損이 되는 경우가 있다. 그것에 필요한 要件은 다음과 같다.

첫째로 集合名稱이 一般人과 명백히 區別될 수 있을 만큼 時間的·場所的으로 特定되어야 한다. 따라서 구체적인 수식어가 없이 막연히 學生·敎授·商人·政治人 등으로 指稱하여 名譽를 毀損하는 것은 不可能하다. 그것은 對象의 特定이 不可能한 一般名稱에 지나지 않기 때문이다. 判例는 그 표현의 全體趣旨와 관련하여 表現의 客觀的 內容, 사용된 語彙의 통상의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려<sup>54)</sup>할 것을 요구하면서 特定程度와 관련하여 '서울시민', '경기도민'과 같은 막연한 표현으로는 名譽毀損罪가 成立하지 않는다고 判示하고 있다<sup>55)</sup>.

53) 李銀榮, 前掲書, 974面.

54) 大法院 2003.2.20. 宣告, 2001도6138 全員合議體 判決은 “당해 表現이 集合의 名詞를 쓴 경우에도 選舉人이 그 表現을 접하는 通常의 方法을 前提로 그 표현의 전체적인 趣旨와의 關係에서 表現의 客觀的 內容, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 選舉人에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 判斷할 때 당해 표현이 特定人을 가리키는 것이 명백하면 당해 표현은 그 特定人에 대한 虛偽事實의 公表에 해당한다”라고 判示하고 있다.

55) 大法院 1960.11.26. 宣告, 4293형상244 判決은 “名譽毀損罪는 어떤 特定한 사람 또는 人格을 保有하는 團體 등 被害者가 特定한 것일 때 成立한다”라고 判示하여, 集合名稱에 의한 名譽毀損을 認定한 것으로, 예컨대 경기여자상업고등학교 교사 66명 중 37명이

두 번째로 名譽毀損의 表現도 그 客觀的 意味가 集團의 一般的 現象을 指稱하는 것만으로는 부족하고 集團의 모든 構成員에 대한 關聯性이 있어야 한다. 예컨대 ‘의사는 守錢奴다’ 라고 했을 때, 그것은 의사들의 일반적 재물욕심을 표현한 평균적인 판단에 지나지 않는다. 例外가 認定될 수 있는 이런 표현으로는 名譽毀損 또는 侮辱이 되지 않는다<sup>56)</sup>.

### (3) 名譽毀損行爲의 類型

名譽의 主體가 侵害 당하는 名譽毀損의 類型<sup>57)</sup>에는 부당한 權利行使, 法庭에서의 發言, 被疑者에 대한 告訴, 違法한 公務執行, 第3者에 대한 情報提供, 言論報道 및 기타 出版物 등에 의한 경우 등이 있다. 이처럼 현대사회에서 名譽毀損의 모습은 매우 多樣하다. 그 중에서 특히 問題가 빈번히 되는 名譽毀損行爲는 다음과 같다.

#### 1) 報道에 의한 名譽毀損

報道에 의한 名譽毀損은 新聞·雜誌·텔레비전·라디오 등의 公衆報道媒體에 의한 경우를 말한다<sup>58)</sup>. 이러한 경우 媒體나 記事의 종류에 따라 眞實

---

속한 3.19 동지회를 대상으로 한 것을 들 수 있다(大法院 2000.10.10. 宣告, 99도5407 判決 參照).

56) 裴鍾大, 前掲書, 256面.

57) 朴哲雨, 前掲書, 129面.

58) 大法院 1999.10.8. 宣告, 98다40077 判決은 “名譽毀損이란 名譽主體에 대한 社會的 評價를 低下시키는 一切의 行爲를 의미하고, 텔레비전 방송보도의 내용이 特定人의 名譽를 毀損하는 내용을 담고 있는지의 여부는 當該 放送報道의 客觀的인 內容과 아울러 일반의 시청자가 보통의 주의로 放送報道를 접하는 방법을 전제로, 보도 내용의 전체적인 흐름, 화면의 구성방식, 사용된 어휘의 통상적인 의미와 문구의 연결 方法 등을 종합적

性的 要求程度 및 名譽毀損責任의 成立 與否에 따라 약간의 差異가 있다. 雜誌는 新聞에 비해 迅速性的의 요청이 적으므로 眞實性에 대한 要求가 더욱 높은 반면에 私生活 노출의 허용도가 높은 편이다<sup>59)</sup>.

## 2) 出版物에 의한 名譽毀損

出版物에 의한 名譽毀損<sup>60)</sup>은 書籍·廣告紙·揭示物에 의한 경우를 말한다.

## 3) 第三者에 대한 情報提供

第三者에 대한 情報提供은 口頭(slander)·書信(libel)에 의한 名譽毀損<sup>61)</sup>을 말하는데, 判例<sup>62)</sup>는 不法行爲責任法에서 名譽毀損은 刑法上 名譽毀

---

으로 考慮하여 그 보도 내용이 시청자에게 주는 전체적인 인상도 그 판단 기준으로 삼아야 한다”라고 判示하고 있다(大法院 1999.2.9. 宣告, 98다31356 判決 ; 大法院 1997.10.28. 宣告, 96다38032 判決 등 參照).

59) 李銀榮, 前掲書, 975面.

60) 大法院 2002.12.10. 宣告, 2001도7095 判決은 “刑法 제309조 제2항 소정의 出版物에 의한 名譽毀損罪는 他人을 誹謗할 목적으로 新聞, 雜誌 또는 라디오 기타 出版物에 의하여 虛僞의 事實을 摘示하여 他人의 名譽를 毀損할 경우에 成立되는 犯罪… 합리적으로 判斷하는 方法에 의하여야 한다”라고 判示하고 있다(大法院 2002.8.23. 宣告, 2000도 329 判決 參照).

61) 名譽毀損(defamation)은 사람의 존경 및 名譽에 대한 權利의 侵害(invasion of the interest in reputation and good name)로서, 이것은 口頭에 의한 名譽毀損(slander)과 書面에 의한 名譽毀損(libel)의 두 가지 유형으로 다시 세분화되며, 故意에 의해서도 過失에 의해서도 不法行爲가 成立된다(金相容, 「債權各論(改訂版)」, 法文社, 2003, 690面 參照).

62) 大法院 1964.9.22. 宣告, 64다261 判決은 “民法上 '名譽를 毀損하였다'는 이유로서 하는 不法行爲로 인한 損害賠償請求에 있어서의 '名譽毀損'은 刑事上 名譽毀損罪의 構成要件인 '不特定人 또는 多數人'이 들을 수 있는 상태를 필요로 하지는 아니하나 名譽毀

損罪의 構成要件인 不特定人 또는 多數人이 들을 수 있는 상태를 必要로 하지 아니하며, 他人의 社會上 地位를 毀損하는 事實을 第3者에게 表明하기만 하면 不特定 多數人에게 流布되지 않더라도 成立한다고 한다.

#### 4) 行政上 公表行爲

일정한 행정목적 달성을 위하여 言論에 報道資料를 提供하는 등 이른바 行政上의 公表의 方法으로 實名을 公開함으로써 他人의 名譽를 毀損한 경우, 그 대상자에 관하여 摘示된 事實의 內容이 眞實이라는 證明이 없더라도 그 公表의 主體가 公表 당시 이를 眞實이라고 믿었고, 또 그렇게 믿을 만한 相當한 理由가 있었다면 違法성이 없는 것이고, 이 점은 言論을 포함한 私人에 의한 名譽毀損의 경우와 다를 바가 없다 하겠으나, 그러한 相當한 理由가 있는지 여부의 判斷에 있어서는 實名公表 自體가 매우 신중하게 이루어져야 한다는 요청에서 비롯되는 무거운 注意義務와 公權力을 行使하는 公表 주체의 광범한 事實調査能力 그리고 公表된 事實이 眞實하리라는 점에 대한 國民의 강한 기대와 信賴 등에 비추어 볼 때 私人의 行爲에 의한 경우보다는 훨씬 더 엄격한 기준이 要求된다고 할 것이므로 그 公表事實이 의심의 여지없이 확실히 眞實이라고 믿을 만한 客觀的이고도 妥當한 確證과 根據가 있는 경우가 아니라면 그러한 相當한 理由가 있다고 할 수가 없다<sup>63)</sup>.

---

損에 의하여서 不法行爲가 成立되려면 一般的 要件인 故意·過失의 要件을 필요로 함은 일반의 경우와 같다 할 것이다”라고 判示한다.

63) 大法院 1998.5.22. 宣告, 97다57689 判決은 “...그러한 相當한 理由가 있는지 與否의 判斷에 있어서는 實名公表 자체가 매우 신중하게 이루어져야 한다는 요청에서 비롯되는 무거운 주의의무와 公權力을 행사하는 公表 主體의 광범한 事實調査 능력 그리고 公表된 事實이 眞實하리라는 점에 대한 國民의 강한 기대와 신뢰 등에 비추어 볼 때 私人의 行爲에 의한 경우보다는 훨씬 더 엄격한 기준이 요구되므로, 그 公表事實이 의심의 여

청소년보호위원회에서 規定하고 있는 「청소년의성보호에관한법률」<sup>64)</sup> 제 20조 제2항에 따르면 청소년성보호법을 위반하여 그 형이 확정된 청소년성범죄자 169名の 姓名, 年齡, 生年月日, 職業(確定判決文을 기준), 住所(확정 판결문을 기준으로 하되 시·군·구까지만 공개), 犯罪事實의 요지를 관보에 게재하는 방식 및 청소년보호위원회의 인터넷 홈페이지에 掲載하는 방식으로 그리고 정부중앙청사 및 특별시·광역시·도의 본청의 게시판에 게시하는 방식으로 공개하였다<sup>65)</sup>. 청소년성보호법상의 신상공개제도는 대부분 個人을 대상으로 한 것이기 때문에 名譽의 毀損 정도가 강할 수 있을 것이다. 따라서 신상공개에 대하여 公表된 事實이 眞實하다고 믿을 수 있는 相當한 理由가 명백하게 存在되어야 한다고 본다.

#### 5) 告訴·告發에 의한 名譽毀損

虛僞事實을 기초로 한 告訴나 告發에 의해서도 名譽毀損이 성립한다. 刑事事件과 관련하여 범인이 아닌 사람을 범인으로 告訴·告發함으로써 被告訴人의 名譽가 侵害되는 경우가 있다. 그것이 故意로 행하여진 때에는 刑事

---

지없이 확실히 眞實이라고 믿을 만한 客觀的이고도 타당한 確證과 근거가 있는 경우가 아니라면 그러한 相當한 理由가 있다고 할 수 없다”라고 判示한다(大法院 1993.11.26. 宣告, 93다18389 判決 參照).

64) 청소년의성보호에관한법률은 2000年 2月 3日 법률 제6261호로 공포되고, 2000年 7月 1日 施行되었다.

65) 이날 청소년보호위원회가 공개한 169명의 범죄유형을 보면 강간(미수 포함) 65명(38.5%)이 가장 많고, 강제추행 61명(36.1%), 청소년 성매수 27명(16%), 매매춘 알선 등 16명(9.4%) 순이었다. 강제추행의 경우 77%가 13세 미만을 범죄대상으로 삼은 것으로 나타났다. 직업별로는 무직 35명(20.7%), 회사원 32명(18.9%), 자영업 31명(18.3%), 노동 16명(9.5%), 기타 53(31.4%), 공무원 2명(1.2%)등 이었다(황승흠, “청소년대상 성범죄자 신상공개 제도에 관한 연구”, 국무총리 청소년보호위원회, 2001, 1面).

上으로는 誣告罪의 대상이 되고, 民事上으로는 不法行爲의 문제가 된다.

일반적으로 개인이 다른 사람에 대하여 범죄의 혐의를 두고서 이를 수사 기관에 통보한 경우에는, 그것에 의하여 그 사람의 名譽가 毀損될 것이라는 점은 당연히 예상할 수 있는 것이기 때문에, 犯人의 동일성이나 기타의 제반 사정을 신중하게 고려하여 犯罪의 嫌疑를 두기에 상당한 객관적인 근거가 확인된 연후에 이를 통보하지 않으면 안 된다. 그런데 이러한 주의를 게을리 한 경우에는 不法行爲가 성립한다.

그러나 개인이 犯罪搜查機關에 대하여 犯罪嫌疑者를 통보하여 수사에 협력하는 것은 공익상 상당히 바람직한 것이기 때문에 通常人으로서 객관적인 판단을 한 연후에 범인이라고 생각되어 搜查機關에 통보한 경우에는 그 후에 그 사람이 진범이 아니라는 사실이 밝혀졌다고 하더라도 過失이 없다고 하여야 할 것이다. 예컨대 사기사건의 被害者가 범인과 비슷한 者를 범인이라고 통지한 경우에 過失이 없다고 한 것이 있다<sup>66)</sup>. 이에 반하여 스스로 조사해 보지 않고, 타인으로부터 들은 것만 가지고 竊盜罪로 告訴한 경우<sup>67)</sup>, 단순히 犯人의 모습과 비슷하다는 것만 가지고 고소한 경우<sup>68)</sup> 등에 있어서는 각각 過失이 있다고 판단되고 있다.

예컨대 不法行爲의 경우에는 過失이 있는 경우를 포함하므로, 告訴·告發의 경우에는 특히 告訴나 告發을 할 때 行爲者가 상당한 주의를 하였는가의 여부, 즉 過失 有無의 판단이 문제로 된다.

大法院 1994.1.25. 宣告, 93다29556 判決의 被告訴人에 대한 告訴事件이 無罪로 확정된 경우 告訴가 不法行爲로 되는지 여부에 관한 判例<sup>69)</sup>에서 “被

66) 日廣島地判 昭和 31(1956).2.6, 下民 7卷 2號 234面.

67) 日山口地下關支判 昭和 27(1952).8.29, 下民 3卷, 8號, 1181面.

68) 日大阪高判 昭和 29(1954).12.25, 下民 5卷, 12號, 2106面.

69) 大法院 1977.3.8. 宣告, 76다1482 判決 ; 大法院 1970.9.29. 宣告, 70다1586 判決 ; 大法院 1965.2.16. 宣告, 64다1536 判決.

告訴人이 告訴人이 告訴한 被疑事實로 起訴된 후 이에 대하여 無罪의 確定 判決을 받은 事實이 있다 하더라도 그 告訴가 權利의 濫用이었다고 認定되는 故意 또는 중대한 過失에 의한 것이 아닌 이상 不法行爲라고 할 수는 없다”라고 判示하고 있다. 그리고 告訴·告發은 아니나 無嫌疑로 결정된 辯護士에 대한 辯護士法<sup>70)</sup> 違反 陳情書를 提出한 것에 대하여 無嫌疑 不起訴 決定이 되었다고 하여 特段의 사정없이 바로 不法行爲가 成立하는 것이라고 단정하기 어렵다고 한다<sup>71)</sup>. 判例는 誣告로 인하여 拘束·起訴된 경우 告訴人에게 被告訴人의 精神的 苦痛에 대한 慰籍料를 支給하도록 命한다<sup>72)</sup>.

#### 6) 法庭에서의 發言·證言

刑事訴訟에 있어 檢事 또는 辯護人은 被告人이나 第3者의 名譽를 害하는 發言을 하는 때가 있고, 民事訴訟에 있어서도 當事者 또는 그 代理人이 攻撃·防禦하는 方法으로 때로는 相對方의 名譽를 害하는 發言을 하는 때가 있다. 그 경우 不法行爲로서의 名譽毀損이 成立할 것인가?

생각건대 實體的 眞實發見과 紛爭의 解決을 도모하여야 할 當事者 및 事

---

70) 辯護士法은 1949年 11月 7日에 制定(法律 第63號 法務部)되었고, 최근에 2004年 1月 20日(法律 第7082號 法務部)에 일부가 改定되었다.

71) 大法院 1976.9.14. 宣告, 76다738 判決에서는 “辯護士가 피고조합의 의뢰로 이미 수임 처리했던 事件과 동일 또는 유사한 被告 組合의 다른 組合員인 相對方의 訴訟事件을 수임 처리하는 것이 法律上 許容될 수 있는 것인지의 여부에 대하여 意아심을 가지고 당국에 그 진상을 밝혀 法에 저촉되는 사항이 있다면 處罰하여 달라는 내용의 진정을 함은 被告 組合으로서 그 組合의 權益保護方法으로 취한 正當한 이유가 있는 경우에 해당하므로 그러한 陳情書의 제출이 있었고, 그로 인하여 辯護士가 수사를 받은 끝에 無嫌疑 不起訴 決定이 되었다 하여 특단의 사정없이 바로 不法行爲가 成立하는 것이라고 단정하기 어렵다”라고 判示하였다.

72) 大法院 1982.3.23. 宣告, 80다2692 判決.

件 關係人은 자유롭게 기탄없는 주장 및 發言을 함이 중요하므로 當該 事件과 관련된 事實을 主張하는 경우는 원칙적으로 違法性이 阻却되고, 다만 誹謗의 목적으로 또는 當該 事件과 관계없이 故意로 虛僞事實을 主張하는 경우는 例外로 하여야 할 것이다<sup>73)</sup>.

辯論主義·當事者主義를 기초로 하는 民事訴訟에서는 當事者가 자유롭게 자기의 權利를 主張하고, 被疑事實을 명확하게 할 수 있어야 하고, 證人은 眞實을 말할 義務가 있기 때문이다.

警察署에 參考人으로 소환된 경우 陳述이 事實에 反한 경우에도, 이것과 마찬가지로 생각할 수 있다. 刑事訴訟法 제221조의 이른바 參考人은 召喚에 응할 義務, 陳述義務, 宣誓義務 등이 없고, 이 점 證人と 다르다. 그러나 參考人이 임의로 陳述할 때에는 司法作用의 適正을 확보하기 위하여 자기가 실험한 事實과 이것에 의하여 추측한 사항을 기억에 따라서 陳述하면 되고, 이것을 法律은 기대하고 있다. 따라서 參考人の 陳述이 故意로 기억에 反한 것이 아닌 한, 當該 陳述의 결과가 他人의 名譽를 侵害하는 것이라고 하여도 그것은 위와 같은 法律의 기대에 따르는 것으로서 違法性을 缺如한다고 볼 수 있다. 만약 參考人の 陳述이 他人의 名譽를 侵害하는 때에 不法行爲가 된다고 하면 누구도 參考人으로서의 陳述을 拒否할 것이고, 刑事法上的 원활하고 적정한 運用은 期待하기 어렵기 때문이다<sup>74)</sup>.

---

73) 美國의 Common Law에서는 判事, 辯護士, 當事者, 證人, 法院書記, 陪審員 등 訴訟關係人들은 그 發言이 訴訟과 관련이 있는 한(訴訟進行中에 행하여진 發言이라면 事實上 모든 發言이 이에 해당한다), 誹謗의 목적 또는 虛僞에 대한 인식여하를 不文하고, 絶對的 免責이 부여되고 있다(Restatement of the Law Torts 2d vol.3, 1977, sec.585, pp. 225-228).

74) 三島宗彦, 「人格權の保護」, 有斐閣, 1982, 279面.

## 7) 不當한 權利의 行使

不當한 假處分·破産宣告가 이에 해당한다. 不當한 假處分の 執行으로 營業上의 信用과 名譽의 損傷을 초래하는 것과 같은 경우 不當한 權利行使에 의한 名譽侵害의 事例가 될 수 있다. 이처럼 名譽毀損은 不當한 權利의 行使에 수반하여 發生할 수 있다. 우선 債權者가 權利를 行使할 때 暴力·暴言을 사용한 경우나 債權을 執行할 때 第3者의 所有物을 押留함으로써 그 第3者의 名譽 및 信用을 害하는 경우가 있다.

또한 支拂停止의 事實이 없는데도 法院에 破産을 宣告하게 하여, 이것을 公告하게 하는 것은 債務者의 信用을 害할 수 있는 事實을 유폐하는 것이 된다<sup>75)</sup>.

이 외에도 不當한 訴를 提起하는 것도 경우에 따라서는 相對方에 대한 名譽毀損이 될 수 있다. 判例는 不當한 假處分 執行으로 原告에게 財産上 損害 외에 營業上의 信用과 名譽가 損傷됨을 認定하고<sup>76)</sup>, 慰藉料 支給을 命하였다<sup>77)</sup>. 그 밖에 假處分 債權者에게 名譽回復을 위한 謝罪廣告를 명한 判例도

75) 서울 高等法院 1976.9.16. 宣告, 76나618 判決에서는 “은행은 金融機關으로 수출입관계 업무 및 이에 관련된 業務에 관하여는 專門的인 知識을 가지고 있음은 물론 엄격한 節次에 따라 精確하게 業務를 처리할 責任과 能力을 가진 者로서 그 업무에 관련된 訴訟을 提起함에 있어서는 關係法律의 規定이나 관계 증빙서류 및 事實關係 등을 면밀히 檢討해서 명백히 勝訴 可能性이 있는 경우에만 이를 提起해야 할 義務가 있다할 것이므로 쉽사리 알 수 있는 일을 간과하고 명백한 勝訴 可能性 없는 事實을 過失로 잘못 판단하여 虛偽의 事實을 앞세워 提訴한 때는 不法行爲를 構成한다”라고 判示하였다(서울 高等法院 1973.1.10. 宣告, 72나1923 判決 ; 서울 高等法院 1972.9.7. 宣告, 72나1923 判決 參照).

76) 大法院 1972.1.31. 宣告, 71다2368 判決은 “不當한 假處分 執行으로 營業上 信用과 名譽를 損傷하여 精神的 苦痛을 가한 者는 非財産上 損害에 대하여 賠償하여야 한다”라고 判示하였다.

77) 大法院 1977.6.7. 宣告, 77다294 判決은 “假處分은 法院의 裁判에 의하여 執行되는 것이기는 하나 그 實體上 請求權이 있는 여부는 本案訴訟에 맡기고 단지 소명에 의하여

있다<sup>78)</sup>.

#### 8) 違法한 公務執行

公務員 특히 警察官의 違法한 公權力의 行使를 둘러싸고 名譽毀損이 문제 되는 경우가 있다. 警察官이 職務上 辯護人에 대하여 고압적 또는 모욕적인 말을 한 경우, 숙박 중인 辯護士를 犯人으로 잘못 알고 警察署에 連行한 경우 등이 거론된다<sup>79)</sup>.

또한 犯罪搜查過程에서 搜查官이 新聞記事 등에게 犯罪 事實을 발표한 경우에 그 事實이 眞實과 合致하지 않은 때에는 被疑者의 名譽毀損이 問題가 될 것이다. 이와는 반대로 業務의 執行行爲가 正當한 경우에는 違法성이 阻却된다. 예컨대 교사가 學生·兒童을 교육상 필요가 있다고 認定하여 正當하게 懲戒하는 것과 같은 경우, 통상의 의미에서의 名譽毀損이 된다고 해도 違法성이 없다. 물론 懲戒權의 濫用에 해당하는 때에는 다르다.

마찬가지로 正當한 節次에 의하여 警察官이 犯罪 嫌疑者를 逮捕하는 것과 같은 경우에 違法성은 阻却된다. 그것이 公衆의 앞에서 行하여졌다고 해도 原則적으로는 同一하다. 이러한 行爲에 관하여 違法성을 阻却하는 趣旨의 規定은 民法에는 없지만, 刑法 제20조 正當行爲의 規定趣旨는 이것을 民法에도 類推 適用할 수 있다.

---

신청인의 責任下에 하는 것으로서 假處分 執行後에 그 假處分이 理由없다는 것이 判明된 때에는 申請人은 특별한 사정이 없는 한 그 不當한 執行으로 인한 損害에 대하여 故意 또는 過失이 있는 것으로 推定된다”라고 判示하였다.

78) 大法院 1980.2.26. 宣告, 76다2138 判決은 “被告法人의 社會的 信用과 名譽가 不當 假處分으로 侵害를 받은 경우에는 그 名譽回復을 위한 處分으로 謝罪廣告를 命할 수 있다”라고 判示하고 있다.

79) 加藤一郎·五十嵐清, 「註釋民法.19 : 債權(10) 不法行爲」, 有斐閣, 1967, 189面.

## 9) 集團行動行爲

大法院은 아파트 주민들이 特定人에 대한 아파트위탁관리업체 선정 撤回을 要求하면서 油印物을 제작·배포하고, 현수막이나 방송 등을 통하여 集團行動을 한 사안에서 集團行動에 의한 意思表示가 他人의 名譽를 毀損하는 것이라도 違法性이 阻却되거나 故意 또는 過失이 없어 不法行爲가 成立하지 않는 경우의 法理에 따라 違法性이 없거나 또는 故意나 過失이 없다고 보아 不法行爲의 成立을 否定하고 있다<sup>80)</sup>.

---

80) 大法院 1995.6.16. 宣告, 94다35718 判決은 “社會通念上 용인될 만한 정도를 넘은 것이라고 보기는 어렵고, 또한 같은 方法으로 意思를 表示하는 과정에서 결과적으로 관리업체의 名譽·信用을 侵害하게 되었다 하더라도 이는 전적으로 아파트 주민의 公共의 利益을 위한 행동으로서 그 표시된 내용 또한 眞實에 附合되거나 적어도 주민들이 이를 眞實하다고 믿은 데 相當한 理由가 있다고 보아, 그 集團行動은 違法性이 없거나 故意 또는 過失이 있다고 할 수 없다는 理由로 不法行爲의 成立을 不定한 事例이다”라고 判示하였다.

## 第2節 名譽毀損의 成立要件

### 1. 序說

名譽毀損이 不法行爲責任을 發生시키기 위한 要件은 그의 一般的 要件인 故意·過失, 加害行爲, 責任能力, 違法性, 損害의 發生 및 因果關係인데 不法行爲責任을 發生시키는 名譽毀損行爲는 責任要件 중에 加害行爲에 해당하며, 故意·過失 및 違法性의 判斷에 있어서는 그 行爲의 眞實性和 公共성이 基準이 된다. 名譽毀損은 精神的 損害를 유발하므로 損害發生과 그 因果關係는 엄격히 證明되지 않아도 된다<sup>81)</sup>.

이상의 原則에도 불구하고 名譽毀損에 의한 損害는 形體化 되어 드러나지 않는 無形性을 가지고 있기 때문에 실제로 被害者(原告)가 加害者(被告)의 어떤 行爲로 말미암아 자신의 外部的 評判이 損傷 또는 低下되었음을 證明하는 것은 거의 不可能하며, 그것에 대하여 判事가 客觀的이고 公正한 判決을 내리는 것도 쉬운 것은 아니다. 즉 名譽毀損을 原因으로 하는 不法行爲 訴訟에 있어서는 被害者가 損害의 發生 및 加害行爲와 損害 사이의 因果關係를 立證하는 것이 거의 不可能하다. 그러므로 名譽毀損에 있어서는 일정한 行위가 加害行爲가 된다고 判斷되면, 그 加害行爲로 인하여 損害가 發生하여, 즉 名譽가 毀損되었음이 推定되어야 한다. 그 결과 名譽毀損에 있어서 중요한 責任發生要件<sup>82)</sup>은

첫째, 名譽毀損行爲가 行해졌을 것,

---

81) 崔文基, 前揭論文, 6面.

82) 李銀榮, 前揭書, 974面.

둘째, 그 名譽毀損行爲가 加害者의 過失로 인해 惹起되었을 것,  
셋째, 그 名譽毀損行爲가 法秩序에 비추어 違法하다고 判斷될 것,  
넷째, 그 行爲와 名譽毀損 사이에 因果關係가 있을 것이 된다.

이들 네 가지의 要件은 실제 事例에 있어서는 '注意義務違反으로 인한 違法한 加害行爲'라는 하나의 통합된 規範判斷對象이 된다. 그리고 이러한 加害行爲로서의 名譽毀損行爲는 다른 不法行爲類型에서와는 달리 損害發生과 직접 관련되어 考察될 수 없으므로 일정한 行爲가 그러한 加害行爲에 해당하는 例示가 필요하다.

## 2. 故意·過失에 의한 名譽毀損

### (1) 故意·過失의 存在

不法行爲로서의 名譽毀損이 成立하기 위해서는 不法行爲成立의 一般原則에 따라 行爲者가 故意 또는 過失로 行爲 할 것을 要한다. 行爲者가 相對方을 詐害할 목적으로 虛僞의 事實을 유폐하는 경우 등에는 故意에 의한 名譽毀損이 成立할 것이다. 그러나 名譽毀損의 要件과 관련하여 주로 문제가 되는 것은 過失에 의한 경우이다.

특히 言論·出刊에 의한 名譽毀損의 경우에 믿을 만한 言論·出版社라면 事實이 虛僞라는 것을 알면서도 故意로 그것을 보도하는 경우는 없을 것이므로, 言論·出版社가 事實을 眞實이라고 믿고서 보도하였지만, 그것이 眞實이 아닌 경우에 言論·出版社가 그렇게 믿는데 相當한 理由가 있는가 아닌가의 과실여부의 판단이 實際적으로는 결정적인 것이다.

告發人이 犯罪의 事實과 犯人이라고 생각하는 者를 搜查機關에 申告할 때 어느 정도의 注意를 하여야 하는가를 決定하는 데에는 告訴나 告發의 機能이나 告訴人의 能力을 고려하여 판단하여야 한다. 告訴라는 것은 告訴人이 犯人이라고 성실하게 믿는 바를 搜查機關에 申告하는 것이고, 그럼으로써 犯罪의 搜查를 용이하게 하고 犯人의 逮捕에 협력하는 것이지만, 한편으로는 被害者에 의하여 犯人으로 申告된 者는 일응 犯罪의 嫌疑를 받고 그 人權이 侵害될 위험에 처하게 되는 것이다. 따라서 特定人을 犯人이라고 搜查機關에 신고하는 데에는 특히 신중한 注意를 要하여야 한다. 다만, 被害者는 搜查機關과 달리 犯罪의 確證을 들기 위하여 搜查할 權能도 義務도 갖지 않는 것이기 때문에 犯人을 지적하는데 특별한 調査를 하여 그 者가 犯人이라는 確證을 들 필요는 없고, 합리적인 根據에 기하여 特定人을 犯人이라고 믿고, 성실하게 그 소신에 따라서 搜查機關에 犯人을 申告한 이상, 예컨대 後에 그 者가 犯人이라는 確證이 없거나 또는 犯人이 아니라고 판명되어도 被害者가 그 者를 犯人이라고 믿은 것이 상식있는 사회인의 입장에서 보아 相當한 理由가 있는 경우라면, 그 者가 입은 損害에 관하여 過失의 責任을 지지 않는 것이라고 하여야 할 것이다<sup>83)</sup>.

## (2) 故意·過失에 의한 名譽毀損行爲

故意라는 것은 일정한 結果가 發生하리라는 것을 알면서 또는 發生할지도

83) 大法院 1998. 5. 8. 宣告, 96다36395 判決에서는 “신문 등 언론매체가 보도를 통하여 他人의 名譽를 毀損하는 행위를 한 경우에도, 보도 내용이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 그 眞實性이 증명될 경우 違法性이 없다 할 것이고, 그 증명이 없더라도 行爲者가 그것을 眞實이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 故意 또는 過失이 있다고 할 수 없어 不法行爲가 성립하지 아니한다”라고 判示하였다.

모른다는 것을 알면서 이를 행하는 심리상태를 말하고 일정한 結果의 發生이라는 事實의 認識 외에 그것이 違法한 것으로 평가된다는 것까지 認識할 것을 要하는 것은 아니다. 따라서 名譽毀損에서의 故意란 어떤 事實을 보도함으로써 被害者의 名譽가 損傷될 것이라고 認識하는 것을 말하고, 過失이란 그 報道로 被害者의 名譽가 毀損된다는 것을 알고 있어야 함에도 주의를 기울리하여 그것을 알지 못하고 報道를 하는 것을 의미한다고 할 것이고 그것으로서 충분하다 할 것이며, 名譽毀損이 成立되기 위하여 그 報道되는 事實이 虛僞임을 알아야 한다거나 報道되는 事實의 眞實與否를 確認할 義務가 있음에도 이를 하지 아니한 過失이 있음을 요구하는 것은 아니라 할 것이다<sup>84)</sup>.

### 3. 事實의 摘示

#### (1) 事實摘示와 意見의 開陳

名譽毀損이 成立하기 위해서는 사람의 社會的 評價를 低下시킬 만한 事實의 摘示<sup>85)</sup>가 있어야 한다. 따라서 예컨대 ‘나는 ○○○을 싫어한다’는 陳述처럼 事實의 摘示가 아닌 단순한 意見만을 開陳한 경우, 이는 개인적 觀點

84) 韓潤洙, “言論報道로 인한 名譽毀損”, 人權과 正義 통권 228호, 大韓辯護士協會, 1995, 53面.

85) 大法院 2003.1.24. 宣告, 2000다37647 判決은 “言論의 報道에 의한 名譽毀損이 成立하려면 被害者의 社會的 評價를 低下시킬만한 구체적인 事實의 摘示가 있어야 하는데, 여기에서 말하는 事實의 摘示란 반드시 事實을 直接的으로 表現한 경우에 限定할 것은 아니고, 間接적이고 우회적인 표현에 의하더라도 그 表現의 前 趣旨에 비추어 그와 같은 事實의 存在를 암시하고, 또 이로써 特定人의 社會的 價値 내지 評價가 侵害될 可能性이 있을 정도의 具體性이 있으면 족하다”라고 判示하고 있다.

으로 받아들여져 그것만으로는 相對方의 社會的 評價가 저해된다고 할 수 없기 때문에 名譽毀損이 成立하지 아니한다 할 것이다<sup>86)</sup>. 그러나 어떠한 陳述이 事實의 摘示나 意見의 表明이냐의 與否를 가리키는 보통 어려운 문제가 아닐 수 없다.

美國의 Restatement(Second)에 의하면 그 구별의 한 基準으로 意見을 純粹意見(pure opinion)과 混合意見(mixed opinion)의 두 가지로 나누면서 어떤 陳述이 意見의 形態를 띠고 있다고 하더라도 意見의 基礎되는 事實이 表明되지 아니하고 오히려 그 意見을 正當化하는 숨은 名譽毀損的인 事實의 存在를 암시하는 경우는 이른바 混合意見으로 事實의 表明에 해당하여 이를 提訴할 수 있으나, 意見의 基礎되는 事實을 함께 이야기하거나 相對方이 그 基礎되는 事實을 이미 알고 있는 경우에는 이른바 純粹意見으로 名譽毀損이 되지 아니한다고 한다<sup>87)</sup>.

따라서 甲이 丙을 잘 모르는 乙에게 단지 ‘丙은 도둑놈이다’라고 말하면 이는 混合意見으로 名譽毀損이 될 수 있으나, ‘市廳 公務員인 丙은 外國출장을 夫人과 같이 갔다 와서는 夫人의 경비까지 자기의 경비로 하여 市廳에 請求했다. 丙은 도둑놈이다’라고 말한 경우 그 前提事實이 거짓이 아닌 한 ‘丙은 도둑놈이다’라는 부분만으로는 名譽毀損이 되지 아니한다는 것이다<sup>88)</sup>.

刑法 제307조에서는 名譽毀損罪가 “公然히 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損하는 것”을 말하고<sup>89)</sup>, 侮辱罪(刑法 제311조)는 “事實을 摘示하지

86) 李相京, “言論報道에 의한 名譽毀損訴訟의 慰藉料算定에 관한 研究”, 言論仲裁 제12권 제1호 통권42호, 言論仲裁委員會, 1992 봄호, 48面.

87) Restatement of the Law Torts 2d vol.3, 1977, sec.566, pp.156-157.

88) 韓渭洙, 前揭論文(각주 46번), 407-408面.

89) 우리 나라 刑法 제307조 제2항에서는 虛僞의 事實을 摘示하는 경우에는 加重處罰을 하고 있다.

않고 공연히 사람을 侮辱하는 것”이라고 하여 事實의 摘示與否만 다를 뿐 모두 公然性<sup>90)</sup>을 要하지만, 民事上 名譽毀損의 경우 그것이 比較的 閉鎖的인 곳에서도 이루어지기 때문에 公然性的 要件은 현저하게 완화된다. 日本에서는 택시안에 승차하여 택시기사에 대한 誹謗侮辱<sup>91)</sup>, 개인집 응접실에서 放言<sup>92)</sup>등과 같이 刑法이 要求하는 公然성이 충분하지 않는 상태에서 행해지는 名譽毀損에 대하여도 民事上 保護하고 있다.

또한 어떤 陳述이 事實의 摘示나 意見의 表明이나의 區別基準은 단순히 사용된 한 구절의 用語만이 아니라 어떠한 맥락에서 그 陳述이 되었는가 하는 陳述을 둘러싼 모든 事情, 즉 發言全體의 內容, 文脈, 傳達方法, 陳述의 相對方, 그 陳述의 眞實성이 立證될 수 있는지의 與否, 被害者의 身分(私人인가 公人인가의 여부)등을 考慮하여 決定되어야 한다고 봄이 상당하다. 이러한 입장에 설 경우 선거유세에서의 相對方 候補에 대한 批判<sup>93)</sup>, 公務員을 無能하다고 하는 報道, 文學 또는 藝術의 批評, 음식점 비평, 社說 등은 다소간의 과장이 있더라도 대부분 意見의 表明으로 名譽毀損이 成立되지 아니한다고 본다.

---

90) 不特定 또는 多數가 認識할 수 있는 狀態라는 것이 通說(鄭盛根, 「刑法各論」, 法志社, 1993, 211面)·判例(大法院 1985.11.26. 宣告, 85도2037 判決)의 입장이다.

91) 大阪高裁 昭和 54(1979).11.27. 判例時報 961號 83面 判決에서는 “그 根據로 內容이 극히 不當하더라도 상당시간 반복되어 公然·非公然에 관계없이 原告의 名譽心을 顯著히 損傷시킨 精神的 苦痛을 준 것 이라고 하지 않으면 안 된다고 하고 있다”라고 判示하였다.

92) 東京高裁 昭和 56(1981).8.25. 判例時報 1019號 81面 判決에서는 “侮辱이 公共然하게 이루어진 것이 아니더라도 한 일에 의하고, 不法行爲에 根據한 損害賠償責任을 否定해서는 안 된다”라고 判示하고 있다.

93) 大法院 1993.1.26. 宣告, 92도1693 判決은 “지방의회의원선거 합동연설회장에서 한 候補者를 非難하는 趣旨의 發言이 社會 通念上 許容될 만한 정도의 相當성이 있는 行爲로서 違法성이 阻却된다”라고 判示하였다.

## (2) 論評의 自由

新聞·雜誌 등의 論評記事가 名譽毀損의 對象이 되는가가 問題된다. 論評記事로 말미암아 相對方의 社會的 評價가 低下될 수 있지만 言論의 自由라는 價値와의 調和가 考慮되지 않으면 안될 것이다. 이에 관하여 英·美의 名譽毀損法에서의 ‘公正論評의 法理(fair comment rule)’가 認定되고 있는 바, 이에 의하면 ‘公共의 理解에 관한 事項 또는 一般公衆의 관심사인 事項에 대하여는 論評의 自由를 가지며, 그것을 正當化 할 만한 眞實된 事實에 기초하고 있는 한 그 結果로서 被論評者의 社會로부터 받는 評價가 低下된다고 하더라도 論評者는 名譽毀損의 責任을 지지 아니한다’는 法理를 말한다<sup>94)</sup>.

이와 관련된 우리 나라의 判例<sup>95)</sup>로는 大法院 2003.7.8. 宣告, 2002다 64384 判決에서는 “民主政治制度下에서는 正當활동의 自由도 너무나 중요하여 그 保障에 소홀함이 있어서는 아니되고, 正當의 政治적 주장에는 國民의 지지를 얻기 위하여 어느 정도의 수사적인 誇張표현은 용인될 수 있으므로, 正當 代辯人의 政治적인 論評의 違法性을 판단함에 있어서는 이러한 特殊性이 고려되어야 한다. 正當 代辯인이 竊盜犯의 陳述을 믿고서 전라북도 도지사 사택에 미화를 보관하고 있다가 도난당하였음에도 이를 은폐하고 있다

94) 山川洋一郎, “公正な論評”, 「現代損害賠償法講座2」, 有斐閣, 1972, 166面.

95) 서울 地方法院 南部支院 1990.10.12. 宣告, 89가합18506 判決은 放送局의 노사분규 중 노조가 김일성 초상이 들어간 걸개그림을 내건 事案에 대하여 대학생들의 피바다 공연, 총장실 점거와 함께 학생운동이나 노동운동이 과격주의로 치닫고 있다고 하여 그러한 운동양식을 비판하는 日刊新聞의 社說에 관하여 “事實의 摘示와 意見의 表明으로 이루어진 즉 評價를 포함한 報道인 論評이나 해설은 公共性 事項에 관한 公正한 論評인 한 그 評價의 內容이 客觀的으로 타당한 意見인지, 社會의 多數에 의하여 支持를 받고 있는 見解인지 與否를 묻지 아니하고 또한 이로서 被評論者의 社會的 評價를 低下시켰더라도 違法性이 없으며 論評의 自由에 의하여 保障된다”라고 判示하였다.

는 내용의 성명을 발표한 것이 고위공직자의 도덕성이라는 공적 사안에 관한 정당 代辯人의 정치적 논평에 해당한다고 하여 違法性을 인정하지 않는다”라고 判示하고 있다.

### (3) 具體的 事實 摘示의 要否

刑法上 名譽毀損罪가 成立하기 위해서는 具體的 事實의 摘示가 필요하고 具體的 事實의 摘示에까지 이르지 아니한 경우에는 侮辱罪에 해당할 수 있을 뿐이라는 것이 判例<sup>96)</sup>· 通說<sup>97)</sup>이나 民事上으로는 名譽毀損과 侮辱을 반드시 구별할 것을 要하지 않는다 할 것이므로 具體的 事實의 摘示가 아닌 예컨대 ‘도둑놈’, ‘화냥년’ 등과 같이 侮蔑的 言辭나 抽象的 事實의 言辭를 弄하는 경우도 넓은 의미의 名譽毀損이 된다고 봄이 타당하다<sup>98)</sup>.

### (4) 摘示된 事實의 虛偽性 與否

---

96) 大法院 1981.11.24. 宣告, 81도2280 判決은 “名譽毀損罪에 있어서 ‘事實의 摘示’라 함은 사람의 社會的 評價를 저하시키는데 충분한 구체적 事實을 摘示하는 것을 말하므로, 이를 摘示하지 아니하고 단지 모멸적인 言辭를 사용하여 他人의 社會的 評價를 경멸하는 자기의 추상적 판단을 표시하는 것 (‘빨갱이 계집년’, ‘만신(무당)’, ‘첩년’이라고 말한 것)은 사람을 侮辱한 경우에 해당하고, 名譽毀損罪에는 해당하지 아니한다”라고 判示하고 있다(大法院 1960.9.21. 宣告, 4293刑上 251 判決 參照).

97) 李會昌 外 編, 前掲書, 560面.

98) 그러나 日本에서는 事實의 摘示가 社會的 評價를 저해할 정도는 아니나 被害者의 名譽感情을 해치는 경우를 侮辱에 해당한다고 보는 바, 刑事 被告人이 拘置所에서 檢察이 不起訴할 것이란 소식을 듣고 울면서 “正義는 살아있다”고 외친 것은 블랙유머에 해당한다는 週刊誌 記事에 대하여 名譽毀損의 成立을 否定하고 侮辱에 의한 不法行爲責任만을 認定한 日本의 判例로 東京地判 昭和 65(1990).7.16. 判例時報 1380號 116面이 있다.

摘示되는 事實은 반드시 虛僞의 事實일 것을 要하지 아니한다. 眞實된 事實의 摘示에 의해서도 사람의 社會的 評價가 저해될 수 있기 때문이다. 刑法上으로도 摘示된 事實의 眞僞에 관계없이 名譽毀損罪가 成立되며, 摘示된 事實이 虛僞인 경우 그 刑이 加重될 뿐이다(刑法 제307조 제1항·제2항).

그러나 英·美의 Common law에 있어서 摘示된 事實의 眞實性은 완전한 幷변으로 認定되는 점, 言論의 자유를 제약하면서까지 尙연 相對方의 虛名을 保護할 필요가 있는가 하는 의문이 제기되는 점 등에 비추어 摘示되는 事實이 眞實한 경우 言論의 자유와 관련하여 名譽毀損의 成立을 극히 신중히 하여야 할 것이며, 그것이 프라이버시에 해당하거나 加害者에게 誹謗의 목적이 있는 경우에만 名譽毀損의 成立을 認定함이 타당하다고 본다<sup>99)</sup>.

#### (5) 摘示事實과 被害者와의 關聯性

摘示되는 事實은 직접 被害者에 관한 사항이어야 하는가? 사람은 스스로의 행동에 의하여 判斷을 받을 뿐 친구나 친척들의 行動에 따라 判斷을 받는 것이 아니므로 그것이 불가피하게 他人의 名譽를 害하는 것이 아닌 한 (예컨대 ‘甲은 私生兒이다’라는 發言은 불가피하게 甲의 어머니가 婚姻外 關係를 가졌다는 뜻이 되어 甲의 母에 대한 名譽毀損이 된다) 他人에 대한 名譽毀損이 될 수 없다고 보아야 할 것이다<sup>100)</sup>.

이에 관한 우리 나라의 判例를 보면, 서울 民事地方法院 1984.10.15. 宣告, 83가단7668 判決은 “名譽는 高度의 個人的인 屬性을 가지는 것이어서 原告들의 어머니가 동일교 교주와 부도덕한 관계에 있었다는 事實의 摘示는

99) 韓瑋熙, “慰籍料請求權의 諸問題”, 「民事法과 環境法の 諸問題(松軒安二濬博士華甲紀念論文集)」, 博英社, 1986. 5, 411面.

100) 李會昌 外 編, 前掲書, 561面.

原告들이 위 母親의 子女關係에 있음을 명시하거나 암시하지도 아니한 이상은 바로 原告들의 名譽를 侵害한 것이라고 볼 수 없다”라고 判示한 바 있다.

#### (6) 公然性の 有無

刑法上 名譽毀損罪가 成立하기 위해서는 ‘公然히 事實을 摘示’<sup>101)</sup>함이 필요하고(刑法 제307조), 여기서의 公然性이란 不特定 또는 多數人이 認識할 수 있는 狀態라고 보는 것이 通說<sup>102)</sup>·判例<sup>103)</sup>이다.

그런데 不法行爲로서의 名譽毀損의 成立에도 公然性이 필요한가가 問題된다. 우리 나라의 大法院 1964.9.22. 宣告, 64다261 判決에서는 傍論으로서 “民法上 ‘名譽를 害하였다’는 理由로서 하는 不法行爲로 인한 損害賠償請求에 있어서의 ‘名譽毀損’은 刑法上 名譽毀損罪의 構成要件인 ‘不特定人 또는

---

101) 事實 摘示의 手段과 方法에는 制限이 없다. 言動에 의하든, 文書나 書面에 의하든 新聞, 雜誌, 라디오 기타 出版物에 의하든 불문이다. 英·美의 Common Law에서는 文書에 의한 名譽毀損은 libel로, 口頭나 몸짓 등에 의한 名譽毀損을 slander라 하여 法律的 評價를 달리 하지만(Smolka, Rodney A, Law of Defamation, communications and the law, (New York : Clark Boardman Co.), 1990, sec.4.12[1], at 4-58 參照), 우리 나라에서는 이를 區別할 實益이 없다. 또한 事實의 摘示에 있어서 그 事實은 摘示者가 스스로 체험한 것으로서 표시되든, 他人으로부터 轉聞한 것으로서 표시되든 불문이다 (大法院 1985.4.23. 宣告, 85도431 判決).

102) 公然性の 意義에 관하여는 ① 不特定이고 또한 多數人이 認識할 수 있는 狀態라고 보는 說, ② 特定·不特定을 불문하고 多數人이 認識할 수 있는 狀態라고 보는 說, ③ 不特定 또는 多數人이 認識할 수 있는 狀態라고 보는 說로 나누어진다.

103) 大法院 2000.5.16. 宣告, 99도5622 判決은 “名譽毀損罪의 構成要件인 公然性은 不特定 또는 多數人이 認識할 수 있는 狀態를 의미하고, 비록 개별적으로 한 사람에게 대하여 事實을 流布하였다고 하더라도 그로부터 不特定 또는 多數人에게 轉聞될 可能性이 있다면 公然性の 要件을 충족하지만, 이와 달리 轉聞될 可能性이 없다면 特定한 한 사람에게 대한 事實의 유포는 公然性を 결한다”라고 判示하였다.

多數人'이 들을 수 있는 상태가 必要하지 아니함은 所論과 같으나..."라고 判示하여 否定說의 입장에 서고 있는 듯하다. 그러나 名譽毀損의 保護法益을 被害者의 名譽感情이 아닌 被害者에 대한 社會的 評價로 보는 한 적어도 被害者 이외의 第3者에게 그러한 陳述을 할 것을 要한다고 봄이 상당하다<sup>104)</sup>.

英·美의 Common law에서도 名譽毀損이 成立하기 위해서는 被害者 이외의 第3者에게 事實을 摘示할 것을 要件으로 하고 있다<sup>105)</sup>.

#### (7) 事實摘示의 方法

事實摘示의 手段과 方法에는 制限이 없다. 즉 言動에 의하든, 文書·圖畫에 의하든, 新聞·雜誌·라디오 기타 出版物에 의하든 不問이다<sup>106)</sup>. 作爲에 의한 名譽毀損의 方法뿐만 아니라 누군가가 식당 화장실 벽에 被害者의 名譽를 褻하는 낙서를 해 두었는데 주인이 이를 알고도 제거하지 아니한 경우와 같이 不作爲에 의한 名譽毀損도 認定될 수 있을 것이다<sup>107)</sup>.

또한 事實의 摘示에 있어서 그 事實은 摘示者가 스스로 체험한 것으로서 表示되든, 他人으로부터 전문한 것으로서 表示되든 不問이다. 우리 나라의 判例<sup>108)</sup>는 “名譽毀損罪에 있어서는 事實의 摘示는 그 事實의 摘示者가 스스로 실험한 것으로 摘示하든 他人으로부터 전문한 것으로 摘示하든 不問하는

104) 金曾漢 外 編, 前掲書, 131面 ; 韓率熙, 前掲論文, 412-413面.

105) Restatement of the Law Torts 2d vol.3, 1977, sec.577, pp.192-199.

106) 英·美의 Common law에서는 文書에 의한 名譽毀損은 libel로, 구두나 몸짓 등에 의한 名譽毀損을 slander라 하여 法律的 評價를 달리 하지만(Smolla, Rodney A, supra note, sec.1.04, at 1-8), 우리 나라 法에 있어서는 이를 區別할 實益이 없다.

107) Restatement of the Law Torts 2d vol.3, 1977, sec.577(2), p.193.

108) 大法院 1985.4.23. 宣告, 85도431 判決(大法院 1968.12.24. 宣告, 68도1569 判決 ; 大法院 1981.10.27. 宣告, 81도1023 判決 參照).

것이므로 被害者가 처자식이 있는 男子와 살고 있다는데 아느냐고 한 被告人의 言動은 事實의 摘示에 해당한다 할 것이고, 또 그 內容도 被害者의 社會的 評價를 低下시킬 可能性이 있는 不倫關係를 流布한 것이어서 具體性 있는 事實摘示에 해당한다고 보기에 넉넉하므로 被告人의 行爲가 事實摘示에 해당하지 않는다거나 그 事實摘示가 具體性이 없다는 論旨는 받아들일 수 없다”라고 判示하고 있다. 그리고 여기서의 摘示는 그 事實이 存在한다는 것을 어느 정도 他人에게 인상지게 하는 行爲여야 한다. 그래서 그 事實이 眞實이라는 것을 確言할 필요까지는 없지만, 비록 ‘眞否는 保證할 수 없지만’ 이라든가 ‘나는 이것을 믿지 않지만’ 이라고 附言하여도 적어도 그 表現 全體의 趣旨로부터 그 事實이 存在할 수 있다는 것을 暗示하고 있는 한 역시 事實의 摘示에 해당한다. 물론 마찬가지로 風聞을 인용한 경우에도 그 표현 전체로 보아 그 事實을 否定하는 趣旨로 認定되는 경우에는 事實의 摘示가 있는 것으로 볼 수 없을 것이다. 問題는 미묘하지만 결국은 表現 全體를 어떻게 해석하느냐에 달려 있다.

#### 4. 損害의 發生

不法行爲의 成立要件으로서 財産的 侵害에 대하여는 특별한 問題가 없다. 民法 제750조는 人格權 侵害인 경우에는 財産的 侵害 이외에 精神的 損害에 대한 慰藉料를 認定하고 있다. 따라서 精神的인 損害賠償을 請求하는 경우에는 精神的인 苦痛을 입은 證明이 필요하고, 財産的 損害에 대해서는 財産的 侵害가 있다는 證明이 필요하다.

한편 名譽回復措置를 命하는 要件으로서 損害가 필요한가 하는 問題가 提起되며, 名譽回復措置도 不法行爲의 成立을 前提로 하여 損害의 發生이 不

法行爲責任이 認定되기 위하여는 필요하다. 다만 名譽毀損에 損害란 精神的 損害로 充分하며 실제로는 큰 問題가 되지 않는다고 본다<sup>109)</sup>.

## 5. 違法性

名譽毀損에 의한 不法行爲가 되기 위해서는 一般不法行爲에서와 같이 違法性이 要求된다. 不法行爲의 客觀的 成立要件으로서 違法하게 他人의 名譽를 侵害하여야 비로소 名譽毀損으로 인한 不法行爲가 成立한다. 어떤 表現行爲에 관하여 民·刑事上의 責任을 歸屬시키려면 法秩序 全體와 관련하여 그 表現行爲가 違法한 경우에 해당하여야 한다는 事實은 분명하다. 民法에서도 어떤 表現行爲에 의한 不法行爲가 成立하려면 刑法에서와 같이 우선 그 表現行爲가 法律이 規定하는 不法行爲의 構成要件에 해당하고 違法하며, 有責性이 인정되어야 한다.

違法성은 全體 法秩序에 비춘 否定的 價値判斷으로서 表現行爲의 違法性 判斷에서는 이른바 結果反價値論을 위주로 하되 行爲反價値論을 함께 고려하는 利益衡量的 原理이 適用되어야 한다. 그러므로 表現行爲가 被害者의 名譽를 毀損하는 內容이면 일단 違法성이 推定되고(結果反價値論), 名譽毀損에 관한 英·美의 判例理論은 基本的인 立場에 있다고 볼 수 있다. 名譽를 毀損하는 경향이 있는 言辭를 표현하면 名譽毀損은 성립되고, 일정한 抗辯이나 特權의 주장이 받아들여지는 경우에 한하여 違法성이 없어진다. 실제로 違法性 여부는 表現行爲로써 얻어지는 表現者의 利益, 즉 알 權利나 정보의 이익과 그로 인해 侵害되는 他人의 被害法益間의 比較衡量을 要하게

---

109) 金光三, “言論에 의한 名譽毀損과 프라이버시侵害에 관한 民事責任”, 全北大學校 大學院 博士論文, 1998, 20面.

된다(利益衡量論). 즉 表現으로 추구되는 이익이 그로 인해 侵害되는 이익보다 우월하지 못하면 違法성이 그대로 認定되고, 그 반대의 경우에는 違法성이 消滅하게 된다<sup>110)</sup>.

違法性 與否를 결정하기 위한 法益의 比較衡量에서는 表現行爲의 態樣, 目的, 形態, 手段과 같은 諸般事情을 종합적으로 考慮하여 判斷한다(行爲反價值論). 行爲反價值論에 의하면 나쁜 결과가 發生한 경우라고 하여 바로 違法하다고 보기보다는 行爲者가 행위 당시 法の 命令 또는 禁止에 違反하였는가의 與否, 즉 行爲의 態樣如何를 違法性 判斷의 대상으로 하여야 한다고 본다.

그러나 獨逸의 判例<sup>111)</sup>는 ‘一般의 人格權(Allgemeine Persönlichkeitsrecht)’에 대한 侵害는 그 자체로서 違法하다고 볼 수 없고, 그 違法성은 ‘상황과 관련을 갖는 法益 및 利益衡量’에 의하여만 決定된다는 事實을 분명히 하고 있다<sup>112)</sup>. 獨逸 判例에 의하면 공개적으로 말을 하는 者는 原則적으로 言論의 自由權을 갖게 된다는 점에서 출발하며, 나아가 具體的인 事件에서는 被告, 즉 表現行爲者의 言論自由의 利益이 原告(被害者)의 人格權에 비해 후퇴되어야 할 것인가의 여부가 문제된다고 본다. 그러므로 표현행위가 人格的 利益을 侵害한 事實 자체에서 違法성이 推定되지는 않고, 그 侵害가 ‘承認할 수 없는 種類의 加害行爲’인 경우에만 違法성이 認定된다고 볼 수 있다. 獨逸 判例의 경향은 국내에서도 名譽毀損에 관한 法律問題의

---

110) 大法院 1988.10.11. 宣告, 85다카29 判決에서는 “刑事上이나 民事上으로 他人의 名譽를 毀損하는 行爲를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오히려 公共의 利益을 위한 것일 때에는 眞實한 事實이라는 證明이 있으면 위 行爲에 違法성이 없으며 또한 그 證明이 없더라도 行爲者가 그것을 眞實이라고 믿을 相當한 理由가 있는 경우에는 違法성이 없다”라고 判示하고 있다.

111) BGHZ 45, 296, 307.

112) 朴容相, 「言論과 個人法益」, 조선일보사, 1997, 248-249面.

해결에 참고할 필요가 있다고 생각된다. 前述한 結果不法論을 취하는 英·美法界의 名譽毀損法에서는 名譽를 低下하는 表現行爲는 違法하다고 推定되고, 判例法上 認定된 各種의 特權理論이 正當化 事由로 論議되고 있다. 그러나 行爲反價値論의 觀點까지 考慮한다면 違法性은 表現行爲가 構成要件에 해당하는 法益侵害의 結果를 發生하게 할 뿐만 아니라 그 表現行爲의 行態的反價値도 要求된다<sup>113)</sup>.

## 6. 表現行爲와 損害發生間的 因果關係

不法行爲가 成立하기 위해서는 다시 名譽毀損과 損害의 發生 사이에 因果關係가 存在하여야 한다. 因果關係의 立證의 어려움을 解決해 줄 수 있는 方法이 日本에서는 鑛害賠償의 判例에서 주장되기 시작하여 立證하기 어려운 被害者의 救濟에 큰 도움이 되고 있다. 日本에서 주장되고 있는 學說은 被害者 등의 原因行爲와 損害 사이의 因果關係에 관한 被害者의 立證은 거기에 因果關係가 存在한다는 相當한 程度의 蓋然性을 보여주는 정도이면 충분하다고 본다. 이 見解를 소위 蓋然性說이라고 부른다. 蓋然性說은 蓋然性에 대한 原告의 입증에 대하여 被告가 거기에는 因果關係가 있지 않다는 事實을 證明하지 못하는 경우에는 因果關係의 存在를 認定할 수 있다고 보려는 見解이다. 蓋然性說을 法理論的으로는 어떻게 構成할 것인가하는 問題에 대하여는 대체로 다음과 같은 세 가지 學說이 있다.

첫 번째로 證據優越性說은 法官은 原告·被告가 주장하는 事實 가운데 어느 쪽의 事實이 보다 優越性을 가지느냐에 따라서 結論을 내리면 되므로, 因果關係가 存在하지 않는다는 경우보다는 因果關係가 存在할 蓋然性이 높

---

113) 金光三, 前掲論文, 20-22面.

다는 事實을 주장하면 된다고 하는 學說이다<sup>114)</sup>.

두 번째는 事實推定說로 因果關係를 蓋然性이 있다는 정도로 立證하면, 法官은 '事實上的 推定'에 의하여 因果關係를 追認할 수 있다고 설명하는 學說이다<sup>115)</sup>.

세 번째는 間接反證說로 因果關係의 連鎖를 構成하는 事實을 분해하여, 그 가운데의 몇 개가 證明된 경우에는 나머지는 推定되고, 被告가 主要事實의 不存在를 推定케 하는 事實을 證明하지 않는 한 因果關係는 肯定된다고 하는 學說이다<sup>116)</sup>.

위의 세 가지 學說 즉, 證據優越性說과 事實推定說은 被害者의 救濟라는 政策的 考慮에서 막연하게 被害者의 立證責任을 輕減하려고 피하는 癖이 있다. 그러나 間接反證說은 間接反證을 援引하여 訴訟法 理論으로 立證責任을 輕減하려는 態度로서 公감이 가는 學說이다. 다만, 間接反證說에도 問題는 있다. 間接反證說은 被告에게 間接反證責任을 부담케 하여, 實質적으로 立證責任을 전환하려는 見解이지만, 因果關係의 連鎖를 構成하는 事實 증 어는 정도까지 立證하면 되는지가 분명하지 아니하여 역시 問題로 남아있다. 蓋然性說 내지는 間接反證說은 過失責任에서 일종의 無過失責任으로 옮겨가는 단계에 있는 過渡的 責任形態의 因果關係論이라고 말할 수 있다. 그러므로 加害者에게 援引할 수는 있어도 無過失責任을 부담시키지 않는 一般不法行爲에서 因果關係의 立證을 손쉽게 하기 위하여 蓋然性說이나 間接反證說의 法理를 적용하여서는 안 된다고 생각된다<sup>117)</sup>.

---

114) 李時潤, 「新民事訴訟法」, 博英社, 2002, 441面 : 大法院 1960.3.31. 宣告, 4292민상 247 判決.

115) 李時潤, 上揭書, 152面.

116) 金洪奎, 「民事訴訟法(第6版)」, 三英社, 2003, 399面 : 大法院 2000.2.25. 宣告, 98다15934 判決.

117) 郭潤直, 前揭書, 409面.

## 7. 被害者の 特定性

名譽毀損行爲는 特定の 相對方에 대해서 行하여져야 한다. 따라서 名譽毀損이 成立하기 위하여는 姓名・名稱을 직접 表明하지 않더라도 其他의 事情을 종합하면 相對方이 누구라는 것이 推定되는 경우에는 원칙적으로 그 사람에 대한 名譽毀損이 成立한다. 또한 어떤 事實을 모르는 者에게는 표시 자체로부터 누구를 가리키는지 알 수 없어도 그 事實을 아는 者가 상당한 다수가 있고, 이들에게는 그 표시가 누구를 가리키는지를 알 수 있을 때에는 被害者가 特定된 것으로 볼 것이다<sup>118)</sup>.

判例<sup>119)</sup>는 “手記에 掲載된 筆者의 住所・年齡・家族關係 등 人的事項, 아파트 15층에 居住한다는 事實, 家族 모두가 교회에 다닌다는 점 등을 종합해 볼 때 비록 筆者와 亡人 등의 이름을 다르게 표시했다 하더라도 原告들을 알거나 추락사한 亡人에 대해 報道된 新聞 記事에 관심을 가졌던 讀者라면 누구나 십사리 手記의 筆者가 原告라고 단정할 수 있다”라고 判示하고 있다.

---

118) 大法院 1982.11.9. 宣告, 82도1256 判決은 “名譽毀損罪가 成立하려면 반드시 사람의 姓名을 명시하여 虛僞의 事實을 摘示하여야만 하는 것은 아니므로 사람의 姓名을 명시한 바 없는 虛僞事實의 摘示行爲도 그 表現의 內容을 주위사정과 종합판단하여 그것이 어느 特定人을 지목하는 것인가를 알아차릴 수 있는 경우에는 그 特定人에 대한 名譽毀損罪를 構成한다”라고 判示하였다(서울 民事地方法院 1982.9.3. 宣告, 82카18633 判決 參照).

119) 서울 民事地判 1991.12.6. 91가합52649 判決에서는 “일반적으로 新聞이나 雜誌 등 言論媒體가 特定人에 관한 記事를 掲載한 경우 그 記事가 特定人의 名譽를 毀損하는 內容인지의 與否에 관하여는 記事의 客觀的인 內容뿐만 아니라 일반의 讀者가 記事를 접하는 통상의 方法을 전제로 記事의 전체적인 흐름, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 考慮하여 그 기사가 讀者들에게 부여하는 전체적인 인상을 基準으로 判斷하여야 할 것이다”라고 判示하고 있다(서울 民事地方法院 1986.12.24. 86가합3104 判決 參照).

被害者の特定性和 관련하여 問題로 되는 것은 소위 모델小説이다. 통상 모델小説에서는 假名이 사용되고 있는데 그것만으로는 特定性を 잃는다고 할 수는 없을 것이다. 통상 特定性이 問題로 되는 것은 경력이나 상황의 類似性에 있어서이다. 그러나 우연히 일치된 경우에는 名譽毀損은 成立하지 않는다고 할 것이다<sup>120)</sup>.

한편 特定性和 관련하여 問題가 되는 것 중의 또 하나는 集團에 대한 名譽毀損이 행해진 경우이다. 예를 들면 ‘○○지방사람들은 이중성격의 所有者들이다’고 하는 것과 같은 표현이 사용된 경우에는 그 대상이 막연하기 때문에 원칙적으로 그 集團에 속하는 사람에 대해서는 名譽毀損이 成立되지 않는다고 해석된다. 그러나 集團이 비교적 적고, 또 集團員이 特定되어 있는 경우에는 이러한 集團에 대한 誹謗에 의하여 集團에 속하는 사람에 대해서는 名譽毀損이 成立하는 경우도 있을 수 있다<sup>121)</sup>.

---

120) 洪春義, 前掲論文, 148面.

121) 大法院 1994. 5. 10. 宣告, 93다36622 判決은 “名譽毀損에 의한 不法行爲가 成立하려면 被害者가 特定되어 있어야 하지만, 그 特定을 함에 있어서 반드시 사람의 성명을 명시하여야만 하는 것은 아니고 사람의 성명을 명시하지 않은 경우라도 그 표현의 내용을 주위사정과 종합해 볼 때 그 표시가 누구를 지목하는가를 알아차릴 수 있을 정도이면 被害者가 特定되었다고 할 것이다”라고 判示하고 있다.

### 第3節 名譽毀損의 免責事由

#### 1. 一般的인 違法性阻却事由

民法의 不法行爲에 있어서는 違法性이 阻却될 경우 損害賠償이 認定되지 않는다. 또한 名譽毀損의 경우에도 免責事由가 있는 경우에는 不法行爲가 成立하지 않는다<sup>122)</sup>. 免責事由에는 絶對적으로 免責되는 경우와 條件적으로 免責되는 경우로 나누어진다.

絶對적인 免責은 被告가 害意에 의하였던 기타 불량한 동기에 의하였던 絶對적으로 責任이 免除되며, 條件적인 免責은 被告가 特定한 목적을 위하여 行爲한 때에 한해서 免責된다<sup>123)</sup>.

일반적으로 承認되고 있는 絶對적인 免責事由로는 첫째는 司法節次過程에서 判事·辯護士·當事者 및 證人の 陳述이다. 둘째로 立法節次에 있어서의 陳述이다. 셋째로 行政府 公務員이 그의 業務를 遂行함에 있어서 한 陳述은 絶對적으로 免責된다<sup>124)</sup>.

---

122) 大法院 1988.10.11. 宣告, 85다카29 判決은 名譽毀損으로 인한 損害賠償 請求의 訴에 관하여 통상의 不法行爲 損害賠償의 訴에서와는 구별되는 좀 더 구체적인 위법성 판단 기준을 적시하기에 이르렀다. 즉 이 판결은 “刑事上이나 民事上으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 事實이라는 證明이 있으면 위 행위에 違法性이 없으며 또한 그 證明이 없더라도 行爲者가 그것을 眞實이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 違法性이 없다고 보아야 할 것이다”라고 하였다.

123) 金相容, “人格權 侵害에 대한 私法的 救濟方法의 比較考察”, 司法行政 通卷 322號, 韓國司法行政學會, 1987. 10, 58面.

124) 行政府 公務員의 免責에 있어서 聯邦政府公務員은 그 地位의 高하를 막론하고 모두 絶對的 免責特權을 享有한다. 그러나 州政府公務員에 있어서는 州지사 및 高位公務員만이 이와 같은 絶對的 免責特權을 갖는다. 行政府 公務員만의 免責은 그의 陳述이 그의 職務를 遂行함에 있어서 行하여 졌을 때 認定된다(全鍾彩, “名譽毀損에 대한 私法的

制限的 免責事由에 있어서는 被告가 害意를 갖고 行爲를 하였거나, 免責될 수 있는 목적 이외의 목적을 위해서 行爲한 때에는 免責되지 않는다. 制限的 免責事由로는 첫째로 出版人の 利益保護를 위한 진술은 그 利益이 매우 중요하고, 名譽毀損이 直接的으로 그 利益保護에 관련이 있을 때에 한하여 免責된다. 둘째로 被告의 陳述이 그의 陳述의 相對方 또는 第3者의 利益保護를 위해 行하여졌을 때 免責될 수 있다. 셋째로 共同의 利益에 해당되는 陳述은 免責된다. 넷째로 公共의 利益을 위해 한 行爲는 免責된다. 다섯째로 公的인 節次執行 內容의 報道는 免責된다<sup>125)</sup>.

名譽毀損과 관련된 一般的인 違法性阻却事由를 보면 다음과 같다.

#### (1) 正當防衛・緊急避難

正當防衛와 緊急避難은 民法이 規定한 違法性阻却事由(民法 제761조)인데 주로 名譽毀損에 있어서 言論에 의한 侵害의 경우 日本의 判例를 보면 例外的으로 밖에 意義가 없는 것으로 보인다<sup>126)</sup>. 日本 醫師會가 公表權을 가진 어떤 강연내용을 某雜誌가 멋대로 이를 게재한 데 대해 日本 社會의 機關誌가 이를 ‘犯罪的 不道德 行爲’, ‘背信的 報道’라고 非難하고, 某雜誌가 이를 名譽毀損으로 提訴했는데, 그에 대해 第1審인 東京地裁는 “그 機關誌가 사용한 表現은 사람의 名譽를 毀損하기에 족한 것이었으나, 다만 機關誌가 그런 行爲를 하기에 이른 것은 某雜誌가 저지른 不德不信의 行爲 때문에 유발된 것으로서 싸움을 걸어온데 응전한 것”이라고 지적하고, 그 行爲가 正

救濟”, 木浦大學校 大學院 碩士論文, 1999, 22面).

125) 金相容, 前掲論文, 58面.

126) 新聞의 報道에 있어서의 正當防衛란 事實上 그리 흔한 일일 수 없을 것이다.

當防衛라고 까지는 할 수 없을 지라도 違法性を缺한 行爲로 보는 것이 타당하다고 判示<sup>127)</sup>하였다.

日本 最高裁判所는 이 事件<sup>128)</sup>에 대해 “자기의 正當한 利益을 옹호하기 위해 부득이 他人의 名譽·信用을 毀損하는 것과 같은 言動을 했을 때, 그러한 行爲가 他人이 행한 言動에 대비, 그 方法이나 內容에 있어 적당하다고 認定할 수 있는 限度를 넘지 않는 한 違法性を缺한 것”이라고 하여 正當防衛的 判斷을 제시했다.

言論에 의한 名譽毀損에 있어서는 특히 刑事의 경우 緊迫不正의 侵害라는 要件을 갖출 수 있으리라고 생각되지 않는다. 따라서 일반적으로 말해서 正當防衛가 名譽毀損에 있어서의 免責事由로서 그 중요한 역할을 할 것으로는 생각되지 않는다.

## (2) 相對方の 承諾

不法行爲 일반의 違法性阻却事由로 오래 전부터 認定되어 온 것인데 名譽에 있어서도 相對方の 승낙이 중요한 역할을 담당한다. 즉 客觀적으로 어떤 사람의 名譽를 毀損하는 表現行爲를 했을 경우에도 그것이 被害者の 承諾을 얻었을 경우에는 不法行爲는 成立하지 않는다. 그 承諾은 默示라도 可하지만 그 認定에 있어 困難이 있다<sup>129)</sup>.

127) 日東京地判 昭和 36(1961).6.16. 下民 9卷 6號 1096面.

128) 日最判 昭和 38(1963).4.16. 民集 17卷 3號 476面.

129) 日東京地判 昭和 31(1956).8.8. 下民 7卷 8號 2125面.

### (3) 正當行爲

法律上 正當한 行爲가 刑事上·民事上으로 違法性을 阻却시키는 것은 당연한 일이다. 그러나 현재로는 正當行爲의 援用은 극히 한정된 경우에만 그치고 있다. 가령 刑法 제310조의 眞實證明이 지나치게 엄격히 해석되어 眞實證明이 許容되지 않는 경우나 혹은 뉴스源의 秘匿確認과 관련하여 眞實證明이 곤란한 경우 등에는 아직도 正當行爲 援用의 여지가 있을 것이나 그 밖에는 事實上 거의 適用되지 않고 있다<sup>130)</sup>.

### (4) 公正한 論評

#### 1) 公正한 論評의 法理

公正한 論評(Fair comment)<sup>131)</sup>의 法理는 英·美의 不法行爲法 中の 名譽毀損法 분야에서 認定된 免責事由로서 公共의 理解에 관한 事項 또는 一般公衆의 關心事와 같은 사항에 관하여는 누구라도 論評의 自由를 가지고 그것이 公的 活動과는 무관한 私生活의 폭로나 人身攻擊에 이르지 않고, 또 論評이 公正한 限度 내에서는 아무리 그 用語나 表現이 격렬·신랄하더라도 또 結果로서 被論評者가 會社로부터 받는 評價가 低下되는 일이 있더라도

---

130) 예컨대 刑事裁判에서의 辯論이라도 虛偽의 事實을 적시한 때에는 權利의 濫用으로서 違法性이 阻却되지 않는다. 신문·잡지·라디오 등의 보도기관이라 하여 본죄에 관하여 특수한 지위가 인정되는 것은 아니다(Paul Bockelmann, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2.Aufl. 1982, S.192).

131) Restatement of Torts는 'fair comment'라는 用語 대신에 'privileged criticism'이란 用語를 쓰고 있으나 일반적으로 fair comment로 쓰고 있다(Restatement of the Law Torts 2d vol.3, 1977, p.275).

論評者는 名譽毀損의 責任을 부담하지 않는다고 하는 法理를 말한다. 公正한 論評의 對象으로서 위에서 말한 ‘公共의 理解에 관한 事項 또는 一般 公衆의 關心事와 같은 事項’에는 政府의 政策·行爲, 公務員의 資格·行爲, 學校·교회 등의 運營·活動, 辯護士·醫師의 資格이나 活動 등 廣範圍하며, 이 밖에 문학작품의 批評도 포함된다<sup>132)</sup>.

新聞은 政治·社會·文化 등 諸般의 問題에 관해 事實을 報道할 뿐 아니라 論評을 가함으로써 讀者를 주도하여 社會 正義를 실현케 하는 것을 그 任務로 한다. 여러 분야에 관해 論評을 하다 보면 그것이 인신공격에 흐르고 個人의 名譽를 해칠 수도 있으나 그것이 公正한 論評<sup>133)</sup>인 한은 아무리 名譽毀損的인 表現이 있다 할지라도 免責케 함으로써 言論의 自由를 保障과 동시에 인정하고 있는 것이다. 즉 이와 같이 免責의 法理가 認定되고 발전되어 온 것은 국민에게 公共의 問題나 共通의 關心事에 관해 널리 情報을 提供하여 자유롭게 批判·討論을 할 수 있게 하고자 하는 데 그 뜻이 있는 것인데 그것은 言論의 自由와 名譽毀損間의 關係에 대한 正當한 認識에서 나온 것이었다고 할 수 있다.

그런데 公正한 論評이 眞實에 입각해야 한다는 것은 英美法에서 確立된 原則으로 되어 있는데, 만약 그것을 엄격히 적용한다면 신속을 요하는 報告機關으로서 論評이나 批判이 事實上 不可能하게 될 수도 있을 것이다. 이와 관련해서 美國聯邦大法院은 1964年 New York Times 對 Sullivan 事件<sup>134)</sup>에 있어 획기적인 判決을 내려 公正한 論評(Fair Comment)의 原理에 중요한 수

---

132) 金東喆, “言論의 民·刑事上 책임귀속”, 言論仲裁 통권6호, 言論仲裁委員會, 1983 봄호, 158面.

133) Fair Comment의 기준에는 問題가 있다. 그 公正이 論評者의 主觀的 判斷으로 족한 것인지 또는 客觀的으로 그래야 하는 것인지 분명치 않다.

134) New York Times Co. V. Sullivan. 376 U.S., 254(1964).

정을 가하였다. 아래에서는 이 事件에 대하여 살펴보겠다.

## 2) 現實的 惡意

### ① 뉴욕 타임즈(New York Times) 對 셸리반(Sullivan) 事件

#### a) 事件의 概要

New York Times는 1960年 3月 29日자에 ‘그들의 비등하는 목소리에 귀를 기울이라(Heed Their Rising Voices)’는 전면광고를 실었다. 이 廣告의 依頼人은 4名의 흑인목사로서 廣告內容은 南部에서의 인권운동지원자금 모금과 당시 僞證罪로 被訴된 故 마틴 루터 킹(Martin Luther King) 목사의 辯護士 비용조달을 위한 모금안내였다. 이 광고문안의 일부, 즉 ‘美國憲法을 拒否하고 否定하려는 사람들에 의해 전례없는 테러의 물결이 南部를 휩쓸고 있다’가 公職者의 名譽를 毀損했다고 Alabama州 行政官인 Sullivan이 New York Times와 흑인목사 4名을 提訴했다<sup>135)</sup>.

135) 이 廣告의 말미에는 社會의 각 분야와 종교·노조·예술계 등의 지도적인 인사 64名의 이름이 열거되고, 이어 이 廣告의 광고주로서 사건의 被告가 된 4名의 인사와 그 밖의 16名의 이름이 적히고 그 밑에 ‘마틴 루터 킹 지원 및 南部自由鬭爭委員會’와 同委員會의 임원들의 이름이 쓰여져 있었다. 이 廣告에 대해서 Alabama州 몽고메리의 公選된 市行政委員(city commissioner) 3명 중 한 사람으로 경찰·소방 등의 감독을 맡고 있는 L.B.Sullivan이 4名의 廣告人과 그것을 실은 뉴욕 타임즈紙를 상대로 名譽毀損에 대한 損害賠償을 請求하는 민사소송을 제기한 것이다.

Sullivan은 그 광고문에 비록 그의 이름은 적혀 있지 않지만 그 속에 있는 ‘警察’이라 함은 분명히 警察을 감독할 자리에 있는 그를 지칭한 것이라고 하고 그 廣告가 여러 가지 事實이 아닌 내용을 지적하여 그의 名譽를 毀損할 것이라고 주장했다.

그가 問題로 삼은 것은 廣告文 中の 第3節과 第6節 中の 일부인데 그 부분을 옮겨보면 다음과 같다.

## b) 判決의 要旨

聯邦大法院은 전원일치로 손해배상 판결을 뒤집었다. 여기서 大法院은 처음으로 州의 名譽毀損法이 수정 제1조의 원칙에 의하여 제한 받는다는 원칙을 확립하였다.

이 事件에서 判決의 內容을 네 가지로 살펴볼 수 있다. 첫 번째로 公的

第3節 中 : Alabama州 몽고메리에서는 州議會議事堂 앞 계단에서 학생들이 ‘나의 나라, 그것은 그대들로 이루어진 것’을 합창한 뒤 그들의 간부들이 학교에서 추방되고, 산 발총과 최루탄으로 무장한 경찰이 트럭으로 실려와 Alabama 州立大學의 캠퍼스를 포위했다. 전체학생회가 재등록을 거부함으로써 州當局에 항의하자 그들을 굶겨서 굴복시키기 위해 학생 식당이 閉鎖되었다.

第6節 中 : 여러 차례에 걸쳐 南部의 침범자들은 킹 목사의 평화적인 항의에 威脅과 暴力으로 대응했다. 그들은 그의 자택을 폭파하여 부인과 자녀를 거의 죽일 뻔했다. 그들은 킹 목사 자신에게도 폭행을 가했다. 그들은 그를 과속이나 배회 또는 그 밖의 비슷한 罪目으로 7회에 걸쳐 체포했다. 그리고 이제 그들은 그에게 有罪가 되면 10년이나 그를 복역시킬 수 있는 중죄인 僞證罪를 씌우고 있다.

이에 대해 설리반은 위의 내용 중 事實과 다른 점을 다음과 같이 지적했다.

학생들이 州議事堂 앞에서 합창한 것은 ‘나의 나라, 그것은 그대들로 이루어진 것’이 아니라 美國國歌였다. 9명의 학생이 市教育委의 命으로 추방된 것은 事實이지만, 그것은 州議事堂 앞의 시위를 지휘했기 때문이 아니라 다음날 몽고메리 郡廳食堂에서 식사를 하려고 했기 때문이었다. 그들의 추방에 대해 전체학생회가 아니라 대다수의 학생이 登錄拒否가 아니라 하루동안 수업을 거부한 것으로서 항의했었다. 다음 학기에는 事實上 전체학생이 등록했다. 학교 내에 식당은 한번도 폐쇄된 일이 없었으며, 등록을 안했거나 식권을 사지 않은 몇몇 학생만이 식사를 할 수 없었다. 경찰이 세 번에 걸쳐 캠퍼스 근처에 배치된 일은 있었으나, 학교를 포위한 일은 한번도 없으며, 학생들의 데모와 관련해서 학교 안으로 진입하도록 요청받은 일도 없었다. 킹 목사가 체포된 것은 7회가 아니라 4회였다. 경창관의 증언으로는 킹 박사는 경관에게 폭행을 당한 事實이 없다는 것이다. 설리반은 또 킹 목사가 4회에 걸쳐 체포되고 僞證罪로 기소된 데는 자신이 任期前이었기 때문에 아무 상관이 없으며, 킹 목사의 自宅이 두 번 폭파된 사건도 그가 行政委員으로 選出되기 전에 있었던 것이라고 주장했다.

그는 그럼에도 불구하고 뉴욕 타임즈紙의 廣告가 事實을 왜곡하여 그 자신을 그릇되게 여러 사건에 관련된 것으로 제시함으로써 그의 名譽를 심각하게 毀損시킨 것이라고 내세운 것이었다(邊星守, 前揭論文, 33-34面).

문제에 관한 言論·出版의 自由를 認定한다. 公務員의 직무와 관련된 事項은 신랄하게 攻撃할 수 있다. 두 번째로 自由로운 토론에는 誤謬가 불가피하다. 반드시 眞實일 것을 要求한다면 國民에게 자기검열을 강요하는 것이다. 오류는 토론을 위해 숨길 공간이다. 세 번째로 自由로운 討論은 民主主義의 基本原理이다. 公職者의 公務遂行에 관한 自由로운 公開討論은 美國政治形態의 기본이다. 네 번째로 現實的 惡意가 없는 言論行爲는 처벌할 수 없다. 비판받는 公職者가 批判者인 言論에게 現實的 惡意가 있음을 증명하지 못하는 한 名譽毀損은 成立할 수 없다<sup>136)</sup>.

## ② 法理의 安定化

뉴욕 타임즈 事件은 두 基本權간의 조정에 있어 '現實的 惡意(actual malice)'의 새로운 法理를 채택하여 公職者는 그를 批判하는 言辭가 비록 事實과 틀린 것일지라도 그것이 '現實的 惡意를 갖고 행해진 것 즉, 虛僞라는 認識(knowledge) 또는 未必的 故意 혹은 認識있는 過失(reckless disregard)로서 행해진 것'임을<sup>137)</sup> 立證하지 못하는 한 名譽毀損에 대한 損害賠償은 請求할 수 없다는 새로운 法準則을 확립했다. 또한, 종래의 名譽毀損訴訟의 경우 眞實性의 抗辯(defence of truth)을 被告가 해야 했으나 이와 달리 現實的 惡意의 立證責任을 名譽毀損의 被害者라고 주장하는 측에 돌리게 한 점이 특히 주목할 만하다.

136) 유일상, “名譽毀損 訴訟의 合憲性 判斷에 관한 事例研究 - 美國의 判例를 중심으로”, 신문과 방송 통권 제234號, 1990. 6, 63面.

137) 現實的 惡意의 概念을 故意와 過失의 中間 정도로 보고, 이를 知的 要素로는 確실성·개연성·충분한 가능성을 포함하고, 의적 요소는 감수의사의 有無의 中間 정도로 행태적으로 표현되었을 때 라고 하는 見解가 있다(柳一相, 「言論倫理法制論」, 아침, 1991, 261-263面).

이 法理는 Garrison 對 Louisiana州 事件<sup>138)</sup>을 통해서 刑事上으로도 認定되었다. 그 이후로도 30여년이 흐르면서 이 法理는 進步的 判例와 保守的 判例가 뒤섞여진 수차례의 공방을 통해 안정화 되어가고 있다<sup>139)</sup>.

## 2. 事實의 眞實性

### (1) 眞實性的 意義

眞實性이란 公表의 내용이 실제의 事實과 부합하는 것을 말한다. 公表된 事實의 중요부분이 眞實과 부합하여야 함을 물론이며, 그 밖에 부수적인 事實이라도 그것이 他人의 名譽에 害를 끼칠 우려가 있는 것이라면 眞實性을 갖추어야 한다. 과장된 표현은 그 과장의 정도가 미약하여 他人의 名譽를 毀損하지 못할 정도인 때에만 許容된다<sup>140)</sup>.

---

138) Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64, 69 (1964)은 刑事上의 名譽毀損에 관한 訴訟이 빈번하게 정부관리나 公的 人物의 평판에 관련되어 왔기 때문에, 美 聯邦大法院이 Garrison v. Louisiana 사건에 대해 判決을 내린 1964年 이후에는 최종적으로 消滅된 것처럼 보였다. 그 事件에서는 한 지방검사가 몇몇 판사들을 비난했다 하여, 증오심이나 가해욕구를 갖고서 행한 진실한 주장이나 혹은 악의를 갖거나 眞實性에 대한 합리적 믿음이 없이 행한 허위의 주장을 처벌하고 있는 법률에 따라 유죄가 인정되었다. 연방대법원은 민사상 名譽毀損事件인 뉴욕타임즈 對 설리반 事件(New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 254(1964))에서 주장된 '現實的 惡意(actual malice)' 原則을 판결에 적용했다. 대법원은 公共의 문제에 관해 眞實은 民·刑事上의 處罰對象이 될 수 없으며, 허위일 가능성에 대한 강한 의심을 갖고 행해진 虛位의 주장은 民·刑事上 制裁對象이 될 수 있다고 판단하였다(George E. Stevens, "Criminal Libel After Garrison", Journalism Quarterly, 1991, Vol.68, No.3, pp.522-523).

139) 유일상, 前揭論文, 69面.

140) 李銀榮, "名譽毀損責任에서 言論報道的 眞實性和 公共性", 「民事判例研究 [XII]」, 博英社, 1990, 155面.

## (2) 眞實性 證명의 責任 및 範圍

### 1) 眞實性的 立證責任과 方法

不法行爲責任에 있어서 公表事實의 眞實性 要求는 刑事上 事件의 名譽毀損罪의 構成要件에서 獨立하여 獨自的인 法理에 의해 判斷되어야 한다. 眞實性的 證明責任은 加害者側(報道機關·公表者)에 있다고 解釋된다<sup>141)</sup>. 그 理由는 他人의 名譽를 毀損시킨 事實을 公表 또는 報道하는 者는 스스로 그 事實이 眞實에 어긋남으로 인하여 他人에게 不當한 피해를 입히지 않도록 眞實調査를 하여야 하는 등 注意義務를 지므로 언젠가 그 公表事實의 眞實性을 뒷받침할 資料를 갖추어야 하기 때문이다. 이 때 公表者는 그 事實의 取材源을 밝히고 그 取材源이 客觀的으로 믿을 만한 것이었음을 證明해야 한다.

政府의 공식적인 발표 내용은 믿을 만한 取材源이 되지만, 단순한 全文·新聞·非公式的 意見은 그렇지 않다. 특히 言論關係에 대해서는 法律에 의하여 무거운 注意義務가 부과된다.

言論은 公表하기 前에 모든 公表事實의 眞實性, 內容의 출처에 관하여 相當한 注意를 기울여야 한다(舊 言論基本法 제9조<sup>142)</sup> 言論의 注意義務). 반면에 言論人은 公表事實의 筆者, 提報者 또는 그 資料의 保有者의 신원이나 公表된 內容의 基礎가 된 事實에 관하여 陳述을 拒否할 수 있으며, 그에 관

141) 金曾漢 外 編, 前掲書, 138面. 大法院 1988.10.11. 宣告, 85다카29 判決에서는 “...그 것이 公共의 利害에 관한 사항으로서의 그 목적이 오로지 公共의 利益에 관한 것일 때에는 眞實한 事實이라는 證明이 있으면 위 行爲에 違法性이 없으며...”라고 判示하고 있다.

142) 舊 言論基本法은 1980年 12月 31日 (法律 第3347號 文化公報部)에 制定되어서, 1987年 11月 28日 (法律 第3977號 文化公報部) 廢止되었다.

한 押收·搜索이 禁止됨으로써 言論의 取材源이 保護된다<sup>143)</sup>.

報道된 記事의 內容이 眞實이라는 것은 加害者인 報道機關 側이 이를 立證하여야 한다고 해석되고 있다<sup>144)</sup>. 그 理由는 民事事件의 경우에는 被害者의 救濟에 重點이 놓여져야 하고, 他人의 名譽를 毀損시킬 事實을 公表 또는 報道하는 者는 스스로 그 事實이 眞實에 어긋남으로 인하여 他人에게 부당한 피해를 입히지 않도록 眞僞調査를 하여야 하는 등의 注意義務를 지므로, 언젠가 그 公表事實의 眞否가 問題될 때를 대비하여 자신의 公表事實의 眞實性을 뒷받침할 자료를 갖추어야 하기 때문이다<sup>145)</sup>. 그리고 報道的 公共性·自由와 個人의 名譽와의 均衡을 考慮하고, 報道的 自由가 正當한 範圍를 越한 濫用行爲가 되는가 아닌가에 관하여는 個人의 名譽를 侵害하는 者 側에 立證上의 危險을 負擔시키는 것은 衡平의 原理에 맞는 것이라고 할 수 있기 때문이다.

事實의 眞實性을 立證할 때 被告가 그 事實이 客觀적으로 眞實임을 立證하면 물론 眞實性의 立證은 成立한다. 그러나 被告가 事實이 客觀적으로 眞實임을 證明하지 못하였다고 하여도 被告가 證明 가능한 정도의 資料·根據를 가지고 事實을 眞實이라고 믿었던 경우에는 被告는 免責된다. 이 때에는 被告에게 故意 또는 過失이 없다고 할 수 있기 때문이다.

## 2) 眞實性 立證의 範圍

眞實性의 立證範圍에 대하여 살펴본다면 報道機關에 의한 名譽毀損의 경우에는 報道的 迅速性과의 관련에서 記事 또는 放送內容의 전부가 眞實이라

143) 李銀榮, 前揭論文, 155面.

144) 朴哲雨, 前揭書, 137面.

145) 李銀榮, 前揭書, 978-979面.

는 것을 證明할 義務가 있다고는 할 수 없을 것이다. 日本의 한 下級審判例는 “事實의 證明은 新聞 및 週刊雜誌 등에 의한 報道의 迅速성의 要求와 客觀的 사실파악의 곤란함 등에 비추어 記事에 掲載된 事實 全部에 대하여 상세한 것까지 眞實證明을 要하는 것이 아니라 그 주요한 부분에서 그것이 진실이라는 證明이 있으면 족하다고 이해하여야 한다”라고 判示하고 있다.

### (3) 眞實性 證明의 要件

외형상 이상에 열거한 名譽毀損行爲에 해당한다 하더라도 그 行爲가 眞實性和 公共性を 모두 갖추었을 경우에는 名譽毀損, 즉 不法行爲責任은 成立하지 않는다. 진정한 情報의 提供·流布·報道出版 등은 그것이 公共의 利益을 위하여 행해진 때에는 正當한 行爲로서 表現의 自由에 의해 保障되어야 한다. 그러나 眞實性和 公共성을 갖추지 않은 公表는 表現의 自由의 保護範圍를 逸脫하는 것으로서 違法行爲, 즉 名譽毀損에 해당한다<sup>146)</sup>.

여기서 ‘眞實性’이란 公表의 내용이 실제의 事實과 부합하는 것을 말한다. 公表된 事實의 重要부분이 眞實과 부합하여야 함은 물론이며, 그 밖에 附隨的인 事實이라도 그것이 他人의 名譽에 害를 끼칠 憂慮가 있는 것이라면 眞實성을 갖추어야 한다. 과장된 표현은 그 과장의 정도가 미약하여 他人의 名譽를 毀損하지 못할 정도인 때에만 허용된다.

‘公共性’이란 사회 一般人 또는 多數人의 이해와 관련이 있음을 말한다. 眞實性은 客觀的으로 證明이 가능하지만 公共性이란 어떤 公表事實에 대한 社會的 價値判斷이므로 證明이 곤란하며 궁극적으로는 判事가 公共性 여부를 判斷해야 한다. 政治·經濟·社會·文化에 관한 事實 報道記事는 公共性

146) 李銀榮, 前揭論文, 155面.

이 있다고 推定된다.

一般公衆의 關心事인 事項에 관한 論評·解說 記事는 用語나 表現이 과격하고 신랄하여 그로 인하여 被論評者의 社會的 評價가 低下되더라도 名譽毀損에 해당되지 않는다. 특히 論評에 관해서는 그것이 私生活 폭로나 人身攻擊이 아닌 公的 活動에 관한 것인 한, 公正한 論評의 自由가 保障되어야 하기 때문에 論評의 內容이 事實報道가 아닌 論評者의 被論評者에 대한 主觀的 評價에 構成되었더라도 免責된다. 다만 論評이 被論評者에 관련된 虛僞의 事實을 기초로 하여 行해졌을 때에는 免責되지 않는다.

무엇이 公共의 理解에 관한 것인가, 또 무엇이 公益을 도모할 목적에서 나온 것인가의 判斷은 반드시 용이한 것은 아니다. 그리고 우리 나라의 學說 중에는 모든 要件에 대하여 事實의 公共性을 違法性阻却의 第1要件으로 事實의 公益性을, 제2要件으로 理解하고 있는 見解가 있으나<sup>147)</sup>, 日本의 學說 중에는 이와 달리 公共性의 관점에서 먼저 일선을 긋고, 그 위에서 公益目的의 制限을 부가하는 것보다는 公共性의 要件을 報道 目的의 公益性과의 相關的 考察에 의하여 종합적으로 判斷하는 것이 보다 타당한 결과를 가져올 수 있다는 見解가 있다.

우리 나라의 判例<sup>148)</sup>는 “原告(辯護士)는 被告가 發行하는 월간 여성지(1982년 7월호)에 ‘한국 최초 辯護士를 상대로 勝訴한 중학 중퇴의 기능공의 법적 투쟁기’제하의 수기가 자신의 名譽를 毀損하였다고 주장하면서 被告 會社를 상대로 이로 인한 精神的 苦痛을 慰藉하기 위한 慰藉料 請求訴訟을 提起하였다. 이에 大法院은 ‘被告가 위 手記를 眞實에 터 잡아 오로지 公共의 利益을 도모할 목적으로 게재하였다고 할 수 없고, 被告가 그 手記

147) 朴哲雨, 前掲書, 136-137面.

148) 大法院 1988.10.11. 宣告, 85다카29 判決.

의 내용을 眞實이라고 믿을 相當한 理由가 없다'고 하여 原告 勝訴의 判決”을 하였다.

#### (4) 眞實性的 誤信 및 相當한 理由

##### 1) 相當한 理由가 認定되는 경우

서울 民事地方法院 1984. 4. 11. 宣告, 82가합4734 判決은 “原告가 障礙者들에게 기술을 가르쳐준다면 회비를 着服하였다는 내용의 일간신문기사는 30여명의 장애자들이 당국의 搜查를 要求하며 농성을 벌이는 사태가 벌어져 被告 新聞社의 記事가 이를 取材하기 위하여 搜查機關으로부터 위 장애자들의 陳述의 概略을 듣고 실제 농성현장에 임하여 그 주장을 청취한 후 原告의 주장을 들으려고 原告의 자택 등으로 수차 연락을 취하였으나 계속 不在中이라고 하는 등 연락이 되지 아니하자 위 장애자들의 주장에 확신을 갖고 그 記事를 作成하였다면 日刊新聞으로서 報道에 要求되는 迅速性を 위하여 그 調査에도 일정한 限界가 存在하는 점 등을 감안하여 記事를 뒷받침할 만한 資料 또는 根據에 高度의 確實성을 要求할 수는 없으므로 위 내용이 眞實이라고 믿은 데 正當한 理由가 있다”라고 判示<sup>149)</sup>하였다.

---

149) 서울 民事地法 1989.1.18. 宣告, 88가합20604 判決은 “人格權으로서의 個人的 名譽의 保護와 言論의 自由의 保障이라는 두 法益이 衝突하였을 경우에는 社會的인 여러 가지 利益을 比較하여 言論의 自由로 얻어지는 利益·價値와 人格權의 保護에 의하여 달성되는 價値를 比較·衡量하여 그 규제의 폭과 방법을 정하여야 할 것이므로, 言論이 他人의 名譽를 毀損하는 行爲를 하였을 경우에는 그것이 公共의 이해에 관한 事項으로서 그 목적이 오로지 公共의 利益을 위한 것일 때에는 眞實한 事實이라는 證明이 있거나 또는 그러한 證明이 없더라도 行爲者가 그것을 眞實한 行爲라고 믿을 相當한 理由가 있는 때에 한하여 그에 따른 責任을 免한다”라고 判示하였다.

## 2) 相當한 理由가 認定되지 않는 경우

이에 대한 우리 나라의 判例<sup>150)</sup>를 보면 眞實하다고 믿음에 相當한 理由가 없다고 본 事例로서 大法院 1988.10.11. 宣告, 85다카29 判決은 辯護士의 잘못으로 敗訴하였다고 주장하고 있다. 그 辯護士를 상대로 損害賠償請求訴訟을 提起하여 第1審에서 一部勝訴(후에 抗訴審에서 敗訴 확정되었다)한 市民이 쓴 위 辯護士를 誹謗하는 虛僞內容의 手記를 掲載한 月刊雜誌를 상대로 한 訴訟에서 “일정한 立場에 있는 인물에 관한 行爲가 公적 비판의 대상이 된다고 하더라도 新聞에 비하여 迅速性의 요청이 덜한 雜誌에 人身攻擊의 표현으로 비난하는 內容의 기사를 掲載함에 있어서는 기사내용의 眞實與否에 대하여 미리 충분한 調查活動을 거쳐야 할 것이다. 그런데 被告가 이 事件 수기를 잡지에 게재함에 있어 그 內容의 眞實性에 대하여는 전혀 검토하지 아니하고 원문의 뜻이 왜곡되지 않는 범위내에서 문장의 일부만을 수정한 채 原告가 辯護士로서의 본분을 망각한 악덕 辯護士인 것처럼 誹謗하는 內容의 글을 그대로 잡지에 掲載하였다면 被告로서는 위 手記의 內容이 眞實한 것으로 믿는 데 相當한 理由가 있었다고는 할 수 없다고 할 것이다”라고 判示<sup>151)</sup>하였다.

---

150) 서울 高等法院 1991.9.25. 宣告, 91나27320 判決 ; 서울 民事地方法院 1992.9.8. 宣告, 91가합 78412 判決 ; 서울 民事地方法院 1992.7.29. 宣告, 92가합3033 判決 ; 서울 民事地方法院 1990.8.17. 宣告, 90가합35265 判決 ; 서울 民事地方法院 1989.1.18. 宣告, 98가합20604 判決.

151) 李銀榮, 前揭論文, 158面.

### 3. 公共性

#### (1) 公共性的 意義

公共性이란 社會에서의 一般人 또는 多數人の 理解와 관련이 있음을 말한다. 眞實性은 客觀적으로 證明이 可能하지만, 公共性이란 어떤 公表事實에 대한 社會的 價値判斷이므로 證明이 곤란하며, 궁극적으로는 判事가 公共性 與否를 判斷해야 한다<sup>152)</sup>. 政治·經濟·社會·文化에 관한 事實報道記事는 公共性이 있다고 推定된다. 一般公衆의 關心事인 事項에 관한 論評解説記事는 用語나 표현이 과격하고 신랄하여 그로 인하여 被論評者의 社會的 評價가 低下되더라도 名譽毀損에 해당하지 않는다. 특히 論評에 관해서는 그것이 사생활 폭로나 人身攻擊이 아닌 法的 活動에 관한 것인 한 ‘公正한 論評의 自由’가 保障되어야 하기 때문에<sup>153)</sup>, 論評의 內容이 事實報道가 아닌 論評者의 被論評者에 대한 主觀的 評價로 構成되었더라도 免責된다. 다만, 論評이 被論評者에 관련된 허위의 事實을 基礎로 하여 행해졌을 때에는 免責되지 않는다<sup>154)</sup>.

#### (2) 事實의 公共性

公共의 理解에 관해 事實이라는 要件이 무엇을 의미하여, 公表된 事實이 公共의 理解에 관한 事實인가 아닌가를 어떠한 기준에서 判斷하여야 할 것인가는 이 免責要件의 法的 性格을 어떻게 파악하는가에 관련된다.

---

152) 李銀榮, 前掲書, 979面.

153) 金曾漢 外 編, 前掲書, 139面(美國法에서는 論評에 관하여 公正한 批評(fair comment)의 法理가 확립되어 있다).

154) 崔文基, 前掲論文, 17面.

이에 관하여는 두 가지의 見解가 있다<sup>155)</sup>. 利益衡量說과 알 必要性的 理論이 그것이다.

### 1) 利益衡量說

利益衡量說은 ‘公共의 理解에 관한 事實’이라는 要件을, 虛名保護에 의하여 얻어지는 個人的 利益과 虛名暴露에 의하여 얻어지는 公共의 利益의 조화를 도모하기 위한 것으로 이해한다. 그리하여 이 說에 의하면, 虛名保護에 優越하는 公共의 利益이 있으면 名譽의 保護는 불가피하게 虛名剝奪의 선까지 후퇴하여야 하지만, 그렇지 않은 때에는 名譽를 保護하여야 한다고 한다. 결국, 이 說은 ‘公共의 理解에 관한 事實’이라는 免責要件을 虛名保護의 한계를 정한 것으로 이해하고, 그 한계를 虛名保護와 公共의 利益과 法益衡量에 의하여 決定하려고 하는 것이다. 이 입장에서는 ‘公共의 理解에 관한 事實’의 意義가 法益衡量의 견지로부터 파악되기 때문에, 무엇이 이것에 해당하는가는, 그 事實의 公表가 他人의 名譽를 侵害 하는데에도 불구하고 이것을 허용할 만큼의 公益上的 필요가 있는가 없는가를 基準으로 하여 결정된다. 그리고 ‘公共의 理解에 관한 事實’이라는 것은 다수 一般의 理解에 관한 事實, 그것을 公衆에게 알려 批判에 드러내는 것이 公共의 利益 증진에 이바지하는 事實 등을 의미한다. 또 이것에 해당하는가 아닌가를 判斷할 때에는 그 事實을 公表하는 것이 ‘公共의 利益’에 合致하는가 아닌가는 表現方法·文體·公表方法·調査의 정도 등을 考慮하여, 事實을 公表하는 相對方의 範圍와의 관련에서 케이스 바이 케이스(case by case)로 종합적으로 判斷하여야 한다. 즉, 公共의 이해에 관한 事實이라고 認定할 것인가 아

155) 이는 원래 刑法 제310조의 公共의 理解에 관한 事實이라는 免責要件에 관한 것이다. 그러나 刑法 제310조는 民事上으로 類推適用되므로, 이 이론은 民事上에도 그대로 타당하다.

닌가의 判斷은 當該記事의 內容·그 發表의 範圍·그 表現의 方法 등 諸般의 事情을 參작하고, 또 한편으로는 이 記事에 의하여 侵害될 憂慮가 있는 사람의 名譽의 侵害의 정도를 比較較量하여 위와 같은 事實을 摘示·公表하는 것이 公益上 必要 또는 有益하다고 認定되는가 아닌가에 의하여 決定되어야 한다<sup>156)</sup>. 게다가, 私行은 公表에 의한 개인의 不利益이 크기 때문에 公表에 특히 커다란 社會的 利益이 없으면 公表는 許容되지 않는다고 하기 쉽다.

## 2) 알 必要性的의 理論

이러한 利益衡量說에 대하여 알 必要性的의 理論은 ‘公共의 理解에 관한 事實’이라는 要件을 基本的으로 人格權(憲法 제10조)의 일부인 名譽와 表現의 自由(憲法 제21조)와의 調和를 도모한 規定으로 理解한다. 이 見解는 兩者가 함께 憲法上의 權利인 이상, 이것은 궁극적으로 憲法 차원의 問題이고, 그 조화점은 憲法의 趣旨에 의하여 결정되는 것이라고 한다. 그런데 오늘날의 憲法理論에서 表現의 自由는 알 權利로서의 면이 중시되고, 시민자치를 위하여 불가결한 優越的 權利로서 다른 權利보다도 두터운 保護를 받아야 하는 것이라고 하는 것이 일반적이므로<sup>157)</sup>, ‘公共의 理解에 관한 事實’이라는 免責要件은 憲法上 市民에게 알 權利가 認定되는 限度에서는 他人의 名譽를 害하는 發言도 그것이 眞實인 한, 正當한 言論으로서 許容되지만, 그렇지 않은 경우에는 허용되지 않는다는 趣旨의 表現의 自由의 限界를 정한 規定으로 理解하여야 한다고 한다.

이와 같은 입장에 설 때에는 ‘公共의 理解에 관한 事實’이라는 것은 바로

156) 金曾漢 外 編, 前掲書, 136面.

157) 權寧星, 「憲法學原論(補訂版)」, 法文社, 2003, 403面.

市民이 알 權利를 갖는 事實이라는 것이 된다. 시민이 알 權利를 갖는 事實이라는 것은, 시민이 政治·經濟·社會 등에 관한 제 문제에 관하여 논의하고, 判斷을 내리고, 시민자치를 행하기 위하여 알 필요가 있는 사실이다. 이와 같은 의미의 알 필요성이 認定되는 事實은 예컨대 他人의 名譽에 관계된 事實이라도 公表가 허용되어야 한다. '公共의 理解에 관한 事實'이라는 것은 이러한 의미의 알 必要性이 있는 事實이라고 解釋할 수 있다. '公共의 理解에 관한 事實'이라는 要件을 위와 같이 이해하면 私行에 관한 事實이라도, 시민에게 알 필요가 있는 때에는 公表가 허용되어 公表의 범위는 넓어진다. 또한, 시민이 알 필요가 있는가 아닌가는 정보로서의 當該 事實의 內容에 의하여 객관적으로 정하는 것이기 때문에, 表現·公表의 方法이나 調査의 정도 등이라는 發表者 側의 사정은 '公共의 理解에 관한 事實'에 해당하는가 아닌가를 判斷할 때 고려할 수 없다는 것이 된다. 따라서 事實의 公共性이 認定되는 範圍도 확대한다.

### 3) 理論의 檢討

그러나 위의 어느 理論에 의하든, 어떠한 事實이 '公共의 理解에 관한 事實'인가의 判斷은 반드시 용이한 것은 아니다. 公共의 理解, 알 權利 등의 概念에는 相當한 폭이 있기 때문에 具體적인 경우에 法律家와 저널리스트 사이에서 또 事件을 대하는 個人에 따라서 결론이 달라질 수 있기 때문이다. 예컨대 '公共의 理解에 관한 事實'이라고 하여도, 政治家나 公務員의 汚職問題처럼 公共의 理解에 극히 關係가 깊은 것으로부터 일반가정의 家族 關係처럼 순전한 私事に 속하는 것에 이르기까지 비교적 公共性이 강한 것으로부터 비교적 약한 것까지 겹겹의 단계가 存在하는 것이다. 政治家의 男女關係 등은 그 중간에 位置한다고 할 수 있지만, 그것에도 長官의 문란한

남녀관계부터 시의회 의원의 내연관계까지의 사이에는 뉘앙스의 차이가 있는 것이다.

결국 具體的인 事案에서 事實의 公共性 與否를 判斷하는 데는 法益衡量說에서 말하는 諸般事情을 比較較量하는 작업은 여전히 필요한 것이다. 다만, 言論은 國民의 알 권리를 충족시켜 주는 역할을 하는 것이고, 民主主義 社會에서는 國民主權의 原則으로부터 政治·經濟·社會·文化上的 問題가 폭넓게 논의될 요지가 있다는 점을 감안하여 公共性的 判斷은 言論機關에게 너그럽게 해석하여야 할 것이다.

#### 4. 目的의 公益性

民事에서도 名譽毀損이 되지 않기 위해서는 刑事의 경우와 마찬가지로 목적인 公益性이란 要件을 구비하여야 한다<sup>158)</sup>. 그리고 이 경우 公益性에 관한 解釋도 刑事法上的의 그것과 同一하다고 하여야 할 것이다. 그러나 이 目的의 公益性을 논함에 있어 해결하여야 할 과제가 두 가지 있다.

첫째, 무엇이 公益을 도모하기 위한 目的에서 나온 것인가를 判斷하는 일이다. 왜냐하면 公益이란 概念에는 상당한 폭이 있기 때문이다. 예컨대 같은 公益이라 하더라도 政治家나 公務員의 汚職問題와 같이 公共의 이해에 매우 관계가 깊은 것에서부터 일반가정의 가족관계처럼 단순한 私生活에 속하는 것에 이르기까지 比較的 公益性이 강한 것과 약한 것 사이에는 여러

---

158) 大法院 1999.1.26. 宣告, 97다10215·10222 判決은 “... 搜查機關의 被疑事實 公表行爲가 違法性을 阻却하는지의 與否를 判斷함에 있어서는 公表 目的의 公익성과 公표 내용의 公衆性, 公表의 必要性, 公表된 被疑事實의 客觀性 및 精確性, 公표의 절차와 形式, 그 표현 方法, 被疑事實의 公表로 인하여 생기는 被侵害利益의 性質, 內容 등을 綜合적으로 參照하여야 한다”라고 判示하고 있다.

가지 단계가 存在한다. 政治家의 男女關係 등은 그 중간에 위치한다고 할 수 있으나 이에도 高位級의 난잡한 男女關係에서부터 下位公務員의 事實婚關係에 이르기까지 그 사이에는 여러 가지 단계가 있다. 따라서 목적의 公益性和 名譽毀損과의 相對的 考察에 의하여 종합적으로 判斷하는 것이 타당한 結果를 도출 해낼 수 있으리라 생각한다. 이를 具體的으로 적용하여 본다면 다음과 같다. 극히 평범한 一般人的 男女關係는 私的인 것에 속하는 것이므로, 그것이 犯罪의 發生 등과 관련이 없는 한 이름을 밝힌 報道는 本人에 대한 名譽毀損이 되는 경우가 많을 것이고 그 경우에는 事實證明은 許容되지 않는다. 또 前科의 公表는 그것이 議員의 候補者나 刑事被告人에 관한 記事인 경우에는 목적의 公益性이란 要件을 만족하는 것으로서 폭로하는 경우에는 公益性이 있다고 할 수 없으므로 事實證明은 허용되지 않는다. 특히 被害者의 名譽를 損傷시키려는 故意가 認定될 때, 예컨대 相對方 候補者나 배우 등의 사적인 일에 관련된 事項(離婚과 관련된 상세한 事項이나 먼 과거의 비행 등)만을 暴露하려 한 때에는 事實이 眞實이라 하더라도 名譽毀損의 成立은 방해받지 않을 것이다.

둘째, 法文上的의 解釋에 관한 問題이다. 우리 刑法은 제310조에서 “...오로지 公共의 利益에 관한 때에는 處罰하지 아니한다”라고 規定하고 있으나 인간의 심리작용은 매우 복잡하여 유일한 동기에 의해서만 行動한다는 것은 기대하기 어려우므로 이 規定은 “주요한 동기가 公益을 도모하기 위한 것이면 罰하지 않는다”라고 解釋하여야 할 것이다.

#### 第4節 小 結

지금까지 名譽毀損의 概念에 대해서 살펴보았다. 名譽毀損의 保護法益인 名譽의 學說을 살펴보면, 일반적으로 人格의 內在的 價値를 말하는 內的인 名譽, 사람의 人格的 價値에 대해 社會로부터 부여받는 평가인 外的인 名譽 그리고 본인 자신에 대하여 가지고 있는 價値判斷을 말하는 名譽感情 등으로 三分할 수 있다. 通說과 判例는 外的인 名譽를 名譽毀損의 保護法益으로 인정하고 있다.

名譽毀損의 主體는 自然人, 法人, 權利能力 없는 團體 등이 있다. 死者의 名譽毀損은 民事上 不法行爲責任法으로서 보호는 되지만, 死者 자신에 대한 名譽毀損이 성립하더라도 死者는 그 효과로서 발생하는 請求權의 主體가 될 수 없다. 따라서 그 권리는 相續人이나 親權者에 의해서 행사되어야 하기 때문에 정확하게는 상속인이나 친권자에 대한 不法行爲責任이 발생 할 뿐이다.

名譽毀損의 不法行爲責任을 발생시키기 위한 要件으로 그의 一般的 要件인 故意·過失, 加害行爲, 責任能力, 違法性, 損害의 發生 및 因果關係인데 不法行爲責任을 발생시키는 名譽毀損行爲는 責任要件 중에 加害行爲에 해당하며, 故意·過失 및 違法性的의 판단에 있어서는 그 행위의 眞實性和 公共性이 기준이 된다. 名譽毀損은 精神的 損害를 유발하므로 損害發生과 그 因果關係는 엄격히 證明되지 않아도 된다. 하지만 名譽의 毀損 정도가 形體化되어 드러나는 것이 아니기 때문에 객관적이고, 공정한 판단을 위한 기준이 필요하다. 그로 인해 명예훼손에 있어 책임발생요건으로 名譽毀損行爲가 行해졌을 것, 그 名譽毀損行爲가 加害者의 過失로 인해 惹起되었을 것, 그 名譽毀損行爲가 法秩序에 비추어 違法하다고 判斷될 것, 그 行爲와 名譽毀損

사이에 因果關係가 있을 것 등의 네 가지 요건이 실제 사례에 있어 하나의 통합된 規範判斷對象이 된다. 또한 名譽毀損의 경우 不法行爲가 성립하지 않는 免責事由가 있다. 공표된 내용이 사실에 부합하거나 공정한 논평 등 내용이 진실이라고 믿는데 相當한 理由가 있다면 면책된다.

이상으로 名譽毀損의 概念에 대해서 살펴보았다. 이것을 토대로 하여 다음 第3章에서는 名譽毀損의 民事法上 救濟方法에 대해서 살펴보려고 한다.

### 第3章 名譽毀損의 民事法的 救濟

#### 第1節 序說

우리 나라의 憲法은 제9조에서 人間의 尊嚴과 價値權 및 幸福追求權을 宣  
言하고 있고, 그 외 私生活의 秘密을 基本權으로 保護하고 있다. 우리 民法  
은 名譽權을 적극적으로 規定하고 있지는 않으나, 消極的으로 名譽權의 侵  
害를 不法行爲가 成立되어 損害賠償請求權이 發生함을 規定하고 있다.

民法 제750조에서는 一般的으로 不法行爲에 관하여 包括的으로 規定하고  
있다. 특히 同法 제751조 제1항은 “他人의 身體·自由 또는 名譽를 害하거  
나 기타 精神上的의 苦痛을 가한 者는 財産 이외의 損害에 대하여도 賠償할  
責任이 있다”라고 規定하여 精神的 損害의 賠償에 관하여 規定하고 있다.  
民法 제750조와 제751조와의 關係에 관하여 通說<sup>159)</sup>과 判例<sup>160)</sup>에서는 注意  
的·例示的 規定으로 보고 있다. 그러므로 民法 제750조의 損害에는 財産的  
損害는 물론 精神的 損害도 包含된 것이며, 民法 제751조는 특히 名譽權의

159) 郭潤直, 前掲書, 452-453面; 金相容, 前掲書, 890面.

160) 大法院 1999.4.23. 宣告, 98다41377 判決에서는 “民法 제752조는 생명침해의 경우에  
있어서의 慰籍料 請求權者를 열거 규정하고 있으나 이는 예시적 열거 규정이라고 할  
것이므로 생명침해 아닌 不法行爲의 경우에도 불법행위 被害者의 부모는 그 정신적 고  
통에 관한 입증을 함으로써 일반원칙인 같은 법 제750조, 제751조에 의하여 慰籍料를  
請求할 수 있다고 해석하여야 한다”라고 判示하였다.

大法院 1967.6.27. 宣告, 66다1592 判決에서는 “他人의 不法行爲로 精神的 苦痛을 입  
은 경우에는 그 傷害가 죽음에 비견할 수 있는 것이 아니라 하여도 被害者의 父母, 夫  
婦, 子식들은 그로 인한 精神的 損害의 賠償을 請求할 수 있다 할 것이며, 民法 제752  
조는 損害의 舉證責任을 경하게 規定한데 불과하고, 民法 제750조 本條의 적용에 어떠  
한 제한을 가한 것이라고 볼 것이 아니다”라고 判示하였다.

侵害로 인한 不法行爲에 있어서는 精神的 損害를 賠償하도록 하고 있다. 또한 民法 제764조는 “他人의 名譽를 毀損한 者에 대하여는 法院은 被害者의 請求에 의하여 損害賠償에 갈음하거나 損害賠償과 함께 名譽回復에 대한 適當한 處分을 命할 수 있다”라고 規定하여 被害者를 保護하고 있다.

名譽毀損을 原因으로 하는 不法行爲에서 가장 基本的인 救濟方法은 損害賠償이라 할 수 있다. 따라서 名譽毀損의 侵害에 대한 民法上的 救濟方法으로 損害賠償을 중심으로 하여 아래에서는 原狀回復請求權, 禁止請求權 그리고 反論報道請求權에 대하여 檢討하기로 한다.

## 第2節 損害賠償請求權

### 1. 名譽毀損과 損害

#### (1) 序說

名譽毀損이 不法行爲로 될 때에는 民事上의 救濟方法으로써 損害賠償 (Schadensersatz)을 請求할 수 있다. 그리고 名譽毀損으로 인한 損害賠償 역시 다른 不法行爲의 경우와 마찬가지로 金錢賠償이 原則(民法 제763조·제394조)이다<sup>161)</sup>.

名譽毀損으로 인한 損害는 財産的 損害와 精神的 損害로 區分할 수 있다. 그러나 名譽 등의 人格權 侵害에 있어서는 財産的 損害가 發生하는 것이 드물고, 또한 損害가 發生한다고 하여도 立證이나 具體的 算定이 극히 곤란하다. 따라서 名譽毀損 등의 人格權의 侵害에 있어서는 精神的 損害에 대한 賠償, 즉 慰籍料의 請求가 중요한 의미를 지니게 된다. 실제로 判例를 볼 때 名譽毀損 등의 人格權 侵害에 의한 損害賠償의 상당부분은 慰籍料請求이다. 立法例로서는 獨逸 民法과 같이 慰籍料에 대하여 明文規定을 두지 않은 경우에는 이를 認定하는데 學說이나 判例에 의한 많은 논쟁이 필요하겠지만, 우리 民法에는 明文規定이 있으므로 이를 認定하는데 아무런 問題가 없다. 다만 法人에 慰籍料를 認定할 수 있는가하는 점이 問題이겠지만 앞에서 언급한 바와 같이 學說<sup>162)</sup>·判例<sup>163)</sup>는 法人에도 無形 損害의 賠償을 認定할

161) 郭潤直, 前掲書, 447面.

162) 金相容, 前掲書, 844面.

163) 大法院 1965.11.30. 宣告, 65다1707 判決에서는 “法人의 목적사업수행에 영향을 미칠 정도로 法人의 名譽信用을 침해한 경우에는 그 침해자에 대하여 不法行爲를 원인으로

수 있다고 한다.

## (2) 損害賠償의 範圍

民法은 제751조 제1항에서 “他人의 身體·自由 또는 名譽를 害하거나 기타 精神上 苦痛을 가한 者는 財産 이외의 損害에 대하여도 賠償할 責任이 있다”라고 規定하고 있다. 本條는 財産 이외의 法益에 대한 損害에 대해서도 賠償할 責任이 있음을 規定한 것으로서, 특히 財産權에 대한 侵害 이외의 身體·自由·名譽 등에 관한 侵害도 不法行爲로 보아 이에 대한 賠償責任을 認定하고 있는 것이다.

財産權 이외의 身體·自由·名譽 등 人格的 利益의 侵害에 대하여 損害賠償을 認定하는 것은 從前의 復讐感情의 殘存이라고 하여 배척하는 견해도 있다<sup>164</sup>). 그러나 人格的 利益도 엄연히 保護받아야 할 利益이고, 또한 그의 侵害로 인하여 事實上 損害가 發生하였다면 이에 대하여 賠償을 받을 수 있도록 하여야 할 것이다<sup>165</sup>).

名譽毀損이 認定되어 原告가 실제로 發生한 損害의 賠償을 過失利益과 같은 金錢으로 算定 할 수 있는 損害는 물론이며, 수치심이나 友情의 喪失, 疾病 등에 대한 補償도 포함된다. 補償的 賠償責任은 故意 또는 過失로 인한 名譽毀損에 모두 許容된다.

여기서 주의할 것은 損害賠償의 범위에 관하여 加害者와 被害者 사이에서 ‘合意’라는 형식으로 意思의 合致가 있는 때에는 損害賠償關係는 그 合意에 따라 처리되고, 그 후에는 이를 다룰 수 없는 것이 원칙이다<sup>166</sup>). 判例도 이

---

損害賠償을 청구할 수 있다”라고 判示하였다.

164) 金曾漢, 「學說·判例 註釋民法(下)」, 韓國司法行政學會, 1972, 559面.

165) 權龍雨, 前揭論文, 100面.

러한 결과를 認定한다<sup>167)</sup>).

### (3) 損害賠償의 方法

#### 1) 金錢賠償

損害賠償의 方法으로 原狀回復主義와 金錢賠償主義가 있다. 立法例에는 獨逸 民法과 같이 原狀回復(Naturherstellung)을 原則으로 하고, 金錢賠償(Geldersatz)을 보충적인 것으로 하는 것도 있으나(獨逸 民法 제249조·제251조 參照), 우리 民法은 金錢賠償主義를 취하고 있다(民法 제763조·제394조)<sup>168)</sup>. 즉, 發生한 損害를 金錢으로 評價해서 그 價額을 지급케 하는 方法이다. 따라서 當事者 사이에 다른 特約이 없음에도 불구하고 原狀回復을 命하는 것은 違法이다<sup>169)</sup>. 그러나 不法行爲의 경우에는 賠償方法에 대한 當事者 사이의 特約이란 거의 없을 것이다<sup>170)</sup>.

金錢賠償은 財産的 損害뿐만 아니라 精神的 損害의 경우에도 그 적용이 있으며, '金錢'이라 함은 內國通用의 법정화폐를 가리키며 外國通用화폐를 포함하지 않는다<sup>171)</sup>. 損害賠償金의 支給方法에서 一時金賠償과 定期金賠償

166) 林正平, 「債權各論」, 法志社, 1995, 784面.

167) 大法院 1975.6.24. 宣告, 74다1929 判決은 “親權者 本人이 부상을 입어 損害賠償에 관하여 加害者側과 合意를 하는 경우 特別한 사정이 없는 한 未成年者인 子女들의 高유의 慰籍料에 관하여도 그 親權者가 法定代理人으로서의 합의도 함께 하였다고 보는 것이 우리의 경험칙에 합당하다”라고 判示하고 있다.

168) 金疇洙, 「債權各論」, 三英社, 1997, 753面.

169) 大法院 1961.10.12. 宣告, 4293민상115 判決 ; 大法院 1962.3.22. 宣告, 4294민상1412 判決.

170) 郭潤直, 前揭書, 447面.

171) 郭潤直, 上揭書, 449面.

이 있다. 우리 民法은 獨逸 民法을 본받아서 一時金賠償을 原則으로 하고, 일정한 경우에 定期金賠償을 認定하고 있다. 즉, 他人의 身體·自由·名譽의 侵害에 대한 慰籍料의 支給에 관하여 法院은 定期金債務로 支給할 것을 命할 수 있다고 하고, 權利者가 義務者에 의한 支給 不確實로 받게 될 損害를 면하도록 ‘相當한 擔保의 提供’을 法院은 命할 수 있도록 하였다(民法 제751조 제2항). 被害者는 定期金賠償을 請求하든 또는 一時金賠償을 請求하든 그의 自由이다<sup>172)</sup>. 또 定期金賠償을 명하느냐의 여부는 法院의 自由裁量에 맡겨져 있다<sup>173)</sup>.

## 2) 原狀回復

原狀回復請求는 멀리 敎會法과 自然法 思想에서 기원하는 것<sup>174)</sup>으로 獨逸 民法<sup>175)</sup>의 경우 제249조 제1항에서 “損害賠償義務가 있는 者는 賠償義務를 發生케 한 사정이 없었더라면 存在하였을 상태를 回復하여야 한다”라고 하여 原狀回復主義를 基本原則으로 하고 있다. 이 原則은 契約에 의한 경우 뿐만 아니라 不法行爲(獨逸 民法 제823조 以下)에서 適用되고 특히 危險責

172) 大法院 1968.3.5. 宣告, 68다92 判決 ; 大法院 1968.4.23. 宣告, 68다171 判決.

173) 大法院 1991.10.8. 宣告, 90다19039 判決에서는 “不法行爲로 인한 損害賠償請求 事件에서 債務者의 被害者에 대한 향후치료비의 支給方法을 一時金賠償과 定期金賠償 중 어느 하나를 선택하는 問題는 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 아니하는 한 法院의 自由裁量에 속한다”라고 判示하였다( 大法院 1992.11.27. 宣告, 92다26673 判決 ; 大法院 1992.1.21. 宣告, 91다36628 判決 ; 大法院 1990.11.9. 宣告, 90다카26102 判決 ; 大法院 1988.1.12. 宣告, 87다카2240 判決 參照).

174) 金東勳, “不法行爲의 效果”, 「司法行政」 通卷 358號, 韓國司法行政學會, 1990. 10, 29面.

175) 名譽毀損에 대한 救濟의 一종으로서 原狀回復을 명하는 것은 諸外國에서도 보편적으로 行하여지고 있다. 즉 不法行爲에 관한 原狀回復을 認定하는 原則規定에 의거하는 것 (獨逸 民法 제249조)이다.

任에서도 이것을 原則으로 한다.

그런데 우리 民法의 경우 人格權 등 名譽權의 侵害에 대한 事後的 救濟方法으로서 金錢賠償을 原則으로 하고, 原狀回復은 例外的으로 認定하고 있다. 그러나 被害者가 입은 損害의 範圍 및 金錢的 評價를 具體적으로 立證하는 것이 곤란하고, 金錢賠償만으로서는 被害者의 救濟가 實質적으로 不充分·不安全한 경우가 많다. 그리고 人格權으로서의 名譽가 毀損된 경우에 民法은 法院이 名譽回復을 위한 適當한 處分을 命할 수 있다고 規定을 한 것으로 보거나, 一般的 人格權에 대하여 排他的 支配權으로서 大世적 效力을 認定하는 것에 비추어 보아 이러한 결함을 解消하기 위하여 法院은 被害者가 원하는 경우 金錢賠償으로 損害賠償을 命하는 외에 原狀回復을 위한 措置를 命할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이렇게 보는 것이 발전하는 法秩序의 要請에 부응할 수 있을 뿐만 아니라 被害者 救濟手段을 다양화하여 형평을 기할 수 있을 것이다<sup>176)</sup>.

## 2. 損害賠償請求權

被害者의 損害賠償請求權은 民法 제750조·제751조에 의해 發生하며, 그를 위한 別도의 請求는 필요하지 않다. 종래의 損害賠償法論에 의하면 損害의 概念을 財產的 損害와 非財產的 損害로 구별하면서 非財產的 損害는 바로 精神的 損害, 즉 慰藉料를 의미한다는 論理에 따라 慰藉料 概念을 설명하여 왔으며, 또한 慰藉料를 損害의 概念에 포함하는 하나의 손해항목으로 해석하여 이른바 財產的 損害와 대비되는 損害概念으로 해석하여 왔다. 名譽毀損에 의해서는 통상 無形의 損害가 發生하므로 慰藉料로서 賠償된다.

176) 大法院 1988.6.14. 宣告, 87다카1450 判決.

## (1) 財産的 損害

人格權으로서의 名譽權은 非財産權이기 때문에 債權이나 物權이 侵害되었을 경우와 같이 財産的인 損害賠償請求權을 發生하지 않는 것이 原則이다. 따라서 判例는 財産的 損害를 인정한 경우에는 慰籍料를 별도로 인정하지 않는다거나<sup>177)</sup> 또는 慰籍料 속에 그러한 損害가 포함되어 있다<sup>178)</sup>고 하는 것도 있다. 그러나 어떤 경우에는 人格權으로서의 名譽權의 侵害로 인하여 財産的인 損害가 發生하는 경우도 있다. 이때 人格權의 侵害로 인하여 發生한 財産的 損害는 加害行爲와 相當因果關係에 있는 모든 範圍의 損害를 말하며, 이러한 損害에 대해서 被害者는 加害者에 대해서 損害賠償<sup>179)</sup>을 請求할 수 있다.

---

177) 大法院 1984.11.13. 宣告, 84다카722 判決은 “法院은 慰籍料額을 산정함에 있어서 被害者側과 加害者側의 제반사정을 參照하여 그 金額을 정하여야 하므로 被害者가 加害者로부터 당해 사고로 입은 財産上 損害에 대하여 賠償을 받을 수 있는지의 여부 같은 사유도 慰籍料額 算定의 參照 사유가 되는 것은 물론이며, 특히 財産上 損害의 發生이 인정되지만 입증곤란 등의 理由로 그 損害額의 確定이 불가능하여 그 賠償을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 慰籍料의 證憑사유로 參照할 수 있다고 할 것이나, 이러한 慰籍料의 보완적 기능은 財産上 損害의 發生이 인정되는 데도 損害額의 確定이 불가능하여 그 손해전보를 받을 수 없게 됨으로써 被害回復이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 參照하여 慰籍料額을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로 함부로 그 보완적 기능을 확장하여 그 財産上 損害額의 確定이 가능함에도 불구하고 편의한 方法으로 慰籍料의 명목 아래 事實上 損害의 전보를 피하는 것과 같은 일은 許容되어서는 안될 일이다”라고 判示하였다.

178) 大法院 1993.3.9. 宣告, 92다48413 判決은 “他人의 不法行爲로 인하여 傷害를 입고 그 때문에 死亡한 者는 傷害를 입음과 동시에 加害者에 대하여 喪失에 따른 損害賠償請求權을 취득하는 것이고, 그 損害는 死亡 以前에 發生하는 것이지 사망을 원인으로 하여 發生하는 것이 아니므로 不法行爲가 시작된 日부터 財産上 損害와 慰籍料를 합산한 金額 전부에 대하여 遲延損害金의 지급을 命한 것은 正當하다”라고 判示하고 있다.

179) 이재석, “언론과오와 인격권의 침해”, 比較私法 통권 9호, 韓國比較私法學會, 1998. 12, 478面.

그러나 그 외의 財産的 損害에 있어서는 侵害와 損害사이의 相當因果關係를 立證하는 것이 대단히 곤란하다. 따라서 人格權으로서의 名譽權의 侵害로 인한 財産的 損害의 發生에 대하여 특별한 損害額의 算定方法이 객관화되어 있지 않는 한 그 損害額의 算定은 어렵다 할 것이다. 이러한 問題點 때문에 名譽權의 侵害에 의한 財産的 損害를 충분히 전보 받기는 어려운 실정이다. 그러므로 대부분이 財産的 損害에도 慰籍料請求로 전환하여 賠償받는 方法을 취하고 있다<sup>180)</sup>.

## (2) 慰籍料(精神的 損害賠償)

慰籍料(Schmerzensgeld)<sup>181)</sup>란 不法行爲 또는 기타의 不法原因으로 被害者가 입은 苦痛·衝擊·絶望 등의 精神的 損害를 金錢으로 賠償해 주는 損害賠償金을 말한다. 被害者의 財産的 損害와 精神的 損害는 비록 하나의 事件에서 비롯된 것이라도 개념상 별개의 損害<sup>182)</sup>로 다루어진다. 우리 民法의

180) 崔文基, 前掲論文, 20面.

181) 慰籍料를 어떠한 경우에 인정하느냐는 立法例에 따라 상당한 차이가 있다. 獨逸 民法과 같이 매우 한정된 경우에만 인정하는 것이 있는가 하면(獨逸 民法 제253조·제847조·제1300조), 舊民法(現行 民法)과 같이 상당히 넓은 범위에 걸쳐서 인정하는 것도 있다. 우리 나라의 現行 民法은 이에 관한 규정은 舊民法과 같다. 그런데 우리 民法上 및 日本 民法上의 慰籍料의 본질에 관하여는 종래 賠償說(多數說·判例)과 制裁說(少數說)이라는 두 見解가 대립하고 있으나, 慰籍料의 賠償은 私的 制裁가 아니라 損害賠償으로 이해하여야 할 것이다. 損害賠償에 사적 제재의 기능을 부여한 대표적인 법제는 英·美 不法行爲法의 懲罰的 損害賠償이기 때문에, 우리의 慰籍料에서는 懲罰的 機能을 다소 가미할 수는 있지만 慰籍料의 本質的 性質은 損害賠償이라 할 것이다.

182) 이와 같은 慰籍料는 財産的 損害와 함께 發生하기도 하며 때로는 精神的 損害만이 發生하기도 한다. 예컨대, 생명·신체의 侵害를 받은 경우에는 치료비, 逸失所得 등의 財産的 損害 이외에 精神的 고통으로 인한 精神的 損害가 發生하기도 한다. 그러나 단순한 자유의 侵害, 貞操의 侵害 등의 경우에는 精神的 損害만이 發生한다. 이 때는 被

慰籍料請求權의 發生은 不法行爲責任에 한정되지 않으며, 또한 人體損害에 한정되지도 않으므로 그 운영 여하에 따라 폭넓게 機能할 수 있다<sup>183)</sup>.

### 3. 慰籍料請求權 立法例

#### (1) 獨逸

獨逸 民法 제253조는 非財産的 損害, 이른바 慰籍料는 법정된 경우<sup>184)</sup>에만 請求할 수 있음을 規定했다. 不法行爲法 第847條에서 신체·건강·自由와 婦女子의 貞操侵害 및 제1300조에서 동거 중 破婚으로 인한 慰籍料請求權과 이의 讓渡·承繼의 制限規定인 제847조 제1항 後文과 제1300조 제2항 規定은 우리 民法 제806조 제3항 規定과 立法趣旨를 같이 하고 있다. 이와 같이 獨逸 民法上的 慰籍料規定은 現行 不法行爲法과 本質적으로 損害賠償法 體系를 같이 한다 하겠다. 따라서 獨逸 民法上에서는 위에서 열거한 人格權의 侵害에만 慰籍料請求權이 發生할 뿐이며, 名譽, 所有權, 契約侵害로 인한 精神的 侵害賠償을 인정하지 않는다고 한다. 그러나 그간의 學說은 慰籍料請求權의 인정범위가 지나치게 협소함을 들어 이의 확장을 주장한 결과 獨逸 民法은 名譽毀損을 비롯한 人格權의 侵害에 慰籍料請求權을 창설하였으나, 所有權이나 契約侵害, 즉 순수한 財産權 侵害에는 이를 인정한 바 없다.

---

害者는 加害者에 대하여 慰籍料를 請求 할 수 있을 뿐이다(崔文基, “債務不履行에 있어서 慰籍料請求權에 관한 一考察”, 比較私法 通卷 第 10號, 韓國比較私法學會, 1996. 6, 326面).

183) 崔文基, 前揭論文(각주 182번), 325-326面.

184) 齊蘇博, “非財産的損害의 金錢賠償と獨逸民法典(BGB)”, 民商法雜誌 64卷 6號, 1971, 3-31面.

따라서 債務不履行 一般의 경우에는 同法 제253조의 規定의 결과 慰籍料 請求는 인정되지 않게 되며, 대개 學說에서는 제253조에 관해서는 批判이 강하다.

그리하여 최근 獨逸에서는 장래 立法作業으로 연결시키기 위한 獨逸 民法의 債權法 全體의 改定意見이 제시된 바 있다. 그 중에서 損害賠償法 분야의 중요한 항목으로서 慰籍料 制度가 다루어지고 있다. 執筆者 Hohloch으로부터 제안된 損害賠償法 개혁안<sup>185)</sup>에 의하면 慰籍料에 대해서는 주로 다음과 같은 점들이 골격을 이루고 있다. 첫째, 一般不法行爲責任·危險責任·契約責任을 묻지 않고, 人身損害에 대해서는 항상 慰籍料를 인정한다. 둘째, 현저하게 人格이나 名譽를 毀損한 경우에는 慰籍料를 인정한다. 셋째, 契約이나 債務內容에 비추어 債權者의 非財産的 損害까지도 保護할 필요가 있는 경우에는 債務不履行에 대하여도 慰籍料를 인정한다. 넷째, 填補機能을 지닌 慰籍料請求權의 相續性을 인정한다. 다섯째, 被害者 本人이 死亡한 경우에 近親者에게 高유의 慰籍料請求權을 인정한다는 것이 그 주요골자이다. 이와 같은 Hohloch의 提案은 不法行爲 및 危險責任의 경우에도 각각의 提案者들에 의하여 그대로 반영되고 있다.

## (2) 프랑스

프랑스에서는 적어도 民法에서는 債務不履行이나 不法行爲債務에 대해서 慰籍料請求를 인정하는가에 대해서는 직접 명문의 規定이 없다. 그래서 立法者의 소위 心理留保인 意思가 무엇인가, 해석에 맡기게 되는 것인가 등이 問題로 된다. 立法者의 意思는 특별히 없는 것과 같다. 그 해석에 대해서는

---

185) G. Hohloch, Allgemeines Schadensrecht, S. 454.

日本에서는 不法行爲에 대해서는 인정되지만, 契約不履行責任에 대해서는 인정되지 않는다는 지적도 있다. 물론 이전에는 다툼이 있었고, 그와 같이 해석하는 學說도 있었지만, 적어도 현재로는 어느 정도 인정된다고 되어 있다.

그러나 判例와 學說은 프랑스 民法 제1382조에 規定된 바 “故意 또는 過失로 他人에게 損害를 發生시킨 者는 이를 賠償할 義務가 있다”에서 損害의 概念을 物質的 또는 經濟的 損害와 身體的 損害 및 精神的 損害로 構成하여 不法行爲로 他人의 法益을 侵害한데 대한 精神的 損害賠償義務를 당연히 인정한다<sup>186)</sup>. 나아가 프랑스 判例와 學說은 債務不履行으로 債務者에게 發生한 物質的 損害 이외에 精神的 損害의 賠償을 부인할 合理的 根據가 없다가 여 프랑스 民法 제1148조의 損害賠償概念을 包括적으로 構成함으로써 債務不履行으로 債權者에게 精神的 損害를 發生시킨 경우 이를 賠償할 義務가 있다는 一般原則을 확립했다<sup>187)</sup>. 따라서 프랑스 民法上 이 精神的 損害에 관한 한 不法行爲法과 契約法 間에 아무런 차이를 인정치 않는다는 결과가 된다.

그러나 프랑스 民法은 人格權 즉, 身體的 精神的 損害가 수반되지 않은 순수 財産權 侵害 이든바 物質的·經濟的 損害에 관한 한 契約法에서는 물론이며, 不法行爲法에서도 精神的 損害賠償을 좀처럼 인정하지 않는다. 따라서 프랑스 民法 判例上 慰藉料請求權이 원칙적으로 人格權 侵害의 경우에 만 인정되고 있음을 볼 수 있다.

---

186) Carbonnier, Droit civil, vol.4, 1979, p.334. : 舊說은 損害를 財産的 또는 金錢的 損害와 精神的 損害로 구성했으나 오늘날은 身體的 損害를 추가하여 二分한다.

187) Carbonnier, op. cit., p.334.

### (3) 英 國

우리 民法의 慰籍料에 해당되는 懲罰的 損害賠償<sup>188)</sup>은 1763년의 Wilkes v. Wood 事例<sup>189)</sup> 이래 獨立的인 賠償項目으로 취급되었으나, 債務不履行責任에서는 인정되지 않고, 人身事故에 대해서도 원칙적으로 인정되지 않았다. 名譽毀損事故의 경우는 公務員에 의한 강압적인 行爲나 부당한 폭리를 취하려고 하는 者에게 懲罰을 가할 목적으로 懲罰的 損害賠償을 인정하였지만, 그것은 동시에 原告에 대한 懲罰的 機能도 함께 수행하였다. 당초에는 懲罰的 損害賠償制度가 加重賠償(agggravated damages)과 구별되지 않았으나, 최근에는 加重賠償은 상처받은 감정에 대한 填補賠償으로 기능하여 통상 暴行(assault)事件에 주로 적용되고 있다<sup>190)</sup>.

### (4) 美 國

肉體的·精神的 苦痛(pain and suffering)이라는 用語는 엄격하게 定義되어 있는 것은 아니지만, 身體的·精神的 苦痛 모두를 포함하는 概念이다. 근이 定義한다면 'pain'은 生理的 苦痛을 의미하고, 'suffering'은 精神的 苦痛을 의미한다고 할 수 있다. 精神的 損害만을 의미할 경우에는 'mental

188) 朴世逸, 「法經濟學」, 博英社, 1995, 312面.

189) Wilknsn v. Downton, 2 Q. B. 57(1897)에서는 原告의 남편의 발이 부러졌다고 被告가 농담을 하였으나, 원고가 심한 쇼크를 받아 증병에 걸리고 말았다. 이 事件에서 被告는 고의 있는 행위시에 원고의 物理的 損害를 예견할 수 있다고 판단하여, 피고의 배상책임이 인정되었다. 따라서 精神的 衝擊에 대해서는 일반적으로 故意와 過失로 나누어, 故意에 의한 경우에는 責任을 인정하고, 過失에 의한 경우에는 注意義務의 存在與否를 판단하여 慰籍料 認定與否를 결정하기 때문에 物理的 損害의 有無와는 구별하여 왔다고 말할 수 있다.

190) 서울 地方法院 1995.2.10. 宣告, 93가합19069 判決.

suffering', 'mental distress', 'mental anguish' 등의 用語를 사용하는 경우가 많다.

우리 民法의 慰籍料에 해당되는 懲罰的 損害賠償이라 함은 加重行爲의 惡意성이 높을 경우 制裁와 일반적 抑止를 목적으로 填補賠償에 첨가하여 인정하는 制度이다. 懲罰的 損害賠償을 명할 것인가 아닌가의 여부는 陪審 또는 法官의 裁量에 달려 있다는 점이 填補賠償의 경우와 다르다. 그리고 懲罰的 損害賠償의 請求는 訴狀에서 별도의 請求原因으로 기재·請求한다. 美國에서는 종종 多額의 損害賠償 判決로 화제 거리가 되는 경우가 있으나 多額의 損害賠償 判決이 나오는 原因은 懲罰的 損害賠償額이 차지하는 비율이 높기 때문이다. 그 대표적인 例로서 포드社가 제작한 자동차의 缺陷으로 인한 사고에서 陪審은 填補賠償으로서 250만 달러를 評決하면서 懲罰的 損害賠償으로서 1억 2,500만 달러를 評決한 바 있다<sup>191)</sup>.

#### (5) 日 本

日本 民法에서도 債務一般에 대해서는 慰籍料의 請求가 인정되는 明文規定<sup>192)</sup>이 없다. 그런데 우리 商法과 같이 日本 商法에서는 運送契約에 關係해서 日本 舊商法 제350조(日本 商法 제590조)의 規定이 있지만, 그것은 이미 본 日本 舊商法 제517조 내지 제519조를 간단히 한 것으로 된다. 따라서

---

191) Grimshaw v. Ford Motor Co., 119 Cal. App3d 757, 174 Cal Rptr. 348, 1981. 이 사건에서는 上級審에서 징벌적 손해배상액을 350만 달러로 감액되어 填補賠償과 합하여 600만 달러의 배상액이 확정되었다.

192) 日本 民法 제399조는 “채권은 금전으로 견적할 수 없는 것이라도 이를 그 목적으로 할 수 있다”라고 규정한다. 日本 舊民法에서는 직접 명문규정이 없고, 이것을 부정하는 취지였지만, 인정하는 것이 상당하다고 하는 이유에서 만들어진 規定이다(日本民法修正案參考書).

前述한 바와 같이 직접 明文規定에서는 분명하지 않지만 그것은 慰籍料의 支給義務를 포함하는 것이라고 하게 된다.

日本에서 논의되고 있는 慰籍料 制度에 대한 學說 및 判例의 態度를 살펴 보면 먼저 日本에서는 慰籍料라는 概念을 ‘財産이외의 損害’, ‘無形損害’, ‘金錢價値를 지니지 않는 損害’ 또는 ‘精神的 損害’ 등으로 明命하고, 그 用語가 의미하는 바도 同義語로 새기고 있는 듯하다. 이것은 日本 民法 제 709조가 “故意 또는 過失로 인하여 他人의 權利를 侵害한 者は 그로 인하여 發生된 損害를 賠償할 責任이 있다”라고 規定하고 있기 때문에 損害를 곧이 財産的 損害와 非財産的 損害로 구별할 의미가 없는 것으로 이해하고 있기 때문이다. 또한 그와 같은 損害를 賠償하는 것이 財産的 損害賠償이고, 또한 非財産的 損害賠償인 慰籍料도 賠償의 일종으로 해석하는 것이 일반적인 見解이다. 그리고 이와 같은 慰籍料의 대상은 바로 無形的인 精神的·肉體的 苦痛이고, 金錢으로 具體적으로 計量할 수 없는 것이기 때문에, 法官의 自由裁量에 따라 公平의 觀念에 비추어 諸般의 事情을 참작하여 慰籍料額을 算定하여야 한다는 것이 日本의 判例 및 學說이 취하고 있는 일반적인 見解이다<sup>193)</sup>.

#### 4. 名譽毀損으로 인한 慰籍料請求權

##### (1) 慰籍料請求權의 主體

名譽毀損으로 인한 慰籍料를 請求할 수 있는 者 즉, 具體的 損害賠償訴訟

---

193) 星野英一, “日本民法典で与えたフランス民法の影響”, 「民法論集」 第一卷, 有斐閣, 昭和45(1970). 8, 98面.

에서의 問題가 되는 부분에 대한 原告適格에 관하여 살펴보기로 한다.

### 1) 自然人

自然人이 名譽의 主體로서 名譽權의 侵害로 인한 慰籍料請求權을 가짐은 분명하다. 自然人인 이상 물론 性別·年齡 등에는 아무런 차이가 없다.

또한 幼兒<sup>194)</sup>·精神病者의 慰籍料請求權은 과거 日本의 判例에서는 精神上的의 苦痛을 느끼는 것이 慰籍料請求의 要件이었기 때문에 幼兒 등 精神上的의 苦痛을 느끼지 않는 者 또는 이를 느낄 能力을 가지지 아니하는 者는 성장, 기타의 사정의 변경에 의하여 후에 精神上的의 苦痛을 느낌에 이르지 아니하는 한 近親者의 死亡에 의한 慰籍料를 請求 할 수 없다고 하였지만, 이후 見解를 바꾸어 “苦痛을 감수 할 수 있는 能力은 반드시 그 被害 당시 구비하고 있을 필요는 없다. 당시 이미 장애에 그 감수성의 發生을 통상 기대할 수 있는 이상 慰籍料請求를 할 수 있다”라고 判示하였다<sup>195)</sup>.

### 2) 法人 등의 慰籍料請求權

法人도 自然人과 같이 法律上 하나의 人格者이기 때문에 財産權은 물론 名譽權 등 個別的인 人格權 諸權利를 享有한다. 특히 法人에 대하여 社會的 評價의 대상으로서의 外的인 名譽, 즉 各人の 社會에 대하여 가지는 地位·品格·名聲·信用 등을 享有한다는 것은 중요하다.

이에 대한 學說을 살펴보면 法人의 名譽權 자체를 부인하는 見解는 볼 수

194) 大法院 1967.9.26. 宣告, 67다1684 判決 ; 大法院 1962.3.15. 宣告, 4294민상903 判決.

195) 日大判 昭和 11(1934).5.13 民集 15卷 861面.

없지만, 法人의 名譽毀損에 의한 慰籍料 請求의 認定與否에 관하여는 學說이 나뉘어 진다. 즉, 法人實在說的 見地에 서 있는 學說로서 法人의 慰籍料 請求를 인정하는 見解가 있다. 法人도 主觀的 名譽心을 가지며 그 構成員이 본질적 의사를 가지고 단체생활에 참가하여 共同 社會的 精神이 지배하는 경우 그것에 대한 慰籍料를 인정할 수 있다고 하는 見解이다<sup>196)</sup>. 더욱이 法人 자체의 慰籍料는 부인하더라도 그 대표자의 고통으로 그 고통을 대치한다고 하여 慰籍料請求를 인정하는 見解도 있다. 또 위와 같은 慰籍料는 부정하되 精神的 고통은 客觀化할 수 있는 것이고, 法人의 社會的 評價에 대한 侵害를 실질적으로 自然人的 精神的 損害에 유산한 것이라 하여 그 賠償을 인정하자는 見解가 있고, 프랑스에서는 廣義의 慰籍料=無形의 損害라고 하여 無形損害概念을 立證 곤란한 精神的 損害에 밀착하여 發生하는 財産上의 損害를 포함한 넓은 의미에 있어서는 損害賠償을 인정하는 學說이 있다<sup>197)</sup>. 非財産的 損害賠償을 인정하는 것에 理論은 없지만 非財産的 損害를 慰籍料와는 별개의 損害賠償으로 해석할 것인가, 非財産的 損害賠償을 慰籍料로 하여 一元的으로 해석할 것인가, 혹은 慰籍料를 포함하여 넓은 의미에서 慰籍料도 非財産的 損害의 일부분을 構成하는 것으로 볼 것인가는 반드시 명백하지는 않다.

### 3) 死者의 慰籍料請求權

#### ① 問題의 所在

---

196) 郭潤直, 前掲書, 450面.

197) 李相京, 前掲論文, 52-53面.

死者의 名譽가 毀損된 경우에 그 不法行爲法上的의 救濟를 어떻게 法律 構成할 것인가가 問題된다. 名譽 등의 人格權 내지 人格的 利益은 一身專屬的인 것이고, 사람은 死亡에 의하여 權利能力을 喪失하는 것이기 때문에 民事法의 一般적 觀點에서 보면 死者의 名譽를 不法行爲의 被侵害利益이라 인정하는 것은 어려움이 많다.

## ② 直接保護說

直接保護說은 死者의 人格權을 保護하는 것에 대한 意義에 관하여 獨逸聯邦通常裁判所의 메후이스트 事件 判決<sup>198)</sup>의 判示를 모범으로 하여 人間의 尊嚴 및 人格의 자유로운 발전은 人間의 事後의 증대한 명예훼손적 왜곡에 대하여 生活上의 保護를 信賴하고 그 기대 아래서 생활할 수 있을 때 비로서 충분히 保護된다고 하고, 死者의 人格價値를 保護하는 것은 生存者의 人格價値를 保護하는 意義를 가진다고 설명한다.

死者의 人格權을 인정하는 現行法上的의 根據에 관하여는 刑法 제308조의 死者의 名譽毀損罪의 保護法益은 死者의 名譽 그 자체로 보는 것이 通說<sup>199)</sup>이고, 또 著作權法 제14조도 著作者 事後의 著作者 人格權의 存續을 인정하는 規定으로 해석하여야 하기 때문에 이러한 規定으로부터 現行法은 死者의 人格權을 法的으로 보호할 價値가 있는 것으로 인정하고 있다고 한다.

그런데 直接保護說에서는 不法行爲法上的의 救濟가 주어지는 權利 내지 利益의 主體가 死者이기 때문에 그 입장에서 특유의 問題가 생긴다. 즉, 위 不法行爲法上的의 救濟를 구하는 경우, 死者 자신의 權利行使를 하는 것이 不

198) BGHZ 50, 133, 20. 3. 1986(獨逸 私法에 있어서 死者의 人格保護).

199) 金日秀·徐輔鶴, 前掲書, 199面.

可能하기 때문에 死者를 대신하여 第3者が 자기의 이름으로 그 權利를 行使하는 것이 되지만, 위 行使者의 範圍·順序를 어떻게 정하며, 死者가 위 第3者를 默示의 方法으로 지정하는 것을 인정할 것인가에 대하여 그것을 인정하면 死者의 人格權을 철저히 보장하는 것이 되지만 반면에 請求權者의 범위가 不明確하게 되어 法的인 安定性을 해치는 短點도 있다<sup>200)</sup>.

### ③ 間接保護說

間接保護說은 死者 자신에 대한 不法行爲의 成立을 否定하고, 遺族 등의 人格的 利益의 侵害面으로부터 접근하여 死者에 대한 名譽의 毀損은 遺族 등에 대한 不法行爲를 構成한다고 함으로써 現行法에 적합한 法律構成을 하고자 하는 것이다.

이 學說은 直接保護說이 現行法上的 根據로 하는 刑法의 名譽毀損罪 및 著作權法의 事後의 著作者 人格權의 保護의 規定에 관하여 刑法上的 死者의 名譽毀損罪는 死者의 名譽를 保護法益으로 한다는 것이지만, 刑法上的 法益은 公益上的 目的에 기초한 刑法規範에 의하여 保護되는 利益이고, 法이 個人에게 부여한 主觀的 權利를 의미하는 것은 아니기 때문에 死者의 人格權을 私法上 認定할 根據로는 되지 아니하고, 또 著作權법의 規定은 著作자의 사후에 著作者 人格權과 동일 내용의 권리가 일정한 近親者에게 發生하는 것을 특히 창설한 것이고, 著作者 人格權이 著作者의 事後에도 존속하는 것을 인정하는 規定은 아니라고 하여, 위 規定을 根據로 事後의 人格權이 民事法上 保護되고 있는 것이라고 말할 수는 없다고 한다. 따라서 사람은 死

---

200) 安元模, “言論媒體에 의한 名譽毀損과 民事上的 救濟手段에 관한 考察”, 延世大學校 大學院 碩士論文, 1995, 24面.

亡에 의하여 權利義務의 主體로 되는 적격을 상실하는 것이므로 사람의 一身에 專屬하는 人格權은 死亡에 의하여 相續 될 수 없고, 消滅하는 것이며, 어떤 특별한 規定도 없이 不法行爲法의 영역에서 위 原則을 바꾸어 死者의 人格權 保護의 例外를 인정하는 것은 不可能하다고 한다.

그러나 위 說은 위 法律構成의 형식에서 死者의 名譽毀損이라고 하는 실질을 어떻게 調和시키는가 하는 問題에서 遺族 등의 사자에 대한 敬愛추모의 정을 위 不法行爲의 被侵害利益으로 하는 것이 가능한가이다. 死者의 名譽毀損行爲에서 遺族 등에 관해서 아무런 언급이 없었던 경우에도 死者의 名譽毀損으로 遺族 등의 名譽가 毀損되었다고 하여 遺族 등에 대한 不法行爲가 成立한다고 할 수 있는가이다. 摘示事實의 虛僞性を 어떤 위치에 둘 것인가 등의 問題가 생긴다<sup>201)</sup>.

#### ④ 學說의 檢討

결국 死亡으로 權利能力을 喪失시키는 우리 法制下에서 달리 特別立法이 없는 한 直接保護說을 현재의 裁判實務에 導入하는 것은 어렵다. 死者 자신에 대한 名譽毀損이 성립한다하여도 死者는 그 효과로서 발생하는 請求權의 主體가 될 수 없고, 그 權利는 相續人이나 親權者에게 부여된다. 따라서 民事法的인 法律構成으로서 間接保護說이 보완되어야 한다고 본다.

#### (2) 慰藉料의 本質에 대한 學說

精神的 苦痛이라는 非財産的 損害에 대한 賠償인 慰藉料의 性質에 관하여

---

201) 李相京, 前掲論文, 50面.

는 學說上 그 本質을 損害賠償으로 보는 賠償說과 制裁的 要素를 강조하는 制裁說이 대립되고 있다.

### 1) 賠償說

慰籍料에 의하여 賠償되어야 할 精神的 損害는 財産上 損害와는 달리 그 金額을 具體的인 基準에 따라 確定하는 것이 不可能하기 때문에 法院이 事實審 辯論 終結時까지 나타난 阻礙사정을 參照하여 職權으로 自由裁量에 기하여 算定하고 있지만, 이러한 賠償額의 確定·評價의 곤란성만으로 慰籍料의 損害賠償으로서의 性格을 부인할 수 없다고 하면서 그 本質은 損害賠償이라고 보는 說이다<sup>202)</sup>. 이 學說은 不法行爲로 인하여 精神的 苦痛을 받은 被害者가 賠償金을 수령하고 받는 기쁨이라든가 그 賠償金을 이용하여 자신의 긴급한 債務를 辨濟하거나 자신에게 필요 불가결한 물건을 구입하고, 또 貯蓄의 可能性을 가지게 됨으로써 느끼는 趣味, 기호나 생활상의 즐거움 등으로 慰籍를 받게 되고, 그 결과 사고로 인하여 받은 精神的 苦痛을 軽減시키거나 잊게 할 수 있다면 金錢에 의한 精神的 苦痛의 賠償 可能性을 肯定하여야 한다고 하고 있다. 現在의 通說<sup>203)</sup>과 判例의 입장이라고 할 수 있다.

### 2) 制裁說

慰籍料는 不法行爲를 일으켜서 被害者에게 精神的 苦痛을 惹起한 者에게

202) 金相容, 「不法行爲」, 法文社, 1997, 487面.

203) 植林弘, 「慰籍料算定論」, 有斐閣, 1982, 137面.

金錢賠償을 命하여 制裁를 가하는 것이라고 하여 慰籍料의 制裁的 要素를 강조하는 見解이다<sup>204</sup>). 이 學說에 의하면 慰籍料의 實質은 損害賠償의 색채를 띤 刑罰이고, 그 金額은 加害行爲의 違法성과 過失의 정도에 따라 장래 동종 사고의 發生을 방지하는 데 상당한 金額을 算定하여야 한다고 한다. 그러나 이 學說은 加害者도 死亡하여 慰籍料 債務가 그 相續人들에게 相續된 경우에는 制裁的 機能을 기대할 수 없다는 점, 民事責任과 刑事責任의 分화원칙을 파괴하는 점에서 問題點을 가지고 있다.

원래 慰籍料는 게르만法上 Busse<sup>205</sup>)에서 유래된 것임을 상기할 때, 慰籍料의 本質은 제재적인 것으로 보는 견해는 충분한 根據가 있는 것이다. 英美法에서는 暴行·名譽毀損·誣告인 不法行爲 등에 懲罰的 損害賠償의 성질을 인정되고 있다.

### 3) 兩說의 批判

私見으로는 慰籍料의 金錢損害賠償은 보상적 기능이외에 金錢의 慰籍的 機能에 의하여 精神的 苦痛에 대하여 금전으로 慰籍料를 받음으로써 그 정신적 고통이 治療될 수 있으므로, 慰籍料를 損害賠償으로 이해하여야 할 것이다. 금전인 위자료가 피해자의 정신적 고통을 治療하는 이러한 기능을 慰籍的 機能(Genugtunsgfunktion)이라고도 한다.

따라서 정신적 고통도 金錢에 의해 賠償이 가능하며, 그 金額의 산정은 加害者의 故意 또는 過失의 정도, 기타 被害者와 加害者側의 사정을 참작하

204) 李命甲, “制裁的慰籍料의 立證( I )”, 司法行政 통권 315호, 韓國司法行政學會, 1981. 3, 27-28面.

205) Busse의 性質은 不明確하여 物的·制裁的인 면과 損害賠償的인 면을 겸유하고 있는 것으로 보고 있다(韓奉熙, 前揭論文, 297面).

여 法官이 자유재량으로 결정해야 한다고 본다.

### (3) 慰籍料의 算定基準과 算定額의 問題

이제 慰籍料의 本質論과 관련하여 慰籍料의 算定을 어떻게 할 것인가를 檢討할 필요가 있다.

賠償說에서는 慰籍料에 의하여 賠償하여야 할 損害를 그저 막연히 ‘財産 이외의 損害’, ‘無形損害’, ‘精神的 損害’, ‘金錢으로 견적 할 수 없는 損害’ 등을 파악하고 이것을 상세히 분석하는 것이 아니라 財産的 損害의 評價 不能을 理由로 加害者, 被害者 雙方の 모든 諸事情을 참작해야 한다고 한다. 즉, 加害者, 被害者, 雙方の 年齡, 學業, 收入, 資産, 經歷, 生活程度, 社會的 地位, 身分關係, 不法行爲 등의 動機, 原因, 그 結果 등을 慰籍料 算定에 참작해야 한다고 한다. 그리고 실제 算定에 있어서는 구체적으로 참작된 제 사정을 일일이 열거할 필요는 없다고 한다<sup>206)</sup>.

한편 持續說의 입장에서는 慰籍料 算定에 있어서 進步的 慰籍料와 制裁的 慰籍料로 區分하여 算定한다. 그리하여 進步的 慰籍料에 대하여는 먼저 名譽의 平均的 評價를 確정한 위에 그 수정 要素로서의 被害者의 社會的 地位, 職業, 資産 그리고 加害者의 社會的 地位, 職業, 侵害行爲의 결과로서 發生된 非財産的 損害를 考慮하여 算定한다. 그리고 制裁的 慰籍料에 대하여는 加害者의 故意·過失 등 그에 따르는 動機, 加害行爲 등의 態樣을 考慮하여 加害行爲의 反社會性에 따라 額을 결정 할 것으로 된다<sup>207)</sup>. 賠償說에 따르든 持續說에 따르든 실제 算定에서 考慮해야하는 요소는 큰 차이가

206) 李根植, “慰籍料算定에 있어 고려되어야 할 諸般事情”, 考試界 第32卷 第10號, 國家考試學會, 1987. 10, 150面.

207) 李命甲, 前揭論文, 27-28面; 洪春義, 前揭論文, 1992, 163面.

없다. 다만, 賠償機能과 함께 制裁機能도 認定하면서 算定하는 배경으로는 加害行爲가 故意에 의하여 된 것 또는 加害者 側의 歸責性에 주목하는 것이 지적될 수 있는데, 苦痛이 큰 것으로 하여 그것을 損害賠償의 範圍에 포함시킬 것인가 하는 問題이다. 생각건대 人格權 그 자체를 損害로 파악하는 경우에도 歸責性도 당연히 考慮에 넣게 되고 故意에 의한 精神的 損害도 여기에 포함된다고 보는 것이 타당하다<sup>208)</sup>.

言論에 의한 名譽毀損에 있어서는 侵害의 態樣, 程度, 違法性의 強弱 등에 評價의 重點이 두어져야 할 것이다. 또한 加害者 側에 있어서 報道媒體의 종류 및 記事掲載誌面의 發行部數, 지방판인가 전국판인가의 여부 등이 고려되어야 하며, 加害의 動機, 故意·過失의 程度, 다른 請求의 認定 여부 등이 종합적으로 고려되어야 한다.

慰籍料 算定과 관련하여 慰籍料 額이 問題로 된다. 名譽毀損으로 인한 慰籍料에 대하여 諸 外國에서는 상당히 높은 慰籍料 額을 認定하고 있다. 그러나 우리 나라에서는 慰籍料 전반이 극히 낮은 額에 머무르고 있다. 최근에 生命, 身體의 가격이 높아지고 있는 경향이며, 名譽毀損으로 인한 慰籍料 額도 상당히 고액화 되어 있으나 만족할 만한 것은 못된다<sup>209)</sup>.

名譽毀損으로 인한 慰籍料의 경우 그것이 인용되는 경우에도 현재와 같이 저액으로 명목적인 것에 그치는 경우에는 본래 表現의 自由의 範圍를 逸脫

---

208) 制裁說은 多數說·判例가 損害賠償說을 취하면서도 慰籍料 算定에 있어서 加害者측의 사정을 고려하는 것을 비판한다. 물론 加害者의 年齡, 職業, 사회적 지위, 재산상태 또는 加害者가 보인 사고후의 태도 등을 모두 고려하는 것은 문제가 있음이 분명하다. 그러나 加害者의 故意·重過失이 있는 경우에는 被害感情이 그만큼 크게 될 것이고, 따라서 慰籍料 算定에 있어서 이들 요소는 당연히 참작되어야 할 것이다. 결국 慰籍料 算定에 있어서 故意·過失의 구별을 포함하여 加害行爲의 태양을 고려하는 것은 精神的 損害算定의 구체적 妥當性을 확보하기 위한 것이며, 이를 특별히 慰籍料의 私的制裁性이라고 볼 필요는 없을 것이다(洪春義, 前揭論文, 163面).

209) 洪春義, 上揭論文, 164面.

한 言論의 璽포를 방치하는 결과를 가져오게 될 것이며, 被害者 救濟에 소홀하다는 비판을 면키 어려울 것이다. 뿐만 아니라 民事訴訟을 통하여 救濟 받는 것을 더욱 주저하게 만들 것이다<sup>210)</sup>.

#### (4) 慰籍料 算定の 要因

慰籍料에 의하여 賠償될 수 있는 精神的 損害란 어떤 것인가. 또 慰籍料 算定時 어떤 사정을 참조하여야 하는가 하는 問題가 慰籍料 算定の 중요한 問題이다.

公平한 慰籍料額의 算定은 慰籍料에 의하여 賠償되어야 하는 損害의 실체를 정확하게 파악하고, 이를 算定하기 위하여 참조하여야 함에 적당하다고 생각되는 諸事情을 추출하여 이것을 어떻게 참조하는 것이 타당한가 하는 것을 음미하는 것에 의하여 비로서 가능하게 된다고 생각한다. 아래에서는 이와 같은 관점에서 慰籍料 算定 원리를 검토하기로 한다.

##### 1) 被害者の 苦痛

먼저 慰籍料는 生命·身體 또는 名譽의 侵害를 입은 被害者の 精神的 苦痛의 除去, 輕減을 위하여 被害者에게 주는 것이다. 被害者の 苦痛은 평균인을 基準으로 社會生活上 一般人の 數人に 정도를 고려하여, 이를 金錢으로 評價하여야 하고, 또한 加害行爲와 被害者の 苦痛間에는 상당한 因果關係가 있어야 하며, 이러한 諸事情을 참조하여 被害者가 납득할 수 있는 額

---

210) 金聖男, “言論被害와 救濟”, 言論仲裁 제8권 제3호 통권28호, 言論仲裁委員會, 1988 가을호, 42-44面.

을 공정한 慰籍料로서 算定하여야 한다<sup>211)</sup>).

## 2) 被害者の 財産狀態

被害者が 資産家인 경우에는 被害者が 喪失한 精神的 利益이 貧者の 경우보다도 크다고 생각되므로 慰籍料 算定時 慰籍料額 增額의 의미에서 被害者の 財産狀態가 참조되어야 한다. 또는 이와 반대로 被害者が 많은 財産을 가지고 있다는 事情은 慰籍料를 減額하는 의미에 있어서도 참조되어야 한다. 즉 資産家は 자기의 자산에 의하여 충분한 치료를 받는 등 苦痛의 除去, 輕減을 위하여 적절한 方法을 강구하는 것이 가능하지만 역으로 貧者는 위와 같은 方法을 강구하는 것이 事實上 經濟的으로 불가능한 경우도 있기 때문에 被害者 자신에 의한 苦痛의 除去, 輕減의 可能性은 資産家の 경우보다 더 적다고 생각되고 따라서 慰籍料 算定時 이를 參照하여야 한다는 것이다.

## 3) 被害者の 生活狀態

慰籍料는 不法行爲 또는 債務不履行이 없었더라면 存在하였을 生活狀態를 被害者에게 회복시켜 주는 목적도 있는 것이므로 不法行爲 또는 債務不履行 以前の 被害者の 생활상태를 慰籍料 算定에 있어 반영하여야 한다. 이와 함

211) 大法院 2004. 3. 18. 宣告, 2001다82507 判決에서는 "일반적으로 他人의 不法行爲 등에 의하여 財産權이 侵害된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 精神的 苦痛도 회복된다고 보아야 할 것이므로 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다면, 이는 특별한 사정으로 인한 損害로서 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 손해에 대한 慰籍料를 請求할 수 있다"라고 判示하였다.

계 他人에 비하여 보다 양호한 상태에 있는 被害者에 대하여는 보다 少額의 慰籍料로 생활상의 안정에 의한 原狀回復이 가능하고 이와 같은 관점으로 부터 慰籍料 算定時 被害者의 피해 후의 생활상태를 반영하여야 하는 것으로 생각된다.

世界大戰 以後 經濟恐慌이 돌발하였을 때와 같이 급격한 經濟變動 때문에 국민 일반의 생활수준이 低下될 경우에는 加害行爲 前의 被害者의 생활상태만을 반영할 것이 아니라 국민전체의 생활수준 저하라는 일반적 경향이 반영되어야 한다. 그렇지 않으면 加害行爲가 없어도 被害者의 생활상태는 악화되지 않을 수 없음에도 불구하고 이와 같은 경향을 반영하지 않고, 慰籍料를 算定한다면 被害者를 加害行爲가 없을 때보다 더 좋은 상태에 있게 하는 것으로 타당하지 않기 때문이다.

#### 4) 被害者의 職業과 社會的 地位

精神的 損害의 本質을 被害者 등의 精神的 利益의 喪失에서 구하고 생활상의 위안에 의한 原狀回復을 慰籍料의 목적으로 한다면 被害者가 상실한 精神的 利益은 被害者의 社會的 地位, 職業에 의하여 量的·質的으로 다르다고 생각되므로 被害者의 職業, 社會的 地位는 慰籍料 算定시 반영하여야 하는 가장 중요한 事案이 된다.

#### 5) 被害者의 年齡

被害者의 年齡은 被害者가 過去·現在·未來에 어느 정도의 精神的 損害를 입는가를 量的·質的으로 확정하기 위하여 반영하여야 한다. 즉 慰籍料

算定時 損害 등 苦痛, 精神的 利益의 喪失의 原因인 事實의 種類, 苦痛의 存續其間, 被害者가 精神的 利益을 喪失하는 期間 등이 반영되어야 한다.

#### 6) 加害者의 故意·過失

被害者가 加害者에 대하여 가지는 어느 정도의 원한이나 분노는 不法行爲가 없었더라면 被害者가 감수하지 아니하였으리라고 생각되어지는 한에 있어서 不法行爲에 기한 精神的 損害이다. 加害者가 輕過失에 의하여 加害한 경우 被害者는 이를 자기의 운명으로 받아들이고 위 損害를 수인하고자 할 것이지만, 반대로 加害者가 故意·重過失에 의하여 加害한 경우 被害者는 현저히 분노를 느끼고 加害者에 대한 엄정한 제재를 기대할 것이다. 被害者의 감정은 이와 같이 加害者의 과실의 경중에 의하여 차이가 있는 것이므로 그 賠償으로 被害者의 분노, 원한의 除去 또는 輕減을 위하여 지불하여야 할 慰籍料의 算定時 加害者의 과실의 정도가 반영되어야 한다.

#### 7) 其他의 事情

慰籍料 算定時 반영하여야 할 제사정은 이상에서 본 것외에 被害者에게 생긴 精神的 損害를 양적·질적으로 확정하기 위하여 필요한 제사정 모두를 포함한다. 그러나 慰籍料 算定時에 제사정을 망라적으로 반영하는 것이 아니라 사고의 구체적인 실정에 즉응하여 반영하여야 할 사정을 추출하여야 한다.

## 5. 慰籍料 算定の 時期

前述대로 被害者の 精神的 損害를 양적·질적으로 확정하기 위하여 필요한 제사정을 반영하여 慰籍料가 算定되어지는 한 財産的 損害의 경우와 같이 不法行爲時가 아니라 判決時가 慰籍料 算定の 基準時가 된다. 즉, 慰籍料에 의하여 除去되어야 할 精神的 損害는 加害行爲가 행하여진 시점에 모두 發生하는 것이 아니고 그 후에도 계속적으로 發生할 수 있는 것이므로 加害行爲의 시점을 慰籍料 算定の 기준시로 삼을 수 없는 것이다.

### 第3節 原狀回復請求權

#### 1. 原狀回復請求權의 概要

現行 民法은 특히 名譽毀損에 대하여 原狀回復에 의한 救濟를 認定<sup>212)</sup>하고 있다. 民法 제764조에 의하면 “個人的 名譽를 毀損한 者에 대하여는 法院은 被害者의 請求에 의하여 損害賠償에 갈음하거나 損害賠償과 함께 名譽回復에 適當한 處分을 命할 수 있다”라고 規定하고 있다<sup>213)</sup>.

名譽毀損과 같은 人格權의 侵害에 있어서는 金錢賠償만으로는 被害者가 입은 財産的·精神的 損害의 충분한 填補가 不可能하다고 할 수 있다. 따라서 名譽를 回復하는데 가장 效果的인 方法은 原狀回復을 命하는 것이다. 이러한 점에서 民法 제764조의 意義가 있으며, 各國에서도 유사한 制度를 발전할 수 있다.

먼저 外國의 立法例를 보면 原狀回復處分을 認定하는 것으로는 名譽權을 포함하는 人格權 전반에 관하여 特別規定(스위스 債務法 제49조 제2항)을 두고 있는 스위스에서는 判例의 公表 및 訂正請求를 認定하고 있다. 獨逸에서는 不法行爲 一般에 관하여 原狀回復을 原則(獨逸 民法 제27조)으로 하고, 不作爲請求 내지 妨害除去請求와 撤回請求가 認定된다. 프랑스에서는 學說·判例에 의하여 認定되고, 新聞에 의한 取消廣告나 被害者의 勝訴判決 廣告 등이 許容되고 있다. 英·美法에 있어서는 自發적으로 한 謝罪나 毀損記事의 取消 등을 金錢賠償額 認定에 參작하는데 그치고, 原狀回復處分을

212) 金疇洙, 前掲書, 754面(우리 나라의 通說·判例는 不法行爲에 의한 損害賠償의 方法으로서 原狀回復을 認定하는 것에 否定的이다).

213) 그 밖에는 特許法 제157조(證據調查 및 證據保全), 實用新案法 第29條(登錄料)도 이와 같은 性質의 規定을 두고 있다.

判決로서 命하는 것은 認定하지 않지만, 損害賠償이 중심적인 機能을 擔當하고 있으며 例外的으로 名譽毀損 記事 등의 撤回가 認定된다. 日本에서는 名譽毀損이 成立하고, 현재 損害가 發生하고 있을 때 이것을 回復하는 適當한 處分으로 裁判上 謝罪廣告, 取消文・謝罪文의 提示, 陳謝文의 交付, 비문의 일부삭제, 간판의 철거 등이 認定되었다<sup>214)</sup>.

原狀回復이 損害賠償과 함께 請求되었을 때 兩者의 關係는 어떠한가. 民法이 事後的 救濟를 金錢賠償에 의하는 것을 원칙으로 하고 있는 점에서, 먼저 金錢에 의한 損害填補를 우선으로 하고 그것만으로는 填補될 수 없을 때에 原狀回復을 認定한다는 趣旨로도 해석할 수 있다. 그러나 民法이 原狀回復의 規定을 특히 名譽의 保護에 대하여 설정한 것은 名譽毀損의 損害原因을 除去하지 않는 이상 적어도 일정기간은 名譽毀損의 상태가 계속적으로 發生되는 것이기 때문에 金錢만으로 填補하는 데에는 일정한 한계가 있어 毀損된 社會的 評價를 現實적으로 回復할 필요가 있고, 또 적당한 매스미디어에 의하여 低下된 名譽를 回復하는 것이 가능하다는 것을 생각하면 우선 原狀回復의 方法을 考慮하여야 할 것이다.

한편 原狀回復이 損害의 發生이 현재 계속되는 경우에 그 근원을 除去하는 것이라고 한다면, 그것은 기능의 면에서 후술하는 禁止請求와 중복된다. 그러나 兩者는 要件을 달리하는 별개의 制度라고 볼 수 있다.

## 2. 謝罪廣告의 問題

### (1) 序言

---

214) 幾代通, “名譽毀損の場合の原狀回復”. 「註釋民法(19)」, 有斐閣, 1971, 370面.

原狀回復方法으로 우리 나라와 日本에서 가장 많이 이용되어 온 것이 謝罪廣告이다. 謝罪廣告는 통상 新聞·雜誌 등에 掲載場所와 함께 활자의 크기를 지정하여 名譽를 毀損한 事實을 認定하고, 이를 謝過한다는 내용의 文面을 掲載토록 하는 것이다<sup>215)</sup>.

그런데 謝罪廣告를 命하는 것은 被告의 良心의 自由를 侵害하는 것으로 違憲이 아니냐는 論議가 있었는데 日本의 最高裁判所<sup>216)</sup>는 “단순히 사태의 진상을 고백하고 陳謝의 뜻을 表明함에 그치는 정도의 掲載命令은 代替執行도 가능하고 그에 의하여 被告의 굴욕적 또는 苦役的인 노고를 賊課하거나 被告가 가지는 윤리적인 의사, 良心의 自由를 侵害함을 要求하는 것이라고는 해석되지 아니한다”라고 判示하여 合憲임을 宣言하였다.

그러나 우리 나라 憲法裁判所는 1991.4.1. 宣告, 89헌마160호 決定에서 謝罪廣告의 強制는 違憲이라고 判示한 바 있는데 아래에서는 위 決定의 구체적 내용에 대해 살펴 보고자 한다.

## (2) 憲法裁判所의 決定의 主文

憲法裁判所가 民法 제764조의 違憲與否에 관한 憲法訴願에 대하여 1991.4.1. 宣告, 89헌마160호로 宣言한 決定의 主文은 “民法 제764조의 名譽回復에 適當한 處分에 謝罪廣告를 포함시키는 것은 憲法에 違反된다”는 것이다<sup>217)</sup>.

215) 成樂寅, “名譽毀損에 대한 謝罪廣告制度和 憲法裁判所의 決定”, 言論仲裁 통권42호, 言論仲裁委員會, 1992 봄호, 27面.

216) 日最高裁大法廷 昭和 31(1956).7.4.(謝罪廣告請求事件) 判例時報 80號 3面.

217) 憲法裁判所 公시 제50호, 官보 11804호 1991.4.26., 50-54面.

### (3) 憲法訴願의 經緯

#### 1) 事實關係

事件의 발단은 여성잡지인 ‘마드모아젤’이 1988년 5월호에 “전○○과 김○○ <所聞>의 진상”이라는 記事를 掲載하면서 위 전○○와 김○○와의 關係를 비교적 상세히 掲載하였다<sup>218)</sup>. 이에 김○○는 記事內容이 事實인 것처럼 오해될 소지가 있어 자신의 名譽가 毀損되었다고 하여 위 雜誌의 발행인 및 編輯人인 이○○, 주간인 김○○, 해당기사 담당기자인 유○○을 상대로 5억원의 慰藉料 支給과 謝罪廣告 掲載를 구하는 損害賠償請求訴訟을 提起하여 第1審에서 勝訴하고<sup>219)</sup>, 1989年 11月 29日의 抗訴審인 서울 高等法院에서 謝過文掲載의 勝訴判決을 받았다<sup>220)</sup>.

그런데 위 ‘마드모아젤’社의 記事掲載와 그에 따른 김○○씨의 訴訟提起 事實이 각 日刊紙에 크게 報道되자 여성잡지인 ‘여성동아’는 1988년 6월호에 기자 현○ 명의의 “확인취재 「전○○과의 소문」 記事에 5억을 請求한 김○○ 진상해명 - 호기심 끌려고 眞實 외면했다”라는 제하의 記事에서 위 마드모아젤社의 所聞確認 정도의 내용보다 오히려 더 강도 높게 실질적으로 사생활 문란이 있는 듯한 내용을 報道하였다<sup>221)</sup>.

218) 유인중, “전경환과 김성희 소문의 진상확인”, 마드모아젤 제16권 5호, 1988. 5. 1, 50-54面.

219) 서울 民事地方法院, 1989.1.18. 宣告, 88가합20604 判決.

220) 서울 高等法院, 1989.11.29. 宣告, 89나8158 判決.

221) 현 당, “호기심 끌려고 외면했다”, 여성동아 제26권 6호, 1988. 6. 1, 207面 以下.

## 2) 法院에 違憲提請의 申請

이에 위 事件 被告들은 “民法 제764조에 의한 謝罪廣告의 判決이 있는 경우에 債務者가 그에 불응한다면 民事訴訟法 제692조 소정의 代替執行節次에 따라 債務者의 의사에 불구하고 債權者는 債務者의 비용으로 代替執行을 하게 되는 것인데, 이것은 우리 憲法 제19조의 良心의 自由를 侵害하는 것으로서 良心의 自由는 사물에 대한 시비를 가리는 내심적 自由뿐만 아니라, 그 判斷에 대한 사항을 외부에 표현하는 自由와 그 表現을 하지 아니하는 自由가 모두 이에 해당하는 것으로 本人의 본심에 반하여 사물의 시비와 善惡의 判斷을 외부에 표현케 하고 마음에도 없는 謝過의 발표를 判決으로써 命하게 함은 國家權力이 國民의 내심의 영역에까지 侵害하는 것이 되고, 침묵의 自由를 侵害하는 것이며, 또한 本人의 意思가 아님에도 불구하고 公權力이 그 本人 意思에 반하여 그 本人의 이름으로 事實關係를 포함하여 思想 및 意見의 表現을 강제함으로써 대외적으로 마치 本人의 表現인 듯이 알려지게 하는 것은 表現의 自由를 배제하는 것이 되어 憲法 제21조의 言論·出版의 自由에 관한 規定에도 위반된다”는 理由로 憲法裁判所法 제42조 제2항에 의거한 違憲提請을 申請하였다<sup>222)</sup>.

## 3) 法院에 의한 違憲提請申請의 棄却

서울 民事地方法院은 1989年 7月 10일 請求人들의 違憲提請申請에 대해 “債權者의 名譽를 毀損한 債務者로서 事實의 眞상을 밝히고 진지한 사과의 뜻을 表明함에 그치는 정도의 것이라면 그러한 취지의 내용을 신문 등에 揭

---

222) 서울 民事地方法院 1989.7.10, 宣告, 89카33299 事件.

載명명한다고 하여 債務者에게 감내하기 어려운 侮辱的·精神的 侵害를 과한다거나 윤리적 의사 및 양심의 자유를 侵害할 것을 강제하는 것이라고는 해석되지 아니하고 오히려 위와 같은 내용의 謝罪廣告야말로 채무자의 인격을 侵害하지 않는 범위내에서 被害者의 法益을 두텁게 保護할 수 있는 名譽回復에 적당한 처분이라 判斷되며, 報道機關이 故意 또는 過失로 非眞實 내지 虛僞報道를 할 경우 그 訂正 내지 謝罪廣告를 掲載하는 것은 일반적 권리유보의 憲法的 제한의 범주에 속하는 것으로 言論, 출판의 자유를 侵害하는 것으로는 해석되지 아니할 뿐 아니라, 民法 제764조의 規定은 단지 名譽 회복에 적당한 처분이라고 되어 있을 뿐 謝罪廣告를 損害轉補의 方法으로 명시하고 있는 것은 아닌 이상 위 조문 자체를 들어 위헌위반이라고 주장할 根據는 더욱 박약하다”라는 理由로 이를 기각하였다.

#### 4) 法院의 本案事件 判決

서울 民事地方法院은 1989年 7月 25日 위 損害賠償請求訴訟事件에서 1천만원 慰藉料의 지급과 사과문 掲載의 原告勝訴 判決<sup>223)</sup>을 宣告하였다.

위 判決에서 請求인 김○○가 請求한 ‘謝罪廣告文’과는 달리 法院이 직접 작성한 ‘謝過文’의 내용은 다음과 같다.

“당사가 1986年 6月 1日 발행한 월간지 女性東亞 1986년 6월호의 207페이지부터 209페이지까지 「〈전○○과의 소문〉 記事에 5억 請求한 김○○ 진상해명」이라는 제목하에 ‘전○○과 김○○ 사이에 不道德한 關係가 있다는 소문은 상당한 根據가 있으며 그 밖에도 김○○씨의 품행에 관한 좋지 못한 소문이 存在한다’는 내용으로 掲載된 記事가 眞實한 것이라는 認識을 갖게

223) 서울 民事地方法院 1989.7.25. 宣告, 88가합31161 判決.

함으로써 김○○씨의 名譽를 毀損한 점에 대하여 깊이 사과하는 바입니다.

주식회사 동아일보사 대표자 회장 김○○”

#### 5) 憲法訴願의 提起

한편 서울 民事地方法院으로부터 違憲提請 申請이 기각 당한 위 被告들은 憲法裁判所에 民法 제764조에 대하여 憲法裁判所法 제68조 제2항에 의하여 憲法訴願을 請求하였다.

위 憲法裁判所 側의 請求人은 주식회사 동아일보사, 동아일보사의 대표이사 겸 여성동아의 발행인 김○○, 여성동아의 주간인 권○○, 위 여성동아의 記事 作成者인 기자 현○이다.

請求人들의 憲法裁判所의 請求 理由는 위에서 언급한 違憲提請 請求의 理由와 동일한 民法 제764조는 憲法 제19조 및 제21조 제1항에 違反된다는 것이다.

따라서 위 憲法裁判所의 事件 審判對象은 謝罪廣告를 民法 제764조 소정의 ‘名譽回復에 適當한 處分’에 포함시킬 때 同 條項이 違憲인가의 여부이다.

#### (4) 違憲性的의 具體的 內容

##### 1) 良心의 自由와 謝罪廣告의 違憲性

憲法 제19조는 “모든 國民은 良心의 自由를 가진다”라고 하여 良心의 自由를 基本權의 하나로서 보장하고 있는 바, 여기서의 良心의 自由에는 널리

사물의 是是非非와 善惡과 같은 倫理的 判斷에 國家가 개입해서는 안되는 內心的 自由는 물론, 이와 같은 倫理的 判斷을 國家 權力에 의하여 外部에 表明하도록 강제 받지 않는 自由, 즉 倫理的 判斷事項에 관한 沈默의 自由까지 포괄한다고 할 것이다<sup>224)</sup>. 이와 같이 해석하는 것이 다른 나라의 憲法과 달리 良心의 自由를 신앙의 自由와도 구별하고, 思想의 自由에 포함시키지 않은 채 별개의 條項으로 독립시킨 우리 憲法の 趣旨에 부합할 것이며, 이는 個人의 內心的 自由, 價値判斷에는 간섭치 않겠다는 원리의 확인인 동시에 民主主義의 精神的 基礎가 되고, 인간의 內心的 領域에 國家 權力의 불가침으로 인류의 진보와 발전에 불가결한 것이 되어 왔던 정신활동의 自由를 보다 완전히 보장하려는 趣旨라고 할 것이다.

그런데 謝罪廣告制度는 他人의 名譽를 毀損하여 비행을 저질렀다고 믿지 않는 者에게 본심에 반하여 깊이 '謝罪한다' 라고 하면서 죄악을 자인하는 의미의 謝罪의 意思表示를 강요하는 것이므로, 國家가 裁判이라는 權力作用을 통해 자기의 신념에 반하여 자기의 行爲가 비행이며, 罪가 된다는 倫理的 判斷을 형성하고 강요하며, 外部에 表示하기를 命하는 한편 意思의 感情과 맞지 않는 謝過라는 道義的 意思까지 발표시키는 것이다. 따라서 謝罪廣告의 강제는 良心도 아닌 것이 良心인 것처럼 表現할 것의 강제로 人間良心의 왜곡 굴절이고 겉과 속이 다른 二重人格形成의 강요인 것으로서 沈默의 自由의 派生인 良心에 반하는 行爲의 強制禁止에 저촉되는 것이며, 따라서 우리 憲法이 保護하고자 하는 精神的 基本權의 하나인 良心의 制約(法人의 경우라면 그 代表者에게 良心表明을 強制하는 結果가 된다)이라고 보지 않을 수 없어 違憲성이 認定된다는 것이 違憲決定 理由의 하나이다<sup>225)</sup>.

224) 憲法裁判所 1991. 4. 1, 89헌마160 결정.

225) 차형근, “민법 제764조의 違憲與否에 관한 憲法訴願”, 判例研究 제5집, 1992, 30面.

## 2) 人格權에 비추어 본 謝罪廣告制度의 違憲性

憲法裁判所는 良心의 自由에 이어 謝罪廣告制度는 憲法에서 보장된 人格의 尊嚴과 價値 및 그를 바탕으로 하는 人格權에 큰 위해로 봐서 이를 違憲의 論據로 삼고 있다<sup>226)</sup>.

원래 깊이 '謝過한다'는 行爲는 倫理的인 判斷, 감정 내지 의사의 발로인 것이므로 이의 강제는 本人에 대하여 굴욕이 되는 것이 틀림없다. 謝過의 정도에 따라 굴욕감의 차이는 있을 수 있지만 적어도 사과의 문구가 포함되는 한 그것이 마음에 없는 것일 때에는 當事者의 自尊心에 큰 상처며 치욕임에 다름 없으며, 謝過文, 陳謝文, 解明書 등 어떠한 명목의 것이든 관계 없이 그러하다. 더구나 謝罪廣告란 良心의 自由에 反하는 굴욕적인 意思表示를 자기의 이름으로 新聞, 雜誌 등 大衆媒體에 掲載하여 일반 사인에게 널리 발표하는 것으로 이러한 굴욕적인 내용을 온 세상에 발표하면서도 그것이 訴訟의 성질상 형식적 형성의 訴에 준하는 것임에 비추어 그 구체적 내용이 국가기관에 의하여 결정되는 것임에도 불구하고, 마치 本人의 자발적인 의사형성인 것 같이 되는 것이 謝罪廣告이며, 또 本人의 의사와는 무관한데도 本人의 이름으로 이를 대외적으로 表明하게 되는 것이 그 制度의 특질이다. 따라서 謝罪廣告 과정에서는 自然人이든 法人이든 인격의 自由로운 발현을 위해 保護받아야 할 人格權이 무시되고 國家에 의한 人格의 외형적 변형이 초래되어 인격형성에 분열이 필연적으로 수반되게 된다<sup>227)</sup>.

이러한 理由로 謝罪廣告制度는 憲法이 보장하는 인간의 존엄과 價値 및 그를 바탕으로 하는 人格權을 侵害하는 것이므로 違憲성이 있다는 것이다.

226) 許 營, 「韓國憲法論」, 博英社, 2003, 313面.

227) 이승우, “謝罪廣告制度에 대한 憲法決定의 評석”, 인권과 정의 통권 181호, 大韓地方 辯護士協會, 1991, 135面.

### 3) 憲法 第37條 第2項에 비추어 본 謝罪廣告制度의 違憲性

위와 같이 良心의 自由 및 人格權에 비추어 違憲的인 謝罪廣告制度가 名譽毀損을 당한 被害者의 名譽回復 및 그 人格權 保護의 相關關係에서 憲法 제37조 제2항의 “國民의 自由와 權利는 國家의 安全保障, 秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 制限할 수 있으며, 그것을 制限하는 경우에도 自由와 權利의 本質的 內容을 侵害할 수 없다”라는 規定에 비추어 정당화 될 수 있는가.

이에 대하여 憲法裁判所는 決定文에서 “加害者가 自發的인 謝罪를 拒否하거나 혹은 虛僞事實이 아니라 하면서 不法行爲의 成立 자체를 다룰 때에 國家가 謝罪廣告를 命하는 것은 분명히 加害者의 判斷이나 感情을 강제하는 것이고, 加害者에게 부당하고 불필요한 굴욕만을 강요하는 것임은 앞에서 본 바이다. 물론 그것이 被害者의 名譽回復에 어느 정도 효과적인 것일지는 모르나 최후의 수단으로 보여지지는 않으며, 오히려 필요와 정도를 넘어서는 수단인 것으로 보여진다. 民事責任이 行爲者에 대한 刑事法的인 公的制裁에서 분화되어 被害者가 받은 損害의 합리적인 填補라는 것을 목적으로 바뀐 오늘날에 있어서 國家에 의한 謝罪의 강제는 분명히 民事責任의 경우에 곧 謝罪廣告가 주된 救濟方法이 되어 왔기 때문에 그 역작용으로 함께 請求할 수 있는 金錢賠償은 한낱 부수적·장식적 의미 밖에 없게 되어, 그 賠償額은 극히 미미한 정도의 낮은 수액으로 고착되게 됨으로써 憲法 제21조 제4항 後段에서 밝히고 있는 名譽毀損의 경우에 損害轉補라는 賠償制度의 본질적 기능 발휘에 오히려 장애요인이 된다”라고 하여 謝罪廣告制度가 被害者의 名譽回復의 최후 수단이 아닐뿐더러 ‘필요와 정도’를 넘어서는 수단이라고 실시하면서 이러한 謝罪廣告制度는 民法 제764조의 規定趣旨에 적

합하지 않음을 說示하고 있다<sup>228)</sup>).

### 3. 適當한 處分の 原狀回復請求權

憲法裁判所는 民法 제764조의 名譽回復處分の 해석에 謝罪廣告를 포함시키는 것은 違憲<sup>229)</sup>이라고 하면서 民法 제764조의 적용으로 ① 加害者の 費用으로 그가 敗訴한 民事損害賠償 判決의 新聞·雜誌 등에 掲載, ② 刑事 名譽毀損罪의 有罪判決의 新聞·雜誌 등에 掲載, ③ 名譽毀損記事의 取消廣告 등의 方法을 상정할 수 있다고 한다. 생각건대, 謝罪廣告에 대해서 合憲性을 認定한다 하더라도 다른 救濟方法을 고려할 수 있음은 당연하다. 그리고 그것은 憲法裁判所가 例示한 取消廣告와 判決文 혹은 判決要旨의 掲載가 될 것이다.

#### (1) 取消廣告

謝罪廣告는 일반적으로 加害者가 한 言說이 虛偽事實의 陳述 등에 의해 被害者의 名譽를 毀損하였다는 것을 자인하는 趣旨의 陳述部分 및 이에 대하여 加害者가 被害者에 대하여 謝罪하는 취지의 陳述部分으로 이루어지는데, 이 중 謝罪文言을 제외하는 方法을 생각할 수 있고, 그것이 取消廣告이다. 즉 取消廣告는 謝罪廣告와는 달리 謝罪를 포함하지 않고, 또한 加害者

228) 이승우, 前揭論文, 138面.

229) 大法院 1988.6.14. 宣告, 87다카1450 判決에서는 “名譽毀損으로 인한 被害者가 그로 인한 損害賠償과 아울러 謝罪廣告를 함께 請求하고 있다면 法院은 그 名譽毀損이 있는 것으로 認定될 때 그 청구범위내에서 名譽回復處分을 金錢賠償과 함께 命하거나 또는 前者만을 命하거나 아니면 前者를 認定함이 없이 後者만을 命할 수 있다”라고 判示하였다(大法院 1996.4.12. 宣告, 93다40614·40621 判決 參照).

자신에 의하여 取消가 이루어지면 毀損된 社會的 評價가 回復되는 것은 의심할 바 없기 때문에 民法 第764條의 취지에 적합하다고 할 수 있을 것이다.

그러나 被告 本人의 意思에 反하여 被告 자신이 스스로 取消하도록 命하는 것 또는 代替執行에 의하여 被告의 이름에 의한 取消文의 掲載를 強行하는 것에 대하여는 역시 違憲性的의 問題가 提起되었다.

생각건대 名譽毀損의 回復方法으로 謝罪廣告와 함께 取消廣告도 可能하다고 하여야 할 것이다. 그리고 그 方法으로는 判決의 요지를 적어서 取消命의 判決이 있었다는 취지를 廣告한다든지 혹은 原文記事를 취소한다는 趣旨를 被告의 名義로 廣告에 부기하여 代替執行하는 것을 명기하는 方法 등을 생각할 수 있을 것이다.

## (2) 判決文 또는 判決要旨의 掲載

謝罪廣告 내지 取消廣告의 違憲性은 被告의 意思에 반함에도 불구하고 이것을 被告 스스로 하도록 命하고, 被告 스스로 또는 그 이름으로 公表시키는 것으로부터 發生한다. 여기서 이러한 問題를 피할 수 있는 方法으로 생각할 수 있는 것이 被害者의 勝訴 判決文 그 자체를 신문지 등에 掲載하는 것을 命하는 方法이다. 比較法的으로 스위스, 프랑스 등에서도 이루어지고 있고, 獨逸에서도 要件을 엄격히 하여 取消 때에 判決 公表라고 하는 형식으로 이루어진다고 한다.

그러나 실제로 判決文 그 자체의 掲載는 우리의 判決體制로 보아 어렵고, 많은 양의 지면을 필요로 하는 것을 考慮한다면 判決要旨 등의 掲載 또는 放送 등이 타당할 것이다. 이와 관련하여 최근에 “講義內容의 삭제로 말미

암아 原告의 名譽를 毀損하였다는 判決을 받았다는 內容을 방송하라”라는 判決이 나와 주목된다<sup>230)</sup>.

---

230) 서울 地法南部地判 1992.5.14. 宣告, 90가합1404 判決에서는 “被告가 原告의 名譽를 毀損하여 法院으로부터 敗訴判決을 받았다는 內容의 텔레비전 방송은 被告의 良心에 反하는 謝罪廣告가 아니므로, …내용의 文안을 放送하여 즐 것을 求하는 請求는 適法하다”라고 判示하였다.

## 第4節 禁止請求權

### 1. 禁止請求權의 意義

人格權의 侵害를 法的으로 사전에 抑制하기 위한 方法으로서의 妨害豫防請求權(Abwehrenspruch)·妨害排除請求權(Beseitigungsanspruch)을 통틀어서 禁止請求權이라 부른다.

人格權의 侵害에 대한 民事上의 請求手段으로서 우리 民法이 豫定하고 있는 것은 金錢賠償(民法 제750조·제751조)과 名譽回復處分(民法 제764조)에 지나지 않는다. 그러나 이것은 어느 것이나 事後的인 救濟手段이고, 성질상 한번 侵害되었을 때에는 事後的인 救濟에 의해서는 용이하게 回復할 수 없는 人格權의 侵害에 있어서는 반드시 實效性이 있는 것이라고 할 수는 없다. 그래서 人格權의 侵害에 대한 가장 實效性 있는 救濟手段으로서, 物權의 侵害에 대한 物權的 請求權과 같이 侵害行爲의 事前抑制, 즉 妨害豫防請求와 이미 發生해서 지속하는 侵害行爲의 停止·除去 즉, 妨害排除請求가 認定될 수 있는지의 問題가 등장한다. 오늘날 多數說과 判例<sup>231)</sup>는 이를 認

---

231) 大法院 1996.4.12. 宣告, 93다40614 判決에서는 “人格權은 그 성질상 일단 侵害된 후의 救濟手段(金錢賠償이나 名譽回復處分 등)만으로는 그 被害의 完전한 回復이 어렵고, 損害填補의 實效性을 기대하기 어려우므로, 人格權의 侵害에 대하여는 事前 救濟手段으로 侵害行爲 防止·방지 등의 禁止請求權도 認定된다는 理由로 廣告中止請求를 認定한다(파스퇴르 우유事件)”라고 判示하였다.

大法院 1997.10.24. 宣告, 96다17851 判決은 “사람(從衆 등의 경우에도 마찬가지이다)이 갖는 名譽에 관한 權利는 일종의 人格權으로 볼 수 있는 것으로서, 그 성질상 일단 侵害된 후에는 金錢賠償이나 名譽回復에 필요한 處分 등의 救濟手段만으로는 그 被害의 完전한 回復이 어렵고 損害轉補의 實效性을 기대하기 어려우므로, 이와 같은 人格權의 侵害에 대하여는 事前의 豫防的 救濟手段으로 侵害行爲의 停止·防止 등의 禁止請求權이 認定될 수 있다”라고 判示하였다(大法院 1988.6.14. 宣告, 87다카1450 判決 ;

定하는 추세이다. 前述한 바와 같이 ‘일정한 限度를 넘는 人格權의 侵害’에 대하여 ‘엄격한 要件’ 하에서 이를 認定하고 있을 뿐이다<sup>232)</sup>.

## 2. 事前的 救濟의 必要性

名譽毀損이 이루어진 경우 不法行爲制度로서 損害賠償과 原狀回復은 人格權을 保護하는데에 중요한 역할을 한다. 그러나 金錢賠償과 名譽回復處分에 의하여 損害를 填補 내지는 被害者의 精神的 苦痛을 慰藉하거나 혹은 原狀回復措置를 한다고 하여도 그것은 어디까지나 事後的인 救濟로서 한번 侵害되면 용이하게 回復되기 어려운 名譽毀損에 있어서는 일정한 限界가 있다.

그리하여 人格權 保護의 效果的인 救濟手段의 하나로서 人格權 侵害를 事前的으로 豫防 내지 除去하는 事前的 救濟制度의 필요성이 認定되고 있다. 그리고 이에 부합되는 制度로서 禁止請求가 주목된다<sup>233)</sup>.

禁止請求權에 의하면 현재 權利의 侵害狀態가 계속되고 있을 때는 물론 侵害되지 않은 때에도 侵害의 蓋然性이 높은 때에는 救濟를 구할 수가 있다<sup>234)</sup>.

## 3. 禁止請求權의 成立要件

名譽毀損에 대한 禁止請求權에 있어서는 그 判斷基準을 명확하게 規定해

---

大法院 1990.2.27. 宣告, 89다카12775 判決 ; 서울高等法院 1996.3.26. 宣告, 95나 27082 判決 參照).

232) 이재석, 前揭論文, 501面.

233) 池弘源, 前揭論文, 219-220面.

234) 洪春義, 前揭論文, 171面.

야 할 필요가 있는 것인데 禁止請求權의 成立要件에 관하여 다음과 같은 세 가지 입장으로 나누어진다.

### (1) 比較衡量說

이 學說은 일정 限度를 넘는 侵害에 대해서는 妨害의 排除 내지 豫防의 請求權을 認定하는 것으로서 侵害行爲를 禁止함으로써 생기는 加害者 側의 損害 내지 不利益과 侵害行爲를 禁止함으로써 생기는 被害者 側의 利益을 比較衡量하여 請求權의 存否를 決定해야 할 것이라고 한다<sup>235)</sup>. 이에 대하여는 被害者의 侵害에 의한 人格權 損失과 加害者 側의 禁止에 의한 經濟的 損失을 함께 비교하기는 곤란하고 衡量의 결과 어느 정도의 差가 있을 때 禁止가 認定되는 것인지 명확하지 아니하며 法官에게 과도한 裁量을 부여하는 것이라는 등의 批判이 있다<sup>236)</sup>.

### (2) 高度의 違法性說

이 說은 權利侵害의 違法性이 高度인 경우에만 禁止請求權을 認定한다는 입장이다<sup>237)</sup>. 이 說에 대하여서도 違法性이 強弱이라는 것 자체가 극히 애매한 概念이고, 法官의 個人差에 따라 그 認定의 폭이 상당히 달라질 수 있다는 批判이 있다<sup>238)</sup>.

235) 東京高判 昭和 45(1970).4.13. 判例時報 587號 31面.

236) 竹田稔, “人格權侵害と差支請求”, 「現代損害賠償法講座2」, 有斐閣, 1972, 305-306面.

237) 日本 東京地判 昭和 45(1970).3.14. 判例時報 586號 41面.

238) 竹田稔, 前掲書, 305-306面.

### (3) 公共性·眞實性·當事者の 의도를 基準으로 하는 說

禁止請求權은 憲法이 保障하는 表現의 自由와의 관련으로부터 限定的·例外的인 경우에 限定하여야 하며, 그 判斷基準은 明確성이 要求된다고 하면서 그 基準으로서 ① 公共의 理解에 관한 事實을 包括하지 않을 것, ② 摘示된 事實이 眞實에 反할 것, ③ 名譽毀損·프라이버시의 侵害行爲가 故意에 의할 것 등의 세 가지 基準을 제시하는 說이다<sup>239)</sup>. 이 說은 判斷基準을 명확하게 한 점에서는 높이 評價되나 眞實에 反한다는 것을 加重的인 要件으로 한 것은 名譽毀損에는 타당하지만 프라이버시權의 侵害에는 타당하지 않으며, 특히 行爲者의 故意를 要件으로 함으로써 人格權의 保護範圍를 지나치게 좁힌 것이라는 비판을 받고 있다. 美國法에 있어 事前 抑制의 理論이 갖가지 批判論에도 불구하고 그대로 存續되어 온 것은 그것이 規制의 형식만에 과한 理論으로서 그 기준이 다른 것과 比較할 수 없을 만큼 明確하다는 이점을 지니고 있기 때문인 것이다. 表現의 自由와의 관련에서 볼 때 무엇보다도 중요한 것은 判斷基準의 明確性이라고 해야 할 것이다<sup>240)</sup>.

#### 4. 禁止請求權의 比較法的 考察

獨逸·프랑스에서는 禁止請求權을 認定하는 명문의 規定을 두고 있지 않다. 그러나 獨逸에서는 判例上 不作爲請求權(Unterlassungsanspruch)과 妨害排除請求權(Beseitigungsanspruch)을 認定하고 있으며, 프랑스에서도 判例에 의하여 妨害排除請求權을 認定하고 있다<sup>241)</sup>.

239) 竹田稔, 前掲書, 306-309面.

240) 伊藤正己, 「言論出版の自由」, 有斐閣, 1972, 92面.

241) 彭元順, “反論權制度的 歷史的 展開”, 言論仲裁 제3권 제2호 통권4호, 言論仲裁委員

美國의 경우에 憲法上 보장된 言論 및 新聞의 自由에 대한 事前抑制禁止의 原則에 따라 禁止命令은 名譽毀損의 事前抑制措置로서 認定되지 않고 있다<sup>242)</sup>.

日本의 경우에는 禁止請求權을 認定하는 明文規定이 없고, 종래 이 問題에 대한 별다른 論議 및 判例도 거의 없다. 영화 「에로스+학살」 事件<sup>243)</sup>에 대한 判決을 계기로 활발한 논의가 일어나게 되어 현재 다수의 學說과 判例는 이를 認定하고 있다<sup>244)</sup>.

## 5. 妨害排除請求 · 妨害豫防請求

人格權으로서의 名譽權의 侵害에 대해서 妨害排除나 妨害豫防<sup>245)</sup>을 請求할 수 있는가? 이에 관해서는 法律에 명문의 規定이 없기 때문에 해석에 의해 해결해야 할 것이다<sup>246)</sup>.

---

會, 1982年 여름호, 219面.

242) 池弘源, 前掲論文, 219面.

243) 이 事件은 광동 대지진 때 헌병에게 학살당한 일본의 무정부주의자 大杉榮과 그를 에워싼 3명의 여성과의 사이에 애정갈등과 파탄을 그린 것인데 모델 중의 한 사람인 神近市子が 사건의 과장과 왜곡으로 자신의 名譽를 심히 손상시킨 것이라고 주장하여 그 영화를 不特定多數人에게 관람시키거나 第三者에게 인도 또는 양도 등 기타 일체의 처분을 하지 못하도록 가처분신청을 냈다(東京地判 昭和 45(1970).3.13. 判例時報 587號 31面).

244) 池弘源, 前掲論文, 219面.

245) 豫防請求가 가능한 判例로는 大法院 1997.10.24. 宣告, 96다17851 判決 ; 大法院 1996.4.12. 宣告, 93다40614 · 40621 判決이 있다.

246) 崔文基, 前掲論文(각주 37번), 29面.

### (1) 肯定說

肯定說은 不法行爲를 理由로 損害의 賠償을 認定하면서 그 損害를 發生케 하는 根源인 違法行爲의 排除·豫防을 請求할 수 없다면, 이는 不法行爲制度의 趣旨에 어긋나므로 그러한 侵害의 排除·豫防을 請求할 수 있다고 주장한다<sup>247)</sup>.

### (2) 否定說

否定說은 不法行爲制度는 違法行爲로부터 이미 發生한 損害를 填補시키는 것이므로 현재 계속중인 違法行爲의 停止나 장차 行하여질 염려가 있는 違法行爲의 豫防을 請求하는 것은 不法行爲로부터 직접 生길 수 없다고 주장한다<sup>248)</sup>.

### (3) 折衷說

折衷說은 不作為請求權의 認定與否는 理論上의 問題가 아니라, 立法解釋上의 問題로서 不法行爲로 인한 損害賠償請求權이 認定된다고 하여 당연히 妨害排除 또는 豫防請求權을 認定하여야 하는 것은 아니고, 明文의 規定이 없다고 하여 解釋上 전혀 이를 認定할 수 없다는 것도 아니다. 이 問題는 實質적으로 加害者의 活動制限이라는 損失과 그로부터 被害者가 얻은 利益을 比較考量하여 이들 請求權의 認定有無를 決定하여야 할 것이다라고 한

247) 金基善, 「韓國債權法各論」, 法文社, 1982, 440-441面.

248) 金曾漢·安二濬 共著, 「新債權各論(下)」, 博英社, 1970, 830面.

다<sup>249)</sup>.

#### (4) 小 結

人格權의 侵害에 대해서는 그 侵害가 일정한 限度를 넘을 때에는 妨害의 排除나 豫防을 請求할 수 있어야 할 것이다. 따라서 肯定說이 타당하며, 判例<sup>250)</sup>도 人格權으로서의 名譽權의 侵害에 있어서 妨害排除請求權을 認定하고 있다.

### 6. 禁止請求權의 要件

#### (1) 公共의 利害에 관한 事實을 包含하지 않을 것

‘公共의 利害’라 함은 一般의 이해에 관한 事實을 말하며, 이는 刑法 제 310조의 ‘公共의 利益’과 같은 뜻으로 해석하여야 할 것이다. 公共의 利益을 위해 事實을 摘示할 경우에는 비록 個人의 名譽가 侵害되었다고 하더라도 表現의 自由의 보장을 위해 禁止請求權을 行使할 수 없게 해야 할 것이다. 이 경우에는 그 목적이 오로지 公益만을 도모하기 위하여 나온 것임을 要求하지 않고, 私益을 도모할 목적이 병존하고 있어도 公共의 利益에 관한

249) 金相容, “人格權 侵害에 대한 私法的 救濟方法의 比較考察(II)”, 司法行政 通卷 324 號, 韓國司法行政學會, 1987. 12, 142面; 崔文基, 前揭論文(각주 37번), 29面.

250) 大法院 1996. 4. 12. 宣告, 93다40614·40621 判決에서는 “不作爲債務를 命하는 判決의 實效性 있는 執行을 保障하기 위하여는 不作爲債務에 관한 訴訟節次의 변론종결 당시에서 보아 채무명의를 성립하더라도 債務者가 이를 단기간 내에 위반할 蓋然性이 있고, 또한 그 判決節次에서 民事訴訟法 제693조에 의하여 命할 적정한 賠償額을 算定할 수 있는 경우에는, 그 不作爲債務에 관한 判決節次에서도 위 법조에 의하여 장차 債務者가 그 債務를 不履行할 경우에 일정한 賠償을 할 것을 命할 수 있다”라고 判示하였다.

事實을 포함하는 한 가능하다고 해석하여야 할 것이다.

## (2) 摘示된 事實이 眞實에 反할 것

名譽는 사람에 대한 社會的 評價이며, 이를 低下시키는 行爲가 名譽毀損이 되지만, 摘示한 事實이 眞實에 합치될 경우에까지 事前抑制措置를 認定할 필요는 없다.

## (3) 名譽毀損과 故意에 의한 것일 것

名譽毀損은 故意와 過失에 의해서도 成立되지만 過失에 의한 名譽毀損의 경우까지 事前抑制를 認定할 필요는 없다. 美國聯邦最高法院은 公務員이 公務執行을 비판한 新聞社를 상대로 訴訟을 提起한데 대한 判決<sup>251)</sup>에서 이제까지 判例로서 認定되어 왔던 被告의 眞實性的의 立證責任을 전환하여 虛僞性的의 立證責任을 原告에게 지움과 동시에 原告가 惡意(malice)<sup>252)</sup>로 虛僞陳述을 하였다는 것을 ‘명백하고도 확실한 증거(clear and convincing proof)’에 의하여 立證할 것을 要求하였다.

위 判例는 政府와 公務員에 대한 自由로운 비판을 보장하지 않고서는 民主政治가 成立되지 않는다는 基本理念에 입각한 것인데, 民主社會에 있어서의 表現의 自由의 重要性에 비추어 볼 때 禁止請求權에 있어서도 故意의 경우

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

252) 同 判例에서 美國聯邦最高法院은 惡意(malice)를 “陳述이 虛僞라는 것을 알고 있거나 (knowledge that the statement was false)”, “陳述이 眞實인지 虛僞인지에 대하여 증대하게 무시(reckless disregard as to its truth or falsity)”한 것이라고 정의하고 있다. 美國法上 증대한 무시는 ‘미필적 고의’와 ‘認識 있는 過失’을 포함하는 概念이다.

에만 한정할 필요가 있다<sup>253)</sup>).

#### (4) 侵害行爲 계속시 損害를 回復할 수 없을 것

名譽毀損行爲의 禁止請求權은 현재 계속되는 侵害行爲를 방지할 때 被害者에게 回復할 수 없는 損害를 發生시킬 우려가 있고, 그 損害를 피하기 위하여 다른 法的 救濟手段에 의할 수 없는 급박한 상황에 있을 것을 요한다. 그리고 그 필요성이 判斷에서 侵害者가 禁止請求에 의하여 받게 되는 損失이 당연히 고려된다.

被補填行爲가 존재하여도 補填의 필요가 없으면, 假處分申請은 棄却되고, 禁止請求權은 행사할 수 없다. 名譽毀損行爲에 의한 禁止請求權은 憲法上의 事前抑制禁止原則에 비추어 限定的·例外的으로만 認定되고 있다고 할 수 있다.

### 7. 禁止請求權의 行使方法

禁止請求權의 行使方法은 侵害行爲의 態樣에 따라 다른데 名譽毀損에 대한 妨害豫防請求로서의 禁止請求權의 行使는 不作爲請求이다. 따라서 名譽毀損 記事·도서의 發行의 경우에는 當該記事의 禁止, 도서의 판매·배포의 금지 등이다. 名譽毀損行爲가 현재 계속되고 있는 경우의 妨害除去請求로서는 원고·지형·인쇄물의 파기, 서적·雜誌 등의 회수, 발송의 금지 등이 있을 수 있다.

---

253) 천현수, “名譽毀損의 私法的 救濟에 관한 研究”, 전주대학교 대학원 석사논문, 2001, 71面.

禁止請求權의 行使로서 이루어진 不作爲를 구하는 訴訟에 있어서 請求認容이 확정된 경우 그 執行方法으로서는 不作爲를 目的으로 하는 執行方法에 의한다. 따라서 民法 제398조 제3항, 民事執行法 제260조에 의하여 그 委叛된 것을 除去하고 기타의 義務違反의 반복적인 發生을 豫防하기 위하여 장애에 대한 適當한 處分을 할 수 있다. 代替執行에 適當하지 않을 때에는 民事執行法 제261조에 의하여 期間을 정하여 그 禁止를 命하고, 이에 따르지 않을 때에는 遲延의 期間에 상응한 일정금액의 賠償을 명할 수도 있다. 이미 侵害行爲가 終了되었을 때는 損害賠償을 請求하는 수 밖에 없다. 한편 禁止請求權의 行사가 작위를 구하는 訴訟 이어서, 그 請求內容의 判決이 확정된 경우에는 대체적 行爲를 目的으로 하는 執行方法(民法 제398조 제2항)에 의한다. 물론 이 경우도 民事執行法 제260조가 적용된다<sup>254)</sup>.

이상은 本案訴訟에 대한 것이지만 禁止請求權의 行使方法으로서의 통상적으로 現行民事訴訟制度上 신속한 事後處理가 가능한 不作爲 내지 作爲를 命하는 假處分 申請方法이 우선적으로 이용된다<sup>255)</sup>. 名譽毀損行爲가 현재 이

254) 大法院 1991.1.15. 宣告, 90다카25468 判決 ; 大法院 1986.1.28. 宣告, 85다카1973 判決.

255) 禁止請求權을 인정한 事件 : 大法院은 1988.10.11. 宣告, 85다카29 判決에서는 “우리 憲法도… 어떤 개인이 국가권력이나 公權力 또는 他人에 의하여 부당히 人格權이 侵害되었을 경우에는 人格權의 侵害를 이유로 ‘그 侵害行爲의 排除’와 損害賠償을 청구하여 그 권리를 救濟받을 수 있도록 하고 있다”라고 설시하여 人格權 侵害의 경우 禁止請求權 行使가 憲法에 의하여 보장된다는 취지를 설시를 하고 있다.

그 후 大法院 1996.4.12. 宣告, 93다40614·40621 判決(이른바 ‘파스퇴르 유업’ 사건)에서 “원심이 인격권은 그 성질상 일단 침해된 후의 救濟手段(金錢賠償이나 名譽回復處分 등)만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로 人格權 侵害에 대하여는 事前救濟手段으로 침해행위 정지·방지 등의 禁止請求權도 인정된다고…판단하였음은 옳고, 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다”라고 判示하여, 처음으로 人格權에 기한 事前 禁止請求權을 ‘誹謗廣告’에 관하여 긍정하였다.

禁止請求權을 부정한 事件 : 서울 中央地方法院 2004.2.3, 2003카합3868 결정에서는

투어지고 있는 경우 등에 있어서는 訴訟을 提起하여 判決을 얻기까지에는 많은 시간이 걸리고 또 事件의 성질상 判決을 얻는다 하여도 이미 名譽侵害의 결과가 發生할 염려가 크기 때문이다. 假處分은 法律紛爭에 의하여 당사자에게 發生하는 현재의 위험이나 불안을 제거하기 위하여 本案判決의 확정 에 이르기까지의 暫定的 措置를 정하여 이를 維持·實現하는 것으로, 특히 事前禁止 假處分은 訴訟에 있어서 勝訴判決을 얻는 것과 동일한 權利內容을 실현시킴으로써 債權者에게 만족을 준다. 이와 같은 名譽毀損의 염려가 있는 表現行爲의 事前禁止 假處分이 許容되기 위해서는 名譽權에 기한 事前的 禁止請求權이 成立될 것(被補填權利의 存在) 및 債權者가 그 表現行爲로 인하여 名譽가 侵害되는 것에 의하여 현저하게 損害를 입을 염려가 있는 事情이 認定될 것(補填의 必要性)이 필요하다(民事執行法 제300조). 그리고 節次上으로는 事前禁止를 命하는 假處分命令을 발하는 데 대하여 구도별론 또는 債務者의 심리를 실시 表現內容의 眞實性 등의 主張·立證의 기회를 주는 것을 原則으로 해야 한다. 다만 債權者가 提出한 資料만으로 債務者에게 反證의 기회를 주지 않고도 被補填權利의 存在가 證明되는 특별한 경우에

---

“이 책은 이미 초판 24쇄가 인쇄돼 발행부수가 수만부에 이르고, 언론 등을 통해 주 내용은 모두 공개됐으며, 이니셜로 표시된 연예인의 실명을 두고 실제 연예인들이 거론되기도 했으며 책을 계속 발행해 추가로 발생하는 명예훼손 등 被害가 이미 입은 損害에 비해 급박하다고는 인정하기 어렵다. 서적 판매를 전면 금지할 경우 被申請人들은 본안 소송에서 다툴 기회도 없이 영업과 신용에 위협을 받게 되므로 판매금지와 같은 가처분은 통상의 보전처분보다 높은 소명을 요구한다. 그러나 책 내용 일부가 과장됐거나 허위라고 볼 여지가 있고, 내용의 전체적 흐름이나 구체성 등에 비춰 보면 결과적으로 책 내용이 신청인에 대해 부정적 인식을 갖게 하거나 인식을 왜곡해 사회적 평가를 저해할 우려가 있어 책 발행은 위법하다. 설령 책 내용이 사실이고 신청인을 공인으로 볼 수 있다 해도 신청인에 대한 극도의 부정적 인식이 담긴 이 책은 사생활 공개의 한도를 넘는 것이고 공익에 부합하지도 않는다”라고 판시하고, 최○○ 전 동아그룹 회장이 전 부인 배○○씨의 자서전 ‘30년만에 부르는 커피한잔’에 대해 배씨와 출판사 대표 조모씨를 상대로 낸 판매 등 禁止 假處分 신청을 棄却했다.

한해서 債務者審理를 하지 않을 수도 있을 것이다.

마지막으로 不作爲를 命하는 假處分命令은 相對方에게 송달되는 것에 의하여 효력을 가진다. 이러한 假處分에 수반하여 債務者가 임의로 이행하지 않는 경우의 특별한 措置(假處分執行後의 侵害行爲의 除去)를 정하는 것도 가능할 것이다.

日本에서는 日本 民事訴訟法 제733조·제734조(우리 나라 民事執行法 제260조·제261조에 해당)에 의한 代替執行 및 強制執行은 許容되지 않는다는 說이 유력하다. 다만 不作爲命令에 수반하여 債務者가 임의로 이행하지 않는 경우의 특별한 措置를 명할 수 있기 때문에 이 方法에 의해서 실효를 거둘 수가 있다고 보는 見解가 있다<sup>256)</sup>.

---

256) 竹田稔, 前掲書, 313面.

## 第5節 反論報道請求權

### 1. 反論報道請求權의 意義

反論報道請求權(right of reply)이라 함은 定期刊行物이나 放送 등에서 公表된 事實的 주장에 의하여 被害를 입은 者가 定期刊行物의 發行者(言論社)와 放送局에 대하여 被害者의 反論을 報道해 줄 것을 청구할 수 있는 權利를 말한다<sup>257)</sup>. 反論權의 憲法上 根據로는 憲法 제21조 제4항의 “言論·出版은 他人의 名譽나 權利…를 侵害하여서는 아니된다. 言論·出版이 他人의 名譽나 權利를 侵害한 때에는 被害者는 이에 대한 被害의 賠償을 請求할 수 있다”라는 規定을 들 수 있다. 이에 따라 定期刊行物의 登錄등에 관한 法律(제16조 제1항)과 放送法(제91조 제1항)도 反論報道的 放送 또는 反論報道文 掲載請求權으로서의 反論報道請求權을 規定<sup>258)</sup>하고 있다<sup>259)</sup>.

257) 憲法裁判所 1991.9.16. 89헌마165 判決은 “現行 訂正報道請求權制度는 言論의 自由와 는 비록 서로 충돌되는 면이 없지 아니하나 전체적으로 相衝되는 基本權 사이에 합리적 조화를 이루고 있으므로 定期刊行物의 登錄등에 관한 法律 제16조 제3항, 제19조 제3항은 결코 平等의 原則에 반하지 아니하고, 言論의 自由의 本質的 內容을 侵害하거나 言論機關의 裁判請求權을 부당히 侵害하는 것으로 볼 수 없어 憲法에 違反되지 아니한다”라고 判示하고 있다.

258) 이 두 法律은 원래 制定되었을 당시에는 訂正報道請求權이라는 이름으로 이 規定을 두었으나 그것이 反論權과는 다르게 이해될 수 있다는 意見을 받아 들어 1995年 12月 30日의 改定에 의하여 反論報道請求權으로 그 명칭을 바꾸었다.

訂正報道請求權은 1980年에 制定된 言論基本法 제149조에 規定된 것으로서 西歐의 言論法上 일반화되어 있는 反論權 制度를 導入한 것이라 할 수 있다. 1995年 12月 30日 定期刊行物의 登錄등에 관한 法律과 放送法 그리고 綜合有線放送法이 改定되면서 訂正報道請求權이라는 用語는 사용되지 않는다.

연혁적으로 1907年 7月 24日 法律 第1號로 公布된 광무신문지법 제20조에서 訂正報道請求權과 反論報道請求權의 모태를 찾아볼 수 있다. 전문 41개조로 되어 있던 光武新聞지법은 우리 나라 최초의 言論法으로서 제20조에서 “新聞紙에 掲載된 記事에 관하

이 制度의 趣旨는 잘못된 記事의 內容을 바로 잡는데 있는 것이 아니라 이로 말미암아 被害를 입은 被害者에게 신속하고 대등한 反論의 기회를 부여함으로써 일방적 報道로 인한 危險性을 배제하고 정확한 여론을 형성하려는데 그 목적이 있다. 따라서 이러한 言論報道로 인한 피해를 言論이 갖는 순기능을 損傷함이 없이 가장 저렴한 비용으로 신속히 救濟하는 것이고, 가장 效果的인 救濟手段은 眞實하지 못한 報道를 訂正하거나 反駁함으로써 被害者에 대한 잘못된 정보를 바로 잡아 최대한 原狀回復을 꾀하는 것이라고 할 수 있다.

이러한 原狀回復의 手段으로는 종래 不法行爲責任에 의한 金錢上의 損害賠償과 아울러 訂正報道나 謝罪廣告 등이 論議되어 왔으나, 違法성과 故意·過失 등 비교적 엄격한 要件을 필요로 하는 不法行爲責任만으로는 그 被害를 效果的으로 救濟할 수 없기 때문에 오늘날에는 그 代替手段 내지는 補強手段으로서 不法行爲責任과는 별개의 反論權 내지는 反駁權을 認定함이 전세계적인 추세라고 할 수 있다.

이와 같이 被害者의 名譽毀損에 대한 原狀回復에 목적이 있는 것이 아니므로 반드시 記事의 內容이 名譽毀損에 해당할 것을 요하지는 않고, 眞實에

---

여 本人 또는 關係者가 正誤를 請求 하거나 혹은 正誤書, 反駁書의 掲載를 請求할 때에는 차일에 발행하는 지상에 掲載하여야 한다”라고 規定하고 있다. 이는 프랑스의 反論權法을 모방한 日本 新聞紙條例(1887)를 모델로 한 것으로 보인다.

그 후 1981年 1月 1일부터 施行된 言論基本法에서 訂正報道請求權이라는 이름으로 현대적인 反論權이 본격적으로 도입되었으나 用語가 訂正報道請求權으로 되어 있어 그 概念과 性格·內容에 관하여 한 때 혼란이 빚어졌었다. 그러나 學說과 判例가 일치하여 言論基本法上의 訂正報道請求權의 성격을 反論權으로 보았고, 이에 따라 1995年 12月 30日 改定된 定期刊行物の 등록등에 관한 法律과 放送法 그리고 綜合有線放送法에서 反論報道請求權으로 用語를 통일하여 用語上의 혼란이 立法的으로 해결되었다(천현수, 前掲論文, 73-74面).

259) 權寧星, 前掲書, 472面.

부합되는 내용이라도 訂正報道請求가 認定된다<sup>260</sup>).

한편 전라북도의회 유○○ 議員은 “자신은 適法한 節次에 따라 수령한 道議會 豫算으로 해외연수를 다녀왔고, 妻의 경비는 개인 돈으로 여행에 동행시켰는데 전주방송(JTV)이 유○○ 의원이 道議會 豫算으로 부인과 함께 유럽여행을 다녀왔다는 내용의 虛僞事實을 報道<sup>261</sup>했다”며 法院에 反論報道審判請求를 한 事件에서, 전주地方法院은 2001年 10月 19日에 「전주방송은 당시 事件報道와 관련하여 참여자치시민연대가 유○○ 議員이 公金을 橫領했다며 檢察에 고발한 내용에 대해서만 報道했을 뿐 시민연대의 고발내용을 왜곡 報道한 事實이 없으므로 유○○ 議員이 反論報道 申請을 거부 할 수 있다」라고 判示했다.

反論報道請求權은 그 성격이 被害者가 反駁內容을 掲載해 줄 것을 要求하는 反論權임에도 불구하고 原文報道的 取消을 要求하는 권리인 듯한 느낌을 주어 오해를 불러 일으킬 염려가 있는 것으로서 프랑스의 應答權(droit de reponse)이라는 用語가 정확하다는 見解<sup>262</sup>)가 있다<sup>263</sup>).

한편 反論報道請求權에 대하여 言論機關의 自由를 侵害한다는 理由로 憲

---

260) 大法院 1991.1.15. 宣告, 90다카25468 判決은 “定期刊行物の登錄등에관한法律 제16조 소정의 訂正報道請求權은 그 용어표현과는 달리 被害者가 원문보도에 대하여 주장하는 反駁內容을 掲載해줄 것을 要求하는 權利에 불과하고 原文報道的 眞實에 부합되도록 시정 보도해 줄 것을 要求하는 권리는 아니므로 訂正報道請求權은 原文報道的 內容이 虛僞임을 要件으로 하지 않는 것으로서 眞實에 부합되는 原文報道에 대하여도 訂正報道請求가 認定될 수 있고, 原文報道 內容이 公益에 관련된 경우라 하여 달리 볼 것은 아니다”라고 判示하고 있다.

261) 조영동, “유철갑 도의원 전주방송에 패소”, 전북매일 제2548호, 2001. 10. 20, 15面.

262) 梁三承, “訂正報道請求權”, 言論仲裁 제5권 제4호, 言論仲裁委員會, 1982年 겨울호, 13面.

263) 獨逸에 있어서도 초기의 단계에서는 訂正이라는 의미가 담긴 ‘Berichtigung’이라는 用語를 사용하였으나, 이후에는 應答權 또는 反駁權 또는 反論權이라고 번역될 수 있는 ‘Entgegnungsanspruch’ 또는 ‘Gegendarstellungsanspruch’ 라는 用語를 사용하게 되었다(梁三承, 上揭論文, 13面).

法訴願이提起된 바 있으나, 憲法裁判所는 “① 言論機關이 反駁文을 무료로 揭載할 義務를 지는 것은 被害者의 人格權을 적극적으로 保護하기 위한 요청 때문에 생기는 基本權의 불가피한 制限이며, ② 反論權으로서 反論報道請求權은 言論機關의 報道에 대해서 즉시 反駁할 수 있도록 함으로써 人格權을 保護하고 公正한 輿論을 형성하게 하는 도구라는 理由 등으로 違憲이 아니다”라고 判示<sup>264)</sup>하였다.

## 2. 反論報道請求權에 관한 比較法的 考察

### (1) 獨逸

獨逸은 프랑스와는 달리 反論은 事實報道에 국한되고, 被害者가 正當한 利益이 없거나 원 報道가 立法機關, 法院의 公開裁判節次에 관한 事實에 충실한 報道이거나 廣告의 경우 反論權이 배제되며, 그 行使 및 執行節次는 통상의 民事節次에서 이루어진다. 反論權은 憲法上 一般的 人格權 (Allgemeine Persönlichkeitsrecht)의 한 內容을 이루는 것으로 認識되고 있다. 우리 나라의 反論報道請求權도 獨逸型에 속하는 것이다<sup>265)</sup>. 그러나 獨逸보다는 相當히 制限된 形態로 規定되어 있다<sup>266)</sup>.

264) 憲法裁判所 1991.9.16. 89헌마165 全員裁判部.

265) 梁三承, 前揭論文, 12面. 우리 나라 訂正報道請求權의 본보기가 된 것은 獨逸 Bader-Württemberg의 言論法이었다.

266) 朴容相, “韓國에 있어서의 言論仲裁”, 言論仲裁 創刊號, 言論仲裁委員會, 1981 가을호, 20面.

## (2) 프랑스

市民革命 이후 國家에 의한 검열이 廢止되자 言論의 自由는 濫用되기 시작하였다. 이에 그 폐해를 시정하기 위하여 反論權이 논의되기 시작하였으며, 1822년의 言論法은 新聞 또는 定期刊行物에 指命 또는 指示된 者에 대해서는 反論權(droit de reponse, 제13조)을 認定하였다<sup>267)</sup>.

反論權 行使에 대하여서는 言論權을 認定하였다. 反論權 行使에 대하여 言論側은 무상으로 原文記事와 동등한 장소에 동등한 活字로 全文을 掲載할 義務를 分擔한다. 다만 해석상 反駁內容이 法令이나 公序良俗에 違反하는 경우, 第三者의 正當한 利益을 해치는 경우, 新聞記者에 대한 名譽毀損이 되는 경우에 한하여 判例가 例外를 認定하고 있다. 獨逸과는 달리 反論報道請求의 拒否에 대하여서는 刑事處罰을 規定하고 있다.

## (3) 美 國

美國에서는 名譽毀損에 대한 엄중한 損害賠償責任을 지우는 전통 때문에 反論權을 導入할 필요가 상대적으로 적었다. 오히려 言論社의 損害賠償責任을 制限하려는 것이 法發達の 추이였다<sup>268)</sup>.

美國에서는 오늘날 言論自由에 관한 수정헌법 제1조에 根據한 國民의 알權利, 구체적으로는 國民의 言論에의 接近權(the right of access)의 실현

---

267) 反論權은 虛偽與否에 관한 아무런 實質的 要件을 아니하며, 그 대상은 事實報道 뿐 아니라 論評이나 批判 등의 意見 내지 價値判斷에 관한 사항을 포함한다.

268) 韓炳九, “世界各國의 反論權法制 現況”, 言論仲裁 제3권 제2호 통권4호, 言論仲裁委員會會, 1982 여름호, 67-77面(네바다州와 미시시피州에서만 프랑스형의 反論權 制度를 導入하였다고 한다).

으로서 反論權이 논의되고 있다.

그런데 플로리다州와 미시시피州에서는 1901년부터 新聞의 경우에 공직선거의 立候補者에게 反論權을 부여하는 내용의 法律이 施行되고 있었으나, 聯邦最高裁判所는 1974年 Miami Herald Tornillo 事件에서 反論權의 許容은 정부의 개입을 초래하게 되고 言論機關으로 하여금 논쟁을 피하기 위하여 報道를 自制하게 할 것이라는 점을 들어 플로리다州法上の 反論權 制度는 수정헌법 제1조에 위배되어 無效라고 判示하였다<sup>269)</sup>.

#### (4) 日 本

日本에 있어서는 프랑스法을 모범으로 하여 明治 6년의 新聞紙發行案 제 16조에서 위 制度에 이르기까지 이와 같은 취지의 規定이 설정되어 있었으나, 2차대전 후의 연합군 총사령부의 指令에 의해 閉止되고 말았다.

그러나 日本에서는 근래에 民法 제723조는 名譽毀損의 경우에 損害賠償 대신에 名譽를 回復하는데 適當한 處分을 命할 수 있도록 하고, 이 適當한 處分이라는 規定에 根據하여 反論文이나 反論廣告의 掲載을 命할 수 있다는 주장이 있다<sup>270)</sup>.

그리고 日本에서 反論權에 관한 問題가 訴訟으로 된 代表的 事件으로는 ‘共產黨 對 産經新聞’이 있었다<sup>271)</sup>. 이 事件은 자민당이 경산신문에 意見廣告를 내어 공산당을 비난한데 대하여 공산당이 동일한 지면에 反論文의 무료광고를 구하는 訴訟을 提起한 것이다. 이에 대하여 法院은 違法한 사태에

269) 梁三承, 前掲論文, 12面.

270) 竹田稔, 前掲書, 87面.

271) 梁 建, “反論權行使의 實際”, 言論仲裁 제3권 제2호 통권4호, 言論仲裁委員會, 1982 여름호, 60-62面.

관하여 被告는 상품인 광고 스페이스의 출원을 要求받을 理由는 없고, 言論의 自由에 根據하여 憲法이 보호하는 反論權이라는 것도 어디까지나 소극적 보호이며, 누구에게 대해 적극적으로 작위를 구하는 根據는 되지 아니하며, 不法行爲 등 위 法에 해당하는 경우의 사후처리는 별도로 하고 新聞은 본래 상품인 스페이스의 출원을 그 뜻에 반하여 강제될 것은 아니며, 이러한 강제를 제도화하는 데에는 法律의 명문에 의하여 분명히 요건을 명백히 할 것을 요한다고 해석함이 옳고, 이러한 法律의 根據없이 國民의 財產權을 侵害함은 許容되지 않는다는 등의 理由에서 反論權의 주장을 배척하였다.

#### (5) 國際法

國際聯合에서도 1952年の 協定에서 國家間的 차원에서 그릇된 報道를 禁하여 이로 인한 분쟁을 解決하기 위하여 right of correction의 制度를 認定하고 있다. 위 制度는 獨逸型의 制度를 취한 것으로서, 國家間的 報道에 관해서 國家가 國家에 대하여서만 認定되는 말하자면 國際法上的 應答權이라고 말할 수 있는 것이다<sup>272)</sup>.

### 3. 反論報道請求權에 관한 根據

#### (1) 理論的 根據

近代 市民國家에서는 오랫동안 統制와 간섭으로부터의 言論의 自由를 憲法規定(憲法 제21조 제2항)에 의해 言論·出版에 대한 허가나 검열 등을 禁

---

272) 梁三承, 前掲論文 13面.

止함으로써 다른 基本權보다 優越的 位置를 認定하고 있다<sup>273</sup>). 그러나 言論의 絶對的 自由가 타인의 正當한 權利를 侵害하지 않고 합치되는 한도내에서 가능하다고 할 것이므로 他人의 權利를 侵害하는 行爲는 憲法이 보장하는 言論의 自由의 限界 밖이라고 할 수 있다. 이는 ‘자기의 自由와 權利는 他人의 權利가 시작되는 곳에서 멈춰야 한다’는 이른바 ‘自由와 權利의 內在的 限界’로서 이러한 言論自由의 內在的 限界의 원리는 各國에서 憲法規定上 또는 學說·判例를 통하여 認定되고 있다.

## (2) 액세스(access)權

액세스權(right of access to mass media)이라 함은 일반 國民이 자신의 思想이나 意見을 발표하기 위하여 言論媒體에 自由로 접근하여 그것을 이용할 수 있는 權利를 말한다<sup>274</sup>). 액세스權은 자신의 意思表現을 위해 報道媒體를 이용할 수 있는 權利를 말한다. 액세스權은 자신의 意思表現을 위해 報道媒體를 이용할 수 있는 報道媒體利用權과 자기와 관계가 있는 報道에 대한 反論 내지 해명의 기회를 要求할 수 있는 反論權 및 解明權이 있다<sup>275</sup>).

이 액세스權은 國民과 國家와의 관계에서 發生하는 權利가 아니고 국민이 第3者인 言論媒體에 대하여 가질 수 있는 權利의 問題이기 때문에, 이것은

---

273) 言論의 自由는 1649年 英國의 人民憲章(Agreement of the People)에서 처음으로 보장되고, 169年 英國의 검열법 폐지, 1776年 버지니아 權利章典 第12條, 1789年 프랑스 人權宣言 第11條, 1791年 美國聯邦憲法 증보 第1條 등에 의해서 명문으로 그 絶對性을 認定받기에 이르렀으며, 명확성의 원칙 등에 의해서 그 制限도 最小化되고 있다(全鍾彩, 前揭論文, 137面).

274) 權寧星, 前揭書, 472面.

275) 許營, 前揭書, 533面.

言論·出版의 자유의 客觀的 價値로서의 性格과 基本權의 第3者的 效力에서 그 憲法 理論的 根據를 찾을 수 있다<sup>276)</sup>.

우리 言論關係法은 反論報道請求權(定期刊行物の登錄등에관한法律 제16조 ; 放送法 제91조) 및 追後報道請求權(定期刊行物の登錄등에관한法律 제20조)의 형식으로 反論權 및 解明權에 관해서만 規定을 두고 있다<sup>277)</sup>. 그리고 反論報道請求 및 追後報道請求에 의한 분쟁을 중재하고 言論 侵害 事項을 심의케 하기 위해서 40人 이상 80人 이내로 構成되는 言論仲裁委員會를 두고 있다(定期刊行物の登錄등에관한法律 제17조 ; 放送法 제91조 제8항). 또 言論仲裁委員會의 仲裁를 거치지 아니하면 法院에 反論報道請求를 신청할 수 없게 하고 있다<sup>278)</sup>(定期刊行物の登錄등에관한法律 제19조 ; 放送法 제91조 제8항).

### (3) 法的 根據

#### 1) 憲 法

憲法은 제21조에서 言論·出版의 自由를 確認하고, 그에 대한 허가나 검열을 금지함으로써 이를 두텁게 보장하는 한편, 言論·出版은 他人의 名譽

276) 李丙勳, 「憲法〈理論과 事例〉」, 大明出版社, 2001, 295面.

277) 우리 憲法裁判所도 定期刊行物の 登錄 등에 관한 法の 改定(1995年 12月)前의 訂正報道請求權制度는 그 사전적 의미와는 달리 단순한 反論權 내지 解明權을 規定한 것이라는 입장을 취하고 있었다. 憲法裁判所가 定期刊行物の 登錄 등에 관한 法(제16조 제3항과 제19조 제3항)을 合憲이라고 決定한 理由도 그 때문이다(參照 : 憲法裁判所 1991.9.16, 89헌마165 決定 ; 憲法裁判所 1996.4.25, 95헌바25 決定). 定期刊行物の 登錄 등에 관한 法の 改定으로 이제 用語로 反論報道 請求權으로 정리되었다.

278) 選舉法에서는 放送 및 定期刊行物の 選舉報道에 관한 反論報道請求權을 따로 規定하고 있다(選舉法 제8조의 3 및 제8조의 4).

나 權利 또는 公衆道德이나 社會倫理를 侵害해서는 안되며, 그 같은 侵害가 있는 경우 被害者는 그 賠償을 請求할 수 있음을 規定하고 있는바, 그 賠償에는 金錢的 賠償은 물론 訂正報道나 反論報道의 請求 등과 같은 損害의 回復에 필요한 措置를 포함하는 것으로 이해된다.

## 2) 民法

民法 제750조는 “故意·過失로 인한 違法한 行爲로 他人에게 損害를 가한 者는 그 損害를 賠償할 責任이 있다고 不法行爲責任의 大원칙을 선언하고 있고, 民法 제751조는 他人의 自由 또는 名譽를 害하거나 기타 精神上 苦痛을 가한 경우에도 그 損害를 賠償하여야 한다”라고 注意的으로 規定하고 있다.

우리 民法上 不法行爲에 대한 損害의 賠償은 金錢으로써 함이 原則(民法 제763조·제394조)이나 民法 제764조는 名譽毀損에 대하여 法院은 金錢賠償에 갈음하거나 이와 병행하여 名譽回復에 適當한 處分을 命할 수 있다고 하여 특별한 損害賠償의 手段을 認定하고 있는 바, 이러한 名譽回復에 適當한 處分으로서 反論報道가 가능할 것임은 두말할 필요가 없다.

## 3) 定期刊行物の登錄등에관한法律

定期刊行物の登錄등에관한法律 제16조는 “定期刊行物에 公表된 事實的 主張에 의하여 被害를 입은 者는 그 公表가 이루어진 날로부터 日刊新聞 또는 통신의 경우에는 14日 이내에 그 밖의 定期刊行物の 경우에는 1월 이내에 서면으로 發行人이나 編輯人에게 訂正報道의 掲載를 請求할 수 있다”라고

規定하여 舊言論基本法에서의 訂正報道請求權을 수정없이 그대로 계수하고 있다<sup>279)</sup>.

同法 제19조는 “仲裁委員會의 중재를 거치지 아니하고는 法院에 反論報道請求의 訴를 제기할 수 없다. 反論報道請求의 訴는 제18조 제6항의 仲裁不成立 決定 또는 第7項의 異議申請이 있음을 안 날부터 14日이내에 제기하여야 한다. 被害者는 反論報道請求의 訴와 동시에 그 인용을 조건으로 民事執行法 제261조에 의한 申請을 併合하여 제기할 수 있다”라고 規定하고 있다. 發行人이나 編輯人이 被害者의 請求에 응하지 않는 경우 被害者는 言論仲裁委員會의 仲裁를 거쳐 法院에 그 被害救濟를 신청할 수 있도록 하고 있다.

#### 4) 放送法

放送法 제91조는 “放送에 公表된 事實的 主張에 의하여 被害를 받은 者는 그 事實報道가 있음을 안 날부터 1月 이내에 放送事業者에게 書面으로 反論報도를 請求할 수 있다”라고 規定하고 있다.

### 4. 反論報道請求權의 成立要件

定期刊行物の登錄등에관한法이나 放送法은 言論의 事實的 主張으로 인하여 피해를 받은 자, 즉 被害者가 反論權을 提起할 수 있도록 規定하고 있다<sup>280)</sup>.

---

279) 朴運姬, “反論權에 關한 比較憲法學的 考察”, 서울大學校 大學院 博士論文, 1995, 170面.

280) 朴宣映, “名譽毀損 手段으로서의 訂正報道請求權”, 저스티스 제31권 4호, 한국법학원, 1998. 12, 133面.

## (1) 主體

### 1) 自然人과 團體

反論權을 行使할 수 있는 主體는 言論報道로 인하여 ‘被害를 받은 者’로서 自然人과 法人은 물론이거니와 民事訴訟法上 當事者能力이 認定되는 權利能力 없는 단체나 조합, 재단 등을 비롯하여 설사 ‘民事訴訟法上 當事者能力이 없다고 하더라도 사회생활상 하나의 단위로서 활동하고 있는 社會的 個體’인 경우에도 反論權을 行使할 수 있다<sup>281)</sup>.

세계적으로 反論權의 주체로서의 當事者能力은 점차 확대되고 있는 추세인바, 社會生活에서 하나의 活動單位로 특정할 수 있는 人的 結社라든가 學校<sup>282)</sup>, 병원, 유치원 등 營造物도 이를 운영하는 法人과 별도로 同權利의 주체로서 認定된다. 民事訴訟法上 當事者能力이 없다고 하여 그들에게 言論의 自由가 박탈되는 것은 아니기 때문이다. 다만 여기서 問題가 되는 것은 ‘被害를 받은 者’ 가운데 公務員도 포함되느냐, 즉 공무원을 일반인과 똑같이 취급할 것인가 하는 것이다. 현행법은 이와 관련하여 “國家, 地方自治團體 또는 公共團體의 公開會議와 法院의 公開裁判節次에 관한 事實記事의 경우에는 제1항부터 제5항의 規定을 適用하지 아니한다”(定期刊行物の登錄등에 관한法律 제16조 제6항, 放送法 제41조 제7항), 「國家·地方自治團體·機關 또는 團體의 長은 당해 업무에 대하여 그 機關 또는 團體를 代表하여 反論報道를 請求할 수 있다(定期刊行物の登錄등에 관한法律 제16조 제7항, 放送法 제41조 제8항)”라고 規定하여, 國家·地方自治團體·機關 또는 團體의 公開會議와 公開裁判節次에 관한 事實記事에 대하여 反論報道請求權을

281) 서울 民事地方法院 1983.11.25. 宣告, 83카22003 判決.

282) 서울 地方法院 西部支院 1990.2.20. 宣告, 89카1188 判決.

배제하고 있을 뿐, 公務員에 관하여는 별도로 言及하고 있지 않다.

따라서 公務員도 業務와 관련된 公開會議나 公開裁判節次가 아닌 한 個人的으로 反論權을 行使할 수 있으며, 그것이 진실발견과 올바른 여론형성이 라고 하는 反論權의 목적에도 부합한다고 할 것이다.

美國의 경우 公務員 또는 公的 人物에 대하여는 言論의 報道內容이 다소 부정확하고 인신공격일 가능성이 있다 하더라도 言論社가 ‘現實的 惡意(actual malice)’를 가지고 있는 경우에 한하여 名譽毀損을 認定하지만, 反論權의 경우에는 被害者가 구체적인 被害를 어떻게 입었느냐 하는 것을 要求하지 아니하고 단지 言及만 되면 要件을 갖춘 것으로 보기 때문에 公務員의 경우라 하더라도 反論權의 行使와 ‘現實的 惡意(actual malice)’와는 아무런 관계가 없게 된다<sup>283)</sup>.

## 2) 被害를 받은 者

反論權의 主體로서 프랑스는 ‘記事에서 指名(nommée)되거나 指示(désignée)된 者’라고 하고 있고, 獨逸은 ‘言論報道에 관련(betroffen)된 者’고 規定하여 두 나라 모두 言論報道로 인한 ‘被害를 받은 者’만이 反論權을 行使할 수 있는 것으로 되어 있다.

그러나 判例<sup>284)</sup>는 被害를 받은 者의 의미를 “그 言論報道에서 指名되거나 그 報道內容과 개별적인 관련성이 있음이 認定되는 者”로 해석하고 있기 때문에 反論權을 行使하기 위해서는 어떤 被害를 어떻게 입었는지 그 被害의

283) 朴宣映, 前掲論文, 134面.

284) 大法院 1986.1.28. 宣告, 85다카1973 判決 ; 서울 民事地方法院 1995.2.13. 宣告, 94카기4983判決 ; 서울 民事地方法院 1992.11.26, 92카기77904 결정 ; 서울 民事地方法院 1992.11.26, 92카기1089 결정.

내용을 주장하고 立證할 필요없이 단지 報道된 記事內容과 개별적 關聯성이 있다는 것만 밝히면 된다.

여기서 ‘個別的 關聯性’이라 함은 言論報道와 被害者間의 특별한 關係를 일컫는바, 직접적인 關聯性 뿐만 아니라 간접적인 關聯性이 있는 경우에도 制限的으로 認定된다. 그러나 反論權이 처음 導入되었을 당시에는 언론계나 일반인, 심지어 法院의 재판과정에서도 同制度의 本質과 그 내용에 대한 認識 부족으로 判斷에 혼선을 빚어 被害의 概念을 ‘個別的 關聯性’으로 해석하지 아니하고, 문자 그대로 特定の 被害發生을 要求하기도 하였다<sup>285)</sup>.

## (2) 客 體(請求對象機關)

言論의 報道로 인하여 ‘被害를 받은 者’는 誘發記事를 掲載한 新聞 등 定期刊行物과 放送의 發行人이나 編輯人 또는 放送局이 長이나 編成責任者에게 同權利를 行使하여야 한다. 定期刊行物이라 함은 週期的으로 發行되는 것으로서, 동일한 題號로 年 2회이상 계속적으로 發行하는 新聞·雜誌·其他刊行物을 말한다(定期刊行物の登錄등에관한法律 제2조의 1). 따라서 週期에는 제한이 없으며, 그 週期가 制限的·限時的인 것도 정기간행물이 될 수 있다. 즉, 일정한 기간동안에만 발행되는 것이라 하더라도 週期性만 있으면 定期刊行物로 認定되며, 또 刊行物이 對外的인 것이 아니라 對內的인 것이라 하더라도 일단 公表된 後에는 그에 대한 訂正報道文의 請求가 가능하다.

그러나 官廳의 共知事項만을 다루는 定期刊行物이나 단순한 商品案内書 같은 것은 비록 정기적으로 발행된다 하더라도 訂正報道請求權의 대상이 되지 아니한다. 그것은 同刊行物을 편집하는 者의 의도가 掲載될 여지가 전혀

---

285) 서울 民事地方法院 1983.5.24, 83카7933 決定.

없이 그 발행 자체가 法으로 강제되어 있거나 또는 그 내용이 이미 확정되어 있는 것이어서 이른바 編輯의 自由가 없기 때문이다.

放送이란 政治·經濟·社會·文化·時事 등에 관한 報道·論評 및 여론과 교양·음악·오락·연예 등을 공중에게 전파함을 목적으로 放送局이 행하는 無線·有線通信의 送信을 말한다. 따라서 放送法에서 말하는 放送局에는 有線放送局은 包含되지 않는다.

### (3) 對 象(事實的 主張)

現行法上 反論權의 대상은 단지 '事實的 主張'에 국한된다. '事實的 主張'이 과연 무엇을 의미하는가에 관하여 判例는 명확한 해석을 하고 있지 아니한, 우리 나라의 學說은 대체로 立證 가능하고, 명확하며, 역사성이 있는 것으로서 外部的으로 認識 가능한 과정이나 상태를 포함하여 그 동기, 목적, 심리상태 등이 외부로 표출된 것을 事實的 主張으로 본다<sup>286)</sup>.

이는 意見이나 價値判斷에 대하여 까지도 反論權을 認定하는 프랑스나 비록 '事實主張(Tatsachenbehauptung)'이라는 用語를 사용하고 있지만 실제 그 적용에 있어서는 報道的 핵심(Kern der Behauptung)이 事實에 우위를 두고 있을 때에는 비록 그 안에 意見表明 등 價値判斷이 상당부분 들어 있다고 하더라도 反論權을 認定하고 있는 獨逸에 비하여 그 범위를 좁게 認定하고 있는 셈이다.

그래도 신문 지면상 '사실이나 칼럼 등 고정적인 欄은 그 자체로 보아 意見이나 論評에 해당하는 記事임을 쉽게 알 수 있고, 이들을 제외한 대부분의 記事는 事實報道를 그 내용으로 하고 있다'<sup>287)</sup>라고 할 수도 있으나, 事

286) 朴運姬, 前揭論文, 184面.

實에 根據하지 아니한 論評이나 意見表明이 있을 수 없고, 근래 報道의 추세가 事實記事와 論評의 二分法에서 事實主張과 意見, 論評 등이 혼재하는 형식으로 점차 바뀌고 있는 추세이고 보면, 報道內容 중에 事實과 意見表明의 한계가 모호해지기 쉽다.

이처럼 事實的 主張과 論評이나 意見의 差異가 점차로 모호해지고 있음에도 불구하고 反論權의 대상을 '事實的 主張'에 국한하는 趣旨은 '일방적인 報道로 인하여 讀者에게 생길지도 모르는 편견의 危險性은 事實報道的 경우에 가장 크게 問題로 되고, 價値判斷의 問題는 각 독자 스스로의 判斷에 맡기는 것이 합리적이라는 생각' 때문이라고 한다<sup>288)</sup>.

그러나 우리의 지나온 역사를 되돌아 보건대, 言論이 국민을 호도하고 일방적인 사고를 강요한 것은 '事實的 報道'에 의해서가 아니라 논평과 사설, 기획기사 등 이른바 價値判斷을 통해서였음을 부인하기 어렵다. 따라서 反論權이 올바른 여론형성과 개인의 法益保護, 國民의 알 權利 등에 충실하게 기여하기 위해서는 그 대상을 단순히 事實的 主張에 국한하지 아니하고 價値判斷을 포함한 모든 言論報道에 대하여 제기할 수 있도록 하여야 한다<sup>289)</sup>.

#### (4) 報道的 虛偽性 與否

反論權은 言論報道的 眞實性 여부와는 관계가 없다. 즉, 言論이 報道한 내용이 眞實이나 허위냐를 따지지 아니하고 言論報道的 事實的 主張에 의하

---

287) 朴容相, “判例를 통해 본 訂正報道請求權의 實際”, 言論仲裁 통권38호, 言論仲裁委員會, 1991 봄호, 22面.

288) 梁三承, 前揭論文, 500-501面.

289) 朴宣映, 前揭論文, 135面.

여 被害를 입은 者의 反論을 掲載하여 주는 制度가 바로 反論權이다.

이는 1995年 12月 30日의 法 改定 이전에 訂正報道請求權이라는 用語로 本制度가 존재할 때부터도 認定되어 온 것으로, 憲法裁判所도 “訂正報道請求權은 그 表現의 형식에도 불구하고 그 내용을 보면 言論機關의 事實的 報道에 의한 被害者가 그 報道內容에 대한 反駁의 內容을 掲載하여 줄 것을 請求 할 수 있는 權利이다. 따라서 그 報道內容의 眞否를 따지거나 虛僞報道的 訂正을 청구하기 위한 것이 아니다”<sup>290)</sup>라고 하여 이 점을 분명히 하고 있다.

이처럼 言論報道的 眞實性 여부는 反論權을 行使함에 있어서 전혀 고려하여야 할 要件이 아님에도 불구하고, 오히려 誤報, 왜곡보도, 과장보도 등 이른바 부정확한 報道를 理由로 한 反論權의 行使가 絶對多數를 차지하고 있는 것이 현실이고, 法院도 종종 言論報道的 眞實性 여부를 判斷하는 遇를 범해오고 있으며, 앞에서 본 바와 같이 이 事件에서도 反論權이 아닌 名譽回復에 適當한 處分으로서 제기된 訂正報道請求를 第1審 法院은 反論報道請求로 오인하여 慰藉料와 별도로 분리하여 재판하는 잘못 속에서도 反論權의 要件과는 거리가 먼 報道內容의 眞實性 與否를 심리하는 또 다른 遇를 범하였다<sup>291)</sup>.

## 5. 反論報道請求權의 內容

定期刊行物の登錄등에관한法律 제16조 제4항은 反論報道的 內容에 관련하여 “反論報道는 事實的 陳述과 이를 명백히 전달하는데 필요한 설명에 국한

290) 憲法裁判所 1996. 4. 25, 96헌바25 결정.

291) 朴宣映, 前揭論文, 136面.

되고 違法한 내용을 포함할 수 없다”라고 規定하고 있다.

그 밖에 중요한 점으로는 ① 反論報道文에는 먼저 이의하는 原文記事가 特定될 수 있도록 표시하여야 하며, ② 反論報道文은 事實적 陳述에만 국한되어야 하고, ③ 反論報道文이 他人의 名譽를 毀損한다든가 刑事上 處罰을 받을 내용을 포함할 수는 없다. 그리고 反論報道의 內容은 독자 투고의 方法으로 掲載할 수 없다(定期刊行物の登錄등에관한法律 제16조 제5항).

## 6. 追後報道請求權

追後報道請求權(Anspruch auf nachträgliche Mitteilung)이라 함은 定期刊行物·放送 등의 言論媒體에 의해서 犯罪行爲가 있다거나 또는 刑事上 處分을 받았다고 報道된 사람이 자신에 대한 刑事節次가 不起訴 處分이나 無罪判決 등 有罪判決이외의 形態로 終決되어 嫌疑가 없는 것으로 밝혀졌을 경우에 해당 言論媒體에 대하여 자신의 無告함을 報道하도록 請求할 수 있는 權利를 말한다<sup>292)</sup>. 이에 대해서는 定期刊行物の登錄등에관한法律 제20조에서 이를 規定하고 있다.

이와 같은 規定은 刑事被疑者의 犯罪에 관한 報道에 대하여 言論基本法이 認定하였던 反對陳述權을 現行法이 보다 구체적으로 상세히 現實化한 것이다. 言論基本法에서는 刑事被疑事實의 公表가 事實일 경우, 다시 말하여 本人이 搜查上 容의선상에 올랐거나 犯罪嫌疑를 받았을 경우 또는 그로 인하여 處分을 받았을 경우에는 同請求權을 行使할 수 없었다. 또 無罪判決 후 同權利를 行使하려고 할 경우에는 기간초과로 인하여 현실적으로 不可能

---

292) 李石淵, “判決公示制度和 追後報道請求權”, 言論仲裁 통권 42호, 言論仲裁委員會, 1992 봄호, 23面.

하였다. 그러나 現行法에서는 有罪判決이외의 形態로 終結된 날로부터 1月 이내라고 規定하여 그 要件과 기간을 달리 정함으로써 刑事被疑者의 權利를 보다 넓게 보호하고 있다.

言論이 犯罪事件의 內容과 經緯 등을 신속하게 取材·報道하는 것은 言論의 기본적인 임무인 동시에 국민의 알 權利에 봉사하는 義務事項이라고까지 할 수 있지만, 누구나 適法節次에 의한 搜查와 裁判을 통하여 有罪가 확정되기 전까지는 無罪의 推定을 받는 것이므로, 자신에 관한 犯罪關聯報道가 公表된 뒤 有罪判決이외의 形態로 종결된 때에는 그 公表를 바로잡을 權利를 마땅히 누려야 하는 것이다. 더욱이 言論의 善定主義가 심화된 현대적 상황에서는 言論의 事件 報道態度가 날로 무분별해져 報道를 통하여 개인의 私生活을 侵害하는 것은 물론, 嫌疑事實의 公表로 인하여 자신과 가족의 파멸까지도 초래할 정도여서 비록 檢察의 調査나 法院의 재판결과 그 嫌疑事實을 벗는다 하더라도, 일단 言論을 통하여 嫌疑事實이 公表된 이상 社會적으로 名譽를 回復하기란 거의 不可能한 것이 現實이며, 言論 또한 이러한 상황을 애써 외면하여 온 것도 부인할 수 없는 事實이다.

이와 같은 부당한 현실을 극복하기 위하여 追後報道請求制度가 導入되었는바, 그 동안 同請求權은 言論仲裁委員會의 仲裁節次를 통하여 거의 합의가 成立하는 등, 訂正報道請求權과는 달리 그 효과가 만족스러운 편이다. 그것은 원인과 결과가 뚜렷이 구별되고 認識되어 言論社가 비교적 쉽게 수긍하기 때문으로 풀이된다.

追後報道請求權은 오스트리아 謀體法の의 追後報道請求權을 모방한 것으로서, 현재 전세계적으로 우리 나라와 오스트리아 두 나라만이 同制度를 명문으로 規定하고 있다<sup>293)</sup>.

293) 朴容相, “세 定期刊行物法上の 訂正·追後報道 請求權과 言論仲裁制度(上)”, 大韓辯護

## 第6節 小 結

名譽毀損의 民事法的 救濟方法으로는 民法 제764조의 規定에서 “他人의 名譽를 毀損한 者에 대하여는 法院은 被害者의 請求에 의하여 損害賠償에 갈음하거나 損害賠償과 함께 名譽回復에 대한 適當한 處分을 命할 수 있다” 라고 規定하고 있다. 따라서 名譽毀損을 原因으로 하는 不法行爲에서 가장 기본적인 方法으로 損害賠償請求權, 原狀回復請求權이 있고, 名譽回復을 위한 適當한 처분으로 禁止請求權과 反論報道請求權을 들 수 있다.

먼저 損害賠償請求權은 金錢배상주의와 원상회복주의가 있다. 우리 나라의 민법은 金錢배상주의를 취하고 있다. 金錢賠償은 재산적 손해 뿐만 아니라 정신적 손해의 경우에도 적용이 되고 있다. 따라서 侵害의 정도에 따라서 被害者가 입은 고통이나 충격을 金錢으로 배상해 주는 慰籍料請求權이 적용된다. 하지만 名譽毀損에 대한 침해정도를 損害額으로 산정한다는 것이 객관화되는 것은 어려운 일이다. 위자료 산정시 被害者가 입은 고통, 피해자의 재산상태, 피해자의 생활상태, 피해자의 직업과 사회적 지위, 피해자의 연령 등을 고려하여 適當한 배상을 받아야 한다. 慰籍料 算定에 대한 基準을 명확하게 입법화 하는 것이 필요하다.

두 번째로 原狀回復請求權은 名譽를 毀損 당한 被害者에게 金錢賠償만으로는 충분한 보상이 될 수 없기 때문에 名譽를 회복하는 데 효과적인 方法으로 규정하고 있는 制度이다. 이 制度는 謝罪廣告가 많이 이용되었지만, 憲法裁判所에서 違憲判決을 받았다. 따라서 取消廣告나 判決文 또는 判決要旨의 掲載 등의 方法을 활용해야 할 것이다. 이러한 方法 등으로 名譽毀損을 당한 被害者의 名譽를 回復할 수 있다.

---

士協會誌, 大韓辯護士協會, 1988. 3, 50面.

세 번째로 禁止請求權은 名譽毀損을 법적으로 事前에 抑制하기 위한 방법으로서 妨害豫防請求權과 妨害排除請求權이 있다. 民事上 救濟手段으로서 우리 民法이 규정한 制度는 金錢賠償과 名譽回復處分에 지나지 않는다. 하지만 위 制度는 事後的인 方法으로서 被害者를 事前에 보호할 수 없고, 名譽를 侵害 당한 부분에 대해서 그 名譽를 다시 회복한다는 것은 한계가 있다. 따라서 被害者가 名譽를 毀損 당하기 이전에 豫防하거나 排除할 수 있는 事前的 救濟制度가 필요하다.

네 번째로 反論報道請求權은 定期刊行物이나 放送 등에서 공표된 사실적 주장에 의하여 被害를 입은 者가 정기간행물의 發行者와 放送局에 대하여 被害者의 반론을 보도해 줄 것을 청구하는 權利이다. 현대사회는 放送媒體가 발달함에 따라 이로 인해 名譽를 毀損 당하는 被害者는 증가하고 있다. 하지만 이러한 被害者의 경우 訴訟으로만 문제를 해결하는 것은 많은 어려움이 있을 것이다. 따라서 言論仲裁委員會를 통한 해결방법을 제시하는 것도 필요하다. 올바른 言論報道를 성장시키고, 잘못된 言論報道로 인해 被害를 입은 者에게 反論報道를 할 수 있는 制裁的 制度가 필요하다.

지금까지 名譽毀損에 대한 民事法的 救濟手段을 살펴보았다. 각각의 방법마다 뚜렷한 기준이 제시되어 있지 않고, 民法 제764조의 '적당한 처분'이라는 규정을 근거삼아 被害者를 구제할 뿐이다. 法院에서 名譽毀損의 정도를 갈음할 수 있는 입법적인 기준이 필요하다고 생각한다. 또한 事後에 金錢賠償이나 原狀回復의 制度로 被害者를 救濟하는 것도 필요하지만, 무엇보다도 事前에 名譽毀損을 抑制할 수 있는 方案을 提示하는 것이 필요하다. 名譽毀損으로서 被害를 입은 者가 適當한 處分을 받을 수 있도록 입법적인 기준이 필요하다고 생각한다.

## 第4章 結 論

우리 나라는 현대사회가 發展해 갈수록 우리의 생활 환경은 놀랄 정도로 아주 큰 변화를 보이고 있다. 특히 정보화 사회로 발전해 가면서 언론·출판을 통한 報道와 정보의 量은 날로 풍부해져 가고 있다. 그러나 社會가 발전하면서 사람들의 생활은 점점더 편리해지고 있지만, 그로 인한 個人의 名譽와 프라이버시의 侵害가 法的으로 問題가 되는 경우가 매년 증가하고 있는 추세이다. 따라서 이러한 人格的 保護는 현대 사회에서 중요한 法的 問題를 제기하는 하나의 과제로 떠오르고 있다.

名譽毀損은 名譽라고 하는 保護法益에 대한 侵害를 말한다. 不法行爲法的 保護法益인 名譽는 사람의 人格的 價値에 대해 社會에서 부여하는 評價, 즉 外部的 評價를 가리킨다. 자기가 스스로 일정한 평가를 받고자 하는 名譽感情이나, 사람으로서 당연히 갖는 內在的 價値인 人間的 尊嚴性은 여기의 名譽에 해당하지 않는다.

또한 名譽毀損의 主體에 관하여는 自然人·法人·權利能力 없는 團體의 名譽權을 인정함에는 學說·判例上 理論이 없다. 하지만 死者의 名譽保護에 있어서는 死者의 名譽權이 사후에도 인정될 수 있음을 밝혔다. 최근에 이르러 우리 社會에 있어서도 死者에 대한 名譽毀損 事例가 등장되고 있으며, 앞으로 증가될 可能性이 매우 높다. 따라서 死者의 名譽權을 정면으로부터 承認하는 方法이 확립되어야 할 것이다.

名譽毀損에 있어서 眞實證明에 관한 規定은 특히 個人의 人格權과 表現의 自由 사이에서 충돌을 조정하고자 마련된 法的인 장치이다. 다만 그 要件으

로서 '公共의 利益을 도모할 目的' 과 '公益性' 을 종합적으로 判斷할 때 타당한 結果를 얻을 수 있을 것이다. 또 名譽毀損에 있어서 免責事由로서 眞實의 證明이 중요한 問題이며, 誤信에 대한 相當한 理由의 存否 問題가 핵심이 된다고 할 수 있다. 言論報道의 迅速性 때문에 비록 일부 事實의 誤認이 있다 할지라도, 眞實性 확인에 注意義務를 다한다면 不法行爲의 責任을 免한다는 것이 通說이다. 그러나 迅速性を 理由로 정확성을 소홀히 한다면 人格侵害를 범할 수 밖에 없으므로 신중을 기하는 자세가 필요하다.

한편 名譽毀損에 의한 損害는 형체화되어 드러나지 않는 無形性を 갖기 때문에 실제로 被害者(原告)가 加害者(被告)에게 어떤 行爲로 말리암아 자신의 외부적 평판이 손상 또는 저하되었음을 증명하는 것은 거의 不可能하며, 그에 대해 法官의 客觀的이고 公정한 判결을 내리는 것도 곤란하다. 즉 名譽毀損을 原因으로 하는 不法行爲訴訟에 있어서는 被害者가 損害의 發生 및 加害行爲와 損害 사이의 因果關係를 입증하는 것이 거의 不可能하다. 그러므로 名譽毀損에 있어서는 일정한 行爲가 加害行爲가 된다고 판단되면 그 加害行爲로 인하여 損害가 발생하고, 즉 名譽가 毀損되었음이 추정되어야 한다.

名譽에 대한 侵害에 대하여 救濟할 수 있는 方法은 民事法的인 救濟와 刑事法的인 救濟가 있다. 그러나 刑事上으로 問題를 해결하려고 할 때, 報道機關이나 出版社 自體가 處罰받을 수 있는가가 問題가 되고, 이런 理由로 名譽毀損行爲의 再發防止 效果가 있을지도 의문이 된다. 따라서 名譽毀損에 대한 民事法的 救濟로서 金錢賠償이나 名譽回復과 같은 대처가 더욱 올바를 것이라 생각이 된다.

民事上의 救濟方法으로서의 損害賠償請求權과 原狀回復請求權, 禁止請求權 그리고 反論報道請求權 등이 있다.

우선 民法 제750조에 의하여 不法行爲를 구성하고, 그 효과로서 損害賠償請求權이 발생한다. 損害賠償請求에 있어서는 慰籍料額이 중요한 문제가 되고 있다. 외국의 경우와 비교하여 볼 때, 우리 法院이 인정하고 있는 慰籍料는 비록 최근에 增加가 되고는 있지만, 그 額이 지나치게 낮아 被害救濟方法으로서는 限界가 있다. 따라서 慰籍料의 고액화가 절실히 요청된다.

原狀回復措置로서는 종래 學說·判例에 의하여 謝罪廣告가 승인되어 왔는데, 憲法裁判所에 의하여 違憲決定이 내려졌다. 謝罪廣告에 대한 違憲決定은 우리 나라에 있어서 분쟁해결방법으로서 謝罪가 가지는 法社會學的 기능과 현실에 있어서 증가되는 名譽毀損의 사례와 그에 따른 保護의 필요성 등에 관한 성찰없이 이루어진 것으로 현실적 타당성이 의문시된다. 물론 謝罪廣告가 인정된다고 하더라도 신중한 배려가 필요함은 당연하다. 그런데 損害賠償과 名譽回復處分은 어디까지나 사후적인 救濟로서 한번 侵害되면 용이하게 회복되기 어려운 名譽毀損에 있어서는 일정한 한계가 있다.

따라서 事前的인 禁止請求權의 승인이 필요하다. 判例도 그 가능성을 시사한 바 있다. 다만 禁止請求를 인정하게 되는 경우 表現의 自由와 충돌하게 되므로 人格權으로서 名譽의 保護와 表現의 自由의 적절한 조화를 기할 수 있도록 신중을 기하여야 한다. 물론 이 경우에 있어서도 民法 고유의 차원에서 살펴보아야 할 것이다. 생각건대 名譽毀損의 蓋然性이 높고, 侵害行爲가 이루어지면 損害가 극도로 크고 사후에 그것을 회복하는 것이 不可能 내지 현저히 곤란한 때에는 損害의 발생을 방지하는데 필요한 範圍에서 禁止를 인정할 수 있을 것이다.

反論報道請求權에서는 訂正報道와의 혼돈문제가 있었으나 법적 명칭의 변경으로 상당부분 해소되었으며, 言論報道로 被害를 입었다는 사실만으로 反論報道를 할 수 있다는 점에서 권력이나 거대한 사회세력들의 濫用의 問題

가 발생하고 있는데 規制를 위한 基準이 필요하리라 본다. 言論報道에 의한 名譽毀損의 주장은 增加・擴大될 것으로 보이며, 이를 통해 人格權과 언론의 자유와의 조화를 위한 모색이 계속되어 나갈 것으로 보이지만 法院 등은 判決을 통하여 言論의 責任을 강조해 나갈 것으로 보이며, 言論은 스스로 人權에 대한 認識을 새로이 하여 言論의 自律的 規制와 言論 스스로의 事實의 正確성과 공정을 잃지 않도록 하여야 할 것이다. 반면 被害者는 訴訟으로는 문제점 해결에 어려움이 많으므로 言論仲裁制度를 통한 활성화가 필요하리라 본다. 名譽權의 保護는 言論의 自由와 衝突하는 價値概念이며, 言論의 自由도 중요하지만 그 이름하에 名譽權에 대한 侵害를 무한정 인정해서는 안 된다고 생각한다. 현대 사회에서 각자가 인간다운 삶을 영위하기 위해서 個人의 名譽를 保護하는 것이 반드시 필요하기 때문이다.

이상으로 名譽毀損에 대한 民事法的 救濟手段에 대해서 살펴보았다. 인간에게 있어 尊嚴性和 같은 名譽가 毀損되는 것은 치명적인 손해가 아닐 수 없다. 재산적인 손해에 대해서 金錢的으로 賠償을 받는다고 하여, 侵害의 정도가 감소하리라고 생각하지 않는다. 名譽가 毀損되기 이전에 抑制할 수 있는 制度和 名譽毀損의 侵害에 대해 충분히 回復할 수 있는 制度들이 더욱 명확하게 정립되어야 한다고 생각한다. 앞으로 우리 나라의 실례에 관한 쟁점을 파악하여 名譽毀損에 의해서 侵害되는 範圍를 최소화 할 수 있도록 구체적인 民事法的인 立法規定을 확립하여야 할 것이다.

## 參考文獻

### \* 國內文獻

#### (1) 單行本

- 郭潤直, 「債權各論(第6版 民法講義IV)」, 博英社, 2003
- 權寧星, 「憲法學原論(補訂版)」, 法文社, 2003
- 金基善, 「韓國債權法各論」, 法文社, 1982
- 金相容, 「不法行爲」, 法文社, 1997
- \_\_\_\_\_, 「債權各論(改訂版)」, 法文社, 2003
- 金日秀·徐輔鶴, 「刑法各論(第5版)」, 博英社, 2003
- 金疇洙, 「債權各論(第2版)」, 三英社, 1997
- 金曾漢, 「學說·判例 註釋民法(下)」, 韓國司法行政學會, 1972
- 金曾漢 外編, 「註釋 債權各則(IV)」, 韓國司法行政學會, 1987
- 金曾漢·安二濬 共著, 「新債權各論(下)」, 博英社, 1970
- 金洪奎, 「民事訴訟法(第6版)」, 三英社, 2003
- 朴世逸, 「法經濟學」, 博英社, 1995
- 朴容相, 「言論과 個人法益」, 조선일보사, 1997
- 裴鍾大, 「刑法各論(第5版)」, 弘文社, 2003
- 劉基天, 「改稿 刑法學(各論講義上)」, 一潮閣, 1982
- 柳一相, 「言論倫理法制論」, 아침, 1991
- 李丙勳, 「憲法〈理論과 事例〉」, 大明出版社, 2001
- 李時潤, 「新民事訴訟法」, 博英社, 2002
- 李銀榮, 「債權各論(第4版)」, 博英社, 2004

- 李在祥, 「刑法各論(第4版)」, 博英社, 2004
- 李會昌 外 編, 「註釋 刑法各則(II)」, 韓國司法行政學會, 1994
- 任 雄, 「刑法各論(改訂版)」, 法文社, 2003
- 林正平, 「債權各論」, 法志社, 1995
- 鄭盛根, 「刑法各論」, 法志社, 1993
- 陳癸鎬, 「刑法各論(第5版)」, 大旺社, 2003
- 韓炳九, 「言論法制通論」, 나남출판사, 1987
- 許 營, 「韓國憲法論」, 博英社, 2003

## (2) 論 文

- 權五乘, “名譽의 意義와 名譽毀損의 모습”, 言論仲裁 제3권 제3호 통권8호, 言論仲裁委員會, 1983年 가을호
- 權龍雨, “名譽毀損과 不法行爲責任”, 法學論叢 第14輯, 檀國大學校 法政大學, 1987年 3月
- 金光三, “言論에 의한 名譽毀損과 프라이버시侵害에 관한 民事責任”, 全北大學校 大學院 博士論文, 1998
- 金箕斗, “名譽毀損과 侮辱”, 法政 第211號, 法政社, 1968年 1月
- 金東喆, “言論의 民·刑事上 책임귀속”, 言論仲裁 제3권 제1호 통권6호, 言論仲裁委員會, 1983年 봄호
- 金東勳, “不法行爲의 效果”, 司法行政 通卷 358號, 韓國司法行政學會, 1990年 10月
- 金相容, “人格權 侵害에 대한 私法的 救濟方法의 比較考察”, 司法行政 通卷 322號, 韓國司法行政學會, 1987年 10月

- \_\_\_\_\_, “人格權 侵害에 대한 私法的 救濟方法의 比較考察(Ⅱ)”, 司法行政 通卷 324號, 韓國司法行政學會, 1987年 12月
- 金聖男, “言論被害와 救濟”, 言論仲裁 제8권 제3호 통권28호, 言論仲裁委員會, 1988年 가을호
- 金日秀, “名譽毀損罪를 어떻게 理解할 것인가?”, 安岩法學 제1호, 安岩法學會, 1993年 9月
- 朴宣映, “名譽毀損 手段으로서의 訂正報道請求權”, 저스티스 제31권 4호, 한국 법학원, 1998年 12月
- 朴容相, “새 定期刊行物法上的 訂正·追後報道 請求權과 言論仲裁制度(上)”, 大韓辯護士協會誌, 대한변호사협회, 1988年 3月
- \_\_\_\_\_, “判例를 통해 본 訂正報道請求權의 實際”, 言論仲裁 제11권 제1호 통권 38호, 言論仲裁委員會, 1991年 봄호
- \_\_\_\_\_, “韓國에 있어서의 言論仲裁”, 言論仲裁 創刊號, 言論仲裁委員會, 1981年 가을호
- 朴運姬, “反論權에 關한 比較憲法學的 考察”, 서울大學校 大學院 博士論文, 1995
- 邊星守, “名譽毀損罪 適用의 實際와 問題點”, 高麗大學校 大學院 碩士論文, 1996
- 成樂寅, “名譽毀損에 대한 謝罪廣告制度和 憲法裁判所의 決定”, 言論仲裁 통권 42호, 言論仲裁委員會, 1992年 봄호
- 安元模, “言論媒體에 의한 名譽毀損과 民事上的 救濟手段에 關한 考察”, 延世大 學校 大學院 碩士論文, 1995
- 梁 建, “反論權行使의 實際”, 言論仲裁 제3권 제2호 통권4호, 言論仲裁委員會, 1982年 여름호
- 梁三承, “訂正報道請求權”, 言論仲裁 제2권 제4호 통권5호, 言論仲裁委員會, 1982年 겨울호

- 유일상, “名譽毀損 訴訟의 合憲性 判斷에 관한 事例研究 - 美國의 判例를 중심으로”, 신문과 방송 통권 234號, 1990年 6月
- 李根植, “慰藉料算定에 있어 고려되어야 할 諸般事情”, 考試界 第32卷 第10號, 國家考試學會, 1987年 10月
- 李命甲, “制裁의 慰藉料의 立證( I )”, 司法行政 통권 315호, 韓國司法行政學會, 1981年 3月
- 李相京, “言論報道에 의한 名譽毀損訴訟의 慰藉料 算定에 관한 研究”, 言論仲裁 제12권 제1호 통권42호, 言論仲裁委員會, 1992年 봄호
- 李石淵, “判決公示制度和 追後報道請求權”, 言論仲裁 제12권 제1호 통권42호, 言論仲裁委員會, 1992年 봄호
- 이승우, “사죄광고제도에 대한 헌법결정의 평석”, 인권과 정의 통권 181호, 大韓辯護士協會, 1991年
- 李榮蘭, “名譽毀損罪에 있어서의 名譽의 概念”, 考試研究, 考試研究社, 1990年 7月
- 李銀榮, “名譽毀損責任에서 言論報道的 眞實性和 公共性”, 「民事判例研ⅩⅡ」, 博英社, 1990年
- 이재석, “언론과오와 인격권의 침해”, 比較私法 통권 9호, 韓國比較私法學會, 1998年 12月
- 全鍾彩, “名譽毀損에 대한 私法的 救濟”, 木浦大學校 大學院 碩士論文, 1999
- 池弘源, “人格權과 侵害”, 司法論集 第10輯, 法院行政處, 1979年 12月
- 차형근, “민법 제764조의 違憲與否에 관한 憲法訴願”, 判例研究 제5집, 1992年
- 천현수, “名譽毀損의 私法的 救濟에 관한 研究”, 전주대학교 대학원 석사논문, 2001
- 崔文基, “名譽毀損의 民事責任에 관한 小考”, 成均館法學 제11권 1호, 성균관대 비교법연구소, 1999年 12月
- \_\_\_\_\_, “債務不履行에 있어서 慰藉料請求權에 관한 一考察”, 比較私法 通卷 第

10號, 韓國比較私法學會, 1996年 6月

彭元順, “反論權制度의 歷史的 展開”, 言論仲裁 제3권 제2호 통권4호, 言論仲裁委員會, 1982年 여름호

韓炳九, “世界各國 의 反論權法制 現況”, 言論仲裁 제3권 제2호 통권4호, 言論仲裁委員會, 1982年 여름호

韓琿熙, “慰藉料請求權의 諸問題”, 「民事法과 環境法の 諸問題(松軒安二濬博士 華甲紀念論文集)」, 博英社, 1986年 5月

韓涓洙, “名譽의 毀損과 民事上의 諸問題”, 司法論集 第24輯, 法院行政處, 1993年 12月

\_\_\_\_\_, “言論報道로 인한 名譽毀損”, 人權과 正義 통권 228호, 大韓辯護士協會, 1995年

洪春義, “名譽毀損과 民事責任”, 法學研究 제19집, 全北大學校 附設 法學研究所, 1992年

황승흠, “청소년대상 성범죄자 신상공개 제도에 관한 연구”, 국무총리 청소년보호위원회, 2001年

## 外國文獻

- 加藤一郎・五十嵐清, 「註釋民法.19 : 債權(10) 不法行爲」, 有斐閣, 1967
- 幾代通, “名譽毀損の場合の原状回復”. 「註釋民法(19)」, 有斐閣, 1971
- 山川洋一郎, “公正な論評”, 「現代損害賠償法講座2」, 日本評論社, 1972
- 三島宗彦 著, 「人格權の保護」, 有斐閣, 1982
- 星野英一, “日本民法典で与えたフランス民法の影響”, 「民法論集」 第一卷,  
有斐閣, 1970
- 植林弘, 「慰藉料算定論」, 有斐閣, 1982
- 五十嵐清, 「人格權論」, 一粒社, 1989
- 伊藤正己, 「言論出版の自由」, 有斐閣, 1972
- 竹田稔, “人格權侵害と差支請求”, 「現代損害賠償法講座2」, 日本評論社, 1972
- 静岡縣弁護士會 編, 「情報化時代の名譽毀損・プライバシー-侵害をめぐる法律實務」  
ぎょうせい株式會社, 2000
- 齊蘇博, “非財産的損害の金錢賠償と獨逸民法典(BGB)”, 民商法雜誌 64卷 6號  
1971. 9
- American Law Institute, Restatement of the Law Second Torts 2d vol.3  
sec.504-707A, (St. paul, Minn : American Law Institute Publishers), 1977
- George E. Stevens, “Criminal Libel After Garrison”, Journalism Quarterly,  
1991, Vol.68, No.3
- Harro Otto, “Die einzelnen Delikte”, Grundkurs Strafrecht, MAX SCHMIDT  
ROMHILD, 5. Aufl. 1988

Paul Bockelmann, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2.Aufl. 1982.

\_\_\_\_\_, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 1.Aufl. 1977.

Smolla, Rodney A, " Law of Defamation", communications and the law , (New York : Clark Boardman Co. ), 1990

# ZUSAMMENFASSUNG

Eine Studie zur zivilrechtlichen Abhilfe  
über die Ehrverletzung

Jin-Yeong, Lee

Jura, Magisterarbeit

Sungshin Frau Universität

Seoul, Korea

(Doktorvater Chang-Ryeol, Choi)

Die Ehre ist eine soziale Bewertung über den gesellschaftlichen, ethischen persönlichen Wert. Nicht nur die Ehre der natürlichen Person sondern auch der juristischen, in machen Fällen sogar die das Toten geschützt werden. Ein Akt, der die soziale Wertung eines Menschen wiederrechtlich verletzt, erzeugt zivilrechtlich eine unerlaubte Handlung (§ 750 koreanische bürgerliches Gesetzbuch).

Der Begriff der Ehre besteht aus drei Teilen. Das ist innere Ehre, äußere Ehre oder Ehrgefühl. Die Definition der Ehrverletzung ist Eingriff gegen Rechtsschutz als Ehre.

In §10 koreanisches Verfassungsrecht sind alle Staatsbürger als

Menschen die Menschenwürde und das Glückseligkeitsrecht anzuerkennen. In §17 sind alle Staatsbürger als Begründungsvorschrift des Persönlichkeitsrechts den Schutz des Privatlebens und der Freiheit geschrieben. Aber das bürgerliche Recht wird das persönlichkeitsrecht nicht positiv, sondern negativ geschrieben.

In §750 koreanische bürgerliches Gesetzbuch(KBGB) ist ein Generalklausel und §751 KBGB ist ein besonderer Vorschrift im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitentziehung. In diese Fälle hat der Ersatzpflichtige dem Dritten Ersatz zu leisten.

Bei der zivilrechtlichen abhilfe gegen der Ehrverletzung gehört zu dem Schadensersatzanspruch, Wiederherstellungsanspruch, Verbotanspruch und Gegendarstellungsanspruch.

Erstens, bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts handelt es sich um die unerlaubte Handlung im Sinne von § 750 KBGB. Dies nimmt als Rechtsfolge in Schadensanspruch. Jedoch ist es ganz ungewöhnlich, den aus der Verletzung des Persönlichkeitsrechts entstehenden Schaden zu rechnen und zu beweisen. Hierfür ist das Schmerzensgeld von größerer Bedeutung.

Zweitens, Im Falle der Verletzung des Persönlichkeitsrechts kann der Verletzte in der Regel wegen des Schadens eine Entschädigung in Geld

verlangen. Außerdem kann der Verletzte nach sowohl ein Schadensersatz als auch eine Wiederherstellung im Sinne der angemessene Verfügung gegen der Ehrverletzung ins Anspruch nehmen.

Drittens, bei der im voraus stehende Abhilfe handelt es sich um den Verbotsanspruch. Dazu gehört den Beseitigungsanspruch und Abwehranspruch. Im KBGB gibt es nicht den Verbotsanspruch. Aber der Verbotsanspruch soll deshalb zum Ausdruck bringen, weil es bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht auf den schutz, sondern auf den Abwehr kommt.

Viertens, Gegendarstellungsanspruch verlangt, wenn man beschädigt Sahaden nach Pressfreiheit werden.