

名譽毀損罪의 法理에 관한 小考

金 秀 吉*

< 目 次 >

- I. 序 說
 - 1. 意義
 - 2. 名譽毀損罪의 體系와 特色
 - II. 沿革 및 立法例
 - III. 保護法益
 - 1. 名譽의 概念
 - 2. 名譽의 主體
 - IV. 名譽毀損罪의 構成要件
 - 1. 公然性
 - 2. 事實의 摘示
 - 3. 名譽毀損
 - 4. 故意
 - V. 違法性阻却事由
 - 1. 一般的 違法性阻却事由
 - 2. 刑法 第310條에 의한 違法性阻却事由
 - 3. 人的 處罰阻却事由
 - VI. 餘論
-

I. 序 說

1. 意 義

名譽毀損罪는 公然히 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損하는 것을 내용으로 하는 犯罪이다. 사람은 社會的인 存在이며 人格의 主體로서 그 知德, 技能, 家庭環境, 社會的 地位 등에 근거하여 享有하는 一身의 人格에 대하여 社會로 부터 일정한 평가를

* 濟州大學校 法政大學 法學科 教授.

받게 되는 名譽를 가지고 있다. 이러한 평가는 그 사람이 사회적 생활을 유지· 존속함에 있어서 매우 중대한 영향을 미치므로, 現行憲法은 「言論·出版은 타인의 名譽나 權利 또는 公衆道德이나 社會倫理를 침해하여서는 아니된다」(헌법 제21조 4항) 라고 하여 개인의 名譽를 존중하도록 명시하고 있고, 또한 刑法은 제307조 이하에서 사람의 名譽를 침해한 자에 대한 刑事制裁를, 그리고 民法에서는 타인의 名譽를 해친 者의 損害賠償責任制度(민법 제751조 및 제764조)를 규정하여 개인의 名譽를 보호하고 있다.

그런데 이러한 名譽保護의 강화는 필연적으로 헌법상 보장된 表現의 自由와 저촉되는 경우가 많아 개인의 名譽를 어느 정도까지 보호할 것인가의 문제가 있다. 물론 이는 刑法 제310조에 의한 違法性阻却事由와 관련하여 그 한계가 결정될 것이지만, 실제 문제에 직면하여 이를 해석· 적용함에 있어서는 여러가지의 곤란한 문제가 발생하는 경우도 적지 않을 것이다.

이에 本稿에서는 刑法 제307조의 名譽毀損罪에 한정하여 名譽毀損罪의 기본개념이라 할 수 있는 名譽의 概念 및 構成要件으로서의 公然性·事實의 摘示에 대하여 살피고 특히 이를 근거로 하여 特別違法性阻却事由인 제310조에 관하여 본 규정의 立法趣旨 및 實體法上·訴訟法上으로 어떠한 의미를 가지고 있고 나아가 眞實性에 관한 錯誤를 어떻게 처리할 것인가의 문제를 고찰해 보고자 한다.

2. 名譽毀損罪의 體系와 特色

刑法은 公然히 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 행위를 名譽毀損罪의 基本的 構成要件으로 규정하여(제307조 1항) 적시된 사실이 허위인 경우(제307조 2항)와 出版物에 의한 名譽毀損罪(제309조)를 不法이 加重된 加重的 構成要件으로 규정하고 있다. 그러나 제307조 1항의 名譽毀損罪에 관하여 적시된 사실이 진실하고 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 違法性이 阻却되도록 하였다. 한편 名譽毀損된 者가 死者인 경우에는 그 적시된 사실이 허위인 경우에만 처벌되며(제 310조), 또한 구체적 사실을 적시하지 않고 사람에게 대하여 경멸의 의사를 표시하는 경우에는 侮辱罪(제311조)로 처벌하도록 하여 독립된 構成要件으로 규정하고 있다. 이들 名譽에 관한 罪 중 死者名譽毀損罪과 侮辱罪는 親告罪(제312조 1항)로 名譽毀損罪과 出版物에 의한 名譽毀損罪은 反意思不罰罪(제312조 2항)로 하였다.

名譽에 관한 罪의 特色은 다른 犯罪에 비하여 실제로 적용된 事例가 많지 않고¹⁾ 특히 적용이 되어 범죄사실이 인정되더라도 懲役 또는 禁錮의 실형을 선고 받는 경우는 적고 대부분 執行猶豫나 罰金刑으로 석방되고 있다²⁾는 점이다. 이것은 刑事上에 있어

1) 1993년도 全刑法犯 447,201명 중 名譽毀損으로 검거된 인원은 1%미만인 4,454명에 불과하며, 이 중 12.8%인 572명만이 기소되고 있다. 大檢察廳處, 「犯罪分析」, 1994; 法院行政處, 「司法年鑑」, 1994, pp. 842~843.

2) 1993년 한해 동안 전국 법원 제1심에서 처리한 명예훼손 사건 총 527건 중 懲役 또는 禁錮의 실형을

서 뿐만 아니라 民事上으로도 名譽에 대한 不法侵害로 인한 損害賠償請求事件에 있어서도 같다고 할 수 있다.

이와 같이 刑事·民事를 통하여 名譽毀損에 관한 사건 수가 적은 것은 우리 사회의 실제에 있어서 名譽毀損의 事例가 적기 때문이 아니라, 그 근본적인 이유는 名譽毀損罪가 抽象的인 法益을 보호하고 있기 때문에 그 피해가 뚜렷하지 아니하고 특히 우리나라의 경우 일반적으로 名譽라는 무형적 이익인 人格權에 대한 자각이 희박하여 名譽權에 대한 침해가 있더라도 피해자는 이를 受忍하여 표면화 하지 않거나 또는 告訴權이 활발하게 행사되어 있지 않기 때문이라 하겠다. 피해자는 名譽毀損事實을 公開法廷에 드러내어 놓음으로써 도리어 피해자의 名譽는 더욱 더 훼손될 경우도 적지 아니하므로 告訴할 의사가 있더라도 이것을 꺼리는 경향이 있다. 現行刑法이 名譽毀損罪를 非親告罪로 하면서도 어느 정도 피해자의 의사를 존중하기 위하여 「피해자의 의사에 반하여 논할 수 없다」고 규정한 이유도 (제312조 2항) 여기 있다고 하겠다³⁾. 한편 名譽毀損에 대한 搜查實務나 裁判에 있어서 起訴率이 낮고 實刑을 받는 事例가 적은 것은 무엇보다도 피해자 등으로부터 告訴가 있고 범죄사실이 인정되더라도 公訴를 제기하거나 처벌할 가치가 있다고 평가되는 것이 상당히 낮다는 점에서 名譽毀損行爲에 대한 當罰性 評價의 미묘함이 있기 때문이라 할 수 있다⁴⁾.

II. 沿革 및 立法例

名譽에 관한 罪의 역사는 로마법과 게르만법에서 연혁한다. 로마법에서는 名譽毀損(infamatio)과 같은 傷害·住居侵入·秘密漏泄을 포함하는 종합개념인 injuria가 있었다⁵⁾. 그 후 上해·주거침입·비밀침해가 독립된 범죄로의 지위를 차지함에 따라 injuria⁶⁾는 名譽毀損罪로서의 의미를 갖게 되었다. 여기에다 呪文을 외운다거나 경멸의 詩를 읊는 것으로부터 誹謗文書(ribellus famosus)의 개념이 발전되어 名譽毀損罪의 기초가 확립된 것이다. 로마법의 injuria는 법적·도덕적 생활에서 인격에 대한 침해라고 하는 객관적 측면이 증시되었다⁷⁾.

게르만법에서는 名譽를 人格的 名譽感情의 의미로 이해하여 주관적인 측면을 중시하였다. 그리하여 侮辱罪와 같은 경우는 당사자 앞에서 그의 名譽感情을 손상시키는 것으로 보고 그가 받은 완전히 주관적인 정신고통을 可罰性的 根據로 삼았다. 이러한

선고 받은 사건은 29건(그것도 모두 1년 이하)이고 나머지는 모두 執行猶豫(170건)나 罰金(154건) 아니면 公訴棄却判決(37건)로 석방되었다. 法院行政處, 「司法年鑑」, 1994, pp. 842~843.

3) 鄭榮錫, “名譽毀損罪에 있어서의 違法性阻却”, 「刑事法の 諸問題」, 法文社, 1982, pp. 171~172.

4) 李石淵, “刑法上 名譽毀損罪의 法理와 適用”, 「言論仲裁」, 1992, 겨울(통권 45호), p. 7.

5) Maurach - Schroeder, Strafrecht, Besonderen Teil, Teilband I, 6 Aufl. 1977, S. 200.

6) injuria에 대한 制裁는 초기의 法制에 있어서는 私法的인 것이었고, 후기에 이르러서야 일정한 것에 대하여 公益的인 입장에서 처벌이 과하여졌다.

7) 金日秀, 「韓國刑法 III」, (各論上), 博英社, 1994, p. 417.

극단적인 두가지 입장은 18세기에 이르러 독일의 立法에 의하여 점차 접근하기 시작하였는데, 名譽에 관한 罪를 상세하게 규정한 것은 1794년의 「프로이선」의 一般國法(ALR)이다.

一般國法은 名譽侵害라는 제목하에 평가를 하락시킬 만한 언동으로 인심을 상하게 하거나 모욕하고 있는 것을 injuria라고 정의하고(제538조) 그 犯意의 推定에 관한 상세한 규정을 두어(제539조 이하) injuria의 종류(제564조 이하), 刑罰(제607조 이하) 등에 관하여 규정하였다. 이러한 입법태도는 1851년의 프로이선 형법(제152조 이하)과 독일제국 형법(제185조 내지 200조)에 이르고 있었다⁸⁾.

독일제국 형법전은 제185조에 單純侮辱罪(ernfache beleidigung), 제187조에 誹謗罪(Verläumdung), 제189조에 死者에 대한 名譽毀損罪(Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener)를 각각 구별하였다. 동시에 摘示된 事實에 관하여 진실증명을 허용하여 진실의 증명이 이루어진 경우에는 제186조·제187조에 의하여서는 처벌되지 않는다는 취지를 제190조, 제192조에 명시하였다. 또한 제193조에 학문·직업·예술상의 업적에 관하여 정당한 이익옹호를 위하여 행하여진 비판은 제185조, 제186조의 違法性阻却事由에 해당한다는 점을 규정하였다⁹⁾. 이러한 독일 구형법의 규정은 대체로 현행 독일 형법에 계승되고 있는데, 독일형법은 世評을 저하시키는 경우와 허위의 사실을 적시하여 이것을 유포시켜 名譽를 훼손하는 경우를 侮辱으로써 처벌하고 있다.

한편 1810년의 프랑스형법전은 公務妨害罪의 일종으로 官吏侮辱罪(제222조 이하)를 규정함과 더불어 개인의 名譽에 관한 罪로서 당초에는 誹謗·侮辱·秘密漏泄을 일괄하여 규정하는 태도를 취했다(제367조 이하). 그 후 1819. 5. 17의 出版法, 1881. 7. 29의 出版法改正法律속에 名譽에 관한 罪가 대부분 들어가고 刑法典에 규정되어 있는 것은 제373조 誣告罪와 제378조 秘密漏泄罪뿐이다. 독일형법과 같이 정당한 이익옹호에 관한 일반규정은 없지만, 出版法 제41조에서 議院內의 討論·發言이나 그 善意의 보도 등에 관하여 免責이 부여되고 있는 점이 특이하다¹⁰⁾.

英美法에서는 名譽毀損을 民事上의 不法行爲로 처리하는 경향이 강하며¹¹⁾ 犯罪로 취급되는 것은 예외적인 현상이다¹²⁾. 이와 같은 태도는 1952년 영국의 名譽毀損法에 계수되었을 뿐만 아니라 1967년의 뉴욕형법전도 그 때까지 존치되었던 文書中傷의 罪(libel)를 삭제하였으며 American law Institute 에서 立案한 Model Penal Code에서도 名譽毀損罪는 인정되지 않고 있다¹³⁾. 한편 日本刑法은 名譽에 관한 罪로 名譽毀損罪(제230조)와 侮辱罪(제231조)를 규정하면서 행위상황으로 公然性を 요구하고 있는 것

8) Blei, Strafrecht II, Besonderer Teil, 10. Aufl. 1976. S. 79.

9) 姜求眞, 「刑法講義」(各論I), 博英社, 1983, p. 207.

10) 上掲書, pp. 207~208.

11) Smith & Hogan, Criminal law, 6th ed., 1988, p. 823.

12) 근대적 의미에 있어서 세계 최초의 名譽毀損法으로는 1792년 英國에서 제정한 「폭스名譽毀損法」(Fox's Libel Act)과 1843년의 「캠벨名譽毀損法」(Lord Campbell's Libel Act)에서 그 근원을 찾아 볼 수 있다. 張龍, 「言論과 人權」, 宣明文化社, 1969, p. 177 참조.

13) 金日秀, 前掲書, p. 418; 鄭盛根, 「刑法各論」, 法志社, 1994, p. 204.

이 특색이다.

우리나라에서도 朝鮮時代에 의용되었던 大明律 刑律에 名譽毀損이 罵詈(매리:꾸짖고 욕하는 것)라는 이름으로 규정되었고, 1905년에 제정·시행된 刑法大全是 제14장 雜犯律 제1절에 罵詈律(제652조)을 두었다. 이에 의하면 타인을 욕한 자 또는 서로 욕을 주고 받은 자들을 笞十에 처하였고(제625조 이하), 年少者가 年長者에게 詬罵(후매)한 경우에는 笞 50(同條但書), 平民이 官人을 罵하거나 官 등이 낮은 자가 높은 자를(제654조), 官吏가 奉命使臣을 訴訟時에 訴官을 罵한 경우(제655조), 親屬尊長을 罵한(제656조) 경우에는 刑이 加重되었으며 특히 祖父母父母 혹은 夫의 祖父母父母를 罵한 경우에는 終身懲役に 처하였다(제656조 제4호)¹⁴.

日帝下에서는 日本刑法 제230조(名譽毀損)와 제231조(侮辱)가 적용되었다. 현행형법의 名譽에 관한 罪의 규정은 1949년의 政府草案 제330조~제335조를 立法化한 것으로, 부분적으로 日本刑法假案(제409조 등)의 영향을 받은 것으로 보인다¹⁵.

III. 保護法益

名譽毀損罪의 保護法益은 사람의 名譽이다. 名譽란 각 사람이 인간의 尊嚴과 社會的·倫理的 생활의 기초위에서 마땅히 향유해야 할 人格的 價値를 말한다. 그러나 名譽概念을 어떻게 파악할 것인가에 대하여 견해의 대립이 있다.

1. 名譽의 概念

1) 內的 名譽

內的 名譽(innere Ehre)란 사람이 가지고 있는 人格의 內部的 價値 그 자체 즉 자기나 타인의 평가와 독립하여 內在하는 人格의 價値를 말한다. 그러나 이러한 가치는 사회적인 평가와는 관계가 없는 절대적 가치이므로¹⁶ 外部로부터 침해되거나 法에 의하여 보호될 수 있는 성질의 것이 아니므로 名譽毀損罪의 보호법익으로서의 名譽가 될 수 없다.

2) 名譽感情

名譽感情(Ehrgefühl)은 자기의 人格의 價値에 대한 자기 자신의 主觀的인 評價 내지 感情을 말한다¹⁷. 이러한 의미의 名譽는 자기가 자기 자신에게 주어지는 가치판단

14) 李炯國, “名譽毀損罪에 관한 小考”, 『車鏞碩華甲記念論文集(上)』, 法文社, 1994, pp. 632~633.

15) 劉基天, 『刑法學』(各論講義 上), 一潮閣, 1981, pp. 141~142.

16) Bockelmann, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, Aufl, 1977, S. 184.

17) 內的 名譽와 名譽感情을 합쳐서 事實的 名譽概念(faktischer Ehrbegriff)이라고도 한다. 양자 모두 사실적으로 존재하는 명예라는 점에서 붙여진 이름이다. 裴鍾大, 『刑法各論』, 弘文社, 1994, p. 211.

이므로 사람마다 다양하고 또는 자기를 과대평가하거나 과소평가하기도 하여 객관적으로 보호의 대상이 되는 기준이 없으므로¹⁸⁾ 名譽毀損罪의 보호법익이 될 수 없다.

3) 外的 名譽

外的 名譽(äußere Ehre)란 사람의 인격가치 또는 행동에 대한 사회적 평가를 말한다. 이것은 다른 말로 規範的 名譽概念(normativer Ehrbegriff)이라고 한다¹⁹⁾. 外的 名譽는 倫理的 價値에 국한되지 아니하고 학문적, 사교적, 정치적, 예술적 능력, 정신적·신체적 자질, 직업, 신분, 성격, 외모, 지식 등에 대한 평판도 포함된다²⁰⁾. 이러한 名譽는 외부적인 침해에 의해서 훼손될 수 있으므로 형법적 보호의 필요성이 논의된다. 名譽毀損罪의 보호법익이 外的 名譽라고 하는데 異論이 없으며²¹⁾ 判例도 같은 입장을 취하고 있다²²⁾.

이상에서 살펴본 바와 같이 內的 名譽는 외부로부터 침해될 성질의 것이 아니므로 형법의 보호대상이 될 수 없다. 보호법익으로서의 名譽는 外部的 名譽와 名譽感情이 문제로 된다²³⁾. 이에 관해서 名譽毀損罪의 보호법익은 外部的 名譽이지만 侮辱罪의 보호법익은 名譽感情이라고 해석하는 견해가 있다²⁴⁾.

이 견해는 첫째, 名譽毀損罪는 公然성과 事實의 摘示를 요구하고 있으므로 객관적인 外的 名譽의 침해를 가져올 가능성이 있기 때문에 罰하는 것이지만 侮辱罪는 事實의 摘示가 없다. 事實의 摘示가 없는 행위는 外的 價値에 대한 침해가 될 수 없으므로 侮辱罪의 보호법익은 主觀的·感情的 要素인 名譽感情이라고 해야 하며 둘째, 刑法이 侮辱罪에 대하여도 公然성을 요건으로 하는 것은 名譽感情도 개인 대 개인으로 침해하는 것과 多衆앞에서 침해하는 것은 侮辱罪의 결과가 다르기 때문이므로 公然성을 요건으로 한다고 하여 侮辱罪의 보호법익이 外的 名譽라고 해야 할 이유가 되지 못하고 셋째, 侮辱罪의 보호법익이 名譽感情이라고 해석하면 精神病者나 幼兒 또는 法人은 同罪의 보호의 客體가 될 수 없다고 하지만 侮辱罪는 危胎犯이므로 이러한 者에 대한 侮辱罪의 성립도 인정할 수 있다는 것을 근거로 들고 있다.

그러나 우리 刑法이 侮辱罪에도 公然성을 요구하고 있는 점, 名譽感情이 없는 國家에 대한 侮辱(제105조·제106조)뿐만 아니라 精神병자·소아·법인 등과 같은 主體에도 侮辱罪의 성립을 인정해야 할 필요성이 있다는 점, 그리고 名譽感情을 보호법익으로 할 때 可罰性이 피해자의 자존심이나 열등감과 같은 자기평가에 의존되는 결과를

18) 鄭盛根, 前揭書, p.205.

19) Hirsch, *Ehre und Beleidigung*, 1967, S. 29.

20) 李炯國, 前揭論文, p. 639; 劉基天, 前揭書, p. 143; 鄭盛根, 前揭書, p. 208.

21) 姜求眞, 前揭書, p. 143; 金鍾源, “名譽에 관한 罪”, 『註釋 刑法各則(下)』, 韓國司法行政學會, 1983, p. 97; 裴鍾大, 前揭書, p. 211; 李在祥, 『刑法各論』, 博英社, 1994, p. 179; 鄭盛根, 前揭書, p. 206; 李炯國, 前揭論文, p. 639; 鄭榮錫, 『刑法各論』, 法文社, 1990, p. 282; 陣葵鎬, 『刑法各論』, 大旺社, 1993, p. 188; 黃山德, 『刑法各論』, 邦文社, 1989, p. 221.

22) 大判 1970. 5. 26, 70 도 704; 大判 1994. 6. 28, 93 도 696.

23) 明炯植, “名譽에 관한 罪”, 『論文集』, 圓光大學校 大學院, 1987, p. 257; 鄭盛根, 前揭書, p. 205.

24) 劉基天, 前揭書, p. 144.

낳는다는 점으로 미루어 볼 때²⁵⁾ 侮辱罪의 보호법익을 外的 名譽라고 보는 견해가 타당하다.

名譽에 관한 罪의 보호법익이 보호받는 정도는 危胎犯이다. 따라서 名譽毀損罪와 侮辱罪는 公然히 事實을 摘示하거나 사람을 侮辱함으로써 犯罪은 완성되므로 抽象的 危胎犯이다.

2. 名譽의 主體

1) 自然人

名譽의 主體는 사람이다. 따라서 모든 自然人은 名譽의 主體가 될 수 있다. 自然人인 이상 幼兒나 精神病者 등의 責任無能力者 및 行爲無能力者도 名譽의 主體가 된다. 그들도 基本的 人間尊嚴의 소유자들이고, 名譽侵害는 知的 認識能力과 상관없이 社會의 客觀的 尺度로 판단해야 하기 때문이다²⁶⁾.

문제는 自然人 이외에 死者도 名譽의 主體가 될 수 있는가와 관련하여 논란의 대상이 되고 있다. 이 경우 ① 死者는 사람이 아니므로 名譽의 主體가 될 수 없다는 견해 ② 遺族이 死者에 대해 갖는 愛慕崇敬의 감정을 보호법익으로 보아야 할 것이라는 견해 아래 역시 遺族을 主體로 보자는 견해 ③ 직접적인 被害主體가 없다는 견해 ④ 死者 자신을 生存者에 준하여 名譽主體로 보자는 견해 등이²⁷⁾ 있다.

생각건대 인간의 존엄성과 명예는 죽음으로써 종결되는 것이 아니고 사후에도 역사적으로 實存하며, 따라서 보호할 가치가 있으므로 死者도 명예의 주체가 될 수 있다고 보아야 한다²⁸⁾. 이렇게 보는 것이 刑法 특히 死者에 대한 名譽毀損罪를 규정한 취지를 설명할 수 있게 된다. 判例도 같은 입장이다²⁹⁾.

死者에 대하여 名譽主體性을 인정한다고 하여 이것이 곧 바로 死者에게 法的 人格(權利能力)을 인정하는 것은 아니므로 死者의 名譽를 保護法益으로 하는 것이 法體系의 구조와 相容되지 않는다고는 말할 수 없다고 하겠다.

2) 法人 기타 團體

法人도 사회적 활동과 관련하여 名譽를 享有할 수 있으며 名譽의 主體로 된다. 法人은 설립부터 청산종료시까지 法人格을 갖게 되므로 해산이후에라도 청산이 종료되

25) 金日秀, 前掲書, pp. 415~416; 金鍾源, 前掲書, p. 97; 明燭植, 前掲論文, p. 257; 襄鍾大, 前掲書, p. 211; 吳洙洙, “名譽毀損罪에 관한 小考”, 『檢察』, 通卷 103號, 1992, pp. 111~112; 鄭盛根, 前掲書, p. 206; 李炯國, 前掲論文, p. 640.

26) 襄鍾大, 前掲書, p. 213.

27) Blei, aaO., S. 94; Maurach - Schroeder, aaO., S. 202; Schönke - Schröder - Lenker, StGB, Kommentar, 23.Aufl., 1988, Vor §185, Rdnr. 2.

28) 金日秀, 前掲書, p. 423; 劉基天, 前掲書, pp. 145~146; 李在祥, 前掲書, p. 181; 李炯國, 前掲論文, p. 639; 鄭盛根, 前掲書, p. 210.

29) 大判, 1983. 3. 25, 83 도 1520.

어 法人格을 완전히 상실할 때까지는 名譽의 享有主體가 된다³⁰⁾. 判例는 法人에 한하여 명예의 주체가 된다는 취지로 判示하고 있으나³¹⁾ 法人格없는 단체도 법에 의하여 인정된 사회적·경제적 기능을 담당하고 통일된 의사를 형성할 수 있는 한 名譽의 主體가 될 수 있다고 해석하여야 한다³²⁾. 이러한 단체는 公法上的 것이든 私法上的 것이든 불문한다. 따라서 정당·노동조합·병원·종교단체·주식회사 등도 명예의 주체가 된다. 다만 골프·테니스·낚시 또는 등산클럽 등과 같이 개인적인 취미생활을 위해 결합된 사교단체는 명예의 주체가 될 수 없다.

가정은 통일된 의사를 가지고 사회적으로 활동하는 단체라 할 수 없으므로 원칙적으로 名譽의 主體로 될 수 없다³³⁾. 다만 가정, 그 자체에 대한 명예훼손은 안되더라도 가정에 속한 모든 구성원의 集合名稱에 대한 명예훼손이 될 수 있다.

3) 集合名稱

集合名稱에 의한 名譽毀損, 예컨대 독자적으로 名譽의 主體로 될 수 없는 집단의 구성원도 그 집단이 명칭에 의하여 名譽毀損이 되는 경우가 있다. 이에선 다음의 두 가지 경우가 있다.

① 집단의 모든 구성원의 명예가 集合名稱에 의하여 침해될 경우에는 구성원 각자의 名譽毀損이 될 수 있다. 예컨대 A法科大學의 교수, B경찰서 형사과에 근무하는 형사 등의 명칭으로 名譽를 毀損하는 경우이다. 이러한 형태의 名譽毀損이 되기 위해서는 당해 집단의 구성원이 누구인가를 일반적으로 알 수 있도록 해당자의 범위가 명백히 드러나고 名譽毀損의 내용도 모든 집단구성원을 지적하는 것이라야 하고 예외를 인정하는 일반적인 평균집단으로는 부족하다³⁴⁾. 따라서 단순히 「교육자, 기업인, 수사관들이라고 지적하거나 서울시민은 사기꾼이다, 상인들은 매국노이다」라는 판단으로는 명예훼손이 되지 않는다³⁵⁾.

② 集合의 名稱에 의한 名譽毀損이 집단구성원의 1인 또는 수인을 대상으로 한 경우에는 그 대상자의 수와 규모 당해집단의 크기 등을 고려할 때 그 대상자가 특정될 수 있는 한 名譽毀損이 될 수 있다³⁶⁾. 예컨대 “A黨 소속 국회의원 2명이 간첩이다”라

30) 金日秀, 前揭書, pp. 422~423; 李炯國, 前揭論文, p. 638; 鄭盛根, 前揭書, p. 209.

31) 大判 1959. 12. 23, 4291 刑上 539.

32) 金日秀, 前揭書, p. 423; 劉基天, 前揭書, p. 149; 李在祥, 前揭書, p. 182; 李炯國, 前揭書, p. 638; 鄭盛根, 前揭書, p. 209. 裴鍾大 교수는 개인을 초월하는 일정한 단체의 名譽主體性을 인정하여 名譽에 관한 罪의 적용범위를 확대하는것은 타당치 않고 다만 인간존엄으로부터 나오는 개인의 명예와 동등한 가치를 부여할 수 있는 단체의 명예는 法律이 정할 문제라고 주장한다. 裴鍾大, 前揭書, p. 215.

33) Blei, a.a.O., S. 94; Schönke - Schröder - Lenkner, Vor §185, Rdnr. 4.

34) 李在祥, 前揭書, p. 182; 李炯國, 前揭論文, p. 639; 鄭盛根, 前揭書, p. 210.

35) 判例가 「명예훼손죄는 어떤 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 그 명예를 훼손함으로써 성립하는 것이고 따라서 그 피해자는 특정한 것임을 요하고, 다만 서울시민, 경기도민이라고 함과 같은 막연한 표시에 의하여서는 名譽毀損罪는 성립되지 않는다」고 판시한 것은 같은 취지라고 생각된다. 大判 1960. 11. 26, 4293 형상 244.

36) 李炯國, 前揭論文, p. 639.

고 말할 경우가 이에 해당한다.

IV. 名譽毀損罪의 構成要件

名譽毀損罪는 公然히 事實을 摘示하거나 허위의 事實을 摘示하여 사람의 명예를 훼손함으로써 성립하는 범죄이다. 따라서 名譽毀損罪는 客觀的 構成要件으로써 公然性和 事實의 摘示를 主觀的 構成要件으로써 타인의 명예를 훼손한다는 故意가 있어야 할 것이다.

1. 公然性

刑法上 「公然性」은 제307조 이하의 名譽에 관한 罪와 風俗을 害하는 罪 중 淫誑 등 公然展示罪(제243조) 및 公然淫亂罪(제245조)에 있어서의 構成要件의 該當性으로서 公然性を 필요로 하고 있으나, 公然性의 의미에 관해서는 종래 이를 「不特定한 多數人이 인식할 수 있는 상태」, 또는 「特定·不特定을 불문하고 다수인이 인식할 수 있는 상태」라고 해석하는 견해도 있었다. 그러나 우리나라의 통설과³⁷⁾ 판례³⁸⁾는 不特定 또는 多數人이 인식할 수 있는 상태」라고 하는데 일치하고 있다. 다수인이 인식할 수 있는 경우는 물론, 반드시 다수인이 아니더라도 不特定人이 인식할 수 있는 한 사회적 의미에 있어서 명예가 훼손될 개연성은 현저하므로³⁹⁾ 통설의 입장이 타당하다고 판단된다.

1) 不特定 또는 多數人

不特定의 경우에는 청취자의 多少를 묻지 않고, 多數人인 경우에는 청취자의 특정·불특정 여부를 불문한다. 여기에서 不特定人이란 명예훼손행위시에 상대방이 특정되어 있지 않다는 의미가 아니라 상대방이 특수한 관계로 한정된 범위에 속하는 사람

37) 姜求眞, 前掲書, p. 213 ; 金日秀, 前掲書, p. 421 ; 裴鍾大, 前掲書, p. 218 ; 劉基天, 前掲書, p. 143 ; 李在祥, 前掲書, p. 183 ; 李炯國, 前掲論文, p. 640 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 211 ; 陳癸鎭, 前掲書, p. 191 ; 黃山德, 前掲書, p. 224.

38) 大法院判例도 「名譽毀損罪에 있어서 公然性이란 不特定 또는 多數人이 인식할 수 있는 상태를 의미함으로, 비록 두세 사람이 있는 자리에서 허위사실을 유포하였다고 하더라도 그 사람들에게 의하여 외부에 전파될 가능성이 있다면 名譽毀損罪의 성립에 아무런 영향이 없다고 할 것인데, 피고인이 비록 2명 또는 3명이 있는 자리에서 허위사실을 유포하였으나 피고인의 판시범행은 그 행위당시에 이미 名譽毀損罪에 있어서 公然性 요건을 충분히 갖춘다」라고 판시함으로써 같은 입장을 취하고 있다. 大判 1969. 12. 24, 68도 1569 ; 大判 1981. 8. 25, 81도 149 ; 大判 1985. 11. 26, 85도 2037 ; 大判 1994. 9. 30, 94도 1880 등.

39) 鄭盛根, 前掲書, p. 211.

이 아니라는 의미이다⁴⁰⁾. 예컨대 거리의 통행이라든가 공개된 광장의 청중 등이 不特定人의 대표적인 예이다. 그러나 不特定人에 대한 경우라도 사실의 적시가 私적으로 이루어진 경우에는 公然성이 있다고 할 수 없다⁴¹⁾.

多數人이란 어떤 구체적인 숫자에 의해서 몇 사람 이상으로 한정할 수 없으나 數名 정도로서는 부족하고 모든 구체적 상황에 비추어 그 정도의 대상자에게 알려지면 사회적으로 名譽가 훼손된다고 판단할 수 있는 상당한 숫자의 인원을 의미한다. 따라서 비록 그 數가 多數人일지라도 가족간의 긴밀한 회합이거나 國務會議·重役會議와 같이 어느 정도 비밀이 유지될 수 있는 상태이면 公然성이 부정될 수도 있다⁴²⁾.

2) 認識할 수 있는 狀態의 意味

名譽毀損罪는 抽象的 危胎犯이므로 不特定 또는 多數人이 인식할 수 있는 상태에 있으면 충분하고 현실적으로 그 내용을 인식할 것을 요하지 않는다.

종래 인식할 수 있는 상태의 구체적 의미를 어떻게 이해할 것인가에 관하여 ① 개별적으로 특정한 1인에게 사실을 적시하였어도 순차로 연속하여 不特定 또는 多數人에게 전파될 가능성만 있으면 公然성을 인정하는 견해⁴³⁾와 ② 不特定 또는 多數人이 직접적으로 인식할 수 있는 상태라고 하는 견해⁴⁴⁾가 대립한다. ①說은 이른바 “傳播性的 理論”이라 부르며, 大法院判例도 개별적으로 한사람에 대하여 사실을 유포하였다 고 하여도 이로부터 不特定 또는 多數人에게 전파될 가능성이 있으면 公然性的의 요건을 충족한다⁴⁵⁾고 판시함으로써 이 理論을 채택하고 있다. 다만 大法院은 ㉞ 피해자와 신분관계에 있는 자⁴⁶⁾ ㉟ 피해자의 직장상사⁴⁷⁾ ㊱ 피해자의 동업자⁴⁸⁾에 대하여 말한 경우에는 전파가능성이 없다고 하여 公然성을 부정한다.

傳播性的의 理論은 첫째, 公然性的의 의미를 지나치게 확장시킴으로서 類推解釋禁止의 原則에 저촉될 위험이 있고 둘째, 本罪의 성립여부가 상대방의 전달의사에 따라 좌우된다는 불합리성이 있으며 셋째, 개인적인 정보교환도 전파의 가능성이 없다고 할 수 없으므로 경우에 따라서는 私적으로 수근거리는 風說도 금지되는 결과로 되어 表現의 자유를 부당하게 제한할 위험이 있으므로 傳播性的의 理論은 취할 바가 못된다. 따라서 公然性은 不特定 또는 多數人이 직접적으로 인식할 수 있는 상태를 의미한다고 해석

40) 李在祥, 前揭書, p. 184 ; 李炯國, 前揭論文, p. 641.

41) 鄭盛根, 前揭書, p. 211.

42) 金日秀, 前揭書, p. 425 ; 李炯國, 前揭論文, p. 641 ; 鄭盛根, 前揭書, p. 212.

43) 李建鎬, 「刑法各論」, 日新社, 1980, p. 291 ; 鄭榮錫, 前揭書, p. 272 ; 黃山德, 前揭書, p. 229.

44) 姜求真, 前揭書, p. 215 ; 金日秀, 前揭書, p. 426 ; 金鍾源, 前揭書, p. 102 ; 裴鍾大, 前揭書, p. 221 ; 李在祥, 前揭書, p. 185 ; 鄭盛根, 前揭書, p. 213 ; 陳癸鎬, 前揭書, p. 192.

45) 大判 1968. 12. 24, 68도 1569 ; 大判 1979. 8. 14, 79도 1517 ; 大判 1982. 3. 9, 81도 1031 ; 大判 1983. 10. 11, 83도 2222 ; 大判 1985. 12. 10, 84도 2380 ; 大判 1986. 9. 23, 86도 556 ; 大判 1989. 7. 11, 89도 886 ; 大判 1992. 5. 26, 92도 445.

46) 大判 1984. 4. 10, 83도 49.

47) 大判 1983. 10. 25, 83도 2190.

48) 大判 1984. 2. 28, 83도 891.

하는 견해⁴⁹⁾가 타당하다고 본다.

2. 事實의 摘示

事實의 摘示는 사람의 人格的 價値에 대한 사회적 평가를 저하시키기에 충분한 사실을 지적·표시하는 것을 말한다. 이를 分說하면 다음과 같다.

1) 事實

摘示의 대상인 事實은 사람의 인격에 대한 사회적 평가를 저하시키기에 충분한 사실을 의미한다. 여기에서 事實이란 五官의 작용에 의해 감지할 수 있을 정도로 현실화되고 입증 가능한 과거 또는 현재의 구체적 사건이나 상태를 말한다⁵⁰⁾. 事實은 사람의 人格的 價値 또는 社會的 評價를 저하시킬만한 것이면 되고 반드시 反倫理的·犯罪行爲的인 惡事·醜行일 필요는 없다. 다만 경제적인 가치를 저하시키는 사실의 적시는 별도로 信用毀損罪를 구성하므로 제외된다. 摘示된 事實은 刑법 제310조의 事實證明의 경우를 제외하고는 진실이든 허위이든 불문한다. 허위의 사실을 적시한 경우에는 제307조 2항의 加重名譽毀損罪에 해당한다.

公知의 사실도 이를 적시함으로써 더욱 名譽를 침해할 수 있는 것이면 무방하다는 견해도 있으나⁵¹⁾ 이미 신문에 기사화된 공지의 사실이면 더 이상 摘示의 대상이 될 수 없고 不可罰的 不能犯에 지나지 않는다고 본다. 摘示는 危害의 중대 즉 名譽價値의 감소를 전제로 하는 행위이기 때문이다⁵²⁾.

摘示되는 사실은 사람의 사회적 평가를 저하시킬만한 현재 또는 과거의 사실이어야 하므로, 장래의 사건은 현재나 과거의 사실이 아니므로 名譽毀損罪에서 말하는 사실에 포함되지 않는다. 장래의 사실이라도 현재의 사실에 대한 주장을 포함하는 때에는 사실에 해당할 수 있다는 견해가 있다⁵³⁾. 그러나 이 경우에도 현재의 事實을 摘示하는 부분 내지 그러한 의미가 문제될 뿐이고 장래의 事實摘示는 의견진술은 될 수 있어도 객관적 사실진술은 될 수 없다고 보아야 할 것이다⁵⁴⁾. 摘示된 事實은 행위자가 직접 경험한 사실이든 추측한 사실이든 소문에 속한 사실이든 불문한다. 또한 사실은 피해자에게 직접적으로 관련된 사항이어야 한다.

2) 摘示

事實의 摘示는 명예훼손적인 사실을 사회적인 외부세계에 表示·主張·發說·傳達

49) 金日秀, 前掲書, p. 426 ; 裴鍾大, 前掲書, p. 220 ; 吳沈洙, 前掲論文, p. 120 ; 李炯國, 前掲書, p. 641 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 213.

50) Schönke - Schröder - Lenkener, §186, Rdnr. 3.

51) 裴鍾大, 前掲書, p. 222 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 213.

52) 金日秀, 前掲書, p. 427

53) 明燭植, 前掲論文, p. 263 ; 劉基天, 前掲書, p. 152 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 213.

54) 金鍾源, 前掲書, p. 103 ; 吳沈洙, 前掲論文, p. 122 ; 李炯國, 前掲論文, p. 642.

하는 일체의 행위를 말한다. 摘示는 특정인의 名譽가 훼손될 수 있을 정도로 구체성을 지니면 족하고 그 사실의 시기·장소·수단 등까지 상세하게 특정할 필요는 없다. 구체적인 사실을 摘示하지 않고 도둑놈·죽일놈과 같은 사실의 적시나, 단순한 가치 판단을 표시하는데 지나지 않는 경우는 名譽毀損이 아니라 제311조의 侮辱罪가 성립한다⁵⁵⁾.

사실을 적시하는 방법에는 제한이 없다. 言語·文書·圖書·新聞·雜誌·라디오·텔레비전·出版物 등 하등의 제한이 없다. 다만 신문·잡지·라디오 기타 출판물에 의한 경우에는 誹謗의 목적이 있으면 出版物에 의한 명예훼손죄(제309조)로 된다. 또 연극이나 소설의 등장인물을 이용하거나 漫畫·漫文에 의해서도 摘示할 수 있다. 반드시 단정적으로 암시·추측질문과 같은 우회적인 방법으로서도 가능하며⁵⁶⁾ 들었던 사실을 전파하여도 무방하다⁵⁷⁾. 다만 질문에 대한 단순한 확인대답 정도로써 摘示로 볼 수 없다⁵⁸⁾.

3) 被害者의 特定

사람에 대한 事實을 摘示하는 경우에는 摘示된 事實과 관련된 피해자가 특정될 수 있을 정도로 구체적인 표시가 있어야 한다. 반드시 성명을 명시할 필요는 없으나 표현의 내용과 당시의 상황을 종합적으로 판단하여 어느 특정인인지 알 수 있으면 된다. 따라서 어떤 사실을 알지 못하는 자는 표시자체로부터 누구를 가리키는지 짐작할 수 없더라도 그 사실을 아는 자가 상당수 있고 그러한 자들은 그것이 누구를 지칭하는 것인지 알 수 있을 정도라면 구체적인 적시가 될 것이다. 判例도 「名譽毀損罪가 성립하려면 반드시 사람의 성명을 명시하여 사실을 적시하여야만 성립하는 것은 아니므로 사람의 성명을 명시한 바 없는 허위사실의 적시행위도 그 표현의 내용을 주의사정과 종합판단하여 그것이 어느 특정인을 지목하는 것인가를 알 수 있는 경우에는 그 특정인에 대한 名譽毀損罪를 구성한다」고⁵⁹⁾ 판시함으로써 같은 입장을 취하고 있다.

集合的 名稱을 사용하는 경우에는 그것이 그 집단의 구성원 개개인을 가리키는 것이 명백하면 名譽毀損罪가 성립한다. 예컨대 “濟州辯護士會 소속 辯護士들”, “濟州地方法院判事들” 따위의 표시는 이른바 集合名稱에 해당하는 것이지만, 이같은 集合名稱에 의한 事實摘示는 거기에 소속된 전체구성원 각자에 대한 사실적시가 되어 名譽毀損罪가 성립한다고 보아야 할 것이다. 그러나 “서울시민” 또는 “경기도민” 등과 같이 그 집단에 관한 평균적 판단을 나타내는 경우에는 특정인을 가리키는 것이라 할 수 없으므로 名譽毀損罪는 성립하지 않는다⁶⁰⁾.

55) 大判 1960. 9. 21, 4293 刑上 251 ; 大判 1981. 11. 24, 81도 2280 ; 大判 1985. 10. 22, 85 1629 ; 大判 1989. 3. 14, 88도 1397.

56) 裴鍾大, 前掲書, p. 223 ; 大判 1991. 5. 14, 91도 420.

57) 大判 1984. 4. 23, 84도 431.

58) 大判 1983. 8. 23, 83도 1017.

59) 大判 1982. 11. 9, 82도 1256.

60) 大判 1960. 11. 26, 4293 刑上 244.

3. 名譽毀損

名譽毀損罪에 있어서 名譽의 毀損이란 명예에 대한 존중요구를 무시·공격·비난하는 일체의 損傷行爲를 말한다. 이 같은 損傷行爲의 구체적인 양태로는 일반적인 罵倒·叱責·非難·中傷謀略·毀謗놓기 등을 들 수 있다. 名譽毀損罪는 抽象的 危胎犯이므로 名譽를 훼손할 만한 사실 또는 허위의 사실을 적시하는 것이 不特定 또는 多數人이 직접 인식할 수 있는 상태에 이르면 범죄는 완성되고⁶¹⁾ 현실적으로 상대방 또는 不特定人이 認知함을 요하지 않는다.

4. 故意

名譽毀損罪가 성립하기 위하여는 타인의 名譽를 훼손할 만한 사실을 적시한다는 故意가 있어야 한다. 未必的 故意로서도 족하다. 따라서 사람의 價値를 저하시키는 일정한 事實을 不特定 또는 多數人에게 알린다는 認識·認容만 있으면 충분하다. 「事實」, 「公然性」에 관한 意味의 認識은 있어야 한다. 그러나 그 사실이 허위사실인가 아닌가는 문제되지 않기 때문에 이에 관한 認識은 故意의 내용이 되지 않는다⁶²⁾.

本罪는 目的犯이 아니기 때문에 名譽毀損의 목적이나 誹謗의 목적이 있음을 요하지 않고, 또한 피해자의 名譽가 훼손되었다고 感知할 필요는 없다⁶³⁾. 事實을 摘示할 때에 행위자가 다소 흥분·격정상태에 있다고 하여 故意가 부정되는 것은 아니다. 그러나 특정한 사람의 명예를 훼손하려고 하였으나, 客體를 잘못 인식하여 다른 사람의 명예를 훼손하게 되었을 때에는 故意歸屬에 영향이 없다. 다만 너무 알려진 사실을 잘 알려지지 않은 사실인 줄 알고 발설하여 유포코자 하였을 때에는 고의 성립에 지장이 없지만 名譽毀損罪의 不能未遂가 성립할 수 있다⁶⁴⁾.

행위자가 인식한 故意와 摘示한 事實이 일치하지 않을 경우에는 錯誤論의 일반이론에 의하여 해결된다. 따라서 행위자가 진실한 사실을 허위의 사실로 오인하고 적시한 때에는 故意는 제307조 2항의 故意이지만 제307조 1항의 결과를 발생하게 되므로 이 경우에 큰 故意는 작은 故意를 포함하게 되어 결국은 제307조 1항의 罪責을 지게 된다. 또한 허위사실을 진실한 사실로 오인하고 적시하여 명예를 훼손한 때에는 제307조 2항의 결과가 발생하였지만 이는 不法加重事由를 인식하지 못한 경우이므로 형법 제15조 1항이 적용되어 제307조 1항의 罪責을 부담한다⁶⁵⁾.

61) Schönke - Schröder - Lenkner, §186, Rdnr. 5.; 鄭盛根, 前掲書, p. 214.

62) 鄭盛根, 前掲書, p. 214.

63) 大判 1991. 3. 27, 91도 156.

64) 金日秀, 前掲書, p. 432.

65) 明燭植, 前掲論文, p. 264; 裴鍾大, 前掲書, p. 224; 李炯國, 前掲論文, p. 643.

V. 違法性阻却事由

名譽毀損罪의 違法性阻却事由로는 刑法總則의 一般的 違法性阻却事由와 刑法 제310조에 의한 違法性阻却事由의 두가지가 있다.

1. 一般的 違法性阻却事由

名譽毀損罪도 다른 犯罪과 마찬가지로 刑法總則에 규정되어 있는 正當化事由에 의하여 違法性이 阻却될 수 있다. 그러나 本罪의 違法性阻却事由로 특히 문제가 되는 것은 正當行爲와 被害者의 承諾이 있는 경우이다.

1) 正當行爲

事實의 摘示가 法令에 의하거나 正當한 業務에 속하는 경우에는 違法性이 阻却된다. 刑事裁判에서 檢事의 起訴要旨의 진술이나 被告人의 犯罪事實·惡行을 적시하는 경우, 증인의 증언, 변호인의 반대신문 등이 다소 명예훼손적인 진술내용을 담고 있더라도 형사소송법·형사소송규칙에 근거한 正當한 것인 한 法令에 의한 행위로 違法性이 阻却된다⁶⁶⁾. 그러나 그 내용이 허위인 경우에는 辯護權이나 防禦權의 남용으로 名譽毀損罪(제307조 1항)가 된다.

신문·라디오·TV 등 言論媒體의 報道도 국민의 알 권리를 충족시키는 범위 내에서 진지한 情報의 이익이 있는 한 業務로 인한 正當行爲로 된다. 그 밖에도 학술 또는 예술작품에 대한 공정한 論評도 正當행위이다. 그러나 사람을 비방할 목적으로 보도하거나 허위사실을 보도하여 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 出版物에 의한 名譽毀損罪(제309조)를 구성한다.

2) 被害者의 承諾

名譽는 그 法益主體가 처분할 수 있는 個人的 法益이다. 그런데 名譽의 主體가 승낙을 한 경우에는 構成要件이 阻却된다는 견해⁶⁷⁾와 違法性이 阻却된다는 견해⁶⁸⁾가 대립되어 있다. 비록 承諾이 있어도 피해자의 社會的 評價를 함할 행위가 있는 이상은 名譽毀損罪의 構成要件該當性은 인정되지만 「처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 法益을 훼손한 행위」로서 제24조에 의하여 違法性이 阻却된다고 보아야 할 것이다⁶⁹⁾.

66) 大判 1956. 10. 26, 4289 刑上 227.

67) 金日秀, 前掲書, p. 434.

68) 姜求眞, 前掲書, p. 218 ; 金鍾源, 前掲書, p. 110 ; 裴鍾大, 前掲書, p. 225 ; 明炳植, 前掲論文, p. 268 ; 劉基天, 前掲書, p. 146 ; 李在祥, 前掲書, p. 189 ; 李炯國, 前掲論文, p. 645 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 216 ; 鄭榮錫, 前掲書, p. 291 ; 黃山德, 前掲書, p. 227.

69) 이에 관하여 沈在宇교수는 “사람이 가지고 있는 人格價値는 아무리 자기 것이라 할 지라도 마음대로 처분할 수 없다” 즉 人間으로서의 人格的 名譽를 포기할 권리는 적어도 인간에게는 주어지지 않으며 法이 그것을 허용한다고 볼 수 없으므로 人格的 名譽의 침해에 관한 承諾은 違法性阻却의 법적

2. 刑法 제310조에 의한 違法性阻却

1) 立法趣旨

刑法은 개인의 명예를 보호하기 위하여 法定刑에 차이는 있으나 摘示한 事實이 眞實인가 虛僞인가를 불문하고 名譽毀損罪의 성립을 인정하고 있다. 그러나 摘示된 사실이 진실이고 또한 그 摘示가 公共의 利益을 위한 경우까지 무조건 처벌한다면 결국은 헌법상 보장된 言論·表現의 自由가 극도로 제한 받게 되고 公正한 비판의 자유도 위축될 수 밖에 없다. 言論의 自由는 自由民主主義의 기본적 요청으로 批判의 自由를 그 핵심으로 한다. 만약 이 같은 言論의 自由를 엄격히 제한한다면 개인의 명예에 대한 보호는 확보되겠지만 민주사회의 발전을 기대하기 어렵다. 여기에 개인의 名譽保護와 言論의 自由의 보장을 어떻게 조화할 것인가라는 문제가 제기된다⁷⁰⁾.

名譽毀損罪는 사람에게 대한 社會的 評價를 저해하는 것이라면 그 眞僞에 관계없이 처벌하지만 그것이 公共의 利益을 위하여 진실한 사실을 적시한 때에는 이를 罰하지 않도록 할 필요가 있다. 各國의 立法例도 공공의 이익에 관한 진실한 사실을 일정한 조건하에 적시하는 경우를 違法性阻却事由로서 규정하고 있다⁷¹⁾. 현행형법도 제310조에서 「제307조 1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 公共의 利益에 관한 때에는 처벌하지 아니한다」고 규정하여 本罪의 특수한 違法性阻却事由를 마련하고 있다. 이 규정은 제307조 1항의 罪에 한하여 적용되며⁷²⁾ 名譽에 관한 다른 罪에는 적용되지 않는다.

2) 要件

刑法 제310조가 적용되기 위해서는 형법 제307조 1항의 행위로서 ① 摘示된 事實이 眞實하여야 하며 ② 事實의 摘示가 오로지 公共의 利益에 관한 것이어야 한다.

(1) 眞實性

摘示된 事實은 眞實한 事實이어야 한다. 적시된 사실의 진실성은 적어도 중요한 부분에 인정되면 족하고 細部에 있어 다소 진실과 합치되지 않거나 약간의 과장된 표현이 있더라도 곧 허위사실이 되는 것은 아니다⁷³⁾. 진실한 사실을 적시한 때 本罪의 違

효력이 없다고 보고 있다. 다만 이러한 倫理의 人格價値 이외의 사회적 가치로서의 직업·지위·신분 및 학식 등에 관계된 명예는 처벌할 수 있는 범의으로서 被害者의 承諾이 있으면 違法性이 阻却된다고 보고 있다. 沈在宇, 「名譽毀損罪와 그 違法性阻却事由」, 『月刊考試』, 1981. 9, p. 96.

70) 言論·出版의 自由의 한계로서의 名譽權의 보호에 관하여는 金雲龍, 「言論報道와 名譽毀損」, 『言論仲裁』, 1983, 가을(통권 8호), p. 18이하 ; 孫棟權, 「言論報道와 死者의 名譽毀損」, 『言論仲裁』, 1992, 봄(통권 42호), pp. 6-8 ; 李康燮, 「言論出版의 自由와 名譽毀損(上)」, 『司法行政』, 1985. 4, pp. 35-37 참조.

71) 각국의 立法例에 관한 詳細는, 彭元順, 「『매스미디어』에 의한 名譽毀損에 관한 연구」, 『言論學報』 제2권, 한양대학교 언론문화연구소, 1981, p. 78이하 참조.

72) 大判 1986. 1. 27. 85도 785.

73) 判例도 「신문사의 지국장이 지방행정당국의 불합리한 처사를 取材報道계 함에 있어서 다소 과장된 표현이 있다고 하여 곧 허위보도라 할 수 없고 이는 公共의 이익에 관한 것으로 봄이 타당함으로 名譽毀損罪로 처벌할 수 없다」고 판시함으로써 같은 입장을 취하고 있다. 大判 1959. 9. 26, 4291 刑上 323.

法性阻却事由가 검토될 수 있기 때문에 허위사실을 적시하여야 성립하는 名譽毀損行爲(제307조 2항)⁷⁴⁾, 死者의 名譽毀損罪(제308조) 그리고 出版物 등에 의한 名譽毀損罪(제309조 2항)⁷⁵⁾에는 적용될 여지가 없다.

(2) 公益性

事實의 揭示가 오로지 公共의 利益에 관한 것이어야 한다. 여기에서 公共의 利益이란 국가·사회 또는 일반인의 공동이익에 관련된 것을 말하는바, 이에는 두가지 요건이 필요하다. 첫째, 객관적으로 적시의 사실이 公共의 利益에 관한 것이어야 한다. 公共의 利益이 되는 것이면 반드시 公的 生活에 관한 사실에 한하지 아니하고 私的 生活에 관한 것이라도 무방하다. 다만 私生活에 관한 것일 때에는 그 公表가 公共의 利益이 되는지 여부를 더욱 신중히 판단하여야 하며, 公共의 利益에 관한 것이냐의 여부는 事實公表의 상대방의 범위와 관련하여 정해진다고 본다⁷⁶⁾.

둘째, 主觀的으로는 사실적시의 동기가 오로지 公益을 위한 것이어야 한다. 法文에는 “오로지”⁷⁷⁾ 公共의 利益에 관한 것이어야 한다고 규정하고 있으나 반드시 이를 유일한 동기로 하는 경우에만 한정할 필요는 없다고 본다. 주로 公益이 동기만 되어 있으면 다소 私益의 욕구가 포함되어 있더라도 公益性은 배제되지 않는다⁷⁸⁾. 그러므로 사회 일부의 利益에만 관계된 사항일지라도 그 범위내에서 公益性은 유지될 수 있다.

여기의 公共의 利益은 피해자 개인의 利益보다 우월해야 한다. 이 요건은 제310조가 正當性事由로서 利益較量을 그 판단의 실질적인 기초로 삼고 있기 때문에 도출되는 당연한 요구이다. 그리고 타인의 名譽에 관한 침해가 그 내용·정황·영향력 등을 고려해 볼 때 그 행위가 적절한 수단(angemessenes Mittel)이어야 한다⁷⁹⁾. 예컨대 公益을 빙자하여 타인을 공갈하거나 謀害하거나 또는 私怨을 풀기 위한 목적이 있는 경우에는 제310조는 적용되지 않는다⁸⁰⁾.

3) 效果

(1) 實體法的 效果

揭示된 事實에 眞實性和 公益性의 두가지 요건이 인정되면 타인의 명예를 훼손하더라도 처벌하지 아니한다. 여기에서 「처벌하지 아니한다」의 實體法的 效果에 관하여는

74) 大判 1970. 7. 21, 70도 1266.

75) 大判 1984. 9. 11, 84도 1547 ; 大判 1986. 10. 14, 86도 1603 ; 大判 1993. 4. 13, 92도 234.

76) 金鍾源, 前掲書, pp. 117-118.

77) “오로지”는 “주로” 해석하는 것이 타당하다. 裴鍾大, 前掲書, p.227 ; 大判 1989.2.14, 88도 899 ; 大判 1993. 6. 22, 92도 3160.

78) 明炯植, 前掲論文, p. 265 ; 李在祥, 前掲書, p. 191 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 217.

79) 金日秀, 前掲書, p. 438 ; 吳沈洙, 前掲論文, pp. 130-131 ; 李炯國, 前掲論文, p. 647.

80) 裴鍾大, 前掲書, p. 227 ; 李在祥, 前掲書, p. 289 ; 李炯國, 前掲論文, p. 646 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 217 ; 大判 1960. 10. 26, 4293 刑上 823 ; 大判 1970. 7. 21, 70도 1266.

處罰阻却事由說⁸¹⁾, 構成要件該當性阻却說⁸²⁾, 違法性阻却事由說⁸³⁾ 등이 대립한다.

處罰阻却事由說은 名譽毀損罪의 성립자체는 인정하고 다만 적시된 사실이 진실하다는 등의 증거가 있으면 이를 조건으로 刑事處罰만이 阻却된다고 보는 견해이다. 그러나 이 설은 「처벌하지 아니한다」라는 文言에 충실한 것으로 보이지만 제310조를 言論의 自由와의 밀접한 關係하에서 이해한다면, 事實의 眞實性과 摘示의 公益性이 인정되는 경우에도 범죄의 성립을 긍정하여 개인의 名譽保護에 치중한 나머지 言論의 自由에 대한 보장을 경시한 것으로 타당하다고 볼 수 없다. 또한 構成要件該當性阻却說은 眞實性·公益性이 있으면 行為의 定型的 違法性이 結合되어 構成要件該當性 그 자체가 조각되는 것으로 보고 있다. 그러나 사실의 진실성 여부는 刑법 제307조 1항에 해당하느냐 또는 2항에 해당하느냐에 대한 기준에 불과하고 眞實性이 가려진 다음에 摘示의 公益性이 인정되면 이를 고려하여 違法性이 阻却된다고 보아야 할 것이다⁸⁴⁾. 현행 刑법도 이를 違法性阻却事由의 하나로 규정하고 있으므로 다수설인 違法性阻却事由說이 타당하다고 하겠다.

(2) 訴訟法的 效果

刑법 제310조는 刑事訴訟節次에 있어서 舉證責任의 轉換을 규정한 것이라고 보는 경향이 있다⁸⁵⁾. 이러한 견해는 적시된 사실의 眞實性과 公益性에 대한 舉證責任을 예외적으로 피고인이 부담해야 한다는 결론이 나온다. 그러나 刑事訴訟法上 無罪推定の 法理에 의하여 특별한 규정이 없는 한 刑罰權의 存否와 범위에 관한 사항의 舉證責任은 검사에게 있고, 예외적으로 피고인에게 舉證責任을 지우려면 이에 관한 법적 근거가 있어야 한다. 그럼에도 불구하고 제310조가 刑事訴訟法상 舉證責任에 관한 일반원칙의 예외규정이라고 보는 것은 일본과 독일 刑법의 해석에 기인한 것으로 생각된다.

일본 刑법 제230조의 2 제1항은 “前條 第1項의 行為가 公共의 利益에 관한 사실에 關連되고 그 目的이 오로지 公益을 도모하는데 있다고 인정하는 때에는 사실의 眞否를 판단하여 ‘진실인 것의 증거가 있는 때에는’ 벌하지 아니한다”라고 규정하고 있으므로 舉證責任을 피고인에게 전환시키는 규정이라고 해석하는 것이 당연하다⁸⁶⁾. 그러나 우리 刑법 제310조는 「진실한 사실로서 오로지 公共의 利益에 관한 때에는 罰하지 아니한다」라고 하여 違法性阻却事由의 요건만을 규정하고 있을 뿐이고 증거에 관하여는 아무런 규정도 두지 않고 있다. 따라서 刑법 제310조의 성립요건에 관한 舉證責任

81) 陳癸鎬, 前掲書, p. 197.

82) 團藤重光, 「刑法綱要各論」, 1972, p. 290.

83) 金日秀, 前掲書, p. 436 ; 金鍾源, 前掲書, p. 118 ; 裴鍾大, 前掲書, p. 228 ; 沈在宇, 前掲論文, p. 97 ; 李在祥, 前掲書, p. 191 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 219 ; 車鏞碩, “名譽毀損罪에 있어서의 事實의 眞實性에 관한 錯誤”, 「考試界」, 1979. 12, p. 34.

84) 金鍾源, 前掲書, p. 118 ; 李在祥, 前掲書, p. 191.

85) 劉基天, 前掲書, p. 147 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 220 ; 鄭榮錫, 前掲書, p. 197 ; 陳癸鎬, 前掲書, p. 197 ; 黃山德, 前掲書, p. 229.

86) 독일 刑법 제186조도 “ 그 사실이 진실한 사실이라고 증명되지 않는 때에는 벌하지 아니한다”라고 규정하고 있으므로 같은 의미이다.

은 형사소송법상 舉證責任分配의 일반원칙에 따라 檢事가 진다고 보아야 하며⁸⁷⁾ 피고인에게 舉證責任을 전환시킨다는 것은 현행법의 해석상 타당하다고 볼 수 없다.

제310조가 違法性阻却事由에 관한 규정인 이상 總則上의 一般的 違法性阻却事由와 마찬가지로 檢事는 違法性阻却事由의 부존재 즉 진실한 사실의 적시가 公益에 관한 것이 아니라 점에 대한 객관적 舉證責任을 지고 다만 피고인으로서 사실의 적시가 公益에 관한 것이었다는 점에 대한 증거제출 책임을 부담하는 것으로 해석하여야 한다⁸⁸⁾.

(3) 眞實性에 관한 錯誤

제310조를 違法性阻却事由로 이해하면 사실의 眞實性和 公益性을 인식하는 것은 主觀的 正當化要素가 된다고 해석된다. 즉 眞實性和 公益性은 違法性阻却事由의 전제사실이 된다⁸⁹⁾. 따라서 행위자가 진실한 사실을 허위라고 오신하고 적시한 때에는 제310조의 적용문제는 애당초 일어나지 않고 오직 제307조 1항의 해당여부만이 문제될 뿐이다. 이 경우는 제15조 1항의 직접 적용례의 하나로서 가벼운 제307조 1항의 故意·既遂와 重한 제307조 2항의 미수를 인정하 뒤 想像的 競合에 의해 처벌해야 할 것이다. 그러나 名譽毀損罪에는 미수범처벌규정이 없으므로 제307조 1항의 고의·기수로만 처벌하면 된다⁹⁰⁾.

문제는 행위자가 허위사실을 진실이라고 오신하고 公益을 위하여 적시한 경우이다. 이것이 이른바 事實의 眞實性에 관한 錯誤이다. 處罰阻却事由說에 의하면 이러한 錯誤는 名譽毀損罪의 성립에 영향이 없다. 그러나 違法性阻却事由說에서는 이러한 경우에 어떻게 취급할 것인가에 대하여 견해의 대립이 있다.

嚴格責任說에 따르면 違法性阻却事由의 객관적 전제사실에 관한 착오는 違法性的 錯誤로서 故意의 成否에 영향이 없다고 한다. 단 그 착오가 회피불가능했다면 責任이 조각되고, 회피할 수 있었으면 책임은 조각되지 않으나 현실적으로 허위성을 인식한 경우보다 책임이 경감될 뿐이라고 한다⁹¹⁾. 그러나 제310조를 違法性阻却事由로 이해할 때에는 眞實性和 公益性은 違法性阻却事由의 요건이므로 違法性阻却事由의 객관적 전제사실에 대한 착오로서 事實의 錯誤는 아니지만 事實의 錯誤와 같이 취급해야 한

87) 姜求眞, 前掲書, p. 221 ; 金日秀, 前掲書, p. 440 ; 金鍾源, 前掲書, p. 119 ; 裴鍾大, 前掲書, p. 138 ; 沈在宇, 前掲論文, p. 98 ; 吳沈洙, 前掲論文, p. 138 ; 任雄, “名譽毀損行爲에 있어서 錯誤”, 『考試研究』, 1990. 6, p. 145 ; 車鏞碩, 前掲論文, p. 31 ; 李在祥, 前掲書, p. 193 ; 李炯國, 前掲論文, p. 648 ; 崔又讚, “名譽毀損의 正當性事由에 관한 刑法的 考察”, 『言論仲裁』, 1992, 봄, p. 17.

88) 沈在宇, 前掲論文, pp. 98-99 참조.

89) 裴鍾大, 前掲書, p. 229 ; 李在祥, 前掲書, p. 192 ; 任雄, 前掲論文, p. 146 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 219.

90) 金日秀, 前掲書, p. 441.

91) 鄭盛根, 前掲書, p. 219 ; 判例는 “適示된 事實이 진실한 것이라는 證明이 없더라도 행위자가 그 적시된 사실을 진실한 것으로 확신하였고 그렇게 확신하는 것이 건전한 상식에 비추어 상당하다고 인정될 정도의 객관적 상황에 대한 증거가 없는 경우에는 違法性이 阻却되지 않는다고 판시함으로써 嚴格責任說과 같은 입장을 취하고 있다. 大判 1962. 5. 17, 61 刑上 12.

다고 생각된다(制限責任說)⁹²⁾. 따라서 이 경우에 故意責任은 배제되고 대신 過失犯의 성립여부만 문제된다. 제307조 1항의 名譽毀損罪는 과실범 처벌규정이 없으므로 과실범 처벌도 문제되지 아니하여 결과적으로 행위자의 책임이 배제될 뿐이다⁹³⁾.

3. 人的 處罰阻却事由

國會議員은 職務上의 免責特權(헌법 제81조)에 의해 國會의 院內議政活動과 관련하여 타인의 명예를 훼손하더라도 처벌받지 아니한다. 그 免責의 근거는 構成要件阻却事由說⁹⁴⁾, 違法性阻却事由說⁹⁵⁾, 人的 處罰阻却事由說⁹⁶⁾ 등의 대립이 있다. 국회의원의 의정활동의 자유와 원활을 기하기 위해 신분상 특별히 국회밖에서 책임을 면제한다는 의미이므로 人的 處罰阻却事由라는 관점에서 이해해야 할 것이다⁹⁷⁾.

VI. 餘 論

1. 罪 數

名譽毀損罪는 一身專屬的 法益을 보호하는 犯罪이므로, 그 罪數는 피해자의 數를 기준으로 결정해야 한다. 따라서 하나의 文書나 發言으로써 2人 이상의 者의 명예를 훼손하는 경우에는 想像的 競合이 된다. 수개의 신문에 같은 내용의 광고문헌을 掲載하여 同一被害者의 명예를 훼손한 경우라든가 같은 신문에 同一人의 명예를 훼손하는 사실을 수차 연재하는 경우에는 包括的 一罪로 보아야 한다⁹⁸⁾.

2. 다른 犯罪와의 관계

1) 侮辱罪와의 관계

名譽毀損罪와 侮辱罪는 모두 外部的 名譽를 보호법익으로 함으로 侮辱的 言辭를 섞어서 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우에는 法條競合의 特別關係로서 名譽毀損罪만 성립한다⁹⁹⁾. 그러나 이를 法條競合의 吸收關係로 보는 견해도 있으나¹⁰⁰⁾ 侮辱罪가 名譽에 관한 罪의 章 중에서 일반적인 包括構成要件(Auffangtabestand)임을

92) 李在祥, 前揭書, p. 192.

93) 沈在宇, 前揭論文, p. 101 ; 李炯國, 前揭論文, p. 646.

94) 劉基天, 前揭書, p. 146.

95) 鄭榮錫, 前揭書, p. 279.

96) 金日秀, 前揭書, p. 441 ; 李炯國, 前揭論文, p. 649 ; 鄭盛根, 前揭書, p. 215 ; 陳癸鎬, 前揭書, p. 194.

97) 金日秀, 前揭書, p. 441.

98) 姜求眞, 前揭書, p. 225 ; 金日秀, 前揭書, p. 442 ; 李炯國, 前揭論文, p. 649 ; 陳癸鎬, 前揭書, p. 198.

99) 金日秀, 前揭書, p. 442. ; 李炯國, 前揭論文, p. 650.

100) 鄭盛根, 前揭書, p. 220 ; 陳癸鎬, 前揭書, p. 198.

인정하는 한 特別關係로 보아야 할 것이다¹⁰¹⁾.

2) 信用毀損罪와의 관계

虛偽事實을 적시하여 名譽와 信用을 동시에 훼손하면 제307조 2항의 加重的 名譽毀損罪와 信用毀損罪의 想像的 競合이 된다. 그러나 진실한 사실을 적시하여 사람의 信用을 훼손하면 제307조 1항의 單純名譽毀損罪만이 문제로 된다.

101) 金日秀, 前掲書, p. 442.