

명예훼손의 정당화사유에 관한 형법적 고찰

- 특히 언론보도를 중심으로 -

최 우 찬 / 서강대 법학과 교수

I. 명예에 관한 죄의 의의

명예에 관한 죄는 「공연히 (진실 또는 허위의) 사실을 지적하여 타인의 명예를 훼손하는 (또는 모욕하는) 것」을 내용으로 하는 범죄이다. 여기에서 명예란 사람의 인격적 가치에 대한 「사회적」 평가를 가리킨다.

II. 형법규정

「제 307 조 : 명예훼손죄」

제 1 항 : 공연히 「사실」을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 60만원 이하의 벌금에 처한다.

제 2 항 : 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

제 312 조 2 항(반의사불벌죄) : 본죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 논할 수 없다.

제 310 조(위법성의 조각, 정당화사유)

제 307 조 제 1 항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

「제 308 조 : 사자의 명예훼손죄」

공연히 「허위」의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

제 312 조 1 항(친고죄) : 본죄는 고소가 있어야 논한다.

「제 309 조 : 출판물에 대한 명예훼손죄」

제 1 항 사람을 「비방」할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여

제 307 조 제 1 항의 죄(즉 사실적시명예훼손죄)를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

제 2 항 전항의 방법으로 제 307 조 제 2 항의 죄(즉 허위사실적시명예훼손죄)를 범한 자는 7년이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

제 312 조 2 항 (반의사불벌죄) : 본죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 논할 수 없다.

「제 311 조 : 모욕죄」

공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 60만원 이하의 벌금에 처한다.

제 312 조 1 항(친고죄) : 본죄는 고소가 있어야 논한다.

III. 친고죄와 반의사불벌죄 (제 312 조)

「친고죄」는 피해자의 고소가 없으면 여하한 경우에도 공소를 제기할 수 없는 경우를 가리킨다. 여기에는 제 308 조(사자의 명예훼손죄)와 제 311 조(모욕죄)가 속한다. 이에 반하여 「반의사불벌죄」는 피해자가 처벌을 원한다는 의사표시를 하지 않았더라도 공소를 제기할 수 있지만, 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사표시를 하거나, 또는 처벌을 원한다는 의사표시를 철회한 경우에는 「공소기각」의 판결을 선고해야 하는 경우를 말한다(형사소송법 제 327 조 6 호).1) 여기에는 제 307 조(명예훼손죄)와 제 309 조(출판물 등에 의한 명예훼손죄) 등이 속한다.

IV. 보호법익

명예에 관한 죄의 보호법익은 통설과 판례의 입장에 따르면 「외적 명예」이다.2) 이러한 「외적 명예」란 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 가리킨다. 따라서 경우에 따라서는 개개인의 외적 명예가 그 사람 자신의 「내적 명예」보다도 높게 또는 낮게 평가될 수도 있을 것이다. 또한 「외적 명예」는 인격적 가치에 대한 개개인 자신의 주관적 평가인 「명예감정」과도 구별된다. 이러한 명예감정은 개인적으로 과대(또는 과소)평가를 하는 것이 대부분이기 때문에 형법에서 보호할 수 있는 일정한 기준이 없으므로 「외적 명예」에 따라 평가하는 수 밖에 다른 방법이 없다. 따라서 명예에 관한 죄의 보호법익은 「외적 명예」 즉, 「사회적 명예」라고 보는 것이 옳다.

V. 명예의 주체

1. 자연인

명예의 주체는 우선적으로 「사람」을 가리킨다. 그러므로 정상적인 사람은 물론이고, 책임능력이 적거나 아예 없는 정신병자나 혼수상태에 빠진 사람, 또는 어린이의 경우처럼 명예훼손의 의미를 이해할 수 없는 경우라 할지라도 명예훼손의 주체가 될 수 있다. 또한 사자의 명예를 훼손한 경우에는 형법 제 308 조의 「사자에 대한 명예훼손죄」가 성립될 수 있다.3)

2. 법인(또는 법인격 없는 단체)

법인도 명예의 주체가 될 수 있다. 여기에는 공법인(예컨대 정당)뿐만 아니라 사법인(예컨대주식회사)도 포함된다. 그밖에 법인격이 없는 단체(예컨대 낚사회, 등산클럽, 골프회 등)도 통일된 의사를 갖추고 법적으로 승인할 만한 사회적 기능을 담당하고 있는 이상 명예의 주체가 될 수 있다.

3. 집합지칭에 의한 명예훼손

명예 훼손은 어느 개인만을 지적하지 않고 집합적으로 지칭하는 경우에도 가능하다. 이러한 집합지칭에 의한 명예훼손은 특정 개인이 아니라 그 집단의 모든 구성원의 명예를 훼손할 수 있다. 집합지칭에 의한 명예훼손이 성립하려면 일반적인 집합지칭으로는 부족하고(예컨대 장사꾼들은 모두 사기꾼이다 라고 말하는 경우), 특정집단을 지칭해야 한다. 이러한 집합지칭에 의한 명예훼손은 단순히 특정집단을 지칭한 경우뿐만 아니라(예컨대 A 시장의 상인들은 모두 사기꾼이다 라고 떠들고 다니는 경우), 특정집단의 일부 구성원의 명예를 훼손해서 그 집단의 모든 구성원들의 명예가 훼손되는 경우(예컨대 A 경찰서에 간첩 한 명이 경찰관으로 위장근무하고 있다고 말하는 경우)도 포함된다. 이러한 경우에는 그 집단에 속하는 구성원 모두가 각자 명예훼손의 주체가 된다.

VI. 명예훼손죄와 모욕죄의 구별

모욕죄도 명예훼손죄와 마찬가지로 타인의 「외적 명예」를 보호법익으로 한다는 점에서는 같다. 다만 명예훼손죄는 (진실 또는 허위의) 사실을 적시해서 성립되는 데 반하여, 모욕죄는 타인에 대한 「가치평가」에 의해 성립된다는 점이 다르다. 따라서 모욕죄는 사실적시와는 상관없이 타인을 경멸하는 가치판단을 표시함으로써 성립된다(의사표시에 의하는 경우로는 예컨대 나쁜 놈, 아가리 닥쳐 라고 말하는 경우를 들 수 있고, 행동에 의하는 경우로는 침을 얼굴을 향해 뱉거나, 서로 잘 아는 사이인 경우에 상대방이 인사를 하거나 말을 건네는 데도 모른 척 하고 그냥 지나가거나, 콧방귀를 끼는 경우 등을 들 수 있다).

VII. 명예훼손죄(형법 제 307 조)의 구성요건

1. 객관적 구성요건

본죄는 ① 공연하게 (공개적으로) ② 사실을 적시하거나 ③ 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손함으로써 성립된다.

(1) 공연성

명예에 관한 죄는 모두 「공연성」이 있을 것을 요구한다.

통설 4)은 「공연성」이란 「불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태」를 말한다고 보고 있다. 여기에서 「공연하다」는 말의 의미는 「세상이 다 알도록 뚜렷하고 뽕뽕하다」는 것을 가리키므로 5) 이는 적당한 표현이라고 볼 수는 없다. 6) 그러나, 통설에 따르면 불특정 또는 다수인이 「인식할 수 있는 상태」를 말하므로, 반드시 실제로 불특정 또는 다수인이 이를 인식했을 것을 요구하지는 않는다. 따라서 이를 인식할 수 있는 상태에 있는 한, 실제로 인식한 자가 하나도 없다고 하더라도 본죄가 성립하는 데는 지장이 없다. 이에 관하여 대법원은 7) 「제 307 조에 <공연히>라 함은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태라고 풀이함이 상당하며 비밀이 잘 보장되어 전파될 염려가 없는 경우가 아니면 비록 개별적으로 한 사람에게 대하여 사실을 유포하였더라도 본건과 같이 연속하여 수인에게 사실을 유포하여 그 유포한 사실이 외부에 전파될 가능성이 있는 이상 공연성이 있다고 볼

것이다」라고 판시하고 있다. 따라서 명예훼손죄는 명예가 실제로 침해되어야만 기수가 성립되는 것이 아니라, 침해될 「위험성」만 있어도 기수가 인정되는 일종의 「추상적 위험범」이라고 볼 수 있다(통설).8)

이러한 공연성은 「공개적 방법」에 의한 모든 경우를 가리킨다고 보는 것이 옳다.

(2) 사실의 적시(지적)

「사실의 적시」란 명예를 침해할 수 있는 「구체적 사실」을 지적하는 것을 말한다. 다시 말하면 타인에 대한 사회적 평가를 떨어뜨리는 데 충분한 사실을 지적하는 것을 가리킨다. 이러한 사회적 가치에는 인격, 가문, 건강, 학력 등의 모든 가치가 포함되지만, 「경제적 가치」를 훼손한 경우에는 따로 「신용훼손죄(형법 제 313 조)」가 성립되므로 여기에서 제외된다.

또한 사실의 지적은 특정인의 명예가 침해될 정도로 「구체적」일 것을 요한다. 그러므로 구체적으로 사실을 지적하지 않은 단순한 모욕적인 의사는 명예훼손죄에 해당되지 않고 모욕죄만이 문제될 수 있다.

사실을 지적하는 수단과 방법에도 역시 제한이 없다. 따라서 언어에 의하거나, 문서, 신문, 잡지, 만화 등의 출판물, 연극 등에 의해서도 가능하고, 반드시 이름을 명시하지 않더라도 그 사람이 누구인가 쉽게 추측할 수 있으면 된다. 다만 타인을 「비방할 목적」을 가지고 신문, 잡지, 라디오, 기타 출판물 등에 의해 명예를 훼손한 경우에는 309 조의 「출판물에 의한 명예훼손죄」가 성립되어 가중처벌되며, 이 경우에는 310 조에 의해 정당화될 수 있는 가능성이 없다.

그리고, 지적된 사실이 「진실」인 경우에는 제 307 조 1 항이 적용되고, 「허위」인 경우에는 2 항에 따라 가중처벌된다.

2. 주관적 구성요건

행위자는 자신이 타인의 명예를 훼손하는 데 적합한 사실을 지적한다는 데 대한 「고의(또는 적어도 미필적 고의)」를 가져야 한다. 그러나, 타인의 명예를 훼손시킬 「목적」이 있을 필요까지는 없다. 9) 따라서 단순한 「과실」에 의한 명예훼손 행위는 본죄에 해당되지 않으므로 처벌 받지 않는다.

3. 위법성

객관적 및 주관적 구성요건을 충족시킨 행위는 이에 대한 정당화사유(위법성 탈락사유)가 존재하지 않으면 「위법」하다고 본다.

4. 기수시기

형법 307 조에 의한 명예훼손죄는 타인의 명예가 실제로 침해될 것을 요구하지는 않고, 이를 침해할 위험성만 있으면 「기수범」이 성립된다(추상적 위험범). 그러므로 불특정 또는 다수인이 명예훼손 행위를 인식할 수 있는 상태에 이르면 이미 기수범이 성립된다.

VIII. 명예훼손과 진실을 발표할 권리

「진실을 발표할 권리」는 「국민의 알 권리」와 함께 헌법에 규정된 「언론·출판의 자유(21 조)」를 보장하기 위한 필수적인 권리에 속한다. 10) 이러한 언론·출판의 자유는 방어적 의미의 주관적 공권으로서 모든 국민이 말하고, 듣고, 정보를 수집하고, 이를 정리하고, 또 전파할 자유뿐만 아니라, 민주주의를 실현시키기 위해 국가권력과 국민 개개인이 존중하고 또 실천해야 하는 객관적 가치질서로서의 성격도 함께 갖는다. 11) 보도의 자유는 특히 「객관적 가치질서」와 밀접한 관련을 갖는데, 이는 대중전달매체를 통해 사실을 전달하고 의사를 표현한다는 점에서 「의사표현의 자유」의 특수한 형태에 속한다고 볼 수 있다. 따라서 보도의 자유가 보장되기 위해서는 보도기관의 자주성과 독립성이 강조되는 동시에 보도의 공정성과 정확성도 요구되는 것이다. 그러나 이러한 보도의 자유는 무제한 보장되는 것이 아니라, 보도의 자유가 「남용」된 경우에는 헌법에 의한 「과잉금지의 원칙에 따라 제한을 받게 된다. 이러한 「과잉금지의 원칙」에 따라서 보도의 자유도 다음과 같은 원칙에 따른 제한을 받게 된다. 12)

첫째로 「필요성의 원칙」을 들 수 있는데, 이 원칙은 「타인의 법익은 자신의 법익을 보호하기 위해서 <필요한> 경우에만 침해될 수 있다」는 것을 말한다. 둘째로는, 「적합성의 원칙」인데 이는 침해행위가 목적을 달성하기 위한 「적합한」 수단일 것을 요구한다. 셋째로는 협의의 「비례성의 원칙」인데, 이는 「필요성의 원칙과 적합성의 원칙에 따른 진실발표행위는 침해법익과 보호법익을 서로 비교·형량할 적에 <현저한 불균등>이 없어야 한다」는 것을 가리킨다. 이와 같은 헌법상의 기본적 제한과 관련해서 현행 헌법은 보도의 자유의 한계에 관하여 제 21 조 4 항에 「언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 배상을 청구할 수 있다」고 규정하고 있다. 이러한 보도의 자유를 제한하기 위하여 형법은 명예에 관한 죄를 규정하고 있으며, 동시에 이를 최대한으로 보장하기 위하여 명예훼손이 정당화될 수 있는 「진실을 발표할 권리」도 제 310 조에 규정하고 있다. 이러한 「진실을 발표할 권리」는 명예훼손에 대한 「특별한」 정당화사유에 속하며, 명예훼손행위가 「일반적」 정당화사유(예컨대 정당행위<제 20 조>, 정당방위<제 21 조>, 긴급피난<제 22 조>, 피해자의 승락<제 24 조> 등)에 속하는 경우에도 당연히 정당화될 수 있다. 이러한 명예훼손행위에 대한 일반적 및 특별적 정당화사유를 살펴보면 다음과 같다.

IX. 명예훼손의 특별한 정당화사유

(위법성탈락사유)·제 310 조(진실을 발표할 권리)

제 307 조의 주관적 및 객관적 구성요건을 충족시킨 명예훼손행위라고 하더라도, 이에 대한 정당화사유가 인정되는 제 310 조에 해당되는 경우에는 위법성 자체가 탈락되므로 범죄가 성립되지 않고 정당화될 수 있다. 형법 제 310 조는 「제 307 조 1 항(사실적시 명예훼손죄)의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다」고 규정하여 명예훼손죄에 관한 특별한 정당화사유를 인정하고 있다. 13) 따라서 허위의 사실을

적시한 경우(제 307 조 2 항)는 물론, 제 308 조의 사자에 대한 명예훼손죄, 타인을 「비방」 할 목적을 가진 경우인 제 309 조 2 항의 「출판물 등에 의한 명예훼손죄」는 여기에 적용될 여지가 없다. 이에 관한 성립요건을 살펴보면 다음과 같다.

1. 객관적 요건

(1) 「목적의 정당성」: 「정당한 법익」을 발표할 것

진실을 발표할 권리가 정당화되는 것은 단순히 법률적으로 보호할 가치가 있는 진실을 위한 것이 아니라, 이러한 발표행위가 실제로 발표할 「정당성」이 인정되는 법익과 관련이 되는 경우일 것이 요구된다. 14) 이는 법률적으로 보호할 가치가 있다고 승인된 「공공의 이익」이 있는 경우는 물론이고, 「개인적 법익」이라고 하더라도 그 발표행위 가 「간접적」으로 공공의 이익을 위한 것일 때에도 정당한 법익에 속한다고 볼 수 있다. 15) 그러므로 위법하거나, 또는 「사회상규(형법 제 20 조: 정당행위)」에 위배되는 목적을 가진 발표행위는 정당한 법익에 포함될 수 없다. 16) 예컨대, 타인의 사생활을 폭로해서 사회적으로 매장을 시키기 위한 경우, 17) 공직자의 사생활을 폭로하여 스캔들이나 센세이션을 일으키기 위한 경우, 18) 타인을 비방할 목적을 가진 경우, 또는 단순히 소문을 퍼뜨리기 위한 경우 등은 정당한 목적을 가진 경우라고 볼 수 없다. 또한 정당한 법익에 속하기 위해서는 발표한 사실이 「진실」이어야 한다. 진실성의 정도는 전체적으로 볼 때에 진실하다고 볼 수 있으면 충분하다. 따라서 사소한 사실까지 모두 진실할 것을 요구하는 것은 아니다. 19)

(2) 수단의 상당성

진실발표행위가 전체 상황에 비추어 볼 때 <상당한 수단>에 의한 것이어야 한다.

① 진실발표에 따른 명예훼손은 「적합하고」 「필요한」 행위이어야 한다. 20) 따라서 타인의 명예를 더 적게 훼손시키고도 진실을 발표할 수 있는 다른 방법이 있었던 경우에는 「필요한」 발표행위라고 볼 수 없다.

② 상당한 수단에 의한 명예훼손행위는 전체상황을 고려하여 「진실발표법익」과 「명예보호법익」을 서로 형량할 적에 「현저한 불균형」이 없는 경우에만 정당화될 수 있다. 21) 따라서 「허위」의 사실을 발표한 경우에는 상당한 수단에 의한 발표행위라고 볼 수 없으므로 정당화될 수 없다. 또한 공공의 이익이 없는데도 언론에 보도하여 피해자의 명예를 매우 훼손한 경우에도 불균형이 인정된다.

(3) 비례적 전가치형량의 원칙

정당한 목적을 위한 상당한 수단에 의한 진실발표행위는 「보호법익과 침해법익을 서로 비교·형량할 적에 <현저한 불균형>이 없는 경우에는 정당화된다.」 22)

2. 주관적 요건

발표자는 주관적으로 정당한 법익을 위해 진실을 발표한다는 것을 「인식」해야 한다. 이러한 인식이 있는 한, 다른 복합동기(예컨대 증오심, 복수심, 경쟁심 등)가 함께 작용해도 상관이 없다.

3. 언론보도와 관련된 특별한 경우

(1) 적용범위

「진실을 발표할 권리」는 언론보도의 경우에도 개인의 경우와 마찬가지로 그대로 적용된다.

23) 그러므로 언론보도에 의한 진실발표행위는 발표자가 「직업적」인 보도자로서 발표하든지, 아니면 「개인」자격으로 발표하든지에 상관없이 동일한 기준이 적용된다. 24) 마찬가지로 독자란에 기고한 독자의 경우에도 이 규정에 따른 보호를 받을 수 있다.

그러므로 개인의 명예에 관한 법익이 진실발표행위에 의해 희생되는가 여부는 발표자가 누구인가에 상관없이 언제나 「비례적 전가치형량의 원칙」에 따라 결정되는 것이다 또한 언론보도에 의한 「일반적 정보전달법익」은 사회에 물의를 일으킨다는 이유 때문에 제한이 되는 것은 아니다. 이러한 법익이 제한되는 경우는 진실이 아닌 허위보도를 하는 경우에 한한다. 그러나, 예컨대 정치가 등 공직자의 사생활을 공개 하는 것은 언제나 허용된다고는 볼 수 없고, 이를 공개할 만한 「정당한 이유와 가치」가 있는 경우에 한해서 허용될 수 있다. 25) 따라서 이러한 사유가 없이 타인의 사생활을 공개하는 것은 정당화될 수 없다. 26)

여기에서 또 문제가 될 수 있는 것은 발표된 진실에 대해 「반론」을 제기하는 경우에 어느 정도까지 이를 허용할 수 있는가 하는 점이다. 이 점도 역시 「비례적 가치형량의 원칙」에 따라 진실성의 범위 안에서 결정할 문제에 해당된다. 27) 이는 특히 서로 입장을 달리 하는 「정당」들이 선거운동을 할 적에 흔히 발생할 수 있는 경우로서, 상대방을 모략, 중상, 비방하지 않는 한 어느 정도의 비판은 허용된다고 볼 수 있겠다. 28)

(2) 적합성 심사의무

언론보도에 의한 진실발표행위는 언론업무에 적합한 주의의무만 갖추면 충분하다. 29)

이러한 적합성심사를 하기 위해서는 정보의 근원, 언론보도의 시간적 한계(신속성, 지체위험 등), 법익의 진실한 법익의 우선순위 등을 심사해야 할 뿐만 아니라, 명예훼손의 정도, 제보자에 대한 신뢰도, 발표로 인한 비난가능성의 정도 등도 함께 고려해야 한다. 30)

이러한 심사를 할 적에 과실이 있으면 제 310 조에서 요구하는 주관적 정당화 요건을 충족시킨다고 볼 수가 없으므로 정당화 될 수 없다. 따라서 만약 보도의 진실성에 대해 「의심」이 있는 경우에는 반드시 이에 관한 설명을 보도를 할 적에 해야 한다. 31) 그러나, 독자란에 기고한 원고의 진실성에 대한 심사의무는 언론보도자에 대한 심사의무보다는 약하다고 볼 수 있다. 또한 제 310 조의 정당화요건에 대한 「착오」가 있는 경우는 착오에 관한 일반원칙에 따라 「구성요건착오」로 본다. 32)

4. 진실성의 입증책임

통설은 「진실을 발표할 권리」에 관한 제 310 조가 진실성에 관한 입증책임은 피고인에게 지게 하는 입증책임전환 규정이라고 보고 있다. 33) 그러나 형사소송법에서는 피고인의 범죄사실에 관한 입증책임은 원칙적으로 원고인 검사에게 있다. 따라서 입증책임이 피고인에게 전가되기 위해서는 이에 관한 명문의 규정이 있는 경우에만 가능한 것이다. 그러므로 통설의 견해는 옳다고 볼 수 없고, 「진실을 발표할 권리」에 관한 형법 제 310 조의 진실성 여부의 증명은 「언제나」 원고인 「검사」에게 있다고 본다.

34) □

주

- 1) 다만 처벌을 원하는 의사표시의 철회는 제 1 심 판결 선고 전에 해야 한다.
- 2) 이재상, 「형법각론」, 1992, 박영사, p.179 정영석, 「형법각론」, 1986, 법문사, p.281 이하, 대판 1970, 5. 26, 70 도 704 호 「명예훼손죄는 사람의 명예에 대한 사회적 가치판단을 죄라 할 것이다.」
- 3) 그러나, 사자에 대한 모욕죄는 형법에 규정되어 있지 않다.
- 4) 강구진, 「형법강의각론 I」, 1983, 박영사, p.213 ; 김종원, 「형법각론(상)」, 1971, 법문사, p.154 ; 이재상, 「형법각론」, p.183 ; 유기천, 「형법학(각론강의 상)」, 1982, 일조각, p.143 ; 「정성근, 형법각론」, 1990, 법지사, p.211 등 참조.
- 5) 공연하다의 정의에 관해서는 : 「민중엡센스국어사전」, 제 3 판, 1992, p.202 참조.
- 6) 같은 의견으로는 배종대, 「법과사회(창간호, 1989)」에 실린, "한국법학의 반성과 과제 I", p.238 참조.
- 7) 대판, 1968, 12. 24, 68 도 1569 이와 비슷한 판례는 대판 1981, 10. 27, 81 도 1023 참조.
- 8) 강구진, p.215 김종원, p.154 ; 이재상, p.185 등 참조.
- 9) 대판 1991, 3. 27 91 도 156.
- 10) 이에 대해 자세한 것은 허영, 「한국헌법론」, 1990, 박영사, p.516 이하 참조.
- 11) 허영, 앞 책, p.518.
- 12) 이에 관해 자세한 것은 특히 : Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969, S.58ff. 참조.
- 13) 이재상, 「형법각론」, p.190. Essr, a.a.O., 5.20f.(Eser) Rudolphi in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1990, § 93, Rn. 1(SK-Rudolphi); Lenckner in Schönke /schröder Kommentar, 1989, §193, Rn, 1 (S/S-Lencker), S/S-Eser, vor § 32 Rn79 : Dreher/Tro"ndle, StGB, § 193, Rn. 1 (D/Trön-dle) . 등 참조.
- 14) Lackner, Strafgesetzbuch, 1989, § 193, Anm. 1, 5a, SK-Rudolphi, 5 193, Rn. 9: S/S-Lenckner, §193, Rn. 8 : Hamm NJW 1987, 1035.
- 15) 이러한 의미에서 형법에 「오로지」 공공의 이익을 위할 것을 규정 한 것은 옳다고 볼 수 없다.
- 16) Lackner, § 193, Anm. 3a : SK-Rudolphi, §1923, Rn. 11.
- 17) RGSt 40, 101.

- 18) BGHSt 18, 186.
- 19) 오사카, 19588, 9. 26, 4291 형상 323.
- 20) SK-Rudolphi, § 193, Rn. 19ff.; S/S-Lenckner, § 193, Rn. 10, Köln NJW 1979, 1723.
- 21) 비례적 전가치형량의 원칙-이에 관해서는 특히, 최우찬, "피해자의 승락"
「고시계」 1990/10, p.116; "정당방위," 「고시계」, 1991/5, p.32, "배우자 정당방위"(현대의 형사법학 : 박정근 박사 화갑기념논문집), 1990, p.284 이하 참조*그러나, 독일의 다수설은 「우월적 법익형량의 원칙」에 따라 정당화시키려고 한다-S/S-Lencker, § 193, Rn.12. 22) 비슷한 의견으로는 Eser, a.a.O., S.68 참조.
- 23) 독일의 다수설: D/Tröndle, § 193, Rn. 16; Eser, a. a. O., 5. 63f., Frankfurt NJW 1977, 1353 ; Köln NJW 1977, 398 : BGHSt 12, 287 : 14, 48 : 18,182.
- 24) BGHSt 18, 187.
- 25) BGHSt 18, 186.
- 26) BVerfGE 6, 41.
- 27) Koblenz NJW 1978, 816 : SK-Rudolphi, § 193, Rn. 23b
- 28) Düsseldorf NJW 1986, 1262
- 29) Eser, a.a.O., S. 64ff.
- 30) BGH NJW 1977, 1288 S/S-Lenckner, § 193, Rn. 11.
- 31) Wenzel, Das Recht der Wort-und Bildberichterstattung, 1967, S. 187 : 그러나 만약 이러한 설명을 할 시간적 여유조차 없는 절박한 상황인 경우에는 일반적 정당화사유인 제 22 조의 「긴급피난」에 따라 정당화될 수도 있을 것이다-이에 관해서는 특히, SK-Rudolphi, § 187, Rn. 4 참조.
- 32) 대판 1962, 5. 17, 4294 형상 12 : 「행위자가 비록 적시된 사실이 진실이라고 확신하였다 하여도 그것이 건전한 상식에 비추어 상당하다고 인정될 정도의 객관적 상황이 있다는 증거가 없는 이상 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다. 」
- 33) 서일교, 「형법각론」, 1982, 박영사, p.107 : 유기천, 「형법학(각론강의 하)」, 1982, 일조각, p.145 : 정성근, 「형법각론」, 1990, 법지사, p.219 ; 황산덕, 「형법각론」, 1983, 방문사, p.230 : 일본 형법 제 230 조 2 항에는 「전조 제 1 항의 행위가 공공의 이익에 관한 사실에 관련되고 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한다고 인정되는 때에는 사실 여부를 판단하여 진실이라는 증거가 있는 경우에는 벌하지 않는다.」고 규정하고 있다. 그러나 우리나라의 경우에는 이러한 것이 명시적으로 규정되어 있지 않다.
- 34) 같은 의견으로는 이재상, 「형법각론」, p.192 이하

연세대 법대, 동 대학원, 독일 프라이부르크대(법학박사)

저술 : 「배우자 정당방위」, 「의무의 충돌」, 「형법 20 조의 정당화 근거」, 「피해자의 승낙」, 「안락사와 존엄사」 외

현재 서강대 법학과 교수