

## 명예훼손으로 인한 위자료의 산정에 관한 연구 - 영국의 논의를 중심으로

이창현

서강대학교 법과대학 법학과 교수

### I. 서설

인간은 사회적 동물이라는 명제에 걸맞게 개인은 타인에 의한 평가에 매우 민감하여 왔다. 그리하여 로마법에서부터 명예훼손은 인격권 침해의 전형이자 시초로서의 의미를 가져왔고, 그러한 비중은 인격권의 세분화가 진행되고 있는 현재에도 여전하다. 현대사회의 복잡다기화로 인하여 다양한 형태의 인격권의 침해가 발생하고 있음에도 불구하고 인격권 침해 유형 중 중심적 위치를 차지하는 것이 명예훼손이다.

사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등 세상으로부터 받는 객관적 평가인 명예는 구체성 있는 공표행위를 통하여 침해되는데, 우리나라는 허위사실의 적시뿐만 아니라 사실의 적시에 대하여도 명예훼손을 인정한다.

명예훼손으로 인한 손해배상의 범위에는 재산적 손해뿐만 아니라 비재산적 손해도 포함된다.<sup>1)</sup> 명예훼손으로 인한 재산적 손해의 배상은 오히려 예외에 속하고, 명예훼손으로 인한 손해배상은 주로 위자료로 처

리된다. 종래 명예훼손으로 인한 위자료에 대하여는 인신사고의 경우와는 달리 예측가능성이 현저하게 떨어진다는 비판이 제기되어 왔다. 특히 인신사고의 경우에는 노동능력상실율이라는 객관적 지표를 활용하여 위자료를 산출하므로 객관성과 예측가능성이 담보되었으나, 명예훼손의 경우에는 객관성과 예측가능성을 담보할 장치가 마땅치 않다.

또한 위자료에 관한 논의의 중심은 요건론에서 산정론으로 이전되었다고 하여도 과언이 아니다. 특히 당사자의 주요 관심사는 위자료액수의 적정성과 그 산출근거라고 할 것이다. 그리하여 적절한 위자료를 도출하기 위한 방안은 학계뿐만 아니라 실무계에서도 매우 중요한 과제라고 할 수 있다. 이러한 사정은 우리나라뿐만 아니라 외국도 마찬가지이므로, 의미 있는 시사점을 얻기 위하여 우선 영국의 논의를 상세하게 살펴보고자 한다.

외국의 법은 그 나라 고유의 법문화와 토양을 토대로 전개되므로, 외국의 논의를 우리나라의 해석론에

1) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결(공 1996, 1486); 김중환·김학동, 채권각론, 제7판, 2006, 981면.

“위자료에 관한 논의의 중심은 요건론에서 산정론으로 이전되었다고 하여도 과언이 아니다. 위자료액수의 적정성과 그 산출근거는 당사자의 주요 관심사이자 학계 및 실무계의 긴요한 과제이다”

참고함에 있어서는 신중한 접근이 요구된다. 따라서 외국의 논의에 대한 피상적 접근은 피하고, 그 전모를 파악하기 위한 노력이 경주되어야 한다. 결국 영국의 명예훼손법에 대한 일반적 설명과 아울러 영국 특유의 제도인 배심재판제도와 징벌적 손해배상제도에 대한 보충적 설명을 제시한 후에 비로소 명예훼손으로 인한 위자료의 산정론을 고찰하는 것이 필요하다.

영국의 논의로부터 얻은 시사점을 기초로 하여 우리나라에서의 종래의 논의를 비판적으로 고찰하고, 우리 민법상의 해석론을 전개하고자 한다.

## II. 영국의 논의



### 1. 서설

#### 가. 명예훼손의 특성

명예훼손은 피해자의 잠재의식의 틈새를 파고들어 자리잡고 있다가 언제든지 나타나서 치명적 해악을

미치는 것이고, 이러한 상황은 평생동안 지속될 수 있다.<sup>2)</sup> 또한 피해자는 대개 명예훼손에 대하여 반박하거나 정정할 기회를 갖지 못한다.

출처불명의 추문을 추적하는 것도 불가능하고, 그 해악이 어느 정도인지 파악하기 어려워 결국 명예훼손으로 인하여 발생하는 손해를 확정하는 것은 사실상 불가능하여 손해배상액은 부득이 '대략적인 수치로(at large)' 환산할 수밖에 없는 것이다.<sup>3)</sup>

명예훼손에 있어 허위사실의 공표와 후속 행동은 밀접한 관련을 맺고 있어 후속 행동은 명예훼손의 연장선상에서 처리된다.<sup>4)</sup>

#### 나. 명예훼손의 성립

영국법상 명예훼손은 허위사실을 공표하여 타인의 명예를 해치는 것을 말하는데, 이는 'Libel' 과 'Slander' 로 대별된다.<sup>5)</sup> 전자는 영구적 형태로 명예훼손이 행하여지는 것이고, 여기에는 문서·방송·영화 등이 포함된다.<sup>6)</sup> 이에 반하여 후자는 일시적 형태로 명예훼손이 행하여지는 것이고, 구두에 의한 명예훼손이 전형적인 경우이다.<sup>7)</sup> 양자의 차이는 소권의 성립을 위하여 손해의 입증이 있어야 하느냐이다. 전자는 그 자체로 제소가능한 불법행위에 해당하여 손해의 입증이 없더라도 상당한 금액의 위자료가 인정되나, 후자는 손해가 인정되어야 비로소 소권이 인정된다.<sup>8)</sup>

#### 다. 명예훼손에 대한 항변사유

2) Hill v. Church of Scientology of Toronto [1995] 2 SCR 1130, [169](per Cory J).

3) Ley v Hamilton (1935) 153 LT 384, 386(per Lord Atkin).

4) Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Com No 247, p. 13.

5) Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 1.6.

6) Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 3.6. 방송과 영화에 의한 명예훼손은 법률에 의하여 'Libel' 로 취급된다.

7) Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 3.6.

8) Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 3.6; Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 6.02.

명예훼손에 있어 가해자의 주요 항변 사유를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 가해자는 사실의 적시라는 점을 들어 명예훼손이 성립하지 않는다고 주장할 수 있다.<sup>9)</sup>

둘째, 가해자는 공적 관심사에 대한 ‘공정한 논평(fair comment)’이라는 항변을 제기할 수 있다.<sup>10)</sup>

셋째, ‘절대적 면책항변(absolute privilege)’이 제기될 수 있는데, 여기에는 의회내에서의 직무수행 중의 발언에 대한 의원의 면책특권과 법정증언에 대한 면책특권이 포함된다.<sup>11)</sup>

넷째, 가해자에게 악의가 없고 자유로운 소통에 대한 공익이 개인의 명예보다 우월한 경우에 ‘상대적 면책항변(qualified privilege)’이 인정된다.<sup>12)</sup>

#### 라. 명예훼손에 대한 구제수단

명예훼손에 있어 주된 구제수단은 손해배상이다.<sup>13)</sup> 특히, 명예훼손으로 인한 손해배상은 어떤 사람이 여러 사람앞에서 명예를 훼손당했기 때문에 바로 그 사람들을 상대로 그의 명예를 옹호하는 것이며 그를 위로하는 것이라고 한다.<sup>14)</sup> 보통법상 법원이 명예훼손에

대한 정정을 명할 권한이 인정되지 않았다.<sup>15)</sup> 영국법상 손해배상은 전보적 손해배상, 가중적 손해배상 그리고 징벌적 손해배상으로 나뉘는 바, 이에 따라 살펴보기로 한다.<sup>16)</sup>

명예훼손으로 인한 손해배상은 ‘완전배상의 원리(restitutio in intergrum)’에 따라 정해지는데, 다른 불법행위와는 달리 매우 주관적 요소에 의하여 좌우된다.<sup>17)</sup>

#### 마. 배심제도

영국에서 배심재판은 과거와는 달리 매우 드물다.<sup>18)</sup> 불법구금, 부당제소, 사기 그리고 명예훼손의 경우에는 배심재판이 인정된다.<sup>19)</sup> 법률문제는 법관이 결정하고, 사실문제는 배심원이 결정한다.<sup>20)</sup> 특히 손해배상액의 산정은 사실문제로서 배심원의 영역이다.<sup>21)</sup> 위자료의 적정금액에 대한 판단기준도 배심원이 합리적으로 판단하였을 때 적정한 금액이다.<sup>22)</sup> 실무상 활용되고 있는 위자료의 범위(Bracket)를 초과하였다는 이유만으로 배심원의 평결액이 파기되는 것은 아니다.<sup>23)</sup> 배심원에게는 유사 사건에서 내려진 배심원 평

9) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 12.01.

10) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 13.01.

11) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 15.02.

12) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 16.01-02.

13) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.01.

14) Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd., 117 CLR 115, 150(per Windeyer J).

15) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.1. 다만 1996년 명예훼손법에 의하면 법원이 정정 또는 사과를 명할 수 있다.

16) 영국에서도 전보적 손해배상 중 재산적 손해와 비재산적 손해는 그 법적 처리가 다르다고 한다(Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.02).

17) Broome v Cassell [1972] AC 1027, 1071(Per Lord Hailsham).

18) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 1.11.

19) Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Com No 247, p. 15.

20) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 36.2.

21) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 36.22; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-43.

22) Kiam v MGN Ltd [2003] QB 281, 298; Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.4.

23) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.5. Kiam v MGN Ltd 사건에서는 40,000-80,000 파운드 내에서 배상액이 인정될 수 있다는 기준이 제시되었으나, 실제로 105,000 파운드가 인정되었다.

“영국법상 명예훼손으로 인한 손해배상은 ‘완전배상의 원리’에 따라 정해지는데, 다른 불법행위와는 달리 매우 주관적 요소에 의하여 좌우된다”

결액에 대한 정보가 제공되지 않는다.<sup>24)</sup>

## 2. 전보적 손해배상

### 가. 기능

전보적 손해배상은 명예훼손의 피해자를 위로하는 것이며(consolation), 훼손된 명예에 대한 전보이며(reparation), 피해자의 명예를 옹호하는 것이다(vindication).<sup>25)</sup> 특히 옹호라는 관점은 상당한 배상액을 통하여 가해자의 주장이 허위라는 메시지를 세상에 전하는 것이라고 설명된다.<sup>26)</sup>

또한 적정한 액수의 손해배상금은 대중매체가 시민의 권리를 무시하는 처사를 저지할 수 있다고 하면서 ‘예방적 관점(deterrent)’을 추가로 지적하기도 한다.<sup>27)</sup>

### 나. 재산적 손해와 비재산적 손해

명예훼손으로 인한 위자료는 사안의 성질상 객관적 기준에 의하여 산정되기 어렵고(‘at large’), 위자료의 산정은 배심원의 고유 영역이다.<sup>28)</sup>

명예훼손으로 인한 재산적 손해는 예견가능성이 인정되는 한 배상될 수 있으나, 실제로 입증이 어려워 배상된 경우는 매우 드물다.<sup>29)</sup> 그리하여 재산적 손해의 산정은 배심원이 아니라 법관에게 종종 맡겨지곤 한다.<sup>30)</sup> 특히 신용훼손이 있는 경우에는 재산적 손해의 입증이 사실상 불가능하다는 사정을 감안하여 상당한 위자료가 인정된다.<sup>31)</sup>

### 다. 산정원칙

#### (1) 개관

명예훼손으로 위자료의 산정에 있어 명예 자체의 침해(damage to his reputation), 명성의 옹호(vindication of his good name) 그리고 정신적 고통(injury to feelings: distress, hurt and humiliation)을 고려하여야 한다.<sup>32)</sup> 손해배상액은 표현의 자유를 침해하지 않도록 비례성이 준수되어야 한다.<sup>33)</sup> 적정한 손해배상액은 배심원이 합리적으로 생각했을 때

24) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.7.

25) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.2.

26) Gleaner Co Ltd v Abrahams [2003] UKPC 55, [2004] 1 AC 628, [55](per Lord Hoffmann); Broome v Cassell [1972] AC 1027, 1071(Per Lord Hailsham); Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.1.

27) Gleaner Co Ltd v Abrahams [2003] UKPC 55, [2004] 1 AC 628, [53](per Lord Hoffmann).

28) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.2.

29) The Gleaner Co Ltd v Abrahams [2004] 1 AC 628, 647; Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.2; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-33, 재산적 손해의 입증실패는 위자료의 산정에 있어 참작된다고 하는데, 이는 우리나라의 ‘위자료의 보완적 기능’에 상응하는 법적 처리이다.

30) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.32.

31) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.2. 캐나다의 대법원판결에서는 중대한 명예훼손은 피해자의 내면세계에 파고들어 잠복하다가 그 악성을 언제든 드러낼 수 있으며, 이러한 현상은 평생동안 지속될 수 있으나, 피해자는 명예훼손에 대하여 반박하거나 시정할 기회를 거의 가지지 못한다고 지적되었다(Hill v Church of Scientology of Toronto [1995] 2 SCR 1130 at [166]).

32) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 607(per Thomas Bingham MR); Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.07; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-03.

33) Rantzen v Mirror Group Newspapers [1994] QB 670, 696; John v MGN Ltd [1997] QB 586, 611(per Thomas Bingham MR); Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.29; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-02. 다만 영국에서 ‘손해의 추정원칙(presumption of damage)’은 표현의 자유에 위배되는 것은 아니라고 한다(Jameel Dow Jones & Co Inc [2005] EWCA Civ 75, [2005] QB 946, [37]-[41]).

필요한 금액으로 정해진다.<sup>34)</sup>

## (2) 배심원에 대한 지도

통일성과 적정성의 확보의 요청으로 법개정이 이루어졌고,<sup>35)</sup> 그리하여 항소법원은 이전과는 달리 재심을 명하지 않고 배심평결상의 과도한 손해배상액수를 적정한 금액으로 변경할 수 있게 되었다.<sup>36)</sup> 또한 표현의 자유를 보장하기 위하여 과도한 손해배상금에 대한 법원의 심사가 강화되었다.<sup>37)</sup>

결국 법원의 배심원에 대한 지도가 강화되었고, 배심평결액에 대한 법원의 개입도 보다 자주 이루어지고 있다.<sup>38)</sup> 실무상으로 자주 활용되는 배심원지도사항을 정리하면 다음과 같다.

첫째, '손해배상금으로 어떠한 일을 할 수 있는지 (purchasing power of money)'가 제시되어야 한다.<sup>39)</sup> 이는 배심원으로 하여금 손해배상금의 구매력을 구체적으로 환기시키는 역할을 한다.

둘째, 명예훼손사건에서 항소법원에서 인정된 손해

배상액이 제시되나, 배심평결액은 제시되지 않는다.<sup>40)</sup>

셋째, 인신사고로 인한 위자료가 제시된다.<sup>41)</sup> 이는 인신사고와의 단순비교를 의미하는 것은 아니고, 합리성을 담보하기 위한 하나의 수단으로서의 의미를 가진다.<sup>42)</sup> 특히 인신사고에 있어서 위자료의 상한이 명예훼손에 있어 상한으로서의 의미를 가진다.<sup>43)</sup> 다만 이에 대하여는 인신사고와 명예훼손의 차이점을 들어 위와 같은 실무에 의문이 제기되기도 한다.<sup>44)</sup>

넷째, 위자료의 배상범위(상한과 하한)가 제시된다.<sup>45)</sup> 다만 배심원이 위 범위에 구속되는 것은 아니고, 오히려 배심원의 판단이 판사의 판단보다 존중된다.<sup>46)</sup>

## (3) 산정기준시

명예훼손으로 인한 손해배상액을 산정함에 있어 배심원은 명예훼손시부터 평결시까지 나타난 제반 사정이 고려된다.<sup>47)</sup> 여기에서는 가해자측의 사정뿐만 아니라 피해자측의 사정도 포함된다.

34) Rantzen v Mirror Group Newspapers [1994] QB 670, 692(per Neill LJ); Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.4.

35) The Gleaner Co Ltd v Abrahams [2004] 1 AC 628, 644; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-30.

36) 1990년 법원 및 법률사무법(Courts and Legal Services Act 1990) 제8조.

37) Rantzen v Mirror Group Newspapers [1994] QB 670, 694.

38) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.39.

39) Sutcliffe v Pressdram Ltd [1991] 1 QB 153; Rantzen v Mirror Group Newspapers [1994] QB 670, 696; John v MGN Ltd [1997] QB 586, 608; The Gleaner Co Ltd v Abrahams [2004] 1 AC 628, 644. 가령 자동차구입비용, 휴가비용, 주택구입비용 등이 제시된다고 한다.

40) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 611-612; Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.7.

41) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 612-614. 인신사고로 인한 위자료의 상한은 2008년을 기준으로 대략 250,000파운드이다(Judicial Studies Board, Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases, 9th ed. 2008, 사지마비(Quadriplegia): 206,750파운드 내지 257,750파운드).

42) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 613; Gur v Avrupa Newspaper Ltd [2009] EMLR 4, [19](per Dyson LJ). The Gleaner Co Ltd v Abrahams [2004] 1 AC 628, 645-647; Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.6에 의하면 인신사고는 과실로 발생하나, 명예훼손은 고의로 발생하며, 명예훼손에 있어서는 예방적 관점이 중요하여 인신사고와 명예훼손의 단순비교는 가능하지 않다고 한다.

43) Jones v Pollard [1997] EMLR 233, 257(per Hirst LJ); Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.6.

44) The Gleaner Co Ltd v Abrahams [2004] 1 AC 628, 645-647. 특히 인신사고는 과실로 발생하나, 명예훼손은 고의로 발생하며, 명예훼손에 있어서는 예방적 관점이 중요하여 인신사고와 명예훼손을 비교하기는 어렵다는 점이 지적된다.

45) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 615-616(per Thomas Bingham MR); Kiam v MGN Ltd [2003] QB 281, 298-300; Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.8.

46) Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.4.

47) Praed v Graham [1890] L.R. 24 Q.B.D. 53, 55(per Lord Esher MR: 오로지 가해자의 행위에 대하여 본문과 같은 의견이 개진되었다); Cassell v Broome [1972] AC 1027, 1071(per Lord Hailsham); John v MGN Ltd [1997] QB 586, 613(per Thomas Bingham MR). 후자의 판결에서 가해자의 행위 뿐만 아니라 피해자의 행위도 고려되어야 한다는 점이 명확하게 지적되었다.

“명예훼손의 내용이 위자료의 산정에 있어 가장 중요한 요소이다. 피해자의 인격, 직업적 명성의 본질적 부분과 관련될수록 명예훼손은 심각한 것으로 취급된다.”

## 라. 산정사유

### (1) 서설

명예훼손의 성립과 그로 인한 손해배상액은 실제적으로 매우 밀접한 관련을 맺는다.<sup>48)</sup>

### (2) 명예훼손의 정도

명예훼손의 내용이 위자료의 산정에 있어 가장 중요한 요소이다.<sup>49)</sup> 피해자의 인격, 직업적 명성의 본질적 부분과 관련될수록 명예훼손은 심각한 것으로 취급된다.<sup>50)</sup> 또한 공표의 범위도 중요한 고려요소이다.<sup>51)</sup> 특히 전국일간지, 방송매체 등에 의한 명예훼손에 있어서는 불특정 다수에게 전파될 수 있으므로 상당한 금액의 위자료가 인정되어야 한다.

### (3) 명성의 옹호(vindication of his good name)

피해자는 명예훼손이 근거 없다는 것을 공적으로

확인하는 차원에서 손해배상을 기대한다.<sup>52)</sup> 가해자가 사실의 적시라는 주장을 굽히지 않고 정정이나 사과를 거부하는 경우에 피해자의 명성의 옹호라는 관점이 중요하게 작용한다. 특히 명예훼손이 전혀 근거 없는 경우에는 상당한 금액의 위자료가 인정된다.<sup>53)</sup>

### (4) 정신적 고통(injury to feelings)

명예훼손으로 인하여 피해자가 입게 되는 일련의 정신적 고통이 고려된다.<sup>54)</sup> 아울러 가해자의 행동이 피해자에게 정신적 고통을 가중시킬 수 있다는 점도 고려된다.<sup>55)</sup> 피해자가 명예훼손으로 인하여 정신적 상해(psychiatric illness)를 입은 경우에는 그러한 사정도 참작될 수 있다.<sup>56)</sup>

### (5) 가중요소

가해자의 행동은 피해자의 정신적 고통을 가중시킬 수 있는데, 명예훼손 당시 뿐만 아니라 그 이후 그리고 소송에서의 행동이 모두 고려된다.<sup>57)</sup>

첫째, 공표 시에 사실관계의 확인을 충실히 하지 않았거나 피해자의 반론을 무시하는 가해자의 행동은 가중요소이다.<sup>58)</sup> 이와 관련하여 가해자가 관련 보도 규정을 위반한 점도 가중사유로 고려된다.<sup>59)</sup>

둘째, 가해자의 악의는 가중요소로 고려된다.<sup>60)</sup> 명

48) Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-11.

49) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.09.

50) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 607(per Thomas Bingham MR).

51) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.10.

53) Cassel & Co Ltd v Broome 사건에서 Hailsham 대법관은 누구라도 이 사건 명예훼손이 근거없다는 점을 확신할 수 있을 정도로 상당한 금액이 선고되어야 한다고 지적한다([1972] AC 1027, 1071).

54) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.12.

55) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 607-608(per Thomas Bingham MR).

56) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.13.

57) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.15.

58) Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-12.

59) Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-12.

60) Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-13.

예훼손에 있어 악의(malice)는 허위사실임을 알았거나 허위 여부에 전혀 무관심한 경우에 인정된다.<sup>61)</sup>

셋째, 공표 이후 사실이라고 주장하면서 사과를 거부하는 행동은 가중요소이다.<sup>62)</sup> 진정성이 없는 사과도 마찬가지이다.<sup>63)</sup>

넷째, 가해자가 책임을 부인하면서 법적 공방을 치열하게 전개하는 것은 가중요소로 고려된다.<sup>64)</sup> 특히 모욕적인 반대신문이 그러하다.<sup>65)</sup> 또한 소송과정이 언론매체에서 다루어지는 경우에는 피해자의 고통이 더욱 가중된다.<sup>66)</sup>

#### (6) 감경요소

첫째, 가해자의 진지하고 시의적절한 사과는 위자료의 감경요소이다.<sup>67)</sup>

둘째, 피해자의 평판이 좋지 않다는 점은 위자료의 감경요소이다.<sup>68)</sup> 다만 피해자의 평판은 좋다고 추정된다.<sup>69)</sup>

셋째, 위법성조각사유의 존부 및 정도가 감경요소로 고려될 수 있다.<sup>70)</sup> 가령 공정한 논평(fair comment)이 그러하고, 중요한 부분에 있어 위법성이 조각되는 경우에는 위자료가 상당히 감경된다.

“영국법은 가해행위의 동기나 태양이 피해자의 정신적 고통을 가중시키는 경우에 가중적 손해배상을 인정하고 있다. 특히 가해자의 행동의 공격성과 피해자의 손해의 중대성은 밀접한 관련을 맺는다.”

넷째, 사실의 적시라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위자료가 감경된다.<sup>71)</sup>

다섯째, 명예훼손을 유발하거나, 소송에서 허위증언을 유도하는 등의 피해자의 행동은 위자료의 감경 사유이다.<sup>72)</sup>

#### 마. 배상액의 정도

명예훼손은 상징적 금액의 배상으로는 전보되지 않는다. 문서에 의한 명예훼손이 인정되는 경우에는 통상적인 금액의 위자료가 인정되고, 이를 넘어서는 부분에 대하여는 원고가 입증책임을 부담한다.<sup>73)</sup> 심각한 명예훼손에 대하여는 중대한 인신사고에 대한 위자료에 상응하는 금액이 인정될 수 있다.<sup>74)</sup> 실무상으

61) Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 18-01.

62) Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-14.

63) Gleaner Co Ltd v Abrahams [2004] 1 AC 628, 642.

64) Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-14.

65) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 608(per Thomas Bingham MR); Sutcliffe v Pressdram Ltd [1991] 1 QB 153, 184(per Nourse LJ).

66) Smith v Houston 사건은 동료의사가 성희롱하였다고 말로 명예훼손한 경우인데, 위 사건이 언론에 보도되면서 배상액이 50,000파운드나 인정되었다(Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-14.).

67) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.18; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-26.

68) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.19; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-23.

69) Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-08.

70) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.25; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-18.

71) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.27; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-27.

72) Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.2; Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.26; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-21.

73) Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 28.28.

74) Gatley on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.2; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-32.

로 인신사고로 인한 위자료의 상한액인 250,000파운드가 명예훼손으로 인한 위자료의 상한이다.<sup>75)</sup>

### 3. 가중적 손해배상

#### 가. 서설

영국법은 가해행위의 동기나 태양이 피해자의 정신적 고통을 가중시키는 경우에 가중적 손해배상(aggravated damages)을 인정하고 있다.<sup>76)</sup> 특히 가해자의 행동의 공격성과 피해자의 손해의 중대성은 밀접한 관련을 맺는다.<sup>77)</sup>

#### 나. 요건

가중적 손해배상이 인정되기 위해서는 이례적이고 충격적인 내용의 불법행위가 존재하여야 한다.<sup>78)</sup> 가중적 손해배상은 악의나 고의에 기한 불법행위에 대하여 인정될 수 있고, 과실불법행위(negligence)에 대하여는 인정되지 않는다.<sup>79)</sup> 종래 폭행·협박, 불법구금, 명예훼손, 주거침입 등의 불법행위에 대하여 가중적 손해배상이 인정되었다.<sup>80)</sup>

원고가 가중적 손해배상을 청구하는 경우에는 소장에서 이를 명확하게 밝히고 그 근거를 제시하여야

한다.<sup>81)</sup>

#### 다. 산정원칙

가중적 손해배상도 기본적으로 배상의 성격을 지니고 있으므로, 산정원칙도 위자료의 그것과 유사하다.<sup>82)</sup> 손해배상액의 산정의 역할을 담당하고 있는 배심원에 대한 지도가 점차 강화되고 있다.<sup>83)</sup>

#### 라. 산정사유

가중적 손해배상에서 고려되는 사유로는 ① 명예훼손의 동기(악의), ② 적절한 사과나 철회를 하지 않은 것, ③ 명예훼손의 반복, ④ 근거없는 책임의 부인(적대적 반대신문, 과장된 변론), ⑤ 세간의 관심을 유도하기 위한 행동, ⑥피해자를 압박하는 행동 등이 있다.<sup>84)</sup>

#### 마. 다른 손해배상제도와의 관계

##### (1) 전보적 손해배상과의 관계

전보적 손해배상과의 관계에 대하여는 양자의 구별이 쉽지 않다는 논란이 제기되어 왔다. 가중적 손해배상은 전보적 손해배상으로 피해자의 손해가 충분히

75) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, §9.4.

76) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.14. 가중적 손해배상이 기본적으로 전보기능의 관점에서 설명된다는 것이 지배적 견해이다(Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, §9.15).

77) Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Com No 247, p. 18.

78) Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Com No 247, p. 11.

79) Kralj v McGrath [1986] 1 All ER 54, 60-61; Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Com No 247, p. 14; Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.15.

80) Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Com No 247, p. 14.

81) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 28.28.

82) Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Com No 247, p. 15.

83) Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis [1998] Q.B. 498, 514(per Lord Woolf MR).

84) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.14.

전보되지 않는 부분을 보충하는 것이다.<sup>85)</sup> 특히 전보적 손해배상액과 가중적 손해배상액의 합산액은 ‘실손해’를 초과하여서는 안된다.<sup>86)</sup>

전보적 손해배상과 가중적 손해배상을 구분하여 신고하지 않더라도, 각각 어느 정도의 금액이 인정되었는지를 밝히는 것이 바람직하다고 한다.<sup>87)</sup> 이는 투명성을 제고할 것이다.

## (2) 징벌적 손해배상과의 관계

가중적 손해배상은 징벌적 손해배상과의 관계는 비교적 쉽게 구별된다고 한다.<sup>88)</sup> 왜냐하면 가해자의 동기나 행동이 피해자의 정신적 고통을 증가시키고, 이에 따라 배상액이 증액되는 것이므로 가중적 손해배상은 기본적으로 전보의 관점에서 설명되기 때문이다.

## 4. 징벌적 손해배상

### 가. 서설

징벌적 손해배상은 가해자에 대한 징벌 또는 계도의 목적으로 선고된다.<sup>89)</sup> *Rookes v Barnard* 사건의

“명예훼손으로 인하여 징벌적 손해배상이 인정되기 위해서는 확정적 고의 또는 미필적 고의가 있어야 하고 가해자가 명예훼손을 함에 있어서 그로 인한 재산상 이익이 손해배상액을 능가할 것이라는 구체적인 계산을 하여야 한다.”

귀족원 판례에 따라 징벌적 손해배상은 ① 법률이 명시적으로 규정한 경우, ② 이익을 얻기 위한 계산된 불법행위, ③ 공무원의 억압적 행위라는 유형으로 제한된다.<sup>90)</sup> 명예훼손은 두 번째 유형에 속한다.<sup>91)</sup>

### 나. 요건

명예훼손으로 인하여 징벌적 손해배상이 인정되기 위해서는 다음의 요건이 충족되어야 한다.

첫째, 확정적 고의 또는 미필적 고의(*guilty knowledge or recklessness*)가 있어야 하고, 과실로는 충분하지 않다.<sup>92)</sup> 적어도 사실에 대한 신뢰가 없어야 한다 (*without belief in its truth*).<sup>93)</sup> 즉, 허위임을 의심하였음에도 불구하고 의도적으로 사실확인조치를 취하

85) *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] Q.B. 498, 516(per Lord Woolf MR).

86) *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] Q.B. 498, 516(per Lord Woolf MR).

87) *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] Q.B. 498, 516(per Lord Woolf MR); *Gatley on Libel and Slander*, 11. ed. 2008, § 9.15.

88) *Gatley on Libel and Slander*, 11. ed. 2008, § 9.15.

89) *Gatley on Libel and Slander*, 11. ed. 2008, § 9.16. 특히 계도의 목적은 불법행위를 하면 결국 손해를 본다는 것을 보여주기 위하여 수익액보다 많은 금액의 손해배상이 선고하는 방식으로 달성된다.

90) [1964] AC 1129, 1220–1233; *Clerk/Lindsell/Burrows*, Torts, 19th ed. 2006, § 29–139. *Rookes v Barnard* 사건은 제도사인 Rookes가 제도사연합회에서 탈퇴하자, 제도사 연합회장인 Barnard가 closed union shop 조항에 따라 Rookes의 해고를 종용한 사건에서 원고가 징벌적 손해배상을 구한 사건이다. 다만 *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire* 사건의 귀족원 판례에 따라 엄격한 소권이론이 적용되지 않게 되었다([2002] 2 AC 122).

91) *Price, Duodu and Cain*, Defamation, 4th ed. 2010, § 20–40에 의하면 공무원의 억압적 명예훼손으로 징벌적 손해배상이 실제로 선고된 경우는 없다고 한다.

92) *Cassell & Co Ltd v Broome* [1972] AC 1027, 1079(per Lord Hailsham LC), 1094(per Lord Morris), 1130(per Lord Diplock), 1133(per Lord Kilbrandon); *Gatley on Libel and Slander*, 11. ed. 2008, § 9.17; *Duncan and Neill on Defamation*, 3rd ed. 2009, § 23.35; *Price, Duodu and Cain*, Defamation, 4th ed. 2010, § 20–37. 미필적 고의는 자기의 행위로 인하여 일정한 손해가 발생할지도 모른다는 것을 인식하면서도 가해행위를 감행한 경우에 인정된다(김상용, 불법행위법, 1997, 38면). 따라서 허위임을 의심하였음에도 불구하고 의도적으로 사실확인조치를 취하지 않는 경우에 인정되는 ‘recklessness’의 번역어로 ‘미필적 고의’가 적당하다고 생각된다.

93) *Gatley on Libel and Slander*, 11. ed. 2008, § 9.17.

지 않아야 한다.<sup>94)</sup>

둘째, 가해자가 명예훼손을 함에 있어서 그로 인한 재산상 이득이 손해배상액을 능가할 것이라는 구체적인 계산(calculation)을 하여야 한다.<sup>95)</sup> 가령 명예훼손적 기사를 해당 매체의 1면에 주목을 끄는 헤드라인으로 보도한 경우가 그러하다.<sup>96)</sup>

#### 다. 산정원칙

첫째, 징벌적 손해배상액은 징벌과 계도의 목적을 달성하기 위한 최소한의 금액이어야 한다.<sup>97)</sup> 전보적 배상액만으로는 징벌과 계도의 목적을 달성하기에 충분하지 않아야 한다. 특히 과도한 손해배상액에 의하여 표현의 자유가 침해되어서는 안된다.<sup>98)</sup>

둘째, 징벌적 손해배상액은 전보적 손해배상액보다 상당히 많을 것이나, 양자는 일정한 비율이 유지되어야 한다.<sup>99)</sup>

#### 라. 산정사유

첫째, 가해자의 귀책사유와 가해자가 실제로 올린 수익은 중요한 고려사유이다.<sup>100)</sup> 그러나 가해자가 패

소시 부담하게 될 비용은 징벌적 손해배상액의 산정에 있어 고려되지 않는다.<sup>101)</sup>

둘째, 징벌적 손해배상액의 산정에 있어 당사자의 경제상태는 중요한 고려사유이다.<sup>102)</sup> 특히 가해자가 어느 정도의 자력이 있는지, 가해자가 자신의 자력을 믿고 명예훼손을 감행한 것인지, 재발방지를 위하여 어느 정도의 금액이 적정한지가 고려된다.<sup>103)</sup> 다만 실무상으로 대중매체의 규모, 발행부수 그리고 재정상황에 대한 정보가 개괄적으로 배심원에게 제공될 뿐이다.<sup>104)</sup>

#### 마. 항소법원의 심리

법개정으로 항소법원에 의한 배심평결액에 대한 심리가 강화됨에 따라 징벌적 손해배상은 상당히 감소하였다.<sup>105)</sup>

#### 바. 입증정도

징벌적 손해배상의 요건에 대한 입증은 엄격해서 실질적으로 형사책임의 입증정도에 상응한다.<sup>106)</sup> 즉, 입증대상이 중요한 것인 만큼 입증은 명확하여야 하

94) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 618(per Thomas Bingham MR); Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-37.

95) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 618(per Thomas Bingham MR); Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.18; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-38.

96) Manson v Associated Newspapers Ltd [1965] 1 WLR 1038; Riches v News Group Newspapers Ltd [1986] QB 256.

97) Rookes v Barnard [1964] AC 1129, 1228; Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.22; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-39.

98) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 619(per Thomas Bingham MR).

99) Riches v News Group Newspapers [1985] QB 256; Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.22.

100) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 619(per Thomas Bingham MR); Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.22; Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.35.

101) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 619(per Thomas Bingham MR); Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.21; Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.35.

102) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.19; Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 23.35.

103) Cassell & Co Ltd v Broome [1972] AC 1027, 1081(per Lord Hailsham LC).

104) McCartney v Sunday Newspapers [1988] NI 565; Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.19.

105) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.22.

106) Gately on Libel and Slander, 11. ed. 2008, § 9.20; Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-39.

## 5. 1996년 명예훼손법(Defamation Act 1996)

### 가. 서설

1996년 명예훼손법은 보통법상의 법원칙을 일부 수정하여 명예훼손으로 인한 피해자의 권리구제의 실효성을 증대시켰다.

### 나. 약식절차(summary disposal)

법원은 배심원없이 약식절차를 진행하며, 승소가 능성이 현실적으로 없는 경우에는 청구를 기각할 수 있다.

### 다. 구제수단

법원은 명예훼손법 제9조에 따라 다음과 같은 조치를 명할 수 있다. 즉, ① 허위의 명예훼손이라는 점에 대한 확인판결, ② 정정 또는 사죄를 명하는 판결, ③ 10,000파운드를 초과하지 않는 손해배상판결, ④ 출판금지판결이다. 10,000파운드라는 제한에 의하여 다수의 사건이 약식절차에 의하여 처리되지 못한다.<sup>108)</sup>

## 6. 주요 판결례

### ① Gorman v Mudd

국회의원인 Gorman이 상공인연합의 와해를 기도

하였고, 의장인 Mudd를 음해했으며, 여성인 Gorman에게는 여성적 매력이 부족하다는 불쾌한 논조의 통신문을 회원들에게 배포한 사안에서 150,000파운드의 배심평결액이 선고되었으나, 항소법원에서 50,000파운드로 감경되었다(사과도 없었고, 반대신문은 상당히 모욕적이었다).

### ② Rantzen v Mirror Group Newspapers [1994] QB 670

성폭력피해아동을 위한 자선단체(Childline)를 설립한 유명한 방송인 Rantzen이 소아성애자(paedophile)로 알려진 교사를 보호하고 있다고 전국 주간지(The Sunday People)에서 보도된 사안에서 1991년 12월경 250,000파운드의 배심평결액이 선고되었으나, 항소법원에 의하여 110,000파운드로 감경되었다.

### ③ Smith v Houston

동료의사가 자신과 직원을 성추행하였다고 환자들이 있는 자리에서 말한 사안에서 150,000파운드의 배심평결액이 선고되었으나, 항소법원에 의하여 50,000파운드로 감경되었다(피고의 사과가 없었고, 소송이 언론에 보도되었다).

### ④ John v MGN Ltd [1997] QB 586

가수 엘튼 존이 먹고 바로 토하는 기괴한 다이어트를 한다고 전국 주간지(The Sunday Mirror)의 1면에 ‘엘튼 존의 죽음의 다이어트’ 라는 표제로 보도한 사안에서 1993년 11월경에 350,000파운드(전보적 배상액 75,000파운드+징벌적 배상액 275,000파운드)의 배심평결액이 선고되었으나, 항소법원에 의하여

107) John v MGN Ltd [1997] QB 586, 619(per Thomas Bingham MR).

108) Duncan and Neill on Defamation, 3rd ed. 2009, § 28.31.

75,000파운드(전보적 배상액 25,000파운드+징벌적 배상액 50,000파운드)로 감경되었다. 감경이유로 해당 기사가 모욕적이기는 하나 엘튼 존의 인격의 핵심적 부분과 가수로서의 명성을 해치는 것은 아니라고 지적되었다.

⑤ Kiam v Neil (No.2) [1996] E.M.L.R. 493

원고가 대출금을 갚지 못하자 파산신청을 하였다고 전국 주간지(The Sunday Times)에 보도된 사안에서 합의된 사과문이 게재되었으나, 1994년 10월경 배심 판결액으로 45,000파운드가 선고되었다. 항소법원은 성공한 기업가로서의 원고의 명성을 중대하게 침해한 점을 감안하여 항소를 기각하였다.<sup>109)</sup>

⑥ Jones v Pollard [1997] E.M.L.R. 233

원고가 포주이며 KGB 스파이라고 전국 주간지(The Sunday Mirror)에 보도된 사안에서 1995년 2월경에 100,000파운드의 배심 판결이 선고되었으나, 항소법원에 의하여 40,000파운드로 감경되었다. 특히 Hirst 판사는 이 사건 명예훼손으로 인정된 100,000파운드는 동액이 인정되는 인신사고(하반신 불구 또는 양안 실명)에 비하여 균형을 상실한 것이라고 하면서 감경이유를 밝혔다.<sup>110)</sup>

⑦ Campbell v News Group Newspapers Ltd [2002] E.M.L.R. 43

원고에게 아동성추행혐의와 관음증이 있다고 전국 일간지(The Sun)에 보도된 사안에서 350,000파운드의 배심 판결액이 선고되었으나, 항소법원은 피고에게 일부 위법성 조각사유가 있으며 원고가 소송절

차에서 허위증언을 유도하는 등의 잘못된 행동을 하였다는 점을 감안하여 30,000파운드로 감경하였다.

⑧ Kiam v MGN Ltd [2003] Q.B. 281

유명 기업가인 원고가 회사의 몰락에 책임이 있고 은퇴가 최선이라고 전국주간지(Daily Mirror)에 보도된 사안에서 105,000파운드의 배심 판결이 선고되었다. 이에 피고는 배심 판결액이 1심 판사가 제시한 배상범위(40,000파운드 내지 80,000파운드)를 넘는 과도한 금액이므로 파기되어야 한다고 항소하였으나, 항소법원의 다수의견은 배심 판결액이 판사가 제시한 배상범위를 넘었다고 하여 곧바로 과도한 것으로 평가되지 않고, 이 사건에서는 명예훼손의 정도와 가중적 요소에 의하여 위 금액은 유지되어야 한다고 하면서 항소를 기각하였다. 이에 반하여 Sedley 판사는 105,000파운드의 배심 판결액은 인신사고의 위자료와 비교하면 과도한 것이며, 오히려 60,000파운드가 적절하다는 반대의견을 개진하였다.

⑨ Gur v Avrupa Newspaper Ltd [2008] EWCA Civ 594

재영 터키인 모임의 유명인사이며 자선사업가인 원고가 건축프로젝트와 관련하여 터키 당국을 상대로 사기치고 있다고 터키어로 발간되는 신문(Avrupa Newspaper)에 보도된 사안에서 1심 법원은 중대한 명예훼손이며 영국에 거주하는 터키인을 상대로 배포되는 신문에서 보도되었고 피고가 사과하지 않고 그 이후 모욕적인 조치를 감행하였다는 점을 감안하여 85,000파운드를 명하였고, 항소법원은 피고의 항소를 기각하였다.

109) [1996] EMLR 493, 498, 510(per Beldam LJ).

110) [1997] EMLR 233, 259.

영국의 논의 중 주요 사항을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 피해자의 뇌리에서 지워지지 않는 흔적을 남기는 명예훼손의 치명적 해악이 지적되었다. 그리하여 명예훼손에 대하여는 기본적으로 상당한 금액의 위자료가 인정되고 더 나아가 가중적 손해배상과 징벌적 손해배상이 인정될 수 있는 것이다.

둘째, 손해배상액의 적정성 확보를 위하여 민사사건에서 배심재판이 줄어들고, 배심평결에 대한 법원의 개입이 점차 강화되고 있다. 그 영향으로 배심평결액은 상당히 감축되었고, 징벌적 손해배상도 매우 드물게 선고된다.

셋째, 명예훼손으로 인한 위자료의 산정에 있어 명예 자체의 침해, 그로 인한 정신적 고통 그리고 피해자의 명예에 대한 옹호의 관점이 중요하다. 구체적으로 명예훼손의 내용, 보도매체의 과급력, 명예훼손의 동기나 목적, 수익액, 명예훼손 이후의 가해자의 행동(사과여부, 변론내용 등) 등이 고려된다.

넷째, 명예훼손이 성립하면 상당한 금액의 위자료가 인정되고, 그 이상의 위자료에 대하여는 원고가 입증책임을 부담한다. 반면 위자료의 감액사유에 대한 입증책임을 피고가 부담한다.

다섯째, 손해배상액의 적정화를 위하여 배심원에게 중대한 인신사고의 위자료, 항소법원의 인용액, 손해배상금의 구매력에 관한 자료가 주어진다. 또한 당해 사건의 법관이 적정하다고 생각되는 위자료의 범위가

제시되는데, 배심원이 이에 구속되는 것은 아니다.

### III. 국내의 논의



#### 1. 위자료의 기능

다수설은 위자료의 기능을 전보기능으로 파악한다.<sup>111)</sup> 이에 반하여 소수설은 악성이 강한 불법행위에 대하여는 고액의 위자료를 통하여 사회적 제재의 기능을 수행하여야 하며, 특히 형사적 제재가 곤란하거나 적당하지 않은 영역에서 위자료의 제재적 기능이 적극적으로 고려되어야 한다고 한다.<sup>112)</sup> 또한 일부 학설은 손해배상이 실손해의 전보만이 아니라 손해야기자에게 책임을 전가시킨다는 측면에서 제재기능이 인정될 수 있다고 한다.<sup>113)</sup> 특히 배상액의 산정에 있어 가해자의 행위에 대한 속죄 또는 제재, 피해자의 만족 등의 요소가 고려되는 것이므로 제재적 기능을 인정하는 것이 실제에 부합하다고 한다.<sup>114)</sup>

#### 2. 산정원칙

판례와 통설은 사실심 법원이 제반 사정을 참작하여 재량으로 위자료를 정한다고 해석한다.<sup>115)</sup> 당사자 쌍방의 사회적 지위·직업·자산상태·가해의 동기나 모습 등의 여러 사정이 참작된다고 한다.<sup>116)</sup> 특히 명예훼손으로 인한 위자료는 언론보도의 내용, 피해자

111) 민법주해 [XVIII] 제751조, 352면(이동명 집필); 김중환·김학동, 채권각론, 제7판, 2006, 901면; 김상용, 불법행위법, 1997, 488면.

112) 朴東瑱, 『損害賠償法の指導原理와機能, 比較私法 11권 4호(2004. 12), 313면; 이봉수, 『명예훼손 소송에서의 위자료 산정』, 언론중재 2005년 겨울호, 79면.

113) 朴東瑱(註 112), 313면.

114) 朴東瑱(註 112), 314-315면; 李相京, 『言論報道에 의한 名譽毀損訴訟의 慰謝料 算定에 관한 研究』, 言論仲裁 1992. 3), 52-55면; 張在玉, 『慰謝料에 관한 몇가지 考察』, 『韓國民法理論의 發展(II)』(眞樞編), 李英俊 博士華甲紀念論文集(1999), 630-633면 이하.

115) 대법원 1988. 2. 23. 87다카57(공 1988, 573); 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다66001 판결(공 2005, 1232); 曠윤식, 채권각론, 제6판, 2003, 466면; 김상용, 불법행위법, 1997, 492면; 김재형, 『언론에 의한 명예 등 인격권 침해에 대한 구제수단과 그 절차』, 인권과 정의 2009년 11월, 103면.

116) 曠윤식, 채권각론, 제6판, 2003, 466면.

“국내의 판례와 통설은 사실심 법원이 제반 사정을 참작하여 재량으로 위자료를 정한다고 해석한다. 특히 명예훼손으로 인한 위자료는 언론보도의 내용, 피해자측 사정, 가해자측 사정, 언론보도 이후의 사정 등 제반 사정을 종합하여 정한다.”

측 사정, 가해자측 사정, 언론보도 이후의 사정 등 제반 사정을 종합하여 정한다.<sup>117)</sup>

### 3. 산정사유

첫째, 언론보도의 내용과 관련하여 기사의 내용과 크기, 게재경위와 목적, 진실성의 여부, 공익성의 유무와 정도, 비방성과 악의성의 정도, 기사의 신속성 정도(일간, 주간, 월간 등), 피해자가 특정되었는지 여부, 피해의 종류와 성격, 보도의 사회적 영향, 그 영향의 즉각성·지속성·회복곤란성의 정도가 고려된다.<sup>118)</sup>

둘째, 피해자측 사정으로 피해자의 나이, 성별, 가족관계, 재산정도, 교육정도, 신분, 사회적 위치, 지명도, 피해자가 법인인 경우 그 규모, 영업실적, 지명도, 신용도가 고려된다.<sup>119)</sup>

셋째, 가해자측 사정으로 발행부수, 공신력, 독자의 구성, 회사의 규모·재산·재정상태, 보도 이후의 태도가 고려된다.<sup>120)</sup>

넷째, 보도 이후의 사정으로 언론이 기사를 정정·취소하였는지 여부, 판결에서 원상회복처분을 함께 명하였는지 여부가 고려된다.<sup>121)</sup>

### 4. 위자료의 액수

『2010년도 언론관련판결 분석보고서』를 토대로 언론보도로 인한 손해배상청구의 통계 자료 중 주요 사항을 정리하면 다음과 같다.<sup>122)</sup>

첫째, 원고의 청구액 중 중앙액은 50,000,000원이고, 최빈액은 30,000,000원이다.<sup>123)</sup>

둘째, 법원의 인용액 중 중앙액과 최빈액은 모두 10,000,000원이다.

셋째, 인용액의 분포는 5,000,000원 이하가 약 30%로 가장 많고, 그 다음이 5,000,000원 초과 10,000,000원 이하가 약 24%이다. 20,000,000원 이내의 인용액은 전체의 75.7%를 차지한다.

### 5. 정형화시도의 필요성

위자료의 산정과 관련한 종래의 논의는 위자료의 산정요소를 나열하는 소위 ‘제반 사정론’에 머물렀다. 이에 반하여 최근의 유력설은 손해배상실무의 예측가능성을 높이기 위하여 위자료를 산정하는 세부적 요소를 밝히고, 이를 토대로 손해배상을 산정하는 기준표를 마련하는 것이 바람직하다고 주장한다.<sup>124)</sup>

117) 이봉수, “명예훼손 소송에서의 위자료 산정”, 언론중재 2005년 겨울호, 76면; 표성수, 언론과 명예훼손, 1997, 401면.

118) 표성수, 언론과 명예훼손, 1997, 401면; 허만, “언론보도에 대한 구제수단으로서의 위자료”, 청주법률논단 1집(1999), 122면.

119) 표성수, 언론과 명예훼손, 1997, 401면.

120) 표성수, 언론과 명예훼손, 1997, 401면.

121) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결; 표성수, 언론과 명예훼손, 1997, 401면.

122) 언론중재위원회, 2010년도 언론관련판결 분석보고서, 40-46면 이하를 정리하였다.

123) 중앙액은 사례를 순위대로 배열하여 사례수가 홀수인 경우에는 한 가운데에 위치한 사례의 액수를, 짝수인 경우에는 한 가운데 위치한 두 개 값의 평균액을 말하고, 최빈액은 빈도수가 가장 많은 값을 말한다(언론중재위원회, 2010년도 언론관련판결 분석보고서, 40-41면).

124) 김재형, “언론에 의한 명예 등 인격권 침해에 대한 구제수단과 그 절차”, 인권과 정의 2009년 11월, 103면.

이와 관련하여 일본에서는 상당히 시사적인 정형화 시도가 행하여졌다. 이노우에 판사는 명예훼손으로 인한 위자료는 객관적·수량적 파악이 곤란한데, 그렇다고 마냥 법관의 합리적 재량에만 의존할 수 없으므로 산정요소별로 점수를 부여하고, 위 합산점수를 위자료로 인정하는 시도를 하였다.<sup>125)</sup>

또한 전국적인 대중매체에 의하여 유명인의 명예가 훼손된 사안에서 위자료기준금액으로 4,000,000엔 내지 5,000,000엔이 제시되었다.<sup>127)</sup> 위 기준금액에서 출발하여 명예훼손행위의 전파성의 정도, 피해자의 사회적 신용·저명성의 정도, 보도태양의 악질성의 정도, 보도목적의 정당성 여부 등 모든 사정을 참작하여 최종적인 금액이 산출될 수 있다고 한다.

## IV. 해석론의 제안



### 1. 명예훼손

명예훼손의 특성에 관한 영국의 논의는 상당히 시사적이다. 명예훼손은 피해자의 잠재의식의 틈새를 파고들어 자리잡고 있다가 언제든지 나타나서 치명적 해악을 미치는 것이고, 이러한 상황은 평생동안 지속될 수 있다.<sup>128)</sup> 최근 들어 우리사회에서 급증하는 자살 소식을 통하여 현대인의 심리적 건강이 매우 위험한 상태라는 점과 아울러 명예훼손의 치명적 해악을 새삼 깨닫게 된다.

### 2. 위자료의 기능

위자료는 손해의 전보를 주목적으로 하며, 보충적으로 예방의 기능을 수행한다.<sup>129)</sup> 위자료가 재산적 손해배상에 비하여 예방의 기능이 보다 강조된다는 점은 가해자의 귀책사유의 정도에 따라 위자료액이 증가한다는 점에서 알 수 있다. 이러한 예방기능은 영국에서도 주목을 받고 있다. 특히 피해자의 명예의 옹호라는 관점이 위자료산정의 주요 항목이 되고, 예방적 관점에 입각하여 배상액을 상향조정하는 데서 드러난다.

더 나아가 명예훼손으로 인한 재산적 손해는 예견 가능성 및 상당인과관계의 요건을 충족하기 어려워 사실상 배상되기 어렵고, 이러한 사정은 위자료에서 보충적으로 고려될 수밖에 없다(소위 위자료의 보완적 기능). 다만 이러한 보완적 기능에 입각한 위자료액 수의 증액에는 매우 신중하여야 한다.

### 3. 산정원칙

위자료의 일체적 고찰의 원리에 의하여 법원은 현재 및 장래의 제반 사정을 참작하여 위자료를 산정하여야 하고, 위자료에 대한 하나의 판결을 통하여 이미 발생한 손해와 객관적으로 예견가능한 모든 비재산적 손해의 배상이 완결된다.<sup>130)</sup> 명예훼손으로 인한 위자료는 명예 자체의 침해의 정도, 귀책사유의 정도(고의, 과실) 그리고 그로 인한 정신적 고통이 고려되어 결정된다.

명예훼손과 관련하여서는 구체적 공표행위 뿐만 아니라 공표이후부터 사실심 변론종결시까지 일련의 사정이 고려된다.

위자료의 산정과 관련하여서는 다음과 같은 점이

125) 井上繁規, “名譽毀損(憲) 藉料算定(憲) 定型化及(憲) 額化(試) 論”, 判 3070호, 21-4면.

126) 井上繁規, “名譽毀損(憲) 藉料算定(憲) 定型化及(憲) 額化(試) 論”, 判 3070호, 24면에 제시된 표를 간략하게 소개하였다.

〈명예훼손에 의한 위자료 산정기준〉<sup>126)</sup>

		산정요소		가감기준 (단위: 1점 10만엔)
가 해 자 측 의 사 정	(1) 동기·목적	① 고의		+10
		② 매우 악질		+8
		③ 악질		+6
		④ 기타		+3
	(2) 기사내용	① 부적절한 관계		+8
		② 개인공격적 표현		+10
		③ 얼굴사진 게재		+10
	(3) 진실성	① 완전결여		+10
		② 결여		+8
	(4) 상당성	① 공공이해 있음		-4
		② 공공목적 있음		-4
		③ 오신의 고도의 상당성		-7
		④ 논평의 고도의 상당성		-7
	(5) 배포의 방법과 범위	① TV·인터넷		+10
		② 전국판 신문		+9
		③ 주간지		+8
		④ 단행본		+7
		⑤ 기타		+5
(6) 배포를 통해 얻은 이익	① 크대		+10	
	② 대		+8	
	③ 소		+4	
피 해 자 측 의 사 정	(7) 사회적 지위	① 직업	가) 탤런트	+10
			나) 국회의원, 변호사 등	+8
			다) 기타	+5
		② 경력	가) 공인	+7
	나) 개인		+8	
	다) 법인		+6	
	(8) 사회적 평가의 저하	① 대		+10
		② 중		+7
		③ 소		+5
	(9) 영업상의 불이익	① 대		+10
		② 중		+7
		③ 소		+5
(10) 사회생활상의 불이익	① 대		+10	
	② 중		+7	
	③ 소		+5	
(11) 피해자의 과실	① 대		-10	
	② 중		-8	
	③ 소		-6	
(12) 배포후의 피해회복조치	① 양		-6	
	② 불량		+3	
결과				

127) 東京地方裁判所附損害賠償法研究會, “メディア著名 譽 毀 損 訴 訟 の 研 究 上 提 言”, JURIS H209호(2001. 10. 1), 79면.

128) Hill v. Church of Scientology of Toronto [1995] 2 SCR 1130, [169](per Cory J). 또한 위대한 법학자 예링은 영혼에 대한 상처는 두고 두고 인간 도덕의 근거를 파괴할 수 있다고 언명하였다(Jhering, Der Zweck im Recht Bd. 2, 3. Aufl, 1898, S. 477).

129) 이창현, 慰 籍 料 에 관 한 研 究, 2011, 382면.

130) 이창현, 慰 籍 料 에 관 한 研 究, 2011, 349면.

고려되어야 한다.

첫째, 피해자의 명예의 회복을 위한 적절한 금액이 위자료로 산정되어야 한다. 이와 관련하여 손해배상액의 실제 가치를 가늠하는 장치로 '손해배상금의 구매력(purchasing power of damages)'이 구체적으로 환기되어야 한다. 이와 관련하여 영국에서는 자동차, 주택, 여행비용 등이 고려되었다.

둘째, 위자료의 예방기능이 고려되어야 한다. 무분별한 상업적 보도로 명예가 훼손된 경우에는 위자료의 상향조정이 불가피하다. 다만 견제장치로 중대한 인신사고로 인한 위자료가 검토되어야 한다.

셋째, 위자료의 산정에 있어 언론의 자유와의 이익형량이 면밀하게 검토되어야 한다. 과도한 위자료는 언론의 자유를 위축하여 언론의 비판 및 감시기능을 제약할 우려가 있다.

#### 4. 산정방식

명예훼손으로 인한 위자료에 있어 예측가능성을 확보하는 방안은 구체적 사안유형별로 위자료의 상한과 하한을 두고 개별 사건의 구체적 사정을 감안하여 가감하는 방식이 바람직하다. 특히 『2010년도 언론관련 판결 분석보고서』상의 법원 인용액의 중앙액과 최빈액이 10,000,000원인 점을 감안하여 위자료산정의 표준치로 활용하여 보았다.

공인에 대한 명예훼손은 10,000,000원을 기준금액으로 하고, 변동폭을 5,000,000원에서 20,000,000원까지로 한다. 물론 특별한 사정이 있는 경우에는 20,000,000원을 초과하는 금액이 인정될 수 있다.

사인에 대한 명예훼손은 5,000,000원을 기준금액으로 하고 변동폭을 1,000,000원에서 10,000,000원까지로 한다.

언론의 보도형태를 관찰하여 보면 특종보도를 통하여 주도권을 잡아가려고 하는 경향이 간취되는데, 이

러한 특종보도의 주요 대상이 바로 공인이라고 할 것이다. 특히 공인 중에서 연예인은 대중의 선망의 대상이자 시기의 대상이어서 대중의 관심을 끌기에 매우 좋다. 연예인에 대한 명예훼손적 보도는 여러 사람의 입방아에 자주 그리고 오랫동안 오르내리게 되므로 기본 위자료가 높게 산정되어야 하는 것이다. 그리하여 대중매체에 의한 연예인보도의 기본 위자료를 10,000,000원으로 정하였다.

이에 반하여 사인에 대한 언론보도 자체가 매우 드물고 그 내용도 특별한 경우가 아니면 대중의 관심을 끌기도 어려워서 명예훼손의 중대성요건을 충족하기 어렵다. 따라서 대중매체에 의한 사인보도의 기본 위자료를 5,000,000원으로 정하였다. 다만 중대한 범죄혐의를 보도하면서 사인의 실명과 사진 등이 부기된 사안에서는 위자료로 10,000,000원 이상이 인정될 수 있다.

이에 반하여 일본의 정형화 시도는 참신하나, 실제의 적용에는 한계가 있다고 생각된다.

첫째, 항목별로 산출된 점수를 합산하여 도출된 금액은 실무에서 선호되는 금액과는 차이가 있을 수 있다. 왜냐하면 법원의 인용액은 1,000,000엔 단위로 산출되는데, 위 계산식에 의하면 100,000엔 단위로 산출될 수 있기 때문이다.

둘째, 중첩적용되는 항목들이 많고, 항목간 점수의 차등화가 쉽게 납득되지 않는다.

#### 5. 산정사유의 차등화

종래의 학설에서 지적된 산정사유가 고려되어야 함은 당연하나, 산정사유에 대한 차등화가 필요하다고 생각된다. 그리고 중요한 사정요소에 입각하여 위자료를 인정하는 것이 사태에 적합한 해결책이다.

첫째, 명예훼손의 성립요건에 해당하는 사정이 주된 고려요소이다. 명예훼손의 동기, 명예훼손의 내용,

“명예훼손으로 인한 위자료에 있어 예측가능성을 확보하는 방안은 구체적 사안유형별로 위자료의 상한과 하한을 두고 개별 사건의 구체적 사정을 감안하여 가감하는 방식이 바람직하다.”

매체의 파급력(판매부수, 배포범위, 독자층 등), 피해자의 사회적 지위(연예인, 정치인, 개인 등)를 감안하여 매우 중대한 경우에는 각 유형별로 위자료의 상한이 인정될 수 있다.

둘째, 명예훼손의 성립을 부정하는 사정요소도 주된 고려요소인데, 이에 대하여는 피고가 입증책임을 부담한다. 공인여부, 공적 관심사, 진실성, 상당성 등이 고려된다.

셋째, 명예훼손 이후의 사정은 부수적 고려요소이다. 정정이나 사과여부, 소송에서의 공격적 변론 등이 고려된다. 다만 중요요소이건 감경요소이건 가감분은 20% 내외로 제한하는 것이 타당하다.

## 6. 산정사유의 적시

위자료의 액수는 당사자들의 주요한 다툼의 대상이 되는 만큼 위자료의 산정시 고려된 주요 사정을 명시할 필요가 있다.<sup>131)</sup> 실무상 위자료의 산정 사유로 통상적으로 제시되는 ‘사건의 경위 및 결과, 당사자의 신분과 지위, 기타 변론에 나타난 제반 사정’이라는 문구는 당해 사건에서 위자료가 어떻게 산정되었는가를 알 수 없게 만드는 결과를 초래할 뿐이다. 이러한 ‘제

반정상론’은 아무런 방향을 제시하지 못하는 공허한 공식에 불과하다. 따라서 위자료액의 공평한 산정을 달성하기 위해서는 위자료액의 산정에서 중요하게 고려된 사정을 구체적으로 적시할 필요가 있다. 이러한 작업은 위자료액수의 적정성에 대한 항소심의 심리가 실질적으로 전개되는 데에 기여할 것이다. 특히 당사자에게 위자료가 어떻게 산정되었는가에 대한 알권리를 인정하는 것이 세계적인 추세인 점도 주목할 필요가 있다.<sup>132)</sup>

## 7. 입증책임

종래의 학설과 판례에 의하면 비재산적 손해의 입증책임을 명확하게 정리된 것은 아니다. 당사자에게 각기 자신에게 유리한 사정의 입증책임을 부담시키고, 입증실패의 경우에 불이익을 전가시키는 것은 원칙적으로 비재산적 손해의 경우에도 적용되어야 한다. 비재산적 손해의 특수성을 감안하여 입증책임의 원리를 구체적으로 전개하면 다음과 같다.

첫째, 인격권의 침해에 있어서 침해되는 법익과 침해의 태양 등은 불법행위의 성립요건이면서 동시에 비재산적 손해의 내용이다.<sup>133)</sup> 따라서 불법행위의 성립요건을 갖춘 피해자는 비재산적 손해에 대한 입증책임을 일응 다한 것으로 평가할 수 있고, 이에 따라 평균적인 금액의 위자료가 인정된다.

둘째, 피해자에게 그 이상의 정신적 고통 등 비재산적 손해가 발생한 경우에는 피해자는 그러한 사정을 입증하여 추가 위자료를 받을 수 있다.

셋째, 가해자는 위자료의 감액사유에 대한 입증책

131) 同旨: 閔丙勳, “損害賠償額 算定이 困難한 경우에 있어서 法院의 損害賠償額 決定方法”, 民事判例研究 X XVIII(2006), 200면.

132) 이창현, 慰謝料에 관한 연구, 2011, 376면.

133) Price, Duodu and Cain, Defamation, 4th ed. 2010, § 20-11; 이창현, 慰謝料에 관한 연구, 2011, 374면.

결국 이러한 입증책임의 분배를 통하여 인격적 법  
의 보호의 요청과 개인의 특수한 사정과의 교량을  
적정하게 행할 수 있다.

V. 결론



명예훼손으로 인한 위자료의 산정과 관련하여 주요  
사항을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 명예훼손이 가지는 치명적 해악을 감안하여  
피해자가 받는 정신적 고통을 진지하게 고려할 필요  
가 있다. 특히 감수성이 예민한 미성년자나 미혼여성  
에 대한 명예훼손은 중대한 것으로 평가되어야 한다.

둘째, 명예훼손의 성립요건의 입증에 성공한 원고  
는 가해자의 귀책사유의 정도, 명예의 침해 정도 등에  
따라 평균적 금액의 위자료를 인정받는다. 위자료의  
가중사유에 대한 입증책임은 원고에게, 위자료의 감  
경사유에 대한 입증책임은 피고에게 지운다.

셋째, 명예훼손의 성립요건에 해당하는 사정이 주  
된 고려요소이나, 명예훼손 이후의 사정은 부수적 고  
려요소에 불과하다. 산정사유의 차등화가 필요하다.

넷째, 명예훼손의 사안유형별로 기준금액과 아울러  
상한과 하한을 정하는 방식이 바람직하다.

다섯째, 명예의 보호와 표현의 자유의 조화점을 찾  
기 위하여 인신사고의 위자료와의 비교, 손해배상금  
의 구매력의 환기가 필요하다.

여섯째, 기본위자료를 기준으로 가중과 경감에 중  
요하게 고려한 사정만을 산정사유로 적시하는 것이  
필요하다.