

소설에 의한 명예훼손의 판단기준

- 미국의 사례와 시사점 -

양 소 연*

헌법재판소 헌법연구관

■ 국문초록

소설은 사상이나 감정 등을 언어로 표현한 산문 예술작품으로서 허구를 전제로 한다. 실화를 바탕으로 하는 이른바 팩션의 경우에도, 확인된 역사적 사실 사이의 공백을 메우거나 문학적 기법을 활용하기 위해서는 필연적으로 허구성이 가미된다. 따라서 실존인물을 모델로 하는 소설에 대해서는 일반적인 표현에 비해 명예훼손의 책임을 인정하는 데 신중하여야 한다.

소설에 의한 명예훼손과 관련하여 미국에서는 모든 소설을 현실적 악의 요건을 충족하는 고의적 허위표현과 동일시하여 비판을 받은 판결 등이 있었다. 미국의 사례를 통해, 소설에 의한 명예훼손에서는 허구적 표현과 허위표현을 구별해야 하는 점, 피해자 특정을 위하여 등장인물과 실존인물을 동일시할 수 있는지 판단할 때 보다 구체적이고 엄격한 기준을 적용해야 하는 점, 과장, 희화화 등 예술적 표현 기법의 특성을 고려해야 하는 점 등을 생각해볼 수 있다.

우리나라의 경우에도, 헌법재판소는 표현의 자유의 보호영역을 폭넓게 설정하며 예술적 표현도 표현의 일종으로만 취급하고 있고, 대법원은 예술적 표현의 속성과 이에 따른 효과에 대해 다소 모순된 판시를 하고 있다. 명예훼손의 개별 구성요건 판단에서 표현의 유형별 특수성이 충분히 고려되어야 한다. 이를 위하여 소설에 의한 명예훼손에서 피해자의 특정

* gsyang@ccourt.go.kr

시에 등장인물과 피해자 사이에 동일성을 넘어 특정성까지 인정되어야 하는 엄격한 기준을 적용하는 방법, 명예훼손적 표현 존부와 관련하여 소설의 다의적 해석가능성을 인정하고 문학적 기법의 활용 가능성을 충분히 보장하도록 완화된 기준을 적용하는 방법, 안내문구나 형식, 기법을 통해 허구성을 충분히 표명하였는지 여부를 중심으로 고의·과실을 판단하는 방법, 위법성조각사유에서 공익성 개념을 ‘작품의 완성도를 높이기 위한 필요성’으로 확장하는 방법 등을 제안한다.

주제어: 명예훼손, 소설, 허구적 표현, 예술적 표현, 표현의 자유

목 차

- I. 서론
- II. 팩션의 정의와 특성
 - 1. 팩션의 정의
 - 2. 팩션의 허구성과 명예훼손 성립 가능성
- III. 소설에 의한 명예훼손 관련 미국의 판례와 논의를
 - 1. 출판물에 의한 명예훼손과 표현의 자유
 - 2. 소설에 의한 명예훼손 판례
 - 3. 과거 판례의 검토 및 판단기준의 모색
- IV. 우리 법리에 대한 검토
 - 1. 기존 법리의 문제점: 예술적 표현의 특성을 간과하는 경향
 - 2. 구성요건별 판단기준의 제안
- V. 결론

I. 서론

문학진흥법 제2조 제1호에서는 ‘문학’이란 ‘사상이나 감정 등을 언어로 표현한 예술작품으로서 시, 시조, 소설, 희곡, 수필, 아동문학, 평론 등’이라고 정의하고 있다. 문학의 한 장르인 소설은 사상이나 감정 등을 표현하는 언어예술이되, 그 표현된 내용이 허구임을 전제로 한다는 특성이 있다. 실화를 바탕으로 사건을 구성하였다고 명시하거나 실존인물에 대한 전기(傳記)소설임을 표방하는 경우에도 정도의 차이가 있을 뿐 필연적으로 허구적 상상력이 가미된다. 영문학에서도 소설은 ‘허구적 산문(prose fiction)’으로 정의된다.¹⁾ 허구를 의미하는 ‘fiction’이라는 어휘가 여러 허구적 장르 중에서도 특히 소설을 의미²⁾하는 용어로 자리 잡은 점을 보더라도 소설은 허구성이 강조되는 장르임을 알 수 있다.

소설의 허구적 속성에도 불구하고 소설 속 등장인물이 특정한 실존인

1) J. A. Cuddon & M. A. R. Habib (Eds.) (2013). *The Penguin Dictionary of Literary Terms and Literary Theory* (5th. ed). London: Penguin Books, p. 477.

2) Ibid., p. 279.

물을 연상하게 하면서 그의 사회적 평판을 저해할 만한 내용을 담는다면, 실존인물에 대한 명예훼손이 성립할 가능성을 배제할 수 없다. 그런데 명예훼손 사건의 대부분을 이루는 언론보도 등은 그 내용이 현실에 관한 사실이나 의견임을 전제로 이루어진 표현인 반면, 소설은 원칙적으로 허구적 표현으로 받아들여지므로, 통상적인 명예훼손 법리를 그대로 적용하기 어려운 측면이 있다.

우리나라에서 허구적 창작물에 의한 명예훼손이 법원에서 사건화된 사례는 주로 영화나 드라마에 관련된 경우가 많다.³⁾ 소설이 쟁점이 된 민사판결은 관련 연구에서 자주 언급되는 1995년의 ‘소설 이휘소’ 등 관련 출판금지처분 사건⁴⁾ 등으로 사례가 제한적이다. 미국에서는 관련 판결이나 연구가 상대적으로 풍부한 편이나, 그 시기가 주로 1980년대 초반 정도에 집중되어 있다. 짐작컨대 당시 법원에서 표현의 자유를 고려한 명예훼손 법리를 확립한 시기와 학계에서 ‘법과 문학(law and literature)’⁵⁾ 분야가 떠오르던 시기가 맞물리면서 소설에 의한 명예훼손의 법리가 새로운 연구 주제로 주목을 받았다가, 이후 소설 외에 다른 매체가 더 큰 파급력을 지니게 되면서 관련 사건의 수도 줄어들고 학계의 논의도 거의 사라지게 된 것으로 보인다.

그러나 소설에 의한 명예훼손은 최근에도 계속해서 발생하고, 법적 분쟁의 대상이 되고 있다. 특히 국내에서는 최근 성적 지향 등 내밀영역에 관련된 소재를 다루는 소설이 크게 늘어나면서 소설 속 인물을 통해 자신의 사생활이 폭로되거나 명예가 훼손되었다는 주장이 연달아 제기되어 논란이 된 바 있다. 2021년 한 소설가가 원고와 사이에 주고받은 실

3) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결; 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결; 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다8341, 8358 판결; 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007다3483 판결 등.

4) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결.

5) 1980년대 무렵 유행한 학제적 연구 분야로, 법적 쟁점이 반영된 문학작품의 비평, 저작권 등 문학 관련 법제의 분석, 문학 분야의 해석론과 법해석론의 융합 등을 시도하였다.

제 대화 내용을 단편소설에 그대로 적시함으로써 원고의 명예를 훼손하고 사생활을 침해하였다는 이유로 손해배상청구를 당하는 사례가 발생했고,⁶⁾ 같은 해 다른 소설가의 장편소설도 실존인물의 교우관계와 성적 지향 등에 관한 사실을 그대로 적시함으로써 명예를 훼손하였다는 주장이 제기되자 판매중지되었다.⁷⁾

문학 분야에서 현재와 같은 경향이 지속되는 한 유사한 사례는 더 발생할 것으로 예상되고, 이러한 분쟁이 법원에서 사건화되었을 때 소설의 특수성을 충분히 고려하여 소설가의 예술의 자유와 실존인물의 인격권이 적절한 균형을 이루도록 할 필요가 있다. 이에 본고에서는 이 주제와 관련하여 가장 활발한 논의가 이루어졌던 시기인 1980년대 초반 경 미국에서 선고된 일련의 대표적인 판례와 관련 연구를 상기해보고, 오늘날 우리 재판실무에서 언론보도 등 현실에 관한 직접적인 표현과 구별되는 허구적 표현물로서 소설의 특성을 반영할 수 있는 판단기준을 제안하고자 한다.

II. 팩션의 정의와 특성

1. 팩션의 정의

소설 중에서 명예훼손이 문제되는 것은 주로 실화를 바탕으로 하는 팩션 소설이다. 팩션(faction)이란 fact와 fiction을 합성한 용어로, 역사적

6) 언론보도에 따르면 법원은 원고가 대화 인용에 동의하였다고 볼 수 있다는 점을 주된 이유로 원고의 청구를 기각하였다[한소법 (2021, 10, 5). 카카오톡 대화 인용한 김봉곤 소설…법원 “무단인용 아니다”. <한국일보>. URL: <https://m.hankookilbo.com/News/Read/A2021100514250004812> 참조]. URL: <https://m.hankookilbo.com/News/Read/A2021100514250004812>

7) 이승우 (2021, 5, 13). 사생활 노출 논란 ‘항구의 사랑’ 판매중지…“작가 요청”. <연합뉴스>. URL: <https://m.yna.co.kr/view/AKR20210513169000005> 참조.

사실이나 실존인물의 이야기에 창작자의 상상력을 덧붙여 허구적인 사실을 재창조하는 장르를 의미한다.⁸⁾ 픽션의 대표적인 형태로는 뉴저널리즘 소설과 역사소설을 들 수 있다.

뉴저널리즘 소설은 실제 사건을 문학적 기법을 활용해 표현하는 장르이다. 영미권에서는 20세기 초반 무렵부터 사실주의가 쇠락하고 현실의 모방보다는 실존적 고민이나 미학을 강조하는 모더니즘이 유행하다가, 1960년대의 반전운동 등과 맞물린 포스트모더니즘 소설들이 메타 픽션, 환상적 사실주의 등 다양한 기법을 통해 다시 현실과의 적극적인 관련성을 회복하고자 했다.⁹⁾ 그 중 하나로 등장한 것이 뉴저널리즘 소설이다. 그 시초가 되는 대표적인 작품으로 1968년 출간된 노먼 메일러의 장편소설 ‘밤의 군대들’이 있다. 이 소설은 신문기사 인용으로 시작하여, 이름과 직업, 외양 등이 작가와 동일한 주인공이 반전시위에 참가한 경험을 상세히 기술한다. 이 작품은 풀리처상 수상 당시 픽션이 아닌 논픽션 부문으로 분류되었을 정도로, 소설의 형식을 취하고 있음에도 불구하고 실제 사실과의 관련성이 깊다.

한편, 역사적 사건이나 인물을 소재로 활용하는 ‘역사소설’도 픽션의 대표적인 형태 중 하나이다. 국내 문학작품 중 역사소설이 차지하는 비중은 상당하다. 근대문학에서 역사소설은 국가적 통합을 강화하고 민족 의식을 고취하는 교훈적 서사를 중심으로 전개되다가, 현대에는 이념적·도덕적인 역할에서 벗어나 다양한 관점과 스타일을 갖추고 역사 속의 개인에 관심을 가지는 방향으로 변화했다.¹⁰⁾

8) 이숙 (2010). 픽션소설 연구 서설. <현대문학이론연구>, 40호, 322-323면.

9) 권택영 (2018). 작품해설. 노먼 메일러. <밤의 군대들>, 서울: 민음사, 431-434면 참조.

10) 박진 (2005). 역사 서술의 문학과 역사소설의 새로운 경향. <국어국문학>, 141권, 93면.

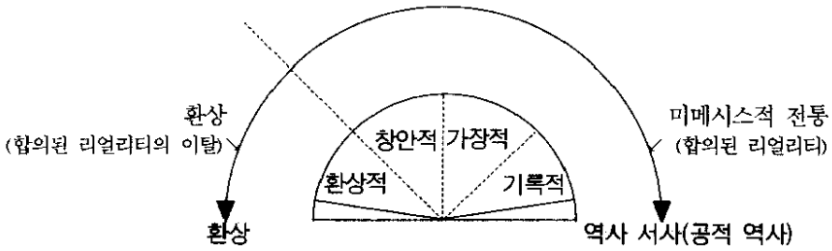
2. 팩션의 허구성과 명예훼손 성립 가능성

법원 판결에 팩션의 개념이 언급된 경우로는 역사드라마 ‘제5공화국’ 관련 사건이 있다. 여기서 법원은 피고들이 주장한 ‘팩션’ 개념을 적극적으로 채택하지 않고, 아래와 같이 ‘논픽션’과 ‘픽션’의 이분법적 접근을 택하면서 팩션은 논픽션의 성격을 상당히 가지고 있어 실제 현실과의 혼동 가능성 및 이에 따른 명예훼손의 위험성이 큰 것으로 보고 있다.

“특히 드라마가 현재 생존해 있는 인물을 대상으로 하는 논픽션의 성격을 가진 드라마일 경우에는 시청자들에게 그 내용이 이미 존재하였던 역사적 사실과 일치하리라는 인식을 심어주게 될 가능성이 더 크다 할 것이므로 픽션드라마보다 그 명예훼손책임이 가중된다고 할 것이다(피고들은 이 사건 드라마의 성격을 사실의 효과를 높이기 위하여 작가의 상상력이 추가된 팩션(faction = fact + fiction)이라고 설명하고 있으나, 이 사건 드라마가 제5공화국 당시에 발생한 중요한 역사적 사건들과 그에 관여된 실존 인물들을 다루고 있는 이상 논픽션의 성격을 상당부분 가진 드라마임을 부정할 수는 없다.”¹¹⁾

팩션 중에서도 작품마다 허구성의 정도는 다양하게 나타난다. 학자마다 분류가 다르지만, 여러 분류를 최대한 종합한 스펙트럼은 아래 그림과 같이 정리된다. 즉, 역사소설 중에서도 현실을 그대로 모방하는 측면에 중점을 두는 경우에는 널리 인정되는 역사적 사실을 기록하는 작업에 가깝고, 역사적 사실을 토대로 허구적 요소를 가미하는 ‘가장적’ 역사소설, 역사적 사실보다는 창작자가 허구적으로 만들어낸 인물 등의 요소가 강조되는 ‘창안적’ 역사소설, 그리고 역사를 소재로 하기는 하지만 합의된 역사적 사실에서 벗어나 상상력을 중심으로 전개되는 ‘환상적’ 역사소설 등이 있다.¹²⁾

11) 서울중앙지방법원 2007. 6. 20. 선고 2005가합79818 판결(확정).



[그림] 역사소설의 스펙트럼¹³⁾

국문학 분야에서는, 역사소설이 처음 등장할 당시에는 객관적 사실의 반영이 강조되다가, 이후 리얼리즘 문학이 후퇴하면서 시대적 현실을 사실적으로 반영해야 한다는 제약이 약화되고 역사적 사실을 현대적 감수성으로 적극적으로 허구화하고 재구성하는 경향이 나타났다.¹⁴⁾ 그럼에도 오늘날의 역사소설에서 언제나 역사적 사실의 기록보다 허구적 요소가 중심이 된다고 단정할 수 있는 것은 아니다. 역사소설이 작가의 철학을 역사적 사건을 소재로 하여 표현하는 데 그치지 않고 실제 역사 담론에 참여하는 역할까지 하는 것이 바람직하다고 보는 경우도 있다.¹⁵⁾ 이러한 시각에서는 픽션이 허구적 장르라고 하더라도 역사에 대한 “책임감이나 윤리의식”을 가져야 한다고 보고, 역사를 지나치게 변형시키는 것에 대해서는 신중할 것을 요청한다.¹⁶⁾

그렇다면 어떤 작품이 픽션에 해당한다는 사실만으로 그 허구성의 정도를 일률적으로 단정하기는 어렵다. 다만, 정도의 차이가 있을 뿐 모든 픽션에는 필연적으로 허구성이 인정된다. 이는 빈틈이 있는 역사적 사실

12) 공임순 (2001). <한국 근대 역사소설의 장르론적 연구>. 서강대학교 박사학위논문, 50-52면.

13) 공임순, 위의 글, 2001, 52면.

14) 박진, 위의 글, 101면.

15) 정여울 (2007). 픽션적 글쓰기와 미디어 친화력 - 픽션을 향한 비판과 향유 사이에서. <문학과 사회>, 20권 3호, 302-303면.

16) 위의 글, 304면.

의 속성과 빈틈이 있어서는 안 되는 소설의 속성 때문이다. 과거의 사실을 자료나 증언 등을 토대로 확인하더라도 모든 세부적인 사항을 빠짐 없이 알아낼 수는 없으므로, 객관적인 근거로 뒷받침될 수 있는 역사적 사실은 한정되어 있다. 반면에 소설은 사건들이 서로 유기적으로 연결되어 개연성 있는 전체를 이루는 서사적인 완결성을 갖추어야 한다. 이를 위해서는 전면에 드러나는 중요한 요소가 아니더라도 전체적인 개연성을 위해 필요한 사소한 사항들이 촘촘하게 배치되어야 한다. 예컨대 어떤 인물의 행동에 대한 역사적인 자료는 행동 그 자체에 관해서만 존재할 뿐이지만, 소설에서는 행동에 이르게 된 내심의 동기나 사고과정도 직접적으로 적시되지 않는더라도 적어도 단서들을 통해 내재되어 있어야 한다. 따라서 확인된 역사적 사실 사이의 공백을 메우기 위해서 허구적 상상력이 동원될 수밖에 없다. 이에 더하여 감각적 효과를 극대화하기 위한 예술적 기법으로서 과장, 생략, 희화화도 이루어진다.

대법원도 역사드라마 ‘서울 1945’ 관련 손해배상청구 사건¹⁷⁾에서 소설과 마찬가지로 서사예술에 해당하는 영화와 관련하여, “명백하여 다툼이 없거나 객관적 자료로 뒷받침되는 단편적 사실만을 묶어 현실감 있는 이야기를 전개해 가기에는 근본적 한계가 있을 것이어서, 그 필연적 현상으로 연출자 등이 역사적 사실에 대한 작가적 해석 및 평가와 예술적 창의력을 발휘하여 허구적 묘사를 통해 객관적 사실들 사이의 간극을 메우기 마련”이라고 언급하였다. 이처럼 실제 사실에 착안한 소설이라도 완결성 있는 서사를 구성하기 위해서는 필연적으로 허구적 상상력이 가미되고 현실과는 어느 정도 거리가 생긴다.

형법상 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 “사람의 사회적 평가를 저하시키는 데 충분한 구체적 사실을 적시”¹⁸⁾하였음이 인정되어야 하고, 민사상 명예훼손에 따른 불법행위책임은 사실 적시 외에 “의견 또는 논평을 표명하는 표현행위”에 의해서도 성립할 수 있으나 이 역시 적어도

17) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다8341, 8358 판결.

18) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010도2877 판결.

구체적 사실의 존재를 간접적으로 암시할 것을 전제로 한다.¹⁹⁾ 소설에서는 등장인물에 대한 구체적 사실을 제시하지만, 위와 같은 허구적 속성상 소설 속의 구체적 사실을 실존인물과 관련하여 실제로 발생한 사실과 반드시 동일시할 수는 없으므로, 명예훼손 인정에 신중할 필요가 있다.

Ⅲ. 소설에 의한 명예훼손 관련 미국의 판례와 논의들

서론에서 언급한 것과 같이 소설에 의한 명예훼손 관련 논의가 가장 활발히 이루어진 것은 1980년대 초반 미국이다. 잘 알려져 있듯이, 미국에서는 60년대부터 70년대에 걸쳐 명예훼손 사안에서도 표현의 자유를 고려하여야 한다는 법리가 확립되었다. 그 직후인 1979년에 소설에 의한 명예훼손을 다룬 초기 판결이라고 할 수 있는 *Bindrim v. Mitchell* 판결이 대법원에서 확정되었고, 그 후 몇 년 사이에 소설에 의한 명예훼손 관련 판결들이 다수 선고되었다. 이하에서는 출판물 일반에 관한 법리를 살펴보기 위하여 대표적인 판결을 간략히 검토한 뒤, 이 시기에 선고된 세 건의 관련 판결 및 최근의 상황을 소개하고, 이에 관한 미국의 논의를 정리해본다.

1. 출판물에 의한 명예훼손과 표현의 자유

미국에서 출판물에 의한 명예훼손 문제에 대하여 표현의 자유를 고려한 판단기준을 확립한 대표적인 판결로 *New York Times v. Sullivan* 판결과 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 있다. 이 판결들은 명예훼손 소송이 증가하던 시기에 기존에 민사책임만이 문제되던 명예훼손 사안을 헌법적 관점에서 바라보기 시작한 판결들로 평가된다.²⁰⁾ 이 판결들은

¹⁹⁾ 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결 등.

매우 잘 알려져 있고 국내에서도 거듭 언급되고 있으므로,²¹⁾ 이하에서는 논의의 전제로 삼기 위하여 필요한 핵심 내용만을 간략하게 살펴본다.

먼저, New York Times 판결²²⁾은 Alabama 주 Montgomery 시의 경찰장관이던 Sullivan이 뉴욕타임스에 게재된 광고의 내용이 자신의 명예를 훼손하였다는 이유로 손해배상을 청구한 사건이다. 문제된 광고는 경찰의 시위 진압을 비판하고 시민운동에 동참할 것을 권하는 내용이었는 데, 그 중 경찰의 진압 행위에 대한 일부 구체적인 내용이 사실과 다른 것으로 인정되었다. 이에 주 법원은 명예훼손의 성립을 인정하고 손해배상 판결을 하였다. 그러나 연방대법원은 주 법원이 출판물에 의한 명예훼손 성립 여부를 판단함에 있어서 무과실책임(strict liability)을 인정한 것은 수정헌법 제1조에 위배된다고 판단하고 대법관 전원의 일치된 의견으로 원심을 파기하였다. 대법원은 보통법상의 명예훼손 법리를 수정하여 고의 또는 과실이 있는 경우에만 명예훼손으로 인한 손해배상책임이 성립할 수 있도록 하였고, 잘 알려진 바와 같이 공인의 공적인 행위에 관한 내용일 경우 피고가 그것이 허위임을 알았거나 진위 여부에 대한 현저한 부주의(reckless disregard)로 인하여 허위임을 알지 못한 경우-이른바 ‘현실적 악의(actual malice)’가 증명된 경우-에 한하여 책임이 성립하게 되었다.

1974년의 Gertz 판결²³⁾은 New York Times 판결에 이어 원고가 공인인지 여부에 따라 달리 판단하여야 하고, 무과실책임을 인정하여서는 안

20) Roeney A. Smolla (1983). Let the Author Beware: The Rejuvenation of the American Law of Libel. *University of Pennsylvania Law Review*, 132(1), p. 7 참조.

21) 예를 들어 김시철 (2015). 언론·출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토 - 미국의 언론·출판의 자유에 관한 우월적 지위이론, 현실적 악의 원칙 등에 관하여 -. <저스티스>, 147호, 64-77면; 손태규 (2018). 현실적 악의 기준의 현재: 한국과 미국 비교연구. <공법학연구>, 19권 2호, 121-131면; 이상운 (2018). 공적 영역에서 표현의 자유와 인격권의 충돌 - 명예훼손 소송에서의 위법성 판단기준을 중심으로-. <저스티스>, 168호, 8-14면 등이 있다.

22) 376 U.S. 254 (1964).

23) 418 U.S. 323 (1974).

된다는 법리를 유지하였다. 이 판결의 원고는 Gertz라는 이름의 변호사로, Robert Welsh Inc.라는 회사가 잡지에 실은 글이 허위의 사실로 자신의 명예를 훼손하였다고 하면서 손해배상을 청구하였다. 피고는 원고가 공인이므로 New York Times 판결에 따라 현실적 악의가 입증되어야만 책임이 성립한다고 주장하였는데, 원고가 공인(공직자 또는 사람들 사이에 널리 알려진 공적 인물)인 점은 인정되지 않았다. 다만 제1심과 항소심은 비록 원고가 공인이 아니더라도 다루어진 내용이 공적 관심사안에 관한 것이므로 현실적 악의 기준이 적용된다고 보았다. 그러나 연방대법원에서는 공적 사안 여부와 무관하게 원고가 공인인지 여부를 기준으로 현실적 악의 기준 적용 여부를 결정해야 한다고 판단했다. 또한, 원고가 공인이 아닌 경우에는 주별로 현실적 악의 기준이 아닌 다른 기준을 정할 수 있지만, 무과실책임을 인정하는 것만은 허용되지 않는다고 명시했다.

위 판결들을 통해 미국의 명예훼손 법리는 기존 보통법상의 법리에 수정헌법 제1조를 적용하여 이른바 ‘헌법적 명예훼손법(Constitutional Defamation Law)’이 되었다.²⁴⁾ 그 핵심은 명예훼손으로 인한 책임이 성립하기 위해서는 ‘고의 또는 과실’ 요건이 반드시 충족되어야 한다는 점이다. 이를 통해서 명예훼손에 따른 배상책임이 성립하기 위한 요건으로, ‘면책특권 없는 제3자에게 전달된 원고에 대한 허위의 표현으로서 원고의 명예를 훼손하고 손해(표현 자체로 명백한 명예훼손이 아닌 경우 특별손해)를 발생시키는 표현’이 존재하고, 적어도 과실이 인정되어야 하며, 특히 원고가 공인일 경우에는 해당 사실이 허위임을 알았거나 진위 여부에 대해 현저하게 부주의하여 허위임을 알지 못한 경우여야 한다는 기준이 확립되었다.

24) New York Times 판결에 대하여 위와 같은 취지로 평가한 것은 김시철, 위의 글, 64-65면 등.

2. 소설에 의한 명예훼손 판례

위 판결들은 언론보도 등 일반적인 표현에 관해서는 표현의 자유를 확대하였지만, 소설에 대해서는 그러한 효과가 적용되지 않았다.²⁵⁾ 위 판결들은 허위성의 인식과 관련하여 고의·과실을 요구하는데, 소설은 스스로 그 내용이 실제 사실과 정확히 일치한다고 주장하지 않는 허구일 뿐, 진실 또는 허위사실 중 어느 하나에 해당하지 않기 때문이다.²⁶⁾ 1980년 무렵 선고된 일련의 판결들을 살펴보면 소설에 의한 명예훼손은 언론보도에 따른 명예훼손과는 본질적인 차이가 있어 기존의 New York Times 판결 등에서 확립된 요건을 그대로 적용하는 것이 적절하지 않음을 알 수 있다. 이하에서는 1980년경의 관련 사건 세 건을 소개하고, 그 이후부터 최근까지의 상황을 살펴본다.

가. 1980년경의 판결들

(1) Bindrim v. Mitchell (1979)

원고 Paul Bindrim은 심리학자로, 집단 심리치료 세션을 운영했다. 작가인 Gwen Davis Mitchell은 치료 세션에서 일어난 일들에 대해 비밀을 유지한다는 내용의 계약서를 작성하고 세션에 참가하였는데, 이를 위반하고 세션 내용을 바탕으로 소설 ‘Touching’을 출간하였다. 그 소설에는 실제 사실과 달리 원고가 세션 도중에 부적절한 발언을 하는 장면 등이 포함되어 있었다. 원고는 Mitchell과 출판사 Doubleday & Company,

25) Vivian Deborah Wilson (1982). The Law of Libel and the Art of Fiction. *Law and Contemporary Problems*, 44(4), p. 27.

26) Ibid., p. 28; 소설이 스스로 실제 사실임을 주장하지 않으므로 사생활의 비밀을 침해할 위험도 없다는 견해는 Diane Leenheer Zimmerman (1985). Real People in Fiction: Cautionary Words about Troublesome Old Torts Poured into New Jugs. *Brooklyn Law Review*, 51(2), p. 370.

Inc.를 상대로 명예훼손에 따른 손해배상을 청구하였다.²⁷⁾

캘리포니아 주 항소법원은 원고가 공인²⁸⁾임을 전제로, 현실적 악의의 존부와 소설 속 표현이 원고에 대한 표현이라고 볼 수 있는지 여부(이른바 ‘of and concerning’ 요건)의 두 가지 쟁점에 관해 판단하였다. 법원에 따르면, 피고가 적시된 사실이 진실한지 여부에 대해 현저히 부주의했다는 사실은 명백한 정도로 입증되었다. 실제로 치료 세션에 참가했었기 때문에, 원고가 세션 중에 문제된 부적절한 표현을 하지 않았다는 사실을 분명히 알 수 있었기 때문이다.²⁹⁾ 따라서 현실적 악의 요건이 충족된다고 판단하였다.

한편, 인물의 동일성도 인정되었다. 소설 속 인물의 이름은 Simon Herford로 원고의 이름과는 전혀 다르고 인상착의도 서로 달랐다. 그러나 법원은 소설 속 인물과 원고의 차이는 인상착의와 구체적인 직업(원고는 심리학자, 소설 속 인물은 심리상담사)뿐이고, 증인들이 인물과 원고를 동일시한 점, 원고가 자신의 치료 세션을 녹음한 것에 따르면 소설 내용이 실제 원고의 행위를 모델로 한 것으로 보이는 점 등을 고려하면 평균적 일반인이 원고와 인물을 연결지을 수 있으므로, 동일성을 인정할 수 있다고 보았다.³⁰⁾ 결국 캘리포니아 주 항소법원은 명예훼손으로 인한 책임 성립을 인정했고, 이 판결은 피고 출판사의 상고허가신청(petition for writ of certiorari)이 기각³¹⁾되면서 확정되었다.

(2) Geisler v. Petrocelli (1980)

원고 Melanie Geisler는 20명 정도가 고용되어 있던 작은 출판사에서

27) 92 Cal. App. 3d 61, 155 Cal. Rptr. 29, cert. denied, 444 U.S. 984 (1979).

28) 원고가 공인임은 원고가 자인하였고, 증거에 의해서도 뒷받침되었다(92 Cal. App. 3d 61, 71, footnote 1).

29) 92 Cal. App. 3d 61, 72-73.

30) 92 Cal. App. 3d 61, 75.

31) 444 U.S. 984.

일했는데, 피고 작가 Orlando Petrocelli도 당시 같은 출판사에서 근무하였다. 출판사의 규모가 작아서 이들은 서로 아는 사이였다. 피고 작가는 출판사를 그만둔 뒤 'Match Set'이라는 제목으로 흥미 위주의 가벼운 소설을 썼다. 이 소설은 허구임을 전제로 하였으며, 그러한 취지로 안내문을 표시하였다. 소설의 주인공은 이름이 원고의 실명과 동일한데, 테니스 선수로서 소설의 초반에는 순수한 사람으로 묘사되다가 점차 테니스 경기의 결과 조작에 가담하는 등 타락해가는 부정적인 모습을 보인다.

원고는 이 소설이 허구라고 표시하고 있음에도 불구하고 (i) 원고의 실명을 그대로 사용하고, (ii) 주인공의 외모도 원고와 동일하며, (iii) 피고 작가와 원고가 같은 출판사에 근무하여 서로 아는 사이임을 고려할 때, 이 소설은 원고에 대한 표현물로서 원고의 명예를 훼손하였다고 주장하며 피고 작가 및 출판사를 상대로 명예훼손 및 프라이버시 침해를 이유로 한 손해배상을 청구하였다.

제1심은 원고의 주장 자체로 볼 때 이미 합리적인 독자가 소설 속 인물과 원고를 동일시할 것으로 인정되지 않음이 명백하다는 이유로 소를 각하하였다. 반면, 항소심 법원은 인물의 동일성은 상세한 사실관계에 비추어 판단되어야 하는 것이므로 주장 자체로 이유 없음이 명백하다고 보고 각하한 것은 부당하다고 판단하였다.³²⁾ 특히, 창작물에 의한 명예훼손 사안에서는 원고가 작품 속에서 부정적 인물로 허위로 묘사됨으로써 자신의 명예가 훼손되었다고 주장하면서 동시에 작품 속 인물과 자신의 동일성을 주장하여야 하므로 주장 자체에 내재적 모순이 있을 수밖에 없고, 이는 사실관계를 배제한 법리적 논증만으로는 해소될 수 없는 모순이므로 이를 해결하기 위해서는 사실관계를 구체적으로 검토하는 수밖에 없다고 판시하였다.³³⁾

³²⁾ 616 F. 2d 636 (1980).

³³⁾ 616 F. 2d 636, 639.

(3) Pring v. Penthouse International, Ltd. (1982)

영문학과 교수인 피고 Cioffari가 Penthouse라는 잡지에 실은 단편소설이 문제되었다. 이 소설의 주인공은 ‘Miss America’라는 미인대회에 와 이오밍 주 대표로 출전하여 자신의 특기인 바톤 트윙링(baton twirling, 일종의 리듬체조)을 선보이는데, 대회 장면과 인물의 회상 및 내적 독백이 동시에 진행되면서 주인공이 학창시절에 성적인 행위를 하는 모습, 그리고 대회에 출전하여 무대 위에서 같은 행위를 하는 모습이 묘사된다.

원고는 동명의 대회에서 실제로 입상한 사람으로, 이 소설이 자신이 실제 하지 않은 행위를 한 것처럼 허위사실을 적시함으로써 명예를 훼손하였다고 주장하며 작가 및 잡지를 출간한 출판사를 상대로 손해배상을 청구하였다. 피고들은 소설 속의 미인대회는 실제 미인대회를 따라서 만든 완전한 허구의 대회로서, 비판적 유머를 담은 설정일 뿐 독자들이 실제 미인대회와 동일하게 받아들여도록 의도하지는 않았다고 주장했다. 제1심에서는 배심원들이 이 소설이 원고에 관한 것이라고 할 수 있다고 판단하였고, 법원은 청구를 인용하였으며, 피고들은 항소하였다.

항소심의 다수의견은 이 사건의 쟁점을 (i) 이 소설이 원고에 관한 것이라고 할 수 있는지, (ii) 합리적으로 볼 때 소설 내용이 원고에 관한 실제 사실 혹은 사건을 묘사하고 원고가 실제로 한 행동을 묘사하는 것으로 받아들여질 수 있는지 여부라고 정리하고, 그 중에서도 이 사건에서 특히 핵심적인 쟁점은 후자라고 명시했다.³⁴⁾ 나아가 이 사건 소설의 경우 공중부양 등 현실적으로 가능하지 않은 사건들이 일어나 판타지 요소가 강하고, 대회 장면이 전국적으로 방송되고 있었다고 묘사되는 것 또한 실제로 일어나기 힘든 일이므로, 소설 속 이야기가 문자 그대로 실제 일어났던 사건으로 받아들여질 수 없다고 판단했다.³⁵⁾

그리고 제1심이 이 소설이 픽션이 아니라 사실의 진술인 것으로 전제

³⁴⁾ 695 F. 2d 438, 439-440 (1982).

³⁵⁾ 695 F. 2d 438, 441.

하여 첫 번째 쟁점만 배심원 평결에 부치고 두 번째 쟁점은 신중히 검토하지 않은 것은 부당하다고 지적했다. 일찍이 Greenbelt Cooperative Publishing Ass'n, Inc. v. Bresler 사건³⁶⁾에서 ‘아무리 무신경한 독자라고 하더라도 기사에 적시된 내용이 수사적인 과장에 불과하다고 인식할 수 밖에 없는’ 상황에서 명예훼손 책임을 인정하는 것은 언론의 자유에 반한다고 판시한 것과 마찬가지로, 이 사건에서도 명예훼손 책임이 합헌적인 범위 내로 제한되기 위해서는 ‘합리적으로 볼 때 그렇게 해석된다(reasonably understood)’는 요건을 반드시 충족해야 한다는 것이다.³⁷⁾ 이에 따라 항소심 법원은 제1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였으며, 상고허가신청이 기각³⁸⁾되어 그대로 확정되었다.

나. 그 이후의 판결들

전기나 소설 등에 의한 명예훼손은 최근까지도 법원에서 종종 쟁점이 되었으나, 영화나 드라마에 관한 사례와 비교할 때 훨씬 드물게 나타나며, 그마저도 대부분은 비소설에 관한 것이고 허구적 소설에 관한 판결은 드물다. 사례가 적어 확고한 경향성이 있다고 단정하기는 적절하지 않지만 그럼에도 소설과 비소설 작품을 구분하지 않고 한꺼번에 판시하거나, 작품의 성격이 소설인지 여부, 가명을 사용했는지 여부 등을 결론을 좌우하는 사정이 아니라고 판시하는 등, 장르를 불문하고 작품의 내용에 따라서만 판단해야 함을 강조하고 있다는 특성이 엿보인다.

(1) 소설 관련 판결

(가) 2010년에는 법정물로 유명한 소설가 John Grisham의 2006년 출

36) 398 U.S. 6.

37) 695 F. 2d 438, 440, 442.

38) 462 U.S. 1132.

간작 ‘The Innocent Man’에 관한 판결이 있었다. 이 소설은 잘못 기소되고 유죄 판결을 받아 복역하다가 십 년 이상 경과한 후에야 무고함이 밝혀진 사람들의 실화를 바탕으로 하고 있으며, 이 사건의 수사 및 기소에 관여한 원고들을 부정적으로 그리고 있다. 복역한 당사자 중 한 명인 Fritz도 이 경험을 바탕으로 책을 출간하였는데, 원고들은 Grisham의 소설과 Fritz의 회고록이 자신의 명예를 훼손한다는 등의 주장을 하며 소를 제기하였다. 그러나 명예훼손으로 인한 손해배상을 청구하는 원고는 그 자체로 명예훼손적인 표현(libel per se)의 존재를 주장하거나 그렇지 않으면 특별손해를 주장해야 하는데 이 사건 원고들은 어느 쪽도 주장하지 않았다는 이유로 제1심에서 패소하고 같은 이유로 항소도 기각되었다.³⁹⁾ 따라서 이 판결에서는 소설에 의한 명예훼손에 관한 구체적인 쟁점은 다루어지지 않았지만, 소설과 비소설을 한꺼번에 다루면서 각각의 출판 경위와 내용을 상당히 상세하게 언급하는 와중에 양자의 장르적 차이는 전혀 고려하지 않고 동일하게 취급하고 있다는 점은 눈여겨볼 만하다.

(나) 2008년의 *Smith v. Stewart* 판결⁴⁰⁾에서는 보다 구체적인 설시가 있었다. 피고 작가는 친구인 원고가 들려준 경험담을 소재로 소설 ‘The Red Hat Club’을 출간했다. 이 소설은 5명의 중년 여성의 인생을 그리는데, 그 중 한 명이 겪는 사건들이 원고의 삶과 거의 유사했으며, 이 여성은 성마른 알콜중독자로 부정적으로 묘사되었고, 원고는 명예훼손 등을 주장하며 소를 제기하였다. 그러자 피고는 이 책이 소설이기 때문에 사실심리가 불필요한 경우에 해당하며, 또한 합리적으로 볼 때 원고에 관한 실제 사실의 진술로 볼 여지가 없다고 주장하였다. 제1심 법원은 이 책이 소설이라고 하더라도 원고와 등장인물 사이에 구체적으로 유사한 특성이 많고, 실존인물이나 실제 지명이 많이 등장하는 점 등을

39) William N. Peterson, et al. v. John Grisham, et al., 594 F. 3d 723, 728-729 (2010).

40) *Smith, et al. v. Stewart*, 291 Ga.App. 86 (2008).

고려할 때 배심원에 의한 사실심리가 필요하다고 판단하였다. 항소심도 원심의 판단을 유지하였다. 특히, 항소심은 “원고에 관한 표현인지 여부에 대한 판단기준은 소설과 비소설이 본질적으로 동일하다”라고 명시하고, 그 판단기준은 “원고를 아는 사람이 합리적으로 판단할 때 등장인물이 곧 원고를 묘사한 것이라고 생각할 것인지 여부”라고 하였다. 이를 보면 여전히 명예훼손의 매개체가 소설인 경우와 비소설인 경우를 동일하게 취급하고 있음을 알 수 있다.

(2) 비소설 관련 판결

(가) 가장 최근의 예로, 2020년 11월 출간된 ‘Front Row Seat: Greed and Corruption in a Youth Sports Company’라는 회고록 성격의 책과 관련된 *Pierre v. Griffin* 판결이 있다. 피고 작가는 명예훼손이 성립하지 않는다고 항변하면서, 특히 원고의 실명을 그대로 사용하지 않았고 이 책이 허구임을 명시하는 안내문구를 표기하였다는 주장을 하였다. 이와 관련하여 법원은 각주로 “원고를 오랫동안 잘 알고 지내온 사람이 등장인물을 틀림없이 원고와 동일시할 것으로 인정된다면 명예훼손은 성립할 수 있다”라는 취지의 1993년 판결⁴¹⁾을 인용하면서, 실명 사용 여부나 안내문구 표기 여부는 따로 살펴볼 필요도 없는 쟁점이라는 취지로 판시하였다.⁴²⁾

(나) 또 다른 최근 사례로는 2018년의 *Doe v. Harper Collins* 판결⁴³⁾

41) 8 F. 3d 1222 (1993). 비소설 역사서에 의한 명예훼손이 문제된 사건으로, 책에 묘사된 원고의 삶에 대한 구체적인 사항들에 비추어 가족을 비롯하여 원고를 오랫동안 잘 알고 지내온 사람이 틀림없이 책 속의 인물을 원고와 동일시할 수 있는 수준이라면 명예훼손이 성립할 수 있으므로 가명 사용 여부는 그 자체로 결론을 좌우하는 것이 아니라고 하였다.

42) *Amy St. Pierre v. Stephen J. Griffin*, United States District Court, D. New Hampshire, Case No. 20-cv-1173-PB, footnote 10.

43) *Jane Doe v. HarperCollins Publishers, LLC, and Laura Kipnis*, United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, Case No. 17-cv-3688.

을 들 수 있다. 이 사건에서 쟁점이 된 책('Unwanted Advances: Sexual Paranoia Comes to Campus') 역시 사회현상을 비판하는 논픽션이었다. 이 책에서 피고 작가는 구체적 사실을 근거로 들면서 원고가 무고죄를 범하였다는 의견을 서술하였고, 원고는 작가와 출판사를 상대로 소를 제기하였다. 피고들은 문제된 내용이 의견에 불과하여 명예훼손이 성립할 수 없다고 주장했으나, 법원은 책의 전체적인 맥락상 피고 작가는 기존에 알려지지 않은 사실들을 폭로하며 부정을 고발하는 사람으로 설정되어 있으므로, 해당 내용 또한 단순한 의견이 아니라 사실에 관한 주장임을 책에서 스스로 주장하고 있는 것이나 다름없다고 보았다. 그러면서, “작품이 소설이나 유머로 분류될 수 있느냐가 문제가 아니라, 맥락상 해당 부분이 합리적으로 보아 원고에 대한 실제 사실로 받아들여질 수 있는지 여부만이 문제”라고 판시한 1996년 판결⁴⁴⁾을 인용하였다.

(3) 검토

이상과 같은 최근 판결 및 인용된 90년대 판결을 보면, 소설과 비소설을 구별하여 명예훼손의 요건이나 입증 정도 등을 달리 하려는 시도는 전혀 나타나지 않고, 오히려 소설과 비소설에 적용되는 판단기준이 동일하다고 보고 있다. 그 결과 장르에 관한 독자의 인식에 영향을 미칠 수 있는 작품 내적인 사정(가명 사용 여부 등)과 작품 외적인 사정(서점에서의 장르 분류, 잡지의 소설 코너에 기재된 사실, 허구성에 대한 안내 문구 표시 여부 등)에 관한 주장은 모두 결론에 영향이 없는 주장이라고 간단히 배척되었다.

그러나 소설에 의한 명예훼손과 언론보도 등 일반적 표현에 의한 명예훼손 사이의 가장 중요한 차이는 독자들이 그 내용을 실제 사실로 인

⁴⁴⁾ Kimberly Bryson v. News America Publications, Inc., et al. 174 Ill. 2d 77 (1996). 원고가 잡지 소설 코너에 실린 기고문에 의한 명예훼손을 주장한 사건으로, 피고들은 소설임이 명시되어 있으므로 실제 사실로 오인될 여지가 없다고 주장하였으나, 법원은 소설 해당 여부는 그 자체로는 판단기준이 되지 않는다고 하였다.

식하는지 여부에 있다. 원고에 관하여 같은 내용을 제시하더라도 그것이 언론보도와 같이 실제 사실을 그대로 전달하는 것으로 전제되는 경우와 소설과 같이 적어도 일부가 작가의 허구적 상상력에 의해 재구성된 것으로 전제되는 경우는 독자에게 미치는 효과가 서로 다르므로, 실존인물의 사회적 평판을 저해시킬 가능성에도 본질적인 차이가 있다. 위 판결들에서 쟁점이 되지 않는다고 본 세부적인 사정들은 독자들의 장르 인식에 유의미한 영향을 미칠 수 있는 요소들이다.

소설과 비소설의 차이를 고려해야 한다는 점은 1980년경 판결들이 있는 직후에 다수의 학자들에 의해 주장되었으나 오늘날까지도 실무에는 적극적으로 반영되고 있지 않은 것으로 보인다. 다음 항에서는 이러한 상황에서 여전히 참고할 가치가 있는 1980년대 당시의 견해를 중심으로 소설에 의한 명예훼손의 독자적인 판단기준을 확립함에 있어서 고려해야 할 점들을 살펴본다.

3. 과거 판례의 검토 및 판단기준의 모색

가. 허구적 표현과 허위표현의 구별

앞서 본 명예훼손 판단기준에 따르면 표현의 대상이 사인의 경우에는 적어도 허위임을 알지 못한 데 대한 과실이 있어야 하고, 공인인 경우에는 현실적 악의, 즉 허위임을 알았거나 현저한 부주의로 인하여 알지 못한 사실이 인정되어야 한다. 그런데 이를 소설에 그대로 적용할 경우에는 두 가지 비합리적인 문제가 발생한다.

(1) 모든 소설은 고의적 허위표현?

첫째, 모든 소설에 대하여 창작물이라는 이유만으로 일률적으로 허위성과 이에 대한 인식이 인정될 수 있어 부당하다. 소설은 기본적으로 허

구임을 전제로 하고, 작가는 소설에 묘사된 내용이 객관적 진실과 일치하지 않는다는 점을 잘 알고 있다. 실제 사실을 바탕으로 한 창작물로서 핵심적인 내용이 진실에 부합하는 경우라고 하더라도, 실제 사실 그 자체만을 객관적으로 옮기는 것이 아니라 일부 변형하거나, 특정 사건에 변형이 없더라도 그 전후의 맥락 등에서는 사실과 다른 상상에 의한 요소들이 반영되게 된다. 따라서 일반적인 명예훼손의 고의·과실 판단기준 및 고의적 허위표현은 보호받지 못한다는 *Garrison v. Louisiana* 판결⁴⁵⁾에 따르면 창작물은 언제나 허위임을 알면서도 한 표현에 해당하여, 명예훼손 성립 여부에서 일반적으로 가장 중요한 부분이라고 할 수 있는 고의 부분이 자동으로 만족되어 버리고 결국 창작물 속의 등장인물과 실존인물 사이의 동일·유사성만이 쟁점으로 남게 되어 부당하다.⁴⁶⁾

풍자적 표현과 관련하여 텍사스주 대법원은 현실적 악의 기준을 풍자에 그대로 적용하면 언제나 허위사실 적시에 대한 고의성이 “자동으로”⁴⁷⁾ 인정되어 버린다고 하면서, 이를 피하기 위해서는 풍자 사안에서는 ‘허위사실임을 알았거나 현저한 부주의로 알지 못한 경우’ 대신에 ‘합리적으로 보아 실제 사실에 관한 표현으로 해석될 수 가능성이 있다는 점을 알았거나 현저한 부주의로 알지 못한 경우’를 기준으로 고의 여부를 판단해야 한다고 실시하기도 했다.⁴⁸⁾ 이러한 문제의식은 소설에도 적용될 필요가 있다. 소설에서 허구성인 진실이 아닌 것을 진실이라고 오인하게 하는 기능을 하지 않으므로 일반적 표현에서 진실에 대비되는 의미로서의 허위표현과는 다르다.⁴⁹⁾ 오히려 소설에 반영되는 허구적 상

45) 379 U.S. 64, 75 (1964).

46) 이러한 점은 창작물에 의한 명예훼손에 대한 법원의 판단기준을 비판하는 많은 학자들이 공통적으로 지적하는 것이다. 예컨대 Note (1983). “Clear and Convincing” Libel: Fiction and the Law of Defamation. *Yale Law Journal* 92(3), pp. 526-528; Frederick Schauer (1985). Liars, Novelists, and the Law of Defamation. *Brooklyn Law Review*, 51(2), p. 236; Rodney A. Smolla. op. cit., pp. 43-46; Vivian Deborah Wilson, op. cit., p. 30.

47) 법원은 “automatic actual malice”라는 표현을 사용하였다.

48) *New Times, Inc. v. Isaacks*, 146 S.W.3d 144, 162 (Tex. 2004).

상력은 현실에 대한 해석을 제시함을 물론 객관적 역사 기술과는 다르게 다양한 관점을 접할 기회를 제공한다.⁵⁰⁾ 따라서 허구적 표현은 보호 가치 측면에서도 허위표현과는 큰 차이가 있다.

(2) 동일성과 허위성이 동시에 인정되는 표현?

둘째, 원고에 대한 허위표현이 원고의 명예를 훼손한다는 주장은 소설의 경우에는 그 자체로 모순적인 것이 될 수 있다. 소설에 의해 특정인에 대한 명예훼손이 성립하려면, 등장인물이 허구적 인물로 묘사되어 있음에도 불구하고 원고와 사이에 동일성을 인정할 수 있는 요소들(성명, 인상착의, 직업, 습관 등)로 인하여 그 모델이 된 인물이 원고라고 특정할 수 있어야 한다. 즉, 등장인물과 실존인물 간의 동일성은 피해자 특정 기능을 함으로써 명예훼손의 원인이 된다. 그런데 우리나라와 달리 허위의 사실에 의해서만 명예훼손에 대한 민사책임이 성립할 수 있는 미국에서는 명예훼손이 성립하기 위해서 등장인물에 대한 묘사가 실존인물에 대한 실제 사실과 다르다는 점이 인정되어야 한다. 즉, 피해자가 특정되기 위해서는 동일성이 인정되어야 하지만 명예훼손이 성립하기 위해서는 동일성이 부정되어야 하므로, 창작물에 의한 명예훼손 주장은 그 자체로 모순적일 수밖에 없다.⁵¹⁾ 앞서 본 판결 중에서 *Geisler v. Petrocelli* 판결은 이 점을 인정하면서, 추상적인 논리의 문제로 접근하는 대신 사실관계를 상세히 살피는 것으로 문제를 해결하고자 하였다. 그러나 사실관계를 따져보더라도 진실성과 허위성을 동시에 주장하는 근본

49) Marc A. Franklin (1985). Fiction, Libel, and the First Amendment. *Brooklyn Law Review*, 51(2), pp. 272-273.

50) Heidi Stam (1980). Defamation in Fiction: The Case for Absolute First Amendment Protection. *American University Law Review*, 29(3), pp. 572-573.

51) Note, op. cit., p. 531; Mark Arnot (2007). When Is Fiction Just Fiction? Applying Heightened Threshold Tests to Defamation in Fiction. *Fordham Law Review*, 76(3), p. 1854.

적인 모순이 완전히 해소되기는 쉽지 않다.

물론 인물을 특정할 수 있게 하는 요소는 매우 다양하므로 그 중 일부만이 원고와 동일하고 다른 일부가 허위일 경우 큰 모순 없이 명예훼손이 성립할 수 있는 경우도 있다. 예컨대 등장인물이 원고와 이름과 직업이 같은데, 실제 원고의 성격과 다른 인물로 그려지고 원고가 한 적이 없는 부정적인 행위를 하는 것으로 묘사되는 경우가 이에 해당한다. 그러나 이러한 경우에도 실제와 다른 사실 부분의 비중이 커지면 커질수록 원고와 단순히 이름과 직업이 같을 뿐 원고에 대한 사실이 아니라고 인식하게 된다. 따라서 여전히 내재적 모순이 인정된다. 이 또한 허구라는 제3의 영역을 인정하지 않고 진실과 거짓의 이분법을 따르기 때문에 발생하는 문제이다.

(3) 해결방안

이와 같은 문제를 해소하기 위해서는, 설령 실존인물이 등장한다 하더라도 장르가 소설인 경우에는 독자들이 그 내용을 현실을 그대로 재현한 것으로 받아들이지 않는다는 점⁵²⁾을 고려하여 독자적인 판단기준을 마련할 필요가 있다. 구체적으로는, 허위성 인식 여부에 관한 고의·과실 요건을 ‘일반적인 독자의 관점에서 볼 때 작가가 실존인물을 지칭하고자 했다고 인식될 수 있다는 점’을 알았거나 현저한 부주의로 알지 못하였다는 요건으로 대체하는 방법,⁵³⁾ ‘작가가 명예훼손의 목적을 가지고 문학적 기술을 사용하여 의도적으로 독자로 하여금 등장인물을 원고와 동일시하도록 하였는지’를 기준으로 판단하는 방법,⁵⁴⁾ 소설에 의한 표현을 절대적으로 보호하는 방법⁵⁵⁾ 등이 제시되었다. 그 밖에 작가가 해당 표

52) Diane Leenheer Zimmerman, op. cit., p. 362.

53) Rodney A. Smolla, op. cit., pp. 87-88.

54) Vivian Deborah Wilson, op. cit., pp. 46-49.

55) Heidi Stam, op. cit., pp. 588-591.

현이 허구적 소설이라는 점을 안내문구 또는 소설적 기법을 통해서 충분히 드러냄으로써 실제 사실로 오인될 가능성을 충분히 제거하였는가를 고려하는 방법을 생각해볼 수 있다. 이에 대해서는 후술한다.

나. 동일성 판단의 엄격화·구체화

(1) 동일성 판단의 엄격화

한편, 원고에 관한 표현인지 여부를 판단하는 기준에 대해서도 비판이 제기되었다. 먼저, 등장인물과 실존인물의 동일성이 지나치게 쉽게 인정되지 않도록 동일성의 정도를 강하게 요구할 필요가 있다. 법원은 원고를 아는 “합리적인 독자의 이성적 판단에 따라”⁵⁶⁾ 등장인물을 실존인물인 피해자와 동일시할 수 있다면 피해자에 관한 표현으로 인정하고 있다. 여기서 ‘합리적인’ 판단이라는 것은 곧 실존인물과 등장인물 간 동일성의 정도가 의심의 여지 없이 확실한 정도에 이르지 않더라도 합리적인 수준에서 비슷하기만 하면 동일성을 인정할 수 있다는 의미이다. 그러나 이렇게 되면 우연한 일치로 인하여 명예훼손 책임이 성립할 가능성을 배제할 수 없으므로, 원고에 관한 표현이라는 점이 명백하고 확실한(clear and convincing) 정도로 입증되어야 책임이 인정되도록 기준을 강화할 필요가 있다.⁵⁷⁾ 한편, 문제된 특성이 여러 사람에게서 발견될 수 있는 일반적인 특성이 아니라 원고에게 고유한 특성일 경우에 한해서 인정하는 방법도 있다.⁵⁸⁾ 이 경우 일반적인 표현에서와 달리 집단에 대한 명예훼손은 성립할 수 없게 된다.⁵⁹⁾

56) “reasonable reader must rationally suspect” (Geisler v. Petrocelli)

57) Frederick Schauer, op. cit., pp. 259-260.

58) Note, op. cit., pp. 539-541.

59) Ibid.

(2) 동일성 판단의 구체화

서로 비슷한 사안을 두고도 동일성 인정 여부에 관한 하급심의 판단이 달라지는 문제⁶⁰⁾도 지적되었다. 이러한 비일관성은 등장인물과 실존인물을 비교할 때 주로 어떤 요소를 기준으로 해야 하는지, 각 요소별 비중은 어떻게 되는지에 대한 원칙이 없고 법원마다 다르게 판단하기 때문에 나타나는 결과이다. 예컨대 *Bindrim v. Mitchell* 판결에서는 이름과 외양이 달랐음에도 불구하고 다른 요소들이 동일하여 전체적으로 특정 가능하다는 이유로 동일성을 인정하였지만, *Wright v. R.K.O. Pictures* 판결⁶¹⁾에서는 핵심인물인 아버지의 성격과 성(姓)이 동일하지만 그의 가족들인 원고들의 이름, 거주지 등 세부사항을 다르게 하였다라는 점이 동일성을 부정하는 핵심 논거가 되었다. *Geisler v. Petrocelli* 판결에서는 인물의 동일성을 판단할 때 사실관계를 상세히 살펴야 한다는 점을 강조하기는 했으나, 등장인물과 실존인물의 어떤 특성이 얼마나 강하게 일치하여야 동일성을 인정할 수 있는지 그 기준에 대해서는 언급하지 않았다. 일관성의 확보를 위해서는 동일성 판단에 고려해야 할 요소가 무엇인지 및 그 순서 또는 우열 등을 확립할 필요가 있다. 작품 속 요소와의 비교만으로 판단하기 애매할 때에는 실제 원고와 피고의 관계를 고려할 수도 있다.⁶²⁾

다. 예술적 표현 기법의 특성 고려

Pring v. Penthouse 판결에서는 해당 소설의 판타지적 기법으로 인하여 독자들이 소설 속 사건을 실제 사실로 받아들이기 어렵다는 점을 원

⁶⁰⁾ Ibid., p. 530.

⁶¹⁾ 55 F. Supp. 639 (1944). 영화 'Primrose Path'의 등장인물이 원고들의 명예를 훼손하고 사생활을 침해한다고 주장한 사안.

⁶²⁾ Matthew Savare (2004). Falsity, Fault, and Fiction: A New Standard for Defamation in Fiction. *UCLA Entertainment Law Review*, 12(1), pp. 152-153.

고의 청구를 기각하는 주된 논거로 삼았다. 이 판결에 인용된 Greenbelt Cooperative Publishing Ass'n, Inc. v. Bresler 사건⁶³⁾에서는 ‘수사적 과장 (rhetorical hyperbole)’에 해당하는 표현은 명예훼손 책임을 면책시키도록 하였다. 수사적 과장이란 극적인 효과를 위해서 실제 사실보다 과장된 표현을 사용하였지만 문맥을 고려하면 그 의미를 문자 그대로 받아들일 수 없음이 명백한 경우를 말한다. 즉, 어떤 인물에 대하여 수사적 과장을 동원하여 부정적으로 표현한 경우 이러한 표현은 문자 그대로 해석되지 않고, 따라서 대상이 된 인물에 관한 사실관계에 대한 수용자들의 인식에 부정적 영향을 미치지 않기 때문에 명예훼손적 표현이라고 할 수 없다.⁶⁴⁾ 대표적으로 Greenbelt 사건에서는 신문기사에서 시의회를 상대로 협상에 임하는 부동산 개발업자의 비협조적인 태도를 지적하면서 ‘협박(blackmail)’이라는 단어를 사용한 경우에, “가장 부주의한 독자라도 이 단어가 수사적 과장에 불과하다는 것을 알 수 있다”⁶⁵⁾라는 등의 이유를 들어 명예훼손에 따른 책임이 성립하지 않는다고 판단했다.

소설에는 이러한 수사적 과장뿐만 아니라 각종 묘사나 추상적, 감각적, 감정적, 비현실적인 표현 기법들이 다양하게 사용된다. 만일 어떠한 작품이 팩션임을 표방하더라도, 구체적인 서술 기법에서 과장이나 비현실성이 두드러져 독자의 입장에서 실제 사실을 있는 그대로 진술하는 것으로 받아들여지지 않는 경우에는 이러한 표현기법에 관한 사정은 명예훼손 성립 여부 판단에 중요하게 고려되어야 한다.

63) 398 U.S. 6 (1970).

64) Eric Scott Fulcher (2004). Rhetorical Hyperbole and the Reasonable Person Standard: Drawing the Line between Figurative Expression and Factual Defamation. *Georgia Law Review*, 38(2), p. 720; Comment (1983). Defamation by Fiction. *Maryland Law Review*, 42(2), p. 416.

65) 398 U.S. 6, 14 (1970).

IV. 우리 법리에 대한 검토

1. 기존 법리의 문제점: 예술적 표현의 특성을 간과하는 경향

가. 헌법재판소 결정

우리 헌법재판소는 표현의 자유의 보호영역을 매우 넓게 설정하고 있다. 특히, “의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능”하다고 보면서, “담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체”가 포함된다고 판단한다.⁶⁶⁾ 이로써 소설을 포함한 각종 예술 장르를 넓은 의미에서의 ‘표현’의 하위 유형으로 이해되고 있다.

표현의 자유의 보호영역에 속하는 표현 중에서도 표현의 유형에 따라 보호의 정도는 달라질 수 있다. 대표적으로, 정치적 표현의 자유는 “자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다”⁶⁷⁾라고 보기도 하였으며, 상업광고는 “표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위와는 차이가 있다”⁶⁸⁾라는 이유로 완화된 비례심사를 했다. 그러나 예술적 표현에 대해서는 그 고유한 속성에 관해 충분히 고려하거나 일관된 심사기준을 제시한 예를 찾아보기 어렵다.

나. 법원 판결

법원도 마찬가지로 소설, 영화 등 예술적 창작물에 의한 명예훼손 사

66) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 284; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134, 148 등.

67) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 434.

68) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198.

안에서 진실하다고 믿을 상당한 이유가 있는 경우 위법성조각을 인정⁶⁹⁾ 하는 등 일반적인 표현의 자유 법리를 그대로 적용하고 있다. 예술적 표현의 속성을 고려하고자 하는 시도가 나타나기도 하지만, 법적인 관점에서 예술적 표현의 속성과 보호가치에 관한 논의가 충분히 이루어지지 않았기 때문에 같은 속성을 두고 상반된 결론을 도출하는 모순이 나타나고 있다. 예컨대 역사적 인물이나 사건을 바탕으로 한 창작물을 접하는 사람들이 그 내용을 얼마나 현실과 동일시할 것인가에 대하여, ‘소설 이휘소’ 관련 판결⁷⁰⁾에서는 소설의 독자들은 허구를 전제로 내용을 이해한다고 본 반면, 라디오 드라마 ‘K 청문회’ 관련 판결⁷¹⁾에서는 실존인물의 이름을 사용한 논픽션 라디오 드라마는 청취자가 그 내용을 실제 사실로 받아들이기 쉽다고 강조하였다. 또한, 사실확인 의무와 관련하여, 드라마 ‘제5공화국’ 관련 판결⁷²⁾에서는 논픽션 드라마이므로 사실확인 의무가 가중된다고 판시한 반면, 영화 ‘실미도’ 관련 판결⁷³⁾에서는 상업영화의 본질상 다소간의 각색이 허용되며, 영화제작자에게 언론사 수준의 사실확인 의무를 부과할 수 없다고 판시하였다.

다. 예술적 표현에 고유한 법리 확립의 필요성

이처럼 예술적 표현의 특성을 어떻게 평가할 것인지에 관하여 법리가 확립되어 있지 않은 채로 일반적인 표현의 자유 법리를 적용하여 판단하면 창작자와 명예훼손 피해자 사이에서 균형 있는 법익형량이 어려워질 수 있다. 허구적 표현과 허위표현의 차이, 예술적 표현기법에 대한 고려 등을 충분히 반영하기 위해서는 창작물에 의한 명예훼손 사안에서

69) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결(‘광복 50주년 기획드라마 김구’ 손해배상청구 사건).

70) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결.

71) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결.

72) 서울중앙지방법원 2007. 6. 20. 선고 2005가합79818 판결.

73) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007다3483 판결.

가장 직접적으로 관련되는 창작자의 기본권을 예술의 자유로 확정함으로써 명예권과의 기본권 충돌 상황을 보다 구체적으로 파악할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 만일 그렇지 않고 표현의 자유의 제한으로 보더라도, 적어도 개별 구성요건의 판단에서 예술적 표현이 가지는 특수성을 충분히 반영할 수 있도록 할 필요가 있다. 이하에서는 명예훼손의 구성요건별로 소설의 특성을 반영할 구체적인 방법을 살펴본다.

2. 구성요건별 판단기준의 제안

가. 피해자의 특징: 인물의 동일성 판단 구체화·엄격화

먼저, 명예훼손 피해자의 특징이 이루어졌는지를 살펴볼 때, 등장인물과 실존인물 사이의 동일성이 인정되는지 여부를 보다 상세한 비교에 따라, 전체적인 관점에서 인정하여야 한다. 언론보도 등에서는 인물에 대한 사실이나 의견을 전달하고자 하는 핵심 위주로 명료하게 제시하는 반면, 소설에서의 인물은 이름이나 나이, 직업 등 단편적인 정보 외에도 복잡한 심리 묘사나 감각적인 이미지 등을 동원하여 다층적으로 그려진다. 따라서 일부 객관적인 요소들이 일치하더라도 전체적으로 보아 전혀 다른 인물로 인식될 수도 있으므로, 개별 요소의 단순비교에 그치지 않고 전체적인 관점에서 파악할 필요가 있다.

또한, 모든 창작물은 어느 정도는 현실의 경험에서 영감을 얻는다는 점을 고려할 때, 자유로운 표현을 충분히 보장하기 위해서는 동일성 인정의 정도를 엄격하게 할 필요가 있다. 이를 위해서는 미국에서 제안된 방법 중 등장인물과 실존인물의 ‘동일성’을 넘어 ‘특정성’까지 요구하는 방법이 유용할 수 있다. 즉, 등장인물과 실존인물 사이의 공통점이 여러 사람에게 흔히 공유되는 특징이어서는 안 되고, 특별히 특정 인물을 연상시킬 만한 개성 있는 요소여야 한다는 것이다.⁷⁴⁾ 유행에 민감하여 머리모양이나 옷차림 등에 있어서 서로 현저한 차이가 나지 않는 우리 사

회의 특성상 이 기준을 채택하면 인물의 동일성이 인정되는 범위가 상당히 줄어들 수 있다. 이를 통해 우연의 일치로 인하여 명예훼손 책임 발생할 가능성을 줄이고 작가들에게 위축효과가 발생하는 것을 방지할 수 있다.

나. 사회적 평판을 저하시키는 표현 존부: 다의성의 인정 및 문학적 기법의 허용

실존인물의 사회적 평판을 저하시킬 만한 표현이 적시되었는지 여부를 판단함에 있어서는, 소설은 다양한 해석의 가능성이 있다는 점을 고려해야 한다. 언론보도 등의 경우에는 일부 다른 해석의 여지는 있더라도 사용된 어휘의 객관적인 의미와 문맥에 의해 대체로 의미가 확정될 수 있는 반면, 소설은 읽는 사람에 따라, 시대에 따라 그 의미가 계속해서 변화할 수 있다. 특히, 미국의 경우에는 표현 자체로 명백히 명예훼손적이라고 인정되는 경우와 그렇지 않은 경우에 각 입증해야 하는 손해의 종류를 달리하지만 우리 명예훼손법은 그와 같은 분명한 구별이 없으므로, 어떤 표현이 명예훼손적 효과를 지닌다는 판단은 더욱 신중하게 이루어져야 한다. 따라서 해석의 주체나 시점이 달라지더라도 명백히 부정적인 내용으로 해석되는 경우에 한하여 명예훼손을 인정하는 것이 타당하다.

또한, 작가가 문학적 기법을 활용할 수 있는 가능성을 충분히 보장해야 한다. 언론보도나 사실에 관한 주장에서 정보의 정확한 전달이 중요하다면, 형식과 내용이 결합하여 전체적인 미학성을 추구하는 소설에서는 서술자가 인물이나 사건에 관하여 어떠한 정보를 전달하는지 뿐만 아니라, 그것을 어떻게 전달하는지도 완성도를 좌우하는 본질적인 요소라고 할 수 있다. 따라서 작가의 예술의 자유 또는 표현의 자유와 실존

74) Note, op. cit., pp. 539-541 참조.

인물의 명예권을 균형 있게 조화시키기 위해서는 수사적 효과를 위한 과장, 비유, 풍자 등을 이유로 명예훼손을 인정하는 것은 신중할 필요가 있다.

다. 고의·과실 : 오인 가능성 제거 노력

통상의 사실 적시와 달리 소설은 그 내용이 허구임을 전제로 한다. 인물에 대한 부정적 사실이나 의견을 제시하더라도 독자들이 허구라는 점을 충분히 인식할 수만 있다면 그것이 실제로 사회적 평판을 저하시킬 가능성은 미미하다. 따라서 소설에 의한 명예훼손에서 고의·과실은 통상적인 명예훼손의 고의·과실을 기준으로 판단하기보다는, 독자들로 하여금 허구적 내용을 실제 사실로 오인하게 하려는 고의 또는 허구적인 창작물이라는 사실을 충분히 표시할 주의의무를 소홀히 한 과실의 존부를 판단하는 것이 더 적절하다.

허구적 내용을 실제 사실로 오인할 가능성을 배제하는 방법으로 가장 직관적인 것은 ‘이 소설의 내용은 모두 허구이며 실제와 관련이 없다’라는 취지의 안내문구를 표시하는 것이다. 자막 등을 통한 허구성의 표시를 주된 해결책으로 제시하는 견해가 있는 반면,⁷⁵⁾ 이러한 자막이 오히려 실존인물을 모델로 하였을 것이라는 의구심을 불러일으킬 수도 있다는 견해⁷⁶⁾도 있다. 그러나 모든 사람이 안내문구의 진의를 의심하고 정반대로 이해하는 뚜렷한 경향성이 있는 것은 아니며, 이러한 예외적인 경우를 감안하더라도 안내문구의 표시는 작가의 입장에서는 여전히 오인 가능성을 줄이기 위한 최선의 방법이다.

한편, 안내문구가 없더라도 전형적인 허구적 소설의 형식을 따르고 있

75) 박현경 (2012). 모델영화의 명예훼손책임 인정여부에 관한 판단기준 - 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007다3484 판결, 일명 영화 ‘실미도’ 사건 -, <강원법학>, 35권, 689면.

76) 김제형 (2012). <언론과 인격권>. 서울: 박영사, 74면.

어서 당연히 허구로 인식되거나, Pring v. Penthouse 사건의 경우와 같이 현실에서 일어나기 어려운 판타지적 기법을 사용하는 경우에는 그 자체로 오인 가능성이 충분히 배제되었다고 볼 수 있다.

라. 위법성조각사유: 공익성 개념의 확장

형법 제310조는 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때’를 명예훼손의 위법성조각사유로 명시하고 있고, 민사책임에 관한 판례⁷⁷⁾는 이를 준용하는 한편 더 나아가 ‘행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우’까지 위법성조각사유로 삼고 있다. 그런데 소설의 경우는 애초에 스스로 그 내용이 진실임을 주장하지 않고 오히려 허구임을 전제로 하므로, 진실 여부 또는 사실확인을 충실히 하였는지 여부는 유의미한 위법성조각사유라고 보기 어렵다. 또한, 소설을 통해 현실에 대한 문제제기를 하는 경우도 있을 수 있지만 직접적·명시적인 주장이나 고발이 아니므로 공공의 이익을 위한 것이라고 인정하기에 다소 어려움이 있을 수 있다.

이에 하급심 법원은 드라마 ‘제5공화국’ 관련 사건에서, “드라마의 특수성을 감안한다면 드라마 내용의 위법성을 판단함에 있어서 공익성은 실질적으로 별도의 고려대상이 될 수 없는 경우가 많을 것이고, 경우에 따라서는 드라마의 전개나 완성도를 높이기 위해서 반드시 필요한 내용이었는지 여부의 개념으로도 생각해볼 수 있을 것이다.”⁷⁸⁾라고 하여, 공익성 개념을 확장할 가능성을 제시한 바 있다. 팩션 드라마는 쟁점에 대한 공론화 기능을 한다는 점에서 공익성을 인정할 수 있다는 견해도 있다.⁷⁹⁾

소설은 작가가 의미를 일의적으로 확정하는 것이 아니라 여러 독자의

77) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

78) 서울중앙지방법원 2007. 6. 20. 선고 2005가합79818 판결.

79) 박진에 (2010). 드라마에 등장하는 실존인물의 인격권과 예술표현의 자유 - 소위 ‘팩션’ 드라마 관련 판례 분석을 중심으로 -, <언론중재>, 2010년 봄호, 69면.

해석을 통해서 의미를 완성해나가는 다의적인 표현이다. 그렇다면 소설이 창작되고 해석되는 일련의 과정은 작가의 자유로운 표현행위를 통한 인격 발현에 그치는 것이 아니라, 독자에게도 미적 즐거움을 향유하고 공동체의 문화적 담론에 참여하며 현실이나 인간 본성 등에 관한 심층적 탐구의 기회를 제공한다. 따라서 소설의 완성도를 높이는 것은 다수 독자의 이익 및 문화국가원리 실현에도 기여하므로, 소설에 의한 명예훼손의 위법성조각사유에서 공익성의 의미를 위와 같이 확장하는 것은 충분히 고려해볼 만하다.

V. 결론

소설을 비롯한 창작물은 적시된 내용이 현실에 관한 진실한 사실임을 전제로 하지 않고, 작가의 상상력을 통하여 현실을 허구적으로 재구성하는 표현 유형이다. 따라서 언론보도 등 현실을 직접 다루는 표현과 비교할 때, 사실확인을 소홀히 한 작가에 대한 비난가능성이 낮고, 독자들이 소설의 내용을 두고 실제 사실을 그대로 묘사한 것이라고 인식하지 않으므로 실존인물의 명예를 훼손할 가능성도 낮다. 표현의 자유를 다양한 매개체를 통한 여러 유형의 표현을 모두 포함하는 기본권으로 파악하는 것은 다양한 표현에 대해 강력한 보호를 제공한다는 장점이 있지만, 보호영역을 넓게 설정하더라도 구체적인 법익형량 과정에서는 개별적인 표현의 특성에 대한 고려가 충분히 이루어져야 한다. 특히 소설은 허구의 영역에서 문학적 기법을 동원하여 이루어지는 표현으로서 명예훼손에 있어서 다른 표현과 차이가 크므로, 민·형사책임의 구성요건을 판단할 때 그 특수성을 충분히 고려할 필요가 있다.

■ 참고 문헌

- 공임순 (2001). <한국 근대 역사소설의 장르론적 연구>, 서강대학교 박사학위논문.
- 권택영 (2018). 작품해설. 노먼 메일러. <밤의 군대들>. 서울: 민음사.
- 김시철 (2015). 언론·출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토 - 미국의 언론·출판의 자유에 관한 우월적 지위이론, 현실적 악의 원칙 등에 관하여 -. <저스티스>, 147호, 53-116.
- 김재형 (2012). <언론과 인격권>. 서울: 박영사.
- 박진 (2005). 역사 서술의 문학과 역사소설의 새로운 경향. <국어국문학>, 141권, 83-105.
- 박진애 (2010). 드라마에 등장하는 실존인물의 인격권과 예술표현의 자유 - 소위 '팩션' 드라마 관련 판례 분석을 중심으로 -. <언론중재>, 2010년 봄호, 49-70.
- 박현경 (2012). 모델영화의 명예훼손책임 인정여부에 관한 판단기준 - 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007다3484 판결, 일명 영화 '실미도' 사건 -. <강원법학>, 35권, 653-691.
- 손태규 (2018). 현실적 악의 기준의 현재: 한국과 미국 비교연구. <공법학연구>, 19권 2호, 121-154.
- 이상윤 (2018). 공적 영역에서 표현의 자유와 인격권의 충돌 - 명예훼손 소송에서의 위법성 판단기준을 중심으로-. <저스티스>, 168호, 5-59.
- 이숙 (2010). 팩션소설 연구 서설. <현대문학이론연구>, 40호, 321-339.
- 정영울 (2007). 팩션적 글쓰기와 미디어 친화력 - 팩션을 향한 비판과 향유 사이에서. <문학과 사회>, 20권 3호, 298-309.
- 이승우 (2021, 5, 13). 사생활 노출 논란 '항구의 사랑' 판매중지...“작가 요청”. <연합뉴스>. URL: <https://m.yna.co.kr/view/AKR2021051316900005>
- 한소범 (2021, 10, 5). 카카오톡 대화 인용한 김봉곤 소설...법원 “무단인용 아니다”. <한국일보>. URL: <https://m.hankookillbo.com/News/Read/A2021100514250004812>

- Arnot, Mark (2007). When Is Fiction Just Fiction? Applying Heightened Threshold Tests to Defamation in Fiction. *Fordham Law Review*, 76(3), 1853–1904.
- Comment (1983). Defamation by Fiction. *Maryland Law Review*, 42(2), 387–427.
- Cuddon, J. A. & M. A. R. Habib (Eds.) (2013). *The Penguin Dictionary of Literary Terms and Literary Theory* (5th. ed). London: Penguin Books.
- Franklin, Marc A. (1985). Fiction, Libel, and the First Amendment. *Brooklyn Law Review*, 51(2), 269–280.
- Fulcher, Eric Scott (2004). Rhetorical Hyperbole and the Reasonable Person Standard: Drawing the Line between Figurative Expression and Factual Defamation. *Georgia Law Review*, 38(2), 717–768.
- Note (1983). “Clear and Convincing” Libel: Fiction and the Law of Defamation. *Yale Law Journal*, 92(3), 520–543.
- Matthew Savare (2004). Falsity, Fault, and Fiction: A New Standard for Defamation in Fiction. *UCLA Entertainment Law Review*, 12(1), 129–168.
- Schauer, Frederick (1985). Liars, Novelists, and the Law of Defamation. *Brooklyn Law Review*, 51(2), 233–267.
- Smolla, Rodney A. (1983). Let the Author Beware: The Rejuvenation of the American Law of Libel. *University of Pennsylvania Law Review*, 132(1), 1–94.
- Stam, Heidi (1980). Defamation in Fiction: The Case for Absolute First Amendment Protection. *American University Law Review*, 29(3), 571–594.
- Wilson, Vivian Deborah (1982). The Law of Libel and the Art of Fiction. *Law and Contemporary Problems*, 44(4), 27–50.
- Zimmerman, Diane Leenheer (1985). Real People in Fiction: Cautionary Words about Troublesome Old Torts Poured into New Jugs. *Brooklyn Law Review*, 51(2), 355–382.

■ ABSTRACT

Free Speech and Defamation by Fiction**- The United States in the 1980s Revisited -**

Soyun Yang

Rapporteur Judge, Constitutional Court of Korea

As an art genre, fiction is a linguistic expression of human thoughts and emotions through fictitious characters and events. All fiction, including those based on actual events, are the product of artistic imagination and does not purport to be a plain description of facts. This imaginative aspect of fiction often makes it difficult for plaintiffs to win a defamation case.

In the early 1980s, the United States witnessed several cases where defamation by fiction was an issue. Among those, *Bindrim v. Mitchell* was criticized for granting automatic actual malice for all works of fiction, rendering novelists' First Amendment rights at risk. From the cases and related commentaries, it can be inferred that fiction should be differentiated from calculated falsehood, stricter standards should be applied to decide whether a defamatory expression is "of and concerning" the plaintiff, and rhetorical hyperbole and other artistic embroideries should be guaranteed free from risk of defamation. Unfortunately, recent cases have yet to depart from old reasoning and continue to overlook the distinction between fiction and other factual expressions.

There are similar problems in the current Korean legal framework.

The Constitutional Court does not distinguish the freedom of artistic expression from the freedom of expression, even though these are separately articulated in the Constitution; the Supreme Court also does not consider the distinctive features of fiction in defamation cases. Standards of review should be revised for defamation by fiction. First, the plaintiff must clearly prove that they and the fictional character share a trait and that the particular trait is one not commonly found in others. Second, the existence of defamatory expression should be assessed in the context of literary techniques. Third, the defendant's fault should be found in their failure to indicate the fictional nature of the work clearly, not in the knowledge of falsity. Fourth and last, fiction's social and cultural benefits should also be considered while balancing the rights of the plaintiff and the author.

Keywords: defamation, fiction, artistic expression, freedom of speech,
First Amendment

[논문투고일 2022. 7. 4. 논문수정일 2022. 7. 25. 게재확정일 2022. 7. 27.]