

03

사실과 의견 구분 법리의 최근 동향

박종현 한양대학교 법학전문대학원 교수



1. 사실과 의견 구분의 어려움

언론출판의 자유는 민주주의 정치질서에서 불가결의 본질적 요소이다.¹⁾ 사상의 자유시장으로서 민주적 공론장의 활성화를 위해서는 어떠한 사상이나 의견도 통제되지 않은 채 활발하게 제시되어야 하기 때문이다. 민주사회에서 개인의 생각과 의견을 자유롭게 밝히면서 인격을 발현하는 것은 극히 당연한 것으로, 개인의 주관적 의견은 강한 헌법적 보호를 받게 된다. 그런데 의견이 아닌 사실에 대한 진술은 그것이 그릇된 경우 사회적 위험이나 법의 침해를 유발할 수 있기에 주관적 견해인 의견 표현의 경우보다 덜 보호받을 수밖에 없다.²⁾

사실과 의견에 대한 차등적 대우는 법률에도 반영되어 있다. 우리 형사상 명예훼손의 성립에서는 ‘사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위’가 공통적으로 요구된다. 마찬가지로 고의 혹은 과실로 이러한 행위를 행하는 경우 민법상 불법행위(명예훼손) 역시 성립한다. 문제된 표현이 사실적시의 형태를 지녀야 비로소 명예훼손 성립 여부에 대한 논의를 수행할 수 있음을 분명히 하고 있는 것이다. 이렇게 의견은 명예훼손성이 부정되는데, 문제는 명예훼손 관련 사안에서 어떠한 표현이 사실인지 혹은 의견인지를 명확히 구별하는 것이 상당히 까다롭다는 점이다.

흔히 사실의 진술은 사실관계 자체의 전달로서 그 내용이 인식과 현실 간의 일치 여부에 따라 진위가 판단되는 경우라고 이해된다.³⁾ 즉 사실의 진술은 특정 사항에 대한 구체화된 진술로서 표현의 진위 여부가 증명될 수 있는 반면, 의견 표현은 가치척도에 따른 판단의 표현이며 존재하는 사실관계에 대한 평가로서 옳고 그름이 문제될 뿐이라고 이해된다.⁴⁾ 의견은 일정 사항에 관한 가치판단 내지 평가의 진술로 당부(當否)나 선악(善惡) 또는 미추(美醜)에 관한 것이므로 이는 증명의 대상이 아니라 타인 혹은 사회의 평가 대상이 된다. 결국 사실은 진위와 관련되고 의견은 당부와 관련된 진술 표현이라는 점에서 차이를 보이고, 무엇보다 사실은 존재 및 진위 여부를 판단할 수 있는 진술이며 의견은 증명의 대상이 될 수 없는 평가적 진술이

1) 이 글은 박중현, (2022), 표현의 자유와 명예훼손 사실과 ‘의견’의 구별론에 대한 검토, 언론과 법, 21(3), 1-48, 의 내용을 수정·보완한 것임을 밝힌다.

2) 한수웅, (2005), 표현의 자유와 명예의 보호 : 한국·독일과 미국에서의 명예훼손 법리에 관한 헌법적 고찰과 비판을 경하여, 저스티스, 84, 21-52.

3) 박용상, (2008), 명예훼손법, 현암사, 79.

4) 오윤식, (2015), 공직선거법상 허위사실공표죄 등에서 사실진술과 의견의 구별, 그리고 허위성의 증명, 사법, 33, 197-245.

라는 점에서 개념적 차이를 보인다.

하지만 이러한 개념상의 명백한 차이에도 불구하고 실제 진술이 사실인지 의견인지를 판단하는 것은 그 가능성이 의심될 정도로 난해한 작업임이 분명하다.⁵⁾ 대부분의 진술은 사실과 의견이 복합적으로 얽혀서 구성되기 마련이며, 의견처럼 보이지만 전제 사실을 함축하고 있는 방식의 진술인 경우 이를 의견이라 단언할 수 있을지 의문이 발생한다. “사실은 의견의 출발점이고, 사실의 주장이 의견 표현으로 이전되는 것은 (구분이 어려운) 연속적으로 일어나는 과정(continuum)”⁶⁾이기 때문이다. 하지만 이들 사이의 구분에서부터 명예훼손에 대한 논의가 시작되고 표현에 대한 민·형사적 책임 여부 역시 결정될 수 있기에 사실과 의견의 구분에 대한 논의는 일상적 표현에 대한 헌법적 보호의 한계를 설정하는 데 있어 매우 중요한 논의이며 우리 대법원은 민·형사상 명예훼손 사건들에서 사실적시와 의견 표현의 구분 기준을 나름 제시해오고 있다.

2. 사실과 의견의 구분에 대한 대법원의 논의

사실과 의견의 구분을 대법원이 처음 논의한 것은 공직선거법상 후보자 비방죄 해석과 관련해서였던 것으로 보인다.⁷⁾ 특히 1996년 판결에서는 사실과 의견의 구체적인 구분 기준을 제시하였는데, “판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별함에 있어서는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다”고 강조하였다.⁸⁾ 1998년부터 대법원은 형사상 명예훼손죄 판단과 관련하여서도 공직선거법 사안에서와 동일한 방식으로 사실과 의견을 구분하기 시작하였다.⁹⁾ 그리고 명예훼손에 대한 민사적 판단과정에서도 이와 유사한 구분 기준을 활용하였다.¹⁰⁾

실제 사실의 진술에 발화자의 주관이나 일정한 가치판단이 포함될 수도 있고 의견의 진술에 사실적 요소가 포함될 수도 있어, 이들을 깔끔하게 분

5) 신평, (2004), 명예훼손법, 청림, 189-190.

6) 이는 후술하게 될 올만(Ollman) 판결에서 D,C,연방항소법원의 로빈슨(Spottswood W, Robinson) 판사의 별개 의견에서 제시된 표현이다.

7) 대법원 1993. 1. 26. 선고 92도1693 판결.

8) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 판결.

9) 대법원 1998. 3. 24. 선고 97도2956 판결.

10) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결.



리하여 명예훼손 여부를 결정한다는 것은 결코 쉽지 않다.¹¹⁾ 그럼에도 불구하고, 민·형사상 명예훼손 성립 요건에 사실적시를 분명히 하고 있는 이상, 사실에 해당하지 않는 표현(의견)은 명예훼손 책임으로부터 면제되어야 하고, 어떠한 진술이 의견에 해당하는지에 관한 지표는 구성요건의 명확성 확보나 법 적용의 예측가능성 보장 차원에서 분명하게 설정될 필요가 있다. 그에 따라 대법원은 1996년 판결에서의 복합적인 검토방식을 정립하였는데, 이하에서는 최근 10년 정도의 대법원 판결 중 사실과 의견의 구분과 관련하여 의미 있는 판결을 사안별로 범주화하여 그러한 흐름이 여전히 이어지고 있는지 확인해 본다.

1) 출판물 및 학술적 비평에서의 논의

먼저 출판물에 의한 명예훼손 사건에서 대법원은 1996년 판결에서의 판단 기준을 활용하며 특히 글의 문맥에 따라 사실과 의견을 구분할 수 있다고 판단하였다.¹²⁾ 해당 사건에서는 타인의 저술 내용을 비판하며 “임나일본 부설이 사실이라고 주장한다”는 취지로 단정적인 표현을 사용한 것이 쟁점

11) 헌법재판소도 “어떠한 표현에서 ‘의견’과 ‘사실’을 구별해내는 것은 매우 어렵다”고 판단한 바 있다. 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바57 전원재판부 결정 참조.

12) 대법원 2017. 5. 11. 선고 2016도19255 판결.

이 되었는데, 대법원은 겉으로 보기에 구체적인 사실관계를 서술하는 형태를 취하고 있더라도 글의 집필 의도, 논리적 흐름, 전개 방식 등을 종합할 때, 평균적 독자의 관점에서 ‘비평자의 주관적 의견’으로 이해된다면 사실의 적시에 해당하지 않는다고 보았다. 덧붙여 대법원은 비판의 여지가 있는 의견이라 할지라도 이를 성급하게 사실의 적시로 단정하여 학문적 논쟁을 형사처벌의 영역으로 끌어들이는 것을 경계하였다. 이는 비평이라는 글의 형식이 갖는 특수성을 인정하고, 함축적·단정적 문장 속에 담긴 저자의 가치 판단을 우선시한 결과였다.

또 다른 출판물에 의한 명예훼손 사건에서 대법원은 논문 유사 연구물에서의 진술을 의견으로 보아야 한다고 판단하였다.¹³⁾ 중중의 뿌리와 실존 인물 여부를 다룬 책에서 “후손들이 실존성을 조작하였다”고 기술한 것에 대해 대법원은 앞선 식민사관 판결의 구분 기준을 재확인하며, 해당 서적이 문헌을 소개하고 자료를 인용하는 논문 유사 연구물이라는 점에 주목했다. 입증 가능한 사실관계가 포함되어 있더라도 전체적으로 주관적 견해를 개진하는 과정에서 의견을 강조하기 위해 사실적 단정을 사용했다면, 독자들은 이를 사실의 적시가 아닌 저자의 주장으로 받아들인다는 점을 대법원은 강조하였다.

또한 ‘제국의 위안부’ 명예훼손 사건에서 대법원은 출판물에서의 표현의 전체 맥락, 그리고 학술적 연구로서의 가치 등을 강조하며 사실과 의견을 구분하였다.¹⁴⁾ 대법원은 해당 도서에서 조선인 위안부를 ‘매춘’이나 ‘일본군의 동지’로 묘사하고 일본군에 의한 ‘강제 연행’을 부정한 것이 단순한 의견 표명을 넘어 증명 가능한 ‘구체적 사실의 적시’에 해당한다고 판단한 원심판결을 파기하며, 이를 학문적 의견으로 판단하였다. 먼저 대법원은 명예훼손죄에서 ‘사실의 적시’에 관하여, 객관적으로 피해자의 사회적 평가를 저하시키는 사실에 관한 발언이 보도, 소문이나 제3자의 말을 인용하는 방법으로 단정적인 표현이 아닌 전문 또는 추측의 형태로 표현되었더라도, 표현 전체의 취지로 보아 사실이 존재할 수 있다는 것을 암시하는 방식으로 이루어진 경우에는 사실의 적시로 인정할 수 있다고 하였다. 그러면서 학문적 표현의 자유를 실질적으로 보장하기 위해 연구에서의 의견 표현을 사실의 적

¹³⁾ 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도15628 판결.

¹⁴⁾ 대법원 2023. 10. 26. 선고 2017도18697 판결.

시로 평가하는 데에는 신중할 필요가 있음을 역설하였다. 이에 기초하여 대법원은 조선인 위안부라는 집단은 규모가 크고 피해 양상이 다양하여 특정 개인을 가리킨다고 보기 어렵기에 이들에 대한 서술은 구체적 사실의 진술이라기보다 시대상을 정의하는 연구자의 종합적 해석(의견)에 가까우며, 저자의 표현이 “위안부는 매춘부였다”는 사실을 암시한다는 주장이 있지만 해당 문구들만으로는 그러한 명제를 곧바로 이끌어내기 어렵다고 보았다. 학술적 주장을 명예훼손의 대상인 사실의 적시로 성급하게 단정하여서는 안 되며, 이는 헌법상 보호받아야 할 의견 표명이라고 대법원은 판단하였다.

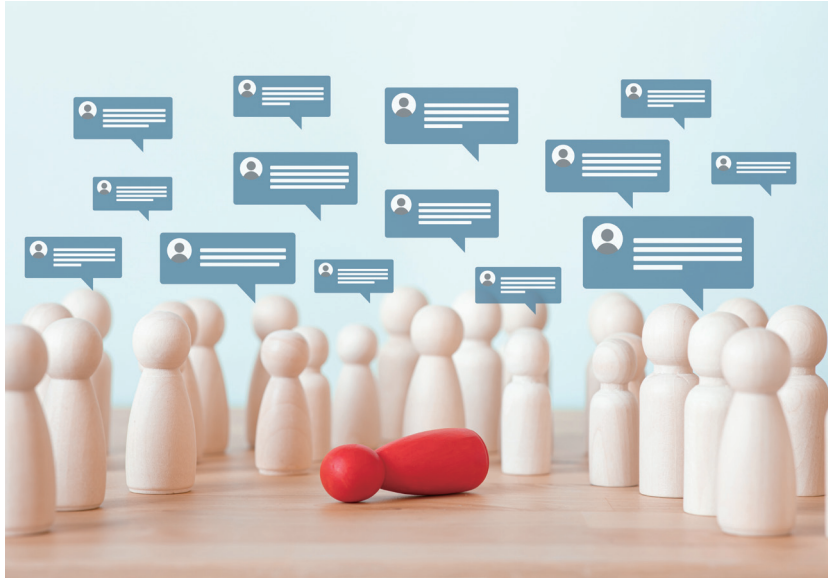
비슷한 맥락에서 예술작품에 대한 비평의 명예훼손성을 부정한 사건도 있다.¹⁵⁾ 일제 강제징용 피해자를 상징하는 강제징용 노동자상을 제작하여 설치한 것에 대해 이는 일본인 강제노역 피해자들을 모델로 만들었으므로 역사왜곡 행위에 해당한다는 주장이 문제된 사안에서, 원심에서는 구체적 사실의 적시로 명예훼손에 해당한다고 판단하였다. 하지만 대법원은 예술작품에 대한 비평을 사실적시로 인정하는 것에는 신중할 필요가 있다고 하였다. 대법원은 사실과 의견의 구분을 위해 1996년 판결의 복합적 기준을 인용하며 특히 해당 사건에서 제기된 주장의 전체적인 맥락을 고려하면 노동자상이 일본 내에서 강제노역을 하다가 구출된 일본인을 모델로 한 것이 아니냐는 의혹을 제기하거나 양자 간에 상호 유사성이 있다는 비판적 의견 표명으로 볼 여지가 있으며, 이는 진위를 증거에 의하여 증명할 수 있는 영역이라 보기 어렵다고 판단하였다.

2) 공적 인물에 대한 의혹 제기에서의 논의

공적 인물에 대한 의혹 제기와 관련된 표현에 대해서도 대법원은 1996년 판결의 복합적인 기준을 적용하여 사실과 의견을 구분해 왔다. 먼저 대법원은 정치인을 향해 트위터에서 중북, 주사파라는 용어를 사용한 것이 명예훼손에 해당하지 않는다고 판단하였다.¹⁶⁾ 대법원은 앞선 판결들에서 사용한 사실과 의견의 구분 기준을 언급하며 이 중 어휘의 통상적인 의미가

¹⁵⁾ 대법원 2023. 11. 30. 선고 2022다280283 판결.

¹⁶⁾ 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 판결.



주요한 판단 기준이 될 수 있다고 강조하였다. 특히 '종북'이라는 표현에 대해서는 북한에 대한 무비판적 추종에서 북한에 우호적 태도, 반국가세력, 정부의 강경정책에 비판적인 견해 세력 등 다양한 의미로 쓰이면서 결국 종북이라는 용어에 대하여 느끼는 감정 또는 감수성도 가변적일 수밖에 없으므로 종북의 의미를 객관적으로 확정하기가 어렵다고 하였다. '주사파'라는 용어도 마찬가지인데, 사건에서 주사파라는 용어는 종북이라는 용어와 병렬적으로 사용되어 통합진보당의 운영이나 제19대 국회의원 선거 비례대표 경선 과정을 둘러싸고 특정 정치인들의 행보나 태도를 비판하기 위한 수사적 과장이라고 볼 수 있다고 하였다. 그렇기에 이는 의견 표현에 해당할 뿐이며 명예훼손성이 부정된다고 판단하였다.

다음으로 대통령의 세월호 참사 당일 행적에 대해 마약·보톡스 의혹을 제기한 발언에 대한 사건에서 대법원은 그러한 표현을 사실의 적시라 평가하기는 어렵다고 판단하였다.¹⁷⁾ 대법원은 전문(傳聞)이나 추측의 형태라도 사실의 존재를 암시한다면 사실적시가 될 수 있다는 원칙을 유지했지만, 표현의 대상이 공적 인물일 경우 의혹 제기에 대한 자유가 최대한 보장되어야 한다면, 암시에 의한 사실적시로 평가하는 데 매우 신중해야 한다는 특

¹⁷⁾ 대법원 2021. 3. 25. 선고 2016도14995 판결.

별한 기준을 제시했다. 또한 대통령선거 후보자를 공산주의자라고 지칭한 발언에 대해 대법원은 이를 사실적으로 인정한 원심을 파기하며 공적 인물에 대한 비판을 사실의 적시로 인정하는 것에 신중해야 함을 강조하였다.¹⁸⁾ 대법원은 특히 사실과 의견의 구별과 관련해서는 일견 의견 또는 논평을 표명함과 동시에 그의 전제가 되는 사실을 적시한 것으로 보이는 경우라도 그 표현의 전후 문맥과 그 표현이 이루어진 당시의 상황을 종합하여 볼 때, 그 표현이 비유적, 상상적이어서 다의적이고 구체적 내용, 일시, 장소, 목적, 방법 등이 불특정되어 일반적으로 수용될 핵심적 의미를 파악하기 어려우며 독자에 따라 달리 볼 여지가 있는 등으로 입장표명이라는 요소가 결정적이라면 그 표현은 사실의 적시라고 볼 수는 없고, 의견 또는 평가의 표명이라 할 것이라는 기준을 제시하였다. 이념에 대한 평가는 상대적일 수밖에 없으므로 이는 의견 또는 가치판단의 영역이고 사실적시가 일부 섞여 있더라도 전체적인 입장 표명이 결정적이라면 의견으로 보아야 한다고 판단한 것이다.

사실적시가 일부 섞여 있더라도 전체적인 발언 취지에 비추어 의견 표명이라 판단할 수 있다는 취지의 대법원 입장에 약간의 변화가 감지되는 사안은 국정농단 주범의 은닉재산에 대한 발언의 명예훼손성과 관련된 대법원 판결이다.¹⁹⁾ 대법원은 사건에서 문제된 발언을 하나씩 분리하고 전체 취지보다는 개별 발언별로 명예훼손성을 판단하였다. 그에 따라 재산형성과 정 및 재산은닉에 대한 발화자의 의혹을 제기한 의견 표명과 구별하여 동일 검찰의 수사 상황을 전달하는 표현들은 사실적시에 해당하며 명예훼손의 책임을 져야 한다는 판단을 내렸다.

또한 중복이라는 표현이 의견 표명으로 볼 여지가 많지만 사실적으로 볼 수 있는 가능성을 부정하지 않는 입장도 최근 판결에서 감지된다. 특정 사이트에서 중복세력이 활동한다는 국정원 대변인 발언의 명예훼손성 여부 판단에서 대법원은 앞선 중복발언 판결에서처럼 중복이라는 용어의 의미를 객관적으로 확정하기가 어렵고 그에 따라 사건에서의 발언은 사이트에 대한 광의의 정치적 평가 내지 의견 표명으로 볼 여지가 많다고 하였다.²⁰⁾ 다만 대법원은 이를 의견 표명이라 확정하지는 않았고 사실적으로 볼 수 있

18) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2020도12861 판결.

19) 대법원 2025. 6. 26. 선고 2022다242649 판결.

20) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다284513 판결.

는 가능성을 인정하면서, 사실적으로 볼지라도 특정인의 평판이나 명성이 손상되었음을 증명하기 어려워 명예훼손에 해당하지 않는다고 판단하였는데, 이는 사실과 의견의 구분만으로 명예훼손성 여부 판단을 사실상 마무리하던 기존 태도에 나타난 약간의 변화로 읽힐 수 있다.

3) 정리

대법원이 명예훼손과 관련하여 사실과 의견의 구분을 다루었던 이상의 판결들은 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

첫째, 표현이 사실인지 또는 의견인지를 구분하기 위해 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 표현이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다는 복합적 기준을 여전히 유지하고 있다는 점이다. 다만 1996년 판결의 기준을 인용하여 활용할 뿐, 이러한 기준의 각 요소가 무엇을 의미하고 실제 판단에서 어떻게 활용되어야 하는지, 그리고 이러한 기준이 명예훼손 문제와 관련하여 어떠한 의미를 가지는지에 대한 설명은 판결에서 찾아보기 어렵다. 그리고 실제 판단에서는 이러한 기준 요소들을 선별적으로 활용하였는데, 언어의 통상적 의미와 용법 요소를 통해 불확정적이고 수사적 과장에 불과한 표현이라 보이는 경우를 의견으로 판단하기도 하였고, 때로는 문제된 표현이 사용된 문맥을 강조하여 전체적 취지가 생각이나 의견을 전달함에 있는 경우에는 사실적시가 포함되어 있어 보여도 의견으로 판단하였다. 특히 이러한 선별적 활용에 대해 대법원은 그 이유를 설명하지 않고 있다.

둘째, 이러한 복합적인 기준에 따라 표현이 의견으로 판단되는 경우에는 일부 사실적시가 있더라도 그에 대한 더 이상의 검토 없이 표현에 대해 명예훼손 책임을 면제하였다. 이러한 과감하고 단순한 판단 방식은 물론 허위가 아닌 사실적시에 대해서도 명예훼손죄를 인정하고 있는 우리의 형법 체계를 고려한 판단이라 이해될 수도 있다. 진술 표현이 사실로 인정되는 순간 명예훼손에 대한 죄책을 물을 수 있기 때문에 의견의 범주를 의도적으로 확대한 것이라 볼 수 있는 것이다. 하지만 우리 형법 제310조로 인하여 사실적시 명예훼손이 성립할 수 없는 범위가 넓어질 수 있다는 점을 고려해 볼 때, 사실로의 인정이 바로 죄의 성립이라 보기는 어렵고 그에 따라 사실로 인정될 가능성을 낮추는 것만이 표현의 자유 보호와 구체적 타당성

을 확보하는 방안은 아닐 수 있음을 주의할 필요가 있다. 그럼에도 대법원은 표현에서의 의견적 형식·요소에 기대어 명예훼손 책임을 면제하고 있으며 나아가 공적 대상에 대한 암시적 사실 역시 의견으로 판단하는 모습도 보여주었다. 이처럼 명예훼손 여부 판단을 사실·의견 구분론으로 치환하고 의견의 범주를 광범위하게 파악함으로써 결국 함축되거나 표명된 사실적시의 명예훼손성에 대한 실질적 판단을 제대로 수행하지 못하고 있다. 다만 최근의 몇몇 판결에서는 발언들을 세부적으로 분류하여 발언마다 사실적시 여부를 판단하는 시도가 있었고 표현이 의견이 아닌 사실일 가능성까지 고려하여 법적 판단을 내리는 신중한 접근 역시 보여주고도 있다.

3. 미국에서의 사실과 의견의 구분 논의

미국에서는 표현의 자유로 인한 개인의 인격·명예 침해를 적절히 통제하며 표현의 자유 보호를 극대화하기 위한 논의가 명예훼손 관련 법리 발달로 이어져 왔다. 본래 코먼로(common law) 상의 민·형사적 논의 대상이었던 명예훼손 문제는 뉴욕 타임즈 판결²¹⁾을 기점으로 헌법적 문제로 전환되었고 명예훼손적 표현 역시 연방헌법 수정(증보)조항 제1조의 보호대상으로 인정되며 헌법의 틀 내에서 논의되기 시작하였다. 특히 민주주의 체제에서 개인의 사상·양심의 자유와 표현의 자유를 보호하기 위해 개인의 생각이나 믿음, 의견 표출에 대해 강한 보호를 인정해 왔는데, 그에 따라 사실과 의견의 진술을 구분하여 명예훼손 성립 여부를 달리 논의하고 있다.

이러한 논의의 근간이 되는 코먼로 상의 대표적 법리가 공정한 논평의 특권(privilege of fair comment and criticism) 법리이다. 이는 공적 관심 사안이나 공적 이익에 영향을 미치는 공적 인물·단체·제도 등에 대해 선의(good-faith)로 이루어진 공정한 논평(비판)은 사실의 적시가 아닌 의견으로서 명예훼손죄의 책임으로부터 자유롭다는 법리이다.²²⁾ 이후 1974년 연방대법원의 거츠(Gertz) 판결은 표현의 명예훼손 가능성을 상당히 줄이는 법리적 변화를 가져왔다.²³⁾ 이 판결에서 법정 의견을 작성한 루이스 파월(Lewis Powell) 대법관은 “미연방헌법 수정(증보)조항 제1조에 의하면 그릇된 생각·사상(false idea)이란 있을 수 없다. 특정한 의견이 아무리 유해

²¹⁾ New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

²²⁾ 조소연, (2000), 표현의 자유와 명예훼손, 연세법학연구, 7(2), 65-91.

²³⁾ Gertz v. Robert Welch, Ins., 418 U.S. 323 (1974).

해 보이더라도 이는 법관이나 배심의 양심에 따라 교정될 것이 아니라 다른 의견과의 경쟁 과정을 통해 정정되어야 할 것이다”라고 강조하며 의견을 명예훼손의 제소로부터 면제하는 의견 특권(opinion privilege) 법리를 제시하였다. 물론 거츠 판결에서는 의도된 거짓말이나 부주의한 오류에 따른 의견 진술은 공적 쟁점에 대한 토론에서 사회적 이익을 실질적으로 증진하지 못하기 때문에 이들은 헌법적으로 보호받을 가치가 없다는 등 의견에 대한 보호의 한계를 설정하였지만, 특수한 예외를 제외하고는 의견 전반에 대한 특권을 인정한 법리로 이해되어 왔다.



다만 의견 보호만을 강조했다 뿐 사실과 의견의 구분 방식에 대해서는 거츠 판결이 침묵하였기 때문에 사법 실무적으로는 면책의 대상이 되는 의견을 사실과 구분하는 구체적인 기준을 고민할 수밖에 없었고 D.C. 연방 항소법원의 올만(Ollman) 판결이 마침내 구체적 기준을 제시하였다.²⁴⁾ 다수의견을 작성한 케네스 스타(Kenneth Starr) 판사는 사실과 의견을 적

²⁴⁾ Ollman v. Evans, 750, F.2d 970(D.C. Cir 1984)(en banc).

정하게 구분하기 위해서는 진술이 이루어진 상황 전체(totality of the circumstances)를 분석해야 한다고 강조하며, 언어의 통상적 용법 또는 의미(the common usage or meaning of the language), 진술의 입증가능성(verifiability factor), 문제가 된 표현이 사용된 문맥(context and cautionary language), 그 표현이 행하여진 광범위한 사회적 정황(broader social context of the speech)의 네 가지 요소를 고려하여 사실과 의견을 구분할 수 있다고 제시하였다. 전체적 상황 기준이라 불리는 이 기준에 따르면, 먼저 언어의 통상적 용법 또는 의미 요소에 의해 진술에서의 표현이 명확한 의미를 갖는지 다의적인지를 판단하여 사실과 의견을 구분할 수 있는데, 다의적이고 불확정적인 진술에서는 독자들이 사실을 찾아낼 가능성이 현저히 낮기 때문에 이는 의견으로 보아야 한다고 하였다. 그리고 진술의 입증가능성 요소에 근거할 때, 입증 방법이 없는 진술은 사실 내용의 주장이라 보기 힘들다는 판단이 나올 수 있다고 하였다. 다음으로 문맥, 즉 해당 표현의 주변 진술들, 어조 등을 통하여 진술 표현이 사실인지 의견인지를 판단할 수 있다고 하였으며, 마지막으로 사회적 정황, 예를 들어 사설란의 진술문이나 비평 서적과 같이 특정한 형태의 저작은 관행적으로 의견이라고 약속되므로 그 안에서의 표현을 사실적이라 보기 어렵다고 하였다. 네 가지의 요소 중 어느 하나의 요소를 근거로 표현이 의견이라 평가될 수 있으면 의견이라고 보아야 한다는 이 기준은 결국 의견의 범위를 넓히고 표현의 자유를 강화하는 데 일조하였다고 볼 수 있다.

그런데 이러한 기준은 해당 판결에 참여한 재판관들 사이에서 통일적으로 받아들여지지 못하였고 지나치게 복합적인 판단을 요구한다는 점에서 오히려 예측가능성이 낮아 기준으로서 효용성이 없다는 비판 역시 받게 되었다.²⁵⁾ 이러한 상황에서 연방대법원은 밀코비치(Milkovich) 판결²⁶⁾을 통해 의견이라고 해서 무조건 명예훼손 책임으로부터 면제되지 않는다고 판단하며 사실과 의견 구분만으로 명예훼손 문제를 단순히 해결할 수 없음을 강조하였고 동시에 의견 특권 법리에 상당한 제한을 가하는 모습을 보여주었다. 연방대법원은 판결에서, 칼럼은 본래 의견에 해당하지만 사실적 주장이 포함된 경우 오히려 사실의 적시로 보아야 한다고 판단하였다. 표현의 자유

²⁵⁾ Post, Robert C. (1990), The Constitutional Concept of Public Discourse : Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*, Harvard Law Review, 103, 601-686.

²⁶⁾ *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1 (1990).

의 보장은 사실과 의견의 이분법이 아닌 그간 연방대법원 판례에서 제시된 헌법상 여러 원칙들을 통해 이루어져야 한다고 하였고 그 원칙으로는 첫째, 공적 사안에 대한 진술이 허위 사실을 함축하지 않는다면 헌법적으로 보호된다는 원칙,²⁷⁾ 둘째, 수사적 과장(rhetorical hyperbole)이나 상상적 표현(imaginative expression), 강렬한 특성 묘사(vigorous epithet) 등은 실제 사실 진술로 해석될 수 없기 때문에 보호된다는 원칙,²⁸⁾ 셋째, 뉴욕 타임즈 판결에서의 현실적 해악의 원칙²⁹⁾을 제시하였다. 다만 사실과 의견의 구분으로 명예훼손 여부를 명쾌하게 판단하기를 원하는 입장에서 밀코비치 판결은 퇴행적 산물로 비난의 대상이 될 수밖에 없었고 매사추세츠, 캘리포니아, 뉴욕 주의 법원들은 여전히 진술의 문자적 의미, 사회적 맥락, 입증가능성 등 올만 판결의 기준을 통해 사실과 의견을 구분하여 명예훼손성 여부를 판단하고 있다.³⁰⁾

4. 사실과 의견의 구분을 넘어

특정한 표현이 사실인지 의견인지 구분하는 것은 절대 쉬운 작업이 아니다. 사상의 자유시장론에 따라 의견에 대한 특별한 보호가 필요함은 쉽게 인정할 수 있지만, 현실에서 난무하는 복합적 진술들, 즉 의견적 부분과 사실적 부분이 혼재되거나 사실적 진술을 함축하는 의견 표명의 경우 의견적 부분에 방점을 두어 전체적으로 의견으로 파악하여 명예훼손 책임을 완전히 면제해야 할지는 당연히 의문이 제기될 수 있다.

이러한 상황에서 올만 판결의 전체적 상황 기준과 유사한 방식으로 사실과 의견을 구분해 오고 있는 우리 대법원 판결들에서는 판단 요소 중 어느 하나를 근거로 표현의 의견성이 확인되는 경우, 비록 사실적시 부분이 존재하더라도 전체적으로 의견으로 보아 명예훼손 책임을 면제하고 있다. 이는 결과적으로 표현이 의견으로 인정될 가능성을 높여 표현의 자유 확대에 이바지한다는 점에서 긍정적인 평가를 내릴 수 있다. 하지만 헌법 제10조나 제21조 제4항, 제37조 제2항에서 강조하는 개인의 인격권·명예권의 보호, 표현의 자유에 대한 제한과 한계의 필요성 논의는 이러한 판결에서 의미 있

27) Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps, 475 U.S. 767 (1986).

28) Greenbelt Cooperative Publishing Association, Inc. v. Bresler, 398 U.S. 6 (1970).

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

30) Smolla, Rodney A. (2018), Law of Defamation, 2nd ed, Thomson Reuters.

는 비중을 차지하기 힘들다. 특히 사실과 의견의 구분 기준만을 진술의 명예훼손 여부 판단의 결정적 근거로 활용하는 것은 판결문을 깔끔하게 정돈하는 효과를 가질 뿐 결과의 구체적 타당성을 확보하는 데 있어, 그리고 표현의 자유와 명예권의 규범조화적 실천을 구현하는 데 있어서는 부족함을 드러낼 뿐이다.

그러한 측면에서 볼 때, 사실과 의견의 구분 논의의 필요성을 인정하면서도 그 난해함에 대해 우려를 표하며 특히 이러한 구분 작업에 명예훼손 판단이 매몰되지 않도록 해야 한다고 경고한 미국 연방대법원의 논의는 우리에게 시사하는 바가 상당하다. 사안에 직접적으로 적용 가능한, 잘 정돈된 기준을 제시하는 것보다 중요한 것은 표현의 자유와 개인의 명예라는 헌법적 가치들 사이 균형 상태의 구현이기 때문이다. 대부분의 명예훼손 사안이 사실과 의견이 복잡하게 얽힌 표현을 두고 진행된다는 점에서 이제는 진술의 형태보다는 진술의 명예훼손성에 집중하여 명예훼손 판단을 실질화할 필요가 있다. 🍵