

# 합법적 낙태에 대한 명예훼손적 표현의 판단

## — 독일의 베이비코스트(Babycaust) 판결을 중심으로 —

정애령\*

### 목차

---

I. 서론	III. 합법적 낙태에 대한 반대표현의 법적 문제
II. 독일 베이비코스트(Babycaust) 판결소개	IV. 결론

---

### I 국문초록

불법이 아닌 낙태를 시술하는 의사를 생명을 죽이는 “추악한 범죄자”로 부를 수 있을까, 전쟁시 정당한 명령에 따라 적군을 사살한 군인은 살인자인가. 독일에서 종교적 신념에 따라 낙태를 반대하는 사람이 국민들의 관심을 촉구하기 위한 방법으로 낙태시술의사를 홀로코스트와 비교하며 전단지 등을 배포하고 웹사이트를 개설하여 반낙태운동을 벌였다. 과거 낙태죄를 처벌하던 독일은 현재 태아의 생명보호와 임부의 자기결정권 사이의 조화를 위하여 전문가와의 상담을 거친 후의 낙태는 처벌하지 않는다. 이렇게 합법화된 낙태를 집단살해행위로 표현하며 특정 개인(의사)의 인격을 훼손하는 것이 정당화될 수 있을까. 본 글은 이러한 문제를 해결하기 위한 독일 법원과 독일연방헌법재판소의 판결을 소개하고 유럽인권재판소의 판단까지 검토하였다.

---

\* 숙명여자대학교 기초교양학부, 초빙교수

논문접수일 : 2021. 8. 2., 심사개시일 : 2021. 8. 2., 게재확정일 : 2021. 8. 18.

우리 헌법재판소도 2019년 4월 낙태죄의 헌법불합치 결정 이후, 낙태죄 개정에 대한 논의가 진행 중이다. 사회의 변화에 따라 법적 규제가 강화되거나 혹은 약화되는 결정은 끊임없이 발생한다. 그 과정에 있어서 자유로운 토론과 비판 및 논쟁은 허용되며, 이것이 민주주의 국가에서 표현의 자유가 중요한 이유이다. 그러나 다양한 생각과 의견에 대한 자유로운 개진은 타인의 인격에 대한 무차별적 공격과 특정 집단에 대한 혐오감정 역시 여과없이 드러내게 된다. 인간의 존엄과 가치를 존중하는 것은 모든 기본권 보장의 궁극적 목적이자, 우리 헌법이 추구하는 최고의 가치이다. 개인의 인격발현과 사회적 결정의 참여를 위해 표현의 자유가 중요한 만큼 인간의 존엄과 가치의 바탕이 되는 명예 및 사생활 보호 역시 중요하다.

홀로코스트는 2차세계대전 중 나치 독일이 자행한 유대인 대학살을 지칭하는 말이다. 독일연방헌법재판소는 합법적인 낙태시술을 한 의사 개인을 특정하여 인류역사상 참혹한 범죄로 평가받는 홀로코스트와 동일시하여 '살인전문가', '베이비코스트'로 표현하는 행위는 표현의 자유 한계를 넘어서는 것으로 판단하였다. 표현의 자유와 인격권 사이의 형량을 위해서 표현의 대상이 공적 인물 또는 공적 사안인가, 표현의 내용은 사실의 적시인지 또는 의견의 진술인지, 발언의 목적은 무엇인지 등에 따라 면밀히 검토되어야 한다. 다만 표현을 함에 있어 사실적시와 의견표현의 명확한 구분에 어려움이 존재하고, 베이비코스트사안의 경우 사실의 적시라기보다 낙태시술을 한다는 사실에 기반하지만 이에 대한 가치평가로 보아야 할 것이다. 사실의 적시가 아닌 의견표현에 있어서는 더 두터운 보호가 필요한 것이 사실이지만, 이 역시 무제한 보장되지 않는다. 표현의 자유 역시 다른 헌법상 법익과의 구체적 형량 아래에서 보장받는 것이고, 우리 헌법 제21조, 독일 기본법 제5조, 유럽인권협약 제10조에서 보장하는 표현의 자유는 타인의 명예와 인격권을 그 한계로 적시한다. 독일의 경우, 표현의 자유를 적극 보장하되 명예훼손적 표현이나 반민주적 표현, 그리고 유대인이나 외국인에 대한 적대적 표현들을 규제하여 표현의 자유의 순기능과 역기능을 조화시키고자 한다. 처벌되지 않는 행위에 대하여 종신형으로까지 처벌될 수 있는

범죄라는 표현은 의사에 대한 심각한 모욕이고, 증오와 폭력을 선동할 수 있기 때문에 반복적으로 특정 개인에 대한 참을 수 없는 인격권 침해가 발생할 경우 이에 대한 부작위청구는 인용되어야 한다. 이에 따라 유럽인권재판소도 낙태를 살인으로 표현하는 것은 의사에 대한 인격권을 침해한 것으로 판단하였다.

주제어 : 낙태, 표현의 자유, 명예훼손, 모욕, 인격권, 베이비코스트

## I. 서론

낙태죄 처벌은 태아의 생명권과 임부의 자기결정권 사이의 충돌에 대하여 첨예한 입장차이를 보이는 논쟁적인 주제이다. 우리 헌법재판소는 2019년 형법상 낙태죄 처벌은 임부의 자기결정권의 과도한 침해를 이유로 헌법불합치 결정을 내렸다.<sup>1)</sup> 그러나 헌법재판소의 결정에도 불구하고 낙태죄에 대한 논의는 계속 중이다. 헌법불합치 결정 이후 2020년 10월 발의한 낙태죄 개정안이 국회의 문턱을 넘지 못하면서 허용되는 낙태에 대한 법적 기준은 명확하지 않은 상황이고, 개개인의 가치관에 따라 모두가 만족할 수 있는 기준을 찾기는 쉽지 않을 것으로 보인다.<sup>2)</sup> 임신을 중단하는 낙태결정은 임신을 지속하였을 때 출산과 양육으로 이어지는 임부의 인생을

1) 현재 2019. 3. 11. 2017헌바127.

2) 정부의 낙태죄 개정안에 따르면 임신 초기 14주 이내 의학적으로 이뤄지는 낙태는 제한없이 허용된다. 그 이후 24주까지는 기존 모자보건법에서 예외적으로 낙태를 허용하는 유전적 질환, 강간 또는 준강간에 의한 임신 등의 특수 사유에 혼인 파탄, 소득 불안정 등 '사회경제적' 항목이 추가됐다. 이에 대하여 태아의 생명보호를 위해 낙태죄의 비범죄화에 반대하는 종교계 및 낙태죄 전면폐지를 주장하는 여성계 등 각 사회집단마다 낙태죄 개정안에 대한 의견이 분분하다.

뒤바꿀 수 있는 자기운명결정권과 생명보호라는 절대적 가치가 충돌하여 형량의 어려움이 존재한다. 낙태죄 합법화 논의와 함께 프로라이프<sup>3)</sup> 등 태아의 생명보호를 위한 노력 역시 이루어지고 있다. 이는 우리나라뿐만 아니라 미국, 독일 이외의 해외 다른 국가 역시 겪었고, 겪고 있는 문제이다. 물론 현재 미국과 독일 등 해외 여러 국가들은 일정한 요건 아래 낙태가 합법화되었다. 하지만 사법부의 판결과 법률의 개정이 개개인의 인식을 모두 바꿀 수 있는 것은 아니다. 본 글은 낙태라는 이슈에 대하여 태아의 생명권과 산모의 자기결정권 충돌의 문제를 어떻게 해결해야 하는지에 논의가 아닌, 각기 다른 낙태에 대한 생각과 인식을 표현함에 있어서 발생할 수 있는 표현의 자유에 대한 한계를 고찰함을 목적으로 한다.

불법이 아닌 낙태를 시술하는 의사를 생명을 죽이는 “추악한 범죄자”로 부를 수 있을까, 전쟁시 정당한 명령에 따라 적군을 사살한 군인은 살인자인가. 생명의 보호라는 관점에서 국민들의 관심을 촉구하기 위한 방법으로, 즉 공적 관심 사안이라면 특정 개인의 인격을 심히 모욕하는 방법으로도 정당화되는가. 사회의 변화에 따라 법적 규제가 강화되거나 혹은 약화되는 결정은 끊임없이 발생한다. 그 과정에 있어서 자유로운 토론과 비판 및 논쟁은 허용된다. 이는 민주적 법치국가에 있어서도 필수적이다.<sup>4)</sup> 본 글에서 다루는 낙태라는 이슈 역시 당연히 가치관에 따른 자유로운 의견의 개진이 가능하다. 다만 독일에서 합법화된 낙태에 대하여 강도 높은 비판과 함께 반낙태운동의 표현이 문제된 사안이 있어 이를 토대로 표현의

3) 프로라이프는 임신갈등을 겪는 자 또는 낙태후유증을 겪는 자들을 상담하고 교육하는 사단법인 단체이다. (<https://www.prolife.or.kr/>)

4) Seitz, Meinungsfundamentalismus-Von Babycaust und rechtswidrigen Abtreibungen, NJW 2003, 3523. 3524.

자유와 그 한계에 대해 검토하고자 한다. 이 글에서 다루는 개인의 인격을 침해할 수 있는 과격한 표현을 통한 의견개진은 표현의 자유와 명예훼손이라는 고전적 주제일 수 있다. 그럼에도 불구하고 사회규범의 변화와 비난가능성에 대한 각기 다른 의견을 교환하는 것은 사회적 통합에 필수적인 아주 중요한 과정이고, 이러한 논쟁적 주제에 대한 표현의 자유와 인격권 형량을 위한 기준과 원칙들을 비판적으로 검토할 필요가 있다. 현재 우리 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정으로 불법으로 인식되던 낙태행위가 합법화되어 가는 과정에 있다. 우리 사회에도 동일하게 발생할 수 있는 낙태 찬반과 관련한 독일의 사안을 구체적으로 검토하는 것은 우리에게 시사점을 줄 것이다. 이 글에서는 먼저 반낙태운동의 일환으로 전개된 전단지 배포와 웹사이트상 게시한 표현이 모욕죄로 형사처벌되거나, 그러한 표현을 금지시킴으로써 발생한 독일과 유럽사법재판소의 결정 내용을 소개한다.(Ⅱ) 독일의 연방헌법재판소와 유럽인권재판소의 일련의 판결을 중심으로 우리나라 표현의 자유와 명예훼손 법리를 비교해봄으로써 합법적 낙태에 대한 반대표현의 법적 문제를 고찰하여(Ⅲ) 표현의 자유와 인격권 조화를 위한 방법을 살펴보고자 한다.

## Ⅱ. 독일 베이비코스트(Babycaust)판결의 소개

### 1. 낙태를 홀로코스트에 비유한 전단지 배포

#### 1) 사건의 개요

표현의 자유의 순기능과 역기능은 끊임없이 부딪치고 이를 어떻

게 조화시킬 것인가는 현대 모든 민주국가가 직면하고 있는 딜레마이다. 표현의 자유와 갈등관계에 있는 헌법적 가치들은 대체로 인간의 존엄성에 근거하고 있다. 민주주의 핵심적 기본권인 표현의 자유와 인간의 존엄성에 근거하는 다른 기본권 간의 비교우위를 정하는 것은 헌법적 평가문제에 속한다.<sup>5)</sup> 낙태행위에 반대하는 의사표시를 함에 있어 낙태시술을 행하는 의사의 인격권이 문제된 독일의 사안을 소개하고 검토하고자 한다. 비슷한 표현과 내용으로 하급심부터 독일 연방헌법재판소 및 유럽인권재판소까지 여러 번 재판이 진행되었고, 이에 대하여 구체적 사실관계와 판결의 대상에 따라 재판의 결과 역시 차이가 있다. 일련의 판결은 자유민주국가에서 표현의 자유의 범위에 대하여 어떠한 역할을 해야 하는지에 대한 본질적 질문을 제기한다.<sup>6)</sup> 표현의 자유와 인간의 존엄성이 충돌한 연방헌법재판소 판례는 독일에서의 표현의 자유의 헌법적 지위를 알 수 있는 중요한 단서가 될 것이다.

종교적 신념에 따라 낙태를 반대하는 이 사건<sup>7)</sup> 청구인들은 전단지에 의사들에 의한 낙태시술을 “태아대학살(Babycaust)”로서 표현하고 비방하였다. “N 공공병원에서 행해지는 태아살해를 멈춰라! 이전에는 유대인에 대한 대학살(Holocaust), 지금은 태아 대학살(Babycaust), 이에 대해 침묵하는 자들 역시 태아대학살에 동조하는 것이다. 태어나지 않은 아이들의 살인전문가 F박사님”이라는 표현이 적힌 전단지를 뿌렸다. 전단지에는 의사의 이름과 정확한 주소까지 언급되어 있었다. 문제가 된 표현을 담고 있는 전단지를 보게 되는 사람은 태아살해 전문가로 표현된 F박사가 N공공병원의 책임

5) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265.

6) Seitz, 앞의 글, 3523면.

7) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a.

자로서 누구인지 명백히 특정할 수 있었고, 그의 행위를 유대인 대학살, 홀로코스트와 비교하여 언급하였다. 청구인은 이러한 전단지를 통해 차별없는 낙태에 대한 문제를 제기하며 낙태행위에 대하여 다시 예외없이 차별할 것을 주장하였다. 그러나 이는 일반적 낙태에 대한 논의를 넘어서 특정 대상을 상대로 한 비방적 표현도 포함하고 있다. 반낙태운동의 일반적 관심을 끌고자, 낙태시술을 하는 의사그룹에서 F박사를 선정하여 그의 행위를 유대인 대학살에 비견하는 태아 대학살을 감행하는 자로 표현한 것이다.

또한 전단지 뒷면에는 “제발 태어나지 않은 아이들에 대한 차별 없는 살인과 맞서 싸우는 우리를 도와주십시오. 태아의 살인을 허용하는 국가는 인권이 바닥으로 치닫는 것을 두고만 보는 것입니다. 낙태는 살 수 있는 생명에 대한 살해행위가 분명합니다. 그러므로 절대 낙태는 허용해서는 안됩니다.” 라는 낙태를 처벌하지 않는 법에 대한 비판을 가하였다.

이에 따라 전단지에 적시된 F박사와 N공공병원은 청구인들을 모욕죄로 형사고발하였다. 이전의 사건과 경합하여 청구인1에게는 20일에 해당하는 벌금형(Geldstrafe von 20 Tagessatzen)<sup>8)</sup>이 청구인2에게는 30일에 해당하는 벌금형이 부과되었다.<sup>9)</sup> 청구인들은 이에 대해 항소하였지만, 불이익이 되는 법률상 오류가 발견되지 않았음을 이유로 기각되었다. 이에 청구인들은 독일기본법 제4조 제1항 종교의 자유 및 동법 제5조 제1항에 따라 보장되는 표현의 자유의

8) 독일형법상 일정한 벌금 액수가 정해진 벌금형이 아닌, 날짜로 계산하는 벌금형이 있다. 이렇게 날짜로 계산하는 벌금형은 사람들이 모두 각자 소득이 다르다는 전제하에, 금액에 따른 처벌의 수위가 다르게 느껴질 것이기 때문에, 형벌로서 그에 상응하는 합리적인 벌금금액을 산정하기 위한 방법이다. 이를 위하여 이론적으로 월급 또는 연봉과 필수불가결적으로 긴급하게 사용되어야 하는 비용을 결정하고 하루평균수입을 계산한다.

9) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 12.

침해를 주장하며 헌법소원을 제기하였다. 청구인들의 낙태에 대한 비판적 표현은 종교적 신념에서 비롯되었다고 주장하였지만, 주법원은 기본법 제4조 제1항 종교의 자유에 의한 기본권은 고려하지 않았다. 관련되는 기본권은 기본법 제5조 제1항에서 보장하는 표현의 자유이다.<sup>10)</sup>

## 2) 연방헌법재판소의 결정

가. 의사 개인에 대한 모욕은 인정, 공공기관에 대한 모욕의 형사처벌은 위헌

문제된 표현은 N공공병원의 운영자와 F박사 개인을 겨냥하여 언급하였다. 연방헌법재판소의 주문은 F박사에 대한 인격권 침해는 인정하되, N병원에 대한 모욕을 이유로 청구인들을 형사처벌하는 것은 표현의 자유 침해로 구별하여 언급하고 있다. 연방헌법재판소의 판결 주문 1에서 청구인 1과 2는 공공병원 운영자(Klinikträger)에 대한 모욕을 이유로 형법상 부과된 처벌을 받는다면 표현의 자유를 침해한 것으로 판단하였다. 문제가 된 표현은 “이전에는 홀로 코스트(유대인 대학살) 지금은 태아대학살”이라는 부분이다. 이러한 문구 역시 독일기본법 제5조 제1항의 표현의 자유 보호영역에 속한다.<sup>11)</sup> 다른 법익을 침해할 수 있는 논쟁적인 표현의 경우라도 표현의 자유 보호영역에서 배제되는 것은 아니다.<sup>12)</sup> 기본법 제5조 제1항은 과장되거나 과격한 평가를 할 자유를 포함한다. 그렇다고 표현의 자유가 무제한 인정되는 것은 아니다. 오히려 독일기본법 제5조는 일반적 법률로 표현의 자유를 제한할 수 있음을 밝히고 있

10) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 17.

11) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 28.

12) BVerfG, 10.10.1995, 1 BvR 1476/91 u.a. =BVerfGE 93, 266, 289 f.



다. 그 일반적 법률은 본 사안과 관련된 형법 제185조도 포함된다. 형법의 해석과 적용은 각급 법원의 소관이다.<sup>13)</sup>

청구인에 대한 형사처벌은 낙태를 시술하는 공공병원에 격한 단어를 사용했다는 것을 근거로 하지 않는다. 사실 그것은 그들의 자유이다. 형사처벌의 근거는 청구인들이 일반적 정책에 대한 비판을 한 데 있는 것이 아니라, F박사를 특정하여 공격하였다는데서 기인한다. 법원은 모욕적 표현이 특정 피해자에 대한 직접적 연관성이 있음을 인정하고 인격권 제한을 확인하였다. N병원과 F박사를 연관시켜 전단지 의 격한 표현을 통해 낙태에 대한 논의를 촉발하고자 하였다는 것으로 F박사에 대한 모욕적 표현이 정당화되지 않는다. 전단지 내용의 전반적인 맥락을 고려해봐도 홀로코스트와 비교한 이 표현은 F박사가 특별히 더 비난받을 만한 동기를 가지고 아이들을 죽이고, 병원이 이것을 용인한다는 것으로 이해할 수 있다. 청구인이 사용한 문장에 의해, 불법이 아닌 의사의 시술행위가 부당한 정권에 의해 임의적으로 수백만 명의 유대인을 살해한 인류의 가장 잔인하고 부당한 범죄인 홀로코스트와 동일시되었다. 이것은 일반적으로 받아들일 수 있는 정치적이고 과장된 비판을 넘어선다. 이렇게 의사와 관련 병원 운영자가 대량학살의 주체로 인식되게 하는 것은 허용되지 않는 모욕으로 평가해야 한다. ‘홀로코스트’라는 용어의 사용과 이 사건 내용의 연관성은 단지 표현적으로 과장된 것으로 승인될 수 없으며, 이는 청구인들의 기본적인 주장을 위해 필요한 것으로 볼 수 없다.<sup>14)</sup> 이에 따라 법원이 F박사의 인격을 심각하게 침해하였다고 인정한 판결은 헌법상 문제가 없다. 다만 청구인들이 N공공병원 대하여 그 병원 내에서 이루어지는 낙태시술에

13) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 29-30.

14) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 15.

대한 항의표시에 대해서는 태아보호의 관점과 정치적 의사결정에 기여하는 맥락에서의 의견표현으로 병원운영자는 이를 수인해야 한다.<sup>15)</sup> 어떤 경우라도 지방법원은 지역 공공병원 운영자에게 불이익을 주는 표현에 대해 유죄판결을 내려서는 안 된다.<sup>16)</sup>

나. 인격권 침해를 막고자 청구한 의사의 부작위청구소송기각은 위헌

(1) 헌법소원의 대상인 주고등법원의 판단

동일한 사안을 이유로 청구인 1, 2의 형사소송 이외에 F박사는 민사소송으로 문제된 표현이 담긴 진단지 배포금지를 청구하였다. 헌법소원의 대상은 문제적 표현의 배포금지를 요청하는 부작위청구를 인정하지 않은 뉘른베르크 주고등법원(OLG)의 결정이다. 재판의 경과를 살펴보면 (1심)법원은 당사자를 겨냥한 심각한 인격침해에 해당하는 한, 무분별한 발언은 허용할 수 없다고 하였으나 항소법원은 그 발언이 비판의 한계를 초과하지 않으므로 허용된다고 판단하였다.<sup>17)</sup> 즉, 모욕적 표현으로부터 인격권 침해를 막고자 청구한 부작위청구소송이 (1심)주법원에 의해 받아들여졌으나, 피고들의 항소에 의해 (2심) 뉘른베르크 주고등법원은 이를 기각하였다.

뉘른베르크 주고등법원에 따르면 “태어나지 않은 아이들을 죽이는 살해전문가 F박사”라는 표현에는 모욕이 있다고 볼 수 없다. 일방적이긴 하지만 본 사안과 관련된 사실의 주장(Tatsachenbehauptung)일 수 있다고 보았다.<sup>18)</sup> “N 공공병원 내에서 일어난 엄마의 품 안에서 태아살해(Kinder-Mord)”라는 문구에 대해서는, 의견의 표현

15) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 22.

16) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 18.

17) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 24.

18) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 14.

(Meinungsäußerung)으로 볼 수 있다. 본 사안에 대한 뉘른베르트 주고등법원은 살인이라는 표현은 법률적 측면에서 이해되는 것이 아니라, 일반적으로 사용되는 용어로 받아들여져야 한다고 확인하며, 여기에서 언급되는 낙태가 형법상 처벌받는 행위가 아니라는 것은 널리 알려져 있으므로, 형법적으로 처벌되는 아동살인(Mord)와는 관계가 없는 것으로 보아야 한다고 주장하였다. 따라서 이 표현은 낙태를 특히 비난할 만한 목적을 가지고 실행된, 의도적이지만 처벌할 수 없는 태아사망을 문제삼는 것으로 해석되어야 한다고 판단하였다. 또한 반낙태운동을 실행함에 있어서 의사의 명예를 훼손하는 혐의를 가지고 심히 불쾌감을 주는 표현이라고 하더라도, 대중에게 큰 영향을 미치는 사안을 논평하는데 관심이 있다는 것을 보여준다고 확인하며, 따라서 이는 비방이나 헐담(Schmähung)으로 봐서는 안 된다고 결론지었다.<sup>19)</sup>

## (2) 연방헌법재판소의 결정

문제된 진술은 다소 과격한 표현이기는 하나, 표현의 자유가 보장하는 가치있는 의견의 표현일 수 있기 때문에, 이와 관련하여서는 특별한 비방의 목적이 없고 표현의 자유의 이익과 형량해야 한다. 낙태행위를 나치의 유대인 대학살행위와 비교하는 표현은 다의적 해석이 가능하다. 진술된 문구의 다의적 해석가능성으로 말미암아 법적인 평가는 확연히 달라질 수 있다. 이 표현은 낙태시술 행위를 나치의 유대인 대학살행위와 직접적으로 동일시하는 의미로써 해석될 수 있다. 그러나 이러한 이해가 강요되지 않았다는 것이 모욕적 표현에 대한 부작위청구에 대한 판단에서 주목할 만한 점이 아니다. 연방고등법원은 다의적 해석이 가능한 표현에 있어

19) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 20.

서는 조금 더 우호적인 의미로 해석하는 원칙을 받아들였지만, 연방헌법재판소의 결정에 따르면 부작위청구는 이러한 판단에 포섭되지 않는다.

독일 연방헌법재판소는 모욕적 표현으로부터 인격권 침해를 막고자 청구한 부작위청구소송을 기각한 판결(Verfahren 1 BvR 2031/00)은 명백한 헌법침해행위임을 확인하고, 뉘른베르크 주고등법원의 판결이 일반적 인격권 침해임을 결정하였다. 의사의 낙태시술행위를 나치의 유대인 대학살행위와 비교하는 표현을 하는 청구인을 상대로 부작위요청을 기각한 것은 헌법적으로 받아들일 수 없다. 따라서 모욕적 표현으로부터 인격권 침해를 막고자 청구한 부작위청구소송을 기각한 판결은 뉘른베르크의 주법원에 계류된 사안을 파기환송하였다.<sup>20)</sup>

## 2. 독일의 판결에 대한 유럽인권재판소의 판단<sup>21)</sup>

### 1) 전단지지를 통한 낙태반대표현의 유죄판결에 대한 유럽인권재판소의 판단 EGMR, 13.1.2011-397/07, 2322/07 (Hoffer u. Annen/Deutschland)

앞서 소개한 독일연방헌법재판소의 결정에 대하여, 청구인은 독일연방헌법재판소가 F박사를 사인으로 간주한 것에 대해 잘못 판단한 것으로 여겼다. 그러나 이에 대한 유럽인권재판소의 판단은, 독일형법 제185조에 따라 모욕을 이유로 한 청구인의 유죄판결은 표현의 자유에 대한 제한이지만, 유럽인권협약 제10조에서 제시하는 제한의 한계를 준수한 것으로 보았다. 또한 독일연방헌법재판소

20) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a., Rn. 23.

21) 청구인이 반낙태운동을 계속 진행함에 있어서 각기 다른 대상에 대한 모욕적 표현이 문제되고, 유사한 내용의 재판이 진행되어 이해를 돕기 위해 제목에 유럽인권재판소의 판례번호를 명시하여 정리하였다.

의 결정은 청구인의 의사표현의 자유와 낙태시술을 한 의사의 인격권을 적절하게 형량한 것으로 판단하였다. 다만 연방헌법재판소에 계류된 본 사건 헌법소원의 결정에 6년 반 정도의 시간이 소요된 것에 대하여 유럽인권협약 제6조 제1항의 권리구제를 위한 신속한 절차위반을 확인하였다.<sup>22)</sup>

2) 전단지과 웹사이트를 통한 낙태반대운동 유죄판결의 유럽인권재판소의 제1차 판단 EGMR, 26.11.2015-3690/10 (Annen/Deutschland)

가. 사건의 개요

청구인은 앞선 F박사 이외에도 다른 대상을 향한 반낙태운동을 계속 진행하였고, 2005년 마취과 의사의 진료소 앞에서 전단지를 배포하였다. 그 전단지에는 다음의 내용이 굵은 표시로 적혀있었다. (이름과 주소를 명시하여) “M의사와 R의사의 병원에서 불법낙태가 행해지고 있다.” 그 다음에는 더 작은 글꼴로 “독일의회는 이를 허용하고 범죄화하지 않는다. 상담증명(Beratungschein)은 의사와 임산부를 형사기소로부터는 보호하지만, 하나님 앞에서의 책임은 보호하지 않는다.” 그리고 하단의 박스에는 “살인은 고의적으로 사람을 죽이는 것이다.”라는 텍스트를 적어두고, 전단지 뒷면에는 “아우슈비츠에서 사람들을 살해하는 것은 불법이지만, 도덕적으로 타락한 나치국가는 무고한 많은 사람들의 살인을 허용했으며 범죄로 보지 않았다.”라고 적시하였다. 한편 청구인은 “www.Babycaust.de” 웹사이트를 운영하고 있는데, 낙태시술의사목록에 M의사와 R의사가 나열되어있었다. 이에 의사들은 청구인을 상대로 올름 주법원에 가처분 신청을 했고, 법원은 진료소 바로 근처에서 불법낙태가 행해지

22) EGMR, 13.1.2011-397/07,2322/07 (Hoffer u. Annen/Deutschland), 주문.

고 있다는 정보를 담은 전단지 배포를 금지하고, www.babycaust.de 웹사이트에 낙태시술 의사의 이름과 주소를 제공하는 것을 멈추도록 판결하였다. 이에 대하여 청구인은 항소하고 헌법소원을 제기하였으나 모든 법적 구제수단은 실패로 돌아갔다.<sup>23)</sup> 이후 2010년 6월 8일 독일연방헌법재판소 제1합의부는 청구인의 뉘헨에서 재판한 다른 판결과 관련하여 헌법소원을 받아들였다. 이 역시 청구인에 대한 금지명령절차와 관련되는 것이고, 독일연방헌법재판소는 금지명령이 청구인의 표현의 자유를 침해한다고 판단하였다.<sup>24)</sup>

#### 나. 유럽인권재판소 판결의 요지

독일 법원은 공간적으로 제한된 효과를 지닌 전단지와 전 세계적으로 배포되는 고소인의 웹사이트를 충분히 구분하지 않았고, 개별적이고 맥락적인 평가를 하지 않았다. 이러한 이유로 독일에서 청구인에게 부여된 법적 보호는 유럽인권협약상의 절차적 요구 사항을 준수하지 않은 것으로 판단된다. 따라서 웹사이트에 낙태 시술을 하는 의사의 이름과 주소를 게재하는 것을 법적으로 금지한 것은 유럽인권협약 제10조를 위반한 것이다.

##### (1) 진료소 근처에서 전단지 배포금지명령

독일 법원은 전단지에 있는 청구인의 진술이 공익의 문제와 관련이 있으며, 과장되고 논쟁적인 비판을 통해 자신의 정치적 목표를 추구하는 것이 허용되었다는 점을 명시적으로 인정하였다.<sup>25)</sup> 그러

---

23) 반낙태운동을 하는 자들의 행위는 슈트트가르트 고등주법원 (OLG)에 의해 금지되었고, 이러한 결정은 연방사법재판소에서도 이의를 제기하지 않았다. 2009년 7월 2일 헌법재판소는 정당한 사유없이 청구인의 헌법소원을 받아들이지 않았다.

24) EGMR, 26.11.2015- 3690/10 (Annen/Deutschland)

나 독일 법원이 판단하기를 전단지 전체 레이아웃을 보면, 독자들이 첫 번째 문장에 집중할 수 있도록 굵게 표시하고 다른 나머지 추가사항은 그 내용을 숨기기 위해 더 작은 글꼴크기로 인쇄되어 있음에 주목하고, 이에 따라 낙태가 법적 기준을 벗어나 불법으로 이루어졌다는 인상을 잘못 만들었다고 확인하였다.<sup>26)</sup> 따라서 독일이 판단한 진료소 근처에서 전단지 배포금지명령은 헌법적으로 문제가 없다.

(2) Babycaust.de 웹사이트에 낙태시술의사 이름·주소 게재금지

유럽인권재판소는 본 사안에서 독일 법원이 청구인의 웹사이트에서 낙태를 시행하는 의사의 이름과 주소게재에 대하여 법적 금지하는 것은 표현의 자유 침해로 보았다. 판결 주문을 살펴보면 독일 법원이 내린 금지명령은 유럽인권협약 제10조를 통해 보장하는 청구인의 의사표현의 자유에 대한 제한이다. 이러한 제한이 인권협약상 표현의 자유 한계인 법률상 규정되고 정당한 목적의 실현을 위한 것이지는 하지만, 민주사회에 꼭 필요한 것은 아니다. 유럽인권재판소가 유럽인권협약 제10조 관련 판례에서 지속적으로 강조하는 원칙은, 정치적 발언이나 공익 문제에 대한 토론은 제한할 여지가 거의 없다는 것이다.<sup>27)</sup> 타인의 명예나 권리를 보호하기 위해 민주사회에서 표현의 자유에 대한 제한이 필요한지를 검토할 때, 국가권력과 법원이 양자의 조화를 위한 적절한 균형을 이루었는지를 판단할 필요가 있다.<sup>28)</sup> 독일 슈트트가르트 주고등법원은 청구인이 “www.babycaust.de”에 낙태하는 의사명단을 언급함으로써 의사와

25) EGMR, 26.11.2015- 3690/10 (Annen/Deutschland), Rn. 58.

26) EGMR, 26.11.2015- 3690/10 (Annen/Deutschland), Rn. 59.

27) EGMR, 26.11.2015- 3690/10 (Annen/Deutschland), Rn. 53.

28) EGMR, 26.11.2015- 3690/10 (Annen/Deutschland), Rn. 55.

범죄자를 연관시키고 그동안 국가사회주의자가 저지른 만행과 동일시하였음을 확인하였다. 유럽인권재판소는 이 사건에 대해 판결할 수는 없지만, 독일 법원이 주로 (이전의) 전단지에 대한 내용과 결론을 언급하고 있으나, 청구인의 웹사이트의 특징과는 다르다는 것을 확인한다.

독일 법원은 공간적으로 제한적 효과가 있는 전단지와 전 세계적으로 배포될 수 있는 청구인의 웹사이트 사이의 차이점을 충분히 설명하지 않았고, 관련 판례와의 관계를 면밀히 검토하지 않고 청구인에게 낙태시술하는 의사의 이름과 주소를 게재하는 것을 법적으로 금지한 처분은 청구인의 표현의 자유를 침해하는 것이다.<sup>29)</sup> 본 사안 청구인은 논쟁적인 주제에 대한 의사표시를 함으로써 공익을 위해 기여하고자 한 것이다. 비록 협약 당사국에게 판단에 대한 재량의 여지가 존재한다고 하더라도 독일법원은 표현의 자유와 인권협약 제8조에 의해 보장되는 인격권 사이의 제대로 된 이익형량을 하지 못한 것으로 보인다.<sup>30)</sup>

### 3) 전단지와 웹사이트를 통한 낙태반대운동 유죄판결에 대한 유럽인권재판소의 제2차 판단 EGMR, 20.9.2018-3682/10 (Annen/Deutschland Nr.2)

#### 가. 사건의 개요

청구인은 낙태 반대 웹사이트 “Babycaust.de”을 운영하고 있으며, 무덤 사진을 클릭하면 “낙태-새로운 홀로코스트?”라는 제목으로 독일에서 낙태를 시술하는 병원 및 의사명단을 알파벳 순으로 나열하고 있다. 본 사이트의 하단에는 “어머니를 대신하여 의사들은 태어나지 않은 아이들을 살해한다.” 상담 센터들은 “임신부의 아동학살

29) EGMR, 26.11.2015- 3690/10 (Annen/Deutschland), 주문.

30) EGMR, 26.11.2015- 3690/10 (Annen/Deutschland), 주문.



을 가능하게 하고 촉진한다.” 문구가 적혀있다. 웹사이트에 언급된 한 의사가 청구인에 대하여 이 웹사이트에 나열된 의사들의 명단을 삭제할 것을 요구하며 금지명령 신청을 하였다.

만하임 주법원은 이 웹사이트는 표현의 자유로 보호되는 내용이라 판단하고 본 신청을 기각하였고, 항소심 절차에서 의사는 청구인이 살인으로 표현하는 낙태에 대한 표현을 금지할 것으로 청구를 변경하였다. 카를스루에 주고등법원은 2007년 2월 28일 요청된 임시 금지명령을 내렸다. 그러나 연방법원(BGH)은 계획된 항소가 성공할 가능성이 없기 때문에 소송비용에 대한 청구인의 요구는 기각하였고 2009년 7월 2일 헌법재판소 역시 그의 헌법소원을 받아들이지 않았다. 이에 2010년 1월 15일 청구인은 카를스루에 주고등법원이 낙태를 살인으로 묘사하는 것을 금지하는 것은, 유럽인권협약 제10조 표현의 자유 침해라고 주장하며 유럽인권재판소에 제소하였다.<sup>31)</sup> 청구인은 웹사이트에서 의사를 개인적으로 공격한 것이 아니라 독일의 법체계에 대한 비판을 한 것이고, 이는 공공의 이익에 대한 논의이기 때문에 의사의 인격권에 대한 제한이 있더라도 정당화될 수 있다고 주장하였다.

#### 나. 유럽인권재판소의 낙태를 살인으로 표현하는 것의 금지에 대한 판단

유럽인권재판소는 카를스루에 주고등법원이 낙태를 살인으로 표현하는 것을 금지한 것에 대하여, 표현의 자유 침해가 아니라고 결정하였다.<sup>32)</sup> 특정 진술의 반복을 금지하는 판결은 유럽인권협약 제10조 표현의 자유 제한이지만, 의사의 명예보호라는 정당한 목적을 실현하기 위함으로 법률상 규정되어 있고, 피해 의사에 대한 모욕의

31) EGMR, 20.9.2018-3682/10 (Annen/Deutschland Nr.2), Rn. 21.

32) EGMR, 20.9.2018-3682/10 (Annen/Deutschland Nr.2), 주문.

심각성을 인정하여 결정한 카를스루에 주고등법원 판결은 타당하다.

유럽인권재판소는 인터넷에서의 게시물에 대하여, 접근성과 대량의 데이터를 저장 및 배포할 수 있는 능력 때문에 인터넷이 뉴스에 대한 대중의 접근을 개선하고 정보의 일반적 보급을 촉진하는데 중요한 역할을 한다는 것을 확인한 바 있다.<sup>33)</sup> 인터넷은 표현촉진적 매체로 표현의 자유에 대한 권리를 행사하는데 매우 중요하다. 동시에 인터넷의 콘텐츠와 메시지는 매체의 특성상 다른 기본권적 자유, 특히 사생활을 존중할 권리에 해를 끼칠 위험이 더 높다.

좋은 평판에 대한 보호는 유럽인권협약 제8조 사생활을 존중할 권리를 통해 보호된다. 범죄 혐의가 주장되는 경우에도 유럽인권협약 제6조 제2항에 따라 당사자는 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정할 수 있는 권리가 법에 의해 보장된다.<sup>34)</sup> 하물며 본 사안의 낙태 행위는 법률의 규정상 처벌되지 않는 불법성이 없는 행위이다. 민주사회에서 표현의 자유에 대한 간섭이 타인의 명예나 권리보호를 위하여 필요한지 여부를 결정하기 위해서는 국가당국과 법원이 분쟁이 발생할 경우 유럽인권협약이 보장하는 두 권리를 보호하는데 조화를 이루었는지 검토할 필요가 있는데, 독일법원은 충돌하는 이익에 대한 형량이 적절한 것으로 볼 수 있고 이에 따른 표현의 자유 제한규제는 필요하고 또 타당하다.<sup>35)</sup>

다. 유럽인권재판소 제1차판결 EGMR, 26.11.2015- 3690/10 (Annen/Deutschland)과 구분

유럽인권재판소는 독일법원이 Babycaust.de 웹사이트에 낙태시

33) EGMR, 16.06.2015, 64569/09 (Delfi AS/Estonia)

34) EGMR, 20.9.2018-3682/10 (Annen/Deutschland Nr.2), Rn. 26.

35) EGMR, 20.9.2018-3682/10 (Annen/Deutschland Nr.2), 주문.

술의사 이름·주소 게재를 금지하는 처분은 유럽인권협약상 표현의 자유 위반이라는 판단과 달리, 낙태를 살인으로 표현하는 것을 금지시킨 것은 표현의 자유를 위반한 것이 아니라고 보았다. 여기에는 구체적으로 적시된 사실관계에 대한 차이가 존재한다. 유럽인권재판소는 이를 판결의 결과에 결정적 요인으로 보았다.

카를스루에 주고등법원은 청구인이 웹사이트에 의사의 의료활동을 살인으로 표현한 것에 대해 신중하게 웹 사이트의 전반적 내용을 분석하였다. 사실 웹사이트의 내용은 분명하지 않다. 낙태시술이라는 사실의 적시가 의료행위를 살인과 홀로코스트와 동등한 것으로 간주함으로써 의사 개인에 대한 비난으로써 이해될 수 있다.<sup>36)</sup> 이것이 사실의 적시 또는 가치판단에 대한 의견표명인지 여부는, 주로 국내 정부 및 법원에 의해 판단되고 유럽인권협약 당사국은 이에 대한 재량의 여지를 가진다.<sup>37)</sup> 이에 따라 카를스루에 주고등법원의 판단은 승인되어야 한다. 청구인은 독일형법 제218a조의 요건 아래 행한 낙태시술로 의사가 처벌되지 않는다는 사실을 밝히지 않았다. 이 점에서 본 사안은 아넨 대 독일의 1차사례 (EGMR, 26.11.2015- 3690/10 (Annen/Deutschland))와 다르다. 이전 사례는 청구인이 낙태를 불법으로 묘사한 진단지와 관련이 있지만 낙태시술로 인해 의사가 처벌되지 않는다는 사실에 대해서는 분명히 하였다. 또한 청구인은 독일 법원 또는 유럽인권재판소에 의사에 의해 행해지는 낙태가 형법상 살인이라는 주장을 위한 어떤 사실적 근거의 제시도 없다. 의사의 의료행위(낙태)가 살인이라는 표현에는 충분한 사실적 근거의 제시가 필요하다. 독일형법상 임신의 지속 혹은 중단에 대한 상담을 거친 후 행해지는 낙태시술은 법적으로 처

36) EGMR, 20.9.2018-3682/10 (Annen/Deutschland Nr.2), Rn. 31.

37) EGMR, 20.9.2018-3682/10 (Annen/Deutschland Nr.2), Rn. 32.

별하지 않는다. 처벌되지 않는 행위에 대하여 중신형으로까지 처벌될 수 있는 범죄라는 표현은 의사에 대한 심각한 모욕이고, 증오와 폭력을 선동할 수 있다.<sup>38)</sup> 이에 따라 낙태를 살인으로 표현하는 것은 의사에 대한 인격권을 침해한 것으로 판단하였다.

### Ⅲ. 합법적 낙태에 대한 반대표현의 법적 문제

#### 1. 표현의 자유와 명예보호

##### 1) 표현의 자유 의의

우리 헌법재판소는 표현의 자유를 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기실현의 수단인 동시에 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치를 실현하는 수단임을 확인하였다.<sup>39)</sup> 민주 정치에 있어서 정치활동은 사상, 의견의 자유로운 표현과 교환을 통하여 이루어지는 것이므로, 언론, 출판의 자유가 보장되지 않는 상황에서 민주주의는 시행될 수 없으며, 표현의 자유가 보장되지 않은 나라는 엄격한 의미에서 민주국가로 볼 수 없다.<sup>40)</sup> 다만 표현의 자유가 보장하는 영역은 비단 정치적 이슈에 대한 의견의 표명 뿐만 아니라, 의견의 내용과 질에 관계없이 모든 영역에 대한 표현을 보장한다. 표현의 자유는 “현대자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권”으로서 이를 최대한도로 보장하는 것은 자유

38) EGMR, 20.9.2018-3682/10 (Annen/Deutschland Nr.2), Rn. 34.

39) 헌재 1999. 6. 24 97헌마265.

40) 지성우, 미래법적 관점에서 헌법상 표현의 자유의 쟁점, 미국헌법연구 제31권 제3호, 2020, 274면.

민주주의의 기본권의 하나이다.<sup>41)</sup> 헌법 제21조가 언론·출판의 자유를 보장하는 것은 다른 헌법적 가치들을 확보하고 발전시키기 위한 전제조건을 마련하기 위한 것이다.<sup>42)</sup> 공동체의 구성원으로서 개인은 평등한 배려와 존중을 기반으로 사회의 정치적 의사결정에 참여하는데, 표현의 자유는 여기서 자기통치의 수단이자 민주주의의 본질적 요소로 기능한다.<sup>43)</sup>

## 2) 표현의 자유 한계로서 타인의 명예와 권리

표현의 자유는 인격적 가치를 발현하는 요소로서 기능하지만, 다른 한편으로는 이러한 표현행위로 인해 상대방의 인격적 가치에 대한 공격적 요소로서 기능한다.<sup>44)</sup> 따라서 우리 헌법 제21조 제4항은 표현의 자유 한계로서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 또한 표현의 자유를 보장하는 유럽인권협약 제10조 역시 제2항에서 “표현의 자유 향유는 의무와 책임을 수반하기 때문에 민주사회, 국가안전, 영토보전 혹은 공공안전을 위하여 필요한 한도 내에서 법이 정하는 절차와 조건, 제한 혹은 형벌에 의해 규제될 수 있다. 이는 사회의 혼란 또는 범죄의 방지, 건강과 도덕의 보호, 타인의 권리나 명예의 보호, 비익권의 보호 혹은 사법부의 권위와 공정성 유지를 위함이다.”라고 명시하여 표현의 자유에 대한 한계 역시 규정하고 있다.

41) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265.

42) 지성우, 앞의 글, 274면.

43) 헌재 1998. 4. 30 95헌가16.

44) 조재현, 표현의 자유와 인간의 존엄성에 관한 고찰-인격 발현적 가치와 인격 대응적 가치를 중심으로-, 공법학연구 제20권 제4호, 2019. 11, 130면.

표현의 자유에 대한 한계로서 타인의 명예란 자신의 인격에 대한 사회적 평가를 의미하고, 명예권은 인간의 존엄성을 유지하며 살 수 있는 기초적 조건을 이룬다는 점에서 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권과 직결된다.<sup>45)</sup> 인간의 존엄성을 최고의 헌법적 가치임을 인정할 때, 인간의 존엄성이 실현되기 위해서는 개인이 자유롭게 자신의 의견을 표명할 자유뿐만 아니라 자신의 사회적 정체성, 즉 명예에 관하여 스스로 결정하고 보호받을 필요가 있다.<sup>46)</sup> 우리 헌법재판소도 사람의 인격을 경멸하는 표현이 공연히 이루어진다면 그 사람의 사회적 가치는 침해되고 그로 인하여 사회구성원으로서 생활하고 발전해 나갈 가능성도 침해받지 않을 수 없으므로, 모욕적 표현으로 사람의 명예를 훼손하는 행위는 금지시킬 필요성이 있다고 확인한 바 있다.<sup>47)</sup>

### 3) 표현의 자유와 명예보호의 이익형량

다만 언론·출판의 자유가 가지는 헌법상의 의의와 기능을 생각할 때, 언론·출판의 자유에 대한 제한은 자칫하면 민주적인 헌법질서의 중추신경을 다치게 될 위험성이 따르기 때문에 극히 필요한 최소한의 정도에 그쳐야 한다. 표현의 자유에 대한 제한의 한계원리로서 명확성의 원칙과 과잉금지원칙뿐만 아니라 표현의 자유와 헌법상 다른 법익을 형량할 때 특수한 원칙들이 존재한다. 명백하고 현존하는 위협의 원칙, 현실적 악의의 원칙, 공적 인물과 사인의 구분 또는 공적 사안여부, 의견의 진술과 사실의 적시 구분 등이 그것이다. 언론의 자유를 지키는 파수꾼과 같은 존재로 받아들여지는

45) 한수용, 「헌법학」, 제7판, 법문사 2017, 781면; 허영, 「한국헌법론」, 진정17판, 박영사, 2021, 633면.

46) 한수용, 표현의 자유와 명예의 보호, 저스티스 통권 제84호, 51면.

47) 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37.

명백하고 현존하는 위협의 원칙은 표현의 자유를 강하게 보호하는 미국 수정헌법 제1조를 제한하는 원칙으로<sup>48)</sup> 미국연방대법원의 홈즈대법관이 1919년 쉐크사건(Schenck v. US)에서 제시한 원칙이다. 명백하고 현존하는 위협은 표현의 자유를 제한하는 언론의 자유를 사후적으로 제약하려면 명백하고 현존하는 위협이 있어야 한다는 것을 의미하는데, 표현과 위협 사이의 인과관계가 명백하고 위협 발생이 시간적으로 근접해서 그 위협이 현존할 때 비로소 언론의 자유를 제약할 수 있다는 것이다.<sup>49)</sup> 표현의 자유가 공익과 충돌하는 경우 명백하고 현존하는 위협의 원칙을 적용하는 반면, 표현의 자유와 명예보호가 충돌하는 경우에는 현실적 악의의 원칙이 적용된다.<sup>50)</sup> 현실적 악의의 원칙은 대상이 공적 인물인 경우에 언론이 그 사실이 허위인 것을 알면서 또는 진위 여부에 관한 무모할 정도의 무관심을 가지고 보도하였다는 것을 상대방이 입증하는 경우에만 명예훼손으로 인한 손해배상을 받을 수 있다고 하는 것이다. 공적 인물을 판단함에 있어 그의 지위나 특정 사건으로 인하여 공적 관심의 대상이 된 모든 사람에게도 확대 적용하여 이는 표현의 자유의 우위를 전제로 한다. 물론 이러한 원칙들이 언론·출판의 자유에 대한 제한에 있어 중요한 판단기준이 되지만, 구체적 상황에 따라 그 기준이 다를 수 있다.<sup>51)</sup> 표현의 자유와 명예보호를 형량하는 이외의 기준들은 이른바 Babycast판결의 내용을 다시 검토하며 살

48) 미국 수정헌법 제1조는 “의회는 언론의 자유를 제한하는 법률을 제정하지 못한다”라고 규정되어 있다. 그러나 표현의 자유도 다른 헌법적 권리와 마찬가지로 제한적일 수 밖에 없어 표현의 자유의 제한을 위해 만들어진 원칙이다. (조재현, 앞의 글, 132면.)

49) 지성우, 앞의 글, 294면.

50) 한수용, 앞의 글, 27면.

51) 허영, 앞의 책, 636-638면.

펴보도록 하겠다.

## 2. Babycast 판결에서 표현의 자유와 명예보호의 구체적 형량

### 1) 구체적 형량의 기준

합법화된 낙태의 시술에 대하여 인류역사상 잔인하고 참혹한 범죄로 규정된 홀로코스트와 비교한 표현과 관련하여 일련의 독일 법원의 판결과 유럽인권재판소의 판결을 검토한 결과 표현의 자유와 인격권의 조화를 이루기 위한 판단에 몇 가지 기준점을 판결할 수 있다. babycast라는 표현의 과격성으로 말마암아 대중의 관심을 끌었지만, 특정 진술이 명예훼손으로 인정되기 위해서는 표현의 과격성만이 쟁점이 아닌, 비난의 대상의 법적 지위와 피해자의 특정성, 사실의 적시 여부 등이 함께 고려되어야 한다. 우리 헌법재판소 역시 언론의 자유와 인격권으로서의 명예는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 근거한 것으로서 두 권리의 우열은 쉽사리 단정할 성질의 것이 아니기 때문에 그 형량에 반드시 고려해야 할 사정들은 당사자의 공인성, 공적 사안여부, 당사자의 자초여부, 표현의 공공성 및 사회성 정도 등의 기준을 구체적으로 제시한다.<sup>52)</sup> 표현의 자유와 인격권을 형량하는데 있어 우리 법원이 제시하는 기준에 따라 타인의 명예를 보호하는 표현의 자유의 한계를 고찰한다.

### 2) 표현의 대상

#### 가. 공적 인물

문제된 공공병원의 의사를 공인으로 볼 것인가에 대해서, 특별히

---

52) 조소영, 명예훼손 구성 등 인격권 관련 사안에 대한 하급심 판결의 분석, 헌법학연구 제19권 제1호, 2013. 3, 417면.



임신중단에 대한 의견을 전하는 전문가로 마스크에 지속적으로 노출되어 있지 않은 한, 전문직에 종사하는 사람들을 모두 공인이라 볼 수는 없으므로 본 사안의 의사에게는 공인의 지위를 부여하기는 어렵다. 다만 낙태와 관련한 사안은 여전히 논쟁적인 이슈로 본 사안 의사의 사적 영역에 대한 주제가 아닌 공공성을 띤 공적 관심사안으로 볼 수 있다. 공적 존재에 대한 사적 영역에 속하는 사안이나 사인의 정당한 공적 관심사의 경우는 그 형량이 쉽지 않다.

앞서 언급한 독일연방헌법재판소 판결에서 F박사와 공공병원의 주체를 분리하여, 병원운영자(Klinikträger)에 대한 모욕을 이유로 형법상 부과된 처벌을 받는다면 표현의 자유를 침해한 것으로 판단하였다. 공법의 지배를 받는 기관으로서 이에 대한 비판은 가능하기 때문이다. 1992년 톨게이얼 톨게이얼산 아이스랜드(Thorgeir Thorgeirson v. Iceland) 사건에서 한 언론매체가 한 지역을 담당하는 경찰관들이 매우 잔인하고 무례하게 임무를 수행한다고 거친 야생동물에 빗대어 격한 어조로 이들을 비판하였고 관계당국은 이 사건을 조사하여야 한다는 내용을 공표하였다. 그 언론매체는 경찰을 비판하였다는 이유로 벌금형에 처해졌다. 유럽인권재판소는 그 비판은 공공의 관심사에 관한 것이고 그 어조가 격하다 하더라도 과하지 않았고, 따라서 경찰의 명예를 보호하는 목적에 벌금형이라는 수단은 비례하지 않는다 판단하였다.<sup>53)</sup> 표현의 대상으로서 사인과 공인 또는 공공기관은 구별하여 공적 인물이나 공공기관은 표현되는 진술이 다소 과격하고 모욕적 표현을 포함하더라도 이를 수인할 의무가 있다. 적어도 공공기관의 불이익을 받아들여 모욕을 인정하기가 위해서는 그 전제조건으로서 청구인들의 표현을 통해 지역

53) EGMR, 25.06.1992, 13778/88, Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, Rn. 66-67.

사회 또는 공공병원의 기능 이행을 저해한 정도 또는 국가 당국의 실질적 손해가 있었는지 여부에 대한 증거를 제시가 필요하다. 이에 대한 충분한 규명없이 공공병원의 운영자에 대한 모욕을 이유로 처벌하는 것은 위헌이다. 표현의 자유가 자유민주적 국가질서를 구성하는 중요한 요소로서 기능하는 것을 감안할 때, 당연히 공권력 행사에 대한 공개토론과 자유로운 비판은 열려있어야 한다. 유럽인권재판소는 영국 선데이타임즈 사건(The Sunday Times v. the United Kingdom)에서 언론매체나 대중은 재판 중의 사건들에 대하여 토론할 수 있으며, 대중의 관심이 집중된 사건에 대한 토론이 활발히 이루어져 피해 당사자들뿐만 아니라 대중이 그 사건에 대하여 정보를 잘 습득할 수 있어야 한다고 판시하였다.<sup>54)</sup> 독일 연방헌법재판소가 개별 의사가 아닌, 공공병원의 운영주체게 대한 비판적 표현을 모욕죄로 처벌하는 한 헌법에 위반된다<sup>55)</sup>고 판시한 것 역시 이와 같은 이유로 볼 수 있다. 그러나 공적 사안에 대한 표현도 무제한적으로 보호되는 것은 아니기 때문에 어떤 방식으로 어느 정도까지 보호될 수 있는지가 문제될 수 있다.

54) EGMR, 26.04.1979, 6538/74, The Sunday Times v. the United Kingdom, Rn. 73. 1979년 선데이 타임즈 대 영국사건에서 산모들에게 태아의 기형을 유발하는 약품이 투여되었고 그 제약회사를 대상으로 소송이 진행되었다. 기형을 가지고 태어난 유아를 위한 자선단체를 설립하고 그 제약회사는 일정금액을 그 단체에 기부하기로 하는 등의 합의가 소송 진행 중에 이루어졌다. 그러나 언론매체가 그 합의금이 매우 적은 액수이며 제약회사가 적극적으로 피해자들을 위한 대책을 제시하지 않고 있다는 내용의 기사를 공표하려고 하자 담당 검사는 제약회사의 요청으로 기사공표금지 가처분을 신청하였고, 법원은 그 언론매체에게 기사공표금지를 명령하였다. (김훈집·정태호, 유럽인권협약상의 언론매체의 표현의 자유와 명예훼손의 법리, 경희법학 제53권 제3호, 2018, 61면.)

55) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a, Rn. 18.

## 나. 대상의 특정성

배포된 진단지에는 특정 병원 및 특정 의사의 이름과 주소 모두 기입되어 있었다. 이에 대하여 청구인은 진단지에 병원 또한 F박사의 활동 장소를 설명하기 위해서 병원과 이름이 직접 거론되긴 했지만 진단지 어디에도 병원운영과 연관된 평가절하는 없었다고 주장하였다. 또한 문제된 표현은 현재의 낙태 관행과 홀로코스트 개념 사이의 일반적 비교로 특정 의사를 겨냥한 비방은 아니라고 주장하지만, 살인전문가로 지칭하고 이름과 주소를 모두 명시한 부분은 대상의 특정성을 부인하기는 어렵다고 판단된다.

또한 법인에 대한 인격권 침해 또는 집단 모욕과 관련하여 우리 법원은 법인의 인격권 침해를 인정한 바 있으나, 대상의 특정성 요건을 갖추지 않아 집단 모욕은 인정하지 않는다. 집단의 특성을 이유로 모욕적 표현을 하는 경우, 집단의 규모가 큰 경우 피해자를 특정할 수 없거나, 그 집단을 이루는 개개인에 대한 피해는 희석된다고 본다. 그러나 독일은 집단에 대한 모욕적 표현도 제재가 가능하고 앞서 소개한 판례에서 문제된 진단지에 병원에서 근무하는 사람들을 대상으로 하고, 그들이 개별적으로 특정 가능하므로 개인으로 구성된 집단에 대한 모욕이 인정될 수 있다.<sup>56)</sup> 상대에 대한 표현이 한계를 넘어 남용이 명백할 경우, 조직을 구성하는 그러한 대다수의 사람들도 집단적 이름으로 모욕이 성립할 수도 있다.<sup>57)</sup>

### 3) 표현의 내용: 공적 사안

표현의 대상이 공적 인물에 대해서는 현실적 악의의 원칙과 같이 표현의 자유의 우위가 추정된다. 물론 공적 인물의 사생활 영역에

56) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a, Rn. 13.

57) BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a, Rn. 13.

대한 공개 등은 사안에 따라 명예훼손에 해당하지 않더라도 사생활을 보호할 권리 차원에서 보호될 수 있다. 어쨌든 표현의 자유가 가지는 자유로운 비판과 토론을 통한 사회통합적 기능에 따라 공적 사안에 대한 표현은 더 두텁게 보호된다. 공적 사안은 특정 개인의 사적 생활에 관한 사안이 아니라, 공동체의 사안 즉 다수의 공동체 구성원의 이해관계와 밀접한 관련을 갖는 사안이다. 그러므로 공적 사안에 대한 문제해결을 위한 필요한 정보의 공유가 중요시되고 이에 기여하는 표현의 정당성 인정의 여지가 넓다고 볼 수 있다.<sup>58)</sup> 공적 사안에 대한 판단은 일반적으로 우리 대법원 판례에서도 제시하듯이 문제되는 표현으로 인한 피해자가 공적 인물인지, 문제되는 표현이 순수한 사생활 영역이 아닌, 공적 관심사안인지, 국민이 알아야 할 공공성이나 사회성을 갖춘 사안으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 여부를 따져 볼 필요가 있다고 밝혔다. 덧붙여 표현 당사자가 그 내용의 진실성을 확인할 수 있는 상태에 있는지, 표현자의 의도는 어떠한 것인지를 포함한 제반 사정을 충분히 고려하는 가운데 비례의 원칙에 따라 판단하는 것을 요한다.<sup>59)</sup>

#### 4) 표현의 방법: 사실의 적시와 의견의 표현

##### 가. 사실적시와 의견표현의 보호 차이

표현행위에 대한 명예훼손책임이 문제가 된 경우 우선적으로 확정해야 하는 것이 해당 표현이 사실의 진술인가 또는 의견의 표현인가 하는 점이다. 양자의 명확한 구분이 쉽지 않지만, 각각에 대한 법적 취급이 다르다는 점에서 구분의 필요성이 존재한다.<sup>60)</sup> 사실이

58) 장영수, 의견보호의 범위와 의견의 범위, 언론중재, 2003 봄호, 통권 제86호, 14면.

59) 장영수, 앞의 글, 14면.

60) 조소영, 앞의 글, 424면.

란 실제로 존재하거나 존재했던 일 혹은 사물을 지칭하며, 정확함을 입증의 방법으로 객관적으로 검토가 가능한 것을 의미한다. 이러한 사실의 적시는 개인의 가치가 개입될 여지가 없어 사실 표현에 대한 제한은 개인의 사상이나 양심을 침해하지 않기 때문에 의견의 표현과 다르게 사실의 적시는 표현의 자유 보호의 정도가 다르다.<sup>61)</sup> 이러한 논리에 근거하여 명예훼손 관련 실정법들은 사실의 적시를 명예훼손 구성요건으로 규정하고 있다.<sup>62)</sup> 의견표현은 사실 보도와는 달리 어떤 과정이나 상태를 표현자의 입장에 따라 판단한 결과를 표현하는 것으로서, 개인의 생각이나 사고 등 주관적인 가치척도에 따른 판단을 밖으로 표출하는 것으로, 존재하는 사실관계에 대한 평가로 옳고 그름이 문제된다.<sup>63)</sup> 사실 그릇된 의견이란 존재하지 않으며, 의견의 표현을 보호하는 것이 민주주의의 근간이다. 따라서 객관적 입증을 요하는 사실의 주장이나 전달은 표현의 자유 보호 대상이 아닌 반면에, 사실 주장과 가치판단이 혼합된 경우 의사 표현의 본래 의도가 무엇인지, 표현한 내용이 어디에 중심을 두는지에 따라 표현의 자유로서 보호 여부가 결정되어야 한다.<sup>64)</sup> 따라서 개인적 의견의 표현은 헌법이 보장하는 표현의 자유의 진정한 의미의 대상 표현이라 할 수 있다. 특정표현이 순수한 의견의 표현으로 판단되면 사실의 적시에 비해 두터운 법적 보호를 받게 된

61) 김정호, 의견표현과 사실적시 이분법에 따른 대법원의 표현의 자유 보호법리에 관한 연구, 언론과학연구 제8집 제1호, 한국지역언론학회, 2008, 42-43면.

62) 우리형법은 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 처벌하는 규정을 가지고 있다. 이는 허위사실 뿐만 아니라 진실인 사실을 적시하는 경우에도 적용된다. 이에 대하여 과도한 표현의 자유 침해가 아닌지 헌법소원이 제기되었지만 우리 헌법재판소는 2021년 사실적시 명예훼손죄를 합헌으로 결정한 바 있다.(헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113.)

63) 박용상, 「명예훼손법」, 현암사, 2008, 79면.

64) 박찬권, 헌법체계상 인격권과 표현의 자유의 규범적 위상 및 상호관계, 공법연구 제48권 제1호, 155면.

다.<sup>65)</sup> 문제되는 표현이 어떤 대상에 대한 가치평가인 경우, 그 표현에는 표현자 개인의 주관성이 개입된 것이고 이러한 개인의 주관성이 바로 헌법에서 보장하고 있는 의견의 자유 핵심적 요체라고 할 것이기 때문이다.<sup>66)</sup> 유럽인권재판소는 상대방을 비하하고 경멸하는 저속한 표현 혹은 풍자적인 표현이 상대방에게 모욕만을 주기 위한 수단인 경우가 아닌 한 그 표현을 표현의 자유가 보장한 의견진술이나 가치판단으로 이해한다. 그 이유는 그 표현이 다소 불쾌하다 하더라도 그 표현들에 관대한 것이 민주주의의 기본요소인 다원주의, 관용, 그리고 관대함의 요청이다.<sup>67)</sup>

한편 어떤 영역에 대한 가치의 표현인가에 따라 국가의 제한 정도는 달라질 수 있다. 사상이나 의견, 감정과 같은 가장 내밀한 영역의 인격 발현과 관련하여서는 국가의 제한이 엄격히 금지된다. 반면 재산과 같이 외부적 영역으로 갈수록 사회적 관련성이 커지므로 인격발현에 대한 국가의 제한 가능성은 넓어진다.<sup>68)</sup> 의견을 가질 수 있는 권리는 국가가 국민들에게 특정 사상을 주입하는 것을 금하고, 특정 사상을 옹호한다는 이유로 특정 국민을 차별하는 것을 금지한다. 또한 국가가 특정 사상만을 고무, 찬양하는 행위는 국민이 의견을 가질 수 있는 권리를 심각하게 제한하는 행위이다. 그리고 의견을 가질 수 있는 권리는 자신의 의견을 침묵할 권리를 포함한다. 즉 특정인에게 그의 의견을 표현할 것을 강요하는 행위는 그의 침묵할 권리를 침해하게 된다.<sup>69)</sup>

65) 김경호, 앞의 글, 41면.

66) 조소영, 앞의 글, 424면.

67) 김훈집·정태호, 유럽인권협약상의 언론매체의 표현의 자유와 명예훼손의 법리, 경희법학 제53권 제3호, 2018, 76면.

68) Bodo Pieroth, 「Grundrechte Staatsrecht」 14. Aufl. S. 86-87.

69) 김훈집·정태호, 앞의 글, 46면.

우리 대법원은 사실의 적시를 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치하는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며 그 표현내용이 증거에 의한 입증 가능한 것이라 정의하고, 사실과 의견을 구분함에 있어서는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥과 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전제적 정황을 고려하여 판단할 것을 주문하면서 의견표현과 사실적시 구분의 기준을 제시하였다.<sup>70)</sup> 모욕적인 표현으로 명예가 훼손되는 경우, 그 저속한 표현 혹은 풍자적인 표현이 상대방에게 모욕만을 주기 위한 수단인 경우를 제외하고는 그 표현은 사실이 아닌 의견이나 사상에 해당되어 표현의 자유의 보호를 받을 수 있는 경우도 있다. 유럽인권재판소는 사실은 진실이라는 증명을 요하지만 의견을 그 증명을 요하지 않는다고 보았다. 그 이유는 의견은 사건이나 상황에 관한 개인의 관점 내지 평가이기 때문에 사실과는 달리 거짓 혹은 진실을 증명할 수 없기 때문이다. 의견의 토대를 이루는 사실은 완벽한 진실일 필요는 없으며 상당한 진실성만 가지면 된다.<sup>71)</sup>

#### 나. 사실적시와 의견표현 판단의 어려움

그렇다면 본 글에서 논의되는 표현은 증명할 수 있는 사실의 적시인가 아니면 낙태를 반대하는 의견의 개진인가. 낙태라는 시술을 행한 의사의 명단공개는 그 자체로 사실의 적시로 볼 수 있지만, 불법 낙태를 저지르는 의사라는 표현에 있어서의 ‘불법’은 실정법상 처벌여부에 따라 법에 어긋나는 사실의 진술이 아닌, 사회적 혹은

70) 대법 1996. 11. 22. 선고 961741.

71) 김훈집·정태호, 앞의 글, 64면.

윤리적으로 비난받을 수 있는 정당하지 않은 행위라는 의견의 표현 일 수 있다. 이렇듯 문제는 사실의 적시와 의견표현 또는 가치의 판단이 명백하게 구분될 수 있는 경우가 많지 않기 때문에 어떠한 표현을 순수의견 표현의 범죄로 간주할지 쉽지 않다는 것이다. 같은 단어라도 다른 문맥에서는 다른 의미를 가질 수 있는 것처럼, 언어의 다채로움 때문에 사실과 의견의 사이에 명료한 선을 기계적으로 긋기란 사실 불가능하다.<sup>72)</sup> 문장의 의미를 판단하려고 시도하는 순간 믿고 있는 영역의 한계를 넘어 의견의 싸움이 불가피하게 된다.<sup>73)</sup> 또한 의견표현의 많은 경우가 사실관계를 토대로 그 사실관계에 대한 진술을 포함하고 있으며, 사실을 적시할 경우에도 개인의 가치관이나 의견이 반영되는 경우가 적지 않다.<sup>74)</sup> 독일 연방헌법재판소도 사실과 의견이 혼합되어 나타나는 경우에 있어 그것을 의사의 표현이라 본 바 있으며, 사실의 주장이나 전달이 의사형성의 전제가 되는 경우 이를 의사형성으로 보는 견해를 수용하기도 하였다.<sup>75)</sup> 또한 의견의 표명 자체가 아니라 그에 전제된 사실을 문제삼을 경우, 의견표명에 대한 보호의 구조는 복잡해질 수 밖에 없다. 의견표명에 대한 보호가 전제되는 사실에 지나치게 의존하게 될 경우 사실에 대한 진술의 보호와 의견표명의 보호를 구별하는 의미가 퇴색될 것이다.<sup>76)</sup>

독일의 경우 사실적시 명예훼손에 대한 처벌규정을 두지 않고 있

72) 신평, 판례에 나타난, 명예훼손 소송에 있어서의 의견과 사실의 이분론, 세계헌법연구 제9호, 2004, 36면.

73) BVerfGE 61, 1 (9) = NJW 1983,1415.

74) 장영수, 앞의 글, 10면.

75) BVerfGE 61, 1 (9); BVerfGE 54, 208 (219); 65, 1(41); 85, 1 (15f.) (장영수, 앞의 글, 12면에서 재인용).

76) 장영수, 앞의 글, 10면.



다. 다만 타인을 폄훼하거나 타인의 사회적 평판을 저하시킬 내용의 사실을 적시한 사람이 형사처벌을 피하려면 이를 전파한 사람이 그것이 사실임을 입증하여야 하도록 단서를 달고 있다. 일련의 판결에서 적시된 의사들이 낙태시술을 행하였다는 사실은 거짓이 아니고, 다만 그 행위의 불법성에 대한 판단을 함에 있어 실정법상 불법이 아닌 행위를 추악한 범죄와 동일시하며 불법으로 표현함으로써 낙태에 대한 가치판단을 했다는 점에 그 쟁점이 있다. 법원은 종종 타인의 인격권과 충돌하는 공적 사안에 대한 표현행위에 대하여 사실의 문제로 취급하여 해결하는 시도를 보인다. 즉, 의견의 표명은 그 자체로서 거짓된 사실을 내포한 것이 아니라면 보호되어야 하는 것이 원칙이지만, 사실에 대한 진술은 그것이 공적 사안에 관한 것으로서 진실에 부합된다는 증명을 통해 면책이 가능해지는 방식으로 보호될 수 있다는 것이다.<sup>77)</sup> Babycaust분쟁에서 독일연방헌법재판소가 주관적이고 개인적인 가치판단을 사실의 진술로 부적절하게 취급하였다는 비판이 존재한다.<sup>78)</sup>

#### 다. 불법낙태에서 ‘불법’의 의미

독일기본법 제5조에 의해 보장되는 의사표현의 자유는 표현된 의견이 극단적으로 보이더라도(여기서는 “Babycaust”) 자유민주주의에서 원칙적으로 용인될 수 있다. 법적 규제의 변경을 추구하거

77) 장영수, 앞의 글, 14-15면.

78) 원칙적으로 베이비코스트와 홀로코스트를 동일시하는 주관적 평가를 해석하려는 시도는 그 표현의 상대방에게도 또 진술하는 당사자의 의지도 뒤없는 결과를 낳는다. 개인적, 정치적, 이념적 고백을 터무니없는 ‘사실’의 진술로 만들어 버린다. 그러나 독일연방헌법재판소가 문자 그대로 사실의 주장으로서 해석한 것은 명백한 잘못이다. (Hochhuth, Schatten über der Meinungsfreiheit- Der „Babycaust“- Beschluss des BVerfG bricht mit der „Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“, NJW 2007, 192.)

나 제안하기 위해 그들에 대해 논쟁하는 것은 허용된다. 이것은 민주적 법치국가에 있어서도 필수적이다.<sup>79)</sup> Babycaust분쟁의 쟁점 중의 하나는 모든 낙태행위가 형사법적으로 처벌되지 않음에도 불구하고, 낙태시술을 중대한 범죄인 것처럼 진술한 부분이다. 독일은 헌법재판소의 결정과 개정된 독일형법에 따라 상담을 거친 임신중단결정에는 위법성이 없다. 따라서 “불법 낙태”라고 칭하는 경우는 해당 의사가 형법 제218a조를 벗어나 실제로 구체적 불법을 행하는 경우로 이해되어야 한다. 불법행위를 행하는 것이 아닌 의사들에게 홀로코스트와 비교하는 것은 근본적으로 용인할 수 없는 표현의 자유의 한계를 넘어서는 것으로 판단하였다. 합법적 낙태를 불법으로 칭하고 흉악한 범죄로 묘사함에 있어서, 여기에서 언급하는 낙태가 개정된 독일형법 제218a조에 따르면 (전혀) 구성요건 해당성이 없다는 것에 대해서는 설명되어 있지 않다. 그 외에도 전단지는 임신중단시술을 하지 않으면 산모의 신체 및 생명을 위협할 수 있는 위험이 존재하는 경우나 강간에 의한 임신의 낙태를 포함한다.<sup>80)</sup> 즉, 불법낙태에서 ‘불법’의 의미가 실정법상 처벌여부를 의미할 때 독일형법상 상담 후 낙태는 처벌되지 않으므로 불법이 아니다. 이 경우 ‘불법낙태’라는 표현은 진실 또는 허위사실을 증명할 수 있는 사실의 적시로 해석할 수 있다. 즉 진실에 부합되는 사실이 아니다.

반대로 불법이라는 용어가 일반적으로 하지 않아야 하는 좋지 않은 일로 해석된다면, 이는 가치판단을 포함한 의견의 진술로 볼 수 있다. 의견을 진술함에 있어서 상대방을 배려한 더 정중하고 예의 바른 용어와 표현에 대한 명확한 정의를 내리기도 어렵거니와, 그러한 표현을 요구할 수는 없다. 다만 극단적으로 과격한 표현과 모

79) Hochhuth, 앞의 글, 192면.

80) Seitz, 앞의 글, 3524면.

욕은 인격을 말살시키는 것이고 무엇이 해서는 안되는 명예훼손이고 모욕인지에 대한 경계는 명확히 설정할 필요가 있다.<sup>81)</sup>

독일정부는 의사들이 청구인들의 부정적 홍보 때문에 병원을 폐쇄하고 다른 진료소를 세워야 한다고 제출하였다. 홀로코스트와 아우슈비츠에 대한 언급으로 의사들의 정당한 활동을 나치의 독특한 범죄와 근접시키는 것은 그 한계를 넘어선다. 물론 청구인이 낙태 시술에 대하여 법으로 허용된다고 해도 도덕적으로 옳지 않다는 사실을 지적하고 싶었던 것일 수 있다. 그러나 그것이 홀로코스트에 대한 언급을 정당화할 수는 없다. 의견의 표명은 그 자체로서 거짓된 사실을 내포한 것이 아니라면 보호되어야 할 필요성이 높지만, 불법의 해석에 있어서 법적 기준과 사회적 비난가능성의 구별할 필요가 있다. 기본법은 법과 도덕을 분리한다. 예를 들어 모든 사람은 다른 사람들이 부도덕하거나 범죄라고 여길지라도 불법이 아닌 행위를 통해 돈을 벌 수 있다. 직업의 자유가 이를 보장한다. “표현의 자유 허용가능성이 의심되는 경우”라는 문구는 표현의 자유가 특별히 보호되는 정치적, 사회적 현상이나 제도에 대한 비판적 진술에 대한 억압이 없어야 한다는 것을 의미한다.<sup>82)</sup>

사회에서 오랜 논의 끝에 민주적으로 선출된 의회에서 통과된 법률에 근거한 낙태를 범죄 정부와 유대인학살을 실행한 것과 연관시키는 것을 정당화하기는 어렵다.<sup>83)</sup> 사실적시에 비해 의견의 진술이 더 두터운 보호를 받아야 하는 것은 합당하지만, 가치평가나 의견의 진술 역시 모두 보호되는 것은 아니고 그 한계를 설정해야 한다.

81) Seitz, 앞의 글, 3523면 이하.

82) BVerfGE 93,266,300 =NJW 1995, 3303.

83) Meyer-Ladewig·Wachtberg·Herbert Petzold, Verurteilung eines Abtreibungsgegners, NJW 2016, 1867, 1872.

## 5) 의사표현의 목적: 비방의 목적과 공익

명예훼손을 판단할 때 우리 법제는 출판물 또는 정보통신망을 이용할 경우 초과주관적 구성요건인 비방의 목적을 요구한다. 우리 대법원은 비방할 목적이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 당해 적시사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 표현 자체에 관한 제반사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정해야 한다고 판시하였다.<sup>84)</sup> 그러나 일반적인 경우 비방의 목적을 판단함에 있어서 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적이 부인된다고 하여, 비방할 목적을 판별기준으로 표현된 사실의 허위성 여부와 공익성 여부를 기준으로 적용한다.<sup>85)</sup> 공익이란 공공의 이익을 줄여놓은 표현으로 공익성이란 어떠한 행위가 공공의 이익을 위한다는 속성을 가지고 있는 경우를 말한다. 공공은 많은 사람을 의미하기는 하지만, 공익성은 반드시 국가나 사회 전체를 위한 것일 필요는 없고 특정 집단 구성원의 이익을 위한 것으로 볼 수 있다.<sup>86)</sup>

누군가 사회규범을 위반하는 행위를 하게 되면 사회적 비난이 가해지기 때문에 범죄행위를 포함한 사회규범의 위반행위가 있었다는 사실을 적시하게 되면 해당 인물의 사회적 평판은 저하된다. 이에 따라 우리 법체계에 따르면 사실적시 명예훼손이 성립될 수 있으나 이러한 사실적시는 기본적으로 공익성을 갖추고 있으므로 가별성의 범주에서 벗어나게 된다. 그러나 사회규범 위반과 이에 따

84) 대법 2002. 8. 23. 2000도329.

85) 대법 2004. 5. 14. 2003도5370.

86) 정혜옥, 명예훼손과 표현의 자유, 원광법학 제34권 제3호, 2018, 46-47면.

르는 사회적 비난과 관련한 내용의 진술은 공익적 목적이 쉽게 인정되지만, 어려운 점은 사회규범의 내용이 어떻게 형성되어야 하는가에 대한 사회구성원들의 생각이 일치하지 않는다는 것이다.<sup>87)</sup> 따라서 공익 목적이 있다면 비방할 목적이 부인되는 판단에 따르면, 본 글에서 논의하는 Babycaust 등의 표현이 다소 과격할지라도 낙태의 합법화에 대하여 태아의 생명보호를 위한 관심촉구의 공익 목적이 인정되어 명예훼손의 책임을 피할 수 있다. 그러나 의회 또는 헌법재판소 앞에서 일반적 낙태에 대한 의견 개진이 아닌, 낙태 시술을 하는 상대를 특정하여 반인류적 범죄인 홀로코스트와 동일시하여 언급한 것은 비방의 목적을 부인하기는 어렵다고 생각한다.

## 2. 표현의 자유 한계

### 1) 방법적 한계

낙태에 반대하는 자들은 임신중절행위를 시술하는 병원 앞에서 전단지를 가지고 시위하거나, 가까운 곳의 우체통 또는 차 앞에 전단지를 배포하였다. 이러한 행위는 처벌에 영향을 미치거나 미쳤지만 다른 이유들로 인해 가능한 훨씬 더 많은 생명을 구할 수 있다고 믿었다. 독일의 반낙태운동가들의 전단지 배포행위와 유사하게 미국 역시 낙태시술소 주변에서 반낙태운동을 벌이는 일들이 일어난다. 미국 메사추세츠주는 낙태찬성자들과 낙태반대자들 사이에 발생할 수 있는 충돌을 해결하기 위하여 2007년 생식의료서비스법(Reproductive Health Care Facilities Act)을 개정한 바 있다. 이에 따르면 낙태시술을 하는 곳의 출입구나 진입로에서 반경 35피트 내 공공도로 또는 인도에서 낙태시술소에 접근하는 여성들을 상대로

87) 정혜옥, 앞의 글, 49면.

낙태의 대안에 대한 정보를 제공하고 의사표현하는 것을 금지하였고 미연방대법원은 동 법을 표현의 자유 위반으로 위헌결정하였다.<sup>88)</sup> 전단지에 정확한 사실을 언급하였는지, 피해자를 특정하였는지 구체적 사실관계에 따라 판단한 독일의 사안에 비해, 미국은 일정 공간 내에서 표현행위 자체를 입법을 통해 금지함으로써 과도한 자유권의 제한으로 볼 수 있다. 첨예하게 대립하는 의견의 물리적 충돌을 방지하기 위한 목적이라도 일정 영역 내의 공공도로에서 사상의 전파를 막는 것은 기본권 제한을 최소화하는 다른 대안을 모색하지 않은 점에서 정당화되기 어렵다.<sup>89)</sup>

## 2) 내용적 한계

독일의 경우, 표현의 자유를 적극 보장하되 명예훼손적 표현이나 반민주적 표현, 그리고 유대인이나 외국인에 대한 적대적 표현들을 규제하여 표현의 자유의 순기능과 역기능을 조화시키고자 한다. 미국 수정헌법 제1조는 표현의 자유를, 독일 기본법 제1조는 인간의 존엄성을 규정하고 있다. 그리고 이것이 각 국가공동체에서 어떤 법익을 최우선의 가치로 삼고 있는지를 보여주는 것으로 해석한다. 표현의 자유가 민주국가에서 정치·사회질서의 중추신경에 해당하는 중요한 기본권임을 부인할 수 없지만, 독일기본법 제5조 제2항은 스스로 표현의 자유의 한계를 명시하고 인간의 존엄성과 표현의 자유 충돌시 인간의 존엄성을 우선적으로 고려해야 한다는 인식이

88) McCullen v. Coakley, 573 U.S. (2014) (No. 12-1168) (2014. 6. 26. 결정).

89) 관련 법에 따르면 낙태시술소 출입을 고의로 방해하는 사람에 대한 제재규정이 존재하고, 낙태하는 사람들에 대한 협박 또는 방해행위 역시 처벌규정이 존재한다. 메사추세츠 주는 이러한 협박 또는 방해행위의 입증에 어렵기 때문에 완충지대를 설정하여 낙태시술을 방해하는 자 또는 반낙태운동을 전개하려는 자의 표현을 막을 수 있다고 주장하였다.

지배하고 있다.<sup>90)</sup> 그렇다고 독일에서도 당연히 표현의 자유와 인격권에 대한 일반적인 서열이 존재한다고 볼 수 없다.

Lüth판결<sup>91)</sup>에 있어서 독일연방헌법재판소는 나치즘이나 공산주의, 그리고 반유대주의를 비판하는 표현은, 정부가 이러한 표현에 대해 긍정적 시각을 가지고 있는 한 어떠한 경우에도 절대적으로 보호될 수 있다는 메시지를 전하고 있다.<sup>92)</sup> 뤼트판결은 1958년 1월 15일 독일연방헌법재판소에서 표현의 자유에 대한 해석 및 사인에 의한 제한에 대해 이정표를 제시한 판결이다. 독일연방헌법재판소가 판단하길, 뤼트가 할란감독의 새 영화에 대한 보이콧 하는 것은 개인적 명예나 야망 또는 다른 개인적인 이익을 추구하기 위한 것이 아니다. 뤼트판결에 따르면 정치적으로 중요한 문제와 관련된 이슈는 개인적인 이익을 위한 표현이 아닌 한 과장하거나 대중을 동요시키더라도 가능하다. 독일연방헌법재판소가 민사법원의 부작위청구로부터 그를 보호한 이유이다.<sup>93)</sup> 뤼트판결이후, 대중에게 영향을 미치고 개인적 이익이 아닌 공적 담론을 위한 동기에서 제기되는 질문과 관련된 가치평가의 경우 “의심스러운 경우, 표현의 자유를 위한 것” 원칙이 적용된다.<sup>94)</sup> 그러나 이는 표현의 자유의 우위

90) 강승식, 독일 기본법상 표현의 자유 제한에 대한 비판적 고찰, 중앙법학 제7집 제2호, 2005. 8, 9면.

91) BVerfG 15.01.1958, 1- BvR 400/51(1950년 뤼트는 나치선전영화로 유명한 할란감독의 새 영화에 보이콧을 호소하였다. 할란은 나치정권에 적극 협력하여 여러 편의 유대인 박해영화를 제작한 감독이다. 할란의 새 영화는 무해하고 비정치적인 전쟁후 영화였음에도 불구하고, 이에 대한 보이콧을 받아들인 민사법원판결에 대해 할란은 헌법소원을 제기하였다. 법원은 표현의 자유에 대한 원칙으로서, 민법은 다른 법률에서 그 의견 자체를 금지하지 않거나 법률이 특정한 의견에 반하지 않고 법이 특정 의견에 관계없이 보호되어야 할 법적 이익을 보호하는 역할을 하는 경우, 일반법이 될 수도 있다고 판단하였다.)

92) 강승식, 앞의 글, 28면.

93) Hochhuth, 앞의 글, 194면.

94) Hochhuth, 앞의 글, 195면.

를 확인하였다기보다 독일의 역사적 경험과 반성에 비추어 나치즘이나 공산주의, 그리고 반유대주의를 찬양하는 신념과 이를 드러내는 행동에 강하게 반대하는 국가의 입장을 보여주는 것이라 생각된다. 나치선전부장 괴벨스가 유대인을 쥐나 해충으로 묘사한 이후로 독일인들은 인간을 동물로 묘사하거나 인간성 말살에 대하여 민감하다. 사실 독일법이 여러 가지 면에서 미국에 비하여 제한적인 것은 사실이다. 독일은 그들의 역사적 관점에 비추어 혐오표현을 범죄화하거나 규제하는 많은 법적 규정을 제정하였으며, 형법도 개인적 또는 집단적 명예훼손이나 모욕을 금지하고 있어 인간의 존엄과 가치 실현을 위해 표현의 자유가 제한되는 경우가 있다. 독일은 나치의 역사적 반성으로 인하여 인간의 존엄과 가치를 최우선으로 두고, 인종차별 또는 역사왜곡 등의 표현에 있어서는, 표현의 자유라는 명목 아래 보호하지 않는다는 기초를 띠는 것이다.

유럽인권재판소 역시 인종차별주의 또는 나치즘의 옹호, 종교적 차별, 유대인 대학살 존재를 부정하는 혐오표현은 보호하지 않는다. 2001년 9월 11일 수많은 희생자를 낸 미국에 대한 테러공격에 대하여 그 파괴행위를 고무하고 영웅시하는 만평을 사건 발생 이틀 뒤에 어느 잡지에 게재하였다가 제재를 받은 풍자만화가가 유럽인권재판소에 제소하였다. 유럽인권재판소는 2002년 래로이 대 프랑스 사건에서 그 그림은 예술의 자유 측면과 언론의 자유 측면에서 살펴봐도 대중의 폭력을 유발하는 표현으로 용인될 수 없다 판시하였다.<sup>95)</sup>

독일기본법 제5조 제1항은 표현의 자유를 허용하지만, 본조 제2항은 개인의 명예를 본 자유의 한계로 제시한다. 형법 제186조에

95) 김훈집·정태호, 앞의 글, 52면.



따르면 다른 사람을 비하할 수 있는 입증되지 않은 사실을 주장할 수 없다. 이러한 이유로 독일을 표현제한적 국가라고 평가하기도 하지만,<sup>96)</sup> 독일연방헌법재판소는 표현의 자유와 인격권 사이에 어느 기본권의 일반적 우위를 인정하지 않았다. Babycaust 판결의 연방헌법재판소의 주문도 그 판단대상에 대한 언급만 함으로써 유보적인 입장을 취하고 있다. 즉, 표현의 대상을 구체화하여 공공병원 주체에 대한 모욕을 인정하여 처벌한 것에 한해 위헌을 선언한다. 또한 의사에 대한 모욕적 표현을 멈춰줄 것을 요구하는 부작위청구를 받아들이지 않은 것은 인격권의 침해라고 판단하였다. 앞선 판단은 공공기관에 대한 비판으로 인한(그 표현이 과격하더라도) 모욕죄 처벌은 표현의 자유 침해라고 확인함으로써, 표현의 자유를 우위에 두는 결론을 보여주고, 후자의 판단은 지속적으로 인격권을 침해하는 행위에 대한 부작위청구는 받아들여야 한다는 입장을 취함으로써 인격권 침해를 막고자 한다. 따라서 독일연방헌법재판소는 구체적 사실관계 안에서 면밀한 검토와 형량 아래 결론을 내리되, 대중의 폭력을 유발하는 표현이거나 특정인을 겨냥한 인종차별적 표현, 역사왜곡 및 혐오표현은 표현의 자유로 보호받지 못한다.

#### IV. 결론

낙태가 논쟁적 이슈임은 분명하다. 의사가 본연의 업무인 (합법이 된) 낙태행위를 하는 것은 임신의 지속을 원치 않는 산모들의 이익과 직결된다. 이러한 의사의 진료행위에 대하여 집단학살에 비교

96) 조재현, 앞의 글, 135-136면.

하는 표현은 의사들의 인격에 대한 모욕이 된다. 각자의 가치관에 따른 다른 의견들을 자유롭게 공개하고 교환하는 것은 당연하고 또 필요하지만 표현의 자유와 인격권의 조화를 위해 그 한계를 지킬 필요는 있다. 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 우리 사회는 아직 낙태죄 개정안에 대한 논의 중이다. 이 글에서 살펴본 바와 같이 법률이 개정된다고 하더라도 각기 다른 가치관에 의한 의견은 얼마든지 충돌할 수 있다. 우리 사회도 태아의 생명보호 목소리와 일부 단체들의 낙태죄 전면폐지 주장이 공존한다. 민주사회에 있어 표현의 자유의 중요성이 더욱 주목받는 이유는 공권력에 대한 비판과 의견 개진을 통해 자기통치를 실현하는 수단이기 때문이다. 따라서 공공기관이나 국가권력작용 나아가 공적 인물에 대한 공적 사안에 대한 일반적 비판은 자유롭게 이루어져야 한다. 그러나 특정 개인이나 집단을 겨냥한 인격적 모욕은 표현의 자유라는 명목하게 무제한 보호받을 수 없다. 가장 표현촉진적 매체로 인정받는 인터넷의 발달로 그야말로 국민들은 시간과 공간의 구애없이 익명표현의 자유를 보장받으며 자유로운 사상의 시장을 형성하고 있다. 그러나 자유로운 사상의 시장에서 기대만큼 자정작용이 일어나고 있는지에 대해서는 회의적이다. 인간의 존엄과 가치를 실현하는 수단으로서 표현의 자유의 중요성을 인식한다면, 다양한 의견의 자유로운 표현의 중요성만큼 그 표현으로 인해 타인의 인격을 말살하는 것을 용인할 수는 없을 것이다. 표현의 자유를 충분히 인정하되 동시에 타인의 인격권 보호와 끊임없이 형량해야 하는 이유이다.

## 참 고 문 헌

### 1. 국내문헌

- 강승식, 독일기본법상 표현의 자유 제한에 대한 비판적 고찰, 중앙법학 제7집 제2호, 2005. 8.
- 김경호, 의견표현과 사실적 이분법에 따른 대법원의 표현의 자유 보호법리에 관한 연구, 언론과학연구 제8집 제1호, 한국지역언론학회, 2008.
- 김훈집·정태호, 유럽인권협약상의 언론매체의 표현의 자유와 명예훼손의 법리, 경희법학 제53권 제3호, 2018.
- 류부근, 명예훼손죄의 구성요건인 ‘사실’의 의미, 형사법연구 제27권 제4호, 2015.
- 박용상, 「명예훼손법」, 현암사, 2008.
- \_\_\_\_\_, 「표현의 자유」, 현암사, 2002.
- 박찬권, 헌법체계상 인격권과 표현의 자유의 규범적 위상 및 상호관계, 공법연구 제48권 제1호, 2019.
- 신 평, 판례에 나타난, 명예훼손 소송에 있어서의 의견과 사실의 이분론 세계헌법연구, 제9호, 2004.
- 이준일, 「헌법학강의」 제6판, 홍문사, 2015.
- 장영수, 의견보호의 법리와 의견의 범위, 언론중재, 2003 봄호, 통권 제86호.
- 정혜욱, 명예훼손과 표현의 자유, 원광법학 제34권 제3호, 2018.
- 조소영, 명예훼손 구성 등 인격권 관련 사안에 대한 하급심 판결의 분석, 헌법학연구 제19권 제1호, 2013. 3.
- 조재현, 표현의 자유와 인간의 존엄성에 관한 고찰-인격 발현적 가치와 인격 대응적 가치를 중심으로-, 공법학연구 제20권 제4호, 2019. 11.
- 지성우, 미래법적 관점에서 헌법상 표현의 자유의 쟁점, 미국헌법연구 제31권 제3호, 2020. 12.
- 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 제7판, 2017.
- 표현의 자유와 명예의 보호-한국, 독일과 미국에서의 명예훼손법리에 관한 헌법적 고찰과 비판을 겸하여, 저스티스 통권 제84호, 2005. 4.

허 영, 「한국헌법론」, 전정17판, 박영사, 2021.

## 2. 외국 판례 및 외국문헌

Hochhuth, Schatten über der Meinungsfreiheit- Der „Babycaust“- Beschluss des BVerfG bricht mit der „Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“, NJW 2007, 192.

Meyer-Ladewig·Wachtberg·Herbert Petzold, Verurteilung eines Abtreibungsgegners, NJW 2016, 1867.

Pieroth, 「Grundrechte Staatsrecht」 14. Aufl., C.F.Müller.

Seitz, Meinungsfundamentalismus- Von Babycaust und rechtswidrigen Abtreibungen, NJW 2003, 3523.

National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra, 585 U.S. \_ (2018), No. 16-1140.

McCullen v. Coakley, 573 U.S. (2014) No. 12-1168.

BVerfG, 15.1.1958, 1 BvR 400/51, Lüth.

BVerfG, 24.5.2006, 1 BvR 49/00 u.a. Babycaust.

EGMR, 26.4.1979, 6538/74, The Sunday Times v. the United Kingdom.

EGMR, 25.6.1992, 13778/88, Thorgeir Thorgeirson/Iceland.

EGMR, 16.6.2015, 64569/09, Delfi AS/Estonia.

EGMR, 13.1.2011-397/07, 2322/07, Hoffer u. Annen/Deutschland.

EGMR, 26.11.2015-3690/10, Annen/Deutschland.

EGMR, 20.9.2018-3682/10, 3687/10, 9765/10 und 70693/11, Annen/Deutschland 2.

<Zusammenfassung>

## **Abtreibung und Meinungsfreiheit** **- Fokus auf Babycast-Urteil in Deutschland -**

Jung Aeryung\*

Wie kann man Ärzten, die Abtreibungen vornehmen, klar machen, dass sie ein „scheußliches Verbrechen“ begehen, obwohl sie straffrei bleiben? In Deutschland wurden Flugblätter verteilt, auf die Abtreibungsärzte mit dem Holocaust verglich. In Deutschland ist eine Abtreibung nach der Beratung innerhalb 12. Schwangerwoche nicht mehr rechtswidrig. In dieser Abhandlung werden Urteile für Konflikte zwischen Meinungsfreiheit und Beleidigung eines Abtreibungsarztes vorgestellt.

Die Entscheidung, die rechtliche Regulierung aufgrund der Veränderung der Gesellschaft zu stärken oder zu schwächen, tritt ständig auf. In diesem Prozess sind freie Diskussionen, Kritik und Debatten erlaubt, und ist die Meinungsfreiheit in demokratischen Staaten wichtig. Aber die freie Debatten der verschiedenen Gedanken und Meinungen können auch den scheußlichen Angriff auf die Persönlichkeit anderer und das Hassgefühl gegen bestimmte Gruppen ohne Filter. Die Achtung auf Menschenwürde und Persönlichkeit ist das Endziel der Gewährleistung aller Grundrechte und der höchste Wert, den unsere Verfassung verfolgt. Der Schutz guten Rufes und der Privatsphäre, die die Grundlage für die Menschenwürde bilden, ist ebenso wichtig, wie die Meinungsfreiheit für die persönliche Entwicklung und die Beteiligung an sozialen Entscheidungen wichtig ist.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass die Äußerung als “Kinder Mord” und “Babycast” die Grenzen der Meinungsfreiheit

---

\* Sookmyung Women’s University

überschreitet. Die Freiheit der Meinungsäußerung wird ebenfalls durch die konkrete Abwägung mit anderen Rechtsinteressen garantiert. Das heißt, dass die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer verbunden. Die Reinfunktion und die Funktion der Meinungsfreiheit werden harmonisiert, indem sie diffamierende oder antidemokratische Ausdrücke und feindliche Ausdrücke gegenüber Juden oder Ausländern reguliert. Der EGMR entschied, dass Abtreibungen durch Ärzte nicht mit dem Holocaust verglichen werden dürften und dass die Umschreibung von Abtreibung als “Mord” nur dann zulässig ist, wenn klargestellt wird, dass es sich dabei um eine unjuristische Bewertung handelt.

**Stichwörter** : Abtreibung, Meinungsfreiheit, Schutz des guten Rufes, Beleidigung, Persönlichkeit, Babycast