

2005年 8月
博士學位論文

言論에 의한 名譽毀損에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

申 建 浩

言論에 의한 名譽毀損에 관한 研究

The Study on the Defamation of Character by the Press

2005 年 8 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

申 建 浩

言論에 의한 名譽毀損에 관한 研究

指導教授 文 正 珉

이 論文을 法學博士學位 申請論文으로 提出함.






2005年 4 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

申 建 浩

申建浩의 博士學位論文을 認准함

委員長	朝鮮大學校	名譽教授	吳再煥	
委員	全南大學校	教授	安銅準	
委員	朝鮮大學校	教授	朴容煥	
委員	朝鮮大學校	教授	柳全哲	
委員	朝鮮大學校	教授	文正琨	

2005 年 6 月 日

朝鮮大學校 大學院

目 次

Abstract

제 1 장 序 論	1
제 1 절 研究의 目的	1
제 2 절 研究의 範圍와 方法	4
제 2 장 言論과 名譽毀損	6
제 1 절 言論과 名譽毀損의 概念	6
1. 言論의 概念 및 沿革	6
가. 言論의 概念	6
나. 言論의 沿革	7
2. 名譽概念과 名譽毀損罪	12
가. 名譽概念	12
나. 名譽毀損罪	15
3. 言論의 自由와 名譽權	18
가. 言論의 自由와 名譽權의 對立	20
나. 言論自由와 名譽權의 相關關係	22
제 2 절 言論에 의한 名譽毀損의 類型	23
1. 表題에 의한 名譽毀損	24
2. 報道에 의한 名譽毀損	26
가. 事實報道에 의한 名譽毀損	27
나. 論評·解說에 의한 名譽毀損	35

다. 廣告에 의한 名譽毀損	37
라. 肖像權侵害	39
제 3 장 言論에 의한 名譽毀損의 法理	45
제 1 절 憲法上 言論의 自由와 名譽權	45
1. 兩權利의 衝突問題	45
가. 私生活의 秘密과 自由	45
나. 言論의 自由	46
다. 兩權利의 相衝關係	47
2. 國民의 알權利	47
가. 憲法的 根據	48
나. 알權利의 基本的 性格	49
다. 言論機關의 接近權	50
3. 우리 憲法上의 言論의 自由	51
가. 言論自由의 解釋	51
나. 憲法 第21條의 解釋	53
다. 出版의 自由	54
라. 電波媒體에 의한 報道의 自由	56
4. 言論의 自由와 名譽權의 關係	58
가. 뉴스의 基準	59
나. 虛僞事實報道와 名譽權	61
제 2 절 言論의 自由와 刑事責任의 限界	62
1. 名譽權을 保護하기 위한 刑法의 態度	63
2. 言論의 自由를 保護하기 위한 刑法의 態度	64
3. 錯誤에 의한 報道의 問題	66
가. 違法性阻却事由의 前提事實에 대한 錯誤說	66
나. 許容된 危險說	67

다. 第15條 第1項의 錯誤說	67
라. 小 結	67
제 3 절 言論關係法上 言論의 自由와 名譽權	69
1. 言論法制의 類型	69
가. 機能·內容에 따른 分類	70
나. 體制·構造에 의한 分類	71
2. 우리나라 言論法制	72
가. 우리나라 言論法制 實態	72
나. 우리나라 言論法制의 整備	73
제 4 절 디지털社會에서 言論의 自由와 名譽權	74
1. 디지털社會에서 名譽權	74
2. 現代社會와 言論自由의 構造變動	77
3. 言論自由의 價値	79
가. 既存 言論의 價値	79
나. 言論自由價値의 不變性	85
다. 言論自由와 基本權葛藤의 解決	86
제 4 장 外國의 言論自由와 名譽權	90
제 1 절 美 國	90
1. 名譽毀損의 法理	90
가. 虛僞의 事實摘示	91
나. 公 表	91
다. 自己同一視	92
라. 言論의 過失	92
마. 實質的 損害發生(actural injury)	92
바. 特權의 排除(lack of Privilege)	93

2. Actual Malice 法理	95
3. 公的 人物과 公的 利益에 관한 報道	97
가. 公的 人物	97
나. 制限的 公的 人物	99
다. 公共利益	100
4. 小 結	101
제 2 절 英 國	102
1. 名譽毀損行爲의 損害賠償責任	102
가. 名譽毀損으로 인한 不法行爲責任의 成立	102
나. 名譽毀損의 成立要件	105
2. 公共의 利益에 관련된 公正한 論評의 抗辯	108
가. 公共의 利益	108
나. 事實에 基礎한 意見表現	109
3. 名譽毀損에 대한 法的 救濟手段	110
가. 損害賠償	110
나. 名譽毀損訴訟에서의 損害賠償	114
4. 名譽毀損으로 인한 刑事責任	116
가. 名譽毀損罪의 由來	116
나. 名譽毀損罪의 要件과 抗辯	117
다. 名譽毀損罪의 處罰規定과 批判	118
제 3 절 獨 逸	119
1. 人格權	119
2. 人格領域論과 私生活侵害	121
가. 意 義	121
나. 人格領域의 區分	121
다. 人格領域에 대한 侵入	123
라. 私的 事項의 公開	125

3. 刑法 第193條에 따른 解決	126
가. 違法性阻却의 成立要素	126
나. 一般原則	126
4. 獨逸聯邦憲法裁判所 判例	127
가. 言論自由와 名譽保護	127
나. 交叉作用論	128
다. 가장 被害를 적게 주는 手段의 崩壞	129
라. 聯邦大法院의 聯邦憲法裁判所判決에의 拘束	129
제 4 절 日 本	130
1. 人格權	130
2. 反論報道請求權	130
3. 判例의 態度	131

제 5 장 言論에 의한 名譽毀損의 救濟 136

제 1 절 名譽毀損에 대한 刑事上 保護體系	136
1. 名譽毀損에 刑法上의 許容範圍	136
가. 言論報道的 眞實性 與否	137
나. 言論報道的 相當性 與否	137
다. 言論報道的 公共性 與否	150
2. 搜查機關의 發表와 그 報道에 대한 法的 責任	150
가. 無罪推定の 原則과 被疑事實公表罪	150
나. 發表 또는 報道的 禁止規定이 있는 境遇	151
다. 發表 또는 報道的 禁止規定이 없는 境遇	152
3. 裁判公開主義와 言論報道	154
가. 法廷報道的 許容限界	155
나. 名譽權 保護와 裁判의 非公開	156
다. 被告人의 身元에 관한 法廷報道	157

4. 名譽毀損罪	160
가. 名譽毀損罪	160
나. 刑法體系上 問題點	162
제 2 절 言論關係法에 의한 救濟	162
1. 訂正報道請求權	163
가. 訂正報道請求權의 意義와 法的 性質	163
나. 訂正報道請求權의 行使要件	164
다. 公的 資料에 의한 報道와 訂正報道請求權의 成立與否	164
2. 反論報道請求權	166
가. 意 義	166
나. 法的 根據	167
다. 要 件	167
3. 追後報道請求權	170
가. 意 義	170
나. 要 件	170
다. 行使方法	171
라. 公的 資料에 의한 報道와 追後報道請求權의 成立與否	171
4. 調 停	171
가. 調停權	171
나. 協 議	172
다. 證據調查權 및 決定權	174
라. 言論仲裁와 職權調停決定	175
4. 訴 訟	184
5. 是正勸告	184
6. 苦衷處理人	185
제 3 절 名譽毀損과 損害賠償	186
1. 損害賠償節次에 의한 救濟	187

가. 民法上 救濟	187
나. 事前救濟와 事後救濟	188
다. 訴訟에 갈음하는 紛爭解決方案	189
2. 損害賠償 請求	192
3. 損害賠償額	194
가. 損害賠償額의 意味	194
나. 損害賠償額의 算定	197
4. 名譽回復 處分	198
제 4 절 言論의 自律規程에 의한 救濟	201
1. 言論報道 및 倫理綱領	202
2. 放送審議에 관한 規程	204
가. 權利侵害 禁止	204
나. 放送의 倫理的 水準	206
제 6 장 言論에 의한 名譽毀損의 問題點과 改善方案	208
제 1 절 制裁上の 問題點과 改善方案	208
1. 言論의 自由와 名譽權의 問題	208
2. 立法의 問題	211
제 2 절 救濟上の 問題點과 改善方案	213
1. 損害賠償額의 問題	213
2. 確實性の 原則	215
3. 頻繁한 損害賠償訴訟에 따른 SLAPP의 導入問題	217
4. 訂定報道 및 反論報道, 追後報道的 問題	219
제 3 절 政策上の 問題와 改善方案	220
1. 活用性(實效性)의 問題	220

2. 言論의 自律과 倫理意識의 問題	222
3. 디지털社會에 맞는 言論의 自由	223
제 7 장 結 論	226
參考文獻	229

[Abstract]

A Study on the Defamation of Character by the Press

by Shin, Geon-ho

Advisor : Moon, Jeong-min. Ph. D.

Department of Law

Graduate School, Chosun University

As we know it very well today, Freedom of Speech is not only secured in the constitution law of most nations in the world, but also is declared even in the Universal Declaration of Human Rights in U.N. with the universal aspiration of Mankind. That is to say that the legal principle of Freedom of Speech means that the basic human rights is to be secured as the kind of the spiritual freedom in the nation as well as others. Of course, it is very important issue how we secure Freedom of Speech. This Freedom of Speech is getting competitive among Mass media as DMB(Digital Multimedia Broadcasting) is appeared and they are getting various. And these infinitive competitions in the press cause the mal functional problem such as the disturbance of a person's privacy with using Freedom of Speech.

Furthermore, there should be more cases that the people's privacy is getting more disturbed under the pretext of not only being not cleared between the people's privacy which is the very humble personal life and the public life but also being satisfied with the people's knowing as the people's life is becoming developed with the development of High Technology. In the modern IT society, Freedom of Speech is one of the means to come true the self realization(the

value of personality) which make the personnel characters through the personnel press activity. In addition, it has the special characters which has the dual characters such as the means that the members of the society as the democratic citizens keep the symbiosis and coexistence relationship with the basic theory of the equal respect and consideration, and participate in the political decision and then realize the self control(the social value).

In the Constitution of Republic Korea, they make a rule this “All Koreans are able to have Freedom of Speech and Freedom of Press” in Article 21, Paragraph 1, and it is secured for the public profit. They emphasize both Freedom of Speech and Responsibility of Speech simultaneously even in Paragraph 4, “Speech and Press should not intrude others’ reputations and rights, or the public morality and the social ethics. When Speech and Press intrude others’ reputations and rights, the victims are able to sue for indemnity about this damage.”

So, I have studied several cases about Defamation of Character by the mass media in this paper so as to provide the best solutions; make the fair and reasonable broadcast in order to let people know it through Mass media though there are co existing various classes in the society, and solve the matters of Defamation of character caused by the press during the time they have been doing the right function of the press. For those issues, I would like to suggest the disputed points such as the importance of this freedom of speech as well as the activities of defamation of character caused by mass media in Article 1, and try to make a thesis about the relationship between the press and the defamation of character in Article 2, in order to make a right thesis about the relationship of the personal rights which has a conflict with Freedom of Speech.

In Article 3, I would like to study about the different cases of the relationship between Freedom of Speech in Constitution and the personal rights first, and then, with these cases, consider it whether we are going to ask the criminal liability for the activity of defamation of character against Freedom of Speech and how much criminal liability we are going to ask. By Press Relations Act, we would like to study how they set up the relations between Freedom of Speech and the personal rights, and will consider how we will set them up in the future. Then, we will be seriously considering it how to make a thesis in 21st century so called the era of IT, and are going to make a right definition about the legal principles of Defamation of Character by Press.

In Article 4, we are going to study the cases of Defamation of Character by Press from other nations such as the United States, England, Germany and Japan.

In Article 5, we will look for the best ways to help about the activity of Defamation of Character by Press with such the method of the damage indemnity, Criminal Law and Media Relations Act.

We would like to suggest the issuing matters and the best ways to be improved after reviewing the thesis and the practical problems in Article 6.

In Article 7, we will finalize these theses and then suggest the several best schemes which will improve the cooperating relations both Freedom of Character and the personal rights without conflicting each other. First, we should find the secure scheme for Freedom of Speech which defines that they allow the exceptional cases additionally which include the cases of others' defamation of character considering it as the public benefits with the basic activity of allowance if it is true that the fact exposed by Press is true though it is Defamation of Character according to the criminal law Article 307.

Second, we should strengthen PAC's authority and will introduce the best schemes for PAC(Press Arbitration Commission) to induce the in order to adjust and solve the problems caused by Press before being sued for the personal rights at the court.

Third, there should be more studies about the various expressing methods which is the third person's point of view, not the pros and the cons about the issues.

Fourth, inducing the punishable compensational indemnity system, we ought to make the press broadcast all the things with sincerity. The more the personal rights is violated by Press, the more we make the amount of the compensational indemnity bigger and bigger, and it makes the press more serious when broadcasting the personal rights.

제 1 장 序 論

제 1 절 研究의 目的

오늘날 세계 대부분의 국가가 헌법에 언론의 자유를 보장하고 UN의 세계인권선언에서도 언론의 자유를 인류의 보편적 염원으로 선언하고 있다. 즉 언론자유는 법리는 정신적 자유의 일종으로 국내외적으로 인간의 근본적 권리로 보장되고 있다는 의미다. 통상적으로 언론의 자유를 보장하는 유형은 2가지로 분류한다.

그것은 영미형과 대륙형이다. 영미형은 다시 영국형과 미국형으로 분류되는데 영국형은 불문헌법국가이므로 언론의 보장은 관례를 통하여 보장하며 미국형은 언론 출판의 자유를 수정헌법 제1조에 보장 규정을 두고 구체적인 사건 발생시 위헌법률심사제를 통하여 보장한다. 대륙형은 헌법의 보장에 근거를 둔 실정법을 제정하여 언론의 자유를 보장한다. 그러나 언론의 자유의 보장은 무제한이 아니고 각국의 실정에 따라 개별적 구체적으로 제한한다. 언론자유는 보장에 대한 제한의 논의는 바로 언론 자유의 법적 통제 문제와 직결된다. 따라서 국가마다 언론자유 보장법익과 언론 자유의 법적 통제법익의 비교형량의 문제가 가장 큰 딜레마인 것이다. 언론자유는 보장과 언론자유에 대한 통제는 동전의 앞과 뒤로 비유되기도 한다. 어떻게 보면 인류의 역사는 자유와 통제의 투쟁이라고 해도 지나친 말은 아니다. 그래서 헤겔(Georg Hegel)은 역사란 자유의식의 진보과정이라고 규정하고 시버트(Fred Siebert)는 영국의 언론역사는 권위가 성하면 자유는 쇠하고 자유가 성하면 권위가 상대적으로 쇠하는 역관계에 있음을 보여주고 있다¹⁾고 설명하였으며 이러한 언론의 자유는 정신적 자유권의 중추적 핵심을 이루고 있으며 나아가 국민의 알권리와 액세스권 등에 선행하는 이론적 기초가 된다.

그러므로 에머슨(T. I. Emerson)은 언론자유 보장에 대한 법적 보호를 부여한 사회의 가치를 개인의 자기목표달성(individual self-fulfillment)을 확실히 하기 위해서 필요하고 지식을 연구하고 진리발견의 수단으로서 필요하며 정치적인 것을 포함한

1) Fred Siebert, Freedom of the Press in England 1476-1776, University of Illinois Press, 1952.

사회적 정책결정(social decision-making)에 사회전체구성원의 참가를 확보하는 방법으로 필요하며 사회에 있어서 필요한 여론을 형성하는 방법으로 필요한 요인이라고 하였다.²⁾ 이처럼 언론의 자유가 아무리 중요하다 하더라도 그 자유가 타인의 법익을 침해하지 않는 범위내에서 자유를 의미하는 것이다. 그러므로 밀(John Stuart Mill)은 자유의 한계에 언급하여 “자유라는 것은 다른 사람들의 자유를 제한 또는 억제하지 않으면서 다른 사람들의 자유를 추구하는 것을 방해하지 아니하면서, 자기의사에 맞게 행동하는 것이다.”라고 주장했다.³⁾

이러한 언론의 자유는 이동멀티미디어방송(DMB/Digital Multimedia Broadcasting)⁴⁾등 새로운 언론매체의 출현과 함께 다양화 되어감에 따라 언론매체간 경쟁이 심화되고 언론매체간의 무한경쟁은 언론의 자유를 이용한 개인의 인격권 침해라는 또 다른 부작용을 야기하고 있다. 특히 이주노동자나 성적 소수자·미성년자와 같은 사회취약계층의 인격권은 여전히 사각지대라고 할 수 있다.⁵⁾

더군다나 국민들의 생활도 첨단기술의 발달과 함께 다양화 되어가면서 국민 개인의 생활이 사적인 생활과 공적인 생활의 한계가 불분명해지고 국민의 알권리를 충족시켜야 한다는 명목 하에 언론에 의하여 국민 개인사생활의 비밀이 침해되는 사례가 늘어나고 있다.⁶⁾ 이처럼 언론에 의한 개인의 인격권 침해가 늘어나면서 대통령

2) Thomas I. Emerson, Toward A General Theory of the First Amendment, Random House, 1966, pp.4-8; John Milton, A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to Parliament of England, 1644, Everymans Library, 1927, pp.23-38; John Stuart Mill, on Liberty, Representative Government, The Subjection of Women, Oxford University Press, 1954, pp.23-24; T. I. Emerson, The System of Freedom of Expression, Random House, 1970, p.6.

3) John Stuart Mill, Ibid.

4) Digital Multimedia Broadcasting: DMB(디지털멀티미디어방송)는 음성·영상 등 다양한 멀티미디어 신호를 디지털 방식으로 변조, 고정 또는 휴대용·차량용 수신기에 제공하는 방송서비스로, '손 안의 TV'라 불린다. 디지털 라디오용 기술인 DAB(Digital Audio Broadcasting)에 바탕을 두고 있으며, 여기에 멀티미디어 방송 개념이 추가되어 동영상과 날씨·뉴스·위치 등 데이터 정보를 추가로 보낼 수 있는 서비스이다. 이동 중에도 개인휴대 단말기나 차량용 단말기를 통해 CD·DVD급의 고음질·고화질 방송을 즐길 수 있어 차세대 방송으로 주목받고 있다. 한편 2004년 3월 DMB과 데이터방송 등 새로운 방송서비스 도입을 규정한 방송법 개정안이 국회를 통과하여 DMB사업을 위한 법적 근거가 마련되었다. 지상파DMB와 위성DMB 두 종류가 있다

5) 최영복, “언론보도와 미성년자의 인격권” 「인론중재」, 2004. 여름호, p.80.

6) 언론중재위원회는 2004년 한 해 동안 759건의 중재신청사건을 접수해 처리했다. 이 가운데 취하된 것이 255건으로 집계됐고 기각 13건, 중재결정 68건, 합의 283건, 중재 불성립 결정

등 고위공직자들도 언론에 대한 기존의 관용에서 벗어나 언론에 의해 명예가 훼손되었을 경우 적극적으로 대응하면서 언론에 의한 명예훼손의 문제를 어떻게 해결하여야 할 것인가의 문제가 대두되었다.

현대 정보화 사회에 있어서 언론의 자유는 개인이 언론활동을 통하여 자신의 인격을 형성하는 자아실현(개인적 가치)의 수단일 뿐만 아니라 민주시민이라고 하는 사회구성원으로서 평등한 배려와 존중을 기본원리로 공생·공존관계를 유지하고 정치적 의사결정에 참여하는 자기통치(사회적 가치)를 실현하는 수단⁷⁾이라는 이중적 성격을 지닌다는 점에 특징이 있다.⁸⁾

이러한 언론에 의한 개인의 명예권 침해행위가 사회적인 문제로 대두되기 시작한 것은 1980년 12월 31일 언론기본법⁹⁾이 제정되면서 언론중재위원회가 창설되고 이에 따라 언론에 의한 명예권 침해행위에 대한 규제문제가 검토되기 시작하여 언론의 활동이 활발해진 1990년대 접어들면서부터 언론에 의한 인격권 침해행위에 대한 소송도 급격히 증가하였다.¹⁰⁾

우리나라 헌법도 이문제에 관하여 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론 출판의 자유와 집회 결사의 자유를 가진다.”라고 규정하여 공공적 이익을 보장하고 있고, 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”라고 규정하여 언론의 자유와 책임을 동시에 강조하고 있다.

사회 내에 공존하는 여러 이해계층의 다양한 의견이 매스미디어를 통해서 표출되고 전파될 수 있도록 공정하고 합리적 보도를 가능케 하는¹¹⁾ 한편 이러한 언론의 순기능 수행 중에 발생하는 언론에 의한 명예훼손의 문제를 어떻게 해결하여야 할 것인가를 언론에 의한 명예훼손 사례를 중심으로 검토하여 그 대안을 제시하고자 한다.

140건, 등으로 나타났으며, 신청사건의 중재처리결과별 피해구제 보도율은 합의가 96.8%, 중재결정 70.6%, 중재불성립결정 8.6%, 취하 58%로 전체 피해구제보도율이 63.8%에 이르렀다. 언론중재위원회 2004년도 연차보고서, 언론중재위원회, 2004. p.67이하

7) 헌법재판소, 1999. 6. 24. 97헌마265 기각.

8) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005. p.465; 성낙인, 「2005 헌법학」, 법문사, 2005, p.382.

9) 언론기본법은 1980. 12. 31. 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3977호로 폐지되었다.

10) 장호순, “최근의 언론보도 피해양상과 구제현황”, 언론중재토론회 자료, 2004. p.1

11) 허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2005, p.664.

제 2 절 研究의 範圍와 方法

매스미디어에 의한 언론의 자유는 강한 공적인 기능을 가지고 있음에도 불구하고 언론기업의 독과점 현상과 언론기업간의 과당경쟁 등에 의하여 명예를 훼손하는 보도들이 늘어나고 있다.

이러한 우리 사회의 현상을 정확하게 파악하고 그 대책을 제시하기 위하여 제1장 서론에서는 이러한 언론자유와 중요성과 함께 이와 더불어 발생하는 언론에 의한 명예훼손행위의 문제 등 쟁점사항을 제시하고 제2장에서는 명예권의 본질 및 언론자유와 의의와 명예훼손의 개념, 명예훼손이 발생하고 있는 원인과 유형을 살펴보았다.

제3장에서는 개인의 명예권을 보호하는 것과 언론의 자유는 민주국가에 있어서 2개의 기본적인 권리로서 함께 보장되어야 한다. 그러나 이들 가치는 비밀과 공개라는 상이한 행태에 의해 실현되기 때문에 서로 충돌될 수 있다. 이와 같이 개인의 명예권과 언론의 자유 사이에는 이른바 기본권의 상충관계를 검토하기 위하여 헌법상 언론의 자유와 명예권의 관계를 설정하고 언론의 자유로 인한 명예훼손행위에 대한 형사책임의 한계를 어느 정도까지 설정하여야만 이러한 상충관계를 가장 합리적으로 해결할 수 있는지 등을 살펴보고, 언론관계법에서는 이러한 상충관계의 문제를 어떻게 설정하여 해결하려고 하는지 등에 대한 이론적 검토를 통해 디지털 사회에서는 언론의 자유와 명예권의 상충관계를 어떻게 설정하여 나아가야 할 것인지를 검토하여 보았다. 제4장에서는 지금까지 도출되었던 문제점 언론의 자유와 명예권간의 상충관계를 어떻게 해결하여 나아가고 있는지 등을 미국·영국·독일·일본의 사례와 이론 등을 통하여 살펴보았다.

제5장에서는 언론의 보도 등으로 인하여 개인의 인격권인 명예권이 침해되었을 경우 형사법에서는 어떻게 대응하고 있고 2005년 1월 27일 제정된 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 등에서는 어떠한 구제방법을 두고 있는지, 그 외에 손해배상방법에 의한 구제방법은 어떤지에 대하여 검토하여 보았고, 제6장에서는 이러한 제도들이 어떠한 문제점을 안고 있으며 그에 대한 해결책은 무엇인지를 살펴보고 제7장에 처음 제시하였던 쟁점사항들에 대한 해결방안을 요약하여 제시하였다.

한편 본 연구를 위하여 언론에 의한 명예훼손행위와 관련된 국내외의 문헌, 관련

법률과 그 내용, 나아가서는 사회적 현실과 연구자의 언론현장 경험에 대한 면밀한 분석을 기초로 하였다. 그러나 본 연구의 특수성에 비추어 문제해결을 위한 접근방법은 법해석학적 방법에 의하였다.

제 2 장 言論과 名譽毀損

제 1 절 言論과 名譽毀損의 概念

1. 言論의 概念 및 沿革

가. 言論의 概念

언론은 사전적 의미로 말이나 글로 자기의 사상을 발표하는 일, 또는 그 말이나 글이라 표현된다. 즉 언론은 크게 보면 의사소통의 경로 혹은 그 담당자를 의미한다. 말을 하고 글을 쓰고 심지어 손짓 발짓까지 자신의 의사를 타인에게 전달하는 모든 과정이 의사소통의 경로가 된다. 하지만 이러한 언론의 정의는 너무나 광범위하고 막연하다. 그렇다면 좀 더 구체적으로 언론이란 무엇일까? 좁은 의미로서 언론이란 대중매체라 해도 과언이 아니다. 즉 특정 매체가 불특정 다수에게 내용(message)을 전달하는 과정, 혹은 그 담당매체를 우리는 언론이라 부른다. 여기서 중요한 것은 불특정 다수 혹은 대중(mass)이라는 객체와 그 과정 혹은 담당매체이다.

또 방송에 대해서는 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것으로서 텔레비전방송·라디오방송·데이터방송·이동멀티미디어방송 등을 말한다.¹²⁾

방송법 제5조 제1항은 “방송은 인간의 존엄과 가치 및 민주적 기본질서를 존중하여야 한다.” 또 동조 제3항에서는 “방송은 타인의 명예를 훼손하거나 권리를 침해하여서는 아니 된다.”고 명예훼손행위나 권리침해의 금지를 선언하고 있다. 동법 제4항과 제5항은 “범죄와 부도덕한 행위나 사행심을 조장해서는 안 되며 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 선도에 나쁜 영향을 끼치는 음란·퇴폐행위를 조장해서는 안 된다.”는 등으로 방송의 공적 책임을 규정하고 있다. 2004년 3월 22일 방송법이 일부 개정되면서 방송과 통신 융합서비스인 이동멀티미디어방송(DMB)과 데이터방송을 방송의 범주에 포함시키면서 우리나라도 본격적인 이동멀티미디어방송시대를 맞이하게

12) 방송법 제2조 제1호.

되어 언론은 다양성과 함께 최첨단시대를 맞이하고 있다.

나. 言論의 沿革

21세기 한국 언론¹³⁾은 양적 팽창을 계속하고 있으나 방송과 통신의 융합시대를 맞아 통신이 방송의 영역을 침범해 지상파방송과 신문시장은 날이 갈수록 위축되고 있다. 그러나 한국의 언론은 1883년 10월 한국 최초의 근대신문인 한성순보가 창간되고 1896년에는 최초의 민간지라고 할 수 있는 독립신문이 창간되는 등의 근대 언론이 싹트기 시작했다. 1950년대의 언론은 정권에 대한 비판을 할 경우 반공법에 위반된다는 이유로 무기한 정간이나 폐간되는 악순환¹⁴⁾을 겪었다. 1950년대의 방송은 국영제도를 유지하다가 1954년 최초의 민간방송인 기독교방송이 탄생했고, 1959년에는 최초의 상업방송인 부산방송이 전파를 발사했다. 이어 1956년에는 텔레비전방송이 도입되는 등 4.19혁명이후 언론자유가 크게 확대되어 일간신문의 경우 그 수가 4.19전 41종에서 이후에는 112개로 크게 늘었다.

1960년대 들어서는 방송의 개국이 활발히 이뤄졌는데 1961년 문화방송, 1963년 동아방송, 1964년 라디오 서울(후에 동양방송) 등 상업방송이 문을 열었다. 또한 1961년에 KBS, 1964년에 TBC, 1969년에는 MBC TV가 개국해 본격적인 텔레비전 시대를 열었다. 방송국이 개국되자 정부는 모든 언론의 통제를 위하여 언론기본법을 제정하여 언론에 대한 통제를 시작하였으며, 언론기본법이 폐지된 1987년부터 새로운 신문의 창간이 줄을 이었고, 방송분야 역시 1991년 서울방송(SBS)에 이어 1995년에는 KBC광주방송을 비롯한 지역 민영방송과 케이블방송의 출범으로 방송채널이 크게 늘어났다.¹⁵⁾ 2002년에는 100개 채널 이상을 방송하는 스카이라이프가 이끄는 위성TV가 개국하면서 본격적으로 위성 TV방송시대를 열었다. 또한 1980년대 후반부터 시작된 PC통신에 이어 1990년대 초 보급된 인터넷에 의하여 새로운 인터넷 신문이 창간되었고, 지금은 과반수에 가까운 국민들이 인터넷 신문을 이용하여 정보를 취득하는, 즉 알권리를 행사하고 있어 이 분야도 언론의 범주에 포함시키기에 이르렀다.

우리나라의 언론은 1980년대 초 군부독재정권의 보도지침에 의한 정부의 강력한

13) 2005년 6월 현재, 서울 일간지: 10개사, 지방 일간지: 32개사, 경제지: 7개사, 영자신문: 2개사, 인터넷신문: 13개사.

14) 1955년 3월 동아일보 무기정간, 1959년 4월 경향신문 폐간.

15) 강상현, 박주하 등 「현대사회와 매스커뮤니케이션」, 한울아카데미, 2004, pp.75-79.

통제로 언론은 사회 각계각층의 의견이 언론매체를 통하여 표출될 수 있도록 공정하고 합리적인 보도를 하지 못하고 정부의 홍보지로 전락하였다가 1980년대 후반 이후 정부에 의한 통제가 완화되면서 언론으로서의 역할을 어느 정도 수행하게 되었다. 이어 문민정부 하에서는 언론이 국가의 통제로부터 벗어나 상당한 자유를 누렸고, 국민의 정부와 참여정부에서는 국가와 언론이 다양한 쟁점을 둘러싸고 팽팽한 긴장관계를 유지하기도 했다. 이 때 국가는 언론의 세무조사를 통해 탈세액을 추징하고, 대통령이나 정부관료 스스로가 명예훼손과 같은 법적 소송 등을 통해 언론에 적극적인 대응으로 일관하는 모습을 보이고 있다.

(1) 80年代의 言論

5공 정권은(1980~1988) 집권과 더불어 언론사 통폐합과 언론인 해직 등을 통해 언론이 정부에 유리하게 작용하는 권언유착 관계를 형성해 갔다. 1980년대 초 언론 통폐합에서 신문의 경우 서울은 6개 일간지로 그리고 지방의 경우에는 1도 1사 체제로 축소하고 방송은 KBS와 TBC(동양방송), 라디오방송 등 민간상업방송을 통합했으며 MBC는 서울에서 지방사의 주식 51%를 보유, 지방사를 계열사화 하기도 했다. 이 같은 통폐합으로 언론의 자본규모가 1980년에 비해 1986년에는 약 7배로 늘어났다.¹⁶⁾ 광고매출액의 경우에는 1981년에서 1988년까지 매년 평균 약 15%씩 성장했다.¹⁷⁾

6공화국 시기(1988~1993)에는 5공화국 시절 정부의 언론통제의 기본법이라고 할 수 있는 언론기본법을 폐지하고 정기간행물등록에 관한 법률과 방송법을 제정 대체 시킴으로써 언론사의 설립이 자유로워졌으며, 그 동안 통제되었던 종교방송사도 뉴스 보도를 할 수 있게 되었다. 그 동안 언론에 대한 통제수단이었던 언론기본법이 폐지되면서 신문사는 30여개에서 1년 사이에 63개사로 급증하였다. 그러나 6공화국정부도 언론기본법의 대체로 제정된 “정기 간행물 등록에 관한 법률”에서 신문사 설립에 대한 엄격한 시설기준과 자의적인 등록취소 조항 등을 통해 언론의 자유를 통제하고 방송은 정부쪽 사람으로만 구성된 방송위원회(방송위원 12명 중 10명)로 하여금 방송 업무를 규제하도록 하였다.

16) 이진로, “1980년대 한국신문산업에 대한 연구”, 서울대학교 대학원, 석사학위논문, 1998. p.6.

17) 한국언론 2000년 위원회, “한국언론의 좌표”, 관훈클럽 발표자료, 2000, p.41.

(2) 1990-2000年代 言論

문민정부시기(1993~1998)는 언론에 대한 통제가 약화되면서 전반기에는 정부의 개혁정책에 대한 시민과 언론의 지지를 받았다. 그러나 후반기 들어 언론의 늘어난 정부 비판보도에 대해 정부는 비공식 차원에서의 적극적인 대응이 잦아들면서 언론과의 갈등이 심화되었다. 시민의 입장에서조차 초기에 언론에 부여된 자유가 시민의 알 권리와 일치한다고 보았으나 점차 언론 자체의 권력 향유로 기울인다는 인식 속에서 언론의 권력화에 대한 문제를 제기하고¹⁸⁾ 집권 말기의 차기 대통령선거 과정에 대한 일부 신문의 개입이 두드러지면서 언론개혁에 대한 공감대를 확산시켰다.

국민의 정부(1998~2002)는 출범 당시부터 대선과정에서 비롯된 일부 언론과의 갈등으로 언론에 대해 비판적 입장을 지니고 있었다. 또 시민단체의 언론에 대한 부정적 인식과 언론개혁 주장이 제기되자 국민의 정부는 언론사에 대한 대대적인 세무조사를 통해 일부 신문에 상당한 금액의 추정금을 부과하였다. 이에 대해 해당 신문은 정부의 조치에 대해 강력한 반대 입장을 보였다. 이후 정부의 정책 실패와 부정부패 혐의를 적극적으로 보도해 언론과 정부가 대립의 각을 세웠다. 이 시기에 자본과 언론 사이의 갈등은 정부와의 갈등에 비해 두드러지지 않았는데, 이는 언론의 자본에 대한 적극적인 문제제기가 이루어지지 않으면서 자본 역시 언론에 대한 별다른 대응의 필요성이 없었기 때문이라고 할 수 있다¹⁹⁾.

참여정부 들어서는 언론의 잘못된 보도에 대해서는 과감하게 명예훼손 소송을 하거나 언론중재위원회에 중재를 요청하고 있으며, 특히 특정 언론과의 끝임 없는 갈등을 빚고 있는 행태를 보이고 있다. 그러나 정보의 발달로 시민 중심의 미디어인 인터넷의 등장은 향후 지속적인 주목을 요하고 있다.²⁰⁾ 인터넷은 기존 언론의 정부, 자본

18) 피에르 부르디외(Pierre Bourdieu)의 이론으로 언론사 운영의 배경으로 이익단체들과 네트워크를 형성, 다양한 사업에 영향력을 행사하고 경우에 따라서는 불응집단에 대해서는 보복할 수 있는 점에서 권력자본의 축적이 가능하며, 이것이 언론권력을 형성해 공정한 시장 질서를 이탈하고 무시하도록 만든다는 것.

19) 안상운은 언론사의 관행화된 내부검열로 인해 정치권력이나 재벌 등 광고주, 그리고 사주 중 특수 이해집단에 의해 정보가 차단되거나 왜곡·변형되고, 그 과정에서 편집자와 기자들이 점차 수동화 되어 조직 내의 관료적 구조가 만들어내는 준거 틀에 의해 움직여진다는 언론의 자유가 시민의 관심사항과 거리가 멀어짐을 지적하였다(안상운, “대통령의 언론 소송 피해구제인가 언론탄압인가”, 언론인권센터 발표자료, 2003. 8.).

과의 유착을 통한 언론통제를 무력화시키는 점에서 언론구조를 변화시키는 요인으로 크게 작용하고 있다.

(3) 言論의 法的 規制

우리나라 언론은 80년대 언론기본법이 언론 탄압의 요소가 많다는 주장에 따라 1987년 11월 언론에 관한 법률 및 방송법이 탄생하게 되었다. 우리나라 언론역사상 명예훼손에 관한 법률규정은 1907년 7월 법률 제1호로 공포되고 1952년 3월 19일 폐지된 ‘광무신문지법’²¹⁾ 제15조에서 최초로 다뤄졌다. 이법에 따르면 “사람을 비하하기 위하여 허위의 사항을 기재하지 못한다.”라 규정하고 있다. 동법 제33조에서는 “제15조에 위반한 경우에는 형법조언률에 의하여 처단하되 피해자 또는 관계자의 고소를 기다려 그 죄를 논한다.”라고 하였다. 그 후 1963년 12월 16일 법률 제 1535 호로 제정된 방송법 제2조에서도 방송국은 방송에 의하여 권리를 침해받았다고 주장하는 자나 그 이해관계인으로부터 정정보도의 요구를 받은 때에는 그 방송이 사실과 다르다고 판명되면 정정보도를 하도록 규정했다. 1964년 8월 5일 법률 제1652호로 제정 공포되었으나 악법이라는 이유로 시행이 보류되었다가 언론기본법 제정 때 폐지된 언론윤리위원회법 제3조 제2항 제8호에서도 타인의 명예나 사생활의 비밀보장에 관한 규정을 두었다.

1980년 공포되었다가 1987년 11월 28일 폐지된 언론기본법 제3조 제3항을 보면 “언론은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 1980년 언론기본법이 제정되었는데 동법 제49조에서 정정보도청구권을 신설함으로써 선진국의 반론권제도를 일부나마 도입하였다. 이와 더불어 정정보도청구권의 조정을 위하여 언론중재제도를 신설한 것이다. 언론에 의한 명예훼손에 있어 판례는 최근 명예훼손의 면책사유와 관련한 신문사의 주의의무까지 직접

20) 인터넷의 빠른 증가 추세가 지속된다면 한국의 신문과 방송은 심각한 도전에 직면하게 된다고 지적(한국언론 2000년 위원회, 전계자료, p.25).

21) 1907년 7월 법률 제5호로 공포된 뒤 2차례에 걸쳐 개정됐으며 1908년 총 41조로 구성된 한국 최초의 성문법이다. 이 법은 신문, 잡지 통신 등의 언론탄압에 만능의 통제역할을 다할 수 있었고 대한제국, 일제식민지시대, 미군정시대, 이승만 정권초기인 1952년까지 무려 45년대에 걸쳐 언론탄압의 수단으로 악용되어 왔다(김영선, 「한국의 정치권력과 언론정책」, 전예원, 1995, pp.47-48)..

거론하고 있다.²²⁾ 1987년 11월 28일 제정 공포된 법률 제3979호 “정기간행물의 등록 등에 관한 법률” 제16조 제1항과 제3항²³⁾ 및 1987년 11월 28일 법률 제3978호로 제정된 방송법 제41조 제1항 및 제3항²⁴⁾에서 반론보도청구권제도를 규정하고 하고 있다.²⁵⁾ 동법 제4조 제1항 및 제3항²⁶⁾에서는 명예권에 관하여 규정하고 있다. 특히 2004년도에는 각 개별법에 분산 규정하고 있던 언론피해구제제도를 통일적으로 규율한 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률”이 국회에 상정되어 2005년 1월 1일 통과되어 2005년 7월 1일부터 시행될 예정이다.

언론은 국가와 사회 그리고 개인생활의 분야에까지 영향력을 미쳐 국민의 의식과 여론을 주도하는 중요한 위치에 있다. 언론관련법은 바로 이러한 취지에 따라 언론의 자유를 보장하고 언론의 공적 기능을 보장하기 위해 제정된 것이다. 언론법의 기본은 ‘국민의 표현의 자유와 알 권리를 보호하고 여론형성에 관한 언론의 공적 기능을 보장함으로써 인간의 존엄과 가치를 존중하고 공공복리의 실현에 기여함을 목적으로 한다.’고 규정하여 입법 취지를 명확히 밝히고 있다. 또 “언론은 인간의 존엄과 가치

22) 대법원, 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결.

23) 제16조(정정보도청구권) ① 정기간행물에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자는 그 공표가 이루어진 날로부터 일간신문 또는 통신의 경우에는 14일 이내에 그 밖의 정기간행물의 경우에는 1월 이내에 서면으로 발행인이나 편집인에게 정정보도의 게재를 청구할 수 있다. ③ 발행인 또는 편집인이 정정보도 게재청구를 받은 때에는 지체없이 피해자 또는 그 대리인과 정정보도의 내용 크기 등에 관하여 협의한 후 일간신문과 주1회 이상 발행하는 정기간행물 및 통신은 요구를 받은 날로부터 9일 이내에 같은 정기간행물에 그 밖의 정기간행물은 편집이 완료되지 않은 다음 발행호에 이를 무료로 게재하여야 한다. 다만 피해자가 정정보도청구권의 행사에 상당한 이익을 갖지 않는 경우나 청구된 정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우 또는 상업적인 광고만을 목적으로 하는 경우에는 이의 게재를 거부할 수 있다.

24) 제41조 (정정보도청구권) ①방송에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자는 그 공표가 이루어진 후 14일 이내에 서면으로 방송국의 장이나 편성책임자에게 정정보도의 방송을 청구할 수 있다. ③방송국의 장 또는 편성책임자는 정정보도청구권을 받은 때에는 지체없이 피해자 또는 대리인과 정정보도의 내용 등에 관하여 협의한 후 이를 무료로 방송하여야 한다. 다만 피해자가 정정보도 청구권의 행사에 상당한 이익을 갖지 아니하는 경우나 청구된 정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우 또는 상업적인 광고만을 목적으로 하는 경우에는 이의 방송을 거부할 수 있다.

25) 방송법에서 반론보도청구권은 1987. 11. 28. 제정시 제41조에 규정하여 1995. 12. 30. 일부 개정하였다가 2000. 1. 12. 폐지 제정하면서 제91조에 다시 규정하였다가 2005. 1. 27. 언론중재 및 피해자 구제 등에 관한 법률에 통합되면서 방송법에서는 삭제되었다.

26) 제4조 (방송의 공적 책임)① 방송은 인간의 존엄과 가치 및 민주적 기본질서를 존중하여야 한다. ③ 방송은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 아니된다.

및 민주적 기본질서를 존중하여야 한다.”고 하여 언론의 공적 책임을 규정하고 있으며 “언론은 공익사항에 관하여 취재·보도·평가 기타의 방법으로 민주적 여론형성에 기여함으로써 그 공적 임무를 수행한다.”고 했다. 또한 “언론은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.”고 규정했으며 “언론은 폭력행위 등 공공질서를 문란케 하는 위법행위를 고무·찬양하여서는 아니된다”고 명시하고 있다. 언론의 공공성과 신뢰도를 높이기 위하여 언론 관련법들은 언론인의 윤리에 관해서도 규정하고 있는데 언론인은 이익을 대변한다. 언론인은 그 사무수행과 관련하여 사익을 도모할 수 없다고 규정하고 있다. 특히 방송의 공공성을 규정하여 공정하고 객관적인 보도로 방송은 국민의 윤리적·정서적 감정을 존중하여야 하며 사회정의의 전파, 국민의 기본권 옹호 및 국제친선의 증진에 기여하여야 한다고 강조하고 있다.

2. 名譽概念과 名譽毀損罪

가. 名譽概念

게르만인은 명예를 도덕의 근본가치로 여기고 또한 틀가치(Rahmenwert)로 인정하고 있다.²⁷⁾ 그들은 명예를 인격적 명예감정의 의미로 이해하면서 명예의 주관적 측면을 중시하였다. 이에 반하여 로마인에게 가장 중요한 것은 체면(dignitas)과 고결(honestum)이다. 두 개념은 모두 명예를 말하고 특히 체면보다 위에 있는 인생목표는 없다고 한다.²⁸⁾ 로마법의 injuria는 명예의 객관적 관점에서 법적·도덕적 생활에서의 인격침해를 중시하였다.²⁹⁾

이에 반하여 한국이나 중국 등에서는 명예를 형식적·집단적 관점에서 파악하고 있다. 한 개인의 명예보다 가문의 명예를 특히 중히 여겼고 명예 그 자체는 예의 형식적 표현으로 본다.

위와 같은 명예를 인간존엄의 관점·보호법익의 관점·사회적 명성가치로 나누어 설명하고자 한다.

27) 김병규, 「법철학의 근본문제」, 법문사, 1988, p.158.

28) 상계서,

29) 정성근, 「형법각론」, 법지사, 1996, p.204; 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2005, p.166.

(1) 人間尊嚴의 觀點으로서 名譽

명예개념은 그 근원적 의미에 따라 밝혀질 뿐 아니라 현대 언어관용상 개인적 관계를 제시한다. 명예는 인격 또는 인간존엄과 동일시될 수는 없지만, 다만 인간존엄의 한 측면이고 인격의 한 속성이다.³⁰⁾ 우리가 명예를 인간존엄과 동일시하면 명예의 특수한 의미내용을 상실한다. 명예는 일반 인격권의 한계문제가 구성요건의 평면에서 결정적 의미를 얻는 결과와 함께 다른 개인적 법익과 이익을 포함하는 속개념이다.

일상어로서 명예라는 단어는 풍부한 의미를 지닌다. 거기에는 경의·인정·명성·평판·지위·신분·존엄·내적 가치·품행·명예감정·영예·존경·공적·호평·칭찬 등의 말이 있다.³¹⁾

모욕의 실체는 명예를 최소화시키는 것이 아니라 명예를 불명예로 변하게 하는 것이다. 모욕의 보호객체도 명예이다. 명예는 단지 명성가치 감소상황의 흠결의 특수한 가치지위와 관련되고 그 명예는 개인적 명성가치 흠결로부터 자유롭다. 이와 같은 인간의 관점으로부터 명성가치가 감소하는 모든 부당한 표현을 중지하는 청구권이 발생한다.³²⁾

법의 영역, 아마도 형법영역에서 평등원리의 개선행렬(Der Siegeszug des Gleichheitssatzes)은 Ehre를 Ehren과 Ehrung으로부터 분리하는데 결정적으로 기여하였다. 그리하여 지위·직업·집단의 일원·성·연령·종교적 인식·신체적·정신적 재능·특히 능력과 업적은 명예를 위하여 사소한 것에 지나지 않는다. 평등을 실현하는 법질서는 불평등성분을 포함하는 징표를 명예개념으로부터 분리해야한다.³³⁾

(2) 規範的·事實的 名譽概念

우리나라에서도 명예개념으로 내적 명예, 외적 명예, 명예감정으로 의견이 나누어 지지만 지배적 견해는 외적 명예만을 명예에 관한 죄의 보호법익으로 보고 있고 특히 명예훼손죄에 관하여는 그 보호법익이 외적 명예라고 하는 데 대하여는 의견이

30) 김상호, "독일형법상 모욕죄", 「독일학 연구」, 동아대학교, 제12호, 1996, p.112.

31) Herdegen, LK StGB, 10. Aufl., Vor §185, Rdn. 3.

32) Hirsch, Ehre und Beleidigung, ZStW 90, S.982.

33) Herdegen, a.a.O., Vor §185, Rdn.2.

일치한다.³⁴⁾

그러나 독일형법에서는 우리와 입장이 다르다. 오히려 명예개념을 규범적·사실적 양 측면에서 파악하는 경우가 보통이다.³⁵⁾

다만 규범적 명예개념이란 용어의 근거가 불확실할 수 있다. 그 근거는 이익에 관한 것이 아니라 그를 통해 표현되어야 할 바로 그것이다. 그 반대 이론은 명예에 대한 정신적 현상인 명예향유자의 명예감정이다. 규범적 명예개념에 기초할 때 모욕죄의 보호법익은 인간존엄에 근거하여 그 인간에게 마땅한 명예가치이다. 이 명예가치는 증가될 수는 없지만 명예훼손을 통하여 감소될 수 있는 소위 내부적 명예이다.

사실상 명예이론은 그 일원론적 어법으로는 더 이상 주장되지 않고 이원적 형태로 다음과 같이 주장되고 있다. 즉 명예는 한편으로는 평판·인간 상호간의 판단에 있어서의 평가·사회적 명성(소위 외부적 혹은 객관적 명예)으로 구성되고 다른 한편으로는 명예감정으로 이루어진다.³⁶⁾

실질적 관념과 마찬가지로 비실질적 관념은 고유한 명예관련적 가치·자기평가 등 소위 주관적 명예에 있어서 중요하다.

양면적 법익이론의 표준적 주창자들에 의하면 고유한 명예감정은 단지 명예의 작용이고 반응이다. 그러나 거기에는 규범적 한계 없이는 어떤 경우에도 승인되어서는 안 되는 보호객체의 기능이 받아들여진다.

(3) 社會的 名聲價値

사회적 명성가치와 거기서 연유하는 사회적 명성청구권이 명예의 개념으로 널리 승인되고 있다. 판례도 사회적 명성가치를 명예로 보고 있었다.³⁷⁾ 이러한 사회적 명성가치에 대한 입장은 남김없이 다 말할 수는 없다. 그리하여 우리가 인격가치를 인격으로서 파악하는지 여부 혹은 인간 가치상태와 인간의 특수한 가치를 인격으로서 파악하는지 여부 혹은 사회적 명성가치의 일부로 파악하는지 여부는 상관없다. 명예의 법익을 인격의 전범위에 포괄하며 그에 따라서 인격의 경멸형태로 야기될 모든

34) 김일수·서보학, 「형법각론」, 박영사, 2004, p.143; 이재상, 형법각론, p.167; 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2004, p.215.

35) Herdegen, a.a.O., Rdn.6; Haft, Strafrecht B.T.(1988), S.55.

36) 김상호, 전제논문, p.124.

37) BGHSt 9 17, 18; BGH NSTZ 1987 21, 22.

경우에 명예에 대한 범죄가 존재하며, 이 경우에 행위자의 공격이 물질적·정신적 인격영역에 대하여 행해졌는지 여부는 상관없다.³⁸⁾

명예를 인간의 독창을 가능케 하는 승인관계로 파악하는 이론에도 그러한 견해가 타당하다. 이 견해는 사회의 인간 환경을 위해서나, 공동사회를 위해서나, 다른 사람과 관련한 인격의 발현과 존재를 위하여 명예의 법적 보호의 기능적 의미를 예리하게 고찰·파악하였다.³⁹⁾

나. 名譽毀損罪

(1) 保護法益

공연히 진실한 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 경우가 명예훼손이다. 명예훼손죄의 보호법익은 외적 명예로 보는 데 다툼이 없다. 다만 모욕죄와 관련하여 독일의 다수설과 우리의 소수설은 명예감정을 그 보호법익으로 보고 있다. 여컨대 독일은 공연성을 요건으로 하지 않기 때문에 명예감정이 그 보호법익일 수 있으나 우리의 현행법은 공연성을 모욕죄의 요건으로 하고 있고 또 명예감정이 없는 법인, 유아, 등에 대한 모욕죄도 성립하는 점에 비추어 보아 모욕죄의 보호법익도 명예훼손죄와 마찬가지로 외적 명예라 하지 않을 수 없다. 보호받는 정도는 위협범이다.

(2) 構成要件

(가) 公然性

오늘날 ‘공연히’란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미한다는 점에는 견해가 일치되고 있고 대법원도 일관해서 이렇게 판단하고 있다.⁴⁰⁾ 따라서 불특정이면 수의 다소를 불문하고 다수인인 경우에는 특정되어 있더라도 공연성을 갖는다.

38) BGH NSTz 1987 21, 22.

39) BGHSt 1668 63; BGH NSTz 1984 216; Bay ObLGSt 32 34.

40) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도340 판결; 2000. 5. 16. 선고 99도5622 판결; 1984. 9. 11. 선고 84도1379 판결; 1996. 12. 10. 선고 95도830 판결; 2003. 2. 26. 선고 2001도1314 판결; 2000. 5. 12. 선고 2000도605 판결.

대법원은 이와 더불어 전파성이론을 주장하고 있다. 즉 사실을 적시한 상대방이 특정한 소수라 하더라도 그 말을 들은 사람이 불특정 또는 다수인에게 그 말을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성을 인정하고자 하는 이론을 말한다. 이 이론에 따르면 특정한 한사람에 대한 사실의 적시는 그 말을 들은 사람과 피해자와의 밀접한 결합관계 또는 직무상의 관계로 인하여 비밀이 보장되거나 전파될 가능성이 없는 경우에만 공연성이 부정되는 결과를 낳아 공연성의 범위를 확대하게 되어 바람직스럽지 못하다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 형법이 명예훼손죄에 관하여 공연성을 요건으로 하는 것은 불특정 또는 다수인 앞에서 사실을 적시하여 사람의 사회적 명예를 침해하는 것만을 처벌하고, 공연성이 없는 개인적인 정보전달은 전파가능성이 있더라도 방임한다는 취지를 명백히 한 것이라고 보지 않을 수 없다. 그렇다면 전파성이론은 공연성의 의미를 무의미하게 하여 표현의 자유를 극도로 제한하고 있다고 보겠다.⁴¹⁾ 뿐만 아니라 우리의 사회문화 전통에 비추어 보더라도 전파성이론은 마땅치 못하다.⁴²⁾

둘째, 전파성이론은 명예훼손죄의 성립여부가 상대방의 전파의사에 따라 좌우된다. 이는 명백해야 할 범죄의 성부가 불확정, 불안정하게 되어 죄형법정주의의 취지에 어긋나므로 정당한 이론이라 볼 수 없다.⁴³⁾

셋째, 본죄의 보호법익의 보호정도가 추상적 위험범이라는 것과 본죄의 행위의 태양인 공연성을 혼동한 것이라는 점에서 부당하다.

넷째, 전파가능성여부를 판단할 객관적 기준이 없어 그 판단에 법관의 자의적 개입의 위험성이 높다는 점에서도 부당하고 형법의 보충성에도 반한다고 보아야 한다.

(나) 事實의 摘示

사실의 적시는 사람의 인격적 가치나 사회적 평가를 저하시키기에 충분한 사실을 지적하거나 들추어내는 것이다. 여기의 사실은 과거, 현재를 불문하고 또 외적, 내적 사실인가의 여부를 불문한다. 다만 여기의 사실은 가치판단과 구별해야 한다. 사실은 그것이 진실임을 증명할 수 있지만 가치판단은 그것의 정당성이 주관적 확신에 의해 좌우된다는 점에서 차이가 있다.⁴⁴⁾

41) 이재상, 형법각론, p.172.

42) 우리의 사회문화는 명예보호보다 표현자유에 더 중점을 두는 문화이므로 전파성이론에 의하면 명예훼손죄의 성립이 통설의 경우보다 쉽게 인정될 수 있다.

43) 김상호, "언론의 명예훼손", 「비교형사법연구」, 비교형사법학회, 제1호, 1999, p.139.

적시한 사실은 사람의 사회적 가치를 저하시키는 데에 적합한 것이어야 하며 인격·기술·가문·건강·학력 등이 포함될 수 있으나 경제적 가치는 제외시키고 이 경우는 신용훼손죄가 성립할 따름이다.

사실의 적시는 특정인의 사회적 가치가 침해될 수 있을 정도로 구체적이어야 한다. 원칙적으로 피해자가 특정될 것을 요하나, 피해자의 성명이 반드시 거명될 필요는 없더라도 그 전체적 표현으로 보아 누구의 명예를 침해한다고 객관적으로 추단할 수 있으면 그것으로 족하다.

사실적시의 방법에는 제한이 없다. 언어·문서·도화나 신문·라디오·TV 기타 출판물에 의하든 상관없다. 다만 출판물에 의한 경우에 비방의 목적이 있는 때에는 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립한다. 직접 경험하든 들은 내용을 적시하든 상관없다. 연극이나 소설, 영화 등의 등장인물을 이용하거나 만화 등에 의해서도 적시할 수 있다. 판례는 질문에 대한 단순한 확인·대답만으로는 사실을 적시하였다고 볼 수 없다고 한다.⁴⁵⁾

적시된 사실이 진실인지 또는 허위인가는 본 죄의 성립에 영향이 없다. 다만 진실일 때에는 제307조 제1항에 해당하고 허위인 경우에는 동조 제2항의 죄가 성립한다. 적시된 사실이 진실임이 증명된 때에는 처벌조각사유로 규정하고 있는 독일 형법 제186조(ubler Nachrede)의 경우와는 구별된다.

(ㄷ) 主觀的 構成要件

본 죄가 성립하기 위하여 타인의 명예를 훼손하는 데 적합한 사실을 적시한다는 고의가 있어야 한다. 미필적 고의로도 족하다. 명예훼손의 목적이거나 비방의 목적이 있어야 될 필요는 없다. 독일형법 제187조는 중상의 목적이 있어야 한다⁴⁶⁾고 규정하고 있다.

적시한 사실의 진위에 관하여도 고의가 있어야 한다. 진실한 사실을 허위로 알고 사실을 적시한 경우에는 큰 고의는 작은 고의를 포섭한다고 보아 형법 제307조 제1항에 의하여 처벌되고, 그 반대의 경우에는 사실의 착오에 관한 형법 제15조 제1항에 의하여 중한 결과로 별하지 않고 경하게 인식한 죄의 기수를 인정하므로 이 경우에

44) 이재상, 형법각론, p.173.

45) 대법원 1983. 8. 23. 선고 83도1017 판결.

46) K. Lackner, StGB, 21. Aufl.(1995), §187, Rdn.1.

도 형법 제307조 제1항에 의하여 처벌될 것이다.

(3) 違法性

일반적 위법성조각사유로서 정당방위와 피해자의 승낙을 주로 들 수 있다. 특수한 위법성조각사유로서 사실의 증명은 별도로 논하기로 한다.

(가) 正當行爲

검사의 기소요지의 낭독, 증인의 증언, 변호인의 반대심문이나 변론 등의 경우에 비록 타인의 명예를 훼손하더라도 법령에 의한 정당행위로 위법성이 조각된다.

신문·TV 등의 보도기관의 보도도 국민의 알 권리를 충족시켜주는 범위에서 정당한 정보이익이 존재하는 한 업무로 인한 정당행위가 될 수 있다. 학회에서의 토론·비판·예술적 업적에 대한 평가·인사위원회 등에서의 인사고과에 관한 사항의 적시로 타인의 명예를 훼손하더라도 정당행위가 된다.

(나) 被害者의 承諾

명예의 주체가 명예훼손에 승낙한 경우에 구성요건 해당성이 조각된다는 견해⁴⁷⁾와 위법성이 조각된다는 견해로 나누어진다.⁴⁸⁾ 생각건대 명예는 그 주체가 처분할 수 있는 개인적 법익이며, 명예훼손죄나 모욕죄가 반의사불벌죄와 친고죄에 해당하므로, 반의사불벌죄 그 자체가 피해자의 의사를 존중하는 취지의 범죄이기 때문에 명예에 관한 죄에 있어서의 피해자의 승낙은 위법성을 조각한다고 보지 않을 수 없다.

3. 言論의 自由와 名譽權

일반적으로 인격권이라 하면 권리주체로서 그 자신과 분리할 수 없는 인격적 이익의 향수를 내용으로 하는 권리를 말한다.⁴⁹⁾ 이 인격권에는 일반적 인격권과 개별적 인격권으로 나뉘어 지는데, 일반적 인격권이란 인격권총체를 말하며, 개별적 인격권

47) 內田文昭, 刑法各論(上), 有斐閣, 1980, p.212; 山口 厚, 「刑法各論」, 有斐閣, 2005, p.200.

48) 정성근, 형법각론, p.216; 이재상, 형법각론, p.176.

49) 김상용, "인격권 침해에 대한 사법적 구제방법의 비교고찰-독일·미국 및 우리나라-", 「사법행정」, 제322호, 1987. 10., p.70.

이란 일반적 인격권을 분리해서 그 각각의 인격권을 말한다. 오늘날 일반적 인격권의 내용으로 인식되고 있는 것으로는 이미 일반적 인격권의 승인전부터 보호되어 온 인격가치도 있고 또 근래에 새롭게 보호가 이루어지고 있는 인격가치도 있다. 인격권의 구체적 내용은 학자마다 다양하며 개개의 사회와 문화발전에 밀접하게 관련되는 역사적인 문제이다. 인격권의 다양한 측면은 본래 선형적으로 인식되었다기보다는 각각 어떠한 형태로든 침해가 이루어졌을 때 비로소 인식되어져 온 것이다. 또한 현대적 의미의 언론자유는 그 핵심이 정보의 자유이다.

역사적으로 보아 고대 그리스·로마시대의 언론의 자유는 의견을 갖는 자유이고 16세기경부터는 인쇄술의 발달과 발달한 내부적 의견의 외부적 표출에 대한 제한으로부터 표현의 자유를 확보하는 것이었다. 그러나 19-20세기에는 언론제도의 확립을 통해 언론기관의 자유인 프레스의 자유로 그 무게중심이 옮겨졌고, 21세기에 들어서는 매스미디어가 각종의 지식과 각양의 사상을 자유롭게 탐색하고, 교환하고, 전달하고 수렴하는 정보의 자유로 언론자유 핵심이 드러나고 있는 실정이다.⁵⁰⁾

따라서 현대의 자유민주주의 국가에서는 개인의 기본권보장을 최고의 가치로 여기고 있으며, 원하는 사람은 타인의 인권을 침해하지 않는 한 누구든지 자기의 사상·양심·능력·지식들을 많은 사람들에게 제시할 수 있는 자유가 있고 동시에 스스로 공개하기를 원치 않는 것은 누구에게도 강제로 공개 당하지 않아야 할 자유가 있다. 그러나 현대사회는 표현의 자유가 대체로 언론기관에 제도적으로 보장되어 여론을 형성한다든지 비판하는 것이 매스컴에 의지하는 바가 크기 때문에 매스컴의 횡포로 인한 국민의 피해 또한 적지 않는 실정이다. 특히 황색언론의 무분별하고, 무책임한 보도로 인한 국민의 명예 또는 프라이버시 등과 같은 인격가치들의 침해가 무시할 수 없는 상황에 이르고 있다. 그와 함께 국민의 권리의식 또한 향상되어 매스컴의 보도에 대한 쟁송이 늘어나고 있다.

인격권의 대상은 대별해서 생명, 신체, 정조 등 사람의 신체적 측면에 관한 것과 명예·신용·성명·초상 등 정신적 측면에 관한 것으로 나누어지나 오늘날 인격권이란 이름아래 실제상 논하여 지는 것은 주로 정신적 측면에 한해서이며 위 양자는 그 특성 특히 침해에 대한 구체수단에 상당한 차이가 있으므로 언론침해만을 고찰의 대상으로 하고자 한다.

50) J. D. Arcy, "The Right to Communicate", UNESCO Document, No. 36, Prepared for the International Commission for the Study of Communication Problems, 1979., pp3-4.

그렇다면 어떠한 경우에 보도 등의 표현행위가 권리의 남용이 되는 것인가? 바꾸어 말하면 보도 등으로 인하여 인격권을 침해한 경우에 있어서 표현의 자유의 보장이라고 하는 공적 이익과 인격권의 보호라고 하는 사적 이익 중 어느 것을 우선 시켜야 하는가에 관하여 어떠한 기준으로 그 조정을 도모할 것인가가 문제가 된다. 형사면에 있어서는 형법 제310조를 두어 이것에 대한 해결을 하고 있지만 민사면에 있어서는 이러한 규정을 설정하지 아니하였기 때문에 법문상 확실한 명문의 규정이 없어 어떠한 기준을 설정할 것인가가 문제시되고 있다.

가. 言論의 自由와 名譽權의 對立

(1) 言論自由의 憲法的 保障

언론의 자유에 대한 사회적인 요구가 명문으로 처음 선언된 것은 1789년의 프랑스 혁명 때 발표된 인권선언에서이다. 인간과 시민의 권리선언 제11조는 사상과 의견의 자유로운 소통을 인간의 가장 귀중한 권리의 하나로 보고 있다. 따라서 모든 시민은 자유로이 발언하고 기술하고 인쇄할 수 있다. 다만 법에 의해 규정된 경우에 있어서 자유의 남용은 책임을 져야 한다는 것을 확실히 하고 있다.⁵¹⁾

미국 정치조직의 기초가 된 1776. 6. 12.의 버지니아권리장전 제12조에 의하면 언론·출판의 자유는 자유의 유력한 방법의 하나이고 이를 제한하는 자는 전체적 정부라 하지 않으면 안된다고 하여 자유수호에 있어서 가장 중요한 보루임을 규정하였고 그로부터 15년 후인 1791년 미국의 수정연방헌법 제21조에서는 언론·출판의 자유를 제한하는 입법을 금지하는 내용을 규정함으로써 언론자유를 보장하는 내용을 다시 확인하였다. 프랑스에서는 1789. 8. 26.에 있는 인간 및 시민의 권리선언 제11조에서 언론의 자유를 보장하는 내용을 규정하였다.

1919년 바이마르공화국 헌법은 제2편에서 독일인의 기본권 및 기본적 의무 제1장 개인 제118조에서 언론자유에 대해 다음의 규정을 두고 있다. ① 모든 독일인은 일반 법률의 제한 내에서 구두·문자·인쇄·도형 또는 기타의 방법으로 자기의 의사를 자유로이 표명할 수 있는 권리를 갖는다. 어떠한 노동관계 또는 고용관계라도 이 권

51) 竹内重年, 「法治國における統治行爲—法と政治の關係を檢討するための比較法的研究」, 木鐸社, 2002, p.97.

리의 행사를 저해해서는 안된다. 또한 어느 누구도 독일인이 이 권리를 행사하는데 대해 불이익을 줄 수 없다. ② 검열은 실시하지 아니한다. 단, 영화에 대해서는 법률에 의해 별도의 규정을 둘 수 있다. 또한 저열한 문학 및 외설문학을 단속하기 위해 공개적인 관람과 흥행의 경우에 청소년을 보호하기 위한 법률적 조치는 허용한다고 규정하였으며, 바이마르헌법을 이어받은 1949년 본(Bonn) 기본법도 제5조에서 표현의 자유와 범위 등을 다음과 같이 규정하였다.

① 누구든지 구두·문자 및 도형으로 자유롭게 의사를 표현하며 유포하고 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해 없이 알권리를 갖는다. 출판의 자유와 라디오 및 영화를 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 실시되지 아니한다. ② 이 권리들은 일반 법률의 규정, 청소년보호를 위한 규정 및 개인의 명예권에 의해 제한된다고 하여 헌법에 규정되어 있으며, 1946년 일본헌법 제26조도 언론의 자유를 집회결사의 언론출판 기타 일체의 표현의 자유는 이를 보장한다. 검열은 이를 행해서는 아니된다. 통신비밀은 이를 침해해서는 안 된다고 규정하고 있다.

비교법적으로 볼 때, 우리나라 헌법도 제21조의 규정은 구체성이 없는 언론의 자유만을 규정하고 있으며 헌법내의 관련조항인 인간의 존엄성과 행복추구권·사생활의 비밀보호·통신의 비밀보호와 상호관계를 가지고 있다. 또한 언론의 자유는 법률에 의해서 제한할 수 없는 절대적 기본권이라고 하더라도 국가안보·질서유지·공공복리를 위해서 필요불가피한 경우에 본질적인 내용을 다치지 않는 범위 내에서 제한될 수 있기 때문에 헌법체계내의 국가긴급권과 계엄령에 의한 제한은 불가피하다고 하겠다.⁵²⁾ 그러나 이러한 헌법상의 규정은 고전적인 언론의 자유⁵³⁾로서 국가권력으로부터 침해를 받지 않는 자유를 의미하는 소극적인 자유권으로 이해되어 왔던 것이 사실이다. 하지만 오늘날 정보가 대량적 집단적으로 유통되는 정보사회의 가속화와 더불어 정보의 수집·처리·유통까지를 포괄하는 정보의 자유, 즉 알 권리(droit de savoir, right to know, Information Freiheit)까지 내포하는 것으로 이해되고 있다.

(2) 言論의 機能變化

언론이 사회생활에서 필요 불가결한 수단으로 인정받게 된 것은 대체로 시민사회

52) 허 영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2005. pp.118-127.

53) 구병삭, 「신헌법학개론」, 박영사, 1998. p.437.

의 성립시기부터이다. 당시 시민사회의 지배적 사상이었던 자유민주주의의 안목으로 볼 때 국가권력은 끊임없는 경계·감시의 대상일 뿐만 아니라 시민의 자율적인 생활을 저해하는 일이 없도록 하기 위하여 항상 준엄한 비판을 받아 마땅할 대상이었다. 언론은 정부를 감시·비판하기 위한 수단이었을 뿐만 아니라 시민사회의 정치적 의사를 형성하는데 없어서는 안 될 수단이기도 하였고, 따라서 이 시기에는 언론이란 정치적 목적을 달성하기 위한 수단으로만 인정됨으로써 정치적 의의에 치중하여 언론을 파악하는 것이 일반적이었다.

그러나 현대사회에 접어들어서 사회의 구성자체가 대중화되고 의식구조가 다양화됨에 따라 주로 정치분야에서만 제구실을 하는 것으로 이해되던 언론이 단순히 정부를 비판 감시하며 나아가 시민의 정치적 의사형성을 돕는 수단으로만 그치는 것이 아니고 다양한 여러 의견이 서로 교환되는 장으로서, 그리고 대중적 오락과 예술을 널리 전파하는 매체로서도 큰 구실을 하게 함으로써 언론의 사회적 의의가 크게 바뀌게 되었다.

오늘날 언론의 본질적 기능은 첫째로 사회의 각 분야에 있어서 정확한 사실보도를 함으로써 언론수용자에게 정확한 정보를 제공하는 것이고, 둘째는 이러한 정확한 정보를 기초로 하여 공정한 여론을 형성함으로써 사회를 감시하고 비판하는 기능을 수행하는 것으로 파악되고 있다.

나. 言論自由와 名譽權의 相關關係

언론의 자유와 명예권의 보장은 민주주의 사회에 있어 가장 존중되어야 할 두 가지 개념이지만 서로 상충된다는 점에서 늘 말썽의 소지를 지닌다. 언론은 국민의 알 권리를 내세우며 취재보도권을 내세우지만 취재대상자는 사생활침해나 명예훼손 등의 인격권을 내세워 이에 맞서고 있다. J. R. Wiggins에 의하면 국민의 알권리란 ① 정보를 입수하는 권리 ② 사전 억제나 제한 없이 인쇄 또는 방송하는 권리 ③ 정당한 법적 절차를 밟지 않은 보복의 두려움 없이 인쇄 또는 방송하는 권리 ④ 커뮤니케이션을 위해 필요한 시설이나 자료에 접근하는 권리 ⑤ 위헌적으로 법을 악용하는 정부나 법을 무시하고 행동하는 시민에 의하여 방해됨이 없이 정보를 전달하는 권리의 다섯 가지 영역을 포괄한다.⁵⁴⁾ 국민의 알권리 충족을 위한 언론의 보도란 취재기

54) James R. Wiggins, Freedom or Secrecy, Oxford University Press, 1964, pp.3-4.

자들이 당사자를 만나거나 사실을 조사하여 부분 부분의 사실을 종합, 재구성하기 때문에 이 과정에서 불가피하게 사실 아닌 부분이 나타나기 마련이다.

취재기자나 데스크의 판단 착오 혹은 부실한 취재, 취재원의 거짓말 등 정밀하고 진실한 보도를 하는 과정에서 도사린 함정은 한두 가지가 아니다.

아마 언론의 잘못된 보도를 모두 법에 따라 처벌하자면 언론은 엄청난 소송에 시달릴 뿐만 아니라 막대한 재산상의 피해도 막을 수 없게 될 것이다.

그렇지만 언론은 환경을 감시하고 정부의 정책을 비판하는 등 업무의 성격상 공공성과 공익성 등을 가장 높은 가치로 여기기 때문에 사회의 공기, 권력의 제4부라고 불리고 있다. 따라서 언론의 자유는 때로는 개인의 인격도 강제할 만큼 막강한 영향력을 발휘한다. 사실 언론의 자유와 인격권의 자유 사이에 어떻게 선을 그을 수 있는가는 참으로 어려운 문제이다. 따라서 사안마다 그 특수성과 불가피성, 공익성 등의 차원에서 판결이 엇갈리고 있다.⁵⁵⁾ 여기에서 자주 또 가장 강력하게 등장하는 것이 바로 형법 제310조 위법성 조각사유조항이다. 위법성조각사유란 오로지 공공의 이익을 위해 진실한 보도를 하였다면 처벌하지 않는다는 일종의 언론면책특권조항이다. 이 조항은 인격권을 제한하는 합법적 수단으로 언론사와 법원 사이에 이견이 끊이지 않고 나올 만큼 자주 논란거리가 되고 있다.

제 2 절 言論에 의한 名譽毀損의 類型

2004년 언론중재위원회 조사에 따르면 중재위원회 설립 이후 최대인 759건이나 되는 중재신청이 접수된 것으로 나타났다⁵⁶⁾. 1987년 이후 민주화의 분위기를 타고 신문과 잡지 등의 매체수와 부수의 양은 늘어나고, 새로운 민간상업방송과 종합유선방송·위성방송·위성DMB 등 신매체의 등장으로 정보의 홍수 속에 빠지면서 중재건수가 늘어난 것이다. 이처럼 매체가 늘어나면서 매스커뮤니케이션 매체들의 신속보도와 경쟁이라는 속성으로 조금이라도 빨리 보도해야 하겠다는 취재의욕과 타사와의 경쟁에서 명예훼손 사례가 늘어나고 있다. 아울러 일부 스포츠 신문을 비롯한 언론들이 판매전략에서 상업적이고 선정적인 기사의 취급과 사생활에 대한 대중의 욕구를 무시할 수 없고 이를 충족하려는 개인의 사적 정보의 상품화 등의 부작용으로 오보

55) 浜辺陽一郎, 「名譽毀損裁判—言論はどう裁かれるのか」, 平凡社, 2005, p.127.

56) 언론중재위원회, “2004년도 연차보고서”, 2005. p.89.

가 나타나고 과장보도와 왜곡보도가 늘어나고 있다. 또한 당국의 발표에 의한 혐의 사실을 확인 없이 보도하거나 자신의 주장과 견해를 부가하는 경우에 편파로 인한 피해를 일으키고, 진실확인을 소홀히 하거나 오해를 불러일으키게 하는 방식의 보도 등으로 타인의 명예를 훼손하는 결과를 빚게 되는 것이다. 언론에 의한 인권의 침해나 명예훼손 사례는 날이 갈수록 늘어나고 매체가 늘어날수록 발생하는 빈도가 잦아져 시민사회단체나 학계는 물론 언론기관 자체에서도 언론보도에 의한 명예훼손에 대해 관심이 높아지고 있다.

언론중재위원회에 나타난 중재건수는 2003년 724건에서 2004년에는 위원회가 출범한 이후 최대건수인 759건으로 늘었다. 이를 구체적으로 보면 1981년에서 2004년 사이에 언론중재위원회에 중재를 신청한 건수는 모두 8,351건으로 집계됐는데, 이 가운데 명예훼손 및 사생활침해가 1,760건으로 나타났다. 또 피의자나 피고인 등의 신원 공개가 1,541건으로 가장 많은 것으로 조사됐고, 목격자와 신고자 그리고 피해자의 신원공개 958건, 성폭력 피해자 신원공개 697건, 사생활 침해 232건, 정신질환자 신원공개 129건, 사회질서 침해 1건 등으로 나타났다. 또한 명예훼손에 관한 반론보도청구권의 법원제소를 보면 1981년부터 2004년까지 383건으로 이 중 163건이 인용되고, 64건이 기각, 8건 각하, 18건 화해, 127건 취하, 3건 계류 등으로 제소건수의 42.6%가 문제가 있었던 것으로 조사됐다. 중재신청건수가 1981년 이후 해마다 늘어 1990년 이후 급증해 최근에는 사상최대를 기록하고 있는데, 인터넷신문 등장 등으로 언론에 의한 명예훼손이 앞으로도 계속해서 늘어날 것으로 전망되고 있다.⁵⁷⁾ 언론중재위원회에 제소된 건수는 표제에 의한 명예훼손과 사생활침해, 미성년자 신원공개, 정신질환자 신원공개 등 인격권 침해가 주류를 이루고 있다. 언론에 의한 명예훼손의 대부분은 언론중재를 통해 해결되는데 소송까지 가는 경우도 있다. 언론소송은 언론매체의 취재, 보도 등으로 인한 명예훼손 등의 피해를 입은 피해자가 언론매체나 종사원을 상대로 민사상 구제를 구하는 것을 통칭하며 통상 언론소송에는 형사책임을 묻는 절차는 포함하지 않는다.⁵⁸⁾

1. 表題에 의한 名譽毀損

57) 언론중재위원회, “2004년도 연차보고서”, 2005.

58) 김재협 등, 「한국언론과 명예훼손소송」, 나남, 2002. p.17

신문 등의 출판물에서 관심을 집중시키는 부분이 머리기사(제목), 이른바 표제이다. 독자들이 신문을 읽을 경우 대부분 자신이 관심을 가지고 있는 분야만 보거나 표제를 대충 훑어보는 식이다. 표제는 독자들의 눈을 사로잡고 확 뜨이게 하는 효과를 나타내므로 언론사 입장에서 보면 무엇보다 중요하기 때문에 어떻게 무엇으로 정하느냐를 놓고 고민하기도 한다. 표제는 활자크기와 간략한 글자로 내용을 표시하여 독자의 시선을 집중시켜 독자로 하여금 본문을 읽게 하려는 의도가 숨어 있어 본문과 전혀 달리 과장되고 무리하게 논리를 비약시키기도 한다. 또 지면이 한정돼 있기 때문에 이를 맞추기 위해 편집기자가 기사 내용을 쉽게 단정하거나 판단하여 확인과정을 생략되기도 한다. 특히 편집과정에서 본문내용이 지면관계상 잘려나가 심한 경우 본문에는 없는 내용이 표제로 뽑히기도 한다. 방송의 헤드라인 뉴스나 표제와 기사의 본문내용이 틀린 경우 시청자나 독자가 잘못 표현된 표제를 믿을 수 있는 경우에 헤드라인 뉴스나 표제 자체만으로도 명예훼손이 될 수 있다.

기사 전체의 내용이 정확하다 하더라도 표제가 본문과는 다른 의미로 쓰인 경우 이른바 허위·과장된 표제는 실수를 했거나 악의적으로 보도를 했거나 관계없이 이는 명예훼손에 대한 미필적 고의로 그 책임을 면할 수 없다. 신문기사가 정독을 하면 다른 의미로 해석되더라도 일반 독자의 보통의 주의와 읽는 방법을 기준으로 하여 해석한 의미 내용에 따를 경우 그 기사가 명예를 훼손한 경우에는 명예훼손 책임이 있다.⁵⁹⁾

미국의 버몬트주 대법원은 “기사 전체의 내용이 명예훼손의 문제가 없더라도 왜곡된 표제로 인해 기사 내용이 잘못 전달되어져 원고의 명예를 훼손한 경우에는 피고(언론)는 책임을 면할 수 없다.”고 판시하면서 “언론의 자유와 개인의 권익보호라는 두 가지 법익을 최대한 조화시키는 것이 필요하지만 바쁘게 돌아가는 현대사회에서 대부분의 사람들이 주로 신문의 표제만을 읽는다는 사실을 간과해서는 안되며 이런 차원에서 표제가 왜곡·과장 등으로 잘못 되었다는 것은 매우 중요한 의미를 시사한다.”고⁶⁰⁾ 하였다.

독일의 판례는 “어떤 사람이 잡지 표지에 게재된 표제에 어떤 사건과 관련되어 있는 것처럼 쓰여 있는 경우 그 기사의 전체내용을 파악해 보면 그 사건과 관련이 없

59) 한위수, “명예의 훼손과 민사상 제문제”, 「사법논집」, 제24집, 1993, p.415.

60) 이동훈, “미국에서 언론의 자유와 명예훼손법리 - 연방 대법원판례에서 확립된 actual malice를 중심으로-”, 「아·태공법연구」, 아세아·태평양공법학회, 제6집, 1999, p.137.

다는 것을 알 수 있다 하더라도 이미 그 전체로서 반박문 게재청구권이 발생하는 것이다.”라고 판시하고 있다.⁶¹⁾ 국내사례는 1983년 언론중재위원회에 신청한 사건⁶²⁾이 있었다. 다음은 무리한 표제 등으로 언론사가 언론중재위원회에 제소당한 명예훼손 사건이다.

◆ 題目 등에 의한 言論社 提訴 件

한 신문이 2004년 4월 10일자 21면에 ‘체벌 참고인 조사 여교사 자살’이라는 기사에 대해 장모씨가 정정보도를 요구했다.⁶³⁾ 이 기사는 또 ‘동료교사 꿀밤 관련 해당학생 어머니 잦은 항의 전화’라는 소제목으로 나갔다. 그런데 기사내용을 보면 체벌교사가 A양에게 꿀밤을 때렸다고 주장하는 내용을 진술한 것을 기사화했고, 또 평소 양호교사가 A양의 어머니로부터 항의전화를 여러 차례 받고 괴로워했다는 양호교사 남편의 진술을 보도했다. 그러나 이는 사실과 다른 것으로 A양의 어머니는 양호교사에게 잦은 항의전화를 한 적이 없고 여러 차례 항의전화를 하지 않는 것으로 드러났다. 또한 ‘꿀밤을 때린’이라는 내용에서도 A양이 이 체벌로 대학병원에 입원까지 했으며 통원치료도 받았던 것으로 밝혀졌다. 이에 따라 언론중재위원회는 이유있다고 판단해 반론보도문을 내도록 했다. 해당 언론사는 2004년 7월 29일자 21면에 ‘바로잡습니다.’라는 제목으로 정정보도를 했다.

2. 報道에 의한 名譽毀損

주로 언론에 의한 명예훼손을 말 할 때는 신문이나 방송보도가 주가 된다. 그러나 최근에는 인터넷을 통한 명예훼손문제가 부각되고 있다. 언론에 의해 명예훼손이 나타나는 유형은 공인이나 사인 등 그 명예권의 내용에 따라 제한받게 된다. 또한 가해

61) 오영권·김명섭, “반론권의 예외사유와 명예훼손의 위법성 조각”, 「언론중재」, 언론중재위원회, 제18권 제3호, 1998, p.29.

62) 1983. 10. 3. 자 12면에 “일부 손질이나 재번역이나”, “안씨에 번역 의뢰 완성시킨 뒤 역자 바꿔 미국인 명의로 출판”이라는 제목으로 기사가 게재됨으로써 생긴 사건이다. 신청인측은 “기사의 내용이 신청인의 재단이 하고 있는 사업에 부정적인 것”이라고 주장하면서 정정을 요구하였다. 이에 대해 피신청인은 “미인과 재계약 번역후 출판”이란 제하로 번역 시비 사건에 관한 신청인의 주장을 게재함으로써 신청인은 신청을 취하하였다(언론중재사례, 제2집, 언론중재위원회, 1983,p.177).

63) 사건번호; 2004서울중재174. 언론중재위, 「2004년도 연차보고서」, 2005. pp.313-318 참조.

자, 즉 언론의 보도를 뒷받침해 주고 있는 표현의 자유는 침해행위의 행태에 따라 보장을 하는데도 차이가 있기 때문에 그에 대한 위법성의 판단도 차이가 있게 마련이다. 여기서 말한 언론보도에 의한 명예훼손은 신문이나 잡지, 텔레비전과 라디오 등 각종 매체를 통한 허위보도나 과장보도, 왜곡보도, 상대방의 동의 없이 사진이나 영상을 통해 행하는 초상의 보도에 의하여 자주 나타난다. 이러한 언론보도(대중매체)로 인한 명예훼손은 언론사 스스로가 그 보도내용이 공공의 이익에 관한 사항으로서 진실한 사실이라는 것을 증명하지 못하거나, 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 없을 때에 성립한다. 여기서 거론되고 있는 공공의 이익, 즉 공익성이란 표현 행위가 공공의 이익을 도모하기 위한 것을 주목적으로 하지 않으면 안된다는 것이다.⁶⁴⁾ 그러나 언론에 의한 명예훼손에 있어 공익보호와 인격권으로서 개인의 명예보호, 표현의 자유보장이라는 법익이 충돌하였을 때 어떻게 이것을 조화롭게 풀어야 하는 것인가 늘 숙제이기도 하다. 이 같이 두 법익이 충돌할 경우 사회적인 여러 가지 이익인 표현의 자유로 얻어지는 사회적 이익, 사람의 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 비교 판단하여 그 규제의 폭과 방법을 정해야 하는 것은 물론이다.

가. 事實報道에 의한 名譽毀損

언론에 의한 명예훼손은 사실을 그대로 보도하더라도 발생한다. 이른바 개인의 생활을 폭로한다거나 미성년의 피의자의 신원을 공개하거나 부녀자의 주소·성명·사진 등을 허락 없이 공개하면 명예훼손죄가 성립한다. 또 사건과 무관한 그 가족의 성명이나 신원을 공개하는 것도 포함된다. 이른바 언론에 의한 명예훼손은 허위보도, 과장보도, 왜곡보도 뿐만 아니라 사실보도에 의해서도 나타난다. 명예훼손이 되는 경우는 반드시 숨겨진 사실을 적발하는 행위만을 의미하지 않고 이미 사회에 잘 알려진 사실이라고 하더라도 이를 적시하여 사람의 사회적 평가를 저하시킨 행위를 한 때에는 명예훼손을 구성한다.⁶⁵⁾ 또한 어떤 진술이 사실의 적시냐 의견의 표명이나 구별기준은 단순히 사용된 한 구절의 용어만이 아니라 어떠한 맥락에서 그 진술이 되는가 하는 그 진술을 둘러싼 모든 사항, 즉 발언 전체의 내용·문맥·진술의 상대

64) 배병일, “언론 기관의 범죄보도와 명예훼손”, 「한국언론학술논총」, 2002. p.138.

65) 대법원 1994. 4. 12. 선고, 93도3535 판결.

방·전달방법·진술의 진실성이 입증될 수 있는지의 여부나 피해자의 신분이 사인인지 공인인지의 여부 등을 고려하여 결정되어야 한다.⁶⁶⁾

우리 헌법은 언론의 자유를 보장하고 있으나 언론의 자유는 공공의 이익을 위한 경우만이 보장된다. 따라서 공공의 이익과 관련되지 않는 한 비록 사실이라 하더라도 개인의 명예를 훼손하는 행위이기 때문에 명예훼손에 해당된다. 따라서 어떤 사안이 사실이라 하더라도 언론이 보도를 할 경우 신중을 기해야 한다.

(1) 事實報道로 私生活이 露出돼 提訴된 件

경기도에 사는 조씨는 S방송의 한 시사고발프로그램이 1998년 12월 21일 '의부증, 의처증' 내용을 방영하면서 사전 허락도 받지 않고 몰래카메라를 이용해 자신의 가족을 취재하면서 우울증 치료를 받고 있던 어머니를 방송사가 임의로 지정한 병원으로 데리고 가 의부증환자로 매도하였고 가족들 인터뷰 내용 중 일부가 고의적으로 편집되었으며 취재과정에서 화면을 모자이크 처리했으나 주변 사람들이 자신의 가족을 알아볼 수 있었다며 이로 인해 사생활을 침해받았고 가족 모두가 정신적으로 큰 충격에 시달리고 있으며 경영하는 가게가 방송에 노출됨으로써 생계를 위협받고 있다고 주장했다.

언론피해법률지원본부는 '몰래카메라를 이용한 사생활 침해는 위법'이라고 판단했고, 이와 관련해 조모씨에게 언론중재와 법적 구제절차를 상담해 주었다. 조씨의 어머니와 가족들은 언론중재위원회에 중재를 신청했고 합의가 이루어져 S방송은 1999년 1월 18일 방영된 같은 프로그램의 끝 부분에 '지난해 12월 21일 밤 11시에 방송된 <추적! 사건과 사람들> 제129회 의심의 늪-의처증·의부증'편에서 조씨 부부에 관한 보도내용과 관련해 조씨 부인인 김씨를 3년여 동안 치료해 왔던 주치의는 부인 김씨가 의부증 증상이 있다기보다는 우울증이라는 소견을 내놓았기에 이를 보도합니다'라고 정정보도문을 내보냈다.

66) R. Smolla, supra note 7, §6.08, at 6-26 ff(op. cit., p.33).

부산고등법원1992.6.17. 선고, 92노215 판결(하급심판결집1992 제2권 504면) 및 日本 東京高判 1994(平6).1. 27. 「判例 タイムズ」, 第859号 p.208; 이러한 입장에서 살펴보면 선거에서 상대방 후보에 대한 비평(대법원 1993. 1. 26. 선고 92도1693 판결), 문학 또는 예술비평, 음식점비평, 사설 등은 다소간 과장이 있더라도 대부분 의견의 표명으로 명예훼손이 성립 어렵다.

(2) 事實關係에 의한 境遇

원고는 가수인데 대마 흡연 혐의로 경찰에 연행돼 소변검사를 받은 결과 양성반응이 나왔다. 원고는 이전에도 4차례나 같은 혐의로 형사처벌을 받은 적이 있다. 수사경찰관에게 이를 확인한 5개 일간지와 1개 방송사는 원고의 실명을 표시하여 제목을 ‘가수○○○ 또 대마 적발’로 하여 일제히 보도했다. 그러나 국립과학수사연구소의 정밀분석 결과 대마 성분이 인정되지 아니하여 이틀만에 원고가 석방됐다.

대중매체의 범죄사건 보도는 공공의 이해에 관한 사항의 보도라 할 것이고, 또한 이 사건의 경우 원고는 유명 연예인으로서 원고가 대마를 흡연하고 있다는 사실도 그가 관계하는 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있다는 점에 비추어보면, 원고의 실명을 적시하여 한 위 각 범죄보도는 공공의 이해에 관해 공공의 이익을 위한 것으로 판단된다. 그러나 보도의 상당성 여부에서 소변검사 결과 양성반응이 나온 사실과 수사경찰관의 사실 확인만으로는 원고의 범죄사실을 단정적으로 보도하기에 부족하므로 명예훼손 책임이 인정된다⁶⁷⁾고 판시하였다.

(3) 實名公開에 의한 名譽毀損

(가) 姓名權侵害

성명은 사회적으로 보면 개인을 타인으로부터 식별하여 특정하는 기능을 가진 것이지만⁶⁸⁾ 동시에 그 개인으로 보면 사람이 사람으로서 존중되는 기초이고 그 개인의 인격을 상징으로 인격권의 일 내용을 구성하는 것이라고 할 수 있다.

이는 타인에게 주장할 수 있는 권리를 가지므로 권리자의 동의 없이 영업 또는 광고 목적으로 이름을 사용하는 것은 성명권의 침해가 된다. 그 내용이 명성을 감소시키는 것인지 여부는 상관없다. 우리나라에서는 아직 외국의 입법례에서 볼 수 있는 것⁶⁹⁾처럼 이러한 성명권의 보호를 위한 규정은 없으나 성명권이 불법행위법상 보호

67) 서울지방법원, 2001. 4. 25. 선고, 2000가합 64132 사건7.

68) 성명을 명시하지 않았다 하더라도 그 표현내용을 주위사정과 종합해 볼 때에 그 표시가 누구를 지목하는 가를 알아차릴 수 있을 정도이면 피해자가 특정되었다고 볼 수 있다(대법원1994. 5. 10. 선고 93다36622 판결).

69) 독일민법 제12조는 「권리자의 성명사용권이 타인에 의하여 다투어진다거나 또는 타인에

를 받을 수 있다는 점에 대하여는 이론이 없다. 성명권은 종래에는 인격권으로만 파악되어 왔으나 오늘날에는 재산권적인 면을 부인할 수 없다. 법인의 경우 그 명칭이 상호로서 등록이 되면 상법상의 보호를 받게 된다.⁷⁰⁾ 특히 성명권의 침해와 관련하여 주시해야 할 대목으로 언론의 실명보도주의이다.

서구 언론의 경우 실명으로 어느 사람의 범죄혐의를 보도할 때에는 다음의 세 가지 조건을 고려할 것을 규정해 놓고 있는데 첫째, 수사당국의 제보나 발표라도 실명으로 할 것인가 아닌가를 판단해야 한다. 왜냐하면 「경찰에 따르면」이란 간접표현을 썼다고 해서 법적으로도 완전히 면책되는 것은 아니기 때문이다. 둘째, 확정판결전의 보도에서는 구속자나 피의자가 유죄가 아닐 수도 있다는 인식이 기사에 반영되어야 한다. 셋째, 피의 사실과 피의자 이름의 실명보도는 말단수사기관이나 형사가 아닌 수사책임자의 발표이거나 피의내용이 문서로 되어 있는 경우에만 가능하다. 우리의 언론은 외국의 언론처럼 보도윤리규정이나 보도기준을 갖고 있으나 섬세하고 엄격한 관리가 되지 않고 있는데 문제가 있다.

소년범죄보도에서 실명보도여부는 나라에 따라 다르다. 미국이나 인도 등에서는 소년의 흉악 범죄가 실명 보도되는 경우가 많은 데 반해 유럽 쪽 국가들은 실명보도를 규제하는 경우까지 있다. 1997. 5. 미국뉴욕에서 15세의 소년과 소녀가 중년남성을 살해한 사건에서 신문, TV 모두 얼굴사진까지 곁들여 실명을 대대적으로 보도했다. 특히 소녀가 부유층의 딸이라는 것 등 가정환경까지도 소상하게 보도하는가 하면 뉴욕 타임즈도 연행되는 사진을 그대로 게재했다. 이에 반해 독일에서는 기본적으로 익명보도를 원칙으로 한다. 1997. 7. 5.일자 대중지 빌트는 16세와 20세의 딸이 양친의 살해에 관련된 사건을 크게 보도했으나 이름 등을 숨겨 본인이 특정되지 않도록 배려하는 예가 있다.

의하여 권한 없이 동일한 성명이 사용됨으로써 권리자의 이익이 침해된 경우에는 권리자는 그 타인에 대하여 침해의 배제(Beseitigung der Beeinträchtigung)를 청구할 수 있다. 침해가 계속 우려되는 경우에는 중지청구를 제소할 수 있다」라고 규정하고 있다. 스위스의 민법 제29조, 이탈리아의 민법 제7조 등에도 유사한 규정을 두고 있다.

- 70) 상법 제23조 1항 누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하지 못한다. 2항 제1항의 규정에 위반하여 상호를 사용하는 자가 있는 경우에 이로 인하여 손해를 받을 우려가 있는 자 또는 상호를 등기한 자는 그 폐지를 청구할 수 있다. 3항 제2항의 규정은 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다. 4항 동일한 서울특별시, 광역시, 시, 읍, 면에서 동종영업으로 타인이 등기한 상호를 사용하는 자는 부정한 목적으로 사용하는 것으로 추정한다.

(나) 實名報道에 의한 侵害事例

조모씨 외 3인은 지난 1998년 4월 3일, 채무자에게 보험을 들게 한 후 자살을 교사해 보험금으로 빚을 갚을 것을 강요했다(위계 등에 의한 촉탁살인 미수)는 혐의로 구속 기소되었다. 그러자 C일보·J일보·D일보 등 신문의 사회면과 주요 방송사 뉴스들은 ‘조씨를 자살 미끼로 자살을 교사한 가해자’로 보도하였다. IMF 시대를 맞아 보험사기나 악덕 채권자가 기승을 부려 사회문제화 되자 이후 K방송·M방송·S방송의 시사고발프로그램들은 연이어 이 사건을 심층 보도했다. 그런데 이 사건과 관련해 조씨는 1999년 2월 25일에 있었던 1심 재판에서 자살교사 부분에 대해 무죄판결을 받았다. 1심 판결로 살인 누명을 벗은 조씨는 그 동안의 언론보도 때문에 주변에서 살인자로 낙인 찍혔다고 억울함을 호소해 왔다.

언론은 범죄혐의가 있더라도 형이 확정되지 않은 피의자를 실명으로 보도해서는 안된다. 또한 범죄혐의가 있다고 보도된 사람이 무혐의 처분 또는 무죄 판결을 받았을 때는 이로부터 1개월 이내에 언론사에 자신의 결백을 추후 보도해 줄 것을 요청할 수 있다. 언론피해법률지원본부는 일부 언론이 이 사건을 보도하면서 조씨의 실명을 거론해 명예를 훼손했고, 추후보도를 청구할 수 있다고 상담해 주었다.

(4) 虛僞報道에 의한 名譽毀損

허위는 주장하고자 하는 어떤 내용이 실제와 사실관계가 맞지 않는 것을 말한다. 따라서 허위보도에 의한 명예훼손은 사실과 다른 내용을 고의로 보도함으로써 허위 사실을 불특정 다수인에게 전파해 타인의 명예를 훼손하는 것을 말한다. 인격권에 있어 가장 심각한 침해는 개인에 관하여 허위사실을 보도해 전파하는 경우라고 할 수 있다. 언론이 개인에 관련된 허위의 사실을 전파하는 것은 원칙적으로 개인의 인격을 왜곡시키는 결과가 되어 심각한 인격권 침해로 위법한 것은 당연하다. 또 명예훼손이 되기 위해서는 공표되는 허위의 사실만이 아니라 진실한 사실의 공표에 의하여도 사람의 사회적 평가를 저해시킬 수 있어 이 또한 명예훼손이 성립할 수 있다.⁷¹⁾ 또 언론에 의한 명예훼손은 진실한 사실적시와 허위사실 적시로 구별할 것이 아니라 공연

71) 형사상으로는 진실한 사실을 공표하여 타인의 명예를 훼손한 경우에는 형법 제307조에 의한 명예훼손죄가 성립하고 허위의 사실을 공표하여 명예를 훼손한 경우에는 형법 제307조 제2항에 의한 명예훼손죄가 성립하여 진실한 사실을 공표한 경우보다 법정형이 더 무겁다.

히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한자로 일반화하고 허위사실일 경우는 법관이 선고형량을 정할 때 이를 참작하도록 하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁷²⁾ 국내 판례를 보면⁷³⁾ 부도덕한 행위를 시인한 사실이 없는 신청인이 인정한 것처럼 보도한 부분에 대해서는 정정보도하라는 판결을 내렸다.

미국의 사례로는 악의 또는 해칠 의사를 가지고 명예훼손을 한 경우 현실적 배상 외에 추가적으로 징벌적 손해배상을 받을 수 있다는 판결이 있다.⁷⁴⁾ 그러나 미국의 명예훼손법에 따라 언론보도에 의한 명예훼손이 면책받기 위해서는 허위의 사실을 명시하거나 암시하지 않아야 하고, 언론의 논평이 공정하고 합리적인 것이어야 한다. 명예훼손의 면책은 피고측에서 주장하고 증명할 책임을 부담하는 것이 원칙적이거나 피고에게 보통법에 의한 악의가 있는 것으로 판명될 경우 면책은 인정되지 않는다.⁷⁵⁾

허위의 사실을 진실하다고 착각한 경우에 대하여 판례는 기사작성의 목적을 따지고 있다. 즉 기사내용이 공공의 이익에 관한 것이고 그 기사 내용을 작성자가 진실하다고 믿었으며 그와 같이 믿은 데에 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성 자체를 조각하고 있다. 그러나 “주관적인 착오의 문제”에 대해 객관적인 위법성의 조각 그 자

72) 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2005. p.180.

73) ○○일보는 1988년 7월 23일자에 “허위광고 ○○우유, 보도한 신문되레 비방” 제하의 기사에 ○○유업(주)는 이 기사는 근거 없는 허위기사라고 주장하면서 1988년 8월 6일 중재위원회에 중재신청 하였으나 불성립 되었다. 이에 ○○유업(주)는 ○○일보사를 상대로 서울민사지방법원에 정정보도게재청구 소송을 제기하여 법원은 “그 기사 내용이 사실이라고 입증할 만한 근거가 없으므로 정정보도문을 게재하라” 판결하여 ○○유업(주)의 신청을 인용했다(서울민사지방법원 1989. 1. 13.. 선고 88카43429 판결; 서울고등법원 1989. 7. 12. 선고 89나7209 판결; 국내언론관계사례 언론중재위원회, 제1집, 1990, p.147.

74) Michigan 주에서는 명예훼손죄에 있어서 현실적 손해배상(actual damages) 뿐만 아니라 일정한 경우 징벌적 손해배상(exemplary and punitive damages) 이라는 추가적인 손해배상을 인정하고 있다. 그런데 1973년 11월 Detroit Free Press 신문사는 어느 변호사(원고)에 관하여 기자대로 현실적 손해배상 및 징벌적 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. 제1심 판사는 이를 인정하였고, 고등법원은 이를 인용치 않았으며 대법원에서는 징벌적 손해배상은 가해자의 해악 또는 악의(ill will or bad fatih 이를 보통법상의 악의 “common law malice” 라고 한다)에 따라 피해자가 입은 추가적 정신적 고통(incremental injury to feeling)을 배상해 주기 위한 보상적 기능을 가질 뿐이라고 밝히고 이와 같은 징벌적 손해배상을 받기 위해서는 단순한 현실적 악의가 아니라 보통의 악의를 입증하여야 한다고 판시하면서, 그 판시 이유에 합치하는 범위 내에서만 고등법원의 판결을 인용하였다(국내외언론관계판례집 제2집).

75) Middleton, Kent R. and Bill F. Chamberlin, *The Law of Public communication*, 1994, p138.

체를 인정하는 판례 태도를 타당하지 않게 생각하는 견해도 있다. 왜냐하면 착오의 문제는 고의조각(사실의 착오의 경우) 또는 책임비난(법률의 착오의 경우)의 문제로서 다루어져야 하기 때문이라는 지적이다. 그런데 이러한 판례태도에 대하여 우리나라 형법 제310조(독일 형법 제193조)는 허용된 위협에 기초한 위법성조각사유이고 여기에서는 객관적으로 위법하더라도 행위자가 의무합치적 심사를 한 경우에는 위법성이 조각될 수 있다는 소위 허용된 위협사상에 근거한 의무합치적 심사이론을 지지하는 견해가 있다.⁷⁶⁾

독일에서는 적시사실의 진실성 여부는 독일 형법 제193조와는 별개로 독일 형법 제186조에서 객관적 처벌조건으로서 규정되었기 때문에 그에 대한 “착오 그 자체”는 단순명예훼손죄의 고의성립에 영향을 미칠 수 없을 뿐만 아니라 위법성에도 영향을 미칠 수 없다. 그리고 독일에서는 사실의 증거가 있으면 곧바로 면책되기 때문에 독일 형법 제193조는 피고인에 의해 사실증명이 되지 않은 경우와 객관적으로 허위인 사실에 대해서도 공익성이 있으면 위법성 조각을 인정하려는 의도가 있다.

판례는 우리 형법 제310조의 “진실한 사실로서”에 대해 피고인에게 유리한 경우에 허용되는 유추해석 또는 확장해석을 한 것으로 이해하거나 언론자유를 규범을 더욱 비중 있게 반영한 헌법적 해석으로 이해하는 것이 더 타당할 것이다. 이러한 판례태도는 형법의 보충성 원칙과 피고인에게 유리한 해석원리를 지향하는 죄형법정주의의 취지에 비추어 매우 바람직한 태도로 판단된다.

(가) 虛僞事實 報道事例

주부작가 심모씨는 스포츠지인 D신문이 2004년 1월 9일자 31면에 ‘풍부한 잠자리 경험 밀친 삼야 야설 아줌마의 힘’이라는 기사에서 주부야설 작가들이 인기를 모으고 있는 이유에 대해 ‘섹티즌’ 들은 풍부한 성경험을 1순위로 꼽았다는 내용으로 기사를 보도했다. 그리고 야설의 핵심인 상황묘사에서 탁월한 감각을 보여준다는 내용이 기사화됐다. 또 이 기사는 ‘자신의 경험을 살려 섹스장면 등을 현실감 있게 전달하고 초창기의 화장실 낙서 수준과는 차원이 현격하게 달라졌다는 것이 중론이다.’는 내용이다. 기사내용은 또 ‘가장 왕성한 활동을 보이고 있는 심씨는 김모 최모씨 등과 함께 인기 야설작가 베스트 10에 꼽힌다. 대학에서 불문학을 전공한 심씨는 꼬리없는 여우라는 ID로 야설을 쓰고 있다. 특유의 장기인 거침없는 성묘사로 인기절정을 달

76) 임 응, 「형법각론」, 법문사, 2003, p.203; 김일수·서보학, 형법각론, p.197.

리고 있다. 심씨가 처음 야설을 접한 것은 지난해 3월, 처음에는 단순히 호기심에 출발했지만...(생략)

이 기사는 주부작가 심씨라는 것과 ID를 쓰며 야설작가로 쓰고 있는데 야설작가와 는 무관한 가정주부이자 사업가로 기사의 내용이 사실과 다른 것이 밝혀져 해당 언론사는 중재위원회에 결정에 의해 정정보도를 했다.

(나) 仲裁委員會의 仲裁結果⁷⁷⁾

피신청인은 정정보도문(별지)을 중재결정이 확정된 후 최초로 발행하는 편집이 완료되지 아니한 굿데이 31면 우측 상단에 상자기사로 게재하되, 제목 활자크기는 중재 대상 기사의 부제목 크기와 같게 하고 내용 활자 크기는 중재대상 기사의 본문활자 크기로 한다.

(5) 誇張·歪曲報道에 의한 名譽毀損

보도된 사실이 허위는 아니더라도 기자의 속단·무지·기사를 크게 하려는 욕심 등이 작용하여 사소한 사실을 터무니없이 크게 하는 것이 과장보도이다. 왜곡보도는 어떤 사실을 자신의 뜻에 맞게 일방적으로 생각해 보도하는 행위이다. 왜곡보도는 사실의 전모를 포괄적으로 보도하여 진상을 정확하게 밝히려 하지 않고 여러 취재진 가운데 하나만을 집중 부각시켜 그것만이 진실이며, 전체인 것처럼 치우쳐 편향보도를 함으로써 명예를 훼손하는 것이다. 개인의 인격에 관하여 왜곡하는 내용은 관련되는 사실을 생략해 왜곡이 발생하고 주제설정과 문맥에서 왜곡이 일어날 수 있다. 이 밖에 개인과 아무런 상관이 없는, 즉 이해관계가 없는 기사를 설명하기 위해 개인의 성명이나 사진을 사용하는 경우에도 개인의 인격에 대한 왜곡이 여러 가지 형태로 이루어질 수 있다.

(가) 誇張·歪曲報道事例⁷⁸⁾

J일보 2003년 12월 27일자 31면 검찰이 왜 이래 제하의 기사를 보면 ‘이00 한나라 당 후보가 지난해 11월 여론조사 1위를 달렸을 때 5개 기업은 현찰 5백여억원을 바쳤다. 이에 비춰 보면 후보 단일화의 결과로 노후보가 여론조사 1위를 줄곧 유지해

77) 언론중재위원회, 「2004년도 연차보고서」, 언론중재위원회, 2005, pp.110-111.

78) 서울언론중재위원회, 2004서울중재24, 서울제1중재부.

온 법정 선거기간에 그것도 참모들이 백방으로 모금해 나선 기간에 이 후보에게 1백 억원대 보증을 든 대기업들이 노후보를 마냥 외면할 수 있었을까. 설령 그렇다 치더라도 당선 후보에도 대기업들이 ‘모르쇠’로 엮드려 있었을까. 서슬 퍼런 권력이 대선자금의 행방을 훤히 알고 있는 우리 체제에서 말이다. 그리고 당선축하금은 관행 비슷하게 지속돼 왔다. SK에서 최도술 청와대 전 총무비서관에게 11억원을 건넨 것이 그런 관행의 드러난 편린(한조각의 바늘)이다. ...(중략) ‘따라서 검찰이 대통령의 지침적 공언을 거스르지 못했을 수도, 또 인사권을 가지고 앞으로 4년간 더 집권할 권력에 맞서려 하지 않았을 수도 충분히 상정할 수 있다.’...(후략)

신청인인 노무현 대통령은 이 기사에 대해 대선과정에서 노무현 후보 캠프에도 이 회창 후보측에 제공된 것 이상의 불법정치자금이 제공되었음에도 검찰이 제대로 수사를 하지 않고 있으며 이는 대통령의 지침적 공언에 기인한 것이라는 취지의 내용은 전혀 사실과 다르다며 반론보도를 요구했다. 이에 대해 서울 제1중재부는 이 기사가 사실과 다르다며 반론보도 하도록 했다.⁷⁹⁾

(나) 仲裁結果

중앙일보는 지난 2003년 12월 27일자 31면 중앙포럼 ‘검찰이 왜 이래’ 라는 제목의 기사에서 지난 대선을 전후하여 노무현 후보 캠프에 세 차례에 걸쳐 돈벼락에 비유될 정도로 다액의 불법정치자금이 제공되었음에도 검찰이 제대로 수사를 하지 않고 있고 이는 대통령의 지침적 공언 등에 기인한 것이라는 취지로 보도하였다. 이에 대하여 노무현 대통령은 자신은 대선과정에서 최소의 비용으로 최대한 적법하게 선거운동을 하려고 노력하였고, 당선이후 불법으로 정치자금을 제공받은 바 없으며 또 검찰 수사와 관련하여 지침을 주거나 개입한 사실이 없고 검찰도 어느 편에 치우치지 않고 공정하게 대선자금수사를 진행하고 있다고 밝혀왔다. 위 보도문은 언론중재위원회의 중재결정에 따른 것입니다.⁸⁰⁾

나. 論評·解説에 의한 名譽毀損

신문과 잡지·방송·통신·인터넷신문 등의 논평기사가 특정인의 명예를 훼손할

79) 언론중재위원회, “2004년도 연차보고서”, 언론중재위원회, 2004, pp.125-126.

80) 중앙일보, 2004. 4. 4. p.2 참조.

수가 있다. 논평·해설은 사내에서 직접 쓰거나 방송을 한 경우와 외부의 청탁에 의한 원고, 즉 독자투고로 나눌 수 있다. 그러나 사내집필에 의한 논평 이외의 경우에 대하여도 투고의 채택여부 취사선택의 권한은 전적으로 언론사측에 있으므로 언론사가 책임을 지는 것은 당연하다 할 것이다. 논평이 사생활의 폭로나 인신공격이 아니고 그 논평이 공정하다면 여기에서 사용된 언어나 표현이 아무리 격렬하고 날카롭다 하더라도 논평자가 명예훼손의 책임을 지지 않는다.

우리나라의 경우 모멸적 언사를 통한 논평은 명예훼손으로 인정하지만 의견이나 논평 자체를 명예훼손행위로 보지는 않는다. 또한 의견이나 논평에 있어서 사실에 반드시 근거해야 한다면 표현의 자유가 보장될 수 없으므로 잘못된 사실에 근거한 논평이라도 면책을 인정해야 한다는 주장도 설득력을 얻고 있다. 그러나 지금까지는 의견이나 논평이 사실을 전제로 하였을 경우 그 전제로 한 사실이 진실하거나 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에만 면책이 인정되고 있다.

논평기사에 관해서는 한층 더 언론의 자유를 보장할 필요가 있고 또 그 내용이 단순한 사실에 관한 것 외에 주관적 평가가 포함되는 것이다.⁸¹⁾ 언론의 논평은 일반적인 다른 보도인 경우와는 다소간의 구별이 되어야 하고 더 넓은 의미에서 언론의 자유를 보장할 필요가 있다. 그러나 언론의 논평이 표현의 자유로서 보호되는 일정한 범주를 넘어서 타인의 명예를 훼손한 경우에는 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’과 민사상 불법행위를 구성하는 것으로 인정된다고 봐야한다.

언론에 의한 논평 혹은 의견의 표명이라고 하더라도 그것이 명시적이나 묵시적으로 어떠한 사실을 전제하고 있어 그 전제된 사실이 타인의 명예를 훼손하는 내용이 담겨있는 경우에는 사실적시의 경우와 마찬가지로 인격권에 대한 불법행위가 성립한다고 본다. 논평자의 책임이 인정되기 위해서는 편집단계에서 내용이 변경되었는지 여부, 내용이 변경되지 아니한 경우에는 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있는지 여부, 변경된 경우에는 변경 후의 내용에 대하여 실질적으로 보아 논평자 자신의 표현이라고 인정할 수 있는지 여부를 확인할 필요가 있다.⁸²⁾

언론에 투고하고자 하는 것은 투고자가 가지고 있는 의견을 방송이나 지면을 통하여 표명하려고 하는 것이고 그 의견의 전제로서 그와 관련된 사실이 기술되는 경우가 많다. 그런데 전제사실이 진실이 아니어서 명예훼손이 되는 경우 “그 방송책임자

81) 지홍원, “인격권의 침해”. 「사법논집」, 법원행정처, 제10집, 1978. p.215.

82) 배병일, 전계논문, pp.126-127.

나 신문의 편집인·발행인은 언론관계법과 민사상 책임이 있다”는 데는 이론상 문제가 없다. 하지만 아직 공지되지 않는 사실을 공표하는 내용의 투서를 게재함으로써 타인의 명예를 해칠 때에는 “진실성에 관한 엄격한 증명을 필요로 한다”고 보아야 한다. 또한 보도기사가 명예훼손이 될 때 그 사실을 기술한 다음 의견을 표명하는 형식을 취한 투고를 게재했다면 최초의 보도기사와 투서의 게재가 별개의 명예훼손이 되는가에 대한 문제를 제기 할 수 있는데 일반적으로 보도기사와 투서의 게재는 별개의 행위로 보아야 하기 때문에 투고자도 명예훼손이 된다고 보는 것이 일반론이다. 논평기사라 하더라도 진실 되지 않는 사실에 기초하여 논평을 했다면 이 또한 명예훼손의 성립요건이 된다.

영미의 명예훼손법에서는 “공정논평의 법리”라 하여 공공의 이해에 관한 사항 또는 일반 공중의 관심사인 사항에 대하여는 논평의 자유를 가지며 논평이 진실된 사실에 기초하는 한 그 결과로서 논평 대상자가 사회로부터 받는 평가가 저하된다고 하더라도 논평자는 명예훼손의 책임을 지지 아니한다. 우리나라 대법원판례도 논평이 공공의 이익에 관한 사항일 때는 공정평론의 법리를 적용하여 논평에 의한 명예훼손의 성립이 되지 않는 것으로 보고 있다. 그러나 공공의 이익에서 벗어나 개인의 명예를 훼손하는 경우에는 일반보도의 형식이든 독자투고형식의 보도이든 그 형식을 불문하고 정정보도청구권의 대상이 된다고 판시하였다.⁸³⁾

◆ 侵害事例

방송국의 노사분규 중 노조가 김일성초상이 들어간 걸개그림을 내건 사안에 대하여 대학생들의 ‘피바다’공연, 총장실점거와 함께 학생운동이나 노동운동이 과격주의로 치닫고 있다고 하여 그러한 운동양식을 비판한 한 월간신문 사설에 관하여 사실의 적시와 의견의 표명으로 이루어진, 즉 평가를 포함한 보도인 논평이나 해설은 공공적 사항에 관한 공정한 논평인 한 그 평가의 내용이 객관적으로 타당한 의견인지, 사회의 다수에 의하여 지지를 받고 있는 견해인지 여부를 묻지 아니하고 또한 이로써 위법성이 없으며 논평의 자유에 의해 보장된다.’고 판시하고 있다.⁸⁴⁾

다. 廣告에 의한 名譽毀損

83) 국내언론관계 판례집, 제1집, 1990, pp.130-135.

84) 서울지방법원 남부지원, 1990. 10. 12. 선고, 89가합188506 판결.

우리나라의 광고산업은 연 6조원대 시장을 형성하는 등 외형적인 면에서 비약적인 성장을 거듭하고 있다. 신문사는 물론 방송은 기존의 지상파 채널 외에 유선방송·케이블 방송 그리고 디지털 위성방송 등이 치열한 광고수주 경쟁을 벌이고 있다. 메시지 전달자로서 메시지의 설득에 즉 광고효과에 중요한 영향을 미칠 것이라는 믿음에 기인하여⁸⁵⁾ 광고산업은 자본주의 언론시장의 구조적인 특성을 반영하고 있는 만큼 언론은 광고활동에 직·간접으로 영향을 미칠 수밖에 없다. 이 같은 광고환경 탓으로 최근 우리나라의 언론환경은 명예훼손의 이유로 형사상·민사상 소송을 제기하는 사례가 늘어나고 있고 광고캠페인 과정에서도 타인의 명예를 훼손하는 사례가 빈번하게 나타나고 있다.

광고에는 영리광고와 의견광고로 나누어지는데 언론에 의한 명예훼손에 있어 주로 문제가 되는 것은 의견광고 쪽이다. 의견광고란 어떤 특정의 정보나 의견을 전파하기 위하여 신문지면이나 잡지, 인터넷 또는 방송시간을 일정한 광고요율에 따라 구입하여 이용하는 것을 말한다. 의견광고는 현대사회에서 보장하고 있는 언론자유의 표현 수단으로써 하나의 권리이기도 한다. 언론을 통한 최근의 광고는 상품을 알려 판매할 목적인 상업적인 광고뿐만 아니라 자신의 의견을 나타내는 등의 의견광고, 공익적 목적으로 행해지는 공익광고 등 매우 다양한 영역에 걸쳐있고 사회가 발전하면서 광고의 주체도 기업은 물론 개인으로부터 공공기관, 국가에 이르기까지 그 폭이 대단히 넓혀지고 있다. 특히 비영리적인 광고는 기업 공공단체의 광고뿐만 아니라 사회문제, 정치이념, 종교문제 등에 있어서도 그 영향력이 확대되면서 일종의 사회제도로 자리 잡아 가고 있다.⁸⁶⁾

우리나라 판례는 광고로 게재된 내용에 대해서 정정보도청구를 할 수 있다고 판시하고 있다.⁸⁷⁾ 미국에서는 독자투고나 독자편지 또는 광고가 타인의 명예를 훼손하는 때에는 언론사가 책임을 지도록 하고 있다. 일본 판례도 “신문광고는 신문지상에의 게재행위에 의하여 비로소 실현되고 그 광고에 대한 신뢰와 무관계하지 않고, 광고매체업무에 종사하는 신문사 및 동사예의 광고를 중개·전달하는 광고사로서는 신문광고가 가지는 영향력이 큰 점에 비추어 광고내용의 진실성에 의심을 품어야 할 특별

85) Craig, S. · McCann, J. M., Assessing Communication Effects of Energy Conservation, Journal of Consumer Research, 3rd, 1978, pp.82-88.

86) 홍승철, “광고규제의 헌법 문제”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 1999. p.3.

87) 서울민사지방법원 1984. 11. 30. 선고 84카34374 판결.

한 사정이 있어 독자에게 손해를 끼칠 염려가 있음을 예견하거나 또는 예견할 수 있는 경우에는 진실성을 조사 확인하여 허위광고를 독자에게 제공하여서는 안 될 의무가 있다.”고 판시하고 있다. 일본에 있어서는 광고에 의한 명예훼손의 판례로서 광고주의 책임이 인정된 것이 있는데 광고주가 그 사원을 불성실하다는 이유로 해고하였음을 신문에 광고한 사건에서 일본 판결⁸⁸⁾은 “징계해고의 사실이 함부로 공표된 것은 피해자의 명예, 신용을 저하시키는 것이기 때문에 그 공표가 허용되는 범위는 스스로 한계가 있고, 꼭 심오한 경우에도 필요 최소한의 표현을 사용하여 행하여져야 한다고 하면서 광고가 어떤 중대한 부정행위를 했기 때문에 징계 해고된 것과 같은 인상을 주는 본건 광고는 위법하게 원고의 명예 신용을 훼손한 것”이라고 하여 광고주의 손해배상 책임을 인정하였다.

라. 肖像權侵害

초상권이란 사람이 자신의 초상에 대해 가지는 일체의 인격적·재산적 이익을 내용으로 하는 권리라고 할 수 있다.

초상권은 좁은 의미의 얼굴 또는 용모에 국한되는 개념이 아니라 사람의 신체적인 특징을 포함하여 그것을 통해 그 사람의 동일성을 파악할 수 있게 해 주는 일체의 가시적인 개성⁸⁹⁾들인 반면 이러한 가시적인 개성들을 통해서가 아니라 언어로서 어떤 사람의 경력·행동·성격 등을 표현하는 것은 초상권의 문제가 아니라 일반적 인격권의 문제로 보아야 할 것이다. 따라서 후술하는 초상권을 내용까지 고려하여 보다 상세히 정의하면 초상권이란 사람이 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되고 공표 되지 아니하며 광고 등에 영리적으로 이용되지 아니하는 법적 보장이라고 할 수 있다.

우리 법제상 초상권을 인정하는 명문규정은 없으나 법원조직법⁹⁰⁾과 소년법 및 가사소송법⁹¹⁾에서 간접적으로 규정하고 있다. 그러나 대부분의 학설들은 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치, 행복추구권) 및 제17조(사생활의 비밀과 자유)로부터 도출되는

88) 大板地方裁判所, 1950. 10. 15. 判決.

89) vgl. Münchener Kommentar zum BGB, 1.Bd., 3. Aufl. 1993. §12. Rz. 163.

90) 법원조직법 제59조에서 법정 안에서의 녹화, 촬영, 중계방송 등의 행위를 금지하고 있다.

91) 소년법 제68조, 가사소송법 제10조에서 소년비행사건과 가사소송사건에서 관계인임을 알 수 있게 하는 사항의 보도를 금지하고 있다.

일반적 인격권의 일종으로서 초상권을 인정하고 있다. 한편 일부학설은 촉탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 촉탁자의 동의가 없는 때에는 이를 전시하거나 복제할 수 없다고 규정하고 있는 저작권법 제32조 제4항을 우리 법제상의 초상권의 근거규정으로 제시하고 있으나 이 조문은 촉탁에 의한 미술저작물과 사진저작물의 경우에 한정하여 피촉탁자(저작권자)의 전시 복제권과 촉탁자(초상본인)의 초상권간의 충돌을 피하기 위한 초상권을 인정할 수 있는 근거규정으로 보기는 힘들다.

그리고 우리나라뿐만 아니라 대부분의 국가들 역시 초상권에 관해서는 명문규정을 두고 있지 않으나, 미국에서는 프라이버시권의 하나로 논의되어 왔고⁹²⁾ 대륙법계 국가에서는 인격권의 일부로서 인정되어 보호되었다. 이러한 초상권은 19세기에 사진기술이 발달하면서 독일에서 크게 문제가 되었다. 독일에서는 1907년 미술·사진 저작권법(KUG)이 초상의 보호에 상세한 규정을 두고 있었고, 1965년 신저작권법(UrhG)도 초상의 보호에 대하여 이전의 KUG의 효력을 존속시키고 있다. 그런데 KUG 제2조는 초상을 피초상자의 동의없이 공표할 수 없다고 하는 취지를 규정하는 것에 그치고 있어 초상의 부당한 공표만을 적용하고 있다. 그러나 BGH도 피초상자의 동의를 얻지 않고서 행한 초상촬영 그 자체는 허용되지 않는다는 취지의 판결을 하면서 그 법적 근거를 KUG의 초상규정에서 발생하는 것이 아니고, 통일적·근원적 권리로서의 일반적 인격권으로부터 발생한다고 하고 있다.⁹³⁾

현대의 고도의 촬영기술의 발달(EX: 초소형카메라, 망원렌즈 등)로 무단으로 촬영되거나 작성하는 것 자체가 초상보호의 문제가 되었으며, 초상권도 초상의 공표뿐만 아니라 초상의 무단촬영,⁹⁴⁾ 초상의 작성도 결정할 수 있는 권리로 그 의미내용이 확대되어 온 것⁹⁵⁾을 보여준다.⁹⁶⁾ 따라서 초상권의 침해는 먼저 허가 없이 사진을 촬영

92) Prosser, Handbook of Torts, 5th ed., West Publishing Co., 1984, pp.851-852; Don R. Pember, Mass Media Law, Brown Co. Publishers, 1977, p.173.

93) BGHZ 24, 200(1957. 5. 10).

94) 동의없이 사진을 찍어 사회적으로 부정적 평가를 받고 있는 내용을 다룬 기사 중간에 삽입한 것은 초상권 침해와 명예훼손에 해당한다(서울민사지방법원 1993. 7. 8. 선고 92가단 57989 판결).

95) 한상범, "사진촬영과 초상권", 「언론중재」, 언론중재위원회, 1982. 여름호., p.15.

96) 일본의 최고재판소는 "개인의 사생활상의 자유의 하나로서 누구도 그의 승낙없이 함부로 그의 얼굴 내지 자태를 촬영받지 않을 자유를 가진다"고 하고 있다(最大判 1969. 12. 24, 刑集 第23卷 第12号, p.1625).

하거나 초상을 작성하는 것에 의하여 발생한다. 무단촬영 등 타인의 초상을 작성하는 자체가 초상의 침해가 되는 경우 작성자에게 초상을 공표할 의도가 있었는지의 여부는 불문하여야 한다.

초상의 작성에 있어서 동의는 명시뿐만 아니라 묵시적으로도 가능할지 모르지만 후자의 경우에는 그 결정이 극히 어렵다. 즉, 촬영이 은밀히 이루어진 것이 아니라 촬영이 피초상자 본인도 알 수 있는 형태로 행하여진 경우에 있어서도 피초상자 본인이 이의를 제기하지 않았다고 하여 바로 피초상자 본인의 묵시의 승낙이 있는 것으로 해석되는 것이 아니며, 오히려 촬영자가 보다 적극적으로 피초상자 본인에게 주의를 환기하고 그 거부의 기회를 주어야 함이 타당할 것이다.⁹⁷⁾

피초상자 본인이 스스로 초상화를 작성한다든지 스스로 초상의 작성을 승낙하는 경우에는 초상을 작성하는 행위자체는 초상을 침해하는 것이 아니나 그것을 공표할 것인지⁹⁸⁾ 어떠한 방법으로 공표할 것인지⁹⁹⁾ 무슨 목적으로 공표할 것인지¹⁰⁰⁾에 대해서 피초상자 본인의 동의를 얻지 않으면 안 된다. 따라서 이러한 방법이나 목적에 반하여 공표한 경우에는 초상권을 침해한 것이 된다.

일반적 인격권의 승인 구체화에 의하여 초상의 보호가 두텁게 보호된다 하더라도 거기에는 한계가 있다. 정치가나 배우 등의 저명인에 있어서는 그 초상권은 어느 정도 제한될 것이다. 그러나 그것은 어느 정도의 제한이고 저명인은 초상권을 가지지 않는다고 말할 수는 없다.¹⁰¹⁾ 또 저명인이 아닐지라도 사진, 기타의 화면 중 초상이 풍경이나 기타의 일부로서 등장하는데 불과한 경우에는 그 초상본인은 스스로의 초

97) 齊藤博, 人格價値の保護と民法, 一粒社, 1986, p.73.

98) 묘지에서 행해지는 장례식은 프라이버시에 속하는 사건으로 보아야 하며, 이러한 장례식에 있어서는 가족들 특히 범죄피해자의 가족들은, 그들의 슬픔이 존중되어야 하고, 공적인(특히 지나치게 요란한) 보도의 대상으로 되지 아니할 것을 요구할 수 있는 권리를 가진다. 따라서 범죄피해자의 장례식 사진의 게재와 그 가족들의 신원공개는 초상권 및 인격권 침해에 해당된다(Koln 지방법원 1991. 6. 5. 판결 -28 O 451/90사건).

99) 사진의 공표방법에 의하여, 사진에 나타난 사람이 어떠한 의심(이 사건에서는 AIDS감염의 의심)을 받을 우려가 있는 경우에는 그 정정을 요구할 권리가 있다(Hamburg 고등법원 1987. 4. 16 판결, -3U 210/86-사건).

100) 캐털로그용 사진을 원고의 승낙없이 위법하게 별개의 광고방법인 월간잡지광고에 사용함으로써 원고의 초상권을 침해하였다(서울민사지방법원 1988. 9. 9. 선고 87가합6032 판결)고 하고 있다.

101) 원고와 같은 유명인의 경우 비교적 초상권이 제한된다 하더라도 그 정당한 이익이 침해될 수는 없다는 점에 있어서는 일반인과 다름이 없다 할 것이다(서울민사지방법원 1989. 7. 25. 선고 88가합31161 판결)고 하고 있다.

상의 고정이라든지 반포에 대하여 초상권을 주장할 수 없다.¹⁰²⁾ 그러나 촬영시에는 일부에 불과하였던 초상이 그 부분을 특히 인화 확대하여 잡지 기타에 반포하는 것으로 되면 그것은 초상권의 침해가 된다. 일반인에 있어서도 공개된 장소에 있는 경우에는 그 초상권은 제한되지만 그 초상이 초상본인에 대한 부당한 관심을 품게 하는 방식으로 공개되는 것까지 수인할 필요는 없다.¹⁰³⁾

경찰관이 범죄수사나 증거보전을 위하여 용의자의 사진을 촬영하는 것은 다음과 같은 경우에 위법성이 조각된다. 즉, 본인의 동의가 없어도 경찰관의 촬영이 허용되는 것은 현재 범죄가 이루어지고 있거나 이루어진 직후라고 인정되는 경우로서, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있고, 또한 촬영이 일반적으로 허용되는 한도를 넘지 않는 상당한 방법으로 이루어질 때이다.

이러한 취지는 그 후 자동속도감시장치에 의한 속도위반차량의 운전자나 동승자의 용모를 사진촬영 하는 것의 합헌성이 다투어진 경우에도 답습되고 있다. 이에 대하여 범죄수사를 위한 것이라도 철도공안직원이 목욕하기 위하여 나체로 된 직원을 사진촬영한 것은 위법이라고 한다.¹⁰⁴⁾

일본에서 초상권침해가 정면으로 다투어진 사건으로서 국철버스차장사건이 있다. 이 사건은 원고가 국철버스차장으로서 상사의 명예에 따라 뉴스영화의 편집·보도를 영업으로 하는 피고회사의 촬영에 협력하기 위하여 근무를 하였는데 피고회사는 차장의 사진을 사용하여 카메라 르보 ‘적자선’이라는 뉴스영화를 만들어 영화관에서 상영하였다. 원고는 이 영화에서 애교 없고 냉담한 여성으로 표현됨으로써 혼기를 앞둔 여성으로서 인격적 손상을 입었고 피고가 영화작성의 의도를 분명히 했다면 촬영을 거부했을 것이라면서 명예훼손 및 초상권침해를 이유로 손해배상 및 사죄광고청구소송을 제기한 사안이다. 일본법원은 어쨌든 촬영을 승낙한 것이고 버스라는 공공의 장소에서 근무하고 있었기 때문에 일반사회의 뉴스로서 다루어진 영화에 원고가 묘사되고 있어도 표현의 자유와 국민의 알권리를 위하여 그것을 허용하여야 하고 또 원고 개인의 자태 용모를 소개 비판하기 위한 것이 아니기 때문에 초상권침해는 성립

102) KUG 제23조 제1항 제2·3호.

103) 예를 들면, 사고와 범죄에 희생된 자의 초상을 신문 등에 게재한 경우에 희생자본인 사후에 있어서는 근친자의 동의가 필요하다(Vgl. P.Schwerdtner Der Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S.214f).

104) 배병일, “초상권에 관한 연구”, 「재산법연구」, 한국재산법학회, 제9권 제1호, 1992, pp.124-125.

하지 않는다고 하였다.¹⁰⁵⁾

이에 대하여 원고가 촬영을 승낙하고 협력한 것은 국철버스의 선전에 도움이 된다고 생각했다고 한다면 그것과는 전혀 반대의 의도에서의 촬영에는 협력하지 않았을 것은 명백하고 위법성조각사유로서 인정하기에 충분한 승낙이 있었다고는 할 수 없다. 아무리 공공목적을 위한 영화작성이라고 하더라도 승낙의 진의와는 전혀 반대의 의도로써 초상이 이용된다는 것을 승낙하지 않으면 안 된다는 합리적인 이유는 없다고 비판하는 견해가 있다.¹⁰⁶⁾

법정에 있어서의 사진촬영에 대해서는 이른바 “北海タイムズ—事件”의 신문기자가 어떤 사건취재를 위하여 법정 내에 들어갔을 때 공판정에서의 사진촬영은 공판개시 후에는 허용되지 않는다고 고지를 받았으나 공판개시 후 함부로 기자석으로부터 단상에 올라가는 계단에 올라갔다. 재판장은 사진은 불가라고 제지하였으나 신문기자는 간신히 사진촬영을 하였다. 이에 대하여 과료 1000엔의 처벌을 받았다. 법원은 신문의 보도가 헌법 제21조의 표현의 자유에 속하고 취재활동도 인정하지 않으면 안되지만 그 자유는 무제한이 아니라는 것, 예컨대 공판정의 상황을 일반에게 보도하기 위한 취재활동이라 하더라도 그 활동이 공판정에서의 심판의 질서를 문란하게 하고 피고인 그 외 소송관계인의 정당한 이익을 부당하게 해하는 것과 같은 것은 절대로 허용될 수 없으며 공판정에서의 사진촬영 등은 그 행하는 시간·장소 등의 사정에 따라서는 위와 같은 바람직스럽지 못한 결과를 발생시킬 우려가 있으므로 형사소송규칙 제251조에 의해 사진촬영 등의 허가를 재판소의 재량에 맡겨 그 허가에 따르지 않는 한 이들 행위를 할 수 없음을 명백히 하는 것으로서 위의 규칙은 헌법에 위반하지 않는다고 판시하였다.¹⁰⁷⁾ 신문사의 사진기자의 취재활동으로서 시위대원을 촬영한 것은 사회의 재현상의 지식 및 뉴스를 독자에게 정확·공평하게 배포해야 하는 언론의 사명에 비추어 당연히 사회적으로 허용되는 행위라고 생각한다.

인격적 이익의 침해가 있더라도 침해행위가 주간지에 의하여 공표 되어진 경우에 헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유에 기한 보도의 자유와의 관계에서 그것이 공공의 이해에 관한 사실과 밀접 불가분의 관계에 있고 공표가 사실과 일체가 되어 오직 공익을 도모하기 위하여 사실을 보다 정확하게 보충하기 위하여 이루어진 것으로써

105) 廣島地判 1962. 2. 27, 判時 295號, p.20.

106) 竹田稔, 名譽・プライバシー—侵害に關する民事責任の研究, 酒井書店, 1983, p.111.

107) 最大判 1968. 2. 27, 刑集 第12卷 第2號, p.253.

목적달성에 관하여 필요 한도의 것이라고 하면 위법성조각사유가 된다고 한다.¹⁰⁸⁾ 초상권의 위법성조각사유로는 일반적으로 초상 본인의 승낙·초상 본인이 유명인인 경우 범죄수사를 위한 경우, 언론보도를 위한 경우, 집회나 시위의 경우, 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위(노사분규 등에 있어서 민사상의 증거확보를 위한 경우, 교육 또는 예술목적의 사진의 경우, 초상본인이 풍경의 일부나 유명인사의 배경으로서 우연히 포착된 경우)등이 제시되고 있다.

108) 東京地判 1987. 2. 28.

제 3 장 言論에 의한 名譽毀損의 法理

제 1 절 憲法上 言論의 自由와 名譽權

민주국가에 있어서 개인에 대한 명예권의 보장은 그 필요성과 요구가 점차 증대되고 있다. 21세기에 들어와서 과학·기술의 진보로 인한 개인의 사생활이 노출될 위험성을 증대시켰으며, 특히 언론매체에 의한 명예권의 침해는 그 신속성과 광범위 한 것 때문에 회복이 곤란하다는 점에서 심각한 문제가 되어 왔다.

개인의 명예권을 보호하는 것과 언론의 자유는 민주국가에 있어서 2개의 기본적인 권리로서 함께 보장되어야 한다. 그러나 이들 가치는 비밀과 공개라는 상이한 행태에 의해 실현되기 때문에 서로 충돌될 수 있다. 이와 같이 개인의 명예권과 언론의 자유 사이에는 이른바 기본권의 상충관계가 일어난다.¹⁰⁹⁾ 개인적 이익과 사회적 이익간의 균형과 조화가 곧 이들 가치의 조화를 이루기 위한 열쇠라고 할 수 있다. 따라서 이 절에서는 헌법상의 문제로 국한시켜 살펴보고자 한다.

1. 兩權利의 衝突問題

가. 私生活의 秘密과 自由

우리나라 헌법은 제17조에서 사생활의 비밀과 자유를 보장하고 있다. 학자들은 대체로 이 권리를 영미법상의 프라이버시권리로 이해하고 있지만¹¹⁰⁾ 그 역사가 짧기

109) 홍성방, 「헌법학(개정2판)」, 현암사, 2005, p.301; G. Dürig, Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten, in : Summum Ius summa Iniuria, 1963, S.80f.

110) 프라이버시권에 관하여는 프라이버시권을 ① 사생활의 평온을 침해받지 아니하고 사생활의 비밀을 함부로 공개당하지 아니할 권리로 보는 협의설(김철수, 「헌법학개론」, 2005, 박영사, p.523), ② 소극적으로는 사생활을 함부로 공개당하지 아니하고 사생활의 평온과 비밀을 요구할 수 있는 법적 보장으로 이해하고 적극적으로는 자신에 관한 정보를 관리·통제할 수 있는 법적 능력으로 이해하는 광의설(권영성, 헌법학원론, pp.423-424), ③ 사생활의 비밀과 자유뿐만 아니라 주거의 불가침·통신의 불가침 등도 포함하는 것으로 보는 최광의설 등이 있다. 프라이버시권의 개념을 협의로 보면 사생활의 자유는 소극적 성격을 갖는 자유권으로 보게 되고(김철수, 헌법학개론, p.523), 광의로 보면 사생활의 자

때문에 그 본질과 범위에 관하여는 견해가 갈리고 있다.¹¹¹⁾ 가장 포괄적인 개념으로 사생활의 자유가 사생활의 설계 및 그 내용에 대해서 외부로부터 간섭을 받지 아니할 권리라고 한다면, 사생활의 비밀은 사생활과 관련된 전혀 사사로운 나만의 영역이 본인의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 나만이 간직할 수 있는 권리이다. 따라서 모든 국민은 사생활의 내용과 비밀에 대한 간섭 또는 침해가 있는 경우에 이를 소극적으로 배제할 수 있는 것은 물론이고, 사회공동체의 일반적인 생활규범의 테두리 내에서 사생활을 자유스럽게 설계·형성해 나갈 수 있고, 또 나만의 영역이 함부로 공개되지 않도록 적극적으로 통제할 수 있는 권리를 함께 갖게 된다.¹¹²⁾

프라이버시권리, 그 중에서도 사생활의 비밀의 불가침은 은밀한 사적 사항이 공개되거나 인격적 징표가 손상당하는 것을 방지함으로써 궁극적으로 인간의 존엄성을 실현하려는 것이다. 오늘날 민주국가에 있어서 개인은 생활양식의 변화, 개인주의의 발전과 자유주의의 요구 등으로 개인에 대한 명예를 지키려는 의식이 높아지고 있다. 그러나 이 권리는 아직 형성중인 권리이므로 그 구체적인 내용은 앞으로 입법을 통해 점차 확대되어 갈 것이다.

나. 言論의 自由

언론의 자유는 우리 헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있다. 여기에서 언론의 자유라 함은 좁은 의미로는 사상 또는 의견을 구두의 형식으로 발표하는 권리만을 말하지만 넓은 의미로는 그 수단을 묻지 않고 사상이나 의견을 표현하는 모든 자유를 포괄한다.¹¹³⁾ 그런데 언론매체의 비약적인 발달은 의견발표의 주체, 정보를 보내는 자와 의견향수의 주체, 정보를 받는 자의 분리를 가져와 일반 국민은 현실적으로는 정보를 받는 수동적 상태에 놓이게 되었다. 그리하여 언론의 자유의 중점은 보내는 자의 자유로부터 받는 자의 자유로 전환되었고 국민의 이른바 알 권리(right to know) 일반적으로 접근할 수 있는 정보에 접하고 나아가 수집할 수 있는 권리가 새로운 권

유는 자기정보관리통제권을 포함하는 적극적 성격을 갖는 권리(권영성, 헌법학원론, p.423)로 보게 된다.

111) 권영성 교수는 명예권을 사생활자유권중의 하나로 보고 있으므로 이 논문에서도 명예권을 사생활자유권으로 보고 설명하도록 하겠다(권영성, 헌법학원론, p.423).

112) 허 영, 헌법이론과 헌법, pp.503-504.

113) 미국의 헌법과 판례는 이 용법을 사용하고 있다.

리로 정립되고 있다.

국민주권국가에 있어서 언론의 자유는 국민의 참여적 기능을 보장하기 위한 제도적 장치로서 이른바 우월적 자유(a preferred freedom)로서 간주되고 있다.¹¹⁴⁾ 오늘날 언론의 자유의 주된 담당자가 언론매체이므로 언론기관의 표현의 자유, 즉 보도의 자유가 그 핵심을 이루고 있다. 그리하여 언론기관은 국민의 알 권리를 실현시키기 위해 정보의 수집·취사선택·전달 전과정에서 자유로운 활동이 보장되는 동시에 그 사회적 기능을 다할 의무가 수반되는 것이다.

다. 兩權利의 相衡關係

이들 두 권리의 관계는 사생활의 비밀이 언론기관에 의해 침해되는 경우에 ① 사생활의 비밀은 어느 범위까지 그 보장을 주장할 수 있는가? ② 언론기관의 보도는 어느 정도까지 합리화되고 면책되는가? ③ 그 범위를 넘는 경우에 언론기관은 어떠한 책임을 지는가의 문제로 집약된다.

2. 國民의 알權利

정보 사회에 들어선 현대 민주주의 국가에 있어서 알 권리는 주권자인 국민이 정부를 실질적으로 통제하기 위한 필수적인 권리로서 환경권과 일조권·평화적 생존권 등과 함께 새로운 인권목록의 한 부분을 차지하게 되었다. 이러한 알 권리가 새로운 인권의 하나로서 인식되어 법과 제도로써 뒷받침된 것은 제2차 세계대전 이후, 즉 20세기 중반부터라고 볼 수 있으며¹¹⁵⁾ 우리나라의 헌법학 분야에서도 1970년대 이후부터 활발하게 논의되고 있다. 특히 근자에 사회 일각에서 문제되고 있는 정계·학계·재계부문의 비리들 또한 정보의 독점에 의한 밀실 정치에 그 원인이 있다고 볼 때 국민의 알 권리와 정보의 공개는 한층 더 중요해졌다고 볼 수 있다.

알 권리는 헌법 제21조 언론·출판의 자유 조항에서 그 근거를 찾을 수 있고,¹¹⁶⁾

114) Ducat, Modes of Constitutional Interpretation ch.4, West Publishing Co., 1978; 우리 헌법재판소도 이와 같은 견해를 취하고 있다(헌법재판소, 1989. 9. 4. 88헌마22 결정).

115) 김배원, “알 권리의 법적 성격에 대한 재검토”, 「법학연구」, 부산대학교 법학연구소, 제32권 제1호, 1990, p.158.

116) 독일은 기본법 제5조 제1항 제문에서 알권리를 명문으로 규정(누구든지 말, 글 그리고 그림

우리 사회의 민주화에 있어서 매우 중요한 기능을 갖는 기본권이라는 점에서는 전통적인 언론·출판의 자유와 다르지 않으나 전통적인 표현의 자유와는 달리 표현을 하는 자의 입장이 아닌 표현을 받는 사람, 다시 말해 수신인의 입장에서 새로이 구성된 권리 개념이라는 특징을 가지고 있으며¹¹⁷⁾ 우리나라에서는 간혹 정보의 자유와 혼용되어 사용되거나¹¹⁸⁾ 구별되어 논의되기도 한다.¹¹⁹⁾

가. 憲法的 根據

알 권리에 대한 명문 규정이 없는 우리나라에서는 알 권리의 헌법상의 근거에 대하여 ① 어느 한 규정만을 근거로 삼거나 ② 여러 규정들을 종합적인 근거로서 제시하는 견해로 나눌 수 있다.

i) 헌법 제21조의 해석상 언론·출판의 자유에는 표현을 하는 자유뿐만 아니라 표현을 받는 자유, 즉 알 권리도 포함되어야 한다고 주장하는 견해¹²⁰⁾와 헌법 제21조는 정보수령의 자유만을 보장하는 것으로 보고 알 권리의 근거로 헌법 제10조의 인간의 존엄 규정과 행복추구권을 드는 견해가 있다.¹²¹⁾

ii) 알 권리는 다양한 기능을 수행하고 있는 복합적인 권리가기에 헌법적 근거도 어느 특정한 헌법 조항에서보다는 국민주권의 원리, 표현의 자유, 인간의 존엄성 및 행복추구권 등 여러 조문에서 복합적으로 찾는 견해이다.¹²²⁾

나. 알 權利의 基本權的 性格

으로써 자유로이 의사를 표현하고 전파하며 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해를 받지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다.)하고 있으나, 우리나라에서는 1996년말 공공기관의 정보공개에 관한 법률이 제정되어 국민의 알 권리를 법률차원에서 보호하고 있다.

117) 권영호, “알 권리와 언론·출판의 자유: 「법학논총」, 단국대학교 법학연구소, 제19집, 1993, p.208.

118) 김배원, 전계논문, p.158; 윤명선, “알 권리”, 「월간고시」, 1993. 2. pp.86-87.

119) 이러한 개념상의 혼동으로 말미암아 알 권리는 때로는 정보의 자유를 의미하고, 때로는 액세스권(the right of access)을 의미하기도 한다(구명석, 신헌법학개론, p.504).

120) 문홍주, 「한국헌법」, 해암사, 1987, pp.272-273; 홍성방, 헌법학, pp.482-483; 헌법재판소, 1991. 5. 13. 90헌마133 결정.

121) 김철수, 헌법학개론, p.317.

122) 권영성, 헌법학원론, pp.411-412; 안용교, “국민의 알 권리”, 「고시연구」, 1980. 9., p.21.

(1) 權利否定說

권리부정설은 알 권리가 법이론상 권리로 인정되기에는 충분히 성숙하지 못하였다고 이해하며, 그 이유로서 우선 표현을 하는 자유가 다른 한편으로는 표현을 받는 자유라는 전통적인 표현의 자유에 관한 이해와 더불어 다음 두 가지 근거를 들어 설명한다. 우선 표현을 하는 자유에 대한 규제 없이 표현을 받는 자유만을 제한하는 경우는 드물게 발생한다. 따라서 표현을 받는 사람이 일정한 공권력에 터 잡은 규제에 의해 자기 자신의 권리가 직접 침해되었다고 논할 기회가 현실적으로 발생하기가 어렵다. 또한 현대 법질서는 개인의 권리 구제를 중심으로 하여 소송당사자의 적격성을 엄격하게 해석하는 경향이 있다. 이러한 이유들을 근거로 하여 표현의 자유에 관하여 표현을 받는 자의 입장에서 구성된 알 권리를 논하는 자체가 법학적으로 무의미하다고 주장한다.¹²³⁾

(2) 具體的 權利說

알 권리를 구체적인 권리로서 주장하는 일본 및 한국의 학설에 따르면 알 권리의 소극적인 측면인 자유권적 성격으로서의 알 권리, 즉 정보의 자유는 구체적인 권리로서 이견없이 인정되나, 적극적 측면으로서의 알 권리에 대하여는 견해가 대립한다. 일부 학자의 견해¹²⁴⁾에 따르면 적극적인 측면에서의 국민의 알 권리로서 주장되는 정보공개청구권이 헌법상의 권리가긴 하나 구체적인 권리는 아니라고 한다. 그러나 미국에서는 정보공개청구권 또는 정보접근권을 헌법상의 구체적인 권리로 이해하며 알 권리를 the right to know 또는 the right of access로 표현하여 액세스권과 같은 의미로 사용한다. 특히 액세스권은 알 권리의 적극적인 측면을 의미하는 용어로 사용된다.

일부 일본 학자들이 주장하는 적극적 측면의 알 권리 즉 정보공개청구권을 우리

123) 물론 법학적으로 무의미하다는 견해이지 정치학 내지 사회학적으로 무의미하다는 견해는 아니다(石村善治「言論法研究」, 信山社出版, 1992. p.21.)..

124) 독일의 기본권 이론을 수용한 일본 및 한국의 많은 학자들이 주장하는 학설로서 헌법상의 기본권과 그로부터 파생되는 행정법상의 권리에 관한 개념과 효력 범위를 올바르게 수용하지 못하여 일어나는 혼란이라고 볼 수 있다(김배원, 전제논문, p.175; 樋口 陽一, 「ホーンブック 憲法」, 北樹出版, 2000, p.38.)..

헌법이론상으로 다음과 같이 이해하였으면 한다. 정보공개청구권은 헌법상 인정되는 권리이나 헌법 규정에서 곧바로 도출되는 기본권 즉 자유권이 아니라 헌법에서 보장하는 언론·출판의 자유의 일부로서 개별 법규에 의하여 구체화되는 행정법 또는 공법상의 권리로 이해함이 타당할 것으로 본다. 독일에서도 역시 헌법상 명문 규정인 정보의 자유와 정보공개청구권을 구별하는 견해가 통설로서 기본권인 자유권과 공법상의 권리가 구별되어 논의되고 있다.¹²⁵⁾

(3) 法的 性格

알 권리를 구체적으로 인정하는 우리나라의 대부분의 학설은 알 권리의 성격을 규명함에 있어서 그 내용과 기능의 다양성으로 인하여 복합적인 성격을 가지고 있다고 본다. 개인적 정당성 이론은 알 권리는 개인의 인격 형성과 자아실현을 위하여 인정되는 권리로 보기 때문에 그것에 개인적인 성격을 부여한다. 이에 대하여 정치적 정당성 이론은 알 권리를 국민의 자기통치를 위하여 인정되는 권리로 이해하기 때문에 알 권리의 참정권인 성격을 중요시한다. 동시에 국가에 대하여 정보의 공개를 요구하고 언론기관에 접근하여 반론권과 권리로도 이해한다.¹²⁶⁾

위와 같이 알 권리를 이해할 때 알 권리는 자유권·청구권·참정권적인 성격을 가지는 복합적인 권리로 파악할 수 있다.

다. 言論機關에 대한 接近權

최근 일부 매스미디어는 거대한 언론기업의 독점화·집중화로 인식되고 있다. 이에 따라 출판·전파 미디어의 소유권자가 어떤 사실을, 또한 사실의 어떤 부분을 그리고 어떤 사상을 국민에게 전달하느냐를 결정하게 되었다. 그 결과 표현자와 표현을 받는 자 사이에 분리현상 또는 이해의 불일치현상이 나타나며, 매스미디어는 권력을 통제하는 데서 스스로 권력자로 되는 현상까지 발생하게 되었다.¹²⁷⁾

따라서 현대사회에서는 사적 정부(private government)라고도 부를 수 있는 언론기

125) K. Hesse, Grundzuge des Verfassungsrecht, 15. Aufl., 1985, S.152.

126) 윤명선, 전계논문, pp.90-92.

127) 홍성방, 헌법학, p.486; 竹内 重年, 「法治國における統治行爲—法と政治の關係を檢討するための比較法的研究」, 木鐸社, 2002, p.513.

업에 의하여 국민의 언론자유가 사실상 박탈되는 지경에 이르게 되었다. 곧 국민이 희망하는 선(善)이 사상의 자유시장(marketplace of ideas)¹²⁸⁾을 통하여 올바르게 이루어질 수 있다는 생각은 존재할 자리가 좁아지게 된 것이다. 이에 일반국민, 특히 소수의견을 가지는 국민은 국가의 힘을 빌어서라도 스스로의 의견을 표명하고 의견 발표의 광장과 반론의 기회를 확보하기 위하여 대량 전달수단인 매스 미디어에 어떤 형태로든지 접근·이용할 수 있는 권리를 보장해야 할 필요가 생겨나게 되었다. 언론기관접근권(access권)은 언론·출판의 자유와 관련하여 국민·언론대 국가권력이라는 2중구조가 국민·언론·국가권력이라는 3중구조로의 변화과정에서 발생한 권리라 할 수 있다.¹²⁹⁾

언론기관에 대한 접근권은 언론기관의 보도의 자유와 충돌할 수 있고 의견광고의 행사는 언론기관의 영업의 자유와 충돌할 수 있으므로 헌법을 규범조화적으로 해석하여 양자의 균형있는 조화가 요구된다.¹³⁰⁾

3. 우리 憲法上의 言論의 自由

가. 言論自由의 解釋

위에서 설명한 바와 같이 새로운 형태의 기본권, 즉 알 권리로서 설명되는 국민의 정보공개청구권, 반론권, 액세스권 등의 권리들은 우리 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 관한 이론들에 의하여 포용될 수 있는 권리들이라 할 수 있다. 따라서 우리 헌법 제21조를 명확히 해석하면 알 권리를 비롯한 권리로서 포용할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서 국민의 알 권리라는 새로운 개념하에 국민의 정보

128) 미연방 대법원의 White판사는 Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U. S. 367, 390(1969)사건에서 "진실이 궁극적으로 우위를 차지하게 된다. 곧 금압(禁壓)없는 사상의 자유시장을 유지하는 것이 미 연방 수정헌법 제1조의 목적이다."라고 밝히고 있다.

129) 언론기관 접근권은 1962년 3월 케네디대통령의 소비자보호교서에서 주장한 네가지 권리, 곧 ① 안전권(right to safety) ② 정보를 받을 권리(right to be informed), ③ 선택권(right to choose) ④ 의견이 청취될 권리(right to be heard) 중 의견이 청취될 권리와 깊은 권리와 깊은 관련을 가진다. 언론기관 접근권에 이론적 실마리를 제공한 것은 보통 J. A. Baron, Access to the Press-A New First Amendment Right, 80 Harvard Law Review(1967)로 알려져 있다.

130) 헌법재판소, 1991. 9. 16. 89헌마165 결정.

에 관련된 모든 권리를 총체적으로 파악하려는 논의는 일단 정보공개청구권의 입법 등의 긍정적인 효과를 가져 올 수 있겠으나 이러한 권리들이 헌법상 국민의 권리로서 인정되면 기존의 기본권 이론의 혼란과 더불어 국민의 권리 보호에 중대한 문제점을 초래할 위험성 또한 무시할 수 없을 것이다. 따라서 이러한 권리들을 헌법상의 권리로서만 이해하려고 할 것이 아니라 헌법상의 자유권 또는 청구권과는 달리 일반 공법상의 권리로서 이해하는 것이 타당하다고 본다.

우리 헌법 이론의 명확성을 기하기 위해 우리 헌법 제21조 제1항의 모태인 독일 기본법상의 표현의 자유에 관한 이론들을 살펴보면 독일기본법 제5조는 표현의 자유를 이루는 내용으로 의사 표현의 자유·의사 전달의 자유·정보의 자유·출판의 자유·방송의 자유 및 영화(film)의 자유 등을 직접 규정하고 있으며, 그 개별적 기본권들이 서로 독립하여 독자적인 영역과 특성을 가지는 하나의 독립적인 기본권으로 인식되어 왔다.¹³¹⁾

그에 반해 우리 헌법은 제21조 1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유를……가진다”라고 규정함으로써 문리해석에 있어 상당한 문제점을 남기고 있다. 이에 관해 한국의 기존 학설은 제21조 제1항의 언론·출판의 자유에 관한 해석에 있어서 언론이라 함은 담화·토론·연설·연극·방송 등과 같은 구두에 의한 사상 또는 의사의 발표를 의미하고, 출판이라 함은 문서·도서·사진 등과 같은 출판물에 의한 사상 또는 의견의 발표를 뜻한다고 하여 우리 헌법 제21조의 언론·출판의 개념을 의사 표현의 자유로 한정하여 해석하고 있다.¹³²⁾ 그러나 전술한 바와 같이 좁은 의미로 언론·출판의 자유를 개념 짓는 경우 외에 넓은 의미(현대적 의미)의 언론·출판의 자유로서 언론기관에 의한 보도의 자유, 언론기관의 창설·취재의 자유·엑세스권과 반론권 등을 열거할 수 있겠다.

이와 같이 우리 헌법상의 언론·출판의 자유를 이해한다면 언론·출판의 자유를 크게 일반적으로 사상 또는 의견을 언어·문자 등으로 불특정 다수인에게 발표하는 의사표현의 자유와 언론매체를 이용한 보도 및 의사발표의 자유로 나누어 볼 수 있다. 그와 더불어 넓은 의미의 언론·출판의 자유로는 개인의 알 권리·반론권·엑세스권 등을 들 수 있겠다. 이를 구체적으로 살펴보면 우리 헌법 교과서들은 언론·출판의 자유를 개인의 의사 표현의 자유로 한정하여 언론·출판의 자유의 향유 주체를

131) BVerfGE 8, 104/112; 20, 56/88.

132) 김철수, 헌법학 개론, p.607; 권영성, 헌법학 원론, p.404.

(특히 언론매체를 통한 매스컴의 자유에서) 특정한 소수 언론기관 종사자로 국한시키고 있는데 이러한 이론은 국민의 기본권 보호에 미흡한 부분이 없지 않다. 따라서 이에 대한 해결책으로 반론권과 액세스권 또는 국민의 알 권리 등을 적극적으로 보장하려는 경향을 보이고 있는 것이다.¹³³⁾ 또한 언론·출판의 자유의 내용의 변화에 따라 언론·출판의 자유의 법적 성질도 변경되어 기존의 내용에 청구권적인 성질이 첨가되게 되었다.¹³⁴⁾

이러한 우리 헌법학에서의 새로운 시도는 자유권의 전통적 의미(국가에 대한 개인의 방어적·소극적 공권)에 상당한 변화를 초래한 것으로 보인다.

나. 憲法 第21條의 解釋

우리 헌법이 독일기본법 제5조와 같이 언론·출판의 자유에 대하여 상세히 규정하고 있지 않는 상황 하에서 아직까지 공법학계·언론계 등에서 그 개념을 명확하게 정립하지 못하고 있는 것 같다.¹³⁵⁾ 상설하면 현재 헌법학계에서는 주로 언론·출판의 자유라 하여 언론 및 출판의 자유를 총괄하여 연구하고 있고, 기타 언론계는 주로 언론의 자유라는 말을 사용하면서 그것을 매스컴의 자유와 거의 동일한 것으로 파악하는 분열적 상황이 우리나라에서 전개되고 있는 것이다.¹³⁶⁾ 그런데 이는 언론과 출판의 자유라고 분명히 규정하고 있는 우리 헌법에 대한 문리해석을 등한시 한데서 일부 그 원인을 찾을 수 있다.

앞서 살펴 본 것처럼 우리 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 의사발표와 정보의 자유 그리고 출판 및 방송의 자유가 포함된다고 볼 때, 문리해석상 출판의 자유를 제외한 나머지 자유권들은 언론의 자유 항목에서 별도로 논의하는 것이 무리가 없는 것 같다.

헌법 제21조의 언론·출판의 자유의 구체적 내용으로 볼 수 있는 의사 표현의 자유와 의사 발표의 자유 등을 총괄적으로 파악하는 결과 개별적 기본권들 예를 들면 정보의 자유 또는 출판의 자유의 법적 성격과 주체 등에 관한 체계적 연구가 미비한

133) 김철수, 헌법학개론, p.608; 권영성, 헌법학원론, p.405 등 참조.

134) 권영성, 헌법학원론, p.412.

135) 서정우 외 2인, 「언론통제 이론」, 1986, p.77.

136) 이와는 별도로 우리 헌법 교과서에서는 매스컴의 자유에 관하여 보도의 자유라는 용어를 사용하고 있다(허 영, 한국헌법론, p.523; 김철수, 헌법학개론, p.608 참조).

현 상황에서 언론·출판의 자유의 개념상의 구분과 실제적인 해석에 있어 상당한 괴리를 초래하게 되었다고 볼 수 있다. 다시 말하면 언론·출판의 자유 조항을 해석하는 데 있어 우리 교과서들은 그 개념을 의사 표현의 자유로 이해¹³⁷⁾하면서, 그 구체적 내용에는 개인의 사상과 의견을 발표할 권리 이외에 넓은 의미¹³⁸⁾에서의 언론·출판의 자유로서 개인의 알 권리(정보공개청구권, 액세스권, 반론권), 언론기관의 창설 및 취재의 자유까지도 포함시킴으로써 언론·출판의 자유를 문리적으로 해석하기보다는 총체적으로 이해하여 좁은 의미와 넓은 의미의 언론·출판의 자유로 대별해 연구하는 경향이 짙다 하겠다. 이와 더불어 언론·출판의 자유에서 과연 무엇이 언론의 자유이며 출판의 자유인가에 대해서는 거의 언급되지 않고 있다고 볼 수 있으며, 따라서 그 개념의 문리적 해석과 구체적 내용의 관계에 대하여는 거의 연구가 되어있지 않다 하겠다. 더구나 위에서 설명한 바와 같이 언론의 자유를 구두에 의한 의사 표현의 자유로서만 이해하려 할 때 다른 자유권들(알 권리, 액세스권 기타 등등)을 언론·출판의 자유권의 범주 하에서 어떻게 파악할 것인지에 대해서도 흡족한 설명이 이루어지지 않은 상태라 할 수 있겠다.

언론·출판의 자유에 관한 이론들 중에서 의사표현 및 의사전달의 자유에 관하여는 학설이 일치하는 것 같아 법이론상 큰 문제점이 발견되지 않고 있다.

다. 出版의 自由

출판의 자유에는 우리 헌법이 구체적으로 명시하고 있는 정기·비정기 간행물을 포함한 모든 인쇄매체를 통한 표현의 자유도 포함된다고 보는 것이 타당하다고 여겨진다. 그뿐만 아니라 우리 헌법 제21조 출판의 자유 조항에 의해 인쇄 매체를 통한 개인의 의사 표현의 자유뿐만 아니라 그것이 객관적 질서규범적 성격을 갖고 있다는 점을 감안할 때 출판 발행의 자유·보급의 자유(언론기관의 자유) 등도 보장된다고 할 수 있겠다. 여기에서 인쇄 매체를 통한 의사 발표의 자유는 개인의 의사 발표의 자유 및 출판의 자유를 통해서도 보장된다고 볼 수 있겠다. 이 문제는 어느 한 기본권에 의하여 보장되어 진다기보다는 위의 자유권에 의하여 보장되어지나 출판의 자유가 그 제도적 보장의 성격에 의하여 보다 더 강하게 보장되어질 때 출판의 자유의

137) 김철수, 헌법학개론, p.608; 권영성, 헌법학원론, p.404.

138) 권영성, 헌법학원론, p.404.

한 부분으로서 보장되어 진다고 볼 수 있다. 이 출판의 자유와 방송의 자유에서는 개인의 의사 표현뿐만 아니라 사실 보도에 이견 없이 보장되어지고 광고와 같이 의사나 사실보도에 포함되지 않고 오직 영리적인 이익추구를 위한 출판매체의 일부분도 출판제도 그 자체의 성격상 당연히 출판 제도의 존립상 필요 불가한 전제조건으로서 이해되어 출판의 자유의 범주에 포함되어 보장되어 진다고 봄이 타당할 것이다.¹³⁹⁾ 이는 출판자유에 제도적 보장의 성격에 비추어 보아도 당연한 논리적 귀결이라고 볼 수 있다.

우리 헌법 해석상으로 출판의 자유라 함은 출판매체를 통한 의사표현의 자유로만 이해하려는 경향이 있어 매스컴을 통한 보도의 자유를 따로 설명하여 보도의 자유라 하여 언론·출판의 자유로서 이해되고 있다. 이와는 달리 독일에서는 출판의 자유에 관하여 그 보장 범위가 정보의 수집부터 의사와 사실보도의 전파에까지 미친다고 보는데,¹⁴⁰⁾ 이는 요컨대 출판의 자유가 본질적으로 출판 업무에 관련된 모든 행위에 적용된다는 말이다.¹⁴¹⁾ 또한 출판 개념은 인쇄 매체의 전달에 관련된 모든 작업을 아우르며, 출판의 범주는 모든 간행물(인쇄물)을 포함한다고 설명되고 있다. 또한 출판에 종사하는 사람과 발행인, 그리고 광고 업무에 종사하는 직원까지도 출판의 자유의 주체로 보고 있다.¹⁴²⁾

표현의 자유와 관련하여 볼 때 출판의 자유는 의사표현의 자유와 정보의 자유의 한 특별한 형태로 나타난다. 그러나 이 출판의 자유는 독일연방헌법재판소의 견해¹⁴³⁾에 따르면 단순히 의사표현의 자유의 특별한 형태일 뿐만 아니라 그의 민주사회에서의 역할과 중요성에 비추어 단순히 출판매체를 통한 의사표현, 사실보도 뿐만 아니라 정보의 수집, 특히 일반적 정보뿐만 아니라 특별한 취재, 관찰, 인터뷰를 포함하는 정보의 수집과 그 간행물의 배포에까지 그 적용범위가 미친다고 할 수 있겠다. 위의 두 자유권은 서로 중복하여 보장하는 경우는 있으나 어느 한 자유권이 다른 자유권을 완전히 포용한다고 보지는 않는다. 더구나 출판의 자유와 제3자의 효력문제와 더불어서 출판사 내부적 자유문제가 편집권과 경영권의 관계로서 현재에 상당히 논의되고 있으나 이를 완전한 자유권의 한 형태로 인정하기에는 법이론적으로 상당한 문제점

139) BVerfGE 64, 108.

140) BVerfGE 20, 162/176(Spiegelurteil)

141) V.Munch, G. Kommentar, Art. 5, Rdnr. 23.

142) BVerfGE 64, 108/114 f.

143) BVerfGE 36, 193/204.

이 있다 할 것이다.

라. 電波媒體에 의한 報道的의 自由

전파매체에 의한 보도의 자유는 라디오·TV 등 유선·무선의 전파매체에 의한 언론의 자유, 즉 방송과 방영의 자유를 말한다. 방송처럼 인간의 사유영역을 전파매체에 의해서 일반대중에게 전달하는 것은 신문 등의 출판물에 의한 경우보다 훨씬 빠르지만 심층적인 보도의 면에서는 출판물에 의한 경우보다 뒤떨어진다. 따라서 방송·방영의 자유는 주로 보도기능 및 정보기능을 그 주된 사명으로 한다. 둘째, 전파매체에 의한 보도의 시설과 기술은 신문 등의 경우보다 몇 갑절 더 많은 비용이 소요될 뿐 아니라, 전파의 주파수가 제한되어 있기 때문에 그 시장독점적 현상이 신문의 경우보다 더욱 두드러지게 나타나기 마련이다. 방송기관 내부조직의 다원화와 민주화가 신문의 자유에서보다 더욱 강력히 요청되는 이유도 그 때문이다.

방송이라 함은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것으로서 텔레비전 방송·라디오 방송·데이터 방송·이동멀티미디어 방송을 말한다라고 규정하고 있는 방송법 제2조 제1항의 취지에 비추어 보아 우리나라에서의 방송의 자유라 함은 우선적으로 전파매체를 이용한 의사표현과 사실 보도의 자유를 포용하는 개념으로 볼 수 있겠다. 뿐만 아니라 방송·방영의 자유는 개인의 방송·방영의 자유뿐만 아니라 방송국의 자유도 포함하는 것으로 보아¹⁴⁴⁾ 방송국의 방송편성의 자유도 보장된다고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 독일 헌법학이 굳이 방송의 자유를 출판의 자유와 구별하여 방송국의 자유, 또는 방송편성의 자유를 강조하는 데는 다음 두 가지의 배경이 깔려 있다. 첫째 독일 방송체계는 전후 상당 기간 동안 공영방송 체제를 유지해왔고, 둘째로 독일기본법 제5조 제1항이 ‘방송에 의한 보도의 자유는 보장된다.’고 규정하고 있으므로 위와 같이 해석할 수 있는 헌법적 근거가 있는 것이다. 그런데 방송의 자유에 관한 구체적인 헌법조문이 없고, 해석상 방송의 자유가 헌법 제21조에 귀속된다고 보는 한국에서는 방송의 자유를 출판의 자유와 구별되는 별개의 기본권으로 볼 필요는 없다. 오늘날 방송이 여론형성에 미치는 커다란 영향을 감안한다면 독일연방헌법재판소가 그 TV판결¹⁴⁵⁾에서 밝힌 바와 같이 되도록 사회의 모든 계층과 이해집단이 TV프로그램 편성

144) 김철수, 헌법학개론, p.609.

에 함께 참여해서 TV 및 방송내용에 영향을 미칠 수 있는 제도적인 장치가 마련되는 것이 바람직하다.¹⁴⁶⁾

(가) 放送의 公正性

흔히 방송의 종류를 공영방송과 민영방송으로 나누고 공영방송 체제하에서 특히 방송의 공정성 보장이 문제된다고 말한다. 독일의 방송국 체제가 현재는 공·민영방송을 주축으로 하는 이중적 구조를 가지고 있지만 과거 제2차 세계대전 직후의 방송 체제가 공영방송으로 출발했다는 것은 주지의 사실이다. 공영방송체제로 출발할 수밖에 없었던 이유로는 방송국 설립에 소요되는 경제적 비용 문제와 한정된 전파 주파수 등을 들 수 있다. 그런데 방송국 설립의 어려움과 그로 인한 소수 공영방송국 체제하에서는 다양한 의견의 표현과 대립을 기초로 하는 많은 수의 출판·신문 매체와는 다른 법이론을 적용할 수밖에 없었다고 볼 수 있다.

어느 특정 정당이나 이익단체의 의견과 동일한 사상이나 의견을 자유로이 표현하면서도 전체적으로는 균형을 이루어 가는 신문매체와는 달리 전후 독일에서의 독점 공영 방송체제하에서는 일단은 방송국 자체의 균형 잡힌 방송, 즉 전체적인 면에서의 방송의 공정성·다양성을 보장하여 국민 개개인에게 보다 다양한 그리고 편파적이지 아닌 정보를 제공하는 게 그 제도의 중요한 존재 이유가 되었다고 할 수 있다. 따라서 방송의 공정성 보장이란 국민들에 대한 다양한 정보의 제공이라는 측면에서 국민의 알 권리와 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있다.

방송의 공정성 문제를 보면 민영 방송이 허용된 현재에 있어서는 어느 정도 공영 방송과의 차이는 있으나 민영방송도 방송의 다양화가 보장될 때까지는 방송프로그램 전체적으로 공정성을 보장하여야 한다는 점에서 공영방송과 마찬가지로 할 수 있겠다.¹⁴⁷⁾ 이는 민주사회를 기초로 하는 방송과 신문의 공적 기능과는 근본적으로 다른 문제이다.¹⁴⁸⁾

145) Vgl. BVerfGE 12, 205(259ff).

146) 허 영, 헌법이론과 헌법, pp.663-664.

147) R.Ricker, Der Rundfunkstaatsvertrag, in; NJW 1988, S.454.

148) 김철수, 헌법학개론, p.610.

4. 言論의 自由와 名譽權의 關係

개인에 관한 사적 사항을 언론매체가 불특정·다수인에게 공표하는 것은 명예권의 침해가 된다. 이 유형의 침해가 본래적이고 가장 광범한 것으로 Warren과 Brandeis가 명예의 권리를 주창하게 된 동기도 여기서 비롯되었다. 오늘날 언론으로부터 명예권을 보호하는 것이 특히 중요한 과제이다.

사생활의 비밀의 공표가 불법행위가 되기 위해서는 다음과 같은 요건을 필요로 한다.¹⁴⁹⁾

첫째로, 사적 사항의 공개는 사실을 공공연하게 폭로하는 것, 즉 공표(publicity)가 있어야 한다. 공표의 대상은 적어도 불특정·다수인이어야 하며, 그 방법은 반드시 문서에 의한 것이 아니어도 된다. Warren과 Brandeis는 특별한 손해가 없는 한 공표는 문서에 의한 것만을 고려하였지만 현대 사회에서는 TV 등의 방송매체와 컴퓨터의 발달로 문서에 의한 공표에 국한시킬 수 없게 되었다.

둘째로, 공표된 사실은 사적 사항(private affairs)이어야 한다. 사적 사항에 속하는가의 여부를 결정하는 기준을 일률적으로 설정하는 것은 곤란하다. Warren과 Brandeis는 공적인 사실·공적 장소에 나타난 행위나 공적 기록에 수록된 사항은 원칙적으로 사적 사항에 속하지 않는다고 한다.

셋째로, 공표된 사실을 통상적 감수성을 가진 합리적 인간의 감정을 훼손하는 것이어야 한다. 명예권에서 보호하고자 하는 사항은 모든 사적 사항을 포괄하는 것이 아니라 통상인의 감정에 비추어 난처한 사항(embarrassing facts)을 공표하는 데 국한된다.¹⁵⁰⁾ 그 기준은 결국 사회윤리와 사회통념에 비추어 결정될 것이다.

넷째로, 공표된 사항이 원고에 관한 것이라는 증명, 즉 동일성(identification)의 입증 필요하다. 그 동일성의 정도는 통상인이 작중인물을 원고와 동일시할 수 있다고 판단되면 족하다.

149) Prosser, *op. cit.*, 382; 권영성, 헌법학원론, p.367; 안용교, 「한국헌법」, 고시연구소, 1991, p.453.

150) 일반적으로 개인의 신체상의 특성, 상세한 성관계, 비정상적인 행태 등을 폭로하는 기사는 프라이버시를 침해한 것으로 미국 대법원은 인정해 왔다. Reed v. Real Detective Pub. Co., 63 Ari. 294, 162 P. 2d. 133(1945)

다섯째로, 그 공개에 있어서 악의(malice)의 결여는 항변사유가 될 수 없다. 명예의 권리는 사적 사항의 공표로 인한 정신적 고통을 구제하는 데 그 보호법익이 있기 때문이다.

가. 뉴스의 基準

언론의 자유가 개인적 이익에 봉사하는 한 이는 명예의 권리와 충돌하게 된다. 이 경우에 타인의 권리는 존중되어야 하며, 따라서 양권리는 이익형량의 원리에 의해 균형을 유지하도록 조정되어야 한다. 그러나 언론의 자유가 사회적 이익에 봉사하는 경우(정책결정에의 참가를 보장하거나 사회변화를 촉진하는 경우)에는 명예권리는 스스로 그 한계를 승인하지 않으면 안된다. 즉, 명예권리의 침해가 공공이익에 관한 보도의 일환으로 이뤄진 경우에는 그 언론기관은 면책특권(privilege)이 인정된다.¹⁵¹⁾ 법원이 그 보도의 뉴스성(newsworthiness)을 발견하게 되면 국민의 알 권리에 의해 프라이버시권리의 침해를 합리화시켜 왔다. 그러나 뉴스성의 유무는 확일적으로 구분할 수는 없으며¹⁵²⁾ 그 경계선은 결국 개별적 사건에서 법원이 결정할 수밖에 없는 것이다.

여기서는 Pember의 견해에 따라 공공의 이익, 공적 인물과 공적 기록으로 나누어 뉴스성의 판단기준을 살펴보기로 한다.¹⁵³⁾

(1) 公共의 利益

공공의 이익(public interest)은 뉴스성을 판단하는 가장 중요한 기준이다. 명예권의 침해가 공공의 이익을 위한 경우에는 국민의 알권리를 실현하기 위한 것으로 합리화된다.

일반적으로 뉴스는 보도적 가치·교육적 가치 및 계몽적 가치를 가지고 있다.¹⁵⁴⁾

151) 이 원칙은 미국의 법원들에 의해 인정되어 왔고, 영국에 있어서 Younger Committee과 Press Council의 공통된 견해이다.

152) Emerson, The System of Freedom of Expression, Random House, 1970, pp.553-557.

153) Pember, Privacy and the Press, University of Washington Press, 1972. 그는 이를 첫글자를 따서 3P원칙(3p's doctrine)이라고 부른다.

154) Donah v. Warner Bros. Pictures, 194 F. 2d 6 (1952) 참조

이들 가치는 명예권과 관련시켜 볼 때 계열화시킬 수 있다. 즉, 보도적 가치는 일반적으로 명예권보다 우월하며 교육적·계몽적 가치는 보도적 가치보다는 하위에 있는 것으로 평가된다. 따라서 보도적 가치가 있는 경우에는 언론기관은 일반적으로 명예권의 침해에 대하여 면책이 되며 교육적·계몽적 가치가 있는 경우에는 뉴스의 보도와 프라이버시이익을 비교·형량하여야 한다. 그러나 단순히 오락적 가치만을 가진 경우에는 명예권이 우선적으로 보장되어야 한다.¹⁵⁵⁾ 그 기준은 획일적으로 결정될 수는 없고 구체적인 상황에 따라 한편으로는 명예권의 성질과 침해의 정도를 다른 한편으로는 공공이익의 종류와 중요성을 비교·형량하여 결정하여야 한다.¹⁵⁶⁾

(2) 公的 人物

공적 인물(public figure)은 국민들의 알 권리의 대상이 되므로 일반 사인에 비하여 그의 명예권이 어느 정도 제한된다. 공적 인물이란 그의 재능·명성·생활양식에 의하여 또는 일반인의 관심을 끄는 직업을 선택함으로써 공적 인사, 즉 명사(celebrity)가 된 자를 가리킨다.¹⁵⁷⁾ 여기에는 자발적으로 유명인이 된 자(정치인·관료·배·운동선수 등)와 비자발적으로 유명인이 된 자(범인과 그의 가족·피해자 등)이 포함된다. 전자의 경우는 사사의 공개를 동의(또는 포기)하였기 때문에 후자의 경우에는 공적 관심사가 되었기 때문에 개인의 명예권의 제한이 합리화된다. 공적 인물이라 하더라도 그의 순수한 사생활이 존재하므로 공적 생활 또는 공적 이익과 관련이 없는 경우에는 명예권을 침해당하지 아니한다. 또한 공적 인물일지라도 영속성이 있는 것은 아니며 시간의 흐름에 따라 공익성이 상실·퇴색되어 명예권이 회복되는 경우가 많다. 그러나 시간경과의 범주가 명확치 않기 때문에 법원은 개별적인 사건을 따져서 정책이 요망하는 바에 따라 결정하여야 할 것이다.¹⁵⁸⁾ 특히 범죄피의자나 피해자의 신원을 밝힐 것인가의 문제가 제기되는데 일반적으로 강간피해자나 소년범죄자의 경우에는 형사정책상의 이유로 그 보도를 금지하고 있다.

155) Barber v. Time, Inc., 348 Mo. 1199, 159 S. W. 2d 291(1948); Bazemore v. Savannah Hospital, 171 Ga. 257, 115 S. E. 194(1930); Feeny v. Young, 191 App. Div. 501, 181 N. Y. S. 481(1920) 등 참조

156) 상세한 예는 Prosser, *op. cit.*, p.412 참조.

157) *Idid.* p.823.

158) Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc., 4Cal. 3d. 529(1971).

(3) 公的 記錄

일상적으로 공적 기록(public record)에서 얻은 자료의 공표는 국민의 알권리가 우선하기 때문에 명예권의 침해가 되지 아니한다. 출생·결혼·군복무기록이나 변호사·의사자격의 취득 등의 기록은 공개되더라도 명예권의 침해를 해소할 수 없다.¹⁵⁹⁾ 사법절차상의 기록에 있어서도 공적 기록의 원칙은 그대로 적용된다. 그런데 체포기록의 유출은 개인에게는 고용·신용·주택·보험 등의 경우에 불리한 처우를 받게 하므로 1960년 이후 형사기록의 말소에 관심을 가지게 되었다.¹⁶⁰⁾

그러나 미국에서는 학적부·은행계정·의료기록 등에 있어서 개인의 명예권 이익을 인정하고 이들의 공개를 금지하는 판례들이 늘어나고 있다.

나. 虛偽事實報道와 名譽權

허위의 사실을 공표하거나 사실을 과장 또는 왜곡하여 공표함으로써 특정인을 진실과 다르게 알도록 하는 것은 명예권의 침해가 된다.¹⁶¹⁾ 이 유형의 침해는 그 기원을 1903년의 뉴욕주법에서 찾을 수 있다. 오늘날 이와 같은 침해유형이 사실상 중요성을 가지고 있지만 아직까지도 그 법원칙은 확립되지 않고 있다.

오해를 낳게 하는 공표가 되기 위해서는 첫째로 허위성(fictionalization)이 있어야 한다. 원고의 의견이나 발언을 허위로 발표하는 경우, 다른 상황의 사진을 무단으로 사용하여 원고에 대한 허위의 인상을 주는 경우 무고한 자의 성명·사진·지문 등을 범인사진 진열실에 비치하여 오해케 하는 경우 등이 그 예이다.¹⁶²⁾ 허위의 발언은 사회적 가치가 없고 국민의 알 권리의 대상이 되지 않기 때문에 언론의 자유로서 보호받을 수 없는 것이다. 그러나 허위성의 기준과 그 정도에 관한 명확한 법이론이 확립

159) Meetz v. Associated Press, 230 S. C. 330, 45 S. E. 2d 606(1956)

160) Menard v. Mitchell, 430 F.2d 486, 494(D·C. Cir. 1970). 여러 종류의 형사기록을 말소하기 시작했지만, 그 태도가 일관된 것은 아니다.

161) Wacks는 그 보호법익이 프라이버시가 아니라 동일성(identify)이라고 한다(Wacks, op. cit., p.21).

162) Prosser, op. cit., p.398.

되지 않고 있어 명예권의 침해에 대한 면책 여부를 결정하기가 어렵다.

둘째로 통상인의 감수성에 비추어 수인할 수 없는 정도의 것이어야 한다. 신문기사가 영리목적으로 이뤄진 것이 아니고 그 오류가 경미한 경우나 서적이 상식선을 넘지 아니한 내용을 다른 경우에는 이를 감수하여야 한다.¹⁶³⁾ 셋째로 악의(malice)의 유무는 소인의 요소가 되지 아니한다. 1967년의 Hill사건¹⁶⁴⁾에서 미연방대법원은 원고에게 악의의 존재를 입증할 책임을 부여하였으나 이는 아직 확립된 법원칙은 아니다. 무관의 제왕으로부터 개인의 명예권을 보장하기 위해서는 이 유형의 보장을 확대해야 할 것이다.

제 2 절 言論의 自由와 刑事責任의 限界

민주국가생활에 있어서 언론의 자유가 그 국가생활의 발전에 얼마나 크게 이바지하고 있는가에 대해서는 앞 절에서 설명한 바와 같다. 그러나 언론의 자유가 충돌하기 쉬운 사람의 명예도 역시 국가생활에 있어서 무시할 수 없는 문화추진적 요소로서 이익이 되는 것이다. 그러므로 언론의 자유를 남용하여 사람의 명예를 훼손해도 안될 것이고 사람의 명예를 지나치게 보호하기 위해서 언론의 자유를 무리하게 제한해서도 안될 것이다.

그래서 우리나라에서는 헌법 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론출판의 자유...를 가진다.”고 규정하여 언론의 자유를 하나의 기본적 인권으로 보장하면서도 동조 제5항에서 “언론 출판은 타인의 명예...를 침해해서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 또한 형법에서는 형법 제307조 제1항에서 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.’고 정하여 사람의 명예 즉 사람의 인격적인 면에 있어서의 사회적 평가를 보호하고 있으면서도 제310조에서는 “ 307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.” 규정하여 사람의 명예를 지나치게 보호하기 위해서 표현의 자유를 무리하게 제한하는 일이 없도록 배려하고 있다.

163) Idid., p.400.

164) Time, Inc. v. Hill, 385 U. S. 374(1967).

따라서 이 절에서는 형법상 언론의 자유를 보장하기 위한 규정과 언론의 자유를 제한하는 규정의 관계에 제한하여 설명하고자 한다.

먼저 형법상의 명예권을 보호하기 위한 규정이라고 할 수 있는 형법 제33장 명예에 관한 죄를 설명하고 이어 형법상 언론의 자유를 보장하기 위한 규정이라고 볼 수 있는 제310조에 대해서 살펴보고자 한다.

1. 名譽權을 保護하기 위한 刑法의 態度

명예에 관한 죄는 사람의 인격적 가치인 명예라는 법익을 위태롭게 하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 형법은 제33장 명예에 관한 죄에서 명예훼손의 죄(제307조 내지 제309조)와 모욕죄를 규정하고 있다. 명예훼손은 공언히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 범죄이며 모욕죄는 공언히 사람을 모욕함으로써 성립하는 범죄이다. 명예훼손죄와 모욕죄는 명예를 보호법익으로 하는 점은 동일하지만 사실의 적시라는 행위에 있어 차이점을 가진다.

이에 따라 명예에 관한 죄의 보호법익은 명예이다. 명예의 개념은 그 내용에 따라 내적 명예·외적 명예·명예감정으로 분류된다. 내적 명예란 사람이 가지고 있는 인격의 내부적 가치 그 자체를 말하며, 외적 명예란 사람의 인격적 가치와 그의 도덕적·사회적 행위에 대한 사회적 평가를 말한다. 명예감정이란 자기의 인격적 가치에 대한 자신의 주관적인 평가 또는 감정을 의미한다.¹⁶⁵⁾ 내적 명예는 외부의 평가를 기다리지 않고 누구에게나 존재하는 것이기 때문에 훼손의 여지가 없으나 외적 명예는 인간적·사회적 가치에 대한 사회적 평가이므로 결국 형법상 명예에 관한 죄에서의 대상이 되는 것은 외적 명예라고 보는 것이 통설·판례¹⁶⁶⁾의 태도이다. 명예훼손죄의 보호법익은 외적 명예이고 모욕죄의 보호법익은 명예감정이라고 해석하는 견해¹⁶⁷⁾도 있지만 형법이 모욕죄의 구성요건으로 공언성을 요구하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 모욕죄의 보호법익도 외적 명예라고 보는 통설이 타당하다고 본다.¹⁶⁸⁾

그리고 명예의 주체는 사람이므로 모든 자연인 및 법인이 명예의 주체가 된다. 사

165) 이재상, 형법각론, pp.175-176; 박상기, 형법각론, pp.179-180;

166) 대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결

167) 유기천, 「형법학 각론강의(상)」, 일조각, 1985, p.138.

168) 이재상, 형법각론, p.177.

자(死者) 및 법인격 없는 단체가 명예의 주체가 되느냐에 대해서는 견해의 대립이 있지만 사자의 경우 역사적 가치로서의 사자의 명예를 보호하는 것이라는 점, 법인격 없는 단체의 경우 법에 의하여 인정된 사회적 기능을 담당하고 통일된 의사를 형성할 수 있는 이상 명예의 주체로 인정할 수 있다는 점에 비추어 볼 때 명예의 주체성을 인정하는 견해¹⁶⁹⁾가 타당하다 할 것이다.

2. 言論의 自由를 保護하기 위한 刑法의 態度

형법에서는 제310조에 위법성의 조각이라는 제목으로 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 벌하지 아니한다고 하여 개인의 명예보호라는 사익과 표현의 자유보장이라는 공익을 조화·조정하기 위한 규정을 두고 있다. 본 조문의 법적 성격은 실체법적으로는 위법성조각사유이다.(학설·판례¹⁷⁰⁾ 일치)¹⁷¹⁾ 정당화의 근거는 언론의 자유라는 공익과 명예권의 보호라는 사익의 이익형량에서 오는 결과반가치의 탈락과 공익을 위한 의사로 행해진다는 점에서 행위반가치의 탈락을 들 수 있다.¹⁷²⁾

동조의 형법적 성질에 관하여 ① 처벌조각사유설과 ② 위법성조각사유설 ③ 구성요건해당성조각사유설로 나누어 볼 수 있으나 우리나라에서는 현재는 ①설과 ③설을 주장하는 학자는 없고 다만 독일형법 제193조(ubler Nachrede) “...이 사실이 진실한 것으로 증명되지 아니하는 때에는...처벌 한다”든가 일본형법 제230조의2 제1항 “사실의 진부를 판단하여 진실하다는 증명이 있는 때에는 이를 벌하지 아니 한다”고 하는 경우에 있어서와 같이 우리나라 형법 제310조와 달리 규정한 경우에 있어서만 있을 수 있는 것이므로 우리 형법 제310조의 해설에는 그와 같은 학설이 있을 수 있는 것 같이 소개 또는 비판할 필요가 없을 것으로 생각한다.

이와 같이 형법 제310조를 명예훼손에 관한 위법성조각사유로 생각한다 하더라도 이 경우에 한해서만 명예훼손의 위법성이 조각되는 것으로 생각할 수는 없다. 명예훼손의 경우에도 다른 범죄행위의 경우에 있어서와 같이 형법 제310조 이외에도 동법

169) 상계서, p.178.

170) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결; 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결.

171) 우리 형법 제310조에 해당하는 독일 형법 제193조에 관하여 처벌조각사유로 보는 것이 다수설이다.

172) 임웅, 「형법각론」, 법문사, 2003, p.201.

제20조에서 제24조까지의 조문이 적용되어 그 위법성이 조각되는 것이다. 다만 명예 훼손의 경우에 있어서는 형법 제310조라는 전형적인 위법성조각사유를 하나 더 가지고 있다는 것이 된다.

그리고 형법 제310조가 적용되어 명예훼손의 위법성이 조각되기 위한 요건에는 두 가지가 있다. 첫째는 적시된 것이 진실한 사실이어야 한다. 여기에서 말하는 진실한 사실은 그 적시된 사실이 진실한 것이거나 적어도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고, 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어야 하는 것이다. 여기에서 진실한 사실이란 그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로서 세부에 있어 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하다.¹⁷³⁾ 특히 사람의 명예를 훼손할만한 사실에 대한 풍문을 적시하는 경우에는 그 풍문 자체가 진실해야 하는 것이 아니라 그 내용이 되는 사실이 진실해야 하는 것이다.

둘째는 그 사실의 적시가 오로지 공공의 이익에 관한 것이어야 한다. 형법 제310조에서 오로지 공공의 이익에 관한 때라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 한다. 여기의 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 적시사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 한다.¹⁷⁴⁾

그러므로 객관적으로 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인가의 여부는 당해 적시사실의 구체적 내용, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 즉 소사회의 이익에 국한된 사실이라도 그 사회에 속하는 자에게만 발표한다면 공공의 이익에 관한 것이 될 것이다. 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예의 침해의 정도도 비교·고려하여 결정하여야 한다.

위와 같은 객관적 정당화 상황과 함께 주관적 정당화요소인 사실의 진실성과 공익

173) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002도3570 판결.

174) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도3912 판결.

성을 인식하여야 한다. 예컨대 객관적으로 진실한 사실이라도 행위자가 진실이라는 인식이 없을 경우, 즉 허위라고 인식한 경우 또는 객관적으로 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이라 하더라도 주관적으로 행위자가 공공의 이익을 위한다는 의사로 적시한 것이 아니라면 위법성이 조각될 수 없다. 다시 말하면 객관적으로 진실한 사실이라도 행위자가 진실이라는 인식 없이 허위라고 인식한 때에는 객관적 요건인 사실적시의 공익성조차 구비되지 못한 경우이므로 제310조는 적용될 여지가 없다. 따라서 제307조 제1항의 죄가 성립한다.¹⁷⁵⁾ 또한 객관적으로 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이라 하더라도 주관적으로 행위자가 공공의 이익을 위한다는 의사없이 적시한 경우에는 주관적 정당화요소가 결여된 경우이다. 주관적 정당화요소가 결여된 경우 불능미수설을 따르더라도 이 경우는 제307조 제1항의 죄가 성립한다고 보아야 한다.¹⁷⁶⁾

명예훼손죄는 순수한 거동범이므로 행위반가치가 거동이 지니고 있는 추상적 위험이라는 결과반가치를 부차적으로 본다면 불법의 전부인 것으로 주관적 정당화요소가 없어 행위반가치가 인정되면 결과반가치의 탈락은 불법의 성립에 영향을 주지 못하기 때문이다.

3. 錯誤에 의한 報道의 問題

이와 반대로 허위의 사실을 진실한 사실이라 오인하고 공익을 위하여 적시한 경우에는 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오가 되므로 역시 위법성이 조각될 수 없다.

가. 違法性阻却事由의 前提事實에 대한 錯誤說

제310조가 위법성조각사유이므로 적시사실의 진실성은 위법성조각사유의 전제사실이 된다. 따라서 이에 대한 착오는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 문제로서 취급해야 한다는 견해이다.¹⁷⁷⁾ 이 경우 범효과제한적 책임설에 의하면 고의책임이

175) 김일수·서보학, 형법각론, p.193.

176) 이정원, 「형법각론」, 법지사, 2003, p.224.

177) 이재상, 형법각론, p.189; 정성근·박광민, 「형법각론」, 삼지원, 2002, p.190; 이형국, 「형

조각되어 과실범이 되지만, 명예훼손죄는 과실범 처벌규정이 없으므로 처벌되지 않게 된다.

나. 許容된 危險說

성실한 검토의무를 제310조의 적용에 필요한 특별한 주관적 정당화요소로 파악하여 적시자가 검토의무를 충실히 이행하였다면 진실성에 대하여 착오를 일으켰을지라도 행위반가치가 탈락하여 위법성이 조각되는 허용된 위험이라고 할 수 있지만 성실한 검토의무를 다하지 못하고 사실의 진실성을 경신하였다면 행위반가치가 긍정되어 제307조 제1항의 명예훼손의 책임을 지게 된다.¹⁷⁸⁾

다. 第15條 第1項의 錯誤說

제310조의 진실성 요건은 진실한 사실을 진실한 것으로 믿고 적시하는 행위만이 제310조에 의해서 예외적으로 정당화 될 수 있음을 언명해주는 기능을 수행하는 것, 즉 제307조 제1항은 ① 진실한 사실을 진실한 것으로 믿고 적시하는 행위 ② 허위의 사실을 진실한 것으로 믿고 적시하는 행위 ③ 진실한 사실을 허위의 사실로 믿고 적시하는 행위 등 3가지 경우에 적용되는데 제310조의 진실성 요건은 이러한 3가지 경우 중에서 ①의 형태만이 제310조에 의해서 예외적으로 정당화될 수 있음을 언명해주는 기능을 한다고 본다.

행위자가 진실한 것으로 믿고 공익을 위해 사실을 적시하였으나 그 사실이 허위의 사실로 증명된 경우는 기본적 구성요건과 가중적 구성요건 사이의 착오로써 제15조 제1항이 적용되는 구성요건적 착오의 문제라는 견해이다.¹⁷⁹⁾ 다만 행위자는 면책사유 또는 금지착오를 주장할 수 있다고 한다.

라. 小 結

법각론연구(I)」, 법문사, 1998, p.309; 배종대, 형법각론, p.270; 이정원, 형법각론, p.187; 임웅, "명예훼손행위에 있어서의 착오", 「고시연구」, 1990. 6., pp.139-150.

178) 임웅, 형법각론, 법문사, 2003, p.203; 김일수·서보학, 형법각론, p.197.

179) 손동권, 「형법각론」, 율곡출판사, 2004, p.170.

제310조가 위법성조각사유라면 이에 대한 착오는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 문제로 취급해야 한다. 따라서 적시된 사실이 진실이 아니라면 적시사실이 진실일 것을 요건으로 하고 있는 제310조는 적용될 수 없다는 통설적 견해가 타당하다고 본다.

우리 형법은 전술한 바와 같이 제307조 제1항에서 진실한 사실을 적시하는 명예훼손죄를 처벌하고 있거니와 동조 제2항에서는 ‘공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.’고 규정하여 동조 제1항의 경우 보다 법정형을 무겁게 하고 있다. 그러므로 허위의 사실을 진실한 것으로 오인하고 적시한 경우에는 제15조 제1항에 의하여 제307조 제1항의 죄책을 지게 되는 것이다.¹⁸⁰⁾ 그리고 이점에 있어서는 이의가 있을 수 없는 것으로 안다.

그런데 허위의 사실을 진실한 것으로 오인하고 공공의 이익을 위하여 이를 적시하는 것은 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 경우에 대해서는 위법성의 착오로 보는 견해와 사실의 착오로 보는 견해의 대립이 있다. 사실의 착오로 보는 견해에 의하면 허위의 사실을 진실한 것으로 오인하면 명예훼손에 대한 직접적인 반규범적 인격태도가 있다고 할 수 없음으로 명예훼손죄의 고의가 있다고 할 수 없음으로 별할 수 없는 것이다. 그런데 허위의 사실을 착오로 인하여 진실한 것으로 오인하여 적시한 경우에 행위의 위법성이 조각되지 않지만 범의가 조각된다는 것이 통설이다.

그러나 어떠한 조건 하에서 고의가 조각되는가에 대하여는 ① 적어도 진실인 것으로 믿었던 이상 그에 대하여 상당한 근거가 있거나 없거나를 불문하고 범의가 조각된다는 견해 ② 진실한 것으로 믿는 것을 상당한 근거에 의하여 증명이 가능한 경우에 범의가 조각된다는 견해, ③ 증명가능한 정도의 자료·근거로써 진실한 것으로 믿는데 있어 과실이 없는 경우에 범의가 조각된다는 견해 등이 있다. 사실에 관한 착오의 일반론에서 본다면 사실의 인식을 결할 때에는 설령 과실이 있더라도 범의가 성립하지 않는 것이다. 그러나 명예훼손죄에 있어서 진실성의 인식에 대하여 과실이 있더라도 범의는 조각되는 것으로 할 때에는 피해자의 이익보호에 불충분한 점이 있으므로 세 번째 설이 타당하다 하겠다. 이에 반하여 위법성조각사유인 사실의 착오를 위법성의 착오로 생각하고 위법성의 인식을 고의의 요건으로 생각하는 입장에서는

180) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결.

그와 같이 말할 수도 있을 것이나 사실의 착오로 보는 입장에 있어서는 그와 같이 말할 수 없을 것으로 생각한다. 아무리 피해자의 이익보호를 위한다 하더라도 전술한 일본형법 제230조의2 제1항이나 독일형법 제186조와 같은 조문 하에서는 모르지만 우리형법 제310조의 조문을 그와 같이 해석할 수는 없을 것으로 생각된다. 오히려 첫 번째의 견해에 따라야 옳을 것이다.

그리고 그를 위법성의 착오로 보는 입장에서 생각하면 허위의 사실을 진실한 것으로 오인하고서 진실한 사실을 적시하는 것이 위법하지 않다고 오인한 경우에는 제16조에 의해서 이 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 범죄가 성립되지 않는 것으로 본다. 그렇지만 사실이 진실이었다는 것을 근거로 위법성이 조각된다는 것이 다수설이다. 이렇게 되면 행위자가 사실을 진실이라고 생각하고서 적시한 이상 항상 고의가 없다는 것이 된다. 이 같은 이유로 사실의 증명이 가능한 정도로 진실하였다는 것을 조각사유로 보아야 한다는 견해가 있다. 이에 의하면 행위자가 증명이 가능한 정도의 자료·근거를 가지고 사실이라고 오신하였으면 고의가 조각되지만 그 정도의 자료·근거없이 사실을 진실이라고 오신하였으면 고의를 조각하지 않는다는 것이 된다. 후설이 타당하다고 한다.

그러나 위법성조각사유인 사실의 착오로 생각하면, 즉 이것을 고의와는 상관없는 책임요소로만 생각하는 입장에서 생각한다면 허위의 사실을 진실한 사실로 오신한 경우에는 제307조 제1항의 구성요건적 고의가 성립되는 것이다. 그리고 구성요건적 고의만을 고의라고 생각하고 있다면 이미 성립된 구성요건적 고의에 대해서 다시 사실의 진실성이 증명 가능하느냐 안하느냐에 따라서 고의의 성립여부를 정하자는 주장은 논리적인 면에서 모순이 있는 것으로 생각한다. 오히려 증명이 가능한 정도의 자료·근거를 가지고 진실한 사실이라고 오신했으면 제15조에 의하여 위법성의 오인에 정당한 이유가 있는 경우로 해석한다고 보는 것이 옳을 것으로 생각한다.

제 3 절 言論關係法上 言論의 自由와 名譽權

1. 言論法制的 類型

신문·잡지·방송·통신 등 언론에 관련된 사항들을 규율하는 법규범의 총체를 언

론법규라 하고, 언론법규의 구조와 체계를 언론법제라 할 때 각국에서 볼 수 있는 언론법제의 구조와 그 운용실태는 매우 다양하다. 우리나라에서도 언론법규는 헌법의 관계조항(제21조)을 비롯하여 법률·명령(조례)·규칙(규정·요강·세칙·기준 등) 등 여러 가지 형태로 존재할 뿐 아니라 규제대상도 출판(간행물)·방송·통신·연극·연예·영화·전파·광고·공직선거·군사 및 국가기밀·정당·공보기구·등록과 시설·납본·언론기업경영·공정거래·손해배상과 형사적 제재·중재와 심의 등등 다양한 분야를 대상으로 하고 있다. 그래서 언론 관련사항을 규정하고 있는 현행 법률만도 60여개에 이르고 있는 실정이다.

가. 機能 · 內容에 따른 分類

이처럼 다양한 내용과 복잡한 구조를 가지고 있는 각국의 언론법제도 그 기능과 내용을 기준으로 할 때 ① 전제군주국가형 언론법제 ② 서민민주국가형 언론법제 ③ 현대법치국가형 언론법제 ④ 전제주의국가형 언론법제 등으로 유형화할 수 있다.¹⁸¹⁾

전제군주국가형 언론법제는 시민혁명 이전의 근대 군주국가는 물론이고 19세기의 독일 비스마르크헌법이라든가 일본 명치헌법체제 등에서 볼 수 있었던 유형으로서, 헌법의 차원에서는 언론(표현)의 자유를 법률의 유보하에 두고 있을 뿐 아니라 검열제와 허가제를 통하여 언론억압정책을 강행하고 심지어 반정부적 언론활동에 대하여는 형사처벌까지 예정하고 있어 이들 국가에서는 언론의 자유가 명목적인 것에 지나지 아니하였다.

서민민주국가형 언론법제는 미연방헌법과 2차대전 이후의 일본헌법체제 등에서 볼 수 있는 유형으로서 검열제와 허가제가 금지될 뿐 아니라 언론(표현)의 자유가 신성불가침의 자유로 관념되어 언론의 자유가 거의 무제한으로 보장된다. 이들 국가에서는 언론의 자유가 그 밖의 시민적 자유에 비하여 우월적 가치를 갖는 것으로 인식되고 언론활동에 대한 규제도 그 법적 책임추궁은 최소한에 그치게 하고 자율적 규제를 원칙으로 하고 있다. 미국의 경우 그 연방헌법 수정 제1조는 “연방의회는…언론 또는 출판의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.”라고 규정하고 일본의 경우 그 헌법 제21조는 “언론·출판 기타의 모든 표현의 자유는 이를 보장한다. 검열은 이를 하여서는 아니된다.”라고 규정하여 언론의 자유에 관한 한 법률의 유보까지도 지양하

181) 권영성, 「바람직한 언론법제의 구조와 체계」, 『판례월보』, 판례월보사, 제320호, 1997, p.5.

고 있을 뿐 아니라, 법률의 차원에서 언론활동 그 자체를 직접 규율하는 법제는 존재하지 아니하는 상황이다.

현대법치국가형 언론법제는 프랑스의 인권선언, 2차대전 이후의 독일기본법 그리고 스웨덴헌법체제 등에서 볼 수 있는 유형으로서 이들 국가에서는 언론의 자유를 원칙적으로 보장하되 언론의 자유에도 일정한 한계를 설정하여 그 자유를 남용하는 경우에는 규제를 가할 뿐 아니라 언론의 자유와 공익과의 적절한 조화를 추구하게 하고 언론의 사회적 책임을 특히 강조하고 있다. 독일의 경우는 기본법 제5조에 “누구든지 언어, 문서 및 도형으로 자유로이 의견을 발표하고 전달하며 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 아니하고 알 권리를 가진다. 출판의 자유와 라디오 및 영화를 통한 보도의 자유를 보장한다. 검열은 금지된다. 이러한 권리들은 일반법률, 청소년보호를 위한 법률, 개인의 명예권에 의하여 제한된다.”라고 하고 동 기본법 제18조는 “의견발표의 자유, 특히 출판의 자유 등을 자유민주적 기본질서를 공격하기 위하여 남용하는 자는 이 기본권을 상실한다. 그 상실여부와 정도는 연방헌법법원이 선고한다.”라고 하여 정당한 언론의 자유는 최대한 보장하면서도 언론의 자유에도 일정한 한계가 있음을 강조하고 있을 뿐 아니라 언론의 자유를 남용할 경우에는 사법적 절차에 따라 언론의 자유를 박탈할 수도 있음을 규정하고 있다.

전체주의국가형 언론법제는 페레스트로이카 이전의 소련과 동구 공산국가들에서 볼 수 있는 유형으로서 개인을 위한 언론의 자유는 명목적인 것일 뿐이고 제도언론의 기능도 오로지 프롤레타리아 독재와 공산주의사회의 건설이라는 국가목적에 위하여 대중을 선동하고 대중을 교육하고 대중을 조직하는 기능 등에 한정하고 있다. 구 소련의 헌법 제50조는 “인민의 이익에 봉사하고 사회주의제도를 강화하기 위하여 소련시민들에게는 언론·출판...의 자유가 보장된다.”라고 규정하였었다.

나. 體制·構造에 의한 分類

언론관련사항들을 어떤 범주로 분류하고 또 그에 대응하여 어떠한 형태의 법령이 존재하는가 하는 문제를 언론법제의 체계와 구조에 관한 문제라고 할 때 각국의 언론법제는 ① 다원적·수평적 규율체제와 ② 이원적·수직적 규율체제로 유형화할 수 있다.

다원적·수평적 규율체제는 미국·영국·일본 등 영미법계의 언론법제에서 흔히

볼 수 있는 유형으로서 이들 국가에서는 잡다한 언론 관련사항들에 대한 경중을 가림이 없이 모든 사항을 수평선상에 놓고 여러 개별적 법령들로써 규율하는 언론법제를 택하고 있다.

이원적·수직적 규율체제는 독일·프랑스·스웨덴 등 대륙법계의 언론법제에서 볼 수 있는 유형으로서 이들 국가에서는 언론 관련사항들 중 기본적인 사항과 모든 언론활동에 공통된 사항들을 묶어 기본법의 형태로 규정하고 그 밖의 개별적·특수적인 사항은 특수·개별법의 형태로 규율하는 언론법제를 택하고 있다. 독일의 경우를 보면, 신문과 출판에 관한 기본적이고 공통적인 사항은 출판법(신문법)이라는 기본법에서 규정하고 개별적이고 특수한 사항은 납본에 관한 법률·데이터 보호법·개인정보보호법·청소년에 유해한 출판물의 반포에 관한 법률·질서유지법·경영조직법·부정경쟁방지법 등 개별 법률로써 규율하고 있다. 스웨덴의 경우는 기본법에 해당하는 것으로 표현의 자유에 관한 법과 출판의 자유법이 있으며 개별적·특수적 법률로서는 전기통신법·전기통신기구법 등이 있다. 프랑스의 경우에도 기본법으로서 출판의 자유에 관한 법률이 있고 개별적·특수적 법률로서 출판의 법적 제도개선에 관한 법률·국영인쇄소에 관한 법률·납본에 관한 법률·정보처리와 파일의 자유에 관한 법률 등등이 있다.

2. 우리나라 言論法制

가. 우리나라 言論法制 實態

한국의 언론법제의 구조와 체계는 헌법규범의 차원에서 본다면 현대법치국가형에 해당한다. 우리 헌법이 제21조에서 '① 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다. ③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. ④ 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.'라고 규정하여 한편으로는 허가나 검열이 금지되는 언론의 자유를 보장하면서도 또 한편으로는 언론의 자유에 한계를 설정하고 그 남용을 금지하고 있다. 하지만 이와 같은 헌법적 요청에도 불구하고 한국언론법제의 실태는 적어도 그 운용면에서

볼 때 오히려 시민민주국가형의 범주에 드는 것이 아닌가 하는 인상을 주고 있다. 그것은 다분히 수십년간 군사정부에 의한 혹독한 언론탄압의 체험에 대한 반작용 때문인 것으로 보여지기도 하지만 최근에 와서 한국 언론(언론기관이 중심이 되는 제도 언론)은 그 언론의 자유를 만끽하다 못해 남용하고 있는 듯한 인상마저 주고 있다. 이러한 상황에서 일부 언론이 자성의 노력을 하고 있기는 하지만 아직도 국민들은 불공정하고 상업주의적이고 선정적인 보도와 논평에 대하여 자제와 자성을 촉구하고 있는 실정에 있다. 그럼에도 불구하고 법제의 차원에서는 언론기관들에 의한 언론자유의 남용을 견제할 적절한 법적·제도적 장치를 정비하고 있지 않기 때문이다. 뿐만 아니라 법의 체계와 구조라는 관점에서 볼 때 한국의 언론법제는 다원적·수평적 규율체제에 안주하여 그 전근대적 틀을 아직 벗어나지 못하고 있다.

나. 우리나라 言論法制의 整備

현재 한국의 언론법제가 안고 있는 문제상황을 극복하기 위해서는 언론법제의 기능과 내용이 헌법의 요청에 따라 현대법치국가형으로 거듭나야 할 뿐 아니라 언론법제의 체계와 구조도 이원적·수직적 규율체제로 전환되지 않으면 안 된다고 본다.

첫째, 시민민주국가형 언론법제는 언론의 자유를 남용하거나 제도언론의 독선적 경향과 배타적 행태를 통제하는 데 적절한 것이 될 수 없기 때문이다. 흔히들 한국에 있어서 언론의 자유는 언론기관과 언론기관종사자(제도언론)만을 위한 자유를 의미하는 것일 뿐 시민을 위한 자유는 아니라고 한다. 한국은 언론기관의 천국이라는 것이다. 우리의 제도언론은 진정한 의미의 여론형성에는 소극적이며 오히려 여론을 조작하고 있다는 비난마저 받고 있는 실정이다. 어떤 중진언론인은 그의 “기업의 적”이라는 저술에서 “대학교수와 언론이 나라를 망치고 있다는 말을 종종 듣는다. 짐작하건대…언론이 그런 말을 들어야 하는 것은 배타적인 언론독점의 탓이 아닌가 짐작된다.”라고 기술하고 있다. 아무튼 제도언론의 존재가치는 언론이 시민적 자유를 보장하고 민주주의를 유지·수호하는 역할을 담당한다는 바로 그 점에 있다고 볼 때 우리의 언론법제는 시민의 언론에의 접근을 보다 용이하게 함은 물론, 건전한 여론형성에 기여하고 객관적이고 공정한 보도자세를 견지하며 또 상업주의와 선정주의의 타성을 버리고 언론과 공익과의 조화를 추구하는 데 좀 더 적극적인 노력을 기울이지 않으면 안 된다고 본다.

둘째, 언론법제의 체계와 구조도 다원적·수평적 규율체제를 지양하고 이원적·수직적 규율체제로 정비하는 것이 바람직하다고 본다. 다원적·수평적 규율체제는 동일사항의 중복적 규율과 복잡한 언론관련법원(법원) 때문에 언론법제의 체계적 이해를 대단히 어렵게 하고 있기 때문이다.

결론적으로 말해서 신문·잡지·방송·통신·뉴미디어 등 모든 언론관련사항(언론활동국면) 중 기본적인 공통된 사항들을 모아 기본법을 제정하고 그 밖의 개별적·특수적 사항은 예컨대 신문법(출판법)·방송법, 통신법·영상물법·공연법·광고물법 등 개별 법률로써 규정하도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

이러한 이원적 규율체제를 선택할 경우 최소한 ① 언론(취재·보도·논평 등)의 자유를 구체화하는 문제, ② 언론의 소유구조문제(언론의 독과점방지·소유와 경영의 분리 등), ③ 언론의 경영방식문제(공정거래·탈세·정언유착·광고예속의 방지 등), ④ 편집·편성권의 독립성보장문제, ⑤ 정보공개청구 및 취재원보호문제, ⑥ 시민을 위한 반론권 등 액세스권의 보장문제, ⑦ 광고문제(광고의 자유와 한계), ⑧ 언론분쟁(언론 대 언론·언론 대 시민·언론 대 공권력)의 중재제도문제, ⑨ 언론의 윤리성 제고와 사회적 책임문제, ⑩ 언론의 법적 책임문제(언론의 자유를 남용한 경우), ⑪ 언론의 자율적 규제문제(규제방식과 규제기구 등) 등은 언론의 기본법의 틀내에서 규정하여야 할 것이다.

이러한 언론법제 정비작업은 장기간에 걸친 심도있는 논의를 통해 국민적 공감대가 형성되는 것을 전제로 하는 것이지만, 그 이전에도 현행 언론법제가 안고 있는 문제성은 법률개정작업을 통해서 하루속히 제거되어야 할 것이다. 이를테면 언론의 자유를 부당하게 제한하거나 위협하는 조항, 그 의미내용이 애매모호한 조항, 언론의 세계화를 제해하는 조항, 멀티미디어의 눈부신 발전에 역행하는 조항들은 하루속히 정비되어야 할 것이다.

제 4 절 디지털社會에서 言論의 自由와 名譽權

1. 디지털社會에서 名譽權

오늘날 디지털사회에서 매스미디어의 새로운 수단의 발달과 텔레커뮤니케이션의

발달은 광범위한 사회적·정책적인 영향력의 확대에 편승하여 종래의 매스미디어·국민 대 국가의 양면 관계에서 매스미디어 대 국민 대 국가의 삼면관계로 이행됨에 따라 디지털사회에서 표현의 자유에 점차 새로운 의미를 부여하기 시작했다.

디지털사회에서 표현의 자유에 새로운 의미를 부여하게 된 계기는 사회적 커뮤니케이션의 구조적 변화와 뉴미디어의 발달에 기인한다. 산업사회의 정보환경은 매스미디어가 주체가 되어 대중성·광역성·매개성·일방향성의 특성을 가져왔으나 디지털사회는 컴퓨터를 이용한 정보통신혁명으로 유선방송·Cable TV·Direct Mail·전자사서함·자동전화·비디오디스크·인공위성 DMB 등 새로운 미디어의 등장으로 탈매스미디어의 정보산업의 발달이 점차 가속되고 있다.¹⁸²⁾ 그러나 정보산업은 컴퓨터를 이용하여 정보를 처리·제공하는 산업으로 기존의 매스미디어 산업의 막강한 영향력을 당분간 벗어날 수 없다고 보여 진다. 디지털사회에서는 정보의 원료인 데이터가 정보센터에 입력되어 정보로 가공된 다음 net work를 타고 수용자에게 전달되는 과정을 거치기 때문에 정보원의 접근이 가능하여야 되고 정보의 유통이 자유로워야 한다. 바로 이점에서 디지털사회에서도 언론·출판의 자유가 중요한 역할을 하게 된다. 즉 디지털사회에서도 인간이 인간답게 살기 위해서 정보가 모든 국민에게 균등하게 자유롭게 이용 가능하도록 해주어야 한다. 국민은 자기정보는 물론 일반 국정이나 사회전반에 걸친 사정에 대해서 알권리를 가지고 있다. 이에 따라 우리나라도 행정정보공개법이 있지만 미국 등의 선진국 수준의 정보공개법으로 개정하여 모든 국민에게 자유롭게 정보공개청구권을 갖도록 하여야 할 것이다. 아울러 정보전달기관인 매스미디어나 뉴미디어의 거대화·독점화·계열화·집중화하는 현상에 대응할 수 있도록 개인에게 액세스권을 보장하도록 언론관계 법규도 정비하여야 할 것이다.

또 외국의 경우처럼 우리나라도 모든 행정전산망이 구축됨에 따른 프라이버시 침해 등의 문제가 발생되거나 인터넷의 악용으로 개인의 명예훼손, 프라이버시침해 등의 디지털사회의 역기능의 대책이 필요하다. 즉 컴퓨터의 급속한 발전과 함께 행정전산망 등 정보통신망의 확충으로 대량의 정보유통이 이루어짐에 따라서 개인이나 단체의 신상자료 전산화에 따른 불필요한 유출도 심각한 사회문제가 되고 있기 때문에 이에 대한 대책이 필요하다. 언론은 컴퓨터에 의한 자료은행의 네트워크에 가담하여 다양한 정보를 이용하는 권리의 주체가 될 수 있으며 사용목적에 따라 개인의 정보

182) Ithiel de Sola Pool, Technologies of Freedom: On Free Speech in an Electronic Age, Harvard University Press, 1983. p.231.

를 유출시켜 프라이버시를 침해할 수도 있고 대중의 스타로 부각시킬 수 있다는 양면성을 지니고 있다. 그밖에도 언론은 컴퓨터에 의한 신속·정확한 정보의 수집과 처리에 힘입어 손쉽게 정보를 얻을 수 있다는 장점을 활용하여 정보의 민주화라는 본질적 가치를 수행하기 위해 보도의 자유를 최대한으로 활용하여야 한다. 따라서 디지털 사회에 있어서 언론은 정보를 추구하고 입수할 권리, 정보를 받을 권리, 뉴스와 정보를 전달하고 공표할 권리 등¹⁸³⁾을 갖는 보도의 자유와 국민의 알권리, 액세스권 등을 충실히 수행하는 사회적 공기로서의 사명을 다하여야 할 것이다.

디지털사회에서의 언론의 역할에 관한 논란에 대해 미국에서는 3단계의 주요 매스 커뮤니케이션모델이 수립되어 왔다. 하나는 일반적 규제를 벗어나 있는 인쇄매체와 두 번째는 정부의 차별대우를 받지 않는 대중통신수단, 셋째가 정부로부터 허가받은 사람들에 의해 운영되는 방송형태 등이 그것이었다. 이들 가운데 어느 것을 선택하느냐가 미국 언론계의 수십 년 간의 정책상의 핵심 문제였다.¹⁸⁴⁾

모든 미디어가 너무도 급속히 디지털화 되어가고 있다. 전에는 인쇄매체가 전자매체의 영향을 받으면서도 스스로 변모되지는 않았다. 전자매체는 성장하여 그들의 활동영역을 넓혀 갔지만 전통적 매체의 속성을 근본적으로 바꾸어 놓지는 않았다. 그러나 이제는 그렇지 않다. 이제는 전자통신수단이 독점되고 제한된 범위의 표현수단만은 아니며, 표현의 자유 가운데 보다 넓은 영역을 포괄하고 있다. 모든 통신수단이 전자송수신 형태를 사용하게 됨에 따라 전기통신정책이 바로 통신정책이 되어 가고 있다.¹⁸⁵⁾

디지털사회에서는 과거의 소극적인 표현의 자유를 보장한 정부에 대해서 국민의 적극적인 접근방법이 필요하며 그 방법은 표현의 자유에 대한 정부의 조장 또는 촉진의 방법¹⁸⁶⁾으로 정보에 접근하여야 된다. 즉 정부의 조장 또는 촉진방법의 예는 표현을 위한 도로·공원 또는 공설운동장 등의 공공시설물의 이용편의제공·정부보조금의 지급·전파매체에 있어서 물리적으로 제한된 전파수의 배정 등을 들 수 있다.¹⁸⁷⁾

183) "Sean MacBride, The Most Important of Human Rights", IPI Report. Vol. 30, No. 7(October, 1981). pp. 11-12.

184) Ithiel de Sola Pool, op. cit, p.233.

185) Ibid.

186) Ibid, pp.233-234.

187) 금배원, "알권리에 관한 연구", 부산대학교 대학원 박사학위논문, 1989, p.18.

표현의 자유에 정부가 관여하는 또 다른 형태는 정부가 직접 표현의 자유에 참여하는 것이다. 이것을 정부언론(Government Speech)이라고 한다.¹⁸⁸⁾

정부의 조장·촉진(Governmental promotion)이나 정부언론(Government Speech)이 언제나 표현의 자유를 보호하는 것은 아니다.¹⁸⁹⁾ 표현의 자유에 대한 정부언론 등의 폐해로서 디지털사회에서는 국가가 정보통제를 하는 현상이 나타난다. 물론 국가의 정보통제가 명분상으로는 거대한 정보전달기관인 매스미디어를 규제한다는 이유이지만 실질적으로 정부언론을 통해 국가의 통치를 합리화시키는 것이다. 국가의 정보통제조작은 다양한 이상의 대립과 알력이 있는 디지털사회에서 특정한 이상만을 강요하는 현상이 나타날 수도 있다. 또 디지털사회에서 정보에 관한 조치가 강화되면 될수록 국가가 개입하게 되고 정부언론을 통하여 개인의 자유스러운 이상을 박탈하거나 약화시킬지도 모르는 우려마저 있다. 정부언론의 폐단은 디지털사회에서 정보유통수단이 발전하면 할수록 개인은 정보수집에서부터 정부언론에 의해 조작된 정보를 얻게 될 가능성이 농후하고 정보수집에서부터 개인은 이미 자유롭지 못한 정보제약을 받게 될 가능성이 농후하다.

또 정보화의 진전에 따라 정보소유나 유통의 불균형 현상이 심화되어 정보를 일방적으로 보유하고 있는 정부·기업·매스미디어의 정보우위를 규제하기 위한 법적 대응을 국민에게 보장하여 주고 디지털사회에서 인터넷악용에 따른 각종 폐해를 기존의 언론자유법리로 해결할 것인가 아니면 새로운 법리를 도입할 것인가를 판단하여야 한다.

2. 現代社會와 言論自由의 構造變動

고전적인 언론자유는 말하고 쓰고 펴내는 주체를 예정해서 구성된 것이다. 그런데 쓰고 펴내거나 말하는 것을 전달하는 미디어로서 신문·방송이 독점기업화 되어감에 따라 사상의 자유시장이란 예정조화적 가설은 무너지기 시작한다. 20세기 초부터 이미 언론시장은 누구나 참여하는 정치언론의 시대는 끝나고 상업적 이윤추구의 독점

188) Steven Shiffrin "Overnment Speech" 27 UCLA Law Review, 565, 1980; T. I. Emerson, supra note. 4, pp.697-716; T. I. Emerson. "The Affirmative Side of the first Amendment", 15 Georgia Law Review at 831-48.

189) 김배원, 전계논문, p.19.

기업이 장악하는 시대가 되었다. 이에 덧붙여서 정보의 천문학적인 양적 범람과 전자 기술의 발달에 따른 정보처리의 고도한 관리체계가 수립되어 감에 따라 광범위한 권력을 행사하고 사회전반에 걸친 통제기능을 장악하게 된 정부에 의한 정보의 독점화 현상은 새로운 문제를 제기하기에 이른 것이다. 개개의 시민으로선 언론기업에 대해선 전달되는 정보를 받아들이기만 하는 수동적인 소비자의 지위에 머무는데 지나지 않게 되었다. 사상의 교환, 정보의 교류과정에서 전달하는 쪽과 전달받는 쪽이 서로 갈라진 별개의 주체로서 분화되어 버렸다. 여기서 전달하는 쪽의 그 사회적 기능의 공공성·공익성이 강조되고 한편 전달받는 쪽의 전달 주체를 통한 언론의 자유의 구현이란 과제가 등장한다. 이것이 이른바 매스미디어에의 접근권의 문제이다.

한편 국정 또는 공공사항에 대한 정보를 독점적으로 관장하는 국가에 대해 개개의 국민이나 언론기관은 전통적인 권력으로부터의 자유만으로는 정보에 접근해서 필요한 사항을 알 수 없는 소외된 존재가 되고 만다. 국민이 주권자라고 하면서 실제로는 국정에 관한 정보나 지식없이는 의사형식이나 공공생활에서 무기력한 수동적 객체로 전락되게 된다. 미국에선 제이차 세계대전을 통해 정부의 정보독점이 제기되는 문제의 심각성이 반성되기에 이른다. 국가기밀이란 이유를 내세워서 실제로는 지나친 정보독점의 폐단을 초래하여 국민의 국정참여의 기회가 원칙적으로 제약당하게 된 것을 걱정하게 된 것이다. 이에 대응해서 정보에의 접근권, 알 권리의 문제가 제기되어 이를 법률로 정하기에 이르렀다.

끝으로 위의 두 가지 추세에 따라 개인의 권리에 미치는 중대한 영향을 지적하지 않을 수 없다. 상업적 이윤추구의 매스 미디어가 개인의 Privacy를 상품화시키는 일은 이미 일찍부터 인격권의 보호란 관점에서 문제가 되어왔고 정부가 관장하는 정보와 관련해서 개인의 Privacy의 보장이란 문제가 제기된다. 컴퓨터로 수집·정리되는 개인의 사적인 사항에 대한 정보를 당사자 개인이 스스로의 인격권을 보호받기 위해서 무엇이 어떻게 기록되고 있으며, 그 중에서 어떠한 것을 보호받을수 있는가 또는 어떠한 사유로 제한을 받을수 있는가 하는 것은 대단히 심각한 문제가 되고 있다. 이에 대해 미국에선 연방법률로써 Privacy의 보호에 관한 규정을 두기에 이르렀다.

현대사회에 있어서 언론자유 문제의 새로운 과제라면 위에 지적한 세가지 측면 이외에도 다른 관점에서 또는 다른 사항을 다룰 수 있다.

현대의 언론상황은 과거의 권력과 시민이란 양극관계에서부터 권력·시민·매스 미디어 등 삼극구조로 변동되었고, 또 매스 미디어도 대내에서 경영과 편집을, 대

외에선 소비자로서의 독자와 시청자 및 권력 등과의 관계로 다극화적 관계로 전개되고 있다. 이 점이 현대사회의 언론자유 의 구조상의 특징이기도 한 것이다.

3. 言論自由의 價値

가. 既存 言論의 價値

(1) 概 要

영국의 John Milton은 1644년에 출판된 'Areopagitica'라는 저서에서 언론검열의 금지를 주장하였다. 그의 주장은 미국에서 언론의 자유의 중요한 사상의 원류를 제공하였다. 또 Thomas Jefferson은 John Stuart Mill의 저서인 '자유론'이라는 에세이에서 언급된 언론자유 의 사상의 중요성을 재차 강조하였다. 따라서 영미에서는 Milton, Mill, Jefferson등의 언론자유에 대한 가치이론의 주장을 상당히 중요시한다. 또 그들이 외의 다른 학자들의 언론자유에 대한 가치이론도 소홀히 할 수 없기 때문에 언론의 자유의 가치이론정립의 복잡 다양성으로 인해 언론의 자유 보장에 가장 적합한 가치이론을 찾을 수가 없는 의문이 실제로 남아 있고 지금도 그 의문이 해결되지 않고 있다.¹⁹⁰⁾ 이러한 의문을 해결하려는 노력의 일환으로 법학자들은 재판소에서 판결하는데 요구되어지는 특수한 여러 사건에 대한 여러 가치 이론들을 적용하기 위해서 언론의 자유의 가치이론들을 공식화하려는 노력이 시도되고 있다.

(2) 社會的 利益에 奉仕하는 言論의 保護理論

Zechariah Chafee는 표현의 자유를 일반적으로 두 가지 유형으로 나누었다. 하나는 언론의 역할이 개인적 이익을 봉사한다는 유형과 다른 하나는 언론의 역할이 사회적 이익에 봉사한다는 유형이다. 그의 주장은 개인적 이익과 사회적 이익이 충돌 할 때에는 사회적 이익이 앞선다는 것이다. 그는 사회적 이익에도 공공안전이익과 진실탐구이익의 두 가지 범익으로 나누었고 양자의 관계는 공평성을 토대로 공공의 안전

190) Thomas L. Tedford, Freedom of Speech In the United States, Random House, 1985, pp.426-427.

이익과 진실탐구이익을 비교·형량하여 자유언론의 보장이냐 희생이냐를 결정한다고 하였다. 그는 통상적으로 양 법익 중 진실탐구이익이 우선하되 공공의 안전이 실제로 위협에 처해질 때는 공공의 안전이익이 우선되어 언론의 자유의 일반적 이익인 진실탐구이익은 희생된다고 주장하였다.¹⁹¹⁾ 그는 위협한 경향의 기준의 적용을 부정하고 명백하고 현존하는 위협의 원칙을 지지하였다.¹⁹²⁾ 그는 Schenck v. United States 사건¹⁹³⁾에서 명백하고 현존하는 위협의 원칙을 선언한 Holmes 대법관의 말을 자주 인용하였다.¹⁹⁴⁾ 요컨대 그는 언론이 국가에서 부과된 강제력을 인정하는 것을 제외하고 사회적 이익을 봉사하는 상당한 가치가 있는 언론은 최대한 보호되어야 한다고 주장하였다.¹⁹⁵⁾

그러나 그는 사회적 이익에 봉사하는 언론을 최대한 보호하는 것을 주장했지만, 불경스러운 언어(profane), 음탕한 언어(indecent), 명예훼손적인 언어(defamatory)등을 묘사하는 일정한 언론의 유형에는 수정헌법 제1조의 적용을 기꺼이 거부했다. 왜냐하면 그러한 표현은 사고의 본질적인 분석이 아니고, 따라서 한 걸음씩 나아가서 진실에 도달하게 되는 사회적 가치를 무시하는 것이고, 그러한 욕설들은 질서와 도덕성을 보호하는 더 큰 사회적 이익을 침해하는 것이기 때문이다.¹⁹⁶⁾ 1949년 미연방대법원은 Chaplinsky v. New Hampshire 사건¹⁹⁷⁾에서 Chafee의 견해를 채택했다. 따라서 Chafee의 사회적 이익에 봉사하는 언론의 보호이론은 Chaplinsky사건에서의 채택 이후 연방대법원의 자유주의 성향을 가짐에 따라 더욱 중요시되었고 아직도 수정헌법 제1조의 최초의 이론적 분석으로 중요성이 있다.¹⁹⁸⁾

(3) 政治言論에 대한 絶對的 保護理論

191) Zechariah Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, 1941, pp.31-35.

192) Chafee가 특히 위협한 경향의 기준의 원칙을 부정한 것을 언급한 내용은 *ibid.*, pp.23-24에서 나오고 있음

193) *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47(1919)

194) Thomas L. Tedford, *op. cit.*, 5, pp.427-428.

195) *Ibid.*, p.428.

196) Chafee, *op. cit.*, p.150.; Thomas L. Tedford, *ibid.*, p.428.

197) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568(1942).

198) D. M. Rabban, "The First Amendment in It's Forgotton Years", 90 *Yale Law Journal* 514(1981), pp.594-595.

Alexander Meiklejohn은 언론의 자유의 본질을 자치(self-government)의 기능에서 구했다. 그는 자치의 기능을 수정헌법 제1조의 실현으로 보고 공동사회에서 사고의 자유극대화를 토대로 하여 국민들이 자유롭게도 건전한 토론에 의해 결정되어 도출되는 국민적 합의가 언론의 자유의 본질이라고 생각하였다. 따라서 국민은 그러한 토론에서 보복 받을 위험 없이 자유롭게 그들이 생각하는 그러한 언론을 억압하는 것은 수정헌법 제1조에 의해 절대적으로 비난을 받을 것이라고 생각하였다.¹⁹⁹⁾

그는 언론의 자유의 두 가지 유형을 설정하였다. 하나는 정치적 언론(공적 언론)(political expression=freedom of speech)이고, 다른 하나는 언론의 사적 권리(사적 언론)(liberty of speech)로 설정하였다.²⁰⁰⁾

정치적 언론은 미국연방헌법 제1조 6항 “의원의 면책특권” 규정에 주목함으로써 정치적 토론에 대한 절대적 면책이론을 확장 발전시킨 것이다. 그는 정치적 표현(언론)은 수정헌법 제1조에서 말하는 언론의 자유에 포함되기 때문에 정치적 표현(언론)은 절대적 특권을 향유한다고 생각하고 Holmes 대법관에 의해 주장되고 Chafee에 의해 수용되어진 명백하고 현존하는 위험의 원칙조차도 언론의 자유를 제한할 수 있기 때문에 적용될 수 없다고 주장하였다.²⁰¹⁾ 따라서 헌법을 공격할 수도 있고 공산주의를 찬양할 수도 있고 공산주의 서적도 자유로이 읽고 배포할 수도 있다.²⁰²⁾ 그가 설정한 두 번째 유형은 언론의 사적 권리(사적언론)인데 이것은 개인의 사적언론에 대해 수정헌법 제5조의 적법절차에 의해 제한을 받는다고 주장하였다.²⁰³⁾ 요컨대 그는 정치적 표현(언론)은 수정헌법 제1조에 의해 인정된 공적문제에 관련된 발언은 자치의 본질이기 때문에 무제한적 보장을 받을 수 있으나 개인의 사적 언론은 수정헌법 제5조에 의해 제한을 받기 때문에 양자를 구별하여야 한다고 주장하였다.²⁰⁴⁾

그러나 그의 이론도 비판을 많이 받고 있는데 특히 「정치적 언론」의 개념정립이 불명확적 이어서 어디까지가 정치적 언론이고 사적언론인지가 불명료하다는 점²⁰⁵⁾과

199) Alexander Meiklejohn, Political Freedom, Oxford University Press, 1965, pp.26-28.

200) Ibid, p.37.

201) Thomas L. Tedford, op. cit., p.426.

202) Meiklejohn, op. cit., pp.76-77.

203) Ibid, pp.37-39.

204) Ibid, p.37.

205) Z. Chafee, Jr., "Book Review; Free Speech: And It's Relation to self-Government", 62 Harvard Law Review 891(1948), p.900.; 김한성 "언론·출판의 현대적 기능과 법적 통제에 관한 연구", 연세대학교대학원 박사학위논문, 1987, p.22.

그의 이론이 실제 재판에서 적용될 가능성이 거의 없고 너무 철학적인 논리라서 입법자와 판사들에게 설득력이 없다는 점이다.²⁰⁶⁾

그의 이론에 대한 상기의 비판에도 불구하고 이 이론은 수정헌법 제1조와 관련된 대법원 판례에서 가장 많은 영향을 준 것도 사실이다.²⁰⁷⁾

(4) 表現・行爲理論

Thomas I. Emerson은 표현의 자유를 자기 자신의 신념을 언론, 출판의 수단에 의해 다른 사람에게 전달하기 위한 권리 및 어떤 주제에 관해 자기 자신의 신념을 형성하고 유지하기 위한 권리 등이 내포된 의미라고 주장하였다.²⁰⁸⁾ 그는 덧붙여 다른 사람의 의견을 들을 권리, 정보에 대해 합리적으로 접근하고 질문할 권리, 집합하고 연합할 권리 등도 표현의 자유에 포함된다고 주장하였다.²⁰⁹⁾ 그는 나아가서 이러한 표현의 자유를 보장하기 위해 민주사회에서의 표현의 자유기능과 가치체계를 네 가지로 나누어 설명하고 있다. 즉 ① 개인적 자아실현(individual self-fulfillment)의 기능과 가치체계 ② 진리발견(discovery truth)의 기능과 가치체계 ③ 민주적 의사결정에의 참여(participation in democratic decision-making)의 기능과 가치체계 ④ 민주사회에서의 안정과 변화간의 균형(balance between stability and change)의 기능과 가치체계로 나누어 이들 네 가지의 기능과 가치체계는 각자 별개가 아니라 통합적이며 상호의존적 관계로서 이들 모두가 수정헌법 제1조라는 건조물의 초석이다라고 설명하고 있다.²¹⁰⁾ 그의 표현의 자유 중심사상은 표현으로 이루어지는 행동과 행위로 이루어지는 행동간의 근본적인 구별에 있다. 이러한 구별을 전제로 표현은 자유롭게 인정되고 촉진되어야 하고 행동은 표현을 통제함으로써가 아닌 다른 합법적 요구에 따른 통제가 되어져야 한다는 것이다. 따라서 그는 표현의 정의는 표현과 행위(행동) 사이의 상세한 구별로 명확히 설명될 수 있다고 생각하였다.²¹¹⁾ 그러나 Emerson의 표

206) Z. Chafee, *ibid.*, p.898, p.901; 김한성, 상계논문, p.22.

207) 김한성, 상계논문, p.23.

208) T. I. Emerson, *op. cit.*, p.3; Thomas L. Tedford, *op. cit.*, p.431.

209) T. I. Emerson, *ibid.*, p.3; T. I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*(New York : Random House, 1966)에 표현행위 이론이 더욱 상세하게 쓰여져 있음.

210) T. I. Emerson, *supra* note 17, pp.6-7.; 이 4가지 기능과 이와 같은 견해의 판례는 Brandeis 대법관이 *Whitney v. California*, 274 U. S. 357(1927)에서 이미 판시했음.

현(행위이론은 양자구별이 애매모호하고²¹²⁾· 선동(sedition)· 명예훼손(defamation)· 외설(obscenity)· 약올림(provocation) 등의 표현분야에서는 표현과 행위 사이에 도출되어지는 선의 결정이 본질적으로 어렵다는 비판이 있다.²¹³⁾ Emerson의 표현)행위이론은 이러한 비판에도 불구하고 수정헌법 제1조를 포괄적으로 이해하는 이론으로 별다른 문제없이 옹호되고 있다.²¹⁴⁾

(5) 言論自由의 傳達關係理論

Franklyn S. Haiman은 Chafee의 개인적 이익 대 사회적 이익· Meiklejohn의 사적 언론 대 공적 언론· Emerson의 표현 대 행위 식의 언론자유의 두 가지 유형적 가치를 피하였다. Haiman은 언론자유의 유형을 ① 자신의 의사전달로 타인의 개인적 권리를 침해하는 언론(명예훼손· 프라이버시침해· 공정한 재판에 대한 편견 등) ② 사회질서에 영향을 주는 의사전달로 타인을 격분시키는 등의 위해적 언론(투쟁적 언사· 못마땅하고 불쾌한 메시지· 거짓말· 협박· 불법적 행위의 선동· 음모 등) ③ 사상의 일반적 시장 내에서 언론의 기능(표현의 자유를 긍정적으로 진전시키는 문제) ④ 커뮤니케이션 시장에서의 정부언론(가령 정부의 여러 기관이나 부서에 의한 충성 선언, 비밀주의, 커뮤니케이션 등을 억지로 시키는 언론) 등의 네 가지 유형으로 나누었다.²¹⁵⁾ Haiman은 다음과 같이 요약된 흥미 있는 결과로서 그의 4가지 관계를 설명하였다. ① 자신의 의사전달로 타인의 개인적 권리를 침해하는 언론은 다른 사람에 관해 개인적 권리를 침해하는 언론의 행위에 의해 야기되는 위해가 직접적이고 즉시인 경우에는 위해가 되어, 자유로운 민주사회에서 민주적 기능의 역할의 언론이 될 수 없다. 따라서 자신의 의사전달로 타인의 개인적 권리를 침해하는 언론인, 정신적인 걱정을 초래하는 명예훼손, 프라이버시 침해, 공정한 재판에 대한 편견 등의 언론은 언론의 자유보장에 부적절한 도구가 되어 듣는 사람의 신념과 가치에 혼란을 야

211) Ibid, pp.17-18.

212) Ibid.

213) Thomas L. Tedford, op. cit., p.432; Emerson, ibid, pp.70-90, pp.124-125, pp.159-160.

214) Thomas L. Tedford, ibid, p.432; Bose Corp v. Consumers Union of United States, 466 U. S. 485(1984)에서도 수정헌법 제1조는 개인의 자아실현 기능과 가치체계 실현으로 판시하였음.

215) Franklyn S. Haiman, Speech and Law in a Free Society, The University of Chicago Press, 1982, pp.425-429, Thomas L. Tedford, op. cit., p.433.

기 시키게 된다.²¹⁶⁾ ② 사회질서에 영향을 주는 의사전달로 타인을 격분시키는 등의 위해적 언론 : 사회질서에 영향을 주는 의사전달로 타인을 격분시키는 등의 위해적 언론의 경우를 보면 사기나 강박인 경우 혹은 정상적인 재능의 손상에 의해 침해받은 경우의 언론을 제외하고 자유로운 민주사회에서 그러한 언론을 행한 개개인은 그 자신의 행동에 대해 책임이 당연히 있다. 왜냐하면 민주질서에 영향을 주는 의사전달로 타인을 격분시키는 등의 위해적 언론은 상징적인 자극에 의한 행위에서 일어날 수 있는 대상이기 때문에 그러한 책임의 소재를 묻는 것이 아니고, 타인을 격분시키는 등의 위해적 언론으로 인해 듣는 사람의 자유로운 의사결정의 반응이 사회질서에 영향을 미치기 때문에 영향이 책임소재가 있다.²¹⁷⁾ 외설이나 음탕한 언어의 문제가 발생된다면 Haiman은 그러한 것은 정부의 검열을 요구하는 것 보다, 현명한 결정을 내리는 인간 개개인의 능력에 존재하는 것이 낫다는 것이다.²¹⁸⁾ 따라서 듣는 사람의 자유로운 의사결정이 정신적으로 무능하거나, 사기나, 강박의 경우가 아니면 인간은 그 자신의 행위에 대해 책임이 있다라고 말을 한다.²¹⁹⁾ ③ 사상의 일반적 시장 내에서 언론의 기능, 가능한 한 정보의 선택범위가 가장 넓은 사상의 자유시장이 있기만 하면 개개인은 그 자신의 관심 중 가장 좋은 선택을 할 수 있을 것이다. 따라서 이 원칙은 그 Communication 시장을 보다 풍부히 확대시키는데 적절히 사용되고 있고 그 커뮤니케이션 시장을 공개된 체제로 유지하기 위해 적절히 사용되고 있다.²²⁰⁾ 특히 정부는(일반적으로 사회포함) 커뮤니케이션의 다양성을 확실히 조장해야 하며 불일치의 견해를 전파할 수도 있어야 하고 시간과 장소의 압박에도 불구하고 표현내용상 중립적인 방식으로 집행해야 하고 준공공의 사유재산(예를 들면 Shopping Center)에 대해 공동사회에 옹호되는 보편적인 공공의 동일한 커뮤니케이션의 이용 규정을 만들어야 한다.²²¹⁾ ④ 커뮤니케이션 시장 내에서의 정부언론: 자유로운 사회에서 정부는 국민의 공복이 되어야 하고 정부는 공공의 비밀누설을 금하고 왜곡하거나 억제해서는 아니된다. 정부가 마지못해 국민들에게 커뮤니케이션을 요구하거나 정부가 소유하는 정보를 억제할 때마다 국민에게 정당화를 받아야 한다. 정부의 입장을

216) Franklyn S. Haiman, op. cit., pp.425-427.

217) Ibid.

218) Ibid, pp.176-181.

219) Thomas L. Tedford, op. cit., p.434.

220) Thomas L. Tedford, ibid, p.434 ; Haiman, op. cit., pp.426-428.

221) Haiman, ibid, Thomas L. Tedford, ibid.

전달하는 사람들은 다른 사람들의 견해나 목소리를 위축시켜서는 아니된다. 따라서 일반적 사상의 자유시장에 대한 자기억제와 존경은 정치권력을 행사하는 정부관리에 계도 요구된다.²²²⁾ Haiman은 정부언론의 이러한 여러 원칙을 지키기 위해서 또 정부언론의 이러한 원칙에 대해 충성스러운 이행을 위해서 강하고도 경계를 게을리 하지 않는 시민들이 필요함이 요구되고 있다고 생각하였다.²²³⁾

나. 言論自由價値의 不變性

이상과 같이 Chafee, Meiklejohn, Thomas Emerson, Franklyn S. Haiman 등의 이론을 살펴보았으나 무엇보다도 중요한 것은 위에서 언급한 4명의 학사들의 견해가 Milton, Mill, Jefferson 등의 선각자들과 함께 언론·출판의 자유의 중요한 연구로서 인정되고 있다는 점이다. 현재 미국에서는 이상의 학사들의 언론·출판의 자유의 법리가 학계를 지배하고 있으며 정도의 차이는 있더라도 서로 복합적으로 중복 적용되고 있다. 특히 언론보도에 의한 명예훼손인 경우에는 미국 수정헌법 제1조를 어떻게 적용할 것인가에 대해 연방대법원의 판결에 포괄적인 이론적 틀을 제공하고 있다.

미연방대법원은 1996년 *ACLU v. Reno*사건²²⁴⁾과 *Shea v. Reno*사건²²⁵⁾에서 인터넷의 특성을 고려하여 인터넷상의 표현행위는 수정헌법 제1조에서 충실하게 보호하여야 한다고 판시하여 인터넷의 법적 규제를 사상의 자유 시장에 맡기고 있다. 이는 언론자유와 가치 이론이 디지털사회에서도 불변성을 갖는다는 것을 시사하고 있다. 디지털사회인 요즘 미디어가 너무도 급속히 전자화 되어가고 있다. 전에는 인쇄매체가 전자매체의 영향을 받으면서도 스스로 변모되지는 않았다. 전자매체는 성장하여 그들의 활동영역을 넓혀 갔지만 전통적 매체의 속성을 근본적으로 바꾸어 놓지는 않았다. 그러나 이제는 그렇지 않다. 이제는 전자통신수단이 독점되고 제한된 범위의 표현수단만은 아니며, 표현의 자유 가운데 보다 넓은 영역을 포괄하고 있다. 모든 통신수단이 전자송수신 형태를 사용하게 됨에 따라 전기통신정책이 바로 통신정책이 되어가고 있다. 지금의 법원은 커뮤니케이션 관례의 전통 가운데에서 그들이 적용해야 할 법규정으로부터 완전히 벗어난 광범위한 영역에서 판정을 하지 않으면 안 될 것이다.

222) Haiman, *ibid*, pp.428-429.

223) *Ibid*, p.429.

224) 929 F. Supp.824(E. D. Pa. 1996), *affd*, 117 S. Ct. 2329(1997).

225) 930 F. Supp.824(S.D.N.Y. 1996), *affd*, 117 S. Ct. 2501(1997)

사법부가 당면하게 될 일들이란 라디오·케이블·마이크로웨이브·광학섬유·위성 등을 사용하는 일반 전자매체와 전자네트워크를 통하여 우편물·인쇄·소리·비디오 등 온갖 것들을 가정과 직장으로 송달하는 문제를 모두 다루게 될 것이다. 아무튼 디지털사회에서는 기존의 전자매체에서 법적 통제를 받는 경우처럼 새로운 디지털테크놀러지를 규제할 것인지 아니면 수정헌법 제1조의 사상의 자유 시장의 전통을 지속시켜 나가게 될 것인지는 두고 볼 문제이다.

다. 言論自由와 基本權葛藤의 解決

(1) 意 義

컴퓨터테크놀러지와 네트워크 구축으로 등장한 인터넷은 기존의 미디어 영역간 구분을 와해시키고 언론의 리엔지니어링을 촉진시켰다. 이는 언론자유 의 구조적 변화를 초래시켰고, 언론자유 의 내용도 단순히 표현의 자유를 내용으로 하는 것에서 알권리·엑세스권까지 포함하는 것으로 확대시켰다. 언론자유 의 구조는 기존의 국가 대 언론·국민의 양면관계에서 국가 대 언론 대국민의 삼면관계로 변화가 되었다. 따라서 디지털사회에 걸맞은 새로운 언론자유 의 가치 패러다임을 도출해야 할 환경을 조성하고 있다.

(2) 言論自由의 新價値定立

컴퓨터테크놀러지의 놀라운 발전은 위에서 언급한 바와 같이 기존의 미디어 영역간 구분을 와해시켰고 언론자유 의 구조를 삼면관계로 바꾸었다. 따라서 기존의 언론자유 의 양면구조를 규율하는 언론 자유 의 법리도 당연히 바뀌어야 하는 것이 논리적이다. 그러나 디지털사회에서도 언론자유 의 본질은 종전과 마찬가지로 자유민주주의 의 본질적 요소임은 부인할 수 없다. 따라서 언론의 자유도 자유민주주의 라는 헌법의 지도이념에 따라 해석되어야 한다. 한 나라의 최고법규범인 헌법에 언론의 자유를 선언·보장하고 있는 것은 자유민주주의 정치체제를 선언·보장하고 있는 것과 같다. 왜냐하면 헌법상의 언론자유 는 개인주의·자유주의적·민주주의 요소가 본질적·결정적으로 작용하고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 헌법 제10조가 규정하는 개인의 존

업과 가치와 제1조 제2항이 규정하는 국민주권의 원리는 언론의 자유에 있어서 그 본질을 정하는 2개의 근거라고 할 수 있다. 즉 언론의 자유는 개인이 가능한 한 많은 근거를 얻어 자기의 지식을 확대하여 지적·인격적 충실을 기하고 이에 의해 방해받음이 없이 자기의 의견과 이상을 표현함으로써 스스로의 인격을 형성 발전시키는 인간의 기본적 욕망에 속하는 것이기 때문에 인간의 존엄과 가치로부터 나오는 개인주의적·자유주의적 측면을 가진다. 동시에 언론의 자유는 국민주권의 원리상 민주주의의 국가질서가 자유롭고 가능한 한 최선의 정보를 요하는 여론에 의해 형성된다는 의미에서 객관적·법적 측면을 가지게 된다고 할 수 있다. 그러므로 자유로운 의사표현의 기본권은 인간의 존엄에 근거하는 인격의 가장 직접적인 표현으로서 가장 고귀한 인간의 권리²²⁶⁾ 인 동시에 지속적인 정신적 대결, 즉 이상의 투쟁을 가능하게 하기 때문에 자유민주주의 국가질서의 생존요소로서 거의 다른 모든 형태의 자유모체이며 불가결의 조건²²⁷⁾인 것이다.²²⁸⁾

여기서 언론의 자유에 있어서 두 요소의 관계에 주목할 필요가 있다. 이 두개의 요소는 별개의 존재로서 상호 대립적·배타적 관계에서 언론의 자유에 작용하는 것이 아니라 상호 조건적·구속적인 관계에서 상호작용을 행하고 조화와 통합을 이루는 것이라고 하지 않으면 안 된다.²²⁹⁾

따라서 이 두개의 요소가 상호 조건적 구속적인 관계라 한다면 언론의 자유는 자유민주주의의 전제이자 결과이며, 자유민주주의의는 언론자유인 전제이자 결과라고 할 수 있다. 이러한 자유민주주의와 표현의 관계에 있는 언론자유인 본질적 내용 가운데 정부언론이나 정부시책 등의 정부비판의 자유가 포함됨은 당연하다. 이러한 자유는 소극적으로는 표현을 강제 당하지 아니하는 자유를, 그리고 적극적으로는 표현하는 자유를 포함한다.

이상과 같이 언론의 자유가 자유민주주의의 본질적 요소의 근거가 되는 것은, 첫째로 국가에 의하여 언론의 자유가 침해되었을 때 이에 대하여 그 구제를 법적으로 청구할 수 있는 국가에 대한 개인의 주관적 권리임을 선언한 데 있다. 그러나 둘째로는 자유민주주의에 있어서의 객관적인 법질서의 한 요소임을 선언하고 있는 것이다. 따

226) 프랑스 인권선언 제2조.

227) 이 말은 Palko v. Connecticut 事件의 美國聯邦大法院判決에서 Cardozo 大法官이 사용한 表現이다.

228) 박용상, "출판의 자유와 공적 과업", 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1980, pp.191-192.

229) 상계논문, p.192.

라서 언론의 자유는 자유민주주의의 본질적 요소가 되기 때문에 어느 개인의 권리가 침해되었느냐를 떠나서라도 언론의 자유를 침해하는 국가의 행위는 위법일 뿐만 아니라 법의 지배의 원리·입헌주의·자유민주주의 자체를 저해하는 것 일 수가 있다는 원리가 여기서 나온다.²³⁰⁾

그러나 현대국가의 기본권 규정들은 추상적인 면이 많아서 그 해석론에 여지가 많고 자칫하면 기본권보장이 형식화될 가능성이 있다. 따라서 기본권보호규정의 유명무실화 내지 내적인 공동화(innere Aushöhlung)²³¹⁾를 막고 실질적 기본권 보장이 매우 중요한 과제의 하나이다. 이것이 기본권보장의 문제이며 이것을 논함에 있어서 당연히 제도적 보장의 문제가 제기되기 마련이다.

현대사회에서 기본권 보장은 개인권적 측면과 제도적 측면으로 헌법상 이중적 효력을 갖기에 일면은 주관적 공권이며 타면은 공동체의 객관적 질서의 기본요소로 보아 기본권의 이중적 성격을 주장하는 학설이 유력하다.²³²⁾

이러한 점에서 디지털사회에서도 언론자유는 자유민주주의의 본질적인 요소이므로 당연히 언론자유는 기본권도 이중적 성격을 갖게 되어 개인적 기본권과 제도적 보장권이 동시에 포함되며 이들은 상호 대등 보완 관계가 된다. 따라서 언론자유권도 기본권측면에서 우월적 지위의 헌법적 보장을 받고, 제도적 보장권 측면에서 언론의 공적 임무 내지 사회적 책임을 강조하고 있다는 점에서 상호 대등 관계로서 개인과 전체의 법익을 조화시켜야 한다.

언론의 자유는 자유민주주의 정치질서의 중요한 구성부분이고 그 전제조건이기도 한 까닭에 이 자유를 침해나 제약으로부터 보호하여야 할 이유 내지 필요성은 그 침해나 제약의 주체가 국가기관이나 사인(사단체)이나에 따라 달라질 이유는 없는 것이다. 이점에서 언론의 자유는 이를 침해하거나 제약하는 국가기관으로부터 보호되어야 할 뿐만 아니라 이를 침해하거나 제약하는 사인으로부터도 보호되어야 한다는 명제를 도출해 낼 수 있을 것이다. 특히 요즘은 사인이 인터넷을 통하여 다른 사인의 인격권을 침해하는 경우가 많기 때문에 기본권의 제3자적 효력 문제가 발생하고 있다. 또 액세스권의 문제도 독자성을 가지는 언론기관에 대해 약자인 개인으로서의 시민

230) 최대권, "언론과 법", 「법학」, 서울대학교 법학연구소, 제28권 2호(통권90호), 1987, p.93.

231) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., 1977, S.140.

232) P. Haberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2, 2. Aufl., 1972, S. 70ff.; 또 K. Hesse, a.a.O., S.118.

이 가치는 언론자유권의 문제로서 언론자유 제3자적 효력의 문제가 발생한다. 언론의 거대화·집중화로 인해 일반 개인의 언론자유권은 소외를 받게 되고 따라서 일반 개인의 소수의견은 발표할 기회가 없어지게 된다. 이 점에서 일반개인은 언론사를 상대로 직접적·사인적 효력이 발생하게 되어 반론권·독자투고·의견광고·공평원칙 등의 액세스권을 보장받게 된다.

디지털사회에서 언론자유는 이러한 알권리나 액세스권 등의 등장과 커뮤니케이션 혁명(기존의 매체시스템→멀티미디어시스템→하이퍼미디어시스템→토탈미디어시스템으로 진화)으로 인하여 신문·방송·통신 등의 구별이 무의미해짐으로써 보다 중요한 쟁점은 민주사회를 지탱하는 초석으로 간주되는 언론자유 법리를 어디까지 적용할 것인가이다.

결국 디지털사회에서의 언론자유 가치이론의 정립은 기존 헌법의 언론 자유의 보장 조항의 해석에 달려있다. 디지털사회에서는 인터넷은 언론의 자유와 통신의 자유의 기본권 등이 중복되어 있다. 즉 인터넷은 전자메일·채팅·홈페이지·전자게시판 등을 이용하기 때문에 언론으로서의 성격과 통신으로서의 성격이 동시에 내포된다. 이러한 언론과 통신의 중복 문제라는 인터넷의 특성 때문에 기존의 언론법제로는 해결하기가 상당히 곤란하고 특히 양자를 나눌 수 없는 경우에는 언론의 자유라는 기본권과 통신의 자유라는 기본권의 갈등 문제가 나타난다. 통신의 자유보다는 언론의 자유가 자유권 중 상위의 기본권이므로 언론의 자유의 보호 중심으로 해결하여야 한다. 따라서 디지털사회의 새로운 언론자유 가치이론은 기존의 언론자유 가치이론의 토대 위에서 언론권의 확장해석과 기본권 갈등의 해결 이론을 양측으로 정립할 수 있다.

제 4 장 外國의 言論自由와 名譽權

제 1 절 美 國

1. 名譽毀損의 法理

미국의 경우 1964년 New York Times v. Sullivan 사건에서 연방대법원의 획기적 판결이 날 때까지 각 주차원에서 명예훼손법의 독자적 발달이 있었다.

1964년 이 사건 이전에는 주법과 그 주법에 의해 인정된 피고인측의 문서명예훼손 소송의 결과로 통제되었다. 이러한 법률은 비록 조건부적 헌법상 면책특권이 언론에 보도되는 공적인 뉴스의 대부분에 미치게 된다 할지라도 아직도 대중매체 전달로부터 주의를 요구한다.²³³⁾

미국의 대부분의 주에서 2가지 종류의 문서명예훼손이 재판대상이 된다. 'libel Per se'와 'libel per quod'이다. 'libel per se'는 표면상 문서명예훼손의 그 자체를 의미한다. 즉, 이것은 명백히 명예훼손이다. 'libel Per quod'는 명예훼손이 그 말 자체로서는 분명하지 않은 것을 의미한다. 이것은 명예훼손이 분명하지 아니한 비본질적 사실이나 지식을 일반적으로 요구한다. 예를 들면 Barbara Jones 여사가 8파운드의 남자 아기를 분만했다는 간단한 뉴스기사가 공표되어도 잘못은 없다. 그녀가 결혼을 했다면 결보기에는 모든 것이 올바르다. 그러나 만약 Barbara Jones 여사가 결혼한지 단지 3주 정도였는데 병원의 실수로 동명이인의 신원이 뒤바뀌었고 이 Barbara Jones 여사는 아기를 분만하지 아니했다면(다른 동명이인의 Barbara Jones 여사가 애를 낳았음) 그 뉴스 보도는 분명히 명예훼손이 될 수 있다.²³⁴⁾

미국에서는 'libel per se'나 'slander per se'의 경우에는 공무원(public official)이나 공적 인물(public figures)을 제외한 사인에 의해 성공적으로 소송을 제기할 필요가

233) William E. Francois, Mass Media Law and Regulation Macmillan Publishing Company, 1986, pp.88-117에 各州法律의 명예훼손법률의 자세한 내용이 있음.

234) Ibid, pp.89-90.

있는 6가지 요소가 있다.① 허위와 명예훼손적 진술(false and defamatory statement) ② 공표(publication), ③ 자기동일시(identification), ④ 언론 쪽의 과실이나 중대한 실수(negligence on the part of the media or greater fault), ⑤ 실질적인 손해(actural injury), ⑥ 특권의 배제(lack of privilege)등이다.²³⁵⁾

가. 虛僞의 事實摘示(false and defamatory statement)

먼저 허위와 명예훼손적 진술의 요소는 허위와 명예훼손에 관련되는 진술을(모든 허위 진술이 반드시 명예훼손은 아니다) 요구한다. 즉 그 어구가 비방(defamation)이어야 한다. 이러한 비방은 전술한 것처럼 명예훼손이 표면상 명백한 것이다. 특정인의 평판을 명백히 해하는 진술이다. 이것을 libel per se라고 한다. 또 그 표현자체는 명예훼손이 아니지만 전후사정을 미루어 명예훼손이 되는 경우이다. 이것은 libel per quod라고 한다.²³⁶⁾ 허위와 명예훼손적 진술에 해당하는 경우는 성적 비난·개인적인 습관과 특성·종교적 신앙과 정치단체가입·사업적 명성·생산품·은행거래·범죄인 등을 비방하는 경우의 명예훼손이다.²³⁷⁾

나. 公 表(publication)

진술이나 논평이 명예훼손이 되기 위해서는 공표되어야 한다. 공표는 제3자에게 어떤 사실을 전달하는 것을 의미한다. 즉 공표란 명예훼손을 행하는 자와 그 상대방 외에 그 내용을 전달받는 사람인 제3자가 있어야 한다. 특히 대중매체에 의한 비난은 그 공표가 추정된다.²³⁸⁾ 이론상 명예훼손적 공표나 배포에 관련되면 누구나 소송을 제기할 수 있다. 실제로 명예훼손 소송은 보통 적극적·의식적으로 권리를 보호하고자 하는 사람으로 제한을 갖는다. 실제로 콜럼비아특별구 지역연방 법원에서 워싱턴 포스트지는 명확한 명예훼손적 칼럼의 경우에서 독자적으로 명예훼손이 아니라는 사실을 입증하지 못한다고 판시했다. 왜냐하면 그 이유로서 법원은 그것에 대해 그 소

235) Ibid, p.113.

236) D. M. Gillmor etc, Mass Communication Law, 1990, West Publishing Company, pp.192-194.

237) Don R. Pember., Mass Media Law, Brown Company Publishers, 1982, pp.111-118.

238) Ibid, p.103.; William E. Francois, op. cit., p.92.

송을 각하 시키려는 신문사의 재정결정을 인정은 했으나, "Washington Merry-Go-Round"라는 칼럼은 그 소송의 결과로서 발생하는 명예훼손이 명백하기 때문이고 그 칼럼을 쓴 Jack Anderson에 대해서도 같은 이유로 거절하였다.²³⁹⁾

다. 自己同一視(identification)

단지 자기동일시가 평판에 해를 당하는 경우가 있다. 이것은 어떤 사람의 이름이 사용되어 졌을 때만 계속되는 경우를 의미하는 것은 아니다. 부분적이거나 불완전한 동일시도 불법행위법상 충분한 요건이 될 수 있다. 만약 누군가가 West 5번가에서 살고 있는 17세 빨강머리 소녀에 대해 명예훼손적인 진술을 썼다면, 그러나 그 보도에는 그녀의 성명과 주소를 기재하지 아니했다라도, 만약 그러한 소녀가 실제로 West 5번가에 거주하고 있다면 자기동일시(identification)가 충분히 구성된다. 게다가 만약 그러한 소녀가 2명이라면 그들 모두에게 명예훼손이 된다. 일반적으로 알려지지 않은 어떤 사람에 대한 공표가 명예훼손적이라면 명예훼손적 사항이 성립한다.²⁴⁰⁾

라. 言論의 過失(negligence on the part of the media or greater fault)

1974년 Gertz v. Robert Welch, Inc 사건에서 미연방대법원은 주는 만약 언론 쪽의 부분에서 실수가 없다면 언론 쪽에 책임을 부과할 수 없다고 선언하였다.²⁴¹⁾ 그러나 과실(negligence)은 모든 주 최고법원이 Gertz판결 이래로 선언한 것처럼 실수(fault)를 구성요소로 할 수 있다.

마. 實質的 損害發生(actural injury)

연방대법원은 Gertz 사건에서 또한 공공 뉴스매체에 대해 사인의 명예훼손소송을 명확히 했고 그 주는 수중에 있는 손실뿐만 아니라 명성의 손상·사회적 위치의 손

239) Carey v. Hume, 390 F. Supp. 1026 (District of Columbia, 1975).

240) Colucci v. Chicago Crime Commission, 334 N.E. 2d 461(Illinois Appellate Court, 1975).; William E. Francois, op. cit., p.93.

241) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S.323, (1974).

상·정신적 번뇌와 고통·개인의 창피도 포함된 실제적 손해도 보상해야 한다고 판시하였다.²⁴²⁾

바. 特權의 排除(lack of Privilege)

이 요건은 사인에 의한 명예훼손소송에서 자기동일시하는 사람에 관해 명예훼손적인 것을 뉴스매체 쪽에서 공표하는 특권을 배제하는 것이다. 뉴스매체는 공공과 정부의 행정절차와 입법과 사법의 진행절차에 관해 공정하고 정확한 보도를 공표하기 위해 부여된 특권(면책)을 갖는다. 이 경우에는 설사 명예훼손이 되더라도 법률 하에서 보호를 받는다. 이렇게 부여된 자격은 언론보도가 공정하고 정확해야 한다는 것이다. 만약 어떤 사람이 의회의 의사당 발언석에 있는 어떤 의원에 의해 명예훼손을 당했다. 뉴스매체에서 그 의원이 행한 말을 공정하고 정확하게 보도했다면 명예훼손을 당한 측에서 그 뉴스매체를 상대로 소송을 제기하더라도 성공적일 수는 없다. 그러한 면책을 인정하는 이면에 이 이론은 그 의원과 뉴스 매체사 모두에 대해 심지어 사회적으로 결백한 어떤 사람의 명성에 손해를 가하는 위험을 무릅쓰고 공공에게 정보의 유통을 촉진시키는 것이다. 이 특권은 연방헌법이나 주 헌법·법령이나 보통법에서 나온다. 따라서 기자에게 부여된 특권은 정부의 행정절차나 정부공문서에 공정하고 정확하고 비악의적인 보도를 행하는 것을 의미한다. 보통 그러한 행정절차나 공문서는 공표를 하기 위해 언론의 특권을 적용해야 한다.²⁴³⁾ 이렇게 부여된 특권이나 조건 부적 특권은 절대적으로 특권을 부여받은 상황에서 가장 쉽게 연원되어 나온다. 1978년 연방대법원에서 *Butz v. Economou* 사건에서 5대4의 결정으로 사실상 공공임무와 관련된 연방행정공무원에 대한 특권을 제거하였다. 이 사건에서 연방대법원은 대통령을 포함한 최고행정공무원들은 그들이 일부러 시민의 헌법상 권리를 침해한다면 소송제기에서 절대적 면책특권을 갖지 못한다고 판시했다. 대신에 그들은 충성스러운 신념에서 행동한다면 또 합리적인 근거로 행동한다면 그들에게 부여된 면책특권이 그들을 보호할 수 있다고 판시하였다.²⁴⁴⁾ 또 법관들의 절대적 면책은 *Butz* 판결 이전 6대 3으로 연방대법원은 민사소송에서 사법부의 면책을 판시했는데, 법원의 법관은

242) Ibid, at 349.

243) William E. Francois, op. cit., pp.95-96.

244) *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478(1978).

그들의 사법권을 지나치게 행사하고 악의적이거나 부패적이라고 하더라도 그들의 그러한 재판행위에 대해서 민사소송에 대한 책임이 없다고 판시하였다.²⁴⁵⁾

의회의원들의 면책특권은 1979년 연방대법원에서 *Hutchinson v. Proxmire* 사건의 판결로 의회의 본회의나 위원회에서 그들의 공무상 직무수행 중에 행한 발언이나 행동은 연방헌법 제1조 제6항에 의거 절대적으로 면책된다고 판시하였다.²⁴⁶⁾

기자들도 공정하고 정확한 보도라면 절대적으로 면책된다. 그러나 의회, 재판심리, 행정절차 등의 진술을 공정하지 않고 정확하지도 않은 보도를 한다면 명예훼손이 된다.²⁴⁷⁾ 즉 기자들의 명예훼손소송에서 면책 받는 범위의 보도는 공정하고 정확하며 비악의적이어야 한다는 것이다. 따라서 진술한 사법부의 면책요소는 조건부적 헌법상의 특권의 결과로서 발전되어 보통법상의 특권남용의 잘못된 점을 줄이는 데 크게 공헌하였다.²⁴⁸⁾

현재 신문 및 다른 잡지들은 명예훼손 판결에서 과거보다 더 많은 자유를 향유한다. 수정헌법에 대한 워렌(Warren)법원의 견해에 의하면 명예훼손법은 수정헌법이 보장하고자 하는 건전한 활기찬 사회적·공적 비판에 대한 하나의 장벽이었다. 선출된 공직자가 명예훼손 문제로 신문을 기소하여 승소하는 것을 매우 어렵게 한 케이스와 함께 그 법에 대한 축소가 1964년에 서서히 시작되었다.²⁴⁹⁾ 1971년에 대법원은 논쟁이 공공문제를 포함하는 것이라면 사적 원고조차도 미디어에 대항하여 명예훼손을 회복하려는 노력으로부터 배제하였다.²⁵⁰⁾

명예훼손법이 아직도 살아있는 단 하나의 작은 영역은 미디어가 논쟁되는 공적 쟁점을 고의적으로 잘못 전한 경우뿐이다. 만약 그 신문의 기사가 양심껏 신념하에 발행되었고 어떤 공적 논점을 포함한다면 그 신문은 면책된다. 따라서 미디어는 과거보다 더 자유롭게 비판할 수 있고 공정해야 할 의무는 줄게 될 것이다.

245) *Stump v. Sparkman*, 985. S.Ct. 1099(1978).

246) *Hutchinson v. Proxmire*, supplement to 5 *Med. L. Rptr.* 5, July 3, 1979.

247) William E. Francois, op. cit, p.100.

248) 조건부적 헌법상의 특권이론의 발달은 Ibid, pp.118-143.

249) *New York Times Co. v. Sullivan*, supra note 6.

250) *Resenbloom v. Metromedia*, 403 U.S.29(1971).

2. Actual Malice 法理

New York Times Co. v. Sullivan(1964년) 사건에서 미연방대법원은 거의 200년간 수정헌법 제1조에서 허위와 명예훼손적 언어는 보호할 가치가 없다는 전통적 이론을 만장일치로 변경하였다. 즉 공무원의 공무적 행동에 관련되는 명예훼손적 말은 수정헌법 제1조의 보호를 받는다는 것이다. 그 명예훼손적 말은 공직자의 경우 실질적 악의에서 나오지 아니하였다면 면책을 받는다는 것이다. 명예훼손이 되더라도 실질적 악의가 있느냐 없느냐를 명예훼손의 기준으로 삼는다는 것이다.

New York Times 사건에서 Brennan 대법관은 우리가 생각하건대 그 공무원에 대한 그 진술이 실질적 악의, 즉 실질적 악의는 그 사실이 진실인지 아닌지 여부를 무시하고, 그 내용이 허위를 인식하거나 부주의(과실)를 인식하는 것임을 인식하지 못한다면 그 공무원의 공무집행에 관계되는 명예훼손적 허위에 대해 그 공무원은 손해배상을 청구하지 못한다고 설시하였다.²⁵¹⁾ 이러한 실질적 악의의 원칙으로 언론은 공무원의 공무집행에 관해 격렬하고 통렬하게 비판하거나 심지어는 허위적인 비평조차 할 수 있다. 그러나 이러한 실질적 악의의 원칙에 언론은 공무원에 대해 진실을 무시하는 허위나 부주의(과실)나 고의로 공표하는 것은 해당되지 아니한다. 따라서 이러한 실질적 악의의 원칙의 효과는 공무원의 명예훼손소송에 대해 언론이 비판받기 쉬움이 현저하게 감소되었다.

실질적 악의 개념은 1957년 Curtis Publishing Co. v. Butts 사건²⁵²⁾과 AP v. Walker 사건²⁵³⁾에서 발전하였다. 이 두 사건은 거의 동시에 대법원에 상소되었기 때

251) William E. Francois, op. cit, pp.121.

252) Curtis Publishing Co. v. Butts 개요는 다음과 같다.

Georgia대학의 체육감독인 Wally Butts는 Saturday Evening Post를 상대로 제소하였다. 이 신문은 Butts와 Alabama 대학 축구코치인 Paul Bear Bryant가 Georgia와 Alabama의 연례 경기에서 승부를 사전에 조작하는 모의를 하였다고 주장한 기사를 소송원인으로 한 것이다. Post誌는 이 정보를 전화교환업무 중에 Bryant와 Butts의 대화를 우연히 듣게 된 사람으로부터 얻었다. 형사전과를 가진 Georgia Bunnett라는 이름의 이 사람은 그가 신빙성 있는 기록을 가지고 있다고 말했다. 문제의 기사는 이러한 것에 근거하여 만들어졌다.

253) AP v. Walker사건의 개요는 다음과 같다. Edwin Walker라는 퇴역소장은 Texas 출신의 보수주의자이고 분리주의자인데, 연합통신(AP)과 다수의 신문사와 방송국이 그가 James Meredith의 입학에 대한 분쟁동안 Mississipi 대학의 질서를 유지하려는 연방사법 집행관에 대한 백인 폭도를 지휘하였다고 비난한 것에 대하여 제소하였다. 연합통신의 잘못된

문에 병합되어 하나의 사건으로 판결되었다.²⁵⁴⁾

연방대법원은 Times-Sullivan 사건의 실질적 악의의 원칙이 공무원뿐만 아니라 공적인물(공공인물)에까지 효력을 미치게 되었다. 1971년 Rosenbloom v. Metromedia 사건²⁵⁵⁾에서 연방대법원은 Brenann 대법관 다수의견으로 공적 논란이나 공공관심사에 관련된 사인에까지 실질적 악의의 효력이 미치게 되었다. 이 Rosenbloom 원칙으로 1971년과 1974년 사이의 Times-Sullivan 사건의 실질적 악의의 원칙은 공공공무원이나 공공인물 외에도 공적 논란이나 공공관심사에 관련된 사인에까지 적용되었다. 이러한 경우에도 공공인물에서와 마찬가지로 명예훼손적 표현은 그 개인이 관련된 공공 논란에 관한 것이어야 한다.

그러나 71년과 74년 사이에 대법원 판사가 바뀌었고 이른바 Rosenbloom 원칙은 그 지지를 잃게 되었다. 그런데 1974년의 Gertz 사건에서의 다수의견은 수정헌법 제1조가 공공관심과 공공논의의 문제에서 사인이 관련된 명예훼손소송에 있어서 주들이 New York Times 사건의 실질적 악의 원칙을 적용할 것을 요구하지 않는다는 것이다. 이 사건에서 Gertz는 Chicago의 변호사인데 민사분쟁에 명성이 높았다. 그는 여러 권의 책과 논문의 저자이며, Cook County, Illinois, Chicago에서 많은 위원회에 위원으로 봉사하여 왔다. 문제되는 비난과 관련하여 Elmer Gertz는 경찰관에 의하여 사살된 젊은이의 가족을 대리하고 있었다. 그 경찰관은 재판에서 살인으로 선고받았다. 그리고 죽은 젊은이의 부모는 경찰관에 대한 배상요구를 위한 민사소송의 수행을 Gertz가 계속하도록 변호사와 계약을 하였다. Gertz는 그 죽음과 살인판결을 둘러싼 사건을 규명하게 하기 위해 변호사로서 타고난 인물이었다. American Opinion지는 Gertz를 공격하기를 공산주의 전위자·Leninist·경찰관에 대한 위협음모의 설계자라고 비난하였다. 또 형사전과를 가지고 있는 듯이 암시했다. 이에 대해 Gertz는 명예훼손소송을 제기했다. 연방대법원은 Gertz는 공공인물이 아니며 실질적 악의를 증명하여야 하는 것이 아니라고 판결하였다. Powell 대법관이 기술하였듯이 헌법이 요구하는 것은 New York Times Co. v. Sullivan 사건의 실질적 악의 원칙이 공공공무원과

보도는 현장에 있던 젊은 AP의 통신원에 의해 잘못 보고된 것이었다. 양 사건에서 Harlan 대법관은 피고가 얼마나 심하게 책임 있는 보도로부터 유리되었는가를 판단하려 한다고 말했다. 그가 이것을 경솔한 무시의 정의라고 하지는 않았지만 다른 대법원 판사와 하급법원은 경솔한 무시의 판단기준으로 보았다.

254) Curtis Publishing Co. v. Butts, and Associated Press v. Walker, 388 U.S.130(1967).

255) Resenbloom v. Metromedia, supra note 26.

공공인물이 관계하는 명예훼손소송에 적용된다는 것이다. 연방대법원은 그러나 각 주들이 원하면 계속 Rosenbloom원칙을 사용할 수 있다고 판시하였다.²⁵⁶⁾ Sullivan 판결 이후 가장 중요한 명예훼손사건인 Gertz결정은 “실질적 악의” 원칙이 사적 인물이 관련된 사건에는 적용되지 않는다고 판시했다. Gertz판결은 언론자유에 대한 헌법의 보장과 명예권에 대한 판례법의 보호를 균형 있게 조화시키는 일련의 헌법적인 지침을 제시하였다.²⁵⁷⁾ Gertz 사건 이후 지금까지 연방대법원은 Rosenbloom원칙보다는 Gertz원칙을 적용하여 실질적 악의 기준을 공무원이나 공적 인물로 제한하였다. 이리 추세의 대표적 판례가 1985년 Dun & Bradstreet Inc. v. Greenmoss Builders, Inc. 사건²⁵⁸⁾, 1986년 Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps 사건²⁵⁹⁾, 1989년 Harte-Hanks Communications v. Connaughton 사건²⁶⁰⁾ 등이 있다.

3. 公的 人物과 公的 利益에 관한 報道

방송법 제4조 제2항은 방송은 공익사항에 관하여 취재·보도·논평 기타의 방법으로 민주적 여론형성에 기여하여야 하며 사회 각계각층의 다양한 의견을 균형 있게 수렴함으로써 그 공적 임무를 수행한다고 규정하고 있다. 언론보도의 위법성을 판단할 때 보도가 공적 인물(public figure)이나 공익에 관한 것인지는 매우 중요한 의미를 갖는다. 여기서는 프라이버시침해를 중심으로 이 문제를 간략하게 살펴보겠다.

가. 公的 人物

미국에서는 수정헌법 제1조에서 언론출판의 자유를 보장하고 있다. 공적 인물이나 뉴스와 기타 공적 관심사를 보도하는 것은 언론의 특권이라고 한다. 공적 인물의 사생활을 보도하는 경우에는 허위보도의 경우와 달리 언론이 거의 책임을 지지 않는다고 한다.²⁶¹⁾ 이를 공적 인물의 이론이라고 하는데 프라이버시권이 침해되었다고 주장

256) Gertz v. Wwlch, Inc., supra note 17.

257) 염규호, “미국의 명예훼손법”, 「언론중재」, 언론중재위원회, 1994. 가을호., p.35.

258) Dun & Bradstreet Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749(1968).

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

260) Harte-Hanks Communications v. Connaughton, 109 S. Ct. 2678(1989).

261) Prosser · Keeton, op. cit., p.862.

하는 자의 사회적 지위에 따라 프라이버시권의 한계를 정하는 것이다.²⁶²⁾ 그 근거로는 공적 인물은 (1) 공개를 원했거나 공개에 동의했다는 점, (2) 그의 존재나 직업이 이미 공적 성격을 띤다는 점, (3) 언론은 대중에게 공익에 관한 정당한 관심사항으로 된 것을 알릴 특권을 헌법상 보장받는다라는 점 등을 든다.²⁶³⁾

공적 인물에는 공무원·천재소년·배우·운동선수·예술가 등과 같이 업적·생활양식·직업 등에 의하여 어느 정도 명성을 얻는 사람이 포함된다.²⁶⁴⁾ 나아가 범죄사건의 피해자도 공적 인물이 될 수 있는데 이를 비자발적인 공적 인물이라고 한다. 그러나 유명한 영화배우라도 친구끼리 모여 노는 것과 같은 단순한 사생활은 프라이버시에 의하여 보호된다고 한다.²⁶⁵⁾

위와 같이 공적 인물의 사생활을 공개하는 경우에 원칙적으로 프라이버시 침해에 해당하지 않는다. 그렇지만 공중의 눈에 오해를 불러일으키는 표현으로 인한 프라이버시침해는 공적 인물에 대해서도 성립할 수 있다. *Time, Inc. v. Hill* 사건²⁶⁶⁾에서는 허구의 연극이 범죄피해자인 원고의 실제 경험을 재연한 것이라고 보도한 것이 프라이버시침해가 되는지 문제되었다.²⁶⁷⁾ 미국의 연방대법원은 언론기관이 과실로 원고에 대하여 오해를 낳게 하는 표현을 사용하였다고 하더라도 현실적 악의(actual malice)가 없는 한 프라이버시의 침해에 대한 책임을 지지 않으며 언론기관이 진실이 아님을 알고 있었거나 또는 최소한 진실인지 여부에 대한 확인을 하는데 중대한 과실이 있다는 점을 원고가 입증해야만 언론기관이 프라이버시 침해로 인한 책임을 진다고

262) 독일 예술저작권법 제23조 제1항 제1호는 시대사적 인물(Person der Zeitgeschichte)의 초상을 게재하는 것을 허용하고 있는데, 이 규정은 공공 생활의 필요를 고려하기 위하여 규정된 것이다(J. Helle, a.a.O., S.130). 공적 인물에 관한 이론은 日本에서도 수용되고 있는데, 日最判 1981(昭和 56). 4. 16(判例時報 1000호 p.25)은, 특히 공직자나 공직후보자의 경우 그 사생활에 관한 사실도 널리 공공의 이해에 관한 것이라고 하여 보도, 논평하는 것이 정당하다고 하였다.

263) Prosser · Keeton, op. cit., p.411.

264) Prosser · Keeton, op. cit., p.410.

265) 최근에는 공적 인물을 공무원, 전면적 공적 인물, 지역적인 전면적 공적 인물, 논쟁 사안의 공적 인물, 제한적인 공적 인물, 비자발적인 공적 인물로 구분하기도 한다.

266) 385 US 374, 17 L ed 2d 456, 87 S Ct 534(1967).

267) 즉, 원고의 집은 1952년 3명의 탈주범에 의하여 점거되었고, 원고(Hill)와 그의 가족은 19시간 동안 인질로 붙잡혀 있었다. 1953년에 한 작가가 그 사건에 관한 소설을 펴냈는데, 몇 가지 사실은 완전한 허구였다. 그 후 소설은 연극으로 공연되었다. 1955년에 Life지는 연극의 사진과 그 기사를 실었는데, 위 연극이 원고와 그 가족의 실제 경험을 재연하는 것이라고 묘사하였다.

판결하였다.²⁶⁸⁾ 이것은 공적 인물이나 공공의 이익에 관한 보도에 대해서도 현실적 악의가 있으면 공중의 눈에 오해를 낳게 하는 표현으로 인한 프라이버시침해가 성립할 수 있다고 본 것이다.

그 후 Cantrell v. Forest City Publishing Co., 419 U.S. 245, 95 S.Ct. 465(1974)에서는 피고측이 공중에게 원고에 대하여 오해를 불러일으킬 것이라는 것을 알면서 보도를 하였다는 이유로 피고의 책임을 인정하였다.

나. 制限的 公的 人物

뉴욕타임즈 사건 이후 수년 후인 1974년부터는 공인의 개념이 축소되는 경향을 보이기 시작하여 거츠 대 웰치사건²⁶⁹⁾에서는 시카고의 유명한 변호사로 출판물에 의해 공산주의자로 공격을 받은 거츠도 공인이 아닐 수 있다는 판결이 나오게 되었다. 그 사건에 대한 연방헌법재판소의 판결은 뉴욕타임즈 사건 법리의 적용범위를 엄격히 공직자와 공적 존재에만 한정하고 개인의 명예에 대한 보호에 더 중점을 두게 되었다. 이러한 결단은 진보주의가 쇠퇴하고 보수주의가 득세하는 미연방대법원의 조류와 맥을 같이 한다고 할 수 있다. 어쩌면 이러한 태도가 그들 개체문화전통에 걸 맞는 결단이 아닐지²⁷⁰⁾모르겠다.

공인개념은 미국 연방대법원의 판결에 나타난 것처럼 그동안 여러 가지 형태로 변화해 왔기 때문에 명확하게 규정하기가 어려우나 미국의 블랙법률사전 제5판은 공인(Public Figure)을 다음과 같이 정의하고 있다. 명예훼손에 적용되는 정의로서는 정치가·예술가·스포츠맨·사업가·예술애호가 등이나 그밖에 그 존재나 행위 때문에 선악 어느 편이든 공공의 관심의 대상이 되는 인물이 공인이 되는 것으로 인정된다.

공인은 대체로 양분된다. 첫째는 그 신분이나 직업·사명 등 때문에 당연히 공인이 되는 사람으로서 정치가나 공무원·성직자·교수나 예능인 등이 여기에 속하고 둘째는 사건이나 공공의 문제나 행사 등에 관련되었기 때문에 본의 아니게 일시적으로 유명해진 사람들이 여기에 해당한다.

268) 이것은 명예훼손에 관한 뉴욕타임즈의 원칙[New York Times v. Sullivan, 376 US 254, 11 L ed 2d 686, 84 S Ct 710(1964)]을 적용한 것이다.

269) Gertz v. Welch, 418 US. 323(1974).

270) 개체문화는 공인개념의 범위를 좁혀 명예훼손죄의 성립범위를 확대하려는 경향이 있다고 보지 않을 수 없다. 따라서 민사상 명예훼손책임을 물을 수 있는 범위도 넓혀지게 된다.

첫째 부류에는 대통령이나 국회의원이 그 전형적 공인이다. 국민은 그들에 관하여 알 권리를 가지며 그것은 그들의 공적인 활동뿐만 아니라 사적인 생활까지도 미칠 수 있는 것으로 인정되고 있다. 따라서 그들의 건강이나 재산상태·가족관계·친분관계 등 보통사람 같으면 완전히 프라이버시에 속하는 사생활에 관한 사항에 대해서도 국민이 알 권리를 가진다고 할 수 있을 것이다.

둘째 유형에 속하는 것으로는 중요 범죄사건의 용의자와 그 피해자 사회적 이목을 크게 끌 사건과 관련된 사람들을 들 수 있다. 이들의 경우는 명예나 프라이버시에 대한 보호막이 더 두껍다고 생각된다.

다. 公共利益

언론이 공공의 이익에 관한 사항을 보도한 경우에는 프라이버시 침해가 되지 않는다는 이론이 있다.²⁷¹⁾ 보도적 가치, 뉴스가치가 있는 것을 보도하는 것은 국민의 알 권리를 충족시키는 것으로 언론의 자유에 의하여 보장되어야 한다는 것이다. 공공의 이익은 정보의 이익이라고도 하는데 사회구성원이 어떤 사실을 아는 데 정당한 관심을 가지고 있고, 그것을 아는 것이 사회에 이익이 되는 것을 가리킨다. 그러나 단순히 대중의 호기심을 충족시키는 것에 불과한 것은 정당한 관심의 대상이라고 보기 어렵다.

미국의 판례에서 영화회사가 뉴스영화의 일부분으로 원고 등 비만한 여자들이 살 빼는 기구를 이용하여 제조하는 장면을 촬영하여 영화관에서 상영한 경우²⁷²⁾에 공공의 이익에 관한 것이라고 보았다. 여기서 Barber v. Time Inc.사건²⁷³⁾을 살펴볼 필요가 있다. Barber여사는 희귀한 병에 걸려 종합병원에 입원하여 치료를 받고 있었다. 병의 증상은 계속 먹어도 체중이 줄어드는 특이한 것이었다. 이 사실이 언론에 알려지자 사진기자는 그녀의 항의에도 불구하고 사진을 찍어 신문에 보도하였다. 그 후 Time지는 의학란에 그녀에 관한 기사를 게재하였는데 이 기사의 표제는 굵주린 대식가이었고 그녀의 얼굴을 클로즈업한 사진의 아래에는 “탐욕스런 대식가 Barber, 그녀는 열 사람 분을 먹는다.”라는 문구가 쓰여 있었다. 미조리주대법원은 프라이버시

271) 프라이버시는 공공의 이익 또는 일반적 이익이 되는 사항의 공개를 금지하는 것은 아니라고 하였다(Warren·Brandeis, op. cit., p.214).

272) Sweenek v. Pathe News, Inc., 6 F. Supp. 746(1936).

273) 348 Mo. 1199(1942).

권에는 사적 사항을 공개당하지 않는 상태에서 가정이나 병원에서 의학적 치료를 받을 수 있는 권리가 포함되고 공중에게 의학정보를 제공하기 위하여 원고의 성명을 밝힐 필요는 없다고 하여 원고승소의 판결을 하였다.

그리고 일반적으로 공개되는 공적 기록(public record)으로부터 얻은 정보는 대체로 공공의 이익에 관한 것이라고 볼 수 있는데, 미국에서 언론기관이 소송기록에 있는 강간피해자의 이름을 보도한 경우에도 프라이버시 침해를 부정한 사례가 있다.²⁷⁴⁾ 한편 미국의 Macon Telegraph Publishing Co. v. Tatum 사건²⁷⁵⁾에서는 침입자가 손에 칼을 들고 바지를 내린 상태에서 침대에 접근하는 순간 그를 총으로 쏘아 죽인 여자의 이름과 주소를 공표한 것은 프라이버시 침해에 해당한다고 보았다.²⁷⁶⁾

라. 公的 關心事(Public concern)

공인만 아니라 공적 관심사에 관한 보도내용에 대해서도 엄격책임주의의 적용을 배제한 획기적 원칙은 음란잡지 판매사건²⁷⁷⁾에서 연유한다. 이 사건은 방송보도의 허위성이 문제된 사건이었는바, 연방대법원은 문제된 보호내용이 사인에 관한 것이라도 공공의 관심사(음란물 판매)에 관한 것인 한 현실적 악의가 있는 경우에만 명예훼손이 성립한다고 판시하였다. 이 판결은 뉴욕타임즈 원칙의 적용범위를 문제된 보도내용의 공적 관심사 여부로 가리도록 함으로써, 명예훼손사건에서 대립되는 두가지 이익 즉 사회의 이익과 개인의 이익 중 전자를 중시한다는 기본입장에서 있다고 볼 수 있다.

4. 小 結

미국에서는 언론의 자유를 넓게 보장하기 위하여 공적 인물이나 공적 이익에 관한

274) Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469(1975).

275) 208 Ga. App. 111, 21 Media L. Rep. 1116(1993).

276) 조지아 주에는 언론이 성범죄의 피해자의 이름을 공표하는 것을 금지하는 강간비밀보호법(Rape shield law)이 있는데, 원고의 소가 이 법률에 근거한 것이 아니라 보통법상의 프라이버시 침해에 근거를 둔 것이다. 그러나 법원은 프라이버시를 보호하기 위하여 위 법률이 제정되었다는 점을 고려한 것이다.

277) Rosenbloom v. Metromedia Inc. 미연방대법원 1971. 판결, 403 US 29(1971).

보도는 원칙적으로 프라이버시 침해가 되지 않는다고 보고 있다. 공적 인물에 관한 이론은 일본이나 독일에서도 어느 정도 수용되고 있으나 동일한 것은 아니다. 우리나라에서는 공적 인물에 관한 이론을 수용하여야 할 것인지에 관하여 논란이 있는데, 하급심판결 중에는 공적 인물에 관한 보도라는 이유로 프라이버시의 침해를 인정하지 않는 사례들도 있다. 우리나라에서 공적 인물에 관한 미국의 이론을 그대로 수용하는 것은 무리라고 생각된다. 그러나 언론의 자유와 인격권이 충돌하는 경우에 이익형량이 요구되는데 이 때 공적 인물이나 공공의 이익에 속하는 사항에 관한 보도인지 여부는 매우 중요한 고려요소가 된다.²⁷⁸⁾

제 2 절 英 國

영국에서 명예훼손은 불법행위(Tort)의 일종으로서 민사상 손해배상책임의 대상이 되는 물론이고 형사상 범죄(Crime)를 구성되기도 한다.

1. 名譽毀損行爲의 損害賠償責任

가. 名譽毀損으로 인한 不法行爲責任의 成立

(1) 名譽毀損의 意味

영국은 불법행위를 구성하는 명예훼손(Defamation)에 관해 과거 판례상 다양하게 정의하는 것이 시도되어 왔고, 한때는 *Parmiter v. Coupland & another* 사건²⁷⁹⁾ 등에

278) 공적 인물에 관한 이론은 미국에서도 논란이 되고 있고 우리나라에서 수용할 필요가 있는지 여부에 관하여 의문을 제기하기도 하지만, 공적 인물에 관한 보도는 공공의 이익에 속하는 경우가 많을 것이기 때문에, 공적 인물에 관한 보도인지는 인격권 침해의 위법성을 판단할 때 중요한 고려요소가 된다.

279) 6 M.&W. 105, 108 : 151 E.R. 340, 342. M. & W.나 E. R.은 판례가 수록된 판례집의 약어인바, 본고에서 인용하는 판례집(reports)의 약어는 별첨 약어표에서 설명하고, [] 안의 숫자는 발간년도를, reports 표시 앞의 숫자는 그해에 발간된 reports의 권수를, 뒤의

서 표현된 대로 원고를 혐오·경멸·조롱 등에 노출시킴(exposing to hatred, contempt or ridicule)으로써 원고의 명성(reputation)을 훼손하는 것이라고 정의한 것이 유효한 때도 있었고 그 외에 사람들로 하여금 원고를 회피하도록 만들 수 있는 행위라거나 바르게 생각하는 사람들(right-thinking people)의 일반적 평가에 있어서 원고의 명성을 저하시키는 것이라고 표현된 경우도 있었다.

그러나 현재 위와 같은 정의들은 그 의미가 너무 협소하다는 것이 일반적인 견해이고, 1936년 House of Lords(영국의 대법원 겸 상원) 사건인 *Sim v. Stretch* 사건판결²⁸⁰⁾에서 표명된 Lord Atkin의 견해가 표준적인 것으로서 받아들여지고 있다. 즉 Lord Atkin에 의하면 명예훼손이란 ‘합리적 사고를 가진 일반적인 사회 구성원들의 원고에 대한 평가를 저하시킬 수 있는 것을 공표하는 행위’라고 한다.²⁸¹⁾

영국에서는 명예훼손 소송에서 양 당사자에게 배심재판(jury trial)을 청구할 권리가 인정되고 있다. 배심재판의 경우 문제된 공표행위(사실의 주장 등)에서 사용된 단어와 문장들의 의미가 무엇인지 또한 그것이 원고의 명예를 훼손하는 것인지 여부 등에 관한 사실판단은 배심원들에 의해 이루어진다. 다만 배심원들에 의한 본재판에 회부되기 전 법원은 사전판단으로서 문제된 문장이 일방 당사자가 주장하는 특정한 의미를 가질 수 있는지 여부(capable of bearing a particular meaning)를 판단할 권한이 있고 양당사자도 그러한 판단을 요구할 권리가 있다. 그리고 배심원들이 위와 같은 사실판단을 함에 있어서 문제된 주장의 전체적인 의미와 문맥을 고려²⁸²⁾하여 단어와 문장들의 일반적·통상적인 의미를 판단해야 함은 물론이고 직접적인 주장내용 이외에도 보통의 독자·시청자들이 도출해 낼 수 있는 합리적인 추론·추측도 함께 참작하여야 한다고 이해된다.

결국, 명예훼손의 성립 여부는 개개의 사건마다 그 사건의 특정한 상황하에서 개별적으로 판단할 수밖에 없는 문제이지 모든 경우에 적용되는 정확하고 일반적인 기준을 제시하는 것은 매우 곤란하다고 하겠다.

숫자는 page를 표시한다.

280) [1936] 2 All E.R. 1237.

281) A defamatory publication is one which tends to lower the plaintiff in the estimation of right-thinking members of society generally.

282) 전체적인 의미와 문맥을 반드시 함께 고려해야 하는 점을 강조한 대표적 사례는 *Charleston and another v. News Group Newspaper Ltd.* [1995] 2 All E.R. 313.

(2) Libel과 Slander의 區別

Common Law에서 독특한, 그러나 현재는 거의 불필요하다고 여겨지는 명예훼손의 형태구분으로서 Libel과 Slander가 있다.(Scotland에는 이러한 구분이 없다) 즉 Libel은 문서에 의해(in write) 또는 그 외 영속적인 형태로서(permanent form) 이루어진 것을 말하고 Slander는 구두에 의해(by word) 또는 동작에 의해(by gesture) 이루어진 일시적인 형태(temporary form)에 의한 것을 말한다.

이 구별은 Libel이 튜더(Tudor) 시대에 성실재판소(Court of Star Chamber)에 의해 국가의 권위보호를 위해 인정되기 시작한 것임에 반해 Slander는 이와 달리 일반적인 Common Law Courts에서 다루어짐으로써 그 역사적 기원을 달리함으로 인해 생겨난 것이다. 원래 책·신문·논문·편지 등 서면에 의한 명예훼손이 미리 계획되고 의도적인 것으로서 순간적인 언급보다도 개인의 명성을 심각하게 그리고 영속적으로 훼손한다는 것이 위와 같은 구별의 이유로 설명되어 왔다.

그러나 영화·Radio·TV 등 구두로 이루어지긴 하지만 그 효과가 광범위하게 미치는 새로운 언론매체와 통신수단의 발달과 더불어 위와 같은 설명은 그 근거가 희박해 졌다. 그리고 위와 같은 새로운 언론매체의 출현 이후 그 영향력이 확대됨에 따라, 영화에 의한 명예훼손은 판례²⁸³⁾에 의해 Libel로 인정되고 연극공연에 의한 명예훼손과 Radio·TV·유선방송 등 일반인에게 수신되는 방송에 의한 명예훼손은 의회의 입법에 의해 Libel로 규정되었으며²⁸⁴⁾ 따라서 Libel과 Slander의 구별은 더욱 의미가 반감되었다. 특히 우리가 관심을 갖고 있는 신문·방송 등 언론기관에 의한 명예훼손은 모두 Libel이다.

한편 Libel은 불법행위와 동시에 형사적으로 명예훼손죄를 구성할 수 있으나 Slander는 오직 불법행위만을 구성할 뿐 형사범죄가 되지 않는다. 그리고 Libel과 Slander의 구별이 가장 큰 의미를 갖는 점은 Libel의 경우 원고는 특별한 재정상의 손실을 입지 않았다 해도 명예가 훼손된 점만을 가지고 바로 일반적 손해배상을 요구하는 소송을 제기할 수 있으나 Slander의 경우 약간의 예외를 제외하고는 원고가

283) Youssoupoff v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd. [1934] 50 T.L.R. 581.

284) 연극에 대해서는 Theatres Act 1968§4(1). 방송에 대해서는 Defamation Act 1952 §1, §16(3), Broadcasting Act 1990 §166, Cable and Broadcasting Act 1984 §28(1).

실제적인 재정상의 손해를 입증할 수 있어야 하고 단순히 감정이 손상되었다는 것만으로는 부족하다는 점이다. Slander 중 실제적인 손해입증이 없이도 곧바로 소송을 제기할 수 있는 예외적인 경우는 4가지인데, ① 신체형에 처해질 수 있는 형사범죄를 저질렀다고 비방한 경우²⁸⁵⁾ ② 여자나 소녀에 대해 부정행위나 간통을 했다고 비방한 경우²⁸⁶⁾ ③ 어떤 사람이 전염병에 걸려있다고 주장하는 경우(이 예외는 아주 오래 전부터 인정된 것이나 AIDS 등 새로운 형태의 질병들에도 적용되는가는 아직 명백하지 않다) ④ 어떤 사람의 직업·영업·직위에 관한 능력이나 신용을 비방할 의도로 이루어진 경우이다.

나. 名譽毀損의 成立要件

(1) 名譽毀損的 表現行爲

명예훼손적인 표현행위라 함은 합리적 사고를 가진 일반적 사회구성원들의 원고에 대한 평가를 저하시키는 것을 공표하는 행위이다. 이에 대하여 보충적인 설명을 하면 먼저 명예훼손적인 내용을 공표하는 행위이면 되고, 그것이 사실의 적시인지 의견의 표현인지는 가리지 않는다. 그러나 단순한 욕설이나 질책, 일시적 흥분으로 내뱉어진 말은 명예훼손적인 것이라고 볼 수 없다. 그와 같은 것들은 단순히 감정의 분출일 뿐이지 원고에 대한 사회적 평가를 저하시키는 것이 아니고 또한 욕설이나 질책이 원고 자신의 자기평가에 영향을 미칠 수는 있으나 이는 명예훼손의 보호대상이 아니기 때문이다.

원고에 대한 사회적 평가를 저하시키는 내용으로서 직접적으로 원고의 부정직함이나 부도덕성을 주장하거나 원고가 불명예스러운 행동을 하였다고 주장하는 행위가 명예훼손에 해당한다고 함은 크게 문제가 없다. 나아가 도덕적 결함이나 결점을 지적하는 것은 아니지만 상인이나 사업가의 경우 그들에게 그 사업이나 거래를 수행하는

285) Gray v. Johns [1939] 1 All E.R. 798.

286) 이는 원래 Common Law에서는 예외로 인정되지 않았으나, 성문법인 Slander of Women Act 1891에 의해 예외로 인정되었다. Kerr v. Kennedy [1942] 1 All E.R. 412 사건에서는 어떤 여자를 동성연애자라고 비방한 경우가 위 예외에 해당하는 사례라고 인정되기도 하였다.

데 필요한 어떤 자격·지식·기술·판단력 등이 결여되어 있다고 주장하는 것은 그 사람의 명예를 훼손하는 것이 될 수 있다. 또한 어떤 사람이 가난하다고 주장하는 것은 보통의 경우라면 명예훼손으로 볼 여지가 적지만 그가 사업을 하는 사람이거나 또는 그가 채무를 변제할 수 없을 것이라는 인상을 주는 경우라면 명예훼손이 성립될 가능성이 크다.²⁸⁷⁾

일반적으로 말해서 어떠한 행위가 법률적으로 명예훼손이나의 여부는 합리적 사고를 가진 사회구성원의 입장에서 또는 다른 표현으로 보통의 독자(ordinary reader)의 입장에서 문체된 주장의 전체적인 의미와 문맥을 고려하여, 그리고 문자적인 의미 이외에도 그 주장이 보통의 독자들에게 줄 수 있는 인상과 표현방법·태도 등을 함께 참작해서 결정될 문제이고 또한 어떤 특별한 집단에 속해 있는 사람들의 견지에서보다는 합리적이고 일반적인 대중구성원들의 견지에서(in the eyes of reasonable members of public) 판단되는 것이다.

예를 들면 원고가 경찰에 범죄정보를 제공했다는 주장은 비록 범죄단체 구성원 등 사회의 일부 구성원들의 견지에서는 평가를 달리할 수도 있으나 합리적 사고를 가진 사회구성원의 입장에서 본다면 일반적으로 그러한 행위는 바람직한 것으로 여겨지므로 명예훼손이라고 할 수 없다. 또한 어떤 사람에 대해 그의 이름은 분명 Jorge Washington이 아니라고 말하는 것은 보통의 독자라면 Jorge Washington이 거짓말하지 않는다는 것을 알고 있으므로 위 주장은 그 사람이 믿음직하지 않다는 추측을 가능하게 하고 따라서 명예훼손이 될 수 있다.²⁸⁸⁾

또 명예훼손 여부의 판단은 시대의 흐름과 변천에 따라 충분히 달라질 수 있다. 예를 들어 어떤 사람이 배우자와 결혼 전에 미리 성관계를 가진 적이 있다고 주장하는 것은 과거에는 명예훼손적이었을지 모르나 현재에는 프라이버시 침해 문제로 하고 이를 명예훼손이라고 보기는 어렵다.²⁸⁹⁾

한편, 명예훼손인지 여부는 피고가 그 행위를 함에 있어 그것이 원고의 명예를 손상시키리라는 예측을 하였는지 하는 주관적 의사와는 상관없이 그것이 객관적으로 다른 사람들에 의해 명예훼손적인 것으로 이해되었는지 여부에 달려 있다. 따라서 피

287) Don R. Pember., Mass Media Law, Brown Company Publishers, 1982, p.48; B. S. Markesinis & S. F. Deakin, Tort Law 3rd ed. 1994, Clarendon Press, p.571.

288) Don R. Pember., *ibid.*, p.49.

289) E. Barendt & others, Libel and the Media-The Chilling Effect, 1997, Clarendon Press, p.5.

고 입장에서 그 행위가 명예를 훼손하는 것임을 몰랐거나 명예훼손이라고 믿을만한 이유가 없었다는 등의 주장을 하는 것은 항변으로 성립하지 못한다. 그리고 피고의 주장내용이 진실이나 허위이나의 문제는 명예훼손 여부를 판단하는 데 관련이 없다. 허위라고 하더라도 곧바로 명예훼손이 되는 것은 아니고 진실인 경우라도 이는 항변으로 주장될 수 있을 뿐이다.

(2) 犯罪經歷 報道的 問題

어떤 사람이 과거에 어떤 범죄를 저질렀다고 보도하는 범죄경력 보도와 관련하여 종래 영국법정의 명예훼손 소송절차에서 한때 상당히 어려운 문제가 야기되었다.

어떤 사람이 과거에 형사법정에서 유죄판결을 받았다는 것은 그 재판 배심원의 의견표현에 의한 것으로²⁹⁰⁾ 그 후 위 판례들 결론의 불합리성이 수차 지적되어 오다가 이러한 문제점을 인식한 의회가 성문법으로 이를 해결하였다.²⁹¹⁾ 즉, Civil Evidence Act 1968 §13으로 과거 유죄판결을 받았다는 것은 그가 문제된 범죄를 저질렀다는 배타적(확정적) 증거(conclusive evidence)가 된다고 규정함으로써 이제는 유죄판결의 입증만으로 과거 범죄경력 보도의 진실함이 입증되게 되었다.

한편, 전과자의 재사회화를 돕기 위해 1974년 Rehabilitation of Offenders Act가 제정되어 징역 30개월을 넘지 않는 형을 선고받은 범죄자의 경우 어떤 특정한 기간(형의 경중에 따라 6개월 이하의 형은 7년, 6개월 초과 30개월 이하의 형은 10년)이 경과하면 유죄판결을 받은 효과가 소멸되어 마치 유죄판결을 받지 않는 것처럼 취급된다는 것을 규정하고 있는데 위 Act §8에서 언론보도에 관련하여 언론이 위와 같은 범죄로 유죄판결을 받았다는 사실을 보도하는 것은 비록 위 특정한 기간이 경과한 이후라고 하더라도 허용되지만 다만, 예외적으로 피고의 범죄경력보도가 동기상 악의(malice)적인 것이라는 점이 입증된다면 피고의 정당함의 항변은 기각된다고 규정하고 있어, 이 점은 피고의 공표행위 동기가 문제되지 않는다는 위 항변의 일반적 원칙

290) 영국에서는 통상 12명의 배심원 중 10명 이상의 의견으로서 유죄라는 것일 뿐이고 그 판결이 곧바로 진실인 것은 아니기 때문에 유죄판결을 받았다는 입증만으로는 충분치 않다고 판단한 판례(Hollington v. F. Hewthorn & Co. Ltd. [1943] 1 K.B. 587)가 있었고, 이에 따라 명예훼손 법정에서 또다시 원고의 형사 유죄증거를 모두 제시해야 되는 경우가 발생한 것이다.

291) Court of Appeal 사건인 Goody v. Odhams Press Ltd. [1967] 1 Q.B. 333.

에 대하여 유일한 예외가 되고 있다.

2. 公共의 利益에 관련된 公正한 論評의 抗辯(Fair Comment on a Matter of Public Interest)

이 항변은 순수하고 공정한 의견표현의 자유는 민주사회에서 필수불가결한 것이라는 믿음에서 유래한 것으로 피고측, 특히 언론기관에 의해 가장 빈번하게 인용되는 유용한 항변이다. 아래 요건 중 공공의 이익에 관한 것이냐 여부는 법관이 판단하고, 나머지 사실이나 의견이나 의견이면 순수하고 공정한 것이냐 여부는 배심원이 판단한다.²⁹²⁾

가. 公共의 利益(Public Interest)

의견의 표현(논평)은 반드시 공공의 이익과 관련된 문제에 대한 것이어야 한다. 이 점과 관련해서는 Court of Appeal Case인 London Artists Ltd. v. Litter 사건²⁹³⁾에서 Lord Denning MR의 의견이 일반적 기준으로 받아들여진다. 즉 어떤 문제가 다수의 사람들에게 영향을 미치고 따라서 그 문제의 추이와 결과에 대해 다수의 사람들이 합법적으로 이해관계가 있다거나 관련이 되어 있다면 이는 공공의 이익에 관한 문제라고 할 수 있다는 것이다.

따라서 우선 다수의 사람들에게 관련된 문제여야지 1인이나 소수의 사람에게만 영향을 미치는 것은 포함되지 않을 것이다. 구체적으로 정부나 지방자치단체에 관한 문제, 공공단체나 종교단체의 운영에 관한 문제, 정부의 대외정책과 정치적 문제 등이 공공의 이익에 관한 것이라는 점은 별 의심이 없다. 그 외에 수상이나 장관 등 정부

292) Blackshaw v. Lord and another [1984] 1 Q.B. 1 (Court of Appeal case).

293) [1969] 2 Q.B. 375 : 이 사건에서는 London의 어떤 극단에서 상영하던 The Right Honourable Gentleman이라는 연극이 서둘러 종영되는 이유에 관한 주장(피고는 위 연극의 감독인데 기자회견을 통해, 흥행회사인 원고가 위 연극을 고의적으로 빨리 종영시키기 위해 주연급 배우들에게 사표를 내도록 선동하였다고 주장하였음)은 배우, 제작자 등을 포함해서 여러 사람의 이해관계가 관련된 문제이므로 공공의 이익에 관한 것이라고 판단되었다. 그러나 이 사건은 결국 피고의 행위가 사실의 주장이지 공정한 논평이 아니라는 이유로 피고의 항변이 배척되었다.

관리의 사생활에 관련된 것이라 해도 그들의 정직성이나 신뢰성 등 정부관리로서의 자질에 관련된 문제를 야기하는 성격의 것일 때에는 공공의 이익에 관련되는 경우가 있을 수 있다. 또 스포츠클럽 등 다수가 이용하는 시설의 운영문제, 운동선수들의 성적, 사회명사들의 활동성과, 대중연극의 우수성 등의 문제도 공공의 이익에 관련된 것에 포함된다고 평가된다.

그러나 여기에서 주의할 점은 공공의 이익과 단순히 대중이 흥미를 갖는 사항(스캔들 등)과는 구별된다는 것이다. 후자에 관한 보도나 논평은 위 항변의 보호대상이 아니다.

나. 事實에 基礎한 意見表現

위 항변이 보호하는 대상은 의견의 표현(논평)이지 사실에 관한 주장이 아니다. 따라서 사실에 관한 주장은 위 항변으로 보호되지 아니하고 진실함의 항변 등 다른 항변이 적용될 수 있을 뿐이다. 이 부분은 영국의 명예훼손법에서 가장 중요하면서도 판단하기 어려운 부분이라고 한다.

내가 보기에는 · 내 판단으로는 · 내 주장은 등의 표현을 사용한 경우 일단 의견표현이라고 볼 여지가 많다 하겠지만 항상 그렇지는 않은 것으로 어떤 문맥하에서는 사실에 관한 주장이라고 볼 수 있는 경우도 있고 또한 어떤 기사나 방송 프로그램에 사실에 관한 주장과 의견표현이 뒤섞여 있는 경우도 허다하다. 위와 같은 경우 피고의 행위가 사실의 주장이나 의견표현이나의 여부는 다시 한 번 합리적인 독자의 입장을 기준으로 하여 문제된 행위를 그 내용과 문맥 등을 고려하여 판단할 문제라고 한다.

그런데 여기에서 판례에 의해 중요한 요건으로 요구되는 것이 있는데 의견의 표현은 반드시 어떠한 기초적 사실을 제시하고 이를 근거로 하는 것이어야 위 항변이 적용된다고 하는 것이다. 그렇지 아니하고 명예훼손적인 주장을 그 주장이 추론될 수 있는 기초사실(근거사실)의 언급 없이 하는 것은 위 항변의 적용대상이 될 수 없다는 것이다.²⁹⁴⁾

294) 위에서 본 London Artists Ltd. v. Litter 사건에서도 원고 흥행회사가 연극을 조기에 중영시키려고 하고 있다는 주장은 그 기초가 되는 어떠한 사실을 근거로 제시하지 않아서 의견의 표현이라고 할 수 없고 사실의 주장이라고 판단되었다.

즉, 피고가 원고의 행동을 비판하는 경우 원고가 한 어떤 행동을 적시하고 그 행동이 수치스러운 것이라고 표현하는 것은 의견의 표현이라고 하겠지만²⁹⁵⁾ 단순히 원고가 수치스러운 일을 했다고만 지적하고 원고가 한 행동을 적시하지 않았다면²⁹⁶⁾ 이는 사실의 주장이 되는 것이라고 보는 것이 판례의 입장이다.

위와 같은 기초사실은 문제된 기사 등 주장이나 진술에서 명시적으로 언급되거나 그렇지 않다면 최소한 독자가 그 기초사실이 무엇인지 충분히 알 수 있을 정도의 명확성을 가지고 간접적으로나마 드러나 있어야 하며 기초사실이 드러나 있다면 비록 상세히 표현되지 않고 아주 간결한 것이라고 해도 상관없다고 한다.

3. 名譽毀損에 대한 法的 救濟手段

영국법에서 명예훼손 소송의 원고에게 인정되는 법적 구제수단은 손해배상(Damages)과 강제명령(Injunction) 두 가지이다. 그 외에 정정보도나 반박제기의 권리·응답권 등은 인정되지 않아(offer of amends의 이행으로 이루어지는 것이 있지만 이는 법원에 의해 수여되는 구제수단이라고 볼 수는 없다) 어떤 의미에서는 대륙법 등 다른 사법제도와 비교해 볼 때 다양하지 못하다고 할 수도 있다.

가. 損害賠償(Damages)

(1) 不法行爲에 기한 損害賠償

(가) 보상적 손해배상(Compensatory Damages)과 징벌적 손해배상(Punitive Damages)의 區別

영국에서 불법행위에 대한 가장 일반적이고 중요한 법적 구제수단은 손해배상(damages)이고 손해배상은 여러 가지 기준에 따라 다양하게 분류되고 있는바, 크게

295) 예를 들어 A가 그 아버지를 살해했다. 따라서 A는 인간성이 나쁜 사람이다라고 비판하는 것 등이다.

296) 예를 들어 내 의견으로는 A가 인간성이 나쁜 사람이다라고 비판하는 것 등이다.

나누어 보상적 손해배상(compensatory damages)과 징벌적 손해배상(punitive damages)으로 분류된다. 보상적 손해배상(compensatory damages)은 불법행위로 인한 원고의 손실을 보상해 주는 것으로서 일반적 손해배상(general damages)과 특별 손해배상(special damages)을 포괄하는 것이다. 일반적 손해배상은 불법행위로부터 보통 유래되는 결과라고 일반적으로 추정되는 손해에 대한 것으로, 금전적 손실(장래의 예상수입 손실 등을 포함) 뿐만 아니라 비금전적 손실(소송 전후의 정신적 고통 등)도 포함한다. 특별 손해배상은 그 사건의 특수한 사정으로 인해 초래된 손실²⁹⁷⁾로서 원고가 이를 특정해서 주장하고 입증해야 하는 것인바, 이것은 금전적으로 액수가 산출될 수 있어야 한다. 따라서 금전적으로 평가될 수 없는 손해(영업손실, 신용추락 등)는 일반적 손해로 주장될 수 있을 뿐이다.

징벌적 손해배상(punitive damages 또는 exemplary damages)은 원고에 대한 보상을 위해서라기보다는 피고에 대한 징벌로서 인정되는 손해배상으로서 비행을 저지르는 자를 처벌하고 비행을 억제하기 위한 것이 목적이고 따라서 원고보다는 피고와 피고의 행동에 중점이 두어진다고 설명되는 것이다. 영국법상 계약위반의 경우는 인정되지 않고 불법행위의 경우에도 예외적으로 3가지 경우에만 인정될 뿐이다.²⁹⁸⁾ 징벌적 손해배상이 인정되는 3가지 경우는 다음과 같다. ① 정부관리에 의해 공격적, 독단적이거나 헌법위반적인 행동이 있었을 경우²⁹⁹⁾ 근거는 시민에 대한 공복으로서 시민에 봉사해야 할 의무를 위반했고 또한 일반적으로 다른 사람에 의해 우월적 지위에 있음을 이용했다는 점에서 비난가능성이 크다고 설명된다. 그러나 그 외 우월적 지위에 있을 수 있는 개인이나 민간회사, 단체에 의한 공격적 행동 등에 확장되어 징벌적 손해배상이 인정되지는 않는다. ② 피고가 그 행위로 인해 발생하는 이익이 원고에게 지불하여야 할 손해배상액보다 많을 것이라는 계산하에 불법행위를 한 경우,³⁰⁰⁾ 이는 명예훼손 소송에서 가장 일어나기 쉽고 또 많이 인용되는 경우이다. 그 근거는 간단히 말해서 불법행위로는 이익을 얻을 수 없다는 것을 가르쳐주기 위해서

297) 여기에는 소송때까지의 수입손실, 재물의 손상으로 인한 피해, 그밖에 실제 지출한 비용 등이 포함된다.

298) House of Lords 판결인 Rookes v. Barnard [1964] A.C. 1129; Tort Law pp.687-691.

299) Holden v. Chief Constable of Lancashire [1986] 3 All E.R. 836, [1987] Q.B. 380(불법적 체포에 대한 사례); Bradford City Metropolitan Council v. Arora [1991] 2 Q.B. 507(지역 정부가 운영하는 교육대학 간부채용에서 인종적, 성적 차별을 한 사례).

300) Broome v. Cassell [1972] A.C. 1027 ; Riches v. News Group Newspapers [1986] Q.B. 256 등.

(It is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay)라고 표현된다.³⁰¹⁾

③ 성문법에 의해 명시적으로 인정되는 경우³⁰²⁾가 있다.

그런데 위 3가지 경우에 해당하더라도 배심원들(jury)이 그들이 생각하는 보상적 손해배상(aggravated damages 포함)만으로는 피고의 행동을 징벌하거나 억제하기에 부족하다고 판단하는 경우에만 추가로 위와 같은 징벌적 손해배상을 인정할 수 있다고 한다. 그리고 위와 같은 징벌적 손해배상에 대하여는 그 동안 이를 비판하는 견해도 많아 논쟁이 되어 오고 있는데 징벌적 손해배상의 액수에 관해 그것이 비합리적이라고 인정되는 경우를 제외하고는 실질적으로 제한이 없다는 점, 피고가 하나의 행동에 대해 형사적·민사적으로 두 번 처벌되는 결과가 된다는 점과 과외의 배상금이 원고에게 지급될 근거가 없다는 점 등이 비판론자들에 의해 지적되고 있다.

(나) 그 외 損害賠償의 種類

그밖에 nominal damages(명목상의 손해배상)와 substantial damages(실질적인 손해배상)가 구별되고 있는데, substantial damages가 실제의 손실에 대해 그 피해 정도를 평가하여 인정되는 것임에 반해, nominal damages는 법적 권리가 침해되기는 하였으나 실질적 손해가 발생하지는 않았을 때 인정되는 형식적인 손해배상 즉, 다시 말해 원고가 실질적인 손실이나 피해를 입증하지 못했을 때 인정되는 것이다.

또한 contemptuous damages(모욕적인 손해배상)와 aggravated damages(악화된, 가중된 손해배상)가 대비되고 있다. contemptuous damages는 비록 원고가 법리상으로는 승소한 것으로 인정되기는 하나 법원이 그러한 소송은 제기되지 않았어야 마땅하다고 판단할 때(원고의 소송제기에 대해 찬성할 수 없을 때) 아주 보잘 것 없는 액수만을 손해배상으로 인정하는 경우가 있는데 이를 일컬어 말하는 것으로 특히 명예 훼손 소송에서 발견되는 경우가 많다. 심지어 법원은 어떤 경우 승소한 원고가 피고에 대해 소송비용을 부담하도록 요구하는 것을 거절하는 경우도 있는데, 이는 원고가 법리상 승소했다 해도 큰 타격이 될 수가 있다. 반면 aggravated damages는 피고의 행동이나 주변 상황 등에 의해 원고가 창피함이나 당황·고통 등을 경험함으로써 좀 더 심각한 정신적 손상을 입었다고 인정될 때 부여되는 것으로서 금전으로 평가될 수 없는 일반적 손해배상의 하나라고 볼 수 있다(이와 같이 원고의 손실에 대한 보

301) Rookes v. Barnard 사건의 판결에서 나온 표현이다.

302) Copyright Act 1956 §17 (3)과 같은 경우인데, 그 예가 매우 드물다.

상이라는 점에서 punitive damages와는 구별된다). aggravated damages는 주로 명예 훼손·기망에 의한 구금·악의적인 고소·인종차별 등의 불법행위에서 인정되고 있고 원고의 자존심이나 체면이 손상된 정도를 판단함에 있어서는 피고의 행동·그 의도와 동기·피고의 태도가 고압적이었는지 또는 악의적이거나 공격적이었는지 여부 등을 참작하는데 실제 소송에서 aggravated damages로서 상당히 고액이 인정되는 경우도 많다.

(2) 完全補償의 原則(Principle of Full Compensation)

Common Law의 고전적 원칙에 의하면 계약위반으로 손해를 입은 경우의 손해배상은 피해자를 계약이 온전히 이행되었을 때와 같은 위치에 놓이게 해 주는 것인 반면 불법행위의 경우는 가능한 한 피해자를 불법행위가 있기 이전의 상태로 회복시키는 것을 원칙으로 한다. 그런데 손상된 재산이 회복될 수 없는 성질의 것이거나 또는 사람의 신체에 상해를 입힌 경우 등과 같이 '회복'의 개념이 적용될 수 없을 때에는 대신에서 손해에 대한 보상(compensation)의 개념이 적용되고 어떤 경우이든 기본적인 원칙은 완전하고도 충분한 보상(full and adequate compensation)을 한다는 것이다. 따라서 신체상해와 같은 불법행위의 경우 그로 인해 얻지 못하게 된 일실수입(loss of earnings)까지도 배상하게 되는 것이다.

또한 손해배상은 각 소송원인(불법행위)에 대해 오직 한 번씩 인정되며 일시금의 형태(lump sum)를 원칙으로 한다. 따라서 손해배상 소송이 일단 개시되면 이미 발생한 기왕의 손해에 대해서뿐만 아니고 장래 발생하게 될 미래의 손해에 대해서도 심리된다. 그런데 미래의 손해 특히 신체상해로 인한 장래수입의 상실액을 예측하는 것은 피해자의 주관적 상태(상해의 성질·보상심리 등)와 경제적 요인(인플레이션·세율의 변화 등) 등 예측 불가능한 요인들의 작용으로 인해 많은 어려움이 있다고 설명되고 그 대안으로 split trial(분리된 재판) interim awards(중간배상) provisional damages(조건적 손해배상) 등이 학자들 사이에서 거론되기도 한다.

나. 名譽毀損訴訟에서의 損害賠償

① 영국법상 손해배상이 보상적 손해배상(compensatory damages)과 징벌적 손해배상(punitive damages) 두 가지로 크게 분류된다고 기술한 바 있는데 명예훼손으로 인한 손해배상과 관련하여 보상적 손해배상 중 우선 특별 손해배상(special damages)에 해당할 수 있는 것은 명예훼손으로 인한 상업적 명성의 손상의 결과로서 어떤 특정한 계약체결의 기회를 상실하게 된 경우를 상정할 수 있다. 물론 이러한 손해는 원고가 특정해 주장·입증해야 하고 금전적으로 평가될 수 있는 성질의 것이어야 한다.(영업손실액이 측정될 수 없는 것이라면 이는 일반적 손해배상으로 인정될 수 있을 뿐이다)

위와 같은 특별 손해배상 이외에는 보통 일반적 손해배상(general damages)에 의해 원고의 명예훼손에 대한 보상이 이루어진다. general damages는 우선 원고의 명성이 근거없이 침해되었음을 대외적으로 선언하는 의미와 함께 원고의 손상된 감정에 대한 보상으로서의 의미를 갖고 그 외에도 금전적으로 평가되거나 복구될 수 없는 다른 손실에 대한 보상도 포함하게 되는 것이다.

영국법원에서 배심원에 의해 인정되는 손해배상 액수는 매우 고액이고 점점 더 고액화하는 것으로 유명하다. 일반적 손해배상으로서 수십만 £가 인정되는 경우가 허다하고(1987년에 Jeffrey Archer에게 500,000 £가 1995년에 Graham Souness에게 750,000 £가 인정됨.) 다른 항목들을 합해 손해배상 총액이 백만 £를 초과하는 경우도 드물지 않다.

한편, 그 외에 aggravated damages도 인정될 수 있다. 이는 원고의 감정이 피고의 행동에 의해 더욱 심하게 손상된 경우, 예를 들어 명예훼손적 표현을 이유 없이(또는 불필요하게) 반복해서 한 경우, 소송에서 근거 없는 진실함의 항변 등을 완고하게 유지한 경우, 원고에 대한 반대신문에서의 적대적 태도 등이 배심원에 의해 aggravated damages의 인정요소로 고려될 수 있다.³⁰³⁾

그러나 원고가 그리 훌륭한 명예를 가진 사람이 아닐 때는 손해배상액이 감경될 수도 있는바, 이는 명예훼손법이 보호될 자격이 있는 사람의 명예만을 보호하는 것이기 때문이라고 설명된다. 그러나 원고의 명예가 그리 훌륭한 것이 아니라는 점을 이

303) E. Barendt & others, Libel and the Media-The Chilling Effect, 1997, p.22.

끌어내기 위한 증거에는 엄격한 제한이 있다. 즉 일반적으로 원고의 평판이 좋지 않다는 점에 대한 증거는 통상 받아들여지지만, 피고 주장의 진실함(정당함) 항변을 입증하는 외에 원고의 어떤 특정한 비행을 입증하기 위한 증거는 받아들여지지 않는다.³⁰⁴⁾ 다만 예외적으로 원고가 과거에 유죄판결을 받았다는 점에 대한 증거는 손해배상액 감경을 위한 증거로서 허용된다.³⁰⁵⁾

compensatory damages 이외에 punitive damages도 전술한 바와 같이 명예훼손 소송에서 자주 인용된다. 그러나 punitive damages가 인정되기 위해서는 엄격한 제한이 있다. 즉, 피고가 그 주장이 명예훼손적인 것이고 정당화(진실 입증)될 수 없다는 것을 미리 알면서도 또는 부주의하여(과실) 알지 못한 채, 그 주장을 공표함으로써 얻게 되는 이익이 원고에게 지불하여야 할 손해배상액을 초과하리라는 계산하에 명예훼손을 감행한 경우에만 인정된다.³⁰⁶⁾

위 Broome v. Cassell & Co 사건에서 피고는 그가 발간한 책에서 1942년 전쟁 중 영국 해군의 작전이 잘못되어 인명피해가 발생했다고 주장했는데, 원고는 책에서 언급된 해군 장교중 한사람으로서 책 발간전에 그 내용을 사전에 알고 미리 항의하면서 명예훼손 소송을 경고하였으나 피고는 책 발간을 감행하였다. 1심에서 jury는 compensatory damages £15,000, punitive damages £25,000 등 합계 £40,000을 손해배상으로 인용하였다. 이 사건에서 House of Lords는 Rookes v. Barnard 사건에서 적시된 punitive damages 인정요건을 확인하면서, punitive damages는 피고가 그 주장으로 인해 발생하는 경제적 이익이 손해배상액을 초과하리라는 계산하에 명예훼손적 주장을 감행한 경우에 인정된다고 하고, 이 사건에서 피고에게 그러한 의도가 있었음이 분명하다면서 피고의 주장을 배척하였다.

명예훼손 소송에서 punitive damages가 인정되는 것에 대하여 학자들간에 논쟁이 계속되어 왔다. 비판론자들은 민사소송절차를 통해 실질상 피고를 처벌하게 된다는 점, 원고에게 예상외의 수입을 가져다 주는 것은 사법원칙상 부당하다는 점 등을 주로 지적하고, 반면 긍정론자들은 언론의 무분별한 보도와 주장 특히 주간지나 월간지 등이 고의적으로 명예훼손적 보도를 하여 발행부수와 판매부수를 확장시키려는 의도를 억제할 필요성이 있다는 점을 강조한다.

304) Scott v. Sampson [1882] 8 Q.B.D. 491에서 확립된 원칙이다.

305) Goody v. Odhams Press Ltd. [1967] 1 Q.B. 333.

306) Rookes v. Barnard [1964] A.C. 1129 ; Elton John v. MGN Ltd. [1996] All E.R. 35; Broome v. Cassell & Co. [1972] A.C. 1027.

② 한편, 영국에서 손해배상액수는 배심원(jury)이 결정한다.(물론 배심 재판의 경우이다) 최근까지 법원은 배심원이 인정한 손해배상 액수를 감경하는 등 이를 통제·조절할 수 있는 권한이 거의 없었다. 법원이 배심원에 대한 사건의 요약설명, 판결 안내 등 사건진행을 잘못함으로써 인해 합리적인 배심원에 의해서라면 도저히 인정될 수 없는 금액이 인용되었다고 하여야만 손해배상액수에 관한 항소가 인정되었고,³⁰⁷⁾ 그렇게 하여 항소가 인정되는 경우에도 기본적으로 항소심은 새로운 재판(new-trial)을 명할 수 있을 뿐이지 스스로 손해배상 액수를 다시 정할 수 없었다.(다만 양 당사자가 모두 동의하는 경우에는 예외적으로 항소심 법원이 손해배상 액수를 결정해 줄 수 있었다)

그런데 Courts and Legal Services Act 1990에 의해 변화가 왔다. 위 Act §8에서 Court of Appeal(항소법원)은 1심 jury가 인정한 손해배상액이 과도하거나 부적당하다고(excessive or inadequate) 인정하는 경우 새로운 재판을 명하는 대신 항소심이 적절하다고 생각하는 손해배상을 인정할 수 있다고 규정한 것이다.

4. 名譽毀損으로 인한 刑事責任

가. 名譽毀損罪의 由來

형사적 명예훼손죄(Criminal Libel)는 아주 고전적 범죄로서 16세기 성실재판소가 교회와 국가의 권위를 수호할 목적으로 치안교란(선동), 신성모독 등의 경우와 함께 교회나 국가기관에 대한 명예훼손적인 비방(특히 서면에 의한 libel의 경우)을 범죄로 보아 처벌한 것으로부터 유래되었다. 그 뒤 교회나 국가기관 및 그 관리들에 대한 것 이외에도 개인간의 명예훼손도 처벌되는 것으로 범위가 확장되었으며, 1641년 성실재판소가 폐지되고 Court of King's Bench가 그 권한을 이어받으면서 위와 같은 입장을 그대로 유지함으로써 명예훼손이 Common Law상의 범죄(crime)로 확립된 것이다.

현대에 와서 Criminal Libel로 기소되는 사건은 아주 드물어졌고, 특히 언론기관의

307) Blackshaw v. Lord and another [1984] 1 Q.B. 1.

기자나 편집인 등을 기소하기 위해 Criminal Libel이 사용될 여지는 극히 적다. 그러나 여전히 이것은 Common Law상 범죄의 하나로 유효한 것이다.

나. 名譽毀損罪의 要件과 抗辯

형사적 명예훼손죄(Criminal Libel)의 성립요건에 관하여 아래에서 지적하는 몇가지 차이점을 제외하고는 민사책임에서 설명한 것이 그대로 적용된다. 따라서 문제된 표현의 사실여부는 문제되지 아니하고 명예훼손적인 것이냐 여부만 문제된다. 그 외에 형사적 명예훼손죄가 국가체제의 보호를 위해 인정되기 시작한 것으로 초기에는 그 비판내용이 사회평화에 대해 위협이 된다는 것이 요건으로 지적되기도 하였으나, 그 후의 판례변경으로 사회평화에 대한 위협은 성립요건으로 필요하지 않다고 확립되었다.

다만, 형사범죄의 성립요건인 범의(mens rea=guilty mind)문제와 관련해서 최소한 피고는 문제된 주장내용을 알면서 이를 공표하였거나 또는 공표되도록 도왔어야 한다는 것이 요건으로 지적된다. 따라서 그러한 주장이 공표됨을 전혀 모르고 이를 보급한 사람³⁰⁸⁾은 유죄로 될 수 없다. 그러나 그 외에 민사적 불법행위와 마찬가지로 문제된 주장내용을 알고 있었으면 족하지 원고의 명예를 훼손하려는 의도까지는 필요로 하지 않는다.

민사책임과 다른 점을 설명한다면, 먼저 형사적 명예훼손죄에서는 문제된 주장이 제3자에게 공표될 것을 요구하지 않는다. 즉 원고에 대한 표현만으로도 범죄성립이 가능하다. 또 Slander의 경우는 형사범죄가 성립하지 않는다. 따라서 영구적 형태가 아닌 구두상 일시적인 언어만으로는 처벌되지 않는다. 다만, TV나 Radio 등 방송에서의 언어나 연극공연중의 대사에 의한 언어표현은 성문법에 의해 영구적인 형태로(즉 Defamation으로) 간주된다는 것은 민사책임에서와 같다. 그 외 형사범죄는 사망자에 대한 명예훼손의 경우에도 적용될 수 있고³⁰⁹⁾ 또한 특정 개인이 아닌 집단·단체

308) 예컨대 신문배달부나 판매상 등을 말한다.

309) Hilliard v. Penfield Enterprises [1990] I.R. 38 : 이 사건에서 피고가 발간하는 잡지에서 사망자가 IRA(테러단체) 멤버였다고 주장하는 기사를 게재한 것이 문제되어 사망자의 아내가 피고 발생인을 기소하려고 허가를 신청하였으나, 그 신청이 기각되었다. 법원의 기각이유는, 사망자에 대한 형사적 명예훼손죄는 사망자를 비난, 중상함으로써 생존하는 가족에게 피해를 주려는 악의적 의도가 있어야 인정된다는 것이었다.

에 대한 비난에도 적용될 수 있다는 것이 차이점이다.

한편, 신문기사를 집필하거나 편집한 자의 명예훼손에 대해서 신문사 소유자도 형사적으로 공동책임을 지는데, 이는 19세기 판례에 의해 인정된 것이다. 그런데 언론기관에 대한 형사적 명예훼손죄와 관련하여 1888년에 Law of Libel Amendment Act에 의해 언론기관에 대한 보호규정이 신설됨으로써 변화가 생겼다. 즉 위 Act §8은 신문이나 정기간행물의 기사와 관련해 기자, 편집인, 발행인, 소유자, 그 외 공표에 책임있는 자를 기소하기 위하여는 사전에 High Court의 Judge로부터 허가(Leave)를 받아야 한다고 규정한 것이다. 이 경우 법원(High Court의 Judge)이 허가 여부를 심사함에 있어 제출된 증거로 보아 명예훼손이 인정될 가능성이 많고 또한 명예훼손이 심각하여 형사 소추절차를 개시하는 것이 공공의 이익에 부합한다고 인정할 수 있어야 하며 법원은 또한 피고가 성공적으로 항변을 제시할 가능성도 검토하여야 한다고 한다.³¹⁰⁾

그밖에 피고의 항변과 관련해 특이한 점은, 진실함(정당함)의 항변의 경우 피고는 그 주장이나 진술이 진실하다는 것 이외에 그것이 공공의 이익을 위한 것임을 추가로 입증하는 경우에만 형사범죄에 대해 항변이 된다고 하는 점이다.³¹¹⁾ 그밖에 정당한 논평의 항변이나 면책특권의 항변은 민사책임의 경우와 같이 그대로 적용된다. 그러나 Defamation Act 1952에서 unintentional defamation에 대해 인정된 새로운 항변과 Defamation Act 1996에서 신설된 몇 가지 항변은 형사적 명예훼손죄의 경우에는 적용이 배제되어 있다.³¹²⁾

다. 名譽毀損罪의 處罰規定과 批判

명예훼손죄의 처벌내용에 관해서 Libel Act 1843 §4, §5에 규정되어 있다. 허위의 사실을 주장하여 명예훼손을 범한 자가 그 주장이 허위임을 미리 알고 있었던 경우에는 2년 이하의 징역(imprisonment)이나 벌금(액수의 제한이 없다)에 처하도록 되어 있고, 그 외의 경우에는 1년 이하의 징역이나 벌금(역시 액수의 제한이 없다)에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 되어 있는 것이다.

310) Goldsmith v. Pressdram Ltd. [1976] 3 W.L.R. 191 : Don R. Pember., op. cit., p.101.

311) Don R. Pember., ibid., p.100.

312) Act 1952에서는 §17(2)로서, Act 1996에서는 §20(2)로서, criminal libel에는 위 각 Act가 적용되지 않는다고 명시하고 있다.

한편, 영국법상의 Criminal Libel에 대하여 그 성립요건이 민사적 불법행위(Tort)보다도 오히려 완화되어 있고(제3자에 대한 공표행위가 필요 없고, 사망자나 단체에 대한 명예훼손죄도 가능한 점 등) 불법행위의 경우 인정되는 항변이 형사법정에서는 인정되지 않는 경우도 있어 일반적으로 형사책임의 성립요건이 민사책임보다 더 엄격한 것이 보통의 법 경향임에도³¹³⁾ 이에 배치되어 불합리한 것이라는 비판이 많이 제기되어 왔고 어떤 학자들은 Criminal Libel이 과거 사법체계의 유물로 남은 기괴한 범죄유형으로서 반드시 폐지되거나 대폭적으로 개정되어야 한다고 주장하기도 한다.

제 3 절 獨 逸

표현자유와 명예보호는 상호갈등관계에 있다. 정치적 표현자유와 명예보호와의 긴장관계를 해결함에 있어서 독일의 전통적인 입장은 형법 제193조c 명예훼손의 위법성조각사유를 해석하고 포섭하는 방식을 취한다. 그러나 이들 두 기본권은 또한 헌법상으로도 보장된 인권이기 때문에 동일하게 헌법해석의 문제가 되기도 한다. 따라서 연방헌법재판소의 견해도 양자간의 긴장관계를 해결하기 위한 매우 중요한 규범으로 작용한다.

1. 人 格 權

독일에서는 성명권·³¹⁴⁾ 초상권³¹⁵⁾에 관하여 명문의 규정을 두고 있는데 이들을 개별적 인격권이라고 한다. 한편 개인의 명예나 인격상을 보호하기 위하여 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)에 관한 이론이 발달하였다. 독일민법 제정 당시에는 일반적 인격권은 불법행위법의 보호대상에 포함되지 않는 것으로 해석되었다. 즉 독일민법 제823조 제1항은 ‘고의 또는 과실로 인하여 타인의 생명·신체·건강·자유·소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 자는 그 타인에게 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무를 진다’고 규정하고 있는데, 위 규정에서 말하는 권리는

313) 어떤 사람이 비행을 저질러서 불법행위가 성립되는 경우라 할지라도 그 비행이 아주 심각한 정도에 이르렀을 때에만 불법행위 이외에 형사적 범죄자로 처벌된다는 경향을 말한다.

314) 독일민법 제12조.

315) 독일 조형예술 및 사진 작품에 대한 저작권에 관한 법률 제22조 이하.

소유권 등 절대권을 가리킨다고 보았던 것이다. 그러나 2차 세계대전 이후 나치독제의 경험을 통하여 인간의 존엄과 인격의 자유를 보호할 필요성이 드러났고 1949년에 제정된 독일기본법에서 인격권을 헌법상의 기본권으로 규정한 것에 영향을 받아 독일연방대법원이 일반적 인격권을 독일민법 제823조 제1항의 ‘기타의 권리’로 승인하였다.³¹⁶⁾

개인의 명예·인격상·사적 영역(Privatsphäre) 등을 침해하는 것은 일반적 인격권을 침해하는 것이다.³¹⁷⁾ 그러므로 미국에서 프라이버시라는 이름으로 보호되는 것은 독일에서 일반적 인격권에 의하여 보호되고 있는 것이다.³¹⁸⁾ 특히 사적 영역은 프라이버시와 유사한 의미로 사용되고 있다. 그러나 독일에서 명문의 규정이 있는 초상권과 성명권은 통상 개별적 인격권으로 분류되고 있기 때문에 독일의 사적 영역의 침해가 미국의 프라이버시 침해와 동일한 것은 아니다.³¹⁹⁾

그리고 이러한 인격권에 포함되는 것은 매우 다양한 것으로 자신이 한 말에 대한 권리도 인격권에 포함된다. 따라서 자신이 한 말이 어떻게 사용될 것인지도 스스로 결정할 수 있다고 한다. 또한 자신이 쓴 글이 저작권에 의하여 보호를 받지 못하는 경우에도 인격권에 의하여 보호를 받을 수 있다.³²⁰⁾ 물론 인터뷰를 한 적이 없는데도 인터뷰를 한 것처럼 날조한 경우에도 인격권 침해에 해당한다.³²¹⁾

316) BGHZ 13, 334; BGHZ 26, 349(Herrenreiter); Larenz·Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl., 1994, S.491ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S.525; J.Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S.3ff. 한편 스위스에서는 민법전에 인격적 관계를 보호하는 규정을 두고 있었는데, 1983년 민법과 채무법을 개정하여 인격(Personlichkeit)의 보호에 관하여 매우 상세하게 규정하고 있다(스위스민법 제28조 이하와 스위스채무법 제49조).

317) 사적 영역에 무단으로 침입하거나 사생활을 동의 없이 공개하는 것으로부터 보호를 하는 것은 정보에 관한 자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)에 근거를 둔 것이라고 한다.

318) MunchKomm-Schwerdtner, 3. Aufl., 1993, §12 Rdnr. 157은 일반적 인격권을 명예권과 프라이버시권으로 나누고 있다. 그러나 독일에서 프라이버시(privacy)라는 용어를 그대로 사용하는 경우는 많지 않다.

319) 한편 미국에는 인격권에 대응하는 용어가 없었다. 그러나 현재는 인격권에 대응하는 용어로 moral right 또는 right of personality라는 용어를 사용하고 있다.

320) Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S.309ff.

321) BVerfGE 34, 269(Soraya 사진).

2. 人格領域論과 私生活侵害

가. 意 義

개인의 사생활에 침입하거나 이를 공개하는 경우에 불법행위가 성립하는데 사생활 침해를 판단하는 것은 상당히 어려운 문제이다. 이와 관련하여 독일의 인격 영역론(Spharentheorie der Personlichkeit)을 주목할 필요가 있다. 이것은 인격의 영역을 다양한 영역으로 구분하고 각각의 영역에 따라 인격권 침해 여부를 판단하여야 한다는 것이다.³²²⁾

나. 人格領域의 區分

독일에서 인격권에 관한 연구로 유명한 Hubmann은 인격권의 보호범위로 개인영역(Individualsphäre), 사적 영역(Privatsphäre), 비밀영역(Geheimsphäre)을 들고 있다.³²³⁾ 그 후 인격영역을 구분하는 다양한 견해가 제시되었는데 여기에서는 Wenzel의 견해를 살펴보고자 한다.³²⁴⁾

(1) 內密領域(Intimsphäre 또는 Intimbereich)

내밀영역³²⁵⁾은 인간자유 의 최종적이고 불가침적인 영역을 포함한다. 내밀영역에 해당하는 것으로 성적 영역에 관한 사항을 들 수 있다. 이것은 가장 좁은 인격영역으로서 제3자의 침입으로부터 가장 강력한 보호를 받는다. 내밀영역의 보호는 절대적이라고 한다.³²⁶⁾ 권리자가 이를 포기할 수도 있지만 그 포기는 예외적으로 인정되어야 한

322) Larenz · Canaris, a.a.O., S.503.

323) Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S.269ff.

324) Wenzel, Das Recht der Work-und Bildberichterstattung, 4. Aufl., 1994, RN 5.29ff; Dunz, BGB-RGRK, 12. Aufl., 1989, §823 Anh. I, RN 12ff.

325) Wenzel, a.a.O., RN 5.39ff.

326) BGH NJW 79, 647; BGH NJW 81, 1366.

다. 정치가의 경우에도 내밀영역의 보호를 받고 특히 선거운동에서도 마찬가지이다.

(2) 秘密領域(Geheimsphäre)

비밀영역³²⁷⁾은 이성적으로 평가를 할 경우 공공에게 노출되어서는 안될 인간의 생활영역이다. 개인적인 편지의 내용과 비밀스러운 전화내용, 사생활에 관한 일기 등이 이에 속한다.³²⁸⁾ 비밀영역에 속하는 사항들이 비밀스러운 성격을 갖고 있는 경우에 원칙적으로 당사자의 동의가 있어야만 공개할 수 있고 동의한 방식에 따라 공개해야 한다. 나아가 직업적·영업적인 기록도 비밀영역으로서 보호받을 수 있다고 한다.³²⁹⁾

독일연방헌법재판소는 통계목적으로 개인정보를 조사할 수 있도록 한 國勢調査法(Volkszählungsgesetz)이 일반적 인격권을 침해한다고 결정하였다.³³⁰⁾ 정보에 관한 자기결정권은 원칙적으로 개인적인 생활사실을 언제, 어떤 한계 내에서 공개할지를 스스로 결정할 권능이다. 따라서 당사자의 비밀유지의사가 있어야 비밀영역으로서 보호될 수 있고 비밀영역에 속하는 사실이 일반적으로 알려진 경우에는 인격권에 의한 보호를 받지 못한다.

(3) 私的 領域(Privatsphäre)

사적 영역³³¹⁾은 가족·가정·친구·친척과 같이 친밀한 범위 내에서 이루어지는 일상생활의 영역으로 결혼 전의 이야기·부부간의 다툼 등이 이에 속한다. 가족구성원이나 친구 등 가까운 사이에서는 친밀성 때문에 좀 더 솔직하고 거리낌 없는 행동을 할 수 있기 때문에 보호를 받아야 한다. 또한 사적인 대화가 직업과 관련된 경우에도 사적 영역에 속할 수 있다. 종교적인 신념 등도 원칙적으로 사적 영역에 속한다고 하는데 이에 관하여는 논란이 되고 있다. 유명인이나 정치가도 사적 영역에 관하여 보호를 받는다.³³²⁾

327) Wenzel, a.a.O., RN 5.33ff.

328) 형법의 비밀침해죄, 업무상 비밀누설죄는 비밀영역을 보호하는 것이라고 한다.

329) BGHZ 73, 120; BGH NJW 62, 32.

330) BVerfGE 65, 1 = BVerfG NJW 84, 419.

331) Wenzel, a.a.O., RN 5.46ff.

332) BGHZ 73, 120. 이 판결은 기민당(CDU)의 간부인 원고들의 사적인 전화를 도청한 내용을 보도한 것에 대하여 인격권 침해를 인정한 것이다.

사적 영역은 내밀영역과 달리 절대적인 보호를 받지 못한다. 사적 영역이 언론에 보도된 경우에는 언론·표현의 자유와 긴장관계에 있게 된다. 이러한 경우 이익형량을 하여야 하는데 제반 사정에 비추어 정보의 이익(Informationsinteresse)이 당사자의 개인적인 이해보다 우월한 경우에는 언론이 당사자의 동의를 받지 아니하고 사적 영역에 관하여 공표하더라도 적법할 수 있다.³³³⁾

(4) 社會的 領域(Sozialsphäre)

사회적 영역³³⁴⁾은 사회공동체의 구성원으로서 활동하는 개인의 생활영역으로 직업 활동이나 사회활동이 이에 속한다. 사회적 영역에 관해서도 언론이 자유롭게 보도할 수는 없고 원칙적으로 당사자에게 보도 여부에 대한 결정권이 유보되어 있다. 그러나 언론은 사회적 영역을 사적 영역의 경우보다는 훨씬 자유롭게 보도할 수 있다.

(5) 公開的 領域(Offentlichkeitssphäre)

공개적 영역³³⁵⁾은 모든 사람이 인식할 수 있고 경우에 따라서는 인식하여야 할 인간생활의 영역으로 사회정치적 영역·국가영역이 있다. 이에 관하여 보도를 하는 것은 인격권 침해에 해당하지 않는다. 그러나 공개적 영역에서 녹취한 개인의 대화나 촬영된 사진을 영리목적으로 이용하는 것까지 허용되지는 않는다.

다. 人格領域에 대한 侵入

독일에서 내밀영역은 절대적인 보호를 받아야 하고 그것을 침해한 경우에는 위법성을 띠게 된다는 점에는 별다른 이견이 없다. 그런데 비밀영역과 사적 영역 등 그 밖의 영역에 대한 침해가 문제되는 경우에는 영역의 구분에 따라 해결할 수 없고 정보획득의 방법이 더 중요한 의미를 갖는다는 견해가 있다.³³⁶⁾ 이 견해에 따르면 내밀

333) BVerfGE 35, 202(Lebach 사건). 한편 BGHZ 27, 284는 대화상대방의 동의 없이 대화를 녹음하는 것은 통상 일반적 인격권을 침해하는 것이라고 하고, 증거를 수집하려는 목적이 있다는 것만으로 인격권의 침해를 정당화할 수 없다고 하였다.

334) Wenzel, a.a.O., RN 5.54ff.

335) RN a.a.O., 5.60ff.

336) 그 이유는 첫째, 민주주의와 사법사회는 자유로운 정보와 의사소통에 의존하는 것인데, "

영역을 침해한 경우에는 결과불법이 있는 것이고 그 이외의 영역에서는 행위자가 어떻게 행위했는지가 결정적인 것이기 때문에 행위불법이 문제된다고 한다.³³⁷⁾

원칙적으로 사기, 즉 고의로 착오를 유발하게 하는 것은 그 자체로 위법하다. 그러므로 인터뷰를 요청하는 사람이 자신의 신분을 속여 인터뷰를 받은 경우에는 위법하다고 한다.³³⁸⁾

은밀하게 정보를 획득하는 경우에도 위법하다. 아무런 권한 없이 타인의 말을 녹음하거나 도청하는 경우가 이에 속한다. 공개적인 발언, 예컨대 공개적인 장소에서 행해진 대화·강연 등을 은밀하게 녹음한 경우에도 정당한 사유가 없는 한 일반적 인격권 침해가 될 수 있다.³³⁹⁾ 그리고 대체로 사진을 은밀하게 촬영하는 것도 위법하다. 사진을 유포할 목적이 없는 경우에도 마찬가지이다.

이러한 경우에도 사진이 유포될 위험이 있고 또한 사진 촬영에 관한 본인의 의사를 무시한 것이기 때문이다.³⁴⁰⁾

슈퍼마켓 등 지키기 위한 촬영의 경우에는 그 침해가 심각하지 않은 반면에 범행을 위축시키거나 적발하는 데 기여할 수 있다. 그러나 회사에서 비디오카메라를 설치하여 근로자를 감시하는 경우에는 위법한 인격권 침해가 된다.³⁴¹⁾

강제와 강박에 의하여 촬영하거나 녹취를 하는 경우가 있다. 강제상황을 이용하는 경우도 있다. 이러한 경우에는 수단·목적 형량을 하여 위법성을 판단하여야 한다. 예컨대 연사나 강연준비자가 반대하는 데도 불구하고 강연을 공연하게 녹취하는 경우 근로자를 공연하게 설치된 카메라로 감시하는 경우에는 원칙적으로 위법하다고 한다.³⁴²⁾

비밀영역”(Geheimsphäre)에 대한 절대권을 인정할 수 없고, 둘째, 예컨대 사진을 은밀하게 촬영하는 것으로부터 보호하는 것은 사적 영역이나 내밀영역에 특유한 것은 아니고, 거래관계에서도 원칙적으로 동일하게 보장되기 때문이다. Larenz · Canaris, a.a.O., S.503f.
337) 미국에서도 원고의 사적영역에 대한 침입 또는 사적 사항에 대한 침투가 있었는지 여부는 사용한 수단과 정보를 얻은 피고의 목적에 의하여 결정한다고 한다. 만일 피고가 사적 정보에 접근하는데 비정상적인 수단을 사용한 경우에는 그 목적과 상관없이 프라이버시 침해가 될 수 있다는 것이다.

338) Larenz · Canaris, a.a.O., S.504.

339) a.a.O., S.504ff.

340) a.a.O., S.506.

341) a.a.O., S.506.

342) a.a.O., S.507.

라. 私的 事項의 公開

위에서 다룬 내용이 사생활의 침입에 관한 것으로 이것은 사생활 또는 사적 사항을 공개하기 위한 경우가 많다. 따라서 양자가 동시에 발생하는 경우도 많지만 그렇지 않은 경우도 많다. 그리하여 양자를 구분하여 다루어야 한다.

미국에서 보통법상 사적 사항의 공개(public disclosure of private facts)³⁴³⁾가 프라이버시 침해가 되기 위해서는 ① 사적 사실들의 공개가 사적 공개가 아니라 공적인 공개이어야 하고, ② 공중에 공개된 사실들이 공적 사실이 아니라 사적 사실이어야 하며, ③ 공개된 사실이 통상의 감수성을 가진 합리적인 사람에게 매우 불쾌하게 여겨지는 것이어야 한다.³⁴⁴⁾ 일본에서도 프라이버시침해에 대하여 법적 구제가 주어지기 위해서는 공개된 내용이 ① 사생활의 사실 또는 사생활상의 사실인 것처럼 받아들여질 우려가 있는 사항일 것, ② 일반인의 감수성을 기준으로 하여 당해 사인의 입장에 선 경우 공개를 의욕하지 않았을 것이라고 인정되는 사항일 것, 바꾸어 말하면 일반인의 감각을 기준으로 하여 공개되는 것에 의하여 심리적인 부담·불안을 느꼈을 것이라고 인정되는 사항일 것, ③ 일반인에게 아직 알려지지 않은 사항일 것을 필요로 한다고 하였다.³⁴⁵⁾

독일에서는 사생활 공개의 위법성을 정보획득의 방법과 유포된 사실의 종류를 고려하여 판단하여야 한다고 한다.³⁴⁶⁾

343) 이 유형의 프라이버시 침해로 유명한 사건은 *Sidis v. F-R Publishing Corp.*(2d Cir. 1940, 113 F.2d 806)이다. 잡지가 과거의 수학 천재소년에 관한 이야기를 보도하면서 그의 현재의 행방과 활동을 기술하였다. 법원은 보통 사람에게 불쾌할 만한 것이 없다는 이유로 프라이버시 침해를 부정하였다.

344) 위 ②의 요건에 관하여는 사적 사실과 공적 사실의 구분이 모호하다는 비판이 있다. 어떤 사실이 공개된 장소에서 발생했다라도 공개가 허용되는 것은 아니다. 그러나 위 ③의 요건에 관하여는 이견이 없다. 한편 Alfred Hill은 범죄가 있는지 오랜 시간이 지난 뒤에 강간 피해자의 이름을 공개하는 때와 같은, 공개의 충격적 성질이라는 하나의 원칙에 의하여 결정되어야 한다고 하였다.

345) 東京地判 昭和 39(1964). 9. 28(下民集 15권 9호 2317면; 判例時報 385호 12면). 이 사건에서는 '사생활의 공표'보다는 '공중의 눈에 오해를 불러일으키는 공표'가 문제되었다고 보고, 이 판결에서 非公知性의 요건과 私生活에 관한 사실의 공표라는 요건은 불필요하다는 견해가 있다(阪本昌成, "プライバシーの權利性", 「憲法の基本判例(第3版)」, 1985, p.38.

346) Larenz · Canaris, a.a.O., S.508f.

3. 刑法 第193條에 따른 解決

언론보도나 개인에 의한 명예훼손적 발언에 대해 가벌성을 탈락시킬 수 있는 구성요건요소들을 포괄적으로 담고 있는 독일형법 제193조에서 가장 중요한 징표는 정당한 이익 옹호이다.³⁴⁷⁾

가. 違法性阻却의 成立要素

① 형법 제185조 이하의 모욕죄의 행위자가 정당한 이익을 옹호했어야 하고, ② 모욕적인 표현들은 정당한 이익을 옹호하기 위한 적절한 수단이어야만 하며, ③ 행위자가 이익을 옹호하기 위해 행위이어야 한다.

여기서 언론과 명예보호간의 갈등관계해소를 위한 직접적 규범은 정당한 이익 옹호이다. 여기서 정당한 이익옹호는 이익형량이론에 의해 해결된다. 즉 193조에 의해 보호되어야 할 모욕자의 이익과 피모욕자의 명예보호이익과의 형량이 문제로 된다.³⁴⁸⁾ 따라서 모욕자가 추구하고자 하는 이익이 피모욕자의 명예보호이익보다 더 큰지 또는 적어도 동등한지를 판단해야 한다. 이러한 이익형량의 기준으로부터 다음과 같은 일반원칙이 도출된다.

나. 一般原則

① 법에 반하거나 공서양속에 반하는 이익형량은 허용되지 않는다. 예컨대 행위자가 형사소송에서 특정한 사안을 증명하기 위해 제3자를 모욕한 경우(RG 74,261) 행위자가 어느 비판을 받고 있는 공직자의 성함을 그 공직자의 지위를 저하시키는 방식으로 개악하는 경우에는 이익형량이 불허되며 따라서 행위자의 행위는 위법성을 조각할 수 없다.³⁴⁹⁾

② 행위자는 자기 이익을 옹호하고자 했거나 공공의 이익을 위해 모욕했어야 한

347) 제193조는 §185, §186, §188, §189에도 적용된다. 다만 §187에는 극히 예외적인 경우에만 적용된다. (Trondle · Fischer, StGB 49. Aufl.(1999) §193, Rdn.3.).

348) BGH 18, 182.

349) Celle NSTZ 98, 89.

다.³⁵⁰⁾

③ 침해의 정도는 적절해야 한다. 그러나 모욕자가 이익을 향유하기 위한 유일한 수단일 필요는 없고 단지 수단의 적절성만으로 충분하다. 그렇지만 행위자는 피해자에게 가장 적은 피해를 주는 수단을 사용해야 한다.³⁵¹⁾

예컨대 선거후보자는 이와 관련하여 선거권에서 흔히 일어날 수 있는 상호비방이 형법적으로 문제된 이전의 자신의 행동을 통하여 타 선거후보자들에게 성격상의 결함이 있을 수 있다는 계기를 주었다면 선거권에서 타후보자가 자신에 대해 성격상 결함이 있다고 책망한 것을 감수해야 한다.³⁵²⁾

4. 獨逸聯邦憲法裁判所 判例

가. 言論自由와 名譽保護

(1) 利益衡量的 觀點에서 본 言論自由와 名譽保護

언론자유와 명예보호는 헌법상 보장되는 기본권이다. 언론자유는 독일기본법 제5조(표현 및 신문·보도 등의 자유)에서 보장하고 있으며, 명예보호는 헌법 제2조의 보편적 인격권에 의해 보장된다. 헌법이론상으로 본다면 이들 두 기본권 중에서 명예보호가 헌법적 보호를 더 강하게 받아야 할 것이다. 명예보호는 인격권의 자유로운 발현을 그 핵심으로 하고 있으며 또한 모든 기본권의 근본조항인 기본법 제1조의 인간 존엄과 불가분하게 결부되어 있기 때문이다.³⁵³⁾

(2) 言論自由의 名譽保護에 대한 優位性

연방헌법재판소는 기본법 제5조의 표현자유 의 한 내용인 자유로운 의견을 개진할

350) Trondle · Fischer, a.a.O. Rdn. 9.

351) a.a.O. Rdn.14.

352) BGH 12, 294; NJW64, 1471.

353) R. Weber, Ehrenschtz im Konflikt mit der Pressefreiheit, in: FS-Faller, 1984, S.445.

권리(Grundrecht der freien Meinungsäußerung)의 보호를 이와 갈등관계에 있는 명예보호보다 더 우선시한다. 언론자유는 자유민주적 국가질서에 완전히 본질적이며, 다양한 견해들이 논쟁하는 것을 가능케 하기 위한 항상적인 정신적 토론을 보장해 주기 때문이라고 한다.³⁵⁴⁾

연방헌법재판소에 의하면 형법 제193조는 헌법상 인정된 표현자유와 특별한 각인일 뿐이라고 이해한다.³⁵⁵⁾

결국 정치적 표현자유와 영역에서 연방헌법재판소 판례는 형법 제193조의 도그마틱적 결과와 매우 다른 길을 걷고 있다. 왜냐하면 연방헌법재판소는 언론자유영역에 기본권의 우월적 지위를 부여하는 반면에 연방대법원 및 형사하급법원은 이익형량을 가지고 형법 제193조의 해석에 집중하고 있기 때문이다. 그래서 Trondle/Fischer는 연방헌법재판소는 기본법 제5조 제2항의 표현자유에 대한 판결에서 형사법원이 발전시킨 형법 제193조의 규범적용원칙들의 의미를 지속적으로 삭감시키고 있다고 한다.³⁵⁶⁾

나. 交叉作用論

연방헌법재판소는 이와 같이 언론자유를 우선시함에 있어서 소위 교차작용론(Wechselwirkungstheorie)을 따르고 있다.³⁵⁷⁾ 교차작용론이란 표현자유를 제한할 일반법률들이(여기서는 형법 제185조 이하) 기본권 제5조의 표현자유를 제한하는 경우 표현자유라는 기본권의 관점에 맞추어서 해석되어야 하고 따라서 일반법률들이 표현자유를 제한하는 효과는 축소되어야 한다는 것이다.³⁵⁸⁾

즉 연방헌법재판소는 형법 제193조를 기능적으로 이해한다. 그래서 선거권에서 어떤 후보자나 정당이 상대방 후보자나 정당에게 자유로이 자기의 의견을 개진한 경우에는 그 모욕내용이 가장 심한 사례에 한해서만 형법상 모욕죄가 성립할 수 있다고 한다.³⁵⁹⁾

354) BVerfGE 12, 113, 125.

355) BVerfGE 42, 152.

356) Trondle · Fischer, a.a.O., Rdn. 14 b.

357) BVerfGE 7, 207.

358) BVerfGE 24, 278: 54, 136.

359) BVerfGE 61, 12: Kriele, NJW 1994, 1898.

다. 가장 被害를 적게 주는 手段의 崩壞

연방대법원의 1956. 5. 11판결에서도 형법 제193조의 정당한 이익에 대한 이익형량을 행함에 있어서 모욕적 언행이 불가피해야 할 뿐만 아니라 이러한 모욕적 언행은 가장 피해를 적게 주는 수단(das schonendste Mittel)이어야 한다는 원칙을 확립하였다.³⁶⁰⁾ 그러나 연방헌법재판소는 소위 슈미트-슈피겔사례에서 연방대법원이 이전에 확정했던 가장 피해를 적게 주는 수단(최대한 관용수단)의 원칙을 무시해 버렸다.³⁶¹⁾ 연방헌법재판소의 이러한 판결태도는 결국 연방대법원 민사부의 Hollenfeuer-Urteil(BGHZ 45, 296, 307/308)에서도 호응을 얻었는데 이 판례의 요지는 다음과 같다. 기본법 제5조는 의사표현이라는 형식에 있어서도 많은 자유를 보장할 것을 요구한다. 피모욕자는 적절하지 못한 신랄한 표현도 감수해야만 한다. 왜냐하면 인신공격이 객관적으로 필요했거나 또는 피해를 가장 적게 주는 수단을 이용했는지의 여부는 중요하지 않기 때문이다.

라. 聯邦大法院의 聯邦憲法裁判所判決에의 拘束

독일 연방헌법재판소법 제31조에 의하면 모든 국가법원은 연방헌법재판소의 판결에 구속되어야 한다. 따라서 명예훼손에 대한 위법성조각사유를 규정한 형법 제193조의 해석은 기존의 형사법원의 견해에 의존하는 것이 아니라 연방헌법재판소 판례를 따르게 된다. 결국 사생활의 자유·명예보호와 언론자유와의 충돌은 독일연방헌법재판소 판례에 의하면 지속적으로 표현자유에 그 우위를 두고 있다.³⁶²⁾

이러한 연방헌법재판소 견해에 따르면 언론은 현실적으로 대개 정당한 이익옹호에 기인할 수 있다. 이러한 태도는 한편으로는 전통적인 형법도그마틱의 엄격한 해석방식을 능가하는 것이며 다른 한편으로는 미국식 공인물이론과 매우 접근하는 것 같다.

360) BGH 24, 200, 206.

361) BVerfGE 12, 113.

362) Glaeser, NJW 1996, S.873.

제 4 절 日 本

1. 人格權

일본에서는 1950년대 후반에 프라이버시에 관한 논의가 활발하게 이루어졌는데 1964년 잔치의 혼적사건³⁶³)에서 동경지방법재판소가 프라이버시권을 최초로 인정한 이래 프라이버시권에 관한 판결들이 계속 나오고 있다.³⁶⁴) 일본의 학설은 인격권에 명예권·초상권·성명권·프라이버시권 등이 포함된다고 하는데 프라이버시라는 용어를 미국과는 달리 초상권·성명권을 제외한 개념으로 사용하고 있다.³⁶⁵) 한편 프라이버시라는 용어가 매우 모호하므로 일본에서는 이 용어를 사용할 필요가 없다는 견해도 있다.³⁶⁶)

2. 反論報道請求權

일본은 헌법상 언론의 자유를 규정하고 있으나 개인의 명예권이 더 중요한 가치를 부여하는 경향이 있다. 일본 법원은 개인의 명예에 피해를 입힐 수 있는 공격적인 보도에 대해 부정적인 시각을 가지고 있다.³⁶⁷) 민사상 명예훼손소송에 있어서 언론은

363) 東京地判 昭和 39(1964). 9.28(下民集 15권 9호 2317면; 判例時報 385호 12면). 이 판결은 프라이버시권이 인격권에 포섭되는 것이지만, 이를 '하나의 권리'라고 볼 수도 있다고 하였다.

364) 日最判 昭和 56(1981). 4.14(民集 35권 3호, 620면)에서 다수의견은 지방공공단체의 전과회답이 위법하다고 판결하면서 프라이버시라는 개념의 사용을 피하고 있는데, 伊藤正己 재판관은 보충의견에서 "타인에게 알리고 싶지 않은 개인의 정보는 그것이 비록 합치하는 것이라고 할지라도 그 사람의 프라이버시로서 법률상의 보호를 받아 이것을 함부로 공개하는 것은 허락되지 않으며, 위법하게 타인의 프라이버시를 침해하는 것은 불법행위를 구성하는 것"이라고 하였다. 그밖에 프라이버시를 긍정하는 판결로는 東京地判 昭和 62(1987). 11.20(判例時報 1258호 22면); 東京高判 平成 元年(1989). 9.5(判例時報 1323호 37면); 日最判 平成 6(1994). 2.8(民集 48권 2호, 148면) 등이 있다.

365) 五十嵐清, 「人格權論」, 一粒社, 1989, p.11.

366) 菅野孝久, "プライバシー概念の機能の検討", 「ジュリスト」, 第653号(1977. 12), p.60.

367) 浜辺 陽一郎, 「名譽毀損裁判一言論はどう裁かれるのか」, 平凡社, 2005, p.223; 芦部 信喜,

공익을 위한 보도라 하더라도 면책되지 않으며 보도내용의 진실성을 증명할 책임을 부담한다. 형사상 명예훼손 소송에 있어서 형법 제230조 제2항이 문제된 기사의 내용이 공적인 관심사에 관련된 경우 그리고 단지 공익을 추구할 목적으로 보도된 경우에 대하여는 기사내용의 진실성은 면책사유가 된다고 규정하고 있고 공익에 관련된 명예훼손에 있어서 법원은 언론의 부주의가 존재했느냐의 여부에 따라 처벌을 결정하고 있다. 또 사인에 관계된 명예훼손에 있어서는 진실성 여부를 불문하며 어떤 방식으로든 피해가 증명되기만 하면 처벌하는 점에서 가혹하기는 마찬가지이다.

일본에서는 1949년 신문 및 간행물 규제법이 폐지된 이후 직접적으로 반론권이 명시된 법률을 제정한 바는 없다. 피해를 유발한 사람이 피해자의 명예회복을 위해 금전적 배상을 대신하는 또는 금전적 배상과 함께 필요한 적절한 조치를 취하도록 명시하고 있는 민법 제723조의 규정에 근거하여 공개적 사죄가 구제방식으로 허용된다. 이는 일본의 집단주의적인 문화에 기인한 것으로 일본의 명예훼손법은 금전적 배상에 의한 명예회복보다는 개인의 사회적 지위에 대한 피해를 예방하거나 구제하려는 데 목적을 둔다. 명예훼손에 대한 보상으로서 통상 행해지는 공개적 사죄는 모든 사람들이 비슷한 태도를 지니고 있을 것이라는 믿음으로 입증되지 않은 주장도 그것이 마치 자명한 것처럼 인식하는 일본인들의 집단적 경향에 대한 고려가 명예훼손법에 녹아있음을 보여주는 것이다.³⁶⁸⁾

3. 判例의 態度

일본에서는 헌법상 프라이버시의 권리 일반을 보호하는 명시적 규정은 없으나 프라이버시권은 헌법상의 행복추구권의 하나로서 보장되며 또한 그 침해는 불법행위를 구성하는 것으로 민사법상으로도 보호되는 권리로 인정하고 있다. 판례에 있어서 프라이버시권을 최초로 인정한 것은 1964년의 東京地方裁判所 판결로서 여기에서 프라이버시권이란 ‘사생활을 함부로 공개 당하지 아니하는 이익·권리’라고 정의함과 동시에 그 권리침해에 대한 법적 구제를 인정하였다.³⁶⁹⁾ 그 후 지금까지 프라이버시의 권리는 적어도 하급심의 판결에 의해 그 법적 권리성이 인정되고 있다.

「憲法」, 岩波書店, 2002, p.132.

368) 이재진, 「한국 언론윤리법제의 현실과 쟁점」, 한양대학교 출판부, 2002, p.199.

369) 東京地判 1964. 9. 28. 民集15卷9號 p.2317.

한편 판례는 개인의 프라이버시가 언론의 보도에 의해 침해된 경우에 그 보도가 일정한 요건을 갖춘 경우에는 책임면제의 법리를 인정하고 있다. 면책의 요건에 관해서는 ① 사회의 구성원이 일정한 사항을 아는 것에 정당한 관심을 가지며, ② 그것을 아는 것이 사회 전체의 이익이 되는 경우, ③ 공익을 위한 목적으로 사적 사항을 공표하더라도 그러한 공표는 허용된다고 판단하고 있다. 이와 같은 일본 판례의 입장은 미국 판례의 공익이론이나 공적 인물이론의 영향을 크게 받고 있음을 알 수 있다.

일본의 명예훼손은 언론의 자유보다는 개인적 명예에 무게 중심을 두고 있다는 것을 전술했는데 명예훼손이 발생하는 경우 기사의 진실성 입증책임은 언론에 있다는 점을 분명히 하고 있다.³⁷⁰⁾ 일본 형법 제231조는 모욕죄를 규정하고 있는데 명예훼손죄와의 차이는 사실의 적시 여부에 있는 점에서 우리나라와 같다. 일본 형법 제230조 1항은 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우에 그 적시사실의 진실 여부를 불문하고 구성요건에 해당하도록 규정하고 있다.³⁷¹⁾

1947년 표현의 자유를 보장한 헌법 제21조를 고려하여 명예훼손죄의 특별한 위법성조각사유로서 신설된 것이 일본 형법 제230조 2항이다. 이에 따르면 전조 ‘제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관계되고, 또한 그 목적이 전적으로 공익을 도모하는데 있다고 인정되는 경우에는 사실의 진부를 판단하여 진실인 것의 증명이 있는

370) 특히 범죄보도에 있어서 “... 원고 ○○○은 헌법상 무죄추정의 원칙이 적용되는 피의자의 신분이고 위 프로그램에서 방송된 내용들은 원고를 살인범으로 몰 수 있는 중대한 사항이었으므로 피고회사는 모든 가능성을 제기하고 객관적인 증거를 확보하여 신중하면서 일체의 편견이 개입됨이 없이 공정하게 방송하여야 할 것임에도 불구하고...”라고 하여 타인의 범죄혐의에 대한 방송에 있어서는 취재와 자료의 충분성이 한층 더 요구된다는 취지의 하급심판결이 있고(서울지방법원남부지원 1999. 3. 26. 선고 98가합9329 판결), 일본의 하급심판결로 유죄판결이 내려지지 아니한 경우에 범인의 범행을 단정하는 내용의 기사를 내보냄에 있어서는 형사재판에 따른 적정 엄격한 절차 밑에서 중요한 증거조사가 마쳐지고 또한 그 유죄판결이 사후에 취소될 가능성이 지극히 작은 상황에 도달한 경우가 아니면 안된다는 취지로 강한 정도의 자료가 필요함을 실시한 판결도 있다(東京高判 1996. 11. 29. 時報 1587. 65). 한편 같은 하급심판결(東京地判 1995. 3. 14. 判夕 872. 298)에서는 “범죄행위에 관한 기사의 내용이 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있고 위법성이 없다고 하기 위하여는 범죄행위의 구성요건해당사실의 모든 것에 관한 정보를 수집하고 통상인에 있어서 당해 범죄행위가 행하여졌다고 의심하기에 족한 정도의 정보를 수집할 필요가 있다”고 하여 그 기준을 다소 완화한 것도 있다.

371) 大塚裕史, 「刑法各論の思考方法」, 早稻田経営出版, 2004, p.68; 西田 典之, 「刑法各論」, 弘文堂, 2005, p. 78; 大谷 實, 「新版 刑法講義各論」, 成文堂, 2002, p.86; 山口 厚, 「刑法各論」, 有斐閣, 2005, p.68

때는 이를 별하지 아니한다'(1항)고 규정하고 있다.³⁷²⁾ 전항의 적용에 있어서는 공소 제기에 이르지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 본다.(제2항) 전조 제1항의 행위가 공무원 또는 공선에 의한 공무원의 후보자에 관한 사실에 관계되는 경우에는 사실의 진부를 판단하여 진실인 것의 증명이 있는 때에는 이를 별하지 아니한다.(제3항) 제1항에 의한 위법성조각의 요건은 사실의 공공성, 목적의 공익성, 사실의 진실성에 관한 증명으로 구성된다.³⁷³⁾

일본 판례의 태도는 이 요건을 매우 엄격하게 해석 적용하여 개인의 명예권을 상대적으로 강력하게 보호하였다. 헌법적 차원에서 표현의 자유를 더욱 보장하려는 취지에서 상기한 위법성조각의 요건을 완화적으로 해석하여 면책의 범위를 넓히려는 시도가 이루어졌다. 일본의 다수설에 의하면 위법성조각을 위한 사실의 진실성에 대한 입증 책임은 피고인에게 전환되고 증명의 방법과 정도에 있어서는 엄격한 증명방법과 합리적인 의심을 배제할 정도임이 요구된다. 이와 같이 해석되는 제1항 이외에 일본 형법은 범죄행위에 관한 사실에 대해서는 공공의 이해에 관한 사실로 간주하고(제2항), 공무원 또는 공선에 의한 공무원 후보자에 대한 사실에 대해서는 진실증명만으로 위법성을 조각시키는 규정(제3항)을 두고 있는 점에서 우리나라 형법과는 다르다.

방송의 경우에 현행 방송법에 반론권과 유사한 권리가 인정되고 있다. 동법 제4조는 '방송사업자가 진실이 아닌 사항을 방송하였다는 이유로 그 방송에 의하여 권리의 침해 받은 본인 또는 직접 관계인으로부터 방송이 나가고 2주일 이내에 청구가 있을 때에는 방송 사업자는 지체 없이 그 방송을 한 사람이 진실인가 아닌가를 조사하여 진실이 아닌 것으로 판명되었을 때는 판명된 날로부터 2일 이내에 그 방송을 한 방송시설과 같은 방송시설에 의하여 상당한 방법으로 정정 또는 취소의 방송을 하지 않으면 안 된다.'라고 규정하고 있다. 일본의 경우 방송내용으로 인하여 타인의 명예를 훼손하지 아니할 주의의무를 부담하고 그 조사결과 허위 또는 불확실한 정보에

372) 일본의 하급심판례에도 진실성증명의 판단시점은 당해 사실의 게재시이며 그 시점에 존재한 자료를 기준으로 진실성여부를 판단하여야 한다(東京高判 1995. 11. 27. 判夕 918. 166, 東京高判 1996. 11. 29. 時報 1587. 65 등), 한편 이를 직접 다룬 것은 아니나 最高判 1997. 5. 27. 民集 51. 5. 2024에서는 신문의 발행에 의하여 명예훼손의 손해가 생긴 이후에 피해자가 유죄판결을 받았다 하더라도 이미 생긴 손해배상청구권이 소멸되는 것이 아니며 일정한 경우에 유죄판결을 받은 사실을 명예훼손의 위법성 또는 고의, 과실의 판단에 참작하는 것은 별개의 문제라고 판시한 것이 있다.

373) 清水英夫, '名譽毀損法とマス・メディア', マス・メディアの現在, 日本評論社編, 1986, p.107.

기한 것이라고 판단한 경우에는 방송을 금지시킬 의무가 있다.³⁷⁴⁾ 그리고 일본 민법 제723 조 구제수단으로서 재산적 및 정신적 손해의 배상이 인정되며 명예훼손의 경우에 명예 회복처분이 당사자의 청구에 의해서 가능하게 되어 있는 것도 우리나라와 동일하다. 일본에서는 유명한 북방저널 사건에서 최고재판소가 사전구제수단으로서 이것을 인정하게 되었다.³⁷⁵⁾

그런데 일본의 경우 개인의 명예훼손에 있어서의 회복은 금전적 보상보다는 개인의 사회적 지위에 대한 피해를 예방하거나 구제하려는 데 목적을 두고 있기 때문에 명예훼손법은 진실성의 정도와 개인의 명예에 대한 피해의 정도를 균형 지우는데 대단히 성공적이라는 평가를 받고 있다. 일본 민법 제 709조는 고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리를 침해한 자는 그로 인하여 생긴 손해를 배상할 책임이 있다고 하여 불법행위의 일반적 성립요건에 대해서 규정하고 있다.³⁷⁶⁾

판례와 학설상 권리침해의 요건은 과거성의 요건으로 대체하여 왔으며 명시적으로 규정한 정신적 측면의 인격권은 명예 밖에 없다. 일본의 경우 위자료에 대해서는 민법 제710조와 제711조의 규정에 따라 정신적 손해에 대한 배상³⁷⁷⁾이라고 보고 있다. 명예훼손에 대한 위자료액에 대해서는 고액을 산정해야 한다는 견해도 있으나 1960년 이후 위자료의 제재기능을 강조하기 시작했으며 하급심 판례에서는 징벌적 내지는 제재적 성격에서 위자료를 지급해야 한다고 판시하고 있다.³⁷⁸⁾

일본에서는 명예훼손에 따른 위자료에 있어 재판관은 제량에 의해 제반사정을 충분히 참작해 결정해야 하기 때문에 발견되는 것이 아니라 창출되는 것이라는 의견도 있다. 위자료 액수의 결정은 제반 사정을 살펴야 하는데, 즉 피해정도 피해자의 직업, 사회적 지위, 신분, 침해행위의 양태, 침해행위 후의 가해자의 태도, 피해자와 가해자와의 관계 등 많은 사정을 고려해서 산정해야 하고 법률 실무자는 위자료액 산정에 있어 그 평가액이 적정한가의 여부를 항상 검혀하게 검토하고 적절한 액수의 산출을 위한 노력을 게을리 해서는 안 된다는 것이 일반적인 통설이며 판례는 가해자의 재

374) 日本 東京地裁, 1990, 8. 27.

375) 공직선거에 입후보한 사람에 대한 비방 중상기사로 인하여 명예를 훼손시키고 있다고 발행진의 북방저널이라는 잡지에 대한 발매금지청구를 하여 법원으로부터 가처분명령을 받은 사건으로서 사전금지선 표현의 자유에 반하지 않는다는 것이다(東京高判 1992. 3. 30. 時報 1417. 67).

376) 齊藤信治, 「刑法各論」, 有斐閣, 2003, p.72.

377) 最高判 1997. 9. 9. 民集 51. 3. 3804; 東京高判 1996. 11. 29. 時報 1587. 65.

378) 京都地判, 1995. 2. 27 判時 1322, p.125.

산 상태를 참작하고 가해자의 속죄 여부와 피해자의 만족 여부를 참작하도록 하고 있다.

제 5 장 言論에 의한 名譽毀損의 救濟

법률상 구제방안은 그 동안 개별법으로 규정돼 있던 언론피해구제제도를 통일적으로 규율한 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’이 시행됨으로써 새로운 전기를 맞고 있다. 언론에 의한 명예훼손에 대한 구제제도는 사전구제제도와 사후구제제도로 구분할 수 있다. 사전구제제도는 언론이 인격권을 침해할 우려가 있는 경우에 그 표현행위를 하려고 하는 자에게 그 부작위를 청구할 수 있는 권리를 인정하여 언론에 의한 명예훼손을 구제하는 것이다. 이는 명예나 기타 인격권의 침해를 원천적으로 방지한다는 점에서 인격권보호를 위해 강력한 수단을 제공하기는 하지만 그만큼 표현행위, 즉 언론자유에 대하여는 심각한 타격을 줄 수 있다.

또 민사적으로 보면 언론보도가 개인의 법익을 위법하게 침해한 경우에는 보통 불법행위가 성립되면 피해자에게는 손해배상청구권과 원상회복청구권이 인정된다. 명예훼손을 비롯한 개인의 인격권이나 기타 개인적 법익을 침해하는 언론보도에 대한 구제제도는 현행법상 다양한 모습으로 존재한다고 볼 수 있으나 2005년 7월부터 시행되는 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’에 따라 보다 세분화된 모습으로 구제를 받을 수 있게 됐다. 그러나 우리의 명예훼손법체계는 비교법적 견지에서 보아 언론의 자유보다는 명예훼손 피해자의 구제 쪽에 무게중심을 두고 있다는 견해³⁷⁹⁾에 대해 주목할 필요가 있다. 따라서 이 법이 시행되면서 언론자유에의 위축을 불러 올 가능성도 배제할 수 없다.

제 1 절 名譽毀損에 대한 刑事上 保護體系

1. 名譽毀損에 刑法上의 許容範圍

형법 제310조는 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때’에는 처벌하지 아

379) 신평, “새로운 명예훼손법 체계의 구축에 관한 시도”, 「공법연구」, 한국공법학회, 2003, p.193.

니한다는 명예훼손에 대한 구제조항을 두고 있다. 이 같은 규정을 둔 것은 헌법상 보장하고 있는 언론의 자유와 인격권 보호를 위한 것으로 단순 명예훼손죄에 대한 구제를 통한 언론의 자유를 보장하기 위함이다.

대법원도 공공의 이익을 전제로 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 구제하고 있다. 또 언론에 의한 명예훼손이 그 행위에 위법성이 없고 그 증거를 하지 못하더라도 언론, 즉 행위자가 그 것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보고 있다. 이는 공공사항에 관한 언론보도에 대한 자유를 최대한 인정하여 정책결정의 투명화를 갖기 위한 것으로 언론이 본연의 사명인 국민의 알 권리에 충실하도록 하기 위해서라고 판단된다.

가. 言論報道의 眞實性 與否

형법에서 말하고 있는 ‘진실한 사실’이란 언론보도의 내용 전체를 분석해 볼 때 객관적 사실과 어느 정도 일치한 것이면 구제된다는 뜻이다. 우리 대법원은 언론보도 전체의 기사가 진실한 사실의 의미로서 일부분이 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다고 하더라도 무방하다는 입장을 보이고 있어 언론보도의 전체의 흐름이 진실한 사실이면 명예훼손죄가 성립하지 않는 것으로 보고 있다.³⁸⁰⁾ 따라서 언론보도의 진실성 정도는 통상의 경험과 지식에 비추어 일반인이 진실이라고 믿을 수 있는 정도의 증거가 있으면 명예훼손으로부터 구제된다.

그러나 신문기사의 제목이 본문과 다르게 기재된 경우는 위법성을 인정하고 있다. 이를테면 표제가 본문의 내용과 다르게 보도하거나 범죄 피의자가 혐의를 받고 있는 것이 사실이라고 하더라도 사실이라는 증거를 하지 못하면 명예훼손죄로부터 자유롭지 못하다.³⁸¹⁾

나. 言論報道의 相當性 與否

명예훼손에 있어서 언론기관의 보도를 다른 경우와 달리 취급할 것인가에 대하여

380) 대법원, 2000. 2. 25. 선고 99도4757 판결; 2001. 10. 9 선고 2001도3594 판결.

381) 대법원, 1999. 1. 26. 선고 97다10215, 10222 판결.

종래 다양한 의견이 있었고 언론의 보도에 대하여는 형법총칙상의 업무행위에 의한 위법성조각을 널리 인정하는 등 특별한 취급을 하여야 한다는 주장³⁸²⁾도 있었으나 우리 법원은 일반적으로 언론기관의 보도라고 하여 명예훼손에 있어서 달리 취급할 것은 아니라는 입장을 취하고 있다.³⁸³⁾ 상당성의 면책과 관련하여 언론기관의 보도를 특별히 취급할 것인가를 직접 다룬 판결은 없으나 대법원은 상당한 이유의 유무를 판정함에 있어서 제반의 사정을 참작하도록 하고 있고 보도기관의 성격, 보도의 내용 등은 중요한 사정의 하나로 고려될 것이므로 그 정도에서 언론의 보도는 다른 표현행위와 달리 취급될 수 있다.

여기에서는 언론 보도를 둘러싼 명예훼손 사건에서 진실오신의 상당성이 문제된 경우에 법원이 내린 결론을 구체적인 사정을 비교하면서 검토하고자 한다. 법원은 표현에 관한 모든 사정을 참작하도록 원칙을 세우고 있고 각 사건마다에 다양한 사정들을 일일이 비교할 수는 없으나 주요한 사정들을 몇 가지 유형으로 나누어 정리하는 것은 가능하다고 생각된다.

(1) 表現內容과 名譽毀損

일반적으로 법원은 보도 내용이 타인의 명예를 어떤 정도로 훼손하는가에 따라서 언론기관이 취재·자료의 확보에 있어서 취하여야 할 태도를 달리 보는 경향이 있다. 이 문제가 주로 다루어진 것은 언론이 타인의 범죄를 보도하는 경우이다. 대법원의 판결을 보면 ‘...보도내용이 수사가 진행 중인 피의사실에 관한 것일 경우 일반 독자들로서는 보도된 피의사실의 진실여부를 확인할 수 있는 별다른 방도가 없을 뿐만 아니라 언론기관이 가지는 권위와 진실을 그대로 받아들이는 경향이 있고 신문보도가 가지는 광범위하고도 신속한 전파력으로 인하여 사후 정정보도나 반박보도 등의 조치에 의한 피해구제만으로는 사실상 충분한 명예회복을 기대할 수 없는 것이 보통이므로 보도내용의 진실여하를 불문하고 그러한 보도 자체만으로도 피의자나 피해자

382) 황산덕, 「형법각론」, 법문사, 1985. pp.231-232.

383) 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다18939 판결; 표성수, 언론과 명예훼손, pp367-368, 한편 언론기관의 보도라고 하더라도 수사기관과 같은 특별한 조사권한이 주어져 있는 것이 아니므로 고도의 확실성은 기대하기 어렵다는 취지가 여러 판결에서 확인되고 있으며 이러한 취지는 언론을 특별히 불리하게 취급하지도 아니한다는 의미로 받아들여진다(서울지방법원 1995. 12. 22. 선고 94가합17753 판결; 대법원 1999. 1. 26 선고 97다10215 판결).

또는 그 주변인물들이 입게 되는 피해의 심각성을 고려할 때, 이러한 피의사실을 보도함에 있어 언론기관으로서 보도에 앞서 피의사실의 진실성을 뒷받침할 적절하고도 충분한 취재를 하여야 함은 물론이고...’라고 설시³⁸⁴⁾함으로써 이러한 경우 언론의 충분한 취재와 사실확인을 요구하고 있으며 다른 판결이나 일본의 판결에서도 이러한 취지가 인정된 경우가 적지 않다.³⁸⁵⁾ 또한 표현내용이 대통령후보자나 저명인사의 사상성 또는 과거전력에 대한 비판을 담고 있는 경우 사회적 평가의 손상이 크므로 보도의 진실성에 대한 증거가 엄격하게 요구된다고 판결한 것이 있고³⁸⁶⁾ 반면 일본의 하급심 판결로 당해 기사가 정치에 관한 경우에는 보도의 자유를 배려하여야 하므로 보도기관으로서 진실이라고 생각될 정도의 합리적인 자료 또는 근거로 족하다고 그 정도를 완화한 것도 있다.³⁸⁷⁾

(2) 報道媒體와 迅速性

판례에 의하면 매체가 신속성을 중요시하는 일간지나 방송의 뉴스인지 아니면 주간지·월간지와 같이 신속성이 덜 한 경우인지에 따라서 취재의 충실성과 자료의 확

384) 대법원 1999. 1. 26 선고 97다10215 판결.

385) 특히 범죄보도에 있어서 “... 원고 ○○○은 헌법상 무죄추정의 원칙이 적용되는 피의자의 신분이고 위 프로그램에서 방송된 내용들은 원고를 살인범으로 몰 수 있는 중대한 사항이었으므로 피고회사는 모든 가능성을 제기하고 객관적인 증거를 확보하여 신중하면서 일체의 편견이 개입됨이 없이 공정하게 방송하여야 할 것임에도 불구하고...”라고 하여 타인의 범죄혐의에 대한 방송에 있어서는 취재와 자료의 충분성이 한층 더 요구된다는 취지의 하급심판결이 있고(서울지방법원남부지원 1999. 3. 26. 선고 98가합9329 판결), 일본의 하급심판결로 유죄판결이 내려지지 아니한 경우에 범인의 범행을 단정하는 내용의 기사를 내보냄에 있어서는 형사재판에 따른 적정 엄격한 절차 밑에서 중요한 증거조사가 마쳐지고 또한 그 유죄판결이 사후에 취소될 가능성이 지극히 작은 상황에 도달한 경우가 아니면 안된다는 취지로 강한 정도의 자료가 필요함을 실시한 판결도 있다(東京高判 1996. 11. 29. 時報 1587. 65). 한편 같은 하급심판결(東京地判 1995. 3. 14. 判夕 872. 298)에서는 “범죄행위에 관한 기사의 내용이 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있고 위법성이 없다고 하기 위하여는 범죄행위의 구성요건해당사실의 모든 것에 관한 정보를 수집하고 통상인에 있어서 당해 범죄행위가 행하여졌다고 의심하기에 족한 정도의 정보를 수집할 필요가 있다”고 하여 그 기준을 다소 완화한 것도 있다.

386) 서울지방법원 1997. 10. 10. 고지 97카합2923 결정; 서울지방법원 2000. 1. 19. 선고 99가합 42730 판결. 또한 일본의 판례로 언론이 변호사의 부정한 행위를 보도하는 경우 그 사회적 지위에 중대한 영향을 미치므로 그 내용의 진실성의 조사에 관하여 특히 신중할 것이 요청된다고 판시한 것도 있다(東京高判 1989. 10. 17. 時報 1327. 34).

387) 東京高判 1978. 9. 28. 時報 915. 62.

실성에 대한 요구도 달라진다고 한다. 일간지의 경우 보도의 신속성이 요구된다는 점에서 이 점을 참작하여야 한다는 판결³⁸⁸⁾이 있고 월간지에 있어서는 더욱 충실한 자료의 수집이 요구된다는 판결도 있다.³⁸⁹⁾ 그러나 이와 같은 신속성의 배려는 일간지나 방송의 뉴스와 같이 신속을 필요로 하는 기사에 있어서 자료의 충분성을 완화하는 것보다 월간지와 같이 신속성이 없는 매체에 있어서 자료의 불충분성을 타하는 방편으로 주로 활용되었다.³⁹⁰⁾ 한편 일간지의 경우에도 기사의 성격상 신속한 보도가 요청되는 것인가를 고려하여야 한다는 판결³⁹¹⁾이 있어 같은 매체에 있어서도 보도의 내용에 따라 신속성의 요구가 달라지고 그에 따라 자료의 충분성도 달라지는 것으로 이해된다.

(3) 取材源의 信憑性

언론이 보도를 하게 된 취재원이 얼마나 믿을 수 있는 자료, 근거인가는 대단히 중요한 문제로서 상당한 이유의 존부에 관하여 거의 핵심적인 부분에 속한다. 취재원이 고도로 신빙성을 가진 것으로서 특별한 문제가 없으면 그대로 보도를 하여도 언론사

388) 대법원 1999. 1. 26 선고 97다10215 판결; 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결 같은 취지를 표명한 하급심판결로 서울지방법원 1995. 12. 22. 선고 94가합17753 판결; 서울고등법원 1996. 11. 21 선고 96나19039 판결이 있다.

389) 서울지방법원 1996. 8. 22. 선고 94가합98592 판결; 서울지방법원 1998. 12. 4 선고 97가합 90841 판결, 또한 일본 하급심의 판결로 골프장건설에 반대하는 미니지의 경우 긴급성이 인정되지 아니하므로 신중한 조사 확인이 필요하다는 것도 있다(大阪高判 1995. 9. 5. 時報 1553. 95).

390) 일간지에 있어서 신속성이 인정된다고 하여 불명확한 기사를 내보내서는 안된다는 대법원의 판결로 "... 언론의 신속성을 감안할 때 언론기자들은 취재원으로부터 어떠한 내용의 말을 들으면 그 진위 여부를 확인할 필요 없이 그것을 그대로 보도하고, 상대방의 반론을 보도하면 그것으로 족하다는 견해를 가지고 원심의 판단을 공격하는 것은 받아들일 수 없다"고 판시한 것이 있다(대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결).

391) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24207 판결(공무원의 비위사실에 대한 일간지의 보도); 대법원 1998. 5. 8. 선고 96다36395 판결, 한편 살인사건과 관련한 방송보도에 있어서도 이를 오락프로그램에서 취급하는 것은 그다지 신속성이 요구되지 않는다면 방송내용의 진실성을 확인하는 충분한 노력을 기울이지 아니한 피고의 주장을 배척한 판결이 있는가 하면(서울지방법원남부지원 1999. 3. 26. 선고 98가합9329 판결), 범죄보도에 관한 일본의 판결로 "본건 기사게재의 전일에 체포보도가 되었다고 범죄의 착상원(着想源)에 관한 보도에 반드시 긴급성이 있다고 생각되지 않으므로..."라고 하여 긴급성을 이유로 범행의 동기 등에 관한 불확실한 보도가 용인되지 않는다고 판시한 것도 있다.(東京高判 1992. 3. 30. 시보 1417. 67).

는 면책되나 그렇지 않은 경우 반드시 피해당사자 등에 대한 확인취재와 객관적인 자료를 확보하여야 한다. 어떤 경우에 신빙성이 있다고 할 것인가를 한마디로 설명하는 것은 어려운 바 논리전개의 편의를 위하여 공공기관의 공식발표에 따른 경우, 언론이 독자적으로 취재한 경우, 다른 언론의 보도를 활용한 경우로 나누어 검토한다.

(가) 公共機關의 公式發表報道

정부기관 특히 범죄사실과 관련하여 수사기관이 공식적으로 발표한 자료를 보도하는 것은 결과적으로 진실하지 아니한 내용이 있다고 하더라도 오신에 상당한 이유가 있는 것으로 취급되는 경우가 많다. 이에 대한 문제로는 공공기관의 발표를 그대로 인용하여 보도함에 있어서 다른 확인조치를 취하지 아니하여도 좋은가. 어떤 경우에 공공기관의 공식적인 발표가 있다고 볼 것인가, 공공기관의 발표를 변경·보도한 경우의 책임은 어떻게 되는가의 점에 있다. 이를 차례로 본다.

(나) 公共機關發表에 대한 確認取材의 必要

특히 의심할 만한 다른 사정이 없는 한 공공기관의 발표를 그대로 보도하였다면 보편적으로 진실의 오신에 상당한 이유가 있는 것으로 인정된다. 우리 판결 중에는 정부기관의 공식발표에 따른 보도에 있어서 결론적으로 상당한 이유를 인정하면서도 다른 사정도 고려하는 듯한 설시를 한 경우도 없지 않으나³⁹²⁾ 결론 도출의 과정을 강조하기 위한 논리로 그다지 큰 의미는 없다고 보여 지고 정부기관의 발표를 의심할 만한 특단의 사정이 없으면 그대로 보도한 경우에는 상당성이 인정된다고 할 수 있다.³⁹³⁾

392) 정보기관의 공식발표에 따른 보도에 있어서 " ... 피고신문이 발행하는 신문은 일간지로서 보도의 신속성이 요구되고, 사건의 성격상 수사가 은밀히 진행되고 관련자들에 대한 취재 또한 제한되었던 관계로 정부기관의 발표나 구속영장 외에는 달리 사실확인을 할 방법이 없었던 점에 비추어 보면 ..."라고 하면서 언론사의 면책을 인정한 판례(서울고등법원 1996. 11. 21 선고 96나19039 판결)와 검찰의 발표와 관련하여 "... 수사기관 등의 공식적인 발표를 그대로 보도한 경우는 정보원의 신뢰도가 높고, 보도의 신속성, 사실탐지능력의 한계, 피의자가 체포되어 있어 직접 취재가 어려운 점을 고려하여 특히 의심할만한 사정이 없는 이상 진위를 확인하기 위한 뒷받침조사를 하지 않더라도 진실이라고 오신함에 상당한 이유가 있다고 봄이 상당하다"는 취지로 설명하고 있는 서울지방법원 1995. 12. 22. 선고 94가합17753 판결을 예로 들 수 있다.

393) 일본의 판결로, 경찰의 공식발표에 기하여 언론이 범죄용의사실에 관하여 보도를 한 경우, 원고는 보도기관은 그 발표를 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있다고 하는 것만으로는 면책되지 아니하고 특히 범죄의 실명보도에 있어서는 그 이상으로 고도의 진실성이 있는

(다) 公的 發表와 그에 根據한 報道의 免責與否

영미법상 공무원 특히 연방공무원 및 주의 고급공무원은 그의 직무상 발언에 대하여는 절대적 면책특권을 갖는데 이에 근거하여 미연방대법원은 그 유명한 The New York Times Co. v. Sullivan사건³⁹⁴)에서 ‘공무원이 그의 공무집행에 대하여 가해진 명예훼손에 대하여 손해배상을 청구하려면 공무원 자신이 그 보도가 현실적 악의³⁹⁵)에 의한 것이라는 점을 입증해야 한다는 연방규칙을 요구한다.’고 판결하였다. 다시 말해 공무원이 정당한 공무집행을 위하여 한 발언이 절대적인 특권으로 인정되는 것³⁹⁶)과 똑같이 일반국민이 공무원의 행동을 비판하는 데도 같은 원리가 적용되어야 함을 분명히 하였다.

이러한 공무원의 발언에 대하여 절대적 특권을 인정하는 이유는 공무원에 대한 손해배상의 위협이 정부정책의 용기있고 활발하고 효과적인 집행을 저해하며 또 가장 결연한 공무원과 가장 무책임한 공무원을 제외한 모든 선량한 공무원의 사기를 저하시키고 때로는 직무 자체로부터의 사임까지도 주저치 않게 만들 염려가 있기 때문이라면서 이와 똑같은 배려가 정부를 비난한 시민들에 대하여서도 타당하다는 것이다.

그러나 우리나라의 경우 미국헌법이 언론의 자유를 절대적인 권리로 규정한 것과 달리 언론자유 의 헌법적 한계를 명시하고 있고 또 의회회의록공개법, 프라이버시보호법 등 기본권 보장 법률이 아직 제정되지 못하고 있는 우리나라의 입법환경을 감안한다면 위 미연방대법원의 논거를 그대로 수용할 수 없다. 이에 따라 우리나라 대법원도 오히려 공무원의 비밀엄수의무 및 법령준수의무 등을 이유로 공무원의 발표에 대하여 엄격한 주의의무를 요구하고 있다.

경우가 아니면 면책되지 않는다고 주장하였으나 이러한 경우에 특히 면책의 요건을 엄격하게 해석할 수 없다는 하급심판결이 있으며(東京高判 1987. 3. 31. 時報 1239. 45) 역시 하급심판결로 “...그것이 수사당국의 정식발표에 기한 것으로서 당시의 상황하에 있어서 그 발표에 의심을 불러일으킬 특단의 사정도 존재하지 않는 경우라면 몰라도...”라고 하여 특별한 사정이 없는 경우 공식발표를 믿어 보도한 경우에는 상당한 이유를 인정한다는 판결도 있다(東京高判 1992. 3. 30. 시보 1417. 67).

394) 376 U.S. 254(1964).

395) actual malice 허위인줄 알면서도 한다거나 또는 그것이 허위인가 어떤가에 관하여 고려하지 않고 전혀 무시하는 태도.

396) Barr v. Mates, 360 U.S.564(1959).

(4) 發表를 變更·報道한 경우와 相當性的 免責

공공기관의 발표를 보도하는 경우에도 그 발표내용을 변경하거나 각색하여 보도하면 대개 상당한 이유의 면책이 부정된다. 이에 관한 판례를 보면 ‘... 수사기관의 공식발표에 따른 보도를 하는 경우에도 수사당국의 발표내용에 자기의 견해나 억측을 부가하거나, 사실을 각색하여 보도하거나, 그 정도를 초과하여 단정적인 기사를 게재하는 경우에는 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있다고 볼 수 없을 것인바...’라고 실시하고 있다.³⁹⁷⁾ 이는 언론기관이 특히 주의하여야 할 부분으로 공식발표와 관련하여 명예훼손여부가 문제된 사건은 대개 이를 쟁점으로 하고 있다. 아직 우리나라의 보도기관에는 독자들의 흥미를 끌기 위하여 발표내용에 덧칠을 하는 경향이 없지 않고 이것은 명예훼손을 불러일으키는 큰 요인이기도 하다. 제목과 내용을 단정적이거나 자극적으로 변경, 추가함으로써 명예훼손이 인정된 사례는 우리나라나 일본에 있어서 적지 않게 나타나고 있다.³⁹⁸⁾

397) 서울지방법원 1995. 12. 22. 선고 94가합17753 판결.

398) 이러한 점이 원인이 되어 명예훼손이 인정된 사례로는 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결(경찰의 보도자료에 포함되지 아니한 내용을 기사에 추가하고 심지어 추가내용 중 일부를 소제목으로 강조하는 등 과장하여 독자들의 흥미를 유발하도록 기사가 작성된 경우), 서울지방법원 1995. 12. 22. 선고 94가합17753 판결(검찰에서는 변호사사무장들을 연행하여 그들이 브로커역할을 하였는지 수사 중이라고만 발표하였으나 기사에서 그들을 브로커라고 적시하고 마치 혐의사실이 확인된 듯한 보도를 한 경우), 서울지방법원 1999. 9. 1. 선고 98가합107104 판결(범죄혐의를 전혀 알지 못하던 검찰이 원고의 범죄혐의를 확인하여 달라는 기자들의 요청에 따라 혐의내용을 조사하였으나 아무런 범죄단서를 발견하지 못하고 이러한 사실을 언론에 통보하여 준 사안에서 마치 검찰이 원고의 범죄혐의를 포착하여 조사하는 듯한 표현을 한 경우), 서울지방법원 2000. 2. 2. 선고 99가합77460 판결(수사책임자가 공식브리핑을 통하여 관련자들의 통화내용을 공개하면서 이는 본인의 진술로 확인된 것이며 감청한 것이 아니라고 밝혔음에도 불구하고 사실에서 감청의 의혹이 있다고 적시한 경우), 일본의 하급심판례로 경시청 의사과장의 발표내용을 근거로 원고를 산업스파이인 것처럼 보도한 것이 문제된 사례에서 “... 발표내용자체에 피항소인이 제공하였다는 기업비밀에 관하여 누구의, 어떤 비밀인지 구체적인 지적이 없는 만큼 피항소인을 산업스파이로 단정하는 데 의문을 품어야 하고 발표에 의거하였다는 것만으로는 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있다고 할 수 없으며 또한 이 기사에는 발표내용에 포함되지 아니한 내용도 있고 그것에 관하여 진실이라거나 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있다고 인정할 증거는 없으며 또 자극적인 표현의 표제나 억측에 의한 각색을 덧붙인 부분도 존재하는 것으로 보아 항소인의 항변은 이유없다”고 판시한 것이 있다(大阪高判 1985. 6. 12. 時報 1174. 75).

(5) 獨自的인 取材에 의한 境遇

언론기관이 명예훼손으로 제소당하는 것은 제보나 독자적인 정보에 따라 보도한 경우가 많다. 정부기관의 공식발표에 의하여 보도하는 것과 달리 이러한 경우에는 보다 충실한 취재와 확실한 자료를 필요로 한다. 판례는 제보자, 취재원의 단편적인 자료, 근거에 의존한 것만으로는 대개 진실이라고 오신한 데 상당한 이유가 있다고 할 수 없으며 반드시 본인 등의 확인취재를 필요로 한다고 지적한다. 이러한 것이 문제된 사례를 본다.

(가) 本人 등 確認取材가 必要한 境遇

언론기관이 취득한 자료만으로 진상의 규명이 어려우면 반드시 확인취재가 필요하고 이러한 확인취재를 다하지 않은 언론기관은 대개 민·형사 명예훼손소송에서 패소하였다.

어떤 경우에 확인취재가 필요한가를 일률적으로 설명하기는 어려우나 앞의 판례와 같이 표현에 관한 여러 사정을 참작하여 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가에 따라 판단되어야 할 것이다.³⁹⁹⁾ 판례에 나타난 확인취재의 핵심은 보도로 인하여 피해가 예견되는 당사자 등 핵심자료에 대한 확인이며 본인에 대한 확인이 가능함에도 확인을 하지 아니한 경우에는 대개 언론의 책임이 인정되었다.⁴⁰⁰⁾ 다만 몇 사례에서는 이러한 확인을 하지 아니하였더라도 언론에 대한

399) 대법원 1998. 10. 27. 선고 98다24624 판결.

400) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결(논픽션라디오드라마에 있어서 다른 사람이 쓴 회고록 등 저서와 또 다른 사람이 제공한 자료에 기하여 당사자나 위 저서의 저자들에 대한 확인 없이 타인의 명예를 훼손하는 내용을 방송한 경우 다른 특별한 사정이 없는 이상 방송의 기초가 되는 그 자료 내용의 진위를 당사자 본인이나 그 주변인물을 통하여 확인하는 등의 조사활동을 사전에 거쳐야 하고 이러한 확인 내지 조사활동을 거치지 아니한 경우 방송사 측에서 그 내용이 진실이라고 믿었다 하더라도 그에 상당한 이유가 있다고 할 수는 없다고 하였다), 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결(경찰의 보도자료와 타 언론사의 기사를 참고로 하여 본인에게 확인하기 위한 적절한 노력 없이 타인의 명예를 훼손하는 기사를 내보낸 경우), 부산지방법원 1996. 10. 15. 선고 95카합5821 판결(동료기자들로부터 공무원의 비위에 관한 제보를 전해 듣고 제보자를 만난 후 관련공무원의 상급자로부터 문제된 비위에 관하여 불투명한 답변을 듣고도 제보내용의 진위를 확인하거나 해당공무원으로부터 직접 확인을 하지 아니한 채 보도한 경우로서 이는 대법원에서 그대로 인용되었다), 서울지방법원 2000. 2. 2. 선고 99가합77460 판결(이는 수사에

책임이 부정되었다. 즉 기사의 성격상, 혹은 취재원이 특히 신빙성이 있는 경우 확보된 자료가 특별한 의심을 불러일으키지 아니할 정도로 확실한 경우가 이에 해당하나 이러한 판결은 예외적인 경우라고 할 수 있다.⁴⁰¹⁾

(나) 當事者 등에 대한 確認可能與否

한편 본인 등 핵심자료에 대한 확인이 불가능하였던 경우 이러한 사정은 상당한 이유의 판단에 참고가 되었으나⁴⁰²⁾ 이 경우에도 법원은 사실 여부를 확인하기 위하

감청의혹이 있다고 수사담당자들의 명예를 훼손한 것으로 그들에게 감청여부를 확인하지 아니하였을 뿐만 아니라 심지어 수사책임자가 항의까지 하였음에도 보도한 경우이다). 기타에 관한 우리나라와 일본의 판례경향은 표성수, 전게서, pp.248-249, 268-269, 389-392, 清水英夫, '名譽毀損法とマス・メディア', マス・メディアの 現在, 日本評論社編, 1986, p.107 이하 참조.

- 401) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결(언론기관이 당시 상황을 목격한 사람 1명은 직접 면담하고 1명은 직접면담하지 아니하였으나 그 사람을 면담한 사람들을 만나 그 사람의 목격내용을 전하여 들었고 그 사람의 경찰 진술조서 사본을 받아 진술내용을 확인한 경우 대법원은 "학생의 사망원인에 의혹이 제기되고 있던 터에 모 기관의 직원이 그 학생과 동승하였던 것이 밝혀지고 나아가 그들의 일행이 동행하고 있는 것을 보았다는 목격자까지 나왔으나 그들이 석연치 않은 이유로 그 진술을 번복하였던 까닭에 그 기사내용을 진실이라고 믿고 보도하게 되었던 것이므로 그와 같이 믿은 데 객관적으로 그럴만한 상당한 이유가 있었다 할 것이어서..."라고 상당한 이유를 인정하고 있다), 서울고등법원 1997. 12. 5. 선고 96나39389 판결(본인확인 은 하지 아니하였으나 기사의 성격, 취재원에 대한 신뢰정도, 원고의 평소성향 등을 근거로 상당한 이유를 인정한 경우), 오래된 일본의 하급심판례로 東京地判 1972. 5. 15. 判夕 279. 292(언론이 의존한 자료가 적시사실의 증명에 불가결한 직접증거의 하나이고 수사기관도 그에 의존하는 경우가 적지 않은 경우).
- 402) 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결은 백범 김구 선생의 암살사건을 다룬 텔레비전 역사드라마에 관한 흥미로운 판결로 "적시된 사실이 역사적 사실인 경우 시간이 경과함에 따라 점차 망인이나 그 유족의 보호보다는 역사적 사실에 대한 탐구 또는 표현의 자유가 보호되어야 하고 또 진실여부를 확인할 수 있는 객관적 자료에도 한계가 있어 진실여부를 확인하는 것이 용이하지 아니한 점도 고려되어야 할 것이다"고 하여 보도 내용이 역사적인 경우 명예의 이익보다 표현의 자유의 이익이 더 크다는 점을 분명히 하였고 한편 자료수집의 어려움을 고려하여 상당한 이유의 판단에 있어 취재의 충분성과 자료의 확실성의 요건에 유연성을 인정하였다. 곧 대법원은 "1960년 이후 여러 관계자들의 진술에 의하여 ○○○이 배후인물로 지목되어 왔고 1996년 수차에 걸쳐 위 ○○○ 스스로 위 ○○○이 백범암살을 암시. 선동하였음을 시인하였다면 이 사건 드라마의 내용은 단순히 억측만에 기한 것이 아니라 어느 정도 근거 있는 자료에 기한 것이고 더욱이 백범 암살사건의 진상이 밝혀지지도 아니한 채 이 사건 방송 당시 이미 46년의 세월이 지나 위 ○○○본인은 물론 다른 대부분의 관련자들도 사망하여 백범암살사건 또한 역사적 사실이 되어버린 점등을 참작하면..."라고 설시하여 오랜 세월로 인하여 더 이상의 사실확인 취재가 어려운 점을 중하게 고려한 것으로 보인다. 이 판결은 라디오의 논픽션드라마에 관한 대법원

여 본인과의 접촉 등 충분한 노력을 기울였는지를 중요한 판단의 요소로 고려하고 있다.⁴⁰³⁾ 본인에 대하여 확인하여 보았자 특별한 내용이 나올 것이 없어서 포기하였다고 언론관계자가 주장한 경우 이를 받아들이지 아니한 일본의 하급심판례도 있다.⁴⁰⁴⁾

(6) 取材源의 秘匿權의 主張과 相當한 理由

보편적으로 언론에는 취재원에 대한 비익권이 인정되는 바 명예훼손소송에서 진실의 증명과 비익권과의 관계가 문제된다. 일본의 판례 중에는 비익권이 있다고 하여 이 분야 소송에서 언론을 특별히 취급할 것은 아니라는 최고재판소의 판결이 있고⁴⁰⁵⁾ 진실오신의 상당한 이유가 문제된 사건에서 언론종사자가 취재원을 비익한 경우 충분한 취재와 객관적인 자료를 확보하였다고 볼 수 없다는 판결들도 있어⁴⁰⁶⁾ 궁극적으로 이러한 비익권은 상당한 이유의 결정에 있어서 참작요소가 되지 않는다고 할 수 있다.

1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결과 일견 일치하지 않는 듯 하나 후자는 한 언론인의 1970 년대의 행각을 드라마로 제작 보도한 것으로 당사자 등의 확인이 가능한 경우로서 명예 훼손의 피해자 본인이 생존하여 있고 주변인물들에 대한 확인이 용이함에도 이를 다하지 아니한 점을 탓하고 있어 확인취재의 용이함이 우선적으로 고려되어 결론을 달리한 것으로 보인다 기타 본인 등에 대한 확인이 어려운 점을 고려한 판결로 대법원 1999. 1. 26 선고 97다10215 판결; 서울고등법원 1996. 11. 21 선고 96나19039 판결이 있다.

403) 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결에 의하면 언론사가 원고에 관한 경찰의 발표에 새로운 내용을 추가하여 보도한 경우 추가한 내용에 대한 진위확인을 위한 노력을 평가하면서 "소위 ○○○가 원고와 통화하였다는 것이므로 피고 소속 기자들의 원고에 대한 접촉시도가 부적절하였거나 그 노력을 다하지 않은 것으로 보여질 뿐 아니라..."라는 등 확인취재를 위한 노력을 다하지 아니한 점을 들어 상당한 이유가 있다는 언론사의 주장을 배척하였다.

404) 東京高判 1992. 3. 30. 時報 1417. 67.

405) 最高判 1955. 12. 9. 刑集 9. 13. 2633.

406) 東京高判 1994. 7. 21. 時報 1512. 36.(집필자가 대부분의 취재원을 비익하고 있는 이상 진실이라고 믿은 데 상당성이 있다고는 할 수 없다는 취지로 판시). 또한 우리나라의 판결로 서울고등법원 1998. 4. 23. 선고 97나57360 판결에서도 언론측이 취재원인 공공기관종사자를 특정하지 못한 경우 상당한 이유가 부정되었다.

(7) 他 言論報道의 活用

언론이 다른 언론의 보도내용을 활용하여 보도한 경우 상당성의 면책과 관련하여 어떤 취급을 받을 것인가. 미국에서는 이와 관련하여 소위 wire service defence가 널리 인정되고 있으나⁴⁰⁷⁾ 우리나라나 일본에서는 보편적으로 이러한 면책이 인정되지 않는다. 대법원의 판결로 ‘언론매체가 다른 매체의 보도내용을 참작하여 보도하였다 하더라도 자신의 보도로 인한 책임은 면할 수 없으므로 자기 책임 하에 그 내용의 진위여부를 직접 확인하려는 노력을 다하여야 한다’고 실시⁴⁰⁸⁾한 것이 있고 이와 같은 취지는 최근의 대법원판결 등에서도 확인되었다.⁴⁰⁹⁾ 이러한 입법론은 위 판결에 나타난 대로 ‘일간신문이나 방송의 보도내용은 취재시간이 제한된 탓에 보도내용의 진위여부가 불확실하거나 과장 보도되는 경우가 적지 않아 그 진실성이 객관적으로 담보되어 있다고 보기도 어려우므로...’라는 우리 언론 환경에 대한 법원의 부정적인 시각에 기초하고 있다.⁴¹⁰⁾

이 점은 근래 일본에서도 문제가 되었다. 일본의 대표적 통신사인 共同通信의 기사를 받아 보도한 신문사의 책임이 문제된 사안에서 일부 하급심은 통신사의 정확성과 취재 체계를 고려하여 상당성을 인정한 반면 다른 하급심은 통신사의 기사가 다른 일간지나 공공기관의 발표보다 정확성이 있다고 할 수 없다는 등의 이유로 상당성을 부정하였다.⁴¹¹⁾

407) 표성수, 언론과 명예훼손, p.118. 참조.

408) 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결(이 사건은 일간영자신문이 경찰에 상주하는 기사가 없어 다른 일간지의 기사를 인용, 보도한 것으로 법원은 특히 다른 언론매체의 보도내용을 명시적으로 인용하는 것이 아니라 직접 취재한 양 작성하는 경우에는 직접 확인이 더욱 필요하다고 실시).

409) 대법원 1999. 1. 26 선고 97다10215 판결. 한편 서울지방법원 2000. 2. 2. 선고 99가합77460 판결에서는 논설위원이 해당신문의 사실 기사나 다른 신문 기사를 사실로 잘못 알고서 사실을 내보낸 경우에 상당한 이유가 없다고 하였다.

410) 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결.

411) 신문사의 책임을 부정한 판례(東京高判 1995. 3. 29. 東高載民報 46. 1-12. 11)는 경시청기자클럽에 소속되어 있지 않아 경찰의 정보에 관하여는 기자클럽에 소속되어 있는 공동통신사와 계약하여 그로부터 배신된 기사를 그대로 게재하는 신문사의 기사에 관하여 “피고신문사들이 배신기사에 대하여 확인취재를 하지 않은 이유는 배신기사자체의 신뢰성, 피고신문사가 확인취재를 할 만큼의 인적 능력이 결여되어 있는 이외에 확인취재가 필요하다고 하면 배신기사의 취재원에 배신을 받은 각 사들의 취재가 왜도하여 취재원을 당

(8) 標題의 表現方法

보도에 있어서 표제를 잘못 선택하거나 표현을 잘못된 경우 언론은 명예훼손소송에서 불리한 판정을 받았다. 독자나 시청자의 주의를 끌기 위하여 자극적이거나 선정적인 혹은 단정적인 표제, 표현을 사용하는 것은 상당성의 문제라기보다 그 이전의 단계, 즉 보도목적의 공익성 등에서 언론 측의 면책주장을 부정하는 요소로 작용하나 더러 상당한 이유와 관련하여 판단된 경우도 있다. 이것은 언론이 취재 등을 통하여 확보한 자료만으로는 보도 내용의 존재를 인정하기 어려움에도 불구하고 그 범위를 벗어나 단정적인 표현을 사용하거나 나아가 대상자에 대하여 부적절한 평가를 함으로써 그러한 표현이 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 없다고 판단된 경우이다.

우리 판례에는 혐의의 단계에 불과함에도 이를 단정적으로 표현하거나 그러한 인상을 주도록 편성하여 보도함으로써 책임이 인정된 사례가 있는가 하면⁴¹²⁾ 반대로 의혹의 정도를 객관적으로 보도하여 책임이 부정된 사례도 있다.⁴¹³⁾ 또한 일본의 판

황하게 하고 배신을 받은 각 사와 공동통신사와의 신뢰관계 나아가 공동통신사와 취재원 사이의 신뢰관계를 파괴하게 된다. ...공동통신사는 다수의 보도기관이 가맹한 우리나라의 대표적인 통신사로서 인적, 물적으로 취재체제도 정비되어 있고 그 배신기사의 신뢰성이 높히 평가되며 그 내용의 정확성에 있어서는 공동통신사가 전적으로 책임을 지고 가맹 보도기관은 확인취재를 요하지 않는다는 전제하에 보도체제가 구성되어 있고 이와 같은 보도체제에는 상당한 합리성이 인정되므로 일반적으로 공동통신사로부터 받은 배신기사에 관하여 피고 신문사 등이 진실이라고 신뢰하는 것에 대하여는 상당한 이유가 있다고 할 수 있다..."고 하여 신문사의 책임을 부정하였다. 한편 같은 법원의 다른 판결(東京高判 1966. 4. 26. 時報 1608. 107)은 이와 반대로 "...공동통신사의 기사에 잘못이 없다고는 할 수 없고 그 취재체제가 유명 일간지 등 전국지에 비하여 우월하다고도 할 수 없으며 공동통신사의 배신기사에 대하여 수사기관 등의 공적발표와 같은 정도로 높은 신뢰성이 있다고도 할 수 없고 전국지의 보도를 신뢰하여 그 내용의 명예훼손행위를 한 자는 면책된다고 생각키 어려운 것과 대비하여 배신서비스의 항변을 인정하는 것은 공평을 결하며 가맹사는 통신사를 수족으로 취재하고 있는 것이므로 그 취재의 잘못의 책임을 부담하지 않는 것에는 합리성이 없으며 배신기사에 의하여 명예훼손된 자가 배신선(先)에 손해배상소송을 제기한 경우 원칙으로 몇이고 배신원(源)에 다시 소송하여야 한다는 것은 피해자 구제에 흠이 있다는 것 등을 고려하면..." 라는 이유를 들어 신문사에 대하여 진실오신의 상당성이 있다고 할 수 없다고 판시하였다.

412) 서울지방법원남부지원 1999. 3. 26. 선고 98가합9329 판결; 서울지방법원 1999. 6. 23. 선고 99가합14391 판결은 상당성을 직접 다룬 것은 아니나 "납득하지 못할" 등의 표현을 사용하고 의도적으로 부당한 행위를 한 것처럼 편집보도한 방송보도에 책임을 인정한 사례이다.

례로 범죄혐의를 받고 있는 자에게 '극악인 사형을', '희대의 악인' 등 과격한 표현을 사용한 경우 이는 사실의 적시에 범인의 악성을 강조한 논평의 성격을 갖는 것으로 경우에 따라서는 언론이 범인의 악성에 대한 평가를 할 수도 있을 것이나 이에선 고도의 확실한 자료가 필요하며 혐의를 받고 있는 정도로 이러한 표현을 하는 것은 상당한 이유가 없다고 한 것들이 있다.⁴¹⁴⁾

이와 직접 관련된 것은 아니나 범죄보도에 있어서 피의자의 특징과 관련한 판결들이 선고되어 주목된다. 범죄혐의자의 실명을 공개하는 것에 대하여 우리 대법원은 공적인 인물이 아닌 경우 일반국민들이 범인이 누구라는 것까지 알아야 할 정당한 이익이 있다고 볼 수 없다고 하면서 이는 공공의 이해에 관한 사실이 아니라고 판단하였다.⁴¹⁵⁾

한편 일본의 하급심판례 중에는 범죄혐의자의 특징은 공공의 중요한 관심사라는 전제하에 여러 가지 요소를 고려하여 실명여부를 결정하여야 한다고 판시한 것이 있다.⁴¹⁶⁾

413) 대법원 1999. 1. 26 선고 97다10215 판결; 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결.

414) 最高判 1997. 9. 9. 民集 51. 3. 3804; 東京高判 1996. 11. 29. 時報 1587. 65 판결은 어떤 자가 실제로 범죄를 범하였다는 것과 그 자에 대하여 범죄의 혐의가 걸려 있다는 것은 별개의 것이라는 논리를 바탕으로 하면서 범죄의 혐의에 관하여 다른 언론으로부터 보도가 있었고 그것이 주지의 사실이라고 하더라도 직접적으로 범죄의 증거가 있었다고는 할 수 없다고 하였고 뒤의 판결도 같은 논리를 취하였다.

415) 대법원 1998. 7. 14. 선고 97다17257 판결; 대법원 1999. 1. 26 선고 97다10215 판결에서는 언론이 피의사실을 보도함에 있어서 공적 인물이 아닌 사인(私人)의 경우 가급적 신원이 노출되지 않도록 주의하여야 한다고 설시함으로써 이러한 취지를 확인하고 있다. 실명보도에 대하여는 표성수, 전게서, p.388 참조.

416) 名高屋高判 1990. 12. 13. 時報 1381. 51. "... 일반적으로 범죄보도에 있어서는 범죄의 주체로 된 측에서 보던 익명 또는 가명으로 하는 것이 바람직한 것은 말할 것도 없으나 현재에 있어서도 사회 일반의 의식에서 보아 보도에 있어서 피의자의 특징은 범죄뉴스의 기본적 요소로서 범죄사실자체와 나란히 공공의 중요한 관심사로 인식되어 있으므로 피의자를 실명으로 할 것인가 아닌가를 포함하여 그 특징의 방법, 정도의 문제는 일의적으로 결정할 것이 아니고 결국은 범죄사실의 태양, 정도 및 피의자의 사회적 지위, 특질(공인의 성격을 가지는가), 피해자측의 피해의 심정, 독자의 의식, 감정 등을 비교 교량하여 또한 인권의 존중과 보도의 자유 내지 알 권리의 옹호와 균형을 감안하여 신중하게 결정하는 것이 바람직하다..." 고 하면서 사고로 2인이 사망한 사건에 관하여 실명보도라는 이유만으로 위법은 아니라고 하고 있다. 또한 이 판결은 혐의자를 경칭이나 직함 없이 호칭한 것이 문제가 되었으나 경칭 등을 붙이지 않은 것은 위법하지 않다고 하였다.

다. 言論報道의 公共性 與否

형법 제310조의 오로지 공공의 이익이라 함은 객관적으로는 언론보도 내용이 공공의 이익에 관한 것이어야 하고, 주관적으로는 언론보도자(행위자)의 목적이 공공의 이익을 위한 것이어야 구제된다. 즉 객관적인 사실의 공익성만이 아니라 행위자의 의도가 공익성을 가질 것을 요구한다. 다만 주관적 요건도 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이면 구제되고 다른 사적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 공공의 이익의 요건이면 무방하다.

언론보도가 공공의 이익에 관한 것인지의 여부는 당해 적시사실의 구체적 내용, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방 범위의 광협, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예 침해의 정도도 비교 고려하여 결정하여야 한다⁴¹⁷⁾ 또 ‘공공의 이익’이라 함은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회 집단이나 그 구성원의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다.⁴¹⁸⁾

언론보도가 명예훼손 문제를 일으킬 때 사실의 진실성과 공익성에 대한 입증책임은 형사소송법상 검사에게 있다. 하지만 통설과 판례는 형법 제310조의 거증책임은 피고인(언론)에 있는 것으로 보고 있다.⁴¹⁹⁾

2. 搜查機關의 發表와 그 報道에 대한 法的 責任

가. 無罪推定の 原則과 被疑事實公表罪

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정한다”고 규정하고 있다. 이것은 법치주의의 최소한의 구성요소이며 또한 인간의 존엄성을 기본권 질서의 가치적인 핵으로 보장하고 있는 헌법질서 내에서 국가적인 형벌

417) 대법원, 1996. 4. 12. 선고94도3309 판결; 2000. 5. 12. 선고 99도5734 판결.

418) 대법원, 2001. 10. 9 선고 2001도3594 판결.

419) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결; 1999. 4. 27. 선고 98다16203 판결.

작용의 필연적인 기속원리다.⁴²⁰⁾ 이 무죄추정의 원칙은 형사피고인뿐만 아니라 형사 피의자, 더 나아가 신체의 자유가 제한된 모든 국민에게 적용된다.

무죄추정의 원칙을 제도적으로 보장하기 위한 것으로서 피의사실공표죄를 들 수 있다. 형법 제126조는 “경찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.”고 규정하고 있으며, 특히 형사소송법 제198조는 “검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사에 방해되는 일이 없도록 주의하여야 한다.”고 주의규정을 두고 있다.⁴²¹⁾ 피의사실공표죄는 한편으로는 수사단계에 있어서 피의사실이 공표되는 경우에 피의자 혹은 그와 이해관계 있는 자에 의하여 증거인멸 등 범죄수사에 곤란을 초래하여 국가의 수사기능을 저해하는 행위를 막고 다른 한편으로는 공소제기전의 수사단계에 있는 피의사실을 소송법상 당사자의 지위에 있는 수사기관에 의하여 미확실한 피의사실이 일방적으로 공표됨으로써 피의자가 받을 사회적 불이익을 방지하고 피의자의 개인적 명예와 인권을 옹호하자는 데 취지가 있다.

그러나 본죄의 구성요건에 해당된다고 하더라도 위법성이 조각되는 경우가 있다. 즉, 법원의 확정판결이 있기 전까지 피의자나 피고인은 무죄가 추정되므로 그 이전에 혐의사실을 보도하는 것은 헌법상 보장되어 있는 인격의 존엄과 그로부터 파생되어 나오는 개인의 명예를 침해할 여지가 있어 그 보도에 신중을 기하여야 할 것이지만 헌법상 다른 권리와 제도, 예컨대 언론의 자유 및 그와 표리의 관계에 있는 국민의 알 권리, 그리고 재판공개 원칙 등 공공의 이익이 더 우월한 경우도 많다고 할 것이므로 단지 언론기관이 확정판결 이전에 혐의사실을 보도하는 것만으로는 곧바로 개인의 인격권을 침해하는 불법행위가 성립한다고 볼 수는 없다.⁴²²⁾

따라서 피의자가 도주 피신하여 수사에 곤란을 겪고 있을 때에 시민의 협조를 구하기 위하여 라디오·텔레비전·신문 등을 통하여 광고하는 경우라든가, 포악한 범인이 도주하여 시민생활을 위협하는 경우, 사회적으로 물의를 일으키는 큰 사건이 발생했을 때 국민들이 궁금해 하고 의혹을 품게 되는 경우에 이를 해소하기 위하여 피의

420) 허 영, 헌법이론과 헌법, p.350.

421) 검찰사건사무규칙 제7조, 사법경찰관리집무규칙 제7조도 같은 취지이다.

422) 서울고등법원 1994. 1. 21. 선고 93나22236호 판결

사실을 공표하는 경우 등 공공의 이익을 위하여 행하는 경우에는 정당한 행위로 인정되어야 할 것이다.⁴²³⁾

나. 發表 또는 報道의 禁止規定이 있는 境遇

실정법상 사법기관의 발표나 언론기관의 보도를 금지 또는 제한하고 있는 경우에 이를 위반하여 발표 또는 보도하는 행위는 원칙적으로 위법이다.

먼저 수사와 관련하여서는 강간·강도 등 강력범죄로 수사 중에 있는 사건의 피해자나 이를 신고한 자에 대하여는 그가 명시적으로 동의하지 않는 한 성·연령·주소·직업·용모 등에 의하여 그가 피해자 또는 신고자임을 미루어 알 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문지 기타 출판물에 게재하거나 방송하지 못한다.⁴²⁴⁾ 또 성폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원은 피해자의 주소·성명·연령·직업·용모 기타 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적 사항과 사진 등을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 아니 되며 성폭력범죄의 소추에 필요한 범죄구성사실을 제외한 피해자의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 아니 된다.⁴²⁵⁾

다음으로 재판절차와 관련하여서는 가정법원에서 처리 중에 있거나 처리한 사건에 관하여는 성명·연령·용모 등에 의하여 그 본인임을 알 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문 잡지 기타 출판물에 게재하거나 방송할 수 없고,⁴²⁶⁾ 소년법에 의하여 조사 또는 심리 중에 있는 보호사건 또는 형사사건에 대하여도 같다.⁴²⁷⁾

다. 發表 또는 報道의 禁止規定이 없는 境遇

범죄피의사실의 수사나 피의자의 체포에 즈음하여 수사기관이 기자 등에게 피의사실을 공표하고 그것이 신문 등에 보도됨으로 인하여 피의자의 명예가 훼손된 경우 피의자는 피의사실을 공표한 국가에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.⁴²⁸⁾

423) 손창열, "범죄보도와 인권침해에 관한 형사적 고찰", 「검찰」, 1990., p.438.

424) 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제8조.

425) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조.

426) 가사소송법 제10조, 제72조.

427) 소년법 제68조.

다만 피의사실에 관한 수사관의 발표는 공공의 이해에 관련된 것이고⁴²⁹⁾ 공익목적으로 된 경우가 많을 것이므로 형법 제310조를 유추적용하여 발표사실이 진실이라는 사실이 증명되면 위법성이 조각되고 진실증명이 없는 경우에도 수사관이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 때에는 수사당국은 면책된다. 그러나 수사발표의 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 없는 경우에는 면책될 수 없다.⁴³⁰⁾ 또한 수사결과가 수사기관의 위법한 방법에 의하여 도출된 것이라면 그것에 대하여 상당성이 있다고 할 수 없다.⁴³¹⁾

한편 수사기관의 수사발표를 그대로 보도한 언론기관도 상당성의 원칙에 의해 그 책임여부가 정해진다.

(1) 犯罪報道와 法益衡量

일반적으로 보아 범죄와 그에 대한 추궁은 공공에 대하여 중요한 정보가치를 제공하는 것이다. 그것은 보도의 대상이 된 개인의 명예나 인격적 이익에 중대한 침해를 가져오게 되므로 위 대립·상충하는 양자간의 이익을 비교·형량하여 그 위법성 여부를 정하여야 한다. 여기서 공공의 알 권리 내지 정보의 이익은 단지 대중의 알고 싶은 욕망이 크다는 것만으로 인정될 수 없고 그 이익은 공공이 정당한 관심을 갖는 사항으로서 실질적인 정보가치를 갖는 범위 내에서만 인정된다. 한편 유죄의 판결을 받은 자에게도 인간의 존엄권은 부인되지 않으며 그 유죄판결로 선언된 자유박탈 이외의 법정되지 않은 처벌은 가할 수 없고 범죄자의 사회복귀를 저해하는 언론보도는

428) 서울지방법원 1995. 5. 19. 선고 93가합54908호 판결.

429) 일본형법 제230조의 2 제2항.

430) 이른바 부친서 성고문사건에서 피해자인 권양이 가해자인 문○동을 형사고소한 데 대하여 경찰이 성고문 사실이 인정되지 않는다는 허위의 수사결과를 발표하고 또 당일 안기부가 「권양은 혁명을 위해서는 성도 도구화하고 있으며 그녀의 성모욕주장은 인간성의 침해를 빙자하여 대중의 혁명적 투쟁을 선동하려는 저의가 깔려 있다」는 내용을 담은 이른바 「부친서사건 공안당국 분석」이라는 유인물을 언론기관에 배포하여 각 일간신문에 유인물의 내용을 대대적으로 보도케 한 행위는 권양에 대한 명예를 훼손한 것이라고 판결하여 국가의 배상책임을 인정하였다(서울고등법원 1990.1.19. 선고 89나33482호 판결).

431) 이른바 대홍동 10세 소년의 동생 살인사건에서 강압적 추궁과 유도신문으로 자백 받아 객관적 검증이나 증거도 없이 진범으로 발표하고 가정에 문제가 많고 불량소년인 것처럼 기자들에게 설명하여 그 내용들이 언론에 보도되게 하였다면 이를 발표한 수사관 등은 손해배상책임을 있다(서울민사지방법원 1993. 7. 2. 선고 92가합23099호 판결).

억제될 수 있다. 특히 언론기관의 범죄보도는 법원의 판결이 있기 전에 혐의의 단계에서 이루어지는 것이 상례이고 보도의 사실적 영향은 법적인 책임의 유무가 적법절차에 따라 확정되기 이전에 이미 관계인에 대하여 명예손상과 사회로부터의 배척을 받게 되는 법에 규정되지 아니한 사실상의 처벌을 가한다는 데에 문제가 있음을 고려하여 이익형량에 의한 허부를 판단하여야 한다.⁴³²⁾

(2) 匿名報道의 原則

확정되지 아닌 한 범죄혐의사실에 관한 보도는 독자 대중으로 하여금 피해자를 범인으로 오인하게 하는 경향이 있고 법원의 공권적 판단이 있기 전에 명예손상과 사회로부터 배척받게 되는 불이익을 입게 하는 것이므로 그 사안에 관하여 공공의 정보의 이익이 인정되어 그 객관적 사안을 보도하는 것은 허용될 수 있는 경우라 하더라도 그 사건에 관계된 범인과 범죄혐의자에 대한 공개적 신원노출은 원칙적으로 허용되지 않으며, 그에 따라 범죄에 관한 언론의 보도에 있어서는 관계인의 신원을 밝힐 수 없음이 원칙이다.

(3) 匿名報道의 例外(實名報道 내지 肖像報道가 可能한 境遇)

범죄보도에 있어서 그에 관계된 개인의 성명을 거명하거나 초상을 공표하는 등 그 개인의 신원을 밝힘에는 그를 위한 특별한 정보의 이익이 있어야 하는데 그러한 경우란 ① 중대한 범죄로서 사회적 연관성이 큰 사안으로서 공공에게 알릴 필요성이 크거나 범행이 공적 생활의 가치에 대한 고도의 해악성을 갖는 경우 또 ② 그 범행에 관하여 이의가 없고 그 사실이 명백한 경우에 한한다. 이 경우 관계된 개인이 평범한 사인이었다면 공적 인물인 경우보다 더욱 엄격한 요건이 요구된다.

3. 裁判公開主義와 言論報道

피고인에 대한 심리는 법원조직법상의 공개재판주의에 따라 공공의 입장이 허용된 공개된 법정에서 이루어진다. 연혁적으로 보아 공개재판제도는 폐쇄된 비밀주의적인

432) 김재협, “언론과 범죄보도”, 「판례실무연구」, 박영사, 제2권, 1998, p.502.

사문주의 재판절차를 지양하여 공개적 변론 절차에서 진실을 발견하고 소송당사자 특히 형사피고인을 사법의 자의로부터 보호하는 한편, 법관의 독립을 보장하여 사법에 대한 국민의 신뢰를 강화함에 그 목적이 있는 것이다. 그러나 현대에 이르러 재판 공개주의의 운영 경험에 의하면 수많은 테러리스트의 재판에서 보여주듯이 공공의 입장허용은 법원에 압력을 가하려는 의도에서 선동과 소란을 가져왔고 오히려 진실 발견을 어렵게 한 측면이 있었다. 다양한 통제기구를 갖는 권력분립적 법치국가에서 이렇게 공공의 통제기능이 중요성을 상실하게 된 경향에 비추어 보면 오늘날 재판 공개주의의 주된 의미는 공공의 알 권리를 충족시키는데 있다고 할 수 있다. 그에 따라 법정공개는 반사적 효과로서 이해되던 언론매체에 의한 간접공개가 보다 중요한 의미를 부여받게 되었음은 당연한 것이다.

그럼에도 미디어에 의한 재판보도에는 심각한 부작용을 초래할 우려가 있으므로 그러한 폐단을 방지하기 위해 재판을 공개하지 않거나 그에 관한 보도가 절제될 필요가 논의된다. 종전에 재판의 공개를 배제하는 주요 이유는 국가의 비밀 또는 공적인 이익이었으나 오늘날에는 관계인의 인격권 보호에 그 중점이 옮겨지게 되었다.

가. 法廷報道의 許容限界

법정의 보도가 허용된다고 하여 특히 그 수사대상과 관련하여 피고인 등 소송관계인의 신원공개가 자동적으로 허용되는 것은 아니다.⁴³³⁾ 즉, 공개재판주의가 언론매체의 실명보도를 허용하는 근거가 될 수는 없는 것이다.

법원의 심리에서는 피고인의 수많은 개인적 생활환경이 언급되기 마련이지만 심리경과에 대한 보도에 있어서는 피고인의 내밀영역, 비밀영역 및 사적 영역에 대한 권리를 존중하여야 하는 한계를 지켜야 한다. 소송절차에서 개인적 생활환경이나 자료에 관한 진술이 있다고 하더라도 그것은 법원이나 소송관계인을 상대로 한 진술일 뿐, 공개에 대한 동의를 포함하는 것은 아니므로 언론이 그것을 그대로 보도할 수 있는 것은 아니다. 소송에서 진술된 피고인의 개인적 생활영역에 속하는 사정이 넓은 범위의 공공에게 전달될 수 있는가의 여부는 그 사건의 시사적 의미 및 그 보도가 피고인과 그의 혐의사실을 올바르게 이해하는데 필요한가의 여부에 의존한다.

법정보도가 허용되는 경우에도 일반적 법리에 따라 피고인에 대한 혐의사실과 소

433) Wenzel, 4. Aufl., S.446.

송경과는 진실되게 객관적으로 보도해야 함은 물론이다. 사실상태에 의해 뒷받침되지 않는 설명이나 피고인을 모욕하거나 그 인격권을 침해하는 표현은 금지된다.

나. 名譽權 保護와 裁判의 非公開

공개된 변론절차에서는 피고인의 사적 영역에 속하는 상세한 내용이 진술되기 마련이다. 그러한 재판을 비공개로 한다면 대중매체는 그러한 상황을 보도할 수 없게 될 것이므로 그러한 조치가 피고인의 비밀영역 및 내밀영역을 보호하기 위한 조치가 될 수 있음은 물론이다. 그러나 법원조직법 제57조 제1항 단서는 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 때에는 비공개로 재판 할 수 있다고 규정하여 비공개로 할 수 있는 사유로서 관계자의 인격적 이익이나 기업의 비밀보호를 명시하고 있지 않다. 입법적 결함이라고 생각되지만 위 법문상의 사유를 예시적 규정으로 해석한다면 인격권 보호를 위해서도 위 규정은 준용될 수 있다. 오늘날 주로 재판의 공개가 배제되는 이유는 개인의 인격권 보호를 위한 것이다.

비공개 여부의 결정에는 구체적인 사례의 사정에 따라 공공의 알 권리와 소송관계인의 인격보호 필요성을 비교형량하여야 한다. 그 경우 언론에 의한 재판보도의 경향은 인격보호의 이익을 고려하지 않는다는 점과 대중은 법적으로 의미 있는 사정보다는 이러한 범죄의 주변 사정에 관하여 더 큰 관심을 가지며 이를 비난적 요소로 평가하는 경향을 갖는다는 점을 고려하여야 한다. 예컨대, 독자들이 관심을 갖는 피고인의 직업이나 생계생활 등의 사정은 성질상 공개적으로 이루어지는 것이며 사생활의 주변영역에 속하는 것으로서 사적 영역과 공개적 영역의 중간에 존재하는 것이기 때문에 그에 대한 보도나 공개 여부는 어려운 형량의 문제를 제기한다. 그에 비하여 사적 영역이나 비밀영역 및 내밀영역과 같이 인격영역의 핵심에 관계되는 사항으로서 공개적으로 비난받을 위험이 클수록 공개원칙은 더욱 후퇴되게 된다. 인격영역의 침해가 심하면 심할수록 인격보호가 중시되어야 한다.

그러나 형사사건에서 공개원칙을 과도하게 배제하는 것은 입법자의 명료한 의사에 반하는 것이며 소송경과의 투명성과 범죄경위에 관한 이해를 위하여 그 보완책이 문제된다. 법원은 공공의 통제 및 정보의 이익을 보다 존중하는 의미에서 사건의 전면적인 비공개보다는 개인적 범익의 보호를 위해 필요한 한도에서 그 일부에 관하여 일시적인 비공개 조치를 취할 수도 있다. 또 재판장은 비공개를 해제한 후에 그 결과

에 관하여 압축·설명하거나 감정인으로 하여금 진술하게 함으로써 공공의 정보욕구를 충족시키는 방안이 고려될 수도 있다.

인격보호를 중시한다면 법원도 비공개조치에 인색할 필요는 없을 것이다. 비공개로 재판을 받게 해달라는 신청이 있는 경우 비공개의 요건이 존재하는 한 법원은 그에 따라야 한다. 비공개의 요건이 존재한다고 해도 소송관계인 모두가 명시적으로 공개 변론을 원하는 경우에는 물론 공개로 하여야 한다. 비공개의 요건이 있음에도 신청이 없는 때에는 법원이 재량권을 갖지만, 공개원칙보다 인격보호가 원칙적 우위를 가지며, 의문이 있는 경우에는 사적 영역과 비밀 및 내밀영역에 우위가 주어진다. 피고인의 사회복귀를 어렵게 하는 내밀한 사항, 정신적 육체적인 주목거리 등에 관한 진술이 임박한 경우와 같이 피고인의 인격적 영역에 대한 중대한 침해의 위험이 있는 경우에는 재량의 여지가 없고 피고인이 이의하지 않으면 법원은 비공개할 것이 강제된다고 보아야 한다.

피고인의 인격이나 행위배경의 이해를 위하여 변론을 비공개로 하는 경우에도 법원은 비보도를 조건으로 기자의 입장을 허용할 수 있을 것이다.⁴³⁴⁾

특수 강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제8조에 의하면 약취·유인·강간·강도 등 특수 강력범죄로 수사 또는 심리 중에 있는 사건의 피해자나 그 사건을 신고하거나 고발한 자에 대하여는 그 신원을 알 수 있는 사항을 보도할 수 없다. 피해자의 프라이버시보호와 함께 보복 범죄의 피해를 사전에 예방하기 위한 것이라고 할 수 있다.

다. 被告人의 身元에 관한 法廷報道

법정을 영상에 의해 극화하려는 경향에 대처하는 법적 제도로서 예컨대 영국과 스웨덴에서는 오래 전부터 법정외 촬영이 법적으로 금지되어 왔으며, 독일에서도 다수 학설은 이러한 제한을 지지하여 왔다. 1982년 제54차 독일 법률가대회가 법원 전체의 구내에서 보도를 목적으로 한 사진촬영은 불법이라고 선언한 점은 주목할 만하다.

우리의 법원조직법 제59조는 “누구든지 법정 안에서는 재판장의 허가 없이 녹화·촬영·중계방송 등의 행위를 하지 못한다.”고 규정하여 간접공개 중에서도 일정한 태양의 공개는 원칙적으로 금지하는 입장을 취한다.

독일에서는 공적 인물 내지 시사적 인물을 심판대상으로 하는 공판절차에 대한 초

434) 독일 법원조직법 제1조 제2항 1 문 참조.

상보도가 민사상 책임을 지는가 여부에 관하여는 논란된 바 있다. 인격권에 의한 효과적인 초상권 보호를 강조하는 견해에 의하면 공적인 의미 때문에 이미 익명권을 상실한 피고인이라 하더라도 공판절차에서 그의 초상 보도가 그의 정당한 이익을 침해하게 되는 경우에는 보도할 수 없으며⁴³⁵⁾ 이렇게 보도될 수 없는 초상은 원칙적으로 사전의 촬영도 금지되고 나아가 촬영이 피고인의 정당한 이익을 해하는 경우에도 역시 불법이라고 하는 입장을 취한다. 이것은 익명성을 상실한 자라 하더라도 그에 대한 영상보도는 또 다른 정당한 이익이 침해될 수 있음을 전제로 하는 것이다.

그러나 반대설은 그러한 정당한 이익을 인정하지 않는 입장에서 기소되어 공개적인 재판절차에서 다루어지는 피고인의 초상은 따로 보호할 가치가 없기 때문에, 그와 관련하여 행해지는 촬영을 감내해야 한다고 한다.⁴³⁶⁾ 피고인이 법정에서 어떻게 보이고 행위하는가를 법정에 참석한 기자가 기술·보도하는 것이 허용된다면 이러한 피고인에 관한 인상의 언어적 전달이나 시각에 의한 전달은 근본적으로 다름이 없다는 것이 그 주장의 이유이다.⁴³⁷⁾

그러나 엔가우는 관찰자의 언어적 전달과 영상전달을 동일시하는 이러한 Rotberg의 견해를 비판하면서 다음과 같이 논한다. 언어로 표현된 바를 대하는 수용자는 그것이 주관적으로 각색된 결과의 묘사라고 인식하며 언어에 의한 보도는 묘사대상인 피고인과 수용자 등 관찰자간의 간격을 유지해 줌에 비하여 피촬영자 자신이 공중에 전해지는 영상보도의 경우에는 피촬영자 자신의 인격에 대한 직접적 공격이 가해진다는 점을 간과하고 있다. Rotberg의 견해는 무엇보다 영상보도가 포착하는 태양과 방법을 무해한 것으로 보아 그로 인해 야기되는 상황을 오히려 파악하지 않는다는 점에서 찬성할 수 없다는 것이다.⁴³⁸⁾

사법 당국은 집요한 사진기자들에 대하여 자주 관대하고 굴종적인 조치를 취하는 것이 일반적이다. 세인의 주목을 끄는 형사사건에서는 피고인들이 법원건물에 등장하거나 법정에 입장하기까지 사진기자들의 무자비하고 소란스런 쇄도에 무방비상태로 방치되는 것이 보통이다. 그러한 사안에서 언론의 취재전쟁은 무질서와 함께 수많은 피고인에 대한 박해적 공격의 양상을 보이게 된다. 피고인의 일거수일투족과 순간순

435) 독일 예술저작권법(KUG) 제23조 제2항 참조.

436) Eberhard Rotberg, Öffentlichkeit der Rechtspflege, in Studium Generale 23 (1970) S.758.

437) Engau, a.a.O. S.513.

438) a.a.O. S.513.

간의 얼굴표정이 수십 개의 카메라에 의해 포착되곤 한다.⁴³⁹⁾ 사진기자의 촬영세례에 대하여 이를 거부하는 피고인은 손이나 물건으로 얼굴을 가리거나 머리를 숙여 감추는 행동을 취하게 되지만 그것이 사진촬영에 방해가 되기는커녕 오히려 그러한 모습의 촬영보도는 그에 대한 비꼬는 사진설명과 함께 더욱 더 그를 모욕 주게 된다.⁴⁴⁰⁾

사진기자가 그러한 피고인의 행동을 취한 장면은 그의 처참한 처지에 더하여 더욱 심각한 부담을 주게 된다. 피고인으로서 법정에서 나서는 것은 정신적·심리적으로 무거운 긴장을 주기 때문에 고도의 극기심이 없이는 극복될 수 없는 것이고, 그 긴장은 외적 행동으로 나타나지 않을 수 없다. 피고인의 행동에 대하여 눈에 띄는 것을 모두 포착하려는 사진기자가 대기하고 있다는 것을 인식하면 피고인의 내적 불안은 가중될 뿐 아니라 당황함 및 경직성을 높인다. 사진기자의 성가신 추궁은 형사법정에 선다는 특별한 상황 때문에 이미 제한된 피고인의 집중력을 더욱 약화시키며 신경질적으로 산만해진 피고인은 자기의 미래를 결정하게 될 심리와 소송의 경과에 대한 주의력을 잃게 되고, 변론에서 피고인의 방어능력은 현저히 약화된다. 그밖에도 피고인이 흥분되어 침착성을 잃는 것이 당연하다고 하더라도 그는 정신적 장애까지 않게 될 수 있다. 그러한 순간에도 촬영될 수 있다는 생각 때문에 피고인은 소송을 견디기 어렵게 된다. 공정하고 인간적인 법원의 심리가 피고인을 이러한 괴롭힘에 방치할 수는 없는 것이다. 시사적으로 중요한 피고인에 대한 형사사건의 심리에 있어서도 예외적인 상황에서는 사진촬영의 대상으로 할 수 없는 경우가 있다.⁴⁴¹⁾

법공동체에서 법원보도가 갖는 가치가 지대하다 할지라도 언어에 의한 보도가 상술한 한계 내에서 허용된다는 이유 때문에 과도하게 저해되어서는 아니 된다. 더 나아가 스케치나 그림의 형태에 의한 해설은 사진보다는 훨씬 분별 있게 그를 성가시게 함이 없이 제작될 수 있기 때문에 시사적으로 중요한 피고인의 정당한 이익에 대립되지 않는다. 그러므로 피고인에 한해서는 법원조직법 제169조 2문을 넘어 법원건물 내 및 그 부근에서의 촬영은 애당초부터 허용되지 않으며 법원에 의해 일반적으로 금지되어야 한다는 것이 엔가우의 견해이다.⁴⁴²⁾

439) a.a.O. S.514.

440) a.a.O. S.515.

441) a.a.O. S.516.

442) a.a.O. S.517.

4. 名譽毀損罪

가. 名譽毀損罪

공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하면 명예훼손죄가 성립된다.(형법 제 301조 제1항) 공연성이란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말한다.(통설·판례)⁴⁴³⁾ 불특정이란 행위시에 상대방이 구체적으로 특정되어 있지 않다는 의미가 아니라 상대방이 특수한 관계로 한정된 범위에 속하는 사람이 아니라는 의미이다. 다수인이란 단순히 2인 이상이라는 것만으로 충분하지 않고 상당한 다수임을 요한다.

사실의 적시가 있어야 한다. 사실은 사람의 사회적 지위나 가치를 저하시킬 만한 것이면 과거의 사실뿐만 아니라 현재 및 미래의 사실도 포함한다. 그 사실에는 공지의 사실까지도 포함된다. 하지만 가치판단과는 구별되어야 한다. 사실은 그 자체로서 증명될 수 있지만 가치판단은 그 정당성이 주관적 확신에 의하여 좌우되기 때문이다. 하지만 가치판단과 사실의 구별이 반드시 쉬운 일은 아니다. 적시라 함은 사람의 사회적 평가를 저하시키는 데 충분한 구체적 사실을 알리는 것으로 족하고, 시기·장소·수단 등에 관해서 정밀하게 특정될 필요는 없다. 공연히 허위의 사실을 적시하면 가중처벌된다.(제2항) 사자의 명예훼손은 공연히 허위의 사실을 적시할 때에만 성립된다.(제308조)

사람을 비방할 목적으로 신문·잡지·라디오 기타 출판물에 의하여 제307조의 죄를 범한 경우에는 그 형을 가중하고 있다.(제309조) 이는 비방할 목적을 가지고 그 파급효과가 큰 언론매체를 이용하였다는 점에서 가중처벌하는 규정이다. 비방목적이라 함은 행위자가 자신의 행위가 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손할 가능성이 있음을 인식하고 행위에 나아가는 것을 말한다. 예컨대 타인을 비방할 목적으로 허위사실인 기사의 재료를 기자에게 제공하는 것은 본죄에 해당된다.⁴⁴⁴⁾ 또한 대법원은 대간첩작전에 참가한 공수부대원들이 사살된 간첩들을 배경으로 기념촬영한 사진을 광주민주화운동의 현장사진인 것처럼 속여 언론사에 제공한 자에 대하여 행

443) 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도5622 판결.

444) 대법원 1960. 6. 8. 선고 59형상715 판결.

위자가 사진 속의 공수부대원들을 비방할 목적이 있었다고 판시한 바 있다.⁴⁴⁵⁾

사자에 대한 명예훼손죄는 친고죄이고 일반 명예훼손죄와 출판물에 의한 명예훼손죄는 반의사불벌죄이다.

그런데 형법 제310조에서는 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지, 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다라고 규정하여 일반적인 위법성조각사유가 아닌 특별한 위법성조각사유를 명기하고 있다. 이는 언론보도의 자유를 보장하기 위한 특별규정이다. 진실한 사실이란 적시된 사실의 중요부분이 진실이면 족하고 세부적인 부분까지 진실에 합치할 필요는 없다.⁴⁴⁶⁾ 공공의 이익이라 함은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것도 포함된다. 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지의 여부는 당해 적시 사실의 구체적 내용, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위의 광협, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사항을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예의 침해의 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 한다.⁴⁴⁷⁾ 오로지라는 개념을 좁게 해석할 경우 본조의 적용범위가 매우 좁아지기 때문에 주로의 의미로 이해되고 있다.⁴⁴⁸⁾ 대법원은 그에 대한 입증책임은 어디까지나 명예훼손 행위를 한 방송 등 언론매체에 있고 피해자가 공적인 인물이라 하여 방송 등 언론매체의 명예훼손 행위가 현실적인 악의에 기한 것임을 그 피해자측에서 입증하여야 하는 것은 아니다. 방송 등 언론매체의 명예훼손 행위와 관련하여 적시된 사실이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지의 여부를 판단함에 있어서는 그 방송 등이 신속성이 요청되는 것인가, 그 방송 등의 자료를 믿을 만한 것인가, 피해자와의 대면 등 진실확인이 용이한가 하는 점을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 실명에 의한 논픽션 라디오 드라마에 있어서는 일반의 청취자 등이 그 내용을 사실이라고 받아들이기가 쉬운 반면에 신속성의 요청은 일반 보도에 비하여 그다지 크다고 할 수가 없으므로 그 방송에 있어서는 단순한 풍문이나 억측이 아닌 신빙성 있는 자료에 의거하여야 할 필요성이 크다고 판시하고 있다.⁴⁴⁹⁾

445) 대법원 1989. 11. 14. 선고 89도1744 판결.

446) 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결.

447) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결.

448) 대법원 1989. 2. 14. 선고 88도899 판결.

449) 대법원 1998. 5. 6. 선고 97다34563 판결.

나. 刑法體系上 問題點

첫째, 출판물에 의한 명예훼손죄에서 규정하고 있는 비방할 목적만 있으면 적시된 사실이 진실이고 공공의 이익에 관한 때에도 출판물에 의한 명예훼손죄로 처벌된다는 점이다.⁴⁵⁰⁾ 즉 비방할 목적이라는 막연하고 초과주관적 요소로 인하여 제310조에서 규정한 언론의 자유를 보장하기 위한 특별규정이 무력화된다는 점이다. 이에 제309조를 폐지하는 것이 바람직하다는 입법론도 제기되고 있다.⁴⁵¹⁾

둘째, 형법상 명예훼손죄의 법정형이 외국의 입법례에 비하여 지나치게 높다는 지적도 제기되고 있다.⁴⁵²⁾ 이와 같은 명예훼손죄의 법정형이 과도한 형법규정은 결과적으로 형사적인 처벌보다는 오히려 민사법적인 불법행위로 인한 손해배상으로만 나아가는 경향을 초래하게 될 우려도 있다.

제 2 절 言論關係法에 의한 救濟

한국 언론의 보도는 많은 문제를 내포하고 있지만 크게 2가지로 생각해 볼 수 있다. 첫째, 독자확보를 위한 선물 주기 등 탈법적인 시장행위와 광고강요·구독강요·이권개입 및 권력행사 등의 행위를 들 수 있다. 두 번째 보도나 논평 등에서 오는 오보 및 과장보도, 왜곡보도 및 편파보도에서 오는 인권 및 명예훼손 등의 문제다. 두 번째 이유인 잘못된 언론보도 등 언론에 의한 명예훼손 등으로 인한 중재신청 건수는 1988년까지는 연간 약 50건 안팎에 불과했으나 90년대에 이르러 커다란 증가세를

450) 대법원 1986. 10. 14. 선고 86도1063 판결.

451) 한국형사정책연구원, 전개논문, p.125; "비교법적으로 보더라도 형법 제309조와 같은 입법례는 그 유례를 찾아보기 어렵다. 따라서 입법론으로는 출판물에 의한 명예훼손을 가중처벌하되 보도된 내용이 진실이고 공적 관심사인 경우에는 위법성이 조각되도록 하는 것이 바람직하다. 예컨대 오스트리아 형법은 출판물에 의해 사람의 명예를 훼손하는 경우에 가중처벌을 하고 있으나 사실의 진실성이 인정될 때에는 처벌대상에 제외하고 있다(형법 제111조 제2항 및 제3항).

452) 한국형사정책연구원, 상개논문, p.126; 형법 제309조 제2항이 최고 징역 7년으로 되어 있다. 그러나 외국의 입법례는 최고 1년(스위스 형법 제174조, 이탈리아 형법 제595조) 내지 3년(오스트리아 형법 제11조 제2항, 프랑스 출판의 자유에 관한 법률 제30조·제31조) 정도에 그치고 있다.

보이며 1999년 이후에는 매년 600건 이상을 보이다 2004년에는 지금까지 최대인 759건을 기록하는 등 급속한 증가추세를 보여주고 있다. 일반적으로 명예훼손에 대한 민사소송의 전 단계로 중재신청을 하는 점을 감안하면 언론보도에 대한 불만 및 대응 정도가 얼마나 가파르게 상승해왔는지를 알 수 있다.

언론에 의한 명예훼손을 입어 정정보도청구권을 행사하려는 자는 언론사에 직접 청구하거나 언론중재위원회에 중재신청을 할 수 있다. 또한 2005. 7. 1부터 시행되는 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률” 제26조는 언론에 의한 피해자는 법원에 정정보도청구등의 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 피해자가 언론사에 직접 청구하여 협의가 성립되지 아니한 경우 피해자나 언론사는 정정보도청구 등 또는 손해배상의 분쟁에 관하여 중재부의 중재적 결정에 따르기로 합의하고 중재를 신청할 수 있도록(동법 제24조) 규정해 언론에 의한 명예훼손에 대한 구제를 중재제도를 통해 할 수 있도록 명문화했다.

1. 訂正報道請求權

가. 訂正報道請求權의 意義와 法的 性質

정정(반박)보도청구권이란 사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함으로 인하여 피해를 받은 사람이 당해 언론사에 대하여 그 피해자의 사실적 주장과 이를 명백히 전달하는데 필요한 설명을 게재하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다.⁴⁵³⁾

다시 말해 정정보도청구권은 그 제목의 표현과는 달리 언론사에 대하여 정기간행물이나 방송의 보도내용을 진실에 부합되게 시정할 것을 요구하는 권리가 아니라 그 보도내용에 대하여 피해자가 주장하는 반박내용을 보도해 줄 것을 요구하는 권리⁴⁵⁴⁾이므로 이의대상이 된 보도내용의 진실 여부는 그 권리행사의 요건이 아니다.⁴⁵⁵⁾

453) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조, 제15조.

454) 대법원 1986. 1. 28. 선고 85다카1973호 판결; 헌법재판소 1991. 9. 16. 89헌마165 전원재판부.

나. 訂正報道請求權의 行使要件

우선 정정보도청구권은 정기간행물·방송·종합유선방송에 공표된‘사실적 주장에 의하여’ 피해를 입었을 것(사실적 주장성)이 요구된다. 사실적 주장이 아닌 의견 표현적 보도에 대하여는 정정보도청구권이 부인된다.⁴⁵⁶⁾ 정정보도의 요구도 사실적 보도에 대한 진술과 이를 명백히 전달하는데 필요한 설명에 국한된다.

보도내용이 사실적 주장인 경우 그것이 신문의 논설이거나 가십기사⁴⁵⁷⁾, 잡지의 표지나 목차⁴⁵⁸⁾, 방송의 논평·해설도 정정보도의 대상이 되며 그것이 르포기사이든, 독자투고⁴⁵⁹⁾이든, 외부 인사의 청탁원고에 따른 기사이든, 공공단체 등으로부터의 보도자료에 기한 것이든 가리지 않는다.

다음으로 정정보도청구권이 인정되기 위해서는 언론보도로 인하여 자기의 인격권 등 권리가 침해당하여 그에게 피해가 발생함을 요하는데(개별적 관련성) 이 경우 언론으로부터 공격받았다거나 직접적인 침해를 받은 경우만으로 국한되는 것이 아니라 단지 언론보도의 사실적 주장에 관련되었다거나 언급되었다는 것으로도 피해를 입었다고 볼 수 있다.⁴⁶⁰⁾

다. 公的 資料에 의한 報道와 訂正報道請求權의 成立與否

(1) 一般原則

언론기관의 사실적 주장에 대한 보도로 인하여 피해를 입은 경우 피해자에게는

455) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조 제2항; 대법원 1991. 1. 15. 선고 90다카25468호 판결.

456) 서울민사지방법원 1983. 5. 24. 선고 83카7953호 판결; 1991. 10. 10. 선고 91카81540호 판결; 1990. 5. 25. 선고 89카28984호 판결; 1992. 11. 26. 선고 92카기649호 판결; 서울지방법원 서부지원 1992. 12. 14. 선고 92카합3879호 판결 등.

457) 서울민사지방법원 1995. 2. 13. 고지 94카기4983호 결정.

458) 서울민사지방법원 1995. 1. 25. 고지 94카기4881호 결정; 1995. 2. 13. 고지 94카기4983호 결정.

459) 서울민사지방법원 1987. 12. 11. 선고 87카40175호 판결.

460) 서울민사지방법원 1992. 9. 15. 선고 92카기474호 판결.

그와 같은 보도의 채널이 공식적 채널에 의한 것이든, 비공식적 채널에 의한 것이든 관계없이 정정보도청구권이 인정된다. 따라서 행정기관의 발표에 의하여 또는 검찰⁴⁶¹⁾이나 경찰⁴⁶²⁾, 안기부⁴⁶³⁾ 등 사법기관의 발표에 의하여 보도된 경우라고 하더라도 정정보도의 대상이 된다.⁴⁶⁴⁾ 심지어 대통령의 공적인 발언을 그대로 보도한 경우까지도 포함된다고 보고 있다.⁴⁶⁵⁾ 공적 자료에 근거하여 충실히 보도한 경우 언론기관은 명예훼손의 경우에는 그 보도에 있어서 상당한 주의의무를 다한 것으로 인정되어 위법성이 조각되어 면책되지만 정정보도청구권의 경우에는 이러한 상당성의 원칙이 적용되지 않기 때문이다.⁴⁶⁶⁾

(2) 言論機關의 免責事由

첫째, 정정보도청구권은 언론의 사실적 주장에 대해서만 인정되는 권리이므로 그것이 언론의 의견적 주장에 대한 것인 때에는 면책된다.

둘째, 국가 지방자치단체 또는 공공단체의 공개회의와 법원의 공개재판절차에 관한 사실기사의 경우에도 정정보도의 대상이 되지 않는다.⁴⁶⁷⁾ 그러나 이러한 경우에도 언론이 공개재판절차에 관한 사실보도의 형식으로 보도하지 아니하고 언론기관이 스스로 지득한 사실인 것처럼 보도한 경우에는 정정보도의 대상이 된다.⁴⁶⁸⁾

셋째, 청구된 정정보도가 명백히 사실에 반하는 내용일 경우⁴⁶⁹⁾에도 언론기관은 면책된다. 정정보도청구권이 형식적 권리라는 성격상 그 발생을 위해 원보도의 내용이 진실인가의 여부는 원칙상 문제되지 않으나 정정보도문의 내용이 명백히 허위인 때에는 그것의 보도를 요구하는 것 자체가 권리남용이 되므로 허용되지 않는

461) 서울민사지방법원 1994. 12. 27. 고지 94카기4890호 결정.

462) 서울민사지방법원 1995. 1. 26. 고지 94카기5463호 결정; 1995. 2. 20. 고지 94카기5716호 결정; 서울지방법원 1995. 5. 2. 선고 94가합47709호 판결 등.

463) 서울지방법원 남부지원 1995. 2. 20. 선고 94카합3122, 3123호 판결.

464) 서울고등법원 1990. 2. 6. 선고 89나30506호 판결; 서울민사지방법원 1995. 1.2 6. 고지 94카기5463호 결정.

465) 서울지방법원 1995. 9. 30. 고지 95카기3525호 결정.

466) 서울고등법원 1963. 11. 17 선고 82나4188호 판결.

467) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조 제4항 제5호.

468) 대법원 1986. 1. 28. 선고 85다카1973호 판결.

469) 서울민사지방법원 1990. 5. 25. 선고 89카28984호 판결; 1994. 12. 27. 고지 94카기4850호 결정.

다.⁴⁷⁰⁾⁴⁷¹⁾ 민사소송법상 공지의 사실과 법원에 현저한 사실이 예시될 수 있다.(제 261조)⁴⁷²⁾

넷째, 청구된 정정보도가 위법한 내용일 경우도 면책된다.⁴⁷³⁾ 위법한 내용이란 형사상 처벌받게 되는 내용과 민사상 불법행위가 되는 경우이다. 청구된 정정보도문이 제3자의 인격권을 침해하는 등 민사상 불법한 내용을 포함하게 되는 경우에도 정정보도청구는 인정되지 않는다.

다섯째, 청구된 정정보도의 내용이 상업적인 광고만을 목적으로 하는 경우 그 청구는 거부된다.⁴⁷⁴⁾ 현행법상 광고에 대한 정정보도청구가 허용되지 않는다는 판례⁴⁷⁵⁾와 또 편집부분과 광고부분을 엄별하는 언론계의 관행에 비추어 본다면, 편집부분의 사실주장에 대한 반론권의 행사에 있어서도 상업적인 광고만을 목적으로 하는 청구인의 정정보도청구를 허용할 수 없을 것이다.

2. 反論報道請求權

가. 意 義

반론보도청구권이란 언론의 보도사항에 이해관계를 갖는 개인이 자신의 말을 무료로 보도해 줄 것을 요청할 수 있는 권리를 말한다.⁴⁷⁶⁾ 이는 언론사의 오류유무를 불문하고⁴⁷⁷⁾ 피해자 자신이 작성한 문안을 그대로 보도해 줄 것을 청구하는 권리라는 점에서 종전의 신문윤리위원회나 방송심의위원회의 정정 결정과는 전혀 성격을 달리 한다. 반론보도청구권이 인정됨에 따라 피해자는 자기에 관계된 보도를 행한 언론사에 즉각적으로 반론을 제기할 수 있는 권리를 보장받게 되었고 언론사로서는 스스로 야기한 쟁점에 관하여 상대방 언론의 자유를 위해 그 지면을 할해할 의무를 부담하

470) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제15조 제4항 제2호.

471) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90다카25468호 판결.

472) 서울지방법원 남부지원 1993. 9. 6. 선고 93카합792호 판결.

473) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제15조 제4항 제3호.

474) 서울지방법원 1995. 7. 5. 고지 95카기1885호 결정.

475) 서울민사지방법원 1984. 11. 30. 선고 84카34374호 판결.

476) 권영성, 헌법학원론, p.448.

477) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제16조 제2항.

게 되었다고 할 수 있다.⁴⁷⁸⁾

나. 法的 根據

개인의 인격에 대한 권리는 국가권력을 포함하여 모든 타인에게 주장할 수 있다는 의미에서 절대적인 성질을 갖는다는 것이 독일에서의 일반적인 학설이다. 이에 따라 독일에서는 인격권에 대한 침해는 민사상 불법행위를 구성하여 손해배상청구권이 성립됨을 인정하고 그 외에도 방해예방청구권과 방해배제청구권의 행사도 인정하고 있다.⁴⁷⁹⁾ 우리나라 헌법에 있어서도 인격권을 내용으로 하는 인간존엄과 가치는 헌법상 최고규범으로서 모든 국가작용을 기속하는 효력을 갖고 있는 점을 감안할 때 독일의 법리를 그대로 수용하여 인격권 보호의 수단으로서 반론보도청구권을 인정할 수 있다고 본다.

또한 언론자유는 내용에는 시민이 언론의 여론형성에 참여하여 언론을 이용할 수 있는 액세스권이 포함되어 있고 언론은 시민의 여론을 받아들여 공론화 할 공적 책임을 지고 있으므로 액세스권 실현의 방안으로 반론보도청구권을 인정할 수 있다.

다. 要件

언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에서는 사실적 주장에 관한 언론보도로 인하여 피해를 받은 자, 즉 피해자가 반론권을 제기할 수 있도록 규정하고 있다

(1) 主 體

반론권을 행사할 수 있는 주체는 언론보도로 인하여 피해를 받은 자로서 자연인과 법인은 물론 이거니와 민사소송법상의 당사자능력이 인정되는 비법인, 사단이나 조합, 재단 등을 비롯하여 설사 민사소송법상 당사자능력이 없다고 하더라도 사회생활상 하나의 단위로서 활동하고 있는 사회적 개체인 경우에도 반론권을 행사할 수 있다.⁴⁸⁰⁾ 다만 여기서 문제가 되는 것은 피해를 받은 자 가운데 공무원도 포함되느냐,

478) 박용상, 「언론과 개인법익」, 조선일보사, 1997, p.494.

479) 박용상, 언론과 개인법익, p.522.

480) 서울민사지방법원 1983. 11. 25. 선고 83카22003 판결.

즉 공무원을 일반인과 똑같이 취급할 것인가 하는 것이다. 정기간행물의 등록에 관한 법률에서는 이와 관련하여 국가·지방자치단체 또는 공공단체의 공개회의와 공개재판절차⁴⁸¹⁾에 관한 사실기사의 경우에는 제1항부터 제5항까지의 규정을 적용하지 아니한다. 국가가 지방자치단체·기관 또는 단체의 장은 당해 업무에 대하여 그 기관 또는 단체를 대표하여 반론보도를 청구할 수 있다⁴⁸²⁾고 규정하여 국가·지방자치단체·기관 또는 단체의 공개회의와 공개재판절차에 관한 사실기사에 대하여 반론보도 청구권을 배제하고 있을 뿐 공무원에 관하여는 별도로 언급하고 있지 않았었다. 그러나 2005년 7월 1일부터 시행되는 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에서는 이러한 규정을 삭제함으로써 공무원도 업무와 관련된 공개회의나 공개재판절차가 아닌 개인적으로 반론권을 행사할 수 있으며 그것이 진실발견과 올바른 여론형성이라고 하는 반론권의 목적에도 부합한다 할 것이다.⁴⁸³⁾

(2) 被害를 받은 者

2005년 1월 27일 언론구제제도를 통합하여 제정한 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에서는 반론권의 주체로서 언론보도로 피해를 받은 자만이 반론권을 행사할 수 있는 것으로 되어 있다. 그러나 판례는 피해를 받은 자의 의미를 그 언론보도에서 지명되거나 그 보도내용과 개별적인 관련성이 있음이 인정되는 자⁴⁸⁴⁾로 해석하고 있기 때문에 반론권을 행사하기 위해서는 어떤 피해를 어떻게 입었는지 그 피해의 내용을 주장·입증할 필요 없이 단지 보도된 기사내용과 개별적 관련성⁴⁸⁵⁾이 있다는 것만 밝히면 된다. 그러나 반론권이 처음 도입되었을 당시에는 언론계나 일반인 심지어 법원의 재판과정에서도 동제도의 본질과 그 내용에 대한 인식부족으로 판단에 혼선을 빚어 피해의 개념을 개별적 관련성으로 해석하지 않고 문자 그대로 특정의 피

481) 1987년 11월 28일 법률 제3979호로 제정·공포된 이 법률은 1989. 12. 30.과 1991. 12. 14. 1995. 12. 30. 등 2003. 5. 29.까지 8차례의 개정되어 왔으나 2005. 1. 27. 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률로 대체입법되면서 폐지되었다.

482) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조 제3항; 정기간행물의 등록에 관한 법률 제16조제 7항; 방송법 제41조 제8항; 종합유선방송법 제45조 제9항.

483) 헌법재판소 1991. 9. 16. 89헌마165 전원합의체.

484) 대법원 1986. 1. 28. 선고 85다카1973 판결; 서울민사지방법원 1995. 2. 13. 선고 94카기 4983 판결.

485) 개별적 관련성이라 함은 언론보도와 피해자간의 특별한 관계를 일컫는 바, 직접적인 관련성뿐만 아니라 간접적인 관련성이 있는 경우에도 제한적으로 인정된다.

해발생을 요구하기도 하였다.

(3) 對 象

현행법상 반론권의 대상은 단지 사실적 주장에 국한된다. 사실적 주장이 과연 무엇을 의미하는가에 관하여 관례는 명확한 해석을 하고 있지 아니하나 우리나라의 학설은 대체로 입증가능하고 명확하며 역사성이 있는 것으로서 외부적으로 인식 가능한 과정이나 상태를 포함하여 그 동기·목적·심리상태 등이 외부로 표출된 것을 사실적 주장으로 본다.⁴⁸⁶⁾

그러나 우리의 지나온 역사를 되돌아 보건대 언론이 국민을 호도하고 일방적인 사고를 강요한 것은 사실적 보도에 의해서가 아니라 논평과 사실, 기획기사 등 이른바 가치판단을 통해서였음을 부인하기 어렵다. 따라서 반론권이 올바른 여론형성과 개인의 법익보호, 국민의 알 권리 등에 충실하게 기여하기 위해서는 그 대상을 사실적 주장에 국한하지 아니하고 가치판단을 포함한 모든 언론보도에 대하여 제기할 수 있도록 하여야 한다.

(4) 報 道 的 虛 偽 性 與 否

반론권은 언론보도의 진실성 여부와는 관계없다. 즉 언론이 보도한 내용이 진실이냐 허위이냐를 따지지 아니하고 언론보도의 사실적 주장에 의하여 피해를 입은 자의 반론을 게재하여 주는 제도가 반론권이다. 이는 1995년 12월 30일 법개정 이전에 정정보도청구권이라는 용어로 본 제도가 존재할 때부터도 인정되어온 것으로 헌법재판소도 정정보도청구권은 그 표현의 형식에도 불구하고 그 내용을 보면 언론기관의 사실적 보도에 의한 피해자가 그 보도내용에 대한 반박의 내용을 게재하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리이다. 따라서 그 보도내용의 진부를 따지거나 허위보도의 정정을 청구하기 위한 것이 아니다⁴⁸⁷⁾라고 하여 이 점을 분명히 하고 있다.

486) 박연희, "반론권에 관한 비교헌법학적 고찰", 서울대학교 법학박사학위논문, 1995, p.184.

487) 헌법재판소 1996. 4. 25. 96헌바25 전원합의체.

3. 追後報道請求權

가. 意 義

추후보도청구권(Anspruch auf nachträgliche Mitteilung)이라 함은 정기간행물·방송 등의 언론매체에 의해서 범죄행위가 있다거나 또는 형사상처분을 받았다고 보도된 사람이 자신에 대한 형사절차가 불기소처분이나 무죄판결 등 유죄판결이외의 형태로 종결되어 혐의가 없는 것으로 밝혀졌을 경우에, 해당 언론매체에 대하여 자신의 무고함을 보도하도록 청구할 수 있는 권리를 말한다.⁴⁸⁸⁾ 이에 대하여는 새로 제정된 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제17조에서 이를 규정하고 있다.

나. 要 件

첫째, 범죄혐의가 있다고 보도되었거나 형사상의 조치를 받았다고 보도되었을 것, 수사기간에 의하여 형사절차가 개시되기 전에 특정인이 범죄혐의가 있다고 보도하거나 수사기관에 의해 내사에 착수되거나 수사중이거나 공소제기 내지 재판받고 있다는 사실들을 보도한 때이다. 형법 및 특별법상의 범죄구성요건에 해당되는 사실뿐만 아니라 사회보호법, 보호관찰법상의 보안처분에 해당하는 사실도 포함된다. 범죄혐의나 형사상의 조치에 한하므로 행정상의 징계처분은 해당되지 않는다. 위 사실의 보도에 관하여 정정보도청구권의 행사에 정정보도가 이루어졌더라도 그 후 위 사실이 무혐의나 무죄 등으로 확정되면 이에 대하여 다시 추후보도청구권을 행사하는데 지장이 없다.

둘째, 형사절차가 유죄판결 이외의 형태로 종결되었을 것, 유죄판결 이외의 형태로 종결되면 이 청구권이 생기는 것이므로 수사기관에서 내사단계에서 종결되든 기소단계에서 종결되든 상관없다. 기소유예처분은 범죄혐의가 있음을 전제로 하는 것이므로 제외되어야 한다. 또한 기소중지처분은 아직 사건이

488) 이석연, "판결공시제도와 추후보도청구권", 「언론중재」, 언론중재위원회, 제42호, 1992, 봄호, p.23.

종결되지 않은 상태이므로 포함되지 않는다.

셋째, 추후보도청구권의 행사에 정당한 이익을 가질 것이 요구된다. 그 행사는 정정보도청구권의 절차에 따른다.⁴⁸⁹⁾

다. 行使方法

반론보도청구권의 행사방법이 그대로 준용된다. 다만 권한행사기간이 형사절차가 종결된 날로부터 1월 이내이고 그 행사할 수 있다고 하는 점은 법원이나 검찰청에서 발행하는 형사절차가 종결되었음을 증명하는 서면으로 입증하여야 한다.

라. 公的 資料에 의한 報道와 追後報道請求權의 成立與否

언론기관의 형사상 사건에 대한 보도가 검찰이나 경찰, 국정원 등 수사기관의 공식적 수사발표에 기한 것이거나 또는 위 수사기관이 작성하거나 보관하고 있는 자료에 근거한 것이라고 하더라도 나중에 그에 대한 혐의가 없는 것으로 밝혀지거나 무죄재판이 확정된 경우⁴⁹⁰⁾에는 그에 대한 추후보도를 할 의무가 있다.

따라서 보도 당시 범죄혐의가 있다거나 형사상의 조치를 받았다는 사실 자체가 진실에 부합하였는가의 여부는 추후보도청구권의 성립에 영향이 없으며 그 보도에 대하여 이미 정정보도청구권을 행사하였더라도 나중에 무혐의나 무죄 등으로 종결된 때에는 다시 추후보도청구권을 행사할 수 있다.

4. 調 停

가. 調停權

언론중재는 언론중재위원회가 언론의 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 개인이나 단체가 해당 언론사를 대상으로 제기한 반론보도 및 정정보도 등 청구사건을 접수하

489) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제18조.

490) 95서울중재40호(중재성립)

여 중재하는 제도이다.⁴⁹¹⁾ 이 중재위원회에 조정권이 부여된 것이다. 조정권은 당사자 사이에 합의가 이뤄지지 않은 경우 또는 신청인의 주장이 이유있다고 판단되는 경우 중재부는 당사자들의 이익과 그 밖의 모든 사정을 참작하여 신청취지에 반하지 않는 한도 안에서 직권으로 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있다. 개정된 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률”은 정정보도청구와 반론보도청구 및 추후보도청구와 관련하여 분쟁이 있는 경우 피해자 또는 언론사는 중재위원회에 조정을 신청할 수 있도록 했다.⁴⁹²⁾ 또 피해자는 언론에 의한 피해의 배상에 대하여 언론보도가 있음을 안 날로부터 3개월 이내에 중재위원회에 조정을 신청할 수 있고 조정신청은 구술이나 서면 그밖에 대통령령이 정하는 바에 따라 전자우편 등의 방법으로 하며 피해자가 제14조 1항과 제16조1항 및 제17조1항의 규정에 따라 언론사에 먼저 정정보도 및 반론보도 또는 추후보도를 청구할 때에는 피해자와 언론사간의 협의를 불성립된 날부터 14일 이내에 하여야 한다.⁴⁹³⁾

조정은 중재부에서 관할하는데 조정은 신청 접수일부터 14일 이내에 해야 하며 중재부의 장은 조정신청을 접수한 때에는 지체 없이 조정기일을 정하여 당사자에게 출석을 요구하여야 한다. 출석을 요구받은 신청인이 2회에 걸쳐 출석하지 아니할 때에는 조정신청취지에 따라 정정보도 등을 이행하기로 합의한 것으로 본다.⁴⁹⁴⁾ 조정기일에 중재위원은 조정대상인 분쟁에 관한 사실관계와 법률관계를 당사자들에게 설명이나 조언을 하거나 절충안을 제시하는 등의 합의를 권유할 수 있다.

나. 協 議

(1) 言 論 社 와 直 接 協 議

언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률은 언론에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 피해자는 그 사실보도가 있음을 안 날로부터 3월 이내에 언론사에 청구할

491) 김종훈, “언론사 입장에서 바라본 언론소송 대처방안”, 「한국언론과 명예훼손소송」, 나남, 2002. p.187-288.

492) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제18조 제1항.

493) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제18조 제3항.

494) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제19조 제3항.

수 있도록 하면서 이 경우 언론사는 지체없이 피해자 또는 그 대리인과 반론보도의 내용·크기 등에 관하여 협의를 하여야 하도록 규정하고 있다.⁴⁹⁵⁾ 그러나 이와 같은 언론사에 대한 직접적 반론보도청구는 언론중재위원회에 중재신청을 하기 위한 필요적 전치절차는 아니다. 다시 말하면, 피해자는 언론사에 대한 사전 청구나 고지할 필요 없이 곧 바로 언론중재위원회에 중재신청을 할 수 있는 것으로서 언론사에 대하여 미리 청구를 하느냐 여부는 오로지 피해자의 임의에 달려 있다. 그럼에도 불구하고 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률상 반론 보도청구권에 대한 개념정의와 있는 첫 조문으로서 가장 중요한 조문이라고 할 수 있는 제16조에서 언론사에 대한 직접적 청구를 규정하고 있는 것은, 반론보도가 우선적으로 언론의 자율에 의하여 처리되는 것이 바람직하다는 선언적 의미를 담고 있는 것이라고 볼 수 있다.

피해자가 언론사에 대하여 반론보도청구를 함에 따라 언론사와 피해자 사이에 이루어지는 협의는 소송에 갈음하는 분쟁해결방안 중 이른바 전형적인 협상(negotiation)에 속한다. 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률은 그와 같은 협의가 지체없이 이루어져야 한다고만 규정할 뿐, 그 형식이나 방법 등에 관하여는 아무런 언급이 없다. 한편 위조문은 언론사가 피해자와 지체없이 협의하도록 규정하고 있는 그 문구로 인하여 마치 언론사에 협의의무가 있는 것으로 해석될 수도 있으나 언론사가 피해자의 반론보도청구 등과 관련한 협의에 응하지 않는다 하여 무슨 불이익을 입거나 행정적 제재를 받거나 형사처벌을 받는 것은 아니므로 언론사에 협의의무가 있다고 할 수는 없다.

(2) 協議의 成立

언론사와 피해자 사이에 협의가 성립된 경우에는 그 합의내용에 따라 반론보도문이 보도될 것이다. 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률은 일간신문과 주간신문은 피해자의 반론보도 요구를 받은 날부터 7일 이내에 다만 정기간행물의 경우 이미 편집 및 제작이 완료되어 부득이 한 때에는 다음 발행호에 반론보도문을 게재하도록 하고 반론보도의 내용은 독자투고의 형식으로 게재할 수 없으며 반론보도문의 내용과 크기 등에 관하여 양 당사자의 협의에 의하도록 규정하고 있다.⁴⁹⁶⁾

495) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제15조 제3항.

496) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제15조 제3항.

(3) 協議의 不成立

당사자 사이에 협의가 성립되지 아니한 경우, 피해자가 반론보도를 얻어내기 위해서는 관할구역에 있는 언론중재위원회의 중재부에 조정을 신청할 수 있다. 조정은 신청접수일로부터 14일 이내에 하여야 하며, 이의 조정을 위하여 중재부에서는 당사자들에게 조정기일에 출석을 요구할 수 있다. 그러나 조정신청자가 출석요구를 받고도 2회에 걸쳐 출석하지 아니한 때에는 조정신청을 취하한 것으로 보고, 또 피신청인인 언론사가 2회에 걸쳐 출석하지 아니한 때에는 조정신청취지에 따라 정정보도 등을 이행하기로 합의한 것으로 본다. 또한 중재부는 중재신청 접수일로부터 21일 이내에 직권중재결정하여야 하며 직권조정결정에 대하여 결정정본을 송달받은 때로부터 7일 이내에 이의신청이 없는 경우 재판상 화해와 동일한 효력을 인정하고 있다.⁴⁹⁷⁾

이러한 중재제도는 아직 소송 제도에 익숙하지 아니한 우리나라의 실정에 비추어 볼 때, 전문적이고 독립적인 위원회의 조정에 따라 당사자 사이의 원만한 분쟁해결을 도모하는 것도 바람직할 것이다.

다. 證據調查權 및 決定權

언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률은 중재부의 증거조사권을 인정하고 있는데 이 규정에 따르면 중재부는 정정보도청구권 등 또는 손해배상의 분쟁의 조정에 필요하다고 인정하는 경우 당사자 쌍방에게 조정대상 표현물이나 그 밖의 관련 자료의 제출을 명하거나 증거조사를 할 수 있도록 규정⁴⁹⁸⁾해 언론중재위원회의 권한을 강화해 언론에 의한 피해구제를 확고히 하고자 했다. 또 증거조사에 관하여는 조정의 성질에 반하지 않는 한 민사소송법 제2편 제3장⁴⁹⁹⁾의 규정을 준용하며 중재부는 필요한 경우 그 위원 또는 사무처 직원으로 하여금 증거자료를 수집·보고하게 하고 조정기일에 그에 관여하는 진술을 명할 수 있도록 했다.⁵⁰⁰⁾

497) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제19조, 제22조, 제23조.

498) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제20조 제1항.

499) 민사소송법 제77조 제1항 법원은 신탁관리법 규정에 의해 선임한 신탁관리인 또는 신탁재산의 관리인을 선임할 수 있다.

500) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제20조 제2항.

동법은 중재부의 결정권을 부여하고 있는데 조정신청이 부적법할 때는 각하 하도록 하고 있으며 신청인의 주장이 이유 없음이 명백할 때에는 기각하도록 규정하고 있다.⁵⁰¹⁾ 또 당사자의 합의가 불능하거나 조정에 적합하지 아니한 현저한 사유가 있다고 인정되는 때에는 조정절차를 종결하고 조정불성립결정을 하여야 한다. 그러나 중재부는 당사자들의 이익 그 밖의 모든 사정을 참작하여 신청취지에 반하지 않는 한도 안에서 직권으로 조정에 갈음하는 결정을 하도록 해 직권조정결정권을 부여하고 있어⁵⁰²⁾ 중재위원회의 권한을 높이고 있다. 직권조정결정에 불복이 있는 자는 결정 정본을 송달받은 날부터 7일 이내에 중재부에 이의를 신청할 수 있는데, 이 경우 결정은 효력을 상실한다. 조정결과 당사자간의 합의가 성립하거나 직권조정결정에 이의신청이 없는 때에는 재판상 화해와 동일한 효력을 갖도록 했다.

라. 言論仲裁와 職權調停決定

(1) 言論仲裁 및 職權調停의 意義

정기간행물의 등록에 관한 법률에 의하여 인정된 반론보도청구권은 종전의 우리 제도가 알지 못하던 것이었다. 그 이전까지는 언론보도에 의하여 침해를 당하였으나, 언론사 스스로에 의한 피해구제를 기대하기 어려운 경우에는, 피해자는 민법 제764조에 따라 법원에 손해배상 및 정정보도를 청구하거나 형사사법기관에 고소하여 형사처벌을 구하는 것이 고작이었다. 그러나 이는 해당 언론보도가 법률상의 명예훼손에 해당하는 경우에만 가능한 것으로서, 정간물법상의 반론보도청구권과는 그 본질이 전혀 다른 것이다. 이 자리에서는 반론보도청구권의 본질에 관한 상론은 피하기로 하지만, 아무튼 정기간행물의 등록에 관한 법률은 이와 같은 새로운 권리를 창출해 내면서, 그 권리의 행사방법으로, 법원의 재판에 의한 방법을 최후적으로 남겨둔 채, 그 이전단계로서 다양한 ADR, 즉 소송에 갈음하는 분쟁해결방안을 도입하고 있다. 즉 정간물법 제16조에서 규정하고 있는 언론사에 대한 직접적 반론보도청구와 이에 따른 언론사와의 협의는 이른바ADR로서의 협상(negotiation)이라고 할 수 있고, 정간물

501) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제21조.

502) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제22조.

법 제18조 제8항의 규정에 의한 시정권고제도는 일종의 ombudsman(옴부즈만)제도와 유사한 역할을 한다고 할 수 있으며, 피해자와 언론사와의 협의가 성립되지 아니한 경우 이루어지게 되는 언론중재는 독립된 전문기관인 언론중재위원회에 의한 조정(mediation)이고, 2005년 1월 27일 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률을 제정하면서 도입된 직권 중재결정은 본질이 이른바 조정에 갈음하는 결정(강제조정)으로서 조정의 실효성을 높일 수 있는 계기가 될 것이다.

반론보도 또는 정정보도와 관련된 분쟁을 위와 같이 다양한 ADR, 즉 소송에 갈음하는 분쟁해결방안에 의하는 처리하는 것이 타당한 것인가? 반론보도 또는 정정보도에 관한 분쟁에 있어서는, 언론사의 입장이건 피해자의 입장이건 간에, 예컨대 언론의 자유라든가 또는 사생활의 비밀 내지 인격권이라든가 하는 것과 같은 각자의 헌법상의 기본권이 문제되고, 당사자의 일방(언론사)이 다른 일방(피해자)에 비하여 강자라고 볼 수 있기 때문에 소송에 갈음하는 분쟁해결방안에 의하여 처리하는 것이 적합하지 않다고 하여야 할 것이다. 그러나 정기간행물의 등록 등에 관한 법률상⁵⁰³⁾의 반론보도청구권은 그 이전에는 우리 법제에 알려지지 아니하였던 제도로서, 그 도입이 가히 혁명적이라고 할 수 있을 정도였기 때문에, 그 충격을 완화하기 위한 방책으로서 언론중재위원회에 의한 중재제도를 창출해 낸 제도이었지만 피해자 보호라는 차원에서만 본다면 모든 분쟁을 법원의 재판에 의하도록 하는 것이 타당할지도 모르겠지만 아직 소송제도에 익숙하지 아니한 우리나라의 실정에 비추어 볼 때, 법원에 의한 재판 가능성을 마지막으로 남겨둔 채, 전문적이고 독립적인 위원회의 조정에 따라 당사자 사이의 원만한 분쟁해결을 도모하는 제도로서 정착되었다.

(2) 仲裁申請

위와 같이 당사자간의 협상단계라고 볼 수 있는 협의가 성립되지 아니하면, 당사자는 언론중재위원회에 중재를 신청할 수 있다. 이 중재신청은 조정절차 계속 중에도 신청할 수 있으며, 중재결정은 확정판결과 동일한 효력을 규정하고 있는 민사소송법의 특별규정을 두고 있다.⁵⁰⁴⁾

503) 2005. 1. 27. 동법은 폐지되고 신문 등의 자유와 기능보장 등에 관한 법률로 대체입법되었다.

504) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제24조 제1항, 제25조.

(3) 仲裁對象

중재신청은 반론보도청구권에 관한 분쟁뿐만 아니라 민법 제764조에 의해 정정보도 등을 구하는 권리에 관한 분쟁에 대하여도 이를 할 수 있다. 보통의 불법행위의 경우에 있어서 피해자는 불법행위자에 대하여 금전적 손해배상을 청구할 수밖에 없지만 민법 제764조는 명예훼손의 경우에 대한 특칙을 두어 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원이 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 또는 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이 명예회복에 적당한 처분으로 대표적인 것이 사죄광고와 정정 보도였으나 사죄광고가 위헌이라는 헌법재판소의 결정⁵⁰⁵⁾이 있는 이후부터는 정정보도가 그 대종을 이루게 되었다. 이 민법상의 정정보도는 명예훼손이라고 하는 민법상의 불법행위가 성립하는 경우에 한하여 인정되는 것으로 반론보도청구의 경우보다 그 성립요건이 엄격하지만, 그 행사에 있어서는 언론중재위의 사전절차를 거칠 필요도 없고, 그 소멸시효기간도 피해자가 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 또는 불법행위를 한 날로부터 10년이 경과하여야 완성되며 단순한 반론의 차원을 넘어 잘못된 기사의 정정까지도 요구할 수 있는 등 더 강력한 권리내용을 포함하고 있다. 여하튼 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 의하면 민법상의 정정보도청구에 있어서 언론중재위원회의 중재가 필요적 전치절차는 아니지만 당사자가 신청하는 경우 언론중재위원회가 이에 관하여도 중재할 수 있도록 함으로써 언론중재위원회에 의한 구제의 폭을 넓혔다고 할 수 있다.

(4) 調停으로서의 言論仲裁

구체적인 중재절차에 관하여는 중재부의 장이 필요한 경우 중재에 필요한 증거조사를 할 수 있다고 하는 것 이외에는 특별한 규정이 없다. 구체적인 중재의 모습과 그 절차는 개개의 중재부마다 다를 수 있겠으나 대체로 신청인과 피신청인의 입장에 관한 진술을 들은 다음 중재부 내지는 개개 중재위원의 입장표명과 당사자 사이의 합의에 이르기 위한 각종 협상과 조정의 기술이 총동원되는 것이 보통일 것이다. 이와 같은 언론중재의 모습은 중재인이 당사자 쌍방의 입장을 들은 다음 독자적으로

505) 헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마160 전원재판부.

중재판정을 하는 중재와는 달리 당사자 쌍방의 이해를 조정하고 상호간의 양보 및 화해를 권유하여 합의에 이르도록 하는 전형적인 조정의 모습이다. 다만 일반적인 조정에 있어서는 당사자 사이에 조정을 받기로 하는 사전 합의가 있는 것에 비하여, 이 경우에는 조정이 해소하기 위한 필요적 전치절차로서 강제되고 있다는 점이 다르지만 당사자가 합의에 이르지 않는 한 조정이 성립되지 않는다는 의미에서 조정으로서의 본질은 고스란히 간직하고 있다고 할 수 있다.

당사자 사이에 합의가 성립되면 중재부는 중재화해조서를 작성하여 원본을 보관하는데 이 중재화해조서는 재판상 화해와 동일한 효력이 있다.⁵⁰⁶⁾ 당사자 사이에 합의가 이루어진 이상 예컨대 반론보도문 등 합의된 중재의 내용에는 제한이 없다고 보아야 한다. 합의된 반론보도문에 위법한 내용이 포함되어서는 물론 아니되겠지만, 반론보도문을 독자투고의 형식으로 게재하기로 합의하였다고든가 또는 반론보도문의 자수가 이의대상이 건 공표내용의 자수를 초과하더라도 무방하다고 생각한다. 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제16조는 반론보도청구권의 개념정의를 하면서 그 본질을 선언하는 규정으로 언론중재의 실무에 있어서는 굳이 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률이 상정하고 있는 반론보도 또는 정정보도라는 형식만을 고집할 것이 아니라 고침·알림·바로잡음·해명·철회·취소 등 그 형식 및 내용을 다양화할 필요가 있으며 당사자 사이에 합의가 이루어지는 이상 독자투고의 형식을 취하더라도 법에 위반된다고 하여 거부할 것은 아니라고 생각한다.

한편 외국에서는 협상·조정·중재 등에 관한 이론·실무 및 기술에 관하여 방대한 연구가 이루어지고 있음에 반하여 우리나라에 있어서는 위와 같은 협상과 조정은 사실상의 문제에 불과하다는 시각 아래 체계적인 연구가 축적되지 아니한 것이 현실이다. 하루 빨리 실무경험이 축적되어 효과적이고도 과학적인 언론중재 방법 및 그 기술에 관한 매뉴얼이 나올 수 있어야 할 것이라고 생각한다.

(5) 强制調停

(가) 法的 意義

언론중재결과 당사자 사이에 합의가 이루어지지 아니한 경우 또는 신청인의 주장

506) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제23조.

이 이유있다고 판단되는 경우 중재부는 당사자들의 이익 그 밖의 모든 사정을 참작하여 신청취지에 반하지 않는 한도 안에서 직권으로 조정에 갈음하는 결정 즉 직권조정결정을 할 수 있다. 이는 마치 민사조정에서의 조정에 갈음하는 결정(강제조정)과 같은 것이다. 그 의미는 조정기관이 조정을 시행하였으나 당사자 사이에 합의가 이루어지지 아니하는 경우에 조정기관의 일방적 결정으로 조정안을 제시한 다음 이에 대한 당사자의 이익이 없을 때에는 당사자 사이에 그와 같은 내용으로 조정이 성립된 것으로 간주한다는 것이다.⁵⁰⁷⁾

위와 같은 규정을 일부에서는 직권조정결정제도에 의하여 마치 강제적 중재권이 인정된 것처럼 보는 견해도 있는 것으로 보인다.⁵⁰⁸⁾ 그러나 이와 같은 견해는 약간의 과장된 견해로서 오히려 언론계로부터 오해를 받을 여지도 없지 않다.⁵⁰⁹⁾ 요컨대 직권조정결정이 가능하게 되었다고 하여 언론중재위원회의 언론중재가 실질적인 중재(arbitration)로서의 성질을 갖게 된 것은 아니다. 직권조정결정에 대하여도 당사자는 이의신청을 함으로써 얼마든지 이를 거부할 수 있기 때문이다. 다시 말하면 직권조정결정은 당사자로부터 이의신청이 있으면 실효되어 그로써 그만인 것으로 되어 버리고, 사건이 자동적으로 소송절차로 이행되는 것도 아니기 때문에,⁵¹⁰⁾ 큰 실효성이 없는 제도로 되고 말 가능성도 있다고 할 수 있다.

그렇다고 하여 직권조정결정제도가 아무런 실효성이 없다고 할 수는 없다. 첫째로 언론중재위원회 중재위원의 정수의 5분의 1 이상은 법관의 자격이 있는 자여야 하고⁵¹¹⁾ 실제에 있어서 전국 중재부의 장은 상당한 경력이 있는 현직 부장판사가 겸임

507) 이와 같이 강제조정안의 인용 여부가 당사자의 자유에 맡겨져 있기 때문에, "강제"라는 용어는 적절하지 않을 수 있다.

508) 강경근, "개정 정간물법 해설," 「언론중재」, 언론중재위원회, 1996. 봄., p.34.

509) 중재 당사자 간의 합의가 있어야만 정정, 반론보도가 가능하던 것을 중재합의가 되지 않아도 위원회가 중재결정을 내릴 수 있게 한 것은 아무래도 석연치 않다. 우선 신문들이 자기의사에 반하여 중재결정이란 미명 아래 정정 혹은 반론보도를 하도록 강제된다는 것은 중재라는 본래의 의미를 일탈한 것이며, 더 나아가 언론자유를 해치는 일이라고 하면서 직권 중재결정제도가 위헌이라고 하고 있는 것이 이러한 오해 중의 하나라고 할 수 있다.

510) 이 점이 민사조정에서의 강제조정과 다르다. 앞에서 본 바와 같이 민사조정에서의 강제조정의 확정이 높고 그 이유는 여러 가지로 분석해 보아야 할 것이지만, 조정에 갈음하는 결정에 대하여 이의를 하면 당연히 소송으로 진행되는데, 당사자들의 입장에서는 법관이 조정절차에도 어떠한 형태로든 관여하고 있기 때문에, 역시 비슷한 법관이 진행할 재판에 가더라도 비슷한 결론이 나올 것이라고 생각하기 때문이라는 데에도 그 이유의 하나가 있다고 할 수 있을 것이다.

하고 있는 것이 현실이기 때문에, 사실상 중재부의 직권조정결정은 상당한 법률적 근거가 있는 것으로서 향후 재판으로 가더라도 그와 같이 결정될 사실상의 가능성이 있다. 향후 법원의 담당 재판부로서도 중재부의 직권조정결정의 경위 및 당사자가 이에 불복한 이유 등을 참고로 할 것이기 때문에 그와 같은 한도 내에서는 직권조정결정의 영향력이 있다고 할 수 있다. 그러나 이는 어디까지나 사실상 그렇다는 것일 뿐이고, 법률상으로는 언론중재위원회의 직권조정결정이 법원의 재판에는 전혀 영향을 미치지 아니한다.⁵¹²⁾ 요컨대 언론중재위원회가 그 전문성을 살려 언론사의 자율을 보장하는 한편 언론피해자의 구제에도 소홀함이 없도록 하는 어느 쪽에도 치우치지 않는 현명한 판단을 하고 있다고 당사자로부터 신뢰를 받을 때 직권조정결정제도가 성공적으로 정착될 수 있을 것이다.

(나) 職權調整決定의 要件・內容 및 節次

중재부가 직권조정결정을 하기 위해서는 당사자간의 합의(합의한 것으로 간주되는 경우 포함)가 성립되지 않고 중재에 적합하지 않은 현저한 사유가 있지 아니할 것 등의 요건이 갖추어져야 하고 그 내용은 당사자의 이익 기타 모든 사정을 참작하여 사건의 공평한 해결을 위한 것으로서, 신청취지에 반하지 않아야 한다.⁵¹³⁾

어떠한 경우에 중재불성립 결정을 하고, 어떠한 경우에 직권조정결정을 하느냐 하는 문제는 개개의 사안에 따라서 결정되어야 할 것이고 이를 일률적으로 구분할 수는 없다고 할 것이나 예컨대, 사안이 복잡하거나 쌍방의 주장이 서로 합리성이 있어서 좀 더 충분한 시간과 자료를 가지고 판사로 하여금 판단하도록 하는 것이 적당하다고 인정되는 경우⁵¹⁴⁾ 또는 당사자들이 주장하는 사실관계가 정반대로 대립되어 단기간의 증거조사만으로는 사안을 파악할 수 없는 경우 당사자 사이의 입장이 너무나 판이하여 어떤 내용의 직권조정결정을 하더라도 어느 일방이 이의신청을 할 것이 명

511) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제7조 제2항.

512) 정기간행물의 등록에 관한 법률의 개정논의시에 있어서 당사자의 이의신청권의 남용을 억제하고 직권 중재결정의 실효성을 높이기 위하여, 중재부의 결정에 대하여 이의신청을 한 자가 법원의 재판에서 중재결정보다 유리한 결과를 얻지 못하게 될 경우, 법원이 상대방의 소송비용 및 중재절차에 소요된 비용의 부담을 명하거나 정정보도 또는 반론보도의 정도를 정함에 있어서 참작하도록 하자는 논의가 있었으나, 채택되지 아니하였다고 한다 (양삼승, 전제논문, p.23).

513) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제22조 제1항.

514) 양삼승, 전제논문, p.22.

백한 경우 등에는 중재에 적합하지 않은 현저한 사유가 있다고 할 수 있을 것이다.

결정내용이 당사자의 이익 기타 모든 사정을 참작하여 사건의 공평한 해결을 위한 것이어야 한다는 것과 신청취지에 반하지 않아야 한다는 것은 조리 내지 법리상 당연하다. 이와 같은 규정은 당사자의 뜻에 어긋나지 않는 범위 내에서 사안의 공평한 해결을 위하여 탄력적인 해결방법을 모색하라는 선언적 의미를 담고 있다고 볼 수 있을 것이다. 다만 당사자사이의 합의가 있는 경우와는 달리 직권조정결정은 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제22조 등의 요건을 모두 갖추어야 하고⁵¹⁵⁾ 언론중재위원회에 중재권한이 없는 금전지급 등의 내용을 포함하여서도 아니 된다고 할 것이다.

중재는 신청접수일로부터 14일 이내에 하도록 되어 있으나⁵¹⁶⁾ 직권조정결정을 하는 경우에는 이에 불구하고 신청 접수일로부터 21일 이내에 할 수 있다고 규정되어 있다.⁵¹⁷⁾ 따라서 신청 접수일로부터 14일 이내의 기간까지 중재를 하였으나 당사자사이의 합의가 이루어지지 아니한 경우에, 중재부가 직권조정결정을 하기에 적당하지 않다고 인정되면 곧바로 중재불성립 결정을 하여야 하고⁵¹⁸⁾ 직권조정결정을 함이 상당하다고 인정되는 경우에는 곧바로 조정결정을 하든가 아니면 그 때부터 신청접수일로부터 21일이 되는 때까지 사이의 기간 동안에 조정결정을 할 수 있다. 한편 조정결정이 내려짐이 없이 신청접수일로부터 21일이 경과되면 중재불성립으로 간주한다고 하는 규정이 없는 이상, 조정결정이 신청접수일로부터 21일이 경과된 이후에 내려졌다고 하더라도 당연무효라고 보기는 어렵다 할 것이다. 또한 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률은 조정은 신청접수일로부터 14일 이내에 할 것을 예상하고 있으나 예컨대 중재부로서는 직권조정결정을 하기로 하고 위 기간을 넘겼으나 중재위원들간의 합의가 되지 아니하여 중재결정을 할 수 없는 경우에는 위 기간 이후라도 중재불성립결정을 하여야 할 것이다.

(ㄷ) 異議申請

515) 다만 이 요건을 갖추지 못한 중재결정이라도, 당사자의 이의신청이 없이 확정되었다면, 그 유효성에는 아무런 지장이 없다고 하여야 할 것이다.

516) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제19조 제2항.

517) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제22조 제1항.

518) 종전에는 중재가 성립됨이 없이 신청접수일로부터 14일의 기간이 경과되면 중재가 성립되지 아니한 것으로 간주하였다.

당사자가 중재부의 직권조정결정에 불복하기 위해서는 그 결정을 송달받은 날로부터 7일 이내에 중재부에 이의신청을 하여야 한다. 중재결정의 송달은 실무상 배달증명의 방법으로 시행하고 있으므로 이의신청이 그 송달일로부터 7일 이내의 기간내에 이루어졌느냐 여부는 쉽게 알 수 있다. 이론상 이의신청은 구두로도 할 수 있는 것이지만 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제22조 제2항에서는 직권조정결정에는 주문과 이유를 기재하고 이에 관여한 중재위원 전원이 서명·날인하여야 하며 그 정본을 지체없이 당사자에게 송달하도록 규정하고 있음으로써 서면으로 이의신청을 하도록 간접적으로 규정하고 있다. 이의신청서는 위 7일의 기간 내에 해당중재부에 도달하여야 한다. 위 기간 내에 당사자 중 어느 일방으로부터라도 이의신청이 있기만 하면 직권조정결정은 효력을 상실한다. 즉 중재불성립결정이 있는 것과 마찬가지로 된다. 이와 같은 점에서 직권조정결정은 보통의 중재판정과 다르다는 점은 앞에서 본 바와 같다. 당사자의 이의신청에 의하여 중재결정이 실효된 이후, 피해자가 반론보도를 원하는 경우에는 이의신청이 있음을 안 날로부터 14일 이내에 관할법원에 반론보도청구의 소를 제기하여야 한다.

언론중재제도가 원만하게 정착하지 못한다면 모든 분쟁이 법원의 소송으로만 치달아 결국에는 더욱 더 엄격한 법의 적용을 받게 될 뿐이다.

(㉔) 確定된 職權 調停決定의 效力

당사자가 중재결정을 송달받은 날로부터 7일 이내에 이의신청을 하지 않으면 중재결정은 확정되고 이와 같이 확정된 중재결정은 재판상 화해와 동일한 효력이 있다. 따라서 기판력과 집행력이 발생한다.

다만, 언론사가 확정된 중재결정상의 반론보도문을 게재하지 아니한다 하더라도, 이를 강제이행한 방법은 없다. 언론보도 내지 그 편집권은 헌법상 보장된 언론의 자유의 영역에 속하는 문제이어서 반론보도문 게재의무는 불대체적 작위의무라고 할 수 있는데 이는 현실적인 강제집행방법도 없기 때문이다. 따라서 조정결정에 대한 강제집행은 간접강제(민사소송법 제693조)의 방법에 의하여 할 수밖에 없다. 중재신청인이 간접강제신청을 하기 위하여서는 ‘각종 분쟁조정위원회 등의 조정조서 등에 대한 집행문부여에 관한 규칙’(1992. 3. 2. 대법원규칙 제1198호) 제2조 내지 제4조에 따라 당해 중재부를 관할하는 지방법원 본원에 조정결정의 정본을 제출하여 집행문을 부여받은 다음 그 법원(519)에 서면으로 간접강제신청서를 제출하여야 한다. 다만 위

대법원규칙에 의하면 신청인은 법원에 당해 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 조정 화해조서 내지 조정결정의 정보만을 제출하도록 하고 당해 법원이 언론중재위원회에 그 등본의 송부를 촉탁하여 그 진위 여부를 확인하도록 하고 있다. 그러나 직권조정 결정의 경우 법원으로서 그 확정 여부를 알 수 없기 때문에 당해 중재부에 당해 조정결정이 확정되었는지 여부, 즉 적법한 기간 내에 이의신청이 접수되어 조정결정이 실효된 것은 아닌지 여부까지 확인하도록 규정할 필요가 있다고 보여 진다.

간접강제의 신청이 이유있으면 법원은 간접강제를 명하는 결정을 하게 되는데 일반적으로는 언론사가 일정기간 이내에 반론보도문을 보도하지 아니하면 그 다음날부터 그 보도일까지 매일 일정한 금액의 비율에 의한 금원을 지급할 것을 명하는 형식이 될 것이다. 이 간접강제결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있으나(민사소송법 제 693조 제2항) 이 즉시항고에는 집행정지의 효력이 없다.(민사소송법 제517조 제2항 참조) 간접강제결정이 있었음에도 언론사가 그 기간 내에 반론보도문을 게재하지 아니하면 신청인은 간접강제결정상의 금전채권에 관하여 강제집행 할 수 있는데 이는 간접강제절차와는 독립된 별개의 금전채권 집행절차이다. 따라서 간접강제결정 자체가 독립된 채무명의가 되며 그 집행을 위하여는 집행문을 부여받아야 한다.

언론사가 간접강제결정에 정해진 기간내에 반론보도문을 게재하지 아니하였으나 피해자가 간접강제결정상의 금전채권을 강제집행에 의하여 만족을 받기 이전에 언론사가 스스로 반론보도문을 게재한 경우에 이미 발생하였던 배상금을 집행할 수 있으나 하는 문제에 관하여는 양론이 있다. 간접강제결정에 기한 배상금의 추심은 과거의 지연에 대한 제재나 손해배상이 아니라 작위의무의 이행에 관한 심리적 강제수단에 불과하여 작위의무의 이행이 있으면 배상금을 추심함으로써 심리적 강제를 피할 목적이 상실되어 버리므로 채권자가 더 이상 배상금을 추심하는 것은 허용되지 않는다고 하는 견해도 유력하지만⁵¹⁹⁾ 우리나라는 간접 강제에 의한 배상금을 국고에 귀속시키고 있는 독일과는 달리 피해자에게 손해배상금의 일종으로서 지급하도록 하고 있기 때문에 기왕에 발생한 손해배상금액에는 영향이 없다고 하여야 할 것이고 그렇게 하여야만 언론사의 의무이행을 더욱 효과적으로 확보할 수 있을 것이다.⁵²¹⁾ 다만

519) 민사소송법 제693조는 간접강제결정을 제1심 수소법원의 진속관할로 규정하고 있는데, 중재결정에 대한 간접강제에 있어서는 당해 언론중재위원회의 중재부를 관할하는 지방법원, 즉 집행문부여의 관할법원을 제1심 수소법원으로 보아야 할 것이다.

520) 이시윤, 주식 강제집행법(IV), p.172.

521) 박해성, "작위, 부작위 채권의 강제집행." 「강제집행·임의경매에 관한 제문제(하)」, (법

우리나라에 있어서는 간접강제에 따른 배상금을 피해자에게 지급하도록 함으로써 오히려 피해자에 대한 과다배상을 피하기 위하여 채무자에 대하여 실질적으로 심리적 강제를 명할 수 있는 충분한 다액의 금액의 지급을 명하지 못하고 있는 실정이므로 독일의 경우와 같이 이를 국고에 귀속시키는 방안을 검토할 필요가 있을 것이다.

4. 訴 訟

2005년 7월 1일부터 시행되고 있는 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률은 언론중재에 대한 절차뿐만 아니라 소송절차에 대한 규정도 명문화하고 있다. 동법에 따르면 당사자 쌍방은 정정보도청구 등 또는 손해배상의 분쟁에 관하여 중재부의 중립적 결정에 따르기로 합의하고⁵²²⁾ 중재를 신청할 수 있도록 하며 법원에 정정보도청구의 소를 제기할 수 있도록 해⁵²³⁾ 분쟁에 대한 법률적 심판을 분명히 하고 있다. 정정보도청구 등의 소는 접수 후 3월 이내에 판결을 선고하도록 규정해 언론관련 소송을 우선 처리하도록 하는 규정을 두고 있다. 특히 법원이 정정보도나 반론보도 또는 추후보도의 내용을 정함에 있어서는 신청취지에 기재된 정정보도문과 반론보도문 또는 추후보도문을 참작하여 신청인의 명예나 권리를 최대한 회복할 수 있도록 정하여야 한다고 명문화하고 있다.⁵²⁴⁾

5. 是正勸告

언론중재위원회가 언론사에 갖는 권고적 효력을 가진 권한이 시정권고이다. 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 따라 언론의 보도내용에 의한 국가적 법익이나 사회적 법익 또는 타인의 법익 침해사항을 심의하여 필요한 경우 해당 언론사에 서면으로 그 시정을 권고할 수 있다. 또 피해자가 아닌 자도 시정권고를 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 이런 경우 중재위원회는 60일 이내에 그 처리결과를 신청인에게 통지하여야 한다. 다만 시정권고는 언론사에 대하여 권고적 효력을 가지는데 그친다.

원행정처, 제36집, pp.636-637.

522) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제24조.

523) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제26조.

524) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제27조 제3항.

시정권고에 불복하는 언론사에 대해서는 반론권도 인정하고 있는데 중재위의 시정권고가 부당하다는 언론사는 시정권고 통보를 받은 날부터 7일이내에 중재위원회에 재심을 청구할 수 있다(동법 제32조제6항).

6. 苦衷處理人

2005년 1월 27일 제정된 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률의 특징 가운데 하나는 언론피해의 자율적 예방과 구제를 위해 고충처리인을 두도록 하는 것을 신설한 것이다.(동법 제6조) 이 조항에 따르면 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업자나 일반일간신문(신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 제2조 제2항의 규정에 의한 일반일간신문을 말한다)을 발행하는 정기간행물사업자 및 뉴스통신사업자는 사내에 고충처리인을 두도록 규정해 언론사 내의 언론피해의 자율적인 예방과 구제를 하도록 하고 있다. 또 언론사의 침해행위에 대한 조사 등을 하도록 하는 고충처리인의 권한과 직무를 규정하고 있으며⁵²⁵⁾ 언론사는 고충처리인의 활동을 보장하고 고충처리인의 권고를 수용하도록 규정하고 있다. 또 고충처리인의 의견을 들어 고충처리인의 활동사항을 매년 공표하도록 강제규정을 뒤 언론사의 타인에 대한 명예훼손을 예방적 차원에서 다루도록 하고 있다.(동법 제6조 제5항) 그러나 고충처리인 제도는 언론사의 내적 자유의 한계를 넘는다는 지적을 받고 있다.

525) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제6조 제2항 고충처리인의 권한과 직무는 다음과 같다. 1.언론의 침해행위에 대한 조사. 2. 사실이 아니거나 타인의 명예 그 밖의 법익을 침해하는 언론보도에 대한 시정권고. 3. 구제를 요하는 피해자의 고충에 대한 정정보도, 반론보도 또는 손해배상의 권고. 4. 그 밖의 독자나 시청자의 권익보호와 침해구제에 관한 자문.

제 3 절 名譽毀損과 損害賠償

1. 損害賠償節次에 의한 救濟

손해배상이란 타인의 위법한 행위로 인하여 발생한 손해를 그 원인의 야기자에게 배상하도록 하는 제도를 말한다. 물리세계에서의 비가역성의 원리를 들지 않더라도 손해는 거꾸로 돌릴 수 있는 성질의 것이 아님은 분명하지만 법의 세계에서는 이미 발생한 손해는 그것이 인체손해이든 재산손해이든 금전으로 환산하여 배상토록 제도화되어 있다.⁵²⁶⁾

손해배상법은 사회생활에서 생기는 손해를 가해자와 피해자 사이에서 정의에 맞게 분배하는 목적을 두고 운영된다. 손해배상법은 인체손해 및 정신적 손해의 경우 인간의 존엄성과 생존권에 대한 보장의 기능을 수행하며 재산손해의 경우 사유재산제도의 2차적 보장기능을 담당한다.

손해배상은 현실적으로 발생한 손해를 금전으로 전보해 주는 제도이지만 발생한 모든 손해를 배상해 주는 것이 법의 목적은 아니다. 가해자가 야기한 손해에 한해서 그리고 사회적으로 상당성이 인정되는 범위 내의 손해에 한하여 배상의무를 부과한다. 제한배상주의의 법제도 아래에서 손해배상의 범위를 결정하는 일은 이해당사자 사이에 손해를 공평하게 분담시키는 규범적·정책적 판단에 해당한다. 법관은 손해배상의 범위를 결정함에 있어서 집단간의 이해대립을 정의관념에 적합하도록 조정하려는 노력을 기울임으로써 이익조정자의 역할을 담당하게 된다.⁵²⁷⁾

526) 한 철, “증권중재와 징벌적 손해배상책임-미국판례의 변화를 중심으로”, 「중재연구」, 제 14권 제2호, 2004, p.108; 김병연, “유가증권신고서 등의 부실기재와 인수인의 손해배상책임에 있어서 Due diligence항변에 관한 연구”, 「상사법연구」, 제22권 제5호, 2004, p.223; 임충희, 「신손해배상실무」, 진원사, 2005, p.27.

527) H. Lange, Schadensersatz, 1979; F. Bauer, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, 1935; Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, 1982; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensersatz, 1979; Grunsky, Aktuelle Problem zum Begriff des Vermögensschadens, 1968; Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972; Mertens, Zum Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967; Schiemann, Argumente und

가. 民法上 救濟

민법 제750조 불법행위의 내용을 보면 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 규정하여 불법행위의 성립요건으로 고의·과실 인과관계 위법성을 요구하고 있다. 또 민법 제750조의 손해 속에는 정신적 손해도 포함된다는 것을 밝히고 있으며 신체 자유 또는 명예라고 규정된 것은 한정적 열거가 아니라 예시적인 것이므로 그 외에 성명·초상·프라이버시 등의 침해도 불법행위가 되는 것은 당연하다.

민법상 불법행위의 성립은 일반적 불법행위(제750조)와 특수한 불법행위의 경우로 구분할 수 있는데 자기의 고의 또는 과실로 인한 행위에 기인하여야 하고 책임능력이 있을 것, 그 행위가 위법한 것일 것, 그 행위로 인하여 타인에게 손해가 발생했 등 일반적으로 불법행위의 구성요건은 가해자에게 고의나 과실이 있어야 한다.⁵²⁸⁾

사람의 명예를 훼손하는 언론보도는 명예훼손죄라는 형사상의 책임과는 별개로 민법상의 불법행위에 따른 민사책임이 생기게 되는 것이다. 민법상 명예권의 보호는 사익 또는 사권의 구제를 목적으로 하고 있으며 민법상의 명예훼손은 고의 또는 과실이라는 불법행위에 의한 재산상, 또는 명예상의 침해가 있을 것을 요건으로 한다. 즉 민법은 형사적인 벌이 아니라 금전적 배상 또는 명예회복을 위해 필요한 행위를 청구할 수 있는 제도적 장치이다.⁵²⁹⁾ 불법행위에 관해서는 민법에서 채권편(제750조-제766조)에 규정되어 있다.

민법 제751조의 규정 가운데 언론과 관련되는 것은 명예의 침해가 발생했을 경우이다. 언론과 관련한 형법 제310조의 “진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”고 하여 위법성이 조각되는 것으로 하고 있는 것은 민법상에도 그대로 유추 적용된다고 보는 것이 타당하다.⁵³⁰⁾

민법상 불법행위에 대한 구제방법은 금전배상이 원칙이다.(제394조, 제763조) 그러

Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981: Hans Stoll, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 1973: Str fer, Schadensersatz und Kommerzialisierung, 1982.

528) 김증범·김학동, 「채권총론」, 박영사, 1998. p.68.

529) 서정우·차배근·최창섭, 「언론통제이론」, 법문사, 1978. p.115.

530) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2004. p.408.

나 명예훼손의 경우에는 이러한 금전배상만으로는 피해자가 입은 재산적·정신적인 손해를 충분히 전보해주지 못하는 경우가 많이 발생하게 된다. 따라서 민법은 명예훼손과 관련하여 제764조에서 “법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 민법상 명예권의 보호는 사익의 구제를 목적으로 하고 있고 사람의 명예를 훼손하는 언론 보도는 명예훼손죄라는 형사상의 책임과는 별도로 민법상의 불법행위로 인한 민사책임이 발생하게 돼 금전적 배상을 해야 한다. 일반적으로 언론에 의한 명예훼손의 민사적 제재는 고의 과실로 인한 위법행위가 있고 타인에게 손해가 발생하였으며 위법행위와 손해상의 사이에 법적 인과관계가 인정될 때 손해배상책임을 지게 된다.⁵³¹⁾

우리 판례 태도는 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 경우에 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 그 행위에 위법성이 없으면 또한 진실하다는 증거가 없더라도 행위자가 그것이 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보고 있다.⁵³²⁾ 불법행위로 인한 손해배상에는 형사책임과는 달리 원고측에 손해의 입증책임이 있는데 이럴 경우 명백하고 현존하는 손해에만 국한된다. 손해의 청구대상은 행위자보다 금전적으로 배상능력이 있는 사용자를 상대로 하는 사례가 많고, 명예회복의 요구는 행위자 또는 사용자 모두를 대상으로 하고 있다.

나. 事前救濟와 事後救濟

제764조 명예훼손의 경우 특칙은 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 가림하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다. 언론에 의한 명예훼손의 경우 불법행위에 대한 구제로서 현재 행해지고 있는 위법행위의 정지 내지 배제다.

다시 말해 민사적 구제방법은 침해방지를 위한 사전적 대응과 침해가 발생된 이후 사후적 대응 차원으로 구별해 볼 수 있다. 침해될 우려가 있는 경우에 그 침해의 예

531) 신 평, “새로운 명예훼손법체계의 구축에 관한 시도”, 「공법연구」, 한국공법학회, 제31권 제3호, 2003, p.197.

532) 대법원, 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결.

방을 청구할 수 있는 사전대응으로는 우리 민사소송법 제714조 제2항에 의한 가처분 신청제도(영미법상 유지명령)가 있다. 그런데 가처분 허용을 통하여 법원이 사전적으로 제재를 명하는 것은 사실상 사전검열과 일맥상통하므로 표현행위의 사전에 해당되어 언론의 자유 자체를 위축시켜 버릴 여지가 큰 것 아니냐는 비판이 있을 수 있다.⁵³³⁾ 장래에 행해지게 될 위법행위의 예방을 가해자에게 요구할 수 있는 청구권이 불법행위로부터 직접 발생하는지에 관해서는 불법행위제도는 위법행위로부터 이미 발생한 손해를 전보시키는 것이기 때문에 그러한 방해 배제나 예방을 청구하는 청구권은 불법행위로부터는 발생하지 않는다는 것과 이와 정반대의 입장에서 불법행위를 이유로 손해의 배상을 인정하면서 그 손해를 발생케 한 위법행위를 배제 예방할 수 없다면 이는 불법행위제도의 취지에 어긋나므로 마땅히 그러한 침해의 배제 예방을 청구할 수 있다고 하여야 한다는 의견이 있다.

결과적으로 어떤 법익에 관해 어느 정도의 구제를 주느냐는 것은 순전히 입법정책의 문제이지 이론의 문제는 아니라고 볼 수 있다. 입법정책의 문제로 본다면 방해배제까지도 인정할 것이냐의 여부는 이를 인정함으로써 피해자측의 자유활동을 제한하게 되는데 생기는 손실과 피해자측이 그것에 의하여 얻게 되는 이익과의 비교·교량에 의하여 결정하여야 한다. 우리 법제도 이러한 입장에서 일정한 경우에는 방해배제까지도 인정하고 있다.⁵³⁴⁾ 유지청구권을 행사하여 인격권침해의 제거나 침해의 예방은 할 수 있어도 침해로 손해를 배상하게 하지는 못한다. 반대로 불법행위에 의한 손해배상청구권은 침해가 발생한 때에는 그 배상을 청구할 수 있다. 따라서 인격권에 대한 침해가 고의 또는 과실로 불법행위의 침해가 계속되고 있는 경우 다시 말해 명예를 훼손하는 내용이 담긴 신문·잡지 등이 판매되고 있을 때는 양 청구권은 병존하게 된다.⁵³⁵⁾

다. 訴訟에 갈음하는 紛爭解決方案

(1) ADR의 登場背景

533) 이광범, “명예훼손에 대한 실체적 구제수단”, 「한국언론과 명예훼손소송」, 2002. p.211.

534) 박운직, 채권각론, pp.446-447.

535) 박운직, 「물권법」, 박영사, 2004. p.40.

사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결은 일찍이 소송제도가 있기 이전부터 존재하던 것이다. 그러나 이것이 소송에 갈음하는 제도(Alternative Dispute Resolution)로서 새로이 문제되기 시작한 것은 1960년대 후반 미국에서부터이다. 종래의 가정이나 교회, 지역사회 등이 더 이상 분쟁조정자로서의 역할을 수행하지 못하게 되어 소송사건이 폭주하게 됨에 따라 재판이 지연되고 많은 비용이 들게 되는 것은 필연이었다. 또한 재판은 너무 전문적이어서 분쟁의 실질적인 핵심내용도 법률상의 요건사실이 아니라 는 이유로 무시되는 등 일반인의 입장에서 사법에 대한 불신이 팽배하면서부터 소송에 갈음하는 분쟁해결방안에 대한 연구와 그 활용이 적극화되게 된 것이다.

(2) 各種 ADR의 方法

분쟁을 해결하는 방식에는 여러가지가 있다. 우선 제3자의 관여없이 분쟁 당사자 쌍방간에 서로 해결을 위한 협의나 교섭을 하는 방법이 있다. 이것이 바로 협상이다. 다음으로는 제3자가 관여하는 방법이 있다. 여기에는 제3자가 관여하는 형식과 그 효력에 따라서 조정·중재·옵부즈만제도 등이 있고 기타 각종의 중간형태가 있다.

(가) 協商(negotiation)

협상은 설득을 목적으로 한 대화이다. 이는 가장 기본적인 효율적인 분쟁 해결방법이기는 하지만 분쟁 당사자 사이의 감정대립이 있거나 하는 경우에는 적당한 방법이 되지 못한다.

(나) 調停(mediation, conciliation)

조정은 중립적 위치에 있는 제3자, 즉 조정인이 협상에 개입하여 분쟁당사자들이 쉽게 협상을 이룰 수 있도록 도와주는 분쟁해결방법이다. 조정은 당사자 사이의 합의가 성립되는 것을 전제로 한다. 학자에 따라서는 제3자가 적극적으로 개입하지 않은 채 분쟁당사자들이 스스로 합의 또는 양해에 도달하도록 교섭·촉진·고무·중개·주선 등의 노력을 하는 것에 그치는 것을 주선 또는 알족(mediation)이라고 하고 제3자가 이보다 더 나아가 적극적인 역할을 하여 독자적으로 분쟁해결을 위한 조정안까지 마련하여 당사자의 수락을 권고하는 것을 조정(conciliation)이라고 구분하는 경우도 있지만⁵³⁶⁾ 양자의 구별의 실익이 없다고 하여야 할 것이다. 오히려 어떤 학자들은 mediation의 경우가 conciliation의 경우보다 제3자가 더 적극적으로 참여하는 형태라

고 하기도 한다.⁵³⁷⁾ 조정은 원칙적으로 당사자들이 이에 동의하여야 개시되는 것이지만 특히 법원에 있어서의 조정과 같이 당사자 의사 여하에 불문하고 조정에 회부되는 것도 있다. 조정의 종류는 조정을 담당하는 기관이 누구인가에 따라 법원조정, 행정조정·민간조정으로 나눌 수 있다. 법원조정은 민사조정과 가사조정이 있으며, 그 중의 민사조정에 관하여는 항을 달리하여 다음에서 자세히 살펴보기로 한다. 행정조정은 각종 법률에서 관할 행정기관이 강제적 또는 임의적 조정기구를 구성하여 운영하도록 규정하고 있는 경우이다. 현재 보험업법·저작권법·소비자보호법·수산업법·해양오염방지법·의료법·건설업법·증권거래법·남녀고용평등법 등에서 조정제도를 도입하고 있다.⁵³⁸⁾ 이에 따라 정기간행물의 등록에 관한 법률상의 언론중재도 실질적으로는 조정이다.

(다) 仲裁(arbitration)

중재는 중재인으로 하여금 중재판정을 내리게 한 다음 반드시 이에 따르게 하는 분쟁해결방법이다. 중재인은 당사자들의 합의로 선임되고 인정되는 사실관계에 당사자들이 미리 합의한 실체법을 적용하여 중재판정을 내린다. 중재에 의하여 분쟁을 해결하기 위하여서는 당사자들 사이에 반드시 그와 같은 중재에 의하여 분쟁을 해결하기로 하는 합의(arbitration clause)가 있어야 한다.

조정과 중재의 가장 큰 차이점은 조정에 있어서는 제시된 해결방안에 대하여 당사자의 거부의 자유가 최종적 단계에서 인정되는 데 반하여 중재에 있어서는 애당초 사건을 중재에 회부할 것인가 여부를 결정함에 있어서는 사적 자치의 요소가 남아 있지만 일단 중재판정이 내려지면 그에 복종하여 야만 하는 점이 다르다.⁵³⁹⁾

(라) 變形된 仲裁制度

그밖에 변형된 중재제도로써 제3자가 처음에는 조정인의 역할을 하다가 조정이 성

536) 송상현, 「민사소송법」 박영사, 2004, pp.8-9.

537) D. McGills & J. Mullen. NEIGHBORHOOD JUSTICE CENTERS, 1977, pp.10-11; Kwon, O-gon, Small Claims Courts in Korea and the U.S.: A Comparative Analysis, Korean Journal of Comparative Law Vol.15. 77, 1987.

538) 점차 일반화되어 가고 있는 각종 행정조정의 결과에 재판상 화해와 동일한 효력을 부여하는 것은 사법부의 고유한 법적 분쟁해결기능을 행정부가 잠식하는 결과가 되어 3권분립에 어긋날 뿐만 아니라 국민의 헌법상 재판받을 권리를 침해할 우려가 있다는 비판도 있다(이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2005, p.24).

539) 송상현, 민사소송법, pp.12-13.

립되지 않을 경우 중재판정을 내리는 절충적인 조정중재(medarb) 당사자간의 협상이 타결되지 않을 경우에 중재인이 양쪽의 요구조건 중 합리적이라고 판단되는 한쪽의 요구조건 그대로 중재판정을 내리는 최종제의중재(final offer arbitration), 소비자 분쟁해결에 흔히 이용되는 것으로 기업체는 중재판정에 이의신청을 제기할 수 없으나 소비자는 이에 제한없이 법원에 소송을 제기할 수 있도록 하는 편면적 중재(one-way arbitration)등이 있다.⁵⁴⁰⁾⁵⁴¹⁾

(마) 옴부즈만(Ombudsman)

옴부즈만은 공공기관·대기업체·종합병원·대학 등에 소속된 자로서 국민이나 소비자들의 신고가 있을 경우 그 신고내용을 조사한 다음 잘못된 점이 있으면 이를 시정하도록 대표자 등에게 건의하는 직무를 수행하며 원래 스칸디나비아국가에서 시작된 제도로서 미국에 있어서는 대기업체 등이 소비자들에 대한 이미지 고양을 위하여 많이 이용하고 있다.⁵⁴²⁾

2. 損害賠償 請求

민법상의 명예회복 방법은 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 하는 것이다. 민법 제 750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 때는 그 손해를 배상할 책임이 있다”라고 규정하여 불법행위의 성립요건으로 고의·과실·인과관계 위법성을 요구하고 있다. 불법행위라 함은 법률의 근본목적에 어긋나고 법률질서를 깨뜨리는 행위로서 법률이 그 본질상 이를 허용할 수 없는 것으로 평가하는 행위를 말한다.⁵⁴³⁾ 구체적으로는 타인에게 손해를 주는 위법한 행위이며 행위자는 피해자에게 그 행위로 말미암아 생긴 손해를 배상하여야 한다.(민법 제 750조) 따라서 불법행위는 손해배상책임의 발생원인인 것이다.

언론보도에 따른 불법행위로 인한 민법 제750조의 손해는 재산적 손해와 정신적

540) 허 단, “미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결,” 「민사판례연구」, 제14집, 1992, pp.452-453.

541) 이 제도는 2005. 1. 27. 제정된 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에서 직권조정이라는 명칭으로 이제도를 도입하였다.

542) 2005. 1. 27. 제정된 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에서 고충처리인이라는 명칭으로 이제도를 도입하였다.

543) 박윤직, 채권각론, p.568.

손해로 구분된다. 재산적 손해에는 가해행위로 인하여 원고의 재산가치가 줄어들어 생기는 손해, 즉 적극적 손해와 가해행위가 없으면 얻을 수 있을 소득이 상실, 즉 소극적 손해가 포함된다. 정신적 손해는 신체 자유 또는 명예라고 규정된 것은 한정적 열거가 아니라 예시적인 것에 불과하므로 그 외에 성명·초상·프라이버시 등의 침해도 불법행위가 되는 것은 당연하다. 불법행위에 의한 손해배상청구권은 침해가 발생한 때에는 그 배상을 청구할 수 있을 뿐이다. 따라서 인격권에 대한 침해가 고의 또는 과실로 행하여진 불법행위의 침해가 계속되고 있는 경우 예컨대 명예를 훼손하는 내용의 명예를 게재한 신문이나 잡지 등이 판매되고 있는 경우 양청구권은 병존하게 된다. 제751조 제1항에서는 “타인의 신체·자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대해서도 배상할 책임이 있다.”고 규정하여 언론보도에 의하여 명예가 언론사의 고의 또는 과실에 의한 위법 행위로 침해가 되면 불법행위의 효과로서 민법 제751조 제1항에 의한 정신적 손해의 금전적 배상,⁵⁴⁴⁾ 즉 위자료 청구가 인정되고, 불법행위가 성립하려면 가해행위에 의하여 손해가 발생하여야 한다. 그리고 그 손해는 현실적으로 발생한 것에 한하여 배상된다. 그러므로 타인의 어떤 권리를 침해하였더라도 그로 말미암아 손해가 생겼다는 증명 없으면 손해배상책임은 발생하지 않는다. 즉 손해의 증명이 없으면 배상청구를 하여도 그 청구는 기각된다. 그 밖의 특칙으로써 민법 제76조에 의해서 명예회복처분이 가능하다. 명예훼손의 경우에는 법원은 피해자의 청구가 있을 때에 손해배상에 갈음하여 또는 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.

언론에 의한 명예훼손의 경우 불법행위에 대한 구제로서 현재 행해지고 있는 위법행위의 정지 내지 배제나 장래에 행해지게 될 위법행위의 예방을 가해자에게 요구할 수 있는 청구권이 불법행위로부터 직접 발생하는 경우와 대립하는 두 견해가 있다. 이와 같은 입법정책의 문제로서 생각하면 방해배제까지도 인정할 것이냐의 여부는 이를 인정함으로써 피해자측의 자유활동을 제한하게 되는데 생기는 손실과 피해자측이 그것에 의하여 얻게 되는 이익과의 비교, 교량에 의하여 결정하여야 한다.⁵⁴⁵⁾

손해배상금의 지급방법에는 일시금배상과 정기금배상이 있다. 우리 민법은 일시금 배상을 원칙으로 하고 일정한 경우에 정기금배상을 인정한다. 즉 타인의 신체·자유·명예의 침해에 대한 위자료에 관하여 법원은 정기금채무로 지급할 것을 명할 수

544) 김증한·김학동, 채권총론, p.833.

545) 박윤직, 채권각론, p.447.

있다고 하고 권리자가 의무자에 의한 지급불확실로 받게 될 손해를 면할 수 있도록 하기 위하여 상당한 담보의 제공을 법원은 명할 수 있도록 하였다.(제 751조 2항) 손해배상의 범위는 그 불법행위와 상당인과관계에 있는 전 손해이다.(제393조 준용) 배상하여야 할 손해⁵⁴⁶⁾는 재산적 손해와 정신적 손해의 양을 포함한다. 따라서 가해자는 타인의 재산권 침해로 인한 손해는 물론 인격권의 침해로 발생한 정신적인 손해도 배상하여야 한다.

언론 보도에 의하여 명예가 언론사의 고의 또는 과실에 의한 위법 행위로 침해가 될 경우 불법행위의 효과로서 민법 제751조 재산 이외의 손해의 배상은 정신적 손해의 금전적 배상, 즉 위자료 청구가 인정되고 그 밖의 특칙으로써 민법 제764조에 의해서 명예회복처분이 가능하다.⁵⁴⁷⁾ 우리 민법 제751조는 재산권 이외에 신체·자유·명예의 침해가 불법행위가 된다는 것을 규정하고 있다. 이 규정은 인격적 이익, 즉 인격권이 재산적 이익에 뒤지지 않으며 경우에 따라 그 이상으로 중대한 생활이익임을 주지하는 것으로서 서로가 이를 존중할 의무가 있다. 따라서 그 손해에 대하여 사법적으로 보호를 하는 것은 당연한 것으로 그 손해와 배상의 책정에 있어서는 객관적 표준에 따라 손해배상액도 산정되어야 할 것이다.

3. 損害賠償額

가. 損害賠償額의 意味

손해배상액(위자료)이란 불법행위 또는 기타의 불법원인으로 피해자가 입은 고통·충격·절망과 같은 정신적 침해를 금전으로 배상해 주는 것으로 이를 손해배상금이라고 말한다. 언론보도에 따른 명예훼손으로 인한 정신적·물질적 손해는 손해액수의 산정이 매우 어렵고 입증이 곤란한 경우가 많은데 인격적 이익의 침해의 경우가 위자료의 배상을 인정하는 경우가 많다. 민법 제751조도 타인의 신체·자유 또는 명예

546) 김증한·김학동, 채권총론, p.833.

547) 민법 제751조 재산 이외의 손해의 배상 ① 타인의 신체·자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대해서도 배상할 책임이 있다. ② 법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.

를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상하여야 한다고 규정하고 있다.

위자료청구권자에 관해 판례는 신체침해에 대한 정신적 손해의 대상을 그 부모·부부·자식 등 피해자의 직계가족, 또는 친족에게 손해배상청구권을 인정하고 있다.⁵⁴⁸⁾ 우리 판례의 입장은 민법 제752조에 규정된 친족(직계존속·직계비속·배우자)의 범위에 한정하지 아니하고 광의로 해석하고 있다. 즉 민법 제752조 규정은 “제한적 규정이 아니고 그 정신적 고통에 관한 거증책임을 경감하는 취지의 규정에 불과하므로 제752조의 규정 이외의 친족에 대하여도 그 정신적 고통을 입증함으로써 민법 제750조, 제751조의 규정에 의하여 위자료를 청구할 수 있다.”라고 판결하였다.⁵⁴⁹⁾ 언론보도에 의한 명예훼손 문제는 손해가 없으면 배상도 없다는 것이 되어 손해배상은 어디까지나 손해의 전보에 주안이 있는 것이고 제재적 성질은 없다고 할 수 있다.⁵⁵⁰⁾

그러나 우리나라에서도 이른바 위자료라는 형식으로 제재의 성질을 가미한 조절이 어느 정도 행하여지고 있다. 타인에게 정신적인 고통을 가한 자가 재산 이외의 손해에 대해 배상하는 위자료는 어떠한 성질을 지니는지 위자료의 본질에 대해 프랑스 등 구미와 일본에서 많은 논의가 계속되어 두 가지의 견해로 나누어져 있다. 첫째로 위자료도 침해행위에 의하여 발생한 손해배상이라는 점에서는 통상의 손해와 같으나 그것이 정신적 손해에 대한 배상이라는 점이 다르다고 하는 손해배상설이다. 둘째로 불법행위법상에서 손해의 전보보다도 반사회적인 행위에 대한 하나의 제재라는 관점에서 위자료는 정신적인 고통에 대한 배상이라기보다는 오히려 사적인 제재로 보아야 한다는 사적 제재설이다.

손해배상설에 대해 첫째, 손해배상은 피해자가 입은 현실의 손해를 전보하는 것을 목적으로 하는 것이므로 피해자의 사정만을 고려해야 하는데 가해자 쪽의 사정도 함께 고려하고 있는 점에 대한 정당한 근거가 없다는 점과 둘째, 고통을 느낄 수 없는 유아에게나 또는 아직 출산하지 않은 태아에게까지 위자료 청구권을 인정하고 있다는 점에 대한 설명이 곤란하다는 비판을 제기할 수 있다.

이와는 다르게 사적 제재설에 대해서는 첫째, 현대 법체계가 민사책임과 형사책임

548) 박윤직, 채권각론, p.698.

549) 대법원 1967. 9. 5. 선고 67다1,307 판결.

550) 박윤직, 채권각론, p.574.

의 분화를 원칙으로 하고 있는데 이에 반한다. 둘째, 민법 제751조가 재산 이외의 손해에 관한 규정을 손해배상으로 규정하고 있다. 셋째, 가해자가 사망한 경우에 위자료 채무가 상속인에게 승계된다. 넷째, 책임무능력자의 감독 의무자나 사용자가 지급하는 위자료에는 제재의 성격을 찾을 수 없다는 것이다. 이상에서 살펴보는 바와 같이 위자료의 본질에 관한 이 두 견해는 모두 약점을 지니고 있어서 어느 한 견해로 완전하게 설명할 수는 없다고 하겠다. 그래서 일반적으로는 위자료를 손해의 전부배상이나 제재의 어느 일방적인 것이 아니라 양자의 성질을 함께 가진다는 절충적인 의견이 타당할 것이다.

위자료는 원래 가해자의 행위에 대한 복수로부터 속죄금으로 이행하는 과정에서 발생하였다. 따라서 위자료가 사적인 제재금 내지 벌금으로서의 성질을 가지고 있었다. 그러나 책임이 민사책임과 형사책임으로 분화되는 과정에서 속죄금으로부터 손해보전금으로 변모되었다. 그러나 대륙법계의 전통적인 관점에서 위자료 청구권을 불법행위로 인한 순수한 배상책임의 범리에서만 규율할 때 언론기관은 무책임한 흥미본위와 속보경쟁에 의해 언론의 기본적인 책임마저 몰각시키는 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려한다면 사적 제재적인 성질을 함유하는 것으로 이해해야 할 것이다. 결국 명예훼손으로 인한 위자료산정도 다른 경우의 위자료산정과 마찬가지로 그 액수를 일률적으로 정할 수는 없고 당사자의 사회적 지위·자해행위의 경위 유포의 정도.(발행부수·독자의 구성·기사의 크기 등) 적시사실의 진실성 여부, 기타 관련된 제반의 사정(가해자가 진술을 스스로 철회하는가의 여부)을 참작하여 그 액수를 산정하여야 한다.

우리나라의 판례에 나와 있는 위자료 액은 1990년까지는 1천만원 미만의 경우⁵⁵¹⁾가 대부분이어서 미국⁵⁵²⁾의 평균 40억원에 비해 지나치게 적어 언론에 의한 실질적인 구제수단으로는 미흡하다는 비판⁵⁵³⁾이 있었으나 1992년 한국소비자보호원의 우유 품질비교실험에서 파스퇴르유업 판결⁵⁵⁴⁾부터 늘어나기 시작했다. 특히 1996년 이후

551) 조선일보 등 4개 신문사가 배우 최모씨의 유학간여업체의 사기 관련기사와 관련 1천만원 배상 판결(서울민사지방법원, 1992. 9. 8. 선고 91가합3033 판결), 월간 주부생활이 가수 김세레나와 전 국회의원과 교제설 기사로 4백만원 배상 판결(서울민사지방법원 1990. 11. 9. 선고 90가합15032 판결)

552) R. Smoll, Law of Defamation 2, sec. 9. 14. t 9-72.

553) 법률신문, 1992. 1. 20일자 p.4. 기사 참조.

554) 서울민사지방법원 1992. 12. 15. 선고 91가합38193 판결 참조.

최근 들어서는 신문기사 등 언론에 의한 명예훼손에 대해 손해배상액의 청구액이 상상을 초월할 정도로 많고⁵⁵⁵⁾ 판례 역시 위자료 금액을 크게 늘려 판시하는 경향을 보이고 있다.⁵⁵⁶⁾ 일본도 1981년까지 위자료 최고액이 150만엔에 불과하였으나 5백만엔의 위자료가 인정된 것이 획기적으로 받아들여지기도 했다.⁵⁵⁷⁾

우리나라와 법체계가 비슷하고 국민의 일반적 의식구조가 비슷한 일본의 경우와 비교해도 우리나라의 손해배상액, 즉 위자료가 너무 고액화 되고 있다는 생각이고 이 같은 고액화는 언론의 자유를 위축시키는 결과를 가져올 것으로 우려되고 있다. 원고별 1인당 손해배상액을 분석해도 사인과 유명인 및 공직자의 인용액 차이가 크다. 공직자는 평균 금액이 5천4백만원, 유명인은 약 4천백여만원의 손해배상액 지급을 인용받는데 비해 사인은 평균 1천6백만원에 불과한 것으로 나타났다. 더구나 공직자의 경우 승소율이 90%를 넘으며 그 인용액 역시 다른 원고들의 경우보다 월등히 많은 금액을 인정받고 있다. 이처럼 사법부의 언론사에 대한 강경한 태도는 우리 언론계에 심각하고도 광범위한 영향을 미치지 않을 수 없다.⁵⁵⁸⁾

나. 損害賠償額의 算定

언론에 의한 명예훼손의 손해배상액 산정에는 재산적 손해의 경우와 달리 명확한 기준이 없기 때문에 최후의 판단은 사회통념과 법관의 양식에 맡겨진다. 손해배상액의 산정과 관련하여 대법원은 오래 전부터 손해배상설과 사적 제재설로 나누어 위자료 산정의 참작사유에 대해 피해자의 교육정도·경력·재산정도 및 피해정도 등은 물론이고 가해자의 사회적 지위·재산정도 이외에 불법행위의 동기·가해상황·고의나 과실의 정도 등 제반 사정을 참작하여야 한다고 하였다. 판례도 정신적 손해의 액 즉 위자료 액은 이를 증거에 의하여 입증할 수 없는 성질의 것이므로 그 산정에 관하여 아무런 증거도 이를 필요로 하지 않으며 사실심이 제반 사정을 참작하여 그 직권으로써 결정한다.⁵⁵⁹⁾ 이것은 언론에 의한 명예훼손에 대해서도 그대로 적용될 수

555) 전대통령 아들인 김○철씨가 지모씨로부터 정치자금 1억2천만원을 받았다는 기사에 대해 한겨레신문을 상대로 20억원의 손해배상 및 정정보도청구소송을 냄.

556) 한겨레신문 정치자금 보도와 관련 김○철씨에게 4억원을 배상하고 정정보도하도록 판결 (서울지방법원 서부지원, 1996. 1. 26. 선고94가합5021 판결)

557) 東京地裁 1963. 7. 26 判決.

558) 신 평, 전계논문, p.204.

559) 대법원 1959. 8. 27. 선고 1959민상12 판결.

있다.

위자료 액을 구체적으로 산정함에 있어서는 당사자 쌍방의 사회적 지위·직업·자산상태·가해의 동기·모습 등의 여러 사정을 고려하여 공평의 관념에 따라서 정하여야 한다. 명예나 신용이 훼손된 경우에는 피해자의 직업이나 사회적 지위를 충분히 고려하여야 하겠지만 생명침해의 경우에는 사람의 직업이나 지위에 따라서 위자료에 차별을 두어서는 안 될 것이다. 법인의 명예·신용이 침해되어 그 법인의 목적인 사업수행에 영향을 미치게 될 경우와 같이 법인의 사회적 평가가 침해되는 때에는 가해자에게 손해배상을 청구할 수 있다고 한다.⁵⁶⁰⁾ 언론에 의해서 명예가 훼손된 경우 위자료액의 구체적인 산정에 피해자측과의 참작사유로는 우선 명예를 훼손당한 피해자가 그로 인하여 입은 수치나 실의·비탄 등의 정신적인 고통을 제거하거나 경감시키고 원상회복될 수 있도록 해야 한다. 그리고 고통의 기간의 장단기와 강도에 따라 위자료액도 결정되어야 하며 피해자의 재산상태나 생활 상태를 고려해야 한다. 위자료액은 피해자의 지위나 신분에 의해서 양적으로나 질적으로 많은 차이가 발생하기 때문에 피해자의 직업이나 사회적 지위는 가장 객관적이고 중요한 사항이라 할 수 있다. 이외에도 피해자의 연령이나 피해자의 과실 유무도 고려되어야 할 사항이다. 또한 가해자측의 참작사유로는 가해자의 주관적인 상황에 따라서 원한이 있어서 고의로 저지른 것인지 중과실인지 부주의로 인한 것인지 등의 고의나 과실의 정도가 먼저 고려되어 위자료액에도 차등을 두어야 한다. 그리고 가해자의 객관적인 제반 상황 재산상태도 고려해야 한다. 또 언론에 의한 명예훼손 언론매체가 시의성이 문제되는 일간지나 월간지인가·발행부수·기사의 게재지면이 전국판인가 지방판인가·텔레비전의 경우 시청지역의 범위와 시청시각 등이 어느 정도인지를 고려해야 한다. 하지만 언론에 의한 명예훼손에 대한 위자료 액이 크게 늘어나면서 언론의 자유를 위축하는 결과가 우려되고 있다.

4. 名譽回復 處分

언론에 의한 다른 사람의 명예를 훼손할 경우에 대해 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 대한 재판을 진행하는데 위법할 경우는 손해배상을 할 수 있음은

560) 박영직, 「불법행위법」, 일조각, 1980. p.277; 대법원, 1965. 11. 30. 선고 65다1707 판결.

물론이고 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있기 때문에 금전적 배상과 정정보도 등을 할 수 있다.⁵⁶¹⁾

그 근거는 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률과 민법 규정(제764조)에 따른 것으로 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 할 수 있다고 규정하고 있다. 원래 민법상 불법행위에 대한 구제방법은 제394조, 제763조에 의해 금전배상이 원칙이나 명예훼손의 경우 금전배상만으로는 피해자가 입은 재산적·정신적인 손해를 충분히 보상해주지 못하므로 명예회복 처분을 통하여 구제가 필요하다 할 것이다.

명예회복의 처분은 법원이 피해자가 처분의 종류와 내용을 확정하여 청구한 경우에 그것을 기초로 하여 결정한다. 대법원은 피고 법인의 사회적 신용과 명예가 부당하게 가처분으로 침해된 경우 그 명예회복을 위한 처분으로 사죄광고를 명할 수 있다⁵⁶²⁾고 판시하였고 원고가 명예훼손으로 인한 피해자로서 손해배상과 아울러 사죄광고를 청구하고 있다면 법원은 그 명예훼손이 있는 것으로 인정될 때 원고의 청구범위 내에서 명예회복처분을 금전배상과 함께 명하거나 또는 전자만을 명하거나 아니면 후자만을 명할 수 있다고 판시하였다.⁵⁶³⁾

이와 같은 명예회복 조치는 조치자가 누구인가에 따라 그 효과에도 많은 차이가 있다. 언론에 의한 피해자의 명예회복은 가해자가 자기의 잘못을 스스로 인정하고 언론매체를 통해 그것을 공표하여 명예를 회복시켜주는 것이 바람직한 방법이다. 그러나 자신의 과오가 명백히 드러난 경우이나 잘못을 스스로 인정하겠지만 그렇지 않을 경우 거의 기대하기 어렵다. 따라서 가해자 스스로 이러한 조치를 할 수 있도록 법원의 강제조치가 필요하다. 이러한 범주에 들어가는 것이 사죄광고와 보도내용의 취소, 또는 정정보도 등이다. 따라서 민법 제764조에 의해서 법원이 명예회복에 적당한 조치로 사죄광고를 내도록 강제해 왔다.

이러한 법원의 강요에 의해서 행하는 사죄광고는 자기 양심에서 우러나오는 것이 아니라는 데 문제가 있다. 따라서 사죄광고를 강제하는 법원의 판결이 헌법에서 보장해 주는 양심의 자유에 반하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기된다. 이러한 명예훼손

561) 이은영, “명예훼손소송에서의 재산적 손해 인정에 대한 법적 쟁점”, 「언론중재」, 언론중재위원회, 제20권 제2호, 2000, p.5.

562) 대법원 1980. 2. 26. 선고 79다2138 판결.

563) 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카1450 판결.

에 대한 회복조치의 일환으로 우리나라와 일본에서 가장 많이 이용되어온 사죄광고에 대해 헌법재판소의 결정⁵⁶⁴⁾은 법원이 언론사에 대하여 사죄 광고를 명하는 것은 위헌이라고 판시하여 현재는 정정보도문의 형태가 이용되고 있다. 우리 헌법재판소는 1991년 4월 1일 당시까지 명예회복 조치로 인정되던 사죄광고와 관련하여 양심이란 세계관·인생관·주의와 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다고 보고 있다.

따라서 헌법 제19조가 보장하는 양심의 자유에는 사물의 옳고 그름·선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안 되는 내적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 외부에 표명하도록 강제 받지 않는 자유와 침묵의 자유까지 포괄한다. 사죄광고는 타인의 명예를 훼손하였다고 믿지 않는 자에게 죄악을 인정하는 의미의 사죄의 의사 표시를 강요하는 것이므로 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되고 양심의 자유의 제약이다라고 판시하였다.⁵⁶⁵⁾ 그러나 현재 우리나라에서는 사죄광고를 명하는 것이 위헌으로서 법원은 더 이상 이를 강제할 수 없으므로 법원은 그 차선책으로 가해자에게 명예회복 조치의 일환으로 취소광고를 명할 수 있도록 하고 있다. 또한 타인의 명예를 훼손한 언론기관이 보도사실이 바르지 못하거나 과장된 것일 때에 가해자 자신이 스스로 알았든지 피해자나 제3자의 지적을 받은 경우에 자발적으로 정정할 수 있다. 그러나 가해자가 자발적으로 정정하지 않은 경우에는 새로 개정된 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 따라서 반론권의 의미로서 정정보도 청구권을 행사할 수 있다.

언론에 의한 명예훼손의 피해는 광범위하고 지속성을 가지기 때문에 사후의 구제 조치만으로는 완전한 회복이 불가능하므로 물권적 청구권에서 인정되고 방해예방 청구와 이미 침해가 발생하여 지속되고 있는 침해행위의 정지나 제거 청구가 인정된다. 저작권법에서는 민법과는 다르게 저작권 침해에 대한 정지 청구 및 저작인격권 침해로 인한 명예훼손에 대한 명예회복처분 청구 등에 대해 규정해 피해자를 보호하고 있다. 명예훼손에 대한 금지청구권은 인격적 이익 침해 그 자체에 의하여 금지청구권이 발생한 것을 말하며 법적 근거는 인격적 이익을 침해당한 피해자는 가해자에 대하여 현재 행해진 침해행위를 구하며 앞으로 발생한 침해의 예방의 청구권도 가진다는 데 있다.

564) 헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마160 전원재판부.

565) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결.

명예를 훼손하는 신문이나 잡지의 경우에는 기사제재의 금지와 도서출판의 경우에는 도서의 발매나 배포의 금지, 또는 정지를 청구하는 등과 같은 부작위 청구의 소가 일반적이고 이외에 방해배제 청구권으로 원고와 인쇄물, 원판의 회수, 파괴 등을 청구할 수 있다. 금지청구권의 행사는 신속한 처리를 위하여 보통 가치분절차를 밟지만 법원은 분쟁의 조정 및 해결자로서 언론보도의 진실성 여부와 그로 인하여 피해자가 입은 손해에 대해 객관적으로 판단하여 배상금의 지급을 명하고 손해배상과 동시에 그에 상응하는 정정보도 등의 명예회복 조치를 명할 수 있다.

제 4 절 言論의 自律規程에 의한 救濟

언론침해에 대한 가장 확실한 사전예방 방법은 기자의 자기 검열이다. 기자는 언론인으로서 탁월한 직업의식과 책임의식을 갖추어야 한다. 다만 기자의 자기 검열에는 한계가 있기 때문에 회사 차원의 제도적 자치로서 언론종사자에 대한 철저한 직무교육과 재교육이 필요하다.⁵⁶⁶⁾ 언론은 소비자보호 차원에서 오보 횟수를 최소화하고 타인의 명예훼손이나 사생활침해 예방을 위해 각 언론사 스스로의 제도적 장치와 세심한 주의가 필요하다. 이른바 현장에서 직접 뛰면서 뉴스와 정보를 취재하고 이를 기사화하는 일선기자들의 자질을 향상시키고, 특히 윤리의식을 향상시켜야 한다. 언론 윤리실천요강의 분류에 따르면 명예훼손은 직업윤리라기보다 개인의 실천윤리와 관련된 것으로 분류되고 있다. 그러나 명예훼손은 언론사와 취재대상, 즉 기자와 취재원간의 문제, 보도의 공정성 및 정확성과도 밀접한 관계를 맺고 있기 때문에 직업윤리와 실천윤리가 병행하는 문제라 하겠다. 언론은 주관적이어서는 안 되고 언제나 객관적이고 공정하며 정확한 보도와 논평을 해야 한다. 모든 뉴스와 정보를 균형있게 골고루 보도하고 독자나 시청자에게 다양하게 제공할 의무가 있고 시간·장소 및 방법에 관한 내용 중립적 규제는 완화된 심사를 받는다.⁵⁶⁷⁾

566) 오두범, "시민생활과 언론피해 구제제도", 「언론중재」, 2003. 여름호., p.66.

567) Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S.781(1989).

1. 言論報道 및 倫理綱領

윤리강령은 한마디로 언론인들의 행동에 관한 정치적 문서라고 할 수 있다. 말하자면 윤리원칙을 행동규칙으로 바꾸는 문제, 행동규칙을 실천하는 방법, 윤리원칙의 위반을 판정하는 문제들은 모두 기존의 제도적인 이익과 일치해야 하기 때문이다.⁵⁶⁸⁾

1957년 4월 7일 「신문윤리강령」을 처음 제정하고 한국신문윤리위원회의 기본헌장인 신문윤리강령⁵⁶⁹⁾에서 언론인은 자유롭고 책임있는 언론을 실현해 우리에게 주어진 사명을 다할 것을 다짐하고 자유롭고 책임있는 언론이 민주 발전·민족 통일·문화창달에 크게 기여한다고 믿는다. 이러한 신념에 따라 스스로 윤리규범을 준수하고 품위를 지키고자 한바 있다. 1990년대 초부터 각 언론사들은 경쟁적으로 보도 및 윤리강령을 만들었다. 언론에 대한 사회적 책임이 강조되면서 자체정화 및 자율규제 의지의 표현으로 만들기 시작한 것이다. 이제 정보화 사회의 출현 등 시대변화에 맞춰 한국신문협회·한국신문편집인협회·한국기자협회는 1996년 4월 7일 근대신문 100주년을 맞는 신문의 날에 전문과 본문 7조로 이뤄진 새로운 신문윤리강령을 선포하였다. 언론인의 사회적 사명이 참으로 중대하다고 선언하고 공적 책임을 다하며 보도와 평론은 정확을 기하고 특히 제5조에서는 개인의 명예를 훼손하지 않고 개인의 사생활을 침해하지 않도록 명문화하고 있다. 또 눈에 띄는 변화는 제6조 반론권 존중과 매체접근의 기회제공으로 독자에게 답변·반론 및 의견개진의 기회를 줌으로서 수용자의 권리를 확보하고자 한 것이다.⁵⁷⁰⁾ 특히 전국언론노동조합은 언론인들의 올바른 취재와 자질향상을 위해 공정보도위원회 등으로 하여금 언론사 내부의 자율을 규정하고 있고 언론발전을 위한 언론사 외적인 정화사업에 대한 실천도 강화하고 있다.

(1) 犯罪報道와 人權尊重

언론인은 유죄가 확정되기 전의 형사사건 피의자 및 피고인의 인권을 존중해야 한다. 또한 범죄에 연루된 정신이상자와 박약자·성범죄에 연루된 피해자 및 무관한 가

568) 유일상, 「언론정보 윤리론」, 아침, 2001. p.33.

569) 1957년 4월 7일 제정, 1961년 7월 30일 수정.

570) 최선열, “언론자율규제의 변천과 성과”, 「언론중재」, 언론중재위원회, 1999. 겨울, p.28.

족들의 인권을 존중해야 하며 특히 이들의 신원을 밝히는데 신중해야 한다. ① (형사 피의자 및 피고인의 명예존중) 언론인은 형사사건의 피의자 및 피고인이 무죄로 추정된다는 점을 유의하여 경청을 사용하는 등 그의 명예와 인격을 존중해야 한다. 다만 피의자가 현행범인 경우와 기소 후 피고인에 대한 경청의 사용여부는 개별 언론사의 편집정책에 따른다. ②(정신이상자의 익명존중) 기자나 편집자는 범죄에 연루된 사람이 정신이상자 또는 박약자로 밝혀질 경우 면책되는 점에 유의하여 신원을 밝히는데 신중해야 한다. ③ (성범죄와 무관한 가족보호) 기자나 편집자는 성범죄를 보도하는 경우 무관한 가족의 신원을 밝혀서는 안된다. ④ (미성년피의자 신원보호) 기자나 편집자는 미성년(18세 이하)의 피의자 또는 피고인의 사진 및 기타 신원자료를 밝혀서는 안 된다. ⑤ (피의자 촬영금지) 기자는 당사자의 동의 없이 형사사건의 피의자를 촬영하거나 사진이나 영상을 보도해서는 안된다. 다만 현행범과 공인의 경우는 예외로 한다. ⑥ (참고인 등의 촬영금지) 기자는 당사자의 동의 없이 피의자 아닌 참고인 및 증인을 촬영하거나 보도해서는 안된다. 다만 공인의 경우는 예외로 한다.

(2) 名譽保護와 信用尊重

신문윤리강령 제11조와 제12조는 명예보호와 사생활 보호규정을 두고 있다. 즉 언론인은 개인과 단체의 명예나 신용을 훼손하는 보도 및 평론을 해서는 안 된다고 규정하고 있다. ① (개인의 명예·신용훼손금지) 기자는 오보·부정확한 보도·왜곡보도·그리고 공익과 무관한 사실 보도 등으로 개인이나 단체의 명예나 신용을 훼손해서는 안 된다. ② (지속한 표현에 의한 명예훼손) 기자는 개인이나 단체를 지속적으로 표현하여 명예를 훼손해서는 안된다. ③ (사자의 명예존중) 보도와 평론은 사자의 명예를 부당하게 훼손해서는 안된다. 제12조 사생활 보호 규정에서는 언론인은 공익을 위해 부득이 필요한 경우를 제외하고는 개인의 사생활을 보도·평론해서는 안된다. ① (사생활 영역 침해금지) 기자는 개인의 주거 등 사생활 영역에 허락없이 침입해서는 안된다. ② (전자개인정보 무단검색 등 금지) 기자는 컴퓨터 등 전자통신기에 입력된 개인정보를 소유주나 관리자의 승인 없이 검색하거나 출력해서는 안된다. ③ (사생활 등의 사진촬영 및 보도금지) 기자는 개인의 사생활·사유물·개인에 속한 기타 목적물을 동의 없이 촬영하거나 취재 보도해서는 안 된다. 다만 공인의 경우는 예외로 하고 있다. ④ (공인의 사생활 보도) 언론인은 공인의 사생활을 보도·평론하는

때에도 절제를 잃지 않도록 경계해야 한다.

2. 放送審議에 관한 規程

방송심의 규정은 방송법에 따라 심의를 할 수 있도록 하고 있는데 이 규정은 2000년 8월 28일에 제정돼 2000년 12월 26일과 2004년 10월 25일에 개정돼 시행되고 있다. 제1장은 총칙이 규정돼 있으며 제2장은 일반적인 기준으로 제1절 공정성과 제2절 객관성, 제3절 권리침해 금지, 제4절 윤리적 수준, 제5절 소재 및 표현기법, 제6절 어린이, 청소년 보호 규정을 비롯해 제7절 간접광고, 8절 방송언어, 제9절 기타로 돼 있다. 그리고 제 3장에서는 방송 심의절차를 제1절 일반절차와 제2절 재심절차, 제3절 청소년 유해 매체물 결정절차, 제4절 보칙 등으로 규정되어 있다. 여기에서는 방송을 통한 명예훼손 보호적인 차원에서 관련 규정을 살펴보도록 한다.

가. 權利侵害 禁止

방송심의 규정 제19조는 사생활 보호에 대한 규정을 정해놓고 있는데 ① 방송은 개인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하여서는 아니 되며 사적인 전화나 통신 등의 내용을 당사자의 동의 없이 방송하여서는 아니 된다. ② 방송은 부당하게 개인의 초상권을 침해하여서는 아니 된다. ③ 방송은 흥미를 목적으로 특정인의 사생활을 본인이 인지하지 못한 상태에서 녹음 또는 촬영하여 당사자의 동의 없이 방송하는 등의 방법으로 개인의 인격권을 부당하게 침해하여서는 아니된다 등으로 규정돼 있다. 또 동 규정 제20조는 명예훼손 금지 조항을 다루어 방송에 의한 타인의 명예를 지킬 것을 분명히 하고 있다. 제20조 명예훼손 금지 조항을 보면 ① 방송은 타인(자연인과 법인, 기타 단체를 포함한다)의 명예를 훼손하여서는 아니된다. ② 방송은 사자(사자)의 명예도 존중하여야 한다. ③ 제1항 및 제2항에 해당하는 경우에 그 내용이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 예외로 한다.

제21조는 방송에 의한 인권침해를 우려해 몇 가지 제한을 하고 있는데 그 규정을 보면 다음과 같다. ① 방송은 사회고발성 내용을 다룰 때에는 부당하게 인권 등을 침해하지 않도록 하여야 한다. ② 방송은 심신장애인 또는 사회적으로 소외받는 사람들을 다룰 때에는 특히 인권이 최대한 보호되도록 신중을 기하여야 한다. ③ 방송은 정

신적·신체적 차이를 조롱의 대상으로 취급하여서는 아니 되며 부정적이거나 열등한 대상으로 다루어서는 아니 된다. ④ 방송은 공공의 이익을 위해 반드시 필요한 경우를 제외하고는 공개적인 방법으로 취재하는 것을 원칙으로 하며 강제취재·답변강요·유도신문 등을 하여서는 아니 된다.⁵⁷¹⁾ 이 규정은 또 제22조를 통해 피의자 등에 관한 공개를 금지할 것을 명문화하고 있다. 제22조 공개금지에 대한 규정은 ① 방송은 범죄사건 관련자의 인적사항 공개에 신중을 기하여야 하며 특정 사항을 명시해 공개하여서는 아니된다.⁵⁷²⁾고 규정하고 있다. 또 ② 방송은 범죄사건의 제보자·신고자·고소인·고발인·참고인 및 증인 등의 이름·주소·얼굴 등 본인임을 알 수 있는 내용을 본인의 동의 없이 다루어서는 아니된다. 그러나 ③ 제1항 제3호와 제2항에 해당되는 경우라도 그 내용이 공공의 이익을 위해 필요하다고 인정될 때에는 예외로 한다고 명시하고 있다. 범죄사건 보도 등에도 피의자의 명예를 보호하기 위해 제23조에서 규정하고 있는데 ① 방송은 피고인 또는 피의자에 대해 법원의 확정판결이 있기까지는 범인으로 단정하는 표현을 하여서는 아니된다. ② 방송은 형의 집행이 종료되거나 시효가 만료된 범죄사건을 다룰 때에는 당사자의 사회활동에 지장을 주지 않도록 유의하여야 한다. ③ 방송은 피고인 또는 피의자에 대하여 보도할 때에는 수갑 등에 묶이거나 수의복 등을 입은 상태를 정면으로 근접 촬영한 장면 등을 통해 피고인 또는 피의자의 인격을 지나치게 침해하지 않도록 유의하여야 한다. ④ 방송은 피고인·피의자·범죄혐의자에 관한 내용을 다룰 때에는 범죄행위가 과장되거나 정당화되지 않도록 유의하여야 한다는 내용을 분명히 하고 있다. 재난방송 보도에 있어서도 인권침해 보호를 규정하고 있다⁵⁷³⁾. 그 규정을 보면 ① 방송은 재해 또는 재난에 관한 방송을 할 때에는 이재민 등 피해자와 그 가족의 인권이 침해되지 않도록 신중을 기하여야 한다. ② 재난방송의 실시 및 재난방송의 심의에 관한 세부기준은 재난방송 실시에 관한 기준에 의한다.

571) 방송심의에 관한 규정, 개정 2004. 10. 25 방송위원회 규칙 제74호.

572) 1. 피고인, 피의자 또는 혐의자가 청소년인 경우 이름, 주소, 얼굴, 기타 본인임을 알 수 있는 내용. 2. 성폭력범죄 피해자의 이름, 주소, 얼굴, 기타 본인임을 알 수 있는 내용. 3. 범죄사건에 직접 관계되지 않은 개인 또는 단체의 이름(명칭), 주소, 얼굴, 기타 본인(단체)임을 알 수 있는 내용. 4. 피고인, 피의자 또는 혐의자의 보호자 및 친·인척의 이름, 주소, 얼굴, 기타 본인임을 알 수 있는 내용.

573) 2004년 10월 24일 방송심의에 관한 규정 제23조2 재난방송의 보도 등 신설.

나. 放送의 倫理的 水準

2004년 10월 25일에 개정된 “방송심의에 관한 규정”은 방송의 윤리, 즉 생명의 존중과 품위 유지·양성평등에 대해 규정하고 있다. 윤리성 규정은 제24조에 명문화되어 있는데 ① 방송은 국민의 올바른 가치관과 규범의 정립, 사회윤리 및 공중도덕의 신장에 이바지하여야 한다. ② 방송은 가족공동체의 가치를 존중하며 가족 내 평등하고 민주적인 관계에 이바지하여야 한다. ③ 방송은 민족의 존엄성과 긍지를 손상하지 않도록 하여야 한다. 특히 제25조는 생명에 대한 존엄성을 규정하고 있는데 그 내용을 보면 ① 방송은 살인·고문·사형·자살 등 인명을 경시하는 행위를 긍정적으로 다루어서는 아니된다. ② 방송은 인신매매·유괴·매매춘·성폭력·노인 및 어린이 학대 등 비인간적인 행위를 묘사할 때에는 신중을 기하여야 한다. ③ 방송은 내용전개상 필요한 경우라 하더라도 동물을 학대하거나 살상하는 장면을 다룰 때에는 그 표현에 신중을 기하여야 한다 등으로 규정하고 있다. 또한 방송은 시청자에 대한 예의와 품위를 유지하도록 하고 있으며 건전한 생활 기풍에 힘쓰며 양성평등 등에 대해서도 규정하고 있다.⁵⁷⁴⁾ 동 규정 제6절에는 어린이와 청소년의 명예를 보호하기 위한 제반 사항을 규정하고 있다. 이 조항은 방송이 어린이와 청소년들이 좋은 품성을 지니고 건전한 인격을 형성하는데 힘쓰도록 하는 것으로 제46조 제5항은 방송은 범죄 피해를 당한 어린이와 청소년에게 피해상황에 대한 인터뷰를 할 때는 보호자·법정 대리인 또는 친권자의 동의를 받거나 입회하에 이루어지도록 유의하여야 한다는 것을 명문화했다.

574) 방송심의 규정 제 26조(품위 유지) ①방송은 품위를 유지하여야 하며, 시청자에게 예의를 지켜야 한다. ②방송은 지속한 표현 등으로 시청자에게 혐오감을 주어서는 아니된다. 동 규정 제27조(건전한 생활기풍)방송은 건전한 시민정신과 생활기풍의 조성예 힘써야 하며, 음란, 퇴폐, 마약, 음주, 흡연, 미신, 사행행위, 허례허식, 사치 및 낭비풍조 등의 내용을 다룰 때에는 신중을 기하여야 한다. 동 규정 제28조(사회통합) 방송은 지역간, 성(성)간, 세대간, 계층간, 인종간, 종교간 차별과 갈등을 조장하여서는 아니된다. 제 29조(양성평등) ①방송은 양성을 균형 있고 평등하게 묘사하여야 한다. ②방송은 특정 성(성)을 부정적, 회화적으로 묘사하거나 왜곡하여서는 아니된다. ③방송은 성차별적인 표현을 하거나 성별 역할에 대한 고정관념을 조장하여서는 아니된다.

제 6 장 言論에 의한 名譽毀損의 問題點과 改善方案

제 1 절 制裁上的 問題點과 改善方案

1. 言論의 自由와 名譽權의 問題

우리나라 형법 제307조 제1항에서는 적시된 사실이 진실한 경우에도 언론보도에 의한 사람의 명예를 훼손하는 경우 처벌받도록 규정하고 있다. 진실한 사실을 적시하더라도 명예훼손죄가 성립한다는 것은 형법이 사회적으로 잘못 평가되어 있는 허위의 명성도 보호한다는 취지이다.⁵⁷⁵⁾ 예컨대 언론이 훌륭한 자선사업가로 위장된 사람의 정체를 밝혀내어 보도한 경우라 할지라도 우리 형법은 이러한 허위의 명성까지도 보호하기 때문에 제307조 제1항의 명예훼손죄의 구성요건에 해당하게 되어 언론의 자유를 침해할 요소를 가지고 있다는 것이다. 또한 형법 제307조 제1항의 사실은 비공지의 사실일 필요가 없다. 널리 알려진 사실도 공언히 적시하면 명예훼손죄가 성립할 수 있다.⁵⁷⁶⁾

결론적으로 형사상의 명예훼손에 관한 제반 처벌규정 가운데 이른바 형법 제307조 제1항의 규정은 헌법에서 규정하고 있는 언론의 자유에 대한 제한범위를 넘는 언론자유를 과도하게 제한하는 것으로 검토대상이라고 본다. 대법원 판례⁵⁷⁷⁾도 표현의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는 당해 표현으로 인하여 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지 그 표현이 공적인 관심사에 관한 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두고 공공적 사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 표현의 자유에 대한 제한을 완화되어야 한다고 판시하고 있어 철저하게 공적인 사안에 대한 언론보도를 중시하고 있다.

575) 임 응, 형법각론, p.196.

576) 대법원 1994. 4. 12. 선고 93도3535 판결

577) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결.

또 형법 제310조의 위법성 조각사유 가운데 “진실한 사실로서 오직 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”고 규정하고 있고, 진실하다는 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다⁵⁷⁸⁾고 보고 있는데 이 형법규정은 언론에 의한 보도 그 자체로서는 객관적으로 보면 진실한 사실을 보도한 것을 의미한 것으로 받아들일 수 있다. 그러나 언론보도가 진실한 사실을 보도할 경우라도 명예훼손죄의 구성요건에 해당하는 행위로 규정하고 있을 경우 최근 사례에서 보는 것처럼⁵⁷⁹⁾ 국민의 알권리를 위한 언론의 공인의 사실 관계를 파악한 보도에 대해서도 명예훼손죄에 의한 고소로 언론의 자유를 제한하는 도구로 활용되기 때문이다.

따라서 형법 제307조 제1항 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다”라는 규정을 단서 조항을 신설해 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. 단 언론매체의 공공의 이익을 위하여 보도한 때에는 예외로 한다.”로 개정하여 언론매체가 공익을 위하여 허위의 명성을 밝혀 진실한 사실을 보도한 경우에는 형법상 원칙적으로 허용된 행위로 규정함으로써 공인이나 공익적 차원에서 진실한 사실관계를 보도하는 언론매체를 보호하여 줌으로써 언론의 자유를 보장하여야 할 것이다.

현행처럼 언론이 진실한 사실을 보도했는데도 불구하고 형법에서 규정한 공익적 요건을 충족시키지 않는다는 이유로 언론에게 명예훼손죄가 성립될 수 있다고 한다면 자칫 국민적 외면을 받거나 법적으로 보호받아서 안 될 잘못되고 왜곡된 사회적 문제를 오히려 법이 앞장서 보호하는 결과를 가져 올 수 있기 때문이다.

이와 더불어 형법 제307조 제1항에 대한 특별위법성조각사유로 규정되어 있는 제310조에 대한 해석을 함에 있어서 명예훼손죄는 타인의 명예를 훼손할 만한 사실이라면 비록 진실한 사실이라고 하더라도 공표해서는 안 된다고 하는 금지규범을 담고 있다.⁵⁸⁰⁾ 그러나 만일 이 금지규범을 그대로 따른다면 많은 경우에 있어서 개인의 명예는 보호될 수 있겠으나 진실이 은폐되고 건전한 비판이 봉쇄되어 사회의 발전이 저지되며, 무엇보다 민주주의의 초석의 하나인 언론의 자유·표현의 자유·국민의 알

578) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결.

579) <http://news.joins.com/politics/200505/19>; <http://news.joins.com/society/200505/19>

580) 임 응, 형법각론, p.199.

권리와 상충을 일으키게 된다. 그러므로 제310조는 적시하는 사실이 진실한 사실이고 그 적시가 공공의 이익에 관한 경우에 한하여 명예훼손행위가 위법하지 않는 것으로 허용함으로써 헌법상 언론의 자유(제21조 제1항)라는 공익과 개인의 명예보호라고 하는 사익을 조화할 수 있는 방안을 마련하고 있는 것이다.⁵⁸¹⁾

이 법조문의 제정취지가 위와 같다면 이 조문을 해석함에 있어서 적시된 사실이 세부에 있어서 진실과 불합치한다든가 다소의 과장이 있더라도 중요한 부분이 진실과 합치하면 족하다고 해석해야 한다.⁵⁸²⁾ 또한 허위의 사실을 진실한 사실로 오신하고 공공의 이익을 위하여 보도함으로써 타인의 명예훼손행위를 한 경우는 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오가 된다.⁵⁸³⁾

그러나 언론매체에 의한 보도행위는 타인의 명예를 훼손할 고도의 위험발생과 결부되어 있으면서 국민의 알권리를 위하여 사회생활상 유용하고도 불가결한 행위에 속하므로 이에 대한 이익형량에 따라 해결되어야 한다. 따라서 허용된 위험에 있어서 보도자가 보도행위에 수반되는 위험을 가능한한 최소한도로 줄이기 위하여 사태에 대한 검토의무를 충실히 이행했다면 행위반가치가 탈락한다고 보아 명예라고 하는 법익이 훼손된다고 하더라도 보도행위의 위법성이 부정된다고 평가하여야 한다.

우리나라도 이제는 독일 형법과 같이 사실의 증명만으로 언론보도가 면책되거나 일본 형법과 같이 공직자에 한하여 사실증명만으로 언론이 면책되는 제도를 도입할 필요가 있다. 이 같은 입법이 검토돼 형법에 도입되면 언론의 자유를 통한 국민의 알권리가 더욱 확고하게 자리 잡을 수 있으리라 믿는다.

그러나 독일 형법 제192조와 같이 우리도 이번에 개정된 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률”등에서 모욕죄에 관해서 규정할 필요가 있다. 이른바 언론의 자유를 보장하고 취재원을 보호하기 위해서는 모욕죄로부터 자유로울 수 있는 규정을 신설하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 미국 연방대법원이 이른바 “리크 게이트(leack, 누설) 사건”⁵⁸⁴⁾과 관련해 취재원을 공개하지 않는다는 이유로 뉴욕타임스 주

581) 임 우, 형법각론, p.200.

582) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3594 판결; 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결

583) 임 우, 「형법총론」, 법문사, 2003, pp.307-315.

584) 리크게이트; 미국의 이라크 전쟁의 명분이었던 사람 후세인의 우라늄 구매시도에 대해 언론을 통한 진위공방을 벌이던 기고 및 칼럼에서 중앙정보국(CIA) 요원의 신분이 확산돼 파장이 커졌고 당시 사건을 취재했던 두 기자는 수사과정에서 취재원에 대한 진술을 요구받았다. 두 기자는 취재원 공개를 거부했고 미연방지방법원 호건 판사는 취재원 신분을 밝히지 않는 기간 하루에 1천달러를 내라고 명령했으며 징역 18개월을 선고했다. 이에 불

디스 밀러와 타임지 매튜 쿠퍼 기자에게 법정 모독죄를 적용해 기소한 사례⁵⁸⁵⁾를 보더라도 언론자유의 한 요소인 취재원을 보호한다는 차원에서도 모욕죄로부터 언론이 자유로울 수 있는 법률 제정이 필요하다하고 하겠다.

2. 立法의 問題

우리 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론 출판의 자유와 집회결사의 자유를 가진다”고 규정하고 있다. 그러나 동조 제4항에서는 언론 출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다고 규정하였다. 또 동조 제4항의 규정은 헌법 제37조 제2항에 의해 일반적으로 언론출판의 자유를 제한할 할 수 있는 것과는 달리 언론출판의 자유에 내재한 한계라고 보는 것이 통설⁵⁸⁶⁾이며 우리 관례태도이다.⁵⁸⁷⁾

그러나 잘못된 언론보도에 의해서 피해를 입은 사람에게 우리 법체계는 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률과 민법에서 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있고 형법에서도 명예훼손죄를 규정해 고소를 통한 구제수단을 마련해 뒀는데도 불구하고 헌법에서 제21조 제4항과 같은 구제기능을 둔 것은 분명한 이유가 있기 때문이다. 아눈 이른바 국민의 알 권리 차원에서 언론자유와 강렬한 의지로 받아지고 있다.

이 같은 이유에서 첫째, 언론자유와 개인의 명예권 보호간의 이익형량을 비교할 수 있는 구체적 잣대가 없어 법원에 따라 다르다는 문제점을 낳고 있다. 우리 법체계는 타인의 명예훼손을 규제함으로써 언론의 자유에 대한 제한을 형성하는 입법, 즉 명예훼손에 대한 형사처벌 법률이나 민사적 손해배상책임을 부담시키는 법률은 바로 언론자유와 남용에서 오는 타인의 공공복리를 위해 필요할 것이다. 따라서 헌법 제37조 제2항에 따라 기본권을 제한하는 경우 공공복리와 같은 공적인 이익과 기본권을 보장하는 개인의 명예권의 경우 달성될 수 있는 이익을 비교해 양자간에 균형이 유지되어야 할 것이다. 여기서 말한 이익형량은 충돌 대립하는 두 보호법익간의 조화를 이루기 위한 수단이다. 언론의 자유와 타인의 명예권간의 충돌 상황에서 우리는 어떤

북한 두 기자가 항소했지만 결국 미국 연방대법원은 법정모독죄를 적용하는 판결을 내렸다.

585) SJP, Society of Professional Journalists, 2005. 7. 27. 성명서 참조.

586) 김철수, 헌법학개론, p.626. 성낙인, 헌법학, p.339.

587) 헌법재판소, 2001. 8.30. 2000헌바36 전원재판부.

이익형상을 행사할 수 있는가를 생각해 볼 수 있다. 먼저 구체적인 사항마다 진술된 사회적 평가에 따른 불이익과 그 진술로 생긴 정보로 얻는 것에 의한 타인의 이익간에 이익 형량이 될 수 있다.⁵⁸⁸⁾ 또 같은 사안을 두고 외부적 상황의 차이로 이익형량이 변할 수 있는 가능성이 있어 보다 구체적인 법률 규정이 요구되고 있다.⁵⁸⁹⁾

둘째, 언론의 자유가 헌법에서 규정하고 있는 고귀한 가치에 비추어 형사상의 명예훼손죄 규정에 의한 제재와 구제수단은 근본적인 문제를 안고 있다. 왜냐하면 언론에 의한 명예훼손죄는 일반적으로 추상적인 위험범으로 간주되기 때문이다. 이른바 언론에 의해서 타인의 명예침해가 발생할 위험만 있으면 명예훼손죄에 해당되는 모순을 안고 있기 때문이다. 따라서 언론보도에 의한 타인의 명예에 문제가 있는 표현이나 진술에 대하여 반론을 할 수 있는 사회적 기회를 마련하고, 민사상의 손해배상책임을 인정하는 것과는 별도로 언론에 의해 명예가 침해될 추상적인 위험만 있는 것으로 형사처벌의 대상이 되기까지 한다는 것은 언론을 위축시켜 언론의 자유를 제한하는 요인이 될 것이다. 이 같은 이유로 언론에 의한 명예훼손죄는 언론의 자유측면에서 광범위하게 접근할 필요가 있다.

미국의 일부 주에서 법으로 명예훼손죄에 대한 형사규정을 두고 있지만 실효성이 미흡하고 특히 연방차원에서의 명예훼손처벌 형사규정이 없어진 점은 우리에게 시사하는 바가 크다. 우리도 이런 관점에서 형법상의 명예훼손에 관한 규정검토가 이뤄져야 한다. 물론 언론자유와 남용이라는 문제가 발생할 수 있지만 언론의 질이 민주화가 진전되면서 향상되는 점을 감안할 필요도 있을 것이다.

셋째, 공적인 차원의 보도는 제재를 위한 헌법적 심사기준에 차등⁵⁹⁰⁾을 두는 것도 좋지만 이른바 미국 명예훼손법상의 현실적 악의이론⁵⁹¹⁾을 일부는 수용하는 방법을 강구할 필요가 있다는 것이다. 이 같은 결정에는 우리 형법 제310조 규정에 근거하여

588) 미리 명예와 표현의 자유간에 이익형량을 하여 보호되는 명예훼손과 보호되지 않는 명예훼손과의 사이에 구별을 설정하는 방법(竹内 重年, 前掲書, p.517).

589) 적시된 사실이 역사적 사실인 경우 시간이 경과함에 따라 점차 망인이나 그 유족의 명예 보다는 역사적 사실에 대한 탐구 또는 표현의 자유가 보호되어야 한다(대법원 1998. 2. 7. 선고 97다19038 판결).

590) 헌법재판소 1999. 6. 24. 97헌마265 기각.

591) 미국 대법원 판례, *Clyburn V, News World Communications*, 903 F.2D 29, 1990. *Garrison V, Louisiana*, 379 U.S., 64, 1964.; 보도된 사실이 허위인 점을 알았거나 혹은 이것에 가까울 정도로 중대한 의심을 할 수 있는 경우에도 부주의하게 이를 무시하고 보도한 경우에 책임을 진다는 판결.

인정되는 행위자가 명예훼손적 표현을 진실한 것으로 오인하고 행위를 한 경우에 허위사실에 의한 명예훼손죄가 성립하지 않는다는 대법원의 해석론보다는 한걸음 더 나아가자는 것이다. 즉 허위라는 것을 알거나 진실이라는 것을 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위를 알아보지 않고 게재한 허위보도 등의 경우에만 면책을 주장할 수 없도록 하는 안이다.

넷째, 이번에 개정된 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제6조의 고충처리인은 그 의도는 좋지만 옥상 옥으로 실효성에 많은 문제가 있다. 동법 제6조를 보면 방송사업자나 일반일간신문을 발행하는 정기간행물사업자 및 뉴스통신사업자는 사내에 언론피해의 자율적 예방 및 구제를 위한 고충처리인을 두도록 했다. 이 고충처리인은 언론의 침해행위에 대한 조사를 하도록 하고 있으며 언론보도에 대한 시정권고는 물론 정정보도와 반론보도·손해배상을 권고하도록 규정하고 있다. 이는 언론 스스로 내부적 자율에 맡겨야 하는 문제를 고충처리인에게 강제함으로써 언론자유를 침해할 소지를 안고 있는 것이다. 특히 언론의 침해행위에 대해 노동조합이 공정방송위원회 같은 기구를 가지고 올바른 방송이 되도록 강제하고 있는데 여기에 고충처리인에게 비슷한 업무를 부여하는 것은 옥상옥이 될 수 있다. 또한 언론중재위원회가 언론에 대한 명예훼손에 대해 법률로써 시정권고 등의 행위를 하도록 하고 있어 고충처리인 제도가 예방적 기능을 가지고 있다고는 하지만 업무의 효율성에 있어 중복의 문제를 낳고 있다. 그리고 고충처리인 선임에 있어서도 언론사주가 비우호적인 인물, 즉 마음에 없는 타인을 선임할 수 있겠는가 이다. 현실적으로 언론사와 우호적인 인물이 선임될 수밖에 없어 실효성이 의문시되고 있다.

제 2 절 救濟上의 問題點과 改善方案

1. 損害賠償額(慰藉料)의 問題

개정 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률” 제30조는 언론의 위법행위로 재산상 손해를 입거나 인격권을 침해당한 경우에 대한 그에 따른 배상을 청구할 수 있도록 하고 있다. 그러나 대부분의 일반 국민들은 손해배상액, 즉 위자료에 대해서 체면이

나 자신이 살아오면서 쌓아온 명예 등에 대해 금전으로 전보될 수 없다고 생각하고 있다. 이 같은 이유로 1995년 이전에는 법적인 기능보다는 먼저 본인의 체면과 예·도덕 같은 윤리규범을 먼저 생각해 손해배상액의 산정은 거의 없거나 있었다고 해도 육체적 침해, 즉 교통사고나 화재 같은 사고에서 입은 생명이나 신체침해의 경우보다 배상액이 약했다고 볼 수 있다. 그러나 1996년부터 최근에 이르기까지 언론이 다양화되면서 손해배상 소송사건이 크게 늘어나고 있는 모습을 보이고 있다. 특히 언론중재 위원회가 분석한 최근 자료에 따르면 손해배상액이 높게 나타난 것으로 파악됐다.⁵⁹²⁾

1990년대 중반 이전에는 언론에 의해 행해진 명예훼손에 대해 책정한 손해배상액이 너무 낮아 국가가 언론에 의해 치명적인 손해를 입고 있는 피해자의 권리구제가 소홀했다는 지적이 일기도 했다. 이 같은 요인이 작용해 언론에 피해를 입은 피해자로 하여금 “언론관련 법률”이나 형사 또는 민사소송 등을 통해 권리구제를 받는 것을 더욱 주저하게 만드는 결과를 가져왔다는 지적도 있었다. 또한 언론에 의한 명예훼손 사건에 있어 가해자(언론)에게 경제적인 부담을 느끼지 못하게 하는 정도에 이르는 손해배상액은 언론기관이 사전 주의의무와 사후 시정조치를 더욱 소홀히 하게 만들며 다른 기관에 비해 상대적으로 강한 힘을 지니고 있는 언론에게 사회적이고 법적인 책임을 둔감하게 만들어 결국에는 언론자유를 남용하게 하는 원인을 제공했다는 비판을 면하기 어렵게 만들었다.

그러나 1996년 이후부터 최근 사례를 보면 언론에 의한 명예훼손에 대해 수억대의 손해배상액이 청구되는 사례가 빈번하게 발생하고 있어 그 양태는 달라지고 있다. 한마디로 과다청구액에 따른 언론자유 위축이 문제되고 있다. 새로 개정된 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률” 등에 손해배상에 대한 규정을 명문화해 다루고 있다. 하지만 언론보도에 따른 명예훼손에 대해 보다 구체적이고 상세한 명예회복을 위한 산출을 명문화하지는 않고 있어 언론자유 위축을 가져올 소지가 다분하다. 다시 말해 언론에 의한 명예훼손이 있을 경우 피해가자 언론사나 해당 기자를 상대로 과다한 손해액을 청구함으로써 언론자유 위축을 가져올 수 있기 때문에 손해배상액 한계 설정에 대한 검토가 요구되고 있다.

우리나라의 언론에 의해 명예를 훼손당한 피해자의 명예훼손에 따른 손해액 청구 소송에 대한 법률체계는 비교법적으로 보면 언론의 자유보다는 명예훼손 피해자 구

592) 신평, 전계논문, p.201.

제쪽에 무게중심을 두고 있다고 봐야 한다. 따라서 언론자유와 명예권에 있어 피해구제액에 대한 적절한 이익·교량의 정점을 찾아야 한다.

2. 確實性の 原則

배상액 산정에 있어서 실무에서 원칙으로 삼는 것 중에 확실성의 원칙이 있는데 이는 손해의 입증책임과 관련을 갖는다. 확실성의 원칙(basic requirement of certainty)은 "손해는 확실성을 갖고 산정되어야 하며 고찰과 추측에 맡겨져서는 안된다"는 것이다.⁵⁹³⁾ 손해의 확실성은 손해의 존재의 입증도 포함한다. 어떤 사건으로 손해가 발생했다는 사실이 밝혀진 후에야 그 손해를 산정하는 문제가 제기될 수 있기 때문이다. 특히 불법행위책임에서는 손해의 확실성이 인정된 후에야 손해세부항목의 산정에 들어 갈 수 있게 된다.

우리 대법원은 손해배상액 산정에 관해 확실성의 원칙을 이미 채택하고 있다. 대법원은 "불법행위나 채무불이행을 이유로 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한하는 것이기 때문에 불법행위나 채무불이행 등으로 인하여 피해자 또는 채권자가 제3자에 대하여 어떤 채무를 부담하게 된 경우 상대방에게 채무액과 동일한 배상을 구하기 위하여는 채무의 부담이 현실적·확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것임을 요한다"고 판시한 바 있다.⁵⁹⁴⁾

배상액 산정에 요구되는 확실성의 정도는 합리적인 인간이 손실의 가능성을 인정하기에 충분한 증거를 가지면 된다는 것이며 모든 손해항목에 관해 완벽한 증거제시를 요구하는 것은 아니다. 즉 손해가 모든 항목마다 수학적인 정확성으로 입증되어야 하는 것은 아니다. 법원은 입증된 손해사실을 기초로 피해자에게 배상할 손해범위 및 금액을 결정할 수 있다. 채무불이행책임에서는 손해의 존재가 확실하다면 비록 손해의 양과 범위가 불확실하더라도 배상이 인정될 여지가 넓다. 예를 들어 D가 도급계약의 위반을 이유로 P에게 손해배상을 청구하면서 손해액을 산정할 수 있는 비용기록을 제시하지 못한 경우라도 법원은 객관적으로 손해액을 추측할 수 있는 증거가 있으면 그에 기해 손해배상을 인정해야 한다.⁵⁹⁵⁾

593) 이 원칙은 미국손해배상법의 중요한 기본원칙이다. United States Trust Co.v. O'Brien, 143 N.Y.284 (1894).

594) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다29948 판결.

확실성의 원칙은 영업이익의 일실액을 산정함에 있어서 피해자가 제시한 사업의 장래이득 목표의 기록장 또는 투기적이거나 불확실한 근거에 기초한 손해액 주장을 부정하는 경우에 자주 원용된다.

장래의 이익에 관한 손해는 계약의 이행 이익이건 불법행위로 인한 장래의 이득상실이건 본질적으로 불확실하다. 그러나 통상손해와 특별손해는 그 불확실성에 차이가 있다. 통상손해(general damages)는 불법행위나 기타 위법행위의 결과 당연히 발생될 것으로 예상되므로 특별히 배상청구할 필요가 없다. 반면에 특별손해(special damages)는 위법행위로 인해 단순히 추정되거나 산정될 수 없는 손해로서 피해자에 의해 주장되어야 배상받을 수 있다. 일실이익은 채무불이행책임에서는 통상손해로서 고려되지만 불법행위책임에서는 특별손해로 고려되는 경우가 많다.

이에 관하여 우리나라 대법원은 "장래의 얻을 수 있었을 이익에 관한 입증에 있어서는 그 증명도를 과거사실에 대한 입증에 있어서의 증명도보다 경감하여 채권자가 현실적으로 얻을 수 있을 구체적이고 확실한 이익의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위내에서의 상당한 개연성이 있는 이익의 증명으로 족하다고 보아야 할 것이다"라고 판시한 바 있다.⁵⁹⁵⁾ 그리고 이 판결에서 "채무불이행으로 인한 손해 배상책임이 인정된다면 손해액에 관한 입증이 불충분하다 하더라도 법원은 그 이유만으로 손해배상청구를 배척할 것이 아니라 그 손해액에 관하여 적극적으로 석명권을 행사하고 입증을 촉구하여 이를 밝혀야 할 것이다"라고 한다. 이러한 원칙에 따라 이 판결에서는 "캐나다 회사가 면제품을 캐나다에서 판매하기 위하여 이를 수입한 점과 그밖에 당사자 사이의 매매계약의 체결과정, 계약의 내용 및 목적 등에 비추어 보면 매도인도 위 회사가 그와 같은 목적으로 면제품을 수입한다는 사정을 알고 있었다고 보기에 어렵지 아니하므로 특별한 사정이 없는 한 매도인은 자기의 채무불이행이 있으면 위 회사가 면제품 판매로 인하여 얻을 수 있었을 이익을 얻지 못하게 된다는 사정도 알았거나 알 수 있었다"고 보아 판매이익 상당의 손해배상을 인정하였다. 또한 "매도인이 판매이익상당의 손해배상책임을 지기 위하여 매수인이 매매목적물을 판매하면 확실히 이익을 얻을 수 있을 것이라고 믿거나 또는 매수인이 얻었을 이익의 액수까지 알았어야 하는 것은 아니며 다만 매수인이 얻을 수 있었을 이익

595) Wenzler & Ward Plumbing & Heating Co. v. Sellen, 330 P.2d 1068 (Wash.1959)는 같은 취지이다.

596) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결.

이 통상적인 방법으로 얻을 수 없는 과도한 것인 경우에는 매도인의 손해배상책임이 통상적인 이익의 범위로 한정될 뿐이다”라고 판시하였다. 그리고 이 판결에서는 “계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용도 그러한 지출사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서는 배상을 청구할 수 있으며 다만 이러한 비용 상당의 손해와 같이 청구하는 경우에는 중복배상을 방지하기 위하여 일실회익은 제반 비용을 공제한 순이익에 한정된다고 보아야 한다”고 하였다.⁵⁹⁷⁾

3. 頻繁한 損害賠償訴訟에 따른 SLAPP의 導入問題

미국 연방헌법 수정 제1조 “의회는 … 언론·출판의 자유, 또는…불만을 시정하기 위해 정부에 청원할 권리를 빼앗거나 축소하는 입법을 하여서는 아니된다.(Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.)”는 언론의 자유를 선언하고 있을 뿐이고 그로 인한 손해배상을 함께 규정하고 있지는 아니하다. 그러나 미국에서도 역시 언론의 자유의 한계에 관하여 많은 논란이 있는 것은 사실이고 언론의 자유를 행사한 결과 타인의 명예나 신용훼손 등 권리가 침해되면 손해배상의 대상이 되며 그러한 거액의 손해배상을 구하는 소송이 많다. 그런데 문제제기 등 언론의 자유를 행사하는 과정에서 거액의 손해배상소송 제기가 허용되면 언론의 자유를 행사하려는 자는 거액의 변호사비용과 소송결과 부담할지도 모르는 거액의 손해배상금(징벌적 손해배상금을 포함)을 두려워하여 아예 문제제기를 하지 않거나 완벽한 입증자료를 구할 때까지 문제제기를 미루게 되고 이는 결국 언론의 자유를 보장함으로써 개인의 권익을 보장하고 건강한 사회를 만들려는 헌법정신을 훼손하는 결과를 가져오고 있다.

미국에서는 이러한 소송의 폐해를 시정하려는 입법운동이 있었고 그 결과 캘리포니아주를 비롯한 여러 주(현재까지 20개주)에서 언론의 자유를 행사하는 자에 대하여 소송을 제기함으로써 부각된 사회적 문제의 초점을 흐리려는 전략적 의도를 가진 소

597) 윤진수, “채무불이행으로 인한 특별손해, 동시이행항변권과 권리남용”, 「사법행정」, 제379호, 1992. 7., p.86.

송(이러한 소송이 바로 SLAPP소송⁵⁹⁸)이다)을 조기에 각하하도록 하는 입법을 하기에 이르렀다. 캘리포니아주에서는 1992년에 민사소송법 425.16조로 입법이 이루어진 이래 1993년·1997년·1999년 개정되었다.

그렇다면 이러한 SLAPP소송 조기각하제도가 미국과는 사법제도 및 현실이 다른 우리나라에서 어떠한 의미를 가질 수 있을까. 아니면 우리와는 관계없는 미국에서만 특이한 제도에 불과할까. 일반 민사소송의 경우를 보면 우리의 경우 변호사 실무가 동일하지 않고 징벌적 손해배상제도가 없는 등 위 제도의 적용여부를 검토하기가 쉽지 않다. 필자는 우리의 경우 미국의 SLAPP소송 조기각하규정 및 법이론은 그러한 손해배상소송을 본안으로 하는 가압류실무에서 그 의의를 찾을 수 있지 않을까 생각한다.

손해배상채권의 발생여부에 관하여 다툼이 있는 경우 일방당사자의 자료에 기하여 상대방의 재산을 가압류하면 헌법상 보장된 재산권침해의 의문은 있으나 실무상 신속성과 밀행성을 이유로 채권자의 자료만에 의하여 피보전권리와 보전의 필요성이 소명되면 가압류가 발령되고 있다. 그런데 금융자산 등 채권가압류의 경우 일단 거액의 가압류가 되면 채무자는 당장 유동성 위기를 겪는 등 경제적 어려움에 빠지게 된다. 가압류에 대하여 이의가 제기되어 가압류이의사건이 진행되어도 채무자의 사회적 문제제기가 진실한 것인지 여부가 변론의 초점이 된다면 진실여부의 입증을 위하여 가압류이의사건이 장기간 진행될 수도 있다. 이러한 경우 가압류이의판결이 선고되기까지는 결국 사회적 문제를 제기한 채무자로서는 가압류가 유지됨으로써 회복할 수 없는 손해를 입게 될 우려가 있다.

따라서 담당판사는 채권자가 제출한 서면자료에 의하여 채권자가 가압류신청을 하

598) 미국 캘리포니아주의 주대법원은 2002. 8. 29. SLAPP소송,(Strategic Lawsuit Against Public Participation/공중의 참여에 대한 전략적 소송) 주로 기업이나 부동산개발회사, 정부기관이 원고가 되어 공적인 문제에 관하여 그들에 대하여 반대하는 개인 또는 단체들을 피고로 하여 제기되는 경우에 조기각하를 규정하고 있는 캘리포니아주 민사소송법 425.16조의 해석기준을 명확히 하는 의미있는 결정을 내렸다. 이 결정의 대상이 된 소송은, 석유회사들을 환경오염방지법에 위반하였다는 이유로 고발한 캘리포니아주의 한 소비자단체를 상대로 위 석유회사들이 제기한 거액의 손해배상소송인데, 이에 대하여 캘리포니아주의 1심 판사는 위 석유회사들의 소송을 SLAPP소송이라고 보아 각하하였고, 주항소심과 주대법원도 1심 판사의 결정을 유지하였다. (Equilon Enterprises, LLC, v. Consumer Cause, Inc.)

게 된 것이 채무자가 어떠한 문제를 공표하는 등 사회적 문제화시킨 때문이며, 채권자가 제출한 자료로 판단할 때 채무자에게 손해배상책임이 인정될 것인가가 명확하지 아니하면 가압류신청을 받아들이지 않는다.(물론 채무자의 문제제기가 부당한 것으로서 손해배상의 대상이 된다는 점에 관한 소명자료를 채권자에게 추가로 요청할 수도 있을 것이다) 담당판사는 손해배상책임의 존재(피보전권리)에 대한 소명부족을 이유로 가압류신청을 기각하거나 가압류절차의 남용으로 보아 각하(이는 결국 보전의 필요성에 대한 소명부족으로 볼 수 있다)할 수 있을 것이다. 만일 이미 발령된 가압류에 대하여 채무자가 가압류이의의 방법으로 다투다면 채권자에게 소명자료를 수집할 수 있는 기한을 더 이상 부여하지 아니하고 그 시점에서 가압류를 취소할 수 있을 것이다.

4. 訂定報道 및 反論報道 · 追後報道的 問題

언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 따라 언론보도가 진실하지 아니함으로 인하여 피해를 입은 자는 그 보도내용에 대해 정정보도와 반론보도·추후보도를 하도록 하고 있다. 이 같은 법률규정에 앞서 언론이 언론보도에 의해 명예를 훼손한 사실이 있을 경우 언론사 스스로가 사죄의 마음을 가지고 정정이나 반론·추후보도를 한다면 피해 당사자는 상처는 남겼지만 그나마 효과 있는 명예회복 조치가 될 수 있다. 그러나 언론기관이 신뢰성과 명예에 손상이 가는 사죄보도를 스스로 한다는 것은 거의 기대하기 어렵다고 본다. 따라서 현재 언론에 의해 피해를 입은 피해자의 명예회복은 언론중재위원회의 조치결과나 형사 또는 민사상의 소송절차 등 특별한 경우를 제외하고는 기대하기 어렵다. 이런 이유로 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률은 반론보도와 정정보도 등의 구제규정을 마련해 놓고 있으며, 특히 우리 민법은 제764조에 의해서 법원이 명예회복에 적당한 조치로 정정보도나 반론보도 등의 사죄광고를 내도록 강제하고 있다. 그러나 이러한 법률이나 법원의 강요에 의해서 행하는 사죄광고는 자기 양심(언론의 양심)에서 우러나오는 것이 아니라는데 문제가 있다. 따라서 사죄광고를 강제하는 언론관계법과 민법규정에 따라 판시되는 법원판결이 헌법에서 보장하고 있는 양심의 자유에 반하는 것이 아닌가 하는 문제를 낳기도 한다.

언론에 의한 명예훼손 피해자에 대한 정정보도 등 반박권이라는 제도는 1980년대

언론기본법이 제정되면서 외국의 제도를 도입한 것에 지나지 않지만 이러한 제도가 명예훼손 가해자, 즉 언론 종사자 스스로가 마음으로부터 사죄하고 있는지에 대해 의문을 갖게 하고 있어 그 한계점을 노출하고 있다.

새 언론관계법⁵⁹⁹⁾에서는 반론보도청구권과 정정보도청구권·추후보도청구권을 보다 명확하게 정리해 언론에 따른 명예훼손에 대한 구제의 문제를 해결하고자 하고 있다. 그러나 동법의 법률규정의 문언상의 표현을 더욱 세분화하고 종사자의 마음에서 우리나라는 진정한 사과를 유도하기에는 역부족하다.

반론보도청구권의 행사로 언론사는 피해자의 반론보도문을 무료로 게재 또는 방송할 의무를 부담하게 되어 언론사의 신문편집권·방송편성권 등 언론의 자유를 침해할 수 있다는 점이 문제된다. 이에 대하여 독일에서는 언론이 개인에게 특별한 희생을 발생케 한 경우에는 피해자의 보상을 구할 수 있는 권리가 반론권으로서 정당화될 수 있다는 이론이 전개되고 있다. 즉 헌법상 보장되는 언론의 자유는 사법관계에서도 통용되므로 개인에게 피해가 발생하더라도 개인은 이를 수인할 의무가 있으나 다른 한편으로 개인에게 있어서는 헌법이 언론의 자유를 보장함으로써 입게된 특별한 희생을 의미하게 되고 그에 따라 보상을 구할 권리가 인정된다는 것이다.

제 3 절 政策上的의 問題와 改善方案

1. 活用性(實效性)의 問題

언론에 의한 명예훼손의 문제는 구제절차를 밟아 처리되더라도 피해자 입장에서 보면 완전한 명예가 회복되기는 어렵다. 다시 말해 이미 훼손된 명예는 훼손 전으로 돌리기 어렵다는 문제점을 가지고 있다. 또 그 사안이 대단히 복잡하기 때문에 진보적이지 못하다. 그런 의미에서 명예보호에 관한 입법조치와 관련하여 실제 활용하는데(실효성)대한 문제가 대두되고 있다.

전통적으로 우리나라에서는 법의식·권리의식이 투철하지 못해 언론에 의한 명예훼손 구제 방안이 마련돼 있다 하더라도 활용성이 의문시되고 있는 것이다⁶⁰⁰⁾ 일반

599) 2005년 1월 27일 제정된 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률.

서민의 경우 언론에 의해 권리침해, 즉 명예를 훼손당했다 하더라도 거대한 언론을 상대해 소송을 제기한다는 것에 대한 엄두를 내지 못하는 사례가 있기 때문에 관계 법이 마련되어 있어도 활용하지 않는다는 것이다. 이른바 언론과 투쟁해 보아야 정력과 시간의 낭비가 있을 뿐 승산이 없을 것이라는 피해의식이 팽배해 법적으로 해결하려는 이른바 분쟁해결 과정을 기피하려는 경향이 있다. 그래서 언론기관을 상대로 대항하려는 생각을 아예 포기하려는 경향이 있어 언론에 의한 피해가 발생했음에도 경미한 경우는 제소되지 않는 사례가 있다.

일본만 해도 언론에 의해 피해를 당한 피해자들이 언론과의 법정다툼을 벌이는 사례가 많은 편인데 우리나라의 경우 1980년대 중반까지만 해도 언론기관을 상대로 명예를 회복하는 피해자의 사례가 많지 않다.⁶⁰¹⁾ 1990년대 들어 언론에 의한 명예훼손 제소건수가 크게 늘어나고 있지만 이는 다매체시대 언론이 크게 늘어난 탓으로 분석되며 여전히 일반서민은 제소절차에 대한 방법을 모르는 데다 소송을 해야 하는데도 변호사비 등을 감안해 아예 포기하는 사례가 있다. 따라서 명예회복 방법이 법률로써 규정돼 있지만 그 법률을 활용해 명예를 찾는 데는 한계가 있다. 다시 말해 피해자가 적극성이 있다하더라도 당장 생활고에 찌들인 현실 등을 감안해 구제에 대한 접근마저 하지 않아 활용성이 의문시되고 있다.

새로이 시행되고 있는 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률”은 중재부로 하여금 정정보도청구와 반론보도청구·추후보도청구 그리고 손해배상의 분쟁의 조정에 필요할 경우 관련 자료에 대한 증거조사권을 부여해 명예훼손문제를 보다 적극적인 방안에서 해결방법을 찾고 있다. 하지만 증거조사권 부여 등으로 언론자유 위축이라는 문제를 낳을까 우려되고 있다. 언론중재위원회가 설립될 당시에는 목적이 당사자 쌍방간의 분쟁 해결을 위하여 당사자간의 원만한 합의를 위하여 쌍방의 주장을 청취하고 그들 주장의 당부를 설명하여 조언하거나 절충안을 제시하는 등 합의를 권유하는 수준에 머물러 있었다.⁶⁰²⁾ 그러나 민주화가 진척되면서 국민의 알 권리 차원에서 언론의 자유와 국민의 삶의 질 향상이라는 차원에서 개인의 명예권이 충돌하면서 언론중재위원회의 권한도 강화됐다. 그러나 언론중재위원회의 강제성이 강화되면 될수록

600) 양승두, “한국인의 인권의식”, 「언론중재」, 언론중재위원회, 1982. 봄, pp.17-18.

601) 김수철, “국가기밀과 보도의 자유-독일연방헌법재판소 제1법정 1966년 8월 5일 판결 (BVerfGE 20, 162, Spiegel판결)의 연구”, 「사법행정」, 제41권 제9호, 2000, p.16; 공엄현, “언론자유와 제한과 한계”, 창원대학교 법학석사학위논문, 2004. 8., p.30

602) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제19조 제5항.

언론자유 의 위축이라는 문제가 발생한다.

언론중재 제도를 크게 강화하여 미온적인 절충안 제시에서 벗어나 증거조사 및 직권조정결정·시정권고 등의 기능을 부여한 것은 피해자들의 의견을 충분히 반영할 수 있다는 점에서 보다 적극성을 띠는 방향으로 법령이 개정돼 언론으로부터 부당하게 침해당하는 사례를 줄일 수 있도록 했다는 평가를 받을 수 있을 것이다. 그러나 여기에는 언론자유를 충분히 보장하는 전제하에서 가능하기 때문에 언론자유와의 충돌이 발생하지 않도록 해야 하고, 만약 그 같은 사건이 발생하면 언론중재위원들의 언론기관에 대한 잘못을 과감하게 시정하려는 의지도 필요하겠지만 적극적으로 국민의 알권리 차원에서 언론자유와 인권을 존중하고 보호하려는 저울질이 필요하다 할 것이다.

여기에서 한 가지 중요한 것은 언론을 상대로 명예를 회복하고 싶어도 그 제도나 방법을 모르고 있는 국민들을 위한 홍보이다. 2005년 1월 27일 제정, 7월 28일부터 시행되고 있는 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률”이나 이 법에 의한 언론중재 제도에 대해서는 대부분이 인지를 못하고 있는 실정이다. 따라서 언론중재위원회가 설립된 목적과 중재절차 등을 홍보하여 보다 많은 사람들이 언론의 침해로부터 권익을 보호받을 수 있도록 해야 한다.

2. 言論의 自律과 倫理意識의 問題

결론적으로 언론의 자유와 타인의 명예훼손에 대한 다툼을 줄이기 위해서 바람직한 것은 언론기관 스스로 만든 자체의 자율에 의한 규제가 선행되어야 한다. 언론자유와 명예훼손을 법적으로 따지기 전에 먼저 언론 스스로의 윤리의식을 강조한 이유도 바로 여기에 있다. 언론기관 자신이 진정한 언론의 자유를 누리기 위해서는 반드시 언론기관 자체의 윤리적 규제방법을 강화하는 것이다. 물론 언론사가 만든 규정이나 언론관계 단체들이 만든 규정이 강제성이 떨어지는 자율규제라는 한계를 넘지 못한다는 약점이 있기는 하다.

그러나 법의 규제를 통해 언론 자유가 침해되는 사항보다는 언론사가 앞장서서 보다 강력한 자율조치로써 법의 통제에서 벗어나는 것이 더욱 현명한 방안이다. 예전과 다르게 지금은 언론사 대부분이 노동조합을 구성하고 있기 때문에 노동조합이 앞장

서서 언론관계 윤리강령이나 심의규정을 대폭 강화하여 타인의 인권침해를 사전에 예방하는 것도 좋겠고 노사가 합의해 이 같은 규정을 만드는 것도 좋을 것이다.

언론사의 윤리규정을 위반했을 때에는 언론사 스스로 징계와 제명 등 강력한 제재를 취함으로써 언론보도에 의한 명예훼손을 줄이는 하나의 방안이 될 것이다. 언론사 스스로도 언론 종사자에게 공적차원에서 다른 기관에 비해 윤리의식을 강조하고 있으나 언론사가 언론의 자유를 누리고 명예훼손을 방지하기 위해서는 종사자 자신도 강한 책임의식과 윤리관을 가지고 꾸준히 노력하는 자세가 필요하고 특히 언론인들의 자질향상을 위한 교육 등이 무엇보다도 선행되어야 한다.

또한 언론보도에 앞서 다시 한번 언론 스스로가 꾸준한 노력을 통해 타인의 명예와 권리를 보호하려는 자세가 있어야 한다. 언론 종사자는 독자들의 신뢰를 바탕으로 한 자율규제를 철저히 실천함으로써 명예보호의 강화에 따른 언론자유와의 충돌을 피할 수 있을 것이다.

3. 디지털사회에 맞는 言論의 自由

고도의 디지털테크놀러지 혁명으로 인해 세계를 지구촌화 하고 있는 이 시대를 정보화사회 또는 디지털사회라고 한다. 컴퓨터를 켜고 간단하게 키보드를 두드리면 세계의 구석구석을 손금 보듯이 알 수 있고 원하는 정보·지식을 인터넷으로 누구나 얻을 수 있는 시대가 되었다. 디지털사회에서는 오프라인의 물리적·현실적 공간보다는 오히려 온라인인 사이버공간이 보다 자유로운 커뮤니케이션 활동을 제공하여 준다. 그 이유는 디지털테크놀러지의 발전으로 기존 오프라인의 언론 매체 한계를 넘어서서 정보유통의 쌍방향성, 시간과 공간의 초월성, 익명성 등의 특성이 나타나기 때문이다.

디지털사회에서의 이러한 특성으로 다양한 정보·사상이 자유롭게 유통될 수 있는 점에서 사이버공간은 Public Sphere(공론권) 기능을 갖고 있다. 온라인상의 사이버언론이 갖는 Public Sphere는 누구에게나 익명성과 개방성을 보장하여줌으로써 오프라인상의 기존 언론 매체보다 영향력이 월등하다. 즉 거리에서 집회나 시위 등을 통해 기존의 매스미디어 공론권에 영향을 미치는 과급 효과 보다 사이버공간에서 항의 메일이나 안티사이트를 띄우는 과급 효과가 더 큰 영향을 주는 시대가 된 것이다. 디지

텔사회에서 사이버공간은 개인·단체·정부간에 정보·사상·의견 등의 커뮤니케이션의 광장이 되었다. 이제 사이버공간은 민주적 의사 결정의 형성에 필수적인 토론 문화를 활성화시키고 이전의 매스미디어를 뛰어 넘는 새로운 형식의 텔레데모크라시의 장을 제공하고 있는 것이다.

사이버언론의 특성은 기존의 언론자유 가치 이론의 해석에 딜레마를 낳게 한다. 즉 기존의 물리적·현실적 공간을 토대로 하던 언론자유 가치 이론을 사이버언론에 그대로 적용할 것인가 아니면 새 패러다임을 정립하여 언론자유 가치 이론을 해석할 것인가의 문제인 것이다.

디지털사회에서 언론자유 법리해석은 두 가지로 대립된다. 하나는 인터넷이라는 새로운 디지털테크놀러지도 기존 언론자유 법리인 사상의 자유시장에 맡기면 된다는 주장이고 다른 하나는 인터넷이라는 디지털테크놀러지에 맞는 새로운 언론자유 가치이론을 정립하여 사이버언론의 법제를 만들어야 한다는 주장이다.⁶⁰³⁾

미연방대법원은 인터넷은 신문이나 방송과는 다른 특성을 지닌 디지털테크놀러지이지만 고전적 언론자유 법리인 사상의 자유시장에 맡긴다는 취지라는 견해를 가지고 있다. 그러나 미연방대법원 판례는 디지털사회의 특성인 인터넷을 소홀히 하여 사상의 자유시장에 맡긴데 문제가 있다. 인터넷은 언론의 자유와 통신의 자유의 기본권이 중복되어 있다. 이러한 언론과 통신의 중복 문제는 인터넷의 특성 때문에 기존의 언론법제로는 해결하기가 상당히 곤란하고, 특히 양자를 나눌 수 없는 경우에는 언론자유라는 기본권과 통신의 자유라는 기본권의 갈등 문제가 나타난다. 이 경우 통신의 자유보다는 언론의 자유가 상위의 기본권이므로 언론의 자유의 보호중심으로 해결하여야 한다. 결국 디지털사회의 특성은 디지털테크놀러지에 대한 순기능과 역기능의 갈등으로 나타나고 이러한 갈등의 해결책이 새로운 언론자유 가치이론의 패러다임이 된다고 볼 수 있다. 그러나 현실적으로는 이러한 갈등 문제의 해결을 가로막는 수많은 장애가 있다. 국가적·문화적·정치적·사회적 등의 여러 환경에 따른 차이 때문에 사이버공간의 통일적 기준이 없다 보니 수많은 장애가 발생한다. 이러한 장애를 없애기 위해 국내법적 사이버언론법제로 대응하는 것은 효과적이지 못하며 국제적인 협조와 대응으로 사이버공간에 통일적으로 적용되는 새로운 사이버언론법제 가치이론을 정립하여야 비로소 해결이 가능한 것이다.

603) 이동훈, “디지털사회에서의 언론자유 가치의 정립”, 「공법학연구」, 제3권 제2호, 2001, p.175.

제 7 장 結 論

지금까지 언론에 의한 명예훼손행위에 관하여 현상과 그에 대한 원인분석을 하고 그 구제방법에 대해서 검토하여 보았다. 언론의 자유와 명예권의 이념적 바탕은 양립하기 어려운 것으로 언론의 자유와 명예권의 두 가치를 어떻게 조화시키느냐가 이 문제를 다루는 핵심이 되고 있다.

즉, 언론의 자유나 명예권은 모두 헌법상 보장되어 있는 권리이면서 특히 명예권은 사권으로서의 성질을 가지기 때문에 이 양자는 서로 조화를 이루면서 정도를 일탈하지 않고 발전되어져 가는 것이 가장 바람직하다고 생각한다.

또한 현대사회에서 언론은 자유민주 정치의 생명선이 될 수 있고 국민의 올바른 인격형성은 물론 교육기구로서도 중요한 역할을 담당하고 있다. 그러하기에 언론의 사회적 가치는 높게 평가할 수밖에 없다. 그러나 언론의 사회적 가치가 아무리 중요하다 하더라도 그 가치는 국민에 의해서 평가되고 이 평가에 의해서 그 언론의 존재 가치가 부여된다는 점을 부인할 수 없다. 따라서 언론의 자유는 언제나 시민의 권리와 공공복지 그리고 국가안녕 질서에 책임을 다해야 하는 조건적·제한적·자유임을 유념해야 할 필요가 있다.

그러함에도 불구하고 언론이 대중의 본능적 욕망이나 호기심을 만족시켜 줌으로써 자신의 영리를 도모하는 상업주의·선정주의에 물들어 언론 본연의 존재가치를 망각하고 그 존립기반인 국민 개개인의 명예권침해행위를 아랑곳 하지 않는다면 언론은 국민에 의해 존재가치를 부여받기는커녕 오히려 비난의 대상이 되고 말 것이다. 또한 이러한 폐해는 이미 살펴본 바와 같이 몇몇 사람의 노력이나 몇 개의 법규정으로 막을 수는 없다. 따라서 올바른 보도로써 보다 더 품격 높은 언론기관으로 가꾸어가겠다는 언론종사자들의 부단한 사명감과 자기성찰의 노력, 그리고 이들에 대한 언론수용자들의 감시와 권리의식의 향상에 따른 투쟁정신 등 이런 것들이 합쳐져서 자율적으로 국민 개개인의 명예권을 침해하지 않도록 하고, 만약 침해되었을 경우 보다 완벽한 구제제도를 확립해 나가면서도 언론의 자유와 형평성을 기하기 위해 할 것이다. 그러기 위해서 첫째, 우리 형법은 제310조라는 규정을 둠으로써 헌법상 언론의 자유라는 공익과 개인의 명예보호라는 사익을 조화할 수 있는 방안을 마련하고 있다. 그렇지만 제310조도 제307조 제1항에서 규정하고 있는 단순명예훼손죄, 즉 적시되는

사실은 진실한 사실로만 한정하고 있다. 이것을 분설하여 보면 자선사업가로 잘못 알려진 진실을 밝혀내기 위하여 진실한 사실을 취재·보도한 경우에도 제307조 제1항이 사회적으로 잘못 평가되어 있는 허위의 명성도 보호하는 취지로 해석되므로 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다는 결론에 도달한다. 물론 이러한 경우 제310조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다. 따라서 언론사의 이러한 명예훼손행위는 원칙적 허용행위가 아닌 예외적 허용행위가 될 뿐이어서 언론의 자유를 해칠 수도 있다. 그러므로 언론에 의한 명예훼손행위의 경우 진실성과 공익성이 갖춘 경우를 원칙적 허용행위로 규정할 수 있도록 하여야 할 것이다.

둘째, 학계와 실무계의 방송법, 정기간행물 등록 등에 관한 법률 등 각 개별법에 산재되어 있었던 언론중재제도를 포괄하는 단일법이 제정되어야 한다는 끊임없는 주장을 수용하여 2005년 1월 27일 제정하여 같은 해 7월 28일부터 시행되고 있는 언론 “중재 및 피해구제에 관한 법률”이라는 단일법에 포괄한 것은 진일보한 면이 있으나 언론 종사자 스스로가 자율과 양심에 따라 규율해야 할 언론보도를 고충처리인에게 예방과 구제를 하도록 한 것은 그 동안의 언론사 내부적 규제역할을 성실히 수행하여 온 언론노동조합의 공정보도위원회·기자협회의 윤리강령 등과 겹치는 옥상옥이 될 수 있을 뿐만 아니라, 언론의 자유를 억압할 가능성도 잠재하고 있다. 이와 더불어 동법 제33조의 취업금지 조항은 언론사 근무자의 도덕적 가치를 높이는 조항으로 인정되지만 취업에 있어 과도한 제한으로 헌법이 보장하고 있는 직업선택의 자유를 박탈하는 위헌소지가 있기 때문에 다소 완화된 규정이 요구되고 언론중재의 전문기관이라고 할 수 있는 언론중재위원회의 기능을 강화하고 언론에 의한 명예권의 피해구제를 소송에 의한 해결보다는 언론중재위원회의 조정 또는 중재에 의하여 해결될 수 있도록 언론중재위원회의 조정전치주의를 도입하는 것도 검토하여야 할 것이다.

셋째, 반론보도와 정정보도의 중간영역에 해당하는 다양한 표현 방법들이 연구되어야 한다. 이는 우리말이 가지고 있는 다양성 때문에 그 언어에 따라 이를 읽는 독자들의 평가가 달라질 수 있기 때문이다. 즉 반론보도는 언론사의 의사와는 전혀 관계없이 일방적으로 반론보도청구자의 주장을 게재하여 주는 것이므로 독자에게 주는 설득력 내지는 보도된 기사의 부정확함에 대한 시정력이 너무 미약한 반면 정정보도는 언론사의 보도가 잘못된 것임을 언론사 스스로가 인정하는 것이어서 설득력이나 시정력이 강하기는 하지만 언론사에 완전항복을 강요하는 것이어서 언론사측에서는 필사적으로 이를 저지하려고 노력하여 성공적인 합의가 이루어지기가 쉽지 않다. 그

러므로 반론보다는 강하고 정정보다는 약한 제도 등을 창안해 내서 규정하는 것도 양 당사자의 합의를 이끌어낼 수 있는 하나의 수단이 될 것이다.

넷째, 언론에 의한 명예권 침해행위를 형법적으로 해결하는 것보다는 손해배상청구 제도를 적절히 사용하여 가능한 한 책임을 느끼게 하는 금전적 배상을 선고, 언론사에게 경제적 부담을 줌으로써 형벌과 같은 효력을 갖게 함과 동시에 스스로 자정력을 갖게 하는 것이 바람직하겠다. 이를 위하여 영미에서 시행하고 있는 징벌적 손해배상제도를 도입, 동일 언론사의 명예권 침해행위가 자주 일어나면 일어날수록 손해배상액이 늘어나도록 함으로써 언론사 스스로 명예권침해행위의 재발을 막고 언론보도의 신중성을 가지게 하는 것이다.

다섯째, 2005년 1월 27일 정기간행물의 등록 등에 관한 법률을 폐지하는 대신 대체 입법된 “신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률”은 신문시장의 시장점유율 산정 대상을 무료신문을 제외한 모든 일반일간신문으로 하고 그 실효여부를 떠나 신문시장이라고 하는 특정시장의 정상화를 위해 지배적 사업자 기준을 별도로 둔 것은 우리나라만이 특수하게 가지고 있는 신문유통상의 환경 등을 고려한 입법이라고 할 수 있으나, 자율영역이어야 하는 언론의 사회적 책임과 보도의 균형성 등을 강조해 명문화 한 것은 이를 잘못 운용하게 되면 언론의 자유를 정부의 규제화에 묶어두게 하는 결과를 낳을 수 있다.

한편 이미 관례 등을 통하여 살펴본 바와 같이 언론에 의한 명예훼손 행위는 대부분 언론의 정확성과 공정성을 상실한데서 비롯되었다는 것을 알 수 있다. 그러므로 언론 스스로도 인권에 대한 인식을 새로이 하고 취재의 충실성, 자료의 확실성에 주의를 기울이고 있는 만큼 이러한 노력이 궤도에 올라 언론의 자율적인 규제가 정착 되면 외부로부터의 규제는 감소되어 나갈 것이다. 언론과 명예훼손의 문제에 대한 가장 기본적인 해결책은 가장 명백하고 단순한 것으로 AP통신의 매뉴얼에서 강조된 바와 같이 언론 스스로 사실의 정확성과 논평의 공정성을 잃지 않는 것이다.

參考文獻

▣ 國內文獻

1. 單行本

- 강상현·박주하. 「현대사회와 메스커뮤니케이션」. 한올아카데미, 2004.
- 곽윤직. 「물권법」. 박영사, 2004.
- . 「채권각론」. 박영사, 2004.
- 구병삭. 「신헌법학개론」. 박영사, 1998.
- 권영성. 「헌법학원론」. 법문사, 2005.
- 김병규. 「법철학의 근본문제」. 법문사, 1988.
- 김영선. 「한국의 정치권력과 언론정책」. 전예원, 1995.
- 김일수·서보학. 「새로쓴 형법각론」. 박영사, 2005.
- 김재협. 「한국언론과 명예훼손소송」. 나남, 2002.
- 김중한·안이용. 「채권총론」. 박영사, 1998.
- 김철수. 「헌법학개론」. 박영사, 2005.
- 문홍주. 「한국헌법」. 해암사, 1987.
- 박상기. 「형법각론」. 박영사, 2005.
- 박영직. 「불법행위법」. 일조각, 1980.
- 배종대. 「형법각론」. 홍문사, 2004.
- 서정우·차배근·최창섭. 「언론통제이론」. 법문사, 1978.
- 성낙인. 「헌법학」. 법문사, 2005.
- 송상현. 「민사소송법」. 박영사, 2004.
- 안용교. 「한국헌법」. 고시연구소, 1991.
- 유일상. 「언론정보 윤리론」. 아침, 2001.
- 이시운. 「신민사소송법」. 박영사, 2005.
- 이재상. 「형법각론」. 박영사, 2005.

이정원. 「형법각론」. 법지사, 2003.
 이형국. 「형법각론연구(I)」. 법문사, 1998.
 임 웅. 「형법각론」. 법문사, 2003.
 ———. 「형법총론」. 법문사, 2003.
 임충희. 「신손해배상실무」. 진원사, 2005.
 정성근. 「형법각론」. 법지사, 1996.
 정성근·박광민. 「형법각론」. 삼지원, 2002.
 허 영. 「헌법이론과 헌법」. 박영사, 2005.
 홍성방. 「헌법학(개정2판)」. 현암사, 2005.
 황산덕. 「형법각론」. 법문사, 1985.

2. 論 文

김수철. “국가기밀과 보도의 자유-독일연방헌법재판소 제1법정 1966년 8월 5일 판결(BVerfGE 20. 162. Spiegel판결)의 연구”. 「사법행정」. 제41권 제9호, 2000.
 ———. “알 권리의 법적 성격에 대한 재검토”. 「법학연구」. 부산대학교 법학연구소. 제32권 제1호, 1990.
 강경근. “개정 정간물법 해설”. 「언론중재」. 언론중재위원회, 1996. 봄.
 강봉수. “불법행위로 인한 손해배상의 범위에 관한 입증의 정도”. 「사법행정」. 한국사법행정학회, 1985. 8.
 공엄현. “언론자유와 제한과 한계”. 창원대학교 법학석사학위논문, 2004. 8.
 권영성. “바람직한 언론법제의 구조와 체계”. 「판례월보」. 판례월보사. 제320호, 1997.
 권영호. “알 권리와 언론·출판의 자유”. 「법학논총」. 단국대학교 법학연구소. 제19집, 1993.
 김배원. “알권리에 관한 연구”. 부산대학교 대학원 박사학위논문, 1989.
 김병연. “유가증권신고서 등의 부실기재와 인수인의 손해배상책임에 있어서 Due diligence항변에 관한 연구”. 「상사법연구」. 제22권 제5호, 2004.

- 김상용. “인격권 침해에 대한 사법적 구제방법의 비교고찰-독일·미국 및 우리나라-”. 「사법행정」. 제322호, 1987. 10.
- 김상호. “언론의 명예훼손”. 「비교형사법연구」. 비교형사법학회. 제1호, 1999.
- . “독일형법상 모욕죄”. 「독일학 연구」. 동아대학교. 제12호, 1996.
- 김석우. “로마법과 게르만법에 있어서의 불법행위로 인한 손해산정의 본질”. 「중앙대논문집」 제4집, 1959. 10.
- 김선석. “민사상의 인과관계론에 대한 재음미(자연적 인과관계론)”. 「변협지」, 1985. 10.
- 김승태. “손해전보원리 소고”. 「민사법과 환경법의 제문제」. 박영사, 1986.
- 김용환. “불법행위로 인한 손해배상의 재검토”. 「법조」, 1989. 5.
- . “손해배상”. 「재산법의 과제와 판례」, 1989.
- 김재협. “언론과 범죄보도”. 「판례실무연구」. 박영사, 1998.
- 김종훈. “언론사 입장에서 바라본 언론소송 대처방안”. 「한국언론과 명예훼손소송」. 나남, 2002..
- 김한성. “언론·출판의 현대적 기능과 법적 통제에 관한 연구”. 연세대학교 법학박사학위논문, 1987.
- 박연희. “반론권에 관한 비교헌법학적 고찰”. 서울대학교 법학박사학위논문, 1995.
- 박용상. “출판의 자유와 공적 과업”. 서울대학교 법학박사학위논문, 1980.
- 박찬주. “손해경감 조치의무의 법리”. 「법조」, 1987. 7.
- 박해성. “작위. 부작위 채권의 강제집행”. 「강제집행·임의경매에 관한 제문제(하)」. 법원행정처, 제36집.
- 박형상. “언론소송에 있어서의 실체적 구제수단”. 「한국언론과 명예훼손소송」. 나남, 2002.
- 배병일. “언론 기관의 범죄보도와 명예훼손”. 「한국언론학술논총」, 2002.
- . “초상권에 관한 연구”. 「재산법연구」. 한국재산법학회. 제9권 제1호, 1992.
- 송기영. “생명·신체의 침해로 인한 손해배상의 범위”. 「불법행위법의 제문제」. 삼영사, 1985.

- 신 평. “새로운 명예훼손법 체계의 구축에 관한 시도”. 「공법학연구」. 한국 공법학회, 2003.
- 안용교. “국민의 알 권리”. 「고시연구」. 고시연구사, 1980. 9.
- 양삼승. “손해배상의 범위 및 방법에 관한 독일·일본 및 우리나라 민법의 비교”. 「방순원 선생 고회 기념논문집」, 1984.
- . “스위스 민법상 손해배상의 범위”. 「법조」, 제37권 제11호, 1988.
- 양승두. “한국인의 인권의식”. 「언론중재」. 언론중재위원회, 1982. 봄.
- 염규호. “미국의 명예훼손법”. 「언론중재」. 언론중재위원회, 1994. 가을호.
- 오두범. “시민생활과 언론피해 구제제도”. 「언론중재」. 언론중재위원회, 2003. 여름호.
- 윤명선. “알 권리”. 「월간고시」. 월간고시사, 1993. 2.
- 윤재식. “소송비용에 대한 손해배상청구의 가부”. 「민사판례연구」, 제10권, 1988.
- 이광범. “명예훼손에 대한 실체적 구제수단”. 「한국언론과 명예훼손소송」, 2002.
- 이동훈. “디지털사회에서의 언론자유 가치의 정립”. 「공법학연구」. 제3권 제2호, 2001.
- 이명갑. “손해공평분담법의 재검토”. 「사법행정」 제538호, 1989.
- 이상태. “불법행위에 있어서 손해배상의 구조와 인과관계”. 「불법행위법의 제문제」. 삼영사, 1985.
- 이석연. “판결공시제도와 추후보도청구권”. 「언론중재」. 언론중재위원회. 제 42호, 1992. 봄호.
- 이종복. “규범목적에 의한 손해배상범위”. 「판례연구」 제3집. 고려대학교 법학연구소, 1984.
- . “일반조항 불법행위법에 의한 손해배상책임의 제한”. 「사법행정」, 1988. 10.
- 이진로. “1980년대 한국신문산업에 대한 연구”. 서울대학교 석사학위논문, 1998.
- 임 응. “명예훼손행위에 있어서의 착오”. 「고시연구」. 고시연구사, 1990. 6.
- 장경학. “손해배상의 범위에 관한 연구”. 「상사중재연구총서」 IX, 1977;

- 장호순. “최근의 언론보도 피해양상과 구제현황”. 언론중재토론회 자료, 2004.
- 조종현. “민법상 손해배상의 인과관계에 관한 이론적 고찰”. 김용한화갑기념 「민사법학의 제문제」, 1990.
- 조준원. “1990년대 언론관련 손해배상판결의 사회과학적 분석”. 「언론중재」, 언론중재위원회, 2000. 가을호.
- 지홍원. “인격권의 침해”. 「사법논집」. 법원행정처. 제10집, 1978.
- 최대권. “언론과 법”. 「법학」. 서울대학교 법학연구소. 제28권 제2호, 1987.
- 최선열. “언론자율규제의 변천과 성과”. 「언론중재」. 언론중재위원회, 1999. 겨울.
- 최영목. “언론보도와 미성년자의 인격권” 「언론중재」. 언론중재위원회, 2004. 여름호.
- 한 철. “증권중재와 징벌적 손해배상책임-미국판례의 변화를 중심으로”. 「중재연구」. 제14권 제2호, 2004.
- 한상범. “사진촬영과 초상권”. 「언론중재」. 언론중재위원회, 1982. 여름호.
- 한위수. “명예의 훼손과 민사상 제문제”. 「사법논집」. 제24집, 1993.
- 허 만. “미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결.” 「민사판례연구」. 제14집, 1999.
- 홍승철. “광고규제의 헌법 문제”. 중앙대학교 법학박사학위논문, 1999.
- 언론중재사례. 제2집. 언론중재위원회, 1983.
- 언론중재위원회 2004년도 연차보고서. 언론중재위원회, 2004.
- 한국언론2000년위원회. “한국언론의 좌표”. 관훈클럽토론회 자료.

▣ 外國文獻

1. 日本文獻

- 堀内捷三. 「刑法各論」. 有斐閣, 2003.
- 大谷 實. 「新版 刑法講義各論」. 成文堂, 2002

- 大塚裕史. 「刑法各論の思考方法」. 早稻田経営出版, 2004.
- 林 幹人. 「刑法各論」. 東京大學出版會, 1999.
- 浜辺陽一郎. 「名譽毀損裁判一言論はどう裁かれるのか」. 平凡社, 2005.
- 山口 厚. 「刑法各論」. 有斐閣, 2005
- 森天 璋. “法人・集團の人格權”. 「現代損害賠償法講座2」. 日本評論社, 1972.
- 西田典之. 「刑法各論」. 弘文堂, 2005.
- 松井茂記. 「マス・メディアの表現の自由」. 日本評論社, 2005.
- . “名譽毀損と表現の自由”. 「民事法雜誌」. 第8巻 第4号, 1983.
- 前田雅英. 「刑法各論講義」. 東京大學出版會, 1999.
- 田中康久. “慰謝料の算定” 「現代損害賠償法講座7」, 1999.
- 田中英夫・竹内昭夫. “法の現實における私人の 役割”(4) 「法協」, 第89巻 第9號
- 宗宮信次. 「名譽權論」. 有斐閣, 1961.
- 竹田 捻. 「名譽・プライバシー. 侵害に 關する民事責任の研究」, 1983.
- . 「名譽侵害に關する 民事責任の研究」. 酒井書店, 1983.
- 竹内重年. 「法治國における統治行爲—法と政治の關係を檢討するための比較法的研究」. 木鐸社, 2002.
- 川端 博. 「レクチャー刑法各論」. 法學書院, 2004.
- 樋口陽一. 「ホーンブック 憲法」. 北樹出版, 2000.
- 芦部信喜. 「憲法」. 岩波書店, 2002.
- 曾根威彦. 「刑法各論」. 弘文堂, 2005.
- 菅野孝久. “プライバシー概念の機能の檢討”. 「ジュリスト」. 第653号, 1977. 12.
- 内田文昭. 「刑法各論(上)」. 有斐閣, 1980.
- 五十嵐清. 「人格權論」. 一粒社, 1989.
- 齊藤 博. 「人格價値の保護と民法」. 一粒社, 1986.
- 齊藤信治. 「刑法各論」. 有斐閣, 2003.
- 竹田 稔. 「名譽・プライバシー—侵害に關する民事責任の研究」. 酒井書店, 1983.
- 清水英夫. 「名譽毀損法とマス.メディア」. マス.メディアの 現在」. 日本

評論社, 1986.

阪本昌成. “プライバシーの権利性”. 「憲法の基本判例(第3版)」, 1985.

木下 毅. 「現代アメリカ憲法」. 東京大學出版會, 1981.

2. 英・美・獨逸 文獻

- Alexander Meiklejohn, Political Freedom, Oxford University Press, 1965.
Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, 1982.
Craig, S..and McCann, J. M. Assessing communication effects of energy-
conservation, Journal of Consumer Research,3, 1978.
D. M. Gillmor etc, Mass Communication Law, West Publishing
Company, 1990.
D. M. Rabban, "The First Amendment in It's Forgotton Years", 90
Yale Law Journal 514, 1981.
D. McGills & J. Mullen. NEIGHBORHOOD JUSTICE CENTERS, 1977.
Don R. Pember., Mass Media Law, Brown Company Publishers, 1982.
Ducat, Modes of Constitutional Interpretation ch.4, West
Publishing Co., 1978.
E. Barendt & others, Libel and the Media-The Chilling Effect, 1997,
Clarendon Press.
Eberhard Rotberg, Offentlikchkeit der Rechtspflege, in Studium Generale
23 1970.
Eberhard Schmidt, Justiz und Publizistik, Tubingen 1968.
Emerson, The System of Freedom of Expression, Random
Houge, 1970.
F. Bauer, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts,
1935.
Franklyn S. Haiman, Speech and Law in a Free Society, The University
of Chicago Press, 1982.
fred Siebert, Freedom of the Press in England 1476-1776,

- University of Illinois Press, 1952.
- G. Dürig, Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten, in : Summum Ius summa Iniuria, 1963.
- Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensersatz, 1979.
- Grunsky, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, 1968.
- H. Lange, Schadensersatz, 1979.
- Hans Stoll, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 1973.
- Herdegen, LK StGB, 10. Aufl., Vor §185, Rdn. 3.
- Herwigh Engau, Straftäter und Tatverdächtige als Personen der Zeitgeschichte: Ein Beitrag zur Problematik identifizierender Mündendarstellungen 1993.
- Hirsch, Ehre und Beleidigung, ZStW 90.
- Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967.
- Ithiel de Sola Pool, Technologies of Freedom: On Free Speech in an Electronic Age, Harvard University Press, 1983.
- J. A. Baron, Access to the Press—A New First Amendment Right, 80 Harvard Law Review, 1967.
- J. D. Arcy, "The Right to Communicate", UNESCO Document, No. 36, Prepared for the International Commission for the Study of Communication Problems, 1979.
- J. Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991.
- James R. Wiggins, Freedom or Secrecy, Oxford University Press, 1964.
- John Milton, Areopagitika(A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to Parliament of England, 1644), Everymans Library, 1927.
- John Stuart Mill, on Liberty, Representative Government, The Subjection of Women, Oxford University Press, 1954.

- K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht, 15. Aufl., 1985.
- K. Lackner, StGB, 21. Aufl.(1995), §187, Rdn.1.
- Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972.
- Kwon, O-gon, Small Claims Courts in Korea and the U.S.: A Comparative Analysis, Korean Journal of Comparative Law Vol.15. 77, 1987.
- Larenz · Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl., 1994.
- Mertens, Zum Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967.
- Middleton, Kent R. and Bill F. Chamberlin, The Law of Public communication, 1994.
- P. Haberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19Abs. 2 Aufl., 1972.
- Pember, Privacy and the Press, University of Washington Press, 1972.
- Prosser, Handbook of Torts, 5th ed., West Publishing Co., 1984.
- R. Weber, Ehrenschtz im Konflikt mit der Pressefreiheit, in: FS-Faller, 1984.
- R.Ricker, Der Rundfunkstaatsvertrag, in; NJW 1988.
- R. Smoll Law of Defamation 2, sec. 9. 14. t 9-72.
- Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981.
- Steven Shiffrin, "Overnment Speech" 27 UCLA Law Review, 565, 1980.
- T. I. Emerson, The System of Freedom of Expression, Random House, 1970.
- T. I. Emerson. "The Affirmative Side of the first Amendment", 15 Georgia Law Review.
- Thomas I. Emerson, Toward A General Theory of the First Amendment,

- Random House, 1966.
- Thomas L. Tedford, Freedom of Speech In the United States, Random House, 1985.
- Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 4. Aufl., 1994, RN 5.
- Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967.
- William E. Francois, Mass Media Law and Regulation Macmillan Publishing Company, 1986.
- Z. Chafee, Jr., "Book Review; Free Speech: And It's Relation to self-Government", 62 Harvard Law Review 891, 1948.
- Zechariah Chafee, Jr., Free Speech in the United States, Harvard University Press, 1941.