

언론보도와 명예훼손

김운용

강원대 법학과 교수

언론의 자유와 명예권은 다 같이 권리로서 법적 보호를 받는다는 점에서는 서로 다를 바 없지만, 양자는 본질적으로 상반된 의미내용을 지니고 있는 것으로 보인다. 언론의 자유라 하면 무엇인가 새로운 것을 찾아서 표출시키고 또 널리 전파 시킴에 있어 제약을 받지 않으려는 속성을 지니고 있는 반면에 명예권의 경우에 있어서는 이미 있는 명예를 그대로 지키고, 새로운 것이 표출되어 이미 있는 명예에 손상을 주는 일이 없도록 하기 위하여 각가지 출판표출행위에 제약을 가하려는 의지를 담고 있는 것이다. 이처럼 양자간의 관계는 본질적인 상반관계이기 때문에 양자간의 갈등은 어떤 의미에서는 필연적인 것일런지도 모른다. 물론 명예에 손상을 주는 예는 비단 언론에서만 찾아볼 수 있는 것이 아니고 대화나 토론 등에서도 나타나기도 하지만, 오늘날과 같은 대중매체의 시대에는 언론에 의한 명예침해가 가장 빈번하다는 것은 부인 못할 사실일 것이다.

I. 서

현대사회의 특징으로 내세울 수 있는 것으로는 여러 가지가 있겠지만, 그 중의 하나를 지적한다면 대량정보의 유통을 들 수 있을 것이다. 각가지 전달매체를 통하여 수없이 많은 정보가 우리의 생활주변의 구석구석까지 끊임없이 전달되어 오거나 스쳐 지나가는 것이 현실이다. 요컨대 현대사회는 이러한 정보의 홍수 속에 잠겨있다고 해도 과언이 아니겠다. 그리고 현대인들은 이처럼 넘쳐흐르는 각가지 정보에 의거해서 각기 나름대로의 판단을 하고, 또 나름대로의 의사를 형성하여 나가는 것이다. 그런데 오늘날 이런 대량정보의 유통과정에서 가장 큰 구실을 담당하는 것이 언론보도라 하겠다. 즉 현대화 된 사회일수록 그 사회의 정보유통에서 대중매체를 통한 언론이 큰 비중을 차지하게 된다는 것이다. 오늘날 언론은 어떤 의미에서는 한 사회의 가치판단과 의사형성을 지배하는 결정적 요인이 되었다고도 할 수 있을 것이다. 이런 언론이 사회생활에서 필요 불가결한 수단으로 인정받게 된 것은 대체로 시민사회의 성립 때에서부터인 것으로 보인다. 당시 시민사회의 지배적 사상이었던 자유주의의 안목으로 볼 때, 국가권력은 끊임없이 경계하고 감시해야 할 대상일 뿐만 아니라, 시민의 자율생활을 저해하는 일이 없도록 하기 위하여서도 항상 준엄한 비판을 받아 마땅할 대상이었다. 그리고 한편 시민사회가 정치제도상 민주정치방식으로 기울어지게 됨에 따라, 시민사회가 스스로 정치적 의사를 형성하고 이렇게 형성된 의사에 따라 자기지배를 구현해 나가야 할 입장이기도 했다. 이런 시대에 있어서 언론은 정부를 감시하고 비판하기 위한 수단이었을 뿐만 아니라, 시민사회의 정치적 의사를 형성하는데 있어 없어서는 안될 수단이기도 했다. 따라서 이 시기에는 언론이라 하면 이처럼 주로 정치적 목적을 달성하기 위한 수단으로만 인정됨으로써, 정치적 의의에 치중해서 언론을 보고

이해하는 것이 일반적이었다. 그러나 현대사회에 접어들면서, 언론의 사회적 의의가 크게 바뀌게 되었다. 사회의 구성자체가 대중화되고 의식구조가 다양화됨에 따라 주로 정치분야에서만 제구실을 하는 것으로 인정되던 언론이 점차 다른 분야, 즉 비정치적 부면에까지도 그 구실의 폭을 넓히게 된 것이다. 이제 언론은 단순히 정부를 비판·감시하며 나아가서 시민의 정치적 의사형성을 돕는 수단으로만 그치는 것이 아니고, 다양한 여러 의견이 서로 교환되는 장으로서, 그리고 대중적 오락과 예술을 널리 전파하는 매체로서도 큰 구실을 하기에 이르렀다. 요컨대 현대국가에서 언론이라 하면, 그것은 비단 정치적 부면에서의 기능, 즉 정부를 비판·감시하고 시민의 정치적 의사형성을 돕는 기능뿐만 아니라 비정치적 부면에서의 기능 즉 사회문화적 및 대중 오락적 기능까지도 함께 포용하고 있는 것이다. 그러나 애당초 언론이 언론의 자유라는 이름으로 법적 보호를 받게 된 것은 무엇보다도 그것이 지니는 정치적 의의가 중대했기 때문이었다. 바꾸어 말하면 언론의 자치를 기본적 인권으로서 보장하기에 이른 것은 비정치적 분야에서 언론이 지니는 사회문화적 역할을 중시하여 이를 보호하기 위해서 라기 보다는, 그의 정치적 기능과 역할이 시도자치의 정치자체에 있어 불가결한 것이라는 인식이 강하게 작용하였기 때문이라 하겠다. 하여튼 오늘날에는 정치적 언론이든 비정치적 언론이든 가리지 않고 모든 언론이 언론의 자유라는 이름아래 일반적으로 보호를 받기에 이른 것이다. 언론의 자유가 기본권으로서 법적 보호를 받게 됨으로써 그것이 민주정치의 정상적인 운용을 위해 크게 구실했다는 것은 긴 설명을 요하지 않을 것이다. 그 뿐만 아니라 언론의 자유는 대중적 사회문화의 발전에도 적지않은 촉매의 구실을 해온 것이 사실이다. 이처럼 언론의 자유가 가져다 준 득을 따져 본다면 엄청난 것이라 하겠다. 그러나 한편 그러한 득의 그늘에는 실도 많았다는 점을 부인할 수 없겠다. 즉 언론의 자유가 무분별하게 주장되고 이용됨으로 말미암아 공익이 저해되는 예도 많았을 뿐만 아니라 어떤 개인의 구체적인 권익이 침해되는 예도 많았다는 것이다. 이러한 언론의 부정적 측면은 비정치적 부면에서의 언론, 특히 대중오락분야의 언론에서 그 예를 더 많이 찾아 볼 수 있었던 것이 사실이다. 언론의 자유는 애당초부터 주로 정치적 의의때문에 주장되어 왔건만, 오늘날에 와서는 이것이 오히려 비정치적 부면에서의 언론에 의하여 자주 남용됨으로써 언론의 자유 전반에 대하여 새삼스러이 재검토해보는 기운이 나타나게 된 것은 확실히 아이러니가 아닐 수 없다. 이처럼 언론의 자유가 남용됨으로써 어떤 구체적인 개인이나 집단의 권익이 침해되는 예로서는 여러 경우를 생각할 수 있을 것이다. 그러나 이 글에서는 주로 명예훼손의 경우를 언론의 자유와 연관시켜 살펴보려고 한다.

II. 언론의 자유와 명예권의 보호

언론의 자유와 명예권은 다 같이 권리로서 법적 보호를 받는다는 점에서는 서로 다를 바 없지만, 양자는 본질적으로 상반된 의미내용을 지니고 있는 것으로 보인다. 언론의 자유라 하면 무엇인가 새로운 것을 찾아서 표출시키고 또 널리 전파 시킴에 있어 제약을 받지 않으려는 속성을 지니고 있는 반면에 명예권의 경우에 있어서는 의미 있는 명예를 그대로 지키고, 새로운 것이 표출 되어 이미 있는 명예에 손상을 주는 일이 없도록 하기 위하여

각가지 표출행위에 제약을 가하려는 의지를 담고 있는 것이다.1)이처럼 양자간의 관계는 본질적인 상반관계이기 때문에 양자간의 갈등은 어떤 의미에서는 필연적인 것일런지도 모른다.2) 물론 명예에 손상을 주는 예는 비단 언론에서만 찾아 볼 수 있는 것이 아니고 대화나 토론 등에서도 나타나기도 하지만, 오늘날과 같은 대중매체의 시대에는 언론에 의한 명예침해가 가장 빈번하다는 것은 부인 못할 사실일 것이다. 일반적으로 명예라 하면 모든 개인 또는 집단이 가지는, 사회적 평가에 대한 자기 나름대로의 기대에 바탕을 두고 있는 것으로서 외적요인으로 말미암아 이러한 기대치에 손상이 가하여졌다고 판단되는 경우 사람들은 대체로 수치심과 함께 명예보호의 필요성을 느끼게 된다. 이처럼 외적 요인에 의하여 사회적 평가 기대치에 손상이 가하여지는 경우로서 우리는 우선 언론에 의한 명예손상을 들 수 있으며 다음으로 지속성없고 일시적인 중상 3)과 사실의 적시없이 즉흥적으로 행하여진 모욕을 들 수 있으며,4) 그리고 진정한 사실에 입각하여 개인의 내밀한 사생활을 공개함으로써 당사자에게 심각한 수치심을 불러일으키는

「프라이버시」 침해 5)등을 들 수 있을 것이다. 물론 이러한 것들은 모두 미세한 것이나마 상호간의 차이점을 지니고 있는 것은 사실이지만 본질적으로는 다같이 넓은 의미의 명예훼손의 테두리 안에 포함되는 것이라고 할 수 있겠다. 명예훼손의 공통된 특징으로서 우선 지적할 수 있는 것은 첫째 그것이 예외없이 피해당사자에게 심각한 수치심을 유발한다는 것이며, 둘째 명예훼손은 피해자가 느끼는 감정을 기준으로 하여 판단할 문제이지 피해자에 대한 사회적 평가가 객관적으로 실추되었는가 여부에 의하여 판단할 문제가 아니라는 점이다. 요컨대 명예는 당사자의 주관적 판단에 의하여 크게 좌우되는 가치로서 명예권은 바로 그러한 가치를 보호하려는 데에 그의 의의를 두고 있는 것이다. 한편 언론에 있어서는 그의 공공성과 공개성이 가장 두드러진 특성으로 지목된다. 즉 수많은 대중을 상대로 하며 이들의 각가지 욕구를 충족시켜주는 것을 그의 주된 임무로 한다는 점에서 공공성을 지닌다는 것이며, 아직 알려진 바 없는 것을 캐내고, 새로운 것을 널리 알리는 한편 여러 가지 주의주장 간의 토론을 마련한다는 점에서 공개성을 지니고 있다는 것이다. 이러한 두 가지 특성으로 언론은 수많은 개개인 및 집단의 주의주장이나 행태 및 생활방식 등을 널리 많은 사람들에게 정보로서 제공하고, 그렇게 함으로써 대중의 사물관단과 의사형성을 돕고, 호기심과 「알려는 욕구」를 충족시켜 주는 것이다. 요컨대 명예는 주관적이고 개인적인 이익을 추구하는 것이라는 점에서 사적 성격을 지니고 있음에 반하여, 언론은 비교적 객관화되고 집단적인 이익을 도모하여 주는 공적인 성격을 지녔다고 하겠다. 따라서 양자가 이처럼 상반된 이익을 제각기 추구하는 과정에서 충돌현상을 빚게 되고, 그것이 명예훼손의 문제를 야기하는 것이다.

언론이 개인이나 집단의 주관적 명예가치에 손상을 주는 경우를 몇 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 우선 사실을 적시하면서 행한 명예훼손과 그렇지 않은 경우를 구별해 낼 수 있다. 다음으로 사실을 적시하는 경우일지라도 그 사실이 진실한 것이냐, 아니면 허위의 것이냐에 따라 나누어 볼 수 있다. 그리고 공직자의 공무수행행위를 비판하는 과정에서 명예훼손이 행하여지는 경우와 그렇지 않고 단순히 행하여지는 경우를 구별할 수도 있을 것이다. 그 뿐만 아니라 직설적인 명예훼손과 상황적인 명예훼손도 나누어 질 수 있다.

하여튼 이처럼 여러 가지 유형으로 명예훼손을 나누어서 그 개개의 경우에 따라 언론이 부담하는 인책방식을 달리하는 것이다.

오늘날 언론에 의하여 명예훼손이 행하여지는 바를 대체적으로 살펴보면, 사실을 적시하면서 행한 예가 그렇지 않은 예보다 압도적으로 많다는 것을 알 수 있다. 단순히 즉흥적인 기분에서 구체적인 사실도 제시하지 않은 채로 어느 개인 또는 집단을 비방하거나 또는 그의 직업적 및 상업적 신뢰를 실추시키는 예는 적어도 언론에 관한 한 그 예를 찾아보기 어려운 것이 사실이다. 따라서 언론에 의한 명예훼손에서 사실상 가장 크게 문제되는 것은 사실을 가지고 명예훼손을 한 경우와 허위사실을 가지고 그렇게 한 경우를 어떻게 달리 취급하며 그에 따르는 책임문제를 어떻게 처리할 것인가 하는 점이다. 여기에서 진실된 사실을 적시하여 명예에 손상을 주는 경우란 곧 당사자로서는 밝히기를 꺼리는 사실이 공개됨으로써 수치심을 불러일으키는 경우에 해당하는 것으로서, 이 경우에 명예훼손은 곧 사생활, 즉 「프라이버시」의 침해로 전환되는 것이다.6) 물론 언론에 의한 명예훼손 문제에서 가장 심각하게 다루어져야 할 부분은 다름 아니고 허위사실을 보도하여 명예를 손상시킨 경우라는 것은 두말할 나위 없다. 그러나 언론의 자유와 명예의 보호가 가장 예각적인 대립을 보이는 경우는 언론의 진실된 사실보도로 말미암아 명예훼손의 문제가 야기되는 경우라 하겠다.7) 사실 언론으로서는 진실을 밝혀 공개함으로써 공익에 이바지한다고 주장하지만, 그 상대방은, 비록 진실의 공개일지라도 그로 말미암아 자신의 명예에 심각한 손상이 가하여졌다고 스스로 주관적인 판단을 내리기 때문에 어느 주장을 앞세울 것인가 하는 것이 어려운 문제인 만큼 양자의 대립은 예각적일 수 밖에 없는 것이다. 그리고 언론매체를 통하여 공직자의 공무수행을 비판하는 과정에서 그 공직자의 명예훼손이 하나의 문제로 야기되는 경우가 있다.8) 이 문제가 특히 어렵고 중대한 문제로 부각되는 까닭은 공무수행에 대한 비판이 곧 언론의 제 1 차적 기능이라 할 수 있는 정치적 비판기능에 직결되는 것으로서, 공직자의 명예를 보호하는 쪽으로 치우치다 보면 자칫 언론의 자유 자체가 손상을 입을 염려가 있기 때문이다. 현실적으로 언론의 자유가 보장된다는 것은 민주사회의 유지를 위해서는 절대적인 것이다. 그러나 이에 못지않게 중시되어야 할 것은 현대사회에서 거대한 언론매체에 쉽사리 노출되고 상대적으로 약화되기 쉬운 개인이나 일반단체의 명예심이라 하겠다. 어느 사회나 그 사회구성원이 자존심이나 명예심을 가질 수 없게 될 때, 쉽사리 그의 취약성을 드러내기 때문이다. 이처럼 상반된 두개의 요청을 어떻게 적절한 선에서 조화를 이루도록 할 것인가 하는 것이야말로 앞으로도 계속 남아도는 과제가 아닐 수 없다.

III. 한국의 현행법제

언론의 자유를 제대로 보장하지 않고서는 민주적 정치질서의 정상적인 운용과 대중적 문화예술의 건전한 발전을 기대할 수 없다는 것은 이제 상식에 속하는 이야기다. 그런가 하면 언론의 자유라는 양산밑에서 법적 보호를 받으면서 언론이 무분별한 보도를 일삼는 경우, 그로 말미암아 사회공도에 오히려 손실이 초래될 뿐만 아니라 개인이나 집단의 명예에 심각한 손상이 가하여지게 된다는 것은 우리의 생활주변에서 흔히 발견되는 일이다. 따라서

언론의 자유는 그 나름대로 보장하면서, 다른 한편 시민의 명예를 함께 보호해 주려는 노력이 끈질기게 행하여지게 되는 것이다. 그런 노력의 일환으로 우리는 우선 법률제도에 의한 조절장치를 생각하게 된다. 명예훼손에 관계된 법률제도에 관한 한, 한국의 현행법제는 결코 빈약하다고는 할 수 없겠다. 우선 여러 차원의 법률에서 이 문제를 다루고있고, 또 민·형사법 등 여러 분야의 법으로 나누어서 각기 다른 방식으로 처리하고 있는 것이다.

1. 헌법상의 언론자유와 명예보호

구헌법과는 달리 현행헌법은 여러 면에서 특이하고 새로운 조항을 여럿 담고 있지만, 그 중에서도 가장 두드러진 것을 든다면 역시 현행헌법 제 20 조를 들 수 있을 것이다. 이 제 20 조의 1 항은 국민의 기본권으로서 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 규정하고 있다. 이 조항에 입각하여 모든 국민은 대국가적 공권으로서 언론의 자유를 보장하여 줄 것을 주장할 수 있는 권리를 갖게 된 것이다. 이 언론의 자유에 관한 기본권은 일반시민의 권리일 뿐만 아니라 언론종사자 및 언론기관 자체의 권리이기도 하다. 여기에서 한가지 밝혀 둘 것은 이 언론의 자유를 위한 기본권은 국가를 상대로 하며 주장할 수 있는 권리일 뿐이지, 사인을 상대로 주장할 수 있는 권리는 아니라는 점이다. 여기에서 하나의 가상적인 예를 들건대, 한 시민이 주장하기를 어떤 특정한 언론보도로 말미암아 그의 명예가 훼손되었다고 하면서 다툼을 벌인다고 가정해보자. 이 때 언론기관은 국가에 대해서만 명예보호 때문에 언론자유권을 부당하게 침해하는 일이 없도록 하여 달라고 주장할 수 있을 뿐이지, 다툼을 벌이는 그 시민에게 대해서는 아무 것도 권리로서 주장할 수 없다. 반면에 시민은 명예훼손을 형사상 고발할 수 있을 뿐만 아니라 민사법상의 권리로서 언론기관에 대하여 배상을 청구할 수 있는 것이다. 현행헌법 제 20 조가 특이한 조항으로 부각되는 것은 그 제 2 항, 특히 제 2 항 둘째 구절 때문이다. 제 2 항의 전단은 우선 언론이 타인의 명예나 권리를 침해해서는 안 된다는 점을 밝히고, 다음으로 언론의 공중도덕이나 사회윤리상의 책임을 밝히고 있다. 다음으로 후단에는 언론이 타인의 권리나 명예를 침해하는 경우 피해자가가지는 배상청구권을 규정해 놓고 있다.⁹⁾ 이 조항은 헌법상의 전례없이 명예훼손에 대한 손해배상청구권을 규정해 놓았다는 점에서 특이하다고 보는 것이다.¹⁰⁾ 여하튼 헌법 제 20 조는 획기적인 조항이 아닐 수 없다. 한편으로는 언론의 자유를 기본권으로서 명시하면서 동시에 하나의 지침규정으로서 명예보호도 함께 선언해 놓고 있다는 점에서 그렇게 보는 것이다. 이것은 어떤 의미에서는 우리의 헌정 30 여년동안 얼마나 자주 그리고 심각하게 사 개인의 명예가 언론의 자유라는 이름아래 짓밟힌 적이 많은가를 반증하는 것이라고도 할 수 있겠다. 한편 이 제 20 조와는 별도로 헌법 제 16 조에 대국가적 공권으로서 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 않을 권리를 규정해 놓고 있다. 물론 이 「프라이버시」의 침해는 명예훼손과는 상당한 차이점을 지니고 있는 것은 사실이지만,¹¹⁾ 그러나 언론에 의한 침해인 경우에 있어서는 다같이 수치심을 불러일으키고 사회적 명예심에 손상을 준다는 점에서 같은 범주에 묶어둘 수 있다고 본다. 여하튼 여기에서의 사생활권 보장은 한편 대국가적 권리를 밝히고 있을 뿐 아니라 넓은 의미의 명예보호를 위하여 언론에 대한 경고의 의미도 함께 담고 있다고 보겠다.

2. 민사법상의 명예보호

이미 지적했듯이 헌법제정기술상의 문제는 있더라도 헌법 제 20 조 2 항 후단의 규정은 명예훼손 피해자의 언론을 상대로 한 배상청구권을 명시해 놓고 있다는 점에서 획기적인 것임에 틀림없다. 결국 이 조항은 사실상 필요없는 것이기는 하지만, 재산이외의 손해에 대한 배상책임을 규정한 민법 제 751 조 이 대한 근거법조의 구실을 하게 된 것이다. 민법 제 751 조를 보면, 다른 사람의 「신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임」이 있음을 밝혀놓고 있다. 이 조항 가운데서 「명예를 해하거나」는 곧 명예훼손을 뜻한다는 것은 두말할 나위없는 것이다. 그리고 손해배상책임을 지는 자에는 언론기관도 포함된다는 것은 물론이다. 요컨대 언론에 의하여 명예를 훼손하는 경우, 그 행위에 위법성이 따르고 그 위법성으로 말미암아 배상책임을 성립되게 되었다는 것이다. 다만 언론의 보도사실이 진실이나 여부에 따라 위법성의 강약에 차이가 있게 되며, 그 보도사실이 사실인 동시에 공익에 도움이 되는 경우에는 이를 위법성 조각사유로 본다는 점에서 위법성 · 책임성 논리에 제한을 가하고 있을 뿐이다.¹²⁾ 한편 민법 제 764 조에는 명예훼손으로 인한 손해배상에 대하여 특칙을 규정해 놓고 있다. 이 제 764 조의 조문을 보면, 법원은 명예훼손으로 인한 배상책임을 부담하는 자에 대하여, 피해자의 청구가 있는 경우에 한하여 「손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수」 있도록 정해 놓았다. 이것은 손해배상에 있어서의 금전배상원칙에 대하여 예외를 인정하는 것으로서, 어디까지나 피해자를 위하여 피해자의 명예회복에 도움이 되는 방도를 강구해 보자는 뜻을 담고 있는 것이라 하겠다. 피해자의 훼손된 명예를 회복하는 일이 얼마나 중요하며 어려운 것인가를 증명해 주는 법조문이다. 이제까지의 예로 보건대, 이 조항에서의 적당한 처분으로는 대체로 가해자로 하여금 피해자를 수신자로 하는 사죄광고를 내도록 명하는 것이 통례였다.¹³⁾ 여기에서의 사죄광고명령의 위헌성 여부에 관한 논의는 여하간에 이 법조문의 정신은 피해자를 위한 보다 효과적인 명예회복에 있는 것이다.

3. 형법상의 명예보호

민법에서는 명예보호의 한 방도로서 사법상의 손해배상책임을 밝히고 있고 이에 따라 피해자로서는 손해배상청구권을 갖도록 하고 있다. 이러한 사법상의 명예보호제정에 상응하여, 형법도 명예보호를 위한 죄형조항을 두고 있다. 즉 그렇게 함으로써, 국가로 하여금 형벌권을 동원하여 적극적으로 시민의 명예보호에 임하도록 의무를 지우고 있는 것이다. 형법에 보면 제 307 조 제 1 항에서 「공연히 사상을 적시하여」 명예를 훼손한 경우 이를 2 년 이하의 체형이나 벌금형에 처할 것을 규정하고있으며, 동 제 2 항에서는 「공연히 허위의 사실을 적시하여」 명예를 훼손한 경우에 이를 5 년 이하의 징역이나 10 년 이하 자격정지에 처할 것을 규정해 놓고 있다. 그리고 제 308 조는 사자의 명예를 보호하고 있다. 다음으로 제 309 조는 사람을 비방할 목적으로 언론매체나 기타 출판물에 의하여 제

307 조 제 1 항 및 동 제 2 항의 죄를 범한 자는 가중처벌한다는 것을 규정하고 있다. 그리고 제 310 조는 위법성조각 사유를, 제 311 조는 모욕죄를 그리고 제 312 조는 고소와 피해자의 의사를 규정해 놓고 있다.

이들 여러 형법조항을 함께 살펴보건데 몇 가지 중요한 줄거리를 골라낼 수 있다. 우선 지적해 낼 수 있는 것은 명예훼손을 다름에 있어 진실한 사실을 적시한 경우와 허위의 사실을 적시한 경우를 나누어서 후자의 죄를 범한 행위를 더 무겁게 다스리고 있다는 점이다. 이러한 태도는 언론에 의한 명예훼손의 경우에도 그대로 이어지고 있다. 다음으로 또 우리의 관심을 끄는 줄거리는 언론에 의한 명예훼손을 다룬 제 309 조가 다른 조항에서와는 달리 「사람을 비방할 목적으로」라는 구절이 첨가되어 있다는 점이다. 이것은 물론 언론에 의한 명예훼손행위를 가중처벌함에 있어 그의 구성요건을 가중한 것이다. 언론이 지니는 특수성때문에, 그에 의한 명예훼손행위를 가중처벌함이 마땅하다는 논리가 성립되더라도, 그러한 가중처벌로 말미암아 언론자유가 위축될런지도 모른다는 우려도 완전히 물리칠 수는 없을 것이다. 따라서 일반적인 명예훼손죄의 구성요건에 「가해의사」라는 또 하나의 요건을 가중한 것이라고 보겠다.¹⁴⁾ 언론의 자유와 명예의 보호사이에 적절한 조화를 꾀하는 노력의 하나라고 할 수도 있을 것이다. 다음으로 또 지적할 수 있는 점은 위법성조각사유에 관한 것이다. 제 307 조의 일반명예훼손에 있어, 진실한 사실을 적시하고 전적으로 공익만을 염두에 두고 행하여졌을 경우, 위법성을 조각하여 죄책을 면하도록 한 것이다. 이 위법성조각사유는 제 309 조의 언론에 의한 명예훼손에는 적용되지 않는데, 것은 이 제 309 조의 경우에는 「가해의사」라는 요건이 가중되어 있기 때문이다. 따라서 가해 의사없이 언론에 의한 단순 명예훼손행위를 행한 경우에는 당연히 행위는 제 307 조의 행위가 되어 위에 든 위법성조각규정의 적용을 받게 되어, 면책될 수 있을 것이다. 이 범위 내에서 언론자유를 보장하기 위한 배려가 베풀어진 것이라 할 수 있겠다.¹⁵⁾ 그리고 제 312 조에서 사자에 대한 명예훼손죄를 친고죄로 하고, 또 일반 명예훼손죄와 언론에 의한 명예훼손죄를 피해자의 의사에 의해서만 논하도록 한 것¹⁶⁾ 등은 모두 피해당사자의 의사를 존중하는 태도에서부터 연유하는 입법이라 하겠다.

4. 언론기본법과 명예보호

언론기본법 제 3 조 3 항은 『언론은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회논리를 침해하여서는 아니된다』라고 하여 법 제 20 조 2 항 전단의 규정과 같은 내용의 규정을 두고 있다. 이 조항 이외에 분명하게 명예훼손을 다룬 조항은 없다. 그러나 동법 제 49 조에 「정기간행물과 방송에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자」라는 구절이 있는데, 이 가운데에 명예훼손피해자도 포함된다는 것을 의미내용상으로 파악할 수 있다. 이 제 49 조부터 제 51 조까지의 조항들은, 피해자가 공표된 사실적 주장에 대하여 이의를 가지는 경우, 그 주장의 정정보도를 청구할 수 있는 권리, 절차, 방식 및 언론중재위원회와 그의 중재절차를 규정하고 있으며, 또 언론중재절차가 정정보도청구소송에 앞서서 필수적으로 거치야 할 선행 절차임을 또한 밝히고 있는 것이다. 물론 명예훼손사건도 피해자가 원한다면

이러한 과정을 거치는 정정보도청구라는 형식으로 처리될 수 있다고 본다. 이 점에서 언론기본법도 명예보호와 언론자유를 조화시킴에 있어 중요한 구실을 하는 법이라 하겠다. 물론 정정보도에 관한 한 언론나름의 특수한 입장도 있겠지만, 언론보도청구권소송을 제기하기에 앞서 선행절차로서 중재절차를 거치도록 한 것은 언론측에 유리한 제도라 하지 않을 수 없겠다. 명예훼손과 관계된 정정보도청구가 명예훼손과 관계된 손해배상청구나 사죄광고청구보다 절차상 더 번거롭게 되어 있기 때문이다.

IV. 명예훼손과 언론보도의 범위

비록 현행헌법 제 20 조에 2 항을 신설함으로써, 언론의 무분별한 보도로부터 개인의 명예를 보호해야겠다는 강렬한 의지가 새삼스러이 표명되어 있더라도, 명예훼손에 관계된 소송제기에는 이제까지 점점 더 많은 제약이 가하여져 온 것이 대체적인 예였다.¹⁷⁾ 명예보호에 관계된 법률제도가 추구하는 이익이 사적인 것에서부터 공적인 것으로 전환하게 된 데에도 그 이유가 있지만, 명예훼손을 이유로 언론의 책임을 지나치게 묻는 경우, 그로 말미암아 언론의 자유가 위축될런지도 모른다는 우려도 또 하나의 이유였다고 하겠다. 여하튼 명예보호에의 요청이 현실적으로 커지더라도, 언론의 면책범위가 상대적으로 좁아진 것은 아니었다. 그러나 여기에서 먼저 지적해 두어야 할 것은 명예훼손을 이유로 언론의 책임을 묻는 경우 그 책임부담의 정도와 범위가 민법과 형법에서 각기 다르게 나타나고 있다는 점이다. 우선 사실적시의 경우를 살펴보자. 적시사실이 진실인 경우, 민사에서는 대체로 위법성이 없는 것으로 본다. 『예컨대 신문기사로서 진실한 것이면, 설사 사람의 명예를 손상하였더라도 원칙적으로 위법성은 없다』는 18) 것이다. 물론진실을 적시하였음에도 불구하고 손해배상책임을 인정한 예가 없는 것은 아니지만,¹⁹⁾ 민사법에는 진실적시를 호의적으로 받아들이는 것이 사실이다. 미국의 예에서 보더라도 뉴욕 타임즈 대 설리반 사건(The New York Times v. Sullivan) 이래 아만트 대 톰슨 사건(Amant v. Thompson)²⁰⁾에 이르기까지, 진실적시를 온건한 태도로 받아들이 온 것이다.²¹⁾ 그러나 형사법상의 태도는 이와는 좀 다르다. 우선 형법 제 310 조가 위법성조각사유의 성립을 위해서는 진실적시이외에 공익관련성까지 함께 내세우고 있는 점으로 보더라도 우선 진실적시가 유일한 위법성조각사유가 아님을 보여주는 것이라 하겠다. 판례에서도 진실한 사상적시가위법성조각사유가 되지 못함을 밝히고 있다.²²⁾ 한편 허위의 사실을 적시한 경우에는 민사,²³⁾ 형사²⁴⁾ 어느 쪽에서나 가해자측의 책임을 인정하고 있다는 것은 당연한 결론이 될 것이다. 심지어 『허위 사실인 기사재료를 기자에게 제공한 경우에 그것이 게재된 이상 이 기사재료를 제공한 자는 형법 309 조 2 항 소정의 출판물에 의한 명예훼손의 죄책을 면할 수 없을 것이다』라는 25) 판례까지 보여주고 있다. 이 점과 관련하여 문제되는 것은 적시사실이 부분적으로 진실과 부합하지 맞는 경우, 이것을 어떻게 처리할 것인가 하는 것이다. 한국의 예에서 보면 『신문보도를 함에 있어 과장된 표현이 된 경우에는 명예훼손죄로서 처벌 할 수 없다』고 26) 판례는 관용적인 태도를 보이고 있다. 미국의 판례에서도 역시 유사한 태도를 찾아볼 수 있다. 뉴욕 타임즈 사건에서 브레난 판사는 판시하기를 『사실적시에 있어서의 잘못된 자유토론에 있어서는 불가피한 것이며……

표현의 자유가 숨쉴 여유를 가지기 위해서도 마땅히 보호 받아야 한다』라고 27) 하면서 부분적인 허위를 관대하게 취급하고 있다. 결국 미국의 판례가 향하고 있는 대체적인 방향은 사실적시의 진실여부를 결정적인 판단기준으로 삼기 보다는 「사실상의 악의」(actual malice)가 있었는가 여부를 점차 더 효과적인 기준으로 삼는 것으로 보인다. 즉 적시사실의 진위여하는 전혀 고려하지 않거나 혹은 적시사실이 허위임을 알면서 명예를 훼손하거나 하는 경우, 「사실상의 악의」가 존재한다고 보는 것이다.28) 따라서 이 「사실상의 악의」를 기준으로 하여 명예훼손에 대한 책임문제를 판단하는 경우, 일원적인 기준의 정립이 가능하게 된다. 이 「사실상의 악의」기준은 상당한 부분에 이르기까지 한국형법 제 309 조 1 항의 「사람을 비방할 목적으로」라는 가해의사요건과 견줄 수 있는 것이기는 하지만 전적으로 일치하는 것은 아니다. 우선 한국형법의 「가해의사」는 언론에 의한 명예훼손을 가중처벌하기 위한 가중요건으로서 언론의 경우에만 해당하는 것이다. 그러나 「사실상의 악의」기준은 공직자에 대한 공무수행비판이 명예훼손의 문제를 야기하는 경우, 이에 적용하기 위해 정립된 것이다. 이 때에는 그 비판에서 적시한 사실의 진위를 가지고 책임문제를 판단할 것이 아니고, 과연 사실적시에 있어서 「사실상의 악의」가 작용했는가 여부를 가지고 판단하는 것이 마땅하다고 한다. 요컨대 공직자에 대한 비판에서 사소한 적시사실의 진위를 가지고 명예훼손 책임을 따지고, 그에 따라 언론에 민형사상의 책임을 지우다 보면, 쉽사리 언론자유에 위축을 초래하게 된다는 것이다. 따라서 그와 같은 결과에 이르게 되는 것을 막기 위해서도, 언론측에 「사실상의 악의」가 있었는가만을 묻고, 그렇게 함으로써 언론이 공직자비판으로 말미암아 부담하게 될 명예훼손책임의 폭을 좁혀보자는 것이라 하겠다. 결국 언론측으로서는 언론자유에 보존과 사회공익의 도모라는 이름 아래 명예훼손문제에 관한 한 여전히 폭 넓은 면책의 혜택을 누리고 있다고 하겠다.

V. 맺는말

위에서 언론과 명예훼손 간에 존재하는 일종의 긴장관계를 주로 법적 측면에서 다루었다. 이미 지적했듯이 언론의 자유에 내재되어 있는 권리는 본질적으로 명예권과는 범주를 달리하는 것이라 하겠다. 그러나 이 양자는 끊임없이 예각적인 대립관계를 유지해왔다. 앞으로도 이러한 대립은 지속될 것으로 보인다. 따라서 한국의 경우, 비교적 충실한 법적 대비책을 마련해 놓고 있다고 보겠다. 그렇지만 근년에 이르러 명예경시의 경향이 점증하고 있음을 부인하기 어렵다. 우리 헌법 제 20 조 2 항의 신설은 곧 이러한 우리주변의 현실을 반증하여 주는 것이며, 이에 대한 법적 대비자세를 밝히는 것이라고도 하겠다. 그러나 명예보호에의 요청 못지않게 언론자유에의 보장도 민주사회에서는 절대적인 가치를 지닌 것임에는 틀림없다. 특히 외국판례의 경향을 살펴보면, 명예보호도 중요하지만 언론의 자유는 그것이 지니고 있는 공익성 때문에 그리고 정치적 비판의 자치를 확보함에 있어 언론의 자유는 불가결한 것이기 때문에, 명예훼손을 이유로 언론의 자유에 부당한 제약이 가하여지는 일이 없어야 한다는 입장을 보이고 있으며, 이러한 입장에서 언론이 부담하는 법적 책임의 폭을 좁히고 있는 것이다. 언론이 지니는 공익성 가치가 아직은 강세를 유지하고 있는 것으로 보인다.

<주>

- 1) 물론 새로운 사실이 밝혀짐으로써 더 큰 명예를 얻게 되는 경우도 있겠지만, 이때 더 큰 명예를 얻기 위하여 새로운 사실을 밝혀내는 것을 명예권, 즉 권리의 일환으로 주장할 수는 없다. 요컨대 명예권은 적극적인 표출행위를 청구할 수 있는 권리가기보다도 소극적으로 원치않는 표출행위를 막으려고 하는 권리이다.
- 2) 이 점은 여러 사람이 지적한 것이기도 하지만 특히 Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (New York : Vintage Books, 1971) p. 517 참조.
- 3) 명예훼손(libel)과 중상(slander)은 넓은 의미에서는 명예훼손이라는 하나의 범주에 속하는 것이지만 양자는 미세한 부분에 있어서는 구별된다. 이 점에 관해서는 Harvey L. Zuckman & Martin J. Gaynes, *Mass Communication Law* (St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1977), pp. 39~42 참조.
- 4) 모욕과 명예훼손의 동질성과 차이에 관해서는 유기천, 형법학(명론강의)상 (전영사, 1963), pp. 203~206 참조.
- 5) Thomas I. Emerson, op. cit., p.562 참조.
- 6) 이 점에 관해서는 Emerson, ibid., p. 544 이하 참조.
- 7) 이 점에 관해 서는 Emerson, ibid., p. 522 및 Zuckman & Gaynes, op. cit., pp. 49~50 참조.
- 8) 가장 대표적인 예로서 *New York Times v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964)와 *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64(1964)를 들 수 있다.
- 9) 이 조항과 관련하여 특히 권영성, *신고헌법학원론* (법문사, 1981), p.399 참조.
- 10) 이 조항에서는 국가에 대한 공권으로서의 기본권을 규정해놓다가 갑작스러이 피해자의 사권 즉 언론기관에 대한 손해배상청구권을 규정해 놓고 있다는 점에 법체계상의 문제점을 드러내고 있을 뿐만 아니라, 헌법개정과정에서의 입법기술상의 문제도 함께 노출하고 있다고 보겠다.
- 11) 이 점에 관해서는 특히 권영성, *전게서*, p.338 주 3 참조.
- 12) 이 점에 관해서는 곽윤직, *채권각론*(박영사, 1981), p.623 참조.
- 13) 사죄광고를 명하는 법원의 명령은 양심의 자유에 어긋나는 것으로서 위헌이라는 주장이 일본법원의 판결을 계기로 대두되고 있다. 이 점에 관해서는 김철수, *헌법학개론*(박영사, 1982), p.374 : 권영성 *전제서*, p.366 .
- 14) 이 가중요건으로서의 가해의사에 관해서는 유기천, *전게서*, pp.202~203.
- 15) 유기천. *전게서*, pp. 195~196 참조.
- 16) 유기천 교수는 이것을 해제조건부범죄라고 설명하면서, 피해자의 의사에 반하지 않는 범위 내에서만 공소가 유지될 수 있다고 한다. 유기천, *전게서*, pp.205 ~206 참조.
- 17) 미국의 예를 근거로 Emerson 교수도 같은 뜻을 밝히고 있다. Emerson, op. cit., pp. 518~ 519 참조.
- 18) 곽윤직, *전게서*, p.623.

- 19) 65 다 1707(1965.11.30) 및 67 다 1000(1967. 7 25).
- 20) *Amant v. Thompson*, 390 U.S.727 (1968).
- 21) 이 점과 관련하여 특히 *Zuckman & Gaynes*, op. cit., p. 49 참조.
- 22) 70 도 1266(1970. 7.21) 및 4291 형상 539(1959. 12.23).
- 23) 박윤직, 전게서, p.623 참조.
- 24) 유기천, 전게서, PP.199~200 참조.
- 25) 4292 형상 715(1960. 6. 8). 이와 유사한 판례로서는 4291 형상 323(1961. 11. 2) 참조.
- 26) 4291 형상 323(1958. 9.26).
- 27) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S.254 (1964).
- 28) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S.279-280: *Emerson*, op. cit, p.523 참조.

- 고려대학교 법학과(법학박사) 미국 남일리노이대학
- 저술 「위헌법률 심사의 한계」 논문 「헌법해석과 합헌성 추정」, 「북한헌법의 이론과 실제」 외 다수
- 현재 강원대학교 법학과교수