

명예훼손에 대한 사죄광고제도와 헌법재판소의 결정

성 낙 인 / 영남대 법대 교수

I. 머리말

헌법재판소가 민법 제 764 조의 위헌여부에 관한 헌법소원(89 헌마 160)에 대하여 1991년 4월 1일 선고한 결정의 「주문」은 다음과 같다 : 「민법 제 764 조(1958. 2. 22. 법률 제 471 호)의 <명예회복에 적당한 처분>에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다. 」 1)

위의 헌법재판소 결정은 그간 민법 제 764 조에 근거하여 법원에서 일상적으로 명하던 사죄광고제도에 대하여 국민의 기본권 보장의 차원에서 이를 위헌판단한 것으로서 수십년에 걸쳐 관행적으로 행해지던 제도에 관해 하나의 전기를 마련해 주었다는 점에서 그 판결의 중요성을 찾을 수 있다.

이에 본고에서는 문제된 사건이 헌법재판소에 헌법소원으로까지 제기되게 된 경위를 사실관계와 더불어 살펴보면서 그에 따라 종래 행해지던 사죄광고 내용이 무엇인지를 우선 살펴 본 다음, 헌법소원을 제기한 청구인의 주장 및 종래의 학설·판례를 따라온 법원의 입장에서 내려진 위헌제청신청기각이유 등을 일별한 후에 헌법재판소가 내린 결정의 내용에 관해 분석해 보고자 한다.

II. 헌법소원에 이르게 된 경위

1. 사건개요

1) 사건의 발단은 여성잡지 「마드모아젤」 1988년 5월호에 「전○○과 김성희 <소문>의 진상」이라는 기사를 게재하면서 위 전○○의 연예인 관련기사에서 김성희와의 관계를 비교적 상세히 게재하였다. 2) 이에 김성희는 기사내용이 사실인 것처럼 오해될 소지가 있어 자신의 명예가 훼손되었다고 하여 위 잡지의 발행인 및 편집인인 이갑섭, 주간인 김재형, 해당기사 담당기자인 유인종을 상대로 5억원의 위자료 지급과 사죄광고 게재를 구하는 손해배상청구소송을 제기하여 제 1심에서 승소하고 3) 1989년 11월 29일 항소심인 서울고등법원에서 사과문 게재의 승소판결을 받았다. 4) 서울고등법원이 동판결에서 청구인 김성희가 청구한 「사죄광고문」 보다는 표현을 완화시켜 법원이 직접 작성한 「사과문」의 내용은 다음과 같다.

「당사가 1988. 5. 1. 발행한 잡지 마드모아젤 1988. 5월호의 156페이지 이하에 『전○○과 김성희 소문의 진상확인』이라는 제목 아래 4페이지에 걸쳐 위 두 사람 사이에 어떤 부도덕한 관계가 있다거나 또한 그러한 내용의 소문이 있다는 취지로 실린 기사는 진실이 아니며 그로 인하여 일반인들로 하여금 그러한 잘못된 생각을 갖도록 하여 김성희

씨의 명예를 크게 훼손한 점에 대하여 깊이 사과를 드리며 앞으로 다시는 이와 같이 타인의 명예를 훼손하는 기사가 실리지 않도록 노력하겠습니다.

월간 마드모아젤사 대표자 발행인 겸 편집인 이갑섭 2)

그런데 위 「마드모아젤」사의 기사게재와 그에 따른 김성희 씨의 소송제기 사실이 각 일간지에 크게 보도되자 여성잡지인 「여성동아」 1988년 6월호에 기자 현당 명의의 『확인취재 「전○○과의 소문」 기사에 5억 청구한 김성희 진상해명-호기심 끌려고 진실 외면했다』라는 제하의 기사에서 위 마드모아젤사의 소문확인 정도의 내용보다 오히려 더 강도 높게 실질적으로 사생활 문란이 있는 듯한 내용을 보도하였다. 5)

이에 김성희는 위 「여성동아」 1988년 6월호에 게재된 기사가 본인의 명예를 훼손하였다고 하여 1988년 7월 18일 위 잡지를 발행·판매하는 동아일보사(대표자 김상기) 및 여성동아 발행인 김병관, 동 편집인 권오기, 동 기자 현당을 상대로 서울민사지방법원에 5억원의 위자료의 지급과 민법 제 764조에 의한 사죄광고게재를 구하는 손해배상청구소송을 제기하였다.

2. 법원에 위헌제청의 신청

이에 위 사건 피고들은 다음과 같은 이유로 헌법재판소법 제 42조 제 2항에 의거한 위헌제청을 신청하였다. 6) 민법 제 764조에 의한 사죄광고의 판결이 있는 경우에 채무자가 그에 불응한다면 민사소송법 제 692조 소정의 대체집행절차에 따라 채무자의 의사에 불구하고 채권자는 채무자의 비용으로 대체집행을 하게 되는 것인데, 이것은 우리 헌법 제 19조의 양심의 자유를 침해하는 것으로서 양심의 자유는 사물에 대한 시비를 가리는 내심적 자유뿐만 아니라, 그 판단에 대한 사항을 외부에 표현하는 자유와 그 표현을 하지 아니하는 자유가 모두 이에 해당하는 것인데, 본인의 본심에 반하여 사물의 시비와 선악의 판단을 외부에 표현케 하고 마음에도 없는 사과의 뜻의 발표를 판결로써 명하게 함은 국가권력이 국민의 내심의 영역에까지 침해하는 것이 되고 침묵의 자유를 침해하는 것으로서, 또한 본인의 의사가 아님에도 불구하고 공권력이 그 본인 의사에 반하여 그 본인의 이름으로 사실관계를 포함하여사상 및 의견의 표현을 강제함으로써 대외적으로 마치 본인의 표현인 듯이 알려지게 하는 것은 표현의 자유를 배제하는 것이 되어 헌법 제 21조의 언론 출판의 자유에 관한 규정에도 위반된다.

3. 법원에 의한 위헌제청신청의 기각

서울민사지방법원은 1989년 7월 10일 청구인들의 위헌제청신청을 다음과 같은 이유로 기각하였다. 민법 제 764조는 우리 민법상 불법행위로 인한 손해배상의 방법에 관하여 금전배상주의의 원칙을 취하고 있는 것에 대한 유일한 예외로서 불법행위의 태양이 명예훼손인 경우 원상회복의 방법에 의한 손해전보를 인정하고 있으며, 헌법 제 19조에서 규정하는 양심의 자유에 자기가 갖고 있는 사상 및 양심을 외부에 표명하도록 강제되지 않는 자유인 침묵의 자유가 포함된다는 것은 사실이나, 과연 법원의 판결에 의하여 명해지는 사죄광고가 침묵의 자유를 침해하는 것인가의 점에 관해 살피건대, 사죄광고의 내용이 채무자의 인격을 무시하고 현저히 그 명예를 훼손하는 경우는 별론으로 하고 채권자의

명예를 훼손한 채무자로서 사실의 진상을 밝히고 진지한 사과의 뜻을 표명함에 그치는 정도의 것이라면 그러한 취지의 내용을 신문 등에 게재명령한다고 하여 채무자에게 감내하기 어려운 모욕적·정신적 침해를 과한다거나 윤리적 의사 및 양심의 자유를 침해할 것을 강제하는 것이라고는 해석되지 아니하고 오히려 위와 같은 내용의 사죄광고야말로 채무자의 인격을 침해하지 않는 범위 내에서 피해자의 법익을 두텁게 보호할 수 있는 명예회복에 적당한 처분이라 판단되며, 보도기관이 고의 또는 과실로 비진실 내지 허위보도를 할 경우 그 정정 내지 사죄광고를 게재하는 것은 일반적 권리유보의 헌법적 제한의 범주에 속하는 것으로서 언론·출판의 자유를 침해하는 것으로는 해석되지 아니할 뿐 아니라, 민법 제 764 조의 규정은 단지 명예회복에 적당한 처분이라고 되어 있을 뿐 사죄광고를 손해전보의 방법으로 명시하고 있는 것도 아닌 이상 위 조문 자체를 들어 헌법위반이라 주장할 근거는 더욱 박약하다.7)

4. 법원의 본안사건 판결

서울민사지방법원은 1989년 7월 25일 위 손해배상 청구소송사건에서 1천만원의 위자료의 지급과 사과문 게재의 원고 승소판결을 내린바 있다.8)

위 판결에서 청구인 김성희가 청구한 「사죄광고문」과는 달리 법원이 직접 작성한 「사과문」의 내용은 다음과 같다.

「당사가 1986. 6. 1. 발행한 월간지 여성동아 1986. 6.호의 206페이지부터 209페이지까지 『<전○○과의 소문>기사에 5억 청구한 김성희 진상해명』이라는 제목하에 '전○○과 김성희 사이에 부도덕한 관계가 있다는 소문은 상당한 근거가 있으며 그 밖에도 김성희 씨의 품행에 관한 좋지 못한 소문이 존재한다'는 내용으로 게재된 기사가 진실한 것이라는 인식을 갖게 함으로써 김성희 씨의 명예를 훼손시킨 점에 대하여 깊이 사과하는 바입니다. 주식회사 동아일보사 대표자 회장 김상기」

5. 헌법소원의 제기

한편 위헌제청신청이 1989년 7월 10일에 서울민사지방법원으로부터 기각당한 위 피고들은 1989년 7월 15일 위 기각 결정을 송달받고 같은 달 24일 헌법재판소에 민법 제 764 조에 대하여 헌법재판소법 제 68 조 제 2 항에 의하여 헌법소원을 청구하였다. 동 헌법소원의 청구인은 위 민사소송사건의 피고인들인 ① 일간신문 및 월간잡지인 여성동아 등의 정기간행물을 발행하는 신문사인 주식회사 동아일보사, ② 동아일보사의 대표이사 겸 위 여성동아의 발행인 김병관, ③ 위 여성동아의 주간인 권오기 및 ④ 위 여성동아의 기자(기사작성자) 현당이다.

청구인들의 헌법소원 청구이유는 위에서 언급한 위헌제청 청구이유와 동일한 민법 제 764 조는 헌법 제 19 조 및 제 21 조 제 1 항에 위반된다는 것이다.

헌법재판소는 동 사건을 1989년 8월 23일에 전원재판부의 심판에 회부하였다.

6. 법원의 확정판결과 헌법재판소의 위헌결정

- 1) 한편 서울민사지방법원에서 패소한 피고들(위 헌법소원 신청인)은 서울고등법원에 항소하였으나 1990년 5월 4일 기각당하였으며, 연이어 1990년 8월 28일에는 대법원에서 상고허가신청이 기각됨으로써 문제의 사죄광고는 법원의 판결대로 집행을 당하게 되었다.
- 2) 위 헌법소원을 심판에 회부한 헌법재판소는 위 사죄광고에 관한 민사소송사건이 확정된 훨씬 후인 1991년 4월 1일에 이르러 위헌결정을 내렸다.

III. 심판의 대상

위 헌법소원사건의 심판대상은 사죄광고를 민법 제 764 조 소정의 「명예회복에 적당한 처분」에 포함시킬 때 동 조항이 위헌인가의 여부로서, 민법 제 764 조의 내용은 다음과 같다.

「민법 제 764 조(명예훼손의 경우의 특칙) : 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다. 」

IV. 헌법재판소의 「판단」 및 「결론」의 논리

1. 「결정」의 형식적 구조

「헌법재판소의 결정」에 대해 우선 그 형식적 구조를 살펴보면 다음과 같다.
 사건/청구인/청구인들의 대리인/관련소송사건/(서울민사지방법원 88가합 31161 손해배상<71> 청구사건)/주문/이유의 순서이다.

「이유」에 대한 논술순서는 다음과 같다.

①사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

나. 심판의 대상

②당사자 및 이해관계인들의 주장

가. 청구인들의 주장

나. 서울민사지방법원의 위헌제청신청 기각 이유

다. 법무부 장관의 의견

③판단

④결론

이상과 같은 헌법재판소 결정은 관보에 게시되어 널리 국민에게 알려진다는 점에서 비교적 친절하고 상세하게 되어 있는 점이 그 특징이다. 특히 당사자 및 이해관계인들의 주장을 독립된 항으로 설명한 연후에 헌법재판소의 「판단」을 전개하고 있음은 헌법재판소의 판단방향이 어느 쪽인가를 보다 분명히 해줄 수 있는 장점이 있어 보인다. 반면 사건의 개요와 더불어 당사자 및 이해관계인들의 주장을 일반 법원의 전통적인 판결 양식과는 상이하게 독립된 제목으로 정하고 있음이 반드시 타당한 것인지는 재고의 소지도 있어 보인다. 왜냐하면 사실관계와 당사자의 주장 등은 헌법재판소 결정의 배경을 이루는 중요한

인식이 따르는 문제이긴 하지만 헌법재판소는 어디까지나 헌법적 판단 즉 헌법에 합치하는지의 여부를 판단할 따름이다. 위 본건과 같이 위헌법률에 관한 판단이면 사실관계가 여하했느냐는 의미가 없고 오로지 당해법률이 헌법에 위반되느냐의 여부만이 문제될 것이기 때문이다.

본건 결정에는 비교적 단순하여 별 문제가 없어 보이나 자칫 복잡한 사실관계나 당사자 및 이해관계인들의 주장에 있어서 헌법재판소가 언제까지나 이렇게 요약 정리할 경우 자칫 사안에 따라서는 헌법재판소의 의사인 「주문」이나 「판단」에는 직접 관련되지 않으면서 「사건의 개요」나 「당사자 및 이해관계인들의 주장」에 대한 오해를 야기할 위험성은 없을 수 없다. 헌법재판소가 위헌법률을 판단함에 있어서는 그것은 어디까지나 「헌법」심이라는 사실을 유념할 필요가 있을 것이다.

위헌법률심판에서 헌법을 비롯한 관계법을 적시하고 그 판단에서 청구인의 법적 주장 등을 분명히 적시하면서 결론을 도출해 내는 비교적 간단하고 명료한 프랑스 헌법위원회의 판결문도 앞으로 참조해 볼만한 모델이 아닌가 한다. 특히 언제까지 우리 헌법재판소의 「판단」은 헌법학 교과서를 방불케 하는 장문의 판단만을 계속할 것인지 두렵기도 하다. 본건 결정은 그래도 비교적 짧은 「판단」이지만 흔히 수십 페이지에 달하는 방대한 「판단」은 한번쯤 재고할 필요가 있어 보인다. 국민의 자유와 권리를 보장하는 헌법상 최고기관의 하나로서의 헌법재판소는 투철한 헌법관 및 국가관에 입각한 간단명료하고 정확한 판단만으로 족한 것이지 그 판결문이 헌법교과서나 논문과 같은 장광설로 채워질 필요는 없는 것이다.

2. 「판단」과 「결론」의 형식적 구조

본건과 관련된 관련소송사건, 사건의 개요, 심판의 대상, 청구인들의 주장, 서울민사지방법원의 위헌제청신청 기각 이유에 관하여는 위에서 이미 살펴보았으므로 여기서는 헌법재판소의 「판단」 즉 「헌법적」 판단과 그에 따른 결론을 살펴보려고 한다. 헌법재판소의 판단은 가, 나 (1), (2) 즉 크게 두가지 부문에서 헌법적 판단을 행하고 있다. 「가」 부분에서는 사죄광고제도의 양심의 자유(헌법 제 19 조) 및 「인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 한 인격권」에 비추어 판단하고 있다.

「나」 부분에서는 「헌법 제 37 조 제 2 항의 규정에 의하여 정당화될 수 있는 제한」인가를 (1)에서는 「사죄광고제도가 헌법적 기준에 입각하여 볼 때 명예훼손의 경우에 원상회복을 목적으로 하는 민법 제 764 조의 규정취지에 적합한가를」, (2)에서는 「사죄광고제도에 의한 기본권 제한이 필요부득이한가의 여부」를 검토하고 있다.

「가」

불법행위로 인한 권리구제방법으로서의 금전배상의 원칙에 대한 예외로서 명예훼손의 경우민법 제 764 조의 「명예회복에 적당한 처분」으로서 학설·판례는 사죄광고게재로 이해되어 왔으며, 사죄광고게재를 명하는 판결은 통설·판례상 대체집행 등의 방법으로 강제집행할 수 있다는 것이었다.

이러한 사죄광고제도에 대한 종래의 통설·판례에 대하여 부정적 입장을 개진하려는 것이 「판단 가」의 제 1 단락이다. 제 2 단락 이하에서는 양심의 자유 및 인격권에 비추어 본

위헌론을 개진하고 있다. 「판단 나」 또한 상기 「가」의 위헌판단이 계속되고 있음에 비추어 「가」의 제 1 단락은 종래통설·판례를 소개하고 「과연 동 조항이 합헌이 될 수 있는가를 살핀다」라고 하고 있음에 비추어 곧바로 양심의 자유에 비추어 본 위헌론의 개진이 있음과 비교하여 독립된 「가」로 하고 연이어 「나, 다」로 연결함이 타당해 보인다. 「가」의 제 2 단락은 헌법 제 2장 국민의 권리와 의무 중 제 19 조에서 규정한 기본권으로서의 양심의 자유에 비추어 본 사죄광고제도의 위헌성을 판단하고 있다. 우선 양심의 자유를 설명하고 있다. 이하에서는 계속해서 양심의 자유의 위상 및 그 의의를 부연설명하고 있다. 연이어 단락을 바꾸지 아니한 채로 사죄광고제도의 양심의 자유에 비추어 본 위헌성을 판단하고 있다.

생각컨대 그 다음 단락이 헌법상 인간의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 한 인격권에 비추어 본 사죄광고의 위헌성을 판단하고 있음에 비추어 앞단락에서 양심의 자유와 사죄광고에 관한 판단으로서 동일한 단락이 계속되고 있으나 전체적 흐름으로 볼 때 「그런데 사죄 광고란·」에 관한 논리도 별개의 단락으로 함이 타당해 보인다. 또한 가. 제 3 단락의 논리전개구조는 가. 제 2 단락과 나.의 논리전개 구조에 비추어 보건대 맨 뒷부분에 나오는 「헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권에 큰 위해」라는 헌법상 기본권에 비추어 본 논리전개도 제 3 단락의 도입부분에서 언급함이 타당할 것이다. 결론적으로 「가」부분은 제 1 단락 종래의 통설·판례, 제 2 단락 양심의 자유에 비추어 본 사죄광고의 위헌성, 제 3 단락 인간의 존엄과 가치 및 인격권에 비추어 본 사죄광고의 위헌성의 세 개 단락으로 논리전개를 하더라도 제 2·3 단락의 논리전개 과정상 같은 흐름을 보여줘야 할 것이다.

「나」

「나」부분에서는 「가」에서 적시한 위헌적 사죄광고제도의 헌법 제 37 조 제 2 항의 위반여부에 관해 검토하고 있다. 즉 「사죄광고제도가 명예훼손을 당한 피해자의 명예회복 즉 그 인격권 보호와의 상관관계에서 헌법 제 37 조로 제 2 항의 규정에 의하여 정당화 될 수 있는 제한」인가의 여부를 판단하고 있다.

(1)은 「……민법 제 764 조의 규정취지에 적합한가를 살펴본다……필요와 정도를 넘어서는 수단인 것으로 보여진다.」(2)는 「……사죄광고에 의한 기본권 제한이 필요부득이한가의 여부를 살펴본다」, 「……기본권을 보다 덜 제한하는……」이라고 하고 있음에 비추어 헌법 제 37 조 제 2 항의 비례의 원칙을 구성하는 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 기대가능성의 원칙에 비추어 본 논리전개이다.

「판단 나」의 논리전개의 형식적 구조가 「판단 가」의 형식적 구조보다 오히려 더 적합해 보인다. 그러나 이미 「가」에서 제기한 위헌성논리를 증언·부언하고 있음에 비추어 되도록 간단명료하게 기술할 필요가 있어 보인다.

끝으로 주문, 판단, 결론을 이렇게 구별하고 있는 현행 헌법재판소 판결체제, 특히 종래 법원이 관행적으로 해 오던 주문과 결론의 병립이 타당한 것인지 또는 전체적으로 주문과 이유(결론포함)의 형식구조가 타당한 것인지에도 검토를 요한다.

V. 쟁점과 논리의 실질적 분석

헌법재판소판결의 내용 즉 쟁점제기와 그에 따른 논리전개는 양심의 자유와 사죄광고, 인간의 존엄과 가치 및 인격권과 사죄광고, 헌법 제 37 조제 2 항과 사죄광고 등에 비추어 내린 결론이다. 그리고 그 결론은 소위 「한정축소해석」론에 입각하여 내려져 있다.

1. 양심의 자유와 사죄광고

(1) 양심의 자유의 본질적 내용

「헌법 제 19 조는 '모든 국민은 양심의 자유를 가진다'라고 하여 양심의 자유를 기본권의 하나로서 보장하고 있는 바, 여기의 양심이란 세계관 · 인생관 · 주의 · 신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다고 볼 것이다. 그러므로 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비와 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안되는 내심적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 자유 즉 윤리적 판단 사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다고 할 것이다. 이와 같이 해석하는 것이 다른 나라의 헌법과 달리 양심의 자유를 신앙의 자유와도 구별하고 사상의 자유에 포함시키지 않은 채 별개의 조항으로 독립시킨 우리 헌법의 취지에 부합할 것이며, 이는 개인의 내심의 자유, 가치판단에는 간섭하지 않겠다는 원리의 확인인 동시에 민주주의의 정신적 기초가 되고 인간의 내심의 영역에 국가권력의 불가침으로 인류의 진보와 발전에 불가결한 것이 되어 왔던 정신활동의 자유를 보다 완전히 보장하려는 취의라고 할 것이다」라고 판시하고 있다.

위와 같은 헌법재판소의 양심의 자유에 관한 판단은 대체로 헌법학 교과서적인 해설로 볼 수 있다.

1789년 프랑스인권선언 제 10 조에서 「어느 누구도 그 표현이 법률에 의해 확립된 공공질서를 교란하지 않는 한, 그 의사가-종교상의 의사까지 포함하여 -방해될 수 없다」라고 규정하며, 그것은 동 제 4 조에서 「자유란 타인을 해치지 않는 한 모든 것을 할 수 있는 데 있다」라는 자유의 원리를 구현한 것이라 평가할 수 있다.⁹⁾ 따라서 이 인권선언 제 10 조로부터 종교의 자유·사상의 자유뿐만 아니라 양심의 자유를 표현한 것으로 평가하고 있으며 바로 이 인권선언 제 10 조에 근거하여 프랑스에서는 오늘날 헌법적 가치를 부여하여 양심의 자유를 기본권으로서 논술하고 있다.¹⁰⁾

한편 이러한 양심의 자유의 그 특성에 비추어 종교의 자유·사상의 자유와 서로 밀접한 관련성을 견지하고 있음을 또한 부인할 수 없다. 그것은 전체적으로 정신적 자유권의 부류에 속할 것이며,¹¹⁾ 헌법재판소가 적시하고 있듯이 우리 헌법은 종교의 자유와 양심의 자유를 독일헌법(제 4 조)과는 달리 별개규정으로 규정하고 있음에 비추어 이 둘은 엄연히 구별되는 기본권이라 할 수 있으나 그 내용의 실질에 있어서는 서로 중첩되는 부분이 없을 수 없다.

「생각컨대 양심의 개념은 종교적 확신을 의미하는 신앙이나 세계관적인 확신을 의미하는 사상과는 구별개념이다……양심과 사상의……엄격한 의미에서는 동일개념이 아니다.

그렇다고 하여 전혀 별개의 개념인 것도 아니다. 양심은 사상과 밀접한 관계를 가지며,

특수한 형태의 사상의 자유라고 할 수 있다.¹²⁾ 그런데 한국헌법에서는 양심·종교의 자유에 관해서만 규정하고 사상의 자유에 관해서는 명문규정이 없다. 그런 헌법규정에 비추어

보건대 헌법 제 19 조의 양심의 자유는 사상의 자유를 내포하는 것으로 보아 전체적으로 유사 내지는 동일한 것으로도 이해될 수 있을 것이며,¹³⁾ 이 구별을 엄격히 이해한다면 헌법 제 19 조의 양심을 확대해석함으로써 사상의 자유를 포괄할 수도 있을 것이다.¹⁴⁾ 그러나 여기서 사상은 좁은 의미로 이해하여야 할 것인 즉, 그것은 곧 사상의 본질적 내용에 해당하는 것이 「어떠한 영역에서건 간에 진실을 추구하는 자유인 견해(의견, opinion)의 자유」일 것이며, 그에 따른 「윤리 도덕적 측면에서의 인간의 태도」로서 나타났을 때 이를 양심의 자유 말할 수 있다. ¹⁵⁾

이러한 사상의 외부표현이나 전달은 각기 그 자유의 특성에 따라서 상이한 것인 바, 종교의 자유에서는 종교의식의 자유가, 또한 출판물에 의한 사상의 자유의 전파가 제기되며 그것은 언론의 자유·공연의 자유·교육의 자유의 형태로 구현된다. 나아가서 집단적 성격의 자유로는 집회·결사·시위의 자유를 통해서 의견을 전파한다. 사상의 자유와 직접 연계된 것으로서는 더 나아가서 사회에 있어서의 신뢰와 관련된 사항으로서, 우선적으로 불가피한 사상에 대한 속고를 공여하는 정보에 대한 권리, 정신적 가능성을 발전시키는 교육과 문화에 대한 권리가 있다. ¹⁶⁾

양심의 자유의 내용으로서는 양심의 형성과정과 유지과정에 비추어 양심의 결정의 자유, 침묵의 자유, 표현의 자유(양심상의 결정을 표명 실현할 자유)를 들 수 있다. ¹⁷⁾ 여기서 양심에 반하는 행위를 강제당하지 않는 자유도 넓은 의미의 침묵의 자유의 일환으로 보아, 본건의 사죄광고를 명하는 것도 침묵의 자유와의 관련성에 비추어 판단하는 것이 다수설의 입장이다. ¹⁸⁾ 그런데 일부 견해는 침묵의 자유에 포괄되는 다수설의 내용을 「양심을 지키는 자유」라 하여 그 내용으로서 「침묵의 자유, 양심추지금지, 양심에 반하는 작위의무로부터의 해방의 세가지를 내용으로 한다」고 설명하고 있다. ¹⁹⁾ 그리하여 사죄광고의 위헌의 문제는 양심을 지키는 자유의 내용 중에서 「양심에 반하는 작위의무로부터의 해방」의 문제로 이해하고 있다. ²⁰⁾ 그런데 이 견해는 양심을 지키는 자유를 「인간의 내면세계에서 형성·결정된 양심의 표명을 직접 간접으로 강제당하지 않는 자유」라고 정의하고 있다. 다수설의 입장에서는 침묵의 자유를 「자기가 갖고 있는 사상 및 양심을 외부에 표명하도록 강제 당하지 아니할 자유」라고 정의하고 있다. 따라서 양심을 지키는 자유와 침묵의 자유 사이에 개념 정의에서 본질적인 차이가 있어 보이는 것 같지는 않으며 다수설은 침묵의 자유의 내용으로서 양심추지금지와 양심에 반하는 행위를 강제당하지 않을 자유도 포함시키고 있음에 비추어 침묵의 자유나 양심을 지키는 자유냐는 그 내용에 있어서도 본원적 상이점이 존재하지 않으므로 다만 그 표현의 차이에 불과한 것으로 보인다.

다만 양심의 표현의 자유와 관련하여 다수설은 이를 양심의 자유에 포함시킬 경우에 양심의 자유의 지나친 확대해석을 초래할 것이므로 이를 양심의 자유의 내용으로서 포괄시킬 수 없다는 입장이다. 이에 반하여 소수설은 양심의 자유에는 「양심의 결정을 행동으로 옮겨서 실현시킬 수 있는 자유」로서의 양심실현의 자유를 포함시키고 있다. 그러나 양심의 자유의 그 정신적 기초는 그 본질 즉 내면세계에 관하여 개입할 수 없다는 의미에서 소위 절대적 기본권의 부류로 이해되고 있는 것이며 그것이 외부로 표명되어서 나타날 경우에는 이것은 헌법상 보장된 표현의 자유와 연계됨을 알 수 있다. 따라서 양심이 외부로 표현되는 순간

본질적 의미에서의 양심의 자유보호와 표현의 자유의 보호가 상호중첩될 수 밖에 없으며 그것은 이내 절대적 기본권으로서의 성격을 상실한 단계라 할 수 있다. 따라서 다수설과 소수설의 대립은 양심의 자유를 좁은 의미로 보느냐 넓은 의미로 보느냐의 문제이지 양심의 자유의 그 기본내용을 본질적으로 변용시키는 이론대립으로 보여지지는 않는다. 왜냐하면 양심표현의 자유를 인정하는 입장에서는 일정한 한계를 「사회공동체의 법적인 평화와 헌법질서의 유지를 위해서 필요하다」고 보기 때문이다.

(2) 양심의 자유에 비추어 본 사죄광고제도의 위헌성

「사죄광고제도란 타인의 명예를 훼손하여 비행을 저질렀다고 믿지 않는 자에게 본심에 반하여 깊이 '사죄한다'하면서 죄악을 자인하는 의미의 사죄의 의사표시를 강요하는 것이므로, 국가가 재판이라는 권력작용을 통해 자기의 신념에 반하여 자기의 행위가 비행이며 죄가 된다는 윤리적 판단을 형성강요하며 외부에 표시하기를 명하는 한편 의사·감정과 맞지 않는 사과라는 도의적 의사까지 광포시키는 것이다. 따라서 사죄광고의 강제는 양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 겉과 속이 다른 이중인격형성의 강요인 것으로서 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 제약(법인의 경우라면 그 대표자에게 양심 표명의 강제를 요구하는 결과가 된다)이라고 보지 않을 수 없다」라고 판시하고 있다.

「명예회복에 적당한 처분」으로서 우리 법원은 소위 사죄광고제도를 그 전형으로 이용하고 있음은 앞에서 본 바와 같다. 문제는 본인이 스스로 진실로 사죄의 감정을 가졌을 경우에는 별 문제가 없을 것이나 헌법재판소의 판시와 같이 법원의 판결을 통하여 본심에 반하여 사죄의 의사표시를 강요하는 점에 이 사죄광고의 문제가 있는 것은 틀림없다.

통상 「사죄 광고」라는 표현을 쓰고 있으나 「사과문·진사문·해명서 등 어떠한 명목의 것이든 관계없이」 널리 사죄광고의 유형으로 볼 수 있다. 본 사건관련소송에서 법원은 원고가 청구한 『사죄광고문』이라는 제목 대신 『사과문』이라는 표제하에 법원 스스로 작성하여 이를 피고에게 강제하였다.

헌법 재판소가 실시한 바 대로 사죄광고제도를 인정하는 것이 판례의 입장이었다. 그것은 대체로 우리나라와 일본에서 유독 널리 통용되어온 제도로 볼 수 있다. 그러나 헌법재판소가 사죄광고를 통설의 입장으로 이해한 것은 그 표현상 무리가 있어 보인다. 그것은 민법학자의 견해이든 헌법학자의 견해이든 엄연히 소수설로서 이미 헌법재판소 결정 이전에 교과서에 위헌론이 개진되어 있기 때문이다. 21) 「인간의 본심에 반하여 사물의 시비·선악의 판단을 외부에 표현시켜 마음에도 없는 사죄의 표시를 판결로 명함은 양심의 자유에 반하지 않을 수 없다」. 따라서 통설이란 표현 대신 「다수설」이라는 표현으로 대치되어야 마땅하다. 일본에서는 최고재판소 1956(소화 31)년 7월 4일 대법정판결에서 사죄광고제도에 대해 다수견해를 따라서 합헌이라고 판시한 바 있다. 여기서 다수의견에 의하면 사죄광고를 강요하는 것이 인격을 무시하고 현저히 그 명예를 훼손하여 의사결정의 자유 내지 양심의 자유를 부당하게 제한하는 것이 되어 강제집행에 적당하지 않는 경우는 있을지라도 단지 발표자가 타인의 명예를 훼손하였다는 기사는 진상과 다르며 그로 인하여 피해자의 명예를

훼손하였음을 인정하고 이에 대하여 진사의 의사를 표하는 정도의 사죄광고라면 이는 발표자의 윤리적 의사나 양심의 자유를 침해하는 것으로 해석되지 않기 때문에 위헌이 아니라는 것이다. 한편 같은 합헌론의 입장이면서도 다나카 재판소장은 그 근거를 양심의 자유보다는 개인의 존중에서 찾아야 한다는 입장이고, 栗山 재판관은 양심의 자유는 신앙의 자유이므로 사죄광고와는 관계 없다는 입장이다.

이에 대하여 15명의 재판관 중 2명은 위헌론을 개진하고 있다. 즉 헌법상 양심의 자유는 단지 사물에 관한 시비판별의 내심적 자유 뿐만 아니라 이러한 시비판별에 관한 판단은 외부에 표현할 자유와 아울러 이를 표현하지 아니할 자유도 포함되기 때문에 국가가 재판이라는 권력작용으로써 자기의 행위가 비행이라는 윤리적 판단을 공표하도록 명하고, 더 나아가 진사·사과라는 도덕적 의사를 공표하도록 명하는 것은 양심의 자유를 침해한다는 견해와, 헌법상 양심의 자유는 침묵을 원하는 자에게 침묵할 자유를 보장하는 것이고 재판소는 법의 세계에서만 법률상의 의무라 할 수 있는 사항을 명할 수 있는데, 행위자가 자기의 행위를 종교상, 도덕풍속상, 신조상의 규범위반이라는 자각 위에서만 할 수 있는 사죄의 의사표시를 판결로써 명하는 것은 성질상 법의 세계 외의 내면의 세계에 관한 문제로서 헌법위반이라는 입장이다. 이에 따라 그러한 판결이 강제집행을 허용하는가 아닌가의 문제와는 별개의 문제라는 것이다.

일본에서의 학설도 합헌설과 위헌설로 양립되어 있다. 합헌설의 논거는 사죄광고제도는 인생관·세계관과 직접 관계가 없다거나, 특정 도덕률에 따를 것을 강제하는 것이 아니라 사실의 존부 인정문제로 보거나, 비례의 원칙위배가 아니라는 입장이다. 반면 위헌설은 양심의 자유 뿐만 아니라 언론의 자유 및 개인의 존엄에서 그 근거를 찾고 있다. 22) 대체로 일본에서의 합헌·위헌론의 전개는 우리나라에서의 합헌·위헌론의 전개 및 특히 위헌론의 전개는 헌법재판소 판결에서 충분히 고려되어 있다고 생각된다.

한편 헌법재판소는 사죄광고제도가 양심의 자유를 제약하는 것임을 논술한 부분에서 「법인의 경우라면 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다」라고 하여 간접적으로 양심의 자유의 주체에 관해 논급하고 있다.

기본권의 주체란 「헌법이 보장하는 기본적 인권의 향유자」를 말한다. 23) 이 기본권의 주체는 크게 자연인과 법인으로 나눌 수 있는 바, 자연인의 경우에는 국민이 기본권 주체의 가장 전형이 될 것이나 외국인도 일정한 제약하에서 기본권주체성을 인정하는 데 이론이 없다. 법인의 기본권주체성에 관하여는 바이마르헌법 체제하에서는 부정설이 다수설이었으나 오늘날에 이르러서는 법인의 왕성한 활동과 또 그에 따른 효과가 자연인에 귀속되기 때문에 그 성질상 가능한 경우에는 기본권주체성을 인정하는 것이 다수설이다.

문제는 본건 양심의 자유에 관한 기본권주체성에 관해서는 양심의 자유의 성격상 자연인만이 기본권주체성을 인정하고 법인에 대하여는 이를 부인하는 것이 우리나라의 통설이다. 24) 따라서 본건 헌법소원의 청구인으로서 자연인의 경우에는 문제될 것이 없으나 「주식회사 동아일보사 대표자 김병관」에 대하여 그 기본권주체성을 인정할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 이에 「민사소송의 피고인들이 결국 이 헌법소원 심판의 청구인이 되고 있기 때문에, 헌법재판소는 적어도 실질심사에 앞서 원고적격에 관한 형식심사를 했어야 했다. ……따라서 헌법재판소는 이 헌법소원 사건에서 청구인의 하나인 동아일보사에

대해서는 양심의 자유의 원고적격을 부인하는 결정을 했어야 한다. 그리고 나서 비록 출판사의 이름으로 나가는 사죄 광고라도 그 명의와는 관계없이 실제로는 법인을 구성하는 자연인 즉 나머지 청구인들에 의해서 결정되어진다는 점에 착안하여 이론구성했어야 한다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소도 원고적격과 양심의 자유의 주체에 관해서는 전혀 언급을 하지 않고 있다.» 25)는 평석이 제기되었다.

생각컨대 위의 평석은 논리적으로 정당해 보인다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 헌법재판소는 원고적격 및 기본권주체성에 관해 적극적인 검토를 행한 것은 아니라 하더라도 간접적으로(괄호안에) 이를 언급한 것으로 볼 수 있다. 특히 본건 관련 민사소송에서 원고가 청구한 「사죄광고문」이나 법원의 판결에서 제시된 「사과문」에서는 단순히 법인체인 주식회사 동아일보사만이 아니라 그 대표자의 성명까지 명시하고 있음에 비추어 본건 사죄광고는 법인과 그 대표자인 자연인을 떼어서 검토할 성질이 될 수 없으므로 결과적으로 양심의 자유의 법인에 대한 기본권주체성은 본건에 관한 한 인정될 수밖에 없다고 봐야 할 것이다.

2. 인간의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 한 인격권에 비추어 본 사죄광고제도의 위헌성

헌법재판소는 양심의 자유에 이어 사죄광고제도도 헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권에 큰 위해로 봐서, 이를 위헌의 논거로 삼고 있다.

「원래 깊이 '사과한다'는 행위는 윤리적인 판단·감정 내지 의사의 발로인 것이므로……이의 강제는 사회적으로는 사죄와 본인에 대하여 굴욕이 되는 것이 틀림없다. 사과의 정도에 따라 굴욕감의 차이는 있을 수 있지만, 적어도 <사과>의 문구가 포함되는 한 그것이 마음에 없는 것일 때에는 당사자의 자존심에 큰 상처요 치욕임에 다름없으며, <사과문>, <진사문>, <해명서> 등 어떠한 명목의 것이든 관계없이 그러하다. [더구나 사죄광고란 양심의 자유에 반하는 굴욕적인 의사표시를 자기의 이름으로 신문·잡지 등 대중매체에 게재하여 일반세인에게 널리 발표하는 것이다.] 이러한 굴욕적인 내용을 온 세상에 발표하면서도 그것이 소송의 성질상 형식적 형성의 소에 준하는 것임에 비추어 그 구체적 내용이 국가기관에 의하여 결정되는 것이며 그럼에도 불구하고 마치 본인의 자발적 의사형성인 것 같이 되는 것이 사죄광고이며 또 본인의 의사와는 무관한데도 본인의 이름으로 이를 대외적으로 표명하게 되는 것이 그 제도의 특질이다. 따라서 사죄광고 과정에서는 자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위해 보호받아야 할 인격권이 무시되고 국가에 의한 인격의 외형적 변형이 초래되어 인격형성에 분열이 필연적으로 수반되게 된다.»

위의 판시에서 이미 양심의 자유에 비추어 본 위헌성을 적시하면서 내렸던 사죄광고의 정의 비슷한 언급([]표기부분) 등은 생략해도 무방할 것이며 보다 간명한 표현이 아쉽다.

인격권을 우리 헌법상 국민의 권리로 인식하는데 관하여는 이설이 없는 것 같다. 다만 우리 헌법에서는 독일헌법 제 2 조 제 1 항에서와 같은 「인격의 자유로운 발현의 권리」가 명문으로 규정되어 있지 않기 때문에 그 헌법적 근거를 어디에서 찾을 것이냐에 관하여 헌법 제 10 조의 인간의 존엄과 가치로부터 도출된다는 설, 26) 헌법 제 37 조제 1 항으로부터

도출된다는 설 27)등이 있다. 한편 대법원 판례는 구헌법 제 9 조(헌법 제 10 조)의 행복추구권에서 이를 도출하고 있는 것 같다. 28)

헌법재판소는 사죄광고제도의 위헌성의 또 다른 헌법적 근거로서 인격권을 분명히 제시하고있지만 앞에서 본 바와 같이 국내학설이나 대법원 판례가 그 헌법적 근거가 다양함에 비추어 다소 모호한 표현을 사용하고 있는 것 같다. 즉 「……인격의 자유로운 발현을 위해 보호받아야 할 인격권이 무시되고·, ·헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 한 인격권에도 큰 위해·」라는 표현에서 알 수 있듯이 우선 앞 문장에서는 독일헌법 제 2 조 제 1 항의 표현을 원용하고 있다. 뒷 문장에서는 막연히 「헌법에서 보장된」이라는 표현에 이어 헌법 제 10 조는 「인간의 존엄과 가치」라고 하고 있음에도 불구하고 「인격의 존엄과 가치」라는 표현을 구사하고 있다.

생각컨대 헌법재판소가 학설논쟁에 휘말리지 않으려는 의도를 모르는 바가 아니지만 인격권에서 본건 사죄광고제도의 위헌성을 찾으려면 인격권의 위상에 관한 헌법적 근거를 보다 명확히 할 필요가 있다. 그러나 전체적으로 헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치라는 표현에 비추어 헌법에서 인간의 존엄과 가치를 명문으로 보장하고 있음을 고려한다면 이를 「헌법 제 10 조에서 보장된 인간의 존엄과 가치」로 이해하여도 논리의 비약은 아니라고 본다. 즉 인격권은 헌법 제 10 조의 인간의 존엄과 가치의 한 내응을 이룬다고 보아야 할 것이다.

사죄광고제도가 양심의 자유에 반하는 것이라면 같은 논리적 맥락하에서 양심에 반하는 내용을 담고 있는 사죄광고를 게재하도록 강요하는 것은 당사자의 인격의 자유로운 발현에 위반된다고 보아야 할 것이다.

인격권의 기본권주체성과 관련하여 헌법재판소는 「사죄광고 과정에서는 자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위해 보호받아야 할 인격권이……」라고 하여 인격권에 관한 한 자연인과 법인의 기본권주체성을 동일하게 인정하는 듯한 표현을 사용하고 있다. 그것은 앞서 양심의 자유에 반한다는 판단에서 제시한 「(법인의 경우라면 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다)」라는 판단이 굳이 ()속에 들어가있을 뿐만 아니라 법인 그 자체에 양심의 자유를 인정할 수 없다는 전제가 깔려 있는 것으로 보여진다. 그런데 인격권에 관하여는 ()가 아닌 본문에서 바로 「자연인이든 법인이든」이라는 표현을 하고 있음에 비추어 법인에게도 직접적으로 인격권의 기본권 주체성을 인정한 것이다. 그것은 「헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치」라는 표현과 그 맥락을 같이 하는 것 같다. 왜냐하면 헌법 제 10 조의 「인간」의 존엄과 가치로 표현하였을 경우에는 당연히 인간의 존엄과 가치의 기본권 주체는 자연인일 수 밖에 없기 때문이다.

결국 헌법재판소의 판단은 한편으로는 앞에서 이미 언급한 바와 같이 헌법학 학설상의 인격권론으로부터도 벗어나면서 동시에 법인의 기본권주체성을 인정하기 위한 편법으로서 굳이 그 표현이 어색한 헌법에서 보장된 「인격」의 존엄과 가치 및 인격권을 연결시키고 있는 것으로 볼 수 있다. 그것은 헌법재판소의 판단에서 양심의 자유에 비추어 본 사죄광고의 위헌성에서와 같은 양심의 자유에 관한 장황한 논급에 비하여, 인격권에 비추어 본 위헌성에서는 인격권에 관한 본격적인 논급이 없음에 비추어 헌법재판소의 고충을 읽을 수 있다.

3. 헌법 제 37 조 제 2 항에 비추어 본 사죄광고제도의 위헌성

양심의 자유 및 인격권에 비추어 위헌적인 사죄광고제도가 명예훼손을 당한 피해자의 명예회복 및 그 인격권 보호와의 상관관계에서 헌법 제 37 조 제 2 항의 「국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 그 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다」라는 규정에 비추어 정당화될 수 있는가를 판단하고 있는 바 특히 헌법상 「필요한 경우」인가의 여부에 입각하여 실시하고 있다.

우선 사죄광고제도가 헌법적 기초에 입각하여볼 때 명예훼손의 경우에 원상회복을 목적으로하는 민법 제 764 조의 규정취지에 「적합」한가를 판단하고 있다.

「가해자가 자발적인 사죄를 거부하거나 혹은 허위사실이 아니라 하면서 불법행위의 성립 자체를 다룰 때에 국가가 사죄광고를 명하는 것은 분명히 가해자의 판단이나 감정을 강제하는 것이고, 가해자에게 부당하고 불필요한 굴욕만을 강요하는 것임은 앞에서 본 바이다. 물론 그것이 피해자의 명예회복에 어느 정도 효과적인 것일는지 모르나 최후의 수단으로는 보여지지 않으며 오히려 필요와 정도를 넘어서는 수단인 것으로 보여진다. ..민사책임이 행위자에 대한 형사법적인 공적 제재인 것에서 분화되어 피해자가 받은 손해의 합리적 전보라는 것을 목적으로 바뀐 오늘날에 있어서 국가에 의한 사죄의 강제는 분명히 민사책임의 목적과 본질에 어긋난 불필요한 효과의 추구라고 할 것이다. 생각컨대 민법 제 764 조에서 명예회복을 위한 필요한 처분을 명할 수 있게 한 것은 그 처분에 의하여 사죄를 시킴으로써 피해자에게 응보적 주관적인 만족을 주기 위한 것이라기 보다는 금권에 의한 손해배상만으로는 전보가 안되는 훼손된 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적·객관적인 평가 자체를 회복시키는 것을 가능케 하기 위한 데 있다고 할 것이다. ..현재 명예훼손의 경우에 곧 사죄광고가 주된 구제방법이 되어 왔기 때문에 그 역작용으로 이때에 함께 청구할 수 있는 금전배상은 한낱 부수적·장식적 의미밖에 없게 되어 그 배상액은 극히 미미한 정도의 낮은 수액으로 고착되게 됨으로써 헌법 제 21 조 제 4 항 후단에서 밝히고 있는 명예훼손의 경우에 손해전보라는 배상제도의 본질적 기능발휘에 오히려 장애요인이 된다.」

헌법재판소는 사죄광고제도가 피해자의 명예회복의 최후수단이 아닐 뿐더러 「필요와 정도」를 넘어서는 수단으로 실시하고 있음에 비추어 민법 제 764 조의 규정취지에 「적합」하지 않음을 실시하고 있다. 그것은 기본권제한에 있어서의 「비례의 원칙」에 있어서 기본권제한법률의 합헌여부를 결정하는 기준으로서 적합성·필요성·기대가능성에 비추어 내려진 판단으로 볼 수 있다. 적합성의 원칙에 비추어 보건대 사죄광고제도가 피해자의 명예회복을 위한 유용한 수단인가의 여부의 관점에서 판단하면, 그것은 확실히 피해자가 원하는 바임에 비추어 유효한 수단임에 틀림없다. 그러나 그것은 민법이 예정한 원상회복의 목적과는 거리가 멀며, 사죄광고가 최후의 수단일 수 없으며 오히려 필요와 정도를 넘어서었다는 평가를 받고 있음을 적시한 것은 타당해 보인다(필요성의 원칙). 왜냐하면 헌법재판소가 적시한대로 사죄광고제도로 인하여 금전배상의 원칙이 오히려

주객전도된 현상으로 나타난 현실은 법규정의 본래의 의도를 일탈한 해석이라 볼 수 있기 때문이다.

즉 판단 나. (1)에서는 기본권제한에서의 적합성의 원칙과 필요성의 원칙을 동시에 검토함으로써 사죄광고의 위헌성을 실시하고 있다.

이어서 (2)에서는 기본권제한법론의 합헌성판단의 기준으로서의 「필요성의 원칙」에 비추어 사죄광고제도에 의한 「기본권제한이 필요부득이한가」를 판단하고 있다.

「사죄광고제도가 피해자의 명예회복을 위한 유일한 제도는 결코 아닌 것이다. 비교법적으로 고찰하여 현재 일본에서만 사죄광고의 강제가 인정되고 있으나 그곳에서도 위헌론이 강력하게 대두되고 있으며, 영미, 독일, 불란서, 스위스 등 제국에서는 현재 훼손된 명예회복의 방법으로 사죄광고를 인정하지 않고 있다. 영미의 경우도 명예훼손이 된 때에 회복방법으로 손해배상을 원칙으로 하고, 가해자의 자발적 사죄는 배상액의 감경사유로 그치고 있으며, 독일, 불란서, 스위스에서는 가해자의 주장의 취소를 명하거나, 명예훼손의 사실을 확인하는 판결 또는 명예훼손을 이유로 위자료의 지급을 명하는 판결의 요지공시 등에 의하여 피해자의 명예를 회복하는 방법을 인정하고 있다」라고 하여 비교법적인 분석하에서 사죄광고제도의 존재자체의 부정적인 예를 설명하고 있다. 그러나 우리 민법 제 764 조에 근거한 사죄광고제도도 민법규정에 있는 법상 제도가 아니라 판례법상 형성된 제도라는 점을 유념해야할 것이다.

프랑스에서는 민사소송법 제 135 조의 규정에 의하여 일반적으로 법원의 판결을 공표하도록 명령하는 권한을 법원에 부여하고 있다. 이러한 판결의 공표는 부수적인 벌칙이라 할 수 있다. 그것은 이 판결의 공표가 침해당한 권리를 회복할 수 있는 가장 효율적인 방법일 수 있기 때문이다. 특히 언론에 의한 명예훼손의 경우에는 피해를 당한 당사자가 피고의 부담으로 한 법원판결의 저널에의 게재를 허가하고 있다. 언론에의 게재비용은 판사가 이를 조정할 수 있다. 그 비용이 초과할 경우에는 물론 청구인의 부담으로 한다. 30)

우리나라에서도 가해자의 굴욕을 강요하는 사죄광고보다는, 본건보도내용에 관련해서는 보도된 내용의 객관적인 판단이 법원의 판결에서 실시되고 있음에 비추어 법원의 판결을 널리 공표함으로써 그 목적은 충분히 달성될 수 있다고 본다.

앞에서 이미 제시한 바와 같이 사죄광고문 혹은 사과문을 자세히 살펴보면 사과의 의사를 개진하는 것 이외에는 사실상 본안판결에서 명예훼손을 하였다는 의미가 나타나 있기 때문에 이를 언론지상에 게재를 하여서 그 소기의 목적을 달성하는 것이 합리적이라고 생각된다.

다만 서양의 법제를 계수한 일본과 한국에서 굳이 서양에서는 인정되지 않는 사죄광고제도가 어떠한 이유로 해서 널리 받아들여져 있는지는 의문사항의 하나이다. 그것은 아마도 동서양의 법의식의 차이와도 무관한 문제는 아닌 듯 하다.

또한 본 사건만 놓고 본다면 특히 언론의 자유라는 미명하에 황색저널리즘이 횡행하고 있는 현실에 비추어 국민의 알 권리 충족이라는 본래의 언론의 사명보다는 흥미위주의 기사거리를 제공하는 언론에 대한 경종의 의미는 충분해 보인다. 황색언론의 문제는 객관적 진실보도를 통한 국민의 알 권리 충족을 위해서 언론이 사회 제세력에 대항하여 그 본분을 다하는 것과는 구별되어야 한다는 의미에서 본 사건에 대한 사죄광고제도의 긍정적 측면이

없는 바는 아니다. 더 나아가 언론의 통제방법상 문제, 일단 침해된 명예회복의 어려움, 금전적 손해배상산정의 어려움, 보도하는 측의 권리보다 보도되는 측의 권리의 확보의 필요성 등에 기초하여 사죄광고제도의 시정을 위한 새로운 방법이 제시되지 않고 있는 만큼 현실적으로 명예훼손의 피해자에게 유효한 구제수단이라는 반론도 제기되고 있다. 31) 이에 헌법재판소도 그 대안을 제시하면서 우리 민법의 적용에 있어서도 「① 가해자의 비용으로 그가 패소한 민사손해배상판결의 신문 잡지 등에 게재 ② 형사 명예훼손죄의 유죄판결의 신문·잡지 등에 게재 ③ 명예훼손 기사의 취소광고 등의 방법을 상정할 수 있다. ··민법 제 764 조에 기하여 명하는 처분이라 함은 피해자에 대하여 일단 생긴 사회로부터의 부정적 평가를 가능한 한 정정시키려는 처분 곧 부정적 평가의 자료가 되었던 정보의 정정의 효과가 있는 처분을 뜻한다 한다면 사죄광고 아닌 위에서 본 다른 방법도 민법 제 764 조의 소기의 목적을 달성하기에 필요하고 충분한 방법이 된다고 할 것이다. 이렇듯 국민의 기본권을 보다 덜 제한하는 명예회복에 필요한 다른 처분도 상정할 수 있고 또 금전배상청구도 배제하지 않는 터이며 결코 사죄광고만이 명예회복에 유일무이의 수단이 아니라고 한다면 ··사죄광고제도는 어디까지나 과도한 것이며 또한 불필요한 국민의 기본권의 제한이 된다.」

이어서 4. 결론에서는 「따라서 민법 제 764 조가 사죄광고를 포함한 취지라면 그에 의한 기본권제한에 있어서 그 선택된 수단이 목적에 적합하지 않을 뿐 아니라 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙이 정한 한계를 벗어난 것으로 헌법 제 37 조 제 2 항의, 「필요한 경우」에 의한 기본권의 제한에 있어서 「비례(성)의 원칙」을 명문으로 인정하였다는 점에서 그 의의를 발견할 수 있다. 32) 그 논리전개에 있어서는 우선 적합성의 원칙에서 출발하여 이를 필요성의 원칙을 동시에 고려하여 (1)부분을 판단하였다. (2)부분에서는 필요성의 원칙에서 출발하여 수단과 목적이 적정한 비례관계를 유지하고 있는가의 기대가능성의 원칙까지를 고려한 판단을 내리고 있다 그것은 결론 제 1 문에 이르러 이를 비례의 원칙의 세가지 요인을 동시에 검토하였음을 명확히 하고 있다.

이에 대하여 「명예훼손을 주장하는 피해자의 명예권(인격권)과 헌법소원심판 청구인들의 양심의 자유와의 상충관계를 인식하고 규범조화적인 해결의 방법을 모색했어야 한다」 33)라고 하여 기본권의 상충관계 34)에서 검토하여야 한다는 논리전개를 하고 있으나, 이 문제는 기본권 제한에 관한 문제이므로 굳이 헌법에 명시된 바 없는 기본권의 상충관계이론을 제시하지 않아도 충분히 해결될 수 있으며 또한 기본권 상충관계이론에 의하더라도 마찬가지로 논리전개를 할 수 밖에 없다는 점을 인식한다면, 헌법재판소의 헌법 제 37 조 제 2 항이라는 실정적 헌법규범에 근거한 논리전개는 타당하다고 할 수 있다.

VI. 주문 및 결론의 형태

헌법재판소는 본 사건의 결론 및 주문에서 소위 질적 일부위헌론을 개진하고 있다. 「민법 제 764 조는 동조 소정의 <명예회복에 적당한 처분>에 사죄광고가 포함되지 않는다고 하여야 헌법에 위반되지 않는다. 이는 민법 제 764 조와 같이 불확정개념으로 되어 있거나 다의적인 해석가능성이 있는 조문에 대하여 한정축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적

의미를 천명한 것이며 그 의미를 넘어선 확대는 바로 헌법에 위반되어 채택될 수 없다는 뜻이다.]

헌법재판소가 적시한 대로 「그 의미를 넘어선 확대는 바로 헌법에 위반」 되는 이른바 질적 축소의 방법을 채택하였다는 의미에서 이를 소위 질적 일부위헌론에 입각한 판결로 이해할 수 있다. 그것은 곧 민법 제 764 조 자체가 위헌인 것이 아니라 그에 기초한 사죄광고제도가 위반된다는 의미에서 「질적」이라는 표현이 쓰여지고 있다. 35) 이 판결 이후 헌법재판소는 국유재산법 제 5 조 제 2 항 36) 및 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제 5 조 제 1 항 37)에 관한 판결에서 같은 논리를 전개하고 있다. 그런데 헌법재판소는 한정합헌결정(1989. 7. 21. 89 헌마 38 결정)을 내린 사례를 결론에서 원용하고 있으나 엄밀한 의미에서 한정합헌결정과는 반드시 동일한 것이라고는 볼 수 없다. 38) 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 본 사건에서 굳이 질적 일부 위헌의 논리를 전개한 것은 아마도 민법 제 764 조의 해석과 관련하여 이른바 사죄 광고명령제도가 이론과 판례상 하나의 전형으로 굳어져 있음에 비추어 전형적인 제도에 대하여 적극적으로 위헌판단을 함으로써 헌법재판소의 태도를 보다 명확히 할 수 있다는 데에 기인한다고 평가할 수 있다. 이러한 질적 일부위헌의 결정은 본건에서처럼 민법 제 764 조의 법률규정 그 자체가 위헌인 것이 아니라는 점에서, 법률규정 그 자체의 일부를 위헌선언하는 소위 양적 일부위헌과는 구별된다. 헌법재판소는 국세기본법 제 35 조 제 1 항 제 3 호의 「국세의 납부기한으로부터 1 년전에 전세권·질권 또는 저당권의 설정을 등기 또는 등록한 사실이 대통령이 정하는 바에 의하여 증명되는 재산의 매각에 있어서 그 매각대금 중에서 국세 또는 가산금(그 재산에 대하여 부과된 국세와 가산금을 제외한다)을 징수하는 경우의 그 전세권·질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권 규정 중에서 「···으로부터 1 년」이라는 부분이 헌법에 위반된다는 양적 일부위헌을 선언한 바 있다. 39)

문제는 과연 헌법재판소가 법률규정 그 자체의 위헌성을 인정하는 양적 일부위헌이나 비록 위헌의 소지가 없는 바는 아니지만 이를 한정적으로 해석하여 합헌으로 유도하는 한정합헌판결과는 달리, 법률의 규정 그 자체의 합헌성을 인정하면서 즉 법률규정 그 자체의 효력에는 아무런 변동을 초래하지 아니하면서 단지 그 법률의 해석적용에 있어서 특정제도를 원용하는 것은 위헌이라는 질적 일부위헌 판단이 논쟁의 여지를 종식 시킬 수 있겠느냐의 의문이 제기된다. 아마도 그런 우려때문에 헌법재판소는 「(1)가해자의 비용으로 그가 패소한 민사손해배상판결의 신문·잡지등에 게재 (2)형사명예훼손의 유죄판결의 신문·잡지 등에 게재 (3)명예훼손기사의 취소광고 등의 방법」을 친절하게 제기해 주고 있는 것 같다.

그러나 문제는 거기에서 끝나는 것이 아니라 본건관련사건에서와 같이 서울민사지방법원에서 위헌제청신청을 기각하면서 사죄광고제도가 합헌적임을 판단한 사건에 관하여 그 동일한 판단대상을 헌법재판소에 헌법소원을 제기하였다는 점에서 사실상 우리 헌법재판소법 제 68 조 제 1 항에서 명문으로 금지하고 있는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정할 것과 결과적으로 동일한 것이 아닌가 하는 문제이다. 본건관련 민사소송사건은 헌법소원이 제기되어 헌법재판소에 계류되고 있는 동안 항소심을 거쳐 제 1 심 판결과 동일한 내용으로 재판이 확정되었다. 즉 동 사건의 진행과정을 보면 법률 그

자체의 위헌의 문제가 제기되었을 경우에는 헌법재판소가 판단할 것이나 법률의 적용은 일반법원의 관할이라는 취지에서 본건관련 사죄광고제도는 민법 제 764 조의 해석에 관한 사항으로서 이미 대법원의 판례를 통하여 인정되어온 제도인 만큼 서울민사지방법원은 피고의 위헌법률제청신청을 기각하였고 그에 따라 헌법소원제기 여부와는 관계없이 상급심에서 최종확정판결을 내린 것이라 볼 수 있다.

생각컨대 비록 법원의 판례법상 확인된 제도에 입각하고 있고 또 그에 따른 당연한 논리로 위헌제청신청을 기각시켰다 하더라도 일단 동일한 사안의 동일한 내용에 관한 합법적 판단을 구하기 위한 헌법재판소에의 헌법소원심판청구가 수리된 이상 그것이 재판을 연기시킴으로 인하여 국민의 자유와 권리보장이나 법원의 재판권 행사를 본질적으로 제약하는 것이 아닌 다음에는 법원은 헌법재판소의 최종판단을 기다려야 하는 것이 순리가 아닌가 생각된다. 그렇게 함으로써 법원의 판결에 대한 헌법소원을 실정법상 명문으로 금지하고 있는 현행법제 하에서 보다 국민의 자유와 권리보장에 기여할 수 있으리라 본다. 이론적으로는 여러가지 부수적인 문제가 없는 바는 아니지만 학계에서 제기되고 있는 법원의 판결에 대한 헌법 소원을 인정하는 것이 이러한 문제점을 해결할 수 있는 이상적인 방향이라고 생각된다. 아무튼 본건관련 사건과 본건 헌법소원을 통하여 결과적으로 법원이 판례법상 정립한 사죄광고제도를 법원은 합헌적인 것으로 해석·적용하고 있음에도 불구하고 헌법재판소의 판례를 통하여 이를 적극적으로 (질적 일부) 위헌선언함으로써 법원의 판례를 교정시켰다는 점에서 헌법재판소의 동 결정은 의의를 갖는다. 이에 대해 민법 제 764 조의 문제는 「법해석」의 문제가 아니고 「법적용」의 문제로서 결국 사죄광고제도가 헌법정신에 위배되는 것이냐 아니냐 하는 것은 법원이 판단할 문제이지 헌법재판소가 결정할 문제는 아니라는 반론도 있다. 40) 본사건에서 문제된 민법 제 764 조의 해석·적용에 따른 사죄광고제도가 그 문제점을 안고 있음을 인식하고 법원에서 종래의 판례에 집착할 것이 아니라 보다 적극적으로 법률을 적용하였다면 굳이 헌법재판소가 본건 결정과 같이 법률규정 그 자체에 메스를 가하지 않으면서도 일부위헌 판단을 하는 수고는 덜 수 있지 않았을까 하는 점에서 법원의 법률의 해석·적용에 있어서 보다 헌법적으로 시야를 넓혔으면 하는 기대감을 저버릴 수 없다.

VII. 결론

헌법재판소가 본건 판단에 있어서 ①양심의 자유 및 인격권에 비추어 본 사죄광고제도의 위헌성 ②헌법 제 37 조 제 2 항에 비추어 본 사죄광고의 위헌성 : 적합성 원칙→필요성 원칙→기대가능성 원칙→비례의 원칙 ③질적 일부 무효선언이라는 논리전개는 전체적으로 봐서 그 타당성을 인정할 수 있다. 그러나 법인의 기본권주체성에 관해서는 여타부분에서의 논리전개에 비추어 보다 분명한 설시가 되어야 했다.

헌법재판소 판단의 논리전개에 있어서는 향후보다 연구 검토하여 보다 간단 명료한 논리를 이끌어 나가야 할 것이다.

- 1) 헌법재판소 공시 제 50 호, 관보 11804 호 1991. 4. 26 (금요일), PP.50-54
- 2) 기사내용의 상세는 : 마드모아젤사, 「마드모아젤」, 1988년 5월호, p.156 이하 참조. 본고에서는 특히 명예훼손에 관한 사안인 만큼 소송의 직접 당사자가 아닌자(소외인)로서 기사 내용에 나오는 본명을 전○○으로 표현한다. 다만 소의 직접 당사자인 원·피고에 대해서는 외국의 예에 비추어 실명을 그대로 인용하고자 한다.
- 3) 서울민사지방법원, 1989. 1. 18. 선고, 88 가합 20604 판결 ; 언론중재위원회. 「국내언론관계판례집」, 제 1 집, 1991, p.274 이하 참조.
- 4) 서울고등법원, 1989. 11. 29. 선고, 89 나 8158 판결. 언론중재위원회, 전게서, p.284 이하 참조.
- 5) 기사내용의 상세는, 동아일보사, 「여성동아」, 1988년 6월호, p.207 이하 참조.
- 6) 서울민사지방법원 89 카 33299 사건
- 7) 법무부 장관의 의견도 위 위헌제청신청 기각 이유와 같다.
- 8) 서울민사지방법원 1989. 7. 25. 선고, 88 가합 31161 판결 ; 언론중재위원회, 전게서, p.302 이하 참조.
- 9) J. Morange, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Paris, PUF, 1989, p. 43.
- 10) J. Morange, Libertés publiques, Paris, PUF, 1988, pp.167. 168. 11) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 1989, p.236.
- 12) 권영성, 「헌법학원론」, 법 문사, 1992, pp.388. 389.
- 13) 김철수, 전게서, p.403.
- 14) 권영성, 전게서, p.389.
- 15) J. Rivero, Les libertés publiques, 2. Les régimes des principales libertés, Paris, PUF, 1989, p.145.
- 16) Ibid.
- 17) 김철수, 전게서, pp.403-406 ; 권영성, 전게서, PP.389-393.
- 18) Ibid.
- 19) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 1991, pp.378-379.
- 20) 허영, "사죄광고와 양심의 자유", 법률신문, 1991. 7. 15
- 21) 안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1991, p.393.
- 22) 일본에서의 사죄광고제도의 합헌성여부에 관한 논란에 관한 국내문헌으로는 한동섭, 신문지에 사죄광고를 게재할 것을 명하는 판결이 양심의 자유를 보장하는 헌법규정에 위반하는 여부에 관한 일본 최고재판소의 판시, 고려대 법률행정논집 8, 1965, p.113 이하 ; 서원우, 이강혁, 공법학연습, 법지사, 1986, pp.202-206, 윤진수, 사죄광고제도와 민법 제 764 조의 위헌여부, 사법행정, 1991, 11, pp.75-77 ; 이해진, 헌법상 양심의 자유와 사죄광고제도, 변호사, 서울지방변호사회보 제 22 집, 1992, pp.12-13.
- 23) 김철수, 전게서, p.240.
- 24) 김철수, 전게서, p.406 권영성, 전게서, p.393 등.
- 25) 허영, 앞의 평석

- 26) 김철수, 전계서, p.317.
- 27) 문흥주, 「한국헌법」, 해암사, 1989, p.214.
- 28) 권영성, 전계서, p.305.
- 29) 대판, 1988. 10. 11, 85 다카 29 : 대법원 판결집 제 36 권 3 집 1 면 이하.
- 30) R. Dumas, Le droit de l'information, Paris, PUF, 1987, p.526
- 31) 차형근, "민법제 764 조의 위헌여부에 관한 헌법소원", 판례연구 제 5 집, 1992, pp.33-34.
- 32) cf. 김철수, 전계서, p.280 : 양삼승, 과잉금지의 원칙, 헌법논총 제 1 집, 헌법재판소 1990, p.114.
- 33) 허영, 앞의 평석
- 34) 헌법재판소의 사립학교법 제 55 조에 관한 1991. 7. 22.89 헌가 106 결정에서 이시윤, 김양균 재판관의 반대의견은 기본권의 상충관계에 관해 언급하고 있다. 또한 대법원 1988. 10. 11, 85 다카 29 참조.
- 35) 질적 일부위헌의 주문형태는 독일연방헌법재판소의 질적일부무효선언의 주문형태에 상응한다고 평가된다 : 윤진수, 앞의 평석, p.85 ; 황우여, 위헌결정의 형식, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상 : 헌법재판연구 제 1 권, 헌법재판소, 1990, 참조.
- 36) 헌재 1991. 5. 13, 89 헌가 97 결정.
- 37) 헌재 1991. 6. 3, 89 헌마 204 결정.
- 38) 질적 일부 위헌은 흔히 한정합헌, 합헌적 법률해석과 상호 비슷한 개념으로 통용되기도 하며 이를 개념상 구별하려는 입장도 제기되고 있다. 황우여, 앞의 논문, "위헌결정의 형식-변형결정", pp.158-170.
프랑스에 있어서의 한정합헌 혹은 유보적 합헌 등에 관하여는, F. Moderne, "La déclaration de conformité sousréserve", in Le Conseil constitutionnel et les partispolitiques, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1988 참조 : 프랑스에서는 위헌법률심사가 의회에서 법률이 통과된 뒤 법률이 공포되기 전에 행해지는 이른바 사전적 위헌심사제도를 채택하는 데 따른 특수성이 개재되어 있다.
- 39) 헌재 1990. 9. 3, 89 헌가 95 결정.
- 40) 강해룡, "법의 해석과 법의 적용", 법률신문, 1991. 8.22. p.12.

- 서울대 법대, 동 대학원, 파리 2 대학교 법과대학원(법학박사)
- 저술 : 「프랑스제 5 공화국 헌법상 각료 제도」(Paris : 불어판), 「선거제도론소고」, 「프랑스의 사생활보호법제」 외
- 현재 영남대 법대 교수, 언론중재위원회 중재위원