

1. 언론의 자유에 대한 법적 보장의 의의와 남용의 문제

1. 국민의 기본권으로서의 언론의 자유

오늘날의 민주주의국가에 있어서 언론의 자유는 국민의 가장 기본적인 권리 중의 하나로 보편화되어 있다. 종교의 자유, 사상의 자유를 획득하기 위한 노력과 결부되어 나타났던 1) 언론의 자유를 위한 투쟁은 1775년의 버지니아 권리 장전 제 12 조 2)에서 출판의 자유가, 그리고 1789년의 프랑스인권선언(인간과 시민의 권리선언) 제 11 조와 3) 1791년의 미국헌법 수정 제 1 조 4)에서 포괄적인 표현의 자유가 최초로 명문화된 이래 세계각국의 헌법에 의해 언론의 자유가 국민의 기본권으로 보장됨으로써 그 결실을 보게 되었고, 현행헌법도 제 21 조에서 언론·출판의 자유에 대한 헌법적 보장을 명문으로 규정하고 있다. 이와 같이 언론의 자유가 국민의 기본권으로 인정되는 것은 범세계적인 현상이지만 그 구체적인 내용과 효력의 문제에 있어서는 아직도 적지 않은 문제들이 남아 있다. 언론의 자유가 기본권으로 처음 인정되기 시작하던 시기에는 그것이 언론·출판에 대한 허가제 내지는 사전검열제가 부정되어 제한 없이 자신의 의사를 발표할 수 있음을 의미할 뿐 발표된 내용에 대한 사후적 통제까지 부인하는 것은 아니라는 것이 일반적 견해였다. 이것은 1789년 미국에서 제정된 외국인과 선동방지에 관한 법률(The Alien and Sedition Laws) 등에 의하여 기존의 정치체제에 대한 비난을 계속 금지시키는 근거로 내세워졌다. 그러나 W. O. Douglas 판사의 말과 같이 그 체제 자체에 대한 비판을 통하여 스스로 개선되어 나갈 가능성과 계기가 언론의 자유에 부여되지 않은 국가는 전체주의국가와 다를 바가 없는 것이다. 더욱이 정치적 자유권으로 확립된 언론의 자유는 다른 여러 자유, 이를테면 종교적, 사회적, 경제적, 학문과 예술 등의 자유의 불가결의 조건이 되는 것이니, 일단 정치적 자유가 사라지게 되는 날이면 모든 여타의 자유는 반드시 위기에 처하게 되는 것이다. 이런 인식이 확산됨에 따라 언론의 자유를 보다 강력하게 보장하려는 여러 시도가 나타나게 되었으며, 그것은 이론적으로는 종래의 단순한 사전검제의 금지를 넘어서 권한 남용의 이론, 악의의 경향의 이론, 우월적 지위의 이론, 불명확하기 때문에 무효의 이론, 명백하고 현존하는 위협의 원칙, 이익교량론 등으로 발전되어 왔다. 5)

오늘날 언론의 자유의 필요성과 중요성은 보다 강력하고 폭넓게 인식되고 있으며, 그 실효적 보장을 위해 배전의 노력이 기울여 지고 있다. 그러나 아직도 문제는 많다. 언론의 자유도 무제한적인 것은 아니기 때문에 다른 중요한 보호법익과의 충돌시에 어떠한 제한이

가해질 수 있는지가 문제될 뿐 아니라 현대산업사회에서 파생되는 많은 새로운 문제들도 제기되고 있는 것이다.

2. 언론의 자유의 실효적 보장과 남용의 문제

언론의 자유가 이같이 국민의 기본권으로서, 그리고 민주주의의 실현을 위하여 중요한 것이지만 그와 같은 언론의 자유의 기능은—언론의 자유를 무제한적으로 보장하는 것이 아니라—적절하고 균형있는 보장을 통해서만 최적으로 실현될 수 있다. 언론의 자유를 포함한 모든 기본권은 고립된 개인의 특수한 지위를 보장함으로써 존재하는 것이 아니라 타인(의 기본권)과의 관계 속에서 조화롭게 실현됨으로써 그 본래의 목적을 이룰 수 있는 것임을 생각하면 이것은 더욱 자명하다.

따라서 언론의 자유에 대한 적절하고 효과적인 보장은 한편으로는 언론의 자유가 제 기능을 발휘할 수 있도록 해 주면서 다른 한편으로는 그와 같은 언론의 정상적인 기능을 넘어서는, 다른 사람의 기본권과 충돌하는 언론의 자유의 남용을 적절하게 통제하고 남용에 의해 침해된 권리에 대해서도 적절한 구제수단을 마련해 줌으로써 확보될 수 있는 것이다.

3. 언론자유 의 현대적 문제상황

오늘날의 현대산업사회에서 언론의 자유가 실효적으로 보장될 수 있기 위하여는 현실상황의 변화에 따라 새롭게 제기되는 문제들에 적절히 대응하지 않으면 안 된다. 이러한 새로운 문제상황으로 먼저 지적될 수 있는 것은 무엇보다 언론을 통한 의사전달 과정이 과거와는 많이 달라졌다는 것이다. 과거에는 의사표현을 하는 자, 즉 의사전달자와 의사표현을 받는 자, 즉 의사수령자간에 직접적인 의사의 전달이 차지하는 비중이 상대적으로 매우 컸던 반면에 인쇄술의 발달 이후 출판물을 통한 간접적인 의사전달을 시작으로 오늘날에는 신문, 잡지, 라디오, TV 등 각종 대중매체(Mass media)에 의한 의사전달이 언론자유 의 실현에 있어서 차지하는 비중은 가히 절대적이다. 따라서 오늘날의 언론자유 의 이해는 의사전달자, 의사수령자, 의사매개자(특히 대중매체)의 3 원적 구조에 대한 정확한 이해, 그 중에서 특히 대중매체의 역할에 대한 올바른 이해를 전제로 해서만 가능하다.⁶⁾

그러나 이같이 대중매체의 비중과 영향력이 커지면 커질수록 대중매체에 의한 언론자유 의 남용이라는 문제도 심각한 것으로 나타날 수밖에 없다. 이것은 오늘날 언론 자유의 남용이 문제되는 대부분의 경우가 대중매체에 의한 것이라는 점에서 쉽게 확인된다.

4. 언론에 관한 분쟁의 해법적 해결의 의의와 판례의 검토

오늘날의 복잡화 다원화된 산업 사회 속에서 역시 복잡하고 다양하게 나타나는 언론 자유의 문제는 또한 많은 분쟁을 야기하기도 한다. 그러나 개별적인 경우에 대한 구체적인 판단에 있어서 그 경우가 과연 언론자유 의 정상적인 행사에 속하는 문제인지 아니면

남용인지, 즉, 언론자유로 보장으로 풀어야 될 문제인지 아니면 남용으로 인한 다른 보호법익의 (부당한) 침해가 문제되는 사안인지를 밝히는 것이 간단하지만은 않기 때문에 언론자유로 보장 범위에 관하여 전문적인 판단이 필요하게 되며, 이러한 분쟁의 해결을 위해서 각종 제도 특히 언론중재제도가 도입·이용되고 있다.⁷⁾

그동안 언론중재위원회의 중재기능이 더욱 활성화되면서 언론중재제도의 이음과 그에 의한 분쟁해결이 점차 증가되고 있다. 그러나 언론중재위원회에 의한 중재가 성립되지 못한 경우 분쟁해결을 위한 최후의 수반은 재판에 의한 사법적 해결이 될 수밖에 없다. 따라서 국민의 기본권 보장의 최후의 보루로서 사법부가 언론자유로 보장을 어떻게 구체화시키고 있는지가 미치는 영향은 클 수밖에 없으며, 최근의 판례에서 언론자유로 남용에 대한 요건과 효과 등을 통해 나타나는 언론자유로 보장범위 및 한계에 관한 구체적 검토가 커다란 현실적 의의를 갖게 되는 것이다.

이하에서는 최근의 판례들을 언론자유로 남용 및 그에 대한 법적 효과에 따라 유형을 나누어 형사 처벌이 문제된 경우(Ⅱ), 민사상의 손해배상이 문제된 경우(Ⅲ), 금지 가처분이 문제된 경우(Ⅳ), 정정보도가 문제된 경우(Ⅴ), 그리고 국가안보에 대한 위협이 문제된 경우(Ⅵ)로 나누어 고찰하고자 한다.

Ⅱ. 언론 자유의 남용과 형사처벌

1. 언론자유로 보장과 형사처벌의 긴장관계

언론자유로 남용에 대응하는 가장 강력한 방법은 형법상의 범죄구성요건에 해당되는지를 살펴 형사처벌을 하는 것이다. 물리적인 폭력의 행사가 아닌 언론자유로 남용에 의해 침해되는 법익은 명예·신용 등의 정신적인 가치이며, 이를 형법상의 구성요건으로 살펴보자면 형법 제 307 조의 명예훼손, 제 308 조의 사자의 명예훼손, 제 309 조의 출판물 등에 의한 명예훼손, 제 311 조의 모욕 등 명예에 관한 범죄가 일차적으로 이에 해당 될 것이다.

그러나 이러한 형사처벌은 자유로운 언론의 보장과 관련하여 여러 측면에서 많은 문제를 안고 있다. 명예훼손죄는 추상적 위험범으로서 전형적인 표시범의 일종으로 이해되고 있기 때문에 8) 구성요건적 결과에 대한 고의, 즉 타인의 명예를 훼손하려는 고의를 필요로 하지 않는다고 해석된다. 9) 더구나 공연성 이라는 요건과 관련하여 대법원 판례의 입장인 전파성의 이론에 따라 명예훼손죄를 광범위하게 적용하는 것은 언론의 자유를 위축시킬 위험이 있기 때문에 매우 신중하고 조심스러운 태도가 요청된다. 10)

실제로 명예훼손죄에 관하여는 공소제기율이나 실형선고율이 매우 낮다는 것이 지적되고 있으며,¹¹⁾ 이와 관련하여 영미의 경우에 있어서는 명예훼손의 문제를 원칙적으로 민사분쟁으로 처리 하고 있다¹²⁾는 것도 참고가 될 것이다.

2. 언론자유로 남용과 명예훼손죄에 관한 판결

형법 제 307 조 제 1 항에 의한 단순명예훼손죄를 인정하는 데 있어서는 동법 제 310 조의 위법성 조각사유가 큰 의미를 갖는다. 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우라 할지라도 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 않는다는 규정을 함으로써 개인의 명예의 보호와 언론자유 보장간에 조화점을 찾으려는 노력이 나타나고 있는 것이다(대 법 원 제 2 부 1993. 6. 22. 판결 92 도 3160) .13) 이와 관련하여 서울지방법원 남부지원 1992.7. 16. 판결(92 고단 1325) 및 동판결의 항소심판결인 서울형사지방법원 제 4 부 1992. 11. 17. 판결(92 노 5394)에서는 명예훼손죄의 고의를 넓게 이해하는 반면에 형법 제 310 조에 의한 공익목적성을 좁게 해석함으로써 유죄판결(30 만원 벌금형)을 내린 바 있다 그러나 동판결의 상고심인 대법원 제 2 부 1993. 6. 22. 판결(92 도 3160)에서 지적된 것처럼 적시된 사실이 진실한 것이라는 증거가 없더라도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다. 인천지방법원의 1993. 2. 25. 판결(92 노 892)에 대한 검사의 상고에 대해 일부 기각, 일부 파기환송을 결정한 대법원 제 2 부 1993. 6. 22. 판결(92 도 1035)도 사실인정에 관한 문제를 제외하고는 공익성의 인정에 관해 같은 논리를 펴고 있다. 이같이 형법 제 310 조의 정당화 사유를 넓게 인정함으로써 비로소 언론자유 보장과 명예의 보호가 실질적 균형과 조화를 찾을 수 있을 것이다.

3. 언론자유와 출판물에 의한 명예훼손

형법 제 309 조는 동법 제 307 조 제 1 항의 단순명예훼손죄에 대한 가중적 구성요건으로서 출판물에 의한 명예훼손을 규정하고 있다. 형법 제 309 조의 구성요건 해당성을 충족시키기 위하여는 제 307 조 제 1 항의 요건 이외에 「비방할 목적」이라는 주관적 요소와 「신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여」라는 객관적 요소를 갖추어야 하며, 이를 갖춘 경우에는 적시된 사실이 진실이고 공공의 이익에 관한 것이라 하더라도 형법 제 310 조에 의한 위법성 조각이 되지 않는다(대법 원 1986. 10. 14. 판결 86 도 1063).

특히 출판물에 의한 명예훼손의 경우 그 사용수단에 비추어 명예에 대한 위험이 더욱 크다는 점에서 이 규정이 가중 처벌하는 것은 이해될 수 있지만, 그것이 진실한 사실의 적시로서 공익에 관한 경우도 반지 주관적 비방의 의사만 확인되면 처벌될 수 있도록 했다는 점에서 형법 제 307 조 제 1 항의 단순명예훼손과의 형평에서는 문제가 있다 나아가 언론자유 보장과의 관계에서도 동규정은 문제될 수 있다 14) 그러나 이 문제에 대한 최근의 판결은 허위사실을 적시하는 내용의 책을 서점에 판매하거나(서울형사지방법원 6 단독 1992. 9. 14. 판결 91 고단 8793) 신문기자에게 허위의 사실을 제공하여 보도케 하는 것이 제 309 조 제 1 항의 구성요건을 충족시키는 것(서울지방법원 남부지원 1992. 1.21. 판결 91 고단 4554)은 물론 진실의 적시라 하더라도 형법 제 310 조는 제 309 조 제 1 항의 규정이 적용되는 행위에 대하여는 적용되지 않는다는 입장을 견지하고 있다(서울형사지방법원 1992.5. 26. 판결 91 고단 6158).

4. 언론자유와 남용과 음란문서 제조·판매죄

명예훼손죄와는 조금 다른 맥 하에서 다루어 져야 할 것이 형법 제 243 조와 제 244 조의 음란문서제조·판매 등에 관한 구성요건이다. 이들 구성요건의 핵심을 이루는 음란성에 대한 판단은 사회의 성적 가치관의 변화에 따라 매우 유동적인 것으로 생각되었고, 따라서 이를 어떻게 인정하는지에 관해 그 동안 많은 학설과 판례상의 논의가 있었던 것이다.

우선 검토되어야 할 것은 이러한 형법규정이 헌법상 보장되고 있는 언론의 자유와 어떤 관계에 있는가 하는 점이다. 그러나 일단 현행 헌법이 일반적인 표현의 자유로서의 언론의 자유(헌법 제 21 조)를 인정하는 이외에 특별한 표현의 자유로서 학문과 예술의 자유(헌법 제 22 조)를 독자적인 기본권으로 인정하고 있는 이상, 이 문제는 언론의 자유의 문제라기 보다는 예술의 자유에 관한 문제로 이해되어야 할 것이다. 이 때 음란성의 문제는 특히 예술의 자유에 관한 문제로 이해되어야 할 것이다. 이 때 음란성의 문제는 특히 예술의 개념범위와 관련하여 많은 복잡한 문제들을 낳게 되지만 이 문제는 오히려 폭넓은 예술개념을 전제로 특정작품이 가져올 수 있는 위험한 결과의 방지라는 측면에서 검토되는 것이 옳을 것이다. 15)

이런 관점에서 검토할 때 소설 「즐거운 사라」의 작가인 마광수 교수의 음란문서 제조죄 및 같은 책의 출판인인 장석주의 음란문서 판매죄를 인정한 서울형사지방법원 1992. 12. 28. 판결(92 다 10092)은 건전한 사회 통념 이 라는 모호한 개념으로 음란성을 확인하는 데에만 급급하였고, 이를 처 별함으로써 어떤 다른 구체적인 법익의 위험을 방지하고자 하였는지를 분명히 하지 못했다는 비판을 받게 될 것이다.

III. 언론자유와 남용과 손해배상

1. 언론자유와 남용으로 인한 피해의 발생과 손해배상

언론자유와 남용에 대해 형사처벌을 하는 경우와는 달리, 언론자유와 남용으로 인하여 개인의 법익에 대한 침해가 발생한 '경우에 민사상의 손해배상을 청구할 수 있다는 데 대하여는 전혀 이론이 없다. 형사처벌의 경우 언론자유를 위축시킬 위험성이 크다는 점이 계속 지적되어 왔지만, 민사배상은 -배상액의 적정선만 유지된다면- 언론의 자유에 대한 본질적인 제한 없이 피해자를 구제 하는 방법 이 될 수 있는 것이다.

2. 손해배상의 인주요건

공연히 허위의 사실을 적시함으로써 명예를 훼손한 경우에는 민법상의 불법행위(민법 제 750 조)를 구성하게 되고 이러한 행위에 대해서는 손해 배상을 청구할 수 있다.

(1) 공연성

판례상 불특정 다수인에 게 공표하는 행위는 모두 공연성의 요건을 충족시킨다. 따라서
광고(서울민사지방법원 제 18 부 1992. 6. 9. 판결

91 가합 3081(본소 1/91 가합 84677t 반소 1) 기타의 방식으로 대중매체를 이용하는 경우는
물론, 불특정 다수인이 출입하는 곳에 벽보 등을 붙여놓는 경우(서울민사지방법원 제 17 부
1992. 3. 17. 판결 91 가합 64567)도 공연성의 요건을 충족시킨다.

(2) 허위의 사실의 적시

충분한 근거가 없이 사실을 적시하는 경우(서울민사지 방법 원 제 17 부 1992.3. 17. 판결
91 가합 64567/서울민사지방법원 제 14 부 1992. 12. 15. 판결 91 가합 38193), 또는
일반적으로 인정되고 있는 사실에 반하는 주장을 하는 경우(서울민사지 방법 원 제 18 부
1992. 6. 9. 판결 91 가합 3081[본소]/91 가합 84677(반소 1), 기사 중간에 확인되지 않은
소문을 연결시켜 전체적으로 부정적인 인상을 주는 경우(서울민사지방법원 제 17 부 1992.
12. 4. 판결 91 가합 82923), 기사와 상관없는 사람의 사진을 실는
경우(서울민사지방법원 1993. 7, 8. 판결 92 가단 S7989)등에는 모두 요건을 충족시킨 것으로
본다.

다만 보도의 목적이 (명예훼손의 목적 없이)공익을 위한 것이고 그 내용이 진실이거나
또는 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있을 때에는 위법성이 없다고 본다(서울지방법원
남부지원 제 2 민사부 1992. 2. 21. 판결 89 가합 13975/서울민사지방법원 제 19 부 1992. 7.
29. 판결 92 가합 3033/서울민사지방법원 제 14 부 1992. 9. 8.판결 91 가합 78412) .

(3) 피해의 발생 : 명예의 훼손

명예의 훼손은-허위의 사실을 공연히 적시당함으로 인하여-사회적 평가가 하락되는 것을
의미한다. 이와 관련하여 서울민사지방법원 제 17 부 1992. 12. 4. 판결(91 가합 82923)은
특정인에 대한 언론매체의 기사가 명예를 훼손하는 것인지의 여부에 관하여는 「기사의
객관적인 내용뿐만 아니라 일반의 독자가 기사를 접하는 통상의 방법을 전제로 기사의
전체적인 흐름, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여
그 기사가 독자에게 부여하는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야」 한다고 판시하고
있다. 또한 서울지방법원 남부지원제 1 민사부 1992. 5. 14. 판결(90 가합 1404)에서는
일관성 없이 강연의 여러 부분을 삭제 편집하여 방송함으로써 강연내용의 동일성이 상실된
채 모호한 형태로 시청자들에게 방영한 결과가 초래된 경우는 강연자의 사회적 평가를
저하시켜 그 명예를 훼손시켰다고 봄이 상당하다는 판결을 내리고 있다.

3. 손해배상액의 산정기준과 범단

명예와 같은 무형적인 정신적인 가치에 대한손해의 배상은 금액의 구체적 계량이
객관화되기 어렵기 때문에 법관이 공평의 관념에 따라 제반 사정을 참작하여 배상액을
산정할 수밖에 없다. 이와 관련하여 판례는 언론자유의 남용으로 명예를 훼손당한 경우
손해배상액의 산정에 관하여 여러 가지 기준을 사용하고 있다. 한편으로는 피해자의 고통의

정도, 생활상태, 사회적 지위, 나이, 경력, 가족관계 등이 고려되며 16) 다른 한편으로는 가해자 측의 자산상태, 사회적 지위, 직업, 연령, 사건의 동기와 경위, 출판물에 의한 경우는 그 규모와 부수, 내용과 크기 등이 종합적으로 고려 된다. 17)

4. 손해배상과 사죄광고의 문제

민사상의 손해배상과 더불어 지적되어야 할 것이 종래 민법 제 764 조에 따라 명예회복에 적당한 처분으로서 많이 이용되었던 사죄광고의 문제이다.

사죄광고는 명예를 훼손시킨 가해자가 이를 사죄하는 내용의 광고를 내도록 법적으로 강제하는 제도로써 그 동안 본의에 반하는 내용의 광고를 강요한다는 점에서 특히 헌법상 보장된 양심의 자유와 관련하여 많은 논란이 되어오다가 1991 년 4 월 1 일의 헌법재판소 결정(89 헌마 160)에 의해 결국 위헌으로 판정되었다. 이에 따라 최근의 판례 중에서는 손해배상을 인정하는 이외에 사죄광고를 강제하는 판결은 찾기 어렵고(서울민사지방법원 제 14 부 1992. 12. IS. 판결 91 가합 38193 참조) 판결내용의 공고문을 게재하도록 하거나(서울민사지방법원 제 17 부 1992. 12.4. 판결 91 가합 82923), 피해자가 직접 해명광고를 낼 수 있도록 해명광고비용을 가해자에게 부담시키는 판결(서울민사지방법원 제 18 부 1992.6. 9. 판결 91 가합 3081[본소 1/91 가합 84677[반소 1)이 나오고 있다.

IV. 언론자유와 남용에 대한 금지가처분

언론자유와 남용에 대응하는 민사법적 방법으로는 손해배상의 청구 이외에 금지가처분의 방법이 이용된다. 언론자유와 행사가 정당한 것인지 아니면 남용인지의 여부에 관한 분쟁이 아직 소송에 의해 완전히 해결되지 않은 상태에서 언론자유와 행사에 의한 법익침해가 현저하게 나타나는 경우 피해자는 민사소송법 제 714 조 제 2 항에 의거하여 다루어지는 언론자유와 행사행위에 대한 금지가처분을 신청할 수 있다.

그러나 이러한 금지가처분은 매우 신중하고 조심스럽게 인정되어야만 할 것이다. 아직 확실한 법적 판단이 내려지지 않은 상태에서 언론의 자유라는 중요한 기본권을 제한하기 위해서는 이를 정당화시키는 충분한 요건이 갖추어져 있어야 하는 것이다. 따라서 이를 방치할 경우에는 언론에 의한 법익침해의 위험성이 매우 현저하게, 거의 회복하기 어려운 것으로 나타나는 경우에만 인정하는 것이 바람직하다.

서울민사지방법원 제 50 부는 1992. 5. 16. 결정(92 카 44613)에서 (동의 없이) 특정인의 본명과 캐리커처를 사용한 유머집은 그 유머집에서 이름, 캐리커처를 삭제하지 아니하고는 인쇄, 제본, 반포하여서는 아니된다는 가처분결정을 내린 바 있고, 서울민사지방법원의 1990. 12. 19.의 결정(90 카 102669)은 허위비방광고의 금지를 내용으로 하는 가처분을 내린 바 있다. 18)

V. 언론자유와 남용과 정정보도 등

1. 대중매체에 의한 보도의 공정성과 정정보도청구권의 의의

오늘날 언론자유 실현에 있어서 대중매체가 차지하는 비중이 절대적이라는 점에 대하여는 누구도 이의를 제기하지 않을 것이다. 대중매체를 통한 신속하고 대중적인 정보의 전달은 이미 현대적 생활의 필수적 요소가 되었으며, 대중매체의 각종 긍정적 기능』 여론형성기능, 국가에 대한 감시·비판기능 등)은 널리 인식·인정되고 있다. 그러나 특정인 또는 특정사실에 대한 대중매체의 보도가 -의도적이건 무의식적이건- 공정하지 않은 것일 경우에는 그 엄청난 파급효과 때문에 관계자들은 심각한 피해를 입을 수 있다. 따라서- 언론자유행사의 중요부분을 차지하고 있고, 그에 따라 언론자유 남용의 위험성도 높은- 대중매체에 의한 법익침해에 대해서는 일반민·형사상의 손해배상이나 형사처벌 이외에 특별한 -신속하고 효과적인- 병적 구제수단이 마련되어야 한다는 요청이 제기되어 각국에서 다양한 제도의 발전을 가져왔으며, 우리나라에서는 특히 정정보도청구권의 형태로 입법화 되어있다. 19)

정정보도청구권제도가 도입된 지 10년이 넘는 기간을 통하여 이 분야에 대한 판례도 이제 초기의 혼선을 극복하고 정정보도청구권의 본질을 반박보도청구권으로 규정하면서(1986. 1. 28. 대법원 판결 85 다카 1973), 의의, 요건 및 효과 등에 관하여 입장을 정리하고 있으며, 29) 헌법재판소의 정정보도청구권에 대한 합헌결정(1991. 9.16. 결정 89 헌마 165)에 의해 그 정당성을 더욱 확고히 하였다.

2. 정정보도청구권의 의의에 관한 판례

최근의 판례도 기존의 판례와 마찬가지로 정정보도청구권을 반박보도청구권으로 이해하고 있다. 예컨대 서울지방법원 남부지원 제 2 민사부는 1992. 2. 20. 판결(89 카 8917)에서 한편으로는 자유민주주의의 존립을 위한 언론의 자유의 중요성을 인정하지만 다른 한편으로는 언론의 자유가 개인의 인격적 병익을 침해하는 것인 경우언론의 막강한 영향력으로 말미암아 그 개인의 피해가 클 수 있다는 것을 인정하면서 「이른바 무기대 등의 원칙에서 피해자인 개인에게도 신속하고 대등한 방어수단을 부여할 필요가 있고, 이에 따라 방송법 제 41 조는...정정보도의 방송을 청구할 권리를 부여하고 있는 바, 위 방송법 소정 의 정정보도청구권은 피 해 자가 신속하고 대 등한 방법으로 방송에 대하여 반박의 기회를 부여하려는 데 그 입법취지가 있는 것으로서 이는 보도 내용을 진실되게 시정하여 줄 것을 요구하는 권리가 아니라 그 보도 내용에 대하여 피해자가 주장하는 반박내용을 보도하여 줄 것을 요구하는 형식적 권리라 할 것이다.」 라고 판시하고 있다.

3. 정정보도청구권의 행사요건에 관한 판례

(1) 「반박의 기회」와 정정보도청구권

정정보도청구권은 반박보도청구권의 의미를 갖는 것이므로 반박의 기회를 이미 사용한 경우에는 정정보도를 다시 요구할 수 없다. (서울지방법원 남부지원 제 2 민사부의 1992. 2. 20. 판결 89 카 8917/수원지방법원 제 8 민사부 1991. 11. 20.판결 90 카 18s77)

(2) 「사실적 주장에 대한」 반박의 기회로서의 정정보도청구권

정정보도청구권은 객관적인 사실에 대한 주장을 반박하기 위해 사용될 수 있을 뿐이지 언론기관의 의견이나 논평에 대한 반론을 위해 행사될 수 없다(서울지방법원 남부지원 제 2 민사부 1992. 2. 20. 판결 89 카 8917 참조). 따라서 원문기사가 기자의 주관적 판단 내지 의견에 불과하고 사실적 주장이라고 볼 수 없는 경우(서울민사지방법원 제 50 부 1992. 11. 26. 결정 92 카기 649) 또는 사실적 주장이라기 보다는 광고주의주장에 불과하다고 볼 수 있는 광고에 대하여는 정정보도가 인정되지 않는다(서울민사지방법원 제 50 부의 1992. 9. 15. 결정 92 카기 474).

(3) 「피해의 발생」 과 정정보도청구권

정정보도청구권이 행사되기 위하여는 사실적 주장에 관한 보도에 의해 피해가 발생되었을 것을 요건으로 한다. 보도에 의한 피해는 명예 또는 신용의 훼손이 될 것이므로, 자연인(서울고등법원 제 8 민사부 1992. 8. 20. 판결 91 나 64670)이나 법인(서울지방법원 서부지원 제 5 재판부 1992. 12. 14. 판결 92 카합 3879)이 모두 피해의 객체, 즉 정정보도청구권의 주체가 될 수 있다.

(4) 「진실과의 부합성」 과 정정보도청구권

반론권 내지 반박청구권의 성격을 갖는 정정보도청구권의 행사요건으로서 진실성의 입증은 필요한 1은 아니라고 보는 것이 일반적이다. 하지만 원문기사에 대한 정정보도문의 내용이 명백히 진실에 반하는 경우에는 정정보도청구권의 행사가 인정될 수 없으며, 원문기사의 보도내용이 진실에 부합되는 경우에는 27) 정정보도를 인정하지 않고 있다(수원지방법원 제 8 민사부 1991. 11. 20. 판결 90 카 18s77/전주지방법원 제 3 민사부 1992. 10. 29. 결정 92 카기 50). 또한 사실관계에 따라 정정보도신청의 일부 내용에 대해서만 정정보도를 인정하기 도 한다(수원지방법원 제 6 민사부 1993. 4. 20. 판결 92 가합 9602).

4. 정정보도의 효과

상술한 요건이 갖추어진 경우에는 정정보도문의 게재 또는 방송을 언론사에 법적으로 강제하는 판결이 내려지게 된다. 이 때 정정보도문의 크기 및 위치가 원문보도와 비교할 때 어느 정도가 적당한가에 대하여 판례는 사안에 따라 각기 달리 정하고 있으나 원칙적으로 원문보도의 크기를 넘지 않는 범위 내에서 22) 반박의 효과를 충분히 거둘 수 있도록 되어야 할 것이다 23) (서울고등법원 제 8 민사부 1992. 8. 20. 판결 91 나 64670/서울지방법원 서부지원 제 5 재판부 1992. 12. 14.판결 92 카합 3879/부산지방법원 울산지원 1992.8. 18. 결정 92 카 1386/수원지방법원 제 6 민사부 1993. 4. 20. 판결 92 가합 9602 참조).

VI. 언론의 자유를 남용하여 국가안보를 위태롭게 한 경우에 관한 판례

1. 언론자유와 민주적 기능과 국가안보의 긴장관계

언론의 자유는 비단 국민 개개인의 기본권으로서 중요할 뿐 아니라 민주주의의 초석이기도 하다. 민주주의는 국민의 의사를 최대한 반영하는 정치질서인 만큼 국민의 의사가 언론의 자유를 통해 자유롭게 표출될 수 없다면 민주주의의 실현이 불가능할 것이기 때문이다.

그러나 지금까지 여러 각도에서 고찰해 온 것처럼 언론의 자유도 이를 남용하지 않고 정당하게 행사했을 경우에만 보호될 수 있으며, 이를 다른 법익의 침해에 남용한 때에는 더이상 보호 받지 못한다. 이같이 언론자유와 남용으로부터 보호되어야 할 중요한 법익 중에는 개인의 명예와 같은 국민의 기본권만이 있는 것이 아니고 국가의 안보도 포함될 수 있다.

하지만 언론자유와 국가안보의 관계는 언론자유와 명예권의 관계와는 또 다른 성질을 가지고 있다. 오늘날의 민주주의 헌법하에서는 국가 그 자체가 고유한 존재의의를 갖는 것이 아니라 오로지 국민에게, 즉 국민의 기본권 보장에 기여한다는 데에서 그 존재의 정당성을 찾을 수 있기 때문에 국가안보라는 것은 결코 자체목적이 될 수 없고, 오직 국민들의 기본권을 실효적으로 보장하기 위한 조건의 확보라는 점에서 그 의미를 찾아야 할 것이다.

2. 국가안전보장과 국가보안법

따라서 언론자유와 남용으로써 국가안보를 침해하는 것은 매우 엄격한 요건하에서만 인정되어야 한다. 한편으로는 중대한 공익(국가안보)을 위해 기본권이 제한될 수 있다고 인정되지만, 다른 한편으로는 그와 같은 공익의 요청이 기본권의 본질 내용을 침해하는 정도로 확장되어서는 안되기 때문이다. 이러한 맥락에서 살펴볼 때 현행 국가보안법은 여러 가지로 많은 문제점을 안고 있다. 이미 1990년 4월 2일의 헌법재판소의 한정합헌판결(89헌가113)에서도 나타났듯이 국가보안법의 규정 중에는 「행위유형을 정형화할 합리적인 기준」을 찾기 어려운 개념들을 사용하고 있으며, 결과적으로 구성요건의 한계를 가리기 어려운 까닭에 언론·출판의 자유 등에 대한 침해의 가능성이 있는 것이다. 비록 헌법재판소는 헌법합치적 해석을 조건으로 하여 한정합헌이라는 결론을 내리고 말았지만 우리는 국가보안법의 위헌성내지는 개정(또는 폐지)의 필요성이 여기서도 확인되고 있다고 말할 수 있다.

국가보안법이 국가안보를 위해 언론의 자유 등 국민의 중요한 기본권을 제한하는 법률이라면 그에 상응하는 엄밀성, 즉 언론의 자유 등에 대한 제한뿐만 아니라 그러한 정당한 제한의 한계까지도 고려하는 엄밀성을 갖추어야 할 것이다.

3. 최근의 국가보안법 위반사건

언론자유와 남용으로 인한 국가보안법 위반이 문제된 최근의 판례로 들 수 있는 것은 한겨레 신문의 논설고문이었던 한양대학교 이영희 교수의 국가보안법 위반사건이다.

이 사건에 대한 제 1 심인 서울형사지방법원 1989. 9. 25. 판결(89 고단 3509)에서는 이영희 교수가 취재목적으로-국가보안법 제 6 조에 위반하여- 정부의 공식적인 허락없이 북한을 방문 · 취재하려는 계획을 세우고 이를 추진하다가 단독밀입북까지 구상하게 되는 등의 사실관계를 확인하였다. 이에 따라 동법원은 이영희 교수에 대해 「반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출할 것을 예비한 것」이라고 보아 국가보안법 제 6 조 제 5 항과 제 14 조 등을 적용하여 징역 1 년과 자격정지 1 년의 실형을 인정한 후 집행유예 2 년을 과하는 내용의 판결을 내렸다.

서울형사지방법원 제 6 부에서 1993 년 2 월 2 일 내려진 제 2 심 판결(89 노 5990)에서는 특히 ① 국가보안법과 평화통일의 원칙에 관해 「북한이 막강한 군사력을 유지하면서 우리의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 완전히 포기했다는 명백한 징후를 보이지 않고 있어 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서 국가보안법이 북한을 반국가단체로 규정한다고 하여 우리 헌법이 천명한 평화통일의 원칙과 모순되는 법률이라 볼 수 없다」고 판단하고 있으며 ② 국가보안법과 언론의 자유의 관계에 대해 언론의 자유도 헌법과 법률의 범위 내에서 보장된다고 하여 이영희 교수의 행위가 국가의 안전을 위태롭게 할 위험성을 가지고 있었던 만큼 (「국가의 존립 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서)라는 주관적 구성요건이 1991 년 5 월 31 일 국가보안법 개정에 의하여 새로이 규정되기 이전의) 구 국가보안법 제 6 조 제 5 항의 위반에 해당되는 것으로 판단한 것을 정당한 것으로 보고 있다.

이 판결들은 -물론 실정법을 기준으로 재판을 하는 법원의 입장에서 한계는 있겠으나- 판결의 기초가 되는 국가보안법의 규정들 자체가 국민의 기본권과 국가안보라는 양법익의 조화로운 보장을 꾀하기 보다는 국가안보가 국민의 기본권에 우선한다는 식의 관헌국가적 사고에 따르고 있지 않은가 하는 의구심을 받게 됨에 따라 재검토될 소지가 있다고 보인다. 이미 1980 년 말 국가보안법 폐지논쟁이 활발할 당시부터 계속 지적되었던 것처럼 24) 제 6 조를 포함한 국가보안법의 대다수 조항들이 너무 광범위한 규제를 불명확한 개념으로써 규정함으로써 인하여 법치국가적 명확성을 해쳤고, 이에 따라 국민의 기본권에 대한 부당한 침해의 경우가 많았다는 것을 생각하면 이 점은 부정하기 어려울 것이다.

VII. 맺음말 : 발전의 방향과 문제점

오늘날 우리는 지속적인 민주화, 즉 보다 나은 민주주의를 실현하려는 노력과 더불어 엄청난 변화의 소용돌이 속에 살고 있다. 가깝게는 문민정부의 출현과 더불어 국가와 사회의 곳곳에서 개혁이라는 이름 하에 비민주적 관행과 악습의 잔재들이 점차 제거되고 있으며, 넓게는 이미 오래 전부터 민주주의를 향해 나아가기 시작한 인류역사의 흐름이 오늘날 더욱 빠르고 거세게 세계 곳곳에서 진행되고 있다.

그러나 오늘날과 같은 형태로 민주주의가 발전되기 위하여 그동안 많은 투쟁과 희생이 밀거름이 되었음은 물론이고, 이러한 민주주의를 앞으로도 계속 유지 보호하고 나아가 보다

나은 민주국가를 실현하고자 하는 데에도 역시 적지 않은 노력이 필요하다. 민주주의의 실현은-많은 현실적 제약에도 불구하고-궁극적으로 민주주의를 향한 국민 자신의 적극적인 의지와 활동에 의해서만 담보될 수 있기 때문이다.

더욱이 오늘날의 복잡화·다원화된 산업 사회 속에서는 모든 국민의 의사와 이해관계를 적절히 조정하고 반영시키면서 민주적 국가질서를 형성해 나가는 것 25) 자체가 과거보다 훨씬 어려운 일이 아닐 수 없다. 이제 민주주의의 실현은 단순히 민주주의에 대한 의지만이 아니라 적절한 방법, 효과적인 법적·정치적 절차와 기술까지를 요구한다. 이런 상황 속에서 국민의 의사를 최대한 반영시키는 민주적 국가질서를 형성하기 위하여는 비단 국민의 언론의 자유가 중요할 뿐만 아니라 한편으로는 그와 같은 언론의 자유가 적극적으로 적절하게 활용될 수 있도록 제도적으로 보장되어야 할 것이며, 다른 한편으로는 언론의 자유의 남용으로 인하여 오히려 올바른 국민의사의 형성 내지 국가의사의 형성에 장애를 받는 일이 있어서는 안될 것이다. 민주주의의 초석이라고 할 수 있는 국민의 자유로운 의사의 형성과 표현이 바르게 되었을 때 비로소 올바른 민주주의의 실현도 기대할 수 있는 것이다.

이런 관점에서 보았을 때 최근의 판례에서 나타나는 언론자유에 대한 법적 보장의 적정성에 관하여는 한편으로 (특히 정정보도청구권 등과 관련하여) 많은 이론적 발전과 실무상의 개선을 확인할 수 있으면서도 다른 한편으로는 국가안보가 문제되는 경우처럼 국가공권력과 언론자유 의 보다 직접적인 충돌이 발생하는 사건, 그리고 예술작품의 음란성이 문제되는 경우처럼 전통적 윤리감정이 문제되는 사건에 있어서는 아직도 고답적인 태도를 완전히 벗어나지 못하고 있는 면도 눈에 띄고 있다. 사법의 기본적 기능은 법치국가의 원리에 따라 법적 분쟁을 신속·공정하게 해결함으로써 국민의 권리구제에 기여하는 것이지만 민주주의 헌법하에서는 존재할 수 없는-국민의 의사, 국민의 이익과는 별개로 존재하는- 독자적인 국가목적의 안정적 수행을 보장하는 것이 아니라는 점을 우리의 법원이 계속 상기한다면 이러한 문제도 점차 해결될 수 있을 것으로 믿는다.

주

1) 내면적 정신활동의 자유로 분류되는 신앙, 양심 및 사상의 자유가 순전히 내심의 자유에 불과하다면 그것은 누구나가 갖고 있는 것이지만 거의 무가치한 것이다. 자유로운 내면적 정신활동의 가치는 그것이 외부로 표출되는 사회 속에서 살아 움직이며 기능하고 작용하는 데 있는 것이다. 또한 자신의 사상적 탐구의 결과로 주위 사람들의 행동을 규정하는 관념과 제도들의 오류를 발견한 사람이 그것을 표현하지 못한다는 것은 그 자신에게도 매우 고통스러운 일일 것이다. 역사를 통해 나타나는 언론의 자유를 위한 투쟁은 동시에 이러한 사상의 자유를 실질적으로 획득하기 위한 투쟁, 즉 종교적 신앙 내지 정치적·사상적 신념에 대한 박해와 이에 대한 투쟁으로 계속되었던 것이다.

2) 「출판의 자유는 자유의 유력한 방벽의 하나이며, 이 자유를 제한하는 자는 전제적 정부라고 하지 않으면 안된다.」

3) 「사상과 의사의 자유로운 교환은 인간의 가장 귀중한 권리의 하나이다. 따라서 모든 시민은 자유로이 말하고 쓰고 인쇄할 수 있다. 다만 법에 의해 규정된 경우에 있어서의 그 자유의 남용에 대해서는 책임을 져야 한다.」

4) 「미 연방의회는 종교를 수립하거나 종교의 자유로운 사를 금지하거나 언론 또는 출판의 자유를 제한하거나 또는 평온하게 집회하고 고통의 구제를 위하여 정부에 청원하는 인민의 권리를 침해하는 법률을 만들 수 없다.」

5) 이러한 언론자유 발전에 관하여는 문광삼 : 표현의 자유의 기능과 판례이론, 월간고시 1992년 1월호, 49~61면 : 에드워드 G. 휴던(박권상/고명식 역), 근대 국가와 언론자유, 1965 참조.

6) 대중매체의 급격한 발달은 그 영향력의 크나큰 신장을 가져왔으며 대중매체는 이제 종래처럼 국민의 정치적 의사형성의 수동적 매개체로서 기능하는 정보제공자의 역할, 그리고 국가권력에 대한 감시자로서의 역할을 할 뿐만 아니라 보다 나아가 광범위한 국민교육적 내지는 국민계도적 기능에까지도 미치게 되었다. 하지만 대중매체의 영향력의 확대와 더불어 의사전달자로서의 공정성이 더욱 강조되고 있으며, 이것은 언론기업의 대기업화 · 독점화의 경향과 결부되어 더욱 현실적인 문제로 제기된다(언론 기업 내에서의 경영권과 편집권의 분리요청 등).

7) 박용동 : 새 정기간행물의 등록 등에 관한 법률의 언론중재제도, 언론중재 1957년 겨울호, 61~82면 : 안광식 .언론중재제도의 기능적 결함과 개선방향, 언론중재 1990년 봄호, 22~29면 참조.

8) 김일수, 명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가? 안암법학 창간호, 1993, 281~309(288)면

9) 김일수, 앞의 글 300면

10) 김일수, 앞의 글 294면 : 이석주, 형법상 명예훼손죄의 법리와 적용, 언론중재, 1992년 겨울호, 6~12(7)면 참조

11) 이석주, 앞의 글 7면

12) 김일수, 앞의 글 286면 참조.

13) 김일수, 앞의 글 303~308면 참조.

14) 이석주, 앞의 글 9면 참조.

15) 상세한 것은 장영수, 예술의 자유에 대한 헌법적 보장과 그 한계, 고시연구 1993년 5월호, 35~50(48~49)면 참조.

16) 피해자가 법인인 경우에는 그 설립일, 설립목적, 업무내용, 업무실적 등이 고려된다는 판례도 있다(서울민사지방법원 제14부 1992. 12. 15. 판결 91가합38193).

17) 외국의 예에 관하여는 이상경, 언론보도에 의한 명예훼손소송의 위자료산정에 관한 연구, 언론중재 1992년 봄호, 43~61면 참조.

18) 이 결정은 민사지방법원 제18부의 1992. 6. 9. 판결(90카116924)에 의하여 인가되었다.

19) 지금은 제지된 언론기본법 제48조 및 이를 수용한 현행 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제16조, 방송법 제41조. 정정보도청구권의 의의와 성격 및 외국의 입법례 등에

관하여는 박용상, 정정보도청구권제도의 일반적 고찰, 언론중재 1989 년 가을호, 51~63 면 참조.

20) 과거의 판례에서 나타나는 정정보도청구권에 대한판례의 동향은 양삼승, 언론관련판례에 비추어 본 동향 분석, 언론중재 1990 년 봄호, 30~38 면 :박용상, 판례를 통해 본 정정보도청구권의 실제, 언론중재 1991 년 봄호, 22~33 면 참조.

21) 보도의 진실성에 대한 입증책임은 물론 언론사측에 있다.

22) 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제 16 조 제 5 항은 「...정정보도문의 자수는 이의의 대상이 된 공표내용의 자수를 초과할 수 없다」 고 규정하고 있다.

23) 박용상, 정정보도청구권 행사의 요건과 절차, 언론중재 1991 년 가을호, 55~86(65)면 참조.

24) 南官鎬卿, 국가보안법의 해석론적 고찰, 대한변호사협회지, 145 호(1988 년 9 월), 8~23 편, 김일수, 「국가보안법 제지에 관한 소견」, 사법행정 1989 년 12 월호, 22~28 면 등 참조.

25) 민주주의에 대한 이해의 혼란과 현대적 민주주의의 이해에 관하여는 장영수, 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 안암법학 창간호, 1993, 67~147 면 참조.

참고문헌

김일수 ' 명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가? 안암법

학 창간호, 1993, 281~309 면.

김일수 「국가보안법 폐지에 관한 소견」, 사법행정 1989 년 12 월호, 22~28 면

南官鎬卿 : 국가보안법의 해석론적 고찰, 대한변호사협회지, 145 호(1988 년 9 월), 8~23 편.

문광삼 : 표현의 자유의 기능과 판례이론, 월간고시 1992 년 1 월호, 49~61 편.

박용상 : 새 정기간행물의 등록 등에 관한 법률의 언론중재제도, 언론중재 1987 년 겨울호, 61~82 편.

문용상 : 정정보도청구권제도의 일반적 고찰, 언론중재 1989 년 가을호, 51~63 편.

박용상 판례를 통해 본 정정보도청구권의 실제, 언론중재 1991 년 봄호, 22~33 편

박용상 : 정정보도청구권 행사의 요건과 절차, 언론중재 1991 년 가을호, 55~86 편.

성락인 : 명예훼손에 대한 사죄광고의 제도와 헌법재판소의 결정, 언론중재 1992 년 봄호, 27~42 편.

신봉기 : 언론 · 출판의 자유의 이론과 판례, 언론중재 1992 년 겨울호, 32~43 편.

안광식 : 언론중재제도의 기능적 결함과 개선방향, 언론중재 1990 년 봄호, 22~29 편.

양삼승 : 언론관련판례에 비추어 본 동향 분석, 언론중재 1990 년 봄호 30~38 편.

이상경 : 언론보도에 의한 명예훼손소송의 위자료산정에 관한 연구, 언론중재 1992 년 봄호, 43~61 편.

이석측 : 형법상 명예훼손죄의 법리와 적용, 언론중재, 1992 년 겨울호, 6~12 편.

장영류 : 예술의 자유에 대한 헌법적 보장과 그 한계, 고시 연구 1993년 5월호, 35~50면

장영수 : 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 안암법학 창간호, 1993, 67~147면.

언론중재위원회 : 1991년 연차보고서

언론중재위원회 : 1992년 연차보고서

에드워드 G. 휴던(박권동/고명식 역), 근대국가와 언론자유, 1965

□ 고려대학교 법과대학 및 동 대학원(법학석사), 독일 프랑크푸르트대학교(법학박사)

□ 저술 「헌법의 기본원리로서의 민주주의」, 「민주주의 헌법에 있어서 다수결원리와 근본가치」 외

□ 현재 고려대학교 법과대학 강사