

특집/ 언론보도에 의한 명예훼손의 몇 가지 쟁점(II)

민법 제 764 조(명예훼손책정부의 원칙)에 관한 연구

-정정보도의 구체적 방법과 관련하여-

양삼승

서울형사지방법원 부장판사

I. 서론

다른 사람의 불법행위로 인하여 손해가 발생한 경우에 그 구제방법은 우리 민법상 금전배상에 의하는 것이 원칙이다(민법 제 763 조 및 제 394 조). 따라서 위 불법행위의 내용이 타인의 명예를 훼손하는 것인 경우에도 마찬가지로 금전에 의한 손해의 배상을 받는 것이 원칙적인 방법이다. 그러나 불법행위의 내용이 위와 같이 명예훼손인 경우에는 통상의 불법행위에 비하여 다음과 같은 두 가지의 특이점이 있다. 즉 하나는, 명예훼손과 같은 불법행위에 있어서는 금전 배상만으로는 피해자가 입은 재산적 · 정신적 손해의 충분한 전보가 불가능한 경우가 많다는 것이다. 다음으로 둘째는, 명예훼손의 경우에는 그 피해의 정도를 금전으로 평가하는 것이 불가능하거나 또는 지극히 곤란한 경우가 많다는 것이다. 그리하여 민법 제 764 조는 금전배상의 원칙에 대한 유일한 예외규정으로 특별규정을 두어서, 「타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.」고 규정하고 있는 것이다. 명예 훼손에 대한 구제의 한가지 방법으로서 원상회복 즉 명예회복에 대한 적당한 처분을 명하는 것은 외국의 입법례에 따라 다양한 모습을 취하고 있다. 즉 ① 스위스에서는 명예권을 포함하는 인격권에 관하여 특별규정을 두어 이를 인정하고 있고(채무법 제 49 조 제 2 항) ② 독일에서는 불법행위 일반에 대하여 원칙적으로 원상회복을 인정하고 있으며(민법 제 249 조) ③ 프랑스에서는 법률에 특별한 규정은 없으나 판례나 학설에 의한 해석에 의하여 이를 인정하고 있고 ④ 영미법에 있어서는, 판결로써 원상회복처분을 명하지는 아니하지만, 자발적으로 정정이나 사죄 등 원상회복처분을 한 경우에는 이러한 사정을 금전배상액의 산정에 있어서 참작하고 있다. 그런데, 여기에서 문제로 등장하는 것은, 과연 위 법에서 말하는 「명예회복에 적당한 처분」이라는 것은 구체적으로 무엇을 의미하는 것인가라는 점이다. 이하에서 이 점을 상세히 보기로 한다.

II. 「명예회복처분」의 일반론

타인의 불법행위에 의하여 명예가 훼손된 경우 즉 타인의 비난, 비판, 공격을 받아서 명예가 훼손된 경우에 그 훼손된 명예를 회복하는 방법으로서, 이를 여러 가지의 기준에 의하여 나누어 볼 수 있을 것이지만 가장 유용한 방법으로서 그 명예회복의 의사표시를 하는 주체가 누구이냐에 따라서 ① 훼손자 본인의 의사표시에 의한 경우 ② 명예를

훼손당한 자 즉 피해자 본인의 의사표시에 의한 경우 ③ 위 양자가 모두 아닌 제 3 자의 의사표시에 의한 경우로 나누어 볼 수 있을 것이다.

위 각각의 경우를 항을 달리하여 자세히 보면 다음과 같다.

III. 훼손자 본인의 의사표시에 의한 경우

1. 명예가 훼손된 경우, 이를 회복하는 가장 효과적인 방법은 훼손자 본인이 스스로 그 잘못을 인정하고 진상을 밝혀줌으로써, 피해자 본인의 명예감정을 무마시켜주고, 동시에 일반의 제 3 자에게 심어진 잘못된 인식을 바로잡아 주는 것이다. 그러나 이 방법의 가장 큰 단점은 보통의 경우 훼손자 본인은 자신의 잘못을 스스로 인정하는 것을 아주 꺼리기 때문에 특별한 경우가 아니면, 즉 훼손자 스스로 반성하여 뉘우치는 경우라든가 또는 그 잘못이 명백히 드러날 경우가 아니면, 좀처럼 이 방법에 동의하지 아니한다는 점이다.

그런데, 이와 같이 훼손자 본인의 의사표시에 의하여 명예를 회복하는 경우에도 그 구체적인 방법은 다시 그 기준에 따라 다음의 여러 가지로 나누어 볼 수 있다.

2. 사죄의 방법과 정정(취소)의 방법(내용에 따른 분류)

사죄의 방법과 정정 내지는 최소의 방법과의 내용상의 차이는 다음의 점에 있다. 즉, 사죄의 방법은 첫째, 가해자가 한 진술이 허위의 사실의 진술 등에 의하여 피해자의 명예를 훼손하였다는 것을 자인하는 취지의 「사실확인」 진술부분과, 둘째, 나아가서 가해자가 피해자에 대하여 사죄하는 취지의 「의사확인」 진술부분의 양자를 포함하는 것이다. 이에 반하여 정정 내지는 최소의 방법은 위 양자 중 첫째의 사실확인 부분만을 포함하는 것이고, 후자의 의사확인 부분은 포함하지 아니하는 것이다.

그런데, 사죄의 방법 중 특히 사죄광고에 대하여는 후자의 구성요소 즉 사죄의 의사표시를 하는 것과 관련하여 이는 헌법상의 양심의 자유에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되어 왔었다. 이 점에 관련하여 종래 일본 최고법원의 판례는 단순히 잘못을 사과하는 의미의 정도의 것이면 반드시 위헌적인 것은 아니라고 설명하였으나, 최근 우리나라의 헌법재판소는 위 사죄광고는 양심의 자유에 반하는 것으로서 위헌이라고 하는 결정을 내린 바 있다. 따라서, 현재의 상황으로서는 위 사죄광고의 방법은 명예회복에 적절한 처분으로서는 사용할 수가 없는 상황으로 되게 되었다.

3. 사죄 내지 정정의 방법에 따른 분류

위와 같은 내용을 가지는 사죄 또는 정정의 의사표시를 하는 경우에 있어서도, 그 의사표시를 하는 구체적인 방법의 차이에 따라서 다시 다음과 같은 여러 가지 형식을 취할 수가 있다. 즉, 이는 사죄 또는 정정의 의사표시가 행해지는 범위내지는 대상의 차이에 따른 분류이다.

먼저 ① 의사표시의 대상이 가장 좁아서 피해자 본인에 대하여서만 행해지는 방법인 「사죄장 또는 취소장의 교부」가 있고,
 ② 이 보다는 약간 범위가 넓은 「공개된 병정에서의 사죄 또는 취소」가 있으며
 ③ 보다 범위가 넓은 것으로서 「시청이나 동사무소 등의 게시판에 사죄 또는 취소광고를 게시」하는 것 이 있으며
 ④가장 범위가 넓은 것으로서 「신문 등의 간행물에 사죄 또는 취소의 광고」를 하는 것들을 수가 있을 것이다.

4. 잘못된 사실확인 내용에 따른 분류

명예를 훼손하는 진술이 잘못된 것임을 인정하는 경우 이를 통상 「정정」 내지는 「취소」라고 하는 용어로 표현하고 있다 그리고 위 정정 채내 취소의 내용이 구체적으로 무엇을 의미할 수 있는가에 대하여는 종래 우리나라에서 별다른 연구가 행하여지지 않고 있었다. 그러나, 이를 좀더 깊이 생각해보면 그 안에는 여러 가지의 의미가 담겨질 수 있다는 것을 알 수 있다. 이하에서는 위 여러 의미를 포괄하는 개념으로서 「정정」이 라는 용어를 사용하기로 한다. 위 「정정」의 보다 구체적인 내용에 대하여, 독일에서의 연구성과에 의하면, ① 취소, ② 철회, ③ 정오(바로잡음), ④ 해명, ⑤ 불유지, ⑥ 보충 ⑦ 제 3자의 주장에 대한 입장표명 ⑧ 잠정적인 의사표시의 8 가지로 세분하고 있는 바, 이하에서 이를 상세히 보기로 하다.

IV. 「정정」의 내용

정정의 내용에 포함되는 개개의 사항에 대하여 보면 다음과 같다.

1. 취소(Widerruf)

허위의 위법한 주장에 의하여 피해를 입은 자는 계속되는 침해상태의 제거를 위하여 필요하다고 인정되는 경우 그 취소(Widerruf)를 청구할 수 있다. 위 취소청구의 가장 단순한 형태는 「나는 이로서 ...한 주장을, 진실이 아니므로(unwahr) 또는 정확하지 아니하므로(unrichtig) 취소한다」이다.

단순히 부정(취소)만을 하게 되면 진실한 사실관계가 무엇인지 밝혀지지 아니하는 경우에는 즉 기타의 오해를 피하기 위하여 필요한 경우에는(단순부정이 주장자의 불이익한 모습을 남기는 경우) 추가로 「진실한 사건의 경위」를 밝힐 것을 요구할 수 있다(변형된 취소). 예를 들면 세 쌍둥이 출생의 주장에 대하여 세 쌍둥이는 아니라도 한 사람은 출생하였는지 또는 공갈주장에 대하여 협박은 있었는지의 점에 대한 언급과 같은 경우이다.

진실한 사실관계의 보도가 상당하다고 인정되는 경우(예를 들어 추측·억측을 예방하기 위하여)에는, 일반적으로 이러한 변형취소의 요청은 받아들여져야 할 것이다.

변형취소의 문소예로서는 (A가 처벌된 전력이 있다는 주장은 진실이 아닌 것으로 밝혀졌다.」에 대하여 「진실은, 검찰은 혐의 없음을 이유로 절차를 종결하였다」 또는 「A는 위 사건과 아무런 관련이 없다. 단지 성명이 잘못 혼동되었을 따름이다」라고 하는 경우를 들 수 있다.

2. 철회(Rücknahme)

철회(Rücknahme)는 취소(Widerruf)의 완화된 형태이다. 「완화되었다」는 의미는 철회의 경우에는 어떠한 이유로 철회를 하는지 밝히지 않는다는 의미이다. 따라서 철회의 내용에 따른다면, 이미 행해진 비난을 단순히 없애버린다는 결심에 기해서 철회한다는 것이다. 즉 철회자는 진실하지 아니한 사실을 이야기하였다고 명백하게 인정할 필요가 없는 것이다 일상생활의 실제에 있어서는 어떠한 사람이 자기의 주장을 철회하기로 결심하는 일이 결코 드물지 아니하는 만큼, 취소청구의 기본적인 요건이 갖추어진 경우에 있어서도 이러한 철회를 청구하는 것은 인정되어야 할 것이다. 이는 특히 주장이 진실하지 아니함이 증명된 경우에도 그러하다.

철회가 고려될 수 있는 가장 전형적인 경우로서는 어떠한 주장이 실제로는 사실상의 주장인 성격을 가지고 있으나, 그러나 형식적으로는 가치 평가적인 외형을 가지고 있는 경우이다.

3. 정오(바로잡음)(Richtigstellung)

허위(Unwahrheit)와 부정확(Unrichtigkeit)의 사이에 개념상의 차이가 있고, 따라서, 취소의 의사표시는 허위임이 증명된 때에만 인정될 수 있고, 단순한 부정확의 경우에는 인정될 수 없다 하더라도, 「철회」가 고려되지 아니하는 경우에는 「취소」를 하는 대신에

「바로잡음」(Richtigstellung)을 청구할 수는 있다고 하여야 할 것이다. 이와 같은 바로잡음이 인정되어야 할 필요성은 이러한 의사표시(즉 바로잡음)에 의하여 어떠한 체면 실추 없이 가장 완화된 수단을 선택할 수 있다는 데에 있는 것이다. 이와 같이 「어떠한 주장을 바로잡는다」는 의사표시를 할 의무는 그 「주장을 완전히 취소한다」는 것보다는 분명히 훨씬 더 완화된 형태인 것임은 분명하다. 허위의 사실을 주장하여 타인의 권리를 침해한 자에 대하여, 이를 「바로잡아줄 것을 요구」하는 것은, 두말할 나위 없이 바람직한 것이다. BGH(독일 연방대법원) 판결에 나타난 문안례로서는(「나는 나의 선거유세연설에서 X가 직접 나에게 한 방해공작을 지시하였다고 X를 비난하였다. 그러나 'x는 위 사건에 직접 관여한 바가 없었던 것으로' 나는 바로잡는다」)라는 것을 들 수 있다.

이와 같은 (바로잡음)이라는 형식은 어떠한 주장이 모두 허위인 경우뿐만 아니라 그 주장이 일부분만이 허위인 때, 또는 그 주장의 문맥으로부터 우러나오는 특정한 인상이 잘못된 것인 때에도 이용될 수 있다 그리고 제반 정황에 의하여 잘못된 외관이 발생될 경우에도 역시 이용될 수 있다 즉, LG(독일 주지방법원) 문안례(경찰관사건)로서 연방정부에 의하여 설립된 재단이 상품검사를 한 시험보고서에 대하여는, 이러한 배제의 청구가

「바로잡음의 형식」 즉 「법원은 위 시험결과에 대하여 이의를 제기하였다」는 형식으로 이루어짐이 옳다는 제안이 있다(Deutsch).

4. 해명(Klarstellung)

이 해명의 요구가 이용될 수 있는 경우는, 원 진술자가 어떤 주장을 「명문으로(wortlich) 하지는 아니하였지만 그 문맥으로부터 보면 그러한 주장을 하였음을 알 수 있는 즉 「숨겨진 주장」의 경우이다. BGH는 숨겨진 주장을 ① 원 진술자가 스스로 개개의 주장으로부터 나타나는 총체적 주장을 은밀한 형태로 독자에게 제시하려고 한 경우와 ② 주장된 개개의 사실이 독자로 하여금 각자 그의 사고방식에 따라 연상작용을 하게끔 자극을 가할 수 있도록 되어 있었던 경우를 구별하고 있다. 이 구별은 이론상은 가능하나 실제상은 어렵다. 이 「해명」의 방법이 유용한 경우는, 원 진술자가 스스로는 부인하고 있지만, 여러 정황으로 미루어 보아 원 진술자 스스로가 어떤 주장을 숨겨진 형태로 독자에게 전달하려고 하였다고 인정될 수 있는 경우이다. 이러한 경우 원 진술자는, 그의 진술은 이러한 「확대된 주장」을 포함하는 취지가 아니라는 해명조의 부가문을 덧붙이기를 바랄 것이다.

BGH는 이 해명의 방법에 회의를 표시한 바 있으나, 이는 이러한 연상작용을 일으킨 것이 객관적으로 보아 원 진술자 스스로가 의도한 경우가 아니라, 독자 스스로가 한 것이라고 보여지는 경우이므로, 앞서 본 바와는 경우가 다르다.

5. (유지하지 아니함)불유지(Nichtaufrechterhalten)

어떠한 주장을 더이상 유지하지 아니한다는 의사표시를 요구하는 것은 흔히 「제한된 취소」라고 표현되고 있다. 이러한 불유지 내지는 제한된 취소의 청구는 주로 다음과 같은 경우에 이용된다. 즉 완전한 취소의 경우에 있어서 요구되는 불가결의 요건인, (진실하지 아니하다는 증명)은 행하여지지 아니하였으나, 다만 진실하리라는 개연성의 증명만이 있기 때문에, 객관적인 판단자의 입장에서 보아서는 비만의 진실성에 대한 결정적인 근거가 결여되어 있는 경우이다[BGHZ(독일 연방대법원 민사판례 집), 37, 187 등].

진술과 진술만이 서로 대립하고 있는 경우에(즉, 양자간에 확증이 없는 경우) 진실하지 아니하다는 쪽이 더 신빙성이 있는 때에만 바로 이 제한된 취소 즉 불유지가 청구될 수 있다. 그리고 불명확성(의문)은 원칙적으로 원고의 부담으로 된다(BGH, 즉 진실이 아니라는 사실이 입증되지 아니하면 원고의 패소로 된다).

문제로 된 원진술에 대하여, 고도의 개연성이 인정되는 경우에는 이 불유지의 청구는 허용되지 않는다. 그리고 이 원칙은 사자에 관련된 주장에도 적용된다(BGH).

그리고, 이 불유지의 청구는, 의무자가 완전한 취소를 하는 것을 기대할 수 없는 경우에도 허용될 수 있다. 예를 들면 ① 주장의 시점에서는 진실한 사실관계가 객관적으로 밝혀질 수 없었던 경우 및 ② 주장이 평가적인 요소를 포함하고 있는 경우가 바로 이러한 경우이다. 나아가, ③ 기자가 적절한 정보를 입수하기는 하였으나, 이를 공표할 시점에 있어서는 이미 밝은 것(잘못된 것)으로 되어버린 경우도 마찬가지로 법원이 심리의 과정에서 단지 제한된

취소(즉, 불유지)만을 청구할 수 있다는 확신에 다다르게 된 경우에는, 원고에 대하여 그의 청구(즉, 완전한 취소의 청구)를 위 불유지의 청구로 축소할 수 있는 기회를 주어야 하고, 이 경우에 피고가 이를 받아들이느냐는 것은 그의 자유이다. 흔히 이 제한된 취소(즉, 불유지)의 대신에, 바로잡음(Richtigstellung) 이 고려되는 경우가 많다.

6. 보충

보도된 사실이 진실하지 않은 것은 아니지만, 한쪽에만 치우쳐져 있는 경우에는 보충적인 진술의 청구가 고려될 수 있고, 원래의 주장이 그 후에 발생한 사태에 의하여 진실이 아닌 것으로 된 경우(iiberholt)에는 「추후적인 보충」이 청구될 수 있다.

a) 정정적 보충

정정적 보충은 「일부의 사실을 제외해 버림으로써 사실에 어긋나는 잘못된 모습이 나타나게 된 경우」에 허용될 수 있다. 문소예로서는 「A가 유죄판결을 받았다는 보도에 대하여, 법원은 그 형의 집행을 유예하였다는 내용을 보충적으로 알려드립니다」라는 것을 들 수 있다. 그리고 보충이 인용된 사안예로서는 반박문을 보도함에 있어 (반박문임을 표시하는) 도입부를 삭제함으로써 독자편지와 같은 외관을 가지게 된 경우(예, 도입부를 보충하라고 명할 수 있음)를 들 수 있을 것이다. 그러나 반면에 진술에 포함된 여러 사실 중의 어떤 것을 선택할 것인지가, 「의견차원의 문제」인 경우, 즉, 어떤 사실을 제거하는 것이 잘못된 인상을 심어주게 될 것인지의 여부에 관하여 서로 다른 의견이 있을 수 있는 경우에는 이 정정적 보충의 청구는 허용되지 않는다. 즉 보충의 방법이 부정된 사안예로서 문학사전을 편찬함에 있어서, 자서전적 사항의 선택과 관련하여 BGH는 이러한 견해를 나타내었다.

b) 추후적 보충

BGH는 이 추후적 보충의 청구를 오로지 형사법원에서 유죄판결이 있었다는 보도가 있는 후행해진 「무죄판결」의 경우에만 이를 인정하고 있다. 이 경우 피해자의 통지의 공표(무죄받은 사실)만 청구할 수 있고, 언론기관의 어떠한 의사표시도 청구될 수 없다.

그러나 이러한 BGH의 견해는 아직 완전히 성숙된 것이라고는 보여지지 아니한다 오히려, 어떠한 보도내용이 「사후에 돌이켜보아서」 의문의 소지가 있는 것으로 여겨지는 경우 즉 ① 어떤 상태가 종국적인 것으로 묘사되었으나 실은 아닌 경우 ② 장래의 예측(진단)이 내려졌으나, 확인되지 아니한 경우에도 역시 이러한 사태(즉, 보도자에 의하여 침해가 야기된 상태) 따라서 추후적 보충을 인정해야 할 사해가 존재하다고 함이 타당할 것이다. 따라서 무죄판결의 경우에만 추후적 보충이 허용된다는 BGH의 견해는 그 정당한 근거가 없다. 따라서 원문보도에서 혹시 나중에 변동이 있을 수도 있다는 것을 명백히 표시한 경우에는 이 추후적 보충청구권은 없다. 그리고 형사판결이 후에 무죄로 된 경우 이외에도 쌍방이해관계의 형량이 필요하다고 보여지는 경우에는 이 청구권이 인정되어야 한다. 특히 수사의 개시가 대대적으로 보도된 경우에는 수사절차의 중지도 고려되어야 하고, 민사패소판결의 취소, 파산, 화해 기타 유사절차의 취소도 역시 마찬가지로 고려되어야 한다. 원래의 보도가 그 자체로서 정확한 것인 경우에는 마치 연재소설과 같이 문제된 사건의 모든 사후적인 발전단계에 대하여 각각 보도할 의무는 없다. 그러나 장래의 예측이

잘못된 것인 경우에는 사후에 무죄판결이 있었는지와는 무관하게 사후적인 정정의 필요성이 인정되어야 한다. 현재까지 알려진 바로는 법원이 단지 무죄판결의 경우에만 이 보충권을 인정 해왔다는 사실은 언론기관 스스로가 거의 예외 없이 스스로 이 필요성에 배려해 왔다는 것을 의미한다. 그리고 이는 부수적으로 이 필요성이 예외적으로 자의로 배려(충족)되지 아니한 경우에는 이 추후적 보충청구권이 거부되어서는 아니될 것이다.

원래는 정확한 그러나 후에 부정확하게 된 기술이 아직 팔리지 아니한 책에 포함되어 있는 경우에는, 이는 그 책에 삽입지를 꽂아넣음으로써 이 청구권을 실현시킬 수 있다 그러나 그 관계자가 스스로 사후적인 변동을 초래한 경우 예를 들면 SPD 당원으로 소개된 자가 인쇄 후 스스로 CDU 당원으로 되어버린 경우에는 원칙적으로 이 추후적 보충청구권은 부정되어야 할 것이다.

7. 제 3자의 주장을 전파한 사람의 책임(제 3자의 주장에 대한 입장표명)

제 3자의 주장을 전파한 경우에는 이로부터 그 주장에 대한 자신의 입장을 표명할 의무가 발생한다. 이 경우에는 지적인 전파와 기술적인 전파가 구별되어야 한다.

(a) 지적인 전파의 경우 → 「거리를 둬」(Distanzierung)

어떤 사람이 제 3자의 주장을 전파자로서 전한 경우, 예를 들면 그 주장의 내용을 자신의 것으로 하지 않는 인용의 형태로서 전한 경우에는 최소의 청구권은 발생하지 않는다. 그러나 그 전파자에 대하여 그러한 주장으로부터 밀쳐낼 즉 그 주장과 거리를 둘 것을 청구할 수는 있다(「그 주장은 나의 주장은 아니다」라고 표시하는 등)(BGH).

이러한 경우에는 원래는 전파자를 상대로 할 것이 아니라 원래의 진술자를 상대로 하여 원 진술자로부터 취소를 구하거나 결국에는 전파자로부터 원 진술자의 취소의 뜻을 공표하게 하는 것이 바람직하다. 그러나 이러한 가능성이 있다고 해서 위 거리를 둘 청구권이 없어지는 것은 아니고, 특히 원래의 주장자에 대한 권리의 주장이 쉽지 않은 경우(예를 들면 동구지역에 있어서)에는 특히 그러하다. 사안을 명백하게 하는 데에 필요한 경우에는 위 「거리를 두는 방법」 대신에 「바로잡음」을 지적인 전파자에 대하여 청구할 수 있다는 주장도 있는데, 이는 옳다.

전파자가 원 보도에 있어서 이미 거리를 둔 경우(즉 자기자신의 진술이 아니라고 이미 표시한 경우)에는 이 거리를 둘 청구권이 발생하지 않는다. 이 거리들이 충분히 이루어졌는지는 모든 사정을 종합하여 판단한다.

뉴스보도, 뉴스논평, 독자편지란 등에서는 일반적인 언급만으로 충분하다. 왜냐하면 이 경우에는 다른 사람의 주장을 전파한다는 것이 명백하기 때문이다(즉, 이러한 만에 포함된 진술은 편집자의 견해와 항상 반드시 일치하는 것은 아니다). 논평자의 견해를 나타내는 논평의 난에 있어서, 거리둠의 요건이 충족되기 위하여는 명백하고 특별한 언급이 필요하다.

(b) 기술적인 전파의 경우 → 「정정적인 언급」(berichtigende Kommentierung)

타인의 주장을 단지 기술적인 방법으로 전달한 경우 예를 들면 삽입지를 배포한 형태로 전달한 경우에는 그 전파자에 대하여는 하등의 의사표시를 청구할 수가 없고 단지 원래의 진술이 배포된 것과 같은 방법으로 원진술자의 「바로잡음」 내지는 「취소」의 의사표시를

배포할 것을 청구할 수 있을 뿐이다. 예를 들면 어떤 단체가 회람에 그 구성원의 의사를 끼워 넣은 경우에는 그 피해자는 그 주장자로부터 위와 같은 취소의 의사표시를 하도록 할 수 있는 경우에는 그 단체가 위 취소의 의사표시를 마찬가지로 배포할 것을 청구할 수 있다.

그러나 문제로 된 진술이 진실하지 아니하다는 증명 이 없는 경우에도 허용될 수 없는 것으로 간주될 수 있고 그리고 그 피해자가 우선은 원진술자에 대하여 바로잡음의 청구를 하고 그 후에 그 전과자에 대하여 그 진술의 공표를 요구하는 것을 기대하기 어려운 경우에는 예외적으로 단지 기술적인 전과자에 대하여도 그 의사표시의 취소(Abgabe)를 청구할 수 있다. 광고지에 명백하게 인격권을 침해하는 내용을 담은 간지의 공표도 생각해 볼 수 있다. 광고지의 편집인이 그 명백하게 불법한 내용에도 불구하고, 이를 간지에 삽입하지 않을 수 없다고 믿었던 경우에는 그로부터 그 자신의 의사표시를 하고 이를 발간하게 할 것을 기대 할 수도 있을 것이다.

이러한 정정적 언급의 내용은 반드시 그 삽입된 내용이 진실하지 아니한 것이라고 표현할 필요는 없다. 이는 특히 진실하지 아니하다는 증명을 필요로 하고, 그럼으로써 그 전과자는 경우에 따라서는 그 자신에게는 아무런 흥미도 없는 원진술의 내용에 관계해야 할 과제를 부담하게 되고, 따라서 이는 통상의 보상의무(Recherche)를 훨씬 초과하는 것이기 때문이다. 그러므로 정정적 주석의 내용은 원칙적으로 명백하거나 또는 문서에 의하여 증명된 사실의 인용에만 국한되어야 한다. 예를 들면 간지의 삽입자에 대하여는 그 간지의 주장의 전파가 법원에 의하여 금지되었다는 내용과 같은 것 등이다(Deutsch).

8. 잠정적인 의사표시

판례의 입장에 의한다면, 어떤 의사표시의 발표 특히 취소의 의사표시의 발표에 의하여 종국적인 상태가 만들어지는 것을 전제로 하고 있다. 그럼으로써 엄격한 증명을 요구하는 것이 타당화될 수 있는 것이다. 그러나 어떠한 비난이 피해자의 권익을 과다하게 침해하고 있고, 그러나 사실관계를 종국적으로 해명하는 것은 특수한 사정에 비추어 극히 어렵거나 또는 많은 시간을 필요로 하는 경우에는 이러한 엄격한 증명을 요구하는 것이 극히 불합리한 경우도 있다. 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 「잠정적 의사표시」를 하는 것을 요구할 수도 있어야 할 것이다. 예를 들면 (이미 행해진 비난은 '잠정적으로' 또는 '현재로서는' 더이상 유지하지 않는다」고 하는 것 등이다.

이러한 잠정적인 의사표시의 요구는 특히 형벌로써 처벌 받을 행위의 비만이 행해져서 이는 형사재판절차가 종결되고 난 다음에야 비로소 그 진실이 밝혀질 수 있는 경우에 특히 고려할 필요가 있는 것이다. 그리고 특히 민소법 제 149 조와 같이 절차의 종단의 가능성이 있는 경우에는 이 종국적 의사표시 특히 종국적인 취소의 의사표시의 요구는 터무니없는 것이다. 그러나 언론의 공격에 대하여 피해자를 무방비의 상태에 방치한다는 것은 적절치 못하고, 특히 이러한 공격이 형사절차의 풍토에서 그 효과를 나타내는 경우에는 특히 그러하다. 잠정적인 의사표시를 해야 할 의무는 이 경우에 유일하게 사용가능한 방법인

것이다. 제 3 자의 주장에 대한 입장표명도 역시 경우에 따라서는 이 잠정적인 형태로서 요구될 수 있다.

V. 피해자 본인의 의사표시에 의한 경우(반소권)

반박권이라함은 신문 또는 정기간행물에 의해서 비판 · 비난 · 공격을 받은 자는, 원문기사와 동일한 장소, 동일한 활자, 동일한 면적을 원칙으로 해서, 공격에 대한 자기의 반박을 무료로 게재해 줄 것을 당해 신문 등에 대하여 청구할 수 있는 권리를 가리키는 것이다.

위 용어의 정의에서 본 바와 같이 반박권은, 가해자인 명예훼손자가 스스로 그 잘못을 인정하는 것이 아니라 반대로 피해자 측에서 자기자신의 주장을 그대로 게재하는 것이기 때문에, 일반 제 3 자의 입장에서 보면, 과연 그 주장이 객관적으로 진실에 부합하는지의 여부에 대한 설득력 내지는 명예회복력이 떨어지는 것이 사실이다.

그러나 그럼에도 불구하고, 위 반론권은 원문기사가 명예훼손 등의 불법행위의 요건을 반드시 구비할 것을 요구하는 것도 아니고, 뿐만 아니라 그 명예회복의 방법에 있어서 「언론에는 언론으로」라는 적극적 구제수단을 사용한다는 점에서, 그 나름의 뛰어난 장점을 가지고 있는 것도 부인할 수는 없다.

우리나라에서는 위 반론권의 제도는 「정기간행물의 등록 등에 관한 법률」 및 「방송법」에서 언론피해에 대한 구제수단으로 규정하고 있다. 위 반론권 제도의 보다 구체적인 의미 · 내용 등에 관하여는 필자를 비롯한 관심있는 분들에 의하여 이미 상세한 논술이 발표된 바 있으므로 여기에서는 더 이상의 언급은 생략하기로 한다.

VI. 제 3 자의 의사표시에 의한 경우(판결문의 게재)

명예회복처분은, 훼손자 즉 발표자가 스스로 취소하는 것이 가장 바람직하지만 이는 발표자의 입장에서는 가장 꺼려하는 것이 단점이다.

반면, 피해자 스스로가 취할 수 있는 방법인 반론권의 제도는, 일반 제 3 자에 대하여 그 신빙력 내지는 설득력이 떨어지는 것이 단점이다.

그리하여 위 양자의 중간에 위치하는 것이, 제 3 자 즉 법원의 공적인 의사표시에 의한 명예회복의 방법이다. 이는, 어떠한 진술이 허위이고, 이로 인하여 피해자의 명예가 부당하게 훼손되었다는 것이 객관적으로 확인되었다는 내용을 포함하는 법원의 판결문을 그대로 또는 그 요지만을 게재하도록 함으로써 이를 일반인인 제 3 자에게 알리는 방법이다.

이 방법은 가해자 스스로의 동의가 없더라도 가능하다는 점에서 장점이 있고 또한 피해자 본인의 주장과는 달리 그 공정성과 진실성이 객관적으로 보장될 수 있는 법원의 판단이라는 점에서 그 장점이 있는 것이다.

따라서, 이는 명예회복처분의 방법으로서 가장 무만하고 합리적인 방법이라고 할 수 있으며 외국의 실무에 있어서도 가장 많이 이용되고 있는 방법이라 할 것이다.

VII. 맺는 말

위에서 명예회복처분의 방법으로 인정될 수 있는 각종의 방법들에 대하여 일응의 검토를 하여 보았다.

위에서 검토한 내용들을, 언론보도 등으로 인한 명예훼손의 경우 우리나라의 사회현실에서 행해지고 있는 그 명예회복방법의 실제와 관련시켜 생각해보면, 우리가 앞으로 어떠한 방향으로 노력해 나가야 할 지가 분명해졌다고 생각된다.

즉 우리의 언론현실에 있어서는 잘못된 언론보도에 대한 구제의 방법으로서 「정정보도」 또는 「바로잡음」의 몇 가지 방법만을 알고 있기 때문에, 가해자와 피해자와의 사이에 서로 협상의 카드가 부족하여 많은 경우 적절한 합의가 이루어지지 않고 있다고 여겨지는 것이다.

앞에서, 위 「정정」 보도의 구체적 의미 내용에 대하여 상세한 검토를 하고 있는, 독일에서의 연구성과를 그대로 옮겨 소개해 보았지만, 위 소개는, 서로간의 언어상의 뉘앙스 내지는 언어 감정상의 차이로 인하여, 그대로 우리의 언론현실에 적용하기에는 적절하지 아니한 부분이 적지 않다고 보여진다.

따라서, 위 독일에서의 연구성과를 토대로 하여 관심있는 분들에 의하여 우리의 언어감정 및 우리의 언론현실에 적합한, 그리하여 언론사나 피해자의 쌍방이 서로 기꺼이 이용해 나갈 수 있는 「정정보도」의 내용들이 개발되어 나가기를 기대한다.

- 서울대학교 법과대학, 동 대학원(법학박사), 독일 괴팅겐대학 연수
- 서울민사지방법원 판사, 서울형사지방법원판사, 서울고등법원 판사
- 저술 : 「가정적 인과관계론」 외
- 현재 서울형사지방법원 부장판사