

의견광고와 명예훼손 및 그 대책

유 일 상

건국대 신문방송학과 교수

1. 머리말

의견광고는 일반적인 광고가 아니라 자못 특수한 광고다. 즉 의견광고는 언론기관의 소유와 통제가 집중된 현대 사회에서 적극적 언론자유를 보장하기 위한 하나의 수단일 수 있다. 또한 의견광고는 액세스권(right to access : 접근권) 확보라는 법적 민주주의의 입장과 유료로 신문 지면이나 방송시간을 구입하는데 따른 재정적 공평성의 보장이라는 경제적 민주주의의 입장이 맞부딪치는 광고의 영역이다.

선진 여러 나라에서는 언론매체에서 주변적 존재로 취급을 받는 소수파가 의견광고를 획득하는데 있어 차별 받지 않을 권리와 함께 언론매체의 의견광고에 의해 명성이 실추된 공적 인물들에게 반론수단을 확보해 주는 방법을 꾸준히 검토해오고 있다. 이것은 의견광고가 수용자의 언론매체에 대한 민주주의적 참여를 가능하게 하는 주요 도구로 인식되고 있고 의견 광고에 대한 관심이 여전히 지속되고 있다는 예증이다.

한편 신문의 광고란은 저널리스트의 보도 또는 논평 득점으로부터 비교적 열려진 공간이지만 신문의 발행인이 모든 광고를 받아들일 의무는 없기 때문에 법원은 의견광고를 둘러싼 분쟁이 발생 하면 사건별로 언론사와 의견 광고주의 권리와 반론의견 광고희망자의 광고접근권에 대한 갈등의 사법적 해결을 모색해 가고 있다. 말하자면 어렵게나마 사회적 합의를 도모하면서 일반광고 이상으로 의견광고에서의 자유와 평등, 그리고 그에 따른 책임과 의무를 창조해 가고 있다는 말이다.

우리나라에서는 지금까지 많은 신문들에 주로 정당, 사회 단체들의 정치적 의견광고가 자주 실렸었고 특히 선거에 즈음해서는 정당광고, 정견광고, 정치 선전광고가 단골로 등장했었다. 특히 국가안보와 국민의 안전에 큰 영향을 미칠 것으로 보이는 정치적 · 사회적 사건이 발발하면, 관련단체를 중심으로 한 의견광고가 많은 지면을 메웠다. 민주화가 진행되면서부터는 각종 이권단체의 집단이기주의를 선전하는 공간으로 의견광고란이 활용되기도 했다.

그러나 사회적 약자들의 경우에는 광고요금이라는 비용부담의 짐도 무거웠지만 독재권력의 위압적 권위와 교묘한 통제에 눌려 자신들의 의견을 증폭시키지 못하고 우세한 여론으로 위장한 사회적 강자 중심의 언론보도와 그 협력자들이 전개하는 의견광고에 밀려 침묵의 소용돌이를 헤매고 있는 일이 허다했다. 시민사회의 진전과 공개적인 토론의 광장에 대한 요구가 커지고는 있지만 아직 우리 나라의 의견광고는 대부분 소수의견의 발표공간이 아니라 경제력이 상대적으로 풍부한 특정 개인이나 특정 집단의 이익을 창출 · 유지 · 확대하기 위한 미디어 이용행위라고 보는 것이 맞을 것이다.

의견광고의 사회적 파장은 대단히 커서 공중의 합리적인 판단인 여론을 변경시킬 수 있을 뿐만 아니라 개인에게는 크나큰 명성과 함께 그것을 여지없이 파괴할 수 있는 위력을 갖고 있다. 또한

상업적인 측면에서는 경쟁회사의 도덕성에 타격을 가하면서 의견광고주와 관련된 특정인들이 반사이익을 챙길 수도 있다.

그래서 우리나라에서는 최근 들어 특정대상을 상대로 자신의 사사로운 이익을 위한 일방적인주장만을 담은 의견광고를 게재하여 사인의 내비권(right of privacy)을 침해하거나 명예를 훼손할 가능성에 대한 우려가 점증하고 있고 광고내용의 진실성을 검증하는 방법의 검토와 중상모략이나 비방성 의견광고에 대한 구제의 필요성 등의 여러 가지 문제가 제기되고 있는 실정이다.

이 글은 우리나라에서 최근 크게 늘어나고 있는 의견광고가 표현의 자유로서 지니는 질적 가치와 개인이나 법인, 단체의 사권에 가하게 될 달갑지 않은 문제에 대해 명예훼손을 중심으로 살펴보는 것을 목적으로 쓰인 것이다.

II. 의견 광고의 특성

1. 의견광고의 개념과 유형

의견광고(editorial ad.)란 특정의 정보나 의견을 전파하기 위하여 신문지면이나 방송시간을 일정한 광고효율에 따라 구입하여 이용하는 활동을 말한다.¹⁾ 그러나 의견광고에 의해 제시되는 정보나 의견은 논평기사(editorial)의 형식을 띠기 때문에 일정의 언론매체가 행하는 보도, 해설, 논평에 대한 대항적 의미를 포함하게 마련이다. 더욱 혼란스러운 것은 동일한 매체에 서로 상반된 보도와 해설, 논평과 사실, 의견광고가 함께 실리는 경우이다.

뜻풀이를 해보면 의견이란 사람들이 말이나 글을 통해 객관적 사물에 대한 태도와 견해를 표현하는 것이다. 의견을 발생시키는 심리적 체계는 개체의 외계에 대한 특정한 심리적 준비상태를 갖추고 있으며 일정한 외부정황과 요소의 작용아래 태도를 외부로 표출시키는 일이다.²⁾ 한편 광고는 유료의 지면구매활동이지만 의견광고의 내용인 editorial은 간행물의 비광고 부문을 통칭하는 용어이다.

일본에서는 의견광고가 대체로 비상업적인 메시지를 전달하는 광고로 이해되고 있다. 고바야시는 "의견광고란 특정개인, 또는 그룹이 특별한 문제, 즉 사회문제, 정치문제, 국제문제 등에 있어서 개인 또는 그룹이 생각하고 있는 주의, 주장 등을 호소하는 광고"라고 주장하고 있다. 이브스키는 "의견광고란 기업, 단체 혹은 개인이 특정의 사회문제에 대해 각자의 주의, 주장을 표명하는 형태의 광고로 신문을 주로 이용하는데 주로 정치광고에서 비롯되었다가 기업, 단체 혹은 개인의 사회문제에 대한 의견광고로 확대된 것이라고 생각한다."

가메이는 의견광고를 그 내용에 따라 공공광고와 정치광고로 나눈 후, 이를 다음과 같이 구분하였다. 공공광고란 공공에 대한 계몽을 목적으로 사람들이 시인하는 도덕률이나 이데올로기를 전제로 한 광고인데, 정치광고, 선거광고, 호소광고, 대항광고, 정부관공서나 자치단체광고 등이 대부분의 의견광고라는 것이다. ⁴⁾

내용에 따른 광고의 분류 5) 표 누락

2. 의견광고의 사회적 의의

의견광고는 광고주가 비용을 부담하여 일정의 대상자에게 자신의 주장을 전달할 목적으로 미디어를 공개적으로 이용하는 행위이기 때문에 그에 수반하는 여러 가지 사회적 책임이 따르게 된다. 또한 의견광고는 그것이 정치적인 메시지 이든 상업적인 것이든 간에 비용을 부담할 수 있는 능력을 갖춘 특정 재단이나 집단이 자신의 이익을 도모하기 위해 행하는 것이어서 경제적 능력이 의견광고의 양적 다과(다과)를 결정하는 중요 변수노릇을 하게 될 가능성이 크다. 그래서 미디어에 등장하는 저널리시틱한 표현들과는 달리 의견광고는 최대한 그 자유를 보장하되 일정한 한계가 정해져야만 국민다수의 커뮤니케이션은 평화로운 공존을 할 수가 있는 것이다.

한편 미국에서는 기사내용에서의 사실과 의견의 명확한 구분이라는 전통적인 이분법이 있기 때문에 사실의 보도에서 제외되고 의견이 포함된 논설(editorial)에서도 반영되지 않은 소수의견의 공표기회로서 의견광고가 일찍부터 주목을 받아 왔다. 신문의 공개된 부분인 광고란은 소수자본가에 의한 미디어 독점으로부터 의견을 달리하는 사람들이 대가를 지불하면서도 접근할 수 있는 대안의 영역이었다. 일찍이 오하이오주의 한 지방법원은 단 하나의 신문이 발행되고 있는 지역사회에서 그 신문은 공중의 성원들에게 무차별적 광고구매를 허용해야 할 의무가 있다는 판단을 내렸다.6) 이 재판에서 문제를 제기한 한 상인은 몇몇 경쟁 업자들이 신문에 영향력을 행사하여 자신의 광고를 게재하지 못하도록 해왔다고 주장했다. 특히 원고는 이 지역 신문의 발행자인 The Crescent Publishing 사가 반관반민회사 이므로 광고 고객을 고르거나 선택할 자유가 없고 모든 사람에게 똑같은 기준을 적용해야 한다는 논리를 전개하여 법원으로부터 그 신문에 자선의 광고게재를 요구할 강제명령을 받아냈다.

미시간주에서는 인구 12 만 5 천명이 살고 있는 Battle Creek 의 Eastown 영화관이 그 지역에 오직 하나뿐인 일간지 Enquirer and News 에 광고게재를 신청했으나 거절 당하자 소송을 제기했다. 이에 미시건 주 대법원은 다수결로 신문사업이 엄격한 사기업이기 때문에 신문발행인이 광고게재 여부를 자유롭게 결정할 수 있고 누구에게나 광고지면을 팔아야 할 법 적 의무는 없다고 판결하였다. 신문사 측은 광고의 음란성을 표면상의 이유로 들었으나 영화관측은 그와 유사한 광고를 게재한 전례가 있음을 주장하면서 광고접근권을 주장했던 것이지만 법원은 이를 받아들이지 않았다. 소수 반대의 견을 개진한 Adams 판사는 신문발행인이 광고게재여부를 결정하는 절대적 권리를 가진다는데 대해 반대하면서, 한 신문이 그 지역의 유일한 유료인쇄매체로 신문시장을 지배할 경우에 정치 후보자들이나 지방행정기관들도 신문보도예의 액세스권리로부터 부당하게 제외당할 수 있음을 지적했다.7)

Jerome Barron 교수(조지 워싱턴 대학교 전국 법률센터 소장)는 일간신문이 독점적으로 운영되고 있는 대부분의 미국 도시에서 사상의 자유공개시장은 무의미해져서 소수파, 이교도나 주변 집단들은 그들의 사상을 자유롭게 표현하기 위한 액세스권의 확보가 어렵다고 보았다. 그래서 그는 미국신문에 대한 시민의 액세스권이 광고란을 통해 창출될 수 있다고 주장했다. 즉, 누구든지 신문지면을 구입하여 의견광고로 사상을 표현할 수 있고 신문은 명예훼손을 당한 공직자들에게 반론을 공표할 수 있게 해주어야 한다는 것이다.8) 그러나 수정헌법 제 1 조에 따르면 누구도 신문으로 하여금 광고를 게재하도록 요구하거나 반론을 제기하는 지면을 제공하도록 강제할 수 없다.

매체 소유권의 집중이 사상의 자유시장을 저해할 수 있는 상황에서 신문 발행인들은 광범위한 견해를 표현해 줄 의무가 있으나, 대(大)신문이나 공중파방송 등의 광고는 상당한 재력이 없는 한, 접근하기 어렵다는 점을 감안할 때, 의견광고를 통한 미디어 접근권의 보장은 현대사회의 언론환경이 요구하는 표현의 자유 공간을 넓히는 일의 하나임에 틀림없다.

언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 보장한 헌법 제 21 조의 정신에 비추어 볼 때 모든 국민은 개인이든 단체든 의견광고의 당사자가 될 수 있다. 정당한 국민의 엄숙한 신학에 의하여 국민을 대표하는 언론기관이 특정한 소수의견의 공표를 포함하여 그 지향목표로 내세우는 다양성을 실현해주시지 않을 때, 특정의 소수들은 자금을 마련하고 자신들의 의견을 광고로 만들어 신문잡지 등에 게재하거나 방송을 통해 송출할 수 있는 자유가 헌법 제 21 조의 언론자유에 당연히 포함된다. 특히 언론을 통한 의견의 전파가 전적으로 제약당할 때 그 특정 소수의 국민들은 부득이 과격한 집회와 시위라는 출구를 통해서라도 자신들의 사상과 의견을 표현하려고 한다는 점을 감안하면 언론자유의 건전한 창달을 위해서라도 의견광고와 같은 표현수단은 좀 더 자유롭게 사용될 수 있어야 할 것이다. 다만 다른 기본적 인권과 함께 의견광고도 공공의 복리를 위해서는 제약을 가해야 할 때가 있고 그 남용은 철저히 금지하는 것이 마땅하나 이에 반드시 합리적인 기준이 마련되어야 한다. 의견광고의 확대를 위해서는 반드시 그 내용 뿐만 아니라, 의견광고 실시의 시기, 지면(시간), 방법과 공표된 의견광고의 이해관계자에 대한 반론권의 보장 등도 강구해야 한다는 뜻이다.

III. 최근의 우리나라 의견광고 사례 분석

1. 의견광고와 상업목적의 비교광고

우리나라에서 의견광고가 국민들에게 의미있게 다가간 계기는 1974년 10월 24일 동아일보 기자들의 '자유언론 실천선언' 이후 정치권력에 의해 가해진 동아일보 광고 탄압사건 때이다. 박정희 정권은 같은 해 12월 10일 특수 정보 기관들을 동원하여 동아일보의 대 광고주들로 하여금 광고해약을 요구하게 하고 광고용 동판을 회수해 가게 하는 공작을 벌였다. 1975년 1월에 들어서는 동아방송에 대해서도 광고해약 공작이 진행되었다.

많은 국민들은 궁지에 빠진 동아일보를 돕기 위한 성금 제공의 뜻으로 의견광고의 형식을 빌어 동아일보사와 그 기자들을 격려했던 경우를 들 수 있다. 재야의 민주주의 지도자들은 '한국기독교 교회협의회', '천주교 정의구현 전국사제만', '민주수호 국민협의회' 등을 중심으로 결속하여 동아일보 돕기 운동의 차원에서 광고보내기운동을 벌였는데 이에 힘입어 동아일보의 백지광고란은 각계각층 국민들의 기명·무기명 의견광고로 메꾸어 지기도 했다.

1988년 5월 15일 창간된 한겨레신문은 국민주모금방식으로 창업에 소요되는 자금이 조달되었기 때문에 다른 신문에 비해 훨씬 쉽게 권력과 자본으로부터 자유로운 신문의 모형을 만들어 가고 있는데 이 신문에는 현재 자본가의 입장을 비롯한 다수의 의견은 물론이고 분명한 소수의 의견을 포함하여 정치적 사회적 쟁점을 포함한 의견광고가 자주 실리고 있다.

언론자유의 공간이 확대되면서 의견광고도 대형화 되었고, 언론사가 광고에서의 책임을 절감하지 않아왔던 나쁜 관행을 답습하여 경제적 능력이 있는 사람이나 단체인 경우에는 의견광고

내용의 진실성에 대한 검증이나 광고에 의해 피해를 입게 될지도 모르는 상대방과 우려되는 피해정도에 대한 심사숙고 없이 광고영업의 측면에서지 면이나 시간을 제공하여 의견광고주로 재 등장시키는 경우가 많아졌다.

1995년 10월경 파스퇴르유업(주)은 10월 22일 MBC-TV 저택뉴스의 카메라출동에서 보도한 '항생제 및 고름이 섞인 우유'에 대한 고발내용 가운데 그 예외로서 '일부 우유회사가 불량우유를 걸러내고 위생적인 우유를 만드는 곳도 있다'는 부분적인 내용만을 유리하게 인용하여 '고름우유' 또는 '우유 속에 고름세포' 등의 용어를 사용하여 자사가 제조한 우유의 비교우위를 주요일간지에 광고로 게재하였다. 이에 대해 15개의 우유 등 유제품 제조판매 업자들이 설립한 (사)한국유가공협회는 파스퇴르유업(주)의 광고가 게재되었던 주요 일간지에 '파스퇴르유업(주)의 고름우유'라는 광고를 다시 게재하여 '고름우유' 논쟁이 붙었다. 공정거래위원회는 양쪽이 모두 소비자를 오인시킬 우려가 있는 광고를 하였다는 이유로 부당광고의 중지와 법 위반사실의 공표 등 시정명령을 내렸다.

이에 대해 파스퇴르유업(주)은 자신의 종전광고가 법에 위반된 것이 아니라고 다투면서 1995년 12월 2일 시정명령의 취소를 요구하는 행정소송(10)을 제기하자 유가공협회는 국민일보에 파스퇴르유업(주)의 법 위반사실을 5단 크기의 의견광고로 공표하였다. 그러자 파스퇴르(주)는 한국일보와 한겨레신문에 자신의 광고에 대한 시정명령은 언급하지 않은 채 공정거래위원회가 명령한 '유가공협회의 법 위반사실 시정명령'과 파스퇴르(주)가 운영하는 '민족사관고등학교에 대한 유가공협회의 비방광고에 대한 시정명령' 문안만을 게재한 의견광고로 응수하였다.

공정거래위원회는 1995년 12월 15일, 파스퇴르(주)가 유가공협회만이 허위 및 비방광고를 한 것으로 소비자를 오인시킬 우려가 있는 광고를 하였으며 기만적인 방법으로 우유의 품질에 관하여 소비자를 오인시킬 수 있는 부당한 광고행위를 했다는 이유를 들어 다시 부당광고의 중지와 법위반사실의 공표를 명령하였다.

그러나 파스퇴르(주)는 공정거래위원회를 상대로 다시 '광고행위시정처분취소 등'의 행정소송(11)을 제기하였고 서울고등법원은 이 사건의 광고가 ① 경쟁사업자에 관해 불미한 사실의 광고를 했더라도 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 없고 ② 광고에다 원고측의 시정명령 사실을 언급하지 않고 경쟁사업자가 시정명령을 받았다는 점을 광고한 것은 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 행위라고 평가하기 어려우며 ③ 보통의 주의력을 가진 소비자는 이 사건 광고를 보고 종전광고를 특별히 연상하고 그 내용이 사실인 것처럼 속거나 속을 우려가 없다는 이유로 두 번째 행정처분의 취소를 선고하였다. 12)

한편 첫 번째의 행정소송에 대해 서울고등법원은 파스퇴르(주)가 제기한 행정명령취소 등의 청구에 대해 원고패소판결을 내렸는데 판결의 주요 이유는 다음과 같다. 13)

첫째, MBC 보도를 인용한 '고름우유 광고'는 원고(파스퇴르 유업)를 제외한 유가공업체의 우유가 인체에 해를 끼칠 정도라는 인식을 주어 '경쟁사업자의 상품에 관하여 사실을 과장하는 내용으로 광고하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 행위'로서 유가공업계의 공정한 거래를 저해할 우려가 있다. 둘째, 원고회사가 해명광고를 함에 있어 스스로 과장된 표현인 MBC가 사용한 '고름우유'라는 용어를 사용하고 경쟁사업자의 상품에 관하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 광고를 한 책임을 져야 한다.

위의 '고름우유' 논쟁 광고는 우유업계에서 벌어진 비교광고의 문제로서 상업성이 농후하지만 농촌경제와 국민건강에 미치는 영향이 광범위하다는 점을 고려할 때 광고정보의 정확성에 대한 논란의 여지가 충분하여 의견의 측면(editorial)도 고려해야 할 부분이 있다. 비교광고는 소비자가 경쟁제품을 비교하여 구매할 수 있도록 정확한 정보를 제공하여야 하는데, 이것은 소비자 선택권에 부응하기 위한 것이다. 따라서 비교광고는 그것을 바르게 운용하면 소비자에게 유용할 뿐만 아니라 우수한 제품을 제조·판매하는 광고주에게도 유리한 것이다. 그러나 우려되는 바 또한 없지 않다.

첫째, 비교광고는 자칫하면 사실을 왜곡해 버리고 경쟁 상대방에 대하여 중상 비방을 하게되기가 쉽다.

둘째, 일부분이거나 제한적인 우월성을 근거로 하여 마치 광고주의 제품이 전체적 우월성을 가진 것처럼 주장함으로써 소비자를 오인케 할 우려가 있다.

셋째, 자기에게 불리한 광고를 제시할 사람은 없기 때문에 소비자는 속을 수 있다. 심지어는 상대방에게 불리 할 듯한 자료를 제시한다거나 자기의 고급제품과 경쟁상대의 하급제품을 비교하게 되는 경우도 있다.

넷째, 타사에 대한 비판은 상대방의 반격을 초래한다. 그렇게 되면 진흙탕 속의 개 싸움 마냥 광고의 신용을 실추시키고 소비자의 선택도 혼란에 빠지게 하며 나아가 소송문제로 발전하게 되면 막대한 법률비용이 들게 된다.

따라서 비교광고는 공정한 거래를 저해할 우려가 없도록 사업자 또는 사업자단체가 자율적으로 공정경쟁규약(독점금지 및 공정거래에 관한 법률 제 23 조 제 4 항에 의거) 등을 제정하여 그 허용기준을 합의해 두면 '고름우유사건'과 유사한 사건의 재발은 물론이거니와 위에서 언급한 피해를 미연에 방지할 수 있을 것이다. 그 규약에 담길 중요한 내용으로는 경쟁사업자의 상품과 비교하는 것 자체를 금지하지 말고 의견광고가 부당한 표시를 포함하지 않도록(위의 법 제 23 조 제 1 항 제 6 호에는 사업자 상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인 시킬 우려가 있는 표시·광고를 하는 행위를 금지되는 불공정거래 행위의 하나로 열거 하고 있다) 해야 한다. 그러자면 비교광고에서 주장하는 내용은 객관적으로 실증될 수 있는 것이어야 하고 실증할 수 있는 수치나 사실을 정좌하고 적정하게 인용하여야 하며 비교방법이 공정해야 할 것이다.

일본의 경우에는 부당경품류 및 부당표시방지법(약칭 경품표시)에 따라 광고를 포함한 부당표시 전반을 규제 하고 사업자나 사업자단체가 공정경쟁규약을 체결하고 공정거래위원회의 인정을 받도록 정하고 있다. 공정거래규약은 ① 부당하게 고객을 유인하는 것을 방지하고 공정한 경쟁을 확보하기 위해 적절한 것일 것 ② 일반소비자 및 관련사업자의 이익을 부당하게 해칠 우려가 없을 것 ③ 부당하게 차별적이 아닐 것 ④ 공정경쟁규약에 참여하거나 공정경쟁규약으로부터 탈퇴하는 것을 부당하게 제한하지 않는 것 등의 조건에 맞아야 공정거래위원회의 인정을 받게 된다.¹⁾)

어떻든 업계가 광고활동에 대한 자율적인 규칙을 만들고 정부기관이 이를 승인해 주면 사업자들이 스스로 소비자에 대한 책임을 부담하는 광고를 해 갈 수 있다는 점에서 경쟁기업체 간의 건강한 상거래질서를 수립 시킬 수 있을 것으로 생각된다.

경쟁업체간의 광고공방전은 그밖에도 1996 년 7 월 삼성항공(주)이 자사의 군사기밀 유출사건을 조선일보가 왜곡 보도했다는 의견광고를 전국의 주요일간지에 게재하자 조선일보는

삼성항공(주)을 출판물에 의한 명예훼손으로 고소하였으나 이것은 당시 진행된 조선일보와 중앙일보간의 신문보급경쟁 파고에 묻혀 버렸으므로 이 글에서는 상술하지 않겠다.

2. 판매경쟁이 아닌 의견광고 사례

금년 들어 의견광고는 안기부법과 노동법의 날치기 통과에 항의하는 시민 세력들의 여론 결집을 위한 방안으로 전국의 민주주의 단체들에 의해 부쩍 늘었다. 이에 대한 재인적 반작용으로 노동법의 개정을 찬성하고 파업의 부당성을 지적하는 의견광고가 한 중소기업사장에 의해서 개진되면서 의견광고에 대한 사회일반의 관심이 일기 시작하였다. 노동법 개정은 임금노동에 종사하는 각계각층의 사람들과 규모 여하에 불구하고 임금을 지불해야 하는 기업인 사이의 이해가 첨예하게 대립될 수밖에 없는 문제였다.

우리나라는 물론 해외에까지 진출하여 제조업을 영위하고 있는 중소기업 사장인 제이손산업(주)의 대표이사 이영수 씨(60 세)는 노동법개정(개악)저지를 위해 과업 투쟁을 벌이고 있는 노동운동 지지자들을 향해 들끓는 여론 속에서 파업을 반대하는 자신의 소수의견을 의견광고의 형태로 1997년 1월 18일 동아일보 제 2면에 5단으로 게재하였다. 이 씨는 파업과 같은 집단행동이 위험한 '노동독재권력'을 형성할 우려가 있으며 나아가 국제 노동운동세력의 개입이 민족공동체의 이익에 도움이 되지 않는다는 요지의 주장을 폈다.

이씨는 '언론사에 자신의 의견을 투고했지만 이를 반영해 주지 않아 광고라는 방법을 이용했다 15)고 주장하는 것으로 보아 특정 정치세력이나 관변에 밀착한 인사는 아니라고 생각되는 바, 이제 우리의 사회에서는 기존언론의 보도 해설과 논평에 찬성하지 않는 사람들의 접근권 실현방법으로써 의견표현의 제도적 장치가 필요해졌음을 알 수 있다. 이씨와 같은 의견은 공식 언론매체가 수렴하지 못한 잔류여론의 하나로서 한편으로는 우리언론에게 제기능을 다하지 못했다는 힐난이 되고, 다른 한편으로는 이씨와 같은 의견을 가진 사람들의 의견공표를 위한 시·공간의 제도적 보장방안이 마련돼야 할 시점이 되었다는 경고도 된다. 그래도 이씨의 경우에는 상당한 광고료를 지불하면서 중앙 주요일간지의 하나인 동아일보지면에 접근할 수 있었지만 이씨의 의견광고에 대한 강력한 반박의견을 가지고 있으면서도 경제적 능력이 없는 사람은 이씨와 같은 언론자유를 누리지 못한다는 점 또한 광고언론이 해결해 주어야 할 문제점이다.

이씨는 자신의 의견이 신문에 반영되지 않는 것을 타하면서도 자신은 다시 조선일보 1997년 2월 27일 3면의 하 5단을 사서 "마피아의 총대로 만든 잣대"라는 제목의 의견광고를 실었다. 이 광고는 이씨가 한보비리에 대한 경찰수사결과발표에 불만을 터뜨리면서 최근 권력 중의 권력으로 강력한 실세가 된 검찰을 성토했다는 내용이다. 이 광고의 문제는 광고내용도 지나치게 과장된 수사법을 쓰고 있고 자신의 직접적인 이해관계가 달려 있는 노동문제에 관한 의견광고와는 달리 공동체 전체의 이익과 관련된 자신의 의견을 광고로 게재하면서 지배적인 여론의 하나로 만들려는 적극적인 의도를 광고의 지배(지배)에 깔고 있는 점이다. 검찰의 임무수행과 관련된 비판은 언론의 주요한 기능인 공공환경의 감시에 속하는 것이고, 많은 언론매체가 보도와 해설, 논평을 통해 다양한 형태로 이 기능을 수행하고 있는데도 불구하고 이씨가 의견광고를 내놓은 것은 한 중소기업가의 우려 차원을 넘는 것으로 보여진다. 1의 의견이 군사독재 정권아래서의 광고형태로 표출되었더라면 우리는 그의 용기에 마음으로부터 갈채를 보냈겠지만 문민정부의 검찰이 나름대로

행정권의 일부를 떠맡아 힘겹게 자신의 축적된 수사기술을 발휘하는데 대한 일방적인 공격이라는 데서 이영수 씨의 의견광고에 대한 반론의 필요성이 제기된다. 그러나 공격의 대상이 된 기관은 명예훼손 소송을 제기할 만큼 특정되지 않고 '검찰'일반 이기 때문에 오히려 이 의견광고의 공익성이 의심을 받게 된다. 따라서 이영수 씨의 두 번째 의견광고는 법적으로야 명예훼손여부를 가릴 수 없다 하더라도 좀더 심사 숙고해 보면 광고지면을 살 수 있는 자신의 재정능력을 과시하는 상업적 의도의 표현에 다름 아니다. 문제는 이와 같이 동일인이 의견광고에 대해 묘미를 느끼고 미디어의 효과를 과신하여 유사여론을 조성하려는 움직임이 일부재력가에게 전이될 수 있다는 점이다.

3. 약사명예회복을 위한 비상대책위원회의 의견광고

약사명예회복을 위한 비상대책위원회(이하 '비대위')의 주장에 따르면 '비대위는 약사 행정의 주부처인 보건복지부의 이기호 차관에 대한 규탄성 의견광고를 동아일보 1997년 2월 27일자 2면에 게재하도록 의뢰하였는데 실제 광고에서는 광고문면의 변조가 있었다는 것이다. 이 주장은 한겨레신문 97년 3월 4일자 27면 하 5단 광고를 통해 '비대위'가 다시 의견광고를 게재한데서 확인할 수 있다. 즉 동아일보의 광고에서는 광고제목과 본문 모두에서 자신들의 의뢰내용이 변조돼서 나타났는데 제목 가운데 '보건복지부 차관'이 '보건복지부'로 본문 가운데 '이기호 보건복지부 차관에게...'는 '보건복지부에'로 바뀌었다는 것이다.

동아일보의 하 5단 광고에는 "보건복지부는 특정 집단의 앞잡이인가???"라는 음각의 큰 제목에 왼편에는 "총체적 사회혼란을 틈탄 보건복지부의 기회주의를 규탄한다" 오른편에는 "이젠 정도로 돌아와야 한다"는 소제목 아래 나누어진 본문이 실렸다. 왼편의 광고본문 가운데 '...2. 17 약사법 시행령 개정의 주역 보건복지부에게 묻습니다...' 중 고딕체로 된 '보건복지부에게 묻습니다' 라는 부분이 있었다.

그러나 이 광고의 주장은 약사들의 특수이익과 관련이 있는 사안이기 때문인지 당시로서는 일반적으로 국민 각계각층에 널리 알려진 '공공의 문제'가 아니었다. 언론 매체들은 뉴스가치의 판단과정에서 약사법 시행령 개정에 대해 반대하는 집단의 동향이 시의성과 근접성이 없거나, 중요한 의미가 없거나, 사회적 영향력이 크지 않다고 나름대로 평가하여 보도의 비중을 낮추었을 수 있고, 그것은 언론매체의 정당한 편집권 행사에 속하는 사항이다. 그러나 약사 '비대위'는 약사법시행령이 합리적이고 정당한 논리로 조정되어야 한다는 이유를 내세우며 시행령 개정 주체인 보건복지부의 행정권에 정면으로 도전하는 의견광고를 게재한 것이다.

시행령은 모법인 '약사법'의 시행을 위해 보건복지부 장관에게 위임된 법률종속명령이다.¹⁶⁾ 법률종속명령은 행정입법의 일종인 법규명령이다. 법규명령이란 행정권에 의하여 정립된 법규로서의 성질을 가지고 있기 때문에 국가와 국민에 대하여 일반적 구속력을 갖는 규범이다. 법규명령은 형식적 의미에서의 법률에 속하지 아니함은 물론이나 실질적 의미에서는 법률의 일종이라고 할 수 있다. 따라서 그 정립행위는 형식적 의미에서는 행정이라고 하겠으나 실질적 의미에서는 입법에 속한다.¹⁷⁾ 이 시행령은 보건복지부 장관의 행정법규명령인 바 그 제정권은 장관에게 있고 차관은 보조기관에 불과하다. 그럼에도 불구하고 '비대위'가 차관의 실명을 거론하며 규탄 광고를 시도한 것은 시행령 개정의 처리과정에서 이 차관이 보건복지부 내의

주요임무를 맡았고 이 사실이 국민의 알 권리를 제도적으로 위탁 받은 언론기관에 의해 여과되어 보도되지 않고, 또는 여과되었더라도 일부 유출되어 '비대위'에 흘러 들어간 결과로 보여진다. 그렇다고 해서 '비대위'가 의견광고를 통해 보건복지부의 내부 의사결정 과정에서 장관도 아닌 차관을 비중 있는 특정인사로 보고 실명으로 규탄하는 것은 '공공의 관심 사항이고 공적 인물에 관해 공익을 위해 비판하는 것은 다소 진실과 부합되지 않더라도 자유언론의 숨길 공간으로 보여주는 선진판례 18)로서도 쉽게 받아들이기 어려운 몇 가지 지켜볼 사항들이 있다.

첫째, 비대위는 동아일보에 광고게재 의뢰를 하였고 동아일보는 광고지면의 작성과정에서 '보건복지부 차관 이기호'의 직명과 실명을 실지않았으므로 '비대위'의 광고는 결과적으로 동아일보사의 '광고 지면 작성권'에 의해 조정된 것으로 볼 수 있다 광고지면의 작성권은 편집권의 일부인 광고취급 결정권이다 광고취급결정권은 ① 신문의 전체지면 가운데서 광고게재를 위해 얼마만큼의 지면을 할당할 것인가 하는 문제 ② 특정내용과 방향을 가진 광고의 게재여부를 결정하는 권한을 말한다.19) 이 권한은 관례에 따라 광고국장에게 있는데, 의견광고의 경우에는 광고주가 사실상 신문의 특정지면을 매입하여 특정의견을 선전할 수 있기 때문에 언론매체의 공정성 보장을 위해 광고국장과 협의하거나 광고국장과 편집국장의 상위보직을 맡은 관리 감독자의 지침을 받아 이 권한을 행사해야 정당하다. 의견광고의 무제한한 허용은 자본력의 적나라한 지배에 언론매체의 특정 지면이나 특정 시간을 특정 집단에게 개방하는 한편으로, 자본력의 지원을 받지 못하는 반대의견에 대해서는 자유로운 공표를 억제하는 결과를 가져온다.20)

그러므로 본건의 의견광고는 제1차적으로 동아일보사와 한겨레신문사의 도덕적·법적 정당성과 결부되어 판단되어야 할 대목으로 여겨진다. '비대위'가 자신이 의뢰한 의견광고의 일부문구가 동아일보 지면에서 일부 변경 되었다는데 대해 책임을 물으려면 그 제 1 차적 당사자는 동아일보 광고 담당 책임자여야 마땅하다. 그러나 동아일보는 신문광고윤리강령에 따라 광고주의 의뢰내용 가운데 일부를 변경했다고 떳떳이 답할 수 있을 것이다. 신문윤리강령은 신문광고가 독자에게 이익을 주고 신뢰 받을 수 있어야 한다고 포괄적으로 밝히고 있는 바, 동아일보는 약사들의 이익이 아니라 독자들의 이익과 독자들의 신뢰를 우선해야 한다고 판단했을 수 있다. 또한 동아일보는 신문의 품위를 손상시키지 않아야 하고 관계법규에 어긋나는 것이어서는 안 된다는 윤리강령규정에 따라 광고문구 일부를 수정했을 수 있고, 이것은 전체적으로 보아 광고주의 의사를 존중하지 않았다고 말할 수 없는 것이다. 또한 광고윤리강령에 따라 신문광고는 그 내용이 진실이어야 하고 과대한 표현을 해서는 안되므로 확인되지 않은 내용을 의견광고 문면 중에서 삭제했을 수 있다. 그러나 그것은 동아일보가 신문광고매체로서의 윤리적 의무에 많은 노력을 기울인 것이지 의견광고의 내용을 변조한 것이 아니다.

한겨레신문에 실린 '비대위'의 광고 역시 한겨레신문의 도덕적 판단에 따라 편집권 중의 광고취급결정권을 행사한 것이므로 '이기호 보건복지부 차관이 광고변조에서 주도적 역할'을 했다면 달리 나무랄 이유가 없다 다만 의견광고라고 하더라도 국민의 건강을 담보하고 있는 약사와 그 행정 기관인 보건복지부의 이기호 차관과의 다름에서 '문민정부 막가파'라는 용어가 사용되고있는 것은 한겨레 신문의 편집권 중 광고취급결정권이 미치는 광고지면이라는 점을 고려할 때, 독자로서 유감스럽고, 한겨레신문의 품위를 손상할 우려가 있다는 판단을 하게 된다. 다시 말하자면 한겨레신문은 동아일보 광고와의 차별성에만 관심을 기울일 것이 아니라

일방적이고 사실확인이 없는 약사 '비대위'측의 의견광고 게재요구를 거절하는 것이 동업자로서의 건전한 상업윤리요 언론의 고결성을 지키는 올바른 광고주의 자세라고 믿어진다는 뜻이다.

여기서 참고해 볼만한 자료로 1970 년의 '시카고 연합의류노동조합 대 시카고 트러블 신문 사건 2)에서 법원은 광고게재를 거부한 신문사의 입장을 지지하는 판결을 내린점을 주목할 수 있다. 의류노조는 비 노조계열사에서 만든 의류와 수입의류를 판매하는 백화점을 비난하는 내용의 광고게재를 요구했으나 거절당했다. 그러자 노조는 신문이 공공의 광장(Public forum)으로서 자신들의 광고를 실어줄 곳을 요구했으나 법원은 오히려 시카고 트러블 신문의 광고거부권을 인정 했다.

그러나 여기서 간과해서는 안 되는 것으로 약사 '비대위'가 보건복지부의 행정의사결정에서 이기호 차관이 시행령 개정을 주도하였다는 사실을 어떤 방법으로 인지하였고, 동아일보 광고 문면을 고치는데 이 차관이 어떤 방법을 동원했는지에 대해 취재함에 있어 '비대위'는 언론기관과 같은 특권이 없다는 점이다. 보건복지부의 약사법시행령 개정에서는 이 차관이 특정 집단의 앞잡이였는지와는 별도로 비대위가 합법적이고 정당한 방법으로 행정의사결정과정에 관련된 정보를 입수했는가 의문이 생긴다. 또한 이 차관이 동아일보사의 의견광고의 문면을 변경하도록 압력을 가했다는 사실이 있는지에 대해서도 '비대위'는 정당하게 사실을 인지 했는지의 여부와 그 사실의 진실성에 대해서도 밝혀야 한다.

독재 정권치하도 아닌 현재의 문민정부 아래서 동아일보사가 일개 차관의 광고탄압에 의해 무력하게 광고문안의 일부를 변경할 만큼 용기가 없을리 만무하다. 그런데도 약사 '비대위'가 한겨레신문에 실린 의견광고의 주장에 의해 동아일보는 자신의 명예를 크게 훼손당했으므로 공익을 위해 필요한 법적 조치를 취할 수도 있다. 이때 약사 '비대위'와 한겨레신문은 공동으로 책임은 져야 할 것이다. 동아일보사가 소송을 제기 할 경우 비대위는 대표 또는 광고관련자의 민형사상의 책임 모두에서 자유로울 수 없을 것이다. 소송이 제기 될 때 외국의 판례에 견주어 보면 그 판결은 한겨레신문도 고의든 과실이든 간에 동아일보사에 손해보상이나 위자료(민법 제 750 조)를 물어야 하고 동아일보사의 명예회복에 적당한 조치(민법 제 764 조)를 취하지 않을 수 없다고 하겠다.

지금까지 우리나라에서는 사법적 책임과 도덕적 문제가 엉켜진 의견광고가 자유언론의 숨실 공간을 목 죄어 온 바 사실이지만 기사가 아니라 광고라는 일반의 판단 때문에 사각지대에 방치되어 너그러운 양해를 받아왔다. 그러나 사상적·이데올로기적 의미의 메시지가 아닌 한, 거의 아무런 규제도 없이 선악정사를 구별하기 어려울 만큼 수많은 정보가 넘쳐나는 오늘날, 의견광고라는 이름으로 언론매체가 지면과 시간을 팔아 돈만 내면 누구에게나 이를 사서 사실검증조차 되지 않은 의견이나 지나치게 일방적인 주장을 싣도록 방임하는 것은 공공의 이익을 위해서 좋지 않은 처사이다.

IV. 의견광고 관련 판례로 본 제도적 문제점

1. 의견광고의 상업성 여부

의견광고의 주체는 일정한 대가를 지불하고 지면이나 시간을 구입한 광고 의뢰자와 이를 제공한 미디어사업자를 모두 포함한다. 미디어 사업자측에서 보면 의견광고는 분명히 상업적 이다. 미디어 사업자는 미디어의 전달 내용을 작성하기 위하여 언론자본을 직접 투자하였으나 의견광고의 경우에는 사회적인 선택행위만으로 지면이나 시간을 메울 수 있다. 의견광고의 내용을 빼놓고 보면 의견광고 역시 미디어기업의 상업적 존재목적과 완전히 동떨어진 것은 결코 아니다. 미디어기업은 공공복지라는 견지에서 허위, 과장, 사기 등의 방법으로 독자나 시청자를 실망에 빠뜨리거나 오도할 우려가 있는 광고를 규제하기 위해 그 지면이나 시간의 제공을 거부할 수는 있다. 그러나 현재로서는 이러한 고차적인 가치 판단은 일상적으로 계속되는 것이 아니어서 다른 상업광고와 마찬가지로 미디어 기업의 영리적 활동 범위에 의견광고 역시 포함되는 것으로 봐야 한다. 기사와 휘쳐(feature)뿐만 아니라 광고를 포함한 모든 메시지는 언론기업의 상업적 이윤창출을 목표로 편집, 편성된 것인 만큼 자본주의 사회의 미디어 기업체가 추구하는 영리성을 그 주요한 본질적 속성으로 한다. 미디어 기업의 경제적 동기에 기초하여 게재 또는 방영되는 의견광고가 물론 똑같은 사회적 효과를 가져오는 것은 아니지만 의견광고 그 자체가 미디어 기업의 영리행위 대상이 라는 것은 부인 할 수 없는 사실이다. 미디어 기업이 국가 기간산업 이상으로 공익을 추구하는 기업자세를 견지 해야 한다는 당위에도 불구하고 이미 그것의 사적 이익추구와 미디어 기업 상호간의 시장경쟁은 우리에게 의견광고 자체의 영리성 여부를 판단할 필요성을 부인하게 한다.

의견광고 의뢰자는 오히려 정치적, 사회적 쟁점화를 위해 의견광고를 내는 경우가 많기 때문에 의견광고가 자신의 상업적 이윤추구가 상관없다고 주장할 수도 있으나 상업적 단체들이 그들의 정치적, 사회적 비평활동의 일환으로 상업정보의 확산과 공공 커뮤니케이션(Public Communication)을 위해 미디어에 의견광고를 의뢰하는 경우도 잦다.

예를 들어 미국의 경우 모빌사(The MobilCorp)가 자주 뉴욕 타임즈에 의견광고를 게재하고 있고 태평양 가스전기회사도 300 만에 달하는 소비자에게 가스를 포함 에너지 문제나 가스 이용방법과 관련된 정보를 유통시킬 목적으로 월간뉴스레터를 발행하고 있다. 듀폰사는 12 쪽짜리 타블로이드 신문을 만들어 약 15 만 명의 사원과 은퇴 사원들에게 화학관계기업의 뉴스를 전달하고 있다. 그 밖의 회사들도 광고, 기업보고서, 비디오물 등을 통해 공공 커뮤니케이션 활동을 하고 있다.22)

우리나라에서도 대구그룹을 비롯하여 다수의 기업 집단들이 신문형태의 사보를 만들어 사내 외에 배포하고 있다. 이들 기업의 미디어가 반드시 상업적 메시지만을 게재하지 않는 것은 사회 언론매체가 공익적인 메시지만을 게재하지 않고 광고도 실는 것과 같은 이치이다.

미국 연방대법원의 최근 판례는 이윤을 목표로 가동하는 기업체에게도 수정헌법 제 1 조에 의한 발언의 자유가 있고, 소비자들도 기업체의 발언을 청문할 권리가 있음을 인정하였다 1978 년의 한 대법원판례는 이윤추구를 목적으로 어떤 회사가 정치적 투표에서의 정치광고 비용으로 여러 단체들에게 자금을 공여 하는 것이 수정헌법 제 1 조에 부합된다고 밝혔다. 또한 대법원은 민권단체나 낙태 합법화 반대 운동단체와 같은 비영리의 이데올로기적 결사체는 더 많은 발언권을 가져야 하는 것과 마찬가지로 로비단체, 노사관련기구, 증권거래기구들에게도 자유언론의 문제는 똑같이 중요한 것이라고 덧붙였다.23)

미디어사업체가 아니더라도 기업체나 법인단체들은 의견광고를 통해 자신들의 정치적 신조나 사회적 전해를 많은 사람들에게 널리 알릴 수 있는 것이 현실화된 오늘의 시점에서 의견광고를 상업성이라는 척도에 의해 일반광고와 구분하는 데는 상당한 무리가 따른다.

미국대법원 판사들의 판단도 상업광고와 정치적 광고의 판단에 대해 완전한 의견일치를 보이고있는 것은 아니다. 'virginia 약사국 사건'이후 상업적인 광고도 수정헌법 제 1 조에 의한 표현활동 가운데 하나로 보호를 받게 되었기는 하지만 상업성이 농후한 광고는 정치적 광고에 비해 좀더 많은 규제를 받는 것이 사실인데 이것을 의견광고의 비 상업성으로 연결시키는 것은 지나친 비약이다.

1976 년의 버지니아 약사국 사건을 간략히 정리해 보면 다음과 같다.²⁴⁾ 버지니아 주 소비자위원회는 약제처방의 가격을 광고하지 못하도록 규정한 주 약사국의 금지규범이 수정헌법 제 1 조에 의해 보호되어야 할 국민의 알 권리를 침해한 위헌이라고 주장하며 제소했다. 이 사건의 연방대법원 판결문을 작성 한 Blackmun 판사는 상업 광고도 소비자에게 필요한 정보를 제공하는 이상, 소비자의 정보 취득권을 존중하여 헌법상의 자유권을 인정해야 한다는 요지의 판결이유를 밝혔다. 이 판결은 뉴욕 주에서 합법적이지만 버지니아 주에서는 불법인 낙태시술의 의료업소가 버지니아주의 한 주간신문에 게재한 광고에 대해 그 합헌성을 인정 받은 'Bigelow 사건'²⁵⁾이 사례별 이익형량에 의해 상업광고의 자유를 보장하는 데서 한걸음 더 나아간 것이다. 즉 상업광고도 소비자에게 필요한 올바른 정보를 제공한다면 절대적 보호를 해야 한다는 점에서 광고활동의 합헌성인정 범위를 확대시킨 것이다. 다시 말해 법원은 정부가 어떤 방식으로든 허위 광고나 소비자를 오도하는 광고 또는 불법적으로 제품이나 용역을 판매 촉진하려는 상업 광고는 합헌적으로 금지할 수 있지만 광고 내용이 진실하고 공공적 관심사의 요소를 포함하고 있으면 이를 표현의 자유로 보아 헌법상의 보호를 해야 한다는 뜻이다.

정치적 광고에서는 그것을 금지할 때의 사회적 비용이 매우 크기 때문에 상당한 정도의 허위사실도 어쩔 수 없이 허용하고 있는 현실에 비추어 소비자의 기본적 필요를 충족시켜 주기 위한 상업광고에 대해서 어떤 규제를 가하는 것은 형평을 잃은 처사일 수 있다. 따라서 광고를 상업적 광고와 정치적 광고로 분류하여 의견광고를 비상업적인 것으로 보거나 정치적인 것으로 보는 것은 의견과사상을 표현하고 싶은 일반공중의 권리를 제약하는 논거로 이용될 수 있는 단점이 있다.

2. 의견광고의 헌법상 지위에 관한 외국판례

의견광고가 각국 헌법이 보장하고 있는 언론, 출판의 자유에 해당하는지를 판단했던 주요사건들을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 뉴욕타임즈 대 설리번 사건

1960 년 3 월 29 일자 뉴욕타임즈에는 "그들의 비등하는 목소리에 귀를 기울이라"는 제목하에 전면광고가 게재되었다. 이 광고는 남부흑인학생들의 인권투쟁과 그 과정에서 불어 닥친 테러의 물결을 예증하고 나아가 학생운동을 지원하고 투표권 획득을 위해 벌이는 싸움에서 위증죄로 기소된 Martin Luther King 목사의 법적 방위라는 3 가지 목적 수행에 필요한 기부금 출연을

호소하는 광고였다. 이 광고에는 남부각계에서 활동하는 64 명의 지도자(이 중 20 명의 목사 포함)가 이 모금운동을 지지한다는 내용도 들어 있었다.

이 광고에 대해 알라바마 주의 몽고메리(Montgomery) 시 경찰책임자인 Sullivan 은 광고문 10 개 문장에서 4 개의 문장을 골라 그 가운데 일부가 사실을 왜곡하고 경찰의 명예를 훼손하였다면서 목사 4명과 뉴욕타임즈사를 상대로 50만 달러의 손해배상을 요구하는 민사소송을 제기, 알라바마 주 대법원에서 승소판결을 얻어냈다. 뉴욕타임즈의 불복으로 연방대법원에 상고된 이 사건의 최종심 판결은 알라바마 주 대법원이 본건의 명예훼손적 표현은 유료의 상업적 광고의 일부이었기 때문에 수정헌법 제 1 조의 보호대상에서 제외된다고 판시 한 것을 파기 하고 의견광고가 소수의견의 발표공간이 된다는 점을 환기시켜 주었다. 판결문 가운데 의견광고와 관련된 부분을 요약하겠다.

Brennan 판사는 "알라바마 주 대법원의 주장은 Valentine 대 Chrestensen 사건 26)과 같은 논지를 펴고 있으나 이 사건은 그와 완전히 다른 것이다. 이 사건에서의 표현은 크리스텐션 사건에서 사용한 '영리적 광고'가 아니다. 이 광고는 정보를 전달하고, 의견을 진술하고, 불만을 호소하며 권리의 남용에 항의하는 내용들이 어서 그 존재와 목적이 무엇보다도 공공의 이익과 관심이 지대한 사회운동을 절치기 위해 재정적 지원을 구하는 것이었다. 뉴욕타임즈가 이 광고물을 게재하고 광고료를 수취한 것은 신문과 책을 판 것과 사실상 같은 맥락에서 비물질적인(immaterial) 것이다.

이와 같은 형식의 의견광고 게재를 불허하게 되면 신문사의 의욕을 끈을 수 있고 언론인이 언론의 자유를 행사하고자 원하면서도 출판시설에 액세스할 수 없는 사람들에게 정보와 사상전파의 중요한 출구를 봉쇄하는 일이 될 것이다. 이렇게 되면 다양하고 상반되는 정보원칙으로부터 될 수 있는 한 광범한 정보의 전파를 보장하려고 하는 수정헌법 제 1 조에 족쇄를 채우는 일이 되고 말 것이다. 표현의 자유에 대하여 이와 같은 제약을 가하는 일을 피하기 위해 문제가 된 명예훼손적 진술이 비록 유료광고의 형식으로 표출되었다고 하더라도 헌법상의 보호를 받지 못해서는 안 된다"고 판시하였다. 27)

이 사건의 판결요지는 '광고내용이 공익적이면 순수하게 영리적인 광고라고 말할 수 없고, 유료의 형태를 띤 언론활동으로 보아 수정헌법 제 1 조에 의한 보호를 받아야 한다'라고 하겠다. 이 판결이 인쇄매체의 광고활동과 관련하여 가지는 의의는 Valentine 대 Chrenstensen 사건 판례를 의견광고의 위헌성판단에서 더 이상 적용하지 않게 되었다는 점이다. 널리 알려진 것처럼 이 사건은 상업적 광고는 그 중 일부가 정치적 성격을 띤 항의를 포함하고 있더라도 규제기관의 합법적인 명령을 피해 나가기 위한 단순한 핑계에 불과한 것으로 판명될 때는 순전히 상업적인 광고로 보아 수정헌법 제 1 조에 의한 보호를 받을 수 없다'는 것이다.

(2) Tornillo 대 Miami Herald 사건

이 사건은 신문의 선거관련 보도 내용에 대해 불만을 가진 당사자가 유료로 그 신문의 광고란을 이용하여 자신의 견해를 피력할 수 있는가에 대한 미국 수정헌법 제 1 조의 적용 여부이다. 사건이 발생한 Miami 주는 프랑스법문화의 영향을 받아 미디어에 대한 반론권이 보장되어 있는 지역이었다. 사실 미디어의 소유자나 경영자들은 자신들의 언론자유만이 헌법적 보장을 받는

것으로 생각하고 정부의 직접적이 고도 노골적인 공격을 방어 하면서 쟁취 한 언론자유를 독점하려고 한다. 그러나 언론에 의해 자신의 권리를 부당하게 침해 당했다고 생각하는 사람들은 토론의 자유를 요구한다. Barron 은 미디어의 생존조건이며 생계수단인 광고에의 접근이나 반론권의 확보가 이 요구조건을 충족시켜 줄 수 있는 구제수단이라고 보고 있다.28)

그러나 광고는 미디어 경영주의 이데올로기 그 자체이기 때문에 이념의 측면에서 광고란에의 완전한 악세스인 의견광고는 그렇게 쉽지 않은 것이 사실이다.

가. 사건의 경과

Miami Herald 는 Tornillo 가 1968 년 Dade 군의 교사협의회 지도자로서 공립학교 교사파업을 불법으로 인정한 주법을 어기고 파업을 지도한 범법행위자라는 요지의 논평을 싣고 유권자들이 Tornillo 를 입법부에 보내는 것은 용서할 수 없는 일이라고 덧붙였다. 이에 Tornillo 는 플로리다 주법 30) 상의 반박권(a right of reply)에 의거하여 Miami Herald 지의 공격에 대해 반론기회의 제공을 동시에 요구하는 소송을 제기했으나 하급심은 주법상의 반박권 규정은 수정헌법 제 1 조와 배치되어 합헌적이 못 된다고 판결하자 이에 불복, 항소하였다.

나. 법리 논쟁과 최종심 판결 요지

Tornillo 의 항소에 대하여 Herald 지는 플로리다 주법상의 반론권 규정이 법적 보상이나 정당한 절차 없이 신문발행인의 재산권을 박탈하여 연방수정헌법 제 1 조와 제 14 조 31) 및 플로리다주 헌법 제 1 조 제 9항을 위반하는 위헌이라고 주장하며, Red Lion 방송사 사건(1969)3)에서와 같은 규정은 방송에만 적용되는 것이지 신문에는 적용될 수 없다는 입장을 견지하였다.

그러나 Florida 주 대법원은 다수결로 신문의 반론권 규정은 수정헌법 제 1 조의 유효성 검증을 통해 합헌성을 갖게 되는 것이라고 보아 Tornillo 에게 승소판결을 내려 하급심 결정을 번복했다. 주 대법원은 주 헌법에 의한 반론권 규정과 수정헌법 제 1 조가 고전적으로 보호하려는 언론 내용에 대한 직접적인 제한 사이에는 중대한 차이가 있음을 강조하면서 다음과 같이 판결이유를 밝히고 있다. "여기서 고려되는 법규정은 정보와 사상의 자유로운 흐름을 촉진하려는 것을 목적하는 것이지, 수정헌법상의 권리나 사전 억제를 통해 침해하려는 것이 아니다. 그 이유는 신문의 어떤 특정 내용도 제외되어서는 안되기 때문이다. 완전하고 공정한 토론을 위 해서는 추가정보를 금지하는 것이 아니라 더 요구되어지는 것이다. 표현의 자유는 선택된 특정소수가 아니라 모든 사람들에게 보장되는 것이다. 수정헌법은 신문산업의 제도적 독점을 통해 수정헌법에 보장된 표현의 자유를 누리는 사람들에게 이 자유의 거부를 가능케 하는 한 특권계급의 창조를 허용하지 않는다."33)

Miami Herald 지는 주 대법원의 판결에 불복하여 연방대법원에 상고하였다. 연방대법원은 1974 년 1 월 14 일 구두변론을 거쳐 같은 해 6 월 25 일 전원 일치로 플로리다주 대법원의 판결을 파기하였다.34) Burger 대법원장이 직접 작성한 판결문은 "정치적 공직에 입후보한 사람이 자신의 성격과 공식적 이력사항에 대해 비판한 신문사에 대해 반박할 수 있는 동일지면의 무료제공을 규정하고 있는 플로리다주법은 위헌"이라고 밝히고 신문매체에서는 방송언론에서처럼 반론으로서 의견 광고권의 권리가 주어질 수 없다는 입장을 취했다. 다시 말해 연방대법원은 플로리다주법에 의한 반론게재의 강제는 신문이 정부의 간섭이나 명령에 따르지

않고 자유롭게 지면을 결정 할 수 있는 권리를 침해하여 수정헌법 제 1 조의 권리를 부인하는 위헌이라고 보아 의견광고의 게재여부에 대한 판단권이 당해 신문사에 있음을 확인한 것이다.

(3) 산케이신문 대 일본 공산당 사건

가. 사건의 경과 36)

산케이신문 1973 년 12 월 2 일자에는 "전약 일본공산당 귀하 확실히 해 주시요"라는 제목의 의견광고가 자유민주당의 이름으로 실렸다. 이 광고는 니혼게이자이(일본경제) 신문에도 게재되었는데 일본 공산당 측은 두 신문에 대해 동일지면의 무료반론 광고 게재를 요구했다. 두 신문이 공산당의 요구를 거절하자 공산당은 두 신문에 대해 취재를 거부하였다. 그러나 니혼게이자이는 무료 반론게재를 수락할 수 없으나 당분간 자숙한다는 견해를 표명한 반면, 산케이는 공산당을 비난하는 논설을 게재하면서 정면 승부에 나섰고 공산당도 자신의 기관지인 '적기'에 산케이를 비판하는 논평을 실어 일대 논전을 전개했다.

나. 법정소송과 판결

일본공산당은 '산케이'를 상대로 무료의 반론광고게재를 요구하는 민사소송을 제기하였다. 가처분소송은 1974 년 2 월 8 일 제기되어 같은 해 5 월 14 일 동경지방법재판소 민사 9 부에 의해 기각되었으나 공산당은 7 월 31 일 본안 소송을 제기하였다. 약 3 년간에 걸친 심리를 거쳐 1977 년 7 월 13 일 제 1 심 재판부는 "산케이 신문이 자민당의 광고내용이 부당하지만 위법하지 않았다고 판단하여 게재한 것은 산케이 신문 자신의 품위를 저하할 우려는 있겠으나…… 명예훼손에 이르지 않는 이상 법원이 관여할 바 아니고, 위법의 단계에 이르지 않은 행위는 법적으로 허용되는 것이며, 다만 양식의 문제로 남는 것이기 때문에…… 청구의 이유 없다"37)며 일본공산당의 주장을 받아들이지 않았다. 공산당 측은 불복항소 38)와 상고를 했으나 1987년 4월 24 일 최고재판소에 의해 원고패소판결이 확정되었다.39) 재판이 진행되는 도중일본공산당은 '정치적 평론은 그것이 혹 틀린 것일지 라도 그에 상응하는 방법으로 행해진다면 언론의 주고받음을 통하여…… 머지 않아 저절로 일정 한 결론에 도달할 것이다. '라는 견해를 보였다. 여기서 공산당이 말하는 '상응하는 방법'이란 예를 들어 서로의 기관지를 통하여 정견을 주고받는 것이라고 하겠지만 의견광고도 쌍방간에 공평한 기회를 보장할 수만 있다면 정치평론 당사자간의 의견교환과 상호설득을 통한 합의도달의 좋은 방법이 될 수도 있을 것이다. 이 사건은 국민의 정치적 의사형성과 정권장악을 목표로 하는 합법적인 공 당으로서나 국민의 표현자유를 대행하는 언론기관으로서나 참으로 안타까운 일이 아닐 수 없었다.

V. 결론과 제언

시민의 권리로서 표현의 자유는 원하는 사람 누구나 자기의 사상, 양심, 능력 등을 많은 사람들에게 제시할 수 있는 자유를 말한다. 현대사회의 상황을 고려하려면 표현의 자유를 제도적으로 대행하는 언론기관과 많은 수신자 사이에 입장을 서로 자유롭게 바꾸어 놓을 수 있게 된다면, 표현의 자유는 한층 특이 넓어진다. 그러나 이런 경우는 실제로 존재하기 어렵고 소수의

신문과 방송이 보도를 중단 40)하고 일반시민들은 많은 사람들을 향해 자기의 의견을 표현할 기회를 갖는 일이 거의 없었다.

사실상 '사상의 자유시장'은 정보송신자와 정보수신자의 완전분리 및 정보송신자에 의한 정보수신자의 기회박탈로 그 의미를 잃었기 때문에 일반시민들이 정보송신주체로서의 지위를 회복하기 위해서는 마땅히 액세스의 권리가 확보되어야 한다. 최근 들어 의견광고는 바로 액세스의 권리를 보장하는 유력한 수단의 하나로 인정 되고 있다. 액세스권의 하나로 의견광고는 언론자유의 보장에 대한 사람들의 선입관을 크게 바꿔 놓고 있는 중이다. 즉 과거에 언론의 자유는 정부의 규제가 없는 것을 상정하는 것이었으나 이제는 소수재력가의 언론자유 농단을 비판하고 언론의 실질적 자유를 확보하기 위해 정부의 규제가 필요하다는 발상의 전환을 요구하기에 이른 것이다. 송신자인 언론기관 중심주의 언론자유는 반드시 언론의 독점을 남고 언론에서의 평등을 실현하지 않을 때 상징적 폭력으로 변할 수도 있기 때문에,공공의 공간(Public forum)으로서 언론매체의 시간과 지면은 공유되어야 한다. 의견참고는 바로 공공의 광장 가운데 하나이다. 언론사가 모든 의견광고를 허용할 수는 없겠지만, 일단 의견광고를 게재하기로 마음먹은 경우에 의견광고가 상징 적 인 표현으로 타인의 명예와 신용을 손상시키지 않도록 하기 위하여 적극적으로 자본과 권력모두의 힘을 빌려 언론의 평등성을 보장할 규칙들을 검토할 때가 되었다.

첫째, 일반시민들은 의견광고의 개념을 공유해야 한다. 언론매체에의 접근권인 의견광고와 판매촉진을 위한 광고의견은 명백하게 다르다. 따라서 광고주의 태도를 공시하는 의견광고와 상품이나 상사의 비교장고를 구분할 수 있어야 한다.

둘째, 비교광고에 대해서는 행정적인 규제일변도로 대응하지 말고 공정거래위원회가 법에 의하여 동일업종 간의 '공정경쟁규약'을 조속히 제정하도록 행정지도 할 필요가 있다. 그 규약에는 광고를 통한 상품비교의 기준과 방법, 규약위반자에 대한 제재방법, 광고분쟁조정기구의 구성과 권한 등을 포함하도록 한다.

셋째, 언론매체는 특정의 의견광고가 언론의 자유를 충분히 누리지 못하는 개인이 나 집단의 보충적 권리로서 행해지는 것인지 소집단적 이기주의를 감추고 언론매체라는 공공의 광장을 이용하여 특정의 관료나 경쟁자를 공격하는 부정적인 것인지를 충분히 심사하여야 한다. 의견광고는 긴급을 요하는 보도나 해설이 아니므로 광고취급결정권자는 자사의 편집방침과의 정합성 여부를 검토하고, 공익을 위해 필요한 것인지를 심의하여 광고게제 여부를 결정하여야 한다는 뜻이다.

넷째, 한국신문협회나 그 산하 광고협의회 및 한국방송협회는 점증하게 될 의견광고 수요에 대비하여 의견광고 수용기준을 마련할 것을 권고한다. 의견광고가 기득권을 가진 사람들의 목소리를 증폭하는데 그치지 않도록 하기 위하여 공격적인 입장을 취한 최초의 의견광고주에게 따른 제기자의 광고경비 가운데 적어도 50%(또는 그 이상)를 부담하도록 하고 이를 광고료 지불과 동시에 의무적으로 예치할 수 있게 하는 자율적인 규정을 만들어 두면 방어자가 적절한 반론기회를 제공 받는데 도움이 될 것이기 때문이다.

다섯째, 의견광고를 수용할 각 언론사는 의견광고에 의한 명예훼손 소송이 제기되면 의 견 광고주와 함께 피고로서의 소송당사자가 된다는 점을 감안하여 의견광고주와의 광고계약 문면에 당해 의견광고로 인한 민형사상의 책임을 의견광고주가 전면적으로 부담하게 됨을 명기하여 분쟁에 대비하여야 할 것이다.

여섯째, 보험업계도 의견광고에 의해 개인이나 집단의 명예훼손이라는 위법행위가 발생한 경우에 그 책임을 부담할 수 있는 보험 상품, 예컨대 손해배상금 또는 위자료를 갚아줄 명예훼손 책임보험을 개발하여 의견광고로 인한 피해자의 손해를 배상하는 매카니즘을 갖추는 것이 좋을 것이다. 어쨌든 언론매체에서의 모든 논평기능을 확대하되 경제적 약자나 창조적 소수의 의견이 일방적으로 억압되는 불공정을 어느 정도 완화하고 언론매체의 의견독점으로 인해 표현활동에서 소외된 사람들은 의견의 대량적 공표기회를 가질 수 있으며, 의견광고주의 부당한 공격으로부터 인권침해를 받은 사람들이 피해를 최소화하고 그 복구에 만전을 기할 수 있는 대책을 강구해 두자. 이것이 오늘날의 매체환경에서 언론민주화를 위한 확실한 실천방법의 하나가 될 것으로 생각해본다.

주

- 1) Gillmor, Donald M. and Jerome A Barren, Mass Communication Law-cases and comment, (4th ed.) West Publishing Co. 1984, pp.611-612.
- 2) 북경광파(방송)대학 신문계 광고학교실(편), 『광고학』, 중국 라디오 TV 출판사, 1993, pp.54-55.
- 3) 박종렬, 『정치광고와 선거전략』, 청림출판사, p.25.
- 4) 위의 책, pp.31-32.
- 5) 같은 책, p.32. 요지를 필자가 다시 정리함.
- 6) 22 Ohio N.P, (n.s.) 255, 31 Ohio Dce. 54. (c.p.1919).
- 7) Bloss v. Federated Publications, 380 Mich. 485, 157N. W. 2d. 241 (1968).
- 8) J. Barren, "Access to the Press A New First Amendment Right", 80 Harv. L. Rev. 1641 (1967).
- 9) Zuckman, Harrey L. et al. Mass Communication Law In A Notshell. West Publishing Co. 1988, pp.350-352.
- 10) 서울고등법원 사건번호 95 구 35274 (1995. 12. 2).
- 11) 서울고등법원 사건번호 95 구 37904 (1995. 12. 15).
- 12) 서울고등법원 사건번호 95 구 37904 (1995. 2. 27 선고).
- 13) 서울고등법원 사건번호 95 구 35274(1995. 2. 27 선고)
- 14) 甲斐義弘 정수, 판예부 육법전서, 김원서, 1997, p.1679.
- 15) 바른 언론, 1997. 3. 8.
- 16) 김도창, 『전정 행정법론(상)』, 청운사, 1978, p.209.
- 17) 이상규, 『개고 행정법론(상)』, 법문사. 1979, p.314.
- 18) 언론의 공적 책임을 말할 때 현실적 악의(Actual Malice)가 없으면 면책된다는 판례를 상징한 것임.
- 19) 유일상, 『언론윤리법제론』, 아침, 1994, p.69.
- 20) 위의 책, 같은 곳.

- 21) Chicago Joint Board of Amalgamated Clothing Workers V. Chicago Tribune Co. 307 F. Su. p.422(1969).
- 22) Middleton, Kent R. & Bill F. Chamberlin, The Law Public Communication, longman, New York, 1991, PP.279-280.
- 23) 위의 책, p.280.
- 24) Virginia State Board of Pharmacy V. Virginia Citizens Consumer Council Inc.425 U.S.748 (1976).
- 25) Bigelow V. Virginia, 421 U.S.8n (1975).
- 26) Valentine V. Chrestensen 316 U.S. 52 (1942) .
- 27) New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 254. (1964) . Brennan 판사가 작성 한 판결문 중 일부 요약.
- 28) Barren, J.A 김병국(역), 「누구를 위한 언론자유인가」, 고시계, 1989, pp.16-18.
- 29) Miami Herald Publishing Co. V. Tornillc, 418 U.S.241 (1974).
- 30) 1913 년에 시행된 Florida 주 선거법에 따르면 신문사발행인은 정치공직후보자의 인격적 특성을 공격하거나, 공직자로서의 위법행위나 직권남용 등의 불법행위가 있다고 비난했을 때, 그 신문은 즉시 당해 후보자에게 무료의 지면을 제공하여 비난 받은 당초의 지면과 같은 유형으로 광고를 할 수 있게 하되 그 지면이상을 제공 할 수는 없다. (플로리다 주 선거법 104. 38) 또한 이규정에 따르지 않는 사람이나 회사는 형사상 제 1 급의'품위추락의 죄'를 범하는 것으로 규정되어 있다. 그런데 이 규정이 약 반세기 동안 사람들의 관심을 끌지 못해오다가 1972 년 미국민주당하원의원 후보자 지명전에 출마한 Pat Tornillo 에 의해 법정문제화 되었다.
- 31) 어느 주도 미국시민의 특권 또는 면제를 제한하는 법률을 제정하거나 시행하지 못하며 법률에 정하는 정규의 수속에 의하지 아니하고는 누구에 대해서도 생명,자유 또는 재산을 박탈하거나 법률에 의한 균등한 보호를 거부하지 못한다. /1868 년 확정
- 32) Red Lion Broadcasting Co. V. FCC 395. U.S. 367(1987).
- 33) 287 So. 2d 78, pp.82-83 (1973).
- 34) Miami Herald V. Tornillo, 앞의 판결 (1934)
- 35) 유일상, "의견광고와 자유연론의 긴장관계에 관한 비교법제적 고찰", 『광고연구』, 1992, 겨울호, 한국방송광고공사, pp.23-216.
- 36) 청수영부, 「권리와 매스컴」, 학양서방, 1976, pp.188-191.
- 37) 동경지재각결, 소화(ㄱ), 제 6408 호, 소화 52 년 7 월 13 일 기각.
- 38) 동경고재 판결, 소화 52 년(ㄴ), 제 1852 호, 소화 55 년 9 월 30 일
- 39) 최고재 제 2 소법정 판결, 소화 55 년(ㄷ), 제 1188 호. 연화 62 년 4 월 24 일 기각확정.
- 40) 여기서 많은 신문들이 최근의 '김현철' 정국과 관련하여 '농단'(壟斷)이라는 말을 잘못 쓰고 있어서 흔히 사용되고 있는 '독점' 대신에 여기서 필자는 이 말을 사용했다. 농단은 이익이나 권리를 독차지 하는 것을 뜻하는데 영어의 monopoly 를 일본에서는 독점으로 번역한 반면, 중국에서는 농단으로 번역해서 쓰고 있다.

- 고려대 불문학과 졸, 서울대 신문대학원 문학석사, 고려대 대학원 문학박사
- KBS 기자 역임
- 언론윤리법제론, 매스컴과 현대사회, 미디어와 열린 세상 외