

언론에 의한 명예훼손에서의 '공익성'과 '진실성' 및 '현실적 악의'

-우리 나라와 미국의 판례를 중심으로-

박 선 영

경기대 법학과 겸임교수

I. 서론

1. 현대 민주국가는 여론의 자유로운 형성과 전달로 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나간다는 점에서 표현의 자유가 최대한 보장되어야 하지만, 그에 못지 않게 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 사적인 법익의 보호 또한 중요하다. 때문에 우리 헌법 제 21 조는 제 1 항에서 '모든 국민은 언론·출판의 자유와 결사의 자유를 가진다'고 규정해 놓고 있으면서 제 4 항에서 다시 '언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 배상을 청구할 수 있다'고 규정하고 있다. 이는 다시 말하여 표현의 자유가 현대민주정치에 있어서 필수 불가결한 조건이기는 하지만 절대적인 것은 아니고, 언론·출판이 그 내재적 한계를 벗어나 타인의 명예나 권리를 침해한 경우에는 사후책임을 묻도록 규정하고 있는 것이다. 결국 표현의 자유와 개인의 사적 법익 1)이 충돌 2)하였을 때의 문제 해결은 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익과 개인의 법익에 의하여 달성되는 가치를 비교·형량한 후 그 규제의 폭과 방법을 정하게 될 것이다 3).

이러한 맥락에서 우리 형법 제 307 조는 일반적인 명예훼손죄를 규정하고 있으면서도 제 310 조에서 명예훼손행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 것일 때에는 처벌하지 아니하는 위법성조각사유를 두고 있다. 즉, 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 공익에 관한 것으로서 진실한 증거가 있으면 명예훼손죄는 성립되지 아니한다는 것이다. 한 마디로 공익성과 진실성을 위법성조각사유로 명시하고 있는 것이다. 그런데 민법에는 이와 같은 규정이 없이 단지명예훼손의 경우의 특칙(제 764 조)만을 규정하고 있어 명예훼손죄에 관한 형법상의 위법성조각사유가 과연 민법에도 적용되는 것인가에 관하여 논란이 일고 있는 바, 판례는 형법의 규정이 민사상에도 그대로 적용되는 것으로 보고 있다. 4).

그러나 언론에 의한 명예훼손을 당한 경우에 피해자의 대응은 대부분 형사고소에 의한 처벌이 주종을 이루고 있을 뿐 민사상의 명예훼손에 의한 손해배상이나 명예회복에 적당한 처분 등에 의한 해결은 상대적으로 적은 편이다.5) 그러다 보니 이에 관한 판례도 많지 않으며 명예훼손의 성립요건이나 면책에 관하여도 불명확한 부분이 많고, 따라서 일관된 이론이 성립되어 있지도 못한 실정이다.

반면 미국은 초기에는 명예훼손행위에 대하여 다른 형태의 불법행위보다 엄격한 책임을 지우는 보통법(common law)상의 이른바 엄격책임주의(strict liability rule)를 적용하여 왔으며,

명예 훼손적인 발언은 미국 수정헌법 제 1 조에 의하여 보호 받지 못한다는 입장을 견지해 왔으나,6) 1960년대 이후 일련의 판례를 통하여 개인의 법익보다는 국민의 알 권리를 중요시함으로써 언론보도에 대하여 상당히 관용을 베푸는 입장을 취하고 있다.7) 특히 언론에 의한 명예훼손은 사인에 의한 경우보다 그 구성요건을 완화하고 있으며, 특히 공직자(public officer)에 대한 언론사의 명예훼손은 사인에 대한 경우보다 그 책임을 현저히 완화하는 판례를 만들어 냈고,8) 이 판례는 다시 공적 인물(public figure)로 발전하면서 그 범위가 더욱 확대되었으며,9) 다시 명예훼손의 판단은 피해자의 신분에 따르지 아니하고 보도의 내용에 따라 판단하는 이른바 공적 관심사(public issue, public concern)이론을 창출해 냈고,10) 공적 관심사는 다시 공익(public interest)으로 발전하여 그 범위가 확대되었다. 그밖에 피고(언론사)측의 고의 과실 여부에 따른 손해배상문제 11)와 그에 대한 입증정도의 문제 12)등을 해결하기 위하여 수많은 판례가 집적되어 있다.

2. 이러한 상황에서 최근 우리 대법원은 언론에 의한 명예훼손이 문제된 사건에서 위법성조각사유인 '진실성'과 '현실적 악의(actual malice)'에 관한 적극적인 판단을 하는 주목할 만한 판결을 하였다. 13) 이 글에서는 아직은 걸음마 단계에 불과한 우리 대법원의 명예훼손관련 민사판례와 다양하게 이론이 축적되어 있는 미국의 판례를 '진실성'과 '현실적 악의' 및 이들에 선행하는 '공익성'의 문제를 중심으로 비교하면서, 두 나라 대법원의 이론형성과과정과 그 내용을 파악해 보고자 한다. 서술방법은 먼저 위 대법원판결을 분석하면서 그에 관련되는 미국 연방대법원의 판례를 비교·검토하는 방식을 취한다.

II. 대법원

1998. 5. 8. 선고 97 다 34563 판결

1. 사실관계

M 방송사(이하 방송사라 한다)는 '격동 30년 사건 미니시리즈'라는 라디오 프로그램에서 1992년 10월 12일부터 같은 해 11월 24일까지 매일 오전 11시 30분부터 11시 50분까지 44회에 걸쳐 '김형욱 청문회'라는 제목의 논픽션 다큐멘터리 드라마(이하 방송극이라 한다)를 방송하였다. 이 방송극은 김형욱의 정치역정을 소개하면서 원고를 언급하게 되었는데, 원고는 1961년부터 국내 각 일간지의 워싱턴특파원으로 근무하다가 1971년 10월 7일부터 1973년 11월 10일까지 M 방송사의 워싱턴특파원으로 근무한 후, 미국으로 망명하여 박정희 정권에 반대하는 활동을 해 온 인물로서, 워싱턴 외신기자클럽 부회장 및 미국여성기자클럽 회장을 역임한 기자이다. 방송극에서의 원고에 대한 언급은 '원고가 김형욱에게 부탁하여 K 신문 워싱턴특파원으로 임명되었고, 그 자리에서 물러난 후에도 다시 김형욱에게 취직을 끈질기게 부탁하며 자주 집을 찾아와 김형욱의 아내가 그를 피하기 위하여 가출을 할 정도였으며, 반한활동을 하게 된 김형욱을 민주투사이며 영웅이라고 추켜세우기도 하였다. 또 김형욱의 소개로 대통령 부인인 육영수 여사를 만난 자리에서 그에게 환심을 사기 위해 아부하는 듯한 발언을 하고, 기사자료를 얻기 위하여 김형욱을 민주주의의 수호자인 것처럼 추켜세우는 등 그와 친밀하게 지냈다'는 것

등이었다 14). 이에 원고는 평소 김형욱과 절친한 사이가 아니었고, 중앙정보부장 재직시의 행위에 대하여 비판적인 태도를 견지해 왔음에도 불구하고 위와 같은 방송극을 내보낸 것은 허위사실적시에 의한 명예훼손이라며 손해배상청구소송을 제기하였다.

2. 제 1 심판결(서울지방법원 남부지원 1996.11.22. 선고 93 가합 11471 판결)

가. 판결 요지

제 1 심인 서울지방법원 남부지원은 "일반적으로 TV 나 라디오방송이 특정인에 관한 드라마를 방송하는 경우에 특정인의 명예를 훼손하는 내용이 포함되어 있다면 비록 그 형식이 특성상 다소의 허구적인 내용이 포함될 수밖에 없는 드라마라 할지라도 명예훼손책임에서 면책될 수 없다."고 전제하고, "방송이 특정인의 명예를 훼손하였는지를 판단하기 위해서는 방송극의 객관적인 내용뿐만 아니라 일반시청자가 그 방송을 접하는 방법을 종합적으로 고려 하여 15) 시청자에게 주는 인상도 판단기준이 되어야 한다."고 밝혔다. 이러한 판단기준 아래 위 법원은 "(위의 사실관계를 비추어 볼 때 위 방송극은) 원고가 이중적이고 비굴하며 목적을 위해서는 수단과 방법을 가리지 아니하는 인물이라는 인상을 주고 있으므로 위와 같은 드라마가 수많은 시청자에게 널리 방송됨으로 인하여 기사로서의 원고에 대한 사회적평가가 현저하게 훼손되었음이 명백하다."고 결론짓고, 방송사는 원고에게 3 천만원의 손해배상금을 지급하라고 판시하였다.

나. 법적 쟁점에 대한 판단

피고인 방송사가 "이 사건 드라마에 의하여 원고의 명예가 훼손되었다고 하더라도 이 사건 드라마는 오로지 현대사를 재조명하여 현재를 재인식하여 보자는 의도로 제작된 역사드라마로서 국민의 교양과 문화의 발전이라는 공공의 이익(공익)을 위하여 제작 · 방송된 것이고, 드라마의 특성상 그 내용이 부분적으로는 사실과 일치하지 아니한다 하더라도 실질적으로 진실할 뿐만 아니라(진실성), 설령 그 내용이 진실하지 많다고 하더라도 피고가 이 사건 드라마의 내용이 진실이라고 믿는 데에 상당한 이유가 있으므로 불법행위가 성립하지 아니한다. 또 원고는 유명한 기사로서 공적 인물이라고 할 수 있는 바, 자신의 입장을 해명하고 방어할 수단을 가지고 있으므로 피고가 원고의 명예를 훼손하려는 현실적 악의를 갖고 이 사건 드라마를 방송한 것이 입증되지 아니하는 한 손해배상책임을 지지 아니한다."16)고 항변한 것에 대하여, 제 1 심법원은 공익에 대한판단은 하지 아니한 채 '진실성'과 그에 따른 '상당한 이유'에 관하여만 판단하였다.

(1) 진실성

진실성에 관하여 법원은 "피고 방송사가 자료로 삼았다고 제출한 '김형욱 회고록'과 '비록 박정희 시대' 만으로는 원고가 김형욱에게 취직을 부탁하여 K 신문사의 주미특파원이 되었고, 원고가 대통령부인에게 아부하는 듯한 내용의 발언을 하여 환심을 샀다거나, 원고가 기사자료를 얻기 위하여 미국으로 망명한 김형욱에게 민주주의의 수호자인 것처럼 아부하며 친밀하게 지냈다는 내용 등이 진실에 부합한다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거 가 없다."고 판시하였다.

(2) 상당한 이유

'상당한 이유'에 관하여 법원은 먼저 신문보다 영향력이 큰 방송의 위력에 관하여 언급한 다음, 일반적인 보도기사와는 다른 방송극의 특성에서 오는 제반조건에 관하여 논하였다. 즉, "드라마의 내용이 진실하지 않더라도 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있다고 하려면 방송매체가 사회에 미치는 영향이 지대함에 비추어 그 내용의 진실성에 대하여 대본작가의 신뢰를 뒷받침할만한 합리적인 자료나 근거가 존재하여야 할 것이고, 보도기사와는 달리 신속성이 거의 요청되지 아니하는 드라마의 경우에는 그 진실성을 뒷받침할 만한 자료나 근거의 요청이 더욱 강하다고 할 것이며, 특히 이 사건과 같이 생존하고 있는 인물을 대상으로 하는 경우에는 당사자 및 그 주변 인물들의 의견을 미리 물어보는 등의 사실확인을 위한 충분한 조사활동을 거쳐야 한다."고 전제한 후, "대본 작가인 김교식은 '김형욱 회고록', '비록 박정희시대', '주간 요미우리에 실린 원고의 수기', '소외 이기봉으로부터 받은 김형욱 관련자료'에만 기초하여 대본을 작성하였을 뿐,17) 위 각 저서의 저자들을 만나 의견을 묻거나 달리 사실관계를 확인하지 아니하였고, 위 자료들은 이 사건 드라마의 내용이 진실함을 뒷받침할만한 객관적인 자료라고 인정하기 어려우므로 김교식이 이 사건 드라마 내용이 진실하다고 믿은 데에 상당한 이유가 있다고 할 수 없다."고 판시하였다.

(3) 공적 인물

법원은 공적 인물과 제한적인 공적 인물의 차이에 관하여는 언급함이 없이 원고를 '제한적 인공적 인물'이라고 규정하였다. 즉, "원고가 미국워싱턴에서 통신사를 운영하고 있고 미국 여성기자클럽회장을 역임하였으며, 김일성과 단독면담을 할 정도이므로 기자라는 전문적인 분야에서의 제한적인 공적 인물에 해당한다고 볼 수 있고, 따라서 자신의 입장을 해명하고 방어할 수 있는 수단을 가지고 있다."고 밝혔다.

(4) 현실적 악의

법원은 공인의 경우에는 언론사가 그를 해치고자 하는 현실적 악의가 있어야만 명예훼손이 성립한다는 방송사의 주장에 대하여 다음과 같이 판시하였다. "일반적으로 개인의 명예와 사생활의 자유 및 비밀 등 인격권의 영역이 표현의 자유와 충돌하여 두 법익의 비교 형량이 필요한 경우에 공적인 인물은 사인보다 표현의 자유를 위하여 인격권의 영역이 희생을 감수하여야 할 가능성이 높아지기는 하나, 설령 자신의 입장을 표명 방어할 수 있는 수단을 가진 공적인 인물이라 하더라도 언론기관에 그 사람의 명예를 훼손하려는 현실적인 악의가 있는 경우에만 제한적으로 명예훼손이 성립되어 인격권의 영역을 보호받을 수 있는 것은 아니다."

3. 항소심판결 (서울고등법원 1997. 6. 25. 선고 96 나 50997 판결)

항소심인 서울고등법원은 원심판결을 그대로 인용하여 방송사의 항소를 기각하였다.

4. 상고심판결 (대법원 1998. 5.8. 선고 97 다 34563 판결)18)

가. 상고이유

피고 방송사는 원심법원이 ① 공인에 대한 명예훼손책임의 성립요건에 관한 법리를 사인에 대한 명예훼손책임의 법리와 혼동·오해함으로써 중대한 법령을 위반하고 심리를 미진하였으며, ② 본 방송극의 내용은 객관적인 저술에 근거하여 작성된 것이므로 드라마의 허구성이나 대화내용 등을 감안할 때 그 내용이 진실이라고 볼 상당한 이유가 있음에도 불구하고, "객관적 자료의 진실성을 입증할 자료가 없으므로 피고가 주의의무를 위반했다."고 하여 '진실이라고 볼 만한 상당한 이유'가 없다고 판단한 것은 작가의 주의의무의 내용 및 정도에 관한 법리를 오해하고 나아가 중대한 경험칙 및 채증법칙을 위배한 것이다. ③본 방송극은 과거 십년 가까이 국내에서 발행되고 유포되어 온 책자에 의거하여 방송작가가 극적 요소를 가미해 윤색한 것이므로 '진실성'이 입증될 수 있음에도 명예훼손을 인정하는 것은 채증법칙을 위배한 것이라며 대법원에 상고하였다.

나. 대법원의 판단

대법원은 다음과 같은 이유로 상고를 기각하였다.

먼저, 상고이유 제①점에 대하여는, "방송 등 언론매체가 사실을 적시하여 개인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 적시된 사실이 진실이라는 증거가 있거나 그 증거가 없다 하더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 상당한 이유가 있으면 위법성이 없다고 보아야 할 것이나, 그에 대한 입증책임은 어디까지나 명예훼손행위를 한 방송 등 언론매체에 있고, 피해자가 공격 인물이라 하여 방송 등 언론매체의 명예훼손행위가 현실적인 악의에 기한 것임을 그 피해자측에서 입증하여야 하는 것은 아니다. 또한 국내 각 일간지와 피고 방송사의 워싱턴특파원을 지내고 그 이후에도 미국에서 언론활동을 해온 원고가 김형욱에게 취직을 부탁하여 K신문사의 주미특파원에 임명되었다는 내용 및 대통령 박정희의 처인 육영수에게 아부하는 듯한 발언을 하여 환심을 샀다는 내용과 기사자료를 얻기 위하여 미국으로 망명한 김형욱에게 민주주의의 수호자인 것처럼 아부하며 친밀하게 지냈다는 내용 등에 대한 사실인정에 잘못이 없다. 따라서 공인에 대한 명예훼손 책임의 성립요건에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니한 위법이 없다."고 판시하였다.

다음, 상고이유 제②점에 대하여는, "방송 등 언론매체의 명예훼손행위와 관련하여 적시된 사실이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는지의 여부를 판단함에 있어서는 그 방송 등이 신속성이 요청되는가, 그 방송 등의 자료가 믿을 만한가, 피해자와 대면 등 진실확인이 용이한가 하는 점을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것 인데, 실명에 의한 논픽션 방송극에 있어서는 일반의 청취자 등이 그 내용을 사실이라고 받아들이기가 쉬운 반면에 신속성의 요청은 일반보도에 비하여 그다지 크다고 할 수 없으므로 그 방송에 있어서는 단순히 풍문이나 억측이 아닌 신빙성 있는 자료에 의거하여야 할 필요성이 크다. 따라서 다른 특별한 사정이 없는 이상 방송의 기초가 되는 그 자료 내용의 진위를 당사자 본인이나 그 주변인물을 통하여 확인하는 등의 충분한 조사활동을 사전에 거침이 마땅함에도 불구하고 이러한 확인 내지 조사활동을 거치지 아니한 채 명예훼손의 내용이 담긴 논픽션방송극을 그대로 방송하였다면 방송사측에서 그 내용이 진실이라고 믿었다 하더라도 그에 상당한 이유가 있다고 할 수는 없다. 그러므로 방송작가의 주의의무의 내용 및

정도에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위배하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다."고 판시하였다.

마지막으로 상고이유 제③점에 대하여는, "원심판결은 피고가 방송한 이 사건 방송극의 내용이 일반의 시청자에게 주는 인상을 기준으로 판단하면 원고가 이중적이고 비굴하며 목적을 위해서는 수단과 방법을 가리지 않는 인물이라는 인상을 주고 있으므로 이 사건 방송극이 방송됨으로 인하여 기자로서의 원고에 대한 사회적 평가가 현저하게 훼손되었음이 명백하다고 판단하여 피고에 대하여 명예훼손책임을 인정하고 있다. 이러한 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 심리를 다하지 아니하였거나 증거 없이 사실을 인정하여 채증법칙을 위배한 위법이 있다고 할 수 없다."고 판시하였다.

다. 법적 쟁점

이 사건에서의 법적 쟁점은 첫째, 공인의 경우와 사인의 경우에 명예훼손의 인정이 달라지는가? 둘째, 달라진다면 미국에서 인정되어 온 '현실적 악의'의 이론이 우리 나라에서도 인정될 수 있는가? 셋째, 현실적 악의에 대한 입증책임은 누가 지는가? 넷째, '진실이라고 믿을 만한 상당한 이유'는 무엇을 말함인가? 등으로 요약할 수 있다. 이하 우리 대법원의 판례와 미국의 이론을 비교하여 이 문제를 검토한다.

III. 공적 인물(공인)과 공공의 이익

피고 방송사는 상고이유에서, 원고가 김대중 납치사건을 폭로하는 등 미국교포사회에서 친북기자로 명망이 있으며, 공적인 관심사에 대한 영향력이 큰, 이른바 뉴스가치(news value) 있는 지위에 있는 자(celebrity)로서 전면적인 공적 인물(pervasive public figure)이라고 주장하면서, "공적 인물에 대한 명예훼손이 이루어지려면 표현행위자에게 '현실적 악의 또는 허위에 대한 고의나 허위여부에 관한 무모한 경시'가 입증되어야 한다."고 주장하였다. 피고 방송사의 상고이유는 대부분 미국의 연방대법원 판례에서 축적된 이론을 원용하고 있는바, 이하에서는 우리 대법원의 공인과 공공의 이익에 대한 기존의 판례와 미국 연방대법원의 공인에 관한 판례내용을 차례로 살펴본다.

1. 우리 대법원의 판례

가. 공인

과거 명예훼손사건에서 공인에 관련된 우리 대법원의 판례는 거의 존재하지 아니한다. 다만 공무원과 국회의원이 관련된 사건이 있었으나, 이들 사건에서도 대법원은 공인에 대한 정의도 없이 '공인에 관한 명예훼손을 일반 사인과 다르게 보아야 할 이유가 없다'고 간단하게 판시하였다. 즉, "피해자가 공적인 인물이라고 하여 방송 등 언론매체의 명예훼손행위가 현실적인 악의에 기한 것임을 그 피해자측에서 입증하여야 하는 것은 아니다. .. 언론의 특성상 공직자의

윤리 및 비위 사실에 관한 보도에 있어서는 특별히 보도의 내용이 허위임을 알았거나 이를 무분별하게 무시한 경우에만 상당한 이유가 없다고 보아야 할 것이라거나 상당한 이유에 대한 입증책임을 피해자가 부담하여야 할 것이라는 등의 상고이유는 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다."19)고 하였다.

일부 판례에서는 '공적 인물'에 관한 언급을 하고 있어 주목을 끄는 바, 대법원은 변호사가 관련된 판결에서 '일정한 입장에 있는 인물에 관한 행위가 공적 비판의 대상이 된다고 하더라도'20)라는 표현을 하였고, 기사가 관련된 사건에서는 '피해자가 공적 인물이라고 하여'라는 표현을 쓰고있다. 그러나 '일정한 입장에 있는 인물'이 무엇을 의미하는지, 그리고 그러한 입장에 있는 인물에 대한 '공적 비판'이란 무엇을 말하는지, 또 '공적 인물'이란 무엇인지에 대한 언급은 전혀 없어 아쉬움이 남는다.

결국 대법원은 공무원이나 공적 인물, 공직자 등의 개념을 구분하지 아니한 채 혼용하고 있다고 할 수 있다.

나. 공공의 이익

(1) 명예를 훼손하는 행위가 위법성을 조각하기 위하여는 공표된 사실의 내용과 목적이 공공의 이익에 관한 것이어야 한다.

위에서 살펴 본 바와 같이 대법원의 판례에는 공인에 관한 언급이나 분석이 거의 존재하지 아니하는데 비하여, 형법 제 310 조에서 규정되어 있는 위법성조각사유 중의 하나인 '공공의 이익'에 관하여는 1990년대 들어 판례가 십여 건 나왔고 그에 대한 설명도 비교적 상세히 되어 있는 편이다. 이는 오늘날 민주주의의 요체인 언론의 자유는 비판의 자유를 그 핵심으로 하고 있고 공정한 비판이야말로 사회발전의 불가결한 요소인데 적시되는 사실이 진실이고 또한 그 적시가 공공의 이익을 위한 경우까지 처벌한다면 언론의 자유가 중대한 제한을 받게됨을 감안하여 이를 처벌하지 아니하는 것이 법(형법 제 310 조)의 목적이고 대법원도 이에 대한 판단을 적극적으로 하기 때문이라고 판단된다. 21)

(2) 구체적으로 '공공의 이익'이 무엇을 뜻하는 것인지는 단정하기 어려우며, 구체적인 사항에서 공공의 이익인지의 여부를 가리는 것 또한 쉬운 일이 아니다.

대법원은 국회의원이 피고가 된 사건에서 "형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 경우에도 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 그 행위에 위법성이 없으며, 또한 진실하다는 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것"22)이라고 전제하고, "여기서 '오로지 공공의 이익에 관한 때'라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하며, 이 경우에 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지의 여부는 당해 적시 사실의 구체적 내용, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현자체에 관한 제반사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하고,23) 행위자의 중요한

목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 공공의 이익을 위한 것으로 보아야 할 것"24)이라고 판시하였다.

공공의 이익의 구체적인 예로서 병원은, '광복 50 주년을 맞아 상해임시정부의 주석으로 대한민국의 독립에 헌신한 백범 김구 선생의 일대기를 통하여 국민들의 애국심을 고취하고 왜곡된 역사에 대한 만성의 기회를 삼기 위한의도',25) '아파트관리업무를 합리화하기 위해 주민들이 집단행동을 할 때 사회 통념상 용인될만한 정도의 상당성이 있는 경우',26) '다소 감정적이고 과격한 표현방법을 사용하였다고 하여도 피고인들이 위 유인물을 제작·배포한 주요한 목적이나 동기는 공공의 이익을 위한 것',27) '사회적으로 커다란 충격을 준 사건에 관계된 범죄혐의 사실 또는 그와 밀접 불가분의 관련이 있는 의혹들에 대한 사실들은 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것',28) '교단과 그 산하 교회소속신자들의 이익에 관한 때 29) 등을 들었다.

결국 공공의 이익이란 적시된 사실 자체의 내용이나 성질 등을 종합하여 사안별로 판단하여야 하며, 이 경우 공공의 이익은 반드시 국가나 사회전체의 이익에만 국한되지 아니한다는 것이 대법원의 일관된 판례라고 할 것이다.30)

다. 소결

우리 대법원은 언론기관에 의한 공인이나 공적 인물에 대한 명예훼손사건도 일반 사인과 똑같은 차원에서 심리하고 있으며, 단지 '공공의 이익'이 있는 경우에만 위법성이 조각되는 것으로 판단하고 있다. 다시 말하여 우리 대법원은 피해자의 신분이 무엇이나에 관하여는 전혀 고려하지 아니하고 단지 보도목적이 공공의 이익을 위한 것이면 위법성이 조각되는 것으로 판단하고 있다. 또한 그 보도내용이 사실에 관한 것인지 평가(비평)인지도 구분하지 아니한 채 단지 불명확한 개념인 '공공의 이익'이라는 기준만으로 판단하고 있다.

그러나, 피해자의 신분이 공적 인물이나 아니냐, 보도내용이 사실에 관한 것이냐 평가이냐, 그리고 그 보도의 목적이 공공성을 띠느냐 아니냐를 구별하여 그에 따른 법리를 발전시키는 것이 필요하다.

2. 미국 연방대법원의 판례

미국에 있어서의 명예훼손(defamation)책임 31)은 기본적으로 보통법상의 엄격책임주의 32)에서 유래하였으나, 면책사유로서의 항변이 정당성(justification)이나 진실(truth), 공정한 비평(fair comment),33) 사죄(apology), 특권(privilege)34) 등의 이론으로 확대 발전하면서 공인에 대한 명예훼손에 대하여는 일반인에 비하여 그 구성요건을 많이 완화하게 되었으며,35) 현대에 들어와서는 언론·출판의 자유에 대한 신봉과 국민의 알 권리를 강조하면서 공인에 대한 명예훼손은 더욱 그 성립을 까다롭게 하고 있다. 다시 말하여 사인간의 명예훼손사건에는 여전히 보통법상의 엄격책임주의가 적용되지만, 언론에 의한 명예훼손의 경우에는 엄격책임주의가 많이 완화되어 언론의 자유를 개인의 법익에 우선시키는 경향을 보이고 있다. 이하에서는 이와 같은 법리의 발전추이를 공인과 공익에 관한 판례를 중심으로 살펴본다.

가. 공인

(1) 공직자(public officer)

미국 연방대법원은 종래 명예훼손사건에 있어서의 보통법상의 엄격책임주의를 위에서 언급한 바와 같이 각종 항변이론을 발전시키고, 헌법상의 언론·출판의 자유를 근거로 제한하면서, 이른바 공직자나 유명인물과 같은 이른바 공적인 인물에 대한 보도에 대하여는 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 엄격히 제한하고 있다. 이렇게 명예훼손에 관한 보통법상의 법리에 대하여 미국연방대법원이 본격적으로 제한을 가하기 시작한 것은 1964 년도에 있었던 설리반사건 36)부터이다. 공직자의 직무상 행위에 대한 신문광고내용의 명예훼손 여부가 문제된 이 사건에서 다수의견은 공직자의 공적 행위에 관한 보도에 대하여 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지우기 위해서는 수정헌법 제 1 조와 제 14 조에 비추어 볼 때 그 보도가 현실적 악의에 의하여 그 보도내용이 허위임을 알았거나 이를 무분별하게 무시하고(knowledge or reckless disregard for their falsity) 이루어졌다는 것을 피해자가 명백하게 입증(clear and convincing evidence)하여야 한다는 의견을 개진하였다. 설리반사건에서 개진된 현실적 악의와 입증책임을 법리는 항을 바꾸어 논하고 이하에서는 공인에 관하여만 살펴본다.

설리반사건에서 다수의견 37)은 "공직자(public officer, 이 사건에서는 경찰서장이다-필자 주)는 공인(public men)으로서 말하자면 공공재산(public property)이라고 할 수 있고, 토론은 부정될 수 없는 것이며, 비판받을 의무와 동시에 권리도 경시될 수 없다."고 전제하고 "공공문제에 관한 토론은 강력하고 광범위한 비판이 허용되어야 하며 때로는 정부와 공무원(public officer)들에 대하여 신랄하고 때로는 불쾌하기까지 한 공격도 가능하여야 한다."는 이른바 뉴욕타임즈 원칙을 수립하고, 공직자의 명예훼손에 대하여는 징벌적 손해배상청구(recovery of punitive damages)를 인정하지 아니하였다.

다시 말하면 공직자는 공공재산과 같은 존재이며, 공공문제를 토론함에 있어서 공직자에 대한 신랄하고 불쾌한 공격까지도 공인으로서의 당연히 감수하여야 하는 의무사항과 같은 것이라는 취지였다. 따라서 공직자는 명예훼손에 있어서 일반 사인(private person)과는 다른 취급을 받는다는 것이다. 그 까닭은 언론의 자유를 보장하기 위해서는 언론보도에 본의 아니게 뒤따르는 어느 정도의 허위보도에 대하여 관용을 베풀어야 하며, 그렇지 아니할 경우 언론기관이 자기검열(self-censorship)을 하게 되어 언론 출판의 자유에 위축효과(chilling effect)를 가져오게 되기 때문이라는 것이다.³⁸⁾

이와 같은 공직자에 대한 명예훼손사건에서의 강화된 구성요건은 그 후 하위직 공무원 39)은 물론, 선거를 통하지 아니하고 임명된 공무원 40)과 공직에 출마한 후보 41)에까지 확대 적용되었다.

(2) 공적 인물(public figure)

설리반사건 이후 전직 공무원이나 공무원이 아닌 유명인사들에게도 뉴욕타임즈 원칙이 적용되기 시작하였는 바, 이것이 바로 '공적 인물론'이다. 미국 연방대법원은 "비록 공무원은 아니더라도 정책결정에 있어서 사회적으로 큰 영향력을 갖고 있는 유명인사의 경우 자유로운 비판이 허용될 필요가 있으며, 이들은 자신의 정당성을 밝히고 그 비판에 대응하기 위한 언론기관에의 접근권(right to media)⁴²⁾이 일반인보다 넓은 만큼 자유로운 비판의 폭도 그만큼

넓어야 형평에 맞는다."43)고 밝혔다. 결국 현직 공직자 뿐만이 아니라 전직 공무원이나 유명인사를 포함한 공적인물들도 뉴욕타임즈 원칙을 적용받게 된 것이다. 이는 후에 제한적 공적 인물론이 대두됨에 따라 공적 인물은 '전면적 공적 인물(pervasive public figure)'44)이라고 칭하기도 한다.45)

공적 인물이란 한마디로 "그 업적, 명성, 생활양식에 의하여 또는 일반대중이 그의 인격, 행동 등에 정당한 관심을 가지는 직업을 가짐으로써 공적인 명사(public personage)가 된 경우"를 말한다고 정의할 수 있다. 이는 결국 유명인을 의미하며, 판례가 인정한 유명인은 상당한 명성을 얻은 배우, 직업운동선수, 유명한 발명가, 탐험가, 전쟁영웅 등 광범위 하다.46)

(3) 제한적 공적 인물(limited public figure)

전반적으로 일반인에게 유명한 전면적 공적 인물 외에 특정 사안 또는 특정 시기에 특정 문제에 대하여 일반인의 관심을 끌 수 있는 사람들이 있을 수 있는 바, 이들이 바로 제한적인 공적 인물이다. 예컨대 범죄행위의 용의자라든가 유명인의 부인·정부·애인, 또는 공적 관심사(public concern)에 대한 논평이나 특정 사실의 연루자 같은 사람들이다. 이들 외에도 미국에는 직업상 다수에게 노출되고 대중의 인기를 끌기 위하여 자신을 공개하려고 노력하는 사람이 많기 때문에 프라이버시를 일부 포기 한 것으로 간주되는 자도 제한적인 공적 인물로 보는 바, 운동선수나 연예인 등이 이에 속한다.

미국 연방대법원은 이렇게 특정 시기나 사안에 관하여, 또는 자발적으로 일반인의 관심을 끄는 사람들에게도 뉴욕타임즈 원칙을 적용하였다.47) 제한적 공적 인물론이 등장한 거츠(Gertz) 사건은 "공직자나 공적 인물이 아닌 일반인에게는 뉴욕타임즈 원칙이 적용되지 아니한다."고 전제한 뒤 "원고인 거츠는 비록 변호사로서 사인이기는 하지만 보도내용이 당시에 문제가 되고 있던 공적 관심사 즉, '공산주의'와 '경찰불신임운동'등과 관련되어 있는 만큼 보도내용의 진위에 대하여 원고가 피고(언론기관)의 고의 과실을 입증하지 아니하는 한 손해배상을 청구할 수 없다."고 판시하였다. 즉, 공적 문제에 관련된 자도 제한적 공적 인물로서 뉴욕타임즈 원칙이 적용되어야 한다는 것이다.

그 후 미국 연방대법원은 1980 년대에 들어 제한적 공적 인물의 조건으로서 첫째, 일반인의 입장에서 보아 원고가 공적문제에 관련하여 주도적인 역할을 하였거나 하려고 시도하였고, 둘째, 문제된 보도내용이 바로 그 공적 문제에 관련된 것이어야 한다는 등의 구체적인 기준을 제시하였다.48) 그밖에 "스스로 일반인의 관심을 불러일으키는 행동을 하여 제한적 공적 인물이 된 자는 비록 시간이 오래 흐르더라도 그 지위를 상실하지 아니한다."49)고 하여 시간적 제약도 완화하는 판결을 하였다.

그러나 사건에 따라서는 제한적인 공적 인물의 범위를 엄격히 해석하였는 바, '백만장자의 부인이라는 이유만으로는 제한적인 공적 인물이 되지 아니한다',50) '원고가 언론기관의 입장에서 볼 때 뉴스가치가 있다는 것만으로 공적 관심사의 대상인물이 되는 것을 자초했다고 볼 수 없으므로 제한적인 공적 인물이 아니다'51)라고 판시하기도 하였다. 즉, 유명인사의 가족, 범죄피해자, 민사소송의 피고 등 종전에는 평범한 시민이었으나 우연한 기회에 타의에 의하여 제한적인 공적 인물이 된 자에 대하여는 법원이 사적인 법익을 더 우선시 한 것이다.52)

판례가 거듭될수록 공인과 사인의 구별에 따른 명예훼손인정여부가 점차 복잡해지고 공인과 사인의 구별이 분명하지 아니한 어려움이 따르자, 미국 연방대법원은 피해자의 신분(status

based standard)에 따라 그 인정여부를 결정짓지 아니하고 보도내용(content based standard)이 공적 관심사냐 아니냐에 따라 구별하기 시작하였다.53) 이는 뉴욕타임즈 원칙이 그 적용 여부를 공인이나 사인이나에 따라 결정되는 바, 이 기준에 따르면 공인의 사생활에 관한 보도에 관하여는 뉴욕타임즈 원칙이 적용되어 보호되는데, 비록 사인이라고 하더라도 공적 관심사에 연루된 사람에 관한 보도는 보호받지 못하는 결과가 되어 민주정치에 있어서 비판의 활성화를 통한 자치기능(self-governance)이라고 하는 뉴욕타임즈 원칙이 오히려 퇴색되고 있다는 비판에 따른 것이다. 54) 그러나 보는 관점에 따라서는 제한적 인공적 인물론 역시 피해자의 신분에 따른 분류기준이라기 보다는 보도내용에 따른 기준을 보충적으로 적용하고 있다고 볼 수 있다. 결국은 사인에게도 뉴욕타임즈 원칙이 적용되는 발판을 놓게 된 것이다.

나. 공적 관심사(public concern)

엄격책임주의의 적용이 배제되는 것은 공인만이 아니라 공적 관심사에 관한 보도내용도 이에 해당된다는 획기적인 원칙은 로젠브룸사건 55)으로부터 연유한다.

로젠브룸사건은 방송보도의 허위성이 문제된 사안이 있는 바, 미국 연방대법원은 "문제된 보도내용이 공적 관심사(음란물 판매)에 관한 것 인한 이에 관한 모든 토론이 언론의 자유로서 보호되어야 하므로 피해당사자가 공적 인물인지 사인인지에 관계없이 뉴욕타임즈 원칙이 적용된다."고 판시하였다. 이 판결은 뉴욕타임즈 원칙의 적용범위에 관하여 피해자가 공적 인물이나 아니냐하는 신분에 따른 구별을 배격하고, 문제된 보도내용이 공적 관심사냐 아니냐하는 것을 기준으로 하여야 한다고 함으로써, 명예훼손사건에서 대립되는 두 가지 이익, 즉, 사회의 이익과 개인의 이익 중 전자를 중시한다는 기본 입장에서 서 있다고 할 수 있다. 이같은 공적 관심사이론은 보통법상의 면책사유인 '공정한 비판'의 대상이 되는 공공의 이익(public interest)에 관한 사항과 유사하다. 판례상 공공의 이해는 '공중이 정당하게 이해관계를 가지는 사항' 뿐만 아니라 '정당하게 관심을 가지는 사항'도 포함되므로, 예컨대 공공기금에서 지급되는 사업, 변호사의 자격취득과 박탈, 학교, 교회, 자선단체, 오수(汚水), 의료행위, 인종 간의 문제, 철도운영 등과 같이 사회의 일반적 이해에 영향을 미치게 되는 경우에는 모두 공공의 이해에 해당한다고 보았다. 56)

그러나 이 기준에 따르게 되면 소송에서의 승패의 관건이 되는 공적 관심사의 범위를 어떻게 결정할 수 있느냐 하는 문제가 또 다시 논란의 대상이 될 뿐만 아니라, 개인의 이익이 지나치게 위축된다는 비판을 받았다. 57) 따라서 바로 이어진 거츠사건에서 이 공적 관심사론은 비판을 받게 되고, 그 후의 판례들은 다시 뉴욕타임즈 원칙으로 돌아가는 듯한 경향을 보인다. 물론 1980년대 후반에도 보도내용의 기준(content based standard)에 따라 공적 관심사의 여부를 판단하는 판례가 나오기도 하였으나, 일관된 것은 아니었다.

이상의 판례는 모두 피고가 언론기관에 해당하는 경우였으나, 피고가 개인인 경우에도 이러한 법리가 적용될 것인지에 관하여 학자들의 논란이 있던 중 미국 연방대법원은 개인의 경우에도 그 보도내용이 공공의 이익에 관한 것이면 로젠브룸원칙이 적용될 수 있다고 하였다. 58) 이러한 미국연방대법원의 판례는 1990년대에 들어와서는 "비록 공적 인물에 대한 보도라 하더라도 그 내용이 사실과 다른 경우에는 언론사에 대하여 징벌적 손해배상을 청구할 수 있다."고 하여

1980년대까지의 판례경향, 즉 언론사에 대한 우호적인 입장에서 다소 후퇴하는 듯한 인상을 주고 있다. 59)

다. 소결

미국 연방대법원의 공인과 공적 관심사에 대한 일련의 판례를 종합해 보면 일관되고 명확한 기준을 제시하지 못한 채 피해자의 신분에 따른 기준과 보도내용에 따른 기준사이에서 사안에 따라 다른 결정을 내리고 있음을 알 수 있다. 즉, 보통법상의 엄격책임주의로부터 언론을 보호하고자 등장한 공적 인물에 관한 이론이 지나치게 확대되어 일반인에게까지 확대되면서 이론적 비난을 받게 되자 피해자의 신분에 따른 기준이 아닌 보도내용에 따라 명예훼손의 여부를 결정짓고자 노력하게 되었다. 보도내용에 따른 기준은 차츰 '공적 관심사(public concern)'에서 '공익(public interest)'으로 변화하였으며, 이러한 법리의 변화는 결국 보통법상의 초기이론으로서 언론사에 대한 완전한 항변(complete defence)이자 현대에도 면책사유 60)로 인정받고 있는 '공정한 비평(fair comment)'이론으로 회귀하는 듯한 경향마저 보이고 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 보통법에서부터 지금까지 미국에서는 '의견은 면책특권을 가진다'는 법리가 일관되게 지켜져 오고 있고, 현대에도 미국 언론법에서 가장 큰 명제로 남아있기 때문이다. 61)

결론적으로 미국 연방대법원의 판례는 뉴욕타임즈 원칙과 거츠 원칙, 로젠브룸원칙 사이에서 판결이 엇갈리고 있다고 할 수밖에 없다.

IV. 진실성과 상당성

1. 우리 대법원의 판례

우리 대법원은 명예훼손의 성립 여부에 관한 판례준칙으로서 "신문 등 언론매체가 보도를 통하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 보도내용이 공공의 이해에 관한 사항(공익성)으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 그 진실성이 증명된 경우 또는 그 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우(상당성)에는 불법행위가 성립하지 아니한다" 62)고 판시함으로써 공익성, 진실성 및 상당성의 세 가지를 언급하고 있다. 이와 같은 대법원의 입장은 형사상의 명예훼손죄 뿐만이 아니라 민사상의 명예훼손으로 인한 손해배상사건에서도 그대로 적용되고 있다. 이들 가운데 공익성에 관하여는 앞에서 살펴보았으므로 이하에서는 진실성과 상당성에 관하여 살펴본다.

가. 진실성

명예훼손의 위법성이 조각되기 위해서는 우선 적시된 것이 진실한 사실(진실성)임을 요한다.

진실성은 세부적인 부분까지 모두 진실하여야 하는 것은 아니고, 주요사항이 진실하면 세부사항은 다소 진실에 부합하지 아니한다 할지라도 진실성이 인정되며, 다소 과장된 표현이 있더라도 주된 사항이 진실하면 진실성을 인정받는다라는 것이 대법원의 오랜 입장이다. 63) 대법원이 판례에서 진실이라고 인정한 것들은 대체로 '수사기관에서의 진술', '국회 특별위원회에서의 조사내용', '사건관계자들의 진술', '관련전문기관의 서면질의 내용', 64) '범행실행자의 진술', '관계자들의 과거 진술내용', '수사기록', 65) '당국의 발표' 66) 등으로 대부분 행정상의 공표에 해당하는 것들이다. 67) 대체로 행정상의 공표는 정보원의 신뢰도가 높고 보도의 신속성이나 사실탐지능력의 한계, 피의자가 체포되어 있어 직접취재가 현실적으로 어려운 점 등을 고려하여 특히 의심할 만한 사정이 없는 한 진위를 확인하기 위한 보충조사를 하지 아니하더라도 진실이라고 믿는 데에 상당한 이유가 있다고 볼 수 있기 때문일 것이다. 68) 다시 말하여 자료나 정보원의 신빙성을 중요시하는 것이다.

이에 비하여 대법원이 진실성을 인정하지 아니한 사례는 '관계자들의 의견을 청취하지 아니한 경우', 69) '다른 언론매체의 보도내용을 그대로 인용', 70) '충분한 조사활동의 미비' 71) 등이다.

나. 상당성

위에서 본 바와 같이 공표된 사실이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위한 때에는 위법성이 조각되나, 진실성이 인정되지 않더라도 행위자가 허위의 사실을 진실하다고 믿었고 그렇게 믿은 데에 상당한 이유가 있는 경우에는 역시 명예훼손이 되지 아니한다. 72)

이 때 상당성이 위법성조각사유나 책임조각사유냐에 관하여는 판례의 태도가 일관되지 않고 엇갈리고 있다. 즉, '진실로 믿은 데 상당한 이유'가 있었다면 그것이 명예훼손의 위법성을 조각하는 것인지, 아니면 고의나 과실을 조각하는 것인지에 관하여, 판례는 위법성조각이라고 보기도 하고, 73) 고의·과실을 조각하는 책임조각사유라고 보기도 한다. 74)

생각컨대, 사실을 적시함으로써 명예를 훼손하였다면 일단 위법성이 있는 것이고, 다만 적시된 사실을 행위자가 진실이라고 믿었다면, 그러고 그렇게 믿은 데에 상당한 이유가 있었다면 명예훼손의 고의, 과실이 없었다고 보는 것이 합당하므로 책임조각사유로 보는 것이 옳을 것이다. 그러면 상당성의 기준은 무엇인가?

상당성의 기준에 관하여 대법원은 '적시된 사실의 내용과 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성, 표현방법 등 여러 가지를 종합적으로 판단하여야 한다', 75) '기사의 성격상 신속한 보도가 요청되는 것인가, 정보원이 믿을 만한가, 피해자와의 대면 등 진실 확인이 용이한 사항인가와 같은 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다', 76) '일반 개인의 사생활에 관한 내용을 기사화함에 있어서는 그 내용의 진실 여부를 미리 조사·점검하여야 하는 것은 언론기관의 책무', 77) '신속성의 요청이 덜한 잡지에 인신공격의 표현으로 비난하는 내용의 기사를 게재함에 있어서는 기사 내용의 진실여부에 관하여 미리 충분한 조사활동을 거쳐야 할 것' 78)이라고 밝히고 있다.

대법원이 판례를 통하여 밝힌 상당성의 기준을 종합해 보면, 기자는 기본적으로 진실 확인의무를 충실히 이행하여야 한다는 관점에서 ① 언론사는 보도에 앞서 그 내용의 진실 여부를 조사·확인할 의무가 있고, 79) ② 특별한 사정이 없는 한 당사자 본인을 통한 조사가 이루어져야

하며,80) ③ 이와 같은 당사자 본인 상대의 조사의무는 신속성이 덜한 잡지 등에서 더욱 강하게 요구된다(81)는 것으로 요약될 수 있는 바, 대체로 언론기관의 특성, 즉 언론매체별로 파악하는 입장인 것으로 보인다. 따라서 신속성을 요하는 일간신문이나 방송뉴스의 경우가 월간잡지나 방송극의 경우보다 상당성의 요건이 완화됨을 알 수 있다.

그런데 이러한 상당성의 기준은 망인의 경우에는 상당히 완화된다. 예컨대 백범 김구선생의 일대기를 그린 TV 드라마에서 김구선생 암살의 배후세력으로 묘사된 망 김창룡 사건의 경우 대법원은 사실 확인이 용이하지 아니하다며 상당성의 기준을 완화하는 판결(82)을 하였다. 즉, 대법원은 "특히 적시된 사실이 역사적 사실인 경우 시간이 경과함에 따라 점차 망인이나 그 유족의 명예보다는 역사적 사실에 대한 탐구 또는 표현의 자유가 보호되어야 하며,·· 진실 여부를 확인할 수 있는 객관적 자료에도 한계가 있어 진실 여부를 확인하는 것이 용이하지 아니한 점도 고려되어야 하고,·· 어느 정도 근거있는 자료에 기한 것으로서 고의·과실이 없다."고 판시하였다. 이는 망인에 대한 명예훼손을 기본적으로 인정하면서도 재인의 명예보다는 역사적 판단을 중요시하고 망인에 대한 사실 확인의 어려움을 거론한 중요한 판례로 평가될 수 있을 것이다.

상당성에 관한 대법원의 판례는 한마디로 의심의 여지없는 확증을 요구하고 있는 것이 아니라, ① 기사의 성격, ② 정보원의 신빙성, ③ 사실확인 용이성, ④ 보도로 인한 피해자의 피해 정도 등 여러 가지 사정을 종합하여 판단한다고 정리할 수 있을 것이다.

다. 입증책임

적시된 사실이 진실인지의 여부, 그리고 행위자가 진실이라고 믿는 데에 상당한 이유가 있었는지의 여부, 다시 말하여 진실성과 상당성의 입증은 누가 할 것인가에 관하여 대법원은 행위자가 부담하여야 한다고 하고 있다. 즉, 대법원은 "위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위해서는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다는 점을 행위자가 증명하여야 한다",83) "언론의 특성상 공직자의 윤리 및 비위사실에 관한 보도에 있어서는 특별한 보도의 내용이 허위임을 알았거나 이를 무분별하게 무시한 경우에만 상당한 이유가 없다고 보아야 할 것이라거나 상당한 이유에 대한 입증책임을 피해자가 부담하여야 할 것이라는 등의 상고이유의 주장은 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다",84) "(진실성과 상당성에 대한) 입증책임은 어디까지나 명예훼손행위를 한 방송 등 언론매체에 있고 피해자가 공적 인물이라고 하여 방송 등 언론매체의 명예훼손 행위가 현실적 악의에 기한 것임을 그 피해자측에서 입증하여야 하는 것은 아니다."85)라고 하였다.

한 마디로 말해 적시된 사실이 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있었음에 대한 입증책임은 행위자에게 있다고 보고 있음이 우리 대법원의 일관된 태도이다.

생각컨대, 행위불법론의 입장에서 모든 결과불법론의 입장에서 모든 진실성과 상당성이 있음은 행위자(언론사)가 입증하여야지 그러한 진실성과 상당성이 없음을 피해자가 입증한다는 것은 거의 불가능하다는 점을 감안한다면, 대법원의 이와 같은 태도는 타당하다고 보여진다.86) 또 민사상의 불법행위책임(제 750 조)이 많은 부분에서 과거의 과실책임주의에서 무과실책임주의로

전환되어가고 있고, 의료소송이나 환경소송에서는 전문가입증책임주의를 택하고 있는 점을 보더라도 진실성과 상당성에 대한 입증책임은 언론사가 부담하는 것이 정의롭다 할 것이다. 이러한 민사상의 입증책임은 형사상의 입증책임과는 기본적으로 다른 것이다. 논자에 따라서는 형사법정에서 범죄입증은 검사가 하는 것이므로 민사상의 명예훼손사건에서도 피해자가 입증책임을 부담하여야 한다고 주장하기도 하나, 이는 민사상의 불법행위에 대한 입증책임에 대한 논의를 도외시한 것이므로 '진실성'과 '상당성'에 대한 입증책임은 행위자인 언론사가 부담하여야 한다.

2. 미국 연방대법원의 판례

허위의 사실을 적시하여 명예를 훼손한 경우에는 사인간에든 언론사가 개입되었든 헌법상의 언론·표현의 자유의 보장범주에 들지 아니한다는 것이 미국 연방대법원의 일관된 판례이다.⁸⁷⁾ 왜냐하면 허위사실에 관한 발언이나 보도는 헌법상 보호될 가치가 없기 때문이다. 다만 징벌적 손해배상(punitive damages)⁸⁸⁾을 지움에 있어서 행위자가 언론기관인 경우에는 가해행위에 악의(malice)나 고의(willfulness), 사기(fraud), 중대한 무시 또는 의도적인 태만(gross negligence) 중의 하나가 충족되어야만 인정하는 특이한 법리를 발전시켜 오고 있으며,⁸⁹⁾ 그에 대한 입증책임도 원고가 부담하도록 하고 있다.⁹⁰⁾

가. 진실성

보통법상의 명예훼손사건의 피고는 그 발언 내용의 진실성을 입증하여야만 책임을 면할 수 있었다. 지금도 미국의 대부분의 주에서는 명예훼손으로 문제된 발언 등이 진실한 것으로 밝혀지면 이는 완전한 면책사유가 된다. 91) 진실한 발언이라면 이에 의하여 훼손될 명예란 처음부터 존재하지 아니한다고 보기 때문이다. 92) 즉, 허위의 발언이나 보도는 아무런 보호를 받지 못하는 것이다.

그러나 쉐리반사건부터는 이와 같은 보통법상의 법리에 많은 변화가 오기 시작한다. 미국 연방대법원이 "공직자의 공적 행위에 관한 보도에 대하여 언론사에 정밀적인 손해배상책임을 지우기 위해서는 수정헌법 제 1 조와 제 14 조의 취지에 비추어 보아 그 보도가 '현실적 악의'에 의하여 그 보도내용이 허위임을 알았거나 또는 이를 무분별하게 무시하고서 (knowledge or reckless disregard for their falsity) 이루어졌다고 하는 것을 명백한 증거 (clear and convincing evidence)에 의하여 입증하여야 한다."고 판시하였기 때문이다. 93) 이와 같은 판결의 이유로서 미국 연방대법원은 ① 언론의 자유에 관한 헌법조항은 정부에 대한 국민의 자유로운 비판을 보장함으로써 자치기능(self-governance)을 구현하기 위함이며, 이를 위해서는 사실에 관한 일부 허위보도는 때에 따라 불가피한 것이다. 그럼에도 불구하고 허위보도에 대하여 엄격한 명예훼손책임을 지운다면 언론의 자기검열을 강화하는 결과를 가져올 것이고, 결과적으로 언론의 자유에 위축효과를 가져올 것이다. ② 보통법상의 엄격책임주의는 형사소송에서 모든 입증책임을 검사가 부담하는 것에 비추어 볼 때 명예훼손에 의한 손해배상사건에서는 피고에게 지나치게 무거운 입증책임을 지우는 것이어서 형평에 맞지 아니한다. ③ 보통법상 공직자의 발언은 절대적

면책특권을 누리는바, '현실적 악의'의 입증책임을 원고인 공직자가 부담하는 것이 타당하다고 밝혔다.

이 같은 뉴욕타임즈 원칙은 앞에서 본 바와 같이 공직자는 물론 보도내용이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 일반인에게도 적용되었다.94) 요컨대, 진실하지 아니한 발언이나 언론의 보도는 기본적으로 미국 헌법상 보호받을 수 없지만, 허위사실보도도 그것이 현실적 악의에 의한 것이거나 무분별하게 무시하는 등 중대한 과실이 있음을 원고가 입증하지 못하면 언론사에 징벌적 손해배상책임을 물을 수 없다는 것이다.95) 우리 판례가 인정 하고 있는 '상당성'의 법리가 미국에서는 '현실적 악의'의 법리로 대변된다고 할 수 있다.

나. 현실적 악의

설리반사건에서 처음으로 등장한 '현실적 악의' 이론은 피고측이 그 보도내용이 허위라는 것을 인식하였거나 할 수 있었느냐 하는 객관적인 사실에 따라 인정되는 것으로서, 보통법상의 악의(malice)가 나쁜 동기(evil motive) 또는 해의(bad will) 기타 보도자의 주관적 심적 상해를 문제삼는 것과는 판이하게 다르다.96) 다시 말하여 어떤 내용을 보도한 데 대한 보도자의 동기가 불순하다 하더라도 그가 그 보도내용이 허위임을 알았거나 알지 못함에 대하여 중대한 과실, 예컨대 진실확인을 단순히 태만하거나 소홀했던 것(negligence)97)이 아니라, 허위임을 알고도 무분별하게 무시하고(knowledge or reckless disregard for their falsity) 보도했음을 원고(피해자)가 입증하지 못하면 그에게 손해배상책임을 묻지 못하게 한 것이다. 98)

'현실적 악의'가 무엇을 의미하는가에 관하여 미국 연방대법원은 '허위일 가능성에 대한 고도의 인식가능성(high degree of awareness of Probable falsity)',59) '보도내용의 허위 가능성을 주관적으로 인식하는 것' 100)이라고 하였고, '무분별한 무시(reckless disregard)'는 '보도내용의 진실성에 대한 의심을 오히려 즐겼다는 것을 충분한 증거로 입증하여야 한다.'101)고 판시하였다. 결국 미국 연방대법원은 현실적 악의의 입증을 객관적이 아닌 주관적 요소로 함으로써 결과적으로 원고(피해자)의 승소가능성을 대단히 어렵게 만들었다. 102)

다. 입증책임

앞에서 살펴본 바와 같이 보통법상에서는 명예훼손으로 볼 수 있는 보도내용은 반증이 없는 한 일단 허위인 것으로 추정되었으나, 설리반사건에서 현실적 악의이론이 나오고, 거츠사건에서는 다시 피고(언론사)가문제의 보도를 함으로써 원고(피해자)의 명예를 훼손했다는 입증책임을 원고에게 부담시키게 됨에 따라 원고는 사실상 패소할 가능성이 높아졌다.103) 왜냐하면 소송과정에서 원고가 언론사에게 현실적 악의와 무분별한 무시가 있었음을 입증한다는 것이 현실적으로 거의 불가능하기 때문이다. 104)

V. 결론

이상으로 명예훼손사건에 있어서의 '공공성', '진실성', '상당성'의 문제를 우리 대법원의 판례와 미국의 연방대법원판례를 비교하여 살펴보았다. 우선 두 나라의 판례를 비교해 보면,

명예훼손사건에 있어서의 위법성조각사유로 인정되고 있는 요건들이 외형상으로는 판이해 보이나 실제적으로는 상당히 흡사하다는 것을 알 수 있다. 우선 우리 대법원은 '진실성', '공익성', '상당성'을 위법성조각사유로 보고 있고, 미 연방대법원은 언론에 의한 명예훼손사건의 경우에만 '공적 인물론'과 '공적 관심사' 외에 '진실성'과 '현실적 악의'를 면책사유로 보고 있다. 외형적으로 볼 때에는 '진실성' 외에는 상당히 다른 법리를 가지고 있는 듯하나, 앞에서 살펴 본 바와 같이 미국의 공적 인물과 공적 관심사는 결국 우리의 공익성을 그 주체와 내용 면에서 세분화하여 언론의 책임을 묻고자 하는 것과 다를 바 없다. 또 '현실적 악의' 이론은 우리의 상당성 이론과 흡사하나, 피고가 언론사인 경우에는 '언론의 자유'라고 하는 헌법상의 기본원칙과 언론에 의한 건전한 여론형성의 중요성, 그러한 여론은 '자유로운 사상의 시장터(free market of idea)'에서만 가능하다고 하는 오래된 사상으로부터 연유하는 이론이라고 볼 수 있다.

결국 두 나라의 판례는 위법성조각사유면에서는 대동소이한 면을 보이고 있는 바, 그러한 요건들을 미국은 200 년이라고 하는 오랜 세월 동안 전통적인 보통법상의 엄격책임주의로부터 언론의 자유를 보장하고 수호하기 위하여 언론보도로 인한 명예훼손의 경우, 특히 원고가 공적 인물인 경우에는 일반인과는 다른 완화된 요건들을 부여하고자 부단히 노력하는 가운데 각종 법리와 원칙들을 만들어 내며 이론을 다듬어 왔다고 볼 수 있다. 반면에 우리 대법원은 아직 일반 사인에 의한 명예훼손과 언론사가 피고가 된 명예훼손을 구별하지 아니하고 있다.

두 나라 판례의 가장 큰 차이점은 입증책임을 누가 부담할 것인가 하는 데에 있다. 우리 나라는 사인간의 명예훼손이든 언론보도로 인한 명예훼손이든 간에 모두 행위자인 피고에게 입증책임을 지우는데 비하여, 미국은 언론보도로 인한 경우에는 원고에게 부담시키고 있다. 이러한 차이점은 크게 볼 때 법문화의 차이가 아닐까 생각한다. 다시 말해 미국은 고의에 의한 손해배상의 경우에는 징벌적 손해배상이 인정되어 엄청난 금액이 부과되는 바, 언론사가 패소할 경우에는 거의 문을 달아야 하는 정도로 부담스럽게 된다.¹⁰⁵⁾ 따라서 법원은 언론을 보호하고자 하는 각종 이론들을 만들어 내기 시작했다고 할 수 있다. 다시 말하여 미국연방대법원은 원고에게 무거운 입증책임을 부담시켜 언론사를 상대로 한 명예훼손소송을 사실상 곤란케 함으로써 언론의 자유와 국민의 알 권리를 개인의 사적인 법익보다 우월한 위치에 두어 강조했다고 할 수 있다.

그러나 우리 나라의 경우에는 언론보도로 인한 명예훼손의 경우 인정되는 손해배상액이 일반인사이의 명예훼손과 그리 다르지 않은 2~3 천 만원 수준에 머물고 있는 바,¹⁰⁶⁾ 그러한 상황에서 입증책임마저 원고에게 부담시킨다면 피해자에게 너무 가혹한 결과를 가져 올 것이며, 또 불법행위로 인한 손해배상액 책정시의 입증책임이 점차 전문가에게 옮겨가고 있는 경향(환경소송과 의료소송의 경우)에서 보더라도 우리 법원의 행위자(피고)책임주의는 우리 현실에서는 타당하다고 하겠다. 형법 제 310 조에서는 위법성조각사유로서 '진실성'과 '공익성'만을 들고 있음에도 불구하고 법원이 진실이라고 믿은 데에 대한 상당한 이유가 있는 경우, 즉 '상당성'이 있는 경우까지도 위법성조각사유로 인정하고 있음은 행위자, 특히 언론사에게 진실성입증이라고 하는 과중한 부담을 덜어주기 위함이라고 생각할 수 있다. 그럼에도 불구하고 상당성의 입증책임을 피해자인 원고에게 부담지운다는 것은 우리 현실에서는 정의롭지 못하다고 할 것이다.

결국 언론의 자유와 국민의 알 권리라고 하는 공익과 개인의 명예와 인격권, 프라이버시라고 하는 사익 가운데 어느 것을 비교 우위에 둘 것인가 하는 것은 언론사가 그 사회에서 추구하고 인정받는 역할과 인식, 평가에 따라 달라질 수밖에 없을 것이다.107)

이와 같은 비교를 바탕으로 전술한 대법원 1998년 5월 8일 선고 97다34563 판결을 보면, '진실성'의 판단은 '사실확인 노력'의 미비라는 점에서 수긍할 수 있으나, '공익성'의 판단에서는 다소 미진한 감이 있다. 예컨대 김창룡 사건에서 인정되었던 '역사성'이 1980년대의 큰 사건 중의 하나인 김형욱 사건도 역사성이 인정될 수 있을 것이다. 다만 그 사건을 다루면서 원고(여기자)의 등장이 필수적이었는지, 그리고 필수적이었다면 일반청취자가 느끼기에 원고가 '이중적이고 비굴하며 목적을 위해서는 수단과 방법을 가리지 않는 인물'이라는 인상이 사실적인 것인지, 아니면 비평인지를 구분하여 논하여야 할 것이며, 피고가 주장한 대로 원고는 전면적인 공적 인물이므로 그러한 비평도 받아야 하는지에 대하여 좀더 깊이 있는 분석을 했어야 함에도 불구하고 이에 관한 논의가 전혀 없었음은 아쉽다고 하지 않을 수 없다.

결론적으로 우리 나라의 법제와 판례에 나타난 문제점을 지적하면 다음과 같다. 첫째, 명예훼손사건에 있어서 민사소송과 형사소송간의 차이점이 전혀 없다는 것이다. 그로 인하여 명예훼손으로 인한 손해배상청구사건에서도 형법 제 310조를 그대로 원용하여 '진실성'과 '공공의 이익', '상당성'을 위법성조각사유로 판단하고 있는 바, 그 입증책임의 부담을 누가 할 것인가의 논란을 불러일으킨다.

둘째, 언론에 의한 명예훼손과 사인간의 명예훼손사건 사이에 전혀 차이가 없다는 것이다. 형법상으로는 분명히 출판물 등에 의한 명예훼손을 별도로 규정하여 신문, 잡지, 라디오, 기타 출판물에 의한 명예훼손을 가중처벌하고 있음에도 불구하고(제 309조) 민사상으로는 이와 같은 구별이 전혀 이루어지지 않고 있다. 그로 인하여 언론보도로 인한 명예훼손과 그에 따른 손해배상책임이 일반 사인의 경우와 동일하게 이루어지고 있고 결과적으로 손해배상액의 차이가 없게 된다.

셋째, 언론·출판의 자유와 그 책임이라고 하는 헌법상의 기본원칙이 도외시된다는 것이다. 우리 헌법은 분명히 제 21조 제 1항에서 언론·출판의 자유를 보장한다고 규정하고 다시 제 4항에서 '타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.'고 제한하고 있음에도 불구하고, 일반 사인에 의한 명예훼손과 동일한 구성요건과 입증책임을 요구하는 것은 헌법질서 전체에 대한 해석이 부족한 데서 기인한 것이라고 할 수밖에 없다.

주

1) 언론에 의하여 침해되는 개인의 법익이 무엇이냐에 대하여 우리 헌법은 단순히 '명예와 권리'라고 규정하고 있으나, 그 구체적인 내용에 관하여 학자들은 대체로 인격권이라고 보고 있다. 우리 헌법은 인격권에 관한 명문의 규정을 두고 있지 아니하지만, 제 10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 제 17조 사생활의 비밀과 자유, 제 37조 제 1항 '헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리' 조항 등으로부터 도출해 내고 있으며, 인격권의 개념에 관하여는 '자신과 분리할 수 없는 인격적 이익의 향유를 내용으로 하는 권리로서 생명 신체 건강 명예 정조 성명 초상 사생활의 비밀 등의 보호를 내용으로 하는 권리'로 보고

있다(권영성, "헌법학원론", 법문사, 1998, 347 쪽). 이는 대체로 독일의 학설과 일치하는 것[독일에서는 인격권(Personlichkeitsrecht)을 일반적 인격권과 개별적 인격권으로 구별하고 있다]으로서, 최근 독일에서는 언론에 의한 인격권의 침해를 주장하는 사례가 폭주하여, 많은 대도시의 법원에서 언론재판부를 별도로 운영하고 있을 정도이다.

2) 이는 '기본권의 충돌'의 문제로서, 기본권의 충돌이란 "복수의 기본권 주체가 서로 충돌하는 권익을 실현하기 위하여 국가에 대하여 각기 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 것"을 말한다. 이와 같은 기본권의 충돌문제가 헌법문제로서 제기되기 시작한 것은 독일에서 기본권외 객관적 가치질서론과 이를 근거로 한 기본권의 제 3 자적 효력론이 대두되면서부터이다. 즉 기본권은 주관적 공권인 동시에 법질서 전체에 대한 원칙규범이라고 하는 기본권의 이중성을 인정하게 되면서, 객관적 가치질서로서의 기본권은 사인 상호간의 관계에서도 직접 간접으로 효력을 가진다는 기본권의 제 3 자적 효력의 문제가 나오게 되었고, 그것이 대립되는 다른 기본권과 충돌을 일으키게 된 것이다. 권영성, 앞의 책, 306-307 쪽.

3) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392) 참조

4) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97 다 34563 판결(판례공보 1998 상, 1575); 대법원 1998. 5. 8. 선고 96 다 36395 판결(판례공보 1998 상, 1573); 대법원 1997. 9. 30. 선고 97 다 240207 판결(판례공보 1997 하, 3279); 대법원 1996. 5.28. 선고 94 다 33828 판결(판례공보 1996 하, 1973); 대법원 1996. 10. 11. 선고 95 다 36329 판결(판례공보 1996 하, 3297) : 대법원 1994. 5. 10. 선고 93 다 36622 판결 (법원공보 1994 상, 1645) ; 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결 (법원공보 1988, 1392).

5) 한위수, "명예의 훼손과 민사상의 제문제", 「사법논집」 제 24 집 , 법원행정처 , 397 쪽.

6) Beauharnais v. Illinoise, 343 U.S.250(1952)7) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964) .8) New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 254(1964) .9) Curtis Publishing Co. v. Butts 388 U.S.130(1967).10) Rosenbloom v. Metromedia Inc. 403 U.S.29(1971); Dun & Bradstreet Inc. v. Greenmoss Builders Inc. 1055. Ct.2939(1985)

11) Gertz v. Robert Welch Inc. 418 U.S. 323(1974) .

12) Garrison v. Louisiana 379 U.S. 64(1964) ; St. Amant v. Thompson 390 U.S. 727(1968) : Bose Co.v. Consumer Union 466 U.S. 485(1984).

13) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97 다 34563 판결(판례공보 1998 상, 1575)14) 이러한 방송내용의 대본은 방송작가(김교식)가 이상우 작 '비록 박정희시대'라는 책과 박사월 작 '김형욱회고록 I, II, III', 그밖에 논픽션 작가인 이기봉이 수집한 김형욱 사건관련 일간지 잡지 등을 기초로 하여 작성한 것이다.

15) 예컨대 연속극의 경우 시청자가 그 드라마를 처음부터 끝까지 계속 시청하는 경우 뿐만 아니라 단편적으로 시청하는 경우가 있을 수 있으므로 이러한 점도 고려하여야 한다.

16) 진한 글씨체는 필자가 논의를 전개함에 있어 편의에 따라 도드라지게 표현한 것임.

17) 더구나 (주간 청매)에 실린 원고의 수기에는 위의 방송극 내용이 나타나지 아니한다.

18) 판례공보 1998 상, 1575

19) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97 다 24207 판결(판례공보 1997 하, 3279) .

- 20) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392) .
- 21) 동지 한위수, 앞 글, 419 쪽.
- 22) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392): 1996. 5. 28. 선고 94 다 33828 판결(판례공보 1996 하, 1973); 대법원 1996. 10. 25. 선고 95 도 1473 판결(판례공보 1996 하, 3491) 참조.
- 23) 대법원 1994. 8. 26. 선고 94 도 237 판결(법원공보 1994, 2573)
- 24) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95 도 1473 판결(판례공보 1996 하, 3491) ; 대법원 1996. 10. 11. 선고 95 다 36329 판결 (판례공보 1996 하, 3297). 그밖에 대법원 1993. 6. 22. 선고 93 도 1035 판결(법원공보 1993 하, 2199); 대법원 1993. 6. 22. 선고 92 도 3160 판결(법원공보 1993 하, 2188, 대법원 1994. 5. 10. 선고 93 다 36622 판결(법원공보 1994 상, 1645) 등 참조.
- 25) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97 다 19038 판결(판례공보 1998 상, 865) .
- 26) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94 다 35718 판결(법원공보 1995 하, 2496).
- 27) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95 도 1473 판결(판례공보 1996 하, 3491) .
- 28) 대법원 1996. 10. 11. 선고 95 다 36329 판결(판례공보 1996 하, 3297) .
- 29) 대법원 1989. 2. 14. 선고 88 도 899 판결(법원공보 1989, 445) .
- 30) 대부분의 대법원판례가 명예훼손을 한 보도내용의 진실성과 공익성만을 기준으로 판단한 데 비하여, 보도내용이 '사실에 관한 것'인지 '평가'인지를 구분하려고 한 듯한 판례가 있다. 대법원 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392)은 언론의 보도내용이 비록 사실이 아니라 하더라도 인물에 대한 평가가 공공의 이익에 관한 사항일 경우에는 원칙적으로 비평의 대상이 된다고 하였다. 이 판결은 보도내용이 사실에 관한 것인지 평가에 관한 것인지를 구분한 유일한 것이라는 점에서 주목을 끈다. 다만, 이 판결도 최종 결론에서는 “피고 발행의 월간잡지에 게재된 갑의 수기는 원고가 수행한 소송과 관련하여 그가 변호사로서의 자질이 부족하다는 것을 내용으로 하고 있으므로 이러한 인물에 대한 평가로서 공공의 이익에 관한 사항인 경우에는 원칙적으로 비평의 대상이 된다고 할 수 있겠으나, 이 사건 수기는 그 내용과 기술방법으로 보아 원고의 '인격을 비방하는 인신공격의 표현이 상당히 포함되어 있어 그 수기의 게재가 오로지 공익을 위한 시도로서 행한 것이라고는 도저히 볼 수 없고 진실성이 결여된 점은 위 수기의 제목 및 표현내용과 문면자체에 의하여 분명한 바이다.”라고 하여 공익에 관한 판단만 하고 있다.
- 31) 연혁적으로 볼 때 보통법 상에서는 명예훼손사건도 문서에 의한 경우(libel)와 구두에 의한 경우(slander)로 나뉘어 불법행위(tort)로서 고찰되었고, 아직도 영국에서는 이 둘을 구별하고 있으나(Defamation Act in 1952), 미국에서는 20 세기 이후부터 이를 구별하지 아니한다. 같은 불법행위이면서도 엄격히 구별되는 libel 과 slander 의 관계를 간단히 살펴 보면, 첫째, libel 은 사법상의 불법행위 이외에 형사상의 범죄를 구성하는 반면에 slander 는 사법상의 불법행위만이 성립되며, 둘째, libel 은 손해발생(damages)의 입증이 없어도 그 자체로서(per se) 제소할 수 있는 불법행위임에 반하여, slander 는 일반적으로 특별손해(special damage)의 입증이 없으면 소를 제기할 수 없는(이른바 slander perquod) 사정소송(action on case)상의 불법행위이다. 자세한 것은 Rodney A. Smolla, Law of

defamation. Clark Boardman Co., N.Y., 1990; Randall P. Bezanson, Gilbert Cranberg, John Soloski, Libel Law and the Press, The free press, 1987, London 참조(이하 각주에서 'Bezanson 등'으로 약칭하여 인용함).

32) 엄격책임주의란 명예훼손에 따른 손해배상을 청구하기 위해서 원고는 피고가 객관적으로 보아 상대방의 명예를 훼손한다고 인정될 수 있는 내용을 발표했다는 사실만 입증하면 족하고, 그 내용의 허위성이나 그에 관한 피고의 고의 과실 등을 입증할 필요없이 바로 손해발생이 추정되므로, 피고는 일종의 무과실책임에 가까운 엄격한 책임을 지게 된다는 의미에서 명명된 이론이다. Marc A. Franklin, Mass Media Law Cases and Materials, 3th ed., The Foundation Press, Inc., 1987. 109-110 쪽.

33) 공정한 비평의 항변은 현대 언론관련판례에서도 그대로 적용되는 바, 그 비평은 우선 공공의 이익(public interest)에 관한 것이어야 하고, 둘째, 사실에 기초한 비평이어야 하지만, 셋째, 사실에 관한 주장(assertion of fact)이 아니라 자신의 의견표명(expression of opinion)이어야 하며, 넷째, 그 의견표명에 악의(malice)나 나쁜 동기 (evil motive)가 없어야 하고, 다섯째, 공정한 논평이 되기 위해서는 설령 잘못된 것이라 하더라도(misguided) 공정하고 정직하게 진술된 의견이어야 한다. 그 까닭은 헌법상 보장되는 언론 출판의 자유 하에서는 '잘못된 생각(false idea)'이란 개념은 존재하지 아니하며, 비록 이단적이거나 호도된 것으로 보이는 생각이라도 그것이 의견(opinion)으로 표현되었을 경우에는 그에 상응하는 다른 의견을 통하여 비판 교정되는 것이지 사법절차에 의하여 그 당부가 결정되는 것은 아니기 때문이라는 것이다. 자세한 것은 Franklin, 앞 책, 137-140 쪽; Bezanson 등, 앞 책, 218-227 쪽 참조.

34) 특권은 절대적 특권(absolute privilege)과 상대적 특권(conditional privilege)으로 나뉘는 바, 절대적 특권은 국회의원이 의회 내에서 한 진술, 의회의 명령에 의하여 발행된 보고서 의사록, 소송절차에 참가한 자들의 진술, 직무상 통신 중의 진술, 직무와 관련된 진술 등 극히 제한된 경우에만 인정되는 것을 의미하며, 제한적 특권은 공공의 이익에 관한 사항, 발표자의 이익에 관한 사항, 타인의 이익에 관한 사항, 공통이익에 관한 사항 등에 따라 달라진다. Franklin, 앞 책, 137-139 쪽.

35) Bezanson 등, 앞 책, 170-227 쪽 참조.

36) New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 255(1964). 이하 이 사건의 사건명을 말할 때에는 설리반사건이라 하고, 본 판결의 원칙과 법리를 말할 때에는 뉴욕타임즈 원칙이라 한다.

37) Brennan 대법관이 연방대법원의 의견을 대표집필하였다. 설리반사건에서 반대의견은 없었으며, 단지 Black, Douglas, Goldberg 대법관 등이 동조의견과 보충의견을 개진했을 뿐이다.

39) Johnston v. Corinthian T.V. Co., 538 P 2d 1101(1978).

40) Rosenblatt v. Baer, 383 U.S. 75(1966) .

41) Monitor Patriot Co. v. Roy, 401 U.S. 265(1971) ;Ocala Star-Banner Co. v. Damron, 401 U.S. 295(1971) .

- 42) 접근권에 관한 자세한 논의는 박운희, "반론권에 관한 비교헌법학적 고찰", 1995, 서울대학교 박사학위청구논문 참조.
- 43) Bose Co. v. Consumers Union, 466 U.S. 485 (1984); Curtis Publishing Co., v. Butts, 388 U.S. 130 (1967); Associate Press v. Walker, 388 U.S. 145 (1967).
- 44) 이들 전면적인 공적 인물에 관해서는 사적이라고 인정되는 일부의 프라이버시사항을 제외하고는 모든 목적에서 공적 인물(all Purpose public figure)로 판정된다.
- 45) Franklin, 앞 책, 219-226 쪽.
- 46) Franklin, 앞 책, 219-226 쪽.
- 47) Gertz v. Robert Welch Inc., 418 U.S. 323 (1974); Street v. NBC, 645 F.2d 1227 (6th Cir. 1981).
- 48) Waldbaum v. Fairchild Publications Inc., 427 F. 2d 1287 (D.C. Cir 1980) cert. denied, 449 U.S. 898 (1980).
- 49) Street v. NBC, 645 F.2d 1227 (1981)
- 50) Time Inc. v. Firestone, 424 U.S. 448 (1976).
- 51) Wolston v. Reader's Digest Association, 443 U.S. 157 (1979).
- 52) 박용상, "표현행위의 위법성에 대한 일반적 고찰", 「오당 박우동 선생 화갑기념 민사재판의 제문제」 8 권, 민사실무연구회, 1994, 279 쪽.
- 53) Franklin, 앞 책, 201-225 쪽.
- 54) 이홍권, "언론보도로 인한 명예훼손과 손해배상책임", 「외국사법연수논집」 제 7 집, 법원행정처, 254-255 쪽.
- 55) Rosenbloom v. Metromedia Inc. 403 U.S. 29 (1971),
- 56) Franklin, 앞 책, 114-115 쪽; 139-141 쪽.
- 57) 이홍권, 앞 글, 252 쪽.
- 58) Dun & Bradstreet Inc. v. Greenmoss Builders Inc., 472 U.S. 749 (1985).
- 59) Masson v. New Yorker Magazine Inc., 501 U.S. 496 (1991).
- 60) Restatement(2nd) of Torts sec. 581A (1977).
- 61) Milkovich v. Lorain Journal Co., 110 S. Ct. 2695 (1990).
- 62) 대법원 1998. 5. 8. 선고 96 다 36395 판결(판례공보 1998 상, 1572); 대법원 1998. 2. 27. 선고 97 다 19038 판결(판례공보 1998 상, 865); 대법원 1997. 9. 30. 선고 97 다 24207 판결(판례공보 1997 상, 1575). 대법원 1996. 10. 11. 선고 95 다 36329 판결 (판례공보 1996 하, 3297).
- 63) 대법원 1958. 9. 26. 선고 4291 형상 323 판결(판례총람 20-1 권, 613 쪽).
- 64) 대법원 1996. 10. 11. 선고 95 다 36329 판결(판례공보 1996 하, 3297).
- 65) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97 다 19038 판결(판례공보 1998 상, 865)
- 66) 대법원 1996. 5. 28. 선고 94 다 33828 판결(판례공보 1996 하, 1973); 대법원 1998. 5. 8. 선고 96 다 36395 판결(판례공보 1998 상, 1572).
- 67) 물론 대법원 판례 중에는 행정상 공포에 의한 경우에도 기업에 대한 명예훼손을 인정하는 판례가 있으나{대법원 1998. 5. 22. 선고 97 다 57689 판결(판례공보 1998 하, 1712), 이는

매체의 특성상 확인을 하였어야 한다는 것이고, 신속성을 요하는 일간신문이나 방송뉴스의 경우에는 행정상의 공표는 신빙성 있는 자료나 정보원으로 인정받고 있다.

68) 한위수, 앞 글, 429-430 쪽.

69) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97 다 34563 판결(판례공보 1998 상, 1575).

70) 대법원 1996. 5. 28. 선고 94 다 33828 판결(판례공보 1996 하, 1973).

71) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392).

72) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97 다 34563 판결(판례공보 1998 상, 1575); 대법원 1998. 5. 8. 선고 96 다 36395 판결(판례공보 1998 상, 1573); 대법원 1997. 9. 30. 선고 97 다 240207 판결(판례공보 1997 하, 3279); 대법원 1996.5. 28. 선고 94 다 33828 판결(판례공보 1996 하, 1973); 대법원 1996. 10. 11. 선고 95 다 36329 판결(판례공보 1996 하, 3297); 대법원 1994. 5. 10. 선고 93 다 36622 판결(법원공보 1994 상, 1645); 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392).

73) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392); 대법원 1996. 5. 28. 선고 94 다 33829 판결(판례공보 1996 하, 1973); 대법원 1996. 10. 11. 선고 95 다 36329 판결 (판례공보 1996 하, 3297)

74) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94 다 35718 판결(법원공보 1995, 2496); 대법원 1998. 5. 8. 선고 96 다 36395 판결(판례공보 1998 상, 1572)은 "진실한 사실이라는 점이 증명되지 아니하였어도 그 행위자가 그 사실을 진실하다고 믿은 데 상당한 이유가 있는 경우에는 위 행위예고의 또는 과실이 있다 할 수 없어 불법행위는 성립하지 아니 한다."고 판시하고 있다.

75) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97 다 19038 판결(판례공보 1998 상, 865).

76) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97 다 24707 판결(판례공보 1997 하, 3279).

77) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93 다 36622 판결(법원공보 1994 상, 1645).

78) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392).

79) 대법원은 1996. 5. 28. 선고 94 다 33828 판결(판례공보 1996 하, 1973)에서 "일간신문사가 다른 언론매체의 보도 내용을 마치 직접 취재한 것처럼 기사를 작성하면서 그 기사내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 피해자 및 관련자와 접촉하려고 시도하였으나 그 방법이 부적절하였거나 그 노력을 다하지 못하여 실패하자, 더 이상의 사실 확인도 하지 아니한 채 별다른 근거없이 막연히 기사를 작성한 경우, 일간신문이 신속성을 요한다는 점을 감안한다 하더라도 그 언론매체에게 그 기사의 취재과정에서 그 기사의 내용이 진실이라고 믿은 데에 상당한 이 유가 있었다고 보기 어렵다."고 판시하였다.

80) 대법원은 1998. 5. 8. 선고 97 다 34563 판결(판례공보 1998 상, 1575)에서 "드라마방송에 앞서 원고나 위 저서의 저자들을 만나 의견을 묻거나 달리 사실관제를 확인하지 아니하였으므로," 이 사건 드라마의 내용이 진실이라고 믿었더라도 그에 상당한 이유가 있다고 볼 수 없다."고 하였다.

81) 대법원은 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392)에서 "신문에 비하여 신속성이 덜한 잡지에 인신공격의 표현으로 비난하는 내용의 기사를 게재함에 있어서는 기사내용의 진실여부에 대하여 미리 충분한 조사활동을 거쳐야 할 것인 바, 잡지 발행인이

수기를 잡지에 게재함에 있어 그 내용의 진실성에 대하여는 전혀 검토하지 아니한 채 원문의 뜻이 왜곡되지 않는 범위 내에서 문장의 일부만을 수정하여 피해자가 변호사로서의 본분을 망각한 악덕변호사인 것처럼 비방하는 내용의 글을 그대로 잡지에 게재하였다면 잡지발행인으로서 위 수기의 내용이 진실한 것으로 믿는 데 상당한 이유가 있었다고 할 수 없다."고 밝혔다

82) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97 다 19038 판결(판례공보 1998 상, 865).

83) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결(법원공보 1988, 1392); 대법원 1993. 6. 22. 선고 92 도 3160 판결(법원공보 1993 하, 2199); 대법원 1996. 5. 28. 선고 94 다 33828 판결(판례공보 1996 하, 1973).

84) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97 다 24207 판결(판례공보 1997 하, 3279).

85) 대법원 1988. 5. 8. 선고 97 다 34563 판결(판례공보 1998 상, 1575)

86) 동지: 한위수, 앞 글, 431 쪽

87) *Masson v New Yorker Magazine Inc.*, 501 U.S.496(1991).

88) 징벌적 손해배상은 손해의 입증과는 무관하게 악의의 가해자에게 큰 금액의 배상을 명함으로써 악의의 가해자를 응징하고 유사한 해악의 재발을 방지하는 것이 사회적 이익에 부합한다는 논리에 근거를 두고 있다.

89) 송흥섭, "미국의 징벌적 손해배상제도개관", 「재판자료」 제 58 집, 법원행정처, 509 쪽 이하.

90) *Philadelphia Newspapers Inc. v. Hepps*, 106 S. Ct.1558(1986).

91) 다만 몇몇 주(州)에서는 적시된 발언이 진실하다는 것 외에 '선의(good motive)'나 '정당한 목적(justificable ends)'에서 비롯되었음을 입증할 것을 요구하기도 한다. Franklin, 앞 책, 136 쪽.

92) Franklin, 앞 책, 136 쪽; 이흥권, 앞줄, 243 쪽.

93) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254(1964).

94) *Oilman v. Evans*, 750 F. 2d 970, cert. denied, 105S. Ct.2662 (1985) .

95) Bezanson 등, 앞 책, 218 쪽 96) 이흥권, 앞 글, 249 쪽.

97) Franklin, 앞 책, 196 쪽.

98) Franklin, 앞 책, 173-177 쪽.

99) *Garrison v. Louisiana*,379 U.S.64(1964).

100) *Bose Co. v. Consumers Union*, 466 U.S. 485(1984).

101) *St. Amant v. Thompson*,390 U.S. 727(1968).

102) *Anderson v. Liberty Lobby, Inc.*, 106 S. Ct. 2505(1986); *Philadelphia Newspaper Inc. v. Hepps*, 106S. Ct. 1558(1986) ; *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153(1979).

103) Franklin, 앞 책, 199 쪽.

104) Bezanson 외, 앞 책, 159 쪽.

105) 연방대법원에서 1980 년부터 1995 년까지 명예훼손이 인정되어 언론사가 부담한 징벌적 손해배상금액은 평균 230 만 달러에 달한다고 한다. 표성수, "언론과 명예훼손", 육법사, 1997, 162 쪽.

106) 최근에 들어서는 언론의 선정주의와 무분별한 과당경쟁으로 인하여 오보가 늘어나고있고 그로 인한 명예훼손사건이 급증하고 있는 점을 생각한다면 언론의 자유와 그 책임 사이의 형평성이 인정될 수 있는 손해배상 액수가 책정되어야 할 것이다.

이러한 상황에서도 사죄광고가 위헌판결을 받은 이후 일반인이 언론보도로 인하여 명예가 훼손된 경우 사법절차를 통하여 사후구제를 받을 수 있는 방법은 민형사상의 명예훼손죄와 그로 인한 손해배상책임을 묻는 것 밖에 다른 방법이 거의 없는 편이다.

107) 지홍원, "영미법에 있어서의 Fair Comment 의 이론", 「재판자료」 제 15 집, 법원 행정처, 86-87 쪽.

- 이화여대 대학원 졸, 서울대 대학원 법학 박사, 프랑스 소르본느대학 연수
- 저술: 「미국에 있어서의 방송의 자유와 법적 제한」, 「정정보도청구권에 관한 소고」, 「반론권에 관한 비교헌법학적 고찰」 외
- 현재 경기대 법학과 겸임 교수