기고논문

상당성에 관하여

노 태 홍
서울중앙지법 민사25부 판사(언론전담재판부)

I. 머리말

명예훼손으로 인한 손해배상사건을 담당하면서 가장 많이 접하는 것이 진실하다고 믿음에 상당한 이유가 있다(이하 '상당성'이라고 한다)는 피고의 항변이고, 특히 언론매체가 피고로 된 대다수의 명예훼손 소송은 위 상당성의 유무에 의하여 그 소송의 승패가 좌우된다고 하여도 과언은 아닐 것이다.

우리 대법원은 명예훼손의 성립에 관한 판례준칙으로 "신문 등 언론매체가 보도를 통하여 타인의 명예를 훼손한 경우에도 보도내용이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 그 진실성이 증명된 경우 또는 그 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 불법행위가 성립하지 아니 한다"고 판시함으로써 공익성, 진실성 내지 상당성을 언급하고 있다. 이와 같은 대법원의 입장은 형사상의 명예훼손죄뿐만 아니라 민사상의 명예훼손으로 인한 손해배상사건에서도 그대로 적용되고 있는데, 이때 상당성이 위법성을 조각하는지, 고의, 과실을 조각[1]하는 것인지에 관하여는 판례의 태도가 엇갈리고 있으나, 주류적인 판례의 태도는 상당성을 위법성조각사유로 보고 있는 듯하다.[2]

아래에서는 대법원이 명예훼손사건에서 특유한 면책사유로 확립한 '상당성'에 대한 형법학계에서의 논의, 그 체계적 지위 등 이와 관련된 몇 가지 문제점에 관하여 살펴보려고 한다(상당성의 체계적 지위는 민사상의 명예훼손으로 인한 손해배상사건에 관해서 보기로 한다).

II. 형법학계에서의 상당성에 대한 논의

형법 제310조[3]의 의미에 관하여서는 위 조항이 위법성조각사유를 규정한 것이라는 데에 형법학자

1) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 96다36395판결, 대법원 1995. 6. 16. 선고 94다35718 판결 등.
2) 하급심에서(서울중앙지방법원 2005. 7. 19. 선고 2004가합102346 판결, 광주지방법원 2005. 9. 28. 선고 2004가단45689 판결 등)는 상당성이 고의, 과실을 조각한다는 판결들이 여전히 보이고 있다.
3) 제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

들의 의견이 대체로 일치하고 있어서 공공성과 진실성이라는 두 요건이 충족되는 경우에는 '위법성이 조각'되어 명예훼손죄가 성립되지 않는다고 보고 있다. 그러나 허위의 사실을 진실이라고 오인하고 공익을 위하여 적시한 경우[4], 즉 공익성 요건은 존재하나 진실성 요건은 존재하지 않고 이에 착오가 있는 경우에 대하여는 형법학자 사이에 의견이 갈리고 있다.

1. 실체법적 효과

가. 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오설

(1) 다수설은 '상당성'을 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 문제로 다루고 있으므로, 위 착오의 효과에 대한 형법학계의 학설[5]을 살펴보면 다음과 같다.

① 엄격고의설 : 책임요소로서의 고의가 성립하기 위해서는 위법성의 현실적 인식이 필요한데, 이 경우 위법성의 현실적 인식이 없으므로 행위자는 고의범의 죄책을 지지 않는다. 다만 행위자에게 과실이 있으면 과실범의 책임을 지고 행위자에게 과실이 없으면 책임이 조각된다.

② 엄격책임설 : 위법성에 관련된 모든 착오를 예외 없이 법률의 착오로 취급한다. 따라서 이 경우 행위자에게 구성요건적 고의가 있으므로 고의범의 구성요건해당성과 위법성이 있다고 한다. 책임단계에서, 일반적 법률의 착오와 마찬가지로 행위자에게 위법성의 인식가능성이 있으면 책임이 감경되고, 위법성의 인식가능성이 없으면 책임이 조각된다.

③ 소극적 구성요건요소이론 : 고의책임이 조각되는 것이 아니라 고의불법이 존재하지 않는다고 한다. 행위자에게 위법성의 인식이 없어 착오에 과실이 있는 경우에는 과실범의 죄책을 지고, 과실이 없는 경우에는 책임이 조각된다고 한다.

④ 제한책임설 : 위법성조각사유의 전제사실의 착오가 구성요건적 착오는 아니지만 구성요건적 착오와의 구조적 유사성을 근거로 구성요건적 착오의 규정이 적용되어야 한다. 구성요건착오 유추적용설은 위법성의 인식가능성이 있는 경우 사실의 착오를 유추적용하여 과실범의 책임을 인정하고, 인식가능성이 없는 경우에는 책임이 조각된다고 한다. 법효과제한적책임설은 고의범의 구성요건해당성, 위법성은 있으나 행위자에게 책임고의가 없으므로 고의책임을 물을 수 없고, 착오에 과실이 있는 경우에는 과실범의 책임을 인정하고, 착오에 과실이 없는 경우에는 책임이 조각된다고 한다.

(2) 위 학설 중 엄격책임설만이 고의기수범의 성립을 인정하고(다만 회피가능성 여부에 따라 책임정도가 감경 또는 배제될 수 있다), 나머지 학설에 따르면 착오의 회피가능성에 따라 과실범의 성립여부만이 문제되게 된다.

(3) 형법학계의 다수 견해는, 위법성조각사유의 전제사실을 오인한 자에 대한 비난은 법이 요구하

4) 공익성 그 자체는 규범적 평가개념에 해당하는 것이므로, 공익성에 대한 착오가 있는 경우에는 그러한 착오는 형법이론에서 말하는 소위 '포섭의 착오'로 이는 법률의 착오에 해당한다고 보아야 한다. 따라서 그 착오는 구성요건해당성, 위법성의 인정에는 아무런 영향을 끼칠 수 없고, 단지 법률의 착오로서 책임조각에 영향을 끼칠 뿐이다(손동권, 명예훼손죄에 대한 특별한 위법성조각규정의 적용상의 문제점, 판례월보 제322호, p. 36).

5) 오영근(2005).「형법총론」. 서울: 박영사. p. 456 이하 참조.

는 주의를 다하지 아니한 과실에 있을 뿐이고 법배반적 심정에 있는 것이 아니므로, 고의범에 있어서의 전형적인 법공동체의 가치관념에 대한 배반이 없어, 회피할 수 있는 착오에 대한 책임이 질적으로 과실책임과 일치하는 이상 위 착오는 법적 효과에 있어서 사실의 착오와 같이 취급하는 법효과제한적책임설로 처리하는 것이 타당하다[6]고 보고 있다.

그러나, 위 학설을 명예훼손죄에 적용하여 보면, 엄격책임설을 제외한 어느 입장을 취하든 명예훼손죄의 경우에는 과실범 처벌규정이 없으므로 착오에 상당한 이유가 있는지 여부와 무관하게 결국 무죄가 된다는 부당한 결론에 이르게 된다. 이에 대하여 상당한 이유가 없는 경우에는 구성요건적 고의는 인정하면서 책임감경만이 고려되는 엄격책임설이 결론에 있어서 타당하다는 견해[7], 보도자의 '성실한 검토의무'를 형법 제310조의 성립에 필요한 특별한 주관적 정당화요소로 파악하여 보도행위에 수반되는 위험을 가능한 한 최소한도로 줄이기 위해 사건에 대한 검토의무를 충실히 이행하였다면 행위불법이 없어져 위법성이 조각되고, 검토의무를 위반하여 행위불법이 인정되면 위법성이 조각되지 않는다는 견해[8] 등이 있다.

나. 형법 제15조 제1항[9] 적용설[10]

적시사실이 진실한 경우에도 명예훼손죄의 성립을 인정하는 우리나라 형법체계에 있어 적시사실이 진실하다는 것은 실질적으로 고찰하면 위법성조각사유의 전제사실이 될 수 없다. 즉 우리 형법상 적시사실의 진실성 여부는 형법 제307조 제2항과 제1항 사이의 형가중사유에 불과하다.

따라서 적시사실의 진실성에 관한 착오에는 형법 제15조 제1항에 의하여 중한 형법 제307조 제2항이 적용될 수 없는 효과가 있는 것은 틀림없으나, 그 착오가 형법 제307조 제1항이 규정한 명예훼손죄(고의범)의 성립에는 아무런 영향을 미칠 수 없다. 따라서 허위를 진실하다고 믿었더라도 형법 제307조 제1항 명예훼손죄의 고의를 조각하거나(제한적 책임설 등), 고의범을 인정하면서 그 책임을 조각할 수 있게 하는(엄격책임설) 소위 '위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오' 문제는 우리 형법체계상 일어날 수 없다.

이러한 진실성에 대한 착오의 경우에는 그 적시사실에 공익성이 있는 것으로 평가된다면 형법 제307조 제1항의 고의범 내에서 독일에서 널리 인정되는 면책사유의 효과를 귀속시킬 수 있을 것이다. 반면에 적시사실이 객관적으로 허위이고 공익성도 없음에도 불구하고 행위자가 주관적으로 진실하고 공익성도 있다고 착각한 경우에는 자신의 행위가 형법 제310조의 요건을 모두 충족하여 허용되는 것으로 착오하는 것, 즉 법률의 착오가 될 뿐이고, 이 경우에는 그 착오에 정당한 이유가 있으면 책임이 조각될 뿐이다.

2. 소송법적 효과

형법 제310조에 의한 위법성조각사유의 입증책임과 관련하여 이를 사실의 증명으로 보아 거증책임

6) 이재상(2003).「형법총론」. 서울: 박영사. p. 332 참조.
7) 김일수, 서복학(2004).「형법각론」. 서울: 박영사. pp. 197~198.
8) 임웅(2001).「형법각론」. 서울: 법문사. p. 189.
9) 형법 제15조(사실의 착오) ① 특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 중한 죄로 벌하지 아니한다.
10) 손동권(2006).「형법각론」. 서울: 율곡출판사. pp. 196~197.

의 전환규정으로 해석하여 적시사실의 진실성, 공익성을 피고인이 입증해야 한다는 견해가 있으나, 다수의 견해는 형사소송법상 입증책임은 원칙적으로 검사에게 있으므로, 위법성조각사유가 존재하는 경우에도 피고인에게 주장책임이나 증거제출책임은 있지만, 사실의 입증이 불분명한 경우 불이익이 귀속될 입증책임은 검사에게 있어 피고인이 형법 제310조의 위법성조각사유를 주장할 경우 진실성, 공익성의 부존재에 대한 입증책임은 검사에게 있으며, 이는 상당성의 입증책임에도 동일하게 적용된다고 한다(대법원은 형사재판에서의 입증책임과 관련하여 "공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌되지 않기 위해서는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것이나, 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니라고 할 것이므로, 이때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의 2는 적용될 여지가 없다고 보아야 한다[11]"고 판시하였고, 민사재판에서의 입증책임과 관련하여서는 "방송 등 언론매체가 사실을 적시하여 개인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 적시된 사실이 진실이라는 증명이 있거나 그 증명이 없다 하더라도 행위자가 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있으면 위법성이 없다고 보아야 할 것이나, 그에 대한 입증책임은 어디까지나 명예훼손 행위를 한 방송 등 언론매체에 있다[12]"고 판시하였다).

3. 검 토

위에서 살펴 본 바와 같이 형법학계에서는 상당성의 실체적 효과와 관련하여 이를 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 문제로 파악함으로써 이를 명예훼손에 있어 특유한 위법성조각사유로 인정하고 있는 판례의 주류적 태도에 대하여 비판적인 견해를 취하고 있다. 그 주된 이유는 위법성은 객관적으로 판단되어야 할 것이므로, 피고인의 주관적 인식에 따라 위법성의 조각여부가 좌우될 수는 없다는데 기인한 것으로 보인다. 그러나 대법원이 위 상당성을 설시함에 있어 "진실한 사실이라는 점이 증명되지 아니하였어도 행위자가 그 사실을 진실하다고 믿은 데 상당한 이유가 있는 경우에는..."이라고 함으로써 이를 착오의 문제로 판단하고 있는 듯한 표현을 사용하고는 있으나, 상당성의 구체적인 판단기준을 들여다보면 과연 대법원이 상당성을 착오의 문제로 취급하고 있는지 의문이 들기도 하는데, 이러한 내용은 상당성의 체계적 지위를 언급하면서 구체적으로 보기로 한다.

III. 상당성과 관련된 형사판결의 내용

1. 허위사실의 증명 및 허위의 인식이 없다고 판단한 사안

"형법 제307조 제2항의 허위사실 적시에 의한 명

11) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결.
12) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결.

예훼손의 공소사실 중에는 같은 조 제1항의 사실 적시에 의한 명예훼손의 공소사실도 포함되어 있으므로, **피고인이 적시한 사실이 허위가 아니거나, 피고인에게 적시한 사실이 허위라는 점에 대한 인식이 없었다면** 법원은 공소장변경절차 없이도 같은 조 제1항의 사실 적시에 의한 명예훼손죄로 인정할 수 있으나, 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때, 실제로 인정되는 범죄사실이 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우가 아닌 한, 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 아니하였다고 하여 위법한 것이라고까지 볼 수는 없다(대법원 2003. 9. 5. 선고 2002도7055 판결)".

2. 상당성이 적용된 사안

"원심은, 이 사건 각 문건에서 적시된 사실들이 허위이고 피고인이 그와 같은 사실이 허위임을 인식하였다고 인정할 만한 증거가 없고, …부분은 진실과 일부 차이가 나거나 과장된 표현에 해당하나 이 역시 허위의 사실이거나 피고인에게 허위의 인식이 있었다고 볼 수 있을 정도에는 미치지 않는다고 판단하였다.

원심은 나아가 이 사건 공소사실 중에는 형법 제307조 제1항의 사실 적시에 의한 명예훼손의 공소사실도 포함되어 있다는 이유로 직권으로, 그 채택 증거들에 의하여, 피고인이 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다고 인정한 다음, 이 사건 각 문건의 배포는 공공의 이익에 관한 때에 해당하여 형법 제310조에 의하여 위법성이 조각된다는 피고인의 주장에 대하여, 피고인이 적시한 사실이 진실이거나 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 볼 증거가 없고, 이 사건 문건들에서 적시한 사실들은 … 내용으로 주로 공공의 이익에 관련된 것이라고 보기도 어렵다는 이유로 피고인의 주장을 배척하고, 피고인을 형법 제307조 제1항이 사실적시에 의한 명예훼손죄로 처벌하였다.

그러나 … 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 문건들에 기재된 내용이 모두 진실한 사실임이 증명되었다고 볼 수는 없더라도 피고인으로서는 위 각 문건에 기재된 내용이 진실한 것으로 믿었고 그렇게 믿은 데에 상당한 이유가 있었던 것으로 보이며, …은 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 있고, 나아가 …점, 그 밖에 피해자들의 대학에서의 지위, 위 각 문건의 배포로 인하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 피해자들의 명예의 침해정도 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 피고인이 위 각 문건을 배포한 행위는 형법 제310조 소정의 위법성조각사유에 해당한다고 봄이 상당하다(대법원 2006. 3. 23. 선고 2005도2193 판결)".

IV. 상당성의 체계적 지위

우리나라의 다수의 판례는 상당성 요건을 위법성의 인정여부에 관한 것이라고 보고 있는데 반하여, 대법원의 일부 판결례와 일본의 통설, 판례는 상당성 요건을 고의, 과실의 인정여부에 관한 것이라고 보고 있다. 먼저 상당성에 관하여 상반된 태도를 취하고 있는 대법원의 판결을 살펴본 다음 그 체계적 지위에 관하여 논하기로 한다.

1. 대법원 판결

가. 위법성조각사유로 본 판결

"사실을 적시하는 표현행위로 인한 명예훼손의 불법행위에 있어서는 그 행위가 공공의 이해에 관한 사항에 관계되고, 그 목적이 오로지 공익을 도모하기 위한 것일 때에는 적시된 사실이 진실이라는 증명이 있거나 **적시된 사실이 진실이라는 증명이 없더라도 표현행위를 한 사람이 적시된 사실이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다** 할 것이다. 그런데 민사상 타인에 대한 명예훼손, 즉 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회로부터 받는 객관적인 평가를 저하시키는 것은 사실을 적시하는 표현행위 뿐만 아니라 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위에 의하여도 성립할 수 있을 것인바, 어떤 사실을 기초로 하여 의견 또는 논평을 표명함으로써 타인의 명예를 훼손하는 경우에는 그 행위가 공공의 이해에 관한 사항에 관계되고, 그 목적이 공익을 도모하기 위한 것일 때에는 **그와 같은 의견 또는 논평의 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라는 증명이 있거나 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라는 증명이 없더라도 표현행위를 한 사람이 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다**고 보아야 할 것이다(대법원 2003. 8. 19. 선고 2001다3214 판결)."

나. 고의, 과실이 없다고 본 판결

"1. 원심과 원심이 인용한 제1심 판결이유에 의하면 원심은, 피고가 광복 50주년을 맞아 상해임시정부의 주석으로 대한민국의 독립에 헌신한 백범 김구 선생의 일대기를 통하여 국민들의 애국심을 고취하고 왜곡된 역사에 대한 반성의 기회를 삼기 위한 의도로 1995. 8. 5. 부터 매주 토요일과 일요일 21:50부터 22:50까지 16회에 걸쳐 김구 선생의 일대기를 그린 '광복 50주년 기획드라마 김구'라는 제목의 드라마를 제작하여 텔레비전으로 방영한 사실, 김구 선생의 암살사건을 주제로 한 위 드라마 제1부와 제16부에서는...(중략)...묘사되어 있는 사실을 인정한 다음, 백범 암살사건은 그 범행에 관련되어 의혹을 받고 있는 사람들 대부분이 이미 사망하여 그 범행을 직접 실행한 위 안두희의 진술과 관계자들의 과거 진술내용이나 기록 등의 자료를 수집하여 조사하는 외에는 달리 진상을 확인할 수 있는 적절한 방법이 없다는 전제 하에...(중략)...묘사한 것은 **그 진실성이 명백히 입증된 것은 아니지만 억측에 의한 것이 아니라 위와 같은 안두희 등 관계자들의 발언 내용이나 기록 등 여러 자료를 토대로 한 것이고 피고로서는 그 내용이 진실한 것으로 믿을 상당한 이유가 있다는 이유로, 위 드라마의 방영은 위법성을 결여**한 것으로 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

2. 가. 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정은 옳다고 여겨지고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 없다.

나. 방송 등 언론매체가 사실을 적시하여 개인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 **적시된 사실이 진실이라는 증명이 있으면 그 행위에 위법성이 없다 할 것이고, 그 증명이 없다 하더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 상당한 이유가 있으면 그 행위에 대한 고의, 과실이 없다**고 보아야 할 것인바, 적시된 사실이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는지의 여부를 판단함에 있어서는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성, 표현방법 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 하고, **특히 적시된 사실이 역사적 사실인 경우 시간이 경과함에 따라 점차 망인이나 그 유족의 명예보다는 역사적 사실에 대한 탐구 또는 표현의 자유가 보호되어야 하고** 또 진실 여부를 확인할 수 있는 객관적 자료에도 한계가 있어 진실 여부를 확인하는 것이 용이하지 아니한 점도 고려되어야 할 것이다.

기록에 의하면...(중략)...시인하였다면 **이 사건 드라마의 내용은 단순히 억측만에 기한 것이 아니라 어느 정도 근거 있는 자료에 기한 것**이고, 더욱이 백범 암살사건의 진상이 밝혀지지도 아니한 채 이 사건 방송 당시 이미 46년의 세월이 지나 위 김창룡 본인은 물론 다른 대부분의 관련자들도 사망하여 백범 암살 사건 또한 역사적 사실이 되어 버린 점 등을 참작하면, **피고가 이 사건 방송 내용이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있다고 봄이 상당하므로, 피고에게 고의 및 과실이 있다고 할 수 없어 불법행위는 성립하지 아니한다** 할 것이다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결)[13]".

2. 상당성의 체계적 지위

가. 고의, 과실이 없다는 판결에 대하여

(1) 구성요건적 고의, 과실

형법 제307조 제1항에서는 공연히 사실을 적시하여 명예를 훼손한 자를 처벌하고 있고, 제2항에서는 공연히 허위의 사실을 적시하여 명예를 훼손한 자를 가중하여 처벌하고 있다. 따라서 형사재판에서는 적시한 사실의 진실성 여부에 따라 그 구성요건을 달리하므로 진실 혹은 허위사실의 인식이 고의에 내용에 포함되고[14], 그 인식여부에 따라 형법 제307조 제1항 또는 제2항의 구성요건해당성이 결정된다. 그렇다면 이러한 사실의 진실성 여부가 명예훼손을 이유로 한 민사상 손해배상사건에서도 고의의 인식대상에 포함된다고 볼 수 있을지 문제된다.

만약 진실성에 대한 인식여부가 고의에 포함된다고 한다면, 고의, 과실이 없다는 위 대법원의 판결의 태도는 쉽게 이해될 수 있다. 즉, 명예훼손에 따른 손해배상사건에서 원고의 청구원인의 대부분은 피고가 허위사실을 적시하여 원고의 명예를 훼손하였다는 것인바, 피고가 적시된 사실이 허위임에도 이를 진실한 것으로 믿고 보도하였다면, 피고에게는 허위에 대한 인식이 없어 고의에 의한 불법행위는 성립하지 아니하고, 과실에 의한 불법행위만이 문제된다 할 것인데, 과실은 피고가 그 적시된 사실을 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있는지 여부에 따라 판단하게 된다(원고의 청구원인이 피고가 진실한 사실을 적시하여 명예훼손을 하였다고 주장한다면 피고의 명예훼손에 대한 고의는 인정될 것이고, 단지 공익성의 인정여부에 따라 위법성이 조각되는 형태가 될 것이다). 위와 같이 이해한다면 대법원 판결에서 지적하는 고의, 과실은 고의, 과실의 이중적 지위[15]를 인정하는 다수의 형법학자의 견해에 따라 엄격하게 나누어 본다면 구성요건적 고의, 과실이 된다고 할 수 있다.

그러나, 우리나라의 형법이 진실한 사실을 보도한 경우에도 명예훼손죄가 성립한다고 규정하고 있는 점을 감안한다면, 명예훼손에 따른 손해배상사건에서도 불법행위의 성립요건으로서의 고의에는

13) 위 판결은 역사드라마에 있어서 상당성 판단의 기준으로 '적시된 사실이 역사적 사실인 경우 시간이 경과함에 따라 점차 망인이나 그 유족의 명예보다는 역사적 사실에 대한 탐구 또는 표현의 자유가 보호되어야 한다'는 점을 들고 있다.

14) 공직선거 및 선거부정방지법 제250조에서 규정하는 허위사실 공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 형법 제309조 제2항의 명예훼손죄 역시, 사실을 적시하는 사람이 그 사실을 허위라고 인식하여야 한다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도731 판결).

15) 책임판단의 대상은 결의에 의하여 행위로 발전하는 법적으로 비난받는 심정에 의한 행위이며, 따라서 책임은 행위 속에 나타나는 심정으로 인한 행위의 비난가능성을 의미하고 심정은 비난가능성의 기초가 된다. 따라서 고의는 주관적 구성요건요소이지만 그것이 책임요소에서 제외되는 것이 아니라 주관적 구성요건요소인 동시에 책임요소가 되는 이중적 기능을 가지게 된다{이재상(2003). 앞의 책. p. 296}.

공연히 명예훼손적 사실을 적시한다는 인식이 있으면 되는 것이지 적시된 사실의 진실성 여부는 그 인식대상이 아니라고 보는 것이 타당하고, 대법원도 이와 같은 취지로 판시[16]하고 있으므로(민사상의 불법행위로서의 명예훼손은 과실에 의하여도 성립할 수 있지만 여기서의 과실은 공표하는 사실이 허위인데도 진실이라고 잘못 믿은 과실 또는 공표한 사실의 진실 여부를 제대로 확인하지 않은 과실이 아니라, 예컨대 어떤 사람이 형사재판에서 '무죄'판결을 받았음에도 '유죄'판결을 받았다고 오기하는 등 표시상의 과실이나, 종업원의 비리나 불륜관계에 대한 허위제보서 등을 잘못 보관하여 타인에게 유출되는 경우 등 공표과정상의 과실이 문제될 수 있을 뿐이다[17]), 진실 혹은 허위에 대한 인식이 없었다고 하더라도 공연히 명예훼손적 사실을 적시한 이상 명예훼손에 대한 고의(구성요건적 고의)가 있다고 보아야 한다. 따라서 위 판결에서 고의, 과실이 없다고 판시한 것을 구성요건적 고의, 과실이 없다고 해석하기는 어렵다.

(2) 책임고의, 과실

형법학계의 다수의 견해처럼 상당성 문제를 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 문제로 접근한다면 엄격책임설을 제외한 어느 학설을 취하든 간에 착오에 상당한 이유가 있는지 여부에 따라 과실범의 성부가 문제된다 할 것이고, 다수설인 법효과제한적책임설을 취할 경우 구성요건적 고의는 인정되나, 책임고의가 탈락되어 과실 책임을 인정하게 된다.

이러한 논의를 그대로 손해배상사건에 적용해본다면 허위의 사실을 적시하여 명예를 훼손하였는데, 공익성 및 상당성이 인정되는 경우라면, 명예훼손의 구성요건적 고의는 인정되고, 공익성이 인정된다 하더라도 진실한 사실이 아니어서 위법성은 조각되지 아니하나, 행위자가 자신의 행위에 위법성조각사유가 존재한다는 적법의식을 가지고 법에 따라 행위한다고 믿고 있는 경우이어서, 그러한 의사에 대하여 비난가능성이 있다고는 할 수 없다 할 것이므로, 책임고의가 탈락하게 되어 과실에 의한 불법행위의 성립여부만이 문제된다 할 것인데, 행위자의 오인에 상당성이 인정되므로 구성요건적 과실 또는 책임과실이 인정되지 않아 결국 불법행위가 성립되지 않게 된다.

대법원에서 설시하고 있는 상당성을 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오 문제로 해석하는 한 위 판결에서 고의, 과실이 없다는 의미는 위에서 본 바와 같이 책임고의, 과실이 없다고 해석함이 타당하다고 보이는데, 대다수의 판결에서 상당성의 유무에 대한 원칙적 판단기준에 대하여 "적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성과 신빙성, 사실 확인의 용이성 등 여러 사정을 종합하여 행위자가 보도내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 한다[18]"라고 설시하고 있어 일견 행위자의 주관적 착오의 가능성 및 착오에 정당한 이유가 있음을 판단하기에 적합한 사항들이 많이 포함되어 있는 것이 사실이지만, 위 97다19038판결에서 "적시된 사실이 역사적 사실인 경우 시간이 경과함에 따

16) 민사상 명예훼손이 성립하는 데는 객관적으로 보아 피해자의 외부적, 사회적 평가를 저하할 만한 사실을 적시한다는 인식이 있으면 족하고, 그 내용이 허위라는 점까지 적극적으로 인식할 필요는 없다(대법원 2006. 1. 27. 선고 2003다66806 판결).
17) 한위수(2004, 봄). 공인의 명예훼손소송 관련 국내 판결의 경향.『언론중재』통권 제90호. p. 24.
18) 대법원 2002. 5. 10. 2000다50213 판결.

라 점차 망인이나 그 유족의 명예보다는 역사적 사실에 대한 탐구 또는 표현의 자유가 보호되어야 하는 점"을 상당성 판단의 한 기준으로 설시하고 있고, 이외의 다수의 판결에서 피해자의 피해의 정도[19], 표현방법[20]을 상당성 판단의 한 기준으로 설시하고 있는 등 대법원이 구체적인 사건에서 제시하고 있는 상당성 판단의 기준들을 살펴보면 대법원이 상당성을 '행위자가 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는…'이라는 표현을 사용하고는 있으나, 대법원은 이를 행위자의 주관적인 착오의 문제로 취급한다기보다는 그 판단의 기준으로 들고 있는 여러 사정들을 통하여 표현의 자유와 인격권과의 이익형량에 따른 위법성 판단을 하고 있는 것으로 봄이 더 타당하지 않을까 생각된다. 따라서 그 표현에 있어 오해의 여지가 없지 아니하나, 상당성을 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오의 문제로 접근하기는 힘들어 보인다.

나. 검 토

형법이 공익성을 위법성조각사유의 한 실체적 요소로 규정하고 있고, 형법에 규정된 위법성조각사유를 민사상의 명예훼손으로 인한 손해배상사건에서도 그대로 인정하는 현재의 태도를 유지하는 한 민사상의 명예훼손으로 인한 손해배상사건에서 상당성이 인정되는 경우에 고의, 과실이 없다고 볼 것이 아니라 위법성이 조각된다고 판단하는 다수의 판례가 타당한 것으로 보인다(불법행위 성립요건으로서의 고의, 과실을 구성요건적 고의, 과실과 책임고의, 과실로 구분해서 논의한다는 것도 부자연스럽고, 허위의 사실을 적시하여 명예훼손을 하였는데 공익성은 인정되지 않고 상당성이 인정되는 사안의 경우에 공익성의 인정여부와 무관하게 고의, 과실이 인정되지 않아(상당성을 고의, 과실의 요소로 본다면) 불법행위가 성립되지 않는 부당한 결론이 발생한다). 다만, 진실한 사실을 적시한 경우에도 명예훼손죄가 성립되는 현행 형법 하에서 표현의 자유를 보호하기 위해서 형법 제310조의 위법성조각사유를 두게 되었고, 대부분의 사안에서 진실성에 대한 입증이 어렵기 때문에 위 위법성조각사유만으로는 표현의 자유의 보호에 미흡한 점이 있어 판례는 상당성을 명예훼손죄에 대한 위법성조각사유로 추가로 도입하게 되었으며, 이러한 위법성조각사유로서의 상당성을 명예훼손에 따른 손해배상사건에서도 동일하게 적용하여 오고 있는데, 이와 같이 상당성을 민사관계에도 동일하게 적용함이 타당한 것인지에 대해서는 의문이 제기된다. 아래에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

V. 상당성 이외의 위법성 판단기준이 일부 엿보이는 판결들

1. 상당성의 적용상 문제점[21]

전형적인 절대권인 생명권, 소유권의 침해에 관해서는 그 침해행위가 있으면 위법성이 추정된다고 할 수 있으나, 명예나 프라이버시에 대한 개인의 권리, 이른바 인격권은 위 생명권, 소유권과 달리 훨씬 추상적인 권리이며 그 침해의 결과도 명확하지 않은 권리라 할 것이고, 또한 그 침해행위는 일

19) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결, 대법원 2006. 1. 27. 선고 2003다66806 판결.
20) 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다16634 판결, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결.
21) 이 부분은 전원열, '명예훼손 불법행위에 있어서 위법성 요건의 재구성'을 참조하였다.

반적으로 표현행위의 일부로서 행해지는 것이어서, 표현의 자유라는 헌법원칙에 비추어 그 침해행위가 존재한다고 하여 그 위법성까지도 추정된다고 볼 수는 없을 것이다.

그러나 형사 관계에서 발전된 상당성 요건은 명예훼손행위가 있는 경우 일단 위법성을 추정하고, 상당성 요건의 해당여부에 따라 그 위법성이 조각되는 방식을 채택하고 있고, 이러한 방식이 그대로 민사관계에서의 불법행위에 따른 위법성 판단에도 그대로 적용되고 있는데, 현행 형법체계가 유지되는 한 형사소송에서는 위와 같이 적용하는 것이 불가피하다고 하여도 상당성의 적용만으로는 해결하기 힘든 명예훼손에 따른 손해배상사건이 많아지고 있는 현실적 상황을 감안하면 민사소송에서는 위 도식적인 판단에서 벗어나 새로운 위법성 판단의 준칙을 적극적으로 설정해 나가는 노력이 필요하다고 판단된다. 아래에서는 상당성 이외의 판단기준을 설시하고 있는 판결들에 대하여 살펴본다.

2. 판 결

가. 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다69291 판결

(1) 사실관계

원고들은 국가정보원에서 직권면직 된 총 21명의 전직 국가정보원 이사관, 부이사관들로서, 국가정보원의 직권면직처분에 대하여 법적으로 대응하기 위해 1999. 7. 3.경 '국가사랑모임'(약칭 '국사모')이라는 단체를 조직한 자들이고, 피고는 이 사건 발표 당일인 2002. 8. 5.경 새천년민주당(약칭 '민주당')의 대변인이었다.

제16대 대통령선거를 앞두고 이회창 대통령 후보 아들들의 병역비리 의혹과 관련된 검찰수사의 주체, 그 진행과정 등과 관련하여, 한나라당과 민주당 사이에 정치적 공방이 치열하였다.

2002. 8. 5. 아침에 열린 민주당 최고위원회의에서 민주당 차원에서 논의가 진행되었고, 그 과정에서 민주당 최고위원들은 한나라당의 배후에 국가정보원 출신 정보, 공작 전문가들이 있다는 데 의견을 모으고, 이어 여러 언론매체 등을 통해 국가정보원 출신 회원들로 구성되어 한나라당과 관련을 맺고 있는 것으로 보도가 되었던 이른바 '국사모'의 정체를 밝히자는 등의 내용으로 민주당의 입장을 표명하자고 그 의견을 모았다.

이에 피고는 민주당의 대변인으로서 2002. 8. 5. 이회창 후보 아들들의 병역비리 의혹 및 이에 대한 검찰수사의 공정성 촉구 등과 관련하여 민주당 최고위원회의의 논의결과를 기자들 앞에서 정례 브리핑 형식으로 발표하게 되었는데, 그 중 **"한나라당 내부의 정치 공작팀을 즉각 해체하라. 한나라당 내부와 그 주변에 과거 안기부에서 정치공작을 담당했던 사람들이 움직이며 끊임없이 암약해 온 사실을 우리는 알고 있다. 그 사람들이 이번에도 공작을 계속하고 있고, 그 공작의 결과가 나타나고 있다. 이회창 후보 아들들 병역비리와 그 은폐의혹을 규명하려는 검찰 등의 노력을 방해하고, 오히려 진실을 얼버무리고, 호도하고, 은폐하려는 공작이 이들에 의해 자행되고 있다. 모 의원이 이들의 총책으로 보인다. 이들 조직을 즉각 해체할 것을 한나라당에 요구한다. 이른바 「국사모」의 정체는 무엇이며, 이들을 통해 공작을 기획하고 실행하는 모 의원의 실체는 무엇인지 밝히고, 이 공작팀을 즉각 해체하라. 이런 시대착오적 공작정치를 즉각 중단하라. 정당이 공작팀을 운영하는 것은 대한민국 정당 역사상 한나라당이 처음이다"**라는 내용의 발표가 있었다. 이후 문화일보, 동아일보 등 중앙 일간지에 이 사건 발표를 포함한 위 논의결과가 게재되어 보도되었다.

(2) 원심의 판단

이 사건 발표는 그 내용이 공공의 이해에 관련된 것이고 그 목적이 공익을 위한 것임이 인정되지만, 이 사건

발표의 내용처럼 '국가사랑모임'이 한나라당의 정치 공작팀으로서 이회창 대통령 후보 아들들의 병역비리 의혹과 관련하여 진실을 은폐하고 검찰수사 등을 방해하기 위한 정치공작을 기획하고 실행하였는지에 관하여는 그 판시 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

정당의 정치적 주장에 관하여는 그것이 구체적 정황의 뒷받침 없이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 그 자유를 더욱 폭넓게 인정하여야 할 것인데, 이 사건 발표에 즈음하여 국가정보원 등과 관련된 정치적 쟁점들에 대하여 '국사모'와 한나라당의 관계 등에 관한 각종 의혹이 여러 언론매체 등을 통해 계속 제기되었던 사실과 이 사건 당시의 정치적 공방내용, 이 사건 발표의 경위, 방식 등을 종합하여 보면, 당시 새천년민주당의 대변인이던 피고의 이 사건 발표는 위 병역비리 의혹의 진실 여부, 검찰수사의 공정성 및 검찰수사에 대한 압력 등에 관한 문제를 제기하는 과정에 부수하여 이미 공적인 관심 사안이 되었던 '국사모'와 한나라당의 관계와 관련된 의혹 등에 관해 민주당 최고위원회의의 논의결과를 통상적인 정당 활동의 일환으로 발표한 것이어서 그것이 구체적 정황의 뒷받침 없이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이라고 보이지 아니하므로 그 위법성을 인정할 수 없다고 봄이 상당하다.

(3) 판시내용

"이 사건 발표처럼 **정당 대변인으로서의 공식적인 정치적 논평이나 정치적 주장에는 국민의 지지를 얻기 위하여 어느 정도의 단정적인 어법도 종종 사용되고, 이는 수사적인 과장표현으로서 용인될 수도 있으며, 국민들도 정당 대변인의 정치적 주장 등에 구체적인 사실의 적시가 수반되지 아니하면 비록 단정적인 어법으로 공격하는 경우에도 대부분 이를 정치공세로 치부할 뿐 그 주장을 그대로 객관적인 진실로 믿거나 받아들이지는 않는 것이 보통이므로, 정당 대변인의 정치적인 논평의 명예훼손과 관련한 위법성을 판단함에 있어서는 이러한 특수성이 충분히 고려되어야 할 것이다.** 따라서 공공의 이해에 관련된 사항에서 정당 상호간의 정책, 정견, 다른 정당 및 그 소속 정치인들의 행태 등에 대한 비판, 이와 직접적으로 관련된 각종 정치적 쟁점이나 관여 인물, 단체 등에 대한 문제의 제기 등 **정당의 정치적 주장에 관하여는 그것이 어느 정도의 단정적인 어법 사용에 의해 수사적으로 과장 표현된 경우라고 하더라도 구체적 정황의 뒷받침 없이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 그 책임을 추궁하여서는 아니 된다고 할 것이다".**

나. 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결

(1) 사실관계

갑은 을과 병이 약속어음을 할인하여 주겠다고 속여 액면 2,000만 원의 약속어음 1장을 받아 가 이를 할인한 후 그 돈을 돌려주지 않고 편취하였다는 내용으로 을과 병을 1994. 10. 13. 성남경찰서에 고소하였다.

갑은 위 고소사건의 처리가 지지부진하다는 이유로 같은 달 28. 을과 병을 수원지방검찰청 성남지청에 동일한 내용으로 다시 고소하였다.

위 두 사건은 병합되지 아니한 채 각각 수사가 진행되다가 경찰 고소사건도 성남지청에 송치되었고, 성남지청의 담당검사는 갑의 소재불명을 이유로 1994년 말경 위 두 사건에 대하여 각각 기소중지결정을 하였다.

그 후 갑의 소재가 발견되자 검찰 고소사건이 1996. 12.경 재기되어 을은 수원지방법원 성남지원에 횡령죄로 불구속 기소되었고, 위 법원은 1997. 3. 21. 을에 대하여 징역 8월 집행유예 2년을 선고하여 그 판결이 같은 달 29. 확정되었다.

그런데 갑은 1998. 9. 3. 성남지청에 참고인 소재불명을 이유로 기소중지되어 있던 경찰 고소사건에 대한 재

기를 신청하였고, 이 사건의 주임검사가 된 원고는 1998. 9. 24. 을을 소환하여 갑과 대질신문을 하였으나, 을은 합의를 할 수 있는 시간을 달라고 호소하기만 하였을 뿐 원고나 참여계장에게 자신이 같은 범죄로 이미 재판을 받았다는 사실은 진술하지 않았다.

원고는 을을 조사한 결과 범죄혐의가 인정되고 범죄 후 5년 동안 피해변제가 이루어지지 않은 것으로 드러나자, 을을 일단 긴급체포하여 조사를 마쳤는데, 을이 합의할 시간을 달라고 간청하자 원고는 긴급 체포장을 작성하지 아니하고 을을 귀가조치시켰다.

그 후 을이 약속한 기한까지 갑과 합의를 하지 아니하고 소환에도 불응하자, 원고는 경찰에서 송치된 수사기록상의 범죄경력조회 외에 참고인 소재불명으로 기소중지 결정된 후 을에게 새로운 전과사실이 발생하였는지에 관하여 따로 범죄경력조회를 하는 등 확인조치를 취하지 아니한 채, 1998. 10. 23. 을을 수원지방법원 성남지원에 횡령죄로 불구속 기소하였다.

1999. 2. 5. 위 형사사건의 공판기일에서 을이 합의할 시간을 달라고 요청함에 따라 다음 공판기일이 1999. 3. 12.로 지정되었는데, 을은 1999. 3. 2. 피고 주식회사 문화방송(이하 '피고 회사'라고 한다) 성남지국 사무실로 피고 정을 찾아가 자신이 동일한 사건으로 이중 기소되었다고 제보하면서, 그가 원고나 참여계장으로부터 조사받을 때 이미 재판받은 판결문이 있다고 말한 사실이 없었음에도 '검사에게 재판받은 판결문이 있다고 말했더니 웃더라'고 거짓말하였다.

피고 정은 을을 취재한 다음, 1999. 3. 3. 원고를 찾아가 '을이 검찰에서 조사를 받을 때 확정판결문까지 제시하며 이미 동일한 사건으로 처벌받았다고 변소하였는데도 이를 묵살하고 불법 구금하였다가 그래도 피해변제를 하지 않자 이중으로 기소하였다는데 사실이냐'고 물었고, 이에 원고가 '을이 동일 사건으로 처벌받은 사실을 전혀 진술하지 않은 채 피의사실을 순순히 자백하고 합의기간을 달라고 호소하여 주임검사로서 업무착오를 일으키게 된 것이며, 검사로서는 동일한 사건으로 기소되었는지의 여부를 알 수 없었다. 동일한 사건으로 처벌받은 사실을 알고서도 이중 기소할 검사는 없고, 그러한 일은 검사로서는 자살행위이다. 오해로 인한 왜곡보도를 삼가 달라'는 취지의 말을 하였다.

그러나 피고 정은 참여계장과 고소인과의 결탁가능성을 언급하면서 위 해명을 믿지 아니하고 성남지청 형사1부장검사를 방문하였는데, 형사1부장검사로부터도 다시 한 번 진상에 관한 설명과 함께 오해에 기한 성급한 보도를 자제해 달라는 당부를 받았으나, 원고와의 약 40여 분간에 걸친 대화를 촬영하고 녹음한 내용을 편집한 후, '한심한 검찰'이라는 제목 하에 기사를 작성하여 피고 회사의 보도국으로 보냈고, 보도국은 1999. 3. 6. 오후 9시 MBC 뉴스데스크 시간에 이를 방송하였다.

(2) 원심의 판단

이 사건 인터뷰를 방영한 것이 전체적으로 보아 공공의 이해에 관련된 것이고, 그 목적이 공익을 위한 것임은 인정할 수 있으나, 그 판시와 같은 여러 사정들에 비추어 볼 때, 진실이 아닌 이 사건 인터뷰의 내용을 피고들이 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있다고 보기 어렵다.

(3) 판시내용

"언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는, 당해 표현으로 인하여 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하고, 특히 **공직자의 도덕성·청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안**

하면, 이러한 감시와 비판기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다".

"이 사건 방송보도의 핵심은 검사인 원고가 피의자에 대한 전과조회를 제대로 하지 않아 이중 기소를 하였다는 직무상의 잘못을 지적하고자 한 것이고, 이 사건 인터뷰는 이중 기소가 분명하다는 점에 대한 취재원으로서의 근거를 밝히기 위하여 삽입한 것인 점, 피고 정은 취재를 위하여 원고에게 찾아가 '경위가 어떻게 된 것인지 알고 싶다'고 하였으나, 원고는 해명과 함께 '사소한 실수에 불과하다'는 말을 계속 되풀이하면서 '기자가 무슨 사실을 확인하느냐, 당신이 수사관이냐'라고 답변하였고, 또 원고는 '을이 조사 당시 같은 혐의로 재판을 받았다는 진술을 전혀 한 바 없다'라고 진술하는 한편으로 '피의자가 스스로 자신이 처벌받은 사실을 이야기하지 않았다는 것은 상상하기 어렵다'라고 진술하기도 한 점, **을이 재판받은 판결문이 있다고 검사에게 말하였는지 여부는 위와 같이 진술이 서로 엇갈리는 부분으로서 기자가 이를 정확하게 조사·확인하기는 어려운 영역에 속한다고 보여 지고,** 피고들 역시 이러한 점을 고려하여 이 사건 인터뷰의 내용에 대한 원고의 반론을 인용하여 '담당검사는 사건이 고소인 소재불명으로 기소 중지되어 있었기 때문에 을이 처벌을 받은 줄 몰랐다고 말합니다'라는 취재기자의 설명을 함께 보도함으로써 그 진위 여부에 대하여 유보적인 태도를 취한 점, **이 사건 방송보도는 그 내용이 공적인 관심 사안에 관한 것으로서 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이라고 볼 수 없는 점** 등을 종합하여 보면, 이 사건 인터뷰의 방영은 피고들이 **그 내용이 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있는 것이거나 공직자의 업무처리의 공정성 여부에 관한 언론의 감시와 비판기능의 중요성에 비추어 허용될 수 있는 범위 내의 것**으로서 그 위법성을 인정할 수 없다고 할 것이다.

다. 서울남부지방법원 2004. 10. 28. 선고 2003가합7839 판결

(1) 사실관계

피고 주식회사 에스비에스는 2002. 7. 29.부터 2003. 9. 30.까지 매주 월, 화요일에 '야인시대'라는 제목의 드라마를 총 124회에 걸쳐서 텔레비전으로 방영하였고, 원고들은 임화수의 처, 자녀, 친손자, 외손자들이다.

이 사건 드라마는 일제 식민지 시대부터 해방 이후 좌, 우익의 극한 대립기 및 6·25 전쟁을 거쳐 1960년대까지 격동의 한국 현대사를 배경으로, 주인공인 김두한을 중심으로 한 이정재, 유지광, 임화수, 시라소니 등 당시 인물들의 일대기를 통해 당시의 정치현황과 그에 따라 부침하였던 주변 인물들을 그리는 방법으로 역사적 사실을 극화하여 표현하고 있는 역사드라마로서, 논픽션 드라마적 성격을 갖고 있으나 픽션적 요소가 상당 부분 가미되어 있다.

(2) 판시내용

"특정인을 소재로 한 드라마의 경우, 표현의 자유와 인격권의 충돌이 있게 되는바, 표현의 자유와 인격권 중 어느 것을 더 보호하여야 할 것인지를 판단함에 있어서는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 신빙성 등은 물론, 표현의 자유로 얻어지는 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치의 이익형량, 드라마가 독자적인 세계를 이루어 픽션으로 승화된 정도, 그 실제 인물이 주인공인지 주변인물인지 드라마에서 차지하는 비중, 작가의 명예훼손 또는 비방의 의도의 유무 등을 아울러 참작하여 사소한 부분이 아닌 드라마 전체를 기준으로 결정되어야 할 것이다". "망인을 소재로 한 역사드라마에 있어서는, ① 역사적 사실의 경우에는 시간이 경과됨에 따라 그 진실 여부를 확인할 수 있는 객관적인 자료에도 한계가 있어 진실 여부를 확인하는 것이 용이하지 아니하여 그 진위가 밝혀지지 않은 채

해석에 의한 보완과 어느 정도의 추측이 가하여질 수밖에 없고, 또한 작가의 시대관에 따른 평가가 이루어지는 것이 가능하며 그 평가 또한 새로운 역사적 비판을 통하여 수정되는 점, ② 형법에서는 생존자와 달리 사자(死者)의 경우에는 공연히 허위의 사실을 적시하는 경우에 한정하여 명예훼손죄로 처벌하고 있는 점, ③ 망인에 대한 유족의 경애·추모의 정은 시간이 경과하면서 경감되어 가는 반면 망인에 관한 사실은 시간이 경과하면서 역사적 사실로 이행하여 간다고 말할 수 있으므로, **시간의 경과에 따라 점차 망인이나 그 유족의 명예보다는 역사적 사실에 대한 탐구 또는 표현의 자유가 더욱 보호되어야 하는 점,** ④ 망인에 관한 표현의 자유를 제한하고 나아가 적시된 사실이 밝혀지지 아니한 사실로서 진실이라는 증명이 없다는 이유로 명예훼손의 책임을 인정한다면 역사적 사실에 관한 재조명은 사실상 불가능하게 되는 결과가 초래될 수도 있는 점, ⑤ **특히, 드라마의 경우는 다큐멘터리와 달리 대본과 연출에 의한 창작물이므로 그것이 아무리 논픽션 드라마라 하더라도 필연적으로 인물의 재창조나 줄거리의 구성에 있어 작가나 연출자의 상상에 의한 각색이 따르지 않을 수 없고, 드라마의 현실감이나 시청자들에 대한 흥미와 감동을 위하여 작가나 연출자에 의해 어느 정도 실제의 사실과 일치하지 아니하는 면이 부가되는 것은 부득이 한 것**이며, 합리적인 시청자라면 드라마의 장면이 반드시 실제 사실과 일치하는 것이라고 받아들이지는 않는 점 등을 고려하여야 한다". **"따라서 망인을 모델로 한 역사드라마의 경우**, 드라마의 작가나 제작자가 역사적 사실을 **진실이라고 믿음에 있어 합리적으로 수긍할 정도의 근거 자료 또는 정황이 있거나, 적시된 사실이 그 자료 또는 정황에 의하여 객관적으로 설정된 등장인물의 캐릭터의 동일성을 벗어나지 아니 하고, 왜곡이나 억측이 아닌 그 자료 또는 정황에 기초하여 허용될 수 있는 상당한 추측, 풍자 내지 과장에 해당한다고 볼 수 있는 경우에는 그 적시된 사실이 중대한 허위로서 고인에 대한 경애 추모의 정을 수인하기 어려울 정도로 침해하였다는 등의 특단의 사정이 없는 한** 명예훼손 행위에 대한 **고의, 과실이** 있다고 할 수 없다".

라. 서울고등법원 2005. 7. 12. 선고 2004나85882 판결

(1) 사실관계 : 위 판결과 동일

(2) 판시내용

"역사적 인물을 모델로 한 드라마가 그 인물의 인격권을 침해하는지 여부는 모순, 충돌하는 양자 간의 이익을 비교, 형량하여 결정할 것이나, 일반적으로는 시간이 경과할수록 객관적 자료의 한계로 인하여 진실 여부를 확인하는 작업이 용이하지 않음에도 불구하고 그러한 역사적 사실의 실체를 알고자 하는 일반 대중의 욕구는 증대되는 반면, 모델이 된 망인에 대한 유가족이나 일반인의 추모감정은 점진적으로 약화되어 가는 경향이 있으므로, 시청자의 역사적 사실에 대한 접근과 건전한 판단을 위한 여론형성에 이바지한다는 측면을 고려할 때 위와 같은 **창작활동의 자유를 역사적 인물인 망인의 인격권의 보호보다 우선시 할 필요가 있다".**

"형법 제310조의 위법성 조각사유가 언론매체의 보도에 제한적으로 적용될 이유는 없고, 역사적 사건이나 실존인물을 소재로 한 드라마의 제작, 방영에는 기본적으로 허구를 전제로 한 일반 드라마에 비하여 가능한 한 역사적 진실에 접근하기 위한 노력을 필요로 한다는 측면에서 언론기관의 보도와 유사한 측면이 있으므로, **드라마로 인한 명예훼손의 책임 유무를 판단함에 있어서도 위 위법성조각사유에 정한 기준이 일응 적용된다".**

"창작활동의 자유는 언론기관의 일반적인 표현의 자유 내지 언론의 자유에 비하여 그 제한의 강도가 보다 완화되어야 할 필요가 있고, 빈번하게 드라마의 소재가 되는 역사적 사건의 의미나 인물에 대한 평가는 그 진위

가 밝혀지지 않거나 논란의 여지가 많은 경우가 대부분이며, 일반인이 기정사실로 받아들이고 있는 것도 새로운 자료나 해석 등을 통해 얼마든지 수정될 가능성이 높아서, 드라마에서 묘사된 사실이 역사적으로 진실한 것인가 여부를 객관적으로 확정하는 것이 사실상 불가능한 경우도 많다. 또한 **드라마가 역사적 사건이나 인물을 재조명함으로써 단순한 흥미를 넘어 시청자의 올바른 역사인식을 선도하고 역사적 사건이나 인물에 대한 알 권리를 충족시켜 주는 기능을 담당하는 점과 드라마 제작자에게 항상 공공의 이익을 위한 공적인 이해사항에 관하여서만 드라마를 제작하도록 강요할 수도 없는 점 등을 고려할 때 역사적 사건이나 실존인물을 소재로 한 드라마 자체가 어느 정도 공익성을 내포하고 있다고 할 수 있으므로(경우에 따라서는 '공익성'이라는 개념이 적시된 사실이 과연 창작물인 드라마의 완성도를 높이는데 있어서 필요성이 있었는지 여부로 대체될 수도 있을 것이다), 역사적 사건과 실존인물을 소재로 한 드라마 등의 위법성을 판단함에 있어서 진실성과 공익성은 실질적으로 별도의 고려 대상이 되지 않는 경우가 많고, 형법 제310조 소정의 위법성조각사유 요소들이 전부 고려된다고 하더라도 언론 보도의 경우와 그 의미가 달라지거나 그와 관련된 기준이 완화될 수밖에 없다".**

"다만, 역사적 실존인물에 대한 평가가 긍정적이건 부정적이건 망인이나 그 유족은 단순한 풍문, 근거 없는 추측에 의한 왜곡된 평가나 사실적시로부터 보호받아야 하고, 드라마를 시청하는 일반 대중 역시 역사 드라마에 방영된 내용을 그대로 역사적 진실과 동일시하는 경향이 있으므로 위와 같은 일반 대중의 올바른 역사인식을 위해서라도 역사적 사건이나 실존 인물을 소재로 하는 드라마는, **객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되어야 하고, 아울러 제작자는 그와 같은 자료나 근거의 구체적이고 실질적인 확인 작업을 할 의무가 있으며, 그와 같은 작업의 토대 위에서 설정된 역사적 사건의 해석이나 인물에 대한 캐릭터가 침해되지 않는 한도 내에서 드라마의 현실감이나 시청자들의 흥미와 감동을 위하여 제작자가 상상을 통한 각색을 하고 연기자가 이를 표현하였다면, 비록 그와 같은 드라마의 내용이 실존인물의 인격권을 일부 손상하고 있다고 하더라도 이는 드라마의 제작진이 그 드라마의 내용이 진실이라고 믿음에 있어 상당한 이유가 있다고 할 수 있고, 드라마 제작이 창작활동의 일환이라는 특수성을 고려하면 위와 같이 상당한 이유가 있는 경우에는 드라마의 제작진에게 불법행위의 고의나 과실이 있다고 할 수는 없다".**

"돌이켜 이 사건에 관하여 보면, 임화수는 이미 동일한 소재를 다룬 서적이나 드라마 등을 통하여 **시청자들에게 거의 공적인 인물이 되어 있고, 드라마의 내용 중 임화수와 관련된 주요부분은 주인공 김두한을 비롯한 등장인물 등을 통하여 당시의 시대상황을 그리고자 한 이 사건 드라마의 내용전개와 드라마의 완성도를 높이는데 있어서 불가피한 부분**이라고 판단된다. 또한 이 사건 드라마의 작가나 제작자가 임화수와 관련된 드라마의 내용이 **진실이거나 진실에 가까운 상당한 개연성이 있다고 믿음에 있어 합리적으로 수긍할 정도의 자료 또는 근거가 있고, 작가나 제작자가 근거자료의 진위를 망인의 주변인물 등을 통해 확인하는 등 충분한 조사활동을 하였으며, 드라마의 일부 내용이 직접적인 근거자료가 없거나 과장된 부분이 있다고 하더라도 이는 자료 또는 근거에 의하여 객관적으로 설정된 캐릭터의 동일성을 벗어나지 않고 있고, 왜곡이나 억측이 아닌 그 자료 또는 근거에 기초하여 허용될 수 있는 상당한 추측, 풍자 내지 과장을 통한 극적 재구성으로서 작가, 제작자 및 연기자의 창작의 영역에 속한다고 볼 수 있다. 당심에서 제출된 ----의 각 기재만으로는 이 사건 드라마에서 적시된 사실이 중대한 허위로서 고인에 대한 경애 또는 추모의 정을 수인하기 어려울 정도로 침해하였다는 등의 특단의 사정을 인정하기에 부족하므로, 피고들에게**

이 사건 드라마로 인한 명예훼손의 고의, 과실이 있다고 할 수 없다".

마. 서울고등법원 2003. 8. 21. 선고 2002나22153 판결[22)]

(1) 사실관계

원고는 동아일보를 발행하는 회사이고, 피고는 MBC TV, 라디오 등의 방송매체를 통하여 방송하는 회사로서 'MBC 뉴스데스크'(이하 뉴스데스크라 한다)라는 뉴스 프로그램을 매일 21:00경에 방영한다.

2001. 1.경 방송광고시장의 개방문제를 둘러싼 첨예한 이해관계의 대립으로 인하여 언론사 상호간에 논쟁이 발생하였다.

원고가 2001. 1. 11.자 동아일보에 위 문제에 대한 자신들의 입장을 밝히는 기사를 게재하자, 피고는 같은 날 뉴스데스크에서 '동아일보 딴죽걸기'라는 제목으로 원고가 신문광고시장 잠식에 대한 우려에서 그와 같은 기사를 게재하였다는 취지의 비판보도를 하였다.

피고는 뉴스데스크에서 '동아일보 딴죽걸기'라는 제목의 보도에 이어 아래와 같은 내용의 방송보도를 하였다.

"동아일보의 자본은 99년 말 현재 4,000억 원대, 부채는 3,600억 원으로 한국, 중앙일보에 이어 세 번째입니다. 동아일보는 지난 96년 한통프리텔 주식 174만주를 44억 원에 사들여 3년 만에 1,000억 원대로 불렸습니다. 주식값이 무려 20배나 넘게 오른 셈입니다. 그래서 88%로 나온 부채비율은 주식투자로 얻는 1,948억 원의 평가이익을 자본에서 빼게 되면 168%에 이릅니다. 동아일보에는 자사가 보유한 한통프리텔이라는 기사가 적지 않았습니다.

금융기관에서 싼 이자로 돈을 빌려다가 주식투자로 번 돈이 영업이익의 절반이 넘습니다. 관련기자들이 윤리적으로 주식을 사지 않는데 반해 정작 신문사는 주식투자로 재미를 톡톡히 본 셈입니다. 이런 식으로 신문사가 재테크에 나서더라도 어느 누구도 비판하거나 제재할 수 없는 것이 현실입니다".

원고는 1996.경 PCS 사업자 컨소시엄에 참여하여 한통프리텔 주식 50만주(전체 지분율 0.57%, 취득가액 4,478,840,000원)를 취득한 이후 유상증자를 받아 79,380주를 더 취득하였다(1999. 12. 31.기준 보유주식은 579,380주이고, 시가는 101,721,746,000원이다).

(2) 판시내용

"언론의 자유는 자유민주주의의 초석이 되는 가장 중요한 기본권의 하나로서 언론사들이 이를 통하여 국가기관, 단체, 개인에 대하여 비판적 기능, 경고적 기능을 수행하는 등 중요한 공적 역할을 담당하고 있다 하더라도 **언론사가 타인에 대한 비판자로서의 언론의 자유를 누리는 범위가 넓은 만큼, 자신에 대한 비판의 수인범위도 그 만큼 넓어져야 할 것**인바, 언론사간의 광범위한 상호비판은 언론의 부패를 막는 내재적인 안전판의 역할을 한다는 점을 고려하면 상대방의 태도나 입장이 자신과 다를 때 올바른 여론형성의 틀을 깨트리지 않는 한 이를 비판하여 견제할 자유가 있어야 하며, 또 **이러한 비판은 폭넓게 수인되어야 하고 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 책임을 추**

22) 위 판결에서는 공익성에 대하여 "이 사건 방송보도를 함에 있어 앞서 본 공익적 목적 이외에 부수적으로 원고를 비난하고자 하는 의도가 다소 내포되어 있음이 엿보이기는 하나 앞서 본바와 피고의 이 사건 방송보도의 주요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이므로 부수적으로 다른 사익적 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 공공의 이익을 위한 것으로 보아야 할 것이고, 공정하고 객관적인 여론형성을 위하여 언론사의 논조 또는 그 운영 행태 등에 관하여 언론사간 건전한 상호비판은 활발히 이루어질 필요성이 있으며, 이 사건 방송보도는 위와 같은 상호비판의 일환으로 보여 지는 점 등을 고려하면 이 사건 방송보도의 공익성이 부정된다고 볼 수 없다"고 설시하였다. 대법원은 2006. 3. 23. 원고의 상고를 기각하였다(2003다52142 판결).

궁하여서도 아니 된다".

"원고가 은연중에 언론사로서 힘을 행사한 결과 싼 이자로 대출을 받을 수 있었던 것이 아닌가 하는 **의혹제기 부분의 정당성 여부**에 대하여 살핀다. 이 부분 방송보도는 위와 같은 의혹제기 차원을 넘어 원고가 언론사로서 부당하게 힘을 행사하였다는 **단정적 표현을 쓰고 있지는 않은 점,** '실질적으로 거의 안 남지', '고생만 하는 거지' 등의 표현에서, 금융관계 종사자들은 은연중 언론사의 힘에 영향을 받아 대출조건을 결정하고 있다는 사실을 넉넉히 추지할 수 있는 점, 앞서 본 바와 같이 원고가 실제로 일반 기업들보다는 싼 이자로 대출을 받아왔으며, **공적 존재인 언론사에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제제기가 허용되어야 하고, 악의적인 공격이라고는 보이지 아니한 점에 비추어 보면, 위와 같은 의혹제기는 언론의 자유 범위 내에 속하는 것으로 정당하고 위법성이 없다**고 봄이 상당하다. 결국, 이 사건 방송보도 중 싼 이자와 관련된 사실적시와 의혹제기로 인한 **명예훼손의 위법성이 조각**된다".

"다음, 이 부분 방송보도에서 원고가 1996.경 취득한 한통프리텔 주식은 50만주이고, 그 후 유상증자 등으로 79,380주를 취득하여 소유하고 있었음에도 불구하고 **사실과 다르게 원고가 174만주를 44억 원에 사들였다고 적시하여 원고가 취득한 한통프리텔의 주식수를 사실과 다르게 보도한 점**은 앞서 인정한 바와 같으나, **이 부분 방송보도는** 피고가 취득한 한통프리텔의 주식수가 얼마나 되고, **그 주식을 1주당 얼마에 취득하였느냐에 중점을 둔 것이라기보다는,** 보도 당시 '동아일보 한통프리텔 주식으로 20배 평가이익'이라는 자막을 내보내면서 강조하였듯이 취득한 주식수가 얼마나 되는가에 관계없이 **44억 원에 취득한 주식이 3년 만에 1,000억 원대로 20배 불어나 막대한 평가이익을 거두었다는 점에 중점이 두었다고 여겨지고,** 원고가 주식 174만주를 44억 원에 취득하였다고 주식수를 구체적으로 표시하였다고 하더라도 취득시의 1주당 가격이 얼마인지를 꼬집어 적시하지 아니한 이상, 상법상 새로 설립된 주식회사의 주식은 액면가 이하로 발행될 수 없으므로 원고가 액면가 이하로 주식을 취득하는 것은 불가능하고, 더구나 당시에 원고만이 다른 여러 컨소시엄 가입자와 비교해서도 상대적으로 특혜를 받아 액면가 이하로 주식을 취득하였다고까지 볼 여지가 있다고 하기는 어려운 점에 비추어 볼 때 **일반 시청자가 이 부분 방송보도를 통하여 원고가 한통프리텔 주식을 액면가 이하로 대량 취득했다는 인상을 받았다고 보기 어렵고,** 나아가 이 부분 방송보도가 시청자에게 원고가 액면가 이하로 한통프리텔 주식을 대량 취득했음을 암시하고 있다고 할 수도 없는 바, 결국 **이 부분 방송보도에서 원고가 취득한 주식수를 사실과 달리 보도한 것은 사소한 부분에 오류가 있거나 다소 수치를 과장한 정도에 불과하고, 주요 부분에 허위사실의 적시가 있었다고 할 수 없으므로 위법성이 없다고 봄이 상당하다".**

VI. 결

앞에서도 언급했듯이 대부분의 명예훼손에 따른 손해배상소송에서 쟁점으로 등장하는 것이 상당성 요건이고, 상당성에 대한 판단으로 대다수의 명예훼손사건이 해결되고 있는 현실에서 상당성의 판단기준으로서의 유용한 기능을 부인할 수는 없을 것이다.

그러나, 언론기관이 피고로 되는 명예훼손사건에 있어서는 언론기관의 업무행위에는 필연적으로 명예훼손적 사실의 보도가 수반될 수밖에 없다는 점을 생각한다면, 언론기관의 정당한 업무행위의 결과로 인한 명예훼손행위가 형사적 또는 민사적으로 당연히 위법하고, 단지 공익성, 진실성 내지 상당성이 인정되는 경우에만 그 위법성이 조각된다고 판

단하는 것은 문제가 있어 보인다. 따라서 이러한 경우에는 표현의 자유와 인격권이 헌법에 의해 보호되는 동일한 차원의 법익임을 고려하여 그 위법성 판단에 있어서 새로운 기준들을 정립해야 할 필요성이 있으며, 나아가 명예훼손에 따른 손해배상 소송의 형태가 언론기관 사이의 명예훼손사건 등 예전과 달리 다양해지고 있는 점을 감안한다면 앞으로는 상당성 요건의 도식적 적용으로는 그 적절한 해결책을 모색하기가 더욱 힘들어질 것으로 예상된다.

결국 명예훼손을 이유로 하는 민사상의 손해배상 사건에서는 상당성 요건의 틀에 전적으로 얽매이지 말고, 원·피고가 제출한 증거에 의해 인정되는 사실 및 변론에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 구체적 사건에 따라 더욱 세부적이고 타당한 위법성 판단기준을 정립해야 할 필요성이 있으며, 종국적으로는 진실한 사실의 적시에 대하여는 손해배상책임을 부정하는 방향으로 법체계를 정비한다면 지금과 같이 불법행위의 성립여부를 위법성의 판단으로만 접근할 것이 아니라, 고의, 과실 및 위법성의 판단 등 좀 더 다양한 방법으로 접근할 수 있는 길이 열리지 않을까 생각한다. □