

〈제2주제〉

언론판례상 면책법리의 현황과 과제

I. 들어가며

우리 법원은 올해 사법 60주년 행사를 개최하여 사법부의 어제, 오늘 그리고 내일을 조명해 보았다. 사법부의 과거를 회고하고 현재의 좌표를 확인하여 국민으로부터 사랑받는 사법부로 거듭나기 위하여 개최된 행사였다. 암울했던 일제 강점기를 벗어나 나라의 기초를 닦은 지 60년 만에 국력의 신장에 걸맞는 비약적인 발전을 거듭 발자취를 확인함과 아울러 사법부의 향후 추진과제를 설정하는 계기가 되었다.

돌이켜 보면, 우리 법원은 인적·물적 규모 면에서 세계 어느 나라와 견주어도 손색이 없을 정도로 성장하였을 뿐 아니라 독자적인 판례의 축적, 우리 환경에 맞는 사법시스템의 개발 등 질적인 면에서 괄목할 만한 발전을 이루었다. 무엇보다 민주국가 건설에 대한 우리 국민의 강력한 의지와 열망이 있었기에 가능한 일이었다. 인간의 기본적 권리와 자유의 확보를 위한 투쟁과 희생은 사법권의 독립을 지켰고, 법의 지배를 통한 사회질서를 구축하였으며, 그러한 과정에서 법관들의 헌법가치를 수호하고자 하는 굳건한 소명의식과 헌신이 어우러져 이루어 낸 값진 성과로 평가하고 싶다.

언론의 자유와 관련된 판례법리의 발전은 대표적인 사례이다. 불과 20년 전만 해도 상상조차 할 수 없었던 일이다. 독재, 군사정권 하에서 국민적 저항으로 힘겹게 조금씩 언론 자유의 지경을 넓힐 수 있었던 지난날의 경험을 기억하고 있기 때문이다. 국민의 인권의식의 향상으로, 특히 1990년대를 전후하여 언론보도로 인한 명예훼손소송 등이 증가되고, 법원도 기본적으로 헌법상 보장되고 있는 언론의 자유를 더욱 넓게 보호하고자 하는 접근방식을 채택한 것이 주요한 원인으로 보여진다.

성 낙 송

(대법원 양형위원회 상임위원)

- 사법연수원 14기 수료
- 전 법원행정처 공보관
- 전 사법연수원 교수

언론의 자유는 국민의 알 권리를 보장하고 공공의 문제에 대한 자유로운 토론과 비판을 통하여 여론을 형성함으로써 국민에 의한 정치를 실현시키는 민주주의의 핵심적인 요소이다. 민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달에 의하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성 유지시켜 나가는 것이므로 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한의 보장을 받아야 할 것이다. 그러기에, 물론 표현행위자가 주제로 삼는 영역마다 상충되는 이익과의 비교·형량의 문제 등으로 인하여 그 헌법적 보호의 범위와 정도는 상이할 것이지만, 언론의 자유는 원칙적으로 모든 생활영역에서 보호되어야 한다. 법원은 다양한 생활영역에서 요구되는 언론법리를 개발하고 발전시켜 언론활동의 기준을 제시하고 있고, 언론계에서도 판례이론의 검토를 통하여 일응의 행동준칙을 정립하여 활동하고 있다. 언론의 자유의 내용과 한계는 어떠한 경우에 표현행위자의 책임이 인정되는지 여부에 관한, 이른바 면책법리의 설정과 운용에 따라 결정되어지고 있는바, 아래에서 명예훼손소송에서 인정되는 면책법리의 현황을 살펴보고, 해결되어야 할 과제를 검토하기로 한다.

II. 명예훼손소송에서 판례상 인정된 면책이론

가. 일반론

대법원은 명예훼손으로 인한 언론관계 소송에서

크게 두 가지 형태의 면책법리를 제시하여 언론(표현)의 자유의 범위를 제시하고, 이를 보호하고 있다. 하나는 의견과 사실을 구분하여 사실의 적시를 전제로 하지 않는 순수한 의견 또는 논평의 경우에는 명예훼손소송에서 전면적으로 면책되도록 하는 것이고, 두 번째 방식은, 사실의 적시의 경우 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 2가지 헌법적 가치를 강조하면서 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 비교·형량하여 일정한 경우에는 위법성을 인정하지 않는, 독특한 위법성 조각의 법리를 전개하고 있는 것이다.

나. 순수한 의견에 대한 면책이론

(1) 대법원 판례

대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결¹⁾은 “민사상의 명예훼손은 사실을 적시하는 표현행위 뿐만 아니라 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위에 의하여도 성립할 수 있다”고 하여 의견에 의한 명예훼손이 인정됨을 밝히고 있다.

그런데, 과연 순수한 의견 또는 논평의 경우에 의하여도 민사상의 명예훼손책임이 인정되는지 여부가 분명하지 않았는데, 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결²⁾은 위 98다31356 판결과 같이 의견 또는 논평을 표명하는 표현행위에 의하여도 민사상 명예훼손이 성립할 수 있다고 하면서, “다만 단순한 의견 개진만으로는 상대방의 사회적 평가가 저해된다고 할

1) 공 1999, 458.

2) 공 2000, 1925. 원고 등이 경제위기의 책임자로 지목되면서 검찰수사 등이 거론되고 새로 출범할 정부가 경제위기의 원인규명과 책임자 처벌에 강한 의지를 피력하고 있는 상황에서 항공권을 구입하거나 해외도피를 의논하고 있는 장면을 담고 있는 풍자만화를 기고하여 이를 일간지에 게재한 경우 구체적 사실을 적시하였다고는 볼 수 없다는 이유로 명예훼손의 성립을 부정한 사안임.

대법원은 사실적시, 의견 표명을 구별하여 책임 인정 여부를 판단하는 것에서 더 나아가 의견을 순수의견과 혼합의견으로 나누고 순수의견 또는 논평에 대해서는 명예훼손 책임을 묻지 않는 판례를 확립

수 없으므로, 의견 또는 논평의 표명이 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평일 경우에는 명예훼손으로 인한 손해배상책임은 성립되지 아니한다”고 판시하여 종래 사실적시와 의견표명을 구별하여 명예훼손으로 손해배상책임 인정 여부를 결정하던 방식에서 한걸음 더 나아가 의견을 사실의 적시를 전제로 하지 않는, 이른바 순수의견과 사실과 의견이 혼합된, 이른바 혼합의견으로 나누고, 순수한 의견 또는 논평에 대하여는 명예훼손으로 인한 책임을 지지 않음을 명시적으로 밝히고 있고, 그 후에도 같은 취지의 판례가 계속되고 있다.³⁾

형사판례이긴 하나, 대법원 2007. 10. 26. 선고 2006도5924 판결(미간행)⁴⁾은, “이 사건 유인물의 내용 중에서 “박○○는 ◇◇과 계열의 이단이다.”, “박○○는 체계적으로 신학을 공부한 적이 없다.”라는 기재부분은 그 의견의 기초가 되는 사실을 함께 기술하면서 의견을 표명한 것으로서 피고인들의 주관적인 종교적·교리적 분석에 기초한 순수한 의견 또는 논평에 해당하는 것이고, “박○○가 기성교회를 공격하고 폄하하며 자기들을 드러내기만을 고집하려고 시도하였다.” 또는 “박○○의 시도를 막아 우리 고장 대전이 이단들이 발호하는 도시라는 불명예를 씻어내고 우리 고장 대전과 우리 가정 및 자녀를 지켜내자.”라는 등의 기재부분이나 “성경 위에 활동하는 마귀나 벌

레 등을 짓가락으로 집어내는 형상”을 희화한 그림 부분 역시 전체적인 맥락에서 피고인들의 의견을 표명하고 있는 것일 뿐 이를 사실의 적시에 해당한다고 보기 어려우며, “◇◇과는 ‘성경세미나’라는 모임을 통하여 대전시민에게 다가간다.”라는 기재부분 등은 박○○의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 수 있는 명예훼손적 표현에 해당하지 않으므로, 피고인들이 이 사건 유인물을 배포한 행위를 명예훼손죄로 의율할 수 없다.”고 하여 종교적 비판이 ‘의견 내지 논평’에 해당하는 경우에는 명예훼손적 책임을 인정할 수 없다고 판시하고 있다. 이 판결은 순수한 의견 또는 논평의 범위를 상당히 넓게 인정하여 자유로운 종교적 비판행위의 영역을 폭넓게 인정하고 있다고 보여진다.

(2) 판례의 분석

사실이나 논평 등 의견의 표명이 언론기관의 활동 영역 중에서 주된 것이라는 점, 자유로운 의견의 개진이 개개인의 인격의 발현이나 민주주의의 구현에 필수적이라는 점 등을 감안할 때 순수한 의견 또는 논평에 대하여 면책이 인정되는 길을 열어둔 판례의 입장은 활발한 의견 표명을 허용하여 언론의 자유를 크게 신장시키는데 기여할 것으로 기대된다.⁵⁾

3) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다21491, 2006다21507 판결 (미간행). 신문사가 국회의원의 의정활동에 대하여 “지역정가에선 ‘초선인 ○○○ 의원이 의정활동이나 지역발전에 대한 기여도가 기대에 못 미치는데다가 지난해 구청장 선거 공천과동에 이어 대선을 거치면서 한계가 드러났기 때문’이라는 분석을 내놓고 있다.”는 기사를 게재한 데 대하여 의견을 표명한 것으로 보고 면책시킨 사안임.
 4) 이단사이비대책위원회 소속 목사들이 한국기독교총연합회로부터 이단으로 규정된 피해자 박○○가 대전지역에서 ‘성경세미나’라는 이름으로 행사를 개최한다는 광고문을 일간지에 게재하는 등 교세를 확장하려고 하자 유인물 30만부 가량을 제작한 다음, 일간지의 간지 형태로 불특정다수 구독자들에게 배포한 사안임.
 5) 동지, 한위수, 법원과 언론, 언론과 법의 지배 연구시리즈 2007-1 58면, 박영사 (2007).

물론, 위 99다6203 판결에 의하더라도, “사실의 적시란 반드시 사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정할 것은 아니고, 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 그 표현의 전 취지에 비추어 그와 같은 사실의 존재를 암시하고, 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 족하다”고 하여 사실의 적시 또는 사실의 적시와 의견을 포함한 혼합의견의 범위를 넓게 보고 있으므로, 순수한 의견 또는 논평에 해당하여 면책되는 범위가 좁게 인정될 염려가 있으나, 순수한 의견 또는 논평의 범위를 가급적 넓게 설정하는 판례이론을 전개함으로써 해결할 수 있을 것이다.

다. 위법성 조각 법리

(1) 서

사실을 공표하여 타인의 명예를 훼손하는 행위는 형법상의 명예훼손죄를 구성하는 이외에 민사상 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하게 된다. 이러한 명예훼손행위는 헌법이 보장하고 있는 언론의 자유와 밀접한 관련을 맺고 있다. 명예훼손책임을 널리 인정하게 되면 민주정치의 초석이라 할 정보의 자유로운 유통과 공공의 관심사에 대한 공개적이고 자유로운 토론을 근본적으로 억제하는 결과를 초래하기 때문이다.⁶⁾

형법 제310조는 명예훼손행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하여 명예훼손죄에 관하여 특유한 위법성

조각사유를 규정하고 있다.⁷⁾

대법원은 민사상 명예훼손에도 형법상의 위 법리가 적용될 수 있는지에 관하여, 1988. 10. 11. 선고 85다카29⁸⁾ 판결에서 “우리가 민주정치를 유지함에 있어서 필수불가결한 언론, 출판 등 표현의 자유는 가끔 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 인격권의 영역을 침해할 경우가 있는데 표현의 자유 못지않게 이러한 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로 인격권으로서의 개인의 명예의 보호(헌법 제9조 후단)와 표현의 자유의 보장(헌법 제20조 제1항)이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정해야 할 것이다”라고 전제한 후 ‘형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 위 행위에 위법성이 없으며 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.’고 판시하여 위 형법 조항이 민사사안에서도 유추적용된다는 점을 명확히 하였다.

이 판결은 민사상 명예훼손소송에서 명예훼손행위가 있다 하더라도 일정한 경우 위법성을 인정하지 않는, 위법성 조각의 법리를 제시한 것으로 그 후의 판례에서 확고한 준칙으로 자리잡고 있는 기념비적인 판결이다.

6) 한위수, 명예훼손에 특유한 위법성조각사유에 대한 고찰, 사법 창간호 (2007) 사법연구지원재단, 41면.

7) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(제8852호) 제5조 제2항은, “인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다.”는 위법성 조각사유를 규정하고 있다.

8) 공 1988, 1392.

위법성 조각 법리 중 공공성이 부정된 예는
 거의 찾아볼 수 없고, 진실성 요건도 프라이버시 침해를
 제외하고는 실질적으로 문제되는 상황이 없어 실무상
 명예훼손소송 관련 쟁점은 상당성 안정 여부

(2) 위법성 조각 법리의 내용

(가) 일반론

판례에서 인정된 위법성 조각의 법리에 의할 경우, 행위자는 그 행위내용이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것이고(공공성 요건), 적시된 사실이 진실하다거나(진실성의 요건) 그 증명이 없다 하더라도 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있다(상당성의 요건)는 점을 입증하여야 한다.⁹⁾

그 중 공공성의 요건에 관하여 대법원은 “‘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 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하고, 행위자의 주요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 공공의 이익을 위한 것으로 보아야 한다”¹⁰⁾고 하여 공공성의 요건

을 대폭적으로 완화하여 실시하고 있고, 그 후의 대법원의 민사판결에서도 프라이버시가 명예훼손과 함께 문제된 사안을 제외하고는 공공성이 부정된 예는 찾아볼 수 없다.¹¹⁾

진실성 요건도 실질적으로 기능하지 못하고 있다. 프라이버시 침해가 문제되는 경우를 제외하면 진실을 적시하여 명예가 훼손되었다고 판시한 대법원 판결을 찾기 어렵다.¹²⁾

자연적으로 실무상 명예훼손소송 관련 주된 쟁점은 대부분 보도 내지 주장 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지의 여부에 집중되고 있다.¹³⁾ 많은 판례가 보도나 주장 내용이 진실이 아닌 경우 어떤 정황이 있다면 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 볼 것인가에 관한 논의를 중심으로 이루어져 왔고, 아직도 많은 언론관계소송에서 상당성 판단이 주된 쟁점을 차지하고 있다. 아래에서 상당성의 법리의 내용을 간략히 살펴 본다.

(나) 상당성의 법리

i) 위 대법원 85다카29판결에서 위법성 조각사유 판단에 관하여 상당성의 법리가 제시된 이후 그 후의 판례에서 위 법리는 확고한 준칙으로 자리잡고 있다. 상당성의 법리는 형법상 진실한 사실을 적시한 경우에만 처벌하지 아니한다는 규정만이 있을 뿐인

9) 위법성 조각사유에 관한 입증책임은 명예훼손행위를 한 행위자가 부담하여야 한다는 판례로는, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결(공 2004,594) 등 참조.
 10) 대법원 1996. 10. 11. 선고 95다36329, 공 1996, 3297.
 11) 전원열, 명예훼손에 특유한 위법성조각사유 : 이른바 ‘상당성의 원리’ 일반, 언론관계소송 재판실무연구(1) 언론관계소송 120면. (2008)
 12) 그러한 취지에서 진실성의 요건과 관련하여, 진실의 입증이 있는 경우에는 위법성을 조각하여 면책을 인정하여야 한다는 견해도 있다. 전원열, 명예훼손 불법행위에 있어서 위법성 요건의 재구성, 84면. (2001).
 13) 사법부의 어제와 오늘, 그리고 내일(민사재판편) 법원행정처 (발간중), 467면.

데 적시한 사실이 진실이 아니더라도 진실하다고 믿는데 상당한 이유가 있는 경우까지 언론의 면책범위를 확장한 판례이론으로, 표현의 자유의 범위, 특히 언론기관의 활동영역을 폭넓게 확보하는 중요한 기능을 수행하고 있다. 언론기관은 비판기능을 수행하는 성질상 타인의 명예를 침해할 만한 기사를 신계되기 마련이고 기자가 직접 경험한 것이거나 본인을 취재하기보다 제3자를 취재한 결과를 기사로 신는 경우가 대부분이므로 기사 내용이 진실하지 아니하거나 진실임을 입증하지 못하는 경우도 적지 않다고 할 것인데 기사 내용이 진실한 경우뿐만 아니라 진실하지 아니하더라도 이를 진실하다고 믿는데 상당한 이유가 있으면 불법행위책임을 면하게 되고 따라서 그만큼 언론의 활동공간이 넓어지는 셈이 되기 때문이다.¹⁴⁾

ii) 상당성 유무를 판단함에 있어서의 고려사항으로, 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24207 판결¹⁵⁾은, 신문기사로 인한 명예훼손에 있어서는, “기사의 성격상 신속한 보도가 요청되는 것인가, 정보원이 믿을 만한가, 피해자와의 대면 등 진실의 확인이 용이한 사항인가와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시하고 있고, 대법원 1998. 10. 27. 선고 98다24624 판결¹⁶⁾도 “적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성과 신빙성, 사실 확인의 용이성, 보도로 인한 피해자의 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 행위자가 보도 내용의 진위 여부를 확인하기

위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 한다.”고 하여 같은 취지의 판시를 하고 있다.¹⁷⁾

이러한 기준에 따라 인터넷에서 무료로 취득한 공개 정보를 근거로, 달리 사실관계의 조사나 확인 없이 다른 사람의 사회적 평판을 저하할 만한 사실의 적시를 한 사안에 관하여, “인터넷에서 무료로 취득한 공개 정보는 누구나 손쉽게 복사·가공하여 게시·전송할 수 있는 것으로서, 그 내용의 진위가 불명확함은 물론 궁극적 출처도 특정하기 어려우므로, 특정한 사안에 관하여 관심이 있는 사람들이 접속하는 인터넷상의 가상공동체(cyber community)의 자료실이나 게시판 등에 게시·저장된 자료를 보고 그에 터잡아 달리 사실관계의 조사나 확인이 없이 다른 사람의 사회적 평판을 저하시킬 만한 사실의 적시를 하였다면, 가사 행위자가 그 내용이 진실이라 믿었다 한들 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 보기 어렵다”고 하여 상당성을 부정하고 있다.¹⁸⁾

iii) 판례에 따르면, 상당한 이유가 있는가를 판단하는 시점은, 보도 당시를 기준으로 하여야 할 것이나, 그 후에 드러난 객관적 사실이나 자료도 참고하여야 한다.¹⁹⁾

iv) 위와 같은 내용의 상당성 범리는, 개별 사안에서 표현의 자유를 보장해서 얻는 이익, 가치와 인격

14) 한위수, 명예훼손에 특유한 위법성조각사유에 대한 고찰, 사법 창간호 (2007) 사법연구지원재단, 52면.

15) 공 1997, 3279.

16) 공 1998, 2766.

17) 최근의 판례로는 대법원 2008.2.14. 선고 2005다75736 판결 (미간행) 참조.

18) 대법원 2008.4.24. 선고 2006다53214 판결 (공 2008, 779). 같은 취지의 판례로는 대법원 2006.1.27. 선고 2003다66806 판결 (공 2006, 318).

19) 대법원 1996. 8. 20. 선고 94다29928 판결 (공 1996, 2776), 대법원 2008. 1. 24. 선고 2005다58823 판결 (공 2008, 355).

**대법원이 공적 존재에 대한 공적 관심사안과
사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이 두어야
한다는 언론의 면책 법리를 제시한 후,
법원은 언론의 자유를 더욱 넓게 보장**

권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 비교·고려하여 판단함으로써 구체적 타당성을 확보할 수 있는데다가 앞에서 본 바와 같이 판례는 상당성 유무 판단 시 고려해야 할 사항을 제시하여 추상적이거나 일응의 기준을 제시하고 있고, 판례의 집적을 통하여 개별 생활영역에서 확보되어야 할 언론 내지 표현의 자유의 범위를 제시함과 아울러 그 영역에 적합한 구체적인 판단기준을 제시하여 실제적으로 언론 내지 표현의 활동규준을 정립할 수 있는 점 등을 고려할 때 언론의 자유의 범위를 생활영역별로 적절히 조절하는 기능을 가진 점에서 높이 평가되어야 할 것이다.²⁰⁾

(다) 새로운 심사기준 제시

앞서 본 상당성의 법리는 표현 내지 언론의 자유를 신장시키는 계기를 마련하였지만, 그에 대한 입증 책임을 피고에게 부담시키고 나아가 언론기관에 의한 보도의 경우에 '내용의 진위 여부를 직접 확인하려는 노력 또는 조사활동'을 요구함으로써 언론사가 대법원에서 상당성을 인정받아 승소한 경우가 많지 않았던 것이 종래의 현실이었고, 이러한 현실에 대하여 언론계 및 학계로부터 강한 비판이 제기되었다.²¹⁾

특히 공인에 대한 비판적 보도가 위축되는 폐단을

초래하여 공인에 대한 명예훼손의 법리를 새로이 정립함으로써 공인에 대한 자유로운 비판이 가능하도록 하여야 한다는 주장도 강력하게 제기되었다.²²⁾

대법원은 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결²³⁾에서 공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 한다는 법리를 제시한 것을 출발점으로 하여 개개의 사안에서 요구되는 이익과 가치의 비교형량을 함에 있어 우선적 고려사항을 제시하고, 엄격한 책임 인정기준을 설정하여 다양한 각종 생활영역에서 요망되는 언론의 자유를 최대한 보장하는 방향으로 나아가고 있다. 아래에서 보는 바와 같이 정당 또는 정당 대변인의 정치적 주장이나 공적 존재의 정치적 이념, 공직자의 청렴성, 도덕성에 대한 의혹제기, 종교적 비판, 그리고 언론사간 상호 비판 및 감시활동 등에 이르기까지 개별적 생활영역에서 요구되는 언론의 자유의 범위를 설정하고, 그에 따라 구체적 심사기준을 제시한 대법원의 입장은, 상당성의 법리와는 별개로 명예훼손에 대한 새로운 면책법리를 전개하여 언론의 자유를 더욱 넓게 보장하고 있다고 보여진다.²⁴⁾

아래에서 생활영역별로 나누어 위법성 조각의 법

20) 이에 대하여 상당성의 법리는, 어떠한 경우에 행위자가 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지는 언론매체의 성격, 기사의 성격, 정보원의 신뢰성, 진실확인의 용이성 및 노력 등을 종합적으로 고려하여 사안별로 해결할 수밖에 없는 한계를 갖고 있어 잠재적인 소송 당사자에게 예측가능성을 주지 못하고 명예훼손의 시비가 법정으로 이어지게 하는 구조를 갖고 있어 명예훼손소송을 증가시키는 폐단을 초래했다는 비판을 하는 견해가 있다 [문재완, "공인에 관한 최근 명예훼손법리의 비교 연구", 언론중재 90호, 언론중재위원회 (2004), 5면].

21) 문병찬, 명예훼손과 판례상의 면책심사기준 재판과 판례 제13집 (2005) 대구판례연구회 47면.

22) 한위수, 명예훼손에 특유한 위법성조각사유에 대한 고찰, 사법 창간호 (2007) 사법연구지원재단, 63면.

23) 공 2002, 522.

24) 한위수, 명예훼손에 특유한 위법성조각사유에 대한 고찰, 사법 창간호 (2007) 사법연구지원재단, 69-70면.

리의 구체적 내용을 살펴본다.

III. 영역별 위법성 조각의 법리

1. 정치·행정적 영역

가. 일반론

1990년 후반부터 정치인, 고위공직자, 심지어 대통령에 이르기까지 공적 인물(public figure)에 의한 언론관계소송이 증가하였다. 위와 같은 공적 인물들이 비판적 보도를 막기 위한 수단으로 명예훼손소송을 적극적으로 이용한 점에도 기인할 것이다. 그와 관련하여 공적 인물에 대한 비판은 사인에 비하여 좀 더 자유롭게 허용되어야 한다는 논의가 제기되었다. 그런 가운데 미국 대법원의 New York Times v. Sullivan U.S. 254(1964) 사건에서 인정된 ‘현실적 악의의 법리’(actual malice rule), 즉 ‘공인이 명예훼손 소송에서 이기기 위해서는 그 내용이 허위임을 알았거나 허위인지의 여부를 구분별하게 무시하고 이를 공표하였음을 입증하여야 한다’는 법리를 도입하여야 한다는 주장도 제기되었으나, 대법원은 이에 대하여 부정적인 입장을 취하고 있다. 대법원 1997. 9. 30.

선고 97다24207 판결²⁵⁾은, “언론의 특성상 공직자의 윤리 및 비위 사실에 관한 보도에 있어서는 특별히 보도의 내용이 허위임을 알았거나 이를 구분별하게 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”고 판시하고 있고, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결²⁶⁾에서도 “피해자가 공적인 인물이라 하여 방송 등 언론매체의 명예훼손 행위가 현실적인 악의에 기한 것임을 그 피해자측에서 입증하여야 하는 것은 아니다.”고 하여 같은 입장을 취하고 있다.

‘현실적 악의의 법리’를 그대로 도입하는 경우 공인이 명예훼손적 표현으로부터 구제받는 것을 불가능하게 함으로써 공인에 대한 무책임한 보도를 부추겨 오히려 사회적으로 바람직하지 못한 결과를 초래할 가능성이 높은 점에서 대법원의 입장은 타당하다.²⁷⁾

나. 특수한 심사기준 제시

대법원은 2002년부터 공적 존재에 대한 공적 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 한다는 법리를 전제로, 공공적·사

25) 공 1997. 3279, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결(공 1998, 1575)도 같은 취지에서 원고가 공적인 인물이므로 피고가 현실적인 악의에 기하여 이 사건 드라마를 방송하였음을 원고 측에서 입증하여야 한다는 주장에 대하여, 피해자가 공적인 인물이라 할지라도 언론기관에 그 사람의 명예를 훼손하려는 현실적인 악의가 있는 경우에만 제한적으로 명예훼손이 성립되는 것은 아니라고 판시하였다.

26) 공 2004, 594.

27) 한위수, 공적존재의 정치적 이념에 관한 문제제기와 명예훼손, 민사재판의 제문제 제11권 (2002), 636-639면, 우리나라에서는 명예에 대한 관념이 미국과는 달리 명예훼손에 대한 감수의 정도를 달리하고, 미국에서는 일반적으로 언론자유가 우월적 지위가 인정되지만 우리나라에서는 언론의 자유가 명예 등 인격권과 대등한 지위로서 이익형량에 의하여 허용여부가 결정되며, 우리나라는 미국과는 달리 이른바 증거개시(discovery) 제도가 없어 원고 측에서 ‘현실적 악의’를 입증하는 것이 사실상 불가능하고, ‘현실적 악의의 법리’는 미국 자체에서도 비판이 있어 개혁논의가 있으며 미국을 제외한 대부분의 국가에서는 채택되지 아니하는 점 등을 논거로 하고 있다.

대법원의 2002년 판례는 공인과 관련하여 미국의
‘현실적 악의’의 법리를 정면으로 채택하지는 않았지만
상당부분 이를 도입하고 있는 것으로 평가할 수 있어

회적인 의미를 가진 사안에 관하여는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다고 판시하여 정치·행정적 영역에서는 비판의 폭을 확대하는 일방 명예훼손책임을 엄격히 제한하는 방향으로 구체적인 심사 기준을 제시하고 있다. 이는 미국의 ‘현실적 악의의 법리’를 정면으로 채택하지는 않았지만, 상당부분 이를 도입하고 있는 것으로 평가할 수 있다.²⁸⁾ 몇 가지 유형으로 나누어 판례의 구체적인 내용을 살펴보기로 한다.

(가) 공적 존재 내지 공적인 관심사안의 구별

대법원은 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결²⁹⁾에서 “언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 관계를 설정함에 있어서 표현된 내용이 사적(私的) 관계에 관한 것인가 공적(公的) 관계에 관한 것인가에 따라 차이가 있는바, 즉 당해 표현으로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 따져보아 공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하며, 당해 표현이 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선할 수 있으나, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 것인 경

우에는 그 평가를 달리하여야 하고 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다”고 하여 공적 인물의 경우 인격권의 보호와 언론의 자유 사이의 이익형량을 함에 있어 언론의 자유를 우선 고려해야 함을 밝히고 있다. 이 판결은 공적 존재 및 공적인 관심사안에 대한 별도의 심사기준을 설정하여 결과적으로 그에 대한 보도나 비판을 보다 자유롭게 허용함으로써 정치·행정적 영역에서 언론의 자유를 통한 자유로운 비판 및 검증이 가능하도록 하고 있다. 이 판결을 기점으로 정치인, 정당에 대한 표현행위와 관련된 명예훼손소송 등에서 위 심사기준에 따른 판례가 계속되고 있다.³⁰⁾

(나) 공적인 존재의 정치적 이념

위 2000다37524,37531판결은 공적인 존재의 정치적 이념에 관한 비판행위 등에 대하여, “그 공적인 존재가 가진 국가·사회적 영향력이 크면 클수록 그 존재가 가진 정치적 이념은 국가의 운명에까지 영향을 미치게 되므로 그 존재가 가진 정치적 이념은 더욱 철저히 공개되고 검증되어야”함을 전제로 그에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제제기가 허용되어야 하고 공개토론을 받아야 하고, 정확한 논증이나 공적인 판단이 내려지기 전이라도, 그에 대한 의혹의 제기가 공적 존재의 명예보호라는 이름으로 봉쇄되어서는 안 되고 찬반토론을 통한 경쟁과정에서 도태되도록 하는 것이 민주적이므로, “정치적 이념에 대한 의혹의 제기나 주관적인

28) 동지, 김재협, 언론사간 명예훼손소송의 면책기준, 언론중재 23권 4호 (2003. 12.), 28면.

29) 공 2002, 522.

30) 대법원 2006.3.23. 선고 2003다52142 판결 (공 2006, 713), 대법원 2008.2.28. 선고 2005다28365 판결 (미간행) 등 참조.

평가가 진실에 부합하는지 혹은 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 따짐에 있어서는 일반의 경우에 있어서와 같이 엄격하게 입증해 낼 것을 요구해서는 안되고, 그러한 의혹의 제기나 주관적인 평가를 내릴 수도 있는 구체적 정황의 제시로 입증의 부담을 완화해 주어야 한다.”고 하여 공적 존재의 정치적 이념에 대하여는 상당성의 요건에 대한 입증의 부담을 대폭 완화하고 있다.

대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613 판결³¹⁾도 같은 취지에서 좌와 우의 이념문제, 그 연장선상에서 자유민주주의의 가치를 앞세운 이념이나 민족을 앞세운 통일이나의 문제는 국가의 운명과 이에 따른 국민 개개인의 존재양식을 결정하는 중차대한 쟁점이고 이 논쟁에는 필연적으로 평가적인 요소가 수반되는 특성이 있으므로, 이 문제에 관한 표현의 자유는 넓게 보장되어야 한다고 하면서, “이에 관한 일방의 타방에 대한 공격이 타방의 기본입장을 왜곡시키는 것이 아닌 한 부분적인 오류나 다소의 과장이 있다 하더라도 이를 들어 선불리 불법행위의 책임을 인정함으로써 이 문제에 관한 언로를 봉쇄하여서는 안된다.”고 판시하여 정치적 이념에 대하여는 검증의 필요성을 강조하면서 자유로운 토론을 보장하고, 그 토론과정에서 파생하는 비판은 너그럽게 받아들여야 한다는 취지로 판시하고 있다. 이 판결은 특히, 이념 문제의 공방에 있어서는 오신의 상당성을 판단함에 있어서의 입증의 부담을 완화하는 데 그치지 아니하고, 진실성의 판단에 있어서도 부분적인 오류나 다소의 과장이 있더라도 너그럽게 보아주어야 한다는 것

을 최초로 밝힌 판례로서 이 분야에 대하여는 표현의 자유를 최대한으로 보장하여야 함을 선언하고 있다는 점에서 의의가 있는데³²⁾, 이러한 판례의 입장은 그 후 정당의 정치적 주장, 공직자의 청렴성 등에 대한 의혹제기 등 다른 정치·행정적 영역에서도 이어지고 있다.

(다) 정당 내지 정당 대변인의 정치적 주장

대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결³³⁾은 야당 대변인이 절도범의 진술을 믿고서 여당 도지사가 사택에 미화를 보관하고 있다가 도난당하였음에도 검찰이 축소 은폐수사를 하고 있다는 내용의 성명을 발표하며 진상규명을 요구한 사안에 관하여, “민주정치제도하에서는 정당활동의 자유도 너무나 중요하여 그 보장에 소홀함이 있어서는 아니되고, 정당의 정치적 주장에는 국민의 지지를 얻기 위하여 어느 정도의 수사적인 과장표현은 용인될 수 있으므로, 정당 대변인의 정치적인 논평의 위법성을 판단함에 있어서는 이러한 특수성이 고려되어야 한다.”고 하여 정당 대변인의 정치적 논평에 대하여는 정당활동의 자유의 보장 차원에서 특수성을 고려해야 함을 천명하고 있다.

대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다69291 판결³⁴⁾은 같은 취지로 판시하면서, “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 추궁하여서

31) 공 2003, 425.

32) 한위수, 명예훼손에 특유한 위법성조각사유에 대한 고찰, 사법 창간호(2007) 사법연구지원재단, 66면.

33) 공 2003, 1683.

34) 미간행, 여당대변인이 국가정보원 해직자들의 단체에서 야당 대통령 후보의 아들들의 병역비리 의혹을 수사하는 것에 대하여 조직적으로 은폐시도를 하고 있다며 야당에게 그 정체를 밝히고 이를 해체하라는 취지의 발표를 하고, 이것이 신문에 보도된 것이 문제된 사안임.

공적인 관심사에 대한 문제 제기는 널리 인정되나
구체적 정황의 뒷받침도 없이 악의적으로 모함하는
일은 경계해야 하며, 표현에 있어서도 상대의 인격을
존중하는 바탕에서 어휘 선택하는 것이 바람직

는 아니 된다”고 하여 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격”이라야 위법하게 평가할 수 있다고 판시하고 있다.

그 결과 정당 내지 정당대변인의 정치적 주장에 대하여는 자유로운 비판 내지 검증을 허용하여 정치권 내부에서의 공방으로 시시비비가 가려질 수 있는 길을 열어놓고 있다. 이러한 판례의 입장은 정당활동과 관련하여서는 언론의 활동범위를 폭넓게 허용하여 민주정치제도의 발전을 적극적으로 보장하는 데 긍정적 기여를 하게 될 것이다.

(라) 공직자의 도덕성, 청렴성이나 업무처리의 정당성에 대한 의혹제기

위 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결은, “공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하고, 특히 공직자의 도덕성, 청렴성에 대하여는 국민과 정당의 감시기능이 필요함에 비추어 볼 때, 그 점에 관한 의혹의 제기는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 책임을 추궁하여서는 안 된다.”고 판시하고, 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결³⁵⁾은, “공직자의 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 특히 선거법위반사건 등 정치적인

영향력을 가진 사건 처리의 공정성에 대한 정당의 감시기능은 정당의 중요한 임무 중의 하나이므로, 이러한 감시와 비판기능은 보장되어야 하고 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니된다.”고 하여 공직자의 도덕성, 청렴성이나 업무처리의 정당성에 대한 의혹제기에 대하여는 정당 내지 정당 대변인의 정치적 주장과 비슷한 정도의 심사기준을 제시함으로써 언론의 활동범위를 폭넓게 허용하여 공직사회의 투명성을 확보하도록 하고 있다.

(마) 표현의 한계

공적 존재 및 공적 관심사안에 관한 보도 내지 주장과 관련된 선도적 판례인 위 2000다37524, 37531 판결은, 공인 또는 정치적 이념에 대한 비판에 대하여는 과장된 표현을 사용하는 경우라도 언론 자유의 범위 내에서 허용되어야 한다고 하면서도, “공적인 존재의 공적인 관심사에 관한 문제의 제기가 널리 허용되어야 한다고 하더라도 구체적 정황의 뒷받침도 없이 악의적으로 모함하는 일이 허용되지 않도록 경계해야 함은 물론 구체적 정황에 근거한 것이라 하더라도 그 표현방법에 있어서는 상대방의 인격을 존중하는 바탕 위에서 어휘를 선택하여야 하고, 아무리 비판을 받아야 할 사항이 있다고 하더라도 모멸

35) 공 2003, 1770. 이는 야당 소속 변호사가 여당원의 선거법위반사건에 대하여 재정신청을 제기한 데 대한 보복으로 검사가 이미 무혐의 불기소처분되었던 횡령고소사건을 즉시 제기하여 아무런 수사절차를 진행함이 없이 상부의 지시에 의하여 그 변호사를 정치적 보복기소한 것처럼 기자회견한 사안이다. 같은 취지의 판례로는, 대법원 2003. 9. 2. 선고 2002다63558 판결(공 2003, 1936, 대전지역 검사들이 변호사의 불륜 로비의 대가로 금품을 수수하였다는 보도에 관한 사안임), 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결(공 2004, 594, 검사가 착오로 이중기소를 하였다는 보도에 관한 사안임), 대법원 2006.5.12. 선고 2004다35199 판결(공2006, 1020), 대법원 2007.12.27. 선고 2007다29379 판결(공2008, 127) 등이 있다. [앞의 두 판례는 언론 보도에 관하여 면책을 인정한 사례인데 반해, 위 2004다35199 판결, 2007다29379 판결은 언론의 자유의 한계를 벗어난 보도로 상당성이 없다고 보고 면책을 인정하지 않은 사안이다.]

적인 표현으로 모욕을 가하는 일은 허용될 수 없다”고 판시하여 언론의 자유에 관하여 일정한 한계를 설정한 다음 당해 사안에서 노동단체의 투쟁방법을 ‘공산계릴라식 빨치산전투’라고 표현한 부분에 대하여, “비록 그 표현 자체가 구체적인 사실의 적시가 아니라 단체의 투쟁방법을 그에 비유한 평가의 표현이라 하더라도, ‘공산계릴라식 빨치산전투’라 함은 공산주의 혁명을 달성하기 위해 적의 배후에서 파괴와 살상 등으로 기습, 교란하는 비정규부대의 유격전투를 뜻하는 표현으로서, 그 비유가 지나치고 감정적이고도 모멸적인 언사에 해당하여 이러한 모욕적인 표현까지 언론의 자유라는 이름 아래 보호받을 수는 없다고 하며 명예훼손행위에 해당한다고 판시하였다.³⁶⁾ 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결³⁷⁾은 “언론보도의 내용이나 표현방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자 또는 공직 사회의 사회적 평가를 저하시키는 정도, 취재과정이나 취재로부터 보도에 이르기까지의 사실확인을 위한 노력의 정도, 기타 주위의 여러 사정 등을 종합하여 판단할 때, 언론보도가 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·견제라는 정당한 언론활동의 범위를 벗어나 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우에는, 비록 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·견제의 의도에서 비롯된 것이라고 하더라도 이러한 언론보도는

명예훼손이 되는 것으로 보지 않을 수 없다.”고 판시하여 정치·행정적 영역에서의 표현의 자유에 대하여도 일정한 한계를 제시하고 있다.

(바) 판례의 분석

판례이론을 종합하면, 정치·행정적 영역에 관하여 공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 심사기준을 달리하여야 함을 전제로, 언론의 감시 내지 비판 기능의 중요성을 강조하면서 언론의 자유를 고도로 보장하고 있다. 미국의 ‘현실적 악의의 법리’에 준하는 정도로 언론의 활동범위를 넓게 보장하고 있다고 할 수 있다. 그 결과 정치·행정적 영역에서의 정보가 일반 국민들 사이에 자유롭게 유통되고, 그를 기초로 사회 구성원들 사이에서 자유로운 토론이 활성화도록 하여 바람직한 정치사회나 행정조직을 결정할 수 있는 기반을 마련해 주고 있다. 나아가, 판례는, 유형별로 그 생활영역에서 요망되는 구체적인 심사기준을 구체적으로 제시하는 한편, 표현의 자유에 관하여 적절한 한계도 설정하여 모멸적인 표현을 사용하거나 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격의 경우에는 언론의 자유를 벗어나 허용되지 않는 것으로 판단하여 언론 자유의 범위를 적절히 조정하고 있다.

이러한 판례의 입장은 언론의 자유의 범위를 적절히 규율하여 민주정치제도의 발전이나 건전한 공직

36) 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613 판결(공 2003, 425)도 같은 취지에서 관련 기사 중 방송 프로그램에 나타난 그 프로듀서의 역사해석을 곧 주사파의 역사해석으로 단정하여 그 프로듀서를 주사파로 지목한 부분에 대하여, 이는 지나친 논리의 비약이고, ‘주사파’가 그 당시 우리 나라의 현실에서 가지는 부정적이고 치명적인 의미에 비추어 이를 단순히 수사적인 과장으로서 허용되는 범위 내에 속한다고 보기는 어렵다고 하며 명예훼손에 의한 불법행위책임을 인정하고 있다.

37) 공 2006, 1020, 방송사가 경찰청 기동대에 근무하는 경찰관들에 대하여, 동인들이 사건 신고를 받고서도 사건을 조사하기 전 사무실 이외의 장소에서 고발인을 미리 만났고, 고발인에게 성추행에 가까운 몸수색을 하였으며, 또한 사건과 관련 없는 고발인의 친구를 사무실로 불러 다리를 걸어차는 등 구타하였다고 보도한 사안에 관하여, 이는 경찰 공직자들의 업무처리의 정당성 등에 대한 단순한 의혹 제기의 차원을 넘어서는 것으로서 언론의 감시·비판 기능의 범위 내에 속한다고 볼 수 없다고 하여 명예훼손행위에 해당한다고 판시하고 있다. 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다29379 판결(공2008상,127)도 같은 취지에서 신문 기사에서 공직자가 감사원에 의한 감사를 받고 있다는 등의 사실을 전달하는 데 그치지 않고 부정한 금원을 수수하였음을 간접적·우회적으로 암시하여 보도한 사안에 관하여 명예훼손책임을 인정하고 있다.

언론사는 통상의 공인과는 달리 스스로 반론 수단을 소유하고 있다는 특성을 감안, 폭넓은 상호 비판 및 감시활동을 허용하는 방향으로 기준 제시할 수 있어

사회의 형성을 위한 본래의 기능을 다할 수 있도록 하는 한편, 언론기관 등의 표현행위자에 대하여 그 행동기준을 제시하는 긍정적 기능을 수행할 것이다. 아울러 공직자 등이 자신에 대한 비판을 막기 위하여 소송을 제기하는 것을 차단하는 부수적 효과도 가져올 것이다.

2. 언론사에 대한 비판 및 감시

가. 일반론

1999년 말에 한 언론사가 다른 언론사 사주의 조세 포탈 혐의 조사 및 구속과 이에 대한 해당 언론사 소속 기자들의 행태나 보도태도 등에 대하여 비판적인 기사를 실은 것에 대하여 명예훼손으로 인한 손해배상소송을 제기한 것을 시작으로 언론사간의 비판 내지 감시활동과 관련하여 소송이 다수 제기되었다. 특히, 요즘은 언론매체가 미디어비평이라는 형식으로 다른 언론매체에 대한 비평을 다루는데다가 이념 또는 경제적 이해관계에 따라 활발하게 상호비판 활동을 하고 있기 때문에 앞으로도 언론사간의 분쟁은 늘어날 가능성이 높다.

언론사간의 상호비판 내지 감시활동은 언론이 하나의 성역으로 남아 있다는 평가를 받는 우리의 현실에서 언론계 내부에서의 자율적 규제와 통제를 기할 수 있다는 점에서 자유롭게 허용하는 것이 바람직하다. 다만, 경쟁 상대방 언론사의 언론보도에 대

한 왜곡되거나 편협한 시각에 기초한 분석과 비판, 때로는 경쟁에 치우친 악의적인 비판으로 인하여 언론사간 상호 불신과 대립이 격화되고 독자나 시청자로부터도 언론에 대한 신뢰를 저하시키는 부정적 측면도 가지고 있고,³⁸⁾ 언론사간의 분쟁으로 인한 소송에 있어 명예훼손책임을 넓게 인정하는 경우 자유로운 언론보도에 대하여 상당한 위축효과를 낳게 될 우려도 있음을 고려해야 할 것이다.³⁹⁾

언론사도 그 설립목적이나 감시와 비판, 여론형성의 사회적 역할에 비추어 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 일을 행하고 있다는 점에서 공인 또는 공적 존재로 볼 수 있으므로 공적 존재 내지 공적 인물에 관한 법리를 이용하여 규율할 수 있을 것이다. 그러나, 언론사간 명예훼손소송은 언론사나 그 소속 기자가 피고로 된 일반의 소송형태와 달리 언론사가 직접 원고가 되어 소송을 하는 점에서 유형적으로 구분이 되는데다가 언론사는 통상의 다른 공인과는 달리 스스로 반론 수단을 소유하고 있거나 그 접근이 용이하고 신속한 반론을 할 수 있다는 등의 특수성이 있고, 언론 매체에 의한 공개적인 주장과 반박 등에 따른 긍정적 효과도 기대될 수 있으므로 보다 폭넓게 상호 비판 및 감시활동을 허용하는 방향으로 기준을 제시할 수 있다는 특수한 사정 등을 감안할 때 언론사에 대한 명예훼손에 있어서 위법성의 심사기준을 어느 정도로 완화할 것인가의 문제로 귀착된다.⁴⁰⁾

최근에 언론사간의 상호 비판 및 감시활동에 있어서 위법성 판단에 필요한 구체적인 심사기준을 제시

38) 김재협, 언론사간 명예훼손소송의 면책 기준, 언론중재 23권 4호 (2003) 16면.

39) 배병일, "언론사간 매체비평과 소송의 한계", 『언론중재』 2001 겨울호, 4면.

40) 김재협, 언론사간 명예훼손소송의 면책기준, 언론중재 23권 4호 (2003) 18-19면.

한 판례가 계속 선고되고 있다.

나. 대법원 판례

(1) 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003다52142 판결⁴¹⁾

(가) 공적 사안에 대한 법리의 적용

“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 한다”고 하며 언론사에 대한 비판 및 감시활동에 대하여는 공적 사안에 대한 심사기준을 전제로 판단해야 함을 밝히고 있다.

(나) 개별적 심사기준 제시

“특히 당해 표현이 언론사에 대한 것인 경우에는, 언론사가 타인에 대한 비판자로서 언론의 자유를 누리는 범위가 넓은 만큼 그에 대한 비판의 수인 범위 역시 넓어야 하고, 언론사는 스스로 반박할 수 있는 매체를 가지고 있어서 이를 통하여 잘못된 정보로 인한 왜곡된 여론의 형성을 막을 수 있으며, 일방 언론사의 인격권의 보장은 다른 한편 타방 언론사의 언론자유를 제약하는 결과가 된다는 점을 감안하면,

언론사에 대한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다”고 하고, 나아가 “위 방송보도는 공공의 이해에 관한 사항으로서 사익적 동기가 다소 내포되어 있지만 그 주요 목적과 동기가 공공의 이익을 위한 것이고, 취득한 주식 수를 사실과 달리 보도하는 등 사소한 부분에 오류 내지 과장이 있으나 주요 부분에 허위사실의 적시가 있었다고 할 수 없으므로 위법성이 조각된다”고 판시하고 있다.

위 판례는 정치·행정적 영역에서 인정되는 위법성 조각의 법리를 그대로 언론사간 상호 비판 및 감시활동 영역에 적용하고 있는데, 그 후의 판례에서도 같은 입장이 유지되고 있다.

(2) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다8262 판결⁴²⁾

(미간행)

위 2003다52142 판결의 법리를 그대로 인용한 후, “언론사에 대한 감시와 비판 기능에 비추어 볼 때, 언론사들 사이에 의문이나 의혹을 제기하는 것은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 허용되어야 하며, 수사적인 과장표현도 언론기관이 서로 반박할 수 있다는 점을 고려하여 개인에 대한 명예훼손의 경우보다 넓게 용인될 수 있다고 할 것이므로,” 을 신문을 “치첩신문”이라고 표현하였다고 하여 모멸적인 표현에 의한 인신공격에 해당한다거나 의견표명으로서의 한계를 일탈한 불법행위에 해당한다고 볼 수도 없다고 판시하고 있다.

41) 공 2006, 713. 갑 방송사가 을 언론사의 주식투자 문제를 다루면서, 언론사로서의 힘을 이용하여 썬 이자로 돈을 대출받은 의혹이 있고 이 돈을 주식에 투자하여 막대한 평가이익을 거두었다고 보도하였다.

42) 갑 신문이 을 신문을 여당의 ‘치첩신문’이라고 표현한 것은 모멸적인 표현에 의한 인신공격에 해당한다거나 의견표명으로서의 한계를 일탈한 불법행위가 아니고, 강제투입부수만을 무가지부수로 보아 무가지 비율을 산정한 후 을 신문의 무가지 비율이 가장 높다고 보도한 것은 객관적 사실에 부합하지 않을 여지가 있으나 을 신문이나 다른 신문에서도 무가지 비율을 혼동하여 게재하고 있는 점에 비추어 무가지 비율의 산정이 잘못된 것이 아니라고 믿었고 이를 믿은 데 상당한 이유가 있다고 본 사례.

언론사 간 명예훼손 사건에서 대법원은 상당성에
대한 기존의 심사기준을 벗어난 경우에도 악의성이
인정되지 않는 한 위법성이 조각될 수 있다고 판결

(3) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다75736 판결⁴³⁾
(미간행)

위 2003다52142 판결의 법리를 그대로 인용한 후, 기초적인 사실관계와 취재경위 등에 비추어 보도의 주요 내용이 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있고, 전 사주의 친일행적 보도는 대부분 진실이고 일부 정확하지 않은 부분은 친일행적을 비판하기 위한 것으로서 그것이 악의적인 목적에 의한 것이라거나 그로 인하여 보도의 전체적인 취지가 왜곡되었다고 볼 수 없고 보도 내용이 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있다고 본 원심을 그대로 유지하였다.

(4) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다53214 판결⁴⁴⁾

“언론사에 대한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 되고, 수사적인 과장 표현도 언론기관이 서로 반박할 수 있다는 점을 고려하여 개인에 대한 명예훼손의 경우보다 넓게 용인될 수 있다고 할 것이다”라고 판시하여 “별도의 사실확인 절차 없이 내용의 진위가 불명확하고 출처도 특정하기 어려운 인터넷 게시물에 근거한 위 발언을 진실이라고 믿음

만한 상당한 이유가 있다고 볼 수는 없지만, 제반 사정상 위 기사는 언론사에 대한 정당한 감시와 비판 기능의 수행으로서 보호되어야 할 범위에 속하므로 그 명예훼손행위가 악의적이거나 현저히 상당성을 잃어 위법하다고 볼 수 없다”고 판시하고 있다.

이 판결은 종전의 언론사에 대한 명예훼손 사건에 관한 대법원 판결들과는 달리,⁴⁵⁾ 명예훼손행위가 적시사실의 진실성이나 그것이 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있었다는 점에서는 기존의 심사기준을 벗어난 경우라도 악의성이 인정되지 않는 한 이를 이유로 위법성이 조각될 수 있다는 점을 명백히 하고 아울러 악의성 판단의 기초가 되는 구체적인 사실관계를 제시하였다는 점에서 향후 언론사나 나아가 정치·행정적 영역을 비롯한 다른 생활영역에서 위법성 조각사유의 유무를 판단함에 있어 중요한 선례가 될 것이다.

다. 판례의 분석

판례를 종합하면, 언론사 상호간의 비판 및 감시활동에 있어서는 공적 존재인 언론사가 가지는 특수성을 감안하여 정치·행정적 영역에서 허용되는 특수한 심사기준과 유사한 개별적 심사기준을 설정하여

43) 갑 신문이 을 신문사의 사옥이전거부나 지하철 1호선이 을 신문사의 사옥을 우회하면서 급곡선으로 시공된 것이 언론권력의 부당한 압력 행사로 인한 것처럼 느낌을 주는 표현을 써서 기사를 게재하고, 을 신문사의 과거 친일행적이나 기자 대량 해고 사태 등에 관하여 비판적인 기사, 만평 등을 게재하였다.

44) 공 2008상, 779. 갑 언론사가 정치강연회에서 초청연사가 한 발언을 인용하는 방법으로 을 언론사를 여당이 만든 “파시스트 언론집단”이라고 보도하는 기사 등을 게재하였다.

45) 종전의 판결들은, ‘악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격’이라는 개별적 심사기준을 일반론으로 제시하면서도 결론에 있어서는 주요 부분에 허위사실의 적시가 있었다고 할 수 없다거나 보도 내용이 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있다는 이유로 위법성을 부정하는 경우가 대부분이었기 때문에 위와 같은 심사기준이 기존의 상당성의 법리와 어떻게 달리 작용하는지 명확하지 않은 측면이 있었다.

위법성 조각 여부를 판단하도록 하고 있다. 언론사 상호간에 있어서는 언론의 자유를 최대한 보장하여 언론계 내부의 철저한 상호비판과 검증을 가능하게 하고, 그를 통하여 자율적 규제가 이루어지도록 유도하고 있는 점에서 큰 의의가 있다.

3. 종교적 영역

가. 일반론

우리 헌법 제20조는 제1항에서 모든 국민은 종교의 자유를 가진다고 규정하고 있고, 그 종교의 자유에는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유, 종교적 집회·결사의 자유 및 선교와 종교교육의 자유 등이 포함된다고 설명하고 있다.

우리나라는 다원적 종교사회라고 할 정도로 많은 국민들이 다양한 종교를 믿으며 종교의 자유를 누리고 있다. 그러한 과정에서 세계 여러 나라에서 확인되는 것과 유사할 정도의, 특정 종교의 우대 또는 박해 등으로 인한 종교 간의 극심한 대립은 없지만, 종종 종교단체간의 갈등 내지 분쟁이 발생하고, 때로는 중요한 사회적 관심사가 되기도 한다. 특히 자신의 종교적 의견 및 세계관적 의견을 자유롭게 표현하는 과정에서, 즉 선교적 측면에서 다른 종교집단의 교리에 대하여 그 이단성을 지적하며 비판하는 일로 말미암아 표현의 자유의 한계를 벗어나는 명예훼손행위에 해당한다는 이유로 여러 건의 소송이 제기되고 있다. 최근

에는 특정 종파에 속하는 신도들이 기존에 공인된 정통적인 신앙을 공격하며 적극적인 전도행위를 함에 대하여 기존의 정통교단에서 교단 소속 신도들이나 일반인을 상대로 특정 종교집단의 교리와 주장을 비판하고, 이단적 요소가 있다는 취지로 주의를 촉구하는 과정에서 분쟁이 많이 발생하고 있는 실정이다.

종교적 영역에서의 표현의 자유와 관련하여 발생하는 또 다른 주요한 분쟁형태는 종교단체나 종교인의 사회적 비리를 고발하는 언론보도로 인한 것이다. 이러한 언론의 종교보도는 대상 종파나 신도로부터 격렬한 반발을 받게 되어 그 보도를 둘러싸고 심각한 긴장관계를 초래한다. 종교단체는 집단 전화협박·집단 시위 및 사옥 봉쇄 등 비합법적 방법을 동원하기도 하고,⁴⁶⁾ 출판·방영금지 가처분 등의 방법을 택하기도 한다.

판례상 종교적 영역에서의 언론 내지 표현의 자유가 어떠한 형태의 위법성 조각법리로 보호받고 분쟁이 해결되고 있는지 살펴보기로 한다.⁴⁷⁾

나. 대법원 판례

두 가지 유형으로 나누어 판례를 살펴본다.

(1) 이단성 지적을 비롯한 종교적 행위

(가) 대법원 1996. 9. 6. 선고 96다19246, 19253 판결⁴⁸⁾

46) 1999년에는 MBC가 특정 종파에 대하여 방송을 하자 그 종파 신도들이 주조정실을 점령하여 처음으로 방송이 중단되는 사태가 발생하기도 하였다.

47) 미국의 경우 종교적 신념이 개재된 쟁점을 포함하는 명예훼손적 진술은 미국 수정헌법 제1조에 의해 종교의 자유로서 보호된다. 종교분쟁에 법원이 개입하는 것은 특정 종파에 편들게 된다는 점과 종교적 신념은 법원의 심리대상이 될 수 없다는 점에서 미국의 판례는 이를 법원에 제소할 수 없는 의견으로 본다. 박용상, 표현의 자유, 현암사 (2002) 461면 참조.

48) 공1996, 2983. 갑 노회의 회장, 서기 또는 그 노회 소속 교회의 목사, 장로인 자들이 다른 교단 소속의 기도원운영자를 비판하고, 그에 맞서 기도원운영자가 갑 노회 소속 회장 등을 비판하는 광고를 게재한 행위에 관한 사안임.

대법원은 종교적 목적을 위한 언론출판의 경우에는
그 밖의 일반적인 언론출판에 비하여 보다 고도의
자유를 보장받는다고 천명

i) 위 판결은 “종교의 자유에는 자기가 신봉하는 종교를 선전하고 새로운 신자를 규합하기 위한 선교의 자유가 포함되고 선교의 자유에는 다른 종교를 비판하거나 다른 종교의 신자에 대하여 개종을 권고하는 자유도 포함된다고 하며, 종교적 선전, 타 종교에 대한 비판 등은 동시에 표현의 자유의 보호대상이 되는 것이나, 그 경우 종교의 자유에 관한 헌법 제20조 제1항은 표현의 자유에 관한 헌법 제21조 제1항에 대하여 특별 규정의 성격을 갖는다 할 것이므로 종교적 목적을 위한 언론·출판의 경우에는 그 밖의 일반적인 언론·출판에 비하여 보다 고도의 보장을 받게 된다”고 하여 종교적 목적을 위한 언론은 일반적인 언론·출판의 자유에 비하여 강하게 보호되어야 함을 천명하고 있다.

ii) 나아가 위 판결은, 다른 종교나 종교집단을 비판할 권리도 최대한 보장받아야 하면서, 그러한 비판으로 인하여 “타인의 명예 등 인격권을 침해하는 경우에 종교의 자유 보장과 개인의 명예보호라는 두 법익을 어떻게 조정할 것인지, 그 비판행위로 얻어지는 이익, 가치와 공표가 이루어진 범위의 광범, 그 표현 방법 등 그 비판행위 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 비판에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예 침해의 정도를 비교·고려하여 결정하여야 한다”고 판시하고, “각 관계자들의 지위,

비판행위로 얻어지는 이익, 공표가 이루어진 상대방 범위의 광범, 그 표현 방법, 비판 내용 및 명예침해의 정도 등에 비추어, 다소 과장되거나 부적절한 표현을 사용한 바 있다 하더라도 그 행위는 근본적으로 종교적 비판의 표현행위에 해당되어 위법성이 없다”고 판시하여 종교의 자유와 개인의 명예보호라는 두 가지 법익을 비교 교량하는 방법으로 위법성의 판단을 하여 그 한계를 정하여야 한다는 입장을 취하고 있다.

iii) 위와 같은 기준에 따라 이 대법원 판결에서는 ‘이단’이라는 표현을 사용하는 등으로 다소 과장하거나 부적절한 표현을 사용하였더라도 그 행위는 근본적으로는 종교적 비판의 표현행위에 해당되어 위법성이 없다고 하여 종교적 비판으로 인한 명예훼손의 위법성 조각사유를 보다 폭 넓게 인정하고 있다. 대법원 1997.8.29. 선고 97다19755 판결⁴⁹⁾도 같은 취지로 판시하고 있다.

(나) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다87903 판결⁵⁰⁾

위 판결은 위 96다19246, 19253 판결과 같이 종교적 목적을 위한 언론은 상대적으로 강하게 보장되어야 한다고 하면서, “비록 (군종장교가 작성·실시한) 이 사건 책자와 설교의 내용 중에 원고들의 교리와 주장을 비판하고 그 명예 등 인격권을 침해하는 내용이 포함되어 있다 할지라도, 이는 신앙의 본질적인

49) 공 1997, 2882. 갑 교단은 그 교리를 보호하고 신자들의 신앙상의 혼란을 방지하기 위하여 사이버이단문제상담소를 설립, 운영하면서 그 상담소 소장으로서 하여금 을 교단 소속 목사의 이단성 여부에 대한 조사·연구를 하게 한 후 그 목사의 이단성을 문제삼은 총회 보고서를 채택하고 그와 동일한 내용을 위 상담소가 발행한 자료집에 그대로 게재하여 갑 교단 산하의 지교회 등에 배포한 사안임.

50) 공 2007, 772. 군종목사가 공군참모총장의 지시를 받아 이단종교에 대한 예방대책의 일환으로, ‘이단의 의의, 이단이 군에 미치는 영향, 2003년도 현재 공군 내에서 활동하고 있는 00파 등 18개 사이버 종교단체의 폐해와 실상, 그 교리에 대한 비판’ 등의 내용이 담겨져 있는 이단종교에 관한 교육책자를 발행한 사안임.

내용으로서 최대한 보장받아야 할 종교적 비판의 표현행위로서 그 안에 다소 과장되거나 부적절한 표현이 있다 하더라도 중요한 부분에 있어서 진실에 합치할 뿐 아니라 장병들의 신앙 보호와 교리상의 혼란을 방지하기 위하여 주로 그들을 상대로 객관적 정보를 제공하여 경각심을 불러일으키기 위한 취지에서 이 사건 책자를 발행·배포하거나 이 사건 설교를 행한 것이므로, 위법성이 없다”고 판시하여 위 96다19246, 19253 판결과 같은 입장을 취하고 있다.

(다) 판례의 분석

위 판례들은, 종교적 목적을 위한 언론·출판은 그 밖의 일반적인 언론·출판에 비하여 보다 고도의 보장을 받아야 한다고 하면서 개개 경우에 종교의 자유와 개인의 명예보호라는 두 가지 법익을 비교 교량하는 방법으로 위법성의 판단을 하여야 한다고 하고 있다. 이는 표현의 목적과 대상이 종교와 관련되어 있음을 고려하여 언론·출판에 의한 명예훼손에 있어서 위법성 조각사유에 대하여 다른 특수한 심사 기준을 채택함으로써⁵¹⁾ 위법성 조각사유의 범위를 넓게 인정하여 결과적으로 종교적 언론의 자유를 고도로 보장하고 있다.

종교적 목적을 위한 언론의 보호는 종교적 비판행위를 폭넓게 순수한 의견 내지 논평으로 봄으로써 명예훼손적 책임을 인정하지 않는 방법으로 거둘 수

있음은 앞에서 본 바와 같다.⁵²⁾

이러한 판례의 입장은 종교계로 하여금 자유로운 상호비판을 통하여 교리를 점검할 수 있게 하고, 선교활동을 적극적으로 허용함으로써 종교의 자유 내지 그 영역에서의 언론의 자유를 고도로 보장하는 것이어서 긍정적으로 평가된다.

(2) 언론의 종교보도

(가) 대법원 판례

대법원 2000. 11. 24. 선고 2000다43437 판결(미간행)⁵³⁾은, 앞에서 살펴 본 상당성의 법리를 전제한 후 “피고들은, 앞서 본 바와 같이 원고가 한국내 이단교주의 한 사람으로서 다른 이단교주들과 마찬가지로 정욕적이고 호색적인 성격이거나 성문란, 가정파괴 등의 반사회적인 행동을 정당화하고, 종말을 빙자하여 부를 축적하는 등의 반종교적, 반윤리적인 특징들을 가지고 있다는 인상을 강하게 주는 이 사건 기사를 기독교신문에 게재하여 원고의 명예를 훼손하는 행위를 하고서도, 이단의 일반적인 특징을 적시한 것이지 원고를 지칭하여 그와 같은 보도를 한 것은 아니라고 주장하기만 할 뿐, 거기에 적시된 사실이 진실이라거나 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 상당한 이유가 있었다는 점에 대하여는 아무런 주장·입증도 하지 못하고 있는바, 그렇다면 다른 종교나 종교집단

51) 한기택, “광의의 의견 또는 논평에 의한 명예훼손”, 『대법원판례해설』 32호(99년 상반기), 1999, 286면.

52) 대법원 2007. 10. 26. 선고 2006도5924 판결[미간행] 참조.

53) 피고들이 김○○의 이단성에 관한 기사를 게재하였는데, 그 기사는 먼저 “정체위장하고 교회 침투”라는 소제목 하에 이단의 특징을 소개하면서 “대개 교주는 정욕적이고 호색적인데, 외형적으로 기록해 보이지만 윤리적인 결점을 갖는 경우가 많다. 성문란은 물론이고 가정파괴 등의 반사회적인 행동을 정당화한다. 집총거부, 독신강요, 금욕주의 등도 나타난다. 금전을 강조한다. 곧 종말이 온다면서도 교주는 부를 축적하며 교인들의 맹목적인 기부와 헌금을 유도한다. 이들 사상의 대부분은 이원론이다. 영의 세계와 물질세계를 존재론적으로 이원화시켜 세상을 선악의 이중구조로만 생각하는 지나친 이원론에 젖어 있다. 김○○의 귀신론이 이원론을 극단적으로 적용한 대표적인 예이다. 삼위일체, 부활 등 정통기독교의 기본교리들을 부인한다. 가정 등 기본 생활을 내팽개치고 오직 집단에만 맹목적으로 열심을 낸다.”라고 보도하고, 다음 “이단들의 계보 존재해”라는 소제목 하에 한국 이단들과 서구 이단들의 특징을 비교한 후 김○○을 이단계열의 하나로 보도한 사안임.

**종교나 종교집단을 비판할 권리는 헌법상 권리로서
최대한 보장 받아야 하지만, 종교 관련 보도라 하더라도
공적 사안과 사적 사안에 대해서는 구별된 기준 적용**

을 비판할 권리가 헌법상의 권리로서 최대한 보장받아야 한다는 점을 충분히 고려한다고 하더라도, 이 사건 명예훼손 행위에 위법성이 없다고 하기는 어렵다고 할 것이다.”고 판시하고 있다. 대법원 2008.2.28. 선고 2005다28365 판결 [미간행]⁵⁴⁾ 도 앞에서 본 상당성의 법리 및 공적 사안 및 사적인 영역에 속하는 사안에 대하여 구별된 기준에 따라 언론의 자유가 인정되어야 함을 밝힌 후 사적인 영역에 속하는 사항에 관하여 손해배상책임을 인정한 원심을 유지하였다.

(나) 판례의 분석

판례를 종합하면, 언론의 종교보도 영역에서는 정치·행정적 영역이나 종교적 목적을 위한 언론 등에서 제시된 바와 같은 특수한 심사기준을 제시하여 위법성 조각 여부를 판단하도록 하고 있지 않다. 일반적인 사회비리 고발에 준하여 언론의 활동범위를 허용하고 있는 것으로 보여진다.

그러나, 특정 종교집단이 종교활동의 범주를 벗어나는 비정상적인 활동을 하는 경우 신도들 및 그 주변 사람들에게 심각한 피해를 줄 수 있고, 특히 종교집단의 대표자는 다수의 신도들에게 영향력이 크고, 최고도의 도덕성이 기대되는 인물인 점등에 비추어 보도의 공공성이 높고, 해당 종교집단의 극렬한 반발등을 고려하여 보도가 위축될 가능성이 높는데 이를 해소할 필요가 있는 점 등을 고려할 때 새로운 심사기준을 발굴하여 종교보도에서 요망되는 이상적인

언론의 자유를 보장할 수 있도록 해야 할 것이다.

4. 언론기관의 범죄보도

가. 일반론

우리의 언론현실을 보면 범죄보도 기사가 아직도 많은 부분을 차지하고 있다. 이러한 언론기관의 범죄보도는 범죄 행태를 비판적으로 조명하고, 사회적 규범이 어떠한 내용을 가지고 있고, 그것을 위반하는 경우 그에 대한 법적 제재가 어떻게, 어떠한 내용으로 실현되는가를 알리고, 나아가 범죄의 사회문화적 여건을 밝히고 그에 대한 사회적 대책을 강구하는 등 여론형성에 필요한 정보를 제공하는 등으로 국민의 알권리를 충족시키는 공공적 기능을 수행한다.⁵⁵⁾

그러나, 언론매체 간의 취재경쟁과 선정적 보도경향에 따른 무분별한 보도로 피의자 또는 피고인의 인격권에 치명적인 손해를 초래하는 사례가 종종 발생한다. 특히 수사중인 상태에서 진범으로 단정하는 보도를 하거나 그 혐의사실 이외의 극히 개인적인 사생활에 관한 사항 등을 보도하는 경우 이러한 보도는 개인의 명예 등에 그야말로 회복할 수 없을 정도의 손해를 발생한다. 나아가 범죄보도는 그 표현방법 내지 방식, 더 나아가 내용의 공개로 인하여 재판의 공정성에도 영향을 줄 우려도 있다.⁵⁶⁾ 그런 점에서 범

54) 갑 방송사가 을 교회의 목사 및 교회에 성추문, 신격화, 미국원정도박, 신도들의 헌금 및 보증, 질병 치유 과장 등의 문제점이 있음을 고발하는 방송을 하자, 을 교회의 목사 등이 명예가 훼손되었다며 손해배상청구소송을 제기하였다.

55) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결(공 1998, 2108) 참조.

56) 2008. 1. 1.부터 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」이 시행되면서 우리나라도 형사재판에서 배심제가 실시되고 있는데, 범죄보도가 배심원들의 심증형성에 영향을 주거나 재판절차의 공정하고 순조로운 진행에도 영향을 미칠 가능성이 있다.

죄보도에 있어서 언론의 자유 내지 공공의 알 권리와 피의자 등의 개인적 이익 내지 재판의 공정성 측면 등을 고려한 이익의 조화와 절충이 요구된다.

언론기관이 범죄보도와 관련하여 진실한 사실만을 보도하여야 한다고 하면 범죄보도 자체를 차단하게 되어 언론의 자유에 중대한 제약을 가하게 될 우려가 있고, 수사기관도 아닌 언론기관에게 보도된 범죄사실의 진실성에 대한 입증을 기대하는 것도 무리이다. 그러기에 범죄보도와 관련하여서는 주로 보도 내용이 진실이 아니더라도 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있는지가 문제된다. 판례에서 어떠한 형태의 면책법리를 적용하여 언론의 범죄보도를 규율하고 있는지를 살펴 본다.

나. 대법원 판례

(1) 언론사의 조사확인 의무

대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215, 10222 판결⁵⁷⁾은, “보도 내용이 수사가 진행중인 피의사실에 관한 것일 경우, 일반 독자들로서는 보도된 피의사실의 진실 여부를 확인할 수 있는 별다른 방도가 없을 뿐만 아니라 언론기관이 가지는 권위와 그에 대한 신뢰에 기하여 보도 내용을 그대로 진실로 받아들이는 경향이 있고, 신문 보도가 가지는 광범위하고도 신속한 전파력으로 인하여 사후 정정보도나 반박보도 등의 조치에 의한 피해구제만으로는 사실상 충분한 명예 회복을 기대할 수 없는 것이 보통이므로, 보도 내용

의 진실 여부를 불문하고 그러한 보도 자체만으로도 피의자나 피해자 또는 그 주변 인물들이 입게 되는 피해의 심각성을 고려할 때, 이러한 피의사실을 보도함에 있어 언론기관으로서 보도에 앞서 피의사실의 진실성을 뒷받침할 적절하고도 충분한 취재를 하여야 한다”고 하여 언론사에게 보도 전의 충분한 조사확인 의무가 요구됨을 밝히고 있다.

(2) 상당성 판단의 고려사항

대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다10208 판결⁵⁸⁾은, “언론매체의 보도를 통한 명예훼손에 있어서 행위자가 보도 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지의 여부는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성과 신빙성, 사실 확인의 용이성, 보도로 인한 피해자의 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 행위자가 보도 내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 한다”라고 설시하여 상당성 판단시 요구되는 고려사항을 제시하고 있다. 그 후에도 같은 취지의 판례가 계속되고 있다.⁵⁹⁾

대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24207 판결⁶⁰⁾은, “상당한 이유가 있는지의 여부를 판단함에 있어서는 기사의 성격상 신속한 보도가 요청되는 것인가, 정보원이 믿을 만한가, 피해자와의 대면 등 진실의 확인이 용이한 사항인가와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.

57) 공1999, 330.

58) 공 2001, 497.

59) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다50213 판결(공 2002, 1336), 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결(공 2006, 1020), 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005다55510 판결 [미간행].

60) 공 1997, 3279. 공직자의 비위 사실을 제보받고 사실인지 여부에 대하여 공직자의 직속상관으로부터 부정적 답변을 들었음에도 그 진위 확인 없이 일방적인 제보만을 바탕으로 신문 기사를 작성하여 보도한 경우, 그 기사의 내용이 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 없는 것으로 본 사안임.

범죄보도의 상당성 인정 여부는 신속한 보도의 필요성,
정보원의 신뢰성, 피해자와의 대면 등 진실확인이
용이한 상황인가와 같은 사정을 종합하여 판단

범죄보도에 관한 사례는 아니지만, 대법원 1998. 5. 22. 선고 97다57689 판결⁶¹⁾은, “일정한 행정목적 달성을 위하여 언론에 보도자료를 제공하는 등 이른바 행정상의 공표의 방법으로 실명을 공개함으로써 타인의 명예를 훼손한 경우, 그 대상자에 관하여 적시된 사실의 내용이 진실이라는 증명이 없더라도 그 공표의 주체가 공표 당시 이를 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다면 위법성이 없는 것이고, 이 점은 언론을 포함한 사인에 의한 명예훼손의 경우와 다를 바가 없다 하겠으나, 그러한 상당한 이유가 있는지 여부의 판단에 있어서는 실명 공표 자체가 매우 신중하게 이루어져야 한다는 요청에서 비롯되는 무거운 주의의무와 공권력을 행사하는 공표 주체의 광범한 사실조사 능력, 그리고 공표된 사실이 진실하리라는 점에 대한 국민의 강한 기대와 신뢰 등에 비추어 볼 때 사인의 행위에 의한 경우보다는 훨씬 더 엄격한 기준이 요구되므로, 그 공표사실이 의심의 여지 없이 확실히 진실이라고 믿을 만한 객관적이고도 타당한 확증과 근거가 있는

경우가 아니라면 그러한 상당한 이유가 있다고 할 수 없다.”고 판시하고 있는 바, 범죄보도의 경우에도 같은 법리가 적용될 수 있을 것이다.

(3) 유형별 사례 검토

(가) 증거자료의 확실성과 신뢰성

대체적으로, 수사당국 또는 국가기관의 공식발표를 그대로 보도하거나 실질적인 변경 없이 보도한 경우에는 취재원의 신뢰도가 높고 보도의 신속성이 요구되며 언론기관에 사실탐지능력에 한계가 있는 점을 고려하여 특히 의심할 만한 사정이 없는 한 따로 확인취재를 하지 않더라도 진실이라고 믿는 데 상당한 이유가 있다고 보고 있다.⁶²⁾ 그러나, 수사 당국의 공식발표가 있기 전에 비공식으로 수사당국을 취재하고 그 내용을 뒷받침할 조사를 하지 아니한 채 보도한 경우,⁶³⁾ 당국의 공식발표에 따른 보도라도 발표를 오해하거나 과장, 각색하거나 자기의 견해나 억측을 첨가하여 범인으로 단정하여 보도한 경우⁶⁴⁾에

61) 공 1998, 1712.

62) 한위수, 명예훼손에 특유한 위법성조각사유에 대한 고찰, 사법 창간호(2007) 사법연구지원재단, 55면. 관련 판례로는, 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215, 10222 판결(공1999, 339)[신문기자가 담당검사로부터 취재한 피의사실을 그 진위여부에 관한 별도의 조사 및 확인 없이 보도했으나 위 기사의 취재원이 이 사건 수사를 직접 담당한 검사인데다 사적인 정보가 아니라 소정의 절차에 의한 발표 형식을 취하고 있어 그 신뢰도가 높고 위 발표 및 배포자료를 기초로 객관적으로 작성되었으니 위법성이 조각된다고 판시한 사안] 및 대법원 2003. 10. 9. 선고 2003다24406 판결 (미간행) [포르말린 사건으로 알려진 사안에서 수사기관의 발표에 근거하여 보도하였다가 나중에 무죄 확정되었다 하더라도 보도자료에 근거하여 가감없이 보도한 언론사를 면책한 사안] 등 참조.

63) 대법원 2005. 7. 15. 선고 2004다53425 판결(미공간) [택시노조활동을 하던 사람이 택시회사 근로자 및 기업인을 상대로 금품을 갈취해오다 적발되었다는 기사가 문제된 사안에서, 수사진행사항에 대한 정당한 발표권자가 아닌 사람의 비공식적인 확인을 거쳤거나 수사기관의 내부문서를 단순히 열람하였다는 것만으로는 보도내용의 진위여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였다고 볼 수 없다고 판시하였음].

64) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결(공1998, 2108). 보도자료에는 폭행, 업무 방해, 감금 사실밖에 없고 수사 기록까지 열람하였으면서도, 일간지 기자가 ‘피해자가 춤바람이 나서 이 사건 범행을 저질렀다.’는 자신의 견해를 덧붙여 보도하거나, 피해자에게 확인도 아니한 채 수사 경찰관과 비공식으로 만나 고소장을 입수하여 ‘피해자가 춤바람이 나서 간통까지 하다가 남편에게 발각되었다.’고 보도한 사안임.

는 상당성이 없다고 보고 있다.

언론기관이 수사당국이나 국가기관에 의존하지 않고, 독자적으로 취재하여 의혹보도 등을 하는 경우에는 관계자의 증언을 두루 취재하는 등 수사당국이나 국가기관의 공식발표를 기초로 경우보다는 보도 고도로 증거자료의 확실성과 진실성 확보를 위한 노력을 기울일 것을 요구하고 있다.⁶⁵⁾ 그리고, 다른 신문이나 잡지 등을 증거자료로 이용할 수 있는데, 그러한 경우에도 그 증거자료 외에 이를 근거로 다시 확인해서 보도해야만 상당성이 있는 것으로 보고 있다고 판단된다.⁶⁶⁾

(나) 사실확인의 용이성(반론기회의 부여)

기사 내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 피해자 및 관련자와 접촉하는 등으로 사실확인의 노력을 다하지 않은 경우는 상당성이 없다고 본다.⁶⁷⁾

(다) 명예훼손의 중대성 및 보도의 신속성

명예훼손의 내용이 중대할수록 피해의 심각성은 증대될 것이다. 그런데, 언론의 속성상 보도의 신속성 또

한 무시할 수 없는데, 명예훼손의 심각성을 강조하게 되면 상당성을 인정하는 범위가 좁아질 것이고, 보도의 신속성을 중시하면 상당성의 인정은 넓어질 것이다.

판례의 입장을 보면, 명예훼손의 심각성에 대한 고려를 우선하는 것으로 보인다. 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다50213 판결⁶⁸⁾은, 피의사실에 관한 보도사안에서, 한 일간신문사 기자가 타 신문사의 기사 내용과 피의자에 대한 구속영장 사본만을 열람한 것만으로는 위 기자가 기사 내용의 진실성을 담보하기 위하여 필요한 취재를 다한 것이라고 할 수 없으므로, 일간신문에 있어서의 보도의 신속성이란 공익적인 요소를 고려한다고 하더라도, 이러한 기사를 게재한 것이 피의자에 대한 명예훼손행위의 위법성을 조각하게 할 정도에 이른 것이라고 볼 수 없다고 판시하고 있다.⁶⁹⁾

그러나, 보도의 신속성도 고려한 사례도 있다. 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215,10222 판결⁷⁰⁾은 피의사실에 관한 범죄보도의 경우 “보도 내용의 진실 여부를 불문하고 그러한 보도 자체만으로도 피의자나 피해자 또는 그 주변 인물들이 입게 되는 피해

65) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다68306 판결(공2002, 1352) [초등학교교사의 과도한 체벌로 피해아동이 입원까지 하게 된 사건에 관한 보도가 문제된 사안인데, 피해아동 측에서 원고를 상대로 형사고소까지 제기한 상황에서 피해아동 및 그 부모나 처음부터 피해아동 측을 대변하여 온 학부모단체 관계자의 말만 듣고는 학교 측에서 원고의 연락처를 알려주지 않는다는 이유로 더 이상 원고 측의 해명을 들어 보려고 시도하지 않은 채 원고를 일방적으로 매도하는 기사를 게재한 사안].

66) 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결(공 1996, 1973)은 일간신문사가 다른 언론매체의 보도내용을 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 사실확인 노력도 하지 아니한 채 별다른 근거 없이 만연히 기사를 작성한 경우, 그 언론매체에게 그 기사의 취재 과정에서 그 기사의 내용이 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있었다고 보기 어렵다고 판시하고 있고, 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다50213 판결(공 2002, 1336)도 같은 취지에서 일간신문사 기자가 타 신문사의 기사 내용과 피의자에 대한 구속영장 사본만을 열람한 것만으로는 위 기자가 기사 내용의 진실성을 담보하기 위하여 필요한 취재를 다한 것이라고 할 수 없다고 판시하고 있다.

67) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다36622 판결(공1994, 1643) [10대 가출 소녀에 대한 기사인데, 피해자의 딸이 가출하여 동거 중 임신하게 되자 피해자가 ‘강제로’ 딸을 집에 가두고 ‘일방적으로’ 혼인 무효 소송을 제기하였다고 사실과 달리 표현한 사안에서, 담당 기자가 피해자를 만나보는 등 필요한 조사를 제대로 하지 아니하였고 그 때문에 사실과 다른 기사가 보도된 사안] 및 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다50213 판결 등 참조.

68) 공 2002, 1336.

69) 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결(공 1996, 1973)도 같은 취지이다.

70) 공 1999, 330.

범죄보도 시 혐의에 불과한 사실에 대해 유죄를
암시하거나, 독자들로 하여금 유죄의 인상을 줄
우려가 있는 용어나 표현을 사용해서는 안 돼

의 심각성을 고려할 때, 이러한 피의사실을 보도함에 있어 언론기관으로서 보도에 앞서 피의사실의 진실성을 뒷받침할 적절하고도 충분한 취재를 하여야 함은 물론이고, 보도 내용 또한 객관적이고도 공정하여야 할 뿐만 아니라, 무죄추정의 원칙에 입각하여 보도의 형식 여하를 불문하고 혐의에 불과한 사실에 대하여 유죄를 암시하거나 독자들로 하여금 유죄의 인상을 줄 우려가 있는 용어나 표현을 사용하여서는 아니되며, 특히 공적인물이 아닌 사인(私人)의 경우 가급적 익명을 사용하는 등 피의자의 신원이 노출되지 않도록 주의해야 하지만, 한편으로 보도기관은 수사기관과는 달리 사실의 진위 여부를 확인함에 있어 현실적으로 상당한 제약을 받을 수밖에 없고, 신속한 보도의 필요성이 있을 때에는 그 조사에도 어느 정도 한계가 있을 수밖에 없는 점도 있다”고 전제하면서 신문기자가 담당 검사로부터 취제한 피의사실을 그 진위 여부에 관한 별도의 조사 및 확인 없이 보도했으나 위 기사가 검사가 소정의 절차에 의하여 행한 발표 및 배포 자료를 기초로 객관적으로 작성되어 있는 경우, 그 기사 내용이 진실이 아니라고 하여도 위법성이 조각된다고 판시하였다.

다. 판례의 분석

언론의 범죄보도 영역에 있어서는 일반적 상당성

의 법리로 면책법리를 구성하고 있을 뿐이고, 정치·행정적 영역 등에서의와 같은 특수한 심사기준을 제시하고 있지 않다. 범죄보도의 공공성을 감안한다 하더라도 개인의 명예 등 인격권의 침해의 측면을 중시하여 언론 자유의 범위를 폭넓게 인정하고 있지 않다. 범죄보도의 심각성, 피해 회복의 곤란 등 범죄보도로 인하여 발생하는 갖가지 폐해를 고려할 때 판례의 입장은 수긍된다. 범죄보도에 관한 구체적인 기준을 제시하지 못하는 점에서 아쉽긴 하나 사례의 집적을 통하여 해결될 수 있을 것으로 기대한다.

5. 경제적 영역

가. 일반론

언론기관의 보도 내지 광고를 통하여 특정인이나 회사의 영업활동 또는 경제상의 신용 등 경제적 이익을 침해하는 표현행위가 이루어진 경우,⁷¹⁾ 그 표현은 동시에 그 영업이나 신용의 주체에 대한 명예 훼손으로 되는 경우가 많은데,⁷²⁾ 그에 대한 위법성이나 책임 인정 여부를 어떠한 기준에서 해결해야 하는지가 문제된다.

현재 이에 관하여 명시적인 견해를 밝히고 있는 대법원판결은 없고 학설들 역시 명확한 입장을 밝

71) 과거 광고는 경제활동의 자유와 별개로 언론의 자유에 의하여 보호되지 않는 것으로 보았으나 근래 정보전달적 기능을 갖는 광고의 경우 언론의 자유에 의하여 보호되는 것으로 보고 있고 주로 규제법적 측면에서 논의가 이루어지고 있는데, 이 글에서는 불법행위법적 측면에서 광고도 논의의 대상에 포함시키고자 한다.

72) 대법원은 “민법 제764조에서 말하는 명예란 사람의 품성, 덕행, 명예, 신용 등 세상으로부터 받는 객관적인 평가를 말하는 것이고 특히 법인의 경우 그 사회적 명예, 신용을 가리키는데 다름없는 것으로 명예를 훼손한다는 것은 그 사회적 평가를 침해하는 것을 말한다.”라고 하고 있다(대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카1450 판결, 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다9780 판결 등 참조).

히고 있지 않다. 따라서 이하에서는 경제적 영역에 관한 표현행위의 민사책임이 문제된 사례들 중 대표적인 사건들을 살펴보면서 면책법리를 찾아보고자 한다.

나. 관련 판결례

(1) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621

판결⁷³⁾

- 파스퇴르 사건 -

(가) 사안의 개요

피고 우유회사는 원고 회사 등 기존의 분유업체들이 분유를 생산함에 있어 비위생적인 재래식설비를 사용하고 있고 인체에 해로운 성분의 식품첨가물을 첨가하고 있다는 등의 내용을 광고를 통하여 여러 신문에 공표하였고, 이에 대응하여 원고 회사 등도 반박광고를 게재하였으며 다시 피고 회사가 재반박하는 광고를 게재하는 등 소위 광고전쟁이 일어났다. 원고 회사가 허위의 비방광고임을 이유로 피고 회사를 상대로 손해배상 등의 소송을 제기하자 이에 대응하여 피고 회사 역시 반소로써 원고 회사에 대하여 손해배상 등을 주장하였다.

(나) 사안의 경과

제1심 법원은⁷⁴⁾ 피고 회사의 주장은 허위로서 원고 회사의 명예와 신용을 훼손하는 내용으로서 위법하다고 판단하고, 손해배상으로서 대응광고비용과 장래의 비방광고금지청구 및 위반행위 1건당 간접 강제금청구를 인용하고, 나머지 청구는 기각하고,

피고 회사의 반소청구에 대하여는 원고 회사의 대응광고가 피고 회사의 도발광고에 대한 해명적 성격을 띠고 있고 대응광고로서의 허용한계를 벗어난 것은 아니라는 이유로 기각하였다. 제2심 법원은⁷⁵⁾ 제1심 법원의 판단 대부분을 유지하면서 대응광고비용을 일부 증액하고, 원고 회사의 무형적 손해액을 추가로 인용하였고, 대법원은 상고를 기각하였다.

(다) 제1심 판결의 내용

제1심 판결은, 피고가 자신이 한 광고의 내용은 모두 진실에 기초한 것으로서 오로지 국민건강 등 공공의 이익을 위하여 행한 것일 뿐 원고를 비방할 목적으로 한 것이 아니어서 위법성이 없다고 주장함에 대하여, “일반적으로, 특정 기업이 경쟁업체의 제품과 자신의 제품을 비교하는 방법으로 신문이나 T.V. 등 광고매체를 통하여 광고를 행하는 경우, 그 광고의 내용이 비교의 대상으로 된 경쟁업체를 비방하는 것인지 여부에 관하여는, 일반의 소비자가 광고를 접하는 통상의 방법을 전제로, 그러한 광고방법을 선택하게 된 동기를 비롯하여 당해 광고의 표제와 문구, 광고 문안의 전체적인 흐름, 사용된 어휘의 통상적인 의미와 연결방법 등 당해 광고가 소비자에게 부여하는 전체적인 인상을 종합적으로 고려하여 판단의 기준으로 삼아야 한다”고 전제한 후 기록에 나타난 사정을 종합하면, 전체적으로 피고는 기업윤리에 충실한 기업인 반면 원고를 포함한 기존 유가공업체들은 국민건강은 도외시한 채 이윤만을 추구하는 비윤리적인 기업이라는 인상을 심어주고 있다 할 것이어서, 위 광고들이 원고를 비방하는 내용을 담고

73) 공 1996, 1486.

74) 서울지방법원 1992. 6. 9. 선고 91가합3081, 84677 판결 [하집 1992-2, 108].

75) 서울고등법원 1993. 7. 2. 선고 92나43779, 43786 판결.

행정상의 공표 방법으로 타인의 명예를 훼손하는 경우 사인의 행위보다
무거운 주의의무, 광범위한 조사 능력, 진실에 대한 국민의 강한
기대 등에 비추어 볼 때 더욱 엄격한 기준이 요구되므로 객관적이고
타당한 확증이 없으면 상당성 인정받기 힘들어

있고, 또한 피고가 한 이 사건 광고들은 모두 사실과 다르게 원고를 비방하고 그 명예를 훼손하는 내용을 담고 있는 것으로서 위법한 광고라고 판시하고 있다.

(2) 대법원 1998. 5. 22. 선고 97다57689 판결⁷⁶⁾

- 이동막걸리 사건 -

(가) 사안의 개요

한국소비자보호원이 원고 회사의 쌀막걸리에서 첨가금지된 물질이 검출되었다는 발표를 하자 원고 회사가 한국소비자보호원을 상대로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였는데, 문제는 원고 회사의 상표를 도용한 가짜가 시중에 유통되고 있었고 채취한 시료가 원고 회사의 동종업자들 사이에 협의된 공급지역 외에서 구입된 것이었다는 점에서 논란이 발생하게 된 것이다.

(나) 판시 내용

“일정한 행정목적 달성을 위하여 언론에 보도자료를 제공하는 등 이른바 행정상의 공표의 방법으로 실명을 공개함으로써 타인의 명예를 훼손한 경우, 그 대상자에 관하여 적시된 사실의 내용이 진실이라는 증명이 없더라도 그 공표의 주체가 공표 당시 이를 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이

유가 있다면 위법성이 없는 것이고, 이 점은 언론을 포함한 사인에 의한 명예훼손의 경우와 다를 바가 없다 하겠으나, 그러한 상당한 이유가 있는지 여부의 판단에 있어서는 실명공표 자체가 매우 신중하게 이루어져야 한다는 요청에서 비롯되는 무거운 주의의무와 공권력을 행사하는 공표 주체의 광범한 사실조사 능력, 그리고 공표된 사실이 진실하리라는 점에 대한 국민의 강한 기대와 신뢰 등에 비추어 볼 때 사인의 행위에 의한 경우보다는 훨씬 더 엄격한 기준이 요구되므로, 그 공표사실이 의심의 여지 없이 확실히 진실이라고 믿을 만한 객관적이고도 타당한 확증과 근거가 있는 경우가 아니라면 그러한 상당한 이유가 있다고 할 수 없다”라는 판단기준을 제시하면서, 한국소비자보호원이 제품의 유통경로에 대한 조사 없이 제조자의 직접 공급지역 외에서 일반적인 거래가격보다 저렴한 가격으로 단지 외관만을 보고 구입한 시료를 바탕으로 ‘이동쌀막걸리’에서 유해물질이 검출되었다는 검사 결과를 언론에 공표한 것은 공표의 기초가 된 시료가 원고 제품이라는 점에 대한 객관적이고도 타당한 확증과 근거가 있다고 볼 수 없으므로 공표 내용의 진실성을 오신한 데 상당한 이유가 없다고 판시하였다.

(3) 대법원 1999. 10. 8. 선고 98다40077 판결⁷⁷⁾

- 과장광고비판 사건(부스터 사건) -

76) 공 1998. 1712. 이 사건의 제1심은 피고의 책임을 인정하면서 명예훼손 및 신용훼손으로 인한 손해배상청구를 일부 받아들이고 수익손실로 인한 손해배상청구를 기각하였는데, 제2심 법원(서울고등법원 1997. 11. 11. 선고 96나20354 판결)은 일반소비가자가 구매하는 형태로 시료를 채취하였고 원고 회사의 막걸리를 공급구역 외에서도 쉽게 구할 수 있었다는 점 등을 들어 피고가 그 시료를 원고 회사에 의해 생산, 판매된 것으로 믿은 것에 상당한 이유가 있다고 판단하여 피고의 발표가 위법성이 없다고 인정하였는데, 대법원이 이를 파기한 사안임.

77) 공 1999, 2292

(가) 사안의 개요

시민단체에서 실시한 시중에 유통되고 있는 연비 향상장치들에 대한 시험결과 원고의 제품은 효과가 있었고 나머지 제품들은 효과가 없었음에도 불구하고 방송에서 연비향상장치 모두가 효과가 없는 것처럼 보도되자, 원고가 방송사를 상대로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다.

(나) 판시 내용

대법원은 피고 방송사의 책임을 인정한 원심을 그대로 인정하면서, 텔레비전 뉴스 담당자들이 자동차 연비향상장치의 효과가 별로 없다는 사실을 소비자들에게 알릴 의도 하에 보도 첫머리에 “부스터 효과 없다”라는 제목을 화면으로 내보낸 다음, 뉴스진행자로 하여금 그 연비향상장치 제조자들의 선전이 과장 선전임을 암시하게 하고, 원고를 비롯한 제조업자들 등장시켜 제품 설명을 하도록 한 후, 제조업자들이 선전 근거로 제시하는 각종 시험결과의 부정확성을 밝히면서 그와 대비되는 시민단체의 시험결과를 그 허구성을 밝히는 자료로 제시하고, 그 결과를 토대로 제조업자들의 선전은 과장선전에 불과하므로 소비자들에게 그와 같은 광고공세에 현혹되지 말도록 당부하는 말로 보도를 끝맺고 있는 경우, 보통의 주의를 가진 일반의 시청자들로서는 위 보도 내용의 전체적인 흐름과 구성방식의 영향으로 보도 앞부분에서 한 제조업자의 제품에 대한 설명은 보도 첫머리의 뉴스 진행자의 암시대로 그와 대비되는 객관적인 시험결과에 의하여 허구임이 밝혀졌으며, 그 보도에 등장하여 제품을 설명한 제조업자는 뒤에서 허구임이 밝혀진 효과 없는 제품의 제조자 중 한 사람이라는 인상을 받게 되었다고 아니할 수 없으므로, 그 제조업자 및 그가 제조 판매하는 제품의 사회적 평가와 신용은 그 제조업자와의 인터뷰 장면을 자의적으로 삽입하여 편집 보도한 보도에 의하여 훼손되었다고 한

원심의 판단은 정당하다고 판시하고 있다.

(4) 대법원 2003. 10. 9. 선고 2003다24406 판결
(미간행)

- 포르말린 통조림 사건 -

(가) 사안의 개요

검찰이, 원고회사가 수입 원료인 번데기에 고의로 포르말린을 첨가하여 번데기 통조림을 제조하였다는 공소사실로 기소를 하면서 공식기자회견을 하였고, 피고들(언론사) 소속 기자들은 위 공식기자회견을 토대로 ‘이 사건 보도’를 하였는데, 형사사건에서 무죄가 선고되었다. 그 후 피고 언론사들은 무죄판결이 선고된 사실을 보도하였는데, 원고는 ‘이 사건 보도’로 인하여 손해가 발생하였음을 이유로 피고들에게 손해배상청구의 소를 제기하였다.

(나) 판시 내용

이 사건 보도는 일반 시청자와 독자들에게 원고가 포르말린이 함유된 통조림이라는 사실을 알면서도 판매하였다는 인상을 준다고 할 것이므로, 피고들은 특별한 사정이 없는 한 위 각 보도에 의하여 원고의 명예 또는 신용을 훼손하였다고 볼 수 있다. 이 사건 보도가 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것인 점은 인정되지만, 거기에 적시한 사실이 진실한 것이라고 볼 수는 없다. 다만, 이 사건 보도의 내용은 일반 국민의 생명과 건강에 직결되는 유해식품에 관한 것으로서 보도의 필요성이 절실히 요구됨은 물론 보도 자체에도 긴급과 신속을 요한다 할 것이고, 제반 사정에 비추어 볼 때, 기자들이 검찰의 공식기자회견의 내용을 과장하거나 윤색하지 않고 그대로 보도한 이 사건에서 원고들이 그 보도내용이 진실하다고 믿은 데에 상당한 이유가 있다고 하여 손해배상청구를 배척한 원심판

경제적 영역에서는 경쟁제품에 대한 수사적
과장이나 공격적 비판이 쉽사리
허용되어서는 안 될 것으로 보여

결을 그대로 유지하였다.

위 사건은 언론사가 검찰의 공식기자회견의 내용을 그로 보도하였다는 점을 근거로 하여 손해배상책임이 배척된 사안이다. 따라서 언론보도로 인하여 발생한 기업경영상의 손해에 관하여 언론사가 어떤 기준에 따라서 어느 범위까지 책임을 부담할 것인지에 관하여 본격적으로 심리한 사안이라고 보기는 어렵다. 그러나, 이 사건 보도가 일반 국민의 생명과 건강에 직결되는 유해식품과 관련된 보도로서 보도의 필요성과 긴급·신속성을 요한다는 사정을 상당성 판단의 요소로 포함시키고 있는 점을 주목할 필요가 있다.

(5) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다42609, 42616

판결 (미간행)

- 메디슨 사건 -

회사의 경영자에 대한 정경유착의 의혹을 제기한 사건으로, 원고 회사가 거래관계에 기한 요구사항을 들어주지 않자 피고가 원고 회사의 비리 및 권력비호의혹과 관련하여 정부기관에 민원을 제기하는 한편 신문에 광고를 내고, 원고 회사가 이를 고소하자 피고가 맞고소를 하는 한편 기자회견 등을 통해 원고 회사의 권력비호의혹을 제기한 사안이다.

제1심 법원은⁷⁸⁾ 피고의 제보내용은 진실이 아니고 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유도 없으며, 공익성도 없다고 판단하여 원고 회사가 입은 무형의 손해 2억원을 배상할 것과 정정광고를 게재할 것을 명하였는데, 피고가 이에 항소하였으나 기각되고, 상고도 기각되었다.

다. 시사점

위 판결들로부터 다음과 같은 요소들이 경제적 영역에서의 표현행위에 대한 위법성 조각사유의 설정 시 고려요소로 검토될 수 있을 것이다.

(1) 공격적 표현행위의 지양

정치·행정적 영역이나 언론사 상호간의 비판활동 등에 관한 판례의 입장과 파스퇴르 사건 판결을 대비해 보면 경제적 영역에서는 경쟁제품에 대한 수사적 과장이나 공격적 비판이 쉽사리 허용되어서는 아니 될 것으로 보인다.

(2) 의혹제기의 제한

공직자에 대한 의혹제기와 관련된 판례의 입장과 위 메디슨 사건을 비교해 보면, 대법원은 기업의 경영자에 대한 정치적, 경제적 의혹제기는 객관적 사실에 바탕을 두어야 하고 그 경영자가 공인이라 하더라도 쉽사리 허용되는 것은 곤란하다는 입장에 있다고 볼 수 있다.

(3) 익명보도원칙의 후퇴

통상 공적인 언론기관의 범죄보도나 비리보도와 관련하여 명예훼손 고유의 위법성조각사유의 존재 여부를 판단함에 있어 공익 목적의 보도라는 요건은

78) 서울지방법원 2000. 9. 27. 선고 99가합89715, 2000가합50881 판결.

일응 충족된 것으로 추정하나, 공인이 아닌 사인에 대하여 실명을 언급하거나 초상을 보여주면서 하는 보도는 범죄보도나 비리보도 본래의 목적에 배치되는 것이어서 그 보도의 진실 여부를 논할 필요도 없이 공익성이 없어 위법하다는 것이 우리 대법원의 일관된 입장이다.⁷⁹⁾

따라서 피의자나 피해자 또는 그 주변 인물들이 입게 되는 피해의 심각성을 고려할 때, 이러한 피의 사실을 보도함에 있어 언론기관으로서는 특히 공적 인물이 아닌 사인(私人)의 경우 가급적 익명을 사용하는 등 피의자의 신원이 노출되지 않도록 주의해야 한다고 하고 있다.⁸⁰⁾

위와 같은 익명보도의 원칙은 부스터 사건에서 보는 바와 같이 경제적 영역에서는 그대로 유지될 수 없다고 보아야 할 것이다. 동일한 종류의 여러 가지 제품이 있음에도 불구하고 특정 제품임을 명시하지 않은 채 익명의 제품에 대한 신뢰성에 대해 의문을 제기하는 보도는 오히려 신뢰성 있는 제품을 생산하는 기업에 대한 명예훼손 또는 신용훼손으로 될 수 있기 때문이다. 또한, 포르말린 사건에서 '보도내용이 일반 국민의 생명과 건강에 직결되는 유해식품에 관한 것으로서' 보도의 필요성이 절실히 요구됨은 물론 보도 자체에도 긴급과 신속을 요한다라고 판시하여 이를 위법성 조각사유의 상당성 판단의 요건으로 보고 있는 점에 비추어 볼 때 유해식품 등과 같이 국민의 건강과 생명에 직결되는 경제행위와 관련된 경우에는 실명보도를 해야 할 급박하고 현실적인 필요성으로 인하여 예외를 인정할 수도 있다고 볼 수 있다.

라. 소결론

오늘날 경제활동, 특히 기업의 운영은 그야말로 무한 경쟁의 시대에서 영위된다. 그런 과정에서 경제적 영역에 있어서 광고나 언론보도 등의 표현행위에 의한 명예훼손이 발생하는 사례가 늘고 있다.

기업의 제품생산을 비롯한 각종 경제활동에 대한 평가는 시장의 자유경쟁과 소비자의 객관적 평가에 맡겨져야 한다. 그러한 경제질서를 저해하는 표현행위에 대해서는 엄격한 책임을 물어야 할 것이다. 그 표현행위로 인하여 발생하는 피해는 기업의 경우 사화에 영향을 미칠 정도로 심각하기 때문이다. 만약, 시장지배기업이 광고주로서의 힘을 동원하여 경쟁기업에 대한 불리한 정보를 언론에 흘리고 이러한 정보가 언론을 통하여 보도되는 경우를 상정하면 경쟁기업은 시장의 자유경쟁원리와 무관하게 시장에서 도태되는 셈인데, 이런 결과를 용인할 수는 없을 것이다.

이런 사정을 고려할 때 경제적 영역의 표현행위에 대해서는 정치·행정적 영역 등에서 인정된 바와 같은 특수한 심사기준을 설정하여 언론의 자유를 고도로 보장하는 것은 어렵다고 판단된다. 적어도 일반 사기업에 대한 명예훼손행위에 대하여는 정치·행정적 영역, 종교적 영역 등에 비하여 훨씬 더 엄격한 책임을 부과하는 방향으로 면책법리가 전개되어야 할 것이다.

앞으로 언론 내지 표현의 자유와 정당한 기업활동의 보호라는 상충되는 법익을 절충·조화시킬 수 있는 면책법리에 대한 연구와 적절한 실무사례의 축적을 기대한다.

참고로, 하급심에서 경제적 영역에서의 표현행위로 인한 손해가 발생되었음을 이유로 한 소송이 진행

79) 대법원 1998. 7. 14. 선고 17257 판결 참조.

80) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215, 10222 판결 참조.

각종 생활영역에서의 폭넓은 면책 인정을 포함한
 법리적 발전은 사회 구성원들의 자유로운 의견 개진
 여건 조성과 더불어 그 한계를 설정함으로써
 더욱 성숙된 민주사회를 구축하는 데 크게 기여할 것으로 기대

중이다. 일명 ‘황토팩 사건’⁸¹⁾으로, 황토팩화장품을 제조·판매하는 원고가, 피고 방송사의 자사 제품에 대한 잘못된 보도로 인하여 원고의 신뢰도와 명예가 심각하게 훼손되었을 뿐 아니라 매출이 많이 감소되었다고 주장하며 손해배상청구 등을 제기하고 있다. 이 사건에 대한 판결을 통하여 경제적 표현행위로 인한 명예훼손의 경우 위법성 조각사유가 어떤 사정하에서 인정될 수 있는지에 관한 법리가 제시될 것으로 기대된다.

IV. 마치며

1990년 대 후반부터 언론판례의 비약적인 발전과 더불어 언론판례상 면책법리도 개인의 인격권 등의 보호와 균형을 유지하면서 언론의 자유를 더욱 더 보호하는 긍정적인 방향으로 전개되어 왔다. 특히,

정치·행정적 영역을 비롯한 각종 생활영역에서 적절한 위법성 조각사유의 설정이나 순수한 의견에 대한 폭넓은 면책의 인정은 언론의 자유의 법적 보장의 적정성을 도모하였다는 점에서 비교법적인 선행례로 제시할 수 있을 정도라고 평가하고 싶다. 이러한 법리의 발전은 민주주의의 정착이라는 시대적 환경의 변화에 터잡은 것이기는 하지만, 사회구성원들이 자기의 의견을 자유롭게 적극적으로 개진할 수 있는 여건을 조성하는 한편 그 한계를 설정하여 제시함으로써 더욱 성숙된 민주사회를 구축하는 데 크게 기여할 것으로 기대된다.

이미 살펴 본 바와 같이 경제적 영역에서 요구되는 적합한 면책법리의 발굴 등 여러 가지 점에서 미진한 부분이 남아 있다. 향후 학계의 심도 깊은 연구 검토와 실무상의 법리개발을 통하여 모든 생활영역에서 합리적인 해결방안이 모색될 것이다. 하나의 출발점이 되길 바라며 이 글을 맺는다. □

81) 서울중앙지방법원 2008가합48235 사건. 이 사건에서의 피고 방송사의 방송 보도의 요지는, 황토팩 제품에서 중금속이 일반 화장품 기준보다 초과 검출되고, 황토팩 속의 중금속이 피부에 흡수될 가능성이 높고, 일부 황토팩 제조회사가 피고 방송사의 방송 프로그램에 대하여 방영금지가처분을 신청하여 일부 승소판결을 받았다고 하지만 이는 사실이 아니라는 내용 등이다. 한편 동일한 사실관계로 원고가 피고 방송사를 상대로 정정 및 반론보도청구를 하여, 제1심 판결(서울남부지방법원 2008. 5. 8. 선고 2007가합24153 판결, 원고 청구 일부 인용)이 선고되었고, 현재 항소되어 서울고등법원 2008나51993호로 계속 중이다.