

3 정책비판보도에 대한 정부 대응과 언론의 자유

I. 서론

언론의 ‘정책비판보도’에 대해서, 특히 그 한계에 대해 글을 시작하면서도 정책비판보도의 한계라는 것이 존재할 수 있는 것 인지에 대해서는 의문이 든다. 여기서 말하는 ‘언론’의 보도란 일반 대중의 의사표현을 가리키는 것이 아니라 신문이나 방송 등 대중매체가 독자나 시청자를 대상으로 하는 정보전달행위를 가리키는 것일 터이다. 그러면 당연히 언론의 기능, 대중매체의 존재의의에 대한 고찰이 필요할 것이다.

생각건대, 대중매체의 본질적 기능 중 하나는 정부에 대한 비판과 감시이다. 이를 통하여 주권자인 국민들이 정부정책에 대해 정확한 평가를 할 수 있도록 하여 국민의 의사가 반영된 정치과정을 실현하는 데 이바지하는 것이 언론의 본연의 임무일 것이다. 그런데 언론이 언론으로서 본연의 임무인 정책비판 보도를 하는데 한계라니, 이 무슨 뜻인가?

일반적으로 권리의 한계를 논할 때 타인의 권리를 침해해서는 안 된다는 점을 든다. 헌법 제21조 제4항 역시 타인의 명예나 권리, 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안 된다는 점을 들고 있다. 보도의 자유 역시 언론·출판의 자유에 포함된다고 보는 한 대중매체의 보도 역시 이러한 헌법의 요구를 무시해서는 안 될 것이다. 그러나 보도의 대상이 정부의 정책이고 보도의 내용이 그러한 정책에 대한 비판이라고 할 때 공중도덕이나 사회윤리의 문제가 개재될 여지는 없어 보인다. 따라서 이 경우에 남는 것은 타인의 명예나 권리인데 헌법 제21조 제4항에서 말하는 ‘타인’에 정부를 포함시킬 수 없음은 분명해 보이므로, 정부의 정책을 비판하는 보도와 관련해서 헌법 제21조 제4항을 거론할 수 있는 경우란 결국 그러한 정책의 입안과 집행을 책임지고 있는 정부 공무원의 명예나 권리가 당해 보도에 의하여 침해되어서는 안 됨을 의미하는 것이라고 거칠게 추론해 볼 수 있다. 즉 따지고 보면 이는 공무원에 대한 명예 등 권리의 침해 문제로 압축된다고 말할 수 있다. 그러나 “국민의 알 권리와 명예훼손”이 별도의 소주제로 설정되어 있으므로 이 글에서 명예훼손의 문제를 직접적으로 거론하는 것도 적절치는 않아 보인다.

이런 연유로 이 글에서 필자는 보도의 자유의 한계로서의 명예훼손을 직접 논의하기보다는 정부의 정책을 비판하는 보도에 대하여 정부가 취하는 대응방식에 초점을 맞추고자 한다. 즉 정부 또는 정부

김 종 서

배재대학교 법학과 교수

- 서울대학교 법학박사
- 배재대학 법과대학 학장

공무원이 정부정책을 비판하는 보도에 대하여 어떤 식의 대응을 취해 왔는지, 그러한 대응방식에 대하여 어떠한 법적 결정들이 내려져 왔는지, 그러한 대응방식은 보도의 자유를 포함하는 언론·출판의 자유와 양립할 수 있는 것인지 등의 문제를 검토해 보고자 한다.

II. 정부 정책비판보도에 대한 정부의 대응방식과 문제점

정부의 어떤 정책에 대하여 비판하는 언론의 보도에 대하여 정부가 취할 수 있는 대응방식은 다양하다. 대체로 생각해 볼 수 있는 방식을 열거해 본다면 수용, 무시, 보도된 사실을 왜곡시키는 것, 일정한 수단을 동원하여 은폐하는 것, 그리고 그러한 보도를 한 언론사나 보도주체(기자, PD 등)를 상대로 법적 수단을 강구하는 것 등이다. 수용, 무시, 왜곡, 은폐 등은 모두 사실적인 행위이며 이것이 위법적 수단을 포함하지 않는 한 법적 평가의 대상으로 고려할 필요는 없을 것이다. 문제는 언론을 상대로 정부가 법적 수단을 강구하는 경우이며, 이는 사법적 절차에 의하여 해결될 수밖에 없으므로 결국 그 수단의 합법성과 정당성에 대한 법적 판단이 요구되는 것이다.

정책비판보도에 대한 사법적 대응의 형태로는 보도가 이루어지기 전에 (잠정적으로) 그것을 막는 가처분신청, 반론보도 청구, 보도의 내용이 명예 등의 권리를 침해했다는 것을 이유로 한 민사 및 형사 소송 등으로 나누어볼 수 있다.

이 글에서는 사전적 대응으로서 방송금지가처분과 사후적 대응으로서 명예훼손을 이유로 한 민·형사 소송의 문제만 다루기로 한다. 방송금지가처분과 명예훼손 소송이 언론사에 대하여 심각한 위축효과를 야기한다고 보기 때문이다. 반면 반론보도의 경우에는 반론보도의 게재로 인하여 보도가 갖는 비판의 힘이 감소되는 효과는 있을지언정 언론사에 대하여 형사처벌이나 손해배상과 같은 위협부담을 부과하는 것은 아니다. 그러므로 반론보도가 정부에 대한 언론의 감시기능을 위축시킨다거나 언론의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수는 없다. 반론보도를 따로 다루지 않는 것은 이 때문이다.

**정부의 방송금지가처분과 명예훼손을
이유로 한 민·형사소송은 언론사에 대하여
심각한 위축효과 야기**

1. 사전적 대응 : 보도금지가처분

시사보도프로그램의 경우 방송금지가처분신청은 1998년 문화방송 ‘시사매거진 2580’의 ‘길 잃은 목사’에 대하여 금란교회 김홍도 목사가 방송금지가처분신청을 하였고 이에 대해 법원이 일부승소판결을 내린 후 본격화되었다고 한다.¹⁾ 그러나 김태수의 연구에서 다루고 있는 방송금지가처분신청사건

1) 김태수, “방송금지가처분의 헌법적 한계: 시사보도 프로그램을 중심으로”, 『안암법학』 제26권, 2008, 55쪽.

은 모두 11건인데, 그 중 정부가 제기한 사건은 단 1건에 불과하다. 즉 강남의 뇌물커넥션에 관한 서울 방송의 프로그램에 대하여 강남구청이 법원에 낸 방송금지가처분신청이 그것이다.²⁾

사례에서도 나타나듯이 정부(공무원)가 신문이나 방송의 특정한 보도를 막기 위한 목적으로 방송금지가처분이나 판매금지가처분을 신청하는 경우는 매우 드물다. 아마도 이는 정부가 나서서 언론의 보도 자체를 막는다는 것이 자칫 사전검열을 시도하는 것으로 비칠 수 있기 때문일 것이다. 헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 검열을 엄격히 금지하고 있는데, 방송금지가처분은 법원의 판결에 의한 것이기는 하나 그 계기를 정부가 제공할 경우 결국 정부에 의한 검열과 다를 바 없다는 비판에 직면할 것이기 때문이다.³⁾

이처럼 정부가 직접 나서서 특정 보도의 금지가처분을 신청하는 예는 드물지만, 강남구청의 예에서 보았듯이 이것이 불가능한 것은 아니므로 그 성격에 대해 살펴보는 것은 필요한 일이다. 무엇보다도 큰 문제는 방송금지가처분이 인용되는 경우 그러한 법원의 판결이 언론·출판에 대한 사전검열에 해당하는가 하는 점이다.

헌법재판소는 헌법 제21조 제2항이 금지하고 있는 검열이란 “행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도”라고 판시한 바 있다.⁴⁾ 더 나아가 헌법재판소는 행정권이 아닌 사법권이 표현물의 공표를 금지하는 가처분은 헌법 제21조 제2항에 의해 금지되는 사전검열에 해당하는 것은 아니라고 하였다.⁵⁾ 또한 헌법상 절대적으로 금지되는 검열이 되기 위한 요건으로 헌법재판소는 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권에 의한 사전심사, 허가받지 아니한 의사표현의 금지, 강제수단의 존재라는 4가지 요건을 모두 충족시킬 것을 요구하고 있다. 이에 따르면 방송금지가처분은 법원이 판결로 하는 것이므로 최소한 두 번째 요건을 충족하지 못하여 검열에 해당하지 않게 된다.

그러나 검열의 주체가 일반적으로 행정권이라는 데에는 동의할 수 있지만 다른 국가기관에 의한 검열의 가능성을 부정할 이유는 없으므로 사법부가 주체가 된다는 이유만으로 방송금지가처분이 검열이 아니라고 단정하는 것⁶⁾에는 문제가 있다.⁷⁾ 헌법재판소가 방송금지가처분은 헌법이 금지하는 사전검

2) 이 신청은 기각되었다. 서울남부지법 2001.5.11자, 2001카합1099 결정.

3) 실제로 미국산쇠고기수입에 대한 PD수첩의 보도와 관련하여 수사의뢰를 하고 나중에 명예훼손죄로 고소까지 했던 정은 현 장관이나 민동석 차관보도 방송금지가처분신청을 하지는 않았다.

4) 2007.10.4. 선고, 2004헌바36 결정; 2006.10.26. 선고, 2005헌가14 결정 등.

5) 2001.8.30. 선고, 2000헌가9 결정.

6) 헌법재판소 2001.08.30, 2000헌바36 결정. 사실 헌법재판소가 사전검열에 대하여 처음으로 정의를 내렸을 때에는 “정신 작품의 발표 이후에 비로소 취해지는 사후적인 사법적 규제를 금지하는 것이 아니므로 사법절차에 의한 영화상영의 금지조치(예컨대 명예훼손이나 저작권침해를 이유로 한 가처분 등)나 그 효과에 있어서는 실질적으로 동일한 형벌규정(음란, 명예훼손 등)의 위반으로 인한 압수는 헌법상의 검열금지의 원칙에 위반되지 아니한다”고 하여 발표 이후의 조치를 전제로 하고 있었으나(1996.10.4. 선고, 93헌가13 결정), 2000헌바36 결정에서는 표현물의 발표 이전의 가처분도 헌법상 금지되는 검열에 해당하지 않는다고 한 것이다.

7) 동지: 김태수, 앞의 글, 52-53쪽.

열에 해당하지 않는다고 판단한 것은 다른 국가기관보다 사법부의 판단을 더욱 신뢰한다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보인다.⁸⁾

“이 사건 법률조항에 의한 방영금지처분은 비록 제작 또는 방영되기 이전, 즉 사전에 그 내용을 심사하여 금지하는 것이기는 하나, 이는 행정권에 의한 사전심사나 금지처분이 아니라 개별 당사자 간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리, 결정하는 것이므로 …… (중략) …… 바로 위와 같은 표현의 내용과 이로 인하여 침해되는 인격권의 내용 및 그 침해 정도, 두 가치 사이의 비교·형량 등 사전금지청구권에 관한 여러 가지 요건을 법원이 엄격히 심사하여 그 허용 여부를 결정하게 되는 것이므로”⁹⁾

그러나 법원에 의한 보도금지처분 인용결정은 행정권에 의한 사전검열과 완전히 동일한 효과를 나타낸다는 점에서 사법부에 대한 신뢰를 보도금지처분이 검열에 해당하지 않는다는 논거로 삼기는 어려워 보인다. 어떻게 보면 당사자의 청구가 없으면 발동될 수 없는 사법의 속성 때문에 적극적으로 개입할 수 없는 것뿐이지 일단 신청이 된 후의 절차는 행정권에 의한 심사절차와 별반 다르지 않기 때문이다. 특히 행정권이 가져본의 계기를 제공하고(신청) 법원이 이를 받아들이는 경우(인용)에는 행정권이 사법권의 이름을 빌려 사실상의 검열을 행하는 것이라 볼 여지가 없는 것도 아니다.¹⁰⁾

방송금지처분이 행정권에 의한 일방적인 검열이 아니어서 헌법상 금지되는 것은 아니라고 하더라도, 검열과 유사한 효과를 발휘한다는 점을 고려하면 그 허용 여부에 대해서는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙을 엄격하게 적용할 필요 있어

따라서 헌법재판소의 판단대로 방송금지처분이 행정권에 의한 일방적인 검열이 아니어서 헌법상 금지되는 것은 아니라고 하더라도, 검열과 유사한 효과를 발휘한다는 점을 고려하면 그 허용 여부에 대해서는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙을 엄격하게 적용할 필요가 있다.¹¹⁾ 이 경우 전면적 방송금지처분과 부분적 방송금지처분을 구분하여 전면적 방송금지처분에 대해서는 엄격한 조건을 요구함과 아울러, 보도의 대상이 누구인가에 따라 차등적 취급을 해야 한다는 견해가 있다. 즉 정치인에 대한 보도프로그램의 방송금지처분은 고도의 소명을 거쳐야 하고 전면적 방송금지처분을 하면 방송매체의 현실적 악의가 입증되는 등의 사정이 존재하지 않는 한 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이 될 가능성이 높은 반면에, 종교적 지도자와 같은 일반적 공인의 경우 일반적인 소명만으로도 방송금지처분을 할

8) 김태수, 앞의 글, 54쪽.

9) 2001.8.30. 선고, 2000헌가9 결정. 강조는 인용자.

10) 특히 “국내에서 수사 또는 재판과정에서 공정한 재판을 받을 국민의 기본권을 침해하는 보도보다는 사법 행위나 결과에 대한 비판으로 오히려 국민의 공정한 재판(수사)을 받을 권리를 보호하려는 취지의 보도가 주로 명예훼손 소송의 대상이 되고 있다”는 지적을 보면, 이런 우려가 전혀 근거 없다고 할 수는 없을 것이다. 윤성욱, “사법 보도와 표현의 자유 범위에 관한 연구: 판검사가 제기한 언론사 상대 명예훼손 판결 분석을 중심으로”, 『한국언론학보』 제52권 제5호, 2008.10, 440쪽.

11) 동지: 김태수, 앞의 글, 53-54쪽; 장호순, “최근의 언론보도 피해양상과 구제현황”, 『언론중재』 제23권 제3호, 2003년 가을, <http://www.pac.or.kr/webzine/23_autumn/contents/sub_1.html>, 검색일: 2009. 6. 7.

수 있으며 사인의 경우에는 특별한 공적 관심사의 대상이 되지 않는 한 보도의 대상으로 노출되어서는 안 되고 소명만으로 방송금지가처분을 할 수 있다고 한다.¹²⁾

매우 경청할 만한 견해이긴 하지만 생각해 볼 문제가 있다. 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 검열 개념의 핵심은 표현물 발표 전에 행해지는 사전심의라는 데 있지 사전심의의 주체가 누구인가에 있지 않다고 생각하기 때문이다. 그러므로 설사 헌법재판소의 결정대로 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 따라서만 판단한다고 하더라도, 방송금지가처분은 비록 본안판단이 날 때까지 잠정적으로 취해지는 처분이긴 하지만 표현물이 외부로 발표되는 것을 국가기관의 판단에 의해서 사전에 차단하는 것이라는 점에서 언론의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 보아야 할 것이다. 또한 그러한 가처분이 전면적인 것이 아니라 부분적인 것이라 하더라도 표현물의 발표 이전에 사전적으로 이루어지는 것인 한 그 본질은 방송내용을 이유로 한 사전제한, 즉 검열이라 할 수 있다.

이 점에서 민사소송법 제714조의 2에서 정하고 있는 가처분에 방송금지가처분을 포함시키는 것은 헌법에 위반되지 않는다고 한 헌법재판소의 결정에 대해서도 다시 한 번 논의해 볼 필요가 있다. 비록 인격권의 중요성을 강조한 것이라는 점을 인정하더라도 언론의 자유가 상대적으로 낮게 평가된 것은 아닌가 생각한다.

2. 사후적 대응 : 명예훼손 소송

다음으로 정부가 사용할 수 있는 유력한 수단이 당해 보도로 인하여 명예를 훼손당했다고 하여 민사상 손해배상을 청구하거나 형법 제309조 위반으로 고소하는 것이다.¹³⁾ 최근에 일어난 대표적인 사례는 농림수산물부의 정운천 전 장관이 MBC의 PD수첩 내용과 관련하여 담당 PD 등을 검찰에 명예훼손 혐의로 고소한 사건이다. 그리고 그 이전 노무현 정부 하에서는 대통령이 직접 조선일보사 등을 상대로 민사소송을 청구한 경우가 있다. 그러나 이 두 경우는 동일한 선상에서 판단될 수 없다. 왜냐 하면 전자는 정부의 미국산쇠고기수입 정책을 비판하는 과정에서 관련 업무의 책임부서인 농림수산물부(장관)와 외교통상부(차관보)가 문제된 경우인 반면에, 후자는 보도의 직접적인 대상이 노무현 전 대통령이었다는 차이가 있기 때문이다.

생각건대 PD수첩 보도의 경우 그 내용이 직접 정운천 전 장관을 대상으로 한 것이라고 보기는 어렵다. 이런 경우에도 정부에 대한 비판에 대해 정부기관이나 정부기관의 장이 명예훼손의 소송을 제기할 수 있는가?¹⁴⁾

12) 김태수, 앞의 글, 69-70쪽.

13) 한국의 언론관련 명예훼손소송은 1997년을 기점으로 크게 늘어났고, 공인들에 의한 제소가 전체의 2/3를 차지하며 소송가액도 날로 고액화하는 양상이라고 한다. 차용범, “공인의 명예훼손에 대한 사법적 논의의 한계”, 『한국언론학보』 제45권 제2호, 2001년 봄, 388쪽.

14) 명예훼손소송과는 달리 반론보도청구의 경우 현행 언론중재법 제14조 제3항은 “국가·지방자치단체, 기관 또는 단체의 장은 당해 업무에 대하여 그 기관 또는 단체를 대표하여 정정보도를 청구할 수 있다”고 규정하여(이는 반론보도에도 준용됨) 국가나 지방자치단체나 기관의 장이 기관을 대신하여 소송을 청구할 수 있는 길을 열어 두고 있다.

이와 관련하여 영미법에서는 정부기관에게 명예훼손소송을 제기할 권리를 주는 것은 대단히 위험하고, 정부에 대한 비판을 허용하는 중요성 때문에 정부기관의 명예훼손 소송을 금하는 판례가 오래전부터 확립되어 있다. 미국에서는 시정부, 모든 공공기관, 준공공기관 및 심지어 공법인까지도 명예훼손소송을 허용하지 않는 것이 법원의 강력한 입장이다.¹⁵⁾

New York Times v. Sullivan 판결에서 연방대법원은 “정부에 대한 명예훼손이라는 것은 미국 사법시스템에 존재할 수 없다”고 한 City of Chicago 사건에서 주법원이 한 판시¹⁶⁾를 인용하면서, 정부의 업무에 관련한 비난에 대하여 담당관리들에 대한 개인적 명예훼손으로 전환하는 것은 헌법상 허용되지 않는다고 판시했다.¹⁷⁾ Rosenblatt v. Baer 사건에서도 거듭 같은 입장을 밝혔다.¹⁸⁾

이러한 미국 판례의 입장에 비추어보면 정부에 대한 비판보도에 대해 정부기관이나 기관의 장이 명예훼손 소송을 제기하는 것은 정부에 대한 비판과 감시를 사명으로 하는 언론의 자유의 본질상 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 PD수첩의 보도가 정 장관의 명예를 훼손했다는 주장 자체가 성립되지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다. 그러나 한국의 경우 1990년부터 1999년까지 언론을 대상으로 제기된 손해배상 소송 중 언론사에 대한 배상책임을 인정
한 비율이 72.7%에 이르렀고, 특히 공직자의 승소율은 91.6%로 더욱 높아, 미국의 입장과는 정반대의 추세를 보여주고 있다.¹⁹⁾

미국대법원이 ‘공인’ 또는 ‘현실적 악의’ 이론을 통하여 공직자의 명예보다 언론의 자유를 우선시한 것은 언론의 활발한 정부감시와 비판을 장려하기 위한 것

한편 정부의 공직자에 대한 개별적 명예훼손이 문제되는 경우라면 공인 이론에 대한 검토가 필요할 것이다. 미국의 경우 정부의 관리에 대한 명예훼손 소송에서 언론사의 책임을 인정할 것인가에 관해서는 연방대법원에 의하여 확립된 소위 ‘공인’(public figure) 이론 또는 ‘현실적 악의’(actual malice) 이론이 적용되어 왔다. 즉 공인에 해당하는 경우에는 현실적 악의를 입증했을 경우에만 손해배상을 받을 수 있도록 하는 것이다. 이 경우 현실적 악의란 보도한 내용이 허위임을 알면서도, 혹은 진실이 아니라고 믿을만한 충분한 근거가 있었음에도 불구하고 사실 여부를 확인을 소홀히 한 채 보도하여 공인의 명예를 훼손한 경우이다. 이 경우 허위사실에 대한 입증책임도 언론사가 아닌 소송을 제기한 원고 측에게 요구함으로써 언론사에게 지워지는 법적 부담을 경감시켜 주는 것이다.²⁰⁾ 미국 대법원이 이 이론을 통하여 공직자의 명예보다 언론의 자유를 우선시한 것은 언론의 활발한 정부 감시와 비판을 장려하기 위한 것으로 볼 수 있다.²¹⁾

15) 배금자, “공직자의 명예훼손소송과 그 법리”, 『언론중재』 통권 83호, 2002년 여름, <http://www.pac.or.kr/webzine/contents/sub_1_02.html>, 검색일: 2009.6.7.

16) City of Chicago v. Tribune Co., 307 Ill. 595, 601, 139 N.E. 86, 88(1923).

17) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254, 292(1964).

18) 383 U. S. 75, 81(1966).

19) 장호순, “언론자유와 명예훼손”, 『한국언론학회 2001 가을철 정기학술대회 자료집』, 2001, 248쪽.

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

21) 장호순, “언론자유와 명예훼손”, 252쪽.

이러한 공인 이론은 오늘날 한국 언론에 있어 특히 중요하다. 그것은 사람의 명예를 보호하기 위한 장치였던 명예훼손 제도들이 언론의 권력 감시 및 비판 기능에 매우 큰 장애로 작용하고 있기 때문이다.²²⁾ 반면 2000년대 이전까지 한국 법원은 명예훼손 소송에서 공인 이론을 거의 외면해 왔다.²³⁾ 즉 법원은 미국의 현실적 악의 이론을 명시적으로 거부하고 공익성이나 진실성에 대한 입증책임은 언론사에 있다는 입장을 보여 왔으며,²⁴⁾ 특히 법원은 1999년과 2000년 상반기 공직자와 정치인이 제기한 명예훼손 소송 10건 모두에서 언론패소 판결을 내림으로써 언론의 공익적 기능 대신, 공인의 명예를 더욱 적극적으로 보장해야 한다는 태도를 보여주었다.²⁵⁾

우리나라의 경우 공인과 사인을 구별하여 취급한다는 판례가 처음 등장한 것은 1999년 헌법재판소의 결정에서였는데,²⁶⁾ 그 후 이러한 헌법재판소 결정은 대법원에 의해서도 수용된 것으로 보인다.²⁷⁾ 신문 등 언론매체가 사실을 적시하여 개인의 명예를 훼손하는 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 적시된 사실이 진실이라는 증명이 있거나 그 증명이 없다 하더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있으면 위법성이 없다는 것이 법원의 입장이다.²⁸⁾ 그러나 법원은 그에 대한 입증책임은 어디까지나 언론매체에 있고 언론매체의 명예훼손행위가 현실적인 악의에 기한 것임을 피해자 측에서 입증해야 하는 것은 아니라는 입장을 보여주고 있다.²⁹⁾ 그러면서도 법원은 최근 사법제도 관련 소송에서 공적인 사인의 경우 언론의 자유를 폭넓게 인정하여 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 안 되며,³⁰⁾ 엄격하게 입증을 요구해서는 안 된다는 입증부담 완화의 법리를 채택하고 있다.³¹⁾ 이러한 태도로 미루어 볼 때 법원이 미국의 공인 이론이나 현실적 악의 원칙을 그대로 수용하는 것은 아니고 단지 공인의 경우에는 구별하여 심사하여야 한다는 뜻을 밝힌 정도로 보아야 할 것이다.³²⁾

이처럼 공인과 사인을 구별하는 변경된 판례에 의하더라도 입증책임의 문제는 여전히 남아 있다. 즉

22) 차용법, 앞의 글, 389쪽.

23) 차용법, 앞의 글, 390-391쪽.

24) “보도의 내용이 허위임을 알았거나 허위여부에 대한 문의를 전혀 하지 않고 무시의 경우에만 상당성이 없다고 보아야 할 것이라는 주장은 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.” 대법원 1997.9.30. 선고, 97다24207 판결. “피해자가 공적 인물이라 하여 언론매체의 명예훼손행위가 현실적인 악의에 기한 것임을 그 피해자 측에서 입증하여야 하는 것은 아니다.” 대법원 1996.10.11. 선고, 95다36329 판결; 1997.9.30. 선고, 97다24207 판결; 1998.5.8. 선고, 97다34563 판결.

25) 차용법, 앞의 글, 391쪽.

26) 헌법재판소 1999.6.24. 선고, 97헌마265 결정.

27) 대법원 2002.1.22. 선고, 2000다37524, 37531 판결; 2003.7.8. 선고, 2002다64384 판결; 2003.7.22. 선고, 2002다62494 판결.

28) 대법원 1998.2.27. 선고, 97다19038 판결; 2002.5.10. 선고, 2000다68306 판결 등.

29) 대법원 2004.2.27. 선고, 2001다53387 판결; 1998.5.8. 선고, 97다34563 판결; 1997.9.30. 선고, 97다24207 판결; 2005.1.14. 선고, 2001다28619 판결; 2003.9.2. 선고, 2002다63558 판결 등.

30) 대법원 2003.7.8. 선고, 2002다64384 판결; 2003.7.2. 선고, 2002다62494 판결; 2005.1.14. 선고, 2001다28619 판결; 2003.9.2. 선고, 2002다63558 판결 등.

31) 윤성욱, 앞의 글, 434쪽.

32) 김선택, “언론보도의 자유와 인격권 보호: 명예훼손소송에 있어 공적 인물이론과 ‘현실적 악의(actual malice)’의 원칙을 중심으로”, 『고려법학』 제43권, 2004, 189쪽.

법원은 민사소송에서도 형법 제310조의 위법성 조각사유를 그대로 차용하여, ‘공공성’, ‘진실성’ 및 ‘상당성’ 요건 등 위법성요건에 대한 입증책임은 피고인 언론매체가 부담한다고 함으로써 입증책임의 전환을 인정한다.³³⁾ 그 결과 공직자의 경우 이들이 공인으로서 사회적 비판을 감내해야 하고 권리가 제한될 수 있다는 점보다는 명예를 훼손한 데 대해 일반 사인보다 ‘높은 지위’에 대한 권리를 오히려 더 보호하고 있는 것으로 나타나고 있다.³⁴⁾

나아가 또 하나의 문제점은 명예훼손의 경우 진실한 사실을 적시하여 명예를 훼손하는 경우에도 손해배상책임을 지우거나 형사처벌을 하는 것이 가능하다는 점이다. 진실한 언론보도³⁵⁾에 대한 손해배상과 형사적 처벌이라는 모순을 해결하기 위해서는 통상 논의되듯이 진실성 여부에 관한 입증책임의 합리적인 배분에 그칠 것이 아니라, 진실한 사실의 경우에는 완전한 면책규정을 둠으로써 언론의 자유에 더욱 비중을 두는 입법이 요망된다.³⁶⁾

언론에 의하여 명예를 훼손한 경우 민사상으로뿐만 아니라 형사상 명예훼손죄의 책임을 져야 한다. 이는 현재 PD수첩 보도와 관련하여 검찰의 수사가 진행 중인 점을 고려하여 별도의 장으로 다루기로 한다.

III. 정책비판보도에 대한 정부의 형사법적 대응 : 명예훼손죄

진실한 언론보도에 대한 손해배상과 형사적 처벌이라는 모순을 해결하기 위해서는 그 진실성 여부에 관한 입증책임의 합리적 배분에 그칠 것이 아니라, 진실한 사실의 경우에는 완전한 면책규정을 두어야

무엇보다도 먼저 명예훼손을 이유로 한 형사처벌이 언론의 자유를 보호하는 헌법규정과 양립할 수 있는지가 문제된다. 민사상의 손해배상은 헌법 제21조 제4항이 명시적으로 인정하고 있는 반면에, 형사책임을 추궁까지도 과연 우리 헌법이 허용하는 것인지는 의문이 있기 때문이다. 그러나 우리나라의 경우 명예훼손에 대한 형사소추 체계를 가지고 있고 실제 소추가 이루어지고 있으므로 그 자체를 부정하기는 어렵다. 그러나 명예훼손을 이유로 한 형사소추는 극히 예외적으로만 이루어져야 하며, 특히 정부에 대한 비판을 이유로 한 형사소추는 원칙적으로 허용되지 않는다는 점만은 항상 염두에 두어야 할 것이다.³⁷⁾

33) 김선택, 앞의 글, 191쪽.

34) 윤성욱, 앞의 글, 441-442쪽.

35) 대부분의 헌법학자들은 언론사의 진실보도의무를 인정하고 있다. 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009, 504쪽; 김철수, 「학설판례 헌법학(상)」, 박영사, 2008, 985-986쪽; 성낙인, 「헌법학」(제9판), 법문사, 2009, 523쪽; 장영수, 「헌법학」(제2판), 홍문사, 2007, 678쪽.

36) 김선택, 앞의 글, 212쪽.

37) 이에 관해서는 언론자유 수호를 목표로 하는 민간단체인 ‘Article 19’이 제시한 ‘명예훼손의 정의’(Defining Defamation)가 참조할 만하다. 이 문서의 주요 내용으로는 국가나 공공기관에 의한 명예훼손소송 금지, 명예훼손에 대한 형사소송의 즉각 폐지 또는 민사소송으로의 대체, 형사소송이 유지되는 경우 사유, 입증책임, 제소주체, 제재방법 등의 엄격한 제한 등을 들 수 있다. Article 19, “Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection Reputation”, 2000. 7, <<http://www.article19.org/pdfs/standards/definingdefamation.pdf>>, 검색일: 2009.6.7.

민법 제751조 제1항이 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다”고 하여 고의 또는 과실로 인하여 명예를 훼손한 경우 포괄적으로 배상책임을 인정하고 있는 것과는 달리, 형법 제309조는 “사람을 비방할 목적으로” 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자를 처벌한다고 하고 있다. 즉 형법상 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립되기 위해서는 명예훼손 사실과 더불어 “사람을 비방할 목적”이 추가적으로 요구되고 있는 것이다.

현재 검찰은 PD수첩 보도에 대하여 형법 제309조 제2항에 해당한다고 보고 있다. 그것은 제309조 제1항의 경우와 제2항의 경우 법원이 “사람을 비방할 목적”의 의미가 서로 다르다는 판단을 내리고 있고, 검찰로서는 상대적으로 제2항의 입증이 더 쉽기 때문일 것이다. 제309조 제2항에 관한 대법원의 입장은 다음과 같다.

“형법 제309조 제2항 소정의 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서, 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 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 하는데, 피고인이 주관적 구성요건 등을 다투는 경우 피고인이 표현행위를 할 당시에 구체적으로 인식하고 있었던 사실관계, 그 지위 및 업무 등과 같은 개별적인 사정을 종합적으로 고려하여 그 범죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. …… 피고인이 …… 신문광고를 게재한 사실, …… 이러한 신문광고의 기재 내용은 단순한 의견의 표명이 아니라 구체적으로 사실을 적시한 것에 해당하며, 그 적시된 사실은 객관적 사실에 배치되는 것으로서 허위이고, 피고인에게는 피해자를 비방할 목적이 있었다고 판단하여 이 사건 범죄사실에 대하여 피고인을 유죄로 인정한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고”³⁸⁾

위의 판례는 형법 제309조 제2항의 적용에 있어서, 구체적으로 사실을 적시하였고 그 적시된 사실이 객관적 사실에 배치되는 것으로 허위라는 사실이 인정된다면 피해자를 “비방할 목적”이 있었다고 판단한 것으로 보인다. 그러므로 PD수첩 보도의 경우 핵심적인 관건은 그 보도가 “허위의 사실”을 적시한 것으로 인정되는지 여부이다. 그 입증책임에 관하여 대법원은 다음과 같이 실시하고 있다.

“형법 제309조 제2항의 출판물에 의한 명예훼손죄로 기소된 사건에서, 공표된 사실이 허위라는 점은 검사가 이를 적극적으로 증명하여야 하고, 단지 공표된 사실이 진실이라는 증명이 없다는 것만으로는 허위사실 공표에 의한 명예훼손죄가 성립할 수 없다. …… 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람[피해자]에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 사람[가해자]은 그러한 사실의 존재를 수긍

38) 대법원 2007.7.13. 선고 2006도6322 판결. 강조는 인용자.

할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위사실임을 입증할 수 있을 것인데, …… 이러한 소명자료의 제시가 없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 허위사실공표료서의 책임을 져야 한다.”³⁹⁾

이 판결에 의하면 보도내용이 허위 사실이 아니라는 소명 의무를 언론사에게 부담시키고 검사에게는 그러한 소명자료의 신빙성을 탄핵하는 것으로 충분하다는 입장을 취하고 있다. 이러한 입증책임의 전환은 부존재의 증거가 매우 어렵다는 점을 고려한 것이기는 하지만, 민사소송에서라면 몰라도 무죄 추정의 원칙의 지배를 받는 형사소송에서 이처럼 범죄의 증명을 해야 할 검사의 책임을 피고인에게 넘기는 것은 받아들이기 어렵다.⁴⁰⁾ 그러나 언론보도의 내용은 어느 정도 진실성의 제약을 받을 수밖에 없다는 것이 지배적 견해이고 보면(진실보도의무), 진실성에 대한 착오의 경우 행위당시 의무합치적 심사를 이행했는가 여부가 위법성조각의 기준이 된다는 견해는 수용할 만하다.⁴¹⁾ 이에 따르면 보도를 하기 전에 자료내용의 진위에 대한 조사행위가 있었다는 사실만 입증하면 상당성 요건에 대하여 면책되고, 그 대신 허위보도라는 부분, 즉 진실성이 없었다는 입증책임만 피해자인 공직자가 부담하는 것으로 보게 된다.

판례에 따르자면, 결국 “허위의 사실”인지 여부는 PD수첩 측에서 제시하는 소명 자료가 신빙성이 있는지 여부에 좌우된다. 어떤 경우 “허위의 사실”에 해당하는지를 판단하는 기준에 대해 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.

판례는 형법 제309조 제2항의 적용에 있어서, 구체적으로 사실을 적시하였고 그 적시된 사실이 객관적 사실에 배치되는 것으로 허위라는 사실이 인정된다면 피해자를 ‘비방할 목적’이 있었다고 판단

“형법 제307조 제2항 소정의 ‘허위사실 적시에 의한 명예훼손죄’가 성립하기 위해서는, 범인이 공연히 사실의 적시를 하여야 하고, 그 적시한 사실이 사람의 사회적 평가를 저하시키는 것으로서 허위이어야 하며, 범인이 그와 같은 사실이 허위라고 인식하였어야 하는바, 여기서 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없으나, 허위의 사실인지 여부를 판단함에 있어서는 그 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴 객관적 사실과 합치하지 않는 부분이 중요한 부분인지 여부를 결정하여야 하고(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2137 판결 등 참조)”⁴²⁾

이에 따르면 PD수첩의 보도가 허위의 사실이 아니라고 하기 위해서는 두 가지 요건을 충족시켜야

39) 대법원 2008.11.13. 선고 2006도7915 판결. 강조 및 []는 인용자.
 40) 동지: 김선택, 앞의 글, 208쪽.
 41) 김선택, 앞의 글, 209쪽.
 42) 대법원 2007.7.13. 선고 2006도6322 판결. 강조는 인용자.

한다. 첫째, 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되어야 하고, 둘째, 그 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴 볼 때 객관적 사실과 합치하지 않는 부분이 중요한 부분이 아니어야 한다. 따라서 번역의 오류가 있었다고 지적된 부분들이 중요한 부분인지가 핵심적인 부분이 된다.

검찰은 2008년 7월 PD수첩 사건의 수사결과에 대한 중간결과를 발표하면서 PD수첩 제작진에게 21개의 요구사항을 밝힌 바 있다. 주로 방송내용에 포함된 대사나 자막 등이 잘못됨으로서 허위의 사실을 적시하여 고소인의 명예를 훼손하였다는 취지이다. 그러나 당시 PD수첩의 보도내용에서 검찰이 지적하는 자막의 오류 등 일부 번역상의 잘못이 있었던 것은 사실이지만 이러한 오류들은 같은 보도의 내레이션 등에 의하여 그러한 오류가 치유되고 있거나 특정 부분의 번역상 오류가 전체적인 맥락을 왜곡시키는 등 중요한 부분이라고 보기는 어렵다고 생각된다.⁴³⁾ 오히려 전체적인 취지는 객관적인 사실에 부합한다고 말할 수 있을 것이다.

이렇게 판단할 경우 제309조 제2항에 의한 명예훼손은 성립할 수 없게 되므로 제309조 제1항에 의한 명예훼손의 문제만 남게 된다. 이에 대해서 대법원은 “적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인될 수밖에 없”고, “공공의 이익이라 함은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것 뿐 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익을 포함”하며,⁴⁴⁾ “행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다”고 밝히고 있다.⁴⁵⁾

이들 판결에 따라 PD수첩의 보도가 형법 제309조 제1항 소정의 명예훼손에 해당하는지를 살펴보면, 검찰의 주장대로 PD수첩의 보도에 다소간의 번역 오류 등이 있었다고 하더라도 그 보도에 적시된 사실은 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것이고 행위자인 PD들 역시 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시하였음은 충분히 인정할 수 있다. 그렇다면 다른 모든 요건에 해당한다고 하더라도 “사람을 비방할 목적”이 인정되지 않아 형법 제309조 제1항에 관한 한 구성요건해당성 자체가 없다고 해야 할 것이다. 검찰이 제309조 제2항을 적용하려고 하는 것은 바로 이런 이유 때문일 것이다.

이처럼 PD수첩의 보도내용이 허위 사실에 해당하지도 않고 사람을 비방할 목적도 없다면 적용될 수 있는 것은 형법 제307조 제1항⁴⁶⁾뿐인데 이 경우에는 형법 제310조의 위법성 조각사유가 적용될 수 있다.⁴⁷⁾ 제310조는 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”는 것인데, 앞서 본 바와 같이 PD수첩의 내용이 전체적으로 진실한 사실이고, 그 목적은

43) 검찰의 21개 요구사항 전체에 대하여 고소인의 명예를 훼손하는 허위의 내용이 없다는 반론이 이미 제기된 바 있다. 박경신, “검찰의 중간수사 발표에서 나온 21개 요구사항에 대한 반론”, 미디어오늘, 2009.4.10자, <<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=78839>>, 검색일: 2009.6.6.

44) 대법원 2008.11.13. 선고 2006도7915 판결.

45) 대법원 2006.8.25. 선고 2006도648 판결.

46) “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”

47) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도6036 판결.

오로지 공공의 이익에 관한 것이라고 볼 수 있으므로 결국 위법성이 조각되어 제307조 제1항에 의한 처벌 역시 힘들지 않나 생각된다.

IV. 정부정책 비판보도와 전략적 봉쇄소송

앞서 살펴 본 여러 가지 형태의 정부 대응은 주로 사법적 대응, 즉 소송의 제기라는 형태로 집약된다. 즉 언론사의 정부정책 비판보도에 대하여 명예훼손 등의 이유를 들어 손해배상이나 형사소송 등의 사법절차에 의존하는 것이다. 이를 들어 정부의 대응이 공적 사안에 대한 언론의 비판적 보도를 차단함으로써 결국 정치과정에 대한 공공의 참여를 저해할 목적으로 소송을 제기하는 “전략적 봉쇄소송”이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.⁴⁸⁾

1. 전략적 봉쇄소송의 개념

전략적 봉쇄소송(Strategic Lawsuit Against Public Participation, SLAPP)이란 미국에서 사법적 권리구제수단인 소송이 공공참여 봉쇄를 목적으로 악용되는 경우를 가리키는 개념으로서,⁴⁹⁾ “공적 관심사나 사회적 중요성이 있는 실체적 문제

전략적 봉쇄소송은 정부에 대한 의견을 표현하는 사람들에 대한 새로운 위협으로서 시민들을 정치적 장에서 끌어내어 법정으로 집어넣는 것

에 관하여, 정부의 행위나 그 결과에 영향을 주기 위하여 이루어진

의사전달과 관련하여 비정부단체나 개인을 상대로 제기되는 (민사)소송”이라고 정의할 수 있다.⁵⁰⁾ 이는 정부에 대한 의견을 표현하는 사람들에 대한 새로운 위협으로서 시민들을 정치적 장(forum)에서 끌어내어 심각한 대인적 소송을 통해 법정으로 집어넣는 것이며,⁵¹⁾ 이런 사건이 공적 토의와 시민 참여에 미치는 위축효과(chilling effect)는 너무나 심각하며, 나아가 공공참여적 정부형태의 미래에 미치는 영향은 한층 더 위협적이다.⁵²⁾ 또한 전략적 봉쇄소송은 소송의 결과와 무관하게 소송 제기 자체, 나아

48) 전략적 봉쇄소송에 대해서는 김종서, “전략적 봉쇄소송 규제법제에 관한 연구”, 「민주법학」 제30호, 2006, 11-47쪽 참조.

49) Canan, Penelope & Pring, George, “Studying Strategic Lawsuit Against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches”, Law and Society Review, vol. 22, 1988, 385-395쪽.

50) Pring, George & Canan, Penelope, SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out, Philadelphia: Temple University Press, 1997, 8-9쪽. 그러나 전략적 봉쇄소송을 민사소송에 국한시킬 이유는 없다. 형사소송의 경우 사건에 대한 통제권이 국가의 소추시스템에 맡겨져 버리기 때문에 민사소송이 선호될 뿐 형사적 봉쇄소송도 가능하다고 한다. 같은 책, 9쪽. 예컨대 명예훼손이나 업무방해 등의 형사책임을 묻는 것이 이에 해당할 수 있다.

51) Donson, Fiona J. L., Legal Intimidation. A SLAPP in the Face of Democracy, London/New York: Free Association Books, 2000, 153쪽.

52) Pring & Canan, SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out, 2쪽.

가서 소송의 제기 위협만으로도 표현의 자유나 청원권 등 민주적 정치과정에 필수적으로 요구되는 기본적 권리들을 크게 위축시킬 수 있다는 점에서 그 폐해는 매우 크다.⁵³⁾

우리나라의 경우 봉쇄소송규제법의 필요성이 처음 언급된 것은 박용상에 의해서였으나,⁵⁴⁾ 봉쇄소송 논의가 본격화된 것은 노무현 전 대통령이 자신과 측근의 부동산 의혹을 제기한 한나라당 김문수 의원과 조선·동아 등 4개 신문사를 상대로 30억 원의 손해배상청구소송을 제기하면서부터였다.⁵⁵⁾ 그런데 당시의 논의에서는 봉쇄소송의 성격을 “고위직 공무원에 대하여 비판적 의견을 표명한 시민 또는 언론사에 대하여 해당 공무원이나 그 소속기관이 명예훼손을 이유로 제기하는 소송”으로 이해하고 있었다.⁵⁶⁾ 이렇게 이해할 경우 봉쇄소송의 범위에서 핵심적인 문제, 즉 사적 이익을 위하여 거액의 소송을 제기하는 기업의 문제가 간과되는 문제점이 있으나,⁵⁷⁾ 이 글의 목적에는 부합하는 측면이 있다. 미국의 경우에도 전체 봉쇄소송 중 공무원이 제기하는 소송이 두 번째로 큰 비중을 차지하고 있다.⁵⁸⁾

2. 전략적 봉쇄소송에 대한 미국 법원의 판례이론

미국 법원은 전략적 봉쇄소송에 대하여 여러 차례의 판결을 남기고 있다. 처음에 연방대법원은 정부에 대한 청원은 불법적인 목적을 위하여 또는 법률을 위반하려는 의도를 가지고 한 것이더라도 보호되지만 외형상 정부의 행위에 영향을 줄 목적을 가지고 있는 것으로 보이지만 실제적으로는 어떤 것을 은폐하기 위한 단순한 속임수(sham)로 청원이 악용되는 경우에는 봉쇄소송이 허용된다고 하였다.⁵⁹⁾ 1980년대에 들어오면서 노동조합을 결성하였다는 이유로 식당에서 해고된 노동자의 부당노동행위 구제신청과 피케팅 및 불매운동 유인물 배포를 이유로 식당 측이 명예훼손, 영업방해로 인한 손해배상을 청구한 소송에서 연방대법원은 “비실체적인 청구에 기반을 둔 소송, 즉 합리적인 근거를 결여한 소송은 수정 제1조의 보호영역안에 있지 않다”는 점을 명백히 함으로써 악의적 봉쇄소송을 제어할 수 있는 명시적 근거를 제공하였다.⁶⁰⁾

이후 봉쇄소송에 의한 위협으로부터 청원권을 보호하는 데 상당히 후퇴하기도 했던⁶¹⁾ 연방대법원

53) 김종서, 앞의 글, 12쪽.

54) “고위직의 언론제소 비판기능 위축 의도”, 문화일보, 2002.8.31자.

55) “노대통령 30억 손배소 제기 안팎”, 인터넷한겨레, 2003.8.13자.

56) 김종서, 앞의 글, 41쪽.

57) 김종서, 앞의 글, 42쪽.

58) Pring & Canan, “World Is Getting SLAPP-Happy”, National Law Journal, 1996.5.20, A19.

59) Eastern Railroad Presidents’ Conference v. Noerr Motor-Freight, Inc., 365 U. S. 127(1961); United Mine Workers v. Pennington, 381 U. S. 657(1965).

60) Bill Johnson’s Restaurants v. NLRB, 461 U. S. 731(1983).

61) McDonald v. Smith, 472 U. S. 479(1985). 연방검사 후보자 지명대상자에 대한 반대 편지를 대통령에게 보낸 사람에 대하여 동 지명대상자가 제기한 명예훼손소송에서 청원자가 ‘현실적 악의’에서 행동해서는 안 된다는 기준을 적용함으로써 명예훼손소송을 조기에 각하해 달라는 신청을 거부하였다.

이 어떤 (봉쇄)소송이 각하되어야 하는지, 어떤 청원활동이 면책되는지를 판단할 객관적 기준을 명시적으로 언급한 것은 1991년에 와서였다. 반독점법위반 사건에서 연방대법원은 200만 달러의 배상을 인정한 항소심 판결을 번복하고 소송을 각하하였다.⁶²⁾ 봉쇄소송을 당한 사람의 활동들이 정부의 유리한 행위를 얻어내는 것을 진정한 목표로 하지 않는 경우, 즉 정부 절차의 결과(outcome)가 아니라 그 과정(process) 자체를 무기로 악용하는 경우가 아닌 한, 청원을 이유로 한 봉쇄소송은 각하되어야 한다는 것이 그 이유였다.⁶³⁾

그러나 이러한 사법적 판단에도 불구하고 청원자들의 조기각하신청 등에 대해 제소자 측에서는 매우 강력한 반응으로 대응할 수 있으므로 설사 각하라는 결과를 얻어낸다 하더라도 청원자들은 상당한 피해를 보게 된다.⁶⁴⁾ 이에 따라 미국의 여러 주에서는 반봉쇄소송법(anti-SLAPP law)을 채택함으로써 이러한 문제를 해결하려고 시도하고 있다. 현재 연방 차원의 반봉쇄소송법 제정은 이루어지지 않았지만 2009년 5월 29일 현재 뉴욕과 캘리포니아 등 27개 주에서 반봉쇄소송법이 제정되어 있으며 다른 9개 주에서는 관련 법안이 제안되어 있다.⁶⁵⁾

각주에서 채택한 반봉쇄소송법이 모두 동일하지는 않지만 대체적인 공통점은 보호되는 청원의 범위를 폭넓게 인정하고, 조기각하 등 절차적 보장을 제공하고 있으며, 이들 현실적 손해에 대한 입증책임을 제소자에게 부담시키고, 유리한 정부행위의 획득을 청원이나 표현의 진정한 목적으로 하고 있는 경우 면책을 규정하는 것이다.⁶⁶⁾

미국의 반봉쇄소송법의 대체적인 공통점은 보호되는 청원의 범위를 폭넓게 인정하고, 조기각하 등 절차적 보장을 제공

3. 전략적 봉쇄소송 해법의 도입 가능성

이 글에서 문제 삼고 있는 언론사의 정부정책 비판보도와 관련하여 전략적 봉쇄소송의 이론을 도입할 가능성은 있는가?

우선 정책비판보도에 대한 정부의 대응은 외형상 전형적인 전략적 봉쇄소송의 유형에 속하는 것으로 보인다. 언론사의 정책비판보도는 정부의 정책에 대한 비판을 통하여 궁극적으로 정부 정책의 변화를 이끌어내려는, 즉 미국의 Omni 판결의 말을 빌린다면 정부절차의 결과를 목적으로 하는 것이고, 이

62) City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising Inc., 499 U. S. 365(1991). 신규광고판 회사의 시장 진입을 차단하기 위해 광고판의 신규 설립을 제한하는 조례를 제정하도록 시의회에 로비를 한 기존 광고판 회사와 시가 반독점법 위반으로 고소된 사건.

63) 김중서, 앞의 글, 25-26쪽.

64) 피소자의 사생활을 문제 삼거나 공포심을 확산시키거나 피소자 측의 변호사를 함께 공격하거나 많은 조건을 걸어서 화해를 제안하는 등 봉쇄소송 제소자들의 대응에 대해서는 김중서, 앞의 글, 31-32쪽 참조.

65) <http://www.casp.net/statutes/menstate.html>, 검색일:2009. 6. 6.

66) 각주의 반봉쇄소송법의 내용에 관해서는 김중서, 앞의 글, 33-38쪽 참조.

에 대하여 정부가 명예훼손 등의 이유로 제기하는 소송은 실제적 권리의 보호를 위해서가 아니라 그러한 비판을 잠재우기 위한 것임이 명백하기 때문이다.

문제는 이러한 봉쇄소송에 대하여 미국 연방대법원이나 각주의 반봉쇄소송법이 인정하고 있는 조기각하 등의 방법이 한국의 법제 하에서도 가능한가 하는 것이다. 현행 민사소송법상 변론 없이 하는 소의 각하는 “부적법한 소로서 그 흠을 보정할 수 없는 경우”에 국한된다(제219조). 따라서 부적법한 소가 아닌 한 미국식의 변론전 각하(신청)는 불가능하다. 유일하게 가능한 경우란 정부정책 비판보도에 대하여 소송을 제기한 당사자가 정당한 당사자가 아닌 경우일 것이다. 예컨대 특정 정부부처의 정책을 비판하면서 특정 공직자의 이름을 거명하지 않았음에도 당해 부처의 장 등이 명예훼손 등을 이유로 소송을 제기한 경우가 이에 해당할 것인데, 이런 경우 당사자적격이 없다는 이유로 각하를 할 수도 있을 것이다. 그러나 Sullivan 사건에서 문제가 된 신문 광고의 어떤 문구도 Sullivan을 지칭하지 않았음에도 당사자적격이 없다는 이유로 각하되지는 않았음을 고려해 보면,⁶⁷⁾ 특정 공직자의 성명이 거론되지 않았다고 하여 반드시 당사자적격이 부인된다고 하기는 어려울 것이다.

이런 이유로 민사소송절차에서 변론 전 조기각하신청이라는 미국의 제도는 현행 민사소송법 하에서는 인정되기 어렵다.⁶⁸⁾ 그러나 입법적으로는 충분히 고려해 볼만한 가치가 있으며, 적극적으로 도입을 검토해야 할 시기이다.

V. 정책비판보도에 대한 정부의 대응과 언론의 자유

사실 정부의 정책을 비판하는 보도와 관련해서 정부가 할 수 있는 일은 반론보도청구 말고는 없다고 보는 것이 헌법이 언론의 자유를 보장하는 취지에 가장 부합한다. 언론의 자유를 비롯한 정신적 자유의 핵심은 정부를 비롯한 지배권력과 지배가치에 대한 반대에 있기 때문이다.⁶⁹⁾ 따라서 정부의 정책에 대한 비판은 언론의 자유의 핵심적 본질에 해당하는 것이며 이에 대해서 정부가 할 수 있는 일이란 그것을 수용하는 것을 제외한다면 잘못된 정보를 바로 잡아주는 것, 그리고 그러한 비판을 합리적으로 극복할 수 있는 논리를 개발해서 발표하는 것, 그 이상도 그 이하도 아니다. 잘못된 사실적 정보를 바로잡아 주는 것이 바로 반론보도청구이며, 비판을 극복할 논리를 발표하는 것은 그 자체가 정부 스스로 사상의 자유시장에 참여하는 것을 의미하는 것이다. 즉 정부가 할 수 있는 일은 비판에 대하여 어떠한 강제도 하지 않으면서 주권자인 국민들에게 스스로의 입장을 설득해 나가는 것이어야 한다.

67) 이 사건의 1심을 담당했던 앨러배마주법원은 Sullivan이 광고에서 지칭되지 않았다는 뉴욕타임즈의 주장에도 불구하고 명예훼손의 성립을 인정하였다.

68) 다만 본안소송과 관련하여 제기되는 가압류실무에서는 이러한 제도의 도입가능성을 고려해 보아야 한다는 견해가 있다. 정준영, “거액의 손해배상소송과 언론의 자유”, 법률신문, 3159호, 2003.2.27자.

69) 김종서, “표현의 자유 억압과 방송법”, 「민주법학」 39호, 2009, 13쪽.

앞에서 명예훼손에 대해 여러 가지 이야기를 했지만 정부정책을 비판하는 보도에 대해서 명예훼손이 이야기될 수 있는 경우는 피해자인 공직자가 비판받은 정부를 대신해서 소송을 하는 경우가 아니라 정부비판과 무관하게 사적으로 공격을 받았을 경우에 국한되어야 한다. 명예는 어디까지나 사람의 것이고, 정부는 결코 사람이 아니므로, 정부는 명예의 주체가 될 수 없다. 명예의 주체가 될 수 없는 정부를 대신해서 정부의 공직자가 명예훼손 소송을 제기한다는 것은 받아들이기 힘들다. 그런 점에서 개인이 아닌 정부를 비판한 PD수첩에 대해서 정부 공직자가 명예훼손을 당했다며 고소를 하고 검찰이 나서서 PD와 작가를 체포하고 압수수색을 시도하는 등의 상황은 표현의 자유가 가장 넓게 인정되어야 할 국가 정책에 대한 비판을 차단하는 것으로 비춰질 우려가 크다고 판단된다. 