

드라마에 등장하는 실존인물의 인격권과 예술표현의 자유

— 소위 ‘팩션’ 드라마 관련 판례 분석을 중심으로 —

박진애 — 전 성균관대 법과대학 연구교수
독일 훔볼트 대학 법학박사
jinwayek@hotmail.com

I. 들어가는 말

드라마는 우리네 사는 이야기를 대변하기도 하고 고달픈 현실에서 꿈꿀 수 있는 막간을 제공하기도 한다. 매체환경의 급속한 변화에 의해 정해진 상영 시간에 텔레비전을 통해 감상할 수 있는 것 외에도 다양한 수신채널을 통해 그리고 각 방송국의 홈페이지나 인터넷기능을 활용하여 시간과 공간에 제약을 크게 받지 아니하고 원하는 방식으로 드라마를 접할 수 있다. 매체의 전파력은 국경을 넘어서도 콘텐츠의 교류를 가능케 하여 외국드라마가 우리나라의 케이블TV를 통해 방영되기도 하고 우리나라에서 제작된 드라마가 해외에 수출되어 한류의 이름으로 인기를 모으기도 한다.

인간의 창작은 완전 무에서 출발할 수 없고 다양한 경험과 기억의 재생산에 기대어 이루어진다. 드라마의 경우에도 극본을 만들 때 역사 속에 알려진 사실이나 인물들을 소재의 일부 또는 대부분으로 채택하여 재미를 더하고 개연성을 높이려는 경향이 늘고 있다. 드라마에 사실적 요소가 가미될 경우 특히 실존인물의 인격권과 드라마 제작자측의 예술표현의 자유가 충돌하게 되고 이러한 기본권 충돌상황은 형사상 명예훼손죄 기소나 민사상 명예훼손에 따른 손해배상청구로 이어진다. 실존하고 있는 인물의 인격권뿐만 아니라 실존했던 인물의 인격권이 문제된 경우 사자(死者) 당사자의 인격권과 아울러 그 자손의 경애와 추모의 정이 침해되었는지 문제되기도 한다.

드라마에 사실적 요소가 가미될 경우 특히 실존인물의 인격권과 드라마 제작자의 예술표현의 자유가 충돌하게 되고 이러한 기본권 충돌상황은 형사상 명예훼손죄 기소나 민사상 명예훼손에 따른 손해배상청구로 이어진다.

이 연구에서는 드라마에 등장하는 실존인물의 인격권과 예술의 자유가 충돌하는 문제에 관한 판례들을 헌법적 관점에서 분석하고자 한다. 이를 위해 우선 사실관계에 해당하는 소위 ‘팩션’ 드라마라는 문제상황을 어떻게 볼 수 있는지 검토한다(II). 그리고 인격권과 예술표현의 자유의 헌법적 의미를 우리 헌법조문의 체계를 고려하여 밝힌 후(III), 판례에 나타난 예술표현의 자유와 인격권의 충돌문제에 관한 일반론을 분석하고(IV), 드라마에 실존인물이 등장하는 경우에 대해 판례의 구체적 판단을 분석하도록 한다(V). 소위 ‘팩션’ 드라마와 관련해서는 판례의 축적이 아직 두텁지 않고 앞으로는 더 잦은 법적 분쟁의 여지를 가지는 분야라 하겠다. 따라서 판례를 분석하는 방법론으로는 쟁점을 추출하여 연구하는 방법도 있겠으나 법현실의 변화상황에 따른 범규범의 접근상황 내지 접근의 필요성을 더 잘 고찰하기 위해 판례별 논증의 흐름을 따라가며 분석하는 방식을 취한다. 이 연구가 법원의 세부적인 판단기준을 확인하고 헌법적 관점에서 평가함으로써 법현실의 변화에 따른 올바른 사법판단의 방향을 제시하고 또 다른 한편으로는 예술창작의 영역의 외연을 그어 그 한계를 벗어나지 않는 예술표현의 자유의 향유가 가능하도록 하는 데 일조하기를 기대한다.

사실과 허구의 경계를 넘나드는 창작형태를 일컫는 신조어로 ‘팩션’이라는 말이 공공연히 쓰이고 있다. 영어의 Fact와 Fiction의 합성어인 ‘팩션’에 대해 국립국어원은 이를 대신할 우리말로 ‘각색실화’를 선정하였다고 한다.¹⁾ 그러나 ‘각색실화’라는 용어는 ‘각색된 실화’를 의미하여 실화에 중점을 두고 있는 용어로 보여 이 연구에서는 소위 ‘팩션’이라는 표현으로 사용키로 한다. 소위 ‘팩션’이라는 문제상황은 법제도와 관련한 논의에서 결국

1) 국립국어원의 ‘모두가 함께하는 우리말 다듬기’ 사이트에서는 2005년 2월 23일부터 2월 28일 동안, 역사적 사실이나 실존 인물의 이야기에 작가의 상상력을 보태어 새로운 이야기를 풀어나가는 문화 예술의 갈래를 일컫는 외래어 ‘팩션(faction)’을 대신할 우리말을 확정하기 위하여 누리꾼이 제안한 397건 가운데 ‘실화덧거리’, ‘허실버무리’, ‘실화개작’, ‘각색실화’, ‘창작실화’ 등 다섯을 후보로 하여 투표를 벌였다. 그 결과 총 952명이 투표에 참여하여 ‘실화덧거리’는 146명(15%), ‘허실버무리’는 79명(8%), ‘실화개작’은 127명(13%), ‘각색실화’는 381명(40%), ‘창작실화’는 219명(23%)이 지지하였다. 가장 많은 지지를 얻은 ‘각색실화’가 ‘팩션’의 다듬은 말로 결정되었다. ‘팩션’이 기본적으로 실제로 없었던 일까지 보태어 새로 꾸며 낸 실화이므로 이를 다듬은 우리말로 ‘각색실화’로 바꿔 쓰더라도 큰 무리는 없을 듯하다는 것이 국립국어원의 결정의견이다. http://www.malteo.net/freeboard/f_view.php?board_id=1086834293&write_id=81&page=9(최종방문일: 2010. 3. 13.)

에는 '사실(실화, Fact)' 측면에 비중을 두어 바라볼지 또는 '허구(각색, Fiction)'의 측면에 비중을 두어 바라볼지에 따른 스펙트럼의 개관에서 사실관계를 이해하는 출발점으로 삼을 수 있을 것이기 때문이다. 그리고 '드라마(Drama)'는 등장인물의 행위·행동을 통하여 이야기를 자아내 가는 예술 표현의 한 형태라는 사전적 정의보다 좁게 보아서 일상 회화에서 가리키는 용례에 따라 '텔레비전 드라마'를 지시하는 경우로 한정하여 사용토록 한다.

II. 문제상황인 소위 '팩션'

실존인물을 창작에 활용하는 것은 그 자체가 금지되는 것이 아니다. 실존인물을 창작의 모티브로 사용하고 모델로 사용한 실존인물의 실명을 사용하거나 인식가능한 방식으로 전면에 드러내어 드라마를 제작하는 데는 여러 가지 의도가 내재해 있을 것이다. 현재와 과거의 다양하거나 새로운 양식의 대화를 시도하려는 실험정신이 그 의도일 수도 있고, 근엄함을 벗어나 상상의 나라를 펼치며 유연하게 역사를 재음미해 보려는 시청자의 욕구의 한 부분에

부응하며 흥미를 유발하려는 것일 수도 있다. 실존인물을 드라마에 등장시킴으로써 묘사된 시대의 상황을 풍자하거나 오늘날의 시선에서 재해석하거나 현실을 빗대어 볼 수도 있을 것이다.

소위 '팩션'의 문제는 드라마뿐만 아니라 소설²⁾ 등의 인쇄매체, 영화³⁾ 등의 영상매체에서도 비슷하게 제기된다. 실화소설, 역사추리소설, 모델소설(Schlüsselroman),⁴⁾ 팩션 영화 등 다양한 명칭이 있고 표현방식도 실화임을 강조하거나 다큐멘터리를 표방하거나 삽입하거나 하는 등 사실과 허구의 배합비율은 형식과 내용면에서 다양하게 나타난다. 특히 격동의 근·현대사를 겪은 우리나라의 경우, 역사적 사건이나 인물에 대한 평가와 재평가가 활발하게 이루어지는 상황에서 예술창작의 형태로 이러한 논의에 단초를 제공하거나 논의에 참여하는 경우는 흔히 볼 수 있는 경향이다.

그런데 드라마의 경우 다른 매체보다 더 친숙하게 접할 수 있는 매체의 특성을 지니고, 또한 일반적으로 여러 회 차에 걸쳐 방영되면서 특히 요즘은 방송국 홈페이지의 해당 드라마 홍보 사이트나 연예인들의 팬클럽 카페 등을 통해 자연스럽게 시청자 의견의 형태로 논의가 활성화되기 때문에 그 과정에서 드라마의 줄

2) 실존인물이 등장하는 모델소설에 관한 대표적인 판례로는 '소설 이회소'와 '무궁화꽃이 피었습니다'로 이회소와 그 유족의 명예가 훼손되거나 인격권이 침해되었는지 여부가 판단의 대상이 되었던 서울지법 1995. 6. 23. 선고 94카합 9230 판결을 들 수 있다. 모델소설에 관한 연구로는 김재형, 모델소설과 인격권, 인권과 정의 통권 제255호, 대한변호사협회, 1997. 11. 44~71쪽 참조.

3) 소위 '팩션' 영화와 관련한 대표적인 판례로 영화 '실미도' 사건에 관한 서울고법 2005. 1. 17. 선고 2004라439 결정과 영화 '그때 그 사람들' 사건에 대한 서울중앙지법 2006. 8. 10. 선고 2005가합16572 판결과 같은 영화의 상영금지 등 가처분 시청에 대한 서울중앙지법 2005. 1. 31. 선고 2005카합 106 가처분결정을 들 수 있다. 소위 '팩션' 영화와 관련한 연구로는 예를 들어 정한신, '모델 영화'(실존인물 영화)와 표현의 자유 - 특히 명예훼손과 관련하여 -, 스포츠와 법 제9권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2006.10., 33~88쪽; 오동석, 법원의 검열, 영화 '그때 그 사람들' 가처분 결정, 참여연대 사법감시센터, 2005.3.15. <http://blog.peoplepower21.org/Judiciary/13339>(최종방문일: 2010. 3. 14.) 참조.

4) 모델소설에 해당하는 독일어 Schlüsselroman에 대한 자세한 내용은 <http://www.wer-weiss-was.de/theme47/article446528.html>(최종방문일: 2010. 3. 14.) 참조.

‘팩션’ 드라마가 예술·창작의 자유를 누릴 수 있는 한계가 어디까지인지에 대한 답은 헌법상 보장되는 창작·예술의 영역의 확정에서 출발하여 모색될 수 있을 것이다.

거리가 바뀌기도 하고 상영 회 차수가 변경되기도 하는 등 논란의 대상이 되기 쉬운 상황이다. 그리고 인기드라마의 경우 DVD로 만들어져 종영 후에도 지속적으로 국가 영역 안에서 그리고 국정너머로 전파되면서, 그 전파력에 있어서 다른 매체의 과급효과보다 뒤지지 아니하는 변신이 계속되고 있다. 이러한 다양한 진화에도 불구하고 소위 ‘팩션’ 드라마에 대해 창작이라는 껍데기를 씌워 실존인물에 대한 악의적 왜곡을 무제한 허용하는 것은 아니다. 소위 ‘팩션’ 드라마가 예술·창작의 자유를 누릴 수 있는 한계가 어디까지인지에 대한 답은 헌법상 보장되는 창작·예술의 영역의 확정에서 출발하여 모색될 수 있을 것이다.

III. ‘예술’ 적 ‘표현’ 의 자유의 영역

우리 헌법은 제22조에서 예술의 자유를 명문으로 규정하고 있다. 헌법 제21조에서 넓은 의미의 표현의 자유를 규정하고 있는 것과 별도로 예술의 자유를 독립된 조문으로 규정하고 있는 우리 헌법 체계상의 특성이 감안된 검토가 요구된다.

1. 예술개념의 개방성

예술의 자유가 보호하려고 하는 것은 예술창조활동, 즉 창조된 예술품의 전시·공연 등 활동이라 할 것이고 이 과정에서 이루어지는 커뮤니케이션 과정 모두를 포섭하는 것이다. 예술의 개념에 대해서는 정설이 없다. ① 형식적으로 예술개념을 파악하는 입장에서는 예술작품의 본질은 그것이 일정한 작품유형(회화, 저작, 시작, 연극 등)에 귀속될 수 있다는 점에서 예술개념을 찾는다. ② 실질적으로 예술개념을 정의하고 하는 입장에서는 예술가가 받은(겪은) 인상, 경험, 체험을 특정한 형태언어의 매개를 통하여 직접적으로 지각할 수 있도록 해주는 자유롭고 창조적인 활동이 예술이라고 한다.⁵⁾ ③ 예술 개념의 개방성을 강조하고 다양한 해석가능성을 주장하는 입장에서는 예술적 표현의 특징은 그것이 표현하고 있는 내용의 다양성 때문에 그 표현에

5) BVerfGE 30, 173[188 f.] – Mephisto–Klaus Mann 결정은 예술의 자유에 관한 원칙적 판결로 평가된다. 자세한 판결 내용과 평석은 계희열, 메피스토-클라우스만 결정 - 1971년 2월 24일 연방헌법재판소 제1심판부 판결 -, 판례연구 제2권, 1983. 2., 7~45쪽 참조.

서 계속적인 해석을 통하여 점점 더 멀리 나아가는 의미를 끄집어낼 수 있어서 실제상 소진되지 아니하는, 다단계의 정보전달이 가능하다는 점을 강조한다.⁶⁾

④ 그 밖에도 어떤 대상이 예술작품인가 여부는 예술 문제에 관한 능력 있는 제3자가 그 대상을 예술작품으로 보는 것이 주장가능하다고 생각하느냐에 달려 있다고 하면서 전문가인정여부를 기준으로 예술을 개념 지을 수 있다는 입장이 있고, ⑤ 예술의 자유를 예술의 커뮤니케이션 과정에 있어서 국가가 자기의 예술관념, 즉 올바른 예술, 참된 예술, 좋은 예술 등의 관념을 강요하는 것을 저지하는 데 의의가 있다고 하여 예술 개념을 정의하는 것은 금지되어 있다고 이해하는 입장 등으로 나뉜다. 이상의 분분한 예술 개념에 관한 논의가 일치하는 부분으로 들 수 있는 것은 예술의 자유는 이를 개방적으로 이해하여야 하고, 그렇게 열려있는 예술개념에는 통상적인 것이 아닌 놀라움을 주는 표현방식 또한 포함시킬 수 있어야 한다는 점이라 하겠다.

예술의 자유의 내용으로서는 일반적으로 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회 및 결사의 자유 등을 들고 있다. 그 중 예술창작의 자유는 예술창작활동을 할 수 있는 자유로서 창작소재, 창작형태 및 창작과정 등에 대한 임의로운 결정권을 포함한 모든 예술창작활동의 자유를 그 내용으로 한다. 따라서

소위 ‘팩션’ 드라마로써 예술창작활동을 하는 자유도 이 예술의 자유에 포함된다. 예술표현의 자유는 창작한 예술품을 일반대중에게 전시·공연·보급할 수 있는 자유이다. 예술품보급의 자유와 관련해서 예술품보급을 목적으로 하는 예술출판자 등도 이러한 의미에서의 예술의 자유의 보호를 받는다고 하겠다.⁷⁾

2. 헌법 제22조와 제21조의 관계

표현의 자유를 규정한 헌법 제21조와 예술의 자유를 규정한 헌법 제22조의 관계는 표리의 관계에 있다고 하겠고,⁸⁾ 예술의 자유의 특수성과 표현의 자유의 특수성이 아울러 고려된 법적 판단을 요구한다. 즉 헌법이 예정하고 있는 예술의 자유의 예술개념의 개방성과 표현의 자유의 법적 성격이 함께 고려되어야 한다. 표현의 자유는 국가권력의 방해를 받지 않고 자유로이 의사표현함으로써 인격의 자유로운 발현에 기여하는 주관적 권리로서의 측면과 아울러 의사표현을 통한 정보유통과 여론형성, 정치적 의사형성 등 민주적 정치질서 형성과 유지를 위한 객관적 가치질서로서의 요소이며 또한 민주주의의 전제가 되는 자유언론제도의 보장이라는 제도보장적 측면과 문화적 진보에 기여하는 기본권으로서의 의미를 가진다.⁹⁾ 이러한 표현

6) BVerfGE 67, 213[226 f.].

7) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17.

8) “헌법 제21조의 규정에 의하여 모든 국민은 언론·출판의 자유 내지 표현의 자유가 보장되며 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 않는다. 언론·출판의 자유는 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유와 표리관계에 있다고 할 수 있는데 그러한 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유가 언론·출판의 자유라고 할 수 있다”(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88).

9) “언론·출판의 자유는 민주체제에 있어서 불가결의 본질적 요소이다. 사회구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다 [...] 또한 언론·출판의 자유는 인간이 그 생활 속에서 지각하고 사고한 결과를 자유롭게 외부에 표출하고 타인과 소통함으로써 스스로 공동사회의 일원으로 포섭되는 동시에 자신의

‘팩션’ 드라마에 의한 실존인물의 인격권 침해가 논란이 될 경우 일반적인 명예훼손의 해결방식에 더하여 예술의 자유의 특수성을 감안한 섬세한 접근이 요구된다.

의 자유의 의의와 아울러 표현의 자유에서 중시되는 검열금지원칙 또한 예술표현의 자유에 적용되고 표현의 자유에 있어서 위축효과의 문제도 예술표현의 자유에도 신중히 고려되어야 할 부분이다.

3. 소위 ‘팩션’ 드라마의 예술표현의 자유

소위 ‘팩션’ 드라마의 경우 우리 헌법상 예술의 자유와 표현의 자유의 보호 영역에 들어가는 예술표현물로 포섭되고 이에 대한 제한은 예술적 표현의 자유라는 측면에서 고찰되어야 할 것이다. 즉 창작의 영역으로서의 예술의 자유는 헌법상 그 제한의 폭이 넓지 않겠지만 예술이 표현되는 과정에서 특히 소위 ‘팩션’ 드라마의 경우 드라마에 등장하는 실존하는 인물 또는 실존했던 인물과 그 후손들의 명예훼손 등 인격권침해와 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 문제가 발생하는 기본권의 충돌상황에서 실제적 조화점의 모색이 요청된다. 이는 일반적인 명예훼손의 해결방식에 더하여 예술의 자유의 특수성을 감안한 섬세한 접근이 요구된다.

M. 예술표현의 자유와 인격권의 충돌문제 해결 일반론에 관한 판례 분석

드라마에 실존인물이 등장하는 경우 문제된 사안에서 법원은 일반론과 구체적인 판단을 사안에 따라 나누어 실시하기도 하고 구체적인 판단만을 하기도 한다. 여기서는 드라마 ‘서울 1945’에 대한 판단¹⁰⁾을 하면서 재판부가 제시한 일반론을 중심으로 분석한다.

인격을 발현하는 가장 유효하고도 직접적인 수단으로서 가능하다 [...] 아울러 언론·출판의 자유가 보장되지 않는다면, 사상은 억제되고 진리는 더 이상 존재하지 않게 될 것이다. 문화의 진보는 한때 공식적인 진리로 생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정 속에서 이루어진다[...]"(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16). "언론의 자유는 개인이 언론 활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기실현의 수단임과 동시에 사회 구성원으로서 평등한 배려와 존중을 기본원리로 공생·공존관계를 유지하고 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치를 실현하는 수단이다."(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265).

10) 서울중앙지방법원 2007. 5. 9. 선고, 2006가합66611, 2006가합73756 병합.

1. 시간의 경과와 법익형량측의 변경

재판부는 예술작품이 그 소재가 된 역사적 인물의 인격권을 침해하였는지 여부는 ‘예술의 자유’와 ‘개인의 인격권’이라는 모순, 충돌하는 두 법익을 비교, 형량하여 결정하여야 할 것이라고 하면서, ① 일반적으로 시간이 경과할수록 객관적인 자료의 한 계로 인하여 진실여부를 확인하기가 쉽지 않음에도 불구하고 그 역사적 사실의 실체를 알고자 하는 일반대중의 욕구는 증대되어 가는 반면, 소재가 된 망인에 대한 유족의 추모감정은 점차 약화되어 가는 경향이 있는 점, ② 역사적이고 공적인 인물에 대한 다양한 시각에서의 평가와 비판은 균형있는 역사인식을 도출하기 위한 여론형성을 위해서도 더욱 장려되어야 하는 점 등을 고려할 때,¹¹⁾ 소위 ‘팩션’ 드라마를 통한 예술활동의 자유는 역사적 인물인 망인의 인격권의 보호보다 우선하여 보호될 필요가 있다고 판시하고 있다. 이는 인격권과 예술적 표현의 자유가 충돌하는 문제상황을 시간의 경과에 따라 예술적 표현의 자유를 더 두텁게 보장하는 방향으로 균형측이 이동되어야 한다는 기준을 제시하는 판결로 2005년의 드라마 ‘야인시대’에 대한 항소심 판단¹²⁾과 영화 ‘실미도’ 사건의 가처분 결정¹³⁾에서도 그리고 2006년의 영화 ‘그때 그 사람들’ 사건¹⁴⁾에서도 동일한 기준을 제시해 왔다. 입증책임의 문제, 역사적 평가와 관련한 여론형성의 실익 등

을 고려할 때 형량측의 이동은 하나의 기준으로 타당성을 가지는 것으로 보인다.

2. 인격권 침해여부 판단기준

재판부는 일반적으로 방송사에서 제작, 방송하는 드라마도 작가와 프로듀서를 비롯한 제작진들의 상상력에 의하여 가상적인 인물들이 전개해 나가는 이야기를 영상화한 창작물로서 헌법상 권리인 예술의 자유의 보호대상에 포함되는 것을 확인하고 있다. 그리고 소위 ‘팩션’ 기법을 사용하는 드라마에 대해서 역사적 사건이나 실존인물의 이야기에 작가의 상상력을 보태어 새로운 이야기를 풀어나가는 문화예술의 한 기법으로 파악하고 있다. 이러한 드라마에서 역사적 인물에 대한 허위사실의 적지로 인해 그 인격권이 침해되었는지 여부를 판단함에 있어서는 다음과 같은 요소를 들고 있다. 즉 ① 드라마의 근본적인 제작목적이 역사적 인물이나 사건을 정면으로 재조명하는 것인지 여부, ② 드라마에 등장하는 실존인물이 중심인물인지 배경인물인지 여부, ③ 실존인물에 의한 역사적 사실과 가상인물에 의한 허구적 이야기가 드라마 내에서 각각 차지하는 비중, ④ 실존인물과 가상인물이 결합된 구조와 방식 등을 종합적으로 고려하여, 드라마에 허구적 요소가 가미된 정도에 따라 차별적으로 판단하여야 한다고 실시하고 있다. 즉 허구적 요소보다 사실적

11) 역사적 내용이 담긴 드라마에 대해서 역사학적으로 논란이 많다. 역사왜곡이라는 견해에서부터 꿈꾸는 역사를 여는 가능성을 찾는 견해까지 소위 ‘팩션’ 드라마에 대한 논란에 관해서 자세한 내용은 예를 들어 김기봉, 팩션시대, 영화와 역사를 중매하다, 프로네시스, 2006; 김기봉, 역사가들이 속삭인다, 팩션 열풍과 스토리텔링의 역사, 프로네시스, 2009; 공임순, 우리 역사소설은 이론과 논쟁이 필요하다, 책세상, 2000 등 참조.

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

13) 서울고등법원 2005. 1. 17. 선고 2004라439 결정.

14) 서울중앙지방법원 2006. 8. 10. 선고 2005가합16572 판결.

예술의 개념개방성을 고려할 때 심각한 현실적 악의에 따른 왜곡이 아니라면 재판부가 허구로의 승화를 예술적 내지 미학적으로 판단하여 허구로 승화되지 못하였다고 단정하기에는 어려움이 따를 것으로 보인다.

요소가 강조된 소위 논픽션(nonfiction) 역사드라마의 경우에는 허위사실의 적시 여부에 대하여 비교적 엄격하게 판단하여야 할 것이나, 반대로 사실적 요소보다 허구적인 요소가 더 많은 드라마의 경우에는, 시청자들이 역사적 사실과 극적 허구 사이의 긴장관계를 강하게 인식하면서 드라마를 시청하므로 드라마의 모든 내용을 그대로 진실로 받아들인다고 볼 수 없는 점 등을 고려하여 그 판단기준을 완화할 필요가 있다고 하여 드라마에 사실과 허구의 비율을 판단하여 인격권 침해여부를 달리 판단할 것을 요구하고 있다. 그리고 비록 드라마에서 허위사실이 마치 진실인 것처럼 오해될 소지가 다소 있다 하더라도, 그것이 보는 시각에 따라 다양한 해석이 가능하고 시청자들로 하여금 단순히 약간의 의문을 불러일으키는 정도에 불과하다면, 그러한 불명확하고 모호한 묘사만으로 실존인물에 대한 허위사실이 적시되었다고 단정해서는 안 될 것이라고 한다.

3. 시청자의 알권리 충족을 위한 공익성

명예훼손의 위법성 조각사유로서 공익성을 판단할 때 역사적 사건이나 실존인물을 소재로 한 드라마는 시청자들의 역사적 진실에 대한 관심을 불러일으키고 알권리를 충족시키는 기능을 담당한다는 측면에서 그 자체로 어느 정도 공익성을 내포하고 있다고 보았다. 따라서, 그 드라마의 작가나 제작자가 소재로 삼은 역사적 사실이 진실이라고 믿을 만한 합리적으로 수긍할 정도의 근거자료 또는 정황이 있고, 적시된 사실이 왜곡이나 억측이 아닌 그러한 근거자료 또는 정황에 기초하여 허용될 수 있는 상당한 추측, 풍자 내지 과장에 해당한다고 볼 수 있는 경우, 그 적시된 사실이 중대한 허위로서 고인에 대한 경애, 추모의 정을 수인하기 어려울 정도로 침해하였다는 등의 특단의 사정이 없는 한 명예훼손의 위법성이 있다고 할 수 없다고 하여 현실적 악의에 의한 사실왜곡이 아닌 한 예술표현의 자유의 범위 내에서 보호되는 행위로 보았다. 더구나 이 같은 드라마에서 실존인물의 배역이 직접하는 대사나 행동이 아니라 그 실존인물과 대립적인 입장에 있는 다른 인물의 대사를 통하여 그 실존인물에 대한 사실이 묘사될 경우, 이는 그 실존인물에 대한 구체적인 사실의 적시가 아니고 당시 그와 대립적인 입장에 있었던 사람들의 눈으로 본 그 실존인물에 대한 추측 또는 평가인 것으로 해석될 여지가 큰 점도 고려되어야 한다고 하여 드라마라는 매체의 특성상 표현의 방식이 등장인물의 다원적 관계 속에서 이루어질 수 있음도 고

려하여야 함을 지적하고 있다.

4. 허구로의 승화정도

나아가 드라마에서 실존인물과 가상인물이 결합되어 이야기가 전개됨에 있어서 그들을 통해 묘사된 사실이 상당한 정도로 허구로 승화되어 일반시청자들의 입장에서 그것이 실제로 일어난 역사적 사실로 오해되지 않을 정도에 이른다면, 비록 그들 사이의 이야기가 실제사실과 일치하지 않더라도 이를 허위사실의 적시라고 볼 수 없다고 하여 허구와 허위가 같은 지평에서 곧장 논의되는 사안이 아님을 전제하고 있다. 그런데 상당한 정도로 허구로 승화되었는지 판단하기 위해서는 전체 작품의 맥락과 시청자들의 이해의 환경을 전체적으로 판단하여야 할 것이고 예술의 개념개방성을 고려할 때 심각한 현실적 악의에 따른 왜곡이 아니라면 재판부가 허구로의 승화를 예술적 내지 미학적으로 판단하여 허구로 승화되지 못하였다고 단정하기에는 어려움이 따를 것으로 보인다.

논픽션 라디오 드라마 ‘K청문화’에 대한 판결을 찾아볼 수 있다. 선고일을 기준으로 시간을 역순으로 고찰해 보되 라디오 드라마 관련 판례를 추가적으로 검토하기로 한다. 해당 판례를 도표화하면 다음과 같다.

| 소위 '팩션' 드라마명칭 | 판례번호 |
|--------------------|---|
| 드라마 '제5공화국' | (1심) 서울중앙지법 2007. 6. 20 선고 2005가합79818 판결. |
| 드라마 '서울 1945' | (1심) 서울중앙지방법원 2007. 5. 9. 선고 2006가합66611, 2006가합73756 병합. (항소심) 서울고등법원 2009. 12. 23. 선고 2007나54421, 2007나54438 병합. |
| | (1심) 서울남부지방법원 2004. 10. 28. 선고 2003가합7839 판결. (항소심) 서울고등법원 2005. 7. 12. 선고 2004나85882 판결. |
| 드라마 '야인시대' | (상고심) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다42705 판결. |
| | (상고심) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결. |
| 광복 50주년 기획드라마 '김구' | (상고심) 대법원 1997. 6. 25. 선고 96나50997 판결. (상고심) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결. |

V. 드라마에 실존인물이 등장하는 경우의 구체적 판단에 대한 국내 판례 분석

소위 '팩션' 드라마를 대상으로 한 판결은 드라마 '제5공화국', '서울 1945', '야인시대', '김구' 그리고 라디오 드라마에 관한 판례를 참고로 보면 실명에 의한

1. 드라마 '제5공화국' : 실존하고 있는 인물로 등장인물로 한 경우

가장 최근의 관련 판례로서 서울중앙지방법원 제25민사부가 드라마 '제5공화국'¹⁵⁾에 대해 원고 일

15) 드라마 '제5공화국'은 제5공화국을 배경으로 한 MBC의 정치드라마로, MBC의 공화국 시리즈를 잇는 작품이다. 1979년 10·26 사건부터 12·12 쿠데타, 그리고 1980년 광주 민주화 운동과 1987년 6월 항쟁과 6·29 선언 그리고 제6공화국의 성립까지 다룬 드라마로 매주 토요일, 일요일에 방영되었으며, 2005년 4월부터 9월까지 방영된 총 41부작 드라마이다. 대중의 현대사에 대한 논란 등으로 예정된 편수를 줄여 41부작으로 마무리되었다. <http://ko.wikipedia.org/>(최종방문일: 2010.3.13.)

공익성 판단과 관련하여 재판부는 해당 드라마가 공익성을 내포하고 있다고 하면서 또 다른 한편으로 드라마의 전개를 위하여 다룰 수밖에 없었을 것이라는 필요성 측면도 고려되어야 한다는 판단기준을 제시하고 있다.

부승소 판결을 내린 예를 들 수 있다.¹⁶⁾ 이 재판부는 아래 분석할 드라마 ‘서울 1945’ 사건 1심 담당 재판부와 동일한 구성원으로 이루어져 있다.

(1) 사실관계

원고는 이 드라마에 실존인물로 등장하는 박철언, 피고는 주식회사 문화방송과 제작본부장, 드라마국장 등 드라마 제작참여자이다. 원고는 국가안전기획부에 의한 일명 ‘여간첩 수지 김 조작사건’ 발생당시 안기부장 제2특별보좌관이었던 원고가 이 드라마에서 조작사건에 관여한 것처럼 묘사됨으로써 명예가 훼손되었음을 주장하면서 손해배상으로 위자료 10억 원 및 이에 대한 지연손해금 지급과 정정보도를 청구하였다.¹⁷⁾ 이에 대해 피고는 역사적 사실과 작가의 상상력에 의한 허구가 결합된 픽션드라마이기 때문에 허위사실적이라고 할 수 없고 명예훼손의 사실이 없으며¹⁸⁾ 설사 그렇다고 하더라도 공익성, 진실성, 상당성이 인정되어 위법성이 조각됨을 주장하였다.

(2) 재판부의 판단

해당 재판부는 2천만 원의 손해배상과 정정보도를 인정하는 원고일부승소판결을 내렸다. 재판부는 특히 현재 ‘생존’ 해 있는 인물을 대상으로 하는 ‘논픽션’의 성격을 가진 드라마일 경우 시청자들에게 그 내용이 이미 존재하였던 역사적 사실과 일치하리라는 인식을 심어주게 될 가능성이 더 크다 할 것이므로 픽션드라마보다 명예훼손책임이 가중된다고 보았다.

16) 서울중앙지법 2007. 6. 20 선고 2005가합79818 판결.

17) 관련 기사: “MBC ‘제5공화국’ 박철언 씨 명예훼손” 판결, 한겨레, 2007. 6. 20. http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/217266.html (최종방문일: 2010. 3. 13.)

18) 드라마 ‘제5공화국’은 기획의도에서 다음과 같이 쓰고 있다. “드라마 ‘제5공화국’은 사실(fact)만을 기록하는 다큐멘터리도 아니고, 그렇다고 작가의 상상력만으로 만들어내는 허구(fiction)도 아니다. 정확히 말하면 사실의 효과를 높이기 위해 작가의 상상력이 추가된 픽션(faction=fact+fiction)이다. 이 픽션의 성공여부는 역사의 맥락을 얼마나 정당하게 묘사하는가에 있지 세세한 사실에 들어맞느냐, 아니냐 하는 것 등에 있지 않다.” <http://www.imbc.com/broad/tv/drama/5republic/5info/concept/index.html> (최종방문일: 2010. 3. 13.)

1) 판단의 전제로서 대상 사건 드라마의 성격
 사실의 효과를 높이기 위하여 작가의 상상력이 추가된 픽션(faction=fact + fiction)이라는 피고측 설명에 대하여 재판부는 제5공화국 당시에 발생한 중요한 역사적 사건들과 그에 관여된 실존 인물들을 다루고 있는 이상 논픽션의 성격을 상당부분 가진 드라마로 판단하고 “역사적 사건이나 인물을 재조명함으로써 논픽션의 성격을 가진 드라마”로 보았다.

2) 명예훼손 성립 여부

방송이 특정인의 명예를 훼손하였는지 여부를 판단하기 위하여는 그 방송의 객관적인 내용뿐만 아니라 일반의 시청자가 그 방송을 접하는 방법을 종합적으로 고려하여 그 방송이 시청자에게 부여하는 인상도 판단기준이 되어야 할 것임을 강조하면서 명예훼손의 성립을 인정하였다.

3) 위법성조각사유 판단

공익성, 진실성, 상당성 등 명예훼손의 일반적인 위법성조각사유가 언론매체의 사실보도뿐만 아니라 역사적 사건이나 실존인물을 소재로 한 드라마에도 적용될 수 있다고 보았다. 그러나 한편으로 드라마의 특수성을 고려하여, 드라마 내용의 위법성 판단에 공익성은 실질적으로 별도의 고려대상이 될 수 없는 경우가 많을 것이고 경우에 따라서는 드라마의 전개나 완성도를 높이기 위해서 반드시 필요한 내용이었는지 여부의 개념으로도 생각해 볼 수 있을 것이라고 판결문에 괄호로 명시하고 있다. 공익성 판단과 관련하여 재판부는 해당 드라마가 역사적 사건이나 인물을 재조명함으로써 단순한 흥미를 넘어 시청자의 올바른 역사인식을 선도하고 역사적 사건이나 인물에 대한 알권리를 충족시켜주는 기능

을 사실상 담당하고 있어 어느 정도의 공익성을 내포하고 있다고 하면서 또 다른 한편으로는 드라마의 전개를 위하여 다룰 수밖에 없었을 것이라는 필요성 측면도 고려되어야 한다고 판단기준을 제시하고 있다. 소위 ‘픽션’ 드라마의 경우 공익성이 예술표현의 자유라는 고려 아래 다각도로 조명될 수 있고 인정될 수 있는 여지가 많음을 재판부가 고민했던 부분으로 읽힌다.

진실성 판단과 관련하여서는 해당증거가 없다고 보았고 상당성 판단과 관련하여서는 해당 드라마가 상당성의 위법성 조각사유를 충족하지 못한다고 판시하였다. 즉 방송 등 언론매체의 명예훼손행위와 관련하여 적시된 사실이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는지의 여부 판단에 있어 판단요건으로 ① 그 방송이 신속성이 요청되는 것인가, ② 그 방송 등의 자료가 믿을 만한가, ③ 피해자와의 대면 등 진실확인이 용이한가 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는데, 역사적 사건이나 인물을 재조명함으로써 논픽션의 성격을 가진 드라마는 일반의 시청자가 그 내용을 사실이라고 받아들이기가 쉽다고 보면서, ① 신속성 요청은 일반 보도에 비해 크지 않고, ② 신뢰성에 대해서는 단순한 풍문이나 억측이 아닌 신빙성 있는 자료에 의거하여야 할 필요성이 보다 크다고 보았으며, 따라서 ③ 다른 특별한 사정이 없는 한 방송의 기초가 되는 자료내용의 진위를 당사자 본인이나 그 주변인물을 통해 확인하는 등의 충분한 조사활동을 사전에 거침이 마땅하다 할 것이어서 이러한 확인 내지 조사활동을 거치지 아니한 채 명예훼손의 내용이 담긴 드라마를 그대로 방송하였다면 방송사 측에서 그 내용이 진실이라고 믿었다 하더라도 그에 상당한 이유가 있다고 할 수는 없다고 판시하였다.

‘팩션’ 드라마가 공론의 장을 펼치는 역할을 하는 점, 예술표현의 자유를 행사하는 가운데 개인의 인격이 발현되고 문화가 진보하는 점을 염두에 두어 드라마의 공공성을 다시 개념 짓는 시도가 이루어져야 할 것이다.

4) 손해배상의 범위

원고의 청구금액 10억 원에 대한 산술적 계산을 해보면 2%의 손해배상액을 인정하고 있다. 손해배상의 범위로 방송의 내용 및 방영시간, 그 표현방법, 대상 사건 드라마의 제작의도 및 사회적 영향력, 원고의 사회적 지위 및 그에 대한 평가, 재판과정에서 나타난 피고들의 태도 등 여러 사정을 종합하여 판단하였다고 실시하고 있다.

(4) 판결에 대한 평가

이전의 소위 ‘팩션’ 드라마 관련 판례가 원고패소로 일관해온 바와 달리 이 사건에서 재판부가 원고(일부)승소판결을 내린 차별적인 부분이 어떤 점인지 명시적으로 드러나 보이지 않는다. 그래도 재판부의 고뇌를 행간에서 찾아보면, 가장 최근의 현대사를 다룬 드라마를 통해 역사 재해석의 논란을 일으키게 되는 과정의 사회적 파장을 고려하여 “시청자의 올바른 역사인식을 선도하고 역사적 사건이나 인물에 대한 알권리를 충족시켜주는 기능”을 가진 “역사적 사건이나 인물을 재조명함으로써 논픽션의 성격을 가진 드라마”의 공공성을 강조하고 가장 최근의 현대사이기 때문에 관련 인물들이 생존해 있는 경우의 정보 확인의무를 예술창작자에게 지우는 것으로 보인다. 앞선 판례들이 시간의 경과에 따라 인격권보다는 예술표현의 자유의 보장으로 형량의 축이 이동하는 점을 실시하고 있는 점에 미루어 이 판례에서는 이에 대해 쓰고 있지 않으나 실존하고 있는 인물에 대한 최근의 역사에 대한 사건으로 시간의 경과가 얼마 되지 않았음을 고려한 판단으로 해석되기도 한다.

그러나 이렇게 행간을 통해 읽어보는 재판부의 고뇌에도 불구하고 이 판결은 드라마라는 매체의 과급효가 커지는 현실에서 포스트모더니즘의 현실에 대한 더 깊은 숙고 없이 국가후견주의의 발상으로 적어도 원고의 청구취지의 2%는 인정하는 방향으로 소위 ‘팩션’ 드라마에게 명예훼손에 대한 경각심을 주기 위한 논증구조로 보이는 부분이 더 많다. ① 다큐멘터리가 아니고 개연성을 중시하는 드라마에서 진실이라고 믿어야 할 정도가 과연 몇 퍼센트 정도까지 요구되어야 하는 것인지, ② 실질적 악의에 의한 왜곡인지에 대한 판단, ③ 재판부가 밝히고 있는 바와 같이 “일반의 시청자가 그 방송을 접하는 방법을 종합적으로 고려하여 그 방송이 시청자에게 부여하는 인상도 판단기준”이 되어야 한다면 시청자의 수준을 평가절하하지 않도록 하는 노력 등이 요

구된다고 본다.

현대사의 재조명과 공론이 요청되는 상황에서 악의적인 왜곡이 아닌 개연성과 상상이 가미된 드라마를 통해 현대사의 문제장면들이 다시 공론화될 수 있고 이러한 단초마련에 일조하는 부분의 공공성도 검토되었어야 할 부분으로 보인다. 또한 언론의 공공성 내지 공정성과 드라마의 공공성 내지 공정성은 완전히 일치할 수 없는 속성의 것이다.¹⁹⁾ 소위 ‘팩션’ 드라마가 공론의 장을 펼치는 역할을 하는 점, 예술표현의 자유를 행사하는 가운데 개인의 인격이 발현되고 문화가 진보하는 점을 염두에 두어 드라마의 공공성을 다시 개념 짓는 시도가 이루어져야 할 것이다. 사실보도가 아닌 예술작품으로서 드라마에 대해 역사적으로 편파적이지 않은 공정성을 논하기는 어려울 것이다. 그런데 명예훼손의 일반적인 위법성조각사유가 언론매체의 사실보도뿐만 아니라 역사적 사건이나 실존인물을 소재로 한 드라마에도 적용될 수 있다고 하면서 판단을 출발하고 있는 이 판결은 드라마의 성격을 먼저 규명하고 문제 장면이 드라마의 구성에서 어떤 역할을 하고 있는지 판단한 후 명예훼손의 구성요건과 위법성조각사유를 검토하는 순서로 논증이 이루어지지 않고 먼저 명예훼손을 전제로 해 놓은 후 논증의 순

서를 거꾸로 밟아 간 것이 아닌가 하는 의심을 받기 쉬워 보인다.

2. 드라마 ‘서울 1945’: 허구와 허위의 논의 지평의 구분

위 드라마 제5공화국을 판결한 동일 재판부에서 드라마 ‘서울 1945’에 대한 1심 선고가 약 한달 열흘 전에 있었다.²⁰⁾ 장택상의 딸인 장○○, 이승만의 양자인 이○○가 한국방송공사를 피고로 하여 이 사건 드라마에서²¹⁾ 장택상, 이승만에 대한 허위사실이 적시되었음을 이유로 손해배상으로 위자료 1억1천원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구한 사건이다.²²⁾ 1심에서 원고의 청구가 기각되어 항소하였고 서울고등법원 제13민사부는 2009년 12월 23일 항소를 기각하는 판결을 선고하였다.²³⁾ 항소심에서는 1심의 이유와 판단 전부를 수용하면서 당사자의 주장 부분만 고쳐 쓰고 있다.

(1) 항소심에서 고쳐 쓰고 있는 원·피고의 주장
원고이자 항소인은 ‘역사드라마’이므로 실제사건들

19) 보도를 통해 추구하는 공공성과 영화를 통해 추구하는 공공성의 의미가 다르다고 보는 같은 입장으로 예를 들어 이인호·김송옥, 모델영화와 인격권, 중앙대학교 출판부, 2007, 75쪽 이하 참조.

20) 서울중앙지방법원 2007. 5. 9. 선고, 2006가합66611, 2006가합73756 병합.

21) 인터넷백과사전 위키피디아의 이 사건 드라마 관련내용: “드라마 ‘서울 1945’는 한국방송공사에서 2006년 1월 7일부터 9월 10일에 걸쳐 방영한 팩션 드라마이다. 일제 강점기부터 한국 전쟁까지의 한국 근현대사를 배경으로 한 내용이며, 친일파에 대한 재해석 등으로 정치권의 화두가 되기도 하였다. 2006년 장택상의 3녀 장○○와 이승만의 양자인 이○○는 이 드라마가 허위사실을 유포하여 장택상, 이승만의 명예를 훼손했다며 한국방송공사를 상대로 손해배상 청구 소송을 제기했으나, 1심과 2심에서 모두 명예훼손으로 볼 수 없다는 판결이 내려졌다.” <http://ko.wikipedia.org>(최종방문일: 2010. 3. 12.)

22) 관련 기사: <서울 1945> 제작진, 항소심도 무죄 - 20일 서울중앙지법 ... “구체적인 허위사실 있다고 보기 어렵다”, 미디어오늘, 2007.9.20. <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=60858>(최종방문일: 2010. 3. 10.)

23) 서울고등법원 2009. 12. 23. 선고 2007나54421, 2007나54438 병합.

재판부는 드라마의 전체적인 전개과정 및 실존인물과 가상인물의 결합방식에 비추어 볼때 상당한 정도로 허구적인 이야기로 승화된 경우 비록 허구적인 이야기가 실제 사실과 다르다고 하더라도 이를 허위사실의 적시라고 볼 수 없다고 판단하여 ‘허구’와 ‘허위’가 같은 선상에서 논의될 대상이 아님을 구체적인 논증없이 지적하고 있다.

은 객관적이고 진실에 입각한 사실이 적시되어야 하는 것이라고 주장한다. 역사 드라마가 드라마로서의 극적요소를 부정할 수 없는 것이어서 실존인물이 작품 속에서 완전한 허구적 존재로 등장한다면 실존인물의 명예가 훼손될 여지가 없다고 할 것이나, 실존인물이 완전한 허구적 존재가 되지 못하고 작품 속에서 실존인물의 존재가 느껴질 때에는 시청자의 입장에서는 진실과 허구를 혼동할 가능성이 희박한 경우라도 허구적 표현에 의하여도 실존인물의 명예가 훼손될 수 있는 것이라고 주장하였다.

이에 대해 피고이자 피항소인인 한국방송공사의 주장에 따르면 이 사건 드라마는 해방 전후의 서울을 배경으로 허구의 인물들이 그려내는 젊은이들의 사랑과 갈등에 대한 이야기로서 그러한 시대적 배경과 이념적·계층적 갈등을 보다 사실감 있게 묘사하기 위하여 실존인물들과 허구의 인물들을 관련지어 이야기를 끌어가는 방식으로 구성되어 있는 멜로드라마²⁴⁾라고 보아 드라마의 성격규정을 달리 하고 있다. 이 사건 드라마의 쟁점이 된 내용들은 일반시청자들의 입장에서 그것이 실제로 일어난 역사적 사실로 오해되지 아니할 정도에 이르렀으므로 원고들이 주장하는 부분은 모두 허위의 사실에 해당하지 아니한다고 할 것이라고 하면서, 나아가 원고들의 이 사건 소는 연출자나 작가의 표현 및 창작의 자유를 제한함으로써 헌법이 보장하는 표현의 자유와 예술의 자유를 침해하였으므로 부당하다고 주장하였다.

(2) 재판부의 판단

쟁점이 된 것은 3가지 부분으로 즉 ① 이 사건 드라마에서 이승만, 장택상이 친일경찰출신인 극중 가상인물 박창주를 통하여 여운형을 암살하도록 배후에서 지시한 것처럼 묘사됨으로써 허위사실이 적시되었는지 여부, ② 이 사건 드라마에서 이승만이 친일파와 밀접한 관계를 가지고 그들로부터 돈을 받아 사용하고 미군정의 후원을 받은 것처럼 묘사된 부분이 허위사실의 적시로서 망

24) 드라마 ‘서울 1945’는 기획의도를 다음과 같이 명시하고 있다. “① 난마처럼 뒤엉킨 현대사의 출발을 뚜렷한 이미지로 형상화한다. ② 우리가 놓쳐버린 무한 가능성의 시간을 희망적으로 보여준다. ③ 칙칙한 시대상이 아닌 가능성이 살아 숨쉬는 생명력 있는 공간을 만든다. ④ 좌·우에 대한 선입관 없이 작은 영웅들의 숭고한 이상을 있는 그대로 그려낸다.” <http://www.kbs.co.kr/drama/seoul1945/index.html>(최종방문일: 2010. 3. 12.)

인의 인격권을 훼손하였는지 여부, ③ 이 사건 드라마에서 이승만이 가상인물인 친일파 문정관의 딸 문석경을 수양딸로 삼는 것으로 묘사된 부분이 허위사실의 적시로서 망인의 인격권을 훼손하였는지 여부이다.

1) 이 사건 드라마의 성격

이 사건 드라마에 등장하는 실존인물로는 이승만, 장택상, 여운형, 김구, 김일성, 박헌영 등이 있는데, 총 71회분에 이르는 이 사건드라마의 전체 방영분 중 이승만, 장택상은 제29회분에 이르러서야 처음 등장하고, 위 실존인물들이 등장하는 장면의 횟수도 위 중심인물들에 비하여 현저히 적으며, 이들은 위 중심인물들간의 이야기를 연결하는 ‘배경인물’로 등장한다고 보아 ‘역사’ 드라마의 성격을 부인하고 있는 것으로 보인다.

2) 쟁점 ①에 대한 판단

이 사건 드라마의 전체적인 전개과정에서 실존인물에 의한 역사적인 사실보다는 가상인물들에 의한 허구적인 이야기가 더 많은 비중을 차지하고 있는 드라마인 점 등을 보태어 보면, 원고들이 주장하는 위 사실만으로는 이 사건드라마에서 마치 이승만, 장택상이 박창주를 통하여 여운형을 암살하도록 지시한 것처럼 허위사실이 명확하게 적시되었다고 볼 수 없으며, 위와 같이 다소 의문의 여지가 있다 하더라도 이는 허구를 기본으로 하는 이 사건 드라마의 성격상 예술적 표현으로서 허용되는 범위 내에 있다고

재판부는 판단하였다.

3) 쟁점 ②에 대한 판단

을호증과 변론의 전취지를 종합하여 판단했을 때, 극중 대립되는 입장에 있었던 인물들의 대사를 통해 다소 과장되고 추측적인 표현이 사용되었다고 하더라도 왜곡이나 억측 또는 중대한 허위라고 볼 수 없어 명예훼손의 위법성이 인정되지 않는다고 보았다.

4) 쟁점 ③에 대한 판단

드라마의 전체적인 전개과정 및 실존인물과 가상인물의 결합방식(이승만의 역할은 역사적 인물로서 보다는 가상인물의 배경인물로서 나타남)에 비추어 볼 때 상당한 정도로 허구적인 이야기로 승화됨으로써 일반 시청자들의 입장에서 역사적 사실로 오해되지 않을 정도에 이르렀다고 판단하였고, 비록 허구적인 이야기가 실제 사실과 다르다고 하더라도 이를 허위사실의 적시라고 볼 수 없다고 판단하여 ‘허구’와 ‘허위’가 같은 선상에서 논의될 대상이 아님을 구체적인 논증은 없이 지적하고 있다.

3. 드라마 ‘야인시대’: 망인을 모델로 한 역사드라마에서 명예훼손여부의 판단기준

SBS와 외주제작국장, 그리고 드라마 ‘야인시대’의 극본을 집필한 드라마작가를 피고로 제기된 손해배상청구와 정정보도청구소송이다.²⁵⁾ 대법원 제2부

25) 인터넷 백과사전 위키피디아의 이 사건 드라마 관련 내용: “드라마 ‘야인시대(野人時代)’는 김두한의 삶을 그린 대하드라마이다. 방송은 SBS에서 방영하였고, 일제 강점기부터 대한민국 독재정권 70년대 초반까지를 시대적 배경으로 한다. 방송기간은 2002년 7월 29일부터 2003년 9월 30일까지 총 124회 방송되었다. 극본은 이환경 작가, 연출은 장형일 감독이다. 이 사건의 피고 중 한 사람이기도 한 이환경 작가는 드라마 무풍지대, 용의눈물, 태조 왕건 등의 극본을 집필한 드라마 작가이다.” <http://ko.wikipedia.org/>(최종방문일: 2010. 3. 12.)

재판부는 제작자에게 구체적이고 실질적인 확인작업을 할 의무를 지우는 토대 위에서, 설정된 역사적 사건의 해석이나 인물에 대한 캐릭터가 침해되지 않는 한도 내에서 제작자가 상상을 통한 각색을 하고 연극작가가 이를 표현하였다면 불법행위의 고의나 과실을 인정할 수 없다고 보았다.

의 상고심²⁶⁾까지 3심에 걸쳐 재판부의 판단이 이루어진 이 소송에서 상고가 기각되면서 추가판단내용은 없으므로 항소심과 1심의 판결내용을 검토한다.

(1) 항소심의 추가판단내용

1심이 기각된 후 원고가 항소하자 서울고등법원 제14민사부는 항소를 기각하면서 다음과 같은 내용의 추가판단을 하고 있다.²⁷⁾ 재판부는 드라마가 역사적 사건이나 실존인물을 소재로 하고 있다고 하더라도 창작물의 필연적 속성으로서 등장인물의 재창조나 스토리 구성에 있어 작가의 상상에 의한 각색이 따르지 않을 수 없고, 드라마의 현실감이나 시청자들의 재미를 위하여 어느 정도 실제의 사실과 일치하지 아니한 추측, 과장 등을 동반하는 것도 부득이 하며, 이와 같은 창작활동은 원칙적으로 헌법이 천명한 예술의 자유의 일환으로 보장되어야 한다고 확인하고 있다. 그리고 근거 없이 역사적 사실을 왜곡하는 등의 방법으로 그 모델이 된 인물의 명예를 훼손하거나 인격권을 침해한 경우, 그 모델이 된 본인이나 당사자가 사망한 경우에는 그 유가족이 인격권 침해를 근거로 하여 이에 대한 손해배상청구 또는 방영금지청구 등의 권리를 행사할 수 있다고 설시하고 있다.

1) 명예훼손책임의 적용완화요건

한편, 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 일용 적용된다고 하면서 다음과 같은 기준완화의 요건을 들고 있다. 즉 ① 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 진위가 밝혀지지 않거나 논란의 여지가 많은 경우가 대부분이며, 일반인이 기정사실로 받아들이고 있는 것도 새로운 자료나

26) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다42705 판결.

27) 서울고등법원 2005. 7. 12. 선고 2004나85882 판결.

해석 등을 통해 얼마든지 수정될 가능성이 높아서, 드라마에서 묘사된 사실이 역사적으로 진실한 것인가 여부를 객관적으로 확정하는 것이 사실상 불가능한 경우도 많다는 점과 아울러 객관적으로 명백한 역사적 진실만을 서술하거나 영상화한 역사책이나 다큐멘터리 등과 관련하여서는 명예훼손의 문제가 생길 여지가 없고, 드라마가 완전한 픽션인 경우에는 역사를 재구성하거나 가정된 역사 하에 내용을 전개하는 경우도 있는데, 그와 같은 경우에는 드라마 내용의 진실성 여부를 문제삼는 것 자체가 의미가 없다는 점, ② 드라마가 역사적 사건이나 인물을 재조명함으로써 단순한 흥미를 넘어 시청자의 올바른 역사인식을 선도하고 역사적 사건이나 인물에 대한 알권리를 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 있는 점, ③ 역사적 사건과 실존인물을 소재로 한 드라마 등의 위법성을 판단함에 있어서 진실성과 공익성은 실질적으로 별도의 고려 대상이 되지 않는 경우가 많고, 형법 제310조 소정의 위법성 조각사유 요소들이 전부 고려된다고 하더라도 언론 보도의 경우와 그 의미가 달라지거나 그와 관련된 기준이 완화될 수밖에 없는 점을 들고 있다.

2) 실질적 확인작업이행의무

재판부는 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 소위 ‘팩션’ 드라마는 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되어야 하고, 아울러 제작자는 그와 같은 자료나 근거의 구체적이고 실질적인 확인 작업을 할 의무를 지우고 있다.²⁸⁾ 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 연극자가 이를 표현하였다면 불법행위의 고의나 과실을 인정할 수 없다고 보았다.

즉 ① 동일한 소재를 다룬 서적이거나 드라마 등을 통해 시청자들에게 거의 공적인 인물이 되어 있고, ② 당시의 시대상황을 그리고자 한 이 사건 드라마의 내용전개와 드라마의 완성도를 높이는 데 있어서 불가피한 부분으로 판단되며, ③ 합리적으로 수궁할 정도의 자료 또는 근거가 있고, ④ 작가나 제작자가 근거자료의 진위를 망인의 주변인물 등을 통해 확인하는 등 충분한 조사활동을 하였으며, ⑤ 드라마의 일부 내용이 직접적인 근거자료가 없거나 과장된 부분이 있다고 하더라도 이는 자료 또는 근거에 의하여 객관적으로 설정된 캐릭터의 동일성을 벗어나지 않고 있고, ⑥ 왜곡이나 억측이 아닌 그 자료 또는 근거에 기초하여 허용될 수 있는 상당한 추측, 풍자 내지 과장을 통한 극적 재구성을 하였다고 판단되면 작가, 제작자 및 연극자의 창작의 영역에

28) 이 판결이 따르고 있는 이전 판결로 대법원 1988. 10. 11. 선고 95다카29판결, 1994. 5. 10. 선고 93다36622 판결, 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결, 1997. 9. 30. 선고 97다24027 판결 등 참조.

드라마의 경우 다큐멘터리와 달리 대본과 연출에 의한 창작물이므로 아무리 논픽션 드라마라 하더라도 필연적으로 인물의 재창조나 줄거리의 구성에 있어 작가나 연출자의 상상에 의한 각색이 따르지 않을 수 없다는 점을 고려하여야 한다.

속한다고 하여 예술표현의 자유를 인정하였다.

(2) 1심의 판단내용

1) 대상 드라마의 성격

제1심²⁹⁾ 재판부는 이 사건 드라마를 일제식민지시대부터 해방 이후 좌·우익의 극한 대립 및 6·25전쟁을 거쳐 1960년대까지 격동의 한국 현대사를 배경으로, 주인공을 중심으로 한 여러 당시 인물들의 일대기를 통해 당시의 정치현황과 그에 따라 부침하였던 주변 인물들을 그리는 방법으로 역사적 사실을 극화하여 표현하고 있는 역사드라마로 논픽션 드라마적 성격을 갖고 있으나 픽션(fiction)적 요소가 상당 부분 가미되어 있다고 보았다.

2) 망인을 모델로 한 역사드라마에 있어 명예훼손 여부의 판단기준

생전의 인간은 사후에 자신에 대한 사회적 평가가 왜곡되거나 명예가 훼손되지 않으리라고 신뢰하며, 이러한 신뢰는 인간의 존엄과 가치를 영속적으로 보장하기 위하여 보호되어야 할 것인바 사자(死者)에게도 보호되어야 할 인격적 가치가 존재한다고 보아 사자(死者)의 인격권을 인정하고 있으며 아울러 유족이 사자(死者)에 대하여 가지는 경애·추모의 정 또한 마찬가지로 보호되어야 할 권리로 보았다. 구체적으로는 ① 역사적 평가는 새로운 비판을 통하여 수정되는 점, ② 형법에서는 생존자와 달리 사자(死者)의 경우 공연히 허위의 사실을 적시하는 경우에 한정하여 명예훼손죄로 처벌하고 있는 점, ③ 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 증거가 없다는 이유로 명예훼손의 책임을 인정한다면 역사적 사실에 관한 재조명은 사실상 불가능하게 되는 결과가 초래될 수도 있는 점, ⑤ 특히 드라마의 경우 다큐멘터리와 달리 대본과 연출에 의한 창작물이므로 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

29) 서울남부지방법원 2004. 10. 28. 선고 2003가합7839 판결.

위하여 작가나 연출자에 의해 어느 정도 실제의 사실과 일치하지 아니하는 면이 부가되는 것은 부득이한 것이며, 합리적인 시청자라면 드라마의 장면이 반드시 실제 사실과 일치하는 것이라고 받아들이지는 않는 점 등을 고려하여야 한다는 기준을 제시하고 있다.

(3) 인터넷 게시판으로 인한 명예훼손 여부에 대한 판단

이 사건에서 시청자의견란에 게시되는 글들에 대한 책임소재여부도 다투어졌는데 원고는 전자게시판 설치·운영자가 주의의무와 조치의무 위반시 손해배상책임을 진다고 주장한 데 반하여 피고는 문제된 글들이 소감표명, 주관적인 의견표명이므로 피고에게 삭제의무가 없다고 주장하였다.

피고에게 삭제의무가 있는지에 관한 판단기준으로 ① 게시의 목적, ② 게시내용, ③ 게시기간과 방법, ④ 그로 인한 피해의 정도, ⑤ 게시자와 피해자의 관계, ⑥ 반론 또는 사과 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, ⑦ 당해 사이트의 인격 및 규모·영리 목적의 유무, 개방정도, ⑧ 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, ⑨ 삭제의 기술적·경제적 난이도 등을 종합적으로 판단하여야 할 것이라는 기준을 제시하면서, 특별한 사정이 없다면 단지 홈페이지 운영자가 제공하는 게시판에 다른 사람에 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 단정할 수는 없다고 판시하여 대법원

2003.6.27. 선고 2002다72194 판결을 따르고 있다.

이 사건 드라마의 공식 홈페이지는 이 사건 드라마에 대한 홍보를 위한 것으로서 ① 그 ‘시청자의견’란에는 누구나 익명으로도 글을 게시할 수 있고 이에 대하여 반론을 제기할 수 있는 방식으로 운영되었던 점, ② 게시된 글들은 주로 방영된 드라마의 내용에 대한 후기 내지 의견, 드라마의 전개에 대한 예상, 시청자들 사이의 드라마상 등장인물에 대한 비판과 옹호 등으로 대부분 시청자들의 드라마에 대한 주관적인 감상들이 개입되어 있는 점, ③ 반론 내지 댓글이 게시될 수 있어 일응 드라마에 대한 토론이 이루어질 수 있는 공간으로 활용되므로 게시된 글을 곧바로 삭제하기 어려운 점, ④ 자유로운 의견개진에 대하여 명예훼손의 한계를 지우는 것은 그 판단이 용이하지 아니한 점, ⑤ 원고들이 피고 회사에 대하여 명시적으로 이러한 게시물의 삭제를 요구하기 전에 이를 삭제하는 것은 경우에 따라서는 건전한 토론문화를 저해하는 요인이 될 수도 있는 점 등을 비추어 보면 피고에게 자신이 관리하는 전자게시판에 대한 관리의무에 따른 게시물 삭제의무는 없다고 하였다.

4. 광복 50주년 기획드라마 ‘김구’: 소위 ‘팩션’ 드라마의 특성 분석없이 일반적인 명예훼손 위법성 조각사유 적용

대법원은 이 판결³⁰⁾에서 방송 등 언론 매체가 사실을 적시하여 개인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 적

30) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결.

대법원은 실명에 의한 논픽션 라디오 드라마에 있어서는 일반의 청취자 등이 그 내용을 사실이라고 받아들 이기가 쉬운 반면에 신속성의 요청은 일반 보도에 비하여 그다지 크다고 할 수가 없으므로, 그 방송에 있어서는 단순히 풍문이나 억측이 아닌 신빙성 있는 자료에 의거하여야 할 필요성이 보다 크다고 판단했다.

시된 사실이 진실이라는 증거가 있으면 그 행위에 위법성이 없다 할 것이고, 그 증거가 없다 하더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 상당한 이유가 있으면 그 행위에 대한 고의·과실이 없다고 보아야 한다고 하면서 드라마의 경우에도 일반적인 명예훼손의 위법성 조각사유의 동일한 적용을 명시하고 있다.

그리고 언론 매체의 명예훼손행위와 관련하여 적시된 사실이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는지의 여부를 판단함에 있어서는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성, 표현 방법 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 하여 일반적인 판단기준을 적용하고 있다. 여기에 더하여 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 한다고 하여 역사적 내용을 다룬 방송내용에 대해 포괄적으로 다루고 있다. 드라마라는 매체에 대한 구체적 실시 없이 논픽션드라마로 성격규정하면서 백범 김구 선생 암살사건의 논픽션드라마에서 배우로 묘사된 자의 명예훼손에 대하여, 방송사가 그 방송 내용이 진실하다고 믿었고 또 그렇게 믿을 상당한 이유가 있어 고의·과실이 없다는 이유로 불법행위책임이 성립되지 않는다고 판시하고 있다.³¹⁾

5. 실명에 의한 논픽션 라디오 드라마 ‘K 청문회’: 공인, 입증책임, 현실적 악의의 문제

대법원은 이 관례에서³²⁾ 실명에 의한 논픽션 라디오 드라마에 있어 방송 내용이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는지 여부의 판단 방법을 제시하고 있다. 즉 실명에 의한 논픽션 라디오 드라마에 있어서는 일반의 청취자 등이

31) 이 판결의 참조판례로 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결; 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결; 1997. 9. 30. 선고 97다24207 판결 등 참조. 이들 판례는 잡지의 수기 게재의 경우, 다른 언론매체의 보도내용을 사실확인 노력 없이 사용한 경우 그리고 제보만을 바탕으로 작성· 보도한 신문기사의 경우에 대한 판단이다.

32) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결.

그 내용을 사실이라고 받아들여기가 쉬운 반면에 신속성의 요청은 일반 보도에 비하여 그다지 크다고 할 수가 없으므로, 그 방송에 있어서는 단순히 풍문이나 억측이 아닌 신빙성 있는 자료에 의거하여야 할 필요성이 보다 크다고 할 것이므로 다른 특별한 사정이 없는 이상 방송의 기초가 되는 그 자료 내용의 진위를 당사자 본인이나 그 주변인물을 통하여 확인하는 등의 충분한 조사활동을 사전에 거침이 마땅하므로, 이러한 확인 내지 조사활동을 거치지 아니한 채 명예훼손의 내용이 담긴 논픽션 라디오 드라마를 그대로 방송하였다면 방송사 측에서 그 내용이 진실이라고 믿었다 하더라도 그에 상당한 이유가 있다고 할 수는 없다고 보아 상고를 기각하여 문화방송의 손해배상 책임을 인정한 1심과 원심의 판단³³⁾을 확정하였다.³⁴⁾

대법원은 1심과 원심의 판결이유로서 원고가 공적인 인물로서 자신의 입장을 해명하고 방어할 수단을 가지고 있으므로 이 사건 드라마 방송과 관련하여 피고에게 명예훼손에 기한 불법행위책임을 묻기 위해서는 피고가 현실적인 악의에 기하여 이 사건 드라마를 방송하였음을 원고측에서 입증하여야 한다는 피고의 항변에 대하여, 다시 피해자가 공적인 인물이라 할지라도 언론기관에 그 사람의 명예를 훼손하려는 현실적인 악의가 있는 경우에만 제한적으로 명예훼손이 성립되는 것은 아니라는 이유로 배척하고 있는 점을

그대로 인정하고 있다.

VI. 맺음말

소위 ‘팩션’ 드라마 관련 판례들은 이상에서 살펴본 바와 같이 점차 드라마의 성격을 규명하는 노력을 더 많이 하고 있는 경향을 보인다. 사실관계의 확정을 우선하고 난 후 법적 판단을 내려야 할 것이고 의식적 또는 무의식적으로 법적 판단을 전제로 하고서 사실관계의 확정이 이루어지는 식으로 순서가 뒤바뀌어서는 아니 될 것이다. 특히 사실과 허구의 경계를 허무는 융합을 시도하는 소위 ‘팩션’ 드라마의 경우 사실과 허구의 이분법을 넘어 예술개념개방성을 고려하는 판단이 요청된다. 사실이 가미되었다는 이유만으로 판단의 출발점이 사실보도의 기준이 될 수는 없는 것이다. 이러한 점에서 사실보도에 적용되는 판단의 기준들을 가지고 적용이 완화되는 근거를 찾는 방식보다는 소위 ‘팩션’ 드라마의 실체에서 출발하는 판단방식을 시도하는 것이 적합하다고 생각된다. 예를 들어 공공성 판단에 있어서 일반적인 사실보도의 공공성과 예술표현으로서 소위 ‘팩션’ 드라마의 공공성을 달리 개념 짓는 노력이 있어야 할 것이다. 이에 예술의 자유와 표현의 자유의 결합에서 소위 ‘팩션’ 드라마가 가지는 공론화가능성 또한 고려되어야 할 것이다. 영화의 경우와

33) 서울고등법원 1997. 6. 25. 선고 96나50997 판결.

34) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결 이유를 인용하여, 피고가 실명에 의한 논픽션 라디오 드라마인 이 사건 드라마를 방송함에 있어 소외 김○○가 쓴 ‘소외 1 회고록’과 소외 이○○가 쓴 ‘비록 박정희 시대’ 등의 저서와 1973. 12. 1. 일본에서 발행된 ‘주간독매’에 실린 원고의 수기 및 소외 이○○이 제공한 소외 1 관련 자료에 의하여 소외 2가 집필한 방송대본에 따라 방송을 하였으나, 위 각 자료는 위 방송대본의 내용이 진실함을 뒷받침하기에 부족함에도, 김○○이 이 사건 드라마의 방송에 앞서 원고나 위 저서의 저자들을 만나 의견을 묻거나 달리 사실관계를 확인하지는 아니하였으므로, 소외 2가 위 방송대본에 의한 이 사건 드라마의 내용이 진실이라고 믿었더라도 그에 상당한 이유가 있다고 볼 수 없다고 하여, 상당한 이유가 있었음을 주장하는 피고의 항변을 배척하고 있다.

사실과 허구의 경계를 허무는 융합을 시도하는 소위 ‘팩션’ 드라마의 경우 사실과 허구의 이분법을 넘어 예술개념개방성을 고려하는 판단이 요청된다. 사실이 가미되었다는 이유만으로 판단의 출발점이 사실보도의 기준이 될 수는 없다.

달리 소위 ‘팩션’ 드라마의 경우 상영금지가처분 신청 등이 문제된 경우는 지금까지 없었다. 이는 드라마가 일회적인 상영의 효과보다는 일반적으로 연속극의 형태로 이루어지기 때문에 문제되는 부분이 있을 경우 지속적인 논의를 하게 하는 특성이 있는 점에서 그 차이를 찾을 수 있지 않을까 싶다.

소위 ‘팩션’ 드라마의 사실을 기반으로 하거나 사실을 단초로 하는 허구가 허위로 곧장 이동될 수 있는 개념이 아님을 예술표현의 자유라는 관점에서 숙고해야 할 것이다. 그리고 정보화사회의 변화는 소위 ‘팩션’ 드라마를 드라마로 감상하는 것에서 더 나아가 사이버스페이스에서의 다양한 커뮤니케이션을 통해 비판과 표현을 위한 소재와 대상이 되는 점을 주목해야 할 것이다. 역사적 진실을 규명하고 사실을 확정하는 것은 소위 ‘팩션’ 드라마를 제작하는 이들에게 100% 주어진 몫이라기보다는 이러한 단초를 제공받아 공동체의 구성원들이 해야 할 일이다. 물론 소위 ‘팩션’ 드라마를 제작하는 이들은 사실과 허구의 융합을 시도하는 예술 표현작업과정에서 실제모델로 등장하는 인물들의 인격권을 고려하는 좀 더 신중한 노력을 하여야 할 것이다. 그러나 드라마를 제작하면서 표방하는 기획의도에 걸맞은 진실된 노력이 있다면 일일이 사실확인을 해야 하고 모든 관계자를 인터뷰해야 할 것까지 요구할 필요는 없다고 본다. 미디어기술의 발달에 따라 커뮤니케이션 채널이 다양화되면서 이러한 드라마들의 기획의도는 홈페이지를 통해서도 명시적으로 드러나고 소위 ‘팩션’ 드라마를 제작하는 이들이 기획의도에 따른 예술표현에 얼마나 진지한 태도를 가지고 있는지 또는 악의적으로 실존인물의 인격권을 침해하려 하는지는 시청자들이 제일 먼저 판단할 수 있고 이러한 판단을 서로 표현하고 상호 의견을 나눌 수 있는 환경은 날로 다양화되고 편리해지고 있다.

소위 ‘팩션’ 드라마가 특히 현대사의 실존하고 있는 인물을 다루고 있는 경우 인격권이 침해되었는지 여부가 문제되는 경우에 법적 판단을 할 때 국가 후견주의의 관점이 행여라도 개입되지는 않는지 다시 한 번 경계해야 할 것이다. 시청자들의 수준을 평가절하해서는 아니 될 것이고 시청자들이 각각 독립된 시청자로 머물지 않고 미디어의 다양한 융합을 통한 기술적 도움으로 생각을 교류하는 마당을 사이버스페이스에서 향유하며 직접 참여하여 대화하거나 또는 이러한 대화를 경청하는 시청자의 공동체적 모습으로 변화하고 있는 부분도 고려되어야 할 것이다.

