

2010년도 국내 언론관계 판결동향

한유수 법무법인태평양변호사

I. 서론

이 글에서는 지난 2010년 한 해 동안 선고된 언론에 관한 주요판결(대법원과 헌법재판소뿐만 아니라 하급심에서의 판결을 포함한다)의 동향에 대하여 살펴보고자 한다. 언론에 관한 판결이라 함은 보도로 인한 명예훼손 등 인격권침해에 대한 언론기관의 책임에 관한 판결이 주가 될 것이나, 언론의 자유넓게는 표현의 자유에 관련한 판결도 대상으로 하였고, 공간되지는 아니하였으나 대법원의 종합법률정보시스템에 의하여 검색되는 판결 등도 함께 살펴보았다.

지난 1년간 전체적으로 보아 언론의 자유에 대하여 획기적으로 새로운 법리를 전개한 판결은 없었다고 할 수 있다. 그러나 표현의 자유를 폭넓게 보장하고자 하는 지금까지의 입장을 더욱 구체화하는 판결이 이어졌다. 예컨대, 실제 인물이나 사건을 소재로 한 영화나 드라마로 인한 명예훼손행위책임의 성립 여부에 대한 여러 대법원 판결이나 와이 문제에 대한 판단기준을 확립하는 데 크게 기여하였고, 나아가 방송사에 대한 정보공개청구에 있어 이른바 취재결과물이나 그 과정에 관한 정보 및 방송프로그램의 기획, 편성, 제작에 관한 정보를 '법인 등의 경영·영업상 비밀에 관한 사항'으로서 비공개대상정보로 인정함으로써 방송사 등 언론기관의 취재활동을 두텁게 보호하고자 하는 판결도 나왔다. 한편, 종교분야에 대하여 비판의 허용범위를 넓게 보는 기존의 판례 입장을 확실히 하는 판결이 나왔으며, 하급심에서는 공

인에 대한 비판의 범위를 확대하되 근거 없는 의혹제기나 모멸적 표현은 엄격하게 규제하고자 하는 종래의 입장을 확고히 하는 판결들이 나왔다.

한편, 헌법재판소에서는 '멍억을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자'를 형사처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항이 죄형법정주의의 명확성원칙을 위반하여 무효라고 결정함으로써 인터넷에서의 표현 규제환경을 획기적으로 변경시켰고, 선거운동을 규제하는 선거법조항의 위헌여부에 대한 다수의 결정 및 건강기능식품광고의 사전심의에 대한 결정이 있었다. 이하에서는 이러한 판례의 동향을 유형별로 살펴본다.

II. 명예훼손에 관한 판례

1. 명예훼손에 관한 판례 이론

우리나라 형법에 의하면 허위의 사실을 공표한 경우 뿐만 아니라 진실한 사실을 공표한 경우에도 원칙적으로 명예훼손죄가 성립되므로(형법 제307조제1항) 명예훼손으로 인한 책임을 지는 범위가 넓다. 이는 공인에 대한 비판과 공적 사항에 대한 활발한 문제제기를 본령으로 하는 언론의 기능과도 상충된다.

그리하여 우리대법원은 일찍이 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결¹⁾에서, "형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증명이 있으면 위행위에 위법성이 없으며 또한 그 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다"고 판시하여 인격권의 보호와 표현의 자유를 조화시켰다.

나아가 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524,

1) 99헌바1392

37531판결²⁾은 “당해표현으로 인한 피해자가공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이공적인 관심사안에 관한것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 그표현이 객관적으로 국민이 알아야할공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한것으로 여론형성이나 공개 토론에 기여하는것인지 아닌지 등을 따져보아공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 한다.”고 판시함으로써, 공적 인물에 대한 비판의 폭을 확대함과 동시에 공적 인물에 대한 명예훼손책임의 인정을 엄격히 제한하는 획기적인판결을 한바 있다.

또한, 대법원은, 위 “공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 한다”는 법리를 기초로 하여, 그 후 일련의 판결을 통하여, 1) 죄와 우의 이념문제에 관한 표현의 자유는 넓게 보장되어야 하고 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 언론을 봉쇄하여서는 안 되며³⁾, (2) 민주정치제도 하에서는 정당활동의 자유도 너무나 중요하여 그 보장에 소홀함이 있어서는 아니 되고, 정당의 정치적 주장에는 국민의 지지를 얻기 위하여 어느 정도의 수사적인 과장 표현은 용인될 수 있으므로, 정당대변인의 정치적인 논평의 위법성을 판단함에 있어서는 이러한 특수성이 고려되어야 하고⁴⁾, (3) 공직자의 도덕성·청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안하면 이러한 감시와 비판기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서

는 아니된다고 판시함으로써⁵⁾, 공인에 대한 비판 또는 공적 관심사항에 대한 표현의 허용범위를 확대하는 일관된 입장을 유지해왔다.

2. 2010년도의 명예훼손관련 판결

가. 실제 인물이나 사건을 모델로 한 영화 또는 드라마에 서의 명예훼손

(1) 영화, 드라마에 의한 명예훼손죄의 성립 여부

먼저 1945년 해방공간과 한국전쟁이라는 한국 현대사를 모델로 삼아 창작, 연출한 드라마 ‘서울1945’의 제 34, 35, 38회 방영분 중 일부 장면이 마치 장택상, 이승만이 친일파로서 친일경찰인 박○○을 통해 정판사 사건을 해결하고, 이승만이 여운형의 암살을 암시적으로 지시하고, 박○○이 이에 부응하여 여운형을 암살하려고 하는 것처럼 묘사 함으로써 공연히 허위사실을 적시하여 위 이승만 등의 명예를 훼손하였다고 하는 공소사실이 문제된 사안에 대하여, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007도8411판결⁶⁾은, “이미 망인이 된 역사적 인물을 모델로 한 드라마에 있어 허위사실을 적시하여 역사적 사실을 왜곡하는 등의 방법으로 그 모델이 된 인물의 명예를 훼손하는 경우에는 비록 그것이 예술작품의 창작과 표현 활동의 영역에서 발생한 일이라 하더라도 위규정에 의한 처벌의 대상이 된다.”고 판시하여 영화, 드라마에 의한 명예훼손의 성립을 원칙적으로 인정하였다.

그러나 위 판결은 또한, “다만, 역사적 인물을 소재로 한 드라마의 경우, ... 그 필연적 현상으로 연출자들이 역사적 사실에 대한 작가적 해석 및 평가와 예술적 창의력

2) 공2002상, 522.

3) 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다4613 판결(공2003상, 425)

4) 대법원 2003. 7. 8 선고 2002다64384 판결(공2003하, 1688)

5) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다162494 판결(공2003하 1770), 대법원 2003. 9. 2. 선고 2002다63558 판결(공2003하, 1936), 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결(공2004, 594)

6) 공2010상1059

을 발휘하여 허구적 묘사를 통해서 객관적 사실들 사이의 간극을 메우기 마련이라 할 것이고⁷⁾, 합리적인 시청자라면 역사적 사실의 서술을 주로 하는 기록물이 아닌 허구적 성격의 역사드라마의 경우 이를 당연한 전제로 시청할 것으로 예상되는 이상, 위 허구적 묘사가 역사적 개연성을 잃지 않고 있는 한 그 부분만 따로 떼어 역사적 진실성에 대한 증거가 없다는 이유로 허위라거나 연출자에게 그 허위의 점에 대한 인식이 있었다고 단정하여서는 아니될 것이다.”고 판시하면서, “역사드라마가 그 소재가 된 역사적 인물의 명예를 훼손할 수 있는 허위 사실을 적시하였는지 여부를 판단함에 있어서는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게된 근거나 자료의 신빙성, 예술적 표현의 자유로 얻어지는 가치와 인격권의 보호에 의해 달성되는 가치의 이익형량은 물론 위에서 본 역사드라마의 특성에 따르는 여러 사정과 드라마의 주된 제작목적, 드라마에 등장하는 역사적 인물과 사건이 이야기의 중심인지 배경인지 여부, 실존인물에 의한 역사적 사실과 가상인물에 의한 허구적 이야기가 드라마 내에서 차지하는 비중, 드라마상에서 실존인물과 가상인물이 결합된 구조와 방식, 묘사된 사실이 이야기 전개상 상당한 정도 허구로 승화되어 시청자의 입장에서 그것이 실제로 일어난 역사적 사실로 오해되지 않을 정도에 이른 것으로 볼 수 있는지 여부 등이 종합적으로 고려되어야만 할 것이다.”고 판시하였다.⁸⁾

이 판결은 역사적 인물을 소재로 한 드라마나 영화의 내용에 다소 허구적 사실이 가미되더라도 함부로 허위 사실 적시에 의한 명예훼손 책임을 지워서는 아니된다는 점을 명백히 함으로써 역사드라마등에서의 표현의 허용범위를 폭넓게 인정하려는 입장을 밝힌 것이라고

할 것이다.

(2) 영화 및 드라마에서의 상당성 판단

한편 실제 인물이나 사건을 모델로 한 영화가 허위의 사실을 적시하여 개인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그 사실을 진실이라고 믿는데 상당한 이유가 있는지에 대하여는 특별한 취급을 하여야 한다는 대법원 판결이 있었다.

즉, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007다3483 판결⁹⁾은 영화 ‘실미도’에서 당시 대북침투목적의 특수부대 훈련병들 전원에 대하여 살인범이나 사형수 또는 사회의 낙오자들로 표현한 것이 문제된 사안에서, “특히 적시된 사실이 역사적 사실인 경우 시간이 경과함에 따라 점차 망인이나 그 유족의 명예보다는 역사적 사실에 대한 탐구 또는 표현의 자유가 보호되어야 하며 또 진실 여부를 확인할 수 있는 객관적 자료의 한계로 인하여 진실 여부를 확인하는 작업이 용이하지 아니한 점 등도 고려되어야 한다.”고 판시하였다.¹⁰⁾

나이가 위 판결은 “영리적 목적하에 일반 대중을 관람층으로 예정하여 제작되는 상업영화의 경우에는 역사적 사실을 토대로 하더라도 영화제작진이 상업적 흥행이나 관객의 감동 고양을 위하여 역사적 사실을 다소간 각색하는 것은 의도적인 악의의 표출에 이르지 않는 한 상업영화의 본질적 영역으로 용인될 수 있으며, 또한 상업영화를 접하는 일반 관객으로서도 영화의 모든 내용이 실제 사실과 일치하지는 않는다는 전제에서 이러한 역사적 사실과 극적 허구 사이의 긴장관계를 인식·유지하면서 영화를 관람할 것인 점도 그 판단에 참작할 필

7) 위 판결은 그 이유로, “역사적 사실은 당대에 있어서도 객관적 평가가 쉽지 아니한데다가 시공의 경과에 따라 그 실제적 진실의 확인이 더욱 어려워지는 관계로 이를 소재로 드라마를 창작, 연출함에 있어서는 명백하여 다툼이 없거나 객관적 자료로 뒷받침되는 단편적 사실만을 묶어 현실감 있는 이야기를 전개하기에는 근본적 한계가 있기 때문이라고 설명하고 있다

8) 같은 드라마에 대한 같은 취지의 민사판결로는, 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다8341, 8358 판결(미간행) 참조

9) 공2010하 1622

10) 이 부분 판시는, 백범김구 선생 암살사건의 논픽션 드라마에서 배우로 묘사된 자의 명예훼손에 대하여, 방송사가 그 방송내용이 진실하다고 믿었고 또 그렇게 믿을 상당한 이유가 있어 불법행위책임이 성립되지 않는다고 한, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결(공998상866)에서 이미 언급된 바 있다

요가 있다”고 판시하여, 특히 상업영화의 경우 역사적 사실에 대한 각색은 넓게 허용되어야 한다는 취지를 명백히 하였다. 또한, “영화가 허위의 사실을 표현하여 개인의 명예를 훼손한 경우에도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어 행위자에게 명예훼손으로 인한 불법행위책임을 물을 수 없다면 그 광고·홍보의 내용이 영화에서 묘사된 허위의 사실을 넘어서는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 광고·홍보행위가 별도로 명예훼손의 불법행위를 구성한다고 볼 수 없”고,¹¹⁾ “이러한 상업영화에 있어서 그 내용의 특정 부분을 적시하지 않은 채 진실이라고 광고·홍보하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 영화의 모든 내용이 진실이라는 의미라고 보아서는 아니 되고 전체적으로 역사적 사실에 바탕을 두었으며 극적 허구와의 조화 속에서 확인된 사실관계를 최대한 반영하였다는 취지로 이해하여야 할 것이다.”고 판시함으로써, 그에 대한 광고홍보행위까지 광범위하게 허용하고 있다.

나. 종교적 비판에 대한 보호 범위

한편, 종교적 비판행위는 다른 일반적인 언론출판행위보다 고도의 보장을 받는다는 취지를 재확인한 대법원 판결이 있었다.

즉, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다84236 판결¹²⁾은, 특정교회와 소속 목사의 교리에 이단성이 있다는 내용

의 광고를 종교신문에 게재하고 같은 내용의 보고서등을 작성하여 신학대학원 학생과 교단 총회에서 배포한 행위가 문제된 사안에서, “종교의 자유에 관한 헌법 제 20조 제 1항은 표현의 자유에 관한 헌법 제 21조 제 1항에 대하여 특별규정의 성격을 갖는다 할 것이므로, 종교적 목적을 위한 언론·출판의 경우에는 다른 일반적인 언론·출판에 비하여 고도의 보장을 받게 되고, 특히 그 언론·출판의 목적이 다른 종교나 종교집단에 대한 신앙 교리 논쟁으로서 같은 종파에 속하는 신자들에게 비판하고자 하는 내용을 알리고 아울러 다른 종파에 속하는 사람들에게도 자신의 신앙교리 내용과 반대종파에 대한 비판의 내용을 알리기 위한 것이라면 그와 같은 비판할 권리는 최대한 보장받아야 한다”고 판시하면서, 위 보고서 등의 내용에 다소 과장되고 부적절한 표현이 있다고 하더라도 이는 종교적 비판의 표현행위로서 위법성이 없다고 판시하였다.¹³⁾

이는 우리나라 헌법이 종교의 자유를 따로 규정하고 있는 점에 기초하여 특히 종교적 비판의 자유는 두텁게 보호되어야 한다는 것으로, 미국과 일본 등 외국에서는 특별히 종교적 언론을 더욱 두텁게 보호하여야 한다는 법리를 찾아보기 어려우나, 이러한 판시는 대법원 1996. 9. 6. 선고 96다19246, 19253 판결¹⁴⁾에서 처음 실시된 이래, 대법원 1997. 8. 29. 선고 97다19755 판결¹⁵⁾, 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도4486 판결¹⁶⁾, 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다87903 판결¹⁷⁾, 대법원 2007. 10. 26. 선고 2006도5924 판결¹⁸⁾ 등에서 누차 거듭된 것으로 대법

11) 그 이유로서, 실제 인물이나 역사적 사건을 모델로 한 영화라 하더라도 상업영화의 경우에는 대중적 관심을 이끌어 내기 위해 허위 사실을 사실로 묘사하여 통상적으로 광고·홍보행위가 수반되기 때문이라고 한다.

12) 미간행.

13) 원상에서는 보고서의 작성 배포만이 위법성이 없다고 보았으나, 대법원은 광고도 위법성이 없다고 보았다.

14) 집44(2)민172 공996하, 2983. 이는 우리나라 기독교 노회의 회장 서기 또는 그 노회 소속 교회의 목사 장로인 자들이 다른 교단 소속의 기도원 운영자를 비판한 행위 및 그에 맞선 기도원 운영자의 광고행위는 원고를 ‘고소 질하는 마귀’에 비유하는 등 다소 과장되거나 부적절한 표현을 사용한 바 있다 하더라도 근본적으로 종교적 비판의 표현행위에 해당되어 위법성이 없다고 판시한 사례이다.

15) 공997하, 2882.

16) 미간행. 다만, 이는 피고인이 배포한 전단지 배포 상대방, 문장의 표현 등에 비추어 보면 피고인의 이 사건 범행은 헌법에서 보장하는 종교적 자유의 한계를 벗어난 행위로서 위법성이 인정된다고 판단한 드문 사례이다.

17) 공2007상, 772.

18) 미간행.

원에서 다시 한번이 법리를 확인한 것이다. 이로써 종교적 비판의 표현행위는 명백한 허위사실의 적시와 같은 특별한 사정이 없는 한 명예훼손의 성립이 인정되는 경우는 거의 없을 것으로 추측된다.

다. 공직자 등의 명예훼손에 대한 판례

(1) 명예훼손 책임을 부인한 판례

앞서 본 바와 같이 우리 대법원은 공직자의 도덕성·청렴성에 대한 의혹제는 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다고 판시하여 그 책임의 인정을 엄격히 제한하고 있는바, 이러한 취지는 2010년의 여러 판결에서도 확인되고 있다.

즉, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009도12132 판결¹⁹⁾은, 피고인이 인터넷 게시판에 허위사실을 적시하여 유학원 및 그 대표의 명예를 훼손하였다는 이유로 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률제9119호로 개정되기 전의 것) 위반으로 기소된 사안에서, 피고인이 진실이라는 점을 소명할 구체적이고 객관적인 자료를 전혀 제시하지 못하였다는 이유만으로 위 사실들이 허위이고, 피고인이 이러한 사실들이 허위라고 인식하고 있었다고 판단하여 이를 유죄로 인정한 원심을 파기환송하였다.

한편, 하급심판결도 공직자에 대한 명예훼손 책임을 제한적으로 인정함으로써 공직자에 대한 비판을 폭넓게 허용하고 있다.

먼저, 미국산 쇠고기 수입판매업자가 정부의 미국산 쇠고기 수입협상 체결을 비판하는 취지의 방송을 제작·보도한 문화방송 'PD수첩' 프로그램 제작진 등을 상대

로 영업방해 등으로 인한 손해배상을 청구한 사안에서, 서울남부지법 2010. 2. 9. 선고 2009가합17586 판결²⁰⁾은, 위방송에 다소 허위이거나 과장된 내용이 포함되어 있더라도 위방송의 전반적인 내용 및 의도는 쇠고기 수입업자 등의 영업을 방해하는데 있지 않고 충분한 여론수렴 과정을 거치지 않은 채 우리나라 정부가 미국 정부와 사이에 기존 수입위생조건보다 상당히 완화된 내용으로 쇠고기 수입 협상을 체결한 것을 비판하는 데 있음이 분명한 점 등에 비추어 볼 때 위방송보도가 영업방해의 위법행위를 구성한다고 보기 어렵다고 판시하였다.

나아가, 위방송이 우리나라 협상단 대표와 주무부처 장관의 자질 및 공직수행 자세를 비하함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여 공직자들인 위 피해자들의 명예를 훼손하였다고 하여 기소된 형사사건의 항소심인 서울중앙지법 2010. 12. 2. 선고 2010노380 판결²¹⁾ 또한, 위방송 중 다운너스, 아레사빈슨, MM형 유전자 관련 각 보도가 허위이지만 관련 피해자들이 공적인 인물에 해당하고 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이라 할 수 없다는 등의 이유로 무죄라고 판시하였다.

또한, 국회위원 박 모씨가 측근을 통하여 한 사학재단 소유주에게 3,000만원의 정치자금을 요구하여 전달받았다는 뉴스방송이 허위사실을 보도하여 명예를 훼손하였다며 손해배상을 구한 사건에 대하여, 서울남부지법 2010. 2. 16. 선고 2008가단96240 판결²²⁾은, "원칙적으로 언론매체가 보도한 내용이 공적인 영역에 관한 경우에는 사적인 영역에 관한 경우에 비하여 언론권의 보호영역권이 더 넓어지도록 경계선을 설정해야 한다. 특히 언론매체가 보도한 내용이 공직자의 도덕성·청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부와 관련된 경우에는 공직자에 대한 감시와 비판

19) 공2011상 70.

20) 각공2010상, 553.

21) 미간행 상고되어 대법원 계속중.

22) 언론중재2010년 여름호 142면.

이라고하는 언론기능의 보호영역권이 좁아지게 만드는 경계선을 함부로 설정해서는 안된다. ... 이 사건에서 피고OO방송이 이 사건 보도를 할 당시를 기준으로 살펴본다면, 이 사건 보도가 원고에 대해 악의적인 면을 가지거나, 아주 과도하게 공격적인 면을 가졌다고 볼 수는 없다.”며, 위 보도의 위법성을 부인하고 원고의 청구를 기각하고 있다.

끝으로, 국민건강보험공단이 한해 970명의 대리를 과장으로 승진시켜 연 35억원의 인건비를 추가 부담하였고 ‘공기업선진화우수기관’이 되기 위하여 노조에 승진약속을 하였다는 일간신문의 기사가 문제가 된 사안에서, 서울서지법 2010. 3. 16. 선고 2009가합8789 판결²³⁾은, 위 승진에 따른 원고의 추가 부담 인건비의 액수가 연간 총 35억 원이 아니라 24억 원 정도라 하더라도, 위 기사의 중요한 부분이 객관적 사실에 합치되는 이상 인건비 액수의 차이는 세부에 있어 진실과 약간 차이가 나는 것에 불과하므로 위 기사가 객관적 사실에 어긋난다고 볼 수 없으며, 원고의 노조운영위원회 회의 결과보고서 및 공지사항, 정원 관련 규정, 직원 인원수의 현황 등 객관적 자료에 근거를 두고 작성되었고, 기사의 마지막 부분에 원고의 해명을 보도하였으며, 다른 언론매체와 국정감사에서도 위 기사내용과 비슷한 지적이나 의혹이 제기된 사실을 인정할 수 있는 점 등을 고려하면 위와 같은 의혹의 제기가 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 것으로서 위법하다고 할 수 없다고 판시하였다.

(2) 명예훼손 책임을 인정한 사례

그러나 공인 또는 공적 사항에 대한 비판이라도 아무런 근거 없이 의혹을 제기한 경우에는 언론사의 책임을 지우는 하급심 판결이 있었다. 즉, 모 여당 국회의원이 가명으로 한 달에만 무려 846개의 글을 인터넷 게시판(아

고라)에 올려 그곳을 혼탁하게 한 사실이 드러났다는 취지의 잡지 기사가 문제가 된 사건에서, 의정부지법 고양지원 2010. 2. 17. 선고 2009가합518 판결²⁴⁾은, 위 기사가 허위임이 인정되며, 원고가 국회의원으로서 공인이고 그 내용이 국회의원으로서의 자질이라는 공적인 관심 사안에 관한 것인 점을 감안하더라도, 피고 회사가 진위 여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였다거나 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되어 이를 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었다고 보기에 부족하고, 이는 인터넷 상에서 여러 사람이 동일한 대화명을 사용하는 것이 가능하고, 원고가 댓글 사건 직후부터 자신은 위 글 게시자와 무관함을 여러 경로를 통해 해명하였고, 위 잡지의 배포 직전에도 잡지사에 연락하여 현재 수사가 진행중이므로 담당 경찰관을 통해 사실관계를 확인하여 줄 것을 요청하면서 담당 경찰관의 전화번호까지 알려주었으며, 위 잡지나 기사의 성격상 신속하게 일반에게 공개할 것이 요청된다고 볼 만한 사정도 없는 점 등을 고려하여 위 기사가 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 없었다고 판시하였다.

또한, 야당 대표가 장관 재직 시절 사기업체 사장으로 부터 공사 사장 후보 추천 등의 대가로 측근을 통해 2만 달러를 수수한 의혹이 있다는 일간신문의 보도에 대하여, 서울중앙지법 2010. 9. 15. 선고 2009가합147092 판결²⁵⁾은, 위 기사를 작성한 기사는 ‘구체적으로 밝힐 수 없는 검찰 내 취재원으로부터 위 사기업체 사장이 원고의 측근인 강모씨에게 2만 달러를 교부하였고, 위 측근도 검찰 조사 시 이를 시인하였다는 말을 들었으나, 그 진위 여부에 대하여는 위 강모씨에게 직접 확인을 한 바는 없다는 취지로 증언하였고, 나아가 증인 자신도 원고가 2만 달러를 받았을 가능성은 낮다고 보았다고 증언하고 있으며, 이처럼 기사가 신원조차 밝히지 않고 있는 정보원의

23) 미간행, 항소심서 조정성립.

24) 미간행, 상고되어 현재 대법원 계속중.

25) 미간행, 판결선고 후 소추화로 종결.

말만 믿고 2만 달러 수수의 당사자인 위 측근이나 원고에게 확인도 하지 아니한 채 위 기사를 게재하였다는 점에서 피고가 위 내용이 진실이라고 믿는데에 상당한 이유가 있다고 할 수 없다고 판시하고 있다.

라. 국가에게 명예훼손소송의 원고적격이 인정되는지 여부

한편, 개인이 아닌 국가가 명예훼손의 피해자로서 손해배상소송의 원고적격이 있는지 여부를 판단한 하급심 판결이 있어 상급심에서의 귀추가 주목되고 있다. 즉, 시민운동가인 박모씨가 한 잡지와와의 인터뷰에서 국가정보원이 시민단체에 대한 민간사찰을 하였다고 진술한 데 대하여 국가인 대한민국이 명예훼손으로 인한 손해배상을 청구한 사안에 대하여, 서울중앙지법 2010. 9. 15. 선고 2009가합103887 판결²⁶⁾은, 국가는 기본권보장 의무수범자이지 그 향수주체가 아니며, 국가나 국가기관이 업무를 정당하게 처리하고 있는지 여부는 국민들의 광범위한 비판과 감시의 대상이 되고 국가가 당연히 이를 수용하여야 하고, 형법상 국가는 명예훼손의 피해자가 될 수 없는 것으로 해석되며, 국가는 잘못된 보도에 대하여 충분하고도 유효적절한 대응수단을 가지고 있다고 보이고, 아무 제한 없이 국가의 피해자적격을 인정하면 언론가 봉쇄되고 소송이 남발될 우려가 있는 점 등에 비추어 국가는 원칙적으로 명예훼손으로 인한 피해자로서 소송을 제기할 적격이 없다고 보아야 한다고 판시하면서, 다만 국가도 부여된 과제와 기능을 수행함에 있어 최소한의 사회적 승인 내지 신뢰를 필요로 하며, 국가라는 이유만으로 명백한 허위사실의 유포나 악의적인 비

방과 같이 언론의 자유를 현저히 일탈하는 남용행위에 대해서까지 법적인 보호를 외면할 필요는 없는 점 등을 감안하면, “국가는 언론매체나 제보자의 명예훼손 행위가 감시·비판·견제라는 정당한 활동의 범위를 벗어나 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우에 한하여 예외적으로 명예훼손으로 인한 피해자가 될 수 있다고 봄이 상당”하다고 판시하며 원고의 청구를 기각하였다.

영미에서는 판례법상 국가가 명예훼손소송의 원고가 될 수 없다는 법리가 확립되어 있는 것으로 보이나²⁷⁾ 대륙법계에서는 이러한 법리가 확립되어 있다고 할 수 없다. 국가도 법인으로서 권리의무의 주체가 될 수 있는 한 명예훼손소송의 적격이 없다고 할 것은 아니고 다만 국가에 대한 명예훼손의 성립범위를 제한적으로 인정함이 타당하지 않을까 생각된다.

3. 방송사의 취재결과물 등에 대한 정보공개청구의 허용여부

방송사의 취재물에 대한 정보공개청구는 국민의 알 권리의 측면에서는 널리 허용되어야 하지만, 취재결과가 제한 없이 외부에 공개된다면 취재원이 취재를 꺼려하고 취재한 내용이 보도되지 아니한 이유에 대한 논란이 생길 수 있는 등 방송의 자유 및 독립에 대하여는 부정적 효과가 초래될 수 있다.

이와 관련하여, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97대19038 판결²⁸⁾은, 한국방송공사(KBS)가 황우석 교수의 논문 조작 사건에 관한 사실관계의 진실 여부를 밝히기 위하여 제작한 ‘추적 60분’ 가제 “새튼은 특히를 노렸나” 인 방송

26) 언론중재 2010년 겨울호 162면, 항소심 계속중

27) Robert D. Sack, *Sack on Defamation* (PLI Press, 1999), §2.10.1 n.554; Rodney A. Smdia, *Law of Defamation*, (Clark Boardman, 1990), §4.11[4] at 4-56; *New York Times Co. vs. Sullivan* 376 U.S. 254, 287 (1964) (dicta) 이는 정부에 대한 비판의 자유를 확보하기 위한 측면박용상, 명예훼손법 현안사, 2008 60면과 국가가 명예훼손에 대한 광범위한 면책특권을 향유하는 것과의 균형상 그런 것이라도 한다(Smdia, at 4-57). 그리하여 국가가 직접 손해배상 소송을 제기하지 않고 통상 관련 공무원이 자기 개인의 명예가 훼손되었다는 이유로 소송을 제기하며, 위 *New York Times Co. vs. Sullivan* 사건도 경찰이 시위를 과잉진압하였다고 비판한 의견 광고에 대하여 경찰책임자가 개인자격으로 소송을 제기한 것이다.

28) 공1998상 865.

용 60분 분량의 편집원본 테이프 1개에 대하여 정보공개 청구를 하였으나 한국방송공사가 정보공개청구접수를 받은 날로부터 20일 이내에 공개 여부 결정을 하지 않아 비공개결정을 한 것으로 간주된 사안에서, 방송법이라는 특별법에 의하여 설립 운영되는 한국방송공사(KBS)는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제2조 제4호의 특별법에 의하여 설립된 특수법인으로서 정보공개 의무가 있는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호의 '공공기관에 해당한다고 판단하면서도, "방송사의 취재활동을 통하여 확보한 결과물이나 그 과정에 관한 정보 또는 방송프로그램의 기획·편성·제작 등에 관한 정보는 경쟁관계에 있는 다른 방송사와의 관계나 시청자와의 관계, 방송프로그램의 객관성·형평성·중립성이 보호되어야 한다는 당위성 측면에서 볼 때 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보'에 해당한다고 볼 수 있는바, 개인 또는 집단의 가치관이나 이해관계에 따라 방송프로그램에 대한 평가가 크게 다를 수밖에 없는 상황에서, 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 정보공개청구의 방법으로 방송사가 가지고 있는 방송프로그램의 기획·편성·제작 등에 관한 정보 등을 제한 없이 모두 공개하도록 강제하는 것은 방송사로 하여금 정보공개 결과로서 야기될 수 있는 각종 비난이나 공격에 노출되게 하여 결과적으로 방송프로그램 기획 등 방송활동을 위축시킴으로써 방송사의 경영·영업상의 이익을 해하고 나아가 방송의 자유와 독립을 훼손할 우려가 있다. 따라서 방송프로그램의 기획·편성·제작 등에 관한 정보로서 방송사가 공개하지 아니한 것은, 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보나 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보를 제외하고는, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제7호에 정한

'법인 등의 경영·영업상 비밀에 관한 사항'에 해당할 뿐만 아니라 그 공개를 거부할 만한 정당한 이익도 있다고 보아야 한다"고 판시하여 비공개결정이 정당하다고 판단하고 있다.

이는 취재 및 방송의 자유와 독립을 보다 충실히 보장하고자 하는 취지의 판결이라 할 것이다. 다만, 이는 어디까지나 일반국민이 행하는 정보공개청구의 측면에서 내려진 판단일 뿐, 특별한 공익상 필요에 의하여 법원이 발하는 방송취재물에 대한 제출명령이나 압수에는 그대로 적용될 수는 없을 것이다.²⁹⁾

4. 모멸적 표현에 의한 인격권 침해

명예훼손이 성립되기 위해서는 사실의 적시가 필요하지만 의견 내지 논평을 표명하는 형식의 표현행위라 하더라도 그 전체적 취지에 비추어 의견의 근거가 되는 숨겨진 기초사실에 대한 주장이 묵시적으로 포함되어 있는데다가 그 사실이 타인의 사회적 평가를 침해할 수 있다면 명예훼손이 성립할 수 있다. 그러나 순수하게 의견만을 표명하는 것은 타인의 명예를 훼손하는 행위가 될 여지가 없고, 단순히 그 사회적 평가에 영향을 미치는 비판적인 의견을 표명하였다는 사유만으로는 명예훼손이 성립하지 않지만, 만일 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당한다면, 명예훼손과는 별개 유형의 불법행위를 구성할 수 있다는 것이 우리 대법원 판례의 입장이다.³⁰⁾

그런데 어떤 표현이 이른바 모욕적이거나 경멸적인 표현에 해당하는가는 구체적인 사정을 감안하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이나, 이에 관하여 선례가 될 만한 하급심 판례가 있었다.

즉, 한 인터넷신문사에서 개그우먼 김 모씨가 자녀의 성본명 경 후모(母)의 사망에 따른 자녀의 법적 지위와 관련하여 어느 스포츠신문 기지와 인터뷰한 내용에 관하

29) 취재물이나 언론사에 대한 압수·수색의 허용범위에 대해서는, 김사철, "언론사의 압수·수색", 언론관계소송(한국법행정학회, 2007) 508면 참조

30) 대법원 2002.1.22. 선고 2000도B7524, 37531 판결(집50(1)민43 공2002상 522) 등 참조

여, 『김OO발언의 반인륜성과 무자비한독선』이란 제목으로 '이런 패륜을 즐기는 정신나간 여자들 때문에 세상 살기가 더 피곤하다'는 취지의 칼럼을 보도하고, 『친노 연예인들은 어떻게 될까?』 등의 제목으로 원고에 대하여 '노빠', '반미주의자', '좌파방송인' 이라고 표현한 것이 문제된 사안에서, 서울중앙지법 2010. 2. 17. 선고 2009가단168078 판결³¹⁾은, 위 칼럼의 주요 내용은 원고의 발언 내용에 대한 비판으로서 의견 내지 논평에 해당한다고 보이나, 칼럼 중 '반인륜적독선', '독선과 패륜', '패륜을 즐기는 정신나간 여자' 라는 등의 표현은 원고에 대하여 모멸적인 표현에 의한 악의적인 인신공격에 해당하거나 의견 표명의 한계를 일탈한 것으로 불법행위를 구성한다고 판시하면서, 반면 원고에 대하여 '노빠', '반미주의자', '좌파방송인' 이라고 표현하였다는 부분은 위 기사 및 칼럼이 원고의 그동안의 활동을 기초로 원고의 정치적인 이념 내지 성향을 표현하기 위한 방편으로 '친노연예인' 등의 표현을 사용함으로써 원고의 정치적인 이념 내지 성향에 대한 논평 혹은 의견 표명을 한 것으로 보이고, 위와 같은 표현이 원고에 대하여 구체적 사실을 적시하여 원고의 명예를 훼손한 표현행위라고 볼 수는 없다고 판시하였다.

또한, 유명한 진보논객 진 모씨가 그를 비판하는 변 모씨에 대하여, 인터넷의 모정당 게시판에 "조중동은 왜 이 함량미달의 듣보잡³²⁾을 키워줄까요? 방송과 인터넷 까는 일에 내세우는 거죠. 조중동이라고 명칭하겠습니까? 함량이 모자라도 창피한 줄모를 정도로 명칭하게 충성할 사람은 그밖에 없으니 싹 맛에 갖다 쓰는 거죠."라

는 글을 게시하고, 인터넷포털의 자신의 블로그에 『비운 드보르잡³³⁾의 근황...』이란 제목으로, "요새 통 얼굴 보기 힘드네. 난 아직 시작도 안했는데 벌써 개집으로 숨어버렸나? 비운 드보르잡이 지금 뭐하고 있을까요?" 라는 글을 게시한데 대하여, 서울중앙지법 2010. 7. 16. 선고 2010노615 판결³⁴⁾은, 피고인이 게시한 위 글 중 특히 '듣보잡', '함량미달', '함량이 모자라도 창피한 줄모를 정도로 명칭하게 충성할 사람', '싹 맛에 갖다 쓰는 거죠', '비운 드보르잡', '개집' 등의 표현은 피해자를 비하하여 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현한 것으로서 모욕적인 언사에 해당한다고 판시한바 있다.³⁵⁾

Ⅲ. 초상권 침해 등



1. 초상권 침해

우리 대법원은 초상권의 침해에 대하여, 사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로도 보장되고 있는 권리이며, 초상권에 대한 부당한 침해는 불법행위를 구성하고, 위 침해는 그것이 공개된 장소에서 이루어졌거나 민사소송의 증거를 수집할 목적으로 이루어졌다는 사유만으로는

31) 미공간 항소심에서 청구포기.

32) 듣도 보도 못한 잡놈이란 의미한다.

33) '변학재 듣보잡'을 말한다.

34) 미간행 상고되어 현재 대법원 계속중.

35) 나야기 위판결은, "피고인이 그 주장과 같이 피해자가 먼저 피고인에 대하여 모욕적인 표현을 사용하여 근거 없는 비난을 하였다고 판단하여 이를 반박하려는 취지에서 위 글을 게시한 것이었다 하더라도, 피해자의 구체적 행태를 논리적·객관적인 근거를 들어 비판하는 것이 아니라 오로지 피해자를 비하하고 조롱하려는 것으로, 위 모욕적인 표현들이 반복되고 위 글 전체에서 상당부분을 차지하고 있는 점, 피고인이 자신의 판단과 의견의 타당함을 논리적·객관적인 근거를 들어 강조하는 과정에서 그 글을 진기함에 있어 필요하여 부분적으로 모욕적인 표현을 사용한 것에서 크게 벗어나 피고인이 주장하는 바와 관계가 없거나 굳이 기재할 필요도 없는 모멸적인 표현들을 계속하여 사용하면서 피해자에 대하여 인신공격을 가한 경우에 해당한다고 봄이 상당하므로, 피고인의 행위를 사회상규에 위배되지 아니한다고 할 수 없다고 판시하였다.

정당화되지 아니한다고 판시한 바 있다.³⁶⁾

그런데 근래의 보도는 사진이나 영상이 함께하는 경우가 많은바 어떤 경우에 초상권침해를 구성하지 않는지가 문제되는데,³⁷⁾ 이에 관한 중요한 선례가 될 만한 하급심판례가 있었다.

먼저, 공공장소에서 이루어진 집회·시위장면을 사진으로 찍어 함께 보도한 것이 초상권침해로서 불법행위를 구성하는지가 문제된 사안에서, 서울중앙지법 2010. 1. 27. 선고2009가합81994 판결³⁸⁾은, 피고들이 원고의 사전 동의 없이 사진을 촬영하여 게재한 것은 특별한 사정이 없는 한 원고의 초상권을 침해한 것이 된다고 하면서도, 공공장소에서의 집회·시위란 본질적으로 참가자들이 자신의 의사를 널리 일반에 알리기 위한 것이고 보도의 자유 역시 언론의 자유에 관한 헌법 제21조에 따라 보장되는 헌법상의 권리인 점 등을 고려할 때 공공장소에서 이루어진 집회·시위 현장에서 사진을 촬영하여 보도하는 행위는 독자에게 왜곡된 사실을 전달하거나 특별히 피촬영자를 모욕하거나 비방할 목적으로 이루어진 경우가 아닌 한 면책된다고 보아야 할 것이라고 판시하였다.

반면, 피고 방송사가 뉴스 프로그램에서 설 연휴 실시간 교통상황을 보도하던 중 원고가 고속도로 요금소에서 요금을 징수하고 있는 장면을 3초간 방영한 것이 초상권 침해에 해당하는지가 문제된 사안에서, 부산지법 2010. 3. 26. 선고2009마18455 판결³⁹⁾은, 위 프로그램

중에 원고의 초상을 넣지 않으면 안 될 필연성이나 긴급성이 보이지 아니하고 원고가 직업상 고속도로 이용자들에게 그 모습이 노출된다는 것과 함부로 촬영되어 방송에서 공표되는 것을 원고의 초상권 침해 정도에 관하여 동등하게 평가할 수 없다는 점에서 침해의 상당성을 인정하기 어렵고, 원고의 얼굴을 모자이크하는 등의 방법이 있었음에도 원고의 얼굴을 그대로 방영한 점에서 보충성도 인정되지 않는다고 하여 위법성이 조각되지 않는다고 판시한 바 있다.

그러나 촬영장소가 사적 공간이 아니고, 원고를 미행하거나 몰래 촬영한 것도 아니며, 원고에 대한 부정적인 내용을 담고 있는 것도 아니고, 모자이크 등 처리는 방송 효과를 저감하며 언론사에도 큰 부담을 지우는 점에서 위 판결의 판지에는 동의하기 어렵다.⁴⁰⁾

2. 퍼블리시티권 침해

일반적으로, 타인의 사진 등을 허락 없이 광고 등에 영리적으로 이용하는 행위는 퍼블리시티(publicity)권의 침해로서 불법행위에 해당한다는 판결이 있어 왔던 바⁴¹⁾, 2010년도에도 이에 관한 하급심판례가 있었다.

즉, 서울서부지법 2010. 4. 21.자 2010가합245 결정⁴²⁾은, “어떤 사람의 성명 전부 또는 일부를 그대로 사용하는 것은 물론 성명 전부 또는 일부를 그대로 사용하지 않더라도 그 사람을 나타낸다고 볼 수 있을 정도로 이를

36) 대법원 2006. 10. 13. 선고2004대6280 판결(주542)민, 37; 공2006하1897). 이는 교통사고 피해자들이 보험회사를 상대로 한 손해배상 청구 소송에서 보험회사 직원들이 원고들의 후유장애 정도에 대한 증거자료를 수집할 목적으로 원고들 몰래 원고들의 아파트 주차장 등지에서 원고들을 몰래 지켜보거나 미행하고 때때로 찍는 차량으로 뒤따라가 사진을 촬영하여 법원에 제출한 사건에 대한 것으로 불법행위의 성립을 인정하였다.

37) 이에 대하여는 한우수, “사진의 무단촬영·사용과 민사책임, 민사재판의 제문제 8편(민사실무연구회, 1994), 209면 이하; 함석헌 “초상권”, 언론관계소송(한국사법행정학회, 2007) 345면 이하 참조.

38) 언론중재 2010년 봄호 122면 확정.

39) 언론중재 2010년 여름호 151면 확정.

40) 그런 취지에서 위 판결의 1심판결인 부산지법 2009. 9. 22. 선고2009가합23128 판결(언론중재 2010년 여름호 153면)은 위법성이 조각된다고 판단하였고, 독일의 예술자권법 제23조 제1항 제2호는 인물이 단지 경치 기타 장소에 부수적인 것으로 보이는 사진은 전파와 공개를 방해하지 않는다고 규정하고 있다고 한다(박용상, 명예훼손법, 한양사, 2008 547면).

41) 한우수, “퍼블리시티권의 침해와 민사책임(상)(하)”, 인권과 정의 242/243호(대한변호사협회 1996.10/11), 28면/109면 이하 참조.

42) 각공2010상 87.

변형하여 사용하는 경우에도 퍼블리시티권을 침해한 것으로 볼 것”이라며, 전직 프로야구 선수들의 사전 동의 없이 위 선수들의 성명을 영문 이니셜로 변경하여 인터넷 야구게임에 등장하는 캐릭터에 사용한 행위가 위 선수들의 퍼블리시티권을 침해한 것이라고 하여 그러한 사용을 금지하는 가처분신청을 인용하였다.⁴³⁾

이처럼 초상권 또한 퍼블리시티권의 침해에 관한 소송이 이어지는 것은 관련업계에서 아직 이들 권리에 대한 인식이 미흡한 상태에 있기 때문이 아닌가 여겨진다.

IV. 표현의 자유에 관한 헌법재판소의 결정



1. 인터넷상의 허위내용의 글 게재와 관련하여

2010년 헌법재판소에서는 인터넷상의 표현의 자유에 대한 획기적으로 중요한 결정이 내려졌다. 즉, 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 결정⁴⁴⁾은, 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항의 위헌여부가 문제된 사안⁴⁵⁾에서, “이 사건 법률조항은 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로, 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용된다. 그런데 이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적”의 허위의 통신을 금지하는바, 여기서의 “공익”은 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권 제한에 필요한

최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판의 자유의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. 따라서 어떠한 표현행위가 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없으며, 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다. 나아가 현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분인바, 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위한 공간간 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것도 아니다. 결국, 이 사건 법률조항은 수범자인 국민에 대하여 일반적으로 허용되는 ‘허위의 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지 고지하여 주지 못하고 있으므로 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배하여 헌법에 위반된다”고 판사하였다.

나아가 5인의 재판관(재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환)의 보충의견은, “허위사실의 표현 도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있는 것” 일뿐인데, 공익을 해할 목적의 허위사실을 내용으로 하는 통신을 처벌한다면, “‘공익’ 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다 함께 규제하게 되”고, “자신이 행하고자 하는 표현이 규제 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체로 하여금

43) 이러한 결정의 배경에는, 피신청인들이 이전에 신청인 선수들의 동의를 받지 아니한 채 선수들의 성명, 선수시절 소속구단 및 수비위치 등 선수자들의 인적 정보를 이 사건 게임에 등장하는 야구선수 캐릭터에 사용하였다가 이를 금지하는 가처분이 발령되자 이 사건 게임의 다른 요소는 변경하지 아니한 채, 선수들의 성명만을 이 사건 각 이니셜로 변경하여 사용하고 이용자들에게 선수들의 성명을 이니셜로 변경했다는 내용의 공자까지 하였으며, 이 사건 게임의 이용자들에게는 이 사건 각 이니셜이 신청인 선수들을 지칭하는 것으로 쉽게 인식되고 있는 점이 고려되었다

44) 헌재공보 17호, 132

45) 이는 피고인이 진보신당의 홈페이지 및 인터넷포털사이트의 카페에 접속하여 경찰이 미국산 쇠고기 수입반대 집회 집압과정에서 시위여성을 강간하였다는 등의 허위의 글을 게재하고 피고인이 직접 조작한 합성사진을 게재한 것으로 기소된 사안(2008헌바157과, 피고인이 인터넷포털사이트 다음(Daum)의 ‘이교과’ 경제토론폰방에 외환보유고 고갈되어 외화예산 환전 업무가 중단되었다는 취지의 허위내용의 글과 정부가 주요 7대 금융기관 및 수출입 관련 주요 기업에 달러매수를 금지할 것을 긴급 공문 발송했다는 취지의 허위내용의 글을 작성 게시한 것으로 기소된 사안(2009헌바88)에 대한 것이다.

규제를 받을 것을 우려하여 스스로 표현행위를 억제하도록 할 가능성이 높”으므로 과잉금지원칙에도 위배된다고 판시하였다.⁴⁶⁾

위 헌법재판소 결정에 따르면 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항은 ‘공익’의 개념이 불명확하여 무효이므로, 공익을 해할 목적으로 인터넷에 허위내용의 글을 게시하더라도 처벌할 수 없게 되는 결과가 초래되었다.

생각건대, 인터넷상 표현의 자유를 충분히 보장하기 위해서나 죄형법정주의 원칙상 ‘공익을 해할 목적’이라는 개념을 명확히 할 필요가 있다는 점을 인정하더라도⁴⁷⁾ 허위임을 인식하고 있는 허위사실의 주장은 헌법상 보호의 가치가 전혀 없는 점을 감안하면⁴⁸⁾ 과잉금지의 원칙을 위반한 것이라고 보는 것에는 의문의 여지가 많다고 생각된다.

2 선거운동의 규제와 표현의 자유

2011년 한 해 동안 헌법재판소는 공정선거를 위하여 각종 선거운동을 규제하고 있는 선거법상의 조항이 표현의 자유를 침해하는 것으로 무효가 아닌지가 문제된 여러 사안에서 모두 합헌결정을 내렸다.

즉, 인터넷언론사에 대하여 선거운동기간 중 당해 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 실

명을 확인하도록 하는 기술적 조치를 할 의무, 위와 같은 글이 “실명인증”의 표시가 없이 게시된 경우 이를 삭제할 의무를 부과한 구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제 8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제 9974호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항의 위헌여부가 문제된 사안에서, 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌마324 결정⁴⁹⁾은, 위 법률조항은 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정이 위협받아 발생하는 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정되고 그 수단의 적합성 또한 인정되며, 인터넷의 특성상 흑색선전이나 허위사실이 빠르게 유포되어 정보의 왜곡이 쉬운 점, 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기 불가능한 점, 인터넷이용자의 실명이 표출되지 않고 다만 ‘실명확인’ 표시만이 나타나는 점을 고려하면, 피해를 최소화하기 위한 요건도 갖추었다는 이유로 과잉금지의 원칙에 위배되지 않으며, 명확성의 원칙이나 검열금지의 원칙에도 위배되지 않는다고 판시하였다.

또한, 선거운동기간 전의 선거운동을 원칙적으로 금지하면서 후보자와 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동을 할 경우에는 그 예외를 인정하는 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제 7681호로 개정된 것) 제59조 제3호가 문제된 사안에서, 헌법재판소 2010. 6. 24. 선고 2008헌마169 결정⁵⁰⁾은, “모든 국민에게 선거운동기간 전에 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동을 허용하게 되면 과열되고 불공정

46) 반면 2인의 재판관(재판관 이동훈, 재판관 목영준)은, 이 사건 법률조항 중 “공익을 해할 목적”은 초과주관적 구성요건으로서 이는 객관적 구성요건 행위와 같은 정도의 명확성을 요구할 것은 아니며, 법률상 ‘공익’ 개념은 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하고, 공익을 ‘해할 목적’은 행위주의 목적이 공익을 해하는 것인 때를 의미하는바, 그 의미가 불명확하다고 보기 어렵고, 전기통신설비에 의한 허위사실의 유포는 강한 파급력을 가진 점 명백한 허위의 사실이라도 통신이용자들에게 의하여 자율적으로 신속하게 교정되기가 매우 어려운 점, 허위사실을 둘러싼 장시간의 논쟁에 막대한 사회적 비용이 소모될 수 있는 점 등을 참작하면, 지금 우리의 현실에서 일정한 범위의 명백한 허위통신에 대하여는 통상의 표현행위보다 엄격한 규제를 할 필요성이 있다는 등의 이유로 과잉금지의 원칙에 위배되지도 아니한다고 판단하고 있다.

47) 예컨대, ‘정부의 정책수행 능력 및 정책의 공정한 집행에 대한 신뢰도를 저하시킬 목적으로’, ‘폭력시위를 조정할 목적으로’, ‘주식시장이나 외환시장의 혼란을 초래할 목적으로’ 등과 같이 구체화하는 방안을 강구할 만하다.

48) 그러하여 객관적으로 명백하게 입증된 허위사실의 주장은 표현의 자유의 보호범위에 속하지 않는다(한수용, 헌법학, 법문사, 2010, 707면), 역사적인 허위사실의 주장과 이미 표현행위의 시점에서 허위성이 확정된 사실주장이 금지됨은 당연하다는 견해(박용상, 명예훼손법 헌안서, 2008 316면)가 있다.

49) 판례집 22-나 상, 347.

50) 판례집 22-나 하, 497.

한 선거가 자행될 우려가 크고, 이것이 후보자의 당선여부에 큰 영향을 미칠수 있는바, 이러한 부작용을 막으면서 현실적인 선거관리의 한계를 고려한다면 일반 유권자에 대하여 선거운동기간 전에는 다른 선거운동과 마찬가지로 이를 금지하는 외에 선거운동의 자유와 선거의 공정성을 조화하기 위한 달리 효과적인 수단을 상정하기 어렵고, “온라인 공간의 빠른 전파가능성 및 익명성에 비추어 볼 때, 허위사실 공표의 처벌이나 후보자 등의 반론 허용 등 단순한 사후적 규제만으로 혼탁선거 및 선거의 불공정성 문제가 해소되기는 어렵고, 선거 관리에 막대한 비용과 시간을 필요로 하여 사실상 선거관리를 불가능하게 한다는 측면에서 보면, 최소침해성 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 선거의 공정과 평온에 비추어 일반 유권자가 선거운동기간 전에 한정하여 선거운동을 할 수 없다는 제한의 정도가 수인이 불가능할 정도로 큰 것은 아니므로” 과잉금지의 원칙을 위배하였다고 보기 어렵다고 판시했다.⁵¹⁾

나아가, 헌재 2010. 2. 25. 선고 2008헌바10 결정⁵²⁾은, 선거운동기간 전 ‘각종 인쇄물’을 사용하여 선거운

동을 하는 경우를 형사처벌하도록 규정한 구 ‘지방교육자치에 관한 법률’(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정되고, 2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전부 개정되기 전의 것) 제158조 제2항 제1호가 문제된 사안에서, “입법자가 사전선거운동을 제한하는 규제방식을 채택한 것은 지방교육자치에 가진 전문성과 특수성을 감안한 것으로서 선거의 지나친 과열과 혼탁, 나아가 정치권의 과도한 개입을 차단하기 위한 목적을 가진 것이라 판단되고, 그와 같은 입법목적은 정당하며, 사전선거운동의 금지라는 방법은 그와 같은 입법목적 달성을 데 적합한 수단이다”는 이유에서 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.⁵³⁾

이는 우리나라의 정치문화 내지 선거문화의 수준을 감안하여 선거운동에 있어서의 표현의 자유와 선거의 공정성이라는 상반되는 두 가지 이익 중 후자 쪽에 중점을 둔 종래의 결정⁵⁴⁾과 궤를 같이 하는 것이나, 우리나라 선거문화 수준의 향상 등에 맞추어 앞으로의 변화가 기대되는 부분이라고 생각된다.

51) 또한 “유권자는 후보자와는 달리 전적으로 타인(후보자)에 대한 정보 및 의견 등을 게시하는 경우라 할 것이므로, 후보자 본인이나 자기 자신의 정보를 게시하는 경우에 비하여 정보의 신뢰성 담보가 어렵고, 허위정보에 의해 선의의 유권자의 의사결정을 왜곡할 가능성이 적지 않다 또한 온라인의 빠른 전파가능성 때문에 게시물의 원칙적 지를 알 수 없는 경우가 많아 사후적인 선거관리 및 규제가 어려우므로, 유권자에 비하여 신뢰성이 용이하여 선거관리가 상대적으로 쉽고, 허위정보에 대한 시정 조치나 형사제재가 즉각적으로 이루어질 수 있는 후보자의 경우와 차이가 있다. 따라서 후보자 등과 유권자에게 인터넷을 이용한 사전선거운동 허용 여부를 달리 취급할 합리성이 인정되므로, 이 사건 법률조항은 평등원칙 및 선거운동 기회균등 원칙에 반하지 않는다.”고 판시하였다.

52) 판례집 22-나 상, 175.

53) 반면 4인의 재판관(재판관 조대현, 재판관 김중태, 재판관 목영준, 재판관 송두환)은, 명함배부에 의한 선거운동은 후보자가 자신의 출마의사를 알리는 가장 자연스럽고 효과적인 방법으로, 명함배부의 주체가 후보자 본인으로 한정됨으로써 선거운동기간 전에 이를 허용하더라도 조가 과열 및 혼탁선거의 위험이 발생할 여지가 없고, 또한 후보자 자신이 명함을 배부할 때 소요되는 비용은 다른 선거운동비용에 비하여 상대적으로 저렴하므로, 후보자 간의 재정적 불균형 문제가 심각하지도 않으며, 명함의 발행자, 책임자, 부수 등을 명시하거나 선거관리위원회의 검인을 받도록 하는 등의 방법으로 허위내용의 명함도 예방할 수도 있을 것으로, 선거운동기간 전에 명함배부에 의한 선거운동을 일률적으로 금지하는 것은 최소침해성의 원칙에 위배되며, 명함배부에 의한 선거운동을 전면적으로 금지함으로써 얻을 수 있는 선거의 공정성은 추상적인 데 비하여, 민주주의의 근간인 선거운동의 자유는 과도하게 제한받게 된다 할 것이어서, 위 명함배부 부분은 법외의 균형성도 갖추지 못하였다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항 중 명함배부 부분은 선거운동의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다고 판시하였다.

54) 우리 헌법재판소는 종래부터 선거의 공정을 위하여 선거운동의 주제, 시기, 방법을 제한하는 선거법 조항들에 대하여 대부분 합헌이라 선언하였으며(예컨대, 헌재 1995. 4. 20. 92헌바20, 판례집 7-1, 499(선거인쇄물금지); 헌재 1995. 5. 25. 95헌바05, 판례집 7-1, 826(단체선거운동금지); 헌재 1995. 7. 21. 92헌바77, 199 판례집 7-2, 112(여론조사 공표금지); 헌재 1999. 6. 24. 99헌바53(기초자치단체장 선거방송 제한); 헌재 2005. 2. 3. 2004헌바216 판례집 17-1, 184(국회의원선거기간 14일 제한); 헌재 2007. 8. 30. 2004헌바49, 판례집 19-2, 258(서신에 의한 선거운동 금지); 헌재 2009. 3. 26. 2006헌바526 판례집 21-나 상 622(예비후보자의 배우자인 공무원의 선거운동 금지)) 위헌이라 선언한 것은 공무원이 사적인 지위에서 선거운동의 기획행위를 하는 것까지 금지하는 규정(헌재 2008. 5. 29. 2006헌바096 판례집 20-1하, 270) 및 기초의원 선거 후보자로 하여금 특정정당으로부터의 지지 또는 추천받음을 표명할 수 없도록 한 규정(헌재 2003. 1. 30. 2001헌가, 판례집 15-1, 7) 정도에 불과하다.

과거 헌법재판소는 2008. 6. 26. 선고2005헌마506 결정⁵⁵⁾에서, 방송위원회로부터 위탁을 받은한국광고자율심의기구로 하여금 텔레비전 방송광고의 사전심의를 담당하도록 한 것이 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다고 판시한바 있다.

그러하여 이와 비슷하게 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의절차에 관하여 규정한 '건강기능식품에 관한 법률 (2002. 8. 26. 법률 제6727호로 제정된 것) 제16조제1항, 제18조 제1항 제5호, 제32조제1항 제3호가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부가 문제되었는바, 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고2006헌바75 결정⁵⁶⁾은 예상과 달리, 이는 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하지 않는다고 판시하였다.

즉, 헌법재판소의 법정의견은, “우리 재판소는 사전검열금지원칙을 적용함에 있어서 행정관이 주체가 된 사전심사절차의 존재를 비롯한 4가지 요건을 모두 갖춘 사전심사절차의 경우에만 이를 절대적으로 금지하여 사전검열행위 자체의 범위를 헌법 제21조의 진정한 목적에 맞는 범위내로 제한하여 적용해 왔다. 이와같이 사전검열금지원칙을 적용함에 있어서는 사전검열행위 자체의 범위를 제한하여 적용해야 할 뿐만 아니라 사전검열금지원칙이 적용될 대상역시 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 할 것이다.

건강기능식품의 허위·과장 광고를 사전에 예방하지 않을 경우 불특정 다수가 신체·건강상 피해를 보는

등 광범위한 해악이 초래될 수 있고, 허위·과장 광고 등에 대해 사후적인 제재를 하더라도 소비자들이 신체·건강상으로 이미 입은 피해는 피해 회복이 사실상 불가능할 수 있어서 실효성이 별로 없다는 문제가 있다. 반면에 건강기능식품 광고는 영리목적의 순수한 상업광고로서 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위 등과 별로 관련이 없고, 이러한 광고를 사전에 심사한다고 하여 예술활동의 독창성과 창의성 등이 침해되거나 표현의 자유 등이 크게 위축되어 집권자의 입맛에 맞는 표현만 허용되는 결과가 될 위험도 작다.

그러므로 이와같이 건강기능식품의 기능성 표시·광고와 같이 규제의 필요성이 큰 경우에 언론·출판의 자유를 최대한도로 보장할 의무를 지는 외에 헌법 제36조 제3항에 따라 국민의 보건에 관한 보호의무도 지는 입법자가 국민의 표현의 자유와 보건·건강권 모두를 최대한 보장하고, 기본권들 간의 균형을 기하는 차원에서 건강기능식품의 표시·광고에 관한 사전심의절차를 법률로 규정하였다 하여 이를 우리 헌법이 절대적으로 금지하는 사전검열에 해당한다고 보기는 어렵다”고 판시하였다.⁵⁷⁾

이 결정에서 주목되는 것은 “이와같이 사전검열금지원칙을 적용함에 있어서는 사전검열행위 자체의 범위를 제한하여 적용해야 할 뿐만 아니라 사전검열금지원칙이 적용될 대상역시 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 할 것이다”라는 판시부분이다.

즉, 종래 사전검열금지원칙은 표현의 자유의 보호범위에 드는 모든 표현에 미친다고 보았는데,⁵⁸⁾ 위 결정은

55) 판례집 20-1하 397

56) 헌재판보 166호 1366.

57) 나아가, 건강기능식품 표시·광고의 내용을 심사하여 건강기능식품에 관한 올바른 정보를 제공하고 허위·과장 광고를 방지하여 국민의 건강증진에 이바지하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하고, 표시·광고 문언을 사전에 심사하고 이의가 있을 경우 불복절차를 두는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이며, 건강기능식품의 허위·과장 광고로 인해 국민들이 입을 수 있는 신체·건강상의 피해가 크고 광범위한 반면에 사후 제재 등만으로는 실효성이 없는 점 등을 고려하면 건강기능식품의 표시·광고에 대하여 사전심의의 거처도록 하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위 내인 것으로 보이고, 추구하는 공익이 제한되는 사익에 비해 균형을 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자가 사전에 건강기능식품협회의 심의절차를 거처도록 하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위반하여 청구인의 표현의 자유 등 기본권을 침해한다고 보기 어렵다고 실사하고 있다.

표현의 자유의 보호범위에 드는 표현이라도 사전검열금지 원칙이 적용되지 않는 경우가 있음을 암시하고 있으며,⁵⁸⁾ 앞으로 표현의 자유의 보호범위에 드는 표현이라도 사전검열금지 원칙을 적용하지 않는 사례가 이어질지 귀추가 주목된다.

이 있었으며, 선거의 공정을 중시하여 선거운동을 규제하는 선거법조항에 대하여 합헌을 선언하는 다수의 결정이 있었다.

이에 비추어 앞으로도 표현의 자유를 폭넓게 보장하려는 대법원 및 헌법재판소의 입장이 지속될 것으로 보이며, 언론의 자유에 대한 다양한 판례의 집적이 기대된다.

V. 끝으로



앞서 본 바와 같이 지난 1년간 전체적으로 보아 언론의 자유에 대하여 획기적으로 새로운 법리를 전개한 판결은 없었지만, 표현의 자유를 폭넓게 보장하고자 하는 지금까지의 입장을 더욱 구체화하는 판결이 이어졌다. 즉, 실제 인물이나 사건을 소재로 한 영화나 드라마로 인한 명예훼손책임의 성립을 제한적으로 인정하고 있고, 방송사에 대한 정보공개청구에 있어 취재결과물 등을 비공개대상 정보로 인정함으로써 방송사 등 언론기관의 취재활동 등을 두텁게 보호하려는 판결이 나왔으며, 종교분야에 대하여 비판의 허용범위를 넓게 보는 기존의 판례 입장을 더욱더 발전시키고 있고, 하급심에서는 공인에 대한 비판의 범위를 확대하되 근거 없는 의혹제기나 모멸적 표현은 엄격하게 규제하고자 하는 취지를 밝히는 판결들이 나왔다.

한편, 헌법재판소에서는, ‘공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자’를 형사처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항이 죄형법정주의의 명확성원칙을 위반하여 무효라고 결정함으로써 인터넷에서의 표현의 규제환경을 획기적으로 변경시키고 있고, 사전검열금지 원칙의 적용범위에 대한 변화를 엿보게 하는 건강기능식품광고의 사전심의에 대한 결정

58) 헌재2008 6. 26.2005헌마506, 판례집 20-1하397, 415 참조(조대현 재판관의 별개의견). 다만 위 결정에서 조대현 재판관과 목영준 재판관은 절대적 사전검열금지 원칙이 적용되는 표현배제와 표현행위를 ‘민주사회의 다양한 의사를 말이나 글로 표현하여 토론 및 여론 형성에 기여하기 위하여 불특정 또는 다수인에게 공표하거나 전파하는 행위·수단’ 또는 ‘우리헌법이 언론·출판의 자유를 보장하는 진중한 목적에 부합하는 범위’ 내로 제한하여야 한다고 설사한 바 있다

59) 다만 이 사건 결정에서 재판관 이강득, 재판관 송두환의 별개의견과 재판관 이공현, 재판관 김중대의 반대이견은, 상업광고의 성격 가진 건강기능식품 광고 역시 표현의 자유에 의한 보호를 받는 것으로 절대적 사전검열원칙이 적용된다고 판사하고 있고, 위 별개의견은 광고심의 기구인 건강기능식품협회나 그 산하심의위원회는 행정관로부터 독립된 민간 자율기구로서 그 행정주체성을 인정하기 어려우므로 사전검열이 아니라고 보고 있다