

연구논문

정치 풍자/패러디에 대한
법적 패러다임의 변화에 대하여

국내 초상권 관련
판결 경향에 관한 고찰

PAC

정치 풍자/패러디에 대한 법적 패러다임의 변화에 대하여

김학웅

원광대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

I. 들어가며

1. 문제 제기

2011년 11월 무소속 국회의원 강용석이 KBS 개그 콘서트의 '사마귀 유치원'에 출연 중인 개그맨 최효종을 국회의원에 대한 집단모욕죄로 고소했었고(그 후 고소를 취하하기는 하였다), 팟캐스트 라디오 '나는 꿈수다'가 젊은 층의 절대적 지지를 받고 있는데, 그 이유는 정치적으로 민감한 사회 이슈를 비틀어 꼬집었기 때문이다. 돌이켜보면, 정치 풍자/패러디는 앞서 언급한 프로그램의 형태로서 뿐만 아니라 가깝게는 2004년 고 노무현 대통령에 대한 탄핵사태를 빗댄 '탄핵 in 츠리닝', 멀게는 조선시대 봉산탈춤이나 꼭두각시놀음처럼 다양한 형태로 존재해왔다.

그런데 이러한 비틀기와 꼬집기는 바라보는 입장에서는 통쾌감을 느끼기도 하지만, 그 대상이 된 사람의

입장에서는 결코 유쾌할 리 없을 것이고, 이 지점에서 정치 풍자/패러디에 대한 법적 고찰의 필요성이 발생하게 된다. 더구나 코앞으로 다가온 총선과 얼마 남지 않은 대선을 고려한다면 더욱 그러하다.

2. 풍자/패러디의 법적 함의

풍자나 패러디에 대한 법적 정의는 존재하지 않는다. 다만, 풍자를 '현실에 대해 냉소적이거나 희화적 모습을 의식적으로 전달하는 것'¹⁾으로, 패러디를 '넓은 의미로 표현 형식을 불문하고 대중에게 널리 알려진 원작의 약점이나 진지함을 대상으로 삼아 이를 흉내내거나 과장하여 왜곡시킨 다음 그 결과를 알림으로써 원작이나 사회적 상황에 대하여 비평하거나 웃음을 이끌어내는 것'²⁾이라고 정의한다면, 풍자와 패러디가 가지는 법적 함의는 동일한 범주에 속한다고 할 수 있을 것이다(따라서 이하에서는 풍자에 패러디

1) 박용상, 표현의 자유, 현암사, 2003, p.487

2) 오승중, 이해완, 저작권법, 박영사, 2000, p.329

를 포함하기로 한다). 한편, 풍자는 작가가 표현하려고 하는 생각에 대하여 실제상 생각된 바를 상회하는 외관상의 내용을 부여하는 과장법을 쓴다³⁾는 측면에서 수사적 과장(rhetoric hyperbolic)⁴⁾에 해당하기도 할 것이다.

따라서 풍자와 관련한 법적 문제는 먼저 풍자가 사실진술인지 의견진술인지 여부, 사실진술이라면 진실한 사실인지 허위의 사실인지, 의견진술이라면 사실을 전제로 한 것인지 여부에 대한 검토로부터 시작하여 위법성을 조각할 것인지를 문제로 귀착된다고 할 수 있다. 이러한 검토가 요건사실/구성요건해당성이라는 측면에서 민·형사상 책임의 성립 여부 및 그 법리적 구성에 있어서 달라질 수는 있지만 그 기본적인 구조는 궤를 같이 한다고 보아야 할 것이다. 그리고 이러한 기준 분석의 틀이 현재에 있어서도 여전히 타당한지, 타당하더라도 정치적 풍자에 대해서는 법적 책임의 성립을 부정할 수 있을 것인지가 쟁점으로 등장하게 된다.

II. 사실진술과 의견진술⁵⁾

1. 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결

명시적으로 사실진술과 의견진술을 구별하는 논의를 한 대법원 판결은 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결이 최초인데, 이 판결은 먼저 ‘사실을 적시하는 표현행위로 인한 명예훼손’ 과 ‘의견 또는 논평을 표명하는 표현행위에 대한 명예훼손’ 을 구별하면서, 후자에 대하여는 다음과 같이 판시하였다.

어떤 사실을 기초로 하여 의견 또는 논평을 표명함으로써 타인의 명예를 훼손하는 경우에는 그 행위가 공공의 이해에 관한 사항에 관계되고, 그 목적이 공익을 도모하기 위한 것일 때에는 그와 같은 의견 또는 논평의 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라는 증거가 있거나 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라는 증거가 없더라도 표현행위를 한 사람이 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다.

위 판시에 의하면, 결국 문제되는 것은 “의견이 일정한 사실을 전제로 하는지 여부” 일 것인데, 위 판결은 그 판단기준도 다음과 같이 설시하고 있다.

신문 등 언론매체가 특정인에 대한 기사를 게재한 경우 그 기사가 특정인의 명예를 훼손하는 내용인지 여부는 (1) 당해 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접하는 방법을 전제로 (1-1) 기사에 사용된 어휘의 통상적인 의미, (2) 기사의 전체적인 흐름, 문구의 연결 방법 등을 기준으로 하여 판단하여야 할 것인데, 이는 앞에서 본 사실 적시와 의견 또는 논평 표명의 구별, 의견 또는 논평 표명의 경우에 전제되는 사실을 적시하고 있는 것인지 여부의 판별에 있어서도 타당한 기준이 될 것이고, 아울러 사실 적시와 의견 또는 논평 표명의 구별, 의견 또는 논평 표명의 경우에 전제되는 사실을 적시하고 있는 것인지 여부의 판별에 있어서는 당해 기사가 게재된 보다 (3) 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 등도 함께 고려하여야 할 것이다.

즉, 신문기사 가운데 그로 인한 명예훼손의 불법행위 책임 인정 여부가 문제로 된 부분에 대하여 거기서 사용

3) 박용상, 표현의 자유, 현암사, 2003, p.487

4) 신평, 헌법적 관점에서 본 새로운 명예훼손법, 청림출판, 2004, p.337

5) 명예훼손에 관한 전통적 영미법 이론(명예훼손적 표현을 일응 허위라고 추정하고 나아가 발표의 행위자가 명예훼손적 의미를 전할 의도를 갖고 있었는지 여부, 발표가 허위라는 점을 알았는지 여부, 발표의 결과 사람의 명예가 훼손될 것을 의도했는지 여부, 그리고 이 같은 점에서 과실이 있었는지 여부조차 문제로 되지 않는 이른바 엄격책임은 진다)이 New York Times v. Sullivan, 376 U. S. 254, 84 S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686 (1964)을 기점으로 Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323 ; 94 S. Ct. 2997 ; 41 L. Ed. 2d 789 (1974)에 이르러 의견특권론(opinion rule)이 수립되었고, Milcovich v. Lorain Journal Co., 497 U. S. 1 (1990)에서 의견특권론이 수정된 일련의 과정에 대해서는 신평, 헌법적 관점에서 본 새로운 명예훼손법, 청림출판, 2004, pp.171~249 참조

된 어휘만을 통상의 의미에 좇아 이해하는 경우에는 그것이 증거에 의하여 그 진위를 결정하는 것이 가능한 타인에 관한 특정의 사항을 주장하고 있는 것이라고 바로 해석되지 아니하는 경우라도 당해 부분 전후의 문맥과 기사가 게재될 당시에 일반의 독자가 가지고 있는 지식 내지 경험 등을 고려하여 볼 때에 그 부분이 간접적으로 증거에 의하여 그 진위를 결정하는 것이 가능한 타인에 관한 특정의 사항을 주장하는 것이라고 이해된다면 그 부분은 사실을 적시하는 것으로 보아야 할 것이고, 이를 묵시적으로 주장하는 것이라고 이해된다면 의견 또는 논평의 표명과 함께 그 전제되는 사실을 적시하는 것으로 보아야 할 것이다.⁶⁾

2. 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다10208 판결

그 후 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결도 “의견 또는 논평의 표명이 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평일 경우에는 명예훼손으로 인한 손해배상책임은 성립되지 아니한다”고 설치하여 위와 같은 입장을 취했고, 그 뒤인 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다10208 판결은 한 단계 더 발전한 모습을 보이고 있다. 이 명예훼손의 발단은 피고 한겨레신문사가 1997년 4월 1일자 일간지에서 ‘4·3 계엄령은 불법’이라는 제목 하에 작성한, 제주 4·3 사건 당시 정부에 의해 1948년 11월 17일에 선포된 계엄령의 불법성에 대한 기사였다. 여기서 피고는 “계엄법은 1949년 11월 24일에야 비로소 제정되었는데, 최근 총무처 산하 정부문서기록보존소에서 나온 제주도 지구 계엄선포 관련 문건에 따르면, 이승만 정권은 계엄법을 제정하기도 전인 1948년 11월 17일에 국무회의의 의결을 거쳐 이 사건 계엄을 선포한 것으로 밝혀졌으니, 결국 이 사건 계엄은 법적 근거 없이 이승만 정권에 의하여 불법적으로 선포된 것이 틀림없다”라고 하였

다. 이를 두고 원심인 서울고등법원은 “위 계엄의 적법성에 관한 보도는 일제시대의 칙령의 효력에 관한 고도의 법률적 판단이 필요한 것으로서 관계법령의 해석문제이고 이는 가치판단이 필요한 것으로서 단순한 의견의 표명에 불과”하다는 취지로 판시하고 이러한 의견의 표명만으로는 명예훼손이 성립하지 않는다고 판단하였다.

그러나 대법원은 명예훼손이 아니라는 같은 결론에 이르면서도, “피고는 이 사건 기사로 계엄이 불법이라는 자신의 의견을 표명하면서 그와 같이 보는 근거, 즉 그 의견의 기초가 되는 사실까지 따로 밝히고 있다고 할 것이므로, 피고가 표명한 의견 부분은 이른바 순수 의견으로서 타인의 명예를 훼손하는 행위가 될 여지가 없다고 할 것이고, 한편 피고가 따로 밝히고 있는 의견의 기초가 되는 사실, 즉 ‘계엄법이 1949년 11월 24일에 제정되었다는 사실’과 ‘이승만 정권이 1948년 11월 17일에 이 사건 계엄을 선포하였다는 사실’은 그 속에 타인의 사회적 평가를 저하시킬만한 내용을 담고 있지 아니함이 명백하므로, 결국 이 사건 기사 중 계엄의 불법성에 관한 기사 부분은 그 전체가 명예훼손이 되지 아니한다고 할 것이다”라고 판시하여, 기사의 문장을 구체적으로 분석하여 기사 전체가 아니라 그 구절구절에서 사실과 의견을 구별하는 기준 및 혼합의견과 순수의견의 차이에 관한 인식을 보여주어 있다.⁷⁾

3. 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649 판결 (전합)

위 대법원 전원합의체 판결 중 다수의견은 사실적 주장이란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표명에 대치되는 개념으로서 증거에 의하여 그 존재 여부를 판단할 수 있는 사실관계에 관한 주장을 말한다. 이러한 개념이 반드시 명확한 것은 아니다. 언론보도

6) 김재협 외, 한국언론과 명예훼손소송, 나남출판, 2002, pp.140~141

7) 김재협 외, 한국언론과 명예훼손소송, 나남출판, 2002, pp.141~143

는 대개 사실적 주장과 의견표명이 혼재하는 형식으로 이루어지는 것이어서 구별기준 자체가 일의적이라고 할 수 없고, 양자를 구별할 때에는 당해 원보도의 객관적인 내용과 아울러 일반의 시청자가 보통의 주의로 원 보도를 접하는 방법을 전제로, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 전체적인 흐름, 문구의 연결방법 뿐만 아니라 당해 원보도가 게재한 문맥의 보다 넓은 의미나 배경이 되는 사회적 흐름 및 시청자에게 주는 전체적인 인상도 함께 고려하여야 한다고 하면서 문화방송이 'PD수첩' 프로그램에서 "미국산 쇠고기, 광우병에서 안전한가"라는 제목으로 '우리 정부가 미국산 쇠고기 수입위생조건 협상 당시 미국의 도축시스템에 대한 실태를 파악하고 있는지 의문이다'는 취지의 보도를 한 사안에서, 일반 시청자가 보통의 주의로 보도를 접하는 방법을 전제로 위 보도와 관련된 방송의 전체적 구성, 사용된 어휘 및 표현 방식, 전후 문맥 등을 종합적으로 고려하면, 위 보도는 우리 정부가 미국 도축시스템의 실태 중 아무 것도 본 적이 없다는 구체적 사실을 적시한 것이 아니라, 우리 정부가 미국산 쇠고기 수입위생조건 협상에 필요한 만큼 미국 도축시스템의 실태를 제대로 알지 못하였다는 주관적 평가를 내린 것이라고 보아야 하고, 위 보도의 내용을 '우리 정부가 미국 도축시스템의 실태를 충분히 파악하지 아니하였고, 광우병 위험성을 오피·축소하려 하였다'는 사실적 주장과 미국산 쇠고기 수입위생조건 협의에 대응한 우리 정부의 소극적인 협상태도에 대한 비판 의견의 표명이 결합되어 있는 것으로 볼 여지가 있더라도, 양자를 구분하여 사실적 주장에 해당하는 부분만을 대상으로 허위 여부를 판단하고 나아가 그것을 허위로 판단하여 그에 대한 정정보도청구를 받아들인다면, 그로 인하여 우리 정부의 소극적인 협상태도에 대한 비판이라는 위 보도의 전체적인 의미가 그 자체로 부당한 것으로 왜곡될 수 있다는 점에서도 위 보도는 전체를 정정보도청구의 대상이 되지 아니하는 의견표명으로 보아야 함에도 위 보도를 진위의 입증 가능한 사실적 주장에 관한 보도임을 전제로 정정보

도문의 게재를 명한 원심판결을 파기함으로써 사실적 주장과 의견 표명의 구별이 일의적이지 아니함을 인정한 다음에, 사실적 주장과 의견 표명이 결합된 경우에 사실적 주장의 허위 여부로 판단할 경우 보도의 전체적인 의미가 부당하게 왜곡될 우려가 있다면 의견표명으로 보아야 한다고 판시하였다.

4. 대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다75736 판결

“민사상 타인에 대한 명예훼손은 사실을 적시하는 방법으로 행해질 수도 있고 의견을 표명하는 방법으로 행해질 수도 있는데, 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평의 경우에는 명예훼손으로 인한 손해배상책임은 성립되지 아니하고, 반면에 어떤 의견의 표현이 그 전제로서 사실을 직접적으로 표현한 경우이거나 간접적이고 우회적인 방법에 의하더라도 그 표현의 전체 취지에 비추어 어떤 사실의 존재를 암시하고 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 가능성이 있으면 명예훼손으로 된다. 그리고 신문 등 언론매체의 어떤 기사가 타인의 명예를 훼손하는지의 여부는 일반 독자가 기사를 접하는 통상의 방법을 전제로 그 기사의 전체적인 취지와 연관하에서 기사의 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 기사가 독자에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 하고, 여기에다가 당해 기사의 배경이 된 사회적 흐름 속에서 당해 표현이 가지는 의미를 함께 고려하여야 한다. 한편, 풍자만화나 시사만평의 경우에는 직설적인 언행과는 달리 풍자나 은유, 희화적 표현기법이 흔히 사용되고 일반 독자들도 그러한 속성을 감안하여 받아들이는 경향이 있는 만큼 어느 정도의 과장은 용인할 수 있다는 점도 고려해야 할 것이다”라고 판시함으로써 풍자의 경우 보도와 달리 사실적 주장에 대한 어느 정도의 과장을 인정하고 있다.

5. 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결

한편, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결은 “표현행위자가 타인에 대하여 비판적인 의견을 표명하였다는 사유만으로 이를 위법하다고 볼 수는 없지만, 만일 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 혹은 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 함으로써 그 인격권을 침해한다면, 이는 명예훼손과는 별개 유형의 불법행위를 구성할 수 있다”고 판시함으로써 모멸적이고 경멸적인 인신공격이나 다소간의 과장을 넘어서서 사실 왜곡에 대해서 비록 명예훼손이 성립하지 않는 경우에도 인격권 침해 등 불법행위가 될 수 있음을 시사했다.

6. 잠정적인 결론

판결들을 살펴보면, 명예훼손은 사실의 적시 또는 의견 표명에 의해 이루어질 수 있는데, 사실의 적시를 전제로 하지 않은 순수한 의견 또는 논평의 경우에는 명예훼손으로 인한 손해배상책임은 성립되지 아니하지만 의견 표명이 그 전제로서 사실을 직접적으로 또는 간접적이고 우회적으로라도 사실의 존재를 암시하고 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 가능성이 있으면 명예훼손이 되지만, 사실적 주장과 의견 표명의 구별이 일의적이지 아니하고 사실적 주장과 의견 표명이 결합된 경우에 사실적 주장의 허위 여부로 판단할 경우 보도의 전체적인 의미가 부당하게 왜곡될 우려가 있다면 의견표명으로 보아야 하며, 풍자만화나 시사만평의 경우에는 직설적인 언행과는 달리 풍자나 은유, 희화적 표현기법이 흔히 사용되고 일반 독자들도 그러한 속성을 감안하여 받아들이는 경향이 있는 만큼 어느 정도의 과장은 용인할 수 있지만, 만일 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 혹은 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 함으로써 그 인격권을 침해한다면, 이는 명예훼손과는 별개 유형의 불법행위를 구성할

수 있다는 것으로 요약할 수 있다.

따라서 표현이 어떠한지 어느 정도의(또는 다소간의) 과장으로서 명예훼손이나 인격권 침해에 해당하지 아니하고, 사실의 왜곡으로서 명예훼손 또는 인격권 침해에 해당하는지의 한계를 확정하는 것이 쟁점으로 떠오르게 되며 이는 다시 사실진술과 의견진술의 경계 영역의 문제로 회귀함은 물론 사실진술과 의견진술이 결합된 경우에 사실진술을 의견표명으로 볼 수 있을 정도로 전체적인 의미가 부당하게 왜곡될 우려가 있는지 여부가 무엇인지가 문제된다.

그런데 풍자와 기능면에서 동일한 시사만평에 대하여 대법원은 “IMF 당시 고위 경제 관료였던 자들이 경제위기의 책임자로 지목되면서 검찰 수사 등이 거론되고 새로 출범할 정부가 경제위기의 원인 규명과 책임자 처벌에 강한 의지를 피력하고 있는 상황에서 항공권을 구입하거나 해외도피를 의논하고 있는 장면을 담고 있는 풍자만화를 기고하여 이를 일간지에 게재한 경우, 피해자들이 경제위기와 관련된 책임 추구를 면하기 어려운 절박한 상황에 처해 있음을 희화적으로 묘사하거나 해외로 도피할 가능성이 없지 않음을 암시함과 아울러 이들에 대한 출국금지조치가 필요하다는 견해를 우회하여 표현한 것일 뿐 그들이 해외로 도피할 의사를 갖고 있다거나 해외 도피를 계획 또는 모의하고 있다는 구체적 사실을 적시한 것으로 볼 수 없다”는 이유로 명예훼손의 성립을 부정한바 있는데⁹⁾, 풍자란 기본적으로 사회 현실에 대한 풍자이고 패러디에 있어 대상이 된 인물 또는 사건은 풍자 작가의 사상을 희화적으로 표현하기 위한 소재에 불과한 점을 고려한다면 풍자에 담긴 내용은 사실의 적시가 아닌 의견 표현이라고 보는 것이 타당할 것이다.⁹⁾

Ⅲ. 위법성 조각사유

1. 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때

가. 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결

형법 제310조는 “위법성의 조각”이라는 표제 아래 “제307조 제1항의 행위[사실의 적시에 의한 명예훼손]가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”고 규정하고 있는바, 이는 오늘날 민주주의의 요체인 언론의 자유는 비판의 자유를 그 핵심으로 하고 있고 공정한 비판이야말로 사회발전의 불가결한 요소인데 적시되는 사실이 진실이고 또한 그 적시가 공공의 이익을 위한 경우까지 처벌한다면 언론의 자유가 중대한 제한을 받게 됨을 감안하여 이를 처벌하지 아니하는 것이고, 그러한 행위를 처벌하지 아니하는 것은 위법성이 조각되기 때문인데, 이 규정을 민사상의 불법행위에서도 마찬가지로 적용할 것인가와 관련하여 대법원은 1988. 10. 11. 선고 85

다카29 판결에서 “형사상으로나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증명만 있으면 위 행위에 위법성이 없으며...”라고 판시하여 민사에서도 위 형법조항이 유추적용됨을 명백히 하고 있다.¹⁰⁾

나. 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3594 판결 - 표현된 사실의 세부에 있어서도 진실하여야 하는지 여부

위 판결은 시의원들이 학교에서 교사들에게 무례한 행동을 한 데 대하여 항의하는 취지의 보도 자료를 만들어 배포한 것이 문제된 사안에서, 그 보도 자료에서 적시하고 있는 중요한 사실은 ①시의원 이 여교사를

8) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결

언론보도에 의한 명예훼손이 성립하기 위하여는 특정인의 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적인 사실의 적시가 있어야 하고, 구체적인 사실의 적시에는 사실을 직접 표현하는 경우뿐만 아니라 간접적이고 우회적인 표현을 사용하여 그와 같은 사실의 존재를 암시함으로써 독자들로 하여금 그 사실의 존재를 인식할 수 있게 하는 경우도 포함된다. 그러한 구체적인 사실의 적시 없이 단지 특정 인물이나 사건에 관하여 비평하거나 견해를 표명하는 것에 불과할 때에는 명예훼손이 되지 않고, 나아가 이 사건과 같이 한 두 컷(Cut)의 그림과 이에 관한 압축된 설명 문구를 통해 인물 또는 사건을 회화적으로 묘사하거나 풍자하는 만평 또는 풍자만화(Cartoon)의 경우에는 인물 또는 사건 풍자의 소재가 되는 구체적인 사실관계를 직접 적시하지 아니하고 이에 풍자적 외피를 씌우거나 다른 사실관계에 빚대어 은유적으로 표현하는 기법을 사용하는 만큼, 그 만평을 통하여 어떠한 사상이 적시 또는 표현되었는가를 판단하는 데에는 이와 같은 풍자적 외피 또는 은유를 제거한 다음, 작가가 그 만평을 게재한 동기, 그 만평에 사용된 풍자나 은유의 기법, 그 만평을 읽는 독자들의 지식 정도와 정보 수준, 그리고 그 만평의 소재가 된 객관적 상황이나 사실관계를 종합하여 그 만평이 독자들에게 어떠한 인상을 부여하는지를 기준으로 삼아야 한다. 이 사건 각 만평의 경우에도 원고 등 3인 또는 5인이 항공권을 구입하거나 해외 도피를 의논하고 있는 장면은 그 자체가 표현의 목적 또는 대상이라기보다는 어떤 사상을 회화적으로 묘사하기 위하여 사용된 풍자적 외피 또는 은유에 지나지 않는 만큼, 이 사건 각 만평이 원고 등이 해외 도피를 계획하거나 모의하고 있다는 사실 자체를 표현하고 있는 것이라고는 볼 수 없다. 나아가, 이 사건 각 만평이 게재된 시점을 전후하여 원고 등이 실제로 해외 도피를 계획 또는 모의한 적이 없고, 그와 관련된 소문이나 언론보도도 없어서 이 사건 각 만평을 기고한 피고 감삼택이나 독자들로 하여금 원고 등이 해외로 도피하려 하고 있다는 생각을 가지게 할 만한 사정이 전혀 없었던 점, 그 무렵 우리나라의 경제위기를 둘러싸고 전개된 여론 및 정치권의 동향과 그와 관련된 언론보도의 내용 및 이 사건 각 만평과 같은 정치만평을 읽는 독자들의 지식 정도와 정보 수준, 그 밖에 원고를 비롯하여 이 사건 각 만평에 등장한 인물들의 과거 경력이나 행적 등 변론에 나타난 사정들을 종합하면, 이 사건 각 만평은 원고 등이 경제위기의 책임자로 지목되면서 이들에 대한 검찰수사와 감사원 특감이 거론되는 한편, 새로 출범할 정부가 경제위기의 원인 규명과 책임자 처벌에 대하여 강한 의지를 피력하고 있어, 원고 등이 경제위기와 관련된 책임 추궁이나 처벌을 면하기 어려운 절박한 상황에 처해 있음을 공황 출국장을 빌려 회화적으로 묘사한 것이거나, 원고 등이 그와 같은 절박한 상황에 처해 있는 만큼 해외로 도피할 가능성이 없지 않음을 암시함과 아울러 이들에 대한 출국금지조치가 필요하다는 견해를 우회하여 표현한 것일 뿐, 원고 등이 해외로 도피할 의사를 가지고 있거나 해외 도피를 계획 또는 모의하고 있다는 사실을 암시하고, 이를 대하는 독자들 또한 그와 같은 판단을 하거나 그러한 인상을 받았으리라고는 보기 어려우며, 달리 이 사건 각 만평이 원고의 명예를 훼손할 만한 구체적인 사실을 적시하였다고 볼 만한 증거가 없다.

9) 프랑스 파키원은 코미디언 귀 베도(Guy Bedos)가 정치인 르펜(J. M. Le Pen)에 대한 풍자로 인해 명예훼손으로 기소된 사안에 대하여 ‘확인되지 아니한 사실을 함부로 말하는 것은 아무리 그 형식이 풍자나 유머의 영역에 속한다고 하더라도 명예훼손을 구성하는 범죄행위에 해당한다’고 일반론을 전제한 뒤 ‘선진 민주사회에 있어 특히 정치적인 문제와 관하여는 폭넓은 비판과 풍자, 해학과 유머의 자유가 허용된다’고 하면서 ‘역사에 비추어 보면 모든 시대에 걸쳐 코미디언이 정치적인 인물에 대하여 악의적인 적대감을 가지지 아니하고 그들의 생각을 비판하고 풍자함으로써 발전적이고 건강한 사회적 기능을 수행하여 왔음을 인정하고, 귀 베도의 정치적 풍자와 익살이 다소 신중성을 결한 잘못은 있으나, 대중을 즐겁게 하여 주는 그의 직업적 성격과 그 코미디 프로의 성격에 비추어 유머리스트로서의 재능을 정상적으로 행사한 범위 내의 예술적 표현행위로 보여 지고, 표현의 자유의 합리적인 한계를 벗어날 수 없다’고 하여 무죄를 선고한 원심을 확정된 바 있는데(김재협, 코미디 정치 풍자 어디까지 가능한가, 신문과 방송 2002. 2월호 pp.74~75) 이는 사실을 진술하더라도 그 사실이 풍자라는 형식안에서는 사실로서가 아니라 소재로서 기능한다는 것을 역설적으로 보여주는 것이고, 풍자를 풍자로 받아들일 수 있는 사회적 풍토가 조성되었음을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

10) 한위수, 언론보도와 명예훼손, 제44기 특별연수 언론관계 소송의 제문제, 대한변호사협회 변호사연수원, pp.39~40

아가씨라고 부르며 차를 달라고 한 것, ②교감 책상에 앉아 있는 시의원에겐 항의한 교사에게 일부 시의원이 고함을 지르는 등 무례한 행동을 한 것, ③교육청이 시의원의 추궁을 받고 교사들에게 경위서를 제출하도록 한 것 등인데, 이러한 사실은 모두 객관적 사실과 일치하며, 교감 책상에 앉아 있던 시의원을 잘못 거명하였더라도 이 부분은 기재 내용의 전체적인 취지에 비추어 볼 때 당시 상황을 설명하기 위한 세부 묘사에 불과할 뿐 중요한 부분이라고 보기 어렵다고 하여 보도 자료의 기재 내용은 ‘진실한 사실’이라고 판시하였고, 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결은 개인택시운송사업조합이사장 후보자가 조합원들에게 배포한 인쇄물 중 ‘조합의 전(前) 이사장이 대의원총회에서 불신임당하고 업무상의 비리로 인하여 구속된 사실’, ‘피해자가 조합을 상대로 소송을 제기한 사실’, ‘피해자가 전 이사장과 같은 친목회에 소속하여 있는 등 친밀한 관계를 유지하고 있었던 사실’, ‘피고인이 합동유세를 공개 제의하였는데 피해자가 반응을 보이지 않다가 선거일에 임박해서야 반박한 사실’ 등 그 중요한 부분이 객관적 사실과 합치하고, 그 문맥 중에 “탄생시킨 주역”, “추종”, “저의”, “조합원을 기만하고 우롱하는 행위” 등의 다소 감정적이고 과격한 표현방법이 사용되었다 하여 그 적시한 사실이 전체적으로 보아 허위라고 보기 어렵다고 판시함으로써, 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되면 족하고 일부 자세한 부분이 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이었다고 하더라도 무방하다고 했다.¹¹⁾

다. 공공의 이익

여기서의 ‘공공의 이익’에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함되는 것으로서, 적시된 사실이 공공의 이익에

관한 것인지 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 하므로(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결), 국가나 사회 전체에 영향을 끼치는 정치·경제적인 사실, 공인의 공적 행동에 관한 것이 아니더라도 공공의 이익에 관한 사항이 될 수 있으며, 개인의 사적인 신상에 관한 사실이라고 하더라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질이나 이를 통하여 사회에 미치는 영향력의 정도 등의 여하에 따라서는 그 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있는 것이므로 소정의 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 있는 경우가 있다(대법원 1996. 4. 12. 선고 94도3309 판결).

2. 행위자가 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우 - 상당한 이유의 판단 기준

먼저 상당한 이유가 있는가를 판단하는 시점에 관하여, 대법원 1996. 8. 20. 선고 94다29928 판결은 피의사실 공표로 인한 명예훼손 사안에서, 공표한 피의사실의 진실성에 관한 오신에 상당성이 있는지 여부는 발표 당시의 시점에서 판단되어야 하지만 발표 당시의 시점에서 판단한다고 하더라도 그 전후의 수사 과정과 밝혀진 사실들을 참고하여야 발표 시점에서의 상당성 여부를 가릴 수 있는 것이므로 발표 후에 수집된 증거자료도 상당성 인정의 증거로 사용할 수 있다고 판시했다.

한편, 진실하다고 믿을 자료에 대하여, 대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3610 판결은 “확실한 자료나 근거에 비추어” 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지의 여부를 신중하게 심리 검토하여야 할 것이라고 판시한 바 있고, 대법원 1997. 9. 30. 선고 97

11) 한위수, 언론보도와 명예훼손, 제44기 특별연수 언론관계 소송의 제문제, 대한변호사협회 변호사연수원, pp.40~41

다24207 판결은 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 판시한데 이어, 대법원 1998. 10. 27. 선고 98다24624 판결은 “언론매체의 보도를 통한 명예훼손에 있어서 행위자가 보도 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지 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”고 판시한 이래 수차 동일한 취지의 판시를 함으로써¹²⁾ 이에 대한 입장을 정리하였다. 따라서 언론기관에 의한 보도는 보도매체가 무엇인가(일간신문인가 월간잡지인가), 보도된 기사가 어떠한 것인가(신속성을 요하는 보도 기사인가 상당한 기간을 두고 준비하는 기획기사인가), 취재원이 믿을 만한 사람인가, 피해자와의 대면 등 진실확인이 용이한 사항인가, 행위자가 보도내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가 등의 점을 종합적으로 고려하여 구체적인 사안에 따라 해결될 수밖에 없는 문제라고 할 것이다.¹³⁾

3. 잠정적 결론

풍자를 의견 표현¹⁴⁾이 아니라 사실의 적시라고 한들, 개그콘서트는 지상파 방송 프로그램이지만 이는

어디까지나 오락 프로그램이고, 일반적으로 언론사의 취재권은 보도 프로그램과 관련된 것이므로 개그콘서트 연출자나 출연자에게 보도 프로그램과 동일한 사실 확인 의무를 부담지울 수는 없을 것이다. 나꼼수의 경우 팟캐스트라는 형태의 미디어로서 기존의 언론사와 같은 취재권을 가지고 있다고 보기는 어려우므로 결국 사실 확인 의무는 대폭 완화된다고 볼 수밖에 없다. 또한 풍자의 특성상 적절한 시기를 놓치게 되면 풍자로서의 기능과 역할을 하지 못한다고 할 때 신속성을 요하는 일간신문이나 포털 등과 같이 주제에 민감할 수밖에 없다는 점을 감안하더라도 그렇다. 따라서 개그콘서트나 팟캐스트를(언론으로 관념지우더라도) 보도 프로그램과 같은 정도가 아니라 일반 독자와 같은 수준의 사실 확인 의무만을 부담지울 수 있을 뿐이다.

IV. 정치적 의사표명으로서의 풍자

1. 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 (병합) 판결

앞서 본 바와 같이 풍자는 정치적으로 관심 있는 분야에 대한 것이므로 정치적 의견표명에 의한 명예훼손에 있어서의 위법성 요건과 관련한 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531(병합)의 내용을 살펴보면 아래와 같다.

언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서 표현된 내용이 사적 관계에 관한 것인가 공적 관계에 관한 것인가에 따라 차이가 있는 바, 즉 당해 표현으로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인

12) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결 참조

13) 한위수, 언론보도와 명예훼손, 제44기 특별연수 언론관계 소송의 제문제, 대한변호사협회 변호사연수원, pp.49~50

14) 앞서 본 바와 같이 풍자의 경우 구체적 사실을 포함하고 있다고 하더라도 이는 어디까지나 표현하기 위한 소재에 불과하므로(특히 정치적 풍자의 경우에 더욱 그러하다) 풍자에 담긴 내용은 사실의 적시가 아닌 작가의 의견표현이라고 보는 것이 타당할 것이다.

지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 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 관심 사안과 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 경우에는 그 평가를 달리 하여야 하고 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하며, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지의 여부도 또한 고려되어야 한다.

당해 표현이 공적인 존재의 정치적 이념에 관한 것인 경우, 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 하며, 이에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제제기가 허용되어야 하고 공개토론을 받아야 한다. 정확한 논증이나 공적인 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 공적 존재의 명예 보호라는 이름으로 봉쇄되어서는 안되고 찬반토론을 통한 경쟁과정에서 도태되도록 하는 것이 민주적인데, 사람이나 단체가 가진 정치적 이념은 흔히 위장하

는 일이 많을 뿐 아니라 정치적 이념의 성질상 그들이 어떠한 이념을 가지고 있는지를 정확히 증명해 내다는 것은 거의 불가능한 일이므로 이에 대한 의혹의 제기나 주관적인 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. 그리고 그러한 구체적 정황을 입증하는 방법으로는 정치적 주장과 활동 등을 입증함으로써 그들이 가진 정치적 이념을 미루어 판단하도록 할 수 있고, 그들이 해 나온 정치적 주장과 활동을 인정함에 있어서는 공인된 언론의 보도내용이 중요한 자료가 될 수 있으며, 여기에 공지의 사실이나 법원에 현저한 사실도 활용할 수 있으나, 아무리 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 모멸적인 표현으로 모욕을 가하는 일은 허용될 수 없다는 것이다.

이러한 판시 내용에 비추어 본다면 정치 풍자를 내용으로 하는 개그콘서트나 나꼼수는 일반적인 풍자에

15) 이와 관련하여 정치적 의견표명의 경우에 대해, 미국의 공적 인물론의 핵심은 New York Times 판결의 실시내용에서도 보듯이 표현의 자유와 개인의 명예가 충돌하는 영역에서 고도의 공적 문제에 대한 표현의 자유를 그렇지 아니한 경우보다 특히 차등 보호하고자 하는 것인데, 이러한 이념은 당연히 우리의 명예훼손법리의 전개에도 발전적으로 고려되어야 할 것이라고 하면서 우리 판례준칙의 선도가 된 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결이 적절히 지적하고 있듯이 "민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달에 의하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성 유지시켜 나가는 것이므로 표현의 자유, 특히 공익 사항에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상의 권리로서 최대한의 보장을 받아야" 하기 때문이라고 하면서, 현재 우리 판례들을 살펴봐도 공인 또는 공적 단체라는 이유로 "공공성"의 인정을 쉽게 한 것 외에 고도의 공적 문제에 관한 표현이라는 이유로 특별한 배려를 한 바를 찾기 어렵고 특히 위법성조각요건의 입증책임에 관하여 차등적인 기준을 적용한 예는 우리 판례에서 찾아 볼 수 없고, 다만 우리 대법원 판결들이 "상당성" 여부를 기사의 성격과 내용, 보도 근거의 확실성, 사실 확인의 용이성 등 여러 사정을 종합적으로 판단하도록 하고 있으므로 강한 공적 표현의 경우 발언자의 조사의무의 정도를 낮추는 길을 열어두고 있으나, 정말 보호받아야 마땅한 강한 공적 표현, 예를 들어 중요한 정치적 논쟁에 대한 발언, 정부 정책결정에 대한 비판 등을 차등 보호함에 있어서 위 판례준칙이 제대로 그 역할을 수행하고 있다고 보기는 어렵다는 견해가 있다.(김경환, 정치적 의견표명에 의한 명예훼손에 있어서의 위법성 요건, 언론법연구 2009, 사법연수원, pp.138~140)

서 요구되는 독자로서의 사실 확인 의무보다 한층 완화된 사실 확인 의무를 부담하되, 다만 모멸적인 표현으로 모욕을 하지는 말아야 할 의무를 부담하게 된다. 정치 풍자에 있어서 일반적인 풍자보다 완화된 사실 확인 의무를 부담한다¹⁵⁾는 것은 납득할 수 있으나, 정치 풍자에 있어서 모멸적인 표현으로 모욕을 하는 것에 대해 일반적인 풍자와 동일한 법리로 법적 책임을 구성할 수 있을지는 의문이다. 왜냐하면, 정치 풍자의 대상이 되는 정치인 또는 정치적 사안의 경우, 대통령이라면 고도의 통치행위라는 이유로, 국회의원이라면 광범위한 입법재량이라는 이유로 또 실정법을 위반한 경우에도 면책특권(헌법 제44, 45조 및 제84조)에 의하여 보호되는 반면 그들의 정치적 결정은 국민들을 고통의 구렁텅이로 몰아넣을 수 있음은 물론 그로 인해 삶을 포기하는 지경에까지 이를 수 있을 정도로 국민들의 삶에 지극히 큰 영향을 미치기 때문이다. 물론 정치적 책임을 묻는 방법으로 선거에 의한 심판

도 있을 수 있지만 선거가 일회적인 점, 정치인들에 대한 견제와 균형은 상시적인 여론에 의하여 이루어지는 점, 그러한 여론은 이성적이고 합리적인 부분 이외에 감성적이고 즉자적인 부분 또한 포함되는 점, 잘못된 정치적 결정으로 인하여 국민들이 경험하는 법익의 박탈이 생존권을 위협하는 지경에 이르기도 하는 점, 그러한 모멸적인 비난을 정치인들 스스로가 자초한 점 등을 고려한다면 무기대등의 차원에서 보더라도 모멸적인 표현이라고 하여 일률적으로 법적 책임을 묻는 것은 타당하지 않기 때문이다.¹⁶⁾¹⁷⁾

2. 패러다임 변화의 시대적 배경

여기서 우리 판결에도 지대한 영향을 미친 New York Times rule이 성립될 당시인 1964년 미국의 시대적 배경을 살펴보는 것은 우리나라에 있어서 정치적 풍자와 관련한 법적 규율의 패러다임 변화의 필요

16) 서울남부지법 2011. 4. 14. 선고 2010나1307,1314 판결은 TV 토론 프로그램에서 고려대 재학생 신분으로서의 발언이 화제가 되어 '고대녀'라고 불리며 일반 국민들에게서 높은 관심과 인기를 얻고 있었던 갑이 과거 학내문제로 대학에서 출교 및 퇴학처분을 받았지만 출교처분 무효확인 소와 퇴학처분 효력정지 가처분 신청에서 각각 승소확정판결과 인용결정을 받은 후 복학하여 위 발언 당시 고려대 재학생 신분을 유지하고 있었고, 그 내용이 신문, 방송 등 오프라인 및 온라인 언론매체에 보도되어 인터넷 검색사이트에서 이를 쉽게 검색해 볼 수 있었음에도, 다음 주 같은 프로그램에 패널로 참여한 국회의원 을이 갑의 프로필을 공개하며 갑은 '고려대학교 학생이 아니다, 고려대학교에서 제적을 당한 학생인데, 이력을 보면 민주노동당 당원으로 각종 선거에서 선거운동을 하는 정치인이다'라는 취지의 발언을 한 사안에서, 을이 갑의 프로필을 공개한 것과 그 전후에 한 발언 내용 및 당시의 여러 외부적 정황 사실에 비추어 을의 발언과 행위는 구체적인 허위사실의 적시를 통해 갑의 사회적 평가를 저하시킨 행위에 해당하고, 갑이 대학에서 출교 및 퇴학처분을 받은 사실과 이에 대한 무효확인 소송의 과정 및 결과는 당시 여러 언론매체를 통해 보도되어 당시는 물론 현재에도 인터넷 검색 등을 통해 관련 기사를 용이하게 검색할 수 있는 점 등 여러 사정에 비추어 을에게 그 표현 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었다고 보기 어렵다는 이유로, 을은 갑에게 명예훼손에 따른 손해를 배상할 책임이 있으나, 반소의 경우 갑이 을에 대해 '대국민 사기극을 벌였다'고 생각한다는 부분이나 '정치적 수준이 한심하다'거나 '국회의원으로서의 수준과 자질이 의심스럽다'는 취지의 발언 및 '입만 열면 망언'이라는 표현은 그 진위를 결정하는 것이 가능하다고 보이지 않으므로, 단지 갑의 을에 대한 개인적 생각이나 의견표명이라고 할 것이지, 그 내용이 비판적 관점에서 작성되었다거나 다소 과격한 표현을 사용하였다고 하여 이를 명예훼손에 해당한다고 볼 수 없고, 을의 뇌구조를 형상화한 피켓의 경우 일반 국민의 보통의 주의로 위와 같은 피켓 내용에 접근하는 것을 전제하여 이에 사용된 어휘, 표현방식, 일반 국민에게 주는 전체적인 인상을 고려할 때, 이는 단순히 을과 관련된 일련의 사건을 회화적으로 묘사한 것일 뿐 실질적으로 을이 그와 같은 생각을 하고 있을 것이라는 등의 구체적 사실을 적시하였다고 볼 수 없으므로, 갑의 항의집회 시 발언과 피켓 내용 및 인터뷰 내용 등은 구체적인 사실의 적시로 보기 어려워 명예훼손을 구성하지 않고, 다만 그 표현의 통상적 의미와 용법 등에 비추어 을을 비하하여 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현한 것으로 모욕적 인식에는 해당하나 위 발언 등을 하게 된 동기나 경위 및 배경에 비추어 표현내용이 사회상규에 위배될 정도로 을의 사회적 평가를 저하시키거나 을에게 모욕적이고 경멸적인 인식공격을 하였다고 보기 어려워 갑이 을을 모욕하였다고도 볼 수 없다는 판시하였다.

17) 한편 서울고등법원 2001. 5. 17. 선고 99나67484 판결 및 서울고등법원 2001. 5. 17. 선고 2000나18822은 이른바 '최장집 교수 사상 검증 논쟁'과 관련하여 월간 '말,지가'가 기사를 통하여 조선일보와 월간조선이 보인 태도가 '마조히즘적 정신분열증세' 또는 '사디즘적 병리현상의 증세'라는 등으로 비판한 사안인데, 위와 같은 표현에 대하여 1심 판결들은 구체적 사실의 적시가 아닌 전제사실에 터잡은 순수한 의견 부분에 해당한다고 보면서도 사회통념상 허용될 수 있는 수 사상의 과장 내지 강조, 또는 단순한 비유적 표현방법을 넘어 인식공격에 이를 정도로서 의견 내지 논평으로서의 범위를 이탈한 것이라고 판단된다고 한 데 반하여, 위 항소심 판결들은 위 표현들이 의견표명으로서 사상검증 파문의 와중에서 나온 수시적 과장에 불과하여 위법성이 없다고 하고 동시에 따로 모욕으로 인한 손해배상책임이 인정된다고도 볼 수 없다고 판단하였다.(김경환, 정치적 의견표명에 의한 명예훼손에 있어서의 위법성 요건, 언론법연구, 사법연수원, 2009, p.155)

성을 고찰함에 있어서 유의미할 것이다.

뉴욕에서 발행되는 잡지 <뉴욕커>를 중심으로 1960년대 중엽부터 본격적으로 나타난 뉴저널리즘은 여러모로 전통적인 저널리즘의 개념에서 크게 벗어난다. 이 저널리즘은 무엇보다도 객관적 보도라는 전통적 저널리즘의 기본 입장에 쐈기를 박는다. 한마디로 뉴저널리즘은 사실성을 희석하기 위하여 의식적으로 허구성에 무게를 싣는 저널리즘을 말한다.¹⁸⁾

그렇다면 논픽션 소설이나 뉴저널리즘 또는 신 뉴저널리즘이 하필이면 왜 1960년대 중엽에 이르러 갑자기 생겨났을까? 여기에는 여러 까닭이 있을 터이지만 무엇보다도 ‘공식적인 담론’에 대한 불신에서 그 원인을 찾아야 할 것이다. 공식적 담론이란 국가기관을 포함하여 대학이나 언론기관 같은 사회의 모든 제도와 관련된 표현 행위를 말한다. 그런데 미국에서는 존 F. 케네디 대통령이 재임하던 시대까지만 하더라도 공식적 담론은 그런대로 사실이나 진실을 전달하는 것으로 생각하였다. 그러나 케네디가 암살당한 뒤부터 크게 사정은 크게 달라지기 시작하였다. 린든 B. 존슨 행정부의 실책과 리처드 닉슨 행정부의 거짓말과 조작, 그리고 월남전쟁과 워터게이트 사건 등으로 미국 국민들은 환상과 낙관주의의 꿈에서 점차 깨어나게 되었다. 그리하여 구두로 표현하건 문자로 기록하건 또는 라디오나 텔레비전을 통한 전파나 영상으로 전달하건 매스 미디어를 통한 모든 공식적 담론을 불신하기 시작하였다. 만약 역사의 내용을 대중 매체가 조작하고 텔레비전과 신문이 역사적 사실을 왜곡하고 오도한다면 사실적인 것과 비사실적인 것, 사실

과 허구, 저널리즘과 픽션 사이의 구별이란 이제 더 의미를 지닐 수 없게 마련이다.¹⁹⁾

3. 잠정적 결론

바로 이러한 미국의 시대적·역사적 배경 아래서 공직자의 직무행위에 관한 명예훼손적 허위표현의 경우는 ‘현실적 악의’가 증명되지 않으면 책임지지 않는다는 법리가 나오게 된 것은 아닐까?²⁰⁾ 그리고 (그 시대의 요청에 부응한 새로운 법리를 적용한) 설리번 판결은 일부 정치인들로부터 강한 비판을 받아왔지만 필시 최근 수년간 공적 대화를 저속하게 만드는 데 일익을 담당하였으며, 이는 우리 모두에게 영향을 끼친다. 컬럼비아대학교와 버지니아대학교에서 수정헌법 1조를 연구하는 빈센트 블라시(Vincent Blasi) 교수는 이렇게 말했다. “활짝 열려 있고 사실을 건성으로 다루는 오늘날의 라디오 토론 프로그램은 설리번의 결과다” 미국인들은 손해배상금을 지불해야 한다는 두려움 없이 공적 인물에 관해 사실상 그 무엇이든 말할 수 있다.²¹⁾²²⁾

더구나 위에서 본 대법원 전원합의체 판결의 다수의 의견을 좇을 때 사실/의견의 경계를 일의적으로 획정하기 곤란함을 전제로 보도 전체의 취지에 비추어 볼 때 정치 풍자에 있어서 구체적 사실은 의견 표명을 위한 소재에 불과하므로 그 내용 전체를 의견 표명이라고 볼 여지는 더 강해지는 것이다. 이렇게 해석할 때 비로소 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결이 온전히 이해될 수 있을 것이다.

18) 김옥동, *포스트모더니즘*, 연세대학교 출판부, 2009, pp.92~93

19) 김옥동, *포스트모더니즘*, 연세대학교 출판부, 2009, p.97

20) 루스 베이더 긴즈버그(Ruth Bader Ginsburg) 대법관은 2006년 남아프리카의 케이프타운대학교에서 연설하는 가운데 이렇게 말했다. “법원은 무엇을 통해 사회를 이해하게 되는가? 판사들은 신문을 읽으며, 저명한 헌법학 교수인 폴 프로인드(Paul Freund)가 말했듯이, 그날의 날씨가 아니라 그 시대의 기후의 영향을 받는다”(앤서니 루이스 지음/박지웅·이지은 옮김, *우리가 싫어하는 생각을 위한 자유*, 간장, 2010, p.19)

21) 앤서니 루이스 지음/박지웅·이지은 옮김, *우리가 싫어하는 생각을 위한 자유*, 간장, 2010, p.97

22) 강한 공적 표현(여기에는 정치 풍자가 당연히 포함되어야 할 것이다)에 대한 법적 책임 추궁의 완화에서 더 나아가 명예훼손죄를 폐지하자는 주장과 관련해서는 박경신, *명예의 보호와 형사처벌 제도의 폐지론과 유지론*, 언론중재 2009년 여름호, 언론중재위원회, pp.46~61 참조

V. 맺으며

풍자, 특히 정치 풍자는 인간이 정치적 공동체를 이루고 살기 시작한 이래 정치권력으로부터 소외된 일반인들의 정치에 대한 염원과 비판을 담아내고 있고, 그것이 비록 구체적인 사안을 통해 이루어지더라도 본질적으로는 소수에게 정치권력이 집중될 수밖에 없는 정치제도 자체에 대한 것이기도 하다. 따라서 정치권력이 집중(이는 권력의 본성이기도 하다)되는 제도가 존속하는 한(그리고 그러한 제도가 주어진 현실이다) 정치 풍자 역시 있을 수밖에 없는 것이며, 이에 대해 저급하거나 모멸적인 표현이라는 이유로 법적 책임을 묻는다면 이는 궁극적으로 민주정치제도에 걸림돌로 작용할 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 정치인들은 추상화된 정치제도를 통해 정치권력을 장악하고 있음과 동시에 그 제도 자체를 현실적으로 드러내주고 있기 때문에 정치인에 대한 풍자는 정치인에 대한 것임과 동시에 정치제도 자체에 대한 것이기 때문이다.

선거가 코앞으로 다가왔다. 정치 풍자와 관련하여 공직선거법상 허위사실공표죄, 후보자비방죄, 부정선거운동죄 등이 문제될 수 있을 것이다. 그러나 풍자가 의견의 개진에 불과하다는 전제에 서게 된다면 공직선거법상의 각종 죄로 문제될 여지는 없어진다. 단순한 의견개진은 선거운동이 아니기 때문이다. 풍자를 공직선거법위반으로 처벌하는 것은 “자유로운 의사에 의한 선거”라는 법 자체의 목적(23)에 비추어 보

더라도 모순일뿐더러, 선거 공간에서 특정 정당이나 후보에 대한 지지 또는 비판이 시사만평, 기사, 보도, 사설 등의 형태로 사실상 이루어지고 있는 사실에 비추어 본다면 형평성에 있어서도 표현의 자유에 대한 과도한 제약이라는 비판을 면하기 어렵다.

결국 풍자가 사실에 대한 내용을 담고 있더라도 규범적으로는 애초에 의견으로 보아야 할 것이고, 사실이라고 하더라도 풍자의 전체적인 취지에 비추어 의견으로 보는 것이 타당할 것이며, 그와 관련한 사실 확인 의무를 완화함은 물론 표현에 있어서의 제한을 없애는 것이 위축효과(chilling effect)를 제거함으로써 표현의 자유를 보장함은 물론 선거 국면에서 그야말로 자유로운 의견개진을 통한 정치 발전에 이바지하는 길일 것이다.

23) 서울중앙지방법원 1995. 8. 17. 선고 95고합661 판결이 밝힌 바와 같이, 정치적 영역에 있어서의 표현행위는 보통 의견의 성격을 갖게 되고 헌법상 의견 표현으로서 허용되는 것이 원칙이며 특히 선거운동에 있어서의 표현행위는 정치적인 의견의 투쟁이 최고도로 강화되는 상황 속에서 행해지는 것이므로 보다 더 강한 자유의 원칙이 적용되어야 할 것이고, 후보자 상호간이나 후보자와 선거인 사이에는 정책논쟁과 상호비판에 의하여 상대후보자의 정견이나 과거행적의 오류와 약점을 폭로하고 특정후보자를 지지하여 주도록 설득하게 되는 것이므로 상대후보자를 비판, 비난하는 과정에서 과장, 단순화, 비유 등 여러 가지 표현기법을 구사하여 상대방을 신랄하고 통렬하게 공격하는 것이 예사일뿐만 아니라 후보자들의 발언을 대하는 선거인 역시 그러한 사정을 이해하는 것이므로 선거운동을 즈음한 표현행위의 허부를 논함에 있어서 그러한 현상과 관행이 충분히 고려되어야 할 것이다. 또한 민주주의의 국가에 있어서 정치가는 상이한 정견의 지속적인 대결 속에서 자신의 견해를 실행하게 되는 것이기 때문에 그는 타인의 신랄한 공격에 대해서도 자신을 세우야 하는 지위에 있게 되고 자기 인격의 부정적인 측면에 관한 노출도 감수하지 않으면 안 된다 할 것이다. 그러므로 표현 범죄에 있어서의 표현 행위가 범죄의 구성요건을 충족하여 타인의 법익을 침해하는 경우라 하더라도 표현의 자유가 민주사회에서 갖는 의미와 가치에 비추어 피침해이익과의 법익형량에 의해 후자의 법익이 보다 중요한 경우에 한하여 위법성이 인정된다 할 것이고 특히 선거과정에서는 표현의 자유가 더 폭넓게 인정되어야 한다.