

IV. 기타사례

합리적인 독자나 관객의 입장에서 보아 극 중 허구와 진실을 혼동할 가능성이 희박하다 해도, 허구의 표현 자체가 실존 인물의 인격적 법익을 침해하는 내용을 담고 있다면 그 침해를 인정할 수 있다

서울중앙지방법원 2006. 8. 10.자 판결 (2005가합16572)

사실개요

서울중앙지방법원 제63민사부(재판장 조경란 부장판사)는 고(故) 박정희 전(前) 대통령의 아들 박지만이 영화 ‘그 때 그 사람들’의 제작사인 주식회사 엠케이 픽처스를 상대로 낸 영화상영금지 및 손해배상 청구소송에 대해 피고는 원고에게 1억 원을 지급하라며 원고 일부 승소 판결을 내렸다.

원고는 피고가 제작, 배급한 영화 ‘그 때 그 사람들’ 중 특정 장면이 허위의 내용을 사실적으로 표현하여 고인의 인격적 법익을 침해함은 물론 유족인 원고 자신의 인격적 법익도 침해하였다고 주장하면서 영화의 상영 및 배포 등의 금지를 구하고 정신적 손해에 대한 위자료를 청구하는 소송을 제기했다.

재판부는 판결문에서 “인격적 법익에 대한 침해는 영화나 소설과 같은 주관적인 창작적 표현행위에 의하여서도 가능하고, 간접적이고 우회적인 표현에 의하여서도, 그것이 표현의 전 취지에 비추어 어떠한 사실을 암시하거나 견해를 표명함으로써 인물에 대한 사회적 평가 등을 저하시키거나 사생활의 비밀 등을 침해하면, 가능하다 할 것”이라고 말하고 “특히 역사적 인물과 사건을 소재로 하여 극 중 인물과 이야기를 창출한 경우, 독자나 관객에게 흥미와 감동을 주기 위하여 부여한 현실감 있는 표현으로 인해, 합리적인 독자나 관객이라도 창작된 극 중의 허구를 실제 있었던 사건이나 실제 인물의 모습으로 오인할 가능성이

있고, 이와 같이 허구와 진실의 경계가 불분명하여 혼동을 야기하는 장면이 일반인의 관용성과 감각에 비추어 사람의 인격적 가치에 대한 부정적인 평가를 야기할 내용을 담고 있거나 공개하고 싶어 하지 아니할 사적인 생활영역을 표현한 것이라면, 그 표현으로 인해 실존 인물에 대한 사회적 평가가 저하되고 사생활의 비밀 등이 침해됨으로써 실존 인물의 인격적 법익이 침해된다 할 것이고, 그 실존 인물이 사망한 경우에는 그 유족의 인격적 법익이 침해될 수 있다 할 것”이라고 판시했다. 또한 재판부는 “관객의 입장에서 허구임을 인식할 수 있어도 완전히 허구로 승화되지 못하여 그 표현 안에서 실존 인물의 존재가 느껴질 때에는, 아무리 합리적인 독자나 관객의 입장에서 보아 극 중 허구와 진실을 혼동할 가능성이 희박한 경우라 하여도, 허구의 표현 자체가 실존 인물의 인격적 법익을 침해하는 내용을 담고 있다면, 그 표현으로 인해 실존 인물과 그 유족의 인격적 법익이 침해될 수 있다 할 것”이라고 밝혔다.

한편 재판부는 원고의 영화 상영 금지 신청에 대해 “원고 및 고인의 인격적 법익의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 가치가 충돌하고, 영화상영 등의 금지는 표현의 자유에 대한 중대한 제한에 해당함을 감안했을 때, 이 사건 영화로 인한 원고 및 고인의 인격적 법익의 침해가 그 상영 등을 금지해야 할 만큼 중대, 명백한지 여부에 관하여 보건대, 고인의 역사적 특수성, 이 사건 영화가 다른 사건의 역사적 특수성, 영화라는 표현물이 갖는 특수성, 이 사건 영화의 특수성을 종합하여 볼 때, 이 사건 영화로 인한 고인의 인격적 법익에 대한 침해는 이 사건 영화의 상영 등을 금지해야 할 정도로 중대, 명백하지는 않다 할 것”이라며 “또한 이 사건에서 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정의 침해를 이유로 영화상영 등의 금지를 명하는 것 역시, 이 사건 영화로 인해 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정의 침해된 정도가 이 사건 영화의 상영 등을 금지하지 않고서는 회복될 수 없을 정도에 이르지 않는 아니하였다 할 것”이라고 판시하고 원고의 영화 상영 금지 신청은 받아들이지 않았다. 이어 재판부는 “다만 한편 고인의 인격적 법익에 대한 침해 내용에 의하면, 이 사건 영화가 원고가 고인의 유족으로서 감수해야 할 범위 내에 있다고 볼 수도 없으므로, 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정의 침해를 이유로 한 금지 청구는 이유 없으나, 피고는 이 사건 영화로 인해 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정의 침해됨으로써 원고가 입은 정신적 손해를 금전으로나마 위자할 의무가 있다 할 것”이라며 원고의 손해배상 청구는 받아들였다.

판 결 문

사 건 : 2005가합16572 영화상영금지및손해배상청구등

원 고 : 박 지 만

소송대리인 변호사 주 인 중, 이 승 환

소송대리인 법무법인 바른

담당변호사 김 동 건, 이 경 섭

피 고 : 주식회사 엠케이픽처스

창원시 웅남동 48

대표이사 이 은

소송대리인 법무법인 한결

담당변호사 이 동 직

변론종결 : 2006. 4. 13.

판결선고 : 2006. 8. 10.

주 문 : 1. 피고는 원고에게 100,000,000원을 지급하라.

2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

3. 소송비용은 이를 6등분하여 그 중 5는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지 : 1. 피고는 별지 영화목록 기재 영화를 극장에서 또는 텔레비전을 통하여 상영하거나, 디브이디(DVD), 비디오테이프(VIDEO TAPE), 씨디(CD) 등으로 제작, 판매, 배포, 상영하거나 그 밖의 방법으로 공개하여서는 아니된다.

2. 피고는 원고에게 500,000,000원을 지급하라.

3. 피고는 위 1.항을 위반할 경우 원고에게 위반행위 1회당 50,000,000원을 지급하라.

이 유 : 1. 기초사실

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑1, 4, 갑26-1, 2, 갑27-1, 2, 갑28, 을3, 21의 각 기재, 을20-1, 2의 각 영상, 이 법원의 영화진흥위원회위원장에 대한 사실조회결과, 변론 전체의 취지

가. 피고는 별지 영화목록 기재 영화(이하 이 사건 영화라 한다)를 제작, 배급한 회사로서, 2002. 4.경 시나리오 기획을 시작으로 2005. 1. 말경 촬영 및 편집 완료에 이르기까지 약 2년 10개월에 걸쳐 이 사건 영화를 제작하였다.

나. 이 사건 영화는 별지 대본 기재와 같이 120개의 장면(scene)으로 이루어져 있는데, 1979. 10. 부마민주항쟁 다큐멘터리(제1 장면, 이하 다큐멘터리라는 용어는 위 장면과 같이 실제 사건을 극적 허구성 없이 물리적으로 그대로 재현한 장면을 의미하는 것으로 한정하

여 사용한다)를 시작으로, 같은 달 26. 박정희 전 대통령(이하 고인이라 한다)이 당시 중앙정보부장 김재규에게 살해 당한 사건 당일의 관련 인물들의 행적을 극화한 장면이 이어진다. 무지 화면에 흐르는 김수환 전 추기경의 조사(제119 장면)와 고인의 장례식 다큐멘터리(제120 장면)로 마무리되고 있다.

다. 고인의 아들인 원고는 이 법원 2005카합106호로 이 사건 영화의 상영금지 등을 구하는 가처분신청을 하였고, 그 신청이 일부 받아들여져 이 사건 영화 중 위 극화 장면을 제외한 나머지 부분 즉, 위 제1, 119, 120 장면(타이틀, 삽입곡 제외)에 대한 상영금지 등 가처분 결정이 내려졌다.

라. 이에 피고는 위 가처분결정에 따라 2005. 2. 3. 위 상영금지된 장면을 삭제하고 이를 무지 화면으로 처리하여 이 사건 영화를 개봉하였고, 그 후 이 사건 영화는 위와 같이 상영금지 장면이 삭제된 상태로 해외영화제 초청이나 디브이디 판매를 통해 외국에 소개되었으며, 현재까지 텔레비전을 통해 상영되거나 인터넷 사이트를 통해 제공되고 있다.

2. 당사자의 주장

원고는, 피고가 이 사건 영화 중 아래에서 볼 특정 장면에서 허위의 내용을 사실적으로 표현하여 고인의 명예, 프라이버시권 등 인격적 법익을 침해함은 물론 유족인 원고의 명예, 명예감정, 프라이버시권 및 고인에 대한 경애, 추모의 정 등 원고 자신의 인격적 법익을 침해하였다고 주장하면서, 청구취지 기재와 같이 피고에 대하여 이 사건 영화의 상영 및 배포 등의 금지를 구하고, 아울러 고인과 원고가 입은 정신적 손해에 대한 위자료로서 5억 원의 지급을 구한다.

이에 대하여 피고는, 이 사건 영화는 어디까지나 허구이므로 고인과 원고의 인격적 법익을 침해할 여지가 전혀 없고, 가사 일부 장면이 실제 있었던 사실로 오인될 가능성이 있다 하더라도 그 내용이 고인과 원고의 인격적 법익을 침해하는 내용을 담고 있지 아니하며, 또 가사 이 사건 영화가 고인과 원고의 인격적 법익을 침해하는 내용을 담고 있다 하더라도, 이 사건 영화는 헌법상 기본권인 표현의 자유 내지 예술의 자유에 의해 보호되어야 하므로 위법하지 아니할 뿐 아니라 나아가 공공의 이해에 관한 사항으로서 공공의 이익을 위하여 제작된 것이므로 위법성이 조각된다고 주장한다.

3. 판단

가. 인정사실

[인정근거] 갑7-1 내지 7, 갑12-1 내지 6, 갑13-1 내지 4, 갑14-1 내지 5, 갑15, 갑16-1, 2, 갑17-1 내지 3, 갑18-1 내지 6, 갑19-1 내지 12, 갑20-1, 2, 을20-1, 2의 각 영상

(1) 이 사건 영화를 보면, 도입부에서 ‘이 영화는 실제 있었던 사건을 모티브로 하고 있습니다. 그러나 이야기의 세부사항과 등장인물의 심리 묘사는 모두 픽션입니다’ 라는 자막이 나온 다음, 부마민주항쟁 장면이 다큐멘터리로 상영되면서 “박정희, 그가 군사 쿠데타 이후 18년째 정권을 유지해 오던 1979년 가을, 부산과 마산에서는 학생과 시민들의 뜻밖의 대규모 시위가 있었습니다. 폭압적인 정권에 저항하며 민주화를 요구했지만, 박정희 정권은 군대를 동원해 이를 간단히 진압해 버렸습니다. 질식할 것만 같은 거짓 평온이 흐르고, 시민들은 한껏 웅크리고 살아갈 수 밖에 없었습니다. 그러던 어느 날, 뜬금 없게도, 박정희는 총에 맞습니다”라는 내레이션이 삽입되어 있다(제1 장면 타이틀(부마항쟁 다큐멘터리), 이하 각 장면을 위와 같이 장면 번호와 소재목으로 특정한다).

(2) 이 사건 영화의 해외 판매용 디브이디에는 위 삭제된 부분에 해당하는 무지 화면에 ‘이 장면은 2005년 1월 31일 대한민국 서울중앙지방법원 제50민사부의 결정에 따라 삭제되었습니다’ 라는 문구와 함께 영어로 ‘This is based on true story: the assassination of President Park Junghee(번역 : 이 영화는 사실에 기초하고 있다: 박정희 대통령의 암살).’ 이라는 자막이 삽입되어 있고, 다음 화면에 영어로 ‘South Korean President Park came to power with a military coup in 1961 and ruled for 18 years with near dictatorial powers(번역 : 남한의 박대통령은 1961년 군사 쿠데타를 통해 집권하였고, 거의 독재에 가까운 권력을 가지고 18년 동안 집권하였다). In October 1979, students and civilians called for democracy and protested Park’s oppressive rule. But Park’s military easily crushed the protestors(번역 : 1979년 10월에는 학생들과 시민들이 민주주의를 외치며 박정희의 억압적인 통치에 저항하였으나, 박정희의 군대는 위 저항을 간단히 진압하였다). Seoul, October 26, 1979(번역 : 서울, 1979년 10월 26일).’ 라는 자막이 삽입되어 있으며, 그 다음 화면에 ‘그때 그 사람들’ 이라는 한글 타이틀 아래 영어로 ‘THE PRESIDENT’S LAST BANG(번역 : 대통령의 마지막 총성)’이라는 타이틀이 삽입되어 있다.

(3) 이 사건 영화는 위 타이틀 이후 부마항쟁 다큐멘터리 장면이 나온 다음 고인의 살해 사건 당일 관련 인물들의 행적을 그린 극화 장면으로 이어지는데, 원고는 위 극화 장면 중 특히 아래 특정 장면(이하 이 사건 특정 장면이라 한다)이 고인과 원고의 인격적 법익을 침해하고 있다고 주장한다.

(가) 제2 장면 비밀요정 : 상반신을 모두 드러낸 반라의 여인들이 등장하는 장면 및 각하(대통령, 이하 같다)가 젊은 여자와 벌인 행태를 설명하는 철 없는 엄마의 대사

(나) 제3 장면 헬기 안 : 각하와 그 측근들인 양실장(비서실장, 이하 같다), 차실장(경호

실장, 이하 같다) 등 사이의 음담패설 및 각하가 일본어로 “배꼽 아래 일은 원래 문제 삼는 게 아냐, 사나이가 시시하게”라고 말하는 장면

(다) 제10 장면 청와대 각하 집무실 : 각하가 집무실 내 금고에서 돈을 꺼내 부하 직원에게 건네는 장면과 양실장에게 일본어로 일본 가요(엔까)를 잘 부르는 여가수 수봉을 만찬장으로 부르도록 하는 대화 장면

(라) 제28 장면 궁정동 별관 만찬장 : 각하가 만찬장에 모인 김부장(정보부장, 이하 같다), 차실장, 양실장과 세계 정세에 대한 대화를 하다가 마지막에 일본어로 “이해 가?”라고 말하는 장면

(마) 제36 장면 궁정동 별관 만찬장 : 각하가 술좌석에서 옆에 앉은 여대생 미스 조의 손을 잡고 있고, 수봉이 일본어로 일본 가요를 부르며, 각하와 위 측근들이 위 일본 가요를 듣는 장면

(바) 제40 장면 궁정동 별관 만찬장 : 수봉이 일본어로 일본 가요를 부르는 동안 각하가 옆에 앉은 여대생의 가슴에 얼굴을 묻고 있고, 김부장이 “가관이군”이라고 말하는 장면

(사) 제55 장면 궁정동 별관 만찬장 : 김부장이 차실장을 총격한 후 놀란 각하가 김부장에게 “뒤흔?”라고 묻자 김부장이 각하에게 “나야”라고 말하며 각하의 가슴을 총격하는 장면

(아) 제62 장면 궁정동 별관 만찬장 : 김부장이 쓰러져 있는 각하의 머리카락을 움켜잡고 일으키자, 각하가 눈을 뜨고 김부장에게 “김부장, 또 쏘라꼬?”라고 말하고, 이어서 김부장이 각하에게 일본어로 “다카키 마사오(고인의 일제 시대 창씨명), 누구라도 죽으면 그냥 썩은 내 피우는 쓰레기인 거예요”라고 말하자, 각하가 김부장에게 “한 방 묵었다 아니기”라고 말한 후, 김부장이 각하의 머리에 다시 총탄을 발사하고 사망한 각하의 머리카락을 움켜쥐고 각하의 머리를 뒤로 제쳐 넘어뜨리는 장면

(자) 제109, 110 장면 각 국군 서울 지구병원 원장실 : 최총리(국무총리, 이하 같다), 국방장관 등 국무위원들이 각하의 시신을 확인하기 위해 수술실로 들어와 나체로 놓여 있는 고인의 시신을 가운데 두고 대화와 묵념을 하고, 그 와중에 한 사람이 각하의 성기 부분에 모자를 올려 놓는 장면 및 위와 같은 상태에서 최총리를 대통령 대행으로 추대하는 장면

(4) 이 사건 영화는, 이 사건 특정 장면 이후 사건 수습 과정과 총격 가담 인물들의 행적을 극화한 장면과 그 행적들을 설명한 내레이션이 이어진 후, 무지 화면에 김수환 전 추기경의 조사가 흐르고(제119 장면 무지 화면), 조문객, 장례행렬, 눈물을 흘리는 시민들의 모습을 담은 장례식 다큐멘터리(제120 장면 박정희 대통령 장례식 다큐멘터리)로 마무리되고 있다.

나. 고인의 인격적 법익에 대한 침해와 그 구제 여부

(1) 고인의 인격적 법익에 대한 침해 여부

(가) 사람의 품성, 덕행, 명예, 신용 등의 인격적 가치는 헌법상 보장된 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 그리고 사생활의 비밀과 자유라는 기본권에 근거한 법적 이익으로서 절대적이고 배타적인 성격을 갖는다 할 것이므로, 이러한 인격적 법익을 위법하게 침해당한 자는 그 침해자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있음은 물론 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 발생할 침해를 예방하기 위하여 그 침해행위의 금지를 구할 수 있다 할 것이다.

나아가 사람은 최소한 죽은 후에 자신의 인격적 가치에 대한 중대한 왜곡으로부터 보호되어야만 살아 있는 동안의 인간으로서의 존엄과 가치를 진정으로 보장받는 것이므로, 사자의 인격적 법익에 대한 침해가 있는 경우에는 그 유족이 사자의 인격권 침해를 이유로 그 침해행위의 금지를 구할 수 있다 할 것이고, 다만 재산상속이 사망시를 기준으로 개시되는 이상 손해배상을 청구할 수는 없다 할 것이나, 사자의 인격적 법익이 침해됨으로써 그 유족의 명예, 명예감정, 또는 유족의 사자에 대한 경애, 추모의 정 등이 침해된 경우에는 사자의 인격적 법익의 침해와는 별도로 유족 자신의 인격적 법익의 침해를 이유로 그 침해행위의 금지와 손해배상을 청구할 수 있다 할 것이다.

(나) 위와 같은 인격적 법익에 대한 침해는 신문기사나 뉴스보도와 같은 객관적인 사실 전달행위 뿐만 아니라 영화나 소설과 같은 주관적인 창작적 표현행위에 의하여서도 가능하고, 직접적으로 구체적 사실을 적시하는 표현행위 뿐만 아니라 간접적이고 우회적인 표현에 의하여서도, 그것이 표현의 전취지에 비추어 어떠한 사실을 암시하거나 견해를 표명함으로써 인물에 대한 사회적 평가 등을 저하시키거나 사생활의 비밀 등을 침해하면, 가능하다 할 것이다.

특히 역사적 인물과 사건을 소재로 하여 극 중 인물과 이야기를 창출한 경우, 독자나 관객에게 흥미와 감동을 주기 위하여 부여한 현실감 있는 표현으로 인해, 합리적인 독자나 관객이라도 창작된 극 중의 허구를 실제 있었던 사건이나 실제 인물의 모습으로 오인할 가능성이 있고, 이와 같이 허구와 진실의 경계가 불분명하여 혼동을 야기하는 장면이 일반인의 관용성과 감각에 비추어 사람의 인격적 가치에 대한 부정적인 평가를 야기할 내용을 담고 있거나 공개하고 싶어 하지 아니할 사적인 생활영역을 표현한 것이라면, 그 표현으로 인해 실존 인물에 대한 사회적 평가가 저하되고 사생활의 비밀 등이 침해됨으로써 실존 인물의 인격적 법익이 침해된다 할 것이고, 그 실존 인물이 사망한 경우에는 그 유족의 인격적 법익이 침해될 수 있다 할 것이다.

나아가 실존 인물과 사건이 작품 속에서 완전한 허구로서 승화되어 그 작품 속에서 실존 인물의 존재를 찾기 어려운 경우에는 실존 인물의 인격적 법익이 침해될 여지가 없다 하겠으나, 관객의 입장에서 허구임을 인식할 수 있어도 완전히 허구로 승화되지 못하여 그 표현 안에서 실존 인물의 존재가 느껴질 때에는, 아무리 합리적인 독자나 관객의 입장에서 보아 극 중 허구와 진실을 혼동할 가능성이 희박한 경우라 하여도, 허구의 표현 자체가 실존 인물의 인격적 법익을 침해하는 내용을 담고 있다면, 그 표현으로 인해 실존 인물과 그 유족의 인격적 법익이 침해될 수 있다 할 것이다.

(다) 먼저 이 사건 영화가 고인의 인격적 법익을 침해하였다고 하려면, 관객이 이 사건 영화를 통해 고인 및 고인과 관련된 실제 사건을 연상할 수 있음이 전제되어야 할 것인바, 위 인정사실에 의하면, 이 사건 영화는 도입부에서 고인의 이름을 직접 언급하면서 이 사건 영화의 사건들이 고인의 집권 말기에 벌어진 일들임을 설명하고 있고, 주요 등장 인물들의 호칭, 직책, 역할, 사건 진행 과정에서의 행적이 실제 사건과 매우 유사하게 구성되어 있으므로, 관객의 입장에서 극 중 각하가 곧 고인을 특정한 것임을 쉽게 인식할 수 있다 할 것이다.

(라) 다음으로 이 사건 영화가 고인의 인격적 법익을 침해하는지 여부에 관하여 본다.

[인정근거] 갑1 내지 4, 갑5-1 내지 10, 갑6, 11, 21 내지 24, 갑25-1 내지 3, 을1, 2, 을4-1 내지 38, 을5 내지 19의 각 기재, 갑8, 9, 10의 각 일부 기재, 증인 김○○, 한○○, 조○○, 조○○의 각 일부 증언, 변론 전체의 취지

① 우선 이 사건 특정 장면 중 제62 장면(궁정동 별관 만찬장)에서 각하가 가슴에 총탄을 맞은 후 자신을 일으킨 김부장에게 “김부장, 또 쏘라꼬?”라고 말하고, “한 방 묵었다 아 니가”라고 말하는 장면은, 실제 가슴에 총탄을 맞은 사람이 취하리라고는 예상할 수 없을 정도로 회화적일 뿐 아니라 2001년 초경 흥행 신기록을 달성했던 ‘친구’라는 영화에 나온 대사를 패러디한 것으로서, 완전한 허구로 승화됨으로써 합리적인 관객이 위 장면을 두고 고인의 실제 모습이라고 오인할 여지는 전혀 없게 되었다 할 것이므로, 위 표현 자체만으로는 고인의 인격적 법익을 침해하였다고 할 수 없다.

② 그러나 이 사건 특정 장면 가운데 위 ①항 기재 장면을 제외한 나머지 장면들(이하 이 사건 침해 장면이라 한다)은 직접적으로 고인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키는 표현을 사용하고 있지는 않으나, 간접적이고 우회적으로 비유적이거나 상징적인 표현을 사용함으로써, 아래에서 보는 바와 같이 그 표현의 전체적인 취지에 비추어 고인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키는 등 고인의 인격적 법익을 침해하였다 할 것이다(다만, 아래 (2)의 (라)항에서 보는 고인의 역사적 특수성, 이 사건 영화가 다른 사건의

역사적 특수성, 영화라는 표현물이 갖는 특수성, 이 사건 영화의 특수성을 종합하면, 이 사건 침해 장면이 고인의 사생활의 비밀을 침해하였다고 보기는 어렵다.

㉠ 우선 이 사건 침해 장면 중 일부는 극 중 각하가 여색을 탐하고, 일본 문화에 대한 향수를 갖고 있으며, 측근들과 일본어로 대화를 하고, 국비를 사적으로 유용하였다는 점을 적시하고 있는바, 위 각 장면이 이 사건 영화의 전체적인 구조 즉, 부마민주항쟁의 다큐멘터리로 시작하면서 그 시대상황을 설명하는 내레이션과 함께 이 사건 영화가 고인의 사망 사건을 다룬 것이라는 점을 알린 다음 고인의 사망 당일 실제 있었던 사건을 주된 골격으로 하여 세부적인 묘사만 허구로 처리한 극화된 장면이 전개된 후 관련 인물들의 사건 후 행적과 재판과정 등을 설명하는 내레이션과 고인의 장례식 다큐멘터리로 마무리되는 구조와 유기적으로 결합되어 있어, 일부 대사나 배경화면이 그 시대 및 관련 인물의 실제 모습과 다름에도 불구하고 전체적으로 매우 사실적으로 표현되어 있는 점, 더욱이 고인의 집권시기를 그린 많은 매체에서 고인의 일제 시대 행적, 집권 후 여자관계와 정치적 행적들을 표현하고 있는 데다가, 영화 도입부에 사실을 기초로 한 영화라는 자막이 명시적으로 삽입되어 있어서, 합리적인 관객의 입장에 서더라도 그 세부적 내용이 설명 허구일지언정 근거자료를 통해 추론 가능한 범위 내의 사실 표현일 것이라고 인식할 수 있는 점, 또한 이 사건 영화는 장르 구분상 블랙코미디에 속하는 영화로서, 전반적으로 극 중 상황을 희화적으로 표현하고는 있으나 명랑한 웃음을 자아내는 유머가 아니라 인간에 대한 불신, 절망을 내포하고 있어 씩씩한 웃음을 유도하고 있고, 등장 인물들의 비참하고 어처구니 없는 상황을 통해 인생의 부조리함과 덧없음을 느끼게 함으로써 인간존재에 대한 진지한 탐구가 필요하다는 메시지를 전달하고 있는 특징이 있는 점, 이 사건 영화에는 많은 인물들이 등장하고 있고, 영화계에서 비중 있는 배우들이 고인의 주변 인물들을 연기하고 있으며, 피고의 제작의도는 영문도 모른 채 고인의 살해 사건에 가담하여 비극적 최후를 맞는 이름 없는 사람들의 이야기를 그리는 데 있었다 하여도, 고인의 사망 사건을 중심으로 사건 당일의 이야기를 하고 있어 극 중 각하라는 인물과 그 역할이 극의 전개에 있어 필수적인 점, 원고가 이 사건 영화에 대한 상영금지가처분 신청을 하기 이전부터 이 사건 영화에 대한 홍보, 시사회 이후 관련 기사 등이 이 사건 영화의 가치를 고인의 사망 사건을 중심으로 한 그 시대에 대한 제작자측의 역사적 시각과 평가, 표현을 감행한 용기라는 측면에 두고 있는 점 등을 종합하여 보면, 아무리 합리적인 관객이라도 위 장면들에서 묘사된 각하의 모습을 실제 고인의 모습으로 인식할 가능성을 전혀 배제할 수는 없다 할 것이다.

그런데 위 장면들은, 대한민국 대통령이라는 지위에 있는 고인이 아무리 일제 시대에 청

년기를 지냈다 하여도 그 시대 사람들이 일상적으로 사용하는 수준의 일본식 용어를 사용하는 정도를 벗어나 국정 수행 중 또는 집무실에서 일본어로 측근들과 대화를 하고, 국가인력과 자금을 동원하여 유흥을 즐기며, 사적으로 공적 자금을 사용한 부패한 권력자일 뿐 아니라, 사생활에 있어서도 문란한 사람이었다는 인상을 줌으로써, 실제 고인의 생활상이 위와 같았는지 여부를 불문하고, 통상적인 도덕관념, 역사의식, 민족의식을 갖고 있는 대한민국 관객들에게 고인의 도덕관념, 국가 원수로서의 자질과 그의 역사의식에 대한 회의를 갖도록 유도한다 할 것이므로, 피고는 위와 같은 장면을 통해 고인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시켰다 할 것이다.

㉔ 또한 이 사건 침해 장면 중 극 중 김부장이 각하의 머리채를 잡고 일제 시대 창씨명을 부른 뒤 ‘누구라도 죽으면 썩은 내 피우는 쓰레기에 불과하다’는 말을 하는 장면에 관하여 보건대, 위 대사 부분은 그 자체로만 놓고 보면 인간의 죽음에 대한 성찰을 담고 있는 철학적 표현이라 할 수 있고, 반드시 죽음에 대하여 이를 미화한 표현만이 허용되는 것은 아니라 하더라도, 위 대사를 포함한 위 장면은 고인의 일제 시대 창씨명과 위에서 본 이 사건 영화의 전체적인 구조, 장르의 성격, 분위기, 관객에게 주는 인상, 메시지 등과 유기적으로 결합됨으로써, 고인을 특정하여 그의 국가원수로서의 위상, 뛰어난 지도자로서의 이미지 등은 모두 허상일 뿐이고, 그도 일제의 압박에 저항하지 못하고 그 체도에 순응하여 살았던 사람에 불과하며, 그의 죽음도 필부의 죽음과 다를 바 없는 것이어서, 대한민국 국민이 그의 죽음에 대해 그토록 슬퍼하고 그를 추억할 필요가 없다는 평가를 담고 있다 할 것이고, 이러한 표현 의도는 이 사건 영화의 마지막에 다큐멘터리로 된 고인의 장례식 행렬에서 오열하는 시민들의 실제 모습을 보여 줌으로써 더욱 부각된다 할 것인바, 그렇다면 실제 김재규가 고인을 총격할 당시 위와 같은 말을 하였는지 여부, 관객들이 위 장면을 실제 사건에서 존재한 내용으로 인식하는지 여부를 불문하고, 위 장면은 그 표현의 전체적인 취지에 비추어 고인의 죽음을 부패하여 더러운 쓰레기에 비유하여 대중 앞에 공표함으로써, 고인이 그 지위와 자신에 대한 역사적 평가를 떠나 한 인간으로서 당연히 보장받아야 할 인격적 법익 즉, 생존시 또는 사후에 자신의 죽음의 가치와 그 경건성에 대해 갖는 기대라는 인격적 법익을 침해하였다 할 것이다.

또한 국무위원들이 나체의 시신을 가운데 두고 대화, 묵념하는 장면, 그 와중에 누군가 시신의 성기 부분에 모자를 올려 놓는 장면에 관하여 보건대, 위 장면은 고인의 사망 후 국정 수습과정을 매우 희화적으로 표현함으로써 당시 위정자들의 모습을 풍자한 표현이어서, 관객이 위 장면을 두고 실제 상황으로 오인할 가능성은 희박하다 하더라도, 그 희화화 과정

에서 고인으로 특정되는 시신을 나체로 드러낸 다음 성기 부분에 모자를 올려 놓음으로써, 고인의 생전 행적에 대한 부정적 평가와 그 죽음에 대한 냉소적 시각을 드러내는 것에서 더 나아가 고인의 시신 자체를 희화화하여, 인간이 자신의 시신에 대해 갖는 경건함, 그 경건한 처리에 대한 기대라는 인격적 법익을 침해하였다 할 것이다.

(2) 고인의 인격적 법익 침해를 이유로 한 침해 금지 여부

(가) 앞서 본 바와 같이 재산상속이 사망시를 기준으로 개시되는 이상, 고인의 인격적 법익에 대한 침해를 이유로 한 손해배상청구는 이유 없으므로, 결국 영화상영 등 침해행위의 금지 여부만을 살펴보아야 할 것인바, 영화는 의사표현의 매체로서 예술표현의 수단임과 동시에 학문적 연구결과 발표의 수단이 되므로, 그 제작과 상영은 헌법상 언론과 출판의 자유 및 학문과 예술의 자유(이하 통틀어 표현의 자유라 한다)에 의하여 보장된다 할 것이어서, 영화에 의하여 타인의 인격적 법익이 침해된 경우에는 인격적 법익의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 헌법적 가치가 충돌하므로, 어떠한 경우에 인격적 법익의 침해행위로서 이를 금지할 수 있는지에 관하여는 인격적 법익의 침해 여부와는 별도의 판단이 필요하다 할 것이다.

먼저, 그 표현으로 인하여 인격적 법익이 침해되는 피해자가 공적인 존재인지, 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지, 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지에 따라 심사기준에 차이를 두어야 할 것인바, 공공적이고 사회적인 의미를 가진 사안에 대한 표현의 경우에는 여론의 자유로운 형성과 전달을 통하여 민주적 정치질서를 생성하고 유지하는 기능을 고려하여 최대한 보장되어야 하고, 특히 공직자의 도덕성, 청렴성이나 그 업무처리의 정당성 여부에 대한 감시와 비판은 그 표현이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니될 것이다.

또한 사자에 관한 사실은 세월의 흐름에 따라 역사적 사실이 된다 할 것이므로, 역사적 사실에 대한 학문적, 예술적 탐구와 표현은 그로 인한 가치가 이미 시간의 경과로 세인의 기억 속에서 잊혀져 가는 역사적 인물의 인격적 법익을 보호함으로써 달성되는 가치보다 소중한 것으로 배려되어야 할 것이고, 특히 역사적으로 중요한 인물의 경우에는 더욱 그 인물에 대한 탐구와 평가의 자유가 보장되어야 할 것이다.

따라서 역사적으로 중요한 사자의 정치적, 사회적 행적과 그와 관련된 생활상 등을 표현한 경우에는 사자의 인격적 법익을 중대하게 침해한 경우에 한하여 그 표현을 금지할 수 있다 할 것이다.

(나) 또한 인격적 법익의 침해에 대한 구제가 필요한 경우에도, 영화의 상영 등 표현행위 자체를 금지하는 것은 손해배상을 명하는 경우와는 달리 표현의 자유를 근본적으로 제한하

는 것이고, 특히 표현행위에 대한 사전억제는 검열을 금지하는 헌법 제21조 제2항의 취지에 비추어 원칙적으로 허용되어서는 아니되므로, 영화상영 등의 금지는 영화로 인한 인격적 법익의 침해의 태양 및 정도에 비추어 그 침해가 중대하고 명백할 뿐 아니라 피해자에게 중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있어 그에 대한 유효적절한 구제 수단으로서 금지의 필요성이 인정되는 경우에 한하여, 예외적으로 허용된다 할 것이다.

(다) 그런데, 이 사건의 경우 영화상영 등의 금지를 명한다면, 그것은 현재 가치분 결정에 따라 일부 장면이 삭제된 채 텔레비전이나 인터넷 등을 통해 상영되고 있는 부분에 대해서는 현재의 침해에 대한 방해배제의 성격을, 이 사건 영화 전체에 대해서는 장래의 침해에 대한 예방적 성격 즉, 사전금지적 성격을 동시에 가진다 할 것이므로, 이 사건 영화에 대한 상영금지 등 침해금지조치를 명할 수 있으려면, 고인의 인격적 법익에 대한 침해가 중대, 명백하여 그 침해로 인한 피해가 회복하기 어려울 정도에 이르러야 할 것이다.

덧붙여 이 사건 영화는 이 사건 침해 장면이 영화의 전체적인 구조와 유기적으로 결합되어 고인의 인격적 법익을 침해하고 있어, 이 사건 침해 장면이나 그와 관련된 일부 장면만을 금지한다면 이 사건 영화가 갖는 창작의 본질을 형해화시키는 결과를 초래할 것이므로, 이 사건 영화 전체를 기준으로 침해 금지 여부를 판단하여야 할 것이다.

(라) 그러므로, 과연 이 사건 영화로 인한 고인의 인격적 법익의 침해가 그 상영등을 금지해야 할 만큼 중대, 명백한지 여부에 관하여 보건대, 아래에서 보는 바와 같은 고인의 역사적 특수성, 이 사건 영화가 다른 사건의 역사적 특수성, 영화라는 표현물이 갖는 특수성, 이 사건 영화의 특수성을 종합하여 볼 때, 이 사건 영화로 인한 위와 같은 고인의 인격적 법익에 대한 침해는 이 사건 영화의 상영 등을 금지해야 할 정도로 중대, 명백하지는 않다 할 것이다.

즉, ① 고인은 1961. 5. 16. 군사정변으로 집권한 이래 1979. 10. 26. 당시 중앙정보부장 김재규에 의해 살해되기까지 18년간 대한민국을 통치한 사람으로 현대사에 있어 그 비중이 실로 막대하여 그 사망한 지 27년 가까운 세월이 흐른 이 시점에서든 대한민국 경제발전의 초석을 마련하였다는 긍정적 평가에서부터 장기집권으로 민주주의 발전을 저해한 독재자일 뿐이라는 극단적으로 부정적인 평가에 이르기까지 다양한 평가와 해석이 끊임 없이 재창출되고 있는 인물로서, 이미 그의 정치적 행적과 생활상이 각종 매체를 통해 공표되어 있는 점(고인의 역사적 특수성), ② 이 사건 영화에서 다른 고인의 집권시기의 정치적 상황, 고인을 비롯한 당시 집권자들의 생활상, 고인이 사망한 일명 10·26 사건의 경위와 관련 인물들의 행적 등은 이미 사적인 영역을 벗어나 역사적 의미를 갖는 공적인 사항, 공중의 관심

사안으로 이행하였다 할 것이므로, 이를 재조명하고 그 역사적 가치를 평가함에 있어서는, 아무리 편향적 시각에서 접근한 표현이라 하더라도, 다양한 담구를 통한 여론의 형성, 의견의 대립과 갈등, 대화와 수용을 통한 갈등의 해결이라는 민주적 평가구조를 통해서 정화되도록 허용되어야 한다는 점(이 사건 영화가 다른 사건의 역사적 특수성), ③ 영화라는 것은 실제 있었던 사건을 직접적으로 전달하는 것이 아니라 시나리오에 의한 창작물이므로, 실제 존재했던 인물과 사건을 소재로 하였다 하여도 인물의 재창조나 사건전개상 작가의 상상에 의한 각색이 필연적으로 수반되고, 영화의 현실감이나 관객의 흥미와 감동을 위하여 관객이 실제 사실처럼 느끼도록 구성하는 것이 일반적이며, 합리적인 관객이라면 누구나 영화는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 허구라는 바탕 위에 있음을 인식하고 있는 점(영화라는 표현물의 특수성), ④ 이 사건 영화는 어디까지나 이익창출에 목적이 있는 상업 영화일 뿐 사실 보도, 계몽, 교육, 국정홍보 등의 공공의 이익을 목적으로 제작된 영화가 아니므로, 비록 이 사건 영화가 공적인 사실을 소재로 하고 있다 하여도 이 사건 영화의 위치를 공적인 영역에 두고 평가해서는 아니 되고, 이 사건 영화가 고인에 대하여 부정적인 측면만을 부각시켜 표현하였고 더욱이 그 표현이 실제 고인의 모습과 다른 허위의 사실을 적시한 것이어서 고인에 대한 왜곡된 평가를 야기 내지 가중시켰다 하더라도, 이 사건 영화의 메시지를 즐기고 비판하면서 받아들일지, 또는 비판할 가치도 없는 저열한 영화라고 치부해 버릴지는 이를 결정하는 관객의 수용의 영역에 두어야 할 것인 점, 또한 실제 이 사건 영화의 고인에 대한 부정적 표현이 고인에 대한 역사적 평가에 심대한 영향을 미쳤다고 볼 수 없고, 이 사건 영화가 어떠한 경우에도 공중에 공개되어서는 아니 될 인간의 극히 내밀한 영역을 적나라하게 폭로함으로써 일반인의 감수성에 비추어 그 공개를 수용하기 어려운 정도에 이르렀다고 볼 수도 없으며, 이 사건 영화의 전체에서 고인뿐 아니라 그 시대 집권자 계층 전반에 대한 냉소적 시각을 보이는 한편, 민주주의가 정착하지 못하여 혼돈이 난무했던 시기를 산 그 시대 인물들에 대한 연민을 담고 있는 점(이 사건 영화의 특수성) 등을 종합하여 보면, 이 사건 영화로 인한 고인의 인격적 법익에 대한 침해가 이 사건 영화의 상영 등을 금지해야 할 만큼 중대, 명백하다 할 수 없다.

(마) 따라서, 고인의 인격적 법익의 침해를 이유로 한 금지 청구는 이유 없다.

다. 원고의 인격적 법익에 대한 침해와 그 구제 여부

(1) 원고의 인격적 법익에 대한 침해 여부

(가) 을20-2의 영상에 의하면, 이 사건 영화의 마지막 고인의 장례식 다큐멘터리 장면에서 당시 원고의 실제 모습이 등장하는 사실을 인정할 수 있으나, 위 장면 자체는 원고의 인

격적 법익에 대한 어떠한 침해적 요소도 갖고 있지 않을 뿐 아니라 이 사건 영화 중 위 장면 외에는 원고를 특정한 표현이 없으므로, 결국 이 사건 영화로 인해 원고의 인격적 법익이 침해되었다고 하려면 이 사건 영화로 인해 고인의 인격적 법익이 침해됨으로써 그 결과 유족인 원고 자신의 인격적 법익이 침해된 경우라야 할 것이다.

(나) 그런데 이 사건 영화 중 이 사건 침해 장면이 이 사건 영화의 전체적인 구조 등과 유기적으로 결합되어 관객들로 하여금 고인에 대해 도덕관념과 역사의식이 결여된 부패한 권력자라는 인상을 갖게 함으로써 고인의 명예를 훼손하고 고인이 자신의 죽음과 시신에 대해 갖는 경건성을 침해하고 있음은 앞서 본 바와 같으나, 원고가 비록 고인의 아들이라 하더라도, 원고는 고인과 별개의 인격체로서 사회 일반인의 관념상 고인과 동일시되지 않으므로, 위와 같은 고인의 인격적 법익의 침해로 인해 그 유족인 원고에 대한 사회적 평가마저 저하되거나 원고가 자기자신에 대해 갖는 명예감정이 손상되었다고 볼 수 없고, 더욱이 이 사건 침해 장면으로 인해 일반인이 원고에 대해 왜곡된 인상을 갖게 된다거나 원고의 사생활의 비밀이 침해된다고 볼 수도 없다 할 것이다.

다만 유족인 원고가 아버지인 고인에 대하여 갖는 경애, 추모의 정은 위와 같은 원고 자신의 명예, 명예감정 등과는 별개의 인격적 법익으로서 보호되어야 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 피고는 이 사건 영화를 통해 그 적시한 사실의 진실성 여부를 불문하고 관객들에게 원고의 아버지인 고인이 국가원수로서의 품위, 도덕관념, 역사의식을 갖추지 못한 사람이라는 인상을 불러 일으켜 고인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키고, 고인의 죽음이 갖는 역사적 가치를 폄하할 뿐 아니라, 사망의 과정과 시신을 회화화함으로써 고인의 죽음과 시신이 갖는 경건성을 침해하여, 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정을 손상시켰다 할 것이다.

(2) 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정에 대한 침해에 대한 구제 여부

(가) 앞서 본 고인의 인격적 법익에 대한 침해의 경우와 마찬가지로, 여기서도 원고의 인격적 법익의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 가치가 충돌하고, 영화상영 등의 금지는 표현의 자유에 대한 중대한 제한에 해당하므로, 이 사건에서 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정에 대한 침해에 대한 구제를 명하는 것은, 이 사건 영화로 인해 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정이 침해되어 이 사건 영화의 상영 등을 금지하지 않고서는 도저히 침해된 추모의 정을 회복하기 어려울 정도로 현저한 침해를 당하였다는 특별한 사정이 인정될 경우에만 가능하다 할 것이고, 정신적 손해에 대한 배상을 명하는 것은, 위와 같은 정도의 현저한 침해에 이르지 아니하더라도 원고가 고인의 유족으로서 감수해야

할 범위를 넘는 경우이면 가능하다 할 것이다.

(나) 그런데 원고는 고도의 공인성과 역사성을 갖춘 고인의 유족으로서 원고 자신도 고인의 공인성과 역사성으로부터 완전히 자유로울 수 없다 할 것이므로, 고인이 학문적으로나 예술적으로 표현과 평가의 대상이 되는 것을 감수할 수 밖에 없고, 여기에다가 앞서 본 이 사건 영화가 다른 사건의 역사적 특수성, 영화라는 표현물이 갖는 특수성, 이 사건 영화의 특수성을 더해 보면, 이 사건 영화로 인해 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정이 침해된 정도가 이 사건 영화의 상영 등을 금지하지 않고서는 회복될 수 없을 정도에 이르지 아니하였다 할 것이나, 한편 위에서 본 고인의 인격적 법익에 대한 침해 내용에 의하면, 이 사건 영화가 원고가 고인의 유족으로서 감수해야 할 범위 내에 있다고 볼 수도 없으므로, 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정이 침해됨을 이유로 한 금지 청구는 이유 없으나, 피고는 이 사건 영화로 인해 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정이 침해됨으로써 원고가 입은 정신적 손해를 금전으로나마 위자할 의무가 있다 할 것이다.

(다) 이에 대하여 피고는 이 사건 영화의 내용이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 제작 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것이고, 그 적시 내용이 진실한 사실이며, 설령 진실한 사실이 아니더라도 그것이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다는 이유로 원고의 고인에 대한 경애, 추모의 정이 침해에 대한 위법성이 조각된다고 주장하나, 위 침해의 위법성이 조각되려면 이 사건 영화 제작의 주된 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이어야 할 것인데, 이를 인정할 증거가 없고, 오히려 이 사건 영화는 어디까지나 상업영화로서 부수적으로는 고인과 그 집권시기에 대한 역사적 재평가를 유도한다는 공익적 목적이 있다고 볼 수 있을지언정 그 주된 제작목적이나 동기는 이윤추구에 있다 할 것이므로, 피고의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(라) 나아가 피고가 원고에게 지급할 위자료의 액수에 관하여 보건대, 피고는 이 사건 영화의 도입부에 세부적인 사항과 심리묘사는 픽션이라는 내용의 자막을 삽입하면서도, 동시에 실제 사건을 모티브로 하였음을 알리면서, 주요 등장인물들의 호칭, 직책, 역할, 사건 진행 과정에서의 행적을 실제 사건과 매우 유사하게 구성하고, 도입부에서 부마항쟁 다큐멘터리 장면과 함께 고인의 이름을 직접 언급하면서 이 사건 영화의 사건들이 고인의 집권 말기에 벌어진 일들임을 명시적으로 설명하며, 고인의 장례식 다큐멘터리 장면으로 영화를 마무리하여, 극 중 허구를 실제 사실로 오인할 가능성이 농후한 편집기법을 사용한 점, 피고는 실제 10·26 사건을 연상시키는 방법으로 이 사건 영화에 관한 홍보를 하고, 위와 같은 이 사건 영화의 역사적 현실감이라는 요소를 이 사건 영화의 흥행을 통한 수익창출에 이용

한 점, 또 고인과 그 사망 사건의 역사적 가치에 대한 부정적 평가 의도를 대중적 전파력이 큰 매체인 영화를 통해 전달하면서도, 이 사건 영화의 상영이 임박한 시점에 이르기까지 실제 관련 인물이나 유족들에게 이 사건 영화의 내용에 대하여 양해를 구하는 등 사후 분쟁의 소지를 막고 이 사건 영화로 인해 심리적 상처를 받을 수 있는 사람에 대한 최소한의 인간적 예의를 지킬 수 있는 조치를 전혀 취하지 않은 점, 이 사건 영화는 해외 영화제에서도 소개되었고, 해외 판매용 디브이디가 제작되는 등 그 배포범위가 국외에까지 이른 점, 그 외 이 사건 영화에서 고인이 차지하는 비중, 이 사건 영화를 본 국내 관객의 수, 피고의 영화계 내 위치와 영향력, 원고의 사회적 지위 및 고인과의 관계 등 이 사건 변론에 나타난 제반 사항을 참작하면, 그 위자료 액수는 100,000,000원으로 정함이 상당하다 할 것이다.

4. 결론

그렇다면, 피고는 원고에게 위자료로서 위 100,000,000원을 지급할 의무가 있다 할 것이므로, 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 그 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각한다.

재판장 판사 조 경 란
판사 허 성 욱
판사 박 지 연

□

사생활의 자유 내지 통신비밀의 보호는 이를 알고 싶어 하는 국민들의 관심이나 언론 보도의 자유보다 무게 있게 고려되어야 한다

서울중앙지방법원 2006. 8. 11.자 판결 (2006고합177)

서울고등법원 2006. 11. 23.자 판결 (2006노1725)

사실개요

서울고등법원 제9형사부(재판장 김용호 부장판사)는 통신비밀보호법 위반 혐의로 기소된 이상호 문화방송 기자와 김연광 월간조선 편집장의 항소심 재판에서 피고 이상호에 대한

원심결정을 파기하고 피고 이상호에게 선고유예 판결을 내렸다. 피고 김연광에 대한 피고 및 검사의 항소는 기각됐다.

재판부는 판결문에서 “원심이 특별형법인 통신비밀보호법 위반 사안에 관해서 민사적인 언론중재법률상의 위법성조각 조항이 ‘적용’ 된다고 판단한 것은 잘못이며 나아가 이 사건은 인격권 침해에 따른 개인의 명예훼손 등에 관한 형사책임을 묻는 것이 아니기 때문에 명예훼손에 관한 특별위법성조각 조항을 적용할 수도 없다”고 밝혔다. 이어 재판부는 “통신비밀보호법이 공적인 관심사에 관한 언론 보도가 책임을 면할 수 있도록 특별한 위법성조각조항을 두지 않고 침묵하고 있으며, 반드시 진실이 밝혀져야 할 재판절차에서마저도 통신비밀보호법에 위배되어 지득 또는 채록된 자료의 내용을 그 증거가치를 불문하고 증거로 사용할 수 없게 규정하고 있는 점 등 그 법률의 입법 취지와 규정 전반을 검토해 보았을 때 도청 내용 공개가 언론의 공적 사명에 기한 것으로서 사회상규에 위반되지 않는다는 점을 인정하기 위해서는 일반적 정보원에 따른 언론 보도의 경우와는 달리 매우 제한적이고 엄격한 원칙에 기한 평가를 하는 것이 옳다”고 하면서 “원심이 제시한 요건을 따라 판단한다 하더라도 기본권 상충의 영역 중 일반적 정보원에 의한 보도가 아닌 불법 도청에 의한 자료를 공개하는 보도 행위에 대한 위법성 조각은 더욱 엄격한 평가를 거쳐야 할 것”이라고 판시하고 “통신비밀보호법이 정한 요건과 절차에 따르지 않은 불법 도청의 내용을 열어 보니 결과적으로 꼭 국민이 알아야만 하는 것이었다고 해서 공개의 위법성을 쉽게 조각한다면 어느 순간 어느 권력이나 재력 있는 세력은 보암직도 하고 먹음직도 한 독과실을 얻고자 타인의 밀실을 엿듣고 싶은 유혹에 빠지게 될 수 있기 때문에 피고 이상호의 행위 나아가 당시 보도에 참여한 대한민국 모든 언론매체의 보도·출판행위가 통신비밀보호법 위반의 유죄”라고 판시했다.

그러나 재판부는 “다만 보도행위에 이르게 된 동기나 목적에서 정당성을 인정할 수 있는 점, 문화방송의 보도 여부나 보도 내용에 관한 결정이 종국적으로는 피고 이상호 개인이 아닌 방송국 내지 보도국의 의사결정체계를 통해 이루어진 점, 다른 언론매체의 선제 보도가 보도 결정을 직접 촉발하였으며, 당사자들의 실명을 거론한 보도 역시 다른 언론매체의 보도 이후 이루어진 점, 다른 언론매체도 유사한 보도를 하였으나 유독 피고 이상호와 피고 김연광만 통신비밀보호법 위반죄로 기소된 점 등 여러 정상을 참작하여 형의 선고를 유예한다”고 판시했다.

이에 앞서 1심 재판부는 이상호의 혐의 부분에 대해 “자료의 입수 당시에 이미 그 불법성을 인지하고 있었던 경우에 이를 공개하는 행위는 원칙적으로 위법성이 조각될 수 없고,

다만 취득한 정보의 내용이 국가의 안전이나 질서유지, 공공복리의 근간을 이루는 매우 중대한 공공의 이익과 직결되는 것이어서 보도를 통하여 그 정보에 대한 공공의 관심사를 충족시켜 주는 것이 언론기관에 부여된 사회적 책무를 다하는 것이라고 판단되는 경우에만 위법성이 조각될 수 있다고 할 것"이라면서 "문화방송의 보도내용을 종합해 보면 위 자료들에 담겨 있던 내용은 그 정보의 내용이 민주적 기본질서의 근간을 이루는 중요한 공익적 사항과 직결되어 있어 이를 취득한 언론기관이나 언론기관의 종사자로서는 그 정보에 대한 공공의 관심사를 충족시켜 주는 것이 언론기관에 부여된 사회적 책무를 다하는 것으로 판단하여 이를 보도하는 것이 부득이하였다고 보여지므로 이 사건 보도는 비록 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호의 구성요건에는 해당되는 것이지만, 전체적으로 볼 때 그 보도의 목적의 정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성 등의 요건을 모두 충족하여 위법성이 조각된다고 판단된다"며 피고 이상호에 대해 무죄 판결했다. 또한 김연광의 혐의에 대해서는 "월간조선의 보도는 문화방송의 보도와는 달리 녹취록 및 녹취보고서의 전문을 가감 없이 그대로 보도하였고, 그 내용 중에도 공중의 정당한 관심사와 관계가 없는 내용 또한 그대로 포함되어 있어 이러한 전문게재는 그 목적의 정당성은 인정될지라도 수단, 방법에 있어서 상당성 내지 비례성을 갖지 못하므로 위법성의 조각이 인정될 여지가 없다"며 유죄를 인정했었다.

피고 이상호는 전 국가안전기획부 직원들이 이학수 당시 삼성그룹 회장 비서실장과 홍석현 당시 중앙일보 사장의 대화를 도청해 작성한 녹취보고서 3건 및 녹음테이프 등을 지난 2004. 12. 5. 재미교포 박○○로부터 전달받아 그 내용을 보도하였으며 피고 김연광은 2005년 9월호 월간조선 94쪽부터 125쪽에 『유령처럼 떠든 안기부 X파일 전문 공개』 제하의 기사를 통해 위 녹취록과 녹취보고서의 내용 전문을 게재하도록 하는 등 통신비밀보호법 위반 혐의로 검찰에 의해 기소됐다. 이에 1심 재판부는 피고 이상호에게는 무죄를, 피고 김연광에게는 선고유예를 각각 선고한 바 있다.

1심 판결문

사 건 : 2006고합177 통신비밀보호법위반

피 고 인 : 1. 이 상 호, 기자

2. 김 연 광, 기자(월간조선 편집장)

검 사 : 성 지 경

변 호 인 : 법무법인 정세 (피고인 이상호를 위한 사선)

담당 변호사 한 상 혁, 전 태 진, 김 혜 라, 김 민 기

변호사 최 광 루, 김 태 수 (피고인 김연광을 위한 사선)

판결선고 : 2006. 8. 11.

주 문 : 피고인 김연광에 대한 형의 선고를 유예한다.

피고인 이상호는 무죄.

이 유 : 1. 피고인 이상호에 대한 공소 부분

가. 피고인 이상호에 대한 공소사실의 요지

이 사건 피고인 이상호에 대한 공소사실의 요지는, 위 피고인은 문화방송(주)의 보도국 기자로서, 누구든지 통신비밀보호법 제3조의 규정에 위반하여 지득한 공개되지 아니한 타인간의 대화내용을 공개할 수 없음에도 불구하고, 위 방송의 보도국장인 신○○ 및 소위 ‘안기부 X파일’ 관련 특별취재팀 기자들과 공모하여, 2004. 12. 5. 서울 마포구 공덕동 소재 불교방송 부근 상호불상 커피판매점에서 재미교포인 박○○(○○○ 박)로부터 전 국가안전기획부 직원들이 1997. 4. 9.경, 같은 해 9. 9.경, 같은 해 10. 7.경 등 3회에 걸쳐 서울의 호텔 일식집 등지에서 이학수 당시 삼성그룹 회장 비서실장과 홍석현 당시 중앙일보 사장이 ‘정치권 동향 및 대권후보들에 대한 정치자금 제공’ 등에 대하여 논의한 대화를 도청하여 작성한 녹취보고서 3건을 전달받아 그 내용을 확인하고, 같은 달 30.경 서울 ○○구 ○○동 소재 박○○의 부친 집 앞 도로에서 위 녹취보고서 중 1997. 9. 9.자 대화내용을 녹음한 테이프 복사본을 전달받아 독자적으로 그 녹취록을 작성하고 보도국장 신○○ 등에게 보고하여 전문 업체를 통하여 위 녹음테이프에 대한 성문분석을 마침과 동시에 잡음이 제거된 마스터 CD를 제공받는 등 사전준비를 하다가, 위 도청자료의 보도를 위한 소위 ‘안기부 X파일’ 관련 특별취재팀이 발족되자 위 마스터 CD와 녹취록을 위 특별취재팀에 제공한 다음, 2005. 7. 22. 서울 영등포구 여의도동에 있는 문화방송 사옥에서 방송된 ‘9시 뉴스데스크’ 프로그램에 취재기자로 출연하여 별지 범죄일람표 순번 4 기재와 같이 위 도청자료의 입수 경위와 내용을 설명하는 등, 별지 범죄일람표 기재와 같이 2005. 7. 21.경부터 같은 달 27.경까지 17회에 걸쳐 위 녹취보고서와 녹음테이프의 내용을 보도하여 통신비밀보호법에 규정된 절차에 의하지 아니하고 지득한 공개되지 아니한 타인간의 대화내용을 공개하였다는 것이다.

나. 피고인 이상호의 주장

위 피고인은 자신이 우연한 기회에 위 박○○로부터 얻은 녹취보고서나 녹음테이프가 과

거 국가안전기획부의 소위 '미립팀'에 의하여 불법적으로 도청된 내용을 담고 있는 것이기는 하나, 자신이 위 공소사실과 같이 도청된 내용을 보도한 것은 공공의 이익을 위한 부득이한 행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당되어 그 위법성이 조각된다고 주장하는바, 위법성조각에 관한 구체적인 피고인 주장의 요지는 다음과 같다.

(1) 통신비밀보호법상의 규정에 저촉되는 행위라고 하더라도 그 행위의 위법성은 형사법상의 일반적인 위법성 판단기준에 따르는 것으로서, 형법 제20조는 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'는 정당행위로서 위법성이 조각됨을 분명히 규정하고 있는바, 이 사건 피고인의 보도행위는 업무로 인한 행위 내지 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당된다.

(2) 개인의 대화와 통신의 비밀은 모든 경우에 보호받아야 할 절대적 권리가 결코 아니고, 중대한 공익 등 더 큰 법익을 위하여 제한 가능한 권리인바, 헌법상 기본권인 통신의 비밀과 국민의 알 권리 및 언론의 자유가 서로 상충되어 후자가 우선적으로 보장받아야 될 필요성이 있는 경우, 즉 통신의 비밀에 의하여 보호받아야 할 대상이 공적 인물이고 그 내용이 중대한 공익과 직결될 경우에는 통신의 비밀은 제한됨이 당연하다.

(3) 공공적, 사회적 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한은 다른 경우보다 더욱 완화되어야 하고 이러한 경우에까지 언론의 자유를 위축시킬 경우에는 우리 사회의 근간인 민주주의가 형해화 될 우려가 있으며, 특히 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 제한되어서는 아니 된다 할 것인바, 피고인의 보도행위를 위와 같은 언론의 기능을 수행하는 정당행위로 보지 않고 통신비밀보호법에 위반되는 행위로 처벌하는 것은 이러한 법 원리를 무시하는 것이다.

위 피고인의 주장을 종합하면 결국 자신의 보도행위가 통신비밀보호법에서 처벌하는 비밀의 공개, 누설에 해당되더라도 일반적 위법성조각사유에 의하여 그 위법성이 조각된다는 것이므로, 아래에서는 우선 통신비밀보호법의 관련규정을 살펴보고, 통신비밀보호법이 두고 있는 처벌 규정에 대하여 일반적 위법성조각사유가 적용될 수 있는 것인지 여부, 그 적용을 긍정한다면 그러한 위법성조각사유의 내용은 어떻게 구성되어야 하는지를 살펴보기로 한다.

다. 통신비밀보호법의 관련 규정 및 그 의의

(1) 이 사건 공소가 제기된 피고인 이상호의 보도행위에 대하여 적용될 조항은 통신비밀

보호법 제16조 제1항 제2호로서 위 조항 및 그에 관련된 조항들은 다음과 같다.

○ 통신비밀보호법 제16조 (벌칙)

① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자

2. 제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

○ 같은 법 제3조 (통신 및 대화비밀의 보호)

① 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신 사실 확인 자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다.

1. 환부우편물등의 처리 : 우편법 제28조·제32조·제35조·제36조등의 규정에 의하여 폭발물 등 우편금제품이 들어 있다고 의심되는 소포우편물(이와 유사한 우편물을 포함한다)을 개피하는 경우, 수취인에게 배달할 수 없거나 수취인이 수령을 거부한 우편물을 발송인에게 환부하는 경우, 발송인의 주소·성명이 누락된 우편물로서 수취인이 수취를 거부하여 환부하는 때에 그 주소·성명을 알기 위하여 개피하는 경우 또는 유가물이 든 환부불능우편물을 처리하는 경우

2. 수출입우편물에 대한 검사 : 관세법 제256조·제257조 등의 규정에 의한 신서외의 우편물에 대한 통관검사절차

3. 구속 또는 복역 중인 사람에 대한 통신 : 형사소송법 제91조, 군사법원법 제131조, 행정법 제18조·제19조 및 군행형법 제15조·제16조등의 규정에 의한 구속 또는 복역 중인 사람에 대한 통신의 관리

4. 파산선고를 받은 자에 대한 통신 : 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제484조의 규정에 의하여 파산선고를 받은 자에게 보내온 통신을 파산관재인이 수령하는 경우

5. 혼신제거등을 위한 전파감시 : 전파법 제49조 내지 제51조의 규정에 의한 혼신제거 등 전파질서유지를 위한 전파감시의 경우

(2) 위 통신비밀보호법 제3조 및 제16조는 우리 헌법상 보장된 국민의 기본권인 통신의 비밀을 보호하기 위한 규정들이다. 우리 헌법 제18조는 ‘모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니 한다’고 규정하고 있고, 통신비밀보호법은 통신의 비밀을 보호하기 위하여 앞서 본 바와 같이 위 조항들을 통하여 같은 법 및 형사소송법 또는 군사법원법에 규정된 엄격한

요건과 절차를 거치지 아니한 우편물의 검열·전기통신의 감청, 공개되지 아니한 타인 간 대화의 녹음, 청취 및 그 내용의 누설과 공개를 금지하고 그에 위반한 행위를 처벌하고 있다. 통신이란 구술, 서신, 전화, 인터넷 등 그 방법이나 유, 무선을 막론하고 특정한 발신인과 수신인 사이에 행해지는 모든 의사소통행위를 포괄하는 것이다. 전자기술이 날이 다르게 발전하고 각종 감청장비가 시중에서 버젓이 판매되고 있는 현대사회에서 통신비밀의 침해는 매우 심각한 문제가 아니라고 할 수 없고, 통신비밀보호법상의 위 조항들은 이와 같은 통신비밀의 침해에 대하여 통신비밀의 보장, 즉 통신의 내용을 보호할 뿐 아니라 나아가 통신의 장소, 시간, 회수, 방법, 당사자의 신원 등 통신에 관련되는 모든 요소를 보호함으로써 궁극적으로는 개인이 가진 '개인정보에 대한 자기결정권'을 보호하고자 함에 그 의의가 있다.

(3) 앞서 본 바와 같이 통신비밀보호법은 제16조 제1항 제1호에서 '불법적인 우편물의 검열·전기통신의 감청, 통신 사실 확인 자료의 제공, 타인 간 대화의 녹음, 청취'를 처벌하고 있는 것과 동시에, 같은 항 제2호인 이 사건 법률조항에서 '제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자'도 제1호와 마찬가지로 처벌하도록 규정함으로써, 제1호에서 정한 불법적인 우편물의 검열, 전기통신의 감청, 통신 사실 확인 자료의 제공, 타인 간 대화의 녹음, 청취 등 통신의 비밀에 속하는 내용을 수집하는 행위와 별도로, 불법적으로 수집된 내용을 그 정을 알면서 공개, 누설하는 행위를 독립된 범죄의 구성요건으로 정하고 있다. 또한 통신비밀보호법은 위 조항에 위반되어 처벌되는 불법적인 공개나 누설에 관하여 별도의 예외조항이나 위법성조각사유를 따로 규정하고 있지 않다. 이러한 법률체계를 종합하여 보면, 입법자는 통신의 비밀을 침해하여 불법적으로 수집된 정보를 그 정을 알면서 공개, 누설하는 행위는 그 불법성이 통신의 비밀에 해당하는 내용을 불법적으로 수집하는 행위와 동일한 것이라는 전제하에 그 행위자가 통신의 비밀을 침해하는 내용을 어떠한 경로를 통하여 어떠한 방법으로 지득하였는지 또 그 행위자가 누구인지를 불문하고, 이를 일단 예외 없이 전면적으로 처벌함으로써 통신의 비밀을 강하게 보호하고자 한 것으로 판단된다.

라. 통신비밀보호법위반죄에 대하여 형법상의 일반적 위법성조각사유 규정의 적용이 가능한 것인지 여부

통신비밀보호법에서는 위 법에 위반되는 비밀의 공개나 누설행위에 대하여 별도의 위법성조각사유를 규정하고 있지는 않지만, 일정한 요건 하에서는 이를 긍정함이 당연하다고 판단된다. 통신비밀보호법의 존재의의가 통신의 비밀에 대하여 법률상 강한 보호를 주고자

함에 있음은 앞서 본 바와 같지만, 통신의 비밀 역시 '국민의 모든 자유와 권리는 국가안전 보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다'고 규정한 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 법리에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있는 상대적 기본권에 해당되는 것이고, 통신비밀보호법 자체도 국민의 통신의 비밀을 보호하는 한편, 같은 법 제3조 제1항 각호의 규정에서 볼 수 있는 것처럼, 헌법 제37조 제2항의 법리에 따라 통신의 비밀을 예외적으로 제한하는 법률인 것이다. 이와 같은 관점에서 통신의 비밀과 헌법상의 또 다른 기본권인 국민의 알 권리 내지 언론의 자유가 상충되는 경우에 있어서는 상충되는 두 가지 기본권이 각각 최대한 보장될 수 있도록 법이 제정, 해석, 운용되어야 한다고 봄이 상당하다. 우리 형법이 명예훼손 행위를 처벌하면서도 같은 법 제310조에서 '그 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니 한다'고 형법상의 일반적 위법성조각사유와 별개의 특별한 위법성조각사유를 마련하여 두고 있는 것도, 사회의 구성원간의 커뮤니케이션에는 타인에 대한 사실의 적시가 수반되게 마련이고 커뮤니케이션의 과정이 언론기관을 통하여 이루어질 경우에는 필연적으로 국민의 언론의 자유 내지 알 권리와 개인의 인격권이 충돌할 수밖에 없음을 고려하여 상충하는 법익간의 조화를 피하기 위한 것이다. 또, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조 제1항에서 '언론은 생명·자유·신체·건강·명예·사생활의 비밀과 자유·초상·성명·음성·대화·저작물 및 사적 문서 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리(이하 "인격권"이라 한다)를 침해하여서는 아니 된다'고 언론의 사회적 책임을 규정하면서도, 같은 조 제2항에서 '인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다'고 규정하고 있는 것도 같은 맥락으로 판단된다. 이와 같은 점에 비추어 보면 통신비밀의 공개, 누설에 대하여 비록 통신비밀보호법 자체에서는 아무런 위법성조각사유도 규정하고 있지 않다 하더라도, 이러한 행위에는 형법상의 정당행위 조항 내지 위 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조 제2항에서 정한 위법성조각사유의 적용이 있다고 봄이 상당하다. 만약 이렇게 해석하지 않을 경우 통신의 비밀은 통신비밀보호법 제3조 제1항에서 예외적으로 열거한 몇 가지 경우 외에는 어떠한 경우에도 제한이 불가능한 기본권으로 되고, 따라서 기본권의 규범조화적 보장을 도모하고자 하는 헌법상의 기본 원리에 반하는 부당한 결과가 초래될 수밖에 없을 것이다.

다. 비밀의 공개, 누설행위에 적용될 위법성조각사유의 내용

(1) 형법 제20조는 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'는 정당행위로서 위법성이 조각됨을 규정하고 있다. 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 정당행위가 인정되려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익의 법익 균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결, 2004. 6. 25. 선고 2003도4934 판결 등 참조).

(2) 또, 앞서 본 바와 같이 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조 제2항은 언론에 의한 '인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다'고 규정하고 있다.

(3) 위 형법 제20조 소정의 '사회상규'는 이른바 초법규적 위법성조각사유를 실정법화한 것으로서, 이는 앞서 본 바와 같이 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념을 의미하는 것이어서 위 피고인의 보도행위가 사회상규에 반하지 않는 행위로 평가될 수 있다면 그 행위의 위법성은 당연히 조각된다고 할 것이다. 또한 위 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조 제2항의 규정을 살펴보다도, 위 조항은 언론에 의한 인격권 침해의 경우 사회상규의 의미를 보다 구체화하여 '공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때'를 위법성조각의 요건으로 정하고 있는바, 통신비밀보호법상 금지, 처벌되는 비밀의 공개, 누설행위에 대하여 통신비밀보호법에서 별도의 위법성조각사유를 정하고 있지 아니한 이상, 이러한 행위에 대하여 적용될 위법성조각사유의 내용은 위와 같은 조항을 중심으로 헌법상의 기본권 제한에 관한 법리, 헌법상 기본권 상충에 있어서의 규범조화적 해석의 원칙 등에 근거하여 그 구체적인 원칙을 정립하지 않을 수 없다.

(4) 위법성 조각사유의 구체적 내용

(가) 통신의 내용에 관한 문제

통신의 비밀을 침해하는 행위는 기본적으로 개인정보에 대한 자기결정권을 침해하는 것으로서 그 내용이 극히 중요한 공적인 사항에 관련된 것으로서 정당한 공중의 관심의 대상

이 아닌 한 어떠한 경우에도 허용되어서는 아니 된다. 이때의 공익 내지 공적인 관심사란 일반적인 의미보다는 더 좁은 개념으로 이해되어야 할 것이다. 그 이유는 통신의 비밀이 보호하고자 하는 개인정보에 대한 자기결정권은 인간 본연의 권리로서 극히 예외적인 경우에만 그 제한이 가능하다고 보아야 할 것이고 단순히 공개의 필요가 있다는 이유만으로 그 제한을 쉽게 허용하는 것은 통신의 비밀에 관한 기본권의 본질을 침해하는 결과가 될 것이기 때문이다. 또 통신의 내용이 공적인 관심사에 해당한다고 하더라도 통신의 주체가 일반 공중에 별 영향력을 미칠 수 없는 일반 시민에 불과하다면 그 내용을 공개한다고 하여 아무런 실익이 없으므로, 이러한 경우에는 통신의 공개가 공중의 정당한 관심의 대상이 아니라고 보아 위법성이 조각될 수 없다고 하여야 할 것이다. 위 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조 제2항에서도 '공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때'라는 규정을 통해 이러한 원리를 선언하고 있는 것으로 보여진다.

(나) 취득과정에 있어서 불법과의 관련성 문제

언론기관이 적극적으로 정보의 불법적인 수집에 관여하였다든지, 제보자 내지 취재원에 부당하게 막대한 금원을 제공함으로써 불법적인 정보의 수집을 조장하는 등 언론기관이 정보수집과정에서의 불법에 깊이 관련되었다면 그러한 언론기관이 보호받을 이유는 없으므로, 전쟁 내지 국가의 내란 위기와 같은 극단적인 위기상황을 제외하고는 어떠한 경우에도 불법적으로 수집된 정보를 공개하는 것이 허용되어서는 안 될 것이다. 또한, 언론기관이 정보의 불법적인 수집에 직접적인 책임은 없다 하더라도, 정보의 취득 당시 그 불법성을 인식하였거나 정보의 성격상 당연히 불법성을 인식할 수 있는 상황이었다면, 원칙적으로 언론기관이 임의로 그 내용을 보도할 수 있는 자유를 가진다고 보아서는 안 될 것이다. 다만, 언론기관의 취재 및 보도업무의 성격에 비추어 볼 때 이러한 경우에는 일정한 요건 하에 예외를 인정하지 않을 수 없다. 언론기관의 경우 그 종사자가 취재 및 보도를 함에 있어서 취재원의 제보에 일정 정도 의존할 수밖에 없는 것은 필연적이고, 그 제보된 내용 중에는 통신비밀보호법 제16조 제1항 제1호 및 같은 법 제3조에 위반하여 불법적으로 수집된 정보도 포함될 개연성이 높으며, 그 정보의 성격상 당연히 정보수집과정에서의 불법성에 대하여 언론기관이 이를 인식할 수 있는 경우가 대부분일 것이기 때문이다. 이러한 경우에는 정보수집과정의 불법과 언론과의 관계가 그다지 강하다고 할 수 없으므로, 수집된 정보의 공익관련성이 매우 강한 경우, 즉 언론기관이 우연히 취재원을 통하여 취득한 정보의 내용이 국가의 안전이나 질서유지, 공공복리의 근간을 이루는 매우 중대한 공공의 이익과 직결되는 것이어서 그 정보에 대한 공공의 관심사를 충족시켜 주는 것이 언론기관에 부여된 사회

적 책무를 다하는 것으로 판단되는 경우에는, 예외적으로 그 정보의 공개가 부득이하다고 봄이 상당하다.

(다) 편집, 보도에 있어서 수단, 방법의 상당성 문제

중대한 공익상의 필요에 의하여 불법적인 정보의 공개가 허용되는 경우에도 언론기관은 그로 인한 권리의 침해를 최소화하는 방법 내지 수단에 의하여야 하고 그렇지 않을 경우에는 위법성이 조각되지 않는다고 봄이 상당하다. 불법적으로 수집된 통신의 공개에 위법성 조각의 효과를 부여하는 것은, 어디까지나 개인의 통신의 비밀에 대한 권리를 무시할 수 있을 정도로 예외적인 공익상의 필요가 있을 경우 인정되는 반사적인 효과이지 언론기관에 특정의 권리를 부여하는 것이 아니므로, 언론기관은 통신의 공개에 있어서 개인의 기본권이 최소한으로 침해되도록 최대한의 노력과 주의를 기울여야 할 것이다.

(라) 기타 고려하여야 할 요소

통신의 비밀을 침해하는 보도행위에 대하여 그 위법성 여부를 결정짓는 요소들이 앞서 본 요소들에 국한되는 것은 아니다. 개념적으로는 위에서 본 사항들이 그 위법성 여부를 판단하는 중요한 잣대가 될 수 있겠으나, 구체적 사안에 있어서는 위의 요소들과 마찬가지로 중요하게 고려하여야 할 다른 요소들 또한 다양하게 나타날 수 있다. 같은 사람들 사이의 같은 내용의 대화라고 하더라도 대화를 나눈 장소가 어디인지, 그 분위기가 단지 사적인 얘기를 나누는 자리에 불과한지, 비밀리에 공적인 문제를 의논하는 자리인지 여부에 따라 그 평가가 달라질 수 있는 것이고, 그 외에도 위법성 판단에 있어서 고려하여야 할 요소들은 구체적인 사안에 따라 그 기준이 변화할 수 있는 것이다. 결국 통신의 비밀을 침해하는 보도행위에 대하여는 앞서 본 요소들을 중점적으로 고려하되 형법 제20조의 정당행위 해당여부의 판단과 마찬가지로 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다. 또한 이러한 여러 가지 요소들을 고려함에 있어서도 이러한 요소들은 언제나 고정된 의미를 지닌 것이 아니라 서로 유기적으로 관련되어 종합적으로 판단되어야 함이 상당하다. 앞서 통신의 공익관련성이 매우 강한 경우 언론기관의 정보획득과정에서의 불법관련성에 대한 평가가 어느 정도 완화될 수 있다는 논의도 이러한 관점에서 비롯된 것이다.

바. 이 사건 피고인 이상호의 보도행위가 위법성조각사유에 해당되는지 여부

앞에서 불법도청의 결과 지득한 통신의 내용을 보도한 행위에 대하여 적용될 수 있는 위법성조각사유의 기준 내지 일반적인 내용에 관하여 살펴보았으므로, 여기에서는 이 사건 피고인 이상호의 보도행위가 앞서 본 원칙에 따라 위법성조각사유에 해당되어 위법성이 조

각될 수 있는 것인지 여부에 관하여 살펴본다.

(1) 이 사건 보도에 이르기까지의 사실 관계

이 사건 공판에서의 피고인의 진술 및 공판과정에서 현출된 증거들을 모두 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 공〇〇은 1991. 7.경부터 1993. 4.경까지, 1994. 7.경부터 1998. 2.경까지 국가안전기획부 내 정보수집기관인 미립팀장으로 활동하던 중, 1997. 12. 중순 김대중 전 대통령이 대통령으로 당선되자 장차 자신의 신변에 불안을 느끼고 신변보호를 목적으로 미립팀의 활동과정에서 폐기되지 않고 있던 녹음테이프와 녹취보고서를 임의로 반출하여 보관하고 있었다.

② 공〇〇은 1998. 4. 13. 같은 국가안전기획부 직원인 임〇〇과 함께 대기발령을 받았고, 그와 함께 1999. 3. 31.자로 퇴직하게 되었는데, 1999. 9. 말 임〇〇로부터 박지원 장관과 가깝다는 이유로 제일교포인 박〇〇를 소개받게 되자, 박〇〇에게 공소사실 기재와 같은 내용이 담긴 녹취보고서(97. 4. 9.자, 9. 9.자, 10. 7.자) 및 녹취테이프(9. 9.자)를 넘겨주었고, 그 후 박〇〇는 삼성그룹의 기업구조조정본부장 사무실에서 이학수에게 녹취보고서를 제시하면서 5억 원을 요구하였으나 이학수가 국가정보원에 신고하는 바람에 미수에 그쳤다.

③ 그런데 그로부터 5년여가 경과한 2004. 12. 5.경 문화방송의 기자로 재직 중이던 피고인 이상호는 외신기자 클럽 회장을 지낸 박△△을 통해 대기업 비자금에 관한 기사거리를 보유하고 있다는 박〇〇를 처음 만나게 되었고, 이 자리에서 위 녹취보고서 3건을 최초로 받아 그 내용을 검토하였다. 이 자리에서 박〇〇는 피고인 이상호에게 위 자료가 과거 안기부에서 녹음한 것이라고 설명하였다.

④ 피고인 이상호는 2004. 12. 23. 문화방송 이공희 사장이 주최한 간부회의에서 취재내용을 보고한 후 녹음테이프가 없는 이상 보도할 수 없다는 결론 하에 당시 미국에 있는 박〇〇에게 녹음테이프를 요청하였고, 2004. 12. 28. 녹음테이프를 받기 위하여 미국으로 출국하였다. 그 직전에 피고인 이상호는 문화방송 김〇〇 부장에게 녹취보고서 사본을 전달하였다.

⑤ 피고인 이상호는 2004. 12. 29. 미국에서 박〇〇를 만났으나 테이프를 어디에 두었는지 찾지 못하였다는 이유로 테이프를 건네받지 못하였다. 이 날 피고인 이상호는 박〇〇에게 취재사례비조로 1,000달러를 주었다.

⑥ 피고인 이상호는 2004. 12. 30. 박〇〇와 함께 귀국하여 그로부터 그의 부친 집 앞에서 도청테이프를 받아 새벽에 자신의 사무실에서 베타테이프로 내용을 복사하였고, 다음날 박〇〇에게 원본테이프를 돌려준 후 베타테이프 안에 녹음된 음성의 성분분석을 위하여 미국

으로 박○○와 함께 출국하였다.

⑧ 피고인 이상호는 미국의 헐리우드에서 성문분석을 마친 결과 도청테이프 안에 녹음된 음성이 홍석현과 이학수의 음성임을 확인하였고, 2005. 1. 10. 귀국하였다.

⑨ 피고인 이상호는 2005. 1. 30.부터 같은 해 2. 2.까지 사이에 베타테이프에 녹음된 내용을 CD 2장으로 만든 후 자택에서 녹취록을 작성하였다.

⑩ 이 무렵 피고인 이상호의 소속이 '사실은' 프로그램 팀에서 '2580' 프로그램 팀으로 바뀌었고 방송국의 내부 사정으로 인하여 일단 취재가 중단된 상태에 있었는데, 2005. 2월 내지 3월경부터는 피고인 이상호가 이른바 X-파일을 입수하였다는 소문이 언론계에 퍼지기 시작하였다.

⑪ 피고인 이상호의 소속은 2005. 3. 4.자로 보도국 라디오 뉴스로 바뀌게 되었고, 이에 피고인 이상호는 2005. 3. 7. 신○○ 보도국장에게 정식으로 취재 재개를 요청하였는바, 다음날인 2005. 3. 8. 국장단 회의 후 취재 재개를 허가받게 되었는데, 당시 문화방송은 도청자료의 출처가 명확하여지고 국가안전기획부에서 도청을 하여 작성을 한 사실이 명확하게 인정되지 않는 한 보도가 불가능하다는 입장을 정하였다고 보여진다.

⑫ 문화방송은 2005. 3. 15. 피고인 이상호의 건의로 다시 성문분석의뢰를 하기로 결정하였고, 2005. 3. 23. 한국법음향연구소와 1,000만 원에 성문분석계약을 체결하고 위 연구소에 이상호가 가지고 있었던 CD 2장을 맡겼으며, 위 연구소에서는 2005. 4. 8. CD 안에 담겨져 있는 음성이 성문분석 결과 홍석현과 이학수의 음성임에 틀림없다는 결론을 내리고 이를 피고인 이상호에게 통보하였고, 그와 동시에 원래의 CD와 함께 잡음이 제거된 마스터 CD를 제작하여 피고인 이상호에게 교부하였다. 이 때 피고인 이상호는 마스터 CD를 제외한 다른 자료는 모두 폐기하였다.

⑬ 피고인 이상호는 2005. 4. 중순경 신○○ 보도국장으로부터 도청테이프의 출처 취재를 다시 지시받고, 2005. 4. 25.경 박○○로부터 들은 임○○에 대한 취재를 위하여 임○○의 집으로 찾아갔으나 취재에는 실패하였다.

⑭ 문화방송은 2005. 5. 말경 고문변호사들 등으로부터 녹취보고서 및 녹음테이프의 내용 공개에 대한 법률검토를 받았고, 공익 및 국민의 알 권리 차원에서 문제가 없다는 자문을 받았다. 또, 그 무렵 반론권 보장 차원에서 이건희, 홍석현, 이학수 등 3인에 인터뷰 신청을 하였으나 성사되지는 않았다.

⑮ 2005. 6. 8.경 인터넷 언론기관인 데일리 서프라이즈에서는 'MBC와 이상호 기자는 침묵을 깰 때'라는 기사를 게재하여 X-파일의 존재에 대하여 문제를 제기하였고, 이 무렵을

전후하여 X-파일의 존재 여부에 대하여 점차 언론을 제외한 세간의 관심이 증폭되기 시작하였는바, 문화방송은 2005. 6. 중순경 인맥 등 여러 가지 경로로 대법원, 검찰, 법무법인 등에 근무하는 실무자들에게 자문을 구하였으나 통신비밀보호법에 저촉되는 문제가 발생할 수 있다는 답변을 듣게 되었고, 보도국 내에서도 보도에 관한 의견이 갈려 실제 보도에는 이르지 못하고 있었다.

⑮ 그런데, 2005. 7. 21. 조선일보에서 특종 형식을 통하여 안기부 도청실태와 X-파일의 대강의 내용을 보도하였고, KBS에서도 비슷한 내용을 보도하게 되자, X-파일의 공개를 촉구하는 여론이 들끓게 되었고, 이에 따라 문화방송에서도 더 이상 보도를 미룰 수 없다는 내부적 판단을 하게 되었다.

⑯ 조선일보의 보도가 나가자, 녹음테이프 속 대화의 당사자인 홍석현과 이학수는 같은 날 서울남부지방법원에 문화방송을 상대로 테이프 관련 내용을 일체 보도하지 말 것을 요구하는 방송금지가처분신청을 신청하여 위 법원에서는 테이프의 원음을 그대로 방송해서도 안 되고 테이프 또는 녹취록의 대화내용을 그대로 보도해서도 안 되며, 테이프 또는 녹취록의 실명을 사용하여서는 안 된다는 내용으로 가처분결정을 내렸다.

⑰ 위 가처분결정 직후 문화방송은 같은 날 9시 뉴스데스크 프로그램을 통하여 위 가처분결정의 취지에 따라 별지 범죄일람표 순번 1 및 2 기재와 같이 당사자들의 실명을 거론하지 않고 녹음테이프와 녹취록에 있는 내용 중 삼성이 1997년 대선 당시 여야후보 진영에 로비를 하고 기타 정치인 및 전·현직 검찰 고위 관계자에게 대규모로 추석떡값을 보낼 리스트를 검토하였으며, 대화당사자는 모 중앙일간지 사주와 대기업의 고위 관계자라는 내용의 뉴스를 보도하였다.

⑱ 그런데, 그 후 다른 언론기관에서 위 가처분결정에서 녹음테이프와 녹취록만을 거론하고 같이 입수된 녹취보고서 3장을 거론하지 않은 점에 착안하여 녹취보고서를 토대로 대화 속에 등장하는 실명을 직접 거론하는 보도를 하게 되었고, 이에 따라 문화방송도 다음날인 2005. 7. 22.부터 같은 달 27.의 각 뉴스데스크 프로그램에서 위 일람표 순번 3 내지 17 기재와 같이 내용을 보다 세분하여 당사자들의 실명을 거론한 보도를 내보내었다.

(2) 위법성 조각사유의 해당 여부에 대한 판단

여기서는 앞서 본 사실관계를 토대로, 피고인 이상호가 최초로 박○○로부터 이른바 ‘안기부 X-파일’을 입수하여 보도하기까지의 일련의 행위가 앞서 본 기준과 원칙에 따른 위법성 조각사유에 해당하는 정당한 보도행위로서 평가될 수 있는지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

(가) 피고인 이상호가 박○○로부터 녹취보고서나 녹음테이프를 취득할 당시 이 자료들이 과거 국가안전기획부 직원들에 의하여 불법적으로 녹음된 것이라는 사실에 관하여는 설명을 들어 이 자료들의 불법성에 대하여는 충분히 인지하고 있었다는 점은 위 사실관계에서 이미 본 바와 같다. 이와 같이 자료의 입수 당시에 이미 그 불법성을 인지하고 있었던 경우에 이를 공개하는 행위는 원칙적으로 위법성이 조각될 수 없고, 다만 취득한 정보의 내용이 국가의 안전이나 질서유지, 공공복리의 근간을 이루는 매우 중대한 공공의 이익과 직결되는 것이어서 보도를 통하여 그 정보에 대한 공공의 관심사를 충족시켜 주는 것이 언론기관에 부여된 사회적 책무를 다하는 것이라고 판단되는 경우에만 위법성이 조각될 수 있다고 할 것이다. 위 자료들과 이를 기초로 한 문화방송의 보도내용을 종합해 보면 위 자료들에 담겨 있던 내용은 주로 홍석현과 이학수 사이에서 논의된 대통령 선거정국의 기류 변화에 따른 여야후보 진영에 대한 삼성 측의 정치자금지원 문제와 정치인 및 전·현직 검찰고위 관계자에 대한 이른바 추석 떡값 등의 지원 문제로서, 이를 통하여 삼성그룹 측이 대통령 선거 정국에 영향력을 행사하고 그 과정에서 공권력 행사의 최일선에 있는 검찰조직에 대한 영향력 강화를 도모하고 있음을 알 수 있는 것들인바, 대통령중심제를 채택하고 있는 우리 헌법상 대통령 선거는 국가의 최고통치기관을 국민의 직접 선거에 의하여 선출하는 제도이고 국민이 자신의 주권을 행사하는 중대한 의미를 갖는 정치행위로서 헌법에서 규정한 선거원칙에 따라 공명,正大하게 치러져야 함은 국가의 통치 질서상 그 무엇보다도 중요한 것이라는 점, 이러한 선거과정에서 대통령후보자를 비롯한 정치인과 선거부정사범 및 모든 형사사건의 최종적, 독점적 수사권과 기소권을 행사하는 검찰조직은 국민의 명령에 복종하는 수명자로서 그 누구보다도 법을 준수하여야 하고 그 직무의 순결성이 보장되어야 하는 점 등에 비추어 보면, 위 자료들에 담겨 있던 내용은 그 정보의 내용이 민주적 기본질서의 근간을 이루는 중요한 공익적 사항과 직결되어 있어 이를 취득한 언론기관이나 언론기관의 종사자로서는 그 정보에 대한 공공의 관심사를 충족시켜 주는 것이 언론기관에 부여된 사회적 책무를 다하는 것으로 판단하여 이를 보도하는 것이 부득이하였다고 보여진다.

(나) 피고인 이상호가 위 안기부 X-파일을 취득하는 과정에서 녹취보고서 및 녹음테이프를 제공한 박○○에게 1,000,000원을 건네어 준 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 액수 등 제반 사정을 종합해 볼 때 위와 같은 금전의 제공행위가 위 자료들을 넘겨받는데 대한 대가적 성격을 가졌다고는 보여지지 않고, 위 자료들에 담겨진 내용의 중대성 등에 비추어 볼 때 제보에 의하여 우연히 위 자료들의 내용을 알게 된 피고인 이상호가 취재의 관행을 넘

지 않는 수준에서 사례를 한 것을 두고 이를 위법하다고 판단하기는 어렵다. 또한 피고인 이상호 및 문화방송은 위 안기부 X-파일을 취득한 뒤 성문분석, 그 출처에 대한 보강취재 등을 통하여 위 자료의 진정성 여부 확인을 위하여 언론기관으로서 보안을 유지하면서 할 수 있는 나름대로의 조치를 다한 것으로 보이고, 법률자문을 통하여 공개에 대한 관계 법령의 검토를 하는 등 보도에도 신중을 기하였던 것으로 평가된다. 문화방송의 보도 이전에 위 자료들이 문화방송을 제외한 언론매체에도 일부 유출되어 상당수의 언론매체들이 위 자료들을 가지고 있었던 것으로 보이나, 문화방송이나 피고인 이상호가 고의적으로 위 자료들을 유출하였다고 볼만한 아무런 증거나 정황을 찾기 어려워, 위와 같은 점만으로 문화방송이나 피고인 이상호의 행위가 언론인으로서의 정당한 책무에 위반되었다고 평가할 수도 없다. 또한 보도를 함에 있어서도 결과적으로 대화 속에 나오는 실명이 공개되는 등 개인의 인격권 침해의 요소가 다소나마 있었고, 보도 내용 중에서도 녹음테이프에 나오는 대화 속의 언급대상을 혼동하여 일부 오류가 있었던 점은 인정되나, 문화방송이 실명 공개를 주도적으로 한 것이 아니라 다른 언론매체를 통하여 실명이 먼저 공개되는 바람에 수동적으로 보도행태를 쫓아간 것에 불과한 점, 보도의 오류는 단순한 실수로 보일 뿐 의도적인 왜곡으로는 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 전체적으로는 문화방송의 보도가 그 수단, 방법에 있어서 상당성을 결여하였다고도 보이지 않는다. 위와 같은 여러 요소들을 종합하면 비록 피고인 이상호나 문화방송이 최초 불법적인 자료를 취득하기는 하였지만, 그 보도에 이르는 과정에서 그 불법성에 깊이 오염되지 않았다고 판단함이 정당할 것이다. 오히려 위 대화의 당사자 중 일방 당사자는 당시 대기업인 삼성그룹의 의사결정 과정에서 총수를 최측근에서 보좌하는 자리에 있었고, 다른 당사자는 중앙일간지의 최고경영자이며, 위 대화 속에 등장하는 인물들 역시 모두 여야 대선후보를 비롯한 정치인이거나 전·현직 고위 검찰 관계자로서 국정외 방향, 국가조직의 운영, 기본적인 국가정치질서의 전개, 국민의 정치생활 등에 큰 영향을 미칠 수 있는 공적 인물들인바, 위 대화의 당사자들이 이러한 공적 인물들을 대상으로 불법적인 정치자금이나 대선자금, 이른바 떡값 등의 지급문제에 관하여 진지하게 논의하고 이를 일부 실행하였다고 충분히 의심할만한 자료가 있는 이상, 이에 관한 언론보도의 결과로 인하여 입게 되는 어느 정도의 인격권의 침해는 감수할 수밖에 없다고 봄이 상당하다.

(다) 결국 앞에서 살펴 본 여러 가지 요소들을 모두 종합하여 보면, 이 사건 보도는 비록 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호의 구성요건에는 해당되는 것이지만, 전체적으로 볼 때 그 보도의 목적의 정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성 등의 요건을 모두 충족하여 위법성이 조각된다고 판단된다.

2. 피고인 김연광에 대한 공소 부분

범죄사실

피고인 김연광은 월간조선 기자인 공소외 배○○ 등과 공모하여,

2005. 5. 하순경 서울 중구 태평로 1가 61 소재 월간조선 사무실에서 전 안전기획부 직원들이 도청, 제작한 녹음테이프와 녹취보고서 등이 존재한다는 풍문을 듣고 편집부 소속 송○○ 차장에게 위 도청테이프를 확보하도록 지시하여 문화방송 소속 성명불상 기자로부터 위와 같은 녹취록과 녹취보고서 3건을 입수한 후 같은 해 8. 초순경 월간조선 사장인 이상철과 논의하여 위 녹취록과 녹취보고서 전문을 공개하기로 결정한 다음, 같은 달 15.경 편집국 소속 기자 배○○으로 하여금 같은 달 17.경 발간된 2005년 9월호 월간조선 94쪽부터 125쪽에 「유령처럼 떠돈 안기부 X파일 전문 공개」라는 제목과 함께 “홍(석현) : 아, 한○○ 이야기 들으셨어요, 이(학수) : 못 들었는데요, 홍 : 어저께 보고를 받았는데 허 아무개, 허 사장이 문제 삼겠다고 굉장히 주사를 부린 모양이야 --” 라는 대화 등 위 녹취록과 녹취보고서의 내용 전문을 게재하도록 하여 통신비밀보호법에 규정된 절차에 의하지 아니하고 지극한 공개되지 아니한 타인간의 대화의 내용을 공개하였다.

증거의 요지

1. 피고인의 법정진술
1. 배○○에 대한 검찰진술조서
1. 월간조선 녹취록 입수경위
1. 월간조선 9월호 관련기사 사본

피고인 김연광의 주장에 대한 판단

피고인 김연광 역시 피고인 이상호와 마찬가지로 월간조선에 위 녹취록과 녹취보고서들의 전문을 게재한 자신의 행위는 오로지 공공의 이익을 위한 것이어서 그 위법성이 조각된다는 취지로 주장한다.

살피건대, 위 녹취록과 녹취보고서의 내용 등이 국가의 정치적 기본질서 등과 직결되어 있는 점 등을 고려하면, 피고인 김연광의 행위 역시 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 것으로서 피고인 이상호 및 문화방송에 대하여 적용된 위법성조각사유의 적용을 고려하여 볼 수 있다. 그러나, 피고인 김연광이 주도하여 이루어진 월간조선의 보도는 앞서 본 문화방송의 보도와는 달리 녹취록 및 녹취보고서의 전문을 가감 없이 그대로 보도하였고, 그 내용 중에도 공중의 정당한 관심사와 관계가 없는 내용 또한 그대로 포함되어 있다. 앞서 본 바와 같이 이러한 경우에 언론기관의 보도에 대하여

위법성의 조각을 인정하는 이유는 언론기관이 보도를 함에 있어서 개인의 기본권 침해가 최소화되도록 충분한 주의와 노력을 기울이고 그에 적합한 보도의 수단 및 형태를 선택하는 것을 전제로 한 것이다. 월간조선의 전문게재는 이러한 점에서 그 목적의 정당성은 인정될지라도 수단, 방법에 있어서 상당성 내지 비례성을 갖지 못하므로 위법성의 조각이 인정될 여지가 없다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조

통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호, 제1호, 제3조, 형법 제30조에 의하여 피고인 김연광을 징역 6월 및 자격정지 1년에 처한다.

1. 선고유예

위에서 본 바와 같이 피고인 김연광에 대하여 유죄를 인정하고 그 형을 정하였으나, 피고인 김연광이 월간조선의 편집장으로서 위 녹취록 및 녹취보고서의 전문을 게재한 기사를 게재하게 된 목적의 일단에는 언론인으로서의 사명감도 일부 작용한 점, 당시의 상황은 이미 위 녹취록 및 녹취보고서의 주요한 내용은 다른 언론매체에서 모두 공개한 뒤여서 피고인에게 큰 위법성의 인식을 기대하기 어려웠던 점, 위 녹취록 및 녹취보고서를 최초로 입수한 피고인 이상호에게 무죄를 선고하는 점 등 제반 정상을 참작하고 피고인에게 개선의 정상이 현저하므로, 형법 제59조 제1항에 의하여 위 형의 선고를 유예하기로 한다.

3. 결론

그렇다면, 피고인 김연광에 대하여는 유죄를 인정하여 징역 6월 및 자격정지 1년의 형을 선고하여야 할 것이나, 앞서 본 제반 정상을 참작하여 그 형의 선고를 유예하고, 피고인 이상호에 대하여는 피고인의 행위가 위법성조각사유에 해당하여 죄가 되지 아니하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김득환

판사 이재욱

판사 이상덕

2심판결문

사 건 : 2006노1725 통신비밀보호법위반

피 고 인 : 1. 이 상 호, 기자

2. 김 연 광, 기자(월간지 편집장)

항 소 인 : 피고인 김 연 광 및 검사

검 사 : 김 병 현, 김 성 은

변 호 인 : 법무법인 정세(피고인 이상호를 위하여)

담당 변호사 한 상 혁

변호사 김 태 수(피고인 김연광을 위하여)

원심판결 : 서울중앙지방법원 2006. 8. 11. 선고 2006고합177 판결

판결선고 : 2006. 11. 23.

주 문 : 원심판결 중 피고인 이 상 호에 대한 부분을 파기한다.

피고인 이상호에 대한 형의 선고를 유예한다.

피고인 김연광의 항소와 같은 피고인에 대한 검사의 항소를 모두 기각한다.

이 유 : 1. 원심판결과 항소이유의 개요

이 사건 통신비밀보호법 위반죄의 공소사실에 대하여 피고인들은 자신들의 보도 또는 출판 행위가 위법성조각사유에 해당하여 위법하지 않다고 주장하였고, 원심은 피고인 이상호에 대하여는 그 보도 목적의 정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성의 요건을 모두 충족하여 그 위법성이 조각된다고 판단하여 무죄를 선고하는 한편, 피고인 김연광에 대하여는 그 편집 목적의 정당성은 인정될지라도 수단·방법에 있어서 상당성 내지 비례성을 갖지 못하여 위법성 조각이 인정될 여지가 없다고 판단하여 유죄를 인정하면서 정상을 참작하여 위 피고인에 대한 형의 선고를 유예하였다.

이에 검사는 피고인 이상호의 보도행위에 위법성의 조각이 인정될 여지가 없고, 피고인 김연광에 대한 선고유예가 지나치게 가벼워서 부당한 양형이라는 이유로 항소하였고, 반면 피고인 김연광은 자신의 편집행위 역시 위법성이 조각된다는 이유로 항소하였다.

2. 피고인 이상호에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 원심 판단의 요지

원심은, 사생활 자유를 위한 통신의 비밀 보호와 국민의 알 권리 충족을 위한 언론의 자유가 상충되는 경우 형법 제20조의 정당행위 조항과 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(이하 언론중재법률이라고 한다.)’ 제5조 제2항의 위법성조각 조항을 적용함이 상당하다는 전제 아래, 국가기관에 의해 불법으로 도청된 이른바 안기부 X 파일을 취득하여 그 대화 내용을 보도한 행위가 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호에 해당하지만, 위와 같은 조

항에 따라 그 위법성이 조각된다는 이유로 피고인 이상호에 대하여 무죄를 선고하였다.

즉, 원심은 위 통신비밀보호법 위반 행위가 형법상 ‘업무로 인한 행위 등 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위’ 인지 여부 또는 위 언론중재법률에 규정된 ‘공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 경우’ 인지 여부를 판단하면서, ‘통신의 내용에 관한 문제, 취득과정의 불법과의 관련성 문제, 편집·보도에서의 수단·방법의 상당성 문제, 기타 사항 등’의 원칙을 제시하였고, 증거들을 종합하여 이 사건 보도에 이르기까지의 사실관계를 확정된 다음, 그 내용이 ‘대통령 선거정국 기류 변화에 따른 여야 후보 진영에 대한 삼성 측의 정치자금 지원 문제, 정치인 및 전·현직 검찰 고위 관계자에 대한 추석 떡값 지원 문제’로서 민주적 기본질서의 근간을 이루는 중요한 공익적 사항에 관한 것이고, 녹음테이프 등을 제공한 자에게 100만 원을 건네준 것은 취재 관행을 넘지 않는 수준이며, 성문분석, 보강취재 등으로 진정성을 확인하고 법률 자문 등을 통해 보도에 신중을 기하였을 뿐 아니라, 다른 언론기관에 이를 고의로 유출하였다고 볼 자료도 없으며, 실명공개로 인한 개인 인격권 침해 요소가 있었지만 이는 타 언론에서 실명이 공개되는 바람에 수동적으로 그 보도행태를 좇은 것뿐이고 보도 내용 중 일부 오류는 단순한 실수로 보일 뿐이라서, 전체적으로 문화방송의 보도가 수단·방법에서 상당성을 결여하지 않았고, 그 보도에 이르는 과정에서 도청의 불법성에 깊이 오염되지 않았다고 평가하였다.

나. 이 법원의 판단

원심이 인정한 사실관계에 대해서는, 100만 원의 지급 나아가 1,000만 원 정도 추가 지급 제의가 불법 대가성이 있는 것인지, 타 언론기관에 유출되지 않도록 과연 보안에 신중을 기하였다고 볼 수 있는지 등의 몇 가지 사실 ‘평가’에 관한 문제를 제외하고는, 대체로 쌍방에 이의가 없을 뿐더러, 관련 증거들을 종합해 보아도 이 사건 보도에 이르기까지의 사실관계 인정은 수긍할 수 있다.

진실을 캐어 이를 적시하고 널리 알려 건전한 여론을 형성해 나감으로써 국민의 알 권리를 충족시키기 위한 언론·출판의 속성은, 경우에 따라서 인간의 존엄과 가치에 근거하는 개인의 사생활 자유나 명예, 초상 등의 인격적 가치에 관한 권리를 침해할 수 있게 되어, 헌법이 보장하는 기본권 사이에 상충하는 영역이 있게 된다. 형사상으로는 주로 명예훼손 등이 문제가 되고, 나아가 민사상으로는 고의뿐 아니라 과실에 기한 불법행위 책임 여부가 등장하기 마련이다.

원래 자유권적 기본권은 ‘국가권력으로부터의 자유’에서 출발하였는데, “그 기본권의 제한은 오직 국가 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 ‘법률’

로써만 할 수 있고, 그 제한하는 경우에도 본질적 내용은 침해할 수 없다.”고 헌법은 규정하고 있다. 이러한 헌법 정신에 따라 국민과 국민 사이에 기본권이 상충하는 영역에서도 ‘법률’이 정하는 바가 있다면(그것이 위헌이라고 선언되지 않는 한) 기본권 제한 여부를 그 법률 규정에 따라 판단하여야 한다.

언론 보도를 둘러싼 기본권 상충 영역에서, 형사적 문제에 관하여는 형법에 명예훼손에 대한 특별한 위법성조각사유를 두어 ‘그 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.’고 규정하였고, 나아가 민사적 문제에 관하여는 언론중재법률에 ‘인격권 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상의 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때’ 그 위법성을 조각하는 것으로 규정하고 있다. 이러한 법률의 규정은, 적어도 공적 관심사가 되는 공적인 인물의 경우 사생활의 자유 등 그 인격적 권리가 언론 보도에 의해 침해되더라도 그 개인의 기본권 보호보다는 언론의 자유를 넓게 인정하겠다는 입법자의 의지가 반영된 것이다.

그러나 원심이 특별형법인 통신비밀보호법 위반 사안에 관해서 민사적인 언론중재법률상의 위법성조각 조항이 ‘적용’된다고 판단한 것은 잘못이다. 나아가 이 사건은 인격권 침해에 따른 개인의 명예훼손 등에 관한 형사책임을 묻는 것이 아니기 때문에 명예훼손에 관한 특별위법성조각 조항을 적용할 수도 없다.

언론은 모든 정보원에 대하여 자유로이 접근할 권리와 그 취재한 정보를 자유로이 공표할 자유를 갖는다. 그럼에도 통신비밀보호법은 타인간의 대화의 녹음, 청취 등 통신의 비밀에 속하는 내용을 수집하는 행위와 별도로, 불법적으로 수집된 내용인 줄 알면서 공개 누설하는 행위를 동일한 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있다. 통신제한이 가능한 대상과 절차를 엄격히 규정하면서, 공개 누설행위를 불법 수집행위와 동일한 것이라는 전제 아래 그 행위자가 어떠한 경로를 통하여 어떤 방법으로 이를 지득하였는지, 또 행위자가 누구인지를 불문하고 예외 없이 처벌함으로써 도청의 폐해를 원천 봉쇄하고 통신의 비밀을 강하게 보호하고자 한다. 나아가 반드시 진실이 밝혀져야 할 재판절차에서마저도 이러한 통신비밀보호법에 위배되어 지득 또는 채록된 자료의 내용을 그 증거가치를 불문하고 증거로 사용할 수 없게 규정하고 있다. 다시 말하면 위와 같은 불법 도청의 산물은 당초부터 존재해서는 아니 되는 것인 만큼 그것이 현재 없는 것과 똑같이 만들겠다는 입법자의 강력한 의지를 반영한 것이다. 그런데 이 같은 독과수에 열린 과실에 언론이 접근하여 그 과실을 취재한 결과 국민에게 이를 알려야만 한다는 언론 본연의 사명에 부닥치게 될 특별한 경우가

있다면 이는 어찌할 것인가. 언론 자유라는 기본권의 제한도 법률로써는 가능한 것이지만, 통신비밀보호법이 공개행위와 관련하여 어떠한 특별한 위법성조각사유를 규정하고 있지 아니하므로 어떠한 경우에도 불법 채취된 자료의 내용을 보도할 수 없는 것인가.

이 점에 관해서 통신비밀보호법 위반도 형벌로 처벌되는 형사범인 이상 형법 총칙의 규정을 배제하는 명시적인 조항이 없는 한 형법 총칙이 적용되고, 이에 따라 형법상 정당방위, 긴급피난, 정당행위 등에 해당하는 경우에는 그 위법성이 조각된다고 생각하는 점에서는 이 법원도 통신비밀보호법의 위헌제청 신청을 기각한 원심의 판단과 같다.

그런데 형법상 정당행위는 '법령에 의해서 허용되거나, 업무로 인한 행위 등 사회상규에 위배되지 않은 행위'라고 규정하고 있고, 결국 위와 같은 불법 도청된 자료 내용의 보도가 원심에서 인정한 구체적 사실관계에 비추어 통신비밀보호법에 위반됨에도 사회상규에는 위배되지 않은 것인지의 평가 문제가 남게 된다. 대법원은 일반적으로 정당행위가 되려면 첫째, 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째, 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건에 해당해야 한다고 판단해 오고 있다. 이와 같은 요건 해당성 여부를 평가함에 있어서, 물론 명예훼손에 대한 특별위법성조각사유나 언론중재법률이 정한 위법성조각사유도 두루 참작하여야 할 것이다.

그러나 통신비밀보호법이 적용되는 영역은 앞서 본 바와 같은 언론 자유의 신장에 무게를 둔 영역과 다른 무엇이 있다. 그것은 그 언론 보도의 정보원이 통신비밀보호법에서 존재 자체를 없이 하겠다고 한 독과실이라는 점이다. 통신비밀보호법이 공적인 관심사에 관한 언론 보도가 책임을 면할 수 있도록 특별한 위법성조각조항을 두지 않고 침묵하고 있으며, 사생활과 통신 비밀을 침해할 수 있는 통신 제한행위의 허용은 구체적 예외적으로 매우 엄격한 대상과 절차를 열거하며 사후적으로 국회에 의한 통제까지도 명시하고 있는 등 그 법률의 입법 취지와 규정 전반을 검토하여 보면, 도청 내용 공개가 언론의 공적 사명에 기한 것이라서 사회상규에 위배되지 않는다고 인정하려면, 앞서 본 일반적 정보원에 따른 언론 보도의 경우와는 달리 매우 제한적이고 엄격한 원칙에 기한 평가를 하는 것이 옳다고 생각한다.

따라서 보호 법익과 침해 법익 사이의 법익 균형성 문제는, 앞서 언급한 바와 같은 특별법인 통신비밀보호법의 입법 취지에 따라, 개인을 발가벗겨 수치를 드러내지 않도록 하자는 인간 존엄과 가치의 본질적 부분, 양심의 자유와 마찬가지로 그 양심을 독백하거나 서로 간에 공개의 공포 없이 대화할 수 있도록 해야 한다는 사생활의 자유 내지는 통신비밀의

보호가, 이를 엿듣고 싶고 알고 싶어 하는 국민들의 관심 내지는 언론 보도의 자유보다 무게 있게 고려되어야 한다는 결론에 이르게 된다. 따라서 국가안보가 위협을 받거나 사회질서가 교란되어 국민의 생명, 신체 등에 심각한 위협이 야기되는 등 특수한 상황이 아니라면, 통신비밀의 공개 누설행위에 대한 위법성 조각을 쉽사리 인정할 수 없는 것이다.

우리 법원은 먼저 안기부 X파일이 국가기관에 의해 전문 인력과 고도의 장비를 동원하여 저질러진 불법의 산물임에 주목한다. 재벌과 언론 사주가 8년 전 대선 후보에게 정치자금을 지원하고, 정치인이나 검찰 고위직에 떡값을 주는 문제를 상의하였으며 또 이를 일부 실행하였다고 의심할 만한 자료는 물론 공적 관심의 대상이 될 수 있으나, 불법 도청을 응징하고 사생활의 자유와 통신의 비밀 보호를 위하여 그 공개를 처벌하기로 한 특별법의 정신에 비추어 볼 때, 이 사건 대화의 내용이 국가의 안전 보장, 사회질서의 수호 등을 위해 부득이하게 보도할 수밖에 없는 대상이었다고 평가하기엔 부족하다.

수단과 방법의 상당성에 관하여는, 검찰은 피고인 이상호가 이 사건 테이프가 안기부에 의해 자행된 도청의 산물이고 이를 가지고 갈취 범행에까지 이르렀던 도구였음을 알고도 우연한 제보의 수용을 넘어서 공개 누설 행위를 교사하는 수준에 이르러 그 취득 과정이 불법에 오염되었다고 주장하지만, 원심 판시의 사실관계만으로는 피고인 이상호가 투철한 기자 정신으로 적극적이고 용감하게 정보원을 추적, 취재한 활동 자체를 나무랄 수는 없다고 본다. 또 언론 보도는 단순한 개인적 공개, 누설행위와는 전혀 달리 전국적이고 광범위하여 회복하기 어려운 침해가 예상되므로 애당초 수단과 방법의 상당성을 인정하기 어려운 측면도 있다. 그렇기 때문에 이 사건 보도 행위가 단순히 추상적인 내용으로 안기부에 의해 대선기간 중 재벌 실세와 언론 사주 사이의 사적인 대화까지 불법 도청한 사실이 있었고 그 주요 내용이 무엇이며 이에 따른 증거로 녹음테이프까지 확보되었음을 보도하는 정도를 넘어서, 주고받았다는 돈의 액수까지 밝히는 등 구체적인 대화 내용을 보도한 점 등에 비추어 더욱 수단과 방법의 상당성이 있었다고 평가하기에도 부족하다. 더구나 실명을 공개함으로써 당사자의 인격권을 더욱 크게 침해하였으며, 이것이 비록 타 언론의 보도행태를 좇은 것이라는 측면이 있고 법원의 가치분결정에 직접 반하는 것은 아니라는 논란이 있을 수도 있지만, 적어도 언론기관의 경험과 지식에 비추어 실명보도가 수단의 상당성이라는 척도에서 크게 일탈한 것이라는 점은 보도 관련자 누구에게나 분명하였을 것이다.

긴급성에 관하여 보더라도, 이 사건 보도 당시는 그 내용의 배경이 된 대선이 끝난 지 이미 8년이 지났을 때였고, 그 사이 대선이 한 번 더 치러져 보도에 등장했던 대선 후보는 대통령에 당선되었다가 퇴임하고, 다른 후보는 연거푸 낙선하여 정계에서 물러난 이후였다.

그러므로 보도된 대화의 내용을 보도 당시의 국정 운영이나 국가 정치질서의 전개에 어떠한 직접적인 영향력을 미칠 만한 것이라 함은 지나친 것이고, 그 보도가 시급히 이루어질 이유도 그다지 있어 보이지 않는다.

또한 문화방송이나 피고인 이상호를 비롯한 소속 기자들로서는 불법 도청된 대화 내용의 공개가 통신비밀보호법에 위반된다는 사실을 알고 있었고, 그 공개가 시급히 요청되지 않았는데도, 입수한 자료를 단서로 사실관계를 추적하여 불법에 오염되지 않은 자료를 발굴, 보도하지 않았다. 과연 공공의 관심이나 알 권리를 충족시키기 위해서 도청자료를 공개하는 것 말고는 다른 방법이 없었는지, 그리하여 보충성의 요건을 충족하였는지 의문이 아닐 수 없다.

물론 피고인 이상호는 국가기관의 불법도청 실태를 적나라하게 파헤치고, 언론사주와 재벌이 정치인이나 고위 공직자에게 부당한 영향력을 행사하려고 한 실상을 공개하였고, 그 동기나 목적에 있어, 실정법을 위반하더라도 특종을 하겠다는 공명심이 아닌, 꼭 국민에게 알려야 하겠다는 역사적 사명감으로 이와 같은 행위에 이르렀다면 그 동기나 목적의 정당성은 인정받아 마땅하다. 그러나 위와 같은 여러 요건을 충족하지 못한 상태에서 위와 같은 동기나 목적의 정당성은 양형에서 참작할 사유에 불과할 뿐이다.

업무행위 등 사회상규에 위배되지 아니한 정당행위인지 여부를 평가함에 있어서, 반드시 대법원 판례에 적시된 요건에 따라야 하는 것은 아니라는 점에서 원심이 새롭게 제시한 평가 원칙도 경청할 만하다. 그러나 원심이 제시한 요건을 따라 판단한다 하더라도 앞서 본 바와 같은 기본권 상충의 영역 중 일반적 정보원에 의한 보도가 아닌 불법 도청에 의한 자료를 공개하는 보도 행위에 대한 위법성 조각은 더욱 엄격한 평가를 거쳐야 할 것이다. 통신비밀보호법은 적어도 도청에 의해서는 개인 간 대화 내용이 별거벗겨지지 않는다는 법의 울타리를 치고 있다. 그 울타리 안에서 때로는 추잡하고 부끄러운 대화들이 오갈지도 모른다. 그러나 정작 국민이 알기를 원한다는 것과 국민이 알아야 할 필요성이 있고 또 이를 알려야만 한다는 것은 별개의 문제이기도 하다. 통신비밀보호법이 정한 요건과 절차에 따르지 않은 불법 도청의 내용을 열어 보니 결과적으로 꼭 국민이 알아야만 하는 것이었다고 하여 공개의 위법성을 쉽게 조각하여 이 울타리를 열어둔다면, 어느 순간 어느 권력이나 재력 있는 세력은 보암직도 하고 먹음직도 한 독과실을 얻고자 타인의 밀실을 엿듣고 싶은 유혹에 빠지게 될 수 있을 것이다. 통신비밀보호법이 정한 울타리를 엄하게 지키고자 하는 이와 같은 이유로 이 법원은 피고인 이상호의 행위 나아가 당시 보도에 참여한 대한민국 모든 언론매체의 보도·출판행위가 통신비밀보호법 위반의 유죄임을 선언하는 것이다.

다. 결론

그렇다면 피고인 이상호에 대한 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 위 피고인에 대한 부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

범죄사실

피고인 이상호는 문화방송 주식회사의 보도국 기자로서, 누구든지 통신비밀보호법 제3조의 규정에 위반하여 지득한 공개되지 아니한 타인간의 대화 내용을 공개할 수 없음에도 불구하고, 문화방송 보도국장인 신○○ 및 소위 ‘안기부 X파일’ 관련 특별취재팀 기자들과 공모하여,

2004. 12. 5. 서울 마포구 공덕동 소재 불교방송 부근 상호불상 커피판매점에서 재미교포인 박○○(□□□ 박)로부터 전 국가안전기획부 직원들이 1997. 4. 9.경, 같은 해 9. 9.경, 같은 해 10. 7.경 등 3회에 걸쳐 서울의 호텔 일식집 등지에서 이학수 당시 삼성그룹 회장 비서실장과 홍석현 당시 중앙일보 사장이 ‘정치권 동향 및 대권후보들에 대한 정치자금 제공’ 등에 대하여 논의한 대화를 도청하여 작성한 녹취보고서 3건을 전달받아 그 내용을 확인하고, 같은 달 30.경 서울 ○○구 ○○동 소재 박○○의 부친 집 앞 도로에서 위 녹취보고서 중 1997. 9. 9.자 대화 내용을 녹음한 테이프 복사본을 전달받아 독자적으로 그 녹취록을 작성하고 보도국장 신○○ 등에게 보고하여 전문 업체를 통하여 위 녹음테이프에 대한 성문분석을 마침과 동시에 잡음이 제거된 마스터 CD를 제공받는 등 사전준비를 하다가, 위 도청자료의 보도를 위한 소위 ‘안기부 X파일’ 관련 특별취재팀이 발족되자 위 마스터 CD와 녹취록을 위 특별취재팀에 제공한 다음, 2005. 7. 22. 서울 영등포구 여의도동에 있는 문화방송 사옥에서 방송된 ‘9시 뉴스데스크’ 프로그램에 취재기자로 출연하여 별지 범죄일람표 순번 3 기재와 같이 위 도청자료의 입수경위와 내용을 설명하는 등, 위 범죄일람표 기재와 같이 2005. 7. 21.경부터 같은 달 27.경까지 17회에 걸쳐 위 녹취보고서와 녹음테이프의 내용을 보도하여 통신비밀보호법에 규정된 절차에 의하지 아니하고 지득한 공개되지 아니한 타인간의 대화 내용을 공개하였다.

증거의 요지

1. 원심 제1회 공판조서 중 피고인 이상호의 진술기재
1. 피고인 이상호에 대한 검찰 피의자신문조서의 진술기재
1. 피고인 이상호에 대한 검찰 진술조서 등본의 진술기재
1. 박○○에 대한 검찰 피의자신문조서 등본의 진술기재

- 1. 김○○, 오○○에 대한 각 검찰 진술조서의 각 진술기재
- 1. 수사보고(MBC 9시 뉴스, “이상호 X-파일 사건” 보도 자료)의 기재
- 1. 압수조서 등본의 기재
- 1. 감정서의 기재

법령의 적용

- 1. 범죄사실에 대한 해당법조

통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호, 제1호, 제3조, 형법 제30조에 따라 피고인 이상호에 대한 형을 징역 6월 및 자격정지 1년으로 정한다.

- 1. 선고유예

보도행위에 이르게 된 동기나 목적에서 정당성을 인정할 수 있는 점, 문화방송의 보도 여부나 보도 내용에 관한 결정이 종국적으로는 피고인 이상호 개인이 아닌 방송국 내지 보도국의 의사결정체계를 통해 이루어진 점, 다른 언론매체의 선제 보도가 보도 결정을 직접 촉발하였으며, 당사자들의 실명을 거론한 보도 역시 다른 언론매체의 보도 이후 이루어진 점, 다른 언론매체도 유사한 보도를 하였으나 유독 위 피고인과 피고인 김연광만 통신비밀보호법 위반죄로 기소된 점 등 여러 정상을 참작하여 형법 제59조 제1항에 따라 위 형의 선고를 유예한다.

- 3. 피고인 김연광의 항소와 같은 피고인에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단

피고인 이상호의 보도행위에 대하여 앞서 본 것과 같은 이유로 피고인 김연광의 출판행위 역시 유죄로 인정되고, 또한 편집에 이르게 된 동기나 목적에서 정당성을 인정할 수 있는 점, 이미 녹취록 및 녹취보고서의 주요한 내용을 다른 언론매체에서 모두 공개한 이후에 월간조선의 보도가 이루어졌고, 이러한 상황에서 의혹과 불신의 확대를 방지하기 위해 전문게재가 필요했으며 보도원칙을 준수하였다는 위 피고인의 주장에 설득력이 있다고 인정되는 점, 다른 언론매체도 유사한 보도를 하였으나 유독 위 피고인과 피고인 이상호만 통신비밀보호법 위반죄로 기소된 점에 비추어 피고인 김연광에 대한 선고유예는 적절하다고 인정된다. 따라서 피고인 김연광의 항소와 위 피고인에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

재판장 판사 김 용 호

판사 박 우 중

판사 김 상 체



신속보도에만 치우쳐 취재원 진술과 상이한 내용의 기사를 작성·게재하고 별다른 사실 확인 절차 없이 허위의 사실을 기재한 성명서를 언론매체에 배포했다면 명예훼손 책임이 인정된다

서울중앙지방법원 2006. 10. 27.자 판결 (2006고합130, 2006고합263 병합)

사실개요

서울중앙지방법원 제22형사부(재판장 장성원 부장판사)는 정보통신망 이용촉진 및 정보 보호 등에 관한 법률 위반 및 명예훼손 혐의로 기소된 오마이뉴스 기자 이○○, 김○○과 명예훼손 혐의로 기소된 대구○○회 사무국장 윤○○에 대해 피고 이○○과 피고 윤○○에게는 벌금형을, 피고 김○○에게는 무죄를 선고했다.

피고 이○○은 대구고등검찰청과 대구지방검찰청에 대한 국회 국정감사가 끝난 후 국회의 원인 피해자 주성영이 동료 국회의원들 및 대구지방검찰청 소속 검사들과 대구 모 호텔 내 술집에서 술을 마시면서 술집 사장에게 심한 욕설을 했다는 내용을 취재하면서 칵테일 바 여사장으로 부터 성희롱을 당하고 성적 모욕감을 느꼈다는 취지의 내용을 들은 사실이 없음에도 불구하고, 마치 피해자가 단순히 욕설을 하는 차원을 넘어 성희롱을 가하고 성적 모욕감을 느끼게 하는 행위를 한 것처럼 인식될 소지가 있도록 공연히 허위의 사실을 적시하고 이를 불특정 다수가 볼 수 있게 끄 해 피해자의 명예를 훼손했다며 기소되었고, 피고 윤○○은 피해자 주성영이 술자리에 함께 한 검사로부터 욕설 과문을 무마하려고 하였다는 말을 듣거나 이를 확인한 사실이 없음에도 불구하고 주 의원이 술자리에 배석했던 검사를 통해 성희롱 피해자를 만나 사건을 무마시키려고 했다는 허위의 내용이 포함된 성명서를 작성하여 언론기관에 배포함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손한 혐의로 검찰에 의해 기소됐다. 한편 피고 김○○은 당시 술자리에 동석한 국회의원들을 상대로 피해자 주성영의 당시 언행에 관하여 직접 경험한 사실을 확인한 바가 없음에도, 2005년 9월 25일자로 '그날 현장에 있었던 A의원은 25일 오마이뉴스와의 전화통화에서 "여종업원들이 술과 안주를 나를 때마다 '서비스가 개판' 이니 하면서 욕을 했다"면서 "오마이뉴스가 보도한 성적 언어폭력보다 더한 욕도 했다"고 말했다'는 등의 내용을 보도하여 정보통신망

을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손한 혐의로 기소됐다.

재판부는 먼저 피고 이○○의 혐의 부분에 대해 “현○○은 인터뷰 당시 ‘성적 수치심을 느꼈느냐’는 기자의 질문에 몇 차례 ‘성적인 부분은 없었다’는 취지로 분명하게 대답한 사실, 2005년 9월 23일자 기사를 작성·게재하면서 당시 욕설의 당사자로 지목된 주성영 의원이나 목격자들로부터 사실을 확인하는 절차를 전혀 거치지 않은 사실, 현○○이 기사의 80%가 거짓말이라면서 기사 내용에 항의하였으며 ‘주성영 의원이 여성 성기를 비유한 욕설 등 성적 폭언을 한 것이 맞다’고 재확인해 주지는 않은 사실 등으로 미루어 피고인 이○○이 작성한 9월 23일자 기사 및 9월 26일자 기사는 모두 허위의 보도임이 분명하고, 그 보도내용을 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있었다고 보기 어렵다”고 판결했다. 또한 재판부는 피고 윤○○의 혐의 부분에 대해서도 “피고 윤○○은 현○○으로부터 실제로 검사를 만났거나 어떤 목적으로 검사를 만났는지 전혀 확인하지 못하였으며, 익명의 제보나 전문을 통하여 얻은 풍문을 마치 확정된 사실인양 ‘주 의원은 사건을 무마하기 위해 술자리에 배석했던 검사를 통해 성희롱 피해자를 만나 사건을 무마시키려고 했다’고 단정적으로 표현한 사실을 인정할 수 있어 피고인 윤○○이 작성한 성명서는 허위의 내용임이 분명하고, 그 내용이 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있었다고 보기 어렵다”고 판시했다. 그러나 재판부는 피고 김○의 혐의 부분에 대해서는 “피고인 김○의 정보보고 내용과 이 사건 기사의 내용 및 작성 경위에 비추어 보면, 오마이뉴스 정치부장이 피고인 김○의 정보보고 내용과 다르게 정○○ 의원이 직접 경험한 사실을 확인한 것처럼 A의원 관련 부분 기사를 작성하였고, 정치부장이 위와 같은 내용으로 기사를 작성하는 데 피고인 김○이 관여하였다는 점에 대하여는 아무런 입증이 없다”며 “그러한 사정만으로는 피고인 김○이 문제의 술자리에 뒤늦게 참석한 국회의원 1명으로부터 그가 참석하기 전의 술자리 상황에 관하여 다른 사람으로부터 들은 내용을 전해 들었을 뿐임에도 3명의 국회의원으로부터 술자리 당시 주성영 의원의 언행에 관하여 직접 경험한 사실을 확인한 것처럼 허위 사실을 기사화하였다고 인정하기 어렵다”며 무죄를 선고했다.

한편 재판부는 피고인 이○○에 대한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손) 혐의에 대해서는 “피해자의 지위와 위 기사의 작성 경위, 기사의 제목과 전체적인 내용 및 표현방법에 비추어 보면, 비록 위 기사에 피해자의 구체적 언행에 관한 허위의 사실이 포함되어 있다고 하더라도 이러한 사정만으로는 피고인 이○○이 피해자에 대한 가해의 의사 내지 목적을 가지고 위 기사를 작성하였다고 인정하기 부족하다”고 판시하고 “2005년 9월 26일자 기사 역시 상당 부분은 술집 여사장이 여당 의원들과 검사의 해명

이 사실이 아니라고 강력히 반발했다는 내용으로 되어 있는 사실이 인정되는 등, 비록 위 기사에 술집 여사장의 진술에 관한 허위의 사실이 포함되어 있다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 달리 피고인 이○○에게 피해자를 비방할 목적이 있었다는 점을 인정할 증거가 없다”고 판결하고 “다만 앞선 공소 내용에 대한 명예훼손죄를 유죄로 인정하는 이상 따로 주문에서 이 부분에 대한 무죄를 선고하지 아니 한다”고 밝혔다.

판 결 문

사 건 : 2006고합130

가. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률위반(명예훼손)

(피고인 이○○에 대하여 인정된 죄명 명예훼손)

2006고합263(병합)

나. 명예훼손

피 고 인 : 1. 가. 이 ○ ○, 오마이뉴스 기자

2. 가. 김 ○ ○, 오마이뉴스 기자

3. 나. 윤 ○ ○, 대구○○회 사무국장

검 사 : 정 영 학

변 호 인 : 법무법인 정세 담당변호사 한 상 혁(피고인 이○○, 김○을 위하여)

법무법인 새길법률특허사무소 담당변호사 배 삼 희

(피고인 윤○○을 위하여)

판결선고 : 2006. 10. 27.

주 문 : 피고인 이○○을 벌금 8,000,000원에, 피고인 윤○○을 벌금 1,000,000원에 각 처한다. 피고인 이○○, 윤○○이 위 각 벌금을 납입하지 아니하는 경우 각 50,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인들을 노역장에 각 유치한다.

피고인 김○은 무죄.

이 유 : 범 죄 사 실

피고인 이○○은 인터넷신문인 ‘오마이뉴스’의 대구 주재 상근기자이고, 피고인 윤○○은 시민단체인 대구○○회의 사무국장인바,

1. 피고인 이○○은

가. 2005. 9. 23. 15:00경 대구 ○○동 소재 ○○○ 호텔 지하 1층에 있는 현○○이 운영하는

‘○○○’ 바에서, 전날 밤 대구고등검찰청과 대구지방검찰청에 대한 국회 국정감사가 끝난 후 국회 법제사법위원회 소속 국회의원이인 피해자 주성영이 같은 위원회 소속 국회의원들 및 대구지방검찰청 소속 검사들과 위 바에서 술을 마시면서 현○○ 등에게 욕설을 하였다 는 제보를 받고 매일신문, 연합뉴스 등 다른 언론매체의 기자들과 함께 현○○을 인터뷰하 면서, 사실은 현○○으로부터 단순히 ‘피해자가 심한 욕설을 하여 모욕감을 느꼈다’는 취지 의 말을 들은 사실이 있을 뿐, ‘피해자가 여성 성기를 비유한 욕설을 하여 성희롱을 당하고 성적 모욕감을 느꼈다’는 취지의 말을 들은 사실이 없음에도 불구하고,

같은 날 17:30경 ○○○ 호텔 건너편에 있는 상호불상 피씨방에서, 오마이뉴스의 ‘기사쓰 기’란에 「카테일바 여사장 H씨(여)는 23일 오마이뉴스 기자와 만나 “주 의원이 술을 마시 는 도중 계속적으로 여성 성기를 비유한 욕설을 하면서 추태를 부렸다”면서 “차마 말로 옮 기지 못할 정도로 심한 성적 모욕감을 느꼈다”고 주장했다는 내용의 기사를 게재하여 위 기사가 오마이뉴스(www.ohmynews.com)의 메인화면에 게재되고 불특정 다수의 사람들이 볼 수 있게 함으로써, 마치 피해자가 단순히 욕설을 하는 차원을 넘어 여성에 대하여 성희 롱을 가하고 성적 모욕감을 느끼게 하는 행위를 한 것처럼 인식될 소지가 있도록 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하고,

나. 2005. 9. 25. 21:30경 현○○과 전화통화를 하면서 사실은 위 가항 기재 기사의 내용에 대하여 항의를 받았을 뿐, 현○○이 위 기사의 내용처럼 ‘피해자가 여성 성기를 비유한 욕 설 등 성적 폭언을 한 것이 맞다’는 취지로 그 내용을 확인해 준 사실이 전혀 없음에도 불 구하고,

2005. 9. 26. 12:36경 ○○○ 호텔 부근에 있는 상호불상 모텔 객실에서, 오마이뉴스 ‘기사 쓰기’란에 「22일 밤 ‘술자리 추태’ 사건이 벌어졌던 대구 모 호텔 지하 L 카테일 바의 H 사장(여)은 이번 사건의 발단이 됐던 주성영 한나라당 의원의 추태가 사실이라고 재확인했 다. H사장은 23일 기자와 만나 “주 의원이 술을 마시는 도중 계속적으로 여성 성기를 비유 한 욕설을 하면서 추태를 부렸다”면서 “차마 말로 옮기지도 못할 정도로 성적 모욕감을 느 꼈다”고 주장했고 오마이뉴스는 이를 가감 없이 보도했다. … H사장은 25일 밤 9시 30분경 오마이뉴스 기자에게 전화를 걸어와 이같이 밝혔다. … H사장이 전화를 걸어와 밝힌 이 같 은 내용은 ‘진실 논란’이 일었던 주성영 의원의 ‘성적 폭언’이 사실이었음을 재확인하는 한편 …이라는 내용의 기사를 게재하여 위 기사가 오마이뉴스 메인화면에 게재되고 불특 정 다수의 사람들이 볼 수 있게 함으로써, 위 가항과 같은 취지로 공연히 허위의 사실을 적 시하여 피해자 주성영의 명예를 훼손하고,

2. 피고인 윤○○은

사실은 위 1항 기재 술자리에 참석하였던 검사가 다음날 현○○을 만났다는 말을 누군가로부터 들은 사실이 있을 뿐, 피해자 주성영이 검사로 하여금 현○○을 설득하여 욕설 파문을 무마하려고 하였다는 말을 듣거나 이를 확인한 사실이 없음에도 불구하고,

2005. 9. 24. 10:30경 대구 소재 ○○빌딩 3층에 있는 대구○○회 사무실에서, <주성영 의원은 대구시민에게 사과하고 의원직을 사퇴하라>는 제목으로 “이 사건은 세 가지 맥락에서 문제를 제기할 수 있다. … 셋째, 지위와 권력을 이용해 사건을 무마시키려고 한 점이다. 주 의원은 23일 전날 사건을 무마하기 위해 술자리에 배석했던 검사를 통해 성희롱 피해자를 만나 사건을 무마시키려고 했다.”라는 허위의 내용이 포함된 성명서를 작성하여 대구지역 방송사 및 신문사 등 언론기관에 배포함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다.

증거의 요지

1. 피고인 이○○, 윤○○의 각 일부 법정진술
1. 증인 이□□, 현○○, 윤□□의 각 법정진술
1. 피고인 이○○, 윤○○, 현○○에 대한 각 검찰피의자신문조서
1. 이□□에 대한 검찰진술조서
1. 수사보고{참고인 이△△, 김□□ 기자 진술청취 등(수사기록 211쪽)}
1. 기사(수사기록 15, 37쪽), 성명서(25쪽)

피고인 이○○, 윤○○의 주장에 대한 판단

1. 주장의 요지

피고인들의 행위는 공공의 이익에 관한 것이고, 피고인들로서는 공소사실 기재 기사 및 성명서의 내용이 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있었으므로, 형법 제310조에 따라 위법성이 조각되어야 한다.

2. 판단

가. 피고인 이○○의 주장에 대하여

앞에서 든 각 증거 및 변호인이 제출한 증거를 종합하면, 피고인 이○○이 다른 언론매체 기자들과 함께 현○○을 인터뷰하면서 ‘전날 있었던 술자리에서 주성영 의원이 눈만 마주치면 심한 욕설을 하였고, 태어나서 그런 욕설은 처음 들었으며, 심한 모욕감을 느꼈다’는 취지의 말을 듣고 ‘주성영 의원이 여성의 성기를 비유한 욕설도 하였느냐’고 물었는데 현○○이 이에 대하여 명확한 답변을 하지 않은 사실, 현○○은 2005. 9. 25. 저녁 9시 30분경

피고인 이○○과 통화하면서 ‘주성영 의원이 입에 담을 수 없는 이야기를 하고 욕설을 한 것은 사실이고, 그보다 더한 말이 있었는데 뻘다’는 취지로 말한 사실은 인정된다.

그러나 한편 위 각 증거에 의하면, ① 현○○은 인터뷰 당시 ‘성적 수치심을 느꼈느냐’는 기자들의 질문에 ‘그런 것보다는 인간적인 모욕감과 수치심을 느꼈다’고 답한 것을 비롯하여 몇 차례 ‘성적인 부분은 없었다’는 취지로 분명하게 대답한 사실, ② 피고인 이○○은 인터뷰를 마치고 곧바로 ‘주성영 의원이 계속하여 여성의 성기를 비유한 욕설을 하였고, 이로 인해 술집 여사장이 성적 모욕감을 느꼈다’는 취지의 범죄사실 제1의 가항 기재 기사(이하 ‘9. 23.자 기사’라 한다)를 작성·게재하였는데, 당시 욕설의 당사자로 지목된 주성영 의원은 물론 술자리를 같이 하였던 다른 국회의원이나 같은 술집에서 술을 마시고 있던 손님 등 목격자로부터 사실을 확인하는 절차를 전혀 거치지 않은 사실, ③ 피고인 이○○과 함께 인터뷰를 했던 연합뉴스, 매일신문 기자의 경우 성적 폭언은 제외하고 단지 ‘주성영 의원이 심한 욕설을 하였다’는 내용의 기사를 작성한 사실, ④ 피고인 이○○과 현○○의 9. 25.자 전화통화는 주로 현○○이 9. 23.자 기사의 80%가 거짓말이라면서 기사 내용에 항의하는 내용이었고, 현○○이 피고인 이○○에게 ‘주성영 의원이 여성 성기를 비유한 욕설 등 성적 폭언을 한 것이 맞다’는 취지로 재확인해 주지는 않은 사실, ⑤ 피고인 이○○은 다음 날 술집 여사장이 주성영 의원의 성적 폭언을 재확인했다는 취지의 범죄사실 제1의 나항 기재 기사(이하 ‘9. 26.자 기사’라 한다)를 작성·게재하였는데, 이에 앞서 2005. 9. 25. 오후 3시경 당시 술집에서 상황을 목격한 이□□을 인터뷰하면서 이□□으로부터 9. 23.자 기사가 사실과 다르다는 말을 듣고서도 이를 기사에 반영하지 않은 사실이 또한 인정되는바, 사정이 이와 같다면 피고인 이○○이 작성한 9. 23.자 기사 및 9. 26.자 기사는 모두 허위의 보도임이 분명하고, 위 피고인이 그 보도내용을 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있었다고 보기 어려우므로 위 주장은 이유 없다.

나. 피고인 윤○○의 주장에 대하여

앞에서 든 각 증거에 의하면, 피고인 윤○○이 2005. 9. 23. 점심 무렵 익명의 여성과 2분 정도 통화하면서 ‘주성영 의원이 사건을 무마하려고 검사를 보내서 현○○을 만나고 있다’는 취지의 제보를 받고, 같은 날 오후 4시경 현○○에게 전화하여 ‘전날 밤 주성영이 입에 담지 못할 욕설과 추태를 부렸다는 제보를 받았다. 만나자’고 하였는데 현○○으로부터 ‘지금은 만날 수 없다, 지금까지 내가 한 말은 모두 사실이다’는 취지의 답을 들었으며, 같은 날 저녁 피고인 이○○을 비롯한 몇몇 기자들로부터 ‘현○○과 검사가 만났다’는 취지의 말을 들은 사실은 인정되나, 다른 한편 피고인 윤○○은 당시 제보자의 신원이나 위와 같은

사실을 알게 된 경위에 대하여 더 이상 확인한 바 없고, 현○○으로부터도 실제로 검사를 만났다가나 어떤 목적으로 검사를 만났는지 전혀 확인하지 못하였으며, 직접 범죄사실 기재 성명서를 작성하면서 익명의 제보나 전문을 통하여 얻은 풍문을 마치 확정된 사실인양 ‘주 의원은 사건을 무마하기 위해 술자리에 배석했던 검사를 통해 성희롱 피해자를 만나 사건을 무마시키려고 했다’고 단정적으로 표현한 사실이 또한 인정되는바, 그렇다면 피고인 윤○○이 작성한 성명서는 허위의 내용임이 분명하고, 나아가 위 피고인으로서도 그 내용이 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있었다고 보기 어려우므로 위 주장 또한 이유 없다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택 : [피고인 이○○, 윤○○] 형법 제307조 제2항(벌금형 선택)
2. 경합범가중 : [피고인 이○○] 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조(범정이 더 무거운 2005. 9. 23.자 명예훼손죄에 정한 형에 경합범 가중)
3. 노역장유치 : [피고인 이○○, 윤○○] 형법 제70조, 제69조 제2항

무죄 부분

1. 피고인 김○에 대한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률위반(명예훼손)의 점

가. 공소사실의 요지

피고인 김○은 인터넷신문인 ‘오마이뉴스’의 정치부 기자인바,

2005. 9. 25. 오전 무렵 범죄사실 제1항 기재 술자리에 다른 참석자들보다 한 발 늦게 참석하였던 국회의원 1명과 전화로 인터뷰를 하면서 주로 그가 참석하기 전의 술자리 상황에 관하여 그 자리에 있었던 다른 사람들로부터 들은 내용을 다시 전해 들었을 뿐, 국회의원들을 상대로 피해자 주성영의 당시 언행에 관하여 직접 경험한 사실을 확인한 바가 없음에도,

2005. 9. 25. 17:08경 고양시 소재 자신의 집에서, 오마이뉴스 ‘기사쓰기’란에 마치 위 술자리에 참석한 국회의원 3명으로부터 피해자의 당시 언동에 관하여 직접 경험한 내용을 설명들은 것처럼 기사화하여 피해자를 비방할 목적으로, 「그날 현장에 있었던 A의원은 25일 오마이뉴스와의 전화통화에서 “여종업원들이 술과 안주를 나를 때마다 ‘서비스가 개판’이니 하면서 욕을 했다”면서 “오마이뉴스가 보도한 성적 언어폭력보다 더한 욕도 했다”고 말했다.」, 「이 자리에 참석한 B의원도 당시 험악한 상황을 다음과 같이 전했다. “우리가 내려갔을 때는 ‘상황’이 거의 종료된 상태인데도 주성영 의원이 씩씩대고 있었다. 그 때도 거친

입으로 ‘씨팔 이거 준비도 안 해놓고’ 하면서 계속 욕을 했었는데 우리는 그냥 앉았다.”, 「C의원 역시 ... 그는 또 ‘(주성영 의원)이 정말 심하게 욕설을 한 것은 사실이다. 그 말을 입에 담고 싶지는 않다’면서 ... 또 다른 측근에게 전한 것으로 알려졌다.»는 내용의 기사를 게재하여 위 기사가 오마이뉴스 메인화면에 게재되고 불특정 다수의 사람들이 볼 수 있게 함으로써 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다.

나. 판단

(1) 증인 김△△의 법정진술, 박○○에 대한 검찰피의자신문조서, 수사보고(박○○ 작성 관련기사 첨부(수사기록 296쪽)}, 기사(47쪽), 인터뷰 내용(366 내지 369쪽) 및 피고인 김○에 대한 검찰피의자신문조서에 첨부된 취재 내용(398쪽)을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 오마이뉴스 정치부장 김△△는 2005. 9. 25. 오전 당직데스크 업무를 보면서 박○○ 기자에게 이 사건 술자리에 참석한 국회의원들을 취재하라는 지시를 하였고, 박○○은 이○○, 선○○, 정○○ 의원 및 최○○ 의원의 비서관과 통화한 후 그 내용을 오후 1시경부터 2시경 까지 사이에 오마이뉴스 정치부 정보보고 게시판에 게시하였는데, 당시 박○○은 위 국회의원들에게 주성영 의원의 당시 언행이나 행동에 대하여는 구체적으로 확인하지 않았고, 정보보고에도 이러한 내용은 포함되어 있지 않다.

② 피고인 김○은 같은 날 오전 당직데스크의 지시 없이 독자적으로 정○○ 의원과 통화하여 술자리의 경위, 당시 상황 등을 일문일답식으로 취재한 뒤 그 내용을 오후 3시경 오마이뉴스 정치부 정보보고 게시판에 게시하였는데, 이 사건 술자리 당시 있었던 구체적인 상황에 관한 부분은 정○○ 의원이 직접 경험한 내용이 아니라 정□□ 검사장, 최○○ 의원으로부터 들은 내용을 말하는 취지임을 표현하였다(‘오마이뉴스 보도보다도 더 심한 욕을 했다더라’, ‘앉아서도 계속 서비스가 개관이니 하며 욕을 했다더라’).

③ 김△△는 피고인 김○의 정보보고를 토대로 위 공소사실 기재 기사 중 ‘A의원’ 부분을 작성하고, 박○○의 정보보고와 오마이뉴스 편집국장 서○○의 전언 등을 토대로 위 기사 중 ‘B의원(선○○ 의원을 지칭)’, ‘C의원(최○○ 의원을 지칭)’ 부분을 작성한 뒤 이를 종합하여 같은 날 오후 5시경 피고인 김○과 박○○의 공동명의로 위 공소사실 기재 기사를 오마이뉴스에 게재하였다.

④ 한편 박○○은 위 공소사실 기재 기사와는 별도로 자신의 정보보고를 토대로 <‘부적절한 술자리’ 여당 의원들 “할 말 없다” 자성>이라는 제목의 기사를 작성하여 같은 날 오후

6시경 오마이뉴스에 게재하였다.

(2) 위 인정사실에 나타나는 피고인 김○의 정보보고 내용과 공소사실 기재 기사의 내용 및 작성 경위에 비추어 보면, 김△△가 피고인 김○의 정보보고 내용과 다르게 정○○ 의원이 직접 경험한 사실을 확인한 것처럼 A의원 관련 부분 기사를 작성하고, 박○○의 정보보고 내용과 다르게 선○○, 최○○ 의원으로부터 술자리 당시 주성영 의원의 언행에 관하여 확인한 것처럼 B의원, C의원 관련 부분 기사를 작성한 것으로 판단되고, 피고인 김○이 허위로 정보보고를 하였다거나, 피고인 김△△가 위와 같은 내용으로 기사를 작성하는 데 피고인 김○이 관여하였다는 점에 대하여는 아무런 입증이 없다.

그렇다면 설사 피고인 김○이 자신의 정보보고를 이용하여 김△△가 기사를 작성하는 것을 승낙하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 공소사실과 같이 피고인 김○이 문제의 술자리에 뒤늦게 참석한 국회의원 1명으로부터 그가 참석하기 전의 술자리 상황에 관하여 다른 사람으로부터 들은 내용을 전해 들었을 뿐임에도 3명의 국회의원으로부터 술자리 당시 주성영 의원의 언행에 관하여 직접 경험한 사실을 확인한 것처럼 허위 사실을 기사화하였다고 인정하기 어렵고, 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 피고인 김○에 대한 각 검찰피의자신문조서는 피고인 김○ 및 증인 김△△의 각 법정진술에 비추어 이를 믿기 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(3) 따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로, 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한다.

2. 피고인 이○○에 대한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률위반(명예훼손)의 점

가. 공소사실의 요지

피고인은 피해자 주성영을 비방할 목적으로,

범죄사실 제1의 가, 나항 기재와 같이 오마이뉴스 '기사쓰기' 란에 허위 내용의 기사를 각 게재하여 위 각 기사가 오마이뉴스 메인화면에 게재되고 불특정 다수의 사람들이 볼 수 있게 함으로써 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다.

나. 판단

(1) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제61조 제2항에서 규정하고 있는 '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 표현 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교, 고려하여 결정하여야 하며, '사람을 비방할 목적'은 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어서 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적이 부인된다고 봄이 상당하다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도6036 판결 등 참조).

(2) 먼저 공소사실 중 9. 23.자 기사에 관하여 살피건대, 앞에서 든 각 증거들에 의하면, 위 기사는 현역 국회의원인 피해자가 국정감사를 마치고 같은 법제사법위원회 소속 의원들 및 피감기관인 대구지방검찰청 검사들과 함께 가진 술자리에서 있었던 일에 관한 것인 사실, 피고인 이○○은 제보를 받고 2005. 9. 23. 오후 3시경부터 다른 기자들과 함께 현○○을 30~40분간 인터뷰한 뒤 피해자에 대한 취재를 시도하였으나 연결이 되지 않자 우선 1신으로 현○○에 대한 인터뷰 내용을 토대로 위와 같이 허위사실이 포함된 기사를 작성하여 오후 5시 30분경 게재한 사실, 위 기사의 제목은 <주성영, 국감 뒤 '또' 폭탄주 추태 여종업원 "태어나서 그런 욕 처음"/ 22일 밤 대구 모호텔 룸바에서 피감기관 검사들과 술 마셔>로, 기사 중간 소제목은 <국감기간에 피감기관 검사들과 폭탄주... B간부검사가 대신 사과>로 되어 있고, 기사 말미에 피해자의 보좌관이 "술을 마시고 추태를 부렸다는 이야기는 금시초문"이라고 언급한 내용도 포함되어 있는 사실, 다음 날 새벽 1시 30분경 2신으로 <주성영 의원 측 "기사내용 전혀 사실 아니다">라는 소제목 아래 피해자의 반박 내용을 기사화한 사실이 인정되는바, 피해자의 지위와 위 기사의 작성 경위, 기사의 제목과 전체적인 내용 및 표현방법에 비추어 보면, 비록 위 기사에 피해자의 구체적 언행에 관한 허위의 사실이 포함되어 있다고 하더라도 이러한 사정만으로는 피고인 이○○이 공공의 이익과는 무관하게, 즉 피해자에 대한 가해의 의사 내지 목적을 가지고 위 기사를 작성하였다고 인정하기 부족하고, 달리 피고인 이○○에게 피해자를 비방할 목적이 있었다는 점을 인정할 증거가 없다.

(3) 다음으로 공소사실 중 9. 26.자 기사에 관하여 살피건대, 기사(수사기록 37쪽)의 기재에 의하면 그 내용 중 피해자에 관한 부분은 술집 여사장이 9. 23.자 기사의 내용을 재확인했다는 취지에 불과하고, 상당 부분은 술집 여사장이 여당 의원들과 검사의 해명이 사실이 아니라고 강력히 반발했다는 내용으로 되어 있는 사실이 인정되는바, 이러한 기사의 내용에 비추어 보면 비록 위 기사에 술집 여사장의 진술에 관한 허위의 사실이 포함되어 있다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 피고인 이○○이 피해자에 대한 가해의 의사 내지 목적

을 가지고 위 기사를 작성하였다고 인정하기 부족하고, 달리 피고인 이○○에게 피해자를 비방할 목적이 있었다는 점을 인정할 증거가 없다.

(4) 따라서 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 이 공소사실에 포함되어 있는 판시 제1의 가, 나항 명예훼손죄를 유죄로 인정하는 이상 따로 주문에서 무죄를 선고하지 아니한다.

양형의 이유

피고인 이○○의 경우 파급력이 매우 큰 주요 언론매체의 기자로서 그 보도의 영향력을 고려할 때 정확한 보도가 더욱 요구됨에도 별다른 근거도 없이 신속보도라는 필요성에만 치우쳐 취재원의 진술과 상이하게 기사를 작성·게재하였고, 허위보도로 인정되는 기사부분이 피해자의 인격과 명예를 크게 손상시킬 수 있는 성적 폭언에 관한 내용이라는 점에서 죄질 및 범정이 무거움. 다만 보도의 내용과 대상이 공공의 이익에 관한 것으로서 비방의 목적이 부인되는 이상 징역형은 선택하지 않고, 대신 법정형의 상한선에 가까운 벌금형을 선고함.

피고인 윤○○의 경우 신원조차 불분명한 제보자로부터 들은 사실에 근거하여 별다른 사실확인 절차 없이 단정적인 표현으로 허위의 사실을 기재한 성명서를 언론매체에 배포함으로써 피해자의 명예를 훼손한 사안으로서, 위 피고인이 시민단체 간부의 지위에서 성명서를 발표하였다는 점을 감안하더라도 약식명령에서 정한 벌금형이 과다하다고 보이지는 않으므로 약식명령과 동일한 벌금형을 선고함.

재판장 판 사 장 성 원

판 사 박 정 제

판 사 이 규 영

□