

제2주제 / 한국언론학회

출판물에 의한 명예훼손죄 구성요건인
“비방할 목적”에 대한 대법원의 판결기준에
관한 연구

장 호 순

(순천향대 신문방송학과 교수)



출판물에 의한 명예훼손죄 구성요건인 “비방할 목적”에 대한 대법원의 판결기준에 관한 연구

장 호 순

(순천향대 신문방송학과 교수)

1. 서론

대한민국 헌법은 모든 국민에게 언론·출판의 자유를 보장하고 있지만, 언론·출판이 “타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”고도 명시하고 있다. 또한 언론·출판으로부터 명예나 권리를 침해당한 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다고 명시하고 있다.

언론보도나 인터넷 등을 통해 명예훼손이 발생한 경우, 그 법률적 구제방안은 다양하게 존재한다. 우선 형법과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 따라 가해자의 형사처벌이 가능하다.¹⁾

피해자는 민법에 따라 손해배상과 위자료를 가해자에게 청구할 수도 있다. 또한 언론중재법에 따라 반론 및 정정보도 청구등이 가능하다. 인터넷을 통한 명예훼손일 경우 정보통신망법에 따라 해당표현의 삭제, 접근차단, 취급거부, 정지, 이용제한 등을 통해 명예훼손의 피해를 예방하거나 확산을 방지하기 위한 조치를 취할 수 있다.

명예훼손에 대한 분쟁이 법적 소송으로 이어져 법원의 판단이 필요한 경우, 형법에 따른 처벌보다는 민법상의 손해배상 소송이 주류를 이루고 있다. 민형사상의 명예훼손 소송건수 모두에 대한 공식적 집계는 없으나, 언론중재위원회에서 2008년 발행한 <언론소송 판결분석>에 수록된 판례수를 보면, 민사소송이 형사소송에 비해 훨씬 많은 것으로 나타났다.

1) 명예훼손이 입증되지 않는 표현도 현행법상 형사처벌이 가능하다. 전기통신기본법 제47조는 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 또한 공익을 해할 목적이 입증되지 않더라도 “자기 또는 타인에게 이익을 주거나 타인에게 손해를 가할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다”는 규정도 있다. 검찰은 소위 <미네르바>를 전기통신기본법 제47조로 위반으로 구속 기소했으나 법원은 무죄판결을 내렸다. 공직선거법 제110조도 후보자에 대한 허위사실 공표나 비방을 금지하고 있다.

[표1] <언론소송 판결분석>에 수록된 판례수

(단위 : 건수)

연도	민사소송	형사소송	계
2005	71 (85.5%)	12 (14.5%)	83 (100%)
2006	81 (74.3%)	28 (25.7%)	109 (100%)
2007	116 (73.9%)	41 (26.1%)	157 (100%)

출처: <언론소송 판결분석>, 2008년, 언론중재위원회, 21쪽.

<언론소송 판결 분석>에 모든 민형사상의 언론관계 소송이 수록되는 것이 아니라 정확한 통계수치로 사용할 수는 없으나, 명예훼손에 대한 소송은 형사처벌 보다는 민사상의 배상요구가 주류를 이루고 있다고 볼 수 있다. 형사소송보다는 민사소송이 많은 이유는 명예훼손으로 인한 불법행위의 성립요건인 허위사실 적시, 피해자의 특정, 피해자 명예의 훼손, 사실과 의견 구분 등에 있어 민형사상의 큰 차이가 없기 때문이다. 따라서 피해자의 입장에서는 가해자의 처벌보다는 손해배상을 받는 것이 더 유리하기 때문이라고 볼 수 있다. <언론소송 판결 분석>에 따르면, 형사상 유죄판결의 비율이 민사상의 패소판결에 비해 높긴 하지만, 유죄가 선고된다 하더라도 집행유예나 벌금이 부과되는 경우가 대부분이다. 2005년-2007년 사이 유죄가 선고된 72건의 언론관련 소송에서 징역형 이상의 실형이 선고된 경우는 4건에 불과하다.

그러나 최근 소위 <PD수첩> 사건과 <미네르바> 사건을 둘러싸고 나타났듯이, 언론매체나 인터넷상의 표현에 대한 형사처벌로 인한 논란이 부각되고 있다. 그러나 이 분야에 대한 학술적 논의는 그리 많지 않다. 이 논문에서는 출판물에 의한 명예훼손에 대한 형사처벌의 법리적 현황을 점검해 보려고 한다. 이를 위해 출판물에 의한 명예훼손죄 위반으로 기소되어 재판을 받은 형사사건 중, 대법원에 상고된 사건만을 분석대상으로 삼았다. 명예훼손에 있어 형사법상 처벌할 경우, 민법상의 손해배상에서는 적용되지 않는 위법행위의 구성요소로서 “비방할 목적”이 입증되어야 한다. 그래서 이 논문은 출판물에 의한 명예훼손죄의 성립조건으로서 “비방할 목적”의 존재여부를 판단한 대법원 판결을 분석하려고 한다. 이를 통해 명예훼손죄 처벌을 가능케 하는 “비방할 목적”의 존재여부를 판단하는 대법원의 기준을 파악하고자 한다.

2. 명예훼손죄에 대한 법률적 근거

민사재판에서 명예훼손 여부를 판단하는 법적 근거는 민법 제750조와 제751조로 명예훼손과 그에

대한 구체적인 구제방법이 명시되어 있지는 않다.²⁾ 반면 형법조항은 명예훼손에 해당하는 사례와 처벌 방법을 보다 구체적으로 제시하고 있다. 형법 제307조 제1항은 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다”고 명시하고 있다. 제2항은 “공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다”며 가중 처벌하고 있다.

형법은 명예훼손이 출판물 등 언론매체를 통해 발생하는 경우도 가중처벌을 하고 있다. 형법 제309조 1항은 “사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다”고 명시하고 있고, 제2항은 “제307조 제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다”고 명시하고 있다. 형법 307조의 일반적 명예훼손과 달리 출판물에 의한 명예훼손이 성립되기 위해서는 “비방할 목적”이 입증되어야 하고, 대신 그 처벌은 일반적 명예훼손보다 엄중하게 하고 있다.

이처럼 언론매체에게 명예훼손에 대한 형사책임을 엄하게 묻는 것에 대해 대법원은 “사실 적시의 방법으로서의 출판물 등의 이용이 그 성질상 다수인이 견문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다”라는 이유로 설명했다.³⁾

한편 일반 명예훼손죄와 출판물에 의한 명예훼손죄는 모두 반의사불벌죄로 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 그러나 친고죄(사자에 대한 명예훼손과 모욕죄는 친고죄에 해당)는 아니어서, 피해자의 의사와 관계없이 소추할 수 있고, 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표시하거나, 처벌 의사표시를 철회한 경우에만 공소가 기각된다.

현행 형법조항은 명예훼손죄가 과도하게 언론자유를 제약하는 것을 방지하기 위해 제310조에 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”고 위법성 조각사유를 인정하고 있다. 그러나 이러한 위법성 조각사유는 일반적 명예훼손에 적용될 뿐, “비방할 목적”으로 이루어진 출판물에 의한 명예훼손에는 적용되지 않는다고 대법원은 판결한 바 있다.⁴⁾ 반면 대법원은 위법성 조각사유를 민법상의 소송에서도 인정하여 과도한 손해배상으로부터 언론을 보호하고 있다.⁵⁾

2) 제750조 (불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 제751조 (재산 이외의 손해의 배상) ①타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

3) 대법원 1997. 8. 26. 선고 97도133 판결

4) 대법원 1984. 9. 11. 선고 84도1547 판결

5) “형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로써 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 위 행위에 위법성이 없으며 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다.” 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결

명예훼손 민사소송의 경우, 진실의 입증은 가해자인 표현행위자나 언론매체에게 주어진다.⁶⁾ 그러나 형사재판에서는 그러한 입증책임이 검찰에게 있다는 점을 대법원은 거듭 확인한 바 있다.⁷⁾

형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실은 그것이 주관적 요건이든 객관적 요건이든 그 입증책임이 검사에게 있으므로 형법 제309조 제2항의 출판물에 의한 명예훼손죄로 기소된 사건에서, 사람의 사회적 평가를 떨어뜨리는 사실이 적시되었다는 점, 그 적시된 사실이 객관적으로 진실에 부합하지 아니하여 허위일 뿐만 아니라 그 적시된 사실이 허위라는 것을 피고인이 인식하고서 이를 적시하였다는 점은 모두 검사가 입증하여야 한다.⁸⁾

3. 명예훼손의 형사적 처벌에 대한 비판론

최근 검찰은 MBC <PD수첩>이 미국산 쇠고기 관련 프로그램으로 정운천 전 농림수산식품부 장관 등의 명예를 훼손하고 미국산 쇠고기 수입업체의 업무를 방해했다는 혐의로 담당PD 4명과 작가 1명을 불구속 기소했다. 소위 <미네르바>라고 불린 인터넷 논객이 전기통신법 위반혐의로 구속되어 재판을 받았으나 무죄판결을 받기도 했다. 이 두 사건에 즈음하여 명예훼손에 대한 검찰수사 즉, 명예훼손에 대한 형사처벌의 문제점을 지적하는 목소리들이 높아졌다.

명예훼손 형사처벌에 관한 지금까지의 학술적 논의는 많지도 않고, 그 대부분이 총론적으로 형사처벌의 타당성이나 효율성에 대해 의문을 제기하는 데 그치고 있다. 명예훼손 소송에 있어 민형사상의 법리적 차이점이나 형사처벌에서 발생하는 독특한 법리적 쟁점을 다룬 연구는 발견되지 않는다.

명예훼손에 대한 형사처벌이 언론의 자유를 위축시킬 수 있다는 우려는 이미 헌법재판소가 판결을 통해 언급한 바 있다. 그러나 헌법재판소가 명예훼손죄 처벌이 위헌이라고 선언한 것은 아니다. 강원도

6) 방송 등 언론매체가 사실을 적시하여 개인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 적시된 사실이 진실이라는 증명이 있거나 그 증명이 없다 하더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 상당한 이유가 있으면 위법성이 없다고 보아야 할 것이나, 그에 대한 입증책임은 어디까지나 명예훼손 행위를 한 방송 등 언론매체에 있고, 피해자가 공적인 인물이라 하여 방송 등 언론매체의 명예훼손 행위가 현실적인 악의에 기한 것임을 그 피해자 측에서 입증하여야 하는 것은 아니다 (대법원 1996. 10. 11. 선고 95다36329 판결, 1997. 9. 30. 선고 97다24207 판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결). 대법원은 명예훼손소송의 원고가 공인인 경우 입증책임을 전환하여 원고에게 “현실적 악의”를 입증하도록 한 미국 연방대법원의 판결을 수용하지 않았다.

7) 대법원 1994. 10. 28. 선고 94도2186 판결

8) 대법원 2006. 4. 14. 선고 2004도207 판결. 그러나 대법원은 공표된 사실이 허위라는 점은 검사가 적극적으로 증명해야 하지만, “의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 사람은 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위사실임을 입증할 수 있을 것인데, 이 때 제시하여야 할 소명자료는 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고 적어도 허위임을 검사가 입증하는 것이 가능한 정도의 구체성은 갖추어야 하며, 이러한 소명자료의 제시가 없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 허위사실공표로서의 책임을 져야 한다”고 검사의 입증 책임을 완화했다. 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도7915 판결

의원들이 출판물에 의한 명예훼손 혐의로 지역신문을 고소했으나 검찰이 불기소처분하자 이에 반발해 청구한 헌법소원에서 헌법재판소는 그 청구를 기각했다.⁹⁾ 그러나 헌법재판소는 명예훼손에 대한 형사처벌에 수반되는 문제점도 제시했다. 헌법재판소는 “역사적으로 보면, 사람의 가치에 대한 사회적 평가(명예)를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련법은, 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한·억압하는 수단으로 쓰여졌다”고 설명했다. “가치 있는 공적인 사안이나 국민이 알아야 할 사안(알권리)에 대하여 자유로운 비판이나 토론을 하지 못하게 형사벌로 규율한다면 언론의 자유는 질식하고, 비교형량의 비중은 명예 보호 쪽에 너무 치우치게 된다”면서 결국 이러한 “언론 자유의 위축이나 질식은 바로 다수결 원리의 형해화로 이어지고 민주주의 또한 이름뿐인 존재로 전락하게 만드는 것”이라고 우려했다.

이를 예방하기 위해 헌법재판소는 명예훼손죄의 처벌에 있어서 지켜야 할 3가지 헌법적 원칙을 제시했다.

첫째, 그 표현이 진실한 사실이라는 입증이 없어도 행위자가 진실한 것으로 오인(誤認)하고 행위를 한 경우, 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 명예훼손죄는 성립되지 않는 것으로 해석하여야 한다.

둘째, “오로지 공공의 이익에 관한 때에”라는 요건은 언론의 자유를 보장한다는 관점에서 그 적용범위를 넓혀야 한다. 국민의 알권리의 배려라는 측면에서 객관적으로 국민이 알아야 할 필요가 있는 사실(알권리)에는 공공성이 인정되어야 하고, 또 사인이라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질과 이로 인하여 사회에 미칠 영향을 헤아려 공공의 이익은 쉽게 수증할 수 있도록 하여야 한다(대법원 1993. 6. 22. 92도3160, 공 1993하, 2188 ; 1994. 8. 26. 94도237, 공 1994하, 2572. 각 참조).

셋째, 명예훼손적 표현에서의 “비방할 목적”(형법 제309조)은 그 폭을 좁히는 제한된 해석이 필요하다. 법원은 엄격한 증거로써 입증이 되는 경우에 한하여 행위자의 비방 목적을 인정하여야 한다.

헌법재판소의 핵심취지는 과도한 처벌로 인한 언론자유 위축을 방지하기 위해, 출판물에 의한 명예훼손죄에도 일반 명예훼손죄나 민사소송에서 적용되는 위법성 조각사유를 적용해야 한다는 것으로, 즉 진실성/상당성과 공익성이 출판물에 의한 명예훼손의 유죄여부를 판단하는 기준으로 사용하라는 것이다. 이는 위법성 조각사유가 출판물에 의한 명예훼손죄에는 적용되지 않는다는 기존의 대법원의 판례와는 상반되는 입장이었다. 이와 더불어 헌법재판소는 출판물에 의한 명예훼손죄의 핵심 요건인 “비방할 목적”의 입증을 엄격히 해서 법의 남용을 막아야한다고 주문했다.

법학자들은 명예훼손죄에 대한 헌법재판소 결정 이전부터 명예훼손죄 처벌에 대한 문제점을 지적했다. 이석연은 이미 1992년도의 논문에서 “명예침해의 경우 형벌권 개입은 가능한 한 그 범위를 축소하

9) 헌재 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정

는 것이 타당"하다고 주장한 바 있다. “출판물에 의한 명예훼손죄의 남작용은 특히 권력형 비리나 대형 부정부패 의혹사건 보도에 대한 무형의 사전압력수단으로 작용할 가능성이 있어 표현의 자유 특히 국민의 알 권리를 봉쇄할 우려가 있기 때문”이라고 그는 설명했다.¹⁰⁾

신평 역시 “표현의 영역에서 가능하면 법의 힘은 제한적으로 미치게 하는 것이 타당하다”고 주장하면서 반론기회와 민사상의 손해배상과 더불어 “추상적 위험범”으로 명백한 피해가 나타나지 않은 상황에서 형사처벌의 대상이 되게 하는 것은 언론자유에 대한 과도한 제약이라고 보았다. 미국과 같이 “현실적 악의” 이론을 수용해 면책의 범위를 넓히고, 고의범이나 중과실범에 한해서만 형법상의 처벌을 제한하자고 그는 제안했다.¹¹⁾

1999년 대전 문화방송이 보도한 법조비리 사건에 대해 2003년 대전지방법원은 이를 보도한 언론인들에 대해 출판물에 의한 명예훼손혐의와 업무방해혐의에 대해 유죄판결을 내렸다. 이승선은 문화방송의 보도가 법조의 구조적 비리를 고발하는 공익성이 있고, 보도의 상당부분이 객관적 진실에 해당함에도 불구하고 법원이 “비방할 목적”을 인정하고 유죄를 선고한 것은 부당하다고 주장했다.¹²⁾

명예훼손죄로 인한 국가의 형벌권 남용에 대한 우려는 최근 <PD수첩> 사건과 <미네르바> 사건을 둘러싸고 또 다시 제기되었다. 박경신은 명예훼손죄를 통해 “권력자는 아무런 비용을 들이지 않고 도리어 국민의 세금을 이용하여 검찰을 동원하여 자신의 비판자들에게 타격을 가할 수 있기 때문”에 형벌권이 남용될 소지가 많다고 주장한다. 표현의 자유의 핵심이 정부정책에 대한 비판인데 이에 대해 정부부처인 검찰이 수사를 하는 것은 불합리하다는 것이다. 명예훼손죄가 존속되려면 사법부가 검찰의 기소권이나 조사권을 엄정한 영장주의 하에 통제하거나, 공직자나 국가기관에게는 명예훼손 피해자로서 지위를 인정해주지 않아야 한다고 주장한다.¹³⁾

김종서는 명예훼손을 이유로 한 형사소추는 극히 예외적으로 이루어져야 하며, 특히 정부에 대한 비판을 이유로 한 형사소추는 원칙적으로 허용되지 말아야 한다고 주장한다. 그는 최근의 대법원 판결(2006도 7915)에 따라 명예훼손죄로 기소당한 피고의 무죄입증이 더욱 어려워졌기 때문에 명예훼손 형사처벌은 더욱 언론자유를 위축한다고 주장한다. 즉 표현내용이 허위가 아니라고 혹은 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다는 것을 피고가 입증하고, 검사는 그 점의 신빙성을 탄핵하는 방식으로 재판을 진행하도록 대법원이 인정한 것은 “무죄추정의 원칙의 지배를 받는 형사소송에서 이처럼 범죄의 증명을 해야 할 검사의 책임을 피고인에게 넘기는 것”이라고 비판했다.¹⁴⁾

10) 이석연, “형법상 명예훼손의 법리와 적용,” <언론중재>, 1992년 겨울호.

11) 신평, <명예훼손법>, 청림출판, 2004년.

12) 이승선, “공적 인물에 대한 명예훼손과 형법 310조에 의한 위법성 조각: 법조비리 보도관련 대전지법 2002고단4563판결을 중심으로,” <한국방송학보>, 통권 17-3, 161-196.

13) 박경신, “명예의 보호와 형사처벌제도의 폐지론과 유지론,” <언론중재>, 2009년 여름호, 46-61.

14) 김종서, “정책비판보도에 대한 정부대응과 언론자유,” <언론중재>, 2009년 여름호, 30-45.

일부 학자들은 언론자유 위축 측면보다는 형사처벌이 명예훼손에 대한 구제 방법으로서의 법적 효율성과 적절성을 갖추었는지에 대해 의문을 제기해 왔다. 김동하는 명예훼손에 대한 형사처벌은 “간접적으로 심리적 압박을 가하는 것에 불과하거나 범죄를 처벌함으로써 피해자에 대한 복수의 감정을 충족시켜줄 뿐, 인격권 침해를 사전에 막거나 피해 회복 등 구제를 위한 실질적인 방법이 될 수 없다”고 주장했다.¹⁵⁾

손동권은 명예훼손 처벌이 “다소나마 피해감정을 보상받고 그들로 하여금 다시는 재범을 저지르지 못하도록 하겠다는 취지”도 있지만 민사소송과 합의를 유리하게 하려는 피해자의 의도도 있다고 진단했다. 또한 위법성 조각사유에 대한 입증 즉 진실성과 공공성의 입증을 사실상 피고인에게 전환하고 있어 … 비록 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거를 요구하고 있지는 않지만 … 이는 무죄추정의 원칙, “의심스러우면 피고인의 이익으로(in dubio pro re)”의 원칙, 거증책임 검사 부담의 원칙에 위반된다고 보았다. 이에 대한 대안으로 손동권은 “독일의 형법과 같이 사실의 증명만으로 면책되거나 일본 형법과 같이 공직자에 한하여 사실증명만으로 면책되는 제도의 입법”을 검토할 것을 제안했다.¹⁶⁾

지금까지 명예훼손에 관한 대부분의 학술적 연구는 민사소송의 법리와 절차에 관한 것이 대부분이었고, 출판물에 의한 명예훼손죄에 관한 연구도 형사처벌의 당위성이나 효율성, 적절성 여부에 초점을 두었다. 이 논문에서는 일반적 명예훼손죄에는 적용되지 않고 출판물에 의한 명예훼손죄의 성립에만 적용되는 “비방할 목적”에 대해 대법원이 어떤 기준을 제시하고 실제 사례에 어떻게 적용하고 있는지 살펴보고자 한다. 따라서 출판물에 의한 명예훼손죄로 대법원이 판결한 사건 중 “비방할 목적”이 쟁점이 되어 대법원이 판결한 사건만을 분석대상으로 삼았다. 이를 통해 출판물에 의한 명예훼손죄의 “비방할 목적”에 대한 법적 기준이 개인의 명예보호와 언론의 자유 보장이라는 두 가지 대립적 가치를 균형 있게 보호하고 있는지 살펴보고자 한다.

4. 출판물에 의한 명예훼손죄 관련 판례분석

출판물에 의한 명예훼손죄는 언론을 상대로한 형사소송에서 가장 많은 비율을 차지하는 위반행위이다. 언론중재위원회가 수집해 분석한 결과에 따르면, 2005년에서 2007년 사이 총 81건의 형사소송에서 128개 언론사가 명예훼손으로 기소되었고, 이중 출판물에 의한 명예훼손죄로 기소된 언론사는 69개사로 그 비율은 53.4%였다. 판결결과를 보면 출판물에 의한 명예훼손죄로 기소된 언론사의 75.4%에 달

15) 김동하, “인격권 보호의 효과적인 수단으로서의 손해배상제도,” <언론중재>, 2007년 가을호, 5-38.

16) 손동권, “언론보도에 의한 명예훼손과 형사책임,” <언론중재>, 2003년 가을호, 87-103.

하는 52개사가 유죄판결을 받았다. 같은 기간 제소된 320건의 민사상 손해배상 소송에서 원고가 승소한 건수는 139건으로 승소율은 43.4%였다.¹⁷⁾

[표2] 언론상대 형사소송의 위반 죄명 및 처리결과

(2005년-2007년)

죄 명	유 죄	무 죄	공소기각	합 계(%)
명예훼손	12	4		16(12.5)
출판물에 의한 명예훼손	52	15	2	69(53.9)
정보통신망법위반	9	9	2	20(15.6)
공직선거법 위반	12			12(9.4)
기 타	8		3	11(8.6)
합 계	128			128(100)

출처: <언론소송 판결 분석>, 2008년, 언론중재위원회, 61, 64쪽.

대법원 홈페이지 <종합법률정보> 사이트를 이용해 출판물에 의한 명예훼손죄에 관한 대법원 판결을 추출하고, 그 중 “비방할 목적”의 존재여부에 대해 판단한 판결을 검색한 결과, 1983년부터 최근까지 모두 18건이 검색되었다. 유죄가 확정되거나 유죄취지로 파기환송된 판결이 8건, 무죄가 확정되거나 무죄취지로 파기환송된 사건이 10건이었다. “비방할 목적”의 존재여부를 판단하는 법원의 기준과 확인방법이 제시된 사건은 11건, 그 기준과 확인방법의 제시 없이 “비방할 목적”의 존재여부만을 제시한 판결이 7건이었다.

[표3] 출판물에 의한 명예훼손죄에 관한 대법원 판결

(1983년 이후)

	유죄확정 혹은 유죄취지 파기환송	무죄확정 혹은 무죄취지 파기환송
“비방할 목적”의 판단기준이 제시된 사건	3건	8건
“비방할 목적”의 판단기준이 제시되지 않은 사건	5건	2건

17) <언론소송 판결 분석>, 2008년, 언론중재위원회, 40쪽.

1) “비방할 목적”의 판단기준이 제시된 사건

가. “비방할 목적”이 인정된 유죄판결

대법원은 문제가 된 발언이나 표현이 허위일 경우 “비방할 목적”을 인정하는 경향을 보였다.

대법원은 2002년 정부고위층의 압력으로 부당하게 감사가 중단된 것을 폭로한 감사원 직원이 피소된 사건에 대한 판결에서 “비방할 목적”에 대한 입증 방법을 구체적으로 제시했다.

형법 제309조 제2항 소정의 출판물에 의한 명예훼손죄는 타인을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손할 경우에 성립되는 범죄로서, 피고인이 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이며, ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 할 것이다.

이 사건에서 대법원은 감사원 직원들의 내부토론을 거쳐 감사를 중단했음을 피고인이 인지하고 있으면서도 마치 청와대의 압력을 받아 감사가 중단된 것처럼 기자회견을 통해 허위사실을 발표한 것은 “허위성에 대한 인식”이나 상급자를 비방할 목적이 있는 것으로 인정된다면서, 무죄를 선고한 원심을 파기했다.¹⁸⁾ 그러나 대법원은 해당 사건에서 구체적으로 어떻게 “적시 사실의 내용과 성질,” “사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위,” “명예의 침해 정도” 등이 어떻게 고려되었는지 구체적으로 언급하지 않았다.

비판기사를 이용해 광고와 구독을 요구한 지역주간신문에 대한 출판물에 의한 명예훼손사건에서도 대법원은 피고인이 적시한 사실이 허위라는 점을 인지했고 피고인에게 피해자를 비방할 목적이 있었다는 점이 있다며 유죄를 확정했다. 대법원은 2000도329 판결에서와 같이 제시된 출판물에 의한 명예훼손죄의 성립요건인 비방목적의 입증하기 위한 방법을 재언급했다. 그러나 이 사건에서도 그 기준이 개별사건에서 어떻게 적용되는지 그 구체적인 방법은 제시되지 않은 채, “기록에 의하면 피고인이 출판물

18) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000도329 판결

을 통하여 적시한 사실이 허위라는 점과 피고인에게 피해자를 비방할 목적이 있었다는 점이 넉넉히 인정”된다고 판결했다.¹⁹⁾

아파트 동대표 선거를 둘러싼 분규와 관련해 허위사실을 언론에 제보해 배포한 혐의로 기소된 피고에 대해 대법원은 “비방할 목적”이 있다고 인정하여 유죄를 확정했다. 그런데 이 사건에서 대법원은 “비방할 목적”을 판별하는 기준으로 “공익성”을 추가로 적용했다. 대법원은 “형법 제309조 제1항 소정의 ‘비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다”면서 “적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다”고 설명했다. 대법원은 구체적인 사실 검토 없이, “피고인이 기사를 제보하게 된 경위와 그 제보 내용 등에 비추어 피고인에게 피해자를 비방할 목적이 있다고 인정”한 원심에 법리오해가 없다며 유죄를 확정했다.²⁰⁾

위 3건의 판결에서 대법원은 “비방할 목적”에 대한 판단은 “합리적인 판단”이 필요한 사안으로 “사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야”한다고 거듭 밝혔다. 그러나 위의 세 판결에서는 과연 대법원의 판단이 합리적인지를 판단케 하는 구체적인 근거들은 제시되지 않았다. 더불어 명예훼손죄 처벌로 인해 발생하는 언론자유의 침해에 대한 고민이나 우려도 발견되지 않고 있다.

나. “비방할 목적”이 부인된 무죄판결

1990년대 후반에 들어서면서 대법원은 “비방할 목적”을 입증하는 기준으로 진실성/상당성과 더불어 공익성도 적극 채택해 적용하기 시작했다. 이로 인해 출판물에 의한 명예훼손죄에도 사실상 위법성 조각사유가 적용되는 결과를 가져왔다.

1989년 한겨레신문이 한 학생운동 지도자의 사망에 안기부 직원이 관련되어 있다는 기사로 인해 피소된 사건에서 대법원은 기사에 일부 허위사실이 포함되어 있긴 하지만 신문기자에게 비방의 목적이거나 허위라는 인식이 없었다는 이유로 명예훼손의 위법성을 부인했다. 대법원은 기사가 보도될 당시 정부수사기관과 학생운동권 간의 긴장형성 등 피해자들이 “관여된 듯한 강한 의혹을 갖기에 충분한 여러 사정이 있었고,” 기사의 목적이 당시 변사사건에 관하여 제기되고 있던 “여러 의문점을 취재하여 이를

19) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001도7095 판결

20) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2003도5370 판결

독자들에게 알림으로써 국민의 알 권리를 충족하려는 것”으로서 “비방할 목적”은 발견되지 않는다고 판결했다.²¹⁾ 이 판결에서 대법원은 비방할 목적을 판단하는 근거로 진실이라고 믿을 만한 사유, 국민의 알권리 등을 고려해 사실상 위법성 조각사유 판정과 유사한 결론을 내렸다.

개인택시조합 이사장 선거 관련 유인물로 인한 1998년의 명예훼손 고발사건에서 대법원은 보다 구체적인 “비방할 목적” 확인 방법을 제시했다. 진실여부를 판단하는 기준도 표현의 자유를 고려했다. 공익과 비방목적과의 관계도 분명히 정립했다. 즉 출판물에 의한 명예훼손성 표현이 공익성을 수반하는 것이라면 “비방할 목적”이 부인된다는 점을 명확히 했다.

‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로……. 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다고 봄이 상당(하다).

대법원은 피고인이 선거유인물에 적시한 사실은 피해자의 조합활동상의 전력에 관한 사실로서 조합원 전체의 관심과 이익에 관한 사항으로 공공의 이익에 관한 것이고, 피고인의 동기도 상대방 후보자의 조합 이사장으로서의 자질과 전력에 관한 정보를 투표권자인 조합원들에게 제공한다는 측면에서 주로 공공의 이익을 위한 것이라면서, 비방할 목적을 부인하고 출판물에 의한 명예훼손죄에 대해 무죄판결했다. 상대후보에 대해 다소 감정적이고 과격한 표현방법이 사용되었지만 그 적시한 사실이 전체적으로 보아 허위라고 보기 어렵다고 보았다.²²⁾

2000년의 판결에서도 대법원은 적시한 사실의 공익성을 근거로 “비방할 목적”의 존재를 부인하고 무죄판결을 내렸다. 문제가 된 표현은 시장과 마찰을 빚고 해직된 문화원장 관련 기사에서 시장을 “친 일매국자”로 비판한 기사였다. 대법원은 보도내용이 “허위라고 볼 수 없을 뿐만 아니라,” “시 개항 100주년 기념행사 및 시민의 날 개정 등의 지역사회 현안 문제와 관련하여 시정의 책임자인 시장의 정책방향에 대하여 비판을 한다는 공익적 차원에서 작성된 것으로서 비방의 목적이 있다고 보기도 어렵다”는 하급심 판결을 확정했다.²³⁾

대법원은 한 교회의 목사의 성경해석이 이단이라고 비판한 기사로 인해 명예훼손죄로 1심에서 유죄판결을 받은 월간잡지 발행인에게 무죄판결을 내렸다. 피고인의 행위는 “피해자의 교리해석을 기성 기독교 신자 등에게 널리 알려 이를 경계케 함으로써 기존의 교리를 보호하려는 공공의 이익을 위한 행위

21) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결

22) 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결

23) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결

로 볼 여지가 있으므로” 비방의 목적을 인정할 수 없다는 것이었다.²⁴⁾ 그러나 표현 내용의 진실성 여부에 대한 대법원의 판단은 판결문에 포함되지 않았다.

노조간부가 언론인터뷰에서 한 청소대행업체가 특정업체의 임금착취와 부당해고 부당노동행위를 비난해 출판물에 의한 명예훼손을 혐의로 피소된 사건에서, 대법원은 유죄를 선고한 원심을 파기했다. 원심에서는 해당업체의 군청 생활폐기물 수집·운반 대행 재계약을 방해하고, 해당업체 퇴사직원들이 새로 설립한 업체와의 계약을 지원해주기 위한 것이라는 점을 들어 비방할 목적이 인정되어 유죄판결이 나왔다. 그러나 대법원은 선례판결에서 제시한 비방목적 판단기준을 재언급하면서 원심판결이 오류라고 지적했다. 대법원은 노조간부가 언론매체를 통해 전달하려고 한 것은 “한국노총 강원지역본부의 사무처장으로서 그 업무를 수행하는 과정에서 그린산업 소속 근로자들이 기존의 근로조건을 유지할 수 없게 되거나 대량 실직을 하게 되어 화천군 내 생활폐기물 수집, 운반업무가 마비되는 등 사회적 문제가 야기될 수 있는 상황을 예방하기 위한 목적으로 이루어진 것이어서 공공의 이익에 관한 것이고, 피고인의 주관적 동기도 사회적 문제를 미연에 방지하기 위하여 위와 같은 사실을 화천군민들에게 알리려는 것으로 공공의 이익을 위한 것이었다고 봄이 상당하다”고 보았다. 따라서 공소사실은 허위가 아니고 비방할 목적도 없기에 출판물에 의한 명예훼손죄에 해당하지 않는다고 할 것이고, 설사 형법 제307조 제1항의 명예훼손죄에 해당한다고 하더라도 형법 제310조에 의하여 위법성이 조각된다고 판결했다. 비방목적의 부인요건과 형법 제310조의 위법성 조각사유는 동일한 것으로, 결국 310조의 위법성 조각사유도 출판물에 의한 명예훼손에도 적용되고 있음을 대법원은 재확인 한 것이다.²⁵⁾

대학교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행하였다는 내용의 글을 인터넷 홈페이지와 소식지에 게재해 고발당한 여성단체에 대해 대법원은 그 행위가 공익에 해당한다며 무죄판결을 내렸다. 그러나 원심에서는 비방의 목적이 인정되어 유죄판결이 내려졌었다. 대법원은 “국립대학교의 교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행을 하였다는 내용으로서 공인의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 내용인 사실, 이와 같이 학내에서 발생한 성폭력 문제는 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 공적 관심사안”이라고 인정했다. 특히 피고인들은 지역 민간단체의 대표들과 피해자 사이에는 “어떠한 개인적인 감정도 존재하지 아니하였던 사실,” “피해자는 스스로 강제추행을 저질러 위와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 사실,” “그 표현 자체에 있어서도 피해자를 비하하는 등의 모욕적인 표현은 전혀 없고 객관적인 진실과 함께 자신들의 요구사항을 적시하고 있을 뿐인 사실” 등을 고려할 때 “비록 성범죄에 관한 내용이어서 명예의 훼손정도가 심각하다는 점까지를 감안한다 할지라도 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 위와 같은 내용을 게재한 행위는 학내 성폭력 사건의 철저한 진상조사와 처

24) 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도1803 판결

25) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도6036 판결

별 그리고 학내 성폭력의 근절을 위한 대책마련을 촉구하기 위한 목적으로 공공의 이익을 위하여 한 것”으로 보아야한다며 “비방할 목적”의 존재를 인정하지 않았다.²⁶⁾

2007년 대법원은 당시 농림부장관이 축산업협동조합중앙회장을 상대로 고발한 명예훼손 사건에서 피고에게 무죄판결을 내렸다. 축협회장은 농림부의 수입쇠고기 유통·판매 권장정책 및 농축협 통합정책을 비판하는 내용의 광고를 일간지에 게재했었다. 원심은 농림부장관 개인에 대한 비방의 목적이 있다고 판단해 유죄를 인정했으나 대법원은 무죄취지로 파기 환송했다. 대법원은 공익성과 비방목적이 상호부인되는 것임을 재차 강조하면서, 공익성과 진실성 판단여부에 있어 언론의 자유를 중시하는 보다 구체적인 기준을 제시했다.²⁷⁾

위 공공의 이익에는 널리 국가, 사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함되고, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 개인적인 목적 또는 동기가 내포되어 있거나 그 표현에 있어서 다소 모욕적인 표현이 들어 있다 하더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다. 나아가 공인이나 공적 기관의 공적 활동 혹은 정책에 대하여는 국민의 알 권리와 다양한 사상, 의견의 교환을 보장하는 언론의 자유의 측면에서 그에 대한 감시와 비판기능이 보장되어야 하므로 명예를 훼손당한 자가 공인인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 공적 관심사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지, 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부 등의 사정도 적극 고려되어야 한다. 따라서 이러한 공적 관심사안에 관하여 진실하거나 진실이라고 봄에 상당한 사실을 공표한 경우에는 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격에 해당하지 않는 한 원칙적으로 공공의 이익에 관한 것이라는 증거가 있는 것으로 보아야 할 것이다

대법원은 주요일간지에 게재된 광고 내용이 농림부장관이 공식 채택한 수입쇠고기 유통 및 판매의 권장정책에 대한 비판으로 이미 언론도 사실을 통해 밝힌 공적 관심사안이며, 비록 그 표현에 있어서 ‘매국적 행위’ 혹은 ‘국민의 혈세’, ‘농림부장관의 뒷주머니 용돈’ 등 과장되고 모욕적인 용어를 사용했더라도 그 전체적인 내용이 농림부장관 개인에 대한 비방보다는 농림부의 구체적 정책 혹은 그 방법론에 대한 비판을 주된 동기 내지 목적이라고 보았다. 그럼에도 불구하고, 피고의 광고를 비방의 목적에 의한 것이라고 판결한 것은 형법 제309조 제1항의 ‘비방의 목적’ 혹은 형법 제310조의 ‘공공의 이익’에 관한 법리를 오해한 것이라고 판결했다. 여기서도 대법원은 “비방할 목적”의 부재를 입증하는 것과

26) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2137 판결

27) 대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결

위법성 조각사유를 입증하는 것이 사실상 동일한 사안임을 확인해 주었다.

2008년 대법원은 콘도사업 특혜분양 의혹에 대한 감사원 감사가 고위층의 압력으로 중단되었다는 양심선언으로 피소된 감사원 직원에 대한 두 번째 판결에서 종전의 판결과는 상이한 판결을 내렸다.²⁸⁾ 대법원은 종전판결에서 피고인이 허위사실을 인지하고 공표해 비방목적이 인정된다며 유죄취지로 원심을 파기환송했었다.²⁹⁾ 그러나 새로운 판결에서 대법원은 설령 ‘청와대의 외압이 있었다’는 사실이 허위의 사실이라고 하더라도, 위와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인이 ‘청와대의 외압이 있었다’고 믿을 만한 상당한 근거가 있다고 할 것이므로, 피고인에게 공표한 사실이 허위라는 인식이 있었다고 보기는 어렵다며 무죄를 확정했다. 대법원은 공표된 사실이 공익에 관한 것이라는 점도 강조했다.

효산그룹사건에 대한 감사중단 및 외압 의혹은 피고인의 양심선언 이전부터 언론매체에 의하여 계속 제기되어 왔던 것인데, 그러한 상황에서 피고인이 그 동안 제기된 의혹 중 일부가 사실이라는 것을 밝힌 것은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것으로서 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것이고, 더구나 피고인의 양심선언은 이와 같은 공적 관심사안에 관하여 진실하거나 진실이라고 볼 근거가 있는 사실을 공표한 것이며, 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격에 해당한다고 볼 자료도 없는 점 등의 사정을 종합해 볼 때, 피고인이 위와 같은 내용을 공표한 행위는 대규모 개발사업 승인과정에 존재하는 의혹을 규명하고 헌법상 독립적·중립적 감사기관인 감사원이 제 기능을 공정하게 수행하도록 촉구하기 위한 것으로 공공의 이익을 위하여 한 것이라고 보기에 충분하고, 그렇다면 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다고 보아야 할 것이다.

“비방할 목적”의 존재여부를 판단하는 근거로서 진실성/상당성과 공익성이 적용되면서, 종전의 유죄판결이 무죄판결로 바뀐 것이다.

2) “비방할 목적”의 판단기준이 제시되지 않은 판결

대법원이 “비방할 목적”의 존재여부를 심판한 18건의 판결 중, 7건에서 대법원은 그 기준이나 근거를 제시하지 않은 채 판결결과만 제시했다.

28) 대법원 2008.11.13. 선고 2006도7915 판결

29) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000도329 판결

가. “비방할 목적”이 인정된 유죄판결

문중 내 분규로 발생한 출판물에 의한 명예훼손죄 관련 판결에서 대법원은 비방 목적의 구성요건을 명시하지 않은 채 비방목적이 인정된다는 판결을 내렸다. 광주이씨 선조들의 업적을 기리고 후손들의 귀감으로 하려는 “광리세적”에 개인적 명예손상의 내용이 되는 사항을 적어 넣어 그 종원들에게 배포한 행위에 대한 처벌을 인정했다. 대법원은 문제가 된 내용의 진위여부나 공익성에 대해서는 언급하지 않았다.³⁰⁾

한 월간지가 1969년 대간첩작전시의 기념촬영사진을 1980년 광주항쟁 관련 사진으로 오인하여 게재한 사건에서, 해당 사진을 제공하여 사진 속 주인공들이 마치 특전사령부 광주항쟁 진압요원으로 보인 것처럼 오인하게 만든 피고에게 원심에서 유죄가 선고되었는데, 대법원은 판단기준에 대한 언급 없이 “비방목적에 관한 법리를 오해한 위법이 없다”고 판결했다.³¹⁾

대법원은 화랑과의 마찰을 빚은 화가가 언론사에 화랑대표에 대한 허위사실을 제보하여 보도된 후 피소된 1994년 사건에서, 원심대로 피해자가 비방할 목적으로 신문기자에게 허위사실을 설명했다며 유죄를 확정하였다. 피고는 제보의 목적에 대해 “화랑의 횡포로 인하여 작가가 작품활동을 하지 못하는 사례가 없도록 하기 위하여 널리 국민들에게 알려지도록 고의적으로 신문과 텔레비전에 보도가 되도록 하였다,” “다시는 화랑이 작가에게 횡포를 하지 못하도록 방지하기 위하여 기자에게 보도를 요청한 것이다”고 진술했다. 원심 재판부는 위와 같은 진술이 피고가 화랑대표를 비방할 목적이 있었음을 입증하는 것으로 보았고, 대법원도 구체적인 설명 없이 원심판결을 수용했다.³²⁾

대학분규의 한 당사자가 대학교 이사장이 “기본재산을 탈법적으로 매각하고 지방자치단체에 기부한 사실을 숨기면서 오히려 주상복합아파트(스타시티)의 건설을 통하여 개발을 하고 있다고 홍보함으로써 해교행위를 하고 있다”는 내용 등을 신문광고에 게재해 원심과 대법원에서 모두 유죄판결을 받았다. 대법원은 “비방할 목적”의 존재여부를 입증하는 구체적인 제시 없이, “그 적시된 사실은 객관적 사실에 배치되는 것으로서 허위이고, 피고인에게는 피해자를 비방할 목적이 있었다고 판단”하여 유죄를 인정한 원심을 확정했다.³³⁾

미성년자 성매매 의혹에 관련되어 재판을 받는 군수에 대해 보도한 지역신문에게 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립된 적도 있다. 해당 신문은 재판 중 핵심증인이 군수와의 성관계를 시인했다고 보도했는데, 이에 대해 해당 군수가 정정보도요청을 하자 다음날 “김 군수라고 추정되는 사람과 성관계를 가졌다는 표현이 보다 정확한 것으로 판단됩니다”라는 정정보도를 냈고, 그로 인해 출판물에 의한 명예훼손

30) 대법원 1983.6.14. 선고 82도744 판결

31) 대법원 1989.11.14. 선고 89도1744 판결

32) 대법원 1994. 4. 12. 선고 93도3535 판결

33) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2006도6322 판결

손 혐의로 피소되었다. 1심 재판부는 피고인이 보도내용을 허위로 인식했다고 보기 어렵고, 피고인이 속한 신문사의 광고협찬과 연구용역 수주를 거부한 사실은 있지만, 그것만으로 비방 목적을 단정할 수 없다고 하여 무죄를 선고했다.³⁴⁾ 그러나 2심 재판부는 피고가 허위라는 점을 충분히 인식할 수 있었고, 사실 관계를 확인할만한 충분한 시간적 여유가 있었고, 피고의 주관적 해석을 증인의 증언내용인 것처럼 오인 되도록 표현했기에 비방할 목적이 입증되었다며 유죄판결을 내렸다. 더욱이 해당 신문은 “지역의 영향력 있는 언론사로서 그를 통한 보도는 불특정의 많은 사람이 볼 수 있고 전파성 또한 높다”는 점에서 “피해자를 비방할 목적이 있었음을 인정하는 데 전혀 부족함이 없다”고 판시했다.³⁵⁾ 대법원은 구체적인 사실 점검 없이 “비방의 목적을 둘러싼 사실오인이나 법리오해 등의 위법이 없다”고 2심 판결을 확정했다.³⁶⁾

나. “비방할 목적”이 부인된 무죄판결

시민단체인 “조선일보 없는 아름다운 세상”이 조선일보 기사를 근거로 제소한 출판물에 의한 명예훼손으로 사건에서, 대법원은 관련 기사를 작성한 기자가 시민단체 회원들을 비방할 목적은 없었다고 판결한 원심을 확정했다. 원심은 조선일보 기자가 “조아세의 무차별적인 공격에 대항하여 독자들에게 조아세의 정체와 활동상황에 대해 알려줌으로써 건전한 언론비판의 한계를 일탈한 조아세 활동의 부당성을 지적하고, 조선일보 독자들의 동요를 막기 위하여 이 사건 기사를 게재한 것으로서, 그 기사の内容이 객관적 사실에 부합할 뿐만 아니라 그 표현방식도 비교적 절제되어 있는 점 등에 비추어 보면 피고인에게 조아세 회원들을 비방할 목적이 있었다고 보기는 어렵다고 판단”했는데, 대법원은 더 이상의 구체적인 검토 없이 “명예훼손죄에 있어서의 비방 목적에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다”고 판결했다. 공익성 여부에 대한 검토는 이루어지지 않았다.³⁷⁾

종교단체를 이단으로 비판하는 기사를 게재한 종교잡지에 대한 기소사건에서도 대법원은 “비방할 목적”이 없다고 간략히 판결했는데, 진실성이나 공익성에 대한 검토 없이 그러한 판결을 내렸다. “형법 제 309조 제2항에서 출판물에 의한 명예훼손죄의 요건으로 정하고 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 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·형량하여 판단하여야 할 것”이라는 선례만을 인용하면서, 해당 잡지가 종교단체를 비방할 목적이 없다는 원심판결을

34) 전주지방법원 2006. 1. 26. 2005고단 1203 판결

35) 전주지방법원 2006. 5. 12. 선고 2006노195 판결

36) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001도7095 판결

37) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006도648 판결

확정했다.³⁸⁾

출판물에 의한 명예훼손죄의 성립요건인 “비방할 목적”의 존재 여부를 심판한 18건의 대법원 판례 분석결과, 대법원은 명예훼손죄의 성립조건인 “비방할 목적”을 판단하는 기준으로서 진실성/상당성과 공익성을 적용하기 시작했고, 그로 인해 출판물에 의한 명예훼손죄가 권력자에 의해 남용될 소지를 축소시켰음을 알 수 있다. 판례분석의 결과를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 대법원은 “비방할 목적”의 존재여부를 판단할 기준을 일관성 있게 적용하지 않고 있다는 점이다. 전체 18건의 분석대상 판례 중 7건에서 유죄판단의 성립조건이 된 “비방할 목적”이 있다고 혹은 없다고 판단한 근거를 제시하지 않고 있다. 이는 출판물에 의한 명예훼손죄를 적용함에 있어 법원의 자의적 판단 소지가 아직도 남아있음을 의미한다.

둘째, 11건의 판례에서 대법원은 “비방할 목적”의 존재여부를 판단하는 기준으로 적용한 원칙은 진실성/상당성과 공익성으로 헌법재판소의 주문과 크게 다르지 않고 형법 307조의 일반적 명예훼손죄나 민법상의 손해배상소송에 적용되는 형법 310조의 위법성 조각사유와도 그 실질적 내용이 크게 다르지 않다는 점이다. 대법원은 출판물에 의한 명예훼손죄가 언론자유에 과도한 위축이나 제약을 가져오지 않도록 신중한 판단을 하고 있다고 볼 수 있다.

셋째, 대법원이 “비방할 목적”의 입증기준으로 진실성/상당성과 공익성 판단기준이 적용되는 경우라 하더라도, 그 기준이 구체적으로 적용되는 방법이 명확하게 제시되지 않고, 선례에서 언급한 원칙을 확인하는 수준으로 그치고 있다. 이로 인해 국민의 입장에서 자신의 표현이 출판물에 의한 명예훼손죄에 해당하는 불법행위인지 판단하기 어렵고, 검찰 기소의 적절성이나 법원판결의 정당성을 판단하기도 어렵다.

출판물에 의한 명예훼손죄에 대한 형사처벌로 인한 언론자유에 위축과 권력의 수사권 남용에 대한 국민적 불신을 불식시키기 위해서는 유죄성립요건인 “비방할 목적”에 대한 대법원의 입증기준이 보다 구체적으로 정립되고 일관성 있게 적용되어야 할 것이다. 예를 들면, “적시 사실의 내용의 성질”에 대해서는 그 표현의 강도나 오류의 정도를 보다 구체적으로 명시할 필요가 있고, “당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위”에 있어서는 해당인물의 공인여부나 인지도 등을 고려해야 할 것이다. 또한 미국 연방대법원이 공인에 대해 적용하는 “현실적 악의” 기준, 즉 “허위를 인지하고도 그것을 무시한 채 표현하거나 진실파악을 위한 노력을 무모할 정도로 게을리한 경우”에 한하여 “비방할 목적”의 판단기준

38) 대법원 2006. 4. 14. 선고 2004도207 판결

으로 적용하는 것도 유죄성립 조건을 명확히 해서, 출판물에 의한 명예훼손죄의 기소가 남발되거나 고의적인 비방을 통한 명예훼손을 예방하는 방법이 될 수 있을 것이다.

5. 맺음말

대법원은 출판물에 의한 명예훼손죄에 관한 판결에서, “비방의 목적”을 판단하는 기준으로서 진실성/상당성과 공익성을 적용함으로써 형사처벌로 인한 언론자유의 위축을 어느 정도 차단하고 있다. 비록 형법 제310조의 위법성 조각사유가 출판물에 의한 명예훼손죄에는 명시적으로 적용되지 않지만, 실질적으로 적용되고 있는 것이다. 이는 출판물에 의한 명예훼손죄의 오남용을 막기 위해 헌법재판소가 요구한 사항이 대법원에 의해 수용된 결과라고도 볼 수 있다. 그러나 “비방할 목적”을 엄격한 증거에 의해 입증된 경우에만 인정하라는 헌법재판소의 주문은 아직 수용되지 않고 있다. 출판물에 의한 명예훼손죄의 핵심 성립 조건인 “비방할 목적”을 판별하는 법적 기준이 아직 불명확한 상태이고 그 기준의 적용 사례도 일관적이지 못한 상태여서 출판물에 의한 명예훼손죄의 남용 가능성도 여전히 상존한다고 할 수 있다.

유죄여부를 판별하는 핵심 판단 기준이 불분명하다는 점은, 권력자로 하여금 명예훼손 처벌이라는 위협수단을 사용하게 만드는 유인동기가 될 수 있고, 국민들로서는 처벌이 두려워 자신의 기본권 사용을 스스로 통제하는 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 이 논문에서 분석한 18건의 대법원 판례 중, 공인이나 공직자에 관한 사건이 7건, 종교나 시민단체에 대한 비판이 3건이라는 점을 고려한다면, 권력과 지배층에 대한 공개적이고 자유로운 토론과 비판이 출판물에 의한 명예훼손죄의 적용으로 인해 제약될 수 있음을 보여주고 있다. 대법원은 출판물에 의한 명예훼손죄의 “비방할 목적”에 대한 판단기준을 보다 명확하게 만들어 일관성 있게 적용해서, 언론자유와 위축을 예방하고 명예훼손죄 처벌을 둘러싼 정치적, 사회적 갈등을 완화시켜야 할 것이다.