

그 내용은 사실적 진술과 이를 명백히 전달하는데 필요한 설명에 국한하고, 위법한 내용을 포함할 경우 이의 게재를 거부할 수 있다.

## 2. 언론보도의 면책요건

### (1) 면책요건의 구성개념

비록 현재 사회적 분위기가 언론을 불신하며, 언론의 책임을 엄격히 묻는 경향이 지속되고 있지만, 언론이 지니고 있는 사회적 기능은 여전히 매우 중요하므로, 언론이 일정 요건들을 충족할 경우 보도에 의한 침해행위가 면책될 수 있는 것으로 인정되고 있다. 단지 현재 언론의 책임을 엄격히 묻는 사회적 분위기는 언론보도의 면책요건에 대한 법리를 재판부가 해석하고, 적용함에 있어서 보다 신중하게 다루어지고 있음을 보여주는 징표라고 할 수 있을 것이다.

언론보도에 있어서 일반적으로 적용되는 면책요건을 구성하는 개념들로는 공익성 및 공공성, 진실성, 성실성, 공정성 등의 개념이 적용되고 있다. 먼저 공익성은 보도내용이 사회 공익의 증진에 바람직한 것인가를 기준으로 한다. 언론보도의 경우 일반적으로 공익성을 띠고 있으나 언론보도의 공익적 내용이 다른 권익의 침해를 정당화할 정도로 중요한 것이어야만 한다. 명예훼손 등 대부분의 침해행위에 대한 면책요건의 구성에 필수적으로 요구되는 개념이다. 둘째, 공공성은 언론보도의 내용이 공공의 관심을 끄는 대상에 대한 것인가와 관련된 것으로 공익성의 개념과 밀접한 관련이 있다. 셋째, 진실성은 보도내용의 진실성<sup>13)</sup>과 관련된 것으로 명예훼손에 있어서 면책요건을 구성하는 개념이지만, 사생활침해와 관련해서는 오히려 명백한 침해행위의 요건으로 인식되기도 한다. 넷째, 성실성은 언론보도가 진실에 기초하여 이루어지지 않았을 때 언론이 악의(혹은 범의)없이 진실을 보도하고자 어떠한 노력을 하였는가와 관련된 개념이다. 허위의 보도로 인한 공인에 대한 명예훼손의 경우 많이 적용되는 면책요건의 구성개념이다. 마지막으로 공정성은 논평이나 대립되는 주장들이 존재하는 기사를 다룰 때 요구되는 개념으로, 특히 논평에 의한 명예훼손이나 반론보도청구와 관련된 사건에서 주로 인용된다. 이외에도 보도 등을 위해 지적재산을 이용했을 경우 적용되기도 하는 공정이용의 법리도 이와 관련이 있다고 하겠다. 이러한 면책요건의 구성개념들은 언론보도의 침해내용에 따라 면책요건을 달리 구성하게 되므로, 언론이 보도를 위한 기사를 작성하고자 할 때 엄두에 두어야 할 속성들이라 하겠다.

### (2) 면책요건 구성의 다양성

언론보도에 따른 침해는 그 내용에 따라 명예훼손, 사생활침해, 음성권이나 성명권, 초상권 등에 대한 침해, 지적재산에 대한 침해 등 사익에 대한 침해와 성품속이나 비밀에 대한 침

13) 진실성의 개념은 사실성이 의미하는 바와는 다르다.

해, 기타 사회적 가치관에 대한 침해 등 공익<sup>14)</sup>에 대한 침해를 들 수 있다. 사익에 대한 침해행위에 대해 형법에서는 명예훼손과 모욕 등이 규정되어 있으며<sup>15)</sup>, 민법에서는 명예훼손 또는 불법행위 등과 관련하여 규정되어 있는데,<sup>16)</sup> 인격권이나 지적재산권 등을 침해하는 것은 민법상의 불법행위로 규정되어 민사소송의 대상이 된다. 이와는 별도로 언론의 피해를

14) 국익은 공익에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

15) 명예훼손 등과 관련된 형법규정은 다음과 같다.

제307조 (명예훼손) ①공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년이하의 징역이나 금고 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.<개정 1995.12.29>

②공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년이하의 징역, 10년이하의 자격정지 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.<개정 1995.12.29>

제308조 (사자의 명예훼손) 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자는 2년이하의 징역이나 금고 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.<개정 1995.12.29>

제309조 (출판물등에 의한 명예훼손) ①사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자는 3년이하의 징역이나 금고 또는 700만원이하의 벌금에 처한다.<개정 1995.12.29>

②제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 자는 7년이하의 징역, 10년이하의 자격정지 또는 1천500만원이하의 벌금에 처한다.<개정 1995.12.29>

제310조 (위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

제311조 (모욕) 공연히 사람을 모욕한 자는 1년이하의 징역이나 금고 또는 200만원이하의 벌금에 처한다.<개정 1995.12.29>

제312조 (고소와 피해자의 의사) ①제308조와 제311조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.<개정 1995.12.29>

②제307조와 제309조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.<개정 1995.12.29>

16) 불법행위에 대한 민법상의 규정

제750조 (불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

제751조 (재산이외의 손해의 배상) ①타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

②법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.

제755조 (책임무능력자의 감독자의 책임) ①전2조의 규정에 의하여 무능력자에게 책임없는 경우에는 이를 감독할 법정 의무있는 자가 그 무능력자의 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 감독의무를 해태하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

②감독의무자에 갈음하여 무능력자를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다.

제756조 (사용자의 배상책임) ①타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

②사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다.

③전2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

제760조 (공동불법행위자의 책임) ①수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

②공동 아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다.

③교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.

제761조 (정당방위, 긴급피난) ①타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제삼자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다. 그러나 피해자는 불법행위에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다.

②전항의 규정은 급박한 위난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 경우에 준용한다.

제764조 (명예훼손의 경우의 특칙) 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.

[89헌마160 1991.4.1]

민법 제764조(1958. 2. 22. 법률 제471호)의 "명예회복에 적당한 처분"에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다.

신속히 구제하기 위한 언론중재의 대상이 되기도 한다.

언론보도에 따른 피해로 인하여 야기되는 민형사상의 소송과 언론중재에는 명예훼손이나 사생활침해와 관련된 것들이 많다. 그러나 우리나라의 경우 사생활침해에 대한 판례가 적으며, 명예훼손과 함께 다루어지는 경우가 많으므로 면책요건을 명예훼손을 중심으로 살펴보는 것이 적절하다고 하겠다.

### (3) 명예훼손의 면책요건

#### 가. 명예훼손의 개념

명예훼손이란 “사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등 인격적 가치에 대하여 사회로부터 받는 객관적인 평가를 침해하는 행위”를 말한다.(판례 3 참조) 따라서 사실을 적시하여 공연히 그리고 사람을 비방할 목적으로 명예를 손상하는 언론·출판은 범죄가 될 뿐만 아니라(형법 제309조, 제312조 제2항), 고의 또는 과실로 그러한 표현을 하는 것은 불법행위<sup>17)</sup>가 된다(민법 751조). 그러나 타인의 명예를 손상한 언론·출판이라 하더라도 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 것인 때에는 처벌하지 아니한다(형법 310조).(성낙인: 210)

#### 나. 명예훼손의 위법성 조각사유

법에 규정되어 있는 위법성 조각사유는 첫째, 진실한 사실일 것, 둘째, 공공의 이익에 관한 것일 것을 요구한다. 그러나 이 외에도 당사자의 승낙이 있을 경우에는 당연히 면책이 된다.(형법 312조 참조)

#### 다. 명예훼손의 면책요건 적용

법에서 명시하고 있는 면책요건은 진실증명(defence of truth)의 원칙으로 공익을 목적으로 진실에 입각한 보도나 비판은 위법성 조각사유로 인정되어 면책된다. 그러나 진실증명이 되지 못할 경우 적용될 수 있는 면책요건들은 판례를 통하여 축적된다. 그것은 다음과 같다.

첫째, 보도내용이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 존재해야 한다는 상당이유의 이론이다.

상당이유의 이론은 언론이 진실의 존재를 잘못 판단하여 허위의 사실을 보도하였을 경우 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있었을 경우 면책되어야 한다는 것이다. 실제 우리나라 법원도 상당이유에 따라 명예훼손에 대한 면책을 결정한다.(판례 4의 5) ②와 판례 5 참조) 이때 판단의 관건이 되는 것은 언론의 보도양태<sup>18)</sup> 중 사실 또는 진실을 밝히려는 기자의

17) 민법상의 불법행위는 가해자에게 고의 또는 과실이 있어야 하는데(민법 750조), 명예훼손의 경우에도 고의 또는 과실의 유무가 문제가 됨. 민법에서는 형법과는 달리 주의결여와 같은 과실의 경우에도 불법행위가 성립하고 손해배상책임을 져야 한다.

18) 민·형사소송 또는 언론중재의 과정에서 언론의 책임여부를 파악하기 위하여 언론보도의 양태를 살펴보면, 그 내용은 보도목적이 공익적인가 혹은 사익적인가, 보도대상자의 성격이 공인인가 사인인가, 보도사항이 공적 사항인가 사적 사항인가, 보도에 표현된 내용이 사실의 적시인가 의견 또는 논평인가에 따라, 그리고 보도

성실한 노력과 아울러 믿을 만한 정보원으로부터 사실을 확인하였는가 하는 점이 중요하다. 둘째, 현실적 악의(actual malice)의 원칙을 들 수 있다.

이 원칙은 미국 설리반사건에서 제시된 원칙으로 ① 공직자의 공무행위에 대해서는 ② 잘못된 사실을 갖고 비판하더라도 ③ 그것이 잘못된 것을 알거나 부주의하게 알리고 하지 않았거나 하는 현실적 악의(actual malice)를 갖고 하지 않는 한, ④ 명예훼손의 책임이 면제되며, ⑤ 그 악의의 유무도 명예훼손을 당했다고 주장하는 공직자가 입증해야 한다는 것이다.

이 원칙에 있어서 핵심은 악의의 유무이며, 이에 대한 판단은 언론의 보도양태에 대한 면밀한 검토를 통하여 이루어지는데, 입증책임은 공직자의 직위나 직급, 업무내용 등에 따라, 판사들의 성향에 따라, 국가에 따라 피고(언론사)에게 부과되기도 한다.

우리나라에서는 악의의 원칙이 거부되지만 일부내용이 인정된 사례가 있다(판례 8의 6과 서울지방법원 1999. 7. 21. 선고 98가합110179 판결, 서울고등법원 2000. 13. 30. 선고 99나46265 판결, 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000다19243 판결 참조).

셋째, 공정한 논평(fair comment)의 원칙이다.

공정한 논평의 원칙은 공공의 이해에 관한 사항이나 일반공중의 관심사인 사항<sup>19)</sup>에 관해서는 누구라도 논평의 자유를 지니며, 논평이 사생활의 폭로나 인신공격이 아니고, 또 그 논평이 공정한 한은 그 언어나 표현이 아무리 격렬하고 신랄하다고 해도, 논평자가 명예훼손의 책임을 지지 않는다는 원칙이다. 따라서 논평은 공공의 이해에 관한 사항 또는 일반공중의 관심사를 대상으로 하며, 논평이 피논평자에게 해를 미칠 수 있으나 그러한 해를 미칠 목적으로 악의를 갖고 행해진 것이 아니라면 공정한 논평으로 인정된다. 그러나 우리나라에서는 공정한 논평의 원칙이 잘 인용되지 않고 논평이나 의견은 다른 측면에서 다루어진다.

우리나라에서 모멸적 언사를 통한 논평은 명예훼손으로 인정하지만(판례 8의 6 참조) 의견이나 논평 자체를 명예훼손행위로 보지는 않는다(판례 7 참조). 또한 의견이나 논평에 있어서 사실에 반드시 근거해야 한다면 표현의 자유가 보장될 수 없으므로 잘못된 사실에 근거한 논평이라도 면책을 인정해야 한다는 주장도 있을 수 있지만, 의견이나 논평이 사실을 전제로 하였을 경우 그 전제로 한 사실이 진실하거나 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에만 면책이 인정되고 있다(판례 5, 8, 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다10208 판결 참조).

넷째, 제한적 면책특권의 개념을 들 수 있다.

이는 면책특권자의 발언내용을 단순전달할 경우에 명예훼손적 내용이 있다고 하더라도 면

---

내용의 진실성, 표현방식의 적절성, 정보원의 신뢰성, 취재보도의 성실성 등이다.

19) 정치, 사회문제, 학술논문, 문학, 예술작품, 스포츠 경기 등에 대한 것을 의미한다.

책된다. 예를 들어 국회의 의사를 중계방송하는 경우, 면책특권을 갖는 의원의 국회발언 내용이 명예훼손적 내용을 포함하고 있을 경우 그 내용을 보도하게 되는 경우에 적용되는 개념이라고 하겠다. 우리나라에서는 이와 관련된 판례가 보이지는 않지만 국회의원의 발언을 사실 확인없이 중계보도하면서 객관보도라는 논리로 채색하는 우리나라 언론의 관행을 비판하는 주장(류한호, 2001)을 감안할 때 법원의 다양한 해석이 필요한 개념이라고 하겠다.

### 3. 명예훼손 면책요건의 한계

#### (1) 보도목적에 있어서의 고의성 혹은 악의(actual malice)

보도내용이 비방 등 명예훼손이 목적이거나 동기일 경우에는 의견이나 논평의 경우에도 면책되지 않는다. 이는 보도가 공익성을 결여하였기 때문이다.

#### (2) 보도내용의 허위성

보도내용이 진실할 경우 면책이 된다. 그러나 허위의 사실에 의한 보도일 경우 면책되지 않는다.

#### (3) 취재의 불성실성

보도내용이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있을 경우에는 면책이 인정된다. 그러나 면책의 인정여부에는 진실한 보도를 위해 언론이 얼마나 성실한 노력을 기울였는가가 관건이 된다.

#### 4) 책임회피적 보도태도

머릿글자(initial)만을 표기하였거나, 명예훼손의 내용이 불명확하였거나, 우회적이고 간접적으로 서술되었거나, 의견이나 논평의 형태를 띠더라도 명예훼손이 되지 않는 것은 아니다. 명예훼손의 내용이 불명확하게 서술되었더라도 정황에 따라 명예훼손이 인정될 수 있다.

#### (5) 사적 사항에 대한 보도

공인이든 사인이든 사적 사항의 보도에 의한 명예훼손은 면책되지 않는다. 따라서 범죄보도에 있어서도 범죄자의 신상보도는 바람직하지 못한 것으로 인식되고 있다. 단, 공인이 갖는 정치사회적 비중이 매우 클 경우 면책이 고려될 수 있다.

#### (6) 상계를 벗어나는 보도태도와 비상식적 내용의 보도

비평이나 논평의 경우 거친 언사가 허용되지만 모멸적 언사를 사용할 경우에는 면책이 되지 않는다. 또한 일반인의 상식에 벗어나는 내용을 보도할 경우에는 진실증명이 이루어져야 한다.

#### (7) 불확실한 내용에 대한 단정적 보도

예를 들어 범죄보도에 있어서 피의사실을 보도함에 있어서 “...혐의를 받고 있다.”와 같은 표현만으로 면책되는 것은 아니다. 전체 맥락 등을 감안하여 불확실한 내용을 근거없이 단