

2. 명예훼손죄

1) 명예훼손죄의 개념

(1) 모욕죄와 명예훼손죄

우리 형법상 신문이나 잡지 등 정기간행물이나 방송에 의한 보도로 인한 명예훼손죄가 문제되는 경우는 사실의 적시가 있는지 여부에 따라 사실의 적시 없이 단순히 가치판단만으로 개인이나 단체의 명예를 훼손한 경우에는 모욕죄가 성립되고, 사실의 적시가 있는 경우는 적시된 사실의 진실 여부·비방의 목적 유무에 따라 달리 분류되고 각기 그 법정형이 다르다. 그 법정형은 허위인 경우나 비방의 목적이 있는 경우가 그렇지 아니한 경우보다 높다. (김재협, 2002).

그리고 그 용어선택에 있어 통상 비방의 목적이 없는 경우는 단순명예훼손죄라 부르고(형법 제 307조), 통상 비방의 목적이 있는 경우는 출판물에 의한 명예훼손죄(제 309조)로 일컫고 있다. 정기간행물이나 방송 등 언론에 의한 명예훼손의 경우 출판물에 의한 명예훼손죄만이 아니라 단순 명예훼손죄도 성립된다. 그러나 언론에 의한 명예훼손의 경우 비방의 목적이 없는 경우가 대부분이므로 출판물에 의한 명예훼손죄가 아니라 단순 명예훼손죄가 문제되는 것이 통상적이다. 또한 언론에 의한 신용훼손죄(313조)도 성립될 수 있다.

법정형량도 통상의 명예훼손죄에 대하여는 적시된 사실이 허위가 아닌 경우에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금이고, 허위인 경우에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1,000만원 이하의 벌금으로 규정되어 있다. 언론에 의하여 비방의 목적을 가진 명예훼손죄의 경우는 이보다 법정형이 가중되어 사실을 적시한 경우에는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금으로 허위사실을 적시한 경우에는 7년 이하의 자격정지 또는 1,500만원 이하의 벌금으로 되어 있는 등 비교적 그 형량이 높게 되어 있다. (김재협, 2002).

한편 언론에 의한 명예훼손죄에 대하여는 피해자의 명시한 의사에 반하는 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄로 규정하고, 언론에 의한 모욕죄에 대하여는 공소제기 요건을 그보다 더 강화한 친고죄, 즉 피해자의 고소가 있어야 논할 수 있는 죄로 규정하고 있다.(제 312조)

(2) 명예훼손에 대한 형사책임과 민사책임

명예훼손이나 신용훼손적 사실이 담긴 언론보도에 대하여 형사책임을 물어 형벌로 제재하는 나라는 이제 후진국에 속한다. 우리의 경우도 언론에 의한 명예훼손

등에 대하여 형사처벌 규정을 두고 있으나, 대부분 민사소송으로 해결되고 형사적으로 다스려지는 경우는 그리 많지 않다. 또한 형사사건이 된 경우에도 현실적으로 언론에 의한 명예훼손죄와 신용훼손죄 등에 대해 신체형이 과해지는 경우보다 벌금형으로 다스리는 것이 현실 수사관행이나 재판관행이라고 할 수 있다. 이는 ‘언론이 갖는 표현의 자유는 헌법상의 기본권으로 비록 그 행사에 있어 부작용이 있는 경우에도 표현의 자유의 본질을 침해하여서는 아니된다’는 입장이라고 할 수 있다. 또한 이는 언론에 의한 명예훼손죄는 국가에 대한 죄가 아니라 개인에 대한 죄이므로 사회적 분쟁의 해결수단으로는 민사소송이 더 적절하다는 인식과도 맥을 같이 한다. (김재협, 2002).

그럼에도 불구하고 우리의 경우 언론에 의한 명예훼손 등에 관한 형사사건의 비중이 구미의 선진국에 비해 상당히 높은 편이다. 이는 다른 민사분쟁에 관하여도 민사소송에 앞서 형사사건화 하여 해결하려는 우리 국민의 일반적인 문제해결의 접근방식에 관한 일반적 경향과 연관이 있다. 그밖에 피해자의 입장에서는 자신이 스스로 증거를 수집하는 어려움을 덜고 고소를 통하여 국가기관인 경찰이나 검찰이 직접 증거를 수집하여 주고 피고소인을 조사하는 등의 절차를 통하여 심리적 압박을 가할 수 있는 이점을 누리려는 마음에서도 비롯된다고 할 것이다. (김재협, 2002).

2) 언론에 의한 명예훼손죄의 구성요건

(1) 단순 명예훼손죄의 구성요건

① 사람의 명예를 훼손할 것

그러면 ‘명예’란 무엇인가? 우리나라 법률가들은 대개, 명예란 “사람의 인격적 가치에 대해 사회에서 부여하는 평가, 즉 외부적 평판”을 가리킨다고 설명한다. 그리고 우리나라 대법원은 명예란, “사람의 품성·덕행·명성·신용 등 세상으로부터 받는 객관적인 평가를 말하는 것”이라고 설명하고 있다. 즉, 명예훼손을 당한 본인의 감정·느낌이 아니라, 제3자가 그 사람에 대하여 부여하는 등급이 명예인 것이다. 바꾸어 말하면 어떤 보도로 인하여 본인이 기분 나빴다고 하여 그 보도가 명예훼손 보도가 되는 것은 아니고, 그 보도를 읽은 일반인들이 그 사람에 대한 평가를 저하시키게 될 때 명예훼손 보도가 되는 것이다. (전원열, 2002)

② 구체적으로 사실을 적시할 것

■ 사실적시의 방법

명예훼손행위는 ‘사실을 적시’(揭示)하는 행위이고, 그 사실의 적시는 상당한 구체성을 띠어야 한다. 단순한 모욕적 감정을 나타내는 표현은 구체적 사실의 적시가 아니라 경멸적 언사 또는 모욕죄를 구성할 뿐 명예훼손죄가 되지 아니한다. 그러나 어느 정도 구체적인 표현이 있어야 명예훼손을 구성하는 사실의 적시가 있다고 볼 수 있느냐 하는 문제는 실제 사건에서는 쉬운 문제가 아니다.

사실의 적시는 특정인의 명예가 침해될 가능성이 있을 정도로 구체적이면 족하고, 그 사실의 시기·장소·수단 등까지 상세하게 특정할 필요는 없다. 다만 피해자는 특정되어야 하지만 성명을 명시하지 않더라도 표현의 전취지(全趣旨)나 주위의 사정에 비추어 특정인을 추지(推知)할 수 있으면 족하다. 또한 단순한 개인일 필요는 없고 일정 범위 내의 단체 구성원을 특정하는 경우에도 피해자가 특정된다고 할 수 있다. 그러나 한국인, 서울시민 등과 같이 그 범위가 너무 광대한 것을 막연한 표시라고 보아 피해자가 특정되었다고 보지 아니한다. (김재협, 2002).

사실 적시의 방법에도 아무런 제한이 없다. 특히 직접 표현하지 않고 간접적이거나 우회적으로 암시하는 경우도 된다. 즉, 그 표현의 전취지에 비추어 사실의 존재를 암시하고, 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있는 정도의 구체성이 있으면 사실의 적시가 된다.

우리나라 대법원의 판례에 따르면, “○○○(피해자들)이 전과가 많다”라고 하는 표현은 구체적인 사실의 적시에 해당하지만, 이에 반하여 ‘도둑놈’ 및 ‘죽일 놈’, ‘빨갱이 계집년’, ‘만신’(무당), ‘첩년’, ‘애꾸눈, 병신’(대법원 1994. 10. 25. 선고 94도1770 판결) 등의 표현은 구체적 사실의 적시가 아니라 경멸적 언사 또는 모욕일 뿐이라고 보고 있다. (전원열, 2002).

■ 적시된 사실의 진실여부

적시되는 사실이 진실인지 여부는 명예훼손죄를 구성함에 있어서 영향을 미치지 아니하므로, 허위사실이 아닌 진실한 사실의 적시라도 명예훼손죄가 성립한다. 사실은 행위자가 경험한 사실이 아니고 추측한 사실이든 풍문이든 묻지 아니하므로 행위자가 적시사실에 관하여 확신을 가질 필요는 없다. 그리고 통상 현재나 과거의 사실을 말하고 장래의 사실은 대체로 가치판단으로 사실에 포함되지 아니하여 명예훼손죄가 아닌 모욕죄의 대상으로 볼 것이나, 현재나 과거의 사실에 기초하여 장래의 사실을 예측하는 등의 경우에는 예외적으로 명예훼손죄가 성립할 여지도 있다. (김재협, 2002).

■ 공지의 사실 적시

공지(公知)의 사실을 적시한 경우에 명예훼손죄가 성립하는지에 관하여 판례는 그 사실 적시로 다시 더 그 사람의 사회적 평가를 저하시킬 수 있다고 긍정하고 있으나, 이미 신문 등에 기사화된 공지의 사실은 다시 적시되어도 명예가치의 감소를 가져올 위험성이 없이 불가벌적 불능범이라는 학설도 유력하다. (김재협, 2002).

③ 공연성을 갖출 것

공연성(公然性)은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태이면 족하고 그 내용이 현실적으로 알려졌음을 요하는 것이 아니다. 인식할 수 있는 상태에 관한 판례는 대체로 전파될 가능성만으로 족하다는 입장이나 학설은 대부분 불특정 또는 다수인이 직접적으로 인식할 수 있는 상태를 말한다고 하면서, 전파가능성 이론은 공연성의 범위를 지나치게 확대하는 것으로 표현의 자유를 지나치게 제한한다는 비판을 하고 있다. 다만 언론매체를 통한 명예훼손의 경우에는 어느 경우에도 공연성이 갖추어지는 것이므로 특별한 문제는 없다. (김재협, 2002).

④ 타인의 명예훼손에 대한 고의가 있을 것

주관적 구성요건으로 타인의 명예를 훼손할 만한 사실을 적시한다는 고의가 있어야 한다. 민법상 불법행위로서 명예훼손은 고의뿐만 아니라 과실이 있는 경우에도 성립하지만 형사상의 명예훼손죄는 이보다 좁다. 다만 그 고의는 확정적 고의(確定的 故意)만이 아니라 미필적 고의(未畢的 故意)로도 족하다. (김재협, 2002).

(2) 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 구성요건

① 출판물 등의 개념과 범위

출판물 등에 의한 명예훼손죄를 단순 명예훼손죄보다 중벌하는 이유는 사실적시의 방법으로서의 출판물 등의 이용이 그 성질상 다수인이 견문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다는 데 있는 점에 비추어 보면, 형법 제309조 제1항 소정의 '기타 출판물'에 해당한다고 하기 위하여는 그것이 등록·출판된 제반인쇄물이나 제작물은 아니라고 할지라도 적어도 그와 같은 정보의 효용과 기능을 가지고 사실상 출판물로 유통·통용될 수 있는 외관을 가진 인쇄물로 볼 수 있어야 한다. (김재협, 2002).

따라서 컴퓨터 워드프로세서로 작성되고 있는 프린트된 A4 용지 7쪽 분량의 인

쇄물인 유인물, 단체조합장 선거에 있어 상대방 후보자를 비방하는 내용의 인쇄물 등은 그 외관이나 형식 및 그 작성 경위 등에 비추어 볼 때, 그것이 등록된 간행물과 동일한 정도의 높은 전파성, 신뢰성, 보존가능성 등을 가지고 사실상 유통·통용될 수 있는 출판물이라고 보기 어렵다. 또한 직장의 전산망이 설치된 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용의 글을 게재한 행위에 대하여 출판물에 의한 명예훼손죄가 아니라 단순 명예훼손죄로 의율하여 처벌하고 있다.

출판물 등에는 정기간행물뿐만 아니라 비정기 간행물, 방송은 물론 기타 통신의 방법도 포함된다고 할 것이다. 한편 비디오나 녹음테이프 등은 그 전파성이 떨어진다는 이유로 형법개정시 제외하였다고 하나, 정보화사회에 있어 음반이나 비디오물도 전파가능성, 명예훼손 위험성이 크므로 포함하는 것이 타당하다는 견해가 유력하다. (김재협, 2002).

② 비방의 목적성

언론에 의한 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 단순 명예훼손죄와는 달리 비방할 목적성이 갖추어져야 한다. 즉, 목적범(目的犯)으로 한정하여 그 적용대상을 극히 제한하고 있다. 단순 명예훼손죄와 비교하여 가중 처벌하는 이유는 비방의 목적이라는 주관적 요소와 명예훼손의 정도와 위험성이 출판물에 의한 경우에는 일반 대중에게 직접 적시됨으로써 증대된다는 객관적 이유 때문이다.

한편 형법이 이러한 비방의 목적성을 구성요건화 한 것은 출판물이 국민의 알 권리를 충족시키기 위하여 갖는 공익성과 그로 인하여 본질상 타인의 명예에 관련된 사실을 보도할 경우가 많은 속성을 감안하여 언론자유를 위축을 최소화하고 언론매체의 여론형성의 기능 등 공적 업무에 충실하게 하기 위한 배려라고 할 것이다. (김재협, 2002).

(3) 위법성 조각 사유의 비적용

형법 제310조는 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때’에는 처벌하지 아니한다는 특별한 위법성 조각사유를 두고 있다. 이는 헌법상 자유민주주의의 기본적 요청인 언론의 자유와 인격권으로서의 명예의 보호 간의 조화를 꾀하는 것이라고 설명된다. 대법원도 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 위 행위에 위법성이 없으며 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이라고 하고 있다. 이는 공공사항에 관

한 보도 및 공공사항 결정권자에 관한 보도에 있어 언론의 자유를 최대한 확보하여 정책결정의 투명화로 언론이 본연의 사명에 충실하게 하기 위함이다. (김재협, 2002).

① 보도내용의 진실성 정도

우선 보도내용이 진실한 사실이어야 한다. ‘진실한 사실’이란 그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로서 일부 자세한 부분이 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다고 하더라도 무방하다. 진실성의 정도는 통상의 경험과 지식에 비추어 일반인이 진실이라고 믿을 수 있는 정도의 증거가 있으면 족하다. (김재협, 2002).

② 진실이라고 믿을 만한 상당성의 정도

보도내용이 진실이 아니지만 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우, 즉 상당성(相當性) 요건을 갖춘 경우에도 진실한 사실을 보도한 경우와 마찬가지로 보고 있다. 상당성을 갖추었는지의 여부는 행위자의 주관적 요건과 관련되는 부분으로 모든 사람에게 동일하다고 할 수는 없고, 기자의 경우는 기자로서의 지식과 경험, 그 기사 보도시 확보하거나 확보할 수 있는 자료의 정도와 내용, 제보자에 대한 신뢰도, 기타 당시의 사정 등을 종합하여 판단될 것이므로 통상인보다 당연히 주의의무의 정도가 높다고 할 것이다. 그러나 명확하고 일의적인 기준을 제시하기는 어렵다.

판례는 추상적으로 상당성 여부의 판단기준으로 ‘적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성과 신빙성, 사실확인용의 용이성, 보도로 인한 피해자의 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 행위자가 보도내용의 진위여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 한다’고 하고 있으나, 그것만으로 명백해지는 것이 아니므로 개별 사안마다 구체적인 판단을 할 수 밖에 없다. 기자가 취재원으로부터 들은 전문 사실, 풍문에 의한 사실, 다른 신문이나 통신사의 통신기사를 옮기는 경우에도 자기책임하에 그 내용의 진위여부를 직접 확인하려는 노력을 하여야 할 의무가 있으므로 이를 결여한 경우에는 상당성의 요건을 갖추지 못하여 책임을 면할 수 없을 수도 있다. 다만 수사기관의 발표나 보도자료 등 공식적 자료에 의하여 그대로 보도한 경우에는 조사의무가 감경되나, 그 발표된 사실이 진실인 것처럼 보도한 경우에는 상당성이 인정되지 않을 수 있다. 따라서 수사발표에 의한 보도의 경우에는 범행사실 등을 단정적으로 기사화할 것이

아니라, 혐의를 받고 있다는 정도의 표현을 하고 그 근거도 명확히 제시하는 것이 바람직하다. (김재협, 2002).

한편 대법원도 ‘공적인 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하며, 당해 표현이 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선할 수 있으나, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 것인 경우에는 그 평가를 달리하여야 하고 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다’고 하고 있다.

③ 보도내용과 목적의 ‘공공성’

‘오로지 공공의 이익에 관한 때’라 함은 객관적으로는 사실 자체의 성질과 내용이 공공의 이익에 관한 것이어야 하고, 주관적으로는 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이어야 한다. 즉, 객관적인 사실의 공익성만이 아니라 행위자의 의도가 공익성을 가질 것을 요구한다. 다만 주관적 요건도 법문상으로는 ‘오로지’라고 하지만 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이면 족하고, 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 무방하다

구체적으로 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지의 여부는 당해 적시사실의 구체적 내용, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방 범위의 광협(廣狹), 그 표현 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예 침해의 정도도 비교·고려하여 결정하여야 한다. 또한 ‘공공의 이익’이라 함은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. (김재협, 2002).

일반적으로 공적 인물의 전과사실(특히 공직선거에서 후보자의 전과사실), 범죄혐의사실 등에 관하여는 공공의 이익에 관한 것이라고 할 수 있지만, 일반 개인의 경우 전과사실이나 건강상태, 가정이나 성생활 등 사생활에 관한 것은 공공의 이익에 관한 것이라고 할 수 없다. 즉, 일반 개인은 자신의 전과가 공개되지 않음에 대하여 법적 보호를 받을 이익이 있으므로 역사적이나 사회적인 의미가 없음에도 함부로 이를 공개하는 행위는 공공의 이익이라 할 수 없다. 다만 공적 사항에 관한 것이 아닌 사적 사항에 관한 사실의 공표도 공표의 상대방의 범위와 관련하여 상대적으로 정해지는 것이므로 공공의 이익에 관한 것일 수 있다. (김재협, 2002).

미국의 정치인을 포함한 공인들은 언론사가 자신에 대해 거짓되고 명예를 손상시키는 정보를 보도하였다 할지라도 소송에서 승소할 가능성은 거의 없다. 이것은 1964년의 『뉴욕 타임스』 대 설리반(*NewYork Times v. Sullivan*) 사건이 중요한 계

기가 되었다. 설리반 사건이란 미국의 남부 앨라배마에서 시민운동 데모가 있었을 때 주 관리가 흑인들을 물리적으로 학대하자 『뉴욕 타임스』가 이를 비난하는 광고를 실었는데, 이 관리가 『뉴욕 타임스』를 상대로 명예훼손 소송을 제기하였다. 이에 대법원은 공인의 명예훼손은 ‘실질적인 악의(actual malice)’를 입증해야 하기 때문에 이 사건은 무죄라고 선고하였다. 여기서 실질적인 악의란 관리의 평판을 손상시킬 목적을 가지고 의식적 또는 무의식적으로 진실을 무시한 것으로 정의되었다. 사실 재판정에서 뉴스보도가 권력 남용을 폭로할 목적이 아니라 악의에 의해 동기화되었다는 점을 입증하기란 지극히 어려운 일이다. 설리반 사건 이후 30여 년 동안 어떤 정부 관리도 언론을 상대로 하여 명예훼손 소송에서 승소한 적이 없다(권혁남, 2002).

한편 사회의 관심거리가 된 범죄를 저지름으로써 공적 인물의 범주에 속하게 되는 이른바 제한적·부정적 공인에 대한 전과사실을 적시함에 있어서도 수사기관에서 사용하고 있는 전과의 내용 중에는 ‘공소권 없음’, ‘혐의 없음’ 혹은 ‘기소중지’등을 포함하여 사용하는 경우가 많기 때문에 수사기관의 자료에 의하여 “범인은 전과 몇 범”하는 식으로 보도하는 것은 잘못이다. (김재협, 2002).

3. 반론보도청구와 언론중재

1) 반론보도청구권

(1) 반론보도청구권의 개념

반론보도청구권이란 정기간행물 혹은 방송에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자가 그 사실보도가 있음을 안 날부터 1월 내에 정기간행물을 발행하는 자 또는 방송사업자에게 서면으로 반론보도를 청구할 수 있는 권리이다(정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제16조 내지 제19조, 방송법 제91조).

그러나 반론보도청구의 신청과 민법 제764조에 의한 정정보도청구 및 손해배상청구 등은 병합하여 제기할 수 없다(반론보도 등 청구사건 심판 규칙 제2조 제4항). 왜냐하면 반론보도청구의 소는 신속한 반론권을 보호하려는 제도의 취지에 따라 가처분 절차를 준용하지만 그 피보전권리는 명예훼손에 따른 손해배상이나 그 회복을 위한 적당한 처분에 관한 청구권이 아닌 ‘반론권’이라는 특유의 권리로 그 심판은 독특한 절차에 따라 실현되는 특수한 소송절차이므로 이 반론보도청구의 심판 청구