

〈논 문〉

公務員에 대한 名譽毀損의 法理*

朴 宣 映**

I. 글머리에

최근 2-3년 사이 언론보도로 인한 명예훼손소송사건이 급증하면서, 대통령¹⁾을 비롯하여 전직 국무총리²⁾나 청와대 경제수석³⁾ 등 정부요인, 행정부관리⁴⁾, 전·현직 국회의원⁵⁾, 검사⁶⁾, 또는 군장성⁷⁾이나 군법무관⁸⁾, 군의관⁹⁾, 사병¹⁰⁾ 등 군인, 경찰¹¹⁾, 공직출마자¹²⁾, 변호사¹³⁾, 연예인¹⁴⁾, 방송진행자¹⁵⁾, 언론인¹⁶⁾ 등

* 본 논문은 BK21의 재정지원을 받아 작성하였다.

** 法學博士, 서울대학교 法科大學 契約助敎授

- 1) 서울지방법원 1998. 7. 1. 선고 97가합88220 판결.
- 2) 서울지방법원 2000. 1. 19. 선고 99가합42730 판결.
- 3) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결; 서울고등법원 1998. 12. 24. 선고 98나47575 판결; 서울지방법원 1998. 8. 12. 선고 98가합15397 판결.
- 4) 서울지방법원 1998. 11. 18. 선고 97가합83683 판결.
- 5) 서울지방법원 1999. 9. 1. 선고 98가합107104 판결; 1997. 12. 10. 선고 96가합22315 판결.
- 6) 서울지방법원 2000. 6. 7. 선고 99가합88873 판결; 수원지방법원 성남지원 2000. 4. 28. 선고 99가합2207 판결; 서울지방법원 2000. 2. 2. 선고 99가합77460 판결.
- 7) 서울지방법원 남부지원 2000. 2. 10. 선고 99카합2941 판결.
- 8) 서울지방법원 2000. 7. 12. 선고 99가합90005 판결.
- 9) 서울지방법원 2000. 3. 29. 선고 99가합34685 판결.
- 10) 서울지방법원 2000. 8. 23. 선고 99가합30768 판결.
- 11) 서울지방법원 1998. 4. 15. 선고 96가합84238 판결.
- 12) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결.
- 13) 서울지방법원 1998. 11. 25. 선고 97가합70274 판결; 서울지방법원 1998. 8. 19. 선고 97가합93499 판결.
- 14) 서울지방법원 1997. 2. 26. 선고 96가합31227 판결.
- 15) 서울지방법원 2000. 2. 2. 선고 99가합84277 판결.

이른바 公人(public figure)이 명예훼손으로 인한 손해배상을 청구하는 소송이 늘고 있다.

이와 같은 일련의 판례가운데는 개인이 실명으로 특정되지 않았음에도 불구하고 특정의 직업집단이 매도되었다며 소송을 제기해 승소한 경우도 있고, 事實을 적시한 一般記事(통칭 스트레이트기사)가 아니라 社說에 대하여 제기된 명예훼손소송이 인정되기도 했다는 점에서 과연 명예훼손소송사건에서 당사자적격의 문제와 언론사의 공정한 논평(fair comment)의 자유와 권리의 문제가 어디까지 인정될 수 있는가 하는 점, 그리고 특정 공무원의 公務와 관련된 소송의 경우에는 국민의 알권리와 명예훼손의 관련 법리가 명확하게 구명되어야 하지 않는가 하는 의구심을 낳고 있다.

왜냐하면 공인에 대한 명예훼손은 그것이 사생활과 관련된 지극히 내밀한 영역(Intimbzirk)인 경우가 아니면 국민의 알권리와 충돌을 빚는 경우가 많으며, 설혹 그것이 사생활과 관련되어 있다 하더라도 일정부분 국민의 알권리충족을 위해 용인되거나 손해배상액에서 감경사유가 되는 경우가 많기 때문이다. 예컨대 미테랑대통령(프랑스)이 침대에서 죽어 가는 사진을 게재한 언론사에 대해 프랑스대법원(破棄院, Cour de Cassation)은 “누구도 유족의 명시적인 동의 없이는 사람이 운명하는 모습을 공표할 수 없다”고 판시하여 유죄를 인정하면서도 정작 손해배상액은 1프랑이라는 아주 상징적인 액수를 명함으로써,¹⁷⁾ 공인에 대한 명예훼손과 국민의 알권리와의 사이에서 균형을 이루고자 한 사례를 들 수 있다.

결국 공인에 대한 명예훼손의 법리는 국민의 알권리와의 관계에서 볼 때 일반인의 경우와는 결코 똑 같이 다룰 수 없는 부분이 분명히 존재한다.

따라서 본고에서는 공인의 명예훼손소송에 있어서 원고적격의 문제와 언론사의 책임, 국민의 알권리와의 충돌문제를 최근에 있었던 일련의 판례를 중심으로 살펴보고자 한다. 다만, 논의의 범위를 한정하기 위하여 먼저 본고에서 사용하게 될 공인의 개념부터 살펴보고자 한다. 앞으로 논의를 전개함에 있어서는 유사한 사건이 존재하는 경우 미국이나 영국, 프랑스, 독일 등 외국판례를 함께 비교·고찰하게 될 것이다.

16) 서울고등법원 1997. 6. 25. 선고 96나50997 판결; 서울지방법원 남부지원 1996. 11. 22. 선고 93가합11471 판결.

17) Cour de Cassation, 21. oct. 1980., Dalloz 1983, jurisprudence, p.376.

II. 公人과 公務員

공인(public figure)이라고 하면 공무원이나 정치인, 연예인 등을 포함하는 公的인 人物이라고 풀이할 수 있는바, 공인에 대한 명예훼손의 법리는 미국에서 가능하면 언론사의 책임을 완화해주기 위하여 신분에 따라 다른 기준(status based standard)을 적용하면서부터 시작되었다. 예컨대 미국연방대법원은 뉴욕타임즈사건¹⁸⁾에서 “공직자(public officials)가 그 직무행위와 관련된 명예훼손소송에서 손해배상을 받기 위해서는 언론사가 허위라는 사실을 알면서도 현실적 악의(actual malice)를 가지고 보도했거나, 혹은 허위인가 아닌가를 전혀 고려하지 않은 무모할 정도의 무관심(with knowledge or reckless disregard of its falsity)을 가지고 보도했다는 사실을 명백한 증거(clear and convincing evidence)로서 입증하여야 한다”고 판시함으로써 처음으로 인정되기 시작하였다. 이 이론은 그 후 공적 인물(public figure)¹⁹⁾에까지 확대되었으나, 신분에 따른 구분보다는 언론의 자유를 위해서는 내용에 따른 기준(content based standard)을 적용하여야 한다고 하여 공적 관심사(public issue, public concern) 또는 공익(public interest)을 다룬 언론보도인 경우에는 私人에게도 ‘현실적 악의’가 있었는지를 입증하여야 한다²⁰⁾고 요구하는 등 公人理論은 점차 확대일로를 걸었다.²¹⁾ 그러나 이러한 이론은 ‘표현의 자유’를 보호한다고 하는 측면에서는 바람직할지 모르지만, 개인의 명예를 보호하기에는 미흡하다는 반론과 비판이 제기되면서²²⁾ 법원의 판례는 다시 원고의 신분에 따른 구분방식으로 되돌아오게 되었다.²³⁾

다시 말해 미국 연방대법원은 명예훼손소송의 경우 피해자가 공인인 경우에는 ‘현실적 악의’라고 하는 입증책임을 지지 않는 한 승소하기가 대단히 어렵게

18) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964).

19) Curtis Pu. Co. v. Butts 388 U.S. 130(1967). 공적 인물에는 공무원 등 공직자 뿐만 아니라 정치인, 운동선수, 연예인과 같이 스스로 명사가 된 사람과 범인, 피의자 또는 그 가족까지도 포함하는 대단히 넓은 개념이다.

20) Dun & Bradstreet Inc. v. Greenmoss Builders Inc. 105 S. Ct. 2939(1985); Bose Co. v. Consumer Union 466 U.S. 485(1984).

21) Rosenbloom v. Metromedia, Inc., 403 U.S. 29(1971).

22) 자세한 내용은 David A. Elder, *Defamation: A lawyer's Guide*, Clark Boardman Callaghan, Deerfield, II., 1993, 제5장 참조.

23) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323(1974).

되어 있어, 일반인에 비해 언론보도로 인한 피해구제가 상대적으로 어렵다고 할 수 있다. 그 까닭은 국민의 알권리충족을 위해 공직과 공무에 대한 비판과 비난이 인정되어야 하며, 상대적으로 공인이 언론에 접근할 수 있는 권리가 일반인보다 훨씬 더 쉽기 때문이다.²⁴⁾

그러나 우리 대법원의 판례는 미국의 경우와는 달리 공무원에 대한 보도는 “그 보도로 인하여 공무원이 입게 될 피해를 감안하여 기사의 내용이 객관적 사실에 부합하는지 여부에 대하여 언론사가 세심한 주의를 기울여야 한다”고 하면서, 명시적으로 “공인에 관한 명예훼손을 一般私人과 다르게 보아야 할 이유가 없다”고 전제한 뒤, “피해자가 공적 인물이라고 하여 방송 등 언론매체의 명예훼손행위가 현실적인 악의에 기한 것임을 그 피해자측에서 입증하여야 하는 것도 아니다”²⁵⁾라고 함으로써, 오히려 공인을 일반인보다도 더 많이 보호하고 있는 듯한 태도를 보이고 있다. 그러나 하급심판결 가운데는 공적 인물에 대한 판단을 적극적으로 한 경우도 있는바, 모방송국 뉴스앵커를 지낸 기자에 대하여 공적 인물임을 인정하면서, “행위자가 일반인인 경우에는 행위자체가 관심의 대상이 되는 것이고, 행위자가 누구인지는 관심의 대상이 되지 아니 하나, 행위자가 공적인 인물인 경우에는 행위자가 누구인지 여부자체가 바로 공공의 관심대상이 되는 것이므로 이를 보도하는 것은 언론의 기능에 부합하는 것”²⁶⁾이라고 하였다. 그런가 하면 헌법재판소는 비록 불기소처분에 대한 헌법소원사건이었지만 언론보도로 인한 명예훼손사건을 판단함에 있어서는 피해자의 신분과 보도내용의 성격을 종합적으로 판단하여야 한다는 취지의 적극적인 결정문을 내고 있어 주목된다. 즉, “언론보도로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면私人인지, 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지, 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 등을 종합하여 구체적인 표현내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 언론의 자유에 대한 한계설정을 할 필요가 있다”²⁷⁾고 한 것이다.

24) 자세한 것은 졸고, “언론에 의한 명예훼손의 법리(이하 언론이라 함)”, **공법연구**, 제27집 제1호, 한국공법학회, 271-274쪽 참조.

25) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563판결; 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24207판례.

26) 서울지방법원 1997. 9. 3. 선고 96가합82966 판결.

살피건대 과거에는 공인과 관련된 우리 법원의 판례가 그다지 많지 않아 그에 관한 우리 법원의 법리를 일목요연하게 조망해 보기가 어려웠으나, 위에서 밝힌 바와 같이 최근 들어 공인과 관련된 법원의 판례가 한꺼번에 쏟아져 나오면서 과연 일반인과 공인에 대한 명예훼손을 동일하게 볼 수 있는가? 또는 오히려 공인이 일반인보다도 더 보호를 받을 수 있는가? 하는 문제를 보다 심층적으로 살펴볼 수 있게 되었다.

다만 본고에서는 지면관계상 보다 심도있는 논의를 위해 공인의 범위를 다소 축소하고자 하는바, 이하에서는 공인 가운데 국민의 알권리의 대상이 되면서도 언론에의 접근권이 비교적 용이하다고 할 수 있는 高位職 公務員에 한정하고자 한다. 따라서 공무원 가운데서도 일반장병²⁸⁾이나 경찰²⁹⁾ 등 이른바 하위직 공무원이 본고에서는 제외되며, 전면적 공적 인물(pervasive public figure)가운데서도 정치인,³⁰⁾ 유명인사(celebrity), 예컨대 연예인³¹⁾이나 방송인³²⁾, 운동선수, 재벌 등도 제외된다. 이밖에 논쟁사안(limited issue)에 따라서 또는 타의(invuntary)에 의해서 공적 인물이 되는 제한적 공적 인물(limited public figure)에 대한 판례의 분석도 다음 기회로 미루고자 한다.³³⁾ 따라서 본고에서는 공무원 가운데서도 신분이 특별히 잘 보장되어 있고, 그 직무가 공적인 정책에 영향을 미칠 수 있거나(government affiliation test)³⁴⁾, 일반인들의 공적인 논란의 대상이 됨으로써 알권리의 대상이 되어 상대적으로 명예훼손의 위협에 노출될 위험이 많으며(assumption-of-the-risk rationale)³⁵⁾, 일반인에 비해 비교적 언

27) 헌재 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정.

28) 서울지방법원 2000. 8. 23. 99가합30768판결.

29) 서울지방법원 1998. 4. 15. 선고 96가합84238판결.

30) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결; 서울지방법원 2000. 1. 19. 선고 99가합42730 판결; 서울지방법원 1999. 9. 1. 선고 98가합107104 판결; 서울지방법원 1998. 7. 1. 선고 97가합88220 판결; 서울지방법원 1998. 8. 12. 선고 98가합15397 판결; 서울지방법원 1997. 12. 10. 선고 96가합22315 판결.

31) 서울지방법원 2000. 10. 11. 선고 99가합109817판결; 서울지방법원 1997. 2. 26. 선고 96가합31227판결; 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828판결.

32) 서울지방법원 2000. 2. 2. 선고 99가합84277판결; 서울고등법원 1997. 6. 25. 1996. 96나50997판결; 11.22. 서울지방법원 남부지원 93가합11471판결.

33) 피해자의 人的 分類에 관한 국내자료로는 박용상, “표현행위의 위법성에 관한 일반적 고찰 2”, 法曹 44권 9호(제468호), 1995. 9. 7-19쪽 참조.

34) Rosenblatt v. Baer 383 U.S. 75(1996).

35) Gertz v. Robert Welch, Inc. 418 U.S. 323(1974).

론에의 접근이 용이한(access to channels of self-help) 고위직 공무원이 원고가 된 판례만을 분석대상으로 한정했다.³⁶⁾

III. 원고적격(피해자적격)

1. 명예주체성

자연인이 아닌 법인과 법인이 아닌 社團도 그 목적 사업수행에 영향을 미칠 정도로 명예나 신용을 침해당한 경우에는 그 침해자에 대하여 명예훼손소송을 제기할 수 있다. 그러나 명예훼손이 인정되기 위해서는 피해자가 특정되어야 하는바, 피해자의 특정을 위해서는 반드시 피해자의 명칭을 그대로 명시할 필요는 없고, 표현의 내용을 주위사정과 종합하여 특정인 또는 특정단체를 지칭하는 것임을 알 수 있으면 된다는 것이 우리 학계와 법원의 통설이며³⁷⁾, 외국도 유사한 판례경향을 보이고 있다.³⁸⁾

따라서 宗中³⁹⁾이나 시민단체⁴⁰⁾ 등에 대한 명예주체성도 당연히 인정되며, 위와 같은 이론에 따라 설혹 약칭으로 거론된다 하더라도 명예훼손을 인정하는 데에는 아무런 문제가 되지 아니한다. 예컨대 경제정의실천시민연합을 경실련이라고 하거나, 참여민주사회시민연대를 참여연대라고 약칭하는 경우는 물론이고, ‘무슨무슨 사재단’이라고 표현하더라도 그것이 시민운동단체로는 유일한 ‘천주교 정의구현전국사재단’이라는 것이 인정되는 한 명예훼손은 인정된다.⁴¹⁾ 또 “김훈 중위의 시신을 부검한 군의관 李대위”나 “기무사소속의 현역장성과 영관급

36) 이러한 제한은 물론 지면관계도 있지만 우리 법이 위법성조각사유로 인정하고 있는 ‘공공성’과 ‘진실성’, ‘상당성’의 원리에서 보더라도 그 적용이 가능한 人的 要件이라고 판단되어 한정했음을 밝혀 둔다.

37) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다17851 판결; 대법원 1986. 1. 28. 선고 85다카1973판결; 대법원 1965. 11. 30. 선고 65다1707판결; 서울지방법원 2000. 7. 12. 선고 99가합90005 판결.

38) Beauharnais v. Illinois 343 U.S. 250(1952); Cour d'appel de Paris 1992. 2. 18. Le Canard Enchaîné c. F. Bergeron(Legipresse, 1992 III, P.112); Cour d'appel de Paris 1996. 6. 4. Syndicat National des casinos modernes c. Groupe Express.

39) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카12775 판결.

40) 서울지방법원 1998. 8. 19. 선고 97가합93499 판결.

41) 서울지방법원 1998. 8. 19. 선고 97가합93499 판결.

고급간부들”⁴²⁾이라는 기사에서와 같이 그러한 사실을 모르는 자에게는 언론기사의 표시자체만으로는 누구를 가리키는지 알 수 없어도 그 사실을 아는 자가 상당한 다수가 있고, 이들에게는 그 표시가 누구를 가리키는지를 알 수 있을 때에는 모든 사람이 피해자를 확인할 수 있는 정도에 이르지 않더라도 피해자가 특정된 것으로 본다는 것이 우리 법원의 판례이다.⁴³⁾

2. 집단에 대한 명예훼손

이렇게 자연인은 물론이고 법인이나 기타 단체에 대하여는 원고적격 또는 피해자적격으로서의 명예주체성이 인정된다하더라도 집단의 경우까지 명예훼손을 인정할 수 있는가 하는 문제가 남는다. 집단의 경우에는 기본적으로 언론에서 집단명칭을 거론하여 명예를 훼손했다 하더라도 그 명예훼손의 효과가 과연 집단구성원 각각에게 미칠 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 특히 집단 중 특정의 몇몇 사람만을 지칭하였을 경우 개별구성원에 미치는 명예훼손의 정도는 상당히 희박해지기 때문에 문제가 될 수 있다. 그러나 집단의 구성원의 수가 아주 적거나 집단내의 개별구성원이 특정될 수 있도록 거론되는 경우에는 당연히 명예주체성이 인정된다. 예컨대 ‘서울시민 또는 경기도민’이라는 집단성의 표현은 너무 막연하고 범위가 넓어 누구의 명예를 훼손했는지 알 수 없으나,⁴⁴⁾ ‘전주에 있는 고등학교를 졸업한 서울대학교 86학번 여학생’⁴⁵⁾이라는 표현은 범위가 극히 한정되어 있어 원고적격이 인정된다.⁴⁶⁾

외국의 판례는 얼핏보기에는 우리보다 원고적격을 다소 넓게 인정하고 있는 것처럼 보인다. 예컨대 미국에서는 흑인종에 대한 편견을 담은 판화를 공연히 전시한 자에 대하여 흑인에 대한 명예훼손을 인정함으로써 common law상의 집단명예훼손(group libel)을 재확인하였고⁴⁷⁾, 프랑스에서도 특정 종교나 인종, 종족 등 혐오스러운 憎惡言論(hate speech)⁴⁸⁾에 대한 명예훼손을 인정한 광범위

42) 서울지방법원 남부지원 2000. 2. 10. 선고 99카합2941 판결.

43) 서울지방법원 2000. 3. 29. 선고 99가합34685 판결.

44) 대법원 1960. 11. 26. 선고 4293 판결.

45) 서울지방법원 1996. 5. 14. 선고 94가합91515 판결.

46) 자세한 내용은 한위수, “집단명예훼손소송에 관한 연구”, **언론중재** 1998. 여름, 57-68쪽 참조.

47) *Beauharnais v. Illinois* 343 U.S. 250(1952).

한 판례가 있다⁴⁹⁾. 그러나 이들 두 나라에서의 인종편견에 대한 명예훼손의 인정은 두 나라의 특수한 상황에 기인한 것이라는 사실을 염두에 두어야 한다. 미국의 경우 위 판결이 처음에 제기된 일리노이州에서 당시에 심각한 인종충돌이 있었으며, 역사적으로 볼 때에도 미국의 인종문제는 평등권과 관련하여 많은 법적·현실적 문제를 야기해 왔기 때문에, 인종을 기반으로 한 집단에 대하여 명예훼손의 원고적격성을 인정했다는 것이 곧 일반집단 모두에 대하여 광범위한 원고적격성을 인정했다고는 할 수 없다. 예컨대 미국의 경우 집단의 규모가 아주 작은 사건에서는 예외적으로 명예훼손을 인정한 판례가 있으나,⁵⁰⁾ 대부분의 집단명예훼손사건들에 있어서는 그 집단의 규모가 너무 크다는 이유로 인정되지 아니하였다.⁵¹⁾ 또한 ‘사랑, 평등, 박애’를 國是로 내걸고 있는 프랑스에 있어서도 프랑스혁명이후 줄곧 인종에 대한 편견과 불평등일소에 힘써왔음을 주지할 때 역시 집단에 대한 원고적격성은 사건에 따라 달라질 수 있음을 알 수 있다. 예컨대 프랑스의 파리항소법원은 인종사건이 아닌 일반집단이나 단체에 대한 명예훼손사건에 있어서는 “피해자를 개인적으로 특정할 수 없는 경우에는 명예훼손이 성립되지 아니한다”⁵²⁾고 하여, 단체와 피해자와의 관계는 물론 개인의 특정여부, 언론보도로 인한 손해의 입증을 엄격히 요구함으로써 사실상 상당히 까다로운 요건을 요구하고 있다. 더구나 최근에 와서는 증오언론까지도 허용하는 태도를 보이고 있는데, 그 까닭은 집단명예훼손소송을 넓게 인정할 경우 필연적으로 언론의 자유에 위축효과(chilling effect)를 가져오게 되고 결국은 국

48) 그러나 미연방대법원도 최근에 와서는 이와 같은 증오언론도 헌법상 보호된다고 판시하였다. R.A.V. v. City of St. Paul 112 S.Ct. 2438(1992). 미연방대법원은 이 판결에서 “인종, 피부색, 신조, 종교 또는性に 근거하여 타인에게 분노나 혐오를 야기할 수 있는 물건이나 상징, 행위를 금하는 것은 내용에 따른 차별일 뿐만 아니라 관점에 따른 차별을 강요하는 것으로서 위헌무효”라고 판시하였다.

49) Cour de Cassation, 1993. 3. 2. AGRIF c. MM. Y et X(Bulletin arrêts de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, 1993. p.225).

50) Farrell v. Triangle Publications, Inc., 399 Pa. 102(1960); Neiman-Marcus v. Lait, 13 F.R.D. 311(S.D.N.Y.).

51) Puerotican Leagal defence Fund, Inc. v. Grace, N.Y.Sup. Ct. 1983; Mansour v. Fanning, 506 F. Supp. 186(1980); Granger v. Time, Inc. 568 P. 2d 535(Mont. 1977); Kentucky Fried Chicken, Inc. v. Sanders, 563 S. W. 2d 8(Ky. 1978).

52) Cour d'appel de Paris 1992. 2. 18. Le Canard Enchaîné c. F. Bergeron (Legipresse, 1992 III, P.112); Cour d'appel de Paris 1996. 6. 4. Syndicat National des casinos modernes c. Groupe Express.

민의 알권리를 침해할 수도 있기 때문이라는 것이다.

이러한 논의와 관련하여 최근에 있었던 집단명예훼손에 대한 우리 법원의 주요 판례를 차례로 살펴본다.

(1) 軍法務官事件(서울지방법원 2000. 7. 12. 선고 99가합90005 판결)

1) 사건의 개요

S방송사에서 ‘병무비리’⁵³⁾에 대한 집중적인 보도를 한 뒤 H신문사기자와 M·K신문사기자 등 세 명은 보도의 진위를 취재하기 위하여 국방부를 방문하였다가 국방부 정책정보좌관이던 현역 장성 K로부터 非報道를 전제로 ‘당시 병무비리 수사를 담당하고 있던 군검찰 내부에 알력이 존재하였고, 군검찰이 군고위관계자에게는 보고하지 아니한 채 S방송사에 일방적으로 정보를 흘리는 등 위법행위를 저질렀으며, 군검찰관과 군판사가 짜고 형량을 마음대로 하는데 그 과정에서 금품이 오가는 등의 비리가 있고, 그 원인은 군검찰과 법원의 독립성이 없기 때문이며 이를 손질하기 위하여 군사법기관의 조직 및 인사개편, 비리척결 등을 골자로 하는 개혁안을 마련 중’이라는 말을 들었다.

그 후 세 기자는 각자 데스크에 위 사항을 보고하였으나, H신문사는 기사화하지 않았고, K신문사는 “썩은 뿌리는 빨리 뽑아내야”라는 제목아래 “수사·재판과정 금품수수 ‘관행’만연”라는 소제목으로 그 내용을 제1면에 크게 보도하였으며, M신문사는 K신문의 보도가 나간 후 짧게 단신으로 처리하였다. 이와 같은 일련의 보도가 나가자 당시 ‘병무비리사건’의 재판을 담당하였던 국방부 고등군사법원 또는 보통군사법원의 軍判事 5명은 K신문사와 M신문사를 상대로 명예훼손으로 인한 손해배상금을 청구하였다.

2) 법원의 판단

법원은 ‘비록 記事中에 원고들의 이름이 명시되지는 않았으나, 기사가 보도될

53) S방송사는 1999. 10. 11.부터 12.까지 저녁 8시 뉴스시간을 통해 “기무사소속의 현역장성들과 영관급 고급간부들이 병무비리에 연루되었다”고 보도하였다. 비리내용은 대체로 친족이나 친지들의 병역을 면제해 주거나 의병전역시킨 사례 등을 열거하고, 그 과정에서 금품수수의 의혹을 받고 있다는 것이었다. 이 사건은 별도의 명예훼손과 반론 보도청구사건으로 비화되었는바, 자세한 내용은 서울민사지방법원 2000. 2. 12. 선고 99카합2941 참조.

당시 원고들이 국방부 군판사로 재직하면서 병무비리사건을 재판하였던 사실이 있어, 원고를 잘 알고 있는 사람들은 그 기사로 인하여 쉽게 원고들을 연상할 수 있다며 피해자의 특징을 인정하였고, 위 기사로 인하여 원고들의 사회적 평가를 저하시킬만한 구체적 사실이 적시되고 있으므로 명예를 훼손하였다'고 판시하였다.

특히 'K신문사는 기사를 작성하고 보도함에 있어서 위 기사가 원고들의 명예를 훼손할 가능성이 있다는 것을 인식할 수 있었음에도 불구하고 주의의무를 다하지 아니했다'며, '공익을 위하여 보도를 했다고 하더라도 보도내용의 진위여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사나 합리적인 자료를 활용하지도 않았고,⁵⁴⁾ 국방부 정책보좌관의 말을 듣고 기사를 썼다고는 하나, 군판사의 금품수수비리에 관하여는 그도 알지 못하는 일방적인 진술에 불과하므로 상당성도 인정할 수 없다'고 밝혔다.⁵⁵⁾

(2) 檢事事件

최근에 있었던 검사에 대한 명예훼손사건은 모두 4건이나,⁵⁶⁾ 이 가운데 특정 검사와 관련된 사건⁵⁷⁾은 제외하고 집단소송 두 사건만 차례로 살펴본다.

1) 서울고등법원 2001. 4. 19 선고 2000나9859판결⁵⁸⁾

A. 사건의 개요

C일보는 1999. 7. 30. 소위 '조폐공사 파업관련 고발사건'⁵⁹⁾을 보도하면서 '검

54) 서울지방법원 1998. 4. 15. 선고 96가합84238 판결.

55) K신문사에 대하여는 명예훼손이 인정됨에 따라 군법무관 5명에게 각각 500만 원씩의 손해배상금이 인정되었으며, M신문사에 대하여는 기각결정을 하였다.

56) 서울지방법원 2000. 2. 2. 선고 99가합77460 판결; 수원지방법원 성남지원 2000. 4. 28. 선고 99가합2207 판결; 서울지방법원 2000. 6. 7. 선고 99가합88873 판결; 서울지방법원 1999. 6. 23. 선고 99가합14391 판결.

57) 서울지방법원 2000. 4. 28. 선고 99가합2207 판결; 서울지방법원 1999. 6. 23. 선고 99가합14391 판결.

58) 이하 제1 검사사건이라 한다. 이 사건의 제1심은 지방법원 2000. 2. 2. 선고 99가합77460 판결이다.

59) 이 사건은 전 대검찰청 공안부장이던 진형구씨가 1999. 6. 7. 기자들에게 검찰이 조폐공사 파업을 유도했다는 취지의 이야기를 하였고, 그 발언내용이 언론을 통해 알려지면서 사회에 큰 파문을 일으켰는데, 노동계와 시민단체, 정치권 일각에서 철저한 진상규명을 요구하게 되었고, 그 결과 대검찰청은 이를 위해 검찰특별수사본부를 구성하게 되었다.

찰특별수사본부⁶⁰가 발표한 ‘진형구 1인에 의한 자작극’이라는 수사결론에 대하여 의문을 제기하는 기사와 사실을 각각 게재하였다. 즉, 위 사건을 수사하는 과정에서 진형구가 강희복에게 전화를 걸어 “집전화로 통화하면 수사기관에 추적될 수 있으니, 휴대전화를 보내겠다”고 제안한 다음, 휴대전화를 전하였고, 두 사람은 여러 차례 전화를 하였는바, 수사본부는 이와 같은 내용의 수사결과와 관련된 기자회견을 하면서, 강희복의 진술임을 전제로 대화내용을 직접화법으로 공개하였다. 이에 대하여 C일보는 수사본부의 발표내용을 담은 사건기사와 함께 “검찰이 감청이 아닌 강씨 진술로 밝혀진 것이라는 전제를 달고 그 전날까지도 통화내용은 프라이버시 때문에 공개할 수 없었던 통화내용을 상세히 브리핑을 하였다”고 보도하면서, 감청의혹이 있다는 내용과 그 의혹을 명백히 밝혀야 한다는 내용의 사실을 별도로 게재하였다. 이에 대하여 검찰특별수사본부 소속검사 12명은 C일보를 상대로 명예훼손으로 인한 손해배상소송을 제기하였다.

B. 법원의 판단

법원은 “사실의 주요내용이 진형구와 강희복 사이의 휴대폰 통화내용을 검찰이 감청한 의혹이 있다는 것이고, 그 판단은 검찰이 위 과업유도사건을 조사, 발표하는 과정에서 발생한 사실들을 전제로 하였는바, 검찰특별수사본부 검사12명은 원고로서의 적격성이 있다”고 전제한 후, “문제의 사실은 ‘검찰의 감청의혹’ 또는 ‘휴대폰도 도청되나’라는 제목을 사용하였고, 그 내용을 종합해보면, 원고(검사)들이 불법감청을 한 다음 그 감청내용을 일부 공개하면서 그 감청사실의 존재를 은폐하려는 여러 의심스러운 행동을 하였다는 취지의 전제사실을 간접, 묵시로 적시하고 있다”고 보아야 하므로, “위 사실은 비록 논평이라고 보아야 할 부분도 상당히 있지만, 전체의 흐름을 볼 때 구체적인 사실을 적시하고 있다”고 하여 사실에 의한 명예훼손을 인정하였다.⁶⁰⁾

2) 서울지방법원 2000. 6. 7. 선고 99가합88873 판결⁶¹⁾

A. 사건의 개요

60) 법원은 이 사건에서 검사 1인당 1,500만 원씩의 손해배상금과 함께 명예회복을 위한 적당한 처분으로서의 정정보도문의 게재를 명하였으나, 2심에서 손해배상액만 각각 천만원씩으로 삭감하였다.

61) 이하 제2 검사사건이라 한다.

H일보사는 독자의 제보전화를 받고 대검찰청 범죄정보담당관실에 근무하는 박모씨(주사보)가 폭력사건청탁과 관련하여 뇌물을 받았다는 기사를 고소장에 근거하여 작성하면서, “뒤통 찡긴 대검직원, 공돈만 찡기는 변호사”라는 제목으로 2회 연속 보도(1999. 8. 12., 8. 17.)하였다. 위 보도가 나간 후 서울지검 형사부는 확대수사의 필요성을 인식하고 형사4부 검사전원을 수사에 투입하여 수사한 결과, 박모씨에게 가야 할 뇌물이 배달사고로 인해 중간에서 없어진 점을 밝혀내면서, 박모씨가 이 사건의 피해자에 대하여 자신이 갖고 있던 채권의 회수를 위해 폭력사건가해자와 피해자간의 합의를 알선하였고, 결과적으로 합의금 중 일부를 자신의 채권으로 회수하였다고 발표하였다.

그러나 박씨가 신문의 첫 보도가 나간 이후 바로 자취를 감추었다가 20일 만에야 나타나 조사를 받았고, 수표추적결과 3장을 박씨가 사용한 것으로 나타나자, H신문사는 9. 16.자에 다시 “검찰 ‘자기식구’ 싸고돌기?”라는 제목으로 박씨에 대한 체포를 늦추는 바람에 박씨가 사전에 관련자들과 입을 맞추거나 증거를 은밀함으로써 검찰은 당초 고소내용에 나타난 사실을 밝혀내지 못하고는 다른 혐의로 구속하였다는 내용의 보도를 하였다.

이에 대해 서울지검 형사4부 검사 10명은 집단으로 H신문사를 명예훼손혐의로 고소하였다.

B. 법원의 판단

법원은 먼저 형사4부의 부장과 담당 주임검사에 대하여는 원고적격을 인정하였으나, 나머지 검사들에 대해서는 “실제로 이 사건 수사에 참여한 점은 인정되나, 이러한 사실만으로는 피해를 입었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이 사건 기사가 형사4부 소속검사 전원의 명예를 훼손하였음을 인정할 증거가 없다”고 하여 원고적격을 인정하지 않았다. 그러나 언론보도의 전반적인 내용이 일반독자가 보기에 부장검사나 주임검사가 “검찰청 직원인 박씨를 자기식구라고 싸고돌면서 그로 하여금 사전에 관련자들과 입을 맞추거나 증거를 은폐할 시간을 주기 위해 일부러 늦게 체포하였고, 결국 그가 증거인멸을 함으로써 검찰은 당초 고소내용에 나타난 사실을 밝혀내지 못하고는 다른 혐의로 구속하였다는 취지로 이해된다”며 명예훼손을 인정하였다. 법원은 또 사실관계에서 보건대 “박씨가 문제의 수표 중 3장을 사용하게 된 경위와 보도직후 자취를 감춘 점, 진술을 번복한 점 등을 종합해 보건대 사건수사 전에 사건관계자들과 입을

맞추고 증거를 인멸한 점에 대하여 강한 의문이 들기는 하지만, 이러한 의문점만 가지고는 이 사건수사를 축소했다거나 봐주기식 수사를 했다고 단정할 수 없다”고 하여, 손해배상금 1,500만 원씩이 인정되었다.

(3) 小結

1) 집단소송의 원고적격성 인정여부

앞에서 살펴본 바와 같이 이론적으로는 위의 세 사건 모두 피해자의 특징이 인정되며, 그럴 경우 집단의 명예훼손소송도 가능함은 위에서 살펴본 바와 같다. 그러나 제2 검사사건의 경우 분명히 기사에서 ‘서울지검 형사4부’, ‘검찰’ 등의 불확정적 표현이 사용되고 있음에도 불구하고 부장검사와 주임검사에 대해서만 원고적격성을 인정하고, 나머지 소속검사들에 대해서는 “이 사건 수사에 참여한 점은 인정되나 이와 같은 사실만으로는 ‘집단표시에 의한 명예훼손’으로 인해 피해를 입었다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이 사건 기사가 형사4부 소속검사 전원의 명예를 훼손했음을 인정하기 어렵다”며, 이름이 명시된 두 검사에 대하여만 명예훼손을 인정하였다.

살피건대 제1검사사건의 경우에도 실제로 언론 앞에 나와 수사결과를 직접 브리핑하고 기자회견을 한 검사는 특별수사본부장 한 사람 뿐이었고(물론 기자회견장에는 주임검사가 동석하였으나, 실명으로 거론되지는 아니하였다), 기사 중에도 실명으로 거론된 검사는 본부장 한 명뿐이었음에도 불구하고, 피해자의 특징을 인정하여, 모든 수사본부의 검사 12명에 대하여 명예훼손을 인정한 것과 비교해 보면, 어딘가 석연치 아니한 점을 남긴다. 즉, 제1 검사사건에서 법원은 “피해자의 특정여부를 판단함에는 비록 인적 사항을 명시하지 아니한 기사나 영상 자체만으로 피해자를 인식하기 어렵게 되어 있다고 하더라도, 그 표현의 내용을 주위사정과 종합해 보면 기사나 영상이 나타내는 피해자가 누구인가를 알 수 있고, 또 그 사실을 아는 사람이 다수인 경우에는 피해자가 특정되어 있다고 보아야 한다”고 전제하고 “조폐공사 파업유도사건을 수사하는 검찰관계자는 원고검사들과 검찰직원들 뿐이므로, 원고들의 업무를 평소 잘 알고 있는 사람들이나 원고들의 직역과 관계되는 업무에 종사하는 사람들, 그리고 위 파업유도사건관련기사에 관심을 갖고 있던 일반독자들도 쉽게 원고들과 관련된 사실 들임을 인식할 수 있다”고 판시하였다.

따라서 제2 검사사건에서도 ‘원고들의 업무를 평소 잘 알고 있는 사람들이나

원고들의 직역과 관계되는 업무에 종사하는 사람들, 그리고 이 사건관련기사에 관심을 갖고 있던 일반독자들도 쉽게 원고들과 이 기사가 관련되어 있음'을 인식할 수 있다고 보아야 할 것임에도 불구하고, 제2 검사사건에서는 부장검사와 주임검사를 제외한 나머지 같은 부소속 검사들에 대해서는 원고적격을 인정하지 아니하였다. 이와 같은 법원의 태도는 다음의 사건과 비교해 보면 더욱 분명하게 문제점이 드러난다. 즉, 지난 해 전국을 떠들썩하게 했던 L변호사비리사건이 터졌을 때, 모방송국에서 實名은 거론하지 아니한 채, '검찰', '검사', '수사담당검사' 등으로 표현하면서 검찰수사과정과 결과에 대한 강도 높은 비판을 하였는바, 이에 대하여 남부지방검찰청 소속검사 22명이 집단명예훼손소송을 제기하였고, 재판과정 중 재판부는 방송국에 대해 검사 22명에게 1인당 천만 원씩을 지급하라고 강제조정을 함으로써(이하 검사강제조정사건이라 함)⁶²⁾, 검사 전체 집단의 원고적격성을 적극적으로 인정한 사례가 있다.

이상의 일련의 검사사건을 조망해 볼 때 집단명예훼손사건에 있어서의 원고적격성의 인정여부가 재판부에 따라 일관성이 없이 행해지는 것이 아닌가 하는 의구심을 떨쳐 버릴 수가 없다. 검사강제조정사건의 경우에는 피해자가 특정되지 아니한 채 보도되었음에도 불구하고, "방송국의 보도가 자신들을 지칭하지는 않았지만 검사 전체를 매도함으로써 검사들 개개인의 명예가 훼손됐다"고 주장하는 남부지청 소속검사 전원에게 정신적 손해를 배상하라고 하였다면, 제2 검사사건에서는 '형사4부'라는 명시적인 지칭이 있었음에도 불구하고 소속검사들에게 원고적격이 인정되지 않았기 때문이다. 집단의 성격이나 규모로 보더라도 제2 검사사건의 경우가 검사강제조정사건의 경우보다 훨씬 규모가 작고, 성격이 분명하다는 점에서 문제점을 지적할 수 있다.

살피건대 언론보도로 인한 명예훼손사건의 경우, 명예훼손의 피해자 적격성(원고적격성)은 엄격하게 인정되어야 한다고 생각한다. 원고적격성을 광범위하게 인정하게 될 경우 권력기관에 대한 언론의 감시기능이 약화됨으로써 필연적으로 국민의 알권리가 축소되는 위축효과를 낼 수 있기 때문이다. 더구나 고위공직자의 경우 사인과는 달리 그 업무가 공적인 관심사가 되고, 특히 검사들의 경우 사회적으로 물의를 빚거나 논란의 대상이 되고 있는 사건을 담당하고 있기

62) 서울남부지방법원 민사4부 99가합5683(1999. 6. 28. 강제조정). 그러나 이 사건은 강제조정이후 양 당사자가 모두 이의를 제기하여 아직 재판에 계류 중이므로 더 이상의 자세한 논의는 하지 아니한다.

때문에 필연적으로 자신이 공적인 토론의 대상이 될 수밖에 없으며, 그 결과 밀착된 국민적 감시(closer public scrutiny)⁶³⁾가 필요한 주체임에도 불구하고, 원고 적격성을 특정되지 아니한 집단으로까지 확대하여 인정한 것은 언론의 자유를 인정하는 헌법적 의의와 국민의 알권리충족이라고 하는 두 요소를 고려하지 아니한 결과라고 보여진다.

2) 사실과 의견표명

사실과 의견의 문제는 주로 검사사건에서 문제가 되는데, 언론보도로 인하여 명예훼손이 인정되기 위해서는 특정피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 ‘사실의 적시’가 있어야 하는데, 제1 검사사건은 사실적 문제를 다룬 일반(straight) 기사가 문제가 아니라 신문사의 입장과 의견을 담은 사실이 문제였다는 점에서 논의의 여지가 있다. 특정한 표현행위가 사실인가 또는 의견이나 논평인가를 가릴 때 먼저 기준이 되는 것은 사실을 그대로 전하는 소위 일반기사는 사실의 적시로 분류되고, 사실이나 만평, 논설은 해당 언론사나 작성자의 의견이나 논평으로 분류되는 것이 가장 고전적인 방법이다.⁶⁴⁾ 그럼에도 불구하고 법원이 제1 검사사건의 경우 “의견 또는 논평을 표명하는 것이라면 그와 동시에 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 것인가 그렇지 아니한가를 구별할 필요가 있다”⁶⁵⁾고 하면서 사실 중에 사실이 암묵적으로 전제되어 있다고 판단한 것은 논의를 필요로 한다. 즉, 사실이 전제되지 아니한 의견이나 논

63) 김민중, 원고의 신분과 명예훼손의 법리의 적용.

64) 서울민사지방법원 1993. 10. 8. 선고 92가합16462 판결; 수원지방법원 1993. 7. 30. 선고 93카합312 판결; 서울민사지방법원 1992. 2. 20. 선고 89카8917 판결.

65) 同志: 대법원 2000. 2. 25. 98도2188 판결; 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결; 대법원 1994. 10. 25. 선고 94도1770 판결. 위 두 판결에서 대법원은 “신문 등 언론매체의 어떠한 표현행위가 명예훼손과 관련하여 문제가 되는 경우 그 표현이 사실을 적시하는가, 아니면 단순히 의견 또는 논평을 표명하는 것인가, 또는 의견 또는 논평을 표명하는 것이라면 그와 동시에 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 것인가 그렇지 아니한가의 구별은 당해 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접하는 방법을 전제로 기사에 사용된 어휘의 통상적인 의미, 기사의 전체적인 흐름, 문구의 연결방법 등을 기준으로 판단하여야 하고, 여기에다가 당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 등도 함께 고려하여야 하는 것이다”라고 밝혔다. 그러나 이 사건들은 모두 일반기사(straight)가 문제된 사건들이었고, 따라서 기사 안에 의견이 표명되어 있는가, 아닌가가 중요한 쟁점이었다는 점에서 제1검사사건과 기본적으로 다르다고 보아야 한다.

평이 존재할 수 없음에도 불구하고 그 사실의 전제가 되는 사실이 묵시적으로라도 존재하면 바로 명예훼손이 인정된다는 것은 이해할 수 없는 일이다. 기본적으로 사실에 근거하지 안한 논평이나 의견표명이 있을 수 없고, 법적으로도 사실과 의견의 구분자체가 상당히 어려운 문제로 늘 논란을 불러 왔고,⁶⁶⁾ 최근의 보도추세를 보면 사실기사와 논평의 이분구조에서 사실주장과 의견, 평가, 비판, 촉구, 논평 등이 혼재하는 형식으로 점차 바뀌고 있어 그 한계가 더욱 모호해지고 있다. 예컨대 사실주장과 의견이 混在해 있는 경우가 대부분인 방송보도를 보면, 최근에 있었던 지하철성추행범죄관련 방송보도사건의 경우, 의사가 범죄자의 행위를 ‘성도착증’이라고 진단한 것은 범죄자의 행위가 전제되지 않으면 결코 진단할 수 없음에도 불구하고(사실의 명백한 전제) 법원은 ‘전문가입장에서 행한 의견 혹은 견해표명’이라고 판단하여 명예훼손을 인정하지 않았다.⁶⁷⁾

그러나 제1 검사사건의 경우에는 검찰특별수사본부의 발표와는 달리 아예 사실란에서 이 문제를 다루고 있으므로 외형상 당연히 논평으로 분류됨에도 불구하고 그 논평의 전제가 되는 사실이 암묵적으로 존재하므로 명예훼손에 해당한다고 하는 것은 엄격해석이라고 하는 형법의 기본원칙에도 위배되는 확대해석의 결과라고 볼 수 있다.

다음으로 그 보도의 경위가 국민의 알권리, 즉, 오로지 공공의 이익을 위하여, 그 내용이 진실이고, 진실이라고 믿을만한 상당성이 있는 경우에도 명예훼손이 인정될 수 있는가 하는 문제가 제기된다.

3) 공익성

세 사건 모두 보도내용은 다소 과장되어 허위의 사실⁶⁸⁾이 일정부분 포함되어 있기는 하나, 대체로 공공의 이익을 위해 보도했다는 점은 이해된다. 제2 검사사건의 경우에는 당시로서는 국민적 초미의 관심사였던 앞의 두 사건에 비해 다소 공익성이 떨어진다고 볼 수도 있으나, 유독 제2 검사사건에서만 법원이

66) 줄고, “반론권에 관한 비교헌법학적 고찰(이하 반론권이라 함)”, 1995년도 서울대 박사학위청구논문, 183-187쪽 참조.

67) 서울지방법원 2000. 10. 11. 선고 2000가합4673 판결.

68) 예컨대 군법무관사건의 경우 ‘군판사들이 재판과정에서 금품을 수수하는 등의 비리를 저질렀다’는 부분은 당해 사건에 있어서의 특정 군법무관들에 대한 평가나 사실의 적시가 아니라 일반적으로 軍裁判을 둘러싸고 일고 있는 여론의 동향을 전한 것에 불과하다고 보아야 한다.

명시적으로 보도의 공익성을 인정하였다. 즉, “기사의 내용이 검찰수사의 의문점이나 공정성을 지적하고 있는 점에서 기사의 내용이 공공의 이해에 관련된 것이고 그 목적이 공익을 위한 것임은 인정된다”고 밝힌 것이다.

살피건대 개인의 언론활동이 타인의 명예를 훼손하는 경우, 행위자와 피해자라는 개인 대 개인간의 사적인 관계에서는 언론의 자유보다 명예보호라는 인격권이 우선하나, 당해 표현이 공공적·사회적·객관적인 의미를 가진 정보에 해당되는 것은 그 평가를 달리 하여야 한다. 왜냐하면 국민이 알아야 할 정보(알권리)는 개인의 인격형성과 자기실현은 물론 정치적 의사형성과정에도 참여하는 자기통치를 실현하는 공적 기능도 아울러 갖고 있기 때문이다.⁶⁹⁾

뿐만 아니라 자본주의 사회에서의 정보는 기업으로서의 신문사나 잡지사, 방송사 등에서 수집되고 처리되며 전달되는 정보 중 상품가치가 있다고 판단되는 것만을 골라 보도하게 되는바, 이는 굳이 언론의 성격이 초기의 사상적 언론에서 현대에 와서는 상업적이고 대중적인 언론으로 발전(von der Gesinnungs- zur Geschäftspresse)⁷⁰⁾했음을 거론하지 않더라도 쉽게 이해할 수 있는 대목이다. 이와 같은 전제하에서 위의 사건들을 보면, 워낙 국민의 관심이 집중되었던 사안인 만큼 언론사들이 경쟁적으로 보도를 하는 과정에서 다소의 과장보도와 허위의 사실이 게재되었고, 특히 군법무관사건은 비록 ‘非報道’⁷¹⁾라고 하는 전제가 있기는 하였으나 국방부의 책임 있는 현직 장성의 보고를 토대로 그러한 인식이 軍内部에도 존재한다는 것을 전하는 방식(風聞 또는 傳聞의 형식)⁷²⁾으로 작성된 것이며, 언론의 특성상 마감시간에 쫓겨 신속보도를 해야 하는 과정에서

69) 헌재 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정.

70) J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Luchterhand, 5. Aufl. 1971 S. 220.

71) 비보도를 전제로 사실을 확인해 준 사건을 기사화함으로써 기자가 해당 출입처에서 일정기간 출입금지 또는 출입금지 기타 불이익을 받아야 하는 것은 별론으로 치더라도 책임있는 자의 말을 토대로 記事化한 것이 주의의무위반이 될 수는 없는 일이다.

72) 인용을 제대로 하지 않고 주관에 따라 해석하여 다른 내용을 보도한 경우에는 당연히 명예훼손이 인정되나{Carson v. Allied News Co. 529 F.2d 206(7th Cir. 1976); Masson v. The New Yorker Magazine, Inc. 111 S.Ct. 2419(1991)}, 정부관계자의 발표를 그대로 보도한 경우 국가를 상대로 한 손해배상청구는 별론으로 하더라도 그것을 보도한 언론사에게는 책임이 인정되지 아니한다(서울민사지방법원 1992. 4. 29. 선고 91가합43911 판결).

사실확인예의 주의의무가 다소 결여된 부분이 인정된다.⁷³⁾ 다시 말하여 그 기초적 사실에 있어서 객관적 진실에 부합하는 부분이 많고, 그 취재경위나 취재원에 대한 신뢰정도 등에 비추어보면 그 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유도 있었을 뿐만 아니라, 기사의 내용과 성격이 공익성을 갖는다는 점에 있어서도 당연히 인정되어야 하며, 피해자들을 현실적으로 비방하고자 하는 의도도 인정되지 아니한다. 사실 신속을 요하는 보도에 수반되는 표현상의 오류는 사상과 의견에 대해 아무런 제한 없는 자유로운 표현을 보장하는데 따른 불가피한 결과이고, 이러한 오류수반의 표현도 자유토론과 진실확인예에 필요한 것이므로 어느 정도는 보호되어야 한다.⁷⁴⁾

또 명예훼손의 표현방법에는 여러 가지가 있을 수 있으나,⁷⁵⁾ 전문형식의 보도의 경우 실제내용을 바꾸지 않고 단지 표현만 달리 하는 경우에는 비록 그 내용이 다소 모호해진다 하더라도 그것은 ‘사소한 부정확(minor inaccuracy)’으로서, 이른바 ‘실질적인 정확성(substantial truth)’의 원칙에 따라 명예훼손이 되지 않는다는 것이 미연방대법원의 입장이다.⁷⁶⁾ 물론 군법무관사건의 경우 책임 있는 국방부장성의 설명 외에도 시중에 돌고 있는 의혹이 덧붙여져 있다는 점에서 문제가 있을 수 있으나, 그 내용이 왜 국방부가 군사법기관의 조직과 인사를 개편하려고 하는지, 또는 왜 개혁을 하고자 하는지를 설명하기 위하여 문제점을 파헤친 것에 불과하다고 보아야 한다. 왜냐하면 독자나 시청자의 시선을 끌고자 하는 언론매체의 경우 그 표현이 다소 부정적이거나 신랄한 비판을 넘

73) 법원은 “비보도를 요청한 상황에서 이와 같은 신속한 보도가 이루어져야 할 필연성이 있는가도 의문이다”라고 하여 기사의 성격상 신속성이 인정되지 아니한다고 하였는바, 당시에는 S방송사에서 연일 관련비리문제를 특종형식으로 터뜨리고 있는 상황에서 관련자들이 방송사를 상대로 명예훼손소송까지 벌이고 있었는데, 이러한 상황에서 책임있는 국방부관리의 직접적인 진실확인예는 충분히 기사로서의 가치가 있었다고 봄이 옳을 것이다.

74) 현재 2000. 10. 25. 선고 2000헌마483 결정.

75) 예컨대 질문의 형식을 취할 수도 있고(서울지방법원 1998. 11. 25. 선고 97가합 71274 판결), ‘일설에 의하면’ 하는 식으로 타인의 주장이나 풍문전과방식을 취할 수도 있으며(서울지방법원 2000. 3. 29. 판결 99가합34685판결; 서울민사지방법원 1997. 2. 26. 선고 96가합31227 판결), 간접적이고 우회적인 표현을 사용할 수도 있고(서울지방법원 2000. 1. 19. 선고 99가합42730 판결), 만화나 만평, 그림과 같은 도화로도 할 수 있으며(대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결), 비속한 표현을 사용할 수도 있다(서울지방법원 1998. 7. 1. 판결 97가합88220 판결).

76) Masson v. The New Yorker Magazine, Inc. 111 S.Ct. 2419(1991).

어서 비방적 비판(Schmahkritik)⁷⁷⁾의 수준으로 가는 경우도 흔하고, 그 과정에서 다소 과장된 묘사를 하기도 되는데, 그것이 악의를 가지고 私人에 대하여 하는 것이 아니라 정책을 담당하고 있는 공인과 그 직무에 대하여 행해지는 경우에는 당연히 부적절한 비판도 용인될 수 있어야 한다.⁷⁸⁾ 이 같은 보도는 신문 기자가 소송의뢰인 일방의 진술에 의존하여 ‘변호사사건을 불성실하게 처리하고 고액의 승소사례금을 받은 부도덕한 사람이라고 보도’⁷⁹⁾함으로써 변호사의 명예를 훼손하는 경우와는 분명히 다른 것이다(이하 변호사사건이라 함). 따라서 고소인측의 일방적인 진술에 의존하여 기사를 작성한 제2 검사사건의 경우에는 법원이 인정한 바와 같이 비록 검찰직원이 문제의 수표 중에 3장을 사용했다거나, 증거인멸을 한 의문점 등이 인정된다고 하더라도 기사를 작성함에 있어서 사실이라고 믿을만한 상당성을 인정받기가 상대적으로 힘들다고 보아야 할 것이다. 또 변호사사건의 경우에도 기본적으로는 당사자일방의 말만 믿고 보도했다는 점에서 타방당사자에게 확인하는 절차를 거치지 아니한 과실이 분명히 인정되고, 그 내용이 변호사의 업무에 관련된 것이어서 상당성을 인정하기가 쉽지 않다. 그러나 군법무관사건은 軍司法政策에 관여하고 있는 책임자가 사실을 확인해준 내용을 기초로 작성되었고, 그 내용 또한 개인의 문제를 다루고 있는 것이 아니라, 군사법전체의 비리와 앞으로의 대책을 보도하는 가운데 비리유형과 시중의 의혹을 짚은 일종의 ‘공적 관심사에 대한 여론형성’이라고 하는 이른바 ‘언론의 공적 기능’에서 나온 기사라고 보아야 하기 때문에 위의 변호사사건이나 제2검사사건과는 기본적으로 다른 사건이라고 판단된다.

더욱이 제1 검사사건의 경우 검찰이 수사과정 중에 감청을 하였다는 ‘의혹’을 신문사설에서 제기하였는데, 법원은 “비록 표현이 ‘의혹’이기는 하나 그 의혹이 진실에 반하는 사실에 터잡은 것이거나 ‘의혹’이라는 표현으로 사실상 타인의 명예를 해치는 허위의 사실을 암시하고 있어 명예훼손에 해당된다”고 판시하고 있다. 그러나 ‘의혹’이라고 하는 것은 의심되는 사실을 말하는바, 그것이 확실한 사실일 경우에는 의혹이라는 표현을 사용하지 아니할 것이며, 언론에서 국민적 관심사에 대하여 의혹을 제기하는 것은 언론의 공적 기능이라고 하는 성격과

77) BGHZ 45, 296(1966); BVerGE 42, 143(1976).

78) 비방적 비판의 한계에 대하여는 박용상, “표현행위의 위법성에 관한 일반적 고찰 3”, 法曹, 제44권 제10호, 55-57쪽 참조.

79) 서울지방법원 2000. 5. 31. 선고 2000가합1377 판결.

특성상 지극히 자연스럽고도 당연한 일임에도 그에 대하여 명예훼손을 인정하는 것은 현실적으로 언론의 보도를 제한하고 위축시키는 결과(chilling effect)를 가져올 수밖에 없다. 의혹이라는 말에는 불확실하지만 이러한 의심이 있을 수 있으므로 공익을 위하여 반드시 밝혀져야 한다는 뜻이 포함되어 있음을 간과해서는 아니 될 것이다. 더구나 그 의혹이 검찰이 발표한 수사결과에서 기인하는 것이라면⁸⁰⁾ 그 의혹은 당연히 그 수사를 담당했던 특별수사본부가 밝혀야 할 의무가 있는 것이다.

일반적으로 명예훼손이라고 하는 것이 기사의 명시적인 내용뿐만이 아니라 일반독자가 통상 신문이나 방송의 기사를 읽는 방법, 제목과 쏘문의 내용, 배치 등을 종합하여 받은 인상을 근거로 판단하여야 하는바, 위의 세 경우는 이미 그 내용이 일반에게 널리 알려졌던 내용이거나 제1 검사사건의 경우에는 ‘사실’이라고 볼 수 없는 의견이 사실의 형식으로 제시되었고, 더욱이 그 의혹을 지적했다는 점에서 국민의 알권리충족이라는 점이 충분히 반영되었어야 할 것이다. 제2 검사사건과 비교를 해보더라도 공익성은 오히려 제1 검사사건의 경우가 더 높았다고 판단된다. 더구나 우리나라 독자나 시청자의 이성적인 판단능력을 인정한다면 의혹을 제기한 사실에 대하여 ‘사실’이라며 공익성을 인정하지 않았다는 것은 이해하기 어렵다. 따라서 이와 같은 성격의 사례들은 적극적인 명예훼손인정과 같은 방법에 의해 문제를 해결할 것이 아니라 반론보도청구권이나 정정보도청구권 등의 행사로 문제를 해결하는 것이 진실발견이나 활발한 토론을 위해 한결 바람직한 방법이 될 것이다.

4) 상당성

군법무관사건에서 법원은 “비록 기자가 국방부 정책보좌관의 설명을 듣고 기사를 작성했다 하더라도 그의 진술 중 군검찰과 군판사의 금품수수 등의 비리에 관한 부분은 그도 알지 못하는 부분에 대한 일방적인 진술에 불과하다”고

80) 신문은 감청의혹의 원인이 ① 검찰이 통화내용은 감청이 아닌 강씨 진술로 밝혀진 것이며, 등장인물도 강씨, 진씨 두 사람뿐이라고 밝힌 사실, ② 검찰이 전날까지 개인의 프라이버시라면서 통화내용을 공개하지 않다가 그 다음날 태도를 바꾸어 통화내용을 공개한 사실, ③ 검찰이 강씨 진술을 진씨의 1인칭 직접화법으로 한 편의 시나리오처럼 대화체로 발표했기 때문이라고 밝혔다. 그러나 법원은 “실제로 검사들이 진행구와 강희복의 대화를 감청했다고 판단되는 합리적인 근거를 가지고 있지 않았다”고 판단했다.

판시하였는 바, 기사를 취재하는 기자의 입장에서는 현역 장성으로서 군의 일반적인 정책을 담당하고 있는 고위관리의 말을 진실이 아니라고 믿기 어려우며, 또한 그 내용이 군의 일방적인 PR이 아닌 상당히 뼈아픈 고충을 담고 있는 군 내부의 비리를 담고 있다는 점에서 진실성을 의심하기는 어렵다고 보아야 할 것이다. 더욱이 당시에는 S방송사의 보도이후 병무비리 수사과정 중에 군기무사와 군검찰간의 알력으로 수사에 대한 외압여부가 문제되고 있었고, 군검찰의 수사에 대하여는 축소·은폐의혹이 제기되었으며, 그 후에 실제로 군법무에 대하여 감찰이 이루어져 일부 군법무관들이 문책을 받았고, 군당국에서는 군사법제도 개선안까지 발표되는 등 일련의 조치들이 정책보좌관의 말과 일치하였다는 점을 인정한다면, 상당성을 인정하지 못하겠다는 법원의 태도는 지나치게 경직되었다고 할 수밖에 없다. 예컨대 통일원관계자나 경찰관계자로부터 들은 말을 토대로 기사를 작성한 경우에는 “이름조차 알 수 없는 사람으로부터 들은 막연한 말만을 가지고 그 진위여부는 더 이상 확인해 보지도 아니한 채 이를 그대로 기사화하였다면 설령 기자들이 그것을 진실이라고 믿었다 한들 그 믿음에 상당한 이유가 있다고 할 수 없다”⁸¹⁾고 판단하여야 하지만, 확실한 지위에 있는 者가 비보도를 전제로 사실확인을 해 준 위 사건에서는 문제가 확연히 다를 수밖에 없다. 따라서 병무비리사건을 취재하는 기자들은 당시로서는 軍司法 일반에 대하여 상당한 의혹을 가질 수밖에 없었고, 그 의혹을 풀어주거나 대책을 확실하게 밝혀주는 자에 대한 신뢰 하에서 보도한 기사이므로, 결과적으로 상당성 또한 인정될 수 있으며, 이러한 보도는 통상적인 언론의 의혹제기 내지는 언론의 공정한 논평으로도 평가될 수 있는 부분이다. 다시 말해 보도과정 중 과장이나 사소한 허위의 문제가 제기되어 일정부분 명예훼손적인 내용이 들어 있었다 할지라도 그 내용이 핵심적인 것이 아닐 뿐만 아니라, 공공성·진실성·상당성에 부합하는 한에 있어서는 위법성이 조각된다 할 것이다.

이어서 제1 검사사건의 경우 검사들이 실제로 휴대폰에 대한 감청을 했는지의 여부에 대한 사실확인절차를 거치지 않았을 뿐만 아니라 수사본부장이 그 사실에 대하여 항의를 했음에도 불구하고 다른 확인절차를 거치지 아니한 채 사실을 게재하였으므로 결과적으로 관련검사들의 명예를 훼손했다고 밝히고 있다. 그러나 감청여부를 확인할 수 있는 아무런 장비도 가지고 있지 아니한 언론

81) 대법원 1998. 10. 27. 선고 98다24624 판결.

이 의혹을 제기하는 방법 외에 어떻게 달리 사실확인절차를 거칠 수 있는가, 하는 문제를 생각한다면 ‘사실확인절차를 거쳤어야 한다’는 법원의 판단은 지극히 형식논리적인 결과라고 생각된다. 뿐만 아니라 명예훼손사건에 있어서 입증책임의 문제를 살펴볼 때, ‘검찰이 감청을 한 의혹이 있다’는 사실을 언론사가 입증해야 하는 것이 아니라 ‘우리는 감청을 하지 않았다’고 검찰에서 입증을 하여야 마땅함에도 불구하고, 그 책임을 언론사가 져야 하는 것처럼 판시한 것은 문제라고 생각되나, 이에 관하여는 뒤의 V.에서 상술한다.

또 제2 검사사건의 경우 언론보도가 고소인측의 일방적 진술에 의존하고 있는 점이 인정되어 사실확인을 위한 노력이 결여되어 있음은 이미 언급한 바와 같으나, 수사과정을 추적한 후속기사들은 수사와 관련된 의혹을 제기하고 있고, 특히 사건보도직후 부장검사의 이의제기에 따라 곧 수정보도가 나갔음을 살펴볼 때, 정정보도는 인정하지 않고 적극적으로 명예훼손으로 인한 손해배상을 인정한 것은 다소 무리가 아니었나 하는 생각이 든다.

더욱이 언론의 자유를 헌법적 가치로 보장하고 있는 헌법정신에 비추어볼 때 공적인 업무를 수행하고 있는 원고들로서는 직무와 관련된 언론보도가 당연히 생길 수 있고, 그러한 언론보도는 순수한 진실보도라 할지라도 일정부분 정신적 압박감과 같은 부담을 느낄 수밖에 없으며, 따라서 어느 정도의 수인의 의무는 당연히 인정되고, 그러한 부담은 국민의 알권리와 상관계 하에서 논리필연적으로 도출된다 할 것이다. 게다가 언론이 자연인 개개인에 대한 명예훼손이 아닌 국가기관에 대해 시중에 돌고 있는 의혹을 제기하는 것은 여론을 보도하고 형성해야 할 언론의 당연한 의무라고 보아야 한다. 따라서 위 판례는 명예훼손에 있어서의 원고적격의 문제에 있어서 개인과 국민의 알권리의 대상이 되는 국가기관간의 차이를 전혀 인정하지 아니한 판례로서 언론의 역할과 기능이 전혀 고려되지 아니한 문제점이 인정된다.⁸²⁾

82) 따라서 위의 사건들은 명예회복으로 인한 적극적인 손해배상을 인정하기보다는 상징적인 손해배상액인정과 함께 민법 제764조에서 규정하고 있는 ‘명예회복에 적당한 처분’으로서의 정정보도나 판결문게재 또는 반론보도문의 게재 등으로 문제를 해결하는 것이 훨씬 바람직했을 것으로 사료된다.

IV. 機關에 대한 명예훼손과 국민의 알권리

1. 機關에 대한 명예훼손

역사적으로 보면, 사람의 가치에 대한 사회적 평가라고 할 수 있는 명예를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련법은 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한하고 억압하는 수단으로 쓰여졌다. 국민의 알권리와 다양한 사상·의견의 교환을 보장하는 언론의 자유는 민주제의 근간이 되는 핵심적인 기본권이고, 명예보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되는 권리이므로, 이 두 권리를 비교형량하여 어느 쪽이 우위에서는 것인가 하는 것을 판단하는 것은 헌법이론으로 풀어야 할 문제이다.

그런 점에서 볼 때 명예훼손사건에 있어서 국가기관의 원고적격성에 대해서는 국가기관이 자연인이나 법인, 기타 단체와 같은 일반적 인격권을 가진다고 볼 수 없기 때문에 별도의 이론을 적용 받아야 될 것으로 생각된다.⁸³⁾ 예컨대 언론의 보도로 인하여 국가기관의 명예가 훼손되었다고 주장할 수 있는가, 즉, 개인이나 법인, 기타 단체와 국가기관을 동일하게 취급할 수 있는가에 대해서는 학설이 나뉘고 있으며, 각국의 헌법과 법제에 따라서도 다소 상이한 태도를 보이고는 있으나 국가기관에 대한 명예훼손에 대해서는 대체로 공공성을 이유로 다분히 부정적인 입장을 보이고 있다고 할 수 있다.

예컨대 소송에 있어서 전통적으로 개인과 국가의 차이를 인정하지 아니하는 common law 국가에서도 미국과 영국의 입장이 다소 다른바, 미국에서는 “헌법적 관점에서 볼 때 기관에 대한 명예훼손을 개인과 달리 보아야 할 고유한 이유(inherent reason)가 없다”⁸⁴⁾고 밝히고 있으나, 그 후에 본격적으로 국가기관이나 州政府 등 공공기관에 대하여 명예훼손상의 원고적격을 인정한 판례는 찾아보기 어렵다. 그런가하면 영국에서는 common law 상의 공익성의 원칙을 들어 “중앙정부와 지방자치단체가 명예훼손을 이유로 언론을 상대로 한 손해배상 소송을 제기할 수 없다”고 하는 것이 영국 최고법원(貴族院-House of Lord)⁸⁵⁾

83) 자연인이 아닌 법인이나 단체가 인격권을 갖는가에 대해서도 논란이 있을 수 있으나, 명예를 사람에 대한 사회적 평가라고 보는 한 법인이나 단체도 명예의 주체가 될 수 있으며, 학설과 판례도 이를 인정하고 있다. 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다 17851 판결.

84) Beauharnis v. Illinois 343 U.S. 250(1952).

의 입장이어서,⁸⁶⁾ 외형적으로 볼 때에는 두 나라사이에 명백한 차이가 있는 것처럼 보인다. 이러한 차이는 대륙법국가에서도 감지되는바, 독일에서는 “국가기관은 ‘개인적 명예’를 가지는 것도 아니고, 일반적인 인격권의 주체라고 할 수도 없다”⁸⁷⁾는 것이 독일연방헌법재판소의 태도이고, 프랑스에서는 출판물에 의한 명예훼손의 경우 “그 피해자가 공공기관(*corps constitue*)일지라도 이를 처벌할 수 있도록 규정하고 있는 출판자유법(*la loi sur la liberte de la press de 1881*) 제30조와 제48조의 규정에 따라 명예훼손소송을 제기할 수 있다”고 하고 있으나, 언론에 대한 명예훼손을 제기할 수 있는 공공기관의 범위를 ‘그 기관의 총회나 기관장 또는 그 상급기관’으로 한정하고 있다. 이처럼 프랑스가 공공기관에 대한 명예훼손을 명문으로 인정하고 있는 까닭은 역사적 관찰을 요구하는바, 프랑스 대혁명(1789년)이후 혼란해진 사회상에서 언론의 무분별한 정부비판보도와 인신공격적인 신문기사가 민중의 노도와도 같은 봉기와 반발을 불러일으킴에 따라 공무수행이 불가능할 정도에 이르자, 王政과 2월 혁명, 帝政 등의 변혁을 거치면서 몇 번의 출판법을 제정하고, 그 가운데 가장 체계적이고도 본격적인 출판법이라고 할 수 있는 출판자유법을 1881년에 제정함으로써 언론의 공적 성격(*caractere publique*)을 강조함과 동시에 무분별한 보도 등 언론의 남용현상을 방지하고자 노력하였다.⁸⁸⁾ 따라서 앞의 미테랑대통령 운명모습공표 사건에서 보는 바와 같이 실제로 공공기관이 언론에 대한 명예훼손소송을 제기하는 경우 사안에 따라 인정은 하되 손해배상금액은 아주 상징적인 액수를 부과함으로써 실질적인 언론의 자유와 국민의 알권리를 보장한 것이다.

85) 귀족원은 영국의 최고법원으로서 上院으로 되어 있으나, 법률가가 아닌 사람은 재판에 참여할 수 없다는 헌법적 관습에 따라 상원의원 중 법률가의 자격을 가진 재판관 3-5명으로 재판부가 구성된다.

86) 영국귀족원, 1993 선고 *Derbyshire CC v. Times Newspapers Ltd.* 1 All ER 1011. 이 판례에서 귀족원은 “비영리법인인 지방자치단체의 연금기금관리부실문제는 언론보도로 인해 실질적인 재정손실이 없는 한 명예훼손소송을 제기할 수 없다”고 판시하였다.

87) BVerfGE 93, 266. 이 판례는 대학생이 NATO 軍의 군사작전에 대해 ‘군인은 살인자(Soldaten sind Morder)’라는 프랜카드를 내건 사진을 다루고 있다.

88) 자세한 것은 Rorald Cayrol, *Les medias: Press Ecrite Radio television*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, 118쪽; Lahave Prina(ed.), *Press Law in Modern Democracy: A comparative Study*, N.Y. & London: Longman Inc., 1985, 138-139쪽; 참고(반론권), 38-39쪽 참조.

살피건대 국가나 지방자치단체 등 공공기관에 대하여는 일반인에게 인정되는 일반적 인격권이 인정된다고 할 수는 없으나, 이들 기관이 사회로부터 최소한의 신뢰마저 잃어버린다면 그 고유의 기능을 기대하기 어렵게 될 것이므로 이러한 사회적 신뢰를 근본적으로 손상시키는 언론의 무분별한 언어적 공격으로부터는 최소한 보호되어야 할 것이다.⁸⁹⁾ 따라서 일반인이나 법인에 대한 명예보장이 최대한의 보장이라면, 이들 기관에 대한 보장은 최소한의 기능을 수행할 수 있는 한도에서의 보장이라고 할 수 있는바, 이때 ‘최소한의 보장’은 국민의 알권리의 대상으로서의 기관이 감수하고 수인해야 할 의무로 해석할 수 있을 것이다(이른바 위험인수론, *assumption of the risk ratioale*)⁹⁰⁾. 즉, 이들 기관은 그 성격상 生來적으로 국민의 감시와 비판을 받아야 할 대상일 뿐만 아니라 국민의 알권리의 대상이 되기 때문이다. 미국에서도 公人의 이론을 통해 공적 인물에 대하여는 언론사의 실수에 의한 허위보도라 하더라도 현실적 악의(*actual malice*)가 없으면 징벌적 손해배상이 인정되지 않고, 그 책임도 현저히 경감해주고 있는 까닭이 바로 이러한 이유 때문이다. 다시 말해 정부나 정부관계자에 대한 비판은 바로 헌법적으로 보호되는 자유토론의 핵심영역이고, 정부에 대한 비판자체가 처벌되는 것이 아니라면 정부활동에 대해 책임 있는 자에 대한 비판은 자유로워야 하기 때문이다.⁹¹⁾

더구나 위에서 살펴본 군법무관사건이나 검사사건 등과 같이 공적인 정책에 영향을 미칠 수 있는 능력이 있거나(*government affiliation test*), 공적인 논쟁(*public controversy*)의 소용돌이 속에서 일반인이 정당한 관심(*legitimate public concern*)을 가질 수 있는 사안이면서 동시에 현실적으로 일반 국민들의 의심의 강도(*intensity of suspicion*)⁹²⁾가 높았던 사건에 있어서는 비방의 고의와 목적이 없는 한 당연히 일반인에 대한 명예훼손의 기준과는 다른 法理를 적용했어야 옳았을 것이다.

2. 국민의 알권리

89) 同旨; BVerGE 93, 266.

90) *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323(1974).

91) *Rosenblatt v. Baer* 383 U.S. 75(1966).

92) *Fawcett Publications, Inc. v. Morris* 377 P.2d. 42(Okla. 1962), cert. denied, 376 U.S. 513(1964).

이하에서는 헌법상의 국민의 알권리에 대한 일반적인 논의는 접어두고 본고에서 논하는 기관에 대한 명예훼손의 법리와 관계되는 범위 내에서만 필요한 논의를 하기로 한다.⁹³⁾

기본적으로 언론의 자유를 역사적으로 살펴보면 1960년대 이후 언론의 가장 중요한 과제는 戰後 初期(1950년대까지)의 사회적 책임론 및 제도적 보장을 구체적·현실적으로 뒷받침하는 시기라고 할 수 있는바, 그 과정에서 가장 핵심적으로 떠오른 이론이 바로 국민의 알권리이다. 즉, 보도기관의 보도는 민주사회에 있어서 국민이 국정에 관여하는 데에 필요한 자료를 제공하고 국민의 알권에 봉사하여야 한다는 것이다,

살피건대 국민이 듣고, 읽고, 볼, 이른바 알권리는 신문이나 방송 등 언론매체의 보도에 의존하는 바가 크고, 이 보도를 통한 정보는 활발한 비판과 토론을 할 수 있게 하여 국민의 정치에 대한 높은 관심과 적극적인 참여라는 결과를 이끌어내게 된다. 다시 말해 국민이 원하는 정치와 행정을 제대로 하는지 감시하고, 권력을 가진 자에 대한 자유로운 비판이 보장되며, 소수의견을 외면하지 않는 정치적 언론이 살아 있을 때 비로소 합리적이고 성숙한 여론이 수렴되고, 그것이 다수의사로 집결·형성될 때 참다운 민주정치가 실현될 수 있는 것이다.⁹⁴⁾

V. 명예훼손에 있어서의 입증책임

일반적으로 불법행위로 인한 손해배상을 요구하는 사건에서 입증책임은 원고에게 있음은 주지의 사실이다. 따라서 명예훼손사건에서도 요건에 대한 다툼, 즉, 사실이 아니라거나, 허위라거나, 공익성이 없다거나 하는 등의 입증은 당연히 그것을 주장하는 측(피해자)에서 져야 한다. 바로 이점에서 반론권과 명예훼손사건의 차이가 극명하게 드러나는 것이다. 다시 말해 무기대등의 원칙에서 인정되는 반론권은 반론보도청구권자의 반론문의 내용이 ‘진실에 반한다’는 사실을 언론사측에서 주장하고 입증함으로써 반론문게재를 거절할 수 있으나, 명예훼손사건에서는 당연히 불법행위로 인해 피해를 입었다고 주장하는 원고측에서

93) 자세한 것은 줄고, “알권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, **공법연구** 제 28집 제2호[이하 줄고(2)라 한다], 166-170쪽 참조.

94) 현재 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정.

입증하여야 하는 것이다. 따라서 검사들이 문제의 기사나 사실에 대해 반론권을 행사했다면, 당연히 언론사에서 그 반론문의 내용이 진실이 아니라는 입증을 하지 못하는 한 반론문을 게재해 주어야 하나, 이는 반론권의 문제가 아니라, 명예훼손소송인만큼 입증책임을 원고인 검사들이 져야 마땅함에도 불구하고, 피고인 언론사에 대해 검사들의 불법감청사실을 입증하지 못했다는 이유로 명예훼손판결을 내린 것은 재판부가 입증책임의 문제를 심히 오해한 결과에서 비롯된 판례라고 할 수 있다.⁹⁵⁾

VI. 결론

언론의 자유는 개인이 언론활동을 통해 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기실현의 수단임과 동시에 사회구성원으로서 평등한 배려와 존중을 기본원리로 공생·공존관계를 유지하고 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치를 실현하는 수단이다. 이러한 언론의 자기통치의 수단이라고 하는 측면을 인정한다면, 언론의 자유와 명예보호라고 하는 상반되는 헌법상의 두 권리를 비교형량함에 있어서 반드시 그 원고의 지위가 고려되어야 한다. 즉, 언론보도로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면 私人인지, 그 표현이 공적인 관심사에 관한 것인지, 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위협을 자초한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 알권리의 대상으로서 여론형성이나 공개토론에 기초하는 것인지 등을 종합하여, 구체적인 표현내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 각기 다른 기준으로 판단해 보아야 할 것이다.⁹⁶⁾

명예훼손과 관련된 우리의 法制는 헌법 제21조를 기본으로 민법 제750조와 제751조 상의 명예훼손으로 인한 손해배상책임규정이 있고, 형법 제307조 내지 제309조 상의 명예훼손규정과 함께 제310조가 위법성조각사유를 규정하고 있다. 이러한 법제는 분명히 언론이나 기타 출판물 등으로부터 일반인이 명예를 훼손당하지 않도록 보호해 주고 있는 것이 사실이지만, 위법성조각사유가 규정되어

95) 同志: 양삼승, “검사 對 조선일보사건”, 2000 한국언론학회 세미나 발표문, 미간행.

96) 현재 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정.

있다는 것은 목시적으로라도 언론의 자유와 국민의 알권리를 비교형량함으로써, ‘자유로운 사상의 시장터’를 보호하고 그로부터 활발한 여론을 수렴한다고 하는 ‘언론의 공적 기능’을 보장해 주기 위함이라는 것도 아울러 도출해 낼 수 있다. 이러한 일련의 법적 의도를 파악함에 있어서 위법성조각사유로 규정되어 있는 공공성과 진실성의 요건을 지나치게 엄격하게 요구하게 되면 논리필연적으로 언론의 자유는 위축될 수밖에 없으며, 결과적으로 논의의 가치가 있는 공적 문제들이 언론보도에서 사라지게 되고, 국민의 알권리 또한 형해화되고 말 것이다. 따라서 자유로운 비판이나 토론이 필요한 부분에 대해서는 국민의 알권리보호라는 측면에서 공공성이 넓게 인정되어야 하고, 특히 공적 인물의 공적 업무와 관련된 보도인 경우에는 당연히 ‘공공성’, ‘진실성’, 그리고 ‘진실이라고 믿을 만한 상당성’의 요건을 국민의 알권리와의 상관관계하에서 판단하여야 한다. 특히 이러한 판단을 함에 있어서는 언론의 신속성이라고 하는 측면, 즉, 보도가치가 있는 정보의 상품성이라고 하는 측면을 충분히 고려하여야 할 것이다. 시간을 다투는 언론보도의 경우 사소한 오류나 허위, 과장적 표현은 사상과 의견에 대한 아무런 제한 없는 자유로운 표현을 보장하는데 따른 불가피한 결과이고, 이러한 표현도 자유토론과 진실확인에 필요한 것이므로 함께 보호되어야 하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 알권리의 대상이 되는 직책과 직무, 당면한 과제 수행상의 문제점을 제기한 언론보도에 대하여 위에서 언급한 판례들이 지나치게 엄격한 명예훼손사실을 인정하여 私人和 동일한 法理(집단소송제기의 원고적격성인정, 원고의 특별한 지위 불인정, 진실성·공익성·상당성 등 위법성조각사유의 엄격한 요구, 입증책임의 전환 등)를 적용한 것은 언론의 자유를 보호하고 있는 헌법적 취지와 함의를 간과한 것이 아닌가 하는 아쉬움을 남긴다. 특히 법원은 검사사건에 있어서 “공정한 법집행을 담당해야 할 검사들이 자기조직을 보호하기 위해 부당한 축소수사를 감행했다는 왜곡된 인상을 일반국민들에게 심어주어 공직사회전반에 대한 뿌리깊은 불신감을 심어준데 일조한 점”을 명예훼손인정의 중요요인으로 꼽았는바, 공정한 법집행에 의혹이 있을 시에는 당연히 그 의혹을 파헤쳐 다시는 그와 같은 불신감이 우라 사회에 뿌리내리지 않도록 방지하는 것 또한 언론의 의무인 동시에 언론보도의 당위성이 도출되는 것이 아닐까 한다. 불신은 그것을 덮을 때보다는 환부를 파헤쳐 수술을 할 때 비로소 근절되리라 믿기 때문이다.

<Abstract>

Legal Theory of Defamation against Government Officials

Park Sun-Young*

Defamation on public figures such as broadcasters, lawyers, public prosecutors, incumbent or former assemblymen, including even the President, by the press has recently been increased for last 2 or 3 years. Defamatory litigations, consequently, have also been on the increase by public figures for their compensations.

Among the cases, we have met some controvertible issues about scopes of eligibility of parties and limitations on freedom of the press' fair comment. In defamatory cases related to specific official's government affairs, the legal theory, concerning right of information access and defamation, should be clarified, since defamation against public figures usually conflicts with right of information access if it is not an issue of very private concerns. Even though, defamation was involved in the official's private sector, in some cases of government affairs, courts convicted of defamation for people's right of information access. As we would see those cases in this Article, we might find out there are some limits; legal theory of defamation against public figures has to be handled differently from that against the public.

This Article introduces recent defamation cases on public figures in Korea, which are conflicted with right of information access, press' liabilities, and eligibilities of parties, and analyzes legal theory of defamation on public figures comparing that of Korea with that of some foreign countries, such as England, France, Germany, and the United States, using related cases in those

* Contract Prof. in BK Law21

countries.

Freedom of the press is a means of self-fulfillment for an individual to shape his/her character using press activities. At the same time, it also can be a means of self-administration for the public to take part in the political decision-making process as a member of society. When we accept the aspect of a means of self-administration, a public figure's position in a defamation litigation must be comparatively considered under the constitutional rights; freedom of the press and protection of one's fame.

At the end, I would like to conclude that freedom of the press should be strictly protected as a constitutional right in consistent with people's right of information access when it is involved in defamatory litigation against public figures.