

[전문가토론회]

**국가, 지자체 및 그
기관장은
명예훼손의
피해자가 될 수
있는가**

일시 | 2009년 7월 15일(수) 오후 2시

장소 | 일민회관 5층 미디어엑트 대강당

주최 | 민주사회를 위한 변호사모임 · 참여연대

토론회 순서

민주사회를 위한 변호사모임 참여연대 공동주최 전문가 토론회

국가, 지자체 및
그 기관장은
명예훼손의 피해자가
될 수 있나

- | | | |
|-------|-----|---|
| 14:00 | 사회 | 좌세준 변호사 |
| | 발표1 | 언론도 ‘주장’ 을 할 수 있는가?
박경신 고려대 법대 교수 |
| | 발표2 | 국가 또는 국가기관의 정책비판이 국가 또는
국가기관의 명예훼손에 해당하는가
박주민 변호사 |
| 15:00 | 토론 | 하태훈 고려대 법대 교수
오동석 아주대 법대 교수
양문석 언론개혁시민연대 사무총장
이춘근 MBC PD |

차례

민주사회를 위한 변호사모임 참여연대 공동주최 전문가 토론회

국가, 지자체 및 그 기관장은 명예훼손의 피해자가 될 수 있나

발제1 언론도 '주장'을 할 수 있는가? / 박경신 5

* 별첨

1. 공정성 심의의 정치적 중립성 / 23

2. 진실적시에 의한 명예훼손 폐지 및 '허위' 입증책임 소재 확립 / 46

발제2 국가 또는 국가기관의 정책비판이 국가 또는 국가기관의 명예훼손
에 해당하는가/ 박주민 69

언론도 ‘주장’ 을 할 수 있는가?

박경신 / 고려대 법대 교수

I. PD수첩 보도에 대한 검찰수사발표에 대한 평가

별첨1. PD수첩검찰수사발표에 대한 해설

결론적으로 말하자면, 검찰의 수사결과발표는 40개에 가까운 허위명제로 점철되어 있음. 왜곡이 아니라 허위임.

그러나 그렇다고 하여 PD수첩의 보도가 완벽한 것은 아님. 엄밀히 말하자면 (1) “94%발병율”이라는 근거없는 사실적 주장 (2) vCJD에 실제로 걸린 것처럼 보이게 하는 오역들 (3) 의사 바릇과 관련하여 과도한 광우병 확산을 갖도록 할 수 있는 부분이 있음. 하지만 이들에 대해서는 충분한 반론들이 존재하고 있음.

① 의도적 오역 및 번역 생략에 인한 왜곡(번역 왜곡)

순번	대화자	왜곡방송부분	KSP
1	마이클 그래거 I think a large percentage of population didn't even realize that <u>dairy cows</u> were slaughtered even.	“아마 대부분의 사람들이 <u>심지어</u> 이런 소가 도축됐다고는 생각하지 못할 거예요.” →“ <u>dairy cows(젖소)</u> ”를 “ <u>심지어 이런 소</u> ”로 오역	젖소는 4년만에 도축되기 때문에 광우병감염가능성이 높음. 평판의 저하 없음.
2	마이클 그래거 “When the employees <u>who were charged with the animal cruelty</u> ” were asked.	“현장책임자에게 왜 (<u>광우병 의심 소를 억지로 일으켜 도살하냐고</u>) 물었더니” →임의로 “ <u>광우병 의심소를 억지로 일으켜 도살하냐고</u> ” 라는 내용 삽입	다우너를 일으켜세우는 과정에서 동물학대가 발생하므로 동물학대혐의와 광우병의심소 일으켜세우기는 분리불가능
3	홀마크 청문회 “They were <u>illegally slaughtered? Underneath the rules and regulations of United of States?</u> ” “Correct”	“그 소들은 불법적 방법으로 도축된 것이 맞습니까? 네. 그렇습니다.” →광우병 위험성이 아니라 동물학대 등 규정 위반으로 청문회가 개최된 사실에 대한 설명을 생략하고, “ <u>미국의 식품규정에 위반한 것이죠?</u> ”라는 질문을 자막처리하지 않아, 홀마크사가 광우병 의심소를 도축한 것 때문에 청문회가 개최된 것으로 왜곡	“식품규정”이라는 말은 없음. 여기서 규정이라 함은 도축방법을 말하는 것이며 도축방법통제와 광우병관리는 분리불가능함.
4	로빈 빈슨 “It's just so amazed me that there's so many people who are involved with this disease (that) my daughter <u>could possibly have</u> , (and that) only lets me know that others can be affected by this.”	“우리 딸이 <u>걸렸던</u> 병에 다른 수많은 사람들도 걸릴 수 있다.” →“ <u>could possibly have(걸렸을지도 모르는)</u> ”을 “ <u>걸렸던</u> ”으로 오역	오역이지만 광우병의심 언급이 다른 곳에서 7번이 더 나옴

5	<p>WAVY TV('08.4.8.) Doctors <u>suspect</u> Aretha has variant Creutzfeldt-Jakob disease, or vCJD.</p>	<p>"의사들에 따르면 아레스가 vCJD라는 변종 크로이펠트야콥병에 <u>걸렸</u>다고 합니 다." →"suspect(의심합니다)"를 "걸렸다"로 오역</p>	<p>오역이지만 광우병의심 언급이 7번이 나옴</p>
6	<p>버지니아 보건당국의 보도자료 VIRGINIA DEPARTMENT OF HEALTH INVESTIGATES ILLNESS OF PORTSMOUTH WOMAN(2008. 4. 10.)</p>	<p>"버지니아 보건당국 vCJD사망자 조사" →"포츠머스 여성 질병에 관한 조사"를 "vCJD 사망자 조사"로 오역</p>	<p>오역이지만 광우병의심 언급이 7번이 나옴</p>
7	<p>보건당국 관계자와의 몰래인터뷰 Right now I don't have any answer. So I don't have a plan to tell something. So I don't have any answer.</p>	<p>"지금(인간 광우병)으로 결론이 나온 게 아니기 때문에 따로 계획은 없어요. 말씀 드릴게 없네요. 결론이 나와야 논할 수 있 지 않을까요" →"(인간 광우병)"부분을 임의로 자막에 삽입</p>	<p>"인간광우병으로 결론이 나온게 아니다"는 명제는 허위가 아님</p>
8	<p>로빈 빈슨 <u>If she contracted it</u> how did she?</p>	<p>"아레스가 어떻게 인간 광우병에 <u>걸렸는지</u> 모르겠어요" →"If she contracted it(딸이 인간 광 우병에 감염되었다면)" 부분을 실제 방 송의 자막에서 삭제</p>	<p>오역이지만 광우병의심 언급이 7번이 나옴</p>
9	<p>로빈 빈슨 The results had come in from the MRI and it appeared that our daughter could possibly have <u>CJD</u>.</p>	<p>"MRI 검사 결과 아레스가 vCJD(인간 광우 병)일 가능성이 있다고 하더군요." →"CJD"를 "vCJD"로 왜곡</p>	<p>오역이 아니라 당시 언론보도나 의사들의 용어를 종합해보면 CJD라고 말할 때는 vCJD를 의미하는 것이었음.</p>

10	<p>의사 바릇</p> <p>“In the regular CJD, there’s MRI normality in the telemas but in the variant there’s a specific part of telemas on both side called pulvinar which is affected and then <u>also have to look at the clinical picture again.</u> This is possible to tell it in the presence of appropriate clinical picture.”</p>	<p>“일반 CJD는 MRI를 찍으면 뇌의 가운데에 있는 시상이 정상적으로 나타납니다. 하지만 vCJD면 뇌의 양쪽 시상베개가 상처를 입고 변형됩니다. 임상사진 통해 상태를 정확히 말할 수 있습니다.”</p> <p>➔바릇은 “<u>하지만 임상양상 역시 확인하여 봐야만 합니다. 적절한 임상양상이 존재하여야만 이를 구별하는 것이 가능합니다.</u>”라고 말하였음에도 위와 같이 번역 왜곡</p>	오역
----	--	---	----

② 객관적 사실 왜곡

순번	대화자	왜곡방송부분	KSP
1	내레이션	<p>“이 영상이 미국의 광우병 통제시스템을 단적으로 보여주는 사례라고 했다.”</p> <p>➔휴메인 소사이어티 동영상과 이에 따른 홀마크사 쇠고기 리콜은 도축시스템 문제로 인한 것임에도 마치 광우병 통제시스템의 문제로 발생한 것처럼 왜곡(7. 15. 방송시에는 ‘도축시스템’으로 방송)</p>	광우병통제시스템과 도축관리시스템은 구분할 수 없음
2	송일준	<p>“아까 <u>광우병 걸린 소</u>, 도축되기 전 모습도 충격적인데 광우병이 그렇게 무서운 병이라면서요?”</p> <p>➔“주저앉은 소”를 “<u>광우병 소</u>”로 단정</p>	실수한 것이며 바로 뒤에 광우병에 걸렸는지 알 수 없다는 내레이션이 나옴
3	내레이션	<p>“이 도축장에서 나온 쇠고기 1억 4,300만 파운드, 즉 약 65,000톤이 36개주 10만개가 넘는 학교에 급식재료로 사용된 것이 밝혀졌기 때문이다.”</p> <p>➔3,700만 파운드의 쇠고기가 연방 식품공급 프로그램에 학교급식 등으로 제공되었음에도 1억 4,300만 파운드가 제공된 것처럼 과장</p>	허위이지만 명예를 훼손하지 않음

4	내레이션	<p>“아래사에게 <u>인간 광우병 의심 진단을 내렸던 의사를 만나봤다.</u>”</p> <p>➔바롯이 아래사에게 <u>인간 광우병 의심진단을 내린 구체적 근거 없음</u></p>	<p>로빈빈슨에게서 인간광우병의심진단 의사로 소개받았음. 실제 바롯이 치료를 하였음.</p>
5	김보슬	<p>“예방도 치료도 할 수 없는 병, <u>0.1g 위험물 질만으로 감염</u>”</p> <p>➔인간광우병에는 <u>과학적·객관적으로 증명된 바 없음</u></p>	<p>허위가 아님</p>
6	내레이션 손정은	<p>“한국인이 광우병에 걸린 쇠고기를 섭취할 경우 인간 광우병이 발병할 확률이 약 <u>94%</u>가량 된다.”</p> <p>“한국인이 영국인의 약 3배, 미국인의 약 2배 정도 광우병에 걸릴 가능성이 높다.”</p> <p>➔한국인의 MM형 유전자비율이 약 94%라는 사실만으로 광우병 쇠고기를 먹을 경우 인간 광우병에 걸릴 확률이 94%라고 단정할 수 없음</p>	<p>“94%” 부분은 근거가 없으나 허위라고 볼 수도 없음. “영국인의 3배” 등은 MM형 유전자 가설이 옳다면 충분히 성립됨.</p>
7	송일준, 이춘근	<p>“<u>라면 스프, 알약 캡슐, 화장품</u> 등도 안전하지 않다.”</p> <p>➔이들을 통해 인간 광우병이 감염된 사례 확인된 바 없음</p>	<p>허위가 아님.</p>
8	내레이션	<p>“소의 특정위험물질은 모두 7가지. 지금까지는 우리나라에 유입된 적이 없던 부위들이다. 그러나 앞으로 30개월 미만의 경우 편도와 회장원위부만 제거하면 남은 5가지는 들어올 수 있게 된다.”</p> <p>➔30개월령 미만 쇠고기의 SRM(특정위험물질)은 ‘편도 및 회장 원위부’ 2가지 뿐이고, 이 2가지 모두 제거된 후 수입되기 때문에, 수입되는 30개월령 미만 쇠고기의 경우 SRM(특정위험물질) 부위는 전혀 없음에도 있는 것처럼 왜곡</p>	<p>OIE의 기준을 절대적으로 따를 이유가 없음</p>
9	남호경 박홍수 내레이션	<p>“협상 전에 가축방역협의회 개최하도록 되어 있는데, 그런 사실 없다.”</p> <p>➔한미 쇠고기 협상 체결 전 가축방역협의회 3회 개최하였음에도 개최하지 않은 것처럼 왜곡</p>	<p>인터뷰를 한 대상자가 한 말을 진실되게 옮긴 것임.</p>

10	김보슬	<p>“미 도축시스템 점검을 한 사실도 없다.”</p> <p>➡미국 측에 가축위생설문서 송부.답변서 송부, 미국 현지 조사 및 미국산 쇠고기 전문가회의를 3회 개최하여 미국 도축시스템을 점검하였음에도 아무런 점검을 하지 않은 것처럼 왜곡</p>	<p>김보슬PD가 “미 도축시스템 점검을 하였는지 의심스럽다”고 하였지 “없다”고 한 적이 없음.</p>
11	이춘근	<p>“이번 협상으로 앞으로는 미국에서 인간 광우병이 발생한다고 하더라도 우리가 독자적으로 할 수 있는 것은 아무것도 없습니다. 미국하고 협의를 거쳐야만 가능합니다.”</p> <p>➡GATT 20조(b) 및 SPS협정 제5조 제7항에 근거, 수입중단 등 독자적인 조치가 가능하고, 미국산 쇠고기 수입위생조건 제23항 및 제24항에 따라, 불합격조치 및 수입검역 중단조치도 가능함에도 아무런 조치 못하는 것처럼 왜곡</p>	<p>민동석이 “수입중단조치 등을 할 수 없다”고 재차 확인한 바 있음.</p>

③ 설명 생략에 의한 왜곡

순번	대화자	왜곡방송부분	KSP
1	내레이션	<p>“미국은 2003년 첫 광우병 발생 이후 주저앉는 소의 모든 도축을 금지시켰다. 지금은 주저앉은 소라도 최초 검사를 통과한 후 주저앉으면 도축이 가능하다. 이 소들은 검사를 통과해 도축장으로 갔다.”</p> <p>➡최초 검사 후 주저앉은 소의 경우, 농무부 소속 수의사가 재검사(reinspection)를 실시해서 질병이 아닌 급성상해의 경우에 한하여 식용도축이 가능하다고 판정하여야 비로소 도축됨에도 이러한 사실 생략하여 광범위하게 주저앉은 소가 도축되는 것처럼 왜곡</p>	<p>“검사를 통과해 도축장으로 갔다”라는 말에 이미 reinspection이 포함되어 있음. 허위가 아님</p>
2	내레이션	<p>“동영상이 공개된 후 미 전역에서 미역 사상 최대 규모 리콜 조치가 내려졌다.”</p> <p>➡리콜의 원인(식품규정위반)과 2급 리콜(미미한 위험성)의 의미를 생략하여 광우병 소가 도축 유통된 것이 원인인 것처럼 왜곡</p>	

3	휴메인 소사이어티 동영상	07. 10.~11.경 도축장 잠입취재 후 촬영하여 '08. 1. 30. 공개한 동물학대 동영상 ▶ 동물(주저앉은 소) 학대를 고발하는 내용의 동영상임에도 마치 광우병에 걸린 소가 도축되는 현장을 고발한 동영상으로 왜곡	주저앉은 소와 광우병에 걸린 소는 당시 시점에서는 분리가 불가능함.
4	주저앉은 소의 발생원인	주저앉은 소의 다양한 발생원인에 대한 설명을 생략하여 마치 주저앉은 소가 전부 광우병에 걸렸거나 걸렸을 가능성이 큰 소인 것처럼 왜곡	사물의 한쪽 면을 강조하는 것은 저널리즘의 역할
5	내레이션	“미국 도축장 18개 업체 중 4곳이 지침을 위반하여 1곳은 잠정적인 영업정지 처분을 내렸다.” ▶ 지침위반은 인도적인 가축취급규정 위반 행위(humane handling violations, 과도한 전기충격기 사용, 축사의 과밀수용 등)때문이라는 점에 대한 설명을 생략하여 마치 광우병에 걸린 소를 불법 도축한 것이 원인인 것처럼 왜곡	주저앉은 소는 광우병의심소와 구별될 수 없으며 주저앉은 소 처리과정에서 가축취급규정 위반행위가 나타남.
6	내레이션	“한 뉴스조사에서는 80%이상의 미국인들이 자국의 식품이 불안하다고 응답했다.” ▶ 인용된 CNN방송 여론조사는 주저앉은 소에 대한 잔인한 학대장면을 방영한 즉시 실시된 여론조사로서 위와 같은 여론조사 시기, 방법에 대한 설명 누락	여론조사의 방법 생략은 허위가 아님. 또 ‘X가 위험하다고 느끼는 사람들이 많다’는 명제가 X를 수입하려는 사람들의 명예를 훼손한다는 주장은 그 명제의 진위에 관계없이 넌센스.
7	내레이션	“불과 2주 사이에 일어난 일이었다.”, “발병 후, 1주일만에 사망하였다.” “2주 전만해도 아래사는 올해 진학한 대학원 수업준비 중이었다. 그런데, 갑자기 눈앞의 사물이 흐려지고 걷는 것도 부자연스러웠다고 한다.” ▶ 아래사 빈슨이 3개월 전 위 절제 수술을 받고 지속적으로 건강이 악화된 사실을 생략	명예훼손과 관련없음

④ 여러 가능성 중 하나만 적시하는 방법에 의한 왜곡

순번	대사주체	대사내용	KSP
1	내레이션	“아레사 빈슨은 사망 전 <u>인간 광우병 의심진단</u> 을 받았다.” →아레사 빈슨의 추정되는 死因에 관해 vCJD외에 CJD 및 기타 사유(위 절제수술 후유증, 뇌산소 결핍, 간·신장기능 장애 등)에 대한 설명을 일체 생략	의심진단은 의심진단일 뿐이며 인간광우병이 아니라면 다른 사인이 있을 것임은 당연한 귀결

⑤ 화면 편집순서 및 연결에 의한 왜곡 강화

순번	대화자	왜곡방송부분	KSP
1	로빈 빈슨 내레이션 의사 바룻	“MRI검사 결과 아레사가 vCJD(인간광우병)일 가능성이 있다고 하더군요”(로빈 빈슨) ⇒ “아레사 빈슨에게 인간광우병 의심 진단을 내렸던 의사(바룻)을 만나봤다.”(내레이션) ⇒ “아직까지 MRI 결과가 틀린 적은 없습니다.”(의사 바룻) →의사 바룻이 ‘①MRI 결과 등을 토대로 아레사 빈슨을 인간광우병으로 진단하였고, ②그 진단은 틀림없다.’라는 인상을 강하게 심어주어 아레사 빈슨의 死因을 인간광우병으로 기정사실화	시청자들이 반드시 위와 같은 논리적 인식과정을 거쳤을 가능성은 별로 없음. 백보를 양보하더라도 공정성의 문제이지 허위의 문제가 아님.

⑥ ‘PD수첩’제작 의도와 다른 취재내용 미반영에 의한 공정성 위반

순번	대사주체	대사내용	KSP
1	미국시민 인터뷰	“미국산 쇠고기가 안전하다. 인간광우병으로 죽었다는 포츠머스의 아레사빈슨에 대해 알지 못한다.”라는 미국시민 4명 인터뷰 내용 →인터뷰 자체를 미반영	공정성위반과 허위는 다르며 공정성위반인지 불분명

2	미국육우목축협회 회장 '앤디 그로세타'	"홀마크의 쇠고기 리콜은 쇠고기가 안전하지 못해서가 아니다"는 인터뷰 내용 ➔인터뷰 자체를 미반영	공정성위반과 허위는 다르며 공정성위반인지 불분명
3	OIE 알렉스 테헤르만	"미국을 광우병 위험통제국으로 분류한 조치는 과학적인 기준에 근거하였다."라는 OIE 관계자와의 인터뷰 내용 ➔OIE는 미국의 정치적 영향력이 미치는 기구로서 그 판정은 믿을 수 없다는 마이클 헨슨의 인터뷰만 방송하고 위 인터뷰 내용 자체를 미반영	공정성위반과 허위는 다르며 공정성위반인지 불분명
4	마이클 그래저	"미국산 쇠고기를 먹어서 광우병에 걸릴 확률은 매우 매우 적습니다."라는 인터뷰 내용 ➔미국산 쇠고기의 위험성 부분만을 발췌 방송하고, 위 인터뷰 내용 미반영	공정성위반과 허위는 다르며 공정성위반인지 불분명
5	마이클 헨슨	"농림부가 지난 몇 년간 조사한 800,000마리 중 2마리가 광우병 양성반응을 보였는데, feed ban이 시행되기 이전에 태어난 소들이었다. 즉, 미국의 광우병 가능성은 제로까지는 아니더라도 매우 낮다."라는 인터뷰 내용 ➔미국산 쇠고기가 위험하지 않다는 위 인터뷰내용 미반영	공정성위반과 허위는 다르며 공정성위반인지 불분명
6	미 농무부 장관 발표문	"여러가지 안전조치가 있기 때문에 이러한 소들이 광우병 위험이 있었을 것 같지는 않습니다."라는 부분 ➔미국산 쇠고기가 위험하지 않다는 미 농무부 장관 발표문을 생략, 미반영	공정성위반과 허위는 다르며 공정성위반인지 불분명

<KSP 주식>

<1>젓소를 ‘심지어 이런 소’라고 자막처리하여 ‘광우병의심소’로 오인케하였다는 지적.

PD수첩은 Humane Society의 동영상 중 ‘지게차로 다운너 소를 밀치는 장면’을 방송하면서, 마이클 그래저의 “dairy cow” 발언 부분을 ‘광우병 위험이 높은 소’라는 의미에서 “심지어 이런 소”로 자막 처리하였다고 하는 바, 위 방송에서 인용된 동영상의 원래 취지가 젓소들에 대한 도축장내 학대 실태를 고발하는 내용이고, 위 동영상에 나타난 소들이 모두 검사를 통과하여 도축되었다고 단정하기는 어려우며, 젓소와 광우병 위험 소를 직접적으로 연관시키는 것은 문제가 있음에도, 위와 같은 자막 처리를 통하여 “젓소 → 심지어 이런 소 → 광우병 의심 소”로 연결시킨 것은 잘못된 보도라는 지적에 대하여, 이와 관련된 자료를 제출하기 바람 (검찰 배포자료 36쪽)

원문: “I think a large percentage of population didn’t even realize that dairy cows were slaughtered even. Right?”

방송된 자막: “많은 사람들은 심지어 이런 소가 도축되는지도 모를 거예요”

답변: “심지어 이런 소”가 광우병의심소를 연상시킨다는 것은 검찰 측의 상상. 그리고 정확히 자막처리하였다면 시청자들은 더욱 의심했을 것.

“심지어 이런 소”를 광우병 의심소라고 연결하였다는 것은 검찰 측의 상상일 뿐이며 방송된 내용의 문맥상으로는 그렇게 연결이 되지 않음. 사실 “심지어 이런 소”가 어떤 소인지에 대해 이해하기가 어려움. 아마도 시청자들은 ‘이렇게 비위생적으로 도살되는 소’ 정도로 이해되었을 것임.

사실은 그래저는 같은 동영상에서 “젓소는 4년만에 도축하기 때문에 2년만에 도축하는 육우보다 광우병 감염가능성이 높다”라고 밝혔고 위 장면에서는 그런데도 불구하고 젓소다운너를 도살한다는 것이 경악스럽다는 취지였음. 그러므로 정확히 하려면 “젓소는 4년만에 도축하기 때문에 2년만에 도축하는 육우보다 광우병 감염가능성이 높습니다. . . 젓소도 식용으로 도살하는지 모를 겁니다”라고 했어야 함.

즉 위와 같이 ‘심지어 이런 소’라고 오역한 것이 ‘(4년만에 도축하기 때문에 광

우병감염가능성이 높은) 젓소'라고 정확히 번역한 것보다 더 광우병의심 정도를 낮춤. 고소인의 명예를 훼손하는 허위'는 없음.

<2> “동물 학대 혐의를 받고 있는” 도축장 직원들을 “광우병의심소를 일으켜 세우는” 직원으로 묘사한 것에 대한 자료제출예청

PD수첩이 “charged with animal cruelty(동물 학대 혐의를 받고 있는)” 부분을 “(광우병 의심 소를 억지로 일으켜 도살 하냐고)”로 자막 처리한 것은, ① 마이클 그래저의 인터뷰 원문에도 광우병에 대한 언급이 전혀 없고, ② 인터뷰 번역문의 전후 맥락을 살펴봐도 “동물학대 혐의를 받고 있는” 부분을 “광우병 의심소를 일으켜 세우는”으로 번역할만한 상당한 근거가 없으며, ③ 위 직원들이 실제로 “동물 학대” 혐의로 기소된 점 등에 비추어 잘못된 것이라는 지적에 대하여, 이와 관련된 자료를 제출하기 바람

원문: When the employees who were charged with the animal cruelty were asked, they said that their supervisors told us to do this. This is a kind of company policy.

방송된 내용: 현장 책임자에게 왜 (광우병 의심소를 억지로 일으켜 도살하냐고) 물었더니 관리자가 위에서 그렇게 시켰다고 하더군요. 일종의 회사 방침이라고 했습니다.

답변: '광우병의심소'임에 틀림없는 다우너를 억지로 일으키는 과정에서 동물학대가 발생하였음.

“동물학대”를 “광우병의심소를 억지로 일으켜세우기”로 등치시키는 것은 허위가 아니라 주제의식에 따른 표현의 선택일 뿐임.

“왜 (광우병 의심소를 억지로 일으켜 도살하냐고)”라는 표현은 “왜 다우너를 억지로 도살하냐고”를 프로그램의 주제의식에 맞게 바꿔 부른 것뿐임. “동물학대

혐의를 받고 있는”이라는 표현에 대응하는 것이 아님. 단지 이들이 다우너들을 일으켜세우려 한 사람들이기 때문에 이들에게 “왜 다우너를 억지로 일으켜세우려하느냐”라고 물어볼 수 밖에 없던 것이며 또 위에서 살폈듯 다우너가 광우병 의심소임에는 의심의 여지가 없으니 이 말은 허위가 아님. 이를 광우병의심소라고 부를지 다우너라고 부를지는 전적으로 주제의식에 따른 선택일 뿐 허위가 아님. 예를 들어 “제2롯데월드가 허가된 것은 대기업 특혜 의심을 받고 있다. 이 특혜로 의심되는 빌딩은 국가안보에 위협하다”라고 표현하였다고 해서 제2롯데월드를 ‘특혜로 의심되는 빌딩’이라고 해서 허위라고 할 수 없음. 허위가 없으니 해명을 위해 제출할 자료가 없음.

또 동물학대는 다우너를 일으켜 세우는 과정에서 발생하고 다우너는 광우병의심 소이므로 동물학대혐의자를 ‘광우병의심소를 억지로 일으켜 도살한 사람’으로 표현하는 것에는 문제가 없음.

<3>“CJD” à “vCJD” 오역에 대한 자료제출

PD수첩은 로빈 빈슨의 “MRI 결과 CJD이었다”라는 부분을 “vCJD”로 자막 처리한 후, 이어 주치의 바릇을 만나 인터뷰하는 장면을 방송하면서 “MRI 결과가 틀릴 수 없다”는 점을 강조하여, 결국 아레사 빈슨의 사인이 ‘vCJD’인 것으로 기정사실화시켰다는 지적에 대하여, 이와 관련된 자료를 제출하기 바람

원문: “The results had come in from the MRI and it appeared that our daughter could possibly have CJD.”

방송내용: © 로빈 빈슨 / 故 아레사 빈슨의 어머니 :MRI 검사 결과 아레사가 vCJD(인간 광우병)일 가능성이 있다고 하더군요. (아레사를 위한) 치료법이 없다는, 고칠 수 없다는 말을 듣는데 믿을 수가 없었어요.

답변: 당시에 미국에서는 CJD인가 vCJD인가가 문제가 아니라 CJD라고 할 때는 vCJD도 포함하여 말하는 것이었음. 결국 아레사빈슨의 어머니의 말은 CJD이든 인간광우병이든 어찌되었든 “죽을 수 밖에 없는 희귀한 병”이라는 것에 초점이 맞추어져 있음.

증거: [WVEC.COM의 2008. 4. 10.자 방송] 중에서

(리포터) : Her family says doctors ordered a brain scan. The result showed the severe brain damage, and the symptoms of Creutzfeldt-Jakob Disease, CJD, hitting one in a million people. Some receive it from cows infected with Mad Cow Disease, but only if they encounter meat overseas. Vinson never left Virginia.

그리고 위의 내용 바로 뒤에 “MRI결과는 틀릴 수 없다”라는 말이 나오지는 않음. 중간에 다른 내용이 있음.

<4> “발병확률 94%, 미국인의 2배” 에 대한 자료제출

위 김용선 교수를 비롯한 전문가들의 진술, Bishop 교수 등의 논문 등을 종합할 때, PD수첩이 “한국인이 광우병에 걸린 쇠고기를 섭취할 경우 인간 광우병이 발병할 확률은 약 94%”, “한국인이 영국인의 약 3배, 미국인의 약 2배 정도 광우병에 걸릴 가능성이 높다”는 언급은 분명히 잘못된 표현이라는 지적에 대하여, 이와 관련된 자료를 제출하기 바람

- 한편, 이와 관련하여 지난 7월 15일 PD수첩은 “특정 유전자형만으로 인간 광우병이 발생할 확률을 예측하기 어렵기 때문에, MM 유전자형을 가진 사람이 94%라고 해서, 인간 광우병이 발병할 확률이 94%라는 것은 부정확한 표현입니다”라고 해명한 바 있음

답변: 허위로 입증된 바 없음.

실제로 광우병에 걸린 쇠고기를 먹은 사람 중에 94%의 사람들이 광우병에 걸릴 가능성이 있다는 명제의 허위는 입증된 바가 없음. 물론 그 명제가 진실이라는 것도 입증된 바는 없음. 그러나 통제된 상황에서 가상의 조건들을 상정하여 내린 과학자들의 판단을 그대로 옮기는 것에는 허위가 없음. MBC가 “부정확한 표현”이라고 인정한 것이지 허위라고 인정한 것이 아님.

<5> SRM의 정의 조작

이번 한미 협상을 통하여 OIE 기준에 따라 수입위생조건을 개정한 결과, 30개월 미만 소의 경우 2개 부위(편도, 회장원위부)를 제외한 나머지 부위가 SRM에 해당하지 않는 것으로 변경되었음에도, PD수첩이 종전 수입위생조건의 SRM 내용에 입각하여 보도하게 된 이유는 무엇인지에 대하여, 이와 관련된 자료를 제출하기 바람.

답변: SRM의 정의는 OIE의 독점물이 아님.

PD수첩은 “특정위험물질(SRM)의 범위가 각국의 사정에 따라 달라질 수 있고, 농림수산물식품부에서 작성한 전문가 회의 자료에서도 연령 구별 없이 위 7개 부위를 SRM으로 기재하고 있으므로 허위보도가 아니다”고 주장하고 있음. 우리가 SRM을 이야기할 때 국제수역사무국(OIE)가 미국산쇠고기에 적용하는 SRM을 말하는 것에 반드시 한정되어야 하는가? 예를 들어 나라마다 무엇을 검열로 보는가가 다를 터인데 ‘방송통신심의위의 사후심의가 검열에 해당한다고 말하면 우리나라의 ‘검열’의 범위에는 들어가지 않으므로 허위를 말한 것이 되는가?

<6> “미 도축시스템 점검을 한 사실도 없다”

김보슬PD의 실제 발언: “사실 협상팀이 이러한 상황을 잘 알고 있는지가 사실 의문입니다. 미국에 도축시스템에 대해서 과연 우리 정부가 그 실태를 본 적이 있는지, 보려는 노력을 했는지 그것도 의문입니다.”

<7> “시청자에게 주는 전체적인 인상”을 기준으로 한다는 판결 왜곡

텔레비전 뉴스 담당자들이 자동차 연비향상장치의 효과가 별로 없다는 사실을 소비자들에게 알릴 의도하에 보도 첫머리에 "부스터 효과 없다"라는 제목을 화면으로 내보낸 다음, 뉴스진행자로 하여금 그 연비향상장치 제조자들의 선전이 과장선전임을 암시하게 하고, 제조업자를 등장시켜 제품 설명을 하도록 한 후, 제조업자들이 선전 근거로 제시하는 각종 시험결과의 부정확성을 밝히면서 그와 대비되는 시민단체의 시험결과를 그 허구성을 밝히는 자료로 제시하고, 그 결과를 토대로 제조업자들의 선전은 과장선전에 불과하므로 소비자들에게 그와 같은

광고공세에 현혹되지 말도록 당부하는 말로 보도를 끝맺고 있는 경우, 보통의 주의를 가진 일반의 시청자들로서는 위 보도 내용의 전체적인 흐름과 구성방식의 영향으로 보도 앞부분에서 한 제조업자의 제품에 대한 설명은 보도 첫머리의 뉴스진행자의 암시대로 그와 대비되는 객관적인 시험결과에 의하여 허구임이 밝혀졌으며, 그 보도에 등장하여 제품을 설명한 제조업자는 뒤에서 허구임이 밝혀진 효과 없는 제품의 제조자 중 한 사람이라는 인상을 받게 되었다고 아니할 수 없으므로, 그 제조업자 및 그가 제조 판매하는 제품의 사회적 평가와 신용은 그 제조업자와의 인터뷰 장면을 자의적으로 삽입하여 편집 보도한 보도에 의하여 훼손되었다고 본 사례. 대법원 98다40077

--> 위 판례의 취지는 “부스터 효과없다”라는 제목 하에 원고 제조업자의 홍보 장면을 보여줌으로써 원고 제조업자의 제품도 부스터 효과가 없다는 허위 명제를 제시한 것에 대해 민사유책판결을 한 것임. 즉 부스터 효과가 없다는 명제의 허위가 입증된 후에 그 명제가 원고에 “대한 것인가”를 다툰 것임.

타인에 대한 명예훼손은 사실을 적시하는 방법으로 행해질 수도 있고, 의견을 표명하는 방법으로 행해질 수도 있는바, 어떤 의견의 표현이 그 전제로서 사실을 직접적으로 표현한 경우는 물론 간접적이고 우회적인 방법에 의하더라도 그 표현의 전취지에 비추어 어떤 사실의 존재를 암시하고 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 가능성이 있으면 명예훼손으로 되는 것이다. 대법원, 2002.1.22, 2000다37524

--> 위 판례의 취지는 “공산당” 등과 같은 과장된 표현의 문제로서 허위사실에 의한 명예훼손이라기 보다는 모욕에 대한 유죄판결로 보임. 굳이 적용하자면 “친일매국노” 발언에 대해 적용될 수 있을 뿐 그 외에 “실제 명제”가 아니라 “인식된 명제”로 허위여부를 따진다는 근거가 될 수는 없음.

더욱 중요한 부분은 미국산쇠고기의 안전성을 강조하는 입장들을 제시하지 않은

것임(아래의 표 참조). 즉 공정성의 문제임. 그렇다면 공정성 위반에 대해 허위에 의한 명예훼손이 적용될 수 있는가?

그러나 자세히 살펴보면 아래의 “입장”들도 단순히 견해일뿐 사실들이 아님을 알 수 있다. 그러나 현재의 지배적인 공정성 개념은 ‘입장’의 균형도 포괄하고 있음.

II. 허위와 다른 기준들

언론보도에 적용되는 기준들 및 중심개념

- 형법 상의 기준들 (명예훼손, 업무방해 등): 허위, 위계
- 방송심의 상의 기준들¹⁾: 공정성, 균형성
- 언론중재법²⁾의 반론보도청구권: 사실적 주장

1) **방송심의규정 제9조(공정성)** : ①방송은 진실을 왜곡하지 아니하고 객관적으로 다루어야 한다. ②방송은 사회적 쟁점이나 이해관계가 첨예하게 대립된 사안을 다룰 때에는 공정성과 균형성을 유지하여야 하고 관련 당사자의 의견을 균형있게 반영하여야 한다. ③방송은 제작기술 또는 편집기술 등을 이용하는 방법으로 대립되고 있는 사안에 대해 특정인이나 특정단체에 유리하게 하거나 사실을 오인하게 하여서는 아니 된다.

2) **언론중재및피해구제등에관한법률 제14조 (정정보도청구의 요건)** ①사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함으로 인하여 피해를 입은 자(이하 "피해자"라 한다)는 당해 언론보도가 있음을 안 날부터 3월 이내에 그 보도내용에 관한 정정보도를 언론사에 청구할 수 있다. 다만, 당해 언론보도가 있는 후 6월이 경과한 때에는 그러하지 아니하다. ②제1항의 청구에는 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 아니한다. ③국가·지방자치단체, 기관 또는 단체의 장은 당해 업무에 대하여 그 기관 또는 단체를 대표하여 정정보도를 청구할 수 있다. ④민사소송법상 당사자능력이 없는 기관 또는 단체라도 하나의 생활단위를 구성하고 보도내용과 직접적인 이해관계가 있는 때에는 그 대표자가 정정보도를 청구할 수 있다. . .

제16조 (반론보도청구권) ①사실적 주장에 관한 언론보도로 인하여 피해를 입은 자는 그 보도내용에 관한 반론보도를 언론사에 청구할 수 있다. ②제1항의 청구에는 언론사의 고의·과실이나 위법함을 요하지 아니하며, 보도내용의 진실 여부를 불문한다. ③반론보도청구에 관하여는 따로 규정된 것을 제외하고 이 법의 정정보도에 관한 규정을 준용한다.

- 언론중재법의 정정보도청구권: 사실적 주장이 진실이 아닌 경우

공정성 심의 자체에 대해서도 타당성에 대해 반론이 제기되고 있다. <별첨2 공정성 심의의 정치적 중립성>

허위에 의한 명예훼손은 방송심의상의 기준이나 반론보도청구권의 기준과는 달라야 한다.

III. 명예훼손죄의 재조명

명예훼손에서 허위의 입증은 불필요하다는 환상을 깨야함. 진실에 의한 명예훼손과 허위에 의한 명예훼손은 명백히 구분되어야 함.

허위에 의한 명예훼손에 대하여 허위는 엄격하게 입증되어야 함. 허위라고 입증되지 않은 명제에 대해 명예훼손책임을 지워서는 안됨.

불공정하고 편파적인 내용이라고 할지라도 허위에 의한 명예훼손책임을 지울 수는 없음.

권력비리에 대한 단서는 불공정하고 편파적일 수 밖에 없음. 예) 반전시위. 불공정하고 편파적이라고 하여서 허위와 똑같이 취급해서는 안됨. <별첨3 진실에 의한 명예훼손 폐지>

제17조 (추후보도청구권) ①언론에 의하여 범죄혐의가 있거나 형사상의 조치를 받았다고 보도 또는 공표된 자는 그에 대한 형사절차가 무죄판결 또는 이와 동등한 형태로 종결된 때에는 그 사실을 안 날부터 3월 이내에 언론사에 이 사실에 관한 추후보도의 게재를 청구할 수 있다. . .

IV. 결론

로스쿨의 설득문(persuasive memorandum)과 설명문(objective memorandum)은 다르게 교육된다.

언론도 설득을 위한 '주장'을 할 수 있는가? 예를 들어 PD수첩이 "오늘은 '미국산 쇠고기의 광우병 감염가능성이 높다'는 주장에 대해 살펴보도록 하겠습니다. 정부측에서 감염가능성이 '낮다'라는 주장을 충분히 하고 있으므로 오늘은 편향되지만 '높다'는 주장에 포커스를 맞추고자 합니다"라는 양해와 함께 국민들을 설득하는 것이 허용되어야 하는가?

'주장'을 할 수 있다면 공정성 심의는 폐지되거나 최소한 허위에 의한 명예훼손과는 철저히 분리되어야 한다.

공정성 심의의 정치적 중립성

Due Impartiality, Fairness 등으로 번역되는 공정성에 대한 심의의 위협성에 대해서는 다음의 문구에 잘 설명이 되어 있다.

공정성 원칙이 요구하는 균형에 대한 두려움 때문에 사회적 이슈에 대한 입장을 취하는 프로그램들은 방송사들에게 위협이 되었다. 방송사들은 불균형에 대한 민원을 피하기 위해 이러한 프로그램들을 탈색하여 생기를 앗아갔다. 광고주들의 입맛에 맞는 다큐멘터리들은 여행, 외식, 애완견, 화훼전시회, 과거와 현재의 부자들과 유명인사들의 라이프스타일에 대한 것이었다. 간단히 말해 상업광고시스템 하에서 다큐멘터리들은 '네트워크 방송에서 오락프로그램과 광고의 영향력을 따를 수 없는 거의 중성화된 작은 조각'으로 줄어들었다.⁴⁾

이 글에서 주로 다루고자 하는 것은 이상(理想)으로서의 공정성을 말하는 것이 아니라 공정성 심의에 대해 말하고자 하는 것이다. 하지만 이것은 자주 혼돈이 되며 이에 대해서는 아래에서 다시 논의를 할 것이다. 다시 강조하자면, 방송의 내용이 공정성을 지키지 않는 것에 대해 국가가 방송사에게 행정적 징계를 내리는 제도에 대해 헌법적인 평가를 하고자 하는 것이다.

이상으로서의 공정성은 매우 중요하다. 이것은 마치 진실이 중요한 것과 같다. 하지만 진실이라는 이상을 충족시키지 못한다고 하여 규제를 하는 허위사실유죄에 대한 평가는 진실이라는 이상에 대한 평가와는 달라야 하는 것과 마찬가지로이다. 그리고 이 평가는 최근 방송환경의 변화를 고려한 평가가 될 것이다.

3) 2009년 2월13일 언론정보학회 발제문

4) Edward S. Herman, Robert W. McChesney, <The Global Media: The New Missionaries of Corporate Capitalism>, Continuum, 144쪽.

그리고 이와 같은 평가에 따라 재구성되는 공정성의 의미에 따라 최근의 분쟁사례들에 대해 가상의 공정성 심의를 해보고자 한다.

1. 공정성 심의의 합헌성

지상파방송은 다른 매체들과 달리 희소성이 있는 전파자원을 매개로 이루어진다. 전자파는 간섭현상이 발생하여 한 사업자가 특정 주파수대에서 방송을 하게 되면 다른 사업자는 같은 지역에서 같은 주파수대에서 방송을 할 수 없다. 한정된 물리시설 내에서 신호가 전달되는 신문, 케이블, 인터넷, 영화와는 다르다. 이 때문에 모든 나라에서 전파자원은 국가의 소유로 유지되고 이를 이용하는 지상파 방송에는 국가의 개입이 헌법적으로 더욱 자유롭게 허용된다.

이에 따라 다른 매체들에서는 검열로 여겨져 금지되는 행정기관에 의한 내용규제가 시행되고 있다. 대한민국을 제외한 대부분의 OECD국가들에서 방송 외의 매체에 대해 행정기관이 내용규제를 하지 않는다. 행정기관은 항상 권력자의 영향력 하에 있어 권력자에 비판적인 목소리를 규제할 가능성이 너무 높기 때문이다. 발화 즉시 직접적인 결과를 나타내는 행위와 달리 그렇지 못한 표현의 위법성 판단을 행정기관에게 맡기는 것은 그 제도 자체가 표현의 자유에 대한 사전검열적 침해로 보는 것이 통설이다. 어찌되었든 이렇게 허용된 내용규제의 내용이 우리나라에서는 '공정성'으로 영국에서는 'due impartiality'로 미국에서는 'fairness'로 나타나고 있는 것이다.⁵⁾

하지만 이것은 왜 공정성 심의가 헌법적으로 허용되는지를 설명할 뿐 왜 공정성 심의가 필요한지를 설명하지 못한다. 예를 들어 음란규제의 의의는 성도덕의 함양이라고 볼 수 있고 음란규제가 헌법적으로 허용되는 이유는 음란규제의 의의와 관련될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 공정성 심의의 의의에 대해서는 여러 가지 다른 설명이 있을 수 있다.

혹자는 유럽의 경우 방송이 공영방송으로 시작하였기 때문에 방송인들

5) 지상파방송이 왜 다른 미디어 보다 더 엄격하게 규제되는가에 대해서는 Eric Barendt, *Broadcasting Law - A Comparative Study*, Clarendon Press Oxford, 3-10쪽.

은 공무원이었고 이들이 자신들의 개인의 의견에 따라 방송의 내용을 편향되게 하는 것은 직무유기가 되는 것이었기 때문에 원래 이들에게 적용되는 직무규정의 성격을 가지고 있었다는 설명도 있다.⁶⁾ 즉 공영방송이 자신들의 이익에 봉사하지 않고 공공성을 유지하도록 하기 위해서 필요하다는 것이다.

혹자는 실제로 공정성이라는 이상이 국가의 규제욕구에서 온 것이 아니라 언론사들 내부에서 발생했다고 본다. 즉 당파성있는 보도들이 시장에서 매력을 잃게 되고 여러 소송들에 휘말리게 되면서 언론인 스스로가 공정성을 제품의 질에 포함시켜 홍보하기 시작한 것이다.⁷⁾ 그리고 방송이 언론의 역할의 일부를 자임하고 방송에 대한 규제욕구는 공정성의 이상을 규제의 잣대로 차용하게 된 것이고 방송은 자연스럽게 공정성 심의를 받게 된 것이다. 이러한 취지라면 방송의 공정성 심의는 필요가 없는 것이다.

혹자는 공정성은 민주주의의 이상을 실현하기 위해 반드시 필요하다고 한다.⁸⁾ 규제되지 않는 시장에서는 돈을 가진 자가 공적 논의를 주도하게 되어 진정한 평등하고 자유로운 토론이 이루어지지 않는다는 것이다. 이 입장에 따르면 공정성 심의는 시장에서 발생할 수 있는 '자유 불균형'을 해소하고 다수가 소수의 목소리를 억누르지 않도록 즉 다양성의 보호를 위해 필요하다.

아마도 우리에게 가장 매력적인 공정성의 이상을 대변하는 것은 마지막의 입장일 것이다. 실제로 방송 전체의 이상으로서 공적 영역(public sphere)이라는 말을 많이 쓴다.⁹⁾ 이 공적 영역은 하버마스의 의견을 따르자면 제도적으로 국가와 자본으로부터 독립적일 때에 민주주의에 봉사하게 된다. 그렇기 때문에 어떤 사람들에게는 "BBC와 같은 비영리기구가 자체 내에서 '객관성'을 관철하는 것이 공공의 영역의 모범"이 되기도 한다.¹⁰⁾

6) Barendt, 96쪽.

7) Herman, 192-193쪽.

8) Cass R. Sunstein, Democracy and the Problem of Free Speech, Free Press를 보라.

9) Jürgen Habermas, <The Structural Transformation of the Public Sphere>, Polity, 1984. 물론 이것은 어디까지나 이상일 뿐이며 이와 같은 이상은 방송 뿐만 아니라 도서관, 신문, 회의장 등이 모두 가질 수 있다.

10) Herman, 3쪽.

하지만 다른 사람들에게는 “국가와 자본으로부터 부분적으로 또는 완전히 자유로운 다양한 언론사들이 보도와 공적 담론에 편향된 입장을 가지고 참여하는 것”이 더 효율적인 공적 영역이 될 수도 있다.¹¹⁾ 이를 위해서는 언론사가 취하는 “정치적 관점의 범위에 대하여 제한이 없어야 하며 자원이 적절히 분배되어 경제적 또는 정치적 강자가 언론이 사회의 상대적 약자들을 대변한다는 생각을 몰아내지 않도록 하여야 한다.”¹²⁾

허먼 등은 위에서 언급한 (1) BBC모델과 (2) 다양성모델 중에서 어느 것이 더 낫다고 생각하지는 않는다. 단지 현재의 공적 영역의 이상을 ‘객관성’이나 ‘균형성’과 같은 관념적인 개념으로 이를 수는 없다고 생각하는 것으로 보인다. BBC모델이 성공한 것은 BBC가 강력한 공정성 심의를 받아서가 아니라 자원배분 및 소유구조 등의 문제라고 생각을 하는 것으로 보인다. 그렇기 때문에 허먼은 잘 알려져 있듯이 방송이라는 생선을 국가라는 고양이에게도 자본이라는 고양이에게도 맡길 수 없으니 비영리단체에게 맡겨야 한다고 주장하고 있다.

실제로 잘 살펴보면 BBC의 내용 가운데 정확성(accuracy)과 공평성(impartiality)에 대한 심의는 우리나라의 방송통신심의위원회의 방송부문에 해당하는 Ofcom이 아닌 BBC경영위원회에 의해 이루어진다. 즉 BBC는 공정성 심의를 받지 않는다고 보면 된다. 뿐만 아니라 BBC의 적절한 공평성(duel impartiality)에 대한 내부지침은 ‘결론없는 재미없는 프로그램’을 만들 필요가 없다고 하고 있다. 즉 방송인들이 논평(editorialize)할 수 있다는 것이다.

허먼의 말처럼 방송의 이상인 공적영역을 위해서는 내용규제가 아니라 소유규제가 더 중요하고 한다면 소유규제에 대한 현재 우리나라에서의 담론을 가볍게 살펴보기로 하자.

2. 내용규제와 소유규제의 관계

가. 소유규제의 의의

한나라당은 IPTV 등이 방송을 대체하면서 전파자원의 희소성이 급격히

11) Herman, 3쪽.

12) Herman, 3쪽.

떨어져 방송에 대한 다양한 소유규제를 유지할 이유가 없다고 주장하고 있다. 하지만 이것은 방송사 소유규제의 취지를 잘못 이해한 것이다.

그런데 소유규제는 매체의 희소성 때문에 시행되는 것이 아니다. 신문방송의 겸영금지는 전파자원의 희소가치 때문이라기보다는 모든 산업에 공히 적용되는 공정거래법이 언론의 질적 다양성에 대한 욕구라는 방송산업 내의 특별한 욕구와 결합하면서 만들어진 것이다. 영화관의 숫자가 늘어난다고 해서 영화의 다양성을 보호하기 위한 스크린쿼터가 불필요해지는 것이 아니다. 다양성의 위협이 어디에서 오는가에 따라 다양성 보호조치의 대상은 달라져야 한다. 영화시장에서는 자본집약적으로 생산된 외국영화가 다양성을 해치므로 쿼터의 대상이 외국영화가 되는 것이 당연하다. 언론에서도 신문시장이 소수의 자본들에 의해 독점되고 있다면 그 제한의 대상은 바로 그 자본들이 되어야 하며 그 때문에 신문방송 겸영금지가 필요한 것이다. 즉 신방겸영금지는 공정거래법적인 논리가 방송산업에 적용되면서 발생한 것으로서 전파자원의 희소가치와는 직접적인 관련은 없다. 도리어 케이블과 같은 대체매체가 발전한다면 수직병합에 의한 독점력의 행사가 가능해지고 이에 따라 소유규제는 더욱 강화될 필요가 있을 수도 있다.¹³⁾

물론 순수하게 경제법적인 규제로는 방송의 이상인 공적영역을 실현할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 공정거래법이 관심을 두고 있는 것은 사업자의 양적 다양성이지만 사업자가 제공하는 내용의 질적 다양성이 아니기 때문이다. 그러나 그렇다고 하여 질적 다양성의 중요성이 매체의 희소성이 줄어들었다고 해서 즉 대체가 늘어났다고 해서 더 늘어나거나 줄어들지는 않는다. 이와 같은 질적 다양성에 대한 고려가 다른 산업에서는 존재하지 않는 여러 형태의 소유규제로 나타난 것이다.

나. 미국의 소유규제 논의

이와 관련되어 지상파 방송의 디지털화가 올해에 실시되며 VOD, IPTV

13) Barendt의 6장 참조. 이와 같은 주장을 하고 있지는 않지만 소유규제를 경쟁법 또는 공정거래법의 틀에서 이해하고 있다.

등이 우리보다 앞서 발전한 미국에서의 신문방송 교차소유금지제도에 대한 논의를 살펴보자. 2007년12월 연방통신위원회(FCC)는 신문방송 교차소유금지를 폐지를 하려는 것도 아니고 완화하려 하였다가 그마저도 실패하였는데 이 논의과정을 우리는 세밀히 살펴볼 필요가 있다.

당시 FCC는 미국 내 20대 미디어시장에 한하여 각 시장의 4대 방송을 제외한 방송에 대해서는 교차소유를 허용하려 하였다. 물론 그것도 교차소유 이후 그 지역의 주요 일간신문과 종합편성 지상파채널의 숫자의 총합이 8개 이상 존재하는 것을 조건으로 말이다. 하지만 이 완화조치는 오바마 대통령 당선자를 포함한 20여명의 상원의원들이 공동발의한 법안에 의해 실질적으로 무효화되어 버렸다. 부시 대통령이 비토 의사를 밝혔기 때문에 이 법안이 하원에서 아직 통과하지 않았을 뿐이지 공동발의자인 오바마가 대통령이 되었으니 결과는 뻔하다. 특히 연방방송위원회 예산권이 있는 하원은 교차소유금지가 완화되면 예산을 삭감하겠다는 의사를 밝혔기 때문에 연방통신위원회는 현재에도 완화조치를 시행도 못하고 있다.

그런데 연방통신위원회는 미수에 그친 이 조치에 대한 당시 설명에서 일간신문과 지상파방송은 인터넷 등의 뉴미디어가 대체할 수 없는 독보적인 지위를 가지고 있음을 재확인하였고 방송매체 내에서의 다양성이 보존되어야 한다고 하였다. 실패한 완화조치가 그 적용지역을 “20대 시장”으로 완화한 것도 이들 시장에서는 10개 이상의 지상파방송이 상호경쟁하고 있는 것으로 확인되었기 때문이다. 우리나라와 같이 대형지상파방송이 4개밖에 존재하지 않는 곳에서 신문에 의한 소유를 허용하는 것과는 질적으로 다르다는 것이다. 그리고 FCC는 이와 같이 방송의 다양성이 확보된 시장에서 한하여 군소지상파방송(그 지역 4위 미만)에 대해서 신방검열을 허용하고자 한 것은 이들 군소지상파방송이 없어지면 그 지역의 방송의 다양성이 도리어 훼손되는 것이고 그 지역의 신문과 군소지상파방송이 힘을 합하여 군소지상파방송을 살려낼 수 있다면 방송의 다양성이 더욱 확보될 수 있다고 생각한 것이다. 물론 이마저도 상원에서 반대한 것은 재정난을 겪는 군소지상파방송사를 소유하게 될 회사들이 언론재벌들에 의해 소유될 가능성을 두려워했기 때문이다.

다. 방송매체 내에서의 다양성은 더욱 중요해진다.

위 논의가 우리에게 주는 교훈은 무엇일까? 방송은 현재의 독보적인 지위를 계속 유지하게 될 것임을 직시해야 한다. “케이블방송, IPTV 등이 발전하므로 방송이 독보적인 지위를 유지하고 있지 아니하여 현재 상황을 방송의 독과점이라고 볼 수 없다”는 발제자의 주장은 지상파 방송의 독보적인 지위를 무시한 발언이다. 절대로 이 지위는 한동안 없어지지 않을 것이다. 역사의 우연이라고 할지라도 이를 탈피하는 데에는 시간이 오래 걸린다. 지금도 지상파나 일간신문에 나오는 것은 하나의 뉴스가 되어 케이블과 인터넷을 통해 재생산된다.

위에서 말했듯 지상파방송을 대체할 수 있는 매체가 발전한다고 하더라도 다양성을 위해 공정거래법적인 소유규제를 계속 유지해야 한다는 사실은 변함이 없다. 그리고 실제로 대체가능한 매체가 없기 때문에 다양성조치로서의 소유규제를 계속 유지할 필요는 더욱 강해지는 것이다. 하지만 이와 함께 방송이 그만큼 독보적인 지위를 가지고 있고 대체될 수가 없기 때문에 방송의 다양성에 대한 논의는 계속 중요해지는 것이다.

물론 숫적 다양성과 질적 다양성은 다른 것이지만 서로 반대되는 것은 아니다. 숫적 다양성은 질적 다양성을 높이는 한 방법은 될 수 있는 것이다.

3. 변화하는 환경에서의 공정성 심의 - 헌법적 재구성

지금은 IPTV와 같은 대체매체가 나타나 전파자원의 희소성이 의미가 없어지고 있는 상황에 풀어야 할 것은 내용규제이다. 또 전파자원의 희소성이 정당화하는 것은 내용규제이지 소유규제가 아니었다.¹⁴⁾ 미국에서 대체매체가 폭발적으로 증가한 80년대에 표현의 자유를 제약하는 ‘공정성’ 심의를 유지할 이유가 없다고 하여¹⁵⁾ 오바마 대통령당선자도 선명하게 ‘공정성 심의’에 대한 반대 의사를 밝히고 있다.

그렇다고 희소성이 없어졌다고 하여 ‘공정성 심의’가 없어져야 한다는

14) Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969)

15) Sunstein, 54쪽.

것은 아니다.¹⁶⁾ 공정성 심의를 새로이 개념화할 필요가 있다는 것이다.

첫째, 매체가 늘어난 상황이라서 다른 매체에서 용납되고 있지 않는 공정성 심의를 해야 할 방송에 대해서만 용납해야 할 이유가 줄어들고 있다. 다른 매체에서는 공정성 심의가 이루어지고 있지 않다. 심지어는 행정기관의 내용규제가 비방송 매체에 대해 이루어지고 있는 우리나라에서조차 공정성에 대한 심의는 없고 불법정보에 대한 심의가 있을 뿐이다.¹⁷⁾

둘째, 매체의 양적 팽창과 관계없이 방송의 내용규제가 강력하면 방송의 다양성은 줄어들 수 밖에 없다는 글 첫머리의 우려는 계속 유효하다. '공정성' 심의 등은 방송의 내용을 천편일률적으로 만들거나 주류이론 또는 지배담론에 대항하는 보도나 논평을 하기 어렵게 만든다. 지금 한나라당은 강도높은 내용규제는 그대로 유지하여 방송을 국가의 영향력에 복속시키면서 소유규제를 폐지하여 자본의 영향력에도 복속시키는, 방송의 다양성에는 최악인 선택을 하고 있다. 특히 심의제에 과징금을 포함하겠다고 하는 것은 시대를 역행하는 제안이다.

우리는 여기서 공정성 심의를 더욱 보편적인 틀 속에 넣어봄으로써 그 타당성을 평가해볼 수 있다. 국가는 학교 뿐만 아니라 다른 시설들을 통하여 표현(정보제공)의 주체로서 활동을 하기도 하고 표현의 매개자로서 역할을 하기도 한다. 국가가 스스로 표현(정보제공)의 주체가 되거나 다른 사람의 표현의 전달자나 매개자 역할을 할 때는 국가는 당연히 국가가 지원하거나 소유하는 시설이나 매체를 이용하게 된다. 이 경우 국가는 그 시설이나 매체의 사용에 있어 표현(정보제공)의 수용자에게는 어떠한 범위의 권리를 보장해주어야 하는가?

이를 조금 더 일반화시켜 본다면 국가가 어떤 재화나 용역을 국민들에게 제공함에 있어 국가는 어떠한 의무를 갖게 되는가? 국가에 의한 재화나 용역의 제공은 공교육 뿐만 아니라 학술지원사업, 연구지원사업, 사회복지사업 등을 통해서도 이루어진다. 이때 국가는 일정한 선발기준을 갖출 수 밖에 없게되는데 이 선발기준에 있어서 헌법적 통제는 없을까? 물론 국가가 민주적으로 선출된 정부를 통하여 과학분야를 인문학 분야 보다 더 높게 평가하여 과학분야에 대해

16) 독일에서는 일부 법원이 이미 희소성이 없더라도 공정성 심의는 계속 이루어질 수 있다고 판단하였다. 57 BVerfGE 295 (1981).

17) 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률 제44의7조

지원을 더 한다거나 또는 과학이 중등교육에 더 중요하다고 생각하여 교과목들을 과학과목 중심으로 재편성한다거나 비과학 교과서들에도 과학적인 요소를 부가한다거나 하는 경우에 위헌이라고 할 수는 없을 것이다. 그렇다면 헌법적 통제는 전혀 없는 것인가? 아니면 최소한 정부의 정치적 견해차에 의해 위와 같은 결정을 내려서는 안된다는 규제는 존재하는 것인가?

우선 국가가 스스로 표현행위의 주체가 되는 경우에는 국가가 하고자 하는 표현을 그대로 하면 된다.¹⁸⁾ 물론 국가의 표현이 수용자에게 미치는 영향을 고려한다면 몇 가지 한계를 생각해볼 수는 있으나 여기서는 다루지 아니한다. 그렇다면 국가가 표현들의 전달자나 매개자가 되는 경우에는 국가가 한정된 공간에 이 표현들을 '계재'함에 있어 어떤 한계를 가지는가가 문제가 된다.

표현의 자유는 자신이 원하는 표현을 할 권리를 포함할 뿐만 아니라 자신이 원치 않는 표현을 하도록 강제당하지 않을 권리, 자신이 원치 않는 표현물을 접하지 아니 할 권리 및 자신이 원하는 표현물들을 접할 권리 등을 모두 포함하는 것으로 해석되는 것을 전제로 하였을 때¹⁹⁾ 국가가 정보의 매개자로서 어떠한 정보를 선택할 것인가는 사전검열로서의 효과를 가지게 됨을 명심해야 한다.

이에 대해서는 일찍이 Perry Education Association 대 Perry Local Educators' Association 사건²⁰⁾에서 학교가 공식협상 대상이었던 한 교원노조에게

18) Downs v. Los Angeles Unified School District, 228 F.3d 1003 (9th Cir. 2000) 학교 게시판에 교사가 동성애자각성월간에 대한 게시물을 올리지 못하도록 한 것에 대한 위헌소송. 제9순회지구항소법원은 이 게시판은 학교 스스로의 의사표시를 위한 통로였지 다양한 학교 구성원들의 의사표시 공간이 아니었다고 하며 합헌판정을 하였다.

19) 사상을 전달받을 권리는 사상을 전파할 권리에서부터 도출된다. *표현의 자유*는 문헌을 배포할 권리 뿐만 아니라 받을 권리를 포용한다. Martin v. Struthers, 319 U.S. 141, 143, 63 S.Ct. 862, 863, 87 L.Ed. 1313 (1943). 사상의 전파는 그 사상을 자발적으로 받고자 하는 사람이 받을 자유가 없다면 성취되지 않을 것이다. 사상의 매도인만 있고 매수인만 있는 황량한 '사상의 시장'이 될 것이다. Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301, 308, 85 S.Ct. 1493, 1497, 14 L.Ed.2d 398 (1965) (브레넨 대법관의 별도 의견). 사상을 전달받을 권리는 또 받는 사람 스스로의 표현의 자유와 정치적 자유의 행사에 필수적인 전제가 된다. Island Trees Union Free 교육위원회 대 Pico, 457 U.S. 853, 867 (1982)

20) 460 U.S. 37 (1983)

는 학교의 내부메일의 사용을 허용하면서 다른 교원노조에게는 사용을 불허한 것에 대하여 대법원은 표현행위가 국가가 통제하는 공간에서 이루어질 경우를 다음과 같이 분류하고 그 공간의 종류에 따라 표현의 자유 보호 정도가 달라진다고 하였다.

첫째 전통적 공적 공간(traditional public forum)은 역사적으로는 모든 사람들의 의사표명의 공간으로 개방되었던 길거리와 공원 등을 말한다. 필자는 이 공간은 국가가 소유하고 있지만 연혁적인 이유로 이 공간의 국유 사실이 그 공간에서 이루어지는 표현의 자유의 가치에 영향을 미치지 않아왔던 공간으로 파악한다. 대법원에 따르면 이 공간에서의 표현의 자유 보장 정도는 공간의 국유사실을 무시한 상태에서 정해진다. 즉 신문, 간행물의 지면이나 영화의 영상과 같은 사유 공간의 보장 정도와 똑같은 표현의 자유가 보장되는 것이다.

둘째 제한된 공적 공간(limited public forum)²¹⁾은 개인들의 의사표명에 이용되는 공간이지만 전통적 공적 공간에 포함되지는 않는 공간을 말한다. 예를 들어 국가가 소유 및 운영하는 극장, 회관 등을 말하는데 국가가 특정한 규칙에 따라 그 공간의 사용을 사인들에게 허용하였던 공간이다. 필자는 이 공간은 공간의 국유 및 운영 사실이 표현의 자유의 보장 정도에 영향을 미쳐 표현의 자유의 보장 정도가 더욱 저하되는 것으로 파악한다. 대법원에 따르면 이 공간에서는 국가가 그 공간의 일상적 운영규칙과 목적에 따라 개인들의 표현행위를 규제할 수 있다. 이 공간에서의 규제는 사유(私有)공간에서는 금지되는 내용규제도 표현자의 관점에 공직자들이 반대하여 그 표현의 발화를 억제하려는 노력이 아니기만 하다면 허용된다. 아니 어떻게 보면 국가가 이 공간을 운영하기 위해서는 일정한 내용규제는 불가피하다. 예를 들어 회의장에서는 대중가수의 공연은 허용하지 않는다거나 하는 식의 내용규제는 허용되지만 회의장 운영자들이 행사의 목적(예를 들어, 환경보존의 필요에 대한 각성)에 반대하기 때문에 회의의 개최를 허용하지 않는 식의 정치적 규제는 금지되는 것이다.²²⁾

21) 일부 학설에서는 (1) 공적공간(public forum)과 (2) 비공공적 공간(nonpublic forum)으로 나누거나 (1) 전통적 공적 공간, (2) 한정적 공적 공간, 그리고 (3) 비공공적 공간으로 분류하기도 하나 모든 학설들이 동의하는 것은 정치적 견해차에 따른 차별(viewpoint discrimination)은 비공공적 공간 및 한정적 공적 공간 모두에서 금지된다는 것이다.

이와 같은 분류는 Perry사건 이후 그대로 유지되고 있다. Cornelius 대 NAACP 사건²³⁾에서 대통령령(executive order)으로 연방정부 공무원들을 대상으로 한 합동모금에서 의료혜택 등의 사회복지서비스를 제공하는 단체들만의 참여를 허용하고 정치적 또는 법적 운동단체들의 참여는 명시적으로 금지한 것에 대하여, 비공공적 공간(nonpublic forum)에의 접근권은 특정 주제나 소재에 따라 부여될 수 있으며 합동모금행사라는 공간의 목적에 합당한 규제는 정치적 견해차에 따른 차별이 아니라면 허용된다고 하였다.

예를 들어 Rosenberger 대 University of Virginia 사건²⁴⁾에서 대법원은 University of Virginia라는 주립대학이 한 학생단체에게 특정한 종교적 입장을 추구한다면 학생단체활동지원금의 배분을 거부한 것에 대해 판시하였다. 이 사건에서 대법원은 '정부가 스스로 의사표시를 할 때나 타인과의 계약을 통해 타인에게 의사표시를 위임할 때는 정부가 그 내용을 자유롭게 통제할 수 있다'고 하며 그러나 이 사건에서는 국가가 사인들로부터의 다양한 의사표시를 증진시키기 위해 자금지원을 하는 것이며 이 경우 견해(viewpoint)차이에 따라 차별할 수 없다고 하였다.

결국 Perry사건을 포함하여 국가가 통제하는 공간을 통해 정보제공이 이루어질 때 정보수용자의 표현의 자유의 보호 정도를 표로 나타내보자면 다음과 같다.

22) 대법원은 Perry 사건에서는 학교의 내부메일시스템은 한정된 공적 공간이라고 정의하고 YMCA나 컵스카우트와 같은 단체들에게는 접근을 허용하고 교원노조들 중에서 공식적인 단체협상자격을 얻은 노조 외의 다른 노조 들에는 불허하는 것은 학생들에게 다양한 사회집단들의 목소리를 접할 수 있도록 한다는 교육적 목적 하에서 이루어지는 타당한 내용규제라고 하였다.

23) 473 U.S. 788 (1985)

24) 515 U.S. 819 (1995). 이 판결에서는 4명의 대법관이 미연방대법원의 국교분리조항에 따라 종교적인 입장들을 중심으로 한 학생활동에 대한 지원을 중단할 수 있다며 소수의견에 동참하였다. 그러나 이 소수의견에서 종교 대 비종교 사이의 견해차에 있어서 비종교라는 견해를 선택할 수 있다고 한 것은 국교분리조항이라는 특수한 상황 때문이며 본문에서 필자가 확인한 원칙 즉 견해차별은 금지된다는 원칙의 보편적 성립에 대해서는 영향을 주지 않는다.

정부의 역할	정보제공(표현)의 공간	정보 수용자의 표현의 자유 보호 정도
정부가 표현의 주체인 경우	국가가 통제하는 모든 공간	25)
정부가 표현의 매개자인 경우	전통적 공적 공간	일반적 수준
	한정적 공적 공간	정치적 견해차에 따른 차별 외에는 내용규제 등이 가능함

그리고 Perry판결의 이와 같은 구분은 학교 내로 온전히 적용되었다. 우선 Planned Parenthood of Southern Nevada 대 Clark 카운티교육위원회 사건²⁶⁾에서, 제9순회지구 연방항소법원은 학교가 인근의 낙태시술소의 광고를 학교 간행물에 포함시키지 못하도록 한 것에 대하여 심의하였다. 법원은 "비공공적 공간에 대한 접근은 (그 공간이 담당하는) 주제와 표현 주체의 신원에 따라 규제될 수 있으며 차별은 합리적이라야 하며 정치적 견해차에 따른 차별이어서는 안된다"라고 하며 위의 광고거부는 정치적 견해차에 따른 차별이 아니라 이와 같은 내용은 광고주의 낙태에 대한 견해에 관계없이 학교 간행물에 실리기에 적절치 않다는 교육적 판단에 의한 것이므로 허용된다고 판시하였다.

Searcy 대 Harris사건²⁷⁾에서는 학교가 한 평화단체가 고등학교 취업박람회에 참가하지 못하도록 한 것에 대하여 제11순회지구 연방항소법원은 평화단체의 참가를 불허하거나 실질적으로 어렵게 하기 위하여 이 단체가 다른 채용단체(특히 군사기관)들을 비판하거나 논쟁적인(controversial) 사안에 대해 언급하지 못하도

25) 국가가 스스로 통제하는 공간을 통해 정보제공의 주체로서 특정한 표현(정보제공)을 할 경우, 정보수용자가 가진 원치않는 정보를 받지 않을 권리로부터 도출될 수 있는 제공되는 정보에 대해 한계가 논리적으로 있을 수는 있는 것 같다. 단지 여기에서는 국가가 스스로 정보제공 및 표현의 주체가 되는 것이 아니고 정보제공 및 표현의 매개체를 소유하고만 있을 경우를 다룬다.

26) 941 F.2d 817 (9th Cir. 1991)

27) 888 F.2d 1314 (11th Cir. 1989).

록 하는 규제를 채택한 것은 정치적 견해차에 따른 차별이며 위헌이라고 하였다.

Fleming 대 Jefferson County 교육구사건²⁸⁾에서는 1999년의 콜럼바인고등학교의 총격사건 이후에 그 고등학교에서 그 총격사건을 기념하려는 것이 아니고 그 총격사건 이후 학생들이 총격사건이 발생한 학교건물에 편한 마음으로 돌아올 수 있도록 긍정적 교육환경을 만들기 위한 노력의 일환으로 학생, 학부모 및 주민들을 초대하여 다양한 타일들을 제작하도록 하였고 이 타일들은 학교건물의 벽에 부착되기로 하였다. 학교는 타일에는 총격, 이름, 종교적 상징 또는 음란물이 포함되어서는 안 된다는 조건을 제시하였다. 소송원고들은 자신의 자녀들의 이름, 총격사건의 날짜 및 종교적 상징을 모두 타일에 포함시켰고²⁹⁾ 이 타일들은 조형물에 포함되지 않았다. 이에 대해 제10순회지구 연방항소법원은 학교의 벽에 대해서는 학교의 정당한 교육적 목표에 부합하는 규제를 할 수 있다며 합헌 판정을 한다.

결론적으로 국가가 개인이 생산한 정보에 대하여 정보전달자 또는 정보매개자로서의 역할을 하기 위해 국가가 통제하는 공간이나 매체를 제공할 경우 이 공간이나 매체에 부여된 고유의 목표에 부합한 규제를 시행할 수 있으며 그 규제는 일반적인 표현의 자유 보호 범위에서는 허용되지 않는 내용규제도 포함될 수 있으나 정치적 견해차에 따른 차별은 허용될 수 없다.³⁰⁾

28) 298 F.3d 918 (10th Cir. 2002)

29) 타일에는 예수 그리스도는 나의 주, 4/20/99 예수는 울었다, 악인을 위한 평화는 없다고 주는 말씀하였다 와 같은 문구들과, 피살자들의 이름, 십자가 등이 포함되어 있었다.

30) 필자의 이와 같은 개념들은 다음의 대법원판례를 통해 검증된다. 1975년 당시 뉴욕주의 아이랜드트리교육구 내의 공립학교를 담당하는 주정부기관인 교육위원회의 교육위원들은 한 보수적인 학부모단체의 회의에 참가하여 그 단체에서 거부되어야 할(objectionable) 책들의 목록을 입수하였다. 자신들의 교육구 내의 고등학교 도서관에 이 책 중의 9권이 비치되어있음을 알고 교육위원회는 이 책들이 음란하지는 않으나 반 미국적, 반 기독교적, 반 유대교적 그리고 명백히 저급하다고 하며 도서관에서 수거될 것을 명령하였다. 이에 대해 학교의 교장들은 도서관 장서에 대해 이의가 들어올 경우 위원회를 구성하여 검토하는 정책을 시행해왔으며 이의를 제기하였다. 이에 교육위원회는 학교 직원4명과 학부모 4명으로 구성된 서적평가위원회를 구성하였다. 그러나 서적평가위원회가 대부분의 서적들에 대해 적합판정을 내리자 교육위원회는 서적평가위원회의 권고를 무시하고 위 9권의 책에 대해 도서관은 물론 수업교재로 사용될 수 없다

5. 공정성 심의의 중립성

그렇다면 방송을 위의 틀에서 국가가 정보매개자의 역할을 하고 있는 상황으로 볼 수 있다. 이때 국가가 어떠한 정보를 선택할지에 대한 결정이 공정성 심의로 이루어진다고 생각하면 공정성 심의에도 한계가 있어야 한다. 즉 국가가 방송의 내용에 어느만큼 개입할 수 있는가에 대한 문제를 풀어주어야 한다. 어느 하나의 입장을 취한다고 해서 이를 공정성을 위배한다고 할 수 있는가? 필자는 한겨레 칼럼에서 검찰의 정치적 중립성에 대한 글을 쓰며 “검찰은 자신의 양심대로 하면 안된다”고 주장하였고(“검찰 정치적 중립성의 의미”, 2009.01.21 한겨레)교과부에 대해서도 정치적 중립성에 대한 글에서 역시 “교과부가 역사의 정설을 세우려 하면 안된다”고 하였다(“교과서 수정 요구는 위헌” - 2009년 1월 7일 경향신문). 필자는 방송통신심의위원회에도 똑같이 적용되어야 한다고 본다. 근현대 교과서의 수정을 통해 좌편향을 수정하겠다고 하는 것이나 PD수첩의 광우병 보도의 ‘좌편향’을 산술적 공정성 개념으로 치유하겠다는 것은 마찬가지로이다. 미국의 fairness, 프랑스의 fairness 등의 산술적인 규칙을 가지고 어떤 편향을 수정하려 하는 것은 도리어 불필요하게 공정성을 침해하는 것이 될 수 있다.

이미 우리나라에서 독립성 및 정치적 중립성이 요구되는 행정기관들이 여럿 있다. 한국은행, 감사원, 검찰, 교육기관 등이다. 여기에 우리는 방송통신위

고 명령하였다. 이에 대해 학생들이 소송을 제기하였다.

대법원은 판례의 교훈은 명백하다. 교육위원회는 도서관 장서를 구성함에 있어 상당한 재량을 가지고 있다. 하지만 그 재량은 편협한 정치적 방식으로 행사되어서는 아니된다. . . . 우리의 헌법은 국가에 의한 사상의 탄압을 허용하지 않는다. . . . 교육위원회가 서적의 수거를 통하여 교육위원회가 찬동하지 않는 사상에 소송원고인 학생들이 접근하지 못하도록 하려는 의도였다면 (871) 이는 위헌이라고 판시하면서 교육위원회의 교육위원들 중 2명이 하급심에서 반미국적의 의미를 서술하라고 하자 A Hero Ain't Nothin' But A Sandwich라는 서적이 건국공신 조지 와싱톤이 노예소유주였음을 밝힌 점을 지적한 것은 위와 같은 정치적 의도를 의심케 한다면 하급심에 재판의 속행을 명하였다. 최고법원의 이와 같은 판시 이후 양당사자들은 합의 하에 관련 서적들을 모두 도서관으로 돌려보내기로 하되 책이 대출될 때 대출한 학생의 부모에게 통지하기로 하였다.

원회/방송통신심의위원회의 독립성 및 정치적 중립성을 포함시켜야 할 것이다. 참고로 “정부가 앞장서 정치적 중립성·독립성 확보를 하겠다며 1999년 만들어진 ‘정부출연 연구기관 등의 설립운영에 관한 법’을 만든 바 있다. 즉 방통위/방심 위에도 독립성/정치적 중립성을 요구하는 것에 문제가 없다.

그렇다면 공정성 심의도 정치적으로 이용되어서는 안된다. 이것은 마치고과부의 교과서검인정제도가 “좌편향을 시정하겠다”는 정치적 목적에 동원되는 것처럼 공정성심의회가 “좌파언론”을 거세하는데에 이용되어서는 안된다.

방통위/방심위의 독립성 및 정치적 중립성은 언론이나 방송의 독립성과는 구별되어야 한다. 언론이나 방송은 독립적이어야 하지만 정치적 중립은 필요로 하지 않음. 왜냐하면 언론에서 더욱 중요한 것은 다양성이기 때문임. (예: 프랑스의 르 몽드). “중립성” 구호는 과거의 언론의 친권력성에 대한 자성에서 나온 것일 뿐임. 결국은 중립성을 지켜야 하는 것은 국가기관인 방통위/방송위이지 언론 그 자체가 아님. 언론에서 더욱 중요한 것은 다양성임. 모든 언론이 중립적이라면 다양한 언론은 존재하지 않게 됨. 특히 국가기관이 자신과 반대되는 성향을 가진 언론을 ‘중립화’하려 해서는 안됨.

결론:

1. 방심위라는 행정기관이 국가에서 추진하고 있는 사안에 대해 언론의 정치적 중립성을 강요할 수는 없음.
2. 공정성 심의를 하지 말라는 것이 아니고 정부가 자신의 견해를 관철시키기 위해 공정성 심의를 하지 말라는 것임. 정부가 이해당사자가 되는 순간 공정성 심의는 변질되어 버림.
3. 단 같은 이유로 9조4항(이해당사자)은 더욱 엄격하게 적용되어야 함.

이에 따라 실제 사례들을 검토해보기로 함.

가. MBC언론법 개정안에 대한 보도

MBC 뉴스데스크 23-27일 보도의 상당수는 알려지지 않았던 (1) 새로운 사실의 보도 또는 (2) 알려진 왜곡의 교정으로서 문제없음.

24일 “한나라당 방송법 추진, 소속의원도 몰랐다” (1)

24일 “방송법 개정, 관계자들 ‘말 바꾸기’” (1)

26일 “방송법, 헌법불합치? 한나라당, 거짓 논리로 독려” (2)

26일 “방송법, 의견수렴 충분했나?” (2)

27일 “이탈리아 여론독점의 폐해” (1)

중립적이거나 한나라당/이명박 대통령의 입장을 전한 보도는 당연히 OK.

가장 큰 문제는 언론노조들이나 방송법개정반대 시민단체들의 활동을 보도한 것 들인데 기존의 공정성의 입장에서 보자면 방송법개정찬성 시민단체들의 활동이 보도되지 않은 것이 눈에 띄. 방송 보도에서는 ‘미디어공공성포럼’을 진보와 보수를 아우르는 단체로 소개하였는데 과연 그런지 등이 문제가 될 수 있음. 특히 “시민단체들이 . . 했다”라는 표현이 나오는데 틀림없이 통과지지활동을 한 시민 단체들이 있다면 이 표현은 객관성을 잃어버린 표현이 되어버림.

두 번째 문제는 역시 ‘산술적 공정성’의 입장에서 보면 오류에 대한 교정 및 새로운 사실들의 발굴을 왜 개정반대측에 대해서는 하지 않았는지등의 문제가 남는다. 위에서 말했던 공정성의 비정치성 요건을 적용해보면 문제가 되지 않는 듯.

“뉴스후”의 경우, 의견과 사실을 구분하여 전달하였는지가 중요. PD멘트를 보면 의견인지 사실인지 불분명한 것들이 꽤 섞여있음.

시사매거진2580이나 PD수첩은 그런 문제는 보이지 않음.

박혜진 앵커멘트 역시 자신의 개인적인 신상을 말한 것이며 노조를 지지하거나 한 발언이 아니며 단지 “양해”를 구한 것임. 문제 없음.

나. KBS제야의 종소리 생중계 및 MBC뉴스 어깨걸이 화면 조작

“제9조(공정성) ①방송은 진실을 왜곡하지 아니하고 객관적으로 다루어야 한다.”는 조항을 위반함. 보도프로그램이 아니라 오락프로그램이라고 주장하는 것으로 위의 9조 상의 의무가 없어지지 않는음.

미국의 1956년도 NBC의 Twenty One이라는 퀴즈쇼 사건(홍행을 위해 주목받을 만한 참가자에게 답을 미리 알려준 쇼)을 기억할 필요가 있음. 거기서는 FCC에서 개입하기 전에 의회청문회를 통해 진상이 밝혀졌지만 당시의 방송 내용이 공정성을 해하였다는 것은 누구도 이의를 제기하지 않고 있음. 그 사건 이후 제작자들이 모두 해직되어 몇 년간 직장을 구하지 못하였고 쇼참가자였던 Charles Van Doren 당시 콜럼비아대학교 교수 역시 해직된 후 2007년경까지 강의를 포함한 공석에 나타나지 않았음.

Quiz쇼: <http://www.geocities.com/alcus2/21.html>

미디어발전국민연합은 <무한도전> 녹화시에 “MBC 정치꾼 노조 물러가라”는 구호가 잡히면 그대로 방영해야 하는가라고 반문하지만 문제는 시청자를 오도하였는가의 문제이다. <무한도전>은 녹화방송임을 밝힘으로써 통제된 환경에서 사전에 계획된 각본에 따라 진행되며 녹화 이후에도 편집에 의해 가공된 것임을 미리 암묵적으로 또는 명시적으로 고지하고 방송된다. 그러므로 시청자들은 <무한도전>에 비치는 영상이 녹화현장에서 녹화된 그대로일 것이라고 믿지 않는다. 그러나 KBS타종행사는 “특별생방송”이었다. 그러므로 시청자들은 그곳의 소리와 영상을 그대로 보여줄 것이라고 기대를 하게된다. 그럼에도 불구하고 아무런 설명없이 가공된 소리를 영상과 함께 내보낸 것은 진실을 왜곡한 것이다.

“진실”은 편집을 하지 말라거나 환경을 통제하지 말라는 것이 아니다. “진실”은 시청자의 기대와의 관계 속에서 정해지는 것임. 모든 국민은 타종 행사의 생생한 소리와 영상을 접하기 위해 (어떤 국민들은 타종행사에 나온 사람들이 혹시

악법반대를 외치지 않는지 보기 위해) “생방송”을 보겠다고 채널을 돌린 것인데 이번 생방송은 그 시청자들의 기대를 완전히 저버린 보도로서 최고 수준의 강력한 제재가 필요함.

MBC뉴스의 용산참사 항의시위 보도 중 어깨걸이 화면 조작은 누가 봐도 조작임이 드러나게 하였으므로 오도라고 볼 수 없음.

다. KBS가 직원파면 불보도의 이해상충 문제

9조 1항과 9조4항에 초점을 맞춘다면 KBS에 대해 공격할 것이 많음.

지난 1월16일 이병순 사장의 출근을 저지했다는 이유로 KBS 사원행동 대표와 대변인 2명을 파면하고 성재호 기자를 해임하였는데 KBS는 이에 대해 침묵하였고 17일 18일까지 전혀 보도를 하지 않았다. 19일에 비로소 단신으로 보도하였다. 이미 시간이 지나기는 했지만, 이는 공정한 보도가 아니다. 9조4항의 방송사업자가 이해당사자인 경우에 편파 방송을 해서는 안 된다는 의무를 위반한 것이다. 보도를 하지 않은 것이 편파보도라는 주장이 낫설기는 하나 일선 PD들이 제작을 하여 보도를 요구하였으나 이를 데스크에서 거부한 증거들이 있다면 이것은 부작위가 아니라 작위임. 자신에 대해 반대를 한 사람에 대해서는 파면 및 해임을 하겠다는 것은 치졸한 정치보복임은 말할 것도 없고 표현의 자유의 행사에 대한 보복임. 당사자로서 KBS는 반드시 보도했어야 함.

라. YTN노조³¹⁾

YTN노조 측이 신입사장 임명자 구본홍 씨에 대해 대통령과의 특수관계를 이유로 거부를 선언한 후 사측은 무더기 해고를 하고 노측은 파업 및 농성 등으로 맞서고 있다. 이 분류와 관련된 노측의 의사표시가 소위 ‘상복’ 진행이나

31) PD저널 2009년 1월6일

‘YTN사태 100일... 희망의 노래’ 제하의 뉴스 등의 YTN의 보도 프로그램의 내용을 통해 표출되자 방송통신심의위원회(“방심위”)가 이에 대한 개입을 하며 사태는 더욱 복잡해지고 있다.³²⁾

우선 방심위는 ‘상복’진행과 ‘희망의 노래’ 방영분에 대해 방송심의규정 제9조(공정성)4항의 ‘방송은 당해 사업자 또는 그 종사자가 직접적인 이해당사자가 되는 사안에 대하여 일방의 주장을 전달함으로써 시청자를 오도하여서는 아니 된다’라는 조항을 위반하는지를 검토 중에 있다고 한다.³³⁾

그러나 위 조항을 잘 살펴보면 문제 방영분에는 적용이 불가능함을 알 수 있다. 이 조항의 원래 취지는 예를 들어 MBC가 새로운 케이블채널 사업을 신청하면서 신청승인의 타당성만을 보도하는 경우이다. ‘종사자’라는 문구는 방송사업자는 법인인 상황에서 실질적 이해관계자인 자연인들도 수범대상에 포함시키는 것이 실질적 정의에 부합하기 때문에 부가된 것일 뿐이다. 예를 들어 SBS의 대주주가 국회의원 선거에 출마하였는데 SBS가 그에게 유리한 편파보도를 하는 것을 막기 위함이다. 문제의 보도내용은 위의 사례들과는 완전히 다르다. 여기서 논쟁의 양당사자는 하나의 방송사의 노 vs. 사이지 A방송사 vs. B방송사 또는 A방송사 종사자 vs. 외부인이 아니다.

실제로 위 조항을 적용해보려 하면 금방 적용이 불가능함을 알 수 있다. 위 조항에서 공정성은 더욱 심도있고 섬세한 정의를 필요로 하겠지만 가장 간단

32) 이명박 대통령은 대선 당시 자신의 언론특보였던 구본홍씨를 YTN의 신입사장으로 임명하였고 노조는 구씨의 그와 같은 경력 때문에 정권과 너무 가깝다는 이유로 구씨의 임명에 반대를 표명하고 출근저지 및 파업을 선언하였다. 10월 6일 YTN사측은 파업을 주도한 6명을 해고하는 등 30여명을 징계하였다. 이와 같은 징계에 대해 YTN노조는 여러 방식으로 대응하였는데 이 중 하나는 10월8일 상복을 입고 뉴스를 진행한 것과 10월24일에 노조 측의 투쟁상황을 보도한 “YTN사태...100일 희망의 노래!”는 타이틀의 뉴스를 방송한 것이다. 이에 대해 방송통신심의위원회는 상복 뉴스 진행에 대해서는 시청자사과라는 중징계를 내렸고 “YTN사태 100일”에 대해서는 현재 심의를 진행 중이다.

33) 상복진행에 대해서는 이미 방송통신심의위원회는 11월 26일 방송심의규정 제9조(공정성)4항의 ‘방송은 당해 사업자 또는 그 종사자가 직접적인 이해당사자가 되는 사안에 대하여 일방의 주장을 전달함으로써 시청자를 오도하여서는 아니 된다’는 조항의 위반을 적용하고 있고 제27조(품위유지)1항의 “방송은 품위를 유지하여야 하며, 시청자에게 예의를 지켜야 한다”는 규정을 위반하였고 그리고 제7조(방송의 공적책임)2항의 ‘방송은 국민의 윤리의식과 건전한 정서를 해치지 않도록 하여야 한다’는 조항에도 위배된다고 ‘시청자 사과’라는 중징계를 내린 바 있다.

하계는 논쟁의 양당사자에게 공평한 발언기회를 주는 것이다. 방심위가 지금까지 '공정성'을 해석해 왔던 사례들을 살펴봐도 이와 같은 해석에서 벗어나지 않는다. 불공정성은 논쟁의 한 당사자에게 불리하게 보도함을 말할 것이다.³⁴⁾ 그런데 위 방영분이 노측의 입장만을 대변하여 사측에 불리하다고 할지라도 방심위는 위 방영분은 사측의 승인이나 묵인 없이는 방송이 불가능하였다는 점을 간과하고 있다. '희망의 노래'나 '상복' 진행 모두 부장대우까지만 노조에 속할 수 있기 때문에 편성권을 가지고 있는 부장의 승인이 없이는 방송이 불가하였고 최소한 사측은 위 방송을 금지할 수 있는 권한을 가지고 있었다. 사측은 데스크를 통해 위 문제 내용의 송출 여부를 최후까지 결정할 수 있었고 결국 자신의 촬영 기기와 방송기기를 이용하여 송출함으로써 보도내용에 대한 중구적인 책임을 졌다. 즉 위 내용을 보도한 것은 방송사업주체인 사측이지 노측이 아니다. 그렇다면 보도가 불공정하다는 것은 논쟁의 일방의 입장은 누락되었다는 뜻일 것인데, 사측이 송출한 보도는 적어도 사측에 대해서는 불공정하다고 말할 수는 없는 것이다.

위의 9조4항을 노사분규에 적용할 사례를 찾는다면 도리어 사측이 방송사업의 주체인면서도 노측과의 분쟁에 있어서 사측에게 편파적인 방송을 하는 경우를 들 수 있다. 예를 들어, 90년대의 방송위원회 시절에 노사분규에 처한 MBC나 KBS의 임원이 사측의 입장을 방송을 통해 홍보하는 경우이지 지금처럼 방송사업자가 자신의 직원들이 만들어온 방송내용을 자신에게 불리할 수 있음에도 불구하고 겸허하게 송출해 주는 경우는 아니다.

혹자는 사측은 일선기자들과 PD들의 압박에 못 이겨 송출결정을 내린 것이라고 주장할 수 있다. 그러나 그렇다고 할지라도 현재 방송심의제도는 기자,

34) 공정성의 개념 자체에도 논리적으로 큰 문제가 있다. 예를 들어, 대부분의 국민이 반대하는 전쟁에 대한 반전시위에 대한 보도를 하면서 전쟁을 선포한 정부는 시위에 대한 아무런 논평없이 묵묵히 전쟁을 수행하고 있는 상황에서 시위 그 자체에 대한 보도 외에는 어떠한 내용을 보도할 수 있을까. 전쟁을 찬성하는 사람을 힘들게 찾아내어 인터뷰를 할 수도 있겠지만 과연 그러한 노력과 전파자원을 할애하는 것이 타당한 일일까? 미국에서는 이와 같은 노력과 자원의 배정이 표현의 자유에 대한 심대한 침해가 된다고 생각하여 80년대에 우리나라의 공정성 개념과 비슷한 fairness doctrine을 포기하였다. 여기서는 공정성 개념의 타당성 자체를 다루지는 않는다.

프로듀서, 또는 이들의 조직에 대해 심의를 하는 것이 아니라 방송사업자 즉 사측에 대해 심의를 하는 것이다. 방송심의의 결과가 구속력을 갖는 것도 사측이 그 심의대상이 되는 방송권 재허가심의를 연계되어 있기 때문인 것이다. 그러므로 사측은 압박에 못이겨서 내리게 된 송출결정에 대해서도 책임을 지게 된다. 도리어, 가장 올바른 해석은, 사측을 대변하는 데스크가 일선기자들이 준비한 내용의 공정성을 어느 정도 수궁하였기 (물론 내키지는 않았겠지만) 때문에 방송불가결정을 내리지 않은 것이고, 방송불가여부를 고민하는 과정을 통해 사측의 입장은 이미 반영되었다고 보는 것이다.

위와 같은 해석을 따르지 않으면 위 사안에 대해서는 방심위의 소명제도가 의미를 잃게 된다. 방심위의 징계대상은 방송사업자이지 그 종사자가 아니다. 즉 노측에 유리하고 사측에 불리한 보도라고 할지라도 그 보도를 옹호하는 소명기회를 갖는 것은 사측이지 노측이 아니다. 그렇다면 징계대상자인 사측이 징계를 피하기 위해서는, 자신에게 불리한 내용의 보도가 '공정하다'라고 주장해야 하는 양심의 자유에 심히 반하는 이해상충적인 상황에 놓이게 된다. 또는 사측은 일부러 징계를 받아서 회사 전체를 '외부적 위기'에 처하도록 하고 그 원인을 제공한 노측을 노사협상에서 압박하려 할 수도 있다. 이와 같은 사측의 이해상충이나 도덕적 해이를 피하는 방법은 사측이 책임지고 방송한 보도의 내용에 대해 다시 '사측에 불공정한가'를 심의하는 모순된 상황 자체를 피하는 것 뿐이다.

그럼에도 불구하고 방심위가 개입하여 '사측, 당신들의 목소리가 반영되지 않았다고 간섭하며 사측을 제재하는 것은 여러 가지 정책적인 모순도 발생시킨다. 첫째 사측이 노사분규 외중에도 일선제작진의 독립성을 존중하여 자신에게 불리한 내용을 방송하도록 허용한 품위와 아량을 국가기관이 징계한 꼴이 된다. 이에 따라 사측은 앞으로 자신에게 조금이라도 불리한 보도는 모두 송출을 거부할 명분을 갖게 되었다. 결국 분규에 임한 당사자들 사이의 타협과 존중을 국가기관이 깨뜨리고 있는 것이다. 둘째 사측의 방송의 자유에도 심대한 침해가 된다. 국가기관이 사측에게 "사측의 입장을 반영하라"고 주문하는 것은 사전검열 중에서도 가장 극악무도한 사전검열이다. 하려는 말을 하지 못하게 하는 것보다 더 심한, 하기 싫은 말을 하도록 강제하는 것은 더욱 심한 양심의 자유

에 대한 침해를 수반하기 때문이다.

더욱이 '희망의 노래' 제작진은 사측의 입장도 취재를 하려고 하였으나 사측은 인터뷰를 거부하고 다른 방식으로도 아무런 의사표시를 하지 않았다고 한다. 사측은 방영분이 어차피 노조에 편파적인 내용일 것이기 때문에 이에 참여하고 싶지 않았다고 주장할지 모른다. 그러나 이는 순환논리이다. 보도에 사측의 입장이 포함되지 않았기 때문에 노조에 편파적으로 되는 것이지 미리 노조에 편파적이라고 단정하고 이를 이유로 사측이 입장표명을 하지 않은 것을 정당화할 수는 없다.

혹자는 위 방영분이 사측에 불공정하다는 것이 아니라 YTN노조의 파업에 반대하는 시민단체들에게 불공정하기 때문에 방심위가 제재를 해야 한다고 주장할지도 모른다. 그러나 공정성을 그렇게 확대해석하는 것은 공정성의 내용을 형해화하는 것이다. 그와 같은 시민단체들의 입장도 포함되어야 한다면 그 시민단체들의 개입에 반대하는 시민단체들은 어떻게 할 것인가? 모든 논쟁의 양 당사자는 각각의 지지자들과 반대자들을 가지고 있는데 이들의 입장을 모두 반영하라는 것은 방송을 하지 말라는 것이다.

방송사의 자사 노사분규 보도에 대한 방심위의 심의는 앞으로 더욱 중요해질 것이다. YTN사태에서는 방심위가 그와 같은 보도에 대해 '시청자 사과'라는 중징계를 내리자 방송통신위원회는 이 제재사실을 이유로 하여 재허가를 보류하고 있다. 그리고 YTN사측은 재허가보류를 근거로 노조측을 압박하고 있다. 결국 방심위가 앞으로도 노조측이 사측을 설득하여 자신의 입장을 방송을 통해 내보냈을 때마다 공정성의 칼날로 규제를 한다면 앞으로도 노조측은 다른 모든 사안들에 대해 보도를 할 수 있더라도 자신과 가장 밀접한 관련이 있는 이슈에 대해서는 침묵해야 하는 절망적인 상황에 놓이게 될 것이다. 결국 방심위가 방송사 노사분규 보도에 대해 심의규정 9조4항을 올바르게 적용하도록 요구하는 것은 앞으로 언론의 독립성을 지켜내야 할 언론노조에게 중차대한 과제이다.

진실적시에 의한 명예훼손 폐지 및 '허위' 입증책임 소재 확립³⁵⁾

-노회찬 '떡값검사' 판결, PD수첩 수사, 장자연 리스트 사태에 관하여

오염된 과자, 비위생적 급식을 하는 학교, 환자를 학대하는 병원, 의뢰인을 등쳐 먹는 변호사, 뇌물을 주고 받은 지자체 정치인들 등에 대한 익명보도가 나올 때마다 국민들은 그 사람, 업체 또는 기관의 실명을 몰라 두려움에 떨었고 같은 업종에 종사하는 선량한 업체나 기관들은 억울하게 피해를 보거나 의심을 받아야 했다. 우리나라는 형법 제307조 1항에 의하여 일본과 함께 드물게 진실이 타인의 명예를 훼손한다고 해서 법적 책임을 부과하는 나라이기 때문이다.

진실이 누구에게 불리하다고 해서 공개를 금지하는 법이 보호하는 가치는 도대체 '명예'인가 '위선'인가. 타인이 자신에 대해 좋은 사실만을 알고 있도록 하여 얻어낸 '좋은 평판'을 법이 보호해주는 국가에서 자라난 아이들은 '명예'와 '위선'을 구분할 수 있을까.

필자와 비슷한 생각을 가진 다른 판사는 '위선'을 '허명'이라고 부른다.

형법 제307조 제1항에서는 적시된 사실이 진실한 경우에도 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 처벌받도록 한다. 소위 허명(虛名)의 경우이다. 허명도 보호될 가치가 있다고 하여, 진실의 사실적시의 경우에 책임을 묻는다. 그러나 언론 출판의 자유가 갖는 우리 사회에서의 기능에 비추어 생각한다면, 이 같은 허명의 보호는 그 헌법적 근거를 찾을 수 없다. 허명을 보호하기 위해 형사적인 제재를

35) , 2009년 4월14일 <국민의 알권리인가? 명예훼손인가? - 장자연 사건에서 바라본 국민의 알권리와 명예훼손> 토론회 발제문

가하여 언론 출판의 자유를 제약한다는 것이 헌법상 정당화될 수 없음은 재론할 여지가 없다고 본다.

이에 관한 우리 헌법재판소의 입장은 어떨까? 헌법재판소는 형법 제307조 제1항(진실한 사실적시에 의한 명예훼손) 규정과 그 적용의 제한을 규정한 형법 제310조 규정의 해석에 관하여 다음과 같은 의견을 개진한 바 있다. 즉 형법 제310조이 적용범위를 확장함으로써 형법 제307조 제1항의 적용범위를 가급적 제한하려는 중간적인 입장을 취한다. 형법 제307조 제1항의 위헌성 여부에 관하여 정면으로 판단을 내렸으면 하는 아쉬움을 남기는 결정이다.

언론자유와 위축이나 질식은 바로 다수결 원리의 형해화로 이어지고 민주주의 또한 이름뿐이 존재로 전락하게 만든다. 그러므로 명예훼손적 표현에 대한 형사법을 해석함에 있어서는 이를 방지하기 위한 헌법적 요청을 고려하여야 한다. . 둘째 '오로지 공공의 이익에 관한 때'는 가급적 그 범위를 넓게 잡아야 한다. 알 권리의 보장이라는 측면에서 객관적으로 국민이 알아야 할 필요가 있는 사실에 공공성이 인정되는 것은 물론, 사인이 관계하는 일의 경우에도 그것이 사회적 성격을 갖고 있으면 공공의 이익이 쉽게 인정되어야 한다(헌법재판소 1999.6.24. 97 헌마265 결정).

(신평, <명예훼손법>, 313쪽)

게다가 이러한 '위선'의 보호는 국민들이 합법적으로 얻은 진실된 정보를 공유할 자유를 희생양으로 하여 이루어진다. 진실의 적시는 실명, 얼굴사진 등 한 개인을 식별할 수 있는 표지의 공개와 밀접한 관계를 맺고 있다. 홍길동에 대한 말을 하면서 'OOO는 성상납을 받은 바 있다'라는 표현은 진실일지는 몰라도 'OOO'이 '홍길동'인지 밝히지 않는다면 이것은 홍길동에 대한 진실의 적시가 되지 않고 홍길동은 명예훼손의 피해자라고 할 수 없게 된다. 하지만 실명, 얼굴사진은 각 개인이 타인들이 자신들을 인식하도록 공중에 공개한 표지이다. 한 개

인이 자신의 얼굴사진들을 찍어 다른 사람들에게 나누어주었다면 또는 실명을 다른 사람들에게 알려주었다면 국민들은 그 사진들을 돌려보며 소통할 자유를 가지며 그 실명을 이용하여 소통할 자유를 가진다. 이 자유는 바로 헌법상 표현의 자유이며 소통의 내용이 그 사람의 잘못에 관한 것이라고 해서 갑자기 없어지지 않는다. 즉 '홍길동은 성상납을 받은 바 있다'라고 말할 때는 실명을 쓸 수 없고 '홍길동은 좋은 회사의 CEO이다'라고 말할 때는 실명을 쓰지 못한다는 원리는 어느 자유민주주의 국가의 헌법원리로도 정당화되지 않는다. '남들 듣기 좋은 말을 할 자유'가 표현의 자유의 핵심이 아니라 '남들 듣기 싫어도 할 말을 할 수 있는 자유'가 표현의 자유의 핵심이다.

1. 진실의 적시에 명예훼손 책임을 지움으로써 발생하는 폐해

가. 국민의 알 권리 제약

이렇게 실명 및 얼굴사진의 사용을 통한 진실의 적시에도 명예훼손 책임을 지우게 되면 국민들이 자신을 보호할 수 있는 조치를 취할 수 없게 된다. 최근 탈크 의약품 사태, 멜라민 분유 사태 등에서 볼 수 있듯이 국민들이 실명을 알지 못할 경우 자신을 보호할 수 있는 조치를 취할 수 없게 된다.

더욱 급박한 경우도 있다. 예를 들어 재범성이 매우 높은 성범죄자들의 경우 실명과 사진이 공개되지 않음으로 하여 같은 동네에 사는 사람들도 그들의 존재를 모르고 살게 되며 위험에 노출된다.

강호순 얼굴사진 공개는 관련 논쟁을 수면으로 끌어올렸다. 몇몇 사람들은 강호순의 얼굴사진이 공개되어야 최소한 다른 피해자들이 있는지 확인할 수 있다고 하였지만 대부분의 사람들은 '홍악법에게 인권은 무슨 인권인가'라는 식의 논거를

대며 공개를 요구하였다. 하지만 이렇게 유죄를 단정하고 이를 조건으로 얼굴사진 공개를 정당화하는 것은 무죄추정의 원칙에 반한다.

즉 무죄추정의 원칙은 피의자들을 일반인들과 똑같이 대우할 것을 요구한다. 그런데 일반인들은 이미 형법 제307조 1항에 의하여 진실적시에 의한 명예훼손으로부터 보호를 받고 있다. 그러므로 강호순의 얼굴공개는 불가능한 것이 되었고 일부 신문들과 방송국들이 별다른 논증 없이 '공익을 위하여'라는 추상적인 이유만으로 공개를 하였고 논증의 부재는 '흉악범 얼굴공개법'이라는 최악의 법률제정 움직임으로 이어지게 되었다. 이 법이 최악인 것은 얼굴공개에 공익이 존재하는 범죄는 피해자들의 숫자가 적은 흉악범 뿐만 아니라 식품위생법, 변호사법, 의료법, 사기, 공직자 비리 등등 수없이 많은데 그 중에서 흉악범들의 얼굴만을 공개할 타당한 이유가 없다는 것이다.

나. 익명보도로 인한 유사인물들의 피해

최근 MBC PD수첩은 "솔로몬의 지혜"라는 프로그램 출연에 힘입어 의뢰인들을 모으고 의뢰인에게 돈만 받고 전혀 일을 처리하지 않고 연락을 끊은 여성 변호사에 대한 보도를 익명 및 얼굴모자이크처리로 하였다. 그러나 소비자들은 이 변호사 뿐만 아니라 같은 프로그램에 출연한 다른 여성변호사에 대한 의혹을 가지게 되었고 이 변호사가 PD수첩 측에 실명 보도 및 얼굴공개를 해줄 것을 요청하는 지경에 이르게 되었다.

이와 같은 사례는 쉽게 생각할 수 있다. 예를 들어 만두파동이 발생하였던 2004년에도 안전한 만두를 생산하던 업체들은 언론들이 비위생적인 만두를 생산하는 업체들에 대하여 실명보도를 하지 않으면 큰 피해를 보게 될 것이다.

다. 진실될 동기의 부재

위와 같이 비슷한 업종에 종사하는 사람들은 업계 내의 문제점에 대한 보도가 실명으로 이루어지지 않으면 똑같이 피해를 입기 때문에 모범을 보일 동기가 없게 된다. 아무리 비용과 노력을 들여 더 성의껏 서비스를 제공하거나 더욱 안전한 제품을 제공하여도 그보다 더 무성의하고 위험한 서비스나 재화를 제공하는 다른 경쟁업체들이 나오면 똑같이 피해를 입게 되기 때문이다.

2. 공익성의 항변은 충분히 표현의 자유를 보호하는가

가. 진실적시에 의한 명예훼손에 있어서의 공익성의 항변

<대법원 "공익성 추정" 판결, 헌재 "공익성 넓게 인정" 결정>

많은 이들은 "오로지 공익을 위하여" 정보를 공개할 경우 면책이 되므로 진실을 공개할 자유는 충분히 보호된다고 믿는다. 특히 위의 헌재 판결은 '공익성'은 쉽게 인정될 것을 요구하고 있다. 실제로 불과 몇 년 전만 해도 비위생적인 식품 또는 흉악범죄 등에 대한 보도는 모두 처음부터 끝까지 익명으로 처리하였으나 최근부터 국민들이 계속 관심을 보이면 며칠 후부터는 실명을 밝히고 있다. 이는 '오로지 공익을 위하여'라는 항변을 입증하기가 수월해짐에 따라 이루어지는 것이다.

참고로 헌법재판소는 '공익성'의 항변을 허위적시에 대해서도 적용할 수 있도록 그 활용의 범위를 확장하였다. 즉 헌법재판소는 공익적 사안의 경우 "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"고 설시하였다 (헌법재판소 1999. 6.24. 97헌마265). 즉 진실이 아니라고 할지라도 진실로 간주하겠다는 것이며 이미 공익적 사안이라는

전제하에 이와 같은 간주가 이루어지는 것이므로 일단 진실로 간주되면 무죄로 판단되어야 하므로 면책되는 것이 당연하다. 그러나 여기서 다루고자 하는 것은 바로 이렇게 중요한 '공익성' 여부가 어떻게 결정되는가의 문제이다.

우선 '공익성'의 의미는 무엇일까? "오로지 공공의 이익에 관한 때"라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것이고 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 한다"고 한다.

법원은 누군가를 '비방할 목적'이 뚜렷한 경우에는 공익성을 부정한다. '비방할 목적'이 공익성을 부정한다는 것은 형법 제309조가 '사람을 비방할 목적으로' '출판물에 의하여' 명예훼손을 하는 경우에는 '공익성'의 면책이 적용되지 않는다고 하는 내용을 통해 법전 속에서 나타난다. 그리고 이 논리는 출판물 뿐만 아니라 명예훼손 법리 전반에 적용되고 있는 것으로 보인다.

예를 들자면 대법원 2004년 11월2일 판결로서 H사 노조 수석현장위원이었던 자가 사용자가 '임금을 체불하고 있다'는 내용의 현수막과 피켓을 들고 거리행진을 주도한 것에 대해서 대법원은 "위법성 조각사유인 공공의 이익 여부는 적시된 사실의 내용과 성질, 표현의 방법, 명예의 침해 정도 등을 비교 고려해서 결정해야 한다. 피고인이 다른 직원들과 현수막을 들고 확성기를 사용, 행인을 상대로 소리치면서 거리행진을 한 것은 공공의 이익을 위한 행위로 볼 수 없다"고 하였다.

2004년 5월28일 대법원 2004도1497 판결에서는 특정 제약회사의 대리점이 계약을 해지 당하면서 그 제약회사를 비방하는 취지가 내용의 주조를 이루고 있는 글을 작성하여 국회의원이나 언론사, 다른 제약회사 등 11곳의 홈페이지에 게재한 혐의에 명예훼손 판결을 받았다. 이에 대해 법원은 "피고인이 작성하여 게재한 글의 내용이 진실한 사실로서 공소외 주식회사의 시정되어야 할 부분이 일부 포함되어 있기는 하나, 공소외 주식회사를 비방하는 취지가 그 내용의 주조를

이루고 있는 점, 위 사건과 관련되어 있는 자들뿐만 아니라 불특정 다수인들이 볼 수 있는 정치인이나 언론사 또는 위 공소의 주식회사와 경쟁관계에 있는 다른 제약회사의 홈페이지에 게재한 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 위와 같은 내용의 글을 게재한 것이 형법 제310조 소정의 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다고 할 수는 없다고 판단한다" 고 하였다. .

이는 참으로 불행한 일이라고 하겠다. '비방'과 '비판'은 어떻게 구분되는가? 그 구분은 필자가 아는 한 없다. 그렇다면 어떤 보도를 상대에 대한 '비판'을 목적으로 하였다고 하여 '공익성'이 부인된다면 도대체 '공익적인 비판'은 불가능하다는 것인데 이야말로 표현의 자유의 본연의 영역이 아니던가?

과거에는 심지어는 '비방할 목적'이 인정되는 방법 중의 하나는 바로 허위에 대한 사실확인이 되지 않았다는 것을 입증하는 것이었다. MBC의 '뉴스데스크' 프로그램에서 '못 믿을 변호사'란 제목으로 특정 변호사의 불성실한 소송수행으로 의뢰인에게 불이익한 판결이 선고되었다는 취지의 보도를 한 것에 대해 명예가 훼손되었다고 하였다(서울고법 2001.11.29, 2001나11989) 허위에 의한 명예훼손이었다고 하였다. 특히 소송의 내역과 결과가 너무 복잡하여 일반인들은 이해할 수 없는 내용이었음에도 불구하고 책임소재에 대한 주변의 법조인들에게 자문도 얻지 않았고 결국 변호사가 불성실하지 않았고 의뢰인에게 불이익도 없었다는 여러 정황이 취재에서 누락되었다. 결국 법원은 이와 같이 성실한 조사를 하지 않은 것으로부터 '비방할 목적'을 유추해석하였다. 그리고 위 판결은 헌법재판소가 미국대법원의 실제 악의(actual malice)이론을 받아들이는 결정(헌법재판소 1999. 6.24. 선고97 헌마265결정)을 하고 대법원이 이를 전면적으로 수용하면서(대법원 2002.1.22. 선고 2000다37524, 37531 손해배상(기) 사건) 의미가 없어졌다고 할 수 있다. 왜냐하면 대법원과 헌법재판소 공히 '공익적 사안'의 경우 '진실이거나 진실이라고 믿을만한 합리적인 근거'가 있을 경우 면책하겠다고 하였기 때문이다. 즉 공익적 사안인 경우 비방의 목적은 부인되고 '진실이라고 믿을만한 합리적인 근거'가 입증된다면

하지만 이것은 우리의 여기서의 논의에는 도움이 되지 않는다. 왜냐하면 우리는 이미 진실임이 밝혀진 명제가 언제 공익적인 사안으로 인정받아 자유롭게 발화하는 데에 아무런 법적 책임이 따라다니지 않는가에 관심을 가지고 있기 때문이다.

공익성의 인정에 대한 가장 진취적인 판결로서 최근에 동아일보가 은행대출을 받아 주식투자를 통해 막대한 평가이익을 올린 것에 대해 MBC가 보도한 것에 대한 법원판결은 흥미롭다(대법원 2006.3.23. 2003다52142 판결). 법원은 "여기서 '그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때'라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것을 의미하는데, 행위자의 주요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 무방(대법원 1996. 10. 25, 95 도1473 판결 등 참조)"하다면 "이 사건 방송보도를 함에 있어 공익적 목적 이외에 부수적으로 원고를 비난하고자 하는 의도가 다소 내포되어 있음이 엿보이기는 하나, 피고의 이 사건 방송보도의 주요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이므로 부수적으로 다른 사익적 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 공공의 이익을 위한 것으로 보아야 한다."고 판시하였다. 그리고 이렇게 공익성이 확보된 후에 법원은 동아일보의 주식 숫자가 실제와 차이가 있는 것에 대해서도 용인을 하여 '허위적시'에 대한 항변으로도 공익성을 인정하였다.

그러나, 공공의 이익에 중요한 객관적인 사실을 공개하는 일은 아직도 어렵다. 서울고등법원 1998.11. 3, 98노2000 공직선거및선거부정방지법위반 사건에서 법원은 당시 대통령후보였던 이회창씨의 아들 이정연씨의 고의감람에 의한 병역기피 사실을 폭로한 사람에 대해 "대통령선거와 직접적으로 관련이 없는, 즉 이회창 후보의 공직 수행 능력과는 무관한 것"이라고 하면서 "공익성"에 의한 면책을 허용하지 않았다. 이 사람은 기자회견에서 말로 한 것이므로 출판물도 아니었는데 말이다.

3. 공론의 붕괴

MBC PD수첩의 광우병 보도에 대한 수사를 위해 압수수색영장을 집행하기 위해 온 검사는 다음과 같은 취지의 말을 했다. "정부비판은 자유로이 할 수 있다. 하지만 이렇게 허위로 하면 안된다."

즉 검사의 말의 취지는 우리나라에서는 '공익적인 사안에 대해서는 자유로운 비판이 보장된다'는 것이다. 하지만 위에서 살펴본 바와 같이 형법 제307조 1항이 진실적시에 의한 명예훼손 처벌을 인정하는 것은 '공익성' 위법성 조각사유의 폭은 생각보다 그리 넓지 못하다. 그리고 '공익성'의 폭이 넓다 하더라도 다음과 같은 문제들은 표현의 자유가 보호하고자 하는 공론의 장을 붕괴시키고 있다.

가. 자기검열

강호순 얼굴사진에 대한 공개에 있어서 경향신문과 한겨레신문은 "공익적 사안인 경우 공개할 수 있고 강호순의 경우 공인이라고 할 수 없어 공개하지 않겠다"는 취지의 반론을 내부적으로 가지고 있었던 것으로 알고 있다. 하지만 두 신문은 명백히 공익적인 사안인 장자연 리스트에 대해서 계속 익명으로 보도하고 있다. '연예인들의 성공에 지대한 영향을 줄 수 있는 언론사 사장이 '춘지성' 성상납을 받았는가'의 문제는 명백히 공익적인 사안이라고 할 수 있으며 필자는 법원에서도 공익적인 사안으로 판정할 것으로 기대한다. 그럼에도 불구하고 언론사들이 실명보도를 기피하는 것은 공익성 판단에 있어 조금이라도

나. 허위적시에 의한 명예훼손의 입증책임의 왜곡

더 큰 문제는 진실적시에 의한 명예훼손죄의 존재는 명예훼손 법리 전체를 오염

시킨다는 것이다. 모든 형사사건에서 모든 범죄의 구성요건에 대하여 검찰이 입증책임을 가져야 함은 기본이다. 그런데 진실적시에 의한 명예훼손죄의 존재는 마치 해당 표현물의 내용의 진위 여부가 범죄의 구성요건이 아니라는 착각을 갖도록 한다. 이에 따라 "검찰은 명예훼손 소송에서 허위를 입증할 책임이 없다"는 신화가 성립된다.

그러나 검찰은 기소 단계에서부터 허위적시에 의한 명예훼손인지 진실적시에 의한 명예훼손인지를 결정해야 한다. 왜냐하면 진실적시에 의한 명예훼손으로 기소하고자 하면 공익성 항변이 존재하기 때문이다. 거꾸로 말하자면 공익적 사안이 밝혀지면 진실적시에 의한 명예훼손으로 기소할 수 없으니 허위적시에 의한 명예훼손으로 가야하며 검찰은 허위를 입증할 책임이 있다.

그럼에도 불구하고 "검찰이 명예훼손 소송에서 허위를 입증할 책임이 없다"는 신화가 명예훼손 전반에 걸쳐 적용되고 있는 상황이다. 검찰은 공익적 사안임이 명백하여 허위적시에 의한 명예훼손으로 기소할 수 밖에 없음에도 불구하고 허위를 입증하지 않고 처벌하려는 사례들이 발생하고 있다.

<폐해 사례 1> MBC PD수첩에 대한 검찰의 수사

이번 사건에 적용될 수 있는 죄목은 '허위에 의한 명예훼손'과 '위계에 의한 업무방해' 뿐이다('위계'는 '허위'와 같다). 그렇다면 검찰은 다른 소송들과 마찬가지로 '허위'에 대한 입증책임을 있다. 즉 MBC PD수첩 측에서 자신의 보도가 진실이거나 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있음을 입증하지 못하더라도 검찰이 '허위'입증을 먼저 하지 않는 한 범죄가 성립되지 않는다. 그리고 범죄 자체가 법리적으로 성립하지 않는 한 압수수색도 할 수 없다. 그러므로 검찰은 우선 타인의 명예나 업무수행을 훼손하는 '허위'보도가 무엇인지 소명한 후에야 피고 측에 '진실이라고 믿을만한 상당한 이유'에 대해 물을 수 있다. 하지만 작년 중간수사발표를 통해 공개된 검찰 스스로의 주장들을 따르더라도 아직까지도 무엇

이 그러한 '허위'인지 전혀 특정되지 않았다. (혹자는 우리나라의 명예훼손은 검찰이 허위를 입증할 필요가 없다고 하지만 이번 보도는 공익성이 명백하여 '허위에 의한 명예훼손' 만이 적용될 수 있다.)

첫째 아레사 빈슨 유족, 의사 및 미국의 현지 언론들이 'CJD가 의심된다'고 말한 것을 'vCJD인지 의심하고 있다'고 바꾼 것은 허위가 아니라 당연한 조치였다. 현지에서는 vCJD는 CJD와 다른 병이 아니라 CJD 중의 하나로 지칭되고 있음이 검찰자료에도 나와있다. 언론보도의 예를 들면 "광우병 감염이 의심되는 여성"이라는 제목 하에 "CJD는 1백만명 중의 1명에서 나타나며 쇠고기를 먹으면 걸릴 수도 있다"라는 식이다. 이 사건이 애시당초 유명해진 것도 누구나 먹는 쇠고기에 의해 전염되는 vCJD감염가능성 때문이었지 전염통로 자체가 희귀한 일반CJD의 감염가능성 때문이 아니었다. 진중권이 이에 대해 PD수첩 측에 해명요구한 것은 잘못이다.

둘째 주저앉는 소(다우너)를 '광우병 의심소'로 지칭한 것은 허위도 과장도 아니다. 실제로 다우너가 광우병이 아니라고 입증된 바가 없다. 광우병의 위험 때문에 오바마 대통령은 모든 다우너의 도축을 금지하지 않았는가. 앵커가 다우너를 가볍게 단 한번 '광우병 걸린 소'라고 지칭하는데 이미 앞에서 '광우병이라고 단정할 수 없다'라고 확정적으로 나레이션된 후였다. 빈슨에 광우병 '의심'진단을 내린 의사가 주치의인지 아닌지도 마찬가지이다. '의심'진단은 '의심'진단일 뿐이다.

셋째 나머지 소위 '허위'는 피해자들의 명예에 영향을 주지 못한다. 미국에서 학교급식에 이용된 리콜쇠고기의 양이 1억톤인지 3천만톤인지 전혀 이들의 명예와 관련이 없다.

넷째 미국의 리콜이 2급이었다는 것, 미국인의 먹거리 불안감 여론조사의 조사 방법, 도축장이 적발된 법이 위생법이 아니라는 사실 등을 생략한 것은 허위가

아니다. 누군가 신방검영의 장점만을 말하고 단점을 생략하면 허위가 되는가. 사물의 어느 측면을 언급할 지는 순전히 견해의 영역이며 법적규제의 밖에 있다. 다섯째 "94% 발병율", "발병율이 다른 나라에 2-3배", "화장품?의약품으로 전염가능", "0.1g의 위험물질로 사망", "발병하면 100% 사망" 모두 과학자들이 특정한 조건들을 가정한 상황에서 불완전한 정보에 근거하여 수립한 가설들을 그대로 옮긴 것이며 누구에 의해서도 허위라고 입증된 바가 없다. 진실로 입증되지도 않았지만 진실의 근거가 충분하지 않다고 하여 허위로 단죄되어 법적 책임을 져야 한다면 신의 존재를 믿는 모든 신앙인들은 모두 감옥에 가야 할 것이다.

기소가 이루어지지 않는 않지만 검찰은 위 수사에 있어 MBC측에 취재원공개를 요구하고 있다. 그러나 이에 대한 필자의 입장은 이러하다.

필자는 형사상 명예훼손은 권력자 비판을 막기 위해 검찰을 동원하는 제도로 남용된다는 이유로 세계적으로 폐지되거나 사문화되고 있고 PD수첩 수사가 바로 그러한 수사인 동시에 정부정책에 대한 비판을 그 정책을 담당할 관리의 명예훼손으로 단죄하려는 유례없는 소송이기 때문에 수사 자체가 부당함을 밝힌 바 있다. 이에 대해 많은 이들이 '언론의 책임'을 언급하며 '그러한 부당성은 법원에 호소하면 되니 떳떳하다면 원본공개하고 수사에 응하라'고 말하고 있다. 그러나 현행법상 타당한 수사라고 할지라도 PD수첩은 원본공개와 검찰수사를 거부해야 하며 거부하는 것이 법치를 구현하는 것이다.

국가가 개인 소유 정보의 공개를 요청할 때는 그것이 범죄수사 목적인다고 할지라도 공개의 타당성 즉 해당 정보의 범죄 관련성이 입증되어야 한다. 압수수색 영장이 이러한 입증도 없이 발부되었다면 그 영장의 집행은 거부되어야 한다. 특히 영장발부의 타당성을 다투는 절차조차 없는 우리나라에서 할 수 있는 일은 집행을 거부하는 것뿐이다. 특히 해당 정보가 언론보도의 취재원이고 보도내용이 권력에 밀보임을 무릅쓰고 이루어진 탐사보도라면 그 취재원의 보호는 언론의 권력감시기능 유지를 위해 필수불가결하며 어떤 경우에는 공개의 타당성이

입증되더라도 이에 우선한다. 바로 이러한 이유로 미국의 23개주에 취재원보호 법(reporters' shield law)이 존재하며 다른 주들에서도 범죄 관련성이 입증되기 전에는 취재원 보호는 절대적이다.

PD수첩 제작진은 언론과 국민을 위해 검찰 수사를 거부해야 한다. 이 사건에서는 공개의 타당성이 최소한도 입증되지 않았다. . . '압수수색을 해야 범죄를 입증할 것 아니냐'는 반문은 자료제출 자체도 기본권 침해이며 '범죄발생의 개연성(probable cause)'이 입증되어야 영장에 의해 허용될 수 있다는 원칙을 간과한 것이다. 검찰이 압수수색에 필요한 최소한의 범죄관련성도 입증하지 않고 개인 정보나 취재원의 공개를 요구할 때마다 우리 모두 '떳떳하게' 수사에 응할거라면 우리는 당장 민주주의를 포기하는 것이 낫다.

<폐해 사례 2> 노회찬 '떡값검사' 리스트 공개에 대한 유죄판결

2005년 8월 노회찬 의원은 1997년 대통령 선거 당시 삼성그룹 고위 임원과 홍석현 <중앙일보> 회장이 만나 특정 후보에게 대선 자금을 지원하기로 논의한 내용 등이 담겨 있는 국가안전기획부의 도청파일에서 삼성그룹으로부터 정기적으로 돈을 받은 것으로 거명된 검사들의 이름을 공개하였다. 이에 대해 지난 2월9일 법원은 첫째 형법 제307조 2항 허위의 적시에 의한 명예훼손, 둘째 통신비밀보호법 제16조상의 불법감청 내용의 공개 혐의에 대해 유죄 판결을 하였다.

첫째, 명예훼손에 대한 판시는 소가 웃을 일이다. 법원은 엑스파일에는 '떡값을 주기로 한 계획에 대한 논의만이 나올 뿐 실제 떡값을 주었는지 언급하지 않았'다고 하여 유죄판결하였다. 그러나 엑스파일에 그 얘기가 안 나온다고 해서 이들이 떡값을 받지 않은 것으로 되는 것은 아니다. 그럼에도 판결문 어디에도 '떡값 검사들(임채진 검찰총장 포함)이 실제로 떡값을 받지 않았다는 판시는 없다. 즉 허위의 입증이 없다. 미국이라면 노회찬에 대한 명예훼손 재판은 실제 해당 검사들이 실제 떡값을 받았는지를 다투는 재판이 되었을 것이다. 국민들이 그토록 원하였던 그리고 검찰의 자체 조사에 의해 무산되어 버린 바로 그 재판 말이다. (제307조 1항의 진실에 의한 명예훼손도 있으니 허위 여부가 중요하지

않다는 주장은 말이 되지 않는다. 이 경우 공익을 증명하면 면책되는데, 판결문에는 실제로 '공공의 이익으로 불 여지가 있다고 되어 있다.)

권력비리는 비밀스럽게 이루어진다. 결국 이에 대한 고발은 부정확한 정보에 근거하여 이루어질 수 밖에 없다. 그런데 허위의 입증책임의 분배가 제대로 이루어지지 않아 고발하는 측에 '진실이거나 진실이라고 믿을만한 근거를 제시하라'고 하면 고발 자체가 불가능해진다. 더욱 일반적으로 모든 사회담론은 정보가 불충분하기 때문에 발생하는 것이다. 정보가 충분하다면 담론은 필요 없고 실행만이 있을 뿐이다. 그런데 이와 같이 위의 사건들의 PD수첩이나 노회찬 의원과 같이 담론을 시작하는 측에 진실의 입증책임을 지우게 되면 담론을 시작하는 것 자체가 불가능해진다.

예를 들어 황우석 사태 때에 황우석 측이 MBC에 대해 명예훼손 고소를 하고 검찰이 MBC측 보도내용의 허위를 입증하기도 전에 MBC측에게 '진실이거나 진실이라고 믿을만한 근거를 제시하라'고 하며 난자공급 및 연구조작에 관한 취재원을 공개했어야 한다면 과연 MBC는 이 보도를 시작이나 하였을까? 그리고 MBC가 이 보도를 하지 않았다면 과연 연구조작에 대한 익명의 제보자들은 진실을 밝힐 용단을 내렸을까?

결국 허위적시에 의한 명예훼손에 있어서 입증책임의 소재를 명확히 할 필요가 있다. 그리고 이를 명확히 하는 것은 반드시 진실적시에 의한 명예훼손의 폐지를 의미하는 것은 아니다. 그러나 진실적시에 의한 명예훼손의 존재가 허위적시에 의한 명예훼손에 대한 입증책임 분배에 있어서의 혼돈을 초래하고 있는 것만은 분명하다.

허위적시에 의한 명예훼손에 대한 입증책임을 분명히 해두는 것은 중요하다. 만약 검찰이 허위적시에 의한 명예훼손으로 기소를 하면 재판에서 허위를 입증할 책임을 명백히 가지고 있다고 하자. 그렇다면 검찰은 그러할 자신이 없다면 진실에 의한 명예훼손으로 기소할 수 밖에 없으며 이 경우 피고측이 공익성을 입

증하면 기소는 실패할 수 밖에 없을 것이다.

그러나 입증책임이 분명하지 않다면 검찰은 허위와 진실의 경계선이 모호한 표현들에 대해서는 소송전략상 자신에게 유리한 허위적시에 의한 명예훼손으로 기소하려 할 것이기 때문이다. 왜냐하면 피고가 공익성을 입증하더라도 결국 '진실이라고 믿을만한 근거'를 대지 못하면 유죄판결이 날 것이기 때문이다.

현재 허위에 대한 입증책임이 분명하지 않기 때문에 검찰은 허위를 입증하지도 않고 허위적시에 의한 명예훼손으로 기소할 것을 선택하고 결국은 유죄판결까지 받아내는 사례들이 발생하고 있다. 바로 위에서 설명한 노회찬 사건이 바로 그것이고 MBC PD수첩 사건도 그렇게 될 소지가 있다.

위에서 말했듯이 검찰은 허위적시에 의한 명예훼손으로 기소하기 위해서는 우선 허위를 입증했어야 한다. 검찰은 당시 고소인이었던 안강민 검사가 떡값을 받지 않았다는 입증을 하지 못하고 있었다. 당시 검찰 측의 증거는 민사사건 판결문과 안강민 검사 자신의 진술서 뿐이었다고 한다. 하지만 허위의 입증책임이 분명하지 않으니 검찰이 수월하게 노회찬을 허위적시에 의한 명예훼손으로 기소할 수 있었으며 허위적시에 의한 명예훼손이 죄목이었기 때문에 노회찬이 '공익성'을 입증하더라도 '진실의 근거'를 대야만 했고 당시 진실의 근거는 안기부 도청 파일 밖에 없는 상황이었으므로 유죄가 나올 수 밖에 없었던 것이다. 만약 허위의 입증책임이 분명하였다면 검찰은 진실적시에 의한 명예훼손으로 기소할 수 밖에 없었을 것이고 노회찬측이 '공익성'을 입증하면 무죄판결이 나왔었을 것이다.

혹자는 대상 명제가 '소극적 명제'인 경우 이의 허위를 입증하는 것은 불가능하다고 주장한다. 이들은 '적극적 명제를 증명하는 것은 가능하지만 명예를 훼손하는 표현이 '적극적 명제'인 경우 그렇지 않다는 것을 검찰이 어떻게 증명하란 말인가'라고 반문한다.

그러나 검찰이 소극적 명제를 입증해야 하는 경우는 많이 있다. 본인의 진술, "그런 사람이 아니다"는 다른 사람들의 진술, 또는 알리바이 증인의 진술 등을 이용할 수 있고 피고는 이에 대해 탄핵을 할 기회를 가져야 한다. 그리고 입증이 충분한 지에 대한 판단은 법원에게 맡겨져야 한다. 중요한 것은 범죄의 구성요건인 허위에 대해 누가 입증책임을 갖는가의 문제이다.

다. 권력비리고발에 대한 입막음으로 남용될 수 있는 소지

허위에 대한 입증책임을 분명하지 않으면 검찰이 사실관계를 어떻게 정의하는가에 따라서 검찰의 명예훼손 기소권은 권력비리고발을 입막음할 수 있는 매우 유용한 도구로 남용될 수 있다.

권력비리의 문제에 대한 담론을 시작하기 위해서는 매우 한정된 정보 때로는 무수한 협박과 회유와 위협을 뚫고 용기를 낸 내부고발자가 제공한 정보에 근거하여 담론을 시작할 수 밖에 없다. 즉 "OOO는 'A가 X를 했다'고 하는데 진위를 밝혀보자"는 형태의 담론의 시작이 필수불가결하다. 바로 노회찬 사건의 경우 바로 안기부 도청파일을 유출시킨 안기부 직원과 이를 받은 이상호 기자가 바로 그와 같은 내부고발자라고 할 수 있고 이 정보에 근거하여 담론을 일으키려 한 자가 바로 노회찬 의원이다.

그렇다면 이 담론을 시작하는 자는 'A가 X를 했다'라는 주장을 하는 것이 아니라 "그와 같은 주장을 한 사람이 있으므로 확인을 해보자"는 주장을 하는 것 뿐이다. 그렇다면 검찰은 노회찬을 진실적시에 의한 명예훼손으로 기소했어야 한다. 왜냐하면 노회찬은 'A가 X를 했다'는 주장을 한 것이 아니고 'OOO가 A가 X를 했다고 하더라'는 주장을 한 것이었으며 이 주장이 진실임에는 분명하였기 때문이다.

그런데 검찰은 이를 'A가 X를 했다'라는 주장을 한 것으로 간주하고 있다. 이렇게 하고는 위에서 밝혔듯이 허위의 입증책임을 검찰이 지지 않고 '진실 또는 진실로 믿을만한 근거의 입증'을 담론의 주창자에게 지우고 있다. 그리고 이 전략은 노회찬 사건에서는 성공하였다.

이번에 조선일보가 이종걸 의원을 명예훼손으로 고소하였는데 검찰이 이종걸 의원을 진실적시에 의한 명예훼손으로 수사할 지 허위사실 적시에 의한 명예훼손으로 수사할 지 예의주시하여야 한다.

'리스트'의 실명공개에 대해 허위적시의 명예훼손으로 처벌하는 것은 주의해야 한다. 더욱 일반적으로는 사회적 담론은 의견으로부터 시작되기 때문이며 리스트의 실명공개는 일종의 의견의 표명이다. 의견의 표명은 명예훼손으로 처벌되지 않는다는 것은 수많은 대법원 판결들을 통해 확립된 법리이다. "나는 아무런 근거가 없다. 하지만 . . . 거라고 의심된다"라고 말하면 이것은 명예훼손을 처벌할 수는 없는 것이다. 이것은 마치 "이명박은 BBK에 실질적으로 투자했다고 생각한다. 하지만 아무런 근거도 없다. 단지 어제 꿈에 계시를 받았다"라고 말하는 것에 대해 명예훼손 처벌이 가능한가.

실험을 더 해보자. "나는 조선일보 방사장님이 장자연씨로부터 성상납을 받았다고 생각합니다. 이 말이 진실이라는 근거는 아무 것도 없습니다. 단지 오늘 점쟁이한테 물어봤더니 그러더군요"라고 바로 이 자리에서 말을 했다고 하자. 이 말 전체를 아울러서 보자면 합리적인 사람이라면 '조선일보 방사장님이 장자연씨로부터 성상납을 받았다고 생각하지 않을 것이다. 그렇다면 명예훼손은 성립할 수 없게 된다.

즉 어떤 리스트의 실명을 공개하는 사람은 "나는 이 리스트에 있는 사람들이 특정 행동을 했다고 생각한다. 하지만 내 말이 진실이라는 근거는 이 리스트 밖에

없다"라고 말하고 있는 것이며 이 말 전체를 아울러서 보자면 이는 사실의 적시가 아니라 의견의 표명이라고 보아야 하는 것이다. 그리고 도리어 꿈속의 계시나 점괘 보다는 객관적인 제3자가 취득했다고 하는 리스트에 근거를 두고 있으므로 더욱더 보호되어야 하는 것이다.

<"카더라" 명예에 대한 명훼손 문제. 2. (§1.42) NEUTRAL REPORTAGE

Some courts, beginning with *Edwards v. National Audubon Society, Inc.*,^[167] have developed a privilege of neutral reportage which allows republication of newsworthy accusations even though such accusations may not have been made in some official record or proceeding such that they would be subject to the fair reports privilege. The privilege recognizes that a "vast amount of what is published [by the media] purports to be descriptive of what somebody said rather than what somebody did."^[168]

In *Edwards*, the court held that an absolute constitutional privilege existed under the following circumstances: (1) the republication of a newsworthy accusation or statement; (2) which is made by a prominent or responsible person; (3) which is about a public official or public figure; and (4) which is reported in a neutral and unbiased fashion. Under such circumstances "actual malice" is irrelevant.^[169]

Subsequent to *Edwards*, some courts across the country have adopted the doctrine of neutral reportage.^[170] Others have rejected it.^[171] Missouri has no case suggesting whether neutral reportage is applicable in Missouri. In a concurring opinion in *Harte-Hanks Communications, Inc. v. Connaughton*,^[172] Justice Blackmun expressed some willingness to consider the neutral reportage issue stating:

4. 외국은 어떠한가?

가. 미국

미국에서는 공개한 내용이 진실이기만 하다면 공개의 위법성이 인정되지 않는다. 미국법제의 경우에는 진실의 절대적인 보호를 넘어서서, 하물며 허위라 할지라도 보도의 대상이 공인(public figure)일수록, 그리고 그 내용이 공익과 관련된 것일수록, 두텁게 면책 시켜준다. 이에 비해, 우리나라 형법에서는 도리어 보도의 내용이 진실인 경우라도 공공성의 입증을 하지 않는 한 처벌을 받게 된다. 즉, 우리나라에서는 보도가 사실이라 할지라도 '공공성'이 있어야 면책받지만 미국에서는 보도가 허위로 밝혀진다 할지라도 '공공성'이 있으면 면책을 받을 수 있는 것이다.

아래 표를 보면 명예훼손 관련 법규의 차이를 극명하게 알 수 있다.

한 국 법 상 처 별 범 위			
미국법 상 처벌범위			
사실/공공성 있음	사실/공공성 없음	허위/공공성 있음	허위 /공공성 없음

단, 우리나라에서도 1988년 대법원판결(1988.10.11. 85다카29)가 '공표된 사실이 진실이라는 증거가 없더라도 행위자가 그 사실을 진실한 것이라고 믿었고 또한 그렇게 믿는데 상당한 이유가 있는 때는 위법성이 조각된다'라고 선언하여 보도가 허위라고 할지라도 의도적이지 않다면 면책된다고 한 사례가 있다. 이에 따라 새로운 표를 만들어보자면 다음과 같다.

한국법 상 처벌범위

미국법 상 처벌범위

진실/공공성 있음 의도적인	비의도적 허위/공공성 있음	진실/공공성 없음
허위/공공성 있음	허위 /공공성 없음	

미국과 한국은 진실의 공개에 대해 여러 가지 면에서 극명한 차이를 보여준다. 하나의 예는 재판기록에 대한 공개 및 열람제도이다. 미국에서는 모든 재판기록은 원칙적으로 공개되어있고 당사자가 영업비밀, 청소년보호, 프라이버시보호 등을 이유로 비밀로 유지하고자 할 때는 보호명령(protective order)에 대한 신청을 하고 판사가 이 신청을 받아 들여야만 비밀이 유지된다. 이에 따라 거의 모든 재판기록이 도서관과 같은 열람실과 전산화된 색인시스템을 통해 대중에게 공개된다. 또 하나의 예는, 미국에서는 피의사실을 공표한다고 하더라도 사실이기만 하다면 이는 명예훼손이 아닌 것으로 민형사상 아무런 저축을 받지 않는다는 점이다. 우리나라 형법 제126조의 피의사실공표죄와 큰 차이를 보여준다. 혹자는 청소년대상 성범죄자의 신상공개에 관한 논의가 있을 때마다 메건법(Megan's Law)에 대해 미국사회 일각에서 반대하고 있는 점을 드는데 이는 잘못된 것이다. 미국에서는 메건법 이전에도 청소년대상 성범죄자는 물론 모든 범죄자들의 신상은 언론에 의해 자유롭게 보도되고 있었다. 메건법의 의미는 공개 여부를 정했다는 것이 아니라 성범죄자의 거주지역의 이웃들에게 적극적으로 그의 범죄사실을 알리도록 했다는 데에 있다.

나. 유럽

독일의 명예훼손 관련 법은 독일형법에 규정되어 있으며 세 가지의 명예훼손 류의 범죄들을 규정하고 있다(Criminal Code of 1871 (version of 13 Nov. 1998) dated 6 Aug. 1990).

첫째, 모욕(Beleidigung: 영어로 insult)은 타인의 명예에 대한 공격으로서 상대의 면전에서 이루어지는 것을 말하며 제3자에게 전달되지 않아도 성립된다. 이 공격은 상대방에 대한 사회의 견해를 낮추는 언사라야 한다. 모욕의 경우, 명예(즉, 일반대중을 포함한 제3자가 특정인에 대해 가지고 있는 긍정적인 평판)에 대한 훼손이라기 보다는 성희롱 등과 같이 정신적 피해를 초래하는 일반적인 불법행위에 포함되는 것이다. 모욕에 대해서는 "진실"은 완전항변이 아닌데 모욕 규범은 전통적인 명예훼손과 달리 피해자의 정신적 피해를 막기 위한 것이기 때문이다. 예를 들어, 상대적으로 머리가 좋지 않은 사람에게 "머리가 좋지 않다"라고 말하는 것은 진실이라 할지라도 보호되서는 안된다.

둘째, 모함(?ble Nachrede: 영어로 slander)은 타인에 대한 사실적인 언사로서 올바른 생각을 가진 사람들이 그 사람에 대해 가지고 있는 견해를 더럽히는 성질의 것이어야 하며 제3자에게 전달되어야 한다. 피고가 그 언사가 진실임을 증명하지 못하면 유죄가 성립된다.

셋째, 명예훼손(Verleumdung: 영어로 malicious defamation)은 의식적이고 의도적으로 허위인 사실적 주장을 유포하여 타인의 명예를 더럽히거나, 명예를 더럽히지 않아도 타인의 신용에 해를 주는 경우이다.

한국의 명예훼손에 해당하는 것은 모욕(Beleidigung)을 제외한 위의 ?ble Nachrede (모함)또는 Verleumdung(악의적 명예훼손)이다. 그리고, 모함과 악의적 명예훼손 두 가지 모두 위법성 요건에 언사의 내용의 허위가 포함되어 있다. 모함의 경우, 원고가 '허위'를 증명할 입증책임은 없으나 피고가 '허위의 부재' 즉 '진실'을 증명하면 완전항변이 된다. 악의적 명예훼손의 경우에는 원고 또는 형사사건의 경우 검찰이 '허위'를 증명하여야 한다. 결론적으로 한국의 명예훼손에 해당하는 모함과 악의적 명예훼손에 관련된 규범에 있어서는 해당 언사의 내용이 진실되기만 한다면 면책된다.

이에 대한 한가지 예외로 자주 언급되는 것이 은밀한 범위(intimate zone)에 관한 언사의 경우로서 진실을 적시한다고 하더라도 은밀한 범위에 관한 언사에 대해서는 명예훼손죄가 성립된다고 하나, 자세히 보면 그렇지 않다. 은밀한 범위(intimate zone)에서의 언사의 경우에는 명예훼손 법규가 보호하려는 전

형적인 법익(평판, reputation)과는 별도의 다른 법익(프라이버시, privacy)에 대한 침해가 있기 때문에 진실을 완전한 항변으로 보호하지 않는 것뿐이다.

더욱 나아가서 독일의 경우에는 미국과 같이 진실 외에도 허위인 경우에도 공익성이 항변이 될 수 있다. 단지 미국과 다른 점은 독일의 경우에는 언사를 행한 자가 자신의 언사가 진실이라는 믿음을 가지고 그 언사가 진실임을 확인하기 위해 성실한 노력을 기울였어야 한다는 것이다. 즉, 미국의 경우에는 적극적인 과실이나 고의만 없으면 되지만 독일의 경우에는 적극적인 진실확인 노력이 있어야 한다.

한 국 법 의 처 별 범 위

독 일 법 의 처 별 범 위

미 국 법 의 처 별 범 위

사실/공공성 허위/공공성있음/ 진실확인노력 사실/공공성 없음허위/공공성있음/ 진실확인노력없음/ 비의도적 허위 허위/공공성있음/ 진실확인노력없음 /의도적 허위 허위/공공성없음

영국, 프랑스, 이태리, 네덜란드의 경우에도 (1) 진실이 명예훼손에 대한 완전항변이 되고 (2) 진실인 언사가 명예훼손으로 처벌받을 때는 보통 명예의 훼손이 아닌 프라이버시 침해와 같은 다른 법익에 대한 침해가 있기 때문이며 (3) 허위라 할지라도 선의를 가진, 공익성이 있는 허위의 경우에는 역시 부분항변이 될 수 있다는 면에서 다르지 않다(Maryann McMahon , DEFAMATION CLAIMS IN EUROPE: A SURVEY OF THE LEGAL ARMORY, Communications Lawyer, Winter 2002, 24쪽. 이 논문은 영국계 로펌 클리포드 찬스(Clifford Chance)의 각국 변호사들이 제공한 정보를 바탕으로 쓰여졌다).

5. 개선안

가. 형법 제307조 1항의 폐지

나. 형법 제307조2항의 구성요건에 대한 검찰의 입증책임 명시

국가 또는 국가기관의 정책비판이 국가 또는 국가기관의 명예훼손에 해당하는가

박주민 / 변호사

I. 들어가는 말

국가 또는 국가기관의 정책비판이 국가 또는 국가기관의 명예훼손에 해당하는가

박주민(민주사회를 위한 변호사 모임)

지난 해 6월 농림수산식품부가 광우병의 위험성을 보도한 MBC 'PD수첩'에 대해 명예훼손 등을 이유로 검찰에 수사를 의뢰하였고, 지난 3일에는 정운천 전 농림수산식품부 장관과 민동석 전 정책관이 MBC 'PD수첩' PD 6명 등 제작진을 명예훼손 혐의로 검찰에 정식 고소했다. 이들은 서울중앙지검에 낸 고소장에서 "PD수첩의 왜곡 보도로 공직자로서의 명예가 심각하게 훼손된 만큼 제작진을 처벌해 달라"고 밝혔다.

위와 같은 요구에 따라 국가 또는 국가기관의 정책에 대한 비판이 명예훼손에 해당하여 처벌되기 위해서는 먼저 국가나 국가기관이 명예의 주체가 되어야 하고, 다음으로 정책비판이 정당화될 수 없는 한계지점의 밖에 있어야 할 것이다. 아래에서는 이에 대해 살펴도록 하겠다.

1. 국가 및 국가기관의 명예주체 여부

가. 우리나라 헌법재판소의 태도

기본권(基本權)의 보장에 관한 각 헌법규정(憲法規定)의 해석상 국민(國民)[또는 국민(國民)과 유사한 지위(地位)에 있는 외국인(外國人)과 사법인(私法人)]만이 기본권(基本權)의 주체(主體)라 할 것이고, 국가(國家)나 국가기관(國家機關) 또는 국가조직(國家組織)의 일부나 공법인(公法人)은 기본권(基本權)의 '수범자(受範者)(Adressat)'이지 기본권(基本權)의 주체(主體)로서 그 '소지자(所持者)(Trager)'가 아니고 오히려 국민(國民)의 기본권(基本權)을 보호 내지 실현(實現)해야 할 '책임(責任)'과 '의무(義務)'를 지니고 있는 지위(地位)에 있을 뿐이다(헌법재판소 1994.12.29. 선고 93헌마120 판결). 따라서 국가기관은 인격권의 주체라고 할 수도 없고, 명예를 가지는 것도 아니기 때문에 국가기관에 대한 명예훼손은 인정되지 않는 것이 원칙이다.

나. 외국 법원의 태도

(1) 영국의 경우

영국의 경우 영국 보통법(Common Law)에 의하여 국가 및 지방자치단체가 명예훼손의 피해자로서 자신의 이름으로 제소할 수 없다고 보고 있다. 이는 중앙 정부이든 지방정부이든 정부기관이 명예훼손의 소를 제기하는 것이 유익하다고

불 이익이 없을 뿐만 아니라, 정부기관은 제한없는 공공의 비판을 받도록 함이 가장 중요하기에 정부기관에게 명예훼손의 소를 제기할 권한을 부여하는 것은 언론의 자유 등에 대하여 바람직하지 못한 족쇄를 채우는 것이라는 판단 때문이다.

(2) 독일의 경우

독일형법은 '관청의 장이 관청을 대표하여 관청에 대한 명예훼손을 고소할 수 있다'고 규정하고 있다(독일 형법 제194조). 그러나 독일연방헌법재판소의 경우 '국가기관의 명예에 대한 형사법적 보호가 국가기관에 대한 공적 비판마저 금지하는 데에 이를 수 없는 것이다. 공적 비판은 표현의 자유권이 특별히 보장하는 것이기 때문이다. 때로 그 공적 비판은 신랄한 형태를 취할 수도 있다'라고 하여 일정한 예외 하에서만 국가에 대한 명예훼손을 인정하고 있다(BVerfGE 28, 191[202]). 그런데 독일의 경우 형법에서 특별 조항을 두고 있는 것이기에 위 예외적 경우는 우리나라에는 적용될 여지가 없다고 보는 것이 타당할 것이다.

다. 학설의 태도

퀴블러는 명예라는 것의 사회적 효력은 사회적 상호작용 속에서 결정된다고 하면서 민주적 사회에서의 명예와 비민주적 사회에서의 명예가 서로 다른 방식으로 보호된다고 하였다. 국가, 민족, 계급 등 인습적인 가치가 법질서의 최고 가치가 되는 비민주적 사회에서는 이러한 가치를 실현하는 지도적 위치에 있는 인물의 명예를 보호하는 것이 명예보호의 핵심이 되며 그러한 의미에서 명예는 물신화 된다고 한다. 반면에 개인의 인권을 존중하는 민주적 체계에서는 물신화된 명예가 존재할 수 없고, 표현의 자유의 보장으로 인해 공적인 주체에 대한 광범위한 비판의 자유가 존재하며, 국가의 강제력으로 공적인 인물의 동기와 행적에 대해 비판할 자유를 침묵시킬 수 없다고 한다. 따라서 퀴블러에 의하면 사회가 민주화될수록 객관적이고 물신화된 명예의 개념은 포기되고, 그 대신 공정한 여

론형성을 위한 게임의 규칙이 그 자리를 대신한다고 한다. 즉, 민주화된 사회에서는 잘 형성된 명성에 대한 폄하적 발언 역시 가능하여 지며, 명예라는 것은 공공의 심판대라고 할 수 있는 여론시장에서 스스로의 노력으로 지켜지게 된다. 여기서의 여론시장은 개인의 자율적인 커뮤니케이션에 의해 작동하게 되며, 이 경우 이 커뮤니케이션 과정에는 공개성과 공정성을 기본으로 하는 최소한의 기회균등이 보장될 것이 요구된다. 독일연방헌법재판소의 경우 이러한 사고에 입각하여 반론권과 취소 및 정정보도청구권을 여론시장에서의 최소한의 공정성을 담보하는 제도로서 인정하고, 그러한 한도에서 서로 경쟁하는 주장의 옳고 그름을 법원에서 판단하는 것이 아니라 자유로운 여론시장에서 결정되어야 한다고 보고 있다.

또한 퀴블러는 공적인 등장과 공적인 행위가 문제되는 경우 비판자와 비판을 받는 자 간의 갈등은 단순히 양당사자간의 조정의 문제가 아니며, 공적인 행위의 타당성을 주장하는 자는 타인에 대한 구속이 되는 사회적 권위를 요구하는 것이라고 하였다. 그리고 자유로운 사회에서는 그러한 권위에 대한 요구는 자유롭게 비판될 수 있어야 한다고 주장하였다. 개인이 국가의 강제력을 빌어 타인에게 자신이 타당함을 인정할 것을 요구하는 것은 특권을 주장하는 것이고, 이러한 경우 그에게는 인간의 존엄에 근거한 보호는 금지된다고 한다.

이러한 퀴블러의 주장에 의한다면, '수입이 재개될 미국산 쇠고기가 안전하다'는 농림수산식품부의 주장이 타당하다고 시민들이 인정하여 주길 바라는 것은 권위를 인정하여 줄 것을 요구하는 것이며, 이에 대한 비판은 자유로운 민주사회에서는 언제나 허용되어야 할 뿐만 아니라 더 나아가서 개인에 대하여 적용되는 인간의 존엄에 근거한 명예보호는 오히려 금지된다고 할 것이다. 단지 이러한 비판에 대해서는 반론이나 정정보도를 청구할 수 있는 권리만이 인정되어 공정한 경쟁만 보장되면 되는 것이다.

라. 우리나라의 태도

한국인터넷자율정책기구(KISO)는 2009년 6월 29일 관이나 공인의 공적 업무와 관련된 내용에 대한 임시조치의 남용을 막기 위해 처리의 제한 원칙을 마련했다. 국가기관 및 지방자치단체는 명예훼손 관련 임시조치 요청의 주체로 간주하지 않고, 이들 단체의 장 및 구성원 개인만 요청할 수 있도록 한 것. 임시조치를 요청하는 자가 정무직 공무원 등 공인인 경우에는 자신의 공적 업무와 관련된 내용인 경우 명백한 허위 사실이 아니라면 임시조치 대상이 아닌 것으로 간주하기로 했다. 이와 관련, KISO 측은 "국가기관과 지방자치단체는 기본권의기본권의 수범자이지 소지자가 아니라는 것은 확립된 이론이기 때문에 논란의 여지가 없다"면서 "공인의"공인의 공적 업무에 대해서도 명백한 허위 사실을 바탕으로 하는 것이 아닌 한한 명예훼손을 구성하지 않는다는 우리나라 판례의 일관된 경향을 인용했다"고 설명했다.

마. 소 결

결론적으로, 우리나라 헌법재판소나 외국 법원의 태도, 그리고 학설 및 실무의 태도에 비추어 보았을 때, 국가기관은 명예를 가지는 것이 아니고, 개인적인 명예를 기초로 한 보호를 요구할 수도 없다고 할 것이다. 다만, 필요한 경우에는 반론보도청구권이 보장되면 충분하다 할 것이다.

2. 정당화의 영역 밖에 있는지- 공인이론에 의한 제한

국가나 국가기관이 명예의 주체가 된다고 하더라도 국가기관으로서 행한 행위에 대해 개인으로서의 명예보호가 동일하게 적용될 것인지가 문제될 수 있다. 여기서 문제가 되는 것이 바로 '공인이론'이라는 명예보호의 한계 내지 범위에 관한 이론이다.

가. 공인이론과 우리의 태도

(1) 미국의 공인이론-현실적 악의이론

미국 언론법의 두드러진 특징은 잘못된 내용의 표현, 즉 허위보도도 보호한다는 데 있다. 비록 표현된 내용에 잘못이 있다고 하더라도 이를 보호해야 할 사회적 이익이 그로 인한 개인의 명예침해보다 더 크다고 보고 있는 것이다. 따라서 허위보도는 일종의 필요악이라고 간주되고 있다. 그 시발점이 된 판결이 미연방대법원의 1964년 설리반 사건에서의 판결이었다(New York Times Co. v. Sullivan).

이 사건은 뉴욕타임즈가 "마틴 루터 킹 지원 및 남부자유투쟁위원회" 등 명의로 몽고메리시에서 열린 마틴 루터 킹 목사가 주도하는 비폭력시위에 가담한 흑인에 대한 테러, 협박과 경찰의 가혹한 진압방법을 비난하는 전면 의견광고를 게재하자, 몽고메리시의 시행정위원인 Sullivan이 위 광고 중 경찰을 지칭한 것은 경찰을 감독하는 자신을 가리키는 것이라고 하여, 신문사와 광고주를 상대로 명예훼손소송을 제기하면서 시작되었다. 이에 대하여 연방대법원은 공무원의 공적 행동에 대한 논의에 관하여 신문기사의 진실성을 엄격하게 요구하면 언론사는 그 책임을 면하기 위하여 자기검열을 하게 되며, 그 결과로 공공의 관심사에 대한 토론의 위축이 야기될 위험이 있으므로 공무원이 보도행위의 피해자인 때에는 명예훼손적 표현이 '현실적 악의(actual malice)' 즉, 보도자가 그 내용이 허위임을 알거나, 허위 여부를 상관하지 아니하고 보도하였음이 명백하고 확실한 증거(clear and convincing evidence)를 통하여 입증하여야 한다고 판시하였다. 이는 미연방대법원이 사람들에게 자신이 한 발언 내용의 진실성을 입증하라고 하면 거짓말하는 사람에게만 부담을 주는 것이 아니라, 진실이라고 믿고 있지만 처벌이 두려워 발언을 스스로 자제(self-control)하는 사람들이 나타나는 위축효과(chilling effect)에 보다 관심을 두었기 때문이다.

이 판결은 이후 영국, 인도, 남아연방, 대만 등 각 국에서 유사한 이론으로 정립되었고, 국제적으로도 영향을 미치는 언론자유를 위한 국제인권단체인 ARTICLE 19 역시 2000.7. 국제적인 명예훼손에 관한 기준으로서 "정부의 모든 기관과 공공기능을 수행하는 모든 기관, 선출조직, 국공립회사, 정당에 대해서는 명예훼손소송을 금지시켜야 한다"는 규정을 제정하였고, "공직자에 대해서도 지위 고하를 막론하고 어떤 상황에서도 명예훼손법이 특별한 보호를 해서는 안 된다. 공직자들은 비판을 감수해야 한다는 것이 국제법상 확립된 원칙"이라는 점을 강조하여 오고 있다 .

이후 미국에서도 위 사건에서의 이른바 공인이론이 계속 발전하여 오다가 최근 아래와 같이 정리되었다 .

첫째, 원고가 공무원 또는 공인 이라면 상대방의 현실적 악의(actual malice)를 설득력 있고 명쾌하게 입증할 때에 비로서 배상을 받을 수 있다. 특히 공무원일 경우에는 업무의 적합성과 관련이 있다면 사적인 문제에 대해서도 현실적 악의의 기준이 적용된다.

둘째, 원고가 사인이고 보도된 내용이 공적인 관심사일 경우, 대부분의 주에서 원고는 상대방의 과실(negligence)을 입증하면 실제 피해액을 배상받을 수 있다. 하지만 원고가 추정적 손해 또는 징벌적 손해까지 배상받으려면 현실적 악의를 입증하여야 한다.

셋째, 원고가 사인이고, 보도된 내용도 사적인 것에 불과한 경우, 원고는 상대방의 현실적인 악의를 입증하지 않더라도 보상적 손해와 징벌적 손해를 모두 배상받을 수 있다.

(2) 우리 법원의 태도

헌법재판소는 "신문보도의 명예훼손적 표현의 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에는 차이가 있어야 한다. 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실은 민주제의 토대인 여론형성이나 공개토론에 기여하므로 형사제재로 인하여 이러한 사안의 게재를 주저하게 만들어서는 안 된다. 신속한 보도를 생명으로 하는 신문의 속성상 허위를 진실한 것으로 믿고서 한 명예훼손적 표현에 정당성을 인정할 수 있거나, 중요한 내용이 아닌 사소한 부분에 대한 허위보도는 모두 형사제재의 위협으로부터 자유로워야 한다. 시간과 싸우는 신문보도에 오류를 수반하는 표현은, 사상과 의견에 대한 아무런 제한없는 자유로운 표현을 보장하는 데 따른 불가피한 결과이고 이러한 표현도 자유토론과 진실확인에 필요한 것이므로 함께 보호되어야 하기 때문이다"라고 하여 미국 판례이론인 현실적 악의이론을 우리 식으로 수용하고자 하였다 .

이에 더 나아가 대법원은 '언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는, 당해 표현으로 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하고, 특히 공직자의 도덕성, 청렴성에 대하여는 국민과 정당의 감시기능이 필요함에 비추어 볼 때, 그 점에 관한 의혹의 제기는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 책임을 추궁하여서는 안 된다'라고 판단하는데(대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결), 이 판례는 다음과 같이 정리될 수 있다. ①피해자가 공인이고, ② 사안이 공적인 관심사에 대한 것이며, ③ 보도의 필요성과 공적인 효용성이 높은 경우에는, ④보도내용에 다소 오류나 고장이 있었다(악의적이거나 현저히 상당성을 잃지 않는 이상) 언론의 자유가 폭넓게 인정되어야 하고, ⑤소송에서 언론의 입증책임을 완화시켜주어야 한

다는 것이다 . 이는 미국의 공인이론을 상당히 수용한 것으로 보인다. 다만, 공인이론의 한 부분인 미국의 현실적 악의론에 의하면 피해자가 현실적 악의를 입증하여야 하나, 우리나라는 언론이 보도의 진실성과 상당성을 입증하여야 한다는 점에서 여전히 차이가 난다. 그러나 대법원은 언론소송에서 그 동안 '상당성'을 요구하던 것을 '현저히 상당성을 잃지 않는 한'으로 수정함으로써 사실상 언론의 부담을 대폭 감경한 것으로 보인다.

나. 소 결

위의 우리 법원의 태도에 비추어 보았을 때, 설사 국가기관이 아니라서 명예의 주체가 된다고 하거나 혹은 국가기관도 명예의 주체가 된다고 하더라도 정책의 결정자 및 집행자가 '공인'이라는 점에 대해서는 의심의 여지가 없다. 따라서 이러한 공인에 대한 비판이나 표현이 명예훼손이 되기 위해서는 그 내용에 다소 오류나 과장이 있었다는 것만으로는 부족하고 해당 오류나 과장이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 것이어야만 한다.

특히, 국가나 국가기관은 단순한 공인과는 달리 그 비판에 대해 보다 넓은 정당화영역을 가지고 있다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 공인 중에서도 가장 대표적인 것으로 분류되는 것이 바로 공직자이며, 그 중에서도 국가의 정책을 결정하는 기관으로서의 공직자(국가기관)일 것이기 때문이다. 그리고 이러한 국가기관의 청렴도나 인성 등에 대한 비판이 아니라 국가기관이 실행하는 정책에 대한 비판은 보다 넓은 정당화 영역을 가지고 있다고 할 것이다.

3. PD수첩의 경우

먼저 PD수첩의 보도는 명예의 주체가 될 수 없는 국가기관의 정책에 대한 것이었기에 명예훼손이 성립할 수 없다.

그리고 설사 국가기관이 명예의 주체가 된다고 하더라도 PD수첩의 보도행위에 단순히 과장 혹은 오류가 있었다는 것만을 가지고 명예훼손에 해당한다고 판단하게 된다면 정운천 전 장관과 민동석 전 정책관이 공적인 인물이라는 점, 그리고 본건이 상당히 중요하며 국민들의 초미의 관심의 대상이었던 사안에 대한 보도에 관한 것이라는 점에 대해 간과한 것이 되며, 이후에는 정책에 대해 비판적 보도를 할 경우 처벌받을 수 있다는 생각에서 스스로 검열하고 위축되는 현상을 막을 수 없을 것이다.

과연 MBC 'PD수첩'이 이러한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 표현을 하였는지에 대한 부분은 구체적인 사실관계를 검토하여야 분명하게 밝힐 수 있을 것이나, 사실관계에 대한 검토에 있어서도 기본적으로 '자유롭게 토론하다 보면 잘못된 표현은 불가피하며, 표현의 자유가 숨쉬는 공간을 확보하기 위해서는 잘못된 표현도 보호되어야 한다' (New York Times Co. v. Sullivan)고 판단한 미연방대법원의 태도를 고려하여야 할 것이다.

결국 광우병의 위험을 보도한 MBC 'PD수첩'이 정운천 전장관과 민동석 전정책관에 대한 명예훼손에 해당하는지는 아래와 같은 판단과정을 거쳐야 할 것이다.

