

공적 인물, 공적 관심사에 관한 의혹 제기에 적용되는 특수 법리에 관한 검토
- 사실·의견의 구별 및 ‘악의적 공격’ 법리의 적용 편의를 위한 연구: ‘일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법’에 주목하여 -

부산지방법원 엄성환

| 목차 |

I. 대상판결

II. 연구

1. 여는 글

2. 민주주의의 의미

가. 민주주의와 표현의 자유

1) 민주주의와 다양성

2) 다양성 사이의 대립관계와 그 해소: 사상의 자유시장

가) 토론과 이성의 힘에 대한 신뢰

나) 사상의 자유시장의 작동방식

3) 공적 토론에 대한 특별한 보호

4) 냉소, 위축효과에 대한 경계: 사상의 자유시장에 대한 위협요소

나. 다수의견 집약의 실재와 정당의 중요성

다. 민주주의의 내재적 불안전성과 능동적 시민에 의한 극복

3. 사실과 의견의 구별

가. 구별의 의의와 필요성

나. 미국과 독일에서의 논의

다. 대법원의 입장

라. “일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법”의 구체적인 내용

마. 사실·의견 구별의 어려움

4. 악의적이고 심히 경솔한 공격으로 현저히 상당성을 잃은 것

가. 연혁

1) 형법상 명예훼손죄와 명예훼손으로 인한 민사 불법행위책임

2) 민사 판례에 의한 위법성조각 법리의 발전

가) 상당성 법리

나) 공적 영역에서 완화된 심사기준

다) 악의적 공격 법리

3) 형사 판례에서의 법리 수용

나. 법적 성격

다. 개념

1) 뉴욕타임스 판결, 거츠 판결

2) 기존 학설과 한계

3) '악의적 공격'의 판단기준 중 '사실확인을 위한 노력의 정도'에 대하여

가) 진실이라고 믿은 데 상당한 이유는 없거나 아예 허위인 표현의 보호가치

나) 검토

4) '악의적 공격'의 판단기준 중 '법익 균형성'에 대하여

5) '악의적 공격' 법리와 표현의 자유의 한계

가) 표현의 자유의 한계를 일탈한 위법한 행위

나) 모욕적이고 경멸적인 인신공격

5. 관련 사건

가. 세월호 사건(광주고등법원 2015. 4. 28. 선고 2014노490 판결)

나. 산케이 신문 사건(서울중앙지방법원 2015. 12. 17. 선고 2014고합1172 사건)

다. 헌법재판소 2017. 3. 10. 선고 2016헌나1 대통령 갑 탄핵 사건 중 재판관 김이수, 재판관 이진성의 보충의견(일부)

라. 김○춘 사건(서울중앙지방법원 2019. 8. 14. 선고 2018고합306 판결)

마. 파기환송 전 원심의 구체적 내용 및 검토

6. 사안에의 적용

7. 맺는 글

논문요지
다양성은 민주주의를 지켜내는 요체이고, 자유로운 의견교환과정은 민주주의의 본질적 구성요소이다. 여론형성과 공개토론 과정에서의 자유로운 발언은 그 즉흥성 때문에 표현상의 실수, 격렬한 언사나 도를 넘는 지나친 표현도 용인되어야 한다. 공공의 문제에 관한 토론은 제한 없이, 활발하고 아주 광범위하게 허용되어야 하고 여기에는 정부나 공직자에 대한 격렬하고 따가운, 때로는 불유쾌하고 날카로

운 공격이 포함될 수도 있다. 언론·출판의 자유를 비롯한 정치적 자유에 대한 제한은 명백하고 현존하는 위험이 인정되는 경우에 한하여 허용되어야 한다. 공개토론 과정을 통해 형성되는 ‘일반 의사’의 구체적인 내용 확정도 현실적으로 선도기관의 역할을 필요로 하고, 대의기관은 이러한 역할을 수행함과 아울러 일반 의사를 국정에 반영함으로써 선출 당시뿐만 아니라 권한 행사 과정에서도 계속해서 민주적 정당성을 공급받아야 한다. 이러한 과정이 제대로 진행되려면 자유롭게 정치적 권리를 행사하는 능동적인 시민들의 존재가 반드시 필요하다.

이상의 논의는, 대상 판결 등에서 선언된 “공론의 장에 나선 전면적 공적 인물의 경우에는 비판과 의혹의 제기를 감수해야 하고 그러한 비판과 의혹에 대해서는 해명과 재반박을 통해서 이를 극복해야 하며 공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다”라는 법리에 대체로 압축되어 있다고 할 수 있다.

의견은 옳고 그름을 막론하고 헌법상 보호받는 것이 원칙이고, 전통적으로 의견의 표명을 사실의 적시보다 두텁게 보호하여 왔다. 사실과 의견의 구별기준으로는 ① 언어의 통상적인 용법이나 의미, ② 진술의 증명가능성, ③ 전체적인 문맥, ④ 더 넓은 맥락이나 사회적 흐름을 들 수 있다. 대법원은 이러한 기준을 적용함에 있어 “일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법”을 전제해야 하고 “독자에게 주는 전체적인 인상”도 고려해야 한다고 한다. 대법원 판결들을 분석해 보면, ‘일반의 독자’는 ‘고도의 문해력, 문제된 발언의 배경이 되는 당대의 고민에 대한 관심·관찰에 더하여 비판적 사고능력까지 겸비하고 있는, 지성과 인성을 두루 갖춘 사려 깊은 교양인’이라고 할 수 있다.

그리고 대법원은 사실 적시의 징표로 객관적 증명가능성과 역사성 등을 제시하기도 하였다. ‘객관적 증명가능성’ 유무는 표현의 자유와 인격권 사이에서의 비교형량을 통해 규범적으로 판단되어야 한다. 앞서 본 ‘일반의 독자’를 전제로 한다면, 객관적 증명가능성 유무를 판단함에 있어 동원 가능한 모든 증거방법을 기준으로 해서는 안 된다. 오히려 일반의 독자가 ‘발언자가 동원할 수 있는 증거방법으로는 증명할 수 없다’라고 인식할 수 있다면 객관적 증명가능성은 부정되어야 한다.

이런 기준과 징표에도 불구하고 사실 적시와 의견 표명 사이의 구별은 어려운 문제인데, 어느 쪽인지 구별하기 어렵다면 헌법상 표현의 자유 보장이라는 사실과

의견 구별론의 취지에 비추어 의견으로 추정해야 한다.

판례는 ‘악의적 공격’ 법리를 표현의 자유를 폭넓게 인정할 필요가 있는 ① 공적 존재의 정치적 이념에 관한 의혹 제기, ② 공직자의 도덕성·청렴성이나 정책결정, 업무수행의 정당성에 관한 의혹 제기, ③ 언론사에 대한 감시와 비판, ④ 정당의 정치적 주장, 논평 분야에 적용하였고, 그 판단 기준으로 ‘표현의 내용이나 방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자의 사회적 평가를 저하하는 정도, 사실 확인을 위한 노력의 정도, 그 밖의 주위 여러 사정 등’을 제시하였다. 형법 제310조에 터잡은 상당성 법리, 공적 영역에서의 완화된 심사기준에 의한 위법성조각의 경우 ‘진실이라고 믿을 만한 상당한 이유’ 인정을 위해서는 ‘구체적인 사정에 따라 필요하다고 인정되는 사실 확인을 위한 노력이 충분하였는지 여부’가 가장 중요한 판단기준이 되지만, 형법 제20조에 터잡은 악의적 공격 법리의 판단기준 중 ‘사실 확인을 위한 노력의 정도’까지 마찬가지로 판단되어야 한다고 해석해야 할 논리적 필연성은 없다. 여기에 애초에 아무런 근거가 없이 지어낸 말이라면 표현의 자유의 한계를 일탈하였다고 하겠으나, 결과적으로 허위로 밝혀졌다고 하더라도 표현의 자유의 보호 범위 내에 두어야 할 사실 적시도 상정해 볼 수 있는 점까지 보태어 보면, 위 ‘사실 확인을 위한 노력의 정도’가 미흡하다고 하더라도 나머지 판단기준에 비추어 위법성이 조각될 수 있는 경우도 있다고 보아야 한다. 즉, 악의적 공격 법리에서 제시한 판단기준은, 이를 모두 만족시켰을 때 비로소 위법성이 조각될 수 있다는 의미라기보다는, 이를 활용하여 어떤 표현이 표현의 자유 범위 내에 있는지 판단함으로써 판단의 편의와 객관성을 도모하라는 취지라고 봄이 타당하다. 위 판단기준 중 ‘법익 균형성’의 의미를 구체화함에 있어서는, 독일의 ‘반격의 원칙’ 및 이와 유사한 외국의 법리를 참조함이 유익해 보인다.

이상의 논의를 종합하여 이 사건 발언이 사실 적시에 해당하는지, 사실 적시에 해당한다면 위법한지 살펴본다. 대상 판결은 이 사건 발언이 사실 적시에 해당한다고 단정할 수 없다고 하였다. 앞서 살핀 ‘객관적 증명가능성’의 의미에 따르면 이 사건 발언은 객관적 증명가능성이 인정되지 않는다고 할 것이어서 대상 판결의 이 부분 판단을 뒷받침한다. 대상 판결은 이 사건 발언이 사실 적시에 해당한다고 하더라도 ‘악의적 공격’ 법리에 따라 위법성이 조각된다고 하였다. 대상 판결에서 실시한 사정에, 대상 판결을 전후한 별건에서 확인된 사정까지 보태어 보면, 이 사

건 7시간 행적에 관한 의혹 제기가 현저한 공익성을 가짐은 명백하다. 여기에 앞서 살핀 공적 인물, 공적 관심사에 관한 의혹 제기에 있어서 허용되는 표현의 정도, 구체적인 정황의 뒷받침 없이도 이 사건 7시간 행적 관련 마약과 보톡스 의혹이 세간에 널리 퍼졌다는 사정 그 자체가 갖는 의미, 이 사건 기자회견의 전체 취지와 피고인 1의 입장, 이 사건 발언으로 인해 갑이 입은 피해의 정도와 피해를 입게 된 경위, 별건 및 신문보도를 통해 확인된 사정을 추가하여 보다 너그러운 관점에서 살핀 ‘마약, 보톡스’ 단어의 의미, 이 사건 7시간 행적 관련 갑의 해명이나 재반박 유무, 이 사건 발언에 대한 형사처벌이 초래할 수 있는 위축효과에 대한 검토를 보태어 보면, 악의적 공격 법리에 따라 이 사건 발언의 위법성이 조각된다고 한 대상 판결의 판단은 어느 모로 보나 타당하다.

공적 인물, 공적 관심사에 대한 의혹 제기는, 모든 측면에서 면밀한 검토를 거쳤음에도, 앞서 본 ‘표현의 자유를 폭넓게 인정할 필요가 있는 각 분야’에서 예정하는 감시, 비판으로서의 의미를 도저히 찾아볼 수 없을 때에나 비로소 표현의 자유의 한계를 일탈하였다고 평가함이 타당하다. 우리 헌정질서를 위협하였던 최근의 사건들도 이러한 관대한 해석의 필요성을 뒷받침한다.

검색어: 민주주의, 다양성, 표현의 자유, 여론형성, 공개토론, 능동적인 시민, 대의기관, 공적 인물, 공적 관심사, 사실 적시, 의견 표명, 증명가능성, 일반의 독자, 악의적 공격, 사실 확인 노력, 마약, 보톡스, 세월호

I. 대상판결

1. 【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【상 고 인】 피고인들 및 검사

【변 호 인】 법무법인 지향 외 2인

2. 【대상판결】

【원심판결】 서울고법 2016. 9. 8. 선고 2016노506 판결

3. 【주문】

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 피고인 2의 상고와 검사의 나머지 상고를 모두 기각한다.

4. 【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 피고인 1의 명예훼손 부분 상고이유에 관한 판단

가. 이 부분 쟁점은 공적 인물, 즉 공인과 관련된 공적 관심사에 관한 의혹 제기가 명예훼손죄에 해당하는지 여부이다.

나. 민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달을 통하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나가야 하므로 표현의 자유, 특히 공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다. 다만 개인의 사적 법익도 보호되어야 하므로, 표현의 자유 보장과 인격권 보호라는 두 법익이 충돌할 때에는 구체적인 경우에 표현의 자유로 얻어지는 가치와 인격권의 보호로 달성되는 가치를 비교형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정해야 한다(대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결 참조).

명예훼손죄에서 ‘사실의 적시’란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 ‘의견표현’에 대치되는 개념으로서 시간적으로나 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고나 진술을 뜻하고, 표현 내용을 증거로 증명할 수 있는 것을 말한다. 보고나 진술이 사실인지 의견인지를 구별할 때에는 언어의 통상적 의미와 용법, 증명가능성, 문제 된 표현이 사용된 문맥, 표현이 이루어진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결 참조). 객관적으로 피해자의 사회적 평가를 저하시키는 사실에 관한 발언이 보도, 소문이나 제3자의 말을 인용하는 방법으로 단정적인 표현이 아닌 전문 또는 추측의 형태로 표현되었다라도, 표현 전체의 취지로 보아 사실이 존재할 수 있다는 것을 암시하는 방식으로 이루어진 경우에는 사실을 적시한 것으로 보아야 한다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도5312 판결 참조).

그러나 공론의 장에 나선 전면적 공적 인물의 경우에는 비판과 의혹의 제기를 감수해야 하고 그러한 비판과 의혹에 대해서는 해명과 재반박을 통해서 이를 극복해야 하며 공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다(위 대법원 2014다61654 전원합의체 판결 참조). 따라서 공적 인물과 관련된 공적 관심사에 관하여 의혹을 제기하는 형태의 표현행위에 대해서는 일반인에 대한 경우와 달리 암시에 의한 사실의 적시로 평가하는 데 신중해야 한다.

기자회견 등 공개적인 발언으로 인한 명예훼손죄 성립 여부가 문제 되는 경우 발언으

로 인한 피해자가 공적 인물인지 사적 인물인지, 발언이 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 발언이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성이나 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 따져보아 공적 인물에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 사이에 심사기준의 차이를 두어야 한다. 문제 된 표현이 사적인 영역에 속하는 경우에는 표현의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선할 수 있으나, 공공적·사회적인 의미를 가진 경우에는 이와 달리 표현의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다. 특히 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 이러한 감시와 비판은 표현의 자유가 충분히 보장될 때 비로소 정상적으로 이루어질 수 있으며, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없다. 그러므로 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 발언으로 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있더라도, 발언 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 발언은 여전히 공공의 이익에 관한 것으로서 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없다(대법원 2006. 10. 13. 선고 2005도3112 판결, 대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결 등 참조). 이때 그러한 표현이 국가기관에 대한 감시·비판을 벗어나 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것인지는 표현의 내용이나 방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자의 사회적 평가를 저하하는 정도, 사실 확인을 위한 노력의 정도, 그 밖의 주위 여러 사정 등을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2013. 6. 28. 선고 2011다40397 판결 등 참조).

다. 공소사실 요지

이 부분 공소사실 요지는 다음과 같다. 피고인 1은 2015. 6. 22. 20여 개 언론사 기자와 시민 등을 상대로 경찰의 '4월 16일의 약속 국민연대'(이하 '4·16 연대'라 한다) 사무실에 대한 압수·수색을 비판하는 기자회견을 하던 중 "(사실 압수·수색할 것은 저 청와대입니다. 정말 궁금합니다) 국민들이 그런 의혹을 제기하고 있습니다. 4. 16. 7시간 동안 나타나지 않았을 때 뭐하고 있었냐? 혹시 마약하고 있던 거 아니냐? 전 궁금합니다. 청와대 압수·수색해서 마약하고 있었는지 아니었는지 한번 확인했으면 좋겠습니다. 또 그런 얘기도 나옵니다. 피부미용, 성형수술 등등 하느라고 보

톡스 맞고 있던 거 아니냐? 보톡스 맞으면 당장 움직이지 못하니까 7시간 동안 그렇게 하고 있었던 거 아닌가 그런 의혹도 있습니다. 그것도 한번 확인해봤으면 좋겠습니다. 저 청와대 곳곳을 다 뒤져서 구석구석을 다 뒤져서 마약이 있는지 없는지, 보톡스 했는지 안 했는지 확인해보고 싶은 마음이 굴뚝같습니다.”라는 말(이하 ‘이 사건 발언’이라 한다)을 하여, 마치 피해자 공소외인 대통령이 세월호 사건이 발생한 2014. 4. 16. 당일 마약을 하거나 피부미용, 성형수술을 위한 보톡스 주사를 맞고 있어 직무수행을 하지 않았던 것처럼 공연히 허위사실을 적시하여 피해자 공소외인 대통령의 명예를 훼손하였다.

라. 원심 판단

원심은 다음과 같은 이유로 공소사실을 유죄로 인정하였다.

이 사건 발언은 세월호 참사 발생 무렵 대통령의 행적에 관한 것으로서 공적 관심사에 관한 문제 제기에 해당하는 면이 있기는 하다. 그러나 피고인 1이 사용한 표현, 특히 ‘대통령 개인이 마약을 하였다.’는 부분은, 우리 사회에서 마약이 갖는 부정적인 이미지에 비추어 희화적인 묘사나 풍자에 해당한다고 도저히 볼 수 없고 이를 넘어 악의적이고 심히 경솔한 표현에 해당하는 것으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가하지 않을 수 없으므로, 이 사건 발언은 표현의 자유로 보호될 수 없는 영역에 해당한다. 이 사건 발언이 이루어진 전체적인 맥락에도 불구하고 피고인은 ‘피해자가 세월호 참사 무렵 마약을 하거나 보톡스를 하였고, 이로 인하여 세월호 참사 발생 이후 7시간 동안 적절하게 직무를 수행하지 못하였다.’는 사실을 암시하여 적시한 것으로 인정할 수 있다. 이 사건 발언은 허위사실이고, 피고인 1도 그 허위성을 미필적으로 인식하였음이 합리적 의심 없이 증명되었다고 봄이 상당하며, 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄에 해당하므로 위법성 조각에 관한 형법 제310조는 적용될 여지가 없다.

마. 대법원 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 받아들일 수 없다.

(1) 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

피고인 1은 세월호 참사 국민대책회의의 공동위원장이자 4·16 연대의 상임운영위원으로서 2014. 4. 16. 세월호 참사 직후부터 이 사건 발언 당시까지 여러 차례 대규모 집회·시위를 주최하면서 세월호 참사와 관련한 진상을 규명하고 책임자를 처벌할 것을 주장하는 사회적 의견표명을 지속적으로 해 왔다.

대통령인 피해자가 2014. 4. 16. 17:15경에야 중앙재난안전대책본부를 방문한 것과

관련하여 2014. 7.경 국회에서 문제가 제기된 이후 이 사건 발언 당시까지 피해자의 7시간 동안의 구체적인 행적에 관하여 지속적으로 사회적 논란이 되었고, 이 사건 발언 당시 마약과 보톡스 의혹은 구체적인 정황의 뒷받침이 없었는데도 세간에 널리 퍼져 있었다.

피고인 1을 비롯한 4·16 연대는 2015. 4. 16.과 2015. 4. 18. 집회·시위 신고를 하지 않은 채 세월호 참사 1주기 추모행사 등을 주최하였는데, 추모행사와 그 이후 행진에 1만 명 이상이 참석하여 대규모 집회·시위로 이어지면서 경찰과 물리적 충돌을 빚었고, 경찰은 2015. 6. 19.경부터 4·16 연대 사무실 등을 압수·수색하였다. 피고인 1은 2015. 6. 22. 세월호 참사 관련 집회·시위에 대한 경찰의 대응방식과 압수·수색을 비판하고 세월호 참사의 진상규명을 주장하기 위하여 기자회견을 하였는데, 그 과정에서 이 사건 발언을 하였다.

피고인 1의 기자회견 내용은 ① 피고인 1과 4·16 연대 사무실 등에 대한 압수·수색 사실의 언급, ② 세월호 관련 집회·시위에서 캡사이신과 살수차를 사용한 경찰에 대한 항의, ③ 집회·시위 현장에서 이미 증거를 수집하였는데도 사무실 압수·수색을 하는 것에 대한 항의, ④ 이 사건 발언, ⑤ 세월호 참사의 진실을 밝히기 위해 시행령을 폐기하고 진상규명특별위원회가 제대로 작동하게 해야 한다는 주장, ⑥ 그렇지 않으면 계속하여 싸울 것이고 4·16 연대를 정식 발족할 것이라는 선언으로 구성되어 있다.

(2) 위와 같은 사실을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 발언은 피고인 1과 4·16 연대 사무실에 대한 압수·수색의 부당성과 피해자의 행적을 밝힐 필요성에 관한 의견을 표명하는 과정에서 세간에 널리 퍼져 있는 의혹을 제시한 것으로 ‘피해자가 마약을 하거나 보톡스 주사를 맞고 있어 직무수행을 하지 않았다.’는 구체적인 사실을 적시하였다고 단정하기 어렵고, 피고인 1이 공적 인물과 관련된 공적 관심사항에 대한 의혹을 제기하는 방식으로 표현행위를 한 것으로서 대통령인 피해자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가할 수 없으므로, 명예훼손죄로 처벌할 수 없다고 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

피고인 1은 단정적인 표현을 전혀 사용하지 않은 채 국민들이 제기하고 있는 세간의 의혹을 제시하면서 ‘전 궁금합니다.’, ‘확인해보고 싶은 마음이 굴뚝같습니다.’ 등 자신은 사실관계를 알지 못하고 있음을 드러내는 표현을 사용하였고, 이를 밝혀 보면 좋겠다는 의견을 표명하였다. 기자회견의 전체적인 내용을 통해 이 사건 발언의 맥락

을 보면, 피고인 1이 ‘청와대를 압수·수색해서 확인해보면 좋겠다.’고 말한 것은 경찰의 4·16 연대 사무실 등에 대한 압수·수색을 비판하는 과정에서 이 사건 발언을 하면서 ‘피해자에 대해서도 이런 의혹이 있는데, 그럼 청와대도 압수·수색을 할 것이냐?’는 취지로 말한 것으로, 경찰의 압수·수색의 부당성을 강조하기 위한 것으로 보일 뿐, 피고인 1이 제시하는 의혹이 사실임을 강조하기 위한 표현이라고 보기는 어렵다.

이 사건 발언은 ‘국가적 재난 상황에서 대통령이 적절한 대응을 하지 않은 채 상당한 시간 동안 무엇을 하였는지 명확하지 않으므로, 그동안의 구체적인 행적을 밝힐 필요가 있다.’는 의견을 표명하는 과정에서 의혹을 제기한 것으로, 전체적으로 볼 때 국가기관인 대통령의 직무수행이 적정한지에 대해 비판하는 내용이므로 표현의 자유가 특히 폭넓게 보장되어야 하는 표현행위에 해당한다.

이 사건 발언 당시 피해자의 세월호 참사 당시 행적은 사회적으로 논란이 되고 있었고, 피고인 1이 이 사건 발언에서 궁금해하며 밝히고자 한 사실관계는 ‘피해자 개인이 마약이나 보톡스를 했는지 여부’가 아니라 ‘대통령인 피해자가 세월호 참사 당시 제대로 국정을 수행하였는지 여부’이므로, 이 사건 발언은 공익 관련성이 크다고 볼 수 있다. 당시 구체적인 정황의 뒷받침이 없었는데도 마약과 보톡스를 비롯한 다양한 의혹이 이 사건 발언 이전에 이미 세간에 널리 퍼져 있었는데, 피고인 1의 발언으로 새로운 의혹이 제기되었다고 보기 어렵다. 또한 피고인 1이 당시 피해자의 7시간 동안의 행적을 알 수 있는 특별한 지위에 있지 않았으므로, 이 사건 발언을 듣는 사람들이 피고인 1의 발언을 사실로 받아들이지 않았을 것이라고 볼 수도 있다. 따라서 피고인 1의 발언이 피해자의 사회적 평가를 저해하는 정도가 크다고 평가하기도 어렵다.

피고인 1은 압수·수색에 대한 비판 기자회견을 기회로 삼아 지속적으로 제기하던 문제를 다시 한 번 강조해서 말한 것이고, 의혹 제기를 가장하여 피해자가 마약이나 보톡스를 했다는 사실을 드러내고자 기자회견이나 이 사건 발언을 하였다고 보기 어렵다.

‘마약과 보톡스’라는 표현은 그 용어만을 보면 피해자 개인에 대한 악의적이고 공격적인 표현이라고 볼 수 있다. 그러나 위에서 본 구체적인 발언의 경위, 취지와 맥락에 비추어 보면, 이는 ‘이 정도로 좋지 않은 의혹까지 나올 정도이니 당시의 행적에 대해서 제대로 밝혀 달라.’는 의견을 강조하고자 세간에 널리 퍼진 의혹을 거론하며 사

용한 것으로서 현저히 상당성을 잃은 공격이라고 단정할 결정적 요소라고 보기 어렵다.

(3) 그런데도 원심은 이 사건 발언이 의혹 제기를 넘어 사실을 적시한 것이고 피해자에 대한 악의적이고 심히 경솔한 표현으로 현저히 상당성을 잃은 것에 해당하여 위법성이 있다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다. 이러한 판단에는 형법 제307조 제2항에서 정한 명예훼손죄의 사실 적시, 전면적 공적 인물에 대한 명예훼손죄의 위법성 판단에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 부분을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 피고인들의 나머지 상고이유에 관한 판단

원심은 이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 2015. 4. 16. 미신고 집회·시위 주최로 인한 「집회 및 시위에 관한 법률」(이하 ‘집시법’이라 한다) 위반 부분, 피고인 1에 대한 2015. 4. 18. 특수공무집행방해치상과 특수공용물건손상 부분을 유죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심판결에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 집시법 제15조, 공모공동정범 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 검사의 상고이유에 관한 판단

원심은 피고인들에 대한 2014. 7. 24. 미신고 시위 주최와 해산명령 불이행으로 인한 집시법 위반 부분에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아, 전자를 이유 무죄로, 후자를 무죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심판결에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 시위의 동일성, 해산명령의 적법성 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 파기 범위

위에서 보았듯이 원심판결 중 피고인 1에 대한 명예훼손 부분은 파기해야 하고, 위 파기 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 피고인 1에 대한 나머지 유죄 부분도 하나의 형을 선고해야 하므로 함께 파기해야 하며, 함께 파기되는 유죄 부분 중 예비적 공소사실인 2014. 7. 24. 신고범위를 벗어난 집시법 위반 부분과 동일체의 관계에 있는 주위적 공소사실인 2014. 7. 24. 미신고 시위 주최로 인한 집시법 위반의 부분에 대한 이유 무죄 부분도 함께 파기해야 한다.

5. 결론

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)을 파기하고 이 부분

사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하며, 피고인 2의 상고와 검사의 나머지 상고를 모두 기각하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

II. 연구

1. 여는 글

대상판결은 거의 초입에 해당하는 부분(4. 이유 중 1의 나.항)에서 “민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달을 통하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나가야 하므로 표현의 자유, 특히 공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다”라고 선언한다. 그중 “공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다”라는 부분은 그로부터 얼마 지나지 않아 반복되기까지 한다.

필자는 솔직히 이 부분을 읽으면서 뜻밖의 당혹감을 느꼈다. 이 부분의 의미를 아예 이해할 수 없었던 것은 아니지만, ‘민주적 정치질서’가 무엇인지 막연하게 느껴졌고, ‘공적 관심사에 대한 표현의 자유’가 이렇게나 중요하다고는 미처 알지 못했다는 생각이 들었기 때문이다. 일상생활에서 쉽게 듣거나 말하는 ‘민주주의’였지만 그 의미를 제대로 알지는 못했던 것이다. ‘민주적 감수성’이 희박한 상태였다고 하겠다.

그런데 이러한 ‘민주적 감수성’은 곧이어 전개되는 ① 공적 인물, 공적 관심사에 대한 사실 적시와 의견 표명의 구별, ② 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항에 대하여 의혹을 제기하는 형태이지만 실은 그 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것(이하 ‘악의적 공격’이라 한다)으로 평가되지 않는 것의 보호에 관한 법리를 뒷받침하는 근거가 된다. 따라서 우선 “민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달을 통하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나가야” 한다는 부분에 압축된 ‘민주주의’의 의미를 ‘표현의 자유·정당·내재적 불안전성 및 그 극복방안’을 화두로 풀어내 보고, “공적 관심사에 대한 표현의 자유”에 대한 “최대한 보장”이 의미하는 수준의 구체적인 내용도 확인해 ‘민주적 감수성’부터 충전해 보기로 한다. 다음으로 ① 사실과 의견을 구별하는 일반적인 기준에 관하여 살피는 한편, 대법원이 공적 인물, 공적 관심사 관련 사실과 의견의 구별이 문제된 여러 사례에서 이미 아주 구체적으로 제시했던, 일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법’이라고 명명할 수 있는 독법(讀

法)이 ‘다양성’을 핵심으로 하는 ‘민주적 감수성’과 이루는 조화 및 사실과 의견의 구별 기준 중 ‘객관적 증명가능성’의 의미 이해에 참조되어야 할 필요성을 확인한다. 또한 ② ‘악의적 공격’ 법리의 적용 관련하여 판단기준 중 ‘사실확인을 위한 노력의 정도(이 부분에서 악의적 공격 법리와 상당성 법리가 결정적으로 구별된다고 할 수 있다)’, ‘법익 균형성’에 대한 탐구를 통해 기존 판단기준과 구체적인 사안 사이를 효과적으로 매개하는 추가 판단기준을 도출하는 시도를 한다. 끝으로 앞서 논의한 내용이 사건에 적용하여 대상판결의 결론이 지극히 타당함을 확인하는데, 그 과정에서 세월호 침몰 사고 당시 갑의 7시간 동안의 구체적인 행적(이하 ‘이 사건 7시간 행적’이라 한다)과 관련하여 진행된 별건(다만 논의의 편의상 파기환송 전 원심의 구체적인 내용도 별건과 함께 살핀다)에서 밝혀진 사정도 참작하기로 한다.

2. 민주주의의 의미

가. 민주주의와 표현의 자유

1) 민주주의와 다양성

가) 표현의 자유는 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는 데 필수불가결한 헌법상 기본권이다(헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 전원재판부 결정 참조).

아래에서 보는 유명한 설화는 ‘하고 싶은 말을 할 수 있다’는 것이 ‘인간다운 삶’에 필수적임을 잘 드러내고 있다(필자가 어린 시절 읽은 책에는 ‘하고 싶은 말을 제대로 하지 못한 복두장이는 결국 큰 병을 앓게 되었고, 병으로 죽으나 왕에게 죽으나 마찬가지라는 생각에 대밭을 찾은 후 편안한 마음으로 생을 마감했다’라는 내용이 첨가되어 있었다).

경문왕은 임금 자리에 오른 뒤에 갑자기 그의 귀가 길어져서 나귀의 귀처럼 되었다. 아무도 그 사실을 몰랐으나 오직 왕의 복두장이만은 알고 있었다. 그는 평생 그 사실을 감히 발설하지 못하다가 죽을 때에 이르러 도림사라는 절의 대밭 속으로 들어가 대나무를 향하여 “우리 임금님 귀는 나귀 귀처럼 생겼다.”라고 소리쳤다. 그 뒤부터는 바람이 불면 대밭으로부터 “우리 임금님 귀는 나귀 귀처럼 생겼다.”라는 소리가 났다. 왕은 이것을 싫어하여 대를 베어 버리고 산수유를 심게 하였으나 그 소리는 여전하였다¹⁾.

나) 민주주의는 국민 개개인이 자신의 생각을 스스로 결정하고 그것을 말이나 행동으로 자유로이 표현하도록 보장하는 것을 출발점으로 하는 정치체제이다²⁾.

다) 서로 다른 의견을 표명할 수 있다는 것은 민주주의가 살아 있다는 증거이다. 다양한 의견은 창의성의 발현이며, 잘 차려진 풍요로운 밥상과 같다. 다양성은 민주주의를 지켜내는 요체이고, 비판이나 불이익을 무릅쓰고 자기의 의견을 고집하는 것도 허용되어야 진정한 민주주의라고 할 수 있다(대법원 2021. 9. 16. 선고 2020도 12861 판결 참조).

2) 다양성 사이의 대립관계와 그 해소: 사상의 자유시장

가) 토론과 이성의 힘에 대한 신뢰

(1) Brandeis 미국 연방대법관은 Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927) 사건에서 아래와 같은 의견을 밝혔는데, 이는 20세기에 제출된 가장 빛나는 ‘언론의 자유를 위한 변론’으로 인정받고 있다³⁾.

우리의 독립을 쟁취한 사람들(선조들)은 국가의 최종적 목적이 사람들이 자유롭게 자신의 재능을 발전시키도록 하는데 있다고 믿었다; 그리고 정부 안에서는 토론의 힘이 자의의 힘을 압도해야 한다고 믿었다. 그들은 자유를 목적이자 수단이라고 평가하고 있었다. 그들은 자유가 행복의 비밀이며, 용기가 자유의 비밀이라고 믿었다. 그들은 자신이 원하는 대로 생각할 자유와 자신이 생각하는 대로 말할 자유가 정치적 진리를 발견하고 전파하는데 불가결한 수단이라고 믿었다. 자유롭게 말하고 자유롭게 집회할 수 없다면 토론은 무용할 것이라고 믿었다. 자유롭게 말하고 자유롭게 집회할 수 있으면서 하는 토론이어야 유독한 독단이 유포되는 것에 대하여 적절한 보호책을 제공하여 준다고 믿었다. 자유에 대한 최대의 위협은 아무 것도 하지 않는 사람들(말해야 할 때 말하지 않고 행동해야 할 때 행동하지 않는 사람들: 필자)이라고 믿었다. 공적 토론이 정치적 의무라고 믿었다. 이것이야말로 미국정부의 근본원칙이라고 믿었다. 그들은 모든 -인간의- 제도들에 따르는 위험을 인식하고 있었다. 그러나 그들은 질서가 그것을 위반하면 처벌받게 된다는 두려움만 가지고는 확보될 수 없다는 것을 알았다. 사상과 희망 그리고 상상을 할 용기를 잃게 하는 것은 위험한 일이라는 것을 알았다. 두려움은 억압을 낳는다는 것,

1) 인터넷 ‘한국민족문화대백과사전’ 검색 결과(경문왕의 귀 설화)

2) 김선택, 한국민주주의에 있어서 역사의 미래, 19면

3) 김선택, 전개 논문, 26면

억압은 증오를 낳는다는 것, 증오는 정부의 안전을 위협한다는 것을 알았다. 안전의 길은, 자유롭게 불만을 제기하고 자유롭게 구제방안을 제시하는 토론을 할 기회(가 있느냐 없느냐)에 (달려) 있다는 것을 알았다. (사)악한 변호인에 대한 최적의 구제는 선(량)한 변호인이라는 것을 알았다. 공적 논의를 통하여 적용되는 이성의 힘을 믿음으로써 그들은 법(률)에 의하여 강요되는 침묵(이라는 방식) -그 최악의 형태는 힘을 논거로 하는 것이다- 을 사용하지 않았다. 때때로 발생하는 지배하는 다수의 전제를 인식함으로써 그들은 헌법을 수정하여 자유로운 (의사)표현과 자유로운 집회를 보장하였다. 심각한 침해가 있을지 모른다는 두려움만으로는 자유로운 (의사)표현과 자유로운 집회에 대한 제한을 정당화할 수 없다. 사람들은 마녀를 두려워했고 (그 결과) 여성들을 불태웠다. 불합리한(비이성적인) 두려움의 족쇄로부터 사람들을 벗어나게 해주는 것이 (의사)표현의 기능이다. 자유로운 (의사)표현의 제한을 정당화하기 위하여는, 자유로운 (의사)표현이 실행될 경우 심각한 악이 결과될 것을 두려워 할만한 합리적인 근거가 있어야만 한다. 감지되는 위험이 임박했다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있어야만 한다. 방지되어야 할 악이 심각한 것이라고 믿을 만한 합리적인 근거가 있어야만 한다. ... 혁명에 의하여 우리의 독립을 쟁취한 사람들(선조들)은 겁쟁이들이 아니었다. 그들은 정치적 변화를 두려워하지 않았다. 그들은 자유를 대가로 치루어 질서를 고양하지 않았다. 국민(인민)의 정부가 운영되는 절차에 적용되는, 자유롭게 그리고 두려움없이 사고하기의 힘을 확산하는, 용기있고, 자신에 대한 믿음이 있는 사람들에게는, 말하는 것으로부터 흘러나오는 어떠한 위험도, 감지된 악의 발생이 임박하여, 충분히 토론할 기회가 있기도 전에, 그것이 터져버릴 수 있지 않은 한, 명백하고 현존하는 것으로 간주될 수 없다. 토론을 통하여 진위가 판명되고 오류가 노정될 시간이 (남아) 있다면, 악을 교육의 과정을 통하여 방지할 시간이 (남아) 있다면, 적용되어야 할 구제(방안)은 더 많이 말하(게 하)는 것이지, 침묵을 강요하는 것이 아니다. 오로지 긴급사태만이 억압을 정당화할 수 있다. 국가권력이 자유와 조화되려면 그것이 법(적 해결기준)이 되어야 한다. 그것이, 내 견해로는, 헌법의 명령이다. 따라서 자유로운 언론과 자유로운 집회를 위축시키는 법(률)에 대항하여, 그것을 정당화하는 어떠한 긴급사태도 없다는 것을 소명함으로써, 이의를 제기할 수 있는 길이 미국인들에게 항상 열려있다.”

(2) Thomas Jefferson이 미국 제3대 대통령으로 취임하면서 한 연설(1801. 3. 4.) 중에는 “우리들 중 누군가가 이 나라를 해체하거나 이 나라의 공화국(이라는 국가) 형태를 변경시키길 원한다면, 그들을 방해하지 말고 내버려두어라-견해의 오류는 이성이 그에 대항하여 싸우기 위하여 자유롭게 남아있는 한 관용될 수 있다는 기념비로(If there be any among us who would wish to dissolve this union or change its republican form, let them stand undisturbed as monuments of the safety with which error of opinion may be tolerated where reason is left free to combat it)”라는 대목이 있다⁴⁾.

(3) 미국 연방대법관 흄즈는 유한하고 오류가능성을 내재하고 있는 인간들에게는 끝없는 비판과 진지한 토론을 통해 이를 극복할 수 있도록 될 수 있는 한 자유로운 공간이 열려 있어야 한다고 보았다. “시간의 경과에 의해 많은 전투적 신조(fighting faiths)가 뒤집어진다는 것을 사람들이 깨달을 때, 자신들의 행위기반만을 믿더라도 원하는 최종적인 선은 관념(ideas)의 자유로운 교환에 의해 가장 잘 달성될 수 있다는 것-진리에 대한 가장 좋은 테스트는 시장경쟁에서 스스로를 수용시키기 위한 사상의 힘에 있다는 것, 그리고 진리야말로 사람들의 소원을 안전하게 실현시키는 유일한 근거라는 것을 믿을 수 밖에 없”고, “그것은 모든 인생이 실험인 것처럼 하나의 실험”이라는 것이다⁵⁾. 시장이 없다면 과오의 수정과 사회적 합의의 형성기회 그리고 의견의 다양성을 확보하는 것이 불가능하다⁶⁾.

(4) ‘혐오표현(Hate Speech)’의 경우에도 이성의 힘을 신뢰할 수 있을까.

‘혐오표현’이란 법률상 규정된 개념은 아니고 학술적으로도 아직 명확하게 정의된 개념이라고 보기는 어려우나 일반적으로 ‘인종, 성, 연령, 민족, 국적, 종교, 성 정체성, 장애, 정치적 견해 등에 관한 특정 소수자 집단에 대한 편견, 폭력을 부추길 목적으로 이루어지는 의도적인 폄하, 위협, 선동’ 또는 ‘인종, 민족, 종교, 성별 및 성적 지향, 성별정체성 등에 기하여 역사적으로 차별을 받아온 집단에 대한 부정적 편견에 기반한 적대적 표현행위’라고 설명된다. 혐오표현의 개념 요소는 대략 4가지로 구별될 수 있다. 첫째, 소수자 집단에 대한 혐오에 기반을 두고 있는데, 여기서 소수자 집단은 그 수나 실질적인 정치·사회적 권력이 열세이면서 성, 인종, 민족, 성적 지향, 장애, 연령 등 공통의 속성을 가지는 집단이고, 혐오는 소수자에 대한 부

4) 김선택, 전제 논문, 26면

5) 김민배, 표현의 자유와 사상의 자유시장, 320면

6) 김민배, 전제논문, 325면

정적이고 차별적인 관념에 그 뿌리가 있다. 둘째, 이러한 관념에 기초하여 소수자에 대한 차별적 발언을 하거나 모욕·조롱·위협하거나 차별·적대·폭력을 고취·선동한다. 셋째, 혐오표현의 대상은 소수자와 일반 청중인데, 한편으로 소수자를 경멸하고 모욕하며 다른 한편 일반 청중들로 하여금 소수자에 대한 차별과 폭력에 동참하도록 선동하는 것이다. 넷째, 혐오표현은 그 자체로 차별행위이지만 증오선동을 통하여 실제 폭력으로 이어지기도 한다.

혐오표현의 해악으로는 표적이 되는 소수자 집단 구성원의 존엄성 침해, 공론장의 왜곡, 차별의 재생산과 공고화가 지적된다. 그중 표현의 자유와 관련이 큰 것은 공론장의 왜곡 현상이다. 혐오표현은 소수자 집단 구성원을 침묵시켜 공적 토론에 참여할 실질적 기회를 박탈하는 방법으로, 그리고 동시에 일반 청중들에 대해서는 공론장 전체에 소수자 집단에 대한 차별과 적의를 확산시키는 방법으로 공론장을 왜곡시킨다는 것이다. 차별적 환경하에서 소수자 집단 구성원은 자신의 견해를 드러내는 데 두려움을 가지게 되어 자유로운 표현행위가 억제되는 반면, 혐오표현의 발화자는 공론장에서 편견에 기반한 적대적 표현을 반복함으로써 자신의 차별적 견해를 관철시키고자 하는데, 혐오표현이 다른 시민들에 의해 억제되지 못한다면, 공론장 전체의 왜곡을 가져오게 된다고 설명된다.

혐오표현에 대하여는 위와 같은 해악을 지적하며 이를 규제하여야 한다는 입장이 있는 반면, 그러한 규제에 반대하는 입장도 있다. 규제반대론 중에는 혐오표현의 해악 자체에 대하여 의심을 가지는 견해도 있지만, 표현의 문제는 사상의 자유시장을 통하여 해소되어야 한다는 견해가 유력하다. 무슨 얘기든 일단 들을 수 있어야 사회적 의제가 되고 대응과 반박을 모색할 수 있다는 것이다. 혐오표현이 들리는 가운데 스스로 담론 투쟁에 나서는 것이야말로 소수자의 자율성과 주체성을 위해서는 더욱 유리하다는 지적도 있다. 소수자와 시민사회 전체가 힘을 합쳐 혐오표현을 도태시킴으로써 혐오표현에 대한 강력한 내성을 기르는 것이야말로 가장 근본적인 대책이라는 것이다. 또한 혐오표현의 개념이 여전히 모호한 상태에서 이를 형사처벌 등으로 규제할 경우 법치국가의 주요 원리들이 위협받을 수 있을 뿐 아니라, 그러한 규제가 실효성이 없고 오히려 부작용이 크다는 비판도 있다⁷⁾.

나) 사상의 자유시장의 작동방식

7) 이상윤, 공적 인물의 정치적 이념에 관한 표현행위와 불법행위책임(이하 '이상윤, 전제 논문'이라 함은 이 논문을 의미한다), 100면

(1) 사상은 사상의 자유시장을 통하여 여과되는 것이 최선의 방법이다⁸⁾. 사상의 자유시장이론은 어떠한 의견이 진리인지 찾아내는 최선의 방법이다. 서로 정당성의 주장과 오류의 색출을 통하여 공개적인 대결을 하고, 진리는 스스로의 힘으로 승리한다. 설령 오류가 일시적으로 우세하더라도 자유시장의 자동조정 과정(free wheeling system)에 의하여 종국적으로 진리가 승리한다⁹⁾.

(2) 민주주의는 배척(exclusion)의 체제가 아니라 포용(inclusion)의 체제이다. 억압이 아니라 관용에 기초한 체제이다. 침묵을 강요하는 체제가 아니라 반대로 토론을 장려하는 체제이다. 국론통일을 외치는 체제가 아니라 다양한 견해가 제출되어 토론을 벌이는 체제이다. 절대적 도그마가 아니라 다원적 가치들과 그들 간의 차이를 인정하는 정치체제가 바로 민주주의이다. ‘견해차를 단지 견해차로만 인정’하고 구성원 사이에서 서로를 ‘같이할 수 없는 적’으로 낙인찍어 배제하는 것이 아니라 ‘어떤 경우이건 함께 가야 할 소중한 친구’로 포용하는 체제가 바로 민주주의이다. 가치관이나 견해가 다른 사람들을 ‘절멸시켜야 할 적’으로 간주하는 것은 우로는 파시즘이나 나치즘, 좌로는 공산주의 같은 전체주의체제에서나 가능한 일이다. 민주주의체제하에 살고 있는 우리들은 ‘적과 아군이 죽이지 않으면 죽는’ 전쟁터에서처럼 견해차를 가운데 두고 전선을 형성하여 대치하고 있는 불구대천의 원수들이 아니다. 함께 살아가야 하는 형제자매들이다. 따라서 우리 모두는 서로를 ‘정치적 대화의 파트너’로 이해하고 서로 그에 합당하게 대우해 주어야 한다. 여기에서 국민들은 단순히 ‘다수에 의한 민주주의’가 아니라 ‘합의에 의한 민주주의’를, ‘대결하는 민주주의’가 아니라 ‘파트너십 민주주의(Partnership Democracy)’를 지향하지 않으면 안된다¹⁰⁾.

3) 공적 토론에 대한 특별한 보호

가) 앞서 보았듯이 대상판결에서는 “공론의 장에 나선 전면적 공적 인물의 경우에는 비판과 의혹의 제기를 감수해야 하고 그러한 비판과 의혹에 대해서는 해명과 재반박을 통해서 이를 극복해야 하며 공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다”라고 선언하였고, 이보다 약 17년 앞선 대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결(이하 ‘대통령 후보자 사건’이라 한다)에서도 “표현의 자유, 특히 공익사항에 대한 표현의 자유는 국민의 기본권으로서 최대한 보장받을 록 규율되어야 할 것”이라고 하였다. 또한 대상판결에서는 “정부 또는 국가기관의 정

8) 김종호, 언론사에 대한 명예훼손에 있어서의 위법성 조각사유, 193면

9) 이상윤, 전계 논문, 98면

10) 김선택, 전계 논문, 25~26면

책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 이러한 감시와 비판은 표현의 자유가 충분히 보장될 때 비로소 정상적으로 이루어질 수 있”다고도 하였다.

나) 공적인 토론의 경우, 표현의 자유와 인격권이라는 상충하는 2개의 개인적 법익만이 문제될 뿐만 아니라, 민주주의에 있어서 불가결한 다양한 의견의 자유로운 교환과정이란 초개인적인 이익이 추가되기 때문에, 민주주의 질서가 손상되지 않도록 하기 위해서는 표현의 자유가 일반적인 우위를 차지해야 한다. 물론 모든 기본권이 다소 민주적 연관성을 지니고 있지만, 표현의 자유의 경우 민주주의와의 연관성은 매우 밀접하다. 다른 기본권이 간접적으로 민주주의의 조건을 보장하고 있다면, 자유로운 의견교환과정은 바로 민주주의의 본질적 구성요소이다¹¹⁾.

다) 독일 판례는 의견 표현과 사실 주장 사이에 법익 형량 과정에 차이를 두는 기준을 제시하였고, 의견 표명의 경우에는 반격의 원칙, 정치인 등 시사적 인물의 공격감수의무(이는 “정치적 논쟁에 참여하고 이것에 의하여 일반의 주의를 자기 쪽으로 모은 자는 반대자에 의한 자신 또는 자신의 삶의 양식에 대하여 신랄하고 가치를 저하하는 그리하여 그의 명예를 감소시키는 비판을 감수하여야 하는데, 이는 그가 일반적으로 정치적으로 자신을 방어할 충분한 기회를 가지기 때문이다.”라는 논리로 설명된다), 자유로운 발언의 즉흥성 보장 필요 등의 기준을 들어 원칙적으로 인격권의 보호를 거의 인정하지 않았다¹²⁾

라) 일정한 한계를 넘는 표현에 대해서는 엄정한 조치를 취할 필요가 있지만, 그에 앞서 자유로운 토론과 성숙한 민주주의를 위하여 표현의 자유를 더욱 넓게 보장하는 것이 전제되어야 한다. 자유로운 의견 표명과 공개 토론과정에서 부분적으로 잘못되거나 과장된 표현은 피할 수 없고, 표현의 자유가 제 기능을 발휘하기 위해서는 그 생존에 필요한 숨 쉴 공간이 있어야 하기 때문이다(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결 참조).

명예훼손으로 인한 책임으로부터 표현의 자유를 보장하기 위해서는 이른바 ‘숨 쉴 공간’을 확보해 두어야 한다. 부적절하거나 부당한 표현에 대해서는 도의적 책임이나 정치적 책임을 져야 하는 경우도 있고 법적 책임을 져야 하는 경우도 있다. 도의적·정치적 책임을 져야 하는 사안에 무조건 법적 책임을 부과하려고 해서는 안

11) 김시철, 전계 논문, 86면

12) 이상윤, 전계 논문, 53면

된다. 표현의 자유를 위해 법적 판단으로부터 자유로운 중립적인 공간을 남겨두어야 한다.

정치적·이념적 논쟁 과정에서 통상 있을 수 있는 수사학적인 과장이나 비유적인 표현에 불과하다고 볼 수 있는 부분에 대해서까지 금기시하고 법적 책임을 지우는 것은 표현의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 될 수 있다{대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결(이하 ‘국회의원 부부 사건’이라 한다) 중 다수의견}.

마) 자유로운 발언의 즉흥성 보장이 필요하다. 이는 자유 토론의 기본 조건이고, 바로 그 즉흥성 때문에 격렬한 언사나 도를 넘는 지나친 표현도 용인되어야 한다. 감정적으로 격한 분위기에서 이루어지는 토론의 경우 심사숙고하지 않은 표현을 할 수가 있고, 이러한 표현은 또한 청중에 의해서도 표현이 이루어진 상황에 맞게 인식되고 평가된다¹³⁾.

바) New York Times Co. v. Sullivan 판결(이하 ‘뉴욕타임스 판결’이라 한다)

흑인 민권운동가 킹(Martin Luther King Jr.) 목사의 주도에 따라 앨라배마주의 몽고메리시에서 흑인들의 비폭력시위가 있었고 경찰이 이를 진압하였는데, 민권운동가들이 1960. 3. 29. 경찰의 가혹한 진압방법을 비난하는 내용이 포함된 전면광고를 뉴욕타임스 신문에 게재하였다. 이에 몽고메리시 경찰국장인 설리반(Sullivan)이 신문사와 광고주를 상대로 명예훼손소송을 제기하였다. 위 광고에는 ‘경찰이 앨라배마주립대학을 포위하고’, ‘항의하는 대학생들을 배고파서 굴복하게 할 목적으로 식당을 폐쇄하였으며’, ‘경찰이 각종 명목으로 킹 목사를 7차례나 체포하였다는 것’ 등의 내용이 포함되어 있었는데, 위 내용 중 일부는 사실과 다른 것으로 밝혀졌다. 즉 경찰이 대학 주위에 여러 차례 병력을 배치한 바는 있으나 대학을 포위한 것은 아니고, 대학식당을 폐쇄한 것이 아니라 미등록자나 식권을 사지 아니한 사람의 출입을 막았을 뿐이며, 킹 목사는 7회가 아니라 4회만 체포되었을 뿐이었다. 위와 같이 사실과 다른 부분은 비교적 중요하지 않은 내용이었음에도, 앨라배마주법원은 명예훼손의 성립을 인정하여 징벌적 손해배상을 포함하여 50만 달러의 손해배상을 명하였고, 상급심인 앨라배마주대법원은 위 판결을 그대로 유지하였다. 그러나 미국 연방대법원은 전원일치로 이를 파기환송하면서¹⁴⁾, ① 정부에 대한 국민의 자유로운 비판을 보장해

13) 이상윤, 전제 논문, 53면

14) 이상윤, 공적 영역에서 표현의 자유와 인격권의 충돌, 10면

야만 시민자치(self-governance)가 이루어질 수 있으므로 ‘공공의 문제에 관한 토론은 제한 없이, 활발하고 아주 광범위하게 허용되어야 하고, 여기에 정부나 공직자에 대한 격렬하고 따가운, 때로는 불유쾌하고 날카로운 공격이 포함될 수도 있다는 원칙’에 비추어 볼 때 이 사건에서 문제가 된 광고는 현재의 주요한 공공의 문제에 대한 불만 및 항의의 표시로서 헌법적 보호를 받을 자격이 있고, ② 자유롭게 토론하다 보면 표현상의 실수(erroneous statement)가 발생하는 것은 불가피하므로, 표현의 자유가 생존할 수 있는 ‘숨 쉴 수 있는 공간(breathing space)’을 확보하기 위해서는 위와 같은 실수가 보호되어야 한다고 하는 한편, ③ 공무집행에 대하여 비판을 한 피고에게 법적 책임을 추궁할 경우 발생할 수 있는 자기검열(self-censorship)로 인해 결국 초래될 공공의 토론에 관한 활력 약화, 그 토론의 다양성 저해를 우려하기도 하였다¹⁵⁾.

사) 영국의 최고법원인 House of Lords, Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ltd., [1992] 3 W.L.R. 28에서도 민주사회에서 민주적 절차로 선출된 정부기관이나 지방자치단체의 활동에 대해 자유로운 비판을 허용하는 것은 대중에게 큰 중요성을 갖는다고 판단하였다¹⁶⁾.

4) 냉소, 위축효과에 대한 경계: 사상의 자유시장에 대한 위협요소

가) 사상의 자유시장이 가장 두려워하는 것은 진리에 대한 판단능력에 대해 인간의 오류가능성과 정부의 무능에 실망하여 대화의 장이 상실되는 경우다. 말 그대로 냉소야말로 사상의 자유시장에 대한 위기요소인 셈이다. 따라서 인간의 유한성과 오류가능성을 수정하기 위해서는 상호승인과 관용을 전제로 한 대화를 계속해야만 한다는 과제가 부여되어 있다¹⁷⁾.

나) 이데올로기 갈등, 지역 갈등, 세대 갈등, 소득계층 갈등, 종교 갈등은 각기 영향을 미치는 정도는 다르지만, 한국 민주주의에 있어서 대립하는 당사자들을 정치적 의사결정에 있어서 화해 불가능한 대결구도로 몰아가고 있고, 결국 ‘정치적 양극화(Political Polarization)’라는 결과를 초래하고 있다. 정치적 양극화는 다시 양자로 하여금 근본주의적 내지는 극단주의적인 태도로 기울게 만드는 경향이 있다. 여기에서 이성적인 토론과 타협을 통한 상생의 길, 통합의 길을 모색하기란 쉽지 않다. 결국 대중은 포퓰리즘(populism)적 태도로 나오고, 그에 대응하여 정치엘리트들은 방어

15) 김시철, 언론·출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토, 67면

16) 김시철, 전제 논문, 93면

17) 김민배, 전제논문, 324면

적 현실주의(defensive realism)의 태도를 취하기 쉽다. 여기에서 대중의 포퓰리즘적 요구가 제때제때 충족될 리가 없기 때문에 대중은 정치의 해결능력에 실망하게 되고 다음 단계는 대중의 정치무관심으로 이어질 우려가 있다. 이러한 대중의 무기력과 정치외면현상은 기성의 정치 엘리트들로 하여금 -‘자신들이 생각하는 국익 내지 국민의 이익’을 내세워- 독자적인 행보를 하는 것을 수월하게 만들어줄 수 있다. 아르헨티나의 정치학자 오도넬이 설파한 위임민주주의(Delegative Democracy)가 현실화되는 것이다. 이로 인하여 국민에 의한(by the people) ‘민주정치’는 사라지고 국민을 위한(for the people) 명분의 ‘이른바 민생정치’만 남게 된다. 민주주의로부터 ‘demos(인민)’는 사라지고 ‘kratos(지배)’만 남게 되는 것이다. ‘demos’는 이제 ‘kratos’의 정당화에 동원되는 대상으로 전락하고 민주주의는 형식만 남게 되는 것이다. 그러나 “대표를 허용하는 순간 더 이상 자유는 없다”고 한 루소의 말까지 나가지 않는다 하더라도, 대표되는 자가 단지 통치의 객체로만 취급되는 정치체제를 제대로 된 민주주의라고 부르는 것은 어려울 것이다¹⁸⁾. 국민주권을 기초로 하는 민주주의국가의 정치공간에서 국민들은 어떠한 가치, 어떠한 신조, 어떠한 사상을 가지고 있든지 간에, 그리고 그것들끼리 상호 정면으로 모순된다고 하더라도, 상호존중하는 동반자로서 대화를 시작하여야 하고 그 대화를 계속 유지하여야 한다. 그래야 비로소 국민전체에 의한 자가지배(self-rule by the people)가 가능해지기 때문이다. 그렇지 않을 경우 대중을 선동하는 일부 현실 정치인들의 야망에 국민들이 희생될 수 있다¹⁹⁾.

다) 한편 독일 연방헌법재판소는, 국민 일반과 본질적으로 관계되는 문제에 관한 공적 토론의 경우 표현의 자유의 우위가 추정되고, 표현의 자유가 다른 법익에 대하여 양보하여야 한다면, 다른 법익이 우위를 차지한다는 것에 대하여 보다 엄격하고 납득할 수 있는 논거가 필요하다고 한다. 공적 토론과 관련된 표현의 자유에 대한 제한은 민주주의의 바탕인 자유로운 의견토론 과정과 공적 토론을 위축시킬 수 있다는 것이다. 또한 언론·출판의 내용이 민주주의의 실현을 위한 여론형성과 관계가 크면 클수록 언론·출판의 보호가치가 더 커지고, 언론·출판의 자유의 헌법적 한계가 그만큼 약해진다고 한다²⁰⁾.

공적인 발언의 허용여부에 관하여 엄격한 기준을 적용하여 개별적 경우에 대하여 강력한 제재를 가한다면, 이는 당해 사건만을 규율하는 것이 아니라 자유

18) 김선택, 전계 논문, 24면

19) 김선택, 전계 논문, 26면

20) 김시철, 전계 논문, 86면

로운 의견교환과정 전체에 대한 위축적 또는 위협적 효과, 즉 표현의 자유행사에 대한 일반적 효과가 있기 때문에, 구체적으로 지나친 표현만이 감소하는 것이 아니라 자유로운 의견교환과정 전체가 위축된다. 이로써 일반적으로 징계에 대한 두려움 때문에 비판을 하지 않는 상황이 우려되고, 그 결과 민주주의가 손상을 입게 된다²¹⁾.

사실인지 의견인지 판단이 어렵다는 점은 표현의 자유에 대한 위축효과로 이어진다. 공익에 관한 진실한 사실마저도 공적 토론의 장에서 사라지게 될 우려가 있다. 민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성·전달에 따라 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나가야 하므로 공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다. 이는 그 표현이 사실인지 의견인지, '진실'인지 '허위'인지에 따라 다르지 않다²²⁾.

라) 민주주의를 확고하게 정착시키고 또 더 많은 민주주의, 질적으로 더 높은 수준의 민주주의를 실현하는 데 요구되는 권력분립의 제도화, 정치적 자유의 제도화 중에서, 무엇보다도 민주주의를 가능하게 하는 핵심적 전제조건인 정치적 자유로서 언론·출판의 자유, 그 자유를 집단의 형태로 표출하는 집회의 자유, 결사의 자유가 최대한 보장되어야 한다. 더 정확히 말하자면 그러한 자유에 대한 (법률에 의한) 제한은 필요불가결한 최소한에 그쳐야 할 것이고, 그것도 명백하고 현존하는 위험에 의하여 그 불가피성이 입증되는 예외적인 경우에 한하여야 할 것이다²³⁾.

나. 다수의견 집약의 실제와 정당의 중요성

1) 다수의견 집약의 실제

가) '국민의사'는 그 자체적으로는 아무런 구체성을 갖지 못하고 정형화의 과정을 필요로 한다. 아래로부터의 참여, 토론을 통해 문제를 해결해 나가는 의사결정과정에 모든 시민이 관련 당사자로 참여함으로써 정책결정에 내포되어 있는 지배와 피지배의 관계가 해체된다²⁴⁾. 대의원리에 입각하여 독자적으로 선도하고 결정하는 권력은 항상 국민의 의사에 귀착되어야 한다. 말하자면 국가권력과 공적 조직은 상향식으로 법적 정당성을 확보하여야 한다. 독자적으로 활동하는 대의기관이 독립된 최고의 주권기관으로 변질되어서는 아니 된다. 행동통일체로서 국가 운영에 필수불가결한 통치기관과 통치권력에 대하여 법적으로 정당화되는 민주적 권위가 반복해서 계속 주어

21) 김시철, 전제 논문, 87면

22) 이지영, 명예훼손 사건에서 '악의적 공격' 법리를 통한 위축효과의 극복방안, 706면

23) 김선택, 전제 논문, 46면

24) 이덕연 역, 민주주의와 대의, 94면

진다. 이러한 민주적 정당화는 T.Hobbes의 주권론에서와 같이 단 한 번의 신임표시로 끝나는, 말하자면 권리포기를 내용으로 하는 일회성의 의사표시가 아니라, 통치권의 행사를 늘 국민의사에 귀착시키고 국민에 대한 책임을 추궁하는 절차로서 결국 권한과 책임의 귀속관계를 설정해주는 근거로 이해된다²⁵⁾.

나) 실증적인 관찰과 분석에 따르면 엘리트 중심의 의사결정구조 속에서 단지 특정된 소수의 엘리트만이 주어진 참여기회를 활용하여 자신들의 이익을 표출할 뿐이다. 이는 결과적으로 특정된 소수집단의 이익만이 정치과정에 우선 반영되고 있는 바, 이러한 현상은 국가차원에서 뿐만 아니라 지방자치단체에서도 그대로 나타나고 있다. 그 이유는 쉽게 알 수 있는바, 일반적인 정치참여기회의 활용과 관련된 '선도역할'(Initiative)은 일반인들에게 기대하기는 어렵고, 이익을 민주적으로 조직하고 반영하는 것은 바로 대의기관을 구성하는 여론선도자들에 의해서만 가능하기 때문이다. 또 다른 이유의 하나는 정치참여의 기회가 다원적으로 충분히 활용됨으로 해서 오히려 정치적인 의사형성과정이 경색될 수도 있다는 점이다. 조직화된 이익집단이 정치적인 의사형성에서 결정력을 가지게 되면 정치과정을 통해 근본적인 갈등이 해소될 수 있는 여지가 남지 않게 된다. 근본적인 갈등은 전체시민의 의사가 결집되는 경우에만 해소될 수 있는데 이러한 의사통일은 특정한 부분이익을 추구하는 개별적인 입장과는 상충될 수밖에 없기 때문에 갈등조정체계가 제대로 작동될 수 없게 되는 것이다. 결국 모든 관련 당사자들이 참여하여 대립되는 의사를 분명하게 드러내는 것조차도 자생적인 것은 아니다. 또한 의견대립을 공론화하고 이를 토론과 결정이 가능한 상태로 사전에 정리해주는 것도 선도기관의 도움이 필요하다. 그러나 또 한편 이러한 선도적인 공론화작업은 다원적인 정치구조에서 적지 않은 어려운 점을 안고 있다. 말하자면 근본적으로 대립되는 이해관계에 따른 갈등은 개별적인 부분이익들 사이에서만 문제가 되는 것이 아니다. 오히려 중요한 것은 그것들이 전체이익과 상충된다는 점이고, 결국 근본적인 의견대립에 의해서 실제로는 다양한 정치적 의사가 표출될 수 있는 잠재적인 가능성 자체가 상당부분 배제될 위험이 상존하기 때문이다. 위에서 살펴본 정치적 의사형성의 여건에 비추어 볼 때 시민의 정치참여에 대한 관심이 기타의 관심에 우선되는 정도로 중요한 것은 아니라는 점이 실증적으로 드러난다. 오히려 정치참여에 대한 관심은 개인적인 다른 관심과 경합의 관계에 있고, 시민들의 입장에서 바로 이러한 관심의 경합은 중요한 의미를 갖는다. 시민 개개인의 생활이 정치참여만으로

25) 이덕연 역, 전계 논문, 102면

채워질 수 없음은 물론이다. 노예와 하인을 마음대로 부릴 수 있었던 아테네의 시민들에 의해 운영되었던 그리이스 민주주의와 달리 오늘날 시민들의 삶에서 정치참여는 그다지 큰 의미를 갖는 부분일 수는 없다. 정치활동과 정치적 의사형성은 당연히 일부 소수의 중대한 영향과 의미를 갖는 결정인 경우에도 마찬가지이다. 또 한편으로는 결정사안이 양적으로 증가되고 그 결정의 내용이 복잡해지면서 시민의 정치참여의식을 감소시킨다는 점이 지적된다. 요컨대 생활양식의 변화와 결정사안의 양적, 질적 변화에 따라 정치참여는 점점 더 소수전문가들만의 전담영역으로 축소되었다. 결국 이러한 현상에 비추어 볼 때 외견상으로나 규범적으로 일반시민의 정치참여기회가 보장되고 그에 부응하는 헌법제도가 마련되어 있는 경우에도 정치현실에서 직접민주주의는 적극적인 소수의 정치적인 힘과 영향력행사에 대하여 정당성을 부여해주는 명분에 지나지 않게 된다. 요컨대 직접민주주의는 '은폐된 대의구조'(versteckte Repraesentationsstruktur)의 외투에 지나지 않는다²⁶⁾.

다) 대의민주주의체제에서 '전체의사'와 '일반의사'의 분열과 그 갈등의 공개적인 조정은 체제 내재적인 것이다. 대의민주체제에서 정치적 의사형성과 통치권의 행사는 개별적인 '인간'(homme)과 '시민'(citoyen)간의 대립과 그에 따른 국민전체차원에서의 '전체의사'와 '일반의사'간의 갈등관계를 원천적으로 부인하거나 또는 조직적으로 배제하는 것이 아니다. 오히려 그것을 용인하는 것에서부터 출발한다. 반면에 자동성의 원리에 입각한 직접민주주의에서는 실존하는 의사결정주체로서 전제되는 국민의 결정에 의해 이러한 대립관계가 해결되는 것으로 상정된다. 또한 권위주의적 정치체제에서는 갈등문제 자체가 정치과정에서 외면되고, 그 해결은 선도기관을 장악하고 있는 한 사람의 독재자나 소수의 독재집단에게 맡겨져 있다. 대의민주주의에서는 이러한 대립관계가 항상 공개적인 정치과정을 통해서 해결·조정된다. 따라서 시민 개인에게는 공개적인 대의과정을 통해서 주어진 제도와 절차에 따라 자신의 의사를 표출하고 국가의사결정에 반영시킬 수 있는 기회가 보장된다. 결국 민주적 대의는 전적으로 '집단과 개인간의 변증법적인 과정'으로 이해된다. 이러한 변증법적인 과정을 통해 위에서 언급한 대립관계가 긍정적이고 생산적으로 해결될 수 있는 기회가 마련된다. 개인의 개별적인 의사는 개인적인 요구 자체로서만 존재하는 것이 아니라, 대의기관을 통해 제도적으로 수렴되는 동시에 그 개인들은 대의기관구성원들과 인적 관련성을 갖기 때문이다. 공인으로서의 대의기관구성원은 자연인으로서의 개인과는 분명

26) 이덕연 역, 전계 논문, 98면

히 구별된다. 이러한 관계 속에서 개개인의 본래 의사가 일정한 양식에 따라 쉽게 주장되고, 이것이 대의기관을 통해 공적으로 표출되며 또한 동의권을 가지는 대중에 대한 문제제기로 연결될 수 있다. 이와 같은 대의과정, 말하자면 대립관계가 공개적으로 표출·조정되는 과정과 이를 통해 정치·경제·사회적 갈등이 해소되어 나가는 과정을 통해 통치권의 행사가 결집된 시민의사와 국가생활의 기본원칙에 귀착될 수 있게 된다. 이러한 갈등의 해결은 결코 자동성의 원리나 국민의 직접참여를 통해 자연적으로 이루어지는 것이 아니고, 대부분이 의도적인 노력을 통해서만 가능하다. 이를 위해서는 우선 현실적인 국민의사로부터 정치적 결정이 상대적으로 독립되어 있어야 하고 또한 대의활동을 통해 국민의사가 예비적으로 형성·정리되어야만 한다. 이 과정 속에 대의활동의 가능성이 내포되어 있다. 이는 특히 독자적인 활동이 요구되고 또한 '자유위임'의 형식을 통해 정책결정권한이 주어져 있는 대의기관인 의회와 정부에게 요구된다. 이들 대의기관은 형식적인 의미만이 아니라, 실질적인 의미에서도 국민의 대의자로서 노력해야 한다. 그렇지 않으면 실질적인 대의는 기대할 수 없게 되고, 결국 국민의 입장에서는 자신의 의사를 표출시킬 수 있는 기회가 전무하기 때문이다²⁷⁾.

라) 결정적인 관건은 의사의 형성 및 결정과정에서 상이한 의사가 대립되고 있는 경우에도, 그것이 전체공동체의 관점에서 문제로 제기되고 정리될 것이라는 점에 대한 믿음을 주는 방식으로 해결·조정되어야 한다는 점이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 민주적 대의는 다른 어떤 것에 의해서도 대체될 수 없으며, 그것이 제대로 실현되지 못하거나 실패하는 경우에는 필연적으로 민주주의의 정당성 자체에 대한 근본적인 회의와 함께 기존의 의사결정절차와 그에 따라 내려진 결정들에 승복하지 않는 문제가 야기된다. 결국 민주주의의 운명을 결정하는 대의의 성공여부는 일차적으로 대의기관, 즉 선거를 통해 선출되어 대의의 책임을 지는 의회와 정부 및 정당에게 맡겨져 있다²⁸⁾.

마) 요컨대, 다수의견 집약 과정을 통해 대의기관이 선출 당시뿐만 아니라 통치권을 행사할 때에도 계속해서 국민들로부터 '민주적 정당성'을 공급받도록 함으로써 국민주권을 충실히 구현할 수 있지만, 자유토론이 보장된다고 해서 저절로 다수의견이 집약되어 구체적인 모습을 갖추는 것은 아니고, 이를 위해서는 적극적인 역할을 하는 선도기관이 필요한데, 이러한 역할은 일차적으로 대의기관, 즉 선거를 통해 선출되어 대

27) 이덕연 역, 전계 논문, 111면

28) 이덕연 역, 전계 논문, 112면

의의 책임을 지는 의회와 정부 및 정당에게 맡겨져 있다고 할 수 있을 것이다.

2) 정당의 중요성

가) 정당은 정책을 제시·추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 정권을 획득하거나 정치적 영향력을 행사하며 국민의 정치적 의사의 형성에 직접 참여하는 것을 목적으로 하는 정치적 결사로서, 오늘날 의회민주주의하에서 민주주의의 전제조건인 동시에 정치과정과 정치활동의 필수불가결한 요소로 기능하고 있으므로 그 활동의 자유가 가능한 한 보장되어야 하는바, 정당의 간부나 대변인이 하는 정치적 주장이나 논평에는 국민의 지지를 얻기 위하여 어느 정도의 단정적인 어법이 종종 사용되고 이는 수사적인 과장표현으로서 용인될 수도 있으며, 국민도 정당의 정치적 주장 등에 구체적인 사실의 적시가 수반되지 아니하면 비록 단정적인 어법으로 공격하는 경우에도 대부분 이를 정치공세로 여길 뿐 그 주장을 그대로 객관적인 진실로 믿거나 받아들이지는 않는 것이 보통이므로, 정당의 정치적 주장이나 논평의 명예훼손과 관련한 위법성을 판단할 때는 이러한 특수성을 고려하여야 한다(대법원 2007. 11. 30. 선고 2005다40907 판결 등 참조). 한편 검찰 등 국가기관의 수사과정에서 그 직무집행이나 업무처리가 적법하고 정당하게 이루어지고 있는지는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 된다(대법원 2005. 1. 14. 선고 2001다28619 판결 등 참조). 특히 대통령 선거에 미칠 정치적 영향력을 가진 사건에 관한 검찰 직무집행의 적법성·공정성에 대한 정당의 감시기능은 정당의 중요한 임무 중의 하나이므로 이러한 감시와 비판기능은 보장되어야 하고, 정당이 위와 같은 사항에 관하여 의혹을 제기하는 등의 감시와 비판을 하는 행위로 말미암아 공직자 개인의 사회적 평가가 다소 저하될 수 있다고 하여 곧바로 공직자에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없으며, 이러한 감시와 비판기능은 그것이 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것이 아닌 한 쉽게 제한하여서는 안 된다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결, 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결 등 참조). 나아가 그러한 발언이 공직자에 대한 감시·비판을 벗어나 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것인지는 그 발언의 내용이나 표현방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자의 사회적 평가를 저하하는 정도, 사실확인을 위한 노력의 정도, 그 밖의 주위 여러 사정 등을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다29379 판결 참조)(대법원 2013. 6. 28. 선고 2011다40397 판결).

나) 정치적 결사의 자유의 일환이지만, 헌법에 의하여 특히 가중하여 보장되

고 있는, 정당의 설립 및 활동의 자유(및 복수정당제도)는 민주주의가 가능한 기초적인 토대를 형성하는 정치적 반대파의 가능성을 열어놓는 자유이자 제도이므로 특별히 강력하게 보장되지 않으면 안 된다. 정치적 반대파가 실재하지 않는 한 정치적 찬반 토론은 있을 수 없고, 정치적 찬반토론 없이는 민주주의가 있을 수 없기 때문이다²⁹⁾. 오늘날 정당해산심판제도는 세계적으로 볼 때 오히려 극우정당들의 전체주의적인 행태 또는 근본주의적인 종교색을 가진 정당들의 선정지향적인 행태, 가장 심한 것으로 합법적인 정당의 형태를 띠고 활동하고 있으면서도 테러단체의 관련 조직으로서 스스로 테러를 자행하거나 다른 단체의 테러활동을 지원하는 행태 등이 주로 문제가 되고 있을 뿐, 사상 자체를 문제 삼아 정당해산심판을 청구하는 경우는 정말 예외적인 것으로 보이는 것이 현실이다. (독일의 공산당 해산결정 이후의 경과를 설명한 부분 중략) 민주주의에 대한 큰 위협이 안 될 바에는 (정당해산심판청구가 아닌) 국민들의 심판에 맡기는 것이 훨씬 더 바람직하다, 어쨌든 정당의 설립·존속·활동의 광범한 자유를 존중하지 않으면서 민주주의를 한다고 말할 수는 없다. 자기가 미워하는 생각을 가질 자유, 자기가 미워하는 말을 할 자유, 자기가 미워하는 단체를 만들어 활동할 자유, 자기가 미워하는 정당을 만들어 자기가 낸 세금(국고보조)까지 받아가면서 자기가 미워하는 활동을 할 자유, 이 모든 자유들을 민주적 시민들이라면 당연한 현상으로 보아야 하고, 아니 민주주의를 하기 위하여서는 필수불가결한 것으로 보아야 하고, 오히려 그 보호·보장을 위하여 헌신하는 것이 맞다. 진정한 민주적 시민이라면 ‘나는 너의 의견에 반대한다. 그러나 네가 그러한 의견을 가지고 말할 자유를 지키기 위하여 너와 함께 기꺼이 싸울 것이다’라고 말할 것이다. 따라서, 일정한 다른 견해를 가질 수 없게 강제하는 이른바 ‘전투적’ 민주주의(militant democracy)’는 ‘민주주의의 본질’을 부인하는 자기모순적인 제도이므로, 민주주의 자체가 폐지될 절체절명의 위기 상황이 아니면 함부로 불러내서는 안되는 극히 예외적인 비상수단에 해당된다. 생명을 위협하거나 건강을 심하게 훼손할 수 있는 독초를 써서라도 생명과 건강을 구해야 한다는 주장이 정당화되려면 신체가 얼마나 위급한 상황에 있어야 하는지 가히 짐작할 수 있을 것이다. 마찬가지로 민주주의를 심각하게 위협하는 수단 -즉 정당해산이나 정치적 자유권의 박탈과 같은 전투적 민주주의의 수단- 을 투입하여 민주주의를 수호한다는 주장이 정당화되려면 민주주의가 실로 위급한 상황에 처해 있음이 증거에 의하여 명백하게 되지 않으면 안되는 것이다. 이성적인 토론과 투표 등 정상적인 정

29) 김선택, 전개 논문, 47면

치적 활동에 의하여 그 해악이 해소되거나 완화되거나 최소한도 심각한 위협이 되지 않는 수준으로 유지되는 등으로 통제될 시간적 여유가 남아 있다면 선불리 ‘절멸시키는 극단적인 수단’을 써서는 안된다. 그 수단이 성공하더라도 국민에게 정상적인 정치적 활동에 참여하기를 꺼리게 하는 심각한 정신적 외상(트라우마)이나 자기검열의 위축효과(chilling effect)를 후유증으로서 남기게 될 가능성이 농후한데, 이는 민주주의에 회복할 수 없는 심각한 상처를 입히는 일이 될 것이고 ‘빈대 잡겠다고 초가삼간 태우는’ 어리석은 짓이 될 것이다³⁰⁾.

다. 민주주의의 내재적 불안전성과 능동적 시민에 의한 극복

1) 대의민주주의의 문제는 현실의 사회구조적인 여건과 가능성의 문제가 아니다. 윤리상의 규범적 여건이나 가능성과 관련된 문제이다. 특정한 국가형태의 실현조건으로 이러한 윤리상의 규범적 여건과 가능성이 문제가 된다는 점이 생소하게 여겨질 수도 있을 것이다. 그러나 19세기 이래의 국가론과 국가형태론에서 자주 간과되기도 하였지만, 공동체의 생활질서가 조직, 참여, 정당성, 통제 등과 같은 합리적이고 기능적인 요소들만의 조합으로 확립·유지될 수 없다는 점은 오랜 경험칙에 의해 확인된 사실이다. 인간공동체의 질서는 기능적인 구조적 장치뿐만이 아니라, 윤리와 규범을 통한 정향점의 설정과 또한 그것을 구체적인 제도로 실현하는 작업을 필요로 한다. 개인의 삶에서 성공과 실패를 결정하는 중요한 의미를 가지는 것이 인간의 정치공동체생활에서도 그 관련성이 부인되거나 경시될 수 없음은 물론이다. 여기에서 조직화된 공동생활의 질서를 일정한 방향에 맞추어서 구체적으로 형성해 나가는 가교역할을 하는 것이 바로 제도적 장치인 바, 이러한 제도적 장치를 통해서만 윤리와 규범의 방향설정이 추상적인 명제로만 머무르지 아니하고 실제 공동체생활에서 구체적으로 실현될 수 있다. 민주주의실현에 필수불가결한 윤리와 규범의 질서는 민주적 대의형식을 통해서 구체화된다. 그 과정의 관점에서 볼 때 민주적 대의제도는 이른바 형식적 대의를 바탕으로 하고 있기는 하지만 제도에 의해서 뒷받침되는 것은 미미할 뿐이고, 본질적으로는 개방된 정치과정 자체에서 구체화된다는 특성을 가지고 있다. 즉 실제 정치과정에서 그 실현의 성패가 결정된다. 따라서 민주적 대의의 실현을 위해서는 두 가지 매우 어려운 문제가 선결되어야 한다. 첫째는 이념적으로 예전의 조합형식에서 볼 수 있는 바와 같은 일반에 매개되는 예비적인 대의형성과정의 전제되지 아니한다는 점이다. 오늘날의 사회는 개인주의적이고 이익 다원적인 구조로 되어 있다.

30) 김선택, 전개 논문, 50~52면

단체와 이익집단들은 각각의 이익을 관철시키기 위해 투쟁하는 것을 자신의 과업 또는 의무로 생각한다. 이에 반해 일반 대중은 민주적 질서 속에서 결정권한을 갖고 있는 국가기관으로 하여금 그들의 이익을 대변하도록 영향력을 행사하지, 직접 그들 자신의 이익관철을 위해 나서지도 아니한다. 물론 그렇다고 해서 일반 대중의 대의과정이 정치의 영역에서 국가의 대의기관에 의해서 독점되고 중간단계의 과정이 전혀 존재하지 않는다는 것은 아니다. 정치과정과 국가기관에 의한 대의만이 강조되면 대의기관을 통해서만 충족되기 어려운 '과잉기대'의 문제가 제기되기 때문이다. 또 하나의 어려운 문제점은 유권자의 뜻에 정치생명이 달려 있는 의회와 정부의 대의기관구성원들이 자신의 지위보전을 위해 공개적으로 경쟁하는 관계에 있는 점에서 비롯되는 대의과정 자체의 왜곡에 대한 우려이다. 의견상 호감을 얻을 수 있고 가시적인 성과를 내세우는 주장을 통해 '일반의사'보다 '전체의사'를 지향하는 파행적인 반대의적 현상이 우려된다. 더욱 주목되는 문제는 민주주의가 이러한 현상을 제어할 수 있는 아무런 제도적 장치를 갖추고 있지 못하다는 점이다. 요컨대 민주적 대의제도의 성공여부는 특별한 방식으로 개방된 정치과정에 맡겨져 있는데, 민주적 대의형식을 통해 특정한 개인이나 집단의 이익에 편향된 결정이 내려지는 경우에는 매우 심각한 문제가 야기된다. 대의활동에 대한 요구와 그에 수반되는 국민적 관심사를 공평무사하게 처리할 수 있는 용감한 지도자 또는 지도자집단에 의해 의회와 정부 및 정당이 이끌어지지 않는 경우에 민주주의는 순식간에 당리당락만을 추구하는 수단으로 전락되거나, 결정불능의 상태에 빠지고 말 것이다. 각종 제도적 장치는 이에 대한 아무런 통제 혹은 방지책이 될 수 없다³¹⁾. 매카시즘이나 나치즘과 같은 역사적 사실에서 우리 인류가 경험하였듯이 독단적 혹은 다수의 합의를 가장한 결정들이 국민을 지옥으로 빠지게 할 수 있다는 것을 보았다. 그것은 압도적 다수를 얻은 일종의 합의가 자신을 탄생시킨 모체인 사상의 자유시장 그 자체를 폐기시킬 수도 있으며, 반대로 시장을 장악하여 내용을 왜곡시킬 수 있다는 것을 보여 주었던 사례이다³²⁾.

2) 이러한 민주주의의 불안전성은 그 내재적인 속성인 바, 민주주의형태를 취하는 한 이러한 불안전성은 민주주의에 대한 논의와 그 구체적인 조직단계에서 배제될 수 없다. 민주주의원리에 따라 정치질서를 수립한 국민은 이러한 불안전성을 견디어 낼 수 있는 힘과 태세를 견지해야만 한다. 이러한 점에서 민주주의는 많은 것을 요구하고, 바

31) 이덕연 역, 전개 논문, 115면

32) 김민배, 전개논문, 324면

로 그렇기 때문에 실현하기 매우 어려운 국가형태인 바, 그 성공적인 운영을 위해서는 우선 충분한 정치문화의 바탕이 갖추어져 있어야 한다³³⁾. 요컨대 민주적 대의제도라는 ‘형식’을 갖추었다고 하더라도 특정한 개인이나 집단의 이익에 편향된 결정이 내려지는 문제를 방지할 수는 없고, 민주주의를 향유하려는 국민들은 제도와는 별도로 이러한 문제를 감당할 수 있는 ‘의지’와 ‘자질’ 또한 갖추어야 한다고 할 것이다.

3) 어떠한 제도도 그 제도를 운용할 적절한 주체와 그 주체의 확고한 의지 없이는 제대로 작동하지 않는다³⁴⁾. 오늘날 시민사회가 국가 내지 정부의 지배를 받는 객체로서만 존재할 수 없다는데 대하여는 의견의 일치가 이루어져 있다³⁵⁾. 민주주의야말로 개개의 시민들의 존엄과 자유를 기반으로 하는 것이며 그들의 자유로운 권리행사가 민주적인 여러 제도들로 확고하게 뒷받침될 때 비로소 보다 나은 단계로 진화해가는 정치체제이다. 능동적인 시민 없이 민주주의 없다³⁶⁾.

3. 사실과 의견의 구별

가. 구별의 의의와 필요성

표현행위의 내용에는 모든 종류의 정보가 포괄될 수 있지만, 그 내용은 크게 보아 ‘사실’과 ‘의견’의 양대 요소로 구성된다. 사실의 적시는 사실관계 자체를 전달하는 것으로서 그 내용이 실재와 일치하는지 여부, 즉 진실인지 허위인지가 문제 된다. 반면 의견의 표명은 표현행위자가 가치척도에 따라 평가하여 판단한 결과를 밝히는 것으로서 진실이나 허위가 있을 수 없고, 다만 옳고 그름이 문제 될 뿐이다.

허위의 사실을 적시하는 행위는 표현의 자유에 의하여 보호받을 가치가 없지만, 의견은 옳고 그름을 막론하고 헌법상 보호받는 것이 원칙이다. 원래 표현의 자유, 언론의 자유는 자유로운 의견 표명을 보장하려는 데에 주안점이 있었고 미국, 독일 등의 법제에서도 전통적으로 의견의 표명을 사실의 적시보다 두텁게 보호하여 왔다. 인간이 생각하는 바를 자유로이 표현하는 것은 그 개성의 발현으로서 자기완성에 기여할 뿐 아니라 진리의 발견과 사회 발전을 위해 중요하기 때문이다. 의견의 옳고 그름은 자유로운 토론을 통하여 가려지는 것이 자유민주주의 사회의 기본적인 요청이므로 의견이 잘못되었다고 하여 법적인 책임을 추궁 당하는 것은 부당하다. 옳고 그름은

33) 이덕연 역, 전계 논문, 115면

34) 김선택, 전계 논문, 34면

35) 김선택, 전계 논문, 39면

36) 김선택, 전계 논문, 58면

처음부터 명료한 것이 아니고, 언론의 자유를 보장하는 이유가 바로 여러 의견 중에서 가장 옳은 것을 찾기 위한 것이며 민주주의는 상이한 여러 이익을 갖는 주체들에 의하여 다양하게 표현·주장되는 견해의 경쟁 속에서 토론에 의해 가장 타당한 결론을 얻는 과정이므로, 잘못된 의견이라는 이유로 표현의 자유의 보호 범위밖에 놓아서는 안 될 것이다. 또한 우리 명예훼손법상 타인의 사회적 평가를 침해하는 표현행위의 위법성이 조각되기 위해서는 표현행위자가 그 표현 내용이 진실함을 증명하여야 하는데, 가치판단이나 평가와 같은 의견은 원칙적으로 진실하다는 증명이 불가능한 것이므로, 의견을 사실과 구분하여 특별한 배려를 하지 않는다면 의견 표명의 위법성 조각이 사실상 봉쇄되어 표현의 자유가 심각하게 제약될 우려가 있다³⁷⁾.

나. 미국과 독일에서의 논의

1) 사실과 의견은 그 법적 취급이 달라지기 때문에 구별하여야 하나, 현실세계에서 이루어진 표현행위는 대부분 사실과 의견이 혼재되어 있으므로, 어느 쪽인지 판별하는 것은 매우 어렵다. 의견특권론이 제시된 거츠 판결에 따라 사실과 의견의 구별이 중요해진 이후에 미국에서 이루어진 구별방법에 관한 논의들은 크게 두 가지로 나눌 수 있는데, 첫째, 의견상 의견으로 보이는 진술들을 대상으로 하여 이를 제소 대상이 되는 의견과 면책되는 의견으로 구별하려는 방식의 논의가 있고, 둘째, 처음부터 의견/사실의 구별 없이 여러 가지 판단요소를 종합하여 제소 대상이 되는 진술과 그렇지 않은 진술로 구별하려는 방식의 논의가 있다고 한다. 첫째 유형의 논의로서 대표적인 것이 리스트테이트먼트에서 순수의견과 혼합의견으로 구별하는 방식이다. 그러나 위와 같은 방식은 어느 정도 기계적이어서 실무상 좀 더 유연한 기준이 필요하였고 이에 따라 몇몇 법원이 채택한 것이 위 둘째 유형에 해당하는 전체적 상황 접근법(totality of circumstances approach)이었다. 그 접근법에 관하여 가장 정형화된 판단요소들을 제시한 것이 컬럼비아 특별구 연방항소법원(D.C. Circuit)의 1984년 Ollman v. Evans 판결(이하 ‘올만 판결’이라 한다)이었다. 하급심판결임에도 위 판결에서 제시된 판단요소들은 그 후 영향력을 가장 크게 미친 기준이 되었고, 우리 대법원판결에도 큰 영향을 준 것으로 이해되고 있다.

스타(Kenneth Starr) 판사에 의해 작성된 위 판결의 다수의견은 사실과 의견의 구별기준으로 4가지 요소들을 제시하였는데, ① 언어의 통상적인 용법이나 의미, ② 진술의 증명가능성, ③ 전체적인 문맥, ④ 더 넓은 맥락이나 사회적 흐름이다.

37) 이상윤, 전게 논문, 45면

올만 판결은 위 4가지 요소들에 대하여 다음과 같이 설명하였다.

① 언어의 통상적인 용법이나 의미(the common usage or meaning of the language)

명예훼손적이라고 지목된 단어들의 통상적인 용법이나 의미를 분석하여 그것이 일반적으로 이해되는 정확한 의미를 가지고 있는가(사실인 경우), 아니면 불확실하고 다의적인 것인가(의견의 경우)를 구별하기 위한 것이다. 표현의 의미가 불확정적이고 다의적이면 독자가 그로부터 사실을 끄집어낼 가능성이 적기 때문이라는 것이다. 미국의 판례는 막연하게 정의되거나(loosely definable) 여러 가지로 해석될 수 있는(variously interpretable) 진술은 대부분 의견으로 평가한다.

② 진술의 증명가능성(verifiability factor)

이는 문제 된 표현이 객관적으로 진위를 증명할 수 있는 성질을 가지고 있는지 여부를 구별하기 위한 것이다. 어떠한 진술이 그것을 증명할 수 있는 방법이 없는 경우, 합리적인 독자라면 그 진술이 특정의 사실을 주장하고 있다고 생각하지 않기 때문이라는 것이다. 미국의 판례도 종전부터 의견은 증명도 반증도 할 수 없는 진술이라는 입장을 취하여 왔다.

③ 문맥(context)

문제된 표현행위 외에도 그 주위의 다른 문장들과 보도내용 전체를 분석하여 사실을 주장하는 것인지, 의견을 표명하는 것인지 구별하기 위한 것이다.

④ 더 넓은 사회적 맥락(broader social context)

문제된 진술이 사실 또는 의견 중 어디에 해당하는지 알기 위해서는 그 전후의 문맥뿐 아니라 그 표현행위가 통용되는 광범위한 사회적 맥락도 살펴볼 필요가 있다. 올만 판결에 의하면, 일부 유형의 진술은 사회적 관행상 그 발언 수령자들로 하여금 사실이 아닌 의견으로 받아들이라는 신호를 준다는 것이다. 이 요소에는 진술의 형태, 그 진술이 행하여진 매체 및 그 매체에서의 위치(신문의 기사란인지, 사설 또는 만평란에 있는지) 등도 포함된다. 위와 같은 표현행위의 형태, 매체 등은 다양한 사회적 역할을 가지고 있으므로, 독자가 사실인지 의견인지 판단하는 데 영향을 미치기 때문이다³⁸⁾.

2) 독일 연방법원은 1970년대부터 ‘증명가능성’ 기준을 포기하고, ‘진위(인식과 현실 간의 일치 여부)’의 문제인가 ‘당부(옳거나 그른 것으로만 판단 가능)’의 문제인

38) 이상윤, 전게 논문, 50~52면

가에 따라 구별하는 기준을 채택하였다. 한편 어느 범주에 속한다고 단정하기 어려운 표현행위는 원칙적으로 의견의 표명에 해당한다³⁹⁾.

다. 대법원의 입장

1) 대법원 판례는 ‘언론매체의 기사가 사실을 적시하는 것인지, 아니면 단순히 의견 또는 논평을 표명하는 것인지, 또는 의견 내지 논평을 표명하는 것이지만 그와 동시에 묵시적으로라도 그 기초가 되는 사실을 적시하고 있는 것인지’를 구별함에 있어서는, “당해 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법을 전제로 사용된 어휘의 통상적인 의미, 전체적인 흐름, 문구의 연결방법뿐 아니라, 당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 및 독자에게 주는 전체적인 인상도 함께 고려하여야” 한다고 판시하였다(대법원 2003. 6. 24. 선고 2003도1868 판결, 대법원 2006. 2. 10. 선고 2002다49040 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결 등).

한편 대법원은 반론보도 청구의 대상인 원보도가 사실적 주장인지 단순한 의견의 표명인지 구별하는 척도에 관하여, 원보도가 “객관적으로 입증 가능하고 명확하며 역사성이 있는 것으로서 외부적으로 인식 가능한 과정이나 상태를 포함하여 원보도의 보도 대상이 된 행위자의 동기, 목적, 심리상태 등이 외부로 표출된 것”이라면 이를 사실적 주장이라고 판단할 수 있다고 판시하였다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2002다49040 판결).

또한 대법원은 형사사건에 관한 것이기는 하나, 공직선거법 제250조 제2항의 허위사실공표죄에서 말하는 ‘사실의 공표’ 및 공직선거법 제251조 본문의 후보자비방죄에서 말하는 ‘사실의 적시’에 대하여, 모두 “가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견 표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며 그 표현내용이 증거에 의한 입증이 가능한 것”을 말한다고 하면서, “판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별함에 있어서는, 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제 된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야” 한다고 판시하였다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000도4595 판결, 대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결, 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등).

위와 같은 대법원의 판시내용을 종합하여 보면, 대법원은 사실 적시와 의견

39) 이상윤, 전게 논문, 54면

표명을 구별함에 있어서 ‘사용된 어휘의 통상적인 의미’, ‘전체적인 흐름’, ‘문구의 연결방법’뿐 아니라, ‘당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름’ 및 ‘독자에게 주는 전체적인 인상’까지 종합적으로 고려하도록 하고 있는바, 그에 의하여 미국의 전체적 상황 접근법과 유사한 판단 방법을 취하고 있다고 볼 수 있다.

그리고 대법원은 사실 적시의 징표로서 ‘객관적 증명가능성’, ‘역사성’(이는 ‘시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술’로서의 성격을 의미하는 것으로 보인다), ‘외부적 인식가능성’을 제시하고 있고, 특히 반론 보도 청구 사건에서와 형사사건에서 ‘증명(입증)가능성’, 즉 당해 표현행위의 내용이 증거에 의하여 증명될 수 있는지 여부를 강조하고 있는데, 이러한 기준은 민사상 불법행위 사안에도 적용될 수 있다⁴⁰⁾.

실무상 다루어지는 표현행위는 대개 사실과 의견이 혼재된 경우 또는 사실과 의견의 경계선에 있는 경우이므로, 그 증명가능성은 ‘전부 혹은 전무(all or nothing)’의 문제라기보다는 정도의 문제이다. 즉 실제 표현행위의 성격은, 순수한 의견 표현에서부터 아주 간접적으로 사실을 암시하고 있는 의견 진술, 사실을 전제한 채 의견의 형식만 취한 진술, 순수한 사실의 진술에 이르기까지 커다란 스펙트럼 속에 ‘증명가능한 사실 부분’을 포함한 정도의 차이에 따라 배열될 수 있을 것이다.

명예훼손 해당 여부의 판단에서 사실과 의견의 구별은 자연과학적·인식론적 문제라기보다는 법적 효과와 결부된 평가의 문제이고, 애초에 사실과 의견을 구별하는 이유가 표현의 자유와 인격권 사이에 적절한 균형을 찾기 위한 것이다. 그렇게 본다면, 특히 공적 영역에서 이루어진 표현행위의 경우 허위 사실을 공표하는 것이 아닌 한 원칙적으로 표현의 자유가 보장되어야 한다는 관점에서 볼 때, ‘표현행위가 전체로서 증명가능한지’에 치중하기보다는 ‘표현행위 중 허위 사실로 증명될 수 있는 부분이 있는지’에 주목하여 그 사실 적시 해당 여부를 검토할 필요도 있다. 위에서 본 바와 같이 문제 된 표현행위에 대부분 사실과 의견이 혼재되어 있을 것이므로, 그 표현 내용 중에서 진위의 검증이 가능한 부분들, 즉 구체적인 사실로서 증명될 수 있는 문구들을 모두 골라낸 다음(물론 변론주의의 원칙상 원고가 허위라고 주장하는 부분에 한정될 것이다), 그 골라낸 문구들에 대하여 각각 진실인지 허위인지 가리는 과정에서 ‘허위 사실인지 여부’뿐 아니라 ‘표현 내용의 증명가능성’ 자체도 드러날 수 있을 것이고, 결국 그러한 결과를 바탕으로 법원이 표현의 자유와 인격권 사이에서의

40) 이상훈, 전제 논문, 58~59면

비교 형량을 통하여 당해 표현행위가 사실의 적시인지 의견의 표명인지 규범적으로 판단하여야 할 것이다. 따라서 어떠한 표현행위가 사실의 적시인지 의견의 표명인지 결정하는 것은 사실문제가 아니라 법률문제로 되고, 사실심이 전권을 가진 증거의 취사와 사실인정 사항이 아니라 법률심인 상고심이 독자적으로 심리·판단할 수 있는 사항이라고 보아야 할 것이다. 문제 된 표현이 사실의 적시 또는 의견의 표명 중 어디에 해당하는지를 판별하기 어려운 경우에는 독일 판례의 입장처럼 이를 의견으로 추정하는 것이 헌법상 표현의 자유 보장이라는 사실과 의견 구별론의 취지에 비추어 타당할 것이다⁴¹⁾.

2) ‘객관적 증명가능성’의 의미를 좀 더 깊이 살펴본다. ‘동원가능한 모든 증명방법’을 기준으로 판단해 본다면 시공간이 특정된 사건의 객관적 증명가능성은 언제나 인정될 수밖에 없다. 이 경우 ‘객관적 증명가능성’이 ‘역사성’과는 구별되는 독립된 의미를 가질 수 있는지 의문이고, 사실 적시의 인정범위가 지나치게 넓어지는 결과 표현의 자유 허용범위는 과도하게 축소된다고 할 것이어서 이러한 판단 기준은 채택할 바가 못 된다. 앞서 보았듯이 대법원은 사실 적시와 의견 표명을 구별함에 있어 “당해 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법을 전제로 사용된 어휘의 통상적인 의미, 전체적인 흐름, 문구의 연결방법뿐 아니라, 당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 및 독자에게 주는 전체적인 인상도 함께 고려하여야” 한다고 판시하였고, 여기에 더하여 ‘객관적 증명가능성’이라는 개념이 ‘어떠한 진술이 그것을 증명할 수 있는 방법이 없는 경우, 합리적인 독자라면 그 진술이 특정의 사실을 주장하고 있다고 생각하지 않는다’라는 합리적인 독자의 ‘인상’에 착안한 것이라고 하면(앞서 본 ‘올만 판결’의 다수의견 참조), ‘발언자가 그 발언의 진위 여부를 밝힐 수 있는 증명방법을 동원할 수 없다’라는 사정을 ‘일반 독자(그 구체적인 의미에 관하여는 바로 뒤에서 본다)’가 인식할 수 있는 경우에는 일반적으로 그의 발언은 ‘사실 적시’보다는 ‘의견 표명’으로 인정될 여지가 크다고 할 것이다.

라. “일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법”의 구체적인 내용

1) 앞서 보았듯이 대법원 판례는 ‘언론매체의 기사가 사실을 적시하는 것인지, 아니면 단순히 의견 또는 논평을 표명하는 것인지, 또는 의견 내지 논평을 표명하는 것이지만 그와 동시에 묵시적으로라도 그 기초가 되는 사실을 적시하고 있는 것인지’를 구별함에 있어서는, “당해 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의

41) 이상윤, 전게 논문, 63면

주의로 기사를 접근하는 방법을 전제로 사용된 어휘의 통상적인 의미, 전체적인 흐름, 문구의 연결방법뿐 아니라, 당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 및 독자에게 주는 전체적인 인상도 함께 고려하여야” 한다고 판시하였는데, 여기서 ‘일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법’란 무엇인가? 앞서 본 올만 판결 중에는 ‘표현의 의미가 불확정적이고 다의적이면 독자가 그로부터 사실을 끄집어낼 가능성이 적다, 어떠한 진술이 그것을 증명할 수 있는 방법이 없는 경우 합리적인 독자라면 그 진술이 특정의 사실을 주장하고 있다고 생각하지 않는다, 어떤 진술은 사회적 관행(진술의 형태, 그 진술이 행하여진 매체 및 그 매체에서의 위치 등)상 사실이 아닌 의견으로 받아들여야 한다는 신호를 준다고 볼 수 있다’라는 취지가 포함되어 있었다. 여기에 더하여 아래에서는 대법원 판결에서 나타난 독법(讀法) 등을 토대로 ‘일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법’의 구체적인 의미를 살펴본다. 여기에 미리 그 검토 결과를 요약해 본다면, 대법원 판결이 전제하는 ‘일반 독자’는 「고도의 문해력(그 중에는 표현의 모든 구성요소를 꼼꼼히 살피는 성실함과 종합적 사고능력이 포함된다), 문제된 발언의 배경이 되는 당대의 고민에 대한 관심·관찰에 더하여 비판적 사고능력까지 겸비하고 있는, 지성과 인성을 두루 갖춘 사려 깊은 교양인」이라고 할 수 있다. ‘일반 독자’의 수준을 이와 같이 설정하면 발언자가 진술 당시 기울여야 할 주의의 정도는 완화된다고 할 것이어서 표현의 자유는 더욱 폭넓게 보장될 수 있다. ‘실제 독자’가 늘 이러한 소양을 갖추고 있다고는 단정할 수 없는 점에 비추어, 이처럼 규범적으로 설정된 수준 높은 독자를 전제한 판단은 ‘완화된 심사기준’의 한 내용으로 이해될 수도 있을 것이다.

2) ‘일반 독자’는, 어떤 표현 중 문제된 부분의 의미를, 그 부분만 고립시켜서 받아들이지 않고, 그 표현 전체 취지와와의 상호관계까지 고려하여 받아들인다(예컨대, 문제된 부분이 어떤 표현의 전체 취지를 반복·강조하는 장치로 이해될 수 있다면, 설령 문제된 부분이 일부 정확하지 않거나 다소 자극적이라고 하더라도 여기에 전체 취지와는 독립된 별도의 의미를 부여하지 않는다).

【대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다75736 판결】

한겨레신문이 동아일보의 사옥이전거부나 지하철 1호선이 동아일보 사옥을 우회하면서 급곡선으로 시공된 것이 언론권력의 부당한 압력 행사로 인한 것처럼 느끼게 주는 표현을 써서 기사를 게재했다 하더라도, 기초적인 사실관계와 취재경위 등에

비추어 보도의 주요 내용이 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있고, 전 사주의 친일행적 보도는 대부분 진실이고 일부 정확하지 않은 부분은 친일행적을 비판하기 위한 것으로서 그것이 악의적인 목적에 의한 것이라거나 그로 인하여 보도의 전체적인 취지가 왜곡되었다고 볼 수 없고 보도 내용이 진실이라고 믿음에 상당한 이유가 있다고 본 사례이다.

【대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결(수입쇠고기 사건)】

- 피고인은 '한미 쇠고기 수입 협상의 협상단 대표와 주무부처 장관이 미국산 쇠고기 실태를 제대로 파악하지 못하였다'는 취지의 허위사실을 적시하여 이들의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소되었다.
- 2009다52649 전합판결은 「미국 도축장에서 다우너 소가 억지로 일으켜 세워지는 장면, 아레스 빈슨의 사망은 미국산 쇠고기 수입위생조건 협상에 영향을 미치지 않았다는 취지로 말한 민동석 농업통상정책관의 인터뷰 내용, 미국에서 도축 되는 4천만 마리 내외의 소 중 광우병검사를 받는 소는 0.05%에 불과하고 미국 농무부 조사관의 소에 대한 검역은 형식적이라는 취지의 내용을 보도한 다음, “김○○ 피디(PD)! 쪽 보면 말이지요, 그간 광우병이 너무 과장되었다고 할 게 아니라, 정부가 미국의 실정을 잘 몰랐거나 아니면 알면서도 그 위험성을 오히려 은폐하거나 축소하려고 한다는 그런 인상을 받는데요?”라는 송○○ PD의 질문에, 김○○ PD가 “사실 협상팀이 이런 상황을 잘 알고 있는지가 의문입니다. 미국의 도축시스템에 대해서 과연 우리 정부가 그 실태를 본 적이 있는지, 보려는 노력을 했는지 그것도 의문입니다”라고 하는 내용의 보도」에 대하여, 이 부분 보도의 대상인 '미국 도축시스템의 실태'는 추상적이고, 곧이어 '보려는 노력을 했는지 그것도 의문입니다'라는 다의적이고 막연한 표현을 사용하여 우리 정부의 자세를 비판하였으며, 특히 이 사건 방송 부분의 전체적인 맥락에 비추어, 이 부분 보도에 앞서 김○○이 언급한 “정부에서는 국민들의 안전을 최우선으로 협상했다고 말을 했고 미국산 쇠고기는 99.9% 안전하다고 말을 했습니다. 하지만 협상결과를 보면 과연 국민들의 안전을 지키기 위해서 어떤 노력을 했을까 의문이 들지 않습니다”(‘의문이 들지 않습니다’는 ‘의문이 들지 않을 수 없습니다’ 또는 ‘의문이 들지 않습니까’의 잘못된 표현으로 보인다)라는 내용의 우리

정부에 대한 비판을 다시 한번 강조한 것으로 보이므로, 이 부분 보도는 우리 정부가 미국 도축시스템의 실태 중 아무 것도 본 적이 없다는 구체적 사실을 적시한 것이 아니라, 우리 정부가 이 사건 미국산 쇠고기 수입위생조건 협상에 필요한 만큼 미국 도축시스템의 실태를 제대로 알지 못하였다는 피고의 주관적 평가를 내린 것이라고 봄이 상당하다고 판단하였다.

- 수입쇠고기 사건에서도 대법원은 위 민사판결을 원용하면서 이 부분 보도는 사실의 적시에 해당하지 않는다고 판단하였다.

3) ‘일반 독자’는, 발언자의 지위, 평소 태도(일반 독자가 문제된 표현의 의미를 이해하기 위해 동원하는 자료의 범위는 표현 ‘그 자체’를 넘어 표현 ‘외부’의 자료에 까지 이르게 되는 셈이 된다, 이는 대법원이 사실과 의견을 구별함에 있어 ‘당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름’까지 고려하도록 하였을 때 이미 예정된 사정이라 할 것이다), 추측 내지 상상에 의한 의견임을 확인하는 표현의 사용 여부까지 고려하여 진술의 의미를 받아들인다. 한편 ‘추측 내지 상상에 의한 의견임을 확인하는 표현’ 유무에까지 주목하는 독자라고 하면, 그 진술의 출처가 어디인지에 관하여도 주목할 것이라고 봄이 타당하다.

【대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결(앞서 본 ‘대통령 후보자’ 사건)】

① 공소사실 중 "피해자 후보가 대한민국의 정통성 자체를 부정하거나 체제전복까지 주장한 사실은 없음에도 ... 정통성 부정, 체제전복 등을 직설적으로 주장하거나 설득해왔다는 취지로 허위의 내용의 글을 게재하였다는 것(전단 부분 - 이 부분 공소사실을 그대로 옮기면 다음과 같다: 「피해자 후보는 1945. 12. 27. 모스크바 3상회의에서 결의한 한국에 대한 5년간의 신탁통치안을 지지했던 민주주의 민족전선의 중앙위원이었으며 이 단체는 그 후 몇 차례의 조직개편을 하였지만 의연 조선노동당 대남담당비서 3국청사의 지령에 따라 움직이는 남조선 지하당 산하의 한민전으로 계속 활발히 기능하고 있고 이들과 연대 또는 함께 통일전선 활동을 전개하고 있는 한국 내의 여러 비합법, 반합법 또는 합법 단체들이 있는데 매우 복잡다단하게 얹히고 설킨 이들의 공통된 정치적 목표는 ① 대한민국의 정통성 부정과 궁극적인 체제전복, ② 국가보안법의 철폐, ③ 주한미군의 철수, ④ 연방제에 의한 평화적 통일이다. 피해자는 어떤 때는 직설적으로(①, ②의 경우), 어떤 때는 은유적으로(④의 경우), 어떤 때는 정반대로(③의 경우) 주장하거나 설득해왔다」)과

피해자 후보가 6.25당시 미군이 철수하면서 경찰의 사살대상자로 지목된 사실이 없음에도 ... 그의 사살대상자로 지목됐으며 따라서 ... 북한군에 검거됐다가 서울 수복 때 탈출했다고 한 글은 사실을 왜곡한 것이라는 취지(후단 부분)의 허위내용의 글을 게재하여 ... 배부함으로써 허위의 사실을 공표함과 동시에 출판물에 의하여 명예를 훼손하였다"는 부분(전단과 후단이 통틀어 포괄1죄로서 공직선거법 제250조 제2항과 형법 제309조 제2항의 상상적 경합범으로 기소되었다)에 대하여, ㉠ 전단 부분은 후단 부분의 구체적 사실 적시에 앞선 사상적 배경의 실시로서 후단의 구체적 사실을 부각시키기 위한 부분으로 볼 여지가 있고, ㉡ 전단 부분의 객관적 내용을 요약하면 "대한민국의 정통성 부정과 체제전복 등을 주장·설득해 왔다."는 표현이 되는데, 나라의 정통성 부정이나 체제전복의 주장이란 개념은 극히 다의적이고 막연한 것으로서 그의 내용이 한가지로 정의될 수도 없고 그의 내용이 증거에 의하여 입증가능하다거나 시간, 공간적으로 특정되는 과거 또는 현재의 구체적 사실이라고 보기 어려우며, ㉢ 위 표현에 이어지는 "그래서 그는 집권하면 1년 내에 남북문제를 해결한다. 집권하면 정상회담은 제안이 아니라 한다는 등 자신만만한 발언을 서슴지 않고 있는지도 모른다."라는 문장은 그 앞의 표현들이 피고인의 추측 내지 상상에 의한 의견임을 확인하는 표현에 해당함을 이유로, 피고인이 구체적 사실을 적시하려한 것이라기보다는 오히려 당시의 피해자 후보의 민주주의에 적대되는 공산주의에 관한 내면적 사상 또는 이념이 어떠하여 왔던가에 관하여 정치평론가인 피고인의 입장에서 주관적으로 평가한 의견이라고 봄이 상당하다고 판단하였다.

㉣ 공소사실 중 "그는 틀림없이 대한민국을 북한집단에 팔아넘길 위인이다. 우리가 이 체제를 유지하려면 절대로 그런 사람을 대통령으로 뽑아서는 안될 것이다. 북한의 노선과 궤를 같이 하며 궁극적으로 그들과 똑같은 방법(연방제)으로 통일함으로써 대한민국을 소멸시키려는 음모자를 대통령으로 선출할 수 있는가."라고 적시하여 허위 내용의 글을 게재하였다는 부분에 대하여, 지나친 용어 사용으로 모욕일 수 있는 내용이기도 하지만, 장래에 일어날 일을 예측한다는 의미가 뚜렷한 부분, 행위의 객체·내용이 전혀 특정되지 않은 부분에다가 보다 넓은 의미의 전후 문맥을 함께 고려하면, 대통령으로 뽑아서는 안 된다는 피고인의 주장을 강조한 것으로서 개인적 주장을 섞은 추상적 의견표명에 해당한다고 보았다.

4) ‘일반 독자’는, 문제된 발언의 장소, 시기, 대상 등까지 고려하여 그 의미를 받아들이는다.

【대법원 2021. 9. 16. 선고 2020도12861 판결】

- 공소사실의 요지는, 피고인은 2013. 1. 4. 서울 중구 (주소 생략) 에서 개최된 ‘ (행사명 생략) ’에 ‘ (직위 생략) ’ 자격으로 참석하여 약 400여 명의 청중을 대상으로 신년 인사말을 하면서, ‘피해자는 부림사건의 변호인으로서 체제전복을 위한 활동을 한 국가보안법 위반 사범들을 변호하면서 그들과 동조하여 그들과 동일하게 체제전복과 헌법적 기본질서를 부정하는 활동인 공산주의 활동 내지 공산주의 운동을 해 왔고, 청와대 민정수석 및 비서실장으로 재직할 당시公安 검사로서 자유민주주의를 수호하기 위해 피해자와 반대되는 활동을 하여 온 피고인에 대해 불만을 가지고 피고인에게 인사상 불이익을 주는 방법으로 공정치 못한 인사를 하였다.’는 취지의 발언을 함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다는 것이다.
- 피고인은 2012. 12. 대통령선거에서 공소외 3 후보가 승리하였음을 자축하는 정치적인 모임에서 대부분 피고인과 입장을 같이하는 청중들을 상대로 자신의 정치적 견해와 과거 오랜 기간公安검사로 일해 왔던 경험을 토대로 야당 대통령 후보였던 피해자의 정치적 이념이나 행보에 대한 비판적인 견해를 표현하는 과정에서 앞서 본 공산주의자 발언을 하게 되었다.
- 대법원은, 피해자가 부림사건의 변호인이었다는 사실이 피해자의 사회적 가치나 평가를 저하시키는 내용으로 볼 수 없고, ‘공산주의자’라고 지칭한 것은 일반적으로 증거에 의하여 증명이 가능하거나 시간적·공간적으로 특정되는 과거 또는 현재의 구체적 사실이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 ‘공산주의자’라는 표현이 북한과 연관 지어 사용되더라도 대한민국의 자유민주적 기본질서를 위협할 수 있는 다른 구체적인 사정에 대한 언급이 없는 이상 그 사람의 명예를 훼손할 만한 구체적 사실의 적시라고 쉽사리 단정할 수 없으며, ‘피해자가 대통령이 되면 우리나라가 공산주의가 될 것이라고 확신하였다’는 취지의 발언도 피고인의 전체적인 발언 내용, 발언 장소, 시기, 발언 대상, 형식 등을 종합하여 보면, 피해자의 정치적 이념에 대한 평가와 더불어 피해자가 대통령이 될 경우 예상되는 정치적 상황에 대해 개인적인 견해를 축약적으로 밝힌 것에 불과하므로 피해자

의 명예를 훼손할 만한 구체적 사실의 적시에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 대법원은 ... 피해자의 사회적 평가나 정치적 입지에 부정적인 영향이 있을 수는 있다 ... 이러한 문제제기와 그에 대한 당부의 판단은 사회적 공론의장에서 국민들이 서로 자유로운 의사교환을 통해 상호 검증과 논박을 통해 이루어져야 할 부분이다. 결국 이 사건 피고인의 행위는 공적 인물인 피해자의 정치적 이념에 대한 의견교환과 논쟁을 통한 검증과정의 일환으로 보아야 한다. 표현의 자유의 한계를 일탈하였다고 평가하는 것은 타당하지 않다고 하였다.

5) 한편 표현행위자의 내심의 의도나 상대방의 개인적 이해득실 등 주관적인 사정에 따라 그 표현의 객관적 의미가 좌우된다고는 볼 수 없다.

【대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결】

대법원은, “보도내용 중에서 논란이 되는 표현의 객관적 의미는 그 언어적 문맥 및 그 표현이 이루어진 주변 상황에 의하여 결정되는 것이므로, 설령 보도내용 중 일부의 취지가 분명하지 아니하여 오해의 소지가 있거나 거기에 상대방에 대한 비판이 부가되어 있다고 하더라도, 그 보도내용 중의 다른 기재부분과 함께 전체적·객관적으로 파악하지 아니하고 취지가 불분명한 일부 내용만을 따로 떼어내어 명예훼손적인 사실의 적시라고 단정하여서는 안 되며(대법원 2008. 5. 8. 선고 2006다45275 판결 등 참조), 표현행위자의 내심의 의도나 상대방의 개인적 이해득실 등 주관적인 사정에 따라 그 표현의 객관적 의미가 좌우된다고 볼 수도 없다. 나아가 보도의 객관적인 표현형식이나 내용 등에 비추어 볼 때 이를 명예훼손적인 사실의 적시가 아닌 단순한 의견표명으로 파악할 수 있음에도 불구하고, 그 보도가 비판적인 관점에서 작성되었다는 등의 주관적인 사정을 고려하여 이러한 표현행위를 명예훼손에 해당하는 것으로 단정한 다음 그 표현행위자로 하여금 사실의 적시에 관한 명예훼손에 의한 불법행위책임을 부담하도록 하는 것은 허용될 수 없다(대법원 2007. 6. 15. 선고 2004도4573 판결, 대법원 2007. 10. 26. 선고 2006도5924 판결 등 참조)” 등의 법리에 비추어 살펴보면, 주식회사 조선일보사(이하 ‘피고’라 한다)가 조선일보에 게재한, 현대자동차 주식회사 노동조합(이하 ‘원고’라 한다)이 현대자동차와의 사이에 2003년도 단체협약을 체결하면서 주 5일 근무제와 임금인상 등에 관하여 합의된 내용을 설명한 기사(휴일의 수를 산정함에 있어 토·일요일과 겹치는 법정 공휴일의 수를 차감하지 않거나 임금상승분을 산정함에 있

어 2002년도 단체협약에 이미 반영된 사항을 제대로 보도하지 않았다)는 원고에 대한 사회적 평가를 저하시키는 것이라고 보기 어렵고, 위 2003년도 단체협약에 따라 현대자동차 근로자들의 휴가일수가 늘어났다는 사실을 적시한 다음 그로 인하여 근로자들의 근로의욕이 높아진다고 볼 수 없다는 의견을 표명한 기사 중 의견에 해당하는 부분은 이른바 순수의견으로 원고의 명예를 훼손하는 행위가 될 여지가 없을뿐더러 그 기초로 적시된 사실에도 원고의 사회적 평가를 저하시킬 만한 내용이 포함되어 있지 않으므로, 결국 위 각 기사는 명예훼손이 된다고 할 수 없다고 판단하였다.

6) 비교사례

가) 한편 앞서 본 ‘일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법’과 서로 충돌한다고 - ‘일반 독자’의 수준을 낮춰본다고 - 볼 수 있는 사례들이 있다.

【대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결】

(가) 피고인은, 자유민주연합의 공천을 받아 같은 선거구에 입후보한 공소외 2를 당선되지 못하게 할 목적으로, 같은 선거구에 입후보한 사람들 중에서 충남 제1군에 제2국가공단을 조성할 당시 민주정의당 소속 국회의원이었던 사람은 공소외 2 뿐인 상황에서, 후보자초청공개토론회에서, "제2국가공단을 [만들 때] 수 십억 [원대의] 정치 [자금을 만들어] 당시 [민주정의당] 국회의원들이 그것을 나누어 썼다는 [.] 그런 제보가 있었는데, 그것을 제가 [제13대 국회의원 선거 당시] 공적으로 유세하면서 얘기했던 사실도 있습니다."라고 말하고, 또 다른 후보자초청공개토론회에서도, "제2공단은 [...] 경제논리로 [만들었]던 것이 아닙니다. [제5공화국] 시절에 공소외 2 후보가 계시던 [민주정의당]에서 정치자금을 마련하기 위해서 [...] 85,000,000,000원이라는[.] 그때 당시[로서는] 엄청난 돈으로 [...] 대산건설을 시켜서 [만들었]습니다. 거기서 엄청난 돈이 빠져나가서 전두환 대통령한테 그것을 심판도 받고 그랬는데[...]"라고 말함으로써, 후보자 공소외 2에게 불리하도록 그의 과거행위에 관하여 허위의 사실을 공표하고, (나) 피고인은, 자유민주연합의 공천을 받아 같은 선거구에 입후보한 공소외 2를 당선되지 못하게 할 목적으로, 공소외 2의 아들인 공소외 3은 체중초과로 제2국민역에 편입되는 병역처분을 받고 제16대 국회의원선거 직전에 서울지방검찰청과 국방부 검찰부가 이른바 병역비리합동수사반을 구성하여 정치인 자제들에 대한 병역면제처분의 비리를 조사한 결과 무혐의

처분을 받고, 그 내용이 2000. 4. 1.경 대다수의 중앙 일간지에 아버지인 공소외 2의 이름과 소속 정당, 직위 등과 함께 보도되었음에도 불구하고, 같은 달 9. 14:00경 후보자합동연설회에서, "여기 계신 모 후보, 의심의 여지가 많은 방법으로 군복무를 완수하지 못하고 '의가사 제대'했다고 했고, 그 자식도 [...] 고의로 체중을 불려 군대에 가지 않았다는 소문이 많이 있는데, 만일 [그]것이 사실이라면, 그런 사람이, 어떻게 국가를 위하여 몸을 던져 일하겠다고 나설 수 있는 것인지 묻지 않을 수 없습니다."라고 말함으로써 후보자 공소외 2에게 불리하도록 그의 직계비속에 관하여 허위의 사실을 공표하였다는 공소사실에 대하여 모두 유죄를 인정한 원심에 대하여, 대법원은 "민주주의정치제도하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권이고 그것이 선거과정에서도 충분히 보장되어야 함은 말할 나위가 없다. 그리고 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 하고, 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안된다. 그러나 한편, 근거가 박약한 의혹의 제기를 광범위하게 허용할 경우 비록 나중에 그 의혹이 사실무근으로 밝혀지더라도 잠시나마 후보자의 명예가 훼손됨은 물론 임박한 선거에서 유권자들의 선택을 오도하는 중대한 결과가 야기되고 이는 오히려 공익에 현저히 반하는 결과가 된다. 그러므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹의 제기는 비록 그것이 공직적격 여부의 검증을 위한 것이라 하더라도 무제한 허용될 수는 없고 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 한다. 그리고 이때 의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것이고, 그러한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실의 공표로서의 책임을 져야 할 것인 반면, 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 벌할 수 없다고 할 것이다"라는 법리에 비추어 볼 때 위와 같은 원심의 판단은 정당하다고 하였다.

【대통령 후보자 사건】

- 6·25 당시 경찰에 의하여 사살대상자로 지목된 사실이 없다는 진실한 사실이 검사가 입증하여야 할 부분이나 그 행위의 시점이나 사살대상자로 지목한 주체가 특정되지 않아서 그렇게 지목된 사실이 없다는 점은 사회통념상 입증가능한 것이 아니므로 적시된 사실인 사살대상자로 지목되었다는 사실의 증명이 가능하고 보다 용이할 이치이다.

- “고정간첩과 내통하여 알게 모르게 대한민국 통치기구의 기밀을 적에게 알려왔다” ... 피고인에 의해 적시된 사실이 일어난 시간적, 공간적 행위내용, 방법이 구체적으로 특정되지 아니하여 입증이 불가능한 부존재 사실에 해당 ... 피해자가 어느 고정간첩과 어떻게 내통하였거나 어떠한 국가기밀을 누설하였다는 등으로 구체적 내용을 이루는 적극적 사실의 존재 또는 그의 중요부분이 특정되었다고 할 수 없을 뿐만 아니라 ‘내통’이나 ‘누설’이 허위임이 증명되었다고 본 원심의 인정·판단은 정당하다.

【대법원 2002. 4. 10.자 2001모193 결정】

허위사실공표죄에서는 공표되어진 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에, 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하나 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우에는 적어도 미필적 고의가 인정될 수 있고, “어떠한 소문이 있다.”라고 공표한 경우 그 소문의 내용이 허위이면 소문이 있다는 사실 자체는 진실이라 하더라도 허위사실공표죄가 성립된다고 할 것이다.

- 위 결정에 관한 해설 중에는 아래와 같은 내용이 있다: 소문을 소개하는 형식을 빌어 사실을 공표한 경우, 소문이 존재하는 사실 자체는 진실인 이상 허위사실의 공표가 아니지 않는가 하는 의문이 제기될 수 있으나, 판례는 이 점에 관하여, 어떠한 소문이 있다고 공표하는 것은 은연중에 그 사실의 존재를 암시하려는 의도가 내포되어 있고 수용자 입장에서 그러한 취지로 받아들이기 쉽기 때문에, 이 경우 소문의 내용을 이루는 사실을 공표한 것으로 보아야 한다고 하고 있으므로, 이때에도 입증의 대상은 소문의 존재가 아닌 소문의 내용 그 자체의 진실성 여부로서 동일하다 할 것이어서 단순히 소문을 있는 그대로 전달하였다는 변명만으로는 면책이 되지 않는다.

다만, 위와 같은 방법과 기준에 의하여 공표사실의 허위성을 인정할 수 있다고 하더라도 그 입증책임분배의 원칙에는 변함이 없는 이상 이는 어디까지나 보충적이고 제한적인 사실인정의 방법으로 원용되어야 할 것이라고 한다⁴²⁾.

나) 검토

(1) 명백하고 절박한 위험(clear and imminent danger)의 기준

㉠ 1918년 뉴욕 시내에서 에이브람스(J. Abrams)와 유태계 러시아 국적인 5명이 영어와 Yiddish 언어로 쓰여진 전단지(leaflet)를 뿌렸다. 이들은 체포되기 전까지 5년에서 10년간 미국에서 살았으며, 지적으로 훈련된 사람들이었다. 그러나 그들은 미국에 귀화를 신청하지 아니하였다. 왜냐하면 미국정부와 같은 유형의 자본주의를 신뢰하지 아니하였으며, 다른 정부형태를 추구하는 일종의 혁명주의자 내지 ана키스트였기 때문이다. 이들이 건물의 창밖으로 뿌린 전단지는 5천여 장이었다. 이 선전문건은 노동자들에게 열광적인 호응을 받았다.

당시는 대 독일 전쟁중이었다. 그리고 이 전단지는 러시아의 볼셰비키 정권에 대해 파병한 월슨(Wilson) 대통령을 비판하고, 자본주의 국가 미국을 비판하고 있었다. 또한 러시아 혁명과 러시아 동지들을 지키기 위하여, 군수산업노동자들에게 동맹파업을 선동하였다.

㉡ 위 사건의 기소이유 중에는 ‘전쟁 중에 미국정부에 저항하고, 전쟁수행에 필요한 물자의 생산을 삭감할 것을 선동’한 공동모의 혐의가 포함되어 있었는데, 이 부분에 대하여 홈즈 미연방대법관은 ‘단지 유일하게 즉각적인 해악에 대한 현재의 위험 혹은 그러한 위험을 초래할 의도에 한해 - 사적 권리(private rights)와 관련되지 않는 경우 - 연방의회가 의견표명에 제한을 가하는 것이 정당화되고 있다. 따라서 국민의 마음을 변화시키려는 모든 시도를 연방의회가 금지하는 것은 명백히 불가능하다. 더구나 일반인(unknown man)에 의한 잘못된 선전문건(전단지)의 내밀한 발행이, 그것만으로도, 그 의견에 의해 군대의 군무와 국방수행을 방해한다고 생각하지 않는다. 또한 그런 전단지를 통해 방해하려는 일련의 경향성을 갖고 있다고 해도 그것에 의해 즉시적 위험이 현실적으로 나타날 것이라고 누구도 생각하지 않는다. 본법에 의해 요구되는 의도를 피고인의 말들 가운데 어느 곳에서 어떻게 찾아낼 수 있다는 것인지 나는 이해할 수가 없다’라고 판단하였다. 홈즈는 전쟁시라고해도 당해 행위의 상

42) 천대엽, 공직선거 및 선거부정 방지법 제250조 제2항의 공표사실의 허위성에 관한 입증, 562면

황이라는 보편적 기준으로부터 해악의 근접도와 단계(degree)를 고려해야 한다고 보았던 것이다. 전쟁이 바로 국가와 공동체에 대한 위험한 상황을 의미하는 것이라고 보지 않았다는 점이다. 법의 기준 그 자체는 평상시나 전쟁시나 동일하다는 것이다. 다만 전쟁시에는 특유한 혼란상황이 있기 때문에, 그 결과로서 나타난 행위와 그 행위가 나타난 상황과의 관계에서 위험한 해악의 발생 가능성이 높는데 지나지 않는다고 판단하였던 것이다. 그는 악행의 경향(해악발생의 가능성)이 있다는 이유로 해악발생의 근접성이 없음에도 표현행위를 규제하려는 기준에 반대하였던 것이다⁴³⁾.

(ㄷ) 흄즈는 해악의 정도를 판단하는 경우 재판에서 재현하는 이념적 존재자로서의 평균인(average man)을 매우 중요하게 보았다. 즉 일반적인 지성과 합리적 판단을 하는 인물에 해당하는 인간으로서 - 이념적 차원에서 판단하는 - 평균인이 필요하다는 것이다. 그리고 배심이라는 반주관적 탐구공동체(이념적 평균인)에 의한 모든 귀결의 예견성이야말로 최고의 기준이라고 보았다.

따라서 흄즈는 일반적인 사례를 통해 공동체의 상식을 재현하는 것을 가능케 하는 경험의 축적을 획득시키기 위한 배심원과 법관사이의 역할관계에 대해 관심이 있었다. 특히 이념화된 반주관적 평균인은 - 규범화된 객관적이고 외적인 - 규범의 기준이 된다고 보아 단순한 사실에 기초한 경험적 기준보다 중요성을 더 부여하였다. 그리고 배심원이라는 공동체사이에서 탐구된 평균인에 의한 모든 귀결(결정)의 예견성이야말로 가장 훌륭한 형사책임의 판단기준이 된다고 보았다.

범죄성은 이념적 평균인의 시점에서 보아 상황과 해악의 발생이라는 위험의 정도에 의해 판단되어야 한다고 보았다.

흄즈는 표현의 자유는 그 표현이 행해진 상황에 의해 영향을 받는다고 보았다. 예를 들어 영화가 상영 중인 극장안에서 "불이야"하고 소리를 잘못쳐 극장을 혼란에 빠뜨리는 것은 표현의 자유의 보장 대상이 아니라고 보았다. 즉 일정한 표현이 실질적 해악을 발생시킬 명백하고 현존하는 위험을 발생시킬 수 있는 상황인가의 여부를 판단하는 것이 중요하다고 보았던 것이다.

(ㄹ) 급박성이 해악발생의 가능성으로 완화되는 경우 언론은 제한되게 되고, 급진적인 사상이나 표현은 허용되지 않게 된다. 즉 추상적인 주장이나 선동에 대해 처벌할 수 있는 근거가 되는 것이다. 그것은 표현의 자유와 사상의 자유시장에 대한 중대한 제한이 된다⁴⁴⁾.

43) 김민배, 전개논문, 318면

(㉞) 요컨대, 어떤 표현행위를 규제하기 위해서는 막연히 그 표현행위로 인해 해악이 발생할 ‘가능성’이 있다는 것만으로는 부족하고, 그 표현행위로 인해 실제로 발생한 해악에의 접근 정도와 단계를 구체적으로 살핀 결과 ‘명백하고 절박한 위험’이 있다고 인정되어야 하며, 이는 일반적인 지성을 갖추고 합리적인 판단을 하는 ‘평균인’의 관점에서 판단되어야 한다는 의미라고 할 것이다.

(2) ‘명백하고 절박한 위험’ 기준에 따른 위 각 법리의 조화로운 해석

(가) 비교 사례에서 전제한 ‘독자’의 지적 수준은, 그보다 앞서 본 사례들에서 전제한 ‘일반 독자’의 지적 수준보다 열등하다고 할 수 있다. 고도의 지성을 갖춘 ‘일반 독자’라면 그 내용이 막연할 뿐만 아니라 그 출처조차 ‘소문’에 불과한 진술을 ‘사실’로 받아들이지 않는다고 봄이 타당하다. 하지만 규범적으로 상정된 ‘일반 독자’의 수준과, 현실 세계에 실존하는 지적 수준이 다양한 ‘실제 독자’의 수준 사이에는 반드시 괴리가 생기게 마련이다. 또한 ‘일반 독자’들은 ‘사상의 자유시장’이 정상적으로 작동하는 이상적인 세상에 살고 있는데, ‘사상의 자유시장’은 옳고 그름이 문제 되었을 때 즉석에서 시비를 가릴 수 있는 시스템은 아니다. ‘사상의 자유시장’이 정상적으로 작동하기 위해서는, 토론을 통해 옳고 그름을 가리는 시간적 여유가 필요하고, 일시적으로는 그른 내용이 우위를 차지할 수도 있다. 따라서 이러한 시간적 여유가 확보될 수 없는 상황이라면, 여기에 적용될 법리는 ‘일반 독자’가 아닌 ‘실제 독자’를 전제로 정립됨이 타당하다. 시험을 준비하는 기간 중 저지른 잘못에 대한 대책과, 시험을 치르고 있는 바로 그 순간 저지른 잘못에 대한 대책이 같을 수는 없는 것이다. 비교 사례에서는 ‘선거의 공정’이 위협받고 있는데, 이는 신속하게 옳고 그름이 판단되어야 하는 상황에 해당한다.

(나) 자유롭고 공정한 선거가 주기적으로 시행되는 것이 민주주의 체제의 첫 번째 조건이므로, 이 조건마저도 허물어진 국가는 민주주의를 하고 있다고 말할 자격 자체가 없게 된다⁴⁴⁾. 비교 사례에서는 ‘표현의 자유’와 ‘인격권’ 뿐만 아니라, ‘선거의 공정’까지 끼워 넣어 형량을 해야 하는 입체적인 상황이 전개되고 있고, ‘선거의 공정’은 특별한 중요성을 갖는다. 따라서 대법원이 언뜻 보았을 때 서로 충돌하는 것으로 보이는 두 법리를 모두 채택하고 있는 것은 타당하나, ‘표현의 자유’와 ‘인격권’ 사이의 형량만이 문제되는 상황에서는 앞서 살핀 ‘일반 독자’를 전제로 한 법리

44) 김민배, 전계논문, 329면

45) 김선택, 전계 논문, 38면

가 적용되어야 할 것이다.

(ㄷ) 대법원은 아래와 같이 민사상 명예훼손에 기한 손해배상청구 사건(청구기각)과 형사상 공직선거법위반 사건(2008도11847, 유죄 확정)에 대한 판단을 달리 하기도 하였다.

【대법원 2013. 6. 28. 선고 2011다40397 판결】

이 사건과 같이 검찰의 수사 내용이 국민적 관심 대상인 경우 그 수사과정의 적법성과 공정성도 엄정하고 철저하게 검증되어야 하므로 수사과정에 대한 의혹 제기가 공적 존재의 명예보호라는 이름으로 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다 ... (메모 B를 검찰에 제공하지 않는 등 피고의 적절하지 않은 처신) ... 이 사건 발언의 내용이나 표현방식, 공익성의 정도, 사실확인을 위한 노력의 정도 등 여러 사정을 종합하면 피고의 행위가 표현의 자유의 한계를 벗어난 것으로 보기는 어렵다 ... 2008도11847은 이 사건 판단에 영향을 미치지 아니 한다.

마. 사실·의견 구별의 어려움

1) 사실 적시 여부는 표현의 내용(언어의 통상적 의미와 용법), 입증가능성, 표현이 사용된 문맥, 표현을 둘러싼 사회적 상황 등을 고려하여 전체적, 종합적으로 판단해야 한다. 이처럼 사실 적시 여부는 제반 사정을 종합하여 판단하여야 하므로, 같은 표현이라도 문맥이나 표현이 이루어진 배경, 시대적 사회적 상황에 따라 달리 받아들여질 수 있어 사실과 의견의 구별은 어려운 문제이다.

대법원 판결 중에서도 같은 표현을 두고 그 판단을 달리한 경우가 적지 않다. 피해자의 사진 아래 ‘친일매국’이라고 표현하거나, ‘피해자가 친일파이다’라고 표현하였지만 구체적인 친일 행적에 대한 언급이 없다면 의견 표현에 불과하다고 본 판결이 있다(대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결, 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005도5783 판결). 반면 원고가 독립군과 싸웠거나 전범에 해당한다는 취지의 제3자와의 인터뷰내용을 방송하면서 “친일행각”, “친일고백”이라고 보도한 사안에서는 원고가 일제 시절 반민족행위를 한 사실 존재를 간접적으로 암시했다고 보아 명예훼손 책임을 인정하였다(대법원 2003. 8. 19. 선고 2001다3214 판결). 한 언론이 방송국 피디를 ‘주사파’라고 표현한 것을 사실 적시라고 본 판결이 있는 반면(대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613 판결), 정치인에 대한 ‘종북 · 주사파’라는 표현은 정치적 행보나 태도를 비판하기 위한 의견 표현이라고 하였다(전원합의체 판결로 대법관 5명의

반대의견은 사실 적시로 보았다, 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결). ‘개정된 미국산 쇠고기 수입위생조건에서는 광우병위험물질이 국내에 들어 오거나 미국에서 인간광우병이 발생해도 우리 정부는 독자적으로 어떤 조치를 취할 수 없고 미국과 협의를 거쳐야 한다.’는 보도가 정정보도청구의 대상이 되는 사실적 주장이 아니고 의견표명에 불과하다고 보았다. 위 판결에서 대법관 5명의 반대의견은 이것이 사실적 주장에 관한 보도라고 하였다(대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649 전원합의체 판결). 그 외에도 원심과 대법원이 사실 적시 여부를 달리 보아 파기환송한 예가 많다. 이 사건도 1심과 원심은 이 사건 발언이 ‘대통령이 7시간 동안 마약을 하거나 보톡스 시술을 받아 적절하게 직무를 수행하지 못하였다’는 사실을 암시하였다고 판단하였지만, 대상판결은 의견 표현에 불과하다고 보았다⁴⁶⁾.

2) ‘종북, 주사파’라는 표현이 문제된 사건들

가) 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613 판결(KBS PD 사건: 주사파)

(1) 피고가 발행하는 월간지에 게재된 이 사건 기사 중에는 원고가 제작한 이 사건 프로그램에 대하여 "주사파가 주도하는 대한민국 공영방송, 김일성의 정치행태로 볼 때 이 증언(여운형의 암살범은 김일성이 직접 보냈다는 내용의 증언)은 거의 사실일 가능성이 크다. 그럼에도 불구하고, KBS는 이 같은 역사적 사실을 늘 정반대로 왜곡하여 이승만을 사대주의자로 여운형을 민족주의자로 미화하는 말도 되지 않는 저질의 프로그램을 끊임없이 내보냈다. 한 때 1TV의 다큐멘터리극장을 통해 시청자들을 상대로 이 같은 역사 왜곡을 자행하는 범죄를 저질렀던 것이다. 이것이 당시 이 프로를 연출했던 원고 PD의 자의적 해석이었다면 그는 분명히 주사파이다. 또 원고 PD는 이 프로를 통해 동학란을 북한의 혁명 사관에 입각하여 분석하기도 했고, 해방후의 대구 10·1폭동, 제주 4·3폭동 등 남로당이 주도한 폭동들을 인민항쟁으로 미화시켰다."라고 언급한 부분(이하 ‘이 사건 기사부분’이라 한다)이 있다.

(2) 대법원은, “이 사건 기사를 전체적으로 보면 전체 7면의 이 사건 기사 중 이 사건 기사부분은 1/3면 미만에 불과하고 분석의 전제사실인 이 사건 프로그램의 내용을 이 사건 기사에서 따로 소개하고 있지도 아니한 점에서 이 사건 기사는 특정인의 정치사상을 분석 평가하고자 한 것이 아니라, 우리 나라의 언론 특히 방송에 좌익세력이 대거 침투해 있으면서 방송을 통하여 대한민국의 정통성과 자유민주주의 가치를 훼손하고 국민들을 세뇌시키고 있다는 사실을 주장하면서 이를 고발하는

46) 이지영, 전개 논문, 704, 705면

데 그 취지가 있고, 그 사실 주장에 대한 하나의 근거로서 원고가 제작한 프로그램 내용을 들어 원고도 주사파(주체사상신봉자)임이 분명하다고 지적한 것으로서, 기사 전체의 취지와 연관하여 보면 이 사건 기사부분은 그 진위를 가릴 수 있는 사실의 적시로 보는 것이 타당하다”라고 한 다음, “이 사건 기사와 이 사건 프로그램에서 공방의 대상으로 된 좌와 우의 이념문제, 그 연장선상에서 자유민주주의 가치를 앞세운 이념이나 민족을 앞세운 통일이념의 문제는 국가의 운명과 이에 따른 국민 개개인의 존재양식을 결정하는 중차대한 쟁점이고 이 논쟁에는 필연적으로 평가적인 요소가 수반되는 특성이 있다. 그러므로 이 문제에 관한 표현의 자유는 넓게 보장되어야 하고 이에 관한 일방의 타방에 대한 공격이 타방의 기본입장을 왜곡시키는 것이 아닌 한 부분적인 오류나 다소의 과장이 있다 하더라도 이를 들어 선불리 불법행위의 책임을 인정함으로써 이 문제에 관한 언론을 봉쇄하여서는 안된다”라고 하면서, 이 사건 기사부분 중 부정확하거나(이승만의 '사대주의자' 부분) 사실과 다른 부분(제주 4·3폭동까지 끼워넣은 부분) 및 다소 과장된 부분(대구 10·1폭동을 인민항쟁으로 미화했다는 부분)이 있음은 사실이나, 이 사건 프로그램의 역사해석이 종래의 전통적인 입장에서 벗어나 그 방영 당시(1994년)로 보아 진보적인 시각에서 분석하고 있는 것은 사실이고, 보수우파의 입장에서 자유민주주의 가치의 절대적 수호를 이념으로 삼고 있는 사람들로서는 혹시나 그 가치가 훼손될 것을 염려하여 앞에서 본 이 사건 기사 전체의 취지와 같은 주장을 하는 것은 이념논쟁에 있어 언론의 자유 범위 내에 있다고 볼 것인 점에 비추어 보면, 위에서 본 정도의 허물을 들어 표현의 자유의 한계를 넘어서는 불법행위의 성립을 인정할 수는 없다고 판단하였으나, 이 사건 기사부분 중 위 프로그램의 내용에 나타난 원고의 역사해석을 곧 주사파의 역사해석으로 단정하여 원고를 주사파로 지목한 부분은 지나친 논리의 비약이라 할 것이고, 앞에서 본 바와 같이 그 부분이 공적 존재의 정치적 이념에 관한 것으로서 진실성에 관한 입증의 부담을 완화하여야 한다는 입장에서 보더라도 이 부분 사실적시는 진실하거나 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 보기 어려우며, '주사파'가 그 당시 우리 나라의 현실에서 가지는 부정적이고 치명적인 의미에 비추어 이를 단순히 수사적인 과장으로써 허용되는 범위 내에 속한다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

나) ‘국회의원 부부’ 사건 중 다수의견

(1) 다수 의견은, 원심이 피고 1 등의 이 사건 표현행위의 의미를 확정하면서 ‘종북’, ‘주사파’, ‘▽▽▽▽연합’이라는 용어에 중요한 의미를 부여하고 사실을 적

시한 것으로 단정하였다고 한 후 아래와 같이 판단하였다.

(2) 먼저 ‘종북’이라는 말은 과거 ○○○○당의 이른바 ‘평등파’가 당의 정책이나 이념적 방향에 관하여 북한에 대한 독자성과 자주성이 없다는 취지로 이른바 ‘자주파’를 비판하면서 사용된 이래, 북한을 무비판적으로 추종하는 태도를 뜻하는 것이었다. 그러나 이후 ‘종북’이라는 표현은 ‘주체사상을 신봉하고 대한민국의 정체성과 정통성을 부정하는 반국가·반사회 세력’이라는 의미부터 ‘북한에 우호적인 태도를 보이는 사람들’, ‘정부의 대북강경정책에 대하여 비판적인 견해를 보이는 사람들’이라는 의미에 이르기까지 다양하게 사용되고 있다.

(3) 다음으로 ‘종북’이라는 말은 대한민국과 북한이 대치하고 있는 상황에서 비롯된 것이므로 대한민국의 대북정책이나 북한과의 관계 변화, 북한의 대한민국에 대한 입장 또는 태도 변화, 서로 간의 긴장 정도 등 시대적, 정치적 상황에 따라 그 용어 자체가 갖는 개념과 포함하는 범위도 변한다. 또한 평균적 일반인뿐만 아니라 그 표현의 대상이 된 사람이 ‘종북’이라는 용어에 대하여 느끼는 감정 또는 감수성도 가변적일 수밖에 없으므로 ‘종북’의 의미를 객관적으로 확정하기가 어렵다.

(4) 이 사건 표현행위에 사용된 ‘주사파’의 경우도 마찬가지이다. ‘주사파’라는 용어를 사용한 기사가 문제 된 사건에서 대법원은 사실 적시에 의한 명예훼손이 인정된다고 판단한 바 있다(대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613 판결). 그러나 위 대법원판결은 단순히 용어의 통상적인 의미만을 근거로 사실 적시로 본 것이 아니라 해당 표현의 문언과 함께 기사 전체의 취지, 보도 당시인 1994년을 기준으로 해당 표현이 우리나라의 현실에서 갖는 부정적 의미를 살펴보고, 표현의 진위를 결정하는 것이 가능한지 여부도 살펴본 다음 사실 적시로 판단한 것이다. 즉 단순히 ‘주사파’라는 용어를 사용하였다는 이유로 사실 적시로 판단한 것이 아니다.

위 대법원판결이 선고된 이후 십여 년 이상 지나는 동안 민주주의 정치체제가 발전하고, 그동안 표현의 자유가 계속 확대되어 온 시대적, 정치적 상황을 고려하면, ‘주사파’라는 용어에 대한 평가도 달라져야 한다. 이 사건에서 ‘주사파’라는 용어는 ‘종북’이라는 용어와 병렬적으로 사용되어 △△△△당의 운영이나 제19대 국회의원 선거 비례대표 경선 과정을 둘러싸고 원고들이 취한 정치적 행보나 태도를 비판하기 위한 수사학적 과장이라고 볼 수도 있다. 따라서 이 또한 사실 적시가 아니라 의견 표명으로 볼 여지가 있다.

다) ‘국회의원 부부’ 사건 중 다수의견에 대한 검토

(1) 필자는 ‘종북’이라는 표현이 위 판시와 같이 다양한 의미로 사용되고 있다는 부분에 대하여 동의할 수 없다. 다수의견은 ‘종북’이 일상용어로 사용되더라도 별 문제가 없다는 듯 그 의미의 폭을 대폭 확장하여 인정하였는데, 다수의견도 ‘종북’이 적어도 치명적인 의미를 가졌던 시기가 있었다는 점은 인정하는 것으로 보이는 만큼, 이처럼 ‘종북’의 기존 의미의 범위를 파격적으로 깨뜨리고 넘어서는 판단을 할 때에는 객관적이고 구체적인 근거(예컨대 통계적으로 신뢰할 수 있는 방법에 따라 엄격하게 실시된 여론조사 결과 등)를 제시했어야 마땅하다. 그러나 다수의견은 ‘종북’이 그 판시와 같은 의미를 갖는 근거를 전혀 제시하지 않고 있다.

(2) 설령 ‘종북’의 개념·범위가 상황에 따라 변한다고 하더라도, 이 사건에서 문제된 ‘종북’이 표현 당시의 상황에 비추어 볼 때 어떤 의미를 가지는지 확정하는 것은 가능하다고 생각한다. 다수의견은 적어도 표현 당시의 상황이 어떠하였는지, 그 상황에 비추어 보더라도 ‘종북’의 의미를 객관적으로 확정할 수 없는지에 대해서까지 나아가 판단했어야 할 것이다.

(3) 평균적 일반인이 ‘종북’에 대하여 느끼는 감정 또는 감수성이 가변적일 수밖에 없다는 부분은 납득하기 어렵다. 가변적인 감정 또는 감수성이라고 하더라도, ‘종북’이라는 표현이 이루어진 구체적인 시공간에서 ‘종북’의 의미가 확정될 수 없다고는 할 수 없다. 여기서 다수의견이 언급한 ‘평균적 일반인’이라고 함은, 민사상 착오, 주의의무위반 등을 판단함에 있어 기준이 되는 ‘객관적인 제3자’와 유사한 의미가 아닌가 한다. 만약 그렇다면 이는 규범적 판단을 통해 확정될 수 있는 내용으로 법원이 판단할 수 있는 내용이라고 할 것이고, ‘실존’하는 사람을 찾아내는 작업이 아니다. 다수의견은 표현의 대상이 된 사람이 ‘종북’이라는 용어에 대하여 느끼는 감정·감수성에 관하여도 언급하였으나, 이러한 주관적인 사정은 어떤 표현의 의미를 객관적으로 확정함에 있어서는 고려되어서는 안 된다.

(4) 다수의견은 ‘주사파’가 수사학적 과장이라고 볼 수도 있다고 하면서도, 이 부분 판단을 뒷받침하는 근거로 ‘2002. 12. 24. 이후 십여 년 이상 지나는 동안 민주주의 정치체제가 발전하고, 그동안 표현의 자유가 계속 확대되어 온 시대적, 정치적 상황’이라는 막연한 사정만 제시하였을 뿐이다. 그런데 다수의견도 이 부분 판단이 ‘일견’ 기존 대법원판결에 배치되는 느낌을 줄 수도 있다는 점은 인정하는 것으로 보인다. 심지어 다수의견은 ‘공적인 존재가 가진 국가·사회적 영향력이 크면 클수록 그 존재가 가진 정치적 이념은 국가의 운명에까지 영향을 미치게 된다’라고도 하였다. 그

렇다면, 다수의견은 훨씬 더 구체적인 사정을 들어 이 부분 판단을 뒷받침하려는 보다 나은 성의를 보였어야 할 것이다.

(5) 이 사건의 반대의견은 「제19대 국회의원선거를 앞두고 집권세력과 다수가 소수의 정치세력을 공격하기 위하여 ‘낙인찍기’를 통한 차별과 배제의 방편으로 이 사건 표현행위가 이루어졌고, ‘종북’, ‘주사파’와 같이 상대방의 존재를 부정하고 토론 자체를 봉쇄하는 혐오 표현에 대해서는 민주주의의 질식이 우려되므로 일정한 제한이 필요하다」라는 이유로 사실 적시로 판단하였다. 반대의견의 보완의견은 위 KBS PD 사건 및 2000다37524, 37531(원고 민주노총 등이 피고 한국노동조합총연맹을 상대로 소를 제기한 사건으로 ‘공산계렬라식 빨치산전투’라는 표현이 문제되었다)을 지적하면서, 「피고 C 등은 원고들이 주사파 또는 종북 세력으로 인식되고 있는 △△△△ 연합에 속해 있음으로써 북한 정권을 무비판적으로 추종하여 대한민국의 정체성과 헌법적 기본질서를 부정하는 세력이라는 의미로 사용한 것이라면서, 반공주의가 강고하게 사회를 지배하고 있고 국가보안법이 강력한 힘을 발휘하고 있던 소위 보수정권이 집권하고 있는 시기에 ‘종북’, ‘주사파’로 낙인찍히게 될 경우 사회적 약자나 소수자가 느끼는 두려움이나 공포 - 일반인이 상상하는 것보다 훨씬 심각할 것이다 -에 대해 다수의견은 너무도 무감각한 것으로 보인다」라고 하였다. 그럼에도 다수의견이 ‘종북’, ‘주사파’의 의미를 가볍게 검토하고 결론을 내린 것이 과연 바람직했는지 의문이 있고, 이 사건의 심리에 소요된 약 4년의 세월을 고려하면 더욱 그러하다.

(6) 다수의견에 대하여는, 일견 주사파의 통상적인 의미는, 북한 김일성의 주체사상을 지도이념과 행동지침으로 내세우면서 북한의 남한혁명노선을 추종하는 세력을 의미하는 것으로 보인다고 하면서도, ① 이 사건에서 가장 중심이 된 표현행위가 이루어진 매체는 피고 C의 트위터 계정이었던 점, ② 2012년 제19대 국회의원 선거를 앞둔 시점으로서 보수 성향 인터넷 매체의 운영자인 피고 C가 자신의 트위터 계정을 통하여 정치적 주장을 하면서 통합진보당의 운영이나 제19대 국회의원 선거 비례대표 경선 과정을 둘러싸고 통합진보당의 일부 정파나 원고들이 취한 정치적 행보나 태도를 비판하는 과정에서 ‘종북’, ‘주사파’ 등의 용어를 사용한 것으로 보이는 점, ③ SNS 매체를 통한 정치적 주장에는 독자들의 관심과 지지를 얻기 위하여 어느 정도의 단정적인 어법이나 풍자·과장 등의 수사적인 표현기법을 사용하기도 하고, 실제로 피고 C의 위 트위터 게시글에는 전체적인 어조가 객관적인 사실을 전달한다기 보다는, 피고 C의 판단, 추측, 평가 등을 비유적 또는 과장적이거나 조롱 섞인 표현

을 사용하여 주장하는 것으로 볼 수 있으며, 사실을 전달하는 것이 아니라 자신의 추측을 기재한 것임을 알 수 있는 표현을 사용하기도 한 점, ④ 피고 C의 이 사건 표현 행위 내용은 주로 경기도부연합에서의 원고들의 역할이나 지위, 관계 등에 관한 사항일 뿐, 원고들이 주체사상을 신봉하고 대한민국의 정체성과 정통성을 부정하는 반국가·반사회 세력으로서 한 활동이나 북한과의 관련성에 관하여 구체적인 정보를 기재한 것은 거의 없는 점 등을 이유로 ‘종북’, ‘주사파’라는 표현은 수사학적 과장에 불과한 것으로 봄이 타당하다면서 다수의견을 지지하는 입장이 있다⁴⁷⁾. 다수의견의 이 부분 판단이 타당할 지도 모른다. 하지만 이 사건에서 ‘종북’, ‘주사파’라는 표현이 수사학적 과장 ‘인지 아닌지’의 문제는, 법에 문외한인 사람조차 50%의 확률로 맞출 수 있다. 일국의 최고법원에 대하여, ‘결론을 맞추는 것 이상을 하라’고 요구하는 것이 무리하지는 않을 것이다. 일국의 최고법원이라고 하면 스스로 내린 결론을 뒷받침하는 논리적이고 신뢰할 만한 근거를 제시해야 한다. 이 사건에서 내린 판단은 이 사건에서 끝나는 것이 아니라, 다음 판단의 디딤돌이 될 것이기 때문이다. 위 다수의견 지지 입장을 내용에 비추어 보더라도, 다수의견의 이 부분 판단은 성의가 부족했다는 비판은 면할 수 없으리라고 생각한다.

(7) 한편 헌법재판소는 2014. 12. 19. 이 사건 국회의원이 소속된 정당을 해산하는 결정을 하였다(2013헌다1). 다수의견은 ‘헌법재판소의 위 결정에 따라 이 사건 국회의원 부부의 청구에 대한 더 이상의 심리 필요성이 소멸하였다고 속단’했다는 오해를 살 여지도 있어 보인다.

(8) 그럼에도 다수의견이 「공론의 장에 나선 전면적 공적 인물의 경우에는 제기된 비판과 의혹에 대해서 ‘해명과 재반박’을 통해서 이를 극복해야」 한다는 구체적인 법리를 제시한 것은, 법리 그 자체의 내용도 내용이거니와 공적 인물, 공적 관심사에 관한 의혹 제기에 대한 폭넓은 보호를 위한 실마리를 풀어낼 수 있다는 점(구체적인 내용은 아래 ‘6. 사안에의 적용’에서 본다)에서도 큰 의미가 있다. 한편 다수의견은 아래에서 보듯이 공적 인물, 공적 관심사에 관한 표현의 위법성을 부정하면서 ‘일간 신문’의 기사를 비중 있게 고려하기도 하였는데, 이는 기존의 판례와 다소 배치되는 느낌이 있으나 이런 태도를 통해 공적 인물, 공적 관심사에 관한 표현의 자유는 폭넓게 보장될 수 있다. 다수의견의 이런 태도를 위 법리에 비추어 보면, 설령 다소의 무리함을 감수하게 되더라도 공적 인물, 공적 관심사에 관한 표현의 자유를 폭넓

47) 이상윤, 전계 논문, 80~86면

게 보호하겠다는 ‘의지’가 느껴진다. 다수의견은 스스로의 ‘의지’에 떠밀린 끝에 - 남들도 나처럼 생각하겠거니 속단하고 - 앞서 본 ‘성의 부족’을 간과하게 된 것일지도 모르겠는데, 필자로서는 무척 아쉽게 생각한다.

4. 악의적이고 심히 경솔한 공격으로 현저히 상당성을 잃은 것

가. 연혁

1) 형법상 명예훼손죄와 명예훼손으로 인한 민사 불법행위책임

명예훼손에 관하여는 종래 민사 사건이 압도적으로 많아 민사 판결에서 형법 제310조의 위법성조각사유를 구체화하면서 법리가 발전하였고 이것이 형사 판결에도 그대로 수용되었다.

2) 민사 판례에 의한 위법성조각 법리의 발전

가) 상당성 법리

1988년 전 판례는 명예훼손의 위법성에 대해 구체적인 판단기준을 제시하지 않았다. 대법원 85다카29 판결은 최초로 ① 형법 제310조의 위법성조각사유가 명예훼손으로 인한 민사 불법행위책임에도 적용되고, ② 진실한 사실이 아니라도 행위자가 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있으면 형법 제310조의 위법성조각사유에 해당한다고 선언하였다. ②는 강학상 ‘상당성 법리’로 지칭되고 현재까지도 확립된 판례 법리이다. 상당성 법리는 형법 제310조의 문언보다 위법성조각사유를 넓혀 표현의 자유를 확장하였다는 평가를 받는다.

상당성 법리는 1966년 일본 최고재판소 판례의 영향을 받은 것으로 추측되는데, 우리 판례의 주류는 일본과 달리 위법성조각사유로 본다.

진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는지 여부는 표현의 성격, 정보원의 신빙성, 사실 확인의 용이성, 보도로 인한 피해자의 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 표현 내용의 진위 여부를 확인하기 위한 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 한다. 상당한 이유 등 형법 제310조의 위법성조각사유가 있음은 행위자가 증명하여야 한다.

나) 공적 영역에서 완화된 심사기준

(1) 위 85다카29 판결의 상당성 법리는 그 이후 표현행위가 공적 영역에서 이루어졌는지 사적 영역에서 이루어졌는지 구별되지 않고 적용되어왔는데, 2002년 대

법원은 2000다37524, 37531 판결에서 헌법재판소 결정을 인용하여 상당성 유무를 심사할 때 공적 영역에서는 완화된 심사기준을 적용하여 상당성의 입증 부담을 경감시켜야 한다고 판시하였다. 이는 아래에서 볼 악의적 공격 법리를 위한 초석이 되었다.

(2) 이는 미국의 공인 이론(연방대법원의 New York Times v. Sullivan 판결을 시작으로 공직자의 공적 행위에 대한 보도가 명예훼손이 되기 위해서는 현실적 악의가 있음을 피해자가 증명해야 한다는 법리)의 영향을 받은 것으로 추측된다. 상당성의 증명책임을 행위자에서 피해자로 전환하지는 않았지만 공적 사안에서 진실이라고 믿을만한 상당한 이유에 관한 행위자의 증명 부담을 경감시킴으로써 표현의 자유를 넓혔다고 평가된다.

(3) 완화된 심사기준 법리는 공적 존재에 대한 공적 사안에서는 사적인 사안에 비해 표현의 자유에 대한 제한을 완화하여 심사기준에 차별을 두어야 한다는 취지이고 위와 같은 악의적 공격 등의 특정한 심사기준을 제시하지 않는다. 따라서 완화된 심사기준은 명예훼손 책임의 판단 전반-구성요건(사실/의견, 사회적 평가를 저하시키는 발언인지 여부, 피해자 연관성, 고의·과실), 위법성, 책임-에 전체적으로 적용함으로써 공적 영역에서 표현의 자유를 좀 더 넓게 보장하는 역할을 할 수 있다⁴⁸⁾.

(4) 아래에서 완화된 심사기준 법리가 적용된 사례를 본다.

(가) 공적 존재인 민노총 판결(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결)

① 대법원은 위 판결에서 “당해 표현이 공적인 존재의 정치적 이념에 관한 것인 때에는 특별한 의미가 있다. 그 공적인 존재가 가진 국가·사회적 영향력이 크면 클수록 그 존재가 가진 정치적 이념은 국가의 운명에까지 영향을 미치게 된다. 그러므로 그 존재가 가진 정치적 이념은 더욱 철저히 공개되고 검증되어야 하며, 이에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제제기가 허용되어야 하고 공개토론을 받아야 한다. 정확한 논증이나 공적인 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 공적 존재의 명예보호라는 이름으로 봉쇄되어서는 안되고 찬반토론을 통한 경쟁과정에서 도태되도록 하는 것이 민주적이다. 그런데 사람이나 단체가 가진 정치적 이념은 흔히 위장하는 일이 많을 뿐 아니라 정치적 이념의 성질상 그들이 어떠한 이념을 가지고 있는지를 정확히 증명해 낸다는 것은 거의 불가능한 일이다. 그러므로 이에 대한 의혹의 제기나 주관적인 평가가 진실에 부합하는지 혹은

48) 이지영, 전계 논문, 703면

진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 따짐에 있어서는 일반의 경우에 있어서와 같이 엄격하게 입증해 낼 것을 요구해서는 안되고, 그러한 의혹의 제기나 주관적인 평가를 내릴 수도 있는 구체적 정황의 제시로 입증의 부담을 완화해 주어야 한다. 그리고 그러한 구체적 정황을 입증하는 방법으로는 그들이 해 나온 정치적 주장과 활동 등을 입증함으로써 그들이 가진 정치적 이념을 미루어 판단하도록 할 수 있고, 그들이 해 나온 정치적 주장과 활동을 인정함에 있어서는 공인된 언론의 보도내용이 중요한 자료가 될 수 있으며, 여기에 공지의 사실이나 법원에 현저한 사실도 활용할 수 있다”라고 하면서, ‘대검찰청 공안부장의 발표문, 서울신문 기사, 민노총의 집단 농성 또는 시위 현장에서 배포된 것으로 추정되는 유인물’ 등을 자유민주주의와 시장경제의 원칙에 기초한 우리나라의 체제를 유지·수호하려는 국민들의 시선에 비추어 보면, 의혹을 제기하거나 주관적 평가를 내릴 수 있는 구체적인 정황이 인정될 수 있다고 판단하였다.

② 이 판결에서 고려된 ‘민노총이 공적인 존재로서 국가·사회에 미치는 영향력, 민노총이 노동운동의 한계를 넘어 스스로 정치투쟁에 뛰어들으로써 정치적 논평을 자초한 점’은, 악의적 공격 법리에서 제시한 판단기준 중 ‘의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 원고의 사회적 평가를 저하시키는 정도’에 해당하는 내용이라고 보는 견해가 있다⁴⁹⁾.

(나) ‘국회의원 부부’ 사건 중 “▽▽▽▽연합” 부분

① 다수의견은 완화된 상당성 법리(완화된 심사기준)에 의한 위법성조각이 인정될 여지 있다는 취지이다. 다수의견은 ‘통합진보당의 공동대표·새로나기 특별위원회 위원장의 발언, 판지일보, 동아일보, 경향신문, 한겨레신문, 과거 민주노동당에 있었던 언론 논객의 평가’로 의혹을 제기하거나 주관적 평가를 내릴 수 있는 구체적인 정황을 인정할 수 있다고 보았다. 다수의견의 보완의견은, 위 기사는 ▽▽▽▽연합의 실제 리더가 누구인가를 다루고 있는데, 이는 그 성질상 정확히 증명해 낸다는 것이 극히 어려우므로, 이에 대한 의혹의 제기나 주장이 진실에 부합하는지 혹은 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 따질 때에는 일반의 경우처럼 엄격하게 증명할 것을 요구해서는 안 된다고도 하였다.

② 반대의견은 위 자료들만으로는 ‘원고들을 종북·주사파인 ▽▽▽▽연합 그 자체’라고 의혹을 제기하거나 주관적 평가를 내릴 수 있는 구체적인 정황의

49) 이상윤, 전계 논문, 73면

제시가 충분하다고 볼 수 없고, 위법성이 인정된다고 보았다.

(ㄷ) 한편 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결은 일간신문사가 다른 언론매체의 보도내용을 직접 취재한 것처럼 기사를 작성하면서 그 내용의 진위 여부에 관한 사실확인 노력을 게을리하였음이 인정된다는 이유로 불법행위의 성립을 부정한 원심판결을 파기한 사례인데, ‘특히 일간신문이나 방송의 보도내용은 취재시간이 제한된 탓에 보도내용의 진위 여부가 불확실하거나 과장 보도되는 경우가 적지 않아 그 진실성이 객관적으로 담보되어 있다고 보기도 어렵다’라고 하였다.

피고 회사에는 경찰 출입기자가 없는 탓에 피고 소속 기자들은 경찰의 보도자료, 연합통신의 통신문, 다른 신문의 기사, 방송매체의 방송내용을 참고하여 위 기사를 작성하였다는 것이므로, 결국 이 사건 기사와 관련하여 피고 소속 기자들이 직접 구한 유일한 취재자료는 경찰의 보도자료뿐이라 할 것인데, 위 기사내용을 경찰의 보도자료 내용과 비교하여 보아도 경찰의 보도자료에는 전혀 언급되어 있지 않은 내용, 즉 유학간 학생들이 산간 가건물에서 허송세월하고 있으며, 학교당국이 수업 후에 학교농장에서 말을 먹이는 일과 같은 하찮은 일을 시키고 있다거나, 원고가 수사가 시작된 후 미국으로 도피하였다는 내용 등이 추가되어 있고, 특히 그 추가 부분 중 일부를 소재목으로 강조하는 등 과장하여 독자들의 흥미를 유발하도록 기사가 작성되어 있다. 또한 언론매체가 다른 언론매체의 보도내용을 참작하여 보도하였다 하더라도 자신의 보도로 인한 책임은 면할 수 없으므로(더구나 이 사건과 같이, 다른 언론매체의 보도내용을 명시적으로 인용하는 것이 아니라 직접 취재한 양 작성하는 경우에는 더욱 더 그러하다.), 자기 책임하에 그 내용의 진위 여부를 직접 확인하려는 노력을 다하여야 하며, 특히 일간신문이나 방송의 보도내용은 취재시간이 제한된 탓에 보도내용의 진위 여부가 불확실하거나 과장보도되는 경우가 적지 않아 그 진실성이 객관적으로 담보되어 있다고 보기도 어려우므로 이를 진실로 믿기 위하여는 더욱 더 진위 여부의 확인에 노력을 기울여야 할 것이다. 그런데 피고 소속 기자들이 경찰 보도자료의 내용에 다른 언론매체의 보도내용 일부를 추가하여 직접 취재한 것처럼 기사를 작성하면서, 그 기사내용의 진위 확인을 위하여 한 노력에 관하여 보건대, 원심은 제1심 증인의 증언에 의하여 피고 소속 기자들이 원고와 접촉을 시도하였으나 원고의 소재를 파악할 수 없을 뿐만 아니라 소외 1 회사에서도 그 진위를 확인하여 주지 아니한 사실을 인정한 다음, 피고가

원고에 대하여도 가능한 한 접촉을 시도하여 원고의 반론권을 보장하려 하였다고 하여 마치 피고가 사실을 확인하려는 노력을 다한 듯이 판시하였으나, 갑 제17호 증에 의하면 소외 2가 1991. 4. 11. 14:00경 이 사건을 보도한 중앙일보를 보고 원고 집에 전화하여 원고와 통화하였고, 같은 날 저녁 7시뉴스를 보고 난 후에도 원고에게 전화하여 원고와 통화하였다는 것이므로, 피고 소속 기자들의 원고에 대한 접촉 시도가 부적절하였거나, 그 노력을 다하지 않은 것으로 보여질 뿐 아니라, 위 증인의 증언에 의하더라도 위 증인이 소외 1 회사의 사무실에 전화하니 성명 미상의 여자가 “나는 아무 것도 모른다. 지금 아무도 없다”라고 말하였다는 것인 바, 이는 소외 1 회사측 관련자와 접촉을 시도하였다가 실패한 것에 불과할 뿐이고 신원도 확인되지 아니한 자의 위와 같은 말을 들어 원심과 같이 소외 1 회사에서 그 진위를 확인하여 주지 아니하였다고 인정할 수는 없다. 결국, 피고 소속 기자들은 위 기사내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 원고와 소외 1 회사측 관련자와 접촉하려고 시도하였으나 그 방법이 부적절하였거나 그 노력을 다하지 못하여 실패하자, 더 이상의 사실확인 노력도 하지 아니한 채 별다른 근거 없이 만연히 기사를 작성하였으므로, 일간신문이 신속성을 요구한다는 점을 감안하더라도 피고가 이 사건 기사의 취재 과정에서 그 기사의 내용이 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있었다고 보기 어렵다.

다) 악의적 공격 법리

대법원은 위 2000다37524, 37531 판결이 나온 지 얼마 지나지 않아 공직자의 도덕성·청렴성에 대한 의혹 제기는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아니면 위법하지 않다고 하였다.

판례는 악의적 공격 법리를 표현의 자유를 폭넓게 인정할 필요가 있는 분야에 적용한다. 현재까지 판례에 나타난 사안들은 다음과 같이 4가지, 즉 ① 공적 존재의 정치적 이념에 관한 의혹 제기, ② 공직자의 도덕성·청렴성이나 정책결정, 업무수행의 정당성에 관한 의혹 제기, ③ 언론사에 대한 감시와 비판, ④ 정당의 정치적 주장, 논평으로 크게 분류할 수 있다.

‘악의적이거나 심히 경솔한 공격으로 현저히 상당성을 잃었는지’의 판단은 언론보도의 내용이나 표현방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자 또는 공직사회의 사회적 평가를 저하시키는 정도, 취재과정이나 취재로부터 보도에 이르기까지의

사실확인을 위한 노력의 정도, 기타 주위의 여러 사정 등을 종합하여 판단한다.

형법 제310조에 관한 상당성 등 위법성조각사유에 관한 증명책임이 표현 행위자에게 있다는 판례에 따르면 ‘악의적 공격 법리가 적용되고, 표현이 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로 현저히 상당성을 잃지 않았다는 것’을 행위자가 증명해야 할 것이다. 현재까지 악의적 공격 법리에 관한 증명책임이 누구에게 있는지에 대해 명시적으로 설시한 판례는 찾기 어렵다. 판례가 악의적 공격 법리가 적용되는 사안에서 위법성을 제한적으로 인정하고 있으므로 증명책임이 사실상 피해자에게 있는 것과 같다는 견해도 있다.

3) 형사 판례에서의 법리 수용

앞서 본 민사 판결에서 확립된 상당성 법리, 공적 영역에서 완화된 심사기준 법리, 악의적 공격 법리는 형법상 명예훼손죄에 관하여도 그대로 수용되었다⁵⁰⁾.

나. 법적 성격

1) 악의적 공격 법리가 형법에 규정된 위법성조각사유 중 어디에 속하는지 굳이 명확히 한다면 위법성조각사유의 일반규정인 형법 제20조에서 규정하는 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’의 한 종류로 볼 수 있을 것이다.

형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’는 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말한다. 어떤 행위가 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호법익과 침해법익과의 법익균형성, 긴급성, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖춘 경우에는 정당행위에 해당한다.

명예훼손죄와 관련해서도 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 않는 행위로 보아 위법성을 조각한 판결례가 있다. 앞서 보았듯이 악의적 공격 법리는 형법 제310조와 구별되는 위법성조각사유이고, 정치인의 정치적 이념, 공직자의 도덕성·청렴성 등 일부 사안에서 표현의 자유를 특별히 보호하기 위한 것이다. 이는 민주주의, 헌법상 기본권의 비교형량 등을 통해 당해 표현행위가 법질서 전체의 관점에서 위법하지 않기 때문에 결국 법질서 전체의 관념에서 사회통념에 위배되지 않는 정당행위의 한 종류로 볼 수 있다. 이는 특수한 영역에서 사회상규에 위배되지 않는 정당한 표현행위의 요건(위 판례에서 말하는 목적의 정당성, 수단·방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성)을 구체화한 것으로 이해할 수 있을 것이다⁵¹⁾. ‘특수한 영역에서의 사회

50) 이지영, 전제 논문, 684 ~ 690, 702, 703면

상규'가 구체적으로 무엇을 의미하는지 밝히는 작업에는 위 2항에서 살핀 '민주주의의 의미'에 관한 논의가 유용할 것이다.

2) 명예훼손죄와 관련해서 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 않는 행위로 보아 위법성을 조각한 판결례 등

가) 대법원 1995. 3. 17. 선고 93도923 판결은 피해자가 피고인이 목사로서 있는 교회의 이단성 여부를 조사하여 달라고 요청하여 피고인이 소속한 교단협의회에서 조사위원회를 구성하여 그에 대한 조사활동을 하고 보고서를 그 교회 사무국장에 작성토록 하자, 피고인이 피해자를 명예훼손죄로 고소했던 고소장의 사본을 제출하여 조사보고서의 관련 자료에 첨부된 경우, 이는 자신의 주장의 정당성을 입증하기 위한 자료의 제출행위로서 정당행위에 해당하고, 고소장의 내용에 다소 피해자의 명예를 훼손하는 내용이 들어 있다 하더라도 위법성이 조각된다고 판단하였다.

나) 대법원 1990. 4. 27. 선고 89도1467 판결은 조합의 긴급이사회에서 불신임을 받아 조합장직을 사임한 피해자가 대의원총회에서 피고인 등의 음모로 조합장직을 박탈당한 것이라고 대의원들을 선동하여 회의 진행이 어렵게 되자, 새 조합장이 되어 사회를 보던 피고인이 회의의 질서유지를 위해 이사회의 불신임결의 과정에 대한 진상보고를 하면서 피해자는 긴급 이사회에서 불신임을 받고 쫓겨나간 사람이라고 발언한 경우, 그러한 발언은 업무로 인한 행위이고 사회상규에 위배되지 않는다고 판단하였다.

다) 대법원 1989. 2. 14. 선고 88도899 판결은 교회담임목사를 출교처분한다는 취지의 교단산하 재판위원회의 판결문은 성질상 교회나 교단 소속신자들 사이에서는 당연히 전파, 고지될 수 있는 것이므로 위 판결문을 복사하여 예배를 보러온 신도들에게 배포한 행위로 인해 그 목사의 개인적인 명예가 훼손된다 하여도 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당하여 위법성이 없다고 판단하였다⁵¹⁾.

라) 일본 최고재판소도 '타인이 한 행동과 대비하여 방법, 내용에 있어서 적당하다고 인정되는 한도를 넘지 않는 이상, 위법성이 없다'라고 하여 정당행위를 인정한 사례가 있다고 한다.

다. 개념

1) 뉴욕타임스 판결, 거츠 판결

51) 이지영, 전계 논문, 701면

52) 이지영, 전계 논문 701면에서 재인용

논의의 편의상 미연방대법원의 위 각 판결에 관하여 먼저 살펴본다.

가) 뉴욕타임스 판결(1964년)

앞서 본 ‘뉴욕타임스 판결’에서, 미국 연방대법원은 미국 연방수정헌법 제1조에 정한 ‘언론의 자유 보장’을 근거로 커먼로상 명예훼손 법리에 대하여 헌법적 제한을 가하였다. 즉 위 판결은 공직자(public official)의 공적 행위(official conduct)에 대하여 보도를 한 명예훼손 사안의 경우, 종래 커먼로 법리상의 증명책임을 전환시켜 원고가 그 보도내용이 허위라는 점을 증명하도록 하고, 나아가 원고로 하여금 그 보도자인 피고에게 ‘현실적 악의(actual malice)’가 있었다는 점을 증명해야 한다고 판단하였다. 여기서 ‘현실적 악의’는 ‘보도 내용이 허위임을 알았거나 또는 허위인지의 여부에 대하여 무모하게 무시하고서(with knowledge that it is false or with reckless disregard of whether it was false or not)’ 보도한 것을 의미하는 것으로서 뉴욕타임스 판결이 판시한 위 법리를 ‘현실적 악의 원칙’이라고도 한다. 원고가 보도내용이 허위라는 점 외에 피고의 현실적 악의까지 증명하는 것은 매우 어려우므로, 뉴욕타임스 판결은 언론기관의 공직자에 대한 명예훼손이 문제 되는 사안에서 손해배상책임이 인정될 수 있는 범위를 극도로 축소시킴으로써 언론의 자유가 보장되는 범위를 획기적으로 넓힌 판결로 평가받고 있다. 그 유형의 사건에서 원고가 승소하기 위해서는 피고의 현실적 악의에 관하여 ‘증거의 우월성(preponderance of evidence)’에 따른 입증을 하는 것만으로는 부족하며, 더 나아가 ‘신빙성 있는 확실성(convincing clarity)’을 가진 증거를 제출해야 한다. 그리고 미국 연방대법원은 현실적 악의 원칙의 도입을 연방헌법의 요구로 파악하고 있다⁵³⁾.

나) 거츠 판결(1974년, Gertz v. Robert Welch, Inc.)

공직자 및 공적 존재는 스스로의 활동을 통해 공중의 주시와 비판의 대상이 될 위험을 어느 정도 감수하여야 하지만 사인은 그러하지 아니하다는 등의 이유로 원고가 공인인지 여부에 따라 현실적 악의 원칙 적용 여부를 결정하도록 정리하였다⁵⁴⁾.

2) 기존 학설과 한계

가) 대법원이 ‘악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격’ 내지 ‘악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것’의 의미에 대하여 구체적으로 판시한 바는 없다. 그런데 여기에 사용된 “악의”, “경솔”, “상당성”과 같은 용어들은 미국

53) 이상윤, 전계 논문, 64면, 김시철, 전계 논문, 65면

54) 김시철, 전계 논문, 73면

의 현실적 악의의 원칙과 독일의 이익형량의 원칙 및 의무합치적 심사이론, 그리고 앞에서 본 대법원의 상당성의 법리에서 유래한 것으로 볼 수 있다. 그 원칙과 법리의 내용을 종합하여 보면, 판례가 지칭하는 ‘악의적 공격’이란 내용이 허위임을 알면서 허위 사실을 적시하는 것이라고 할 것이다. ‘현저히 상당성을 잃은 공격’ 또는 ‘심히 경솔한 공격’으로서 현저하게 상당성을 잃은 것’이란 사실 확인을 위하여 구체적인 사정에 맞는 적절한 노력을 하여야 함에도 이를 현저히 게을리 한 채로 매우 경솔하게 허위의 사실을 적시하는 것이라고 할 것이다. 예를 들어 적시 내용의 진실성을 객관적·합리적 자료나 근거에 의하여 뒷받침하는 것은 아니더라도 구체적인 정황의 제시 정도는 하여야 함에도 이조차도 없이 허위의 사실을 적시한 경우이다⁵⁵⁾. 만약 甲판사의 뇌물수수 의혹이 발언자가 아무런 근거가 없이 ‘지어낸 말’이라면 악의적이거나 심히 경솔한 공격이라고 볼 수 있을 것이다⁵⁶⁾.

나) 다만 ‘악의적 공격’의 개념을 이와 같이 정의하면 설명이 어려운 경우가 있다. 이에 관하여는 아래 3)항에서 구체적으로 살펴본다.

3) ‘악의적 공격’의 판단기준 중 ‘사실확인을 위한 노력의 정도’에 대하여

가) 진실이라고 믿은 데 상당한 이유는 없거나 아예 허위인 표현의 보호가치

(1) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결은 “형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증명이 있으면 위 행위에 위법성이 없으며 또한 그 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다”라고 판시하였는데, 여기에는 ‘진실한 사실이 아니더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다’라는 취지도 포함된다고 이해되는 것으로 보인다⁵⁷⁾. 대법원 2007. 8. 23. 선고 2005도1446 판결은, 원심이 “피고인들이 허위의 사실을 진실이라 믿고 보도를 하였으며 그와 같이 믿은 데에 그럴만한 상당한 이유가 있었던 것으로 보이고, 또 공소사실과 같은 기사를 신문에 게재한 것은 고○○을 비방하기 위한 것이 아니라 오히려 공공의 이익을 위한 것이었다고 판단되므로 형법 제309조 제2항 또는 제1항의 죄가 성립하지 아니하고, 나아가 형법 제310조에 의하여 위법성이 조각되어 형법 제307조 제1항의 명예훼손죄로도 처벌할 수 없다.”고 판단함으로써 무죄를

55) 주석형법(제5판, 각칙 4, 심담 집필 부분), 590면

56) 이지영, 전개 논문, 710면

57) 주석형법(제5판, 각칙 4, 심담 집필 부분), 552면

선고한 조치는 정당한 것으로 수긍이 된다고 판시하기도 하였다.

(2) 악의적 공격 법리가 최초로 실시된 2002다64384(전북도지사 판결) 판결의 경우 절도범의 진술이 표현의 유일한 근거였으므로 진실이라고 믿은 데 상당한 이유는 없다⁵⁸⁾. 그러나 대법원은 고위공직자의 도덕성 사안, 정당 대변인의 정치적 논평에 해당함을 이유로 위법성조각을 인정하면서, “종래 국민적 관심의 대상이 되면서도 정치적으로 민감한 사건의 수사에 있어서 그 수사기관이 아니고서는 의혹의 진위를 가리는 것이 현실적으로 매우 어려운 데도 수사내용에 대하여는 보안이 철저히 지켜짐으로써 국민들의 의구심을 해소하기에 아쉬움이 있었던 일이 없지 않았고 바로 이러한 경우에 정당이나 언론의 역할이 필요함은 우리의 경험으로 알 수 있다”라고도 하였다.

(3) 대법원은 ‘수입쇠고기’ 사건에서 ‘허위사실의 적시로 인정되는 방송보도 내용은 미국산 쇠고기의 광우병 위험성에 관한 것으로 공직자인 피해자들의 명예와 직접적인 연관을 갖는 것이 아닐 … 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격으로 볼 수 없는 점 … 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵’다고 하였다.

(4) 공직자 등 공적 존재에 대하여 위법성의 심사기준을 완화해 온 대법원의 판시 내용을 종합하면, 「‘구체적 정황의 뒷받침이 없는 악의적 모함’ 또는 ‘악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것’에 해당하지 않는다면 ‘어느 정도 허위사실의 암시나 의혹의 제기가 포함되어 있다고 하더라도 공직자의 업무처리의 공정성 여부에 관한 국민과 언론의 감시·비판기능의 중요성에 비추어 그 정도의 암시나 의혹의 제기는 허용될 수 있는 범위’이거나 ‘언론의 자유 범위 내에 속하는 것’으로서 위법성이 조각된다」라고 요약하여 표현할 수 있다고 하면서, 사실확인을 위한 노력을 전혀 하지 않은 언론사의 보도에 대하여 ‘악의의 공격’ 법리를 적용한 대법원 판결(대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다53214 판결)을 지지하는 견해가 있다.

나) 검토

(1) 민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성·전달에 따라 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나가야 하므로 공적 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 하고, 이는 그 표현이 사실인지 의견인지, ‘진실’인지 ‘허위’인지에 따라 다르지 않다⁵⁹⁾. 사실확인의 노력을 하지는 않

58) 이지영, 전계 논문, 692면

59) 이지영, 전계 논문, 706면

았지만 악의는 없는 경우도 충분히 있을 수 있다. 민주주의 사회에서 특히 보장되어야 할 표현들, 즉 공직자나 언론사에 대한 광범위한 의혹 제기나 비판, 정치적 주장, 논평 등의 경우, 진실이 아니고 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 부족한 경우도 악의적 공격이 아닌 한 위법성을 조각할 필요가 있다, 특히 이 사건처럼 정치권력에 관하여 확인되지 않은 사실을 언급하며 의혹을 제기한 경우 형법 제310조에 따른 위법성조각이 어려운 경우가 많다⁶⁰⁾.

(2) 형법 제310조의 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유를 인정함에 있어서는, 구체적인 사정에 따라 필요하다고 인정되는 사실 확인을 위한 노력이 충분하였는지 여부가 가장 중요한 판단기준이 된다⁶¹⁾. 보도 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는가의 여부는 기사의 성격, 정보원의 신빙성, 사실확인용의 용이성, 보도로 인한 피해자의 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 보도 내용의 진위 여부를 확인하기 위한 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 할 것이다(대법원 1998. 5. 8. 선고 96다36395 판결 참조). 그러나 상당성 법리, 완화된 심사기준 법리 및 악의적 공격의 법리가 서로 별개의 법리라고 하면, 상당성 법리, 완화된 심사기준 법리에 적용되는 판단기준의 의미를 토대로 ‘악의적 공격’ 법리의 판단기준 중 하나인 ‘사실확인을 위한 노력의 정도’의 의미를 이해해야 할 필연성은 없다.

(3) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다8262 판결은, 조선일보가 한겨레신문을 여당의 ‘처첩신문’이라고 표현한 것은 모멸적인 표현에 의한 인신공격에 해당한다거나 의견표명으로서의 한계를 일탈한 불법행위가 아니고, 강제투입부수만을 무가지 부수로 보아 무가지 비율을 산정한 후 한겨레신문의 무가지 비율이 가장 높다고 보도한 것은 객관적 사실에 부합하지 않을 여지가 있으나 한겨레신문이나 다른 신문에서도 무가지 비율을 혼동하여 게재하고 있는 점에 비추어 무가지 비율의 산정이 잘못된 것이 아니라고 믿었고 이를 믿은 데 상당한 이유가 있다고 본 사례인데, 위 판결에서 대법원은 언론사에 대한 감시와 비판 기능에 비추어 볼 때, 언론사들 사이에 의문이나 의혹을 제기하는 것은 그 ‘개연성’이 있는 한 광범위하게 허용되어야 하며, 수사적인 과장표현도 언론기관이 서로 반박할 수 있다는 점을 고려하여 개인에 대한 명예훼손

60) 이지영, 전계 논문, 705면

61) 김종호, 전계 논문, 189면

손의 경우보다 넓게 용인될 수 있다고 하였다. 이러한 법리는 판례가 ‘악의적 공격’ 법리의 적용 영역으로 인정하는 나머지 영역에 대하여도 마찬가지로 적용될 수 있다. ‘사실 확인을 위한 노력’이 위 판결에서 언급된 ‘개연성’을 획득하는 유일한 방법이라고는 할 수 없을 것이다. 예컨대 어떤 표현이 사실 적시인지 의견 표명인지를 구별함에 있어서는 ‘일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법’을 전제한 그 표현이 이루어진 ‘보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름’에 대한 검토가 필요한데, 그 과정에서도 ‘개연성’은 획득될 수 있다고 봄이 타당하다(어떤 공무원의 특정 근무시간 중 행적은 그 공무원이 정상적으로 근무하였다고 하면 밝히지 못할 이유를 도저히 찾아볼 수 없는데, 그럼에도 그 공무원이 그 행적 공개를 한사코 거부한다고 하면, 이러한 사정만으로도 그 공무원이 한 업무수행의 정당성을 의심할 만한 개연성을 끌어낼 수 있다고 할 것이다). 즉 대법원이 열거한 ‘악의적 공격’의 판단기준은, 판단기준을 모두 만족시켜야 위법성이 조각될 수 있다는 의미라기보다는(대법원이 “그 밖의 주위 여러 사정 등”이라는 포괄적 표현을 사용한 것을 보더라도 구체적으로 열거된 판단기준은 전부가 아닌 예시에 불과하다고 할 수 있다), 판단기준 전부 또는 일부를 도구 삼아 어떤 표현이 표현의 자유의 범위 내에 있는지(따라서 보호할 가치를 갖는지) 판단하라는 의미로 봄이 타당하다. 따라서 ‘사실확인을 위한 노력’을 전혀 하지 않은 경우도 ‘악의적 공격’ 법리에 따라 위법성이 조각될 수 있는 경우를 상정해 볼 수 있고, 앞서 보았듯이 문제된 발언의 청자(聽者)가 ‘지성과 인성을 두루 갖춘 사려 깊은 교양인’이라고(적어도 규범적으로는) 기대할 수 있다는 사정까지 보태어 보면 더욱 그러하다. 이런 해석을 통해 표현의 자유를 보다 넓게 보호할 수 있다.

(4) 판단기준의 의미를 ‘악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것’의 의미를 규명하기 위한 수단으로만 제약할 경우, 대법원이 여전히 ‘악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것’의 의미를 제대로 밝힌 적이 없다는 점에서 판단기준의 의미조차 흐려질 여지가 많다. 오히려 ‘악의적 공격’이란 곧 ‘표현의 자유 한계 일탈’을 의미한다는 전제 아래, 판단기준을 ‘표현의 자유 한계 일탈’ 여부를 가리는 수단이라고 이해할 때 판단기준의 의미가 명확해 지고 구체적인 사안에의 적용도 용이해 진다고 할 수 있다.

(5) ‘상당성 법리’에 따른 위법성조각과 진실 사이의 관계는, 열심히 공부하는 학생(사실확인을 위한 최선의 노력을 하는 사람)이 원하는 대학에 합격하리라고(진실에 도달하리라고) 기대하는 것에 비길 수 있을 것 같다(물론 열심히 공부한다고

해서 꼭 원하는 대학에 진학할 수 있는 것은 아니다). 하지만 대학은 엄밀하게 따져 보면, 그 자체가 목적이라기보다는 ‘성공적인 인생(표현의 자유의 적정한 향유)’에 도달하기 위한 수단 중 하나라고 할 것이다.

일상생활을 통해 깨칠 수 있는, 인류의 역사를 통해 검증된 올바른 ‘원칙(성실, 정직, 공감 등과 같은 덕목들)’이 있다. 그리고 올바른 원칙에 비추어 보기만 해도 뭔가 잘못되었다고 느낄 수 있는 ‘현저한’ 문제상황은 종종 발생한다. 올바른 원칙에 터잡아 이런 문제상황에 대한 해법에 관하여 진지한 의견교환을 시도하는 학생이 - 설령 ‘공부’에는 뜻이 약하다고 하더라도 - 성공적인 인생에 도달할 수 있으리라고 기대해 볼 수 있지 않을까. 더구나 이 학생의 주변에는 훌륭한 청자들이 버티고 있는 것이다.

4) ‘악의적 공격’의 판단기준 중 ‘법익 균형성’에 대하여

위 판단기준의 충족 여부를 따짐에 있어서 독일의 ‘반격의 원칙’의 취지를 고려해 볼만 하다고 생각된다. ‘반격의 원칙’이란 가치를 저하하는 평가에 대하여 스스로 원인을 제공하는 자는 그것에 대한 신랄한 반격이 그의 명예를 저하시킨 경우에도 이를 원칙적으로 인용해야 한다는 것이다. 어떤 표현이 타인의 사건에 대한 적당한 반응이라면 그 표현은 반격권에 해당하고 원칙적으로 허용된다. 자신의 보호받을 가치 있는 사생활 영역의 부분을 어느 정도 포기했는지 여부가 쟁점인데, 정치적 논쟁에 참여함으로써 일반의 주의를 자기 쪽으로 모은 사람은 반대자로부터 자기 명예가 훼손되는 비판을 감수해야 한다. 무엇보다도 그는 정치적으로 자신을 방어할 충분한 기회를 갖고 있다. 한편 자기방어권(Self-defense)에서 유래한, 반박주장이 공표되는 정도는 공격주장이 공표된 정도와 합리적으로 균형을 이루어야 한다는 영국의 Right of Reply to an Attack 법리, 최초의 공격에 적절하게 대응한 것으로서 과도하거나 상당성을 잃은 것이 아니라면 제한적인 면책특권이 인정된다는 미국의 Qualified privilege of reply to defamatory publication 법리도 고려해 볼 만하다고 생각된다⁶²⁾. 앞서 보았듯이 ‘악의적 공격’이 ‘정당행위’의 일종이라고 한다면, 이러한 법리는 정당행위의 요건 중 ‘목적·수단의 상당성’ 인정 여부 판단에도 참작될 수 있을 것이다.

5) ‘악의적 공격’ 법리와 표현의 자유의 한계

가) 표현의 자유의 한계를 일탈한 위법한 행위

62) 김시철, 전계 논문, 97면

어떤 표현이 표현의 자유의 한계를 일탈한 위법한 행위로 인정된다면 이는 ‘악의적 공격’ 법리에 의하더라도 위법성은 조각될 수 없다고 할 것이다.

‘표현의 자유의 한계를 일탈한 위법한 행위’는 곧 악의적 공격을 가리키는 것으로 볼 수 있을 것이다⁶³⁾. 아래에서는 표현의 자유의 한계를 일탈하였는지 여부가 검토된 사례들을 본다.

(1) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결: 동일 사건으로 처벌받은 전력이 있음에도 검사(원고)가 잘 확인하지 않은 채 피의자를 다시 기소한 사안이 다. 방송사(피고)가 ‘한심한 검찰’이라는 제목으로 ‘피의자가 처벌 사실을 알렸음에도 검사가 목살하였다’고 방송한 것에 대해, 원심은 적시한 사실이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 없다고 판단하였는데, 대법원은 악의적 공격 법리를 실시한 후 “이 사건 인터뷰의 방영은 피고들이 그 내용이 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있는 것이거나 공직자의 업무처리의 공정성 여부에 관한 언론의 감시와 비판기능의 중요성에 비추어 허용될 수 있는 범위 내의 것으로서 그 위법성을 인정할 수 없다.”고 하였다⁶⁴⁾.

(2) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005도3112 판결: 인터넷신문 기자가 시의회의원이 시청공무원에게 욕설 등 폭언을 하며 질책하였다는 내용의 기사를 작성, 보도한 사안에서, 대법원은 「고소인 스스로 명예훼손적 표현의 위험을 유발하였고, 고소인의 폭언 중 일부를 그대로 인용하는 형식을 취한 것은 기사의 정확성을 기하기 위한 것이며, 기사의 주요한 동기 내지 목적 등에 비추어 볼 때 일부 문제의 소지가 있는 표현도 이를 문제 삼아 공공의 이익을 도모한다는 의사를 부정하는 것은 공직자의 공적 활동과 관련된 언행에 대한 언론의 감시·비판 기능을 지나치게 위축시키는 것으로 적절하지 않다」라는 취지로 판단하였다.

(3) 대통령 후보자 사건: (허위의 사실 적시로 판단된 부분) ... 임박한 대통령선거 직전의 시기에 전파력이 강한 그 잡지에 그 사실들을 적시하여 발행시기를 앞당겨 게재·배포 ... 독자로서는 피해자가 사살대상자로 지목될 정도로 중대한 사상적 범죄를 저질렀고 현행법상 법정형이 사형인 반국가적 범죄를 저질렀다는 식으로 인식 ... 피해자 개인으로서는 생사에 관련된 명예문제로서 그보다 더한 경우란 상정하기 힘든 극도로 중대한 영향을 피할 수 없게 되는 ... 그 잡지로서는 그의 사상이념을 소개하기 위하여는 그러한 표현 방법 외에도 위법하지 않은 다른 표현을 사용하여 국민

63) 이지영, 전계 논문, 710면

64) 이지영, 전계 논문, 693면

의 알권리를 충족시킬 수 있었다고 판단된다 ... 일반의 독자들이 통상적으로 기사를 이해하는 방법 ... 피해자가 그런 행위를 하였다는 단정을 한 다음 그것이 진실함을 전제로 설득조의 문장을 반복 강조한 것이라고 인식 ... 그 잡지의 배포 시기, 그 기사의 표현방식 등에서 비방의 목적이 드러났다고 봄이 상당하다 ... 그 기사의 위법성이 인정되는 이상 그 기사가 위법하다고 판단되는 것이 의견의 시장 내지 언론자유의 숨쉴 공간에 부당하게 영향을 끼치는 것이라고는 할 수 없다 ... 월간지 ... 더구나 발행시기를 의도적으로 앞당겨 시간적 애로를 자초하였던 이 사건에 있어서는 신문자유의 특성을 내세울 수 없다고 할 것이다.

나) 모욕적이고 경멸적인 인신공격

(1) ‘악의적 공격’ 법리에 의하더라도 ‘모욕적이고 경멸적인 인신공격’은 위법성이 조각될 수 없다.

모욕적이고 경멸적인 인신공격인지 여부를 판단함에 있어서는 상대방이 공적인 존재인지, 그 내용이 공공적 사안에 관련되는지 고려되어야 할 것이다. 주관적, 객관적 요소를 모두 고려할 때 공서양속에 반하거나 인간의 존엄과 가치를 침해하는 표현이라고 할 수 있다면 모욕적이고 경멸적이라고 할 수 있을 것인데, 여기에는 발언자의 의도 및 표현의 자유와 인격권 사이의 형량 결과도 고려되어야 할 것이다⁶⁵⁾.

(2) 독일 일반 법원은 토론보다는 개인의 명예손상에 방점이 있는 낙인찍기, 사회적 배척, 망신주기는 비방적 비판에 해당함을 이유로 금지하고 있다. 독일 연방헌법재판소는 표현행위가 사안에 관한 논쟁을 벗어나 인물에 대한 폄훼를 위주로 하여 도발적이고 극단적인 비판에 의하여 개인적으로 깎아내리는 행위는 비방적 비판이고, 비방의 본질적 징표는 객관적인 관심을 뒷전으로 몰아내는 개인적인 중상에 있다고 하면서도, 공적 관심 사안에 관한 표현행위에 있어서는 이른바 사적 원한의 경우에만 예외적으로 인정하고 있다⁶⁶⁾. 이러한 외국의 사례도 모욕적이고 경멸적인 인신공격의 의미를 해석함에 있어 참고가 될 수 있을 것이다.

5. 관련 사건

가. 세월호 사건(광주고등법원 2015. 4. 28. 선고 2014노490 판결, 위 판결에 대한 상고가 모두 기각되어 위 판결은 2015. 11. 12. 그대로 확정되었다)

65) 이상윤, 전계 논문, 94면

66) 이상윤, 전계 논문, 93면

세월호 사건의 내용을 확인하기 위해, 위 판결의 범죄사실 중 일부를 살펴본다.

1) 사고 발생 후 승객의 대응 및 피해상황

세월호에서는 (2014. 4. 16.) 08:52경부터 매니저 강○성에 의하여 선내방송으로 승객들에게 선내에 대기하라는 안내가 시작된 것을 비롯하여 09:50경까지 여러 차례에 걸쳐 “선내 대기하라”는 방송만 계속되었을 뿐, 승객들에게 사고 상황이나 대피요령 등에 대해서는 안내방송이 되지 않고 있었다.

이에 따라 08:52경 세월호에 타고 있던 피해자 최○○⁶⁷⁾(남, 16세)가 119에 최초로 사고 신고를 하고, 피해자 김○○(여, 16세)이 09:41경 “아 진짜 보고싶어ㅜㅜ 엄마ㅜㅜ, 야 진짜무서워ㅜㅜㅜ, 창문바로앞에컨테이너, 떠내려가고있어, 존나방송도 안해줘, 강가만히만있으래”, 09:42경 “아빠가 속보 떴다고, 보라고해서, 아니속소안에, 다있어, 배터리단다고, 지피에스 켜놓고, 배터리다니까, 기다리래ㅜㅜ”라는 카카오톡 문자메시지를 보내고, 피해자 박○○(여, 16세)이 10:17경 “지금 더 기울어”라는 카카오톡 문자메시지를 보내는 등 승객들은 선내에 대기하라는 안내방송에 따라 선내에서 구조조치를 기다리면서 통화를 하거나 문자메시지를 주고받았다.

한편, 피해자 유○○(남, 58세)은 3층 선수 좌현 큰방에서 대기하던 중 좌현 쪽 창문을 통해 바닷물이 차오르는 것을 보고 출입문을 이용하여 안내데스크로 이동한 후 다시 로비 계단을 통해 4층 우현 갑판까지 이동하여 대기하던 중 해경에 구조된 것을 비롯하여 선내에 대기하라는 방송에도 불구하고 갑판 등으로 이동하여 해경에 의해 구조되었던 승객이 있었던 것을 보면, 피고인들이 퇴선명령을 하고 구명뗏목을 투하하는 등 구조조치 의무를 제대로 이행하였다면 승객들이 살아나올 수 있는 상황이었다.

그러나 위와 같이 세월호가 전복되고 피고인들이 대피명령 및 그에 따른 승객들의 대피유도 등 아무런 구조조치 없이 세월호를 퇴선함에 따라 세월호에 탑승했던 정○○(남, 16세) 등 별지 피해자 일람표 I 기재 303명 및 양○진(남, 57세)은 그 무렵 바다에 빠져 사망하였고(2015. 4. 28. 판결 선고 당시의 실종자 9명을 포함하였다), 강○○(남, 40세) 등 별지 피해자 일람표 II 기재 152명은 해경 등에 의하여 구조되었으나 세월호가 갑자기 기울어 질 때 또는 탈출 과정에서 상해를 입었다.

2) 피고인 이○석의 살인, 살인미수

67) 피해자들의 개인정보 보호를 위하여 세월호의 승무원을 제외한 나머지 피해자들의 성명을 비실명으로 기재하였다.

피고인 이○석은 평소 복원력이 나뻐던 세월호가 사고 발생 직후 이미 좌현으로 약 30도 정도 기울 뒤 계속하여 기울고 있는 점 등에 비추어 세월호가 곧 침몰할 수 있다는 사실과 피해자인 승객 등이 안내방송을 믿고 대피하지 않은 채 선내에 대기하고 있는 사실 그리고 진도 VTS 등과의 교신을 통하여 승객 등을 퇴선시킬 경우 구조가 가능하다는 사실을 충분히 인식하였다.

승객 등에 대한 퇴선명령을 하여야 할 결정권자인 피고인 이○석은 2014. 4. 16. 08:55경 세월호 조타실에서 제주 VTS에 피고인 강○식이 구조요청을 한 뒤부터 09:37경 진도 VTS와의 교신을 단절하기까지 피해자들의 구조에 대비하기 위해서는 구명뗏목과 슈트 등 구조장비를 투하하고 피해자들로 하여금 구조가 용이한 갑판 등으로 대피하도록 하는 등 구조조치를 해야 했다. 특히 세월호 인근에 대기하고 있던 둘라에이스호에서 교신을 통하여 09:13경 피해자들이 탈출하면 구조를 하겠다고 하고 나아가 09:24경에는 피해자들에게 라이프링을 착용시켜 빨리 탈출을 시키라고까지 하였으므로, 피고인 이○석은 지체 없이 피해자들을 안전하게 퇴선시켜야 했다. 더욱이 피고인 이○석은 조타실에 있는 무전기 또는 선내 방송장치, 비상벨로 쉽게 피해자에게 대피 등 구호조치를 취할 수 있었다.

그럼에도 피고인 이○석은 피해자들이 선내에 그대로 대기하고 있는 상황에서 배가 더 기울면 아예 세월호 밖으로 빠져나오지 못하고 익사할 수도 있다는 점을 알면서도 위와 같은 퇴선을 위한 조치를 전혀 취하지 않았을 뿐만 아니라, 선내 대기 중인 피해자들에 대한 대피 등 후속조치를 묻는 사무 승무원들의 무전에 대하여 위와 같은 조치를 명하지 아니함으로써 오히려 계속 선내 대기 방송만이 나가도록 하였고, 09:26경에는 진도 VTS로부터 해경 경비정이 10분 내에 도착한다는 교신을 받았으므로 10분 뒤 해경이 도착하였을 때 피해자들로 하여금 바로 퇴선하여 구조될 수 있도록 조치를 취했어야 하나 이때도 아무런 조치를 취하지 않음으로써 피해자들로 하여금 계속 선내에 대기하고 있도록 하였다.

이후 피고인 이○석은 해경 123정 1척만이 세월호 인근에 도착하는 것을 발견하였는데, 세월호가 증.개축으로 무게중심이 위에 있어 복원력이 약하고 고박 부실과 과적 등으로 좌현으로 화물이 쏠려 배가 결국 침몰될 수밖에 없고, 당시의 배 기울기 진행 속도로 보아 짧은 시간 내에 배가 전복될 것이므로 승객 등이 세월호에 남아있을 경우 곧 죽을 수도 있는 반면에, 퇴선명령이 없는 상태에서 피고인 이○석이 먼저 탈출하면 우선적으로 구조 받을 수 있는 상황이었다.

이에 피고인 이○석은 “승객 등에게 대피 또는 퇴선명령을 하지 않고 세월호를 퇴선하면 선내에 대기하고 있던 승객 등은 세월호가 침몰할 때 선내에 갇혀 빠져나오지 못하고 사망할 수 있지만 그래도 어쩔 수 없다”는 생각 하에 승객들에 대한 구호 조치 없이 자신만 퇴선하기로 용인하였다.

피고인 이○석은 09:37경 위 조타실에서 더 이상 진도 VTS와의 교신을 하지 않고 있던 중 09:39경 피고인 박○호 등 기관부 선원들이 해경 구명단정을 이용하여 먼저 퇴선하는 것을 보고 “퇴선명령을 하지 않아 선내에 대기하고 있는 사람들이 침몰 중인 세월호 선내에 계속 있을 경우 빠져나오지 못하여 사망하더라도 어쩔 수 없다”라는 생각에 승객 등에 대한 어떠한 구조조치도 취하지 아니한 채 퇴선하기로 마음먹고, 그곳에 함께 있던 피고인 강○식 등과 윈브릿지로 나와 자신들이 선장과 선원이라는 사실을 비롯하여 선내에 승객 등이 대기 중이라는 사실 그리고 승객 구조를 위해 필요한 선박에 관한 정보 등을 구조 해경에게 알리지 않았다.

이로써 피고인 이준석은 세월호에 남아있던 피해자 정○○(남, 16세) 등 별지 피해자 일람표 I 기재 피해자 303명을 그 무렵 바다에 빠져 익사하게 하여 살해하고, 피해자 강○○(남, 40세) 등 별지 피해자 일람표 II 기재 피해자 152명이 사망할 것을 용인하면서 퇴선하였으나 위 피해자들이 해경 등에 의하여 구조되는 바람에 사망하지 않았다.

나. 산케이 신문 사건(서울중앙지방법원 2015. 12. 17. 선고 2014고합1172 사건, 확정)

1) 공소사실의 요지

피고인은 1991. 4.경 일본 산케이신문사에 입사하여 2004. 9.경부터 2005. 3.경까지 산케이신문사 서울지국에서 연수기자로 활동하였고, 2010. 11. 1.자로 산케이신문사 서울지국장으로 발령받아 약 4년간 외신기자로 근무한 일본인이다.

피고인은 2014. 4. 16. 발생한 세월호 침몰 사고와 관련하여 대통령 갑의 당일 일정에 대해 논란이 제기되고 2014. 7. 18.자 조선일보 ‘대통령을 둘러싼 풍문’이라는 칼럼에 ‘대통령 비서실장의 국회 답변을 계기로 세월호 침몰 사고 당일 박근혜 대통령이 모처에서 비선과 함께 있었다는 루머가 만들어졌다’는 글이 게재된 것을 발견하게 되자, 그 소문의 진위 여부에 대하여 당사자와 관계자 등을 상대로 확인하려는 노력을 제대로 기울이지 아니한 채 위 칼럼을 일부 발췌하여 인용하면서 출처 불명의 소식통을 빙자하여 마치 세월호 침몰 사고 당일 피해자 갑이 피해자 정○○와

함께 있었다거나 피해자 정○○나 최○○과 긴밀한 남녀관계라는 근거 없는 소문이 사실인 것처럼 보도하는 기사를 게재하기로 마음먹었다.

피고인은 2014. 8. 2.경 서울 중구 정동 22 경향신문사 빌딩 10층에 있는 산케이신문사 서울지국 사무실에서, 컴퓨터를 이용하여 피해자 갑과 피해자 정○○에 대한 소문에 관한 기사를 작성하였다.

피고인은 “대통령 갑이 여객선 침몰 당일, 행방불명에... 누구와 만나고 있었나?(朴槿惠大統領が旅客船沈没当日、行方不明に…誰と会っていた?)”라는 제목 아래에,

「조사기관 ‘한국 갤럽’에 따르면, 7월 마지막 주 대통령 갑의 지지율은 전주(前週)에 이어 40%였다. 대통령의 권위는 이제 불품없게 되었다는 것을 말하는 결과다. 이렇게 되면 나오는 것이 대통령 등 권력 중추에 대한 진위불명의 소문이다. 이런 가운데 여객선 침몰 사고 발생 당일인 4월 16일, 대통령 갑이 낮 동안 7시간에 걸쳐 소재불명으로 되어 있었다고 하는 ‘팩트’가 불거져 나와, 정권의 혼미한 모습이 두드러지는 사태가 되고 있다.(서울, 카토 타쓰야)」로 시작하여,

위 조선일보 칼럼 내용 중 「김 실장이 ‘저는 모른다’라고 말한 것은 대통령을 보호하기 위해서였을 것이다. 하지만 이것은 숨겨야만 하는 대통령의 일정이 있었던 것으로 해석되고 있다. 세간에서는 ‘대통령은 당일, 모처에서 비선(秘線)과 함께 있었다’는 소문이 만들어졌다.」라는 등 소문과 관련된 부분을 중심으로 인용하면서,

「증권가 관계자에 의하면, 그것은 대통령 갑과 남성의 관계에 관한 것이다. 상대는 대통령의 모체, 새누리당의 전 측근으로 당시는 유부남이었다고 한다. 하지만 이 증권가 관계자는 더 구체적인 부분에 대해서는 입이 무거워진다. 또한 “소문은 이미 한국의 인터넷 등에서는 사라져 읽을 수 없다”라고도 한다. 일종의 도시 전설화하고 있는 것이다.」, 「증권가 관계자가 말하는 바에 따르면, 대통령 갑의 ‘비선(秘線)’은 정씨를 염두에 둔 것으로 보인다. 그러나 “갑과의 긴밀한 관계가 소문으로 된 것은, 정씨가 아니라 그의 장인(丈人) 최 목사 쪽이다”라고 밝힌 정계 소식통도 있어, 이야기는 단순하지 않다.」라는 내용의 기사를 작성하였다.

피고인은 위와 같이 작성한 기사를 컴퓨터 파일로 저장한 후 일본 도쿄에 있는 산케이신문 본사로 전송하였고, 위 기사는 2014. 8. 3. 12:00경 산케이신문 인터넷 기사란에 게재되었다.

그러나 사실은 2014. 4. 16. 세월호 침몰 사고 당일 피해자 갑은 청와대 내부에 있었고, 피해자 정○○는 청와대를 출입한 사실이 없는데다 외부에서 자신의 지인을

만나 점심식사를 같이 한 후 귀가하였으므로 피해자들이 함께 있었던 사실이 없었다. 또한 피해자 대통령 갑은 피해자 정○○나 최○○과 긴밀한 남녀관계가 아니었다.

그럼에도 피고인은 앞에서 기재한 것처럼 당사자 및 정부관계자 등을 상대로 최소한의 사실관계 확인도 없이 ‘증권자 관계자’ 또는 ‘정계 소식통’ 등을 인용하여 마치 피해자 대통령 갑이 세월호 침몰 사고 발생 당일 피해자 정○○와 함께 있었고 피해자 정○○나 최○○과 긴밀한 남녀관계인 것처럼 거짓의 사실을 적시하였다.

결국 피고인은 피해자들을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 피해자들의 명예를 각각 훼손하였다.

2) 위 법원은, ‘이 사건 기사의 전체 내용에 비추어보면, 피고인이 이 사건 기사를 작성한 주된 목적 또한 이전 기사를 쓸 때와 마찬가지로 세월호 침몰 사고와 관련된 대한민국의 정치 상황을 전달하고자 하였던 것으로 보인다. 이 사건 기사를 작성한 목적이 소문 내용이 사실임을 혹은 소문이 존재한다는 사실 자체를 전달하려는 것이라고 단정하기 어렵다’라고 판단하였다.

3) 위 법원은 또한, ‘이 사건 기사는 허위사실 적시에 해당하고, 피고인에게 허위성의 인식도 있으며, 적시된 사실이 사인(私人) 갑 및 정○○의 명예를 훼손하였다’라고 하면서도, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인에게 사인 지위에 있는 피해자들을 비방할 목적이 있었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다. 위 법원은 오히려 ‘이 사건 기사의 전체 내용과 구조 등을 종합하여 보면, 일본인인 피고인이 이 사건 기사를 작성한 주요한 동기 내지 목적은 최인접 국가의 정치, 사회, 경제적 관심 사안을 본국인 일본 내지 일본인에게 전달하기 위함이었다’는 것으로 보인다’라고 하였다.

4) 한편 위 판결에 의하면, 산케이신문사는 1933년경 설립된 언론사이고, 발행부수 기준으로 일본 신문사 중 5~7위 정도의 규모라고 한다.

다. 헌법재판소 2017. 3. 10. 선고 2016헌나1 대통령 갑 탄핵 사건 중 재판관 김이수, 재판관 이진성의 보충의견(일부)

1) 위 재판관들은 “피청구인은 헌법상 대통령의 성실한 직책수행의무 및 국가공무원법상 성실의무를 위반하였으나, 이 사유만 가지고는 국민이 부여한 민주적 정당성을 임기 중 박탈할 정도로 국민의 신임을 상실하였다고 보기는 어려워 파면사유에 해당한다고 볼 수 없다”라고 하면서도, “앞으로도 국민 다수의 지지로 당선된 대통령들이 그 직책을 수행할 것이다. 국가 최고지도자가 국가위기 상황에서 직무를 불성실

하게 수행하여도 무방하다는 그릇된 인식이 우리의 유산으로 남겨져서는 안 된다. 대통령 불성실 때문에 수많은 국민의 생명이 상실되고 안전이 위협받아 이 나라의 앞날과 국민의 가슴이 무너져 내리는 불행한 일이 반복되어서는 안 되므로” 아래와 같이 구체적으로 피청구인의 성실한 직책수행의무 위반을 지적한다고 하였다(한편 위결정의 다수의견은 ‘직책을 성실히 수행할 의무’ 위반 여부는 소추사유가 될 수 없다면서 본격적인 본안 판단은 하지 않았다).

2) 작위의무의 발생

세월호 사건은 총 476명의 탑승객을 태운 배가 침몰하여 304명이 사망한 대규모 재난이자 참사이다. 세월호는 2014. 4. 16. 08:48경 좌현으로 약 30도 기울면서 빠른 속도로 기울다가 10:17경 전복되었는데, 그 동안 승객들의 생명에 대한 위험이 급격하게 증가하였다. 선체가 물에 완전히 잠긴 후에도 세월호의 크기와 구조를 고려할 때 탑승자들이 한동안 생존해 있을 가능성이 지속적으로 제기되었다. 이는 그 당시를 기준으로 하여도 다수 국민의 생명과 안전에 중대하고 급박한 위험이 가해지거나 가해질 가능성이 있는 국가 위기 상황에 해당함이 명백하므로, 피청구인은 상황을 신속히 인식하고 시의적절한 조치를 취하여 국민의 생명, 신체를 보호할 구체적인 작위의무를 부담하게 되었다.

3) 불성실한 직무수행의 존재

가) 피청구인의 주장

피청구인이 주장하는 당일 피청구인의 주요 행적은 다음과 같다. 2014. 4. 16.은 공식 일정이 없는 날이었고, 피청구인의 몸이 좋지 않아서 본관 집무실에 가지 않고 관저에 머물면서 각종 보고서를 검토하였고 이메일, 팩스, 인편으로 전달된 보고를 받거나 전화로 지시하는 방식으로 업무를 처리하였다.

10:00경 국가안보실로부터 세월호 사건에 대하여 처음 서면보고를 받아 사고 발생 사실을 알게 되었다. 그 내용은 사고 일시, 장소, 사고 선박명 및 톤수와 승선원(474명), 경위(세월호가 08:58경 “침수 중” 조난신고), 구조상황(현재까지 56명 구조), 구조세력 현황 등이었다. 10:15경 국가안보실장에게 전화하여 상황을 파악한 후, ‘단 한명의 인명 피해도 발생하지 않도록 (구조에 만전을 기)할 것. 여객선 내 객실 등을 철저히 확인하여 누락 인원이 없도록 할 것’을 지시하였고, 10:22경 국가안보실장에게 전화하여 ‘살살이 뒤져서 철저히 구조해라’라고 강조 지시하였다. 10:30경 해경청장에게 전화하여 ‘특공대를 투입해서라도 인원 구조에 최선을 다할 것’을 지시

하였다. 그 후 15:30경까지 세월호의 침몰 상황과 구조 현황 등에 대하여 국가안보실로부터 5회(서면 2회, 유선 3회), 사회안전비서관으로부터 서면으로 7회, 행정자치비서관으로부터 서면으로 1회 보고받아 검토하고 필요한 지시를 하였다. 안○근 비서관이 오전에 관저로 피청구인을 찾아와서, 정○성 비서관이 점심식사 후 세월호 상황을 대면보고 하였다. 대통령이 현장 상황에 지나치게 개입할 경우 구조 작업에 방해가 된다고 판단하여 구조 상황에 대한 진척된 보고를 기다렸다.

당시 ‘학생 전원구조’ 등 언론의 오보와 관계기관의 잘못된 보고로 인하여 상황이 종료된 것으로 판단하였다(피청구인의 의견서). 13:07경 및 13:13경 사회안전비서관실과 국가안보실장으로부터 190명이 추가 구조되어 총 370명이 구조되었다는 내용의 보고를 받았다. 14:11경 국가안보실장에게 전화하여 정확한 구조 상황을 확인하도록 지시하였고, 국가안보실장이 14:50경 위 보고가 잘못되었다고 최종 확인하자 15:00경 피해 상황이 심각하다는 것을 인식하고 중대본 방문 준비를 지시하였다. 15:35경 미용 담당자가 들어와서 약 20분 간 머리 손질을 하였다. 16:30경 경호실에서 중대본 방문 준비가 완료되었다고 보고하여 차량으로 이동하면서 17:11경 사회안전비서관실의 보고서를 받아 검토하였고, 17:15경 중대본을 방문하여 모든 역량을 동원해서 구조에 최선을 다하도록 지시하는 등, 대통령으로서 최선을 다해 할 수 있는 조치를 취하였다. 따라서 피청구인은 성실한 직책수행의무를 위반하지 아니하였다.

나) 판단

(1) 위기상황의 인식

㉡ 국가안보실은 09:19경 방송으로 처음 알고 해경에 사실관계를 확인한 후 09:24경 청와대 주요직위자에게 업무용 휴대전화로 “474명 탑승 여객선 침수 신고 접수, 확인 중”이라는 문자메시지를 발송하였다. 따라서 만약 피청구인이 09:00에 집무실로 출근하여 정상 근무를 하였다면, 위와 같이 청와대 주요직위자에게 전파된 내용을 당연히 보고받았을 것이므로, 09:24경에는 발생 사실을 알 수 있었다고 봄이 타당하다. 피청구인이 당일 오전 집무실로 정상 출근하지 않고 관저에 머물면서 불성실하게 직무를 수행함에 따라, 구조 과정에서 가장 중요한 초기에 30분 이상 발생 사실을 늦게 인식하게 되었다.

㉢ 다음과 같은 사정을 고려하면, 당일 15:00에야 상황의 심각성을 인지하였다는 피청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

① 국가안보실은 09:33경 해경으로부터 ‘승선원 450명, 승무원 24명

이 승선한 6,647톤급 세월호가 침수 중 침몰위험이 있다고 신고하여, 해경 경비함정 및 수색 항공기에 긴급 이동지시하고, 인근 항해선박 및 해군함정에 협조요청 하였다'는 상황보고를 받았다. 09:10경 해경에 중앙구조본부가, 09:39경 국방부에 재난대책 본부가, 09:40경 해양수산부에 중앙사고수습본부가, 09:45경 안행부에 중대본이 설치되었다. 해양수산부는 09:40경 위기경보 '심각' 단계를 발령하였는데, 그 당시 적용되던 「해양사고(선박)」위기관리 실무매뉴얼(2013. 6.)은 대규모 선박사고로 인해 국가적 차원의 대응 및 조치가 요구되는 경우 대통령실(위기관리센터) 및 안행부와 사전 협의하여 최상위단계인 '심각' 단계의 위기 경보를 발령하도록 하고 있다. 따라서 국가안보실은 늦어도 09:40경 이전에 상황의 중대성과 심각성을 알았고, 피청구인이 09:00에 집무실에 출근하여 정상 근무를 하였다면 피청구인 역시 당일 09:40경에는 상황의 심각성을 알 수 있었다고 봄이 타당하다.

② 피청구인이 제출한 국가안보실 명의의 '진도 인근 여객선(세월호) 침수, 승선원 474명 구조작업 中(1보) (2014. 4. 16. 10:00)' 보고서에는 '현재까지 56명 구조'라는 구조인원은 기재되어 있으나, 세월호의 기울기 등 상태는 기재되어 있지 않다. 피청구인은 10:00경 보고로 사태를 파악한 즉시 응당 국가안보실장에게 세월호의 상태를 확인하였어야 하고, 그랬다면 세월호의 당시 기울기가 60도 정도라는 사실을 바로 알 수 있었을 것이다. 위 보고서에 의하면 474명이 승선한 배가 침수중이고, 사건 발생 1시간 이상이 지났는데도 그중 불과 56명만 구조되었고 400명 이상이 구조되지 않았다는 것이므로, 매우 심각하고 급박한 상황이라는 점을 곧바로 인지할 수 있었다고 봄이 상당하다.

③ 김△수 당시 국가안보실장은 국회 국정조사에서 당일 10:15경 피청구인과 통화하면서 '와이티엔(YTN)을 같이 보시면서 상황을 판단하시는 것도 도움이 될 것 같습니다'라고 하였다고 증언하였다. 11:10경부터는 해경 513호에서 송출한 이엔지(ENG) 영상이 청와대 상황실로 실시간으로 송출되고 있었으므로, 피청구인이 당시 청와대 상황실에 위치하였다면 세월호가 침몰하고 있다는 상황의 심각성을 제대로 파악할 수 있었다. 따라서 10:00경 이후에도 피청구인이 조금만 노력을 기울였다면 그 심각성을 정확히 알 수 있었던 기회가 얼마든지 있었다.

④ 피청구인은 그 후 11:28경, 12:05경, 12:33경 사회안전비서관실로부터 세월호의 침몰 상황 보고서를 받아 검토하였고, 12:54경 행정자치비서관실로부터 세월호 침몰 관련 중대본 대처 상황 보고서를 수령하여 검토하였다고 주장한다.

세월호는 오전 11시 이전에 전복되어 침몰하였으므로, 실제로 위와 같이 보고들이 이루어졌고 그 보고 내용이 거짓으로 작성되지 않았다면, 당시 세월호의 침몰 사실이 반영되어 있었을 것이 분명하다. 따라서 피청구인이 실제 위 보고서들을 모두 검토하였다면 상황의 심각성을 15:00경에야 깨달았을 리가 없다.

⑤ 피청구인은 관계기관의 잘못된 보고와 언론사의 오보 때문에 상황을 정확하고 신속하게 파악하는 데 어려움이 있었다는 취지로 주장한다.

하지만 피청구인이 당일 국가안보실이나 비서실 등으로부터 오보들을 보고받았다고 볼 만한 자료가 없다. 청와대는 10:30경 이미 세월호가 배 밑바닥이 보일 정도로 기울었고, 10:52경 세월호는 전복되어 선수만 보이고, 탑승객들은 대부분 선실 안에서 나오지 못하였다는 사실도 인지하였으므로, 10:36 케이비에스의 낙관적인 보도가 있었다 하여 국가안보실 등이 피청구인에게 위 보도를 그대로 보고하였을 것으로 보기 어렵다. 청와대는 11:07경 해경에 문의하여 ‘학생 전원구조’라는 언론보도가 해경에서 공식적으로 확인하지 않은 보도라는 사실을 그 시점에 이미 파악하고 있었다. 따라서 위와 같은 오보는 피청구인이 10:00경 상황에 관한 심각성을 인식하였으리라는 판단에 지장을 주지 아니한다.

⑥ 피청구인은 당일 13:07경 사회안전비서관실 및 13:13경 국가안보실장으로부터 ‘190명이 추가 구조되어 총 370명이 구조되었다’는 내용의 보고를 받아 상황이 종료된 것으로 판단하였다가, 국가안보실장이 14:50경 위 보도가 잘못된 것이라고 보고하자 15:00경 비로소 상황의 심각성을 깨닫고 중대본 방문을 바로 지시하였다고 주장한다. 그러나 국가안보실은 세월호가 침몰한 후에도 2시간 이상 구조자 수를 파악하고 있었는데, 갑자기 구조자 수가 2배로 증가한 보고를 받았으므로 이를 재차 확인하였어야 한다. 피청구인이 이를 그대로 보고받았다 하더라도 당시 보고된 세월호 탑승객 474명에서 이를 제하면 104명의 승객이 아직 구조되지 못한 상황이라는 것을 쉽게 알 수 있었으므로 370명 구조를 이유로 상황이 종료되었다고 판단하였다는 피청구인의 주장은 받아들일 수 없고, 피청구인이 상황의 심각성을 인식한 시점 또는 인식 가능하였던 시점이 15:00경으로 늦어질 수 없다.

무릇 국가의 지도자는 안전한 상황보다는 위험한 상황에 대하여 훨씬 많은 주의와 관심을 기울이는 법이고 그래야 마땅하다. 피청구인의 주장대로라면 피청구인은 상황의 위험성을 경고하는 보고에 대하여는 전혀 주의를 기울이지 않고 낙관적 보고에만 관심을 가져 상황이 종료된 것으로 판단한 셈이 되는데, 이는 그

자체로 위기 상황에서 피청구인의 불성실함을 드러내는 징표이다.

(ㄷ) 소결

피청구인은 09:40경, 늦어도 10:00경에는 세월호 사건의 중대성과 심각성을 인지하였거나, 조금만 노력을 기울였다면 인지할 수 있었을 것으로 판단된다. 15:00에야 상황의 심각성을 인지하였다는 피청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 피청구인의 대처

(가) 피청구인이 하였어야 하는 행위

피청구인은 늦어도 10:00경에는 상황의 심각성을 인식하였거나 인식할 수 있었던 것으로 보이므로, 그 즉시 재난에 관한 국가의 모든 정보가 수집되고 주요 관계기관과의 직통 연락망이 구축되어 있는 청와대 상황실로 가서, 실시간으로 현황을 보고받으면서 필요한 조치가 무엇인지 파악하고 그에 맞게 국가적 역량을 총동원하여 신속하고 적절하게 관계기관의 재난대응을 총괄·지휘·감독하였어야 한다. 당일 10:00경 세월호 주위 해역에 승객 모두를 수용할 수 있는 10대 이상의 선박들이 대기하고 있었으므로, 승객들이 퇴선하여 모두 표류하더라도 구조가 가능한 상황이었고, 헬기 및 항공기도 구조작업을 펼치고 있었다.

(나) 집무실에 출근하지 않고 관저에 머문 행위

당일은 휴일이 아니었으므로, 피청구인은 정당한 사유가 없는 한 업무시간 중에는 집무실에 출근하여 업무를 수행하여야 했다. 피청구인은 당일 오전부터 17:15 중대본을 방문하기 전까지 집무실에 출근하지 않고 관저에 머물렀다. 관저는 기본적으로 대통령의 휴식과 개인 생활을 위한 사적인 공간이므로, 그곳에서의 근무는 직무를 위한 모든 인적, 물적 시설이 완비된 집무실에서의 근무와 업무의 효율, 보고 및 지시의 용이성 면에서 근본적인 차이가 있다. 피청구인이 업무시간 중에 집무실에 있지 않고 관저에 머무르게 되면, 긴급한 순간에 참모들은 대통령의 위치부터 파악하여야 하므로 보고에 지장이 생기게 될 것은 명백하다.

특히 대형 재난이 발생하여 상황이 급박하게 전개되고 있는 국가위기 상황의 경우에는 최고행정책임자인 피청구인은 즉각적인 의사소통과 신속하고 정확한 업무수행을 위하여 청와대 상황실에 위치하여야 한다. 따라서 피청구인은 상황의 심각성을 인식한 10:00경에는 시급히 출근하여 청와대 상황실에서 상황을 파악, 지휘하였어야 한다. 그럼에도 피청구인은 그 심각성을 인식한 시점부터 약 7시간이 경과할 때까지 별다른 이유 없이 관저에 있으면서 전화로 다음에서 살피는 것처럼 원론적인

지시를 하였다.

(ㄷ) 피청구인이 주장하는 각종 지시

① 피청구인은 당일 10:00경부터 12:05경까지 국가안보실로부터 4회(서면 3회, 유선 1회), 사회안전비서관으로부터 4회(서면)에 걸쳐 세월호 상황에 대한 보고를 받는 등, 17:15 중대본을 방문하기 전까지 총 12회의 서면보고와 3회의 유선 보고를 받아 검토하였고, 5회의 유선지시를 하였다고 주장하나, 다음에서 보듯이 그 중 대부분은 그러한 지시나 검토가 있었다고 볼 수 없다.

피청구인은, 10:15경 국가안보실장에게 전화하여 ‘단 한 명의 인명 피해도 발생하지 않도록 할 것. 여객선 내 객실 등을 철저히 확인하여 누락 인원이 없도록 할 것’을 지시하였고, 10:22경 국가안보실장에게 전화하여 ‘살살이 뒤져서 철저히 구조해라’라고 강조 지시하였으며, 10:30경 해경청장에게 전화하여 ‘특공대를 투입해서라도 인원 구조에 최선을 다할 것’을 지시하였다고 주장한다.

피청구인은 12:50경 당시 고용복지수석으로부터 기초연금법 관련 국회 협상 상황에 대하여 10분 간 전화로 보고를 받은 통화기록이 있다고 하였다. 국가안보실장 및 해경청장과 피청구인이 실제로 통화를 하였다면 그 통화기록도 당연히 존재할 것인데, 피청구인은 이를 제출하지 아니하고 그 통화기록이 있다는 주장도 하지 않았으므로, 위와 같은 통화가 실제로 있었다고 보기 어렵다.

청와대와 해경 사이의 10:25경 통화 녹취록을 보면 ‘단 한 명의 인명 피해도 발생하지 않도록 하라. 객실 등을 철저히 확인하여 누락 인원이 없도록 하라’고 하면서 이는 피청구인의 지시이니 해경청장에게 전달하라’고 기재되어 있다. 국가안보실장과 피청구인 사이의 통화를 객관적으로 증명하는 것은 이 녹취록이 유일한데, 이에 의하면 피청구인의 지시는 그 무렵 이루어진 것으로 보인다. 이 녹취록에 해경청장에 대한 특공대 투입 등 지시를 전달하거나 그 지시의 이행 상황을 점검하는 내용의 대화는 없다. 또한 김○균 당시 해경청장은 국회 국정조사에서 당일 09:53경 이미 특공대를 투입하라고 지시하였다고 증언하였다. 피청구인이 실제로 해경청장과 통화를 하였다면 해경청장이 이미 지시한 사항을 보고하였을 것인데도 같은 내용을 다시 지시할 수 없을 것이고, 세월호는 10:17:06경 108.1도로 전복되어 급속도로 침몰하고 있어 잠수를 통하여 승객을 구조할 수밖에 없었으므로, 해경청장에게 지시하였다는 주장을 인정할 수 없다.

② 지시의 내용에 관하여 본다. 피청구인 주장의 최초 지시 내용은

‘단 한명의 인명 피해도 발생하지 않도록 할 것. 여객선 내 객실 등을 철저히 확인하여 누락 인원이 없도록 할 것’이다. 위 내용은 지시받는 자에게 매우 당연하고 원론적인 내용으로서, 급박한 위험에 적절히 대처할 수 있는 어떠한 지도적 내용도 담고 있지 않다. 이 지시에는 현장에 구체적으로 어떤 문제가 있는지에 관한 인식이 없고, 어느 해법을 강구할지에 관하여 어떠한 고민도 담겨 있지 않다.

세월호는 당일 10:17:06경 108.1도로 전복되었으므로, 위 지시가 있었다는 10:15경에는 선체가 전복되어 모든 객실의 출입구가 물에 잠긴 상황이었다. 재난은 시시각각으로 상황이 급변하므로 그때그때 상황을 정확히 파악하고 지시해야 하는데, 피청구인은 상황을 파악하고 그에 맞게 대응하려는 관심이나 노력을 기울이지 않았기에 위와 같이 구체성이 없는 지시를 한 것이다.

㉮ 결국, 피청구인은 세월호 사건의 심각성을 인식하였을 것으로 보이는 시점부터 약 7시간이 경과한 중대본 방문 이전 까지 관저에 계속 머물면서 상황에 맞지 않아 부적절한 전화 지시를 하였을 뿐이다. 그 내용과 피청구인의 행적을 볼 때, 피청구인이 위기에 처한 수많은 국민의 생명과 안전을 보호하기 위한 적극적이고 심도 있는 대응이나 노력을 기울이지 않았다는 점을 알 수 있다.

㉮ 대규모 재난과 같은 국가위기 상황에서 대통령이 그 상황을 지휘하고 통솔하는 것은 실질적인 효과뿐만 아니라 상징적인 효과까지 갖는다. 실질적으로는, 국가원수이자 행정수반이며 국군통수권자인 대통령이 위기 상황을 지휘, 감독함으로써 경찰력, 행정력, 군사력 등 국가의 모든 역량을 집중적으로 발휘할 수 있고, 인력과 물적 자원 배분의 우선순위를 정할 수 있으므로, 구조 및 위기 수습이 빠르고 효율적으로 진척될 수 있다. 상징적으로는, 국정의 최고책임자가 재난 상황의 해결을 최우선 과제로 여기고 있다는 점을 대내외적으로 보여줌으로써 그 자체로 구조 작업자들에게 강한 동기부여를 할 수 있고, 피해자나 그 가족들에게 구조에 대한 희망을 갖게 하며, 그 결과가 좋지 않더라도 정부가 위기 상황의 해결을 위하여 최선의 노력을 다하였음을 알 수 있어 최소한의 위로를 받고 그 재난을 딛고 일어설 힘을 갖게 한다.

㉮ 진정한 국가 지도자는 국가위기의 순간에 상황을 신속하게 파악하고 그때그때의 상황에 알맞게 대처함으로써 피해를 최소화하고 피해자 및 그 가족들과 아픔을 함께하며, 국민에게 어둠이 걷힐 수 있다는 희망을 주어야 한다. 물론 대통령이 진정한 지도자상에 부합하지 않는다고 해서 성실의무를 위반하였다고 할 수 없음은 당연하다. 하지만 국민이 국정 최고책임자의 지도력을 가장 필요로 하는 순간은

국가 구조가 원활하게 돌아가는 전형적이고 일상적인 상황이 아니라, 전쟁이나 대규모 재난 등 국가위기가 발생하여 그 상황이 예측할 수 없는 방향으로 급격하게 흘러가고, 이를 통제, 관리해야 할 국가 구조가 제대로 작동하지 않을 때이다. 세월호 참사가 있었던 2014. 4. 16.이 바로 이러한 날에 해당한다. 피해자와 그 가족들은 물론이고 지켜보는 국민 모두가 어느 때보다도 피청구인이 대통령의 위치에서 최소한의 지도력이라도 발휘해 국민 보호에 앞장서 주기를 간절하게 바라고 있었다.

그러나 피청구인은 그날 저녁까지 별다른 이유 없이 집무실에 출근하지도 않고 관저에 머물렀다. 그 결과 유례를 찾기 어려운 대형 재난이 발생하여 최상위 단계인 ‘심각’ 단계의 위기 경보가 발령되었는데도 그 심각성을 아주 뒤늦게 알았고 상황을 파악하고 승객 구조를 지원하기 위하여 대통령으로서 지도력을 발휘하지 않은 채 무성의한 태도로 일관하였다. 400명이 넘는 국민들의 생명과 안전에 중대하고 급박한 위험이 발생한 그 순간에 피청구인은 8시간 동안이나 국민 앞에 자신의 모습을 보이지 아니하였다.

4) 소결

이상과 같이 국민의 생명과 안전에 급박한 위험이 초래되어 대규모 피해가 생기거나 예견되는 국가위기 상황이 발생하였음에도, 상황의 중대성 및 급박성 등을 고려할 때 그에 대한 피청구인의 대응은 현저하게 불성실하였다. 피청구인은 최상위 단계의 위기 경보가 발령되었고 상황의 심각성을 파악하였음에도 재난 상황을 해결하려는 의지나 노력이 부족하였다. 그렇다면 피청구인은 국민의 생명과 안전을 보호하여야 할 구체적인 작위의무가 발생하였음에도 자신의 직무를 성실히 수행하지 않았으므로, 헌법 제69조 및 국가공무원법 제56조에 따라 대통령에게 구체적으로 부여된 성실한 직책수행의무를 위반한 경우에 해당한다.

라. 김○춘 사건(서울중앙지방법원 2019. 8. 14. 선고 2018고합306 판결)

1) 도입

김○춘은 「피고인은 세월호 침몰사고의 진상규명을 위한 국정조사절차에서 대통령비서실장으로서 증언한 후 국회의원 부○현으로부터 대통령 대면보고 시점 등에 관한 추가 서면질의를 받고, 실무 담당 행정관으로 하여금 ‘비서실에서는 20~30분 단위로 간단없이 유·무선으로 보고를 하였기 때문에, 대통령은 직접 대면보고 받는 것이상으로 상황을 파악하고 있었다고 생각합니다.’라는 내용의 허위 답변서를 작성하여 국회에 제출하도록 함으로써, 행사할 목적으로 공문서인 국회의원 질의에 대한 서면

답변서(이하 ‘이 사건 답변서’라고 한다)를 허위로 작성하고 이를 행사하였다」라는 공소사실로 기소되었고, 위 법원은 허위 여부에 관한 내용이 포함된 면밀한 심리를 거쳐 유죄 판결을 하였다. 이 판결에 대한 김○춘의 항소는 기각되었지만, 상고심은 ① 이 사건 답변서 중 ‘대통령은 직접 대면보고 받는 것 이상으로 상황을 파악하고 있었다고 생각한다.’라는 부분은 피고인 김○춘의 의견이고, ② 이 사건 답변서 중 ‘비서실에서 20~30분 단위로 간단없이 유·무선으로 보고를 하였다.’라는 부분은 허위라고 볼 수 없으며, ③ 피고인 김○춘에게 허위의 답변서를 작성하여 제출한다는 인식이 있었음을 인정하기도 어렵다는 이유로 파기환송 판결을 하였고, 위 공소사실에 대하여 최종적으로는 무죄 판결이 확정되었다.

다만 위 상고심 판단은 1심과 파기환송 전 원심이 이 사건 답변서의 허위 여부 판단을 위해 살핀 사실관계 그 자체를 타하는 취지는 아니므로, 1심이 인정하고 파기환송 전 원심이 유지한 사실관계는 세월호 사건 발생 당시의 상황을 알 수 있는 신빙성 있는 자료라고 할 것이다. 아래에서는 위 사실관계 중 일부를 살핀다.

2) 사실관계

가) (당시 국가안보실장이던) 김○수는 상황보고서 1보를 검토한 후 신○호에게 상황보고서 1보를 대통령에게 보내라고 지시하였고, 신○호는 10:12~10:13경 상황보고서 1보의 완성본을 출력 후 밀봉하여 전령 업무를 담당하는 상황병 홍○환에게 이를 대통령 관저에 전달하라고 지시했고, 상황병은 (청와대 국가안보실 산하) 위기관리센터 상황실에서 관저 인수문까지 뛰어가 관저 내부 근무 경호관 이○상에게 상황보고서 1보를 전달하였으며, 이○상은 이를 관저 내실 근무자 김○업에게 전달하였고, 김○업은 대통령 침실 앞에 있는 탁자에 상황보고서 1보를 올려두었다.

상황병이 위기관리센터에서 대통령 관저 인수문까지 597m를 뛰어서 이동할 경우 약 6분 20초 정도 소요되고, 이○상이 관저 인수문에서 전달받아 김○업에게 전해주고, 김○업이 대통령 침실 앞에 있는 탁자에 올려놓기까지 최소한 1분 이상이 걸릴 것으로 추정되므로, 10:12~10:13경 위기관리센터에서 출발된 상황보고서 1보가 대통령 침실 앞 탁자에 도착할 수 있는 시간은 약 10:19~10:20경이 된다.

그 후 위기관리센터 상황실에서는 상황병을 통하여 10:40경 상황보고서 2보, 11:20경 상황보고서 3보를 관저로 출발시켰다.

나) 정무수석실 산하 사회안전비서관실 소속 이○준 행정관은 해경 출신으로 세월호 사고 당일 해경 상황실 등에 전화하여 사고 상황을 파악하였고, 사회안전비서

관실 소속 김△수(경정), 박○규(경감) 행정관이 이○준이 파악한 내용을 정리하여 대통령에 대한 서면보고서를 작성하여 평소 대통령에게 보고하는 방식대로 이메일로 정○성 제1부속비서관에게 보냈다.

사회안전비서관실에서는 위와 같은 방법으로 세월호 사고 당일 10:36, 10:57, 11:28, 12:05, 12:33, 13:07, 15:30, 17:11, 20:06, 20:50, 22:09 등 총 11회에 걸쳐 정○성에게 이메일을 발송하였다. 그러나 누구도 정○성이 이메일을 수신하여 열어보았는지, 대통령에게 실제 보고되었는지 여부를 확인하지는 않았고, 정○성도 대통령비서실에 이메일 수신 여부, 대통령 보고 여부에 대해 알려주지 않았다.

다) 대통령은 2014. 4.경 제1부속비서관 정○성에게 지시하여 수요일은 공식 일정을 잡지 않도록 조치하였는데, 세월호 사고 당일은 수요일로서 아무런 일정이 없어 오전부터 계속 관저에 머물러 있었다.

라) 김○수는 대통령에게 휴대전화로 전화를 걸어 사고 내용을 보고하려 하였으나 대통령이 전화를 받지 않자 제2부속비서관 안○근에게 전화를 걸어 ‘대통령이 전화를 받지 않으신다. 지금 대통령에게 세월호 관련 상황보고서 1보가 올라갈 예정이니 대통령에게 보고될 수 있게 조치해 달라’는 취지로 이야기하였다.

안○근은 김○수로부터 위와 같은 전화를 받은 후 제2부속비서관실 행정관 이○선에게 ‘지금 관저로 가야하니 차량을 준비하라’고 지시하였다. 이에 이○선은 10:12경 본관 동문으로 나가서 그곳 주차장에 주차되어 있던 업무용 그랜저 승용차를 운전하여 본관 정문 앞에 차량을 정차시켰고, 안○근은 본관 정문으로 나와 이○선이 운전하는 승용차를 타고 관저로 갔다. 안○근은 관저에 도착한 후 내실로 들어가 대통령 침실 앞에서 수회 “대통령님, 대통령님”이라고 불렀고, 대통령은 이를 듣고 침실 밖으로 나왔다. 그 때 안○근은 “김○수 국가안보실장이 급히 통화를 원합니다”라고 보고하였고, 대통령은 “그래요?”라고 말한 후 침실로 들어가 10:22경 피고인 김○수에게 전화를 걸었다.

대통령은 김○수에게 ‘단 한명의 인명피해도 발생하지 않도록 하라. 여객선 내 객실, 엔진실 등을 철저히 수색하여 누락되는 인원이 없도록 하라’라는 취지의 지시를 하였다. 김○수는 김○영에게 대통령의 지시사항을 해경 등 관계부처에 전파하라고 지시하였고, 김○영은 10:25~10:26경 해경 상황실에 ‘핫라인’을 통하여 위와 같은 대통령의 지시를 전파하였다.

마) 김○균 해경청장은 해경 본청 상황실에서 상황을 파악하다가 배가 침

몰할 것이 확실시 되는 등 상황이 심각하다고 판단되어 진도에 있는 세월호 사고 현장에 가기로 하여 10:29경 참모들과 차량을 타고 해경 본청에서 영종도에 있는 헬기장으로 출발하였다. 대통령은 10:30경 해경청장에게 전화를 하여 ‘동원가능한 장비와 인력을 신속하게 총동원해서 인명피해가 없도록 구조에 최선을 다해달라. 해경특공대도 투입해 선실 구석구석에 남아있는 사람이 없는지 확인해 단 한명의 인명피해도 없게 하라’는 취지의 지시를 하였고, 해경청장은 10:34경 해경 상황정보 문자시스템을 통해 대통령 지시사항으로 ‘전국 구조대 특공대 출동 조치’를 전파하였다.

바) 최○원(개명 전 이름 ‘최○실’)은 이○선이 운전하는 카니발 차량을 타고 보안검색 절차 없이 소위 ‘A급 보안손님⁶⁸⁾’으로 14:15경 관저를 방문하였고, 최○원이 관저를 방문한다는 소식을 전해들은 이○만, 정○성, 안○근 부속비서관도 최○원이 관저에 도착하기 전에 관저로 와 대기하고 있었다.

대통령은 관저를 방문한 최○원, 이○만, 정○성, 안○근과 관저 내실에 있는 회의실에서 세월호 사고에 관하여 회의를 했다. 정○성은 대통령에게 ‘세월호 사고 관련 구조인원이 많이 차이가 나는 것 같다. 수석비서관들이 대통령께서 중앙재난안전대책본부(이하 ‘중대본’이라 한다)를 방문하셔야 된다는 의견을 가지고 있다’는 취지로 보고를 했고, 안○근도 ‘언론보도와 현장 구조인원이 맞지 않다’는 취지로 보고했으며, 최○원도 대통령에게 중대본에 가는 것이 좋겠다며 정○성의 의견에 동조했다. 이에 대통령은 정○성에게 중대본에 방문할 준비를 하라고 지시하였다.

정○성은 대통령비서실과 대통령경호실에 연락하여 대통령이 중대본을 방문할 예정이니 미리 준비해 줄 것을 요청하였고, 윤○추에게 화장과 머리손질을 담당하는 정송○, 정매○ 자매를 청와대로 오게 하라고 지시하였으며, 윤○추는 정매○에게 전화와 문자메시지를 통해 ‘상황이 급하니 빨리 청와대로 오라’고 요청하였다. 정송○, 정매○는 15:22경 관저에 도착하여 대통령의 화장과 머리손질을 하였다.

사) 대통령경호실이 16:30경 대통령의 중대본 방문 준비를 마쳤고, 대통령은 16:33경 관저를 출발하여 17:15경 피고인과 함께 중대본에 도착하여 상황보고를 받은 후 그때까지 승객을 구조하는 데 온 힘을 다할 것을 지시하면서 “구명조끼를 학생들은 입었다고 하는데, 그렇게 발견하기가 힘이 드는가요”라는 등의 발언을 하였고,

68) 관저를 경호하는 청와대 경호관들이 관저를 출입하는 대통령의 손님들을 지칭하는 용어이다. 관저 정문인 인수문을 기준으로 차량을 타고 보안검색 없이 인수문을 통과하여 관저 내부에서 하차할 수 있는 사람은 ‘내부하차’ 또는 ‘A급 보안손님’으로 불렸고, 인수문까지 차량을 타고 들어와 인수문 밖에서 하차하여 보안검색을 거쳐 관저로 들어가는 사람은 ‘외부하차’ 또는 ‘B급 보안손님’이라 불렸다.

18:00경 청와대 관저로 복귀하였다.

아) 온 국민의 관심이 집중된 대형 선박사고가 발생하였음에도 국가 지도자인 대통령이 오전에 국가안보실장 등에게 전화로 원론적인 지시만 한 이후 늦은 오후에 중대본에 방문할 때까지 모습을 드러내지 아니하였고, 뒤늦게 중대본에 방문해서 사고 상황을 제대로 파악하고 있는지 의문이 드는 발언을 하자, ‘대통령에게 사고 발생 및 구조 상황 등에 대한 보고가 제대로 이루어지지 않아 대통령이 제대로 사고 상황을 파악하지 못하고 적절한 조치를 취하지 아니하여 수많은 인명피해가 발생하였다’는 등으로 청와대와 대통령에 대한 비난 여론이 고조되었다.

또한 세월호 사고로부터 약 일주일 후인 2014. 4. 23.경 김○수 국가안보실장이 민○옥 청와대 대변인을 통해서 ‘청와대 국가안보실은 통일, 정보, 국방 분야의 컨트롤타워이지 자연재해 같은 게 났을 때의 컨트롤타워가 아니다’라는 입장을 발표하자 청와대가 세월호 사고에 대한 책임을 회피한다는 비난 여론이 더욱 가중되었다.

자) 세월호 사고가 발생하고 며칠 후부터 당시 야당이었던 새정치민주연합, 정의당 등에서 사고 원인 규명의 필요성을 강조하며 국정조사 등을 요구하기 시작하였다. 2014. 4. 30. 정의당에서, 2014. 5. 1. 새정치민주연합에서 공식적으로 국정조사를 요구하였고, 2014. 5. 8. 당시 여당이었던 새누리당 원내대표로 선출된 이○구 의원이 국정조사를 수용하겠다는 입장을 밝혔으며, 2014. 5. 15. 국정조사를 실시하기로 여야가 합의한 후 2014. 5. 21. 국정조사 대상에 청와대도 포함시키기로 하였다.

차) 당시 야권에서는 ‘세월호 진상조사의 핵심은 청와대 보고 체계가 제대로 이루어졌는지 여부이다. 그 긴박한 상황에서 남○준 국정원장, 김○수 국가안보실장, 김○춘 비서실장이 무엇을 했으며 대통령에게 언제, 어떻게 보고를 하고 어떤 지휘를 건의했기에 단 한명의 생명도 구하지 못했는지 국민적 공분과 직결돼 있다’고 정부여당을 비판했고, 특히 2014. 5. 21. 새정치민주연합은 유○혜 원내대변인을 통해 ‘세월호 참사의 진상규명, 그 핵심이 세월호 사고 당일 대통령은 언제, 누구로부터 최초의 상황보고를 받았는지, 보고를 받은 후에 어떤 지시를 내렸는지, 도대체 오후 5시 10분 중앙재난안전대책본부를 방문할 때까지 약 8시간 동안 청와대는 무엇을 했는지 밝혀져야 한다’고 공식 브리핑을 하였다.

카) 2014. 7. 7.에는 국회 운영위원회 청와대 업무현황보고가 예정되어 있었고, 2014. 7. 10.에는 세월호침몰사고의진상규명을위한국정조사특별위원회의 청와대

에 대한 국정조사, 2014. 10. 28.에는 청와대에 대한 국정감사가 예정되어 있어 앞서 본 여러 의혹들에 대한 심도 있는 질의와 추궁이 있을 것으로 예상되었다(피고인은 대통령비서실장으로서 위 국회 일정에 모두 증인으로 출석하여 답변하였다).

타) 이처럼 세월호 사고가 발생한 직후부터 국회와 언론에서 청와대의 부실, 늦장 대응에 대해 비판하고 진상규명을 해야 한다는 여론이 많아지자, 당시 청와대는 정부에 대한 신뢰감소 등으로 국정 운영에 많은 부담을 갖게 되었고, 국회 운영위, 국조특위 등이 예정되어 있어 이에 대응하기 위해 세월호 사고 당일 대통령에 대한 보고시간 및 보고내용, 대통령 지시사항, 대통령의 행적 등에 대한 사실관계를 파악하고 정리할 필요성이 대두되었다. 대통령비서실에서는 국회 대응 업무를 담당하는 정무수석비서관실 중심으로 각 수석비서관실, 정부 기관 등으로부터 자료를 취합하여 상황일지, 국회 대응 답변자료 등을 작성하기 시작했고, 국가안보실 위기관리센터에서도 사고 당일 국가안보실의 대통령에 대한 보고시간과 보고내용을 파악하고 정리하기 시작하였다.

3) ‘세월호 7시간’ 당시 대통령 갑의 상황 인식

1심은, 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 대통령이 세월호 사고 당일 비서실이나 국가안보실로부터 보고를 끊임없이 실시간으로 받아서 상황을 제대로 파악하고 있었는지에 대하여 상당한 의문이 든다고 판단하였다.

① 사고 당일 대통령과 직접적으로 대면하여 세월호 사고에 대해 함께 논의한 사람은 14:15경 관저를 방문한 최○원, 정○성, 안○근, 이○만이고, 그 중 사회안전비서관실에서 이메일로 보고서를 받아 대통령에게 전달해 준 정○성의 상황 파악이 대통령의 당시 인식에 가장 근접한다고 생각된다. 정○성은 11:00경 방송에서 전원 구조 보도를 접하고 편한 마음으로 점심식사를 하러 갔다는 것이고, 13:30경 관저로 올라갈 무렵에야 해경에서 구조인원이 잘못 보고되어 상황이 심각할 수 있겠다고 인식하여 14:15경 대통령에게 중대본 방문을 건의하였다.

정○성은 검찰조사시 일반적으로 수석비서관실에서 급한 보고서라고 미리 연락을 주었을 때는 그때그때 바로 팩스로 대통령에게 보고서를 전송하였고 그러한 경우 대통령이 실시간으로 보고서를 받아 보았다고 할 수 있다고 진술하였다. 그런데 세월호 사고 당일 정○성은 점심 무렵까지 상황의 중대성을 인식하지 못하였던 것으로 보이고 대통령비서실로부터 받은 보고서를 오전에 팩스로 보낸 것인지에 대하여도 제대로 기억을 하지 못하고 있는바, 통상적인 경우와 다르게 대통령이 보고서를 실시

간으로 받아 보고 있었던 급박한 상황이었다면, 정○성이 사고 당일 오전의 행적을 제대로 기억하지 못하는 것이 잘 납득이 가지 않는다.

② 당시 언론에서 11:00경 전원 구조되었다는 보도가 있었다가 11:30경 전원 구조가 오보라고 정정보도가 나왔고, 13:03경부터 해경으로부터 진도 행정선에 추가 190명이 구조되어 350~370명 정도 구조되었다는 보고가 계속되다가 14:00경 중대본에서 368명이 구조되었다는 공식 발표가 있었으나 14:05경 해경에서 구조인원을 중복 집계하여 잘못된 보고이고 그때까지 170명이 구조되었다고 정정하여 보고하는 등 구조 인원과 관련하여 언론과 해경에서 혼선이 있기는 하였다. 그러나 당시 국가안보실 위기관리센터에서는 전원구조 오보가 날 무렵인 10:47경 승선원 477명 중 세월호가 전복된 시점에 구조된 인원이 109명이며, 주변 해상에 표류중인 사람이 없다는 것을 관련 기관으로부터 지속적으로 확인하여 나머지 약 360명이 실종되었거나 선체 내부에 잔류하고 있을 가능성이 크다고 추정하고 있었고, 10:51경에도 해경 상황실에 세월호 주변 해상에 표류인원 유무를 확인하여 구조된 인원을 제외하고 거의 다 선실에서 나오지 못한 것 같고, 주변 바다에 떠있는 인원은 보이지 않는다는 답변을 받아 구조되지 못한 사람들이 선체 내부에 있을 가능성이 높은 것으로 판단하여 언론의 오보와 무관하게 심각한 상황임을 인식하고 있었다. 국가안보실장은 세월호 사고 직후부터 위기관리센터에서 구조상황 등을 실시간으로 보고받으면서 구조되지 않은 인원들은 실종 또는 선체 내부에 잔류하고 있을 가능성이 많다고 계속 파악하고 있었다. 또한 해경의 잘못된 구조인원 보고에도 불구하고 최소한 100명 이상은 선내에서 잔류하고 있어 상황이 심각함을 인지하고 있었다.

③ 그럼에도 정○성은 14:50경 김○수가 대통령에게 190명 추가 구조 보고는 서해 해경청에서 해경 본청에 잘못 보고한 것이라고 유선보고를 하기 전까지는 세월호 사고가 큰 사고라는 것을 잘 몰랐고, 스스로 이러한 부분에 불찰이 있었다고 증언하였다.

④ 정○성은 대통령비서실(사회안전비서관실)의 11회에 걸친 보고서가 언론에서 보도된 상황보다도 뒤늦은 소위 뒷북 보고로 시급하게 보고될 필요가 없는 것으로 생각되어 즉각적으로 대통령에게 전달하지 않았고, 점심 무렵 3건의 보고서는 대통령에게 전달조차 하지 않았다고 증언하였다. 위 보고서 작성을 주도한 사회안전비서관실의 이○준 역시 국가안보실 보고가 중요했고 비서실 보고는 다소 형식적인 뒷북 보고임을 인정하고 있으며, 이○일 역시 11번의 비서실 보고 중 초반 보고는 대부

분 언론이 앞서 나가고 난 뒤의 상황을 정리한 뒷북 보고였다고 하였다. 이처럼 뒤늦은 비서실의 상황보고서가 설령 대통령에게 제때 전달되었더라도 대통령이 사고 상황을 제대로 파악하지는 못했을 것이고, 이마저 제대로 전달되지 않은 것으로 보인다.

⑤ 당시 해경청장 김○균은 10:30경 대통령으로부터 전화를 받아 특공대 투입을 지시받았는데, 이미 자신이 특공대 투입을 지시하여 투입된 상태인데 대통령이 뒤늦게 다시 지시하는 것을 보고 대통령이 상황에 대한 인식이 없다고 느꼈다고 진술하기도 하였다.

⑥ 대통령은 10:22경 국가안보실장에게, 10:30경 해경청장에게 철저한 구조를 지시한 이후 계속 관저에 머무르다가 14:15경 최○원이 관저로 와 정○성 등과 함께 회의를 한 이후 중대본 방문을 결정하고 머리를 손질한 후 16:33경 관저를 출발하여 17:15경에야 중대본에 방문하였다. 또한 대통령은 중대본에서 안전행정부2차관과 다음과 같은 대화를 주고받았다.

대통령	구명조끼를 학생들은 입었다고 하는데 발견하기가 힘들니까? 지금은
안행부2차관	간혀 있기 때문에 구명조끼가 의미가 크게 없는 것 같습니다.
대통령	아, 간혀 있어서요.

해경과 청와대 상황실 사이의 통화 녹취록을 보면, 사람들이 모두 선내에 갇혀 있어서 바다에는 한 명도 보이지 않고 선내를 수색하려 하는데 조류가 세다는 얘기가 수없이 나온다. 그런데 위와 같은 대통령의 언동을 살펴보면, 대통령이 사고 상황을 제대로 보고받지 못하여 사고 상황을 제대로 파악하지 못했던 것이 아닌지, 최초 보고를 받은 때로부터 약 7시간에 이르도록 300명이 넘는 사람들이 선내에 갇혀 있는 것조차 몰랐던 것은 아닌지 상당한 의문이 든다.

마. 대상판결의 파기환송 전 원심(2016. 9. 8. 선고)의 구체적인 내용 및 검토

1) 내용

가) 이 사건 발언은 세월호 참사 발생 무렵의 대통령의 행적에 관한 것으로서 그것이 공적 관심사에 관한 문제의 제기에 해당하는 면이 있기는 하다. 그러나 피고인 1이 사용한 표현, 특히 ‘대통령 개인이 마약을 하였다’는 취지의 부분은, 그것이 사실의 적시인지 아니면 의견의 표현인지 여부 불문하고, 우리 사회에서 마약이 갖는 부정적인 이미지에 비추어 희화적인 묘사나 풍자에 해당한다고는 도저히 볼 수 없고 이를 넘어 악의적이고 심히 경솔한 표현에 해당하는 것으로서 현저히 상당성을 잃은

것으로 평가하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 발언은 표현의 자유로 보호될 수 없는 영역에 해당하여 명예훼손죄나 모욕죄 등 관련 법률에 정한 바에 따라 제재될 수 있는 표현에 해당된다.

나) 이 사건 발언이 구체적 사실을 적시한 경우에 해당하는지에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 언어의 통상적 의미와 용법, 증명가능성, 피고인 1이 행한 전체적인 발언의 성격, 이 사건 발언 부분의 세부적 맥락 및 그 내용의 사실성을 보충하는 취지의 추가 발언, 이 사건 발언 당시의 사회적 상황 등을 종합하면, 이 사건 발언이 이루어진 전체적인 맥락에도 불구하고 피고인 1은 ‘대통령 갑이 세월호 참사 무렵 마약을 하거나 보톡스를 하였고, 이로 인하여 세월호 참사 발생 이후 7시간 동안 적절하게 직무를 수행하지 못하였다.’는 사실을 암시하여 적시한 것으로 인정할 수 있다.

① ‘마약을 한 사람’ 내지 ‘마약한 거 같다’와 같은 말은 그 발언 상대방에게 모멸감을 주는 등 경멸적 표현으로 사용되기도 한다. 그러나 피고인 1이 이 사건 발언을 통해 소개한 의혹은, 그 표현이 우회적이고 간접적이기는 하나, 그 문언상 ‘대통령 갑이 세월호 참사 발생 무렵 그 소재가 밝혀지지 않은 것이 마약을 (투약)하고 있었거나 보톡스 시술을 받고 있었기 때문일 수 있다.’는 것이다. 이와 같은 표현 내지 문언을 받아들이는 사람의 입장에서 볼 때, 이 사건 발언이 단순히 대통령 갑이나 대통령의 판단 내지 행동 등에 대해 경멸적으로 표현한 것으로 보기는 어렵고, 세월호 참사 직후 시점의 대통령 갑의 구체적인 행동을 나타낸 것으로 보아야 한다.

② 대통령 갑이 세월호 참사 발생 무렵 마약을 하거나 보톡스를 하였는지 여부는 증거에 의하여 증명이 가능한 사실이다.

③ 피고인 1은 대통령 갑의 위와 같은 마약 투약이나 보톡스 시술에 관한 세간의 의혹을 소개하였고, 여기서 더 나아가 그 의혹의 내용이 사실일 수도 있다는 전제로 ‘청와대를 압수·수색하여 마약이 있는지, 보톡스가 있는지 뒤져야 한다.’는 취지까지 덧붙였다.

④ 피고인 1은 불특정 다수가 접할 수 있는 기자회견이라는 방법으로 이 사건 발언을 하였다.

⑤ 당시 세월호 참사는 그 피해의 심각성으로 인해 국민적 관심을 받고 있었고 정부에 대한 비난 여론이 거센 상황이었고 세월호 참사 발생 이후 7시간 동안 대통령이 제대로 직무수행을 하지 않았다는 비판도 제기되고 있었는바, 그 당시의 대

통령의 행적에 관한 의혹도 위와 같은 비판의 맥락에서 나오는 것이었다.

다) 나아가 이 사건 발언이 허위인지, 피고인 1이 그 허위성을 인식하고 있었는지에 관하여 보건대, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들, 그리고 검사가 당심에 이르러 제출한 국회 운영위원회의록, 세월호침몰사고의진상규명을위한국정조사특별위원회조사록(임시회의록), 예산결산특별위원회회의록(임시회의록), 조○○ 의원 요구자료 답변서의 각 기재에 의하면, 대통령비서실장 등이 국회에 ‘대통령 갑이 2014. 4. 16. 당일 세월호 참사 발생 무렵 외부 행사 없이 청와대에서 20분 ~ 30분 간격으로 안보실로부터 3회 서면보고와 7회 유선보고를 받았고 비서실로부터 11회 서면보고를 받아 필요한 지시를 하였으며, 당시의 상황판단에 따라 별도의 회의는 없었고, 이와 같은 서면보고와 유선보고 방식은 대통령 갑의 업무방식으로서 이례적이지 않으며, 한편 대통령의 위치와 동선은 언제나 누구에게나 비밀로 해 공개하지 않았다.’는 취지로 공식적으로 구두답변 또는 서면답변을 한 사실이 인정되고, 피고인 1은 이 사건 발언을 함에 있어서 그 소문이 사실인지 전혀 확인하지 않았고 단지 소문만 들었을 뿐인 사실도 인정되는바, 이와 같이 검사가 적어도 ‘대통령 갑의 세월호 참사 당시 통상적인 방법에 의한 직무수행 사실’에 관하여 일응의 입증을 한 점, 검사가 더 나아가 대통령 갑의 마약 투약과 보톡스 시술의 부존재에 관하여 다른 인적·물적 증거를 제시하는 것이 이 사건 발언 당시부터 이 사건 수사 및 기소, 그리고 재판에 이르는 시간 동안에는 사회통념상 불가능했던 상황으로 보이는 점 등도 종합하여 보면 피고인 1의 이 사건 발언은 허위의 사실이고 피고인 1도 그 허위성을 미필적으로 인식하였음이 합리적 의심 없이 입증되었다고 봄이 상당하다.

라) 한편, 피고인 1의 행위는 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄에 해당하므로 앞서 법리에서 본 바와 같이 위법성조각에 관한 형법 제310조는 적용될 여지가 없다.

2) 검토

가) 원심이 위 1)의 가)항 기재와 같이, 이 사건 발언과 기자회견의 전체적인 취지 사이의 상관관계는 전혀 검토하지 않은 채, 이 사건 발언 중 자극적인 표현(보톡스, 마약)만을 이유로 이 사건 발언이 표현의 자유의 보호영역에서 이탈하였다고 판단한 것은 심히 경솔한 판단에 해당하는 것으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가하지 않을 수 없다.

나) 원심은 ‘이 사건 발언이 이루어진 전체적인 맥락에도 불구하고 ... 사실

을 암시하여 적시한 것으로 인정할 수 있다'라고 판단하였는데, '이 사건 발언이 이루어진 전체적인 맥락'이 무엇을 의미하는지 알기 어렵다. 아래에서 보는 '이 사건 발언이 이루어진 전체적인 맥락'에 속한다고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어, 원심이 진지하게 '이 사건 발언이 이루어진 전체적인 맥락'을 고려했다면, 과연 동일한 결론에 이르렀을지 의문이다.

다) 원심이 위 1)의 나) ①항 기재 마지막 문장과 같이 한 판단은, 표현의 자유의 한계 이탈 여부를 규범적으로 판단함에 있어 기준이 되는 '일반 독자'의 수준을 너무 얽잡아 본 것이다.

라) 원심이 위 1)의 나) ⑤항 기재와 같이 한 판단은, 같은 항 기재 여론, 비판이 어째서 이 사건 발언을 '사실 적시'로 인정하는 근거가 될 수 있는지 이해하기 어렵다. 오히려 이 사건 발언과 맥락을 같이하는 '여론, 비판'이라고 하면, 이는 이 사건 발언이 '의견 표명'에 해당함을 뒷받침하는 사정이라 할 것이다.

마) 원심은 검사가 적어도 '대통령 갑의 세월호 참사 당시 통상적인 방법에 의한 직무수행 사실'에 관하여 일응의 입증을 하였다고 판단하였다. 원심은 이러한 판단의 주된 근거로 대통령비서실장 등이 국회에서 공식적으로 한 구두·서면답변을 들고 있다. 그러나 갑과 이해관계를 같이 하는 대통령비서실장 등의 진술의 신빙성을 높게 판단한 원심의 태도는 이해하기 어렵다. 원심은 대통령비서실장 등의 진술 중에는 갑이 '청와대에서' 유선·서면보고를 받았다는 취지가 포함되어 있다고 인정하였는데, 이 부분 사실 인정은 부정확하거나 오해의 소지가 있어 보인다. 앞서 보았을 뿐만 아니라 아래에서 거듭 보듯이 세월호 참사 당시 갑은 청와대 집무실이 아닌 관저에 머물고 있었고, 청와대 집무실과 관저 사이에는 근본적인 차이가 있으며, 갑에게 유선·서면보고를 하였다는 대통령비서실장 등의 진술도 갑이 청와대 집무실에 머무르지 않았음을 전제하는 것으로 보인다. 대통령비서실장 등의 진술 중에는 '당시 서면·유선보고 방식에 의한 갑의 업무방식이 이례적이지 않다'라는 취지까지 포함되어 있음에도 원심은 이를 순순히 받아들여 갑이 '통상적인 방법'에 의한 직무수행을 한 사실이 인정된다고 하였는데, 앞서 보았듯이 ① 10:17:06경 세월호는 이미 108.1도로 전복되어 급속도로 침몰하고 있어 잠수를 통하여 승객을 구조할 수밖에 없는 상황에 이르렀음에도, 탄핵결정 사건에서 갑 스스로도 상황의 심각성을 인식한 시점 또는 인식 가능하였던 시점이 그때로부터 무려 5시간 가까이 경과된 15:00경이라고 주장한 점, ② 헌재결정 보충의견에서 「당일은 휴일이 아니었으므로 갑은 정당한 사유가 없

는 한 업무시간 중에는 집무실에 출근하여 업무를 수행하여야 했음에도 갑은 당일 오전부터 17:15 중대본을 방문하기 전까지 집무실에 출근하지 않고 관저에 머물렀는데, 관저는 기본적으로 대통령의 휴식과 개인 생활을 위한 사적인 공간이므로, 그곳에서의 근무는 직무를 위한 모든 인적, 물적 시설이 완비된 집무실에서의 근무와 업무의 효율, 보고 및 지시의 용이성 면에서 근본적인 차이가 있고, 갑이 업무시간 중에 집무실에 있지 않고 관저에 머무르게 되면, 긴급한 순간에 참모들은 대통령의 위치부터 파악하여야 하므로 보고에 지장이 생기게 될 것은 명백하다. 갑이 09:00에 집무실에 출근하여 정상 근무를 하였다면 갑 역시 당일 09:40경에는 국가안보실 인원들과 함께 상황의 중대성과 심각성에 관한 인식을 공유할 수 있었을 것이다. 갑이 그날 저녁까지 별다른 이유 없이 집무실에 출근하지도 않고 관저에 머문 결과 유례를 찾기 어려운 대형 재난이 발생하여 최상위 단계인 ‘심각’ 단계의 위기 경보가 발령되었는데도 그 심각성을 아주 뒤늦게 알았고 상황을 파악하고 승객 구조를 지원하기 위하여 대통령으로서 지도력을 발휘하지 않은 채 무성의한 태도로 일관하였다. 갑은 상황을 파악하고 그에 맞게 대응하려는 관심이나 노력을 기울이지 않았기에 구체성이 없는 지시를 하였다. 400명이 넘는 국민들의 생명과 안전에 중대하고 급박한 위험이 발생한 그 순간에 갑은 8시간 동안이나 국민 앞에 자신의 모습을 보이지 아니하였다. 국민의 생명과 안전에 급박한 위험이 초래되어 대규모 피해가 생기거나 예견되는 국가위기 상황이 발생하였음에도, 상황의 중대성 및 급박성 등을 고려할 때 그에 대한 갑의 대응은 현저하게 불성실하였다. 갑은 최상위 단계의 위기 경보가 발령되었고 상황의 심각성을 파악하였음에도 재난 상황을 해결하려는 의지나 노력이 부족하였다」라고 판단한 점, ③ 위기관리센터에서 대통령 관저 인수문까지의 거리는 불과 597m로 상황병이 땀박질로 이동하더라도 소요되는 시간은 약 6분 20초 정도에 불과한 점 등을 종합해 볼 때, 원심의 이 부분 판단은 도저히 받아들일 수 없다. 만약 원심의 이 부분 판단이 타당하다면, 평일 아침이면 매번 굳이 출근 시간 안에 사무실에 도착하고자 몸부림쳤던 필자 같은 사람은, 피로와 짜증에 절어 딱딱한 얼굴로 필자와 함께 대중교통의 공간을 나눴던 사람들은 뭐란 말인가.

6. 사안에의 적용

대상판결은 관련 법리를 조리 있게 요약했을 뿐만 아니라 그 법리가 문제된 사안에 적용되는 방법까지 구체적으로 제시하였다. 대상판결에 열거된 사정에 이 연구를 통

해 확인한 아래와 같은 사정까지 보태어 보면, 이 사건 발언이 ‘사실 적시’에 해당한다고 단정하기 어렵고, 설령 이 사건 발언이 ‘사실 적시’에 해당한다고 하더라도, 이 사건 발언의 내용인 「갑의 7시간 동안의 구체적인 행적(이하 ‘이 사건 7시간 행적’이라 한다)」에 관한 의혹은 그 내용이나 공익성의 정도가 매우 중대하고, 여기에 비하면 저하되는 갑의 사회적 평가는 사소하게 느껴질 정도이며, 설령 이 사건 발언 중 일부 표현이 자극적으로 받아들여질 여지가 있다거나 피고인 1이 사실 확인을 위한 노력을 하지 않았다는 사정만으로는 달리 볼 수 없다. 따라서 이 사건 발언은 어느 모로 보나 표현의 자유의 범위 내에 있다고 볼 수 있고, 대상판결의 판단이 지극히 타당하였음을 재확인할 수 있다.

가. 이 사건 발언이 ‘사실 적시’에 해당하는지

1) 앞서 보았듯이 사실 적시와 의견 표명의 구별 기준 중 가장 유력한 것이 ‘역사성’과 ‘객관적 증명가능성’이다. ‘이 사건 7시간 행적’은 그것이 진행된 시공간이 특정되어 있으므로 역사성을 갖춘 것으로 인정된다. 그렇다면 ‘이 사건 7시간 행적’에 관한 객관적 증명가능성은 어떨까? 앞서 보았듯이 ‘동원가능한 모든 증명방법’을 기준으로 객관적 증명가능성 유무를 판단하는 것은 부당하다. 오히려 이 사건 발언의 대상인 사건의 배경은 갑의 은밀한 공간이고, 피고인 1은 갑 또는 그와 이해관계를 같이 하는 집권세력으로부터 미움을 받았으면 받았지 그들과 사이에 긍정적인 연결고리는 전혀 갖추고 있지 못함을 ‘일반 독자’는 넉넉히 알 수 있었으므로, 이 사건 발언의 경우 객관적 증명가능성이 인정되지 않는다(대상판결도 ‘피고인 1이 당시 이 사건 7시간 행적을 알 수 있는 특별한 지위에 있지 않았으므로, 이 사건 발언을 듣는 사람들이 피고인 1의 발언을 사실로 받아들이지 않았을 것이라고 볼 수도 있다’라고 판단하였는데, 다만 이러한 사정을 이 사건 발언이 사실 적시로 인정됨을 전제하는 예비적 판단 단계에서 ‘악의적 공격’의 판단기준 중 ‘공직자의 사회적 평가를 저하하는 정도’ 관련하여 참작한 것으로 보인다).

2) 나아가 ‘이 사건 7시간 행적’의 경우 동원가능한 증명방법이 있지만, 그 증명방법을 의혹의 대상인 갑이 사실상 독점하고 있다는 특수성이 있다. 이 사건 발언 당시 갑은 ‘이 사건 7시간 행적’ 관련 비판과 의혹에 대해서 ‘해명과 재반박’을 통해서 이를 극복하려고 하기는커녕, 오히려 아래와 같이 갑과 이해관계를 같이 하는 집권세력들이 세월호 침몰 사고의 진실을 밝히기 위한 진상규명특별위원회가 제대로 작동하지 못하도록 하는 내용의 시행령을 추진한다는 보도가 나오는 상황이었다(대상판결에

서도 기자회견 중 ‘세월호 참사의 진실을 밝히기 위해 시행령을 폐기하고 진상규명특별위원회가 제대로 작동하게 해야 한다는 주장’이 포함되어 있다고 인정하기도 하였다) 이러한 상황까지 보태어 보면, 이 사건 발언의 경우 객관적 증명가능성이 없어 의견 표명에 해당한다고 봄이 타당하다. 설령 그렇지 않고 이 사건 발언이 사실 적시에 해당한다고 하더라도, 아래에서 보듯이 이 사건 발언은 악의적 공격에 해당하지 아니하므로 위법성이 조각된다고 봄이 타당하다.

[한국일보 2015. 4. 16.자 사설: 세월호 1주기에 배척당한 정부, 진정성이 문제]

어제 세월호 참사 1주기에 정부는 철저히 배척당했다. 박근혜 대통령은 참사 현장인 진도 팽목항을 방문해 대국민메시지를 발표했으나 유가족들이 만남을 거부해 빛이 바랬다. 이완구 국무총리도 경기 안산의 세월호 합동분향소를 찾았지만 유가족들 항의로 조문을 하지 못했다. 김무성 새누리당 대표 등 지도부도 문전박대를 당하기는 마찬가지였다.

박 대통령의 팽목항 방문은 당초 계획과 달리 파행과 혼선으로 얼룩졌다. 극도의 보안 속에 이뤄진 팽목항 방문은 유가족들의 외면으로 대국민메시지만 읽고 서둘러 돌아오는 초라한 행사가 돼버렸다. 박 대통령의 방문 사실을 안 유가족들은 아예 분향을 하지 못하게 일찌감치 현장분향소를 폐쇄하고 철수했다. 세월호 유가족들의 상처가 얼마나 깊고 큰지를 단적으로 보여준다. “희생자와 실종자들을 진심으로 애도하며, 유가족들에게 위로의 말씀을 드린다”는 메시지만으로는 단단히 얼어붙은 유가족들의 마음을 되돌리기에 턱없이 부족했다.

유가족을 비롯한 상당수 국민은 정부가 그 동안 보인 태도에 진정성을 느끼지 못하고 있다. 입법예고된 세월호 특별법 시행령은 정부가 세월호 참사의 진상을 파헤칠 의지가 없다는 사실을 노골적으로 드러냈다. 세월호 특위에 독립성과 객관성을 부여하지 않고 정부 공무원들이 좌지우지하겠다는 의도가 너무도 뻔히 보인다. 일부 조항을 보완해서 될 수준이 아닌데도 정부는 땀땀처방으로 넘어가려 한다. 유가족들이 간절히 요구해온 세월호 인양문제도 시간을 끌다 여론이 인양 쪽으로 기울자 마지못해 적극 검토로 돌아섰다. 그 것도 대통령과 주무장관, 실무자들 말이 다르니 정부의 진정성을 믿을 수가 없는 것이다.

더욱이 박 대통령이 어제 남미 4개국 순방을 떠난 것부터가 문제 회피나 외면으로 비칠 수 있다. 국정 최고책임자가 하필이면 세월호 1주기라는 상징적인 날에 출국해야 하는지 이해하지 못하는 국민이 많다. 세월호 1주기가 갑자기 생긴 일정도 아닌 바에야 사전에 얼마든지 조정이 가능했을 거라는 의문을 갖게 된다. 세월호 1주기를 맞아 일제히 관련 기사를 보도한 외신도 정부의 잘못을 지적하고 있다. “한국인들이 세월호 참사 대응에서 나타난 정부의 책임감 결여로 좌절감을 느끼고 있다”거나 “정치적인 논쟁으로 진상조사 등 세월호 유가족들의 요구가 아직 해결되지 않고 있다”는 보도가 쏟아지고 있다.

안팎으로 정부의 결단과 의지를 촉구하는 목소리가 높지만 대통령과 정부는 사태를 풀려는 자세를 보이지 않는다. 세월호 참사 1주기만 넘기고 보자는 분위기가 읽힌다. 정부가 진정 진상규명 의지가 있다면 세월호법 시행령을 철회하고 원점에서 새로 만드는 게 옳다. 시간을 끌다 분위기가 가라앉으면 어물쩍 처리할 생각을 접어야 한다. 세월호 인양 방침도 확실히 밝혀야 한다. 국회도 어제 여야 가릴 것 없이 세월호 선체의 온전한 인양을 촉구하는 결의안을 채택했다. 박 대통령이 대국민메시지에서 밝힌 대로 세월호의 고통을 달고 새

로운 대한민국을 만들어가려면 정부의 진상규명 의지를 보여주는 게 우선돼야 한다.

[경향신문 2015. 4. 29.자 사설: '수정'한 것 없는 세월호특별법 시행령 수정안]

정부가 '세월호특별법 시행령 입법예고안'의 수정안을 어제 공개했다. 주무부처인 해양수산부는 '4·16 세월호 참사 특별조사위원회(세월호특위)'의 수정 요구를 상당 부분 수용했다고 밝혔으나, 세월호특위 측은 "도저히 받아들일 수 없는 안"이라며 거부했다. 세월호 피해자 가족들도 "참담하다"고 했다. 세월호특위와 가족들의 요구는 특위의 독립적·객관적인 진상규명 활동을 보장해달라는 것이었다. 그러나 수정안을 보면 이러한 시행령으로 진실의 한 조각이라도 건져 올릴 수 있을지 의구심이 든다.

(중략)

세월호특별법이 국회를 통과한 것은 지난해 11월이다. 이후 다섯 달이 넘도록 시행령이 제정되지 않고 있는 데는 정부·여당 책임이 크다. 해수부는 특위 설립준비단이 2월17일 넘긴 시행령안을 한 달 이상 외면하다 3월말에야 정부 안을 일방적으로 입법예고했다. 유가족과 특위 측이 반발하자 박근혜 대통령은 세월호 참사 1주기 전날 "시행령 문제의 원만한 해결"을 지시했다. 하지만 해수부가 내놓은 수정안은 대통령 발언이 1주기를 무사히 넘기기 위한 '립 서비스'에 불과했음을 보여준다.

정부는 시행령 수정안을 오늘 차관회의에 상정해 5월4일 국무회의에서 의결할 예정이라고 한다. 그러나 수정안 수준의 시행령으로는 "참사의 발생 원인·수습 과정·후속 조치 등 사실관계와 책임소재의 진상을 밝히도록"한 모법(母法) 세월호특별법의 입법취지를 지켜낼 수 없다. 세월호특위의 독립적이고 객관적인 활동을 보장해달라는 요구는 지금이 상식적이다. 정부가 이 같은 요구를 외면하고 문제의 시행령안을 끝내 고집한다면 시민들은 묻게 될 것이다. 세월호의 진실이 드러나는 일이 그토록 두려운가.

나. 표현의 내용이나 방식

1) 피고인 1이 이 사건 발언에서 궁금해 하며 밝히고자 한 사실관계는, '대통령인 갑이 세월호 참사 당시 제대로 국정을 수행하였는지' 여부였다. 세월호 침몰 사고 희생자들의 유족들과 같은 입장에 서서 세월호 침몰 사고 관련 진실의 온전한 규명을 절대적 사명으로 삼고 있는 사람들로서는, 혹시나 여기에 지장이 생길 것을 염려하여 앞에서 본 기자회견의 전체 취지에 덧붙여 이 사건 발언까지 하는 것은 - 앞서 보았듯이 표현의 자유를 폭넓게 인정할 필요가 있어 판례가 악의적 공격 법리를 적용하는 - '공직자의 업무수행의 정당성에 관한 의혹 제기'에 해당하고 표현의 자유 범위 내에 있다고 봄이 타당하다.

2) 앞서 보았듯이 가치를 저하하는 평가에 대하여 스스로 원인을 제공하는 자는 그것에 대한 신랄한 반격이 그의 명예를 저하시킨 경우에도 이를 원칙적으로 인용해야 하고, 공적 인물이 감수해야 하는 비판과 의혹 제기 중에는 신랄한 비판, 격렬하고 따가운 때로는 불유쾌하고 날카로운 공격도 포함된다. 자유 토론의 경우 그 즉흥

성 때문에 격렬한 언사나 도를 넘는 지나친 표현도 용인되어야 하고, 감정적으로 격한 분위기에서 이루어지는 토론의 경우 심사숙고하지 않은 표현을 할 수가 있는데, 이러한 표현은 또한 청중에 의해서도 표현이 이루어진 상황에 맞게 인식되고 평가된다. 필자는 이 사건 기자회견이 실제로 이루어진 모습을 확인하고자 관련 동영상을 찾아보려고 했지만 실패했다. 그런데 만약 이 사건 발언은 기자회견 당시 준비된 원고 중에는 포함되어 있지 않았고, 피고인 1이 원고를 낭독하던 중 북받치는 감정에 기자회견 도중 즉흥적으로 이 사건 발언에 이르게 된 것이라고 한다면, 이는 이 사건 발언이 표현의 자유 범위 내에 있음을 지지하는 사정으로 볼 수 있을 것이다.

3) 피고인 1이 이 사건 발언을 통해 소문을 소개한 것은, 설령 소문의 내용이 허위라고 전제하더라도, ‘이러한 소문이 널리 전파되었다는 사실’ 그 자체가 상당한 의미를 가진다는 점에서 표현의 자유의 범위 내에 있다고 봄이 타당하다. 즉, 구체적인 근거는 없음에도 갑이 심한 수치심을 느낄 수도 있는 이런 내용의 소문이 이미 광범위하게 퍼져 있다는 상황 자체가, ‘이 사건 7시간 행적’ 및 이와 관련하여 갑이 했던 사후 언동에 대하여 공개토론 등을 통해 형성된 여론의 부정적인 향방 및 심각한 타격을 입은 갑의 지지도를 극적으로 드러내고 있다(즉, 갑으로서의 국가의 운영에 필수불가결한, 통치기관과 통치권력에 대하여 법적으로 정당화되는 민주적 권위의 결핍이라는 문제 상황을 마주하게 된 셈이다). 산케이 신문의 가토 지국장이 세월호 침몰 사고 무렵 한국의 정치적 현실을 본국의 독자들에게 전달하려는 의도 아래 선택한 글 감도 다른 아닌 갑의 ‘이 사건 7시간 행적’ 관련 풍문이었고, 위 풍문의 내용은 이 사건 발언보다 더욱 고약한 것이었음에도 관련 형사사건에서는 무죄 판결이 선고되어 그대로 확정되었다. 이러한 소문의 발생에 대하여는 갑에게도 책임이 있다는 점도 고려되어야 할 것이다.

4) 파기환송 전 원심은, 피고인 1이 대통령 갑에 대하여 상당한 불만이 있었을 것이라는 짐작에 과몰입하는 바람에, 피고인 1이 이 사건 기자회견에서 한 전체 발언의 취지는 간과한 채 이 사건 발언의 주된 목적이 대통령 갑에 대한 상스러운 소문의 전파에 있었다고 단정하는 오류에 이르렀을 가능성이 있다.

만약 파기환송 전 원심이 이러한 경위로 앞서 본 것과 같은 판단을 하였다면, 이는 ‘일반 독자’의 수준을 과소평가하는 것이다. ‘일반 독자’는, 어떤 표현 중 문제된 부분의 의미를, 그 부분만 고립시켜서 받아들이지 않고, 그 표현 전체 취지와 상호관계까지 고려하여 받아들이는 사람이다(‘일반 독자’는 심지어 어떤 표현 그 자체를 뛰어

넘어 그 이전에 이루어졌던 발언의 취지까지 고려하기도 한다, 대상판결도 피고인 1이 이 사건 발언 이전에 지속적으로 해 온 사회적 의견표명까지 고려하여 판단하였다). 이 사건 발언은 ‘갑이 보톡스 또는 마약을 하였다’라고 단정하는 표현을 사용하지 아니하였고, 설령 그렇게 단정하는 내용이라고 하더라도 이 사건 발언을 품고 있는 기자회견 전부가 이 사건 발언을 핵심으로 하면서 나머지 부분이 여기에 기여하는 구조(예컨대 갑이 실제로 보톡스 또는 마약을 하였다는 단정을 한 다음 그것이 진실함을 전제로 설득조의 문장을 반복, 강조하는 등)로 짜이지 않았음은 명백하다. 따라서 ‘일반 독자’가 이 사건 기자회견을 들으면서 그 주된 의미가 ‘갑에 대한 상스러운 소문’에 있다고 받아들였을 것으로 보기는 어렵다. 근본적으로는, ‘일반 독자’는 이 사건 기자회견이 시작되기도 전에 이미 ‘갑에 대한 상스러운 소문’에 관하여 잘 알고 있었을 것으로 봄이 타당하므로 굳이 이런 소문에 주목할 만한 이유도 찾아볼 수 없다.

위 1)항에서 본 절대적 사명을 품고 있는 피고인 1이 대통령 갑에 관한 상스러운 소문을 소개함으로써 굳이 기자회견 전체의 품격을 떨어뜨려 그 설득력과 신뢰도를 손상시키는 결과에 이르려는 의도가 있었다고 보는 것은 앞뒤가 맞지 않다. 만에 하나 파기환송 전 원심이 의심하였을 지도 모르는 것과 같은 불손한 의도가 피고인 1에게 있었다고 하더라도, 표현행위자의 내심의 의도나 상대방의 개인적 이해득실 등 주관적인 사정에 따라 그 표현의 객관적 의미가 좌우된다고는 볼 수 없다.

뿐만 아니라 대통령 갑이 이 사건 발언으로 인하여 마약류 관리에 관한 법률 위반 등 혐의로 수사를 받거나 마약범죄자로 몰려 배제와 차별의 대상이 되는 등 심각한 피해를 입을 위험성이 있었다고 보기는 어렵고, 대통령 갑을 지지하던 세력이 다수 이탈한 것은 이 사건 발언에 앞서 이루어진 대통령 갑의 처신 때문이지 이 사건 발언으로 인해 비로소 초래된 상황도 아니므로 표현의 자유를 제한하여야 하는 특단의 사정이 있었다고 보기는 어렵다.

따라서 필자로서는 파기환송 전 원심의 판단을 어느 모로 보나 받아들이기 어렵다.

5) 이 사건 발언 중 ‘마약’이라는 표현에 관하여도 살펴본다(‘국회의원 부부 사건’의 다수의견이 표현의 자유 보호를 위해 구성한 논리에 영감을 얻었다).

‘마약’이란 무엇인가? ‘마약’의 정의에 관하여는 마약류 관리에 관한 법률이 규정하고 있다. 그런데 ‘마약’ 중에는 양귀비, 아편, 코카 잎 등이 포함될 뿐 언론에 종종 보도되는 필로폰, 프로포폴, 케타민, 엑스터시, 펜터민, 졸피뎀 등은 포함되지 않

는다. 필로폰 등은 ‘향정신성의약품’에 해당하고, 나아가 위 법 시행령에 구체적으로 열거된 ‘향정신성의약품’의 종류는 300개가 넘는다. 위 법은 ‘대마’도 ‘마약’과는 구별하여 규정하고 있다. 이러한 개념 정의와 광범위한 범위를 엄격히 적용해 본다면, 단순히 ‘마약’이라고만 해서는 그것이 지칭하는 대상이 무엇인지 ‘특정’되었다고 단정하기 어려운 측면이 있다. 즉 이 사건 발언 중 ‘마약’이 의미하는 바가 특정되었다고 단정하는 것은 성급할 수 있다.

다. 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도

아래와 같은 사정들을 종합해 보면, ‘이 사건 7시간 행정’의 내용이나 공익성이 매우 중대하였음은 명백하다.

1) 갑의 언동

갑은 17:15경에야 중대본에 방문하였을 뿐만 아니라 안전행정부2차관과 대화를 나누면서 “구명조끼를 학생들은 입었다고 하는데 발견하기가 힘들니까?”라는 말까지 하였다. 해경과 청와대 상황실 사이의 통화 녹취록을 보면, ‘사람들이 모두 선내에 갇혀 있어서 바다에는 한 명도 보이지 않고 선내를 수색하려 하는데 조류가 세다’라는 얘기가 수없이 나옴에도 말이다. 이런 사정만 놓고 보더라도, ‘이 사건 7시간 행정’ 관련하여 갑이 사고 상황을 제대로 보고받지 못하여 사고 상황을 제대로 파악하지 못했던 것이 아닌지, 최초 보고를 받은 때로부터 약 7시간에 이르도록 300명이 넘는 사람들이 선내에 갇혀 있는 것조차 몰랐던 것은 아닌지 상당한 의문이 제기될 수 있었다.

2) 현재결정 보충의견

앞서 본 현재결정 보충의견은, ‘국가 최고지도자가 국가위기 상황에서 직무를 불성실하게 수행하여도 무방하다는 그릇된 인식이 우리의 유산으로 남겨져서는 안 된다. 대통령의 불성실 때문에 수많은 국민의 생명이 상실되고 안전이 위협받아 이 나라의 앞날과 국민의 가슴이 무너져 내리는 불행한 일이 반복되어서는 안 되므로’ 갑이 세월호 침몰 사고 관련하여 성실한 직책수행의무를 다하였는지 여부를 판단하겠다고 하였다. 그리고 위 보충의견은 ‘국민의 생명과 안전에 급박한 위험이 초래되어 대규모 피해가 생기거나 예견되는 국가위기 상황이 발생하였음에도, 상황의 중대성 및 급박성 등을 고려할 때 그에 대한 갑의 대응은 현저하게 불성실하였다, 갑은 최상위 단계의 위기 경보가 발령되었고 상황의 심각성을 파악하였음에도 재난 상황을 해결하려는 의지나 노력이 부족하였다, 그렇다면 갑은 국민의 생명과 안전을 보호하여

야할 구체적인 작위의무가 발생하였음에도 자신의 직무를 성실히 수행하지 않았으므로, 헌법 제69조 및 국가공무원법 제56조에 따라 대통령에게 구체적으로 부여된 성실한 직책수행의무를 위반한 경우에 해당한다'라고 판단하였다.

3) 정치권의 반응

가) 세월호 사고가 발생하고 며칠 후부터 당시 야당이었던 새정치민주연합, 정무당 등에서 사고 원인 규명의 필요성을 강조하며 국정조사 등을 요구하기 시작하였고, 2014. 5. 15. 국정조사를 실시하기로 여야가 합의한 후 2014. 5. 21. 국정조사 대상에 청와대도 포함시키기로 하였다. 2014. 5. 21. 새정치민주연합은 유○혜 원내대변인을 통해 '세월호 참사의 진상규명, 그 핵심이 세월호 사고 당일 대통령은 언제, 누구로부터 최초의 상황보고를 받았는지, 보고를 받은 후에 어떤 지시를 내렸는지, 도대체 오후 5시 10분 중앙재난안전대책본부를 방문할 때까지 약 8시간 동안 청와대는 무엇을 했는지 밝혀져야 한다'고 공식 브리핑을 하였다.

나) 2014. 7. 7.에는 국회 운영위원회 청와대 업무현황보고가 예정되었고, 2014. 7. 10.에는 세월호침몰사고의진상규명을위한국정조사특별위원회의 청와대에 대한 국정조사, 2014. 10. 28.에는 청와대에 대한 국정감사가 예정되었다.

이처럼 세월호 침몰 사고가 발생한 직후부터 국회와 언론에서 청와대의 부실, 늦장 대응에 대해 비판하고 진상규명을 해야 한다는 여론이 많아지자, 당시 청와대는 정부에 대한 신뢰감소 등으로 국정 운영에 많은 부담을 갖게 되었다. 대통령 비서실에서는 국회 대응 업무를 담당하는 정무수석비서관실 중심으로 각 수석비서관실, 정부 기관 등으로부터 자료를 취합하여 상황일지, 국회 대응 답변자료 등을 작성하기 시작했고, 국가안보실 위기관리센터에서도 사고 당일 국가안보실의 대통령에 대한 보고시간과 보고내용을 파악하고 정리하기 시작하였다.

라. 공직자의 사회적 평가를 저하하는 정도

1) 반복하건대 공론의 장에 나선 공직 인물의 경우에는 ① 비판과 의혹의 제기를 감수해야 하고, 그러한 비판과 의혹에 대해서는 ② 해명과 재반박을 통해서 이를 극복해야 하며, 공직 관심사에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다. 가치를 저하하는 평가에 대하여 스스로 원인을 제공하는 자는 그것에 대한 신랄한 반격이 그의 명예를 저하시킨 경우에도 이를 원칙적으로 인용해야 하고, 공직 인물이 감수해야 하는 비판과 의혹 제기 중에는 신랄한 비판, 격렬하고 따가운 때로는 불유쾌하고 날카로운 공격도 포함된다. 자유 토론의 경우 그 즉흥성 때

문에 격렬한 언사나 도를 넘는 지나친 표현도 용인되어야 하고, 감정적으로 격한 분위기에서 이루어지는 토론의 경우 심사숙고하지 않은 표현을 할 수가 있는데, 이러한 표현은 또한 청중에 의해서도 표현이 이루어진 상황에 맞게 인식되고 평가된다. 독일의 판례는 이와 관련하여 공격감수‘의무’라는 표현을 사용하기도 하였다. 공적 인물의 공적 관심사 관련해서는 공적 인물의 인격권 침해가 예정되어 있다고도 할 수 있다. 즉 인격권 침해 그 자체가 일어나서는 안 되는 상황은 아니고, 다만 그 정도가 문제될 뿐이다. 일반론적으로 국민들의 알 권리의 대상인 객관적인 정보라고 하면, 이에 관한 표현을 통해 획득되는 공익보다 표현 대상의 인격권 침해라는 사익이 더 중요한 경우를 찾아볼 수 있을지 의문이다, 따라서 이러한 유형의 사건에 대한 심리는, 오히려 기본적으로 형사처벌이 불가능하다는 전제 아래, 그럼에도 형사처벌이 가능한 극히 예외적인 사정을 찾는 방식으로 진행되어야 할 것이다.

2) 공적 인물은 ‘비판과 의혹에 대해서는 해명과 재반박을 통해서 이를 극복해야 하’는데, 이는 공적 인물의 법적 의무인가? 이에 대하여 대법원은 명확한 입장을 밝히지는 않았다. 그러나 공적 인물이 법적 의무를 부담하는 것은 아니라고 하더라도, 공적 인물이 해명·재반박을 시도하였는지 여부, 해명·재반박의 내용은 문제된 표현이 표현의 자유의 범위 내에 있는지 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 것이다. 즉, 공적 인물의 해명·재반박이 부실하거나, 아예 해명·재반박을 하지도 않은 채 비판과 의혹을 묵살하고 나아가 왜곡까지 하였다면, 이에 대응하여 의혹 제기의 허용범위는 확장되어야 한다고 봄이 타당하다. 시민들의 정치에 대한 ‘냉소’ 및 ‘위축’이 민주주의를 위협하는 요소임을 앞서 보았지만, 그보다는 시민들의 정치에 대한 ‘열정’을 정치 엘리트들이 알면서도 묵살하고 나아가 왜곡함으로 인해 초래되는 민주주의에 대한 위협의 정도가 훨씬 더 심하다고 할 것이고, 따라서 표현의 자유를 널리 보장할 절박한 필요가 생긴다. 이러한 필요에 비례하여 열정적인 시민들의 표현의 자유가 질식하지 않도록 공직자의 사회적 평가를 저하하는 정도에 대한 판단기준은 완화되어야 하고, 형벌을 동원하려는 집권세력의 선부른 시도는 불허됨이 마땅하다. 형벌은 ‘최후의 수단(ultima ratio)’인 것이다. 필자는 이 법언을 법대 1학년 1학기 늦봄 무렵 배웠던 것 같다. 그런데 앞서 보았듯이 이 사건 발언 당시 갑은 ‘이 사건 7시간 행적’ 관련 비판과 의혹에 대해서 해명과 재반박을 통해서 이를 극복하려고 하기는커녕, 갑과 이 해관계를 같이 하는 집권세력들이 세월호 참사의 진실을 밝히기 위한 진상규명특별위원회가 제대로 작동하지 못하도록 하는 내용의 시행령을 추진한다는 보도가 나오는

상황이었다.

마. 사실 확인을 위한 노력의 정도

1) 앞서 보았듯이 설령 ‘허위’인 표현이라고 하더라도 표현의 자유의 범위 내에 있다고 보아 보호해야 하는 경우도 충분히 상정해 볼 수 있다. 의혹을 제기함에 있어서는 개연성이 인정되는 것으로 충분하고, 사실 확인을 위한 노력을 기울이는 경우에만 하여 개연성이 확보될 수 있다고는 할 수 없다. 해당 공직자만이 진실을 알 수 있는 상황에서, 해당 공직자가 해명·재반박을 하기는커녕 침묵하면서 오히려 진실을 은폐하려고 한다는 의심을 유발할 수 있는 여러 가지 시도를 하였다는 사정 그 자체만으로 의혹을 제기할 수 있는 개연성은 인정될 수 있다고 보는 것이 ‘상식’에 부합한다. 세상사가 복잡하다는 말을 흔히 하지만 그 중 ‘상식’의 범주를 넘어서는 사건은 드물다는 것은 경험칙이라 할 것이다. ‘국회의원 부부’ 사건 중 다수의견의 보완의견이, ‘그 성질상 정확한 증거가 극히 어려운 내용에 대한 의혹의 제기나 주장이 진실에 부합하는지 혹은 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 따질 때에는 일반의 경우처럼 엄격하게 증명할 것을 요구해서는 안 된다’라고 한 취지도 참조해볼 만하다. 근본적으로는, ‘상당성’ 법리 또는 ‘완화된 심사기준’ 법리에서는 ‘사실 확인을 위한 노력 정도’가 위법성조각 여부를 결정짓는 핵심적인 요소이지만, 이와는 별개의 위법성조각사유에 해당하는 ‘악의적 공격’ 법리의 의미를 해석함에 있어서 그러한 법리에 얽매일 이유가 없다.

2) 또한 ‘보톡스’ 관련하여, 갑은 15:00경 피해 상황이 심각하다는 것을 인식하고 중대본 방문 준비를 지시하였고, 15:35경 미용 담당자가 들어와서 약 20분 간 머리 손질을 하였다. 즉, ‘이 사건 7시간 행적’ 중 많게는 1시간 가까이가 갑의 머리 손질 관련 소요되었는데, ‘머리 손질’과 ‘보톡스’ 사이에는 ‘미용’이라는 관점에서 공통점을 찾아볼 수 있다.

3) 한편 ‘마약’ 관련하여, 어떤 언론은 아래와 같이 갑이 심한 불면증에 시달리고 있어 ‘마약성’ 수면제 복용 후 잠이 드는 바람에 2014. 4. 16. 아침 제대로 깨어나지 못했다는 추측성 보도를 하기도 했다. 2007년 ‘갑’과 갈라서기 전에는 친‘갑’인사로 분류되기도 했던 전○옥도 2016. 12. 27. 자신의 블로그에 “제가 보기에 심한 불면증에 시달렸던 갑이 수면제를 들고 그냥 정신없이 잔 것”이라는 글을 올리기도 했다(국민일보 2016. 12. 30.자 기사).

[프리티안 2016. 11. 18.자 기자의 눈: ‘불면증’ 갑, ‘세월호 7시간’ 수면제 취해 잤나?]

(전략)

기자는 최근 갑의 건강 상태와 관련된 중요한 제보를 하나 받았다. 며칠 전, 갑과 가까웠던 한 정치인과의 저녁 식사 자리였다.

그는 박 대통령이 '불면증' 때문에 고생한다는 얘기를 여러 경로를 통해서 들었다. 심지어 그 역시 불면증으로 고생하는 것을 알고 있는 대통령 측근에게 '박근혜 대통령이 불면증 때문에 고생하는데 좋은 의사를 소개해 줄 수 있겠느냐'고 문의도 해왔다. 그는 실제로 몇몇 의사를 소개해 주기도 했다.

대통령의 건강 상태는 그 자체로 중요한 비밀이기 때문에 이것이 사실인지 확인하기는 어렵다. 실제로 제보를 받고나서 갑을 직접 진료한 적이 있는 의료인 여럿에게 사실 확인을 요청했다. 하지만, 모두 다 갑의 건강 상태를 확인해 줄 수 없다는 이유로 확인을 피했다. (아니나 다를까, 갑은 최근 "잠이 보약"이라고 말했다는 보도로 구설에 올랐다.)

기자가 갑이 불면증을 앓고 있다는 사실에 주목한 것은, 이것이 세월호 7시간의 미스터리를 해결할 수 있는 열쇠가 될 수 있다고 생각했기 때문이다.

갑이 불면증을 앓고 있는 게 사실이라면, 대통령 주치의 또는 최○실 자매와의 친분 때문에 대통령 자문의로 위촉된 게 확실해 보이는 김○만 의사에게 불면증을 해결할 처방을 의뢰했을 가능성이 크다. 알다시피, 불면증에는 수면제(수면 유도제) 같은 의약품이 처방되어야 하고, 일부는 장기 복용 시 부작용도 있다.

보건복지부는 김○만 의사가 대리 처방한 갑의 약 가운데 이른바 '비타민 주사' 같은 수액 주사 외에 항정신성 의약품은 없다고 밝혔다. 하지만 김○만 의사가 갑이 복용할 수면제(수면 유도제)를 제공할 수 있는 방법은 다양하기 때문에, 복지부의 조사에는 한계가 있다. (정신과 전문의가 아니더라도 수면제(수면 유도제) 처방이 가능하다.)

이런 상황이라면, 갑은 청와대 주치의나 의무실장의 관리 밖에서 수면제(수면 유도제)와 같은 약을 가지고 있을 가능성이 크다. 여러 의사에게 문의한 결과, 불면증을 앓는 환자에게 의사가 처방했을 가능성이 가장 큰 약은 흔히 상품명 '스틸녹스'로 알려진 '졸피뎀'이다. 졸피뎀은 다른 약에 비해서 의존성이나 부작용이 적기 때문이다.

(후략)

이 사건 발언이 이루어진 2015. 6.경의 사정이라고는 단정할 수 없으나 최근 인터넷상에서는 미국 드라마에도 사용되는 표현이라면서 'Are you high?(너 약했니?)'를 소개하는 글을 어렵지 않게 찾아볼 수 있기도 하고(필자가 찾은 글 중 가장 오래된 것은 NAVER 지식iN 2007. 2. 14.자 답변이었다), 그 중에는 '약에 취한 것 마냥 말이나 행동이 좀 제정신이 아니다 싶을 때 농담 삼아 던질 수 있는 표현'이라고 소개하는 글도 있었다.

4) 위 2), 3)항과 같은 사정을 너그럽게 보면, 이 사건 발언 중 '마약, 보톡스' 부분조차 큰 범주에서 볼 때 '이 사건 7시간 행적'의 '진실'과 사이에 그 성격상 유사성이 있다고 평가될 수 있거나, 수사학적 과장이라고 인정될 여지가 있다고 본다. 앞서 보았듯이 어떤 표현이 최종적으로 허위로 밝혀진다고 하더라도 그러한 사정만으로

표현의 자유의 한계를 일탈하였다고 단정할 수 없다고 하면, 최종적으로 ‘진실’은 아니지만 그 ‘언저리’를 맴돌았다고 평가될 수 있는 표현도 - ‘진실’과의 거리가 가까우면 가까울수록 더욱 더 - 표현의 자유의 범위 내에 있다고 평가할 여지가 있다고 함이 타당할 것이다.

바. 그 밖의 주위 여러 사정 등

1) 앞서 본 여러 가지 사정에도 불구하고 이 사건 발언과 같은 수위의 표현에 대해서 형사처벌이 이루어진다고 한다면, 과연 ‘이 사건 7시간 행적’에 관하여 제대로 된 여론 형성과 비판이 가능하겠는가. 즉, 설령 이 사건 발언 그 자체의 위법성이 일응 인정될 수 있다고 하더라도, 이 사건 발언에 대한 형사처벌이 ‘위축효과’를 발생시킬 우려가 있다고 인정되는 이상 이러한 우려 해소를 위해서라도 결과적으로 이 사건 발언이 표현의 자유의 범위 내에 있다고 인정함이 바람직하다.

2) 가정적으로, ‘갑의 사적 공간인 관저에서 일어난 일이므로 추측밖에 못하지만, 갑은 마약을 하고 있었거나 보톡스를 맞고 있었을 지도 모른다’라는 발언이 있었다면 이는 의견 표명으로 인정될 수 있을까? 앞서 보았듯이 ‘국회의원 부부’ 사건에서 대법원 다수의견은 ‘종북’, ‘주사파’에 대하여 의견 표명이나 수사학적 과장에 해당한다고 판단하였고, 이에 대하여 지지하는 견해는 그 근거 중 하나로 ‘피고 C가 사실을 전달하는 것이 아니라 자신의 추측을 기재한 것임을 알 수 있는 표현을 사용하기도 한 점’을 들고 있다(구체적으로는 “솔직히 ▽▽▽▽연합은 공개조직도 아니므로, 추측밖에 못 하죠, ▽▽▽▽에 대해서는 추정 얼마든지 해도 됩니다. 마피아, 조폭의 의사결정 과정 다 취재해서 확인하고 기사 쓰지 않는 것과 똑같습니다. 더 이상 시간 낭비하지 마세요”라고 하였다). 이런 식으로 표현에 초점을 맞춰본다면, 위 가정적 발언은 의견 표명으로 인정될 여지가 있고, ‘근거의 희박함’이라는 관점에서 살펴보면 ‘추측’에 터잡은 위 가정적 발언과 ‘세간에 널리 퍼진 소문’을 소개한 이 사건 발언을 달리 취급할 이유는 없어 보인다(굳이 객관성을 따져본다면 ‘주관적인’ 추측보다는 ‘세간에 널리 퍼진’ 소문이 우월하다 할 것이다).

사. 구성요건 해당성 인정 여부

대상판결에서 인정하였듯이 이 사건 발언 당시 ‘이 사건 7시간 행적’에 관한 소문은 이미 널리 ‘전파’되어 있었다. 즉, 피고인 1이 새삼 전파하려고 해도 법적 판단을 함에 있어 참작할 가치가 있을 정도의 ‘추가’ 전파가 발생할 것이라고 단정하기는 어려워 보인다. 그렇다면 명예훼손죄의 구성요건인 ‘전파가능성’ 인정 여부부터 의문

시되는 것은 아닐까 한다.

7. 맺는 글

가. 필자는 배석판사 시절 민사재판 업무를 하면서, 일부 물지각한 소송대리인들이 제출한 서면을 메운, 법리적으로 제대로 정리되지 않은 문장들을 종종 접하곤 했다. 이런 문장들을 꾸역꾸역 다듬어 그럴 듯하게 만드는 작업을 여러 번 했고, 그 중에는 ‘재창조’라고 불릴 만한 것들도 있었던 것 같다.

그 소송대리인들이 좋아서 했던 작업은 결코 아니다. 그 형편없는 문장들을 판결문 초안에 고스란히 옮겨 적어 (그 부분이 부장님의 수정을 요행히 피한다면) 판결문과 더불어 영구 보존시키고 싶다는 충동을 느끼면서도 차마 그렇게는 못했다. 그 문장들과 더불어 판결문의 품격마저 추락할 것이 명백했기 때문이다. 판결문이라면 마땅히 최소한의 품격은 갖추어야 한다고 생각했기에, 못마땅한 문장들을 고치는 작업을 매번 반복할 수밖에 없었다.

나. 공적 인물, 공적 관심사에 관한 의혹 제기에 대한 법적 평가도 이런 관점에서 접근함이 타당하다. 설령 공적 인물, 공적 관심사에 관한 의혹을 제기하는 발언자가 실수를 저지르더라도, 교양과 지성·인성을 두루 갖춘 ‘일반 독자’는 모든 역량을 동원하여 이를 극복하고 그 발언이 지향하는 원래 의미를 파악하고 받아들일 수 있다고 보아야 한다. 발언자가 호감이 가는 인물이 아닐 수 있다. 하지만 발언자에 대한 인색한 태도가 지나치게 누적되다 보면 결국에는 민주주의를 좀먹을 수 있다.

다. 판례상 악의적 공격 법리의 적용이 수긍되는 4가지 영역(대상판결의 사안은 그 중 ‘정부 또는 국가기관의 업무수행과 관련된 사항’에 해당한다)에 대한 의혹 제기가 표현의 자유의 범위 내에 있는지 문제된 경우, 의혹 제기의 전체적인 취지가 위 영역에 대한 감시와 비판에 기여하는 ‘최소한’의 의미라도 갖추고 있다고 인정된다면 표현의 자유의 범위 내에 있다고 봄이 타당하다. 전체 표현이 표현의 자유의 범위 내에 있다고 인정되는 이상, 그 중 일부가 자극적이라고 하더라도 그 부분만 떼어서 위법 여부를 판단하여서는 안 되고, 자극적인 부분과 전체 표현 사이 상호관계의 면면을 꼼꼼히 살펴볼 때 자극적인 부분이 전체 표현의 일부로 인정된다면(대표적으로 자극적인 부분이 전체 표현의 의미 전달에 기여하는 기능을 수행하는 경우를 들 수 있을 것이다), 자극적인 부분 또한 표현의 자유의 범위 내에 있다고 봄이 타당하다. 이러한 판단 과정에서 사실과 의견의 구별기준인 ‘객관적 증명가능성’을 적용할 때, 악의적

공격의 판단기준인 ‘표현의 내용이나 방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자의 사회적 평가를 저하하는 정도, 사실 확인을 위한 노력의 정도, 그 밖의 주위 여러 사정 등’ 중 전부 또는 일부를 적용할 때에는 ‘일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법’이란 독법을 준수해야 한다.

라. ‘우리들 중의 어떤 한 사람’이 사전에 합의한 역할을 한시적으로 수행할 뿐이라고 생각하는 민주적인 사고방식이 뿌리내리지 못하고, ‘모종의 위대성’을 가진 소위 ‘위인’격인 특별한 사람이 우리들을 이끌어준다고 생각하는 메시아적 세계관에서 벗어나지 못한 엘리트들과 대중들에 의하여, 권력이 인격에 종속하여 제도적 메커니즘을 해제한 후 왕정유사한 맹목적인 상명하복의 체계로 변질되는 비민주적인 사고방식이 유지되고 있다⁶⁹⁾. 2012년 대선에서 일부 공무원들이 SNS를 이용하여 대규모로 선거 여론 조작을 감행함으로써 즉 권력이 개입된 선거가 이루어짐으로써- 한국 민주주의가 치명상을 입었다는 점을 부인할 수 있는 사람은 없을 것이다⁷⁰⁾.

심지어 2024. 12. 3.에는 당시 대통령이라는 자가 군대를 동원하여 헌정질서 말살을 시도하는 미증유의 사건까지 발생하였고, 이로써 ‘염치’ 따위는 깨부순 지 오래라는 듯 ‘남 탓, 편 가르기’와 ‘입틀막’을 남발하는 통치자의 머릿속에는 최소한의 합리성과 균형 감각조차 결핍된 편견과 망상이 파리를 틀고 있을 수 있음이 환히 드러났다. 작금의 이러한 상황까지 앞서 본 내용에 보태어 보면, 민주주의의 발전을 위해 공적 인물, 공적 관심사에 관한 의혹제기 등에 관한 표현의 자유의 범위는 기본적으로 최대한의 ‘포용, 관대함’을 기조로 하여 확정, 확립됨이 타당하다. 특히 사인이면서 대통령의 지위를 겸하고 있는 갑은 그냥 갑이 아니라 ‘슈퍼’ 갑이라는 점에서 더욱 그러하다. 2024. 12. 3. 발생한 사건이 불과 몇 시간 만에 기존 헌정질서로 감당할 수 있을 정도로 - 결코 쉬운 과정은 아니었지만 - 수습된 ‘기적’의 배경에는 대한민국의 다수 국민에게 뿌리내린 ‘민주의식’이 있었음이 명백하고, 이런 국민에게는 이 정도의 표현의 자유가 허용되어야 함이 마땅하다. 설령 이에 대한 의문이 있어 혼란이 예상된다고 하더라도, 이는 마땅히 치러야 할 ‘세금’ 같은 것이므로 이러한 기본 방향 설정에 방해가 되는 사정이라고는 할 수 없다.

민주주의는 그에 적합한 교육을 받은 시민만이 운영할 수 있는 정치체제이다. “사회의 최고의 권력의 저장소로서 인민 자신들 외의 안전한 장소가 있는지 나로서는

69) 김선택, 전계 논문, 35면

70) 김선택, 전계 논문, 18면

모르겠다. 그리고 우리가 인민들이 건전한 분별력을 가지고 자신들이 가진 권력을 행사할 수 있을 만큼 충분히 계몽되어 있지 않다고 생각한다면, 그 구제책은 그들로부터 그 권력을 빼앗는 것이 아니라 그러한 분별력을 함양시키는 것이어야 한다.”라고 한 제퍼슨의 말⁷¹⁾도 새겨볼 필요가 있다.

마. 이 논문을 작성하면서 ‘콩떡같이 말해도 찰떡같이 알아들어야 하고, 꿈보다는 해몽이 좋아야 한다’라는 속담이 여러 번 떠올랐다. 앞서 논의한 내용의 핵심은 조상님들이 전수해 준 이런 지혜에 모두 깃들여 있는 것 같다. 여기에 앞서 본 ‘임금님 귀는 당나귀 귀’ 설화에서 엿보이는 ‘표현의 자유에 대한 감수성’까지 보태어 본다면, 아직은 희미해 보이지만 실은 깊이 새겨진 ‘민주주의 DNA’가 우리에게 있음이 곧 밝혀질지도 모를 일이다.

<참고문헌>

김선택, 한국민주주의에 있어서 역사의 미래,
이상윤, 공적 인물의 정치적 이념에 관한 표현행위와 불법행위책임
이상윤, 공적 영역에서 표현의 자유와 인격권의 충돌
김민배, 표현의 자유와 사상의 자유시장
이덕연 역, 민주주의와 대의
김시철, 언론·출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토
이지영, 명예훼손 사건에서 ‘악의적 공격’ 법리를 통한 위축효과의 극복방안
김종호, 언론사에 대한 명예훼손에 있어서의 위법성 조각사유
천대엽, 공직선거 및 선거부정 방지법 제250조 제2항의 공표사실의 허위성에 관한 입증
주석형법(제5판, 각칙 4)

71) 김선택, 전제 논문, 55면