

것이다(이에 대하여는 Seitz/Schmidt/Schöner, Der Gegendarstellungsanspruch in Presse, Film, Funk und Fernsehen, Rz.156 참조). 그리고 위 보도는 하나 또는 몇개의 중요한 점에 관하여서만 할 수도 있는 것이다(Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 2. Aufl, Rz. 8.49 참조) 그리고 그 회의를 참석하지 아니한 쪽은 그 기사에서 자기를 성명으로써 특정하여 줄 것을 요청할 수도 없는 것이다. 그러나 本件에서 문제로 된 위 기사에 있어서는 그 작성자는 2가지의 중요한 점(즉 Pro Familia에 대한 지출승인 및 정치단체에 대한 출연의 거부)에 관하여 단지 그 표결의 결과만을 보도하는 데에 그치지 아니하고 이에 대하여 상세한 보도를 하였으며, 위 신청에 찬성하고 반대하는 정치단체들의 이름을 정확하게 열거하여 보도하였고, 어떠한 표결에 의하여 위 표결결과가 나오게 되었는지에 관하여도 보도하였던 것이다. 이러한 한에 있어서는 위 보도자는 공개되지 아니한 회의대상에 관한 보도를 함에 있어서 그 본질적인 점에 있어서 완전하고 정당하게 보도하여야 할 의무가 있는 것이다(Maunz/Dürig, GG, Art.42, Rz. 35; Rebmann/Ott/Storz, Landespressegesetz, § 11 Rz. 50; Löffler, Presserecht, 3. Aufl. Bd. I § 11LPG Rz. 65; Seitz/Schmidt/Schöner, a. a. O., Rz. 156; BGH AfP.1976, 78). 그런데 신청인은 위 표결에 참가하여 社民黨, 自民黨 및 綠色黨과 함께 투표하였음에도 불구하고, 앞서 말한 바와 같이 보도가 행하여지지 않았다고 疏明하였다.

그리하여 本件에 있어서의 특수한 사정들을 참작하여 보면 위 기사는 진실에 부합하는 것이 아니고, 오히려 객관적으로 보아서 不當하고 不完全한 것이었다. 왜냐하면 모든 위 지방의회에서 대표되고 있는 정치집단 및 그들의 투표행위에 대하여서 보도를 하면서도, 신청인이 위 투표에 함께 참가를 하였음에도 불구하고—이 점은 이미 소명되어 있다—신청인 자신은 전혀 언급되어 있지 아니하기 때문이다.

즉 모든 개별적으로 상세하게 특정되어진 지방의회의 정치단체에 관하여 보도를 하면서도 신청인이 투표에 참가하였는지 아닌지 또는 어

떠한 내용의 투표를 하였는지에 관하여는 하등의 보도를 하지 않음으로 인하여 본건에서 문제로 된 위 기사는, 편견없는 일반의 독자들에게 대하여 신청인은 이러한 점들에 관하여는 투표에 참가하지 아니하였다는 인상을 줄 수도 있는 것이다. 따라서 위 기사는 애매한 그리고 앞에서 본 바와 같은 사실에 관한 주장을 내포하고 있는 것이며, 이로 인하여 신청인은 市의회에 있어서의 군소정당들의 대표자로서 피해를 입었다고 하여야 할 것이다. 왜냐하면 앞에서 본 바와 같이 어떤 정당단체들이 표결에 참가하였고 또한 어떠한 내용의 투표를 하였는지에 관하여 상세한 보도를 한 위 기사에 있어서 신청인이 위 투표에 참가하였다는 점에 관하여 전혀 언급이 되어 있지 아니하다면, 이는 신청인이 위 투표에 참가하지 아니한 것으로 이해될 수 밖에는 없을 것이기 때문이다.

따라서 신청인은 피신청인에 대하여 州言論法 제11조에 의하여 그 신청된 정정보도문의 게재를 요구할 수 있는 것이다. 신청인은 그의 항고 이유서에서 1984년 1월 25일에 피신청인에게 정정보도문의 게재를 요청하는 최고장과 함께 신청인이 자필로 작성한 정정보도문을 송부하였다고 주장하였고, 이는 선서에 갈음하는 보증에 의하여 소명되어 있다. 이에 따라서 州言論法 제11조 제 2 항의 요건들은 충족되어 있는 것이다.

당원이 本件 결정을 함에 있어서 신청인의 정정보도문에 약간의 변경을 가하고 또한 한가지 점에 있어서는 이를 줄여 버린 것은 여기에서 준수되어야 할 최소한의 한도 내에 있는 것으로서 獨逸民事訴訟法 제938조에 따라서 當院이 이를 할 수 있는 것이다(Rebmann/Ott/Storz, a. a. O. § 11, Rz. 48 참조). 왜냐하면 이러한 견해는 그 내용적으로 보아서 신청자체에서도 추리될 수 있을 뿐만 아니라, 신청인의 내면적인 의사에도 反하는 것이 아니기 때문이다. 그리고 위 변경은, 신청인은 원래의 기사가 게재된 면과 동일한 면에 정정보도문의 게재를 청구할 권한은 이를 가지지 아니한다는 점에 관련하여 보면, 단지 사소한 변경에 지나지 아니하는 것이다(當院 1982년 5월 4일자 결정, -13W 55/82- 사건 참조). □

新聞에 대한 批判은 責任編輯人에 대한 批判으로 볼 수 있는가

Frankfurt 高等法院 1984. 3. 29자 判決
- 16U 1/84事件 -

適用法條

Hessen州 言論法 第10條

判決要旨

1. 原文記事에 있어서 보도가 自己自身の 이익범위와 關聯되어 있고 姓名으로 特定되어 있지 않거나, 또는 特定할 수 있도록 표시되어 있지 않다 하더라도 보도된 사실과 個別的인 關係에 있는 사람은 모두 訂正報道請求權의 의미에 있어서 피해를 입은 者이다.

2. 이러한 原則에 따라서, 新聞에 있어서의 特定한 題에 대한 原文記事가 批判받고 있는 경우에는 그 新聞의 責任編輯人도 역시 피해를 입은 者에 해당된다.

事實概要

假處分申請人(이하 단순히 原告라고 한다)은 「E」新聞의 責任編輯人이다.

第1假處分被申請人は 「X」新聞의 發行人이고, 第2假處分被申請人は 「X」新聞의 責任編輯人이다.

「E」新聞의 제1면 및 제4면에는 『主婦들은 週 35시간 노동에 반대』라는 제하의 기사에서 社會學者, 6명의 가정주부 및 독일가정주부협회의 會長들 중 一部는 文字 그대로, 다른 一部는 그 意味內容으로 보아서 週 35시간의 노동을 반대하는 內容들이 인용보도되었다.

이에 反하여 「X」新聞에 있어서는 『거짓말하는 신문』이라는 제하의 기사에서 「E」新聞의 기사에 이어 「X」新聞이 조사했던 어떤 設問調査에 관한 기사를 보도하였다. 위 기사에 있어서는 무엇보다도 「E」新聞에서 引用된 사람들의 의견

과 이러한 사람들이 「X」新聞에 대하여 표시했던 의견들이 서로 비교되어 있었다.

原告는 「X」新聞의 보도기사에 대해서 정정보도를 要求하였는데, 被告들은 위 정정보도의 청구를 法定된 기간 내에 거부하였다. 그후 즉시 提訴를 받은 地方法院은 정정보도문을 게재하도록 假處分決定을 내렸다. 이에 대하여 被告들은, 原告는 비난받은 新聞의 責任編輯人으로서 정정보도청구할 適法한 자격이 없다는 의견을 主張하면서 抗告를 제기하였다.

判決理由

假處分被申請人들의 抗告는 적법하다. 그리고 위 抗告는 그 형식이나 기간에 있어서도 適法하게 提起되었다.

그러나 本案에 있어서 위 抗告는 그 이유가 없다.

즉 假處分の申請人は 「E」新聞의 責任編輯人으로서 假處分被申請人들의 見解에 대하여 정정보도청구권을 主張할 正當한 자격을 가지고 있는 것이다. 즉 假處分申請人は 假處分被申請人에 의해서 배포되고 또한 假處分申請인이 정정보도청구의 方法으로 이의를 제기한 事實의 主張에 의해서 Hessen州 言論法 제10조 제2항의 의미에 있어서의 피해를 받은 者에 해당되는 것이다. 무릇 原文記事에 있어서 자기 자신의 利益範圍가 關聯되어 있고, 그리고 原文記事에 있어서 姓名으로 特定되어 있지 않거나 또는 特定할 수 있도록 表示되어 있지 않다 하더라도 보도된 事實에 대해서 個別的인 關係에 있는 모든 사람은 정정보도청구권의 의미에 있어서는 피해를 입은 者에 해당되는 것이다(Löffler, Presserecht, Band II, § 11LPG Rdz. 46 및 53 참조). 本件에 있어서 原告自身에 있어서 보

면 이와같은 要件이 충족되어 있는 것이다. 假處分 被申請人들은 「X」신문에 게재된 기사를 통해서 「E」신문에 대하여 「E」신문이 『主婦들은 週 35시간 노동에 反對』라는 제하의 기사에서 個別的인 점에 있어서 의식적으로 진실하지 않은 사실을 유포시켰다고 비방하였으며, 또한 「E」신문이 한편으로는 主婦들의 의견을 잘못 인용하였거나 다른 한편으로는 전혀 存在하지도 아니하였던 主婦들의 의견을 마치 存在하였던 것처럼 보도함으로써 「E」신문을 비방한 것이었다.

이러한 비난은, 原告가 「X」신문의 위 기사에 있어서 姓名으로 特定되어 있지 않다고 하더라도 「E」신문의 책임편집인으로서 原告의 책임영역에 관련되어 있는 것이다.

왜냐하면 原告는 책임편집인으로서 그의 신문의 형성 및 文體에 대해서 책임이 있을 뿐만 아니라, 그의 책임으로서, 그의 신문이 허위의 사실을 보도하지 않도록 주의해야 할 의무가 있기 때문이다.

따라서 그의 기사의 진실성을 비난하는 공격 즉, 신문의 客觀性에 관련되는 공격은 책임편집인의 個人的인 이익범위에 관련되는 것이다 (Hans.OLG AfP 1973, 387면도 同旨: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 2. Aufl. 8. 57).

따라서, 그는 Hessen 州 言論法 제10조 제 2

항의 의미에 있어서 피해를 입은 者에 해당되는 것이다.

「E」신문의 「發行人등의 기재란」에 경제분야에 대해서 권한이 있고, 또한 책임이 있는 편집인의 성명이 기재되어 있다고 하는 사실이 있다고 하여도 이러한 사정에는 아무런 변함이 없는 것이다. 이러한 편집인이 假處分 被申請人이 배포한 事實上의 主張에 의해서 「E」신문에 대한 그의 책임범위 및 따라서 그의 이익범위에 있어서 被害를 입었다고 하는 것은 妥當한 것이다.

그러나 이러한 사실은 假處分 申請人 이외에, 위 편집인도 역시 피해를 입은 者로서 간주된다는 것을 의미함에 지나지 않는 것이다. 그러나 이러한 사정으로부터, 「E」신문사의 이러한 조직형태와 관련하여 책임편집인으로서의 假處分 申請人에 대해서는 주장된 정정보도문의 게재를 청구할 권리가 없다는 결론이 도출되는 것은 아닌 것이다.

이미 앞에서 언급한 바와 같이 假處分 申請人은 위 특정분야인 경제분야에 대해서 권한있는 편집인과 마찬가지로 假處分 被申請人의 기사에 의해서 피해를 입은 것이고, 그리하여 그도 역시 정정보도를 청구할 資格이 있는 것이다.

本案에 있어서 地方法院이 假處分 申請人에 대해서 청구된 정정보도청구를 그 범위 내에서 인용한 것은 正當한 것으로 인정되는 것이다. □

訴訟節次에 있어서의 訂正報道文의 變更의 可否

Berlin 高等法院 1984. 5. 18자 判決
- 9U 565/84事件 -

適用法條

Berlin州 言論法 第10條 및 民事訴訟法 第93條, 263條, 938條.

判決要旨

1. 정정보도문의 게재를 命하는 절차에 있어서는 訴變更의 制度는 적용되지 아니한다.

2. 原文記事에 의해서 피해를 입은 者가 法廷에서의 절차에 있어서 정정보도문의 文案, 범위 및 형식을 변경함에 있어서는 언론기관의 正當한 이익은 침해되지 아니한다. 경우에 따라서 언론기관은 獨逸民事訴訟法 제93조를 적용할 수 있을 것이다.

3. 정정보도문의 書式이 가지는 유일한 의미는 그 정정보도문을 게재할 의무가 있는 者에 대해서 정정보도문의 내용 및 그 發送人의 人的事項에 관한 확실성을 제공해 주는 데에 있는 것이다. 따라서 그 정정보도문이 피해를 입은 자의 受任人 또는 그의 代理權이 있는 者에 의해서 署名이 되어 있다면 이로써 형식적인 要件은 이미 충족된 것이다.

4. 어떤 意思表示에 있어서 事實的인 主張이나 또는 의견이나 또는 가치판단 중의 어느 것이 포함되어 있느냐를 평가하는 데에 있어서는 정정보도청구에 관한 한에 있어서, 의심스러운 경우에는, 자유로운 여론형성을 위하여, 정정보도의 청구가 가능할 수 있도록 위 「事實」이라는 개념은 넓게 해석되어야 할 것이다.

事實概要

公法上の 방송기관인 申請人은 被申請人에 대해서 피신청인이 발간하는 日刊新聞에 정정보도문을 게재해 줄 것을 요청하였다. 피신청인은 위 요청을 받아들이지 아니하였다.

그후 즉시 신청인은 假處分의 형식으로 被申請人에 대해서 그 정정보도문을 게재해 줄 것을 청구하였다. 그리고 신청인은 피신청인에 대하여 정정보도문의 게재를 청구하였으나 효과가 없게 된 이후에 그의 申請의 대상으로서 口頭弁論에 있어서 修正된 정정보도문을 진술하였다.

地方法院은 정정보도문 중의 일부분인 하나의 項目을 제외하고는 위 申請을 認容하였다. 그후 즉시 피신청인은 위 修正된 정정보도문을 게재하였다. 被申請人의 抗訴는 받아들여지지 아니하였다.

判決理由

被申請人의 抗訴는 適法하기는 하지만 그 이

유는 없는 것이다.

위 節次는 그 本案에 있어서 이미 終了되어 있다. 정정보도문의 게재의 명령을 구하는 신청인의 신청은 정정보도문의 게재시까지 그 正當한 根據를 제시하였다. 따라서 신청은 그 정정보도문의 게재와 동시에 그 本案에 있어서 이미 解決되어 있었다. 따라서 이 사건의 本案이 이미 解決되었다는 認容을 求하는 신청인의 이견 신청은 正當한 것이고, 따라서 被申請人의 이 사건 抗訴는 기각되었던 것이다.

被申請人은 定期刊行物의 發行人으로서 이 事件의 原審判決이 認容한 정정보도문을 그 일간신문에 게재하여 줄 의무가 있는 것이다(1965. 7. 15자 Berlin 言論法 第10條 第1項 第1文).

被申請人의 被告로서의 適格은, 被申請人이 위 일간신문의 發行人등의 기재란에 發行人 및 刊行者로서 그 성명이 기재되어 있다는 事實로부터 인정되는 것이다.

신청인에 의해서 本案의 解決時까지 추구되어진 정정보도의 청구는 正當하였다. 신청인이 地方法院의 口頭弁論期日에서 한 신청이, 신청인이 節次의 開始 당시에 한 신청과 비교해서 청구의 變更을 내포하고 있는지의 여부는 중요하지 아니하다. 왜냐하면 民事訴訟法 중 假處分命令에 관한 규정이 準用(言論法 第10條 第4項 第3文)되는, 정정보도문의 게재의 命을 구하는 節次에 있어서는 訴의 변경의 제도(民事訴訟法 第263條 이하)는 적용되지 아니하기 때문이다.

따라서 신청인이 마지막으로 제기한 정정보도문게재의 청구에 관하여 地方法院이 내린 決定은 正當한 것이다. 뿐만 아니라 地方法院이 그의 決定에서 兩者의 신청은 동일한 事實關係를 기초로 한 동일한 진술내용을 가지고 있다고 판시한 것은 正當한 것이었다. 위 兩者의 신청에 있어서 申請人은, 申請人의 퇴직한 직원들에 대한 厚生給與에 대하여 동등한 입장을 취하고 있었던 것이다.

1983년 11월 17일의 地方法院에서의 弁論期日에 제출된 신청서와 1983년 10월 18일자 申請書 중에서 제 2 항 및 제 3 항을 삭제한다는 것과 1983년 11월 17일자 申請서 중 제 5 항에서 「festzustellen」이라는 단어를 「festzuhalten」이라는 단어로 변경하는 것 및 제 6 항에

「uberproportional」이라는 단어를 보충한 것은 그 소송의 대상에 있어서 하등의 변경도 초래한 것이 아닌 것이다. 그리고 정정보도문의 제 5항 중에서 「위 범위에서 著者は 審計院의 보고를 잘못 보도하였다」라는 文章部分을 삭제하였다고 하더라도 위와 같은 사정에는 아무런 변동도 생기지 않는 것이다.

따라서 申請人은 1983년 10월 18일자의 준비서면에서 신청한 청구를 소송도중에 전부 또는 일부 取下한 것은 아닌 것이다. 그리하여 1983년 11월 17일자 청구는 그 자체로서 종전의 청구 철회라고 평가될 수는 없는 것이다.

申請人은 1983년 10월 28일자의 새로운 청구서에서 종전에 제출된 정정보도문을 「철회」하고, 그 대신에 「변경된 정정보도문」을 제출한다고 기재하고 있기는 하다. 그러나 申請人은 이러한 문장으로서, 종전에 이미 제출된 정정보도문의 게재가 거부당하였기 때문에, 위 정정보도문에 새로이 수정된 내용을 가미하려는 의도를 표현할 것으로 이해하여야 할 것이다.

申請人은 그의 정정보도문이 게재되기까지는 그의 정정보도문의 게재에 대해서 言論法 제 10조 제 2항 제 1문에 정해진 의미에 있어서의 정당한 이익을 가지는 것이다. 이러한 정당한 이익은 申請人이 公的인 機關으로서 申請人이 실시하고 있는 양로제도에 관한 올바른 보도에 대하여 신청인이 가지는 利害關係로부터 도출되는 것이다.

申請人의 이러한 정정보도문의 게재청구는(그의 마지막으로 수정된 정정보도문에 있어서도 마찬가지로) 言論法 第10條 第2項 第4文에 따라서 피청구인에게 지체없이 도달되었고 또한 1983년 10월 13일자 기사가 보도된 이후 3개월 이내에 피청구인에게 도달되었던 것이다.

이러한 결과는 1983년 10월 14일자 申請人의 정정보도문 게재요구가 받아들여지지 아니한 이후 1983년 11월 17일 地方法院의 口頭弁論期日에서 請求가 제출된 것이 아니라는 사실로부터 도출되는 것이다. 이 경우에 있어서 언론기관의 보도에 상응하는 피해자의 정정보도문의 진술이 그 내용으로부터 판단하여 알 수 있는 정정보도문의 골자가 法廷에서의 訴訟이 있기 전에 미리 언론기관에게 도달되어 있기만 한다면 이로써

언론기관의 이익은 이미 보호받고 있는 것이다. 그런데 本件에 있어서 언론기관은 정정보도의 청구가 그에 대하여 행해질 것이고, 그리고 위 정정보도의 청구에 대하여 언론기관이 그의 의견을 개진할 수 있었다는 점에 관하여 이미 잘 알고 있었던 것이다. 法廷에서 소송이 진행되고 있는 도중에 정정보도문의 文案이나 범위나 또는 형식을 변경한다고 하더라도 이로써 언론기관의 정당한 이익이 侵害되지는 않는 것이다.

특정한 범위에 있어서는 法院이 할 수도 있는(言論法 第10條 第4項 第3文 및 民事訴訟法 第938條) 이러한 변경이 있음으로 해서 피해자에게 대하여 그의 정정보도문을 言論法 제10조 제 2항에 따라서 게재될 수 있도록 하는 가능성을 줄 수 있는 것이다.

그리고 關聯되는 被申請人은 경우에 따라서는 民事訴訟法 제93조의 적용을 고려해 볼 수 있을 것이다.

이미 게재된 정정보도문의 경우에 있어서는 적법한 형식이 갖추어져 있었다(言論法 第10條 第2項 第5文).

그리고 1983년 10월 14일자 신청인의 편지에는 서면에 의한 정정보도문이 그 정정보도문의 게재를 요구하는 의사표시와 함께 첨부되어 있었다. 그리고 위 정정보도문은 신청인의 감독자 및 기타의 대리권한이 있는 자에 의하여 서명되어 있었다. 그리고 1983년 10월 28일자 편지와 함께 제출된 정정보도문도 역시 위와 마찬가지로 서명되어 있었다.

정정보도문은 피해자의 受任人 또는 그의 代表權限이 있는 者에 의하여 서명되어 있으면 이로써 그 형식적인 要件은 충족되었다고 보는 것이 當院의 判決인 것이다. 즉 형식적인 要件을 요구하는 유일한 의미는 정정보도문을 게재할 의무가 있는 者에 대하여 정정보도문의 내용에 관한 확실성 및 發送人의 個人에 관한 확실성을 부여해 주려는 데에 있는 것이기 때문이다.

그런데 이러한 확실성은 申請人이 1983년 11월 17일 소송절차의 진행중에 제출한 준비서면의 기재로부터 명백히 나타나는 것이고, 위 준비서면에는 수정된 文案으로서 정정보도문의 완전한 형식이 포함되어 있었던 것이었다.

수정된 文案으로서, 이미 게재된 정정보도문

은 1983년 10월 13일자의 기사에서 이미 보도된 사실과 관련이 있는 사실적인 진술에만 한정되어 있다. 그리고 어떤 의사표시에 있어서 事實的인 主張이나 의견 또는 가치판단 중의 어느 것이 포함되어 있느냐를 평가하는 데 있어서, 정정보도청구에 관한 한에 있어서는, 의심스러운 경우, 자유로운 여론형성을 위하여 정정보도의 청구가 가능할 수 있도록 위 「事實」이라는 개념은 넓게 해석되어야 할 것이다(KG NJW 1970. 2029 以下 및 2031 참조).

原文記事와 關聯은 있지만, 그에 포함된 事實的인 주장의 과실에 의한 不正確性과는 아무런 관련이 없는 새롭거나 보충적인 진술에 대하여 보호할 만한 가치가 있는 이익이 存在하지 아니하는 것이다.

本件에 있어서 수정된 정정보도문의 5개 항목은 원래의 기사와 서로 相應하고 있고, 또한 명백히 眞實이 아닌 것이라고는 볼 수 없는 사실적인 主張을 그 내용으로 하고 있는 것이다. □

訂正報道文의 適法한 範圍

Hamburg 高等法院 1984. 10. 25자 判決
- 3U 149/84事件 -

適用法條

Hamburg 州 言論法 第11條 第2項 第2文

判決要旨

1. 정정보도문이 原文記事의 범위를 초과하지 않은 범위에 있어서만 적법한 것으로 간주된다는 Hamburg 州 言論法 第11條 第2項 第2文의 규정의 上限線을 규정한 것은 아니다. 정정보도문이 허용되는 범위는 개개의 사건에 따라서 정해져야 하며, 이를 정함에 있어서는 사소한 기준이 적용되어서는 아니된다.

2. 정정보도청구권이라는 제도의 목적에 부응하기 위하여는, 결국 原文記事에 포함된 사실상의 주장에 대하여, 이해하기 쉽고, 간략한 답변을 할 수 있기 위하여는 어느 정도의 紙面이 필요한가 하는 것이 정정보도문의 적법한 범위를 결정하는 데에 있어서 가장 중요한 요소인 것이다.

事實概要

當事者들은, 근본적으로 정정보도문이 허용되는 적법한 범위에 관하여 서로 다투고 있다. 地方法院에서 이미 받아들여지지 아니하였던 被申請人의 法律的 主張은 역시 항소심인 당원에 있어서도 받아들여질 수 없다.

判決理由

정정보도문은 그 全體的인 길이에 있어서 法律에 의하여 허용된 범위를 초과할 수는 없는 것이다.

여기서 말하는 全體的인 길이라는 것은 原文記事보다 지나치지 않는 범위를 말한다는 것은 옳다. 즉 原文記事보다 지나치지 않는 범위의 정정보도문은 不法한 것이 아닌 것이다. 當院은 確立된 判例로서, 정정보도문의 범위가 적법한 것인지의 여부를 판단함에 있어서는 사소한 기준(즉 단순한 물리적인 기준)이 적용되어서는

아니된다고 判定해 왔다. 오히려 정정보도청구권이라는 제도의 根本目的과 개개의 경우에 있어서의 구체적인 사정을 고려해야 하는 것이다. 정정보도문이 原文記事의 범위를 초과하지 않는 경우에 있어서만 정정보도문이 적법한 것으로 간주된다고 하는 Hamburg 州 言論法 第11條 第2項 第2文의 규정은 하등의 上限線을 규정한 것은 아닌 것이다. 오히려 반대로 위 규정은 특별한 제한이 없이 정정보도문의 범위의 적절성에 의하여 判斷하여야 한다는 것을 규정한 것이다(當院 NJW 68, S.1337 判決 참조). 被害者는, 言論法上的 보호받아야 할 利益이 충분히 보호받을 수 있도록, 그가 말하고자 하는 바를 적절한 범위로 요약해서 진술할 의무가 있는 것이다. 그러나 被害者는 그가 말하고자 하는 바를 公衆에 대하여 分明하게 그리고 이해하기 쉽게 진술할 기회를 가지지 아니하면 안된다. 그리하여 결국에는 原文記事에 포함된 사실상의 주장에 대하여 알기 쉽고 요약된 진술을 할 수 있기 위하여는 어느 정도의 공간(紙面)이 필수적인가 하는 것이 결정적으로 중요한 것으로 되는 것이다(Löffler, Presserecht, 3. Aufl., Bd.1 Anm. 125zu § 11LPG; Löffler-Ricker., Handbuch des Presserechts 1978, S.124; Seitz-Schmidt-Schöner, Der Gegendarstellungsanspruch in Presse, Film, Funk und Fernsehen 1980 Rdnr. 129 S.55 참조).

이 경우에 있어서 구체적인 경우에 따라서는 原文記事의 범위를 현저하게 초과하는 것도 適法한 것으로 간주될 수 있는 것이다(위 Löffler 참조).

被害者가 原文記事에 포함된 모든 사실상의 주장에 대하여 답변을 하려고 하는 경우에는 原文記事의 범위를 초과하는 것이 불가피하게 될 것이다. 그리고 被害者가 자기 자신의 입장을 서술함에 그치지 않고 原文記事의 내용을 특정하고, 또한 독자들에게 쉽게 이해될 수 있도록 하기 위하여 개개의 문제점들에 대하여 그의 입장을 밝히지 않으면 안될 경우가 있을 수 있다는 것은 상식적으로 아주 당연한 것이다.

더우기 被害者는 단순히 原文記事의 내용을 부정함에 그쳐야 할 의무는 없는 것이고, 오히려 그의 입장을 설명하기 위하여 추가적인 사실

을 진술할 수도 있는 것이므로, 原文記事에 짙막한 형식으로 기술된 주장을 반박하는 것은 그 원문기사보다는 더 많은 지면을 필요로 하게 되는 경우가 있을 수 있는 것이다(當院 AfP 82, 34 判決 참조).

本件에 있어서 原文記事는 광범위한 기사 중 2개의 부분에서 申請人의 행동을 취급하고 있다. 위 신청인의 행동이라는 것은 Berlin Philharmony 악단과 그 지휘자인 Herbert von Karajan과의 불화에 관한 것이었다. 그리고 위 기사에서 申請人 自身の 행동은 비판적으로 기술되어 있었다. 그리고 위 기사는 모든 관계되는 사람들에 의하여 여러가지의 뒤앙스 및 인상으로 평가되고 있었다.

이러한 사실은, 신청인도 역시 기사내용의 최대의 정확성에 신경을 쓰지 않을 수 없었다는 것을 의미하는 것이다. 그리하여 신청인은 그가 관련된 本件 사안에 관하여 독자들에게 자신의 입장을 좀더 알기 쉽게 밝힐 수 있기 위하여 사실의 배경을 설명하는 데에 좀더 주력하지 않을 수 없게 되었던 것이었다. 위와 같은 사정이 있기 때문에 이 사건 정정보도문이 항소인이 주장하는 바와 같이 「장황한 서사시」로는 되지 않는 것이다. 法院이 정정보도문을 심사함에 있어서, 어떤 점에 관하여는 다른 표현방법을 사용하였더라면 더욱 간략해질 수 있었는지의 여부를 심사하는 것은 법원의 임무가 아닌 것이다. 오히려 정정보도문이 문제된 사안에 관하여서만 작성되어 있는지 그리고 그 내용이 적절한 용어에 의하여 기술되어 있는지 하는 것들이 중요한 점인 것이다. 本件에 있어서는 이러한 요소들은 모두 구비되어 있는 것이다.

정정보도문이 原文記事에 포함된 개개의 부분에 대하여 반박을 하고 이를 위하여 일정한 지면을 필요로 하는 경우에 있어서는, 위 기사에 나타난 사실상의 주장이 申請人에 관련되어 있다는 것을 의미하는 것이고, 그리고 그 기사가 복잡한 사실관계를 부적절하게 요약하여 일부만을 묘사하고 있는 경우에는 더우기 그러한 것이다. 원문기사의 내용이 위와 같은 경우에는 거의 필연적으로 정정보도문이 원문기사보다 더 많은 지면을 필요로 하게 되는 결과로 될 것이다. □

長官의 政策에 관한 비판에 대하여는 訂正報道請求權이 認定되지 않아

Köln 高等法院 1985. 7. 2자 判決
- 15U 127/85事件 -

適用法條

WDR(西部獨逸라디오방송국)定款 第3條 第2項, 독일民法 第823條 및 第1004條

判決要旨

1. 정정보도청구권이라는 것은, 출판물이나 방송으로 표현된 意思表示에 대하여 被害者가 그 자신의 의견을 주장할 수 있게 함으로써, 被害者의 人格權을 보호하려는 데에 그 목적이 있는 것이다.

2. 行政府 長官의 政策에 반대하는 論據가 제기될 수 있는 事實들이 長官에 의하여 主張된 경우에는, 그 長官은 정정보도청구권이라는 의미에 있어서는 被害者로 되지 아니하는 것이다.

3. 原告가 數個의 申請 중 根據있는 점들에 대하여서만 限定하는 신청을 하였거나, 또는 被告가 「即時」 認諾할 기회를 가졌던 경우에 있어서는, 數個의 독립된 점들 중에서 정정보도청구의 요건을 구비한 부분은 認容되고 나머지는 기각되어야 한다.

事實概要

原告는 「Monitor」(감시자)라는 방송프로의 가능한 가장 가까운 방송기회에 그의 정정보도문이 방송될 것을 신청하고 있다.

이 사건에 대하여 高等法院은 결국 被告에게 다음과 같은 訂正報道文을 방송할 것을 命하였다. 즉,

「1985년 1월 22일자 및 1985년 2월 5일자 「Monitor」라는 방송프로에 있어서 퍼싱 미사일 사고에 관한 보도에 대한 정정보도문.

1. 미국측의 비밀문서와 사진자료들에 의하면, 퍼싱II 미사일의 독일 배치에 앞서서 실시된 시험비행의 절반정도가 성공하지 못하였다고 하는 내용의 1985년 1월 22일자 「Monitor」방송프로의 주장은 사실과 다르다. 오히려 22차의 시험비행 중에서 18차의 비행이 성공적인 것이었음이 사실이다.

2. 1985년 1월 25일자 독일연방의회가 질의시간에 허위의 숫자를 나열하면서 本 방송프로의 제작자를 비난한 바 있던 Wörner 長官으로부터, 위 프로의 제작자는, 어떠한 숫자가 허위였는지의 점에 대한 질문에 대하여 오늘날까지도 하등의 답변을 듣지 못하고 있다 라는 내용의 1985년 2월 5일자 「Monitor」방송프로에 있어서의 주장은 사실이 아니다. 오히려, 나 개인이나 또는 내가 맡고 있는 연방국방성은 오늘날까지 위 방송제작자로부터 위와 같은 질문을 받아 본적이 없는 것이 사실이다.

1985. 3. 11 Bonn.

연방국방성 장관 Dr. Manfred Wörner.

나머지 점들에 대한 정정보도의 신청은 기각되었다.

判決理由

I

1. 원고의 정정보도청구 중에서 제1항 및 제

5항에 대해서단의 인용을 구하는 원고의 예비적 청구에 대하여, 被告가 이를 認諾하였으므로, 이에 따라 피고는 위 부분을 게재할 의무가 있다(민사소송법 제307조).

2. 主請求에서 주장되고 있는 제2항에 대한 청구는, 原告가 정정보도문에 대한 정당한 利益을 가지고 있지 아니하므로 이는 기각되어야 한다. 즉 정정보도문이 본래의 原文記事와 서로 모순되지 아니하는 것이다. 올바르게 못한 인상이 형성되는 것을 방지하기 위하여 原文記事를 보충하거나 또는 이를 설명해 주는 것에 대하여도 訂正報道를 위한 정당한 이익이 存在하는 것은 사실이다. 그러나 本件에 있어서는 정정보도문이 原文記事와 同一한 內容을 단지 다른 말로써 중복해서 설명하고 있는 것에 불과하다.

兩者의 묘사에 따르면 事故場所로부터 250m의 범위 내에서는 어떠한 다른 미사일도 存在하지 아니하였던 것이다. 原文記事에서 「단지」라는 용어로 표현하고자 했던 것은 250m 밖에는 다른 미사일이 存在하고 있었다는 事實이었던 것이다. 그러므로 이 사건의 정정보도문은 위 原文記事의 내용에 모순되는 것도 아니고, 또한 위 原文記事에 새로운 어떠한 것도 追加한 것이 없는 것이다.

3. 그밖에 原告가 그의 主請求에서 주장하고 있는 제3항 및 제4항에 있어서도 정정보도의 청구는 역시 그 理由가 없다. 그러나 제3항에 관하여 原告는 原文記事의 내용을 적절하게 재현하고 있고, 이 점에서 原審法院의 見解는 잘못된 것이다. 그러나 위 제3항 및 제4항에 있어서 原告는 그 被害者가 아니라는 점에서 정정보도의 청구는 認容될 수 없는 것이다.

정정보도청구에 관한 法理에 있어서 과연 어떠한 者가 原文記事에 의하여 被害를 입은 者인지를, 의심스러운 경우에 있어서도 이를 분명히 해 줄 수 있는 일반적으로 認定되고 있는 正義는 存在하지 않는다. 그리하여 개개의 경우에 있어서 그 「被害」有無를 판정함에 있어서는, 정정보도청구권이라는 것은 신문이나 방송의 原文記事로부터 被害者의 人格權을 보호하는 데에 기여하는 제도라는 것으로부터 출발하여야 할 것이다. 즉 정정보도청구권은 피해자에게 그 자신의 주장을 표현하게 하는 데에 主目的이 있는 자

기방어의 전환을 부여하는 것이다(BGHZ. 66, 182, 195; BVerfGE 63, 131, 142). 정정보도청구권은, 獨逸民法 第823條 및 1004條의 규정에 의하여 마찬가지로 個人의 人格權의 보호를 목적으로 하는 中止 및 取消의 청구권과는 본질적으로 다른 요건을 가지고 있기는 하다. 그러나 위 중지 및 취소의 청구권과 마찬가지로 訂正報道請求權도 역시, 일반적으로 보호할 가치가 있는 人格은 어떠한 방법으로든지 보호되지 않으면 안된다고 하는 출발점에서부터 근거하고 있는 것이다. 독일연방헌법재판소는, 自身의 人格에 대한 묘사에 관한 個人의 自決權을 개인적인 명예의 보호에 그치지 않고 그보다 우월한 權利로서의 보호가 허용되는 人格權의 表象으로서 간주하고 있는 것이다. 즉 個人은 그가 第三者나 一般公衆에 대하여 어떻게 보이게 할 것인가를 스스로 결정할 수 있지 않으면 안되는 것이다(BVerfGE 63, 131, 142). 이와 같은 個人의 人格의 묘사를 스스로 결정할 수 있는 권리가 바로 정정보도청구권의 가장 기본적인 구조인 것이다.

그리하여 피해자에게 정정보도청구권이 발생할 수 있는 요건은 결국에 있어서는, 原文記事가 어떠한 방법으로든지 他人에 관하여 어떠한 묘사를 함으로써 그 個人의 人格에 관한 묘사에 있어서의 自決權을 인정할 가능성이 있느냐의 문제와 마찬가지로 귀결되는 것이다.

위와 같은 관점에서부터 보면, 개개의 사건에 있어서, 어떤 의사표시가 他人의 作爲나 不作爲 또는 그의 진술이나 성격에 관련되어 있어서 그 他人에게 향해져 있는 경우에만 그 他人이 피해를 입었다고 할 수 있을 것이다.

위와 같은 이유에서 當院은, 이 사건 정정보도청구권의 제5항 즉 原告가 그에게 행해진 질문에 대하여 답변을 하였는지의 여부에 관하여, 이를 의문의 여지없이 이유있다고 판단하고 이를 兩當事者에게 告知하였던 것이다.

위와 같은 경우 뿐만 아니라, 어떤 사람이 어떠한 내용의 陳述을 한 것이 사실 그대로 보도된 경우라 할지라도, 그 陳述에 事實關係가 포함되어 있고, 그러한 사실관계때문에 그 陳述이 부정확한 것으로 보여질 염려가 있는 경우에는 그 陳述者도 역시 피해자가 될 수 있는 것이다. 왜

냐하면 위와 같은 경우에는, 특히 유명한 政治人에 관련된 경우에는, 그 진술자의 신뢰성이 문제로 되고, 따라서 본질적으로는 그의 人格에 관한 사항이 문제로 되는 것이기 때문이다. 위와 같은 이유에서 當院은 이 사건 정정보도청구권의 제1항도 역시 이유있는 것으로 認定하고 이를 兩當事者에게 告知하였던 것이다.

그러나 이에 反하여, 어떤 個人 自身에 관한 것이 아니라 그 개인의 활동이나 관심의 대상인 「分野」가 문제로 되어 있는 경우에는 개인의 인격묘사에 관한 個人의 自決權은 認定될 수 없는 것이다. 그리하여 政治家의 경우에 있어서는 그 政治家가 활동하고 있는 정치의 분야에 있어서 필수적인 사실이 주장된 경우에 있어서는, 그 개인의 인격에 대한 陳述이 문제로 되고 있지 않는 것이다. 그리고 위와 같은 이론은 사실에 관한 主張이 그 정치가의 정책을 비판하기 위한 것인 경우에도 그대로 적용될 수 있는 것이다. 그리고 특히 長官에 관한 경우에 있어서는 그의 정책에 대하여 反對意見이 도출될 수 있는 사실들이 주장된 경우에는 그 長官 개인의 인격묘사에 대한 自決權은 인정될 수 없는 것이라고 하여야 할 것이다. 위와 같은 이유에 基하여 當院은, 1982년 11월 2일자의 미사일운반중의 사고에 있어서 그 당시 운반중이던 미사일에 核彈頭가 장치되어 있었는지와 1985년 1월 11일자의 사고원인이 밝혀지지는 아니하였지만, 1985년 2월 1일자에 미국으로부터 반입된 미사일들이 미군기지인 Waldheide에서 조립되었는지의 여부가 문제로 된 이 사건의 정정보도청구의 제3항 및 제4항을 모두 이유없는 것으로서 기각하였던 것이다. 위와 같은 사실에 있어서는 原告(즉, 長官)의 決心이다.

그 자신의 행동이 문제로 되는 것이 아니라 오히려 그 長官이 주장하고 있는 軍備增強政策의 분야에 있어서 필수적인 반대주장의 사실들이 문제로 되고 있는 것이기 때문이다. 물론 「被害」라는 개념을 가장 廣意로 해석한다면 長官의 政策이 잘못되었다 라고 주장하는 사실이 진술된 경우에도 역시 그 長官의 인격이 피해를 입었다고 말할 수도 있을 것이다. 그러나 만약 위와 같이 해석한다면 정정보도청구권은 매우 넓게 확대되어질 것이다. 왜냐하면 위와 같이 해석하

게 될 경우에는, 그 長官의 軍備增強政策에 반대하는 의견이 도출될 수 있는 사실이 主張된 경우에는 그 長官 本人 뿐만 아니라 特定한 政策(여기에서는 軍備增強政策)에 보조하기 위하여 투입된 다른 모든 政治家들도 역시 「被害」를 입었다고 느낄 수 있게 되기 때문이다.

그러나 政治的인 論爭은 言論媒體에 있어서 「原文記事」 및 「정정보도청구」라는 형식으로 진행되어 나갈 수는 없는 것이다.

II

이 事件訴訟費用은 民事訴訟法 第93條에 따라서 原告가 부담하여야 한다. 왜냐하면 被告는 原告의 예비적 청구를 즉시 認諾하였고, 따라서 原告에게 예비적 청구 자체에 대하여는 아무런 原因도 야기한 바가 없기 때문이다.

정정보도문은, 정정보도청구에서 認容되고 있는 사항에 관련한 내용들만을 포함하여 게재되고 방송될 수 있고, 또한 이러한 사항들만이 게재되고 방송되어야 하는 것이다. 정정보도문이 數個의 獨自의인 사항들로 구성되어 있는 경우(즉 本件과 같은 경우)에 있어서 정정보도청구권이 그 일부의 점에 있어서 이유가 없는 경우에는 그 정정보도청구는 그 전부가 이행될 수 없는 것이다. 그러나 當院은, 다음과 같은 要件이 갖추어진 경우에 있어서는 法院은 數個의 독립된 쟁점 중 일부에 관하여는 청구를 기각하고, 나머지 점에 관하여는 이를 認容할 수 있다고 하는 Frankfurt 高等法院의 견해에 따르기로 한다(AfP 1979, 359). 즉 첫째, 原告는 이유있는 점들에 限定된 請求를 하고 있을 것, 둘째, 被告는 「즉시」 認諾할 기회를 가지고 있을 것 등이다. 그런데 本件에 있어서는 위와 같은 요건들이 존재하고 있는 것이다. 兩當事者들은 辯論期日의 前日에 이미 그들이 期日에 訴訟行爲를 어떻게 할 수 있는 것인지에 관하여 이미 잘 알고 있었던 것이다. 그리하여 被告가 期日에 이유있는 점에 한정된 신청을 즉시 認諾하였다는 사실로부터 바로 그 訴訟費用은 原告가 부담하여야 한다고 결론지을 수 있는 것이다.

※譯者註

위 Köln 高等法院의 판결에 대하여 독일에서

는 많은 비판이 일고 있다.

그 비판의 내용은, 하나의 정정보도청구 중에 數個의 독립된 쟁점이 포함되어 있고 그 중의 일부는 이유가 없고 일부만이 이유있는 경우에 일반적으로(물론 위 판결에서 설명하고 있는 바와 같은 특별한 요건이 있는 경우에는 예외이다) 그 일부만을 認容할 수 있는가에 관하여, 위 판결에서 인용된 Frankfurt 高等法院의 판례가 있기는 하지만, 이는 과거부터 많은 비판이 있었던 판례이고, 오히려 독일에서의 판례의 주류는 이를 부정하는 것이 일반적인 견해임에도 불구하고 예; Hamburg 高等法院의 일관된 판례(AfP 79, 405 ; 80, 104 ; 81, 408 ; 84, 155) 및 Düsseldorf 高等法院의 판례(A f P 85, 60) > 本判決은 극히 少數의 見解를 취하였다는 데 있다.

그러나 위 판결에 대한 독일에서의 위와 같은 批判內容보다도, 우리나라의 정정보도청구사건에 관한 실무에 있어서 보다 크게 참고로 되는 것은 오히려 다음과 같은 점에 있다고 생각된다. 즉 政治家 특히 長官의 정책에 대한 비판에 있어서는 그 政治家나 長官이 이를 이유로 정정보도청구권을 행사할 수 없는 경우가 있다는 것

을 분명히 한 데에 있는 것이다. 즉 그 비판의 내용이 그 政治家의 개인적인 활동이나 성격에 관한 것이 아니어서, 그 개인의 인격의 묘사에 관한 自決權에 관계되는 것이 아니고, 그 政治家나 長官의 정책에 관한 것으로서 필수적으로(relevant) 반대의 의견이 주장될 수 있는 경우에는 그 개인의 인격에 관한 것이 아니므로 정정보도청구가 인정되지 않는다는 것이다. 이러한 이론적인 구성은 記者가 우려해온 우리나라의 실무에 있어서 정정보도청구권의 남용 내지는 악용으로 인하여 言論의 自由가 크게 위축되거나 制限될 위험성(특히 官廳이나 정치가가 이를 남용할 경우의 위험성)에 관련하여(위 위험성의 詳細에 관하여는 梁三承판사의 논문 「訂正報道請求事件에 관한 獨逸法院의 處理實務」(法曹 1985년 7月號 및 8月號) 참고) 이러한 위험성으로부터 언론을 구제 내지는 보호할 수 있는 이론적인 論據를 제시해 주는 것으로서 중요한 의미가 있는 것으로 생각된다. 특히 우리나라의 現實에 있어서는 위 점에 관한 좀더 깊은 연구를 통하여 우리나라의 실정에 맞는 정정보도제도를 개발해 나갈 필요성이 있을 것이다. □

□ 英國判例

公判이 진행중인 사건에 관한 記事가 게재된 外國刊行物을 輸入·配布한 행위는 法廷侮辱罪가 成立되므로 罰金刑

Regina v. Griffiths and Others. Ex parte
Attorney-General(1957) 2Q. B. 192.

事實概要

1957년 3월 18일 런던의 中央刑事法院에서 Devlin 판사의 審理下에, 被告人으로 의사인 John Bodkin Adams에 대한 살인사건의 公判이 시작되었고, 4월 4일에 속개되었다. 그런데 4월 4일 런던의 서점가에는 時事週刊誌인 「Newsweek」 4월 1일版이 나왔는데, 그 속에는 『裁判받는 醫師』와 『遺産』이라는 두 개의 긴 기사가 실려 있었다. 이 두 기사는 위 刑事裁判에 관한 것이고, 法廷에 證據로 제출되지 아니한 被告人에게 지극히 불리한 내용이였다. 이 기사가 法廷侮辱罪가 성립된다는 점에 대하여는 다툼이 없다. 그런데 Newsweek誌는 美國 Ohio州 Dayton市에 등록된 회사의 소유이고, 이 회사는 뉴욕에 사무실을 두면서, 아시아 版과 유럽 版을 編輯하고 있다. 유럽판은 암스테르담에서 인쇄된 다음 英國으로 공수되어, Newsweek의 런던 事務所와는 관계없이, Rolls House 出版會社에 의하여 수입, 배포된다. Rolls House가 매주 9,000部정도, 그리고 Smith & Son 會社가 약 1,800部를 都散賣하고 있다. 두 회사는 Newsweek誌를 배포한 다음, Adams의 裁判記事가 실린 것을 알고 이를 회수하기 위한 모든 조치를 취하였고 또 판매를 중단하였다. 동시에 유감의 뜻을 표명함과 아울러 法廷侮辱이 되는 점에 대하여 사과하였다. 그리고 Newsweek 本社は 런던에 사무소를 두고 있으나 責任編輯者

가 없고, 사무소장은 유럽특파원이라고는 불리어 지지만 그 임무는 英國內 뉴스거리를 수집하여 뉴욕에 보내는 것일 뿐 Newsweek誌가 英國에 들어와 볼 때까지는 그 내용을 전혀 알 수 없다. 또 유럽地域의 配布責任者는 파리에 거주하고 있다.

이에 檢察總長(Attorney-General)은 Adams 의사의 진정에 따라 런던사무소장인 Eldon Wylie Griffiths, Rolls House 出版會社와 그 배포대표인 Rutherford, Smith & Son 會社를 상대로 하여, 문제의 기사가 陪審裁判을 받고 있는 Adams의 裁判의 公正을 害할 우려가 있으므로 法廷侮辱罪가 성립된다는 이유로 그 처벌을 要求 즉 起訴하기에 이르렀다.

當事者들의 主張

가. 國家側의 主張

申請을 지지하는 檢察總長 Sir Reginald Manningham-Buller Q.C.의 주장은 다음과 같다. 문제의 Newsweek誌는 中央刑事法院에서 裁判이 進行되고 있는 中에 販賣되었고, 기사의 내용은 被告人에게 지극히 불리한 것이므로 法廷侮辱罪가 성립되는 데에는 의문의 여지가 없다. Reg. v. Odhams Press Ltd. 사건에서 意圖나 故意의 缺如는 抗弁이 되지 않는다고 判示되었다. 外國의 출판물을 수입, 배포하는 자는, 그것이 國內에서 出版되어 法廷侮辱罪가 성립한

다면, 마찬가지로 法廷侮辱罪가 성립된다. 그렇지 않다면 正義의 목적이 計略에 의하여 침탈될 우려가 있다(Ex Parte Jones 사건에서 大法院長 Lord Erskine L.C의 말).

Rex v. Hutchinson 사건에서는 外國映畫의 필름配布者도 法廷侮辱罪로 有罪判決을 받았다. Reg. v. Bryan 사건에서 McRuer판사는 美國의 雜誌를 수입하여 배포한 캐나다 被告人에 대하여 징역 10일을 선고하면서, 「이 처벌이 外國의 出版物이 우리의 正義의 執行에 영향을 끼칠 우려가 있는 경우 이의 수입, 배포를 거절하여야 하는 책임을 지을 수 있는 유일한 方途이다. 그리고 그가 그 내용을 몰랐다고 하더라도 여전히 그에게 책임이 남는다. 그가 책임지지 않는다면 外國의 출판자가 이 法廷에 출석하지 않는 경우에는 아무도 책임질 사람이 없게 된다」고 하였다. 이러한 判示는 확립된 法原理가 되었다.

나. Griffiths의 弁護人 Neville Faulks의 주장

Griffiths는 그가 ①본건기사의 내용을 출판하였고, ②아니면 본건기사의 내용을 출판되겠끔 하였고, ③본건기사를 배포하였다는 이유로 法廷에 서게 되었으나 일체를 부인한다. 이 週刊誌의 「editorial」 뒤에 그의 이름이 나타나지만 이는 美國式 英語의 의미이고 英國式 英語에서는 「editorial」(편집)의 의미가 아니라 「reportorial」(보고)의 의미일 뿐이다. 그는 裁判에 방청도 하지 아니하였고, 문제의 기사를 쓰거나, 기사거리를 美國으로 보내지도 않았다.

〈裁判長 Lord Goddard C.J의 釋明: 국내에서는 누가 Newsweek를 대표하고 그 행위에 대하여 책임을 지는가?〉

〈Griffiths는 분명히 아닙니다. 이는 英國新聞의 編輯者가 美國內 事件에 관하여 기사를 썼을 때 英國新聞의 워싱턴特派員을 처벌하는 것과 같습니다.〉

〈다시 裁判長: 그러면 이 雜誌는 아무도 책임지지 않으면서, 編輯人의 기호대로 아무것이나 출판할 수 있는가요?〉

〈Griffiths는 Newsweek誌의 英國內 責任者이지만 本社의 실책에 대하여는 책임질 수 없습니다. 그가 책임지는 것이 편의적이지만 正義에

는 맞지 않습니다. 代位責任의 原理를 新聞社의 外國特派員에까지 확장할 수는 없습니다.〉

다. Rolls House 會社와 Rutherford의 弁護人 W.P.Grieve의 주장

名譽毀損事件에서는 제2차 發行人은 출판물의 내용에 관하여 不知하거나 不知에 과실이 없으면 책임을 지지한다(Emmens v. Pottle). 이는 法廷侮辱事件에서도 마찬가지이다. 물론 法廷侮辱事件에서 고의의 缺如는 抗弁이 되지 아니하지만, 제2차 발행인인 경우에는 그러하지 아니다. Rolls House 會社는 수년간 Newsweek誌를 배포하였지만 한번도 그 기사내용에 대하여 문제된 바 없다. 會社가 注意를 기울여야 할 것이라곤 배포의 안전을 확인하는 것일 뿐이고, 사전에 그 내용을 검토할 의무는 없다(McLeod v. St. Aubyn 참조). Rex v. Hutchinson 사건과 Reg. v. Bryan사건은 이 점에서 구별되어야 한다.

〈裁判長: 善意의 摘示(innocent dissemination) 抗弁을 주장합니까?〉

〈그렇습니다.〉

〈裁判長: 이는 신문배포자의 사업에 따른 위험 중의 하나일 것입니다. 外國에서 수입되는 신문의 경우, 특히 재판에 의하여 야기되는 세계적 관심사에 비추어 볼 때 배포자가 그 기사내용을 검토·확인할 의무가 있다고 한다면 귀하에게 불리하게 될지도 모르겠군요?〉

〈중전에 Newsweek誌를 취급하면서 그러한 주의를 기울여야 할 사항이 있었다면 모르되, 그렇지 않는 한 그러한 注意義務는 없습니다. 世人의 관심을 끄는 재판은 종종 있고, 그때마다 配布業者가 모든 취급신문을 조사하여야 한다면 이는 불가능을 요구하는 것입니다(Weldon v. 「The Times」 Book Co. Ltd 사건 및 Bottomley v. Woolworth & Co. Ltd. 사건 참조).〉

名譽毀損과 法廷侮辱에 적용되는 原則은 같다(Roach v. Garvan). 더우기 法院은 民事事件(명예훼손)에서의 발행인보다 刑事事件인 法廷侮辱罪의 피고인에게 보다 유리하게 해석하여야 한다. 배포자를 法廷侮辱으로 처벌하는 것은 대단히 강력한 措置이다. Rolls House 會社가 本件에서 처벌받게 되면 多數의 都小賣業者들도

모두 처벌받게 될 것이다.

法院의 判斷

1957년 5월 2일 本件을 審理한 다음, 같은 달 10일 裁判長 LORD GODDARD C.J.가 判決文을 낭독하다.

「Griffiths는 이 雜誌의 준비에는 참여하지 않는다. 다만 reporter로서 國內의 뉴스거리를 수집하여 뉴욕에 보낼 뿐이다. 기사는 뉴욕에서 作成·編輯되고 印刷는 암스테르담에서 이루어진다. 따라서 그는 雜誌가 英國에 도착되어 이를 볼 때까지는 전혀 기사의 내용을 모른다.

본건기사에 대하여 그는 기사거리를 美國에 보낸 적도 없고, 부당한 해설기사를 쓴 적도 더욱 없다. 그는 4월 5일 수사관 앞에서 Smith 회사와 Rolls 회사가 자기에게 사전에 알리지 않고 배포를 중단한 이유를 모르겠다고 한다. 수사관이 위 회사에 지시해서인지 자의에 의한 것인지 묻기 위하여 수사관에게 물었다. 한편 그는 런던사무소의 책임자이고 英國에 관한 기사에 대하여 本社의 編輯者들에게 안내를 하고 指針을 제공하는 것이 그의 職務이다.

문제는 法院이 본건기사에 대하여 그에게 책임을 지을 수 있느냐이다. Adams의 刑事裁判에 관하여 그가 뉴욕 本社에 보낸 3월 15일자 電信에 의하면 그는 法廷에 記者(Roporter)를 보낼 수 없으니 本社에서 기사를 작성하든지 또는 자유기고가를 마련할 것을 권하였다. 또 3월 19일에는 많은 英國·美國의 言論들이 위 裁判의 解説記事로 홍수를 이루고 있고, 또 런던사무소에서는 法廷에 방청을 하지 아니하였으므로, 本社에서 他言論등에서 발췌하는 것에 더 보탬이 없다고 하였다. 3월 26일에는 위 刑事裁判에 흥미가 식어가고 있는 것을 보고하고, 3월 27일에 새로운 각도를 찾아보겠다고 했으나, 27일에는 그 사건에 아무런 관심을 보이지 아니하였다. 이 電信에 의하면 그는 해설기사를 쓰거나, 그 기사에 대한 情報를 제공한 바 없음이 분명하다. 따라서 이러한 상황 아래에서는 본건기사의 책임을 Griffiths에게 부과할 수 없을 것 같다. 罪는 기사의 단순한 준비에 있는 것이 아니라 재판절차 중에 그 기사의 公表에 있는 것이다. 지

금까지 編輯人이나 本社에 不公正한 기사거리를 제공한 reporter(報告者)에게 法廷侮辱罪가 성립된다는 判例는 없는 것 같다. 그는 Newsweek誌의 英國內 代表者이나 이점만으로는 충분하지 못하다. 法廷侮辱罪는 正義의 公正한 집행을 위하여 절대적으로 필요한 것이지만, 그렇다고 하여 眞犯이 管轄外에 있는 경우 代位的으로 擴張되어서는 아니된다.

다음 配布業者들에 대하여 함께 보기로 한다. 이들은 Newsweek誌가 本件 기사내용을 싣고 있는 것을 실제로 알지 못하였다고 한다. Rolls 회사는 1949년 이래 英國內에서 Newsweek誌를 배포해 왔고, 그 사이 기사내용에 대한 不平이라곤 한 건도 없었다. 本 雜誌는 암스테르담에서 스코틀랜드로 직접 公送되고, 나머지는 런던 공항으로 온다. 일부는 런던공항에서 바로 판매되고, 나머지는 Rolls 회사의 런던사무실로 운반되어, 회사가 내용을 알기 전에 판매된다. Smith 회사는 약 20년간 本 週刊誌를 배포하거나 판매해 왔는데 그사이 내용에 대하여 한 건의 不平도 없었다. 다만 本件 週刊誌는 판매하기 전에 내용을 검토해 보았으나, 異議삼을 만한 내용은 없다는 결론에 도달했다고 한다. 결국 위 兩會社는 제1차 發行人이 아니므로 Emmens v. Pottle 사건을 근거로 하여, 명예훼손사건에서의 소위 善意의 摘示(innocent dissemination)의 抗弁을 한다.

그리고 法廷侮辱罪에 관한 사건인 McLeod v. St. Aubyn 사건도 援用한다. McLeod 사건은 週刊誌를 우편으로 구독하는 사람이 친구에게 이를 빌려주기 전에 그 내용을 읽고 검토할 의무가 없다는 내용이다. 그러나 當院으로서는 이 사건은 本件과 아무런 관련이 없다고 본다. McLeod 사건과 같은 사정에서 法廷侮辱罪가 된다는 것은 사치이고, 마찬가지로 英國의 한 讀者가 本件 Newsweek誌를 타인에게 빌려 준 경우에 있어서도 결론은 같다. 그러나 本件에서 兩會社는 사업상 本 週刊誌를 취급하고, 都賣業者로서 배포한다. 또는 Smith 회사에서는 계열상점에서 직접 팔기도 한다.

Emmens 사건에서는 被告人이 통상의 業務方法에 따라 신문을 파는 판매점(newsagent)이었지만, 피고인은 명예훼손적인 사실을 摘示한 바

없다는 이유로 無罪를 받았을 뿐이므로, 本件에 대하여는 결정적인 先例가 될 수 없다. 裁判의 公正을 害할 우려가 있는 사실의 公表로 인하여 성립되는 法廷侮辱罪는 독자적인 영역이 있고 名譽毀損事件을 그대로 類推適用할 수는 없다. 當院은 최근에 Reg. v. Odhams Press Ltd. [1957]1Q.B.73 사건에서, 이 점에 관한 判決例들을 검토하면서 기사내용의 不知나 意圖의 缺如는 適法한 抗弁이 되지 않는다고 判示하였다. 이 점은 Roach v. Garvan 사건과 Ex parte Jones 사건에서 각 大法院長인 Lord Hardwicke L.C.와 Lord Erskine L.C.가 천명한 바 있으므로 인용을 피한다. 다만 두 사건은 통상의 업무과정에서 善意로 記事를 작성한 事案에 대한 것임을 상기할 필요가 있다.

當院은 범죄가 되는 기사를 배부한 데 대하여 業務過程에서 責任이 있는 者는 法廷侮辱罪의 경우에는 善意의 摘示抗弁을 援用할 수 없다고 본다. 따라서 兩會社에 過失責任을 지울 수 있느냐 하는 문제는 고려할 필요가 없다. 兩會社(Rutherford를 포함한다)는 本件 기사내용을 알지 못하였다는 점, 그리고 事後 이를 알고 즉시 배포를 중지시키기 위하여 필요한 모든 조치를 취한 사실은 인정된다. 그리고 兩會社에 대하여 法廷侮辱罪의 有罪를 인정하면서, 더 責任있고

하지만 管轄 밖에 있는 者들을 다룰 수 없는 점은 유감이다. 국내에 수입되는 外國刊行物-그러나 국내에는 책임질 만한 編輯人등이 없는 -을 취급함으로써 수반되는 위험을 강조하기 위하여, 비록 명목적 액수이지만 벌금형을 부과하기로 한다. 本件과 같은 狀況下에서는 配布者들이 當院의 管轄에 놓여진다. 本件을 통하여 위험과 책임이 밝혀졌으므로, 장래에 일어나는 同種의 犯罪에 대하여는 동일한 관대함이 許容되지 아니 할 것이다. 本件의 兩會社가 처벌받게 되면 모든 小規模 販賣商이나 路店들도 마찬가지로 책임질 것이라는 論議도 있었다. 그러나 當院은 실제의 비난이 가해지지 않는 그러한 사람들에게까지 마찬가지로 위 法理를 적용할 의도는 없다. 이러한 裁判權의 行使는 法院의 裁量이지만, 法院은 출판에 대하여 실질적으로 책임이 있다고 公正하게 말해질 수 있는 사람을 제외하고는 그 裁量權을 行使하지 아니 하는 것이 바람직스럽다.]

이에 當院은, Smith 회사와 Rolls 회사는 각각 國家에 7일 이내 벌금 50파운드를 납부하고, 그렇지 않으면 命狀이 발부될 것이다. 그리고 각자 訴訟費用의 반씩을 부담할 것을 命한다. 그리고 Rutherford에 대하여는 별도로 명령을 내릴 필요가 없다고 본다. □

結婚生活의 비밀을 公表하는 행위는 中間금지강제명령의 申請對象이 된다

Duchess of Argyll v. Duke of Argyll and Others.
Chancery Division (1964).

事實概要

大法院法 제45조 1항(1925년)에 의하면 「고등 법원은 法廷이 정당하거나 타당하다고 보는 모든 사건에서 中間명령으로서 中間금지강제명령을 인

정할 수 있다」고 규정하고 있다.

1951년 3월에 원고와 제1피고는 결혼했다. 1959년에 제1피고는 스코트랜드의 大法院 民事部에 원고의 姦通을 이유로, 원고와의 이혼신청서를 제출했다. 이에 原告는 抗辯하였고, 1960

년에는 반대소송을 제기했다. 1962년에 그녀는 反對訴訟를 취하하였는데, 왜냐하면, 그것을 입증할 만한 어떤 증거도 제시하지 않았기 때문이다. 1963년에 이혼소송절차가 審理되었고, 결혼취소판결이 내려졌다. 同年에 원고는 제1피고의 知的 行爲와 財政業務에 관해 언급한 내용을 선데이미러紙에 기고하여 게재케 하였다. 한편 제1피고는 다른 日曜紙인 더 피플紙에, 원고와의 결혼생활 동안의 비밀에 관한 내용을 더피플紙 기자에게 제공함으로써, 기사를 게재케 하였다. 이에 대해 1964년에 原告는 소송을 제기하여, 결정신청을 통해 제1피고가, 제2피고인 일요지의 편집인과 제3피고인 소유인과의 의견교환을 규제할 中間금지금지명령을 내릴 것을 신청하고, 제2, 제3, 피고들이 그녀의 私生活, 개인적인 문제 혹은 결혼생활 동안 제1피고와 비밀리 행한 私的 行爲 중 아직 공개되지 않은 것들에 관한 비밀이나 정보, 그리고 1926년에 제정된 司法節次法(Judicial Proceedings Act)의 제1조(1)의 (b)항에 근거, 인정되지 않고 있는 스코트랜드에서의 이혼소송절차에 관한 어떤 세부사항도 공표하지 못하게 하는 中間금지강제명령을 신청했다. 그 결정신청의 근거는 제1피고가 일요지에 公開할 의도로 쓴 몇몇 記事에 실린 원고에 대한 진술은 결혼상의 비밀침해이며 이는 司法節次法 제1조에 대한 위반행위라는 것이다.

法廷의 判決要旨는 다음과 같다.

결혼은 단순한 법적 계약상의 관계 이상으로 법적인 보호를 받아야 한다고들 말한다. 법정이 結婚상의 비밀을 보호하기 위해서는, 그 비밀이 계약이나 혹은 소유관계에서 비롯된 것이어야 한다면, 결혼상의 비밀도 계약에서 출발한 것으로 볼 수 있다. 그리고 그러한 계약은 목계에 의한 것일 수 있기 때문에 반드시 명시될 필요는 없다.

夫婦간의 비밀과 상호간의 믿음을 보장하는 것이 法的 취지이기 때문에, 離婚事由가 된 한 쪽 배우자의 간통사실로 인해서, 다른 배우자가 이혼하기 전의 비밀을 지켜야 할 義務에서 면제될 수 있는 것은 아니다. 그러므로 원고의 姦通事實로 제1피고가 그들의 결혼생활 동안의 비밀을 公表할 수는 없으며, 그러한 공표중지를 규제하기 위한 強制命令은 인정될 수 있다.

원고가 日曜紙에 쓴 기사내용은 제1피고가 쓴 기사에서 폭로된 결혼상의 비밀과는 아무런 관계가 없었으며, 또한 원고의 기사는 결혼상의 秘密을 폭로한 것도 아니었다. 그러므로 원고의 강제명령청구소송은 인정될 수 있는 근거가 있다.

강제명령은 비밀과 관련한 當事者 뿐만 아니라 비밀에 관한 정보를 소유하고 있는 자에 의한 公表行爲를 규제하기 위한 목적에서도 인정될 수 있다. 그러므로 이러한 강제명령은 제2, 제3 피고에 대해서도 적용될 수 있다(Ashburton v. Pape(1913) 2Ch. 469; 29 T.L.R.623.C.A. 참고).

이혼소송판결에서 제시하지 않았던 證據를 公表하는 것은 사법절차법 제1조에서 볼 때 違法的인 것이었다. 그리고 원고의 이혼반대소송을 입증할 만한 어떤 증거도 제시되지 못했기 때문에, 그 소송에서 제시된 주장을 공표하는 것도 마찬가지로 違法的인 것이었다.

1926년의 사법절차법을 엄밀하게 해석해 볼 때, 이혼소송에 관한 사실을 공표하지 못하게 하는 것은 단지 공중도덕을 보호하기 위한 것에만 그 목적이 局限되지 않고, 그 소송 當事者의 보호 측면까지 확대해서 고려하고 있음을 알 수 있다. 또 그 법에 준하면 침해가 있었다는 사실에 대해 起訴가 유일한 구제책이 되는 것은 아니나, 그렇다고 違法的인 公表로 침해되거나 침해의 위협을 받은 개인이 피해보상을 받을 수 없다고 볼 수 없다(Windeatt v. Windeatt(1962)1 W.L.R.527, 532; (1962) 1All E.R.776, C.A. Solomons v. R.Gertzenstein Ltd. (1954) 2.Q.B.243; (1954) 3W.L.R.317; (1954) 2All E.R.625, C.A. 참고).

형사소송을 제한하는 대신 禁止強制命令을 인정하고 있는 법정의 사법권한은 中間금지강제명령이 재산권침해에만 국한해서 적용되는 것이 아니기 때문에 굳이 재산권침해와 위법적인 공표로 인해 야기된 것과 같은 형태의 侵害를 구분할 이유는 없다. 1925년 제정된 大法院法(The Supreme Court of Judicature Act)의 45조에 따라, 정당하거나 타당할 때는 中間금지강제명령을 인정하고 있는 법정의 司法權은 소송이 인정되는 위법행위에 해당하는 사건에만 局限해

적용되는 것이 아니었다. 왜냐하면 법정은 법에 의해 규정된 권리를 인식하고 이를 보호하고자 했기 때문이다. 현사건의 경우, 법적인 권리에 대한 다툼이 있었고, 또公表로 인해 원고는 회복할 수 없을 정도의 피해를 입었기 때문에, 1926년 사법절차법에 준해 그러한 기사의 게재를 중지케 할 중간금지강제명령이 인정되어야만 한다.

決定申請

原告인 마가렛 아르질(Argyll)공작부인은 전남편인 제1피고 이반 더글라스 아르질(Ivan Douglas Argyll)공작과 제2피고, 제3피고인 더피플紙의 편집인인 스투어트 캠펠(R. Stuart Campell), 소유인인 오드햄즈(Odhams)출판사에 대해 3건의 중간금지강제명령을 신청했다.

결정신청의 근거는 제1피고가 더피플紙에 게재할 목적으로 쓴 기사들은 원고에 대한 (1) 결혼비밀의 침해이며, (2)訴訟과 訴訟節次에 대한 위반이며, (3) 이혼소송절차에서 제시된 증거를 폭로한 것으로 원고에 대한 名譽毀損의 진술을 포함하고 있다는 것이다.

토마스判事(Thomas J.)의 判決

원고 마가렛트는 아르질公爵과의 결혼이 이혼으로 끝난 세 부인 중의 마지막 부인이다. 제1피고는 아르질公爵이고, 제2피고는 일요지 「The People」紙의 편집자인 스투어트 캠펠(R. Stuart Campell)이며 제3피고는 그 신문의 소유인 인쇄업자이며 출판인인 오드햄즈(Odhams)출판사이다.

원고는 公爵이 「더 피플」紙에 쓴 기사에서 原告에 대한 다음과 같은 기사의 게재를 被告들이 하지 못하게 규제할 금지강제명령을 요청했다. (1) 결혼비밀의 침해, (2) 법정에서의 특정소송과 소송절차에 관한 것, (3) 이혼소송절차에서 제시된 증거에 대한 것, (4) 原告에 대한 명예훼손적인 진술동이 그 근거다.

이중 마지막 근거인 原告에 대한 명예훼손적 진술은 이 단계에서는 심리되지 않았다. 왜냐하면 被告들이 정당성 심사소송을 의뢰하고 있고,

소송이 의뢰되고 있는 한, 그 訴訟이 敗訴할 것이 확실하지 않으면 중간금지강제명령이 허가되지 않기 때문이다.

먼저 이 訴訟의 배경을 이루는 사실들을 간략히 언급하겠다.

原告와 公爵은 12년간 결혼생활을 했는데, 1959년 9월 공작은 그녀의 간통을 事由로 스코트랜드法廷에서 原告와의 이혼소송을 제기했고, 1960년 10월 원고는 스코트랜드에서 이혼소송절차에 반대소송을 제출했다. 1962년 5월 29일 반대소송은 취하되었고, 그것을 지지하는 아무런 증거도 제시되지 않았으나, 原告는 그 반대신청에서 하였던 비난을 발표하는 것은 違法이라고 주장하고, 게재를 규제할 금지강제명령을 내려주도록 요청했다.

1963년 2월, 이혼소송절차는 大法院 민사부에 의해 심리되었고, 뒤에 原告의 간통을 이유로 公爵과 原告 사이의 결혼취소판결이 내려졌다.

원고가 신청한 금지강제명령의 대상이 된 특정소송과 소송절차에 관한 것 중 하나는 심프슨소송이며 다른 하나는 위그햄소송이다. 심프슨소송의 내용은 대략 다음과 같다.

1959년 5월에 재혼하여 심프슨 부인이 된 바 있는 공작의 두번째 부인과 공작과의 사이에서 난 아들 로네(Lorne)侯爵이 고등법원에서 현사건의 원고를 상대로 금지강제명령과 배상금을 요구하면서 소송을 시작했다. 原告는 그 소송에 대해 항변하지 않았고, 그녀에 대한 금지강제명령은 변호사 사무실에서 합의에 의해 받아들여졌다. 原告는 이 訴訟의 문제가 다시는 언급되지 않을 것이라는 공작의 약속에 의거해서 그의 요청에 동의했다. 이런 사실이 원고가 주장하는 금지강제명령들 중의 하나가 되는 근거이다.

1959년 11월 1일 심프슨 부인은 위 심프슨訴訟의 금지강제명령 不履行으로 원고에 대해 구속소송절차를 시작했다.

1959년 12월 21일 그 소송절차는 파울判事에 의해 강조된 바 있는 판사실에서의 소송절차에 대한 비밀이 금지강제명령의 하나의 근거가 되고 있다.

한편 위그햄소송의 내용은 다음과 같다.

1962년 6월, 原告의 계모인 위그햄(Wigham)부인은 원고를 상대로 원고의 이혼반대소송에서

나타난 위그햄부인에 대한 음모와 惡意에 의한 告訴, 명예훼손, 모욕적인 거짓 등에 의한 명예훼손에 대한 손해배상청구소송을 제기하였다.

1964년 10월 15일 위그햄訴訟은 법원 지시에 따라 짜여진 합의에 의해 취하되었다. 변호사의 공개법정에서 원고의 음모, 惡意에 의한 고소, 모욕적인 거짓 등에 대한 주장은 기각되었지만, 原告는 명예훼손을 이유로 위그햄부인에게 2,500 파운드와 그녀의 소송비용을 지불해야 된다고 결정되었다.

또 當事者 모두가 이 訴訟에 관해 論争중인 문제에 대해 어떤 사람에게도 언급하지 않겠다는 약속을 했었다고 말했다. 原告는 이런 상황에서 금지강제명령으로 公爵에 대해 그 약속을 강요하게 할 권한이 있다고 주장하고 있다. 이상이 매우 간략한 사실과 原告가 요구한 근거의 지적이다.

이 요구들은 法の 두가지 중요한 문제를 제기하는 데 첫째가 결혼생활 동안의 남편과 아내사이의 비밀이 法廷에 의해 보호될 것인가 하는 것이고, 둘째는 이혼소송절차의 당사자가 法廷에 그 소송절차에 관한 출판을 금지하는 법률을 실시하도록 신청할 권한을 갖느냐 하는 것이다.

첫번째 문제는 原告가 요청한 첫 금지명령에 의해 발생하는데, 그것은 被告들로부터 출판을 금지하는 것이다.

법적인 측면에서 첫째 법정이 어느 정도 부부사이의 비밀과는 독립적으로 비밀 위반을 규제할 것인가를 고려해 볼 수 있다. 법정이 계약이나 재산에 관한 권리에 의한 비밀을 위반한 경우에 대해 규제할 수도 있다는 것은 명백하다. 그러한 사건에 대해서만 법정이 보호하는 것인가의 여부는 다음 두 판례에서 고려되었다.

첫째가 엘버트 왕자事件인데 빅토리아 여왕과 엘버트공이 그들의 아이들과 흥미있는 몇 사람의 그림과 판화를 만들었는데 그것이 被告의 손에 들어가 그들이 복사판과 목록을 출판하기를 제안했다.

엘버트 왕자는 法廷에 금지명령을 신청했는데, 소유의 문제에서, 原告는 금지명령의 자격이 있는 것으로 판결이 났고, 소유문제를 떠나서 신뢰나 비밀, 혹은 계약의 侵害로서도 자격이 있다고 결정되었다.

두번째 事件이 폴라드 對 사진회사 事件인데, 돈을 받고 어떤 여자의 사진을 찍어 준 사진업자는 그 현상사진을 팔거나 전시하지 못하도록 되었다. 인화지를 그러한 목적으로 사용하지 못하는 암시적인 契約이 있고 그러한 판매나 전시는 비밀의 침해라는 근거로 이러한 判例들은 다음의 같은 사실을 나타내고 있다.

(1) 비밀계약이나 의무는 표현될 필요가 없고 암시될 수 있다.

(2) 비밀이나 신뢰의 침해는 소유권이나 계약과 무관하게 발생될 수 있다.

(3) 형평의 원칙을 적용하는 법정은 특정 법적 권리와는 별도로 비밀의 위반을 규제할 것이다. 결혼은 법적 계약이나 관계, 지위 이상이지만 법적 계약이나 관계도 포함된다.

이제 결혼생활 동안 부부 사이의 비밀을 보면 법적 계약이나 관계, 지위 이상이지만 법적 계약이나 관계도 포함된다.

그러한 관계의 비밀성은 매우 본질적이고 암시적이어서 명시할 필요가 없다. 그러므로 내가 생각하기에는 결혼생활 동안 부부의 비밀은 앞에서 열거한 판례들의 기준에 의해 法的 保護로부터 제외되지는 않을 것으로 본다.

被告는 선데이 미러(Sunday Mirror)紙에 쓴 기사에서 그녀와 남편 사이의 비밀에 대한 상호 의무를 스스로 깨뜨린 근거와 결혼의 신성함에 대한 그녀의 태도로 봐서 그녀는 구제받아서 안된다고 진술했다.

그러면, 原告는 그러하지 않았으면 인정받았을 금지명령을 그녀 자신이 비밀을 깨뜨렸고, 그녀 결혼에 대해 비도덕적인 태도를 취했다고 하여 거부당해야 하는가?

먼저 原告의 기사를 고려해 보면, 나는 원고 자신의 기사가 公爵에 관한 기사에서의 부당한 문장들을 정당화시킨다고는 생각하지 않으며, 그 자체로 原告가 法廷의 보호를 포기해야 한다고 여기지 않는다.

원고의 간통은 불유쾌한 일이라는 하지만, 내 견해로는 남편이 쓴 이전의 행복한 날의 가장 깊은 비밀을 조사하지 않은 채 보도하도록 허용해서는 안된다는 것이다.

다음 심프슨訴訟의 문제에 대한 정보의 소통과 발표를 제지하기를 요청하는 두번째 금지명

령을 살펴보면, 原告에 의한 신청의 첫째 근거는 公爵이 그 소송에서 제기된 문제를 다시는 발표하지 않겠다는 약속에 따라 원고가 금지명령에 따르기로 한 원고와 공작 사이의 同意이다. 만약 그녀가 금지명령에 동의하면 다시는 그 문제를 거론하지 않겠다고 공작이 약속했다는 원고의 진술에 대한 공작의 답변은, 그가 그렇게 하기로 약속한 것이 아니라 그렇게 하도록 최선을 다 하겠다는 것이다.

그러나 피고가 더 피플紙에 그러한 기사를 쓴 것은 다시는 거론치 않겠다고 약속한 사실에서 볼 때 최선을 다했다고 볼 수 없다.

가령 公爵이 그의 약속은 그 자신을 위해서가 아니라 原告의 대리인으로서 한 것이라고 선서에서 수정하더라도 나에게서는 이 상황의 본래의 가능성이 원고의 증거를 강하게 뒷받침하고 있는 것으로 보인다. 나는 이 문제에 관해 공작의 증거보다는 원고의 증거를 채택해야 할 것 같다.

그러므로 나의 결론은 이 소송에 관련해서 요청된 금지명령은 認定되어야 한다는 것이다.

다음으로는 그 금지강제명령의 신청에서, 이 사건에서 두번째 중요한 법의 문제를 제기하게 되는데, 즉 이혼소송절차의 당사자가 그 소송절차에 대한 출판을 금지하는 1926년의 사법절차법을 실시하도록 法廷에 신청할 권한을 갖느냐는 것이다.

반대소송절차의 문제에 대한 의사소통이나 출판의 반대는 公爵의 이혼소송의 세부사항에 대한 출판을 반대하는 것과 같이 1926년 法律에 근거한 것이고, 위그햄소송의 문제에 대한 것은 다름이 된 문제에 대해 언급하지 않겠다는 法廷에 대해 당사자가 한 약속에 근거한 것이다.

그래서 1926년에 제정된 사법절차법 (1)의 (b), (i)항과 (2)항을 살펴보면 반대소송에서 당사자의 이름, 주소, 직업 이상의 세부사항을 인쇄·출판하거나, 인쇄·출판하도록 유도하는 것은 合法的인 것이 아니며, 특히 위그햄소송의 문제를 포함해서 반대소송에서의 죄과를 밝힌다는 것은 비합법적이다.

公爵이 쓴 여섯번째 기사에서 관련된 문장이 반대소송에서의 죄과를 밝히고 있어서 그 법에 의하면 이러한 출판은 비합법적이다.

그러나 被告들은 그 법이 출판을 비합법적이라고 하지만 원고는 출판을 금지시키려고 할 자격은 갖지 못한다고 제출했다.

이 중재는, 그 법에 의하면 비합법적 행동은 위반이라고 명시되어 있다는 근거에서 신청된 것이므로 기소만이 그 법의 위반에 대한 규제수단이고, 비합법적 출판에 의한 개인에 대한 침해는 그 법으로는 구제책이 없다고 주장되었다. 문제는 그 법이 公衆의 보호만을 목적으로 한 것인가 혹은 특정계층의 사람들만을 목적으로 한 것이었느냐 하는 것인데, 만약 한 계층을 위한 것이라고 한다면 그 계층의 모든 성원은 공공위법행위에 대한 刑事訴訟節次뿐만 아니라 그 자신의 손해에 대한 민사소송절차도 제기할 권한이 있다.

그러나 그 법의 제1조를 세밀히 분석해보면 그 법이 이혼소송절차에 주는 보호는 공중도덕의 保護에만 제한되지 않고, 그보다 넓은 범위와 목적에 해당되며 결혼소송에 관련된 모든 사람에 대한 보호도 포함한다.

또한 被告들은 재산에 대한 손해를 포함하지 않으면, 금지결정이 1926년 사법절차법에 위배되는 비합법적인 출판과 같은 위법행위를 인정받지 못할 것이라고 주장했다.

재산에 대한 손해는 명예에 대한 훼손등 다른 형태의 損害보다 덜 심각할 수 있으며, 재산에 대한 손해와 다른 형태의 손해를 구분하는 어떤 근거도 없으므로 본인의 견해로는 재산에 대한 손상을 포함하지 않고는 금지명령이 違法行爲를 금지하도록 인정되지 않을 것이라는 피고의 의도는 敗訴될 것이다.

그러므로 본인의 결론은, 原告는 반대소송과 離婚訴訟節次에 관해 요청한 대로 사실상 금지강제명령을 할 권한이 있고, 이미 지적했듯이 반대소송에 관한 금지명령은 公爵의 기사 중 관련된 문장에서 반대에 대한 언급과 함께 묶여 있는 위그햄소송의 언급에도 비슷하게 적용될 것이다.

다음으로 위그햄訴訟의 문제발표는 그 訴訟의 해결에서 이루어진 약속에 포함된 정보에 관한 것이기 때문에, 금지명령에 의해 규제되어야 한다는 原告의 중재부탁에 관한 나의 결론은, 원고가 위그햄訴訟의 문제에 대한 금지명령의 신

청에 근거를 立證했다고 생각한다는 것이다. 그러므로 이 결정신청에 대한 전체적인 결론은 지난주 금요일 상세한 형식으로 수정한다는

전제하에서 금지강제명령들을 승인했고, 각 금지명령에서 금지명령이 주어져야 할 公爵의 기사 중의 문장들을 지적했다. □

本人이 同意하지 않은 記事의 1인칭 화법은 作者誤認이 되고 違法이다

Moore v. News of The World Ltd., and Another (1972) 1 Q.B 441

事實概要

에드나 메이 무어(Edna May Moore)는 유명한 여자가수로서 藝名이 도로시 스콰이어스(Dorothy Squires)이다. 그녀의 남편인 로저 무어(Roger Moore)는 T.V. 텔런트로서 명성을 얻었는데, 藝名이 The Saint(역주: 그후 James Bond)이다. 그들은 1953년에 결혼하여 7년 정도 행복하게 살았으나, 1961년에 별거하게 된다. 남편은 딴 여자와 살림을 차리게 되고, 몇 년 후 도로시는 이혼소송을 제기하여 1969년 2월경에 完全離婚判決(decree absolute)을 얻게 된다. 도로시는 가수활동을 계속하기 위하여 1969년 4월 초순경에 「Dorothy Squires Promotions Ltd.」를 만들고 「스테이지」라는 잡지에 노래광고도 내곤 하였다. 그 광고에는 「너무 늦게 핀 그대의 꽃」(Your flowers arrived too late)이 인기를 끌고 있었다. 한편 그 당시 그녀는 런던의 한 法廷에 서게 된다. 음주측정 요구에 불응하였다는 죄목이었으나 결과는 무죄였다. 때마침 그녀의 남편이 딴 여자와 再婚하게 되어 그때로서는 좋은 뉴스거리가 되었다.

1969년 4월 17일 전국지 日曜新聞인 「News of the World」紙의 쇼欄 담당 웨스턴 테일러(Weston Taylor)기자가 도로시에게 전화로 인터뷰를 신청하였다. 그녀는 자신의 가요계 컴백

을 기사화하는 것으로 생각했다. 오후 1시부터 인터뷰가 시작되어 4시까지 계속되었다. 그 사이 그녀는 테일러記者에게 샌드위치, 치즈 그리고 차를 제공하였을 뿐이다. 記者는 속기로 노트를 한 다음 그날 밤으로 정리를 끝내고, 다음날 금요일에 다시 도로시에게 전화로 몇마디를 더 물어 보았다. 그리고는 記事를 週末 담당 부편집인에게 넘겨주었다. 기사의 헤드라인은 테일러記者가 작성한 것이 아니고 부편집인이 뽑았다. 1969년 4월 20일 일요일 「News of the World」紙 표지 헤드라인에는 「The Girl Who Lost The Saint. When Love Turns Sour By Dorothy Squires」라고 게재되고, 다시 내용면에 들어가 10페이지에 헤드라인으로 「How My Love For The Saint Went Sour By Dorothy Squires」라고 한 다음, 줄을 바꾸어 조그마한 자체로 「Talking to Weston Taylor」라 하고, 그 기사내용은 주로 그녀와 남편과의 관계에 대한 것이었다. 그런데 그 記事의 원고는 도로시에게 사전에 검토할 기회가 주어지지 아니하였고, 또 그녀가 서명한 바도 없다. 그녀는 일요일 朝刊版의 기사를 보고서야 그 내용을 알게 되었다. 그런데 그 기사의 맨끝에는 「다음주 계속, 나는 왜 Roger에게 자유를 주기로 결정하였는가?」라고 다음주 續報를 알리고 있었다.

도로시는 기사가 불쾌하여 테일러記者에게 전

화를 걸었다. 친구들이 온통 「이게 무슨 짓이람! 꼴사납게」하면서 전화를 걸어오고 있다고 했다. 실제 친구들은 그녀가 돈을 받고 기사거리를 제공한 것으로 생각하였다. 그녀는 다시 테일러記者에게 전화로 변호사를 만나겠다고 말하였다. 우선 변호사는 손해배상청구와 동시에 다음주 豫告版 게재금지가처분신청을 법원에 내었다. 그러나 가처분신청은 기각되었다. 그렇지만 新聞社측에서는 다음주 日曜版에서 그녀가 돈을 받고 기사내용을 제공한 것이 아니라는 취지의 내용을 삽입해 주겠다고 하였다. 1969년 4월 27일 다음 일요일판에서 헤드라인은 『Why Drothy Squires Set the Saint Free』라고 쓰고 다음 줄에 더 작은 글자로 그녀는 쇼欄 담당기자인 웨스턴 테일러와 인터뷰에서 기사내용을 제공하였는데 그 대가로 金品을 제공받은 바는 없다고 해명하고, 내용은 주로 이혼하게 된 경위, 상황 등을 주로 실었다.

도로시의 손해배상청구소송은 新聞社와 테일러記者를 상대로 한 것으로서 내용은 명예훼손(libel)을 이유로 한 것과 1956년 著作權法 위반을 이유로 한 것 두가지였는데, 1審에서 명예훼손으로 4,300 파운드, 著作權法 위반으로 100 파운드의 勝訴判決을 얻고, 이에 대하여 신문사측이 抗訴하였으나 抗訴棄却되었다.

1審法院의 判斷

켄트레이(Cantley)判事와 陪審員들은 6일간의 변론을 거친 다음, 켄트레이判사는 배심원들에게 그의 論點整理節次(summing up)에서 문제점은 도로시가 테일러記者에게 그녀와 남편과의 私生活에 관한 정보를 기사화하는데 동의하였느냐 여부에 있고 명예훼손과 著作權法 違反은 별개의 주장이므로 별도로 評決하여야 한다고 말하였다. 특히 作者誤認 문제에 대하여 켄트레이判事は 신문사측에서는 「talking to Weston Taylor」를 앞세우고 도로시측에서는 「by Dorothy Squires」를 내세우고 있는데 이는 결국 一般讀者들에게 어떤 인상을 줄 것인가에 따라 배심원 여러분들이 결정하길 바란다고 하였다. 배심원들은 평결에서 명예훼손으로 4,300 파운드, 著作權法 違反에 대하여 100 파운드,

도합 4,400 파운드의 손해배상을 인정하였다.

抗訴法院의 판단

가. 裁判長 Lord Denning M.R.의 견해
먼저 명예훼손문제에서, 신문사측은 도로시가 테일러기자에게 얘기한 것을 기사화하였으므로 모든 것이 사실이라고 주장하고, 原告측은 記事의 90%정도는 自己가 얘기한 것이 아닌 픽션이라고 주장하는 이 事件에서 1審법관의 배심원들에 대한 要約節次에는 아무런 잘못이 없다. 그리고 正當化抗辯에서 1審法官이 명예훼손법 제 5조를 배심원들에게 주지시키지 아니하였다는 주장도 1審에서 신문사측이 위 法條를 주장한 바 없으므로, 1審法官이 이를 언급하지 아니한 조치는 너무나 당연하고 새삼 抗訴審에서 주장할 것이 못된다.

著作權法 위반 주장에 대하여 신문사측은 그 記事가 도로시에 의하여 쓰여진 것처럼 기도하였다. 그러나 그들은 「talking to Weston Taylor」를 추가함으로써 책임을 피하려고 하였다. 모든 記事를 일인칭화법으로 꾸며 그녀가 스스로 말하는 것처럼 꾸민 것은 틀림없다. 따라서 作者誤認(false attribution)에 해당된다.

또 新聞社측은 그것이 그들의 통상적인 편집 방법이라고 한다. 그러나 이는 변명이 되지 아니한다. 이런 方法은 個人의 동의를 받지 않는 한 作者誤認이 되고 違法하다. 그리고 著作權法은 전문적인 著述家뿐만 아니라 모든 사람을 보호한다. 法條文에 「another person」이라고 하였지, 「another author」라고 하지는 아니하였다. 100 파운드의 손해배상이 과도하다는 주장에 대하여, 명예훼손으로 인한 손해배상에는 이 사건과 같이 作者誤認으로 인한 그것이 전보되는 것이 통상이므로 後者로 인한 손해액은 추가로 극히 소액에 그칠 것이다. 그러나 1심에서 배심원들이 100 파운드로 決定한 데 있어 法官의 要約절차에 아무런 하자를 발견할 수 없다.

나. 判事 Megaw L.J.의 견해
이 사건 기사는 헤드라인에 『By Dorothy Squires』라고 하고, 뒤이어 좀 덜 분명한 자체로 「talking to Weston Taylor」라 했고 記事 그 自體는 우선 도로시가 1인칭으로 얘기한 것처럼

인용부호를 사용하여 시작하고, 그 다음에는 인용부호없이 도로시가 제 3자로 언급되도록 하여 부연하고, 이런 方法이 계속하여 반복되어 있다. 따라서 이 事件記事를 전체적으로 볼 때 著作權法 제43조의 적용대상이 되지 아니한다고 주장할 여지가 있다. 그러나 1심법원에서 배심원들이 신문사측에 불리하게 評決한 이상, 더 이상 문제될 것이 없고 法官의 要約에도 아무런 잘못이 없다.

또 著作權法 위반으로 인한 손해배상액에 대하여 100 파운드로 결정한 것은 부당하고, 단지 명목상의 손해를 인정하는 것으로 족하다. 다만 이 사건에서는 배심원들이 총체적으로 4,400 파운드를 정해놓고 형식적으로 명예훼손에 4,300 파운드, 著作權法 위반에 100 파운드로 나누었을 뿐이므로, 100 파운드에 반대할 의사가 없

다. 나머지 점에 대하여는 모두 재판장의 견해에 동의한다.

다. 판사 Stephenson L.J.의 견해
記事의 게재에 도로시가 동의하였느냐의 문제에 대한 배심원들의 결정에 이르기까지 1審法官의 要約절차에 사실상 및 법률상 아무런 잘못이 없다.

덧붙이고 싶은 것은 法院은 명예훼손소송에서 명예훼손법 제 5조의 抗辯이나 著作權法 제43조 위반의 주장을 고무하는 방향으로 나아가서는 안된다. 명예훼손법 제 5조의 抗辯은 주장되지 않는 한 고려할 필요가 없다는 데 동의한다. 그리고 作者誤認으로 인한 배상액은 추가적인 손해액을 인정하는 것으로 족하다. 이 사건은 그런 점에서 적절한 사건에 속한다.

抗訴기각, 소송비용은 新聞社측 부담. □

**계류중인 民事訴訟에서,
신문이 한쪽 당사자의 권리포기를
추구하는 것은 法廷侮辱罪**

Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.
House of Lords (1974)

事實概要

1959년부터 1961년 사이에 디스틸러즈 주식회사(Distillers, Co., Ltd.)는 탈리도마이드 수면제가 함유된 약을 認可받아 생산, 판매하였다. 임신중에 그 약을 복용한 바 있는 妊婦들로부터 약 450명의 기형아가 탄생하였다. 1968년, 기형아들이 세 살이 되기 전에, 그 회사를 상대로 62건의 訴訟이 제기되었는데, 그 訴訟은 제약회사의 과실은 묻지 않는다는 조건하에 회사가 변상을 한다는 것으로 和解되었다. 그런데 그후에 이 약과 관련된 또 다른 261건의 소송이 許可되었으나, 별다른 진전이 이뤄지지 않는 동안 또 다시 123건의 소송이 더 제기되었다.

1971년에 제약회사의 제안으로 協商이 시작되었는데, 그 제안내용은 1968년에 제기되었던 소송의 해결과는 별도로 모든 부모가 그 제안을 수락한다는 조건하에, 제약회사는 약 300만 파운드의 慈善委託基金을 마련한다는 것이었다. 이러한 제안에 대해 5명의 부모는 거절하였다.

한편 부모들이 법정변호사를 訴訟代理人으로 삼겠다는 申請件은 1972년 4월 抗訴法院에서 기각되었다. 그후 또다시 協商은 재개되었다.

1972년 9월 24일, 全國的인 일일신문인 타임즈紙는 기형아들의 상태에 대한 관심을 호소하는 시리즈物 중 첫회분을 掲載하였다. 이에 대해 디스틸러즈社는 訴訟이 계류중인 상황에서 그러한 기사를 보도하는 것은 法廷侮辱이라고

法務長官에게 호소하였다. 이에 대해 타임즈紙의 편집인은 그 기사의 正當性을 주장하였고, 문제가 된 약을 생산하고 판매하는 것에 관한 완전한 事實에 의한 正確한 보도였다고 주장하면서, 그 기사에 대한 평가를 변호사와 회사를 상대로 요구하였다. 法務長官의 기소제외에 대해 高等法院 民事部(Divisional Court of the Queen's Bench Division)는 그 기사의 게재는 法廷侮辱에 해당한다는 사실을 근거로 기사의 게재중지를 認定하였다.

1972년 11월 17일, 게재중지 決定 후 타임社의 抗訴가 계류중일 때 11월 29일 議會에서는 탈리도마이드의 悲劇에 대한 討論이 시작되었다. 그런데 그 토론의 내용은 게재금지된 기사의 내용과 類似한 것이었다. 그 후 언론과 一般市民은 제약회사가 기형아와 그들의 부모들에게 좀더 나은 조건을 제시하라고 압력을 가하는 전국적인 캠페인을 전개하였다. 그러자 제약회사는 사실상 더 좋은 조건의 변상을 제시하게 되었다.

그 후 抗訴法院이 기사게재중지결정을 취소하자, 法務長官은 上院에 上告하였다. 上告理由는 대략 다음과 같은 要旨이다.

「계류중인 사건을 편향되게 하거나, 그 사건에 대한 公衆의 편견을 불러일으킬 소지가 있는 기사를 보도하는 행위는 法廷侮辱이다. 그리고 결과적으로 제약회사의 過失로 책임지우는 기사를 게재하는 것은, 과실이 訴訟理由 중의 하나라는 이유에서도 法廷侮辱을 構成한다.」

레이드判事(Lord Reid)는 다음과 같이 주장했다.

「한쪽 소송당사자에게 그의 法的 權利를 포기하게끔 하는 어떠한 사악한 동기에서가 아니라, 公正하고 온건한 論評으로 한쪽 소송당사자에게 그의 法的 權利를 포기하라고 촉구하는 것은 일반적으로 허용될 수도 있다」

모리스 판사는 다음과 같은 견해를 표명했다.

「손해배상액의 算定을 문제삼는 法的 原則이 不當하지 않거나 不公正하지 않았느냐의 여부에 따라, 자유롭긴 하나 온건한 論評은 허용될 수 있을 것이다. 그리고 그 제약회사의 法的 責任과는 상관없이 그 회사가 판매한 약이 불행한 결과를 초래했다는 점에서 관대한 보상을 해야만

하느냐의 여부에 따라 그러한 論評은 허용될 수도 있을 것이다.」

디플록판사(Lord Diplock)의 견해는 다음과 같다.

「계류중인 사건에서 현행법상 소송제기할 자격이 있는 특정당사자에게 사적인 설득을 하는 행위와 그에 대해 公的인 비난을 하는 행위간에는 區分할 필요가 있다.」

시몬 판사의 견해는 다음과 같다.

「특정소송인에 대한 사적인 압력은 일반적으로 허용될 수 없는 재판과정에 대한 侵害行爲이므로, 公正하고도 合理的이며 온건한 개인적인 논평이 적법하다고 사료되는 그러한 공통의 이익이 존재할 때와 같은 좁은 한도 내에서만 정당화될 수 있다.」

크로스(Cross)판사의 견해는 다음과 같다.

「소송인에게 영향을 주는 것이 잘못된 것은 아니다. 즉 기자가 사실을 公正하고 온건하게 표현했다면, 소송인에 커다란 압력을 가하는 기사의 공표도 결국 법정모욕에 해당하지는 않을 것이다.」

판결요지는 다음과 같다.

法務長官은 그가 생각하기에 법정 모욕에 해당하는 사건과 公益次元에서 法廷의 심판을 받아야 된다고 보는 사건을 제소할 권한이 있다.

레이드판사의 見解

본인은, 法務長官은 그가 생각하기에 法廷侮辱에 해당하는 어떠한 사안에 대해서도 소송을 제기할 수 있다고 생각한다. 만약 고통받은 당사자가 소송비용때문에 또는 소송을 제기하지 않는 것이 더 유리하다고 보아서, 소송을 제기하지 않고 또 법무장관마저 訴訟提起할 권한을 갖지 못한다면 모든 중대한 법정모욕행위는 처벌되지 않게 되는 현상을 가져오게 될 것이다.

그러나 法務長官이 그에게 제출된 모든 명백한 法廷侮辱을 기소해야 할 의무는 없다. 그가 제기하는 사건이 公益問題나 하는 것은 전적으로 그가 判斷할 문제다. 이 문제에 관한 法은 公共政策次元에서도 전적으로 체계화되어야 한다. 이것으로 보면 소송당사자의 私的 權利를 보호하는 것이 아니라 재판진행에 대한 침해행위를 방지하려는 것이다. 그리고 그 法은, 내 판단으로는 그 목적을 위해 필수불가결한 것에 한정되

어야 한다. 公共政策次元에서 보면 갈등을 일으키는 이해관계를 균형되게 할 필요가 있다.

言論의 자유는 필요 이상으로 제한되어서는 안된다. 그러나 재판진행을 방해할 경우에는 언론의 자유도 허용될 수는 없다.

여기서 우리는 소송당사자에 대한 비난에 관심이 있다. 소송당사자는 야비한 비난으로부터 보호되어야만 한다. 그렇지 않을 경우, 많은 소송인들은 그들의 문제를 법정에서 호소할 수 없게 될 것이다.

그래서 일반적으로 고려되어야 할 유일한 문제는 소송인에 대한 압력이기 때문에 公正하고 온건한 批判은 合法的이지만, 그러한 범위를 벗어나면 어떠한 논평도 법정모욕을 구성하는 것이다.

현 사건에 대해서 본인은 이번 법무장관의 上告는 認定되어야만 한다고 생각한다.

모리스판사의 見解

法廷侮辱이란 法廷의 명령에 대한 불복종을 포함할 뿐 아니라 법원에 계류중인 사건에 대한 許容範圍를 넘어서는 어떠한 형태의 행위나 보도행위를 포함하는 것이다. 特定社會의 이익을 위해서도 法廷의 권위가 위협에 처해서는 안될 것이며, 불법적인 침해를 당해서도 안될 것이다.

피고의 입장에 서서 볼 때 法廷을 모욕하고 소송당사자를 모욕하는 행위는 분명 없었다 하더라도, 계류중인 사건을 논의하는 것은 그 논의가 법원의 決定에 영향을 미치는 것이라면, 금지되어야 할 것이다.

위저리판사(Lord Widgery)가 말한 것처럼 그 기사는 많은 점에서 디스틸러즈社를 비판한 것이었으며, 그들에게 약품의 부작용을 제대로 테스트하지 않았다고 과실의 혐의를 두고 있는 것이었다.

본인의 의견으로는 高等法院 民事部の 決定은 옳은 결론이었다. 그 결정때문에 본인이 설득을 당한 것은 아니다. 따라서 본인은 上告를 認定한다.

디플록판사의 見解

先進國家에서는 시민이 그들의 법적 권리와 의무와 관련된 소송에서 不偏不黨한 결정을 받을 수 있도록 法을 견지해 나가는 것이 政府의

역할이다.

法廷에 의한 裁判進行을 방해하는 행위나 또는 소송인이 법정에서 그들의 법적 권리와 의무를 행사하지 못하도록 방해하는 행위는 公益에 영향을 미치는 것일 뿐만 아니라, 특정소송인의 이익에까지 영향을 미치는 것이다. 이런 점에서 볼 때 형사상의 法廷侮辱이란, 넓게 보면 희생자의 이익이 公益보다는 즉각적으로 침해된다는 점에서 절도와 같은 보통의 刑事上 犯法行爲와 유사한 것이다.

本人의 견해로는 이번 사건은, 民事訴訟과 관련된 법정모욕은 특정소송인의 편에서 다른 소송인이 받아야 할 公正한 審理를 침해하는 것으로 판단되는 행위에 대해서만 적용되는 것이 아니라, 소송인이 그들이 憲法上의 권리를 행사할 수 없게끔 그들은 公衆을 비난 속에 빠뜨리는 행위에 대해서도 적용되는 것이다. 본인이 보기에는 선데이타임즈의 기사게재는 앞서 말한 두 가지 유형 중 後者에 속하는 성질의 행위로 본다. 즉 그 기사에서는 디스틸러즈제약회사의 과실혐의에 대한 제약회사의 항변사실과 法的 是非에 대해 法廷의 審理가 종결되기도 전에 미리 판단했던 것이다. 그런 점에서 高等法院 民事部の 게재중지명령은 옳았다.

그리고 法務長官은 재판진행상의 公益을 대변할 수 있는 적절한 公共官吏라고 본다. 法務長官은 公益을 보호하는 데 있어서 현법이론상 王室을 대변해서 기소하는 것이다. 그런 점에서 볼 때, 법무장관은 正義의 생이라고 할 수 있는 王室을 대표하는 것이지 그의 행정적인 권한으로서 기소권을 발동하는 것은 아니다.

본인은 이번 上告를 認定하고자 한다.

시몬판사의 見解

본인은 제약회사를 상대로 낸 소송들이 休止狀態에 있었기 때문에 문제된 신문기사는 法廷侮辱을 구성하지 않는 것으로 본 抗訴院의 결정에 동의할 수 없다. 그 당시 소송상의 제정차가 진척되고 있지는 않았다고 하더라도, 당사자들끼리는 解決을 위해 協商中이었다. 그러므로 그러한 기사의 게재는 특정당사자가 법이 허용한 그의 권리를 포기하게끔 公衆의 비난에 빠뜨림으로써 그들간의 協商을 방해하고, 正當한 재판진행을 침해하는 것이라고 본다. 왜냐하면, 법

적인 근거에서 볼 때 解決을 위한 協商도 正當한 裁判進行의 문제에 포함되는 것이기 때문이다.

피고측 변호인은, 만약에 사적인 說得이 허용된다면, 公的인 설득은 왜 허용되지 않는지 반문하였다. 그러나 그러한 前提는 법적으로 타당하지 않다. 正當한 裁判進行을 침해하는 私的인 압력도 좁은 한도 내에서만 허용될 수 있을 것이다.

그리고 본인은 앞서 존경하는 판사들이 개진한 法務長官의 역할에 대해 同議한다. 본인은 그들의 견해 이상으로 덧붙일 것은 없다.

본인은 高等法院 民事部의 決定에 同議하며, 上告를 認定하고자 한다.

크로스판사의 見解

소송이 계류중인 사건을 침해하는 어떠한 기사도 만약 그것이 법정에 영향을 줄 수도 있는 현저한 위험을 초래한다면, 금지되어야 한다는 점은 명백하다. 그러나 현저한 위험이 없는데도, 왜 그러한 공표행위가 禁止되어야만 하느냐는 질문도 가능하다. 그 이유는, 누구든지 특정 공표행위를 별도로 분리해서 취급할 수는 없기 때문이다. 소송에 계류중인 사건에 대한 공표가 그 자체 면책될 수 있는 것이면, 이에 대한 규제는 부당하다는 점에서 이에 대한 답변이 요구된다. 그렇기 때문에 광범위한 관심을 불러일으키는 사건에 대해 언론이 미리 판단하지 않을 경우, 公衆은 점차 이를 분개하는 데 익숙해져 왔다. 그러므로 언론에 의한 裁判行爲를 규제하기

위해서라면 절대적인 규제조항을 마련하는 것이 필요하다.

上院의 決定

上院은 게재금지결정을 내린 高等法院 民事部의 아래와 같은 결정을 인정하면서 소송을 高等法院 民事部로 移送했다.

「被告인 타임즈신문사는 디스틸러즈계약회사를 상대로 낸 계류중인 訴訟에서 제기된 過失의 문제, 계약위반, 기타 증거사실을 앞서 판단하는 어떠한 기사도 공표해서는 안된다.」

통상대로 하면 法務長官은 上院에다 訴訟費用을 청구했을 것이나, 다음과 같은 두가지 사항을 고려해서, 合議에 의거, 소송비용은 당사자 各者 부담으로 한다.

첫째, 계약회사는 그 기사의 공표가 法廷侮辱에 해당될 지도 모른다고 생각해서 법무장관의 견해를 구하기 위해 해당기사를 보낸 바 있으며, 이에 대해 법무장관은 이를 법정에 조회했다. 이러한 절차에 대해 선데이타임즈는 이를 환영했으며, 협조한 바 있다.

둘째, 이번 上告는 일반적으로 법정모욕법과 관련해서 상당한 公共의 중요한 문제를 제기하였다. 이 시점에 이르기까지 上院에서 이러한 문제를 고려해 본적이 없었다. 이 결과, 당사자 각자가 그들의 訴訟費用을 부담하는 것으로 合議하였다. □

TV放送局은 「大衆에 放映되지 아니한 未公開의 ฟิล름」에 대한 法院의 提出命令에 응하지 아니할 수 있다

Senior v. Holdsworth Ex parte Independent Television News Ltd. (1975) 1 Q. B. 23

원고는, 3일간에 걸쳐 행하여 진 「팝송祭典」(Pop Festival)을 해산시키는 과정에서 경찰관이 원고의 코부분을 강타하였다고 주장하면서

郡法院(county court)에 동 폭행으로 인한 손해배상청구소송을 제기하였다. 위 손해배상청구소송의 본안 재판이 시작되기 전에 원고는,

County Court Rules, Ord. 20, r.8(1)의 규정에 의하여 群法院 registrar명의로 발부된 증인소환장(witness summons)에 의거하여, I.T.N.(영국의 民營T.V.방송국 중의 하나:역자註)에게, 동 방송국의 촬영기사들이 위 解散과정중에 촬영한 모든 필름이나 비디오(그것들이 公衆에게 放映된 것이든 아니든 관계없이)의 提出 및 公開를 求하였다. 위 소환장은 形式上의 잘못이 있었고, 필름등의 提出자격이 없는 I.T.N. 幹部 중의 1인을 상대로 발하여졌으므로, 無效이었다. 그러나, 本案 裁判 進行중 判事는, 새로운 증인소환장에 의하여 I.T.N.에게 위 팝송祭典에서의 모든 필름原版, 卽 위 방송국의 스튜디오에서 上映되는 것과 동일한 필름의 제출을 命令했다. 재판에 참여한 I.T.N. 放送局長은 公衆에 放映되지 않은 필름의 제출요구에 응할 수 없는 이유를 대고, 항소의 허가(leave to appeal)를 신청했다. 判事는 위 命令을 바꾸기를 거부하였고, 항소의 허가신청에 대하여도 이를 기각했다. 判事는 위 필름 원판들을 보지 아니한 채 위 本案 裁判을 원고승소로 결론지었다. 그러나 위 裁判의 終結 후 郡法院의 registrar는 判事의 命에 의하여 County Courts Act(1959년 改正) 제84절에 의거하여 I.T.N.에게, 郡法院의 위 필름原版 提出命令에 응하지 아니하였다 하여 郡法院에 의하여 부과된 罰金이 不當한 事由를 델 것을 요구하는 召喚狀을 발부하였다.

郡法院의 위 提出命令의 取消를 求하면서 抗訴法院(Court of Appeal)에 제기한 I.T.N.의 單獨申請에서, 同 抗訴法院은 위 申請을 判事의 命令에 대한 「抗訴許可申請」의 절차로 취급하였고, 王室顧問弁護士의 諮問을 얻어 同 事件을 進行하였다.

I.T.N.의 위 항소허가신청과 항소는 모두 받아들여졌다.

(1) 3일간에 걸친 「팝송祭典」기간중에 찍은 모든 필름의 원판을 제출할 것을 요구하는 명령은(원고의 소송에 직접 관련된 부분은 3일째의 날에 일어난 것 뿐이다)너무나 廣範圍하여 苛酷할 정도에 이르므로 取消되어야 한다.

(2) Orr判事와 Scarman判事의 의견 필름은 County Court Rules Ord. 20, r.8(1)

에 규정하는 문서(「document」)이고, 적법한 신청에 의한 제출명령의 발부는 強制的·行政的인 것이며, 司法的인 行爲가 아니다. 그리고 同命令을 받은 측을 위한 救濟의 方法에 대하여 同命令의 取消를 구하는 것이다. 이러한 경우 法院은 그 命令이 不適當한 것이거나, 苛酷한 것, 法院의 節次를 남용하는 것, 또는 특정한 法的節次에 관련하여 제출의무로부터 免除되는 특권이 부여되는 경우 등에는 同 命令을 取消하여야 한다. 그리고 抗訴는 同 取消를 거절함으로 인한 항소허가신청에 基因하는 것이다.

Lord Denning, M.R. (抗訴法院 民事部 院長)의 補充意見: 필름이나 레코드와 같이 操作에 특별한 장치를 요하는 것들은 文書提出命令(subpoena ducestecum)이 적용되는 문서(documents)가 아니므로 그러한 命令에 관한 現행절차는 적용될 수 없다. 그러나 그러한 物件들의 제출을 命할 管轄權이 法院에 있음은 의문의 여지가 없다. 이는 郡法院이나 高等法院(High Court: 主要民事事件에 대한 1審法院임)의 判事들에 의하여 行하여져야 하는 것이다.

顧問弁護士의 補充意見: 신청인이 관계인에게 제출된 필름의 上映을 구할 경우 同 上映으로 인한 비용은 그 관계인에게 보상되어야 한다.

Orr判事와 Scarman判事의 補充意見: 現行法이 T.V 放送局들에 대한 苛酷한 제출명령에 對備하여 어느 정도의 보호조항을 갖고 있기는 하나, 郡法院이나 高等法院에 대한 現行節次는 필름의 제출에 관한 것으로는 부적절하다. 따라서 그러한 物件의 제출명령을 신청할 경우에 司法的인 고려를 하도록 하는 법률의 개정이 바람직하다.

事實概要

Slough郡法院의 命令에 대한 抗訴許可의 申請.

許可에 부수한 中間抗訴

신청인인 I.T.N.은, Diana Senior, Heathcote Williams, 및 Nicholas Albery가 원고가 되어 경찰서장인 David Holdsworth를 상대로 하여 제기한 損害賠償請求訴訟에서 Slough郡法院의 Duveer判事が 내린 命令에 대하여 抗訴法院

에 抗訴許可申請을 제출하였다. 위 命令은 1974년 12월 9일에 발부된 證人召喚狀에 代置되는 것으로서, 위 소송이 진행중인 1975년 1월 6일에 郡法院判事의 지시에 따라 이루어진 것이다. 그 내용은, 신청인(I.T.N.)은 County Court Rules Ord. 20, r. 8(1)에 의거한 문서제출명령의 規定에 따라 1974년도 Windsor Festival에서 있었던 모든 행사에 관한 필름원판을, I.T.N.放送局에서 볼 수 있는 바와 똑같은 필름 내용대로 제출하라는 것이었다. 그 명령은 郡法院의 registrar에 의하여 發하여 졌다.

申請人は 위 命令이 위 行에서 촬영한 放映되지 않은 필름까지 제출할 것을 요구하는 이상 抗訴法院에 의하여 取消되어야 한다고 주장했다. 抗訴의 근거는, (1)判事が 신청인의 주장, 즉 왜 放映되지 않은 필름을 제출하는 것이 불합리하고 바람직하지 않다고 생각하였는지에 대한 충분하고도 적절한 고려를 하지 않았고, (2)또한 判事は 위 文書提出命令申請이 적법하게 제출되지 아니하였음에도 이를 받아들인 違法을 저질렀으며, (3)신청인으로부터 抗訴許可申請이 있었을 당시 이를 棄却하고 放映되지 않은 필름원판을 제출하게 함으로써 指揮權을 부당하게 행사하였고, (4)필름이 資料(material)이고, 위 係爭訴訟行爲에 필요불가결하다는 判事의 주장은 同 判事が 위 訴訟에서 事件內容의 설명만을 듣고 필름의 제출없이 判決을 선고한 事實과 서로 상치하는 바이며, (5)判事は 放映되지 아니한 필름을 제출하지 않는다는 申請人の 오랜 관행에 대한 尊重을 缺하였으며, (6)民間放送局에 관한 法律(Independent Broadcasting Authority Act 1973)의 규정이 필름의 不提出에 관한 申請人の 주장이나 判事의 사안판단에 무관하다고 하는 違法을 저질렀으며, (7)判事は 필름提出을 명함으로써 위 法律에 規定된 申請人の 의무, 즉 正確性和 公正性の 준수가 不可能 또는 곤란하게 된다는 사실을 인식하는 데 실패하였고, (8)끝으로, 判事は 申請人이 法院에 대한 의무를 가지고 있는 일방, 위 法律에 의한 의무와 公衆과 종업원에 대한 의무도 있음을 인식하는 데 실패하였다는 것이다. 위와 같은 이유들로 인하여, 判事は 訴訟의 全 단계에서 申請人の 여러 義務들을 比較衡量하여 그들 相互간의

정당하고 적절한 균형에 이르러야 한다는 申請人の 주장을 고려할 수 없었다고 하는 것이다.

데닝(Denning)判事의 見解

1974년 8월 Windsor Great Park에서 랍 웨스티발이 있었다. 심한 무질서가 야기되었다. 8월 29일 경찰이 진압을 위해 投入되었다. 촬영기사가 그 광경을 영화촬영기로 찍었다. 이것들은 T.V. 뉴스에 放映되었다. 그후 웨스티발에 참가했던 사람들 중 3명이 경찰서장을 상대로 郡法院에 소송을 제기하였다. 그들은 경찰로부터 폭행을 당했다고 주장했다. 그중 한사람인 Mr. Albery는 경찰이 그를 외진 곳으로 끌고 가서 그중 한명이 코를 때렸다고 말했다. 그들은 대리인에 의하지 아니하고 本人들 자신이 소송을 제기했다. 재판이 열리기 전 Mr. Albery는 郡法院의 사무실로 가서 서류들의 제출명령을 발부받았다. 동 명령은 I.T.N.의 수석연출가인 Mr. David Phillips를 그 의무자로 하여 내려졌다. 동 명령은 그에게 재판에 참석하고 또한 「...1974년 8월 29일 Windsor Great Park에서 있는 웨스티발의 解散時에 찍은 모든 필름과 비디오, 放映된 것과 되지 아니한 모든 필름과 비디오, 필름과 비디오를 보기 위한 기계장치」를 가지고 나오라는 것이었다.

재판은 1975년 1월 6일 열렸다. Mr. Albery 등은 本人들이 직접 소송을 수행했다. 고문번호사가 I.T.N.을 대리했다. 그 대리인은, Mr. Phillips가 그 사건을 전혀 모르고 또한 필름의 제출권한이 없는 피용의자에 불과함을 이유로 동 명령의 취소를 신청했다.

判事は 이 異議가 이유있음을 깨달았다. 그는 이를 뛰어난기로 작정했다. I.T.N.측 대리인의 변론을 들은 후 그는 모든 필름의 제출을 명했다. 그는 I.T.N. 자체를 상대로 한 새로운 소환장의 발부를 중지했다. 동 소환장에는 출두명령과 함께 「Windsor 웨스티발에서 일어난 사건에 관한 모든 필름원판, London의 I.T.N. 스튜디오에서 볼 수 있는 그러한 필름의」 제출을 요구했다.

그 다음날인 1975년 1월 7일 判事は I.T.N. 스튜디오로 갔다. 그는 I.T.N. 뉴스에서 방영된

필름부분은 볼 수 있었다. 그러나 방영되지 아니한 필름부분은 보여주지 아니하였다.

다음날인 1975년 1월 8일, I.T.N.은 쏘필름의 제출을 지시한 命令에 대하여 抗訴許可를 신청하였다. 判事は 許可를 거절했다. 그리하여 I.T.N. 뉴스의 편집인인 Mr. Ryan은 法院에 출두하여 방영되지 아니한 필름부분을 보여줄 수 없는 이유를 설명했다. 判事は 그 설명을 받아들이지 아니하였다. 그는 다음날 아침 필름을 제출할 것을 요구하였다. I.T.N.은 이를 제출하지 아니하였다. 그들은 抗訴審裁判이 열리기 전에는 이를 제출하지 아니하기로 결정하였다고 말했다.

判事は 未放映필름의 제출없이 그 事件의 재판을 진행하였다. 그는 경찰서장에 대하여 Mr. Albery의 승소판결을 내리고 경찰서장에게 75 파운드와 訴訟費用의 부담을 명했다. 경찰서장은 그 判決에 不服하지 아니하였다. 따라서 그 사건 자체는 끝이난 것이다. 그러나 I.T.N.에 관하여서는 그렇지 않았다. 1975년 1월 16일 I.T.N.은 不服從으로 인한 罰金を 부과하기 위한 法院의 출두명령을 받았다.

I.T.N.은 當法院에 抗訴를 제기하였다. 그들은 判事が 택한 절차에 매우 불만을 나타냈다. 그들은 判事의 命令을 좇아야 하는지 여부를 알고 싶어했다. 또한 그들이 法廷侮辱罪를 범했는지 여부를 알고 싶어했다. 그들은 유사한 命令이 다시금 내려질 경우에 그들의 의무가 무엇인지에 대한 기준을 요구했다.

문제되는 점은 두가지이다. 첫째, 필름의 제출을 명하는 法院의 관할문제, 둘째, 그 法院이 이를 命할 수 있다고 할 때 어떠한 원칙이 적용되어야 하느냐의 문제.

1. 管轄의 問題

보통의 경우 文書들의 제출명령은 registrar의 직권으로 郡法院에 의하여 발하여진다(County Court Rules Ord. 20, r. 8(1) 참조). 文書들이 I.T.N.의 경우와 같이 株式會社의 소지하에 있을 때에는 그 명령은 會社 自體에 대하여, 그 해당 담당자를 통하여 文書들을 제출하도록 하는 方法에 의한다(Penn Texas Corporation v.

Murat Anstalt (No. 2) (1964) 2Q.B. 647, 663 참조). 만약 그 명령을 받은 자가 이를 거절하거나 懈怠하는 경우 그는 50 파운드 이하의 벌금에 처해질 수 있다(County Court Act 1959의 84절 참조).

명령을 받은 자가 이에 대하여 이의를 가지고 있으면 재판이 열릴 때까지 기다렸다가 그 단계에서 이의를 제기할 수 있다. 前에는 이러한 이의는 스스로 제기하여야 하고 대리인에 의하는 것이 불가능하였다(Doe d. Rowcliffe v. Earl of Egremont (1841) 2Moo. and Rob. 386). 현재는 물론 대리인에 의할 수 있다. 더 좋은 方法은 재판 전에 제출명령의 취소를 구하는 것이다. 그 신청은 郡法院 判事에게 한다. 제출명령을 받은 증인이 그 物證을 가지고 있지 않거나, 抑圧의이거나, 달리 取消의 충분한 이유가 있는 경우 그 命令은 취소된다(Steele v. Savory (1891) 8T.L.R. 94와 Reg. v. Lewes Justices, Ex parte secretary of State for Home Department (1972) 1Q.B. 232, 240, 243).

County Court Rules의 Ord. 20, r. 8에 의하면 그 命令은 「文書」에 관한 것에만 국한된다. 「文書」라 함은 매우 광범위한 意味를 가지는 것이어서, 양피지, 종이 또는 금속 등을 망라하여 文字가 들어있는 모든 物質들을 포함한다(Rex v. Daye (1908) 2K.B. 333, 340). 또한 사진이나 설계도 등과 같이 어떤 情報를 제공하는 형상이나 그림 등을 담은 物質들도 포함한다(Hayes v. Brown (1920) 1K.B. 250, 251). 최근 Walton判事は 文書要求節次(discovery)에 관련하여 「文書」에는 녹음테이프가 포함된다고 判示하였다(Grant v. Southwestern and County Properties Ltd (1975) Ch. 185). 그러나 이것이 문서제출명령(subpoena duces tecum)의 경우에도 적용되는지는 의문이다. 문서제출명령은 法院에 의하여 발하여지지만, 일반적으로 判事나 기타 司法官僚에 의하여 발부되지 않는다. 그것은 行政的 職務의 하나로서 法院의 事務職(書記)에 의하여 발부된다. 本人 스스로 소송수행을 하는 소송당사자가 증인의 성명, 제출을 원하는 文書 등을 일정한 서식에 적어 넣으면 法院書記는 여기에 法院印章을 날인한다. 證人이 위 명령에 따르지 않으면 그는 벌금을 물어야 한

다. 그가 이에 반대한다면 유일한 구제방법은 法院判事에게 그 命命의 취소를 신청하는 것이다. 이때서야 비로소 司法官僚들이 처음으로 그 事件을 대하게 된다. 이 절차는 수세기 동안 보통의 文書들에 관하여 시행되어 왔다. 그러나 나는 필름이나 녹음테이프의 경우에도 똑같이 적용되어야 한다고 생각하지는 않는다. 이러한 것들은 녹음을 재생시키거나 映像을 보는 데 있어 특별한 장치를 필요로 하는 현대적인 발명품이다. 현실적인 方法은 녹음테이프와 필름의 제출 뿐만 아니라 녹음기나 영사기 및 스크린까지를 휴대하고 와야 하는 것이다. 그러나 문서제출명령의 일반적인 형식은 이와 같은 것을 규정하지 않는다. 이러한 기구나 장치 등이 「문서」라는 개념 속에 들어 있을 가능성은 없다. 그래서 나는 이러한 것들이 통상적인 절차나 형식에 의할 수 없다고 생각한다.

그러나 이러한 것들에 관하여 法院에 관할이 없다는 뜻은 아니다. 이러한 새로운 발명품들은 가장 가치있는 증거를 제시할 수가 있으므로, 法院으로서 이를 증거로 이용하는 方法을 가지지 않으면 안된다. 우리는 절차를 정하는 主人이다. 따라서 그 時代의 요구에 부응하는 절차를 택할 권한을 가지고 있는 것이다. 나의 견해로는 高等法院은 테이프의 제출 및 再生과 영화 필름의 제출 및 上映을 명할 수 있는 固有의 관할권을 가지고 있다. 그리고 郡法院도 County Courts Act 1959 103절에 의하여 그 관할권을 채택 또는 적용할 수 있다. 증인은 녹음테이프 및 필름 뿐만 아니라 이를 조작하기 위한 장치들까지도 제출하도록 요구받는다. 이 관할권은 郡法院判事 自身에 의하여 行使되어야 하고 고등법원에서는 院長에 의하여 行使되어야 한다. 申請에 관하여는 證人에게 주지시켜야 한다. 증인이 그 원하는 바를 지적하게 하기 위하여서이다. 그 신청에 따라 判事は 그가 적합하다고 생각하는 命命을 내릴 裁量權을 가져야 한다. 그는 證人에게 녹음테이프와 필름 및 필요한 장치를 제출하게 하고 적당한 장소에서 녹음을 재생시키거나 필름을 상영시키도록 명할 수 있다. 그리고 물론 모든 비용은 지급되어야 한다. 그러나 판사는 만일 그 명령이 억압적이거나 비합리적이거나 기타 명령을 하기에 부적당한 경우

라면, 이를 기각할 수 있다.

만일 判事が 증인에게 불만스런 命命을 내렸을 경우 그 증인은 當法院에 抗訴를 제기할 수 있다. 그가 그 소송에서의 당사자가 아닐지라도 그는 위 명령에 의하여 침해 받은 사람이다. 따라서 그는, 許可에 의하여 위 명령에 대한 抗訴를 제기할 수 있는 사람이다(In re Markham, Markham v. Markham(1880)16. ch.D.L과 In re Securities Insurance Co. (1894) 2ch. 410 참조). 그는 그 判事에 의하건 또는 當法院에 의하건 許可를 얻어야 한다. 그러한 許可없이 抗訴함이 불가능하다(Supreme Court Judicature(Consolidation) Act 1925의 section 31(1) (i) 참조).

나는 여기에 County Courts Act 1959에 관하여 야기되는 문제점에 대하여 언급하려 한다. 동법 제108절에 의하면 어느 절차에 있어서 法律的인 면에 관한 判事의 결정에 불복이 있는 당사자는 抗訴法院(Court of Appeal)에 항소를 제기할 수 있다. 이는 中間的 명령이나 最終的인 명령에 모두 적용된다. 同條項은 文面上, 중간적 절차에 있어서, 許可가 요구된다는 내용이 들어 있지 않다. 그러나 나는 이 조항이 또한 1925년도의 위 법 section 31(1) (i)에 의하여 규율된다고 본다. 나의 의견으로는 法律的인 면에 대한 것이라도 중간적 명령에 대한 항소에 있어서는 郡法院判事나 當法院에 의하여 許可를 받아야 한다고 생각한다.

다시 係争事件으로 돌아오기로 한다. 1974년 12월 9일에 내린 첫번째 命命은 틀린 것이었다. 그것은 당사자 자격이 없는 자를 상대로 한 것이기 때문이다. 同 命命을 취소해 달라는 신청이 判事에게 제기되었고, 사실상 判事는 이에 따랐다. 그리고 判事는 1975년 1월 6일에 I.T.N.에 대하여 「모든」 필름이 제출되고 상영되도록 하는 命命을 내렸다. 내가 지금까지 제시한 근거로는 判事는 그러한 命命을 내릴 만한 관할권이 있다고 생각한다. 그 명령이 정당한 것인지의 여부는 별도의 문제이다. 그 命命은 I.T.N.에 의하여 받아들여지지 않았다. 그들은 抗訴의 許可를 신청했다. 그러나 기각되었다. 다음 그들은 사실상 동 명령의 취소신청을 냈다. 判事는 이를 기각하고 다음날 아침까지 필름을 제출할

것을 命했다.

그리하여 두가지 命命이 判事에 의하여 발하여진 셈이다. 하나는 필름의 제출과 상영이고, 둘째는 취소신청의 기각이다. 이 두가지 命命에 대하여, 나는 I.T.N.이 郡法院에 의한 許可를 얻어 當法院에 항소를 제기할 수 있다고 생각한다.

나의 견해로는 當法院은 判事의 命命에 대한 抗訴의 許可를 할 수 있고, 또한 하여야 하며, 더 나아가 항소심의 심리를 하여야 한다고 생각한다.

2. 原理

B.B.C.는 放映되지 아니한 필름을 보관하고 있지 않는다고 들었다. 그러나 I.T.N.은 보관한다고 한다. I.T.N.의 태도는 이렇다. 즉 그들은 뉴스의 一部로서 방영된 필름을 보여줄 준비가 충분히 되어 있다. 그러나 未放映 필름의 公開에 관하여는 어느 정도의 留保를 하고 있다. 그들은 未放映의 필름을 법원에 제출하여 공개할 의무에 관한 기준을 제시받기를 원한다. 그들이 절대적인 특권을 요구하는 것은 아니다. 그들은 제출명령이 바람직하지 못한 몇가지 경우에 관하여 注意를 喚起시킨다. 첫째로 그들은 民營放送局에 관한 法律(Independent Broadcasting Authority Act 1973)하에서의 그들의 의무에 관하여 지적을 하고 있다. 동 법률은 모든 뉴스를 「적절한 正確性과 公正性」에 입각하여 제공할 것을 규정하고 있다. 그러나 나는 同規定이 이 사건 해결에 영향을 주지 못한다고 생각한다. 그들은 編輯이라는 과정을 통하여 未公開필름을 남겨 놓을 수 있는 것이다.

다음으로, 그들은 未放映의 필름을 제출하게 되면 그들의 보도진들이 현재보다 더한 폭력위협에 직면하게 된다고 말한다. 나의 견해로는 이 점은 설득력이 없다고 본다. 민중의 집단이 촬영기사를 공격한다면 이것은 뉴스로 방영된 필름 때문이지 未放映부분 때문은 아닐 것이기 때문이다.

또다른 좀더 설득력있는 주장은, 未放映의 필름(그들은 이를 「off-cuts」라고 부르고 있다)은 대체로 오해를 불러일으킬 수 있다는 점에 관한

것이다. 그것들은 편집과정에서 부적당하다고 하여 누락시킨 하나의 단편적인 부분에 불과하다. 그것들은 불완전하고 전체체거리의 文脈에서 벗어나며, 순서가 맞지 않는다. 그것들은 事件의 반쪽만 보여주는 식으로 하여, 실제로 그릇된 인상을 남겨 줄 수 있다. 예를 들면, 필름의 일부는 경찰관이 Mr. Albery의 코를 폭행하는 것만을 보여주고, 그 폭행에 이르게 한 도발에 관하여는 보여주지 않을 수도 있다. 未放映 필름에 대하여 일정한 比重이 주어진다면, 편집 과정을 통하여 특별히 정리된 것에 의하여야 한다고 I.T.N. 측은 말한다.

더우기 I.T.N.에게 未放映필름의 全部分을 公開하도록 요구함은 抑壓的인 것이다. Mr. Albery가 관련된 本事件의 예를 들어보자. 그 사건은 數十分에 걸친 필름 중 불과 1,2초에 해당하는 필름에 존재할 것이다. 카메라맨이나 편집담당자는 Mr. Albery가 누군지 모른다. 그들은 그중에 事件의 현장을 찍은 사진이 있는지 여부를 살펴보기 위하여 未公開의 모든 필름을 공개하여야 할까? 그들은 재판이 시작되기 전에 소송당사자나 대리인 등으로 하여금 그 미공개필름에서 Mr. Albery를 가려내게 하기 위하여 그 全필름을 공개하여야 할까? 本事件에 관하여 본다면, 이는 전혀 소용없는 일일 것이다. 왜냐하면 未公開필름 속에는 本事件 現場 장면의 일부본도 들어 있지 않기 때문이다.

다음으로, 大衆에게 관심이 있는 뉴스를 수집하는 직분을 가지고 있는 記者들의 특수한 지위에 관한 문제가 있다. 法院은 그들의 업무를 존중하고, 필요 이상으로 그들의 업무를 방해하지는 않을 것이다. 한편으로는 司法節次가 證據의 不提出로 인하여 저해되지 아니하여야 한다는 公共利益이 있다(Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for the Home Department(1973) A.C. 388, 401 참조). 그러나 다른 한편으로는, 信賴는 존중되어야 하고, 뉴스맨들은 그들이 가지고 있는 모든 정보의 공개를 강요받는 공포에 의하여 방해되지 않아야 한다는, 또다른 公共利益이 있는 것이다(미국의 判例 중 Democratic National Committee v. McCord(1973)356F.Supp. 1394 참조).

우리가 當法院에서 뉴스맨의 口頭證言에 관하

여 判示한,

「判事は 그 증언이 司法節次에 있어 그 사건에 關聯이 되고 적절하며 진실로 필요한 경우가 아니면 그에게 증언을 命하지 아니한다」 [Attorney -General v. Mulholland(1963)2Q. B. 477, 489]는 文句는 필름의 제출에도 그대로 적용된다.

마지막으로, I.T.N.은 그들의 실무관례에 관하여 말한다. 지금까지 I.T.N.이 정보의 제공을 요구받은 경우, 그들은 그들의 비용으로 그들의 사무실에서 放映된 필름을 보여주었다. 그리고 촬영기사로 하여금 그들이 목격한 바를 진술하게 하기 위하여 촬영기사들의 이름과 주소를 알려주었다. 촬영기사들은 그 필름으로부터 기억을 새롭게 할 수 있고, 그들의 증언은 未放映 필름보다 더 有用할 수 있다.

위와 같은 여러점을 고려하여 보건대 法院은 司法節次上 필요하다면 I.T.N.에게 未放映 필

름의 제출과 상영을 命할 수 있다고 나는 생각한다. -물론 그로 인한 비용은 證人旅費로서 지급되어야 한다. 그러나 法院은 그 필름이 法院에 繫屬中인 사건의 争點을 결정함에 있어 直接的이고도 중요한 경우에만 그 권한을 행사하여야 한다. 그 필름이 어떠한 관련이 있다는 단순한 주장만으로는 충분하지 아니하다. 그 요구가 관련이 없거나, 추측에 불과하거나, 抑圧的이라고 판단되면 判事は 이를 기각하여야 한다.

本 事件에 있어서 未放映 필름이 事件의 순간을 찍은 사진을 포함하고 있다고 함은 단순한 추측에 불과하다. 그리고 단지 필름의 적은 일부 분만이 그 사건과 관련되는 경우 그 쟁점의 공개를 요구하는 것은 抑圧的인 것이다. 지금 나타난 바와 같이 위 미공개 필름 속에는 이 사건의 사건순간이 들어있지 아니하였다. 나는 항소를 허가하고, 判事의 위 命을 취소한다. □

□ 美國判例

嫌疑者에 대한 취조광경의 텔레비전 放映은 명백한 言論裁判이다

Rideau v. Louisiana

루이지애나州 大法院에 대한 파기환송

事實概要

1961년 2월 16일 오후 한 청년이 루이지애나州的 찰스호지방에 소재한 은행에서 은행 고객 세명을 인질로 잡고 현금을 강탈한 뒤, 인질 세명 중 한명을 살해하였다. 몇 시간 뒤 윌버트 리도(Wilbert Rideau)가 범인으로 경찰에 체포되어 찰스호 근방, 켈커슈教區(Calcasieu Parish)의 감옥에 收監되었다. 그 이튿날 아침 감옥에서는 리도와 켈커슈 教區의 보안관과의 인터뷰 장면이 촬영되었다. 이 인터뷰광경은 약 20여분간 계속되었는데, 보안관의 審問과, 리도가 은행강탈과 인질극 및 살인사실을 시인하는 광경이었다. 며칠 후 그 인터뷰장면이 그 지역의 텔레비전 放送局을 통해 放映되어 그 지역 약 2만 4천명 가량의 주민이 텔레비전을 통해 그 장면을 시청하였다. 이튿날 그 장면은 재방송되었고 이때의 시청자수는 약 5만 3천명으로 추정되었다. 그런데 재방송이 있는 후 또 다시 동일한 放送局에서 再放送되었다. 이 당시의 시청자 수는 약 2만명으로 집계되었다. 그런데 켈커슈教區의 주민은 약 15만명이었다.

2주 후 리도는 무기소지 및 인질, 殺人嫌疑로 기소되었고, 그의 변호를 위해 변호사 두명이 선임되었다. 변호사들은 즉각적으로 裁判地變更

을 신청했는데 그 이유는, 리도와 보안관과의 인터뷰장면이 세번씩이나 방영된 켈커슈教區에서 리도의 公判을 여는 것은 美聯邦憲法에서 보장하고 있는 그의 권리를 박탈할 가능성이 있다는 것이었다. 그러나 裁判地變更申請은 거부되었고, 리도는 결국 켈커슈教區의 법정에서 살인죄로 사형을 언도받았다.

리도에게 사형을 평결한 배심원들 중 세명은 評決文을 통해 그들은 적어도 한차례 이상씩 보안관과 리도의 인터뷰장면을 텔레비전을 통해 시청했다고 진술했다. 그리고 배심원들 중 두명은 켈커슈教區의 보안관 代理였다. 리도측 弁護人은 이들 배심원들은 제외되어야만 한다며 단호하게 이의를 제기하였다. 그러나 판사는 이러한 異議申請을 거부하였다. 그후 루이지애나 대법원도 유죄판결을 인정하였다.

判決要旨

聯邦大法院의 스튜어트(Stewart)判事が 전한 法廷의 見解는 다음과 같았다.

이런 사건의 證據物에는 이미 방영되었던 녹화필름도 포함되어있다. 켈커슈교구(Calcasieu Parish)의 주민들이 텔레비전을 통해 본 장면

은, 保安官과 두명의 경찰관의 취조를 받고 있던 감금된 모습의 리도였으며, 보안관의 취조에 대해 리도가 強盜 및 인질, 그리고 살인 등의 범죄사실을 시인하는 자세한 광경이었다. 증거물에는 텔레비전 방영이 누구의 아이디어였는지는 제시되지 않았으나 법정은 모든 상황을 고려해 볼 때, 그러한 계획은 그 地方檢察의 적극적인 협조와 참여로 이루어진 것임을 알 수 있다. 그리고 어떤 사람도 그것이 리도의 아이디어거나 혹은 그가 촬영되고 있었다는 사실을 그가 알고 있었는지 그 여부조차 제시하지 못했다.

법정의 견해로는 누가 텔레비전 放映의 아이디어를 애당초 제안했는지의 문제는 어떤 사건에서도 기본적으로 중요치 않은 문제다. 왜냐하면 奎커슈教區의 住民들이 리도가 범행사실을 모두 자백하는 모습을 심층적으로 취제한 장면을 수차례에 걸쳐 시청했었다는 사실을 통해 볼 때 法廷이 재판지변경신청을 거부한 것은 適法節次를 거부한 것으로 볼 수 밖에 없기 때문이다. 텔레비전을 통해 시청한 적이 있었던 사람은 누구든지, 그리고 그 장면을 시청했던 주민 천명 중 적어도 열명 이상은 그 모습을 바로 리도로 하여금 살인사실을 시인케 하는 실제상의 裁判이었다는 사실을 시인할 것이다. 그러한 장면이 방영된 地域社會에서는 어떠한 後續되는 적법절차도 단지 형식적인 절차에 불과하게 될 것이다.

현사건에서는 리도에 대한 육체적인 잔인성은 찾아볼 수 없다. 그러나 이 사건에 대한 人民裁判式의 절차과정은 다소 미묘하긴 하지만 정당한 법절차를 사실상 박탈한 것과 다름이 없었다. 정당한 법적 절차를 보장하고 있는 聯邦憲法下에서 볼 때 刑事事件의 기소된 자에 대해 최소한도의 기본적인 權利들을 부여하고 있다. 이들 權利에는 변호할 권리와 무죄임을 抗辯할 권리, 그리고 판사가 관장하는 法廷에서 裁判을 받을 권리가 있다. 그러나 이번 사건처럼 리도에게 默秘權을 행사하라고 충고해 줄 변호사도 없었던 상황에서, 보안관의 主宰下에 감옥에서 취조받는 리도의 모습을 奎커슈교구의 주민들은 한번도 아닌 세번씩이나 시청했던 것이다.

이와 같은 일은 루이지애나州 奎커슈教區에서 한번도 일어나지 않았음을 記錄文을 통해 알 수

있다. 그러나 본 法廷은 배심원들의 評決文을 다시 검토해 보지 않더라도 이번 사건의 경우, 리도의 인터뷰장면을 시청한 적이 없었던 주민 중에서 선발된 배심원들의 심리가 적법절차상 필요했었다고 생각한다. 헌법상 보장되고 있는 정당한 法節次에 의하면 이런 식의 증거물 제시에 의한 기소 方法으로는 어떠한 嫌疑者에 대해서도 사형선고를 할 수 없다고 명시하고 있다 (Chamers v. Florida, 309U.S. 227, 241 참조).

본 법정은 루이지애나州 大法院의 판결을 파기한다.

이번 판결에서 클라크(Clark)판사가 법정의 多數意見에 반대한 사실은 흥미롭다. 왜냐하면 그는 어빈事件(Irvin v. Dowd, 366U.S. 717(1961))과 셰퍼드事件(Sheppard v. Maxwell 384U.S. 333, 86 S.Ct. 1507 16L.Ed. 2d 600(1966)), 그리고 에스테스事件(Estes v. State of Texas 381 U. S. 532, 85 S.Ct. 1628, 14 L.Ed.543(1965))에서는 多數意見의 立場에 있었기 때문이다. 하란(Harlan)판사와 함께 클라크판사는 다음과 같이 반대의견을 표명했다.

「본인은, 한사람의 혐의자가 적대감으로 충만된 환경에서 기소됨으로써 그 기소가 단지 하나의 형식적인 절차에 불과할 때에는 혐의자는 정당한 法的節次를 박탈당한 것으로 본 法廷의 견해에 대해서는 전적으로 同議한다. 이러한 원칙과 本人의 立場은 이미 어빈事件에서 확립된 바 있다. 그러나 본인은 이번 사건의 경우에는 어빈사건에서 확립된 원칙에서 벗어나기 때문이 아니라 차라리 그것만으로는 원칙으로서 적용될 수 없다는 점에서 법정의 多數意見에 동의할 수 없다. 왜냐하면 텔레비전을 통한 인터뷰장면의 放映과 2개월이 지난 抗訴人에 대한 公判과 的 구체적 상관이 제시되지 않고서는, 多數意見에 同議할 수 없다. 즉 항소인에게 불리한 텔레비전 放映으로 인해 재판에 치명적인 결과를 가져왔다는 證據가 제시되지 않는 한, 인터뷰장면의 방영으로 인해 항소인의 公判은 전혀 무의미한 형식적인 절차가 될 수 밖에 없는 既決事件과 유사한 위법적인 결과가 초래되었다고 본 법정의 추리는 아무 근거가 없다.」 □

惡意 또는 害意를 가지고 名譽毀損을 한 경우 現實的 損害賠償외에 추가적으로 懲罰的 損害賠償을 받을 수 있다

Peisener v. Detroit Free Press

미시간州 大法院에서 高等法院의 判決認容

事實概要

Michigan州에서는 명예훼손에 있어서 現實的 損害賠償(actual damages) 뿐만 아니라 일정한 경우 懲罰的 損害賠償(exemplary and punitive damages)이라는 추가적인 損害賠償을 인정하고 있다. 그런데 1973년 11월 Detroit Free Press 신문사는 어느 변호사(원고)에 관하여 기자가 쓴 기사를 신문에 게재하였다. 원고는 허위기사로 명예를 훼손당하였다 하여 신문사와 기자를 상대로 현실적 손해배상 및 징벌적 손해배상을 구하는 訴를 제기하였다. 1심판사는 신문사측이 그 기사가 허위임을 알거나 또는 진실 여부를 무분별하게 무시하고(with the knowledge of falsity or reckless disregard for the truth, 이를 現實的 惡意(actual malice)라고 한다), 이를 게재하였다면 징벌적 손해배상을 인정하여야 한다고 지지하였고, 이에 따라 배심원들은 신문사와 기자에 대하여 52,000달러의 현실적 손해배상과 100,000달러의 징벌적 손해배상을 명하였다.

그러나 고등법원은 1심이 원고에게 동일한 원인에 대하여 이중의 배상을 인정하였다고 판단하고, 손해배상의 범위에 관하여 새로이 재판하도록 환송판결을 하였다.

원고의 上告에 따라 大法院에서는 징벌적 손해배상은 가해자의 害意 또는 惡意(ill will or bad faith, 이를 普通法上的 惡意(common-law malice)라고 한다)에 따라 피해자가 입은 추가적인 정신적 고통(incremental injury to feelings)을 배상해 주기 위한 보상적 기능을 가

질 뿐이라고 밝히고, 이와 같은 징벌적 손해배상을 받기 위해서는 단순한 現實的 惡意가 아니라 普通法上的 惡意를 입증하여야 한다고 판시하면서, 그 판시이유에 합치하는 범위 내에서만 고등법원의 판결을 認容하였다.

判決理由

보일(Boyle)大法院判사가 全員 合議部(En Banc)의 견해를 발표하였다.

우리는 Michigan 명예훼손 법규상의 應報的 및 懲罰的(exemplary and punitive) 損害賠償(역주: 이하에서는 특별한 사정이 없는 한 징벌적 손해배상이라고만 표현한다)이 명예훼손으로부터 생기는 정신적 고통(injury to feelings)에 대한 現實的 損害賠償(actual damages)과 중복될 수 없는가 하는 문제를 고려하기 위한 기간을 허여한 바 있다. 그 문제에 대하여 우리는 명예훼손 법규상의 징벌적 손해배상은 그 본질상 순전히 補償的(compensatory)이라는 점을 다시 확인하고, 다만 그 손해배상을 받기 위해서는 普通法上的 惡意(common-law malice)를 입증하여야만 한다고 판시한다. 더 나아가 우리는 배심원들이 판사의 적절한 지시(instruction) 아래 정신적 고통에 대한 현실적 손해배상과 중복되지 않게 징벌적 손해배상을 산정할 수 있다고 판시한다. 이 사건에 있어서는 惡意에 관하여 적절한 지시를 받지 않은 배심원들에 의하여 징벌적 손해배상이 산정되었기 때문에, 우리는 손해범위에 대한 새로운 재판을 위하여 환송을 명한 고등법원의 판결을 認容하되, 다음에

실시하는 바와 같은 원칙들에 부합하는 범위내에서 그 판결을 수정한다.

I

변호사인 원고 발포어 페이스너(Balfour Peisner)는 1973년 11월판 디트로이트 프리 프레스(Detroit Free Press)가 루이스 헬드만(Louis Heldman)기자가 쓴 기사를 同紙에 게재한 것이 명예훼손에 해당한다 하여 동 신문사와 헬드만 기사를 상대로 명예훼손으로 인한 현실적 및 징벌적 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. 현재의 쟁점과 관계없는 문제들로 고등법원에 두번 豫審抗訴(pre-trial)가 된 후에 사건은 배심재판에 의하여 심리되었고, 배심원들은, 헬드만과 동 신문사는 연대하여 현실적 손해배상(actual damages)으로서 52,000달러, 그리고 디트로이트 프리 프레스는 단독으로 추가적(additional) 손해배상으로서 100,000달러를 각 배상하라는 평결을 하였다. 프리 프레스측의 再審(new trial) 및 削減(remittitur, 역주: 배심원들의 평결에 의한 손해배상액이 너무 과다하다고 인정할 경우, 판사는 손해배상 범위에 관하여 새로이 재판할 것을 명할 수 있고, 또는 법률상의 문제로서 원고에 대하여 평결받은 손해배상의 일부를 반환 내지 포기할 것을 명할 수도 있다) 신청은 기각되었다.

피고의 항소에 대해 항소심인 고등법원은 손해배상책임이 없다는 프리 프레스측의 주장은 배척하였으나, 1심판사가 손해배상에 관하여 배심원들에게 한 지시(instruction)가 배심원들로 하여금 원고에게 현실적 손해배상 및 징벌적 손해배상의 요소인 정신적 고통에 대하여 二重으로 보상하게 하였다는 이유로 원심 판결을 파기 환송하였다. 고등법원은 그러한 정신적 고통에 대한 이중의 배상은 Michigan州에서는 허용되지, 않는 일종의 處罰(punishment)이기 때문에, 원고의 정신적 고통에 대하여 오직 한번만 보상하도록 배상범위를 다시 결정하라고 명하였다. 브레난(V. J. Brennan)판사는 별개의견으로 순전히 보상적인 성질의 손해배상에 대하여 「징벌적」이라는 용어를 사용함으로써 혼란에 대하여 관심을 표시하면서 동조하였다.

원고는 Michigan州 명예훼손 법규상 징벌적 손해배상(處罰刑)이 가능하므로 고등법원의 환송판결은 수정되어야 한다고 주장하면서, 본 법원에 상고하였다. 손해배상 책임이 없다는 주장이 기각된 프리 프레스측의 附帶上告는 없었다.

결론적으로, 우리는 명예훼손 사건에 있어서 진정한 處罰刑의 손해배상을 부정하는 확립된 판례원칙을 버릴 것을 요구하는 원고의 주장을 배척한다. 또한 우리는 명예훼손으로 인한 징벌적 손해배상을 받기 위해서는 보통법상의 惡意(common-law malice)가 그 필수적 요건—이 사건에 있어서 이 요건은 충족되지 않았다—이라고 판시한다. 따라서 우리는 고등법원 판결을 認容하되, 징벌적 손해배상부분에 관해서만 새로이 재판을 하도록 遷送하기로 한다.

II

이 문제를 분석하기 위하여서는 現實的 損害賠償(actual damages)과 懲罰的 損害賠償(exemplary and punitive damages)에 관하여 별개의 項으로 규정하고 있는 Michigan州 名譽毀損法(MCL 600.2911; MSA 27A.2911) 제2조부터 살펴보아야 한다.

同法은 다음과 같이 규정하고 있다.

「(2) (a) 名譽毀損 또는 侮辱에 기한 訴訟에 있어서 原告는 (b)項에 규정된 경우를 제외하고는 오직 그의 財産, 事業, 去來, 또는 感情에 관하여 그가 받은 現實的 損害(actual damage)만을 賠償받을 수 있다.

(b) 懲罰的 損害(exemplary and punitive damage)는 原告가 미리 被告에 대하여 원 기사에 대한 撤回(retraction)의 뜻을 게재할 것을 通知하고, 그렇게 하기 위한 相當한 時間을 준 경우 外에는 賠償받을 수 없으며, 철회사의 게재 또는 是正을 하였다는 證據는 被告의 善意的 證明 및 懲罰的 損害의 輕減(mitigation) 및 控除(reduction)를 위한 證據로 사용될 수 있다. 撤回은 원래의 名譽毀損 기사와 같은 形態, 같은 크기, 같은 版, 그리고 가능한 한 實質적으로 같은 位置에 게재되어야 한다.」

(a)항은 「현실적 손해배상」이 정신적 고통으로

인한 손해를 포함하도록 정의하고 있는 반면, (b)항은 원기사에 대한 철회요청이 있고 이를 게재하기 위한 상당한 시간이 주어진 경우에만 「징벌적 손해배상」을 허용하고 있다.

우선 「懲罰的」이라는 용어 자체는 피고를 처벌(즉, 特定的 抑止)하거나 또는 피고 외에 명예훼손을 할 가능성이 있는 자들을 위하여 본보기를 보이기(즉, 一般的 抑止) 위한 손해배상—현실적 손해에 추가하여—을 허용하려는 立法府의 意圖가 아닌가 해석될 수 있다. 그러나 위 규정과 이를 해석하는 Michigan州 法院判例의 歷史를 보면 사정이 그렇지 않음을 알 수 있다.

名譽毀損法의 원전이 제정되기 이전에도 본 법원은 명예훼손에 대한 응보적 또는 징벌적 손해배상은 명예훼손행위에 있어서의 피고의 過失(fault)로 인하여 직접적으로 증가된 정신적 손해를 보상하기 위하여 주어지는 現實的(즉, 補償的) 손해배상의 일종에 불과하다는 원칙에 확립하고 있었다.

「응보적 또는 징벌적 손해배상의 내용에 관하여, 어떤 이들은 그것이 잘못(actual fault)에 근거하고 있는 한 그것은 가해자의 나쁜 意圖(wrong intent)를 처벌하기 위한 것이라고 주장하는 반면, 다른 이들은 사람들의 경험에 비추어 언제나 가해자의 邪惡함의 정도에 따라 증가되거나 경감되는 피해자의 정신적 손해를 보상하기 위한 것에 불과하다고 주장하는 등의 논의가 있어 왔는데, 이것은 加害者에 대한 다양한 非難可能性의 정도와 관계가 있는 것이다. 법률상 징벌적 또는 응보적 손해배상이라는 용어가 너무나 익숙해져 있기 때문에 그로부터 벗어나는 것이 어렵다 하더라도, 그 내용이 오해되도록 사용되어서는 아니 된다. 우리는 사람, 財産 또는 名譽(reputation)에 대한 현실적인 손해의 범위를 넘는 손해배상을 적절하게 적용하는 유일한 방법은 피해자의 정신적 고통(injury to the feelings)을 배상해주는 것이라고 생각한다. 종종 불법행위 중에서도 가장 심한 것이 정신적 고통이고, 손상된 자존심이나 애정은 어떤 상황 아래서는 매우 무거운 손해배상을 정당화할 수도 있는 것이다.」(Detroit Daily Post Co. v. McArthur, 16 Mich.447, 452-453, 1868; Scripps v. Reilly, 38 Mich.10, 23-24, 1878).

1885년에 제정되었던 시초의 명예훼손법은 현실적 손해배상의 요소로서 정신적 고통에 대하여 아무런 언급을 하지 않고 있었다. 1895년의 회는 Park v. The Detroit Free Press Co. (72 Mich.560; 40 NW 731, 1888)사건에서 이를 비판한 캠프벨(Campbell) 대법원판사의 의견의 영향으로 징벌적 손해배상에 관한 규정과는 별도로 현실적 손해배상의 요소로서 정신적 고통을 추가하였다. 따라서 1895년의 개정을 필두로 현재까지의 모든 명예훼손 법규의 개정과 편찬은 현실적 손해배상—정신적 손해에 대한 보상을 포함—과 징벌적 손해배상, 두가지 모두를 규정하고 있다.

법규상의 정신적 고통으로 인한 「현실적 손해배상」과 「징벌적 손해배상」의 독립적 취급에도 불구하고, 본 법원은 「징벌적」이라는 용어를 오직 명예훼손에 있어서 피고의 잘못(fault, 또는 보통법상 의미에 있어서의 惡意, malice)으로 인하여 원고가 추가적으로 입은 정신적 고통을 보상하기 위한 배상을 말하는 것이라고 계속하여 해석하여 왔다(예컨대, Long v. Tribune Printing Co., 107 Mich.207; 65 NW 108, 1895; Boydan v. Haberstumph, 129 Mich.137, 140; 88 NW 386, 1901; Poledna v. Bendix Aviation Corp., 360 Mich.129, 144; 103 NW 2d 789, 1960).

정신적 고통에 대한 현실적 손해배상과 징벌적 손해배상 두가지 모두가 오직 보상을 목적으로 하는 것이라는 점을 재확인하면서, 우리는 이러한 두가지 유형의 보상적 손해배상이 서로 독립적이라는 점을 강조한다. 그들간의 차이점은 폭행으로 인한 손해배상에 관한 Wise v. Daniel사건 (221 Mich. 229, 223-234; 190 NW 746, 1922)에 있어서의 와이스트(Wiest) 대법원판사의 의견에 잘 나타나 있다.

「암소가 사람의 얼굴을 찔 때, 그 결과는 징이 박힌 구두로 얼굴을 걷어 찬 경우와 마찬가지로 일 것이다. 그러나 암소의 심술궂음은 아무런 분노감정을 일으키지 않는 반면, 구두발길질 뒤에 있는 惡意的 動機는 피해자의 분노감정을 증가시킨다. 사람이 신체적 상해를 가하면서 惡意와 毒氣를 품고 했다면, 그 불법행위에 대한 보상을 함에 있어서 그의 惡意를 고려하지 않을 수

없다. 피고가 악의적으로 손해를 가했다면, 배심원들은 나타난 모든 사정과 더불어 그러한 사실을 고려할 수 있고, 그 보상으로서 원고가 받아야만 하고 피고가 변상하여야만 하는 손해액을 산정할 수 있다.」

명예훼손에 있어서, 손상된 감정에 대한 현실적 손해배상은 암소의 발길질에 의한 손해배상에 비유할 수 있는 것, 즉 원고는 단순히 명예훼손이라는 그 사실과 결과 자체로 인한 정신적 고통을 보상받는 것이다. 그러나 징벌적 손해배상은 명예훼손행위에 있어서의 피고의 惡意(bad faith) 또는 害意(ill will) — 즉, 「구두발길질 뒤에 있는 惡意的 動機」 — 로 인하여 원고가 받은 모욕감과 분노에 따라 증가된 정신적 고통을 보상하기 위한 것이다.

결국 두가지 형태의 손해배상이 모두 정신적 고통을 보상해 주는 것이기는 하지만, 징벌적 손해배상은 현실적 손해배상이 오직 피고의 가해행위로 인하여 받은 정신적 고통을 사실상 보상해 줌으로써 그 기능을 다한 후에 작동하는 것이다. 정신적 고통으로 인한 손해에 관한 이러한 두가지 요소간의 혼란을 피하고, 동일한 원인으로 이중배상을 받을 수 있는 가능성을 배제하기 위하여, 우리는 배심원들에 대한 판사의 지시가 정신적 고통에 대한 「현실적」 손해와 「징벌적」 손해(증가된 정신적 고통에 대한)를 특정하고, 또한 (다음에 논의하는 바와 같은) 일정한 요건을 갖춘 경우에만 징벌적 손해로써 현실적 손해배상액을 증가시킬 수 있다는 점을 명백히 하였어야 함을 강조하고자 한다. 징벌적 손해배상과 같은 사건에 있어서의 추상적인 쟁점을 해결하기 위하여는 배심원들에게 명하는 「특별한 평결형태」를 발전시키는 것이 신중한 절차와 司法審査(judicial review)에 기여할 것이다.

III

위와 같이 판시함에 따라, 우리는 명예훼손에 대한 징벌적 손해배상은 피고가 명예훼손을 함에 있어서 보통법상의 惡意—害意(ill will) 또는 惡意(bad faith)라는 의미—를 가지고 행동하였다는 사실이 인정되지 않는 한 허용될 수 없다는

점을 재확인할 수 밖에 없다. 가장 최근에는(의료과실에 관한) Veselenak v. Smith 사건 판결에서 확인된 이 원칙은 명예훼손사건에 있어서도 오랫동안 적용되어 왔다.

우리는 일반 個人인 명예훼손사건의 원고가 징벌적 손해배상을 받으려면 까다로운 장벽들에 부딪칠 것임을 인정한다. 예컨대 이 사건에 있어서 원고는, 公共關心事에 대한 기사를 쓸 수 있는 정당한 特權이 있다는 피고의 항변을 배척하고, 그리하여 현실적 손해에 대한 책임을 인정받기 위하여서는 피고의 「現實的 惡意」(actual malice) — 즉, 虛偽의 認識(knowledge of falsity) 또는 眞實의 無分別한 無視(reckless disregard for the truth) — 를 입증하여야만 한다. 그런데 우리가 오늘 실시하는 원칙에 따르면, 원고가 징벌적 손해의 배상을 받으려면 더 나아가 피고의 普通法上的 惡意(common-law malice) 뿐만 아니라 법규상의 撤回要請 節次를 밟을 것이 요구된다. 그러나 우리는 公共關心事에 관한 報道가 지니고 있는 특별한 중요성에 비추어 위와 같은 특별한 제한들이 지나치다고 생각하지는 않는다. 요컨대, 무분별하게 그러나 善意로 행동하는 기자의 책임은 현실적 손해배상에 한하게 하고, 무분별할 뿐만 아니라 惡意로 행동하는 기자는 징벌적 손해배상에 대한 추가적 책임을 지도록 함으로써 균형을 이루고자 하는 것이다. 이러한 원칙은 피고가 害意 또는 惡意를 가지고 행동한 예외적인 경우를 제외하고는 부당하게 손해배상이 확대되는 것을 피하면서 원고들에게 완전하고 공정한 보상을 제공함으로써 쌍방의 정당한 이해를 보호하는 것이다.

IV

이 사건에 있어서 1심 판사는 현실적 손해배상액의 산정에 관하여 배심원들에게 다음과 같이 지시하였다.

「이제 여러분의 원고가 손해배상을 받을 권리가 있다고 인정한다면, 피고의 보도·출판으로 인하여 초래되었다고 여러분이 인정하는 각 손해요소에 관하여 원고에게 相當하고, 公正하며 그리고 適當한 배상이 될 수 있는 금액을 결정하

는 것이 여러분의 임무입니다. 여러분은 원고가 입었다고 인정하는 다음과 같은 손해 항목을 모두 포함시켜야 하는데, 그것들은 다음과 같습니다:

원고가 그의 재산 또는 사업, 거래, 직업, 감정, 정신적 고통, 사회적으로 누릴 수 있는 즐거움의 否定, 당황, 조롱, 수치, 굴욕 또는 공포 등에 관하여 입은 현실적 손해와 또한 원고가 장래에 받을 것이 명백하다고 인정되는 손해를 포함시킬 수도 있습니다.

그것들 중에 어느 것이 입증되었느냐는 여러분이 결정할 일입니다. 그러나 여러분은 상상이나 짐작 또는 추측에 의해서가 아니라 증거에 의하여 이를 판단하여야 합니다. 이들 손해요소들에 대하여 산정할 금액—예컨대 정신적 고통, 사회적 향락의 부정, 당황, 굴욕감, 모욕감 등과 같은 것들에 대한 배상금액—은 그 정확한 액수가 증명될 수는 없습니다. 法律은 그 결정을 여러분의 건전한 판단에 맡기고 있습니다. 그러나 여러분의 評決은 어디까지나 원고의 손해를 보상하는 것에 그쳐야 하고 피고를 處罰하는 것이 되어서는 안됩니다.」

懲罰的 損害에 관하여 判事는 또 다음과 같이 지시하였다.

「자, 배심원 여러분, 방금 내가 인용한 미시간州 법률은 징벌적 손해배상을 규정하고 있습니다. 우리 법률에 따르면, —여러분이 오해를 하였다면 이를 수정해 드리코자 합니다— <징벌적 손해배상>의 목적은 피고의 불법행위에 대하여 피고를 처벌하고자 하는 것이 아닙니다. 이러한 손해배상의 목적은, 나는 오히려 징벌적 손해배상이라기보다는 추가적 손해배상이라고 부르기를 좋아하는데, 피고의 행동으로 인하여 원고들이 입은 고통을 보상해 주기 위한 것입니다.

나는 여러분에게, 이러한 추가적이고 징벌적인 손해배상액을 산정함에 있어서는 그 초점을 원고의 고통에 두어야 하지만, 그러한 추가적인 손해가 배상되어야 하느냐를 결정함에 있어서의 초점은 피고의 행동에 둘 것을 요구합니다.」

우리는 1심 판사가 위 두가지의 손해배상에 관한 지시를 함에 있어서 종전의 判例에 충실하고자 한 노력을 높이 평가한다.

A. 現實的 損害賠償

징벌적 손해배상을 순전히 보상적인 기능에 제한하려는 우리의 원칙은 명예훼손 사건에 있어서 용인되는 현실적 손해배상의 범위를 제한한다. 정신적 고통에 대한 현실적 손해배상은 어떤 「보상적」인 징벌적 손해도 포함하는 것 같이 보이기 때문에, 위 원칙이 혼란을 초래하여 왔음은 이해할만 하다. 그러나 우리는 懲罰的 損害賠償을 피고의 惡意로 인한 추가적인 정신적 고통(incremental injury to feelings)을 보상하기 위한 것이라고 정의함으로써 혼동을 피하고자 한다. 따라서, 「現實的」이거나 「懲罰的」인 손해배상 모두가 원고를 보상해 주지만, 후자는 피고가 원고에 대하여 普通法上的 惡意을 가지고 행동하였음이 입증되는 경우에 한하여 「現實的인」 손해배상액을 증가시키는 것이다.

이 사건에 있어서 현실적 손해배상에 관하여 배심원들에게 한 판사의 지시는 본 州에서 정의 되고 있는 바에 따라 현실적 고통에 관한 항목들을 정확하게 설명하고 있다. 그리고 배심원들은 추가적인 손해배상이 피고를 처벌하기 위한 것이 아니라고 설명받았다. 명예훼손이라는 사실과 결과 그 자체로 인한 현실적 손해배상을 제한한 지시부분은 좀 더 정확할 수도 있었겠지만, 우리는 그 지시가 현실적 손해배상과 징벌적 손해배상의 차이점을 적절하게 표현하였다고 인정한다. 배심원들이 후자의 유형이 보상적이어야 함을 분명히 경고받았기 때문에, 우리는 이 점에 관하여 파기할만한 오류를 발견하지 못하였다.

B. 懲罰的 損害賠償

피고의 普通法上的 惡意와 관련하여 징벌적 손해배상을 정의하는 우리의 결론에 비추어, 우리는 1심판사가 배심원들에게 한 지시는 흠결이 있다고 인정한다. 배심원들에게 징벌적 손해배상의 전제조건으로 원고에 대한 普通法上的 惡意(common-law malice, 惡意—bad faith 또는 害意—ill will) — 를 인정하라고 하는 대신, 판사는 憲法理論上的 現實的 惡意(actual malice, 虛偽의 認識 또는 眞實의 無分別한 無視)의 인정만으로 그러한 손해배상을 인정하는데 충분하다고 지시하였다. 어떤 경우에 있어서는 「現實的 惡意」(책임을 인정하기 위한)가 普

通法上の惡意를 인정하기에 필요한 요소를 제 공하기는 하지만, 위 兩 基準이 일치하는 것이 아니기 때문에 배심원들은 이 추가적 손해배 상의 전제조건으로 특히 普通法上の惡意—원고에 대한 害意 또는 惡意라는 의미에서—에 관하여 지시를 받았어야 한다.

V.

결론적으로, 우리는 배상범위에 관하여서만

새로운 裁判을 하도록 遷送을 命한 高等法院의 判決을 認容하되, 以上에서 실시한 원칙에 따라 그 判決을 수정한다. 배심원들이 징벌적 손해배 상의 전제로서 普通法上の惡意에 관하여 적절 한 지시를 받지 못하였기 때문에, 遷送審에서 심리하여야 할 争點은 피고들 모두 또는 어느 一 方에게 보통법상의 惡意가 있는지 여부와, 보통 법상의 惡意가 입증된 경우 징벌적 손해배상에 의하여 보상해 주어야 할 악의로 인한 추가적 고 통의 존부 및 그 범위에 한한다. □

虛偽報道에 있어서 普通法上の 惡意가 인정된다는 이유로 損害賠償을 命한 事例

Cantrell v. Forest City Publishing Co.
제 6 순회구 연방항소심법원에 대한 事件移送命令

事實概要

원고인 어머니와 그 아들은 피고들인 한 신문 발행인과 그 기자를 상대로 그 신문에서 교량의 파괴로 인한 가장인 아버지의 사망이 원고들 가 족에게 미치는 영향을 내용으로 다른 특별기사가 그들의 프라이버시를 침해하였다는 이유로 소송을 제기하였다. 그 記事는 명백하게 그 가 족에 관한 몇가지의 부정확하고도 사실과 다른 부분을 싣고 있었다. 지방법원 판사는 懲罰的 損害賠償에 관하여는「그 용어의 법률적 개념에 비추어」惡意의 증거가 없다고 判示하였으나, 그 사건을 프라이버시의 侵害에 대한 「허위의 관점」이론에 따라 陪審에 회부하도록 허용하고, 事前에 그는 배심원들에게, 그들이 그 허위기 사가 허위라는 점을 알고 있었거나 진위여부에 관하여 不注意한 무시로 발행되었다고 인정하는 경우에만 그 책임이 부과된다고 說示하였는데, 배심은 補償的 損害賠償을 하도록 評決을 내렸

다. 抗訴審法院은 지방법원 판사가 징벌적 손해 배상청구에 관한 판단에서 아무런 惡意가 없었다고 인정하였음은 뉴욕타임즈 對 설리번(New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 254)사 건에서 확립된 「現實的 惡意」의 개념에 근거를 둔 것이고, 따라서 책임을 지우는데 요구되는 조건인 허위임을 알았거나 그 진위여부에 관해 부주의에 의한 무시가 있었다는 증거가 없다는 결론을 내게 되는 것이므로 마땅히 피고들을 위 하여 評決을 指示하였어야 한다는 이유로 1심판 결을 破棄하였다. 상고심은 항소심 법원이 배심 의 평결을 무시한 잘못이 있다고 판시하였다.

判決要旨

(1) 기록에 의하면 지방법원 판사가 징벌적 손해배상청구를 판시하였을 때, 그는 뉴욕타임 즈사건의 「현실적 악의」기준을 언급한 것이 아 니고, 징벌적 손해배상을 위하여 州손해배상법

하에서 일반적으로 요구되고 또한 「허위의 관 점」이 문제가 되는 사건에 있어서 公表된 기사 의 眞否에 관하여 초점을 둔 것이 아닌 原告의 프라이버시에 관한 被告의 태도에 초점을 둔 普通法(commmon law)상의 악의기준을 언급한 것이었으며, 그리하여 원고가 허위임을 알고 있 었거나 그 진위여부에 관한 부주의에 의한 무시 가 있었다는 증거를 제시하는 데 실패하였다는 것을 판단한 것이 아니었음이 나타나 있다.

(2) 더구나 피고들이, 원고들에 대한 허위사 실을 알고 있었거나 부주의에 의하여 알지 못하 였음에도 불구하고 (그 기사를) 보도하였고, 특 히 그 기사가 준비되고 있는 동안 원고인 어머니 가 집에 있었는지에 관하여 「계획된 거짓」이 있 었으며, 피고 記者의 기사작성이 그 신문사의 고용범위 내에 속함으로써, 피고 신문발행인이 그 기사 중 허위사실에 대한 악의에 관하여 上級 者責任制度下에서 使用者로서 책임을 지게 된다는 배심의 평결을 뒷받침할 수 있는 증거가 충분 하였다.

파기하여 환송하다.

스튜워트(Stewart)판사가 法院의 견해를 피 려하였고, 그 견해에는 버거(Burger)대법원장, 브레난(Brennan), 화이트(White), 마아샬 (Marshall), 블랙먼(Blackmun), 포웰(Powe-ll), 렌퀴스트(Rehnquist)판사가 가담하였다. 더글라스(Douglas)판사는 반대의견을 제출하였 다.

해리 알렌 셔먼(Harry Alan Sherman)이 원 고들을 위하여 이유를 밝히고 서면을 제출하였 다.

스미스 워더(Smith Warder)가 피고들을 위 하여 주장을 펴고, 그와 함께 존 R. 코플린 (John R. Coughlin)과 마크 L. 로젠(Mark L. Rosen)이 서면을 제출.

스튜워트 판사가 법원의 견해를 발표하였다.

마아가렛 캔트렐(Margaret Cantrell)과 그의 어린 4자녀들은 플레인 딜러(Plain Dealer)라는 한 클리블랜드市的 신문발행사인 Forest City Publishing社와 플레인 딜러紙에 의하여 종전부 터 고용되어 있었던 記者인 조셉 에즈테르하스 (Joseph Eszterhas)와 플레인 딜러紙의 사진사 인 리처드 콘웨이 (Richard Conway)를 상대로

프라이버시를 侵害당했다는 이유로 연방지방법 원에 이러한 소송을 제기하였다. 원고들은 플레 인 딜러紙에서 발행하는 선데이 매거진(Sunday Magazine)에 실린 기사는 많은 부정확함과 허 위사실이 있음으로써, 일반대중 앞에 그들 가족 을 잘못된 모습으로 보여주었다고 주장하였다. 지방법원판사는 원고들 전원에게 정벌적 손해배상에 관련된 청구를 판단하였는데, 캔트 렐의 자녀들 중 3인의 청구는 모두 기각하였으 나 캔트렐부인과 그녀의 장남인 윌리엄에 관하 여는 그 사건을 배심에 회부함을 허용하였다. 배심은 이들 원고 2인에게 보상적 손해배상을 하라는 내용으로 피고 3인에게 불리한 평결을 내렸다.

제6순회구 항소심법원은 1심판결을 파기하였 는데, 修正憲法 제1조 및 제14조의 관점에서 보 면 지방법원 판사가 마땅히 캔트렐 가족전원의 청구에 관하여 피고들이 한 指示評決의 申請을 받아들였어야 한다고 판시하였다. 우리는 사건 이송명령을 받아들인다.

I

1967년 12월 마아가렛 캔트렐의 남편 멜빈이 웨스트 버지니아州 포인트 플레즌트 소재 오하 이오강을 가로질러 놓여있는 실버 브릿지라는 교량이 붕괴되었을 때 다른 43명의 사람들과 함 께 사망하였다. 피고 에즈테르하스는 플레인 딜 러紙로부터 그 사고에 관한 이야기를 취재하러 는 임무를 부여받았다. 그는 멜빈 캔트렐의 장 례식과 그의 죽음이 그 遺族들에게 미치는 영향 에 초점을 맞춘 「특집기사」를 썼다.

그로부터 5개월이 흐른 뒤 에즈테르하스와 사 진기사 콘웨이는 플레인 딜러紙에서 발행하는 선데이 매거진 편집인과 협의 후 위 특집기사의 續編을 쓰기 위하여 포인트 플레즌트 지역으로 다시 가게 되었다. 그 두사람은 캔트렐 가족의 거주지로 방문하였는데, 그곳에서 에즈테르하스 는 아이들과 이야기를 나누고 콘웨이는 50장의 사진을 찍었다. 캔트렐부인은 그 두사람이 캔트 렐 가족의 거주지에 머무르고 있었던 60 내지 90 분간 어느 때도 집에 있지 아니하였다.

에즈테르하스의 기사는 1968년 8월 4일자 선

데이 매거진 머리기사로 실렸다. 그 기사는 그 가족의 비참한 가난을 강조하였다. 아이들의 낡고 잘 안맞는 옷들과 그들 가정의 저하된 환경이, 그 기사 본문과 그에 따른 사진들 양쪽에서 상세하게 다루어져 있었다. 에즈테르하스는 독창적이고 상을 받을 만한 실버 브릿지 사고에 관한 기사를 씀에 있어서 그 교량의 붕괴로 인하여 포인트 플레즌트 지역에 사는 주민들의 생활에 미치는 영향을 묘사하기 위하여 캔트렐 가족을 예로 사용한 것이다.

그 기사에는 몇가지 부정확하고 사실과 다른 부분이 있다고 인정된다. 가장 분명한 것으로는 그 기자가 캔트렐부인의 가정을 방문한 어떤 시간에도 그녀는 그곳에 있지 아니하였음에도 불구하고 에즈테르하스는 이렇게 쓰고 있다. 「마아가렛 캔트렐은 어떤 일이 일어났는지 또는 어떻게 그들이 지내는지에 관하여 아무것도 이야기하려 하지 않는다. 그녀는 장례식에서 하고 있었던 것과 똑같은 무표정한 얼굴을 하고 있다. 그녀는 자존심이 강한 여자이다. 그녀의 세계는 변하였다. 그녀는 그 사고가 발생한 후 마을 주민들이 돈으로 도와주려고 제의하였으나 그 가족들은 그 돈을 받기를 거절하였다고 말하고 있다.」 다른 중요한 誤報들을, 캔트렐 가족들이 살고 있는 가난과 캔트렐 가정의 더럽고 황폐한 환경에 관한 에즈테르하스의 상세한 묘사에서 볼 수 있다.

그 사건은 프라이버시 침해의 소위 「허위의 관점」이론에 관련되어 陪審에 회부되었다. 요컨대, 그 사건의 이론은 캔트렐 가족들에 관한 허위의 특집 기사를 발행하고, 그리하여 그들을同情과 조롱의 대상으로 만듦으로써, 피고들은 캔트렐부인과 그 아들 윌리엄으로 하여금 분노와 정신적 고통, 부끄러움과 굴욕감을 갖게 함으로써 그들에게 손해를 입혔다는 것이다.

II

타임 對 힐 (Time, Inc. v. Hill 385 U.S. 374) 사건에서 법원은 위 사건과 비슷한 허위의 관점에서 프라이버시 침해소송을 고찰하였다. 뉴욕주 항소심법원은 뉴욕 公民權法 제50조 및 제51조가 「뉴스거리가 될만한 사람」에게 그의

이름, 사진 또는 묘사가 「허위의」 보도나 기사의 주제가 되었을 때에 소송할 수 있는 權利를 준 것이라고 해석하였다. 실질적이고 본질적인 허위는 손해배상의 중요한 기준이었다(385 U.S. 384-386). 이러한 원칙하에서 뉴욕주 법원들은 원고 제임스 힐에게 보상적 손해배상을 받도록 하였는데, 원고의 주장은 라이프誌가 브로드웨이 거리의 새 연극이 3명의 죄수들에 의하여 인질로 붙들린 힐 가족의 경험을 묘사하였다는 내용의 허위사실을 보도하였다는 것이다. 當院은 뉴욕타임즈 對 설리번사건에서의 公職者들에 의하여 제기된 명예훼손소송에서 손해배상을 명하는 州의 권한에 憲法的인 制限을 가함을 인정한다는 當院의 결론에 따라 연설과 보도를 위한 헌법적 보장은 피고가 「악의 또는 그 진실여부에 관한 부주의에 의한 무시에 의하여 그 기사를 발행하였다는 증거가 없이 公的인 利害關係事項에 관한 허위의 보도를 한 경우」에도 그 피해회복을 허용하는 뉴욕州法의 적용을 배제한다고 판시하였다. 비록 배심이 위 허위사건에 있어서 라이프誌가 힐의 가족들의 경험을 「再演하는 줄거리였다」는 기사를 씀에 있어서 허위임을 알고 있었거나 그 진실 여부에 대하여 부주의로 무시하였다는 증거로부터 합리적으로 결론을 내릴 수도 있었을 것이나, 법원은 公判裁判官의 배심에 대한 說示가 배심들로 하여금 憲法에 의하여 요구되는 만큼의 책임을 지우기 위한 宣稱으로서의 評決을 하도록 제한하지 아니하였다고 결론을 내렸다.

지방법원 판사는 우리 앞에 와 있는 이 사건에 있어서 타임 對 힐사건에서의 公判裁判官과는 정반대로, 배심에게 선데이 매거진이 게재한 캔트렐 가족에 관한 특별기사 중 허위의 부분이 악의 또는 부주의에 의한 무시에 의하여 만들어진 것이라는 결론을 내릴 때에만 손해배상책임이 부과될 수 있다고 배심에게 說示하였다. 原告 어느 쪽에서도 이러한 악의 또는 부주의에 의한 무시에 관한 說示에 대하여 異議가 없었다. 결국 이 사건에서는 어떤 州가 프라이버시 침해의 허위의 관점이라는 견해하에서 개인에게 증상모략적인 허위의 기사를 발행한 자나 보도한 자에게 책임을 지움에 있어서 憲法的으로 보다 더緩和된 기준을 적용할 것인지 또는 타임 對 힐 사

건에 있어서 선언된 헌법적인 기준이 모든 허위의 관점이 문제된 사건에 적용될 것인지와 같은 문제는 판단할 필요가 없다. 오히려 우리가 결정하여야 할 필요가 있는 유일한 문제는 항소심법원이 배심의 평결을 무시한 잘못이 있는지 여부에 관한 것이다.

III

원고들의 증거제출 마감단계에서 지방법원판사는 징벌적 손해배상을 구하는 청구에 관하여 판단하였다. 그는 캔트렐부인이 프라이버시의 침해가 「그 용어의 법률적 개념에 비추어 惡意로 행하여졌다」는 비난을 뒷받침할 아무런 증거도 제시하지 못하였다고 판단하였다. 항소심법원은 이 판단을 지방법원 판사가 그 소송에서 악의 또는 부주의에 의한 무시라는 증거가 제출된 바 없다고 판단한 것으로 해석하였다. 그러한 결정을 내림에 있어 지방법원 판사는 모든 캔트렐 가족의 청구에 관하여 피고들을 위하여 指示評決의 申請을 받아들였어야 했다고 판시하였다.

항소심법원은 지방법원 판사의 「그 용어의 법률적 개념에 비추어」 아무런 惡意가 없었다고 한 판단을 當院에 의하여 뉴욕타임즈 對 설리번사건에서 확립된 「비방하는 표현이 거짓이라는 사실을 알고 있거나 그 진위여부에 관하여 부주의하게 무시한다」는 뜻인 「현실적 惡意」의 개념에 바탕을 둔 판단으로 본 것 같다. 물론 그와 같이 定義를 내렸기 때문에 「현실적 惡意」는 어떤 州가 공직자에게 그가 출판업자들을 상대로 제기한 소송에 있어서 명예훼손을 헌법적으로 보상함을 許與하기 전에 확립되어야 한다고 보아야 할 책임의 기준을 위하여 간편한 짧은 表現을 위하여 창조된 技巧的인 용어이다. 그것 자체로서 그 개념은 징벌적 손해배상을 뒷받침하기 위하여 州불법행위법하에서 일반적으로 요구되는 普通法上的 기준으로서 「악의」와 사뭇 달라지게 된다. 허위의 관점이 문제되는 사건에서 普通法上的 惡意-자주 원고에 대한 개인적인 나쁜 감정 또는 원고의 권리에 대한 부주의한 또는 제멋대로의 무시라고 표현된다는 원고의 프라이버시에 대한 피고의 태도에 초점을 맞추려고

하는 것이지 刊行物의 眞僞에 대한 것이 아니다 (타임 對 힐사건에 대한 385 U.S. 396 n.12 참조. 일반적 사항에 대하여는 W. Prosser 著 손해배상법 910<제4판> 참조).

지방법원 소송절차의 진술기록은 전적으로 명확한 것은 아니나 결론적으로 지방법원 판사는 그가 징벌적 손해배상청구를 기각할 때 뉴욕타임즈사건에 있어서의 「현실적 惡意」기준에 언급한 것이 아니라 普通法上的 기준인 악의에 언급한 것임은 명백하다. 왜냐하면 지방법원 판사는 징벌적 손해배상청구를 기각함과 동시에 트렐부인과 윌리엄의 보상적 손해배상청구에 관한 피고들의 指示評決의 신청을 받아들일기를 거부하였기 때문이다. 그리고 그의 陪審에 대한 說示에서 명백히 드러나 있는 것과 같이 지방법원 판사는 캔트렐 가족들에게 실질적인 손해를 회복시켜 주려면 타임 對 힐사건의 취지인 뉴욕타임즈사건의 「현실적 惡意」기준이 충족되어야 한다는 사실을 잘 알고 있었다. 그리하여 그 지방법원 판사가 이러한 두가지 사실상 동시에 일어나는 원칙들을 調和시키는 유일한 방법은 항소심법원의 결론과 반대로 징벌적 손해배상청구를 기각함에 있어 그는 캔트렐부인이 악의 또는 진실에 대한 부주의에 의한 무시라는 아무런 증거를 제시하지 못하였다고는 판단하지 아니하였다고 결론을 내리는 것이다. 이러한 결론은 지방법원 판사가 피고들의 陪審의 評決을 무시하고 裁判官 자신이 직접 사실인정을 하고 그에 입각하여 判決을 해 달라는 신청과 새로운 公判을 열어달라는 선택적 신청을 그후에 기각한 사실에 의해 더욱 확증이 된다.

더구나, 지방법원 판사가 公判에 제출된 증거는 피고 에즈테르하스와 Forest City Publishing社가 캔트렐 가족에 대한 허위사실을 알면서 또는 부주의에 의하여 알지 못하였다는 陪審의 評決을 뒷받침하기에 충분하다고 믿은 것은 명백하게 올바른 것이었다. 에즈테르하스가 증언을 하지는 않았으나, 그 특별기사 중 몇가지 묘사 부분은 사실과 다르다는 점을 알고 있었음에 틀림없다는 사실은 공판중에 아무런 다툼이 없었다. 특히, 그의 기사는 캔트렐부인이 그의 가정 방문중에 집에 있었다는 점과 에즈테르하스는 그녀가 「그녀의 남편의」 장례식에서 하고 있었

던 것과 같은 무표정한 얼굴을 하고 있었던'것을 注視하였다라는 점을 명백하게 내포하고 있었다. 이들은 「계획된 허위사실들」이고 에스테르하스가 허위사실을 알면서 또는 부주의에 의하여 허위사실을 몰랐다는 허위의 관점에서 켄트럴 가족들을 모사하였다는 評決을 내린 것은 명백히 정당하다.

항소심법원은 Forest City Publishing社가 에스테르하스의 기사가 담고 있는 어떤 誤謬도 알았다는 증거가 없다고 결론을 내렸다. 그러나 배심이 에스테르하스의 그 특별기사 작성은 플레인 딜러紙에 있어서 그 고용범위 내에 있었고, Forest City Publishing社가 따라서 전통적인 上級者責任의 原則에 의한 책임이 있다고 評決을 내림에 충분한 증거가 있었다. 비록 에스테르하스가 플레인 딜러紙에 의하여 선데이 매거진에 정기적으로 기사를 寄稿하도록 임무를 부여받은 것은 아니지만, 그 잡지의 편집인은

에스테르하스가 플레인 딜러紙의 간부기자로서 그 잡지를 위하여 그가 쓰고 싶은 기사거리를 자주 提議하였다고 증언하였다. 에스테르하스가 실버 브릿지 慘事에 관한 續報 특집기사를 제의하자 그 편집인은 그 의견에 찬동하였고, 에스테르하스에게 그 특집기사가 우수하면 잡지에 실겠다고 말하였다. 이러한 증거로부터 배심은 플레인 딜러紙의 발행사인 Forest City Publishing社가 에스테르하스의 기사에 포함된 허위에 대한 惡意에 의하여 입게 된 손해를 使用者로서 배상할 책임이 있다고 판시되어야 한다는 합리적인 결론을 내릴 수 있었다.

위와 같은 이유로 항소심법원의 판결을 파기하고, 이 사건을 피고들인 Forest City Publishing社와 조셉 에스테르하스에 관하여 지방법원의 판결을 유지하는 판결을 하도록 하기 위하여 항소심법원에 환송한다.

위와 같이 판결한다. □

公的 人物의 명예훼손소송에서 原告의 被告에 대한 現實的 惡意의 입증절차가 適法한가의 여부문제

Herbert v. Lando et al.
抗訴法院에 대한 파기환송

事實概要

越南戰에 참전한 바 있는 안소니 허버트 豫備 役大領(Col. Anthony Herbert)은 越南戰당시 美軍이 자행한 罪狀을 폭로하였다. 이 문제가 한창 사회적 이슈가 되어 있었는데, 1973년 2월 4일 CBS의 「60分」(60Minutes)이란 프로그램에서는 허버트가 군복무할 당시의 그의 행적과, 허버트가 폭로한 이야기 중의 문제점들을 밝히면서 그를 거짓말장이라고 보도하였다. 또한 「60分」의 담당 PD인 배리 랜도(Barry Lando)는 月刊 애틀랜틱誌(Atlantic Monthly)에도 그러한 내용의 글을 기고하였다. 이에 대

해 허버트는 담당PD인 배리 랜도와 그 프로의 나레이터였던 마이크 월리스(Mike Wallace), 그리고 CBS를 상대로 명예훼손소송을 제기하면서, 무려 4천5백만 달러라는 엄청난 액수의 손해배상금을 지불하라고 요구했다.

이 소송에서 허버트측 弁護士는 審理前에 事件에 관한 調査를 한 후, 허버트가 公的 人物로 인정되고 있다는 점에서 랜도측에게 26가지의 질문에 대한 답변을 요구했다. 피고인 랜도는 선서증언을 통해 대체로 答弁했으나, 그의 몇가지 사항, 즉 랜도가 결점을 파헤친 이유 그리고 그가 그 프로를 위해 인터뷰했던 대상자들의 신빙성 여부를 어떻게 보는지 또 그 프로를 준비하

는 과정에서 담당나레이터인 마이크 월리스(Mike Wallace)와 나누었던 대화는 무엇인가 하는 등의 몇가지 질문에 대해서는 답변을 거부했다. 이러한 일련의 질문은, 랜도가 現實的 惡意를 가졌는지의 여부를 밝히기 위한 것이었다. 이러한 審理節次는 근 1년을 끌었으며, 3천여 페이지에 달하는 방대한 陳述書를 남겼지만 랜도는, 프로그램의 편성과 제작당시의 心理상태와 기타 편성과정을 조사하려는 것은 修正憲法 第1條에 의해 보장된 언론의 자유를 침해할 수도 있는 것이라고 주장했다.

이러한 調査節次의 適法與否를 묻는 抗訴審에서 抗訴法院은 2대 1의 표결로, 修正憲法 제1조는 랜도측이 증언을 거부할 수도 있는 特權을 부여하고 있다고 판시했다. 이에 대해 허버트는 이 문제를 聯邦大法院에 上告하였다.

聯邦大法院은 修正憲法 제1조에서는 原告가 명예훼손혐의를 받고 있는 被告의 편성과정에 대한 직접적인 질문에 의한 調査를 禁하고 있는 것은 아니라고 주장하면서 抗訴法院의 判決을 파기했다.

判決要旨

화이트判事(White J.)는 다음과 같은 법정의 多數見解를 밝혔다.

修正憲法 제1조 및 14조에 의하면 聯邦政府든 州政府든 간에 표현의 자유 혹은 언론자유를 침해하는 어떠한 法도 제정할 수 없도록 되어 있다. 여기서 문제는 그러한 修正憲法을 명예훼손으로 제소된 언론에 대해 지금까지 인정되어 온 것 이상으로 보호하는 것으로 해석할 수 있는지의 여부다. 구체적으로는 抗訴法院은 첫째 언론인이 타인의 명예를 훼손한 혐의를 받고 제소됐을 때, 原告가 公表에 책임이 있는 言論의 편집 과정에 대해 질문을 함으로써 소송의 事由가 된 중요한 요소를 입증할 증거를 알아낼 수 있다 하더라도 그러한 질문은 금지되어야 한다고 판결했다.

聯邦大法院은, 抗訴法院이 수정헌법 제1조와 14조를 잘못 해석했다고 보며, 따라서 항소법원의 판결을 파기하게 된 것이다. ...

뉴욕타임즈事件의 判例로 인해 원고는 피고의

心的 狀態와 行爲를 근거로 해서 立證해야 하는 부담을 안게 되었다. 즉 公共官吏나 公的 人物의 명예를 훼손했다는 혐의를 받는 피고는 그가 공표한 것이 잘못된 것을 알고 있거나, 혹은 의심을 품고 있어야만 명예훼손이 성립된다는 것이다. 다른 사건의 판례를 보더라도 피고의 잘못이나 과실을 立證해야만 반드시 勝訴할 수 있는 것이다. 어쩔 수 없이 원고에게 그런 부담을 안기지 않는다면, 명예훼손의 혐의를 받고 있는 자의 생각이나 편집과정을 調査해야 될 것이다.

聯邦大法院의 判例를 통해 볼 때, 심리상태의 立證은 근본적인 사실을 추리할 수 있는 객관적인 상황에서만 가능하다고 하더라도, 原告가 피고를 상대로 그가 公表한 것이 잘못된 것이라는 점을 알고 있었거나 혹은 적어도 의아심을 갖고 있었는지의 여부에 대해 질문할 수 없다고는 볼 수 없다. 예컨대 버츠사건(Curtis v. Butts, 388 U.S. 130(1967))을 통해 보더라도 편집과정에 대한 調査가 있어 왔다는 점과 직접적인 증거는 간접적인 증거든 그 증거는 피고가 現實的 惡意를 갖고 행했는지를 立證하는 것에 의존할 수 밖에 없었다는 점을 명백하게 볼 수 있다. 그 당시 原告의 立證이 금지된 영역을 침해했다는 항변도 나오지 않았고, 損害賠償額에 대한 評決이 진행될 수 있었던 것이다.

被告의 心理狀態를 조사해서 現實的 惡意를 立證하는 방식이 결코 뉴욕 타임즈사건과 이와 유사한 사건들로부터 발전한 것이 아니다. 오히려 그러한 방식은 修正憲法이 제정되기 이전부터 慣習法上의 原則에서 그 뿌리를 찾을 수 있다.

한편 뉴욕타임즈事件이 종결되기 훨씬 오래전에도 특정 公表가 악의에 의한 것이 아닌 한, 공표자가 명예훼손의 책임을 지지 않도록 특권을 인정해 왔다. 惡意가 여러가지 방식으로 定義되어 왔으나, 일반적으로는 被告가 부당한 動機에서 행했는지를 증명하는 것으로서 惡意의 有無를 판단하였다. 바꾸어 말하면 惡意의 立證은 公表를 하게 된 의도나 목적 그리고 피고가 그의 발언의 진실성 여부에 대한 확신과 혹은 피고가 가졌을지도 모르는 나쁜 감정에 근거해서 입증하는 것이었다.

法院은 전통적으로 직접적인 것이든 간접적인 것이든, 피고의 心理狀態에 관한 증거조사를 인정해 왔다. 이러한 원칙은 언론을 상대로 한 명예훼손사건 뿐만 아니라 다른 성격의 사건에서의 피고에게도 적용되는 것이며, 명백히 法院은 오랫동안 헌법상으로 異議가 있다는 반대에 부딪치지 않고도 언론의 편집과정에 관한 증거조사를 용인해 왔던 것이다.

이러한 歷史에도 불구하고 抗訴法院은, 마이애미헤럴드출판사事件(Miami Herald Pub. Co v. Tornillo, 418 U.S. 241, 1974)과 CBS사건(Columbia Broadcasting System v. Democratic Nat. Comm., 412 U.S. 94, 1973)은 언론의 편집과정을 명백하게 보장해 주는 판례였음을 주장하였다.

위 두 事件에서 聯邦大法院은, 정부가 특정한 記事의 게재를 요구하는 편집상의 결정에 개입하려는 노력을 백지화한 바 있다. 이러한 결정이 나오게 된 것은, 특정한 기사를 사전에 통제하는 것은 특정한 記事의 公表를 사전에 禁止하는 것만큼이나 위법한 것으로 보았기 때문이다.

州政府나 聯邦政府가 특정기사의 公表 여부를 명령할 수 없다고 본 判例가 반드시 편집과정에 대한 어떤 調査行爲도 면책될 수 있다는 사실을 시사하는 것은 아니다. 또한 위 두 사건의 판례로 인해 설리번과 버츠와 같은 명예훼손사건의 원고에게 부여되었던 권리가 실질적으로 制限된다고 볼 수는 없다.

토닐로事件과 게르츠事件이 똑같은 날에 판결이 났고, 게르츠사건의 判例가 修正憲法 제1조와 名譽毀損法間의 관계를 全般的으로 고찰해 본 것이었다 하더라도 위 두 판례가 똑같이 명예훼손사건의 原告가 이용할 수 있는 증거의 폭을 제한해 왔다는 점은 찾아볼 수 없다. 오히려 게르츠사건을 통해 그 반대주장을 엿볼 수 있다. 왜냐하면 그 사건에서, 또는 그 이전의 명예훼손사건에서와 마찬가지로 편집인의 心理狀態에 관한 記錄을 아무 비판없이 고찰하였기 때문이다.

요약해 보건대, 抗訴法院의 견해와는 달리 명예훼손사건에서 聯邦大法院이 피고측에게 편집상의 특권을 판례를 통해 인정해온 것은 아니

다. 실질적으로는 뉴욕 타임즈사건과 버츠事件에서는 기대된 바와는 달리 원고가 現實的 惡意를 입증해야 하는 부담을 크게 했던 것이다.

그럼에도 불구하고 피고측에서는 언론사가 名譽毀損혐의로 제소되었을 때는 뉴욕 타임즈事件에 적용되었던 衡平을, 언론을 더욱 보호하는 方向으로 수정할 것을 추구하고 있다. 물론 現行 憲法을 좀더 수정하거나, 개선하는 方向으로 해석하는 일이 부당한 것은 아니다. 그러나 言論의 自由를 보장한 것으로 대표적인 것이라 할 수 있는 뉴욕 타임즈事件에 적용한 原則은 그 사건 이후 15년 동안 公共官吏와 公의 人士에 대한 명예훼손사건에서 반복적으로 적용되어온 것이다. 동시에 聯邦大法院은 個人의 명예도 중요하다는 사실을 누차 강조해 왔다.

이처럼 피고측에서는 聯邦大法院으로 하여금 허버트와 같은 原告에게는 대단히 중요한 사항, 즉 피고가 명예훼손사실을 알고 있었거나 혹은 부주의하게 고려하지 않았는지 원고가 입증할 수 없게끔, 지금까지 체계화된 헌법상의 重要한 原則을 수정하라고 추구하고 있다. 그러나 이러한 원칙을 수정해야 할 만큼 이 사건은 다른 성격을 명확하게 띠고 있는 것이 아니기 때문에 그러한 요청을 거절할 수 밖에 없다.

우선, 編輯過程에 특권을 보장하는 것은 뉴욕 타임즈사건에서 제기된, 원고가 현실적 악의를 입증해야 하는 資格에 대한 명백한 침해행위가 될 수 있다는 점이다. 被告가 事實을 부주의하게 고려하지 않았는지의 여부는 편집인의 사고와 의견을 직접 조사함으로써 직접적으로 밝혀지는 것은 아니고, 객관적인 증거에 의해서만 가능할 것이다. 아마도 原稿가 피고 자신의 말을 통해 과실을 입증할 수 있거란 매우 드물 것이다. 그러나 地方法院이 인정했고, 또 抗訴法院이 부정하지는 않았던 원고의 피고에 대한 질문과 그것에 대한 정당성에 대해서 의문을 제기할 수는 없을 것이다. 그런데 특히 피고 자신은 공표행위의 진실성을 주장하는 경향이 있는 경우와, 명예훼손사건의 원고에게 명확하게 피고의 과실을 명백하게 입증할 것을 요구할 필요가 있을 경우에, 원고가 그러한 증거를 자기편에 유리하게 이용하지 못하게 하는 것도 중요한 문제이다. (New York Times v. Sullivan, 376

U.S., 참고)

더구나 피고측이 주장하는 편집상의 특권의 객관적인 범위를 파악하기도 힘들다. 피고측에서도 어디서부터 어디까지가 편집과정에 해당하는지를 정확하게 설명하지 않았다. 더구나 랜도가 믿고 있었던 바와는 정반대되는 것, 즉 그가 그 당시 알고 있었던 상황에 대해 기꺼이 증명해 보이겠다고 한 사실을 본 법정은 들어 알고는 있지만, 왜 그가 주장한 편집상의 특권이 公表된 내용의 진실성에 대한 그의 신념뿐 아니라 지식을 포함하지 않는지 전혀 명확하지 않다.

이처럼 본 법정은 허버트와 같은 명예훼손사건의 原告들이 피고가 주장하는 특권과는 반대로 매우 중요한 이익을 갖고 있다는 점에 대해서는 의심의 여지가 없다.

그럼에도 불구하고 被告는, 기자에게 편집과정에서 나눈 대화를 공개케 하고 또 그가 취재한 기사의 진실성에 대해 판단할 것을 요구하는 것은 편집과정 및 편집상의 決定에 막대한 영향을 미치게 될 것이라는 점을 이유로, 본 법정에 대해 이러한 원고의 중요한 이익을 철회할 것을 추구하고 있다. 그러나 만약 피고의 이러한 주장이, 알고 있거나 또는 부주의하게 공포했을 경우에 저야 할 손해배상의 두려움때문이라면, 그것은 뉴욕 타임즈事件과 그 후의 다른 사건들이 修正憲法 第1條의 保護對象이 되지 않는다. 즉 사실을 왜곡되게 보도하는 것은 헌법상의 보호 가치가 없다(Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S.참고).

어쨌든 사실상 약간의 잘못은 발생하지 않을 수 없다. 그래서 법정은 뉴욕 타임즈사건이나 버츠사건, 그리고 게르츠사건에서 사실과 허위의 구별이 어렵다는 점을 알았기 때문에 부당한 自己檢閱이나 사실보도를 억압하게 될 위험을 덜기 위해 약간의 과실이 있는 사건의 경우에 대해서는 책임부과를 제한했던 것이다. 어쨌든 과실에 의해 타인의 명예를 훼손하는 자는 책임을 지도록 되어 있다. 이러한 책임부과의 목적은 侵害에 대한 補償의 목적뿐만 아니라 個人의 명예를 손상케 하는 글을 公表하지 못하게 하는 데 있다. 허버트와 같은 原告에게 직접적이거나 간접적으로 증거를 제시해서 立證토록 허용하는 것은, 본 법정이 以前에 내린 決定을 통해 뿌리

내린 형평에 부합되는 것이다. 만일 그러한 立證을 통해 잘못된 보도에 대해 손해배상의 책임을 부과하게 된다면 그것은 단지, 명예훼손사건이 의도하는 바이지, 그 이상으로 表現이나 言論의 自由를 박탈하고자 하는 것은 아니다.

물론 편집상의 결정에 대한 조사로 인해 신빙성이 없는 것으로 추측되는 情報뿐만 아니라 진실된 정보마저 억압할 가능성이 발생한다면, 그 문제는 좀 다른 성질의 事實이다. 그러나 지금까지 논의해 온 것처럼 이 事件에서 편집상의 과정을 조사하는 것은 잘못 보도된 것인지를 알고 있었는지를 입증하고자 하는 것이다. 그런데 피고의 주장대로 이러한 요소를 간접적으로 立證하는 방법만이 진실된 公表를 억압하는 것이 아니고, 修正憲法 제1조에 부합되는 것이라면, 어떻게 해서 직접적인 立證方式에 대해 의심하는지 본 법정은 이해할 수 없다. 아마도 그러한 方式을 이용하지 않았으면 지지 않아도 될 부담을 안게 되기 때문일 것이다. 그러나 이런 類의 사건에서의 결정이 不正確한 것일 가능성이 있든지 또 법적으로 보호될 수 있는 情報마저 억압하게 될 가능성이 있다고 속단해서는 안된다. 오히려 반대로 직접적인 질문에 의한 立證方式은, 다른 方式으로는 情況을 통해 판단하는 추리와 같은 행위에 대해 논박할 기회를 제공해 주며, 모든 증거를 제시할 수 있게 됨으로써 좀더 정확한 결과를 획득할 수 있게 될 것이다. 예컨대 어떤 기자가 原告에 대한 상반되는 두 가지의 資料를 가지고 있다고 생각해 보자. 하나는 허위에 의한 명예훼손적인 資料이고, 또 公表된 것도 이 자료라고 해 보자. 그러한 공표가 잘못된 것인지를 알고 있었는지, 혹은 잘못된 것으로 의심하고 있었는지, 그 여부문제를 풀고자 할 때에는 공표담당자에 대한 직접적인 질문방식이 정확한 立證에 기여할 것으로 믿는다는 것은 상식적인 것이다. 만약 특정한 公表가 잘못된 것이기는 하지만 무죄임을 입증해야 할 설명이 필요하다면, 피고는 이러한 배경을 반드시 증명해야만 할 것이다. 왜 原告가 審理前에 조사할 수 있도록 허용해서는 안되는가? 한편으로 만약에 公表者가 사실상 公表內容에 상당한 의심을 했으면서 공표했다면, 關係인에게 질문을 허용한다고 해서 부당한 自己檢閱을 초래하

게 되는 것은 아닐 것이다. 이 경우 오로지 알고 있었거나 또는 부주의하게 행한 공표행위만이 억제될 것이다.

記者나 編輯人간의 구두나 서류상의 대화에 대해 명예훼손사건의 원고가 질문할 수 있게 된다면, 그들간의 솔직한 대화뿐만 아니라 건전한 편집상의 판단마저 위협에 처하게 될 것이라는 주장도 나왔다. 본 법정도 그들간의 협의나 토론 및 편집상의 중요한 결정간에는 직접적인 관계가 있다는 점을 의심치 않는다. 그러나 침해에 대한 책임이 있든 없든간에 언론은 잘못된 情報를 공표하여 받게 될 괴로움을 피하는 데 관심이 있다는 점은 명백하다. 그리고 언론측에서 그러한 목적에 有用한 방법을 생각할 것이라고 기대하는 것도 비합리적인 것은 아닐 것이다. 더구나 알고 있거나 부주의하게 보도했을 경우 책임을 져야 한다면, 솔직한 의견교환과 같은 公表前의 예방책을 강구하는 것이 더 합리적일 것이다. 따라서 본 법정은, 단순히 부주의한 過失에 대해 책임을 져야 하는 경우와 또 명예훼손 소송이 제기되었을 경우, 몇몇 사건에 대해서만 편집과정에 대한 調査가 행해질 것이기 때문에, 誤報를 防止하는 방법도 없어지고 말 것이라고 믿기는 어렵다. 또한 편집과정에서의 대화가 歪曲되기가 쉽고, 그러한 오해로 인해 기자나 편집인은 명예훼손소송에서 잘못된 판결을 피하기 위해서도 질문과 같은 조사절차로부터 면해야 한다는 주장을 믿을 만한 상당한 근거도 없다. 실질적으로는 사실상 허버트측이 현실적 악의를 立證해야만 부담을 안고 있다. 그리고 그렇기 때문에 허버트가 부당한 評決을 받지 않을 기회란 그것뿐인데, 랜도에 대한 질문이 금지되어야 한다는 주장에 수긍할 수 없다.

본 법정은 편집과정에서의 토의나 의견교환이 헌법상으로 임시방편에 의한 조사행위로부터도 保護되지 않는다는 것을 말하는 것은 아니다. 편집과정에 대한 단순히 호기심에 영합하기 위해 또는 公共의 關心과 같은 일반적인 목적에 기여하기 위해 사적이거나 公的인 調査를 하게끔 규정한 法은 없다. 그리고 만약에 그러한 법이 있다면 그것은 헌법적인 측면에서 재검토되지 않을 수 없을 것이다. 어쨌든 현 사건의 경우, 그러한 문제점은 없다고 본다. 명백히 소송사건

에서 특권이 우선될 수 없다. 헌법상으로 보장된 특권일지라도 적절한 상황에서는 포기해야만 한다. 예컨대 대통령도 재판을 위해 소환대상이 된 자료의 공개에 대해서는 어떠한 절대적인 특권을 행사할 수 없다(U.S. v. Nixon, 418 U.S. 683(1974) 참고). 그러한 판례를 통해, 본 법정은 대통령이 그 자신과 보좌관간의 대화를 은폐해야 할 막대한 이해를 가지고 있다 하더라도 증거조사의 필요성 앞에서는 특권을 포기해야 한다.

「그러한 특권이 무엇에 근거를 두었던지 간에 모든 사람이 증거를 제시해야 할 필요성에서 例外事由란 있을 수 없다. 왜냐하면 그러한 특권으로 인해 眞實을 밝히고자 하는 노력이 방해되어서는 안되기 때문이다.」(U.S.v.Nixon, 418 U.S.683(1974)at710.)

이러한 점들을 모두 염두에 둘 때, 본 法廷은 피고가 주장하는 證據上의 特權을 피고에게 부여함으로써 修正憲法 제1조에 대한 해석을 수정할 수는 없다고 주장한다.

언론을 상대로 한 명예훼손소송을 포함한 모든 명예훼손사건은 옛부터 발생해온 현상이긴 하지만, 뉴욕 타임즈事件으로부터 게르츠事件에 이르기까지의 일련의 사건들은 명예훼손사건의 면모를 상당히 변화시켰다는 것은 사실이다. 지난 몇년간 명예훼손사건들에서 원고들이 立證을 통해 제시한 증거가 명백한 판례를 남겼다. 이에 반해 피고측은 진실과 특권을 근거로 항변하였다. 피고측의 意圖나 動機, 惡意는, 특권을 이유로 항변하거나 침해사실을 立證해야 할 경우를 제외하고는 반드시 문제되지 않았다. 현재는 원고에게 상당한 부담이 안겨졌다. 거의 모든 사건에서 原告는 편집과정에 초점을 두고 피고측의 과실에 의한 잘못된 公表行爲를 立證해야만 한다. 결과적으로 현사건의 抗訴人이 惡意를 밝혀내는 방식에 의존한다 해도 놀라운 일이 못된다. 따라서 명예훼손사건에서 소송상의 비용과 기타 다른 부담으로 인해 原告, 被告 모두 한층 더 어려움을 겪게 되었다. 이 같은 法體係上 필요불가결한 책무를 수행해야 한다 하더라도 언론은 이러한 부담을 면할 수 있도록 헌법상의 보호를 받을 필요가 있다는 의견도 제시되었다.

그러나 편집과정에 대한 질문을 금지하는 헌법상의 특권을 인정한다고 해서 언론측의 이 같은 문제점을 치유할 수 있게 되지는 않을 것이다. 오직 명예훼손에 대한 완전한 免責特權을 부여해야만 가능할 것이다. 그런데 본 법정은, 이것은 修正憲法 제1조를 정상적으로 해석한 것으로 볼 수 없다. 더우기 엄청난 소송비용, 이것은 審理前의 調査때문이지만, 명예훼손 및 비방사건에만 해당하는 것은 아니다. 지금까지 부당하고 통제되지 않은 調査活動에 대해 여러 의견이 제시되었고 또 법원은 이러한 의견들을 많이 참작해 왔다. 그러나 민사소송에 적용되는 현재의 原則에 커다란 변화가 있지 않는 한, 실질적이거나 법적으로도 그러한 남용을 방지하고자 하는 地方法院 判事의 권한에 의존할 수 밖에 없다.

본 법정은 證據調査의 原則(deposition discovery rule)은 관대하고 자유롭게 적용되어야 하며 민사소송의 당사자들에게 유리하도록 행사되어야 한다고 여러차례 언명해 왔다. 그러나 민사소송상의 모든 聯邦規則과 마찬가지로 調査規定은 「그러한 규칙은 모든 소송을 정당하고, 신속하고, 재정상 부담이 되지 않는 방향에

서 처리되도록 해석되어야 한다」는 聯邦規則 1조에 근거한 것이다. 결국 調査대상이 될 자료는 관련성을 갖는 것이어야 한다는 연방규칙 제 26조(b)(1)의 요구조건은 엄격하게 적용되어야 하며 地方法院은 민사소송에 관한 聯邦規則 26조(c)항에 나타난 「판사는 특정당사자가 성가심이나 부당한 책임을 안는 것으로부터 보호를 요청할 경우」(민사소송법연방규칙 26조(c)항)에는 地方法院은 證據調査를 제한해야 할 그들의 권한을 간과해서는 안될 것이다. 이러한 권한을 가지고 판사들은 주저하지 말고 調査過程을 적절하게 통제해야만 할 것이다.

어쨌든 헌법상으로 위법적인 문제는 아닐지라도 審理判事가 調査의 原則을 적절하게 적용하느냐 안하느냐의 여부문제는 28 U.S.C.A § 1292(b)에 의해 인정된 문제의 영역에 속하지 않으므로 본 법정이 다룰 문제도 아니다. 本件에 대한 抗訴法院의 판결을 파기한다.

버거판사(Burger C.J.), 블랙먼판사(Blackmun J.), 포우웰판사(Powell J.), 렌퀴스트판사(Rehnquist J.) 및 스티븐스판사(Stevens J.)는 법정의 다수의견에 同意하였다. □

뉴욕 타임즈 원칙을 적용하기 위한 公的 人物 요건을 좁게 인정한 事例

Ilya Wolston v. Reader's Digest Association Inc., et al.
연방대법원에서 사건파기 명령

判決意義

일찌기 미국 대법원은 New York Times Co. v. Sullivan 사건에서 공무원(public official)은 상대방의 現實的 惡意를 입증하지 못하는 한 명예훼손으로 인한 손해배상을 받을 수 없다는 원

칙을 세웠다. 그후 대법원은 공무원의 범위를 점차 확장하여 널리 公的 人物에까지 이러한 원칙을 적용하였다. 여기에 소개하는 Reader's Digest 사건은 이러한 公的 人物의 범위의 무제한한 확장에 반대하고 일정한 제한을 가하려는 판결 중의 하나로서 그 의의가 있다.

事實概要

소련간첩에 대한 1957년 및 1958년간의 大陪審(grand jury)의 조사결과, 신청인의 이모 내외가 간첩혐의로 구속되었고, 유죄가 인정되었다. 그후 신청인도 대배심의 증인소환을 받고 수차례 워싱턴에서 뉴욕으로 갔다. 신청인은 정신상태를 이유로 증인소환을 하지 않도록 요구한 자신의 신청이 받아들여지지 않자 증인 소환영장(subpoena)에 한번 응하지 않았다. 이에 판사는 그에게 법정모욕죄로 처벌받지 않아야 되는 이유를 밝히려는 理由開陳命令(order to show cause)을 했다. 신청인은 곧바로 법원에 출두하여 증언을 하겠다고 제의하였으나 거부되었고, 그후 법정모욕죄의 혐의가 인정되었다. 신청인은 선고유예판결을 받았다. 이러한 사건들에 대한 수많은 기사가 워싱턴과 뉴욕의 신문에 보도되었지만, 그후 잠잠해졌고, 판결 이후 신청인은 종전의 사생활로 되돌아가는 데 대체로 성공하였다.

그런데 1974년 피신청인 Reader's Digest社는 피신청인 Barron이 쓴 「KGB」라는 책을 발간하였는데, 그 책은 제2차세계대전 이후 소련의 간첩망과 그 활동연혁을 묘사한 것이었다. 그후 다른 피신청인 회사들이 다시 이를 발견하였다. 그 책의 한 구절에서 신청인은 「확인된 미국 내의 소련 간첩」이며 「간첩혐의로 공소가 제기된 후 법정모욕죄로...유죄확정」이라고 인용되었고, 부록에서는 신청인을 「미국 내 소련간첩」이라고 명단에 나열하였다. 신청인은 위 문구들이 허위사실에 의한 명예훼손이라고 주장하면서 피신청인들을 상대로 소를 제기하였다.

지방법원은 피신청인의 약식재판신청(motion for summary judgment)을 인용하면서, 신청인은 대배심의 증인소환에 불응하고 스스로 법정모욕죄로 처벌당함으로써 관심과 논평을 초래한 명백히 공공연한 성질의 논쟁에 개입하였고, 그럼으로써 그와 간첩조직과의 관계에 관하여 알고자 하는 대중의 관심을 유발하였기 때문에 公的人物이라 할 수 있고, 따라서 修正憲法 제1조 때문에 신청인은 피신청인의 현실적 악의를 입증하지 못하는 한 손해배상을 받을 수 없으며, 현실적 악의의 존재를 인정할 만한 증거가 제출

된 바 없다고 판시하였다. 항소법원도 이를 유지하였으나 연방대법원에서는 파기하였다.

判決要旨

신청인은 명예훼손사건에 있어서의 공적 인물이 아니기 때문에 피신청인으로부터 손해배상을 받기 위하여 수정헌법 제1조에 의한 New York Times사건의 현실적 악의 요건을 충족할 필요가 없다.

(1) 피신청인의 주장과 하급심의 인정과는 반대로, 신청인은 문제된 쟁점의 해결에 영향을 가할 목적으로 특정한 공공논쟁의 최전방에 스스로 나선 공적 인물이라 할 수 없다. 신청인이 공공의 관심을 끌고 법정모욕재판을 받을 것을 알면서 대배심의 증인소환에 임의로 불응하였다거나 또는 그의 행동이 언론의 관심을 끌었다는 것만으로는 그가 공적 인물이 된다 할 수 없다. 그의 소환불응은 공공의 관심을 끌고 대중에 영향을 가하기 위한 계획적 행동이라기보다는 단순히 그의 나쁜 건강때문이었다는 것으로 보인다. 그의 소환불응이 공공의 관심사에 대해 어떤 영향을 끼치려 했던 것이라거나 또 실제로 영향을 끼쳤다고 볼 증거가 없다.

(2) 범죄자의 유죄확정에 관련된 제한된 범위의 사항에 대한 논평에 있어서 그 범죄자는 당연히 공적 인물로 된다 할 수 없다. 이와 반대의 견해는 유죄확정자에 대하여 누구나 마구잡이로 명예훼손을 해도 좋다고 허용하는 것이나 마찬가지로 가다.

判決文

렌퀴스트(Rehnquist)대법원판사가 법원의 견해를 밝혔다.

1974년 피신청인 Reader's Digest社는 피신청인 존 바론(John Barron)이 쓴 「소련정보기관(KGB)의 비밀공작」이라는 책을 발간하였다(그후 뱀탐서적등 피신청인이 된 수개의 출판사가 리더스 다이제스트사와의 계약에 따라 이를 전재 출판하였다). 그 책은 제2차세계대전 이후의 소련 간첩망과 그 활동연혁에 관해 묘사하고 있다. 그 책자는 캐나다와 호주의 왕실위원

회와 영국 및 미국에 있어서의 공식 조사에 의하여 밝혀진 자료를 인용하면서 신청인 일리아 월스톤(Ilya Wolston)에 대하여 다음과 같이 서술하고 있다. 「미국 내의 소련간첩으로 밝혀진 사람들 중에는 엘리자베트 벤틀리, 에드워드 조셉 피체랄드, 윌리엄 루드윅 얼만, 윌리엄 월터 레밍턴, 프랭클린 빅터 리노, 주디스 코플론, 해리 골드, 데이빗 그린들래스, 줄리우스와 에텔 로젠버그, 모튼 소벨, 윌리엄 펄, 알프레트 딘 슬랙, 잭 소벨, 일리아 월스톤, 알프레트, 마사스턴 등이 있다」또한 위 「KGB」의 부록에는 신청인을 다음과 같이 표현하고 있다. 「월스톤, 일리아, 미국 내의 소련간첩」.

신청인은 「KGB」라는 책자 중 자신이 간첩혐의로 기소된 바 있고 또한 소련의 간첩이었다고 서술하는 부분은 허위로써 명예훼손에 해당한다고 주장하면서 워싱턴의 연방지방법원(Federal District Court)에 위 「KGB」의 저자 및 발행인들을 상대로 소를 제기하였다. 지방법원은 피신청인의 신청을 받아들여 약식재판(청구자체가 이유없다고 하여 더 이상의 심리를 않고 기각하는 것-譯者註)을 하였다. 지방법원의 판결이유는, 신청인은 公的人物이기 때문에 修正憲法 제1조에 따라 피신청인들이 현실적 악의를 가지고 위 책자를 발행하였음을 입증하지 못하는 한 손해배상을 받을 수 없으며 여기서 말하는 「현실적 악의」란 허위인 점에 대한 인식 또는 허위여부에 대한 무분별한 무시라는 것이다(New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 254, 84 S.Ct.710, 11L.Ed.2d 686, 1964). 지방법원은 위에 인용된 KGB부분이 신청인이 간첩혐의로 기소되었다고 허위로 서술하고 있는 점은 인정하지만, 피신청인에게 현실적 악의가 있었음을 인정할 수 있는 증거가 전혀 없다고 판시하였다. 워싱턴의 연방고등법원(The Court of Appeals)도 이 결론을 유지하였다(188 U.S. App.D.C.185, 578 F.2d 427, 1978).

우리는 상고허가신청(certiorari)을 인용한 바 있고, 이제 원심판결을 파기한다. 우리의 결론은 신청인이 명예훼손사건에 있어서의 公的人物에 해당한다는 지방법원과 고등법원의 결론이 부당하다는 것이다. 그러므로 신청인이 피신청인으로부터 손해배상을 받기 위해서는 修正憲法

제1조가 요구하는 New York Times Co. v. Sullivan사건의 현실적 악의 요건을 입증할 필요가 없다.

1957년 및 1958년간 뉴욕에 있는 聯邦大陪審(federal grand jury)은 미국 내의 소련간첩들의 활동에 대한 대대적 조사를 시행했다. 조사결과 신청인의 이모 내외, 즉 미라(Myra)와 잭 소블(Jack Soble) 부부가 1957년 1월 간첩혐의로 구속되었다. 소블 부부는 간첩혐의에 대하여 유죄가 인정되었고, 그후 大陪審의 조사가 소련간첩망의 다른 조직원에게 초점이 맞춰짐에 따라 더 많은 구속, 유죄판결, 유죄인정 등이 뒤따랐다. 소블 부부가 구속되던 날 신청인은 워싱턴에 있는 자택에서 FBI요원에 의해 조사를 받았다. 신청인은 그후 수개월 동안 워싱턴과 뉴욕에서 수차례 더 조사를 받았으며, 대배심의 증인소환에 따라 여러번 뉴욕으로 갔다.

그러나 신청인은 1958년 7월 1일 법원에 출두하라는 대배심의 증인소환에 불응했다. 그전에 신청인은 자신의 정신적 압박을 이유로 조사를 받으려 뉴욕에까지 가지 않아도 되도록 해달라고 탄원한 바 있다. 연방지방법원판사는 7월 14일 신청인에게 그가 형사적 법정모욕(criminal contempt of court)으로 인한 처벌을 받지 않아도 되는 이유를 밝히려는 理由開陳命令을 발했다(법원의 일정한 명령에 불응하면 법정모욕죄를 구성한다. 그러나 법정모욕으로 처벌하기 위한 전단계로서 판사가 피고에게 명령에 불응한 이유를 밝히려는 명령을 한다. 이 명령을 理由開陳命令<order to show cause>라고 한다. 그 이유가 정당한 경우에 법정모욕죄의 처벌을 면제한다.-譯者註). 이러한 사건들은 곧 언론의 관심을 끌었고, 뉴욕과 워싱턴에서는 7월 15일과 16일만에만 신청인이 대배심의 증인소환에 불응하였다는 것에 초점을 맞춘 기사가 적어도 7개 이상 보도되었다.

신청인은 理由開陳命令書上의 소환일자에 법원으로 출두하여, 대배심에서 증언을 하겠다고 제의하였으나 거부되었다. 법정모욕죄에 대한 재판이 시작되었다. 당시 임심중이었던 신청인의 처가 증인소환장상의 출두일자 당시 신청인의 정신상태에 관하여 증언하도록 소환되었는데, 그녀가 증언대에서 신경질적 반응을 보이자

신청인의 법정모욕혐의에 대하여 유죄가 인정되었다. 그는 소련의 간첩망에 관한 대배심의 조사에 협조할 것을 조건으로 1년간의 선고유예판결을 받고 3년간의 보호관찰(probation)에 처해졌다. 신문들은 법정모욕죄 재판절차와 신청인의 유죄인정 및 그 재판결과 등을 자세히 보도했다. 신청인이 대배심에 출두하지 않은 날로부터 판결을 받은 날까지의 6주간 뉴욕과 워싱턴에서 전부 합쳐 15개의 신문기사가 이 사건들을 언급하거나 토론했다. 그러나 이러한 보도의 돌풍은 신청인에 대한 판결 이후 잠잠해졌고, 그 후 신청인은 대체적으로 그가 대배심의 소환영장을 받기 전 상태의 사생활로 돌아가는데 성공했다. 신청인이 간첩혐의로 기소된 적은 결코 없었다.

New York Times Co. v. Sullivan 사건에 있어서 법원은, 공무원은 수정헌법 제1조와 제14조 때문에 그의 공적 활동에 관한 명예훼손적 허위사실에 관하여 그 서술이 現實的 惡意로 이루어졌음을 입증하지 못하는 한 손해배상을 받을 수 없다고 판시하고, 그 現實的 惡意라는 개념을 정의한 바 있다(376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710, 11 L.Ed.2d 686, 1964). 3년후 법원은 New York Times 사건의 원칙을 公的 人物에까지 확장했다(Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130, 87 S.Ct. 1975, 18 L.Ed. 2d 1094). 그러나 Gertz v. Robert Welch, Inc. 사건(418 U.S. 323, 94 S.Ct. 2997, 41 L.Ed.2d 789)에서 우리는 위 원칙에 의한 보호를 일반 개인(private individual)이 제기한 명예훼손소송에까지 확장하는 것을 거부하였다. Gertz 사건에서 우리는 New York Times 사건의 원칙을 公的 人物에게까지 확대적용할 수 있는 논리적 근거는 두가지가 있다고 설명하였다. 첫째로 우리는 公的 人物들은 효과적인 自救策을 강구할 능력이 있기 때문에 일반인보다 명예훼손적 진술에 의하여 손해를 입을 우려가 덜하다고 인정하였다. '그들은 대개 효과적인 의사소통 채널에의 접근기회를 일반인보다 훨씬 더 많이 가지고 있으며, 이는 그들로 하여금 토론을 통하여 명예훼손적 진술의 허위성과 오류를 밝히고, 이를 반박할 수 있게 한다. 둘째로 더 중요한 것은 公的 人物들은 공무원과 같이 명예훼손적 허위사

실로 인하여 더 많은 손해를 받을 수 있는 위험에 스스로 자신들을 노출시켰기 때문에 일반인보다 보호가치가 적다는 규범적 배려이다. 우리는 수정헌법 제1조의 적용에 있어서 어떤 인물이 公的 人物로 될 수 있는 두가지 경우를 밝혔다.

「이러한 지위를 취득하게 되는 사람들은 대부분 사회적 사건에 있어서 특별히 현저한 역할(role of especial prominence in the affairs of society)을 떠맡았다. 어떤 사람들은 상당한 설득력있는 권력과 영향력있는 지위에 있기 때문에 모든 경우에 公的 人物로 간주된다. 그러나 公的 人物로 분류되는 사람들은 문제된 쟁점의 해결에 영향을 가하려고 특정한 공공논쟁(public controversies)의 최전방에 스스로 나선 사람들인 경우가 더 일반적이다」(Time, Inc. v. Firestone, 42 U.S. 448, 96 S.Ct. 958, L.Ed. 2d 154, 1976)

피신청인이나 하급법원들은 신청인이 모든 경우에 있어서 公的 人物로 간주될 정도의 설득력 있는 권력과 영향력을 가진 지위에 있다고 하지는 않았다. 신청인은 대배심의 소환을 받기 전까지는 철저한 사생활을 영위하였고, 판결선고를 받은 뒤에도 비교적 알려지지 않은 지위로 되돌아갔다. 법정모욕으로 인한 재판의 결과, 또는 소련간첩망에 대한 조사에의 관련으로 인하여 그가 일반적 명성이나 악명을 얻고, 사회적 사건에 있어서 특별히 현저한 역할을 떠맡은 바는 없다.

피신청인들의 주장과 하급법원들 판결원들의 판결이유는 그 대신 신청인이 공적 인물의 두번째 범주-문제된 쟁점의 해결에 영향을 가하려고 특정한 공공분쟁의 최전방에 스스로 나선 사람들에게 해당하고, 따라서 신청인은 1940년대 및 1950년대의 소련간첩망과의 관련 또는 개입에 대한 제한적 범위에 대한 논평에 있어서 공적 인물이 된다는 것이다. 하급법원들은 모두 신청인의 대배심에 출두불응 및 신청인에 대한 법정모욕재판이 공적 인물 여부를 판단하는 데에 결정적이라고 인정하였다. 지방법원은 신청인이 대배심에 출두하지 않고 스스로 법정모욕죄로 소환당함으로써, 관심과 논평을 초래하고, 그의 간첩망과의 관계를 알고자 하는 대중의 흥미를

자아내기에 충분한 명백히 공공연한 성질의 논쟁(controversy of a decidedly public nature)에 개입하게 되었다고 결론지었다. 이와 비슷하게 항소법원도 신청인이 대배심에 불응함으로써 「신청인은 소련간첩망의 조사에 관한 세상의 이목이 집중된 한가운데에 스스로 발걸음을 내디뎠고, 결국 자신의 자발적 행동에 의하여 간첩망 조사에 관련한 대중의 의문점에 대한 관심과 논평을 자초하였다」고 판시하였다.

우리는 신청인이 그러한 제한적 목적을 위한 공적 인물로 분류될 수 있다는 피신청인과 하급법원들의 견해에 찬성하지 않는다. 첫째로, 다툼이 없는 사실만 보더라도 미국 내의 소련의 간첩행위에 관한 공공의 논쟁에 신청인이 「자발적으로 나섰다」(voluntarily thrust' or injected himself)는 지방법원과 항소법원의 결론은 정당화될 수 없다. 신청인은 그 논쟁에 타의적으로 끌려들어갔다고 하는 것이 더 정확한 것이다. 정부가 그 조사과정에서 그를 추적했다. 신청인은 대배심에 불응했고, 이는 그에 따른 법정모욕 재판과 더불어 언론의 관심을 끌었다. 그러나 신청인은 그의 행동이 세상의 이목을 끌 것이라는 것을 알면서도 스스로 대배심에 출두하지 않았다는 단순한 사실만으로써 공적 인물이 되었다고 할 수는 없다. Gertz 사건에 있어서 우리는 변호사가 집중적인 언론의 관심을 끌 것이 분명한 사건을 자발적으로 수임하더라도 공적 인물이라고 할 수는 없다고 판시한 바 있다. 우리는 명예훼손의 원인이 된 특정한 사건에 개인이 개입한 행위의 성질과 정도에 중점을 두어야 한다고 강조하였다. Gertz 사건에 있어서 변호사는 형사소추에 참여하거나 언론과 그 소송에 관하여 토론한 바 없고, 오직 의뢰인 개인을 위한 변호를 하였을 뿐이었다. 이와 비슷하게, 신청인은 이 사건을 언론과 토론한 바 없고, 법정모욕죄혐의에 대한 자신의 방어에 필요한 정도에서만 이에 기입했을 뿐이다. 소련간첩망 조사와 관련하여 설령 어떤 공공의 논쟁이 있었다 하더라도 신청인이 사소한 역할 밖에 하지 않았음은 명백하다. 우리는 단순히 법정모욕죄로 소환되었다는 것만으로 그가 소련간첩망 조사에 대한 논평을 위한 목적 안에서 공적 인물이 되었다고 하는 견해를 채택하지 않는다.

신청인의 대배심에의 출두불응이 「뉴스거리」(newsworthy)였음은 분명하지만 이러한 사건들이 언론의 관심을 끌었다는 단순한 사실만으로써는 공적 인물 여부의 쟁점에 관하여 결론을 낼 수는 없다. 일반 개인이 대중의 관심을 끄는 사건에 개입되거나 관련되었다 하여 그것만으로 자동적으로 공적 인물로 되는 것은 아니다. 그러한 이론을 받아들이는 것은, 사실상, 공공의 관심사항에 관한 것이라면 New York Times 사건의 원칙이 일반 개인에 대한 허위사실에 의한 명예훼손에 대하여도 확대적용되어야 한다는 Rosenbloom v. Metro Media, Inc. 사건(403 U.S. 29, 91S.Ct. 1811, 29 L.Ed.2d. 296, 1971, 「언론중재」 통권 11호 133면 참조)의 의견을 재검토하는 것이 된다. 그러나 우리는 Gertz 사건과 Firestone 사건에서 그러한 논리를 파기한 바 있지만, 여기서 이를 다시 거부한다. 명예훼손 사건의 피고가 New York Times 사건의 엄격한 원칙을 적용받기 위해서는 단순히 뉴스거리감이 있다는 것(newsworthiness) 이상을 입증하여야 한다.

우리는 또한 신청인이 특정한 문제의 해결에 영향을 가할 목적으로 대중의 관심을 끌었다고도 생각하지 않는다. 신청인은 공공문제의 해결에 있어 특별히 현저한 역할을 한 바 없다. 그가 대배심에 불응한 것을 일반의 논평을 초래하거나 또는 일정한 쟁점에 관하여 일반 대중에게 영향을 가할 목적으로 관심을 끌기 위하여 한 계산된 행동으로는 결코 볼 수 없다. 그가 자신에게 유리하고 조사에 불리한 대중의 감정을 유발하려고 한 적은 전혀 없다. 그러므로 이 사건은 법정모욕재판을 조사나 기소과정에 있어서 사용된 방법에 관한 공공연한 논쟁을 유발하기 위한 지렛대로 이용하기 위하여 피고가 법정모욕재판을 자초하는 경우가 아니다. 오히려 신청인이 대배심에 출두하지 않은 것은 그의 나쁜 건강 때문이었던 것으로 보인다. 그 후 그는 곧바로 증언을 하겠다고 제의했고, 그 제의가 거절된 다음 처벌받았다. 신청인이 출두에 불응한 것이 공공연한 관심사항에 대하여 영향을 가하려고 한 것이었거나 또는 실제로 영향을 가하였다는 증거가 없다. 요컨대 우리는 신청인이 자기 이름의 보호에 관한 이익을 조금이라도 포기

하였다고 결론지을 수 있는 어떠한 근거도 찾아 볼 수 없다.

이러한 논리는 우리로 하여금 피신청인들이 더 나아가 주장하는 바와 같은 범죄를 저지르는 자는 그의 유죄판결에 관한 제한된 범위의 쟁점에 대한 논평에 있어서 자동적으로 공적 인물이 된다는 이론을 거부하게 한다. 우리는 Times, Inc. v. Firestone 사건에서 비슷한 주장을 채택하기를 거부했다. 그 사건에서 우리는 다음과 같이 판시했다.

「어떤 소송당사자들은 일반적으로 또는 그 소송을 위한 제한된 목적 내에서 '공적 인물'일 수도 있지만, 대부분은 피신청인과 같이 그들이 얻을 수 있는 유일한 구제방법을 취득하기 위하여, 또는 국가나 타인에 의해 제기된 소송에서 자신을 방어하기 위하여 그들 의사에 반하여 법정에서 끌려들어온 사람들이다. 이러한 개인들이 법정에서 끌려들어 왔다는 이유만으로 그렇지 않았더라면 명예훼손법리에 의하여 그들에게 부여될 보호를 실질적으로 상실해야 할 이유는 거의 없다. 사법절차에 대한 정확한 보도에 대한 공공의 이익은 Cox Broadcasting Co. v. Cohn 사건(420 U.S. 469, 95 S.Ct. 1029, 43 L.Ed. 2d. 328)에 의하여 실질적으로 보장되고 있다. 수정헌법 제1조의 보호를 받을 가치가 없는 부정확하고 명예훼손적 보도에 관하여 우리는 Gertz 사건이 일정한 형태의 과실을 요구함으로써 헌법상 보장된 언론의 이익을 위한 적절한 안전판을 마련하고, 실수에 대하여 관용할 수 있는 한계를 제공한다.」

우리는 이러한 견해가 정당하다고 보며 이에

따라 이 사건의 결론이 내려져야 한다고 생각한다. 이와 반대로 결론을 내린다면 유죄판결 받은 사람들에게 대하여는 누구나 멋대로 명예를 훼손할 수 있는 「마구잡이 철」(open season)을 열어놓는 것이나 마찬가지일 것이다.

그러므로 항소법원의 판결을 파기한다. □

마샬(Marshall)대법원판사가 동조한 블랙먼(Blackmun)대법원판사의 보충의견.

나는 이 사건의 해결에 있어서 신청인이 공적 인물이 아니라는 데 찬성한다. 법원은 공적 인물이 되기 위하여서는 「문제된 쟁점의 해결에 영향을 가할 목적으로」 논쟁에 나서야 할 것이 필요한데, 신청인은 이 사건에서 그와 같은 자발적인 행동을 한 바 없다는 이유에 의해 위 결론을 내리고 있다. 환언하면 법원은 어떤 사람이 특정 견해를 선전하기 위하여 문자 그대로 또는 비유적으로 「연단에 오를」 때에만 제한된 범위의 공적 인물이 된다고 판시하고 있는 것으로 보인다.

나는 우리 앞에 놓인 사실들에 대하여 그렇게 제한적인 공적 인물에 관한 정의를 내릴 필요가 없다고 생각한다. 더구나, 실사 신청인이 1958년 간첩사건에 관련되었을 당시 공적 인물로서의 지위를 가지게 되었다 하더라도, 1974년 피신청인이 「KGB」를 출간하였을 때는 이미 그는 그 지위를 상실하였다. 나는 그 사이의 16년이라는 시간의 경과가 신청인이 원래 공적 인물로서의 지위를 취득하였는가 하는 점을 살펴볼 필요없이 만든다는 점에서 위 결론에만 동조한다. □

□ 日本判例

起訴事實의 一部有罪인 事件을 全部有罪인 것처럼 報道

神戸地方裁判所 昭和 25년 3월 28일 判決
(昭和 23년(7) 第33号 損害賠償請求事件)

事實概要

昭和 23년 6월 4일자로 발행된 朝日新聞이 神戸版에 『住友孝의 명의로 위조한 詐欺女에게 집행유예』라는 제목으로 다음과 같은 기사가 게재되었다.

「住友家當主 吉左衛門氏의 누이인 孝氏의 이름을 이용하고 筆跡을 흉내내어 昭和 15년 12월부터 同 19년 5월 사이에 孝氏 명의로 수표를 발행하여 22회에 걸쳐 1백2십1만5천円을 詐欺한 것을 비롯하여 額面 1천2십5만円의 약속어음 등을 위조한 葺合區 籠池通 四丁目 E(48세)는 懲役 2년의 求刑을 받았으나, 住友孝氏가 事後에 승락했음이 고려되어 3일 神戸地方裁判所 福島裁判長으로부터 懲役 8월 집행유예 2년의 判決을 선고받았다.

原告는 刑事判決에 의하면 그 起訴事實의 대부분인 手票偽造件에 대하여는 無罪가 되고, 극히 일부분에 지나지 않는 金錢委託證書에 관하여서만 有罪가 宣告되었음에도 불구하고, 前記기사의 내용은 그와 달리 無罪로 인정된 사실이 마치 有罪로 인정되었으며, 다만 孝氏가 事後에 승락해주었기 때문에 刑의 집행이 유예된 것처럼 보이게 하였다 라고 주장하여 1백만円의 支給과 謝罪廣告의 게재를 請求하였다.

이에 대하여 被告는 다음과 같이 답변하였다.

(1) 本件記事에 의하여 原告의 名譽가 毀損되지 않았다. 생각컨대, 原告는 昭和 19년 葺合警

察署에 出席 自首하므로써 스스로 자기의 명예를 훼손토록 하였으며, 이 때문에 그후 未決拘禁된 것이 1년 1개월에 이르렀으며, 또한 이 사건은 自首 당시는 물론 豫審綜合決定 당시 多數의 신문에 게재되어 이웃친지등에게는 물론 세상에도 주지의 사실로 되어 있었을 뿐 아니라, 原告는 제1심에서도 全部 깨끗이 무죄로 되었던 것은 아니므로, 原告가 주장하는 바와 같이 높은 명예를 가진 것이라고는 할 수 없고, 따라서 本件記事의 게재에 의하여 그의 名譽가 毀損된 것이라고는 말할 수 없다.

(2) 被告의 被用者에게는 고의 또는 과실이 없다. 被告會社는 多年間 기사의 정확을 課題로 하여 사회로부터 신용을 얻어 왔는 바, 그 被用者인 記者, 編輯者는 아무런 원한도 없는 原告의 명예를 훼손하려고 하는 목적 내지 희망은 물론 그와 같은 인식을 갖고 보도할 터이 없으며, 「저널리스트에게는 24시간 이전의 일은 古代史에 속한다」라고 일컬어지는 것처럼 日刊新聞의 보도는 우선 첫째로 신속이 요구되는 것이므로, 기사를 실을 때 그 기사에 관하여 완벽하게 조사한다는 것은 거의 불가능하고, 日刊新聞의 製作者에게 요구되는 「正確」에 관한 注意義務의 한도는 동시에 사회가 요구하는 「迅速」이라는 절대적인 條件下에서 이해되지 않으면 아니되며, 또한 新聞用紙의 부족에 의하여 二面新聞을 발행하는 현재의 日刊新聞은 간격·압축을 위하여 자수를 줄이려고 修飾詞, 接續詞 등을 생략할 필요가 있다. 보도의 신속과 기사의 간격을 至

上命令으로 하는 新聞記事에 있어서 被告의 記者 및 編輯關係人은 本件記事에 관하여 가능한 한도의 주의를 다하여 정확을 기한 것으로서 어떠한 注意義務의 懈怠도 없다.

判決要旨

1. 新聞記事와 起訴事實 중 일부분에 관해서만 有罪가 宣言된 사실을 비교하면, 「위 기사는 裁判所に 의하여 無罪로 인정된 사실을 마치 有罪로 인정된 것처럼 보도한 것, 바꿔 말하면 原告가 孝 명의의 어음·수표 등을 위조하여 數十회에 걸쳐 1천만圓이 넘는 거액을 詐取하였다는 사실이 裁判所に 의하여 인정된 것처럼 보이게 한 것은 의문의 여지가 없는 바이다. 이와 같은 것은, 起訴事實로부터 보면 지극히 유리한 判決의 宣告를 받은 原告로서는 참기 어려운 것일 것임은 짐작하기 어렵지 아니할 것이므로, 原告는 위 기사에 의하여 그 명예가 훼손된 것이라고 해석함이 相當하다.」

2. 「被告의 被用者인 記者 T는 判決宣告後 退廷하는 裁判長으로부터 복도에서 판결의 결과를 들어 無罪로 된 부분이 있음을 알고서도 漫然히 그 점을 확인하지 아니하고, 위 기사를 原稿로 作成하고 이어서 같은 被用者인 編輯次長은 被告의 大阪本社에서 위 原稿에 기한 기사에 제목을 붙여 이를 前記 神戸版에 게재한 것...이므로 위 기사의 게재에 관하여 被告의 被用者에게 과실이 있었음을 推斷함이 相當하다.

다만 被告는 보도의 신속과 기사의 간결을 至上命令으로 하는 日刊新聞에 있어서는 前記와 같은 過誤는 부득이하다는 취지로 주장하는 바, 신속과 간결이 日刊新聞으로서의 기사의 가치를 높이고 紙面の 制約에 대처하는 중요한 요청임은 물론이지만, 이는 신문의 생명이라고 할 수 있는 「眞實」이라는 絶對的 條件에 讓步하여야 할 것일 뿐만 아니라, 本件에 있어서는 사소한 주의라도 기울이게 되면, 진실을 추구함에 있어서 신속과 간결의 요청에 희생시켜야 되기 때문에 이를 이를 수 없었다고 한 것은 인정할 수 없으므로 이 점에 관한 被告의 所論은 採用할 수 없다.

그렇다면 被告는 使用者로서 그 被用者가 原

告에 대하여 名譽를 毀損하여 加한 損害를 賠償할 책임이 있음은 당연하다.」(5만圓의 支給을 命한다).

解 說

1. 이것은 裁判所に 있어서의 判決後의 보도에 관한 誤報事件이다. 日刊新聞의 「迅速性」과 「正確性」이라는 두 개의, 때로는 相反되는 요청 중 後者에 중점을 둔 判決이다. 裁判의 과정에 있어서의 보도로서 名譽毀損이 成立한 것으로는 그 밖에도 千葉地裁 昭和 36년 5월 17일 判決(下級民集 12卷 5號 1156面)이 있다. 裁判報道가 증가하고 있음에도 불구하고, 그것에 관련한 名譽毀損事件은 지금까지는 비교적 적다.

2. <判決要旨>의 1에서는 名譽毀損의 成立을 인정하고 있으나, 이는 本件의 原告와 같이 自首하고, 未決拘禁을 당하고, 또한 豫審終結決定時 多數의 新聞에 보도된 被告人(이미 社會的 評價가 低下되어 있다)에게도 本件記事와 같은 誤報가 있는 경우에는 훼손될 명예가 있음을 의미하고 있다. 이 점에 관하여 裁判所는 다음과 같이 判示하고 있다. 「原告에 대한 刑事罰次는 原告의 自首」에서 비롯되고 「原告가 위 사건 때문에 未決拘禁을 1년 1개월 이상을 당하고, 또한 위 사건은 豫審終結決定時 이미 다수의 新聞에 보도되었음이 명백하고 다시 事件 全部가 無罪로 된 것은 아니고 그 일부는 유죄로 인정되어 刑의 宣告를 받은 것은 앞에서 인정한 바와 같으므로, 당시 原告는 그 명예가 훼손되었다 하여도 이미 침해되어야 할 명예가 전혀 없었다고 해석할 수 없다. 또한 自首 그 자체에 의하여 그 申請事實이 바로 公權的으로 확정되는 것이 아님은 물론 原告가 嫌疑를 받고 있음이 상당히 주지되고 있다 하여도, 그리고 一部가 有罪의 인정을 받고 있다 하여도 그밖의 사항이 사실에 반하여 裁判所に 의하여 有罪로 인정되었음이 보도된다면 점점 그 名譽는 毀損되는 結果가 되기 때문이다」 이것은 犯罪容疑者 被告人등에 관한 기사를 게재함에 있어서 주의하지 아니하면 아니될 중요한 지적이다.

3. <判決要旨>의 2에 나타난 바와 같이 裁判所는, 被告의 被用者인 記者는 「判決宣告後 退

廷한 裁判長으로부터 복도에서 판결의 결과를 들어 無罪로 된 사실이 있음을 알고서도 漫然히 그 점을 확인하지 아니한 채」 기사를 작성한 것으로부터 記者 및 編輯次長에게 과실이 있었음을 推斷하고 있다. 위 記者의 取材方法에는 비판받을 만한 점이 포함되어 있다 할 것이다. 예를 들면 「一部有罪인 것을 全部有罪라고 잘못 보도하면, 이는 新聞記者로서는 변명의 여지가 없는 怠慢行爲이다. 裁判長으로부터 사실을 듣고서도 漫然히 이를 흘러 넘기면 記者로서의 자격이 의심스럽다. 이는 取材의 基礎에 관한 문제이다.」(新聞研究 233號, 1970년 12월, 80面)라고 비판된다. 이 경우에는 사실이라고 믿음에 대하여 相當한 理由가 있었다는 相當性의 基準도 適用되지 않을 것이다. 오늘날 新聞社는 裁判報道에 대하여 상당한 관심을 보이고 있다. 그 때문에 司法記者의 數도 戰前 및 終戰直後에 비하면 많아졌다(新聞研究 233號 74面 以上 參照). 그러나 이 기사는 昭和 23년의, 그것도 神戸地局의 取材에 의한 裁判報道이다. 그 당시는 裁判報道에 관하여 충분히 배려되지 않았을 것이라고 생각된다. 오늘날이라면 이와 같은 과실은 생기지 않았을 지도 모른다.

4. 그러나 取材方法에 있어서 아무리 注意를 기울여도 기사 자체에 誤報가 있으면, 책임을 지지 않으면 아니된다는 것은 당연하다. 한데 어떻게 하면 誤報가 아니라고 말할 수 있을까?

그것은 말할 것도 없이 이 判決에서 인정된 바의 사실을 記述하는 것이다. 그러나 그것이 불가능한 경우에는 어떻게 할 것인가? 기사의 첫부분부터 「...약속어음등을 위조한」까지는 原告에 대한 修飾語이다. 이 부분에 관하여는 「위조한 嫌疑로 起訴된」이라고 덧붙여 쓰면 正確性은 어느 정도 강화될 것이다(이 점은 被告 會社가 주장하는 바임). 그러나 爭點은 一部 有罪에 지나지 않았던 것을 全部 有罪인 것처럼 표현한 것에 있다. 이 점에 관하여는, 「起訴事實의 一部에 대하여」라는 趣旨를 「懲役 8월(執行猶豫 2년)의 判決宣告가 있었다」의 앞에 挿入하였다면 誤報는 없었을 것이다. 前述과 같은 取材態度로서는 이와 같은 挿入句도 끼어 넣을 수도 없을지 모르지만 取材態度를 考慮 밖에 둔다면 실로 조그만 표현의 차이가 名譽毀損의 成否를 決定한다고 말할 수 있다.

일반적으로 말하여, 「被告의 修飾語에 起訴事實을 끌어 붙이는 것이 신문이 범하기 쉬운 弊害이다. 지금도 裁判記事의 조그만 보도에는 <—에 懲役 0년이 宣告되었다—의 嫌疑로 起訴된 者>등이라는 判決記事가 발견된다. 특히 地方版에 있어서 그러한 예가 많다. 이렇게 하면 起訴事實 중 一部라도 無罪가 있다면 誤報의 結果를 부른다」(新聞研究 233號 80面)라는 지적에 주의하여 留意할 필요가 있을 것이다.

(堀部政男：一橋大學 助教授)

淫亂의 概念

—「선데이娛樂」事件—

最高裁 昭和 26년 5월 10일 第1小法廷判決
〔昭和 26년(㉔) 第 172号 猥褻文書販賣被告事件〕

事實概要

被告는 격주간신문인 선데이娛樂의 編輯發行인인 바, (1)『好色한 이야기의 샘』이라는 제목

으로 男女性交와 男女陰部를 표현한 戲文등의 기사를 게재한 同 39號 약 1만2천부를 昭和 23년 2월 8일자로 1 부당 3圓75銭씩 판매하고, 이어서 (2)『그날밤 나는 慾情을 느꼈다』라는 제목으

로 죽은 여자를 姦淫하는 광경을 게재한 同 40號를 同部數·同金額으로 같은 해 2월 27일경 판매하고 다시 (3)『처녀의 문, 17개의 문을 열다』라는 제목으로 性交의 광경을 묘사한 기사를 게재한 同 42號를 同部數·同金額으로 같은 해 4월경 판매하였다.

제1심 大阪地裁는 被告에게 징역 5년 집행유예 3년을 선고하였고, 제2심 大阪高裁의 판결도 같은 내용이었다. 피고側은 기사의 내용이 모두 우스갯거리에 지나지 않으며, 艶戀春情의 情感을 일으키는 것이 아니라 오히려 奇怪恐怖 감정을 들게 하는 것이며, 그 文章의 猥褻함이나 도덕적 반성의 내용 등이 어느 정도 風俗을 害하는 것으로 보일지 모르지만 구체적 묘사가 없으므로 굳이 처벌하지 아니하면 아니될 정도의 淫亂은 아니라고 주장하고, 아울러 淫亂文書의 判斷基準은 그 당시의 社會風潮·時代思想 내지 民衆教養의 여하에 있다고 하지 않을 수 없으며 또한 同一人에 있어서도 그 주관적 판단이 시간과 장소에 따라 相違한 점 등 확정된 구체적이고 명백한 기준이 없다고 하여 上告하였으나 棄却判決을 받았다.

判決要旨

刑法 175條가 말하는 淫亂이란 「쓸데없이 性慾을 흥분 또는 자극시켜 보통사람의 정상적인 性的 수치심을 害하고 善良한 性的 道義觀念에 反하는 것이다」라고 풀이된다.

解 說

1. 日本의 刑法典은 淫亂의 制定法的 定義를 갖고 있지 않다(Stevas, Obscenity and the Law, 1956, P. 253). 戰後 이 판결에서 最高裁는 基本的 淫亂의 定義를 내렸다. 여기에서는 3개의 要件을 불가분의 구성요건으로 삼고 있다. 우선 충격적인 性侵害의 要件으로서 「쓸데없이 性慾을 흥분 또는 자극시키는」 효과가 있고, 그것이 모욕적으로 性情緒를 침해하여 「보통사람의 정상적인 性的 수치심을 害하는」(註: 從來의 大審院判例는 「羞恥厭惡의 感念을 발생시키는」(大正 7. 6. 10, 同 12. 3. 14) 것이었지만 「厭惡

의 感念」이라는 요소가 없어서 그 空白을 메꾸는 「性的 道義觀念」이라는 要素가 登場하였다. 스트립쇼가 그러하였다.) 정도이면 좋고 동시에 社會倫理의 秩序를 침해한다고 하는 「善良한 性的 道義觀念에 反하는」 성질의 것일 것을 要件으로 한다. 이들 3要件이 구비되지 않는 한 刑法에서 말하는 淫亂이라고 할 수 없게 되지만 하나의 要件이 충족되면 나머지 要件 전부에도 해당 하는 것 같은 구조를 가지고 있다.

또한 刑法 174條의 公然猥褻罪에도 이러한 要件이 적용되는 바(東京高判 昭和 27. 12. 18. 高裁判集 5卷 12號 2314面), 이는 人間의 性猥褻 性交의 公然化를 내용으로 하는 것으로서 具體的 危險的이며(獨刑 183條), 175條는 情緒的인 性的 표현이 社會에 좋지 않은 영향을 준다고 하는 抽象的 危險的이며(獨刑 184條) 174條보다 가벼운 法定刑이 정해져야 할 것이다. 日本刑法은 거꾸로 175條를 무겁게 罰하고 있다. 戰前의 出版法이나 新聞紙法 등 治安立法(風俗壞亂罪)을 그곳에 편입시킨 때문이다. 그러므로 항상 表現의 自由의 문제가 얽히게 된다.

2. 本件은 大審院 및 最高裁의 淫亂判決의 定義에 해당하는 것일 뿐이고, 必要的 可罰性의 정도 특히 戰後의 社會風潮 중 禁圧되어 있던 性的 自由의 解放과의 관계 및 主觀的 判斷의 相對性에는 언급하고 있지 않다. 그러므로 그 작품을 실제로 보고 그것을 당시의 社會狀態를 回想하여 판단하려 하여도 무리이다.

본래 性, 性器나 性交 그 자체는 淫亂이 아니고 그것을 표현한 작품 자체가 淫亂인 것이다. 淫亂이 아닌 것이 특정의 조건이나 상태가 부여 되면 淫亂性을 띠게 된다. 그것도 경험적인 感應의 정도에 따라 정확치는 않지만 그렇게 평가 되는 것이다. 따라서 個人差를 免할 수 없다. 즉 淫亂感의 情緒反應은 絶對적·보편타당적인 것이 아니고 본질적으로나 상대적으로는 脈絡的인 것이므로 다른 刑法犯에 있어서의 公共危險犯과 똑같이 論하는 것은 불가능하다. 그리고 公序良俗에 반하는 證명이 명백하고 확실하지 아니하면 法은 正義와 公正의 理念을 상실하고 권력간섭의 면만으로 작용하게 된다. 판례의 三要件은 정서와 질서의 危殆化 내지 侵害이고, 이들은 주관적인 規範的 要素일 뿐이고, 객관적으로 명

백한 記述의 要素로 還元하기 어려운 성질의 것이다. 그러므로 까닭도 없이 罪를 씌어 무고하게 당할 위험이 내포되어 있다. 이것이 刑法 175條이고 猥褻文書罪의 發想法이다.

3. 本判決에 의하여 형식적으로 보면 淫亂性 判定의 기준은 보통인 즉 平均人에 두어져야 한다는 것이다. 普通人標準에 해당되면 公序良俗 違反하는 것이라고 하지만 도대체 淫亂이란 무엇인가, 그 표현을 平均人이 어떠한 방법으로 평가할 것인가, 藝術과 淫亂과의 혼합을 어떻게 처리할 것인가 등은 이 판결에는 나타나 있지 않다. 그러므로 平均人(普通人)標準說을 취했다고 해도 그에 대한 확신도 설득력도 없는 셈이다. 따라서 그 다음해에 재빨리 「刑法은 불건전한 淫亂感情을 도발하여 一般道德의 퇴폐를 촉진시켜 青少年의 墮落不良化를 유발할 위험이 있는 작품을 처벌함을 목적으로 한다」(最判 昭和 27. 4. 1 刑集 6卷 4號 573面)라는 판결이 있어 青少年을 표준으로 하는 評價原理로 살짝 옮겨갔어도 一片의 모순조차 느끼지 못했다. 그것은 175條를 판매죄로서 정당하게 파악하지 않고 文書罪로서 처단하는 전통에 따랐기 때문에 누구를 표준으로 하는가는 전혀 신경을 쓰지 않았다. 권력의 교만함의 표현이다.

英美法(判例)은 「表現」에 관한 행위에 대하여 신중한 태도로 임한다. 文書의 평가와 대상의 표준화의 雙方에 대하여 좋은 나쁜 원칙을 수립해야 할 論理를 음미하고 있는 것이다.

(1) 히크린原則(Hicklin's Rule, Regina v. Hicklin, 1868 LR 3Q.B. 390)은 檢閱發禁法(Lord Campbell's Act 1857)의 정당화를 위하여 「書籍의 일부분」이 淫亂이거나 또 그 내용이 「青少年이나 好色漢」에게 影響을 줄 것이라고 생각되면 제재를 가할 수 있다고 하는 것으로서, 風紀를 문란케 하는 惡書를 추방하는 술로 건으로 聖書나 셰익스피어의 작품을 단속한 빅토리아時代의 유산이었는데, 戰後 日本에 건너와 계승되었다. 이것은 檢事의 起訴狀이라면 몰라도 裁判時 判決이 原理가 되는 것은 아니다. 히크린原則을 확립한 코크방判事에 의한 「브라드루드事件」(Bradlaugh v. Regina, 1878, 3Q.B. D. 607)의 1審有罪가 上級審에서 「책은全體로서 평가하여야 한다」라는 判決要旨로서 無罪로

되었다. 또한 美國에서도 「케너리事件」(U.S. v. Kennerly, 1915, D.C.209 F.119)을 裁判한 한드判事에 의한 「現代의 知性이나 道德은 淫亂이나 好色이라는 말을 피할 것만은 아니며...少數의 好色漢이 이익을 지키는 명목으로 이 社會의 性에 대한 取締이 兒童圖書館 水準으로 떨어지고 社會의 利益을 蝕박하는 것은 罪를 불리온다」고 하여 히크린原則을 일방적으로 부정하여 버렸다.

(2) 울리시즈判決(一審 U.S. v. One Book Called 「Ulysses」, 5 F.Supp.182, 1933. <J. Woolsey>, 二審 U.S. v. One Book Entitled 「Ulysses」, 72F, 2d 705, 1934. <J. Hand & A. N. Hand>)은 J.조이스의 作品을 無罪로 이끔과 동시에 淫亂文書罪를 出版罪로 정당하게 평가할 수 있는 기준을 수립하였다. 그 以前에도 「할세이事件」(R. D. Halsey v. N. Y. Society 「Suppression of Vice」, 136 N.E.219 220, 1922)에 있어서 앤드류스判事는 「文藝作品에 대하여는 一部 淫亂的인 부분에 의하여 판단하여서는 아니되며 전체로서의 책을 평가할 것. 起訴된 小説로서도 文學的인 즐거움을 준다」는 것으로서 陪審員(平均人)의 無罪評決을 얻었다. 울리시즈原則이 이것에 영향을 받았는지 어떤지는 別論으로 하고, 1審의 우르씨判事가 「淫亂作品이란 추잡함을 위하여 추잡하게 쓰는(dirt for dirt's sake) 것이다. 그 假想的 讀書의 표준은 青少年이나 異常人이 아니라 평범한 性慾의 所持者 즉 합리성 있는 사람(平均人)이다. 그리고 책은 전체로서 읽어야 한다」를 淫亂作品評價의 基本原則으로 한 것은 유명하다. 이와 같은 平均人 標準主義와 作品全體評價主義의 지배적 견해에 대하여 檢閱主義者(FBI長官 에드가 후버나 완고한 環境淨化運動家인 위섬)는 「成人을 기준으로 하면 青少年에 대한 惡影響은 방임할 수 밖에 없다. 현재 青少年犯罪의 증가는 淫亂書籍에서 유래한다」라고 주장한다. 그러나 不良少年이라면 그 누가 책을 읽을까 하는 점에 대하여는 언급이 없다. 또한 「로즈判決」은 울리시즈의 3原則에 덧붙여 「現代社會의 規準에 비추어」 작품이 「好色の 興味를 높이는가」 어떤가를 판단해야 할 것이라고 宣言하였다.

이에 대하여 少數意見은 「극단적인 淫亂書籍

만 刑法의 대상이 되는 것인 바「어떠한 가치도 인정되지 아니하고, 정당한 이유도 없는 작품」이 여기에 해당하는 것이다. 다시 보건대 本件新聞에서「現代社會의 規準에 비추어 볼 때, 전체의 지배적 테마가 平均人에 대한 영향이 처벌할 정도의 好色的인 것이고 어떠한 가치도 인정할 수 없는 것인가」라는 점이 문제가 될 것인데 그에 대한 대답은 아마도「아니다, 그 정도는 아니다」일 것이다.

4. 表現文化의 反社會性의 유무를 평가하는 標準은 상대적인 것이다. 부분과 전체의 비교는, 日本의 사도裁判(最判 昭和 44. 10. 15 刑集 23卷 10號 1239面)에 있어서는 藝術性과 淫亂性의 利益衡量으로서 反對意見이 檢討되고, 兩者의 상대적 평가를 거쳐 兩者는 兩立할 수 없는 次元을 달리하는 概念(相對的 淫亂概念)이라고 생각하고, 表現의 自由를 존중해야 할 것이라고 하였다. 그러나 本件과 같이 藝術性도 淫亂性도 모두 회박하고, 읽고 나면 버릴 雜誌나 新聞 등에 관하여 合法性과 違法性이 불명료한 경우의 판단은 지금까지 행해지지 않고 있다. 이와 같은 경우에는, 소위「可罰의 違法性」이 회박한 것으로서 불문에 붙여야 할 것이다.

다른 한편 相對的 淫亂概念이라고 칭하는 사

고방식은 주지하는 바와 같이 부분발췌의 방법에 의한 광고나 선전에 의하여, 그 나쁜 商術이 淫亂의 販賣에 間擬되어 本來의 文藝·科學作品도 상대적으로는 猥褻로 된다는 것이다.

소위 판다링의 視角에서 販賣罪로서 175條를 파악하면 그것은 販賣方法罪가 되고, 상대적으로 淫亂이 된 작품 자체는 본래 淫亂이 아니므로 淫亂文書頒布販賣罪는 되지 아니한다.

5. 어쨌든 淫亂이란 構成要件의 의미 내용은 상당히 불명확하고 濃淡強弱의 효과도 상대적으로 평가할 수 밖에 없다. 그러므로「명백하고 현존하는 위험」의 이론을 도입하려 하기도 하고, 이태리刑法(529 II)이나 英國制定法(19594 I~IV) 또는 美國模範刑法典 草案과 같이「작품 제작의 동기, 公刊의 目的」을 重視하여, 非公共的이고 利己의 動機·目的에 의한 경우만을 罰하려고 하는 立法的 傾向이 보다 正當視되게 된다.

<參考文獻>

前田, 「猥褻의 意義」 刑法講座 五卷
同, 「猥褻의 概念」 刑法判例百選(新版)
中山研一, 「猥褻文書頒布販賣罪(一)」 法學論叢 83卷 5號
(前田信二郎: 大阪經濟法科大學 教授) □

헤드라인에 의한 명예훼손 (I)

広島高裁 昭和 29년 10월 14일 判決
[昭和 26년(ネ) 第199号 慰籍料並びに謝罪広告請求事件]

事實概要

1950년 9월 13일자 中國新聞은 3면에『眞實을 말하는 청년을 권총으로 협박』, 『세번이나 직장을 빼앗아』, 『廣島市議員不正事件湮滅企圖』라는 5단 크기의 제목으로 被抗訴人(原告)의 사진을 넣어 다음과 같은 前文을 게재했다.

「나이 많은 어머니를 모시고 어려운 생활을

하고 있는 한 순진한 청년이 어떤 廣島市議員의 부정사건에 대해 진실된 증언을 했기 때문에 市議員에 의해 세차례에 걸쳐 직업을 빼앗겼는가 하면 권총으로 죽여버리겠다고 협박받은 사실이 廣島地檢의 수사결과 밝혀져, 잇달은 불상사로 廣島市民에 큰 충격을 안겨주고 있다」

또한 前文에 이어서 청년이 市議員의 압력으로 직장을 쫓겨난 사실등을 구체적으로 쓴 기사

도 게재되었다.

被抗訴人은 中國新聞社, 同社의 편집국장, 政經部長 및 취재기자에 대해 각각 100만圓의 지불을, 신문사에 대해서는 사죄광고의 게재를 요구했다.

一審의 廣島地方裁判所는 1951년 9월 6일 다음과 같이 판시했다.

「본건기사의 제목이『眞實을 말하는 청년을 권총으로 협박』으로 되어있는 것은 마치 原告가 실제로 권총을 들고 직접 Y₁을 협박한 것처럼 보이나, 原告가 이 같은 행위를 했다는 내용은 기사본문 안에는 없다. 보통 신문기사는 기사가 취재한 결과에 근거하여 객관적 사실로서 보도되는데, 본건기사는 취재한 것을 그대로 관계자의 이야기처럼 게재하고 그 眞僞의 판단은 독자에게 일임하는 예외적인 형식을 취하면서, 관계자의 한쪽인 Y₁의 이야기를 크게 취급했다. 뿐만 아니라 위에서 보는 바와 같은 제목을 붙여 原告가 주장한 것처럼 前文을 쓴 것은 일견 독자에게 제목과 같은 사실이 있었던 것처럼 인상을 주었음은 부인할 수 없는 일이다. 또 일반적으로 제목이 독자에 대해 갖는 효과와 본건기사가 미치는 사회적 반향 및 당시 원고의 형사피고사건의 공판이 심리중에 있었다는 사실에 비추어, 그 조치가 타당성을 잃었으며 경솔했음을 면할 수 없고, 이와 함께 제목에 의해 原告의 명예가 손상되었다고 해석하지 않을 수 없다.」

그리고 被告 新聞社, 被告 編輯局長 및 政經部長은 각각 原告에 대해 5만圓을 지불하라는 判決을 내렸다.

判決要旨

본건기사의 제목 및 前文 등에 관해

제목과 前文은 항소신문사의 편집부원이 Y₁의 담화기사 중에서 발췌한 것이나, 『眞實을 말하는 청년을 권총으로 협박』, 『세번이나 직장을 빼앗아』라는 제목만으로는 누가 협박을 하고, 누가 직장을 빼앗았는지는 명확치 않으며 記事 本文을 보고서야 비로소 알 수 있는 성질의 것이다. 본문의 담화는「쓸데없이 입을 놀리면 이 권총으로 쏘버릴테야」라고 되어있으나 이를『권총으로 협박』이라고 붙인 제목은 말이 생략된 결

과로 오해가 생기는 경우라고 생각할 수 있다.

한편 제목, 前文은 간략하게 내용을 표시하여 독자의 주의를 환기시켜 本文을 읽게 하려는 의도를 갖는, 성질상 다소 표현이 과장되는 것은 어쩔 수 없는 일이기도 하다.

본문기사와 배치되고 前文, 제목 자체는 허위로 하여 그것만으로 특정인의 명예를 훼손하는 경우는 별개이지만, 본건에서는 본문과 특히 相違하다고 인정할 수 없으므로 前記 本文의 경우와 같이 抗訴人측에 과실의 책임을 물을 수 없다.

解 說

1. 제목에 의한 명예훼손의 成否에 관해 제1심과 제2심의 판단이 갈라진 사건이다. 제목의 當·不當을 판단하는 일이 얼마나 어려운가를 例示하고 있다고 하겠다.

제2심에서는 제목과 前文이 함께 문제시되었으나 本文의 담화 가운데「쓸데없는 것을 지껄이면 권총으로 쏘버릴테야」라고 한 것을『권총으로 협박』이라고 제목을 붙인 것은 本文과 특히 相違하다고는 인정할 수 없고 따라서 명예훼손은 성립되지 않는다고 했다. 이것은 하나의 기준을 밝힌 것으로 제목과 기사본문이 相違하다고 하여 명예훼손의 성립을 인정한 다른 여러 판결과 대조적이다.

2. 그러나 제2심은 제목에 관한 문제와 동시에 公選에 의한 공무원의 범죄성을 면 행위에 관해 보도기관이 다해야 할 책무의 문제를 다음과 같이 논하고 있다.

「원래 公選에 의한 공무원(…被抗訴人은 당시 市議會議員이었다)의 범죄성을 면 행위같은 것은 민주주의의 사회에 있어서는 보도기관이 이를 대중의 비판 앞에 내용을 책무를 갖고 있으므로 해당사실을 진실이라고 믿는 데 있어 상당한 이유가 있을 경우에는, 가령 결과적으로 보아 진실에 부합하지 않았다고 하더라도 이를 게재하는 것을 당연히 허용해야만 할 것이다. 본건과 같이 抗訴人측에서 Y₁의 진술을 진실인 것으로 믿고 또 그렇게 믿는 데 있어 책임을 지울만한 정황이 아닌 경우에는 그러한 기사 게재에 대해 抗訴人들에게 명예훼손의 책임을 지울 수 없

을 것이다。」

이것은 相當性의 기준(最高裁判所 1966년 6월 23일 판결)의 근거를 민주주의사회에 있어서의 보도기관의 책무에 구하고 있다고 하겠다.

오늘날 보도업무에 종사하고 있는 자는, 보도

기관에 이같은 責務가 있다는 것이 일찌기 재판소에 의해 인정되어, 그 결과 면책된 사실이 있다는 의미를 다시한번 생각해 볼 필요가 있을 것이다.

(堀部政男：一橋大學 教授)

□

이름을 同音異字로 사용한 名譽毀損記事

仙台高裁 昭和 29년 10월 19일 判決
(昭和 29년(う) 第 538号 名譽毀損被告事件)

事實概要

岩代毎夕新聞의 편집발행인인 피고는 同紙上에 『이놈 綿鍋久良喜智, 너는 그래도 社會事業家인가』라는 제목으로 사회사업가로 알려진 議員 綿鍋久良喜智(와다나베구라기치)가 어떤 국수집의 종업원으로 있는 未亡人의 정조를 거의 強姦하다시피 유린했다는 내용의 기사를 실었다. 그런데 이 기사가 현존의 郡山市社會福祉協議會副會長이며 市議員인 渡邊藏吉(와다나베구라기치)씨의 이름과 같은 同音異字를 사용하여 허구의 사실을 들어 그 명예를 훼손했다는 이유로 被告는 福島地方裁判所 郡山支部에서 有罪判決을 받았다.

이 판결에 대해 피고는, 「綿鍋久良喜智」란 者는 가공의 인물로서 사회를 풍자하는 기본으로 게재한 것에 불과하며, 渡邊藏吉씨의 명예를 훼손할 의사는 없었고, 설사 그 기사가 渡邊藏吉씨를 지목한 것으로 읽혀졌다고 하더라도 그것은 피고측의 과실에 지나지 않는다고 주장, 抗訴를 제기했다.

判決要旨

명예훼손죄의 성립에는 피해자의 특징이 필요하지만 반드시 이름이 같은 것을 가지고 特定人임을 明示하지 않더라도, 摘示된 사실관계 자체

에 의해 일반 추리상 누구누구에 관한 것인지를 인식할 수 있는 경우에는 피해자가 特定되어야 한다는 명예훼손죄의 성립에 하등의 결함이 없다. 그리고 명예훼손죄의 犯意는 위 사실 인식하고 타인의 명예를 훼손하게 된다는 것을 인식하기만 하면 충분하다고 하겠다.

本件은 渡邊藏吉의 本名 대신에 同音異字를 쓰고 있지만, 이 기사 자체에 의해 渡邊藏吉가 郡山市社會福祉協議會副會長이고 市議員임을 알고 있는 일부독자로 하여금 쉽사리 그에 관한 사항임을 推知시키기에 충분하며 피고측으로서도 이를 인식하고 있었으리라는 것은 의심할 여지가 없으므로 명예훼손죄의 성립에 아무런 지장이 없다. 被告는 犯意를 부인하고 있지만 기사내용자체를 보거나 이름을 同音異字로 쓴 것을 보더라도 피고에게 渡邊藏吉의 명예를 훼손할 의사가 있었음은 부인하기가 어렵다. 특히 그 게재목적이 전적으로 公益을 위한 것이었다는 사실도 인정하기 어려우며 그 사실이 허구라는 것은 피고 자신만이 인정하고 있을 뿐이다. 따라서 原判決에는 사실의 오인이나 부당한 법률적 판단은 없으며 피고의 論旨에는 이유가 없다.

解 說

1. 사실보도의 형식이든, 소설·드라마의 형

식이든 匿名의 수법은 종종 사용되는 방법이다. 週刊誌의 實話에서 일부러 文中의 이름은 모두가명임을 밝히고 쓰는 경우 등이 그 대표적인 사례이다. 소설·드라마의 세계에서는 匿名 事實의 인물 및 그 행동을 가공의 이름으로 묘사했든가, 아니면 단순히 實在의 인물을 모델로 한 데 불과하며 작품 자체는 픽션인지 그 경계가 분명명하지 않은 경우도 있지만 드라마나 소설의 형태를 빌어 匿名이라는 수법에 의해 公然히 사실을 기술했다고 볼 수 있는 경우도 있을 것이다. TV드라마의 犯罪物에서 가끔 볼 수 있지만, 이 사건, 등장인물은 모두가 픽션임을 알리는 경우가 있다.

명예훼손법의 권위자의 한 사람인 美國의 P. 워팅버그는 「위험한 말-명예훼손의 실제적 연구」라는 책에서 「첫머리에 ‘이 책 속의 인물은 가공이다. 實在의 인물과 닮은 데가 있으면 그것은 모두 우연의 일치이다’라고 써어 있었다고 그 내용이 실제의 인물과 관련이 있고, 완전하게 實存과 같은 어떤 인물을 묘사하여 마치 實存하는 것과 같은 때와 장소에 인물을 놓고, 그 결과가 명예훼손이 되면 그러한 묘사의 결과에 대해 책임을 지지 않는다고 할 수 없음은 명백하다」고 쓰고 있는데, 그 當否는 별개로 하더라도 문제가 되고 있는 상황은 오늘의 일본에도 그대로 적용될 것으로 본다.

2. 그런데 匿名에 의한 어떤 사실의 묘사가 한편으로 명예훼손의 위험을 갖고 있다 하더라도, 그러한 이유를 가지고 즉각 그와 같은 묘사 방법에 부정적 태도를 취할 수는 없다. 두말할 필요없이 헌법은 표현의 자유를 기본적 권리로 보장하고 있다. 특히 그것은 受容者의 읽을 자유, 들을 자유, 알 권리와 一體不可分이므로, 가령 實名으로 보도하면 명예훼손이라든가 그밖에 어떤 害惡을 가져온다고 하더라도 적어도 匿名이라는 방법에 의해서라도 국민은 사회적으로 중대한 사실을 알아야 한다는 論理도 다른 한편으로는 성립되기 때문이다. 명예훼손에 있어 문제가 되는 것은 대개의 경우 被害者의 惡行, 醜行이겠는데, 이 惡行이야말로 은폐하기보다는 사실 그대로 세상에 알려, 이에 대해 정당하게 대처하는 것이 국민의 권리라 하겠다. 이렇게 생각한다면 匿名이라는 방법은 국민의 알

권리와 명예훼손 당하는 측의 권리와 관계에 있어서 매우 미묘한 위치에 놓이게 된다.

더우기 소년법 제61조는 미성년자를 보호하여 장래의 更生을 가능케 하기 위해 「가정재판소의 심판에 붙여진 소년 또는 소년시절에 범한 죄에 의해 公訴가 제기된 자에 대해서는 이름, 나이, 직업, 주소, 용모 등에 의해 그 者가 당해사건의 본인임을 推知할 수 있는 기사 또는 사진을 신문, 기타의 출판물에 게재해서는 안된다」고 규정하고 있으며 이를 받아 日本新聞協會의 소년법 제61조의 취급방침은 「……新聞은 소년들의 어버이 입장에 서서 법의 정신을 실천해야만 한다. 별척이 없는 것은 신문의 자율적 규제에 맡긴다는 취지에 의한 것이기 때문에 신문은 한층 더 사회적 책임을 통감하지 않으면 안될 것이다. 즉 20세 미만의 非行少年의 이름, 사진 등은 紙面に 게재해서는 안된다」고 적혀있다.

그러나 이 「방침」에는 但書가 있어 「A. 도주 등으로 放火, 살인 등 흉악한 累犯이 명백하게 예상되는 경우, B. 지명수배중의 범인수사에 협력하는 경우 등 소년보호보다는 사회적 이익의 옹호가 강하게 우선하는 특수한 경우에 관해서는 이름, 사진의 게재를 인정하는 除外例로 해주도록 당국에 요망하는 동시에 이를 신문계의 慣行으로서 확립하고 싶다」로 되어 있다. 즉 가장 보호를 필요로 하는 소년의 경우에도 匿名조차 인정되지 않고 實名을 낼 수 있도록 해놓고 있다. 그렇다면 한발 양보하여 匿名이라는 방법으로 문제가 되고 있는 인물의 이익을 어느 정도 측정하면서 다른 한편으로는 국민의 알 권리를 보장하는 것은 충분히 인정되어 마땅하다 하겠다.

3. 명예훼손을 일으킬 우려가 있는 匿名에도 (1)전적으로 同音異字로 다만 문자를 바꾸었을 뿐인 경우, 이름의 일부를 변경하는 경우 등 어떠한 형태로 실제의 인물을 연상케 할만한 이름을 사용하는 경우 (2)이름을 대신하여 甲男, 乙女, A氏, B夫人 등 기호를 쓰든가, 혹은 이러한 방법과는 별도로 實在의 인물의 외모나 신체적 특징을 든다든가, 사회적 신분이나 직업 등을 적어 本人임을 推知케 하는 방법, (3)本人의 이름이나 특징을 들지 않고 그 행위 자체를 묘사하여 그 행위의 주체가 누구인가를 推知케 하는

경우 등을 생각할 수 있다. 그러나 어쨌든 명예 훼손에 있어 보호되어야 할 것은 개인적 법익이므로 被害者가 특정되지 않는 한, 명예훼손은 성립되지 않는다. 거꾸로 말하면 匿名에 의해서도 피해자가 특정되면 명예훼손 문제가 제기되게 된다.

4. 本件은 本名 대신에 전적으로 同音異字를 사용한 事例인데다가 「社會事業家」, 「議員」 등 본인의 사회적 지위, 직업의 종류를 지적하여 보다 명확하게 本人임을 推知케 하는 방법을 취하고 있으므로 判決과 같이 피해자의 特定性에 대해서는 의문의 여지가 없을 것이다.

그런데 本件에 있어서 적시된 사실은 실은 虛構的인 것이었다. 명예훼손죄는 「그 사실의 有無를 불문하고」, 「公然히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손」하면 성립되는 것이므로, 虛構

의 사실이었는지 아닌지는 원칙적으로는 문제가 되지 않는다. 그 내용이 피해자의 명예를 훼손했다는 사실이 중요한 것이다. 더우기 刑法 제 230조의 2는 적시된 사실이 「公共의 利害에 관한 사실과 관련하여 그 목적이 전적으로 公益을 도모하기 위한 것으로 인정될 경우에는 사실의 眞否를 판단하여 眞實이라는 증거가 있을 때에는 이를 벌하지 않는다」고 규정하여 표현의 자유, 알 권리의 관점에서 特別을 정하고 있다. 被告는 이 조항을 援用하여 기사게재가 公益을 위한 것이었다고 주장한 것 같은데, 이 特別은 「眞實의 증명에 의한 免責」이므로 사실의 虛構를 인정하면서 사회를 풍자하는 기분으로 했다고 하더라도 전혀 免責의 이유로는 되지 않는 핵심을 잘못 짚은 주장이라고 말할 수 밖에 없다.

(山下健次: 立命館大學 教授) □

別件の 용의자를 本件の 용의자로 報道

甲府地裁 昭和 31년 1월 2일 判決
〔昭和 29년(7) 第210号 謝罪広告等請求事件〕

事實概要

1954년 3월 1일 日本犯罪史上 최초의 사건으로 전국민의 이목을 집중시켰던 「郵便車강」 사건이 발생했다.

이 사건에 관해 被告인 讀賣新聞社는 많은 기사를 게재했다. 그 가운데 原告가 사실무근이라고 주장한 기사(原告는 사죄광고의 게재와 150만円の 지불을 청구했다)는 다음 날짜의 신문에 게재된 것인데, 기사의 내용은 여기에 소개하기에는 너무나 길어서 제목에 해당하는 부분만을 적기로 한다(人名은 가능한 한 바꾸었다. 이하의 判決에서도 동일하다).

- (1) 1954년 3월 8일자 讀賣新聞夕刊 4版 W. K 容疑질다(K가 本件에서의 原告이다).
- (가) 郵便車강 Ku는 알리바이 成立?
- (나), (다)…(略)

- (라) 詐欺를 自白 W와 K
- (2) 同年 3월 8일자 讀賣新聞 夕刊 1版 郵便車강의 유력용의자
- (가) 山梨에서 2명 체포 埼玉의 Ku를 연행취조
- (나) 3명은 知面關係
- (다) 詐欺를 자백 W와 K
- (라) 다시 제4의 남자(?) 家宅搜索
- (마) 유력한 단서를 잡다.

- (3) 3월 8일자 讀賣新聞 朝刊 14版 「郵便車강의 유력용의자」
- (가) 山梨에서 2명 체포, 합동수사반 본격적으로 취조
- (나) 대담하게 웃으면서 부인
- (다) 身柄은 本部로 옮기다.
- (라) 3명은 모두가 知面關係
- (4) 3월 8일자 讀賣新聞 朝刊 9版

- 新宿下車의 2명은 파악 郵便車강 영장청구
- (5) 3월 9일자 讀賣新聞 朝刊 14版 W. K에 새로운 사실 郵便車강 乗用車 指紋과 조회
- (6) 3월 9일자 讀賣新聞 朝刊 9版 「新宿의 두사람과 닮다」
- (가) 郵便車강 W. K 容疑질다.
- (나) K 短銃密賣도

判決要旨

생각하건대 新聞紙上에 게재, 발행할 기사로 타인의 명예, 신용을 훼손하는 것은 비록 그것이 公共의 利害에 관한 사실과 관련되고 전적으로 公益을 도모하기 위한 목적이었다 하더라도 그 기사가 眞實임을 증명하지 않는 한, 新聞社는 그 기사의 불법행위에 의한 손해배상의 책임을 면할 수 없다고 하지 않을 수 없다. 그리고 범죄의 용의자에 대한 보도에 관해서는 그것이 단순한 혐의라는데 유의하여 그의 명예, 신용을 해치지 않도록 충분히 주의하여 객관적 입장에서 사실보도에 始終할 의무가 있는 것은 물론, 어떤 사람이 特定の 被疑事件과 관련하여 체포된 사실, 혐의의 원인, 피의자의 경력, 성격, 가정의 사정, 혹은 피의자 검거의 활동상황 등을 공정한 객관적 입장에서 보도할 자유는 있어도 더 나아가 그 자가 범인임을 주장 또는 단정하거나 일반독자에 대해 그러한 인상을 줄 정도로 과장하여 보도하는 것은 허용될 수 없다.

이를 本件에 비추어보면 郵便車強盜事件의 합동수사에 나선 構濱市警察署, 國家警察 山梨縣本部當局은 범인이 버리고 간 자동차가 주둔군 장교의 소유물이고, 또 장소적 상황으로 보아 범인은 주둔군 관계자이며, 범행장소의 지리에 정통한 자로 추정하고 있던 중 마침 原告 및 訴外 W의 두사람이 자동차를 팔려고 했다는 소문을 들었기 때문에, 그 사실을 확인하기 위해 原告를 사기혐의로 체포, 한편으로 郵便車強盜事件과의 관련사실에 대해 취조한 것으로 어느 정도 중요한 참고인으로 지목되었다고는 하지만 처음부터 강도사건의 主犯 또는 용의자로 생각한 것은 아니며, 더구나 피의자로서 체포하여

취조한 것은 아니다. 따라서 詐欺의 혐의에 의해 체포한 原告에 대해 郵便車強盜事件의 관련 사실에 관해 취조한 사실이 있다손 치더라도, 그것은 경찰관의 단순한 여죄주궁의 단계일 뿐이며 이러한 수사상황을 보고 곧바로 原告가 강도사건의 용의자로 체포된 것으로 단정하는 것은 速斷이며 이와 같은 주관적 판단에 근거하여 新聞紙上에 게재, 발행하는 것은 일정한 時點에 생긴 사실을 그대로 眞實인 것으로 보도했다고는 말할 수 없다(10만円の 支拂을 명했다).

解 說

1. 명예훼손문제가 매스컴의 言論·表現의 자유와의 관계에서 검토되지 않으면 안된다는 데 대해서는 두말할 필요조차 없다. 本件 判決은 수사단계에 있어서의 犯罪容疑者(刑事訴訟法上에서는 「被疑者」이나 캐스컴用語에서는 통상 「容疑者」로 불리우고 있으며 이것이 判決에서도 사용되는 일이 있다)에 관한 보도에 의한 명예 훼손의 成否와 관련된다.

日本の 매스컴은 容疑者가 분명해진 시점이나 체포된 시점에서 마치 有罪가 확정된 것처럼 취급하는 경우가 자주 있다. 때문에 범죄보도와 관련하여 명예훼손의 성립이 인정되는 일이 비교적 많다. 그러나 매스컴이 타인의 명예를 훼손하지 않도록 지나치게 신중을 기한다면, 다른 한편에서는 언론·표현의 자유를 위축하는 결과를 초래하는 경우도 없지 않을 것이다.

日本の 刑法은 언론·표현의 자유의 보호와 명예의 보호와의 調和를 이루기 위해 제230조(명예훼손) 뒤에 제230조의 2를 규정하고 있다. 이 條文의 제1항은 「前條 제1항의 행위가 公共의 利害에 관한 사실에 관련하여 그 목적이 전적으로 公益을 도모하기 위한 것으로 인정될 때에는 사실이 眞否를 판단하여 眞實임이 증명되면 이를 罰하지 않는다」고 규정하고 있다.

즉 명예훼손 행위가 ① 公共의 利害에 관한 사실과 관련되고, ② 그 목적이 전적으로 公益을 도모하기 위한 것이었다고 인정되고, ③ 사실의 眞否를 판단하여 眞實임이 증명되었을 때에는 이를 罰하지 않는다는 것이다.

①의 要件은 「前項의 규정의 적용에 대해서는

이적 公訴가 제기되지 않은 사람의 범죄행위에 관한 사실은 이를 公衆의 利害에 關한 사실로 간주한다(제230조의 제2항)는 규정에 따라 公訴提起前의 범죄행위에 관해서는 충분히 충족되도록 입법상 명확하게 밝히고 있다. 그리고 제230조의 2의 규정의 취지가 下級審의 判決에서 인정되어 왔는데(本 判決도 그중의 하나이다), 1966년 6월 23일에는 最高裁判所에 의해서도 인정되었다.

또 ②의 要件은 마스크의 보도가 많은 경우 公衆을 도모할 목적이었다고 인정되는 데서 충족되게 된다.

여기서 문제가 되는 것은 ③의 要件을 충족시키고 있는가 어떤가에 관해서이다(이는 다른 많은 사건에도 적용된다).

2. 이 사건에서 문제가 된 기사는 수사당국이 郵便車強盜事件의 주요참고인으로 지목한 原告를 詐欺의 피의사실이라는 別件으로 체포한 것을 피고 신문사가 「本件」의 용의자로 보도한 것으로 이른바 3億圓사건의 용의자에 관한 毎日新聞의 보도(1969년 12월 13일자)와 유사하다.

〈判決要旨〉에서는 최근 新聞등에서 흔히 쓰고 있는 「別件」용어를 쓰고 있지 않지만, 재판소의 미묘한 표현에도 불구하고 詐欺의 容疑에 의한 체포는 이른바 「別件逮捕」였다고 봐도 좋을 것이다.

別件逮捕라고 하는 것은 본래 「本件」에 대해 영장을 청구할 만큼의 자료가 없기 때문에 別件의 畧狀에 근거하여 체포하는 것으로 정상적인 용어라고는 볼 수 없다. 그런데 이 용어는, 마스크에서는 잘 쓰고 있는 실정이다. 여기에는 두 가지 경우가 있다. 하나는 수사당국이 이것은 別件인 체포로서 本件인 容疑는 이렇다고 발표하는 경우이고, 둘째는 경찰측의 발표가 없더라도 수사의 경과를 계속적으로 취재하다보면 別件逮捕가 아닐까 하고 판단할 수가 있는 경우이다.

이 사건은 둘째의 경우에 해당된다. 被告側 증인의 한사람은 수사본부에서 原告를 郵便車强盜事件의 有力容疑者로 취조를 계속해 온 것처럼 느끼게 한 이유로 다음과 같은 다섯가지를 들었다.

① 사기사건의 용의자를 취조하는 데는 관할

경찰서만으로도 충분할텐데 橫濱市警本部에서 형사 10여명이 파견되어 취조를 담당했다는 사실.

② 橫濱市警과 國警山梨縣本部가 합동 수사본부를 富濱村사무소에 설치한 사실.

③ 原告 및 W의 指紋과 타고가다 버린 자동차에서 검출된 指紋을 조회한 사실.

④ T警部補가 직접 原告의 취조를 담당하여 이것이 무죄가 되어서는 안된다고 말한 사실.

⑤ 橫濱市警察署 출입기자의 말에 의하면 1搜查 第1課長이 原告와 W가 지금까지 검거된 사람 가운데 가장 유력한 용의자라고 말한 사실.

이상 같은 증언으로 판단하는 한, 3億圓사건과 마찬가지로 언뜻 보기에 범인인 것과 같은 인상을 주는 경찰의 움직임이 있었던 것 같다.

그러나 재판소는 진실이 증명되었다고는 하지 않고 取材表現上의 過失을 인정했다. 이러한 점을 포함하여 재판소는 「현행 형사소송법 아래서는 현행법의 경우를 제외하고는 犯罪容疑가 있다고 하여 피의자를 체포함에 있어서는 적법한 소명자료를 심사하고 일정한 범죄용의가 있음을 확인한 다음 발부되는 재판관의 구속영장을 필요로 하는 것이므로, 범죄용의에 의한 체포라고 말할 수 있으려면 위에서의 같은 재판관이 발부한 구속영장의 존재를 전제로 한다」고 했다.

判決에 따르면 구속영장에 기재되어 있는 피의사실에 근거하여 보도하면 眞實에 反하지 않는 것으로 되어 있다. 그러나 실제에 있어 구속영장을 볼 수 있느냐 어떠냐 하는 문제도 있고 재판소의 판단이 협소해질 우려도 있으나, 동시에 別件인 용의자의 인권보장이라는 관점에서는 被告 新聞社의 표현에도 과장이 있었다고 비판받는 것도 당연할 것이다.

3. 재판소는, 被告가 1954년 3월 9일자 夕刊 및 10일자 朝刊紙上에 原告는 郵便車強盜事件과 전연 관계가 없다는 취지의 진실된 기사를 게재하였으므로 이에 의해 原告의 명예신용이 회복된 것으로 인정할 수 있으므로 사죄광고 게재의 필요성은 없다고 판단하고 있다. 인권보호의 관점에서 이러한 기사의 게재는 필요할 것이다.

(堀部政男：一橋大學 教授) □

被害者の 特定性

宇都宮地方裁判所 昭和 32년 11월 26일 判決
〔昭和 29년(7) 第184号 謝罪廣告 및 慰藉料請求事件〕

事實概要

旬刊 栃木新報의 발행인인 被告 Y는 昭和 29년 2월 10일자 발행의 同紙上에 「綠町에도 여왕벌」이라는 제목으로 「小川町 綠町에도 여왕벌이 산다고 한다. 즉 有夫女가 남편이 나가면 다른 有婦男과 어리광부리는 아이가 보는 가운데...이를 모르는 것은 남편뿐이다」라는 기사를 게재하였다. 그런데 당시 小川町 綠町에는 이미 몇개의 風紀紊亂한 소문이 나돌고 있었는데, 위와 같은 추상적인 기사만으로는 마을 사람들도 그 기사가 누구를 가르키는 것인지 알 수 없는 상황이었다.

그러나 위 기사가 게재된 신문이 발행된 이후부터 기사에서 말하는 有夫女란 바로 原告 N이라는 소문이 小川町의 사람들 사이에 퍼져나갔다. 다른 한편 이미 몇개의 그와 같은 소문이 퍼지고 있을 무렵 栃木新聞社의 임원인 被告 T는 原告가 姦通하였다고 소문내고 또 그후에 곧 原告와 그의 남편이 被告 T, 소문을 퍼뜨린 某氏 등과 언쟁을 하고 있는 곳에 被告 Y가 와서 「바람을 피우고 있으니까 記事를 자기와 관련된 사실로 생각할테지」라고 말하였다.

그리하여 原告 N은 事實無根한 위 기사 및 兩被告가 原告의 이름을 들어 소문을 퍼뜨린 행위에 의하여 명예와 신용이 심히 훼손당하여 多大한 精神的 苦痛을 입었다 하여 兩被告에 대하여 新聞紙上에 謝罪廣告를 게재할 것과 各 5만圓의 慰藉料를 지급할 것을 구하여 提訴하였다.

이에 대하여 被告 Y는 당시 綠町안에 각종 風紀紊亂한 소문이 떠돌고 있어, 만약 이에 해당

하는 자가 있으면 반성하도록, 만약 그러한 사실이 없으면 누구도 하는 것은 아니라고 생각하여 경중을 울리기 위하여 기사를 게재한 것일 뿐 原告를 가리켜 기사를 게재한 것은 아니라고 진술하였다. 또한 被告 T는 原告의 主張事實을 모두 否認하였다.

判決要旨

原告에게는 記事와 같은 不眞을 저지른 사실은 전혀 없고, 記事掲載 전에 原告에 관하여 그와 같은 소문이 전혀 없었던 사실, 위 기사가 게재된 신문이 발행된 직후부터 기사에서 말하는 「有夫女」란 原告라고 하는 소문이 小川町의 사람들 사이에 퍼졌음이 인정된다. 그러나 그와 같은 소문이 나게 된 原因을 생각하건대 記事內容은 지극히 抽象的이고 「小川町 綠町의 아이를 가진 有夫女가 姦通하였다」라는 것일 뿐이고, 그 이상 그 婦人이 누구인가 判明되지 않았으며, 더우기 당시 小川町 綠町에는 두 세개의 風紀紊亂한 소문이 있었으나, 그것이 누구와 관련된 것인지 알려지지 아니한 사실이 인정되므로, 위 기사로부터 바로 原告에 관한 소문이 생겼다고는 생각될 수 없다.

原告는, 被告등이 原告를 中傷할 목적으로 기사를 게재함과 동시에 위와 같은 소문을 퍼뜨렸다고 주장하고, 또한 兩被告는 사이 좋게 행동을 함께 하는 일이 많고, 반대로 原告와 被告등의 사이에는 무엇인가 다툼이 있었던 것처럼 不和스러움이 있었음이 인정되지만, 그러나 原告와 被告등 사이에 原告를 中傷하기에 족할 정도

의 不和가 있었다는 명확한 증거는 없으므로, 위와 같은 사실로부터 바로 被告들이 原告를 中傷하기 위하여 기사를 게재하고 소문을 퍼뜨렸다고는 斷定할 수 없다.

그러나 기사가 게재된 뒤 누가 그 소문을 퍼뜨렸는지 명백하진 않지만, 당시 이미 小川町에 있어서 原告에 관한 소문이 생겨나고, 그 때문에 사람들이 그 소문에 관심을 갖고 있음이 짐작되는 시기에 栃木新報에 관계가 있는 兩 被告가 다른 사람에 대하여 또는 다른 사람이 있는 자리에서 구체적으로 原告의 이름을 들어 가며 姦通의 소문을 말하는 것은, 이미 떠돌던 소문을 다시 확산시키고, 基礎를 제공하는 行爲에 해당하는 바, 결국 이는 原告에 관한 虛僞의 사실을 퍼뜨려 原告의 名譽와 信用을 損傷시키는 不法行爲임이 명백하다.

그러나 위 불법행위가 以前부터 이미 그 소문이 퍼져 있었으며 被告들의 不法行爲가 어느 정도 위 소문을 확산시키고 強化시켰는지는 명백하지 아니하다. 따라서 原告가 被告들의 위 불법행위에 의하여 相當한 精神的 苦痛을 입었음은 明白하다고 하여도 그 정도를 엄밀하게 알 수는 없다. 이에 대한 被告들의 책임을 생각컨대 原告는 謝罪廣告를 구하지만, 記事 自體로부터 原告를 가리키는 것을 밝혀낼 수 없으며, 被告들의 不法行爲와 因果關係있는 소문의 範圍가 明白하지 않으며, 따라서 謝罪廣告가 妥當한가 또는 어느 範圍의 新聞廣告를 함이 좋은가에 判明되지 않았으며, 또한 이미 小川町에서는 현재 그 소문이 사라져 原告가 소문과 같은 소행을 하였다고 믿는 사람이 없는 사정등을 綜合하면, 謝罪廣告에 의한 原狀回復은 필요하지도 않고 상당하지도 않다.

慰藉料에 관하여 생각컨대, 原告가 상당한 精神的 苦痛을 입었음은 명백하지만, 현재 그 소문도 사라져 그것을 믿는 사람도 없어진 사실, 소문이 한창 떠돌던 당시에도 原告의 남편과 이웃사람들도 原告의 眞節을 믿고 있었으며, 家庭內에서도 어떠한 不和가 생기지 않아 그 점에 관하여는 苦痛이 적었던 사실, 原告 自身도 위 소문에 흥분한 나머지 부주의하여 다른 사람들에게 게 분하다고 말하며 울고불고 하는 바람에 그 소문이 더욱 퍼져 나가는 데에 다소의 原因을 提供

하였던 사실 등이 엿보인다. 그러므로 이러한 事實을 綜合하면 慰藉料는 各 1만5천円으로 함이 상당하다고 생각된다. 訴訟費用은 3분하여 原告 各 被告가 各 1을 負擔하는 것으로 한다.

解 說

1. 本件에서는 우선 일종의 匿名에 의한 新聞記事가 名譽毀損을 成立시키기에 족할 정도로 被害者를 特定하고 있는가에 관하여 다루어진다. 新聞發行人인 被告 Y는 原告를 대상으로 삼아 기사를 게재한 것은 아니라고 주장하는 바, 裁判所는 객관적인 당시의 상황을 판단하여 위 기사만으로는 被害者를 가리키는 것이라고 말할 수 없다고 하였다. 즉 「小川町 綠町の 아이를 가진 有夫女」라는 표현의 抽象性에 의하여 被害者가 特定되지 않는다는 것은 아니고 기사 이전에 原告에 관한 소문이 없었던 사실과 기사를 읽은 사람들의 당시의 실제적인 반응을 볼 때에 객관적으로 特定性이 없다고 보는 것이다. 따라서 「아이를 가진 有夫女」라는 일반적인 표현을 쓴다고 하여 언제나 被害者가 特定되지 않는다고 할 수 없다. 本件과 관련하여 이 점을 생각해 보자. 가령 이 기사게재 이전에 이미 原告에 관한 姦通의 소문이 퍼져 있었다면, 사정은 좀 달라질 것이다. 그러한 경우라면 「아이를 가진 有夫女」라고 하는 지극히 抽象的인 人物의 舉示에도 불구하고 姦通이라고 하는 행위 자체를 들추어냄에 따라 그 행위의 主體가 누구인가를 용이하게 짐작할 수 있게 될 것이기 때문이다. 이러한 경우에는 新聞 발행의 단계에 이미 被害者의 特定이 있는 것이 되어 名譽毀損의 成立도 인정되지 않을 수 없다. 그러나 本件에 있어서 記事 掲載 후에 原告에 관한 소문이 퍼지기 시작한 것이고 또한 위 기사만에 의하여 소문이 생겨난 것도 아니라는 상황과 기사의 抽象性이 종합적으로 판단되어 結論이 導出되기에 이른 것이다.

2. 그런데 新聞記事 자체는 위와 같은 狀況判斷으로부터 볼 때, 不法行爲로 되지 않는다고 하여도 兩 被告가 새삼스레 原告의 이름을 명백하게 들추어 가며 소문을 퍼뜨린 점은 名譽毀損에 해당한다고 판단하였다. 그러면 不法行爲가 아닌 제1행위(기사게재)와 제2행위(소문 퍼뜨

림)과의 관계를 어떻게 파악하여야 할 것인가? 判決은 제2행위 당시 이미 原告에 관한 소문이 나있던 시기에 「모두 栃木新報에 관계가 있는 被告들이 그와 같은 言動을 함은 그 소문을 더욱 퍼뜨리고 또한 基礎를 튼튼히 하는 행위」라고 斷定하고 있다. 단지 兩 被告가 소문을 퍼뜨렸다는 것이 아니라 「栃木新報에 관계있는」 두 사람이 소문을 퍼뜨렸음에 留意하고 있다. 「그 기사를 게재한 新聞의 關係人이 구체적으로 이름을 들추어 내서 말하고 있으므로 혹시…」라고 하는 기분을 사람들에게 일으키게 하는 점에 눈

을 돌려 裁判所는 제2행위를 평가한 것이 아닐까? 말하자면 기사의 抽象性이 被告들의 제2의 言動을 통하여 구체화되었다고 보고 있다 할 것이다. 다만 앞에 말한 바와 같이 기사만으로는 구체적인 소문이 생긴 것은 아니니까 제2행위만이 不法行爲가 되는 것이다. 그러나 제1행위도 제2행위의 不法性을 補強하는 역할을 하였다고 볼 수 있어 이 匿名記事의 本件에 있어서의 位置·評價는 심히 微妙하다.

(山下健次: 立命館大學 教授)

□

法人의 名譽權 侵害와 위자료 (I)

東京高裁 昭和 32년 12월 26일 判決
〔昭和 32년(ネ) 第284号 損害賠償等請求事件〕

事實概要

A情報通信社の 社長 Y(被告·抗訴人)등은 同社가 발행하는 간행물에, 그 지방에서 紳士錄을 발간하는 등 상당한 신용을 갖고 있는 X주식회사(原告·被抗訴人)를 비방하는 기사를 게재하여 不特定多數人에게 배포했다. 이에 대해 X주식회사는 Y등이 기사를 게재, 배포함으로써 X회사의 명예와 신용을 침해했다고 주장, Y등에 대해 共同不法行爲에 의한 손해배상 및 사죄광고의 게재를 청구했다. Y등은 이 기사가 X회사의 명예를 훼손시키기 위해 게재된 것이 아니고 사실을 있는 그대로 썼을 뿐이며, 現 X社는 同社刊行의 紳士錄과 관련, 紳士錄에 올려준다는 명목으로 35명으로부터 登載料를 징수하고도 이를 이행하지 않은 사실이 있다고 주장했다. 그러나 X社는 登載申請을 받고 등재하지 않은 사실은 없으며, Y등이 주장하는 35명은 X社의 퇴직사원 訴外 A가 사원을 사칭, 등재를 권유하면서 예약금을 사취한 것으로 X社로서는 아는 바 없다고 맞섰다. 1심에서는 X회사가 勝訴했다. 抗訴審에서는 X회사의 사죄광고 청구에 대

해서는 이를 인정했으나 금전배상의 청구는 다음과 같은 이유로 기각되었다.

判決要旨

X회사가 Y등의 本件 불법행위에 의해 재산상의 손해를 입었다고 한다면 Y등은 연대하여 배상할 의무가 있음은 당연하다. 그러나 本件에 있어 X회사가 과연 얼마의 재산상 손해를 받았는지에 대해서는 X회사 대표자의 진술만으로 확정할 수가 없다. 따라서 그 배상 의무의 有無는 無形損害에 중점이 두어지지 않을 수 없다. 그런데 X회사는 肉體를 가진 自然人이 아니므로 정신상의 고통에 대한 위자료라는 것은 문제가 될 수 없다. X회사의 대표자가 정신상의 고통을 받았다고 하는 사실은 혹 있을 수 있겠지만 이것을 가지고 바로 法人 X회사 그 자체가 정신상의 고통을 받았다고는 할 수 없을 것이다. 명예와 신용을 회복할 수단으로써 이미 Y등에 대해 사죄광고를 내도록 명하고 있다.

따라서 비록 法人으로서 無形損害에 대해 금전배상을 청구할 수는 있다 하더라도 本件에 있

어서는 금전배상 대신 사죄광고를 명했으므로 배상과 함께 사죄광고까지 명할 필요가 없다고 생각된다. 그러므로 금전배상을 청구하는 X회사의 本訴請求는 모두 이유가 없다고 보아 기각한다.

解 說

1. 法人에게 명예권 침해를 이유로 한 慰藉料請求權이 있느냐 없느냐에 대해서는 일반적으로 이를 부정하고 있다고 하겠다. 本件에서는 法人의 명예가 훼손되었을 때 어떠한 손해가 발생하느냐 또 손해에 대한 구제방법으로써 사죄광고 청구의 當否, 금전배상을 청구할 수 있느냐가 문제되고 있으므로 이러한 문제들을 중심으로 고찰을 해보고자 한다. 이 문제는 손해의 발생이 없으면 배상청구권도 없다는 배상이론에 따라 당연히 발생하는 문제이다.

2. 法人이 명예훼손에 의해 재산적 손해를 입는다는 것은 일반적으로 인정되고 있는 사실이다. 명예훼손에 의한 재산적 손해 가운데는 눈에 보이는 구체적인 顯在的 損害와, 눈에 보이지 않고 입증이 곤란한 潜在的이며 추상적인 손해가 있다. 前者의 손해는, 예를 들면 營利法人의 경우 收入減少라든가 본래 증가했어야 할 수입이 증가하지 않았다는가 하는 등의 형태로 나타나기 때문에 손해를 입증하거나 산정하기가 비교적 쉽다. 後者の 손해는, 예를 들면 公益法人이면 구성원의 脫退가 늘어 본래의 사업목적 달성이 어렵다든가 또는 불가능이라는 형태로 나타날 것으로 보이는데, 그 손해의 산정, 입증이 극히 어렵다. 그밖에 사회적 신용의 현저한 실추, 저하라는 문자 그대로의 無形의 손해도 있을 수 있을 것이다. 잠재적, 추상적 손해나 無形損害에 대해 손해의 입증이 없는 한 배상의무가 없다는 원칙을 관철한다면 피해자의 구제는 극히 불충분할 것이다. 자연인의 경우라면 위자료 청구에 의해 구제될 수 있는 데 반해, 法人은 위자료 청구가 부정되는 결과 이런 類의 손해가 인정되지 않는다면 가해자가 오히려 유리하게 되어 불공평하다는 비난을 면할 수 없을 것이다. 그래서 이런 類의 손해에 대해 피해자인 法人을 구제하기 위해서 현재의 배상이론의 원칙

에 따르면서 이런 類의 손해를 정신적 고통을 포함시켜 인정하여 위자료 내지 그와 유사한 것으로서 구제해 왔다. 그리고 배상의 대상이 되는 無形損害에 대해 「금전평가가 가능하고 그 위에 그 평가만큼의 금전을 지불하는 것이 「사회관념상 지당하다고 인정되는 손해」로서 금전배상을 인정하기도 하고 本件과 같이 배상에 대신해서 사죄광고를 명하기도 했다. 人格이 없는 社團도 명예훼손에 의한 손해배상을 청구할 수 있도록 되어있는 것도 위와 같은 추세를 말해주는 것으로 보인다.

3. 명예훼손에 의한 손해배상은 원상회복을 원칙으로 할 것인지, 금전배상을 원칙으로 할 것인지에 관해서는 문제가 없지 않으나, 우선 前者의 主義를 채택하는 獨逸民法에서의 구제방법을 보면 명예등을 침해한 言說의 取消, 법원에 의한 명예선언 등이 있다(獨逸民法 제823조, 824조, 825조). 스위스에서는 被害者 勝訴의 判決을 신문지상에 게재하게 하는가 하면 法院에 의한 명예선언의 구제방법이 취해지고 있으며 프랑스에서는 신문에 의한 취소광고, 피해자승소판결의 광고 등을 하도록 하고 있다. 英美法에서의 구제방법은 금전배상뿐이나 加害者가 자발적으로 행한 사죄가 배상액감소사유가 되고 있는 것 같다. 금전배상을 원칙으로 하고 있는 日本民法에 있어서도 사죄광고에 의한 구제방법은 民法 723조와 관련시켜 고려하지 않으면 안 될 문제일 것이다.

전술한 바와 같이 法人의 명예권 침해에 있어 재산적 손해 속에도 금전으로 어림할 수 없는 잠재적, 추상적 손해가 있으며 또 信用墜落과 같이 문자 그대로의 無形損害도 있다. 이런 類의 손해가 금전으로 어림할 수 없으므로 배상을 인정할 수 없다는가, 배상액이 적어도 좋다고 하는 것은 명예훼손에 대한 피해자 구제의 미흡한 점이라 하겠다. 따라서 금전배상과 함께 사죄광고와 같은 原狀回復의 구제수단이 취해지지 않으면 안된다. 더욱이 본인이 자유의사로 사죄하는 경우는 별도로 하고 사죄광고를 강제하는 것이, 사죄가 갖는 윤리성에서 볼 때 본인의 양심의 자유를 침해하는 것이 된다는 헌법상의 문제가 있다고 한다면 이를 대신하는 명예회복을 위한 처분으로서, 原文記事의 取消廣告를 피고에

게 명하는 것과 같은 방법을 취해야만 할 것이다. 이같은 原狀回復의 구제수단은 외국법에서 널리 볼 수 있다. 명예회복처분은 금전배상을 대신하여 또는 이것과 병행하여 법원의 재량에 의해 명해지는 것이며, 금전배상의 有無 또는 배상액과 相關關係에 있는 것이다. 따라서 사죄광고 및 취소광고 등을 판결로 명해도 집행면에서 법적 구제로서는 불충분한 데가 있다. 피해자를 보호하고 구제해 주기 위해서는, 명예회복처분은 언제나 집행이 가능한 것으로 판결해 주어야만 할 것이다.

4. 본건에 관해서 보면 判例는 X회사의 명예훼손에 의한 금전배상의 청구에 대해 위자료와는 별도의 無形損害에 대한 배상을 청구할 수 있음을 인정하면서도, 이에 대신하여 사죄광구의 방법에 의해 명예를 회복할 수 있다고 보고 있다. 그러나 눈에 보이지 않는, 입증하기가 어려운 추상적 손해 또는 無形의 손해에 대해 피해자를 구제해 나가기 위해서는 통상의 賠償理論을 떠나서 예를 들자면 私的 制裁와 같은 별도의 理論構成을 취하지 않을 수 없을 것이다. 만일 현행법상 그것이 불가능하다면 객관적으로 산정할 수 없으므로 제반사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 배상액을 정할 수 밖에 없다. 금전배상의 면에서도 배상금은 충분히 주어 피해자의 보호를 도모해야 할 것이다.

더우기 명예훼손에 의한 손해에 대해서는 금전을 지불하면 그것으로 모든 것이 끝났다고 할 수는 없다. 피해자의 명예를 회복시켜주지 않으면 안된다. 그러한 점에서 本判例가 사죄광고 제재를 명한 것은 일응 타당했다고 하겠다. 문제는 사죄광고가 명예회복처분으로서 적당한 것인지 아닌지에 있다. 어떤 學說은 사죄광고에 포함되는 사죄의 관념이 본질적으로 갖는 윤리성에 중점을 두어 본인이 자유의사로 사죄하는 경우 외에 이를 강제할 수 없다고 주장하고 있다. 그 결과 이에 대체되는 명예회복처분으로써 法院이 인정한 명예훼손판결의 요지를 被告의 비용부담으로 廣告케 하는 방법 또는 이와 병행하여 原文記事의 取消廣告를 被告에게 명하는 방법을 선택케 하는 방법 등이 주장되고 있다. 사죄광구의 合憲性 여부를 고려한다면 前記 學說과 같이 취소광고를 가지고 대체한다는 방향으로 생각하는 편이 타당하다고 사료된다. 어찌 되었든 간에 명예훼손에 의한 피해자를 구제하기 위해서는 금전배상과 병행하여 또 다른 原狀回復의 구제수단을 강구해 주는 것이 필요할 것이다. 本件에 있어 그 구제수단의 認容은 法院의 재량에 속하는 것이 되겠으나 法人이라고 해서 금전배상을 인정하지 않은 것은 문제점을 남긴 것으로 생각된다.

(森泉 章：青山學院大學教授)

□

公務員과 그 相對方의 私行의 報道

岡山地方裁判所 昭和 34년 5월 25일 判決
〔昭和 32년(わ) 第681号 名譽毀損被告事件〕

事實概要

被告人은 「中備新聞」의 編輯兼 發行人인 바, 昭和 32년 2월 20일 발행의 「湯原新聞」이라는 신문에 『觀光호텔을 舞臺로 한 色과 慾의 대항연, 사건의 뒤에는 女子가 있다』라는 題目으로 다음과 같은 記事를 써서 약 1,000부를 頒布하였으므로, 後述하는 C에 대한 名譽를 侵害하였

다 하여 名譽毀損罪로 問疑되었다.

「호텔의 경영에 지나치게 관여하여 비난을 받고 있는 A經理公務員과 事件의 中心人物 B氏의 妻와의 소문은 듣고도 모른 체 할 수 없다. 두사람의 관계가 어느 정도인지는 알 수 없다. 그러나 B氏의 妻는 여관의 經理를 담당하고 A經理公務員은 사흘이 멀다 하고 深夜에 호텔에 出入, 帳簿類를 챙기고 술로 밤을 세운다는 것은

의심할 수 없는 사실이다. 그리고 두사람의 특별한 應待는 호텔사람들 누구나 모르는 이가 없다. 여종업원들은 입을 모아 '우리라도 술에 취한 사람의 팬티까지 벗겨서 목욕탕에 넣어준다고 하는 친절은 베풀 수 없다'고 말한다. 어떤 때에는 전기를 끄고 단 두사람이 목욕탕에 들어가 있어 아무도 없는 줄 알고 그곳에 들어간 여종업원이 깜짝놀라 뛰쳐 나오는 일도 있고, 어떤 料理士는 새벽 4시경 밤뉘시에서 돌아와 예상치 않은 곳에서 그들을 만나서 놀라자빠졌다는 것이다. 이와 같은 친절은 아무 손님에게나 가능할까 하고 여종업원이나 料理士는 고개를 가우뚱거리고 있다. 그리고 深夜에 두사람만이 술을 마시는 일이 드물지 않고, 두사람이 있는 곳에 들어 갔다가 '실례아닌가!'하고 질책을 당한 여종업원도 있고, 두사람이 있는 곳에 갈 때에는 노크를 하고 3分정도 지난 뒤 들어가기 위하여 時計만은 잊지 않고 가지고 가는 여종업원도 있다는 소문이다.

제목 중의 「사건」이란 호텔의 拂下를 둘러싼 A 經理公務員의 背任嫌疑의 事件을 가리킨다. A 經理公務員이 근무하고 있는 岡山縣 湯原町에는 湯原觀光호텔이 있는데, 이는 원래 湯原町의 소유였다. 그러나 이전부터의 經營不振때문에 昭和 30년 12월에 町議會는 이 호텔을 湯原町旅館組合에 拂下하기로 議決하여 町은 昭和 31년 2월 24일 同組合의 代表者 B와의 사이에 代金 9백만圓으로 정하여 정식으로 拂下契約를 체결하였다. 그런데 組合은 拂下代金を 約定日까지 調達할 수 없어서 B는 A에게 도움을 청하게 되었는데, A는 B와 이전부터 알고 지내던 사이였으므로, 同町長의 同意를 얻어 同年 3월 31일 同町 名義로 中國銀行으로부터 3백만圓을 借用하여 이를 拂下代金으로 流用하였다. 이것이 背任嫌疑로 搜查되었던 것이다. A는 그후 昭和 32년 11월 30일에 起訴猶豫되었다.

또한 B는 위 觀光호텔을 町에서 經營할 때부터 支配人이었으며, 그의 妻인 C는 남편과 함께 會計事務등을 담당하였다. A는 당시 町의 經理公務員으로서 同 호텔의 經理監督등의 사무를 담당하였으며, 그 職務上, 혹은 上級官廳에서 출장은 公務員의 접대를 위하여 가끔 同 호텔에 출입하여 음주등을 하였으나, 同 32년 8월 31일

자로 經理公務員에서 물러났다.

弁護人은 公判過程에서, (1) 게재된 기사는 公務員인 A에 대한 것으로 모두 진실이므로 刑法 230條의 2 第3項에 해당하며, 그렇지 않다고 하여도 (2) 위 기사는 A의 아직 公訴提起가 없는 犯罪事實을 摘示한 것으로서, 公共의 利害에 관한 사실이며, 혹 그렇지 않다 하여도 모두 진실이므로 刑法 230條의 2 第1項에 해당한다고 주장하였다. 그러나 裁判所는 이를 물리치고 被告人을 有罪로 인정하였다.

判決要旨

(1)에 관하여,

「그러나 同項의 適用에 관하여는 規定上 아무런 制限도 없으므로 公務員에 관한 한 單純한 私生活의 暴露까지 허용하는 趣旨라고 해석될 여지가 있다 하여도 本件의 相對方인 C는 公務員도 아니고 다만 公務員의 相對方이라는 이유로 同人에 대한 私行에 관한 部分에 대하여도 당연히 同項에 포함되는 것이라고 해석할 것은 아니다.

다음 (2)에 관하여,

「과연 A는...觀光호텔의 拂下에 관하여 前記 犯罪行爲를 행한 것으로, 그 행위에 관한 한 아직 公訴가 提起되지 아니한 犯罪行爲에 관한 사실이 해당하지만, 前示한 바와 같이 摘示된 것은 A가 前記 觀光호텔의 經營에 관여하고 있다는 것, 그리고 C와 관계를 맺고 있다는 것으로서, 위 犯罪行爲에 직접의 관련성이 없는 것은 명백하므로 이로써 犯罪行爲에 관한 것이라고는 할 수 없다. 거기에다 證據에 의하면, 被告人은 이전부터 친교를 맺고 昭和 27년경부터 시작한 中備新聞의 발간에 관해서도 도움을 받는 등으로 하여 고맙게 생각하고 있던 淺沼輝男이, 그가 一部出資한 前記 拂下 후의 有限會社 湯原觀光호텔의 經營權을 둘러싸고 B와 對立抗争하고 있는 것을 알고 淺沼를 後援하려고 생각하고 있던 순간, 同人이 紹介해 준 同 觀光호텔의 여종업원등으로부터 C와 A가 이상한 관계를 맺고 있다는 사실을 듣고서 前記 經營權을 둘러싼 대립에 관하여 淺沼側에 유리한 輿論을 喚起시키기 위해, 湯原新聞이라는 신문을 발간함에 있어

서 그 一端으로서 제2면에 判示의 기사를 게재한 것이며, 이러한 사실과 前記 湯原新聞의 記事全體를 종합하면 被告人에게는 오로지 公益을 도모할 목적에서 나온 것이라고는 인정할 수 없다.

「이상과 같이 弁護人의 주장은 어느 것이나 그 前提를 缺한 것이고, 따라서 本件에 있어서 刑法 230條의 2 第2項 所定の 소위 사실의 證明을 許容할 것이 아님이 명백하므로 위 各主張은 이를 採用하지 아니한다.

解 說

1. 本件 新聞記事는 公務員인 A와 다른 사람의 妻인 C의 소위 醜聞에 관한 것으로, A 및 C에 대한 名譽毀損이 문제된다. 그러나 위에서 본 바와 같이 判決要旨는 오로지 C에 대한 名譽毀損의 成否만을 취급하였다. 이것은 A의 告訴가 없었기 때문이 아닌가 하고 추측되지만, 그렇다면 본건이 정면으로 다른 직접의 논점은, (1) 相對方이 公務員이기 때문에 眞實의 證明에 의하여 免責될 경우라 하더라도 공무원이 아닌 사람에 대하여는 그러하지 아니하다는 점, (2) 公務員이 犯罪行爲를 범한 경우라 하더라도 本件과 같은 摘示事實로서는 단지 相對方에 관한 것에 그치면 「犯罪行爲와의 關聯性」은 없다는 점의 두가지라고 할 것이다.

다만 判決要旨는 公務員에 관하여는 單純한 私事의 暴露를 허용하는 趣旨임을 示唆하고, A가 호텔經營에 관여하고 C와 관계를 맺는 것은 「犯罪行爲에 관한」 것은 아니라고 하여 A에 대한 名譽毀損의 罪責의 有無를 檢討하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 이것은 정확히 말하면 本件 判示에서는 不必要한 記述이라고 할 것이다. 따라서 本 解說에서는 이 점을 언급할 필요가 없으나, 다만 弁護人의 主張에 卽應하여 C에 대한 罪責과를 대비하여 이를 밀접하게 관련시키면서 차례로 취급해보자.

2. 우선, 가령 公務員側에 대하여는 230條의 2 第3項의 刑事免責이 되는 것과 같은 경우에 동시에 그 상대방 내지 同一 그룹의 공무원이 아닌 사람의 명예를 침해하면 어떻게 될 것인가 하는 것이 문제되는 바, 刑事免責에 관하여는 公務員

에 관한 사항 자체가 중요하므로 原則적으로 다른 자와의 관계에서는 면책이 될 수 없다고 생각하지 않으면 안된다. 이 점에 있어서 判決要旨의 結論에는 異論이 없다고 생각된다. 예를 들면 團藤教授는 「公務員등에 대한 제삼자의 행위까지가 모두 公務員등에 관한 사실이라고 말할 수 없다」고 한다(團藤·刑法과 刑事訴訟法の 交錯 78面). 따라서 공무원이 아닌 사람에 관해서는 公務員과 一體不可分으로 다른 표현이 불가피한 경우 이외에는(즉 公務員이 主役이고 相對方은 불가피한 배경이 되어 있는 때에는 어느 정도의 부수적인 기술은 不可避하겠지만) 假名등을 쓰도록 하여야 하고, 그러한 配慮를 하지 아니하는 때에는 相對方과의 關係에서는 名譽毀損이 成立한다(中野次確·改正刑法의 研究 186面 參照).

다음, 마찬가지로 刑法 230條의 2 第2項의 「아직 公訴의 提起가 되지 아니한 사람의 犯罪行爲에 관한 事實」도 犯人 자신에 관한 摘示가 문제될 뿐이므로, 가령 그 犯罪行爲와 어떠한 관련이 있어도 제삼자에 관하여는 이 조항에 의하여 면책될 수는 없다. 이것도 規定의 趣旨로 보아 自明하고 犯罪事實을 公表하였기 때문에 被害者의 명예를 침해한 때에는 名譽毀損의 責任을 免할 수 없다.

또한 判決要旨는 公務員인 A에 대한 本件事實의 摘示는 背任이라는 犯罪行爲에 直接關聯性이 없다고 판단한 것처럼 보이기도 하나, 그렇다면 230條의 2 第2項은 犯罪行爲에 관계있는 일체의 사실을 가리키는 것은 아니고 犯罪事實 그 자체라고 해석하는 것이 通說이므로 별다른 새로운 判示는 아니어서인지 本件에서는 A의 罪責을 문제로 삼지 아니하였으므로 명백히 傍論이라고 할 수 밖에 없다(本人의 犯罪行爲와 관련이 없다면 相對方인 C에 관여하는 것은 아니라고 말할 수 있다).

3. 끝으로, 역시 傍論이지만 「公務員에 관해서는 私生活의 사실의 폭로도 허용하는 취지이다」라고 하고 있으므로 이점에 언급한다. 刑法 230條의 2 第3項은 「公務員...에 관한 사실」에 관해서는 어떠한 要件도 없이 단적으로 眞實의 證明을 허용하는 것처럼 이해된다. 즉 그 목적이 私怨을 풀기 위한 것이더라도 또는 단지 私行을

파헤치는 행위라도 진실이기만 하면 면책되는 것처럼 보인다. 그래서 公務員이 잘못을 하고 있다고 하는 事實을 公表하는 것이 本項에 해당하는 것으로서 私生活에 관한 경우라도 좋다고 하는 判例도 있다(東京高判 昭和 26. 11. 7 判時 25號 29面, 大阪高判 昭和 30. 3. 25. 裁特 2卷 6號 180面). 이를 支持하는 見解가 없는 것은 아니나(中野·前掲 185面, 安平·改正 刑法各論上 189面), 公務員이라고 해서 그의 私生活까지 폭로할 필요는 없을 뿐 아니라 公務員에게 심히 가혹하며, 최근의 프라이버시의 권리가 高調되는 것에 비추어 이것은 타당하다고 할 수 없다. 그

래서 「公務員...에 관한 事實」을 「公務員의 職責·資質·品位 등에 관계되는 事實」을 의미하는 것으로 해석하고 순전한 私行은 여기에 포함되지 않는다고 생각함이 좋다(植松·刑評 15卷 365面 등). 다만 위 경우에 重點은 「私行」이기 때문이 아니라 「公務에 關係가 없으므로」임을 주의하여야 한다(다만 兩者는 대부분의 경우 중복되고 「私行」은 프라이버시의 권리에 속하므로 「眞實의 證明」은 허용되지 않는다고 하는 構成도 가능하다).

(田宮裕 : 立教大學 教授) □

法人의 名譽權 侵害와 위자료 (II)

最高裁 昭和 39년 1월 28일 判決
[昭和 34년(才) 第901号 謝罪廣告並びに慰籍料請求事件]

事實概要

Y(被告·抗訴人·被上告人)는 그가 편집하는 新聞紙에, 財團法人 X(原告·被抗訴人·上告人) 진로소를 비방하는 기사를 게재했기 때문에 X法人은 이 기사가 상식을 벗어난 악질적인 비방기사로서 X法人의 명예와 신용을 현저하게 침해했다고 주장, 사회광고와 無形의 손해배상을 청구했다. 이에 대해 Y는 無形의 손해란 慰籍料를 말하는 것인데 慰籍料는 피해자의 정신상의 고통을 위로해 주기 위해 급부되는 금전으로 法人에게는 정신적 고통이란 생각될 수 없으므로, 위자료청구권은 있을 수 없다고 주장했다. 제 1심은, 法人은 감각을 갖고 있지 않으므로 慰籍料請求權을 취득할 수 없음은 당연하나 法人도 일개의 人格者로서 사회적 평가의 대상이 되는 객관적 '명예'의 主體이므로, 그 명예가 훼손되었을 때에는 無形의 손해에 의한 배상청구권이 있다고 판결했다. 그러나 제 2심은 불법행위에 의한 권리, 法益侵害의 결과로 생길 수 있는 손해는 물질적이든가 정신적인 것으로 한정되어 있으며, 法人에게는 정신상의 고통이란 생각할 수

없는 것이므로 無形의 손해에 의한 배상청구권은 없다고 판결했다. 이에 X法人은 非財産的 損害란 사회적, 경제적 제활동의 기초를 이루는 생명, 신체, 자유, 명예, 신용 그 자체의 實在的 價値의 손해로서 금전으로 어림할 수 없는 것이긴 하나 이에 대해 自然人과 法人과를 차별하여 취급할 이유가 존재하지 않으며, 法人에도 非財産的 損害의 배상청구권이 있다는 이유를 들어 上告했다.

判決要旨

民法 제710조는 재산 이외의 손해에 대해서도 그 배상을 해야 한다고 규정했을 뿐이며, 그 배상의 내용을 한정하지는 않고 있다.……이른바 위자료를 지불함으로써 위로받게 될 정신상의 고통만을 의미한다고 받아들일 수는 없으며, 오히려 모든 無形의 손해를 의미하는 것으로 받아들여야 할 것이다. 따라서 위의 法條文을 근거로 判示와 같이 無形의 손해, 즉 정신상의 고통으로 해석, 法人에는 정신이 없으므로 無形의 손해란 있을 수 없으며, 有形의 손해, 즉 재산상

의 손해에 대한 배상 이외에 法人의 명예침해의 경우에 있어 民法 제723조에 의한 특별한 방법이 인정되고 있는 것 외에 아무런 구제수단도 인정되어 있지 않다고 결론을 내리는 것은 전적으로 오류를 범하고 있다고 말하지 않을 수 없다.……[損害] 가운데 數理的으로 산정될 수 있는 것이 有形의 손해, 즉 재산상의 손해이며 그렇지 않은 것이 無形의 손해이다.…… 이른바 위자료의 지불로 위로될 수 있다는 無形의 손해 이외에도 도대체 어떠한 無形의 손해가 있느냐는 어려운 문제에 봉착하게 되나, 그것은 어디까지나 純法律的 觀念일 뿐이며, 前示한 바와 같이 금전평가가 가능하고, 그리고 그 평가된 만큼의 금전을 지불하는 것이 사회관념상 정당하다고 인정되는 손해의 의미에 귀착되는 것이다.…… 이상을 요약하면 法人의 명예권 침해의 경우에는 금전평가가 가능한 無形의 손해의 발생이 절대적으로 없다고는 할 수 없고 그러한 손해는 加害者로 하여금 금전으로 배상케 하는 것을 사회관념상 정당하다고 해야 할 것이며, 이런 경우 民法 제723조에 피해자 구제의 각별한 방법이 규정되어 있다는 이유를 가지고 금전배상을 부정할 수는 없다는 데 귀결한다.

一 破棄選送

解 說

1. 法人도 法的 存在로서 1개의 人格者이므로 사회적 평가의 대상으로서 명예의 主體가 될 수 있음을 말할 필요조차 없다. 그러나 法人은 自然人과 달리 정신, 육체를 갖지 않고 있으므로 그 성질상 명예감정이나 정신적 자유를 가질 수 없으며, 따라서 法人의 명예권 침해가 그 문제의 대상이 되는 것은 전적으로 사회적 평가의 대상으로서의 명예, 프랑스식으로 말한다면 그 평판(reputation)에 대해서 일 것이다. 그런데 法人이 명예를 침해당했을 경우 어떠한 손해가 발생하느냐가 문제이다. 명예훼손에 있어서는 일반적으로 재산적 손해 외에 비재산적 손해의 발생을 수반한다. 法人의 명예훼손에 있어서도 顯在的인 재산적 손해의 발생을 수반하나 그 立證은 반드시 용이한 것이 아니며, 그밖에 목적 내지는 사업의 달성불능, 곤란이라는 금전으로 평

가하기 어렵고 또 입증이 곤란한 잠재적, 추상적 손해를 입는 일이 보다 현저하다. 눈에 보이지 않는 추상적 손해를 입증하고 산정하는 일은 前者의 손해보다 곤란하다는 것이다. 이런 경우의 구제방법으로는 잠재적, 추상적 손해를 재산적 손해로서 배상을 인정해 줄 것인가, 아니면 정신적 고통과 비슷한 손해, 또는 비재산적 손해로서 인정하든가의 어느 한쪽이 될 것이다. 어느 쪽의 방법을 택하든 이 경우 통상의 재산적 손해배상개념에서 떠나 별도의 法的 理論構成을 취하는 것이 필요할 것이다.

이 문제는, 本件에서는 주로 法人에게 재산상 이외의 손해배상청구권(또는 慰籍料請求權)을 인정할 수 있느냐 없느냐는 형태로 제기되어 그 손해의 성질에 대해 다투어졌다. 종래 日本에는 法人 또는 단체의 명예권 침해에 대해 정면으로 論한 判例가 극히 적었기 때문에 非財産的 損害 배상청구권을 인정한 本判例는 判例法上 중요한 지위를 점한다고 하겠다.

2. 우선 法人이 명예를 훼손당한 경우에 재산적 손해배상 외에 위자료청구를 할 수 있느냐 없느냐에 대해 判例, 學說의 동향을 개관해 보기로 한다. 종래의 判例에서는, 會社財産의 違法差押에 대해 명예침해에 의한 위자료청구를 부정했다. 戰後의 判例도 法人의 명예훼손을 인정하면서도, 그것에 의한 위자료청구는 法人에게 정신적 고통이 없다는 것을 이유로 부인하고 있는 것이 일반적이었다. 이와 같은 추세 아래서 가장 주목을 받은 것은 本判例와 그 下級裁判例를 중심으로 한 일련의 判例理論이었다. 제 1심은 法人에게 위자료와는 별도의 無形損害에 의한 배상청구권이 있다고 했다. 이에 反해 第2審은 法人에게, 정신이 없다는 것을 이유로 無形의 손해배상을 부인했으나 本判例는 非財産的 損害를 인정했다. 제 2심이 無形損害, 즉 정신적 손해라는 전제 아래 위자료 이외의 비재산적 손해를 인정하지 않는 것은 타당하지 않다. 이 점 本判例가 위자료 이외의 비재산적 손해라는 것을 인정하는 것은 정당하나 이 이론만을 따른다면 때로는 비재산적 손해라도 금전평가불가능을 이유로 부인될 수 있는 난점이 있다. 다음에 學說의 동향을 보면, 法人의 명예권 자체를 부인하는 견해는 눈에 띄지 않으나 法人의 명예

훼손에 의한 위자료청구권의 認否에 대해서는 우선 法人實在說의 견지에 서서 이를 인정하는 견해라든가, 法人은 감각을 갖지 않으나 그 法人의 대표자의 고통에 의해 그 고통을 대치할 수 있다고 하여 위자료청구를 인정하는 견해가 있다. 또 法人에 대한 사회적 평가의 침해를 실질적으로 자연인의 정신적 손해와 비슷한 것으로 보고 그 배상을 인정하자는 견해가 있고, 프랑스식으로 廣義의 위자료 = 無形의 손해로 하여, 無形損害概念을 입증곤란한 정신적 손해에 밀착하여 발생하는 재산상의 손해—이른바 무형 재산의 사회적 부분을 포함한 넓은 의미에 있어서의 손해배상을 인정하려고 하는 견해가 있다. 이들 여러 學說은 어느 것이나 法人의 명예훼손에 의해 발생한 재산상의 손해 외에 위자료 및 그와 유사한 손해까지도 인정하려고 하는 입장을 취하고 있다고 생각된다. 이러한 의도를 수긍하지 않는 것은 아니지만 法人에게 위자료청구권을 인정하고 있는 점, 제710조의 「재산 이외의 손해」를 정신적 손해로 해석, 法人의 명예훼손에 의해 발생한 손해를 그 속에 포함시켜 이해하고 있는 점은 타당하지 않다.

3. 法人도 명예의 主體가 되므로 명예침해가 있으면 재산적 손해배상 외에 비재산적 손해배상을 청구할 수 있음은 당연한 일이다. 특히 비

재산적 손해에 관해 말한다면 法人에게는 위자료의 전제가 되는 육체상, 정신상의 고통 감수성이 없으므로 위자료 청구권은 없고, 이러한 이해의 바탕 위에 서서 비재산적 손해를 인정해가기 위해서는 비재산적 손해, 즉 정신적 손해라는 해석태도라든가 無形損害를 위자료개념의 테두리안에서 구성하는 사고방식에서 벗어나서 제710조의 被害法益을 보다 넓은 개념으로 파악해야만 한다. 즉 被害法益을 물질적인 것, 정신적인 것이라는 식으로 한정할 것이 아니라 위자료도 비재산적 손해의 일부를 구성하는 것으로 보는 것이 손해배상의 法理에도 적합할 것이고, 本件을 가지고 말한다면 法人의 명예권 침해에 의해 발생하는 無形損害를 보다 객관적으로 인식할 수 있을 것이다. 제710조는 위자료청구권을 포함한 비재산적 손해배상을 인정한 규정으로 이해해야만 한다. 더우기 입증 곤란한, 그리고 금전적 평가가 불가능한 추상적, 잠재적 손해에 대해 被害者를 구제해 나가기 위해서는 通常의 배상이론을 떠나 私的制裁와 같은 별개의 理論構成—예를 들면 英美法에 있어서의 一般賠償 내지는 징벌적 손해배상—을 취할 필요가 있을 것이다.

(森泉 章：青山學院大學 教授) □

「調査에 의하면」이라는 捜査当局의 발표에 근거한 듯한 표현형식에 의한 報道

東京地裁 昭和 43년 4월 8일자 判決
(昭和 41년(7) 第 12185号 慰籍料等請求事件)

事實概要

1966년 6월 3일자 讀賣新聞 都內版 사회면에 「빌딩 건설로 詐欺, 前 형사등 2명 書類送廳」이라는 제목으로 다음과 같은 기사가 게재되었다.

「東京·芝의 東照宮境內에 고층빌딩을 세운다」는 내용으로 시작해서 재단법인 N文化住宅協會(…)로부터 어음을 詐取한 부동산업자 두사

람이 2일 東京·愛宕署에서 사문서 위조, 사기 혐의로 서류송검되었다.

東京都港區…會社重役 W(…)와 埼玉縣 浦和市……부동산업자 S(……).

조사에 의하면 W는 작년 11월경 東照宮境內 利用開發計劃으로 芝公園內에 총공사비 16億圓을 들여 지상 11층, 지하2층의 빌딩을 세워 주차장이라든가 학생숙소로 한다면서 靑寫真을 만들었다. 用地로서는 東照宮境內에 인접한 포

르투갈人 D氏 소유의 토지를 매수한다고 밝히고, D氏에게는 양해도 없이 토지매각위임을 위조하고 다시 'W의 1인에게 건축과 토지매수를 일임했다'는 東照宮의 "講"의 總代 決議書등을 준비하여 S와 둘이서 N文化住宅協會에 가지고 가 'D氏의 토지는 빌딩건설용으로 東照宮이 결국 비싼 값으로 사들일 것이니 당장 자금이 없다. 우리가 먼저 사두면 돈을 벌 수가 있다. 이익을 나누어 줄테니 계약금을 치루어 달라'고 제의하여 모두 1천1백만圓의 약속어음을 발행했다.

同協會는 愛宕署에 고소하는 한편 발행한 어음 가운데 8백만圓은 돌려받았으나 나머지 3백만圓은 이미 W등이 금융업자로부터 할인하여 현금화시켰거나 채무의 저당으로 넣어버렸다. W는 終戰(1945년) 直後부터 1948년경까지 愛宕署의 수사계 형사로 있었다.

原告(記事中の W)는 위의 기사에 의해 명예훼손당했다고, 기사를 게재한 讀賣新聞社 및 愛宕署의 搜查課 告訴係 형사 S에 대해 각각 1백만圓의 지분을 청구했다.

判決要旨

1. 명예훼손의 成否는 通常人이 그 기사를 읽고 어떠한 인상을 받느냐를 기준으로 하는 것인데, 本件記事는 과연 「조사에 의하면」으로 하여 原告의 私文書 위조, 사기사실이 적시되었으며, 경찰서의 수사결과를 발표에 근거하여 적시한 것과 같은 형식을 취하고는 있으나, 기사 전체로 보아서는 위에서와 같은 제목과 함께 原告가 진실로 私文書 위조, 사기의 범죄를 저지른 것과 같은 인상을 독자에게 주고 있음을 부인할 수 없다. 그리고 위와 같은 사실은 범죄의 容疑에 관한 것이므로 이것이 신문기사로서 보도됨에 따라 그 犯人으로 적시된 原告의 사회적 평가와 신용을 저하시켜 명예를 해친 것은 명백하다.

2. 原告의 취조는 고소에 의해 시작되었는데, 그 취조를 담당한 자는 愛宕署의 告訴係 경찰관인 被告 S이며, 被告 S가 K와 그밖의 신문기자에게 原告에 대한 告訴事件에 관한 정보를 제공한 사실이 없다. 또 경찰서도 公的인 弘報活動으로서 本件을 신문기자에게 공표한 사실이 없

다. 따라서 본건기사의 취재를 맡았던 K도 被告 S나 正規의 경찰홍보활동에서 그 정보를 입수하지 않았다는 사실이 인정된다. 증인 K는 본건기사의 取材源에 대해 愛宕署의 경찰관으로부터 취재했다고만 증언할 뿐 누구로부터 취재했는지에 대해서는 뉴스취재원의 비밀로서 구체적인 증언을 거부하므로 그 取材源을 소상하게 밝힐 수는 없으나, 기자는 本件 용의사실의 풍문을 듣고 1966년 5월 초순 및 同年 6월 2일 愛宕경찰서에 들러 本件을 알고 있는 경찰관으로부터 私的인 정보를 얻어 본건기사를 작성했음이 인정된다. 이와 같이 수사당국의 公的인 홍보활동에 의한 정보가 아니고 단순히 風聞과 私的인 정보를 근거로 작성한 범죄사실에 관한 기사가 진실에 反할 때에는, 원칙적으로 그 기사의 작성에 過失이 있었다고 인정해야만 하는데, 記者가 그 정보를 입수하는 데 있어 이를 의심할 여지가 없을 정도로 정확한 것이라고 믿어도 무리가 없을 정도의 상황 아래서 취재가 되었는지에 대해서는 이를 肯認하기에 족한 증거는 존재하지 않는다. 더구나 同 證人의 증언에 의하면, K기자는 경찰서에서 얻은 정보의 뒷받침으로 告訴人인 N文化住宅協會에 전화로 고소사실을 확인한 것 외에는 스스로 그 眞否를 확인하는 아무런 조사도 한 일이 없이 원고를 작성하여 막연하게 被告新聞社의 편집을 거쳐 본건기사가 게재되었음을 알 수 있다. 그렇다면 K기자 및 被告新聞社 편집책임자가 본건기사의 원고 지면을 작성함에 있어, 가령 그 내용이 眞實이라고 믿었다고 하더라도 그렇게 믿는 데 있어 상당한 이유가 있었다고는 도저히 인정하기 어려우며 다른 데서도 이를 인정하기에 족한 증거가 없다.

3. 피고 S는 N文化住宅協會의 原告에 대한 고소사건의 수사를 담당했는데, 同 被告는 被告新聞社의 취재기자에게 고소사건에 관한 정보를 누설하지 않았다. 그러므로 그밖의 사실을 판단할 것도 없이 原告의 피고 S에 대한 청구는 이유가 없다(1백만圓의 支拂을 命했다).

解 說

1. 本件은 첫째, 「조사에 의하면」이라는 수사당국의 발표에 근거한 듯한 표현형식을 취하면

서 기사전체로 보아서는 原告가 진실로 범죄를 범한 것과 같은 인상을 독자에게 주는 경우에는 그와 같은 사실이 犯人으로 적시된 原告의 사회적 평가를 저하시켰고, 둘째, 수사당국의 公的인 홍보활동에 의한 정보가 아니고 단순한 風聞과 私的인 정보를 근거로 작성한 범죄사실에 관한 기사가 진실에 反할 때에는 그 내용을 진실이라고 믿는 데 있어 상당한 이유가 없으면 그 기사의 작성에 과실이 있다고 인정되어야만 한다는 내용의 判決이다.

東京高等裁判所 1956년 7월 31일 判決에서는 「조사에 의하면」으로 시작되는 기사를 게재할 경우는 그 기사내용이 마치 경찰서가 수사결과를 발표한 것 같은 인상을 독자에게 주게 되므로 「조사에 의하면」으로 시작되는 기사를 경찰서의 발표사실에 한정시킬 필요성은 특히 강조되어야만 한다는 지적도 있으나 本件 判決은 이를 2단계로 나누어 相當性의 기준을 導入한 것으로 볼 수 있다.

2. 범죄보도에서는 本件과 같이 「조사에 의하면」이라는 표현방식이 자주 쓰여지는데, 前述의 첫째와 둘째를 종합하여 생각하면 (1)「조사에 의하면」이라고 한 이하의 보도내용이 眞實이라는 것이 증명되든가 또는 (2)그 내용이 眞實이라고 믿는 데 있어 상당한 이유가 있을 때에는 불법행위가 되지 않는다.

(1)의 眞實性의 증명은 수사당국의 공식발표 보도에만 始終할 때에는 통상 성립될 것이다. 또 (2)의 相當性의 기준이 적용되는 것은 「그 취재의 대상이 사건의 수사를 담당한 수사과장과 같이 신뢰할 수 있는 위치에 있는 자로서 그이하등의 의심을 가질만한 情況도 인정되지 않을 때」라고 할 수 있다. 本件의 취재기자는 단순히 愛宕署의 경찰관으로부터 취재했다고 증언할 뿐 누구에게서 취재했는지에 대해서는 뉴스취재원의 비밀을 내세워 구체적 증언을 거부했는데, 만일 취재의 대상이 된 경찰관을 明示했다면 어떠한 결과가 되었을 것인가.

1953년 1월 16일 福岡高等裁判所의 판결취지에 따르면 本件 原告의 경우 취조를 담당했던 경찰관(피고 S)이 신문기자에게 정보를 제공한 사실은 없는 것으로 되어 있으므로, 相當性의 기준의 적용은 없을 것이다. 또 本件 취재기자는 告訴

人인 N文化住宅協會에 전화를 걸어 告訴事實을 확인하는 것 외에는 아무런 증거취제도 하지 않았는데, 이러한 취재태도는 倫理的인 측면에서 비판받아야만 할 것이다.

3. 本件과는 반대로 수사당국으로부터의 취재임에도 불구하고 「조사에 의하면」이라는 표현을 쓰지 않고 직접 취재한 것과 같은 인상을 주는 斷言的表現을 사용한 기사의 경우 어떻게 될 것인가.

東京地方裁判所 1956년 5월 21일 判決은 「取材源을 명확히 하고 간접취재임을 표현하지 않은 채 직접취재에 의한 것과 같은 인상을 주는 斷言的表現을 써서 기사를 게재하여 때로는 오해를 불러일으킬 우려가 있다고 해도 해당기사가 취재사실의 서술에 시종일관하는 限 신문의 기능상 부득이한 표현으로서 시인하는 것이 타당하며 고의, 과실의 책임을 물을 것이 아니라, 오히려 신문사에 허용된 정당한 업무의 범위에 속하는 것이라고 말하지 않을 수 없다」고 명예훼손의 성립을 부인했다.

이상에 든 몇가지 판례를 가지고 판단하면 「조사에 의하면」이라는 표현형식은 문장상의 문제이며, 중요한 것은 보도의 내용이 眞實에 합치하느냐 어떠냐 또는 相當性의 기준의 적용이 있느냐 어떠냐는 것이다.

4. 범죄보도에서는 本件에서 문제가 된 「조사에 의하면」이라는 표현형식 이외에 「……라고 말해지고 있다」, 「……라고 전해지고 있다」, 「……이라는 소문이다」, 「……이라는 말이 있다」 등의 傳聞形式, 風聞形式의 표현이 사용되는 일이 있는데(「조사에 의하면」이라는 표현보다 뉴스소스가 애매한 것 같은 인상을 풍긴다), 東京地方裁判所 1962년 12월 25일 判決은 이른바 日本共產黨 스파이사건에 관한 讀賣新聞記事에 대해 기사의 前半에서 「전해지고 있다」, 「말해지고 있다」는 식으로 傳聞한 것과 같은 애매한 어조를 사용하고 있는데……적어도 他人의 명예를 손상시키는 성질을 갖는 구체적 사항의 風聞을, 그러한 風聞이 있다는 것이 사실이라고 해서 風聞의 내용에 관한 진실성에 하등의 고려도 없이 기사화하여 게재했다면 그 기사의 게재가 違法的이라는 것은 의심의 여지가 없을 것이며 또 이 기사가 위에서와 같이 「전해지고 있

다」, 「말해지고 있다」고 되어 있더라도 기사를 읽는 通常人은 이러한 用語에도 불구하고 그 「전해지고 있다」, 「말해지고 있다」는 구체적 사실에 대해 이미 判示한 것과 같은 인상이 주어질 것은 부인할 수 없으므로 그 사실에 관한 증명

또는 그 實在를 믿음에 있어 通常人의 입장에서 보아 상당한 이유가 있는 경우가 아닌 한 기사의 위법성은 阻却되지 않는 것으로 해석해야만 한다고 判示하고 있다.

(堀部政男：一橋大學 教授)

「中間讀物」의 모델과 명예훼손

— 大阪府議會滑稽譚 —

大阪地裁 昭和 43년 7월 30일 判決
〔昭和 26년(7) 第 477号 損害賠償等請求事件〕

事實概要

被告 甲은 被告 乙이 발행하는 文藝春秋 1961년 1월 발행의 新年特別號에 『外遊는 돈벌이가 되네—大阪府議會滑稽譚—』 제하의 기사를 게재했는데, 그 기사 안에는 『美國이란 熱海일세?』(編輯者註：熱海는 「아다미」로 발음하며 日本의 유명한 温泉地이다)라는 제목을 붙인 기사도 있었다. 그 내용은 大阪府로부터 40일간의 美國 출장명령을 받고 이에 대한 旅費, 日當, 숙박료 등의 지급을 받고도 샌프란시스코 도착 다음날 곧바로 귀국하여 출장기간 동안 熱海(아다미)에서 지내면서 지급된 여비, 일당, 숙박비 등을 착복했고, 때마침 숙박중인 여관에서 피고 甲에게 발각되자, 무마조로 피고 甲에게 금품을 제공하여 진상의 폭로를 沮止하려고 노력했으나, 피고 甲에게 거절당해 울상을 지었다는 것이다.

이에 대해 原告는 다음과 같이 주장했다. 原告는 1938년 이래 20수년간 大阪府議會議員으로 당선된 자로서 大阪府로부터 1955년 3월 9일부터 3월 25일까지 17일간 美國출장명령을 받고 명령대로 출장을 다녀온 경력을 가지고 있으나, 本件記事는 原告가 美國출장을 명령받은 사실 외에는 전적으로 날조된 것이다. 또 피고 乙은 출판회사로서, 잡지기사의 게재, 발행에 있어서 사실의 진상을 충분히 조사하여 개인의 명예를 손상하는 일이 없도록 주의를 다할 의무가 있다. 또 만일 이러한 過失이 가려 없었다고 하더라도

라도 잡지편집장인 訴外 丙은 잡지편집책임자로서 그 기사의 게재에 대해 乙과 같은 주의의무가 있으며, 또 피고 乙은 訴外 丙의 使用主로서 그와 같은 감독의무를 진다(民法 제715조). 이와 같이 訴外 丙이 被告 甲이 쓴 기사를 조사도 하지 않고 그대로 게재한 데 대해 피고 乙은 使用者 責任을 지지않으면 안된다.

原告는 文藝春秋의 이와 같은 기사에 의해 현저하게 그 사회적 평가가 손상되어 정치적 생명이 좌우될 정도의 타격을 받았다. 그 정신적 고통에 대해 原告는, 被告 甲·乙이 연대하여 金 200만円을 지불할 것이며, 이와 함께 사죄광고도 내도록 청구했다.

이에 대해 被告 甲은, 이 기사는 大阪府議會 내부의 부패를 폭로함으로써 반성하도록 하기 위한 公益的 目的을 가지고 쓰여진 기사이며, 더구나 화제 전체를 유머러스하게 하기 위해 약간 픽션的 要素를 가미한, 이른바 가벼운 읽을거리(編輯者註：日本에서는 이런 類의 글을 「中間讀物」이라고 한다)이기 때문에 作中の 「實田作夫」란 인물은 原告 實野作雄과는 아무런 관련성이 없는 가공인물이며, 따라서 피고 甲은 그 글이 原告의 명예를 손상하는 것이라고 할 수 없고 일반 독자들도 그와 같은 이해를 하지 않았다고 주장했다. 被告 乙은 訴外 丙으로부터 이 기사의 게재에 관해서는 명예훼손의 사실이 없다는 취지의 보고를 받았으며 또 訴外 丙도 이 기사를 변호사에게 송부하여 의견을 물은 뒤에

게제한 것이기 때문에 과실은 없다고 주장했다.

判決要旨

(1) 本件記事에 등장하는 「實田作夫」는 기사에서는 「くず作」이라고 불리울 정도로 우둔한 말더듬이등으로 운운되고 있는데, 原告에게도 「くず作」또는 「ども作」이라는 별명이 있는 점이라든가 이 기사에 등장하는 다른 인물도 한 字 내지 두 字만 고치면 모두 府議會議員의 실재인물과 부합하고 있다는 점으로 보아도 「實田作夫」는 명백하게 「實野作雄」을 의미하고 있다고 해석해야만 한다.

(2) 따라서 이 기사는 原告에 관해 전혀 사실 무근의 사건이며 原告의 명예를 현저하게 손상시켰다고 생각된다. 또 文藝春秋가 出版界에서 차지하고 있는 지위, 발행부수를 보아도 大阪府議會 내부는 물론 일반인에게도 널리 읽혀, 原告는 현저하게 사회적 지위를 손상받아 정신적 타격을 입었다는 것이 인정된다. 또 被告는, 이 기사가 흥미본위의 가벼운 읽을거리라고 말하고 있으나 ...그 作中人物은 앞에서 인정한 것처럼 특정인물인 原告와 너무나 닮았고, 특히 그 인물의 행동에 대해서 本件記事는 허위인 추악한 사실을 기술하고 있으며 명백하게 위의 가벼운 읽을거리로서 허용될 수 있는 한도를 넘어서고 있다.

(3) 被告 甲은 大阪府議會議員이고 기사 속의 등장인물이 모두 한 字 또는 두 字만 고치면 실제의 인물이며, 이들이 즐렬한 행위를 적극적으로 기술하고 있는 데서 被告에게는 명백하게 허위의 사실에 의해 原告의 명예를 손상시키려는 고의가 있다. 또 被告 乙에 대해 「被告 會社」는 잡지의 편집발행 등의 홍보활동에 관한 경영을 하는 자로서, 文藝春秋에 기사를 게재함에 있어서는 그 기관 또는 담당 사용인으로 하여금 그 기사의 내용 및 사실의 진상을 충분히 조사하게 하는 등의 조치를 취함으로써, 적어도 개인의 명예를 훼손하는 등 인권침해의 발생을 사전에 방지해야 할 주의의무가 있으며, 특히 本件과 같이 大阪府議會에 관한 폭로적 기사를 게재함에 있어서는 그 사실 및 등장인물에 관해 그

고장의 신문기자, 大阪府議會議員 등 사정을 잘 아는 관계자에게 문의하는 등 적절한 방법으로 충분히 조사해야 할 의무가 있는 것으로, 그 담당기관 또는 使用人에게도 이와 같은 조사의 의무가 있다. 被告 乙 및 訴外 丙은 이 조사의무를 태만했다.

(4) 原告의 명예를 회복하는 방법으로서 被告는 재판소 지정의 방법에 의해 「取消廣告」를 발표해야 할 것이며, 이와 함께 原告가 입은 정신적 고통을 구제하기 위해 被告는 연대하여 金 100만圓을 지불하라는 판결이 내려졌다.

解 說

本件은 이른바 「中間讀物」이라고 불리우는 類의 기사가 명예훼손이 되느냐 안되느냐는 기준을 마련해 주고 있다. 「中間讀物」이란 어떤 公共性이 있는 기사를 집필함에 있어 집필자의 집필의도에 맞추기 위해 약간의 사실, 또는 등장인물을 변경 또는 부가하여 읽을거리로서의 흥미를 증가시키는 것이라고 말할 수 있을 것이다. 이것이 고도의 藝術的 昇華로까지 도달하지 않고 있다는 점에서 픽션과는 다르다. 이렇게 본다면 「中間讀物」은 보도의 자유에 근거한 諸活動의 하나라고 생각될 수 있다. 이런 종류의 활동의 정당한 행사가 유익한 효과를 가져올 경우에는 독자에게 어떤 社會的 事象을 이해시키는 데 있어 단순한 速報的 記事의 보고로서는 불가능한 효과를 갖는 경우가 있을 것이다. 「事實은 小説보다 진기하다」고는 말하지만 사실은 때로는 평범하여 거기에 무엇인가 사실을 附加하지 않으면 그 사실이 갖는 사회적 의의가 크로즈업 되지 않는 일이 있기 때문이다. 때문에 픽션의 경우와 같이 廣義의 사상표현의 자유에 근거한 활동보다는 「中間讀物」편이 公益性的의 정도가 약간 강하다는 것을 쉽게 이해할 수 있다. 따라서 명예훼손의 입장에서 보면 그것이 실질적으로 진실에 합치하는 한, 違法性은 현저하게 阻却된다고 말해도 좋을 것이다. 그러나 「中間讀物」에는 내용이 나쁜 「모델小説」의 경우와 같이 명예훼손적 기사의 은닉장소로 사용될 위험성이 많다. 이런 경우의 法的 思考의 操作은 原理的으로는 우선 기사 속의 특정인물이 실재인물과

부합하느냐의 문제가 된다. 다음에는 그 同一性이 확인된 위에 해당기사가 허위의 사실을 유포하고 실제 인물의 사회적 평가가 현저하게 손상되었는가가 문제된다. 여기에서 만일 그 기사가 진실이라고 한다면 「中間讀物」이 보도의 자유의 뒷받침을 받는 활동이고 公益性的의 요청이 강하므로 명예훼손은 전적으로 성립되지 않을 것이다. 그리고 프라이버시를 침해하는 문제에 있어서도 그 成立 여부에 관해 상당히 미묘한 문제가 있다고 하겠다. 다시 말하면 보도의 공공성을 강하게 전면에 내세워 뉴스성을 중심으로 생각하면 프라이버시의 침해는 성립되지 않는 것이 아닌가 생각되기 때문이다(단, 뉴스성이 없어진 과거의 기사에 관해서는 별개의 문제이다). 「中間讀物」이 신문의 기사만큼 속보성을 갖지 못하고 따라서 신중하게 속고할 수 있는 여건이 주어지고 있다는 입장에서 집필자의 주의의무를 강조하여 생각할 경우에도 아마 프라이버시의 침해는 성립되지 않는 것이 아닐까. 이 점이 픽션의 경우—픽션에서는 프라이버시의 침해는 있을 수 있다—와 법률적으로 현저하게 다른 점이라고 생각된다.

다시 명예훼손쪽으로 되돌아와 보면 「中間讀物」은 신문의 경우와 달리 速報性이 없으므로, 타인의 명예를 해당기사에 의해 손상시키지 않도록 충분히 주의할 의무가 있다고 생각된다. 예를 들면 뉴스취재의 경우에는 권위있는 수사당국의 발표에 근거하여 취재를 하여 그대로 보도했을 경우에는, 그 내용이 진실이 아니라 하더라도 원칙적으로는 신문측에 과실은 없다. 이

러한 입장에서 본다면 本件에¹ 있어서의 법원의 견해가 특히 府議會 내부의 폭로적 기사를 「中間讀物」로서 게재하는 경우, 被告 乙 및 訴外 丙이 「그 고장의 신문기자, 大阪府議會議員 등 그 사정에 밝은 사람들에게 묻는다든가 하는 적절한 방법으로 충분히 조사해야 할 의무가 있다」고 한 것은 특히 주목된다.

本件에서 또 하나 중요성을 갖는 것은 原告의 「謝罪廣告」의 청구에 대해 法院이 「取消廣告」를 인정했다는 사실이다. 종래 日本의 法院은 명예훼손에 관한 사건에 대해 손해액의 算定問題에 原告가 명예회복을 하는데 적절한 처분을 해왔는데, 그 구체적인 내용은 「謝罪廣告」와 「取消廣告」이다. 신문, 잡지 등을 통해서 하는 사죄광고, 취소광고가 그것인데 특정인에 대한 통신이라든가 揭示 등의 방법도 있다.

그런데 「謝罪廣告」에 대해서는 本人의 良心의 자유에 反하므로(憲法 19조 위반) 違憲이 아니냐는 문제가 제기되고 있다. 현재 日本의 最高裁判所는 多數意見으로 이를 合憲으로 판단하고는 있으나, 유력한 少數說도 있다는 것을 주목해 두지 않으면 안될 것이다. 아마 本件에서 「謝罪廣告」를 인정하지 않고, 「取消廣告」를 인정한 것은 이러한 문제에 대한 배려에서인지도 모른다. 그러나 「謝罪廣告」와 「取消廣告」는 그 實効性을 가지고 말한다면 同一한 것이 아니냐는 의문도 있고, 兩者의 本質如何에 관한 문제에 대해서는 앞으로 더 연구되지 않으면 안될 것이다.

(小堀憲助：中央大學 教授) □

헤드라인에 의한 名譽毀損(II)

東京地裁 昭和 45년 3월 4일 判決
〔昭和 43년(7) 第15359号 損害賠償等請求事件〕

事實概要

1967년 7월 19일자 讀賣新聞 夕刊 제1면 톱에

『어음센터에 火災병強盜』라는 제목으로 대충 다음과 같은 기사가 게재되었다(그밖에 『2명 點火, 金庫노려』등 몇개의 작은 제목이 붙었다).

「19일 아침 東京・丸の内の三菱銀行 어음센터에 火災병과 권총 든 남자가 침입했다. 종업원의 협력으로 무사히 체포했기 때문에 전혀 피해도 없었으나 警視廳의 조사에 의하면 이 남자는 東京大 출신의 유명한 新人總會꾼, 動機에 대해서는 '日本軍國主義의 復活을 沮止하기 위해 재벌이 발행한 어음을 소각시켜 곤궁에 빠뜨리려고 생각했다'고 자백하고 있다」(以上前文)

「同日 오전 9시 45분경 東京都 千代田區 丸の内 2-5, 東京빌딩 1층의 三菱銀行 어음센터(…所長)의 문을 열고 젊은 남자가 '所長에게 청탁한 原稿를 받으러 왔다'면서 들어왔다.……

남자는 手製火災병을 꺼내 불을 붙인 후 높이 약 20cm의 불꽃이 솟아오른 그 병을 왼손에 들고, 오른손에는 大型의 권총을 들고 '남자들은 접근하지 마라, 정말 쏜다'고 위협하면서 성큼성큼 넓은 사무실을 가로질러 문이 열려있는 金庫에 다가가 병을 놓았는데 불이 꺼지고 말았다.

……

同署에서 放火未遂, 상해혐의로 조사하고 있다.……」原告는 原告의 행동을 強盜라고 게재, 보도한 것은 명예를 훼손하는 것이라고 주장, 訴를 제기했다.

判決要旨

1. ……本件 기사게재에 의해 原告의 행동이 強盜로 판단, 평가되어 널리 報道流布되었다고 할 수 있는데, 이러한 경우에는 일반적으로 社會的 評價의 低下를 가져온다고 하겠다.

2. 제목에는 強盜로 되어 있으나 本件 記事本文에는 強盜라고 표현한 부분은 없다. 따라서 이러한 제목을 붙여 게재보도한 것이 不法行爲를 구성하는지 어떤지에 관해 검토한다.

(1)……

(2)……原告는 그 어음센터에서의 행동이 刑法上 建造物侵入威力業務妨害罪에 해당하는 것으로 有罪判決을 받아 이 判決이 확정되었으므로, 原告의 행위를 가르켜 刑法에서 말하는 強盜에 해당된다고 할 수 없음은 물론, 原告가 재물을 취득하려고 한 의도나 행동이 있었다고 인정될만한 자료가 없으므로, 原告의 행동을 強盜라고 평가하는 것은 잘못된 것이라고 하지 않을

수 없다. 원래 신문에서 범죄기사로서 표현되는 「強盜」가 반드시 刑法에서 말하는 「強盜」와 완전히 일치하지 않는다고 해서 곧바로 이를 眞實에 합치하지 않는다고 해서는 안되겠지만, 原告의 행위가 일반적으로 또는 상식적으로 말하는 強盜에 해당된다고 말할 수 없으므로, 本件記事의 제목은 眞實에 합치하는 것이라고는 말할 수 없다.……

(3)……被告新聞社 취재기자가 原告를 체포하여 취조를 한 丸の内警察署도 放火未遂로 傷害의 혐의로 조사하고 있음을 알고 있었고, 本件 題目을 붙인 편집부원에게도 原告의 행동을 強盜라고 평가판단함에 있어 충분한 자료가 있었다고 인정되지 않는 바, 強盜에 해당된다고 판단, 평가하는 것은 특별한 법률지식을 갖고 있지 않은 자라 하더라도 경솔했다고 하지 않을 수 없다. 이 결론은 신문기사에 붙여지는 제목이 간략하게 내용을 표시하여 讀者의 주의를 환기시켜 本文을 읽게 하려는 의도를 갖는 성질상, 다소 그 표현에 과장이 허용된다 하더라도 좌우될 수 없다고 생각한다. 또 다른 신문도 本件 新聞과 같은 표현을 하고 있다고 하더라도 결론에 영향이 없다.

(4)그렇다면 本文記事의 제목으로서 「強盜」라는 표현을 쓴 것은 被告新聞社 편집부원에게 過失이 있으며, 違法性은 阻却되지 않는다고 하지 않을 수 없다.

解 說

1. 本件에서는 제목으로 「原告의 행동이 판단 평가됨으로써 社會적 評價의 低下를 초래했다」는 것이 인정되었다.

2. 本件에서는 기사본문에 없는 말을 제목으로 뽑아 문제가 되고 있다.

法院에 의하면, 本件記事의 자료가 되었던 原告의 행동동기 및 목적은 「정부의 제3차방위력 정비계획등 군사정책의 강화에 반대하고 나아가 日本憲法 제9조(戰爭의 放棄, 戰力の 不保持, 交戰權의 否認)의 정신을 옹호하는 데 있었으며」 이를 위해 「제3차방위력정비계획의 주요한 담당자인 三菱재벌의 중심적인 軸이라고 原告가 생각한 三菱銀行 수뇌부에 대해 示威를 하여 反

省을 촉구하려고 이같은 행동을 했다는 것이며, 그로 인해 체포되어 放火未遂被疑事件의 피의자로서 경시청 丸の内署에서 조사를 받고, 1967년 8월 5일 東京地方檢察廳檢事에 의해 建造物侵入威力業務妨害피고사건으로 公訴가 제기되어, 1968년 10월 1일 東京地方裁判所에서 同罪에 의해 징역 1년, 집행유예 3년의 判決을 받아 확정되었음」이 인정되고 있다.

더구나 <判決要旨> 2의 (3)에서 지적한 것처럼 피고 신문사의 취재기자는 丸の内署가 原告를 放火未遂傷害의 혐의로 조사하고 있음을 확인한 것으로 되어있다. 때문에 제목을 붙인 편집부원이 原告의 행동을 「強盜」로 평가, 판단한 것은 경솔했다고 인정, 過失이 있었다고 判示되는 결과가 되었다.

3. <判決要旨> 2의 (3)의 마지막에 있는 「다른 신문도 本件 新聞과 같은 표현을 하고 있다고 하더라도 위의 결론에 영향이 없다」고 한 부분은 주목된다. 다른 신문이 그 당시 어떻게 보도했는지는, 眞實이라고 믿는 데 있어 상당한 이유가 있었는지 어떤지를 판단하는 자료로서 피고신문사에 의해 주장될 수 있기 때문이다.

그러나 이 점에 관해 本件에서는 별로 논의되지 않고 있기 때문에 本件의 同一人物에 의해 1967년 7월 19일자 朝日新聞 夕刊 社會面の 本件과 같은 사건에 관한 보도가 原告의 명예를 훼손했다는 이유로 제소된 사건에 관해 살펴보기로 한다.

同新聞은 『銀行에 火災병強盜』, 『던지는 틈을 타서 잡다』라는 제목으로 銀行에 手製의 火災병등 일곱가지 도구를 소지한 강도가 침입했으나 아무것도 강탈하지 못한 사이에 行員이 붙잡아 丸の内署에 끌고 갔다는 내용의 前文에 이어 본문에는 丸の内署는 防火未遂현행범으로 체포했으나 原告가 本事件前의 17·18일의 이틀 동안 어음센터에 들러 所長을 만나 어음에 관한 原稿를 의뢰한 일이 있다는 사실, 本件 사건 당일에도 우선 현관에서 所長에게 청탁한 原稿를 찾으러 왔다고 말한 사실 등으로 보아 同署는 原告가 사전에 예비조사를 하여 여자행원이 많다는 것을 확인한 후 強盜를 계획한 것으로 보고 이를 추궁하고 있다는 내용을 게재했다.

原告는 위 기사가 허위라는 점을 들어 300万

円의 지불과 사죄광고의 게재를 요구했다.

東京地方裁判所는 「強盜」는 범죄행위 중에서도 극히 파렴치한 범죄이며, 原告와 같은 정치적 목적을 갖고, 그 수단으로서 건조물침입위력 업무방해를 범한 자를 강도범이라고 널리 신문을 통해 보도하는 것은 그 명예를 훼손하는 것이라고 하겠다」고 하여, 20만円의 지불과 取消廣告(謝罪廣告가 아님)의 게재를 명했다.

그러나 피고의 형법적 평가를 전면적으로 잘못이었다고 규정하는 것은 좀 과욕한 것같이 생각된다. 被告는 그의 항변에서 「가령 本件記事가 原告의 강도행위를 보도한 점에서 허위보도였다고 하더라도 強盜로 믿는 것이 당연하며 그 誤信에는 어쩔 수 없는 상당한 이유가 있었다」고 주장하고 있다.

법원의 사실인정에 의하면 原告는 1967년 7월 19일 오전 9시 45분경 東京都 千代田區 丸の内 2丁目 5번지 東京빌딩 1층 주식회사 三菱銀行 어음센터에 들러 관리자의 허락이 없었는데도 사무실에 침입하여 오른손에는 가짜 권총 왼손에는 點火된 火災병을 들고 센터내에서 어음취급 사무에 종사하고 있던 은행원에게 「접근하면 쏜다」, 「폭발한다」, 「남자들은 金庫 안에 들어가라」고 위협하는가 하면 火災병을 사무실 안의 기둥에 던지기도 했으나 급히 달려온 남자행원들에 의해 붙들렸다. 여기서는 「폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 強取한 者」(刑法제236조) 중 「타인의 재물을 強取한 者」라는 구성요건에 해당되는 행위는 인정되지 않고 있다. 따라서 刑法上으로 強盜가 아니라는 것은 확실하다. 그러나 법원에 의해 인정된 것과 같은 사실이 정보로 입수된 경우 一見 「強盜」라고 생각하기 쉬운 것도 사실이다. 이러한 점을 고려한다면 신문사가 「強盜」로 판단한 것은 무리가 아닐 수도 있다. 그러나 법원은 「原告의 행위를 強盜로 단정하고 있는 제목 및 前文부분은 잘못된 刑法的 評價에 근거하여 보도한 것이며, 本文中의 原告가 강도로서 경찰의 추궁을 받고 있다는 부분은 사실의 뒷받침이 없는 추측기사로서, 모두가 사실을 정확하게 반영한 기사라고 말할 수 없고 따라서 사실에 反하는 허위보도라고 말하지 않으면 안된다」고 判示하고, 「讀賣新聞 夕刊, 毎日新聞 朝刊, 日本經濟新聞 夕刊, 北海道新聞 夕刊에

서도 本 사건을 취급한 기사 가운데 제목, 前文, 本文中에서 原告가 強盜를 했다는 취지의 보도를 한 부분이 눈에 띄는데 이런 것들을 가지고 被告가 본건 기사를 취재하던 時點에서 모두가 진실이었다고 인정하기에는 불충분하다」고 被告의 항변을 받아들이지 않았다.

이러한 법원의 판단은 한편으로는 신문보도에 있어서의 刑法的 評價에 대해 너무 엄격하다는 비판의 여지도 있으나(앞에서 본 바와 같이 몇

개의 신문기사에서 「強盜」로 판단되고 있는 것은 이같은 행위를 「強盜」로 보는 것이 新聞의 常識임을 의미한다고도 할 수 있다), 또 다른 한편으로는 報道에 있어서의 刑法的 評價의 영향력이 극히 크다는 것을 생각한다면 報道를 하는 사람들은 이 判決을 教訓으로 삼아 신중을 기하지 않으면 안된다고 하겠다.

(堀部政男：一橋大學 教授) □

週刊誌가 名譽毀損을 하였다는 이유로 謝罪廣告와 慰藉料의 請求가 認容된 事例

- 「週刊新潮」名譽毀損事件 抗訴審判決 -
〔謝罪廣告等請求抗訴, 同附帶抗訴事件, 東京高裁 昭和 57(ネ) 1638号 昭和 58. 6. 30 民 10部判決, 一部變更(確定)
一審東京地裁 昭和 53(フ) 8083号 昭和 57. 6. 14 判決〕

事實概要

本件은 成田空港의 開港日인 昭和 53년 5월 20일 새벽 所澤市内에서 中核派로 보이는 자에 의하여 航空管制回路 3개가 절단된 사건에 관하여 同月 25일 발간된 「週刊新潮」 6월 1일자가 그 범행에 대한 혐조자인 것처럼 게재하여 명예가 훼손되었다고 주장하는 電電公社의 직원인 X₁·X₂ 두 사람이 新潮社 Y₁과 그의 編輯發行人 Y₂를 상대로 하여 제기한 謝罪廣告掲載와 慰藉料支給을 청구한 사건의 抗訴審 判決이다.

제 1심인 東京地裁 昭和 57. 6. 14는 判例時報 1047·64號에 判例特報로서 소개되었으므로 그 상세한 내용은 이를 참조키 바람. 위 제 1심 판결은 X등의 청구하는 명예훼손의 성립을 인정하고 Y등에 대한 謝罪廣告를 「週刊新潮」에 게재할 것과 각자에게 70만円の 慰藉料를 지급할 것을 명하였다. Y등은 이에 불복하고 抗訴함으로써 原判決의 取消와 請求棄却을 구하였고 X등은

附帶抗訴로써 謝罪廣告를 朝日新聞, 毎日新聞, 讀賣新聞에 게재할 것과 慰藉料로써 각자에게 30만円을 추가로 지급할 것을 구하였다. 이에 대하여 本 判決은 1심판결과 같이 명예훼손의 성립을 인정하고, 「週刊新潮」誌上에 謝罪廣告의 게재와 X등의 청구대로 각자에게 慰藉料 100만円の 지급을 명하였다.

일반적으로 매스컴은 센세이셔널한 사건에 관하여 한 순간이라도 빨리 보도하려고 하는 나머지 명예훼손의 책임을 져야 할 경우가 적지 않은바, 최근에는 신문, 텔레비전과 마찬가지로 긴급을 요하지 아니하는 週刊誌나 雜誌에도 명예훼손의 책임을 물을 만한 사례가 드물지 않다(예를 들면 札幌地判 昭和 56. 3. 26, 判例時報 1022. 122, 東京地判 昭和 56. 6. 2, 判例時報 1009. 17, 東京地判 昭和 56. 6. 30, 判例時報 1018. 93, 旭川地判 昭和 56. 9. 3, 判例時報 1040. 85).

本 判決은 第 1審判決의 대부분을 인용하고

특히 별다른 判斷을 하고 있지 않지만 명예훼손의 성립을 인정하고서도 謝罪廣告의 게재까지 허용하는 일은 비교적 적고 또한 週刊誌의 記事에 의한 명예훼손의 성립을 인정한 한 케이스를 추가한 것으로 實務上 참고가 될 것이다.

參照條文

民法 709條, 723條.

當事者

抗訴人(附帶抗訴人)

株式會社 新潮社

代表者 代表取締役 佐藤亮一

抗訴人(附帶抗訴人)

野平健一

抗訴人들 訴訟代理人 弁護士 多賀健次郎

武田仁宏

被抗訴人(附帶抗訴人)

上原成信 外 1名

被抗訴人들 訴訟代理人

弁護士 中川 明, 中島通子

主 文

1. 本件抗訴 및 附帶抗訴에 기하여 原判決을 다음과 같이 변경한다.

(1) 抗訴人들은 被抗訴人등에 대하여 別紙記載와 같은 謝罪廣告를 表題인 「謝罪文」과 末尾의 「株式會社 新潮社」「週刊新潮 前編輯發行人 野平健一」의 부분 및 「上原成信殿」「伊藤弘之殿」의 부분은 二倍活字로 하고, 本文은 一倍活字로 하여 週刊誌 「週刊新潮」誌上에 세로 8센티미터 가로 14.5센티미터의 크기로 1회 게재하라.

(2) 抗訴人들은 각자 被抗訴人등에 대하여 各金100만円 및 이에 대하여 昭和 53년 9월 12일부터 完濟日까지 연 5분의 비율에 의한 金員을 지급하라.

(3) 被抗訴人등의 나머지 청구를 기각한다.
2. 訴訟費用은 제1, 2심을 통하여 이를 10분하여 2는 피항소인등의, 그 나머지는 항소인등

의 각 부담으로 한다.

3. 第 1項 2에 한하여 假執行할 수 있다.

抗訴代理人은 抗訴趣旨로서 「原判決中 抗訴人등의 敗訴部分을 취소한다. 被抗訴人등의 청구를 기각한다. 訴訟費用은 제1·2심 모두 被抗訴人등의 부담으로 한다」는 趣旨의 判決을 구하고 附帶抗訴에 관하여 「被抗訴人등의 附帶抗訴를 기각한다」는 취지의 판결을 구하였다.

被抗訴代理人은 抗訴에 관해 「抗訴人등의 本件抗訴는 모두 기각한다」는 취지의 판결을 구하고 附帶抗訴로서 「原判決中 被抗訴人등의 敗訴部分을 취소한다. 抗訴人들은 被抗訴人등에 대하여 原判決別紙 (二)와 같은 謝罪文을 내용으로 하는 謝罪廣告를 朝日新聞, 毎日新聞, 및 讀賣新聞의 各 朝刊에 2段으로 뽑아 8센티미터 폭의 크기로 게재하라. 抗訴人들은 各自 被抗訴人등에 대하여 各 金30만円 및 이에 대하여 昭和 53년 9월 12일부터 各 完濟日까지 연 5분의 비율에 의한 金員을 지급하라. 訴訟費用은 제1·2심 모두 抗訴人등의 부담으로 한다」라는 趣旨의 判決과 假執行宣告를 구하였다.

當事者 雙方的 주장과 證據關係는 原判決事實摘示 및 當審書證 證人目錄記載와 같으므로 이를 인용한다. 단, 原判決 4張 前面 1行의 「...인者」는 「...였던 者」로 고친다.

理 由

1. 當裁判所의 判斷은 다음과 같이 變更·附加·訂正하는 외에는 原判決理由와 동일하므로 이를 인용한다.

(1) <證據訂正·附加略>

(2) 同 23매 裏面 2行의 「...피할 수는 없는 것이라고 인정함이 相當하다」의 다음에 「抗訴人들은 當審에 있어서 위 認定判斷을 비난하고 本件記事의 내용과 독자층의 학력·경력·사회적 지위 등에 비추어 이 독자들이 本件記事를 읽고 위 認定判斷과 같은 인상을 받을 리가 없다고 진술하였으나 이는 前記 1 (一) 내지 (四), 2 (一) (二) 認定의 本件記事를 발표하기에 이른 경위

나 배경, 本件記事가 公表된 시기, 本件記事의 구성방법이나 서술내용 등에 비추어 보면 일반 독자가 特段의 편견을 갖지 않고 이를 읽은 경우 被抗訴人등에 관하여 어떠한 인상을 갖게 될 것인가 하는 評價의 點에 있어서 抗訴人등은 原審 및 當裁判所의 그것과 다른 評價를 행하고 있는 것으로서 當裁判所가 받아들일 수 없다」를 附加한다.

(3) <證據訂正·附加略>

(4) 同 24매 前面 3행의 「十數年」을 「十數年前」으로 訂正한다.

(5) 同 25매 前面 5행의 「地位에 있는」을 「地位에 있었던」으로, 同 7행의 「當事者間에 다름이 없다」를 「말할 것도 없다(위 注意義務가 존재한다는 그 자체는 抗訴人등도 다투지 아니하는 바이다)」로 각 訂正한다.

(6) 同 28매 前面 6행의 「70만円」을 「100만円」으로 고친다.

(7) 同 28매 裏面 3행의 「3년 이상」을 「5년 가까운 햇수」로 訂正하고 同 8행의 「認容되어 있는 사실」의 다음에 「原本의 존재와 성립에 다름이 없는 乙第44, 45號證의 各1, 2에 의하면, 昭和 51년 1월경 以來 「週刊新潮」에는 目次の 下段은 「代表質問」란으로 되어 있는 사실을 덧붙이고 同 10행의 「別紙(一)」을 「本判決 添付別紙」로 고친다.

(8) 同 29매 前面 1행의 「目次下段」을 「誌上」으로 고치고 同 2행의 「週刊新潮」의 다음에 「前」을 삽입하고 同 6행의 「一回掲載로 족한 것」이라고 해석된다」를 「일회계재로 필요하고도 충분하다고 해석된다. 抗訴人등은 當審準備書面中에 이러한 謝罪廣告를 인정하는 것의 부당성을 강조하고 다른 한편 被抗訴人등은 위 謝罪廣告로 족하지 아니하며 다시 朝日新聞, 毎日新聞, 讀賣新聞에 原判決別紙(二)의 謝罪廣告를 게재할 것을 구하는 附帶抗訴를 하고 있으나, 當裁判所는 叙上和 같은 本件記事에 의한 명예훼손의 程度, 樣態, 被抗訴人등이 입은 피해정도와

범위 그밖의 諸般事情에 비추어 위에 인정한 謝罪廣告로써 필요·충분하다고 判斷되며 이와 다른 當事者 쌍방의 주장 및 청구는 모두 이유없으므로 排斥한다」로 訂正한다.

2. 위에 살핀 것을 토대로 하여 本件抗訴 및 附帶抗訴에 기하여 原判決을 일부 변경하고 被抗訴人의 청구를 一部認容, 一部棄却하기로 하고, 訴訟費用의 부담에 관하여는 民法 96條, 89條, 93條를, 假執行宣告에 관하여는 同法 196條를 적용하여 主文과 같이 判決한다.

(裁判長 裁判官 田尾挑二, 裁判官 內田恒久 藤浦照生)

別紙 謝罪文

本紙 昭和 53년 6월 1日號는 同年 5월 20일에 發生한 埼玉縣 所澤市の 管制回線의 切斷事件에 관하여 『이미 리스트에 올라있는 過激派職員의 「그날」을 점검하는 電電公社』라는 큰 題目下에 마치 上原成信, 伊藤弘之의 兩氏가 中核派에 소속되어 위 사건의 내부협력자인 것 같은 인상을 주는 기사를 게재하였으나, 위 두사람이 中核派이고 위 사건의 내부협력자라고 불만만 아무런 근거도 없이 그러한 게재를 한 것이므로 同記事中 兩氏에 관한 부분을 취소합니다. 當社 및 當社 週刊新潮 前編輯發行人 野平健一이 위와 같은 趣旨의 기사를 「週刊新潮」에 掲載頒布함으로써 伊藤弘之·上原成信 兩氏에 대한 世人의 인식을 그르치고 또한 명예와 신용을 훼손하고 아울러 讀者諸位에 대하여도 혼란을 야기한 것을 진실로 죄송하게 생각합니다. 따라서 위와 같이 謝罪합니다.

昭和 年 月 日
株式會社 新潮社
週刊新潮 前編輯發行人 野平健一
上原成信殿
伊藤弘之殿

□

언론중재 신청과 처리절차

언론중재위원회의 주요업무

* 訂正報道請求에 의한 분쟁을 仲裁

언론중재위원회는 언론침해에 대한 구제를 목적으로 한 제도적 장치로서 언론으로부터 피해를 받은 자와 해당 언론기관 간의 訂正報道請求에 의한 분쟁을 仲裁하여 합의를 성립시켜 주므로써 피해자의 권익을 회복시켜 주고 언론의 신뢰도를 높이는 데 기여하고 있습니다.

또한 언론침해의 내용을 심의하여 필요한 경우 당해 언론기관의 발행인 또는 방송국의 長에게 更正을 권고하여 건전한 언론풍토 조성에 기여하고 있습니다.

언론중재신청서의 제출요령

- 중재신청서는 異議대상인 報道의 본문과 게재를 요청하는 訂正報道文을 첨부하시기 바랍니다.
- 피신청인의 수에 해당하는 副本의 제출을 바랍니다.
- 신청인의 대리인(또는 미성년자의 친권자)이 중재를 신청할 때에는 위임장(또는 주민등록표 등본)을 함께 제출하시기 바랍니다.
- 접수창구에는 중재신청서 용지를 비치하고 무료로 배부해 드립니다.

중재신청의 처리결과

* 중재신청기간

- 분쟁된 공표가 있은 후 1개월 이내에 중재신청을 할 수 있습니다.

* 중재사건 처리기간

- 접수된 후 14일 이내에 처리됩니다.
- 위 기간이 도과된 경우에는 중재불성립으로 간주됩니다.

* 합의가 성립되면 재판상 화해와 동일한 효력

중재결과 당사자간에 합의가 성립된 경우에는 재판상 화해와 동일한 효력이 있습니다.

* 중재기일에서의 중재대리인에 대한 중재부의 허가

- 중재기일에 중재대리인이 되려고 하는 사람은 중재대리허가신청서와 위임장을 제출하여 당해 중재부의 허가를 받아야 합니다.

* 법원에 대한 정정보도 청구의 신청

- 언론중재위원회의 중재를 거치지 아니하고는 법원에 訂正報道請求를 신청할 수 없습니다.
- 정정보도 청구 신청은 중재가 성립되지 아니한 때로부터 14일 이내에 提起하여야 합니다.
- 중재불성립의 증명을 신청하시는 분에게는 이를 교부해 드립니다.

언론중재위원회의 설립과 구성

* 전국에 14개 중재부, 중재부의 장은 현직법관

언론기본법 제 50조에 의거, 1981년 3월 31일 발족한 言論仲裁委員會는 법관의 자격을 가진 위원장 1인과 부위원장 2인을 포함한 42명의 중재위원으로 구성되어 있으며, 서울에 사무국이 있습니다.

42명의 중재위원들은 각 시도별로 설치된 중재부에 소속되어 仲裁業務를 담당하고 있으며, 3인으로 구성된 중재부는 서울에 4개, 부산, 대구, 수원, 춘천, 청주, 대전, 전주, 광주, 마산, 제주에 각 1개씩 모두 14개의 중재부가 있습니다. 중재부의 장은 현직법관이 맡고 있습니다.

* 중재부의 관할구역

중재관할권은 중재대상이 되는 언론기업의 소재지를 관할하는 중재부에 속한다.

언론기본법·령 중 언론중재위원회에 관한 조항

언론기본법

* 제50조 (언론중재위원회)

- (1) 정정보도 청구에 의한 분쟁을 중재하고 언론침해에 관한 사항을 심의하기 위하여 언론중재위원회(이하 "중재위원회"라 한다)를 둔다.
- (2) 중재위원회는 위원장 1인, 부위원장 2인을 포함한 30인 이상 60인 이내의 중재위원으로 구성한다. 중재위원은 학식과 경험 및 덕망이 있는 者 중에서 문화공보부장관이 위촉하되 그 3분의 1은 법원행정처장이 추천한 者를 委屬한다.

- (3) 위원장 및 부위원장은 중재위원 중에서 互選하되 위원장은 법관의 자격이 있는 者라야 한다.
- (4) 정정보도 청구권이 있는 者 또는 그 상대방은 분쟁된 공표가 있은 후 1월(제49조 제1항의 경우에는 그 정정보도를 청구한 날로부터 14일) 이내에 서면으로 중재위원회에 중재를 신청할 수 있다.
중재신청에 관하여는 제49조 제2항의 규정을 準用한다.
- (5) 중재는 3인의 중재위원으로 구성된 중재부에서 하되 그 長은 법관의 자격이 있는 者라야 한다.
- (6) 중재결과 당사자간에 합의가 성립된 경우에는 재판상 화해와 동일한 效力이 있다.
- (7) 중재는 신청이 접수된 후 14일 이내에 하여야 하며 그 기간이 渡過된 경우에는 중재가 성립되지 아니한 것으로 본다.
- (8) 중재위원회는 언론침해의 내용을 심의하며 필요한 경우 당해 발행인 또는 방송국의 長에게 시정을 권고할 수 있다.
- (9) 중재의 절차와 중재부의 구성방법, 그 관할, 사무국의 구성, 위원의 수당 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

* 제51조 (訂正報道請求事件의 심판)

- (1) 언론중재위원회의 仲裁을 거치지 아니하고는 법원에 정정보도청구를 신청할 수 없다. 다만, 위의 신청은 중재가 성립되지 아니한 때로부터 14일 이내에 提起하여야 한다.
- (2) 제1항의 신청에 대한 제1심재판은 피고의 보통裁判籍소재지의 지방법원 합의부의 관할로 한다.
- (3) 제1항의 신청에 대해서는 민사소송법의 가처분 절차에 관한 규정에 의하여 재판하며, 신청이 이유있는 경우에는 법원은 제49조 제3항 내지 제6항이 정하는 방법에 따라 정정보도의 게재 또는 방송을 명할 수 있다. 다만 민사소송법 제697조 및 제705조는 이를 적용하지 아니한다.
- (4) 정정보도청구사건의 재판에 관하여 필요한 사항은 대법원 규칙으로 정한다.

언론기본법 시행령

* 제35조 (언론중재위원회 임기 등)

- (1) 법 제50조의 규정에 의한 언론중재위원회(이하 "중재위원회"라 한다.)의 중재위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
- (2) 중재위원이 결원되거나 추천권자가 중재위원의 경질을 요청한 때에는 문화공보부장관은 30일 이내에 그 후임자를 위촉하여야 한다.
다만, 잔여임기가 2월 이내인 경우에는 그러하지 아니하다.
- (3) 제2항에 의한 후임자의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

* 제36조 (중재위원의 대우)

중재위원은 명예직으로 한다. 다만, 일당과 여비 기타 실비보상을 받을 수 있다.

*** 제37조 (중재부의 명칭·위치 및 관할구역)**

법 제50조 제5항의 규정에 의한 중재부의 명칭, 위치 및 관할구역은 별표와 같다.

*** 제38조 (중재관할권등)**

- (1) 중재관할권은 중재대상이 되는 언론기업의 소재지를 관할하는 중재부에 속한다. 다만, 동일한 관할구역에 수개의 중재부가 설치된 경우에는 위원장은 중재신청을 받은 때에 이를 담당할 관할중재부를 지정하여야 한다.
- (2) 위원장은 관할중재부가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 관할중재부를 달리 지정할 수 있다.
 1. 법령상 또는 사실상 중재권을 행사할 수 없는 때
 2. 관할구역이 분명하지 아니한 때

*** 제39조 (사무국)**

- (1) 중재위원회의 사무국에 사무국장 1인과 필요한 직원을 두며, 위원장이 임명한다.
- (2) 중재위원회는 필요한 경우에는 중재부에 사무국직원을 배치할 수 있다.
- (3) 사무국직원의 정원·보수·기타 필요한 사항은 중재위원회 규칙으로 정한다.

*** 제40조 (중재신청)**

법 제50조 제4항의 규정에 의하여 중재를 신청하고자 하는 자는 중재신청서를 중재위원회 사무국 또는 당해 사건을 관할하는 중재부에 제출하여야 한다.

*** 제41조 (중재절차)**

- (1) 중재부의 결정은 중재부의 장을 포함한 2인 이상의 찬성으로 행한다.
- (2) 중재부는 중재신청인 또는 신청내용이 법 제49조 제3항 단서의 규정에 해당할 경우에는 전원합의로 중재신청을 기각할 수 있다.
- (3) 중재부의 장은 필요한 경우 당해 언론기업의 장에게 중재신청대상이 된 표현물이나 그 사본의 제출을 명할 수 있고, 중재담당자나 이해관계자의 출석을 요구할 수 있으며, 중재에 필요한 증거조사를 할 수 있다.
- (4) 정당한 사유없이 중재당사자가 제3항의 요구에 응하지 아니한 경우에는 중재가 성립되지 아니한 것으로 본다.
- (5) 중재절차는 공개하지 아니한다. 다만, 특별한 사유가 있는 때에는 예외로 한다.
- (6) 중재부의 장의 출석요구에 의하여 중재당사자 이외의 자가 출석한 때에는 수당·여비 등, 실비보상을 할 수 있다.

언론중재위원회 사무국 및 지역중재부 주소

사무국 및 서울중재부	서울특별시 중구 태평로 1가 25 프레스센터빌딩 15층	732-6031~3 730-9498 7317-571 7317-588
부산중재부	부산직할시 중구 중앙동 5가 67(대교빌딩 501호)	463-3436
대구중재부	대구직할시 수성구 범어동 31-9 (3·1빌딩 301호)	755-0108
경기중재부	경기도 수원시 팔달로 1가 101-2(석주빌딩 5층)	6-0809
강원중재부	강원도 춘천시 중앙로 2가 37-3	3-2873
충북중재부	충북 청주시 석교동 126-202(사법서사회관 3층)	52-1250
충남중재부	충남 대전시 중구 선화동 3-14(동양백화점 10층)	23-0039
전북중재부	전북 전주시 중앙동 4가 50-2(대한생명보험빌딩 4층)	6-0010
전남중재부	광주 직할시 동구 금남로 3가 1-11(광주은행본점 6층)	22-7033
경남중재부	경남 마산시 신포동 2가 5-4(삼익피아노 건물 3층)	42-1787
제주중재부	제주도 제주시 1도1동 1424-2	22-3328

國內外言論關係判例集

(第2輯-言論仲裁 통권22호 부록)

1987년 3월 20일 인쇄

1987년 3월 30일 발행

編者 言論仲裁委員會 調查研究室
發行 言論仲裁委員會

서울특별시 중구 태평로1가 25 프레스센터빌딩
전화 732-6031~3, 730-9498, 7317-571, 588

〈非賣品〉

87.5.9