

언론의 파수견 개념의 발전과 적용

한국 판례분석을 중심으로*

이재진**

(한양대학교 신문방송학과 교수)

본 연구는 언론의 기능을 언급할 때 가장 핵심적인 권력과 사회에 대한 감시·비판자로서의 파수견(Watchdog) 개념이 어떻게 생성되었고 발전되었는가를 분석하였다. 일반적으로 파수견 개념은 자유주의적 언론이론에서 파생된 것으로 인식되어 왔다. 그러나 이러한 인식과는 달리 파수견 개념은 언론의 필요성에 의해 주장되고 법원에 의해서 수용되어진 일종의 면책특권으로 언론의 공익적 활동에 당위성을 부여하는 것이라는 시각이 제기되었다. 미국의 경우 파수견 개념은 19세기 말 명예훼손법의 발전과 함께 형성되었고 법원에서 그 개념을 수용하면서 현재의 파수견의 이미지, 즉 권력에 대한 감시·비판자의 모습을 갖추게 되었다. 이러한 시각에 근거하여 한국에서의 파수견 개념의 형성과 발전과정을 관련 판례를 통해서 추적하였다. 우리나라의 경우 판결례를 분석한 결과 우리 법원은 비록 그 개념의 수용에는 대단히 늦었지만, 파수견 개념을 언론의 공익적 기능의 측면에서 받아들이고 있는 것으로 파악되었다. 이러한 사법부의 판단은 미국의 경우와 달리 언론의 끈질긴 주장에 의한 것이라기보다는 법원의 언론 활동의 복잡성과 오류 발생의 불가피성을 인정하면서 가능했다고 하겠다. 이러한 법원의 인식은 언론의 감시 및 비판의 기능을 정치인이나 국가기 관뿐만 아니라 공적인 역할을 하는 사인에게까지 확대해서 적용하고 있는데 이는 파수견 개념을 상당히 광범위하게 인정하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 우리 사법부는 보도의 내용이 상당히 악의가 없어야 한다는 데 일치하고 있는데 이는 미국의 경우처럼 파수견 개념을 하나의 면책특권으로서는 아직 인정하고 있지 않음을 의미하는 것이라고 하겠다.

핵심어: 파수견, 감시·비판 기능, 명예훼손, 공적 역할, 공정 보도, 면책 특권

* 이 논문은 한양대학교 일반연구비 지원으로 연구되었음(HY-2006-G). 논문 심사를 위해 애써주신 세 분의 심사위원들께 심심한 사의를 표합니다.

** jjlee@hanyang.ac.kr

1. 문제제기

언론의 사회적 역할과 기능을 논할 때 필수적으로 언급되는 것이 파수견(Watchdog), 즉 감시·비판자로서 언론의 모습이다. 하나의 기관으로서의 언론의 역할이 바로 권력의 남용과 사회적 부정부패의 감시와 비판이라고 할 때, 그러한 모습을 상징적으로 표현하는 것이 바로 파수견 개념이다. 권력이란 항상 남용될 가능성이 높기 때문에 이를 미리 예방하고자 하는 의미에서(Blasi, 1977, p. 541), 그리고 사회적 부정이나 비리 또는 인권침해 등의 사례가 발견되면 이를 고발하여 주의를 환기시켜 주는 역할을 누군가 해야 하는데, 바로 그 역할을 파수견으로서의 언론이 수행하는 것으로 일반적으로 인식되고 있다.

파수견 개념에 대한 논의는 언론의 사회적 기능의 측면에서 여전히 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 오늘날 수많은 커뮤니케이션 매체가 발달함으로써 전례 없이 소통의 기회가 확장되었음에도, 여전히 언론(특히 신문)이 존재해야 할 이유나 가치를 따지자면 아마 이러한 점에서 찾을 수 있기 때문이다. 실제로 언론의 사회적 역할과 기능은 지속적으로 확장되어 왔으나, 이러한 개념이 하나의 저널리즘적 현상으로 언제 그리고 어떻게 자리를 잡게 되었는가에 대해서는 논의가 많지 않다.

본 연구에서 논하는 언론의 권력 감시 및 비판자 개념은 시민사회론적 파수견의 의미보다는 하나의 기관으로서의 언론사의 자유와 관련되는데, 이는 전통적으로 언론의 발행의 자유와 유사한 의미로 이해되어 왔다. 그러나 실제로 파수견 개념은 언론이 하나의 제도로 발전하기 시작하고, 사회적으로 그 기능에 대한 관심이 커지면서 파생되었다는 견해가 있다. 아울러 미국의 경우 언론이 상업화 되고 거대기업화 되면서 이에 대한 사회적 비판과 비난을 불식시키고자 권력에 대한 감시·비판자로서의 기능을 언론 스스로가 주장했다는 인식도 제기되었다(Gleason, 1990, p. 13).

실제로 언론은 스스로를 권력 감시·비판자로서 민주주의 발전에 기여한다고 주장해 왔다. 언론이 왜 권력 감시·비판자의 역할을 해야 하는가에 대한

질문이 제기되는 경우, 언론은 공익을 위한 것이라고 대답해 왔다. 그러나 언론이 상업화와 대기업화 과정을 거치면서 과연 얼마나 공익의 실현에 기여하는가를 되돌아본다면 이에 대한 대답은 그리 명확치 않은 것으로 보인다.

상업화된 언론은 무엇보다도 이윤창출에 충실한 모습을 보일 수밖에 없으므로 이러한 파수견으로서의 존재양식에 대해 궁극적인 의문이 생기는 것은 너무 당연한 일이다. 실제로 언론의 재정적 기반은 대개 매체의 판매나 광고의 판매를 통해서 형성되는데 무엇보다 갈수록 언론의 광고에의 의존 비율이 더욱 커지는 현상이 두드러지는 것을 감안한다면 언론이란 더 이상 공익을 위해 존재하는 것이라 단언하기 힘든 측면이 있다(McChesney, 2004, pp. 33~38).

결국 파수견 개념은 자유주의에 근거한 언론의 본질적 특성이라기보다는 언론에 대한 일종의 법적 장치와 같은 성향을 가진다고 할 수 있다. 즉, 언론에 대한 사회적 비난이나 법적인 제재에 대해 어떠한 면책을 제공하는 하나의 구체적인 장치로서의 의미를 가진다고 하겠다. 따라서 이러한 파수견 개념이 정확히 언제부터 그리고 어떻게 수용되고 이해되어 왔는가를 이는 것은 쉽지 않다. 특히 한국의 경우 오랫동안 지속되어 온 공경·순종 그리고 준수를 강조하는 유교주의적 전통 속에서 언론의 파수견적 모습을 찾아보기는 쉽지 않았을 것으로 사료된다(정진석, 1990, 13~14쪽; Youm, 1996, p. 27). 그래서 파수견으로서의 언론에 대한 개념의 정립은 그리 오래 되지 않은 것으로 예상할 수 있다. 그러나 권력의 감시·비판자 또는 파수견이라는 표현을 구체적으로 사용하지는 않았지만, 어느 시점에서 언론을 이와 유사한 상징적 기능을 하는 것으로 인정하게 되었는가를 판단하는 것은 간단치 않은 일이다.

이러한 이해를 바탕으로 본 연구는 한국에 있어서의 언론의 권력 감시자 개념은 언제 생성되었으며 어떻게 발전해 왔는가를 관련 판례분석을 통해 미국의 경우와 비교적으로 조망하고자 한다. 즉, 언론의 파수견 개념이 어떻게 법적인 보호의 장치로서 인식되고 보편적으로 수용되었는가를 추적하고자 한다. 구체적으로 이 연구에서는 먼저 언론의 파수견 개념의 발생 배경과 그 특성은 무엇인가를 살펴보고, 파수견 개념이 미국과 한국에서 어떻게 적용

되고 해석되고 있는가를 분석한다.

2. 연구의 범위 및 연구방법

본 연구의 목적은 우리 사법부에 있어 권력 감시자로서의 언론에 대한 파수견 개념이 언제부터 수용되어졌고 어떻게 발전해 왔는가를 미국의 경우와 비교해서 살펴보는 것이다. 특히 법적인 측면에서 면책특권이나 위법성조각사유로서 권력 감시자 개념이 어떻게 발전해 왔는가에 대해 집중적으로 연구하고자 한다. 왜냐하면 어떤 개념이 보편적으로 인식되기 위해서는 사법부의 법리적 판단이 선결요건이 되기 때문이다.

이를 위해서는 무엇보다 명예훼손 관련 판례에서 나타난 법원의 견해를 살펴보는 것이 필수적이다. 따라서 관련 판례를 수집하고 판례에 나타난 결정을 중심으로 사법부가 언론을 어떻게 인식하고 있는가를 분석해야 한다. 판결에 나타난 법관들의 견해가 궁극적으로 사회적 인식의 근간을 이룬다고 볼 수 있다는 점에서 법원의 판례가 중요한 분석의 근거가 된다. 다시 말하자면 언론에서 주장된다고 하여도 사법부에서 받아들여지지 않는다면 일반적으로 인식되는 보편타당성을 결여하게 될 수밖에 없게 되는 것이다.

이러한 점에 근거하여 본 연구에서는 해방 이후 현재(1945년~2007년 6월)까지의 언론과 관련된 대법원 및 헌법재판소의 판결과 결정들 중에서 관련 판결례를 수집, 이를 검토하였다. 1980년 이후의 판례는 하급심 판례도 포함하였다. 비록 한국법의 체계적인 속성상 영미법의 보통법(common law)적 속성인 선례구속의 강제력은 없으나, 1988년 헌법재판소가 설립된 이래 대법원 판결과 헌법재판소 결정이 상당한 구속력을 발휘하고 있다는 점(Lee, 1999)을 감안할 때 이러한 판례의 분석은 의미가 있다고 할 수 있다.

분석을 위한 관련 판례들은 다양한 경로를 통해서 수집되었다. 본 연구에서는 대법원 판례집을 포함하여, 언론중재위원회에서 계간으로 발간되는 ‘언론중재’와 국내언론관계판례집(1~14집, 1981~2007), 그리고 DVD로 나오는 대법원

및 헌법재판소 판례모음(법고을 2006 DVD), 인터넷을 통한 법률서비스대법원 사이트 www.scourt.go.kr 등을 활용하였다. 1980년대 후반 이후부터 명예훼손 소송을 수집한 판례자료집인 ‘언론과 명예훼손’(차형근 등, 2000) 그리고 기타 법원공보 및 신문에 보도된 기사들을 통해서도 수집이 이루어졌다.

언론의 감시·비판 기능과 관련된 키워드를 이용하여 가능한 한 많은 판례를 구하도록 하였다. 판례집에 실린 모든 언론 관련 판례를 꼼꼼히 읽어 보면서 판시내용 중에 언론의 감시 비판 기능을 언급하는 판례들을 모두 수집하였다. 1980년대 이후의 판례는 법고을 DVD와 언론중재위원회의 ‘국내언론관계판례집’에 의존하였다. 이 판례집을 1권부터 14권까지(1981년~2007년 6월) 꼼꼼히 읽어 가면서 언론의 감시 비판 기능에 대해서 언급하고 있는 판례들을 추출하였다. 기타 인터넷을 통하여 언론의 감시 비판 기능에 대한 판례가 기사화되는 경우 이를 역으로 추적하여 판례를 찾도록 하였다. 이러한 과정을 다른 두 사람의 연구보조원과 같이 병행함으로써 좀 더 정확하게 분석판례를 수집하도록 했다. 그럼에도 불구하고 정확하게 얼마나 많은 수의 판례가 존재하는지를 명확히 추산하기는 쉽지 않았다. 이러한 절차를 통해서 본 연구에서는 11건의 판례를 수집했다.

3. 언론자유와 파수견

1) 언론 파수견 개념의 정의와 배경

파수견(Watchdog)으로서의 언론의 전통이란 지사(志士)적 편집인과 집요한 기자들이 사회적 부패와 타락을 탐사하고 고발하는 영광스러운 그 무엇을 상징한다. 이러한 전통은 저널리즘에 강력한 힘을 실어주었으며, 언론인들은 이에 근거해서 자주 자신들을 공중의 대표자(수탁인) 또는 공중의 눈과 귀로 묘사해 왔다. 공중은 언론이 묘사하는 파수견적 전통을 당연한 것으로 인식해 왔다. 파수견으로서의 언론은 언론의 자유 또는 자유주의적 언론(liberal con-

cept of press)의 일부로서 이해되어 온 경향이 있다.

언론이 스스로 칭하는 파수견이란 궁극적으로 다수의 이익을 위해 봉사하는 기관으로서의 기능에 근거하고 있다. 그래서 파수견 개념은 언론을 만드는 기자나 편집자의 개인적 권리에 기초하기보다 대단히 제도적 권리 개념이라고 할 수 있다. 글리슨(Gleason, 1990, p. 117)은 파수견 개념이란 “언론 기관의 표현의 결과”라고 하였다. 이러한 측면에서 볼 때 파수견 개념이 전통적인 헌법적 보호의 영역에 포함되는지 또는 그렇지 않은지 명확하지 않다. 그래서 몇몇 연구자들은 헌법적 보호의 영역 속에 논의되어 온 것이라기 보다는 언론에 주어지는 어떤 특별한 헌법적 보호로 보아야 한다고 주장한다(Bollinger, 1991, p. 54; Rosenberg, 1986; Van Alstyne, 1984).

언론의 파수견 개념은 객관성(objectivity) 개념과 같이 그 기원 및 의미가 명확하지 않다. 파수견이라는 용어 자체가 사용된 것은 아니지만, 그 시초는 18세기 영국의 정치철학자 에드먼드 버크가 제4계급으로서의 언론의 위상을 설파한 이래, 제4부로서의 언론의 역할을 강조하는 전통에서 찾아볼 수 있다(차배근, 1987). 그러나 당시 제4부로서의 언론의 역할이 오늘날과 같은 의미의 파수견의 그것과 일맥상통한 것인지에 대해서는 명확하지 않다. 파수견 개념은 오히려 소극적 자유로서의 언론자유의 개념이 적극적인 자유의 개념으로 변화하는 과정에서 배태되었다는 시각이 더 설득력이 있다.

아울러 파수견의 의미에 대한 해석도 명확하지 않다. 일부에서는 파수견 역할이 제대로 이루어지기 위해서는 언론에 대한 제약이 최소화되어야 한다고 주장한다. 대표적으로 길모어(Gillmor, 1992, p. 167)는 언론을 상대로 한 명예훼손을 허용하는 것은 궁극적으로 수정헌법 제1조의 정신을 훼손하는 것임은 물론 활발하고 용맹하고 혁명적인 저널리즘의 전통을 무시하고 억압하는 처사라고 주장한다. 그는 언론에 대한 명예훼손 소송은 연방대법원이 지난 200년 동안 주저하던 반정부 선전행위(seditious libel)에 대한 처벌을 경제적인 형태로 하려는 현대적 모습이라고 비판한다.

반면 맥체즈니(McChesney, 2004, pp. 208~209) 등은 언론이 제대로 파수견 역할을 하기 위해서는 일정한 통제가 필요하다고 피력했다. 그는 파수견으로

서의 언론이란 민주주의가 완성되지 않았고, 독점 자본주의도 존재하지 않았던 사회에서의 언론의 공적 역할을 의미하는 것으로 보았다. 즉, 왕정과 맞선 공화정 수립이 민주주의의 핵심이었던 시대에는 정부가 독점하고 있던 정보를 국민들과 공유하는 것이 언론이 해야 할 가장 큰 사명이었다. 그런 의미에서 당시의 언론은 정치권력으로부터 자유로운 일반인이 주도하는 언론이었고 다양한 견해가 자유로이 교환되는 공론장이 가능했다고 보았다. 그런데 이러한 공론장은 독점자본주의가 등장하고 언론이 사적 이익을 위해 정보를 통제하는 수단으로 변하면서 사라져버렸다고 비판한다. 오늘날의 언론은 더 이상 민주주의를 위해 존재하는 것이 아니며 언론의 파수견으로서의 개념은 단지 개인들의 판단을 흐리게 하는 신화로 존재하고 있을 뿐이라고 지적한다.

역사적으로 볼 때 1850년대 이후 언론이 상업화되기 시작하고 1890년대 옐로우 저널리즘(yellow journalism) 시기를 거치면서 선정성에 대한 사회적 비난 여론이 높아지고 이러한 사회적 분위기가 언론을 상대로 한 소송에 영향을 미치게 되었다(Smolla, 1986). 이러한 상황에서 언론은 언론의 사회적 기능으로서 중요한 것이 바로 권력과 사회적 부정부패를 고발하고 감시하는 것이라는 점을 강력하게 주장하게 되었으며 이러한 언론에 대한 인식이 확대되면서 오늘에 이르게 되었다(Blasi, 1977).¹⁾

궁극적으로 파수견 개념은 오늘날 언론의 전문주의(professionalism)의 핵심적 요소인 뉴스 수집과 보도의 객관성에 밀접하게 연관되어 있다. 다시 말하자면 언론이 뉴스를 수집하고 이를 출판하는 경우 어떠한 형태의 당파성을 띠거나 특정 집단의 편을 들지 않고 제3자적 입장에서 현실을 조망하는 입장을 취하겠다는 모습을 포함한다. 파수견 개념은 어떠한 주관적 가치가 배제된 채 객관성을 유지하면서 공익을 위하여 사회적 기능에 충실하겠다는 이데올

1) 이러한 점은 미국에서 19세기 언론인들이 언론윤리강령(SPJ)을 제정할 때 윤리의 문제를 언론인 개인의 문제로 고려하게 되었고, 언론사의 윤리에 대해서는 언급하지 않았던 것에서 찾아볼 수 있다. 다시 말하자면 언론의 윤리는 개인들이 지켜야 하는 덕목이며 조직으로서의 언론사는 합목적인 존재로서 공익을 위해 봉사하므로 윤리와는 상관없다는 것이다(McChesney, 2004).

로기를 담고 있다(Bollinger, 1991, p. 20).

2) 언론자유이론에서의 파수견의 의미

파수견 개념을 좀 더 정확히 이해하기 위해서는 언론자유론에 대한 이해가 선행되어야 한다. 왜냐하면 비록 파수견 개념이 언론자유 이론과 상치되는 부분이 있지만 언론자유 이론에 대한 이해 없이 파수견 개념을 정확히 이해하기 힘들기 때문이다.

언론자유론에 기초한 초기 법원의 인식은 언론자유는 사전 검열 없이 자유롭게 의견을 표출할 수 있는 것이었다. 출판물에 대한 사전 검열의 금지 개념은 1791년 수정헌법 제1조(the First Amendment)가 제정되기 이전 영국의 윌리엄 블랙스톤(William Blackstone) 판사에 의해서 제시된 것이다. 블랙스톤 판사는 언론의 자유(liberty of the press)란 출판 이후의 형사적 문제에 대한 검열로부터의 자유가 아니라, 출판에 대한 사전적 억압이 없는 상태를 말하는 것이다. 모든 자유인은 공중 앞에서 자신의 즐거운 감정을 표출할 절대적인 권리를 갖는다. 따라서 이를 억압하는 것은 언론의 자유를 파괴하는 것이다. 그러나 만일 개인이 부적절하거나, 장난스럽거나, 또는 불법적인 것을 출판한다면, 그 사람은 자신의 무모한 행위의 결과에 대해 책임을 져야 한다”고 밝혔다(Blackstone, 1769; Pember & Clavart, 2007, p. 44에서 재인용).

블랙스톤 판사가 주장한 사전 검열 금지 개념은 1791년 수정 헌법 제1조가 도입될 때 가장 기본적인 원리로서 인식되었다(Levy, 1985, pp. 266~267). 언론 자유에 대한 블랙스톤 판사의 견해는 1931년 *Near v. Minnesota* 사건에서 재차 확인되었는데 휴고(Hughes) 대법관은 “수정헌법 제1조상의 보장에 있어서의 주요 목적은 출판물에 대한 사전 검열을 금지하는 것”이라고 판시하였다 [283 U.S. 697(1931)].

블랙스톤식(Blackstonian) 언론의 자유 개념은 1920년대를 거치면서 이론화되기 시작하였는데 채피(Chafee)에 의해서 그 토대가 만들어지고(Chafee, 1920), 레비(Levy, 1966)가 이를 1960년에 재구성했다고 볼 수 있다. 레비(Levy,

1985)는 법과 이론이란 수정헌법 제1조(The First Amendment) 제정자들의 언론자유에 대한 개념을 이해하는 핵심이라고 주장한다. 그러나 그는 적어도 언론이 정부를 비판하는 경우 이에 대해 정부가 처벌할 수 있는 권위를 여전히 가진 것으로 이해한 점에 비추어 언론의 자유에 대해 완벽한 자유주의 이론을 만들어내지 못했다. 그는 언론은 완전히 자유로울 수도 없고 자유로워서도 안 된다는 시각을 견지했는데 이후 일단의 학자들이 채피와 레비의 자유주의적 해석에 도전하게 된다.

우선 티터(Teeter, 1968) 등은 레비의 이론이 언론인들의 언론활동에 대한 실제적 이해를 배제한 채 판례와 법률 조항 그리고 이론에만 집착한 결과라고 비판했다. 스미스(Smith, 1988)도 레비의 시각을 반박하면서, 식민지시기와 독립시기에 있어서의 언론활동을 고려컨대, 수정헌법 제1조가 제정되던 1791년 당시 진보적인 휘그(Whig)적 시각에 입각한 자유주의적 언론 이데올로기가 존재하였다고 해석하였다. 그는 이러한 저널리즘 활동과 이데올로기가 바로 수정헌법상의 언론의 자유를 의미한다고 주장하였다. 로젠버그(Rosenburg, 1985)도 수정헌법 제1조는 역사적인 측면에서 많은 함정을 남겼다고 지적하면서 ‘구속으로부터의 자유(freedom)’와 ‘적극적인 자유(libertarian)’와 같은 개념의 구분은 역사적 맥락에서 근거를 찾아야 하지 언론자유 의미의 단선적으로 이해해서는 안 된다고 보았다.

유사한 맥락에서 블라시(Blasi, 1977)는 언론의 자유를 보장하는 데 있어 가장 기본적 가치는 ‘언론이 정부 권력의 남용을 감시하는 역할’을 한다는 것이라고 보았다. 그는 기관으로서의 언론이 상업적 폐해가 있다고 하나 최악이라고 할 수 있는 국가 권력의 남용보다는 덜하기 때문에 언론의 ‘감시 가치(checking value)’는 언론 자유 보장의 근거가 된다고 주장하였다. 이러한 블라시의 주장은 스튜어트(Stewart, 1975) 대법관의 해석과도 유사한데 그는 언론이 수정헌법 제1조 입안자들이 의도한 의미의 언론자유 역할을 실천하고 있다고 지적한 바 있다. 즉, 수정헌법 제1조의 보호 범위에 언론의 권력에 대한 감시·비판의 역할이 포함되어 있었다는 것이다.²⁾

그러나 스튜어트 대법관의 견해는 실제로 수정헌법 제1조 제정 이후 오랜

동안 법원에서 받아들여지지 않았다. 루이스(Lewis, 1979)는 스튜어트 판사가 *Richmond Newspaper v. Virginia* 사건 등을 인용해서 말하고자 하는 감시·비판자의 역할은 단지 역사적이고 이론적인 추론에 기인하는 것이라고 지적하였다. 오히려 파수견 개념이란 자유로운 언사(speech)와 언론(press)을 위한 일종의 정책이라고 할 수 있다. 그는 파수견 개념이 공익적 목적을 의도하여 만들어진 것이라고 본 반면, 20세기 자유주의적 개념의 언론자유란 정치적·사회적 난거리에 대해서 말하고 싶은 자가 자유롭게 말할 수 있는 것을 의미한다고 보았다.

드보르킨(Dworkin, 1978, pp. 385~386)은 기관으로서 언론의 집단주의적 주장과 개인에 근거하는 권리 사이에 구별이 없는 것이 실제로 언론자유 의 원리적 힘을 약화시킨다고 꼬집는다. 만일 판사들이 언론자유 관련 판례를 기본적인 개인의 출판할 자유의 권리의 원칙에 근거해서 판결한다면 그 권리는 당연한 것으로 인정되지만 이를 언론자유를 위한 정책에 근거해서 본다면 그것은 개인적인 권리라기보다는 공익의 개념에 근거해야 할 사안이라고 지적한다. 예를 들어 언론인들이 감옥에의 접근권과 같은 특수한 요청을 한 경우 연방대법원은 난징질서와 효율적인 감옥의 운영을 위해 언론이 감옥에 접근하는 것이 불가능하다는 정부의 주장을 일축하고 언론의 공익성에 무게를 둔 점에서 이를 알 수 있다는 것이다.

같은 맥락에서 반 알스타인(Van Alstyne, 1984, p. 58)은 실제로 언론의 파수견적 전통은 20세기에 등장하며, 오늘날 지배적으로 수용되는 자유주의적 언론 자유(dominant liberal concept of freedom of the press)와 오히려 상치되는 개념이라고 설명한다. 왜냐하면 언론의 자유(freedom of press)라는 개념은

2) 이러한 인식이 법적으로 확대되어 현재 수정헌법 제1조는 언론자유를 다른 여타의 개인적 기본권보다 '우월적인 지위(preferred position)'를 누리도록 하는 결과를 가져왔다(Youm, 1996, p. 185). 이에 대해 שאו어(Schauer)는 "미국 헌법하에서 언론은 구체적으로 보호되는 반면, 명예는 그렇지 않다. 그 결과 언론에 대한 잘못된 제약이나 처벌은 개인의 명예에 대한 피해보다 더욱 큰 피해가 된다. 그래서 언론은 미국 헌법에서 우월적 지위를 향유한다"고 간파하였다(1980, pp. 12~13).

개인이 원하는 대로 말하고 생각할 권리인 반면 파수견 개념은 언론이 공중에
게 종속되는 관계에 입각하기 때문이다. 이러한 상처론적 시각은 자유주의적
언론과 파수견 언론을 명확히 구분하게 해주는 방법이 된다.

이러한 언론기관의 자유에 대한 연구자들의 논지는 다음과 같이 정리할
수 있다(Pember & Calvert, 2005; Gleason, 1990).³⁾

첫째, 전통적으로 언론자유에 근거한 법적 개념은 개인에게 속하는 권리가
다. 즉, 수정헌법 제1조의 권리 보호는 개인에게 적용되는 것이지 기관으로서
의 언론에 대해서 특별한 보호를 보장하는 것은 아니다. 수정헌법 제1조 조문
상의 ‘프레스(press)’의 개념은 기관으로서의 언론이 아닌 개인의 인쇄·출판의
자유를 의미하는 것이다.

둘째, 전통적 언론자유 개념에서 언론(press)은 개인적인 권리를 실행하는
‘집단으로서의 개인’으로 이해해야 한다. 예를 들어, ‘사상의 자유 시장’ 이론
은 언론이 사상의 자유로운 교환을 통해서 더 나은 공익실현에 도달하는
것을 목적으로 하는 것이지 개인적인 표현의 자유와 출판의 자유를 보호하고
있는 것은 아니라는 것이다. 따라서 기관으로서의 언론은 개인들의 삶이 더
향상되거나 진실을 추구함으로써 사회적 이익을 얻을 수 있도록 의견을 자유
롭게 표출하도록 보조해야 할 공적 의무가 있다.

셋째, 언론이란 공익을 위해서 봉사하는 기관으로서의 실체(entity)를 의미
한다. 만일 언론 기관의 행위가 공익에 봉사하는 것이라면 언론은 권리 자체를
행사하는 존재가 될 수 없다. 그래서 파수견 개념은 단지 개인적 권리의 하위
개념 또는 대중에 대한 법적 의무로 보는 것이 타당하다.

넷째, 언론과 공중 사이의 관계는 ‘대리인’의 관계로 보는 것이 정당하다.

3) 고전적 의미로서의 언론의 자유(freedom of press), 특히 미국의 수정헌법상의 언론의
자유란 다양한 시각(various viewpoints)을 의미하는 것이다(Gleason, 1990). 즉, 누구나
자신이 가진 신념, 의견 그리고 사고를 자유롭게 말하고 출판하고 인쇄할 수 있는
것을 의미한다고 하겠다. 비록 의미나 분별이 없는 표현은 아니지만 가장 올바른
공적인 결정(public decision)에 이르기 위해서 필요한 의견을 누구나 제시할 수 있는
것을 언론의 자유로 인식해 왔다.

즉, 언론은 공중의 대리인이라는 것이다. 만일 언론이 공중의 대리인이라면 그 존재는 다수에 의해서 설정된 규범(기준)에 합치되는 것이어야 한다. 따라서 파수견 개념은 언론이 가지는 고유의 권리라기보다는 공중에 대한 의무와 관련된 특별한 권리를 의미한다.

다섯째, 언론 기관의 헌법적 보호를 확장하고 강화할 수 있는 유일한 방식은 언론자유의 원칙에 근거한 논리를 널리 알려 당연한 것으로 수용하도록 하는 것이다. 언론의 기능(예를 들어 뉴스 수집과 보도)은 어떤 관련 당사자(예를 들어 기자)가 이를 실행할 때에만 보호되는 것인 반면 수정헌법은 개인의 가치실현을 위한 정치적·비정치적 표현을 보호하는 것이다.

그러나 만일 이러한 공익적 시각을 수용하여 파수견 개념이 기존의 언론자유론에 일치하는 것이 아니라고 가정한다면 자유로운 언론을 보장하는 헌법적인 전통은 어디에서 그리고 어떻게 발생하게 되었는가에 대한 의문이 남게 된다. 이에 대해 글리슨(Gleason, 1990)은 자유로운 언론 기관을 보장하는 법의 역사는 결국 언론 소송의 역사와 일치한다고 보면서, 언론의 파수견 개념은 자유주의적 언론처럼 철학적이고 이론적인 환경에서 자연스럽게 발전했다기보다는 언론에게 주어지는 법적 보호의 정도를 둘러싼 법정에서의 치열한 공방 속에서 발전해 왔다고 피력했다. 명예훼손법상 대단히 불리한 위치에 있던 언론이 자신을 보호하기 위한 면책특권으로서 이를 내세웠고 법원이 그 논의를 수용하면서 인정되기 시작했다는 것이다. 이러한 감시비판자로서의 파수견 개념은 19세기 후반에 들면서 언론의 자유주의 개념이 확산되고 명예훼손법이 발달하면서 점차 구체적인 법적 장치로서 자리매김 하게 된다. 파수견 개념은 개인이 실현해야 하는 보편적 권리와는 다르게 기관으로서의 언론에 대한 특별한 권리로서의 의미를 갖는다고 할 수 있다.

3) 명예훼손 판례에서 보이는 파수견 개념의 형성 및 적용 과정

전술한 바와 같이 파수견으로서의 언론의 모습이 언제부터 존재하였는가 하는 것은 아직 명확치가 않다. 그러나 파수견 개념이 자유론적 권리보호의

<표 1> 파수건 개념 형성 시기의 주요 판례

판결명	연도	주(state)	판결 요지
Curry v. Walter	1979	뉴욕	공정보도(fair report) 면책 최초 인정.
Evening Post	1805	뉴욕	선의를 보도에는 공정보도 면책 적용 안 됨.
King v. Root	1829	뉴욕	공정보도 면책 이상의 보호 주장 거부.
Hotchikiss v. Oliphant	1842	뉴욕	언론에 절대적인 진실 부과는 가혹하다는 주장 거부.
Sheckell v. Jackson	1852	매사추세츠	언론이 진실이라고 믿은 바를 공중에 전달할 의무가 있다는 주장 거부.
Tresca v. Meddow	1856	루이지애나	언론은 정보전달의 통로. 그러나 명예훼손법을 느슨하게 적용해서 얻을 이익이 없음. 공정보도 면책특권 확대 거부.
Smith v. Tribune	1867	일리노이	문제된 공무원은 공인이 아니며 진실이 아니면 비판할 수 있는 특권이 없음.
Detroit Daily Post v. McArthur	1868	미시간	언론이 명예훼손이 발생하지 않도록 하는 원칙과 규율을 제정하였다는 사실을 증명할 수 있다면 언론에 징벌적 손해배상을 부과할 수 없음.
Struthers & Sons v. Evening Bulletin	1877	펜실베이니아	언론이 공정한 논평과 논의 이상의 권리를 갖지 않음. 자신이 믿은 바를 전달해야 하는 특권이 없음.
Scripps v. Reilly	1878	미시간	믿을 만한 최신 뉴스를 독자들에게 전달하려는 언론의 욕구를 인정해야 함. 비의도적 과실에 대한 제한적 면책 인정.
Miner v. Post Tribune	1882	미시간	공중의 자유보도원칙을 무시하는 태도에 대한 도전은 언론의 의무임.
Bourreseau v. Detroit Evening Journal Co.	1886	미시간	파수건 역할 주장 부정. 증명되지 않은 비판을 통해서 공적 이익의 실현은 불가능.
McAllister v. Detroit Free Press	1889	미시간	언론의 섬세하고 이성적 판단이 명예훼손 소송에서 언론에게 특별한 보호를 제공하는 것은 아님.
Riley v. Lee	1889	켄터키	언론에 정보의 진실성에 대해 책임지게 하는 것은 과잉조치임. 그러나 진실이 아닌 경우는 발행하지 말아야 함.

Edwards v. San Jose Printing & Publishing	1893	캘리포니아	기관으로서의 파수건 역할에 대한 특권과 뉴스수집 기능에 대한 보호 주장을 부정.
Upton v. Hume	1893	오레곤	언론의 기관으로서의 역할 때문에 일정 부분 보호 받을 수 있으나 면책의 범위는 제한적임.
Fitzpatrick v. Daily States Publishing	1896	루이지애나	언론의 파수건 역할 일부 인정. 파수건 역할이란 일관되고, 섬세하고, 합리적인 편집을 통해서 달성할 수 있으며 진실과 도덕 그리고 건전한 시민정신을 향상시킬 수 있다고 봄.
Arnold v. Saying Co.	1898	미조리	언론의 취재보도에 있어 쉽게 발생할 수 있는 실수에 대한 면책에 대해 부정.

대상이라기보다는 언론이 전문직화(professionalism) 되기 시작하는 1910년대 이후부터 인식되기 시작한 나온 것이라고 할 수 있다. 당시 언론은 점차 상업화·거대화·독점화되어 가는 상황에서 이를 타개하려는 정부와 마찰을 빚고 있었고(Barnouw, 1997), 이러한 이유로 언론관련법이 언론에 불리하게 작용하였다고 할 수 있다. 이러한 상황을 타개하고자 언론은 법원을 상대로 지속적으로 복잡한 뉴스 수집 과정에서의 오류의 불가피성과 파수건으로서의 사회적 기능을 역설하지 않을 수 없었다(Rosenberg, 1986).

이러한 점에서 언론의 파수건 개념이 어떻게 사법부에 의해서 수용되어지는가를 살펴보기 위해 파수건 개념이 19세기 말 미국의 명예훼손법이 발전하는 과정에서 자리를 잡게 되었다는 시각을 검증할 필요가 있다.⁴⁾

명예훼손 사건과 관련하여 파수건 개념의 단초가 법원에 의해서 처음 논의된 것은 1805년 *Evening Post* 사건이다(A Faithful Report, 1807; Gleason, 1990에서 재인용). 여기서 편집인은 신문이 공중에 대해 보도할 의무를 가지는데 이러한 의무가 명예훼손적 글의 게재를 정당화한다고 주장했다. *Evening Post*는 당시 뉴욕시의 한 카운티의 구빈원(poorhouse)이 11월의 춥고 눈 오는

4) 여기서 분석된 미국 판례들은 원래는 2차적 자료를 통해서 수집되었으나 그 존재 여부와 내용을 온라인 리서치 사이트(www.westlaw.com) 검색을 통해서 확인하였다.

밤에 임신한 흑인여성을 거부하는 등의 태만한 관리감독을 비판하는 글을 게재하였는데, 이에 대해 원고 측이 소송을 제기하였다. 제1심 판결에서 피고 측(언론 측) 변호사는 문제된 기사는 1796년 *Curry v. Walter* 사건[Eng. Rep. 1046(C.P. 1796)]에서 인정된 ‘공정보도 면책(fair report privilege)’이 적용된다고 주장하였으나 이는 배척되었다.

피고 측 변호사는 피고는 ‘공적 신문(public paper)’의 편집인으로서 공무집행인을 감시하고 공무원들의 행동에 대해서 공중의 관심을 환기시킬 의무가 있다고 피력했다. 변호사는 또한 배심원들에게 공적인 파수견으로서의 언론의 역할을 인식해 달라고 주문했다.⁵⁾ 본 사건에서 배심원들은 호의적이었으나 법원은 이러한 피고 측의 파수견 역할 주장을 대부분 부정하였다. 이후 발행인들은 공정보도 면책 이상의 보호를 계속 요구하였으며, 이와 유사한 내용의 명예훼손 소송이 이어졌으나 미국 법원은 상당 기간 언론의 특별한 권리를 인정하지 않았다[*King v. Root*, 4 Wend. 113(N.Y.1829); *Arnold v. Clifford*, 1 F.Cas. 1177(D.R.I. 1835)].

1830년대 이후 본격적인 상업지가 등장하게 되고 내전(Civil War)을 겪으면서 명예훼손법에 변화가 발생한다. *Hotchkiss v. Oliphant* 사건에서 *New York Herald* 지의 변호사는 신문편집인에 있어 증거의 기준은 기술된 사실이 진실이나 아니냐의 문제에 근거하기보다는 편집인이 진실이냐고 믿었느냐 아니냐에 근거해야 한다고 주장하였다[*Hotchkiss v. Oliphant*, 2 Hill 510(N.Y.1842)]. 그는 신문의 뉴스 수집 및 취재과정의 복잡성을 고려하건데, 신문에게 “진실여부에 대한 절대적인 인식”(absolute knowledge of truth)을 요구하는 것은 너무 가혹한 조치라고 피력했다.

5) *Curry* 사건과 유사한 입장을 법원에서 보이는 것이 4년 뒤의 *King v. Wright* 사건이다. 법원은 법집행(judicial proceedings)에 있어 수집된 명예훼손적 정보의 보호의 근거를 설명하였다. 법원은 “언론의 보도는 공중에 대한 정보로서 인쇄되었고... 비록 법정절차에 대한 게재가 관련된 개인에게 불리할 수 있으나, 이는 사법부의 법적 절차라는 것이 공중에게는 대단히 중요하다는 것을 알아야 한다”고 판시했다(101 Eng. Rep. 1399(1799)). 결국 이러한 판결로 인하여 공정보도 면책이 인정되었고 이후 언론의 파수견 논의에 밑거름이 되었다.

이와 같은 주장은 *Shekell v. Jackson* 사건에서도 제기되었다. 여기서 언론 측 변호인은 뉴스란 어떤 질문과 조사를 했고 어떤 취재원에 근거했는지에 따라서 달리 인식해야 한다고 판시했다. 변호인은 배심원들에게 “언론은 자신이 진실이라고 믿는 바를, 비록 과실이 발생하는 경우가 있다 하더라도, 공중에게 전달할 의무가 있기 때문에 이에 대한 면책 특권이 있다”는 점을 호소하였으나 법원은 이를 거부했다[64 Mass. 25(1852)].

유사하게 *Moore v. Stevenson* 사건에 루이지애나 주 대법원은 다음과 같이 명시했다.

신문은 일반적이고 중요한 정보를 전달하는 통로로서 간주된다. … 그러나 이러한 점에서 우리는 편집자에게 … 언론의 공적인 능력을 생산하는 사람으로서 신중하고 양심적으로 행동하도록 요구할 수 있다. 또한 현재의 명예훼손법을 느슨하게 적용함으로써 얻을 수 있는 것은 아무것도 없을 것이다[Tresca v. Maddox, 11 La. Ann. 206(1856)].

판결문에서 보듯 법원은 언론에 의해서 고집되어 온 ‘공정보도 면책특권’의 적용범위를 확대하는 것을 용인하지 않았다. 왜냐하면 적어도 당시 판사들이 언론이 범죄뉴스를 선정적으로 보도하는 일이 증가하고, 언론이 범죄와 관련된 판결 내용에 대한 비평(comment)을 자주 게재하는 것을 달가워하지 않았기 때문이다(Rosenberg, 1986).

내전(Civil War) 이후 1860년대에 들어서면서 발행자들은 파수견 개념에 더욱 집착하는 경향을 보인다. 발행인들은 파수견 개념의 주장을 강화함은 물론 이를 입법화하려는 노력까지 전개하게 된다. 언론환경도 점차 변화하기 시작하는데 일간신문 수도 증가하여 1850년대 254개였던 일간지가 1880년대 971개로 크게 늘어나면서 신문산업이 확장되었다. 신문과 관련된 가장 영향력 있는 단체인 미국신문발행인협회(American Newspaper Publishers)는 언론 산업에서 가장 위험한 요소로서 명예훼손 소송을 꼽았으며 이에 적극적으로 대체할 것을 제의하였다(McChesney, 2004).

그러나 이러한 변화 속에서도 법원은 선정적이고 위협적이며 잘못된 정보는 공익을 위한 것이 아니라는 입장을 고수했다. 예를 들어 *Smith v. Tribune* 사건의 경우 일리노이 주 대법원은 문제된 공무원이 공인(public man)이라고 규정할 수 없으며, 언론의 자유에는 진실이 아님에도 어떤 개인을 비난하거나 비판할 수 있는 특권이 포함되는 것으로 볼 수 없다고 판시했다[22 F.Cas. 689(N.D.Ill., 1867)].

법원의 태도는 *Detroit Daily Post v. McArthur* 사건에서 약간의 변화를 보인다. 이 사건에서 미시간(Michigan) 주 대법원은 기관으로서의 언론의 사회적 역할을 처음으로 인정한다. 캠벨(Cambell) 대법원 판사는 보통법(common law) 상의 신문을 위한 특별한 보호가 필요하다고 언급하면서, 언론보도는 문명의 필수요소이므로 언론이 어떻게 공적 역할을 수행해야 할 것인가는 비이성적이고 비일관적인 방식으로 규제되어서는 안 된다고 피력했다. 법원은 “언론이란 기관으로서의 관행(institutional practices)과 신문 산업의 압력에 의해 발생하는 문제점이 존재하지만, 언론이 공적 이익에 봉사하기 때문에 언론보도 때문에 명예훼손 소송이 항상 발생하는 것은 아니라는 사실을 아는 것이 중요하다”라고 판시했다. 계속해서 법원은 “만일 신문이 능력 있는 발행인을 고용했으며 신문 보도로 인한 명예훼손을 방지하기 위한 원칙과 규정을 제정하였다는 사실을 증명할 수 있다면, 언론에 대한 징벌적 손해배상은 적용되지 않는다”고 판시했다[16 Mich. 447(1868)].

그러나 이후의 명예훼손 소송에서 법원들은 *Detroit Daily* 사건의 결정을 받아들이지 않았다. 오히려 1870년대 들어서면서 법원은 명예훼손 소송에서의 언론에 호의적인 배심원들의 태도에 대해 회의적이었다. 그럼에도 비록 법원이 수용은 하지 않았으나 적어도 파수견 역할이 언론의 공적 의무라는 사실에 대한 인식과 논의는 점차 확산되었다[Marks v. Baker, 9 N.W. 678(Minn. 1881)]. 파수견 의무의 중요성에 대해서 가장 명확하게 정의내린 사람이 바로 쿨리(Cooley) 판사인데 그는 “공중과 개인의 자유를 보호하는 원칙을 무시하는 태도에 대해 도전하는 것은 어떤 다른 의무보다도 더욱 확실한 언론의 의무”라고 지적하였다[Miner v. Post Tribune, 49 Mich. 358

(1882)].

1888년 펜실베이니아 주 대법원은 쿨리 판사의 이해를 더욱 확장하는 결정을 내린다. 법원은 언론의 파수견 역할이 개인이 소유한 ‘클럽 양성 학교’에 대한 조사까지 포함하도록 확대한다. 법원은 “언론이 원고가 가짜(charlatan)라는 것을 보여주려고 하는 행위는 언론의 의무에 합치하는 것”이라고 보았다. 그러나 파수견 역할을 행함으로써 추구하려는 공적인 이익을 이해하려는 법원의 노력은 여전히 불분명했다[Press Co. v. Stewart, 14 A. 51(Pa. 1888)]. 예를 들어, 미시간 대법원은 판사들과 보안관들이 그 지역을 지나는 사람들을 불법적으로 체포했다는 기사가 문제된 사건에서 한편으로는 언론의 파수견 역할을 부정하면서도 다른 한편으로는 법원은 언론의 증명되지 않는 비판이 공적인 이익의 실현에 공헌하지 않는다는 기존의 태도를 고집하지는 않았다[Bourreseau v. Detroit Evening Journal Co., 63 Mich. 425(1996)].

이렇게 법원은 판단의 기준을 어떻게 두어야 하는가에 대해서 법원에 따라 각각 다양한 모습을 보였다. 어떤 법원은 파수견 개념이 기관으로서의 의무라고 본 반면, 또 다른 법원은 인위적으로 주장되는 파수견 개념의 수용에 대해서는 부정적이었다. 이러한 불확실성은 발행인들에게 주어지는 특권으로서의 파수견의 가치를 감소시켰으며 파수견으로서 역할을 자임하는 기관으로서의 신문의 기능을 위축시켰다. 결국 파수견 개념이 언론에 중요한 면책특권이 되기 위해서는 법원에 의해 뉴스 취재의 복잡성과 불확실성 그리고 내용의 절대적 정확성보다는 의무라는 인식이 받아들여져야 했다. 즉, 발행인들이 ‘추정적 악의(assumed malice)’의 짐으로부터 벗어나야 하는 것이 가장 큰 문제였다.

추정적 악의를 증명하는 것과 관련, 뉴스 수집과 취재 과정에 대해 법원이 깊이 고려하기 시작한 것이 *Scrapps v. Reilly* 사건이다[38 Mich. 10(1878)]. 이 사건에서 미시간 대법원은 기존의 많은 법원들이 언론의 진실을 보도할 의무라는 것이 기사의 진실성에 대해서 절대적으로 확신하기 전까지는 게재하지 않아야 한다고 믿은 반면, 뉴스의 시의성을 인식하고 실제적인 악의를 결정하는 데 있어 최신의 그리고 믿을 만한 뉴스를 독자에게 제공하려는 발행인의

강한 욕구가 있음이 고려되어야 한다고 보았다. 아울러 법원은 “오늘날 언론이 사람들의 건강, 복지, 편의, 행복과 관련된 주제의 논의에 참여하는 것은 하나의 권리이자 의무”라고 주장하였다. 이 사건 이후 언론은 적어도 미시간 주에서는 대중계몽의 목적을 달성하기 위한 순수한 시도에 있어서의 비의도적 과실에 대해서 제한적 면책특권이 적용될 것으로 기대했다.

그러나 언론의 기대와는 달리 법원들은 면책특권을 인정받기 위해서는 언론이 제대로 된 취재 절차를 통하여 뉴스를 수집할 것을 요구하였다. 이러한 점은 *McAllister v. Detroit Free Press* 사건에서 잘 나타난다[76 Mich. 338(1889)]. 이 사건은 *Free Press*지가 온타리오의 원저 시에서 두 명이 불법으로 우표를 팔다가 체포되었다는 내용의 기사를 게재하는 데 있어 그 취재원이 문제가 되어 발생하였다. 미시간 주 대법원의 모스(Morse) 판사는 “문제된 기사는 완전히 소문에 근거한 것이다. 기자는 개인적으로 이를 조사할 수 있었지만 그렇게 하지 않았다. ... 기자가 유일하게 만난 것은 피소인들이다. ... 신문사도 기자에게서 받은 기사를 확인하지 않고 기사화함으로써 주의의무를 다하지 않았다”고 지적하였다. 그는 뉴스 취재에 있어 언론이 섬세하고 이성적인 판단을 했다고 해서 명예훼손 소송에 있어 언론에 특별한 보호가 제공되는 것은 아니라고 설명하면서 공익성 이외의 그 무엇이 신문의 특별한 보호에 대한 요구를 정당화해야 한다고 보았다.

다른 주의 법원들도 파수견 개념과 뉴스 취재보도 사이의 관계에 대한 미시간 대법원과 인식을 같이했다. 예를 들어 펜실베이니아 주 한 하급심에서 판사는 배심원들에 대해 지침을 내리는데 이는 공익에 있어서의 언론의 면책특권의 확장여부와 언론의 파수견으로서의 역할 사이의 기본적인 연결고리를 잘 보여준다. 판사는 “... 공공 건물이 세워지는 방식에 대해 주위를 환기시키고 비판을 하는 것은 언론의 권리이자 의무이다. ... 공중은 이러한 관심사에 대해서 대개 무관심하거나 늦게 알게 된다. ... 신문은 그 주위를 끌기 위해 다소간 시끄럽게 외쳐댈 필요가 있다”고 하면서도 “누군가를 희생하면서까지 자극적인 글을 실는 것은 언론의 자유를 남용하는 것이다”라고 피력했다 [Struthers & Sons v. Evening Bulletin, 3 W.N.C. 215(Pa. 1877)]. 펜실베이니아

주 대법원도 공직자의 공적 활동에 대해서 의문을 제기하고 이에 대해서 균형 있는 비판과 합리적인 논평을 게재하는 것은 언론의 권리라고 긍정하였으나 파수견 개념을 여전히 제한적으로 수용하였다. 궁극적으로 사법부는 대개 발행인들의 주장을 완전히 수용하는 것을 꺼려했다(Rosenberg, 1986).

메릴랜드(Maryland) 주의 경우 해거스 타운에서 발행되는 *Herald and Torchlight* 지가 한 주 상원의원의 뇌물수수과 사기행각을 비판하다가 제소되었는데 발행인은 이에 대한 면책을 강력히 주장했으나 인정되지 않았다. 발행인은 주 상원의원의 행위가 충분히 조사와 보도가 필요한 주제이며 아울러 그 카운티의 규모와 인구 수 등으로 볼 때 신문보도는 공익적 목적에 부합한다고 주장했다. 그러나 크롬톤(Crompton) 판사는 파수견 개념을 부정하였다. 그는 “어떤 개인이 공정한 논평과 논의를 이상의 권리를 가지며 보도의 근거를 자신이 믿는 바에 두려는 것은 수용하기에 당황스런 일”이라고 지적했다 [Negley v. Farrow, 60 Md. 158(1882)].

19세기 후반에 들어서도 지난 20여 년 동안 시도되었던 파수견 개념을 통한 면책특권의 확장노력은 크게 결실을 맺지 못한 것처럼 보였다. 미시간주와 다른 몇몇 주 법원들이 뉴스 수집과정에 있어서의 문제점을 지적하기도 하였으나, 대부분의 경우 신문에 특별한 보호가 주어질 필요가 없다는 인식에는 큰 차이를 보이지 않았다. 이러한 점은 켄터키 주 항소심 사건에서 드러난다. 법원은 1889년 사건에서 파수견에 대한 다수의 견해를 피력하고 있다. 법원은 “신문의 운영자들로 하여금 공중에게 제공하는 정보의 진실성에 대해서 책임을 지라고 요구하는 것은 과도한 조치일 수 있다. … (그러나) … 만일 정보가 진실인지 알지 못하면, 이를 발행하지 말아야 한다”는 기존의 자세를 견지했다[Riley v. Lee, 11 S.W. 713, 715(Ky. 1889)].

이러한 법원의 판단에도 불구하고 언론은 자신들의 기관으로서의 역할에 대한 특별한 면책특권과 뉴스 수집 기능에 대한 특별한 보호를 집요하게 요구하였다. 언론은 파수견 개념을 기자나 편집인의 ‘직업관(view of profession)’으로까지 바라보았으며[Edwards v. San Jose Printing & Publishing Co., 34 P.128(Cal. 1893)], 보도가 쉽게 범할 수 있는 신문의 과실로 인해 문제가

된 경우에는 면책된다고 주장하였다[Arnold v. Saying Co., 76 Mo. App. 159(1898)]. 그러나 이러한 언론의 집요한 노력과 주장 그리고 법원의 수용 거부와 악순환은 19세기가 끝날 무렵까지 계속되었다.

루이지애나 주 대법원은 *Fitzpartrick v. Daily States Publishing* 사건[20 So. 173(1896)]에서 언론을 파수견으로서의 역할을 한다는 것을 인정하였으나 문제가 된 기사가 언론자유의 범위를 넘어서는 것이라고 보았다. 당시 신문은 시장과 시의원들이 협박과 사기 행각을 일삼으며 뇌물수수과 향응을 제공받는다든 비판적 기사를 게재하였다. 신문 측은 언론이란 대중계몽의 존재로서 공직자들 사이에서 비리가 발생하는 경우 이를 알릴 의무가 있다고 주장했다. 법원은 이를 전적으로 수용하지 않았지만 신문의 파수견 역할이란 일관되고, 부드럽고, 합리적인 편집을 통해서 달성할 수 있는 것이며 이를 통해 진실과 도덕 그리고 좋은 시민정신을 향상시킬 것이라고 판시했다.

Upton v. Hume 사건에서 오리건 주 대법원은 하급심 결정을 번복하면서 Gold Beach Gazette가 “염치없이 혐오스럽고, 사악하고, 악명 높은 자, 위증을 하는 간악한 인물… 업톤을 위해 투표한 사람은 도둑”이라고 게재한 기사에 대해 신문의 사실은 정치 후보자들에 대해서 논의할 의무가 있기 때문에 이런 표현으로 인한 책임에서 어느 정도 벗어난다고 판시했다[33 P. 310 (1893)]. 그러나 법원은 신문이 언론기관으로서의 역할로 인하여 어느 정도는 보호를 받을 수 있으나 이러한 역할로 인하여 면책될 수 있는 범위는 대단히 제한적이라는 기존의 인식을 벗어나지 못했다.

결론적으로 당시의 판사들은 언론자유의 보호범위를 결정하는 데 있어 발행인들의 의도와 게재물의 정당성을 고려하는 경향을 보였는데 이러한 이유로 언론은 신문 산업에 있어서의 뉴스의 수집과 발행에 대한 어떤 특별한 면책특권을 획득하는 데 실패했다. 간단히 말하자면 19세기 동안 보통법상의 면책특권이란 언론인들에게 아주 제한된 범위로만 인정됐다. 기존의 전통적인 보통법상의 면책특권은 신문의 내용에 대해서 적절한 보호를 제공하지 않았다. 예를 들어 공직자의 무능력이나 태만에 대한 주장은 보통법 면책특권의 밖에 존재했다. 따라서 뉴스의 수집과 사실적 정보의 보도가 상업언론의 주요한

업무가 되어갈수록, 발행인들은 자신들의 선한 의도를 입증하고 잘못된 정보의 게재를 정당화하는 복잡한 작업으로 인해 발생하는 명예훼손 소송에 더 많이 직면하게 됐다. 그럼에도 불구하고 법원이 언론의 기관으로서의 파수견 역할에 대한 인식이 이후 언론관련법이 정립되면서 감시비판자로서의 언론에 대한 면책특권으로 인정되는 계기를 제공했다고 할 수 있다. 결국 미국에 있어서의 파수견 개념은 언론에 대한 자유론적 환경에서 도출된 것이라기보다는 명예훼손법의 발전과정에서 파생되었다는 시각이 설득력이 있음을 알 수 있다.

4. 우리나라 판례분석

미국의 경우에서 드러난 것처럼 파수견 개념이 언론에 대한 보호장치로서 역할하기 위해서는 법원에 의해서 구체적인 법적 개념으로 인식되어야 한다. 따라서 우리 판례에 대한 연구의 경우에도 한국 언론관련법에서 언론의 파수견 개념이 법원에 의해서 언제부터 그리고 어떻게 인정받고 있으며 그것이 하나의 면책사유로서 언론을 보호하는 역할을 하고 있는가의 여부를 판단해 보아야 할 것이다.⁶⁾

그런데 판례분석에 앞서 우리 언론이 처한 정치·사회적 환경 및 특수성을 고려할 필요가 있다. 왜냐하면 본 논문에서 탐구하고자 하는 명예훼손 관련 판례들의 경우 한 사회의 환경적 요건으로 인해 발생하는 경향이 있기 때문이다. 우리나라의 경우 무엇보다 언론이 오랜 동안 정권에 예속되었거나 정치권과 상부상조 관계를 오랜 동안 지속해 온 역사를 지니고 있다. 따라서 1980년대 말까지만 해도 언론은 정부의 억압적 통제하에서 권력 감시 및 비판이라는

6) 우리나라에서는 언론의 자유는 여타 개인적 기본권과 동등한 위치에 있다. 즉, 우리 헌법재판소가 “언론의 자유는 민주 국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 우월적 지위를 지니는 것은 현대 헌법의 특징”이라고 판시한 바 있으나(1991. 9. 16. 선고 89헌마165 결정) 사법부는 언론의 자유와 인격권 간의 적절한 비교 형량을 원칙으로 하고 있다.

자신의 목소리를 제대로 내지 못했다. 다시 말하자면, 파수견으로서의 언론의 개념은 전면적으로 드러나지 않았다. 따라서 파수견 개념이 적극적으로 개선되고 법원에 의해서 수용되기 시작한 것도 1990년대에 들어서라고 추정할 수 있다. 언론에 대한 정부의 물리적 통제가 줄어들고 이와 반대로 시민 개인들의 언론에 대한 법적 대응의 정도가 커지게 되는 현상(Smith, 1980; 표성수, 1997; 이재진, 2006)이 이를 반증해 준다.

아울러 언론의 '자유'보다는 언론의 '책임'이 강조되는 사회적 분위기가 도래하였다(정진석, 1999). 언론의 자유라는 명분이 민주화 과정에서 국민들에게 중요한 요소로서 인식되어 온 반면, 1990년대에 들어서면서 정부의 언론규제가 약화되어 가는 과정에서 언론의 잘못된 취재보도 관행으로 인하여 발생하는 개인적 피해에 대해서 책임을 강조하는 경향이 커지게 되었다(이재진, 2002, 25쪽). 즉, 언론의 책임 있는 여론 형성이 1990년대까지 지배적 패러다임이 되었다. 이러한 점은 법원의 판례들에서도 많이 발견된다(박선영, 1996; 임병국, 1999). 다시 말하자면 1990년대까지 우리 법원은 언론의 공적 역할을 건전한 여론형성으로 파악하고 있음을 알 수 있다.

이러한 법원의 인식은 1990년대 후반 이후 변화하게 되는데 다음의 <표 2>에서 보는 11건의 판례에 나타나 있다. 판례들은 공통적으로 언론의 공적 인 기능을 수용하고 있다. 이 판례들은 쟁점별로 구분하여 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 쟁점을 구분해봄으로써 파수견으로서의 언론의 역할이 어떻게 형성되고 발전되었는가를 가늠하기가 용이하기 때문이다. 미국에서의 파수견 논의에서 드러난 쟁점들을 중심으로 이를 살펴보면 ① 대중계몽 기능, ② 사회 고발·비판 기능, ③ 국가기관 및 권력에 대한 감시·비판 기능 그리고 ④ 공적자 및 공적 인물에 대한 비판 기능으로 4가지로 구분할 수 있다.⁷⁾

7) 쟁점 간의 구분이 명확하지 않고 서로 중복되는 경우도 있으나 본 연구에서는 편의상 쟁점을 구분하였음.

<표 2> 한국의 파수견 관련 판결

연번	재판일	재판부 / 심결	원고 / 신청인	매체	요지	결과	사건 출처
1	1999. 6. 24.	헌법재판소 결정 (불기소 처분 취소 청구)	정모 씨 (강원도 도위원)	강원일보	시간과 싸우는 신문보도에 오류를 수반하는 표현은 사상과 의견에 대한 아무런 제한 없는 자유로운 표현을 보장하는데 따른 불가피한 결과이고 이러한 표현도 자유토론과 진실 확인에 필요한 것이므로 함께 보호되어야 하기 때문에 신속 보도를 생명으로 하는 신문의 속성상 허위를 진실한 것으로 믿고서 한 명예훼손적 표현에 정당성을 인정할 수 있거나, 사소한 부분에 대한 허위보도는 모두 형사제재의 위협으로부터 자유로워야 함.	기각	97헌마 265
2	2001. 8. 22.	서울지법 1심	○○○ (대학 교수)	SBS	공익성이 인정되는 언론기관의 보도를 보호하고자 하는 법리는, 언론기관이 우리 사회의 어두운 면을 파헤치고 이를 국민들에게 알려 그에 관한 건전한 여론을 형성, 전달, 집약함에 따라 사회의 전체적인 건전한 발전을 도모하고자 하는 의도로서 그러한 역할을 수행할 경우에는 ... 표현의 자유로서 보호.	원고 패소	98가합 107982
3	2002. 10. 11.	서울지법 남부지원 1심	KBS	MBC	언론의 자유는 자유민주주의의 초석이 되는 가장 중요한 기본권의 하나로서 언론인들이 이를 통하여 국가기관, 단체, 개인에 대하여 비판적 기능, 경고적 기능을 수행함.	원고 패소	2001가합14741
4	2002. 10. 24.	서울고법 항소심	박모 씨	학원사, 일요신문사	언론매체의 범죄사건 보도에 대해서 판시하면서 언론은 "...범죄 행태를 비판적으로 조명하고 ... 나아가 범죄의 사회문화적 여건을 밝히고, 그에 대한 사회적 대책 강구.	기각 (원고 패소)	2002나 5738

5	2003. 8. 21.	서울고법 항소심	동아 일보	MBC	언론의 자유는 자유민주주의의 초석이 되는 가장 중요한 기본권의 하나로서 언론사들이 이를 통하여 국가기관, 단체, 개인에 대하여 비판적 기능, 경고적 기능을 수행하는 등 중요한 공적 역할을 담당하고 있음.	기각 (원고 패소)	2002나 22153
6	2005. 8. 30.	서울고법 항소심	김모 씨	시사 저널	언론이 기울인 진상규명 노력에도 불구하고 합리적 자료나 근거가 뒷받침되지 않아 진실성이 없음. 언론의 감시와 비판 기능은 공적기관의 권위를 넘어서는 안 됨.	원고 승소	2004나 65338
7	2006. 4. 21.	서울지법 1심	김모 씨 (교회 목사)	오마이 뉴스	교회 목사의 보수는 국민의 정당한 관심사이므로 공익성이 있다고 판단됨. 국민의 알권리 보호와 관련한 언론의 감시와 비판 기능의 중요성에 비추어 허용될 수 있는 범위 내에 있음.	원고 패소	2005가 합18950
8	2006. 10. 13.	서울 중앙지법 1심	임종인 (국회의원)	YTN (돌발 영상)	공직자의 도덕성, 업무처리의 정당성에 대한 언론기관의 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 안 된다.	기각	2005가 합71378
9	2006. 11. 8.	서울중앙지법 1심	공모, 음모 씨 (영동위 위원)	한겨레 (기사 및 사설)	직무의 특성상 고도의 비판과 감시를 받아야 할 당위성이 인정되는 인물에 대한 비판은 그 지위를 감안하여 폭넓게 허용해야 한다.	기각	2005가 합90013
10	2006. 11. 23.	대법원	여모 씨	조선 일보, 동아 일보	언론기관도 헌법 제21조에 기하여 기본권으로서 언론의 자유를 가지는데... 서로 충돌하는 두 헌법적 이익 사이의 갈등은 상충하는 이익 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법을 모색함으로써 두 이익이 최적으로 실현될 수 있는 경계확정을 통하여 해결해야 한다.	원심 파기 환송 (원고 패소)	2004다 50747

11	2007. 2. 22.	대법원	허모 씨 (골프장 관련 주식 회사 사장)	제주 일보	다소 감정적이고 거칠거나 적절치 못한 표현이 있으나 이러한 공적인 관심사에 대하여는 언론 등에 의한 적극적인 비판과 감시가 필요하므로 정당한 의견표명의 한계를 넘어 위법성이 있는 인신공격에 해당하지 않는다.	상고 기각	2006다 87217
----	-----------------	-----	---------------------------------------	----------	---	----------	----------------

1) 대중계몽

위의 <표 2>에서 보는 바와 같이 기존에는 언론을 주요 여론형성 기관으로 인식했으나 1999년 6월 24일자 헌법재판소 결정(97헌마265)에서는 파수견으로서의 언론의 본질적 특성을 처음으로 고려하는 견해를 엿볼 수 있다. 재판부는 “... 시간과 싸우는 신문보도에 오류를 수반하는 표현은 사상과 의견에 대한 아무런 제한 없는 자유로운 표현을 보장하는데 따른 불가피한 결과이고 이러한 표현도 자유토론과 진실 확인에 필요한 것이므로 함께 보호되어야 하기 때문에 신속 보도를 생명으로 하는 신문의 속성상 허위를 진실한 것으로 믿고서 한 명예훼손적 표현에 정당성을 인정할 수 있거나, 사소한 부분에 대한 허위보도는 모두 형사제재의 위협으로부터 자유로워야 한다. ...”고 하여 신문의 매체로서의 속성에 대해서 이해함과 동시에 더욱 자유로운 보도를 허용해야 할 이유에 대해서 피력하고 있다. 즉, 재판부는 명예훼손에 대한 위법성조각사유인 진실성(상당성)의 근거를 자유토론과 진실 확인에 두고 이를 위해서는 신속 보도를 해야 하는 신문의 속성을 이해하는 측면에서 면책사유의 적용을 고려해야 한다고 피력하고 있다. 이러한 점은 파수견 개념을 신문의 뉴스 수집 및 취재 활동과 연결시키려는 미국의 경우와 상당한 유사하다고 할 수 있다.

아울러 현재는 “... 국민이 듣고, 읽고, 보는 이른바 알 권리는 신문이나 방송 등 언론매체의 보도에 의존하는 바가 크고 이 보도를 통한 정보는 활발한 비판과 토론을 할 수 있게 하여 국민의 정치에 대한 높은 관심과 적극적인 참여라는 결과를 이끌어 내게 된다. 국민이 바라는 정치를 하는지를 감시하고

권력을 가진 자에 대한 자유로운 비판을 보장하며, 소수의견을 외면하지 않는 정치적 언론이 숨 쉬는 열린 공간에서 여론을 수렴하여 그것을 다수의사로 결집, 형성하는 과정을 갖는 것은 우리들 모두가 만들고 가꾸는 민주제의 참된 모습이다. …”고 밝혀 언론자유와 중요성을 권력에 대한 비판 기능에서 찾고 있다. 재판부는 국민의 알 권리를 충족시키기 위한 언론매체의 역할이 활발한 비판과 토론을 이끌게 하도록 하는 것으로 이해하고 있다. 간단히 말하자면 현재는 언론매체를 정치가 제대로 돌아가고 있는지를 국민들에게 알려서 지적인 시민을 양성하는 대중계몽의 역할을 하는 주체로서 파악하고 있다.

이러한 점은 2006년 대법원 판례에서도 보이는데 언론 보도의 청구범위에 대한 판결(2006. 11. 23. 선고 2004다50747 판결)에서 대법원은 언론의 독특한 사회적 기능을 확정하는 한편, 감시 및 비판 기능과 인격권의 기능이 서로 조화를 이루어야 한다고 밝혔다. 대법원은 “... 언론기관도 헌법 제21조에 기하여 기본권으로서 언론의 자유를 가지는데 ... 서로 충돌하는 두 헌법적 이익 사이의 갈등은 상충하는 이익 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법을 모색함으로써 두 이익이 최적으로 실현될 수 있는 경계획정을 통하여 해결 ...”해야 한다고 판시했다. 원심은 이른바 ‘이용호 게이트 사건’에 대한 신청인의 로비 의혹이 보도되자, 신청인이 반론보도 청구소송을 제기하면서 시작되었다. 대법원은 반론보도 내용들이 객관적으로 허위인지, 이를 신청인이 미리 알고 있었는지 여부를 심리하여 만일 신청인이 허위임을 알고도 이 사건 반론보도 청구를 한 것으로 밝혀진다면 정당한 이익이 없으므로 배척해야 한다고 보았다.

궁극적으로 관련 판례에서 볼 수 있듯이 이러한 언론의 역할이 권력 감시·비판자로서의 역할과 완전히 일치하는가에 대해서는 명확하지 않으며 법원이 권력 감시·비판의 기능이라는 표현을 사용하지 않았으나 적어도 언론의 사회적 기능에 대해서 재확인하고 있다. 즉, 이러한 언론의 기능을 언론의 면책특권으로 인정하는가에 대해서는 확실치 않다고 하겠다. 비록 언론의 속성을 이해하기 시작한 부분이 있으나 이러한 이해와 감시, 비판 기능에 대한 인식이

개인의 인격권과 언론의 자유를 비교형량하는 데 있어 주요한 요인으로 인식하고 있는가에 대해서는 논의가 더 필요하다.

2) 사회 고발·비판

재판부의 인식은 더욱 확장되는데 2001년 8월 22자 선고된 판결에 의하면 언론의 역할을 건전한 여론의 형성과 아울러 “사회의 어두운 면을 파헤치는” 역할을 하고 있는 인식으로 발전하게 된다(서울지방법원 98가합107982 판결). 이 사건은 서울방송의 ‘일그러진 대학, 대학교수’라는 제하로 원고가 대학원생에게 박사학위 논문을 대리 심사 하도록 시키고 학생들의 번역 리포트를 모아 그대로 책으로 출판했으며 강의내용도 수준 이하였다는 등 교수로서의 자질 및 도덕성에 심각한 문제가 있다는 취지의 보도를 하자 원고가 명예훼손 소송을 제기함으로써 시작되었다. 판결에서 법원은 “... 공익성이 인정되는 언론기관의 보도를 보호하고자 하는 법리는, 언론기관이 우리 사회의 어두운 면을 파헤치고 이를 국민들에게 알려 그에 관한 건전한 여론을 형성, 전달, 집약함에 따라 사회의 전체적인 건전한 발전을 도모하고자 하는 의도로서 그러한 역할을 수행할 경우에는 ... 표현의 자유로서 보호하고자 하는 데 그 취지가 있는 것이다”고 하여 언론의 역할을 단순한 여론 형성과 전달이라는 측면에서 사회적 비리를 탐사하는 역할로 확대하여 인식하고 있음을 알 수 있다.

이와 유사하게 스톡킹에 대한 비판적 기사가 명예를 훼손한 이유로 발생했던 2002년 10월 24일 서울고등법원은 언론매체의 범죄사건 보도에 대해서 판시하면서 언론은 “... 범죄 형태를 비판적으로 조명하고 ... 나아가 범죄의 사회문화적 여건을 밝히고, 그에 대한 사회적 대책 강구”해야 한다고 함으로써 확대된 여론형성 역할에 동의하고 있다(2002나5738 판결).

그러나 2005년 판결(소위 김훈 중위 사망사건)에서 서울고등법원은 범죄보도와 관련하여 언론의 파수견적 역할이 지나치게 확대되는 것을 경계하고 있다(서울고법 2005. 8. 30 선고 2004나65338 판결). 법원은 “... 범죄보도와

관련된 언론매체의 위와 같은 적극적 보도 형태가 과거 군부독재정권하에서 권력에 의하여 은폐되어 온 범죄를 국민에게 알리고 공적기관이 간과해 온 사회비리와 부조리를 이슈화하거나 그에 관한 수사의 단서를 직접 제공하기도 하는 등의 긍정적인 역할을 해왔음은 부정할 수 없으며 민주사회에서 수사나 재판과정 역시 언론과 국민의 감시 및 비판의 대상이 되어야 함은 물론이지만, 그럼에도 불구하고 범죄보도와 관련된 언론매체의 위와 같은 적극적 역할은 법률과 제도를 통하여 범죄와 관련된 수사 및 재판의 책임과 권한을 부여받은 공적기관의 보조적 내지 보완적 역할에 그쳐야 하고, 구체적인 사건에 있어서 공적기관의 판단은 우선적으로 존중되어야 한다...”고 실시하여 언론의 감시와 비판의 기능이 공적기관의 권위를 넘어서는 것은 아니어야 한다고 지적하였다.

가장 최근에 나온 대법원 판례(2007. 2. 22. 선고 2006다87217 판결)에서 대법원은 언론의 비판과 감시 기능에 근거하여 상고를 기각하고 언론의 손을 들어주었다. 본 사건은 제주일보가 2005년 3월 11일 ‘골프장 재벌 000의 안하무인’이라는 제하의 사실로 골프장 입장요금에 대해 비판적으로 게재하면서 시작되었다. 대법원은 “사실 중에는 다소 감정적이고 거칠거나 적절치 못한 표현이 있으나 이러한 공적인 관심사에 대하여는 언론 등에 의한 적극적인 비판과 감시가 필요하므로 정당한 의견표명의 한계를 넘어 위법성이 있는 인신공격에 해당하여 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다”고 판시했다. 이 판례에서 대법원은 기존의 판례에서 한 걸음 더 나아가서 언론의 기능이 최대화 될 수 있도록 모색하고 있는데 감시 및 비판 기능의 필요성에 대해서 긍정하고 있음을 알 수 있다.

3) 국가기관 및 권력에 대한 감시비판

법원은 파수건의 가장 중요한 국가기관이나 권력에 대해서 언론이 감시 및 비판자로서의 기능을 한다는 점을 2002년 10월 11자 판례에서 피력하였다(2001가합14741 판결). 이는 언론사간의 상호비평이 문제가 되어 불거진 사건

으로 서울지방법원 남부지원은 언론의 공적 역할에 대해서 설명하면서 “언론의 자유는 자유민주주의의 초석이 되는 가장 중요한 기본권의 하나로서 언론사들이 이를 통하여 국가기관, 단체, 개인에 대하여 비판적 기능, 경고적 기능을 수행”한다고 판시하였다.

이러한 법원의 언론의 기능에 대한 인식은 2003년 8월 21일 서울고등법원의 판결에서도 잘 드러난다. 법원은 동아일보와 MBC 간의 반론보도를 둘러싼 다툼을 판결하면서 언론의 비판적 기능에 대해서 긍정하고 있다(2002나 22153 판결). 법원은 “언론의 자유는 자유민주주의의 초석이 되는 가장 중요한 기본권의 하나로서 언론사들이 이를 통하여 국가기관, 단체, 개인에 대하여 비판적 기능, 경고적 기능을 수행하는 등 중요한 공적 역할을 담당하고 있다…”고 판시하였다.

흥미로운 점은 기존의 판결의 경우 언론의 비판적 기능이 공직자, 공직사회에 한정되고 있으나 본 판결에서는 그 기능의 범주를 국가기관과 단체에 까지 적용될 수 있는 것으로 판단하고 있다는 것이다. 즉, 언론의 비판적이고 경고적인 기능은 비단 국가기관에만 적용되는 것이 아니라고 봄으로써 언론의 비판 기능을 상당히 폭넓게 인식하고 있음을 알 수 있다.

4) 공직자 및 공적 인물에 대한 비판

대법원은 점차 언론의 감시와 비판 기능을 확장하는 경향을 보인다. 대법원은 2006년 5월 12일 집단에 대한 명예훼손을 다룬 사건(2004다35199)에서 다음과 같이 판단하였다.

공직자의 도덕성·청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안하면, 이러한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 되며, 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시와 비판 기능의 수행을 그 사명의 하나로 하는 언론보도의 특성에 비추어, 언론보도의 내용이

객관적 자료에 의하여 최종적으로 확인되지는 않았다고 하더라도, 공직자의 생활이나 공직 수행과 관련한 중요한 사항에 관하여 어떤 의혹을 가질 만한 충분하고도 합리적인 이유가 있고 그 사항의 공개가 공공의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는, 언론보도를 통하여 위와 같은 의혹사항에 대하여 의문을 제기하고 조사를 촉구하는 등의 감시와 비판행위는 언론자유의 중요한 내용 중의 하나인 보도의 자유에 속하는 것 ….

여기서 대법원은 공직자나 공직사회에 대한 언론의 감시 및 비판의 기능은 그것이 악의적이거나 현저하게 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 보호되어야 하는 언론의 기능으로 인정하고 있다. 비록 판례에서 나타난 감시 및 비판 기능이 공직자나 공직 사회에 대한 것으로 공직 수행과 관련된 사항에 대해서 공익에 필요한 경우에 할 수 있는 것으로 한정하고 있으나, 언론을 국민의 대리기관으로 단순히 건전한 여론 조성의 역할을 하는 것에 그치지 않고 감시와 비판의 기능을 하는 파수견의 개념을 인정하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

2006년 10월 13일에는 언론의 감시·비판 기능과 관련, 공직자에 대한 언론의 풍자나 독설이 어느 정도 허용될 수 있는가에 대한 판결이 나왔다(서울중앙지법 2006가합71378 판결). 이 사건은 YTN의 ‘돌발영상’ 프로그램이 문제가 되어서 발생한 것으로 국회의원인 임종인이 YTN이 자신이 법사위에 배정된 뒤 불만을 토로하는 장면을 몰래 담아 자신의 초상권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 권리를 침해당했다고 소송을 제기함으로써 시작되었다. 법원은 공직자에 대한 풍자와 독설은 모멸적인 표현에 의한 인신공격에 해당하는 정도가 아닌 한 널리 허용해야 하며 특히 “공직자의 도덕성, 업무처리의 정당성 여부에 대한 언론기관의 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니된다”고 판시했다. 법원은 돌발 영상에서 문제된 장면이 공익성이 인정되고 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있으며 아울러 현저히 상당성을 잃은 공격으로 보이지 않아 위법성이 없다고 지적했다.

법원은 언론의 파수견으로서의 기능이란 비록 공직자는 아니지만 공적으로 중요한 역할을 하는 지위에 있는 인물에까지 적용되며, 갈등을 해소하기 위한 조정자 역할을 해야 한다는 판결을 내린다. 2006년 11월 8일 판결된 이 사건은 한겨레신문이 영상물등급위원회 산하 게임제공업용 게임물등급분류 소위원회를 비판하는 기사와 논설에 대해서 영등위 소위원회 위원들이 손해배상 및 정정보도의 소송을 제기하면서 발생하였다. 당시 한겨레신문은 ‘성인오락기 허가 로비 악취’, ‘업체대표 심의위원 변신 뒤 심의 통과율 20% 쏙’, ‘복마전 게임기 심의, 진상부터 밝혀라’라는 제하의 기사와 사설을 게재하였다. 판결에서 서울중앙지법은 기사로 인하여 원고들의 사회적 평가가 저하되었다는 것을 인정하면서도 이들은 감시와 비판을 수용할 위치에 있다고 보았다. 법원은 “비록 원고들 및 선정자들이 비상근 명예직으로서 그 보수 역시 수당의 형식으로 받고 있다고 하더라도 위와 같은 직분의 특성상 고도의 비판과 감시를 받아야 할 당위성이 인정된다 할 것이므로, 원고들 및 선정자들에 대한 비판은 상당한 정도로 폭넓게 허용되어야 할 것”이라고 판시했다. 즉, 법원은 기사나 사설의 공익성과 상당성을 인정함과 동시에 원고들에 대한 비판은 그 지위를 감안할 때 폭넓게 허용되어야 한다고 보았다.

5) 요약

우리나라 법원은 언론의 감시비판의 기능을 공익성의 근거로서 인정하는 한편 현저히 악의적인 의도성이 없는 한 그 감시 및 비판의 대상을 국가기관에서부터 공적 인물, 그리고 사적인물의 경우에도 공익성이 인정되는 것으로 판단되는 사항에 이르기까지 확대적용하고 있음을 알 수 있다. 즉, 언론의 비판적 기능을 국가기관, 공직자에게만이 아니라 공적인 목적이 있는 경우는 개인에게까지도 가능할 수 있다고 봄으로써 언론의 공적 기능을 확대해서 해석하고 있다. 우리나라에서의 파수견 개념의 생성과 발전은 미국의 경우와 달리 언론의 자발적 노력이 강하게 작용했다기보다는 정치사회적 민주화가 진행되면서 언론의 역할이 단순히 건전한 여론형성에 머무르기보다는

사회의 발전적인 측면에서의 공적 역할을 한다는 법원의 인식의 패러다임이 변화하는 과정 속에서 가능하게 되었다고 하겠다.

5. 결론

언론의 사회적 기능을 언급할 때 가장 핵심적인 개념은 바로 권력에 대한 감시·비판자로서의 파수견이다. 그런데 이러한 파수견 개념은 자유언론이론과 일맥상통하는 것이라기보다는 언론의 필요성에 의해 주장되고 법원에 의해서 수용되어진 일종의 면책특권이라고 할 수 있다. 이는 특히 언론의 뉴스 취재, 수집, 그리고 보도의 일련 과정과 밀접하게 연결되는 것으로 언론의 공익적 활동에 당위성을 부여하게 된다.

미국의 경우 파수견 개념은 19세기 말 명예훼손법의 발전과 함께 대두되었으며 법원에서 그 개념을 수용하면서 현재의 파수견의 이미지, 즉 권력에 대한 감시·비판자의 모습을 형성하게 된다. 19세기 말 이전에도 파수견 개념이 존재하였지만 법원은 이를 수용하기를 꺼려했다. 왜냐하면 법원은 언론이 잘못된 보도나 선정적 보도를 하면서도 이를 면책받을 수 있는 특권을 언론에게 부여하는 것이 법리에 맞지 않은 것으로 판단했기 때문이다. 특히 언론이 상업화되고 옐로우 저널리즘 시대를 거치면서 법원은 언론에 대한 인식이 대단히 부정적이었는데 이러한 점도 언론에 대한 면책특권을 부정하는 요인으로 작용했을 것으로 보인다.

미국 법원의 이와 같은 인식은 명예훼손 소송에 있어 명백히 드러났다. 소송의 결과를 살펴보면 언론은 대개의 경우 명예훼손으로 발생한 사건에 대해 책임을 면할 수 없었으며, 법원은 기존에 인정되어 온 공정한 보도 면책과 유사한 특권을 확장해서 적용하는 것을 기피하였다. 그러나 19세기가 끝날 무렵부터 미시간 주를 시작으로 점차 파수견 개념이 법원에 의해서 수용되기 시작하였다. 다시 말하자면 언론의 뉴스 취재, 수집 및 보도의 과정은 대단히 복잡하고, 이 때문에 자주 오류가 발생할 수밖에 없으며, 아울러 언론의 역할

은 필요한 정보를 신속히 공중에게 전달해야 하는 공익적 목적에 봉사하는 것이기 때문에 일정한 범위의 보도는 면책되어야 한다는 언론의 항변이 수용되기 시작하였다.

이러한 과정을 거치면서 언론의 감시 비판의 대상도 단지 권력의 주체라고 할 수 있는 공직자나 정치인에 머무르지 않고, 공적 위치에 있거나 공적인 역할을 하는 사람들, 또는 공적인 조직에 대해서까지 그 비판의 범위를 확장해 나갔다. 결국 파수견으로서의 언론의 역할에 대한 인식은 명예훼손법에 있어 대단히 중대한 변화를 가져 왔는데, 수정헌법 제1조는 언론자유를 다른 여타의 개인적 기본권보다 '우월적인 지위(preferred position)'를 누리도록 하는 결과를 가져 왔다(Schauer, 1980, p. 3; Youm, 1996, p. 185).

우리나라의 경우 아직까지 현재의 파수견 개념이 어느 정도 인식되고 있는지 명확하지 않다. 무엇보다 우리나라의 경우 파수견에 대한 개념적·역사적 연구들이 구체적으로 이루어지고 있지 않다. 그러나 관련 판결례를 분석한 결과⁸⁾ 우리 법원은 비록 그 개념의 수용에는 상당히 늦었지만 파수견 개념을 알권리와 언론의 공익적 기능의 측면에서 인정하고 있는 것으로 파악되었다. 가장 최근의 대법원 판례에 따르면 언론의 공익적 기능이 최대화될 수 있도록 모색할 필요가 있다고 판시하고 있는데 이는 언론의 권력에 대한 감시 및 비판 기능의 필요성을 긍정하는 것임을 알 수 있다.

다시 말하자면 대법원의 판결은 우리나라의 경우에도 미국과 유사하게 법원이 언론 활동의 복잡성과 오류 발생의 불가피성을 인정하는 것으로 판단할 수 있다. 이러한 맥락에서 볼 때 하급심 판결은 언론의 감시 및 비판의 기능을 정치인이나 국가 기관뿐만 아니라 공적인 역할을 하는 사인에게까지 확대해서 적용하고 있다. 즉, 언론의 파수견으로서의 역할의 범위를 공직자나 정치인들의 도덕성이나 업무상의 정당성에 대한 감시와 비판의 기능뿐만

8) 판례분석에 있어서 일관성 있는 분석의 틀이 마련되어 있지 않은 것이 본 논문의 제한점이기도 하다. 본 연구에서는 법원의 언론 역할에 대한 인식의 패러다임이 여론 형성에서 감시비판으로 변화하는 과정 속에서 위법성 조각사유가 어떻게 적용되는지에 분석의 초점을 두었다.

아니라 공인의 위치에 있는 사람에 대한 감시와 비판 그리고 공익적 성격이 강한 사안에 대해서는 일반인의 경우에도 그 감시비판적 기능을 인정하고 있다.

그러나 법원은 이러한 감시와 비판이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이어서는 안 된다는 점에는 일치하고 있다. 결국 우리 언론에게 미국의 경우와 유사한 개념의 파수견으로서의 면책특권이 인정될 수 있는가는 우리 법원이 언론 보도의 악의성 여부와 함께 진실성(상당성)과 공익성을 어떠한 잣대에서 비교형량적으로 판단하는가에 달려 있다. 궁극적으로 급변하는 미디어 환경 속에서 언론(특히 신문)이 생존해야 할 이유는 건전한 사회를 이루기 위한 파수견으로서의 공적 역할이라는 점에서 법원의 위법성 조각사유 적용의 요건을 용이하게 하는 방향으로 나가는 것이 바람직하다고 보인다.

Ⅰ 참고문헌

- 박용상 (1997). 『언론과 개인 법익』. 서울: 조선일보사.
- _____ (2002). 『표현의 자유』. 서울: 현암사.
- 엄기열 (2003). 알권리의 개념적 기능성과 한계. 『언론과 법』, 통권 2호, 409~442.
- 이재진 (2002). 『한국 언론윤리법제의 현실과 쟁점』. 서울: 한양대 출판부.
- _____ (2006). 『언론 자유와 인격권』. 서울: 한나래.
- 정진석 (1990). 한국 언론의 법·윤리 환경의 변천. 『언론중재』, 34권 가을호, 6~14.
- _____ (1999). 언론법제연구 동향. 『언론중재』, 19권 겨울호, 48~69.
- 차배근 (1987). 오보의 발생원인과 정정의 책임. 『신문과 방송』, 223권, 4~6.
- 표성수 (1997). 『언론과 명예훼손』. 서울: 육법사.
- Barnouw, E. et al. (1997). *Conglomerates and the media*. New York: The New Press.
- Blasi, V. (1977). The checking value in the First Amendment theory. *American Bar Foundation Research Journal*, 1977, 521~538.
- Dworkin, R. (1978). *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard Univ. Press.
- Bollinger, L. C. (1991). *Image of a free press*. Chicago, IL: The University of Chicago

- Press.
- Chafee, Z. (1920). *Free speech in the United States*. Reprint 1942. Cambridge: Harvard University Press.
- Gillmor, D. M. (1992). *Power, publicity, and the abuse of libel law*. New York: Oxford University Press.
- Gleason, T. W. (1990). *The watchdog concept*. Ames, IA: Iowa State Univ. Press.
- Hopkins, W. W. (ed.) (2007). *Communication and the law*. Northport, AL: Vision Press.
- Lee, J. (1999). The Korean press: Establishing 'public person' as a safeguard against libel suits. *Media Asia*, 26 (1), 11~17.
- Levy, L. W. (1966). *Freedom of the press from Zenger to Jefferson*. New York: Bobbs-Merrill Co.
- _____ (1985). *Emergence of a free press*. New York: Oxford Univ. Press.
- Lewis, A. (1979). A preferred position for journalism? *Hofstra Law Review* 7, 595~626.
- McChesney, R. W. (2004). *The problem of the media*. New York: Monthly Review Press.
- Meiklejohn, A. (1948). *Political freedom*. New York: Oxford Univ. Press.
- Merrill, J. (1974). *The Imperative of freedom*. New York: Hastings House.
- Pember, D. R. & Clay Calvert (2005). *Mass media law*. New York: GcGraw Hill.
- Rosenberg, N. L. (1986). *Protecting the best men: An interpretive history of the law of libel*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- Schauer, F. (1980). Social foundation of the law of defamation: A comparative analysis. *Journal of Law and Practice*, 1, 3~23.
- Smith, J. (1981). Further steps toward a theory of press control. *Journalism History*, 8 (Autumn-Winter), 93~95.
- _____ (1988). *A printer and press freedom*. New York: Oxford University Press.
- Smolla, R. A. (1986). *Suing the press*. New York: Oxford University Press.
- Stewart, P. (1975). Or of the press. *Hastings Law Journal*, 26, 631~642.
- Teeter, D. L. Jr (1968). The printer and the chief justice: Seditious libel in 1782~83. *Journalism Quarterly*, 41, 539~544.
- Van Alstyne, W. (1984). *Interpretations of the First Amendment*. Durham: Duke

144 『한국언론정보학보』 2008년 봄, 통권 41호, 한국언론정보학회

University Press Policy Studies.

Youm, K. (1996). *Press law in South Korea*. Ames, IA: Iowa State Univ Press.

(최초 투고 2007. 11. 29, 최종 원고 제출 2008. 2. 5)

Understanding the Watchdog Concept in South Korea: Focused on the Media as Watchdog

Jae-Jin Lee

Associate Professor

Dept. of Journalism & Mass Communication, Hanyang University

This study examines how the watchdog concept in journalism field has been created and developed. Related studies found that the watchdog is related not so much with free press theory as with a privilege awarded to the press because the press serves for the public interests. It was found that in the U. S., the watchdog concept was derived from the a lot of libel cases in the late 1890s. At the time, the newspaper owners and editors continuously claimed the very protection over vulnerability of newspaper's collecting, reporting, and printing news. While, in Korea, the concept of watchdog emerged in the late 1990s after the establishment of the Constitution Court. Even though the watchdog concept was accepted very late by the Korean courts, it is believed to be a kind of special privilege to prevent the press from being recklessly regulated in libel cases. Rather, the Korean courts expand the extent of the role of the press as a watchdog by deciding that not only the public officials and politicians but also other socially influential public figures could be included in the criticism from the press. However, how these court decisions can be practically implemented depends upon how the court apply the probability of the press to believe the news true and intention of malice in writing and publishing the stories.

Key words: watchdog, libel law, public interest, press privilege, public interest