



,

‘

’

가

사법분야에 대한 시민감시활동과 사법개혁운동을 하고 있는 참여연대 사법감시센터는 최근의 판결 중 사회 변화의 흐름을 반영하지 못하거나 국민의 법감정과 괴리된 판결, 반인권적이고 반민주적인 판결 또는 그에 반대하여 인권수호기관으로서 위상을 정립하는데 기여한 판결을 소재로 [판결비평 - 광장에 나온 판결] 사업을 진행하기로 하였습니다. 이는 지금까지 사법감시센터가 해오던 판결모니터 및 비평활동을 좀 더 적극적으로 진행하고자 하는 의지의 발현으로, 주로 법률전문가층에만 국한되는 판결비평을 시민사회 공론의 장으로 끌어내기 위함이기도 합니다.

참여연대 사법감시센터는 [판결비평 - 광장에 나온 판결] 사업의 첫 번째 비평대상으로 ①선거와 관련한 국민의 정치의사표현의 자유의 제한범위에 대해 하급심 법원의 판사들과는 다른 결정을 내린 대법원 판결과 ②예술창작의 자유와 관련하여 구체적인 창작기법에 법관이 지나치게 개입한 것이라고 논란을 빚은 ‘영화 그때 그사람들 일부 장면 삭제 가처분 결정’을 선정하였습니다. 각 판결과 결정에 대한 비평문은 사법감시센터 실행위원이기도 한 박경신 변호사(미국 변호사, 법무법인 한결)와 오동석 교수(아주대 법학) 두 분이 집필해주셨습니다.



대법원 제1부 2005.1.27 선고 2004도7488 공직선거및선거부정방지법 위반
대법관 이용우(재판장), 윤재식, 이규홍, 김영란(주심)

지난 1월 대법원 제1부 이용우, 윤재식, 이규홍, 김영란 대법관은 공직선거법 위반혐의로 기소된 김 모씨에 대해 공직 선거법 제93조(탈법방법에 의한 문서게시 등) 위반에 대해 무죄선고한 항고심과 1심의 판결을 파기하고 사건을 고등법원에 환송하는 선고를 내렸다.

재판을 맡은 4명의 대법관은, 2004년 4월 15일에 있었던 국회의원선거의 공식 선거운동기간에 앞서 국회의원 후보자로 등록할 것이 확실했던 한나라당 박근혜 의원의 개인 홈페이지에 박근혜 의원을 비판하고 국회의원 선거에 출마하지 말 것을 주장하는 글을 게시한 김 모씨에 대해 선거법에서 정한 방식 외에는 당락에 영향을 줄 목적으로 비판 지지의 글을 배포, 게시해서는 안 된다는 공직선거법 93조를 위반한 것이라 유죄판결하였다. 하지만 이 사건의 1심 재판과 항소심 재판을 맡았던 판사들은, 피고인 김 모씨가 박근혜 의원 홈페이지에 게시한 글내용중 허위사실이나 명예훼손에 해당하는 부분은 유죄에 해당하지만, 박근혜 의원에 대해 반대의 정치적 의사를 표현한 그 행위 자체는 처벌할 수 없다고 하였다. 즉 공직선거법 93조가 선거가 혼탁해지는 것을 방지할 의도가 있는 법이지만, 후보자 또는 후보자로 나올 정치인의 개인 홈페이지에조차 유권자인 국민이 지지, 반대 의사를 표현하지 못하게 하는 것은 헌법에서 정한 국민의 의사표현의 자유를 지나치게 제한하는 것으로 위헌적인 법률적용이라고 판시하였다.

참여연대 사법감시센터는 1심과 항소심을 맡았던 판사들의 이같은 판결은 국민의 기본적 인권을 최대한 보장하기 위한 고민의 결과로서 대법원에서도 받아들여져야 할 전향적인 판결이라고 보았다. 하지만 4인의 대법관들이 최소한 후보자 개인의 홈페이지를 통한 지지, 비판의 의견제시와 토론의 기회조차 봉쇄한 것은 국민의 기본권 보장에 지극히 소극적인 것으로, 하급심 판사들의 전향적인 법해석을 대법원이 경직된 법해석으로 퇴행시켰다고 비판하지 않을 수 없다.

이에 참여연대 사법감시센터는 이 사건 대법원 판결을 하급심 판결과 비교하며 비판한 박경신 변호사(미국 변호사, 사법감시센터 실행위원)의 판결비평문을 게재한다 (편집자 주)

선거 그들만의 잔치?

현재의 공직선거 및 선거부정방지법(이하 공직선거법)은 법이 매우 자세히 정해놓은 절차를 따르지 않고서는 선거일 전 180일부터 선거일까지 후보자나 후보자가 되려고 하는 사람을 지지 추천하거나 반대하는 내용의 문서 또는 기타 자료를 어떤 형태로든 유포하지 못하게 하고 있다(법 제93조 제1항). 여기서 법이 정해놓은 절차는 매우 복잡하고 세세하여, 그 절차를 모두 따르려면 기본적으로 특정캠프의 선거운동원이 되어서 MS워드파일로 물경 430킬로바이트 상당의 공직선거법의 내용과 역시 상당한 양의 공직선거법 시행령을 숙지해야만 가능하다.

물론, 예외적으로, 선거운동원이 아닌 사람도 후보자등록이 이루어지면 법이 정한 선거운동기간이 시작되며(법 제59조) 선거운동기간 동안에는 인터넷홈페이지를 통해 후보자

들에 대한 지지나 반대를 표명할 수 있다(법 제82조의4). 하지만 후보자등록은 빨라야 선거일 16일 또는 22일 전에야 이루어지므로(법 제49조) 2-3주라는 짧은 기간동안에 특정 후보에 대해 지지나 반대를 표명한다는 것은 별로 보람 있는 일이 아닐 것이다. 또, 선거 약 6개월 (180일)전에는 사실 누가 후보가 되려고 하는 지도 불분명한 시기이므로 지지나 반대를 말하는 것 자체가 불가능하다. 그렇다면, 선거 6개월 전과 후보등록 사이의 선거 전 약 5개월 반정도의 기간이야말로 어떻게 보면 일반국민들의 입장에서 후보들에 대한 지지나 반대를 표명하기에 가장 보람된 기간일 것이다.

그렇다면 선거운동원이 아닌 일반 국민들이 선거일 180일 전 시점에서부터 후보등록이 이루어지는 선거일 16일 또는 22일 전의 시점까지의 중차대한 기간에 어떻게 선거에 참여할 수 있는가? 공직선거법을 문언 그대로 해석한다면 결

국 주변 사람들과 사석에서 떠드는 것 외에는 거의 아무 것도 할 수 없다는 것이다. 그리고 '그 법이 옳다는 것이 올해 초에 조용히 내려진 어떤 대법원 판결의 요지이다 (2004도7488 공직선거및선거부정방지법위반. 선고 2005. 1.27)

대법원이 문언을 그대로 해석한 것은 잘못이 아닐 수도 있다. 사법부를 문언의 격자로 가두어 놓고 법률해석에 있어 법률의 상위법인 헌법에 맞게 그 법률을 해석해야 한다는 비판을 할 수는 없다.

단지, 안타까운 것은 위 대법원 판결에 스리저간 같은 사건의 항고심 판례와 1심 판례이다(서울고등법원 2004노1871 선고 2004.10.19와 서울북부지방법원 2004고합239 선고 2004.7.2). 이 두 개의 판례들은 법률을 문자 그대로 읽는 것이 중요한지 헌법의 시대적 요청에 맞게 해석하는 것이 중요한지의 아주 오래된 논쟁에 다시 화두를 던지고 있다.

이번 참여연대 사법감시 판례비평에서는 바로 이 두 개의 판례들을 발굴 소개하고자 한다.

위 사건에서 피고인 김 모씨는 2004년 3월경 선거일 180일 전과 16일 전 사이에 해당하는 기간에 정치인 박근혜씨의 홈페이지 게시판에 박근혜씨를 조롱 및 비방하는 내용을 남겨 위에서 소개한 공직선거법 제93조 제1항에 대한 위반 혐의로 기소되었다.

공직선거법 제93조를 그대로 적용하자면 '선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여... 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지 추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는... 문서... 기타 이와 유사한 것을... 게시하였으므로 당연유죄였다.

1심 판사들(박철(재판장), 고제성, 김양훈)이 문언의 제한을 뛰어넘어 진정한 의미의 법률해석을 하려 하게 된 동기는 바로 공직선거법 제59조 때문인 것으로 보인다. 1심 판사들은 제59조는 후보자는 어느 때고 자신이 개설한 홈페이지를 통해 선거운동을 하도록 허용하고 있음을 언급한 후, 다음과 같이 논리를 전개한다.

"무릇 법 앞에 만인은 평등하다. 차등을 정당화할 만한 합리적 이유가 없는 인종, 성별, 나이, 사상에 불구하고 모든 국민은 동등하게 법의 보호를 받아야 한다는 평등의 원칙은 이 나라의 자유민주적 기본질서의 근간을 이루는 것이고 이 법원을 포함한 사법시스템이 추구하여야 할 이상이다... 공직선거법 제93조 제1항을 해석 적용함에 있어서

후보자와 정치인의 홈페이지 게시판에 당해 후보자를 지지하는 글을 표현하는 행위와 반대하는 글을 표현하는 행위에 대하여 양자 모두 위 규정이 금지하고 있다고 해석하거나 허용하고 있다고 해석하는 것만이 허용되고 양자 중 하나는 허용되고 하나는 금지된다는 해석은... 타당하지 않을 것이다

[중략

따라서 후보자의 홈페이지 게시판에 국민이 그 후보자를 지지 또는 반대하는 내용의 문서를 게시하였다는 것만으로는... 공직선거법 제93조 제1항에 금지하고 있는 탈법방법에 의한 문서게시 등의 선거운동이라고 할 수 없으며 위 규정 또한 이러한 후보자의 홈페이지를 통한 공개토론 자체를 금지하기 위한 의도로 입법한 것이라고 보이지 않는다. 만에 하나 이를 금지한 것이라고 본다면 이는 국민의 자유로운 정치적 의견개진의 권리를 정당한 이유없이 과도하게 제한한 위헌성을 피하기 어려울 것이다."

사실 공직선거법 제93조 1항은 '선거운동'만을 금지하는 정도가 아니다. "정당... 또는 후보자... 를 지지 추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는" 모든 문서들의 게시가 상기 조항에 저촉된다. 그러므로 문언 그대로 해석하자면 피고인의 행위는 어쩔 수 없는 법률위반이다.

그러나 하급심 판사들은 제93조 1항을 해석함에 있어 입법 의도를 적극적으로 분석하여 그 조항이 일련의 '선거운동'만을 금지하려 한 것으로 해석하였다. 이렇게 하면 피고인 김 씨의 행위는 '공개토론'이라는 이름으로 정당화할 수 있게 된다. 이와 같이 입법의도에 대한 적극적인 분석을 통해 법의 외연을 문언의 경계 너머로 밀어내는 것이야말로 법률해석에 있어 문언적인 접근보다는 입법의도를 역사적 사회학적 경제학적인 관점에서 적극적으로 가공해내어 문언의 개정에 버금가는 법률의 내용적 변화를 이끌어내려는 사법적극주의의 백미라고 할 수 있다.

한편 항소심 판사들(손기식(재판장), 이윤식, 김현석)은 공직선거법 제59조가 후보자의 인터넷을 통한 자기지지 발언을 자유롭게 허용하는 한 제93조는 인터넷을 통한 반대발언을 허용하는 식으로 해석되어야 한다는 1심의 취지를 정확히 파악하고, 그렇다면 애초에 왜 제59조가 인터넷을 통한 후보자 자기지지 발언을 자유로이 허용하였는가에 대해 공들여 논증한다.

"① 우리 사회에서 인터넷의 사용이 급속하게 확산되고 특히 개인 홈페이지를 통하여 자신을 홍보하는 행위가 보편

화되어 가면서 정치활동이나 선거운동에서도 인터넷 통신과 홈페이지의 이용빈도가 급증하고 있는 점 ② 이러한 현상은 후보자와 선거인 모두에게 효과적인 정보의 전달 및 획득 내지는 선전을 위하여 매우 유력한 수단이므로 그 자유로운 이용의 필요성이 크고 입후보자가 자신의 정치적 의견을 쉽게 유권자에게 알릴 수 있는 위와 같은 방법을 적극적으로 활용할 수 있도록 허용하는 것은 국민의 투표의 자유를 실질적으로 보장하고 자유선거의 원칙을 실현하는 적절한 수단이 될 수 있는 점 ③ 통상의 선거관련 인쇄물이나 광고 등은 그 제작과 배포게시 등에 상당한 비용이 소요되지만 인터넷 홈페이지를 이용하여 후보자의 정치적 견해를 피력하고 후보자의 자질을 홍보하는 내용을 게시하는 것은 누구든지 많은 비용을 지출하지 않고 용이하게 할 수 있으므로 이로 인하여 후보자 간의 경제력의 차이에 따른 불균형을 두드러지게 할 염려가 거의 없고 오히려 돈이 안 드는 선거관행을 정착시키는데 기여할 수 있다는 점 ④ 일반 인터넷 홈페이지 게시판과는 달리 후보자 개인 홈페이지는 그 존재를 알고 있는 사람들만이 접속하게 열람하게 되므로 일반 인터넷 사이트보다 접근성이 상대적으로 제한되어 있고 문서의 배포나 게시 등을 통하여 적극적으로 다른 사람에게 홍보하는 행위와는 달리 . . . [하략 강조 편집재”

항소심 판사들은 위에 다 게재하지 못한 A4 2장 분량의 분석을 통해 인터넷을 통한 후보자 지지 또는 반대는 다른 선거운동과 차별되어 자유롭게 허용되어야 하는 논리를 축적한 후, "법 제3조의 입법목적은 . 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고 비용이 적게 드는 선거운동과 이를 통하여 후보자의 기회균등을 보장하려는 데 있다"고 하여 법 제93조 하에서도 경제력의 차이에 따른 불균형이 존재하지 않는 인터넷을 통한 "공개토론"은 허용된다고 한다. 사실에 대한 끈기 있는 천착을 통해 일견 같아 보이는 두 개의 사물(즉, 인터넷과 재래식 문서)의 차이점을 찾아내는 모습이 돋보인다.

그러나, 결국 위 하급심과 항소심이 제59조로부터 받은 영감을 대법원은 받지 못하였다.

“공직선거법 제9조 단서 제β호에서 후보자 후보자가 되고자하는 자는 선거운동 기간의 제한없이 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 할 수 있도록 규정하고 있다고 하더라도 그 법률의 개정 경과 등에 비추어 보면 공직선거법 제9조 단서 제β호의 규정은 후보자나 후보자가 되려는 자에 한하여 선거운동기간 전에는 할 수 없었던 자신의 인터넷 홈페이지를 이용한 자신의 선거

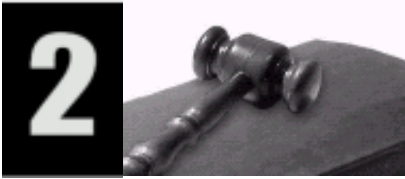
운동 행위를 법률의 개정을 통하여 새롭게 허용하는 취지일 뿐이고 더 나아가 후보자나 후보자가 되려는 자가 아닌 일반 국민이 후보자 등이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거에 영향을 미치는 행위를 허용하기 위한 규정이라고 볼 수는 없다”(대법원 판결문중)

우리는 공직선거법이 악법이라고 생각지는 않지만 보완할 점이 있다고 생각한다. 광범위한 선거운동의 제한을 하면서 상대적으로 자원의 평등성이 보장되는 인터넷 상에서는 후보자들에 의한 선거운동을 무제한 허용하는 조항이 있다는 것(제59조)은 칭찬받을만 하다. 그러나, 흠 속의 옥(제59조)을 더욱 빛내어 다른 조항들(예를 들어 93조)까지 아름답게 해석해내는 것은 사법부의 몫이다.

박경신

(미국 변호사, 사법감시센터 실행위원, 법무법인 한결)

□



‘ 가

서울중앙지법 제50민사부 2005.1.31 선고 2005카합106 영화상영금지 등 가처분
판사 이태운(재판장), 김연학, 전휴재

지난 1월 서울중앙지법 민사50부의 이태운, 김연학, 전휴재 판사는 이른바 10.26사건을 소재로 한 영화 ‘그때 그사람들’에 대해 박정희 전 대통령과 그의 가족들의 명예등을 훼손한 점이 있다며 박정희 전 대통령의 아들 박지만씨가 낸 영화상영금지가처분 사건에서, 비록 명예훼손의 소지가 있다고 하나 영화상영 금지 가처분 결정을 내릴만하지는 않다고 결정하였다. 특히 전직대통령으로서 공인이라는 점과 함께 명예훼손이란 단순히 주관적인 명예감정만을 침해하는 것으로 부족하고 객관적으로 보아 사회적 평가가 저하될 것이라고 보기 어려운 경우에는 명예훼손으로 인한 불법행위가 성립되지 않는다고 봄으로써 표현의 자유와 예술창작의 자유에 대해 긍정적인 사항을 판시하였다.

그런데 이러한 긍정적인 판시내용과 달리, 3인의 판사는 신청인들이 문제삼지도 않았던 일부분, 즉 창작기법에 의해 영화에 삽입된 다큐멘터리 부분을 문제삼으며, 일부 다큐멘터리 장면으로 인해 관객들이 사실과 허구를 혼동할 수 있어 문제가 발생할 수 있다고 판시하며 다큐멘터리 장면을 삭제하여 상영하라고 결정하였다.

결국 이 때문에 이 결정문을 읽다보면 표현과 예술창작의 자유에 대해 일부 전향적인 결론을 기대하게 되다가 아주 실망스런 결론에 도달하게 된다. 따라서 참여연대 사법감시센터는 이 결정의 긍정적인 면은 다른 판결에서도 이어져야 겠으나, 관객들이 일부 장면 때문에 영화적 허구와 역사적 사실을 혼동할 것이라 지나치게 걱정하면서 구체적인 창작 기법에까지 재판부가 개입한 것은 지극히 잘못된 결정임을 지적하지 않을 수 없다.

이에 참여연대 사법감시센터는 오동석 교수(아주대 법학교수, 사법감시센터 실행위원)의 판결 비평문을 게재한다(편집자 주).

1. 들어가며

이 결정은 고 박정희 전 대통령(아래 ‘고인’으로 줄임)의 장남인 박지만씨가 ‘그때그사람들’ 제목의 영화가 고인의 성적 사생활 등 생활상과 10·26사건 당시 고인의 행적을 허위로 기술하거나 악의적으로 왜곡함으로써 고인과 가족의 인격권 또는 명예 및 추모 감정을 침해하고 있다고 주장하면서 상영금지의 가처분을 구한 것에 대한 결정이었다.

2. 예술·표현 자유와 인격권의 충돌

1) ‘이태운 재판부’¹⁾(아래 “재판부”로 줄임)의 판단

재판부는 먼저 이 사건이 실존 인물을 모델로 영화 제작·상영에서 예술 표현 자유와 인격권 충돌의 문제임을 확인하면서 구체적 법익형량 원칙을 해결기준으로 제시하였다. 재판부는 헌법재판소 결정(1996. 10. 4. 선고 93헌가13, 91

헌바10(병합))을 인용하여 영화 제작과 상영이 언론·출판 자유는 물론 학문·예술 자유의 보호대상임을 인정하였다. 다만 개인의 명예나 사생활 자유와 비밀 등 사적 법익도 보호되어야 하므로, 언론·출판 자유가 타인의 인격권을 침해해서는 안되는 것처럼(헌법 제21조 제4항) 예술 표현 자유도 타인의 인격과 충돌하는 경우 제한될 수 있다고 보았다. 그에 따라 법익형량 기준을 제시하였다.

이 사건은 실제 인물을 모델로 한 영화인데, 재판부는 그 모델이 이미 사망한 경우에도 “死後에 망인의 인격권을 중대하게 침해하는 왜곡 등으로부터 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하기 위하여 필요한 경우” 유족이 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 영화 상영금지를 구할 수 있다고 판단하였다. 그 기준은 ‘명예의 중대 침해’이며, 그것은 ‘침해의 태양이나 정도, 악의성 여부 등을 고려하여 “그 침해의 태양이나 정도, 악의성 여부 등을 고려하여 명예가 중대하게 훼손될 경우에만 상영금지를 인용”하여야 한다는 것이

1)

2) 비평

이 사건이 예술 표현의 자유와 인격권의 충돌 문제로서 양 법익의 추상적 형량이 아니라 구체적 형량으로 해결해야 한다는 점은 재판부의 판단에 동의한다. 아울러 재판부가 제시한 바와 같이 인격권에 대한 ‘중대한 침해’가 있는 경우 ‘인간으로서의 존엄과 가치를 보호하기 위해 필요한 경우에만’ 예술 표현 자유를 제한하는 상영금지 조치를 취할 수 있음도 마찬가지이다.

그러나 내가 보기에 이 사건에서의 구체적 판단기준에 대한 재판부의 논리는 문제가 있다. 먼저 영화가 사실 보도와 달리 사생활 왜곡 가능성이 높다고 판단한 점이다. 재판부는 실존 인물에 대한 영화의 표현에서 예술과 허구 그리고 사생활 왜곡을 혼동하고 있다. 사생활의 진실을 정확하게 인식하는 것이 불가능한 상태에서 실존 인물에 대한 예술 표현은 필연적으로 허구이다. 그러나 그러한 허구가 모두 사생활 왜곡인 것은 아니다.

문제는 재판부가 말하듯 ‘예술가가 인격권의 중대한 침해를 악의적으로 의도하였는가’이다. 그런 점에서 ‘모델영화’에서 사생활 왜곡 묘사의 가능성이 높다는 것은 재판부의 편견이다. 오히려 왜곡의 관건은 수용자의 태도인데, 수용자는 영화를 허구로 선이해(先理解)하기 때문에 사생활 왜곡의 가능성은 진실을 전제하고 있는 사실 보도에서 더 높을 수 있다.

이 점은 영화의 다큐멘터리 사진 부분을 영화 전체 속에서 이해하지 못한 재판부의 판단으로 이어진다. 내가 보기에 재판부는 영화와 사실 보도 그리고 허구와 진실을 물과 기름 관계인 것으로 단정함으로써 영화에 삽입된 다큐멘터리 사진이 실제 사건을 재구성하여 사생활을 왜곡한 것이 아니라 감독의 말하고자 하는 바를 부각시킴으로써 오히려 영화의 허구성을 증폭시키는 예술적 장치임을 간과하고 있다.

다음으로 예술 표현 자유가 인격권을 침해할 수는 없지만, 재판부가 판단하듯 모델영화가 완전한 허구로 승화할 때 인격권 침해의 여지가 줄어드는 것이 아니라 실존 인물 혹은 사건을 소재로 하여 그것을 고유명사 그대로가 아닌 보통명사화함으로써 예술로 승화할 때 인격권 침해는 없다. 즉 박정희는 대한민국 현대사에서 장기집권한 무소불위의 권력자로서 그 권력의 위세를 실감케 하는 소재일 뿐이며, 영화 속에서 그는 박정희 그 자체가 아니라 권력자를 표상할 뿐이다. 막연한 권력자가 아닌 구체적인 권력자의 위세가 ‘박정희’라는 실존인물을 통해 관객에게 전달될 뿐, 재판부도 인정하듯 영화는 박정희를 주변인물로 묘사하고 오히려 당시 엄청난 권력자 주변의 평범한 이들에게 주된 시선을 보내고 있다. 물론 드라마를 현실과 혼동하는 이가 없지 않지만, 그들을 한국 사회 평균인으로 상정하는 것은

관객모독이다.

3. 구체적 장면에 대한 판단

1) 재판부의 판단

재판부는 이 사건에서 구체적으로는 다음과 같은 기준을 제시하였다. 첫째, 영화는 사실 전달 기사와 달리 공익을 위한 사실 적시와 거리가 멀어 공적 인물을 대상으로 하는 경우에도 사생활 왜곡 묘사의 가능성이 높다. 둘째, 완전한 허구로 승화한 경우에는 인격권 침해의 여지가 적지만, 셋째 그렇다고 인격권 침해를 허용할 수는 없다.

먼저 신청인이 문제 삼은 구체적 장면은 다음과 같다(아래에서 장면 번호로 표기).

“신청인이 이 사건 영화에서 고인의 인격권을 침해하고 있다고 주장하는 구체적 장면은 별지 대본 기재 중 S#2(비밀요청에서 반라(半襍)의 여인들의 등장 장면 및 철없는 엄파의 대사), S#3(헬기 안에서의 각하 등의 음담패설 및 일본어 사용 장면), S#10, 28, 32, 34, 36(청와대 각하 집무실과 궁정동 별관 만찬장에서의 각하의 일본어 사용, 집무실에서 양실장을 통하여 엔캐(演歌)를 잘 부는 가수인 ‘수봉’을 만찬장으로 부르도록 한 장면, 만찬장에서 만주군관 학교 시절을 상상하는 장면, 젊은 여자의 품에 기대어 수봉이 부르는 엔가에 심취해 있는 장면), S#40(양실장이 각하 앞에서 드리누워 유희를 즐기는 장면), S#62(각하의 피살 장면, 구체적으로는 각하가 ‘김부장 또 쏠라꼬, 한 방 묵었다 아이개?’라는 표현을 사용하거나, 김부장이 이미 총을 맞고 쓰러진 각하의 머리채를 잡아 일으켜 다시 세운 후 高木正雄(다카키 마사오, 각하의 일본 창씨명)라는 이름을 부르면서 누구나 죽으면 쓰레기라고 표현하는 장면), S#109(국군 서울지구 병원 수술실에서 참석자 중 한 명이 각하 나체 시신의 음부를 모자로 덮는 장면) 등이라 할 수 있겠다. 위 장면 모두를 통틀어 ‘이 사건 문제장면’이라 한다.”

재판부는 먼저 ‘각하가 이 사건 영화의 주인공이나 갈등의 중심인물이 아니라면, 피신청인들은 고인의 행적이나 성격 등을 이 사건 영화상의 표현보다 완화하여 다르게 표현하는 등 충분한 ‘회피가능성’이 있었다고 보았다. 둘째, 재판부는 살해 장면(S#62)과 병원장면(S#109)에서 ‘악의상’을 엿볼 수도 있다고 판단하였다.

그리하여 이 사건 문제장면이 ‘신청인의 고인에 대한 명예 및 추모감정을 상당히 자극하고 있음은 물론, 관객들에게는 “공적 인물인 고인에 관한 왜곡된 인상을 갖게 하여(설

사 그것이 부분적으로 실제 사실과 합치된다고 하더라도 마찬가지로) 고인 및 신청인의 인격권을 침해할 우려”가 있다는 점은 충분히 소명된다고 보았다.

다만 두 가지 점을 다시 감안한다. 첫째, 피신청인들의 경우 본안소송에서 다투어 볼 기회조차 없이 창작물을 관객에게 공개할 기회 자체를 봉쇄당하게 될 위험이 크기 때문에 가치분 발령의 결정에서 높은 정도의 소명이 요구된다는 점이다. 둘째, “명예훼손이란 단순히 주관적인 명예감정을 침해하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 대상자에 대한 사회적 평가가 저하되어야” 하므로 “객관적으로 보아 사회적 평가가 저하될 것이라고 보기 어려운 경우 그 내용에 다소 과장되고 부적절한 표현, 신랄하고 가혹한 비유가 있다고 하더라도 이는 표현의 자유로서 보호되어야 범위 내에 있으므로 명예훼손으로 인한 불법행위가 되지 않는다”는 점이다.

따라서 재판부가 개입하여 임시의 지위를 정하기 위한 가치분을 발령하여 보호할 필요가 있을 정도의 다툼이 있다고 판단하지 않았다. 이러한 판단은 ①영화 자체에 대한 검토와 ②영화모델에 대한 검토를 통해 이루어졌다.

①의 검토는 이 사건 영화가 다큐멘터리가 아니라 허구에 기초한 블랙코미디로서 상업영화라는 점, 과장, 왜곡 및 희화가 본질적인 것이기 때문에 그에 대한 법적 판단에서는 풍자, 흉내, 비꼬, 농담의 일부로 하는 대사에 대하여는 그 책임을 묻는 것은 되도록 자제하여야 할 것인 점, 피살 장면에서의 대사는 ‘친구’라는 영화의 주인공의 행동이나 대사를 패러디한 것으로 합리적인 관객이라면 실제로 고인이 위와 같은 행동을 하였을 것이라고 인식하지는 않을 것으로 보이는 점, 이 사건 영화에서 각하는 주인공 또는 갈등을 주도하는 배역이 아니라 일부 장면에서 출연하다가 끝내 살해되고 마는 비극적인 객체일 뿐이라는 점, 이 사건 영화의 제작진은 영화 제작에 이르기까지 나름대로 10·26 사건에 관한 각종 자료를 참고한 것으로 보여지는 점 등을 ‘종합적으로 고려하여 영화가 관객에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단’함으로써 이루어졌다.

②의 검토는 고인이 전직 대통령으로서 공적 인물이므로 고인과 그의 유족들은 그들의 프라이버시 등에 대한 침해를 어느 정도 수인(受忍)하여야 할 것인 점, 고인에 대하여 지극히 긍정적인 평가로부터 장기집권으로 민주주의의 발전을 저해한 독재자일 뿐이라는 극단적으로 부정적인 평가에 이르기까지 다양한 평가나 평론이 존재하는 점, 10·26 사건은 단순한 사적 사실이 아니라 역사적 의미를 갖는 중대한 공적 사실이란 점, 망인에 대한 명예훼손을 이유로 그에 대한 표현의 자유를 제한한다면 10·26 사건과 같이 역사적으로 중대한 의미를 가지는 사실에 관한 재조명은 사실상 불가능하게 될 우려가 있는 점 등에서 이를 재조명에 있어 다소의 추측이 가미되더라도 이에 대한 제재는

상당히 완화되어야 한다는 점 등을 고려하여 이루어졌다. 그 결과 재판부는 사회통념상 고인에 대한 사회적 평가가 저하될 우려가 있다고 선뜻 단정하기 어렵다고 판단하였으며, 그에 따라 이 사건 영화 자체의 상영금지 내지 이 사건 문제장면과 같은 작가가 직접 제작한 영화 내용에 관한 직접적인 수정이나 삭제를 구하는 신청을 인용할 정도의 피보전 권리에 관한 구체적인 소명이 있다고 보지 않았다.

2) 비평

재판부는 문제 장면에 대하여 결론적으로 인격권 침해가 아닌 것으로 판단하였다. 그러나 악의성 의혹은 스스로 인정하듯 블랙코미디에서 흔히 볼 수 있는 희화일 뿐이다. 나의 경우 그 장면에서 박정희의 사생활 그 자체가 아니라 그의 친일 혹은 독재 전력, 더 나아가서는 역사적 경험 속에서 한국 사회 권력층을 보았다. 병원 장면에서는 권력의 무상함을 그리고 피살 장면에서는 오히려 영화에 대한 물입을 방해하는, 그래서 이것이 역사 다큐멘터리가 아니라 블랙코미디임을 상기시키는 감독의 의식적인 장치로 이해하였다. 문외한이기는 하지만 이러한 장치가 연극 혹은 영화의 기법 중 하나인 것으로 알고 있다. 아무튼 그럼에도 불구하고 신청인의 감정과 고인의 인격권 침해를 분리한 점, 영화 자체에 대하여 종합적으로 고려하여 판단한 점, 공적 인물과 공적 사건에 대한 ‘상당히 완화된 기준’을 적용한 것, 그에 따라 삭제나 수정을 요할 정도의 소명이 없다고 판단한 점은 다행스럽게 생각한다.

4. 다큐멘터리 사진 부분에 관한 판단

1) 재판부의 판단

재판부가 문제 삼은 것은 영화에 삽입된 다큐멘터리 장면들(이하 ‘이 사건 삽입장면’이라 한다)이었다. 그것은 “이 사건 영화 중 실제 인물들의 이름을 거론한 장면이나, 영화 시작 부분에 부마민주항쟁(이른바 ‘부마사태’)에 관한 다큐멘터리 화면을 배치하고, 10·26 사건에 관하여 극적 전개를 한 다음, 다시 고인의 장례식 다큐멘터리 화면을 영화의 마지막 부분에 배치”한 것이었다.

그리하여 “영화가 허구라고 하지만 관객들은 영화속의 인물이 실제 인물을 모델로 한 것임을 알게 된 경우 양자를 동일시하게 되고 영화가 허구라는 사실을 망각하게 되는 경우가 많으므로 영화의 한 부분이라고 하더라도 영화는 허구라는 일반적인 인식이나 제작자의 주장과는 달리 영화가 실제 상황을 그대로 재현하고 있다는 인상을 심어줄 여지가 충분하고, 위와 같은 경우에는 실제 인물 자체의 인

격상을 왜곡하고 명예를 침해하게 된다”는 것이다. 그런데 ‘실제 인물을 소재로 채용하였지만 창작자의 창작력에 의하여 충분히 연소되어 허구로서 승화되었다는 전제하에 이 사건 문제장면을 삭제하기 어렵다고 본 재판부의 판단 유지가 이 사건 삽입장면으로 곤란하게 되므로 결국 “이 사건 삽입장면을 삭제하지 아니한 채로 이 사건 영화를 상영하는 것은 고인의 인격권을 침해”한다고 판단하였던 것이다. 그 구체적 근거는 다음과 같다.

“이 사건 삽입장면의 내용, 분량, 삽입 위치와 방법 등 제반 사정을 종합하면 이 사건 삽입장면이 이 사건 영화의 예술적 가치를 승화시키는데 큰 기여를 하고 있다거나 작품의 완성도 유지나 흐름상 필수불가결한 장면이라고 단정하기는 어렵다고 판단되고 오히려 이 사건 삽입장면을 제외하더라도 내레이션이나 영화본문에 ‘수봉, 김재규 등의 실명이 거론됨으로써 실제 사건을 소재로 삼은 점을 나타내는 데에는 부족함이 없을 것으로 보이며 한편 이 사건 영화 시작 부분에 ‘이 영화는 실제 있었던 사건을 모티브로 하고 있습니다. 그러나 이야기의 세부 사항과 등장인물의 심리 묘사는 모두 픽션입니다’라는 자막이 삽입되어 있다고 하더라도 ‘실제 있었던 사건과’ 픽션이라는 두 명제에 유사한 지위와 분량을 부여하여 자막에 배치함으로써 위 자막만으로는 관객들에게 이 사건 영화가 허구라는 인상을 심어 주기에 부족하다고 보일 뿐만 아니라 오히려 위 자막이 이 사건 삽입장면들과 결합할 경우 관객들로 하여금 ‘실제 사건을 묘사한 것이라는 오해를 불러 일으킬 소지도 없지 않으며 더욱이 타인의 인격권을 침해하는 내용을 담은 영화의 첫머리나 말미에 실제 인물과는 상관 없는 내용이라고 밝히더라도 관객은 그러한 자막에도 불구하고 영화 속의 인물과 소재가 된 인물을 일치시키려 할 것이어서 인격권이 침해가 될 소지가 줄어들지는 않는다고 할 것이므로 앞서 본 자막만으로 이 사건 삽입장면의 상영까지 허용된다고 볼 수는 없다”

재판부는 다만 이 영화에서 인격권을 침해하는 일부분을 특정할 수 있으므로 영화 전체에 대한 상영금지가 아니라 문제가 된 부분만을 삭제하는 가처분 결정을 내렸음을 밝히고 있다.

아울러 이 사건 신청의 보전의 필요성에 관하여는 두 가지 근거를 제시하였다. 첫째는 명예권의 성질상 일단 침해된 후에 금전배상이나 명예 회복에 필요한 처분 등의 구체수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고, 손해 전보의 실효성을 기대하기도 어려우므로 사전 예방적 구체 수단으로 침해행위의 금지청구권을 행사함이 긴요하다는 것이었

다. 둘째는 헌법 제21조 제2항에서 정한 검열금지의 원칙은 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려 있는 사전심사만을 금지하는 것을 뜻하는 것이므로 민사집행법 제300조 제2항에 의한 상영금지 가처분은 행정권에 의한 사전심사나 금지처분이 아니라 개별 당사자간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리, 결정하는 것이어서 헌법에서 금지하는 사전검열에 해당하지도 아니할 뿐만 아니라, 일정한 표현행위에 대한 가처분에 의한 사전금지청구는 개인이나 단체의 명예나 사생활 등 인격권 보호라는 목적에 있어서 그 정당성이 인정되고 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것도 아니라는 헌법재판소의 결정이었다(헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌바36 결정 참조).

2) 비평

이 결정의 결정적 오류는 다큐멘터리 장면에 대하여 삭제를 결정한 것이다. 이 사건 삽입장면 때문에 관객이 영화와 실제를 동일시함으로써 영화가 실제 인물 자체의 인격상을 왜곡하고 명예를 침해했다는 것은 다시 말하건대 ‘관객모독’이다.

독일연방헌법재판소의 Lebach 결정(1973. 6. 5. BVerfGE 35, 202쪽 아래)의 경우, 방송사가 과거 범죄사건을 다큐멘터리 드라마로 제작·방영하려 한 사건을 대상으로 하고 있다. 재판소는 제1단계에서 방송 자유와 인격권 어느 쪽의 헌법가치도 추상적 차원에서 우월성을 주장할 수 없으며, 구체적 형량의 제2단계에서 범죄행위의 시사적 보도에 대하여 보도의 원칙적 우위를 인정한 위에, 마지막 제3단계에서 ①텔레비전 방송의 반복성, ②시사적 정보이익의 부족, ③중대한 범죄행위이면서도 ④수형자의 사회복귀를 해하는 경우에만 보도가 금지된다고 결정하였던 것이다.

‘그때그사람들’의 경우 먼저 영화가 텔레비전 방송과 달리 유포 범위가 협소한 점 그리고 수용자의 자발성과 적극성 요청 정도가 강하다는 점, 둘째 시사보도와 달리 영화 장르상 실제 상황으로 오해할 우려가 적다는 점, 셋째 재판부도 인정하듯 고인에 대한 평가는 다양하므로 이 영화가 미치는 파급효과 작다는 점을 고려하면, 영화의 삭제 결정은 재판부의 검열로서 헌법적으로 정당화될 수 없다.

삽입장면을 제외해도 실제 사건을 소재로 삼은 점을 나타내는 데 부족함이 없다고 판단한 것은 내가 보기에는 법관이 법적인 판단을 한 것이 아니라 그 대신 예술가가 해야 할 예술적 판단을 한 것이며, 또한 삽입장면이 단지 소재를 표시하기 위한 것이 아니라 역사적 사건 속에서 주목받지 못한 평범한 사람들이 우연히 휩쓸리고 사라져 갔음을 극대화하기 위한 중요한 영화적 장치였음을 인식하지 못한 것이다.

이렇게 볼 때 사전검열이 행정권의 문제일 뿐 사법부에서는 문제되지 않는다는 판단 역시 동의할 수 없다. 치밀한 논리구성을 통한 엄격한 사법적 판단만이 사전검열의 혐의에서 자유로울 수 있을 뿐 법의형량의 이름으로 적절히 타협하는 것은 표현 자유를 위축시키는 사법적 검열의 투입 관문으로 작동할 수 있기 때문이다. 따라서 재판부는 다큐멘터리 장면이 필수불가결한 장면이라고 '단정'하기 어렵다고 삭제 결정을 내릴 것이 아니라 반대로 영화감독이 '악의적으로' '사실로 오인케 할 필수불가결한 장면'을 사용하여 '고인의 인격권을 중대하게 훼손시켰다'고 '단정'하기 어렵다면 영화에 손을 대서는 안되었다. 설령 추후 재판부의 판결에 따라 고인에 대한 명예훼손이 인정되는 경우에도 그것은 금전배상이나 명예 회복에 필요한 처분 등 구제 수단으로 충분한 정도이다.

5. 맺으며

결론적으로 영화 '그때그사람들'의 일부 다큐멘터리 사진 부분을 삭제하도록 명한 가처분 결정은 예술 표현 자유와 인격권을 형량함에 있어서 삽입 장면이 관객으로 하여금 실제 사건 묘사로 인식케 한다는 논리적 비약을 함으로써 예술 표현 자유를 본질적으로 침해한 것이라고 평할 수 있다. 물론 영화에 대한 평자의 이해가 주관적임은 부인할 수 없지만, 재판부는 그 이상으로 관객과 영화를 주관적으로 단순화하여 애초 내세웠던 종합적 판단을 결정문 끝까지 관철시키지 못함으로써 재판부의 존재이유에 걸맞는 인권 보장에 실패하였음은 틀림없다.

오동석

(아주대 법학교수, 사법감시센터 실행위원)

□