

## 항소이유서

사 건

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률위반(명예훼손)

당 사 자

피 고 인                      우      중      창

위 사건에 관하여 피고인의 변호인은 다음장 이하와 같은 항소이유를 제출합니다.

2020. 8. 31.

피고인의 변호인

변 호 사      김              태              수

서울고등법원(제3형사부)              귀중

## I. 머리말

1. 구체적인 항소이유를 개진하기에 앞서, 피고인의 변호인은 우선 이 사건의 성격, 총체적 문제점 등에 관하여 간략하게 되짚어 보고자 합니다.

평범한 개인의 경우에는, 그와 관련해 아주 사소한 내용이 남의 입에 오르내리는 것만으로도 그에게 치명적인 결과를 초래할 수 있습니다. 그러나 그 거론의 대상이, 이 사건의 고소인과 같이 청와대 민정수석비서관이라는 막강한 자리에 올랐던 그야말로 공인 중의 공인인 경우에는 사정이 전혀 다릅니다. 이 경우에는 자유로운 언론 활동을 통해서 우리 사회 전체가 얻을 수 있는 공적 이익이 한 개인의 프라이버시나 명예권을 보호해 줌으로써 얻을 수 있는 이익을 훨씬 능가하기 때문입니다.

과거의 보도들을 돌이켜 보면, 검사가 휴양지에서 그 친구들과 가벼운 포커 판을 벌인 일이 크게 보도된 일이 있고, 젊은 국회의원들이 5.18묘역을 참배한 후 광주시내 유흥주점에서 폭탄주를 마신 일이 역시 언론의 집중포화로 이어진 적이 있습니다. 장관 부인이 옷을 얻어 입은 일, 청와대 부속실장이 지방에 있는 한 나이트클럽에서 술을 얻어먹은 일은 또 얼마나 크게 보도되었습니까? 이러한 일들은 그 당사자에게서 ‘공직자’라는 신분을 제거하고 보면 그야말로 사소하기 짝이 없는 일로써 처음부터 애깃거리가 될 수 없는 것들입니다.

그나마 우리는 좀 부드러운 편입니다. 중요 공직자의 인선, 재임, 그리고 퇴임 후에 이르기까지 ‘사냥’이란 말이 붙을 정도로 선진국 언론의 보도태도는 치열합니다. 비근한 예로, 오바마 행정부에서는 백악관 CPO 즉 ‘성과담당 최고책임자’로 내정되었던 낸시 킬퍼

가 탈세 혐의로 자진사퇴한 일이 있습니다. 그녀는 당시로부터 14년 전, 불과 289달러의 세금을 내지 않았다는 이유로 낙마해야만 했습니다. 까마득한 옛날에 우리 돈으로 30여만 원의 세금을 내지 않았다는 이유로 사퇴해야만 했던 그녀는, 아무런 변명도 내놓지 않고 순순히 물러났습니다.

이는 다른 선진국의 경우에도 예외가 아니어서 독일의 경우는 주정부 총리가 자신의 결혼비용과 신혼여행 비용을 여행사에 부담시키고 휴양지 아파트를 무료로 사용했다는 등의 시시콜콜한 편의제공 사실로 인하여 온 나라가 들썩일 정도의 논란이 생긴 일입니다. 서구의 언론은 정치인들의 비리나 부정은 아무리 사소한 것이라도 절대로 눈감아주지 않는다는 원칙을 견지하고 있습니다.

2. 피고인이 누차 밝힌 바와 같이 이 사건 방송에서는 ‘고소인이 전직 대통령의 재판에 개입했다’고 단정한 적이 전혀 없습니다. 피고인의 주관적인 선입견이나 판단을 일체 배제한 채 한 취재원으로부터 그러한 취지의 주장을 들은 바 있으며, 피고인이 그 내용을 확인하기 위해 청와대 등에 질문을 보냈다는 객관적 사실을 있는 그대로 개인 유튜브에서 언급하였을 뿐입니다.

만약 고소인의 요청이 있었다면 피고인은 얼마든지 고소인의 주장을 전달할 수 있었고, 만약 잘못된 내용이 있었다면 삭제하거나 정정할 수도 있었습니다. 피고인은 오랫동안 언론종사자로 재직해 오면서 자신의 잘못된 기사에 대해 정정이나 삭제를 주저해 본 적이 없습니다. 그러나 이 사건 방송을 전후하여 고소인이 보인 태도는 ‘무시’ 내지는 ‘회피’였습니다. 자신과 관련된 잘못된 기사를 시정할 수 있는 기회를 고소인 스스로가 차버

린 것입니다.

그리고 한 참 뒤에 나타나, 마치 자신이 이 사건 방송으로 엄청난 피해나 본 것처럼 피해자 행세를 하면서 피고인을 형사고소하는 가장 극단적인 방법을 동원하였습니다. 고소인은 오로지 ‘자기가 원할 때’, ‘자기가 원하는 말만’ 했습니다. 어쨌든 고소인의 의도는 그대로 적중되어, 피고인에 대한 제1심 판결이 선고된 직후 이 사건 방송과는 비교할 수 없을 정도의 크기로 고소인의 ‘억울한 사정’이 사회 일반에 널리 보도되었습니다.

3. 지금 대한민국 검찰과 법원, 그리고 언론이 신기루를 보고 있는 것이 아니라면, 고소인은 엄청나게 많은 거짓말을 통해 현재의 자리까지 오른 사람입니다. 고소인이 지금까지 해 왔던 말과 피고인의 방송 내용이 ‘사실과 다르다’는 점에서는 서로 공통된 면이 있을 수 있지만, 적어도 피고인의 방송에는 고의가 없었습니다. 피고인에게 잘못이 있다면 제보자의 말을 액면 그대로 순진하게 믿어버린 ‘얕은 귀’ 탓이겠지만, 피고인이 알고 있기로 고소인의 거짓말은 그런 차원이 아닙니다.

고소인은 과거 트위터에서 “공인에 대한 검증 과정에서 부분적 허위가 있었음이 밝혀져도 법적 제재가 내려져서는 안 된다. 공적 인물에 대해서는 제멋대로 검증도, 야멸찬 야유와 조롱도 허용된다”며 언론의 자유를 특별히 강조해 왔던 사람입니다. 그랬던 고소인이, 1년 전 별다른 사회적 파급 없이 ‘반짝’하고 사라졌던 기사를 새삼스럽게 문제 삼아 형사고소와 거액의 손해배상 소송을 제기한 것은 정말 납득하기 어렵습니다.

이것은 비단 고소인만의 문제가 아닙니다. 무제한에 가까운 표현의 자유를 누리면서 온갖 거짓말로 우리 사회를 갈등과 혼란에 빠트렸던 사람들이, 정작 반대진영의 주장에

대해서는 사소한 것까지 트집 잡으며 격렬한 증오의 감정을 표출하고 있습니다.

성경에 이르기를 “너는 어찌하여 형제의 눈 속에 있는 티는 보면서, 네 눈 속에 있는 들보는 깨닫지 못하느냐?”고 했거니와, 타인의 표현행위를 책망하기에 앞서 자신이 해왔던 과거의 언동을 되돌아보는 것이 순리일 텐데, 자신들은 언제나 피해자일 뿐 그 반대의 기억은 남아 있지 않은 것으로 보입니다. 대단히 미안한 얘기지만, 고소인을 비롯한 현 집권세력을 거론할 때 “내로남불”이라는 단어가 늘 함께 다니는 이유도 여기에 있을 것입니다.

4. 법의 적용은 일반국민의 평균적인 생활감각에 비추어 누구든지 납득할 수 있도록 이루어져야 합니다. 라드부르흐(G. Radbruch)도 지적했듯이, 법을 운용할 때는 가치와 현실을 적절히 고려하는 가치관계적인 관점을 취해야 합니다. 형식적 법률에 따르기만 하면 어떤 죄와 형벌도 정당화시켜 주는 수단으로 법이 운용되어서는 안됩니다.

이 사건의 경우, 가사 피고인의 표현행위가 외형상 범죄의 성립요건을 갖추고 있다 하더라도, 제반 사정을 감안할 때 도저히 가벌성(可罰性)의 범주에 포함된다고 보기는 어려운 것이었습니다. 반대언론을 범죄로 몰아 단죄하는 것은 일반 국민의 평균적인 감각에도 맞지 않을 뿐만 아니라, 국가 스스로 자신의 존립 기반인 헌법적 가치를 포기하는 것이며, 정치적으로도 바람직하지 못한 결과를 초래할 가능성이 높습니다.

특히 그 대상이 언론인 경우에는, 그러한 형벌권의 행사가 그 본래적 의도와 무관하게 언론의 활동을 크게 위축시킬 수 있으므로, 공소 제기가 반드시 필요한가에 대한 진지한 성찰이 있었어야 할 것입니다. 검찰이 민사적으로 다투어도 충분한 사안에 개입하여 무

리하게 공소를 제기한 것은 소추재량(訴追裁量)을 일탈(逸脫)한 것으로서 공소권의 남용이라 아니할 수 없습니다.

원심판결에 나타난 사실인정 및 법률적용상의 오류들에 대해서는 이하에서 개진하는 항소이유들을 통해 구체적으로 다투어 나갈 것입니다. 다만 여기에서 총론적으로 지적해 두고자 하는 것은, 법의 최종 수호자가 되어야 할 법원조차도 정치논리에 의해 헌법적 가치가 유린되는 상황에서 그것을 통제할 만한 아무런 제어장치가 되지 못하였다는 점입니다. 원심판결이 시정되어야 할 가장 큰 이유가 있다면 바로 이 점일 것입니다.

5. 피고인도 이 사건 방송에서 다른 내용이 객관적 진실이라고 장담할 수는 없습니다. 개인적 역량의 한계, 접근방법의 제한, 유튜브라는 매체의 특수성 등으로 인해 본의 아니게 오류가 생긴 부분도 없지는 않을 것입니다. 그렇더라도 그것이 곧 형사적 처벌로 이어져야 하느냐는 전혀 다른 차원의 문제입니다.

형법은 작을수록 아름답고, 겸손할수록 좋습니다. 법치국가 형법은 최소한의 규제를 통해 시민들에게 최대한의 자유를 베풀어주는 것을 덕목으로 생각하기 때문입니다. 이것이 형법의 보충성의 원칙이요 비례성의 원칙입니다.

이 사건으로 돌아와서 보면, 가사 피고인의 행위를 실정법 위반으로 구성하는 것이 가능하다고 하더라도, 과연 그 행위가 형벌규정을 동원해야 할 정도로 잘못된 것인가 하는 점에 관해서는 심각한 의문을 제기하지 않을 수 없습니다. 다행히 원심판결 이후 원심판결의 시정을 촉구하는 목소리가 국내외 도처에서 울려 퍼지고 있습니다. 피고인은 비록 보잘 것 없는 개인이지만, 위원에서는 보다 열린 마음으로 피고인의 주장에 귀를 기울여

실추된 법의 권위를 다시 세워주시기 바랍니다.

## Ⅱ. 항소이유의 요지

1. 원심은 그 사실인정 과정에서 형사증거법에 위배하여 사실을 오인한 잘못이 있습니다. 또한 그 과정에 심리미진 또는 이유불비의 잘못도 아울러 범하였습니다.

2. 원심은 명예훼손죄의 성립, 위법성조각사유의 판단 등과 관련하여 중대한 헌법위반, 법리오해 등의 잘못을 저질렀습니다.

3. 가사 피고인에게 유죄가 인정된다고 하더라도 원심이 피고인에게 징역 8월의 실형을 선고한 것은 명백히 양형판단을 그르친 것이므로, 원심의 양형부당 역시 항소심에서 반드시 시정될 필요가 있습니다.

## Ⅲ. 원심의 사실오인, 심리미진 등

1. 원심은 그릇된 예단을 갖고 심리하였습니다.

가. 원심은 판결문 말미에서 “피고인은 박근혜 전 대통령이 탄핵되고, 형사재판을 받게 된 일련의 사태에 불만을 품고 어떠한 합리적인 근거나 검증절차도 없이 막연한 추측

만으로 허위사실을 방송하였다”라고 적시하였습니다.

피고인은 수사, 원심의 심리 및 판결에 이르기까지 재판의 전 과정을 통해 마치 박근혜 전 대통령의 탄핵과 형사재판이 함부로 입에 담아서 안 될 정치적 금기처럼 취급되고 있다는 느낌을 지울 수 없었습니다. 그러나 이 문제에 관해 침묵을 강요한다고 해서 국론이 모아지고 사회가 안정될 것이라고 생각하는 것은 큰 오산입니다.

박근혜 대통령의 탄핵과 관련해서는, 워싱턴 포스트의 ‘워터게이트’ 특종이 그러했듯이 두고두고 논쟁적 소재가 될 수밖에 없습니다. 워싱턴 포스트가 폭로했던 테이프에 과연 도청 지시 사항이 있었는지에 대해서는 지금도 역사가들의 영원한 논쟁거리로 남아 있거니와, 오랫동안 논쟁의 주제가 되어 왔던 ‘깊은 목구멍(Deep Throat)’이라고 칭했던 취재원의 정체가 드러난 것도 보도 후 33년이 지난 2005년에 이르러서였습니다.

현직 대통령의 탄핵이라는 천지개벽의 사태가 생긴 만큼 오랫동안 그 대통령을 지지해 왔던 지지층을 중심으로 온갖 형태의 논쟁이 제기되는 것은 오픈된 사회에서는 너무나 당연한 일입니다. 사안의 성격상 그 논쟁은 단시간 내에 소멸되지 않고 앞으로도 오랫동안 지속될 가능성이 매우 높는데, 이것은 각자의 정치적 의견이 존재하고 언론이 폭넓게 보장된 현대 민주주의 사회에서 어쩔 수 없는 일입니다.

여기에 형법에 기초한 경직된 잣대를 가지고 강압적으로 형사책임을 지워 침묵을 강요하는 것은 우리 사회를 더욱 어둡고 불행하게 만들 가능성이 높습니다. 마치 지구상에서 가장 고요하고 청정한 땅인 남극이 펭귄을 제외하면 어떤 육상동물도 생존할 수 없는 죽음의 땅이 된 것처럼 말입니다.

솔직히 피고인으로서, 고소인을 비롯한 현 집권세력이 왜 ‘가짜뉴스’라는 프레임을 동원해 반대언론에 대해 그토록 적대적이고 예민한 반응을 보이는지 잘 이해가 되지 않

습니다. 일찍이 토머스 제퍼슨이 지적한 바와 같이, 진리는 오류에 대하여 적절하고도 충분한 적수이며, 인간의 간섭이 진리의 자연적 무기인 자유로운 토론을 무장해제 하지만 않는다면 그 갈등에서 두려워할 것이 하나도 없고, 진리와 오류가 서로 자유로이 반박하도록 허용될 때 오류는 더 이상 위험한 것이 되지 못하기 때문입니다.

나. 솔직히 말씀드려 피고인은 박근혜 전 대통령의 탄핵과 형사재판 과정에 이르기까지의 일련의 과정에 무엇인가 석연치 않은 점이 있다고 느끼는 사람입니다. 굳이 분류하자면 원심의 판결대로 “일련의 사태에 불만을 품은” 사람의 하나일 수 있습니다.

하지만 어떠한 “불만을 품었다”는 사실과 “합리적인 근거나 검증절차 없이 막연한 추측만으로 허위사실을 방송하였다”는 사실 사이에는 아무 상관관계가 없습니다. 즉 전자가 후자의 인정 근거가 될 수는 없다는 얘기입니다.

피고인은 국민의 공적 관심 사안이 되는 중요한 정보를 찾기 위해 정직하게 취재 및 방송에 임했을 뿐 어떠한 정치적 목적을 염두에 두고 방송이란 수단을 동원한 사실이 전혀 없습니다. 이것은 오랫동안 언론에 종사해왔던 피고인에 대해서는 매우 모욕적인 판단입니다.

기자란 질문하는 것을 업(業)으로 삼고 있는 사람으로서, 끊임없이 의문을 품고 그 의문을 풀기 위해 끊임없이 사람을 만나고 끊임없이 질문하는 직업입니다. 그 질문의 상대방은 대통령, 대법원장, 행정부처의 장관일 수도 있고, 말단 직원일 수도 있으며, 청사의 방호원이나 청소부 아줌마일 수도 있고, 심지어 음식쓰레기와 함께 쓰레기통에 버려진 폐지일 수도 있습니다.

현 단계에서 구체적인 취재원이나 취재의 경위를 밝힐 수 없지만, 이 사건 기사 역시 통상의 언론보도와 다름이 없이 취재원과의 접촉을 통해 얻어낸 산물입니다. 취재원의 제보 내용이 사실이었는지 여부는 별론으로 하더라도, 적어도 기자의 추측과 상상력으로 날조해낸 가공의 사실이 아니라는 점은 분명히 말씀드릴 수 있습니다.

다. 원심판결이 피고인의 ‘불리한 정상’으로 “특히 인터넷 매체는 광범위하고 신속한 전파력을 가지고 있고, 그 내용이 확대, 재생산될 가능성이 매우 크다는 점에서 방송 내용의 공정성과 공공성은 더욱더 유지되어야 한다”고 설시하여, 개인 유튜브 방송에 대해 신문, 방송 등 공식 매체 이상의 주의의무를 부과하는 듯한 설시를 한 것은 그야말로 고개를 갸우뚱하게 만듭니다.

유튜브 방송의 공적 성격을 부인하는 것은 아니지만, 유튜브 방송이라는 게 뉴스를 전달하는 수단이라기보다는 정치적 입장을 같이 하는 사람들끼리 자유롭게 소통하는 수단에 가깝다는 점을 감안한다면, 지금 대한민국 사회를 장악하고 있는 KBS나 MBC 등의 공중파 방송에 비할 수는 없다고 할 것입니다.

매체 중에는 이른바 정론지라고 하여 정제된 뉴스의 취재 및 보도를 위주로 하는 매체도 있지만, 독자를 끌어들이기 위해 유명인과 관련된 각종 의혹이나 소문, 험담 등을 흥미 위주로 다루는 옐로 페이퍼도 있습니다(이는 방송도 마찬가지입니다). 모든 언론이 다 정론지처럼 보도를 할 수는 없듯이, 독자들의 수준이나 취향에 맞는 각자의 영역과 역할이 분명히 있는 것이며, 매체의 성격이 어떠냐에 따라 이를 접하는 독자들의 신뢰도는 크게 달라질 수밖에 없습니다.

피고인의 유튜브 방송을 편취할 생각이 없지만, 조직화되고 분업화된 현대 산업사회에서 각자의 취재영역을 가진 기자들이 정색한 표정으로 해당 분야의 뉴스를 전달하는 공중파 방송 프로그램과 1인 유튜버가 전지적 관점에서 백화점식으로 정보를 쏟아내는 개인 유튜브 방송의 신뢰도가 똑같을 수는 없습니다. 다시 말해, 피고인이 무슨 내용을 떠들더라도 우리 사회의 여론에 미치는 영향력은 극히 미미할 수밖에 없고, 실제로도 그러했습니다. 변호인으로서는 도대체 우리 사회가 언제부터 유튜브 방송을 통해 제기된 이런 정도의 정치적 주장도 허락하지 않을 정도로 심각하게 얼어붙은 사회가 되어버렸는지 실로 개탄을 금할 수 없습니다.

**2. 원심은 형사증거법에 위배하여 핵심 증거에 대한 증거조사를 하지 않았거나, 신뢰할 수 없는 증거를 선불리 취소한 잘못이 있습니다.**

가. 이 사건의 핵심 증거는 2018. 3. 2. 「거짓과 진실」이라는 유튜브를 통해 공개된, 「대통령을 물어버린 거짓의 산」 제59편/ “박근혜 대통령은 무죄다. 그 증거는 기록 속에 있다. 거짓과 진실 행동지침 공개”라는 제목의 동영상입니다.

원심은 이 동영상을 저장한 CD와 방송 내용 녹취록은 증거로 채택하였으나, 해당 동영상에 대한 증거조사는 실시하지 않았습니다. 녹취록에 기재된 죽은 언어를 통해 과거의 사실을 판단하는 것과 공개된 법정에서 생생한 영상과 음향을 통해 판단하는 것은 전혀 다른 결과를 초래할 수 있습니다. 이 점에서 원심 재판과정에서 해당 동영상에 대한 검증이 생략된 것은 피고인으로서 매우 유감스러운 일입니다. 그러므로 피고인은 귀 재판부에 이 사건 동영상(증제1호증)에 대해 검증을 요청하고자 합니다.

나. 원심은 판결문에서 김세운 판사와 최강욱 변호사의 진술을 유력한 판단의 근거로 제시하고 있습니다.

원심의 지적처럼, 김세운 판사와 최강욱 변호사, 그리고 조국 민정수석이 일치된 목소리로 ‘청와대 인근의 한식당에서 함께 식사한 적이 없다’고 부인한 것은 맞습니다. 하지만 이들 세 사람이 한국 사회에서 인간관계의 가장 중요한 아교로 작용하는 ‘학연’으로 서로 맺어져 있다는 점, 세 사람이 완벽하게 절연된 관계가 아니라 최강욱이라는 촉매를 통해 언제든지 화학적 결합을 이룰 수도 있다는 점은 부인하기 어렵습니다.

이 사건에서 주목해야 할 부분은 조국 민정수석과 김세운 부장판사가 청와대 인근의 한식집에서 식사할 때, 그 자리에 최강욱 변호사가 동석했다는 제보 내용입니다. 제보자는 그 당시 이름이 널리 알려지지 않았던 최강욱 변호사의 이름을 거론하였는데, 이는 제보자만이 알 수 있는 「특별한」 경험이라 하지 않을 수 없습니다. 이런 이유로 피고인은 제보 내용을 소개하는 한편, 진실을 밝히기 위하여 시청자들의 도움이 필요하다는 취지로 방송했던 것입니다.

실제로, 최강욱 변호사는 고소인의 서울대 법대 4년 후배이며, 최강욱 변호사가 서울대 대학원에서 법학 석사학위 논문을 쓸 때, 지도교수가 고소인이었습니다. 최강욱 변호사와 고소인은 원심 법정에서, 두 사람이 30년 지기라는 사실을 인정하였습니다.

최강욱 변호사와 김세운 판사는 서울대 법대 86학번으로 동기이며, 사법시험 준비를 같이 한 사이입니다. 김세운 판사는 원심 법정에서 “최강욱 변호사의 아내와도 아는 사이”라고 진술하였습니다. 김세운 판사의 현 주거지는 경기도 용인이며, 최강욱 변호사도 용인에 거주하고 있습니다.

법조계에 몸담고 있는 사람들의 일반적인 감각에 비추어 보자면, 만약 조국 민정수석과

김세운 판사가 2018년 1월에서 2월초 사이에 청와대 인근의 한식집에서 저녁 식사를 했다면, 그 자리에 최강욱 변호사가 동석했을 가능성은 충분하다고 할 수 있습니다. 다만, 그 무렵에 최강욱 변호사의 이름은 널리 알려져 있지 않았기 때문에 피고인은 이 사건 방송에서 ‘이름이 알려지지 않은 제3의 인물’이 동석했다고 표현한 것입니다.

김세운 판사는 원심 법정에서 “피고인이 서울중앙지방법원 공보판사(구인경 판사)에게 팩스로 보낸 취재협조문을 받아 보았다”고 시인하면서도, 질문지에 답변하지 않은 이유를 말하지 않았습니다. 김세운 판사는 해당 동영상의 공개된 이후, 피고인에게 삭제나 정정을 요구한 적이 한 번도 없습니다.

다. 수학적 증명이나 과학적 증명에 있어서는 논리적 기술에 의해 혹은 실험적 관찰에 의해 이론의 여지가 없는 증명을 완료할 수 있습니다. 하지만 역사적 증명은 좀 다릅니다. 입증의 많은 부분을 사람들의 주관적인 체험, 기억, 인상, 의견 등에 의존하는 역사적 증명의 특성상 반론의 여지가 존재하지 않는 역사적 사실이란 거의 생각하기 어렵기 때문에, 이런 분야에서 사실확인을 업으로 하는 사람들은 자신의 판단이 틀렸을 수 있을 가능성을 늘 열어두어야 합니다.

특히 이 사건에서 다루어지고 있는 사실관계는, 그 사안의 성격상 원심 재판부가 “허위의 사실이 넉넉히 인정된다”고 자평할 수 있을 정도로 진위의 구별이 쉬운 사안이 결코 아니었습니다. 관계된 세 사람이 공동의 이해관계로 묶여 있기 때문입니다. 다시 말해 ‘고소인의 불개입’이 관련된 모든 사람들에게 이익이 되기 때문입니다. 원심이 의심의 여지 없이 받아들이고 있는 그 ‘사실’들은 과거에 실제로 있었던 사실이 아니라 고소인의 입장에서 재구성된 가공의 모습일 수 있습니다. 또한 고소인이 낸 자료라는 것들도, 과거

에 존재하는 많은 자료들 중 고소인의 입장을 대변하는 것들일 뿐, 그것이 과거에 존재했던 모든 자료들이라고 보기 어렵습니다.

형사재판에서 입증의 책임을 진 사람은 검사입니다. 검사가 입증을 잘해서 법원을 설득시켜야만 피고인의 유죄가 인정되며, 그렇지 못하고 ‘합리적 의심’이 조금이라도 남아 있으면 무죄 판결이 선고됩니다. 즉 법관이 유죄의 판단을 하려면 인간의 인식능력이 허락하는 한도 내에서 최선의 정도, 즉 확실성(確實性)의 단계에 이르는 심증을 형성해야 하며, 단순히 확실성에 근접하는 고도의 개연성(蓋然性)만 가지고 유죄를 선고해서는 안 됩니다.

여러 가지 정황과 증거로 보아 유죄인 것은 분명해 보이는데, 그럼에도 유죄판결을 선택 내리기엔 마음 한 구석에 무언가 찝찝한 구석이 있다면 비록 진범을 풀어주는 한이 있더라도 무죄를 선고해야 된다는 얘기입니다. 우리가 흔히 듣는 “의심스러운 때는 피고인의 이익으로”(in dubio pro reo)라는 원칙이 의미하는 바가 바로 이것입니다. 추후 변론요지서를 통해 보다 상세하게 밝히겠지만, 사실상 피고인의 유죄를 추정하는 듯한 원심의 태도는 자유심증의 한계를 벗어나 지나치게 고소인 쪽에 기운 것이 아닌가 생각됩니다.

### 3. 이 사건 방송은 허위라고 보기 어렵습니다.

가. 우선 피고인은 사실을 단정해서 보도한 적이 없습니다. 이 사건 방송의 총분량은 39분54초 가량인데, 맨 첫부분에서 4분53초까지는 2018. 3. 1.에 있었던 태극기 집회를 소개하는 내용이며, 이 사건과 직접적으로 관련있는 내용은 방송 시작후 4분53초에서 시작하여 8분45초 사이에 들어 있습니다.

녹취록에 기재된 피고인의 발언을 그대로 인용하자면 다음과 같습니다.

“첫번째 제보 내용은 이렇습니다. 물론 이 제보 내용은 제가 먼저 말씀드리지만, 사실로써 확인된 것은 아니지만 상당히 충격적인 내용이어서 제가 이 내용을 소개하고, 그리고 이 내용의 확인을 위해서 제가 지금 어떻게 노력하고 있는지도 다 말씀드리겠습니다. 제보 내용은 이렇습니다.

조국 청와대 민정수석입니다. 조국 청와대 민정수석이 2018년 1월에서 2월초 사이에 청와대 인근의 한 한식집에서 서울중앙지방법원 형사22부 재판장 김세운 부장판사를 만나서 함께 식사를 했다는 것입니다. 그리고 그 자리에는 김세운 재판장이나 조국 민정수석의 얼굴은 이미 TV나 신문을 통해 많이 알려져 있는데, 얼굴이 알려지지 않은 제3의 인물이 그 자리에 동석하고 있었다는 그런 내용입니다.

그래서 제가 서두에서 말씀드렸지만 제보자의 주장이고 아직 제가 사실로 확인한 것은 아닙니다. 다만 이것이 사실이라면 조국 민정수석과 김세운 재판장의 만남은 1월에서 2월초 사이이기 때문에 그것은 결국 최서원 피고인의 1심 판결이 있기 전이기 때문에, 그래서 두 사람의 만남은 아주 부적절하다는 게 제 판단입니다(...이하 생략)”

피고인이 방송에서 언급했던 발언의 취지는 ① 제보를 받았다는 것, ② 제보의 내용은 조국 청와대 민정수석이 2018년 1월에서 2월초 사이에 청와대 인근의 한 한식집에서 김세운 부장판사를 만나서 함께 식사를 했으며, 그 자리에 얼굴이 알려지지 않은 제3의 인물이 동석했다는 것, ④ 만약 이것이 사실이라면 매우 부적절한 회동이라는 피고인의 가정적 판단 및 의견의 표명입니다.

이어지는 방송 내용은 피고인이 제보 내용의 사실 여부를 검증하기 위하여 어떤 노력을 하고 있는지에 대해 설명한 것입니다. 피고인이 청와대 대변인 김의겸에게 사실여부

를 문의하는 질문지를 보냈다는 것, 김의겸 대변인에게 이 방송을 하기 전인 2018년 3월 1일 오후 6시 전까지 답신을 해달라고 요청했으나 오후 7시까지 아무런 대답을 듣지 못했다는 것, 그래서 그 한식집에서 서빙을 했거나 아르바이트를 했던 분들이 있으면 제보해 달라고 당부하는 내용이었습니다.

나. 대법원은 “진위 여부가 미확정 상태인 사실을 단정적인 사실로 보도하였다는 이유로 이를 허위보도라고 하기 위해서는, 그 보도내용에 그 사실이 진위 여부 미확정 상태에 있는 것이 아니라 진정한 사실로 확인된 것이라는 뜻까지 포함되어 있어, 독자(시청자)들에게 사실 여부의 미확정 상태와 사실로 확인된 상태 양자의 대비 관계에서 후자에 속한다는 취지를 전달하거나, 그 보도된 사실이 의심의 여지가 전혀 없는 사실이라는 의미를 전달하는 정도에 이를 것을 요구한다고 보아야 한다”고 판시하면서, “단순하게 사실의 보도를 하였다는 이유로 그 보도된 사실의 진위 여부와 무관하게 단정성 측면에서 허위성이 있다고 인정하는 것은 언론보도의 오랜 관행과 독자(시청자)들이 보도내용을 이해하는 통례에 비추어 부당하고 무리한 해석일 뿐만 아니라, 진위 여부가 거의 확실하게 확인된 정도에 이르지 아니한 대부분의 언론보도가 단정성 측면에서 허위인 보도로 되어 정정보도의 대상이 됨으로써 언론의 자유가 심각하게 침해될 우려가 있다”고 지적한 바 있습니다(대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649 전원합의체 판결).

비록 대법원 전원합의체 판결의 소수의견이기는 하지만, 이 사건의 판단에 있어서도 시사하는 바가 적지 않습니다.

앞에서도 언급한 바와 같이, 이 사건 동영상은 박근혜 대통령 재판과 같은 지극히 역사적인 사건의 재판과정에 공적 인물인 청와대 민정수석이 관련돼 있다는 제보를 받은 피

고인이 그 사실여부를 확인하는 과정을 소개한, 즉 진실을 찾아가는 취재의 과정을 소개하는 내용입니다. 그리고 제보내용이 사실이라면(가정적 판단), 어떤 의미가 있는지를 피고인 나름의 생각과 의견을 정리해서 구독자들에게 알려준 것입니다. 이 과정에 고소인의 재판 개입을 사실로 단정해서 보도한 적이 전혀 없고, 오히려 피고인이 직접 확인한 사실이 아니라 단지 그러한 내용의 제보가 있었다는 점을 분명히 했으며, 그 추론에 일정한 한계 또는 오류가 개입되었을 가능성을 차단한 적이 전혀 없습니다.

위 대법원 전원합의체 판결에서는 고발 프로그램의 위법성 판단과 관련해서도 통상의 사실보도와는 구별되는 특별한 기준을 제시하고 있는바, 이 역시 이 사건의 판단에 있어서 시사하는 바가 적지 않습니다.

이와 같은 고발성 프로그램은 비판과 문제제기를 그 핵심적 요소로 하고 있으며, 헌법상 보장되는 언론의 자유 중에서도 가장 중요한 기능을 하는 프로그램이다. 따라서 고발성 프로그램이 특정 사안에 관하여 보도를 할 때에는 비판적 입장에서 문제점을 찾아내고 그에 초점을 맞추어 잘못된 점을 부각시켜 강조하고, 책임추궁, 비난, 시정요구 등 대립적이고 공격적인 표현과 논조로 구성될 가능성이 높으며, 그 과정에서 일부 과장, 편향, 오류 등 크고 작은 잘못이 개재될 가능성 또한 높다. 언론기관의 잘못에 대하여는 그 피해자가 적절한 구제를 받을 수 있는 길이 열려야 하겠지만, 그 구제수단은 정부나 사회 주도세력에 대한 비판과 견제, 다양한 여론형성, 소수자·반대자들의 의사표현의 통로 등 언론기관이 민주주의 사회에서 수행하는 중요한 역할과 사이에 균형이 이루어져야 한다.

이와 같은 관점에서 볼 때 언론보도, 그 중에서도 고발성 프로그램에 대하여는 다른 시각에서의 문제제기, 통용되고 있는 이론과 다른 이론(경우에 따라서는 가설에 불과한 이론)에 근거한 비판·주장 등이 광범위하게 허용되어야 할 것이며, 그 과정에서 개재되는 일부 과장이나 오류에 무

계를 두어 통상적인 사실보도와 동일한 수준의 제재나 사후조치를 요구하게 된다면, 결국 고발성 프로그램의 비판·감시 기능을 억제하는 효과로 나타나게 될 것이다.

위 대법원 판결은 새로 출범한 정부에 타격을 가하기 위해 악의적인 거짓말로 전 국민을 공포와 혼란에 빠트리고 수도 서울의 심장부를 석 달씩이나 멈추게 했던 공중파 방송과 관계된 것입니다. 행위의 태양이나 파급력, 피해의 정도 등 그 어느 기준에 비추어 보더라도, 피고인의 방송이 이보다 덜 보호되어야 할 이유는 없다고 생각합니다.

**4. 피고인은 제보내용이 허위라는 인식이 없었으며, 오랫동안 언론계에 종사해 온 사람으로서 일부러 허위사실을 유포할 이유도 없었습니다.**

가. 원심은 판결문에서 “피고인은 신원을 밝힐 수조차 없는 제보자 1인의 아무런 근거자료 없는 제보와 피해자와 김세윤이 서울법대 동문이고, 모두 최강욱이란 사람을 알고 지낸다는 사정만을 근거로 이 방송을 하였다”며 “피고인은 제보받은 내용이 허위임을 인식하고 있었던 것으로 판단된다”고 밝혔습니다.

그러나 피고인은 제보 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었기 때문에 허위라고 인식하지 않았습니다. 그것은 박근혜 대통령 사건의 1심 재판이 구속기간 만료를 앞두고 굉장히 요동을 쳤기 때문이며, 그 과정에 조국 민정수석, 김세윤 판사, 최강욱 변호사가 중요한 역할을 했기 때문입니다. 이를 날짜별로 정리하면 다음과 같습니다.

① 검찰은 2017. 9. 26. 서울중앙지법 형사합의22부(김세윤 부장판사) 심리로 열린 박근혜 대통령 속행 공판에서 “피고인의 구속 기한인 다음달 16일 24시까지는 증인 심문을 마칠 수 없을 것으로 생각된다”며 박근혜 대통령에 대한 추가 구속영장을 발부해 달라고 공식 요청했습니

다.

② 임종석 청와대 비서실장은 2017. 10. 12. (박근혜 대통령에게 추가 구속영장이 발부되기 바로 전날) 청와대에서, 박근혜 정부가 세월호와 관련하여 문서를 조작했다는 내용을 발표하는 긴급 브리핑을 가졌습니다. 이 브리핑에서 임종석 실장은 “청와대는 9월 27일 국가위기관리센터 내의 캐비닛에서 국가위기관리 기본 지침을 불법으로 변경한 자료를 발견했으며, 또한 11일 안보실의 공유폴더 전산파일에서 세월호 사고 당일에 세월호 상황보고 일지를 사후에 조작한 정황이 담긴 파일자료도 발견하였다”고 발표하였습니다.

③ 박근혜 대통령에 대한 추가 구속영장은 2017. 10. 13. 발부되었습니다. 서울중앙지법 형사22부 재판장 김세운 판사는 이날 “증거인멸의 염려가 있어 구속의 사유와 필요성, 상당성이 인정된다”며 박근혜 대통령에 대한 추가 구속영장을 발부하였습니다.

④ 최강욱 변호사는 박근혜 대통령에게 추가 구속영장이 발부되기 직전인 2017. 10. 13.에 방송된 「정봉주의 전국구」라는 팟캐스트에 출연하여, 추가 구속영장 발부를 확신한다는 취지의 발언을 하였습니다. 이 방송의 제목이 「정봉주의 전국구 시즌 2 / 박근혜 구속영장 재발부, 숨을 곳이 없다」라는 것입니다.

⑤ 위 팟캐스트는 2017. 10. 10.에 촬영되었으나, 방송이 된 날은 2017. 10. 13.입니다. 박근혜 대통령에 대한 추가 구속영장이 발부되기 직전입니다. 위 팟캐스트는 더불어민주당 전 국회의원 정봉주가 운영한 것으로, 정봉주가 사회를 맡고, 최강욱 변호사와 박주민 의원이 패널로 참가하였습니다.

⑥ 위 팟캐스트에서 최강욱 변호사는 김세운 부장판사가 박근혜 대통령 구속만기로 석방하면, “내가 죽어버리겠다”고 공개적으로 발언하기도 하였습니다.

⑦ 추가 구속영장에 적시된 범죄사실은 박근혜 대통령이 SK그룹에 89억원의 뇌물을 요구했다는 내용입니다. 이 내용은 검찰이 박근혜 대통령에게 첫 번째 구속영장을 청구하던 2017. 3. 30. 당시 그 범죄혐의에 대해 입건을 하고 수사를 마친 상태였으며, 언론에도 대대적으로 보도된

내용이었습니다.

⑧ 때문에 김세운 판사가 추가 구속영장을 발부한 것은 별건 영장발부에 해당합니다. 한 개의 사건으로 공소가 제기된 공사실 중, 구속영장 청구단계에서 누락된, 단 한 개의 범죄사실, 즉 SK그룹 89억원 뇌물 요구사건으로 추가 구속영장을 발부했기 때문입니다.

⑨ 김세운 판사가 박근혜 대통령에게 추가 구속영장을 발부한 시점은 2017. 10. 13. 오후 5시경입니다. 이 내용은 언론 보도를 통해 전 국민에게 알려졌습니다. 10월 13일이 금요일 오후였기 때문에 박근혜 대통령의 입장은 2017. 10. 16. 월요일에 열린 재판에서 표명되었습니다. 박근혜 대통령은 “재판부에 대한 믿음이 더는 의미가 없다는 결론에 이르렀습니다. 향후 재판은 재판부의 뜻에 맡기겠습니다”라고 선언한 뒤, 그 이후의 모든 재판에 불참하였습니다.

나. 위와 같은 일련의 사건들을 지켜보면서, 피고인은 문재인 정부의 청와대가 박근혜 대통령의 석방 여부와 재판 결과에 대하여 대단히 신경을 쓰고 있다는 합리적 의심을 갖게 되었습니다. 이에 피고인은 2017. 10. 12.에 방영된 「대통령을 물어버린 거짓의 산」 제3편(제목: 추가영장 발부는 위법이라는 판례 찾았다)과 2017. 10. 16.에 방영된 제4편(제목: 대통령의 결단… “재판부 뜻대로 하세요”)을 통해, 추가 영장 발부는 위법이라는 취지의 방송을 한 바 있습니다.

그러던 중, 피고인은 2018. 2월 말경 어느 시청자로부터 조국 민정수석과 박근혜 대통령의 1심 재판장인 김세운 판사가 최강욱 변호사와 함께 청와대 인근의 한식집에서 만나서 저녁을 같이 했다는 제보를 받게 된 것입니다.

피고인은 조선일보에서 23년 동안 기자생활을 하면서, 기자의 사명은 정론직필(正論直筆)로 국민의 알권리를 충족시키고 사회정의를 실현하는 것이라고 배웠습니다. 그래서 피고인은 제보자의 제보 내용, 다시 말해 제보자만이 알 수 있는 「특별한」 경험을 소개했

을 뿐, 공공연하게 허위의 사실을 적시하지도 않았고, 조국 민정수석을 비방하지도 않았 습니다. 다만 피고인은 공직자의 도덕성이나 청렴성, 그리고 그 업무처리가 정당하게 이뤄지고 있는지 여부는 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 원칙론적 입장에서 방송을 했던 것입니다.

다. 피고인은 원심 법정에서 증인으로 채택된 조국 민정수석, 김세윤 판사, 최강욱 변호사 등에 대한 증인신문을 통해, 문재인 정부가 박근혜 대통령 재판에 영향력을 행사 하였음을 입증하려고 하였습니다. 그러나 원심 재판부는 위 세사람에 대한 증인신문사항 중, 절반이상을 신문하지 못하도록 제지하였습니다.

위와 같은 사실은 원심이 작성한 제3회 공판조서(기일 : 2020. 4. 14. 17:00)에 기록돼 있습니다. 재판장이 증거조사 결과에 대한 의견을 묻고, 필요한 증거조사를 신청할 수 있음을 고지하자, 피고인이 이렇게 진술하였다고 기록돼 있습니다. “오늘 준비했던 신문사항 중, 반 정도를 재판부의 제한 때문에 묻지 못하였고, 어떤 내용을 물을 것인지에 대해서도 결국 공개가 되지 않았는데, 그런 의견들과 오늘 두 사람의 증인이 밝힌 증언 내용을 모아 의견서를 제출하겠다”고 진술한 것입니다.

결과적으로 원심은 피고인의 제보 내용을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유와 관련하여, 심리도 하지 않았고, 판단도 하지 않았음을 확인할 수 있습니다.

## 5. 피고인에게는 ‘비방의 목적’이 없었습니다.

가. 원심은 판결문에서 “이 사건 방송은 피해자와 김세윤에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가된다. 따라서 피고인은 공공의 이

익을 위해서 이 사건 방송을 한 것으로 보기 어렵고 비방의 목적이 있었다고 판단된다”고 밝혔습니다.

피고인은 그러나 조국 민정수석을 비방하거나 명예를 훼손할 의도로 방송하지 않았습니다. 이런 사실은 피고인의 유튜브 방송 목록에서 확인할 수 있습니다. 피고인은 이 사건이 발생하기 6개월 전인 2017. 10. 2.부터 「거짓과 진실」이라는 개인 유튜브를 개설하고, 「대통령을 물어버린 거짓의 산」이라는 주제로 1주일에 두 번 혹은 세 번씩 방송을 해왔는데, 방송 내용은 모두 유튜브 계정에 저장돼 있습니다.

나. 피고인은 2017. 10. 2.부터 2020. 4. 26.까지 유튜브 계정에 올린 동영상의 제목들, 다시 말해 「대통령을 물어버린 거짓의 산」 제1편부터 제245편까지의 제목을 일목요연하게 정리하여, 2020. 6. 5. 원심법원에 증거로 제출한 바 있습니다. 그 제목 중 일부를 발췌하면 다음과 같습니다.

- ① 제3편(2017. 10. 12.) : 추가 영장 발부는 위법이라는 판례 찾았다.
- ② 제4편(2017. 10. 16.) : 대통령의 결단… “재판분 뜻대로 하세요”
- ③ 제5편(2017. 10. 20.) : “홍석현, 손석희에게 태블릿PC 자료 주었다”
- ④ 제8편(2017. 10. 28.) : 언론의 광란… 기사 조작의 실상
- ⑤ 제9편(2017. 10. 29.) : 최서원, 드레스덴 연설문 받지 않았다!
- ⑥ 제10편(2017. 11. 1.) : 정호성의 비겁한 처신…왜 증언을 거부하나?
- ⑦ 제14편(2017. 11. 11.) : 대통령을 탄핵한 4개의 도화선

다. 위에 거론한 제목에서 알 수 있듯이 피고인은 박근혜 대통령 사건의 객관적 실

체를 구독자들에 소개해 왔을 뿐 조국 민정수석이나 김세운 부장판사를 비방하기 위해 1회성 동영상 제작한 것이 아닙니다.

이 사건 동영상의 제목은 “박근혜 대통령은 무리다. 그 증거는 기록 속에 있다 / 「거짓과 진실」 행동지침 공개”입니다. 피고인이 조국 민정수석을 비방할 의도가 있었다면, 제목을 이처럼 밋밋하게 붙이지 않았을 것입니다.

통상의 유튜버들이 유튜브 방송을 하는 목적은 선정적인 제목을 달아서 시청자들의 눈길을 사로 잡는 데 있습니다. 그렇게 해야 조회수가 늘어나며, 조회수가 많을수록 인기있는 유튜브 방송이 됩니다.

피고인이 이 방송 제목(섬네일)에 조국 민정수석이나 김세운 판사의 이름을 넣고 두 사람이 박근혜 대통령 1심 선고를 앞두고 청와대 부근의 한식집에서 만나 저녁을 먹었다고 하였다면, 조회수는 폭발적으로 늘어났을 것입니다. 그러나 피고인은 그렇게 하지 않았습니다. 그 결과 조선·중앙·동아와 같은 기성언론이나 종편 및 유튜브 등 어느 매체에서도 피고인의 이 사건 동영상을 인용, 보도하지 않았습니다. 방송 내용이 제보 자체를 소개하는데 불과했기 때문입니다. 따라서 비방의 목적이 있었다고 판단된다는 원심의 판결은 피고인 유튜브 방송의 전체 성격을 왜곡한 것이라 아니할 수 없습니다.

## 6. 피고인은 사실 확인을 위해 최선의 노력을 기울였습니다.

가. 원심은 판결문에서 “피고인은 사실확인을 위한 노력을 기울였다고 주장하나, 방송 녹화 당일 아무런 근거자료도 첨부하지 않은 취재협조문을 보내 당일 오후 6시까지 답변하라는 내용의 취재협조문을 청와대에 보냈거나 이미 방송이 이루어진 이후 서울중앙지방법원에 위와 같은 취재협조문을 보냈다는 것만으로 사실확인을 위한 진지한 노

력이 있었다고 평가하기 어렵다”고 적시하였습니다.

나. 원심이 위와 같이 판단한 근거는 청와대 대변인 김의겸이 2018. 3. 1. 오후 7시 32분경 피고인에게 휴대전화 문자메시지로 사실무근이라는 회신을 보냈기 때문이라고 밝혔습니다.

피고인이 김의겸 대변인으로부터 “만남, 전화, 문자 등 어떠한 형태로도 접촉한 적이 없다고 합니다. 아예 누군지 모르는 사이입니다. 이 헛소문은 찌라시에 돌고 있는 내용입니다. 그것을 저희가 답해야 할 의무는 없다고 생각합니다. 다만 첫 질문이시니 제 나름 진지하게 응답하는 것입니다. 앞으로는 이런 질문을 피해 주시기 바랍니다”라는 내용의 문자메시지를 받은 것은 사실입니다.

그러나 김의겸이 위와 같은 취지의 문자메시지를 보낸 시각은 해당 유튜브에 대한 촬영이 시작된 이후입니다. 피고인은 김의겸이 이메일로 취재협조문을 보낼 때, 방송 제작 시간을 고려하여 2018. 3. 1. 오후 6시까지 답신을 요구했으나, 김의겸이 문자메시지를 보낸 시각은 2018. 3. 1. 오후 7시32분이었습니다.

피고인은 동영상 촬영이 끝난 후, 김의겸이 보낸 문자메시지를 보았으나, 질문지 내용과 동떨어진 것이어서 김의겸이 조국 민정수석에게 피고인이 보낸 취재협조문을 보고한 게 아니고, 대변인 선에서 임의로 작성했다는 의심을 지울 수가 없었습니다.

피고인이 김의겸의 이메일로 보낸 취재협조문 내용은 공판조서에 증거로 첨부되어 있습니다. 이 취재협조문에는 “조국 민정수석과 김세윤 판사가 문자메시지를 주고 받은 적이 있느냐”는 질문은 들어 있지 않는데, 김의겸은 이에 대해서도 대답하고 있기 때문입니다.

그래서 피고인은 김의겸의 휴대전화로 전화를 걸어, “답변 내용을 믿기가 어렵다. 조국

수석이 내 이름을 모르는 것도 아니므로, 내가 직접 물어볼테니 전화번호를 알려 달라”고 요구하였습니다. 이에 김의겸은 “민정수석의 전화번호는 함부로 알려줄 수가 없다”면서 전화를 끊어버렸습니다.

다. 고소인은 2020. 4. 14. 원심 법정에 증인으로 출석하여, “피고인이 방송을 하기 전에 김의겸 대변인에게 질문지를 보낸 사실을 알고 있나요”라는 질문에, “알지 못합니다”라고 진술하였습니다.

또 고소인은 “피고인을 고소하기 전에 김의겸 대변인으로부터 피고인이 취재 협조문을 보냈다는 이야기를 들은 적이 있나요”라는 질문에, “피고인이 김의겸 대변인에게 질문지를 보냈다는 것을 알지 못하는데, 제가 어찌 다시 김의겸 대변인에게 그런 질문지를 받았는지를 물어볼 수 있겠습니까”라며 오히려 반문하기도 하였습니다.

고소인의 이러한 법정 진술을 종합하면, 김의겸 대변인은 피고인이 보낸 취재협조문을 민정수석인 고소인에게 아예 보고하지 않은 것이 확실합니다. 위와 같은 사실관계는 고소인과 김의겸의 공판조서에 기록돼 있으나, 원심은 김의겸이 사실무근이라는 문자메시지를 보낸 점만 부각시키는 선에서 “사실확인을 위한 진지한 노력이 있었다고 평가하기 어렵다”고 판단하였습니다. 이는 원심이 사실관계를 꼼꼼히 살피지 않았음을 반증한다고 하겠습니다.

#### IV. 명예훼손에 관한 법리오해의 점

## 1. 법률적 쟁점의 정리

이 사건 표현행위를 통해 다루어지고 있는 내용은 사인(私人)의 사적인 영역이나 공인(公人)의 사생활에 관한 사항이 아니라 공인의 공적 활동에 관한 사항입니다. 즉 이 사건 표현행위는 그 내용이나 성격에 있어서 우리 헌법이 보장하는 ‘표현의 자유’의 본질에 매우 근접하는 것입니다.

그렇기 때문에 이러한 표현행위를 규제하는 것이 ‘표현의 자유’를 본질적으로 침해하는 것은 아닌지, 또 세계 각국에서 일반적인 원칙으로 받아들여지고 있는 ‘현실적 악의(惡意)의 이론’을 적용할 여지는 없는지 살펴볼 필요가 있습니다.

덧붙여, 이 사건에서 문제가 된 표현행위는 유튜브라는 새로운 형식의 표현 도구를 통해 이루어진 것으로서, 과연 통상의 언론을 대하는 것과 같은 방식의 판단기준을 적용하는 것이 타당한가 하는 점에 관해서도 고민해볼 필요가 있습니다.

## 2. 위법성 판단의 기준

가. 현행법상 ‘사실의 적시’와 ‘의견의 표명’은 상이한 법적 평가를 받게 됩니다. 의견표명은 원칙적으로 합헌성의 추정을 받아 널리 보호됨에 반하여, 사실주장은 원칙적으로 기본권의 보호영역에 속하지만, 허위 및 오류의 정보 전파는 법적으로 제한을 받는 점에서 특수한 취급을 받습니다.

우리 법제가 이처럼 사실적시와 의견표명을 준별(峻別)하여 후자를 더 강하게 보호하는 것은 대의민주주의의 전제가 되는 자유로운 토론의 분위기를 조성하기 위함입니다.

그러나 의견의 자유를 충분히 보호하려면 표현된 의견이 토대로 하고 있는 사실적 정

보도 이러한 보호속에 포함시켜야 합니다. 토론 즉, 의견의 경쟁에서 의견만이 자유로울 뿐 그 기초를 이루는 사실관계의 표현이 자유롭지 못하다면, '자유로운 토론의 분위기'라는 것이 아무런 실체가 없는 공허한 주장에 그칠 수 있기 때문입니다.

그러므로 오늘날 미국이나 독일의 일반적인 견해에 의하면 사실의 전달을 의견과 구별하려고 하는 종전의 시도는 좌절된 것으로 보고 있으며, 헌법상 보장되는 언론의 자유는 의견과 사실을 구별함이 없이 '일반적인 커뮤니케이션(communication)의 권리'를 보장하는 것이라고 넓게 보아 가치판단을 포함하는 의견이든 단순한 사실적 정보이든 불문하고 표현의 자유로서 보호받아야 한다는 것으로 견해가 모아지고 있습니다.

실제로도 일상생활의 표현행위나 언론계의 관행상 사실적시와 의견표명의 구별이 쉽지 않은 경우가 많습니다. 사실의 전달이라 하더라도 그 제시의 태양(態樣)에 의하여 보도자의 의견이 드러날 수 있고, 시나 소설과 같은 순수문학의 영역이 아닌 한 사실관계를 토대로 하지 아니한 순수한 가치판단은 거의 생각할 수 없기 때문입니다.

사실에 근거하지 않는 의견은 설득력이 없고, 변화하는 주변생활의 사실적 정보를 알지 못하고서는 하등 의견을 형성하거나 결정을 내릴 수 없다는 관점에서 보면 의견의 표현과 구분하여 사실의 전달을 헌법적 보호에서 제외하려는 종래의 일부 견해는 더 이상 지지될 수 없는 것입니다. 우리의 역사적 경험에 의하더라도 독재정권이 자기에게 불리한 사실의 보도 자체를 억제해 온 것을 보면 표현 및 보도의 자유에서 사실보도를 제외한다는 것은 그 자유의 중요한 부분을 부정하는 것이 될 것입니다.

물론 사실 주장이 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 속한다 하더라도 그것이 '거짓말할 권리'까지 보장할 수는 없습니다. 따라서 표현행위 당시에 이미 거짓으로 알려지거나 입

증된 사실은 표현의 자유의 보호대상이 될 수 없다고 보아야 합니다. 그러나 표현행위 당시에 반드시 진실성의 입증이 전제가 되어야 한다면, 진실 여부에 믿음을 갖지 못하는 자는 아예 표현을 포기하게 될 것이고, 그것이 표현의 자유를 극도로 위축시키는 결과를 초래할 것임은 자명합니다.

그러한 피해는 이 사건의 경우에 특히 두드러집니다. 박근혜 전 대통령의 탄핵에서부터 재판에 이르기까지의 전 과정은 우리 헌정사의 한 획을 긋는 엄청난 사건인 만큼 그와 관련하여 두고두고 많은 말이 나올 수밖에 없습니다. 특히 개인 유튜브 방송은 기본적으로 정치적 입장을 같이 하는 사람들의 회합 내지는 친목 공간으로서의 성격을 갖는 만큼 통상의 언론 활동에 비해 훨씬 더 자유로운 주장들이 개진될 수밖에 없다는 특징이 있습니다. 만약 이러한 의사소통 자체를 엄격히 금지하고 공적 기관의 조사나 재판 과정을 통해 객관적 사실로 입증된 연후에만 말문을 열 수 있다고 한다면 표현의 자유는 극히 위축될 수 밖에 없습니다.

나. 영미에서는 전통적으로 명예훼손 주장에 대한 면책사유의 하나로서, “공정한 논평(fair comment)의 항변”을 인정하여 왔습니다. 이는 공공의 이해에 관한 사항 또는 일반 공중의 관심사와 같은 사안에 대하여는 누구라도 논평의 자유를 가지고, 그것이 공적 활동과는 무관한 사생활의 폭로나 인신공격에 이르지 아니하고 공정한 한도 내에서는 그 표현이나 용어가 아무리 신랄, 격렬하더라도, 또 그 논평의 결과 피논평자에 대한 사회적 평가가 저하되는 경우에도 논평자에게 명예훼손의 책임을 묻지 아니한다는 법리입니다. 위 항변의 주된 특징은, 첫째로 사실 자체를 보호하는 것보다는 사실에 기초한 의

견의 보호에 주안점을 두는 것이고, 둘째로 넓은 의미로 공적관심의 대상이 되는 모든 일에 관한 논평을 허용하는 광범위함에 있었습니다.

그러나 공정한 논평 항변의 법리는 기초사실의 오류가 있을 경우에는 배제되는바, 이러한 제약이 언론의 자유에 심각한 위협이 될 수 있다는 점을 분명히 한 사건이 미국 연방 대법원의 1964년 New York Times Co. v. Sullivan 판결입니다.

연방대법원은 위 판결에서 공무원에 대한 명예훼손은 오류가 포함된 기사를 현실적 악의(actual malice)를 가지고 - 즉, 그 비진실성을 알고 있었거나 그 진위 여부를 무모하게 무시하면서 - 공표한 경우에만 손해배상책임이 인정된다고 판시하였습니다.

위 판결에서의 법리가 이른바 ‘현실적 악의’의 원칙이라고 불리어지는 것인데, 이로써 언론매체에 대한 헌법적 보호는 문제된 명예훼손적 기사에 담긴 내용이 사실인지 의견인지에 따라 구분되기보다는 그 보도에 허위내용이 포함되어 있다고 하더라도, 그것이 현실적 악의라고 평가될 만한 고도의 과실에 의하여 공표된 것인지 여부에 따라 좌우되게 되었고, 언론소송의 원고로서는 보도 내용의 허위성뿐 아니라 보도 주체의 현실적 악의를 입증해야 한다는 큰 제약을 안게 되었습니다.

뉴욕타임스 사건의 현실적 악의 이론은 영국, 호주, 인도, 파키스탄, 남아프리카공화국 등 많은 국가의 재판에도 큰 영향을 미쳐 이와 유사한 이론이 채택되었으며, 필리핀 대법원은 1999년에, 대만 대법원은 2000년 7월 현실적 악의 이론을 명시적으로 수용하였습니다. 영국도 1996년 명예훼손법을 제정한 이후에 언론의 자유를 더 보호하는 방향으로 움직이고 있습니다. 지금 세계는 민주주의 사회에서 공익과 관련된 언론은 개인의 명예보다 언론의 자유를 우위에 두고, 공직자의 명예훼손 소송을 엄격하게 제한하는 추세

로 나아가고 있습니다.

다. 2000년대 들어 대법원에서는 현실적 악의 이론을 우리의 토양에 맞게 재해석했다고 보아도 좋을 정도의 판례를 연이어 쏟아냈습니다.

대법원은 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결을 통해 미국의 현실적 악의 이론을 일부 수용하는 듯한 전향적인 판결을 선고하였습니다. 즉 대법원은 이 판결에서 “언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서 표현된 내용이 사적(私的) 관계에 관한 것인가 공적(公的) 관계에 관한 것인가에 따라 차이가 있는바, 즉 당해 표현으로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 따져보아 공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안간에는 심사기준에 차이를 두어야 하며, 당해 표현이 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선될 수 있으나, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 것인 경우에는 그 평가를 달리하여야 하고 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하며, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지의 여부도 또한 고려되어야 한다”라고 판시하였습니다.

현실적 악의 이론의 한국적 수용, 해석이라고 할 수 있는 이 대법원 판결이 일단 선고되자 그 후 이와 유사한 취지의 대법원 판결이 봇물 터지듯 쏟아져 나왔습니다.

우선 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613 판결에서는 “기사 중 어떤 표현이 공적

인 존재인 특정인의 정치적 이념에 관한 사실적시에 해당하는 경우”에 “이에 대한 의혹의 제기나 주장이 진실에 부합하는지 여부 혹은 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 따짐에 있어서는 일반의 경우에 있어서와 같이 엄격하게 입증해 낼 것을 요구해서는 안 되고 그러한 의혹의 제기나 주장을 할 수도 있는 구체적 정황의 제시로 족하다고 해야 할 것이다”라고 판시하였습니다.

대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결에서는 “공직자의 도덕성·청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안하면, 이러한 감시와 비판기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 안 된다”고 판시하였습니다. 이 사건에서는 전북도지사의 관사에 침입한 절도범의 진술에만 의존하여 진실로 밝혀지지 않은 사실 즉 절도범의 절도 당시 관사에 보관 중이던 미화 12만불을 훔쳤다는 사실을 야당 대변인의 성명으로 발표한 것에 대하여 원심과 달리 명예훼손책임을 부정하였습니다.

공직자의 도덕성·청렴성이나 그 업무처리의 정당성에 대한 의혹의 제기에 대하여 가급적 언론의 자유를 보장하려는 대법원 판결의 태도는 그 후 ‘대전 법조비리’를 보도한 언론사의 명예훼손책임 여부를 따진 대법원 판결에 그대로 이어져, 그 무렵 검사들이 언론사를 상대로 제기했던 소송들에서 원심과 달리 위법성이 없다고 판시하였습니다(대법원 2003. 9. 2. 선고 2002다63558 판결, 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결, 2005. 1. 14. 선고 2001다28619 판결 등).

이 같은 대법원 판결들은 종래의 대법원 판례와 달리 언론의 면책요건을 크게 완화하여 ‘악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한’ 손해배상 책임에서 벗어나게 하

고 있는 것입니다. 이들 판결은 비록 민사판결이긴 하지만, 민사책임조차 부인되는 상황에서 형사책임을 부과한다는 것은 생각하기 어려운 일이므로, 이 사건의 판단에 있어서도 바로 참조할 수 있는 판결이라고 할 수 있습니다. 특히 위 2002다64384 판결과 이 사건의 경우를 비교하면 이 사건에 있어서 위법성 조각의 가능성은 현저히 더 증대되었다고 평가하지 않을 수 없습니다.

최근 대법원은 전원합의체 판결을 통해서 지금까지 정립돼 온 위법성 판단기준을 다시 한 번 재확인하면서(대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결), 이 사건에서도 참조가 될 만한 대단히 의미가 있는 설시를 한 바 있습니다.

어느 시대, 어느 사회에서나 부정확하거나 바람직하지 못한 표현들은 있기 마련이다. 그렇다고 해서 이러한 표현들 모두에 대하여 무거운 법적 책임을 묻는 것이 그 해결책이 될 수는 없다. 일정한 한계를 넘는 표현에 대해서는 엄정한 조치를 취할 필요가 있지만, 그에 앞서 자유로운 토론과 성숙한 민주주의를 위하여 표현의 자유를 더욱 넓게 보장하는 것이 전제되어야 한다. 자유로운 의견 표명과 공개 토론과정에서 부분적으로 잘못되거나 과장된 표현은 피할 수 없고, 표현의 자유가 제 기능을 발휘하기 위해서는 그 생존에 필요한 숨 쉴 공간이 있어야 하기 때문이다. 따라서 명예훼손이나 모욕적 표현을 이유로 법적 책임을 지우는 범위를 좁히되, 법적으로 용인할 수 있는 한계를 명백히 넘는 표현에 대해서는 더욱 엄정하게 대응해야 한다.

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

운 중립적인 공간을 남겨두어야 한다.

### 3. 이 사건의 고려 사항

가. 고소인은 2017. 5. 11. 문재인 정부 초대 민정수석으로 임명되어 2019. 7. 26.까지 근무했던 사람입니다. 이 사건 방송이 나간 시점이 2018. 3. 2.이니, 고소인이 민정수석으로 재직하고 있을 때입니다.

대통령비서실은 정부조직법 제14조에 따라 대통령의 직무를 보좌하기 위해 설치한 중앙행정기관입니다. 대통령비서실은 비서실장과 10명의 수석비서관(국정기획, 정무, 민정, 외교안보, 홍보, 경제, 미래전략, 교육문화, 고용복지), 비서관, 선임행정관, 행정관 등으로 구성되는데, 비서실장은 장관급의 정무직 공무원으로, 각 분야의 수석비서관은 차관급의 정무직 공무원으로 임명합니다.

비서실장 산하의 수석비서관은 '차관급' 직책이지만, 정가에서는 장관급 직책에서 수석으로 가는 것을 영전(榮轉)으로 표현하는 게 보통입니다. 그만큼 수석들의 권력이 강하다는 것인데, 그 중에서도 가장 힘이 센 부서는 단연 민정수석비서관입니다.

민정수석비서관실에서는 그 산하에 공직기강비서관, 법무비서관, 민원비서관을 두고, 국민 여론 및 민심 동향 파악, 공직 및 사회 기강과 관련한 직무를 총괄하고, 검찰과 경찰, 국가정보원, 국세청, 감사원 등 이른바 5대 사정기관의 활동 방향을 설정하는 막강한 권력을 갖고 있습니다. 뿐만 아니라 청와대 내부 감찰과 대통령의 친인척 관리까지 담당하게 되므로, 그야말로 공직사회의 중추이자 권력의 핵심 실세라고 할 수 있습니다. 문재인 대통령의 경우에도 참여정부 당시 민정수석을 두 차례 역임하며 '노무현의 칼'이라고 불리기도 했습니다.

청와대 민정수석비서관은 이처럼 막강한 지위와 권한을 가지고 있지만, 우리 법제상으로 이를 견제하거나 감시할 수단은 사실상 거의 없는 형편인 것이 사실입니다. 민정수석의 활동은 매우 은밀하게 이뤄지며, 언론의 통제도 벗어나 있습니다. 뿐만 아니라 민정수석은 감독기관인 국회 운영위원회에도 출석을 거의 하지 않습니다. 역대 민정수석이 국회에 출석해 증언한 경우는 고작해야 5차례에 불과합니다.

그 자리에 전문성 못지않게 고도의 공정성과 정직성이 요구되는 이유가 여기에 있습니다. 옛말에 “꼬리부터 썩는 생선은 없다”고 했거니와, 청와대 비서실 조직의 핵심에 해당하는 민정수석의 공정성이 확보되지 않고서는 청와대 비서실 본연의 제대로 된 역할 수행 또한 기대할 수 없기 때문입니다.

피고인은 고소인 개인에 대하여 사적인 감정을 가지고 방송을 한 일이 없고 또 그럴 이유도 없습니다. 피고소인이 이 사건 방송에서 고소인에 관해 언급한 것은, 고위공직자인 고소인과 관련하여 유의미한 제보를 받았고, 그 제보 내용이 당시 유튜브 독자들의 중요한 공적 관심 사안이었기 때문입니다.

일개 개인에 불과한 피고인이 권력의 핵심에서 일어난 일의 실체를 검증하는 것은 현실적으로 불가능한 일이므로, 피고인은 자신이 할 수 있는 범위에서 사실관계의 파악에 주력했고 그 내용을 정직하게 유튜브 독자들에게 밝혔을 뿐입니다. 이러한 피고인의 문제 제기 방식이 금도를 넘어선 것으로 생각되지는 않습니다.

나. 외국의 한 언론인은 “만약 취재수칙을 엄격하게 준수해야 한다면 세상을 바꾼 보도의 태반은 세상에 나오지 못했을 것이다”라고 말한 적이 있습니다. 기자라면 누구든

공감할 수밖에 없는 중요한 지적입니다. 통상의 사회부 기사라면 모르겠지만, 거대 권력의 내부에서 일어난 일과 관련된 기사의 경우에는 철저한 보안(保安)이 무엇보다도 중요한 전제조건입니다. 당사자를 찾아가 반론을 받는 식으로 취재과정을 낱알이 공개하는 것은 사실상 보도를 포기하는 것이나 다름이 없는 행동입니다.

바로 이런 점 때문에 거대 권력의 내부에서 벌어진 비리 의혹을 이론의 여지없이 명쾌하게 밝혀낸다는 것은 불가능한 일입니다. 언론으로서는 무언가 적연치 않은 구석에 대해 의혹을 제기함으로써 족하다고 보아야 할 것입니다. 실제로 이 사건 방송도 본질적으로 하나의 ‘질문’이지, 피고인이 스스로 내린 ‘결론’이 아닙니다.

따지고 보면 과거 정권에서 문제가 되었던 각종 ‘게이트’ 사건의 진상들도 모두 이런 과정을 통해 밝혀졌습니다. 즉 최초에 언론 앞에 놓은 사건의 모습이라는 것은 보도의 필요성이나 가치를 느낄 수 없을 정도의 사소한 것이었지만, 이를 묵인하지 않고 폭로해 온 언론의 용기가 있었기에 마침내 굳게 닫혀 있던 진실의 문이 열린 것입니다.

이런 경우는 수도 없이 많은데, 피고인의 경험을 예로 들자면 피고인이 월간조선에 재직하던 당시 ‘월간조선’은 2002년 5월호 “현대는 정말 북한에 4억달러를 비밀리에 주었을까”라는 제하의 기사를 통해 국내 언론사상 최초로 대북 송금설을 제기한 적이 있습니다. 이 보도가 나간 후 많은 언론들이 ‘월간조선’이 ‘소설을 쓰고 있다’고 비판하였습니다만, 이 소설 같은 이야기는 1년 뒤 노무현 정권이 들어서고 송두환 특검팀의 수사가 시작되면서 객관적 사실로 밝혀졌습니다. 언론으로 하여금 객관적으로 확인되고 검증된 사실만을 보도하도록 강요한다면, 권력의 심층부에서 저질러진 거악(巨惡)에 대해서는 영원히 그 실체를 파악하지 못하게 될 위험이 있습니다.

요컨대 오류의 가능성이 있는 보도라고 하여 진실의 발견에 무익한 것이 결코 아닙니다. 그러한 의혹의 진위를 두고 치열한 사회적 논증과 검증 작업을 거치면서 추가적인 사실이나 증거가 속속 드러나고, 최종적으로 수사기관의 수사를 통하여 사안의 진상이 밝혀지는 것이 보통인데, 그 과정에서의 오류를 수반한 표현은 사안의 객관적 진실에 도달하는 과정에서 필연적으로 거칠 수 밖에 없는 시행착오이기 때문입니다.

지금까지 본 것처럼, 고소인의 해명에도 불구하고 박근혜 대통령의 형사재판과 관련해서는 많은 의문이 뒤따를 수밖에 없습니다. 언론이 이 점을 지적하며, 의혹을 제기하는 것은 너무나 당연한 일입니다. 사안의 성격상 이와 관련해서는 앞으로도 오랫동안 논란의 대상이 될 가능성이 높고, 이것이 언론의 자유가 보장된 민주주의 사회에서 정상적인 모습입니다.

다. 지금 대한민국의 어느 식당에 가더라도 ‘미국산 쇠고기’를 메뉴판에서 쉽게 찾을 수 있고, 또한 국민들 대부분이 거리낌 없이 미국산 쇠고기를 먹고 있습니다. 하지만 2008년 봄에만 해도 전혀 상상할 수 없는 모습이었습니다.

우리 모두가 기억하고 있듯이 “미국에서는 30개월 이상 쇠고기는 개 사료로도 안 쓴다”, “수돗물, 공기로도 광우병이 전염된다”, “한국인의 95%가 광우병으로 사망한다” 등 온갖 종류의 말도 안 되는 괴담이 아무런 제어 없이 정치적 편향을 가진 방송과 신문, 시민단체 등을 중심으로 급속도로 확산되었습니다. 거리로 쏟아져 나온 수많은 사람들이 주체할 수 없는 분노로 밤새도록 광화문을 점거하는 상황이 석 달 넘게 이어지면서 서울의 심장부가 무정부 상태의 해방구가 되다시피 했습니다.

2010년 3월 천안함 폭침 사건 때는 또 어떠했습니까? 국내의 전문가들은 물론이고 미국, 호주, 영국, 스웨덴 등 4개국 전문가 24명이 참여한 가운데 천안함이 “북한제 어뢰에 의한 외부 수중폭발의 결과”로 침몰된 것이라는 사실을 분명히 밝혔지만, 온갖 형태의 유연비어가 난무하면서 끊임없이 국론을 분열시켰습니다. 현 여당을 중심으로 좌초(坐礁) 가능성이 끊임없이 제기됐고, 일부 국회의원 중에는 “군이 고의로 구조를 지연하고 있다”는 차마 입에 담을 수 없는 의혹을 제기한 사람도 있었습니다.

이런 말도 안 되는 ‘괴담’ 때문에 우리 사회는 큰 혼란과 갈등에 빠지게 되었지만, 그러나 거기에 책임을 지는 사람은 아무도 없었습니다. 오히려 그러한 혼란과 공포, 불신과 분열을 자산으로 부와 명예를 독점하고 권력까지 쥐게 되었으니, ‘거짓말’ 만큼 유용한 수단이 없다고 생각해도 이상할 게 없어 보입니다.

대단히 유감스러운 일이지만, 우리의 자랑인 법도 이들의 편에 선 듯 합니다. 서로 대척점에 있는 두 이념 중 어느 한쪽에 대해서는 춘풍처럼 온화하고 다른 한쪽에 대해서만 유독 추상처럼 엄격해지는 법의 잣대를, 피고인의 변호인은 이 항소이유서를 작성하는 동안 또 한 번 목격하고 있습니다.

“문재인은 공산주의자”라고 말해 명예훼손 혐의로 기소돼 1심에서 무죄를 선고받았던 고영주 전 방송문화진흥회 이사장에 대해, 항소심이 원심을 뒤집고 유죄 판단을 내렸다는 기사가 바로 그것입니다. 항소심은 원심을 파기하고 징역 10개월과 집행유예 2년을 선고했으며, 앞서 검찰은 징역 1년 6개월을 구형한 바 있다고 합니다.

언론에 보도된 바에 따르면, 재판부는 “동족상잔과 이념갈등 등을 겪어온 우리 사회에 비춰보면 공산주의자라는 표현은 다른 어떤 표현보다 문 대통령의 사회적 평가를 저하

하는 표현이라 하지 않을 수 없다”며 “발언 내용의 중대성과 문 대통령 명예훼손 결과, 사회 전반에 미치는 이념 간 갈등상황을 비춰보면 표현의 자유 안의 범위에서 적법하게 이뤄진 것이라 보기 어렵다”고 판결했습니다.

바로 얼마 전인 8. 15. 광복절 기념행사에서, 김원웅 광복회장이 기념사를 통해 초대 대통령인 이승만 전 대통령을 이름으로만 부르면서 친일파와 결탁했다고 주장하고, 애국가를 부정하고 “교체해야 한다”고 주장하는가 하면, 6.25 전쟁의 영웅 백선엽 장군을 현충원에서 파묘해야 한다는 주장을 폈습니다. 김원웅 광복회장은 여기에 대해 문제를 제기한 야당을 “토착왜구”라고 지칭하면서, 자신의 광복절 기념사를 비판한 야당 인사들의 실명을 거론하며 “친일청산을 반대하고 민족반역자를 영웅이라고 칭송하는 패역의 무리”라고 비판했습니다.

고영주 전 방송문화진흥회 이사장의 발언은 시민단체가 주관한 행사에서 나온 ‘개인’의 발언이었지만, 김원웅 광복회장의 발언은 전 국민이 지켜보는 공적 행사에서 나온 ‘공인’의 공적 발언이었습니다.

한편 어감(語感)으로 보더라도 36년의 일제 강점기를 겪은 아픈 기억이 있는 우리 국민에게 있어서 ‘토착 왜구’니 ‘친일’이니 하는 말은 ‘공산주의자’니 ‘친북’이니 하는 말보다 훨씬 더 부정적인 느낌을 주는 게 사실입니다. 이는, 지금 우리 사회에서 대놓고 ‘친북’을 외치는 사람은 아주 많이 있지만, 대놓고 ‘친일’을 주장하는 사람은 눈을 씻고 봐도 찾아보기 어렵다는 점만 보아도 알 수 있습니다.

김원웅 광복회장의 발언을 두둔했던 사람이라면, 고영주 전 방송문화진흥회 이사장의 발언에 대해서도 수인할 수 있어야 합니다. 이것이 민주주의의 전제가 되는 관용의 정

신이라 할 것인데, 개탄스럽게도 실상은 전혀 그렇지 않습니다.

라. “남에 대한 비판은 잘하면서 남의 비판은 못 참는다.”

이것은 피고인의 주장이 아니라, 며칠 전 영국 시사주간지 이코노미스트가 내놓은 문재인 정부와 여권 인사들에 대한 평가입니다. 이 매체는 “한국 진보통치자들이 발산한 내면의 권위주의”라는 제목의 기사를 통해 1425년 세종대왕의 어록을 인용하며 문재인 정부가 잘 생각해보면 좋을 것이라고 조언했습니다.

이코노미스트는 이 칼럼에서 “(탄핵당한) 박근혜 전 대통령의 후임자로 나선 진보진영 인권변호사 출신 문재인 대통령은 지난 정부보다 평등하고 개방적이며 이견에 관대할 것을 약속했다”며 “하지만 이런 좋은 의도가 시들어가고 있다”고 주장했습니다. 이어 “정부에 반대하는 의견을 내면 무관심하거나 건설적인 토론을 이끌어내는 것이 아니라 정부측에서 소송을 건다”며 “지난해 언론사를 상대로 제기한 민사소송의 거의 5분의 1이 정부 고위 관계자들과 관련된 것들이며 박근혜 정부 시절보다 더 많다”고 지적하기도 했습니다.

여기에서 특히 주목할 대목은, 이코노미스트가 이 칼럼에서 “우파 유튜버가 조국 전 법무장관에 대한 소문을 퍼뜨렸다가 감옥에 갇혔다”며 이 사건에 관해서도 언급했다는 점입니다. 한편 파리에 본부를 두고 있는 국제 언론인단체인 ‘국경없는 기자회(RSF)’도 성명을 내고 피고인의 석방을 촉구했습니다.

지구촌이라는 말이 낯설지 않을 정도로 세계는 좁아졌습니다. 1971년의 ‘뉴욕타임스’ 사건이나 1962년의 ‘슈피겔’ 사건 같이 언론사에 한 획을 그은 중요한 사건들은 비록 우

리와 법적 토양이 다른 외국의 사례이긴 합니다만, 그 의미와 파급력은 결코 한 나라의 입법이나 법 해석의 제한된 울타리에만 머물러 있는 것은 아니라고 생각합니다. 선진 시민사회에서 축적된 그러한 성과들이 국경을 넘어 세계 시민들의 보편적인 공감을 얻음으로써 지금 우리가 누리고 있는 언론자유는 초석이 되고 있기 때문입니다.

이 사건은 앞에서 거론한 ‘뉴욕타임스’ 사건이나 ‘슈피겔’ 사건과 그 본질과 맥락에 있어서 크게 다르지 않은 사건입니다. 이견(異見)을 억압하고 감춤으로써 한 개인이나 국가가 누리는 이익과 그것을 문제 삼아 널리 퍼뜨림으로써 사회 전체가 얻을 수 있는 이익 사이에 충돌이 발생하고 있다는 점이 바로 그것입니다. 이점은 이 사건에서의 법률적 판단이 개별법령의 자구나 문언을 넘어선 헌법이라는 큰 울타리에서의 보다 역사적이고 체계적이며 헌법합치적인 접근이 필요하다는 점을 의미합니다. 입증책임의 법리에 기초한 경직된 잣대를 가지고 판결의 형식으로 진위를 결정짓는 것은 비판언론에 재갈을 물리는 매우 반헌법적인 결과를 초래할 가능성이 높습니다.

## V. 양형부당의 점

1. 원심법원은 그 판시의 범죄사실을 유죄로 인정하면서 피고인에게 징역 8월의 실형을 선고하였습니다.

그러나 가사 피고인에 대한 그 판시의 범죄사실이 모두 유죄로 인정된다고 가정하더라도 위 피고인의 지위와 보도의 방법, 이 사건 방송에 이른 경위와 그 가벌성 내지 비난

가능성의 정도, 개인 유튜브 방송의 사회적 영향력, 구독자 수, 유사사례와의 형평성 등 주요 양형인자들과 관련된 제반 정상에 비추어 볼 때 그 형량이 지나치게 무거워 부당하다고 지적하지 않을 수 없습니다. 특히 동종 범죄의 전력이 없는 피고인에게 실형을 선고한 것은 지나치다는 생각이 듭니다.

양형과 관련하여 가장 중요한 고려의 대상은 범죄 자체와 관련된 정상관계라고 할 것인데, 이상에서 거론한 사실적, 법률적 쟁점들은 유·무죄의 판단을 떠나 형의 양정에 있어서도 꼭 짚고 넘어갈 필요가 있다고 생각합니다.

2. 피고인은 1957년생으로, 사회일반의 관점에서 보자면 이미 현업에서 은퇴를 했거나 은퇴를 눈앞에 둔 노년의 초입에 든 사람입니다. 또한 피고인은 처와 3명의 자식을 거느린 단란한 가정의 가장이기도 합니다.

3. 앞에서 누차 강조한 바와 같이, 피고인은 허위임을 알면서 보도에 임한 것이 결코 아닙니다. 곱팡이를 없애는 가장 좋은 방법은 햇볕에 드러내는 것입니다. 밀턴의 ‘아레오 파지티가’ 이래 언론은 진리를 찾는 가장 이상적이고 효율적인 수단으로 인식돼 왔거니와, 피고인의 공개적인 문제 제기, 즉 이 사건 방송 역시 진실을 찾아가는 여정의 중도에 있는 한 지점이지 최종 목적지가 아닙니다.

과정이라는 것 자체가 시행착오를 함축하고 있는 개념인 바, 만약 이 과정에 오류나 착오가 발견됐다면 피고인으로서의 언제든 바로 잡을 용의가 있었으며, 이는 피고인이 과거 기자로 종사할 때부터 현재까지 한 번도 어겨본 적이 없는 원칙이라고 말씀드릴 수 있습니다. 바로 이 점에서, 가장 중요한 양형인자 중 하나인 ‘재범의 위험성’ 또한 전혀

염려할 것이 없습니다. 즉 책임관점 뿐 아니라 예방적 관점에서도 피고인을 장기간의 구금상태에 둘 필요는 없을 것으로 사료됩니다.

4. 아리스토텔레스 이래 오늘날까지 가장 널리 통용되는 정의(正義)의 정의는 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게”입니다. 피고인은 특별한 대우나 선처를 바라는 것이 아닙니다. 다만 피고인은 자신의 죄책에 합당한 처벌을 희망할 뿐입니다.

양형은 오래 전부터 사법 불신의 가장 큰 원인으로 지목돼 왔습니다. 근자에 나온 여론 조사에 따르면 우리 국민이 원하는 것은 ‘엄벌’이 아니라 ‘정당한 형벌’이라고 합니다. 위원에서는 아무쪼록 이 사건의 세밀한 부분은 물론이고 그 배경이 된 전체적 맥락까지 세심하게 살피시어 피고인에게 가장 합당한 처벌이 이루어질 수 있도록 배려하여주시기 바랍니다.

## VI. 맺음말

이상에서 다소 장황한 느낌이 들 정도로 원심판결의 사실인정 및 법령적용상의 문제점을 하나하나 따져보았습시다만, 변호인은 피고인에게서 굳이 실형을 선고해야 할 정도의 잘못을 발견할 수 없었습니다.

변호인이 보기에 이 사건은 법리(法理)의 문제가 아니라 상식(常識)의 문제가 아닌가 여겨집니다. 대중의 감시와 비판 앞에 무한히 노출되어야 할 고위 공직자가, 생뚱맞게

피해자 코스프레를 하며 정치적 반대자의 입에 재갈을 물렸으니, 법 이전에 상식적으로 납득하기 어려운 결과를 낳은 것입니다.

가사 피고인에 대한 그 판시의 범죄사실이 유죄로 인정된다고 하더라도, 여러 가지 정상관계를 감안할 때 원심판결이 피고인에게 징역형의 실형을 선고한 것은 지나치게 가혹한 것이어서 도저히 수긍할 수 없습니다.

그렇다면 원심판결은 어느 모로 보나 위법부당하므로 항소심에서 마땅히 파기되어야 할 것입니다. 끝.