

표현으로서의 광고의 보호 정도에 대한 탐구

인격권 관련 판례에 대한 분석을 중심으로*

이재진**

(한양대 신방과 교수)

본 연구에서는 한국 광고에 있어서의 표현의 자유는 어느 정도 허용되는지를 살펴보고자 반 알스타인의 도식적 묘사를 통하여 광고관련 판례를 분석하였다. 즉, 광고를 표현의 일종으로 고려하는 경우 헌법적 보호를 받는 여타 다른 표현들에 비해서 어느 정도 보호를 받는가를 도식적으로 살펴보고자 하였다. 본 연구에서는 분석을 통해서 기존 연구들이 발견한 사항에 대한 결과와 유사한 결과 이외에 몇 가지 사안이 추가적으로 발견되었다. 첫째, 2002년 이후의 일반적인 출판물에 의한 명예훼손 판례는 문제가 된 내용의 대상이나 또는 소송을 제기한 사람이 누구인가에 대해 고려하여 만일 제소자가 공직자 또는 명백한 공적 인물의 경우에는 언론이 좀 더 자유롭게 보도하도록 판단하는 경향을 보이고 있는데 반해 광고에서의 명예훼손의 경우에는 이러한 점에 대한 이해가 아직 나타나고 있지 않다. 둘째, 기업과 관련된 판례의 경우 일반적 판결의 경우에는 기업의 성격을 고려하여 공익성의 정도를 판단하는 반면 광고와 관련된 판례의 경우에는 아무런 고려가 없다. 셋째, 비록 광고를 언론의 자유의 영역에서 헌법적 보호를 받는다는 측면에서는 이견이 없는 것으로 보이지만 헌법적 보호 대상으로서의 표현과 개인적 인격권과의 적절한 비교형량이 이루어지고 있는가에 대해서는 불확실하다. 결과적으로 알스타인의 도식적 측면에서 한국의 광고를 살펴보면 광고에 대한 표현으로서의 헌법적 보호는 명예훼손적 표현에 대한 보호의 정도보다 낮은 정도로 나타나 미국에서의 경우와 다르지 않은 것으로 보인다. 즉, 광고에 대한 보호의 정도는 위법적 표현(예를 들어 타인에게 협박을 하는 행위)이나 음란한 표현보다는 더 높게 인식하고 있으나 일반적인 명예훼손적 표현보다는 광고에 대한 보호의 정도가 낮다고 하겠다.

주제어: 광고, 표현의 자유, 보호 정도, 도식적 묘사, 인격권, 판례 분석

* 이 논문은 2002년 한양대학교 일반연구비 지원으로 연구되었음.

** jilee@hanyang.ac.kr

1. 문제제기

현대를 사는 사람들은 더 이상 광고 없는 세상은 생각하기 힘들다. 그래서 소비자가 물고기라면 광고는 물이라고 할 정도로 광고는 우리의 상징적 환경을 구성하는 데 있어 중요한 역할을 하고 있다(트위첵, 2001). 그런데 광고는 기술의 발전과 상거래 활동에 매우 밀접하게 연관되어 있다(Wilmshurst & Mackay, 1999). 다시 말하자면 현대의 상징적 환경의 생산체도로서 확실하게 자리 잡은 광고는 사회적 측면의 요소와 함께 경제적 측면의 요소를 동시에 내포하고 있는 것이다.

이러한 이유 때문에 광고를 일종의 표현으로 이해하기보다는 엄격한 규제가 요구되는 상행위로 보려는 경향이 강했다(Jackson & Jeffries, Jr., 1979). 즉, 광고는 헌법적 보호를 받는 표현의 자유 영역에 속한 것으로 판단하기 보다는 상거래에 근거하는 경제적 행위로 오랫동안 파악되어 왔다. 그러나 광고는 경제적 목적 이외의 여러 다른 역할을 수행하고 있다는 시각들도 계속 제기되어 왔으며(Shriffin, 1984) 특히 최근에 광고를 표현으로 보려고 하는 경향이 커지고 있다.

한국의 경우 지난 수십 년 동안 정부는 광고에 대한 규제완화 조치와 함께 강화조치를 실시하는 양면적인 모습을 보여 왔다. 그 결과 광고규제 법규는 1992년 약 183종에서 2000년에는 약 228종으로 오히려 증가하였고(이구현, 2002), 현재 약 230여 종의 광고규제관련 법규들이 존재한다(광고편람, 2005). 이는 광고에 대한 인식이 여전히 표현의 자유라는 측면보다는 경제적이고 규제적인 측면에 머물고 있다는 점을 반증하는 것이라고 하겠다. 아울러 한국 법원은 방송광고의 경우 사전심의제도를 현재까지 합헌으로 인정하고 있기 때문에 방송에 나가는 광고의 표현에 대한 보호정도는 더욱 제한될 수밖에 없는 상황이다.

광고를 일종의 표현으로 이해하는 견해에 따른다고 하더라도 광고는 헌법적 보호와는 여전히 거리가 있다. 즉, 광고가 헌법이 보호하는 표현의 자유의 영역에서 완전히 배제되는 것은 아니지만, 광고는 헌법적으로 강하게 보장되

는 ‘정치적 표현’(political speech)이라기보다는 ‘상업적 표현’(commercial speech)이므로 그 보호의 정도는 미미할 수밖에 없다. 그럼에도 광고에 대한 규제가 체계적이고 객관적인 기준이 없이 자의적으로 이루어져 왔다는 비판이 있어 왔다. 미국의 경우를 살펴보면 1980년 이후에는 광고규제를 특정의 기준에 적합하지 않은 경우에만 한정함으로써 그 표현의 보호범위가 대단히 넓어진 것으로 평가된다.

이러한 보호 정도의 문제는 여타 다른 기본권, 예를 들어 인격권과 상충하는 경우 더욱 복잡해진다. 비록 광고의 인격권 침해와 관련된 기존의 연구들이 많지는 않으나, 최근의 연구들은 한국의 경우 법원은 광고가 표현으로서 헌법적으로 보호를 받는 것으로 인식하고 있다는 점을 지적하고 있다(이승선, 2002). 물론 일부 학자들의 경우 광고를 표현으로 보기보다는 여전히 상행위로 보아야 하며 이에 따른 법규제가 적용될 필요가 있다고 주장하고 있어 표현으로서 광고가 헌법적으로 보장되는가에 대해서 학계를 중심으로 아직 논쟁중이라고 할 수 있을 것이다(김철수, 2004; 김서중, 2002). 그러나 최근 판례들은 광고를 표현의 일종으로 판단하고 있는 경향을 보이고 있다. 헌법재판소는 일련의 결정들을 통해 광고가 표현의 자유를 보장하는 헌법상의 보호대상을 판시하고 있는데,¹⁾ 광고가 공익적인 내용을 포함하고 있으며 국민의 알권리 차원에서 보호되어야 하는 근거가 있다고 밝히고 있다(문재완,

1) 가장 최근의 경우 2005년 10월 27일 헌법재판소가 의료법 제46조 제3항(특정 의료인 또는 특정 의료기관의 진료방법에 관한 광고 금지 규정) 및 위 규정 위반행위에 대하여 피해의 최소화 원칙 위반과 알권리 제약으로 인한 헌법상의 표현의 자유를 침해한다고 결정하였다. 실제로 1998년 이후 헌법재판소는 ‘옥외광고물등관리법 제3조 위헌소원’ 사건, 2000년 ‘식품위생법 제11조 위헌확인’ 사건, 2000년 ‘식품등의표시기준 제7조 ‘별지’ 식품 등의 세부표시기준 1가 10카 위헌확인’ 사건, 2002년 ‘옥외광고물등관리법 제3조 제1항 제6호등 위헌확인’ 사건 등. 현재 1998.2.27 선고 96헌바2 결정. “광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이다”. 현재 2000.3.30 선고 97헌마108 결정. “상업적 광고 또한 표현의 자유의 보호를 받는 대상이 된다” 현재 2000.3.30 선고 99헌마143 결정. “상업적 광고표현 또한 표현의 자유의 보호를 받는 대상이 된다”고 결정한 바 있다.

2004; 이승선, 2004).

이러한 점에 근거하여 본 연구에서는 한국 광고에 있어서의 표현의 자유는 어느 정도 허용되는지를 살펴보고자 한다. 이를 명확히 하기 위하여 광고와 관련된 인격권 침해 판례를 분석하여 그 특징적 결과를 살펴보고 이를 도식적으로 설명하고자 하였다. 도식적 이해를 위하여 반 알스타인(Van Alstyne)의 ‘도식적 묘사’(graphical depiction) 방식을 차용하였다. 즉, 헌법으로 보장된 여타 다른 다양한 표현들과 비교하여 상대적으로 어느 정도 더 많은 보호를 받는지 또는 덜 받는지를 도형적 형태로 보여줌으로써 표현으로서의 광고의 현 주소를 파악코자 하였다. 즉, 기존의 광고에 대한 연구가 표현의 자유의 영역에 속하는가 아닌가, 또는 의견광고와 일반광고를 구분해야 할 것인가 아닌가 하는 가치판단에 주력한 반면 본 연구는 광고를 일종의 표현으로서 인정한다는 판례경향에 입각하여 광고가 여타 다른 표현과 비교할 때 어느 정도 보호되고 있는가를 알고자 광고에 의한 명예훼손 침해 판례를 살펴보고자 하였다. 도식적 이해를 좀 더 명확히 하기 위하여 기존 연구 분석에서 미국의 대표적 판결들을 분석하여 미국의 경우 광고관련 판례에서 표현으로서의 광고에 대해서 어떻게 고려하고 있으며 한국에 대한 함의는 무엇인지를 간략히 살펴본다.

2. 기존 문헌 분석

1) 광고에 대한 헌법적 논의

전술한 바와 같이 광고는 오랫동안 경제적인 영역으로 이해되어 왔다. 즉, 표현의 자유를 다른 권리에 비해 우월한 지위를 인정하는 경우에는 이것이 정치적 표현의 경우에 해당하는 것이지 상업적인 표현까지 포함하는 것은 아니라는 주장이 지배적이었다. 이러한 시각은 광고를 사상과 표현과 같은 정신적인 자유권의 측면에서 보기보다는 영업의 자유로 이해하려는 견해와

일치한다. 김철수(2004)는 “표현의 자유란 정신적 활동의 자유이며, 정신적 자유는 인격발현을 위한 것인 반면 광고는 이러한 측면이 결여되므로 정신적 자유라기보다는 영업의 자유로 이해해야 할 것”이라고 보았다. 이러한 시각에 따르면 광고가 표현에 해당되며 이에 대한 최소한의 규제를 해야 한다는 것은 기존의 표현의 자유의 개념을 너무 광범위하게 적용하게 되는 것이라는 주장이 설득력을 얻게 된다. 유사하게 김서중(2002)은 더 나아가 광고가 표현의 자유가 아닌 만큼 광고에 대한 사전심의는 위헌이 아니라고 주장한다. 그는 광고를 표현으로 보는 것은 소비자 피해의 관점과 표현의 자유 개념의 지나친 확장이라는 관점을 취하였다.

실제로 광고가 경제적 자유의 측면에서 이해해야 한다는 주장은 이미 꽤 오래 전부터 있어 온 것이다. 예를 들어 1979년 잭슨과 제프리스(Jackson & Jeffries)는 광고란 단지 ‘상품(commercial products)이 누리는 정도의 헌법적 보호’를 받을 뿐이라고 주장하였다. 즉, 상업적 거래행위 이상의 의미는 없다는 것이다. 이들은 미국에서 광고의 헌법적 성격을 처음 언급한 1976년 버지니아 약사국 사건(Virginia Board of Pharmacy)은 단지 수정헌법의 옷을 입고 있을 뿐 결과적으로 광고는 경제적 활동이지 수정헌법 제1조의 보호를 받는 것은 아니라고 보았다. 왜냐하면 광고가 ‘정치적 절차’와 관련이 없으므로 수정헌법의 보호 영역에 속하지 않기 때문이라는 것이다. 즉, 광고는 상업적 거래에 대한 ‘약속’의 문제이지 민주주의의 핵심인 ‘자기통치’(self-government)와는 거의 연관성이 없다고 이해한다.

그러나 광고가 표현으로 간주되어야 한다는 주장도 꾸준히 제기되어 왔다. 무엇보다 광고물의 제작에는 기업의 이윤추구를 위한 영업활동으로서의 측면도 있지만 ‘창의성’이 중요시 되는 정신적 활동인 표현의 자유가 공존하기 때문에 이를 표현의 영역에 속하는 것으로 보아야 한다는 것이다(팽원순, 1994). 다시 말하자면 창의적 표현의 자유에 관해서는 최대한 광고인의 입장을 고려하되, 영업행위라는 측면에서는 광고주와 일반소비자의 이익에 대한 비교와 형평이 충분히 고려되어야 한다고 본다. 그래서 허위적 또는 불법적인 광고를 제외하고는 한국의 헌법 제21조 또는 미국의 수정헌법 제1조의 보호

를 받을 수 있도록 해야 한다고 주장하기도 한다(서범석, 1995).

더욱이 광고는 상당한 정도의 윤리적인 비즈니스 관행을 필요로 하는 특별한 사회적 책임을 안고 있으며(Lane & Russell, 2001, pp.330-331), 광고가 기업이나 경제활동이라고 하더라도 원칙상 표현의 자유를 인정해야 한다는 관점에서 광고표현의 헌법적 보호가 필요하다고 주장하기도 한다(성낙인, 2001; 박용상, 2002). 아울러 광고를 국민들에게 꼭 필요한 정보를 제공한다는 국민의 알권리 차원의 영역에 속하는 것이라고 보는 주장(조병량, 1994)도 있으며 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 광고라도 그 내용이 공익을 포함할 때는 경제적 정보에 관한 국민의 알권리를 근거로 하여 헌법 제21조 소정의 표현의 자유라는 헌법적 보호를 인정해야 한다고 주장도 있다(권영성, 2003). 아울러 이미 헌법재판소의 취지를 토대로 해석할 때 광고를 표현으로 볼 수밖에 없다는 시각도 있다(문재완, 2004). 또한 표현 행위는 공적인 간섭으로부터 해방되어 보호를 받는 일정한 범위가 있는데 가장 내밀한 부분부터 가장 공개적인 부분에 이르기까지 상이한 취급을 받도록 영역이 세분화 되어 있기 때문에 광고의 표현으로서의 자유는 이러한 맥락에서 이해되어야 한다고 주장하기도 한다(이구현, 2005).

사실상 광고가 표현이라는 논의는 이미 오래전부터 있었는데 1971년 레드쉬(Redish)는 광고를 상거래로 단순히 판단하기보다는 여타 다른 표현들처럼 수정헌법 제1조가 의도하는 '자기실현'(self-fulfillment)의 가치를 이루기 위한 하나의 표현이며, 따라서 여타 표현들처럼 헌법적 보호의 가치를 지닌다고 주장하였다. 그는 광고에서 나타난 정보를 통해서 소비자들이 어떤 브랜드가 어떤 다른 브랜드에 비해서 더 좋고 만족할 만한가에 대해 이성적 판단의 근거를 제시해 줌으로써 소비자들은 서로 경쟁하는 정보를 고려하게 되고 스스로 설정한 개인적인 만족의 목표라는 측면에서 정신적으로 이를 추경하고 궁극적으로 가격차에 대한 균형감각을 가지게 된다. 결국 이러한 정보를 통해서 이성적인 자기실현의 목적을 달성하도록 도움을 받게 된다는 것이다.

그는 비록 소비자의 시장에서의 행동이 항상 이성적인 것은 아니며 광고의 많은 것이 개인의 지적이고 이성적인 능력에 직접 호소하기보다는 무의식적

이고 비이성적인 욕망 또는 자기 이미지에 호소하는 것이기는 하지만, 더욱 중요한 사실은 소비자가 자신이 가장 좋은 행위를 선택하고자 그와 관련 있는 의견의 자유로운 교환을 희망한다는 것이라고 간파한다. 왜냐하면 우리는 “진실”이 무엇인지 진정 알지 못하며 우리의 의식이나 이해가 지속적으로 변하기 때문이다. 현대적 광고는 이성적인 정보를 전달하기도 하고 개인들의 평가가 이러한 정보를 얼마나 알고 있는가에 따라 이루어지기도 하므로 때로는 정치적 메시지만큼 심각하고 사려 깊은 관심을 보인다. 아울러 많은 광고들이 개인의 예술적인 창조를 보여주므로 수정헌법 제1조의 표현으로 보호받아야 한다고 설명한다.

한편 광고관련 판례를 분석하여 표현으로서의 광고를 본격적으로 연구한 이승선(2002)은 한국 법원이 광고를 점차 헌법적인 표현의 차원에서 다루고 있음을 실증적으로 밝히고 있다. 그는 우선 기존 연구들은 광고와 관련된 인격권 판례에서의 이익형량적 기준이나 시각이 헌법에서 금지하는 과잉규제에 속하는 것인가에 대한 논의는 하고 있지 않다는 점에 주목한다. 그는 특히 다양한 형태의 광고에 대해서 일률적인 잣대를 적용하고 있어 문제점을 안고 있다고 하는데, 특히 의견광고와 여타 광고를 구분하지 않는 것과 광고에 대한 반론권을 인정하지 않는 것을 문제점으로 지적하였다. 그는 헌법상의 표현의 자유 보호 영역에 광고가 포함되는가에 대한 논란은 일단락 된 것으로 보아야 한다고 주장한다. 결론적으로 정치적 광고, 의견광고는 물론 상업적 광고표현까지도 우리 사법부는 보호영역으로 판단하고 있는 것으로 보아야 한다고 설명했다.

그런데 광고를 상행위로 보는가 또는 일종의 표현으로서 보는가의 양 극단적인 견해를 피하는 시각도 있다. 예를 들어 파버(Farber, 1979)의 경우 광고란 여타 헌법적으로 보호받는 표현들과 공통적인 특성을 지닌다고 보면서도 오브라이언(U.S. v. O'Brien) 사건에서와 같이 정부가 규제할 수 있다는 것에 대해서는 어느 정도 가능성이 있다고 피력한다. 즉, 정부가 필요한 경우, 예를 들어 ‘규제를 통해서 달성할 수 있는 실제적인 이익이 존재하며 규제가 그 실질적 이익에 기여하는가에 대한 고려’를 통하여 이익형량이 이루어져야

한다는 것이다.

그는 광고가 헌법적 보호를 받는가를 알기 위해서 우선 표현의 주관적 사안이 수정헌법의 범위 안에 속하는가를 질문해야 한다고 보는데, 일단 어떤 상품의 질과 가격에 대한 정보는 때로 중요한 정치적 쟁점과 연계될 수도 있다고 본다. 그러나 실제로 광고는 경제적인 동기를 제외하면 사실의 근거가 빈약하고 나아가서는 제품에 대한 비이성적 선호를 부추기도록 의도된다. 결국 광고는 사회적 가치가 약하며 따라서 음란물과 같은 정도의 보호를 받는 데 그칠 것이라고 주장한다. 그는 광고가 일반 표현과 근본적으로 다른 점이 광고주가 상품에 대해서 말만 하는 것이 아니라 이의 판매를 의도한다는 점이라고 지적한다. 즉, 광고는 수정헌법 제1조가 적용되는 ‘정보적인 기능’(informative function) 뿐만 아니라 ‘계약적 기능’(contractual function)까지 포함된다는 것이다. 그래서 광고의 규제를 위해서는 정보적인 측면과 계약적인 측면을 구분할 수 있는 기준의 마련이 필요한데 오브라이언(O'Brien) 테스트가 가장 합당한 것이라고 판단했다.

유사한 시각에서 슈리핀(Shriffin, 1984)은 현재까지 미국 연방대법원이 병산의 일각만을 보아왔다고 지적한다. 그는 “상업적 표현”(commercial speech)의 문제를 너무 “상업적인 광고”(commercial advertising)라는 측면에서만 이해해 왔다고 비판한다. 그는 상업적인 행위자들은 광고가 아닌 많은 표현들을 하게 되는데, 만일 증권거래위(Securities and Exchange Commission)가 소속 회사의 미래에 대해서 말하는 것을 규제할 수 없다고 주장한다면 어떻게 해야 할 것인가에 대해 반문한다.

슈리핀은 가격광고가 정치적인 표현이 아니므로 수정헌법 제1조가 적용되지 않는다는 점에 동의한다. 또한 이것이 ‘자원의 효율적인 배분을 촉진’하는 역할을 하므로 수정헌법 제1조와는 거리가 있다고 본다. 그런데 그는 광고와 정치를 완전히 다른 분류로 구별하기가 쉽지 않을 때가 있다고 주장한다. 만일 GM의 사장이 기자회견에서 발표를 한다고 치면 그는 그 기업의 미래, 미래의 생산계획, 또는 경쟁을 통한 성공 또는 실패에 대해서 얘기하고자 할 것이다. 이러한 발표는 정치적 표현인가 아니면 상업적 표현인가? 사람들

은 이러한 발표에 반응하여 자동차를 구매하려 할 것이므로 당연히 광고에 가깝다고 할 수 있다. 그러나 그는 1964년 뉴욕타임즈 대 설리반(New York Times v. Sullivan) 사건에서 워렌(Warren)판사의 말을 빌려 점차 이 나라에서는 정부 분야와 개인 분야의 구분이 모호해지고 있다고 지적한 사실을 상기시키면서 거대 자동차 기업의 사장의 말은 정치적 영역과 딱히 구분하기 힘들다고 지적한다. 다시 말하자면 궁극적으로 광고는 정치적인 표현은 아니지만 정치적 영역과 따로 떼어 분리하기 힘든 면이 있다는 점에서 상업적 표현이 수정헌법 제1조의 완전히 보호받지 못한다는 주장은 적용되지 않으며, 경제적인 규제의 시각에서만 이를 바라보는 것은 잘못된 것이라고 할 수 있다.

그런데 만일 광고를 표현으로 인정한다면 과연 헌법적으로 보장받는 여타 기본권과 다름이 발생하는 경우 제대로 이익형량이 이루어지는가 하는 의문이 자동적으로 발생하게 된다. 왜냐하면 광고가 헌법상의 보호를 받는다고 하더라도 그 자유는 아무 제재도 없는, 무한정의 것일 수는 없기 때문이다. 표현의 자유 즉, 언론·출판 및 집회·결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조는 제4항에서 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다고 규정하고 있는 바와 같이 여타의 기본권과 균형을 이루어야 한다. 실제로 이에 대한 체계적인 논의는 아직도 부족한 형편이라고 할 수 있다. 이러한 점은 광고로 인한 인격권 침해의 경우 상충하는 기본권을 어떻게 비교형량 할 것이며, 또한 최근까지도 계속되어 온 방송광고의 사전심의제도의 위헌성과도 맞물려 있다고 하겠다. 광고를 표현의 자유라고 본다면 이를 사전에 규제하는 광고자율심의제도는 헌법에서 표방하는 사전검열금지 원칙에 위반이 될 가능성이 높게 된다.²⁾

그러나 헌법재판소는 아직 사전검열 여부에 대한 명확한 입장을 밝힌 바가 없다. 1994년 헌법소원의 경우 헌법재판소는 방송광고의 사전심의제도가 부분적으로 합헌이라고 결정하였으나 그 결정의 근거에 대해서는 논의하지 않았으며, 다른 부분은 기술적인 미비로 인하여 각하하는 판결을 내렸었다.

2) 광고심의제도에 대해서는 조병량(1994), 이구현(2002), 문제완(2004) 등에서 자세히 다루고 있다.

그럼에도 2004년 말에 한국광고주협회를 중심으로 다시 헌법소원을 제출하였으며, 한편으로는 방송광고심의의 위헌성을 지적하는 연구들도 나오고 있다. 여기에는 변화하는 환경에 대한 효율적인 대처라는 논지가 포함되어 있다. 이는 광고를 바라보는 인식의 폭이 넓어져야 한다는 것을 의미한다고 해도 과언이 아니다.

다시 말하자면 광고가 표현으로서 헌법상의 보호대상이 된다고 한다면 어느 정도 보호를 받는가에 중요한 쟁점이 된다. 이에 대해 알스타인(Alsteyne)은 수정헌법에 비추어 어떻게 표현의 자유가 여러 하위유목으로 나눌 수 있는가에 대한 도식적인 설명을 제공한다. 즉, 그는 지난 수십 년간의 표현과 관련된 판례들과 연구들을 분석하여 이들에 대한 내용을 도식화하여 어느 표현이 어느 표현보다 더 보호를 받으며 덜 받는가를 유형화해서 이를 그림으로 표출하였다.

수정헌법의 보호 정도를 이렇게 도식으로 표시하는 것은 어떤 표현이 정치적으로 ‘자기 결정’(self-determination)을 내리는데 중요한가를 잘 보여주면서 동시에 표현의 성격에 따른 보호의 정도를 단순하면서도 명료하게 나타내 주고 있다. 물론 표현의 보호정도라는 것이 명백히 어디에서 선을 그을 수 있는지 판단하기가 힘들며, 대단히 미묘한 측면이 있기는 하지만 이러한 도식적인 모습으로 설명을 하면 표현의 전체적인 측면의 그림을 알 수 있는 장점이 있다.

알스타인은 수정헌법 제1조의 “표현이나 언론의 자유를 억압할 수 있는 어떠한 법도 제정할 수 없다”는 구절에 초점을 맞춘다. 그러나 표현이란 100% 보호가 되는 것과 전혀 보호가 되지 않는 것으로 그 정도의 차에 따라 구분할 수 있으며, 기본권들이 상충하여 이익형량 하는 경우 규제의 가능성이 각각 다를 수 있다고 본다. 예를 들어 홈즈(Holmes) 대법관이 판시한 바와 같이 사람들이 가득한 극장에서 고의로 “불이야”를 외친다든지, 또는 누군가에게 돈을 주고서 자신의 배우자를 살해해 달라고 하는 범죄적 표현, 국회의원이 뇌물을 요구하는 등의 표현, 및 위증 등의 경우 전혀 보호되지 않는 반면 “자기 결정”(self-determination) 또는 “자치”(self-government)와 직결되는 정치

적 표현은 완전보호가 될 수 있다고 보았다.

궁극적으로 반 알스타인은 표현의 헌법적 보호의 이유가 되는 자기결정이나 자치(자기실현)에 얼마나 도움이 되는가에 따라서 보호받을 수 있는 정도가 달라진다고 주장하면서도 음란적 표현, 명예훼손적 표현, 또는 상업성이 강한 사행적 표현(기만적 광고와 같은)은 완전히 보호받지 못하는 것은 아니라고 보았다. 그는 완전히 보호되지 못하는 여러 표현들 중에서 어떠한 것이 더 많이 보호를 받고 어떤 다른 표현들은 덜 보호를 받는가의 기준을 1951년 데니스(Dennis v. United States) 사건에서 연방대법원이 밝힌 회피하고자 하는 “악의 무게(gravity of the evil)”로 삼았다.

이 사건에서 유진 데니스는 간첩법(Smith Act)상의 ‘미국 정부를 전복할 수단으로 힘과 폭력의 필요성을 전파할 목적으로 집단의 조직을 음모하는 죄’로 기소되었는데 당시 데니스는 미국 공산당의 핵심 당원이었다. 그러나 감지할 수 있으며 실제로 발생할 중대한 피해가 존재하지 않는 한 ‘폭력적 방법 외에는 정부를 타도할 방법이 없다’는 표현은 보호의 가치가 있다. 즉, 어떠한 위험을 피하기 위하여 필수적인 표현에 대한 규제를 정당화할 수 있는가를 표현의 보호의 기준으로 보았다. 따라서 ‘악의 무게’가 강하고 ‘발생할 가능성이 높은 표현들’(예를 들어 돈을 주고 범죄를 사주하는 표현)은 보호받지 못할 가능성이 대단히 높다. 반면 비록 완전히 보장되는 표현이 아닐지라도 악의 무게가 약하고 발생할 가능성이 낮은 표현들은 보호의 영역에 들어갈 가능성이 훨씬 높게 된다.

데니스 사건은 법원의 주요한 역할이 규제의 정도가 불가피하고 허용할 수밖에 없었는지를 결정하기 위해 악의 종류와 정도를 특정한 표현으로 인한 사건발생의 발생불가능성에 대해서 균형이 이루어지도록 진전시켜야 한다는 것을 암시한다. 따라서 상업적 표현(광고)의 경우 소비자 기만의 악(위험성)이라는 것이 정치적 표현의 경우에서 보다 더 적은 사기의 가능성에 근거하여 회피될 수 있다.

여기에 1919년 쉥크(Schenk v. United States) 사건에서 나오고 1969년 브란덴부르크(Brandenburg v. Ohio) 사건에서 확인된 “명백하고 현존하는 위

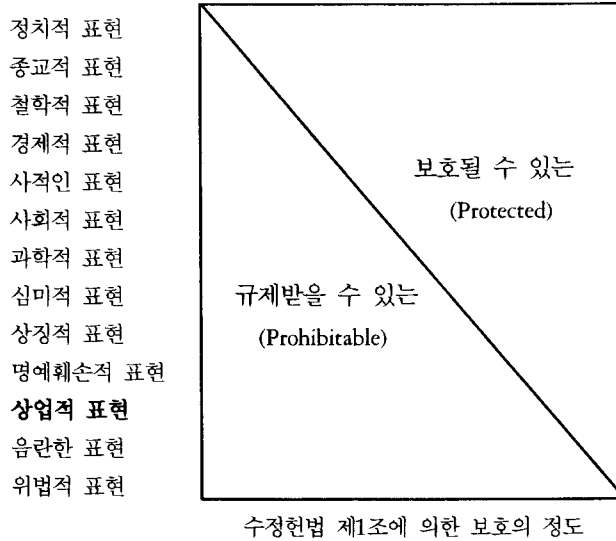
험”(Clear and Present Danger) 원칙이 적용될 수 있다. 즉, 예견되는 위험성이 명백하고 현재 발생할 가능성이 큰 경우 사건이 발생할 수 있는 가능성의 윗부분에 자리하게 되는데, 이 영역에 속하고 악의 무게가 가벼울수록 보호받을 수 있는 가능성이 높아지는 반면 반대되는 경우에는 규제 가능성도 높아진다.

이러한 도식에 근거 수정헌법 제1조의 보호의 정도를 주제에 따라서 과녁처럼 원형으로 그린다면 “정치 후보자나 정책에 대한 쟁점”이 원형의 가장 핵심에 들어가고 점차 외곽으로 “사회적·사적·종교적 표현”, “심미적·과학적·철학적·경제적 표현”, “상업적 표현(광고)”, “음란적 표현”, “응징적 또는 위법적 표현”(0% 보호) 순으로 보호의 정도를 달리할 수 있다고 판단한다.

결국 이 연구에서 쟁점이 되고 있는 광고가 어느 정도의 헌법적 보호를 받는가를 살펴보면 이를 “악의 무게”와 “발생가능성”의 측면에서 볼 때 음란적 표현보다는 더 많은 보호를 받는 반면 명예훼손적 표현보다는 보호를 덜 받는 것으로 볼 수 있다. 궁극적으로 광고라는 표현에 대한 규제를 고려할 때 이것이 나름대로 자기결정과 직결되어 인간의 가치실현에 역할을 하는 표현으로 헌법적 보호를 받는다는 것과 함께 이것이 여타 다른 표현들에 비해서 상당히 낮은 형태의 보호를 받고 있다는 것을 의미한다. 이러한 도식적 설명이 상당히 유용하고 흥미로운 변화를 보여준다. 이를 도식적으로 보여주기 위한 시도들은 아주 정확하지는 않다. 왜냐하면 도식적으로 모두 설명하기에는 애매한 부분이 많기 때문이다. 예를 들어 명예훼손적 표현은 정치적인 언급으로 연결될 수 있으며, 심미적 표현이 아마도 음란한 표현과 구분하기 쉽지 않을 수도 있다.

사실상 이러한 도식적인 그림은 부차적인 시각의 틀을 제공한다. 또한 이러한 도식들이 수정헌법 제1조의 영역에 있어서 사법부가 가지는 불명확성, 불안정성, 외부의 고려사항 등에 대한 설명력을 높이는 것도 아니다. 그러나 수정헌법을 정확하게 설명할 수 있는 어떠한 공식도 없다는 점을 감안한다면 아마도 이러한 표현들 사이의 차이에 의해 설명되어지는 방식이 유용할 수도 있을 것이다.

<그림 1> 미국에서의 표현의 유형별 보호의 정도



2) 미국의 판결경향

표현의 자유가 헌법적으로 잘 보장되어 있는 미국의 경우에도 광고가 표현의 자유(freedom of expression) 영역으로 본격적인 보호를 받게 된 것은 그리 오래된 일이 아니다. 여타 다른 표현의 경우도 마찬가지로 표현에 대한 수정헌법 제1조의 보호의 필요성에 대한 인식이 확대되면서 비로소 나타난 결과라고 하겠다. 다시 말하자면 광고의 역사는 오래되지만 광고를 일종의 표현으로 인식하기 시작한 것은 얼마 되지 않았다고 하겠다. 그럼에도 판례에 따르면 미국의 경우 광고가 헌법적 보호를 받는다는 것에 대해서는 판례를 통해서 이견이 없는 것으로 보인다.

광고가 물론 헌법적 보호를 받기는 하지만 명예훼손이나 음란적 표현과 같이 완전히 헌법의 보장을 받는 것은 아니다. 이는 1942년 미국 대법원이

크레스텐센 사건(Valentine v. Chrestensen)에서 어떤 부류의 표현은 표현으로서 헌법의 보호를 받지 못한다고 설파한 것에서 잘 알 수 있다. 즉, 광고에 대한 정부의 규제를 헌법에 대한 위반으로 볼 수 없다는 것이다. 가장 오랫동안 인용되어온 사건이기도 한 이 판결은 Chrestensen이 1940년 해군의 오래된 잠수함을 입수해서 뉴욕의 동쪽 부두에 정박시켜 놓고 시민들로부터 입장료를 받기위해 광고전단을 제작하여 노상에서 배포했는데 경찰이 주 법률에 따라 그 배포를 금지시키자 Chrestensen은 이와 같은 금지조치는 수정헌법 제1조에 위배된다고 주장했던 사건이었다. 여기서 연방대법원은 '순수한 영리적인 광고행위는 경제적 자유와 같은 것으로서 수정헌법 제1조의 보호에서 제외되는 것이 명백하다고 판시했다. 이 사건 이후 미국 법원은 영리/비영리의 2분법 원칙을 적용시켜 왔다(권영성, 2003).

이러한 점은 1943년 종교적 광고와 관련된 마틴 사건(Martin v. City of Struthers)³⁾에서도 살펴볼 수 있는데, 법원은 완전한 영리성 광고가 아닌 경우에는 헌법상의 보호를 받는다고 보았다. 같은 맥락에서 1964년 설리반 사건(New York Times v. Sullivan)⁴⁾에서 연방대법원은 정치광고와 의견광고는 수정헌법 제1조의 영역 내에 있다고 판시했다.

그런데 영리성/비영리성을 기준으로 광고를 이분법적으로 판단하던 전통은 비겔로우 사건(Bigelow v. Virginia)⁵⁾에 오면서 조금씩 변화하기 시작한다.

3) Martin v. City of Struthers, 319 U.S. 862 (1943).

4) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). 이 사건은 New York Times에 흑인민권운동을 지지하는 의견광고를 내면서 알라바마주 몽고메리시에서 있었던 데모 학생들에 대한 경찰의 폭력적 진압에 대한 내용 중 일부가 사실과 달라서 이를 명예훼손으로 제소하면서 발생하였다. 연방대법원은 판결에서 의견광고는 공적 쟁점에 대한 토론이 자유로워야 한다는 견해에 근거해서 헌법적 보호의 대상이 된다고 보았다.

5) Bigelow v. Virginia, 421 U.S. 809 (1975). 연방대법원은 미국이 자유경제의 기초를 유지하는 한 재화의 분배는 개인의 수많은 경제적인 결정을 통해서 이루어 질 수밖에 없는데 이러한 결정이 현명하고 확실한 정보의 선택을 통해서 이루어져야 한다는 사실이 핵심적인 관념사가 된다고 보았다. 따라서 상업적 정보의 자유스러운 유통이 보호를 받아야 한다는 측면에서 광고도 수정헌법 제1조의 보호범위 내에

이 사건은 낙태가 법률로 금지된 버지니아의 한 신문에서 “원치 않는 임신을 해결해 준다”는 뉴욕에 위치하는 한 산부인과 병원의 광고를 실으면서 시작되었다. 연방대법원은 이는 크리스텐센(Chrestensen) 사건에서의 영리적 광고와 상당한 차이가 있다고 판시하면서 신문에 게재된 광고는 단순한 영리성 이상의 무엇인가 공익적인 측면을 내포하고 있다고 보았다. 즉, 이 광고는 전체적으로 판단할 때 관심과 가치를 지닐 수 있는 정보를 다양한 계층의 독자들에게 알려주기 때문에 공익적인 것이며 상업광고의 영리성만으로 광고를 규제하는 것은 위헌이라는 점을 밝혔다. 그러나 구체적으로 어떠한 광고가 규제대상이 되는지에 대해서는 언급하지 않았다.

이러한 연방대법원의 태도는 버지니아 약사국 사건(Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens' Consumer Council, Inc.)에서 좀 더 구체화되는데 이 사건에서 법원은 수정헌법 제1조의 보호의 범위에 광고가 포함된다고 보았다.⁶⁾ 연방대법원은 조제 의약품의 가격광고를 금지하는 버지니아주법은 위헌이라고 판단하면서 수정헌법 제1조는 모든 표현을 보호한다는 논리를 적용하였다. 법원은 일단 내용에 근거한 규제는 불가능하며 결국 광고는 “시간, 장소 및 방법”(time, place, manner)에 근거해서만 규제가 가능하다고 판시했다.

이후 수정헌법 제1조가 광고에 보호를 제공한다는 논리는 린마크(Linmark Associates v. Township of Willingboro) 사건⁷⁾ 등을 통해 점차 확대되어 가다가 1980년 센트럴 허드슨(Central Hudson Gas & Electric Co.) 사건에 오면서 어떤 경우에 광고를 규제하고 할 수 있는가의 기준이 제시된다. 이후 미국에 있어서의 광고에 대한 규제는 이 사건에서 제시된 기준을 따르는 경향을 보인다.⁸⁾ 센트럴허드슨 사건은 1970년대 말 소위 석유 파동을 겪으면서 뉴욕

있다고 주장했다.

6) Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens' Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748 (1976).

7) Linmark Associates v. Township of Willingboro, S.Ct 1614 (1977)

8) Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n, 447 U.S. 557 (1980).

주정부가 에너지 소비를 조장하는 광고를 금지하는 법이 제정되었는데 이에 따라서 전기회사들은 자사의 전기를 판매하기 위한 광고도 제한하게 되어 전기회사들이 이러한 조치를 위헌이라고 주장하면서 발생하였다. 여기서 연방대법원은 표현으로서의 광고를 규제하는데 있어서 4가지의 기준을 제시하였다.

첫째, 광고의 표현이 헌법적으로 보호할만한 성격의 것이어야 한다. 즉, 광고의 표현이 불법적인 내용에 대한 것이거나 허위, 기만하는 것이 아니어야 한다는 점이다.

둘째, 정부가 광고규제를 통하여 얻는 실질적 이익이 존재해야 한다는 것이다. 다시 말하자면 광고의 규제를 정당화하고 광고의 규제를 통해 얻을 수 있는 실질적인 사회적 이익이 있어야 한다는 점이다.

셋째, 정부의 광고규제가 그 규제를 통해 얻고자 하는 정부의 이익에 직접적으로 기여하는 것이어야 한다. 즉, 광고의 표현을 금지시킴으로써 정부의 목적이나 이해를 실질적으로 증진시키는 것이어야 한다는 점이다.

넷째, 정부의 광고규제가 그 규제를 통하여 얻고자 하는 이익에 비추어 꼭 필요한 정도의 것으로서 규제의 정도가 과도하지 않아야 한다. 즉, 광고규제가 정부가 추구하는 이익을 달성하기 위하여 필요 이상으로 과도한 것은 아니어야 한다는 점으로 광고규제 이외의 덜 억압적 방법으로 목표로 하는 공익을 달성할 수는 없는가를 고려해야 한다는 것이다.

이러한 연방대법원의 판결은 비록 광고라 하더라도 이를 함부로 규제해서는 안 되며 이러한 규제를 통해 달성할 수 있는 구체적인 사회적 이익 즉, 공익이 존재하는가에 대한 고려가 선행되어야 한다는 것을 의미한다. 이러한 판결은 1942년 Christensen 사건 이후 골머리를 앓아왔던 광고에 대한 규제 기준을 보다 명확히 제시함으로써 일정한 유형의 광고는 수정헌법 제1조의 보호를 받는 반면, 보호의 범위 밖에 있는 광고도 있다는 점을 암시하고 있다고 하겠다(Gower, 2005).⁹⁾

9) 미국 법원은 광고를 저널리즘·정치적 표현·종교적 표현과 구분되는 ‘상업적 표현’으로 간주해 왔다. 반면 저널리즘 사업을 하는 기업들이 막대한 이윤을 획득하더

그런데 이후 수정헌법 제1조상의 보호가 정치·종교·사회적 표현과 광고에 얼마나 다르게 적용되는가에 대한 많은 쟁점들이 제기되어 왔다. 사실 1980년 *센트럴 허드슨 사건* 이후 연방대법원은 서로 상반되는 결론에 도달하기도 하는 등 다소 복잡한 논의과정을 거치게 된다. 예를 들어 1983년 볼저(*Bolger v. Young Drug Products Corporation*) 사건에 있어 법원은 피임기구에 관한 원치 않는 광고물의 우편 발송을 금지하는 연방법은 위헌이라고 판결했다.¹⁰⁾ 대법원은 왜냐하면 이러한 조치로 인하여 피임이나 가족계획 또는 성병과 같은 공적 문제들에 대한 진단까지 금지될 수 있기 때문에 법이 구체적이지 못하고(not narrowly tailored) 너무 광범위하다고 판결했다.

반면 연방대법원은 1986년 포사다스 사건(*Posadas de Puerto Rico Association v. Tourism Co.*)의 경우 표현으로서의 광고에 대한 보호를 확대 적용해 오던 이전의 태도와 달리 여행자에게는 카지노 광고를 할 수 있지만 푸에르토리코(Puerto Rico) 주민들을 대상으로는 광고를 할 수 없다는 판결을 내렸다.¹¹⁾ 즉, 관광사업을 증진할 목적으로 도박은 허락하면서도 푸에르토리코 주민들의 건강·안정·복지를 보호하기 위한 방안으로서의 도박 광고의 금지는 허드슨 사건의 기준을 통과하여 수정헌법 제1조의 위반이 아니라고 보았다.

그러다가 1990년대 들어서 연방대법원은 광고의 헌법상의 표현으로서의 보호를 확대하는 추세를 보인다. 예를 들어 1989년 *Board of Trustees of the State University of New York v. Fox* 사건¹²⁾에서 허드슨 사건 이후 적용해 오던 ‘최소한의 규제’ 기준과 함께 ‘목적과 수단이 적합한지를 판단해야 된다는 기준으로 확대하였다. 대학 기숙사에서 터피웨어 파티를 하려는 광고가

라도 미 법원의 분류 방식에 의하면 그들은 상업적 표현 활동을 하는 기관이 아니다(Wright, 1999, p.488).

10) *Bolger v. Young Drug Products Corporation*, 463 U.S. 60 (1983).

11) *Posadas de Puerto Rico Assoc. v. Tourism Co.*, 478 U.S. 328 (1986).

12) *Board of Trustees of the State University of New York v. Fox*, 109 S.Ct. 3028 (1989).

문제가 된 이 사건에서 연방대법원은 규제당국이 최소한의 규제수단이 적용되었는지를 입증할 필요는 없으며, 정부가 밝혀야 할 것은 규제당국의 본래의 목적과 그 목적을 이루기 위한 광고제재 사이에 조화를 이루고 있는지가 보다 중요하다고 판시했다.

1990년대 동안 연방대법원은 Edge Broadcasting 사건, Discovery Network 사건, Adoph Coors 사건, 신시내티 사건¹³⁾과 에덴필드 사건,¹⁴⁾ 1996년 리커 마트 사건¹⁵⁾에서 광고표현의 자유를 명시적으로 확인하였다. 특히 리커 마트 판결에서 분명해진 것은, 1990년대 상업적 광고는 상당한 정도의 헌법적 보호를 향유하긴 하지만, 비상업적인 정치·사회·종교적 광고가 누리는 정도의 보호에는 결코 미치지 못한다는 점이었다.

리커 마트 사건 이후 십 수 년 간 적용해온 센트럴 허드슨 원칙의 유용성에 대한 상당한 논란이 있었다. 현재까지의 미국 연방대법원은 다른 표현행위에 비해 상업광고는 보호의 정도가 약하며, 진실한 상업광고의 경우에도 정부가 실질적인 이익이 있음을 입증할 경우 규제될 수 있고, 허위의 상업광고와 불법상품과 관련된 광고일 경우 수정헌법 제1조의 보호에서 배제되며, 표현으로서의 광고에 대해서는 단순한 ‘합리적인 적합성’ 원칙의 적용뿐만 아니라 정부의 이익과 비례를 통해서 규제가 이루어져야 하며, 아울러 최소한의 금지 원칙이 꼭 적용되어야 하는 것은 아니지만 의도하는 목적을 달성하기 위해서는 그 방법이 구체적이어야 한다고 판단하고 있는 것으로 보인다(Zelezny, 2004).

결과적으로 미국의 광고에 대한 보호의 원칙은 초기 상업적/비상업적 광고를 구분한 이분법적 접근이 오랫동안 계속되어 오다가 1970년대부터 상업적 광고에 대해서도 헌법적 보호의 원칙이 적용될 수 있다는 것을 다양한 판례들을 통해서 도출해냈다. 구체적으로 보자면, 1980년 오브라이언 원칙이 변형된 형태로 합리적 적합성 원칙(센트럴 허드슨 사건)이 만들어졌고 이것이 십수

13) *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410 (1993).

14) *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761 (1993).

15) *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996).

년 동안 적용되어 오다가 여기에 이익과 비례의 원칙이 다시 추가되는 과정을 거쳐 왔음을 알 수 있다. 궁극적으로 미국의 경우 예외적인 규제이외에는 원칙적으로 헌법적으로 보호되는 표현으로 광고를 이해하고 있다고 하겠다.

이러한 미국 법원의 판결 경향은 한국의 광고에 대한 헌법적 논의에 영향을 미친 것으로 판단된다. 즉, 상업적/비상업적 표현의 이분법적 원칙의 폐지와 함께 점차 헌법적 보호의 범위를 확장해 나가도록 하는 판결 경향은 한국에서도 광고를 표현으로 인식하도록 하는 논리적 근거로서 작용하였을 것으로 보인다. 물론 어느 정도의 헌법적 보호를 받을 수 있는가 하는 점은 한국과 미국에 있어 다소 다를 것으로 판단되나, 한국의 경우에도 법원 판례에서 광고가 표현으로서 어느 정도 인정되고 있다면 이러한 헌법적 보호에 미국식의 판단이 상당히 기여했을 것으로 추정할 수 있다.¹⁶⁾

3. 연구방법 및 내용

본 연구는 기본적으로 판례분석적 연구방법을 선택하였다. 즉, 본 연구는 케이스로(case law) 분석방법을 이용한다. 판례분석을 통한 연구는 법적인 시각에서 현실적으로 이용되어지는 용어들이나 개념에 대한 정의 등을 제공하며, 나아가서는 쟁점이 되는 사회적 문제의 해결을 위한 구체적 지침을 생산할 수 있다는 점에서 중요한 분석방법이다. 이러한 판례분석은 판결 결과에 대한 분석은 물론 결과 도출에 내재되어 있는 사회, 정치, 문화의 맥락을 밝힘으로써 특정 쟁점에 대한 정의(definition)와 해석, 관계 법률의 적용범위의 결정, 그리고 구성요건에 대한 이해 및 위법성 조각사유에 대한 이해를 높일 수 있는 연구방법이다. 이러한 분석은 사회과학적 방법을 통해 이루어지기도 하며 판례를 분석한 결과는 질적인 방법을 통해 해석하게 된다.

16) 한국의 경우에도 법원의 판결에 있어 담당 재판부는 관련된 국내의 판례들(특히 미국과 일본의 판례들)을 살펴보고 이를 참고하여 판단하는 경향이 증가하고 있다 (김재협, 2003).

본 연구는 광고의 인격권 침해 관련 판례 전체를 그 대상으로 1984년부터 2005년까지의 21년 동안의 관련 판례들을 중심으로 이루어졌다. 판례는 2005 ‘법고을’ DVD, 대법원 홈페이지, 언론중재지, 언론과 명예훼손(차형근 등, 2001), 언론관계 판례집(1집-11집), 법원공보, 그리고 광고관련판례집(한국광고자율심의기구, 2001) 등을 통해서 수집하였다. 지난 21년 동안의 판례를 선정한 이유는 비록 아직까지 광고에 있어서의 인격권 침해와 관련된 판례의 수가 많지 않다는 점도 있지만 흥미롭게도 1980년대 말엽부터 광고에 의한 인격권 침해문제가 중요한 쟁점으로 인식되기 시작하면서 판례들이 나타나기 시작했고 1990년 중반이후부터 관련 판례건수가 늘고 있기 때문이다. 또한 이와 관련된 본격적인 연구들이 아직 많이 나오고 있지 않지만 대개 1990년 후반부터 이 분야에서 연구의 필요성이 커지고 있다고 인식되고 있다. 실제로 본격적 연구가 많지 않다는 점에서 본 연구의 수행가치가 있다고 보이며 실제로 표현으로서 광고가 어느 정도 보호받고 있는가 하는 것을 일반적인 명예훼손과 비교해서 다루고 있다는 점에서 비록 시론적인 내용이라는 하나 연구의 가치가 있다고 판단된다.

판례의 분석은 대개 상충하는 제반 이익사이에 올바른 이익형량이 적용되었는가를 따져보는 것인데 이는 법익의 형평성 여부(과잉금지의 원칙)와 직결된다(김대환, 2001). 왜냐하면 이익형량의 경우 상충하는 제반 이익을 형평성 있게 다루어야 하므로 이를 통해서 광고를 표현으로 인식하고 있는가의 여부를 판단할 수 있기 때문이다. 궁극적으로 비교형량의 기본은 일정 부분 국민의 기본권 조항을 헌법에 둠으로서 상충하는 기본권 사이의 공익성 실현을 위한 적절한 조화를 도모하는 것이다.

헌법상의 기본권 규제의 법리는 헌법 제37조 제2항의 규정대로 국가안보, 사회질서유지, 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있는데, 여기서 중요한 것은 여타 개인의 기본권과의 이익형량을 통해서 공공복리를 어떻게 달성할 수 있는가 하는 점이다. 즉, 개인의 명예와 표현의 자유와의 이익형량을 통해서 어떠한 공적 이익을 달성할 수 있는가 하는 점이 궁극적인 목적이 된다. 따라서 만일 광고표현이 헌법적으로 보호를 받고

있다면 이에 대해서 함부로 규제되어서는 안 되고 이와 상충하는 제 이익과의 조화로운 형평을 이루는 것이 요구된다. 이를 위해서는 상충하는 제 이익을 고려함에 있어 어느 한쪽에 과도한 무게를 두거나 그러한 인상을 주는 것은 제대로 된 비교형량이 되지 못한다는 것이다. 따라서 판결에서 적용된 판단 기준은 비교적 명료하고 예측 가능하여 자의적 해석이 최소화 될 수 있도록 체계화되어야 한다.

다시 말하자면 본 연구는 판례의 분석을 통해서 표현으로서의 광고와 인격권이 어떻게 비교형량되는지를 분석하여(김대환, 1991; 이명웅, 1998) 궁극적으로는 표현으로서의 광고의 보호 정도에 대해서 도식적으로 살펴보고자 한다. 문제는 비교형량의 기준인데, 전술한 바와 같이 우리 사법부는 구체적으로 어떻게 비교형량을 가능해야 하는지는 명확히 제시하지 않고 있다. 다만 사안별 속성에 의거하여 구체적 또는 함축적으로 상대 법익간의 이익 형량을 추량할 뿐이다.

따라서 판례상 구체적인 비교형량을 가능할 수 있는 일반적 방향성을 예측하고 있지는 않다고 하겠다. 따라서 이러한 부분은 추정적으로 살펴볼 수밖에 없는 한계가 존재한다. 그럼에도 최근의 경우 상급심 법원의 판결례의 구속력이 커지고 있다는 측면에서 명예훼손적 표현과 광고표현을 비교하여 1) 원고의 지위, 2) 판결의 이유/근거, 3) 면책사유 적용의 근거와 양식, 4) 판례결과의 함의라는 유목에 분석의 초점이 맞추어 졌다. 여기서 나온 결과를 근거로 반 알스타인의 도식적 측면에서의 광고의 헌법적 보호의 정도를 가늠해 본다.

4. 관련판례분석

이 연구는 광고에 의한 명예훼손관련 판례를 분석하여 표현으로서의 광고가 어느 정도 보호를 받고 있는가를 가늠해 보고자 하였다. 특히 일반 매체의 명예훼손의 판결 법리와 광고로 인한 명예훼손에 있어서의 판결법리가 어떻게 다른가에 초점을 맞추어 분석을 진행한다. 이처럼 판례를 분석하는 이유는

사법부의 판결을 통해서 어떠한 방식으로 특정한 결과에 영향을 미치는가를 파악할 수 있다는 점 때문이다.

1980년 이후 현재까지의 관련 판례 17건을 분석대상으로 하였다. 인격권 침해로 문제가 된 광고 관련 소송이 많지 않은 이유로 여기에는 광고의 내용이 명예훼손적인 관계로 소송으로 이어진 것(기업에 대한 비방광고 포함)과 함께 사전금지가처분 청구 사건 그리고 사죄광고의 청구로 인하여 발생한 소송까지 포함하였다. 실제로 사죄광고를 신청한 판례는 광고로 인한 명예훼손과는 거리가 있지만 그 내용이 명예훼손과 관련된 것이기 때문에 판단기준을 이해하기 쉽도록 비교차원에서 포함시키는 것으로 하였다. 이는 <표 1>과 같다.

지난 25년간 선고된 17건의 판례 중 1980년대 4건, 1990년대 10건, 그리고 2000년대에 들어서 3건으로 대부분의 경우 1990년대에 발생하였음을 알 수 있다. 2000년에 들어서면서 광고로 인한 인격권 침해와 관련된 판례는 거의 찾아보기 힘들었다. 흥미롭게도 일반적 명예훼손의 경우 지속적으로 소송 건수가 증가하는 추세를 보이고 있는 반면 광고에 의한 명예훼손 등의 경우는 오히려 줄어드는 경향을 보이는데 이는 광고 제작자들이 자율적으로 문제가 될 만한 내용은 자제한 결과인 것으로 판단된다.

한국에서의 광고에 의한 명예훼손 판례들에 따르면 사법부는 광고를 하나의 표현으로서 인정하고 언론·출판의 자유의 범위에 포함되는 것으로 판단하는 경향이 있다는 기존 연구결과들과 일치하고 있다(손수진, 1998; 이승선, 2002). 예를 들어 1998년 헌법재판소는 “광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 언론, 출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨을 물론이다”라고 판시한바 있다(헌재 1998.11.26 선고 94헌마207 결정). 따라서 무엇보다 언론·출판의 자유와 인격권을 이익형량하는 법리를 광고와 인격권 사이의 이익형량에도 적용하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

광고의 경우에도 형법 제310조에서 규정하고 있는 위법성조각사유인 진실성을 적용하려는 모습을 보인다. 즉, 문제된 내용이 진실하거나 진실하다고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성을 조각시키려는 경향이 있다. 그래서 비록 비상업적 광고의 경우에 주로 해당하기는 하지만 광고에 있어 내용이

<표 1> 광고 관련 명예훼손 소송

번호	판례 번호	판결요지	이익형량의 근거	원고의 지위/ 성격
1	서울민사지방법원 1984.11.30 선고 84카기474 판결	종교관련 신문에 의견광고 게재로 인한 명예훼손 침해로 반론권 청구했으나 기각된 사례.	광고에 대한 반론권 불인정	법인(종교단체)
2	서울민사지방법원 1984.11.30 선고 84카34375 판결	종교관련 신문에 의견광고 게재로 명예훼손 된 이유로 반론권을 청구하였으나 기각됨.	광고에 대한 반론권 불인정	법인(종교단체)
3	대법원 1986.3.25 선고 85도1143 판결	모조지 10여장에 사인펜으로 광고문을 작성한 경우 출판물 등에 의한 명예훼손에 있어서의 출판물로 볼 수 없다고 판결.	비상업적 광고문에 대한 고려	법인(기업)
4	대법원 1988.06.14선고 87다카1450 판결	명예훼손이 인정되는 경우, 피해자의 청구 시 명예회복 처분으로서 사죄광고 인정.	특별구제로서의 사죄광고의 근거	개인(일반인)
5	서울민사지방법원 1991.01.17 선고 90가합15896 판결	저작물의 내용을 무단 발췌 게재한 월간 여성잡지사에게 저자의 저작권침해 및 명예훼손에 대한 사죄광고문 게재를 명한 사례.	특별구제로서의 사죄광고의 고려	개인(일반인)
6	헌법재판소 1991.04.01 선고 89헌마160 결정	민법 제764조의 '명예회복에 적당한 처분'에 대한 의미 확인, '사죄광고'의 제한적 사용.	특별구제로서의 사죄광고의 요건	개인(일반인)
7	서울민사지방법원 1992.09.15 선고 92카기474 판결	민주당 정책광고가 인격권 침해했다는 이유로 반론권을 청구하였으나 기각됨.	상업광고/비상업광고 비구분, 광고에 대한 반론권 불인정	법인(정당)
8	대법원 1993.04.13 선고 92도3035 판결	한국소비자보호원의 발표내용을 과장, 왜곡하고 발표에 들어있지 아니한 내용을 삽입하는 등의 광고를 한 것이 출판물에 의한 명예훼손죄 및 업무방해죄로 판단(비방목적으로 허위의 사실을 적시·유포하여 소비원의 명예훼손 손해), 우유산업에 기여, 광고 일부사실 부합. 1심에 비해 가벼운 판결.	진실성/표현으로서의 광고에 대한 고려가 없음	법인(기업)

9	서울고등법원 1994.01.11 선고 93나6210 판결	의견광고를 통해 허위사실을 적시하고 유포한 이유로 손해배상 및 사죄광고 청구한 사건으로 손해배상은 인정하되 사죄광고는 기각.	허위사실 적시/광고에 대한 반론권 불인정	개인(일반인)
10	서울지방법원 1995.09.27 선고 자95카합3438 결정	공적 인물은 자신의 사진, 성명, 가족들의 생활상이 공표되는 것을 어느 정도 수인하여야 하고, 그 사람을 모델로 하여 쓰여진 평전의 표지 및 그 신문광고에 사진을 사용하거나 성명을 표기하는 것, 그 내용에 가족관계를 기재하는 것은 위 평전이 그 사람의 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 허용되어야 한다고 본 사례.	광고와 공적인 물에 대한 고려/명예훼손이 아닌 한 내용허용	공적 인물
11	대법원 1996.04.12 선고 93다40614/ 93다40621 판결	비방광고에 대한 대응광고비용을 비방광고로 인한 손해로 본 사례. 비방광고로 인한 인격권 침해에 대한 사전 구제수단으로서 광고 중지 청구를 인정한 사례.	비방광고에 대한 사전예방조치 인정	법인(기업)
12	대법원 1996.9.6 선고 96다19246, 19253	주간 교회연합신보 광고란에 의견광고 게재하여 명예훼손 인정. 하급심 파기환송.	의견광고/기타 광고구분 없음	법인(종교단체)
13	서울지법남부지원 1997.8.1. 선고 96가합12727 판결	원고가 출현한 엠씨스퀘어 신문 광고를 TV방영하여 명예훼손 한 이유로 손해배상 청구하였으나 기각됨.	명예훼손 객체로서의 기업에 대한 고려	법인(기업)
14	서울지방법원 1997.10.10 선고 자97카합2923 결정	명예훼손으로 인한 인격권침해의 사전 구제수단으로 침해행위의 예방청구권이 인정된다는 이유로, 인격권을 침해한 기사를 게재한 단행본의 발행, 그 내용의 전부 또는 일부를 포함한 기사나 광고 등의 행위를 금지하는 청구권 인정.	사전예방으로서의 금지가처분의 근거	법인(기업)
15	광주지방법원 2003.1.28 선고 2002고합594 판결	5·18 광주민주항쟁을 소수의 좌익과 북한에서 파견한 특수부대원들이 선동한 폭동으로 묘사한	의견광고로 인한 명예훼손 인정	공적 인물

		협의로 지00 피고인에게 징역 10월 집행유예 2년의 실형 선고.		
16	서울고등법원 2005.01.11 선고 2004나44089 판결	신문에 낸 광고에 대한 인터넷신문의 비판적 기사가 비록 일부 과장되었다고 하더라도 기사에서 비난의 대상이 된 광고를 게재한 경위, 내용, 표현 정도 등을 감안하면 기사 수준은 용인되는 범위 내에 있음. 원심 파기.	명예훼손 소송의 근거로서의 신문광고의 표현 정도	공적 인물
17	서울고등법원 2005.01.17 선고 자2004라439 결정	역사적 사실에 배치되는 묘사로써 타인의 인격권을 침해할 우려가 있는 상업영화에 있어서 일반인으로 하여금 영화가 역사적 사실 그대로 제작된 것으로 인식하도록 유도하는 결과를 야기하는 내용의 광고·홍보에 대하여 인격권의 침해행위를 방지하기 위한 피해자의 가처분신청을 인용한 사례.	사전에 방오로서의 금지가처분의 근거	개인 (일반인)

다소 과장되거나 약간의 오류가 있다고 하더라도 진실이라 믿을 만한 사유가 일반 언론에서처럼 인정된다고 하겠다. 예를 들어 1996년 대법원은 “...그 광고 중 위 피고들이 검찰공무원을 사칭하였다는 내용의 후단 부분은 그 표현에 지나친 점이 없지 아니하나 위 피고들의 원고에 대한 비판이 그 절차에 있어서도 옳지 못하다고 주장하는 근거 중 하나의 사실로 내세운 것으로서 원고가 그와 같은 사실이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었다고 할 것이므로...후단 부분의 광고행위 역시 위법성이 없다 할 것이다”라고 판결하고 있다(대법 1996.9.6 선고 96다19246 판결).

흥미로운 점은 비록 진실성과 상당성이 적용되고 전체적인 측면에서의 판단이 요구되기는 하지만, 광고의 특성을 고려하여 광고에서 사용된 특정부분을 강조하기 위한 조치를 취하는 경우, 예를 들어 사실을 과장하거나 일정한 내용을 삽입하거나 하는 경우에는 이러한 부분에 대해서는 책임을 져야 한다고 보는 경향이 있다는 점이다. 즉, 강조하려고 하는 부분이 허위적인 표현인

경우에는(허위 및 과장 광고는 규제될 수 있으므로) 상당성이 적용되지 않는다는 판결이 나오기도 했다. 예를 들어 춘천지법은 “...광고의 특성 또는 광고주가 광고로부터 얻으려는 이익과 책임의 비례의 원칙을 고려하여 일반대중은 이를 어떻게 받아들일 것인가 하는 점이 이 강조부분에 중점을 두어 전체 글을 해석하는 방법을 종합하여 그 허위여부를 판단해야 한다”고 피력한 바 있다(춘천지법 1991.2.26 선고 90고단108 판결).

유사한 맥락에서 최근의 판례는 표현으로서의 광고에 있어서의 표현의 정도는 상대적으로 용인되는 폭이 좁다고 판시하고 있다. 이는 역사적 사실에 배치되는 묘사로서 타인의 인격권을 침해할 우려가 있는 상업영화에 관한 광고표현에 있어 헌법이 보장하는 표현의 보호에는 제한이 있다고 본다(서울고법 2005.1.17 선고 2004라439 결정). 이는 ‘영화상영금지처분’사건인데 상업성 광고의 경우에는 최소한 실제 사실관계 배치되는 영화내용이 마치 진실인 것처럼 적극적으로 홍보하는 상업광고가 표현의 자유에 근거한 보호를 다 받을 수는 없다고 보았다. 법원은 역사적 사실을 소재로 하는 상업영화의 광고는 순수한 창작소설 등을 토대로 한 영화에 비하여 실제 사실관계와 상이한 광고로 인하여 그 모델이 된 사람의 인격권 등이 침해될 위험성이 높으므로 표현의 자유가 용인되는 폭이 상대적으로 좁다고 보았다.

또한 판례들은 상업적 광고와 비상업적 광고가 현재까지 크게 구분되어 판단되고 있지 않은 것으로 보인다. 다시 말하자면 상업적이던 또는 의견광고 또는 정책광고와 같은 기타 광고이든지 이를 크게 구분해서 다른 판단 기준을 적용하고 있지 않은 것으로 나타났다(대법 1993.04.13 선고 92도3035 판결, 대법 1996.9.6 선고 96다19246, 19253). 이는 설리반사건 이후 의견광고를 표현으로서 인정하고 있는 미국의 경우와 상당한 대조를 이루고 있는데 의견 광고에 대해서도 반론권이 인정되고 있지 않은 점 등은 광고를 표현으로 보면서도 상업적 성향을 감안하여 여타 다른 표현과는 차별적으로 인식하고 있다는 것을 암시하는 것이다.

지난 7월 28일 언론중재법이 발효되어 인터넷언론의 경우에도 반론권의 행사가 가능하게 되었다. 그러나 광고의 경우 여전히 반론권은 인정되지 않고

있다. 이미 많은 법원들이 판례를 통해서 광고의 반론권 청구를 거부한 바 있다. 대개의 경우 사법부는 광고를 언론이 광고주와 계약에 의하여 광고주의 개인적인 의사표시를 게재하는 광고주의 주관적인 주장이지 언론의 사실적인 보도와는 성질이 다르다고 판단하고 있다. 역시 최근 발효된 신문법 제11조에서 명시하고 있는 ‘신문의 기사와 광고는 혼동되지 않도록 따로 분리해서 편집되어야 한다’는 점도 이를 반영하고 있는 것이라고 할 수 있다. 즉, 광고는 그 내용이 사실적 주장은 아니라는 점을 간접적으로 확인하고 있는 것이다. 따라서 사실적 주장이 아닌 경우에는 반론권이 인정되지 아니하므로 광고에 대한 반론권 불인정은 법적으로 문제가 되지 않을 것으로 판단된다.

이러한 점들은 기존연구에서의 지적과 크게 다르지 않은 것 같이 보인다. 그런데 광고에서의 명예훼손과 일반적 명예훼손 소송에 있어 최근에 들어와서 차이를 보이는 것은 소송을 제기한 사람이나 관련된 사람의 사회적 신분이나 지위(status)에 대한 고려이다. 다시 말하자면 일반적 명예훼손 사건에 있어서는 2002년 이후 비록 일부 명예훼손적인 내용이 포함된다고 하더라도 공직자의 경우 언론이 좀 더 자유롭게 보도하고 의혹이 있는 경우 이를 제기할 수 있도록 위법성조각사유의 요건을 완화해 주고 있는 추세에 있다(대법 2002.1.22 선고 2000다37524 판결; 대법 2002.12.24 선고 2000다14613 판결 등). 이러한 점은 헌법적으로 보장되는 표현의 자유의 중요성 또는 언론의 권력 감시 기능의 필요성에 대한 인식이 확대된 결과라고 할 수 있다. 다시 말하자면 명예훼손적 표현의 경우에도 무조건적으로 엄격하게 처벌받는 것이 아니며, 소송을 제기한 사람의 사회적 지위나 신분이 어떠한가에 대한 고려를 통하여 위법성조각사유의 적용 정도를 달리해야 한다는 것이다.¹⁷⁾

더욱이 이러한 추세는 좀 더 확장되는 경향을 보이다가 2005년에 들어서 사법부는 공적 인물의 경우에도 이러한 공인이론을 적용시키는 판례가 나타나고 있다. 예를 들어 서울중앙지법은 지난 8월 15일 사생활의 긍정적 측면이

17) 공인이론에 대해서 좀 더 논의가 필요할 것으로 판단되나 여기서는 논문의 성격과 양적 규정 등의 이유로 생략하기로 한다. 공인이론에 대해서는 김옥조(2005), 이재진(2004), 차용범(2002) 등의 연구에서 자세히 다루고 있다.

부각돼 유명세를 탔던 저명인사가 이혼전력 등이 보도되면서 프라이버시를 침해당했다더라도 개인사가 대중의 공적 관심사가 된 이상 해당 보도는 정당하다고 판결했다. 재판부는 온라인게임 유망 업체 창업 등으로 유명해졌던 원고가 이미 자신의 자서전 등을 통해서 적극적으로 자신을 홍보하면서 유명세를 타게 되었고 이로 인해 원고의 사생활이 공적 관심의 대상이 된다고 보았다(조선일보 2005년 8월 16일자). 다시 말하자면 원고의 공인여부가 면책의 사유로 인정되고 있다고 하겠다.

결국 아직까지 완전한 원칙으로 자리를 잡고 있는 것은 아니지만 일반적 명예훼손 사건의 경우에는 소위 ‘공인이론’이 면책사유로 인정되고 있다는 것을 알 수 있다. 반면에 광고에 의한 명예훼손 소송의 경우 면책사유로서 원고의 사회적 신분이나 지위에 대해 심각하게 고려하고 있는 경우는 판례는 나타나지 않았다. 물론 원고의 성격자체를 모두 무시하거나 일률적으로 판단하는 것은 아니다. 예를 들어 1995년 소위 “김우중, 신화는 있다” 사건에서 서울지방법원은 “신청인은 뛰어난 기업인으로서...이미 우리 사회의 공적 인물이 되었다고 할 것인데, 공적 인물이 되었다고 볼 수 있는 경우 그 사람은 자신의 사진, 성명, 가족들의 생활상이 공표되는 것을 어느 정도 수인하여 한다고 할 것인바, 이 사건과 같이 신청을 모델로 하여 쓰여진 평전의 표지 및 그 신문광고에 신청인의 사진을 사용하고 성명을 표기하거나 그 내용에 신청인의 가족관계를 기재하는 것은 위 평전이 신청인의 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 허용되어야 할 것”이라고 밝힌 바 있다(서울지법 1995.9.27 선고 자95카합3438 결정). 또한 비교적 최근 지만원 씨의 광주사태에 대한 선정적 신문광고와 이로 인해 발생한 소송(2003.1.28 선고 2002고합594 판결)에 대한 비판적 기사로 인한 명예훼손 소송에서 법원은 한 인터넷 신문에 무죄판결을 내리면서 사회적으로 상당히 지명도가 있는 지만원 씨를 공인으로 판단하였다(서울고법 2005.1.12 선고 2004나44089 판결). 그러나 판례들은 공인여부를 면책사유로서 판단하기보다는 몇몇 신문에 게재된 의견광고의 내용, 게재경위, 표현정도를 문제 삼아서 이에 대한 언론의 면책정도를 판단하고자 하였다. 즉, 판례들을 통해서 알 수 있는 것은 법원이 광고와 관련하여

서도 공인 또는 공적 인물에 대한 일정한 판단은 하고 있으나 이를 면책사유로 고려하고 있지는 않다는 점이다.

따라서 만일 광고를 표현으로서 인정한다면 일반적 명예훼손 소송에서와 유사하게 면책의 사유로서의 제소인 신분이나 지위에 대한 고려가 있어야 할 것으로 판단된다. 전술한 바와 같이 언론의 경우 1990년대 말 이후(현재 1999.6.24 선고 97헌마265 결정) 명예훼손 소송에 있어서 원고의 사회적 지위나 신분 등에 대한 법원의 관심이 커졌으며 실제로 면책사유로 점차 이용되고 있다는 지적(문재완, 2004)과 같이 적어도 완전한 상업광고가 아닌 의견광고, 정치광고, 또는 정책광고 등의 경우에는 이러한 판단이 있어야 할 것이나 실제로 광고에 의한 명예훼손 소송에 있어서의 이러한 부분에 대한 고려는 아직 이루어지고 있지 않은 것으로 보인다.

특이한 점은 광고로 인한 인격권침해 사건 중 일부는 기업에 대한 명예훼손이라는 것이다. 이는 기업이 광고에 많이 의존하고 있기 때문에 발생하는 것으로 보이는데 무엇보다 광고가 기업과 관련하여 특정한 사실이나 자료를 과장되게 보이게 하는데서 주로 발생하게 된다. 예를 들어 한국소비자보호원의 발표내용을 과장, 왜곡하고 발표에 들어있지 아니한 내용을 삽입하는 등의 광고를 한 것은 출판물에 의한 명예훼손죄에 해당한다고 보는 판결이 있다(대법 1993.4.13 선고 92도3035 판결). 가장 자주 발생하는 것은 특정 기업에 대한 비방광고로 인한 것이라고 할 수 있다. 예를 들어 문제가 될 수 있는 광고에 대한 사전금지를 인정하고 있는 판례가 있는데, 이는 한 기업에 대한 비방광고에 대해 인격권 침해의 우려가 있다고 판단하여 광고 중지를 청구하면서 발생하였다(대법 1996.4.12. 선고 93다40621 판결). 다시 말하자면 상호 경쟁관계에 있는 기업들 간의 비방광고 등으로 인한 기업의 인격권의 피해가 인정될 수 있는가 하는 것이 쟁점이 된다.

문제는 광고관련 소송에서 기업과 관련된 경우에도 자연인에 대한 명예훼손의 경우와 크게 구분하고 있지 않다는 점이다. 다시 말하자면 기업에 요구되는 공익성은 개인의 경우보다 더 크다고 할 수 있음에도 불구하고 이러한 점에는 사법부가 전혀 고려를 하고 있지 않음을 알 수 있다(서울지법남부지원

1997.8.1. 선고 96가합12727 판결). 기업에 대해서는 그 성질상 공기업과 사기업 등으로 크게 구분할 수 있는데 사기업보다는 공기업에 명예훼손이 발생하는 경우 공익성의 정도가 더 크게 인식된다. 미국의 경우에는 공기업과 관련되는 경우에는 이를 공적 인물의 신분으로 판단하기도 한다(Bose Corp. v. Consumers Union of the United States, 508 F.Supp. 1249(1981); Beech Aircraft v. National Aviation Underwriters, 11 M.L.R. 1401(1984)). 한국의 경우 기업에 대한 명예훼손 판례를 조사한 연구에 따르면 한국의 경우에는 공인이론이 적용되는 것은 아니지만 기업의 공적인 속성에 대한 고려(공적 존재)가 있다는 점이 드러났다(이재진·정영주, 2004). 그런데 광고의 기업관련 명예훼손 소송의 경우에는 이러한 고려가 결여되어 있는 것으로 보인다.

아울러 일반적인 명예훼손 사건과 광고관련 사건의 경우 금지가처분에 있어 차이가 있음이 드러났다. 대법원은 “인격권은 그 성질상 일단 침해된 후의 구제수단 만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로 인격권 침해에 대하여는 사전(예방적) 구제수단으로 침해행위 정지, 방지 등의 금지청구권도 인정된다”고 보았다. 즉, 표현으로서의 광고는 일반적 명예훼손에서처럼 사전금지의 대상이 된다고 할 수 있다. 유사한 맥락에서 서울지법(서울지법 1997.10.10f. 선고 97카합2923 판결)은 개인의 인격권을 침해한 광고는 기사의 게재와 발행을 함께 금지를 인정하고 있다. 그런데 우리 법원은 일반적인 명예훼손 소송에 있어서는 사전금지조치가 언론의 자유에 대한 사전검열의 성격이 있는가에 대한 고려가 있는 반면 광고와 관련된 사전금지청구 사건의 경우에는 이에 대한 고려하고 있는 판례는 아직 나타나고 있지 않다. 다시 말하자면 사회적 제 이익들을 고려하여 언론·출판의 자유로 얻어지는 이익·가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 비교형량하게 되는 내용이 충분한 조사를 거쳐 합리적인 자료나 근거에 의하여 내용의 진실성이나 상당성이 증명되는 경우에 한하여 표현의 자유를 인정하는 것으로 판단된다. 마지막으로 현재는 인정되고 있지 않으나 사죄광고를 인격권 침해의 구제수단으로 이용되던 1991년 이전까지 광고는 ‘표현’이기보다는 ‘수단’으로 많이 인식되었던 것으로 보인다. 사실 1991년

까지 광고에 의한 인격권 침해에 대한 구제수단으로 사죄광고가 많이 이용되었다. 예를 들어 1991년 잡지사가 타인의 수기 형식의 저작물의 내용을 저자의 사전 동의 없이 동 잡지에 무단 발췌 게재 하였으며 잡지 표지 전면에 “권모양의 자신의 성폭행 과정을 솔직히 쓴 문제의 수기”라는 제목을 달고 또 기사와 관련 없는 내용에 대한 선정적인 사진을 삽입하여 성폭행 장면만을 강조하여 발생한 사건에서 서울지법은 사과문 게재를 명한 바 있다(서울민사지법 1991.1.17 선고 90가합15896 판결).

그런데 헌법재판소가 1991년 4월 1일자 결정(89헌마160)에서 사죄광고를 민법 제764조 상의 명예훼손에 적당한 처분에서 제외하면서 결정전에는 사죄광고를 인용하였으나 이후는 적용하지 않았다. 또한 헌법 제19조가 불가침의 기본적 자유로서 사람의 양심의 자유를 천명하고 있는데 반해 사죄명령은 이러한 점에 배치된다고 판단하였다. 즉, 필요한 경우에만 기본권을 제한할 수 있다는 과잉금지원칙은 기본권 제한의 불가피성을 포함하는 ‘비례성’을 중심으로 이에 위배하는 정도의 기본권 제한 법률은 위헌으로 무효라는 점을 의미한다는 것이다(강경근, 2002, 337쪽). 또는 과잉금지원칙은 이익형량의 원리와 결부된 것으로서 이에 비례성의 원칙과 보충성의 원칙이 적용되어야 한다는 지적도 있다(김철수, 2004, 340쪽).

5. 요약 및 결론

우리는 광고가 없는 세상을 상상하기 힘든 사회에 살고 있으며 이러한 광고가 좀 더 자유롭게 표현되어야 한다는 인식이 커지고 있다. 그러나 여전히 광고는 자기통치 등 정치적인 측면과 거리가 있고 상거래 행위 등 상업적 측면과 밀접하다는 측면에서 헌법상의 표현자유를 인정받는다고 하더라도 여전히 기본권 제한의 대상이 됨은 물론이다. 그래서 여타 다른 이익과 충돌하는 경우 어떻게 적절한 이익형량을 해야 할 것인가 하는 점이 관건이다.

광고와 명예훼손에 대한 한국에서의 최초의 본격적인 논문인 이승선(2002)

의 연구에 따르면 광고에 있어서 명예훼손 판례의 경우 일반적인 매체에 의한 명예훼손과 비교하여 형사처벌보다는 민사소송을 통해 해결하려는 경향이 컸다는 점과 비록 법원이 광고를 언론·출판의 자유의 보호 대상이라고 실시하고 있으나 보호의 실제에 있어서는 다양한 광고의 유형과 특성이 개별 판례에서 제대로 평가받지 못하고 있는 것으로 나타났다. 특히 의견광고가 반론권의 대상이 되지 못하는 것은 문제가 된다고 하면서 이를 보장할 수 있는 방법을 모색해야 할 필요성이 지적되었다.

본 연구에서도 기존 연구들이 발견한 사항에 대한 결과와 유사한 결과를 발견하였으나 이들 논문이 나온 것이 주로 2002년 이전이라는 점을 감안해서 볼 때 다음의 몇 가지 시안이 추가적으로 더 고려되어야 할 것으로 판단되었다.

첫째, 2002년 이후의 일반적인 출판물에 의한 명예훼손 판례는 문제가 된 내용의 대상이나 또는 소송을 제기한 사람이 누구인가에 대해 고려하여 만일 제소자가 공직자 또는 명백한 공적 인물의 경우에는 언론이 좀 더 자유롭게 보도하도록 판단하는 경향을 보이고 있는데 반해 광고에서의 명예훼손의 경우에는 이러한 점에 대해 일정부분 이해는 하고 있으나 이를 실제 면책사유로 고려하고 있지 않다. 다시 말하자면 광고가 문제가 된 경우에는 인격권 침해로 인하여 소송을 제기한 사람의 지위나 신분이 면책사유로서 적용되지 않으며 단지 '내용이 개인의 명예를 침해했느냐의 여부' 즉, 어느 정도의 피해가 발생하였는가에 판결의 초점을 맞추는 경향을 보이고 있다.

둘째, 기업과 관련된 판례의 경우 일반적 판결의 경우에는 기업의 성격을 고려하여 공익성의 정도를 판단하는 반면 광고와 관련된 판례의 경우에는 아무런 고려가 없다는 점이다. 미국의 경우 사법부는 기업을 때로 공인으로 판단하기도 하는데 특히 기업이 자신 또는 상품에 관심을 끌 수 있는 특별한 내용이 포함되는 경우 전적인 공인(all-purpose public figure)이나 제한적 공인(limited-purpose public figure)으로서 판결하는 경우가 있다. 한국의 경우에도 관련된 법인이 기업인 경우에는 기업의 성격에 따라서 판단의 기준을 달리 하여 공익성의 판단여부를 더하고 있다. 그러나 광고에 의한 명예훼손의 경우 상당한 비율의 판례가 기업에 대한 것인 반면 실제로 이러한 기업의 성향에

따라서 면책사유로서의 공익성에 대한 고려는 찾아보기 힘들다.

셋째, 비록 광고를 언론의 자유의 영역에서 헌법적 보호를 받는다는 측면에서 이견이 없는 것으로 보이지만 헌법적 보호 대상으로서의 표현과 개인적 인격권과의 적절한 비교형량이 이루어지고 있는가에 대해서는 아직 의문이 남는다. 다시 말하자면 제대로 된 이익형량을 통하여 법적인 균형성을 이루기 위한 기준이 아직 마련되고 있지 않다고 할 수 있다. 알스타인의 도식적 측면에서 한국의 광고를 살펴보면 광고에 대한 표현으로서의 헌법적 보호는 명예훼손적 표현에 대한 보호의 정도보다 낮은 정도로 나타나 반 알스타인(Van Alstyne)의 미국에서의 도식과 다르지 않은 것으로 보인다. 즉, 광고에 대한 보호의 정도는 위법적 표현(예를 들어 타인에게 협박을 하는 행위)이나 음란한 표현보다는 더 높게 인식하고 있으나 일반적인 명예훼손적 표현보다는 광고에 대한 보호의 정도가 낮다고 하겠다.

물론 한국의 경우 최근 광고에 대한 사법부의 인식의 폭이 커지는 경향을 보이고 있다. 그러나 광고에 대해서 미국의 경우에서처럼 영리광고와 비영리 광고를 구분하는 이분법적 보호원칙이나 비례의 원칙을 아직은 수용하고 있지 않기 때문에 법익의 형평성이 불안정한 상태로 남아있다. 이러한 점은 광고를 헌법적 보호의 대상으로 판단하면서도 아직까지 방송광고에 대한 사전심의를 합헌으로 판단하고 있다는 점에서도 알 수 있다. 다시 말하자면 아직까지 광고의 표현으로서의 보호의 정도에 대해서는 애매하고 불명확한 입장이라고 할 수 있을 것이다. 미국의 경우에는 이분법적 보호원칙이 점차 발전하여 상업적 광고의 경우에도 특정의 기준을 만족시키지 못한 경우에만 광고에 대한 규제나 억제를 허용하고 있다는 측면을 볼 때 앞으로 나올 판례에서 이러한 부분을 지속적으로 짚어 주어야 할 것으로 보인다.

이 연구는 앞서 지적한 바와 같이 비록 표현의 보호정도에 대한 아주 세밀하고 명확한 정도의 차이를 보여주지는 않지만 그 보호의 스펙트럼을 한 눈에 알 수 있도록 한 반 알스타인의 도식적 이해를 접목시켜 다른 표현들과 비교하여 어느 정도 보호를 받는가를 살펴보고자 하였다. 그러나 실제로 명예훼손적 표현과의 비교에만 분석이 이루어졌을 뿐 다른 종류의 표현들의 보호

의 정도는 추정한 것으로 남은 점은 이 연구의 단점이라고 지적할 수 있을 것이다. 그럼에도 이 연구는 헌법적 보호의 대상으로서의 광고의 위상을 기증하고 어떠한 점을 보충하고 보완해야 될 것인가를 가시화하기 위한 논의를 더하는 데 나름대로 기여했으리라 생각한다.

Ⅰ 참고문헌

- 강경근 (2002). 『헌법』. 서울: 법문사.
- 권영성 (2003). 『헌법학원론』. 서울: 법문사.
- 김서중 (2002). 방송광고심의제의 문제점과 개선에 관한 연구. 2002 한국광고홍보학회 추계학술대회 발표논문.
- 김재협 (2003). 언론사간 명예훼손소송의 면책기준. 『언론중재』, 겨울호, 15~35.
- 김옥조 (2005). 『미디어법』. 서울: 커뮤니케이션북스.
- 김철수 (2004). 『헌법학개론』. 서울: 박영사.
- 문재완 (2004). 상업적 표현의 자유와 방송광고사전심의제도. 한국광고학회·광고소비자 시민연대 주최. 광고표현의 자유와 소비자의 권리 세미나 발표자료집, 1-18.
- 박용상 (2002). 『표현의 자유』. 서울: 현암사.
- 서범석 (1995). 방송광고심의제도 개선에 관한 연구. 『광고연구』, 봄호, 121~152.
- 성낙인 (2001). 『헌법학』. 서울: 법문사.
- 손수진 (1998). 광고와 명예훼손에 관한 연구. 『광고연구』, 여름호, 111~130.
- 이구현 (2005). 광고와 표현의 자유. 『언론과 법』, 제4-1호, 183~242.
- _____ (2002). 『광고법학』. 서울: 법문사.
- 이명웅 (1998). 비례의 원칙과 판례의 논증방법. 『헌법논총』, 제9집, 671~725.
- 이승선 (2004). 방송광고 사전심의 제도의 헌법적 고찰. 『한국광고홍보학보』, 제6-2호, 201~234.
- _____ (2002). 광고와 인격권의 갈등에 대한 법적 판단의 특성 연구. 『광고연구』, 가을호, 187~209.
- 이재진 (2004). 연예인 관련 언론소송에서 나타난 한·미간의 위법성조각사유에

- 대한 비교연구. 『한국방송학보』, 제18-3호, 27~50.
- 이재진·정영주 (2004). 명예훼손 소송에 있어 기업에 대한 공인 개념 적용의 타당성 연구. 『한국방송학회 2004년 가을철 정기학술대회 발표논문집』.
- 조병량 (1994). 한국 방송광고규제의 법제론적 성격에 관한 연구. 『광고연구』, 여름호, 149~185.
- 차용범 (2002). 공인의 명예훼손에 대한 판결기준의 변화 추세. 『한국언론학보』, 제46-3호, 414~445.
- 팽원순 (1994). 『한국언론법제론』. 서울: 법문사.
- Alstyne, W. V. (1982). A graphic review of the free speech clause. *California Law Review* 70, 107-142.
- Farber, D. A. (1979). Commercial speech and first amendment theory. *New York University Law Journal* 74, 372-389.
- Gower, K. K. (2005). Looking northward: Canada's approach to commercial expression. *Communication Law and Policy*, 10(4), 387-596.
- Jackson, T. H. & Jeffries, JR., J. C. (1979). *Virginia Law Review* 65, 1-36.
- Lane, W. R. & Russell, J. T. (2001). *Advertising: A framework*. New Jersey: Prentice Hall.
- O'Guinn, T. C., Allen, C. T. & Semenik, R. J. (Eds.). (2003). *Advertising and integrated brand promotion*. New York: Thomson South-Western.
- Overbeck, W. (2004). *Major principles of media law*. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning.
- Redish, M. H. (1971). The first amendment in the marketplace: Commercial speech and the values of free expression. *George Washington Law Review* 39, 429-447.
- Wilmshurst, J. & A. Mackay (1999). *The fundamentals of advertising*. Oxford: Butterworth-Heinemann.
- Wright, J. B. (1999). The supreme court of the United States and first amendment Protection of Advertising. In J. P. Jones (Ed.), *The Advertising Business*. London : SAGE Publications.
- Zelezny, J. D. (2004). *Communications law*. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning.

(최초 투고 2005.9.1, 최종원고 제출 2005.11.29)

A Graphical Understanding on the Protection of Advertising as Expression

Jae-Jin Lee

Associate Professor

(Department of Journalism and Mass Communication, Hanyang University)

This paper attempted to examine to what extent advertising as expression has been constitutionally protected through an analysis on the reputational-right-related legal cases. In order to make the understanding more clearly, this paper applied Van Alstyne's graphical depiction on how commercial speech is protected compared with other constitutional rights such as political speech, private expression, defamation, and obscene expression. Through the analysis, this paper found out that first, in the legal cases, there has been no consideration on whether the status of the plaintiff is public figure or private figure, whereas in the libel cases, Korean courts has made a distinction between public figure and private figure since 2002; second, when the case is concerned with corporations, the Korean courts do not give consideration on the status of corporation, while the status of corporation is a somewhat important factor in deciding the degree of responsibility in the U.S.; third, even though it is clear that advertising in Korea is being protected as expression, it is nebulous whether it is well balanced with other personal rights that are constitutionally protected. Conclusively, applying the Alstyne's graphical depiction on Korean advertising, it advertising as expression in Korea is being provided lower protection than defamation. To put it differently, like the case in the U.S., advertising, although it is allegedly protected as expression, does not yet enjoy full-fledged constitutional protection in Korean society. Rather, there must be some actions to be taken to enhance the degree of protection of advertising.

Key words : Advertising, Private Expression, Degree of Protection, Graphical Depiction, Analysis of The Legal Cases