

이 글은 저널리즘 쿼터리(Journalism Quarterly) 1982년 여름호에 게재된 것을 우리 말로 옮긴 것이다. 필자는 현재 미네소타대학의 신문학과 교수로 있으며 「Law of Mass Communication」 등 몇 저서를 펴낸 바 있다.··편집자주

만일 저널리스트들의 입장에서, 그들의 도전이 법의 어리석음을 회피하려는데 있다면 저널리스트들의 친구인 윌리엄 · 브레난(William J. Brennan) 판사의 도전은 법이 복잡해지는 경향을 방지하려는 데 있다고 하겠다. 확실히 허버트 대 랜도 사건(Herbert v. Lando, 1979)에서 브레난 판사가 보여준 편협한 반대의견은 역설적인 것이었다.

사실 그랬다. 그러나 관심의 대상이 된 것은 브레난 판사의 복잡한 사상이 아니라 오히려 브르노프스키류의 지적 투쟁감과 표현 자유론을 견지하고자 하는 그의 완고함이 있다.

따라서 본고의 목적은 명망 있는 브레난 판사가 수정헌법 제 1 조의 헌법조항에 위배되는 명예 훼손적인 공적 발언의 범위의 설정과 같은 문제탐구에 왜 실패했는가 하는 이유를 나름대로 제시해 보고자 하는 데 있다.

I

브레난 판사는 비록 로젠브룸(Rosenbloom v. Metromedia, 403U.S. 29, 1971) 명예훼손 사건에서 법정의 과반수 의견에 찬성하지는 않았는지 모르나 일면 타협하였다고 할 수 있겠다. 브레난의 견해는 예전에 그가 부분적으로 받아들였던 마이클존(Alexander Meiklejohn)의 이론에보다 더 심취하는 경향을 보인 견해였다.

브레난 판사는 마이클존의 강의 중에 「표현의 자유는 공공 관심사의 영역에서는 절대적」이라는 혁명적 사상에 찬사를 보냈다. 그러나 마이클존은 공적 발언자는 그가 분류한 바에 의하면 「정치적 중요성」을 가진 발언을 통제하기 위한 은폐수단이 아닌 한 시대, 장소, 환경 및 절차상의 방법에 따라 지역사회의 필요성에 동조해야만 한다는 점을 인정했던 것이다. 브레난 판사는 다소 수정된 것이기는 하지만 1979년 루트지 대학에서 행한 강연에서는 공적 발언에 대한 부수적인 제약에 대해서도 염두에 두고 있음을 보게 된다.

마이클존에 의하면 정치적 중요성을 띤 발언 즉, 공공 관심사에 관한 발언 그리고 그 지역사회의 여론의 일부라고 할 수 있는 발언을 문제삼을 때는 명백하고도 현존하는 위험의 원칙(clearand present danger) 또는 형평의 원칙(balancing test)그리고 사회적 중요성의 원칙 등 어떠한 원칙도 적용되어서는 안될 것이라고 말했다. 그의 원칙의 핵심은 수정헌법 제 1 조에서는 사적인 비방에 대해서는 보호하고 있지 않는다고 본 반면 브레난은,

『만일……똑같은 공격적인 발언이라도 어떤 입후보자의 공직자선거출마는 부적절하다는 식의 발언이라면 그와 같은 행위는 시민의 정치참여로 간주되며 수정헌법 제 1 조의 보호를 받는다. 그와 같은 원칙은 만일 시민들이 정부의 경찰관이나 심지어 의회의 기관에 까지 적합치 못한 투로 공격을 가할 경우에도 또한 적용될 수 있는 것이다. 이러한 헌법상의 보장은 민주정치하에서는 공적인 문제를 다룰만한 능력이 있다고 판단하기 때문이다. 사적인 명예훼손은 법적으로 통제되어야 하지만 정치적이거나 선동적인 명예훼손은 통제받아서는 안된다.』 라고 말했다.

공공발언에 대한 보장은 자율정치에 있어서 중요하다고 보는 마이클존의 인식은 명예훼손법에 대해서는 괄목할 만큼 공헌했다고 할 수 있는 브레난 판사의 뉴욕타임즈 대 설리반 사건 판결문에서 그대로 중요한 전제사항이 되었던 것이다.

그래서 마이클존은 그가 죽기 바로 1 주일 전인 1964 년 여름에 역시 고인이 된 시카고 대학의 탁월한 수정헌법 제 1 조의 학자인 해리 캘븐 1 세(Harry Kalven Jr.)에게 뉴욕 타임즈 사건에 대한 판결은 「거리에서 축제를 벌일 만한 경우」와 같다는 평을 한 적이 있었던 것이다. 그러나 캘븐은 이에 대해 평하기를 브레난의 판결은 글자 그대로 수사학적인 측면에서 마이클존의 견해, 즉 민주정치에 있어서 주체자로서의 시민은 가장 중요한 공공관리라고 한 말과 일치하고는 있지만 브레난에 비해 마이클존의 견해는 단지 초보적이고 상대적인 견해에 불과하다는 것이다. 그러므로 브레난의 판결문의 전제조건은 명백하고도 현존하는 위협의 원칙이나 사회적 중요성의 원칙이 아닌 이실적 악의의 원칙에 근거한 것이었다. 그러한 판결기준은 매우 경이적인 사실로 나타나게 되었다. 왜 브레난은 그의 철학적 선구자와 견해상의 차이를 보이게 되었는가?

점진주의자인 브레난은 그 동안 자신이 지녀왔던 법리에서 조심스럽게 변화를 가져왔고, 그리하여 재판을 하는데 그 자신이 철학적 근거를 지니게 된 것이다. 그러한 기반은 사실상 마이클존이 제시한 것과는 상당한 거리감이 있었다. 개리슨 사건(Garrison v. Louisiana, 379 U.S.64, 1964)에 관해 브레난 판사는 다음과 같이 판시했다.

『오늘날과 마찬가지로 수정헌법 제 1 조가 채택되었을 당시에 명예훼손은 공중의 하녀로 또는 행 정을 문란케 하여 의식을 마비시킬 효과적인 정치적 도구로서 파렴치하게 또는 기술적으로 사용되었다. ……정치적 목적을 위한 도구로써 사용된 그러한 발언은 자동적으로 수정헌법 제 1 조의 보호를 받을 수 없다. 왜냐하면 정치수단으로써 거짓말을 사용하는 것은 민주정치의 대전제에 배치되는 것이며 또한 경제, 사회 그리고 정치적 변화가 효과적으로 이루어져야 하는 인주질서와도 배치되는 것이기 때문이다. 』

브레난은 아마도 진실을 추구하는 과정에서 미리 계산된 허위사실이 가질지도 모르는 어떤 조그만 사회적 혹은 정치적인 가치보다도 질서와 도덕성을 보다 더 중요하다고 보았던 것 같다. 그것은 브레난이 진실을 객관적인 실체로서 인식을 한데서 비롯된 것이며 그것은 그가 전공을 했던 자연법 이론으로부터 연유한 것이며 자율정치와 자아실현의 근본적인 실체를 어떤 다른 형태들의 것보다 더욱 중요한 것으로 인식했던 것 같다. 그리하여 현실적 악의론의 조건은 공적 발언을 보호하게 되었던 것인지 모른다.

뉴욕 타임즈 사건과 개리슨 사건에 대해 블랙, 더글라스, 그리고 골드버그 (Goldberg)판사는 브레난 판사에 동의하는 의견을 제시했으나 에머슨(Thomas I. Emerson)은 마이클존의 노선을 지지했기 때문에 그 사건과 관련된 획기적인 판결에 대해 냉담한 반응을 보였다.

뉴욕 타임즈 대 설리반 사건에 관여했던 블랙판사는 다음과 같이 말했다.

『현실적 악의를 증명해야만 한다는 요구조건은 최소한 공공문제를 비판할 수 있는 권리보장을 위한 일시적인 방책을 제공하지만 수정헌법 제 1 조에 나타나 있는 언론자유 보장에는 미치지 못한다.』

에머슨은 브레난의 현실적 악의론에 대해

『어떠한 형태의 발언도 수정헌법 제 1 조의 보호로부터 예외 적용될 수 있다는 식의 개념에 근거하는 이원론적 이론에로의 전락일 뿐만 아니라 수정헌법 제 1 조의 기본적인 이론에도 배치된다』

고 주장하였다.

이렇게 볼 때 브레난의 견해는 수정헌법 제 1 조에 내포된 또 다른 정신을 고려하지 않은 것으로 보인다. 또 다른 정신이란 시인들이 비판적인 의사소통을 하는데 있어서 사회적 가치를 지닌 것과 그렇지 않은 것을 결정하는 일은 정부의 소관이 아니라는 점이다.

에머슨은

『상당한 갈등을 야기시키고 있는 증거들로부터 진실을 골라내고……여러 의견으로부터 사실 발언을 분리시키고자 하는 매우 세련된 시도와 그러한 발언의 의도, 동기 및 목적을 파헤치려는 모든 시도들은 표현의 자유라는 체계의 역동성에 적합하지 않으며…… 그러한 표현의 자유체계의 건강한 생명력은 발언자의 동기를 밝히려는 법적인 시도에서 보다는 모든 시민들이 활발하게 구속 받지 않고 의견을 신진 할 수 있는 표현의 자유에서 비롯된다. 』

고 말했다.

브레난과 그의 현실적 악의의 원칙은 외로운 투쟁이었다. 마이클존이 제시했던

「공적사건의 영역에 있어서의 명예훼손적인 표현에 대한 절대적인 보장」은 조건적인 기준을 제시한 브레난에 의해 거부된 셈이다. 여기서 조건적인 기준이란 「그러한 발언이 허위 사실임을 알고 있었거나 혹은 그것이 허위인지 아닌지조차도 고려하지 않았을 때」를 말하는 것으로 현실적 악의론의 개념에는 사실상 두개의 기준이 내포되어있는 것이다.

브레난은 법정판결문을 통해 계속 그의 현실적 악의의 원칙을 다른 공적인 영역에까지 확대 적용하였다.

이때 공적 대상은 일반적으로 알려진 공적인물 뿐만 아니라 1971년 로젠브룸 사건에서 볼 수 있는 통속적인 누드잡지의 예술성과 같은 공적인 문제를 포함하려는 것이었다.

II

관기법에 대한이 잘 정리되어 있는 현실적 악의란 개념은 1798년에 치안유지법이 통과된 이래 상당히 많은 논의가 있었던 것으로서, 「잘 알고 있는」 또는 「고의적인 허위」로서 정의되어왔다. 뉴욕타임즈 대 설리반 사건에서 브레난은 콜맨 사건(Coleman v. Mae Lennan, 281 Kan, 98, 1908)을 담당했던 캔사스 대법원의 버치(Rousseau Burch)재판관의 영향력 있는 판례를 참작하였다. 버치 재판관은 언론자유에 대해 언급하면서 비록 오늘날의 사법규범보다는 상당히 낮은 수준에기는 했으나 원고가 공익과 관련된 사항을 문제 삼을 경우에 현실적으로 악의가 있었는지를 제시해야만 한다는 필요성에 대해 밝혔던 것이다.

1964년에 이르러 최소한 6개 주에서, 그리고 많은 헌법학자들이 19세기부터 전개돼 온 현실적 악의의 원칙을 공직자 명예훼손에 대해서 자연스럽게 그러나 매우 적은 예로 적용하게 되었다. 1959년의 바 대 마테오 사건(Barr v. Matteo, 360 U.S. 564, 1959)에서 법정은 공직자가 공적 의무를 이행하지 않았다고 보도한 언론의 명예훼손에 대해 절대적인 면책을 확대 적용하였다. 왜냐하면, 그것은 「지속적인 보복의 위협때문에 공직자들이 그들의 의무를 수행하게끔 방임하는 RJT 보다는 정직하지 못한 공직자에 의해 저질러진 구제 받지 못할 잘못은 단호히 종식시키는 것이 궁극적으로 더 낫다」고 생각한 때문이었다. 확실히 이러한 경우에 수정헌법 제 1 조의 주된 의미는 제임스 · 매디슨이 「검열 권한은 국민이 정부에 대해 갖는 것이지 정부가 국민에 대해 갖는 것이 아니다」라고 주장한 것처럼 시민과 언론은 공직자의 행위에 대한 비판으로부터 비롯되는 보복에 대해 서로가 면책을 인정받게 되는 셈이다. 이것은 뉴욕 타임즈 사건에 있어서 브레난 관사의 의견과 일치하는 것은 아니지만 블랙과 더글라스, 그리고 골드버그 판사의 의견과는 일치하는 결과가 된다. 브레난에 있어서 절대적인 면책권이란 바람직하지 못한 것이 있다. 왜냐하면 공공연한 허위사실의 적시에 해당될 경우에는 어떠한 면책에 대해서도 제한을 두어야만 한다고 보았기 때문이다. 특히 브레딘의 헌법해석은 공직자가 원고인 경우에 공직자에게 증명의 부담을 안겨 주었다. 그것은 피해사실에 대한 「병해한 입증」을 요구하는 증명의 법리를 야기시킨 것이기도 했다. 아마도 가장 중요한 사실은 법정에서 하여금 원고가 법적인 기준을 만족케 할 만한 증거를 제시했는가를 독립적으로 심사할 권위를 갖게끔 한 것이었다고 하겠다.

그리하여 블랙과 더글라스는 법정의 판결과정에서 다수의견에 따랐으나 이번 사건과 그 후의사건에서는 표현의 자유에 대해 논평하기를 거부했으며 또한 수정헌법 제 1 조의 언론자유에 대한 견해가 판사들 마다 다를 수 있음을 시인하였다. 마이클존도 아마 그러한 견해에는 동의했을 것이다.

브레난이 초기에 결정했던 명예훼손사건과 일치하는 것으로서 버트(Butts v. Curtispub. Co.)사건과 워커 (Walker v. Associated Press, 388 U.S. 374, 1967)사건이 있다. 또한 과실적인 프라이버시 침해사례이긴 하지만 타임사 대 힐 사건 (Time, Inc., v. Hill, 385

U.S.374,1967)이 있다. 특히 이 사건에 있어서 브레난의 의견은 분명히 로젠브룸 사건에서 볼 수 있는 것처럼 「공공논쟁」에 대해서만 적용하는 경향을 볼 수 있게 된다.

브레난은 힐 사건에 대해 다음과 같이 말했다.

『피고가 그의 글이 허위에 의해 작성된 것임을 알거나 혹은 진실여부를 전혀 개의치 않고 발표했다는 증거가 없을 때에는 공적인 문제를 취급한 허위발표는 시정되어야 한다고 규정하고 있는 뉴욕 주법의 적용은 언론의 헌법적 보장이라는 측면에서 배제되어야 한다』

이러한 판결기준은 그대로 로젠브룸 사건에서 브레난 판사가 밝힌 판시내용이 되었다. 로젠브룸 사건은 현실적 악의론을 적용한 최대의 사건이라고 할 수 있다. 브레난 판사는 이 사건에 대해

『만일 문제가 된 글이 공익과 관련된 것이거나 일반국민의 관심의 대상이 된 주제라면 그 일에 특정 개인이 관여되었거나 또는 어떤 의미에서는 개인이 자발적으로 선택하여 관여된 사건이 아니라는 이유만으로 그 문제가 비공적인 것이 되지는 않는다. ……공중의 주된 관심은 사건 그 자체의 내용과 효과 그리고 사건 관계자의 행위의 중요성에 있는 것이지 사건 관계자의 유명도에 있는 것은 아니다.』

라고 밝혔다. 브레난 판사가 이 사건에서 사실적 악의를 적용한 범위는 마이클존적인 데가 없지 않으나 현실적 악의의 원칙 그 자체는 마이클존적인 것은 아니다.

III

브레난에게 있어서 긴츠브르크 사건이 외설시비에 있어서 하나의 분수령이었던 것처럼 로젠브룸 사건은 명예훼손에 있어서 하나의 분수령이 되었다. 그러나 명예훼손과 관련된 사건에 현실적 악의를 적용하려는데 있어서 법정의 의견은 여러 갈래로 나뉘어졌다. 브레난의 자유주의론에 동의해 온 마샬(Thurgood Marshall) 판사까지도 그의 현실적 악의의 적용 범위에 대해서는 찬성하지 않았다. 이런 점에서 볼 때 브레난 판사는 많은 명예훼손 사건에서 주로 반대하는 입장에 서게 되었다. 궁지에 몰린 그의 현실적 악의론의 적용은 예전에 그가 적용했던 명예훼손사건의 형태에서 벗어나게 되었다. 그러나 그는 현실적 악의론에 강력히 반대를 주장하는 입장에 대해 변호할 자세가 되어 있었다. 그러한 기화는 게르츠(Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 1974) 사건에서 주어졌다. 브레난은 이 사건에서 강력한 반대 의사를 밝히면서 로젠브룸 사건에서 적용했던 내용을 강력히 주장하였다.

『본인은 로젠브룸 사건에서 무엇이 일반적인 또는 공적인 관심의 대상이 되는 문제고 어떤 것이 그렇지 않은 문제인가의 결정을 적절하게 하지 못했다는 주장에 대해 납득할 수 없다. 본인은 로젠브룸 사건에서 이러한 문제해결은 언제나 쉬운 것이 아니라고 인정한 바

있다. 그러나 분명히 헌법상의 여러 부류의 가치기준에 대한 논쟁을 궁극적으로 조정하는 중재자인 법정만이 오로지 이러한 임무 수행에 있어서 그들의 전통 있는 역할의 하나를 수행할 것이다.』

게르츠 사건이 있는 지 2년 후에 화이어스톤 사건 (Time, Inc., v. Firestone, 424 U.S. 448, 1976)에서 법정은 공적 인사의 범위를 더욱 축소시켰다. 이러한 결과에 대한 브레난의 반대의사는 거의 절규에 찬 것이었다.

『사건발생의 뉴스보도에 대해 게르츠 사건의 완화된 법리를 확대 적용하는 행위와 공적인 사법절차에서 벗어나는 결정들은 게르츠 사건 그 자체에 견주어 볼 때 정당하다고 인정할 수 없다. 그러한 결정은 당 법정의 체계적인 전례에도 모순될 뿐 아니라 더욱이 수정헌법 제 1 조에 담겨져 있는 소중한 가치들을 짓밟아버리는 행위이다.

이런 사실을 통해 보더라도 로젠브룸 사건에서의 결정을 반복할 만한 어떤 의도를 찾아볼 수 없다. 그러한 사실들에 극한시켜 보면 로젠브룸 사건에서는 공직자의 행위에 대한 보도가 잘못이 있는 경우에 명예훼손의 책임을 허위보도로 인해 침해 받은 사람을 보호하는 방향으로 결정되기 전에 뉴욕 타임즈 사건에서 적용되었던 현실적 악의론에 근거한 판결기준이 고려되었던 사실을 볼 수 있다.

비록 게르츠 사건에서는 로젠브룸 사건에서 적용되었던 광범위한 판결기준을 변경하였다고 하더라도 로젠브룸 사건의 판결이 하나의 원칙으로서 남지 않는다고는 생각할 수 없다.…」

그러나 로젠브룸 사건은 분명 모순을 지닌 판결이었다고 할 수 있다. 더구나 에머슨(Emerson)의 즉각적인 뉴욕타임즈 사건에 대한 비판은 현실적 악의의 원칙에서 드러난 한 점들을 명쾌하게 보여 주었다.

브레난은 허버트(Herbert v. Lando)사건에서는 독단적인 반대의사를 표명하였다.

브레난은 그가 뉴욕 타임즈 사건에서 적용하였던 법 원리가 마치 지금까지는 난파당한 것으로 간주하고 나머지 만이라도 구출해야겠다고 결심하였다.

현실적 악의의 원칙이 조금이라도 유의미한 것이 되려면 법관이 편집자의 의도를 조사하게끔 허용되어야만 할 것이다. 브레난은 법관에게 조사임무의 특권을 부여하지 않는다면 그들의 사기저하를 초래하게 될 것이며 또한 효과적으로 법을 집행할 수 없을 것이라고 했다. 그럼에도 불구하고 그는 「언론인의 주관적인 태도(현상적 악의의 원칙)에 의존해서 근본적인 책임소재를 조사함과 동시에 언론인의 주관적인 태도를 공개적으로 밝히는 일을 보호해야 한다는 것은 정도에서 벗어 나는 것이 될 것이다」 라고 말했다. 브레난의 현실적 악의의 원칙은 결국 자업자득적인 성격을 보이는 것이 되었다.

브레난은 논평을 통해 어스킨(Erskine)이나 브랜다이즈, 홈즈(Hoes), 채피(Chafee), 마이클존(Meiclejohn), 비클(Bichel), 블래시(Blasi) 판사를 통해 이룩되어 온 언론자유의 위대한전통과 공표의 자유에 대한 차가운 반응은 「바로 편집상의 특권의 부재에서 초래되는 것이 아니라 뉴욕 타임즈 사건의 판결기준에서 초래된 것」 이라는 점을

인정해야만 했다. 브레난의 이 말들은 현실적 악의의 원칙을 적용했을 때는 이러한 결과를 전혀 예측하지 못했다고 마지 못해 수긍하는 것으로 밖에는 해석할 수 없다.

허버트(Herbert v. Lando) 사건에서 브레난이 편협하게 반대한 것은 여러 독자들에게 대한 도전이었다. 놀랍게도 브레난은 사실상 기자들의 사고구조와 표현 그 자체를 조정할 만한 특권은 없다고 규정해 버렸던 것이다. 그러나 사고과정을 조정할 수 없더라도 그것을 조사할 수는 있을 것이다.

허버트 사건의 항소심(Herbert v. Lando, 568F. 2d 974 1977)에서 카우프먼과 오크 재판관은 과실과 악의의 개념은 육감이나 느낌, 추리 또는 오크 재판관이 「갈릴레오의 조사」라고 명명한 개념들에 의거해서 피고의 심리상해를 읽을 것을 함축하고 있다는 점을 인정은 하면서도 언론인들의 주관적인 사고구조를 폭로할 때 이것이 언론인들의 노력에 찬물을 끼얹을 지도 모른다는 가정 하에서 현실적 악의론에서는 그러한 조사를 전혀 하지 못하게 해 왔었다고 견해를 밝혔다.

이러한 상황에서 브레난은 더 이상 자신의 주장을 전개시킬 수 없었고 또한 현실적 악의의 원칙을 견지하기 힘들었다.

브레난이 말한 것처럼 냉담한 반응은 오직 언론인들로 하여금 그들의 업무를 수행하지 못하게 하는 압력에서 연유하는 것일지도 모른다. 현실적 악의의 원칙 하에서는 이렇게 할 수 있을 것 같지 않았다. 확실히 허버트 사건에서 그런 예를 볼 수 있었다. 브레난은 어느 때와는 달리 착잡한 어조로 주장하기를 편집과정은 편집인들간에 신중한 판단과 상호작용 그리고 데스크에서 끊임없는 대화를 통해 진행되는 것이기 때문에 명예훼손적인 허위보도의 증거가 없을 때에는 면책특권을 부여해야 한다고 말했다.

브레난이 강조하려는 것은 결국 기자실에서 어떤 사람이 말하는 것은 어떤 사람이 생각하는 이상으로 법적으로 보호될 수 있다는 것이다. 이는 놀랄만한 성과라고 하겠다.

누구든지 만일 조사해야 할 것이 있다면 그 대상은 무의식적인 심리가 아니라 의식적인 심리가 대상이 되어야 할 것으로 생각했을 것이기 때문이다.

브레난은 언론의 자유와 자신의 명성을 회복할 권리간의 불안한 균형상해를 유지하면서도 현실적 악의의 원칙으로부터 남은 것을 견지할 타협점을 찾고자 하고 있었다. 그것을 실천하는 것은 점점 더 어렵고도 외로운 길이 되고 있었다.

화이어스톤 사건의 판결에 동의를 한 렌퀘스트(Rehnquist)판사는 월스톤 사건(Wolston v. Reader's Digest Association Inc., 443 U.S.157, 1979)에서 화이어스톤 판결 때와 마찬가지로 더욱 더 현실적 악의의 원칙의 적용을 제한 시켰다.

몇몇 전문가들이 획기적인 판결로 묘사한 바 있는 허치슨 대 프록스마이어 사건에서 워렌 버거(Warren Burger) 대법원장은 약식조사방법의 타당성에 대해 의문을 제기하면서 원고측의 검사뿐만 아니라 법관이 피고의 심리상해를 조사할 방법을 명확하게 제시하였다.(논쟁의 여지가 없는 사실일 때도 법관은 즉결심판 신청에 대해 법이 정한 바에 따라 결정할 것이며 명예훼손 사건에 있어서도 현실적 악의론이 헌법상의 논쟁의 대상이 된 때도 마찬가지일 것이다.)

위의 두 판결은 모두 다 뉴욕 타임즈 사건이 갖는 기본적인 의미에 대한 간접적인 반박이었던 것이다. 브레난은 위의 두 판결에 대해 간략하고도 약한 어조로 반대의사를 표명했다.

「그의 현실적 악의의 법리가 빛을 보지 못하고 거의 무너져가고 있는 상황에서 브레난은 1973년에 느꼈던 것처럼 패배감을 분명히 느꼈을 것이다. 1973년의 밀러 사건(Miller v. California, 413 U.S. 15, 1973)에서 법정은, 브레난이 1957년 이래 외설법과 관련된 사건에서 조심스레 주장했던 헌법정신을 묵살해 버렸던 것이다.

또한 1973년에 브레난은 살톤 사건(Salton v. Paris Adult Theatre 1.413 U.S. 49, 1973)에 대해 놀라우리 만치 함축적인 의미를 가진 반대를 하였었다.

『15년전에 있는 로스 사건(Roth v. United States, 354 U.S.4761,1957)에서 비롯된 접근방식과 오늘날의 법원에서 고조되고 있는 결정 사항들은 수정헌법 제 1 조의 기본적인 가치들을 위태롭게 하고 있으며, 이러한 문제가 해결되지 않고는 이 분야에서의 안정성은 이룩할 수 없다고 확신한다』

그리고 이어서 그는 「이러한 접근방식에서 탈피하고 새로운 해결을 위한 시기가 도래했음」을 강조했다. 그에 대한 해결책이 무엇이든, 브레난은 여전히 그의 견해를 굽힐 자세는 아니었다.

1965년에도 조지타운 대학의 법률연구소에서 에드워드 더글라스 화이트(Edward Douglas White)가 강연을 할 때 브레난은 화이트에게 자신의 현실적 악의론에 반대를 하기 전에 관련 사건의 기록을 읽기를 청원했다. 이러한 청원은 그가 법원에 대해 자신을 변호하고자 하는 태도이며 또한 자신의 법리에 대한 확실치 못한 비판에 대해서 변론을 하기 위한 열망에서 비롯된 것이었다.

더구나 허버트 대 랜도 사건에 대한 신문의거의 신경질적인 반응은 브레난의 신경을 거슬리게 만들었다. 그 사건은 브레난에게 있어서 어려운 과제였다. 그 사건에 대해 언론은 브레난의 현실적 악의의 법리를 잘못 이해한 것으로 보였다. 그리고 언론은 그들의 엄격하고도 격렬한 반응을 통해서 볼 때 법정의 판결 그 자체를 오해한 것 같았다. 아마도 언론은 브레난의 지적인 노력을 올바르게 인식하지 못했던 것 같았다.

브레난은 분명 법적 우파의 보수성과 법적 좌파의 단순성 사이에서 수정헌법 제 1 조의 권리를 보호하기 위해 현실적 악의의 법리를 적용하려 했던 것이었다. 이것이 절충론자의 어쩔 수 없는 운명인가?

브레난은 1979년 10월 17일에 루트거(Rutgers)대학에서 뉴하우스 법률센터를 위한 강연을 했다. 이때 그는 언론에 대해 훈계하는 내용의 강연을 했다. 이에 그의 마음은 아마도 진실이었을 것이며 이것은 그가 이제는 새로운 지적 탐구에서 떠나 언론의 자유를 위한 좀 더 보편적인 이론적 틀을 구축하려고 한다는 사실을 말해 주는 것이다.

우리는 그의 새로운 이론적 틀이 로렌스 트라이브(Laurence Tribe)의 「트랙 · 원 (Track On-e)」과 「트랙 투(Track Two)」의 분석 모형과 비슷한 경향임을 흥미로운 사실로서 발견할 수 있을 것이다.

하버드 대학의 법학 교수이면서 그 후에는 가네트 사건(Cannett v. De pasquale, 1979)의 소송인 자문역을 담당했던 트라이브 교수는 리치먼드 신문사 사건(Richmond Newspapers v. Virginia, 1980)을 논평하면서 언론의 이원론적인 이론은 적어도 뷰하네이스 사건(Beauharnais v. illinois, 1952)과 뉴욕 타임즈 사건 이후로 분리되어 왔다고 믿는다.

트라이브 교수는 이원론적인 이론들을 새로운 법리로 대체하고 이 법리에서 그는 특정인이 직접적으로 말하고 출판할 수 있는 권리와 동일인이 뉴스수집을 위해 어디든지 갈 수 있는 권리, 수정헌법 제 1 조에서 나오는 부수적인 특권을 향유할 수 있는 권리를 구분하고자 했던 것이다.

트라이브 교수의 주장에 의하면 정부가 언론의 보도에 따른 충격을 문제삼고 그것을 방지하기 위한 방법으로서 명백하고도 현존하는 위협의 원칙을 적용하는 것은 특별한 경우라는 것이다. 이것은 트라이브 교수의 분석에 의하면 본질적으로 트랙 · 원의 차원에 해당하는 것이다.

한편 정부가 의사소통의 내용을 중립적인 입장에서 직접적으로 사상이나 정보를 견제하지 않고 별도로 문제삼을 때 비록 간접적인 통제에 해당하는 것이기는 해도 언론의 자유를 보장하는 것이기 때문에 이는 그의 분석모형에서 트랙 투의 차원에 해당한다고 하겠다.

브레난은 루트거 대학의 강연에서 사회에 속한 언론의 역할 중 소위 「발언」과 「구조」의 모형이라고 부르는 것을 구별하였다. 브레난은 언론 그 자체가 이 두 가지 모형을 혼동해 왔다고 믿었다. 「발언」모형 하에서는 언론은 수정헌법 제 1 조의 절대적인 보장을 요구하고 또한 그러한 보장에 따른다.

그리고 「구조적」모형 하에서는 언론의 이해는 다른 사회적 측면의 이해와 갈등을 야기하게 되어 그 경우 갈등의 조정은 경쟁상대의 주장을 지지하는 방향으로 나아가게 된다는 것이다.

그러나 브레난이 그의 「발언」모형하에서 제시한 것은 발언과 출판에 대한 절대적인 보호가 과연 순수한 발언 상황 하에서 절대적 보호를 뜻하는 것인지는 의문이다.

그러면 그 후에 브레난은 그가 절대주의의 무모한 수사술로 칭한 바 있는 즉 그 내용이 무엇이든 순전히 그 발언에 대해서는 어떠한 조건부도 달지 않는다는 마이클존과 에머슨의 이론 그리고 블랙과 더글라스 관사의 이론을 채택하고있다는 말인가. 그렇지 않았다. 브레난은 발언에 대한 절대적인 보호를 제안한 것은 아니다. 심지어 정치적인 발언까지도 말이다. 그는, 트라이브 교수가 명백하고 현존하는 위협의 원칙에 대해서 그의 법칙의 활용 조건을 설정했던 것처럼 현실적 악의의 원칙에 관해 자신의 법칙을 활용하기 위한 조건을 설정하고 있었던 것이다. 그러나 사실상 두 가지의 원칙 사이에는 대단한 차이점이 존재하고 있다.

트라이브의 명백하고 현존하는 위협의 원칙은 포괄적이고 특히 정치적인 데까지 탄력적으로 적용하기 위하여 이용되는 반면에 브레난의 현실적 악의의 원칙은 말하는 이의 의도에 한정해 초점을 둠으로써 언론 자유의 핵심에 더 밀접하게 접근하는 것이다.

의사소통의 과정에서도 표현에 해당되지 많거나 부수적인 것일 뿐인 요소들이 문제가 될 때는 「구조적 모형」은 절대적인 보호는 아니나 포괄적인 것을 제공하게 된다. 특히 이해의 균형이 필요하게 된다.

브레난의 구조적 모형은 트라이브의 트랙 · 투의 이론적 틀처럼 브란츠부르크(Brauzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 1972) 사건과 주커(Zurcher v. Stanford Daily 436 U.S. 547, 1978) 사건, 그리고 실제로 허버트 대 랜도 사건의 결과를 통해 설명될 수 있다.

그렇다면 과연 「트랙 · 원」과 「트랙 · 투」의 분석방법과 브레난이 제시한 「발언」과 「구조」 모형들 간에는 어떠한 차이가 근본적으로 존재하는지 의문이다.

아마도 마이클존과 에머슨, 그리고 블랙과 더글라스 판사들은 그 문제에 대해 똑같이 의문을 품었을 것이다.

각각의 모형 모두 「자율적(self-governing)」사상을 전제로 하고 있다.

그러나 각 모형간의 차이점은 근본적으로 중요하지 않을지도 모르며, 그러한 구별이 오히려 브레난이 허버트 대 랜도 사건에 대한 언론의 반응은 잘못 관한한 결과였다고 본 바로 그러한 혼란을 초래할 수도 있는 것이다. 특히 신문이 「사법적 애그뉴리즘」 「법의 악몽」 그리고 「오르웰리안(Orewelian) 영역」이라는 표현을 사용한 것은 브레난에게는 합당한 반응이라고 할 수 없는 것이었다.

그는 「언론에 입힌 피해라는 것은 단순히 혹독한 비판에서 오는 질책을 감수해야 할 정도는 아니었다」라고 말하고 「언론은 법원의 결정이 비록 설리반 사건 때의 현실적 악의론의 기준이 반복되기는 했지만 언론의 자유에 명백히 제한을 두거나 한 것처럼 비난했다」고 덧붙였다. 그러므로 브레난과 법정은 여전히 현실적 악의의 원칙에 말려들어가고 있었던 셈이다. 언론은 편집인들 간에 자유로운 의사소통을 할 수 있는 조건적 특권을 향유할 수도 있지만 기자들의 심리상태에 대해서만은 특별한 권리를 향유할 수 있는 것은 아니다. 브레난은 「거의 모든 범죄 구성에 있어서는…… 예를 들어 침 입이나 강간, 위조 등과 같은 모든 의도적인 불법행위와 마찬가지로 피고의 고의성이 있었는지를 요건으로 한다」고 말했다.

브레난은 또한 외설에 관해서도 썬치를 박듯이 명예훼손에 있어서도 절대주의적인 것에 대해 썬치를 박았다. 그를 만일에 균형론자였다고 평하더라도 그는 출판물 그 자체에 대해서는 편견을 지닌 한계가 있는 균형론자라고 하겠다.

그는 언론의 자유에 대해서는 언론자유 향유의 범위를 넓혀 줄 자세가 되어 있었다. 왜냐하면 카도조(Cardozo)가 말한 것처럼 언론의 자유란 모든 바른 자유의 모체가 되기 때문이다.

그러나 아마도 브레난은 뉴욕 타임즈 사건에서 그가 처음에 주장했고 최근의 명예훼손사건에 대한 법원의 결정에서 그 극에 달한 그의 접근방식이 이제는 수정헌법 제 1 조의 기본적인 가치들을 위태롭게 할 뿐만 아니라 1957년 로스사건에서 볼 수 있었던 것처럼 억압의 무기로 날조될 수도 있다고 생각했던 것 같다.

브레난이 1965년에 마이클존의 이론을 활용한 것은 이제는 여러모로 쓸모없게 되었다. 마이클존은 최소한 공직자의 공적 행위에 관한 모든 의사소통의 행위에 대해 절대적인 특권을 확대 적용해 왔던 것 같다. 그리고 공적 중요성을 지닌 논쟁들인 문제들과 관련된 공적 인사의 주장들에 대해서도 절대적인 특권을 확대해 왔던 것 같다. 또한 정치적인 명예훼손은 선동적인 것이긴 하나 정치적인 통제를 받아서는 안 된다고 보았던 것이다.

또한 마이클존적인 견해는 1964년 이후의 법관들로 부터는 직접적인 비판을 받을 수 밖에 없었던 것 같다. 사실상 현실적 악의론은 브레난이 소중하게 여겼던 수정헌법 제 1 조의 가치들에 역행하여 오히려 속임수를 조장해 왔던 것이다.

그리고 현실적 악의론은 오히려 브레난의 인도하에 법정이 발전시켜 왔어야 했던 공적인 발언의 보호범위에 관한 명쾌한 사고를 파괴해버렸다. 이러한 점들을 생각할 때 결국 현실적 악의의 원칙은 실패한 이론의 이야기로 밖에 생각할 수가 없다.