

명예훼손법과 픽션물

비비안 데보라 월슨

이 글은 듀크대학 법대에서 발행하는 「Law and Contemporary Problems」 1981 년 가을호에 실린 것을 발췌 번역한 것이다. 필자는 현재 캘리포니아 대학의 법학교수로 있다.

.....편집자주

I. 머릿말

미연방대법원은 알라바마법(Alabama law) 아래서의 뉴욕타임즈사 대 설리반 사건(New York Times Co. v. Sullivan)의 명예훼손판결이 미연방수정헌법 제 1 조와 제 4 조에 위배된다고 만장일치로 지지했다. 뉴욕타임즈사 사건은 칼빈(Kalven) 교수가 「가장 적절하고 중요한 법원의 견해가 표현의 자유의 영역에서 나타나고 있는 것이라고 평가한 바 있다. 그러나, 이런 칼빈 교수의 반응에 반해서, 수정헌법 제 1 조의 절대론적인 지지자인 알렉산더 마이클존(Alexander Meiklejohn) 교수는 그 사건의 판결에 대해서 달갑지 않은 표현을 한 것으로 보도되었다. 즉 그는 「그 판결이 길거리에서 춤추는 것과 같은 경우」라고 평했다. 정치적인 발언과 표현의 자유에 대한 적용이 무엇이든 간에, 뉴욕타임즈사 사건과 그 후의 게르츠 대 로버트 웰츠사(Gertz v. Robert Welch, Inc.) 사건은 표현의 중요한 하나의 형식인 픽션으로 분류되는 문학작품에 대해 수정헌법 제 1 조의 보호를 제공하지 않는다.

뉴욕타임즈사는 원고가 주장한 바와 같이, 근거없이 주장된 명예훼손적 발언이 현실적 악의를 구성하는 지에 대한 심사를 요구하고 있다. 현실적 악의란 진위에 대한 부주의한 무관심 또는 고의적인 허위이다. 사실적 허위와 진실에 대한 개념을 설명하도록 요구할 때, 그 조사를 픽션적 예술에 적용하는 것은 유용하지 못하다. 비록 피상적인 감각에서 픽션이 모두 거짓이라고 할지라도, 픽션은 묘사하기 보다 꾸며낸 이야기이기 때문에, 픽션의 형식은 거짓(falsehood), 「계산적인(calculated)」, 또는 부주의한(inadvertent)과 동의적이 아니다. 그것은 문자 그대로의 진실을 표현하는 것을 의미하지 않는다. 그러므로, 뉴욕타임즈 사건과 같은 유형을 픽션적 특성을 창작하는 작가의 의식에 넣어서 조사하는 것은 의미없는 문제를

제기하는 것이다. 작가는 실제로 그가 쓰고있는 것이 픽션이라는 것을 알고 있다. 만약 작가가 순수한 찬사로 픽션의 인물을 묘사하지 않는다면, 그의 픽션의 성격묘사는 항상 명예훼손적인 부담을 내포하는 위험을 안게 될 것이다. 그 결과는 필연적으로 작품이 안고 있는 그러한 위험으로 인해 명예훼손적이라고 생각되어질 수 밖에 없는 결과를 초래할 것이다. 그 관점은 빈드림 대 미첼(Bindrim v. Mitchel) 사건인 소설 「터칭(Touching)」의 발행인과 작가에 대한 명예훼손소송에서 자세하고 명쾌하게 논증되었다. 피고들이 공동으로 불법행위를 했다고 지지한 캘리포니아 항소법원은 손해배상에 관한 부분에 대해 원고에게 유리한 1심 판결을 확정했다. 뉴욕타임즈사 판결의 지침에 충실해서, 법정은 명예훼손적 성격을 내포하고 있는 원고에 대한 성적묘사가 현실적 악의(actual malice)를 구성하는 명백하고 확실한 증거가 있다는 판단에 대한 기록을 설명했다. 법정은 소설가인 원고, 그웬 데이비스 미첼이 피고인 파울 빈드림의 「나체마라톤(nude marathon)」 집단요법에 참가했다고 밝혔다. 나체마라톤에 참가한 지 2개월 후에, 더블데이 (Doubleday)사는 미첼에게 인세로 15,000 달러를 지불했다. 그 해 말에 그녀는 시몬 허포드(Simon Herford) 박사라는 주인공이 나체접촉운동(nude encounter secession; 역자주-히피족이 현대문명의 소외를 극복하기 위해서 서로의 피부를 접촉시키거나 하여 상실된 참된 사랑이나 신뢰를 회복시키려는 운동)을 벌이는 내용의 소설을 출판하였다. 다른 명예훼손적 부대 사항은, 주인공인 허포드 박사가 환자에게 야수적인 감정을 나타내는 것으로 묘사되었다는 점이다. 피고인 빈드림은 직업적인 평판에 손상을 입혔다는 그의 주장을 뒷받침하기 위해서, 원고의 나체운동에 참석한 몇몇 증인들을 내세웠다. 그들은 빈드림이 소설의 허포드 박사와 동일시된다고 증언했다. 실재적인 운동을 담은 빈드림의 테이프 기록들과 비교하기 위해서 소설의 나체마라톤에서 발췌한 것들이 배심에 제시되었다. 법정은 그 책이 픽션이라는 점을 인정하지 않았다. 「터칭(Touching)」이 소설이란 사실이, 미첼을 명예훼손에 대한 책임으로부터 면책시킬 이유는 안된다……」 그 소설이 비방적인 허위사실을 내포하고 있다는 가정 하에서, 법정은 명예훼손적인 묘사가 현실적 악의를 구성했다는 결론을 내렸다. 왜냐하면, 미첼이 빈드림의 운동에 참가했고, 그리고 그 진실된 사실을 알았음에도 불구하고, 그녀가 고의로 또는 무분별한 허위로 소설을 저술했기 때문이다. 법정은 또한, 동일시(identification)에 대한쟁점에 관해 설명했다. 법정은 소설의 주인공인 시몬 허포드 의학박사는 그 책에서 「긴 백발, 흰 구렛나룻, 토실토실한 흉안, 그리고 불그레한 팔을 가진 살찐 산타클로스 형으로 묘사되었는데 반해서, 파울 빈드림 철학박사는 짧은 머리에 수염이 없는 말끔한 얼굴의 소유자임에도 불구하고, 두 치료사가 동일한 요법으로 훈련시켰다는 세 사람의 증언은, 분별력이 있는 사람이면 소설의 주인공을 원고로 동일시할 수 있다는 점을 법정으로 하여금 설득당하게끔 하는데 충분했다. 주말에 있었던 실재적인 접촉운동의 사본들이 피고의 소설 줄거리와 사실적인 실생활사건과의 사이에 밀접하게 유사한 점을 나타내고 있다는 증거로부터, 법정은 「소설의 주인공인 허포드와 원고인 빈드림 사이에 많은 유사점들이 있다」는 결론을 내렸다.필수적인 동일성을 발견한 후에, 법정은 「터칭에 쓰인 묘사들이 명예훼손적인가?」란 의문을 제기했으나, 확정적인 것으로 판단했다. 원고는 소설에서 그와 동일시할 허포드 박사가 한 여환자를 겁탈했고, 또 다른 여환자를 괴롭혔기 때문에, 한 요법강좌가 끝난 직후에 그 여환자의 자동차가 파괴되었고, 때문에 그녀가

사망한 것으로 묘사되었다고 주장했다. 법정은, 그 소설이 「현실적으로 일어난 사건을 실제로 부정확하게 묘사했고…… 이 묘사들의 대부분이 그의 언어와 태도를 거칠고, 공격적이고, 비전문 직업적으로 묘사했기 때문에, 그것들이 원고를 천박하게 보이도록 한 내용」을 내포하고 있다고 판단했다. 빈드림 대 미첼 사건은 픽션예술에 대해 명예훼손에 관한 현행헌법을 적용하려는 노력의 결과로서, 결의론(casuistry)의 한 예이다. 픽션물이 뉴욕타임즈사 사건의 방법으로 엄밀히 조사될 수 없다는 것이 논증되었다. 결국 픽션물은 작가의 의식적이고 무의식적인 인지형식으로 구성된 사상, 감정, 감각 그리고 표현의 복합체로부터 나오는 예술적 표현, 상상력의 방사물이다. 외면적, 내면적 그리고 초월적 실제의 사건들인 예술의 자료를 짜맞추는 픽션작가는, 그가 어떤 상황을 설정했든지 간에, 예술영역에서 단지 실생활의 변형이란 작업을 할 뿐이다. 비록 작가들이 「실생활」에서 볼 수 있는 관계자들과 분명한 유사점이 있는 인물들을 묘사한다고 할지라도, 그 인물들은 필연적으로 작가의 생활 속에서의 사건들 그리친 그의 친척, 친구, 동료 그리고 지인들의 생활로부터 나온다. 픽션작가의 자료의 정보원은 역시, 근거없는 명예훼손이라고 주장할 수 있는 예술고유의 취약성을 지닌 정보원이다. 만약 같은 시대의 소설가의 작품에 나타난 주인공이 어떤 사람의 생활형태와 대단히 밀접하고 그의 생활양상과 대단히 유사하다면, 법정은 명예훼손소송을 한 원고가 픽션의 주인공으로 동일시될 수 있고, 그 결과 픽션의 묘사로 인해서 비방을 받았다는 결론을 쉽게 내릴 수 있다. 저명인사인 원고는 작가가 현실적 악의를 품고 있다는 것을 명백하고 확실한 증거에 의해서 판단하는 것이 어렵지 않을 것이다. 사인인 원고는 피고가 그 사실의 현실적 진실에 대해서 무관심했다는 증거를 가지고서 설복하게 될 것이다. 이 글은 픽션물이 명예훼손법에 의해서 야기되는 범주를 설명하고, 그리고 명예훼손을 주장하는 원고의 권리를 말살하지 않고서 수정 헌법 제 1 조의 표현의 자유에 대비할 수 있는 가능한 문제의 해결방법을 제공한다. 이 목적을 달성하기 위해서, 다음과 같은 것들이 논의될 것이다. 즉 그것들은 명예훼손법과 법정이 픽션에 적용하는 원칙들, 수정헌법 제 1 조의 보호를 받기 위한 주장, 픽션을 위한 수정헌법 제 1 조의 보장에 대한 정보, 그리고 그의 예술적 감각에 대한 표현자유에 대한 개인적 관리와 그의 평판을 보전하는데 있어서의 개인적 이익사이의 갈등을 해결하기 위한 적절한 법식 등이다.

II. 명예훼손법과 픽션물예의 그 적용

1. 명예훼손소송의 역사적 변천

천년동안 개인의 평판이 훼손되지 않도록 개인의 권리를 보호해 온 명예훼손법은 평판의 가치와 「공격을 예방하고 구제하는」 목적에 관한 공약에 대해 사회의 지속적인 관심을 나타내고 있다. 알프렛 대왕법(Laws of Alfreth the Great, 880 년경)은 허를 찌르는 그 시대의 엄격한 형벌로, 입증된 비방자(slanderer)를 처벌했다. 윌리엄 1 세 하의 교회재판소는 신앙적 죄인으로부터 공개적인 속죄행위를 요구했다. 후에 영주재판소가 마련한 구제책들은 피해자를 위한 금전적 배상과 명예훼손행위자에 의한 공개사과로 한정되었다. 16 세기까지, 관습법 법정들은 시민의 명예훼손적 행위를 금지했고, 우리들이 현대 미국의 불법행위로 인지하고 있는 규칙으로 발전시키기 시작했다. 뉴욕타임즈사 대 설리반 사건이 있기까지, 피고측의 과실을 입증하지 않더라도, 함부로 주장된 명예훼손적 표현이, 「어떤 사람의 사회적평가를 저하시키거나 또는 제 3 자와의 교제나 친교관계를 방해하는 것과 같이 타인의 평판에 손상을 주는 경향이 있는」 표현에 대해 일반적으로 엄격한 책임이 적용되었다. 손해배상금청구는 주장이나 입증이 필요하지 않았고, 단지현실적 손상에 대한 증명없이 추정되거나 보상되었다. 그래서 엄격한 책임기준의 효과는 「인쇄되고, 기술되고 또는 입으로 하는 말(word)」을 「폭발물의 사용 또는 위험한 동물의 소유」와 같이 위험한 것으로 간주했다.

2. 픽션물과 관련된 불법행위의 중요한 요소들

일견해서 확실한 명예훼손사건이라고 간주되는 중요한 요소들은 사회의 유복하고 존경받는 집단에 의해서 명예훼손이라고 이해되고, 피고에 의해서 「원고에 관련되고 원고에 관한 것」 그리고 명예훼손이 되는 표현(statement)이라고 제 3 자에게 이해되고, 부주의하거나, 고의적으로 전달되는 표현이다. 비록 원고에게 그의 주장에 대한 모든 요소들을 입증하라는 것이 요구된다고 할지라도, 픽션이 관련된 명예훼손소송은 실제로 동일성의 쟁점으로 전환한다. 법정은 쟁점이 된 표현이 명예훼손적 해석이 가능하다는 최초의 판단을 하게 되는데, 그때 「그 성격묘사가 원고와 관련되고 원고에 관한 것인가」라는 결정적인 질문에 직면하게 된다. 그 답은 픽션물이 원고와 관련되고 원고에 관한 것으로서 본질적으로 명예훼손이라는 소송의 원인에 대한 결과를 판단할 것이다. 만약 작가가 어떤 결함을 가지고 인물을 묘사한다면, 묘사의 일부분이 동일시되는 원고를 사회의 구성원들로부터 낮은 평판을 받도록 할 것이다. 픽션적인 허포드(소설 「터칭」의 주인공) 박사의 성격묘사가 한 예이다. 이전에 원고인 빈드림이 허포드로 동일시되어서, 법정은 이성적인 독자가 단지 「픽션적 윤색」이 아니라 「실제적 언어와 행동을 기록한」 문장이라고 이해할 수 있다는 판단을 내렸다. 비슷한 것으로, 알 카포네(Al Capone)의 교도소탈출에 관한 텔레비전 드라마가 그 사건이 일어난 당시에 카포네를 감시한 교도관들 가운데 한 사람인 원고에게 유리한 판결을 안겨주었다. 드라마에는 원고의 이름이 사용되지 않았을 뿐만 아니라, 어떤 신체적으로 닮은

점도 제시되지 않았다. 어쨌든, 그 법정은, 「실생활에서 일어난 사건에 관한 세미-픽션적(semi-fictional) 묘사가 공중 또는 적어도 원고를 알고 있는 일부 사람이 그 묘사가 원고에 관한 것이라고 믿을 가능성을 내포하고 있고, 그래서 손해배상금을 받을 수 있다는 것을 지지했다. 캘리 대 로우(Kelly v. Loew) 사건에서, 캘리의 실명이 사용된 책을 근거로 해서 영화가 제작되었기 때문에, 원고인 로버트 캘리(Robert Kelly)는 「그들은 소모품이었다(They Were Expendable)」란 영화에 등장하는 픽션적 인물인 러스티 리얀(Rusty Ryan)과 동일시되었다. 비록 그 영화가 주인공을 친절하고, 온화하고, 유머러스하고, 용감하고, 자제력이 있고 그리고 의협적으로 묘사했다고 할지라도, 법정은 그가 명예훼손 당했다고 지지했다. 왜냐하면, 인물묘사가 역시 미숙하고, 성급하고, 절제력이 없고, 그리고 감정적이었기 때문에, 해군 장교인 전문직업에 관한 캘리의 명성에 손상을 주었다는 것이다. 한편, 법정은 작품이 픽션으로 분류되기 때문에 독자들이 원고를 픽션의 인물과 동일시할 수 없으므로 원고의 권리회복이 거부된다는 판단을 한 경우도 있다. 휠러 대 델 출판사(Wheeler v. Dell Publishing Co., Inc.) 사건에서 법정은 「살인자의 해부(Anatomy of a Murder)」란 소설의 비열한 주인공이 의도적으로 추하게 묘사되어서, 독자 어느 누구도 그녀를 원고와 동일시할 수 없다는 결론을 내린 합리성을 제공했다. 또 원고들의 한 지인에 의해서 쓰여진 소설에 근거해 제작된 「환락의 길(Primrose Path)」이란 영화가 완전히 픽션화 되었다고 판단되었기 때문에, 법정은 사회의 저명하고 존경받는 계층이 그 영화의 주인공을 원고와 동일시할 가능성이 있다고 판단할 수 없었다. 유사한 경우로서, 원고의 성명을 사용한 픽션의 주인공(지저분한 경험을 지닌)이 원고와 관련될 수 없다고 판단되었다. 왜냐하면, 그 책이 완전히 픽션물이었기 때문이다. 법정들이 픽션물에 관한 적절한 기준을 마련하지 못하고 있기 때문에, 판결들은 모순되는 견해를 보이고 있다. 어떤 법정은 「픽션물의 문학적 형식아래서 (조차도) ……평판이 손상을 입지않을 수 있다」는 판단을 내릴 수 있고, 또는 「어린 이성적인 독자도 비난을 받은 작품이 단지 픽션이라고 추론할 수 없다」는 판단을 내릴지도 모른다. 한 극단적인 예로서, 원고의 주장이 손해배상금으로 보상되는 경우도 있는 가하면 또 다른 극단적인 예로서, 법정이 판단의 중요성을 인정하지 않는 또는 그것의 중요성을 엄밀히 조사하지 않는 놀라운 태도를 취하고 있다. 결국 픽션작품은 명예훼손에 관한 소송으로부터 작가에게 절대적 면책을 주는 수정헌법 제 1 조의 보장에 해당된다. 비록 픽션이 수정 헌법 제 1 조에 대한 합법적 주장을 가지고 있다고 할지라도, 절대적 면책은 미연방대법원이 표현의 또 다른 형태로 인정해오지 않는 특권이다.

3. 명예훼손법에 대한 뉴욕타임즈 대 설리반 사건의 기여

수십 년 동안, 엄격한 책임이 과실 또는 현실적 피해의 증거없이, 수정헌법 제 1 조에 관련된 사항들을 고려하지 않고서, 명예훼손소송에 부과되었다. 뉴욕타임즈사의 승소는

명예훼손소송에 관련된 몇몇 피고들에게 헌법적 보호를 확대했다. 뉴욕타임즈사 사건의 원고인 알라바마주 몽고메리의 지방행정관인 설리반은 타임즈지에 게재된 광고에 의해서 명예훼손 당했다고 주장했다. 그는 비록 자신의 이름인 설리반이 언급되지 않았다고 할지라도, 그가 다양한 싸움꾼으로 추정되도록 함으로써 명예훼손 당했다고 주장했다. 타임즈사는 광고에 언급된 약간의 사항들이 실제로 정확하지 않다는 것을 인정했다. 1 심판사는, 만약 배심이 광고에 언급된 사항들이 원고에 관한 것이고, 그와 관련된 것(of and concerning)으로 구성된 것으로 평결한다면, 그 언급된 사항들이 본질적 명예훼손이기 때문에, 타임즈사가 명예훼손의 책임이 있을 수 있다. 배심은 설리반에게 50만 달러의 손해배상금을 지불하도록 평결했고, 알라바마 대법원은 수정헌법 제 1 조가 명예훼손적 공표를 보호하지 않는다는 근거로 타임즈사의 헌법적 이의를 물리치면서, 그 판결을 유지했다. 공무원의 공적 행위에 대한 비평에 관한 사건에서 명예훼손에 관한 알라바마주법의 적용이 가능한 지에 대해서, 미연방대법원은 「명예훼손은 헌법적 제한으로부터 절대적인 면책을 주장할 수 없다」고 판시했다. 뉴욕타임즈 판결에 따라서, 연방대법원은 공적 인사(Public figure)뿐만 아니라 공무원이 포함된 원고의 부류를 확대하고, 공적 행위를 분류하고, 그리고 공무원으로 간주하는 범주들을 정의했다. 게르츠 대 오버트 웰츠 사건에서, 연방대법원은 공적 인사도 아니고 공무원도 아닌 사인에 의해 제소된 명예훼손소송에서 뉴욕타임즈의 판결원칙밖에 있으므로 피고에 대한 수정 헌법 제 1 조의 보호를 거부했다. 비록 연방대법원이 「수정헌법 제 1 조 하에서 잘못된 개념같은 것이 없다」는 뉴욕타임즈의 판결에 대한 입장을 반복했다고 할지라도, 법원은 그 원칙에 대한 불만을 표명했다. 「그러나, 사실에 대한 그릇된 표현에는 헌법적인 가치가 없다. 의도적인 거짓말 뿐만 아니라 부주의한 잘못이 논쟁으로 구체적인 사회적 관심을 조장해서는 안된다.」 게르츠 사건은, 사인을 주인공으로 선정한 픽션물의 작가에게는 뉴욕타임즈 사건의 헌법적 보호의 가능성을 철회했다. 나아가서, 매체측 피고에 중요성을 둔 것에 초점을 맞추므로써, 연방대법원은 표현의 자유에 대한 권리보다 정보의 보급으로부터 나오는 공익에 대한 언론자유 이익을 관련시킨 것으로 여겨진다. 더 나아가서, 뉴욕타임즈 판결은 피고들인 기자와 소설가에게 적용했다. 어쨌든, 픽션작가를 위한 헌법적 보호의 정도는 최종적으로 해결되지 않고 있다.

III. 수정헌법 제 1 조에 의한 보호의 근거

1. 절대적 보호

수정헌법 제 1 조에 대한 전통적인 절대주의자의 입장은 공산당 대 파괴행위통제국(Communist v. Subversive Activities Control Board) 사건에 대해 반대의견을 가진 블랙 판사에 의해서 다음과 같이 표명되었다.

『창시자들이 정부에게 법을 위반하는 명백한 행위를 기소할 수 있는 전권을 주었으나, 국민의 견해를 옹호한다는 이유로 국민을 처벌하는 일부 권한을 억제했다.』

더글라스 데일러(Douglas Dayler) 판사는 게리슨 대 루이지애나(Garrison v. Louisiana) 사건과 관련해서 다음과 같이 말했다 『헌법에 의한 유일한 지침은 한 쪽의 표현(speech)과 다른 한 쪽의 행위 또는 명백한 행동과의 사이에 있다.』

이들 범주에 속하는 주장들은, 수정헌법 제 1 조의 절대적 입장을 지지하는 사람들이 픽션에 대한 절대적 보호를 확대할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 비록 블랙 판사가 「만약(ifs), 그러나(buts) 또는 그런데(whence) 같은 유보조항이 없이」 표현과 출판의 자유를 박탈하는 어떤 법도 없다는 태도를 취한다고 선언했으나, 그는 후에 공공 문제들에 대해 비평을 하는데 적용하기 위해 「절대적이고 무제한적인 헌법적 권리」의 범위를 제한했다. 「과잉과 남용으로부터 파생될지도 모르는 해악에도 불구하고 공적 행위를 비평하는 특권을 지지하기 위해서」, 골드버거 판사는 표현의 자유에 관한 헌법적 관리가 자유로운 정치토론, 책임있는 정부 그리고 「공화국의 안전」이란 목적에 기여한다고 언급해왔다. 사인에 대한 명예훼손적 발언은 「지방자치사회의 목적과 거의 관련이 없으므로」 기각되었다. 알렉산더 마이클존(Alexander Meiklejohn) 교수는, 그러한 행위들이 국가를 통치하기 위해서 이용될 때 마다, 시민의 표현, 출판, 평화로운 집회 또는 탄원의 자유를 박탈하는 것을 방지하는 것으로 수정헌법 제 1 조를 평가하고 있다. 마이클존은 국가통치를 구성하는 요소들에 대해 보다 개방적인 태도를 취해야 한다는 견해를 표명하고 있다. 그는 수정헌법 제 1 조의 보호범위가 투표에 대한 자유에 까지 확대되어야만 하고, 그리고 투표자들의 「지식, 정보, 인간의 가치에 대한 감성」을 키우고 「온건하고 객관적인 판단을 위한 능력」을 부여하는 인간 커뮤니케이션의 모든 다른 형태들에 대한 자유에 까지 확대되어야 한다고 주장하고 있다. 그래서 마이클존은 「문학과 예술이 수정헌법 제 1 조에 의해서 보호되어야만 하고, 그것들은 전체 복지의 부가 창조되는 가치에 대한 감각과 올바른 이해 그리고 반응의 방향으로 유도한다」고 기술하고 있다. 비록 이 언급들이 고무적이라고 할지라도, 마이클존은 통치의 행위로서 유용성이 없는 커뮤니케이션의 형태들을 위해서 수정헌법 제 1 조의 보호에 대한 예외들을 만듦으로써 소위 말하는 절대주의자의 입장에서부터 상당히 후퇴하고있다. 한편, 「공격이 통치업무와 관련이 없기 때문에, 수정헌법 제 1 조는 사적 명예훼손에 관한 소송에서 피고를 보호하지 않는다. 그리고 만약 공무에 대한 후보자의 적합성을 폭로한다면, 그와 동일한 공격은 통치에 대한 시민의 참여가 될 수 있다」. 이것은 게르츠 사건에서 미연방대법원에 의해서 합리적으로 판시된 것과 유사하다. 전통적인 절대주의자들에 의해서 제한적 보호가 시사되었다고 할지라도, 몇몇

법정들은, 어느 누구도 공격한 작품이 단지 창작물이라고 생각할 가능성이 없다는 비공식적인 논평을 하면서, 픽션에 대한 명예훼손소송으로 부터 절대적인 면책을 일부분 인정할 생각을 보이고 있다. 프로저(Presser) 교수는, 「원고의 많은 실생활과 관련이 있는 원고의 성격, 직업 그리고 원고경력에 일반적 개요가 소설에 등장하는 인물을 위해 분명히 픽션적 인물에 근거해서 사용되었을 때, 어떠한 책임도 없다」고 말했다. 이러한 해석은 절대적 면책을 용인하게 하는 단독장르로서 픽션을 분리시켜야 하고, 그래서 특권을 주장하는 다른 표현의 형태들 위에 놓이게 한다. 만약 헌법에 의한 방침이 한쪽 편의 표현과 다른 쪽 편의 행동 또는 명백한 행위사이에 존재한다는 것이 진실이라면, 표현을 분류하는 범주는 필연적으로 정부에 대한 비판, 정치적 논쟁 그리고 변혁에 대한 이론적 요구의 지지를 포함한다는 주장과 거리가 멀다. 미연방대법원이 정치적 표현에 대한 절대적 보호를 확대함으로써 표현의 자유의 개념을 확대하기로 결정할 때 까지, 픽션에 대한 제한적인 보호가 그 장르의 독특한 특징으로부터 끌어내야만 한다.

2. 공정논평의 사례

공공문제에 관한 정보의 공개적 보급의 필요성을 인정하는 「공정논평(fair comment)」의 관습법적 방어에 중요한 공리성이 있다. 공정논평법칙은 그 논평이 「과도하게 욕설적인 것」이 아닌 한 비록 과장되고 그리고 신랄한 야유까지도 확대하면서, 정치적 그리고 예술적 비평을 보호하고 있다. 관습법에서 그 방어는 세가지 요소들에 관한 증거를 요구했다. 즉 그것들은, 논평이 공공문제에 관한 개인의 행위에 속하는 것이고, 그리고 관념적으로 공정하고, 비평의 실제적 소신을 밝혀야 하고, 그리고 실제적 사실로 뒷받침되어야 한다는 것 등이다. 이 소수 규칙은(minority rule)은 코래만 대 맥래논(Coleman v. MacLennan) 사건에서 공표되었다. 코래만 사건에서, 명예훼손소송은 학교재정업무와 관련된 후보자의 행위에 관한 기사에서 명예훼손 당했다는 주 검찰총장후보에 의해서 제기되었다. 비록 그 논평이 원고의 인격에 대한 진실이 아니고 손상적인 것이었다고 할지라도, 그 논평이 선량한 신념에서 이루어졌고 악의가 없으므로 특권이 인정된다고 지지하면서, 법정은 원고에게 현실적 악의(actual malice)를 입증하는 부담을 주었다. 실버(Silver) 교수는 공적 인사(Public figure)가 허구의 세계에 존재하는 소설, 즉 그가 「팩션(faction)」이라고 자칭하는 문학류를 보호하기위해서 공정논평원칙의 적용을 주장한다. 소설의 창작행위는 주인공이 어떤 환경아래서 행할 수 있는 작가의 의견에 지나지 않는다는 실버 교수의 발언은 비실재적이기 때문에 어떤 독자도 주인공이 단지 환상적인 사람이 아니라고 생각할 수 없는 맥락에서도, 일반독자가 동일시할 수 있는 잘 알려진 이름을 사용할 수도 있다는 것은 설득력이 있다. 어쨌든, 만약 어떤 사람을 모델로 한 픽션의 주인공이 유사한 직업에 종사한다면, 그리고

만약 원고가 「그에 관한 표현이고 그에 관련된 표현」이란 주장을 뒷받침할 정확하고 자세한 자료들이 제시된다면, 작가는 방어할 수 없을 것이다.

3. 악의(malice)의 필요성

비록 뉴욕타임즈 사건이 픽션작가에 대한 명예훼손소송에서 승소할 기회를 주지 않는다고 할지라도, 그 판결은 작가에게 다음과 같은 가능한 기준을 제시했다. 즉 그것은 「작가가 픽션의 주인공을 설정할 때, 원고가 손상을 입을지도 모른다거나, 그 결과와 유사한 사항을 무시하고서 설정했는가?」이다. 이러한 질문이 상당히 중요할 지도 모른다. 그러나, 그것은 단지 명예훼손에 대한 광범위한 테스트 중의 한 형태일 뿐이다. 작품이 독자에게 미치는 영향에 대해서 작가가 인식하도록 강력하게 강조하기 위해서, 작가가 다수의 독자들이 원고의 평판에 손상을 주기 위한 픽션적 장막이라고 생각할 것인지에 대해 심사숙고 하도록 요구한다. 이러한 종류의 과도한 고찰은 작품이 비판적이라는 편견을 갖는데 지나지 않는다. 그것은 단지 픽션작가에게 「두렵고 주저하게 하는」 장막을 던져주면서, 창작과정을 방해할 수 있다.

IV. 문제해결에 대한 제안

1. 제안된 기준

명예훼손소송에서 만약 원고가 소송한다면, 다음과 같은 세 가지 시험을 판단에 적용할 것이 제안되었다.

- 1) 원고가 손해를 입었다고 간주되는가?
- 2) 그 작품이 픽션인가?
- 3) 성격묘사가 원고의 명예를 훼손할 의사가 있었는가?

1) 원고가 손해들 입었다고 간주되는가?

비록 작품이 픽션이라는 주장이 어떤 실재 인물에 「관한 것 그리고 관련된 것」이 있을 가능성이 있다고 궁극적으로 생각할 수 있다고 할지라도, 거기에는 전통적인 질문을 유지하는 상당한 공리성이 있다. 픽션의 인물이 원고의 주장을 뒷받침하는 특성을 드러내 보이는가? 그 시험은 어떤 독자가 상상력을 뻗쳐서 예술과 실생활을 혼돈하는 것인지에 대한 것이 아니라, 이성적인 독자가 원고와 동일시 된다고 결론을 내리는지에 관한 것이어야 한다. 동일성에 관한 과거 법정의 해석은 다양한 결과들을 낳았다. 「여행자들(The Travelers)」이란 소설은 원고의 가족에 관해서 자세한 부분까지 원고의 가족으로 동일시할 수 있도록 묘사했다. 즉 그것은 버스로 유럽을 여행한 목사인 아버지와 그의 15명의 자녀들이 가족 악단과 합창단으로 음악회를 가졌다. 거기에는 이 증거가 약식재판으로 부터 원고를 구해내기에 충분하다는 법정의 지지에 다툼이 있을 수 없다. 빈드림(Bimdrim) 사건의 결과는 덜 설득력이 있다. 3 명의 증인은 그들이 단지 나체대회에 유사성이 있다는 근거를 두고서 픽션의 허포드 박사가 빈드림으로 동일시된다고 증언했다. 책을 읽는 이성적인 사람이 원고가 실제적 사실 속에 내재하고 그가 묘사된 것과 같이 행동했다는 것을 이해할 수 있다는 법정의 판단은 결코 필연적인 결론이 아니다. 심리법정의 임무는, 만약 소설이 합리적이고 선량한 신념으로 묘사하지 않는다면, 동일성이 발견될 수 없다는 것을 배심에게 훈령하는 것도 포함한다. 빈드림의 동료들이 허포드가 빈드림이라고 믿었다는 것과 같이, 동일성에 대한 비합리적인 판단은 선량한 신념의 결여를 의미한다. 어떤 사건에서든, 비합리성이나 또는 선량한 신념의 결여라는 판단은 피고에 대한 심리와 정당성에 중지부를 찍을지도 모른다.

2) 그 작품이 픽션인가?

결정되어야만 하는 핵심적인 쟁점은 함부로 주장된 명예훼손적 작품이 픽션인지 또는 픽션으로 위장된 보고문학(reportage)인지 결정지어져야만 한다. 픽션의 중요한 특색과 기본적인 힘 (power)은 그것이 현실을 변형시키는 것이다. 주인공에 대한 묘사가 일상생활에 대한 자세한 부분을 상기시키든, 어떤 사람의 실재생활과 부합하든 간에 픽션은 우리들이 외면적 현실이라고 이해하는 것들을 깊이 파고들고, 확장하고, 기록한다. 그래서 작가의 바로 이웃이 보바리 부인(Madame Bovary)이 될 수 있다. 맨하탄 연락선에서 우연히 마주친 한 부인이 조이스 케리(Joyce Cary)란 소설의 여자주인공이 된다. 뷰챔프(BeauChamp)의

재판을 묘사한 소책자가 「World Enough and Time」이란 소설이 된다. 실제생활이 충분히 예술로 변형되었느냐, 안되었느냐 하는 것은 어느 누구도 그 작품이 단지 픽션이라고 생각할 수 없다는 법정의 단언에 의해서 결정되지 않는다. 그것은 단지 작가의 진술과 비평가들의 견해에 의해서 결정되어진다.

3) 성격묘사가 원고를 비방할 의도가 있었는가?

뉴욕타임즈사에 대한 판결은 책임을 부과하기 전에 현실적 악의에 대한 명백하고 확실한 필수조건으로 원고의 심리상태에 대한 중요성을 인정했다. 뉴욕타임즈 사건의 기준이 픽션작품에 부적당하기 때문에, 이 분야의 논쟁점은 피고인 작가가 그의 예술적 자료를 문학작품에 주형할 의도가 있었는지, 한편 원고를 비방할 목적으로 소설가로서의 그의 기술을 이용했는지에 대한 판단을 요구한다. 바꾸어 말하면, 작가가 독자들이 원고로 동일시하고 그리고 주인공의 픽션적 상황을 누구에게 귀속시키려고 의도했는가이다. 물론, 그 의도를 입증하는 것은 결코 단순한 문제가 아니다. 무엇보다도, 작가의 의도에 대한 판단은 다음과 같은 평가에 의해서 가능하다. 즉 그것들은 ㉠ 작품자체에 나타난 주인공에 대한 작가의 태도, ㉡ 작가와 원고와의 관계, ㉢ 작가의 평판 등이다.

㉠ 작품자체에 나타난 주인공에 대한 작가의도: 만약 작가가 그의 주인공에게 원고의 육체적, 감정적, 정신적 특징들을 부여하고, 정확하고 상세하게 원고의 실생활을 묘사한다면, 그것이 내포하고 있는 암시는 작가가 원고를 동일시할 의도가 있었거나, 또는 그가 동일성이 존재할 가능성을 무시하고 행동한 것이다. 그러므로, 비방하기 위한 의도는 불미스러운 자세한 사항들의 축적으로부터 추론될지도 모른다. 코리건 대 밥스 머릴사(Corrigan v. Bobbs Merrill, Co.) 사건에서, 「God's Man」이란 센세이셔널한 소설의 한 장에서 코르니건(Cornigan) 판사란 주인공이, 원고인 코리건(Corrigan) 판사가 근무하는 실제 법원인 뉴욕시의 Jeferson Market Court 의 치안판사로 설정되었다. 그것에 대한 추론은, 작가인 허워드(Howard)가 픽션의 이름인 코르니건(Cornigan)을 사용해서 원고를 중상하기 위한 악의가 명백하게 있다. 그 소설 속에 나오는 묘사들은 주인공이 무식하고, 난폭하고. 위선적이고, 부패하고, 동료들로부터 따돌림을 받고, 얼굴표정이 짐승같고, 부조리하고 정치적인 영향에 좌우되고, 그리고 대체적으로 그의 지위에 적합하지 않다는 것들이다. 코르니건 판사에 대한 묘사와 대조적으로, 「터칭(Touching)」이란 소설에서는 둔감하고, 상스럽고 그리고 교활한 것으로 묘사된 주인공인 허포드(Herford)는 원고인 빈드림(Bindrim)과 유사하지 않다.

㉡ 작가와 원고간의 관계.

이 문제의 핵심은 작가의 동기를 간파하는 것이다. 그 관계가 공적인 것이라면, 그 쟁점은 쉽게 해결된다. 코리건 판사를 묘사한 「Gods' Man」의 작가는 전에 코리건 판사에게 범죄혐의로 불려간 적이 있다. 유사하게, 「터칭」이란 소설에 대한 조사는 작가에게 손상을 줄지도 모르는 증거가 나타난다. 그웬 데이비스·미첼(Gwen Davis Mitchell)은 나체마라톤에서 일어나는 어떤 사항도 공표하지 않겠다는 약속을 한 후에 빈드림의 나체마라톤에 참석했다. 그 소설의 해설은 독자들에게 그녀의 계획을 드러내고 있다.

『솔직히 말해서, 나는 나의 저널리스트적인 특권을 보호하기 위해서 그들의 이름을 밝히는 것은 정직하지 못하고, 소설이 명예훼손의 대상이 될 수도 있기 때문이다. 그러나, 만약 실제로 부당한 사태가 발생한다면, 나는 허포드의 이름을 사용하지않고 그것을 대대적으로 보도할 의도이다.』

㉡ 작가의 평판:

비록 전문직업인으로서의 작가에 대한 평판이 명예훼손에 대한 악의의 욕구나, 그가 원고를 의도적으로 비방했다는 판단으로부터 그를 면책시키지 않는다고 할지라도, 원고인 작가 메이어 레빈(Meyer Levin)은 유명한 저널리스트라는 것이 유의되어야 한다. 또 그웬 데이비스 미첼은 6 권의 책을 저술한 작가이다. 작가에 대한 평판은 물론 그의 직업적 수행과 신뢰도와도 관련된다. 비록 유명한 작가를 풋내기 작가에게 요구되는 엄격한 주의 기준에 묶어두는 것이 부적당하다고 할지라도, 픽션과 명예훼손문제에 관련된 경험있는 작가에 대한 인식은 확실히 그의 의도를 검증하는 과정에서 참작되어야 한다.

2. 발행인 · 제작자의 책임

비록 이 글의 점이 픽션작가에 관한 것이라고 할지라도, 발행인 또는 제작자와 관련된 행위가 포함될 것이다. 만약 픽션물이 원고를 비방하기 위한 의도로 저술되었다는 것이 입증된다고 할지라도, 작가의 의도가 발행인에게 전가된다고 생각되지 않는다. 뉴욕타임즈사 사건에 대한 검증이 이 경우에 해당된다. 발행인은 작가가 원고를 비방할 의도를 가진 것을 알고서 고의로 또는 명예를 훼손할 의도를 부주의하게 간과하고서 그 책을 발행했는가? 발행인들은 일반적으로 작가들과 명예훼손에 관한 문제를 토론하고, 잠재적인 책임을 찾기 위한 눈으로 원고를 읽는다. 발행인들은 다음에 제시된 가이드 라인에 따라서 작가의 의도를 평가하는 작업을 수행한다. 즉 그것들은, 작품이 잠재적인 원고를 묘사한 가능성이 있는 것을 검증하는 것, 작품이 사실을 약간 위장한 픽션인가 하는 것을 판단하는 것 그리고

명예훼손적인 의도를 증명하기 위해서 픽션화 된 주인공과 작가의 실재적 관계를 조사하는 것 등이다. 만약 발행인이 작가의 의도가 명예훼손적이지 아니라는 것에 만족한다면, 발행인은 출판에 관해서 악의에 대한 혐의를 받지않을 수 있다. 어쨌든, 빈드림 박사가 더블데이 사에 경고한 바와 같이, 만약 잠재적인 원고가 그 작품 속에서 동일시되고 그리고 명예를 훼손당한다는 것을 발행인에게 통보한다면, 발행인은 더 많은 조사를 한다. 발행인의 책임은 작가의 의도에 따른 전가로부터 파생되지 않는다. 오히려, 발행인은 의도적으로 저술된 작품이 그 의도를 알고서 고의적으로 또는 그 의도가 명예훼손이 되는지 안되는지를 부주의하게 간과하고서 발행되었다는 명백하고 현저한 증거가 제시되면 명예훼손에 해당된다.

V. 결론

뉴욕타임즈사 사건과 게르츠 사건에 의해서 확립된 헌법적 기준들은 수정헌법 제 1 조의 보호가 픽션 작가들에게 적용되지 않는다는 것을 제시한다. 픽션 속에 나오는 주인공의 특징이 원고에 대한 유사성을 내포하고 있다는 것을 결정하고 그리고 그 성격묘사가 명예훼손적이라는 것을 찾는 것은 부질없는 시도이다. 픽션으로 분류되는 문학형태가 표현에 대한 자유로서 수정헌법 제 1 조의 보호를 누려야만 하기 때문에, 그 장르에 대한 적절한 시험을 고안할 필요가 있다. 필자는 다음과 같은 세 가지의 질문을 제시한다.

1) 원고는 성격묘사가 원고로 인지되는 입증을 위한 적절한 기준에 충족되는가?

2) 그 작품이 픽션인가?

3) 픽션적 성격묘사가 원고의 평판을 손상할 의도였는가? 이러한 기준 하에서, 만약 그 작품이 픽션으로 분류될 가치가 있다면, 원고에 관한 그리고 원고와 관련된 성격묘사가 그의 평판을 손상시키지 않고 그리고 작가의 의도가 원고를 명예훼손하는 명백하고 현저한 증거가 없다면 그 작품은 명예훼손이라고 저지될 수 없다.