

**공적 인물의 명예훼손소송에서 원고의 피고에 대한
현실적 악의의 입증절차가 적법한가의 여부문제**

Herbert v Lando et Al.
441 U.S.153,99S. Ct.1635 (1979)

월남전에 참전한 바 있는 안소니 허버트 예비역대령(Col. Anthony Herbert)은 월남전당시 미군이 자행한 죄상을 폭로하였다. 이 문제가 한창 사회적인 이슈가 되어 있었는데, 1973년 2월 4일 CBS의 『60분』(60Minutes)이란 프로그램에서는 허버트가 군복무 할 당시의 그의 행적과 허버트가 폭로한 이야기중의 문제점들을 밝히면서 그를 거짓말장이라고 보도하였다. 또한 『60분』의 담당 PD인 배리 랜도(Barry Lando)는 월간 애틀란틱(Atlantic Monthly)지에도 그러한 내용의 글을 기고하였다. 이에 대해 허버트는 담당 PD인 배리 랜도와 그 프로의 나레이터였던 마이크 월리스(Mike Wallace) 그리고 CBS를 상대로 명예훼손소송을 제기하면서, 무려 4천 5백만 달러라는 엄청난 액수의 손해배상금을 지불하라고 요구했다. 이 소송에서 허버트 측 변호사는 심리전에 사건에 관한 조사를 한 후, 허버트가 공적 인물로 인정되고 있다는 점에서 랜도 측에게 26가지의 질문에 대한 답변을 요구했다. 피고인 랜도는 선서증언을 통해 대체로 답변했으나, 그 외 몇 가지 사항, 즉 랜도가 결점을 파헤친 이유 그리고 그가 그 프로를 위해 인터뷰했던 대상자들의 신빙성여부를 어떻게 보는지 또 그 프로를 준비하는 과정에서 담당 나레이터인 마이크 월리스(Mike Wallace)와 나누었던 대화는 무엇인가 하는 등의 몇 가지 질문에 대해서는 답변을 거부했다. 이러한 일련의 질문은, 랜도가 현실적 악의를 가졌는지의 여부를 밝히기 위한 것이었다. 이러한 심리절차는 근 1년을 끌었으며, 3천여 페이지에 달하는 방대한 진술서를 남겼지만 랜도는, 프로그램의 전성과 제작당시의 심리 상태와 기타 편성과정을 조사하려는 것은 수정헌법 제 1조에 의해 보장된 언론의 자유를 침해할 수도 있는 것이라고 주장했다. 이러한 조사절차의 적법여부를 묻는 항소심에서 항소법원은 2대 1의 표결로, 수정헌법 제 1조는 랜도 측이 증언을 거부할 수도 있는 특권을 부여하고 있다고 판시했다. 이에 대해 허버트는 이 문제를 연방대법원에 상고하였다. 연방대법원은 수정헌법 제 1조에서는 원고가 명예훼손혐의를 받고 있는 피고의 편성과정에 대한 직접적인 질문에 의한 조사를 금하고 있는 것은 아니라고 주장하면서 항소법원의 판결을 파기했다.

화이트 판사 (White J.)는 다음과 같은 법정의 다수견해를 밝혔다.

수정헌법 제 1조 및 14조에 의하면 연방정부든지 주정부든 간에 표현의 자유측은 언론자유를 침해하는 어떠한 법도 제정할 수 없도록 되어 있다. 여기서 문제는 그러한 수정헌법을 명예훼손으로 제소된 언론에 대해 지금까지 인정되어 온 것 이상으로 보호하는 것으로 해석할 수 있는지의 여부다. 구체적으로는 항소법원은 첫째 언론인이 타인의 명예를 훼손한 혐의를 받고 제소됐을 때, 원고가 공표에 책임이 있는 여론의 편집과정에 대해 질문을 함으로써 소송의 사유가 된 중요한 요소를 입증할 증거를 알아낼 수 있다 하더라도

그러한 질문은 금지되어야 한다고 판결했다. ...연방대법원은 항소법원이 수정헌법 제 1 조와 14 조를 잘못 해석했다고 보며, 따라서 항소법원의 판결을 파기하게 된 것이다...

뉴욕 타임즈 사건의 판례로 인해 원고는 피고의 심적 상태와 행위를 근거로 해서 입증해야 하는 부담을 안게 되었다. 즉 공공관리나 공적인물의 명예를 훼손했다는 혐의를 받는 피고는 그가 공표한 것이 잘못된 것을 알고 있거나, 혹은 의심을 품고 있어야만 명예훼손이 성립된다는 것이다. 다른 사건의 판례를 보더라도 피고의 잘못이나 과실을 입증해야만 반드시 승소할 수 있는 것이다. 어쩔 수없이 원고에게 그런 부담을 안기지 않는다면, 명예훼손의 혐의를 받고있는 자의 생각이나 편집과정을 조사해야 될 것이다. 연방대법원의 판례를 통해 볼 때, 심리상태의 입증은 근본적인 사실을 추리할 수 있는 객관적인 상황에서만 가능하다고 하더라도, 원고가 피고를 상대로 그가 공표한 것이 잘못된 것이라는 점을 알고 있었거나 혹은 적어도 의아심을 갖고있었는지의 여부에 대해 질문할 수 없다고는 볼 수 없다. 예컨대 버츠 사건 [Curtis v. Butts. 388 U. S. 130(1967)]을 통해 보더라도 편집과정에 대한 조사가 있어 왔으며, 직접적인 증거든 그것은 피고가 현실적 악의를 갖고 행했는지를 입증하는 것에 의존할 수 밖에 없었다는 점을 명백하게 볼 수 있다. 그 당시 원고의 입증이 금지된 영역을 침해했다는 항변도 나오지 않았고, 손해배상액에 대한 평결이 진행될 수 있었던 것이다. 피고의 심리상태를 조사해서 현실적 악의를 입증하는 방식이 결코 뉴욕 타임즈 사건과 이와 유사한 사건들로부터 발전한 것이 아니다. 오히려 그러한 방식은 수정헌법이 제정되기 이전부터 관습법상의 원칙에서 그 뿌리를 찾을 수 있다. 한편 뉴욕 타임즈 사건이 종결되기 훨씬 오래 전에도 특정 공표가 악의에 의한 것이 아닌 한, 공표자가 명예훼손의 책임을 지지 않도록 특권을 인정해 왔다. 악의가 여러 가지 방식으로 정의되어 왔으나, 일반적으로는 피고가 부당한 동기에서 행했는지를 증명하는 것으로서 악의의 유무를 판단하였다. 바꾸어 말하면 공의의 입증은 공표를 하게 된 의도나 목적 그리고 피고가 그의 발언의 진실성여부에 대한 확신과 혹은 피고가 가졌을지도 모르는 나쁜 감정에 근거해서 입증하는 것이었다. 법원은 전통적으로 직접적인 것이든 간접적인 것이든, 피고의 심리상태에 관한 증거조사를 인정해 왔다. 이러한 원칙은 언론을 상대로 한 명예훼손사건뿐만 아니라 다른 성격의 사건에서의 피고에게도 적용되는 것이며, 명백히 법원은 오랫동안 헌법상으로 이의가 있다는 반대에 부딪치지 않고도 언론의 편집과정에 관한 증거조사를 용인해 왔던 것이다. 이러한 역사에도 불구하고 항소법원은 마이애미 헤럴드 출판사 사건(Miami Herald Pub. Co v. Tornillo, 418 U.S. 241, 1974)과 CBS 사건(Columbia Broadcasting System v. Democratic Nat. Comm., 412 U.S. 94, 1973)은 언론의 편집과정을 명백하게 보장해 주는 판례였음을 주장하였다. 위 두 사건에서 연방대법원은, 정부가 특정한 기사의 게재를 요구하는 편집상의 결정에 개입하려는 노력을 백지화한 바 있다. 이러한 결정이 나오게 된 것은, 특정한 기사를 사전에 통제하는 것은 특정한 기사의 공표를 사전에 금지하는 것만큼이나 위법한 것으로 보았기 때문이다.

주정부나 연방정부가 특정기사의 공표 여부를 명령할 수 없다고 본 판례가 반드시 편집과정에 대한 어떤 조사행위도 면책될 수 있다는 사실을 시사하는 것은 아니다. 또한 위 두 사건의 판례로 인해 설리반과 버츠와 같은 명예훼손사건의 원고에게 부여되었던 권리가 실질적으로 제한된다고 볼 수는 없다. 토닐로 사건과 게르츠 사건이 똑같은 날에 판결이

났고, 게르츠 사건의 판례가 수정헌법 제 1 조와 명예훼손법간의 관계를 전반적으로 고찰해 본 것이었다 하더라도, 위 두 판례가 똑같이 명예훼손사건의 원고가 이용할 수 있는 증거의 폭을 제한해 왔다는 점은 찾아볼 수 없다. 오히려 게르츠 사건을 통해 그 반대주장을 엿볼 수 있다. 왜냐하면 그 사건에서, 또는 그 이전의 명예훼손사건에서와 마찬가지로 편집인의 심리상태에 관한 기록을 아무 비판없이 고찰하였기 때문이다. 요약해 보건대, 항소법원의 견해와는 달리 명예훼손사건에서 연방대법원이 피고측에게 편집상의 특권을 판례를 통해 인정해온 것은 아니다. 실질적으로는 뉴욕 타임즈 사건과 버츠 사건에서는 기대된 바와는 달리 원고가 현실적 악의를 입증해야 하는 부담을 크게 했던 것이다. 그럼에도 불구하고 피고측에서는 언론사가 명예훼손혐의로 제소되었을 때는 뉴욕 타임즈 사건에 적용되었던 형평을, 언론을 더욱 보호하는 방향으로 수정할 것을 촉구하고 있다. 물론 현행 헌법을 좀 더 수정하거나, 개선하는 방향으로 해석하는 일이 부당한 것은 아니다. 그러나 언론의 자유를 보장한 것으로 대표적인 것이라 할 수 있는 뉴욕 타임즈 사건에 적용한 원칙은 그 사건이후 15 년 동안 공공관리와 공적 인사에 대한 명예훼손사건에서 반복적으로 적용되어 온 것이다. 동시에 연방대법원은 개인의 명예도 중요하다는 사실을 누차 강조해 왔다. 이처럼 피고측에서는 연방대법원으로 하여금 허버트와 같은 원고에게는 대단히 중요한 사항, 즉 피고가 명예훼손사실을 알고 있었거나 혹은 부주의하게 고려하지 않았는지 원고가 입증할 수 없게끔, 지금까지 체계화된 헌법상의 중요한 원칙을 수정하라고 촉구하고 있다. 그러나 이러한 원칙을 수정해야 할 만큼 이 사건은 다른 성격을 명확하게 띠고 있는 것이 아니기 때문에 그러한 요청을 거절할 수 밖에 없다. 우선, 편집과정에 특권을 보장하는 것은 뉴욕 타임즈 사건에서 제기된, 원고가 현실적 악의를 입증해야 하는 자격에 대한 명백한 침해행위가 될 수 있다는 점이다. 피고가 사실을 부주의하게 고려하지 않았는지 의 여부는 편집인의 사고와 의견을 직접 조사함으로써 직접적으로 밝혀지는 것은 아니고 객관적인 증거에 의해서만 가능할 것이다. 아마도 원고가 피고자신의 말을 통해 과실을 입증할 수 있거란 매우 드물 것이다. 그러나 지방법원이 인정했고 또 항소법원이 부정하지는 않았던, 원고의 피고에 대한 질문과 그것에 대한 정당성에 대해서 의문을 제기할 수는 없을 것이다. 그런데 특히 피고자신은 공표행위의 진실성을 주장하는 경향이 있는 경우와, 명예훼손사건의 원고에게 명확하게 피고의 과실을 명백하게 입증할 것을 요구할 필요가 있을 경우에, 원고가 그러한 증거를 자기편에 유리하게 이용하지 못하게 하는 것도 중요한 문제이다(New York Times v. Sullivan, 376 U.S., 참고) 더구나 피고측이 주장하는 편집상의 특권의 객관적인 범위를 파악하기도 힘들다. 피고측에서도 어디서부터 어디까지가 편집과정에 해당하는지를 정확하게 설명하지 않았다. 더구나 랜도가 믿고 있었던 바와는 정반대 되는 것, 즉 그가 그 당시 알고 있었던 상황에 대해 기꺼이 증명해 보이겠다고 한 사실을 본 법정은 들어 알고는 있지만 왜 그가 주장한 편집상의 특권이 공표된 내용의 진실성에 대한 그의 신념뿐 아니라 지식을 포함하지 않는지 전혀 명확하지 않다. 이처럼 본 법정은 허버트와 같은 명예훼손사건의 원고들이 피고가 주장하는 특권과는 반대로 매우 중요한 이익을 갖고 있다는 점에 대해서는 의심의 여지가 없다. 그럼에도 불구하고 피고는, 기자에게 편집과정에서 나눈 대화를 공개케 하고 또 그가 취재한 기사의 진실성에 대해 판단할 것을 요구하는 것은 편집과정 및 편집상의 결정에 막대한 영향을 미치게 될 것이라는 점을

이유로, 본 법정에 대해 이러한 원고의 중요한 이익을 철회할 것을 촉구하고 있다. 그러나 만약 피고의 이러한 주장이, 알고 있거나 또는 부주의하게 공표했을 경우에 저야 할 손해배상의 두려움 때문이라면, 그것은 뉴욕 타임즈 사건과 그 후의 다른 사건들이 수정헌법 제 1 조의 정신에 일치했기 때문일 것이다. 잘못된 정보를 전파하는 것은 결코 수정헌법 제 1 조의 보호대상이 되지 않는다. 즉 사실을 왜곡되게 보도하는 것은 헌법상의 보호가치가 없다.(Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 참고) 어쨌든 사실상 약간의 잘못은 발생하지 않을 수 없다. 그래서 법정은 뉴욕 타임즈 사건이나 버츠 사건, 그리고 게르츠 사건에서 사실과 허위의 구별이 어렵다는 점을 알았기 때문에 부당한 자기검열이나 사실보도를 억압하게 될 위험을 덜기 위해 약간의 과실이 있는 사건의 경우에 대해서는 책임부과를 제한했던 것이다. 어쨌든 과실에 의해 타인의 명예를 훼손하는 자는 책임을 지도록 되어 있다. 이러한 책임부과의 목적은 침해에 대한 보상의 목적뿐만 아니라 개인의 명예를 손상케 하는 글을 공표하지 못하게 하는 데 있다. 허버트와 같은 원고에게 직접적이거나 간접적으로 증거를 제시해서 입증토록 허용하는 것은, 본 법정이 이전에 내란 결정을 통해 뿌리내린 형평에 부합되는 것이다. 만일 그러한 입증을 통해 잘못된 보도에 대해 손해배상의 책임을 부과하게 된다면 그것은 단지 명예훼손사건이 의도하는 바이지, 그 이상으로 표현이나 언론의 자유를 박탈하고자 하는 것은 아니다. 물론 편집상의 결정에 대한 조사로 인해 신빙성이 없는 것으로 추측되는 정보뿐만 아니라 진실된 정보마저 억압할 가능성이 발생한다면, 그 문제는 좀 다른 성질의 사안이다. 그러나 지금까지 논의해 온 것처럼 이 사건에서 편집상의 과정을 조사하는 것은 잘못 보도된 것인지를 알고있었는지를 입증하고자 하는 것이다. 그런데 피고의 주장대로 이러한 요소를 간접적으로 입증하는 방법만이 진실된 공표를 억압하는 것이 아니고 수정헌법 제 1 조에 부합되는 것이라면, 어떻게 해서 직접적인 입증방식에 대해 의심하는지 본 법정은 이해할 수 없다. 아마도 그러한 방식을 이용하지 않았으면 지지 않아도 될 부담을 안게 되기 때문일 것이다. 그러나 이런 유의 사건에서의 결정이 부정확한 것일 가능성이 있다든지 또 법적으로 보호될 수 있는 정보마저 억압하게 될 가능성이 있다고 속단해서는 안 된다. 오히려 반대로 직접적인 질간에 의한 입증방식은, 다른 방식으로는 정황을 통해 판단하는 추리와 같은 행위에 대해 논박할 기회를 제공해 주며, 모든 증거를 제시할 수 있게 됨으로써 좀 더 정확한 결과를 획득할 수 있게 될 것이다. 예컨대 어떤 기자가 원고에 대한 상반되는 두 가지의 자료를 가지고 있다고 생각해 보자. 하나는 허위에 의한 명예훼손적인 자료이고, 또 공표된 것도 이 자료라고 해보자. 그러한 공표가 잘못된 것인지를 알고 있었는지, 혹은 잘못된 것으로 의심하고 있었는지, 그 여부문제를 풀고자 할 때에는 공표담당자에 대한 직접적인 질문방식이 정착한 입증에 기여할 것으로 믿는다는 것은 상식적인 것이다. 만약 특정한 공표가 잘못된 것이기는 하지만 무죄임을 입증해야 할 설명이 필요하다면, 피고는 이러한 배경을 반드시 증명해야만 할 것이다. 왜 원고가 심리전에 조사할 수 있도록 허용해서는 안 되는가? 한편으로 만약에 공표자가 사실상 공표내용에 상당한 의심을 했으면서 공표했다면, 관계인에게 질문을 허용한다고 해서 부당한 자기검열을 초래하게 되는 것은 아닐 것이다. 이 경우 오로지 알고 있었거나 또는 부주의하게 행한 공표행위만이 억제될 것이다. 기자나 편집인간의 구두나 서류상의 대화에 대해 명예훼손사건의 원고가 질문할 수 있게 된다면, 그들 간의 솔직한

대화뿐만 아니라 건전한 편집상의 판단마저 위협에 처하게 될 것이라는 주장도 나왔다. 본 법정도 그들간의 협의나 토론 및 편집상의 중요한 결정간에는 직접적인 관계가 있다는 점을 의심치 않는다. 그러나 침해에 대한 책임이 있든 없든 간에 언론은 잘못된 정보를 공표하여 받게 될 괴로움을 피하는 데 관심이 있다는 점은 명백하다. 그리고 언론측에서 그러한 목적에 유용한 방법을 생각할 것이라고 기대하는 것도 비합리적인 것은 아닐 것이다. 더구나 알고 있거나 부주의하게 보도했을 경우 책임을 져야 한다면, 솔직한 의견교환과 같은 공표전의 예방책을 강구하는 것이 더 합리적일 것이다. 따라서 본 법정은 단순히 부주의한 과실에 대해 책임을 져야 하는 경우와 또 명예훼손소송이 제기되었을 경우, 몇몇 사건에 대해서만 편집과정에 대한 조사가 행해질 것이기 때문에 오보를 방지하는 방법도 없어지고 말 것이라고 믿기는 어렵다. 또한 편집과정에서의 대화가 왜곡되기가 쉽고 그러한 오해로 인해 기자나 편집인은 명예훼손소송에서 잘못된 판결을 피하기 위해서도 질문과 같은 조사절차로부터 면해야 한다는 주장을 믿을만한 상당한 근거도 없다. 실질적으로는 사실상 허버트 측이 현실적 악의를 입증해야만 하는 부담을 안고 있다. 그리고 그렇기 때문에 허버트가 부당한 평결을 받지 않을 기회란 그것뿐인데, 랜도에 대한 질문이 금지되어야 한다는 주장에 수긍할 수 없다. 본 법정은 편집과정에서의 토의나 의견교환이 헌법상으로 임시방편에 의한 조사행위로부터도 보호되지 않는다는 것을 말하는 것은 아니다. 편집과정에 대한 단순히 호기심에 영합하기 위해 또는 공공의 관심과 같은 일반적인 목적에 기여하기 위해 사적이거나 공적인 조사를 하게끔 규정한 법은 없다. 그리고 만약에 그러한 법이 있다면 그것은 헌법적인 측면에서 재검토되지 않을 수 없을 것이다. 어쨌든 현 사건의 경우, 그러한 문제점은 없다고 본다. 명백히 소송사건에서 특권이 우선될 수 없다. 헌법상으로 보장된 특권일지라도 적절한 상황에서는 포기해야만 한다. 예컨대 대통령도 재판을 위해 소환 대상이 된 자료의 공개에 대해서는 어떠한 절대적인 특권을 행사할 수 없다[U.S. v. Nixon, 418 U.S. 683(1974)참고]. 그러한 판례를 통해, 본 법정은 대통령이 그 자신과 보좌관간의 대화를 은폐해야 할 막대한 이해를 가지고 있다 하더라도 증거 조사의 필요성 앞에서는 특권을 포기해야 한다. 『그러한 특권이 무엇에 근거를 두었던지 간에 모든 사람이 증거를 제시해야 할 필요성에서 예외 사유란 있을 수 없다. 왜냐하면 그러한 특권으로 인해 진실을 밝히고자 하는 노력이 방해되어서는 안되기 때문이다』 [U.S. v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974) at 710.] 이러한 점들을 모두 염두에 둘 때 본 법정은 피고가 주장하는 증거상의 특권을 피고에게 부여함으로써 수정헌법 제 1 조에 대한 해석을 수정할 수는 없다고 주장한다. 언론을 상대로 한 명예훼손소송을 포함한 모든 명예훼손사건은 옛부터 발생해 온 현상이긴 하지만, 뉴욕 타임즈 사건으로부터 게르츠 사건에 이르기까지의 일련의 사건들은 명예훼손사건의 면모를 상당히 변화시켰다는 것은 사실이다. 지난 몇 년간 명예훼손 사건들에서 원고들이 입증을 통해 제시한 증거가 명백한 판례를 남겼다. 이에 반해 피고측은 진실과 특권을 근거로 항변하였다. 피고측의 의도나 동기, 악의는 특권을 이유로 항변하거나 침해사실을 입증해야 할 경우를 제외하고는 반드시 문제되지는 않았다. 현재는 원고에게 상당한 부담이 안겨졌다. 거의 모든 사건에서 원고는 편집과정에 초점을 두고 피고측의 과실에 의한 잘못된 공표행위를 입증해야만 한다. 결과적으로 현 사건의 항소인이 악의를 밝혀내는 방식에 의존한다 해도 놀라운 일이 못된다. 따라서 명예훼손사건에서 소송상의

비용과 기타 다른 부담으로 인해 원고, 피고 모두 한층 더 어려움을 겪게 되었다. 이 같은 법체계상 필요 불가결한 책무를 수행해야 한다 하더라도 언론은 이러한 부담을 면할 수 있도록 헌법상의 보호를 받을 필요가 있다는 의견도 제시되었다. 그러나 편집과정에 대한 질문을 금지하는 헌법상의 특권을 인정한다고 해서 언론측의 이 같은 문제점을 치유할 수 있게 되지는 않을 것이다. 오직 명예훼손에 대한 완전한 면책특권을 부여해야만 가능할 것이다. 그런데 본 법정은 이것은 수정헌법 제 1 조를 정상적으로 해석한 것으로 볼 수 없다. 더욱이 엄청난 소송비용 이것은 심리전의 조사때문이지만, 명예훼손 및 비방사건에만 해당하는 것은 아니다. 지금까지 부당하고 통제되지 않은 조사활동에 대해 여러 의견이 제시되었고 또 법원은 이러한 의견들을 많이 참작해 왔다. 그러나 민사소송에 적용되는 현재의 원칙에 커다란 변화가 있지 않는 한, 실질적이거나 법적으로도 그러한 남용을 방지하고자 하는 지방법원 판사의 권한에 의존할 수 밖에 없다. 본 법정은 증거조사의 원칙(deposition discovery rule)은 관대하고 자유롭게 적용되어야 하며 민사소송의 당사자들에게 유리하도록 행사되어야 한다고 여러 차례 언명해 왔다. 그러나 민사소송상의 모든 연방규칙과 마찬가지로 조사규정은 「그러한 규칙은 모든 소송을 정당하고 신속하고, 재정상 부담이 되지 않는 방향에서 처리되도록 해석되어야 한다」는 연방규칙 1 조에 근거한 것이다. 결국 조사대상이 될 자료는 관련성을 갖는 것이어야 한다는 연방규칙 제 26 조(b)(1)의 요구조건은 엄격하게 적용되어야 하며 지방법원은 민사소송에 관한 연방규칙 26 조(C)항에 나타난 『판사는 특정당사자가 성가심이나 부당한 책임을 안는 것으로부터 보호를 요청할 경우』 [민사소송법 연방규칙 26 조 (C)항]에 는 지방법원은 증거조사를 제한해야 할 그들의 권한을 간과해서는 안될 것이다. 이러한 권한을 가지고 판사들은 주저하지 말고 조사과정을 적절하게 통제해야만 할 것이다. 어쨌든 헌법상으로 위법적인 문제는 아닐지라도 심리판사가 조사의 원칙을 적절하게 적용하느냐 안 하느냐의 여부문제는 28 U. S. C. A§(1292 (b)에 의해 인정된 문제의 영역에 속하지 않으므로 본 법정이 다를 문제도 아니다. 본건에 대한 항소법원의 판결을 파기한다. 버거 판사(Burger C.S.), 블랙먼 판사(Blackmun J.), 포우웰 판사(Powell J.) 렌퀴스트 판사(Renquist J.) 및 스티븐즈 판사(Stevens J.)는 법정의 다수의견에 동의하였다.

한편 **스튜어트 판사(Stewart J.)는 법정의 견해에 반대하면서 다음과 같은 견해**를 밝혔다. 본인이 보기에는 항소법원이 나 연방대법원 모두 현 사건에서 제기되지 않은 문제를 논의해 온 것 같다. 본인이 뉴욕 타임즈 사건에 적용된 원칙을 이해하고 있기에는, 광범위한 편집과정에 대한 조사는 공적 인사가 언론을 상대로 제기한 명예훼손소송에서는 전혀 적절하지 않다고 본다. 그러고 그러한 조사가 적절하지 않다면 허용되어서도 안될 것이다. [민사소송 연방규칙 26 조(b)]비록 본인은 뉴욕 타임즈 사건에서 법정의 견해에 동의했지만, 법정의 판결에서 현실적 악의란 용어를 사용한 것을 매우 유감스럽게 생각해왔다. 왜냐하면 사실상 뉴욕 타임즈 사건의 판결에 사용된 악의의 의미가 통상적으로 이해되는 의미하고는 전혀 달랐기 때문이다. 통상적인 의미에서의 악의란 나쁜 감정 혹은 적의를 의미하는 것으로, 특정인의 행위가 현실적 악의에서 비롯된 것이었는지의 여부를 결정하고자 할 때의 가장 적절한 질문은 「왜」라는 질문을 던지는 것이다. 어쨌든 뉴욕 타임즈 사건에서도 일부 논의되었지만, 「현실적 악의」란 적의라든지 나쁜 감정과는 아무 관계가 없다. 그러므로

「왜」라는 질문형태도 적절하지 못하다. 뉴욕 타임즈 사건의 판례에서 제시된 헌법상의 제한을 보면 원고가 공무원이거나 공적인사인 자는 다음과 같은 사항을 명백히 입증해야만 명예훼손으로부터 구제될 수 있다는 것이다.

- (1) 명예훼손기사가 피고에 의해 공표된 것이었느냐
- (2) 그 기사가 원고의 명예를 훼손한 것이었느냐
- (3) 명예훼손이 허위에 의한 것이었느냐
- (4) 피고가 명예훼손적인 기사가 허위였다는 사실을 알고 있었는지 혹은 진위여부를 부주의하게 고려치 않고 공표했는지의 여부다.

이처럼 명예훼손소송의 요점은 사실상 공표된 것에 관련된 것이지, 공표되지 않은 것과는 아무 관계가 없다. 그리고 책임도 궁극적으로는 그가 공표한 것의 허위사실을 알고 있었는지의 여부에 달린 것이지, 그가 그것을 공표하게 된 동기에 좌우되는 것이 아니다. 즉 일상적으로 이해되고 있는 의미에서의 현실적 악의에 따라 좌우되는 것이 아니다. 물론 현 사건에서 항소법원이나 연방대법원이 명백한 잘못을 저질렀다는 것은 아니다. 두 법원 모두 뉴욕 타임즈 사건의 원칙을 조심스럽고, 옳게 해석했다고 본다. 그러나 각 법원은 뉴욕 타임즈 사건의 원칙의 의미를 오해했을 경우에만 설명 가능한, 편집과정상의 특권문제를 논의의 대상으로 삼았다. 이러한 오해는 항소법원의 판결문에 나타난 여러 귀절에 반영되어 있다. 예컨대 「저널리스트들의 편집상의 통제 및 판단」, 「저널리스트들은 판단을 어떻게 했는가」, 「언론의 편집과정에서의 선택절차」, 「어떤 기사를 제외하거나, 포함시킬 것인지의 논리적 근거」 등이 그것이다. 비슷한 오해를 본 법원의 견해에서도 찾아볼 수 있다. 즉 「부당한 동기」라든지 「공표를 하게 된 의도 혹은 목적」, 「좋지 못한 감정」 등이 그것이다. 언론을 상대로 한 명예훼손사건에서 공표자의 동기는 관련성이 없다는 사실이 일단 확고하게 인식되기만 한다면, 이번 사건에서처럼 편집과정에 대한 조사를 행할 근거는 명백히 없는 것이다. 본인은 항소법원과 마찬가지로 이 사건을 지방법원으로 송환하고자 한다. 그러나 뉴욕 타임즈 사건에 적용된 원칙에 따라 조사용 질문서를 평가하도록 지시하면서 송환하고자 한다. 그때에만 비로소 편집과정에 대한 침해가 있는 것인지의 여부가 결정될 수 있을 것이다.

그리고 **마샬 판사(Marshall J.)의 법정견해에 대한 반대의견**은 다음과 같다.

연방대법원은 뉴욕 타임즈 사건에서 제기된 상반되는 이익간의 조화를 이루는 것이 중요하다고 공언했을지라도, 오늘날의 법원은 그러한 의견을 뒷받침할 만한 헌법상의 고려를 하지 못한 것 같다. 왜냐하면 본인은 심리전의 조사를 규제하는 것이 뉴욕 타임즈 사건에서 고려되었던 공공이슈에 대한 활발한 논의를 보장하는데 필수적인 것이라도 믿기 때문이다. 이러한 책임부과의 기준 그 자체는 본래 그것이 의도하는 목적만을 수행하는 것은 아니다. 경솔하게 소송을 제기하는 어떠한 원고도 편집과정에 대해 조사할 수 있게 되는 한, 궁극적으로 언론이 책임지지 않게 된다고 해서 자기검열을 가져오지 않는다고는 할 수 없다. 그리고 만약에 뉴욕 타임즈 사건에서 제기된 이익형평이 아직도 유효하다면, 소송이 진행되는 절차라는 측면에서도 재평가되어야만 한다. 조사절차를 악용할 가능성은 명예훼손 사건에서는 특히 중요하다. 많은 판사 및 변호사들이 지적해 왔듯이, 민사소송의 신속한 처리를 목적으로 한 규칙이 오히려 재판상 괴로움과 재판의 지연을 낳는 도구가 된다는

것이다. 그러한 악용의 소지는 명예훼손소송에서는 특히 많다. 왜냐하면 명예훼손을 당했다고 인식하는 많은 사람들은 그들에게 부여된 합리적인 조사절차 이상으로 고무되기 때문이다. 원고에게 부여된 심리전의 조사과정은 소송의 지연이나 보복의 무기가 될 수도 있는 것이다. 이러한 조사의 위험은 소송절차상의 위험을 초래할 뿐만 아니라 그러한 악용에 따른 사회적영향이라는 측면에서도 그렇다. 예컨대 소송에서 승소를 확신하는 편집인도 조사의 지연에 따른 시간이나 경비의 부담을 감수하기 보다는 미리 소송을 가져 올 가능성이 있는 기사는 피하는 것이 현명하다고 판단할 것이기 때문이다. 이러한 악용의 가능성을 법원은 인정하면서도, 지방법원의 판사들은 사실상 법적으로 그러한 남용을 방지할 막대한 권한을 가지고 있다고 말하는데 본인은 이에 동의할 수 없다. 본인은, 지방법원이 언론을 불필요하게 지연되거나 아무 관계가 없는 조사과정으로부터 보호하기 위해서는, 심리전의 조사를 감독해야 한다고 요청하고자 한다. 결론적으로 보자면 원고측의 조사요청은 관련성이 있는지의 여부에서 엄격하게 판단해야 한다. 더욱이 조사에 따른 위험은 편집과정에 대한 침해로 가져올 수도 있기 때문에 본인은 언론에 대해 증언상의 특권이라는 형식으로 추가적인 보호조치를 보장해야 한다고 믿는다. 통제되지 않는 조사로 인한 위험은 건전한 편집상의 활성화에 필요한 대화를 저해할 수 있다는 점은 당연하다. 공공사건에 관한 보도의 정확성이라는 사회적 이익이 부정확한 표현을 줄이기 위한 절차때문에 침해될 수도 있는 것이다. 언론인들간의 자유로운 대화를 계속 고무하기 위해서는 그들 간의 대화에 관한 비익권이 보장되어야 할 것이다. 따라서 본인은 명예훼손사건에서 편집과정에 대한 조사행위는 제한되어야 한다고 본다. 몇몇 범주의 증거는 밝히지 않아도 되게끔 보장한다고 해서 당연히 명예훼손을 주장할 수 있는 원고가 명예를 회복할 수 없게 되지는 않을 것이다. 왜냐하면 피고측이 진실여부를 고려치 않고 의도적으로 공표했는지를 입증할 다른 방법도 많이 있기 때문이다. [St. Amant v. Thompson, 390 U.S. 727, 732, (1968) 판례 참고]

그리고 **브레난 판사(Brennan J.)의 부분적인 반대견해**는 다음과 같았다.

오늘 법정은 편집상의 특권은 비익되어야 한다는 피고측의 요청을 기각했다. 본인은 그러한 특권 때문에 조사를 통해 밝혀져야 할 사실이 배제되어서는 안 된다고 본 법정의 견해에 동의하며, 또 그러한 특권으로는 피고의 정신적인 과정이 보호될 수 없다는 점에도 동의한다. 그러나 본인은 수정헌법 제 1 조는 편집인들간의 대화는 편집특권으로서 보호될 것을 필요로 하고있다고 본다. 그러나 공적 인사인 원고가 심리판사가 만족스러워할 만큼 현실적 악의를 증명할 능력이 있다면 이에 대해 특권이라 하더라도 감수해야 할 것이다. 편집특권이란 단순히 피고의 개인적인 문제가 아니라 언론이 수행하는 공중의 대변자로서의 역할이라는 측면에서 보호되어야 할 것이다. 이러한 맥락에서 언론은 공공이익에 필요한 대변자이며, 공중의 권리를 유효하게 하는 도구다. 표현은 편집과정을 거쳐서 이루어지는 것이며 그 과정을 조정하는 것은 곧 표현을 조정하는 것이다. 신문이든 방송이든 그것의 조직이란 커다란 구조로 이루어진 것이어서 편집과정이 없이는 존재할 수 없다. 그러므로 이러한 조직의 편집 과정을 보호하는 것이 수정헌법 제 1 조의 중요한 관심사인 것이다. 법원에서는 편집과정상의 대화와 건전한 편집결정간의 긴밀한 상관성을 인정하면서도 언론의 책임유무를 결정해야 할 때에는 편집과정에서의 대화를 근거로 해야한다고 보고 있다. 그러나 편집과정에서의 공표 전 주의환기가 명예훼손소송에서 중요한 침해여부를

밝히는 증거자료가 된다면, 편집과정에서의 솔직한 대화가 앞으로 저해되지 않으리라고 볼 수 있겠는가. 본인의 논리가 역설적이라는 점은 인정하지만 좀 더 정확한 언론보도를 위해서는, 편집특권을 보호해야 하며, 좀 더 책임있는 언론을 지향하기 위해서도 언론에 대한 법적인 통제를 좀 더 어렵게 할 필요가 있다. 그런데 본인의 판단으로는, 편집과정을 보호하기 위한 특권의 행사여부는 특정사건의 정황을 참작해서 결정되어야 한다고 본다. 명예훼손사건에서 특히 뉴욕 타임즈 사건에서 인정된 표현의 자유와 명예훼손으로부터의 구제라는 양 이익간의 형평이 보존될 필요가 있다고 본다. 만약에 이러한 특권이 일반적인 명예훼손 사건에서 편집과정을 보호하는 방향에서 수행된다면, 이러한 형평이 가장 잘 이루어지는 것일 것이다. 어쨌든 만약 공적 인사인 항소인이 심리판사가 만족할 만큼 피항소인이 공표한 보도가 허위에 의한 것임을 입증할 수가 있다면, 이에 대해 편집특권은 복종해야만 할 것이다. 공적인사인 항소인에게 명예훼손사실을 입증하게끔 요구하는 것이 부당한 부담을 안기는 것은 아닐 것이다. 왜냐하면 항소인이 궁극적으로 이러한 요소를 입증해야만 하기 때문이다. 그리고 편집특권이란 오직 편집과정을 보호하고자 하는 것이지, 사실을 은폐하려는 것이 아니기 때문에 이에 대한 조사도 적절한 범위 내에서 허위사실을 밝혀내는 것에만 행사되어야 할 것이다. 이와 같이 해서 공적 인사인 원고는 그의 명예를 회복할 수 있어야 하며 동시에 편집과정도 가장 필요한 사건인 경우를 제외하고는 보호되어야 할 것이다.

물론 이러한 원칙을 사건마다 적절하게 적용하기란 무척 어려운 작업이다. 항소법원에서 작성한 조사상의 질문사항의 5가지 범주는 보편적이긴 하나 특정의 질문이 각각 어떤 범주에 포함될 수 있는지를 결정하기도 어렵다. 5가지 범주 중 4가지는 피고의 정신과정과 관련된 것이어서 편집특권의 보호를 받을 수는 없을 것이다. 그러나 나머지 한가지 범주 즉 랜도와 윌리스 간에 나눈 대화문제는 특집특권에 의해 보호되어야만 할 것 같다. 그러므로 본인은 항소법원과 마찬가지로 본 사건을 지방법원으로 송환하는 것이 좋을 것으로 본다. 이럴 경우, 지방법원은 피항소인이 그들의 편집특권을 포기했는지의 여부, 그리고 포기하지 않았다면 항소인인 허버트가 허위 사실을 입증함으로써 특권에 앞서 승소할 수 있는지 그리고 만약 그렇지 못하다면 특권의 적용범위에 대해 결정할 것을 요청한다.