

사생활과 공중의 눈

- 1980 년대의 명예훼손 소송 -

여기에 실린 두 편의 주제발표논문은 1983 년 10 월 6 일에 뉴욕주 변호사회(The New York County Lawyer's Association)의 후원 하에 「사생활과 공중의 눈-1980 년대의 명예훼손소송」 (Privals Lives and The Public Eye ; Libel Litigation in the Nineteen Eighties)이라는 제목으로 개최된 공개토론회에서 발표된 것들이다.

첫번째 주제논문은 루이스 나이지저(Louis Nizer)가 발표한 것으로, 그는 현재 필립스 나이지저벤자민 크림 & 발론 합동변호사회의 선임변호사로 있으며, 영화협회(Motion Picture Association)의 고문변호사로 활동중이다. 두 번째 주제논문을 발표한 빅터 A. 코브너 (Victor A. Kovnor)는 뉴욕시 변호사회의 언론법관계평의회 의장과 「Media Law Reporter」지의 자문위원이기도 하다.

이 두 편의 논문은 「Communications and the Law」지(Vol. 6, No.4, August 1984)에 게재된 것을 우리말로 옮겨 실은 것이다.

..... 편집자 주

수정헌법 제 1 조에 오명을 씌우지 마라

루이스 나이지저

말이 무기가 된다는 사실을 법적으로 인정하게 된 것은 17 세기에 들어서였으며 비로소 명예훼손법이 제정되었다. 그 이전에는 결투를 통해 자신의 명예를 지키고자 했다. 이 법은 한 인간의 명예를 회복시켜 주는 법적 수단이 되고 있는 것이다.

건국 이래 188 년 동안 미국의 명예훼손법은 단순한 것이었다. 신문이 어느 개인에 관한 허위 기사를 게재했다면, 피해자는 소송을 제기할 수 있었고, 신문측에서 진실을 입증치 못하면, 법적 책임을 졌다. 이러한 사실은 충분히 정당화 될 수 있었다. 한 시민이 악의에 찬 비난으로 파멸해 버릴 수 있는 것이다. 그는 실직을 당할 수도 있을 것이며, 그의 가정은 파괴되고, 부인과 자녀도 수모를 겪게 될 것이다. 가해자는 피해자에게 그가 운전과실로 사람을 치게 했을 때와 마찬가지로 손해배상금을 지불해야 했다.

피해를 구제해 주기 위한 모든 법적 수단 중에서도 명예훼손법은 소중한 위치를 차지한다고 할 수 있다.

그러나 1964 년에 와서 명예훼손법은 바뀌어 졌다.1) 우선 피해자가 승소하기 위해서는 허위임을 입증하는 것만으로는 충분하지 않게 되었다. 만약 피해자가 공무원이라면 해당기사가 악의에 의한 허위기사였음을 입증해야만 한다.2) 이러한 새로운 원칙은 그 뒤에는 공무원 뿐만 아니라, 공적 인물(public figure)에까지 확대적용되었다.3)

수정헌법 제 1 조는 소중한 것으로서 이 나라 민주주의의 초석이다. 그러나 언론은 여타의 존립의의가 있는 제도와 마찬가지로 권력을 남용하고 불의를 저지를 수 있는 것이다.

헌법의 제정자들은 견제와 균형이 중요하다는 사실을 인식하고 있었다. 언론은 명예훼손법을 통하여 견제되어서는 안되는 것인가? 토머스 제퍼슨(Thomas Jefferson)은 견제가 있어야 한다고 생각했다. 그는 저널리즘의 남용이 가져올 위험을 명백하게 알고 있었다. 그는 다음과 같은 이야기를 한 적이 있었다. 「신문이 허위기사로 가득차 타락해버림으로써 초래될 수 있는 국익의 손실이 신문을 억압함으로써 생기는 국익의 손실보다 더 크다는 사실을 우리는 인정해야 할 것이다.」 4)

제퍼슨은 여론의 문제에 관해서는 절대적인 신문의 자유를 신봉했지만(「공중의 판단은 잘못된 생각과 의견들을 교정할 수 있다」)5) 허위사실을 유포하는 것은 「비도덕적인 방종」6)으로서 신문의 자유를 남용하는 것이라고 개탄했다.

제퍼슨은, 신문이 허위사실을 게재하지 않도록 견제하는 것을 매우 중요하게 생각했고, 그러한 생각을 그친 두 번째 취임사에서 밝혔던 것이다. 그는 명예훼손에 대한 유익한 구제방법을 언급한 뒤에, 일개 시민의 한 사람이라도 「법의 강제력을 이롭게 이용함으로써 신문의 이러한 남용을 개선해 나갈 때 공중도덕과 안녕에 이바지하는 것」 7)이라고 말했는데 이것을 다른 말로 풀이하자면 명예훼손에 대해 소송을 제기하는 것을 말하는 것이었다. 신문의 자유를 최고로 신봉하는 이가 한 이 말은 신문의 자유에 대한 신념을 접어두고자 한 것이 아니라 신문과 개인의 권리간의 균형을 역설한 것이었다.

벤자민 프랭클린 (Benjamin Franklin)도 같은 입장을 취하고 있었다. 그는 다음과 같은 적절한 표현을 한 바 있다.

「우리가 공공법안과 정치적인 견해에 관해 논의하는 것을 단순히 언론의 자유로 이해한다면, 여러분의 생각대로 얼마든지 자유를 누려도 좋을 것이다. 그러나 만약에 이것이 서로 모욕, 비방, 명예훼손하는 자유를 뜻한다면, 본인은 그러한 자유를 포기할 의사가 있다……그리고 극단적으로 말한다면 본인이 중상을 당하지 않을 특권때문에라도 타인을 중상할 자유를 누리는 일에 기꺼이 찬성해 마지 않을 것이다.

이 글에서는 허위사실임을 밝히기 위해 악의를 입증해야 할 필요성에 대해 이야기하고자 하는 것이 아니다. 진실임이 입증되지 않는 한, 언론은 책임을 지게 되어 있었다. 훨씬 후에 와서 포터 스튜어트(Potter Stewart) 판사가 남자든 여자든 한 개인의 명예는 헌법상의 보호를 받아야 할 것 9)이라는 판결문을 남겼을때 연방대법원은 이러한 견해를 반영한 것이었다.

만약에 우리가 대다수의 권위있는 정기간행물만을 생각한다면, 그들의 편에 서서 개인의 권리를 조금 희생할 필요도 있을 것이라는 이론 하에서 개인의 권리를 줄이는 것을 고려해 볼 수도 있을 것이다. 그러나 황색지와 센세이셔널한 정기간행물, 외설잡지, 스캔들 칼럼과 공갈취재(즉 「우리에게 광고를 제공하지 않으면, 당신네들에 관한 비밀을 폭로하겠다」는 식의)를 하는 상업적인 간행물들과 온갖 타락한 인쇄물이 존재하고 있다. 편집자들과 기자들은 피해를 입은 희생자들에 관해 거의 알지 못할 뿐만 아니라 신경을 쓰지 않고, 이처럼 무모하기 짝이 없는 정보원에서 흘러나온 무책임한 가십을 되풀이해서 기사화하고, 상상만으로 윤색하고 그것으로 돈을 갈취하기도 한다. 법적인 의미에서의 악의란 실제 존재하지 않을 수도 있다. 허욕도 마찬가지로 일 수 있다. 법이 쇠약함으로써 초래될 수 있는 치명적인 결과는 매우 큰 것이다. 예민한 사람이 공무원생활을 하지 않으려는 것도 이러한 이유들 가운데 하나이다. 그들은 적절한 구제방법 -현재 악의를 입증해야 한다는 요구조건으로 매우 어렵게 되어 있는-이 없는 상황에서 명예훼손을 당하고 싶어하지는 않기 때문이다.

수정헌법 제 1 조의 극단적인 옹호자들은 악의를 입증할 만한 충분한 증거가 없다는 이유로 상급법원에서 기각한 엄청난 액수의 손해배상을 요구하는 명예훼손소송의 평결 예들을 예시하곤 한다. 그들은, 그러한 소송을 기각하지 않았을 때 초래될지도 모를 언론의 「자기검열」(self-censorship)에 의한 위축을 방지하는 일이라고 주장하고 있다.

배심원들의 평결 중에서도 비교적 온건한 견해를 보면 무모하게 인간을 파괴하는 몇몇 정기간행물의 수정성에 대해 시민들이 얼마나 분노하고 있는지를 인식하고는 있다. 이것은 수정헌법 제 1 조에 대한 오명의 감정이 고조되고 있음을 뜻하는 것이다. 우리는 그것을 잘못 적용함으로써 수정헌법 제 1 조에 오명을 남기고 있는 것이다. 얼마나 비극적인 사실인가.

판례를 보면 자유로운 발언이 무제한 보장될 수는 없다는 점이 인정되고 있음을 알 수 있다. 극장에서 '불이야'하고 외쳐서는 안된다고 본 홀즈(Holmes) 연방대법원판사의 판결 10)에서부터 새벽 3 시에 자기네 입후보자의 이름을 큰 소리로 외쳐댐으로써 잠자는 시민을 깨우게 하는 선거유세차량에 대한 운행정지처분사례 11)에 이르기까지, 우리는 합리적인 원칙을 적용하고 있는 것이다. 명예훼손법이나 형사상의 외설법 그리고 프라이버시규정 등 이들 모든 법은 자유로운 의사표현의 남용을 방지하는 것이다.

우리는 국가와 주의 주권에 대해서는 이야기 하지만 인간의 주권에 대해서는 누가 이야기하고 있으며, 모든 법은 누구를 위해 제정된 것 인가? 명예훼손법은 피해입은 자의 명예를 법적으로 보호하는 방패이며 그의 주권침해에 대한 구제수단이다.

개인의 존엄과 가치가 위태로운 지경에 처해 있지만 개인은 문명사회에서 최상으로 보호되어야 할 가치가 있다.

의사표현의 자유와 관련해서 철학적으로 토론을 벌이기가 어려운 것은 모든 비밀스러운 평가가 그렇듯이 냉혹하다는 사실이다. 그러한 문제를 이해하기 위해서는 우리가 막연하고 추상적으로 올림피아산의 정상에서 생각할 것이 아니라 그곳에서 내려와 허위사실로 인해 피해받은 희생자를 얼굴을 맞대고 만나보아야만 한다. 그래서 잠을 이루지 못해 눈이 충혈된 피해자와 또 눈물도 이제 말라버린 채 떨고 있는 그의 아내와, 갑자기 인생을 다 알아버린 듯 부루퉁한 표정으로 부끄러워서 학교에도 가지 못하는 그의 자녀들을 만나보아야만 한다. 그리고 친구들은 그에게 위로의 전화를 걸지만 그것은 상처를 깊게 할 뿐이며 다른 사람들은 그를 멀리하게 되고, 그가 다닌 직장의 고용주는 뚜렷한 이유없이 그를 어떤 방법으로 해고할 것인가를 생각하고 있다는 사실을 알아야만 할 것이다. 즉 그를 둘러싼 세계가 파괴되어 버렸듯이 낙담하고 있는 그와 그의 가족을 만나보거나 해 봐라, 그는 변호사를 찾아와서 그의 생애를 걸고 법정 투쟁을 벌일 것이라고 말한다. 그는 정의를 원하는 것이다. 현재의 법아래에서 변호사는 이렇게 밖에 이야기해 줄 수 없다. 「죄송스런

말씀입니다만, 현재의 법원척상 선생이 승소할 수 있다고 만연할 수 없습니다. 선생은 공무원(혹은 공적 인물)이기 때문에 입증하기가 매우 어려운 현실적 악의 (actual malice)를 입증해야만 합니다. 그렇지 못하면 기각당합니다.」

「그들이 허위기사를 보도했는데도 그렇다는 말씀입니까? 」

「그렇습니다. 그들이 진실보도였음을 입증할 수 없다하더라도 말입니다. 연방대법원에서는 언론측에 면책특권을 부여하고 있습니다.」

「그 기사는 외설적인 잡지에 게재된 기사였습니다. 그런데도 그 잡지는 뉴욕타임즈나 워싱턴 포스트, 타임잡의 판매부수를 모두 합한 수 보다도 더 많이 팔리고 있습니다. 선생께서는 내 가정과 본인이 파멸했는데도 실질적인 구제의 길이 없다는 말씀입니까?」 하고 그는 비탄에 빠진 어조로 이야기했다.

본인은 그의 구제를 위해 뭔가 할 수 있게 되기를 바라는 바이다.

루이스 나이지의 비판에 대한 반론

빅터 A. 코브너

이 글은 공개토론회에서 발표했던 원고를 「Communications and the Law」에 게재하면서 그 후의 판례를 보충하기 위해 1984년 5월에 일부 수정해서 게재한 것임을 밝혀둔다

.....편집자 주

『사생활과 공중의 눈』이라는 제목자체가 공무원의 사생활을 캐내려는 그리고 사인의 생활을 캐내려는 침해적인 언론을 암시하면서 비판의 뜻을 내포하고 있다. 그리고 이러한 제목이 그렇듯이 언론에 대한 공중의 비난이 점증하고 있음을 옳게 반영하고 있다. 본인은 권리장전과 뉴욕주를 위시한 대부분의 주헌법에 뿌리내리고 있는, 비정치적인 차원에서의 견제와 균형을 요청하는 우리의 민주정치체제하에서 언론이 수행해야 할 역할에 대한 인식이 부족함을 시인한다. 더구나 뛰어난 동료인 루이스 나이저(Louis Nizer)를 위시한 많은 변호사들은 균형상태가 깨져 언론은 그들의 소중한 권리를 남용하기에 이르렀다는 점을 믿고 있다.

오늘날에 와서 언론으로부터 피해를 입은 사람들이 방송사나 신문사 밖에서 불만을 호소하는 예를 우리는 찾아볼 수 있다. 우익자선단체의 지원을 받는 굵직한 재단들이 언론을 견제하는 수단으로서, 또 언론의 권력남용을 개선하는 수단으로서 명예훼손소송에 호소해 왔다. 자칭 「미국의 전파 및 인쇄매체가 형평성있는 보도를 할 수 있도록 하기 위해 1980 년에 설립된 비영리 공익법률센터」라고 이야기하는 미국법률재단(ALF . The American Legal· Foundation)은 현재 2 만여명 이상의 회원을 확보하고 있다. 최근에 미국법률재단에서는 캘리포니아주에 사는 어느 의사가 저소득자 의료보조사기 문제를 취급한 「60 분」 (60 Minutes) 프로그램을 상대로 제기해서 피소한 명예훼손소송을 보조하기 위한 전담변호사를 선임해 준 바 있다. 미국법률재단은 「시민을 위한 방송매체규정안내」 (A Citizen's Guide to the Regulation of the Broadcast Media)를 발행하여, 다음과 같이 독자들에게 촉구하고 있다.

「명예훼손소송을 제기해야 할 가능성이 늘 있다는 사실을 염두에 두십시오. 방송이나 출판물을 통해 보도의 대상이 된 분은 누구든지 명예훼손법을 염두에 두셔야 합니다……만약 여러분이 명예훼손소송에 연루된다면 즉시 변호사와 상담하시기 바랍니다」 A)

금년에 ALF에서는 명예훼손소송의 원고를 지원해 주기 위한 명예훼손소송대책센터 (Libel Prosecution Resource Conte 를 설립했다.

스스로 「연방규정에 대해 공정하고 자유롭게 시장원리에 입각해서 접근하는 문제에 관심을 둔 공익법률회사라 부르는 자본법률재단(CLF : Capital Legal Foundation)」은 1982 년에 「규정위반의 극복-명예훼손법과 언론」 (Beyond Deregulation – Libel Law and the Media)이라는 제목의 정책선언을 통해 명예훼손소송은, 대규모 매체가 행하는 개인권리의 침해에 대한 「훌륭한 해결책」이라고 선언했다.B) CLF 는 당시에 이미 백만단위의 소송비용을

기록했던 CBS를 상대로 한 명예훼손소송에서 웨스트모어랜드장군 (General William Westmoreland)을 무료로 변호하고 있었다. CLF의 장인 단 버트(Dan Burt)는 장군의 명예훼손소송은, CLF의 기금자들이 생각하기에 가장 자유스러운 네트워크로 보았던 CBS 뉴스의 영향력을 견제하기 위한 시도로 제기되었다고 공식적으로 발표한 바 있었다.

언론으로부터 우리를 구제해 주곤하는 제단 중에서도 할아버지격이라고 할 수 있는 재단은 리드 어빈(Reed Irvine)이 장으로 있는 미디어의 정확성 (AIM : Accuracy in Media)이다. 일년전에, 그곳은 가만한 명예훼손사건의 원고를 돕기 위하여 「법률보조기금」 (Legal Aid Fund)에 양도하긴 했지만 웨스트모어랜드 장군을 위한 법률보조에 필요한 수천달러를 모금한 적이 있었다. AIM은 캘리포니아주와 뉴저지주에 거주하는 명예훼손소송의 원고들에게 기금을 제공해 왔으며, 현재는 CBS의 연례주주총회에서 정정과 관련된 사건과 계류중인 여러 소송의 해결을 요구하는 결의문을 제출해 놓고 있다.

AIM은 SEC (Securities and Exchange Commission)과 네트워크문제를 놓고 법정투쟁을 벌이고 있는 한편, ALF는 FCC에 다양한 제소건을 제기해 놓고 있으며, CLF에서는 웨스트모어랜드 사건에 관여하고 있다.

주지하다시피 이들 기관들이 그들의 업무를 언론이 비관했다는 것 때문에 제소하고 있는 것은 아니다. 그들은 미디어에 대한 공정성을 촉구하기 위한 수단으로서 명예훼손소송을 장려하고 있는 것이다.

윌리엄 태블래리스(William Tavoulareas)가 사장으로 있는 모빌 오일사(Mobil Oil)는 워싱턴포스트지(The Washington Post)를 상대로 한 유명한 명예훼손소송¹⁾을 통해 원고의 명예훼손 보증을 섰던 간부들에게 새로운 이익을 가져다 주었다. 피츠버그에 있는 전국연합화재보험 (National Union Fire Insurance)은 모델사의 사장과 사장의 명예를 보호하기 위한 명예훼손소송에 드는 소송비용(백만 달러 이하로 공제될 수도 있는)으로 500만 달러의 지불금을 준비한다는 약속하에 1년에 천달러 이하의 보험계약을 맺었다.

최근에 명예훼손변호대책센터(Libel Defense Resource Center)에서 행한 연구결과에 의하면 현재, 배심에서는 소송사건의 80%이상에서 명예훼손소송의 원고측에 유리한 평결이 내려질 것이라고 했다. 그리고 손해배상재정액도 지난 2년동안 있었던 사건의 절반이상에서 10만 달러 규모의 평결을 하는 등 계속 오름세에 있다.

100만 달러 단위의 손해배상평결이 이제는 흔히 있는 액수가 되었다. 캐롤 버네트사건의 경우 160만 달러 (2심에서는 20만 달러로 줄었다)²⁾였고, 윌리엄 태블래리스사건의 경우는 200만달러 이상이었고(기각되었으나 항소중에 있다), 필라델피아의 한 잡지사를 상대로 한

애들란틱시의 어느 모텔소유주가 제기한 소송의 경우 700 만달러이었으며 (현재 항소중),³⁾ 키머리 제인 프링(Kimmerli Jane Pring), 미스요밍 (Wyoming) 사건의 경우는 2,800 만 달러 였으며 (이후 파기된 사건),⁴⁾ 작가인 재키 콜린즈(Jace Collins)에게 공동으로 4,000 만 달러를 지급하라는 평결 (1 심 판결에서 1,000 만 달러로 줄었지만 현재 항소심에 계류 중)⁵⁾ 등이 그것이다. 일리노이주 엘톤시의 한 신문사는 그 신문사에서 작성하지 않았던 기사때문에 제기된 명예훼손소송에서 920 만 달러의 배상금을 지급하라는 평결로 파산할 수밖에 없었다. ⁶⁾ 그 평결은 후에 120 만 달러를 지급하는 것으로 해결되었지만 그래도 도산하고 말았다. 신문기사로 인한 소송에서 최종심까지 가서 최고로 많은 액수를 기록한 사건은 10 여년간을 끌어온 엘머 거츠(Elmer Gertz)가 로허트 웰치사(Robert Welch)⁷⁾를 상대로 한 소송에서의 40 만 달러였지만, 이제는 그러한 액수 를 틀림없이 곧 가능하게 될 것이다. 이와 비교할 수 있는 평결은 사인이 제기한 소송에서도 찾아볼 수 있었다. LDRC 의 최근 연구를 보면 명예훼손사건에서의 배심의 평결액수가 1980 년 이후 의료오진 사고와 상품배상액의 평균치를 넘어서고 있음을 보여준다.

더욱이 연방대법원은 언론에 대한 헌법상의 보호범위를 제한함으로써 명예훼손소송제기에 유리한 분위기를 형성하는데 기여해 왔다.

거츠 대 오터트웰치사⁸⁾ 사건 이후 공적인물의 범위는 타임사 대 파이어스톤 사건⁹⁾과 월스톤 대 리더즈 다이제스트 사건¹⁰⁾에 와서 매우 좁아졌다. 전통적으로 수정헌법 제 1 조의 이익에 매우 민감한 반응을 보이곤 했던 제 2 순회법원에서의 작년에 있었던 판결의 경우 펜실바니아주 당국의 고문의 행위를 공무원의 자격으로 행한 것으로 볼 수 없다는 판결을 내렸다. 왜냐하면 그가 주당국의 캠페인에 기부한 사실과 조직적인 범죄행위에 가담했다는 사실에 관한 기사는 그의 공무활동과는 아무 상관이 없는 것으로 판단했기 때문이었다.¹¹⁾ 하나의 구제방법으로써 약식재판의 이용가능성에 대한 문제는, 자주 인용되는 허친슨 대 프록스마이어사건¹²⁾의 판결문에서 제기된 바 있다.

허버트 대 랜도사건¹³⁾에서는 공표의 범위를 편집인의 판단과정까지 포함되는 것으로 넓혀 놓았다. 그 결과 명예훼손소송에서의 변호사비용이 인상되는 결과를 가져왔다. 1 년전에 콜롬비아대 법대에서 행한 연설에서 안토니 루이스(Anthony Lewis)는 그 당시 제기되었던 웨스트모어랜드 대 CBS 사건이 입증의 문제로 오래 끌게될 것이라고 예리하게 예견한 바 있다.

과거에 그러한 명예훼손사건의 변호를 담당해 본 경험이 있는 본인의 입장에서 볼 때에도 안토니 루이스(Anthony Lewis)의 예견은 사실상 근거가 있는 이야기로 인정하지 않을 수 없다. 그의 예견은 현실로 나타났다. 그로부터 1 년 후 웨스트모어랜드 장군 대 CBS 사건의 양당사자측은 1967 년 월남의 특정지역에 포진해 있던 공산월맹군에 대한 정보평가문제를 놓고 법정투쟁을 벌이는 동안, 양당사자측 모두 소송비용으로 백만달러 이상을 이미 소비해 버렸던 것이다. 허버트 대 랜도(Herbert v. Lando) 사건에서도, CBS 측은 소송에 드는

비용만으로도 3~4 백만 달러를 소비해 버린 것을 볼 때, 약식재판의 문제는 아직 미해결상태에 있다고 하겠다.

최근에 연방대법원의 판사 두 명 (랜퀴스트 판사와 화이트판사를 말함)은 의사표현의 절대적 특권문제에 대해 의문을 제기한 바 있다(Miskovsky v. Oklahoma Publishing 사건에서 사건이송명령에 대한 기각을 반대하는 입장을 표명하면서).¹⁴⁾ 1983 년 10 월 한달동안에 연방대법원은 명예훼손사건 5 건을 인정하였다.¹⁵⁾ 그 중 콜더 대 존스(Calde, v.Jones) 사건과 키톤 대 허슬러(Keeton v. Hustler) 사건에서 연방대법원은 명예훼손사건 원고의 법적 권리를 확대했다. 가장 성가셨던 사건은 보즈사 대 소비자연합 사건(Bose Corp. v, Consumers Union ?1984 년 4 월 30 일 판결)으로서 이 사건에서는 연방지방법원에서 공판이 있는 직후 항소인측에서는 재심리를 요청하였다. 이 사건은, 스피커의 소리가 「균형이 잡히지 않고 안정감이 없다」고 한 오디오 제품에 대한 조사보고와 관련된 사건이었다.¹⁶⁾ 배심없이 재판을 진행하여 15 만 달러의 손해배상금을 지급하라는 연방지방법원의 판결이 있는 뒤 제 5 순회법원은 그러한 표현이 현실적 악의에 의한 것이라는 점을 입증할 명백하고도 확인할 수 있을 만한 증거가 제시되지 못했다는 이유로 파기했다 보즈사측은 상급법원의 사건 이송을 위한 신청서를 통해 민사소송연방규칙 52 조(a)항에 비추어 볼 때 명백한 하자가 있지 않는 한, 사실여부의 입증은 그대로 무시해 버려서는 안된다고 주장했다. 언론사측으로 보서는 다행스럽게도 해당법원의 다수의견은, 동법 52 조 (a)항이 뉴욕타임즈 대 설리반 사건의 현실적 악의에 대한 항소인측을 위한 재심리를 제한하고 있는 것은 아니라고 판결하면서 원심판결을 확인했다.¹⁷⁾

이러한 암담한 실정을 전망해 볼 때 뉴욕변호사회의 회장이자 레이놀즈 대 페글러사건에서 레이놀즈측의 변론을 담당했던 훌륭한 내 친구인 루이스 나이저가 뉴욕타임즈지의 평론란에 게재한 「명예훼손의 이해」(Understanding Libel)¹⁸⁾이라는 제하의 글을 통해 뉴욕타임즈 대 설리반사건에서 확립된, 현실적 악의를 입증해야 한다는 요건에 대해 의문을 제기했다는 사실은 깜작 놀랄만한 일이 아닐 수 없다.¹⁹⁾ 정말 그럴까? 과거 10 년 동안 대부분의 명예훼손에서 반대하는 입장을 취했던 바이런 화이트(Byron White)연방대법원판사도 제 그러한 견해를 밝히지 않는가? 언론측에 반대표를 던지는 것으로 누구나 늘 예상할 수 있을 정도였던 윌리엄 랜퀴스트(William Rehnquist) 연방대법원판사까지도 그러한 입장을 취하지는 않고 있다. 그러면 정말 언론은 공적 인물이 제기한 명예훼손사건에서 면책특권을 누려왔던 것인가? 그에 대한 답변을 한다면 분명히 아니라고 본다.

실제로 많은 이들은 뉴욕타임즈 대 설리반사건에서 표명된 언론보호와 그 판결이후의 판례가 정치적인 보복이 횡행하고 명예훼손이 하나의 무기처럼 이용되는 때에는 적절하지 못한 것으로 믿고 있다.

뉴욕타임즈사건 이후 그동안 20 년이 지난 현시점에서 볼 때 그 사건의 판결이 실제로 표현의 자유와 언론에 대한 적절한 보호책이 되어왔는지 검토해 보아야 할 시기가 온 것

같다. 첫째, 우리는 설리반사건에서 법원의 견해가 전원일치된 것은 아니었다는 사실을 유념해야 할 것이다. 실제로 뉴욕타임즈 대 설리반사건에서 블랙(Black) 판사와 더글라스(Douglas) 판사는, 비록 그 의견광고가 허위내용을 포함하고 있었다고 할지라도 수정헌법 제 1 조에서 언론사인 뉴욕타임즈지는 경찰관인 설리반의 공무행위를 비판할 절대적인 권리를 갖는다는 견해를 표명했다. 또한 이들 판사들과는 별도로 골드버그(Goldberg) 판사 역시 뉴욕타임즈지는 정부활동을 비판할 절대적인 특권이 있다는 견해를 보였다. 이 사건 후 세인트 아만트 대 톰슨사건(St. Amant v. Thompson)에서 「진위여부가 상당히 의심스러운」²⁰⁾으로 다듬어져서 정의된 「현실적 악의」의 요건은 사실상 언론측으로 봐서는 덜 보호적인 원칙이었다. 연방대법원은 보호될 수 있다고 보는 명예훼손소송의 범위에 있어 견해가 엇갈리긴 했지만,²¹⁾ 어떤 판사도 공무원의 공무행위에 대한 비판의 문제가 걸려있는 한에서는 현실적 악의의 원칙이 갖는 현명함에 대해 의문을 제기하지 않았다. 유일하게 조건부를 달았던 골드버그, 블랙, 더글라스 판사는 현실적 악의의 원칙을 적절하지 못한 언론보호라고 판단했던 것이다.

스튜어트(Stewart) 판사는 로젠블라트 대 베어(Rosenblatt v. Baer)사건을 인용하면서 설리반의 아픔을 잘 대변해 주고 있다.

「뉴욕타임즈 사건의 법리가 보호해 준 것은 궁극적으로 명예훼손적인 허위사실이다. 허위사실의 입증이 아무리 중요한 것이라 하더라도 뉴욕타임즈 사건의 법리는 명예를 훼손당한 공무원이, 허위사실임을 알고 있거나 또는 진위여부를 부주의하게 무시하고 게재했다는 현실적 악의를 입증하지 않고도 법적인 구제를 받을 수 있어야 한다는 희망을 박탈하고 있다.」²²⁾

내가 생각하건대 이러한 기본적인 언론에 대한 보호에 대해 의문을 제기하고 있는 나이저 씨와 그 외 인사들을 가장 괴롭히는 것은 바로 허위발언에 대한 보호라고 생각한다.

간단하게 답한다면 이것은 정확한 표현을 자유롭게 개진할 수 있도록 보장하고 또한 정부활동업무에 관한 건전한 논쟁을 보장하기 위해 자유민주주의 사회가 치뤄야 할 희생인 것이다. 설리반 사건을 담당했던 재판부가 명민하게도 인식했던 문제는, 오보란 공적인 이슈를 건설적으로 논쟁하는 과정에서는 불가피하게 발생 하는 것으로 판단했던 것이다. 보도의 허위사실 여부에 대해 주의했는지에 대해서는 고려하지 않고 명예훼손적인 허위사실에 대해 법적 책임을 지웠던, 설리반 사건 이전의 원칙은 결과적으로 언론이 보도의 정확성을 기하도록 했던 것이다. 그러한 원칙을 광범위하게 적용한다면 명예훼손의 가능성이 있는 대부분의 기사를 공표할 기회를 엄청나게 박탈하게 될 것이고, 나아가서는 언론이 공중을 대표해서 정부활동을 감시해야 할 언론의 역할을 수행해 가는데 필요한 「숨 쉴 여지」 (breathing room)를 남겨놓지 않게 될 것이다. 브레난 (Brennan)판사가 설리반 사건에서 이야기한 것처럼 헌법상의 보호를 없애버리게 되면, 「잠재적인 비판자는 그것이

진실한 것이라는 확신을 가지고 있고 또 실제 그것이 사실이라고 하더라도 표현하지 못하게 될 것이다. 왜냐하면 법원에서 그러한 점이 입증될 수 있을 것인지 의심스럽고 또는 그렇게 표현함으로써 치뤄야 할 희생의 두려움이 앞서기 때문이다.²³⁾

최근의 역사를 비춰볼 때, 현실적 악의의 원칙이 적용되어 온 후로는 위에서 말한 두려움을 가지지 않게 되었다고 하거나 혹은 최근 명예훼손소송의 급증에 따라 소규모 신문사나 잡지사, 방송국이 이를 두려워한 나머지 보도의 자유가 위축될지도 모를 「자기 검열」을 행해오지 않았다고 누가 분명하게 이야기할 수 있을 것인가?

의미심장하게도 나이지 씨는 평론란에서 「권위 있는 정기간행물」이 아니라 「황색신문과 선정적인 정기간행물, 외설잡지, 스캔들 칼럼과 공갈협박(「우리에게 광고를 제공하지 않으면, 모든 걸 폭로해 버리고 말겠다」 식으로)을 일삼은 무법한 상업계정기간행물……」에 대해 비판했다.

명예훼손사건의 원고가 할 수 있는 증거조사의 범위가 폭넓게 주어져 있는데도 불구하고, 이처럼 증가되고 있는 많은 사건에서 그러한 공갈협박을 한 증거를 찾을 수 없었다고 말하는 것은 놀라운 일이다. 명예훼손사건의 원고들이 권위가 있다고 생각하지 않는 간행물들이란 (상대편의 권위를 인정하려는 원고는 거의 없다) 대부분의 경우, 명예훼손소송이나 손해배상액을 결정하는 배심원의 무절제한 판단에 따른 공포를 견뎌낼만한 재원이 없는 훨씬 소규모의 간행물들인 것이다. 내동료인 나이지 씨의 견해로 보면 정평있는 간행물이, 사회에서 비교적 교육수준이 낮은 층을 대상으로 하는 간행물보다 훨씬 더 보호되어야 할 자격이 있다는 그럴듯한 주장에 수긍하고 있는 것이 아닌가 하는 느낌을 본인은 갖게 된다. 그러나 수정헌법 제 1 조는 그러한 어떤 차별도 인정하고 있지는 않다. 뉴욕타임즈가 내셔널 인콰이어러(National Inquirer)보다 훨씬 더 보호받을 자격은 없다. 공적 인물에 관한 명예훼손적인 허위보도가 그것이 진위여부에 대한 의문이 감에도 불구하고 공표했을 때에는 그것이 어떤 간행물에 게재된 것이든 소송의 대상이 될 수 있는 것이다. 혹자는 공적인 문제를 다룬 기사와 사사에 관해서 다른 기사를 적절하게 구분할 수는 있겠지만, 성적으로 노골적인 기사를 게재한 간행물일지라도 그것이 가치가 없다고 해서 헌법상의 보호를 훨씬 덜 받아야 한다는 생각은, 연방대법원에서 보호하고자 하는 수정헌법 제 1 조상의 모든 이익과 정면으로 충돌되는 것이다.

내 동료의 논지는 그래도 설득력이 없는 것은 아니다 왜냐하면 불행하게도 스스로 수정헌법 제 1 조의 보호자로 자처하는 사람들 중에도 그러한 생각을 받아 들이고 있는 이들이 있기 때문이다.

명예훼손소송이 새로운 국면을 맞이함에 따라 가장 골치아픈 문제는 징벌적 손해배상액의 청구빈도와 액수에 있으며, 물론 이것은 오로지 앞으로 소송에 불을 당기는 결과를 가져올 뿐이다. 최근에 백만 달러 규모의 판결의 대부분이 기본적으로 징벌적 손해배상을 청구한 것에 근거하고 있다. 태블래리스(Tavoulareas) 사건에서의 경우 징벌적 손해배상액이 2 백만 달러의 손해배상금을 지급하라는 재정액의 90%를 차지하고 있었다. 최근에 텍사스에서 있었던 사건(Rogers v. Doubleday)²⁴⁾의 경우, 2 백 50 만 달러의 손해배상지급판결에서도 보상적 손해배상액은 전혀 포함되어 있지 않았다. 거츠(Gertz) 사건에서 포웰(Powell) 판사는, 보상적 손해배상금의 지급이 「실제로 손해가있었다는 증거가 없더라도」 인정되는 불법행위법하에서 추정적 손해배상이 인정되는 예는 비교적 드물다는 판결을 내린 적이 있다.

거츠 사건에서는 사인인 원고에 대한 손해배상이 실제적인 피해 (실제적인 피해라는 것도 비교적 폭넓게 정의되고 있다)에 대해서만 보상하는 것으로 한정된 반면, 징벌적 손해배상금의 합헌성에 대한 문제는 해결되지 않았다. 포웰(Powell) 판사는 징벌적 손해배상은 배심원들로 하여금 「명예훼손적인 표현에 대해 선택해서 징벌할 수 있는 재량권을 활용할 수 있게끔 하게 될 것이며」, 여기서 이러한 재량권으로 「미디어의 자기검열이 가져올지도 모르는 위험을 반드시 악화시키지는 않을 것」으로 본다고 판단하면서 징벌적 손해배상에 관해 깊은 관심을 보였다.²⁵⁾ 그러나 거츠 사건의 판결내용을 보면 허위임을 알고 있었거나 진위여부에 대한 부주의한 무시를 입증하는 절차에 따라 법적 책임을 부과하지 않는 경우에는, 추정적 또는 징벌적 손해배상을 지급하는 것을 허용할 수는 없다.」²⁶⁾는 것이었다. 많은 사람들이 이러한 이야기를 수정헌법 제 1 조의 맥락에서 징벌적 손해배상의 합헌성에 대한 의문의 여지를 남겨놓은 것으로 읽어왔다. 이러한 사실에 대해서 본인도 같은 입장에 있다. 불행하게도 민간자유단체들은 헌법상의 근거에서 징벌적 손해배상의 이용에 대해 도전해왔음에도 불구하고 그러한 문제에 대한 판례는 드문 편이며 연방대법원에서도 미해결의 문제로 남았다.

이런 것들을 참작하건대 본인은 뉴욕타임즈 대 설리반 사건에 적용된 현실적 악의의 원칙은 지금까지 성공적인 것으로 확신하고 있다. 이 사회에서 명예를 중요한 가치로 믿고 있고 또 명예훼손법의 철폐를 인정하지 않는 본인과 같은 견해를 가진 사람들에게는 설리반 사건에서 타협점을 이끌어낸 조화의 상태는 징벌적 손해배상의 남용문제를 제외하고는 확고한 것으로 되어있다. 연방대법원에서 그러한 문제에 정면으로 부딪히지 않는 한, 아마 그 문제는 주단위에서 징벌적 손해 배상에 제한을 가하는 조치 이를테면 첫째 처음부터 특수한 손해배상청구를 입증하게 한다든지 둘째 징벌적 손해배상과 특수한 손해배상간의 관계에 어떤 제한을 가한다든지 세째 징벌적 손해배상에 대해 어떤 규정상의 한계를 지우는 것과 같은 제한조치를 가함으로써 가장 잘 해결될 수 있을 것이다.

많은 주에서 채택하고 있는(뉴욕주는 채택하지 않았다) 소위 정정규정(또는 취소규정)은 그러한 방안에 도움이 된다. 왜냐하면 취소규정이 있음으로써 발행인은 오보를 발견하자

마자 정정을 할 수 있을 것이고 그렇게 되면 법률적인 사안으로서 징벌적 손해배상의 활용을 배척할 수 있게 되기 때문이다. 그러나 그러한 규정이 있다고 해서 그러한 경우가 훨씬 빈번해 짐으로써 간행물의 발행자측에서 어떠한 정정도 적절하지 않은 것으로 믿고 있을 때에는 의사표현을 보호하는 데 필요한 확실한 보장책이 되지 못한다.

<주>

주제 논문 1

- 1) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S.254 (1964) .
- 2) Ibid at279-280.
- 3) Curtis Publishing Co. v. Butts·, 388 U.S. 130, 155 (1967) .
- 4) Letter from Thomas Jefferson to J. Norvell(1807) , reprinted in Thomas Jefferson on Demo cracy 97 (5. Padover ed 1939) .
- 5) Second Inaugural Address by Thomas Jefferson, Ibid
- 6) Ibid
- 7) Ibid., at 96-97.
- 8) Ibid. Franklin, Writings 38 (Smyth ed. 1907) (emphasis in original) , quoted in Gertz v. Robert Welch, Inc.,418 U.S.323,383 n.19 (1974) .
- 9) Resenblatt v. Bae., 383 U.S.75,82 (1966) (Stewart, J., concurring) .

10) Schenck v. United States, 249 U.S.47, 52 (1919)

11) Saia v. New York, 334 U.S.58,562 (1948)

*주제논문 2

A) American Legal Foundation, A Citizen's Guide To The Regulation of Broadcast Media 11 (1981) .

B) Capital Legal Foundation, Beyond Deregulation Libel Law and The Media (1982) .

1) Tavoulareas v. Washington Post , 1553 (D. D. C. 1983) .

2) Burnett v. National Inquirer, 9 Media Law Reporter, 1921 (Cal. App.2d 1983).

3) Edgehill v. Philadelphia Magazine, unreported : "News Notes" 9 Media Law Reporter. # 18 (5/31/83) (Phil. Common Pleas) .

4) Pring v. Penthouse International Ltd., 695F. 2d 438 ; 8Media Law Reporter.2409 (10th Cir.1982) , co,1. denied,1035. Ct. 5112 (1983).

5) Lerman v. Flynt Distributors Company, unreported ; 81 Civ. 2281 (HFW) (S. D. N. Y) ; (Lerman v. Chuckleberry Publishing. Inc., 496F. Supp. 1105 (S. D. N. Y. 1980) and 521 F. Supp. 228 (S. D. N. Y.1981) .

6) Green v. Alton Telegraph,8 Media Law Reporter.1345(Ill. App. 5th Dist.1982).

7) Gertz v. Robert Welch. Inc., 8 Media Law Reporter. 1769 (7th Cir 1982) .

8) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323 (1974) .

9) Time, Inc. v. Firestone, 424 U.S.448 (1976) .

10) 443 U. S.157 (1979) .

11) *Bufalino v. Associated Press*, 692 F.2d 266; 8Media Law Reporter.2384 (2dci.. t982) .
cert denied 103 S. Ct. 2463 (1983) .

12) 433 U. S.111 (1979).

13) 441 U. S.153 (1979).

14) *Miskovsky v. Oklahoma Publishing*, 8Media Law Reporter. 2302, 459 U. S.923 (1982).

15) *Keeton v. Hualter*, 79 L.S.2d790, 8Media Law Reporter. 1401 (1984) ; *Calder v. Jones* ,79L. E. 2d 804, 8 Media Law Reporter. 1405(1984) (both decided March 20. 1984) : *Bore Corp. v. Consumers Union*,692 F 2d 189; 8Media Law Reporter.2391(1st ·Cir.1982),52U. S. L- W.4513, 10Media Law Reporter.1625 (1984) : *Dun 8t Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc. (Vt. Sup. Ct.)* 9 Media Law Reporter. 1902, cert.·granted,78L. Ed 2d 334 (1983) ; *Seattle Times v. Rhinehart*,98wash.2d 226,654 p .2d673, 8Media Law Reportor.2537 (1982) , aft'd, 52U.S. L. W - (May 21, 1984) .

16) 692 F.24 at ·192.

17) *Bose v. Consumers Union*, - L. Ed 24-,52U. S. L. W. 4513, 10 Media Law Reporter 1625(1984) .

18) *New York Times*, August 11,1983

19) 376 U. S.254 (1964) .

20) 390 U. S. 727. 731 (1968).

21) *Curtis Publishing Co. v. Butts'*, 388 U.S.130 (1967): *Rosenbloom v. Metromedia*, 402U. S. 29 (1971); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*,418U. 5. 323 (1974).

22) *Rosenblatt v. Baer*, 383 U. S.75 (1966) .

23) 376 U. S. at 279.

24) Rogers v. Doubleday, 9 Media Law Reporter, 16 15(Tex. Ct. App. 9th Dist. 1982) .

25) 418 U. S. at 350.

26) 418 U. S. at 349.