

## 현실적 악의론의 기원

데클 맥리안

이 글은 「Journalism Quarterly」(1985년 겨울호)에 실린 Deckle McLean(서일리노이대학교 신문방송학과 교수)의 「Origins of the Actual Malice Test」를 번역한 것이다.

편집자 주

현실적 악의론은 1964년 New York Times v. Sullivan 사건에 대한 미연방대법원의 판결에 의해 생겨난 것이 아니다. 그것은 19세기에 생겨났다. 1908년부터 1925년 사이에, 공공정책에 관한 논의가 한창일 때, 현실적 악의론이 비록 재판에서는 드물게 적용되었지만, 점차 보편화 되어가는 추세였다.

설리반사건의 판결에서, 미연방대법원은 세가지 변화를 보여 주었다. 첫째로, 미연방대법원은 현실적 악의론을 입법화시켰으며, 둘째로 현실적 악의의 개념을 명료하게 했으며, 끝으로 현실적 악의론을 채택하고 있지 않던 40개의 주에 이 법리를 적용토록 하였다.

현실적 악의론은 초기에는 단지 「조건적인 특권」(conditional privilege)으로 알려졌으며, 이것이 절차상으로 없어지지 않고 남아 있는 것이다. 이 법리는 대부분 공직 후보자를 비난함으로써 시작된 소송사건에서 발달했으며, 기타공무원의 품행과 관련된 소송사건에서도 발달했다.

이러한 특권은 발언자가 유권자나 납세자에게 다른 의도없이 공적인 사항에 관한 사실을 발표한 경우, 그것이 허위라 하여도 명예훼손이 되지 않는다는 원칙에 근거한 것이었다. 이러한 원리는 개인인 유권자에게 지속적인 정보의 제공을 장려하는 정책에 기인한 것이었다. 어떠한 소송사건의 의견도 헌법에 보장된 언론의 자유에 관해 언급하지 않았다.

악의성이 드러나면 이러한 특권은 인정되지 않았다. 대개 법원은 이러한 악의를 「현실적 악의」라고 불렀는데, 당시의 명예훼손법의 용어에 따르면 이것은 「암시적인 악의」(implied malice)나 「추정적인 악의」(constructive malice)와는 구분되는 것이었다. 대개의 소송사건에서 「현실적 악의」는 전통적인 보통법에 따라 정의되었다. 즉 사전에 정의되어 있는 것과 같이 악감정(ill will), 악의에 참(evilmindedness), 적의(animosity) 등으로 규정되었다. 그러나 몇몇 경우에 있어서, 「이유 없이 타인의 권리를 무시하는 것」, 「엄청난 허위진술에 대해 유죄로 인정할 수 있는 상당한 근거가 없는 것」, 「현실적 악의의 입증」 등이 첨가되었다. 이러한 개념규정은 현실적 악의를 「허위진술임을 알고 있는 것」, 또는 「분별없이 진실을 무시하는 것」이라고 정의하고 있는 미연방대법원의 견해와 비교해 볼 수 있다.

재미있는 사실은 현실적 악의론의 초기형태였던 「조건적 특권」이 언론인이 아닌 일반 개인과 관련되어 발달하였다는 것이다. 언론인들은 일반인과 똑같이 취급되었을 뿐이다.

뉴저지주의 어떤 판결은 언론과 공중과의 관계가 정보를 제공하는 개인과 정치적 필요를 공유하는 집단에 속해 있는 개인과의 관계와 유사한지를 질문하면서, 신문이 이러한 특권으로부터 이익을 얻는 것에 의문을 제기했다.

1920 년대에 이러한 「조건적 특권」이 널리 채택되는 경향이 나타났다. 그러나 그러한 경향은 그렇게 보이는 것에 불과했다. 이러한 법리는 일반화되어 있지 않았다 1949 년에 한 법률평론가는, 미국내 대부분의 재판이 그러한 조건적 특권의 인정을 언론의 실책, 즉 공적 인물을 해하거나, 언론의 보도만 아니었다라면 공적 생활을 추구했을 사람들을 낙담시키는 등의 실수를 조장할 것이라고 판결했다고 주장했다.

이러한 특권이 1964 년 국가의 합헌적인 법리로 되었을 당시에, 이 특권을 확실하게 사용하고 있던 10 개의 주는 1884 년 State v. Balch 사건에 대한 캔자스주 판결의 정신을 대체로 따르고 있었다.

「일반적으로 사람은 비록 그가 공표한 것이 실제 진실이 아닐 수 있고, 타인의 인격을 손상시킬 수 있다고 하더라도, 그가 진실이라고 믿을 수 있는 것을 좋은 의도로 공표할 수 있으며, 그 자신의 이익이나 또는 그가 공표한 출판물 독자들의 이익을 보호하는데 필요하다고 생각되는 것을 공표할 수 있다.」 이 소송사건에서 캔자스주 대법원은 현재의 지방경사 후보가 1 년전에 투표용지를 매수했다고 주장하면서 유권자에게 전단을 돌린 피고에 대한 형사상의 명예훼손 유죄판결을 파기했다. 법원은 배심원에 대한 실시예 조건적인 특권을 기술해야 될 뿐만 아니라, 명백하게 어떤 경우에 특권이 인정되며, 어떤 경우에 악의가 입증되지 않는지를 밝혀야 한다며, 판결은 피고측에 유리하게 내려져야 한다고 주장했다.

캔자스주 대법원은 미연방대법원과 같이 「악의」를 다음과 같이 정의했다. 「이와 같은 사례에서 악의는 증오나 악감정일 필요는 없으며, 단지 정당한 이유 없이 불법행위를 저지르는 분별없거나 경솔한 경향이면 된다.」

Balch 사건의 판결은 Coleman v. MaLennan 사건에서 인용되었으며, 설리반사건의 판결에서 미연방대법원이 인용한 주요 사례였다. 콜먼사건은 1908 년 캔자스주 대법원이 판결을 했다. 그러나 콜먼사건의 판례는 초기의 현실적 악의로 인한 명예훼손 소송사건 중에서 주목할 만한 것은 아니며, 판결의 명료성도 그 이전의 Balch 사건에 대한 캔자스주 대법원의 판결이나 그 밖의 몇몇 다른 그 이전 소송사건들보다도 못한 것이었다.

콜먼사건의 경우, 재선거에 출마한 주검찰총장이 자신이 부정하게 학교기금을 거래하였다고 보도한 토페카 스테이트 저널지를 상대로 명예훼손을 원인으로 한 소송을 제기했다.

판사는 배심원에게 다음과 같이 실시했다.

「피고가 공직후보자에 관한 올바른 정보라고 생각되는 것을 유권자에게 제공하고자 할 목적으로, 그리고 정보를 제공 받는 유권자가 좀더 현명하게 투표할 수 있도록 하고자 할 목적으로 기사를 게재하거나, 그것을 유권자에게 배포하였을 경우, 그리고 이러한 모든 것이 선의로 행해지고 악의성이 없다면 비록 기사의 내용인 실제로는 사실이 아니고, 원고의 인격을 손상시켰다 할지라도 이러한 기사는 조건적 특권을 인정 받는다. 그리고 이러한

경우에 원고는 기사가 게재됨에 있어 현실적 악의가 있었다는 것을 입증할 책임을 지게 된다.」

캔자스주 대법원은 이러한 배심원에 대한 설시의 타당성을 지지하면서 다음과 같이 기록하고 있다. 「이러한 사건에 있어서, 보도에 의해 명예훼손을 당했다고 주장하는 사람이 현실적 악의를 입증하거나, 그 자신이 구제해야만 하는 그런 정도의 특권은 인정받게 된다.」

콜먼사건의 판결은 그것이 주나 연방의 헌법적 조항을 인용하고 있지는 않지만, 설러반사건에 대한 미연방대법원의 판결이 수정헌법 제 1 조의 영향을 받았다는 공개적이고 힘이 드는 논쟁에 관여하는 것처럼 생각되는 구절을 포함하고 있기 때문에 미연방대법원의 시선을 끌었는지도 모른다.

Rousseau A. Burch 판사는 1908년 캔자스주대법원 판결에 대해 다음과 같이 썼다. 「캔자스주 대법원 판결은 사람들이 투표를 하기 위하여 후보자들의 인격과 자격요건을 따져봐야 한다는 점에서 매우 중요하다. 그러한 논의는 주와 사회에 미치는 중요성이 크고, 그로부터 파생되는 이익이 매우 크며, 그 중요성과 이익은 그러한 논의에 자신의 행위가 포함될 수 있는 일반 개인이 느끼는 부자유 그 이상의 것이다. 그리고 훼손의 정도가 크다 하더라도 개인의 명예보다는 일반복지가 우선한다. 널리 알려짐으로써 발생하는 공공이익이 크고, 개인의 인격을 훼손할 가능성이 적기 때문에 그러한 논의는 특권을 인정 받아야 한다.」

콜먼사건의 판결과 일치된 판결이 1920년, 1921년, 1925년에 남다코타주 캘리포니아주 그리고 미네소타주에서 있었다.

McLean v. Merriman 사건에서 남다코타주 대법원은 반선거조직원 자신이 주류이권과 관련되어 있고, 매음굴을 드나들었다고 보도한 신문을 상대로 한 명예훼손 소송사건의 재심청구기각을 지지했다.

법원은 이러한 내용의 보도는 조건적 특권을 인정 받으며, 원고가 악의성을 입증하지 못했다고 밝혔다. 즉 「특별한 상황하에서의 보도가 특권을 인정 받는 상황에서 보도되었는지 아니면 특권을 인정받지 않는 상황에서 보도되었는지를 결정하는 확실한 심사기준은, 만약 보도가 사실이라면, 공익과 관련된 보도인지 아닌지를 따져보는 것」 이라고 법원은 밝혔다.

Snively v. Record 사건에서, 캘리포니아주 대법원은 신문만화에서 부정직한 사람으로 묘사되었다고 제소한 경찰국장에게 유리하게 내려진 명예훼손 판결을 파기했다. 법원은, 신문은 공직자보다 더 많은 보호를 받을 수 있다고 밝히면서, 「현실적 악의」는 원고의 권리에 대한 「이유없는 무분별성」과 「부주의함」을 포함하는 것이라고 정의했다.

Friedell v. Blakely 사건에서, 미네소타주 대법원은 조건적 특권에 관한 명예훼손사건에서 발행인에 의해 감춰진 피고용인의 악의성에 대한 증거는 발행인의 악의성의 증거가 될 수 없다고 밝히면서, 피고인 신문발행인에게 유리하게 내려진 판결을 확정했다.

아이오와주 대법원과 뉴 햄프셔주 대법원도 1922년과 1923년에 이와 유사한 판결을 내렸다.

Salinger v. Cowles 사건에서 아이오와주 대법원은 공직자들의 공무에 관한 사항을 비판하는 데 있어, 그 당시에 그들이 공직 후보자이건 아니건간에, 이러한 비판을 조건적 특권으로 인정한다고 밝혔다. 판사인 원고는 그가 그의 지위를 이용하여 그가 담당하고 있는 소송사건의 당사자인 철도회사에게 그의 친구를 고용하도록 강요했다는 철도회사측 주장에 대해 소송을 제기 했었다.

Lafferty v. Houlihan 사건에서 뉴 햄프셔주 대법원은 피고인 신문측에 게 불리한 판결을 내리면서도, 그 이전의 뉴 햄프셔주 판례가 인정한 조건적 특권을 적용했다.

피고인 신문사측은 경찰인 원고가 호텔에서 밤새도록 보호해야 하는 두명의 십대 소녀들을 성적으로 희롱했다는 혐의에 대해 묵비권을 행사했다며, 원고를 비난했다.

법원은 배심원에 대한 설사에서 조건적 특권과 일치하나 악의가 입증된다고 밝혔다. 래퍼터사건에서 뉴 햄프셔주 법원은, 그 이전의 뉴 햄프셔주 판례 즉 Palmer v. Concord 사건을 인용했다.

1868년 팔머사건에서, 원고는 폭도에 의해 그의 신문사가 파괴되었다며 소송을 제기했다. 피고는 원고가 저지른 범죄행위-즉, 명백한 명예훼손행위-로 인한 손해를 주장했다. 여기서 주장되는 형사상 명예훼손 행위는 1861년에 원고가 남부를 찬양하는 시구를 게재한 것이었다.

뉴 햄프셔주 법원은 그 시구가 정당한 목적을 위하여 선의로 만들어지고, 그 진실성이 타당하다고 인정될 만한 상황에서 만들어졌다면, 그러한 시구는 조건적 특권을 인정 받는다고 판결했다. 이 시구는 겁을 먹고 남부연방부대로부터 도망가는 북군병사들의 모습을 묘사했다.

특권에 대한 이러한 접근방법은 그 이후에 민사상 명예훼손사건인 Carpenter v. Bailey 사건에서 계속되었다. 이 사건에서 뉴 햄프셔주 대법원은 1873년 조건적 특권이 인정되는 보도에 관한 소송사건에서 명예를 훼손한 피고는 그가 불리한 판결을 받지 않기 위해서는 그의 진술이 사실이라고 믿을 만한 상당한 근거를 가지고 있어야 한다고 밝혔다.

Palmer v. Concord 사건은 1921년 캘리포니아주의 Snively v. Record 사건에서 인용되었다. 법학자들과 법률평론가들은 대개 20세기초부터 이러한 조건적 특권을 지지하였다. 미연방대법원은 설리반사건의 판결에서 이것을 주목했다.

대부분의 미국내 재판이 팔머사건과 콜먼사건 이후부터 이러한 법리를 채택할 것이라는 기대가 있었다. 이는 부분적으로 이러한 초기의 현실적 악의론이 국가의 법리가 될 것이라는 학자, 분석가들의 희망적인 관측에 의해서였다. 어떤 의미에선 1964년의 현실적 악의론의 헌법화는, 이것을 60여년 동안 지지해 온 학자들의 현실적 악의론을 반대해 온 대부분의 판사들에 대한 승리였다.

영국, 호주, 캐나다 및 미국에서와 같은 보통법 법률체계는 유럽의 성문법 법률체계와는 달리, 학자들의 견해에 대해 둔감하다고 말해져 왔다. 설리반사건의 판결은 아마도 그와 반대의 경우를 입증하는 표본일 것이다.

John E. Hallen 은 1929년 텍사스 법률평론지에 실은 글에서, 보통법은 모든 사람들이 공공이익과 일반적인 관심사에 관하여 논평할 권리를 가지고 있다는 것을 인정하고 있다고 주장했다. 그는 1929년에 대부분의 주들이 신문이 악의없이 공무원이나 공직 후보자들에

대한 허위진술을 하는 경우에, 이러한 특권을 인정하지 않았다고 주장하면서, 그러나 점차 이러한 특권을 인정하는 경향이 있다고 단언했다.

그는 1927년 텍사스주 명예훼손법을 희망적으로 보았는데, 그 내용은 다음과 같다. 「신문이나 정기간행물에 의한 다음 사항의 발표는 조건적 특권을 인정 받는 것으로 간주되며, 명예훼손소송의 근거가 되지 않을 것이다 즉, 공무원의 공무에 관한, 그리고 일반적인 정보(제공)를 위하여 보도된 공적 관심사들에 대한 온당하고 공명정대한 논평이나 비평등.」

그러나 Hallen은 이러한 공명정대한 논평의 보호가 의견의 진술을 보호하기 위해 사용되었다는 점과, 법원은 마치 못해 이것을 베풀거나, 사실에 대한 허위진술의 모형으로써 마치 못해 이것을 사용했다는 점을 인정해야만 했다.

1949년에 Dix W. Noel은 컬럼비아 법률평론지에 게재한 글에서, 그 자신은 거짓이지만 악의 없이 전달된 사실의 진술에 대한 조건적인 특권을 아주 선호했으나, Hallen은 그러한 경향을 잘못 판단했다는 것을 알았다고 주장했다.

Noel은 또한 이러한 「조건적 특권」의 발달이 텍사스주와 뉴욕주에서 사용되고 있던 「공무원」 규정때문에 혼동되었으며 또한 명예훼손 소송사건에서 언론측 피고인을 위한 선언전략으로 (per quod Strategies) 명예훼손을 이용하였기 때문에 혼동되었다고 주장했다.

「공무원」 규정은 공무원에 관해 발표된 비평중에서 그 비평들이 공무원의 공무수행능력에 관해 언급했거나, 만약 그 기사로 인해 공무원이 공직에서 물러나게 되는 경우가 아니거나, 부정부패나 공공비밀사항을 누설했다고 명백히 비난하지 않으면, 비록 그것이 명예훼손이 된다 할지라도 그것을 보호했다.

선언적인 명예훼손 소송에서, 면전에서 명예훼손을 하지 않고, 단지 발표되지 않은 정보의 맥락에서 명예훼손적인 내용(진술)을 포함하고 있는 소송사건의 경우, 법원은 원고가 명예훼손을 당했다고 추정하지 않았다. 결과적으로 원고는 그 자신이 명예훼손을 당했다는 것을 스스로 입증해야만 했다.

이러한 증거요구는 피고인 언론사측에게 유리하게 작용했다. 노엘은 「이러한 원칙이 결과적으로 그러한 기사가 충분한 고려 없이 보도되었다 하더라도 명예훼손을 당한 측이 특정한 손해를 주장하거나 입증하기 어렵기 때문에 피고의 면책을 초래할 수도 있다.」 고 지적했다.

1980년대부터 되돌아보면, 「공무원」 규정과 선언전략으로 인한 명예훼손(libel per quod Strategies)은 전혀 혼동되지 않았으나, 대신 「현실적 악의론」으로 합류되는 판결의 두가지 추가적인 방침으로 나타난다. 분명히, 현재 미연방대법원의 Gertz v. Welch 사건의 법리를 정교하게 다듬은 것의 영향을 받은 「현실적 악의론」은 선의에서 비롯된 공공문제에 관한 허위진술을 보호하기 위한 그 이전의 「조건적 특권」과는 같지 않다.

「현실적 악의론」은 대중매체를 보호하고자 입법화되었으며, 그 이후에 언론매체와 관계없는 명예훼손사건의 피고를 보호하게 되었다. 초기의 「조건적 특권」은 언론매체와 관계없이 피고를 보호하는 것이 그 목적이었으며, 그 후 대중매체까지도 포함하게 되었다.

게다가 Gertz 사건의 영향을 받고 있는 「현실적 악의론」은 「인물」심사이며, 20 세기 초의 신입공무원 심사처럼, 원고가 소송의 목적에 적합한 공인인 경우에만 적용이 가능하다.

「조건적 특권」은 「조건적 특권」에 관한 사건의 원고가 대개 공무원이거나 공직 후보자였다는 점에서 사실상 흔히 「인물」심사였다. 그러나 이것은 절차상으로 공공문제에 관해 발언하는 피고를 보호하고자 한 논쟁점 심사였다. 과거와 현재의 「현실적 악의론」 간의 이러한 차이는, 몇몇 미연방대법원의 판사들이 설리반사건의 심사를 「논쟁점 심사」로 받아들여려 하고, 1971 년부터 1974 년까지의 명예훼손사건의 경우에 그렇게 성공했다는 것을 상기해 볼 때, 감소된다.

게다가, Gertz v Welch 사건판결의 영향을 받고 있는 상황에서, 현실적 악의론은 징벌적 손해배상금을 요구하는 공직에 있지 않은 명예훼손사건의 원고를 보호하기 위한 「논쟁점 심사」이다. 또한 이러한 심사는 사생활침해 소송사건에 있어서 「논쟁점」심사로 사용되었다. 이러한 19 세기부터 있었던 「조건적 특권」은 Gertz 사건 이후의 「현실적 악의론」과는 약간 다르지만, 초기에 법률평론가와 몇몇 판사들을 제외하고는 그 밖의 사람들에게 인기가 없었다는 점에서 본질적으로 동일한 이론이다.