

국제적인 명예훼손사건에 있어서 적용할 법과 소송절차에 관하여
-한국법과 미국법을 중심으로-

고승덕
변호사

I. 서 설

외국 출판물이 국내에 홍수처럼 수입 배포되고 있는 현상은 국제화 시대를 실감하게 한다. 외국 출판물은 대개의 경우 외국에 관한 내용을 다루는 것이지만 외국 언론이나 출판물이 국내 인물이나 한국사정에 관한 내용을 다루는 경우가 늘어나고 있다. 외국 언론·출판물이 한국에 관하여 호의적으로 취급하는 경우도 있지만 추악한 한국인을 초점으로 한 일본의 서적이 문제되기도 하고 1992년 11월의 뉴스위크잡지에 의한 이대생 명예훼손사건과 같이 미국잡지가 문제가 되기도 한다. 또한 외국에 소재한 교포언론이나 외국에서 출판된 한국인의 저작물 (김형욱의 회고록은 대표적인 경우)에 의하여 국내유명인들이 명예훼손을 당하는 경우도 적지 않다. 한국인의 명예를 훼손하는 외국 언론·출판의 경우도 있지만 한국 언론·출판이 외국인의 명예를 훼손하는 경우도 문제될 가능성이 있는 것이다. 위와 같이 한국 또는 한국인과 관련되는 국제적인 명예훼손사건에 있어서 어느 나라의 법이 적용되며 그 피해에 대하여 어떠한 권리구제절차를 거쳐야 하는가에 관하여 국내적으로 깊이 검토되지 않은 것 같다. 명예훼손사건은 당사자의 명예감정손상으로 인한 정신적 고통이라는 차원도 있지만 인격권의 일부라고도 불리는 무형적 가치의 침해 내지 손상이라는 차원도 함께 고려되어야 할 것이다. 이하 구체적인 명예훼손사건에 있어서 적용할 법과 소송절차에 관하여 검토하기로 하되 불법행위 일반이나 소송절차 일반에 해당하는 부분은 되도록 언급을 생략한다. 각국의 법을 살펴보기에는 너무나 방대하므로 한국법과 미국법을 중심으로 살펴보기로 한다.

II. 명예훼손에 관한 실체법 비교

명예훼손사건에서 적용될 실체법에 관하여는 각 나라별로 커다란 차이가 있다. 우선 명예훼손소송이 제기되는 경우 법원이 어느 국가의 실체법을 적용하느냐에 관한 법리에 관하여 한국과 미국의 경우를 각각 살펴본 다음 두 나라의 명예훼손에 관한 실체법을 검토한다.

1. 준거법

(1) 한국의 섭외사법

한국에서 국제적인 명예훼손으로 인한 손해배상청구소송이 제기되는 경우는 섭외사법 (1982.1. 15. 법률 제 966 호)에 의하여 당해 사건에서 적용될 준거법이 결정된다.

섭외사법 제 13 조 제 1 항은 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 「원인된 사실이 발생한 곳의 법」에 의한다고 규정하고 있다. 대법원은 위 규정 소정의 「원인된 사실이 발생한 곳」이라 함은 불법행위를 한 행위지 뿐 아니라 손해의 결과발생지도 포함한다고 보고 있다(대법원 1983. 3. 22. 선고 82 다카 1533 호 판결, 1985. 5. 28. 선고 84 다카 966 호 판결).

명예훼손사건에 있어서는 구체적으로 행위지가 어디인지, 손해의 결과발생지가 어디인지 명확하지 않은 경우가 적지 않다. 출판물에 의한 명예훼손의 경우 출판물의 인쇄지와 그 배포지 모두를 행위지로 볼 수 있는지 여부, 방송에 의한 명예훼손의 경우 방송 송출지와 중계지 모두를 행위지로 볼 수 있는지 여부가 문제되며, 손해의 결과발생지에 관하여는 명예감정에 대한 침해 또는 정신적 고통이 발생하는 피해자의 소재지로 볼 것인지 아니면 제 3 자가 원고에 대하여 가지는 사회적 · 경제적 평가가 저해되는 곳으로 보아 배포지 · 방송지를 결과발생지에 포함시킬 수 있는지의 여부 등도 문제된다.

대법원은 국제적인 불법행위에 관하여 섭외사법의 규정에도 불구하고 한국법의 적용범위를 확대하려는 경향을 보이고 있다. 섭외사법 제 1 조가 섭외사법이 「외국에 있어서의 대한민국 국민의 섭외적 생활관계」에 관하여도 적용된다고 규정 하고 있음에도 불구하고 대 법 원은 교통사고의 장소가 외국이라고 하더라도 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자가 국내법인이고 그에 의하여 고용된 사고차의 운전자와 피해자가 다같이 우리나라 국민이라면 국내법이 적용되어야 하고 섭외사법을 적용할 섭외적 불법행위는 아니라고 판시하여 섭외사법 자체의 적용을 배제하고 있다(대법원 1981. 12. 10. 선고 80 다 2236 호 판결). 또한 대법원은 선박운송에 있어서 화물적부시에 화물이 움직이지 않도록 고정장치를 튼튼히 하지 아니한 과실로 서독에서 한국영역에 이르기까지 화물이 동요되고 서로 부딪쳐 파손이 발생하였다면 한국도 손해의 결과발생 지에 포함된다고 보고 한국영역에 이르기 전까지의 손해와 그 영역에 이른 뒤에 발생한 손해가 일련의 계속된 과실행위에 기인한 것으로서 명확히 구분하기 어려우므로 그 손해전부에 대한 배상청구에 관하여 한국법을 그 준거법으로 정할 수 있다고 판시하여(대법원 1983. 3. 22. 선고 82 다카 1533 호 판결) 준거법을 정함에 있어서 주된 행위나 주된 손해의 발생지를 따져 준거법을 정하지 아니하고 한국이 당해 사건에 관련되는 한 한국법을 적용하려고 하는 입장에서 있으므로 한국법원은 일련의 불법행위 중 한국에서 그 일부가 행하여지거나 일련의 손해 중 한국에서 그 일부가 발생한 경우에 한국법을 적용할 가능성이 높다고 볼 수 있다.

대법원 판례의 경향에 따르면 당해 손해배상사건과 가장 관련이 있는 국가의 법이 적용되지 아니하는 경우가 있게 된다. 이러한 입장은 한국법정에서 외국법을 적용하는데 있어서 외국법 확인의 어려움, 번역상의 문제점 등을 고려할 때 이해는 가지만 그 사건과 가장 관련이 있는 법을 적용하는 것이 합리적이라는 관점에서 볼 때는 의문의 여지가 많다고 할 것이다.

대법원 판례의 입장에서 보면 출판물에 의한 명예훼손의 경우 출판물의 인쇄지, 배포지, 피해자의 소재지, 또한 방송에 의한 명예훼손의 경우 방송송출지, 중계지, 피해자의 소재지 중 어느 하나가 한국이면 한국법원은 한국법을 적용할 개연성이 있다고 판단된다.

(2) 미국법정에서의 준거법 결정

미국법원에서 명예훼손으로 인한 손해배상청구소송이 제기되는 경우 어느 나라 또는 어느 주의 법이 적용되느냐의 문제는 연방법이 규율하는 사항이 아니므로 각 주의 섭외사법에 의하여 결정될 사항이다. 불법행위에 있어서의 준거법은 계약상 준거법과는 달리 당사자 사이에 사전에 준거법에 관한 약정이 불가능하다. 미국에서 여러 주가 관계되는 명예훼손이나 사생활침해사건에 있어서 미국 각 주법원은 통일된 법리를 채택하지 않고 있다. 전통적으로 손해발생지의법을 준거법으로 한다고 하여 손해발생지 법리를 따르는 경우가 많았고 이러한 경우 손해가 발생한 각 주의 법을 모두 고려하여야 한다고 하고[Hartmann v. Time, Inc, 166 F. 2d 127(3d Cir, 1948)] 나아가 손해가 발생한 각 주마다 별개의 청구원인이 성립한다고 하는 판례까지 있다. 뒤에서 보는 바와 같이 미국법은 사회적 평가가 저해될 우려가 있는 것을 손해로 보는 입장에 있으므로 단일사건에서 손해발생지가 여러 곳이 될 수가 있는 것이다. 그런데 이러한 법리에 대하여는 여러 주에 걸친 명예훼손의 경우 각주마다 손해가 있다고 보게 되면 일관성이 없고 불공평한 결과가 된다고 하는 반론이 제기되어왔다.

미국에서는 점차로 단일공표에 관한 통일법(the Uniform Single Publication Act)을 채택하는 주가 늘어나고 있다(Rest. 2d에서도 채택). 단일공표법이란 출판물에 의한 경우 각 판(edition)에서 발간된 출판물 전체가 여러 주에 걸쳐 배포되더라도 단 하나의 청구원인을 발생시킨다는 법이다. 이 법에 따르면 완제품을 판매를 위하여 출시(出市)하는 경우에 공표행위가 있는 것으로 간주된다 이러한 법을 채택하는 주에서 명예훼손에 관한 본안 판결이 있게 되면 동일한 사건에 관하여 다른 주에 손해가 발생하였음을 이유로 다른 주에 가서 다시 제소하는 것이 금지된다.

명예훼손에 관하여는 그 외에도 행위지법(방송지 또는 출판지)을 채택하는 법원도 있고[예컨대 Palmisano v. News Synd. Co., 130 F.Supp. 17 (5. D. N. Y. 1955) 1, 원고주소지를 주된 손해발생지로 보아 원고주소지법에 따르는 법원도 있으며[Mattox v. News Synd. Co. 176 F. 2d. 897 (2d Cir 1949) ; Rest. 24, 150(2) 1, 재판지가 명예훼손사건과 관련되는 한 재판지법을 적용하는 법원도 있다[Anderson v Hearst Publishing Co., 120 F Supp. 850 (5. D. Cal.1954)1. 위 마지막 법리는 한국 대법원의 경향과 유사한 것으로 볼 수 있다.

2. 한국법과 명예훼손

한국에서는 명예훼손이 민법 제 750 조에 의한 불법행위의 법리를 중심으로 다루어지고 있으며 특히 헌법상 표현의 자유와의 관계가 문제된다. 한국형상 명예훼손이 고의 또는 과실로 인한 불법행위의 한 유형이라는 점은 명백하고 고의 · 과실, 인과관계 등 불법행위에 관한 일반적 논의가 여기에 타당하므로 일반론은 생략하고 헌법상 관점과 청구원인에 관한 쟁점을 주로 살피기로 한다.

(1) 대법원 85 다카 29 호 판결의 법리

① 표현의 자유와 명예의 보호와의 조화에 관하여 대법원은 1988. 10. 11. 선고 85 다카 29 판결에서 다음과 같이 판시하고 있다.

「민주국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달에 의하여 다수 의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성 유지시켜 나가는 것이므로 표현의 자유, 특히 공익사항에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한의 보장을 받아야 할 것이다. 헌법 제 20 조 제 2 항 전단에서는 '언론·출판은 타인의 명예와 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다'라고 규정하여 표현의 자유가 민주정치에 있어 필수불가결의 자유이기는 하지만 절대적인 것이 아니고 언론·출판의 그 내재적 한계를 벗어나 타인의 명예나 권리를 침해한 경우에는 법의 보장을 받을 수 없는 것으로 하여 그 한계를 명시하고 있으며 헌법 제 20 조 제 2 항 후단에서는 언론·출판의 사후책임에 관하여 명문규정을 두고 있다. 한편 헌법 제 9 조 후단에서는 '모든 국민은 …… 행복을 추구할 권리를 가진다'라고 하여 생명권, 인격권 등을 보장하고 있어 어떤 개인이 국가권력이나 공권력 또는 타인에 의하여 부당히 인격권이 침해되었을 경우에는 인격권의 침해를 이유로 그 침해행위의 배제와 손해배상을 청구하여 그 권리를 구제받을 수 있도록 하고 있다. 그러므로 우리가 민주정치를 유지함에 있어서 필수불가결한 언론·출판 등 표현의 자유는 가끔 개인의 명예와 사생활의 자유와 비밀 등 인격권의 영역을 침해할 경우가 있는데 표현의 자유 못지 않게 이러한 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로 인격권으로서의 개인의 명예의 보호 (헌법 제 9 조 후단)와 표현의 자유의 보장 (헌법 제 20 조 제 1 항)이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 인격의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의 특과 방법을 정해야 할 것이다. 위와 같은 취지에서 볼 때 형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증명이 있으면 위 행위에 위법성이 없으며 또한 그 증명이 없더라도 행위 자가 그것을 진실 이 라고 믿을 상당한 인유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이다.」

② 위 사건은 타인을 비방하는 내용이 포함된 수기를 잡지에 게재함에 있어서 잡지사가 그 내용의 진실성에 대하여는 전혀 검토하지 아니하고 원문의 뜻이 왜곡되지 않는 범위 내에서 문장의 일부만을 수정한 채 그대로 게재한 사안인 바 대법원은 잡지사는 잡지발행자로서 원고에 대한 명예훼손의 책임을 면할 수 없고 수기작성자에게 그 책임이 있음을 이유로 책임을 면할 수 없다고 한 원심판결을 유지하였다. 위 판결은 잡지사가 기사나 수기를 게재함에 있어서 그 내용의 진실여부에 관하여 미리 충분한 조사활동을 거칠 것을 요구하고 있다.

③ 우리 대법원은 명예훼손행위가 면책이 되기 위하여는 ㉠ 공공의 이해에 관한 사항이어야 하고, ㉡ 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것이어야 하며, ㉢ 그 내용이 진실이거나 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 인유가 있음을 입증하여야 한다는 입장이다. 또한 정보제보자의 진술만을 믿은 것으로는 그 내용이 진실이라고 믿을 상당한 인유가 있다고 인정되기에 부족하고 독자적으로 그 내용의 진실성 여부를 검토할 의무가

있다고 하는 입장인 것 같다 위와 같은 주의의무는 언론·출판사에 관한 한 뒤에서 보는 미국연방대법원 판례가 언론에 요구하는 주의 의무보다는 높다고 판단된다.

위 판결의 취지는 다른 언론이나 출판에서 이미 보도 또는 게재된 내용을 다른 언론·출판사가 그대로 전재하는 경우에도 적용된다고 보아야 타당하다. 국내에서 외국의 현지언론이나 교포언론에 타인을 비방하는 내용이 담긴 기사를 흘린 다음 국내언론사가 그 기사를 그대로 인용하는 방식으로 보도 또는 게재하게 함으로써 명예훼손을 하는 경우에도 마찬가지로 같은 법리가 적용된다고 할 수 있다. 외국 언론에서 보도된 내용이라고 하더라도 국내 언론사가 그 내용의 진실성을 제대로 확인하지 않고 그대로 보도 또는 게재한다면 그 언론사는 명예훼손의 책임을 피할 수 없다고 할 것이다. 중요한 선거 때마다 국내 일부 정치인에 의하여 사용되는 것으로 알려진 그와 같은 명예훼손방식에 대하여 좀 더 엄격한 법적 책임 추궁이 필요한 실정이다.

④ 언론·출판사의 주의의무와 관련하여 우리대법원은 언론·출판의 매체 사이에 특별한 구별을 두지 않고 있으나 보도·게재 내용이 진실인지 여부를 확인할 주의의무와 관련하여 잡지·신문·방송 사이에 차이를 인정하는 것이 타당하다고 본다. 방송과 같이 보도에 시간을 다투는 것은 보도내용의 진실 여부를 확인할 시간이 그만큼 부족할 수 밖에 없으나 잡지와 같이 사실여부를 확인할 시간이 충분한 매체는 그만큼 주의의무의 정도가 높다고 하여야 할 것이다. 다만 방송·신문의 경우 보도내용의 진실여부를 시간상 미처 확인하지 못한 경우에는 명예훼손으로 피해 받을 수 있는 직접적인 이해관계인에게 가능한 한 그 내용에 관한 해명이나 논평할 기회를 부여하고 그것을 같이 게재·보도하도록 의무를 부과함으로써 이해관계인의 이익을 보호하도록 하는 것이 판례상 최소한도 요구되어야 할 것이다. 그와 같이 공정한 반론의 기회를 부여하지도 않고 확인보도를 하는 것은 기본적인 주의의무를 게을리한 무책임한 것이므로 그 자체로서 보도에 있어서의 기본적 주의 의무위반이라고 하여야 타당할 것이다.

(2) 명권훼손사건에 있어서의 청구원인(보호대상)에 관하여

위 대법원 판결에서도 판시된 바와 같이 명예, 사생활의 자유와 비밀 등은 헌법에서 보장하는 인격권의 일부로 보는 것이 우리나라 판례이다. 인격권은 그 권리주체와 불가분적으로 결합한 권리라는 점에서 권리의 주관적 요소가 강한 것을 부인할 수는 없다. 그러나 우리 법원은 명예훼손의 경우 이를 인격권 침해로 보면서도 구체적인 사실인정에 있어서는 권리 자체에 대한 침해로 보기보다는 권리주체의 명예와 감정에 대한 손상으로 입은 정신적 고통으로 실시하는 경향이 있는 것 같다. 특히 침해행위에 영리적 의도가 게재된 경우와 경제적 가치가 있는 이익이 침해되는 경우에도 이를 권리주체의 명예와 감정에 대한 손상행위로 보는 대표적 사례로서 대법원 1989. 10. 24. 선고 89 다카 12824 호 판결이 있다. 그 사건에서 대법원은 원저작자의 이름으로 저작물을 무단히 복제하는 경우에도 이른바 저작인격권을 침해 하였다고 보고 특별한 사정이 없는 한 저작자가 그의 명예와 감정에 손상을 입는 정신적 고통을 받았다고 보는 것이 경험법칙에 합치된다고 원심판결을 파기환송 하였다. 위 대법원 판결의 사안은 침해행위가 영리목적 추구를 위한 것이며 그 침해대상이 상업적이고 경제적 가치가 있는 권리 내지 이익임이 명백한

것이였음에도 불구하고 법원은 그러한 침해행위를 그러한 권리 내지 이익 자체에 대한 침해로 보지 아니하고 저작자의 명예와 감정에 손상을 입는 정신적 고통을 가하는 행위로 의제한 것이라고 볼 수 있다.

명예훼손을 피해자의 명예감정에 대한 손상행위로 규정하느냐 아니면 경제적 사회적 가치 내지 이익에 대한 침해행위로 보느냐는 청구원인 특히 손해발생의 시기와 장소, 손해의 단일성 여부, 손해의 종류에 관하여 상이한 견해에 도달하게 되는데 위에서 검토한 바와 같이 우리나라 판례는 이에 관하여 명확한 입장을 밝히지 않고 있다. 우리 법원은 인격권이 권리주체와 결합되어있는 주관적 요소가 강한 권리이고 이에 대한 침해는 권리주체의 명예감정에 대한 손상행위라고 하는 입장에 서 있다고 보는 것이 옳을 것 같으며 이와 같은 입장을 일관하게 되면 손해발생의 시기는 피해자가 그와 같은 침해행위를 알게 되어 정신적 고통을 받은 때이고 손해발생의 장소도 피해자가 그와 같은 사정을 알게 된 장소로서 대개의 경우 단일장소가 될 것이며 그러한 손해는 출판물 배포나 방송으로 침해가 광범위하게 이루어졌다고 하더라도 이는 모두 권리주체의 정신적 고통으로 귀결되므로 정신적 고통의 정초에 관한 것일 뿐이고 손해는 개념상 단일성을 가지게 되며, 손해의 종류는 위자료에 한하게 된다.

이러한 입장은 피해자의 주관적 감정에 치우치고 명예훼손행위에 영리적 상업적 의도가 개재되거나 독립한 사회적 · 경제적 가치나 이익에 대한 침해행위의 경우에는 위자료 산정에 있어서 실무상 한계에 부딪친다는 점이 문제이다. 특히 민법이 불법행위에 있어서 고의와 과실을 구별하지 아니하고 손해배상책임을 실제 손해에 한함으로 인하여 우리 법원은 불법행위가 고의로 인한 경우나 과실로 인한 경우 모두 불법행위자의 주관적 의도와는 관계없이 발생한 결과에 비례하여 위자료의 액수가 정해져야 하는 고정관념에 사로잡혀 있는 것 같고 특히 사망사고의경우의 위자료와 비교할 때 사망이라는 결과가 발생하지 않은 불법행위에 있어서의 위자료의 액수는 무조건 사망의 경우보다 적어야 한다고 생각하는 경향이 있는 것 같다.

한편 명예훼손의 경우에 침해대상을 피해자의 명예감정 등 주관적 감정이 아니라 사회적 · 경제적 가치 또는 이익 자체에 대한 침해행위로 보는 입장은 반드시 상업적 · 영리적인 가치나 이익이 관련되는 경우에 한정되지는 않는다고 할 수 있다. 명예훼손을 당해 인격자에 대하여 부여하는 사회적 경제적 평가가 저해되는 것을 의미한다고 보게 되면 이는 당해 인격주체의 주관적 감정에 대한 손상이 아니라 타인이 당해 인격주체에 대하여 부여하는 객관적 가치 · 평가하는 사회적 · 경제적 이익 또는 가치가 저해되는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 이러한 경우 손해발생의 시기와 장소는 출판물이나 방송이 일반에게 배포 · 수신된 시기와 장소가 될 것이고 그러한 손해는 여러 시기와 장소에서 다양한 계층의 사람들에 관하여 발생될 수 있고 또한 그 손해의 성격도 사회적 경제적 손실의 정도에 따라 재산상 손해배상이 될 수도 있다는 점에서 피해구제가보다 현실성이 있게 된다. 이러한 입장에 서게 되면 법원은 실무상 위자료 산정한도(즉 사망경우와 비교)에 구애 받지 아니하고 구체적인 사안에 맞추어 권리구제를 신축성 있게 해 줄 수 있다는 점이 장점이다. 미국의 경우 명예훼손을 사회적 경제적 가치나 이익에 대한 침해 행위로 보는 입장에 서 있다고 볼 수 있다. 이러한 경우준거법 선택이 복잡해질 수 있으므로 앞에서 본 바와 같이 최근에는

단일유포법 등을 채택하여 준거법의 법리를 단순화시키려는 경향이 나타나고 있으나 이는 주로 준거법에 관한 법리에 관한 것이고 실체법에 관한 것이 아님에 유의할 필요가 있다.

우리 법원도 위에서 검토한 두 가지 입장을 보다 명확히 구별할 필요가 있다. 우리 법원이 명예훼손사건에 있어 이를 인격권에 대한 침해라고 규정하여 사회적·경제적 권리·가치 또는 이익에 대한 침해라고 보는 여지를 남기면서도 구체적인 사실관계에 있어서는 언제나 인격자의 주관적 명예감정에 대하여 정신적 고통을 가하는 것이라고 실시 해 오는 것은 경제적·영리적 가치침해와 관련된 사건에서 알 수 있듯이 현실과 다소 괴리된 법리라고 할 수 있다. 명예훼손에 있어서 침해 대상된 명예를 단순히 피해자의 명예감정으로만 볼 것이 아니라 제 3자가 당해 인격자에 대하여 가지는 객관적 평판 등 명예자체가 사회적·경제적 가치나 이익이 된다는 점을 고려하여 법리에 반영하는 것이 앞으로 명예훼손법 분야에 있어서의 우리 법원의 과제라고 할 것이다. 특히 손해배상액의 산정에서 법원이 정신적 고통뿐 아니라 사회적 경제적 평판저하 등 무형적 가치나 이익에 대한 침해도 반영하는 것이 시급하다고 생각된다.

3. 명예훼손에 관한 미국법

미국에서 명예훼손(defamation)의 법리는 고의로 인한 불법행위나 과실로 인한 불법행위와는 별개의 체계로서 보통법(common law)에 기초를 두고 발전하면서도 연방헌법 수정 제 1 조에 기한 언론·출판의 자유에 의하여 그 법리가 수정되어 왔다 미국법상 명예훼손은 사회에서 타인이 원고에 대하여 가지는 또는 가질 수 있는 의견에 관한 이익의 침해이므로 이른바 관계적 이익(relational Interests)의 침해로 여겨지며 따라서 당연히 제 3자에게 공표되는 것을 요하며 한국법과는 달리 원고 자신의 모욕, 분노 또는 슬픔과는 직접 관계가 없는 것으로 여겨지고 있다(Prosser and Keeton on Torts, 5 ed., p.771, 이하 위 참고서를 Prosser 로 인용함).

(1) 명예훼손으로 인한 손해배상의 요건

보통법상 명예훼손의 두 가지 형태는 위에서 보는 바와 같이 libel 과 slander 등 두 가지 형태가 있으나 어느 경우나 명예훼손으로 인하여 손해배상책임이 발생하기 위한 기본요건은 ㉠ 원고에 관한 명예훼손적인(defamatory) 내용이 ㉡ 공표(publish)되어, ㉢ 손해가 발생하였으며 ㉣ 그 손해와 명예훼손행위 사이에 인과관계가 있어야 한다는 것이다. 보통법상 요건이 우리나라 법과 다른 점은 고의나 과실을 요하지 않는다는 점이다.

① 공표된 내용이 명예훼손적일 것

원고에 대하여 명예훼손적(defamatory)이라고 하는 의미는 공표된 사회에 있어서의 원고에 대한 사회적 평가에 있어서의 평판(reputation in the estimation of the community where published)을 저하시키는 경향이 있거나 제 3자가 원고와 교제하거나 거래하는 것을 억제하는 경향이 있는 것을 의미한다(Rest. 24. 559 참조) 이는 일반적 의미에서 평판을 저해하는 경향이 있는 것이라는 말과 거의 같은 의미이며 원고가 가지는 존경, 명예, 선의, 신뢰감을 저해시키거나 원고에 불리한 멸시적인 또는 불쾌한 감정이나 의견을 저해하는

경향이 있다는 의미이다(Pressor, p. 773). 미국 판례상 가장 흔한 명예훼손의 형태는 원고를 조롱 또는 멸시에 처하게 하는 것이기는 하나 명예훼손을 「원고를 증오, 멸시, 또는 모욕에 처하게 할 것」 또는 「원고를 사람들이 피하게 만드는 것」 등의 개념을 제시하는 견해도 있으나 이는 지나치게 좁은 개념으로서 소수의 견해이고 다수 법원은 보다 광범위한 개념을 적용하고 있다.

명예훼손과 관련하여 미국법원은 사실의 진술(statement of fact)과 의견의 진술(statement of opinion)을 구별하는 것이 보통이다. 사실의 진술은 명예훼손이 될 수 있으나 의견의 진술이 명예훼손으로 인한 손해배상책임이 발생하는지 여부는 그 의견이 외견상 사실에 기초한 것처럼 보이느냐 여부에 달려 있다. 미국연방법원은 의견의 자체의 진술은 명예훼손이 될 수 없다고 판시 하였던 바[Gertz v. Robert Welch, Inc., 418U. S. 323 (1974)]¹ 이는 주민이 사상을 자유로이 표현 할 자유가 있고 그로 인하여 잘못이 있더라도 공개토론(open debate)에 의하여 시정될 수 있다고 하는 입장에 근거하고 있다 그러나 의견이 지식이나 사실에 기초한 것처럼 고이는 의견을 가지고 있는 경우는 그러한 사실을 명시적으로 주장하는 것은 명예훼손이 될 수 있다(Rest.24. 566).

사실의 진술이나 의견의 진술이나 하는 것은 공표하게 된 정황과 진술의 성격에 따라 정하여진다 서면에 의하지 아니하고 공개토론 중에 행하여진 추상적 진술(「배신자」, 「공갈」)은 통상적으로 의견의 진술로서 보호를 받을 가능성이 높다. 구체적인 언어가 사용될수록 명예훼손적인 사실의 진술로 여겨질 가능성이 높다. 미국판례상으로 표현자체 상 명예훼손에 해당된다고 한 표현으로는 「부도덕하다」, 「겁장이」, 「술주정꾼」, 「위선자」, 「거짓말장이」, 「사기꾼」, 「스컹크 J」, 「노조에 불공평하다」, 「빛을 안 갹는다」는 등 사회에서 원고가 가지는 존경에 명백히 영향을 끼치는 것들이 있다(Pressor, p. 775). 그런데 특정사실의 적시 없이 욕하는 경우는 명예훼손이 아니라고 보는 경우도 많으나 이는 거의 대부분 구두로 하는 경우(slander)이고 문서매체에 의한 libel의 경우에는 해당하지 않는다. 한편 판사를 무능하다고 하는 것은 의견의 진술로서 명예훼손이 아니라고 판시한 사례가 있으나 그가 부패하다고 하는 것은 명예훼손으로 인정된다.

명예훼손적인지 여부는 공표의 상대방을 기준으로 판단되므로 예컨대 어느 모임에서 외국어로 공표된 경우 그 모임에서 그 외국어를 이해하는 사람이 한 명도 없었다면 명예훼손이 아니라고 하는 것이 판례이다. 명시적으로 명예훼손사실을 적시하지 않더라도 시사나 암시(insinuation)로서 제 3자가 명예훼손적인 것으로 이해할 수 있는 것은 명예훼손이 된다. 예컨대 원고가 죽은 남자와 연관이 있었다고 추상적으로 보도하는 것도 연관이 있었다고 하는 말에 인용부호를 붙임으로써(associated with) 명예훼손이 되며 여배우(Amy)가 세 번 이혼하였고 동성연애자로 일반에게 알려져 있는 여자와 사귀다는 내용을 보도하면서 「왜 애미(Amy)는 결혼을 계속할 수 없는가」라고 하는 질문으로 결론을 맺었다면 그 여배우가 동성연애자라는 사실을 직접 적시하지 않았더라도 독자들이 그와 같은 암시를 받게 될 것이므로 명예훼손이 될 수 있다고 하는 것이 판례이다.

시사나 암시에 의한 명예훼손과 관련하여 출판물의 글씨체와 단락나누기 방식도 중요한 고려요소가 될 수 있다. 원고를 직접 지칭하지 않더라도 원고를 의미하는 것으로 해석될 수 있다면 명예훼손이 될 수 있다는 것이 확립된 판례이다.

공표의 상대방인 제 3 자가 실제로 명예훼손적인 사실을 믿었는지 여부는 손해배상책임 발생요건이 아니다. 이는 그 제 3 자가 믿지 않았다고 하더라도 전파되는 가운데 그것을 믿는 사람이 있을 수 있으므로 명예를 훼손할 가능성이 있게 되기 때문이다[Dall Y. Time, Inc., 278 N. Y635 (1938)] 미국병상 명예훼손의 대상이 될 수 있는 주체는 살아 있는 사람이나 법인, 단체이고 이미 죽은 자는 상속인이 있다고 하더라도 소송을 제기할 수 없다. 그러나 죽은 자에 대한 명예훼손도 살아 있는 사람이 관련되는 경우에는 명예훼손이 된다. 예컨대 죽은 사람이 적자없이 사망하였다고 하는 보도는 생존 자녀가 서자라는 것을 시사하므로 명예훼손이 될 수 있다. 법인이나 단체의 경우에도 성실성, 신용, 효율성 등 경제적 성격이나 위신과 업무상의 지위를 저해하는 내용의 공표는 명예훼손이 된다. 비영리법인의 경우에도 기부금이 감소될 우려가 있는 내용은 명예훼손이 된다.

명예훼손의 대상과 관련하여 미연방대법원은 공무를 담당하는 인물(public official)이나 공공의 인물(public figure)에 관한 진술은 미연방헌법상의 표현의 자유와 관련하여 명예훼손으로 손해배상책임을 지는 범위를 제한하고 있다. 이는 공공의 문제나 인물에 대한 자유롭고 공개된 토론을 보호할 공익상의 필요가 공공의 인물의 명예를 보호할 이익보다 우선한다고 하는 이유 때문이다[N Y. Times Co. v. Sullivan, 376 K.5. 254 (1964)]¹. 공무를 담당하는 인물이란 공무원과 동일한 개념은 아니고 정부 업무에 상당한(substantial) 책무를 가지거나 가지는 것처럼 보이는 정부 내 인물을 의미한다. 이와 관련하여 경찰관은 아무리 직급이 낮더라도 일반적으로 공무를 담당하는 인물로 간주되고 있다.

미국 명예훼손법리상 공공의 인물이란 ① 광범위한 명성 또는 악명을 얻게 된 인물 (이 경우는 모든 목적과 상황에서 공공의 인물로 간주됨)이나 ② 자진하여 또는 수동적으로 특정의 공공문제에 개입되게 된 인물(이 경우는 당해 공공문제에 한하여 공공의 인물로 간주)을 의미한다. 미연방대법원이 Gertz 사건 이후 공공의 인물을 인정한 사례는 별로 없다. 그 판결 이전에 공공의 인물로 인정된 사례는 유명 정치평론가, 유명연예인 등이 있다. 판례상 공공의 인물이 아니라고 한 사례는 경찰관에 의하여 가족이 사망하였음을 원인으로 손해배상청구소송을 제기한 변호사, 이혼소송을 제기한 사회적으로 저명한 여성, 과학자 등이다. 이상과 같이 볼 때 미국법원이 명예훼손소송에서 공공의 인물이라는 이유로 보호하지 않은 사람의 범위는 넓다고 할 수는 없다. 미국법원이 공공의 인물을 보호하기 위하여 명예훼손청구를 제한하는 법리는 뒤에서 따로 살펴본다.

② 원고 아닌 제 3 자에 대한 공표

공표(publication)란 명예훼손적인 표현을 제 3 자에게 전달하는 것을 가리키는 보통법상의 용어이다. 이는 문서에 의한 표현에 한하지 않고 구두 동작 · 사진이나 물건의 진열 등도 포함하는 개념이다. 원고에게만 명예훼손적인 이야기를 한 것만으로는 명예훼손이 되지 않는다. 이것은 명예훼손이 단순한 원고의 명예감정손상이 아니라고 하는 근거가 된다고 본다. 명예훼손이 인격자의 명예감정을 손상시키는 것만으로는 부족하다는 데는 한국과 미국이 일치된 입장이라고 할 수 있다. 우리나라 판례는 명예훼손적인 진술 기타 매체가 불특정다수에게 전파될 수 있는 것을 요건으로 하는 것처럼 보이나 미국 판례는 원고 이외의 제 3 자가 누구라고 하더라도 명예훼손행위가 된다고 하고 있다. 예컨대 진술을 듣는 사람이 원고의 가족이라고 할지라도 책임이 발생한다.

그런데 자기 비서에게 타자시키기 위하여 구술하는 경우에는 이를 공표행위로 볼 것이냐 아니면 그 비서를 구술자와 동일시하여 제 3 자에 대한 공표로 보지 않느냐에 관하여는 판례상 일치하지 아니하나 공표로 보는 것이 판례의 주류이다.

공표의 방법은 배포되는 인쇄물에 한하지 않고 언어, 동작, 행위 기타 어떠한 행위라고 하더라도 이에 해당될 수 있다. 또한 공표행위가 고의적이든지 과실로 인한 것이든지 불문한다. 과실로 인한 경우는 예컨대 원고에게만 말하거나 전달한 내용을 제 3 자가 우연히 듣거나 보게 된 경우이다. 예컨대 엽서나 봉하지 않은 편지는 우체부가 이를 볼 수 있으며 사무실로 발송한 편지라도 그 비서가 뜯어본다는 사정을 발송자가 알 수 있는 경우 등이 그것이다. 반면에 원고와 전화하는 것을 제 3 자가 도청하여 알게 된다고 하더라도 그것까지 예상할 주의의무는 없으므로 과실에 해당하지는 않는다. 명예훼손의 경우 제 1 차적 공표자 뿐 아니라 제 2 차적 공표자(republisher)도 책임이 있다. 이러한 경우 제 2 차적 공표자가 인용하는 내용을 믿지 않는다고 밝히더라도 명예훼손에 해당한다. 공표매체의 단순한 배포자, 판매자, 임대자 등은 상당한 주의를 기울이지 않는 한 책임이 없다. 그가 취급하는 매체에 명예훼손적인 내용이 포함된 사실을 상당한 주의를 하여도 알 수 있었다면 그는 책임이 있다.

③ 손해발생과 인과관계

명예훼손의 경우 공표의 상대방인 제 3 자가 그 내용을 사실로 믿었는지 여부는 요건이 아니므로 명예훼손에 있어서의 인과관계는 추상적인 것이라고 할 수 있다. 과실로 인한 명예훼손의 경우 인과관계에 관하여는 과실로 인한 불법행위의 일반적인 경우와 같으므로 생략한다. 다만 제 3 자가 이를 전파하는 경우 최초의 명예훼손자의 책임은 전파되는 것을 그가 예상할 수 있느냐 여부에 달려 있다.

손해발생의 입증에 관하여 살펴 보면 보통법에 의하면 명예훼손소송에서 손해발생의 입증에 관하여는 명예훼손행위의 태양에 따라 법리가 다르다. 보통법에 있어서는 명예훼손행위의 태양은 크게 두 가지로 구분하고 있다. 그 하나는 libel(주로 서면이나 인쇄매체에 의한 명예훼손)이고 다른 하나는 slander(주로 구두에 의한 명예훼손)이다. libel 은 인쇄매체, 편지 등과 같이 주로 영구적 유형적 매체에 표현된 명예훼손으로서 보통법상 범죄행위로 취급되어 왔다. 초기에는 그 범위가 영화, 간판, 동상 등으로 확대되어 있다. slander 는 주로 구두에 의한 표현이고 이와 동일시 할 수 있는 표현, 예컨대 고개를 끄덕이거나 농아자의 수화 등도 이에 포함된다. 그런데 방송의 경우는 판례상 libel 로 보는 입장과 slander 로 보는 입장으로 나뉘어 있으나 이를 libel 로 보는 것이 최근의 경향이다.(Rest. 24. S68A).

libel 의 경우 문맥상 명예훼손이 명백하다면 공표행위가 있다는 사실에서 일반적 손해(general damages)발생이 추정되며 원고는 구체적인 손해액을 입증할 필요가 없다고 하는 데에 미국판례가 일치한다. 이는 매체의 성격상 손해발생 가능성이 더 높다는데 근거한 법리라고 할 수 있다. libel 의 경우 그 매체에 언급된 내용만으로는 명예훼손인 것이 명백하지는 않으나 일반에게 이미 알려진 다른 사실과 결합하면 명예훼손이 되는 경우(libel per quod)가 있다. 예컨대 결혼한 지 1 달밖에 안 되는 것으로 일반에게 알려져 있는 부부가 출산하였다고 하는 보도는 결혼전성관계를 암시하므로 명예훼손이 될 수 있다(Morrison v.

Ritchie 상 Co. 사건). 이와 같은 경우 주마다 입장이 다르며 이를 문맥상 명예훼손이 명백한 경우와 같이 손해발생을 추정하는 법원이 있는가 하면 뒤에서 보는 slander per se 의 경우에 해당할 때에 한하여 손해발생을 추정하고 나머지 경우는 원고에게 손해입증책임을 부담시키는 법원도 있다. slander 의 경우는 slander per se 경우에만 일반적 손해발생을 추정하고 나머지 경우는 원고가 구체적 손해(special damages)가 발생하였다는 사실을 입증하도록 하고 있다.

구체적 손해는 원고가 실제로 입은 손해로서 네 가지 경우 외에는 원고는 손해발생 사실뿐 아니라 그 실제 액수까지 모두 입증하여야 하므로 네 가지 경우에 해당되지 않을 때는 사실상 손해배상을 받기가 어려워진다. 미국 판례에서 일반적 손해가 추정되는 slander 의 네 경우는 ㉠ 중대하고 도덕적으로 비난할 만한 범죄를 범하였다고 주장하는 경우, ㉡ 현재 더러운 질병에 감염되었다고 주장하는 경우, ㉢ 사업, 직업, 또는 업무의 정상적 수행과 양립 할 수 없는 행동, 특징 또는 관계와 결부시키는 경우, ㉣ 원고가 여자인 경우 성적으로 부도덕하다고 하는 경우 등이다. 위와 같은 네 가지 경우를 slander per se 의 경우라고 부른다.

첫째로 원고가 중대 하고 도덕적으로 비난할만한 범죄를 범하였다고 하는 주장은 구체적인 범죄사실을 적시하지 않는다면 slander 가 된다. 도덕적으로 비난할만한 범죄라야 하므로 교통위반과 같은 범죄는 이에 해당하지 않는다. 또한 단순히 「사기꾼」(crook)이라고 한 것만으로는 여기에 해당되지 않는다고 하는 것이 판례의 주류이나 「도둑」(thief)이라고 하는 경우는 여기에 해당된다고 보는 것 같다. 둘째로 더러운 질병에 관한 주장은 판례상 일반적으로 성병(판례상 현재 감염되었다고 주장하는 경우에 한함), 문둥병 등에 한정되어 왔으며 천연두와 같이 금방 회복되거나 사망하는 병은 여기에 해당되지 않는다는 판례가 있다. 또한 의학의 발달과 함께 정신병이나 결핵은 이에 해당하지 않는 것으로 본다. 셋째로 사업 또는 업무의 정상적인 수행과 양립될 수 없는 행동, 특징 또는 관계에 관한 명예훼손은 개인의 일반적 인격이나 자질에 관한 것이 아니라 원고가 종사하고 있는 사업 또는 업무에 관련되는 것이어야 한다. 위와 같은 경우 일반적 손해의 발생을 추정하는 이유는 그 사람의 생계에 대한 위협이 되기 때문인 것으로 생각된다. 그와 같은 예로서는 의사를

「도살자」라고 부르거나, 변호사를 「사기꾼」이라고 부르거나, 학교선생을 「미친놈」 또는 「부도덕한 자」라고 하거나, 운전사를 「술을 자주 마시는 사람」이라고 하거나, 사업가에게 「신용이 형편없다」고 하거나, 정치가에게 「뇌물을 받는 사람」이나

「공산당」이라고 하는 경우 등이다. 「정직하지 못하다」 「무능하다」 「미쳤다」로 하는 것은 어느 직업이 나 직무에도 해당되는 명예훼손으로 보는 것이 판례의 주류이다. 그러나 예컨대 의사가 간통을 하였다거나 회사직원이 오입을 하였다고 하거나 기술자를

공산당원이라고 부르거나 하는 것은 원고의 직업, 업무 등과 관계없으므로 slander 가 되지 아니한다. 따라서 구체적인 내용이 slander 에 해당하는지 여부는 원고의 직업, 업무 등에 달려 있다. 넷째로 원고가 여자인 경우 성적으로 부도덕하다고 하는 경우는 그 적시내용이 범죄(간통, 사통)에 해당하는 여부와 관계없이 동성연애를 합법화 시킨 주(예, 캘리포니아)에서도 그것이 사실과 다른 경 우에 slander 라고 할 수 있다. libel 의 경우는 위와 같은 네 경우가 아니더라도 손해가 추정된다고 함은 앞에서 본 바와 같다. libel 에

해당하는지 slander per se 에 해당하는지에 관계없이 대부분의 주에서는 명예훼손이 악의(malice)로 행하여진 경우에는 징벌적 손해배상(punitive damages)을 허용하고 있다. 징벌적 손해배상은 원고의 손해와 관계없이 일종의 벌금과 같이 피고에게 부담시키는 것으로서 그 액수는 천문학적인 숫자가 될 수 있다. 위에서 보는 바와 같이 미연방대법원은 표현의 자유를 보호하기 위하여 특정한 경우에 손해배상 요건을 강화하고는 있으나 아직 징벌적 손해배상을 전면적으로 금지하는 입장에 있지 않다.

(2) 명예훼손으로 인한 손해배상청구에 대한 면책 또는 제한

① 보통법상의 면책 항변

자신에게 명예훼손이 되는 내용의 공표에 동의(consent)한 경우에는 면책이 됨은 명백하다. 진실(truth)이 면책사유가 되는지 여'부에 관하여는, 명예훼손의 내용이 진실에 부합한다면 면책되어야 한다고 하는 견해가 주류이나 진실 외에도 「정당화할 만한 동기」가 있을 것을 추가로 요구하는 법원도 있다. 미연방대법원은 공공의 인물에 관한 한 공표된 내용이 진실에 부합하면 면책되어야 한다고 하는 입장에 있으므로 [Garrison Y. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964)] 공공의 인물에 관한 한 「정당화할 만한 동기」가 필요하지 않다고 보아야 할 것이다. 진술의 내용, 형식 또는 상황이 공공의 관심사(a matter of public concern)를 포함한다고 여겨지는 경우 미연방대법원은 원고가 그 진술이 허위라는 사실을 입증해야 한다고 판시하였다[Philadelphia Newspapers, Inc v, Hepps, 106 5. Ct. 1558(1986)]. 미국 법원은 정부에 관련된 절차에 관하여 이른바 절대적 면책 사유(absolute privileges)를 인정하고 있다. 국회나 그 위원회의 의사진행 중에 국회의원이 한 발언은 그 내용이 의사진행과 관련 없다고 하더라도 면책되고, 사법 또는 준 사법절차(행정심판) 관계자(판사, 법원직원, 증인, 변호사, 배심원, 당사자 등)는 절차 진행사항과 관련이 있는 범위 내에서 절차 진행 중 행한 진술 (소장이나 준비서면 등 포함)이 면책되며, 행정부 최고위급 공무원이나 정책 결정하는 각료, 각급기관의 장은 그의 직무범위 내에서 직무와 관련된 행위에 관하여 면책된다고 함이 미국에서 확립되어 있다. 절대적 면책사유에 해당하는 경우 그것이 악의로 행하여졌다거나 그 내용이 거짓이거나 남용 또는 통상의 정도를 지나친 것이라고 하더라도 모두 면책된다. 위와 같이 절대적 면책사유를 인정하는 근거는 중요한 공무를 수행하는 자의 활동을 위축시키지 않기 위함이다.

이와는 달리 미국 판례가 일정한 조건 아래서 면책되는 제한적 면책(qualified privileges)의 경우도 있다. 첫째로, 절대적 면책대상이 되지 않는 국회나 행정부의 직원은 직무수행 중에 행한 명예훼손행위에 한하여 면책된다. 둘째로, 공표자 자신이나 공표 상대방의 중요한 인격적재산적 이익이 침해되었다고 믿었고 그와 같이 믿는데 상당한 사정이 있다면 그와 같은 이익을 보호할 목적으로 그 이익에 상당한 관련성이 있는 명예훼손 행위는 면책된다. 예컨대 공표자가 그 상대방과의 사이에 가족관계, 고용관계, 사업관계가 있어서 명예훼손이 되는 정보를 스스로 제공하는 것이 상당한 경우 (예컨대 종업원이 사용자에게 제 3자의 신용이 형편없다고 하거나 그의 말을 믿을 수 없다고 이야기한 경우)이다. 그와 같은 관계가 없는 경우에는 자진해서 정보제공을 하는 경우는 일반적으로 면책되지 아니하나 수동적으로

정보요청에 응함이 상당한 경우(예컨대 제 3 자의 신용에 관한 신용조사기관의 질문에 대하여 대답하는 경우) 면책될 수 있다. 사익의 보호뿐 아니라 공익의 보호를 위한 경우도 마찬가지이다. 그런데 제한적 면책의 경우에 해당되는 경우 공표행위가 부분적으로나마 공익이나 정당한 사익의 보호를 위하여 행하여져야만 하고 그 동기가 악의나 제 3 자를 해할 목적뿐이었다고 하면 면책되지 아니한다. 또한 공표가 면책되는 목적을 수행함에 필요한 정도보다 지나쳐서 상당한 범위를 벗어나는 경우는 면책되지 못한다. 또한 제한적 면책의 경우에는 공표자가 그 내용의 진실성에 관하여 실제로 성실한 믿음을 가져야만 하고 만약 그 내용이 근거 없다는 사실을 알았다면 면책되지 아니한다.

② 헌법상의 제한

미연방 대법원은 표현의 자유의 보장과 명예의 보호와의 사이에 균형을 추구하는 과정에서 명예훼손으로 인한 손해 배상청구를 제한하는 판례를 형성해 왔다. 먼저 미연방 대법원은 New York Times Co. v. Sullivan 사건 이래로 공공의 인물에 관한 명예훼손에 대해 공표자가 그 내용이 허위라고 인식하거나 그 진실여부에 관하여 무모하게 무시(reckless disregard)하지 않은 이상 헌법적으로 면책된다고 법리는 확립시켜왔다. 이 법리는 공공의 인물에 관한 선의의 토론을 장려할 공익적 필요에 근거를 두고 있다. 허위에 관한 인식 또는 무모한 무시라고 하는 기준은 해를 가하려고 하는 동기라는 기준보다도 엄격한 기준이다. 공표자가 해를 가하려는 동기가 있다고 하더라도 공표내용이 진실이라고 인식하였다면 면책이 된다. 무모한 무시라고 하는 것은 과실보다도 엄격한 개념으로서 공표자가 공표내용의 진실성 여부에 관하여 실제로 중대한 의문을 가졌다는 사실을 원고가 입증해야만 한다. [St. Amant v. Thompson, 390 U. S. 227(1968)]. 잡지나 유명인에 대한 기사를 완전히 날조하였다면 이에 해당하나 출판사가 저자가 책에서 주장하는 사실을 그대로 믿은 나머지 그 내용을 확인하기 위하여 독자적인 조사까지 하지 않았다고 하더라도 그 내용을 믿을 수 없다는 정황이 존재하지 않는 한 진실을 무모하게 무시하였다고는 보지 않는 것이 미국 판례이다. 허위에 관한 인식 또는 무모한 무시는 공표자의 주관적 사정이기 때문에 이를 입증하기는 어려우나 미국소송법상 원고가 피고에게 이를 질문하여 조사할 수 있는 증거조사제도(discovery)가 있고 미 연방헌법상 표현의 자유는 이에 대한 대답을 거부할 권리 까지 인정 하는 것은 아니라고 여겨지고 있다. 다만 기자가 증언을 거부할 권리를 인정하는 주도 있으나 이는 연방 헌법상의 차원이 아니다.

원고가 공공의 인물이 아닌 경우에는 판례상 표현의 자유가 공표자를 보호하는 범위가 좁다. 이는 일반 사인의 경우 공공의 인물과는 달리 공표내용에 대한 반박을 할 기회를 충분히 가질 수 없기 때문에 그만큼 명예훼손으로부터 손해를 입을 가능성이 높다는데 기인한다. 원고가 사인의 경우에 관하여 연방 대법원은 공표자가 언론인 경우에는 과실로 인한 명예훼손의 경우는 원고가 배상받을 수 있는 손해액이 실제로 입은 손해에 한정된다고 하고 있다. 실제로 입은 손해의 범위는 금전적 지출에 한하지 않고 명예손상, 지역사회에서의 지위 손상, 개인적 모욕감, 정신적 고통 등이 포함된다. 그러나 법원은 실제로 그와 같은 손해발생이 있었다는 증거를 요구하게 된다. 이와 같은 법리는 보통법상의 법리와는 다른 것이다. 그러나 언론이 고의적이거나 무모하게 진실여부를 무시한 경우에는 위와 같은 헌법적 보호가 없으므로 실제손해와는 관계없이 일반적 손해뿐 아니라 징벌적

손해까지도 배상 받을 수 있다. 언론이 공표자인 경우 손해배상요건 자체에 관하여는 연방법원이 판례로서 제시한 바 없으나 대부분의 주는 언론에 대하여 손해배상청구를 할 수 있는 요건을 강화하여 적어도 과실(negligence)을 입증하도록 요구하고 있다. 뉴욕주는 언론의 경우 「책임 있는 당사자가 통상적으로 따르는 정보수집과 배포에 관한 기준을 정당하게 고려하지 아니하고 심하게 무책임한 방법으로」 행동하였다는 것을 원고가 입증하도록 하고 있다.

(3) 판사 및 배심원의 역할 : 손해배상액의 산정을 중심으로

미국법정에서는 사실문제는 배심원이 결정하고 법률문제는 판사가 결정하는 것이 법리인 바 특정공표내용이 명예훼손적인 의미를 가지는지의 여부, 또한 명예훼손행위가 면책사유에 해당하는지 여부는 주로 법원이 결정할 사항이다. 일단 명예훼손적인 내용이라고 판단되고 다른 손해배상 요건이 충족되면 손해배상의 구체적인 액수는 대체로 배심원(jury)이 정하게 된다. 명예훼손 사건에서 받을 수 있는 손해배상은 대체로 첫째가 보상적(Compensatory) 또는 실제적(actual) 손해이고 [이는 일반적 손해(general damages)와 특별(special)손해를 의미한다], 둘째가 징벌적 손해이며, 첫째 명목상(nominal)손해는 예외적인 경우이므로 논의를 생략한다. 일반적 손해는 명예가 훼손되어 입은 손실과 명예가 훼손되었을 때 예상되는 손해를 포함한다. 이는 원고와 타인과의 사업관계나 사회적 · 종교적 · 가족적 관계를 손상시키는 것을 포함한다. 금전적 손해일 필요는 없다.

libel의 경우나 slander per se의 경우와 같이 일반적 손해(general damages)가 법리상 추정되는 경우는 원고가 실제 손해액을 입증할 필요가 없고 배심원은 명예훼손적인 사실을 알게 되는 사람의 습자를 기초로 한 명예훼손의 효과, 명예훼손적인 표현의 내용과 성격, 원고와 피고의 지위, 성격 등 객관적 자료를 참작하여 피고가 손해배상할 금액을 정하게 된다. 따라서 매체가 다수인에게 배포될수록, 방송의 청취자 · 시청자가 다수일수록 손해배상액이 커지게 된다. 앞서 본 바와 같이 최초의 명예훼손자는 그 후 제 3자가 이를 전파한 경우에 전파되는 것을 예상할 수 있다면 그와 같은 제 2 차적 명예훼손의 결과에 대하여도 책임을 지게 된다. 미국 법정에서 일반적 손해는 사회적 평가저하뿐 아니고 원고의 손상된 감정, 모욕감, 정신적 고통도 포함하는 손해에 대한 것이지만 손해배상액의 산정은 원고의 주관적 사정보다는 객관적 사정에 더 많은 비중이 있는 것 같다. 앞서 본 바와 같이 명예훼손 내용의 공표행위로부터 손해발생이 추정되므로 배심원은 구체적인 손해액의 입증이 없다고 하더라도 명예훼손으로 인하여 발생한 것으로 추정된 손해에 대하여 상당한 액수의 손해배상금을 정할 수 있다. 심지어는 원고의 명예에 실제로 손상이 없었다고 하는 증거가 있더라도 이는 손해배상액을 감경할 사유는 될지언정 원고청구가 기각되지는 않는다는 것이 판례이다. 이는 특히 명예훼손 내용을 공표의 상대방이 사실로 믿을 필요가 없다는 것과 관련이 있다.

보통법상 특별손해란 개념은 우리 민법 제 393 조 제 2 항 소정의 「특별한 사정으로 인한 손해」와는 전혀 다른 개념이다. 보통법상 그 개념은 libel 이나 slander per se 가 아니어서 일반적 손해가 추정되지 않는 명예훼손사건에서 원고가금전적 또는 구체적 손실의 발생과 상당인과관계를 입증하여야 보상을 청구할 수 있는 손해를 의미한다. 앞에서 본 바와 같이

명예훼손이 악의로 행하여진 경우는 보상적 성격을 갖는 손해배상뿐 아니라 정밀적 손해까지 부과된다. 명예훼손법에서의 악의(malice)나 부당한 동기(improper motive)나 허위의 인식 또는 허위에 관한 무모한 무시를 의미하는 것으로 해석되고 있다. (Pressor, p. 845). 1962 년의 뉴욕판례에서는 원고를 공산당이라고 비난하여 당국의 블랙리스트에 오른 행위에 대하여 100 만 불의 보상적 손해배상과 125 만 불의 징벌적 손해배상을 부과한 사례가 있다. 또한 1982 년에는 의사가 무면허의료 행위로 세 번 피소되었다고 하는 허위 사실공표에 대하여 원고가 보상적 손해배상은 청구하지 않고 징벌적 손해배상만을 청구하였는데도 250 만 불을 배상 받은 사례도 있다. 이상에서 알 수 있듯이 미국의 명예훼손법은 주로 사회적 평판에 대하여 가지는 무형적 가치 또는 이익을 보호하기 위하여 발달해 왔다. 이러한 평판에 대한 손상은 원고의 정신적 고통과는 별개로 취급되어 왔다. 1976 년의 Time, Inc. v. Fire stone 사건에서 원고는 평판손상으로 인한 손해 배상청구를 철회하고 허위보도로 입은 정신적 고통에 대한 손해배상으로 변경하였는 바 배심원은 정신적 손해에 대하여 10 만 불의 배상을 결정하였다. 이와 같이 명예훼손에서 정신적 고통 자체에 대한 배상을 명한 것은 이례적인 사례로서 이에 대하여는 명예훼손으로 인한 손해가 아니고 별개의 불법행위 유형 (즉 고의적인 정신적 평온의 손상)에 의한 손해로서 다루었어야 할 것이라는 이론이 있다 (Pressor, p. 845). 보통법상 명예훼손의 네 가지 요건에서 알 수 있듯이 보통법상 명예훼손으로 인한 손해배상책임은 고의나 과실이 요건이 아니고, 공표의 상대방이 그 내용을 사실로 믿을 필요도 없고 libel 이나 slander per se 의 경우 손해발생까지 추정되기 때문에 명예훼손에 따라서 상당한 엄한 책임추궁이 가능하다. 위와 같은 사정 때문에 명예 훼손에는 엄격책임(strict liability) 내지 무과실책임이 적용된다고 하는 주장이 있으나 앞서 본 바와 같이 Gertz 판결 이후에는 그 법리수정이 불가피하였다. Gertz 사건에서 미연방 대법원은 피고가 언론인 경우 원고는 허위라는 인식 또는 진실여부에 관한 무모한 무시라는 요건을 입증하여야만 추정적 또는 징벌적 손해배상을 청구할 수 있다고 판시 하였기 때문이다.

그러나 원고가 공공의 인물도 아니고 피고도 언론이 아닌 경우에 관하여는 아직 미연방 대법원의 판례가 없으므로 그 영역에 있어서도 Gertz 판결과 같은 정도로 피고의 표현의 자유를 보호하여야 할 것인지 여부는 아직 확립된 바 없고 주마다 다르다. 미국법 연구소 (American Law Institute)는 Gertz 병리를 확대하자는데 찬동하는 입장이다 (Rest. 2d 621). Gertz 판결이 적용되는 사안에서도 미연방 대법원은 실제손해발생의 입증은 명예가 실제로 손상되는 것을 입증하여야 하는 것은 아니고 명예훼손적 보도의 결과로 원고가 정신적 고통을 받았다는 증거가 있으면 충분하다고 판시하고 있다 (Time, Inc. v. Finestone, 1976, 424 U.S.448).

III. 국제명예훼손의 권리구제절차

국제적인 명예훼손사건에 있어서 피해자가 첫번째로 결정하여야 할 사항은 어느 나라의 법원에 제소하여야 할 것인지에 관한 것이다. 법정선택에 있어서는 앞서 본 바와 같이 각 법정지에 적용하는 준거법을 분석하여 그 법정이 어느 나라의 실체법을 적용할 것인지에

관하여 판단한 다음 그 적용될 실체법 특히 명예훼손으로 인한 손해배상의 요건과 손해배상액의 산정에 관하여 검토할 것을 요한다 특히 명예훼손의 경우 재산적 침해사건과는 달리 구체적 손해액을 입증하기 힘들고 손해발생 자체가 추상적일 수 밖에 없으므로 각 나라마다 이를 규율하는 법리가 다양할 수밖에 없다. 위와 같은 여러가지 실체 법적사항을 검토한 다음에도 소송할 법정지를 선택하기 전에 그 법정지의 소송에 관한 절차법에 관한 정토를 하여야 한다. 이에 관하여 먼저 그 법정지에서 관할을 승인할 것인지의 여부, 송달절차는 어떠한 것인지, 섭외적 증거조사절차는 어떠한지 등이 중요한 검토사항이 되는 바 이에 관하여 미국소송법 등을 중심으로 외국의 예를 검토하고 판결집행과 관련된 문제에 언급한다.

1. 법정지 결정과 소송절차

(1) 관할허용에 관한 문제

① 적정체존에 관한 헌법상 보장과 관할

우리 민사소송법에 있어서 금전적 채무에 관한 소송은 그 이행지 법원에 관할권이 있으며(민사소송법 제 5 조) 민법상 이행지 정함이 없는 채무인 경우에는 채권자의 주소지가 이행지가 되므로 (민법 제 467 조 제 2 항) 명예훼손 피해자가 우리나라에 주소를 두고 있다면 우리나라 법원에 제소하는 것이 허용된다고 할 수 있다. 따라서 우리 나라법에 의하면 원고가 우리나라와는 아무런 관계가 없는 외국인이고 명예훼손행위 및 손해발생도 외국이라고 하더라도 제소 당시 원고가 국내에 주소를 두고 있으면 민사소송법상 우리나라 법원에 관할이 있다고 할 것이다. 그러나 이러한 경우가 무제한으로 허용되면 원고는 자신에게 실체법상 요건 특히 손해배상액산정에서 유리한 법정을 선택하기 위하여 주소를 임의로 옮겨 제소하는 이른바 forum shopping 을 하게 되며 피고는 전혀 예상하지 못하였던 나라에서 응소해야 하는 불이익을 강요 당할 뿐 아니라 법정지 법원은 그 나라와 별로 관계가 없는 사건을 떠맡는 결과가 되기 때문에 이에 관하여 미국법원은 헌법상의 적정절차(due process) 조항에 근거하여 비록 형식적으로는 법상 관할이 있는 사건이라고 하더라도 그 법정과 별로 관계가 없는 사건은 관할을 부인하는 병리를 발전시켜 왔다.

미국연방대법원은 유명한 International Shoe Co. v. State of Washington, 326 U. S.310 (1945) 사건에서 인적 관할이 허용되는 범위에 관하여 법 정지와 「최소한도 접촉」(minimum contacts)을 요한다고 하는 기준을 설정하였다. 위 법원은 피고가 법정지 내에 거주하지 아니하고 송달이 관할 밖에서 이루어지는 경우에는 공평한 쟁송과 실체적 정의라는 전통적 개념에 비추어 인적 관할의 허용이 헌법상 적정절차조항에 적합하기 위하여는 피고가 법정지와 어떠한 최소한의 접촉이 있어야만 한다고 판시하였다. 그 뒤의 일련의 판결에서 같은 법원은 최소한도의 접촉이란 기준은 피고가 그 법정지에서 재판을 받을 수 있다는 것을 예상할 수 있는 피고의 행위와 법 정지와 관련성을 요구한다고 하고 나아가 적정절차에 비추어 법원은 피고의 불이익 및 부담, 편리하고 효율적인 권리구제라는 원고의 이익, 그 분쟁을 판단함에 있어서 법정지주의 이익, 분쟁의 가장 효율적 해결이라고 하는 주제간 사병제도의 이익 등 제반 이익을 비교 형량하여야 한다고 판시하였다. 위와

같은 일련의 판결은 주로 미국민간의 사건에 관한 것이나 미국에 주소를 두지 않은 외국인이 미국법정에 와서 제소하거나 미국인이 미국에 거주하지 않은 외국인을 상대로 제소하는 경우도 같은 법리가 적용된다고 보아야 할 것이다.

명예훼손 사건의 경우 예컨대 잡지사의 주소가 미국이 아니고 배포지도 미국이 아니며 원고도 원래 미국 내 주소가 없음에도 제 3자가 임의로 잡지 몇 부를 뉴욕에 반입하였다고 하여 뉴욕주가 손해발생지라고 판단, 배심원이 손해배상액산정에 있어서 관대하기로 소문만 뉴욕으로 가서 제소한다면 뉴욕법원은 적정절차의 필요에 비추어 그 관할을 허용하지 않으리라고 판단된다. 피고가 외국법률제도 속에서 방어하여야 하는 부담이 미국내 주체간 사건에 비하여 특히 크다는 점에 미국 법원은 크게 비중을 두고 판단해오고 있다.

헌법상 적정절차상의 이유로 관할권 행사를 제한하는 법리는 아직 우리나라에서 구체적으로 논의되고 있지는 않지만 만약 미국과 같이 적정절차에 관한 기본권이론을 적용할 수 없다고 하더라도 우리나라와 무관한 사건에 관하여 오직 관할을 생기게 할 목적으로 원고가 주소를 국내로 옮겨 제소하는 경우는 소권의 남용 등의 법리를 적용하여서라도 관할을 부인하는 것이 타당한 경우가 있을 것으로 생각된다. 유럽에서는 1968년에 체결된 Brussels 조약(EC 국가에 적용됨)과 1988년에 체결된 Lugano 조약(EFTA 국가에 적용됨)에 의하여 어느 조약국에 거주하는 피고에 대하여는 그 나라 법원에 제소하여야 하는 것이 원칙이다. 이에 관하여는 계약(이행지 법정), 불법행위(손해사건발생지) 등 여러 예외가 있다. 불법행위에 관한 손해사건 발생지라고 하는 것은 행위지와 결과 발생지가 다른 경우 그 어느 장소도 해당되는 것으로 해석되고 있다. 공동피고의 경우 피고 1인의 주소지에 다른 피고 전부가 같이 제소될 수 있다. 이상과 같이 조약의 법리는 피고가 조약국의 하나에 거주하는 경우에 적용되는 것이므로 만약 피고가 조약국 내에 거주하지 않은 경우에는 위 조약에 의한 제한이 적용되지 아니하고 법정지법이 관할을 결정하게 된다.

② 「불편한 법정지」 법리

미국법원은 적법한 관할권이 있는 경우라고 하더라도 이른바 「불편한 법정지」(forum non conveniens)라고 하는 법리에 의하여 다른 법정지가 현저하게 더 편리하다는 이유로 리 각하하는 경우가 있다. 어느 사건에 관하여 관할권이 있는 또 다른 법정이 있는 경우에도 법원은 증거에의 접근이 상대적으로 용이한지 여부, 출석을 거부할 증인을 강제 출석시키는 절차가 보장되어 있는지 여부, 증인을 출석시키는데 드는 비용, 현장검증이 필요한 경우 현장을 보는 것이 가능한지 여부, 그 외에도 그 사건의 심리가 용이하고, 촉진시킬 수 있으며 경제적으로 할 수 있는 실제적인 문제 등 개인적 이익을 고려함과 아울러 법원사건폭주로 인한 법원행정적 문제점, 지역분쟁을 분쟁의 본 고장(home)에서 심리하기를 원하는 지역적 이익, 그 사건에 적용되는 법이 법정지가 되는 공익적 고려, 섭외사법이나 외국법 적용으로부터 발생할 수 있는 불필요한 문제들의 회피, 법정지와 관계없는 사건에 관하여 법정지 시민을 배심원에 세우게 되는 데서 오는 부담의 불필요성 등 공익적 이익을 함께 고려하여 다른 법정지에서 재판함이 현저하게 편리하다는 결론에 도달하게 되면 소를 각하하게 된다 [Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U. S. 501(1947)]¹. 이러한 법리는 그 뒤 여러 판결을 통하여 발전되어 왔다. 명예훼손의 경우 「불편한 법정지」 법리에 의하면 편리한

법정지는 특단의 사정이 없는 한 명예훼손이 일어난 장소가 될 것이다. 명예훼손이 미국 밖에서 일어난 경우에는 증인도 그 외국에 있을 것이고 외국법이 적용될 개연성이 있으며 번역도 별로 필요치 않을 것이며 일반적으로 미국이 그 분쟁에 가지는 이해관계도 크지 않은 것이기 때문이다. 실제로 뉴욕지방법원은 원고가 뉴욕 주에 주소를 가지고 있더라도 외국에서 행하여진 명예훼손에 관한 소송을 뉴욕 주에 제기한 것을 불편한 법정지 병리에 근거하여 각하한 사례가 있다 [Opert v. Schmidt, 535 F Supp.591 (5. D. N. Y. 1982)].

뉴스위크사가 1992. 11. 중순 이화여자대학교학생들의 사진을 「돈의 노예」라는 부제와 함께 게재한 잡지를 배포한 명예훼손 사건에서 그 잡지사의 주소는 뉴욕이므로 뉴욕지 법원에 소송법상 관할권은 있지만 만약 원고들이 뉴욕에서 제소하였다면 그 명예훼손 사건에 있어서 주된 손해발생지, 피해자 및 증인소재지가 모두 한국이고 한국법이 적용될 개연성이 높으며 뉴욕주는 피고의 주소지라는 사실 외에는 그 사건에 직접 관련되지 아니한다는 점을 고려할 때 피고측은 주된 항변으로서 「불편한 법정지」 항변을 주장하여 뉴욕법원으로 하여금 소를 각하하도록 주장하였을 것이다. 그 사건을 뉴욕법원이 심리하였다면 뉴욕배심원이 잡지사의 악의(그 사건의 경우 진실여부에 관한 무모한 무시가 이에 해당)를 인정하여 일반적 손해와 징벌적 손해로 엄청난 액수를 평결하기 이전에 소각하되었을 가능성이 있었을 것이다. 다른 법정지가 현저하게 더 편리하다고 하여 법원이 재량적으로 소를 각하할 수 있다는 취지의 「불편한 법정지」 법리는 미국 외의 다른 나라에서는 거의 발견되지 않는 것 같다.

(2) 국제적 송달절차

우리나라의 경우 외국에서의 송달에 관한 대법원 예규에 따라 행하여지며 이 경우 번역문의첨부와 특별 송달료 납부가 요구된다. 미연방법원에서 소송은 소장의 접수로 시작되고 그 후 소장과 소환장이 각 피고에게 인편으로 또는 우편으로 송달되게 된다. 뉴욕 등 일부 주에서는 소장접수 전에 소장을 송달함으로써 소가 시작된다.

미국법상 송달은 피고 또는 그 대리인, 주소에서 송달 받을 만한 연령과 권한이 있는 자에게 직접 교부하는 방법, 일정한 경우에는 1 급 우편으로 발송하는 방법 등 여러 가지 방식이 있다. 미국연방 민사소송규칙 에는 외국에 송달하는 다섯가지 방법이 규정되어 있다. 이는 ① 당해 외국의 법에 규정된 방법(그 외국에서 일반관할을 갖는 법원에 소송이 계속 중인 경우) ② 외국관청의 요청서에 대한 응답으로서 그 관청이 지시한 바에 따른 방법(송달이 실질적 통고로서의 성격을 가지는 경우), ③ 개인의 경우 직접 교부, 법인이나 단체의 경우 임원이나 지배인에게 배달하는 방법, ④ 배달증명첨부 우편으로 법원서기가 우송하는 방법, ⑤ 법원명령에 의하여 지시된 방법 등이다. 연방법원에서의 송달방법은 미연방 소송규칙에 규정된 다섯 가지 방법 외에도 각 병원소재지의 주 소송법에서 허용하는 방법에 의할 수도 있도록 되어 있다. 뉴욕주의 경우 서류를 주소나 사무소의 문에 부착하고 우송하는 방법(이른바 nail and mail 방법), 신문을 통하여 공시 송달하는 방법 등이 허용된다.

미국은 1965 년도 헤이그 조약(The Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extra-judicial Documents In Civil or Commercial Matters)의 당사자이다. 그 조약에

의하면 원고가 소장을 외국송달요청서와 함께 상대방 나라의 적법한 송달권한 있는 중앙관청(central authority)으로 우송함으로써 송달할 수 있도록 되어 있다. 미국내에서 외국 원고를 대신하여 송달을 하는 조약상 중앙관청은 미법무성 산하 외국소송사무국(Office of Foreign Litigation)이다. 미국인 원고가 헤이그 조약에 따른 절차에 의하여 외국에 송달하기 위해서는 외국송달요청서를 작성하든지 아니면 각 연방법원내의 미연방 집 달관사무소에서 USM-94 양식을 얻어 작성하여야 한다 헤이그 조약 제 3 조에 의하면 미국법 아래서 권한 있는 자 또는 사업관리가 외국의 중앙관청에 송달서류와 요청서를 발송하도록 되어 있다. 이를 위하여 원고는 미연방법 원에 게 송달요청서를 우송하도록 요청할 수도 있고 그의 변호사가 미국법상 변호사는 법원의 관리(officer of the court)이고 송달요청서에 서명할 권리가 있음을 송달요청서에 표시한 다음 직접 발송할 수도 있다.

미국법상 헤이그 조약은 연방법의 일부로 간주되므로 그 조약에 위배되는 송달은 무효라고 하는 것이 판례의 입장이다. 반대로 헤이그 조약에 따라 외국관청이 미국내에 송달한 경우에는 그 송달절차가 미국 내 소송법에 위배되더라도 유효하다. 이는 조약이 그 이전에 제정된 연방법에 우선하기 때문이다. 한편 헤이그 조약은 외국인이라고 하더라도 미국내에 있는 피고에게 송달하는 경우에는 적용되지 않는다. 헤이그 조약과는 별도로 미연방법 제 28 장 제 1696 조는 피고가 주소나 거소를 둔 장소의 연방지방법원에게 외국법원 또는 국제법원의 소송 또는 절차와 관련되어 발부된 서류의 송달을 명령할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 그러한 명령은 외국법원 또는 국제법원의 요청이나 이해관계인의 요청에 의하여 발할 수 있다.

일본, 영국, 독일, 프랑스, 이탈리아 등 28 개국이상이 헤이그 조약의 당사자로 가입되어 있으므로 그 조약가입국 사이에 있어서의 송달에 있어서 헤이그 조약은 중요한 의미를 가지게 된다. 또한 당해 국가 사이에 양자간(bilateral) 조약이 체결되어 있거나 사법공조협정이 있는 경우도 그에 빠른 송달은 적법하다. 국제간의 송달에 있어서는 송달받을 국가의 법이 가장 중요한 고려대상이 되는 것이다. 외국에 대한 송달의 경우 어느 법이나 규정이 적용되든지 간에 대개의 경우 그 나라의 공용어로 번역문을 첨부할 것이 요구된다. 이 경우 외교관이나 영사가 정확한 번역이라는 증명을 하도록 요구하는 경우도 있다.

(3) 외국에서 의 증거조사 절차

국제간의 증거조사에 관하여는 1970 년 헤이그 조약(The Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad In Civil or Commercial Matters)이 있는데 미국, 영국, 독일, 프랑스,이탈리아 등 20 개국 이상이 가입되어 있다 동양에서는 홍콩만이 회원국이다. 그런데 영미법 국가에서 채택된 제소 전 증거조사 절차를 목적으로 하는 증거조사 요청은 회원국이 거부 의사로 유보할 수 있도록 되어 있고 미국, 홍콩, 이스라엘, 체코를 제외하고는 모두 그러한 유보를 하였다. 일본과 스위스 등 13 개국은 1954 년 헤이그 조약에만 가입되어 있다. 미국소송법상 증거조사(discovery)절차는 널리 활용되고 있으며 당사자주의에 입각한 제소 전 증거조사가 당사자 사이에 허용되어 사전에 충분한 증거조사가 가능하게 되어

법원심리 이전에 소취하가 되거나 합의가 이루어지는 경우가 많다. 외국에서 사용될 증거라 하더라도 미국법원은 미국 내에서 증거 조사하는 것을 거의 제한하지 않고 있다.

미국법원은 증거조사에 관한 외국요청에 비교적 관대한 편이다. 미연방법(28 USC 1782)은 외국에서 사용될 증거의 조사에 관하여 외국법원을 원조하도록 하는 명문의 규정을 두고 있다. 위 규정에 따르면 증인소재지의 미연방 지방법원은 외국법원이나 국제법원의 소송에 사용될 증인의 증언이나 문서의 제출을 명령할 수 있는 권한이 있다. 위 규정에 따른 공조요청은 미국 법무성을 거쳐 관할법원으로 보내지고 그 관할법원은 증인을 강제로 신문할 수 있는 소환장을 발부할 권한이 있다. 미국 내에서 사용될 증거를 외국에서 조사하는 경우 미국법원은 헤이그 조약이 적용될 수 있는 경우에도 가능하면 연방규칙에 따라 증거조사를 명하는 경향이 있다. 소송의 당사자가 미국 내 법에 다른 증거조사명령에 불응하는 경우 미 연방법원은 벌금부과, 미국내 증거사용배제, 패소판결 등 제재를 가하기도 하는데 이러한 경우 증인이나 증거소재인 국가의 이익을 완전히 무시하는 셈이 된다. 미 연방법원은 당해 국가의 법이 증거조사를 금지하더라도 미국법원의 정당한 요청에 대하여는 적용되지 않는 것으로 취급하는 경향이 있다. 그러므로 외국에 소재한 증거에 관하여 제출명령을 받거나 증언요구를 받은 소송당사자는 외국당국으로부터의 증거제출 또는 사용에 관한 허가를 얻기 위하여 최선의 노력을 다하여야 제재를 면할 수 있다 선의를 입증하여 제재를 면하는 경우에도 사실인정에 있어서 불이익한 판단을 받는 경향이 있다. 외국에서의 증거조사에 관한 이와 같은 미국법원의 태도는 외국으로부터 상당한 불만이 제기되어 왔다. 반면에 소송당사자가 아닌 자에 대한 증거조사명령에 관하여 미국법원은 미국 법에 의하여 절차를 진행할 수 있는지에 관하여 좀더 엄격하게 요건을 해석하므로 당사자 아닌 자는 외국에 소재한 증거제출에 관한 법원의 명령을 대부분 회피할 수 있는 여지가 있다. 특히 미국 관할 판에 전적으로 위치한 소송당사자가 아닌 자에 대하여는 미국 국내법에 의한 방법은 사임되지 않고 일반적으로 1970년 헤이그 조약(적용되는 경우에 한함)이나 서면요청서(letter rogatory)에 의하여 행하여진다. 우리 나라에 있어서는 외국에서의 증거조사에 관하여는 사법공조에 관한 대법원 예규에 따라 행하면 될 것이다.

2. 판결집행상의 문제

우리 민사소송법 제 476 조 이하는 외국판결을 국내에서 집행하는 경우에 관하여 규정하고 있는 바 외국판결은 같은 법 제 203 조의 요건을 구비하여야 한다. 우리 대법원은 미국 뉴욕 주 판결에 대하여 「뉴욕주 법원이 판례로서 상호국의 원칙을 배격하고 다만 외국판결이 사기로 획득된 것이거나 공서에 반한다거나 재판관할권의 흠결이 없으면 실질조사를 하지 않고 외국판결의 효력을 그대로 승인하고 있다면 그 뉴욕 주 법원의 판결은 본조(민사소송법 제 203 조) 제 2 호, 제 4 호의 승인요건을 구비한 것으로 보아야 한다」(대법원 1989. 3. 14. 선고 88므184, 191 판결)라고 판시한 바 있다. 대체로 미국연방헌법 제 4 조의 Full Faith and Credit 조항은 외국판결에 대하여는 적용되지 아니한다.

뉴욕법원은 일찍부터 상호주의를 명시적으로 배격하고[Johnston v. Campagnie General Transatlantique, 152 N. E. 121, 122 (N. Y.1926)]¹ 캘리포니아에서는 성문법으로 상호주의를

배격하고 있다. 16 개 주 이상이 외국금전판결의 승인에 관한 통일법 (UFMJRA)을 채택하기도 하였으나 아직 대부분의 주는 각 주의 보통법으로 규율하고 있다.

미국 대법원은 Milton v. Guyo (159 U.S. 202)에서 적정절차의 보장에 기하여 재판(심리)의 공정성이 있어야 한다고 판시하였다. 즉 외국법원이 사실이나 법률판단에 있어서 잘못이 있다고 하는 것(실체적 판단의 오류)만으로도 외국법원의 판결을 공격할 수 없고 재판절차가 불공정하다고 하는 사정이 있어야 외국판결의 승인을 거부할 사유가 된다는 것이다.

재판(심리)의 공정여부를 판단하는 가장 중요한 요소는 당사자가 그에 유리한 주장을 할 수 있는 기회가 실제적으로 부여되었는가 하는 점이다. UFMJRA 에서는 외국법원이 현저하게 불편한 법정지였다면 승인을 하지 않을 사유가 되는 것으로 규정하고 있다. 미국법원에서 공통적으로 요구하는 외국판결의 승인의 거부사유로 드는 것은 재판(심리)의 불공정성 외에도 관할권 흠결과 사위로 받은 판결 등이다.

미국법원은 위와 같은 절차적 하자 외에도 공서양속(미국법상 public policy)에 반하는지 여부도 고려하게 된다. 금전의 지급을 명하는 판결에 관한 한 공서양속에 반할 이유는 원칙적으로 없다고 하는 것이 판례이다. 미국법상 피고가 지급할 의무가 없는 금전(예컨대 패소당사자의 상대방 변호사 비용상환) 판결에 관하여도 미국법원은 공서양속에 반한다고 하는 주장을 배척한바 있다. 미국법상 공서양속이란 인종이나 종교적 차별과 같이 근본적 도덕성에 관한 문제가 아닌 한 이에 해당되지 않는다고 보아야 할 것 같다. 의제자백 판결의 경우에도 소장송달이 적정하게 이루어졌다면 문제가 없는 것으로 여겨지고 있다. 이상과 같이 볼 때 한국법상 명예훼손으로 인하여 손해배상책임을 인정한 판결에 대하여 미국헌법상 보장되는 표현의 자유에 기하여 미국법상 항변 또는 면책사유에 해당하더라도 미국법원은 이를 이유로 한국법원의 판결에 대하여 승인을 거부할 것으로 보이지 않는다.

IV. 결론

이 논설에서는 국제적인 명예훼손 사건에서 적용될 법과 권리구제절차에 관하여 불법행위일반론이나 소송일반에 관한 논의를 되도록 생략하고 쟁점이 되는 사항이나 한국에서 관심을 가질 부분을 주로 살펴보았다. 한국에서의 명예훼손사건은 그 사례도 극히 적고 아직 정교한 법리가 발달하지 않은 상태이다 특히 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 면할 수 있는 주의의무의 기준에 관하여 추상적 원칙만이 제시되어 있는 것 같다. 우리 대법원이 앞으로 사례를 통하여 원고가 공공적 인물인지 여부, 피고가 언론인지 여부, 내용이 공공적 관심사에 관한 것인지 여부, 당해 행위가 행하여진 정황이 상황 등 제반요인을 중심으로 구체적 사안에 적절한 주의의무의 정도를 차별화하는 것은 반드시 필요하다고 본다. 이 논설에서 제시한 보호이익 또는 가치에 관한 논의는 문제제기에 불과하나 앞으로 좀 더 깊은 이론적 검토가 진행되어야 할 것이다.

미국법에서의 명예훼손에 관한 법리는 수많은 판례를 통하여 보통법상의 법리가 형성되어 왔는데 출판물 등 유형매체에 의한 명예훼손(libel)의 경우 특히 광범위한 책임을 요하고, 언론의 경우 주의의무의 정도를 완화하여 보호를 하는 대신에 악의나 중과실 (진실여부에 관한 무모한 무시가 최소한 중과실에 배당)의 경우 징벌적 손해배상까지 부여하여 책임을

엄하게 하고 있는 것은 참조할 필요가 있다. 또한 추상적으로 사회적 평판의 저해를 초래할 우려가 있는 경우손해발생을 추정하여 정신적 고통 외에도 실제로 손해가 발생한 것에 대하여는 배심원이 상당한 금액을 손해배상액으로 평결할 수 있다는 것도 살필 필요가 있다.

이 논설에서 살펴본 바와 같이 양국 사이의 실체법의 차이가 앞으로 우리나라 명예훼손 법리의 발전에 일조가 되었으면 한다 한국 소송법이나 권리구제에 관한 논의는 생략하고 미국의 소송법상 관할 허용문제, 제소 전 증거조사절차 등에 관하여 개략적 소재만 하였으나 미국소송법에는 미국헌법상의 적정절차에 관한 기본권이 중요한 영향을 미치고 있는 점등 국내에서 참고할 사항이 많다. 미국에서 가장 난해한 법 분야의 하나인 민사소송법 분야에 관하적 국내에서 보다 체계적인 연구가 절실하다고 본다.

□ 서울대학교 법과대학, 동 대학원(법학석사), 하버드 법대 LL.M., 예일법대 LL.M., 콜롬비아법대, J.D., 외무고시(13 회), 행정고시(23 회), 사법시험 (20 회)

□ 현재 변호사