

미국의 명예훼손법

-판례를 중심으로

염규호

미국 애리조나주립대 언론법 교수

언론의 천국이라고 할 수 있는 미국에서 명예훼손은 하나의 직업병이다. 말과 글을 매개로 하는 언론의 정보전달은 뉴스의 초점이 되는 개인이나 단체 혹은 회사나 기업에 대해 긍정적일 수는 없다. 사실 언론기관의 기본 행동양식이 대체로 사회의 불만족스러운 면을 일반에게 부각시킴으로써 발전적인 미래를 향한 「파수견」(watch-dog) 역할을 한다는 관점에서 보면 더욱 그러하다. 부정적, 비판적인 기사는 대개 명예훼손적인 피해를 줄 소지가 많다. 물론 신문이나 방송의 명예훼손적인 기사가 반드시 명예훼손법에 위배됨으로써 소송의 근거가 된다고 할 수는 없다. 그러나 법적인 명예훼손의 문제는 과거에도 그랬던 것처럼 현재에도, 나아가 미래에도 미국 언론에게 있어서 커다란 관심거리가 될 것임은 분명하다. 1966년에 뉴욕타임즈의 뉴스편집장 Robert Phelps와 변호사 Douglas Hamilton은 「명예훼손법이 미국의 언론 자유를 가장 크게 제약하고 있는 것에는 의심의 여지가 없다」고 기술했다.¹⁾ 그리고 몇몇 언론법학자들은 최근의 미국 언론에 대한 명예훼손법의 제한적인 영향에 관해 언급하면서 다음과 같이 주장했다. 「오늘날에도 명예훼손법은 여전히 언론 발행인들과 방송인들이 겪는 가장 흔한 법적인 위협이다. 미국에서의 언론관련 소송 중 가장 빈번한 것이 바로 명예훼손이다.»²⁾ 언론의 자유를 가장 많이 보장하는 미국에서 명예훼손법의 위협에 대한 언론의 우려와 걱정은 어느 면에서 재미있는 아이러니가 아닐 수 없다. 특히 지난 20~30년에 걸쳐 수정헌법 제1조가 종래의 제한적인 주법상의 명예훼손을 대폭적으로 완화했음에도 불구하고 이러한 사정은 마찬가지이다. 그 원인은 미국의 여러가지 사회적, 법적인 변화에서 찾을 수 있을 것이다. 이 점에서 명예훼손법 학자 Rodney Smolla의 분석은 매우 예리하다. 그에 의하면, 미국사회에서 언론에 대한 일반대중의 인식을 가장 신빙성있게 알 수 있는 명예훼손사건의 배심원 평결은 대개 원고에 대해 지극히 우호적이다. 손해배상액의 결정에 있어서 배심원의 원고에 대한 유리한 동정적인 태도는 더욱 두드러진다.³⁾ 뉴욕에 있는 Libel Defense Resource Center(LDRC)에 의하면 언론기관에 대한 명예훼손사건의 손해배상액은 계속 증가하고 있다. 1990~1991년에 언론사 관련 명예훼손소송의 평균적인 배상액은 900만 달러 이상으로 올랐다. 10년 전인 1980~1981년에는 150만 달러 이었다. 그리고 1990~1991년의 명예훼손배상 중 28퍼센트는 1,000만 달러를 초과했다.⁴⁾ 최근 10여년에 걸친 명예훼손사건의 폭발적인 증가와 천문학적인 손해배상으로 인해 명예훼손법이 언론을 위축시켜 왔다. 이는 복잡다기하고 가끔은 예측할 수 없는 법의 적용과 원칙에 상당한 원인이 있다. 미국의 저명한 법학자 William Prosser의 명예훼손법에 대한 비판은 그 법의 본질적인 문제를 잘 지적하고 있다고 하겠다. 즉 Prosser 교수는 다음과 같이 주장했다. 「우선 명예훼손법의 많은 부분은 의미가 전혀 통하지 않는다는 것을 고백해야 한다. 법에

대한 글을 쓰는 사람으로서 지금까지 명예훼손법에 관해 좋다고 말한 적이 없는 모순과 기이함을 발견할 수 있다. 그리고 이 법은 무고한 피고에게 엄격책임과 ……이는 법상 가장 엄격하고 극단적인 것이다. …… 원고의 실제적 이고 매우 심각한 피해에 대해 맹목적이고 거의 외교집적으로 보상을 거부하는 원칙이 기묘하게 혼합된 것이라 하겠다. 이에 대한 설명은 부분적으로는 역사적인 우연과 생존이라고 볼 것이고 부분적으로는 우리 국민의 전통적인 언론의 자유에 대한 개념이 명예훼손으로 피해를 입은 사람에 대한 동정과 심각히 충돌하는 상반된 정책상의 분쟁이라고도 볼 것이다.」 5) 현행 미국의 명예훼손법은 판례법, 법령, 주헌법, 연방헌법의 제원칙이 매우 복잡하게 혼합되어 있어서, 이러한 제법에 대해 체계적 지식을 갖고 있지 않는 판사나 변호사들은 예기치 않은 함정을 경험하는 경우가 흔히 있다. 6)본 논문에서 필자는 미국언론법 중 가장 복잡하면서도 가장 중요하며 가장 논란이 되는 명예훼손법을 분석, 소개하고자 한다. 헌법상 명예훼손과 언론의 자유와의 충돌, 균형문제 등은 이미 다루었기 때문에 본 논문에서는 더이상 다루지 않는다. 그러나 헌법상, 즉 수정헌법 제 1 조에 근거한 연방대법원의 주요판결을 분석함에 있어서는 필요에 따라 이론적인 헌법상의 원칙들을 소개하려 한다. 필자의 목적은 이 글을 통해서 독자들이 미국의 명예훼손법의 중요한 판례를 이해함으로써 어떻게 미국의 언론이 명예훼손 문제를 접하고 있는가를 알 수 있도록 하는데 있다.

1. 명예훼손: 법적인 정의

우선 미국법상에 있어서 과연 「명예훼손」은 어떻게 정의되고 있는가? 타인의 명예를 해하는 표현이 명예훼손적임은 당연한 얘기이지만, 어떠한 표현이 법적으로 명예를 해하는 것인가에 대해서는 그리 쉽게 답할 수 있는 문제는 아니다. 일반적으로 개인의 감정을 상하게 하지만, 그 사람의 명예에 직접, 간접의 피해를 입히지 않는다면 명예훼손적인 표현은 아니다. 대신 프라이버시침해를 주장할 수 있다. 즉 단지 불쾌하게 하거나 당황스럽게 하는 것 혹은 약을 올리는 말이나 글은 개인의 감정에 관련된 것으로 명예훼손법과는 관련이 없다. 대표적인 경우로는 살아있는 사람에 대해 부고 기사를 낸 것이 명예훼손이 되느냐는 것이다. 「이러한 기사가 관련 당사자를 불쾌하게 하거나 화나게 할지도 모른다. 혹은 그를 아는 사람으로부터 조롱이나 농담의 대상이 됨으로써 기분이 상할 수도 있을 것이다. 그러나 그 자체 만으로 명예훼손소송의 사유가 되기에는 부족하다.」 7) 미국법에서는 명예훼손적인 표현에 대해 「타인의 명예를 사회의 평가로부터 저하시킬 정도로 피해를 주거나 혹은 제 3자가 그 사람과 사귀거나 거래하는 것을 억제하는 경향을 갖는」 것이라고 정의하고 있다. 8) Prosser 교수도 비슷한 정의를 내리고 있다: 「일반적인 의미의 (명예)에 해를 입히거나 원고가 갖고 있는 존경, 선의 혹은 신뢰를 저하시키거나 또는 원고에 대해 불리하고 모욕적이며 불쾌한 감정이나 의견을 갖게 하는 경향이 있는」 표현이다. 9) 대부분의 법원판결들도 명예를 저해하는 경향에 초점을 두는 정의를 채택하고 있다. 언론변호사 Robert Sack 과 Sandra Baron 은 피해경향에 중점을 두는 명예훼손법을 「이상스러운」 것이라고 했다. 『불법행위법상, 여타 분야는 일단 피고의 <과실>이 성립되면 그 다음의 문제는 관련 피고의 행위에 의해서 피해가 발생했느냐를 보는 것이지 그 피해를 야기시킬 <경향>이 있느냐를 확인하는 것은 아니다.」 10) 결과적으로

명예훼손사건에서 원고는 명예의 피해를 증명치 않고서 명예훼손과는 관련 없는 피해(예컨대 정신적인 고통)에 대한 보상을 받는 경우가 있다. 11)

II. 명예훼손사건의 성립요건

미국법상 어떠한 것이 명예훼손사건 성립의 기본요건인가를 일괄적으로 얘기할 수는 없다. 1 이유는 원고의 공적 혹은 사적인 지위나, 문제된 표현의 공적 혹은 사적인 성격에 따른 헌법적인 기준이 다르기 때문이다. 더욱이 주마다 각기 다른 과실기준은 소송성립요건을 일률적으로 나열하기를 더욱 어렵게 하고 있다. 이런 맥락에서 Smolla 교수의 9개항의 요건 분석은 매우 포괄적인 것이다. 물론, 관련 상황과 사건 관할지에 따라서 Smolla 교수의 성립요건이 일부 혹은 전부포함 될 수가 있다. 첫째, 명예훼손소송은 사실적인 진술(statement of fact)을 요한다. 둘째, 진술이 허위여야 한다. 셋째, 그것은 명예훼손적이어야 한다. 넷째, 원고에 관한 것이어야 한다. 다섯째, 원고와 피고 이외의 제 3 자에게 공표되어야 한다. 여섯째, 문제의 표현이 절대적 혹은 조건적인 법적 특권을 받는 것이 아니어야 한다. 일곱째, 실질적인 피해가 있어야 한다 단, 이 요건은 추정적 손해(presumed damages)가 인정되는 사건에서는 제외된다. 여덟째, 피고의 과실에 기인해야 할 것. 단, 이 요건도 엄격 책임(strict liability)이 인정되는 경우에는 요구되지 않는다. 마지막으로 아홉째는 일반적인 명예에 대한 손실 이외에 금전상 구체적인 피해가 있어야 한다. 단, 이 요건도 주법상 본질적인 명예훼손(libility Per so 혹은 slander per se)을 구별하여 인정하는 경우에는 문제가 되지 않는다. 12) 이 9 가지의 명예훼손의 성립요건은 1964 년에 있었던 New York Times Co. v. Sullivan 사건 13) 것은 지극히 근시안적인 결론이 될 것이다. 여전히 주법에 의한 명예훼손사건은 언론에 커다란 영향을 미치고 있다. 헌법에 의한 명예훼손의 제법률은 기존의 주법상 이론이나 법을 일부 수정했지만 나머지 것은 그대로 시행되고 있다. 14) 따라서 판례법상 인정되고 있는 명예훼손 요건을 알아본 후에 헌법상 요건을 Smolla 의 9 가지 요건에 근거하여 자세히 분석해 보기로 한다.

III. 판례법상의 명예훼손

미국법에서 명예훼손 소송을 제기할 수 있는 자격은 개인, 회사, 비영리단체나 법인 등이다. 명예권은 각 개인의 사적인 권리이므로 타인이 당사자를 대신하여 소송을 제기할 수 없다. 회사나 기업 그리고 단체는 재정이나 사업에 피해를 주는 인사에 대해 손해배상을 청구할 권리가 있다. 그러나 회사 사장이나 직원에 대한 명예훼손에 대해 그가 속한 회사의 명예가 훼손되었다고는 거의 인정치 않고 있다. 15) 판례법상 사자의 명예훼손소송 권리는 없다 또한 문제된 표현이 개별적으로 유가족에게 명예를 저하시키지 않는 한 사자에 대한 명예훼손을 이유로 제소할 수는 없는 것이다. 16) 영미법상 명예훼손소송을 제기한 후 당사자가 사망한 경우에는 소송사유가 원고의 죽음과 함께 없어지게 된다. 그러나 미국의 몇몇주에서는 법령이나 판례를 통해 명예훼손소송이 원고의 사후에도 계속 유효함을 인정하는 경향을 보이고 있다. 뉴저지주가 한 예이다. 즉 뉴저지주는 소송제기 후 당사자가 사망한 명예훼손사건에 대해 원고의 친척이 계속 소송을 할 수 있도록 하는 법률을 채택했다. 1983 년에 연방지방법원은 이 법률을 적용, Life 잡지의 보도로 인해 명예훼손을 당한

Kenneth MacDonald 가 그의 사망이전에 제기한 명예훼손소송에 대해 그의 가족들이 계속하여 소송을 할 수 있다고 판시했다.17) 1989 년에 발표된 한 연구논문에 의하면 23 개의 재판관할지역에서 법률을 통한 명예훼손소송사건을 원고나 피고의 사망후에도 계속하여 인정하고 있다 18)정부기관은 명예훼손소송을 제기할 수가 없다 일리노이주 대법원은 1923 년에 시카고시 정부가 제소한 명예훼손소송을 기각하면서 「지금까지 미국의 어느 대법원도 미국의 법제도하에서 정부에 의한 명예훼손소송을 인정 하고 있음을 결정해 본 적도 없고 심지어 시사조차 해 본 적도 없다」 고 판시했다.19) 1964 년에 연방대법원은 일리노이주 대법원의 결정을 인정했다. 20) 정부기관의 명예훼손소송금지원칙은 「법정소송의 불안을 느끼지 않고서 정부에 대해 토의할 수 있는 권리를 갖고 있다는 것은 미국정치제도의 근본원칙의 하나」 라고 한 것에 잘 반영되고 있다.21) 정부기관이 명예훼손소송을 제기할 수 없다는 원칙은 정부공무원으로 하여금 명예훼손을 당하고서도 법원에 소송을 제기할 수 없다는 의미가 아니다. 신문기사나 방송의 명예훼손 표현에 대해 공무원은 개별적으로 손해배상을 요구할 수가 있다. 그러나 공무원이라는 신분이 소송의 여러 요건에 영향을 줄 수는 있다. 명예훼손적인 허위를 유포함으로써 소송대상이 될 수 있는 사람이나 비정부 단체, 조직은 피고로서의 책임을 진다. 똑같은 명예훼손적인 언사를 여러 사람이 거듭 반복해서 개별적으로 전하는 경우 각자 손해 배상책임을 지게 된다.22) 신문기사로 인해 명예훼손소송이 제기되면 그 기사를 취재해서 작성한 기자는 물론이고 그 기사를 편집한 편집인이나 그 기사가 실린 신문사, 경우에 따라서 는 인쇄소와 배달인까지도 그 기사의 공표(publication)에 대한 책임을 지며 피고로서 소 송을 당하게 된다.23) 판례법상 원고의 소송요건은 세 가지로 국한된다. 첫번째 요건은 명예훼손의 「공표」(publication)이다. 명예훼손법상 공표란 「고의적 혹은 과실적인 행위로서 원고 이외의 다른 사람에게」 명예훼손적인 것을 전달하는 경우라고 정의된다.24) 결국 명예훼손적인 말이나 글을 원고만이 알고 있다면 명예훼손이 성립될 수 없다. 왜냐하면 불법행위로서의 명예훼손은 타인의 입장에서 보아 원고의 명예가 저하되는 것을 뜻하기 때문이다. 공표는 법률적인 용어로서 광범위한 언론을 통한 표현과는 아무런 관련이 없다. 문자를 통한 명예훼손(libel)이든지 혹은 구두에 의한 것이든지(slander)일단 제 3 자에게 전달되면 공표된 것으로 본다.25)공표는 고의나 과실에 의한 것이어야 한다.26) 즉 명예훼손적인 표현을 타인이 보리라는 타당한 기대를 전혀 갖지 않은 채 밀봉한 편지를 피고가 원고에게 보내는 경우에 예상치 않게 제 3 자가 그 편지를 뜯어보았다면 명예훼손법상 공표에 해당되지는 않는다.27) 그러나 원고가 제 3 자에게 명예훼손적인 표현을 반복해서 말할 수밖에 없는 경우가 「그 표현을 처음에 한 사람의 당연하고 있을 수 있는 결과」 라면 피고는 책임을 지게 된다.28) 장님인 원고가 편지를 받아서 타인에게 그 편지를 읽게 하는 것이 하나의 좋은 예이다. 물론 원고 스스로가 의도적으로 공표하는 것은 명예훼손소송의 요건이 될 수 없다. 그 이유는 공표가 원고의 행동에 의해서 이뤄진 것인지 피고의 행위가 아니기 때문이다. 두번째로 명예훼손사건을 구성하는 것은 원고가 문제된 표현과 관련성이 있음을 증명해야 한다. 판례법상, 원고에 관한 언급이 피고가 표현하고자 하는 목적이 아니었다는 주장은 인정되지 않는다. 명예훼손법의 기준은 「기사가 원래 의도한 당사자가 누구냐가 아니라 독자의 일부가 합리적으로 생각하기에 그 기사가 누구를

초점으로 하느냐-누구를 생각하고 썼느냐가 아니라 누가 명예훼손을 당했느냐-를 보고 있다.」 29) 만일 독자가 어느 개인과 특정적으로 관련을 지어서 명예훼손적인 기사를 읽을 수 없다면 소송의 사유가 성립될 수 없다. 원고와 명예훼손기사의 관련성을 증명하는 데에는 반드시 원고의 이름이 문제된 기사에 들어 있을 필요는 없다. 분명한 이름이 언급되어 있지 않으면 원고는 명예훼손기사가 자기에 관한 것임을 증명할 의무가 있다. 이 거증책임을 충족시키지 못한다면 소송은 기각된다 30) 명예훼손적인 진술이 원고에 관한 것임을 모든 독자들이 이해하고 있을 필요는 없다. 최소한 타당한 근거에 의해서 문제된 진술을 그와 같이 이해하는 사람들이 있으면 충분하다.31) 명예훼손적인 진술이 원고에 적용되느냐 하는 문제에 있어서 법원은 우선 그 진술이 원고의 명예를 손상시킬 수 있느냐를 결정해야 한다. 이 결정 후에 배심원은 실제로 그 진술에 의해 직접적으로 원고에 대한 명예훼손이 됐는지를 결정하게 된다.32) 법원과 배심원은 공표된 진술과 관련상황을 종합하여 문제된 진술이 원고를 지칭하는 것임을 결정할 수 있다. 집단 명예훼손(group defamation)은 원고가 명예훼손적인 표현에 얼마나 관련성이 있느냐는 문제를 더욱 복잡하게 만든다. 미국의 명예훼손법은 이 점에 대해 아직 불확실하다. 한 진술이 커다란 집단을 명예훼손할 경우 그 집단의 개별적인 구성원들은 그 진술이 자기에게 구체적으로 적용되지 않는다면 명예훼손소송을 제기할 수가 없다.33) 다른 한편으로는 소집단의 모든 구성원에게 적용되는 명예훼손적인 글은 소송대상이 되며 그 구성원이 개별적으로 소송을 할 수 있다.34) 집단명예훼손에 대해 타당하며 준거할 수 있는 법률상의 지침이 법원판결을 통해서 수립되었다. 즉 25명 이상의 집단이면 개별적인 구성원들의 명예훼손이 인정되지 않는다. 그리고 명예훼손적인 표현이 25명 이하인 집단의 불특정한 한 두명의 사람만을 지정한다면 그 한 두사람을 제외한 어느 누구도 소송을 제기할 수가 없다. 그러나 그 표현이 25인 이하 집단의 과반수를 지칭하여 명예훼손을 한다면 그 구성원 중 어느 누구라도 소송을 제기할 수 있다. 가장 중요한 관건은 문제가 되는 글이 그 집단의 개인 구성원에게 타당성 있게 적용될 수 있느냐 하는 것이다.35) 집단의 규모에 의한 소송사유결정에 대해서 뉴욕주의 한 고등법원은 「집단의 크고 작은 것을 기준으로 해서 소송을 할 수 있는냐를 결정하는 것은 너무 근시안적인 방법」이라고 비판하면서, 대신 「의심의 강도기준」(intensity of suspicion test)을 채택했다. 36) 『의심의 강도기준을 이용하면 집단의 크기는 하나의 참고사항이며 손해배상을 구할 수 있는 가능성은 그 크기에 비례해서 줄어든다. 그러나 집단의 크기는 명예훼손의 유무를 다루는데 유일무이한 평가요소는 아니다. 그것은 그 집단의 숫자와 구성의 확실성과 조직의 정도를 비교해서 균형을 맞추는 것이다.」 37) 판례법상의 세번째 명예훼손소송사유는 문제가 된 진술이 타인에게 공표된 경우에 명예훼손적이어야 한다는 것이다. 이미 언급한 바와 같이, 미국법상 「명예훼손적」이라는 개념은 법적으로 판례를 통해 수립됐다. 그러나 어떠한 글이나 언사가 개인의 명예를 저하시키는가를 결정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 시대와 장소 그리고 문화에 따라 다르기 때문이다. 이는 명예훼손에 대한 정의가 일률적이 아니라는 데에서 알 수 있다. 애리조나주에서는 명예훼손적인 기사가 뉴욕주에서는 아닐 수도 있고 현재의 명예훼손적인 표현이 1940년대에는 그렇지 않을 수도 있는 것이다 결국 일관성 있고 예측 가능한 「명예훼손적」인 표현이나 단어를 목록화해서 이용할 수는 없다. 이러한 관점에서 다음과 같은 일리노이주 법원의 솔직한 고백적인 판시는

놀라운 것이 아니다 「어떤 단어가 명예훼손적이라고 정의를 내릴 수 있는 일반적인 원칙은 없다. 그러므로 각각의 소송사건은 관련된 사실에 따라서 결정할 수 밖에 없다.」 38) 결국 「명예훼손적」이라는 개념을 정의하기 어렵다는 것은 어느 면에서 미국법상 항시 논란이 되는 음란성의 정의를 내리기 어렵다는 점과 유사하다. 음란의 정확한 정의를 어떻게 내리든지 간에 미연방대법원 판사 Potter Stewart 는 「직접 눈으로 보면 알게 된다」고 주장했다.39) 미국법원은 글이나 말이 명예훼손적인지를 결정하는 여러 가지 방법을 개발했다. 우선 특정의 단어나 말은 전체적인 표현의 맥락속에서 읽고 해석해야 한다는 것이다. 즉 「그 표현의 문구들과 헤드라인의 성격이나 사용, 그리고 특별한 효과를 내기 위해서 필자가 이용하는 기법 등을 신중히 고려해야 한다.」 40) 미국법원은 소송대상이 되는 진술을 심사할 때 그것의 자연스러운 보통의 의미를 중점적으로 본다 1990년 미시시피주 대법원은 「독자가 명예훼손적이라는 단어가 어떻게 명예를 저하시키는지 아니, 실제로 그러한지를 알기 위해 갖은 고생을 하여야 한다면, 법적으로 그런 단어 는 명예훼손적이라고 정의를 내릴 수 없다. 어떤 단어에 대해 <가장 기발한 상상력>을 동원해 야만 명예훼손적 이 라고 판단할 수 있다면, 그것은 소송의 대상이 될 정도의 것은 아니다.」 41) 「Restatement(second) of Torts」에 의하면 표현의 의미라는 것은 그 표현에 접한 사람이 그것이 뜻하는 바를 올바르게 혹은 틀리지만 타당하게 이해 하는 것 이 라고 한다. 42) 명예훼손법의 중요한 기준 가운데 하나는 어떠한 사람들이 문제된 글이나 언사를 읽고 듣느냐 하는 것이다. 미국 법원은 명예훼손적인 언사의 가부를 「올바로 생각하는」(right-thinking) 사람들의 판단에 견주어서 결정을 하거나 43) 혹은 「지역사회 상당수의 존경 받는 사람들의」 눈에 창피스러운 것이어야 한다고 판결했다. 44) 결국 표현이 오직 한 사람에게 또는 지극히 극소수의 사람들에게-이 소수의 사람들이 상당수의 소수집단(substantial minority)이 되기에는 충분치 않는-원고의 인격을 떨어뜨리는 것으로 이해된다는 것만으로는 충분치 않다. 45) 흔히 「보통」(average) 사람의 반응을 기준으로 삼기도 하지만, 보다 중요한 것은 문제된 특별한 기사를 접하는 독자의 성격이 실제로 그 표현이 명예훼손적인지를 결정하는 요소가 된다. 그러므로 반드시 보통의 「합리적인 사람」(reasonable man)을 기준으로 할 것이 아니라 그 표현을 접할 사람들이 그것으로부터 어떠한 영향을 받느냐는 것이 더욱 고려의 대상이 되어야 한다. 46) 명예훼손은 글이 나 언사의 암시를 통해서 도 가능할 수 있다. 즉 문자 그대로의 뜻보다는 함축적인 암시를 통해서 독자나 청자는 명예훼손적인 효과를 도출할 수 있다. 암시적인 명예훼손소송은 배심원으로 하여금 불확실한 법원칙을 잘못 적용하게 할 가능성이 있기 때문에 최근 수년 동안 미국 법원은 암시적인 명예훼손소송의 배상에 대해 제한을 가하는 경 향을 보였다. 47) 암시를 통한 명예훼손은 대개 세가지 형태로 생긴다. 첫째, 필자가 결론을 분명히 서술하지 않고 독자를 결론으로 유도하려고 하는 경우, 둘째 필자가 애매모호하게 여러 가지 의미를 갖는 글을 쓰는 경우, 이 의미 중에서 적어도 하나는 명예훼손적인 것이다. 셋째는 필자가 하나의 생각을 다른 생각과 함께 병행시켜서 항시 의도하는 것이 아닌 암시를 갖게 하는 경우라고 하겠다. 48) 앞서 간략히 언급한 것처럼 미국의 법원은 대개 「합리적 해석 원칙」(reasonable constructionrule)을 이용하여 소송에 문제가 되는 표현의 명예훼손성을 결정한다. 한 연방고등법원은 「사악한 사람이 아무 해로운 뜻이 없는 단어를 억지로

무리하게 해석한다고 해서 명예훼손적인 의미가 있게 되는 것은 아니다。」 49)라고 실시했다. 이 합리적 해석 원칙과 대조적인 것으로는 일리노이주에서 인정하는 이른바 「무해적인 해석 원칙」(innocent construction rule)이 있다. 이 판례법규칙에 의하면 「서면이나 구두적인 언사는 사용된 단어와 내포하는 뜻의 의미를 자연스럽게 명백하게 해석하여 문맥상 보아야 한다. 만일 그 언사가 명예훼손적이라고 해석되지 않거나 혹은 원고 아닌 다른 사람을 지칭한다고 해석하는 것이 타당하다면 소송사유가 될 수 없다. 이 일차적인 결정은 법원이 한다. 그 언사가 실제로 명예훼손적인 것으로 이해되는가 혹은 원고를 지칭하는 것으로 이해되는가는 일단 제 1심 판사가 원고편의 결정을 하고 난 후 배심원이 결정한다. 」 50) 이 와 같은 일리노이주의 명예훼손법에 의하면 애매모호한 글이나 언사가 그 해석이 억지로 무리하지 않으면 명예훼손적이 아닌 것으로 판단하여 법원은 피고에게 승소판결을 내리며 배심원의 통상적인 의미해석 역할이 완전히 배제된다. 피고에게 유리한 이 원칙 때문에 일리노이주에서는 피고가 명예훼손소송에서 승소하는 사례가 다른 주에 비해 훨씬 높다.51) 명예훼손법이 1964년에 판례법에서 수정헌법 제 1 조에 의해 헌법적인 문제로 부각이 될 때까지 「엄격책임」 원칙에 따라서 원고가 소송요건 즉, 언사의 공표, 원고와의 관련성, 그리고 명예훼손성의 유무 등을 증명하고 피고가 면책사유를 제시하지 않을 경우, 원고는 대개 더 이상의 소송절차부담이 없다. 엄격책임원칙에 의해 명예훼손적인 허위는 추정되며, 피고는 문제가 된 공표내용의 진실 등을 밝혀야 하는 거증책임을 진다. 52) 미국의 판례법상 여러 가지 명예훼손 면책사유가 인정되고 있다. 가장 오랜 전통적인 면책사유는 「진실」(truth)이다. 이미 잠깐 언급한 것처럼 긍정적인 면책사유인 진실증명의 책임은 피고에게 있다. 공표된 기사의 문자적인 진위가 결정적인 요인은 아니다. 소송대상이 된 기사가 「본질적으로 진실」이면 족하다.53) 진실증명은 명예훼손의 「골자」 혹은 「핵심」과 관련되어야 한다. 사소한 틀림이 있다고 하더라도 다른 면에서 대체로 진실한 기사라면 소송의 대상이 될 수 없다.54) 중요치 않은 세세한 것을 포함시키지 않았다고 해서 진실증명을 거부할 수는 없다. 진실면책사유와 관련하여 「증가적 피해 이론」(incremental harm doctrine)을 언급할 필요가 있다. 이 이론에 의하면 피고의 기사 중에서 소송에 관계된 부분이 관계되지 않은 부분에 비해 덜 명예훼손적이면 피고는 소송을 약식판결로 이길 수 있다.55) 피고의 진실증명은 명예훼손적인 기사의 일부, 특히 그 기사의 핵심이 진실이면 본질적으로 면책되어야 한다는 주장에 근거한다. 이 이론은 몇몇 주법원과 하급연방법원의 판결에서 인정되었다.56) 판례법에서 「공정한 논평과 비판」(fair comment and criticism)이 또 다른 중요한 면책사유이다. 의견면책사유로도 알려진 이것은 사실에 근거한 공적인 인물이나 관심에 대해 의견을 말할 수 있는 특권을 인정한 것이다. 그리고 그 논평은 공정해야 한다는 조건이 있다. 타당성있는 논평의 여부는 문제가 되지 않는다. 한편 이 면책사유는 통상적인, 판례법적인 「악의」(malice)를 갖고서 논평을 하면 면책사유의 특권을 잃는 수가 있다. 「공정 보도특권」(fair report privilege)이 세번째로 중요한 면책사유이다. 1796년에 영국법에서 처음 인정된 이 특권 57)은 다음과 같이 판례적인 정의를 내릴 수 있다: 「정부의 조치나 절차 혹은 공적인 관심사를 다루는 모임으로 일반에게 공개된 것에 대한 보고에 개인에 대한 명예훼손적인 얘기를 공표한다는

것이 정확하고 완전하며 또한 실제보도 된 상황에 대한 공정한 요약이 라면면책이 된다.» 58) 이 면책사유는 「악의」의 유무에 제한 받지 않는다.

IV. 헌법상의 명예훼손

1964년 이후 「미국의 명예훼손법의 역사는 수정헌법 제 1 조의 원칙을 명예훼손이라는 불법행위에 어떻게 적용할 것인가를 탐색하면서 오랜 전통을 갖는 빈번히 상반된 판례법의 원칙들에 헌법의 기본 이론을 적용하는 것이었다」고 명예훼손법 평자들은 주장하고 있다. 59) 종래의 제한적, 판례법적인 주법에 근거한 명예훼손법은 일대 혁명적인 변화를 겪었다. Sullivan 사건에서 극명하게 수립된 수정헌법 제 1 조의 원칙에 의해 미국에서는 「언사는 과소하게 보호되지 않도록 하기 위해서 과도하게 보호되어야 한다」는 언론표현의 대명제가 인정되고 있다. 60) Sullivan 사건에서 미연방대법원이 채택한 「실질적 악의」 원칙 (「actual malice」 rule)은 현재의 미국 명예훼손법의 헌법적인 기준이 되고 있다. 이 「실질적인 악의」 원칙은 공무원이 그의 공직에 관련된 행위에 관한 명예훼손적인 허위를 이유로 하여 손해배상을 받기 위해서는 최소한 수정헌법 제 1 조가 요구하는 「실질적 악의」를 증명해야 한다. 「실질적 악의」는 연방대법원이 정의한 것처럼 「문제의 명예훼손적인 연사가…… 그것이 허위임을 인지하고서 혹은 그것이 허위인지 아닌지를 무모할 정도로 무시하고서 행해졌다」는 것을 뜻한다. 61) Sullivan 판결의 헌법적인 원칙으로 인해 공직을 갖고 있는 정부 공무원이 명예훼손소송에서 승소하려면 기존의 판례법에서 인정되는 소송요건을 증명하는 것 외에도 피고의 「실질적 악의」를 「신빙성 있는 확실성」(convincing clarity)에 의해 증명해야 한다. 62) 「실질적 악의」는 판례법에서 뜻하는 「증오, 악감정, 적대의식 혹은 남을 해치고 싶은 이유 없는 욕망」을 뜻하는 것은 아니다. 63) 51. Amant v. Thompson 사건 64) 에서 연방대법원은 다음과 같이 판시했다: 「무모한 행위 는 합리 적 으로 사려 깊은 사람이 면 그냥 공표를 했을 것인지 혹은 공표를 하기 전에 미리 조사를 했을 것인지 하는 문제에 근거해서 평가되는 것은 아니다. 피고가 자기 기사의 진실성에 대한 심각한 의심을 실제로 갖고 있었다는 결론을 내리기에 충분한 증거가 있어야 한다. 이러한 의심을 갖고 명예훼손적인 글을 공표하는 것은 진실 혹은 허위를 무모하게 무시했다는 것을 보여 주는 것이며 실질적인 악의를 증명하는 것이라고 할 것이다.» 65) 「실질적인 악의」 기준에서 언급하는 「공직자」에는 누가 해당되는가? 그리고 Sullivan 원칙에 의해 보호받을 공직자의 「공적인 행위」에 대한 논평의 범위는 어느 정도일까? 미국의 명예훼손법에서 「공직자」의 정의는 대체로 「실질적 악의」 사건에서 만큼은 큰 문제가 되지 않고 있다. 이 부분에 대해 「사실 현재 미국의 명예훼손법 중에서 비교적 안정과 확실성이 가장 두드러진 분야」라고 Smolla 교수는 얘기 하고 있다. 그는 또한 「실질적 악의」 원칙에 해당되지 않는 공직자가 원고명예훼손 사건 중에서 「공직자가 아니 라고 판결을 받은」 경우는 거의 없다고 주장하고 있다. 66) Rosenblatt v. Baer 사건 67) 에서 연방대법원은 「(공직자)라는 칭호가 최소한 정부의 업무를 처리하는 것에 상당한 책임이나 감독권을 갖고 있거나 혹은 일반에게 그렇게 보이는 공무원에 적용된다」고 했다. 68) 명예훼손소송에서 원고가 「실질적 악의」를 증명해야 할 공직자인지를 결정하는 책임은 사실심재판의 판사가 결정한다. 이것은 「배심원이 평판이

좋지 않은 생각이나 사람들을 처 벌하는 일반평결을 이용할 가능성을 줄이고 항소법원이 헌법에 근거한 법원판결을 재심하는데 필요한 재판기록을 확보하는」 목적을 갖고 있다.

69) 「공직자」에 대한 정의가 광범위한 것처럼 「공적인 행위」에 대한 논평도 광범위하게 인정되고 있다. 형사명예훼손사건인 Garrison v. Louisiana 사건 70)에서 연방대법원은 이렇게 정의했다: 「New York Times 사건의 원칙이 단지 공직자의 공적인 명예뿐만 아니라 그의 사적인 명예 또한 피해를 입혔다고 해서 적용될 수 없다고 할 수 없다. 공직자원칙은 국민에게 그들의 공복인 공직자에 관한 정보를 자유롭게 전달해야 한다는 지극히 중요한 공적인 이해를 보호하는 것이다. 이러한 목적을 위해서 공직자의 책임성에 관한 어떠한 것도 관련성이 있다.」 71) 1967년 미연방대법원은 Sullivan 원칙을 확대해서 정부의 직책을 갖지 않는 「공적인 인사」들에게도 이 원칙을 적용했다. 즉 Fortis Publishing CO. V. Butts 사건 72)에서 4명의 대법원판사가 일치한 대법원의 결정에 동조한 Earl Warren 대 법원장은 John Marshall Harlan 대법원판사의 복수의견의 이유에 찬동치 않고 동조의견을 썼다. Warren 대 법원장은 「실질적 악의」 원칙이 공직자와 같은 공적인 인사들에게도 적용되어야 한다고 주장했다. 그는 「공직자」와 「공적인 인사」 사이의 차이를 발견할 수 없다고 했다. 아울러 「공직을 갖고 있지 않는 많은 사람들이 중요한 공적인 문제해결에 깊숙이 관여하고 있거나 그들의 유명한 사회적 지명도 때문에 일반사회 의 관심이 되는 분야의 사건 형성에 영향을 미친다」고 설시했다. 73) 이에 반해 Harlan 판사는 주장하기를 「공직자가 아닌(공적인 인사)는 그의 명예에 대한 실질적인 위험이 분명한 명예훼손적인 허위에 대해 손해배상을 구하고자 한다면 책임감 있는 언론발행인이 통상적으로 준수하는 사실조사과 취재의 관행으로부터 극단적으로 이탈된 매우 부당한 행동을 증명해야 한다」고 했다. 74) 「실질적 악의」 이론은 1971년에 「공적인 혹은일반적인 흥미」(public or general interest) 있는 일에 관한 어떠한 명예훼손적인 기사에도 적용할 정도로 확대되었다. William Brennan 대법원판사가 쓴 Rosenbloom v. Metromedia, Inc. 사건 75) 의 복수의견에서 「한 사건이 공적인 혹은 일반적인 흥미의 주제가 된다면 단지 사적인 인물이 개입되어 있거나 혹은 어느면에서 그 인물이 (자발적으로)개입되는 것을 선택하지 않았다는 이유만으로 그 사건이 갑자기 공적인 관심사가 되지 않는 것은 아니다」라고 주장했다. 76) 따라서 연방대법원은 관련당사자들이 유명인사든지 무명인이든지를 막론하고 공적인 일반적인 관심사에 관한 모든 토론과 표현에 Sullivan 원칙을 적용했다. 77)한 저명한 명예훼손법 전문가는 미국 언론에게 명예훼손으로부터 최대의 보호를 인정했던 Rosenbloom 결정을 「훌륭하지 너무 짧은 동안 통치한 왕」이라고 규정지었다. 78) 이 결정은 3년 후인 1974년에 5대 4의 다수의견에 의해서 Gertz V. Robert Welch, Inc. 사건 79)에서 번복되었다. Sullivan 판결 이후 가장 중요한 명예훼손사건인 Gertz 결정은 「실질적 악의」 원칙이 사적 인물이 관련된 사건에는 적용되지 않는다고 판결했다. Gertz 판결은 언론의 자유에 대한 헌법의 보장과 명예권에 대한 판례법의 보호를 균형 있게 조화시키는 일련의 헌법적인 지침을 제시했다. 첫째로 연방대법원은 공직자와 공적인 인물이원고인 공적인 관심사에 관한 명예훼손사건에서 원고가 「실질적 악의」를 입증해야 한다고 판시했다. 대법원의 이유논지는 다음과 같다: 「이론 업적으로 해서 유명해진 경우 혹은 일반의 관심을 열심히 성공적으로 추구함으로써 공적인 인물로 타당하게 분류되는 사람들과 정부의 관직을

갖고 있는 사람들은 문제가 된 명예훼손적인 허위를 거짓임을 알고서 혹은 진실을 무모하게 무시 하면서 공표했음을 분명하고 신빙성있게 증명함으로써만이 손해배상을 받을 수 있다.» 80) 대법원은 특히 두 부류의 공적인 인물을 파악했다. 사회에 고도의 설득력과 영향력을 행사하는 위치에 있는 인사들은 모든 목적이나 상황에 있어 공적 인사가 되며 다른 보다 흔한 부류의 공적 인사는 「특정의 공적인 논쟁을 해결하는데 영향을 주기 위해서 자발적으로 깊숙이 선두에 서서 관여하는」 경우이다.81) 둘째로 연방대법원은 「과실 없는 책임을 부과하지 않는 한, 주법원은 사적 인물에 피해를 주는 명예훼손적인 허위를 공표한 것에 대해 적절한 책임을 신문사나 방송사에 부과할 수 있다」 82)고 판시했다. 주법원이 책임기준을 정하는 요건으로는 최소한 명예훼손적인 기사나 방송의 내용이 「명예훼손의 위험이 상당하며 분명한 경우」 여야한다.83) 셋째, 연방대법원은 사적 인물인 원고가 언론사측의 「실질적 악의」를 입증하지 못할 경우, 주법원이 추정적(presumed) 손해배상이나 징벌적(punitive) 손해배상을 인정해서는 안된다고 판결했다 「실질적 악의」를 증명할 수 없는 사적 인물은 실제로 입은 명예에 대한 피해만을 보상 받을 수가 있다. 이 실제적인 피해는 금전적인 손실 이외에도 「지역사회에서의 명예와 신분의 저하, 개인적인 모욕과 정신적인 고뇌와 고통」을 포함한다. 84)사적인 인물의 「실질적 악의」 증명에 대한 Gertz 결정은 사적인 관심, 즉 공적인 문제와 관련이 없는 사적 명예훼손사건에는 적용되지 않는다. 1985년 Dun & Bradstreet, Inc. v. Green-moss Builders, Inc. 사건 85)에서 연방대법원은 사적 인물인 원고가 사적인 일이나 문제에 관련된 허위적인 명예훼손에 대해 추정적인 혹은 징벌적인 배상을 요구하는 경우에 「실질적인 악의」를 증명할 필요는 없다고 했다. 사적 인물의 명예훼손사건의 책임기준을 주법원 나름대로 정하라는 연방대법원의 Gertz 판결의 판시내용에 따라서, 지난 20년 동안 적어도 34개 주는 과실(negligence)기준을 적용하고 있다. 86)4개 주 즉 콜로라도, 인디애나, 뉴저지 그리고 알래스카주는 공적인 관심사에 관한 사적 인물이원고인 사건에 「실질적 악의」 기준을 인정함으로써 Rosenbloom의 원칙을 따르고 있다고 할 수 있다.87) 뉴욕주는 「실질적 악의」와 「과실」의 중간인 「과도한 무책임」(gross irresponsibility)원칙을 적용하고 있다. 이 기준에 의하면 언론기관의 보도가 합법적인 공공의 관심사에 관한 것이며 사적 인물이 원고인 사건의 경우, 원고는 언론사측이 책임감 있는 언론이 통상 준수하는 정보취득과 전파의 기준을 적절히 고려치 않고 과도하게 무책임적으로 행동했다는 증거를 현저히 제시해야만이 손해배상을 받을 수가 있다.88) 이 뉴욕주의 명예훼손기준은 Harlan 대법원판사가 주장한 Curtis Publishing Co.사건의 「사려 깊은 언론사」 원칙과 유사한 것이라고 하겠다. 「실질적 악의」 원칙은 판례법상 인정되어온 진실면책사유의 실제적인 효용가치를 상당히 감소시켰다. 사실, 「이제는 진실입증이 대개 명예훼손소송으로부터 방어적인 기능을 갖고 있다고 볼 수 없다. 대신 적어도 공적 인물인 원고가 제소한 사건이나 공적인 문제와 관련한 글에 대한 사건인 경우에는 허위의 입증책임이 원고에게 있다. 」 89)Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps 사건 90)에서 연방대법원은 「적어도 신문사가 공적인 관심사에 관한 사항을 기사화한다면 사적 인물인 원고는 문제된 기사가 허위임을 증명치 않고는 손해배상을 받을 수 없다」고 판결했다.91) Hepps 결정은 소송사유가 된 언사가 사적인 사항에 관한 것이며, 사적 인물이 원고인

소송에서는 진실증명을 피고가 해야 한다는 판례법의 원칙에 영향을 주지 못한다. 미국의 명예훼손법의 기본원칙인 「실질적인 악의」는 대개 허위의 인지에 있다가 보다는 거짓의 무모한 무시에 관련이 있는 경우가 많다. 즉 거짓임을 알고서 명예훼손을 했다는 소송은 진실을 무시하고서 했다는 사건보다 훨씬 적다. 왜냐하면 언론이 거짓임을 알면서 기사를 게재하는 예는 지극히 드물기 때문이다. 결과적으로 원고는 대부분 어느 정도 피고의 「실질적 악의」 입증은 진실의 무시에 초점을 맞춘다. 판례에 의하면 피고가 원고에게 어떠한 악감정을 갖고 있느냐는 것은 그 자체만으로는 무모한 진실의 무시라고 할 수 없다. 그러나 「악감정을 갖고 있음을 증명하면 피고가 문제된 표현이 거짓임을 알았거나 혹은 무모할 정도로 행동할 만큼 악의에 눈이 멀었음을 나타내는」 아주 중요한 요인이 될 수 있다. St. Amant 사건에서 대법원이 판사한 것처럼 「사전에 조사를 하지 않았다는 것 그 자체는」 「실질적 악의」를 구성하지 못한다. 왜냐하면 허위에 대한 주관적인 인식이나 진실을 무모하게 무시했다는 것을 증명하지 못하기 때문이다.92) 물론 상황에 따라서 심각한 의심이 있음을 증명하는 요건의 하나가 될 수는 있다. 1989년 연방대법원의 명예훼손사건인 Harte-Hanks Communications v. Connaughton 사건 93)에서 어떻게 「실질적 악의」를 「무모한 무시」를 통해서 증명하는가가 문제되었다. 사실 이 사건을 이해함으로써 어떻게 「실질적 악의」를 미국의 법원들이 다루고 있느냐를 깊이 있게 알 수 있다. 이 점에서 이 명예훼손판결을 깊이 있게 분석할 필요가 있다 우선 사건의 배경을 보자. 이 사건에는 오하이오주 해밀턴시에 있는 지방신문인 Journal News에 실린 한 기사가 관계되었다. 1983년 11월 1일자 신문의 첫 페이지에 나온 그 기사는 해밀턴시 판사직 선거에 출마하는 Daniel Connaughton이 해밀턴시 법원의 부패조사에 자기를 도와주는 대가로 Alice Thompson과 그녀의 여동생에게 저녁식사대접, 직업보장, 그리고 플로리다주 여행을 포함한 「더러운 계약」을 이용했다는 대 배심원의 증인인 Alice Thompson의 주장을 보도했다. 이 기사가 나가자 Connaughton은 소송을 제기 했고 연방지방법원의 배심원은 그 기사가 허위이고 명예훼손을 했으며, 「실질적 악의」를 갖고 신문에 게재되었음을 이유로 20만 달러의 손해배상지불을 결정했다. 제 6 순회 연방고등법원은 재판증거기록을 상세히 심사한 후 「실질적 악의」 발견을 포함한 배심원의 결정을 인정했다.94) 「실질적 악의」에 대한 배심원의 결정은 피고신문의 그 기사게재의 동기와 언론보도관행과 매우 깊은 관계가 있으므로 증거기록을 요약할 필요가 있겠다. 1983년 9월 17일 린 ice Thompson과 그의 여동생인 Patty Stephens가 Connaughton을 그의 자택에서 만났다. Stephens는 해밀턴시 법원 수석서기의 중개인으로 뇌물을 요구해서 받았다고 주장했다. Connaughton은 두 여자들과의 대화의 일부를 녹음했다. 시검사와 상의한 후 Connaughton은 그 녹음테이프를 경찰에 전달했고 수석서기를 형사 고발했다. 현직 시판사인 James Dolan은 재선선거에 나서고 있었는데 Connaughton의 주장을 「더러운 계약」이라고 공격했다. Connaughton은 자기의 행동을 소상히 밝히고 독자투고편지를 Journal 신문에 보내 게재했다. Dolan 현직판사를 비난하는 글이 경쟁신문인 Cincinnati Enquirer에 실렸다.95) 수석서기는 사임을 했고 후에 구속되었다. 1983년 10월 27일 수석서기의 변호사 요청으로 모임이 있었다. 모임에 참석한 사람은 수석서기의 변호사와 대 배심원증인인 린 ice Thompson, Journal지의 발행인, 편집책임자와 신문기자였다. Thompson은 Connaughton이

「속임수를 써서」 자기와 여동생에게 뇌물수수 등을 밝히게 했다고 주장하면서 Connaughton 이 했다는 범법적인 약속과 회유 등을 얘기했다. 그녀는 Connaughton 이 전에 자신들이 한 진술을 갖고서 Dolan 과 사적으로 대면해서 그를 사임시키겠다는 계획을 말했다고 주장했다. Thompson 은 또한 그 자매들에게 Connaughton 이 정보대가에 대해 절대적인 신원 비밀보장을 약속했는데 이것은 녹음기를 끄고 나서 했다고 말했다. 그녀는 Connaughton 의 말을 자기의 여동생이 확인할 수 있다고 주장했다. 다음날 Journal 신문 편집장은 보도부기자들과 만나서 Thompson 의 신뢰성을 토의했다. 그는 기자들에게 그 자매들과 Connaughton 의 모임에 참석한 모든 사람들과 직접 얘기를 하라고 기자들에게 지시했다. 그러나 Thompson 의 주장을 가장 확실히 확인할 수 있는 인물인 Patty Stephens 는 놀랍게도 기자들의 인터뷰대상인물 중에서 빠져 있었다. Thompson 의 주장을 조사, 확인하기 전에 1983 년 10 월 30 일(일요일)자에 유권자들은 선거운동 중에 사기이며 비정직한 것으로 나중에 밝혀질지도 모르는 후보자에 게지지 투표를 한다는 것 이문제가 됨을 암시하는 「편집장 수첩」 칼럼이 Journal 신문에 실렸다. 그 칼럼은 또한 현직판사를 비난한 Enquirer 지에 보도된 기사의 동기와 신뢰성을 의심했다. 다음날 Journal 은 최종 지지평가를 하기 위해서 Connaughton 을 만나 얘기했다 Connaughton 은 Thompson 을 만난 사실을 인정 했으나 그녀의 주장을 강력히 부인했다. 그는 Thompson 이 거짓말을 했거나 혹은 자기의 말을 잘못 해석하고 있다고 주장했다. 1983 년 11 월 1 일 Journal 에 Thompson 의 주장과 Connaughton 의 반박을 담은 기사가 게재되었다. 연방지방법원의 배심원은 그 기사가 명예훼손적인 허위이고 「실질적 악의」에 대한 명백하고 신빙성 있는 증거가 있다고 평결을 내렸다. 연방고등법원은 2 대 1 로 지방법원의 결정을 인정했다. 재판부는 전체재판기록을 검토한 후 부수적인 사실에 대한 배심원의 결정에 오류가 분명치 않다고 결론을 내렸다. 그리고 나서 Sullivan 사건에서 연방대법원이 인정한 명예훼손판결을 독립적으로 항소, 상고법원이 재심사하라는 원칙을 Bose Corp. v. Consumers Union of United States 사건 96)에서 적용한 대로 모든 재판사실기록을 심사했다. Bose 사건에서 연방대법원은 법률심을 하는 법원이 「재판기록상의 증거가 명백하고 신빙성 있게 실질적 악의를 입증하지 못한 어떠한 사실심재판결정도 금지하는 헌법상의 기준을 만족시키기에 충분한지를 독립적으로 결정해야 한다」고 판결했다.97) Harte-Hanks 판결에서 고등법원은 증거가 명백하고 신빙성이 있다고 결정했다. 연방대법원에 상고하면서 피고 신문사는 고등법원이 Curtis Publishing Co.사건에서 Harlan 대법원판사가 주장한 피 고의 「매우 부당한 행위」 기준을 적용함으로써 「실질적 악의」 원칙을 따르지 않았다고 주장했다.98) 또한 고등법원이 전체기록을 새로이 독립적으로 올바르게 심사하지 않았다고 항변했다.99) John Paul Slovens 대법원판사가 뿐 만장일치의 의견에서 연방대법원은 고등법원의 결정을 인정했다. 연방대법원은 고등법원 판결문의 문구를 보면 덜 엄격한 「매우 부당한 행위」 기준을 적용했다는 추정을 뒷받침하는 것이 있다고 했다. 그러나 그 판결문의 전체를 읽어보고 난 후 연방대법원은 피고신문의 일반적인 보도관행으로부터 의 일 탈과 Connaughton 과 Enquirer 신문에 대한 악감정을 갖고 있는 증거로 볼 때 재판기록상 「실질적 악의」가 입증된다는 고등법원의 궁극적인 결정을 단지 보조적인 뒷받침 이 라고 결론을 내렸다. 100)판사들이 피고의 동기나 일반적인 관행을 일탈했다는 요인들에 너무

지나치게 의존해서는 안된다는 것을 환기시키면서 연방대법원은 명예훼손사건에서 원고가 상황적인 증거를 통해서 피고의심적인 상태를 증명할 권리가 있다고 판결했다. 대법원은 「원고의 동기나 주의에 대한 증거가 실질적 악의를 조사하는 것에 아무런 관련이 없다고 말할 수는 없다」고 실시했다.100) 연방대법원은 사전조사를 하지 않았다는 사실 하나만으로는 「실질적 악의」 증명이 될 수는 없다는 판례를 재천명하면서 그러나 「진실을 의도적으로 피하는 것은 전혀 다른 문제」라고 판시했다.102) 대법원은 증거기록을 주도면밀히 검토한 후 「실질적 악의」를 유추할 수 있는 치명적인 정보를 찾았다. 첫째, 피고 신문이 문제의 모임에 참석했던 Connaughton의 지지자들의 한결같은 부인에 특히 비추어 볼 때 Thompson의 주장을 확인할 수 있는 Patty Stephens와 인터뷰를 하지 않았다는 것은 「도저히 믿을 수 없는」 것이라고 보았다. 둘째, 대법원은 피고 신문이 Connaughton의 집에서 한 Stephens의 인터뷰녹음테이프를 듣지 않기로 결정한 것은 「실질적 악의」의 증거를 뒷받침한다고 판단했다. 셋째, 후보자들의 정직성에 대한 『편집장 수첩』의 내용은 피고신문이 이미 증거가 어떻게 전개 되든지 간에 Thompson의 주장을 신문에 게재하기로 결정했음을 보여주는 것으로 해석해야 한다고 판시했다. 마지막으로 대법원은 피고의 재판선서증언이 불일치함으로써 배심원에게 완전한 조사를 하지 않은 것이 진실을 의도적으로 피하려는 노력이 라는 인상을 줬다고 말했다. 물론 Harte-Hanks 판결로 새로운 명예훼손기준이 나온 것은 아니지만 이 판결은 언론기관에게 매우 교훈적인 기회를 주는 사건이라고 할 것이다. 우선, 이 판결은 언론이 명예훼손적인 기사에 대한 책임을 피하는 데 있어서 어느 정도로 「실질적 악의」원칙을 이용할 수 있는지, 아니 이용할 수 없는지를 보여주는 산교육의 예라고 하겠다. 분명 피고 신문은 선거후보에 대한 분쟁의 양쪽을 정확히(accurately) 들은 대로 보도했다. 그러나 연방대법원의 결정은 언론 보도에서 얘기하는 객관성이 적어도 피고가 가장 중요한 가장 명백한 정보원을 접촉하려는 노력을 하지 않는 경우에는 「실질적 악의」 혐의를 부정 하기에는 부족하다는 것이라고 결론짓고 있다. 중요한 정보원을 의도적으로 피하게 되면 그것은 진실을 고의로 피하고 있음을 시사한다고 할 수 있다. 다음 두번째로는 미연방대법원이 피고의 진실에 대한 무모한 무시를 보여주는 정황적인 증거를 상당히 중요하게 다루고 있다는 점이다. 물론 이들 증거들이 각자 개별적으로 보면 결코 무모한 무시 기준에 미칠 수는 없다. 그러나 그 모든 증거를 함께 종합적으로 분석하면 그 증거들은 진실의 무모한 무시가 된다. 연방대법원이 언급한 상황적인 요인 가운데는 원고와 경쟁신문사에 대한 적대감, 문제된 주장들의 몇 가지 불가능성, 상호모순적인 정보를 무시한 것, 정보원을 의심할 수 있는 분명한 이유, 분명한 정보원을 확인하지 않은 것, 그리고 조사결과에 개의치 않고 기사를 게재하려는 피고의 의도 등이 있다. 마지막으로 진실을 의도적으로 피했다는 피고의 행위와 깊이 관련 있는 것은 재판 중에 신문사측 증인들의 진술이 모순 투성이었다는 것이다. 이것은 적지 않게 배심원들에게 피고의 주장을 믿을 수 없다는 결론을 갖게 만들었다. 「실질적 악의」 원칙이 명예훼손책임으로부터 언론을 많이 보호하고 있음은 두말할 필요가 없다. 그러나 문제는 언론이 허위에 대해 인식하고 있었다면 아무런 소용이 없다는 것이다. 특히 「어떠한 언사가 단지 누군가 그 언사를 했다는 이유자체만으로 흔히 뉴스거리가 된다. 그리고 그 말이 사실이라고 믿어지기 때문이라기 보다는 그 자체가 일반에 흥미가 있기 때문에 언론에

보도된다」는 언론의 기본생리를 염두에 둔다면 「실질적 악의」의 한계성을 이해할 수가 있다.¹⁰³⁾ 이른바 「중립보도 J(neutral reportage)라는 원칙이 지난 1977년 이후 종종 연방 하급법원과 주법원에서 적용되어 왔다. 이 원칙은 뉴스 가치가 있는 연사를 다시 반복하여 게재하는 것을 헌법상 보호한다. 제 2 순회 연방 고등법원이 처음 정의한 이 「중립보도」 기준은 몇 가지 조건적인 상황이 수반되어야 한다. Edwards v. National Audubon Society 사건 104)에서 나온 이 정의는 다음과 같다: 「책임 있는 이름있는 단체가…… 공적인 인물에 대해 중대한 공격적인 비난을 하는 경우에 수정헌법 제 1 조는 기자가 사적으로 그 비난의 진실을 어떻게 생각하든지에 관계치 않고 그것을 정확히, 그리고 불편부당하게 보도하는 것을 보호한다…… 이런 비난이 뉴스가치가 있다는 것은 바로 그 비난이 있다는 사실인 것이다. 우리는 언론이 단지 진실에 대한 심각한 의심을 갖고 있다는 이유 때문에 뉴스가치가 있는 연사를 보도치 못한다는 것이 수정헌법 제 1 조에 의해 요구된다고는 믿지 않는다. 그리고 언론은 명예훼손책임에 대한 불안을 갖지 않고 그 비난을 보도하기 위해서는 의심스러운 비난들을 옹호해서는 안 된다…… 극히 신중을 요하는 문제여서 흔히 야기되는 논쟁에 대해 일반 국민이 충분히 알아야 할 이해관계 때문에 언론에게는 이런 비난들의 진실여부에 책임을 느낄 필요없이 보도할 자유가 부여되어야 한다.»¹⁰⁵⁾ 현재까지 연방대법원은 이 「중립보도」 원칙에 대한 판결을 내린 적이 없다. 주법원과 하급연방법원에서 대체로 인정되는 경향을 보이고 있으나 일부는 인정하지 않는 예도 있다.¹⁰⁶⁾ 편 언론기관이 통신을 전재하여 기사를 게재한 경우 명예훼손법에서 과실책임의 이유가 될 수 있을 것인가? 특히 「실질적 악의」를 입증할 수 있을까? 이점에서 1985년의 「통신기사 게재의 면책」(「wire service) libel defense)을 인정한 매사추세츠주 대법원의 결정은 주목할 만한 가치가 있다. Appleby v. Daily Hampshire Gazette 사건 107)에서 매사추세츠주 대법원은 아래와 같이 결정했다. 「게재하기 전에 통신 기사를 확인하라고 요구한다는 것은 언론사의 뉴스 가치 있는 정보를 전달할 수 있는 능력에 큰 짐이 될 것이다…… 확인하는 데에는 시간이 많이 소요되고 경비가 많이 드는 것이므로 이런 부담을 과하는 것은 규모가 작은 언론사들로 하여금 단지 자기 지역에서 일어나는 소식만을 보도케 하는 결과를 초래할 것이다.»¹⁰⁸⁾ 그러나 주대법원은 「통신을 전재 한 기사가 본질적으로 전혀 있을 수 없거나 일관성이 없어서 피고 언론이 그것의 정확성을 의심할 이유가 있는 경우에는」 확인할 필요가 있다고 판시했다. 또한 「피고가 통신 기사에 대한 외부적인 사실들을 알고 있어서 그 기사의 진실에 의심을 갖게 되는」 경우에도 확인의무가 부과될 수 있다고 보았다. 지금까지 통신기사 게재로 인해서 언론사가 명예훼손책임을 진 예는 의 없으며 대부분의 미국법원은 약식판결로 언론사 승소판결을 내렸다. ¹⁰⁹⁾

주

※주표기는 「The Blue book . A Uniform System of Cltation」(15th ed. 1991)을 참고했다.

1) Robert H. Phelps & E. Douglas Hamilton, 「Libel Rights, Risks, Responsibilities」 1(1966).

- 2) T. Barton Carter et al., 「The First Amendment and the Fourth Estate」 82(6th ed. 1994) .
- 3) Rodney A. Smolla, 「Law of Defamation」 1~6(1994).
- 4) Don R. Pember, 「1994 Update for Mass Media Law」 3(6th ed. 1994) .
- 5) W. Page Keeton et al., 「Prosser and Keeton on Torts」 771 ~ 72 (5th ed. 1954) .
- 6) David A Elder, 「Defamation: A Lawyer's Guide」 In "Preface"(1993)
- 7) Cohen v. New York Times Co., 153 A.D. 242, 138 N.Y.S. 206(2d Dep't 1912).
- 8) 「Restatement (Second) of Torts」 sec. 559(1977) ,
- 9) Keeton et al., supra note 5, at 773.
- 10) Robert D. Sack & Sandra S. Baron 「Libel, Slander, and Related Problems」 75 (24 ed. 1994).
- 11) Id.
- 12) Smolla, supra note 3, at 1 ~32.
- 13) 376 U. S. 254(1964).
- 14) Carter et al., supra note 2, at 83.
- 15) See, e. g., McBride v. Crowell-Collier Publishing Co., 196 F.2d 187(5th Cir. 1952).
- 16) See Gugliuzza v. KCMC, Inc., 606 So. 2d 790 (La. 1992) .
- 17) MacDonald v. Time, Inc., 554 F. Supp. 1053(D.N.J 1983).
- 18) Kyu Ho Youm, "Survivability of Defamation as a Tort ", 66 「Journalism Q.」 646,652(1989).
- 19) City of Chicago v. Tribune Co., 139 N.S.86, 88 (1923).
- 20) Sullivan, 376 U.S. at 291 ~92.21) Tribune Co., 139 N.E. at 91.
- 22) 「Restatement(Second) of Torts」 sec. 581 (1977).
- 23) Sack & Baron, supra note 10, at 168.
- 24) 「Restatement (Second) of Torts」 sec. 577(1977).
- 25) See 「Restatement (Second) of Torts」 sce. 577 Comment a (1977).
- 26) 「Restatement (Second)of Torts」 sec. 577(1977) .
- 27) See Barnes v. Clayton House Motel, 435 S.W.2d 616(Tex. Civ. App. 1968) .
- 28) See McKinney v. County of Santa Clara, 168 Cal. Rptr 89(1980).
- 29) Paul p. Ashley, 「Say It Safely」 30 (4th rev. ed.1966)
- 30) See Sims v. Kiro, 580 p.24 642(Wash. 1978),cert. denied,441 U.S.945(1979).
- 31) Geisler v. Detocelli, 616 F.20636(2d Cir 1980) .
- 32) 「Restatement (Second) of Torts」 sec. 614(1977) .
- 33) Arcand v, Evening Call Publishing Co., 567 F.24163(1st Cir. 1977) .
- 34) Id.35) Slade R. Metcalf, 1 「Rights and Liabilities of Publishers, Broadcasters and Reporters」 1 ~50(1994)(citations omitted) .
- 36) Brady v. Ottaway Newspapers, Inc., 84 AD. 2d226(24 Dep't 1981).
- 37) Id. at 236.

- 38) *Newell v. Field Enters.*, 415 N.S.24434(111. App.Ct.1980); *Calvin v. Gallagher*, 401 N.2.24 1243(111.App. Ct. 1980) .
- 39) *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (Stewart, J.,concurring, 1964) .
- 40) *Powers v. Durgin-Snow Publishing Co.*, 144 A2d294(1958).
- 41) *Lawrence v Evans*, 573 So. 24 695, 698(Miss, 1990) (quoting *Fulton v. Mississippi Publishers Corp.*, 498 So. 201215, 1217(Miss, 1986)).
- 42) 「Restatement (Second) of Torts」 sec. 563 (1977)
- 43) *Kimmerle v New York Evening Journal, Inc.*,186 N.2.217(1933).
- 44) *Ryan v, Herald Ass'n*, 566 A.24 1316(Vt. 1989) .
- 45) 「Restatement (Sceond) of Torts」 sec. 559 comment e(1977)
- 46) Sack & Baron, *supra* note 10, at 81.
- 47) *Id.* at 86.
- 48) Neil J. Rosini, 「The Practical Guide to Libel Law」 15(1991)
- 49) See *Wheeler v. Dell Publishing Co.*, 300 F.24372, 376 (7th Cir. 1962)
- 50) *Chapski v. Copley Press*,02 N.S.2d 195,199(111. 1982).
- 51) See generally *Kyu Ho Youm*, "The Innocent Construction Rule : Ten Years After Modification" 14 「Comm. & L.」 49(Dec. 1992)
- 52) *Rinaldi v. Holt, Rinehart & Winston, Inc.*, 366N.E.241299(N.Y.), cert denied,434 U.S.969(1977).
- 53) *Masson v New Yorker Magazine, Inc.*, 111 5.Ct 2419, 2432~33(1991) .
- 54) See, e.g., *Langston v. Eagle Printing Co.*, 7975. W. 2466(Tex. App. 1990).
- 55) *Finklea v. Jacksonville Daily Progress*, 7425.W. 24512(Tex. Ct App. 1987).
- 56) See *Kyu Ho Youm*, "The I ncremental Harm Doc-trine After Masson", 9 「Sw. Mass Comm. J.」 IS(1994) .
- 57) See *Curry v. Walter*, 126 Eng. Rep. 1046(1796) .
- 58) 「Restatement (Second) of Torts」 , sec. 611(1977) For a comparative analysis of the fair Report Privilege in 0.5. and English libel law, see *Kyu HoYoum*, "Fair Report Privilege Versus Foreign Government Statements United States and English Judicial Intepretations Compared", 40 「Int'l & Comp. L.O.」 124(1991).
- 59) Sack & Baron, *supra* note 10, at 1.
- 60) *Harry Kalven, Jr.* "The New York Times Case A Note on'The Central Meaning of the First Amend ment'".1964 Sup. Ct. Rev. 191, 213.
- 61)376 U.S.at 279~80 62) *Id.* at 283.63) *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64,78~79 (1964).
- 64) 390 U.S. 727(1908)65) *Id.* at 731.66) *Smolla*, *supra* note 3, at 2~88. 67)383 U.S. 75(1966) 68)*Id.* at 85. 69)*Id.*
- 70) 379 U.S.64(1964).
- 71) *Id.* at 77.
- 72)388 U.S. 130(1967)

- 73) *Id.* at 163 (Warren, C.J., concurring).
- 74) *Id.* at 155 (plurality opinion of Harlan, J.).
- 75) 403 U.S. 8 (1971).
- 76) *Id.* at 43 (plurality opinion of Brennan, J.), Chief Justice Warren Burger and Justice Harry Blackman joined Justice Brennan in the plurality opinion.
- 77) *Id.* at 44.
- 78) Bruce W. Sanford, *Libel and Privacy* 300 n. 258 (2d ed. 1993).
- 79) 418 U.S. 323 (1974).
- 80) *Id.* at 342.
- 81) *Id.* at 345.
- 82) *Id.* at 347.
- 83) *Id.* at 348.
- 84) *Id.* at 349-50.
- 85) 472 U.S. 749 (1985).
- 86) See Sack & Baron, *supra* note 10, at 340.
- 87) See *Walker v. Colorado Springs Sun, Inc.*, 538 P.2d 450 (Colo.), cert. denied, 423 U.S. 1025 (1975); *Aafco Heating & Air Conditioning Co. v. North-West Publications, Inc.*, 321 N.E.2d 580 (Ind. 1974), cert. denied, 424 U.S. 913 (1976); *Sisler v. Gannett Co.*, 516 A.2d 1083 (N.J. 1986); *Gay Y. Williams*, 486 F.Supp. 12 (D. Alaska 1979). But cf. *Sisemorre v. U.S. News & World Report, Inc.*, 662 F.Supp. 1529 (D. Alaska 1987).
- 88) *Chapadeau v. Utica Observer-Dispatch, Inc.*, 341 N.E.2d 569, 571 (N.Y. 1975).
- 89) Sack & Baron, *supra* note 10, at 171-72.
- 90) 475 U.S. 767 (1986).
- 91) *Id.* at 778.
- 92) 51 Amant, 390 U.S. at 733.
- 93) 1095 Ct. 2678 (1989).
- 94) *Connaughton v. Harte-Hanks Communications*, 842 F.2d 825 (6th Cir. 1988).
- 95) *Id.* at 531.
- 96) 466 U.S. 485 (1984) 97) *Id.* at 511.
- 98) *Harte-Hanks*, 1095 Ct. at 2683-84.
- 99) *Id.* at 2684. 100) *Id.* at 2686.
- 101) *Id.* 102) *Id.* at 2699. 103) Sack & Baron, *supra* note 10, at 391.
- 104) 556 F.2d 113 (2d Cir.) cert. denied, 434 U.S. 1002 (1977).
- 105) *Id.* at 120.
- 106) For a discussion of the judicial application of the neutral reportage doctrine during its ten years after *Edwards*, see Kyu Ho Youm, "Ten Years of 'Neutral Reportage' Doctrine: U.S. Approach to Defamatory Republication", 9 FJ. Media L. & Prac. 25 (1989).
- 107) 478 N.E. 2d 721 (Mass. 1985).

108) Id. at 725.109) Kyu Ho Youut "The'Wire Service'LibelDefense",70 Fjournalism 0. J
682,688(1993).

- 건국대 영문학과, 미국남일리노이대 대학원(신문학 박사)
- 미국 마이애미대 신문학교수 역임
- 현재 미국 애리조나주립대 월터 크롱카이트 신문대학언론법 교수