외국논문

미 · 캐나다간 명예훼손범 비교연구
-현실적 악의론의 적용을 중심으로-
The Actual Malice Rule: Why Canada Rejected the American Approach to Libel

토마스 휴즈 (Thomas A. Hughes)

이 글은 Colorado 대학교 언론대학에서 편찬하는 "Communication Law and Policy" 1998 년 봄호에 실린 Thomas A. Hughes(노스캐롤라이나 대학교 언론학 박사 과정)의 논문을 역한 것이다…….……..·편집자 주

이 논문은 캐나다와 미국의 명예훼손법을 비교 · 검토한 것으로, 1995 년 캐나다 대법원이 Hill v. Church of Scientology of Toronto 사건에 대해 내린 판결에 초점을 맞추고 있다. 이 판결에서 재판부는 New York Times Co. v. Sullivan 사건에 대한 미국 대법원의 판결에 의해 확립된 명예패손 판결기준, 즉 '현실적 악의 기준'을 캐나다 대법원이 당연히 수용해야 한다는 주장을 기각시켰다. 이 글은 Hill 사건의 판결 논거를 Sullivan 사건 및 그 후속 사건의 논거와 비교, 대조하고 있다. 현실적 악의 기준에 대한 미국 내에서의 비판적 연구성과에서 추출한 캐나다 법원의 판결논거는 미국에서 진행 중인 명예훼손소송 개혁논의에 새로운 관점을 제공해 줄 것이다. 이 논문이 밝히고 있듯이 캐나다 병원은 언론자유보다는 개인의 명예를 보호하는데 중점을 두고 있으며, 미국 법학자들은 이러한 접근법에 세밀한 주의를 기울일 필요가 있다.

십여년 이상 미국의 많은 법학자들은 명예훼손법이 개혁되어야 한다고 말해왔다. 이들은 특히 New York Times Co. v. Sullivan 사건을 통해 확립된 '현실적 악의 기준'은 다수의 잘못된 판결에 직접적 영향을 끼쳤으며, 따라서 마땅히 제지되어야 한다고 주장한다. 흔히들, 현실적 악의 기준의 시행으로 인해 언론보도로 명예훼손을 당했거나 그렇게 느끼는 사람들에겐 마땅히 보상받을 방법이 사라졌으며, 언론의 잘못을 인정한 1 심 판결이 항소심(appellate court review)에서 확정될 가능성은 매우 낮아졌다고 한다.

게다가, 그동안 이 기준은 언론에도 부정적 영향을 끼쳐왔다고 비평가들은 지적한다. 예를 들어, 원고가 이 기준의 요구대로 언론보도에 '현실적 악의'가 있었음을 증명하기 위해 피고(언론사 또는 기자)가 문제의 보도를 하기 전에 어떤 마음상태였는지에 대한 광범위한 조사가 필요한데, 이렇게 하다 보면 소송은 몇 년을 끌기도 하며 변호사 비용만도 수백만 달러가 소요되기도 한다. 이런 상황을 두고 앤더슨(David A. Anderson)은 1991 년에 "현행 명예훼손법은 명백한 실패다. 명예훼손을 당한 대부분의 피해자들을 구제하지 못할 뿐더러, 고액의 소송비용과 강도 높은 판결로 언론행위를 위축시키기도 한다."고 주장했다. 앤더슨 외의 많은 학자들도 비슷한 주장을 제기하였으며, 최소한 셋 이상의 미연방대법원 대법관들도 설리번 사건의 재고 필요성에 관심을 표시했다.

미국 명예훼손법에 대한 불만이 이렇게 높은 것이 사실이라면, 미국 법학자들이 최근 캐나다 대법원에서 내려진 명예훼손 관련 판결을 면밀히 살펴볼 필요는 충분할 것이다. 1995 년 7 월 20 일, 캐나다 대법원은 토론토 정신위생학회 및 그 법률대리인(attorney)이 캐나다 주정부의 법률고문에 대한 허위사실을 유포하였음을 인정하고 160 만 캐나다달러를 배상토록 한 원심판결을 확정했다. 이 판결을 통해 캐나다 법원은 명예훼손에 관한 캐나다 관습법을 지지하였으며, 특히 정부 관료들이 원고인 명예훼손 소송에서 반드시 현실적 악의 기준을 채택해야 한다는 오래된 주장을 거부하였다.

현실적 악의 기준 하에서 관료들은, 피고가 거짓 주장을 하였으며, 거짓인줄 알고 있었거나 사실여부의 판단에 부주의하였다는 것만 증명하면 재판에서 승리할 수 있었다. 만일, 캐나다 대법원 이 앞서 언급했던 재판에서 현실적 악의 기준을 적응했다면, 관료측의 승소 판결은 뒤집힐 수 있었을 것이다. 하지만, 관습법인 캐나다 명예훼손법 하에서 관료들은 여 타의 시민들과 똑같은 대우를 받았으며, 명예훼손 관련 소송에서 자신들의 무죄를 증명하는 것도 개인적 차원의 능력에 달려 있었다. 이러한 법적용의 차이로 인해 캐나다 관료들은 언론을 상대로 한 명예훼손 소송에서 쉽게 승리할 수 있었던 반면, 미국의 관료들은 동일한 소송에서 항상 패소하였던 것이다.

토론토 정신위생학회 판결이 우리에게 시사하는 바는, 캐나다와 미국간에 존재하는 많은 지리 적 · 인구학적 유사점에도 불구하고 캐나다가 매우 다른 정치문화(political culture)를 가지고 있다는 사실이다. 또한, 두 나라의 법체계가 영국의 관습법(common law)에 뿌리를 두고 있지만, 많은 차이점이 존재한다는 것도 우리에게 알려주고 있다. 이 논문은, 두 나라의 정치문화 및 법체계 등의 차이점을 함구하여 미국에서 진행중인 명예훼손법 개혁 논의에 기여하고자 한다.

1. 캐나다와 미국, 그 역사적 · 헌법적 차이

캐나다와 미국이 왜 서로 다른 명예훼손 기준을 채택하게 되었나를 이해하기 위해 두 나라간의 유사성이나 차이점이 배태된 역사적 상황을 먼저 이해해야 한다.

첫째, 두 나라가 차지한 영토에는 유럽이주민이 들어오기 전까지 원주민들이 살고 있었다. 특히, 두 나라는 17, 18 세기에 걸쳐 영국과 프랑스로부터 엄청난 초기 이민자들이 몰려들었다. 미국으로 온 프랑스 이민자들의 대부분은 세월이 흐르는 동안 지배민족의 앵글로 문화에 동화되었으며, 영어를 공용어로 사용하게 되었다. 반면, 캐나다에 정착한 초기 프랑스 이민들의 후예들은 퀘벡지역을 중심으로 프랑스어권 다수문화를 형성하여, 동화를 거부하였다. 최근 퀘벡지역에서 벌어지는 분리주의 운동도 이런 맥락에서 비롯된 것이다.

둘째, 두 나라의 차이점을 이해하는데 보다 더 중요한 것은 국가의 주권쟁취 과정이다. 미국은 1776 년 영국으로부터의 독립을 선언하였으며, 1783 년 독립전쟁의 끝을 알리는 평화조약이 체결됨으로써 주권을 확보하였다. 나아가 미국은 1789 년 헌법을 제정하였으며, 1791 년부터는 헌법 속의 권리장전(Bill of Rights)이 효력을 발휘하였다. 권리장전에는 그 작성의 전범으로 삼았던 영국법 조항과는 상당히 다른 몇몇 조항이 포함되어 있어, 영국법체계와 미국법체계의 차이점을 나타내었다. 핵심적인 조항으로는 언론 · 출판의 자유(freedom of speech and press)를 보장한 수정헌법 제 1 조를 들 수 있는데, 이 조항은 후일 '현실적 악의 기준'을 채택하는 헌법적 근거를 제공하게 된다.

미국에서 전개된 상황과는 대조적으로, 캐나다는 1867 년 영국 의회가 '영국령 북미법(British North America Act)'을 통과시키기 전까지 영국국왕의 식민지로 남아있었다. 이 법에 의해 캐나다는 영연방의 일원으로 포함되었으며, 영국 왕실을 최고통치자로 인정하는 자치국 즉, 캐나다자치령이 성립되었다. 이 법이 캐나다 헌법의 역할까지 맡은 것은 물론이다. 독립선언서에 서명했던 미국독립의 아버지들이 "정부는 사람들 사이에 존재하면서 생명과 자유, 행복추구 등 시민적 권리를 지키는 하나의 기관이다."고 역설했던 반면, 캐나다를 영연방의 일원으로 이끌었던 사람들은 "평화와 질서, 훌륭한 통치를 위한 법제정"을 위해 정부가 존재한다고 보았다.
1867 년부터 1982 년까지 캐나다 정부는 헌법을 개정할 때마다 영국의회의 승인을 얻어야 했다. 캐나다의 헌법이 1982 년 3 월 영국의회의 승인을 거쳐 4 월 17 일 여왕 엘리자베스 2 세에 의해 공표되기 전까지 캐나다는 영국으로부터 완전한 독립을 얻지 못했다. 이 헌법은 기존의 '영국령 북미법'을 모태로 몇몇 조항을 수정하였으며, 또 '캐나다 권리 및 자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)'을 포함한 몇몇 새로운 조항을 추가하여 만들어졌다. 미국의 권리장전과 유사한 이 헌장은, 캐나다 역사상 처음으로 언론 · 출판의 자유를 시민의 기본권으로 확립시켰다. 하지만, 신생 헌법 아래서도 캐나다의 공식적 국가원수는 영국 국왕이었다.

캐나다와 미국의 국가 설립과정에 대해 웨스틴(Alan Westin)은 다음과 같이 비유하였다." 캐나다는 반역죄를 지은 도망자가 아니라, 타지에서 살기로 결심하고 집을 떠나 왔지만 여전히 어머니를 자주 만나기 원하는 딸과 같다. 미국과는 달리 캐나다는 영국으로부터 단절된 적이 한번도 없었다. 이런 국가 설립의 태생적 차이는 캐나다 사회 전반에 중요한 영 향을 끼쳐왔다." 또한 웨스틴은 두 나라의 정치적 · 법적 차이에 대해서 지적하였는데, 이를 통해 캐나다 대법원이 현실적 악의 기준을 거부한 이유를 부분적으로 설명 할 수 있을 것이다. 그에 의하면, 정치문화적 관점에서 볼 때 미국인은 정부를 심히 믿지 않는 편이며, 모든 공적 권위를 의심한다. 또한, 잘못될 가능성이 있는 일을 정부가 맡으면 반드시 잘못된 방향으로 가게 될 것이라고 믿는 경향이 있다. 하지만, 캐나다인들은 정부와 권위에 대한 불신이 훨씬 덜한 편이며, 정부는 시민의 최대행복을 위해 일한다고 쉽게 믿는다.

법문화(legal culture) 관점에서 볼 때 미국은 세계에서 가장 소송을 즐기는 편에 속한다고 웨스틴은 지적한다. 소송 구성요건에 관한 미국의 규칙은 캐나다의 규칙에 비해 엄청나게 광범위하다. 게다가, 미국인들은 다양한 이익단체들의 소송행태를 보며, 소위 '시범사례(test-case)'로 소송을 제기하여 현실적 쟁점사항에 대해 신속한 법적 해답을 구하는 방법도 체득하여 왔다. 반면에 캐나다인들은 소송을 삼가는 편에 속한다. 이익단체들의 시범 소송도 많지 않을 뿐더러, 캐나다 법관들도 이 같은 시범소송을 미국 법관들 만큼 즐기지는 않는다. 캐나다의 변호사들 또한 시범소송을 명예와 부를 가져다주는 방편으로 간주하지 않는다는 점도 미국과 다르다.

따라서, 미국 정부와 관료들은 공적 쟁점에 대한 토론에서 강렬하고 신랄하며 때론 불쾌할 정도로 날카로운 인신공격을 받는 일이 잦다. 실제로 그런 인신공격이 가해졌을 경우, 관료들은 명예훼손 소송에서 이기기 위해 사인보다 더 높은 강도의 거증책임(a higher burden of proof)을 지게 된다. 명예훼손혐의로 언론을 고소한 관료들 중 십분의 일 정도만이 최종적으로 승소하는데, 이는 절대다수의 관료들이 소송에서 진다는 것을 의미한다. 승소 확률이 이토록 낮음에도 불구하고, 언론을 명예훼손 혐의로 고소한 사건의 60 퍼센트는 공인(public figures)이나 관료들에

의해 제기된 것이다. 캐나다에서는 이와 같은 현상을 찾아보기 힘들며, 있다손 치더라도 미미한 수치에 불과하다.

캐나다의 명예훼손소송은 미국과는 비교가 안될 정도로 그 횟수가 적을 뿐만 아니라, 실제로 명예훼손 판결이 내려지는 경우도 몇 배나 적다. 예컨대, '정신위생학회 사건' 재판을 맡았던 캐나다 대법원은, 1987 년부터 1991 년까지 5 년 동안 27 회의 명예훼손 판결에 배상규모는 평균 '3 만 캐나다달러' 였으며, 1992 년부터 1995 년까지 4 년 동안은 24 회의 판결에 평균 '2 만 캐나다달러' 이하의 배상판결이 내려졌다고 밝혔다. 하지만, 배상금액은 점점 증가하고 있다 '정신위생학회 사건'에서 피고에게 160 만 캐나다달러를 배상토록 판결했던 캐나다 대법원은, 두 달 뒤 또 다른 언론 피의자에게 명예훼손과 관련하여 46 만 5 천 캐나다달러를 피해자에게 배상토록 판결하였다. 명예훼손 변론자료센터(the Libel Defense Resource Center)의 보고에 의하면, 미국의 경우 80 년부터 82 년까지 3 년 동안 42 회의 명예훼손 판결이 있었으며, 그 중 9 개 사건의 배상금은 백만 달러 이상이 있다고 한다. 또한, 81 년부터 90 년까지 10 년 동안, 미국에서 이뤄진 명예훼손 판결의 평균 배상금은 180 만 달러였다고 이 자료센터는 보고한 바 있다.

역사나 정치, 법 분야에 걸친 이런 차이점들에도 불구하고, 캐나다는 미국의 "권리장전"을 의식하여 그것과 유사한 "권리 및 자유헌장(이하 '헌장')"을 만들었다. 이를 두고 맥커허(William Mckercher)는 "캐나다의 '헌장'은 하버드 법대를 법학회관(the Inns of Court)처럼 친숙하게 느끼는 사람들에 의해 작성되었다. 미국적 경험의 영향력은 '헌장'에서 사용된 용어나 '헌장'이 보호코자 한 권리들을 보면 입증될 것이다."고 지적했다. 1 년 후 '헌장'이 시행되었을 때 맥커허는 캐나다 법원이 이 '헌장'을 해석하여 적응할 때 권리장전과 관련한 미국의 사법적 경험에 의존하게 될 것 이라고 예견하였다.

그러나, 캐나다의 권리 및 자유헌장이 의회의 최고권위를 인정하는 영국식 전통을 견지하고 있다는 점을 잊지 말아야 한다. 헌장 제 33 조는 의회와 지방 입법기관(provincial legislature)에 헌장 제 2 조(표현의 자유) 및 제 7~15 조(공정한 재관을 받을 권리, 부당한 수색이나 압류로부터 보호 받을 권리 등을 규정)에 구애받지 않고 관련법을 제정할 수 있도록 허용하고 있다. 이렇게 만들어진 법은 시행 후 5 년마다 자동적으로 소멸되며, 필요하다면 5 년 단위로 다시 제정할 수도 있다.

캐나다 전반에 걸친 영국과 미국의 혼재된 영향을 감안하여 배런(Jerome Barren)은 캐나다의 언론관련법을 "영국과 미국의 중간지점에 놓인 집"으로 묘사했다. 웨스틴은 이런 혼재된 영향력으로 인해 헌장과 관련한 캐나다의 소송에 미국 판례법의 적용이 어떻게 제한되었는가를 설명했다. 즉, 미국 전통에 따르면 연방대법원의 최종승인이 있기 전까지 입법부가 제정한 개별법은 궁극적 합법성을 인정받지 못하는 반면, 캐나다에선 정반대의 상황이라는 주장이다. 웨스틴은, 미국에선 법해석 및 적용의 최종단계가 연방대법원인데 비해, 캐나다에선 의회가 그러한 최종적 역할을 맡아줄 것을 요구한다고 보았다.

이런 차이점 외에, 두 나라 헌법의 언론자유 조항간에도 중대한 차이가 존재한다. 미국 수정헌법 제 1 조의 관련조항에는 "의회는 언론과 출판의 자유를 제한하는 어떤 법도 만들어서는 안된다."고 명시되어 있다. 다른 조건이 전혀 붙지않는 절대적 표현인 셈이다. 하지만, 20 세기 들어 연방대법원은 특정 상황에선 언론자유도 제한될 수 있다는 판례를 계속 확립해 왔다.

언론자유 제한범위를 판단할 헌법적 근거 및 기준이 부재한 상황에서도, 미국 연방대법원은 독자적으로 판례를 통해 기준을 만들어 왔던 것이다. 이 과정은 1919 년부터 시작되었다. 당시 홉스(Oliver Wendell Holmes) 대법관은 Schenck v. United states 사건에 대한 판결에서 그 유명한 "명백하고도 현존하는 위험(clear and present danger)"이란 언론 자유제한 기준을 제시했고, 그 이후 이런 유의기준은 계속 만들어졌다. 새로운 기준이 계속 작성 되었다는 사실은 1980 년의 Central Hudson 사건과 1989 년의 Fox 사건에서도 명백히 입증된다. 허드슨 사건에서 법원은 상업적 표현이 수정헌법 제 1 조의 보호를 받을 수 있는지를 결정할 네 가지 기준을 제정하였으며, 폭스 사건의 재판부는 이 중 네 번째 기준을 수정하였다. 또한, 법원은 "언론자유와 공정한 재판을 받을 권리"가 맞부딪쳤던 재판 결과에서도 알 수 있듯이, 종종 언론자유라는 제도적 권리(institutional right)와 개인적 권리 사이에서 형평을 유지하기도 했다.

이런 미국적 상황과는 대조적으로, 캐나다 '헌장' 제 2 조 b 항은 "모든 사람은 다음과 같은 기본적 자유를 갖는다: 생각, 믿음, 의견, 표현, 출판 및 기타 다른 유형의 언론의 자유"라고 명시하고 있다. 언뜻 보기엔 미국 수정헌법 제 1 조를 되풀이한 것처럼 보일 수도 있다. 하지만, 미국과는 달리 캐나다 헌장은 언론자유에 대한 제한이 명시되어 있다. 헌장 제 1 조를 보면, "이 헌장이 보장하는 제반 권리와 자유는, 자유롭고 민주적인 사회에서 명백히 정당화될 수 있는 그런 법에 의해서 정해진 합리적 제한 조치에만 종속된다."고 적혀있다. 이 헌장의 작성자들이 이러한 권리 제한의 판단 기준을 포함시킨 것은, 미국이 권리장전 제정을 둘러싼 입법과정에서 경험한 바 있는 몇 가지 난맥상을 피하기 위함이 분명하다.

이와 관련하여 웨스틴은, 헌장 제 1 조와 유사한 조항이 미국 헌법에는 없지만, 이 조항은 미국 연방대법원이 시민의 자유 및 권리에 관한 대다수 재판에서 이용하였던 형평의 기준과 같은 것이라고 지적하였다. 이 조항은 다양한 가치를 세심히 살펴 그들간의 중요성과 긴급함을 서로 비교하기 위한 장치이며, 서로 다른 가치를 지닌 다양한 자유들간에 발생할지도 모를 충돌, 또는 자유와 여타 사회 가치들간의 상충가능성에 대비한 합리적 조항이다. 이 조항은, 미국의 사법부가 제권리와 자유들간의 형평에 관한 어려운 문제에 접근하는 방식과 궤를 같이 한다.

캐나다와 미국의 대법원은 매우 다른 역사를 가지고 있으며, 최근까지 자국의 법적 · 정치적 체계 내에서 각각의 서로 다른 역할을 수행해 왔다. 미국 대법원은 18 세기 말에 헌법에 의해 설립되었다. 그리고, 19 세기초 미국대법원은 "사법심사원칙(the doctrine of judicial review)"를 확립, 스스로를 미국 헌법에 관한 최종 해석권자로 만들었다.

이와는 대조적으로, 1867 년에 만들어진 캐나다의 헌법에는 대법원 설립에 관한 조항이 없었다. 그 대신, 캐나다 일반항소법원(General Court of Appeal for Canada)을 설립할 수 있는 권한을 의회에 부여하고 있었다. 대법원 설립을 위한 법안은 1875 년에야 만들어졌지만, 그나마 캐나다 대법원을 최종심급으로 하는 것은 아니었다. 그 법은 영국 추밀원의 사법위원회(the Judicial Committee of the Privy Council)에 최종적으로 상소할 수 있도록 규정하고 있었다. 1949 년에 이르러서야 이런 상소제도가 제지되었으며, 캐나다 대법원은 비로소 캐나다 사법체계의 최종심급으로 자리잡았다. 물론, 권리 및 자유헌장이 등과 되기 전까지, 행정부에 대한 캐나다 대법원의 사법심사 권한은 미국 대법원에 비해 훨씬 제한되어 있었다. 캐나다 법원의 심사권은 고작 의회나 지방 입법기관이 제정한 법률이 각 기관의 권한 밖인지 아닌지를 결정하는 정도였다.

'헌장'이 시행되고 나서야 캐나다 대법원은 미국 대법원이 오래 전부터 누려왔던 '헌법과 관련한 문제를 결정할 권한'을 얻게 되었다.

이런 헌법상의 차이를 이해한다면, 캐나다와 미국 언론법 사이에 존재하는 엄청난 차이를 당연한 것으로 수용할 수 있을 것이다. 예컨대, 캐나다는 1970 년부터 비방연설(hate speech)을 형법으로 금지시켜 왔는데, 이를 두고 대법원은 '언론자유에 관한 정당한 제한'이라는 판결을 1990 년에 내렸다. 미국에서 비방연설은 보호 되어야 할 표현으로 간주되며, 비방연설을 범죄로 규정한 시 조례(city ordinance)는 위헌판결을 받았다.

캐나다에서 발생 했던 비방연설과 관련된 한 사건을 살펴보자. 한 고등학교 선생이 학생들을 대상으로 반유태인 연설을 하고, 이를 수업시간과 시험답안에 반복하여 적도록 요구하여 비방연설 처벌법에 의해 기소되었다. 캐나다 대법원은 표결 끝에 4:3 의 찬성으로 비방연설처벌법이 헌법에 보장된 언론자유를 침해하였음을 인정하였지만, 동시에 이런 제한은 합리적인 것으로서 권리 및 자유헌장 제 1 조에 의거 허용될 수 있다는데 동의하였다.

이 판결의 다수의견을 작성하였던 딕슨 수석대법관(Chief Justice)은 판결문 중 다섯 쪽을 할애하여 캐나다법원이 미국대법원의 헌법 해석판례를 이용하는 것에 대해 논하였다. 그는 미국식 헌법원리를 캐나다의 비방연설처벌법에 적용할 수 없다는 자신의 생각을 세 가지 이유로 설명하였다. 첫째, 흑인을 모욕하는 내용의 전단을 배포하여 명예훼손 혐의로 형사기소된 한 남자에 대해 유죄를 인정한 1952 년의 Beauharnais v. Illinois 사건 판결이 다른 판결에 의해 무효화됐다는 견해에 동의하지 않는다. 둘째, 표현 내용에 대한 규제를 극도로 피하는 미 연방수정헌법 제 1 조의 정신은 캐나다의 비방연설처벌법과 양립할 수 없다. 셋째, '헌장' 제 1 조와 같은 조항은 미국법에 존재하지 않으며, 이 조항의 존재는 자유롭고 민주적 사회에 관한 캐나다만의 독특한 통찰력을 강조하고 있다. 계속하여 그는, "비방연설을 근절하기 위한 국제적 노력과, 보다 중요하게는 캐나다 헌법에 명시된 평등과 다문화주의(multiculturalism)의 특별한 역할을 수행하기 위해선 '비방연설에 대한 억압은 언론자유와 양립할 수 없다'는 미국식 견해로부터 벗어나야만 한다."고 주장했다.

캐나다와는 대조적으로, 미연방대법원의 대법관 9 인(비록 9 인 중 4 인은 다수의견의 논거에 동의하진 않았지만)은 만장일치로 미네소타주 세인트폴시에서 시행한 비방연설 처벌 조례가 수정헌법 제 1 조를 위반하였다는데 동의하였다. 이 사건은 단지 'R.A.V.'라고만 알려진 10 대 한 명과 다른 몇몇의 10 대들이 부러진 의자 다리로 엉성한 십자가를 만들어 'R.A.V'의 집 건너편에 사는 흑인가족의 앞마당에서 불태움으로써 발생하였다. 사실심에서는 이 소년에게 적용된 혐의를 기각하였다. 관련 조례가 너무 광범위할 뿐만 아니라, 법리적으로 수용할 수 없을 만큼 구체적인 위반내용을 적시하고 있다는 이유였다. 그러나, 미네소타주 대법원은 사실심의 결정을 뒤집었다.

미연방대법원에서의 최종재판에 앞서 세인트폴시 변호인은 캐나다 대법원이 개진했던 것과 비슷한 논거를 전개하며 보다 징벌적 성격이 강한 캐나다 비방연설처벌법을 지지했다. 과거로부터 계속돼 온 사회적 차별에 무기력할 수 밖에 없는 사회적 약자집단이 비방연설의 희생자가 되는 것을 막기 위해 처벌조례를 만들었으며, 그들의 기본적 인권을 보호하는 동시에 자신이 살기 원하는 곳에서 평화롭게 살고픈 사람들의 권리를 보장하기 위해 조례를 제정하였다는 것이 세인트폴시의 기본적 입장이었다. 하지만 미연방대법원은 이런 논거들을 기각하였다. 비록, 미네소타주 대법원이 문제의 조례를 도발적인 발언(fighting words)에만 적용 가능한 것으로

해석하였고, 연방대법원도 오랫동안 도발적인 발언을 수정헌법 제 1 조의 보호대상에서 제외시켜 왔음에도 불구하고, 세인트폴시의 주장은 기각당했다.

스칼리아 대법관은, 비록 축소된 해석이긴 하지만 세인트폴시의 조례는 인종이나 피부색, 교의, 종교 그리고 성(性)을 근거로 폭력을 조장하는 도발적인 발언에만 적응되었다고 주장했다. 같은 도발적 표현이라 하더라도 앞서 제시한 항목들과 관련이 없는 것은 허용될 수 있다는 의미다. 결국, "세인트폴시가 사회적으로 환영받지 못하는 주제에 대해 의견을 표명 하는 사람들에게 가한 특별 제한조치는 수정헌법 제 1 조에 위배된다."고 스칼리아 대법관은 결론지었다.

캐나다에선, 법원이 인간의 품위를 떨어뜨리는 것으로 간주한 포르노그라피는 범죄요건을 갖춘 음란물로 규정돼 배포나 유통에 제한을 가할 수가 있다. 반면 미국에선, 포르노그라피를 캐나다와 비슷하게 해석하여 그 제작자나 유통업자에 대한 성차별 금지 소송을 허용한 시조례에 대해 수정헌법 제 1 조 위반이라는 판결이 나왔다. 캐나다 법관은, 형사재판에 앞선 예비청문회(preliminary hearings)에서 피고의 요청이 있을 경우 청문회에 제출된 모든 자료의 공개를 금지시켜야만 한다. 또, 예비청문회를 통해 피고가 혐의를 벗거나 재판회부 결정이 나기 전에 언론이 청문회에서 피고가 했던 말을 보도하는 것은 캐나다에선 범죄행위다. 미국에선 수정헌법 제 1 조에 의해 언론과 일반공중이 예비청문회에 참석할 수 있는 권한이 보장되어 있다는 것이 연방대법원의 오랜 입장이다. 미국의 법관들은 보다 상위의 가치(피고가 공정한 재판을 받음 권리)를 보호하기위해 청문회가 비공개로 진행될 필요가 있다는 사실을 관련자들에게 납득시키거나, 비공개 외엔 다른 대안이 없을 경우에야 예비청문회를 비공개로 진행할 수 있다.

Ⅱ. 캐나다와 미국의 명예훼손법은 어떻게 다른가?

1964 년 미국 대법원의 설리번 판결이 있기 전까지 캐나다와 미국의 명예훼손 법은 놀라우리만치 비슷하였다. 양국이 영국의 관습법적 명에훼손법 전통에 오랫동안 머물러 왔었기 때문이다. 캐나다 명예훼손 법하에서, 소송 원고는 세 가지 사항-문제가 된 발언이 명예를 훼손하였다는 사실, 문제발인이 자신에 관한 것이라는 사실, 문제발언이 공표되었다는 사실-을 증명함으로써 재판을 "일단 증명이 된 확실한 사건(a prima faciecase)"으로 만들어가야 한다. 원고가 이 세 가지 사항을 증명하기만 하면, 이후의 거증책임은 피고에게로 넘어가며, 피고는 통상적으로 수용되는 항변에 근거한 면책사유를 제시하여 책임정도를 경감시켜야 한다. 이 때 이용되는 항변으로는 절대적 면책특권(absolute privilege)과 제한적 면책 특권(qualified privilege), 동의(consent), 공정한 논평 또는 정당화(fair comment or justification) 등이 있다.

캐나다 법원은 항상 비판적 성격을 지닌 공표물을 명예훼손적이라 규정했으며, 여기엔 몇 가지 이유가 있다고 클래르(Lewis Klar)는 지적하였다. 첫째, 법원은 명예훼손으로 인한 피해는 당연히 발생된 것으로 추정하므로 원고가 직접 나서서 경제적 또는 다른 유형의 실제 손실을 증명할 필요가 없다. 둘째, 캐나다 법원이 원고의 명예가 손상되었음을 판정하기 위해 시행하는 테스트는 항상 가정적(hypothetical)이다. 법원은 문제의 발언이 실제로 원고의 명예를 손상시켰는가를 고려하는 것이 아니라, 그 발언이 정상적 상태의 합리적(right minded, reasonable) 사람에게 명예훼손적 영향을 끼쳤을까를 중요하게 고려한다. 셋째, 만일 문제의

내용이 명예훼손적 이라 규정되면 그 내용은 당연히 허위사실로 추정되므로, 원고가 따로 발언내용의 허위성을 입증할 필요가 없어진다. 마지막으로, 원고는 문제 내용의 발행인(publisher)이 명예훼손의 의도를 가졌다는 사실이나, 문제내용의 명예훼손적 성격을 발행인이 사전에 인지하고 있었다는 점을 증명할 필요도 없다.

피고측은 문제의 내용이 사실이며, 모종의 위험을 감수하고 공포되었다는 점을 내세운다. 피고는 상황의 개연성을 따져 볼 때 문제의 내용이 사실이었다는 점을 증명해야만 한다. 캐나다 현행법은 몇몇 제한된 상황을 제외하곤 거짓 내용의 재공표(republication)를 금지하고 있다. 보다 중요한 사실은, 피고가 항변으로 문제내용을 제시할 경우 그것 자체가 명예훼손적 내용의 재공표로 간주된다는 점이다. 따라서, 항변으로 제시한 내용이 받아들여지지 않을 경우 피고는 보다 가중된 처벌을 받을 수도 있다.

"절대적 면책 특권(absolute privilege)"은 주로, 공식행사 중에 정부관료가 행한 발언이나 재판과정에서 판사나 변호사가 행한 발언에 적용된다. 하지만, 캐나다의 대부분의 주에선 공식행사나 재판과정에 대한 뉴스보도에도 이런 특권을 부여하는 법을 제정, 시행해 왔다. 이 법 아래에선, 신문이나 방송이 아무런 악의없이 실제내용을 공정하고 정확하게 논평했다면, 설사 명예훼손 소송이 제기되었다 하더라도 발행인은 보호받을 수 있다.

"제한적 면책 특권(qualified privilege)"은, 피고가 자신에게 맡겨진 의무(duty)를 수행하는 과정이라든지, 특정 이익을 보호하기 위해 명예훼손적 발언을 하였다는 것을 증명하거나, 혹은 특별한 보고서(privileged reports) 또는 전문적 성격의 대화 중에 명예훼손적 발언이 포함되었다는 점을 증명할 수 있을 때에 적용할 수 있다. 달리 말하자면, 발언자가 법적 · 도덕적 · 사회적 의무나 정보교환의 이해관계에 의해 상호 호혜적인 의무관계에 있는 상대방과 대화하였을 경우에 이 특권은 적용될 수 있다. 제한적 면책 특권이 문제가 된 사건의 경우, 사실심판사가 그 특권의 적용여부를 결정할 수 있다. 만약 사실심판사가제한적 면책 특권이 적용가능하다는 판결을 내리면, 피고는 문제의 발언에 "현실적 혹은 명백한 악의(actual or express malice)"가 개입되지 않았다는 것만 증명하면 면책받을 수 있게 된다.

이상과 같은 맥락에서 볼 때 "현실적 혹은 명백한 악의"는 본질적으로 설리번 사건에서 미국의 재판부가 정의 내린 "현실적 악의"와 같은 의미다. 코리(Peter de Carteret Cory) 대법관이 지적하였듯이 캐나다 대법원의 '악의'는 피고가 스스로 진실을 말하지 않았음을 자각하였거나 사실파악에 부주의 하였다는 것을 알고 있을 때 성립된다고 볼 수 있다. 한 캐나다인 논평가는 "현실적 악의에 대한 미국의 접근법은 캐나다 병정에서 통용되는 제한적 면책 특권이 확대된 형태"라고 주장하기도 하였다.

하지만, 미국에서의 "현실적 악의"와 캐나다에서 적응되는 "현실적 혹은 명백한 악의" 사이에는 중대한 차이점들이 존재한다. 미국에서 "현실적 악의"는 원고로서 관료가 설득력 있는 주장을 펴기 위해 반드시 입증해야 할 초보적인 증거다. 캐나다의 경우, 피고가 제한적 면책 특권이 해당사건에 적용될 수 있음을 증명하는 경우를 제외하곤, 원고가 직접 나서서 "현실적 혹은 명백한 악의"를 증명할 필요가 없다. 또한, 캐나다의 판례법(case law)은 언론이 피고인 사건에 제한적 면책 특권이 적용될 수 없다는 판결들로 넘쳐나고 있다. 한 캐나다인 법률 평론가는, 캐나다 대법원이 언론을 제한적 면책 특권의 대상에서 제외시킨 것은 1960 년 The Globe & Mail

Ltd. v. Boland 판결 이후부터라고 주장했다 요컨대, 미국에서 소송원고인 관료는 피고가 행한 명예훼손적 발언에 현실적 악의가 개입되었다는 점을 항상 증명해야 하는 반면, 캐나다에선 원고가 이런 책임을 지는 일이 거의없는 실정이다.

캐나다 법체계 하에서, "공정한 논평(fair comment)"은 명예훼손을 반박할 수 있는 완벽 한 항면이다. 이 항변은, 공익적 사안에 대해 악의없이 선량한 믿음(good faith)에 입각하여 행한 발언에 적용된다. 그러나 이것 역시, 발언내용 속의 중요사실이 거짓으로 판명되거나 발언이 악의적으로 행해졌을 경우, 항변으로서 수용되지 못한다. "동의(consent)" 역시 항변으로서 더할 나위 없으며, 원고가 적극적으로 명예훼손적 내용의 공표를 조장했을 경우에 적용된다. 이 때 피고는, 원고가 명백한 혹은 간접적 형태의 동의를 표시했다는 사실을 합리적 사고를 지닌 보통사람이 보더라도 수긍할 정도로 증명해야만 한다.

캐나다에서 언론이 피고로 섰던 몇몇 비중 있는 명예훼손 사건을 간략히 살펴봄으로써, 캐나다 사법부가 위에서 열거했던 여러 항변 원칙들을 어떻게 적응해 왔는지를 알아보려 한다. 가장 많이 인용되는 두 사건은 The Globe & Mail Ltd. v. Boland 와 Bank v. Globe & Mail Ltd.이다.

1960 년에 판결이 난 볼랜드 사건은, 선거에 나선 후보에 대해 "맥카시 같다."던지, "야비한 술수를 쓴다."라고 표현한 신문 사설이 문제였다. 사실심판사는 해당 사설을 제한적 면책 특권이 적용은 사례로 판단, 소송을 기각하였다. 그러나 항소법원은, 문제의 신문사설이 명백한 악의에 의해 작성된 증거를 발견하였다며 새로이 사실심재판을 열도록 명령하였다. 최종적으로 캐나다 대법원은, 선거 입후보자의 적합성에 관한 명예훼손적 발언을 제한적 면책 특권에 입각하여 보호하는 것은 캐나다와 영국 사회에서 공직이 갖는 커다란 비중에 역행하는 일이 될 것이며, 동시에 사회적 편의와 복지에도 해로울 것이라고 결론 내렸다. 카트라이트(Cartwright) 대법관도 "공직선거에 입후보하는 모든 사람들은, 자신의 명예를 훼손시킨 사람이 명백히 악의적으로 행동했다는 사실을 입증하지 못하는 한, 아무런 보상없이 자신의 명예가 실추될 위험에 대비하여야 한다."며 재판부와 비슷한 의견을 피력하였다. 카트라이트 대법관은 1983 년 미연방 항소법원이 내린 결정 중의 일부분-"본 법정은 공직선거에 입후보하기로 한 모든 사람이 입후보 사실만으로 명예훼손을 감당해야 한다고 보지 않으며, 또한 그러한 견해를 인정 하는 것은 시민들에게 득보다는 해를 많이 끼칠 것으로 생각한다."-도 자신의 의견으로 수용하였다.

1961 년에 판결이 난 Bank v. Globe & Mail Ltd. 사건에서도 문제가 된 것은 신문 사설이었다. 문제의 사설은, 원고인 세계선원노조(the Seafarers International Union) 사무총장이 캐나다에 온 이유는 캐나다 원양어업을 망치기 위함이었으며, 이 목적은 훌륭히 달성됐다는 내용을 담고 있었다. 1 심의 배심원단은 피고로 하여금 원고에게 3 천 5 백 달러의 배상금을 지불하라고 판결하였다. 항소심에서 해당 신문사는 문제의 사설에 제한적 면책 특권을 적용해야 한다고 주장하였지만, 캐나다 대법원은 받아들이지 않았다. 예외적 상황이었음을 증명할 수 있는 증거가 부재할 경우, 공익적 사안에 관한 논평형식을 띤 명예훼손적 발언에는 제한적 면책 특권을 적용할 수 없으며, 이런 점에서 언론인도 일반인과 다를 바가 없다는 것이 판결의 요지였다.

보다 최근에는, 브리티시 콜롬비아주 대법원이 Bennett v. Stupich 사건에 제한적 면책 특권적용을 거부하였다. 브리티시 콜롬비아주 주지사인 베넷은 주의회의 한 의원이 세 신문사로 발송한 보고서를 문제삼아 소송을 제기하였다. 그 보고서는, 주지사의 발언 내용-자신은 하원의 심야회의를 가급적 소집하지 않으려고 하며, 그 것은 과거 그런 회의가 저택식사 동안의 음주로 인해 비생산적이었기 때문이라는 요지-에 대한논평을 담고 있었다. 문제의 보고서엔 또, "콘플레이크에 스카치 위스키를 부어 먹는 의원을 알지 못하기 때문에" 아침 회동을 끝까지 고수할 것이란 주지사의 발언도 실려있었다.

자신의 보고서에 대해 피고인 주의회 의원은, 주지사 자신도 저녁모임에 참석 못할 정도로 정신 없어 보이던 때가 많았다고 답변하였다. 문제의 보고서엔 심지어, 하원 내의 반대파 의원들을 통제하기까지 얼마만큼의 시간이 걸리겠느냐는 질문에 대해 주지사가 "애완견을 훈련시키는 데는 2 주 정도면 충분하다."고 답변한 내용도 실려 있었다. 뿐만 아니라, 보고서 작성자는 "저녁식사 동안의 음주문제와 관련해 주지사는 그 자신과 내각 각료들의 음주를 통제하기가 더 힘들다는 것을 깨닫고 있음이 분명하다."는 논평도 적고 있었다. 소송이 제기되자 피고는 제한적 면책 특권을 내세웠다. 하지만, 브리티시 콜롬비아주 대법원은 피고의 보고서가 공적 의무나 명예보호차원이 아닌 자신이 속한 정당의 정치적 이익을 위해 작성되었다고 판단하였다. 이에 법원은 "현실적 악의의 개입 사실이 판명 났으므로 피고는 제한적 면책특권의 보호를 받을 수 없다."는 판결을 내렸다.

상황이 이렇다 보니, 명예훼손으로 고소당한 캐나다의 언론사들은 승소할 확률이 적은 “제한적 면책 특권"보다 또 다른 항변인 "공정한 논평"에 더 많이 의지하기 시작했다. 그러나, 지금까지의 재판 결과를 볼 때 이 항변도 그다지 많은 효과를 내지 못하고 있는 실정이다. Cherneskey v. Armdale Publishers Ltd. 사건에서 한 시의회의원은 2 만 5 천 달러의 배상금을 언론으로부터 받아냈다. 문제의 신문사는 원고와 직접적으로 연관된 내용이 담긴 독자로부터의 편지를 "인종차별자의 태도"라는 피하로 실었던 것이다. 그 편지는 주택가 근처에 주로 인디언과 메티스(metis : 백인과 인디언의 혼혈)를 수용하게 될 알콜중독자 재활센터 건립에 반대한 그 시의원의 태도를 "인종차별자의 저항"으로 비난하는 내용을 담고 있었다. 재판이 시작될 즈음, 편지를 발송한 두 사람은 모두 해당지역에 거주하지 않았으며, 따라서 법정 증언대에 설 수 없었다. 사실심판사는, 그 편지 가 작성자 또는 신문사 해당 책임자의 순수한 의견임을 입증할 증거가 없으므로, 배심원단으로서는 "공정한 논평" 항변을 적응할 수 없다고 판결하였다. 이후, 항소심에선 배심원들이 직접 "공정한 논평"을 적응여부를 결정하기 위해 새로이 사실심재판을 열라는 결정이 내려졌지만, 대법원은 사실심 판결의 손을 들어 주었다.

"공정한 논평"과 연관된 또 다른 사건에선, 전직 언론인이었던 한 국회의원이 자신이 한때 근무했었던 신문사를 고소하였다. 그 신문사가, 감옥제도에 관한 의회 소위원회 활동 일환으로 행해진 자신의 미국감옥 시찰에 대해 쓴 사설이 자신의 명예를 훼손하였다는 이유였다. 이 사건과 관련한 언론의 보도내용은 다음과 같다.

"홀트(Simma Holt) 의원은 악명 높은 살인범 맨슨(Charles Manson)과의 면담을 추진하였으나 끝내 허가를 받지 못하였다. 그런데, 맨슨과 연관된 또 다른 죄수인 프롬(Lynnette Fromme 포드 대통령 암살미수혐의로 수감)이 홀트 의원과의 면담을

요청하여 둘은 만나게 되었다. 여기서 프롬은 맨슨에게 전해달라며 메시지를 홀트 의원에게 부탁하였으나, 홀트 의원이 맨슨을 만나지 못한 탓에 전달되진 못했다."

이상과 같은 보도가 나간 뒤, 문제의 신문사는 "살인광인 맨슨과 그의 동료들을 미국 감옥에서 만나 대화하고 메시지를 전달하는 행위"는 시민의 세금을 받는 공인으로서 할 일이 아니라는 요지의 사설을 게재하였다.

이 사건의 재판은 배심원 없이 진행되었으며, 사실심판사는 피고 신문사에 2 천달러의 배상금을 지불하라는 판결을 내렸다. 신문사는 "공정한 논평"의 항변을 제기하였지만, 브리티시 콜롬비아주 항소법원은 표결 끝에 그 항변을 이번 사건에 적용할 수 없다고 판결했다. 신문사의 논평은 잘못된 사실에 근거하였다는 것이 이유였다. 게다가, 법원은 2 천 달러의 배상금이 부당할 정도로 적다며 5 천 달러로 인상시켜 버렸다.

하지만, 홀트 사건을 담당했던 재판부는 "공정한 논평"과 관련된 또 다른 재판에서 신문사의 "공정한 논평" 항변 적용 요청을 보다 전향적으로 수용하였다. Wander Zalm v. Times Publishers 사건에서 브리티시 콜롬비아주 인적자원 장관(the Minister of human resources)은 자신을 파리의 날개를 봉고 있는 인물로 묘사한 정치만평을 실은 신문사를 명예훼손 혐의로 고소하였다. 해당 신문사는, 문제의 만평을 게재한 것은 "거대 도시의 밝은 빛과 향락에 이끌려 도시로 온 인디언들이 사회복지의 혜택을 받기 위해선 자신들의 보호구역으로 다시 돌아가야만 한다."는 장관의 발언을 논평하기 위함이었다고 주장하였다. 이 재판 역시 배심원한이 없는 상황에서, 홀트 사건을 담당했던 재판부에 의해 진행되었으며, 재판부는 신문사에게 3 천 5 백 달러의 배상금을 지불토록 판결하였다. 그러나, 브리티시 콜롬비아주 항소법원은 만장일치로 문제의 만평이 공익 관련 사안에 대한 "공정한 논평"이 있음을 인정하고, 소송을 기각시켰다.

이제껏 살펴 본 많은 판례들은 "권리 및 자유헌장"의 시행 이전에 결정된 것이다. '헌장'의 시행이후, 고소당한 언론사 피고들은 캐나다 명예훼손처벌법이 '헌장' 제 2 조 b 항에 보장된 언론자유의 권리를 침해하고 있다는 주장을 펴기 시작했다. 언론사들의 이런 주장이 제시된 최초의 주요사례로는 1988 년에 판결이 난 Coates v. The Citizen 사건을 들 수 있다. 시티즌 신문사는 1985 년에 캐나다 국방장관인 코티스가, 포르노 영화와 나체 무희, 매춘부들이 가득한 서독의 한 나이트클럽을 방문하였으며, 이는 곧 국가안보상의 위기로 이어질 수도 있었다고 보도했다." 장관은 바(bar)에서 나체쇼 무희 한 명과 함께 술을 마시고 이야기하며 두 시간을 보냈고, 그러는 동안 두 명의 보좌관은 다른 두 명의 여인들과 클럽 내의 다른 곳으로 사라졌다."고 그 신문사는 보도하였다. 이 보도로 인해 들끓은 여론에 밀려 코티스는 장관직을 사임하였다.

사건이 재판으로 넘어가기 전에 해당 신문사는, 허위 및 악의 · 손해 여부 각각에 관한 거증책임을 피고에게로 넘겨버린 브리티시 콜롬비아 주 명예훼손법의 몇몇 관련조항이 '헌장' 제 2 조 b 항에서 보장한 언론자유의 권리를 침해한 것이 아닌가를 먼저 결정해달라고 요청하였다 하지만 판사는 그들의 이런 주장을 받아들이지 않았다.

매우 흥미롭게도, 판사는 '헌장'의 시행으로 인해 캐나다는 미국과 비슷한 '헌법상의 이중성(constitutional ambience)' 상황에 놓이게 되었다."는 주장을 기각시켰다. 캐나다에선 '헌장' 제 1 조가 절대적인 자유와 권리에 대한 완충장치로 작용하므로, 헌법에 그런 조항이 없는 미국과는 상황이 다르며, 바로 이 부분에서 앞의 주장은 정확하지 못하다고 판사는 판단했다."

헌장의 시행으로 말미암아 캐나다 헌법은 약간의 혼성적 경향을 띠게 되었으며, 미국 판례의 무원칙한 수용에 제동이 걸리게 됐다."고 판사는 적고 있다.

판사는 또, 헌장의 시행으로 브리티시 콜롬비아주의 명예훼손법과 관습법이 헌법 심사(constitutional review)의 대상으로 바뀌었다는 점을 지적하였다. 판사는 설리번 사건의 예를 들어가며 이 문제에 관한 자신의 결정이 옳았음을 말하였다. 판사의 주장에 따르면, 이 사건을 담당했던 미연방대법원 역시 사적 당사자들간의 분쟁을 감독하기 위한 법률(명예훼손법과 같은)을 어떻게 해석하느냐는 문제에 봉착하여 판사 자신과 비슷한 접근을 하였다고 한다. 하지만, 이 시점에서 반드시 짚고 넘어가야 할 문제가 있다. 캐나다 대법원이 이 문제에 관해, 앞서 다뤘던 '정신위생학회' 사건은 '권리 및 자유헌장'의 심사를 받아야 할 정부차원의 행위가 아니라는 점을 들어, 판사와는 다른 결론을 도출하였다는 점이다. 이런 결론상의 차이는, '정신위생학회' 재판이 캐나다 명예훼손 법 전반에 대한 도전이 아니라, 단지 관습법에 대한 도전이었기 때문이라 해석할 수 있다.

비록, 설리번 사건에 대한 미연방대법원의 공식 판결을 채택했지만 코티스 사건을 맡았던 판사는, 캐나다 법원이 미연방대법원의 선례를 따라야 한다거나 무거운 부담으로 작용하는 브리티시 콜롬비아주 명예훼손법상의 몇몇 조항을 철폐해야 한다는 주장을 수용하진 않았다. 또한 관사는, 문제의 주 명예훼손법이 뉴스보도를 제한하거나, 널리 인지된 정부의 부조리에 대한 논평을 가로막거나, 혹은 저명한 정치인의 활동에 대한비판의 목소리를 억압하진 않는다고 결론지었다 .

최종적으로 코티스 사건의 판사는 캐나다 명예훼손법에 관한 권위있는 저서인 브라운(Raymond E. Brown) 교수의 The Law of Defamationion in Canada 에 실린 관련 대목을 상세히 인용하며 그의 해석에 동의한다는 뜻을 나타냈다.” 미국 법관들과는 달리 우리 캐나다 법관들은 언론 · 출판의 자유보다 개인의 명예를 훨씬 더 가치있게 평가하여 왔다… 이것은 결코 악의적인 비교가 아니다. 캐나다 법관들도 미국 법관들 못지않게 언론 · 출판의 자유를 소중히 여긴다. 단지 그들은, 개인의 명예, 특히 관료의 명예를 더 가치있게 생각할 뿐이다.

Ⅲ. 관습법으로부터 벗어난 미국

이 논문의 목적을 달성하기 위해선, 관습법적 명예훼손법으로부터의 이탈을 선언한 1964 년 미연방대법원의 결정 배경을 이해하는 것이 필수적이다. 논쟁의 여지는 있지만, 이러한 이탈은 해당사건이 발생했던 당시의 독특한 정치 · 사회적 환경에 의해 촉발되었다고 볼 수 있다. 당시 미국남부는 인종간 갈등으로 얼룩져 있었다. 주정부관료와 백인시민 등 인권과 관련된 제반 판결들을 무력화 시키려는 세력들의 격렬하고도 때론 폭력적인 저항에 맞서, 시위군중들은 Brown v. Board of Education 재판을 위시한 인권관련 제반 판결들의 완전한 시행을 요구하였다. 이런 상황에서 설리번 사건이 발생하였다. 알래스카주 몽고메리시에서 경찰관련 업무를 맡고 있던 선출직 지방행정관인 설리번(L. B. Sullivan)이 명예훼손 혐의로 뉴욕타임즈지를 고소하여 5 십만 달러의 배상금을 받아낸 것이다. 설리번이 명예훼손을 주장한 근거는, 인권 운동가들이 만들어 뉴욕타임즈지에 게재한 한 광고였다. 이 광고는 "남부의 범법자들이 마틴 루터 킹 목사를

일곱번이나 체포하여 끈질기게 괴롭혀 왔으며, 굶주림을 통해 굴복을 받아내려고 식당을 폐쇄하는 등의 방법으로 흑인 학생시위대에 복수해 왔었다."고 주장하였다. 비록 자신의 이름이 광고에 거론되진 않았지만, 설리번은 그 광고가 자신의 명예를 훼손하였다는 것을 배심원들에게 납득시키는 데 성공하였다. 설리번의 승소판결은 주대법원에서도 확정되었다. 게다가, 설러번 사건이 연방대법원으로 옮겨질 즈음엔 몽고메리시의 또 다른 관료와 250 만 달러의 배상금을 요구하는 알라바마주 주지사의 명예훼손 소송이 뉴욕타임즈지를 상대로 제기되고 있었다. 루이스(Anthony Lewis)가 지적하였듯이, 현재 대부분의 학자들은 설리번 사건엔 한 신문사의 운명 이상의 것이 걸려 있었다는데 동의한다. 그것은 오랫동안 계속돼 온 남부의 인종갈등을 정면으로 다루고자 하는 미국 신문의 능력 혹은 의지였다. 루이스는 설리번 사건을 정치투쟁의 무기 즉, 자신의 공무집행에 대해 가해지는 비판을 잠재우기 위한 관료들의 자구책으로 간주하였다. 따라서, 연방대법원이 이 사건의 판결을 위해 "현실적 악의 기준"을 채택한 것은 선동적 명예훼손(seditious libel)에 대한 뿌리깊은 반감에 근거한 것이라고 루이스는 결론지었다. 앤더슨(David. A. Anderson) 역시, "설리번 사건은 1964 년, 그러니까 신문이 지금보다 못한 보호를 받을 당시의 명예훼손법에 대한 반응이 있다."고 평가하였다.

미국의 명예훼손 소송 원고들은, 설리번 사건 및 그 이후의 여러 소송의 판결로 인해, 관습법상에서 요구받던 것 외에 세 가지를 더 증명하도록 요구받는다. 원고는 일단, 피고가 자신의 명예를 훼손한 발언을 했음을 증명해야 하며, 그 다음 그 내용이 거짓이며, 그로 인해 실질적인 피해를 입었으며, 따라서 피고에게 모든 잘못이 있다는 것을 증명해야 한다. 관료 또는 공인이 원고일 경우, 피고의 잘못은 현실적 악의 기준에 의해 결정된다. 관료 또는 공인이 아닌 원고는, 적어도 명예훼손적 내용의 제작 · 유포과정에 피고의 부주의함이 개입되었다는 것을 증명해야 한다.

명예훼손과 관련된 항변도 두 나라에선 서로 다르게 취급된다. 캐나다의 경우, 각종 특권과 정당화, 공정한 논평 등이 항변으로 받아들여지는 정도다. 피고가 '정당화(justification) 항변'을 성립시키려면 원고가 명예훼손으로 주장하는 내용이 진실임을 증명해야 한다. 스카스가드(Anne Skarsgard)가 말하였듯이, 적어도 영국과 캐나다에서 진실은 피고가 제기할 수 있는 긍정적 항변이자 반드시 증명해야 하는 책임으로 수용되고 있다. 미국은 캐나다와는 다른 상황이며, 차이의 배경에는 설리번 및 거츠(Gertz) 사건에 대한 판결이 놓여있다. 스카스가드는, 현재 미국에서 일반적으로 인정되고 있는 증명의무의 공식적 이동(피고의 사실증명에서 원고의 거친 증명)이 두 사건의 판결로 인한 것인지는 명확하지 않다고 주장하였다. 그럼에도 불구하고, 이러한 법적 진보로 인해 미국의 언론은 명예훼손 소송의 피고로서 만큼은 캐나다와 영국의 언론에 비해 훨씬 넓은 입장에서게 되었음을 스카스가드는 인정 하였다.

캐나다와 미국 사법부는 모두 명예훼손 소송에서 '공정한 논평 항변'을 인정하고 있지만, 그것을 다루는 방법엔 차이가 있다. 캐나다에서 이 항변으로 명예훼손 혐의를 벗기 위해 피고는 많은 것을 증명해야 한다. 피고는, 보도나 논평 내용이 공익적 사안에 관한 것이며, 논평은 공정하였고, 발언내용은 단사실을 열거한 것이라기보다는 논평에 가까우며, '명백한 악의'에 의해 작성되지 않았다는 것을 증명해야 한다. 미국의 경우, 공익적 사안에 관해 사실에 근거하여 행한 발언자의 진실한 의사표현만이 '공정한 논평 항변'의 보호를 받는다. 논평 내용이 중대한 오류를 지닌 사실에 근거하고 있을 경우 '공정한 논평 항변'을 적용할 수 없으며, 논평내용의 근거가 내용

속에 밝혀지지 않았거나 일반에게 널리 알려지지 않은 경우에도 적용할 수 없게 된다. 스카스가드가 지적하였듯이, "미국의 경우, 설리번 사건 판결에 의해 거짓보도나 논평이 제한적 면책 특권의 이름으로 광범위하게 보호됨으로 말미암아, 공정한 논평 항변이 불필요한 지경에까지 이르렀다. 하지만, 캐나다에선 최근에 이뤄진 다수의 판결에 의해 공정한 논평항변의 영역이 침해당하였는데, 어떤 이는 그 항변이 아직도 유용한가를 의심하는 지경이다.

'제한적 면책특권' 역시 두 나라가 항변으로 인정하고 있다. 하지만, 공정한 논평항변과 마찬가지로, 이 항변을 다루는 방식엔 차이가 있다. 캐나다에서 제한적 면책특권이 피고를 보호하는 경우는, 보도에 걸려있는 사회전반의 이익이 보도가 잘못될 확률을 능가할 때다. 또한, 피고의 발언이 선량한 믿음에 입각하고 부당한 동기가 없을 경우에도 적용가능하다. 미국의 경우, 제한적 면책특권은 '공정보도 항변(fair report defense)'으로도 알려져 있다. 이 항변은, 행정부의 공식 행위에 관한 보도나 때론 행정부에서 작성한 자료를 근거로 한 보도가 정확하거나 공정하고 완성도가 높으며, 악의적인 것이 아닐 경우에 한해 명예훼손 혐의로부터 피고를 보호한다.

앞서 언급하였듯이, 한 캐나다 논평가는 캐나다 대법원이 Boland and Banks 사건의 판결을 통해 언론으로부터 제한적 면책특권을 빼앗아버렸다고 주장한다. 이 사건에서 카트라이트 대법관은, 선거운동 기간 중에 후보의 입후보 자격에 관한 명예훼손적 내용을 보도한 언론사는 제한적 면책특권의 보호를 받을 수 없다고 판결하였으며, 1893 년 미연방 항소법원의 결정을 인용하여 자신의 판결을 뒷받침하였다. 카트라이트 대법관이 인용한 판결은 post Publishing Co v. Hallam 재판에서 내려진 것으로, 제한적 면책 특권과 같은 원칙을 인정하는 것은 공중에게 득보다는 해가 더 많을 것이라는 내용이었다. 하지만 미국에선 설리번 판결 이후 1893 년에 이뤄진 이 결정이 더 이상 좋은 선례로 간주되지 않는다. "현재 미국은 명예훼손에 관해 엄격한 책임을 묻는 것이 수정헌법 제 1 조의 언론자유 조항에 위배된다는 입장을 취하고 있는데, 이는 캐나다의 상황과는 전혀 다른 것이다"고 스카스가드는 지적하였다. 스카스가드는 카트라이트 대법관의 말을 의역하여 "캐나다에선 공정한 논평 보도특권에 의해 언론자유가 충분히 보호되므로 명예훼손소송과 관련한 언론의 제한적 면책특권은 불필요하다."는 것이 캐나다 사법부의 입장이라고 제시하였다.

Ⅳ. 명예훼손과 표현의 자유간의 균형 유지

캐나다와 미국의 명예훼손법은 재인의 명예 보호와 표현의 자유 사이에서 균형을 유지하고자 한다. 하지만, 이 문제에 관한 두 나라의 판례와 학술적 연구결과는 공통적으로, 캐나다 사법부가 개인의 명예보호에 더 많은 비중을 두고 있는 반면, 미국 법원은 표현의 자유를 보호하는데 더 많은 관심을 가지고 있음을 나타내준다. 캐나다의 법관과 학자들 사이에선 캐나다의 관습법(the common law)이 상기한 두 가치간의 적절한 균형을 맞추고 있다는 견해가 우세하다. 예컨대, 마틴(Robert Martin)은 캐나다 명예훼손법이 책임 있는 언론인에겐 거의 아무런 문제도 일으키지 않는다고 결론내렸다.

"만일 취재기자가 주어진 사건에 대해 신중히 취재한다면 관련 사실들을 모두 제대로 확인할 수 있을 것이다. 취재기사를 손질하는 편집자가 제대로 된 편집을 한다면 최종보도에

명예훼손적 내용이 담겨있을 수 없을 것이다. 좋은 취재와 좋은 편집은 명예훼손 소송을 피할 수 있는 가장 신뢰할만한 방법이다."

캐나다의 많은 법관들이 이런 입장을 공유하고 있다. 예컨대, 온타리오주 고등법원 시절이던 1980 년에 린든(Allen M. Linden) 대법관은 한 연설을 통해, "캐나다엔 현실적 악의 기준 같은 것은 없다. 왜냐하면, 캐나다 법관들은 여전히 언론자유보다 개인의 명예를 더 소중히 여기기 때문이다."고 말하였다. 이미 제시한 바 있듯이, 가장 널리 인용되는 캐나다 명예훼손법 교과서에도, 캐나다 법관들이 미국 법관들과는 달리 언론자유보다 개인의 명예를 더 소중히 여긴다는 내용이 담겨있으며, 노바스코티아 대법원의 1988 년 판결에서도 이런 내 용이 긍정적으로 인용되고 있다. 한편 레포프스키(David Lepofsky)는, 캐나다 법원이 언론자유보다 개인의 명예를 더 소중히 여긴다는 일반화된 주장은 논쟁의 여지가 있으며, '권리 및 자유헌장' 제 2 조 b 항(언론자유)의 해석과도 맞지 않는다고 주장한다. 레포프스키의 이런 주장을 감안할 때, 캐나다 대법원의 코리 대법관이 '정신위생학회' 판결에서 '헌장' 제 2 조 b 항을 해석하며, 자신의 주장(대부분의 사람들은 훌륭한 명예를 무엇보다 소중히 여긴다)을 뒷받침하는 근거로 레포프스키의 견해를 인용한 것은 모순일 가능성이 높다.

이 문제에 관해 뚜렷한 견해를 제시하진 않았지만, 레포프스키는 캐나다가 '명예훼손이 불가능한 곳(libel chill)'이란 견해를 거부하였다. 또한 그는, 적절한 언론보도 범위에 제한을 둔 미국식 접근에 어떤 장점이 있는지 알 수 없을 뿐더러, 현실적 악의 기준의 시행은 공인(public figures)에 대한 언론보도에 절대적 면책권을 부여할 위험이 있기 때문에 캐나다 사법부가 '현실적 악의 기준'을 채택해서는 안된다고 주장하였다. 이런 주장들에 비춰볼 때, 캐나다 국내의 정책결정에 정부 대리인으로 참여했던 레포프스키 자신이야말로, 현실적 악의 기준이 채택된다면 관료로 간주될 가능성이 높다는 사실을 새삼 기억할 필요가 있다. 이런 저간의 상황은, 왜 레포프스키가 그토록 관료의 명예를 보호하는 데 몰두하였는지를 설명하는 데 일조할 것이다. 또한, "편집실 내부에서 이뤄지는 일들을 공개적이고 공적인 심사대상으로 허용하는 것이야말로 필수적이진 않지만 언론에 유익한 일일 것이다."라는 그의 주장을 이해하는데도 도움이 될 것이다.

지금까지의 논의와는 다른 내용의 대안적 관점을 주장하는 소수의 캐나다 학자들도 있다. 예컨대, 클래르는 캐나다의 법률이 언론자유를 희생하면서까지 과도하게 개인명예를 보호하는 데 치중하여 왔다고 주장한다. 자기 주장의 근거로 클래르는, 주지사로부터 지방정치인에 이르기까지 다양한 정부관료가 승소했던 명예훼손 판례(소송의 발단은 제한적으로 면책된 정치적 토론에 지나지 않았다고 그는 주장한다)들을 제시했다. 관련 사례들에 대한 분석 끝에 클래르는, 관습법 하에서 명예훼손 소송은 너무도 쉽게 정치적 반론이나 비판을 억압하는 수단이 되어왔으며, 소송으로 인해 관료들의 명예가 현실적으로 손상된 경우는 없었다고 결론 내렸다.

여러 신문사의 대표이자 캐나다 언론인 협회(the Canadian Association of Journalists) 회장이기도 한 디어든(Richard G. Dareden)도 클래르와 비슷한 주장을 폈다. 그는, 관습법 상의 명예훼손법 대부분이 비판적인 정치연설을 제거하기 위한 목적으로 만들어졌으며, 그 결과 캐나다의 현행 명예훼손기준 하에선, 부당하게도 관료들의 명예를 보호하기 위해 자유로운 정치적 발언에 걸린 공적 이익이 억압당하는 상황이 펼쳐지고 있다고 주장하였다. 그는 또, 코티스 사건판결에 인용되었던 브라운 교수 저서의 관련 대목이야말로 '헌장' 제정 이전에 캐나다

사법부가 명예훼손에 대해 견지했던 태도를 잘 보여주고 있음을 강조하였다. 하지만, '헌장 제정 이전의 이런 입장이 계속 견지되어야 한다는 주장을 펴진 않았다. 나아가, 캐나다 사법부가 현실적 악의기준이 나이와 비슷한 기준을 채택해야 하는가의 문제는 개인의 명예에 대한 캐나다와 미국의 접근방식에 대한 단순 비교를 통해 해결할 수 없다고 디어든은 주장했다. 결국 그는, 명예훼손 소송의 피고에겐 현실적 악의 기준과 같은 헌법차원의 보호라든지, 또 하나의 대안으로, 정부관료들의 행위에 대한 비방적 내용의 보도를 다룰 '제한적 면책 특권'과 같은 보호장치가 마련되어야 한다고 결론 지었다.

두디(Michael R. Doody)는, 캐나다 사법부가 오랫동안 판결기준으로 사용해 온 전통적 의미의 '제한적 면책 특권'이야말로 '현실적 악의 기준'으로 간주할 수 있다는 견해를 제시하였다. 그의 말을 들어보자.

"'헌장'에 명시된 언론의 자유를 보장하기 위해선, 피고의 명예훼손적 보도행위가 현실적 악의에 의한 것임을 원고가 증명할 경우를 제외하곤, 정부관료가 언론을 상대로 제기한 명예훼손소송에서 언론에게 '제한적 면책 특권' 항변을 허용하여야 한다."

이런 기준이 시행된다면, 정부관료가 언론보도의 현실적 악의를 증명하지 못할 경우 언론은 책임을 면하게 될 것이다.

캐나다 사법부가 미국식 접근법을 따라야 한다는 주장도 제기되어 왔었다. 스몰라(Rodney Smolla)는 캐나다 사법부가 최소한 미국식 접근법의 채택가능성만이라도 타진해 야 한다고 주장했다. 비록, 캐나다가 미국보다는 충실히 영국적 전통을 지켜오긴 하였지만, 현대 캐나다가 영국의 관습적 명예훼손법을 여전히 유효적절한 것으로 따르는 것은 아니다. 스몰라는 "영국의 관습법은 가부장적 성격을 지닌다. 민주정 이전의 정치체제 즉, 사회가 여러 사회계급으로 나뉘어져 재산과 지위에 관한 사람들의 애착이 대단하던 시절에 만들어졌기 때문이다. 반대로, 캐나다의 현대사회는 민주적이고 평등한 사회며, 사회적 계급제도도 존재하지 않는다.”고 지적하였다. 캐나다 인들은 명예와 표현자유의 역할에 대한 자신들의 견해가 영국인들과는 상당히 다르다고 생각한다. 그러므로, 캐나다는 영국관습법이 주는 지혜 즉, "명예는 공평한 기준에 의해 법적보호를 받을 가치가 있다."는 사실을 잘 다듬어야 할 것이다.

스타인(Amy R. Stein) 역시 제한적 면책특권이 언론자유에 대한 보다 나은 차원의 보호막을 제공함으로써 '헌장'의 제정 목적을 달성하는데 기여할 것이라고 주장하였다. 그녀의 말을 들어보자.

"미국과 캐나다 명예훼손법 사이에 존재하는 상당한 차이는 각 나라에서 매우 다른 결과를 낳고 있다. 국경을 초월하여 타국에서 수신된 방송전파로 인해 자신도 모르는 사이에, 미국 사법체계보다 훨씬 언론에 비호의적인 캐나다의 명예훼손법에 의해 고소당한 한 방송사의 사례는 이를 잘 나타내 준다."

스타인의 주장은 주로 바하마(Bahamas)의 수상이 미국 방송사인 NBC 를 상대로 캐나다 법정에 제기한 명예훼손 소송 사건에 근거를 둔 것 같다. 바하마의 수상이 문제삼은 것은, 미국인을 대상으로 내보냈지만 캐나다에서도 수신할 수 있었던 6 개 프로그램이었다. 기술적으로 미국에서 쏜 방송신호가 국경을 지나 캐나다로 넘어가는 것을 막는다는 것은 불가능할 뿐더러, 캐나다 방송위원회(Canadian Radio and Television Committee)도 캐나다의 케이블 텔레비전 사업자가 미국의 방송전파를 수신하여 재송출하는 것을 허용하였기 때문이다.

그러나, 최근 몇 년 동안 상당수의 미국학자 및 일부 판사들은 '현실적 악의 기준'에 의해 유지되어 온 명예와 언론 자유간의 균형상태를 강도 높게 비난해왔다. 예컨대, 1964 년 설리번 판결에서 '현실적 악의 기준'의 채택을 지지하였던 화이트(Byron White) 판사도, 1985 년에 와선 당시 설리번 사건의 재판부가 두 가치 간의 '부주의한 균형'을 선택했었다고 평가하기에 이르렀다. 현실적 악의를 증명하지 못한다면, 문제의 보도내용이 거짓이라 할지라도 관료들은 소송에서 지게 될 것이며, 사람들은 잘못된 보도내용을 계속 사실로 믿을 것이다. 화이트 판사의 주장을 들어 보자.

"현실적 악의 기준은 두 가지 잘못을 남았다. 첫째, 정부관료와 공적 사안에 대한 정보흐름을 왜곡시키거나 거짓된 정보를 방치하였으며, 둘째, 패소한 원고(정부관료)의 명예와 공직생활이 허위사실에 의해 파괴될 가능성이 높아진 것이다. 사실을 밝히려는 합리적인 노력만 있다면 충분히 피해갈 수 있는 상황이지만 '현실적 악의 기준'이 그 길을 막게 된 것이다. 언론자유와 명예의 보호라는 관련 이익의 관점에서 볼 때, 이런 상황은 매우 잘못된 결과로 보여진다."

1986 년에 와서는 버거(Warren Burger) 및 랜치스트(William Rehnquist) 판사도 '설리번판결'이 재고되어야 한다고 주장했다. 법조계 인사들뿐만 아니라 '현실적 악의 기준'을 꾸준히 비판해 온 학자들도 있다. 루이스(Anthony Lewis)의 경우, '현실적 악의 기준'은 종종 방대하고 긴 사실확인 절차를 요구하는데 이는 (브레넌 판사의 표현대로) '방해를 위한 기준'에 다름아니라고 지적하였다. 또한 그는, 영국과 같이 언론자유보다 개인의 명예에 더 민감한 나라에선 미국과 같은 대규모 배상 판결이 내려지지 않는다는 사실도 지적하였다. 그 당시 영국에서 결정되었던 최대규모의 명예훼손 배상금은 10 만 파운드에 불과하였는데, 배상금 규모에 있어선 캐나다도 영국과 비슷한 상황이다.

1974 년부터 1984 년까지 미국에서 결정된 700 건 이상의 명예훼손판결을 연구했던 베잰슨(Randall P. Bezanson)도 비슷한 결론을 내렸다. 즉, 현실적 악의 기준과 같은 헌법 차원의 특권도 부당한 책임으로부터 언론을 지켜주지 못했을 뿐만 아니라, 표현의 자유도 보호하지 못했다는 것이다. 그 대신, 언론의 잘못을 입증하는 과정에서 취재나 편집과정의 주관적 측면까지 파고들거나 재판에 앞서 광범위한 관련자료를 노출시킴으로써, 명예훼손 재판이 가진 본래의 의미를 변형시켜 왔다고 주장하였다. 이런 절차는 평균적으로 4 년 이상의 시간이 걸렸으며, 소송에 들어간 대부분의 비용은 원고보다 피고인 언론사가 떠맡았다고 그는 지적했다 또한, 현실적 악의 기준은 원고가 명예훼손적이라 주장한 보도내용의 진실여부를 더이상 고려대상으로 삼지않았기 때문에, 잘못된 기록을 바로잡고자 하는 원고의 소망은 좌절시키고, 문제내용을 그대로 두길 원하는 사람들을 고무시키는 결과를 남았다. 특히, 정부관료와 공인들은, 보도내용의 진위여부에 대한 결정이 내려지지 않을 것이라는 사실을 가장 반길 원고들이다." 결론적으로, 현행 미국의 명예훼손 법규들은 실제 발생했던 행위나 소송당사자의 목적과는 별다른 관련이 없고, 판결내용은 실제로 분쟁이 발생했던 부분과 무관하며, 병적 기준이란 것이 위축되어야 할 행위는 고무하고 고무되어야 할 행위는 위축시키는 현실"이라고 베잰슨은 주장하였다. 베잰슨 외의 몇몇 학자들도 미국 명예훼손법에 대한 비슷한 비판을 제시하였다.

마지막으로, 개인의 명예와 표현 자유간의 균형에 대한 캐나다 및 미국의 입장이 다른 서구 민주사회의 입장과 비교했을 때, 어떤 위치에 있는가를 살펴보려 한다. 서구 민주국가 중에서 미국은 개인의 명예보다 표현의 자유를 훨씬 더 중시하는 입장의 극단에 속한다고 볼 수 있다. 프랑스의 경우, 정부 관료들은 자신의 공적 행동에 대한 모든 주장으로부터 법적 보호를 받는다. 그들은 공직수행과 관련해 자신들이 부정확하다고 판단하는 모든 신문보도에 대해 정정을 요구할 수 있는 반론권을 가지며, 해당 신문사들은 관료들의 정정요구사항을 즉시 게재해야 한다. 뿐만 아니라, 프랑스법은 정부관료의 공직수행 능력을 비방하거나, 행정부 혹은 입법부에 대해 모욕적 발언을 일삼은 모든 사람들에게 특별한 벌칙을 부과하고 있다.

관습법적 전통을 지닌 다른 나라들과 비교해도, 캐나다는 주류적 입장에 가까운 반면 미국은 독자적인 위치를 점한다. 오스트레일리아도 1994 년에 '현실적 악의 기준'의 채택을 검토하였으나, 결국 수용하지 않기로 했다. 1993 년엔 영국의 상원(the House of Lords)이, 한 지방의회가 신문발행인을 상대로 제기한 소송을 판결하는 과정에서 현실적 악의 기준을 잠시 언급하였지만, 적합성에 대한 검토단계조차 밟지 못하고 지나갔다. 1975 년 영국의 한 법률개혁위원회는 '현실적 악의 기준'을 검토한 끝에, 이것이 여러모로 명예훼손 피해자에 대한 정당한 배상을 막고 있다고 주장했다. 이와 유사한 성격의 아일랜드 위원회도 1991 년에 '현실적 악의 기준'의 수용을 거부했다. "사실의 진술(statements of fact)은 그것이 진실일 경우에 한해서만 공적 토론에 무의미한 도움을 준다."는 것이 그들이 최종보고서에서 내린 결론이었다.

이런 맥락에서 볼 때, 캐나다 대법원의 '정신위생학회' 판결은 명예훼손과 관련한 서구사회의 일반적 입장(표현의 자유는 기본적 권리이지만, 다른 사회적 가치들과 균형을 유지해 야만 한다)을 대표한다고 볼 수 있다. 미국의 법적 원리도 이런 일반적 입장을 표방하고 있으나, 유독 명예훼손 분야에선 표현의 자유를 옹호하는 쪽으로 기울어져 있다. 특히, 정부관료의 공직수행에 대한 비판이 개입된 사건의 경우 더욱 그러한 경향을 보인다. 캐나다는 개인의 명예를 더 중시하는 편이지만, 정부관료에 대한 비판에 있어선 프랑스보다 더 많은 자유를 부여하고 있다. 결국, 미국과 캐나다의 명예훼손법상 차이는 문화와 정치, 법적 가치의 차이를 반영한 것임을 알 수 있다.

Ⅴ. 판례 집중 탐구

이 장에선, 정신위생학회 사건을 보다 상세히 다루려 한다. 우선, 사건의 전말을 다시 한 번 상술해 보겠다.

소송당시 원고 힐(Casey Hill)은 온타리오주 법무장관이 임명한 법률대리인(a Crown attorney)이었으며, 이는 미국의 부지방검사(deputy district attorney)에 해당한다. 1983 년 그는, 온타리오주 지방경찰에 '정신위생학회' 소유의 토지와 건물에 대한 압수수색 영장을 발부토록 권고하였다. 수색에 나선 경찰은 2 백만 쪽 이상의 문서를 압수하였다. 정신위생학회측은 즉시 발부된 수색영장의 무효신청을 제기하며 압수된 문서의 반환을 요구하였다. 힐은 이후 시작된 소송에서 주정부 측 법률고문을 맡게 된다.

1 년 뒤, 정신위생학회는 자신들이 학회장에게 회원들의 결혼에 관한 전권을 부여키로 했다는 내용의 신청서를 인정하지 않는 것을 문제 삼아, 이에 관한 사법심사를 요청하는

별개의 소송을 제기하였다. 신청서 심사를 맡고 있던 중앙호적등기소장(the Deputy Registrar General)은 압수된 문서의 정토가 심사에 도움이 되리라 판단하고, 힐에게 압수된 문서의 검토가능성을 물었다. 힐은 소장에게, 압수수색영장과 관련한 소송이 진행 중이므로, 문서 열람을 위해선 법원의 명령이 필요하다고 당하였다.

중앙호적등기소장의 법률대리인은 즉시 법원에 명령 신청서를 제출하였는데, 이 사실은 정신위생학회에 통보되지 않았다. 그러고 당시 힐은 캐나다를 떠나있었다. 한 판사가 법률고문으로부터의 청문절차도 없이 명령서를 발부하였다.

시간이 흐른 뒤 중앙호적등기소장은 정신위생학회에 보낼 서신에서 압수된 문서 중 일부를 자신이 검토하였음을 알았다. 압수문서의 열람을 허락한 법원명령을 모르고 있던 학회 대표들은 일련의 사해가 '법정모독(contempt of court)'에 해당한다는 결론을 내렸다. 이런 결론은 일차적인 느낌에 근거한 것으로, 그들은 자신들의 느낌을 뒷받침할 사실수집조차 하지 않았다. 그들은 힐에게 편지를 보내 어떤 방식으로 법원의 명령을 받아냈는지 밝혀달라고 요청하였다. 그 편지엔 정신위생학회가 힐을 상대로 한 법정모독소송을 제기할 수 있다는 암시가 들어있었다. '학회' 측은 매닝(Morris Manning)을 법적 대리인으로 고용하여 법정모독 소송의 가능성에 대해 자문을 구하였다. 힐의 답변이 있기도 전에, 매닝과 학회 대표들은 토론토 법원 앞에서 기자회견을 열었다. 회견에서, 매닝은 기자들에게 힐의 구속 또는 벌금형을 요구하는 소송을 제기하였음을 알렸다. 한 판사에게 잘못된 자문을 하여 봉인된 문서를 공개시켰으며, 다른 판사에 의해 그 문서들이 공개금지된 상태임을 그 판사에게 알리지 않았다는 것이 소승의 근거였다.

법정모독 사건의 재판이 있기 전, 학회는 봉인된 문서가 하나도 공개되지 않았음을 알게 되었다. 하지만, 학회는 재판을 강행하였고, 자신들이 확보한 증거를 11 일에 걸쳐 제시하였다. 학회 측의 증거제시가 끝난 다음, 판사는 힐이 문서공개를 허락한 법원명령을 얻는 과정에 개입되었다는 증거가 없다는 이유로 소송을 기각시켰다.

힐은 곧바로 매닝과 학회를 상대로 명예훼손소송을 제기하였다. 법원은 대성과 학회에 일반적 손해배상(general damages)으로 3 십 만 캐나다달러를 공동 지불토록 하였으며, 가중된 손해배상(aggravated damages)으로 '학회' 단독으로 5 십만 달러를, 징벌적 손해배상(punitive damages)으로 8 십만 달러를 지불토록 명하였다. 항소법원도 만장일치로 1 심 판결을 지지하였다. 그러자 학회 측은 캐나다 대법원에 상고하였고, 몇몇 언론 단체들도 학회를 지원하고 나섰다. 하지만 캐나다 대법원도 만장일치로 원심을 확정하였다.

캐나다 대법원은 이 사건을 두 가지 쟁점의 측면에서 검토하였다. 즉, 관습법적인 명예훼손 처벌법이 캐나다 헌법에 위배되는가와 피해 보상금이 너무 과도하지 않은가에 대해 집중적으로 검토하였다. 학회 측은, 관습법이 표현자유를 희생시키면서까지 개인의 명예를 보호하는데 치중하고 있기 때문에, 자유롭고 민주적인 사회에서 정당화되어선 안된다고 주장하였다. 게다가, 힐은 정부의 피고용인이기 때문에 그의 명예훼손 소송은 정부행위(government action)에 해당되고, 따라서 '헌장' 제 32 조에서 규정한 헌법적 심사(constitutional scrutiny)의 대상이라는 주장도 덧붙였다. 비록 대법원이 그들의 논점에 동의하진 않았지만, 학회 측은, 관습법을 이루는 원칙들은 '헌장'의 내용들과 일관된 방향으로 해석되어야 하며, 그러기 위해선 현실적 악의 기준과 같은 원칙들이 채택되어야 한다고 주장하였다.

코리 대법관은 다른 다섯 명의 대법관과 함께 다수의견을 작성하였다. 두 명의 대법관이 판결과정에 참여하지 않았으며, 한 명의 대법관은 다수의견에 동의하였다. 코리 대법관은 피고측의 '정부행위' 주장에 대한 견해부터 제시하였다. 여기서, 정부행위란 본질적으로 설리번 판결에서 사용되었던 '주정부의 행위(state action)'란 표현과 동격이다.

학회 측은 힐이 주 법무부의 결정에 따라 명예훼손 소송을 제기하였고, 소송비용이 주 법무부 예산에서 나왔기 때문에, 힐의 소송은 법원과 명예훼손법을 이용하여 자신에 대한 비판을 잠재우고 '헌장' 정신을 위배하는 방법으로 표현자유를 제한하려는 정부의 시도에 해당한다고 주장하였다. 코리 대법관은, 매닝과 학회가 정부가 아닌 힐의 개인적 명예를 손상시켰고 힐은 스스로를 위해 소송을 제기하였다는 이유로 학회 측의 주장을 기각시켰다.

코리 대법관은 아래와 같이, 미국 대법원이 정부관료의 명예에 대해 견지하고 있는 입장과 확연히 다른 캐나다 정부관료의 명예에 대해 논하였다.

"한 사람이 정부에 고용되었다는 사실이 자동적으로 그 사람의 명예가 두 부분 즉, 개인적인 삶과 피고용인으로 삶으로 나눠짐을 의미하진 않는다. 고소인(정신위생학회)의 견해에 따르자면, 하나의 명예훼손적 발언이 두 가지 서로 다른 법의 적용을 받는 일이 벌어진다 하나는 정부의 피고용인에게 해당되는 법이고, 다른 하나는 나머지 사회구성원에게 적용되는 법이다. 하지만, 정부에 고용되었다는 사실이 이런 구분의 근거가 될 수는 없다."

이와는 대조적으로, 설리번 재판을 맡았던 미연방대법원의 브레넌(William Brennan) 대법관은 다음과 같은 견해를 밝혔다. 법원은 이번 사건이 "공공 쟁점에 관한 토론은 제한되어선 안되며, 활기차고 개방적이어야 하며, 그 과정에서 정부와 관료는 강렬하고 신랄하며 때론 불쾌할 정도로 날카로운 인신공격을 받을 수도 있다."는 일반적 원칙에 위배되는 것이라고 간주하였다. 잘못된 사실을 전하였거나 혹은 관료의 명예훼손상을 입혔다는 사실만으로 정부를 상대로 한 비판에 제한을 가하는 것이 정당화되기엔 불충분하다. "정부관료의 공무수행에 대한 비판이 효과적으로 작용하여 관료들의 공인으로서의 명예가 깎였다는 이유만으로, 그 비판이 헌법에 보장된 보호를 상실하진 않는다."고 브레넌 대법관은 주장하였다.

나중에 미국에선 앞서 언급했던 '정신위생학회'의 주장과 비슷한 법적 기준이 만들어 겼다.즉, 동일한 수준의 명예훼손적 발언이 두 가지 서로 다른 법(하나는 정부의 피고용인에게 해당되는 법이고, 다른 하나는 나머지 사회구성원에게 적용되는 법이다)의 적용을 받는 사건이 벌어진 것이다. 예컨대, Butts v. Curtis Publishing Co.와 Walker v. Associated Press 재판에서 법원은 '정부관료' 뿐만 아니라 미식축구 코치나 여타 유명인사와 같은 '공인'에게도 '현실적 악의 기준'을 확대 적용한 반면, Certz v. Robert Welch, inc. 재판에선 '사인'에 한해 정부관료에게 요구되는 것보다 낮은 수준의 거증책임을 요구하기도 하였다. '사인'의 경우 언론을 상대로 한 명예훼손 소송서 승리하기 위해 언론보도의 '현실적 악의'를 증명할 필요가 없으며, 단지 피고인 언론사가 부주의했다는 사실만 증명하면 된다고 판결하였다. 그리하여, "정부에 의한 고용여부가 법 적용의 차이를 남을 수 없다."는 캐나다 대법원의 판결과는 달러, 미연방대법원은 정부관료에 대한 차별적 대우를 인정하였다.

'정신위생학회'는 단순 고용직인 정부청사 수위와 주정부의 직원인 법률고문을 구별하기란 어렵지 않다고 주장했다. 명백히 주정부 직원인 사람의 행동은 주정부를 대표한 것이라고 밖에 볼 수 없다는 것이다. 미 연방대법원도 Rosenblatt v. Baer 재판에서 비슷한 결정을

내렸다. 이 재판에서 법원은, 정부관료엔 적어도 정부의 공식업무에 실질적 책임을 지고 있거나 그렇게 보여지는 사람이 포함된다고 정의함으로써, 재판에 계류된 자가 정부관료인지 아닌지를 구분할 수 있다고 판결하였다.

하지만, 캐나다 대법원의 코리 대법관은 이런 구분을 거부하였을 뿐만 아니라, 그런 구분으로 인해 미국에서 생겨난 현상들에 대해 매우 비판적 입장을 취하였다. 그의 얘기를 들어보자.

"극단적 사례에 해당되는 고소인들을 차별적으로 분류하는 것은 쉬운 일인 반면, 양 극단 사이에 존재하는 사람들은 그 범위가 너무나 넓고 관료들의 업무 또한 너무나 다양하기 때문에 효과적인 구분을 하기가 힘들다. 설리번 판결 이후에 미국에서 이뤄진 판례들은 이런 점에서 교훈을 준다. 설리번 판결은 정부 관료가 제기한 명예훼손 소송에 적용되어 오던 관습법을 수정하였으며, '사인' 보다는 '정부관료'나 '공인'에 대한 격렬한 논쟁을 촉발시켰다."

캐나다 대법원은 매닝 및 정신위생학회의 비방대상은 힐 개인의 인격과 능력이었지 정부가 아니었으므로, 힐의 명예훼손 소송은 정부행위에 해당되지 않는다고 판단하였다.(하지만, 설리번 사건에선 문제의 발언이 현실적 악의를 가지지만 않았다면 헌법의 보호를 받을 수 있었을 것이다. 왜냐하면, 힐은 정부의 법률고문으로서의 업무수행 능력에 대해 비판을 당했기 때문이다). 코리 대법관은 힐이 소송을 제기한 단초는 자신의 개인적 능력에 관한 명예훼손이었음을 지적하였다. 온타리오주 법무부나 주정부가 소송제기를 요구하였거나, 소송절차에 관여하였다는 증거도 발견되지 않았다. 주 법무부가 소송비용을 제공하였음이 사실이라 하더라도, 그것만으론 이번 소승에서의 힐의 법적 지위를 바꿀 수 없으며, 정부행위라는 외양으로 힐의 개인적 행동을 믿을 수는 없다는 것이 코리 대법관의 견해였다.

만약 설리번 재판에서 이런 문제가 발생 하였다면, 정부기관이 소용비용을 제공한 명예훼손 소송은 '정부행위'로 간주되었을 가능성이 높았을 것이다. 설리번 재판에서 미연방대법원은, 주 대법원이 주 손해배상법(state tort law)상의 기준을 명예훼손사건에 적용하였다면 이는 수정 헌법 제 1 조에 의한 헌법심사를 받는 '정부행위'에 해당된다고 결론지었다.

설리번 재판의 본질은, 정부관료가 자신의 공무수행 능력이나 공직 적합성에 대한 논의에 대해 관습법상의 명예훼손법을 근거로 명예훼손 소송을 제기하였다면, 이 때의 명예훼손법은 정부 정책을 효율적으로 집행하고 반대의견을 묵살하기 위해 사용된 것이라는 데 있다고 스몰라는 주장했다. 스몰라는 캐나다적인 상황에서 이런 추론이 어떻게 적용될 수 있는지에 대해서도 설명했다. Dolphin Delivery 사건에서 캐나다 대법원은 제 2 차 피케팅 시위를 금지시킨 (회사의) 명령이 '헌장'에 보장된 표현자유를 침해하였는지에 관해 검토하였다. 법원이 내린 결론은, 관습법이라 할지라도 그 내용이 '헌장'에 보장된 권리를 침해하였다면 '헌법(헌장) 심사'의 대상이 된다는 것이었다. 그러므로, 정부관료가 자신의 공무수행이나 공직 적합성에 대한 보도를 문제 삼아 관습법에 의한 명예훼손 소송을 제기한 것에 대해, 전통적인 관습법적 기준을 수정하자면 '헌장'의 표현자유 조항을 적용해야 한다는 캐나다 대법원의 판결은 Dolphin Delivery 재판에서 자신이 내렸던 판결과 일치되지 않는 것이다. 하지만, 캐나다 대법원은 이런 추론을 '정신위생학회' 재판에 적용하지 않았다.

힐의 명예훼손 소송에 정부행위가 개입되지 않았다는 결론을 내린 후, 코리 대법관은 관습법이 반드시 '헌장'의 원칙이나 정신과 일치되는 방식으로 해석되어야 하는지에 관해 검토하였다. 그가 내린 결론은, Doiphin Delivery 및 그 이후에 내려진 판결들에 비춰볼 때, 일치된 방식으로 해석해야 한다는 것이었다. 하지만, 정부행위가 개입되지 않은 사건 즉, 원고가 관습법이 '헌장'과 일치하지 않는다고 주장하는 사건의 경우, '거증책임'은 정부가 아닌 원고 자신이 져야 한다는 결론도 함께 내려졌다.

그런 다음 코리 대법관은 관습법이 개인의 명예와 표현자유간의 적절한 균형을 지켜왔는지에 대해 논하였다. 그는 논의를 시작하며 표현의 자유가 절대적으로 중요한 가치이긴 하지만 캐나다의 법은 그 권리의 절대성을 인정한 적이 없었음을 지적하였다. 그는, 유독 명예훼손적 발언이 '헌장'의 표현자유 조항에서 보호하도록 되어 있는 핵심 가치들과 희박한 연관성을 가진다고 주장하였다." 명예훼손적 발언은 그 진실을 밝혀내기가 매우 힘들다. 허위로 가득찬 중상적 발언을 통해서는 발전을 거듭할 수 없다. 또한, 그런 발언으로는 공동체의 관심사에 대한 건강한 참여를 이끌어 낼 수도 없다. 명예훼손적 발언은 사회적 가치들의 진보를 갉아먹을 뿐만 아니라, 자유롭고 민주적인 사회 건설에 해가 될 뿐이다.”고 코리 대법관은 적고 있다. 코리 대법관의 이런 지적은 브레넌 대법관이 설리번 판결에서 밝힌 의견과 선명한 대조를 이룬다. 브레넌 대법관은 그 판결에서 매디슨의 다음과 같은 주장을 긍정적으로 인용했다. "모든 것을 적절히 이용하자면 어느 정도의 비방(abuse)은 불가피하게 수반된다. 현대 언론이 이런 사정을 여실히 보여주고 있다." 이에 덧붙여 브레넌 대법관은 Canlwell v. Connecticut 사건에 대한 병원의 판결도 긍정적으로 인용했다.

"잘 알다시피 탄원자(pleader)들은 타인이 자신의 의견을 받아들이도록 설득하기 위해 때때로 과장된 표현을 사용하기도 하고, 교계나 정부의 저명인사 들을 비방하기도 하며, 심지어는 허위사실을 만들어내기도 한다. 하지만 역사적으로 볼 때, 이 나라의 국민들은, 비록 지나친 발언이 중상모략으로 흘러갈 가능성이 상존하지만 이런 표현의 자유가 민주사회 시민으로서의 계몽된 생각과 올바른 행동에 필수 불가결하다는 철학을 정립하여 왔다."

결론적으로 브레넌 대법관은, "잘못된 발언은 자유토론 과정에서 불가피한 것이다. 표현의 자유가 지속되려면 숨쉴 공간이 반드시 필요하며 그런 차원에서 잘못된 발언도 보호되어야 한다."고 주장했다.

다음으로 코리 대법관이 논의한 것은 민주사회에서 개인의 명예를 보호하는 것이 가지는 중요성이었다. 그는, 타인의 명예를 훼손하는 허위발언을 매우 심각한 범죄로 간주했던 캐나다의 역사적 사례들을 내보임으로써 논의를 시작했다. 명예의 보호가 '헌장'에 구체적으로 명기되진 않았지만, 그것은 인간의 근본적 존엄성을 대변하는 것으로서 '헌장'에 제시된 모든 권리의 밑바탕에 깔려있다. 명예를 보호하는 것은 캐나다 민주체제에서 근본적 중요성을 가진다고 코리 대법관은 주장했다.

이 부분에 대한 논의의 결론부에서 그는, 명예의 보호가 가지는 가치는 표현자유의 권리와 조심스레 균형을 이뤄야만 한다고 밝혔다. 하지만, 그는 결론부의 대부분을 할애하여 캐나다 사법부가 현실적 악의 기준을 수용해야 한다는 주장을 반박하였다.

코리 대법관은 설리번 판결을 간략히 설명한 뒤, 미연방대법원이 그런 판결에 이르게 된 이유를 자기 나름대로 설명하였다. 그런 다음 그는, 일부 미국 판사와 학자들이 다양한 이유를 들어 현실적 악의 기준을 신랄하게 비판해 왔다는 사실을 언급했다. "아마도 가장 중요한 (비만의) 이유는, 설리번 판결이 명예훼손 소송의 초점을 소송의 본질적 목적이 아닌 다른 것으로 이전시켰다는 사실이다. 현재의 미국 사법부는 비방적 발언의 사실여부를 결정하기 보다 피고의 부주의 여부를 따지고 있다. 몇몇 불행한 결과들로 인해 소송의 초점은 다른 데로 옮겨지고 있다."

코리 판사는 '불행한 결과'로 다음 네 가지 것을 지적하였다. (1) 원고가 명예훼손적 발언의 허위성을 입증하거나 자신의 명예에 피해가 발생하였는지를 입증할 기회가 거부당하고 있다 (2) 언론 보도과정 전반에 대한 상세한 조사가 필요해짐에 따라 명예훼손 소송에 걸리는 시간이 늘어나게 되었다. (3) 소송 비용이 급격히 늘어남에 따라 원고가 아무런 법적 도움도 없이 경제적 곤란에 빠지는 경우도 있다. (4) 허위사실의 유포도 보호된다는 사실 때문에 공적 토론에서 진실의 가치는 평가절하되고 이로 인해 중대한 사회적 손실이 발생한다. 그는, 영국과 호주의 사법부도 현실적 악의 기준의 채택을 거부해왔음을 재차 언급하였다.

코리 판사는 사적 당사자들간의 소송을 해결하기 위해 캐나다 사법부가 현실적 악의 기준을 채택해야 할 아무런 이유도 발견하지 못했다. 명예훼손에 관한 관습법이 부당한 제한을 가하지는 않았다. 대부분의 개인에게 자신이 공표한 내용이 진실임을 입증토록 요구하지도 않았다. 공표자는 합당한 수준의 책임을 떠맡아야 한다.

코리 판사의 견해와는 대조적으로, 브래넌 대법관은 제한없는 토론의 가치가 입후보자의 명예보다 중요하다는 캔사스주 대법원의 판결을 긍정적으로 인용했다.

"국가와 사회에서 제한 없는 토론이 가지는 중요성과 그로부터 파생되는 이득은 너무도 큰 까닭에, 자신의 행동이 논의에 올려진 사람의 개인적 불편함을 상쇄하고도 남는다. 비록 종종 개인의 명예에 가해지는 피해가 엄청나기도 하지만, 개인의 명예는 공공의 복지를 위해 양보되어야 한다. 공표로 인한 공적 이익은 너무나도 큰 반면 개인의 명예가 손상될 확률은 아주 적기 때문에, 공공의 문제에 관한 제한없는 토론은 반드시 특별한 보호를 받아야 한다."

코리 대법관은, 미연방대병원으로 하여금 현실적 악의 기준을 수용토록 한 요인들 중 그 어느것도 '정신위생학회' 사건엔 발견되지 않았다고 주장했다. 첫째, 이 사건에선 언론이 피고로 나서지 않았으며 정부정책에 대한 정치논평도 개입되지 않았다. 둘째, 캐나다에서 내려진 명예훼손 판결을 살펴보면, 피고인 언론사가 엄청난 배상판결로 인해 기업경영상의 위기를 맞을 위험이 거의 없다. 마지막으로, 캐나다정부 관료들에겐 미국 관료들이 가지고 있는 공적 발언에 대한 광범위한 면책권이 없으므로, 캐나다의 일반인들에게 그런 면책권을 부여할 필요가 없다. 결론적으로 코리 대법관은, 명예훼손에 관한 관습법이 실제 소송에서 '헌장'이 보호코자 하는 가치들과 조화를 이루고 있으므로, 그 법을 수정하거나 변경할 이유가 없다고 주장했다.

하지만, 코리 판사는 캐나다 연방의회나 주 의회의원들이 회기도중 의사당에서 한 발언에 대해 절대적 면책특권을 가진다는 사실을 간과하였다. 이런 사실을 두고 디어든은 다음과 같은 의문을 제기한다. "의회 의원들이 공적사안에 대해명예훼손 소송의 위험없이 발언할 수 있는 절대적 면책특권이, 일반공중이나 언론의 정부관료 의 행위에 대한 발언권보다 높아야 될 이유가 있는가?"

코리 판사의 다음 논의는 매닝(Morris Manning)의 주장 즉, 제한적 면책특권 항변은 탄원서나 자신이 힐을 상대로 제출한 제정신청 통지문(the notice of motion)과 같은 법정제출문서에 관한 보도에도 확대 적용되어야 한다는 주장을 다루고 있다. 특히, 매닝이 재정신청서의 내용을 반복하여 말한 것에도 '제한적 면책 특권'이 적용되는지 여부가 문제였다. 이에 대해 코리 판사는, 매닝이 법정 규칙에 의거하여 재정신청서를 제출하려 하였고, 기자회견에 앞서 법정규칙에 대해 설명하였으므로, 그가 소집한 기자회견자체는 '제한적 면책특권'의 보호를 받을 수 있다고 결론내렸다. 하지만, 회견장에서의 매닝의 행동은 기자회견의 정당한 목적을 넘어선 것이었으며, 따라서 그 부분에 관해선 '제한적 면책특권'을 적용하지 않았다고 코리 판사는 말했다.

코리 대법관은 의견의 마지막 부분에서 매닝과 정신위생학회에 부과된 손해배상금에 관해 검토하였다. 매닝과 '학회'는 자신들의 주장을 가장 널리 알리기 위해 가장 많은 피해를 끼칠 수 있는 방법인 기자회견을 가졌으며, 자기 주장의 사실여부를 확인하려는 어떤 노력도 하지 않았다고 대법관은 지적하였다. 심지어 그들은 자신들의 주장이 틀렸음을 알고 난 뒤, 법정모독에 관한 재판과 명예훼손 재판이 진행되는 동안에도 잘못된 주장을 반복하여 유포시켰다. 학회의 이런 행위에 대해 코리 대법관은 "무모하게 고압적이고, 극도로 건방지며, 오만한" 행위라고 단정하였다. 그러므로 판결속의 손해배상금 규모는 정당하다고 결론지었다.

코리 대법관의 추론에 전반적 동의를 표하며(Claire L'Heureux-Dube) 대법관도 간단한 의견을 제출하였다. 하지만, 그녀는 '제한적 면책특권'에 관한 코리의 의견에는 동의하지 않았다. 그녀는 코리 대법관이 제한적 면책특권의 적용범위를 확대하여, 구체적 사법절차에 들어가지 않은 '탄원내용 보도'에도 제한적 면책특권의 적용을 가능케 하였다고 판단했다. 대법관은 공개리에 진행된 재판과정에 대한 보도에만 '제한적 면책특권 항변'이 적용되어야 하며, 그런 보도라 할지라도 명예훼손적 내용이 들어있다면 '특권'의 보호대상이 될 수 없다고 보았다

Ⅵ. 결 론

캐나다 대법원이 현실적 악의 기준을 채택하지 않은 이유는 무엇일까? 다양한 해답이 가능하다. 첫째, 영국이 캐나다 사회 전반과 캐나다 법률 전반에 끼친 뿌리깊은 영향을 꼽을 수 있는데, 이런 영국의 영향력은 종종 캐나다를 미국과는 다른 방향으로 이끌기도 하였다. 캐나다는 미국이 경험했던 것과 같은 정도의 '영국으로부터의 이탈'을 경험한 적이 없다. 궤벡주의 분리 독립운동을 제외하곤, 캐나다는 어떤 종류의 이탈도 원하지 않았다. 비록 상징적이고 아무런 권한도 없지만 영국 국왕은 여전히 캐나다의 공식적 국가 수반이다. 캐나다 시민들은 여전히 국왕의 신민으로 간주된다. 여왕 엘리자베스 2 세의 얼굴이 캐나다 화제 모델로 등장한다 영국식 관습대로 캐나다의 변호사들은 법정에 나설 때 가운을 입는다. 미국의 형사재판이 United States v. Timoth McVeigh 라든지 Oklahoma v. Timohy McVeigh 라고 명명되고, 검사가 배심원들에게 피고의 유죄를 설명하며 사람들이 피고에 대한 반감을 촉발시키는 방식으로 재판이 진행되는 반면, 캐나다에선 Regina v. Keegstra 라는 방식으로 재판을 명명한다. 여기서 Regina 는 '여왕'을 의미하는 라틴말로, 영국여왕을 가리킨다.

하지만, 캐나다와 영국간의 공식적 유대관계를 균형을 유지한 채 지속시키는 것은 중요한 일이다. 많은 캐나다인들은 이러한 관계를 단지 상징적이거나, 심지어는 공허한 공식관계로 간주한다. 예컨대, 여왕 엘리자베스 2 세가 1997 년 여름 캐나다를 방문했을 때, 캐나다의 국정신문(national newspaper)은 자신들의 세금이 여왕 방문비용으로 사용되는 것에 대한 불평이라든지, 영국 왕실과의 유대관계를 유지하는 것은 캐나다를 및 식민시대로 깎아내리는 것이라는 주장을 담은 '독자로부터의 편지'를 게재하기도 하였다. 이런 편지내용에 반대하는 또 다른 독자들은 군주제에는 많은 사람들이 이해하지 못하거나 수용하길 거부하는 많은 장점이 있다는 내용의 편지를 보내기도 하였다.

영국의 영향력을 반증하는 또 하나의 사례는 '선동적 명예훼손(seditious libel)'의 개념정의에서 발견할 수 있다. 미국에서 이 개념은 그 신빙성에 문제가 있다는 평가를 받고 있으며, '현실적 악의 기준'은 이 개념에 대한 역사적 반감에 근거하고 있다고 얘기된다. 하지만, 캐나다의 헌법에는 '선동적 명예훼손'이란 죄목이 규정되어 있으며 최고 14 년 징역형을 선고할 수 있다 이런 '선동적 명예훼손'은 수세기 동안 영국의 관습법에 존재했던 죄목을 그대로 옮겨온 것이다.

1798 년 미국에서 만들어진 치안법(the Sedition Act)은, 의회나 대통령을 비방하고 모욕을 주거나, 그들에 대한 사람들의 증오를 유발시키려는 목적으로, 허위와 악의에 찬 글을 출판하는 것을 범죄로 규정하고 5 천 달러 이하의 벌금이나 5 년 이하의 징역에 처할 수 있도록 정하였다. 치안법은 원래 영국에서 '선동적 명예훼손'으로 알려져 왔던 것을 근거로 제정되었으며, 입법당시부터 매우 많은 논쟁을 불러 일으켰다. 이 법은 예정대로 1801 년에 소멸되었으며, 이후 다시금 입법되진 않았다. 의회는 나중에 이 법을 위헌이라 간주하고, 치안법 아래서 징수되었던 모든 벌금들을 되돌려주었다. 설리번 재판을 맡았던 미연방대법원은 그 재판에 적용된 관습법적 명예훼손법이 예전의 '선동적 명예훼손'과 매우 흡사하다고 판단했다. 브래넌 대법관은, "비록 현대의 법원이 치안법을 접해본 적은 없으나, 그 옛날이 법의 타당성을 공격했었기에 오늘날의 법원이 존재하고 있는 것이다."라고 주장했다. 캐나다의 상황은 역시 미국과 대조적이다. 1950 년대까지 캐나다법원은 미국의 치안법과 상당히 유사한, 영국적 의미의 '선동적 명예제손' 개념을 판결에 사용하였다. 캐나다형법 제 59 조에는, "선동적 명예훼손이란 선동의 의도를 표현 한 명예훼손을 가리키며, 여기서 선동의도는 영 국의 국왕과 그 후계자, 정부, 헌법에 대한 증오나 경멸, 불만 등을 유발시키려는 의도를 말한다."고 규정되어 있었다. 1950 년에 캐나다대법원은, 문제의 저작이 선동적 명예훼손에 해당되려면 반드시 확립된 공권력에 대한 혼란이나 저항을 유발시키려는 의도로 작성되어야 한다는 조건을 덧붙임으로써 이 개념을 수정하였다. 현행 캐나다형법은 '선동적 명예훼손'을, 캐나다 정부의 교체를 위한 폭력사용을 옹호하는 내용의 저작물을 가르치거나 지지 출판 · 유포시키는 행위로 정의한다. 하지만, 캐나다의 수정된 정의조차도 미국에선 위헌으로 간주될 것이다. 왜냐하면 미연방해병원은, 즉각적인 불법 행위를 자극하거나 창출하는 경우를 제외하곤 정부가 불법행위에 대한 지지를 금지할 수 없다고 판결했기 때문이다.

캐나다 법은 영국의 영향뿐만 아니라 미국법으로부터 많은 영향을 받았다. '권리 및 자유헌장'의 제정과 이에 수반되어 생겨난 캐나다 대법원의 '위헌심사권'은 미국의 영향을 여실히

반영하는 증거다. 이를 두고 캐나다 논평가들은 '캐나다 제도가 미국식으로 변해가는 또 다른 단계'라는 표현을 쓰기도 하였다. 캐나다 판례법이 미국사법부의 판결에 자주 의존하는 것에서도 미국의 영향은 발견된다. 하지만 캐나다 법들은 미국의 모든 선례를 수용해야 한다는 강박관념에 쫓기진 않았다. 그 대신, 그들은 미국의 판례로부터 취할 것은 취하고 버릴 것은 버리는 태도를 견지하여왔다. 코티스 사건에 대한 사실심판사의 판결은 이런 태도를 완벽하게 보여주는데, 이 판결에서 그는 설리번 사건의 판결 중 '정부행위'에 대한 것은 채택하고 '현실적 악의'에 판한 것은 거부했다. 특히, 캐나다의 법관들은 "헌장 제 1 조는 캐나다만의 독특한 자유민주사회관을 강조하고 있다. 우리는 미국의 선례로부터 벗어나기를 망설여서는 안된다."라는 생각에 사로잡혀 있는 것 같다.

정신위생학회 판결 역시 '선례의 영향력'과 선출된 정부기관에 대한 사법적 복종(judicial deference)으로 설명할 수 있다. 이 사건이 대법원에서 다뤄지기 직전까지, 캐나다 명예훼손법이 미국법에 비해 개인의 명예보호를 더 많이 강조한다는 인식은 너무나도 확고하였다. 관습법을 중시하는 다른 나라뿐만 아니라 캐나다와 미국의 판사들도 이런 '틀에 박힌 인식'을 버리기를 거부하였다. 더군다나 이번 사건에 대해 코리 대법관도, 관습법이 '헌장'에 보장된 가치와 조화를 이루도록 하려면 캐나다 대법원으로서는 관습법을 꾸준히 개정하는 것이 적절한 조치인 반면, 입법부로서는 관습법의 광범위한 변화를 추진해야 할 것이라고 주장했다. 이 판결과 관련하여 고려해야 할 또 다른 요인은, 캐나다 대법원이 '위헌성사권'을 가진 것은 불과 15 년 전부터라는 사실이다. 이런 모든 요인들로 인해 '정신위생학회' 사건을 맡았던 캐나다 대법원은, 설리번 판결의 미연방대법원보다 더 신중하게 쟁점사항들에 대해 판결하였던 것이다.

마지막으로, 설리번 판결과 정신위생학회 판결에 영향을 미쳤을지도 모를 법외적인 요인들의 차이점을 검토해야 한다. 예를 들어, 몇몇 논평가들은 설리번 사건이 당시 발생한 극적인 상황의 영향을 과도하게 받았다는 주장을 펴왔다. 그 당시는 미연방대법원이 자체 역사상 '실천가적 단계'에 있었던 까닭에 고착된 판례를 뒤집겠다는 의지가 높았었다. 특히, 그 시절의 법원은 인권문제와 남부의 여러 주에서 벌어진 인권관련 판결에 대한 격렬한 저항에 매달려 있었다. 그러므로, 당시의 재판부가 설리번 사건의 원고를 병원판결에 대한 저항세력의 일부로 간주했을 가능성도 높았을지 모른다. 이 사건의 원고는 백인 선출직 관료로서, 자신의 공직수행을 비판한 흑인과 그 비판을 유포시킨 신문사를 처벌하고자 명예훼손소송을 제기했었다. 이런 정황들로 미뤄볼 때, 병원이 피고에 대한 동정심에 경도되어 최종 판결을 내렸을 가능성도 높은 것이다.

'정신위생학회' 사건은 완전히 다른 상황에 놓여 있었다. 이 사건의 모든 증거들은 '학회'의 행동이 절대적으로 잘못되었음을 지적한다. 힐은 자신이 1983 년에 단행된 '학회 압수수색'에 영장을 발부하는데 관여하기 훨씬 이전부터, '학회'와 관련된 사건들에 대한 보고서를 정부에 제출했었다. 이에 학회는 힐에 관한 자료(힐의 모든 것을 감시 추적하여 그를 캐나다의 공적으로 규정하고 있음)를 1977 년부터 1981 년까지 5 년 동안 수집 · 보존해 왔었다. 압수수색이 있은 후, '학회'와 법률대리인은 자기 주장의 진실성을 검토하지도 않은 채 힐의 공직수행에 문제가 있다는 심각한 주장을 폈다. 심지어 자신들의 주장이 거짓임이 드러났는데도 그들은 11 일간의 '법정모독' 재판으로 힐을 끌고 갔으며, 재판 결과 힐에겐 아무런 잘못이 없음이 밝혀졌다. 이후 '정신위생학회'는 7 년에 걸친 소송에서 자신들의 주장이 사실임을 주장하고, 명예훼손 소송 중에도 반복하여 힐의 도덕성을 공격했다.

배심원단의 평결이 발표된 다음 날에도 '학회'는 언론사에 보낸 보도자료를 통해 힐에 대한 비방을 반복하였다. 요컨대, '학회'는 명백히 힐을 상대로 한 복수를 목표로 하고 있었으며, 설사 이 사건에 '현실적 악의 기준'이 적용되었다 하더라도 '학회'는 패소했을 것이 분명하다.

'정신위생학회'는 자신에 대한 비판을 잠재우고 '인지된 적'을 괴롭히기 위해 송사를 이용하는 것으로 세계적인 악명을 떨치고 있다. '학회'의 창시자인 허바드(Ron Hubbard)는 한 때 이렇게 말했다. "우리에 대한 언론보도를 포기시키기 위해 우린 완벽하게 명예훼손소송을 준비할 것이다." 다음으론, 캐나다 사법부가 미국법원에 비해, 적절한 방식으로 개인의 명예보호에 치중한다고 밝힌 법원의 판결과, '정신위생학회' 사건을 대비시켜 보자. 지금까지 언급했던 모든 사실들은, 캐나다대법원이 '정신위생학회'와 그 법률대리인을 특별히 매력없는 피고로 판단했으며, 명예훼손에 대한 미국식 접근법을 수용하지 않는 방향으로 재판을 이 끌었음을 암시하고 있다. 돌이켜 보건대, 현실적 악의 기준을 채택하라는 정신위생학회의 주장을 지지하는 간략한 보도까지 했던 언론은 승산이 거의없는 희망을 가졌었던 것이다.

캐나다 대법원은 적어도 현재로서는 현실적 악의 기준을 채택하지 않는다는 입장이다. 브리티시 콜롬비아주 항소법원은 '정신위생학회' 판결이 있은 지 1 년 후에 내린 판결을 통해, "캐나다 사법부는 표현자유의 제단 위에 개인의 명예를 맹목적인 제물로 바쳐서는 안될 것이다."라고 주장했다. 이 논문은 결코 캐나다 사법부가 올바른 길을 가고 있다거나, 미국 법원이 캐나다의 사례를 따라야 한다는 주장을 펴지 않았다. 하지만, 미국의 판사와 법학자들은 '현실적 악의 기준'이 최근 캐나다 판례에서 보여준 역할에 주의를 기울임으로써 그 기준의 강점과 약점에 대한 귀중한 통찰력을 얻을 수 있을 것이다. 바로 이것이 본 논문을 통해 밝히고 싶었던 것이다