

## 미국의 언론환경 변화와 법리 전개

함 석 천

춘천지방법원 원주지원 판사

### I. 들어가며

우리는 현재 여러 분야에서 다양한 이익을 대변하는 수많은 개인과 집단의 목소리를 들을 수 있다. 1992년 문민정부가 출범하면서 사회 곳곳에 남아 있던 군사정부의 잔재들이 청산되고, 노동운동을 필두로 다양한 시민운동이 전개되면서 언론환경도 새로운 국면을 맞이하게 되었다. 잔뜩 웅크렸던 각계각층의 욕구가 일시에 터져 나오면서 혼란과 갈등이 증폭되기도 했지만, 그보다는 희망이 함께 하는 활기찬 사회로 발전해 왔다고 평가하고 싶다. 이런 배경 아래 통신과 미디어 발달로 대한민국 국민이라면 남녀노소를 불문하고 너나 할 것 없이 네티즌이라고 자부하는 사회가 도래하다 보니, 이제는 정보가 넘쳐나고 그 정보만큼이나 다양한 목소리가 사회 곳곳에서 울려 퍼지고 있다. 이러한 시점에 표현의 자유 그리고 언론의 자유를 보다 철저히 보장해 다양한 토론과 정보를 교환할 수 있는 터전을 마련하는 것은 우리 사회가 한 걸음 더 앞으로 나아갈 수 있는 중요한 기반이 된다.

2002년 대법원은 어떤 표현이 공적인 존재의 정치적 이념에 관한 것인지 경우 그 공적인 존재가 가진 국가·사회적 영향력이 크면 클수록 그 존재가 가진

정치적 이념은 국가의 운명에까지 영향을 미치게 되므로 그 존재가 가진 정치적 이념은 더욱 철저히 공개되고 검증되어야 하며, 이에 대한 의문이나 의혹 제기는 광범위하게 허용되어야 하고 그에 대한 공개 토론을 받아야 한다고 밝혔다(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결). 그리고 어떠한 표현으로 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하고, 특히 공직자의 도덕성, 청렴성에 대하여는 국민과 정당의 감시기능이 필요함에 비추어 볼 때, 그 점에 관한 의혹의 제기는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 책임을 추궁하여서는 안 된다고 밝히기도 하였다(대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결 등).

이와 같은 대법원 판례는 80년대, 90년대를 거치면서 우리 사회가 겪어 온 다양한 경험을 반영하고 있다. 다만, 지금은 시점이 너무 근접해 지난 시대와 경험에 대해 적절한 논평을 하기는 이른 것 같다. 여하튼 대법원 판례를 통해 공적인 논쟁, 공적인 사항과

공적인 인물에 대한 정보가 사회 구성원 사이에 자유롭게 유통될 수 있는 기반이 마련되었고, 그에 따라 사회 구성원들 사이에 자유로운 토론이 활발해졌으며, 궁극적으로는 사회가 나아가야 할 방향에 대해 올바른 결정을 할 수 있는 터전이 마련되었다는 긍정적인 변화가 있었다고 생각한다.

## II. 주요 법리 개관

현재 우리가 경험한 다양한 욕구와 목소리의 분출은 1960년대를 전후해 미국 사회가 경험한 사회 분위기와 흡사한 면이 있다. 여러 우여곡절을 겪으면서 미국 연방대법원은 미국 연방헌법 수정 제1조로 대변되는 언론의 자유를 여러 기본권 중에서도 최상위로 보호해야 할 기본권으로 보게 되었고, 언론의 자유에 관한 조항이 보통법(common law)이 지배하는 주법(州法)에 우선한다고 판단해 왔다. 이러한 경향은 1960년대를 지나면서 절정에 달했고, 미국에서 형성된 언론의 자유에 관한 법리는 그 후 우리를 포함해 세계 여러 나라에 지대한 영향을 미쳤다.

미국 연방대법원이 확립한 언론의 자유와 관계된 표현들은 우리에게도 익숙하다. 사상의 자유시장(free trade in ideas), 명백하고도 현존하는 위협의 기준(present and danger test), 위축효과(chilling effects), 모호하여 무효 이론(void for vagueness), 비교형량 기준(balancing test), 현실적 악의(actual malice), 숨 쉴 공간(breathing space) 등 법률가뿐만 아니라 비법률가들의 귀에도 친숙한 표현들이 표현의 자유를 판단

하는 장(場)에서 생겨났다.

이제는 제법 시간이 지나 미국에서도 당시의 시대 상황과 미국 연방대법원의 판단에 대한 평가가 자리를 잡은 것으로 보인다. 어떤 법리가 형성될 때에는 그에 상응하는 사회적 배경이 존재하기 마련이다. 우리에게 익숙한 미국의 언론의 자유에 관한 여러 이론들 역시 등장할 당시의 미국의 사회 현상에 대한 이해가 전제되어야 한다. 법리 형성 단계에서의 시대상과 환경 변화에 대한 이해는 그 법리 자체의 의미를 보다 정확하고 명확하게 파악하게 해 주는 좋은 계기가 된다.

지금 이 시점에 언론의 자유가 꽃피었다는 미국의 경험, 그중에서도 시민운동이 한창이던 미국의 1960년대를 전후한 시대 분위기와 법리 전개에 관해 되짚어 보는 것은 상당히 의미 있는 일이라고 생각한다. 냉전시대를 거쳐 반전(反戰)과 함께 시민운동이 확산되어 가면서 다양한 욕구와 목소리가 분출되어 언론의 역할이 그 어느 때보다 중요했던 시기에, 한 국가의 최고 법원이 그러한 상황을 어떻게 파악하고, 어떻게 대처했는지 그리고 어떠한 법리를 전개해 나갔는지 살펴보는 것은 우리의 상황을 이해하는 데에도 도움이 될 것이다.

## III. 미국의 언론환경 변화와 법리 전개

(1) 미국은 영국 식민지로 있던 18세기 초까지만 해도 영국법의 영향을 받아 시민이나 언론사가 정부 혹은 공무원을 비방하는 것을 금지하고 있었다.<sup>1)</sup> 그러던 중 정부비방선동(seditious libel)에 대해서도 기

1) 당시까지만 해도 영국의 보통법(the English common law)은 정부(government), 법령(laws), 공무원(public officials)의 권위나 존경심을 침해하는 내용의 비판을 'seditious libel'로 다루어 민·형사상 일정한 제재를 가하고 있었다. 더욱이 영국은 미국을 식민지로 지배하면서 위와 같은 국내법 체계를 식민지 지배 수단으로 그대로 적용하고 있었다. Terry Eastland, Freedom of Expression in the Supreme Court-The Defining Case(2000), Introduction xviii 참조.

사 내용이 '진실'이라는 항변이 가능하다는 'Zengerian principles'가 생겼고,<sup>2)</sup> 1776년 독립을 선언한 후 미국 연방헌법이 제정된 데 이어 1791년에는 언론·출판의 자유를 명시한 미국 연방헌법 수정 제1조<sup>3)</sup>가 마련되었다.

그러나 미국에서는 그 후로도 노예해방, 남북전쟁 등의 크고 작은 역사적인 사건과 전쟁을 겪으면서 1798년에는 영국 보통법이 정한 정부비방선동(seditious libel) 금지와 유사한 내용을 담은 정부비방선동금지법(The Sedition Act of 1798)을 제정해 언론·출판의 자유를 탄압하기도 했고,<sup>4)</sup> 남북전쟁 중 링컨 행정부는 전쟁과 모병(募兵)을 반대하는 내용의 언론보도를 극도로 제한하기도 하였다.<sup>5)</sup>

19세기를 지나면서 미국에서는 위와 같은 언론·출판의 자유를 제한한 법령이나 제도에 대한 반성의

목소리가 커졌지만, 그 후로도 미 연방대법원은 미국 연방헌법 수정 제1조의 규정 형식이 미국 연방의회(Congress)가 언론·출판의 자유를 침해하는 법률을 제정하는 것을 금지하는 형태라는 이유로, 일반인이나 연방 혹은 각 주(州)가 언론·출판의 자유를 침해하는 행위를 하더라도 미국 연방헌법 수정 제1조가 직접 적용되지는 않는다고 하거나<sup>6)</sup>, 정부비방선동금지와 함께 영국 보통법의 잔재로 남아있던 '위험한 경향의 기준(bad tendency test)'<sup>7)</sup>을 그대로 유지하고 있었다.

(2) 그러나 1919년 *Abrams v. United States*<sup>8)</sup> 사건과 관련해 미국 연방대법원의 Holmes 대법관이 반대 의견에서 사상의 자유시장을 기술하면서,<sup>9)</sup> 언론의 자유를 정한 미국 연방헌법 수정 제1조에 대한 인식이 서서히 바뀌게 되었다. 이어 Holmes와 Brandeis 대법관은 다른 대법관들에 대한 설득 과정을 거쳐

2) New York Weekly Journal이라는 잡지에서 당시 뉴욕식민지의 주지사(Royal Governor of New York colony)와 그 측근들의 부패를 비판하는 기사를 게재하였고, 이 때문에 잡지 발행인인 Zenger가 정부비방선동(seditious libel) 혐의로 체포되었는데, 당시에는 정부비방선동 혐의에 대해 기사 내용이 '진실(truth)'이라는 항변은 받아들여지지 않는 것이 원칙이었다. Zenger의 변호사는 어떤 기사 내용이 명예를 훼손했는지는 배심원들이 판단할 사항이고, 그에 대한 '진실'의 항변은 배심원들이 사실(fact) 문제로 판단해야 한다고 주장했다. 이 주장이 받아들여지면서 Zenger는 석방되었다. 이 사건에 대한 자세한 분석과 설명으로는 Leonard W. Levy., *Did the Zenger Case Really Matter? Freedom of the Press in Colonial New York*, William & Mary Quarterly 3rd ser. 18 (January 1960), pp. 35-50 참조.

3) 원문은, "Congress shall make no rule respecting an establishment of religion, prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

4) 이 법은 연방주의자들의 반대파인 Thomas Jefferson, James Madison이 주도하는 비판에 밀려 1801년 폐지되었다. 한편, 이 법의 폐지 후에는 이 법에 따라 처벌받은 사람들은 모두 사면되었고, 미국 연방의회는 그들이 낸 벌금을 보상해 주었다고 한다. Terry Eastland, id., Introduction xix 참조.

5) 자세한 내용은 Terry Eastland, id., Introduction xi 참조.

6) 대표적인 사건으로는 *United States v. Cruikshank* 92 U.S. 542 (1875) 참조.

7) 이 기준이 제시된 판례로는 *Fox v. Washington* 236 U.S. 273 (1915); *Frohwerk v. United States* 249 U.S. 204 (1919); *Debs v. United States* 249 U.S. 211 (1919); *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925) 등 참조. 한편, 미국 연방대법원은 1951년 *Dennis v. United States* 사건(341 U.S. 494)에서 bad tendency 이론을 폐지하였다. 이 사건은 아래에서 기술함.

8) 250 U.S. 616 (1919).

9) Holmes 대법관의 반대 의견(dissenting opinion) 중 주목할 만한 부분을 발췌해 보면 다음과 같다. "[W]hen men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of the best test of truth is the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out."

같은 해 선고된 Schenck v. United States 사건<sup>10)</sup>에서 간첩법(Espionage Act of 1917)과 관련해서 ‘명백하고 현존하는 위협의 기준(clear and present danger test)’을 제시하였다. Holmes는 명백하고 현존하는 위협의 기준에 따라 미국 연방헌법에 의해 보호되는 표현과 그 보호 밖에 있는 표현을 구분하고자 했다.<sup>11)</sup>

미국에서 그 후로도 비방선동 금지에 관한 기준이나 이론이 사라진 것은 아니었지만, 미국 연방헌법 수정 제1조에 위배되는 주법은 효력이 없다고 한 1931년 Stromberg v. California 사건<sup>12)</sup>과 Near v. Minnesota 사건<sup>13)</sup>을 거치면서 미국 연방헌법 수정 제1조는 명실상부한 언론·출판의 자유에 대한 원칙 규정으로 인식되기 시작하였다.

(3) 제2차 세계대전 후 미국에서는 냉전시대로 대변되는 반(反)공산당 정서가 사회에 만연하였다. 1950년 “미국 연방정부 국무부 안에는 205명의 공산주의자가 있다”는 공화당 상원의원 McCarthy의 발언 후 McCarthyism으로 대변되는 반(反)공산당 기류가 정국을 휘감을 때였다.

명백하고 현존하는 위협의 법칙이 유지되기는 했지만, 사회 분위기가 바뀌고, 다른 한편 대법관의 구성이 바뀌면서 원칙이 희석되어 갔다. 폭력에 의한 정부 전복을 옹호하는 단체 결성을 공모한 혐의로

미국공산당(American Communist) 지도자인 Dennis 등에 대해 연방법률<sup>14)</sup> 위반이 문제된 사례<sup>15)</sup>가 있었는데, 이 사건에서 명백하고 현존하는 위협의 원칙은 사실상 중요한 기능을 상실하게 되었다. 이 사건에서 다수 의견은 침해의 급박성(imminent)을 무시해 사실상 명백하고 현존하는 위협의 기준의 골자를 빼버렸고, 동조의견은 비교형량 기준(balancing test)을 내세워 명백하고 현존하는 위협의 원칙을 무기력하게 만들었다. 비교형량 기준(balancing test)은 개인의 미국 연방헌법 수정 제1조에 기한 이익을 사회 전체 혹은 국가의 안보에 관한 이익에 대비시킴으로써, 논쟁이 있을 경우 거의 대부분 국가의 안보 쪽에 비중을 두는 쪽으로 법리가 형성되어 갔다. 이 판결은 미국 정부가 정치적 발언을 폭넓게 제한할 수 있는 여지를 주었고, 제2차 세계대전 후 미국 연방대법원은 언론의 자유를 후퇴시켰다는 평가를 받기도 하였다.<sup>16)</sup> 그 후 미국 연방대법원은 정치적 발언과 관련된 표현의 자유를 제한하는 연방의회의 입법을 지속적으로 지지하게 된다.<sup>17)</sup>

그러나 미국 연방대법원은 1957년 Yates v. United States 사건<sup>18)</sup>에서 Dennis 사건과 유사한 사안에 관해 미국 연방헌법 수정 제1조의 표현의 자유를 근거로 정부에 대항하는 직접적인 조치가 있었다는 점에 대한 증거가 부족하고 추상적인 표현 행위만으로 처

10) 249 U.S. 47 (1919).

11) 홉스는 극장에서 “불이야”라고 외친 때에는 다른 사람의 신체에 위해를 가할 수 있는 명백하고도 현존하는 위협이 존재하므로 처벌할 수 있다고 했다.

12) 283 U.S. 359 (1931).

13) 283 U.S. 697 (1931).

14) 당시 문제된 연방법률은 ‘Smith Act’라고 한다. 이 법을 ‘외국인등록법’이라고 했는데, 정부전복과괴뢰가 규정되어 있었고, 치안입법 색채가 강했다고 한다. 외국인에 대하여 등록과 지문신고를 의무화한 것은 전시 하에는 흔히 있지만, 평시 미국에서는 이것이 처음이라고 한다. www.naver.com 백과사전에서 참조.

15) Dennis et al. v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

16) 이러한 평가로는 Morton J. Horwitz, The Warren Court and the Pursuit of Justice (1998), pp. 58-59 참조.

17) 이른바 ‘rubber stamp’ 역할을 했다고 한다. 이러한 경향은 냉전 입법에 확고하게 찬성하는 대법관 5명이 유지되던 1962년까지 이어졌다고 한다. 이에 관한 자세한 설명으로는 Horwitz, id., p. 62 이하 참조.

18) 354 U.S. 298 (1957).

별할 수 없다는 점에 근거해 사실상 Dennis 사건과 다른 결론에 이르렀다. 이어 같은 해 Watkins v. United States 사건<sup>19)</sup>에서 공산당 활동 관련 질문에 답변을 거부하는 자를 의회모독으로 처벌하던 미국 연방의회의 관행에 제동을 걸면서, 표현의 자유가 서서히 미국 연방대법원의 관심사로 다시 떠오르는 계기가 마련되었다.<sup>20)</sup>

(4) 하지만 Yates 사건과 Watkins 사건이 시대를 반영하는 주류는 아니었다.<sup>21)</sup> 1962년까지 공산당에 대한 반대 기조는 계속 이어졌고, 미국 연방대법원은 정치적 표현을 제한하는 의회 입법과 정부 조치를 계속 지지했다.<sup>22)</sup> 그러나 다른 한편, 1962년 후로는 미국에서 연방대법원이 공산당 활동에 대한 답변을 거부한다는 이유로 처벌하거나 과거 공산당 활동으로 불이익을 주는 입법을 계속하지는 않았다고 한다. 이러한 경향의 근거는 표현의 자유보다는 자기부죄(自己負罪, self-incrimination) 금지의 원칙이었다고 한다.<sup>23)</sup>

Holmes와 Brandeis 재임 시절 활발히 논의되던 표현의 자유는 냉전의 영향으로 소강기를 맞았지만, 1962년을 전후해 McCarthyism이 쇠락할 무렵 미국 연방헌법 수정 제1조는 미국 연방헌법 수정 제14

조의 적법절차(due process) 조항을 매개로 정치적 표현과 활동을 제한하는 주법을 감시하는 법적 근거로 작용하면서 미국 연방대법원의 중심 화두로 다시 등장하게 된다.

정치 활동, 그중에서도 특히 민간단체, 시민단체의 정치 활동에 대해 폭넓게 표현의 자유를 인정해야 한다는 취지의 미국 연방대법원의 판결이 계속 나오는데, 그중에서도 주목할 사례는 National Association for the Advancement of Colored People(NAACP) v. Button<sup>24)</sup> 사건이다. 당시 버지니아 주에서는 NAACP(전미 유색인종 지위향상 협회)와 같은 민간단체가 소송에 재정적인 지원을 하거나 특정 변호사 선임에 관해 조언하는 것을 금지하는 주법을 두고 있었는데, NAACP가 버지니아 주 법무부 장관을 상대로 이러한 버지니아 주법 규정은 미국 연방헌법 수정 제1조에 위반된다고 주장하면서 제기한 사건이었다. NAACP는 1909년 설립되어 주로 흑인의 권익을 위해 인종차별의 장벽을 없애기 위해 활동하던 단체로, 1954년 Brown v. Board of Education 판결<sup>25)</sup>이 있는 후부터 보다 적극적인 활동을 벌여오던 단체였다. 이 단체의 활동에 대해서는 미국 남부를 중심으로 비방과 탄압이 있었고, 버지니아 주와 같이 민간단체의 정치 활동을 제도적으로 제한하는 입법을 통해 활동을 제한하기도 하였다. 미

19) 354 U.S. 178 (1957).

20) 두 사건은 모두 1956년-1957년 재판회기(미국 연방대법원은 의회 회기와 같이 1년 중 일정기간 동안만 재판한다)의 마지막 날인 1957. 6. 17.에 선고되었다. 그리고 표현의 자유를 근거로 위와 같은 결론에 이르렀다기보다 증거법칙 등 소송 기술적인 법리가 주된 근거였다. 당시 정치권에서는 이날을 'Red Monday'라고 불렀다 한다. 이에 대하여는 Horwitz, id., p. 59 이하 참조.

21) 'Red Monday' 사건과 1954년 인종차별금지를 선언한 Brown v. Board of Education 사건으로 미국 남부를 중심으로 미국 연방법원의 관할을 제한하는 움직임까지 있었고, 그러한 법안이 연방의회에 제출되었다가 연방상원에서 49-41의 근소한 차이로 부결된 적이 있다고 한다. 이러한 법안이 상정되었다는 것 자체가 연방의회가 당시 미국 연방대법원에 얼마나 반감을 가지고 있었는지 보여주는 단면이라고 한다. Horwitz id., pp. 64-65 참조.

22) Horwitz, id., p. 65 참조.

23) Horwitz, id., p. 65 참조.

24) 371 U.S. 415 (1963).

25) 347 U.S. 483 (1954).

국 연방대법원은 NAACP와 미국 전역에 산재한 관련 단체 그리고 단체의 임원들이 모두 미국 연방헌법 수정 제1조의 보호를 받는 당사자라고 판단하고, 이어 적법절차 조항인 미국 연방헌법 수정 제14조에 따라 수정 제1조에 위배되는 주법은 헌법에 위반된다고 판단해 NAACP의 주장을 받아들였다.<sup>26)</sup>

이 판결은 상당히 의미가 있었던 것으로 보인다. 미국 최고 법원이 언론의 자유, 표현의 자유를 근거로 시민단체를 정치적 활동의 주체로 인정했고, 그 후 계속되는 사건에서 시민과 시민단체의 정치활동을 적극 보장해 언론의 자유를 신장시키는 방향으로 법리를 형성해 가게 된다.

Holmes-Brandeis가 마련한 표현의 자유의 틀이 미국 사회에서 완전하게 자리 잡은 것은 Warren 대법원장의 임기가 끝난던 해인 1969년 무렵이라고 한다.<sup>27)</sup> 이러한 경향은 1969년 선고된 *Brandenburg v. Ohio* 판결<sup>28)</sup>에 잘 나타나 있는데, 미국 연방대법원은 법익침해가 급박한(imminent) 상태가 아닌데도 단순히 어떤 행위를 옹호하는 발언을 했다는 이유만으로 정치적 발언을 제한하는 입법은 미국 연방헌법 수정 제1조에 위배된다고 판단하였다.

(5) 미국 연방대법원이 이 무렵 정립한 법리는 지금까지도 폭넓은 언론의 자유를 보장하는 제도적 뒷받침이 되고 있다. 그 근간이 되는 주요 원칙 중 하나가 위축효과(chilling effects) 이론이다.

위축효과(chilling effects) 이론은 표현의 자유에 대

한 여러 제약 요소들을 제거함으로써 시민이 타인에게 직접 피해를 가하지 않는 생각과 사상을 자유롭게 표현하도록 보장한다는 의미를 가진다. 미국에서 위축효과 이론은 진정한 언론의 자유를 관철하기 위한 필수적인 요소로 인식되고 있다. 그리고 이 이론은 미국 연방헌법 수정 제1조에 따라 여러 법익 사이에 비교형량을 마쳐 유효성이 인정된 경우라도, 단지 규정이 있다는 사실 자체만으로도 적용 가능성이 있어 표현의 자유를 완전하게 실현할 수 없다고 판단될 경우에는 그 입법에 대하여 위헌을 주장할 수 있는 근거가 되어왔다.<sup>29)</sup>

위축효과(chilling effects)는 *Speiser v. Randall* 사건<sup>30)</sup>에서 중요하게 다루어졌다. 이 사건은 미국 캘리포니아 주에서 전쟁유공자에게 면세 혜택을 주기 위한 전제로 면세를 신청한 전쟁유공자에게 매년 자신은 폭력 등으로 연방 정부나 주 정부를 전복하는 것을 옹호하지 않는 사람이라는 점에 대한 입증을 요구하며 그에 대한 서약서를 작성하도록 한 주법의 유효성이 문제된 사례였다. 이 사건에서 정부가 범행에 대한 증거를 제출해 범죄사실을 증명하지 못하는 한 누구나 자유롭게 활동할 수 있는 것이 적법절차(due process)의 요구이고, 이와 같은 요구는 표현의 자유 영역에서도 마찬가지로 적용된다고 강조했다. 사실상 모든 소송에서 사실 인정에 오류 가능성이 있는데도, 시민에게 자신의 행동에 대한 적법성을 입증하게 한다면 이러한 오류 가능성 때문에 적법과 불법의 경계에 있는 표현에 대해서는 적법한 표현이

26) 흥미로운 것은 Frankfurter 대법관이 버지니아 주법을 승인하는 내용의 초안을 작성해 놓은 상태였는데, 그가 퇴임한 후 Brennan이 결론을 완전히 바꾸어 판결을 작성했다고 한다. 이에 대해 Frankfurter는 이 사건 판결은 무경험에서 비롯된 잘못된 판단이라고 맹비난했다고 한다. 이에 관한 자세한 내용은 Horwitz, id., p. 66 참조.

27) Horwitz, id., p. 66 참조.

28) 395 U.S. 444 (1969). 미국에서는 1917년부터 1920년까지 러시아 공산혁명에 자극을 받아 과격한 노동운동을 제한하는 입법이 성행했다고 한다. 이 사건에서는 오하이오 주의 노동운동처벌법(Ohio Criminal Syndicalism Act)을 위반한 혐의로 기소된 피고인이 이 법의 위헌성을 주장했다.

29) Horwitz, id., p. 69 참조.

30) 357 U.S. 513 (1958).

처벌받을 수 있는 위험이 높아질 수 있고, 이로써 절차의 해악성이 드러난다고 지적했다. 따라서 자기 행동의 적법성을 입증하고 다른 사람들에게 대해 그 적법성을 설득해야 하는 사람은 정부가 불법에 대한 입증책임을 부담하는 때보다 필연적으로 ‘훨씬 더 넓은 불법의 영역에 내몰리는(steer far wider of the unlawful zone)’ 결과를 낳는다고 지적했다.<sup>31)</sup> 결국 시민에게 부당한 입증부담을 지우는 제도 때문에 표현의 자유가 위축된다면 그 제도는 표현의 자유와 적법절차의 원리에 위배되는 것으로 무효라고 판단했다.

그 후 1963년 NAACP v. Button 사건에서 미국 연방헌법 수정 제1조의 표현의 자유에는 ‘숨 쉴 공간(breathing space)’이 필요하다고 했고, 이어 1964년 New York Times v. Sullivan 사건에서 위축효과(chilling effects)를 더 진전시켜, 공적인 행위에 대한 비판을 하고자 하는 사람은 후에 그 비판이 진실로 드러난다고 해도 비판 대상으로부터 제소당할 위험과 그에 따른 비용부담의 압박 때문에 제대로 목소리를 내지 못할 수 있다고 지적한 다음, 결과적으로 이는 합법적일 수 있는 표현을 훨씬 더 넓은 불법의 영역으로 내몰아 버리는 결과를 낳는다고 지적했다. 또한 New York Times 사건에서는 John, S. Mill의 자유론(On Liberty)과 Areopagitica를 인용해, 오류에 따른 충돌을 겪음으로써 진실에 대한 보다 명백한 자각과 생생한 인상을 공적인 논쟁에 부여할 수 있기 때문에 잘못된 진실이라도 공적인 논쟁에서 가치를 가질 수 있다고 밝혔다.<sup>32)</sup> New York Times 사건에서 형성된 ‘현실적 악의(actual malice)’ 이론 역시 위축효과(chilling effects) 이론이

근간이 되었다.

위축효과(chilling effects) 이론에 대한 이러한 기초는 지금까지 미국 연방대법원에 그대로 유지되고 있다. 위축효과(chilling effects) 그리고 숨 쉴 공간(breathing space)에 대해 적절히 기술한 미국 연방대법원의 표현을 소개한다.

【New York Times v. Sullivan 사건 이후로, 우리는 줄곧 허위에 기한 출판물 명예훼손으로 야기된 공인의 평판 훼손에 대하여는 발언자에게 법적인 책임이 있다고 판단해 왔지만, 다만 이것은 진술이 “허위임을 알았거나 혹은 허위 여부를 무모하게 무시해버린(with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not)” 상태에서 이루어졌을 때에만 그러하다. 사실에 대한 허위 진술은 특히 가치가 없다. 그러한 진술은 思想(idea)의 자유 시장에서 진실 발견 기능을 방해하고, 아무리 설득력 있고 인상적이어도 반대 진술만으로는 쉽게 회복되지 않는 개인 평판의 훼손을 야기한다. 그러나 허위가 그 자체로 거의 가치가 없다 해도, 그들은 “그럼에도 불구하고 자유로운 논쟁에는 필수적이고”, 출판자에게 허위 사실의 주장에 대한 엄격한 법적 책임을 부과하는 법리는 공인과 관련된 발언으로서 헌법적 가치를 가지는 발언에 대하여 틀림없이 “위축(chilling)” 효과를 야기한다. “표현의 자유에는 ‘숨 쉴 공간(breathing space)’이 필요하다.” 이 숨 쉴 공간은 공인(公人)이 진술이 허위라는 점과 그 진술이 법적 책임을 야기할 정도의 잘못에 기하여 행하여진 것이라는, 이 두 가지 점을 증명하였을 때에만 명예훼손(libel or defamation)에 따른 보상을 받게 하는 법리에 의하여 지지된다.】<sup>33)</sup>

한 가지 부언하고 싶은 것은 위축효과(chilling effects)

31) Speiser, 357 U.S., at 526.

32) New York Times, 376 U.S., at 279. Mill의 글 인용은 같은 판결 footnote 19 참조.

33) Hustler Magazine & Larry C. Flynt v. Jarry Falwell, 485 U.S. 46, 52 (1988) 참조.

역시 시대의 산물이고, 과거 McCarthyism으로 대변되는 지나친 정치적 발언 억압에 대한 반성적 고려가 중요한 바탕이 되었다는 점이다.<sup>34)</sup>

(6) 위축효과(chilling effects)와 밀접한 관련을 가지는 이론 중에 하나가 모호하여 무효(void-for-vagueness) 이론과 포괄규정(overbreadth) 금지 원칙이다.<sup>35)</sup>

모호하여 무효(void-for-vagueness) 이론은 죄형법정주의 가운데 명확성의 원칙과 유사한 면이 있다. 전통적으로 소송에 관해 법적인 이익을 가진 피고인에게만 법률의 무효를 주장할 수 있는 당사자적격(standing)을 인정해 왔다. 이는 대륙법계와 미국이 다르지 않다.

그런데 이 무렵 이러한 전통 관념에 변화를 주어 모호한 법 규정이 자기에게도 적용될지 모른다는 두려움을 가진 사람에게까지 적격의 범위를 확대하는 이론이 형성되었다. NAACP v. Button 사건에서 모호성(vagueness)에 반대하는 것은 공정한 고지를 하지 않았다는 점 때문이라기보다, 경계가 불분명한 모호한 규정 때문에 사회의 나머지 구성원들의 표현의 자유가 위축되는 것을 방지하기 위한 것이라고 밝힌 것은 이와 같이 적격을 확대하는 이유에 관한 좋은 설명이 된다.<sup>36)</sup> 이는 Brennan 대법관의 표현을 빌리자면 ‘자기검열(self-censorship)’에 대한 두려

움을 없애자는 것이다.<sup>37)</sup>

모호하여 무효 이론은 Baggett v. Bullitt 판결<sup>38)</sup>의 다수의견에 잘 나타난 것으로 알려진다.<sup>39)</sup> 이 사건에서는 주립대학 교수에게 정부를 폭력으로 전복하려는 시도를 옹호하거나 그러한 단체에 가입한 적이 없고, 앞으로도 하지 않겠다는 취지의 서약을 하도록 한 워싱턴 주법이 문제되었다. 미국 연방대법원은 이와 같은 서약은 훨씬 넓은 불법의 영역으로 내몰린 서약 당사자에게 위축효과를 야기하기 때문에 그 내용이 헌법에 위배될 정도로 모호하다고 보았다. 이러한 규정을 유지할 경우 직업을 잃을지 모르는 위협을 피하기 위해 의문의 여지가 없는 안전한 행동만 하게 될 것이라고 지적했다. 이어 자유로운 언론은 그렇게 억압되어서는 안 된다고 밝혔다.<sup>40)</sup>

(7) 다음으로 모호하여 무효 이론과 함께 당사자적격에 관한 전통 이론에 수정을 가한 또 다른 이론은 포괄규정(overbreadth) 금지의 원칙<sup>41)</sup>이다. 헌법 테두리 안의 행위가 소송에 적용되는 법 해석에 따라 처벌될 수도 있는 상태일 경우라도 당해 소송의 피고인만이 이 원칙을 주장해 법률의 무효를 다룰 수 있다는 것이 전통의 입장이었다. 하지만 이 시기에 그와 같은 제한에도 변화를 주어, 해석에 따라 적법한 행위까지 불법으로 포괄할

34) Horwitz, id., p. 69 참조.

35) 이 두 원칙은 Brennan 대법관이 NAACP v. Button 사건에서 “The objectionable quality of vagueness and overbreadth does not depend upon absence of fair notice to a criminally accused ... but upon the danger of tolerating, in the area of First Amendment freedoms, the existence of a penal statute susceptible of sweeping and improper application.”이라고 기술하면서 법령의 위헌 여부를 가리기 위한 중요한 기준으로 자리 잡게 된다. Void-for-vagueness와 overbreadth에 대해서는 확립된 번역어가 있는 것 같지 않아 필자가 의미를 생각해 번역하였다.

36) NAACP v. Button, 371 U.S., at 433 참조.

37) Horwitz, id., p. 71 참조.

38) 377 U.S. 360 (1964).

39) Horwitz, id., p. 71 참조.

40) Baggett v. Bullitt, 360 U.S., at 372 참조.

41) 보통 Overbreadth Doctrine으로 불린다.

수 있는 여지가 있어 위축효과를 야기할 수 있는 법 규정에 대해서는, 합헌적인 해석에 따라 불법을 저지른 행위자라도 위헌 해석의 여지가 있는 규정의 포괄성에 근거해 규정이 위헌이라고 주장할 수 있게 되었다.

이와 같은 경향은 *United States v. Robel* 사건<sup>42)</sup>에 잘 나타나 있다. 이 사건의 피고인은 공산당원이었지만 실제 활동 여부나 지위는 증명되지 않았다. 피고인이 근무하던 사업체가 방위산업체로 지정되면서 공산당원이었거나 공산당원인 자는 모두 사직해야 할 처지였지만 피고인은 이를 거부해 기소되었다. 이에 대해 미국 연방대법원은 공산당원이라고 해서 어떤 방위산업체의 어떤 직위에도 근무할 수 없도록 규정한 연방 법령은 헌법의 보호를 받는 당원이건 처벌 가능한 당원이건 가리지 않고 무차별하게 포괄적으로 처벌하는 결과를 낳은 것이어서 미국 연방헌법 수정 제1조의 자유를 지나치게 제한하는 것이라고 판단했다. 흥미로운 것은 하급심이 실제 활동하는 당원이어야 한다는 이유로 기소를 기각했고 이에 대해 미국 연방정부가 미국 연방대법원에까지 상고한 사안인데, 미국 연방대법원은 더 나아가 미국 연방 법령이 위헌이라고 판단한 것이다. 이 사건은 비록 소송의 직접 피고인이 처벌받아야 하는 처지라도 그 피고인에게 적용되는 규정이 다른 사람에게 위헌적으로 적용될 수 있다면, 피고인이 그 규정의 무효를 다룰 수 있고 그에 따라 무효인 규정의 적용 배제를 주장할 수 있는 여지를 남겨둔 사례로 알려져 있다.<sup>43)</sup>

#### IV. 마치며

(1) 미국 연방대법원은 1960년대를 전후해 언론의 자유에 관한 미국 연방헌법 수정 제1조를 다른 기본권에 비해 우월하게 보호하고자 하는 태도를 견지해왔다. 이러한 경향은 1919년 Holmes와 Brandeis가 사상의 자유시장론을 펼치며 미국 연방헌법 수정 제1조가 정한 표현의 자유를 다른 기본권보다 우월하게 보호해야 한다는 인식을 확립한 이래, 1960년대 성장하는 시민운동을 배경으로 실질적이고 구체적으로 보호의 틀을 마련한 것이다. 이때 형성된 법리는 아직까지 미국 사회의 언론의 자유를 지키는 중요한 기반이 되고 있다.

미국 연방대법원이 이와 같이 진보 성향의 일관된 판결을 유지한 것은 어쩌면 냉전시대의 잔재를 청산하고자 하는 시대적 요청이 배경이 되었는지 모른다. 그리고 연방제 국가로서 미국이 처한 특수한 상황, 즉 각자 고유한 사법권을 가진 주 정부의 권한을 적법절차 조항을 통해 연방 정부가 적절히 통제하고자 하는 정치적 이유도 작용했을 것이다. 어쨌든 이 시기에 미국에서는 여러 시대적 요청과 상황 변화에 따라 언론환경이 시시각각 변해갔고, 이에 대해 최고법원 구성원들은 용기와 신념을 가지고 법리를 전개해 나갔던 것으로 알려졌다.

(2) 2002년을 전후해 대법원은 정치적 논쟁, 이념 논쟁은 자유롭게 공론화 과정을 거쳐야 하고, 공인에 대한 의혹 제기 역시 정확한 정책 비판을 위해 폭넓게 보장되어야 한다는 태도를 견지하고 있다.

사회의 근간이 되는 기본 정치 이념에 대한 논쟁은 공개된 토론의 장에서 철저한 검증을 거쳐야 한다. 처벌의 우려, 명예훼손에 따른 책임을 질 우려가 있다면 합리적인 사람은 보통의 경우 그 기준에 맞추어 토론에서 자신의 입지와 태도를 결정할 것이다.

42) 389 U.S. 258 (1967).

43) Horwitz, id., p. 72 참조.

결국 공적인 논쟁에 대해 명예훼손을 폭넓게 인정하는 것은 장차 생길지 모르는 법적인 책임 때문에 참여자들이 위축된 상태에서 토론에 임하게 하는 결과를 낳는다. 정치 이념에 대한 진정한 검증을 위해 이러한 제도적 부담은 없어야 마땅하다.

대법원의 판례 동향은 이러한 점에서 매우 바람직하고, 군사정권 시절을 겪으며 경험해 온 우리 사회의 왜곡된 제도적 허점을 적절히 지적하고 타과해 나가는 좋은 계기였다고 본다.

(3) 앞으로 우리 사회가 어떤 역사의 길을 걷게 될지, 그에 따라 언론환경과 법리가 어떻게 전개되어 갈지 예측하기는 쉽지 않다. 여야가 합의한 유일한 개혁입법이었던 「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률」과 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」이 2005년 7월부터 시행되었지만, 시행되기도 전부터 언론사와 시민단체를 중심으로 위헌 논쟁이 벌어졌고, 헌법재판소는 2006. 6. 29. 그 중 일부 규정들에 대해 위헌 또는 헌법불합치 결정을 선고하기에 이르렀다.

신문을 펴보고 방송을 보면 우리 사회는 예전에 경험하지 못한 여러 이해의 충돌과 격한 논쟁 속에 하루하루를 보내고 있다는 생각이 든다. 우리 역시 냉전을 겪으며 군사정권 시절 언론이 억압당하는 모습을 보았고, 문민정부가 들어서면서 시민운동이 확산되어 가는 모습도 보았으며, 사회 각계각층에서 일시에 다양한 목소리가 터져 나오는 모습도 보았다. 이 모든 것들이 우리가 보고 겪어온 우리의 모습이 자 발자취였고, 앞으로도 변화는 계속될 것이다.

이제는 비교적 사회 구성원들이 자기의 의견을 자유롭게 개진하는 환경이 조성되었다. 미국이 오랜 기간 경험한 역사적 사건을 우리는 짧지만 모두 경험했다는 느낌이 든다. 시시각각 변하는 언론환경 속에서 자유로운 토론을 보장해 사상의 자유시장이 형성될 수 있도록 제도적으로 뒷받침해 줄 수 있는 기반을 계속 다져가야 한다. 미국 연방대법원이 시대의 흐름과 요청을 반영해 언론환경 변화에 따른 적절한 법리 전개를 했던 경험은 우리에게도 시사하는 바가 크다. □