설리번 판결 50주년과 언론의 자유 : 제1 수정헌법의 국제적인 영향

글. **염규호**
미국 오레곤 대학교 Jonathan Marshall
제1 수정헌법 석좌 교수

미국의 제1 수정헌법은 어떠한 법도 언론 표현의 자유를 제한해서는 안 된다고 되어있다. 그러나 이 언론 자유의 제한 금지가 절대적인 것일 수는 없다. 예컨대 정부에 대한 비판으로 개인의 명예가 부당하게 훼손되는 경우 무한정 언론의 자유를 보호할 수는 없다. 1946년 미국의 연방대법원 판사 Felix Frankfurter는 "언론의 자유는 반드시 자유 언론만을 의미하는 것은 아니며 여기에는 책임지는 언론을 포함하고 있다."라고 주장했다. "간결한 영어로 표현하면 자유는 책임을 수반하고 있다. 비록 언론이 관련되어 있다고 해도, 언론의 자유란 자유를 행사함에 따르는 책임으로부터 자유를 의미하는 것은 아니다."[1)]

책임 언론과 자유 언론의 균형이라는 제1 수정헌법의 과제를 혁명적으로 다룬 판결이 연방대법원의 뉴욕타임스 대 설리번(New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964))이다. 이 기념비적인 언론 자유의 판결이 올해로 50주년을 맞았다. 이 역사적인 판결을 통해서 연방대법원은 언론 자유를 가장 강력하고 분명하게 천명했다. 즉 설리번 판결문을 쓴 William Brennan 판사는, "공적인 토의는 정치적인 의무이다. 이것은 미국정부의 본질적인 원칙이어야 하며, 이러한 토의는 정부나 공직자에 관한 격렬하고 신랄하며 가끔은 불쾌할 정도의 날카로운 공격이 포함되며, 결코 억제되어서는 안 되며, 활발하고 최대한 광범위하게 허용되어야 한다."고 선언하고 있다.

이와 관련해서 설리번 판결은 공직자에 대한 비판을 봉쇄하려는 기도를 가능한 한 방지하기 위해서 비록 허위라고 할지라고 '제1 수정헌법의 핵심적인 의미'에 따라서 그 비판

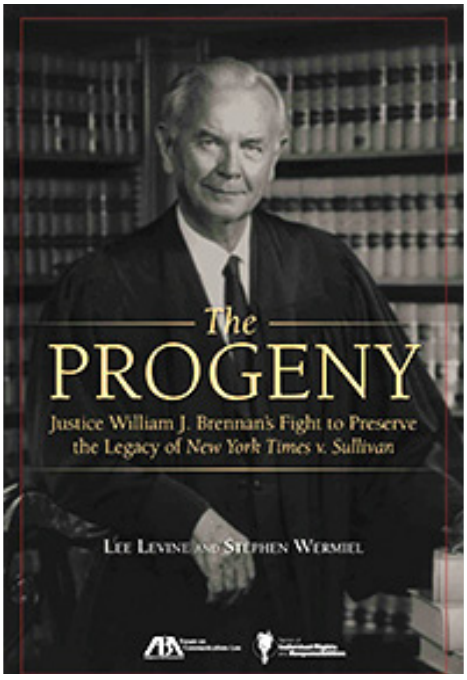
1) Pennekamp v. Florida, 328 U.S. 331, 356 (1946) (Frankfurter J., concurring).

은 보호된다는 언론의 자유 원칙을 확립했다.

뉴욕타임스는 설리번 판결 50주년에 즈음한 2014년 3월 8일자 사설에서 미국의 언론 자유는 여전히 "세계에서 가장 광범위한 편에 속하며 칭찬을 받을 만한 표본이다"라고 주장했다. 물론 현재 미국의 언론 자유가 세계 최고라는 것에 의문을 가질 수도 있다. 최근에 나온 '국경 없는 기자회'의 '2014년 세계 언론자유지수'에서 미국은 180개 국가 중 46번째로 되어있다. 오바마 행정부의 내부 고발자에 대한 무자비한 추적, AP통신사의 전화 통화기록의 비밀압류, 그리고 언론인에 대한 소환 등을 그 원인으로 보고 있다. 그렇다고 해도 정부와 공직자에 대한 비판 보도에 관한 미국의 언론 자유는 어느 나라 못지않게 과감하다. 국내외적으로 '테러와의 전쟁'이라는 상황하에서 기념하는 설리번 50주년은 그 어느 때보다도 의미가 있다.

국가가 전쟁 등의 위기에 있을 때 언론 표현의 자유가 특히 더욱 보호되어야 한다는 명제를 되새겨 볼 때 더욱 그러하다.[2] 2월 미국변호사협회는 설리번 판결 기념에 맞춰 설리번 판결을 쓴 Brennan 판사의 유산을 보존하려는 노력을 다룬 책, 「The Progeny: Justice William J. Brennan's Fight to Preserve the Legacy of New York Times v. Sullivan」을 출판했다.

미국언론학회(AEJMC)의 언론법 학술지



Brennan 판사의 유산을 보존하려는 노력을 다룬 The Progeny 표지(출처 : Newseum 홈페이지[http://www.newseum.org/programs/2014/0326-institute/50th-anniversary-of-new-york-times-v-sullivan.html])

인 「Communication Law & Policy」는 4편의 초빙논문을 설리번 판결 기념으로 특별호에 실을 예정이다. 그리고 미국변호사협회 언론변호사분과, Practising Law Institute, 조지아 법과대학, 앨라배마 법과대학, 노스캐롤라이나 채플힐 법과대학과 미네소타 언론대학 등이 설리번 기념행사를 작년과 올해에 주관했다. 필자가 관여하고 있는 설리번 기념 학술포럼이 시애틀, 몬트리올과 싱가포르에서 올해 5월, 7월, 8월에 열릴 예정이고 10월에 오레곤 언론대학과 법과대학이 공동

2) Kyu Ho Youm, 'Freedom of Press Tumbles in Ratings', Register-Guard, Mar. 16th, 2014.

주관하는 설리번 기념회의가 계획 중에 있다.

필자는 설리번 판결 40주년이었던 2004년에 계간「언론중재」여름호에「설리번 판결과 미국의 언론 자유: '현실적 악의 (actual malice)' 원칙의 40주년을 맞으면서」라는 논문을 기고한 바 있다. 2004년 글의 서문에서 필자는 "이 논문에서 관련성은 있으나 지면 관계상 다룰 수 없는 것이 설리번 사건이 외국의 명예훼손법이나 법원 판결에 미친 직·간접적인 영향에 관한 문제"라고 언급하면서 "지난 수십 년에 걸쳐서 설리번 판결이 국제적으로 점점 인정을 받기도 하고, 한편으로는 거부당하기도 했다."는 사실을 지적했다. 필자는 또한 설리번 판결의 국제적인 영향에 대한 "심도 있는 논문을 다음에 기회가 있으면 발표할 수 있게 되기를 기대한다."고 약속했다. 50주년을 기념하는 필자의 설리번 판결에 대한 이 글은 2004년의 후속 편인 셈이다. 이런 맥락에서 필자는 설리번 판결을 중심으로 제1 수정헌법이 외국과 국제법에 끼친 영향을 다루고자 한다.[3)]

Ⅰ. 설리번 사건과 제1 수정헌법의 '재탄생'

국방성 기밀문서 폭로사건, 워터게이트 탐사보도 그리고 정부기관이나 고위 공직자들에 대한 언론이나 일반 시민들의 거침없는 비판을 가능케 하는 것은 다름 아닌 설리번 사건이라고 해도 결코 과언이 아니다. 제1 수정헌법을 상징적으로 '재탄생' 시킨 이 연방대법원 판결은 1960년대 초의 미국 인권운동의 와중에서 비롯되었음을 기억할 필요가 있다. 직접적으로는 민권 탄압과 관련한 언론 보도를 표적으로 한 소송사건이었다. 1960년 3월 말에 마틴 루터 킹 변호위원회는 "그들의 커가는 목소리에 주의하라(Heed Their Rising Voices)"라는 사설광고를 뉴욕타임스에 실었다. 이 전면 광고는 몽고메리시 경찰로부터 남부 흑인 학생들이 겪은 학대 등을 상세히 주장하였다. 다만 몇 가지 부정할 수 없는 오류들이 그 주장에 포함되어 있었다. 그러나 원고인 몽고메리시 경찰국장 L. B. 설리번은 전혀 언급되지 않았다. 하지만 그는 타임스에 광고철회를 요구했고, 타임스는 이 요구를 거부했다.

설리번이 받은 50만 달러의 주배심원 판

Heed Their Rising Voices

마틴 루터 킹 변호위원회가 뉴욕타임스에 실은 사설 광고(출처 : ABA저널,「March 9, 1964: New York Times Co. v. Sullivan Decided」, 2012년 3월 1일자)

3) 이 글은 필자가 기고한 Communications Lawyer, 2004; Journal of International Media & Entertainment Law, 2012; Communication Law & Policy, 2014에 발표한 논문을 참고했음을 밝혀 둔다.

New York Times v. Sullivan (1964) 사건 원고인 몽고메리시 경찰국장 L. B. Sullivan(출처 : University of Missouri Kansas City 블로그[http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/commonlaw.htm])

결을 앨라배마주 대법원이 인정함에 따라 타임스는 미국 연방대법원에 상고했다. 앨라배마법원이 적용한 명예훼손법에 대해 "공직에 관한 행위를 비판한 사람들에 대해 공무원이 명예훼손 소송을 하는 경우, 제1 그리고 제14 수정헌법이 요구하는 언론 표현의 자유를 보호하는 여건을 제공치 못함으로써 헌법상 불충분하다."고 연방대법원은 결정했다. 미국 역사상 처음으로 연방대법원은 "명예훼손법은 헌법적인 제한을 절대로 받을 수 없는 것이 아니라, 제1 수정헌법의 요구를 충족하는 기준에 입각해서 평가되어야 한다."라고 판시했다. 그리고 "자유로운 토론에는 틀린 언사가 불가피한 것"이고 "모든 사실적인 오류로 인해서 공직자에 대한 비판을 처벌하면 공적인 관심사에 대한 담화는 약화될 것이다." 라고 판시했다. 연방대법원은 명예훼손에 대한 새로운 판결원칙을 선언했다. "본 법원은 (언론 표현 자유의) 헌법상 보장으로 다음과 같은 연방 기준이 요구된다고 생각한다. 즉, 자기의 공적인 행위에 관한 명예훼손적인 허위를 이유로 손해배상을 원하는 공직자는 문제된 명예훼손적인 언사가 '현실적 악의'(즉, 그 언사가 허위인 것을 인지하고 있거나 그것이 허위 유무를 무모할 정도로 무시하고서)를 갖고서 행해졌음을 증명해야만 한다."

현실적 악의의 증명은 '신빙성 있는 명확성'에 입각해야 하며 이는 피고가 문제의 언사가 거짓임을 알고 있거나 진실에 대한 '심각한 의심'을 갖고 있었음을 뜻한다. 단순한 보도상의 실수나 태만은 공직자가 언론을 상대로 한 명예훼손 소송에서 증명해야 하는 현실적 악의로 충분치 못하다. 설리번 판결로 인해서 명예훼손법은 일대 변혁을 겪어왔다. 공직자로부터 시작된 현실적 악의는 공직과는 관계 없는 공적 인물(public figures)로 확대 적용되었다. 여기에는 유명한 연예인이나 운동선수 그리고 사회운동가 등이 포함된다. 명예훼손적인 언사가 허위이며 현실적 악의가 개입되어 있다는 증명은 소송을 제기한 원고가 해야 한다. 현실적 악의의 요건은 명예훼손적인 주제가 공적인 혹은 사적인 관심인지가 또한 중요 이슈가 된다. 현실적 악의 적용에 있어 피고가 언론사인가 비언론사인가 하는 것에 영향을 받느냐에 대해서는 연방대법원은 아직까지 명확한 입장을 표명하기를 피해왔다. 올 1월 제9 순회 연방고등법원은

연방대법원과 연방고등법원이 내린 13개의 판결을 분석, 언급하면서 "피고가 전통적인 언론사와 공식적인 관계를 맺고 이해 상충적인 고발보고를 하거나, 단순히 타인이 쓴 기사를 취합하는 것에 그치지 않고 기사의 양쪽을 취재하는 훈련받은 기자인가의 문제에 제1 수정헌법의 보호가 좌우되는 것은 아니다." 라고 판시했다. 그리고 "명예훼손 사건에서는 명예훼손 발언자의 신원이 누구냐가 아니라 원고가 공인인가 라는 신분과 문제된 언사의 공적인 중요성이 제1 수정헌법 보호의 시금석이다."라고 판결했다.[4)]

설리번 사건은 사적 인물이 관여된 명예훼손 소송에도 지대한 변화를 가져왔다. 즉, 1974년 연방대법원은 비록 사인은 공적 인물에 비해서 명예훼손으로부터 보호를 더 받아야 하지만 엄격책임주의로 인한 손해배상은 더 이상 인정되지 않는다고 판시했다. 이와 관련해서 사인은 실질적 손해배상을 구하려면 최소한 피고의 과실을 입증해야 하며 추정적 또는 징벌적 손해에 대한 배상청구는 현실적 악의의 입증 없이는 허용될 수 없다고 하였다. 물론 여기에는 문제된 명예훼손 허위보도가 공적인 주제에 관한 경우에 한정된다. 그리고 연방대법원은 각 주법에 따라서 최소한 과실 이상의 입증기준을 부과함으로써 제1 수정헌법의 언론 표현의 자유를 균형 있게 보호하도록 했다.[5)]

설리번 사건을 명예훼손법적 관점에서만 본다면 이 사건의 중요성을 제대로 이해하지 못하게 된다. 물론 현실적 악의 원칙 등 새로운 대폭적인 변혁을 명예훼손법에 가져다 준 것은 사실이다. 그러나 연방대법원, 특히 Brennan 판사가 설리번 사건을 단순한 명예훼손으로 보았다면 타임스의 상고를 기각했을 것이고 허위적인 명예훼손적 언사는 제1 수정헌법의 보호를 받지 않는다는 전통적 헌법해석을 적용했을 것이다. 또한 타임스의 사설 광고는 공적인 문제에 대한 진지한 토의가 아니라 상업적인 표현이라고 봄으로써 언론 표현의 보호를 거부할 수 있었을 것이다. 그리고 명예훼손은 주법에 근거한 것으로서 간단히 앨라배마법원의 판결을 존중함으로써 연방헌법 문제를 피할 수 있었을 것이다. 그리고 보다 쉽게 (물론 판결에서 판시했지만) 원고 설리번의 이름이 언급되지 않았음을 이유로 타임스의 의견 광고는 설리번의 명예훼손과는 아무 관련이 없다고 했을 것이다.

이미 시사한 것처럼 Brennan 판사는 설리번의 명예훼손 소송을 일개의 언론사에 대한 소송이 아니라 소송을 통해서 정부에 대한 비판을 이른바 선동적인 명예훼손죄(seditious libel)로 처벌하려는 것이라는 점을 간파했던 것이다. 바로 이것이 제1 수정헌법의

4) Obsidian Finance Group, LLC v. Cox, 9th Cir., Jan. 17th, 2014.
5) Gertz v. Robert Welch Inc., 418 U.S. 323(1974). 보다 상세한 설리번 현실적 악의 등에 대한 설명은 Kyu Ho Youm, 'Defamation' in Communication and the Law (W. Wat Hopkins ed., 2014)를 참조.

'핵심적인 의미', 즉 민주주의는 정부를 비판할 수 있는 언론 표현의 자유 없이는 불가능하다는 것을 판결의 초점으로 하게 되었다. 설리번 판결은 미국 언론으로 하여금 보다 과감하게 남부의 인종차별과 민권운동을 보도할 수 있게 했다. 결과적으로 미국 흑인 등의 참정권이 확대되었으며 설리번 사건은 미 언론의 탐사보도를 보다 현실화 했다. 한편 설리번 사건의 영향은 미국 내의 정치, 법 언론 등에만 국한된 것은 아니었다. 지난 수십 년에 걸쳐 설리번 판결은 세계에 지대한 영향을 미쳐왔다. 명예훼손법에서뿐만 아니라 민주사회로의 변화를 갈망하는 많은 사람들에게 영감을 주었던 것이다.

미국의 헌법학자인 Rodney A. Smolla Duke University 로스쿨 교수(출처 : Washington & Lee University School of Law 홈페이지[http://law.wlu.edu/faculty/profiledetail.asp?id=238])

II. 설리번 판결의 국제, 비교법적 영향 : '현실적 악의'를 중심으로

제1 수정헌법이 예전보다 국제적인 영향을 덜 미치고 있다고 주장되고 있다. 그 이유 중의 하나는 미국의 언론 표현의 자유는 세계에서 너무 '예외적(exceptional)'이라고 볼 수 있기 때문이다. 특히 명예훼손과 증오 표현에 대한 미국법은 좋은 예 중 하나라고 할 것이다. 그러나 미국의 언론법은 여전히 다른 나라에 이런저런 관련성이 있음을 부정할 수 없다. 저명한 미국 헌법학자 Rodney A. Smolla 교수의 말을 길게 인용할 필요가 있다.

> 미국 언론의 자유 경험은 세계 국가들에게 중요하다. 미국의 제1 수정헌법의 현재 정책들이 반드시 현명하다고 하는 이유는 아니다. …. 사실 모든 곤혹스런 언론 자유 문제를 미국인들이 '올바르게' 다루고 있는 것은 아니다. 언론의 자유에 대한 미국인들의 생각이 세계의 사람들과 관련성이 있는 것은 자유 언론에 관한 분쟁과 커뮤니케이션 정책 등과 분투하면서 쌓은 우리들의 경험이 놀랄 정도로 풍부하기 때문이다. 최고의 해답을 미국 사회가 제시할 수는 없다. 그러나 미국 사회는 이 문제 등을 보다 많이 생각했다. 제1 수정헌법을 통해서 미국은 세계 어느 나라보다도 탄압보다는 공개하는 실수가 더 좋다는 극단적인 가정을 번번이 실험해 왔다. 비록 (언론을) 탄압하는 일반적인 주장이 유혹

적으로 보일지라도 말이다.[6]

설리번 판결의 국제적인 영향은 계속되고 있다. 여러 국가의 입법이나 판결을 통해, 지역 인권재판소의 판결과 국제재판소의 결정 등에서 설리번 사건은 자주 인용되고 있다. 3월 13일에 필자에게 보낸 이메일에서 헝가리의 헌법학자 András Koltay 교수는 3월 4일의 헝가리 헌법재판소 판결에 미국의 연방대법원 명예훼손 판결 3개를 인용하면서 설리번 사건을 언급했다고 알려왔다. 그리고 언론의 자유를 확장한 영국의 2013년의 명예훼손법(Defamation Act 2013)은 제1 수정헌법의 직접적인 영향의 결과였다. 보다 구체적으로 설리번 사건을 모델로 해서 법 개정을 추진했다는 것은 이미 알려진 사실이다.[7]

필리핀은 설리번 사건의 현실적 악의를 그대로 직수입한 가장 좋은 예다. 1999년 필리핀 대법원은 현실적 악의를 다음과 같이 언급했다. "악의적이라고 보려면(공직자나 공적 인사에 관한) 명예훼손적인 언사가 허위임을 인지하고 있거나 허위이냐 아니냐를 무모할 정도로 무시하고서 쓰였거나 발행되었음이 확실함을 증명해야 한다. 허위인가 아닌가의 무모한 정도의 무시라는 것은 피고가 명예훼손적인 글의 진실에 심각한 의문을 갖고 있었다거나 허위의 상당성을 고도로 인지하고 있음을 뜻하는 것이다."[8] 필리핀 대법원은 현실적 악의는 정부나 공직자에 대한 공개적인 토론에 참여하는 데 필요한 '숨 쉴 수 있는 공간'을 언론사에게 제공하고 있다고 이유를 설시했다. "진실하게 믿고 합리적인 주의를 기울이는 언론사로 하여금 그릇된 판단은 물론 정직한 실수나 완벽치 못한 실수를 이유로 해서 억압을 느낄 정도로 책임을 지워서는 안 된다. 언론사에 많은 여지와 관용을 주는 것만이 우리 민주국가에 있어 비판적인 기관으로서 용기 있게 효과적으로 그 기능을 수행할 수가 있는 것이다." 필리핀 대법원이 설리번 사건의 현실적 악의를 받아들인 것은 놀라운 일이 아니다. 미국의 필리핀에 대한 정치, 문화, 경제 등에 대한 긴밀한 관계와 영향은 과거 필리핀이 미국의 식민지였다는 사실을 고려하면 설리번 사건에 대한 필리핀 대법원의 입장은 당연하다.

현실적 악의의 국제적 수출의 흥미로운 케이스는 아르헨티나의 경우이다. 1987년 아르헨티나 대법원은 비록 현실적 악의를 분명하게 다룬 것은 아니지만 설리번 사건을 언급하면서 미국의 언론법 판결 등이 아르헨티나 헌법상 언론의 자유를 해석하는 데 연관성이 있음을 의심할 수 없다고 말했다. 미국의 현실적 악의 원칙처럼 아르헨티나 대법원은 사적 인물과 공적 인물의 구분을, 언론사를 얼마만

6) Rodney A. Smolla, Free Speech in an Open Society 347 (1992)
7) Blackstone's Guide to the Defamation Act 2013 (James Price & Felicity McMahon eds., 2013)
8) Borjal v. Court of Appeal, 301 SCRA 1 (1999)

큼 접근 이용할 수 있는지 여부에 주목했다. 즉, 사적 인물은 공적 인물에 비해서 허위주장을 반박할 수 있는 언론사 이용 기회가 적으므로 명예훼손에 더욱 취약하다. 따라서 명예에 대한 언론의 공격으로부터 광범위한 보호를 받을 필요가 있는 것이다.[9] 1991년 현실적 악의를 아르헨티나 대법원은 확실하게 적용했다. 명예훼손적인 뉴스보도에 관한 '공적 인물'의 기준을 다음과 같이 세웠다. 공공의 관심이 있는 문제에 관련된 정보를 언론사가 전파하는 경우에 언론사의 민 · 형사 책임은 1) 문제의 정보가 허위이거나 2) 정보가 허위라는 것을 인지하고 보도되었거나 혹은 시간과 방법이 있으면서도 공적인 언사의 진실이나 허위를 조사하려는 관심이 전적으로 없는 경우에 해당한다는 것이다.[10] 미국처럼 아르헨티나에서도 현실적 악의의 입증책임은 공적 인물인 원고가 지며, 보다 중요한 것은 현실적 악의 범위가 미국보다 넓다는 것이다. 예컨대 명예를 해할 범법적인 의도가 있음을 요구하며, 공적인 논란에 관계된 '여타 사람들을' 포함함으로써 사적인 인물도 그 현실적 악의의 대상으로 인정했다. 한편 아르헨티나는 현실적 악의를 인정한 외국들과는 특이하게 현실적 악의보다 더 언론기관을 보호하는 '중립보도특권' 원칙을 미국법으로부터 채택했다. 1977년 미국 제2 순회 연방고등법원이 수립한 중립보도특권은 공적 인물에 대한 뉴스가치가 있는 명예훼손적인 주장을 책임 있고 혹은 명망 있는 사람이나 단체가 하는 경우 이 주장을 공정하고 중립적으로 다시 발표하면 법적인 책임을 언론사가 지지 않는 것이다.[11] 현실적 악의와는 달리 중립보도특권은 허위의 인식 등에 관련 없이 공적 인물에 대한 명예훼손적인 주장이 있다는 그 사실 자체를 뉴스보도로서 보호하자는 것에 그 취지를 두고 있다.[12] 1986년 아르헨티나 대법원은 이른바 'Campillary' 원칙으로서 명예훼손적인 인용보도의 면책특권을 다음과 같이 인정했다. "기자나 언론 발행인이 문제된 내용의 소스를 분명히 밝히거나 그 내용에 실질적인 기여가 없다면 그에 대한 책임을 지지 않는다."[13]

헝가리의 현실적 악의는 법 제정을 통해서가 아니라 판결을 통해서 인정되었다. 개념적으로 그리고 적용면에서 볼 때 미국의 법과 흡사하다. 그러나 거증책임과 취재요구 등에서는 차이가 있다. 1994년 헝가리 헌법재판소는 형사상의 명예훼손사건에서 공적 인물과 공직자는 현실적 악의를 증명해야 한다고

9) Argentina Supreme Court of Justice, Fallos: 310:508 LA Ley–1987–B269 (1987).
10) CSJN 19/11/1991 'Vago, Jorge A. c. Ediciones la Urraca S.A y otros', 314 Fallos 1517 (Arg).
11) Edwards v. National Audubon Society Inc., 556F 2d 113 (2d Cir. 1977).
12) 앞에 언급한 Kyu Ho Youm, 'Defamation'을 참조.
13) Eduardo Bertoni, 'Argentina Supreme Court Protects Online Reposting Intermediary Liability Doctrine: Same Wine in New Bottle', Oct. 31st, 2013.

판결했다. 그리고 공직자와 정부기관에 대한 명예훼손을 형벌로 규정한 형법 제232조를 위헌이라고 결정했다. 명예훼손을 형벌로 할 수 있지만, 정부기관이나 정치인 등의 공적인 활동에 대한 비판자의 표현의 자유는 보다 넓어야 한다고 했다. 설리번 원칙을 수정해서 헝가리 헌법재판소는 정부기관, 공직자 혹은 정치인에 대한 의견과 사실적 주장을 구별하면서 이렇게 판시했다. "정부기관이나 공무원 혹은 공적인 것, 정치인의 공적인 지위와 관련해서 명예훼손이 될 수 있는 가치판단은 헌법상 처벌의 대상이 되지 않는다. 정부기관이나 위에 언급한 인물들의 명예를 훼손할 수 있는 사실적인 언사나 소문 혹은 그런 사실을 직접 언급하는 표현은 오직 사실과 소문 그리고 그런 사실을 직접 언급한 표현을 사용하는 사람이 그의 언사의 핵심이 거짓임을 알고 있었거나 직업상 요구되는 원칙에 따른 관심과 주의를 기울이지 않음으로써 생긴 경우에만 처벌할 수가 있다. 여기에는 주제가 어떤 것인지, 어떠한 매체가 관여된 것인지 그리고 관여된 표현에 대한 시청자나 독자가 누구인가를 고려해야 한다." 현실적 악의에 관련한 직업적인 주의 기준에 대해서 헝가리 헌법재판소는 1967년 미국 연방대법원 사건인 Curtis Publishing Co. v. Butts (388 U.S. 130 (1967))에 쓰인 John Marshall Harlan 판사의 복수의견을 따르고 있다. 그리고 미국과는 달리 피고가 현실적 악의의 부재 입증을 책임지고 있다. 새로운 헝가리 민법은 설리번 원칙을 채택하고 있으며 언론사에 대한 중립보도특권도 인정하고 있다.

타이완도 헝가리처럼 현실적 악의를 형법에서 민법상의 불법행위로 확대해서 인정하고 있다. 처음에는 형사상 명예훼손에 적용되었다. 1997년 타이페이 지방법원은 기자 등에 대한 형사상 명예훼손 소송을 기각했다. 이유는 타이완 여당의 고위인사에 대한 명예훼손적인 기사의 선량한 의도를 중시했기 때문이다. 홍콩 주간지에 실린 기사가 형사상 명예훼손 소송의 시작이었는데 원고는 타이완에서 선거자금을 불법으로 다뤘다는 것이 주요내용이었다. 타이페이의 지방법원 판사는 신문기사의 내용이 공적인 관심사로서 일반 사람들의 토론의 대상이 되어야 하며, 기자들은 탐사취재를 통해서 기사를 준비했으며 원고의 명예를 해할 악의가 없다고 결정했다. 판사는 또한 그 신문기사가 형법상의 본질적 형벌 기준에 못 미치고 있음을 주목했다. 그 이유로는 "원고에 대한 주장이 상당한 취재를 통해서 사실 확인이 되었으며 따라서 전혀 근거가 없는 것이라고 볼 수는 없다. 그리고 그 기사는 '공적인 관심사'를 다루고 있으며 피고는 기사의 진실을 믿었고 원고의 명예를 저해할 목적과는 전혀 관계가 없다."[14] 라는 사실을 들었다. 이 타이페이 지방법원

14) Liu Tai-Ying v. Wang Shu-yuan, District Court, Taiwan, Apr. 22nd, 1997.

판결은 타이페이 고등법원에 의해 2001년 받아들여졌다. 타이완이 설리번 판결원칙의 형법적용과 관련해 처음 언급한 것은, 뉴욕타임스와 AP통신사를 포함한 10개의 주요 미국 언론사가 법정 조언자(amicus curiae)로 참여해서 타이완 형법의 문제점을 국제인권원칙에 근거해서 다음과 같이 지적했다는 사실이다. "명예훼손 소송의 피고가 자기의 기사가 진실임을 성실하게 믿고 있다면 비록 기사가 허위라고 결정된다고 해도 형사적인 처벌을 받아서는 안 된다."

필리핀, 아르헨티나, 헝가리 그리고 타이완 이외에도 설리번 원칙을 수용한 나라는 직접 혹은 간접적으로 상당수가 있다. 물론 정도의 차이는 있다. 예를 들면 유럽의 보스니아-헤르체코비나 등은 미국의 현실적 악의보다 더 언론 표현의 자유를 보호하고 있다. 이 나라의 명예훼손법은 "허위적인 사실표현이 정치적 혹은 공적인 관심에 관한 것이면, 그 표현이 허위임을 인지하고 있거나 사실을 무모할 정도로 무시하고 행동하는 경우 명예에 해를 입힌 사람은 그 표현을 행했거나 전파한 것에 대한 책임을 져야한다."[15] 라고 되어있다.

설리번의 영향은 개별국가법에 국한해서 영향을 미치는 것만은 아니다. 국제법 특히 지역 인권재판소인 Inter-American Court of Human Rights(IACHR)와 유럽인권재판소(ECHR)는 설리번 판결을 이용해서 언론 표현의 자유를 확장시켜 놓았다. IACHR은 지난 4~5년에 걸쳐서 명예훼손 책임의 법적 기준으로 현실적 악의를 점진적으로 인정했다. 2008년 IACHR은 명예훼손을 형법으로 다루는 것이 반드시 미주인권협약을 위반하는 것은 아니지만 명예훼손을 형벌로 처벌하려면 법원은 다음과 같은 요건을 진지하게 고려해야 한다고 했다.

- 문제된 명예훼손적 의견을 표현한 사람의 행동이 극단적으로 심각한 것
- 표현한 사람의 현실적 악의
- 불공정한 명예에 대한 피해의 성격
- 그리고 형사상의 절차를 밟아야 하는 절대적인 필요성을 보여주는 다른 정보가 있는가의 여부[16]

명예훼손적 표현의 범죄적인 입증책임은 소송의 원고가 지게 되어있다. 2009년 파나마가 관계된 IACHR 사건에서 현실적 악의 원칙이 적용된 바 있다. 파나마 법무장관에 대한 명예훼손 언사의 허위를 알고 있지 못한 변호사 피고에게 승소판결을 내리면서 IACHR은 공직자의 명예보호와 공직자의 행위를 알아야 할 시민들의 '최대한' 권리에 대해 '확립된' 국제법을 언급하면서 "공직자는 자발적으로 사회적 통제를 받을 것을 인정하

15) Law on Protection Against Defamation of the Federation of Bosnia and Herzegovina, art. 6(4) & (5) (Oct., 2000).
16) Inter-American Court of Human Rights, May 2nd, 2008.

고 있다는 사실로 인해서 사적 인물과는 다른 명예보호기준이 적용된다. 공직자는 명예훼손의 위험이 보다 크다고 하지만 한편으로는 그 지위로 인해서 사회에 많은 영향력과 자신이 참여한 사건들을 설명할 수 있는 언론을 쉽게 이용할 수 있는 가능성을 갖고 있다."라고 판시했다. IACHR은 명예를 보호함에 있어 법원은 민주사회에서 공적인 관심사에 대한 '공개적인 토론'의 가치를 염두에 두면서 균형을 맞춰야 한다고 밝혔다.

Ⅲ. 설리번 판결 : 21세기 사상의 공개시장을 위한 국제화

미국의 언론법, 특히 설리번 판결이 세계의 법조인이나 언론학자 등으로부터 관심을 받을 만큼 국제적으로 영향을 미치고 있는 이유는 무엇일까? 이에 대한 답이 미국 중심적인 오만이라고 생각해서는 안 된다. 중요한 것은 표현의 자유는 인간의 천부적 인권이라는 점에서 찾아야 한다. 국가 간의 물리적인 경계가 무의미해지는 21세기의 디지털 정보 유통이라는 관점에서 더욱 그러하다. 그리고 사려 깊은 미국의 법학자 Timothy Zick 교수는 "좋아하든 싫어하든 우리는 문화와 법제도 등이 상호관계를 맺고 있는 세계 속에 살고 있다. 세계 각국에서 외국의 공직자나 시민들은 제1 수정헌법의 이론과 원칙 그리고 규범을 날카롭게 분석하면서 상호 관련된 세계에 이것들이 합당한지에 대한 의문을 던지고 있다."고 말했다.[17]

언론 표현의 자유에 대한 현실적 악의의 국제적 가치는 실질적으로 못지않게 영감적인 것이다. 현실적 악의라는 기준보다는 제1 수정헌법을 대표하는 참여 중심적인 민주정신이 세계 사람들에게 그 중요성을 느끼게 하고 있다. 그리고 설리번 판결은 세계 여타 국가들에게 언론의 자유와 명예보호를 재조정하는 중요한 참고지침을 제시해 주고 있다.

2010년 나미비아 대법원이 언명한 것처럼 많은 국가들이 설리번 사건을 낳게 했던 자유 언론에 관한 문제들에 함께 직면하고 있다. 그리고 설리번 판결의 정신적인 영향에 주목하고 있다. 캐나다 대법원도 관습법 민주국가들은 대부분 명예보호에 대한 '활발한 토론'을 할 권리에 찬동하고 있으며, 영국, 호주, 뉴질랜드와 남아프리카 등의 명예훼손법이 "언론 피고인 등을 위한 보다 광범위한 보호 쪽으로 변화하기 시작했다"고 판결했다. 설리번 판결이 국제적으로 점점 긍정적으로 인정받고 있는 것과 관련해서 1986년 유럽인권재판소는 "언론의 자유는 정치지도자들의 사고와 태도에 관한 의견을 보고하고 형성케 하는 최고의 방법을 일반 국민에게 제공하고 있다. 보다 일반적으로 정치적 토론의 자유는 민주사회의 개념에서 가장 핵심이다. 비판을 어느 정도 인정하느냐 하는 한도는 사

17) Timothy Zick, The Cosmopolitan First Amendment 20 (2014).

적인 인물에 비해서 정치인에 대해서는 넓어야 한다. 사적인 인물과 달리 정치인은 자기의 모든 말과 행동이 언론인이나 일반 대중으로부터 가까이에서 감시받고 있다는 것이 불가피하다는 사실을 인식하고 있다. 그리고 이에 대해 정치인은 보다 많은 인내를 갖고 임해야 한다."[18]라고 언급했다. 물론 유럽인권재판소의 판결은 정치인에 대한 미국 연방대법원 Brennan 판사의 판결문과 다름없으며 설리번과 여타 다른 미국 명예훼손 사건들을 반영하고 있다.

아르헨티나의 설리번 판결 적용과 관련해서 앞에서 언급한 '중립보도특권'은 현실적 악의보다 더 언론 자유를 보호하는 면책특권이다. 매우 특이한 것은 영국, 캐나다 그리고 스페인은 아직 현실적 악의를 공식적으로 수용하지 않고 있지만 중립보도특권을 적극적으로 인정해 왔다. 중립보도특권을 처음 세운 미국에서는 사실상 이 명예훼손 면책특권은 현재로서는 사장된 것이나 다름이 없다. 지난 10년 동안에 걸쳐 미국의 법원은 중립보도특권을 거의 한 번도 적용한 적이 없다. 2001년 미국의 판결에 근거해서 인정된 영국의 중립보도특권은 현재 굳건히 영국법에 자리 잡고 있다. 2006년 영국 최고법원에서 언급되었고 2013년 영국의 명예훼손법에 인정되고 있다. 캐나다 대법원은 2009년 '책임 있는 커뮤니케이션'이란 명예훼손 면책을 새로이 인정하면서 중립보도특권을 포함했다.[19]

그리고 스페인은 어느 나라 못지않게 적극적으로 중립보도를 인정하는 나라이다. 2000년 스페인 대법원은 미국법을 그 기원으로 분명하게 밝히면서 "관련된 제반 사실들의 그 바탕이 미국판례법인 '중립보도' 혹은 '중립정보' 이론에 모두 들어맞는다. 이 이론은 뉴스 기사는 어떠한 주관적인 평가를 내리지 않는 자료나 의견을 수집하는 것이면 명예훼손을 이유로 제한할 수 없는 정보의 자유가 관여되어 있다고 하겠다."라고 판결했다.[20] 중립보도특권의 인정이 현실적 악의를 배후에서 인정하는 것으로 해석하는 것은 논리적인 비약이다. 비록 중립보도특권을 수용한 국가들이 이 명예훼손 면책특권의 근거를 미국의 판결에서 수입 적용하고 있지만, 현실적 악의에 근거한 것보다는 언론 보도의 기능을 확대하기 위한 방법의 일환으로 봐야 할 것이다. 이 같은 설명은 영국, 캐나다, 스페인 등 나라들이 언론의 자유에 우월적인 보호를 주려는 경향에서 보면 이해할 수 있다. 그리고 언론 보호의 일반적인 관행, 즉 언론은

18) Lingens v. Austria, 8 E. H. R. R. 407, 418–19 (1986).
19) Grant v. Torstar Corp., [2009] S. C. C 61: 이 기념비적인 캐나다 대법원의 명예훼손 사건 등에 대한 상세한 배경기사로는 Ivor Tossell, 'The Story Behind the Rob Ford Story', The Walrus, Mar., 2014 참조.
20) Miguel Martin-Casals & Josep Sole Feliu, "The Protection of Personality Rights Against Invasions by Mass Media in Spain" in The Protection of Personality Rights Against Invasions by Mass Media 294–95 (Helmut Koziol & Alexander Warzilek eds, 2005).

뉴스보도 자체에 직업적인 의무가 있다는 것을 법원들이 현명하게 이해하는 것이라고 하겠다. 이론적으로 중립보도특권은 사상의 자유 공개시장에 부합한다는 것을 부인할 수 없다. 뉴스 미디어 보호뿐만 아니라 공적인 관심사에 대한 활발한 토론을 보장하기 때문이다. 그리고 공개된 민주사회를 그 중심 가치로 이해하는 국가들의 선택이기도 하다. 현실적 악의라는 최대한의 명예훼손 면책과 상충된다는 이유로 해서 무용지물처럼 배척당하는 미국과는 달리 현실적 악의가 아예 없는 법 체제에서 중립보도특권을 통해 객관적 보도관행을 자연스럽게 인정하는 것은 언론 자유의 확장의 아이러니라 하겠다.

설리번 판결의 국제적인 수출은 최근까지 소극적인 현상이라고 할 수 있다. 미국법의 언론 자유에 대한 전통과 권위 등을 외국에서 인정해 왔다는 결과였다. 그러나 미국은 적극적인(?) 현실적 악의 원칙을 외국에 요구하는 법을 제정하였다. 이른바 약어로 'SPEECH Act'라는 법을 미국 의회는 2010년에 통과시켰다. 원래 법 이름은 Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act이다. 주목적은 미국의 제1 수정헌법이 보장하는 언론의 자유를 위한 명예훼손 면책 등을 피하기 위해서 미국 언론사나 미국인들을 대상으로 원고에게 유리한 외국의 명예훼손법을 적용할 속셈으로 외국의 법원에 소송을 하는 이른바 '명예훼손 관광(libel tourism)'을 방지하는 것이었다. SPEECH Act에 따라서 외국의 명예훼손 판결이 제1 수정헌법을 위반하면 미국법원은 그 판결을 집행 할 수가 없다. 이 법에 대한 비판으로는 특별한 법적인 문제도 아닌 명예훼손 관광을 SPEECH Act를 통해 미국법을 외국에 강요하는 결과를 낳고 있다는 것이다.[21] 그러나 이 법의 영향은 이미 나타나고 있다. 앞서 잠깐 언급한 2013년의 영국 명예훼손법이 이 미국법의 반동으로 제정되었다. 2013년 9월 미국 제5 순회 연방고등법원은 SPEECH Act에 따라 캐나다의 명예훼손 판결집행을 금지했다. 그 이유에 대해 캐나다법은 미국헌법과 미시시피 주법에 상응하는 언론의 자유를 보장하지 않으며 또한 사실과 상황을 고려해 볼 때 미시시피법원은 명예훼손 소송에서 피고인 미국인에게 책임을 부과하지 않을 것이 분명하다고 연방고등법원은 말했다.[22] 이 같은 SPEECH Act 판결은 명예훼손 관광을 억제하고 미국에서 집행할 수 없는 외국의 법원판결은 아무 쓸모없는 시간과 돈의 낭비라는 사실을 보여주고 있다.

SPEECH Act는 설리번 사건에 반영된 국가기관과 공직자를 두려움 없이 비판할 수 있는 사상의 시장을 보다 국제적으로 실현하려는 미국 정부의 노력이다. 가장 영향력 있는 제1 수정헌법학자인 컬럼비아대학교 총장

21) Harry Melkonian, Defamtion, Libel Tourism, and the SPEECH Act of 2010 (2011).
22) Trout Point Lodge, Ltd. v. Handshoe, 5th Cir., Sep. 5th, 2013.

Lee C. Bollinger는 그의 2010년의 저서에서 이렇게 설파했다. "점점 더 상호 관련된 국제사회에서 언론의 검열은 어느 곳에서 행해지든, 장소를 불문하고 세계 전체에 영향을 미친다. 미국 연방대법원은 이 점을 바로 설리번 사건에서 파악했다. 세계 여러 곳에서 자행되는 검열의 국제적인 억제효과를 이해하고 새로운 세계적 토론장을 위해서 미국의 국민적인 토론에로의 전환을 용이하게 했던 설리번 사건의 의미를 반복할 노력이 필요하다."[23]

Ⅳ. 요약과 결론

설리번 판결은 지난 50년간 미국의 참여 민주주의를 구현하는 대표적인 상징이었다. 억제보다는 보호를, 특히 정치적, 공적인 표현에서 더욱 두드러졌다. '시민 비판자'의 언론 표현의 자유는 단순한 장식이 아니라 법치주의를 미국인들의 일상생활 속에 심어 주었다. 군림하는 정부가 아니라, 언론과 시민의 감시를 정치의 불가결한 메커니즘으로 가능케 한 것이 설리번 사건이었다. 바로 이 때문에 설리번 판결은 크게는 미국의 민주주의를, 적게는 미국민의 언론 표현의 자유를 재탄생시켰다고 하는 것이다. 정부에 대한 최대한의 비판 자유가 최소한의 자유 민주주의의 필요조건이며 이를 현실화하기 위한 헌법적인 방법으로 '현실적 악의'를 선택한 것은 혁명적이었다. 국제 비교법적 관점에서 설리번 판결의 철학과 이론 그리고 그 의미는 오랫동안 미국의 정치사회 문화에서 나온 예외적인 것이라고 보았다. 그러나 최근 20~30여 년에 걸쳐서 설리번 사건은 미국의 연방대법원의 판결을 넘어서 국제적인 민주사회 명제의 틀을 제공했다. 현실적 악의 원칙이 예외적인 미국 명예훼손법일 뿐이라고 더 이상 말할 수는 없다. 비록 일반적으로 얘기할 수 없지만 현실적 악의를 입법이나 판결에서 숙고한 여러 민주국가들은 예외 없이 정치나 공적 인물 그리고 주제들에 대한 언론 표현의 자유를 넓히려 했다. 현실적 악의를 채택한 국가 중에는 미국에서 그대로 수입하는 경우도 있지만 그 국가의 법 사정에 맞게 조정을 했다. 이 과정에서 미국법보다 더 언론의 자유를 보호하는 결과를 낳았다. 이와 관련해서 한편으로는 21세기 국제적인 언론 표현의 자유에 있어 독보적인 언론 보호국이라는 미국의 위상이 도전받고 있다. 물론 고무적인 일이다. 왜냐하면, 국제적으로 자유의 확대, 신장을 의미하기 때문이다. 한편 미국의 관점에서 설리번 판결의 국제적 영향을 장기적으로 보면, 미국은 언론 표현의 자유를 일방적으로 수출하는 국가가 아니라, 앞으로는 외국으로부터 배우고 수입할 상황이 도래할 것이다.

23) Lee C. Bollinger, Uninhibited, Robust, and Wide-Open: A Free Press for a New Century 113 (2010).