

2020. 6. 3.


영국 대법원

Serafin v. Malkiewicz and others

#2013년 명예훼손법 제4조

#공익항변

#레이놀즈사건



대법원 제4기 개정기(開廷期)

사건번호 : [2020] UKSC 23

다음 사건에 대한 항소심 : [2019] EWCA Civ 852

판결문

세라핀(Serafin, 피청구인) v 말키에비치 등(Malkiewicz and others, 청구인)

판사

판사 리드(Reed), 대법원장

판사 윌슨(Wilson)

판사 브릭스(Briggs)

판사 아덴(Arden)

판사 키친(Kitchin)

판결 선고일

2020년 6월 3일

재판일 : 2020년 3월 17일/18일

청구인

변호사 : David Price

변호사 : Anthony Metzger

박사: Alexandra Marzec

(자문인 : 변호사 David Prince
자문변호사)

피청구인

변호사 Adrienne Page

(자문인: 법무법인 Simon Burn
Solicitors (Cheltenham))

소송 참가자 :

(미디어 변호사 협회)

(서면만 제출)

변호사 : Heather Rogers

Romana Canneti

Jonathan Price

(자문인 : 자문변호사 타임즈 신문사
(Times Newspapers
Limited) 편집법률이사)

판사 월슨 : 판사 리드(Reed), 브릭스(Briggs), 아덴(Arden), 키친(Kitchin)이 동의함

A. 도입

1. 이번 항소심은 민감하고 중요한 사건에 대한 것이다. 나는 78개의 단락과 부록의 25개 단락보다 적은 단락의 판결문을 작성하지 못한 것을 유감스럽게 생각한다. 1심 판사의 재판이 양 당사자 중 일방에 불공평했다고 항소법원이 판결을 내린 것은 드문 일이다. 선임판사이건 후임판사이건 모든 판사가 내린 판결은 매우 민감한 내용을 포함한다. 우리 대법원의 임무는 세심한 주의를 기울여 그러한 판결을 평가하는 것이며, 우리가 판결을 인정하게 되면 그에 따라 기존에 항소법원이 내린 명령이 취급되어야 한다. 그러나 대법원의 상고심은 두 번째 차원의 원인이 있다. 왜냐하면 항소법원은 ‘공익적 사안에 대한 공개(Publication on matter of public interest)’라는 제목의 ‘2013년 명예훼손법(Defamation Act 2013)’(이하 “법”) 제4조의 효력에 대한 판단에 근거하여 판결을 내렸기 때문이다. 또한 항소법원의 제4조의 효력에 대한 판단과 관련하여 강력한 주장이 우리에게 제기되었다. 아래에서 명백하게 될 이유로, 제4조에 대한 우리 대법원의 자체 분석은 대법원 판결의 일부를 구성하지는 않지만 그럼에도 유용할 것이다.
2. 이해를 돕기 위해 이 사건의 청구인을 피고로, 피청구인을 원고로 표현한다. 첫 번째 피고(Malkiewicz)는, Nowy Czas(New Time이라는 의미임)라는 회사명으로 두 번째 피고(Czas Publishers Ltd.)가 소유한 폴란드 신문사의 편집장이다. 세 번째 피고(Bazarnik-Malkiewicz)는 신문사의 편집인이고 두 번째 피고의 이사이며 첫 번째 피고의 아내이다. 이 사건이 관련된 시기에 신문은 하드카피 및 온라인으로 1년에 8차례 출판되었으며 영국 특히 런던에서 실제 폴란드 사회의 관심사를 다룬다. 원고(Serafin)는 현재 약 68세의 나이로 폴란드에서 태어났지만 1984년부터 영국에서 살았다.
3. 원고는 피고 신문사가 2015년 10월에 신문에 보도한 기사에 관해서 피고를 상대로 명예훼손소송을 제기하였다. 2017년 10월 및 11월 7일에 걸쳐, 1심법원(High

Court of Justice) 퀸스재판부(Queen’s Bench Division) 소속의 판사 Jay(“판사”)가 이 소송을 담당하였다. 원고는 판사 앞에 직접 출석하였고 법정 조언자로부터 법적 조언을 받았다. 그러나 법정 밖에서 재판기간 동안 특히 원고의 최종 증거 제출물 정리에서 원고는 어느 정도 계속적으로 법적 지원을 받은 것으로 보인다. 그러나 법정에서는 변호사 Metzger가 원고에 맞서 주장을 제기하였는데, 그 재판 직전까지는 피고를 변호한 자문변호사들이 아니고 피고들이 직접 지시를 내렸다.

4. 2017년 11월 24일자 유보 판결에서 판사는 원고의 청구를 기각하는 결정의 이유를 설명하였다(사건번호: [2017] EWHC 2992 (QB)). 2017년 12월 8일 판사는 결정의 취지에 따른 명령을 내렸다. 원고는 항소법원에 항소하였다. 2019년 3월 5일 판사들(Lewis, McCombe, Haddon-Cave)이 항소심을 담당하였다. 2019년 5월 17일자 전원합의 판결에 따라 담당 판사들은 항소를 허용하는 결정의 이유를 설명하였다(사건번호: [2019] EWCA Civ 852). 2019년 6월 21일 판사들은 그 결정의 취지에 따른 명령을 내렸다. 판사들은 원고 청구의 전부나 일부에 대한 손해배상액을 산정하도록, 기존 1심법원 판사가 아닌 ‘미디어 및 커뮤니케이션 목록’에 등록된 판사에게 이송하였다. 피고는 지금 그 명령에 반대하여 대법원에 상고한다.

B. 배경정보

5. 원고는 잉글랜드에 입국한 후 건축 사업가로 사업을 시작하였다. 1989년경 원고는 폴란드사회문화협회인 POSK에 가입하였고 런던 서쪽의 Hammersmith 지역 부지에 자선단체를 설립하였다. 2012년까지 약 15년 동안 원고는 POSK 총회에 참석하였으며 2003~2007년 전원위원회 선임위원으로 활동하며 자선단체 부지에서 수행된 모든 건축 업무를 담당하였다. 원고가 회원인 기간 동안 그 현관과 지하실에 대한 보수 공사가 있었는데, 이곳에서 The Jazz Café라는 바(Bar)와 카페가 건축되었다. 2007~2012년 원고는 The Jazz Café의 공동 관리자였으며 가끔 바에서 일도 하였다.
6. 2008년 원고는 폴란드 식품을 수입하여 이를 잉글랜드 내 폴란드 식료품점에 도매로 판매하기 위해 Polfood (UK) Ltd라는 회사를 설립하였다. 회사는 영업자본이

필요하여, 원고는 회사의 주식을 매수하거나 회사로 금전을 이전하기 위해 회사나 본인에게 금전을 대부하도록 폴란드 친구들과 지인들을 설득하였다. 그러나 회사는 곧 지급불능상태가 되었다.

7. 2011년 원고는 파산선고를 받았다. 2012년 원고는 면책을 받았지만 5년 동안 계속 될 파산제한사업을 수행할 것을 조건으로 하였다. 이에 원고는 법원의 허가 없이 회사의 이사가 되지 않고, 제한내용을 공개하지 않고, 500 파운드 이상을 대출받지 않으며 자선단체의 수탁자가 되지 않기로 약정한 것으로 보인다.
8. Kolbe House는 런던 서쪽 Ealing 지역에서 보육원을 운영한 자선단체의 명칭이며 폴란드 노인에게 돌봄 서비스를 제공한다. 영업기간 동안 Polfood는 Kolbe House에 빵과 기타 식료품을 공급하였다. 2012년 원고는 다시 빵을 공급하기 시작하였다. 2013년 원고는 Kolbe House의 유지보수담당자이자 일반 업무보조원이 되었으며 그곳에서 자신의 유지보수업무에 대해 청구하였다.

C. 기사의 의미

9. 폴란드어로 작성된 기사의 제목은 “파산은 고통스러울 필요가 없다(Bankruptcy need not be painful)”이다. 기사의 각주에는 첫 번째 피고의 이름이 기재되어 있으며, 판사는 이를 “오래된 학교의 폴란드 지식인(Polish intellectual in the old school)”이라고 기술하였다. 판사는 이 기사를 “스타일과 어조에서 풍자적이고 재치 있고 암시적이며 지적으로 세련되었다”고 기술하였다.
10. 원고는 기사의 단어들이 그 효과 면에서 13가지의 명예훼손적 의미(명예훼손법상 단어로 “비방(imputations)”의 의미)를 포함한다고 주장하였다. 피고는 단어들이 아래와 같이 “보통의 비판(common sting)”만을 의미한다는 반대주장을 하였다.

“원고는 자신의 야망을 충족시키고 자신과 폴란드에 있는 자신의 가족을 위한 금전적 이익을 획득하기 위해 여성을 포함한 많은 사람을 부적절하게 이용한 파산자이며 상습적으로 신뢰할 수 없는 사람이다.”

판사는 위 단어들이 “보통의 비판”을 의미한다는 주장에 동의하지 않았으며, 이에 따라 판사는 피고가 13개 의미들 각각에 대해 책임이 있는지 여부를 결정해야 한다고 판단하였다. 피고가 해당 의미를 인정하면 원고가 주장하는 의미에 따라 결정하며, 피고가 원고가 주장하는 의미에 반대하면 판사가 해당 의미를 판단하여 결정한다.

11. 첫 번째 의미(“M1”)에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 자신과 자신의 회사에 대해 POSK 유지보수작업에 대한 수익적 계약을 체결하기 위해 POSK 관리자의 지위를 남용하여, 그러한 계약 체결을 위한 적합한 인허가 취득절차를 회피하였다.”

피고는, 기사가 그러한 의미를 지녔더라도 아래와 같이 규정한 명예훼손법 제1조 제1항에 따라 명예훼손적은 아니라고 주장하는 것으로 보인다.

“진술은 그 공개가 원고의 명예에 중대한 손해를 야기했거나 야기할 가능성이 있지 않다면 명예훼손이 되지 않는다.”

판사는 피고의 주장을 기각하였다. 그러나 판사는 아래와 같이 규정한 명예훼손법 제2조 제2항에 따른 항변을 주장할 수 있다는 피고의 대안적 주장을 판단하였다.

“명예훼손소송에서 문제가 된 진술이 전달하는 비방내용이 실질적으로 진실이라는 사실을 증명하는 것은 피고의 항변이 된다.”

판사는 M1이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

12. 두 번째 의미(“M2”)에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 자신의 선거에 대한 열망을 지원하는 의존할 수 있는 사람들을 위하여 POSK 회원에 가입하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술의 공개는 명예훼손법 제1조가 정한 명예에 대한 심각한 피해요건을 충족했으나(이에 대해 의구심이 들었음에도) M2가 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

13. 세 번째 의미("M3")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 실제로 독신이 아닌지와 최소한 폴란드에서의 개인적 상황에 대한 의문이 풀리지 않았으며 ... 자신의 매력을 발휘한 여성에게 더 가까이 접근하는 수단으로 자신을 이용할 수 있다는 점을 악용하였다.”

세 번째 의미에서, 판사는 위와 같은 취지의 진술의 공개는 명예훼손법 제1조가 정한 명예에 대한 심각한 피해요건을 충족했으나(이에 대해 의구심이 들었음에도) M3이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

14. 네 번째 의미("M4")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, POSK의 Jazz Café에서 소매 판매를 위한 주류 공급과정에서 관련 판매를 통해 불법적, 사기적인 이득을 취하기 위해, 판매로 취득한 금전이 현금등록기를 통하지 않도록 부정직하게 행동하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

15. 다섯 번째 의미("M5")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 각 여성에게 그녀만이 유일하다고 믿도록 유도하고 자신과 같이 밝은 인생을 약속하여, 많은 여성이 평생의 저축금을 자신의 식품사업에 투자하도록 유인하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

16. 여섯 번째 의미("M6")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 투자자들에게 그들의 평생의 저축금을 자신의 식품사업에 투자하도록 부정직하게 설득하여, 폴란드에서 가족의 건설 프로젝트를 지원하고 자신의 가족을 부양하기 위해 그러한 금전을 자신을 위해 빼앗아 이를 폴란드로 이전하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

17. 일곱 번째 의미("M7")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 채권자의 채권을 충족하기 위해 이용되어야 하는 BMW X5 자동차와 부동산 형태의 개인재산을 판매할 듯이 가장하고 자신을 위해 보유하기 위해, 채권자를 속이고 부정직하게 정상적인 파산의 결과를 회피하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

18. 여덟 번째 의미("M8")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 치매환자를 포함하여 노인과 취약한 사람들을 위한 주거 보육원인 Kolbe House에 유효시간이 지난 음식을 판매하여 이득을 취했거나 그러한 시도를 하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

19. 아홉 번째 의미("M9")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, Kolbe House의 여성 매니저들에게 자신의 매력과 지배력을 악용하여, 합법적 사유가 없음에도 취약한 주거인들의 매우 기밀적인 정보에 임의로 접근하는 것을 포함하여 주거지를 자신의 개인재산인 것처럼 취급하고 자신이 주거지의 최고 수준의 경영진에 있는 것처럼 행세하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

20. 열 번째 의미("M10")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 관련 유지보수작업이 완전히 불필요함에도 불구하고, Kolbe House

에서의 신뢰적 지위를 남용하여 주거지 화장실에 대한 주요 유지보수작업의 계약을 자신을 위해 획득하여, 냉혹하게 주거지의 노인과 아픈 주거인을 돌보기 위해 필요한 자금을 자신에게 전용하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

21. 열한 번째 의미(“M11”)에 대한 판사의 판단은 일관되지 않다. 그러나 원고는 아래의 행동을 한 것처럼 보인다.

“원고는, 자신이 공개하지 않은 공급업체로부터 유통기한이 임박한 냉동 우유와 빵을 Kolbe House에게 공급하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 명예훼손법 제1조가 정한 명예에 대한 심각한 피해요건을 충족하지 못한 것으로 판단하였다.

22. 열두 번째 의미(“M12”)에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, Kolbe House의 매니저와 수탁자들의 신뢰를 얻고 동시에 매니저의 주거지 확장을 위한 공사계약을 획득하기 위해, 부정직하게 면책되지 않은 파산자라는 자신의 현재 신분을 이들에 대해 은폐하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 명예훼손법 제1조가 정한 명예에 대한 심각한 피해요건을 충족하지 못했다는 피고의 주장을 기각한 후, 그러한 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

23. 열세 번째 의미(“M13”)에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 자신이 사실을 공개할 의무가 있는 상황에서 [계획서 신청과 관련하여] 일링 이사회(Ealing Council)에 대해 자신의 파산상태를 은폐하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

24. 위와 같은 이유로, M8, M9, M10, M12 및 M13을 제외하고, 판사의 재판 단계에서 원고의 청구원인은 모든 다른 의미와 관련하여 기각되었다. 그 5가지 기사의 의미는 모두 Kolbe House와 직접적, 간접적으로 관련된다.
25. 그러나 판사는 위와 같이 판단한 후, 13가지의 모든 의미와 관련하여 피고가 제기한 추가적 항변을 판단하여, 판결의 단계까지 소송제기가 가능한 것으로 보았던 5가지 의미들을 적절하게 포함시켰다. 그 항변은 명예훼손법 제4조에 따른 항변이다.

D. 공익

26. ‘공익적 사안에 대한 공개(Publication on matter of public interest)’라는 제목의 제4조는 아래 단락 52에서 보다 적절하게 설명하기로 한다.
27. 제4조에 관련해서 판사에 제기된 대부분의 주장은 그 하위조항(1)(b)에 대한 것인바, 즉 특히 원고에 대해 의도한 주장을 공개하기 전에 원고가 코멘트 하도록 요청하지 않은 상황에서, 피고가 진술의 공개가 공익과 관련된 것이라고 믿은 것이 합리적이라고 입증할 수 있는지 여부가 문제가 된다. 이에 대해 모든 주장과 관련되고 이에 따라 적절하게 그 단계까지 소송제기가 가능한 것으로 판단된 5가지 의미와 관련하여 제4조에 따른 항변을 피고가 실제로 입증했다고 판사는 판단하였다. 그러나 판사는 제4조에 따른 항변이 입증되지 않았다면 5가지 의미와 관련하여 손해배상(아마도 명목상 손해배상 이외의 손해배상)을 인정하지 않았을 것이라는 판단을 추가하였다. 왜냐하면 판사가 설명하기로, 실질적으로 사실이라는 점이 입증된 기사의 다른 진술내용에 의해 원고의 명예가 충분히 “산산조각이 났기(shot to pieces)” 때문이다.
28. 이에 따라 판사는 원고의 청구를 기각하였다.

E. 항소법원으로서의 항소

29. 원고는 항소를 위해 법무법인 Simon Burn Solicitors를 다시 선임하였다. 원고의 항소 근거는 아래와 같다.

- (a) 판사가 제4조에 따른 항변을 인정한 것은 잘못된 판단이었다.
 - (b) 판사가 M4가 실질적으로 사실이라고 판단할 수 있는 증거가 없었고, 그러한 판단과 관계없이 실질적으로 사실인 점이 입증된 다른 비방내용만을 참조하여 원고의 명예가 산산조각이 났다고 판사는 판단할 수 없었다.
 - (c) 판사의 재판 진행이 원고에게 불공평하였다.
30. 항소법원에서 Marzec가 원고로 출석하였으며 기존과 마찬가지로 Metzger가 피고를 위해 출석하였다. 법원은 원고가 정한 순서에 따라 항소의 근거를 판단하기로 하였다. 첫째, 항소법원은 판결문 단락 84에서 1심법원 판사가 제4조에 따른 항변을 인정한 것은 잘못된 것이라고 판단하였다. 둘째, 항소법원은 판결문 단락 99에서 1심법원 판사가 관련 증거에 따라 M4가 실질적으로 사실이라고 판단할 권한이 없었다고 보아, 그러한 판단을 배제하였다. 이후 항소법원은 M4가 원고에 대한 “가장 심각한” 비방내용이었다는 점을 제시하였으며, 단락 101에서 실질적으로 사실인 점이 증명된 다른 비방내용만을 참조하여 원고의 명예가 산산조각이 났다고 판사가 판단할 수 없다는 원고의 주장을 인정하였다.
31. 관련 재판 단계에서 판사가 언급한 대로 “그러한 근거에 따라”, 항소법원은 단락 102에서 원고는 M8, M9, M10, M12 및 M13뿐 아니라 M4와 관련하여 손해배상을 청구할 자격이 있다고 결정하였다.
32. 이후 항소법원은 원고의 세 번째 항소 사유로 판사의 재판 진행이 자신에게 불공평했다는 점을 판단하였다. 항소법원은 최초 재판기간의 4일 동안 진술서의 상당 부분과 Marzec가 특히 의존한 발췌부분 중 16가지의 발췌부분을 제출받았다. 항소법원은 단락 114에서, 수차례 1심법원 판사는 경기장으로 내려와 공평함의 망토를 벗어버리고 반대신문을 위한 곤봉을 차지하여 위협적, 강압적 언어를 사용한 것으로 보이며, 편파적이라는 인상은 없었지만, 판사는 원고에게 적대적 태도를 보였다는 결론을 내렸다. 항소법원은 단락 117에서, 원고는 직접 출석하였고 원고가 말은 잘 하지만 영어가 모국어가 아니라는 사실에 비추어보면 판사의 모든 행동은 더더욱 놀라운 것이라고 판단하였다. 또한 항소법원은 단락 118에서, 피고가 공개 명령을 청구하지 않았던 상황에서 원고가 특정 문서를 공개한 것에 대한 판사의 비판은 매

우 우려가 되는 부분이라는 점을 추가하였다. 항소법원은 단락 119에서 아래와 같은 결론을 내렸다.

“우리 의견에 따르면, 1심법원 판사는 증거제시기간 동안 증립을 유지해야 하는 핵심적 원칙을 심각하게 위배했을 뿐만 아니라 수시로 원고를 상대로 명백하게 불공평하고 적대적인 방식으로 행동하였다. … 우리는 판사 개입의 성격, 취지와 빈도로 인해 이 사건의 명예훼손 재판이 불공평하게 되었다는 결론에 도달하였다. 따라서 우리는 원고의 항소 근거를 인정한다.”

F. 항소법원의 명령

33. 이 사건의 쟁점은 항소법원이 그 판결과정에서 1심법원의 재판이 불공평했다고 내린 결론에서 뒤따라오는 결과를 판단하지 않았다는 점이다. 특히 항소법원은 그러한 결론이, 원고에게 적합한 구제방법과 관련하여 위 단락 31에서 설명한 기존의 결론을 어떠한 방식으로든 대체해야 하는지 여부를 고려하지 않았다. 판결의 마지막 부분에서 항소법원은 원고의 항소는 허용된다고만 언급하였으며, 이메일을 통해서, 항소법원은 당사자들이 그 결정에 비추어 내려져야 할 적절한 명령에 대한 서면 제출문서를 제출하도록 요청하였다.
34. 항소법원의 재판 진술서를 보면, 항소법원이 보는 것과 마찬가지로, 항소법원이 재판이 불공평했다는 결론을 내렸다면 원고의 청구에 대해 재심을 명령하는 것 이외에 다른 대안이 없다는 점을 양 당사자들이 당시에 마지못해 수락한 사실이 나타난다. 항소법원이 판결문을 배포한 후 당사자들이 항소법원에 제출한 서면 제출문서도 위와 같은 입장에서 크게 벗어나지 않는다. 이에 따라 원고의 기본적 주장은, “재판이 불공평했기 때문에 더 이상 1심법원의 판결은 유효하지 않다”는 것과, 원고의 청구는 다른 판사가 결정하도록 다시 이송되어야 한다는 점이었다. 그러나 원고는 다음의 2가지 사실을 들어 자신의 주장을 제한하였다. 즉, 원고는 판사의 재판에 비추어 명예훼손법 제4조에 따른 항변에 따른 청구와 M4와 관련하여 실질적으로 사실이라는 청구는 모두 배제되어야 한다고 주장하였다. 피고는 재심 진행에 대한 원고의 기본적 주장에 동의하였으며, 항소법원의 판결에서 확정적으로 결정된 사안을

제외하고, 재판과정에서 사건의 진술과 관련하여 남아있는 모든 쟁점이 재심에서도 계속해서 남아있어야 한다고 주장하였다. 후자의 주장과 관련하여, 피고는 물론 대법원에 제기된 상고심에 당연히 종속되지만 항소법원의 판결은 공익에 대한 피고의 항변을 확정적으로 기각하였으며, 그러한 판결은 피고의 항변에서 배제되어야 한다는 점을 인정하였다. 그러나 피고는 항소법원의 판결이 M4가 실질적으로 사실이라는 피고의 주장을 확정적으로 기각하였다는 점에 대해서는 이의를 제기하였다.

35. 그러나 결국 항소법원은 이유를 제시하지 않고 아래의 명령을 내렸다.

“1. 청구인을 위한 판결이 진행되어야 한다.

2. 1심법원의 판사 Jay의 명령은 배제해야 한다.

...

5. 이 사건은 원고에 대한 손해배상의 정도를 평가를 위해 판사 Jay 이외의 ‘미디어 및 커뮤니케이션 목록’에 등록된 다른 판사에게 이송되어야 한다.”

36. 이에 따라 항소법원은 재심을 명령하지 않았다. 항소법원은 손해배상의 평가에 한정하여 재심을 명령하였다. 우리 대법원의 재판에서 우리는 양측 대리인에게 각자 항소법원이 내린 명령의 의미를 어떻게 이해했는지를 물어보았다. 특히 원고에 대한 승소판결의 명령에 비추어보면, 원고의 청구에 포함된 모든 의미들과 관련하여 피고의 책임이 모두 입증되었다는 의미인가? 그렇다면, 판사나 항소법원이 소송제기가 가능하다고 보지 않은 의미들에 대한 책임과 관련하여, 피고의 재심에 대한 권리가 박탈되어야 하는 이유는 무엇인가? 아니면 손해배상은 M8, M9, M10, M12, M13 및 M4에만 관련해서만 또한 M4와 관련해서만 평가되어야 한다는 점이 항소법원의 명령이 의미하는 것인가? 그렇다면, 원고에게 불공평했다는 재판의 과정에서 소송제기가 가능하지 않다고 판정된 다른 의미들에 대한 책임과 관련하여, 원고의 재심에 대한 권리가 박탈되어야 하는 이유는 무엇인가? 어느 변호사도 우리의 질문에 대해 확신을 가지고 답변할 수 있는 것으로 보이지 않지만, 이들은 항소법원의 명령이 아마도 후자를 의미한다는 의견을 가진 것으로 보였다.

G. 불공평한 재판 : 원칙

37. 항소법원의 판결에서는 “편견”을 명시적으로 언급하지는 않았다. 항소법원은 단락 114에서 아래에 같이 판단하였다.

“우리는 편파적인 것은 아니지만 청구인에게 반감을 드러낸 판사에 대해서는 유감스러운 인상을 계속 지니고 있다.”

위 판단은 판사가 청구인에게 명백한 편견을 보였다는 사실을 암시하는 것에 가깝다. 그러나 법원의 명백한 초점은 그 재판이 불공평했는지 여부였다.

38. M & P Enterprises (London) Ltd v Norfolk Square (Northern Section) Ltd [2018] EWHC 2665 (Ch) 사건에서, 궁극적으로 패소한 항소인(기업)은 재판이 불공평했으며 판사가 자신에게 편견을 보였다는 사실을 주장하였다. 판결문의 단락 31에서, 판사 Hildyard는 기존에 Bubbles & Wine Ltd v Lusha [2018] EWCA Civ 468 사건 단락 17에서 판사 Leggatt가 제시한 편견에 대한 정의를 인용하였다.

“편견은 사건의 법적 혹은 사실적 쟁점과 무관한 이유로 일방 당사자나 일방의 사건에 대한 적대감을 의미한다.”

단락 32~42에서 판사 Hildyard는 법원에 제기된 2가지 주장들 간의 상호작용을 분석하였다. 그는 그 주장들은 서로 중복되지만 구별된다고 판단하였다. 그는, 재판의 공정성을 위해 객관적인 사법적 평가가 요구되는 반면, 이 2가지 주장들의 경우 공평한 마음을 가지고 사실을 알고 있는 관찰자의 입장에서 판단되는 편견의 의견에 대한 다른 관점의 평가가 요구된다고 판단하였다. 1심법원 판사의 의심스러운 재판 진행에 대해 판사 Hildyard가 오래 계속해서 수행한 분석을 보면, 그는 1심법원 판사의 진행이 재판을 불공평하게 만들었는지 아니면 관찰자 입장에서 편견의 의견을 발생시키는지 여부를 매순간마다 신중하게 의도적으로 질문하였다(그리고 마지막으로 재판장에서 이 점을 고려하였다).

39. 나는, 이 사건의 항소법원이 재판이 불공평했다는 것이 청구인의 주장이라고 판단한 것이 적합했다는 사실을 의심하지 않는다. 우리는 편견의 의미를 판단할 것을 요청받지 않았으므로, 판사 Leggatt가 제시하고 판사 Hildyard가 인용한 편견에

대한 매우 좁은 정의가 적합하다고 결정하기보다 단지 그와 같이 가정하는 것이 현명할 것이다. 이러한 가정 하에, 관찰자가 편견의 의견을 나타낸다고 볼지는 전혀 명확하지 않다. 4일 반에 걸쳐 제시된 모든 서면 증거를 세밀하게 살펴본 결과, 1심 법원 판사가 청구인에게 적대감을 드러낸 한에서 청구는 절망적이며 청구에 대한 재판은 불미스러운 사법 자원의 낭비라는 즉각적인 결론에 이르렀다는 사실을 강력하게 나타낸다.

40. 재판의 불공평성의 질문에 관한 주요 법적근거는 Jones v National Coal Board [1957] 2 QB 55 사건에서 판사 Denning이 항소법원을 대표하여 내린 판결이다. 그 사건에서는 특이하게도 양측은 판사가 개입한 정도로 인해 소송을 제대로 제기하지 못했다고 이의를 제기하였다. 법원은 이들이 제기한 이의를 인정하였다. 판결문 65페이지에서는, “증인이 반대 심문을 받을 경우 법원의 개입은 최소한에 그쳐야 한다.”는 점을 강조하였다. 왜냐하면 “반대 심문의 핵심은 끊기지 않고 연속되는 질문과 답변에 있기 때문”이며 반대 신문인이 “사전에 준비한 일련의 질문을 하지 못하게 되면 심각한 불이익을 받기” 때문이다.
41. London Borough of Southwark v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 사건에서, 항소법원의 판결을 내린 판사 Jonathan Parker는 단락 145 및 146에서 다음과 같이 판단하였다: 1심법원 판사들이 최근 과거 Jones 사건이 결정된 때보다 훨씬 더 적극적이고 보다 많이 개입하는 경향이 있으며 판사 Denning의 판단은 그러한 맥락에서 이해되어야 하지만, 최종 증거기간이 아닌 구두 증거기간 동안 판사들의 개입으로 판사들이 재판장으로 내려갈 위험이 계속해서 초래되는데, 이 경우 공정한 관찰자의 입장에서 본 편견의 의견을 발생시킨 여부가 아닌 판사의 개입이 재판을 불공평하게 만들었는지 여부가 평가되는 것이다.
42. Michel v The Queen [2009] UKPC 41, [2010] 1 WLR 879 사건에서, 형사상 유죄판결이 뒤집혔는데, 그 이유는 Jersey 지역의 관계국장이 수차례 개입하여, 국장 본인이 증인들을 반대 심문하였으며 그 사건의 타당성에 대한 깊은 불신을 명확하게 만들었기 때문이었다. 판사 Brown은 추밀원 판결을 내리며 단락 31에서 아래와 같이 판단하였다.

“변론주의에서 판사는 증거제시기간 동안 싸움에서 거리를 두고 중립을 지켜야 한다는 핵심 원칙은, 형사 재판에서와 마찬가지로 민사 재판의 경우에도 적용된다.”

43. 위 단락 38에서 인용된 M & P Enterprises (London) Ltd 사건의 판결문 단락 223에서 판사 Hildyard는, 마지막에 인용된 모든 3개 사건에서 증거기간 중 개입과 최종제출기간 중 개입 간의 명시적, 묵시적 차이점을 강조하였다. 그는 단락 225에서, 최종제출단계로 들어가면 재판은 사실상 판결단계에 들어간 것이라고 보았다.
44. In re G (Child) [2015] EWCA Civ 834 사건에서, 재판진행이 불공평했다는 어머니의 주장에 대응하는 아버지의 변호사는, 균형이 잡혀 있고 어떠한 방식으로도 그 사건을 대부분 인정하지 않았다고 본 판사의 예비적 판결에 의존하고자 하였다. 이 사건에서도 마찬가지로 피고는 판사의 훌륭한 예비적 판결을 칭찬한다. 그 판결문은 어떤 관점에서든 주목할 만한 문서이다. 판사는 이를 재판 종료 후 단지 16일 만에 당사자들에게 배포하였다. 이 판결문은 70페이지 걸쳐 총 355개 단락에 이르며 난해하게 구성되어 있지만 훌륭하게 작성되었다. 여기서는 이미 명백하듯이, 피고의 공익 항변에 대한 판사의 인정으로 인해 관련 청구가 궁극적으로 모두 기각될 수 있음에도 불구하고 판사는 어떠한 방식으로도 피고의 모든 주장을 인정하지 않았다. 다른 것은 읽지 않고 이 판결문만을 읽은 후 많은 사람들은 “어떻게 그 재판이 불공평할 수 있을까?”라고 질문할 것이다. 실제로 변호사 Page는 청구인을 대리하여, 그 재판은 외견만으로도 공정한지 여부를 묻는다. 특히 그녀는 *명예훼손법* 제4조 (1)(b)에 의거하여 해당 기사의 공개가 공익에 관한 것이라고 피고가 합리적으로 믿었다는 판사의 결론을 뒷받침하는 법리가 부족하다는 점을 비판한다. 그러나 이 부분은 판사의 판결과 관련이 없으며 판결문에 나타난 표면적인 우수성에 의해 영향을 받지 않는다. 왜냐하면 G 사건에서 판사 Black은 단락 55에서 아래와 같이 언급하였다.

“판결문이 주의 깊고 신중하게 작성되었다고 하여, 증거 제기에 악영향을 끼칠 정도로 판사가 개입한 재판이 보완될 수는 없다.”

45. G 사건에서 판사 Black은 단락 53에서 아래와 같이 판단하였다.

“법원이 심리하지 않은 사람은 의심할 여지없이 중요하게 해당 절차의 평가에 기여하도록 많은 것을 수행한 바로 그 판사이다.”

위 판단에 따라, 이 사건 쟁점의 재판에 대하여, 또는 현재와 같이 항소법원이 1심 법원의 주장에 대해 코멘트 하도록 유도한 것에 대하여 논의한다. ‘이민 및 망명에 대한 1심 재판소’에서의 재판과 같이 기록되지 않아 기록물의 대상이 될 수 없는 재판의 경우, 판사가 서면으로 코멘트를 하고 아마도 재판에 자신의 자필 서면을 작성하도록 유도하는 것은 적절할 수 있다(Sarabjeet Singh v Secretary of State for the Home Department [2016] EWCA Civ 492, [2016] 4 WLR 183 사건의 단락 53 참조). 그러나 이 사건에서와 같이 해당 절차의 관련 부분에 대한 모든 기록이 존재하는 경우, 판사가 코멘트 하도록 유도하는 것은 적절하지 않다. 한편으로, 내가 개인적 경험을 통해 알듯이, 1심법원 판사가 다가올 항소심에서 자신에 대한 비판이 근거가 없다고 인식하는 부분은 노출되지 않을 것이라고 생각하면 그 판사는 깊은 불안감을 느낄 수 있다. 다른 한편으로, 판사의 행동에 대한 훈계적인 질문과 달리, 항소심의 초점은 판사에게 있지 않고, 그 대신에 보통법 및 유럽연합협정 제6조에 따라 항소인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었는지 여부에 있다. 대부분 항소심은 어떤 방식으로든 1심법원 판사에 대한 비판을 포함하며 의심할 여지없이 대부분의 판사들은 이에 대응할 기회를 갖고자 할 것이다. 경계를 어디에서 구분할 것인가, 그리고 항소인이 판사의 대응에 이의를 제기하면 항소심의 결정이 더 큰 문제가 될 것인가? 이와 관련하여 G 사건에서 판사 Black의 판단은 어려운 문제를 제기한다. 여기서 언급해야 하는 점은, 기록이 존재한다면 1심법원 판사에게 코멘트 하도록 유도하는 것은 현재 항소법원의 관행은 아니지만, 판사가 코멘트 할 수 없는 경우에는 증거를 엄격하게 분석해야 한다는 것이다. 현재 사건에서, 1심 재판이 불공평했다는 주장에 대한 세부적인, 적극적인 답변을 우리에게 제공할 수 있는 사람은 1심 재판에서 피고의 변호사였으므로 재판의 진행과정을 상세히 알고 있는 Metzger라는 사실에서 우리는 확신을 가져야 한다.

46. 변호사 없이 재판을 수행한 소송인의 경우 불공평한지 여부에 대한 법적 근거가 우

리에게 인용되지는 않았다. 변호사 없는 소송인의 출석은 법원이 취급하기 어려운 문제이다. 판사가 판결의 초기 단계에서 여러 가지 이유로 재판 수행이 어려웠다고 말한 경우, 그 첫 번째 이유는 청구인이 변호사 없이 출석했다는 점이었다. 선임 변호사에 의한 피고의 출석은 한편으로 판사에게 도움이 되었을 것이지만 다른 한편으로 판사의 업무를 더욱 어렵게 만들 수 있었다. 왜냐하면 Metzger의 출석으로 인해 법정 자원의 불균형이 더욱 심해졌다. 모든 판사는 한편으로 자신의 사건을 적절하게 설명하기 위해 필요한 만큼 변호사 없는 소송인을 지원하는 것과, 다른 한편으로 그의 변호사가 되는 것 사이에 경계를 구분할 때 어려움을 경험할 것이다. 영국과 웨일스에서 판사에 대한 교육 제공을 담당하는 사법연수원은 '평등대우 법원책자(Equal Treatment Bench Book)'을 발행하였다. 2018년 2월 발행되어 2019년 3월에 개정된 책자 제1장에서, 사법연수원은 판사에게 아래와 같이 조언한다.

“8. 변호사 없는 소송인들은 스트레스를 받고 걱정할 수 있다. 즉 그들은 사실상 이질적인 언어가 사용되는 낮은 환경에서 활동하고 있다. 그들은 알지 못하는 법률 및 절차의 개념을 이해하려고 노력하고 있다. 그들은 특히 변호사의 조력을 받는 당사자를 상대로 출석한 경우 두려움, 무지, 좌절감, 분노, 당혹감, 불이익을 경험할 수 있다.

...

59. 판사는 정의의 촉진자이며 숙련된 법률 자문인과 경험 있는 변호사를 고용한 당사자에게 적합하지 않은 방식으로 변호사 없는 소송인을 직접 지원할 필요가 있다. 여기에는 다음의 활동이 포함될 수 있습니다.

...

• 자격을 갖춘 변호사에 대해 이루어지는 것과 같은 방식으로, 방해하거나, 대화에 참여하거나, 예비적 견해를 나타내거나, 주장을 가로막지 않아야 한다.”

훈련과 경험은 일반적으로 전문 변호사가 일정한 법원의 압력을 견디어 내며 굴하지 않고 합당한 범위에서 자신의 소송을 계속해서 제기할 수 있도록 준비시키는 역할을 한다. 판사는 변호사 없는 소송인이 그러한 준비가 되지 있지 않을 수 있다는 점과, 재판이 공정하다면 판사는 이에 따라 그 소송인의 행동을 조절해야한다는 점을 잊지 않아야 한다.

H. 불공평한 재판 : 사실관계

47. 판사의 판결문에 재판 수행을 위해 요구되는 분석내용을 포함시키면 균형이 맞지 않을 수 있다. 그러한 분석내용은 본 판결문에 첨부된 부록에서 언급하는 것이 더 적합하다. 우리 대법원은, 항소법원과 달리, 거의 모든 구두증거가 제시된 4일 반 동안 진행된 재판에 대한 완전한 기록물을 제공받았다. 나는 모든 기록을 살펴보았으며 청구인을 대표하여 제출된 부록에서 약간의 도움을 받아, 기록물 중 25개의 발췌부분을 본 판결문의 부록에 첨부하기로 하였다.
48. 관련 부록을 적합하게 취급할 수 있도록 25개 발췌부분을 모두 합칠 필요가 있었다. 그러나 해당 페이지들은 해당 판사에 대한 비판이 불가능한 정도로 매우 많은 양의 증거자료로 서로 분리되어 있다는 사실을 기억하는 것이 중요하다. 발췌부분 중 줄임표는 재판에 대한 청구인의 이의제기나 피고의 이에 대한 답변에 덧붙일게 없는 내용을 모두 삭제했다는 사실을 나타낸다. 일부 발췌부분은 단독으로 읽으면 상당한 비판을 받을 만한 내용이 없을 수도 있다. 관련 기록물은 우리가 읽을 수 있게 하지만 듣거나 볼 수는 없게 한다는 점을 우리는 잊지 않아야 한다. 그러나 오랜 재판 동안 여러 다른 부분에서 중심을 잃고, 자주 화를 내고, 때로 무례한 언어를 사용하여, 담당판사가 퍼부은 청구인 사건 및 변호사 없이 출석한 청구인에 적대감의 공세를 고려해보면, 담당판사는 적합한 청구제기를 허용하지 않았고 이에 따라 청구내용을 공정하게 평가할 수 없었으며, 간단히 말해 당해 재판이 불공평했다 등의 항소법원의 결론을 우리는 매우 유감스럽게도 인정해야만 한다. 변호사 없이 청구인이 출석한 사실을 감안하는 대신에, 담당판사는 청구인에게 변호사가 선임되었다면 분명히 결코 발생하지 않았을 방식으로 청구인을 반복적으로 공격하고 위협하였다. 그 맥락에서 볼 때 담당판사의 개입이 “완전히 정당화될 수 있다”는 점을 피고가 우리에게 제시하는 것은 말도 안 되는 것이었다.
49. 해당 재판이 불공평했다는 결론으로부터 어떠한 명령이 내려져야 하는가? 논리적으로는 완전한 재심의 명령이 내려져야 한다. 위 단락 40에서 인용한 Jones 사건에서 판사 Denning이 67페이지에서 언급했듯이,

“판사의 판결이 있을 때까지는 어떠한 청구원인도 없어지지 않는다. 판사는

공정한 재판 없이 판단을 내릴 수는 없으며 우리도 그러한 판단을 인정할 수 없다.”

판사 Reed는 재판기간 동안, 불공평한 재판에 따라 내려진 판결은 헛물켜는 것이라고 판단하였다. 항소법원은 판결내용 중 일부에만 의존하여 이에 대한 법적 결론을 내릴 수는 없다. 그렇기 때문에 정확한 의미가 무엇이든 간에, 책임에 대한 모든 쟁점에 대하여 어떤 방식으로든 결론이 내려졌다는 항소법원의 설명되지 않은 명령을 이해하기는 매우 어렵다. 항소법원이 우선적으로 재판이 불공평한지 여부의 문제를 취급했다면, 유일하게 적합한 명령은 재심이라고 인정할 가능성이 커질 것이다. 재심 전에 당사자들은 관련 쟁점을 한정하려고 시도하는 것이 의심할 여지없이 매우 바람직하다. 현재까지 소송에서 발생한 것에 비추어 청구인은 자신의 청구범위를 좁히기로 합의하고, 그리고/혹은 피고는 자신의 항변범위를 좁히기로 합의하는 것은 가능하다. 그러나 이것은 당사자들의 문제이다. 사법제도가 양측 모두의 기대에 못 미친다는 사실을 인식하여, 우리 대법원은 매우 유감스럽게도 완전한 재심을 명령해야 한다.

50. 합의로 관련 쟁점이 축소되는 바에 따라, 새로운 판사는 여러 쟁점들 가운데 피고가 M4의 인정된 의미에 대한 상당한 진실을 입증한 여부를 결정할 것이다. 피고가 위 사실을 입증하지 못했다는 항소법원의 결론을 무시하는 것은 아니다. 항소법원의 결론은 1심법원 판사에게 주어진 증거에 근거한 것이었다. 그러나 새로운 판사는 자신에 주어진 증거를 바탕으로 결론을 내릴 것이다. 물론 항소법원이 모든 잘 알려진 장점을 가진 1심 판사가 내린 사실 판단을 배제할 뿐만 아니라 뒤집는 것은 드물다. 그러나 법원이 그렇게 하는 것은 정당화될 수 있다. 우리가 그것을 검토할 필요는 없다.

51. 또한 합의로 관련 쟁점이 축소되는 바에 따라, 새로운 판사는 여러 쟁점들 가운데 명예훼손법 제4조에 따른 피고의 항변 전체를 인정할지 여부를 결정할 것이다. 그러한 항변이 실패했다는 항소법원의 결론은, 새로운 판사가 수행할 것과 적어도 일부 다를 수 있는 사실에 대한 검토에 근거하였다. 그러나 제4조에 따른 공익 항변에 대한 항소법원의 분석에는, 피고 및 항소심에 참가한 언론변호사협회가 비판하며 심지어 청구인이 여러 부분에서 적어도 유감스럽다고 인정한 추상적인 원칙에 대한

진술이 포함되어 있다. 우리는 그러한 비판을 다루어야 하며, 그 비판이 유효한 한에서, 항소법원의 원칙에 대한 진술이 새로운 판사에게나 일반적으로 법적 근거로 존속하기 때문에 우리는 그 비판이 유효하다고 판단해야 한다.

I. 공익 항변

52. 명예훼손법은 아래와 같이 규정한다.

“4. 공익적 사안에 대한 공개

- (1) 명예훼손소송에서 피고가 다음의 사실을 증명하면 항변사유가 된다.
 - (a) 문제가 된 진술이 공익적 사안에 관한 진술이었거나 그 일부를 이룬 사실.
 - (b) 피고가 문제가 된 진술을 공개하는 것이 공익적 사안이었다고 합리적으로 믿은 사실.
- (2) 아래 제3항 및 제4항에 의거하여 피고가 제1항에 언급한 사안을 증명했는지 여부를 결정할 때, 법원은 해당 사건의 모든 정황을 고려해야 한다.
- (3) 문제가 된 진술이 원고가 당사자였던 분쟁에 대한 정확하고 공평한 설명이었거나 그 일부를 이룬 경우, 법원은 그 진술의 공개가 공익적 사안이었다고 피고가 믿는 것이 합리적인지 여부를 결정할 때, 그 진술이 전달하는 비방내용의 진실을 확인하는 절차를 피고가 취하지 않은 사실을 무시해야 한다.
- (4) 피고가 문제가 된 진술이 공익적 사안이었다고 합리적으로 믿은 사실이 합리적인지 여부를 결정할 때, 법원은 적절하다고 보는 편집적 판단을 참작해야 한다.
- (5) 다시 말하면, 이 조항에 따른 항변은, 문제가 된 진술이 사실에 대한 진술인지, 의견에 대한 진술인지 여부와 관계없이 행사될 수 있다.
- (6) 레이놀즈 항변으로 알려진 보통법상의 항변은 폐지된다.”

53. 레이놀즈 항변의 기원은 보통법이다. 나비가 번데기를 떨어뜨리고 날개를 펴는 것처럼, 어떻게 보통법에서 하나의 원칙이 단계적으로 다른 원칙에서 생겨나는지를 살펴보려면, 우선 다음 사건의 결정을 검토하는 것이 적합하다: 첫째, Reynolds v Times Newspapers Ltd [2001], 2 AC 127 사건, 둘째, Jameel (Mohammed)

v Wall Street Journal Sprl [2006] UKHL 44, [2007] 1 AC 359 사건, 마지막으로 Flood v Times Newspapers Ltd [2012] UKSC 11, [2012] 2 AC 273 사건.

54. 레이놀즈 사건에서, 원고가 티삭(Taoiseach: 아일랜드공화국 수상)이었을 때 의도적으로 아일랜드 의회를 오도했었다는 의미가 포함된 기사를 피고가 발표하였다. 재판에서 배심원은 그러한 진술이 실질적으로 사실은 아니지만 원고에 대해 명목상 손해배상액을 인정하였다. 당시 대법원 항소위원회는 항소법원의 원고 청구에 대한 재심 명령에 대해서는 이의를 제기하지 않았다. 그 사건의 쟁점은 재심에서 피고가 제한적 면책특권의 항변을 주장할 수 있는지 여부였다. 위원회는 과반수로 피고가 그러한 항변을 주장할 수 없다고 결정하였지만, 그러한 결정 과정에서 위원회는 문제가 된 진술의 정황에서 피고가 제시한 항변의 성격을 고려하였다. 판사 Nicholls가 주도적 발언을 하였으며 판사 Cooke 및 판사 Hobhouse가 이에 동의하였다. 판사 Nicholls는 ① 관련 진술을 하는 사람이 진술의 의무가 있으며 그 진술을 수취하는 사람이 진술을 수취하는데 관심이 있는 경우에는 위 특권이 존재한다고 보았다는 점을 지적하였고(194쪽), ② 의무-이익의 기준을 알 권리의 기준으로 기술하는 것이 바람직하다고 점을 제시하였고(197쪽), ③ 공익적 사안에 대한 명예훼손적 사실의 공개에서 악의를 증명함으로써 원고가 피고의 제한적 특권 주장에 대항할 수 있다는 점은 원고에게 불충분한 보호방법이라고 판단하였고(201쪽), ④ 보통법(common law)의 해결방법은 일반 대중에 대한 공개의 가치 때문에 특정 공개에 제한적 특권이 부여된 여부를 결정할 때 모든 정황을 고려하는 것이었고 여기서 요구되는 기준은 “책임감 있는 언론인”이라는 결론을 내렸고(202쪽), ⑤ 공개 전에 원고에게 코멘트 할 기회를 제공했는지 여부를 고려하는 7번째 요소 등을 포함하여(판사 Nicholls는 반드시 이 요소가 필요한 것은 아니라는 점을 확인함) 고려대상 10가지 요소들을 확인하였고, ⑥ 이 10가지 요소들 목록이 전부를 포괄하는 것은 아니며 관련 요소에 부여될 중요도는 사안에 따라 다르다는 점을 언급하였고, ⑦ “언론인은 사후에 밝은 빛의 혜택을 받지 않고 행동한다.”는 사실을 기억할 필요가 있음을 강조하였다(205쪽).

55. 나는 Bonnick v Morris [2002] UKPC 31, [2003] 1 AC 300 사건을 참조로 추가한다. 왜냐하면 그 3년 전 사건을 결정하는데 주요한 역할을 하여, 판사 Nicholls는

기존 Jamaica 사건 항소심에서의 추밀원(Privy Council)의 조언을 언급하며 그 결정에 대한 유용한 요약정보를 제공했기 때문이다. 재판부를 대표하여 판사 Nicholls는 아래와 같이 언급하였다.

“23. 간단히 말하면 레이놀즈 특권은 대중적 관심사를 보도할 때 책임감 있는 언론에 대해 적절한 수준의 보호를 제공하는 것과 관련된다. 책임감 있는 언론은 대중적 관심사에 대한 표현의 자유와 개인의 평판 간에 공정한 균형이 유지되는 지점이다. 이 기준을 유지하는 것은 공공의 이익 및 명예가 관련된 개인들의 이익이 관련된 것이다. 이 기준은 언론인이 레이놀즈 특권에 대한 대가로 지불하는 금액으로 볼 수 있다. 언론인이 레이놀즈 특권의 혜택을 향유하려면 적합한 전문적인 능력과 주의를 기울여야 한다.”

56. 위 단락 53에 인용된 Jameel 사건에서, 원고(Jameel 및 그의 회사)가 보유한 은행 계좌는, 고의적이든 아니든 테러리스트에 대한 자금조달을 위해 사용될 경우에 대비해 사우디 중앙은행이 감시하는 은행계좌 중 하나라고 (근거 없이) 주장하는 기사를 피고가 공개하였다. 공개 전에 피고는 Jameel에게 위 주장에 대해 코멘트 할 적절한 기회를 제공하지 않았다. 당시 대법원 항소위원회는, 피고가 Reynolds 항변을 주장할 수 없다는 1심 판사의 결정을 인정한 항소법원의 결정을 뒤집었다. 판사 Hoffmann은 매우 중요한 판결을 내렸으며 판사 Scott와 판사 Baroness Hale이 이에 동의하였다. 판사 Hoffmann은 “레이놀즈 특권”을 참조한 점은 역사적 측면에서 정확한 것이나 오해의 소지가 있을 수 있으며 보다 적절한 기술은 “레이놀즈 공익 항변”이라는 점(단락 43과 46), 피고 행위의 적합성은 관련 기사의 특권 관련 조건에 포함되어 있기 때문에 악의의 개념을 고려할 필요가 없다는 점(단락 46), 레이놀즈 사건의 결정에 따라 “의무”와 “이익”은 공익의 공개와 관련하여 법적으로 존재한다고 간주되기 때문에 “의무”와 “이익”의 존재에 대해 판단하는 것은 유용하지 않다는 점(단락 50), 판사 Nicholls가 확인한 10가지 요소들은 해당 공개물이 전부 통과해야 하는 10가지 기준이 아니라는 점(단락 56, 판사 Bingham이 단락 33에서 언급한 것을 반영), 그 항변의 구성요건은 관련 기사의 공익성과 당시 언론인의 행위이며, 진술이 사실이 아니더라도 일반적으로 언론인이 정직하고 합리적으로 그 진술이 사실이라고 믿었다는 점을 피고가 입증해야 한다는 점(단락 62), 해당 정황

에서 Jameel에게 공개 전에 코멘트 할 적절한 기회를 제공하지 않았다고 하더라고 그 항변은 성립된다는 점(단락 84 및 85) 등을 지적하였다.

57. 2011년 3월 15일에 정부는 명예훼손법 개정안을 공개 협의를 위해 제출하였다. 그 서문에서 대법관은 기존 법률이 적합한 균형을 이루지 못하며 언론의 자유를 위축하는 영향을 미친다는 우려가 최근 증대하고 있다는 점을 언급하였다. 이 개정안은 법률안 및 협의를 위한 문서의 형태를 취하였다. 법안 제2조의 제목은 “공익적 사안에 대한 책임 있는 공개”였다. 하위조항 제1항은 다음과 같았다.

“명예훼손소송에서 피고는 다음과 같은 사실을 입증하는 항변을 할 수 있다.

(a) 문제가 된 진술이 공익적 사안에 대한 진술이거나 그러한 진술의 일부를 구성한다.

(b) 피고는 문제가 된 진술을 공개할 때 책임감 있게 행동하였다.”

하위조항 제2항은 피고가 진술 공개 시 책임감 있게 행동했는지 여부를 결정할 때 법원이 고려할 수 있는 여러 사안들 중 8가지를 열거하였다. 사실 열거된 8가지 사안들은 협의 문서의 용어에 따라 레이놀즈 사건에서 판사 Nicholls가 지적한 10가지 요소들에 광범위하게 근거한 것이었다. 그 문서를 통해 정부는, 레이놀즈 항변이 난해하다는 점과 레이놀즈 항변을 주류 언론의 범위 밖에 적용하는 점에 대한 우려가 표명되었다는 점, 모든 측면을 감안하면 그러한 우려를 해소하기 위해 제정법상 항변이 있어야 한다는 점, 하위조항 제2항을 작성한 취지는 열거된 사안들이 “피고가 극복해야 하는 체크리스트 내지 일련의 난관으로 해석되지 않아야 한다.”는 점을 명확히 하는 것이었다는 점 등을 설명하였다.

58. 2012년 5월 10일 명예훼손법안이 하원에 제출되었다. 공익 항변과 관련하여 2011년 협의를 위해 제출된 초안에 약간의 변경이 있었다. 현재 하위조항 제2항에 열거된 사안들은 8가지가 아닌 9가지이며 사용된 용어도 변경되었다. 현재 “레이놀즈 항변으로 알려진 보통법상 항변은 폐지된다.”는 하위조항 제6항이 추가되었다. 법안에 수반되는 설명문에는 다음의 내용이 포함되었다.

“29. 제4조는 공익적 사안에 대한 책임감 있는 공개에 대한 명예훼손소송에서 새로운 항변조항을 신설한다. 이 조항은 Reynolds v Times Newspapers

사건에서 확립된 기존 보통법상 항변에 근거한 것이며 그 사건과 후속 판례에서 확립된 원칙을 반영하기 위한 것이다.

...

37. 하위조항 제6항은 레이놀즈 항변으로 알려진 보통법상 항변을 폐지한다. 그 이유는 제정법상 항변이 실질적으로 보통법상 항변을 법전화하기 때문이다. 보통법상 항변이 폐지된 결과 법원은 제정법에 사용된 용어를 적용해야 한다는 것을 의미하지만, 현재 판례법은 새로운 제정법상 항변을 어떻게 적용해야 하는지를 해석하는 데 유용한(구속력은 없지만) 가이드가 될 것이다.”

59. 법안이 입법단계를 거치면서 양원에서 제4항에 대한 우려가 표명되었다. 여기서의 우려 중 하나는, 이 법안이 하원에 제출되기 2개월 전에 우리 대법원이 2012년 3월 21일에 판결한 Flood 사건의 결정에 미치는 영향이 고려되지 않은 점이다.
60. 위 단락 53에 인용된 Flood 사건에서 피고는, 원고(경찰관)가 부정하게 뇌물을 받았다고 의심할 만한 합리적 근거가 있다는 취지의 기사를 공개하였다. 그 주장은 거짓이었다. 그럼에도 불구하고 법원은 피고의 공익에 대한 항변은 유효하다고 결정하였다. 법원장인 판사 Phillips는, 이 사건에서 항변을 분석하기 위해서는 공익과 검증이라는 2가지 질문을 특별히 참조해야 하고(단락 26), 그러한 항변을 특권이라고 기술하는 것은 오해를 일으킬 여지가 있고(단락 27), 판사 Hoffmann이 Jameel 사건의 단락 62에서 언급한 내용을 바탕으로, 공개인의 주장이 사실이라는 점을 충족시키기 위해 합리적 조치를 취한 경우에만 통상적으로 그러한 항변이 발생하였고(단락 78), 검증은 언론인은 자신의 주장이 진실임을 믿었다는 점과 함께 그러한 믿음이 합리적이어야 한다는 점에서 주관적 요소와 객관적 요소를 모두 포함한다는 점(단락 79) 등을 언급하였다. 판사 Brown은 그러한 항변을 다음과 같이 단 하나의 질문으로 요약하였다: “공개자가 알고 있는(혹은 알고 있지 않은) 것이 무엇이든간에, 진실이 아닌 명예훼손적 진술의 공개를 최대한 방어하기 위해 취한(혹은 취하지 않은) 조치가 무엇이든간에, 명예훼손적 사실을 공개한 자가 문제가 된 진술이 공익적 사안이라고 적합하게 판단할 수 있는가?” 판사 Mance는 판사 Nicholls가 레이놀즈 사건 제205쪽에서 언급한 바에 따라, 공개 전에 검증의 방법으로 취해야 하는 조치뿐 아니라 무엇을 공개하는 것이 공익적 사안과 관련된 것인지

가에 대한 편집 판단을 합리적인 범위 내에서 고려하는 것의 중요성을 강조하였으며(단락 137), 판사 Mance는 공익 항변은 유럽인권재판소에서 정한 원칙의 영향을 받아 발전된 것이라고 설명하였다(단락 138).

61. 2012년 12월 19일 상원 상임위원회는 정부가 제시한 명예훼손법안에 대한 3가지 실제 수정안을 검토하였다. 비록 그 수정안이 Jameel 사건의 결정보다는 중요하지 않은 개선사항을 제시한 것으로 볼 수 있으나, Flood 사건의 최근 판결은 명백하게 정부의 판단에 영향을 미쳤다. 위원회에서 법무부장관 McNally는 수정안을 제출하였다. 그는 제4조가 전해들은 대로 법안의 핵심이라고 말하며 발언을 시작하였다.
62. 첫 번째 제출된 수정안은 위 단락 57에서 언급한 하위조항 (1)(b)에 대한 것이었다. 피고는 “문제가 된 진술을 공개할 때 책임감 있게 행동했어야 한다.”는 점을 입증하는 대신에, 여기서 제출된 형태의 단어를 빌리면, 피고는 “문제가 된 진술을 공개하는 것이 공익과 관련된 것이라고 합리적으로 믿었어야 한다.”는 점이다. McNally는 이와 같이 제출된 변경을 다음과 같이 흥미로운 용어로 설명하였다(Hansard, (HL Debates) 2012년 12월 19일, col GC 534):

“공개물이 ‘책임감 있는 것인지’ 여부에 대한 판단은 주관적 요소와 객관적 요소를 모두 포함하였다. 또한 ‘합리적 믿음’도 마찬가지로 이 2개 요소를 모두 포함하지만, 우리는 그러한 판단은, 피고의 믿음이 피고가 갖기에 합리적인 것인지에 대한 객관적 요소를 유지하는 한편, 이 기준에 따른 주관적 요소(판사가 몇 주일이나 몇 달 이후에 무엇을 믿는지보다 피고가 당시에 믿었던 것)를 보다 명확하게 제시한다고 본다.”

63. 두 번째 제출된 수정안은 법안의 하위조항 제2항을 삭제하는 것인데, 여기서는 법원이 하위조항 (1)(b)에서 확인된 사안을 결정할 때 고려할 수 있는 9가지 사안들을 열거하였다. McNally는 제출된 변경사항도 다음과 같이 흥미로운 용어로 설명하였다(col GC 534).

“우리는 법원이 Reynolds 고려요소들에 기초하여 고려요소들 목록을 체크리스트로 적용할 것이라고 생각하지는 않지만, 법원이 궁극적으로 고려요소들

이 적절한 것인지 판단할 경우 그러한 목록이 사용되면 실무적으로 소송인과 변호사가 위험을 회피하려는 방법을 채택하여 열거된 모든 요소들에 대한 세 부증거를 수집하는 결과를 초래할 수 있다는 강력히 표명된 우려가 제기되었으며, 모든 것을 감안할 때 우리는 제정법상 목록보다 큰 유연성을 제공하는 것이 바람직하다고 본다.”

64. 세 번째 제출된 수정안은 “문제가 된 진술을 공개하는 것이 공익과 관련된 것이라고 피고가 믿는 것이 합리적인지 여부를 결정할 때 법원은 적절한 경우 편집 판단을 고려해야 한다.”는 하위조항을 추가하는 것이었다. McNally는 Flood 사건의 판결 (col GC 535/6)을 언급하였으며 당연히 특히 판사 Mance의 판단 중 단락 137을 염두에 두었다.
65. 상임위원회는 제출된 3가지 수정안을 모두 수락하였고 각 수정안은 결국 법률로 통과되었다. 나중에, 법률이 제정되기 전에 정부가 추가 수정안을 제출하였다. 이 수정안에서는 피고가 하위조항 제1항에 명시된 사항을 입증했는지 여부를 결정할 때 법원은 사건의 모든 정황을 고려해야 한다는 취지의 하위조항을 제4조에 추가하였다. 2013년 2월 5일, 상원에 대한 보고단계에서, McNally(col 198)는 그 수정안을 제출하였다. 그는 하위조항 (1)(b)의 질문과 잠재적으로 관련된 9가지 사안들의 목록을 삭제한 이후에 법원은 잠재적으로 관련된 사안들에 대한 새로운 체크리스트를 고안할 것이라고 우려하였다. 그는 제출된 하위조항이 엄밀하게 필요하지는 않지만 “새로운 항변이 정황에 비추어 가능한 한 유연한 방식으로 적용되어야 한다는 의회의 희망을 명백하게 한다는 신호를 법원과 실무자들에게 보낼 것”이라는 점을 제시하였다. 그는 마지막으로 추가 수정안이 합의된다면 법안의 최종 버전은 특히 Flood 사건에서 판사 Brown이 언급한 질문을 반영할 것이라고 생각한다고 결론을 내렸다.
66. 2013년 4월 25일 법안은 여왕의 재가를 받았다. 법률에 수반된 설명문은 당연히 기존 법안에 수반된 설명문에서 변경되었다. 이에 따라 단락 29에서 후기 설명문의 앞 2개 문장은 위 단락 58에서 언급한 초기 설명문의 그것과 동일한 반면, 하위조항 1의 새로운 규정을 정하고 그 취지가 최근 Flood 사건에서 정한 보통법, 특히 하위

조항 (1)(b)에 모두 포함된 요건 중 주관적, 객관적 요소들을 반영하는 점을 설명하기 위해 그 단락의 나머지 부분이 현재 변경되었다. 그러나 위 단락 58에서도 언급한 법안 설명문의 단락 37은 법률의 설명문 단락 35에서도 원안대로 반영되었다. 이에 따라 레이놀즈 항변으로 알려진 보통법상 항변의 하위조항 제6항을 폐지한 이유가 “제정법상 항변은 실질적으로 보통법상 항변을 법문화하려는 취지이다.”라는 점을 계속해서 언급하였다. 유감스럽게도 이 문장은 변경되지 않았다. “법문화 한다”라는 말은 강력한 단어이다. 결국에 제정된 위 조항이 레이놀즈 사건에서 정한 것뿐만 아니라 Jameel 및 Flood 사건에서 정한 것까지도 법률로 “법문화”한 것이라고는 누구도 말할 수 없다.

67. 제4조가 제정된 이후, 그 해석에 관한 1차적 권한은 우리가 알고 있는 대로, [2016] EWHC 1853 (QB), [2017] EMLR 사건의 1심에서 판사 Warby가 결정하고, [2018] EWCA Civ 2591, [2019] EMLR 7 사건의 2심에서 항소법원(판결문은 판사 Sharp가 작성하고 판사 Lewison과 Ryder가 이에 동의함)이 결정한 Economou v De Freitas 사건이었다. 그 사건에서 원고는 피고의 딸과 관계를 맺었다. 관계가 깨어진 후 딸은 원고를 강간죄로 고소하였다. 원고는 체포되었지만 기소되지 않았다. 원고는, 그녀가 법률적 정의를 왜곡하려는 의도로 자신을 강간혐의로 허위 고소했다는 점을 이유로 그녀를 상대로 민사소송을 제기하였고 이후 검찰이 기소를 진행하였다. 그녀에 대한 재판이 진행되기 며칠 전 그녀는 자살하였다. 피고는 언론과 BBC가 공개한 서면과 인터뷰에서 진술을 하였다. 진술의 내용을 요약하면, 원고가 딸을 강간했다고 의심할 만한 합리적인 근거가 있었으며 이에 원고가 그녀를 고소한 근거가 허위라는 취지의 내용이 포함되었다. 위 2개 법원에서 주요 쟁점은 *명예훼손법* 제4조에 따른 피고의 항변이 인정되는지 여부였다. 판사 Warby는 이를 인정하여 원고의 청구를 기각하였고 항소법원은 원고의 항소를 기각하였다. 제4조 (1)(b)에 따라 진술의 공개가 공익과 관련된다는 피고인의 믿음은 합리적이어야 하며, 위 2개 법원에서 주요하게 논의된 내용은 전문 언론인이 아닌 공개사실의 고소인(주요한 고소인)이었던 피고에 대해 위 요건의 효력을 적용하는 것이었다. 판사 Warby는 다음과 같이 진술하며 논의를 시작하였다.

“241. 나는, 사건의 모든 상황에서 특정 피고에 대해 기대하는 것이 합리적

인 경우 관련 질문과 확인을 수행한 후에 믿음에 도달한 경우에만, 제4조의 목적으로 믿음이 합리적이라고 생각한다.”

단락 101에서 판사 Sharp는 승인을 받아 위 판사의 의견을 인용하였다. 그러나 우리 대법원 앞에서 피고는 그 의견이 제4조와 양립할 수 없다고 비판하고 있다. 나는 그 비판에 대한 근거를 확인할 수 없다. “합리적”이라는 단어의 의미를 추상적으로 확장하는 것은 거의 불가능하지만, 어느 정도는 그 판사의 의견이 확실히 도움이 된다.

68. Economou 사건에서 판사 Sharp 판결 중 2개의 문단이 특히 중요한 부분이었다. 첫 번째 문단은 아래와 같다.

“86. 제정법상 제4조(1)은 문제가 된 진술의 공개가 공익과 관련된 것이라는 공개인의 믿음에 명백하게 집중하는 형태를 취하는 반면, 레이놀즈 항변은 공개인 행위에 대한 책임에 초점을 맞추는 형태를 취한다. 그럼에도 불구하고 ... 레이놀즈 항변의 근거와 공익 항변의 근거가 실질적으로 다르다는 점이나, 공익적 사안에 대한 표현의 자유와 개인의 명예 간에 공정한 균형을 유지하려는 레이놀즈 항변을 뒷받침한 원칙이 공익 항변 해석 시에는 관련되지 않는다는 점을 합리적으로 제시한다고 볼 수는 없다.”

위 문단의 첫 번째 문장의 대조부분이 잘못된 것이라고 말할 수는 없다. 왜냐하면 하위조항을 고려할 때 판사 Sharp는 사건에서 공개인의 믿음이 합리적이어야 하는 요건을 언급하지 않았으며, 레이놀즈 항변에 따른 공개인 행동의 책임에 대한 초점과 비교되는 것이 바로 그 요건이기 때문이다. 그러나 두 번째 문장은 주의 깊게 살펴보면 매우 정확한바, 그 항변 각각의 근거가 실제로는 실질적으로 다르지 않으며 레이놀즈 항변을 뒷받침하는 원칙은 실제로 제정법상 항변의 해석과 관련성이 있다는 것이다.

69. Economou 사건에서 판사 Sharp의 판결 중 두 번째 문단은 다음과 같다.

“110. ... 제4조에 따라 법원은 제4조(1)(b)에 따라 발생하는 모든 중요한 질문을 결정할 때 사건의 모든 정황을 고려해야 한다. ... 제정법은 이와 관련하

여 레이놀즈 요소들을 언급할 수 있었지만 그렇게 하지 않았다. 그렇다고 하여, 포괄적이지 않은 체크리스트에 명시된 사안들이 공익 항변의 결과와 관련될 수 없다거나, 개별 사건의 사실관계에서 하나나 일부의 요소가 충족되지 않았다는 점이 확정적으로 피고에 불리한 것이라고 말할 수는 없다. 그러나 레이놀즈 체계에 따라서도 ... 그러한 요소들과 기타 다른 관련 요소들에 대한 중요도는 사안에 따라 다를 것이다.”

위 단락 58~65에서 의회를 통한 법안의 통과내용을 분석해보면, 판사 Sharp가 사건에서 언급한 내용을 추가할 수 있다. 왜냐하면 제출된 법안은 실제로 레이놀즈 요소들을 언급했지만 나중에는 의도적으로 이에 대한 언급을 하지 않았다. 일부 사람들에게는 단순히 사소한 것으로 간주할 수 있지만, 판사 Sharp의 판단은 유효하다. 사소한 점이 있다면 그것은 “체크리스트”라는 용어를 사용한 점이다. 나는 여기서의 체크리스트가 특히 예비적 결론을 확정해야 하는지 여부를 확인하기 위해 참조해야 하는 요소들의 목록이라고 생각한다. 심지어 정부의 입법 전 협의내용을 보더라도, 정부는 당시 법안에 열거될 것으로 제출된 사안들이 “체크리스트로 해석되지 않아야 한다.”는 우려를 표명했었다(위 단락 57 참조). 그러나 열거된 사안들을 법안에서 제외한 후 모든 정황이라는 조문으로 대체하며, 의회는 체크리스트의 근거가 된 레이놀즈 요소들이 체크리스트로 사용되지 않는다는 취지를 명백히 밝혔다. 레이놀즈 사건의 판결 당시에는 판사 Nicholls가 체크리스트로 명시한 요소들을 기술하는 것이 적합했더라도, 제정법상 항변과 관련하여 이 요소들을 고려하는 것은 명백하게 부적절하다. 그러나 판사 Sharp가 이어서 설명했듯이, 그 요소들 중 하나나 그 이상이 피고의 믿음이 하위조항 (1)(b)의 의미에서 합리적인지 여부와 관련될 수 있다는 점을 부인하는 것은 아니다.

J. 항변에 대한 항소법원의 분석

70. 제정법상 항변에 대해 항소법원에 제출된 내용보다 우리 대법원에 제출된 내용이 보다 완전하며, 그 항변을 판단함에 있어 항소법원보다 우리 대법원이 보다 많은 기회를 가진다는 사실을 바로 인정하는 것이 적합하다.

71. 판결문의 단락 36에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“Reynolds 사건에서 판사 Nicholls는 피고가 문제가 된 진술이 공익에 관련된 것인지를 합리적으로 믿는지 여부를 결정할 때 잘 알려진 체크리스트를 마련하였다.”

그러나 항소법원이 사건에서 기술한 질문은 Reynolds 사건이 제시한 질문이 아니라 제4조(1)(b)가 요구하는 질문이다.

72. 판결문의 단락 41에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“레이놀즈 사건의 ‘공익’ 항변은 제4조의 ‘공익’ 항변으로 대체되었다. 최근 Economou 사건의 항소법원 판결은 이 2개 기준이 크게 다르지 않다는 점을 확인하였다.”

그러나 항소법원이 Economou 사건에서 판단한 것은 각 기준의 근거가 실질적으로 다르지 않다는 것이다(위 단락 68 참조). 제정법상 항변의 요소들이 레이놀즈 항변의 요소들과 비교될 수 있다는 판단은 잘못된 판단이다.

73. 판결문의 단락 44에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“그 항변은 제한된 특권의 형태를 취한다.”

제정법상 항변의 기원은, 처음 제한된 특권의 개념으로부터 발생된 레이놀즈 항변이다. 그러나 제4조가 제정되기 훨씬 전 2006년에도 Jameel 사건에서 판사 Hoffmann은 그 항변을 특권의 형태로 간주하는 것은 유용하지 않다고 설명하였다(위 단락 56 참조). 실제로 Flood 사건에서 판사 Phillip도 이와 마찬가지로 언급하였다(위 단락 60 참조). 제한된 특권의 개념은 어떤 관점에서든지 제정법상 항변에 부담을 주지 않는 내용으로 채워져 있다.

74. 항소법원 판결문의 단락 47에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“명예훼손적 기사가 제4조에 따라 ‘공익’과 관련하여 공개되는지 여부를 결정할 때, 공개의 공익성은 ‘개인의 제8조 명예권이 법적 구제방법 없이 입증되

지 않은 주장의 공개로 인해 침해되는 사실'과 균형을 이루어야 한다(유럽인권재판소는 오랫동안 개인의 명예는 제8조 권리범위에 포함된다는 점을 인정하였다(예, *Einarsson v Iceland*, App no 24703/15, 단락 33 참조)). 제4조 항변은 제10조 권리를 보호하기 위해 필요한 상황에 한정할 필요가 있다.”

첫 번째 질문은, 법원이 그 사건에서 제4조(1)의 (a)와 (b)를 판단하였는지 여부를 묻는 것이다. 변호사가 합의한 답변을 보면, 법원이 (b)를 판단했다면 합리적인 믿음을 언급했을 것이므로 (a)를 반드시 판단했다는 것이다. 그러나 (a)의 요건은 해당 진술이 “공익을 위해 공개된 여부”가 아니라 “공익에 관한 사안인지 여부”인바, 제정법상 규정을 따르는 것이 중요하다고 본다. 이후 법원은 유럽협약에 따른 인권을 언급하였다. CJEU(유럽연합법원)는 앞서 판결문의 단락 34에서 언급한 것과 마찬가지로 잘못 기재한 것으로, 실제로는 ECtHR(유럽인권재판소)를 의미한다. 지금 나는, 어떻게 항소법원이 단락 57에서 반복하는 대로 관련 진술이 공익에 관한 것인지에 대한 객관적 평가가 제8조의 권리를 판단함으로써 영향을 받을 수 있는지 이해할 수는 없다. 그러나 보다 넓은 측면에서 보면, 보통법상 항변이 유럽연합협약 원칙의 영향을 받아 발전했듯이(위 단락 60 참조) 제정법상 항변도 마찬가지였다. 피고가 모두 입증해야 하는 3가지 요건(즉, 관련 진술이 공익적 사안에 관한 것이어야 한다는 점, 피고는 그 진술의 공개가 공익과 관련된 것이라고 믿어야 하는 점, 그 믿음이 합리적이어야 하는 점)은 그 조항을 적용함에 있어 제8조에 따른 원고의 권리나 제10조에 따른 피고의 권리가 침해되지 않도록 하려는 취지를 가지며 일반적으로 그와 같이 권리가 침해되지 않도록 한다고 가정할 수 있다. 법원이 제4조에 따라 결정을 하는 과정에서 유럽연합협정의 법리를 참조해야 한다는 점에 설득이 되는 한에서, 하위조항 (1)(b)의 “합리적으로”란 용어는 그 조항이 유럽연합협약의 권리에 부합하는 방식으로 효과를 갖도록 충분히 유연해야 한다고 법원이 결정할 것이다.

75. 판결문의 단락 48에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“특정 기사가 공익과 관련된 것인지 여부를 고려할 때 법원은 단순히 주제뿐만 아니라 그 맥락, 시기, 어조, 심각성 및 기타 모든 관련 요소들을 고려해야 한다. 이런 점에서 레이놀즈 사건에서 판사 Nicholl의 체크리스트는 언론인이

책임감 있게 행동했는지 여부의 문제뿐만 아니라 해당 기사에 공익성이 존재하는지의 문제와도 계속해서 관련이 있다.”

그러나 적합한 질문은 특정 기사가 “공익과 관련된 것인지 여부”가 아니라 “공익적 사안인지 여부”라고 본다. 나는 체크리스트를 언급하는 것이 위 단락 69에서 설명한 이유로 현재는 부적절하며 “책임감 있게” 행동하는 것을 언급하는 것도 이제는 피하는 것이 가장 좋다고 생각한다. 2012년 12월 19일 McNally가 상임위원회에 제시한 이유에 따라, 의회는 법안에서 “책임감 있게” 행동해야 한다는 조문을 의도적으로 삭제하고 그 대신에 제4(1)(b)조의 조문으로 대체하였다(위 단락 62 참조).

76. 판결문의 단락 66에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“진술이 진실임을 입증할 의무 없이 기사를 공개하려는 사람이 기사의 대상이 되는 사람에게 기사에 대한 본인의 입장을 설명할 기회를 제공해야 한다는 점은 공평성과 책임감 있는 언론의 기본적인 요건이다. *Gatley [Gatley on Libel and Slander, 12th ed (2013)]*는 이것을 ‘핵심’ 레이놀즈 요인이라고 부른다. ...”

진술을 공개하기 전에 원고의 코멘트를 구하지 않았다는 사실은 명백하게 항상 적어도 하위조항 (1)(b)에 따른 판단의 대상이 될 것이며, 그러한 사실은 피고가 그 항변 요소를 입증하지 못했다는 결론을 보강하거나 아마도 심지어 그에 대한 근거를 형성할 수 있다. 그러한 사실은 결코 보통법상 항변의 “요건”이 아니었으며(위 단락 53에 인용된 Jameel 사건 참조), 그렇다고 설명하는 것은 제4조의 하위조항 (1)(b)와 (2)의 내용을 임의로 해석하는 것이다.

77. 판결문의 단락 83에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“마지막으로 체크리스트를 통해 *Reynolds* 요소들을 순차적으로 고려하는 것이 유용하다...”

당시 항소법원이 판사 Nicholls의 10가지 요소들을 제시하고 이를 당해 사건에 적용한 것은 의회가 의도한 바가 아니다(위 단락 69 참조).

78. 위와 같은 이유로, 존경하는 동료 판사들에게 부끄러울 수도 있으나, 항소법원이 명예훼손법 제4조(1)(a)나 제4(1)(b)조의 요건이 충족되지 않았다는 결론을 내린 근거가 된 논리를 고려하지 않고, 새로운 판사가 공익 항변의 적용 가능성을 결정해야 한다는 것이 나의 판단이다.

* * *