

보수적 사법 적극주의 시대와 New York Times v. Sullivan판결

이효진 변호사, 미국변호사(Washington D.C.)

I. 들어가며

우리나라에서 언론보도 내용에 대하여 소송이 제기되는 경우에는, 일반적으로 민사소송의 영역¹⁾인 초상권 침해²⁾보다도 형사처벌의 영역인 명예훼손죄³⁾가 문제되는 경우가 많다. 그런데 형사처벌의 영역인 명예훼손죄의 경우, 언론보도로 인한 명예훼손의 피해자가 공적인 인물에 해당하고, 문제된 보도의 내용이 공공의 이익을 위한 것이라는 등의 '위법성 조각 사유'⁴⁾가 있으면, 그 언론보도에 관하여 명예훼손죄가 성립하지 않는다는 것이 우리나라 대법원의 확립된 판례이다.⁵⁾ 반면, 민사상 손해배상책임의 영역인 초상권 침해의 경우에도 우리나라

1) 최중상 (2023, 4. 11). 초상권 침해, 형사처벌 할 수 없다? 〈어셈블리 인사이드〉(Assembly Insider). URL: <http://www.assemblyinsider.com/news/articleView.html?idxno=446>

2) 초상권은, 헌법 제10조 제1문인 '모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다'는 규정에 의하여 보장되는 권리이다. 우리나라 현행법상 초상권 침해 행위에 대한 형법상 처벌규정은 없으므로, 초상권 침해 행위는 민사상 불법행위로 취급되어 그에 대한 손해배상책임만 성립한다(다만, 상대방의 의사에 반한 촬영물을 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집, 합성, 가공하는 등의 행위는 초상권 침해행위이면서도, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반 행위에 해당하므로 형사처벌의 대상이 된다).

3) 형법 제307조 제1항은 '공언히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있다.

4) 우리나라 형법 제310조는 명예훼손행위가 '진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다'라고 규정하고 있다.

5) 대법원1997. 4. 11. 선고 97도88 판결 등

대법원은 침해행위에 관한 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하는 방식의 이익형량을 통하여 최종적인 위법성을 가려왔으며, 초상권 침해의 위법성에 관한 법리 또한 대법원 판례로 확립되어 있었다.⁶⁾

올해 우리나라 대법원에서는 초상권 침해의 위법성 법리를 구체화한 판결이 선고되었다.⁷⁾ 지난 4월에 선고된 위 대법원 판결은, 언론보도에 의한 초상권 침해 사건에 관하여서도 피침해자가 공인에 해당하고 그 내용이 공공의 이익을 위한 것이라는 등의 사유가 있다면 이는 ‘위법성 조각 사유’에 해당하므로 해당 언론보도에 관하여 민사상 손해배상책임이 성립하지 않는다고 판시하였다. 위 대법원 판결은 명예훼손죄 성립 여부 판단에 있어서의 위법성 조각의 법리를 초상권 침해의 위법성 판단기준에 준용하고 있는 것으로 보이며, 공적인 관심사 여부 및 공적 인물의 범위를 판단함에 있어서도 세분화된 요소들을 제시함으로써 초상권 침해의 위법성 법리를 보다 더 구체화하였다.⁸⁾ 위 대법원 판결은 국민의 알 권리, 표현의 자유 및 언론의 자유의 보장 범위를 넓히는 계기를 제공한다는 점에 의의가 있으며, 미국 판례법상 공인의 범위를 넓힌 *Gertz v. Robert Welch, Inc.*⁹⁾ 판결(이하 ‘거츠 판결’이라 한다)을 상기시키기도 한다.

미국 법제상 언론보도에 의한 초상권 침해나 명예훼손은 모두 불법행위(torts)에 해당하고 민사상 손해배상 책임의 영역에 한정된다. 또한, 미국 판례법상 언론보도에 의한 명예훼손책임 판단의 핵심요소인 ‘현실적 악의(Actual Malice)’ 법리¹⁰⁾는 미국 연방대법원이 1964년에 내린 *New York Times, Co. v. Sullivan*¹¹⁾ 판결(이하 ‘설리번 판결’이라 한다)에서 확립된 이래, 언론에 대한 명예훼손 소송이 많은 미국에서 언론의 자유를 보장하는 법률적 보호막으로 작용해왔다. 즉, 미국 연방대법원은 공인의 범위 판단 요소를 세분화하고, 관련 법리를 구체화함으로써 언론보도의 적법성 예측도를 높여 왔다. 그런데 최근 미국에서는 설리번 판결에 대한 재검토를 요청하는 보수성향 미국 연방대법관들의 목소리가 점점 높아지고 있다.

6) 대법원2021. 4. 29. 선고 2020다227455 판결에서 대법원은 “이러한 이익형량 과정에서 첫째, 침해행위의 영역에 속하는 고려요소로는 침해행위로 달성하려는 이익의 내용과 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해방법의 상당성 등이 있고, 둘째, 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로는 피해법익의 내용과 중대성, 침해행위로 피해자가 입는 피해의 정도 등이 있다”라고 판시하였다.

7) 대법원2023. 4. 13. 선고 2020다253423판결

8) 김광중·황예영 (2023. 6. 4). 언론보도로 인한 초상권 침해와 위법성 조각 법리를 구체화. <법률신문>. URL: <https://www.lawtimes.co.kr/Case-curation/188055>

9) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974)

10) 미국 법률용어인 “Actual Malice”는 미국 연방대법원이 1964년에 내린 *New York Times v. Sullivan* 판결에서 처음 등장하였다. 우리나라에는 ‘현실적 악의’ 외에도 ‘실질적 악의’, ‘실제적 악의’ 등 다양하게 번역되어 소개되어 왔으나, ‘현실적 악의’로 번역된 사례가 보편적인 것으로 보인다.

11) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964)

이에 관한 구체적인 예로는, 2023년 10월에 선고된 미국 연방대법원의 상고불허가¹²⁾ 결정에서 클래런스 토마스(Clarence Thomas) 연방대법관이 설리번 판결의 재검토를 요청한 사례가 있다.¹³⁾ 또한, 작년 6월에도 토마스 대법관은 같은 의견을 낸 바 있으며,¹⁴⁾ 재작년 7월에는 닐 고서치(Neil Gorsuch) 연방대법관과 함께 설리번 판결에 대한 비판 의견을 냈었다.¹⁵⁾ 이하에서는 설리번 판결의 의의 및 보수 성향의 미국 연방대법관들에 의하여 지속적으로 제기된 설리번 판결 재검토 요청에 대하여 살펴본다.

II. 설리번 판결과 그 의의

1. 시대적 배경¹⁶⁾

마틴 루터 킹(Martin Luther King Jr.)을 중심으로 인종차별철폐를 위한 시민운동이 한창이던 1960년, 미국 앨라배마(Alabama) 주(州) 몽고메리(Montgomery) 시(市)의 경찰이 비폭력 시위 중이던 흑인들을 강력하게 진압한 사건이 발생하였다. 미국의 대표적인 언론매체인 뉴욕타임즈(The New York Times, 이하 'NYT'라 한다)는 이 사건을 소개하면서 몽고메리 시 경찰의 행위를 강하게 규탄하는 전면광고를 게재하였다. 당시 몽고메리 경찰서장이었던 설리번은 NYT의 광고에 게재된 사실 중 몇 가지 사소한 오류가 있었음을 문제삼아, NYT를 상대로 명예훼손에 의한 손해배상청구소송을 제기하였다. 앨라배마 주 대법원은 설리번의 청구를 받아들여, NYT가 50만 달러의 손해배상액을 설리번에게 지급하도록 판시하였으나, NYT는 이에 불복하여 연방대법원에 상고하였다. 미국 역사상 언론의 자유 보호를 위한 기념비적인 판결로 여겨지는 설리번 판결은, 이러한 시대적 배경을 바탕으로 연방대법관들의 만장일치에 의하여 1964년에 선고되었다.

12) 우리나라의 심리불속행 제도('상고심절차에 관한 특별법' 제4조)와 같이, 미국에는 상고허가(certiorari) 제도가 있다. 미국 상고허가 제도 하에서는 4명의 연방대법관이 상고허가에 동의하지 않으면 상고신청이 기각된다. 강영재·서용성 (2022), <각국의 상고심 실질심리 사건 선별 방식에 관한 연구>, 사법정책연구원, p.48.

13) Cole, D. (2023. 10. 10). Supreme Court declines to revisit landmark libel ruling, though Clarence Thomas to reconsider the decision. <CNN>. URL: <https://www.cnn.com/2023/10/10/politics/new-york-times-sullivan-libel-defamation-law-supreme-court-case/index.html>.

14) De Vogue, A. (2022. 6. 27). Supreme Court declines to revisit landmark First Amendment decision, leaving higher bar for libel in place. <CNN>. URL: <https://www.cnn.com/2022/06/27/politics/supreme-court-new-york-times-sullivan/index.html>.

15) ——— (2021. 7. 2). Justices Gorsuch and Thomas call to revisit landmark First Amendment case New York Times v. Sullivan. <CNN>. URL: <https://www.cnn.com/2021/07/02/politics/supreme-court-landmark-libel-case/index.html>.

16) 성선제 (2002), 언론의 자유와 공직자의 명예훼손 -미국 판례법을 중심으로-, <서강법학연구>, 제4호, pp.202-206.

2. '현실적 악의' 법리

미국 연방대법원은 NYT에 대한 설리번의 손해배상청구를 기각하면서 '현실적 악의' (Actual Malice) 법리를 제시하였다. 이 법리는, 공인에 대한 언론보도내용을 문제삼아 명예훼손에 기한 손해배상 청구소송을 제기할 경우에는 그 소송을 제기한 공인이 해당 언론사 또는 언론인에게 '현실적 악의'가 있었음을 증명하였을 경우에만 손해배상책임이 인정된다는 법리이다. 여기서 '악의'란, 일상생활에서 사용되는 의미의 나쁜 의도 또는 악감정을 가리키는 말은 아니며, 법률용어로서 어떠한 사실을 '알았거나 알았어야 함'을 의미한다. 설리번 판결에 따르면, 언론사인 NYT가 공직자인 설리번 경찰서장에 대한 명예훼손적 보도내용이 허위임을 알았거나 그 진위를 검토함에 있어 현저한 과실이 있었을 경우("with knowledge that [the defamatory statement] was false or with reckless disregard for the truth")에만 NYT의 '현실적 악의'가 인정된다. 즉, 공인에 대한 명예훼손적 보도내용이 거짓임을 알았거나 알았어야 함에도 언론사 또는 언론인이 이를 보도했다면 손해배상책임을 부담해야 한다는 의미이다.

한편, 언론사 또는 언론인의 '현실적 악의'는 명백하고도 설득력 있는 증거(clear and convincing evidence)에 의하여 증명되어야 한다. 이 기준은 민사 소송에서의 통상적인 입증 기준인 증거의 우월(preponderance of evidence)보다는 높고, 형사 소송에서의 증명 기준인 합리적 의심의 여지없는 증명(evidence beyond reasonable doubt)보다는 낮은 기준이다. 설리번 판결이 언론의 자유를 위한 강력한 법률적 보호막이라고 평가받는 이유는, 피고 언론사의 '현실적 악의'가 있었음을 원고 공인이 명백하고도 설득력 있는 증거로 증명하는 것이 현실적으로 쉽지 않기 때문이다. 설리번 판결이 선고된 이래로도 미국에서는 공인에 관한 언론보도에 대하여 언론사들을 상대로 명예훼손 책임을 추궁하는 소송이 지속적으로 제기되어 왔지만, 피고 언론사의 '현실적 악의'가 명백하고 설득력 있는 증거에 의하여 증명되어 원고 공인이 승소한 사례는 드물다.

3. 미국 판례법상 공인의 범위

설리번 판결의 의의는 공인(public officials and public figures)의 범위에 대한 논의에도 있다. 공인에 관한 언론보도에 있어서 명예훼손 책임이 인정되려면 언론사의 '현실적 악의'가 명백하고도 설득력 있는 증거에 의하여 증명되어야 하지만, 사인(private figures)에 대한 명예훼손적 보도에는 언론사의 '과실(negligence)'이 증거의 우월 기준에 비추어 입증되면 손해배상책임이 성립된다. 증명이 쉽지 않은 '현실적 악의' 요건은 사인에 대한 명예훼손적 보도

사건에는 적용되지 않으므로, 원고가 공인인지 사인인지의 구분이 때로는 언론사를 상대로 한 명예훼손 손해배상청구소송의 승패를 결정하기도 한다.

명예훼손 문제에 있어 공인을 사인과는 달리 취급하여야 하는 이유로 미국 연방대법원 판례는 (i)공공 정책이나 공적인 사안에 대한 공인의 영향력이 사인보다 크다는 점,¹⁷⁾ (ii) 공인의 미디어 접근성이 사인보다 높다는 점,¹⁸⁾ (iii)사인과는 달리, 공인은 공적 사안에 스스로 관여함으로써 공공의 관심을 자초한 점¹⁹⁾ 등을 들고 있다. 미국 판례법상 공인은 아래의 표와 같이 세분화된 범주로 분류된다.

공인	공직자(public officials)	
	공적 인물 (public figures)	전면적 공적 인물(all-purpose public figures)
		제한적 공적 인물(limited-purpose public figures)
		비자발적 공적 인물(involuntary public figures)

공직자는 대통령, 정치인, 고위직 관료, 주요 정책을 담당하는 정부기관 소속 공무원 등을 뜻하며, 전면적 공적 인물은 공직자는 아니지만 사회적으로 상당한 지위와 평판을 얻은 인물을 의미한다. 전면적 공적 인물에는 유명한 연예인, 운동선수, 재계의 유명인사, 사회운동가, 성직자 등이 있고, 마이클 조던(Michael Jordan), 테일러 스위프트(Taylor Swift), 빌 게이츠(Bill Gates) 등 유명인들이 이에 속한다. 공직자와 전면적 공적 인물의 경우 그들의 사생활 거의 모든 측면에 관한 진술에 ‘현실적 악의’ 법리가 적용될 수 있으므로, 공직자와 전면적 공적 인물에 대한 명예훼손적 언론보도를 이유로 언론사의 손해배상책임이 인정되는 경우는 매우 드물다.

제한적 공적 인물은 특정 상황 또는 특정 분야에서만 공적 인물의 지위를 갖는 사람이다. 즉, 공공의 관심사인 사회적 논란에 자발적으로 관여한 인물이나 특정 분야에 한정하여 유명세를 얻은 인물이 제한적 공적 인물에 해당한다. 가령, 낙태반대시위를 주도한 성직자나 청소년 자살문제에 관한 특정 지역의 전문가 등이 제한적 공적 인물로 분류될 수 있다.²⁰⁾ 비자발적 공적 인물은 공적인 논란에 자발적으로 관여하지는 않았으나 상황에 휩쓸려 논란의 중심에 놓이게 된 인물을 의미한다. 미국 법원은 비행기 충돌사고 발생 당시에 관제탑에서 근

17) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964)

18) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974)

19) Id.

20) Examples of Public and Private Figures (2023. 9. 10). <Digital Media Law Project>. URL: <https://www.dmlp.org/legal-guide/examples-public-and-private-figures>

무 중이던 항공관제사²¹⁾ 또는 유명연예인의 배우자로서 공공의 관심사가 된 사건에 휘말린 비(非)연예인²²⁾ 등을 비자발적 공적 인물로 분류한 바 있다. 제한적 공적 인물과 비자발적 공적 인물의 경우, 그 인물이 공적 인물의 지위를 갖게 된 특정 상황 또는 특정 분야에 관한 명예 훼손적 보도에 있어서는 언론사의 '현실적 악의'가 증명되어야 손해배상책임이 성립된다. 그러나 그 특정 상황 또는 특정 분야를 벗어나서는 제한적 공적 인물이라 하더라도 사인과 같이 취급되기 때문에, 언론사의 '과실'만 입증되어도 명예훼손적 보도에 대한 손해배상책임이 성립된다.

III. 최근 제기된 보수성향 연방대법관들의 설리번 판결 비판 의견

설리번 판결과 '현실적 악의' 법리, 설리번 판결을 따르는 후속판결에 대한 비판이 최근 들어 처음 제기된 것은 아니다. 설리번 판결이 나온 이래, 언론의 자유가 지나치게 강조된 탓에 공인에 대한 심각한 오보에도 언론매체에 대한 면죄부가 쉽게 주어진다는 비판은 1990년대부터 학계나 하급심 법원의 판결에서 꾸준히 제기되어 왔다. 다만, 2020년대부터는 미국 연방대법원의 뚜렷한 보수화 경향과 함께, 설리번 판결에 대한 비판이 미국 판례법을 형성하는 연방대법관들의 의견 형태로 제기되고 있다는 점이 주목할 만하다. 2023년 현재, 미국 연방대법원은 보수성향의 대법관 5명²³⁾, 중도성향의 대법관 1명²⁴⁾, 진보성향의 대법관 3명²⁵⁾으로 구성되어 있고, 이중 강경 보수성향인 고서치 대법관과 토머스 대법관이 설리번 판결에 대한 비판을 주도하고 있다. 이하에서는 설리번 판결에 대한 비판이 제기된 연방대법원의 최근 결정례에 대하여 살펴본다.

1. 2021년의 *Berisha v. Lawson* 상고불허가 결정²⁶⁾

언론인인 로슨(Guy Lawson)은 미국 플로리다(Florida) 주(州) 마이애미(Miami) 시(市) 출신으로서 훗날 국제적인 무기거래상이 된 세 청년에 관한 책을 2015년에 출간하였다. 그 책에는 세 청년이 유럽 남동부의 국가인 알바니아(Albania)를 여행하던 중에 마피아 조직원인

21) *Dameron v. Washington Magazine, Inc.*, 779 F.2d 736 (D.C. Cir. 1985)

22) *Carson v. Allied News Co.*, 529 F.2d 206 (7th Cir. 1976)

23) 보수성향의 연방대법관으로는 에이미 코니 배럿(Amy Coney Barrett), 브렛 캐버니(Brett Kavanaugh), 닐 고서치(Neil Gorsuch), 새뮤얼 알리토(Samuel A. Alito), 클라렌스 토마스(Clarence Thomas) 대법관이 있다.

24) 연방대법원장 존 로버츠(John G. Roberts, Jr.)는 중도성향의 대법관이다.

25) 진보성향의 연방대법관으로는 소냐 소토마요르(Sonia Sotomayor), 엘레나 케이건(Elena Kagan), 케탄지 브라운 잭슨(Ketanji Brown Jackson) 대법관이 있다.

26) *Shkelzen Berisha v. Guy Lawson*, 141 S.Ct. 2424 (2021)

베리샤(Shkelzen Berisha)를 만나는 내용이 담겨있었고, 그 이듬해에 로슨의 책은 워너 브라더스 엔터테인먼트사(Warner Bros. Entertainment Inc.)에 의하여 “군견들(War Dogs)”이라는 영화로 제작된다. 실존 인물이자 알바니아인인 베리샤는 자신을 알바니아 마피아 조직원으로 묘사한 로슨에 대하여 출판물에 의한 명예훼손 손해배상 청구소송을 제기하였으나, 1심 법원인 플로리다 남부연방지방법원(U.S. District Court for the Southern District of Florida)은 (i) 베리샤가 공적 인물에 해당하고, (ii) 로슨은 언론인이므로 로슨의 명예훼손 책임이 성립하려면 베리샤가 로슨의 (iii) ‘현실적 악의’를 (iv) 명백하고도 설득력 있는 증거에 의하여 증명하여야 한다고 판단하였다. 결국 베리샤는 증명책임을 다 하지 못하였다는 이유로 1심에서 패소하였고, 2심 법원인 연방 제11순회항소법원(U.S. Court of Appeals for the 11th Circuit)의 항소심에서도 같은 이유로 패소하였다. 이에 베리샤는 연방대법원에 상고하였으나, 연방대법원 또한 상고불허가 결정을 내린다. 이때 토마스 대법관과 고서치 대법관은 상고불허가 결정에 대한 반대의견을 제시하면서 설리번 판결을 비판하였다.

1) 토마스 연방대법관의 반대의견

토마스 대법관은, 설리번 판결의 ‘현실적 악의’ 법리는 미국 헌법의 구조나 역사적 문맥과는 무관하며, 영미보통법(Common Law)상에서는 오히려 그 반대의 법리가 대세였다고 주장하였다. 또한, “공인은 공공의 관심과 그에 따른 위험을 자초하였으므로 언론보도에 관한 명예훼손 손해배상청구에 있어서도 ‘현실적 악의’라는 높은 증명 기준이 요구된다”고 판시한 거츠 판결을 비판하면서, 오보의 피해자가 된 공인에게 사인과 동일한 구제수단을 허락하지 않는 이유가 불명확하다고 주장하였다. 나아가, 공공의 관심을 자초한 바 없으나 의도치 않게 공적 사안에 휘말리면서 공적 인물로 분류된 비자발적 공적 인물에 대하여서도 ‘현실적 악의’의 명백하고도 설득력 있는 증명을 요구하는 것은 가혹하다고 호소하였다. 마지막으로, 미디어의 영향력이 강력해진 오늘날 미디어를 통하여 퍼진 루머나 언론사의 오보로 인한 낙인이 피해자가 된 공인의 삶에 얼마나 강한 타격을 입는지 몇 가지 사례를 제시하였다.

2) 고서치 연방대법관의 반대의견

고서치 대법관은, 권리장전(Bill of Rights)이 언론의 자유를 보호하는 이유는 특정 산업에 특혜를 주기 위함이 아니라 사상의 자유시장(free exchange of ideas)을 보호하기 위한 목적 때문이며, 언론의 자유라는 권리에는 정확한 사실을 보도하여야 할 의무가 따른다는 원칙이 영미 보통법과 미국 역사의 근간을 이룬다고 주장하였다. 이어서, 건국 이래로 미국 역사

와 법률의 근간을 이루어 온 그 원칙은 1964년에 이르러 설리번 판결이 선고되면서부터 왜곡되기 시작하였으며, 공인의 범위 또한 설리번 판결을 계승한 거츠 판결에 의하여 지나치게 넓어졌다고 비판하였다. 나아가, 설리번 판결과 그 후속판결이 나온 1960~70년대의 미디어 환경에 비하여 오늘날의 미디어 환경은 크게 달라졌음을 강조하면서, 누구라도 손쉽게 잘못된 정보를 널리 퍼뜨릴 수 있는 디지털 미디어 시대에 들어서면서 설리번 판결의 의의 또한 크게 퇴색하였으므로 ‘현실적 악의’ 법리에 대한 재검토를 필요로 한다고 주장하였다.

2. 2022년의 Coral Ridge v. SPLC 상고불허가 결정²⁷⁾

비영리 기독교단체인 Coral Ridge Ministries Media, Inc. (이하 ‘코랄릿지’라 한다)는 미국의 다국적 대기업 아마존(Amazon)사(社) 산하 기부매체프로그램인 아마존스마일(AmazonSmile)에 기부대상 단체목록에 게재되기 위한 등록 신청을 하였다. 그러나 아마존스마일은 코랄릿지의 등록 신청을 거부하였는데, 그 이유는 시민운동단체인 Southern Poverty Law Center(이하 ‘SPLC’라 한다)가 공개하는 혐오단체(hate group) 목록 상 코랄릿지가 ‘성소수자를 혐오하는 단체’로 분류되어 있었기 때문이었다. 이에 코랄릿지는 SPLC를 상대로 명예훼손에 의한 손해배상을 청구하였고, SPLC는 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 항변으로 내세웠다. 1심 법원인 앨라바마 북부연방지방법원(U.S. District Court for the Northern District of Alabama)은 언론의 역할을 담당하기도 하는 SPLC의 명예훼손 책임이 성립하려면, 공인의 범주에 속하는 코랄릿지에 대한 SPLC의 성소수자 혐오단체 지정행위가 (i) ‘현실적 악의’에 기반하였다는 사실 및 (ii) 코랄릿지는 성소수자를 혐오하는 단체가 아니라는 사실이 증명되어야 하는데, 위 (i), (ii) 요건 중 어느 요건도 충분히 증명되지 못하였다고 판단하여 코랄릿지의 청구를 기각하였다. 2심 법원인 연방 제11순회항소법원(U.S. Court of Appeals for the 11th Circuit) 또한 코랄릿지가 SPLC의 ‘현실적 악의’를 명백하고도 설득력 있는 증거로써 증명하는 데에 실패하였음을 이유로 청구를 기각하였다. 이에 코랄릿지는 연방대법원에 ‘현실적 악의’ 증명책임에 대하여 재고하여 달라는 취지의 상고신청서를 제출하였으나, 연방대법원은 상고불허가 결정을 내렸다.

토마스 대법관은 위 상고불허가 결정에 반대의견을 제출하면서 “설리번 판결은 미국 헌법이나 역사와는 무관한 판결이자 헌법을 가장한 정책 주도적 판결”이라는 자신의 기존 주장을 반복하였다. 또한, ‘현실적 악의’ 법리가 대중매체나 이익단체들의 공인에 대한 비방 문제에 있어서 실질적으로 면책에 가까운 혜택을 허용하고 있다고 비판하였다. 나아가 ‘현실적 악의’

²⁷⁾ Coral Ridge Ministries Media, Inc. v. Southern Poverty Law Center, 142 S.Ct. 2453 (2022)

와 같이 지나치게 높은 증명기준을 미국 수정헌법 제1조의 해석만으로는 이끌어낼 수 없다는 점을 고려할 때, 연방대법원은 전통적인 피해구제수단인 명예훼손 손해배상책임을 거짓보도를 지속하는 언론에 대하여 추궁해야 한다고 주장하였다.

3. 2023년의 Don Blankenship v. NBC 상고불허가 결정²⁸⁾

한때 미국 웨스트 버지니아(West Virginia) 주(州)의 상원의원 후보였던 블랭컨십(Don Blankenship)은 미국 연방법상 공모죄로 1년간 수감된 후 석방되었다. 블랭컨십이 수감된 사건을 다루면서 대중매체들은 그를 ‘중범죄자(felon)’로 묘사하였는데, 이에 불만을 품은 블랭컨십은 수많은 언론사 및 언론인들을 상대로 명예훼손에 기한 손해배상청구소송을 제기하였다. 1심 법원인 웨스트 버지니아 남부연방지방법원(U.S. District Court for the Southern District of West Virginia)은 피고가 된 언론사 또는 언론인들 가운데 16명에 대하여 블랭컨십의 손해배상청구를 약식판결(Summary Judgment)로 기각하였다. 이에 블랭컨십은 항소하였으나, 2심 법원인 연방 제11순회항소법원(U.S. Court of Appeals for the 11th Circuit) 또한 블랭컨십이 위 16명의 피고들에게 ‘현실적 악의’가 있었음을 명백하고도 설득력 있는 증거로써 증명하지 못했다는 이유로 그의 손해배상청구를 기각하였다. 그 후 연방대법원에 상고한 블랭컨십은 ‘현실적 악의’ 법리를 재검토하여 달라는 취지의 상고신청서를 제출하였으나 연방대법원 또한 상고불허가 결정을 내렸다.

토마스 대법관은 블랭컨십에 대한 연방대법원의 상고불허가 결정 자체에는 별도의 이유가 있으므로 동의하지만 설리번 판결의 ‘현실적 악의’ 법리에 대해서는 기존의 비판적 주장을 고수하겠다는 의견을 제시하였다. 토마스 대법관은 미국 건국 이래 1964년까지의 명예훼손법은 주 법원 및 주 의회가 규율하여 온 영역이었음을 강조한 후, 연방대법원이 1964년에 설리번 판결을 선고함으로써 위와 같은 주 법원과 주 의회의 권한을 박탈함과 동시에 자체적으로 더 높은 증명 기준을 설정하였다고 비판하였다. 또한 설리번 판결은 수정헌법 제1조의 본질적 의미에 기초하지 않은 판결이며, 연방대법원은 수정헌법 제1조의 보장 범위를 벗어난 ‘현실적 악의’ 법리를 더 이상 정당화하여서는 아니 된다고 주장하였다.

²⁸⁾ Don Blankenship v. NBCUniversal, LLC, et al., No. 22-1125 (S.Ct. October 10, 2023)

IV. 나가며

1960년대 미국에서 인종차별철폐운동이라는 시대적 배경을 바탕으로 탄생한 설리번 판결은 진보적 사법 적극주의²⁹⁾ 시대로 평가받는 얼 워런(Earl Warren)³⁰⁾ 연방대법원시절에 나온 판결이다. 설리번 판결 및 그에 따르는 후속판결들로 구성된 연방대법원 판례는 언론의 자유를 위한 법률적 보호막 역할을 반세기 이상 수행하여 왔으나 최근 들어 지속적으로 제기되는 보수 성향 연방대법관들의 비판에 설리번 판결의 존립이 위협받고 있다.

2020년대 들어 보수성향 대법관들이 연방대법원의 과반수를 차지하면서 여성의 임신중단권을 인정한 Roe v. Wade³¹⁾ 판결(이하 ‘웨이드’ 판결이라 한다)이 Dobbs v. Jackson³²⁾ 판결에 의하여 뒤집힌 데에 이어, 뉴욕 주의 총기규제법에 대한 위헌을 선언하거나³³⁾ 미국 연방정부의 온실가스 배출규제권한을 부정하는³⁴⁾ 등의 퇴행적 판결이 2022년 한 해 동안 잇달아 내려졌다. 종래의 보수 성향 연방대법관들은 통상적인 의미의 사법 소극주의적 태도를 취한다는 평가가 일반적이었으나, 보수화된 2020년대의 연방대법원은 선례를 번복하는 방식으로 입법부나 행정부에 대한 적극적인 통제를 가하면서 미국 사회의 우경화를 주도한다는 점에서 보수적 사법 적극주의로 평가된다.³⁵⁾ 이러한 측면에서 설리번 판결에 대한 보수성향 연방대법관들의 비판 역시 보수적 사법 적극주의 시대라는 시간적 배경으로부터 자유롭지 못한 것으로 보인다.

물론, 설리번 판결에 대한 연방대법관들의 비판 중에서도 1960년대의 미디어 환경과 2020년대의 미디어 환경의 차이를 지적하면서 디지털 미디어의 영향력이 커진 오늘날에 맞게 설리번 판결의 ‘현실적 악의’ 법리를 수정하여야 한다는 비판이나, ‘현실적 악의’ 법리가 공인에 대한 오보사건에 있어서 실질적으로는 언론에 면죄부를 부여한다는 비판은 경청할 만하다. 그러나 최근 주요판결에서 드러난 연방대법원의 성향을 고려할 때 우려되는 것은, 건설적 비판에 기반한 ‘현실적 악의’ 법리의 수정에서 그치는 것이 아니라 웨이드 판결의 경우처럼 설리번 판결 또한 번복될 가능성을 배제할 수 없다는 점이다. 보수적 사법 적극주의 시대에 설리번 판결이 그 존립을 지속할 수 있을 것인지 귀추가 주목된다. 

29) 미국의 경우, 입법 또는 행정부와와 관계에서 연방대법원이 판결을 통하여 입법 또는 행정부에 대한 통제를 강화하면 사법 적극주의, 입법 또는 행정부의 재량을 존중하면 사법 소극주의에 해당한다. 한편, 연방대법원이 종전 판례를 존중하는 판결을 내리는 경향을 사법 소극주의, 종전 판례를 적극적으로 번복하는 판결을 내리는 경향을 사법 적극주의로 분류하기도 한다.

30) 얼 워런이 미국 제14대 연방대법원장으로 재직하던 당시에는 인종차별적 관행금지를 유도하는 진보적인 연방대법원판결이 다수 내려졌다. 설리번 판결 또한 언론의 자유보호를 위한 판결이면서도 인종차별문제의 개선 요청을 의식한 진보적 판결이기도 했다. 그가 연방대법원장으로 재직할 시절을 “워런 대법원”시절로 일컫기도 한다.

31) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

32) Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 142 S.Ct. 2228 (2022)

33) New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, 142 S.Ct. 2111 (2022)

34) West Virginia v. Environmental Protection Agency, 142 S.Ct. 2587 (2022)

35) 이진영 (2022. 7. 4). 美 뒤흔드는 사법 적극주의. 〈동아일보〉. URL: <https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20220703/114268688/1>