

# 공인보도와 인격권



글. 김재형  
서울대 법학전문대학원 교수



## I. 서론

1. 공인보도는 언론보도의 중핵을 차지한다. 공인에 관한 보도는 일반인에 관한 보도에 비하여 대중의 관심이나 흥미를 불러일으키기 때문이다. 공인보도 없이는 언론을 지탱할 수 없다고 해도 지나친 말이 아니다. 이처럼 언론에서 공인을 많이 다루는 만큼, 공인에 관하여 잘못된 보도를 하거나 공인의 사생활을 침해할 위험도 높다.

실제로 유명인사 등 공인의 명예훼손이나 프라이버시 침해를 이유로 법적 분쟁이 발생하는 경우가 많다. 언론중재위원회의 통계에 의하면 2012. 1. 1.부터 2014. 9. 30.까지 공인 관련 조정신청 사건이 571건이나 된다. 조정이 성립하지 않아 법원에 소를 제기하는 경우도 있고 법원에 바로 명

예훼손 등의 소를 제기하는 경우도 있다. 공인은 명예훼손이나 이미지 실추로 인한 타격이 클 수 있기 때문에, 일반인에 비하여 명예훼손이나 사생활 침해로 이유로 소를 제기하는 경우가 많다고 볼 수 있다. 이러한 소송은 정치적으로나 사회적으로 중요한 의미를 갖는 경우도 적지 않다. 또한, 공인이 명예훼손소송을 전략적으로 이용하는 경우도 있다. 따라서 공인 보도로 인한 인격권 침해 문제는 중요할 뿐만 아니라 시의적절한 문제이기도 하다.

공인에 대한 인격권 침해의 경우에 두 가지 문제가 등장한다. 첫 번째 문제는 누가 공인인가이다. 공인은 사인에 대비되는 개념이다. 그러나 공인이 누구인지를 판단하는 것은 어려운 문제이다. 또한, 공인에 속하는 경우라고 하더라도 언론보도에 의한 인격권 침해를 판단할 때 모든 공인을 동일하게 취급할 것인지, 아니면 공인을 다시 몇 가지 유형으로 분류할 것인지 문제된다. 두 번째 문제는 공인의 경우에 어떠한 요건 하에서 인격권 침해로 인한 책임이 발생하는가이다. 언론에 의한 인격권 침해에서 언론의 자유와 인격권의 충돌을 어떻게 조정할 것인지가 중요한 문제이다. 언론의 자유를 보장할 것인지 아니면 인격권을 보호할 것인지에 따라 결론이 달라진다. 이와 같은 법익을 형량하는 단계에서 피해자가 공인인지 여부는 중요한 고려요소가 되고 있다.<sup>1)</sup>

2. 먼저 공인은 어떠한 의미를 갖는지 생각해 볼 필요가 있다. 공인이라는 용어는 다의적으로 사용된다. 전통적으로는 고위 공직자를 공인이라고 하였다. 그러나 사회적으로 저명한 사람을 공인이라고 부르기도 한다. 언론에 의한 인격권 침해가 문제되는 경우에는 공적 인물이라는 용어를 사용하는 경우가 많다. 현재로서는 공인 개념에 관한 사회적 합의가 없다고 말할 수도 있다. 유명 연예인이 물의를 빚은 것을 사과하면서 공인으로서의 책임을 다하지 못했다고 말하면, 연예인도 공인이냐고 비아냥거리기도 한다. 판례에서 사용하는 공적 인물이나 공인이라는 용어는 일반인들의 언어용법과 일치하지 않는다.

인격권(Persönlichkeitsrecht) 개념은 독일법에서 형성된 것을 우리나라에서 수용한 것이다. 미국에서는 인격권이란 용어를 사용하지 않고 ‘프라이버시 침해’나 ‘명예훼손’ 등 개별적 유형으로 나누어 해결하고 있다. 독일에서 일반적 인격권이 승인된 것은 1950년대이다. 이때 ‘인격’은 일반적인 용어와는 다른 의미로 사용된다. 보통 인격이 훌륭하다느니 그렇지 않다느니 하는 말을 하는데, 이 경우에 인격은 훌륭한 품성을 뜻하는 말이다. 그러나 인격권이라고 할 때는 사람이 사람으로서 가진 권리를 통칭하는 의미를 갖는다. 모든 사람은 인격권을 가진다. 흉악범이나 사형수라고 하더라도 인격권을 가진다. 그 사람이 좋은 품성을 가졌는지 나쁜 마음씨를 가졌는지는 아무런 관계가 없다. 사람이 자기 자신과 분리할 수 없는 이익을 법적으로 보호하는 것이 인격권이다.

1) 상세한 것은 뒤 Ⅲ 참조.

3. 이 글에서는 먼저 공인의 개념에 관하여 살펴본 다음, 공인에 대한 인격권 침해를 명예훼손과 사생활 침해로 구분하여 검토하고자 한다. 특히 공인 이론이 발달한 미국법과 우리나라의 인격권 법리의 형성에 영향을 미친 독일법을 살펴보고 우리나라의 공인 관련 판결을 검토하고자 한다.

## II. 공인의 개념

### 1. 개설

공인의 개념은 무엇인지, 공인과 사인을 구별하는 기준은 무엇인지는 언론법에서 핵심적인 문제이다. 이에 대한 답은 공인에 대한 인격권 침해에 관하여 상세히 검토를 한 후에야 얻을 수 있을 것이다. 여기에서는 논의의 전제로서 법원의 판결에서 공인의 개념을 어떻게 파악하고 있는지에 관해서만 간략하게 언급하고자 한다.

공인의 사전적 의미는 ‘공적인 일에 종사하는 사람’이다.<sup>2)</sup> 고위 공무원이나 국회의원 등 공직자가 공인 또는 공적 인물에 속한다는 점은 의문의 여지가 없다. 법원의 판결에서 공인 이론이 적용된 전형적인 경우로는 대통령, 국무총리, 도지사 등 공직자에 대한 명예훼손사건이 있었다.<sup>3)</sup> 그러나 인격권 침해사건에서 나타나는 ‘공인’ 또는 ‘공적 인물’은 그 보다 넓은 개념이다.

그런데 공인과 공적 인물이 동의어인지 문제된다. 공인은 사인에 대비되는 것으로 공적 인물의 줄임말이라고 볼 수 있다. 그러나 공적 인물을 공인보다 넓은 의미로 사용하고 있는 듯한 경우도 있다. 한편, 공직자나 공무원이 공적 인물에 포함되는지 여부도 모호하다. 대법원은 공인과 사인 또는 공적 인물과 사적 인물을 대비하여 사용하고 있는데, 이러한 경우에 공인이나 공적 인물은 공직자라는 의미를 포함하고 있다고 볼 수 있다.<sup>4)</sup> 그러나 공직자(‘공무원’이라고도 한다)와 공적 인물을 구분하여 공적 인물은 공직자 이외에 사회적 영향력이 있는 유명인을 가리킨다고 볼 수도 있다. 공적 존재는 사회적 영향력이 있는 단체를 의미하는 것으로 사람이 아닌 단체를 지칭하기 위하여 존재라는 표현을 사용하고 있다.

### 2. 법원의 재판례

(1) 공인, 즉 공적 인물에 관한 판례는 특히 2000년대 이후에 많이 나왔다. 2009년부터 2013년까지

2) 국립국어원 표준국어대사전([http://stdweb2.korean.go.kr/search/List\\_dic.jsp](http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp)).

3) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결(공 2003, 1683).

4) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2137 판결(공 2005, 882)은 “명예훼손적 표현으로 인한 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인(公人)인지 아니면 사인(私人)에 불과한지”라고 하고 있다.

지 5년 동안 법원의 판결에서 공인으로 인정한 사례로는, 고위 공무원, 정부기관의 장, 정치인, 대학총장, 전 청와대 비서관, 국회의원 후보자, 방송인, 재벌그룹 부회장, 방송사 국장, 언론사 대표, 연예인, 대통령 조카사위가 있었다. 이에 반하여 방송사 최대 주주, 전직 구의회 부의장, 은퇴 연예인, 환경운동가에 대해서는 공인으로 인정하지 않았다.<sup>5)</sup> 법원의 판결에서는 공인 개념이나 공인과 사인의 구별기준을 명확하게 제시하지 않고 공인에 해당하는지 여부를 개별적으로 판단하고 있다. 따라서 고위 공직자 이외에 어떠한 사람이 공인에 포함되는지에 관해서는 명확한 기준이 정립되어 있지 않다고 할 수 있다. 그러나 법원이 판결에서 공인이라고 판단하면서 어떠한 사항에 중점을 두고 있는지를 살펴보는 것은 공인 개념을 구성하는 데 도움이 된다.

(2) 우리나라에서 공간된 판결 중에서 공적 인물의 개념에 관하여 판단한 초기의 판결은 1995년 이휘소 박사에 관한 판결이다.<sup>6)</sup> 이 판결에서 “위 이휘소는 뛰어난 물리학자로서 우리나라 국민에게 많은 귀감이 될 수 있는 사람으로서 공적 인물이 되었다”고 하였다. 그 후 대우그룹 김우중 회장에 대해서도 동일한 방식으로 판단한 하급심 결정이 있다.<sup>7)</sup>

나아가 법원은 뉴스앵커나 유명연예인도 공적 인물에 포함된다고 보고 있다. 먼저 TV 뉴스앵커를 지낸 방송사 보도국 차장에 대해서도 공적인 인물이라고 하면서 “원고는 티브이 뉴스 앵커를 지낸 국내 우수 방송사의 (...) 차장으로서 중견 언론인인 동시에 방송을 통하여 국민들에게 얼굴도 널리 알려져 있고, 원고와 같은 언론인은 사회의 부정과 비리를 국민에게 알림으로써 사회발전에 기여함을 사명으로 하고 있어 공무원의 공적인 역할 못지않게 공적인 기능을 수행하고 있으므로 우리 사회에서 공적인 인물이라고 봄이 상당”하다고 판단한 사례가 있다. 가수 신해철에 대해서도 공적 인물이라고 판결하였는데, “원고 신해철은 일반인들에게 널리 알려진 유명 연예인으로서 상당한 인기를 누리고 있는 ‘스타’라고 할 것이므로, 이른바 ‘공적 인물’이라고 볼 것”이라고 판결하였다.<sup>8)</sup> 배우 전지현에 대해서도 동일한 방식으로 판단하고 있다.<sup>9)</sup>

한편, 공인, 즉 공적 인물의 가족 등 주변인물을 공인으로 볼 수 있는지 문제된다. 위 신해철 사건에서 신해철과 결혼할 것이라고 보도된 상대방은 1996년 미스코리아 대회에 뉴욕 진으로 참가한 적이 있기는 하나, 이것만으로 공적 인물이라고 보기는 어렵고, 원고 신해철과 결혼할 사이라고 해

5) 장원상, “판례에 나타난 공인 개념”, 2014년도 정기세미나 종합자료집, 75-87면.

6) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결(하집 1995-1, 323). 필자는 판사로 근무할 당시 재판부의 구성원으로서 이 판결에 관여하였다. 이 판결에 관하여 상세한 것은 김재형, “모델소설과 인격권”, 언론과 인격권, 박영사, 2012, 39면 참조.

7) 서울지방법원 1995. 9. 27. 95카합3438 결정(하집 1995-2, 184)은 “신청인은 뛰어난 기업인으로서 우리나라 국민에게 많은 귀감이 될 수 있는 사람으로서 이미 우리 사회의 공적 인물이 되었다”고 하였다.

8) 서울지방법원 2001. 12. 19. 2001가합8399.

9) 서울중앙지방법원 2005. 7. 6. 선고 2004가합82527 판결.

서 공적 인물이 된다고 볼 수도 없다고 하였다.

(3) 대법원은 전국민주노동조합총연맹(민노총)을 공적인 존재라고 하였는데, 민노총에 대한 명예훼손의 위법성을 판단하면서 “원고 민노총이 공적인 존재로서 국가사회에 미치는 영향력 그리고 원고 민노총이 노동운동의 한계를 넘어 스스로 정치투쟁에 뛰어들어서 정치적 논평을 자초한 점”을 언급하고 있다.<sup>10)</sup> 대법원은 언론보도에 관한 것은 아니지만, 변호사법 제1조를 언급하면서 변호사를 ‘공적인 존재’로 판단하기도 하였다. 즉, “변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 기본적인 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 하는 공적인 존재에 해당”한다는 것이다.<sup>11)</sup>

### 3. 공인의 개념과 범주

판례는 공직자의 도덕성, 청렴성, 업무처리에 대하여 비판하는 보도에 대해서는 명예훼손을 거의 인정하지 않는다. 이러한 경우에는 오히려 공적 인물이라는 표현을 사용하지 않는 경우가 많은데, 판례에서 문제된 공직자는 고위 공무원으로서 공인에 해당한다는 점이 명백하기 때문이다. 공직자의 범위에 관해서는 공직자윤리법 제3조에서 정한 등록의무자나 ‘공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’ 제2조에서 정한 신고의무자가 이에 속한다고 볼 수 있다.<sup>12)</sup> 위 법률에서 말하는 공직후보자도 공적 인물로 취급해야 한다. 공직자윤리법 제3조의2에서 정하고 있는 공직유관단체는 대체로 공적 존재라고 볼 수 있다.

고위 공직자나 고위 공무원이 아닌 경우에도 공적 인물 또는 공적 존재가 될 수 있다. 법원의 판결들을 보면 일반인에게 알려진 유명한 사람을 공인으로 보고 있는 것이 아닌가라고 생각할 수 있다. 가령 유명연예인으로서 상당한 인기를 누리고 있는 스타는 공적 인물에 속한다고 할 수 있다. 따라서 연예계에서 은퇴한 후 가정생활에 전념하고 있는 전직 연예인은 공적 인물이 아니라고 볼 수 있다.<sup>13)</sup>

법원은 물리학자 이휘소 박사, 김우중 대우그룹회장, 배우 윤정희, 대통령의 아들, 유명 개그우면을 공적 인물이라고 하였다. 전국민주노동조합총연맹은 단체이기 때문에 공적 존재라는 표현을 사용하였다. 이와 같은 판결들에서 공적 인물을 판단하는 기준을 명확하게 밝히고 있지 않다. 법원은 개별적인 사례에서 공적 인물로 볼 수 있는 요소를 끄집어내어 판단을 하고 있을 뿐이다.

그렇지만 법원의 위와 같은 판결에서 고위 공직자 이외에 공적 인물이라고 판단하는 요소는 다음과 같이 정리할 수 있다. 뛰어난 학자나 기업가로서 일반인들에게 널리 알려져 있는 사람은 공적

10) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결(집 50-1, 민 43).

11) 대판(전) 2011. 9. 2. 2008다42430(공 2011, 1997).

12) 공무원이라고 하더라도 이 범주에 속하지 않는 경우에는 공적 인물인지 여부를 일률적으로 정할 수 없다.

13) 서울지방법원 1997. 2. 26. 선고 96가합31227 판결.

인물이라고 볼 수 있다. 사회적인 영향력이 있는 사람이나 단체도 공적 인물 또는 공적 존재라고 할 수 있다. 가령 유명연예인, 스포츠 스타와 널리 알려진 단체 등을 들 수 있다. 또한, 정치적인 논쟁이나 사회적인 논쟁에 뛰어들어 영향력을 미치는 사람도 공적 인물이라고 볼 수 있다. 한편 유명인의 가족이나 약혼녀 등은 공적 인물이 아니다.

공인은 고위 공직자와 공적 인물을 포함한 개념으로 사용할 수 있다. 그런데 일반인에게 널리 알려진 사람이라고 하더라도 악명이 높은 사람을 공인이나 공적 인물이라고 하지는 않는다. 가령 흉악범에 대한 보도가 명예훼손이나 초상권 침해가 되는지 문제되는 경우가 있다. 미국의 판례에서는 흉악범을 공적 인물(public figure)이라고 하여 흉악범에 대한 보도의 경우 표현의 자유를 넓게 보장하고 있다. 그러나 우리나라에서는 흉악범에 대한 보도를 넓게 허용해야 한다는 결론을 받아들이더라도 흉악범을 공인 또는 공적 인물이라고 부르는 것에는 강한 거부감이 있다. 우리나라의 언어용법상 흉악범을 공인 또는 공적 인물이라고 할 수는 없다.<sup>14)</sup> 또한, 유명 연예인이나 스포츠 스타에 대해서는 공인이라고 부르는 것이 부적절하다는 의견도 적지 않다. 따라서 이러한 경우에는 공인이라는 표현보다는 유명인이라는 용어를 사용하는 것이 나을 수 있다. 그러나 유명 연예인 등을 공인이라 부를 것인지 여부와는 상관없이 이들에 대해서도 공인 이론이 적용되는 것은 분명하다. 여기에서는 용어상의 문제점은 있지만 논의의 편의상 공인을 공직자와 공적 인물을 포함하는 개념으로 사용하고자 한다.

### III. 공인에 대한 명예훼손

#### 1. 미국

공인 이론은 미국 연방대법원의 판례에서 유래하는 것으로 미국 명예훼손법의 핵심을 차지하고 있다. 미국에서 명예훼손법은 각 주의 불법행위법에 따라 규율되고 있는데, 미국 연방대법원은 수정 헌법 제1조에 기하여 공인 이론을 발전시킴으로써 명예훼손법의 본질적인 부분을 헌법화하였다.<sup>15)</sup> 따라서 미국 명예훼손법은 주법과 연방법, 보통법과 헌법이 결합되어 있기 때문에 그 전모를 파악하기가 쉽지 않다.

미국의 공인 이론에 관해서는 우리나라에서도 많이 소개되었다. 여기에서는 미국의 공인 이론을 살펴보고 사인과 관련된 부분은 필요한 한도에서 간략하게 언급하는 데 그치기로 한다.

14) 김재형, “언론보도에 의한 초상권 침해에 관한 법적 검토”, 언론중재 2012 겨울호, 33면(“흉악범을 공인에 속한다고 본다면 일상용어와 법률 용어가 서로 다른 의미를 갖게 될 것이고, 흉악범을 공인이라고 부르는 것은 어법에 맞지 않는다. 물론 공인은 법률용어에 해당하기 때문에 일상용어와 달리 이해할 수도 있으나, 가급적 일반인이 받아들일 수 있는 표현을 사용하는 것이 좋을 것이다.”).

15) Rodney A. Smolla, Law of Defamation, Vol. 1, 2nd ed., 2002, § 1:1.

(1) 미국 불법행위법 리스테이트먼트의 규정

미국의 공인이론은 뉴욕타임즈 판결 이후의 미국 연방대법원 판례에 의하여 발전되었다. 그 내용을 파악하기가 쉽지 않지만, 미국 불법행위법 리스테이트먼트를 보면 비교적 쉽게 그 내용을 개관할 수 있다.<sup>16)</sup> 불법행위법 리스테이트먼트 제2판 제580A조는 ‘공무원(public officials, 공직자라고 번역하기도 한다)과 공적 인물에 대한 명예훼손’이라는 표제로 “공무원과 공적 인물에 대한 허위의 명예훼손적 의사표시에 대하여 (a) 진술이 거짓이고 타인의 명예를 훼손한다는 사실을 알고 있는 경우, 또는 (b) 이러한 사실에 대하여 무모하게 무시하고 행위를 한 경우”에만 책임이 있다고 규정하고 있다.<sup>17)</sup> 위 규정의 다음 조문인 제580B조에서는 ‘사인에 대한 명예훼손’이라는 표제로 “사인에 대한 허위의 명예훼손적 의사표시에 대하여 (a) 진술이 거짓이고 타인의 명예를 훼손한다는 사실을 알고 있는 경우, (b) 이러한 사실에 대하여 무모하게 무시하고 행위를 한 경우, (c) 이를 확인하지 않고 과실로 행위를 한 경우”에만 책임이 있다고 정하고 있다.<sup>18)</sup>

위 규정은 명예훼손책임에 관하여 ‘공무원과 공적 인물에 대한 명예훼손’과 ‘사인에 대한 명예훼손’으로 구분하고 있다. 피해자의 지위 또는 신분에 따라 2가지로 구분하고 있고, 공무원과 공적 인물에 대한 명예훼손에서는 위 (a)와 (b)에 해당하는 경우(위 두 경우를 합하여 ‘현실적 악의’라고 한다)에 한하여 책임을 진다. 그러나 사인에 대한 명예훼손에서는 현실적 악의가 있는 경우는 물론 위 (c), 즉 과실이 있는 경우에도 책임을 진다.<sup>19)</sup> 위 규정에서 허위의 명예훼손적 의사표시라고 정하고 있기 때문에, 위 규정은 허위의 사실로 명예를 훼손한 경우에 한하여 적용되고 의견의 표현에 대해서는 적용되지 않는다.

(2) 뉴욕타임즈 판결과 그 이후의 전개

(가) 미국에서 명예훼손은 보통법상의 명예훼손 법리에 따라 엄격책임의 원칙이 적용되었다. 그러나 미국 연방대법원은 1964년 New York Times Co. v. Sullivan 판결<sup>20)</sup>에서 공무원에 대한 명예

16) American Law Institute, Restatement of the Law Second, 1986, 미국법학원(ALI; 미국법조협회라고 번역하기도 한다)에서 판례를 조문형식으로 정리하여 발간한 것으로 의회에서 제정된 법률은 아니지만 각주의 법원에서 채택하고 있어 실제 판결에 지대한 영향을 미치고 있다. 미국은 판례법국가이기 때문에 법상황을 파악하기가 쉽지 않다. 그러나 리스테이트먼트를 보면, 개괄적인 내용을 알 수 있다.

17) “공무원 또는 공적 인물에 관하여 그 지위에서의 행위, 자질 또는 역할과 관련하여 허위의 명예훼손적 의사표시를 공표한 자는 오직 다음의 경우에만 책임이 있다.

(a) 진술이 거짓이고 타인의 명예를 훼손한다는 사실을 알고 있는 경우, 또는  
(b) 이러한 사실에 대하여 무모하게 무시하고 행위를 한 경우”.

18) “사인, 공무원이나 공적 인물의 공적 지위에서의 행위, 자질 또는 역할에 영향을 미치지 않는 순수한 사적인 사인에 관하여 허위의 명예훼손적 의사표시를 공표한 자는 오직 다음의 경우에만 책임이 있다.

(a) 진술이 거짓이고 타인의 명예를 훼손한다는 사실을 알고 있는 경우  
(b) 이러한 사실에 대하여 무모하게 무시하고 행위를 한 경우  
(c) 이를 확인하지 않고 과실로 행위를 한 경우”.

19) 다만 사인에 대한 명예훼손 요건은 각주마다 다르다. 위 규정은 일반적인 경우에 관한 것일 뿐이다.

20) 376 U.S. 254, 280 (1964). 올해는 이 판결이 나온 지 50주년이 되는 해인데, 이 판결은 미국 역사상 언론의 자유를 가장 명확하고 가장 강력하게 옹호하고 있는 판결이라고 할 수 있다. The New York Times Editorial Board (March 8, 2014), ‘The Uninhibited Press, 50 Years Later’.

훼손에 관한 획기적인 기준을 제시하였다.

민권운동가들이 1960. 3. 29. 뉴욕타임즈에 전면광고를 게재하였는데, 이는 킹(Martin Luther King Jr.) 목사가 앨라배마주의 수도 몽고메리에서 주도한 비폭력시위에 가담한 흑인들에 대한 테러·협박과 경찰의 가혹한 진압방법을 비난하는 내용이었다. 경찰국장인 설리반(Sullivan)이 신문사와 광고주를 상대로 명예훼손을 이유로 소를 제기하였다. 광고 내용 중에는 사실과 다른 내용이 포함되어 있었다. 앨라배마주 법원은 명예훼손을 이유로 징벌적 손해배상을 포함하여 50만 불의 손해배상을 인정하였다. 앨라배마주 대법원도 이를 지지하였다. 그러나 미국 연방대법원은 위 판결을 파기환송하였다.

이 판결은 허위사실의 공표는 자유로운 토론에서 불가피하고 언론의 자유가 생존할 수 있는 숨 쉴 공간(breathing space)을 확보하기 위해서는 허위사실의 공표도 어느 정도 보호되어야 한다고 하면서, 공무원에 대한 명예훼손 소송에서 '현실적 악의(actual malice)' 기준을 채택하였다.

뉴욕타임즈 판결에서 채택한 현실적 악의 기준은 공무원에 대한 명예훼손뿐만 아니라 공무원이 아닌 공적 인물에 대한 명예훼손에도 확대 적용되었다.<sup>21)</sup> 미국 연방대법원은 사인이라고 하더라도 공익 또는 일반이익에 관한 표현에 대해서는 현실적 악의 기준을 적용해야 한다고 판결한 적도 있었다.<sup>22)</sup> 이는 원고의 신분이나 지위가 아니라 표현 내용이 공공의 중요한 이익에 관한 것인지에 따라 판단한 것이다. 그러나 이러한 입장은 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결<sup>23)</sup>에서 거부되었다. 피해자가 사인인 경우에는 공익성이 있는지 여부와 상관없이 현실적 악의 기준을 적용해야 하는 것은 아니라고 하였다. 따라서 명예훼손의 피해자가 공무원 또는 공적 인물인 경우에 한하여 현실적 악의 기준이 적용되고, 사인의 경우에는 현실적 악의 기준이 적용되지 않는다는 것이다. 이 판결은 '공무원과 공적 인물에 대한 명예훼손'과 '사인에 대한 명예훼손'을 이분법적으로 구분하는 태도를 확립하였다.<sup>24)</sup> 공적 인물에 대해서도 공무원의 경우와 마찬가지로 현실적 악의 기준을 적용한 이유는 언론 매체에 접근하여 자신에 대한 비판을 반박할 수 있고 공적 논쟁에 뛰어들어 사회적인 영향을 미친다는 점을 들고 있다.

미국의 판례에 따르면, 원고가 공무원과 공적 인물인 경우에는 현실적 악의 기준에 따라 명예훼손 책임의 성립여부가 결정된다. 즉, 언론을 대상으로 한 명예훼손 사건에서 승소하기 위해서, 공적 인물은 피고가 거짓이고 명예훼손적인 기사를 그것이 허위임을 알거나 그 허위성에 관하여 무모하

21) *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 164-165 (1967).

22) *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29 (1971).

23) 418 U.S. 323 (1974).

24) 다만 공무원과 공적 인물 대 사적 인물을 구분하는 법리는 허위 사실에 의한 명예훼손에 적용되는 것이고, 의견의 표현에 적용되는 것은 아니다. *Smola*(주 15), §6:65.

게 무시한 채 게재하였음을 증명해야 한다.<sup>25)</sup> 무모한 무시(reckless disregard)는 보통법상의 무모함(recklessness) 또는 보통법상의 중과실(gross negligence)과 동의어가 아니고, 발행인이 “출판물의 진실성에 관하여 실제로 진지한 의심을 품고 있었다”는 증명이 있어야 한다.<sup>26)</sup> 나아가 민사 소송에서 통상적으로 적용되는 증거의 우월 기준은 명예훼손 사건에서 공적 인물에는 적용되지 않는다. 공인은 설득력 있고 명백하게 현실적 악의를 증명해야 한다.<sup>27)</sup> 실제로 공인으로 판단된 사람이 명예훼손 소송에서 승소하는 것은 거의 불가능하다.<sup>28)</sup>

미국의 판례에서 공인 이론을 채택한 이유로는 수정 헌법 제1조에서 언론의 자유를 보장하고 있다는 점을 든다. 공인에 대한 명예훼손 책임을 넓게 인정할 경우에 언론이 자기 검열을 강화하여 이른바 ‘냉각 효과(chilling effect)’가 발생한다는 것이다. 공인의 활동을 보도하는 데 언론매체에 대한 보호를 적게 하면 공인에 관한 보도를 감소시키는 결과를 가져오고, 이는 공인에 대한 정확한 보도의 양도 줄어들게 할 것이다. 뉴욕타임즈 판결은 최대량의 진실이 배포되는 것을 장려하기 위하여 허위 보도에 대해서도 언론의 책임을 제한한 것이다.<sup>29)</sup>

뉴욕타임즈 사건에서 문제된 것은 의견광고에 의한 명예훼손이었다. 그러나 이 광고는 정치적 비평에 속하는 내용이었기 때문에, 수정 헌법 제1조가 보호하는 핵심적인 사항에 해당하는 것이었다. 또한 설리번이 청구한 징벌적 손해배상을 인정하는 것은 뉴욕타임즈에 막대한 손해를 초래하는 것이었다. 그렇기 때문에 허위 보도에 대하여 엄격하게 책임을 추궁한다면, 설리번과 같은 공무원이 공적 행위에 대한 비평을 막기 위해 명예훼손법을 이용할 수 있을 것이다. 명예를 훼손하는 진술에 대한 모든 구제수단을 없앤다면 법이 진실의 유포를 극대화할 수 있게 될 것이다. 뉴욕타임즈 판결은 진실의 배포를 극대화하는 것을 유일한 목표로 삼은 것은 아니라고 할 수 있다. 언론매체가 단순한 과실이 아니라 고의적이고 의도적으로 명예를 훼손하는 경우에는 손해배상책임을 지도록 한 것이다.

(나) 공인 이론이 과도하게 적용되는 것인지 논란이 되는 경우들이 있다. 공인 이론이 적용되는 한계적인 사례를 살펴보고자 한다.

먼저 *Ocala Star-Banner Co. v. Damron* 판결<sup>30)</sup>은 공무원 또는 공직 후보자에 대한 명예훼손 책임이 문제되었다. 레너드 댄런(Leonard Damron)은 소도시의 시장이자 조세사정인(tax asses-

25) *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 164–165 (1967).

26) *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727, 731 (1968).

27) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 285–286 (1964).

28) *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988)에서는 성직자인 공인을 패러디한 사건에서 고의적인 감정적 괴롭힘으로 인한 손해배상책임이 있는지 문제되었는데, 이 경우에도 현실적 악의 기준을 적용하여 언론사의 책임을 부정하고 있다. 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008, 188면은 우리나라에서 이 판결을 본받기는 어려울 것이라고 한다.

29) *Frederick Schauer, Public Figures*, 25 *Wm. & Mary L. Rev.* 905, 909 (1984).

30) 401 U.S. 295 (1971).

sor) 후보였다. 형제인 제임스 댄런(James Damron)은 위증죄로 기소되었다. 신문 편집자는 착오로 위증죄로 재판을 받게 될 사람이 레너드 댄런이라고 생각하고 기사를 게재하였다. 신문사는 아무런 근거 없이 레너드 댄런에 대한 보도를 하였고 그는 조세사정인 선거에서 패배하였다. 댄런은 신문을 상대로 한 손해배상 소송에서 승소하였으나, 이 판결은 대법원에서 파기되었다. 허위이자 명예훼손적인 위 기사가 공무원 및 공직후보자의 자격과 관련되었기 때문에, 위 기사는 명백하게 New York Times 판결의 면책특권(privilege)의 범위에 속한다. 신문사가 명백히 극도로 부주의하였지만, 현실적 악의가 없었으므로, 레너드 댄런에게는 구제수단이 주어지지 않는다.

Rood v. Finney 판결<sup>31)</sup>은 공적 인물에 대한 명예훼손사건에 대한 것이다. 플로이드 루드(Floyd Rood)는 특히 ‘하이웨이 골프(highway golf)’라는 활동을 통해 청소년을 돕는 일을 한 프로 골퍼이다. 루드는 청소년들의 약물 남용에 반대하는 전시를 하면서 전국을 여행하기 위하여 기금을 모으려고 하였다. 루드는 언론 보도자료에서 하이웨이 골프를 “(일반적인) 약물 중독 문제를 해결하는 것을 돕기” 위해 고안한 것이라고 설명하였다. 루드는 이 보도자료를 UPI 기자에게 주었는데, 그는 이 이야기를 휴스턴 신문(Houston Chronicle) 등에 전송하였다. 그러나 휴스턴 신문에서는 이 이야기를 게재하면서 루드가 “자신의 약물 중독 문제를 해결하는 것을 돕기 위해 창안한” 스포츠라고 보도하였다. 과실로 한 단어가 바뀌었고, 플로이드 루드는 약물중독자로 기사화되었다. 루드가 명예훼손을 이유로 소를 제기하였으나, 법원은 공인으로 판단하여 약식판결로 패소하였다. 루드가 휴스턴 신문의 과실 이외에는 어떤 것도 증명할 수 없었기 때문이다.

뉴욕타임즈 판결과는 달리 위 두 판결은 언론사의 책임을 인정하여야 한다고 생각할 수 있다. 그러나 위와 같은 허위 보도에 대해서도 언론사의 책임을 부정해야만 언론의 자유를 보장한 수정 헌법 제1조의 목적이 달성된다고 보고 있는 것이다.

### (3) 공인과 사인의 구분

(가) 미국의 공인 이론은 원고가 공인인지 사인인지 여부, 즉 신분이나 지위에 따라 명예훼손책임의 요건을 다르게 보고 있다는 점에 특징이 있다. 즉, 공인은 언론사의 ‘현실적 악의’를 증명해야 하지만, 사인은 언론사의 과실을 증명하는 것으로 충분하다. 따라서 공인과 사인의 구별은 미국 명예훼손법에서 핵심적인 요소이다.

명예훼손의 피해자가 사인인 경우에는 공익성이 있는지 여부와 상관없이 현실적 악의 기준을 적용해야 하는 것은 아니다. 이러한 경우에는 연방대법원이 관여하지 않고 각 주의 명예훼손법에 따라 규율된다. 42개 주에서 사인의 경우에 과실이 있으면 명예훼손책임을 지지만, 뉴저지주 등 4개

31) 418 So. 2d 1 (La. Ct. App.), cert. denied, 420 So. 2d 979 (La, 1982), cert. denied, 103 S. Ct. 1254 (1983).

주에서는 현실적 악의 기준을 채택하고 있고, 뉴욕주에서는 중대한 과실 기준을 채택하고 있다.<sup>32)</sup>

공인과 사인을 구별하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 공인은 사인보다 언론매체에 대한 접근의 기회가 많아 그 내용을 반박할 수단이 있다. 둘째, 공인은 스스로의 활동을 통해 공중의 주시와 비판의 대상이 될 위험을 어느 정도 감수하여야 할 사람들이다.

(나) 현실적 악의 기준이 적용되는 공무원은 모든 공무원을 포함하는 것이 아니고, 공무원 중에서 중요한 지위에 있는 사람을 말한다. 선거직 공무원과 고위직 공무원이 포함된다. 또한, 경찰관 등 법집행을 담당하는 공무원도 포함된다. 공직후보자나 퇴직한 공무원에 대해서도 현실적 악의 기준이 적용된다.

그런데 이와 같은 공무원을 공무원이 아닌 공적 인물과 구별할 것인지 문제된다. 그러나 미국 판례에서 이 구별은 중요하지 않다. 공적 인물에 대해서도 공무원(public officials)에게 적용되는 기준과 동일한 기준이 적용된다. 즉, 공인으로 판단된 사람은 공무원과 동일한 법적 취급을 받는다. 가수 마이클 잭슨이나 지휘자 레오나드 번스타인은 명예훼손 소송에서 대통령이나 상원의원의 경우와 동일하게 취급된다.<sup>33)</sup>

공무원에 대한 명예훼손과 공인에 대한 명예훼손을 구분하지 않는 것에 대해서는 비판적인 견해가 있다.<sup>34)</sup> 공적 인물에 대한 논평이 수정 헌법 제1조에 의하여 보호되어야 한다고 하더라도, 공무원에 대한 논평만큼 엄격하게 보호해야 하는 것은 아니라는 것이다. 가령 공무원이 아닌 공인의 경우에는 현실적 악의(actual malice) 기준을 충족하지 못한 경우에도 책임을 인정해야 한다는 것이다.<sup>35)</sup>

공인인지 여부를 판단하기 어려운 경우가 많다. 미국에서도 누가 공적 인물이고 누가 아닌지에 관한 쟁점은 여전히 논란이 많다.

(다) 공적 인물은 다시 여러 가지 종류로 구분된다.<sup>36)</sup> 그 중에서 중요한 의미를 가지는 것은 전면적(무제한적) 공적 인물(unlimited/pervasive/all-purpose public figure)과 제한적 공적 인물(limited/vortex public figure)의 구분이다. 공적 인물이 위 두 유형 중 어느 것에 해당하는 현실적 악의 기준이 적용된다. 그러나 전면적 공적 인물의 경우에는 모든 명예훼손행위에 현실적 악의 기

32) Smola(주 15), §§ 3:30-3:33.

33) Schauer(주 29), 908.

34) Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130, 155 (1967)에서 Harlan 대법관의 견해; Schauer(주 29), 932.

35) Rosenbloom v. Metromedia, Inc., 403 U.S. 29 (1971).

36) 박용상(주 28), 253면은 공무원, 전면적인 공적 인물, 지역에서의 전면적인 공적 인물, 논쟁 사안의 제한적인 공적 인물, 제한적인 공적 인물, 타의에 의한 공적 인물, 사인으로 구분하여 소개하고 있다.

준이 적용되지만, 제한적 공적인물의 경우에는 공적 인물 지위를 발생시킨 공적 논쟁에 관한 발언에 대해서만 현실적 악의 기준이 적용된다.<sup>37)</sup>

전면적 공적 인물에 관한 기준이 명확한 것은 아니지만, 전면적 공적 인물은 사회적으로 광범위한 영향력을 갖고 모든 분야에서 공적인 인물로 취급되는 사람을 말한다. 예를 들면 대통령선거에 출마한 상원의원, 전국적인 명성을 가진 연예인이나 스포츠스타, 유명한 작가, 유명한 사회운동가나 종교지도자, 유명 변호사 등이 이에 포함된다. 공적 논쟁에 뛰어 들었다고 볼 수 있는 정치인뿐만 아니라 연예인과 같이 공적 논쟁과는 무관하게 그의 명성을 이유로 전면적 공적 인물이 될 수 있는 경우도 있다. 또한, 끔찍한 범죄를 저지른 흉악범도 여기에 속할 수 있다. 뉴욕타임스와 같은 주요 언론사가 원고로서 소를 제기하는 경우에 주요 언론사도 전면적 공적 인물에 속한다.<sup>38)</sup>

제한적 공적 인물은 관련 문제의 해결에 영향력을 행사하기 위하여 특별한 공적 논쟁의 전면에 자발적으로 나선 사람을 말한다.<sup>39)</sup> 제한적 공적 인물은 특정한 공적 논쟁에 자발적으로 참여함으로써 비판적인 보도와 논평의 대상이 될 수 있는 위험을 감수하였다고 볼 수 있다. 따라서 이들은 공적 논쟁과 합리적인 관련성이 있는 경우에만 공적 인물로 취급된다. 연예인이나 운동선수가 이에 속한다. 그러나 연방대법원의 판결에 따르면 유명 기업가의 전처는 공적 인물이 아니다.<sup>40)</sup>

(라) 공적 인물을 자발적 공적 인물과 비자발적인 공적 인물로 구분하기도 하는데, 비자발적인 공적 인물로는 공적 인물의 가족이나 범죄의 피해자 등을 들 수 있다. 자신의 비자발적 행위로 공적 인물이 될 가능성이 있지만, 비자발적 공적 인물로 인정되는 경우는 거의 없다.<sup>41)</sup>

(마) 공적 인물과 현실적 악의에 관한 판례가 표현의 자유를 보장하는 데 중대한 역할을 하였음은 분명하다. 그러나 미국의 판례에서 공적 인물의 개념이나 기준이 명확한 것은 아니다. 공적 인물인지 사적 인물인지, 전면적 공적 인물인지 제한적 공적인물인지 판단하는 기준이 혼란스러운 것처럼 보인다. 공무원에 대한 현실적 악의 기준을 공무원이 아닌 공적 인물에 적용한 것에 대해서도 비판적인 견해가 있다. 그리하여 명예훼손책임의 성립여부에 관한 새로운 기준을 제시하는 견해도 많지만, 미국의 판례는 쉽게 바뀌지 않을 것이라는 예측<sup>42)</sup>이 타당한 것으로 생각된다.

37) Smolla(주 15), § 2:78.

38) 상세한 것은 Smolla(주 15), § 2:82-2:92 참조.

39) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974); Time, Inc. v. Firestone 424 U.S. 448 (1976).

40) Time, Inc. v. Firestone, 424 U.S. 448 (1976).

41) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974); Wells v. Liddy, 186 F.3d 505 (4th Cir. 1999); Smolla(주 15), § 2:33.

42) 이에 관해서는 염규호, "공적 인물과 명예훼손 - 미국 언론법의 '현실적 악의'를 중심으로 -", 언론중재 제20권 1호(2000, 3), 62면 이하.

## 2. 독일

독일에서 인격권은 ‘일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)’과 ‘개별적 인격권(besonderes Persönlichkeitsrecht)’으로 구분된다. 법률에서 성명권,<sup>43)</sup> 초상권<sup>44)</sup>에 관하여 명문의 규정을 두고 있는데, 이들을 개별적 인격권이라고 한다. 이와 달리 명예나 사생활 등에 관해서는 명문의 규정이 없지만 판례에 의하여 인격권으로 보호되고 있는데, 이것이 일반적 인격권이다. 독일 민법 제정 당시에는 일반적 인격권은 불법행위법의 보호대상에 포함되지 않는 것으로 해석되었다. 즉 독일 민법 제823조 제1항은 “고의 또는 과실로 인하여 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 자는 그 타인에게 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무를 진다.”라고 규정하고 있는데, 위 규정에서 말하는 권리는 소유권 등 절대권을 가리킨다고 보았다. 그러나 2차 세계대전 이후 나치독재의 경험을 통하여 인간의 존엄과 인격의 자유를 보호할 필요성이 드러났고 1949년에 제정된 독일(당시는 서독을 가리킴) 기본법에서 인격권을 헌법상의 기본권으로 규정한 것에 영향을 받아 독일 연방대법원이 일반적 인격권을 독일민법 제823조 제1항의 ‘기타의 권리’로 승인하였다.<sup>45)</sup> 개인의 명예를 침해하거나 인격상(人格像)을 왜곡시키는 경우, 사적 영역(Privatsphäre) 또는 내밀영역(Intimsphäre)을 침해하는 경우가 일반적 인격권을 침해하는 대표적인 경우이다.<sup>46)</sup>

인격권을 침해한 경우에 곧바로 위법성이 있다고 추정할 수는 없다. 이는 독일 민법 제823조에서 열거하고 있는 소유권 등 절대권 침해와는 다르다. 인격권은 포괄적인 권리인데다가 그 내용이 확정되어 있지 않기 때문이다.<sup>47)</sup> 인격권 침해의 위법성은 포괄적인 이익 및 법익 형량을 통해서 결정된다. 피해자의 인격권 보호 이익과 침해자나 일반공중의 이익을 비교하여야 한다.<sup>48)</sup>

언론에 의한 인격권 침해의 경우에는 표현의 자유와 인격권의 충돌이 발생한다. 표현의 자유를 보호함으로써 얻는 이익과 인격권을 보호함으로써 얻는 이익을 형량하여 위법성을 판단한다.<sup>49)</sup> 이와 같이 이익을 형량하는 단계에서 당사자의 상황을 고려하고 있다. 가령 정치인과 같이 공중 앞에 나선 사람과 사인을 구별해야 한다.<sup>50)</sup> 그러나 명예훼손의 피해자가 공적 인물이라고 해서 그 성

43) 독일 민법 제12조.

44) 독일 조형예술 및 사진 작품에 대한 저작권에 관한 법률(이하 예술저작권법이라 한다) 제22조 이하.

45) 이에 관하여는 BGHZ 13, 334(독자의 편지 사건); BGHZ 26, 349(Herrenreiter 사건); Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II /2, 13. Aufl., 1994, S. 49ff. 참조.

46) 사적 영역에 무단으로 침입하거나 사생활을 동의 없이 공개하는 것으로부터 보호를 하는 것은 정보에 관한 자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)에 근거를 둔 것이라고 한다.

47) Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, S. 127.

48) BVerfG NJW 2003, 3262; Larenz/Wolf(주 47), S. 138.

49) Larenz/Wolf(주 47), S. 140f.; Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 4. Aufl., 1994, RN 6,59ff.

50) Wenzel(주 49), RN 6,67.

립요건이나 증명책임이 완전히 달라지는 것은 아니다. 따라서 미국의 공인 이론을 채택하고 있다고 볼 수는 없다.

### 3. 우리나라

우리나라에서 언론에 의한 명예훼손의 경우 위법성의 요건이 무엇인지, 공인의 경우 어떠한 특징이 있는지를 살펴보고자 한다.

#### (1) 명예훼손의 위법성 판단방법

민법은 명예훼손에 관하여 간략하게 언급하고 있다. 그러나 형법에는 명예훼손죄에 관하여 상세한 규정을 두고 있다. 특히 형법 제310조는 명예훼손의 위법성 조각에 관하여 “제307조 제 1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라고 정하고 있다. 위 규정에 해당하는 경우에는 형사상 명예훼손죄로 처벌받지 않을 뿐만 아니라 민사책임도 부정된다고 보아야 한다.

그렇다면 허위보도의 경우에는 항상 형사책임이나 민사책임을 진다고 보아야 하는지 문제된다. 대법원 1988년 판결은 허위보도의 경우에도 명예훼손책임을 제한적으로 인정하였다. 즉, 언론기판에 의한 명예훼손으로 인한 손해배상책임이 문제된 사안에서 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것인 때에는 진실이라는 증거가 있거나, 진실이라는 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 한다.<sup>51)</sup>

이 법리는 편의상 ‘공익성’과 ‘진실 또는 상당성’으로 나누어 살펴볼 필요가 있다. ‘공익성’은 보도내용이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이라는 의미이다. 이 경우에 보도내용이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 보도의 구체적 내용, 공표가 이루어진 상대방의 범위, 표현의 방법 등 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교하여 결정하여야 한다. 보도내용이 오로지 공익에 관한 것일 필요는 없다. 행위자의 주요한 목적이나 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 동기가 내포되어 있었다고 하더라도 공공의 이익을 위한 것으로 보아야 한다.<sup>52)</sup>

51) 대판 1988. 10. 11, 85다카29(집 36-3 민. 1). 동자: 대판 1996. 5. 28, 94다33828(공 1996, 1973); 대판 1997. 9. 30, 97다24207(공 1997, 3279) 등 다수.

52) 대판 1996. 10. 11, 95다36329(공 1996, 3297); 대판 1998. 7. 14, 96다17257(공 1998, 2108); 대판 2002. 1. 22, 2000다37524, 37531(공 2002, 522).

공익성이 있는 경우에는 보도내용이 진실이 아니더라도 이른바 ‘상당성’이 있으면 위법성이 없다. 상당한 이유의 존부는 언론보도의 내용, 기사의 성격상 신속한 보도가 요청되는 것인가, 정보원이 믿을 만한가, 피해자와의 대면 등 진실의 확인이 용이한가 등을 고려하여 통상적인 언론인을 기준으로 객관적으로 판단하여야 한다.<sup>53)</sup>

상당성 법리에 관해서는 이론적인 논란이 있다.<sup>54)</sup> 민법 제750조는 불법행위가 성립하려면 위법행위가 있어야 한다고 정하고 있다. 여기에서 위법행위는 매우 포괄적인 개념이다. 판례는 명예훼손의 위법성을 판단하는 기준으로 형법 제310조의 규정을 참작하여 상당성 법리를 채택한 것으로 볼 수 있다. 판례가 위법성이 배제되는 사유를 형법 제310조보다 넓게 인정한 것은 표현의 자유와 인격권의 충돌을 합리적으로 해결하기 위한 방안이었다고 볼 수 있다.

‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(이하 ‘언론피해구제법’이라 한다)’ 제5조 제2항은 “언론 등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우”에는 인격권 침해에 대하여 책임을 지지 않는다고 정하고 있다. 이는 위와 같은 판례법리를 수용하여 언론보도가 책임을 지지 않는 사유를 명문화함으로써 이론적인 안정성을 확보한 것이다.

위 규정에서 정한 요건을 충족하려면 먼저 언론 등의 보도가 공공의 이익에 관한 것이어야 한다. 보도내용에 공공의 이익과 관련 없는 사항이 포함되어 있다고 하더라도 주된 내용이 공공의 이익에 관한 것이라면 이 요건을 충족시킨다. 또한, 보도가 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있어야 한다. 종래 판례는 진실하다고 믿는 데에 상당한 이유가 있어야 한다고 하였으나, 위 규정에서는 ‘상당한 이유’라는 용어 대신 ‘정당한 사유’라는 용어를 사용하고 있다.

## (2) 공인에 대한 명예훼손

(가) 공적 인물에 대한 명예훼손의 경우에 미국의 판례와 마찬가지로 언론사에게 현실적인 악의가 있는 때만 손해배상책임을 인정해야 할 것인지 논란이 있다.<sup>55)</sup> 미국의 뉴욕타임즈 판결은 미국 판례 가운데 우리나라에서 가장 많이 인용되는 판결이다. 그러나 1997년에 대법원은 현실적 악의론을 거부하였다. 공인에 대한 명예훼손을 이유로 불법행위책임을 구하는 소송에서 위법성이 없다

53) 대판 1997. 9. 30. 97다24207(공 1997. 3279).

54) 김재형, 언론과 인격권, 박영사, 2012, 25면.

55) 이에 찬성하는 견해로는 김민중, “원고의 신분과 명예훼손법리의 적용,” 언론중재 2000년 여름호(2000. 6), 32면이 있고, 이에 대하여 반대하는 견해로는 박용상(주 28), 44면; 한위수, “공적 존재의 정치적 이념에 관한 문제제기와 명예훼손,” 민사재판의 제문제 제11권, 2002, 61면이 있다. 문재완, “공인에 관한 최근 명예훼손 법리의 비교연구,” 언론중재 2014년 봄호는 “공인 이론이 누구나 알기 쉽게 유형별로 오보의 보호 범위를 정하려고 한 본래 취지 자체는 존중되어야 한다”고 한다. 전원열, 명예훼손 불법행위에 있어서 위법성 요건의 재구성, 서울대 법학박사학위논문, 2001, 195면은 미국의 공적 인물론이나 현실적 악의이론을 도입할 필요는 없지만 그 근처에 깔린 헌법정신, 즉 공공정책 결정에 관한 발언을 차등적으로 두텁게 보호하여야 한다고 하였다.

는 것에 대한 증명책임은 명예훼손행위를 한 언론매체에 있다고 한다.<sup>56)</sup> 그러나 점차 미국의 공인 이론을 부분적으로 수용하고 있다.

(나) 공적 인물에 대한 명예훼손에서도 개별적인 이익형량을 통하여 위법성이 있는지 여부를 판단하고 있다. 그러나 공적 인물의 경우에는 사인(私人)의 경우와는 달리 언론의 자유를 우선시하고 있다.

현재 1999. 6. 24. 97헌마265<sup>57)</sup>는, 형법상 명예훼손에 관한 사안에서, 공적 인물에 대한 명예훼손의 위법성을 판단할 때, 사인(私人)에 대한 명예훼손과는 다른 기준을 적용하여야 한다고 하였다.

① “당해 표현으로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人)인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알 권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 등을 종합하여 구체적인 표현 내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 언론의 자유에 대한 한계 설정을 할 필요가 있는 것이다. 공적 인물과 사인, 공적인 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 더욱이 이 사건과 같은 공적 인물이 그의 공적 활동과 관련된 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 하는 등 개별사례에서의 이익형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다.”

② “객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알 권리)은 민주제의 토대인 여론형성이나 공개토론에 기여하므로 형사제재로 인하여 이러한 사안의 게재(掲載)를 주저하게 만들어서는 안 된다. 신속한 보도를 생명으로 하는 신문의 속성상 허위를 진실한 것으로 믿고서 한 명예훼손적 표현에 정당성을 인정할 수 있거나, 중요한 내용이 아닌 사소한 부분에 대한 허위보도는 모두 형사제재의 위협으로부터 자유로워야 한다. 시간과 싸우는 신문보도에 오류(誤謬)를 수반하는 표현은 사상과 의견에 대한 아무런 제한없는 자유로운 표현을 보장하는 데 따른 불가피한 결과이고 이러한 표현도 자유토론과 진실확인 필요한 것이므로 함께 보호되어야 하기 때문이다. 그러나 허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위(眞僞)를 알아보지 않고 게재한 허위보도에 대하여는 면책을 주장할 수 없다.”

56) 대판 1997. 9. 30. 97다24207(공 1997, 3279); 대판 1998. 5. 8. 97다34563(공 1998, 1575); 대판 2004. 2. 27. 2001다53387(공 2004, 594).

57) 헌집 11-1, 768.

그 후 대판 2002. 1. 22, 2000다37524, 37531(집 50-1, 민 43)은 ‘일반론’이라는 제목 아래 언론에 의한 명예훼손에 관한 종래의 판결을 종합하여 전개하고 있다. 이 판결은 공인에 대한 명예훼손에 관한 기준이 되는 법리를 전개하고 있기 때문에, 대법원 판결을 자세히 인용하고자 한다.

① “언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서 표현된 내용이 사적(私的) 관계에 관한 것인가 공적(公的) 관계에 관한 것인가에 따라 차이가 있다는 점도 유의하여야 한다. 즉 당해 표현으로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 따져보아 공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 한다. 당해 표현이 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선할 수 있으나, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 것인 경우에는 그 평가를 달리하여야 하고 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다. 그리고 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지의 여부도 또한 고려되어야 한다(이상 헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정 참조).”

② “당해 표현이 공적인 존재의 정치적 이념에 관한 것인 때에는 특별한 의미가 있다. 그 공적인 존재가 가진 국가·사회적 영향력이 크면 클수록 그 존재가 가진 정치적 이념은 국가의 운명에까지 영향을 미치게 된다. 그러므로 그 존재가 가진 정치적 이념은 더욱 철저히 공개되고 검증되어야 하며, 이에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제제기가 허용되어야 하고 공개토론을 받아야 한다. 정확한 논증이나 공적인 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 공적 존재의 명예보호라는 이름으로 봉쇄되어서는 안 되고 찬반토론을 통한 경쟁과정에서 도태되도록 하는 것이 민주적이다.

그런데 사람이나 단체가 가진 정치적 이념은 흔히 위장하는 일이 많을 뿐 아니라 정치적 이념의 성질상 그들이 어떠한 이념을 가지고 있는지를 정확히 증명해 낸다는 것은 거의 불가능한 일이다. 그러므로 이에 대한 의혹의 제기나 주관적인 평가가 진실에 부합하는지 혹은 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 따짐에 있어서는 일반의 경우에 있어서와 같이 엄격하게 입증해 낼 것을 요구해서는 안 되고, 그러한 의혹의 제기나 주관적인 평가를 내릴 수도 있는 구체적 정황의 제시로 입증의 부담을 완화해 주어야 한다. 그리고 그러한 구체적 정황을 입증하는 방법으로는 그들이 해 나온[내온] 정치적 주장과 활동 등을 입증함으

로써 그들이 가진 정치적 이념을 미루어 판단하도록 할 수 있고, 그들이 해 나온 정치적 주장과 활동을 인정함에 있어서는 공인된 언론의 보도내용이 중요한 자료가 될 수 있으며, 여기에 공지의 사실이나 법원에 현저한 사실도 활용할 수 있다.”

대법원은 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人)인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지에 따라 명예훼손책임의 인정여부가 달라진다고 보고 있다. 특히 당해 표현이 공적인 존재의 정치적 이념에 관한 것인 때에는 명예훼손책임을 인정하는 데 더욱 엄격한 기준을 적용한다. 이에 대한 의혹의 제기나 주관적인 평가가 진실에 부합하는지 혹은 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 따질 때에는 일반의 경우와 같이 엄격하게 입증해 낼 것을 요구해서는 안 되고, 그러한 의혹의 제기나 주관적인 평가를 내릴 수도 있는 구체적 정황의 제시로 입증의 부담을 완화해 주어야 한다는 것이다.

공적인 존재의 정치적 이념에 관하여 언론의 입증부담을 완화한 것은 표현의 자유를 위하여 바람직한 일이다. 정치적 이념에 관한 논쟁이나 토론에 법원이 직접 개입하여 사법적 책임을 부과하는 것은 바람직하지 않다. 어떤 사람이 가지고 있는 정치적 이념은 사실문제이기는 하나 의견과 섞여 있는 것으로 논쟁과 평가 없이는 정치적 이념을 판단하는 것 자체가 불가능하기 때문이다.<sup>58)</sup>

(다) 위 판결 이후 공적 인물에 대한 비판적인 보도에 관하여 위법성을 완화하는 판결들이 계속 나왔다.<sup>59)</sup> 대판 2002. 12. 24, 2000다14613(공 2003, 425)<sup>60)</sup>은 위 (나)항의 2002년 대법원 판결을 따르고 있는데, “이 사건 기사와 이 사건 프로그램에서 공방의 대상으로 된 좌와 우의 이념문제, 그 연장선상에서 자유민주주의의 가치를 앞세운 이념이나 민족을 앞세운 통일이나의 문제는 국가의 운명과 이에 따른 국민 개개인의 존재양식을 결정하는 중차대한 쟁점이고 이 논쟁에는 필연적으로 평가적인 요소가 수반되는 특성이 있다. 그러므로 이 문제에 관한 표현의 자유는 넓게 보장되어야 하고 이에 관한 일방의 타방에 대한 공격이 타방의 기본입장을 왜곡시키는 것이 아닌 한 부분적인 오류나 다소의 과장이 있다 하더라도 이를 들어 선불리 불법행위의 책임을 인정함으로써 이 문제에 관한 언론을 봉쇄하여서는 안 된다”고 하였다.

또한, 대판 2004. 2. 27, 2001다53387(공 2004, 594)은 검사가 ‘한심한 검찰’이라는 제목으로 인터뷰를 보도한 방송에 대하여 명예훼손책임을 청구한 사건에 관한 것인데, 종래의 대법원 판결

58) 김재형, “인격권에 관한 판례의 동향”, 민사법학 제27호(2005. 3), 362면.

59) 가령 대판 2002. 12. 24, 2000다14613(공 2003, 425); 대판 2003. 1. 24, 2000다37647; 대판 2003. 7. 8, 2002다64384(공 2003, 1683); 대판 2003. 7. 22, 2002다62494(공 2003, 1770); 대판 2003. 9. 2, 2002다63558(공 2003, 1936); 대판 2004. 2. 27, 2001다53387(공 2004, 594); 대판 2007. 12. 27, 2007다29379; 대판 2013. 2. 14, 2010다108579.

60) 이 판결에 대한 평석으로는 박철, “표현의 자유에 의한 명예훼손의 제한과 관용”, 언론과 법 제2호(2003. 12), 333면 이하 참조.

에서 나아가 공직자의 청렴성 등과 관련하여 새로운 위법성 요건을 추가하고 있다. 즉, “... 공공적, 사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하고, 특히 공직자의 도덕성, 청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안하면, 이러한 감시와 비판기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니된다”고 하였다.<sup>61)</sup> 공직자의 도덕성, 청렴성이나 그 업무처리와 관련해서는 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격”에 해당하는 경우에 한하여 위법성이 인정된다고 한다.<sup>62)</sup> 그러나 언론보도가 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·견제라는 정당한 언론활동의 범위를 벗어나 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우에는, 비록 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·견제의 의도에서 비롯된 것이라고 하더라도 명예훼손이 된다. 이에 해당하는지 여부는 언론보도의 내용이나 표현방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자 또는 공직 사회의 사회적 평가를 저하시키는 정도, 취재과정이나 취재로부터 보도에 이르기까지의 사실확인을 위한 노력의 정도, 기타 주위의 여러 사정 등을 종합하여 판단하고 있다.<sup>63)</sup>

(라) 우리나라 판례가 미국의 공인 이론 또는 현실적 악의론을 채택한 것인지 문제된다. 판례가 공인에 대한 명예훼손 사건에서 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격”인 경우에 불법행위책임을 인정하고 있다. 이처럼 공직자나 공적 존재에 관하여 언론의 자유를 넓게 보장하려고 하고 있다는 점, 악의적인 경우에 언론의 책임을 인정하려고 한 점은 언론의 자유를 보장하기 위하여 미국의 공인 이론 또는 현실적 악의론의 영향을 받았다고 볼 수 있다.

그러나 우리 판례가 미국의 공인 이론을 채택하고 있다고 볼 수는 없다. 첫째, 우리 판례에서 “표현된 내용이 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 것인 경우에는 사적인 영역에 속하는 경우와는 달리 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야” 한다고 하고 있다. 이것은 표현된 내용이 무엇인지를 기준으로 판단하는 것으로 이른바 내용(content) 기준 접근방법이다. 미국의 공인 이론에서는 원고가 공인인지 사인인지라는 신분이나 지위를 기준으로 판단하는 지위(status) 기준 접근방법을 채택하고 있다. 둘째, 우리 판례는 특히 공적 존재의 정치적 이념, 공직자의 도덕성·청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부에 관한 보도에서 언론의 자유를 넓게 보장하고 있다.

61) 대판 2003. 7. 8. 2002다64384(공 2003, 1683); 대판 2003. 7. 22. 2002다62494(공 2003, 1770); 대판 2003. 9. 2. 2002다63558(공 2003, 1936).

62) 다만 표현행위자가 타인에 대하여 비판적인 의견을 표명하였다는 사유만으로 이를 위법하다고 볼 수는 없지만, 만일 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 혹은 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 함으로써 그 인격권을 침해한다면, 이는 명예훼손과는 별개 유형의 불법행위를 구성할 수 있다. 대판 2009. 4. 9. 2005다65494(공 2009, 608).

63) 대판 2007. 12. 27. 2007다29379(공 2008, 127); 대판 2001. 11. 9. 2001다52216; 대판 2003. 9. 2. 2002다63558; 대판 2006. 5. 12. 2004다35199; 대판 2013. 2. 14. 2010다108579 등 참조.

이것은 미국의 공인 이론이 적용되는 범위에 비하면 매우 좁다. 셋째, 미국의 공인 이론에서 말하는 ‘현실적 악의’는 언론사가 허위를 알았거나 허위인지를 무모하게 무시하였다는 것으로 고의 또는 미필적 고의가 있다는 의미이다. 이에 반하여 우리 판례에서 말하는 ‘악의적’이라는 표현은 나쁜 의도를 의미한다. 따라서 우리 판례의 ‘악의적’과 미국 판례의 ‘악의’라는 표현은 그 의미가 동일하지 않다.

#### 4. 소결

(1) 공인의 명예훼손에 관하여 미국의 공인 이론은 신분 기준 접근방법이라는 점에서 중요한 특징이 있다. 명예훼손의 피해자가 공인에 해당하면 피해자가 언론기관의 현실적 악의를 증명해야만 손해배상을 청구할 수 있다. 이에 비하여 우리나라는 공인의 명예훼손에 관하여 내용 기준 접근방법을 채택하고 있다. 즉, 보도 내용이 공익에 관한 것인지가 중요한 의미를 갖고, 개별적인 이익형량을 통하여 언론의 책임을 판단하고 있다. 독일을 비롯하여 유럽 각국에서는 이익형량을 통하여 인격권 침해여부를 판단하고 있다.<sup>64)</sup> 우리나라도 이익형량을 통하여 언론의 책임을 판단하고 있다. 우리나라에서 미국의 공인 이론을 채택할 경우에 현재보다 훨씬 많은 경우에 언론의 책임이 부정될 것이다.

(2) 그러나 우리나라에서 미국의 공인 이론을 그대로 받아들이기는 어렵다.

첫 번째 이유로는 헌법 차원의 차이를 들 수 있다. 미국 수정 헌법 제1조<sup>65)</sup>에서 표현의 자유에 대한 예외를 허용하고 있지 않는 반면에, 우리 헌법은 언론에 의한 명예훼손의 경우에 손해배상책임을 인정하는 규정을 두고 있다.<sup>66)</sup> 따라서 우리 헌법에서는 언론의 자유를 보장하고 있지만, 제한 없는 자유를 보장한 것은 아니다. 오히려 명예훼손의 경우에 피해의 배상을 청구할 수 있다는 것을 헌법상의 권리로 규정하고 있다. 이는 매우 이례적인 헌법조항으로서 적절하지 않다고 생각되지만, 헌법규정으로 존속하는 이상 이를 무시할 수 없다. 미국의 공인 이론은 표현의 자유에 대한 제한을 하는 법률을 제정할 수 없다는 수정 헌법 제1조에 그 근거를 두고 있지만, 우리 헌법은 언론의 자유를 보장하면서 명예훼손으로 인한 피해의 배상도 헌법상의 가치로 보고 있다는 점에서 미국의 경우와는 헌법 차원에서 출발점이 다르다고 볼 수 있다.

두 번째 이유는 실체법상의 차이이다. 우리나라에서는 형법이나 언론피해구제법에서 공공의 이익에 관한 것인지에 따라 위법성이나 책임을 판단하고 있다. 공인 개념이 아니라 공공의 이익 개념

64) 미국을 제외한 대부분의 국가에서는 명예훼손의 피해자가 공인이라고 해서 그 성립요건이나 증명책임을 달리하고 있지 않다. 다만 공인의 경우에는 표현의 자유와 인격권 사이의 형량을 할 때 공인이라는 점을 중요하게 고려한다.

65) 수정 헌법 제1조는 “연방 의회는 국교를 정하거나 신앙의 자유를 금지하는 법률을 제정할 수 없으며 언론·출판의 자유를 제한하거나 국민들이 평화적으로 집회할 권리와 불만의 구제를 정부에 청원할 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.”라고 정하고 있다.

66) 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

을 위법성 판단의 중심으로 내세운 것이다. 미국의 공인 이론에서는 원고가 공인인지 사인인지 여부 즉, 신분이나 지위가 중요하지만, 우리나라에서는 보도내용이 공공의 이익에 관한 것인지 여부가 중요하다. 이 점에서도 미국과 우리나라는 기본적인 출발점이 다르다고 할 수 있다.<sup>67)</sup> 언론피해 구제법에서 명시적으로 상당성 법리를 채택하는 입법적 결단을 한 상태에서 법원의 판례에 의하여 현실적 악의 기준을 채택하는 것은 바람직하지 않다. 그리고 우리나라에서는 징벌적 손해배상을 인정하지 않고 있기 때문에, 징벌적 손해배상제도가 있는 미국에 비하여 현실적 악의 기준을 채택할 필요성이 크지 않다. 언론기관의 징벌적 손해배상을 부정하는 대신 상당성 법리로 명예훼손의 위법성을 판단하는 것이 온당한 해결방안이라고 볼 수 있다.

세 번째 이유는 절차법, 즉 민사소송법상의 차이이다. 우리나라에서는 미국과 달리 증거개시(discovery) 제도를 채택하고 있지 않다. 공인에 대한 명예훼손의 경우에 피해자가 언론사의 현실적 악의를 증명할 것을 요구한다면 피해자가 승소하는 것은 거의 불가능하다.

네 번째 이유는 역사적, 문화적 차이이다. 미국은 역사적으로 언론 자유가 정치와 사회제도를 지탱하는 중심축이었다. 영국에서는 명예의 보호를 중시한 반면 미국에서는 표현의 자유를 중시하였다고 한다.<sup>68)</sup> 우리나라는 역사적으로 명예를 매우 중요한 가치로 보았다. 명예를 잃으면 모든 것을 잃어버리는 것처럼 생각하는 경향이 적지 않다. 이에선 전통적인 성리학과 유교문화의 영향도 크게 작용하였다. 명예에 관한 일반인의 관념이나 문화적 인식이 명예훼손에 관한 법적 판단에 영향을 미칠 수 있다.

[표] 미국과 우리나라의 명예훼손에 관한 태도 비교

	미국	우리나라
접근방법	신분 기준 접근방법	내용 기준 접근방법
판단방법	피해자가 공적 인물인지 사적 인물인지에 따라 다른 판단기준	이익형량
판단기준	공적 인물 - 현실적 악의 사적 인물 - 과실(원칙)	공익성과 진실 또는 상당성 기준 공적 인물의 경우 엄격한 기준 적용
구제수단	손해배상(징벌적 손해배상 인정)	손해배상(징벌적 손해배상 부정) 금지청구권 정정보도, 반론보도, 추후보도

(3) 우리나라의 판례는 표현의 자유와 인격권 사이의 형량을 하는 단계에서 미국의 공인 이론에 의하여 영향을 받고 있다. 보도내용이 공인에 관한 것인지 사인에 관한 것인지, 공인의 지위가 무

67) 형법 제307조에서 사실을 적시한 경우에도 명예훼손이 된다고 규정하고 있는 점도 미국과는 다른 점이라고 할 수 있다.

68) Smolla(주 15), § 1:9.

엇인지, 공적 영역이나 공적 사안에 관한 것인지 여부는 언론의 자유와 인격권의 충돌에 관한 이익 형량을 하는 데 중요한 의미가 있다.<sup>69)</sup> 대법원 판례에서 나타난 주요 유형을 살펴보면 공인의 정치적 이념, 좌와 우의 이념문제, 공직자의 도덕성, 청렴성 또는 공직자의 업무처리의 정당성 등에 대한 의혹의 제기에 관하여 언론의 책임을 대폭 완화하고 있다. 이는 언론의 자유를 보장하는 데 긍정적인 기능을 수행하고 있다. 그러나 공인에 대해서도 무차별적인 비판을 하는 것은 허용되지 않는다. 언론인으로서 명예훼손적 허위의 사실을 보도하지 않도록 하기 위한 조치가 필요할 것이다.

공인에 대한 명예훼손에 관하여 현실적 악의 기준을 채택할 수 없다. 이에 관해서는 실정법상 근거가 없을 뿐만 아니라 그 기준을 채택한다고 해서 공인에 대한 명예훼손이 명료하게 해결되는 것도 아니다. 그러나 명예훼손의 위법성을 판단하는 단계에서 공인에 해당하는지 여부를 고려해야 한다. 이 경우 공인인지 여부에 따라 위법성에 관한 판단기준이 결정되는 것은 아니고 공인인지 여부와 함께 표현의 내용도 고려해야 한다. 따라서 내용 기준 접근방법에서 미국 판례와 같은 신분 기준 접근방법으로 전환할 필요는 없다. 공인이라고 해서 일률적으로 동일한 기준이 적용되는 것도 아니다. 명예훼손의 피해자가 고위 공직자인지 여부, 어떠한 임무와 권한을 갖고 있는지, 표현의 내용이 공익에 관한 것인지 여부 등에 따라 위법성을 판단하는 기준이 달라질 수 있다.

## IV. 공인의 사생활 공개 범위와 한계

### 1. 미국의 프라이버시권과 공인 이론

#### (1) 프라이버시 침해의 요건

(가) 프라이버시권은 1890년 미국에서 발표된 기념비적인 논문<sup>70)</sup>에서 처음으로 주장되었다. 이것은 처음에 ‘홀로 있을 권리(the right to be let alone)<sup>71)</sup>’를 의미하는 것이었으나, 현재는 프라이버시 침해를 4개의 유형으로 구분하고 있다. 타인의 사적 영역에 대한 부당한 침입, 타인의 성명 또는 초상의 도용, 타인의 사생활에 대한 부당한 공표, 공중에게 타인에 대한 잘못된 인상(false light)를 부당하게 심어주는 공표가 그것이다.<sup>72)</sup> 위 4개의 유형 중에서 언론보도와 관련된 것은 주로 사생활 공표와 잘못된 인상을 심어주는 공표이다.

69) 박용상(주 28), 258면.

70) Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, The Right to Privacy (1890) 4 Harv. L. Rev. 193.

71) 이것은 Cooley 판사가 사용한 말이라고 한다. Prosser/Keeton, The Law of Torts, 5th ed., 1984, p. 849.

72) 이것은 Prosser, Privacy, 48 California Law Review 383 (1960)에서 제안된 것으로, 위 본문의 내용은 미국 불법행위법 리스테이트먼트 제652A조 제2항에 따라 번역한 것이다.

(나) 일반적으로 사생활의 공표가 프라이버시 침해가 되기 위해서는 ① 사적 사실들의 공개가 사적 공개가 아니라 공적인 공개이어야 하고, ② 공중에 공개된 사실들이 공적 사실이 아니라 사적 사실이어야 하며, ③ 공개된 사실이 통상의 감수성을 가진 합리적인 사람에게 매우 불쾌하게 여겨지는 것이어야 한다.<sup>73)</sup> 미국 제2차 불법행위 리스테이트먼트(Second) of Torts는 제 652D조에서 ‘사생활의 공표’에 관하여 다음과 같이 정하고 있다.

“다른 사람의 사생활에 관한 사안을 공표한 자는 그의 프라이버시 침해에 대하여 다른 사람에게 책임이 있다. 다만 공표된 사실이 다음과 같은 종류의 것이어야 한다.

- (a) 합리적인 사람에게 매우 불쾌하고,
- (b) 공중의 정당한 관심사가 아닌 것”.

일반인에 대한 보도라고 하더라도 공중의 정당한 관심사에 속하는 경우에는 프라이버시 침해가 되지 않는다. 원고에 관한 기사나 사진이 원고를 당혹스럽게 하거나 감정적인 괴롭힘을 주는 경우에도 보도할 가치가 있다면 공표를 할 수도 있다.<sup>74)</sup> 이를 보도가치 원칙(newsworthiness principle)이라고 한다.

한편, 공공장소에서 촬영을 하는 것은 허용된다. 가령 공원에서 사진을 촬영하여 공원 홍보에 사용한 사례에서 공공장소라는 점을 들어 프라이버시 침해를 부정한 판결이 있다.<sup>75)</sup> 그러나 개인의 주택 등 사적 공간에서 촬영된 사진을 보도하는 것은 허용되지 않는다.<sup>76)</sup>

(다) 미국에서는 대체로 타인에게 잘못된 인상을 심어주는 행위를 프라이버시 침해로 보고 있다. 이것을 명예훼손과 구별할 수 있는지 문제된다. 허위의 사실을 적시한다는 점에서는 명예훼손과 마찬가지로이다. 그러나 잘못된 인상으로 인한 프라이버시 침해는 명예를 훼손할 필요가 없기 때문에, 명예훼손과는 구별된다.<sup>77)</sup> 이 유형에 속하는 전형적인 예는 바이런이 지은 시가 아닌데도 바이런이 지은 시라고 발표한 사례이다.<sup>78)</sup> 바이런이 형편없는 시를 썼다는 잘못된 인상을 심어주었다는 것이다.

미국 제2차 불법행위 리스테이트먼트 제652E조는 ‘사람에 대한 잘못된 인상을 심어주는 공표’라는 표제하에 다음과 같이 규정하고 있다.

“타인에 관한 사안에 대하여 공중에게 잘못된 인상을 심어주는 공표를 한 자는 다음과 같은 경우

73) 위 ②의 요건에 관하여는 사적 사실과 공적 사실의 구분이 모호하다는 비판이 있다. 어떤 사실이 공개된 장소에서 발생했더라도 공개가 허용되는 것은 아니다. 그러나 위 ③의 요건에 관하여는 이견이 없다.

74) Cape Publication, Inc. v. Bridges, 423 So. 2d 426 (Fla. App. 1982), review denied, 431 So. 2d 988 (Fla. 1983); Howell v. New York Post, Inc., 612 N.E. 2d 699 (N.Y. 1993); Baugh v. CBS, INC., 828 F. Supp. 745 (N.D. Cal. 1993).

75) Schifano v. Greene County Greyhound Park, Inc., 624 So. 2d 178 (Ala. 1993).

76) Restatement Second of Torts 제552B조.

77) Prosser/Keeton(주 71), p. 863.

78) Lord Byron v. Johnston, 1816, 2 Mer. 29, 35 Eng. Rep. 851 (1816).

프라이버시 침해에 대하여 책임이 있다.

(a) 타인에 대하여 심어준 잘못된 인상이 합리적인 사람에게 있어 심하게 불쾌하고,

(b) 행위자가 공표한 사안의 허위성과 타인에게 심어질 잘못된 인상에 대하여 알았거나 무모하게 무시하면서 행위를 한 경우”

공중에게 잘못된 인상을 심어주는 표현으로 인한 프라이버시 침해는 공인에 대한 명예훼손의 경우와 마찬가지로 현실적 악의 기준이 적용된다. *Time, Inc. v. Hill* 사건<sup>79)</sup>에서는 허구의 연극이 범 죄피해자인 원고의 실제 경험을 재연한 것이라고 보도한 것이 프라이버시 침해가 되는지 문제되었다.<sup>80)</sup> 미국의 연방대법원은 언론기관이 과실로 원고에 대하여 잘못된 인상을 불러일으키는 표현을 사용하였다고 하더라도 현실적 악의가 없는 한, 프라이버시의 침해에 대한 책임을 지지 않으며, 언론기관이 진실이 아님을 알고 있었거나 또는 그 진위를 무모하게 무시하였다는 점을 원고가 증명해야만 언론기관이 프라이버시 침해로 인한 책임을 진다고 판결하였다<sup>81)</sup> 이 판결 이후에 나온 *Gertz* 판결에 의하여 이 판결의 법리가 수정되어야 하는지 논란이 있으나, 공중에게 잘못된 인상을 심어주는 경우에는 명예를 훼손하는 것은 아니기 때문에, 현실적 악의 기준이 적용된다고 볼 수 있다.<sup>82)</sup>

## (2) 프라이버시의 한계: 공중의 정당한 관심사

공적 인물의 사생활이나 사진 또는 영상을 보도하는 경우에는 허위보도의 경우와 달리 언론이 거의 책임을 지지 않는다.<sup>83)</sup> 그 근거로 공적 인물은 ① 공개를 원했거나 공개에 동의했다는 점, ② 그의 존재나 직업이 이미 공적 성격을 띤다는 점, ③ 언론은 대중에게 공익에 관한 정당한 관심사항으로 된 것을 알릴 특권을 헌법상 보장받는다라는 점 등을 든다.<sup>84)</sup> 그러나 유명한 영화배우라도 친구끼리 모여 노는 것과 같은 단순한 사생활은 프라이버시에 의하여 보호된다.

그리고 언론이 공공의 이익에 관한 사항을 보도한 경우에는 프라이버시 침해가 되지 않는다.<sup>85)</sup> 보도적 가치, 뉴스가치가 있는 것을 보도하는 것은 국민의 알 권리를 충족시키는 것으로 언론의 자유에 의하여 보장되어야 하기 때문이다. 공공의 이익은 정보의 이익이라고도 하는데, 사회구성원이 어떤 사실을 아는 데 정당한 관심을 가지고 있고, 그것을 아는 것이 사회에 이익이 되는 것을 가리킨다.

79) 385 US 374, 17 L. ed. 2d 456, 87 S. Ct. 534 (1967).

80) 즉, 원고의 집은 1952년 3명의 탈주범에 의하여 점거되었고, 원고(Hill)와 그의 가족은 19시간 동안 인질로 붙잡혀 있었다. 1953년에 한 작가가 그 사건에 관한 소설을 펴냈는데, 몇 가지 사실은 완전한 허구였다. 그 후 소설은 연극으로 공연되었다. 1955년에 *Life*지는 연극의 사진과 그 기사를 실었는데, 위 연극이 원고와 그 가족의 실제 경험을 재연하는 것이라고 묘사하였다.

81) 이것은 명예훼손에 관한 뉴욕타임즈의 원칙을 적용한 것이다. 그 후 *Cantrell v. Forest City Publishing Co.*, 419 U.S. 245, 95 S.Ct. 465(1974)에서는 피고측이 공중에게 원고에 대하여 오해를 불러일으킬 것이라는 것을 알면서 보도를 하였다는 이유로 피고의 책임을 인정하였다.

82) *Smolla*(주 15), § 10:16.

83) *Prosser/Keeton*(주 71), p. 862; *김재형*(주 54), 132면.

84) *Prosser/Keeton*(주 71), p. 411.

85) *Warren/Brandeis*(주 70), p. 214에 의하면, 프라이버시는 공공의 이익 또는 일반적 이익이 되는 사항의 공개를 금지하는 것은 아니라고 하였다.

미국의 판례는 영화회사가 뉴스영화의 일부분으로 원고 등 비만한 여성들이 살빼는 기구를 이용하여 체조하는 장면을 촬영하여 영화관에서 상영한 사안에서, 이를 공공의 이익에 관한 것이라고 보았다.<sup>86)</sup>

그러나 단순히 대중의 호기심을 충족시키는 것에 불과한 것은 정당한 관심의 대상이라고 보기 어렵다. Diaz v. Oakland Tribune<sup>87)</sup>에서는 대학 최초의 여성학생회장인 디아즈의 성전환 사실을 보도한 것이 허용되는지 문제되었다. 법원은 원고가 학생회장으로서 일정한 목적 하에 공적인 인물이 되지만, 성별은 뉴스가치가 없다고 보아 프라이버시 침해를 인정하였다.

한편 Barber v. Time Inc. 사건<sup>88)</sup>에서는 원고의 성명을 밝힐 필요가 있는지 문제되었다. Barber 여사는 희귀한 병에 걸려 종합병원에 입원하여 치료를 받고 있었다. 병의 증상은 계속 먹어도 체중이 줄어드는 특이한 것이었다. 이 사실이 언론에 알려지자 사진기자는 그녀의 항의에도 불구하고 사진을 찍어 신문에 보도하였다. 그 후 Time지는 '의학란'에 그녀에 관한 기사를 게재하였는데, 이 기사의 표제는 '굶주린 대식가'이었고 그녀의 얼굴을 클로즈업한 사진의 아래에는 "탐욕스런 대식가 Barber, 그녀는 열 사람 분을 먹는다"라는 문구가 쓰여 있었다. 미주리주 대법원은 프라이버시 권에는 사적 사항을 공개당하지 않는 상태에서 가정이나 병원에서 의학적 치료를 받을 수 있는 권리가 포함되고, 공중에게 의학정보를 제공하기 위하여 원고의 성명을 밝힐 필요는 없다고 하여 원고승소의 판결을 하였다.

일반적으로 공개되는 공적 기록(public record)으로부터 얻은 정보는 대체로 공공의 이익에 관한 것이라고 한다. 이에 관한 미국 연방대법원은 매우 확고한 태도를 취하고 있다. 미국 연방대법원은 Cox Broadcasting Corp. v. Cohn 사건<sup>89)</sup>에서 언론기관이 소송기록에 있는 강간피해자의 이름을 보도한 경우에도 프라이버시 침해를 부정하였다. Florida Star v. B.J.F. 사건<sup>90)</sup>에서는 경찰이 공중에 배포한 보도자료에서 입수한 강간 피해자의 이름을 공표한 것에 대하여 민사 책임을 인정하는 것이 수정 헌법 제1조에 부합하는지가 문제되었다. 연방대법원은 이 경우에도 부정하였다. 문제된 정보가 형사사법절차가 개시되지도 않았고 용의자도 특정되지 않은 시점에서 경찰이 배포한 보고서에서 나온 경우에도 보도할 수 있다는 것이다. 그러나 미국의 Macon Telegraph Publishing Co. v. Tatum 사건<sup>91)</sup>에서는 침입자가 손에 칼을 들고 바지를 내린 상태에서 침대에 접근하는 순간 그를 총으로 쏘아 죽인 여자의 이름과 주소를 공표한 것은 프라이버시 침해에 해당한다고 보았다.<sup>92)</sup>

86) Sweenek v. Pathe News, Inc., 6 F. Supp. 746 (1936).

87) 139 Cal. App. 3d 118 (1983).

88) 348 Mo. 1199 (1942).

89) 420 U.S. 469 (1975).

90) 491 U.S. 524 (1989).

91) 208 Ga. App. 111, 21 Media L. Rep. 1116 (1993).

92) 조지아 주에는 언론이 성범죄의 피해자의 이름을 공표하는 것을 금지하는 강간비밀보호법(Rape shield law)이 있는데, 원고의 소가 이 법률에 근거한 것이 아니라 보통법상의 프라이버시 침해에 근거를 둔 것이다. 그러나 법원은 프라이버시를 보호하기 위하여 위 법률이 제정되었다는 점을 고려하였다.

강간피해자의 이름을 공표하는 것은 허용되지 않지만, 공소장이나 경찰 보고서 등 공적 기록에 나와 있는 것을 보도하는 것은 허용된다는 것이다.

## 2. 독일의 인격영역론과 시대사적 인물

### (1) 인격영역론

#### (가) 개설

개인의 사생활에 침입하거나 이를 공개하는 경우에 불법행위가 성립하는데, 사생활 침해를 판단하는 것은 매우 어려운 문제이다. 이와 관련하여 독일의 인격영역론(Sphärentheorie der Persönlichkeit)을 주목할 필요가 있다. 이것은 인격의 영역을 다양한 영역으로 구분하고, 각각의 영역에 따라 인격권 침해 여부를 판단하여야 한다는 것이다.<sup>93)</sup>

#### (나) 인격영역의 구분

독일에서 인격권에 관한 연구로 유명한 Hubmann은 인격권의 보호범위로 개인영역(Individualsphäre), 사적 영역(Privatsphäre), 비밀영역(Geheimsphäre)을 들고 있다.<sup>94)</sup> 그 후 인격영역을 구분하는 다양한 견해가 제시되었다. 여기에서는 인격영역을 상세하게 구분하고 있는 견해를 중심으로 살펴보고 이를 좀 더 간략하게 구분하는 견해를 살펴보고자 한다.

ㄱ) Wenzel은 인격영역을 5개의 영역으로 구분하고 있다.<sup>95)</sup>

#### ① 내밀영역(Intimsphäre 또는 Intimbereich)

내밀영역<sup>96)</sup>은 인간의 자유의 최종적이고 불가침적인 영역을 포함한다. 내밀영역에 해당하는 것으로 성적 영역에 관한 사항을 들 수 있다. 이것은 가장 좁은 인격영역으로서, 제3자의 침입으로부터 가장 강력한 보호를 받는다. 권리자가 이를 포기할 수도 있지만, 그 포기는 예외적으로 인정되어야 한다. 정치가의 경우에도 내밀영역의 보호를 받고, 특히 선거운동에서도 마찬가지이다.

#### ② 비밀영역(Geheimsphäre)

비밀영역<sup>97)</sup>은 이성적으로 평가를 할 경우 공공에게 노출되어서는 안 될 인간의 생활영역

93) Larenz/Canaris(주 45), S. 503.

94) Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 269. 또한 H.Hubmann, JZ 1957, 521, 524도 참조.

95) 이하는 주로 Wenzel(주 49), RN 5,29ff.에 의한 것이다. 그리고 Durnz, BGB-RGRK, 12. Aufl., 1989, §823 Anh. I, RN 12ff도 마찬가지이다.

96) Wenzel(주 49), RN 5,39ff.

97) Wenzel(주 49), RN 5,33ff.

이다. 개인적인 편지의 내용, 비밀스러운 전화내용, 사생활에 관한 일기 등이 이에 속한다.<sup>98)</sup> 비밀영역에 속하는 사항이 비밀스러운 성격을 갖고 있는 경우에 원칙적으로 당사자의 동의가 있어야만 공개할 수 있고, 동의한 방식에 따라 공개해야 한다. 나아가 직업적, 영업적인 기록도 비밀영역으로서 보호받을 수 있다고 한다.<sup>99)</sup> 정보에 관한 자기결정권은 원칙적으로 개인적인 생활사실을 언제, 어떤 한계 내에서 공개할지를 스스로 결정할 권능이다. 따라서 당사자의 비밀유지의사가 있어야 비밀영역으로서 보호될 수 있고, 비밀영역에 속하는 사실이 일반적으로 알려진 경우에는 인격권에 의한 보호를 받지 못한다.

### ③ 사적 영역(Privatsphäre)

사적 영역<sup>100)</sup>은 가족, 가정, 친구, 친척과 같이 친밀한 범위 내에서 이루어지는 일상생활의 영역으로, 결혼 전의 이야기, 부부간의 다툼 등이 이에 속한다. 가족구성원이나 친구 등 가까운 사이에서는 친밀성 때문에 좀 더 솔직하게 행동할 수 있기 때문에 보호를 받아야 한다. 또한, 사적인 대화가 직업과 관련된 경우에도 사적 영역에 속할 수 있다. 유명인이나 정치가도 사적 영역에 관하여 보호를 받는다.<sup>101)</sup>

사적 영역은 절대적인 보호를 받지 못한다. 사적 영역이 언론에 보도된 경우에는 언론, 표현의 자유와 긴장관계에 있게 된다. 이러한 경우 이익형량을 하여야 하는데, 제반 사정에 비추어 정보의 이익(Informationsinteresse)이 당사자의 개인적인 이해보다 우월한 경우에는 언론이 당사자의 동의를 받지 않고 사적 영역에 관하여 공표하더라도 적법하게 된다.<sup>102)</sup> 가령 시대사적 인물의 경우에는 사적 영역이나 가족의 영역에 관한 정보에 대하여 정당한 공공의 이익이 있다고 볼 수 있다. 그러나 신문의 독자에게 오락거리를 제공할 필요는 그와 같은 공격을 정당화하지 못한다.<sup>103)</sup>

98) 형법의 비밀침해죄, 업무상 비밀누설죄는 비밀영역을 보호하는 것이라고 한다.

99) BGHZ 73, 120; BGH NJW 62, 32.

100) Wenzel(주 49), RN 5.46f. 박용상, "표현행위에 대한 부작위청구권", 기업과 법(도암김교창변호사화합기념), 1997, 264면은 私事의 領域이라고 한다.

101) BGHZ 73, 120. 이 판결은 기민당(CDU)의 간부인 원고들의 사적인 전화를 도청한 내용을 보도한 것에 대하여 인격권 침해를 인정한 것이다.

102) BVerfGE 35, 202(Lebach 사건). 한편 BGHZ 27, 284는 대화상대방의 동의 없이 대화를 녹음하는 것은 통상 일반적 인격권을 침해하는 것이라고 하고, 증거를 수집하려는 목적이 있다는 것만으로 인격권의 침해를 정당화할 수 없다고 하였다.

103) OLG Hamburg NJW 1970, 1325. 이 판결에서 프러시아의 프리드리히 윌리엄 왕자의 부인인 원고의 이혼의사에 관한 신문 보도가 문제되었다. 원고는 프리드리히 윌리엄 왕자와 결혼함으로써, 결혼에서 출생한 아들과 함께 호헨졸레른 가문의 구성원이 되었다. 그러나 그렇다고 하더라도 그녀를 그 사생활을 언론이 동의 없이 보도할 수 있는 시대사적 인물이라고 볼 수는 없다. 그녀의 남편은 공공의 삶에서 많은 역할도 없고, 예술, 과학 또는 스포츠에 관하여 일반적인 관심을 불러일으키지도 않았기 때문에, 시대사적 인물이라고 볼 수 없다. 호헨졸레른 가문의 최연장의 직계 자손이라는 사실만으로 그를 시대사적 인물이라고 볼 수 없고, 프러시아의 루이스 페르디난트 왕자가 그를 중에 포함되는지도 사실상 의문의 여지가 있다. 원칙적으로, 현재의 역사는 현재 중요하고 일반적으로 이익이 있는 사건들을 포함하는 것으로 이해되어야 한다. 호헨졸레른 가문의 구성원들은 이러한 점에 비추어 현재의 시대사적 인물에 해당하지 않는다. 왜냐하면 그들이 정치적 또는 문화적 삶에서 지위를 점하고 있지 않기 때문이다. 만약 루이스 페르디난트 왕자가 실제로 독일 국민이 그를 부를 경우에는 준비가 되어 있다고 말하였다고 하더라도 현재의 역사적 인물이 되지는 아니한다. 왜냐하면 이는 개인의 주관적 태도에 관한 문제가 아니기 때문이다. 단절이 있기는 하였지만, 독일은 50년 동안 공화국이었고, 호헨졸레른 가문은 황제 빌헬름 2세의 퇴위 이래 역사적 중요성밖에 가지지 않게 되었다.

#### ④ 사회적 영역(Sozialsphäre)

사회적 영역<sup>104)</sup>은 사회공동체의 구성원으로서 활동하는 개인의 생활영역으로, 직업활동이나 사회활동이 이에 속한다. 사회적 영역에 관해서도 언론이 자유롭게 보도할 수는 없고 원칙적으로 당사자에게 보도 여부에 대한 결정권이 유보되어 있다. 그러나 언론은 사회적 영역을 사적 영역의 경우보다는 훨씬 자유롭게 보도할 수 있다.

#### ⑤ 공적 영역(Öffentlichkeitssphäre)

공적 영역<sup>105)</sup>은 모든 사람이 인식할 수 있고, 경우에 따라서는 인식하여야 할 인간생활의 영역으로, 사회정치적 영역, 국가영역이 있다. 이에 관하여 보도를 하는 것은 인격권 침해에 해당하지 않는다. 그러나 공적 영역에서 녹취한 개인의 대화나 촬영된 사진을 영리목적으로 이용하는 것까지 허용되지는 않는다.

ㄴ) 그러나 인격영역을 좀 더 단순하게 내밀영역, 사적 영역, 공공 또는 사회적 영역으로 구분하기도 한다.<sup>106)</sup> 내밀영역은 건강, 성별, 일기장에 기록한 개인적인 생각 등이 있다. 위 ㄱ)에서는 내밀영역과 비밀영역을 구분하고 있으나, 여기에서는 위 두 영역을 합친 것으로 볼 수 있다. 사적 영역은 가족, 집과 부부생활을 포함한다. 사적 영역의 공표는 이익형량을 통해서 결정된다. 사회적 또는 공공 영역에는 정치활동이나 경제활동이 포함된다.

#### (다) 인격영역에 대한 침해

인격영역론은 인격영역을 구분하여 인격권에 의한 보호의 정도를 다르게 보는 것이다. 가령 내밀영역은 절대적 보호를 받고, 사적 영역은 이익형량을 통하여 해결하며, 사회적 영역에 대해서는 사적 영역보다 자유롭게 보도할 수 있다. 그러나 인격영역을 구분하는 방법이 통일되어 있는 것은 아니다. 가령 내밀영역과 비밀영역을 구분하지 않고 설명하기도 한다.

독일에서 종전에 내밀영역은 절대적인 보호를 받아야 하고, 그것을 침해한 경우에는 위법성을 띠게 된다고 하였다.<sup>107)</sup> 그러나 내밀영역에 대해서도 이익형량이 필요하다는 판결도 있었다.<sup>108)</sup> 독일 연방대법원은 최근에 포르노영화에 출연한 배우에 대한 보도가 인격권을 침해하는지 여부가 문제된 사안에서 내밀영역도 절대적으로 보호되지 않는다고 하였다.<sup>109)</sup>

104) Wenzel(주 49), RN 5.54ff.

105) Wenzel(주 49), RN 5.60ff. 공적 영역은 공개적 영역이라고도 한다.

106) Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 5. Aufl., 2005, 325.

107) BGH NJW 79, 647; BGH NJW 81, 1366.

108) BGH, NJW 1988, 1984, 1985; OLG Hamburg, NJW 1967, 2314, 2316; KG Berlin Afp 2004, 371.

109) BGH, Urteil vom 25. Oktober 2011 – VI ZR 332/09.

그리고 비밀영역, 사적 영역 등 그 밖의 영역에 대한 침해가 문제되는 경우에는 영역의 구분에 따라 해결할 수 없고 정보획득의 방법이 더 중요한 의미를 갖는다는 견해가 있다.<sup>110)</sup> 내밀영역을 침해한 경우에는 결과불법이 있는 것이고, 그 밖의 영역에서는 행위자가 어떻게 행위했는지가 결정적인 것이기 때문에 행위불법이 문제된다고 한다. 공개적인 발언, 예컨대 공개적인 장소에서 행해진 대화, 강연 등을 은밀하게 녹음한 경우에도 정당한 사유가 없는 한 일반적 인격권 침해가 될 수 있다.<sup>111)</sup> 사생활을 공개하는 경우에는 정보획득의 방법과 유포된 사실의 종류를 고려하여 위법성을 판단한다.<sup>112)</sup> 타인의 사생활에 관한 정보를 적법하게 획득한 경우에도 이를 공개하는 것이 위법하게 될 수 있다.<sup>113)</sup> Lebach 사건에서는 살인사건의 범인이 출소하기 직전에 텔레비전에서 그 사건에 관한 다큐멘터리를 방송한 것이 문제되었는데, 독일 연방헌법재판소는 범인의 사회복귀 이익이 정보의 이익보다 우선한다는 이유로 허용되지 않는다고 하였다.<sup>114)</sup>

공인의 경우에 사생활을 보호할 것인지는 이익형량을 통하여 위법성을 판단한다. 그런데 이에 대한 판결들이 일관성을 갖는지는 명확하지 않다. 왕실 후손의 부부문제와 이혼문제를 보도한 것이 적법하다고 한 판결이 있다.<sup>115)</sup> 반면에 독일의 전 총리인 슈뢰더가 아내와 문제가 있고 유명 TV 저널 리스트와 부적절한 관계를 가졌다고 보도한 것을 금지한 하급심 판결도 있다.<sup>116)</sup> 이 판결에서는 사생활 보도를 정당화할 만한 공공의 이익이 없다고 본 것이다.

### (3) 시대사적 인물 법리

(가) 독일 회화적 예술과 사진 작품에 대한 작가의 권리에 관한 법률(이하 ‘예술저작권법’이라 한다)<sup>117)</sup> 제22조는 초상권에 관하여 정하고 있는데, 제23조에서 그 예외를 정하고 있다. 제23조 제1항 제1호는 시대사적 인물에 대해서는 피촬영자의 동의 없이도 공개될 수 있다고 정하고 있다. 그러나 피촬영자의 정당한 이익이 침해되어서는 안 된다고 한다(제23조 제2항). 독일의 학설과 판례는 시대사적 인물을 절대적 시대사적 인물과 상대적 시대사적 인물로 구분하고 있다. 절대적 시대사적 인물은 사생활에 속하지 않는 모든 것에 공중의 정당한 정보이익이 있는 인물로서 군주, 대통령, 유명 연예인이나 스포츠 스타 등이 포함된다. 상대적 시대사적 인물은 특정사건과 관련해서만 공중의 정당한 정보이익이 있는 인물이다.

110) Larenz/Canaris(주 45), S. 503f.

111) Larenz/Canaris(주 45), S. 504ff.

112) Larenz/Canaris(주 45), S. 508f.

113) Hubmann(주 93), S. 302ff., S. 306ff; Soergel-Zeuner §823 Rdn. 83; Larenz/Canaris(주 45), S. 508f.

114) BVerfGE 35, 202.

115) BGH, NJW 1999, 2893, 2894

116) LG Berlin, AfP 2003, 174, 176; LG Berlin, AfP 2006, 394, 395

117) Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (KunstUrhG).

독일 연방대법원 1965년 1월 15일 판결<sup>118)</sup>에서는 피고가 원고의 사진 옆에 나치 친위대장에 관한 기사를 게재하여 원고가 마치 나치 친위대장으로 오인될 수 있도록 한 것이 문제되었다. 이 판결은 원고의 일반적 인격권과 초상권 침해를 인정하면서, 예술저작권법 제23조 제1항에서 피촬영자의 동의 없이 사진을 게재할 수 있는 경우를 정하고 있지만, 이것은 피촬영자의 정당한 이익을 침해하는 사진을 게재하는 것을 허용하지 않는다고 하였다.

(나) 모나코의 캐롤라인(Caroline) 공주가 파파라치가 찍은 사진을 보도한 독일의 언론사를 상대로 소를 제기한 일련의 판결은 사생활과 초상권에 관한 중요한 선례이다. 이를 상세히 살펴보고자 한다.

독일 연방대법원 1995년 12월 19일 판결<sup>119)</sup>은 모나코의 캐롤라인(Caroline) 공주 사건에 관한 것이다. 언론사들이 캐롤라인 공주의 사진을 공표한 것이 그녀의 초상권을 침해하는 것인지 문제되었다. 사진들은 세 종류로 분류할 수 있다. (1) 캐롤라인 공주가 Saint-Rémy-de-Provence의 식당 정원에서 배우 Vincent Lindon과 함께 찍힌 사진. 이 사진에는 ‘Vincent와 그녀의 연애에서 가장 애정어린 사진’이라는 언급이 있었다. (2) 캐롤라인 공주가 공공장소에서 그녀의 아이들과 함께 있는 사진. (3) 캐롤라인 공주 등이 공공장소에서 말을 타고 있는 사진, 그녀 혼자서 쇼핑하는 사진, Lindon과 식당에서 식사하는 사진, 혼자 자전거 타는 사진, 시장에서 경호원들과 있는 사진, 오스트리아에 공개적으로 스키 휴가를 간 사진, Ernst August von Hannover 왕자와 함께 있는 사진, 파리의 집에서 혼자 떠나는 사진, 남편인 Ernst August von Hannover 왕자와 테니스 치고 그들의 자전거를 내려놓는 사진, 그녀가 Monte Carlo Beach Club에서 장애물에 걸려 넘어지는 사진. 위 법원은 다음과 같이 판단하고 있다.

① 독일 예술저작권법 제23조 제1항, 제2항에 의하면, 시대사적 인물의 사진들은 피촬영자의 정당한 이익이 침해되지 않는다면, 피촬영자의 동의 없이 유포되고 전시될 수 있다. 캐롤라인 공주는 절대적 시대사적 인물에 속한다.

② 절대적 시대사적 인물의 사진들을 동의 없이 사용하는 데 제한이 없는 것은 아니다. 언론의 자유(독일 기본법 제5조)에 의하여 보호되는 정보에 대한 공공의 이익이 인격권(기본법 제2조)보다 우위에 있는지 여부는 개별 사건에서 가치와 이익을 형량함으로써 결정되어야 한다.

118) BGH NJW 1965, 1374.

119) BGHZ 131, 332. 이 판결과 그 이후의 경과에 관한 소개로는 안병하, “독일 인격권 논의의 근래 동향 - 카롤리네(Caroline)와 말레네(Marlene)”, 한독법학 제17권(2012), 77면 이하도 참조. Caroline은 독일어 발음으로는 카롤라인이지만, 우리나라에서는 캐롤라인으로 알려져 있어서 이 글에서는 캐롤라인이라고 표기한다.

③ 사적 영역이 집 안으로 한정되는 것은 아니다. 공공 장소라고 하더라도 분리된 장소에서 촬영된 사진을 발행하는 것은 허용되지 않는다. 피고가 음식점 정원에서 촬영된 캐롤라인 공주의 사진을 발행하는 것은 금지된다. 그러나 그 밖의 장소에서 촬영된 사진의 발행은 적법하다. 사진은 누구나 접근가능한 장소에서 촬영될 수 있다. 원고는 이러한 공공장소에 들어가서 대중의 일부가 된다. 원고는 절대적 시대사적 인물로서, 대중이 원고가 공공장소에서 무엇을 하고 어떻게 행동하는지, 그것이 시장에서 장을 보는 것이거나 카페에 있는 것이거나 운동을 하는 것이거나, 또는 그녀 자신의 삶에서 일상적인 행동이든지, 그것을 아는 데 상당한 이익을 가진다는 점을 받아들여야만 한다. 원고는 프랑스에서 그러한 것처럼<sup>120)</sup> 독일에서 이러한 사진들의 출판이 금지되기를 원하지만, 독일에서 그것은 불가능하다.

(다) 독일 연방헌법재판소 1999년 12월 15일 결정<sup>121)</sup>은 위 연방대법원 판결에 대한 것이다. 그 내용은 다음과 같다.

캐롤라인 공주는 절대적 시대사적 인물이다. 캐롤라인 공주의 일반적인 인격권이 인정된다고 해서 절대적 시대사적 인물이 사회에서 그들의 역할을 수행하는 사진에 한하여 동의 없이 공표될 수 있는 것은 아니다. 대중의 관심은 그들의 역할 수행에만 있는 것이 아니고, 그 특별한 역할과 영향 때문에, 이러한 인물들이 일반적으로 대중 앞에서 행동하는 방식에 관한 정보로 확장될 수 있다. 대중은 종종 우상이나 롤모델로 여겨지는 개인들의 사적인 행동이 공식적인 자리에서의 그들의 행동과 확실히 일치하는지 여부를 판단하는 데 상당한 관심을 가지고 있다.

캐롤라인 공주가 시장에서 보디가드를 동반하여 쇼핑을 하는 사진이나 사람이 많은 레스토랑에서 남자친구와 함께 식사하는 사진의 공표를 금지시킬 수는 없다. 일반대중으로 번잡한 공개된 장소나 다른 사람에게 노출되어 있던 장소에서 촬영된 사진의 공표는 허용된다. 캐롤라인 공주가 혼자 말을 타고 있거나 자전거를 타는 사진에 관해서도 마찬가지이다. 그러나 그녀의 아이들과 함께 있는 신청인의 사진들은 가족이나 자녀에 관한 기본법 규정과 관련하여 이익형향이 필요하다. 이러한 사진에 관하여 독일 연방대법원의 판결을 파기환송하였다.

독일 연방헌법재판소는 캐롤라인 공주가 절대적 시대사적 인물이기 때문에 비록 사적인 활동을 하고 있더라도 공공장소에서 촬영된 사진을 보도할 수 있다고 판결한 것이다.

120) 프랑스 민법 제9조는 “모든 사람은 그 사생활을 존중받을 권리가 있다.”라고 정하고 있다. 프랑스에서 이러한 사진들의 출판은 프랑스 민법 제9조에 따라 원칙적으로 피촬영자의 허락이 있을 경우에 한하여 허용된다.

121) BVerfG 101, 361.

(라) 이에 대해 캐롤라인 공주는 유럽인권협약(The European Convention on Human Rights)을 위반했다고 주장하면서 유럽인권법원에 제소하였다.

1998년 유럽인권협약 제8조 제1항은 “모든 사람은 그의 사생활과 가족생활, 그의 가정과 그의 서신에 대하여 존중받을 권리가 있다.”라고 정하고 있고, 제10조 제1항 제1문에서 “모든 사람은 표현의 자유를 가진다.”라고 정하고 있다. 위 두 권리가 충돌하는 경우에는 두 권리를 형량하는 것이 필요하다. 또한 위 두 권리는 상호 동등하게 가치가 있기 때문에, 절대적이지도 상하관계에 있지도 않다.<sup>122)</sup>

유럽인권법원은 2004년 von Hannover v. Germany 판결<sup>123)</sup>에서 다수의견은 캐롤라인 공주가 모나코 국가를 대표하여 활동하고 있지 않고, 공중은 캐롤라인 공주가 어디에 있으며 사생활에서 그녀가 어떻게 살고 있는지를 알아야 할 정당한 이익이 없다고 하면서 유명인이 사적인 장소에서 찍힌 가족사진을 게재하는 것은 위법하다고 하였다. 유명인도 언제 어떤 상황에서 사진이 찍힐지 결정할 수 있는 자유가 있다고 보고, 분리된 공간이 아닌 곳에서도 사생활의 정당한 기대를 갖는다고 보았다. 캐롤라인 공주는 모나코 왕가 소속이지만, 공적인 임무를 맡고 있지 않으므로, 공적 인물로 볼 수 없다고 하였다.

그 후 독일에서는 절대적 시대사적 인물의 경우에는 공공장소에서 촬영된 사진의 공개를 금지시킬 수 없다는 종전의 견해를 변경하였다. 이러한 사진이 시대사적 사건과 관련되어 공중의 정당한 정보이익이 있는 경우에만 동의 없이 공개될 수 있다는 것이다.<sup>124)</sup>

### 3. 사생활 침해의 위법성 판단 기준<sup>125)</sup>

(1) 사생활을 침해 또는 공개하는 경우에 프라이버시 침해가 인정된다. 이 경우에는 명예훼손과는 달리 진실인지, 진실이라고 믿었는지는 문제되지 않는다. 프라이버시 침해의 경우에는 보도내용이 진실하거나 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있다는 것이 증명되더라도 위법성이 조각되지 않는다.<sup>126)</sup> 언론피해구제법 제5조 제2항은 후단에서 “언론 등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우”에는 인격권 침해에 대하여 책임을 지지 않는다고 하고 있다. 그러나 이것은 명예훼손에 관하여 발전된 것인데, 프라이버시 등 인격권 침해에 일반적으로 적용되는 요건으로 정한 것은 문제가 있다.

122) Resolution 1165 (1998) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the Right to Privacy.

123) European Court of Human Rights, 24 June 2004 (Application no. 59320/00). 이에 관한 소개로는 김수정, '사생활의 자유와 언론의 자유의 형량,' 민사법학 제31호(2006. 3), 269면 이하도 참조.

124) BVerfG NJW 2008, 1793.

125) 김재형, “언론에 의한 명예 등 인격권 침해에 대한 구제수단과 그 절차”, 인권과 정의 제399호(2009. 11), 101면 이하 참조.

126) 양창수, “정보화사회와 프라이버시의 보호”, 민법연구 제1권, 박영사, 1991, 514면.

피해자가 동의<sup>127)</sup>한 경우에는 사생활을 공개하더라도 프라이버시 침해를 이유로 한 불법행위책임이 발생하지 않는 것이 원칙이다. 언론피해구제법 제5조 제2항 전단에서 “사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여” 인격권이 침해된 경우에는 책임을 지지 않는다고 정하고 있다. 피해자가 동의한 경우에는 원칙적으로 인격권 침해가 허용될 것이나, 이 경우에도 피해자의 동의가 사회상규에 반하지 않아야 할 것이다.

그렇다면 피해자의 동의가 없는 경우에는 사생활 등 프라이버시 침해가 허용되지 않는지 문제된다. 명예훼손에서 본 바와 같이 프라이버시의 경우에도 미국에서 발달한 공인 이론을 그대로 수용하는 것은 쉽지 않다. 그러나 공적 인물에 관한 보도는 공공의 이익 또는 공적 관심사에 속하는 경우가 많을 것이기 때문에, 공인에 관한 보도인지는 프라이버시 침해 여부를 판단할 때 중요한 고려요소가 된다.

대판 1998. 9. 4. 96다11327<sup>128)</sup>은 언론에 의한 프라이버시 침해에 관하여 중요한 판단기준을 제시하였다. 즉, “사람은 자신의 사생활의 비밀에 관한 사항을 함부로 타인에게 공개당하지 아니할 법적 이익을 가진다고 할 것이므로, 개인의 사생활의 비밀에 관한 사항은 그것이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이 아닌 한, 비밀로서 보호되어야 하고, 이를 부당하게 공개하는 것은 불법행위를 구성한다.”라고 판결하였다. 따라서 사생활의 비밀에 속하는 사항이 “공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항”에 해당하는 경우에는 이를 공개하더라도 불법행위가 되지 않는다고 볼 수 있다. 이 사건에서 원고가 실리콘을 이용한 유방확대수술을 받고 부작용으로 고통을 받고 있다고 하여 공적 인물이 되었다고 볼 수는 없다. 그러나 실리콘을 이용하여 유방확대수술을 받는 것이 위험하다는 보도내용은 공적 이익에 관한 것이고, 일반국민들이나 의사들에게 이에 관한 경각심을 고취시키기 위하여 원고와의 인터뷰를 방송했다고 볼 수 있다. 그러한 수술을 받고 부작용으로 고생하고 있는 사례로 위 방송에서 소개된 사람이 누구인가 하는 점은 개인의 사생활의 비밀에 속한 사항이지 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이 아니다. 공공의 이익에 관한 사항을 보도하는 경우에도 개인의 사생활을 과도하게 침해하는 것까지 허용된다고 볼 수는 없다.

한편, 대판 2006. 10. 13. 2004다16280(집 54-2, 민 37)은 보험회사 직원이 보험가입자를 미행하며 사진을 촬영한 사건에 대한 것이다. 대법원은 초상권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해는 그것이 공개된 장소에서 이루어졌다거나 민사소송의 증거를 수집할 목적으로 이루어졌다는 사유만으로는 정당화되지 않는다고 한다. 나아가 초상권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위를 둘

127) 독일에서는 Einwilligung, 미국에서는 consent라는 용어를 사용하고 있다. ‘승낙’이라는 용어를 사용할 수도 있으나, 계약의 성립 요건인 승낙과 구별하기 위하여 ‘동의’라는 용어를 사용하고자 한다.

128) 공 1998, 2377.

리싸고 서로 다른 두 방향의 이익이 충돌하는 경우에는 구체적 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량을 통하여 위 침해행위의 최종적인 위법성이 가려진다고 하면서, 이익형량과정에서 고려해야 할 요소를 세밀하게 제시하였다.

(2) 우리나라의 하급심 판결에서 정치인이나 고위직 공무원이 아닌데도 공적 인물에 해당한다고 보아 초상권 침해를 부정한 사례들이 있다. 위에서 본 이휘소 박사 사건<sup>129)</sup>과 대우그룹 회장인 김우중 평전 사건<sup>130)</sup>에서 공적 인물의 경우 자신의 사진, 성명, 가족들의 생활상이 공표되는 것을 어느 정도 수인하여야 한다고 판단하였다. 최근에도 국내 유명 재벌그룹의 경영인으로 우리 사회에 널리 알려져 있는 사람을 이른바 ‘공적 인물’의 지위를 취득하였다고 판결한 사례가 있다.<sup>131)</sup> 공인이나 유명인의 경우에는 언론에서 그 사진이나 영상을 공개하는 것이 넓게 허용되고 있다고 볼 수 있다.

#### 4. 사생활의 보호범위

##### (1) 내밀영역

위에서 본 대판 1998. 9. 4. 96다11327(공 1998, 2377)은 “개인의 사생활의 비밀에 관한 사항은, 그것이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이 아닌 한, 비밀로서 보호되어야 하고, 이를 부당하게 공개하는 것은 불법행위를 구성한다.”라고 판단하였다. 위 판결의 원심판결에서 “유방은 여성의 성적 부위의 하나로서 그 확대를 위한 성형수술은 여성의 비밀영역에 속한다고 할 것이므로 본인의 비밀보존의사가 있는 한 이를 가족, 친지, 친구 등으로부터도 비밀사항으로서 보호받아야 함이 마땅하다”고 한 부분을 주목할 필요가 있다. 이것은 독일의 인격영역론에서 말하는 비밀영역에 관한 법리를 수용한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 그러나 대법원에서는 이에 관한 판단을 하고 있지 않다. 다만 유방확대수술은 비밀영역이라기보다는 내밀영역에 가까운 것으로 볼 수 있다.

이와 같은 비밀영역이나 내밀영역에 속하는 사항은 강하게 보호된다고 보아야 한다. 공인의 경우에도 내밀영역이나 비밀영역에 있는 사항은 보호를 받아야 한다. 전면적 공적 인물의 경우에도 마찬가지이다.<sup>132)</sup> 이러한 영역에 속하는 사항을 공개하는 것이 적법하려면 극히 예외적으로 공개의 이익 또는 정보의 이익이 더 커야 할 것이다.

129) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결(하집 1995-1, 323).

130) 서울지판 1995. 9. 26. 85카합3438(법률신문 제2453호 13면).

131) 서울고판 2012. 3. 9. 2011나89080.

132) 박용상(주 28), 442면.

## (2) 사적 영역

(가) 대판 2013. 6. 27, 2012다31628<sup>133)</sup>에서는 재벌그룹 부회장인 원고 A와 그 약혼녀인 원고 B에 대한 사생활 침해가 문제되었다. 피고들은 이 사건 보도에서 원고들의 동의 없이 원고들의 사생활 영역에 속하는 양가 상견례, 데이트 장면 등을 상세히 묘사하고, 원고들을 무단으로 촬영한 사진을 함께 실었다. 또한 원고 B의 동의 없이 그녀의 얼굴을 무단으로 촬영하고 그 사진을 게재하였다.

원심은 피고들이 원고들의 사생활의 비밀과 자유를 침해하였고, 또 원고 B의 초상권을 침해하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고들은 공동불법행위자로서 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다. 나아가 원심은 이 사건 제2, 5기사 중 원고 B의 초상과 원고 A의 세부적인 사생활 장면이 나타나는 사진을 제외한 부분의 보도는 공중의 정당한 관심의 대상이 된 원고들의 사생활 영역에 관한 사항을 상당한 방법으로 공표한 것이라고 볼 수 있으므로 비록 이로 인하여 원고들의 사생활의 비밀과 자유가 침해되더라도 그 위법성이 조각되고, 피고들이 이 사건 제1, 3, 4, 6 기사를 공표하고 이 사건 제2, 5기사 중 위에서 본 사진 부분을 공표한 행위는 원고들의 사생활의 비밀과 자유, 원고 B의 초상권을 침해하는 행위로서 그 위법성이 조각되지 아니한다고 판단하였다.

대법원은 피고들의 상고를 기각하고 다음과 같이 판단하였다.

“개인의 사생활과 관련된 사항의 공개가 사생활의 비밀을 침해하는 것이더라도, 사생활과 관련된 사항이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 해당하고, 그 공개가 공공의 이익을 위한 것이며, 그 표현내용·방법 등이 부당한 것이 아닌 경우에는 위법성이 조각될 수 있다. 초상권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위를 둘러싸고 서로 다른 두 방향의 이익이 충돌하는 경우에는 구체적 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량을 통하여 침해행위의 최종적인 위법성이 가려진다. 이러한 이익형량과정에서, 첫째 침해행위의 영역에 속하는 고려요소로는 침해행위로 달성하려는 이익의 내용 및 그 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해행위의 보충성과 긴급성, 침해방법의 상당성 등이 있고, 둘째 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로는 피해법익의 내용과 중대성 및 침해행위로 인하여 피해자가 입는 피해의 정도, 피해이익의 보호가치 등이 있다. 그리고 일단 권리의 보호영역을 침범함으로써 불법행위를 구성한다고 평가된 행위가 위법하지 아니하다는 점은 이를 주장하는 사람이 증명하여야 한다(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007다71 판결 등 참조).”

이 판결은 초상권 침해에 관한 2006년 판례 법리를 사생활 침해에도 그대로 적용하고 있는데,

133) 이 판결의 사건명은 ‘사생활침해행위금지 등’이다.

사생활 침해의 위법성 판단기준을 제시하고 있다. 먼저 ① 사생활과 관련된 사항이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 해당하고, ② 그 공개가 공공의 이익을 위한 것이며, ③ 그 표현내용·방법 등이 부당한 것이 아닌 경우에 위법성이 조각될 수 있다고 한다. 사생활 공개의 위법성이 조각하려면 위 세 요건을 충족해야 한다.

A 부회장은 공적 인물이라고 할 수 있지만, 사생활 영역에 속하는 양가 상견례, 데이트 장면 등을 상세히 묘사하고 원고들을 무단으로 촬영한 사진을 실는 것은 사생활 침해에 해당한다고 보았다. 또한 A 부회장의 약혼녀의 동의 없이 그녀의 얼굴을 무단으로 촬영하고 그 사진을 게재한 것은 초상권 침해에 해당한다고 보았다. 유명인의 약혼녀의 초상과 유명인의 세부적인 사생활 장면이 나타나는 사진을 게재한 것은 초상권 침해에 해당하지만, 그 이외의 보도는 공중의 정당한 관심의 대상이 된 원고들의 사생활 영역에 관한 사항을 상당한 방법으로 공표한 것이라고 보아 사생활 침해의 위법성이 조각된다고 보고 있다.

(나) 서울중앙지방법원 2005. 7. 6. 선고 2004가합82527 판결은 원고 왕지현(예명: 전지현)은 일반인들에게 널리 알려진 유명 연예인으로서 상당한 인기를 누리고 있는 ‘스타’로 이른바 ‘공적 인물’이라고 할 수 있을 것이므로, 원고 왕지현의 사생활에 관한 사항에 해당하는 것이라도 공중의 정당한 관심의 대상인 경우도 있을 수 있을 것인데, 이 사건 기사의 경우 미혼의 유명 여자연예인인 원고 왕지현의 결혼 예정 사실 등을 보도하고 있어 그 내용이 일반인들로서 관심을 가질 만한 것이라고 판결하였다. 유명 연예인의 사생활에 관한 사항을 공중의 정당한 관심의 대상으로 보고 있는 점은 주목할 만하다.

(다) 집이나 호텔방과 같이 개인을 위하여 차단된 공간에서 이루어지는 생활은 사생활로서 보호를 받는다. 공공장소에서는 사생활 보호가 약화될 수 있다. 가공개된 장소에서도 사생활의 비밀이나 초상권이 보호받을 수 있다.<sup>134)</sup> 따라서 공개된 장소인지 여부는 사생활 보호의 결정적인 기준이 되는 것은 아니다.

공적 인물의 경우에도 양가 상견례나 데이트 장면은 사생활로서 보호를 받는다. 그러나 사생활에 속하는 사항이라고 하더라도 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 해당하는 경우에는 그 공개가 위법하지 않다.

공적 인물의 가족이나 연인은 공적 인물은 아니다. 따라서 이들의 사생활은 보호를 받아야 한다. 그러나 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 범위에서는 사생활의 공개가 허용된다. 위 대법원 판결은 공적 인물의 약혼녀에 대해서는 동의 없이 사진을 촬영하여 공개할 경우 사생활 침해와 초상권 침해로

134) 대판 2006. 10. 13. 2004다16280(집 54-2, 민 37).

서 위법하다고 보고 있다. 이러한 부분은 공중의 정당한 관심사에 속하지 않는다고 보아야 할 것이다.

### (3) 공적 영역

대판(전) 2011. 9. 2, 2008다42430<sup>135)</sup>은 언론보도에 관한 것은 아니지만, 사적 영역과 공적 영역의 구분에 관하여 시사하는 점이 있다. 변호사에 관한 정보를 제공하는 업체인 피고가 원고 변호사들의 신상정보, 인맥지수, 승소율을 제공한 것이 인격권을 침해하는 것인지 문제되었다. 대법원은 이 사건 사건정보, 승소율이나 전문성 지수 등에 대하여 원고들의 인격권을 침해하는 위법한 행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 변호사를 ‘공적인 존재’로 파악하고, 이 사건 사건 정보를 공적 정보로 보고 있다.

“변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 하는 공적인 존재에 해당하므로(변호사법 제1조, 제2조), 그 직무수행은 국민들의 광범위한 감시와 비판의 대상이 된다. 또한 이 사건 사건정보는 변호사 개인의 사적이고 내밀한 영역보다는 변호사의 직무수행의 영역에서 형성된 공적 정보로서의 성격을 강하게 지니고 있고, 그러한 공적 정보로서의 성격은 이 사건 사건정보가 피고에 의하여 변호사별로 재가공되더라도 변함이 없다.”<sup>136)</sup>

원고들은 변호사로서 적어도 변호사업무와 관련해서는 공적인 존재에 해당한다. 모든 변호사를 유명한 사람인지 여부와 무관하게 일률적으로 공적인 인물로 보고 그의 개인정보를 공개하는 것이 허용된다고 볼 수는 없다. 그렇다고 해서 변호사의 업무와 관련된 부분까지 무조건 사적인 영역에 속하는 것으로 볼 수도 없다. 우리나라에서는 변호사법의 규정, 변호사의 사회적 위치 등을 고려해 볼 때 변호사업무와 관련된 한도에서 변호사를 공적인 존재로 볼 수 있을 것이다. 그러나 변호사는 변호사의 업무와 무관한 영역에서는 공적 존재에 해당하지는 않는다. 따라서 변호사의 경우에도 사생활에 관한 부분은 일반인과 마찬가지로 보호를 받아야 한다.

### (4) 실명보도와 얼굴사진의 보도

언론에서 범죄사실을 보도하면서 실명으로 보도하는 것이 허용되는지, 익명이나 가명으로 보도

135) 공 2011, 1997.

136) 그러나 인맥지수 서비스에 관해서는 다수의견과 반대의견이 대립하였다. 다수의견은 원고들의 청구를 받아들여야 한다고 하면서 “위와 같이 산출된 인맥지수는 범조인 간의 친밀도라는 사적이고 인격적인 정보를 내용으로 하는 전혀 별개의 새로운 가치를 갖는 정보”이고, “이러한 인맥지수에 의하여 표현되는 범조인 간의 친밀도는 변호사인 원고들의 공적 업무에 대한 평가적 요소와는 무관한 사적인 영역에 속하는 정보”라고 파악한다. 이에 대하여 반대의견은 “이 사건 개인신상정보는 이미 불특정 다수인에게 공개되어 있는 정보일 뿐만 아니라, 원고들의 사적이고 내밀한 영역에 대한 것이 아니라 원고들이 변호사로서 영위하는 공적 활동에 관련된 것으로 일반 법률수요자가 변호사를 선택하기 위하여 최소한도로 제공받아야 할 개인적 및 직업적 정보”라고 하고, 이러한 정보를 기초로 산출된 정보도 피고의 표현의 자유와의 이익형량 관계에서 상대적으로 그 보호 가치가 높지 않다고 한다.

해야 하는지 문제되는 경우가 있다. 대판 2009. 9. 10, 2007다71(공 2009, 1615)에서는 언론기관이 범죄사실을 보도하면서 피의자의 실명을 공개하는 것<sup>137)</sup>이 허용되는 기준을 제시하고 있는데, 피의자의 실명공개가 허용되는 경우를 예시하고 있다. ① 사회적으로 고도의 해악성을 가진 중대한 범죄에 관한 것이거나 사안의 중대성이 그보다 다소 떨어지더라도 정치·사회·경제·문화적 측면에서 비범성을 갖고 있어 공공에게 중요성을 가지거나 공공의 이익과 연관성을 갖는 경우 또는 ② 피의자가 갖는 공적 인물로서의 특성과 그 업무 내지 활동과의 연관성 때문에 일반 범죄로서의 평범한 수준을 넘어서서 공공에 중요성을 갖게 되는 등 시사성이 인정되는 경우 등은 실명보도가 허용된다고 한다.

그리고 범죄사실을 보도하면서 사진을 게재하는 것이 문제되는 경우가 많다. 헌법재판소 2014. 3. 27, 2012헌마652<sup>138)</sup>는 사법경찰관이 기자들에게 피의자가 경찰서 내에서 수갑을 차고 얼굴을 드러낸 상태에서 조사받는 모습을 촬영할 수 있도록 허용한 것이 위헌인지 문제된 사건에 대한 것이었다. “원칙적으로 ‘범죄사실’ 자체가 아닌 그 범죄를 저지른 자가 누구인지, 즉 ‘피의자’ 개인에 관한 부분은 일반 국민에게 널리 알려야 할 공공성을 지닌다고 할 수 없다.”라고 선언하고, 다만 이에 대한 예외의 하나로 “피의자가 공인으로서 국민의 알권리의 대상이 되는 경우”를 들고 있다. “특히 피의자를 특정하는 결과를 낳게 되는 수사관서 내에서 수사 장면의 촬영은 보도과정에서 사건의 사실감과 구체성을 추구하고, 범죄정보를 좀 더 실감나게 제공하려는 목적 외에는 어떠한 공익도 인정하기 어렵다.”라고 하였다.<sup>139)</sup>

언론에서 피의사실을 보도하는 경우에도 위 결정 내용을 적용해볼 수 있다. 피의자가 공인으로서 국민의 알권리의 대상이 되는 경우에는 피의사실을 보도하면서 피의자의 얼굴을 공개할 수 있을 것이다. 피의자가 사인인 경우에는 원칙적으로 피의자의 얼굴을 공개하는 것은 허용되지 않는다. 다만 예외적으로 위 2009년 대법원 판결에서 판단하였듯이 실명보도가 허용되는 경우에는 얼굴을 공개하는 것도 가능할 것이다.

137) “언론기관이 범죄사실을 보도하면서 피의자를 가명(假名)이나 두문자(頭文字) 내지 이니셜 등으로 특정하는 경우에는 그 보도 대상자의 주변 사람들만이 제한적 범위에서 피의자의 범죄사실을 알게 될 것이지만, 피의자의 실명을 공개하여 범죄사실을 보도하는 경우에는 피의자의 범죄사실을 알게 되는 사람들의 범위가 훨씬 확대되고 피의자를 더 쉽게 기억하게 되어 그에 따라 피의자에 대한 법익침해의 정도 역시 훨씬 커질 것이므로, 범죄사실의 보도와 함께 피의자의 실명을 공개하기 위해서는 피의자의 실명을 보도함으로써 얻어지는 공공의 정보에 대한 이익과 피의자의 명예나 사생활의 비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익을 비교衡量한 후 전자의 이익이 후자의 이익보다 더 우월하다고 인정되어야 할 것이다. 또한, 전자의 이익이 더 우월하다고 판단되더라도 그 보도의 내용이 진실과 다를 경우 실명이 보도된 피의자에 대한 법익침해의 정도는 그렇지 아니한 경우보다 더욱 커지므로, 언론기관이 피의자의 실명을 공개하여 범죄사실을 보도할 경우에는 그 보도내용이 진실인지 여부를 확인할 주의의무는 더 높아진다고 할 것이다.”

138) 공 210, 654.

139) 이 결정은 나아가 “피의자의 얼굴은 개인의 인격주체성을 결정짓는 가장 기본적인 정보로서 공개 시 어떠한 개인정보보다 각인 효과가 크고, 현대 정보화 사회에서 신문이나 방송에 한 번 공개된 정보는 즉각 언제나 인터넷을 통해 다시 볼 수 있다는 점에서 그 파급효가 예전보다 훨씬 강력하다. 이후 피의자가 재판을 통해 무죄의 확정판결을 받는다 하더라도 방송에 공개됨으로써 찍힌 낙인 효과를 지우는 것은 거의 불가능하다. 가사 촬영허용행위에 대한 목적의 정당성이 인정된다고 하더라도, 수사기관으로서 피의자의 얼굴 공개가 가져올 피해의 심각성을 고려하여 모자, 마스크 등으로 피의자의 얼굴을 가리는 등 피의자의 신원이 노출되지 않도록 침해를 최소화하기 위한 조치를 취하여야 한다.”라고 하였다.

## 5. 소결

사적 사항과 공적 사항을 구별하는 것은 매우 곤란한 문제인데, 독일의 인격영역론은 인격의 영역을 구분하고 이에 따라 인격권에 의한 보호정도가 달라진다는 것을 유형화함으로써 중요한 시사점을 주고 있다. 그러나 독일에서도 인격영역론에 따라 사생활침해를 결정할 수는 없다는 비판이 있음을 주목할 필요가 있다. 결국 사생활침해의 위법성을 판단할 때 인격영역의 어떤 부분이 침해되었는지, 침해의 방법이 위법한지 여부 등을 상관적으로 고려하여야 한다.

공인이나 유명인의 경우에도 사적인 모습, 특히 성관계 등 내밀한 영역을 보도하는 것은 허용되지 않는다. 이와 같은 내용을 보도할 만한 공익을 상정하기가 쉽지 않기 때문이다.<sup>140)</sup>

일반적인 부부생활이나 가족사에 관한 내용은 사적 영역에 속하는 것으로 이익형량을 통해 그 위법성을 판단하여야 한다. 공인의 경우에도 사적 영역은 보호받아야 하지만, 이를 공개할 이익이 우월한 경우에는 보도의 대상이 된다고 보아야 한다. 그리고 공인으로서 그의 활동과 관련된 사항을 보도하는 것은 공중의 정당한 관심사에 해당하는 것으로서 허용된다.

한편, 공인이나 유명인의 가족이나 연인의 경우에는 원칙적으로 공인에 해당한다고 볼 수 없다. 최근 피겨스케이팅 선수였던 김연아의 남자친구가 공인인지 문제되었다. 김연아는 공인에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 김연아가 사귀는 남자친구가 공인이라고 볼 수는 없다. 다만 김연아의 남자친구가 국가대표선수로서 물의를 일으킨 것을 보도하는 것은 공중의 정당한 관심사에 속하는 것이기 때문에 허용된다고 볼 수 있다.

## IV. 결 론

공인에 관한 보도에서 언론의 자유와 인격권의 충돌을 어떻게 조정할 것인지는 매우 어려운 문제이다. 언론에 의한 인격권 침해의 위법성은 이익형량의 방법으로 판단하여야 한다. 그런데 공인에 관한 보도의 경우에는 사인에 관한 보도의 경우와는 달리 위법성 판단의 기준을 좀 더 엄격하게 정해야 한다. 공인에 대한 비판과 감시는 언론의 기본적 임무이다. 따라서 공인에 대한 보도의 경우에는 사인과 달리 언론의 자유를 넓게 보장하여야 한다.

미국의 공인 이론은 특히 언론의 입장에서 매력적인 것처럼 보인다. 미국의 공인 이론은 미국의 헌법과 판례법을 기초로 형성된 것으로, 우리나라에서 그대로 수용할 수는 없다. 언론에 의한 인격권 침해로 인한 책임을 판단할 때 미국에서는 공인 기준이 중심에 있는 반면 우리나라에서는 공익성 기준이 중심에 있다. 그 결과 미국의 공인 이론은 공익성 개념을 매개로 수용되고 있다

140) 김재형(주 14), 33면

고 볼 수 있다. 미국과는 헌법과 법률이 다를 뿐만 아니라 명예 등 인격권이나 언론에 관한 일반 관념이 다르기 때문이다. 그러나 미국의 공인 이론의 영향으로 우리 판례에서도 공인에 대한 언론보도를 점차 넓게 인정하고 있다. 공인에 대한 언론보도가 허용되는 유형이나 범위를 좀 더 명확하게 정하는 데 미국의 공인 이론은 우리나라에서도 도움이 될 수 있다. 공인과 사인을 구분하고 공인의 범주를 유형화하는 것은 언론에 의한 인격권 침해의 위법성을 판단하는 단계에서 중요한 고려요소가 된다고 할 수 있다.

공인보도에서 공인의 개념이나 범주를 어떻게 설정할 것인지는 핵심적인 문제이다. 공인의 범주를 고위 공직자나 유력 정치인에 한정할 수 있는 단계는 지났다. 언론에 의한 인격권 침해여부를 판단하는 경우에는 사회에서 막대한 영향력을 행사하는 스포츠 스타나 유명 연예인 등도 공적 인물의 범주에 포함시켜야 한다. 이것이 일상적인 언어관행과 다를 수 있기 때문에, 공인이라는 용어 대신 유명인 등 다른 용어를 사용할 것인지는 또 다른 문제이다.

공인의 범주가 넓어짐에 따라 다종다양한 공인이 있을 수 있다. 공인의 유형을 세분하여 그 지위나 역할에 따라 차별적으로 취급하여야 한다. 미국에서 발달한 전면적 공적 인물과 제한적 공적 인물 등의 구분은 유용한 도구로 사용될 수 있다. 그렇다고 해서 공인의 범주를 정하는 것이 문제의 종착점으로 보아야 하는 것은 아니다. 독일에서는 시대사적 인물에 관해서 특별한 취급을 하고 있는데도 그러한 인물의 사생활이 보호될 수 있다고 하고 있다.<sup>141)</sup> 공인의 경우에도 사생활을 무분별하게 공개하는 것은 허용되지 않는다. 공인의 경우에도 내밀영역은 보장되어야 한다. 그리고 공인의 가족이나 연인 등 주변 인물은 공인에 포함되지 않는다. 다만 공중의 정당한 관심사에 속하는 경우에는 공인의 가족 등의 사생활을 보도하는 것이 허용된다고 보아야 한다.

141) 비교법적 연구는 우리 현실에 맞는 판단기준을 정립하는 데 도움이 되지만, 외국의 어느 한쪽의 이론에 속고 없이 경도되는 것은 바람직하지 못하다.