

## 사생활권의 침해유형과 구제방법

### - 영미법을 중심으로 -

윤명선

경희대 법과대학 교수

아직 우리나라에 있어서는 프라이버시의 권리가 비록 헌법상의 권리로 규정되고 있을지라도, 국민의 의식 가운데 터전을 마련하지 못하고 있다. 미국의 경우에서 보는 바와 같이 프라이버시권리는 사법부의 끊임없는 노력과 의회의 충분한 활동 그리고 일반 국민들의 집요한 권리 투쟁을 통해서 이룩되어 왔다. 우리의 현실을 감안할 때 프라이버시의 권리를 확립하는 방법은 이를 보호하기 위한 특별법의 제정이라고 본다. 무관의 황제인 언론기관으로부터 개인의 사생활의 비밀과 자유를 보호하고 그 침해에 대한 구제방법을 강구하는 길은 일정한 법 원칙을 규범화 해두는 것밖에 없을 것이다. 그러나 최종적이고 최선의 방법은 스스로 그 권리를 보호하기 위해 투쟁하는 것이다

## I. 머 리 에

사생활권의 보호는 오늘날 민주사회에 있어서 과학과 기술의 진보, 특히 컴퓨터에 의한 정보처리가 일반화됨에 따라 심각한 문제로 대두되고 있다. 더욱이 대중매체에 의한 프라이버시(privacy)의 침해는 사적 정보를 급속하고 광범하게 파급 시키며 심리적 측면에서 때로는 회복이 거의 불가능하다는 점에서 심각한 문제가 아닐 수 없다.

언론의 자유와 프라이버시권리는 입헌민주국가에 있어서 2개의 기본적 가치들로서 간주되고 있다. 그러나 이들 가치는 「비밀」과 「공개」라는 상이한 행태에 의해 실현되기 때문에 자주서로 충돌되곤 한다. 개인차 사회사이에 이익의 균형과 조화가 곧 이들 가치의 조화를 이루기 위한 열쇠라고 볼 수 있다. 오늘날 「알 권리(the right to know)」와 「홀로 있을 권리(the right to be let alone)」의 균형을 추구하는 것이 중요한 과제의 하나라고 하겠다. 우리 헌법은 제 16 조에서 사생활의 비밀과 자유를 보장하고 있다. 그러나 프라이버시권리는 아직 생성중인 권리이므로 그 구체적인 내용은 앞으로 입법을 통해 점차적으로 확대되어 갈 것이다. 그런데 두 권리가 충돌되는 경우에 지금까지 언론의 자유가 항상 「우월한 권리(a preferred right)」로 간주되어왔다. 여기에 프라이버시권리가 보장될 수 있는 영역을 확립하고 그 침해시 구제방법을 강구하지 않으면 안된다. 여기서는 미국과 영국에 있어서 프라이버시권리가 언론기관에 의해 침해 되어온 유형을 고찰하면서 언론의 자유와 프라이버시권리의 조화를 위한 기준을 도출하고 나서 영미법상의 구제방법을 살펴보고자 한다.

## II. 침해유형과 기준

## 1. 언론기각에 의한 프라이버시의 침해와 프로저의 4 분법

미국에서는 1905 년의 파베시치(Pavesich)사건 1) 이래 프라이버시권리가 판례를 통해 점차적으로 확립되어 왔으며, 1965 년에는 그리스월드(Griswold)사건 2)에서 급기야는 헌법상의 권리로 인정되기에 이르렀다. 그러나 프라이버시의 개념에는 잡다한 요소들이 광범하게 포괄되어 있기 때문에 프라이버시권리가 「폭풍속의 짚뿔(haystack in hurricane)」 3)으로 비유되기도 하였다 프로저 (Prosser)는 그의 유명한 「1960 년의 논문」 4) 300 개 이상의 프라이버시에 관한 판례를 분석한 후 프라이버시법은 하나의 독립된 법익이 아니라 4 개의 상이한 법익을 보호하고 있다고 하면서 이에 따라 그 침해양태를 다음과 같이 4 분하였다. 즉 ① 개인의 은거 또는 독거에의 침입 또는 사적 사항에의 침입, ② 개인의 난처한 사적 사항의 공표, ③ 공중에게 오해를 일으킬 개인의 사적 사항의 공표 및 ④ 개인의 성명이나 초상을 도용하는 행위 등이다.

프로저 교수는 이러한 4 개의 침해유형이 적어도 일면에 있어서는 상이한 원리의 적용을 받을 수 있다고 하였다. 그러나 브로우스테인(Bloustein) 교수는 프라이버시를 침해한 모든 불법행위사건은 인간의 존엄성과 개별성의 보장이라는 동일한 법익을 침해하고 있다 하여 프로저 교수의 4 분법을 비판하고 있다.5) 그는 「불가침의 인격성(involute personality)」을 프라이버시의 내재적 가치로 상정하고 인격성의 원리가 모든 불법행위사건을 지배한다고 주장하고 있다. 일부 논자들은 이러한 프로저의 4 분법의 유용성에 관해 언론의 자유와의 관계에서 의문을 제기하고 있다. 즉, ① 이들 가운데서 사적 사항의 공표, 오인을 낳게 하는 표현, 성명, 초상의 도용의 3 유형만이 언론의 자론과 관련이 있다는 설 6) ② 성명, 설상의 도용은 기자들에게는 관심이 별로 없고 사생활의 침입, 사적 사항의 공표, 오인을 낳게 하는 표현만이 특히 중요하다는 설 7) ③ 오인을 낳게 하는 표현은 실제로 중요성이 없고 사생활의 침입은 그 자체가 공표행위를 포함하지않으므로 언론의 자유는 사적 사항의 공표와 오인을 낳게 하는 표현과 관련을 가진다는 설 8) ④ 특히 오인을 참게 하는 표현과 성명 · 초상의 도용이란 이름에 프라이버시의 부전을 불이려는 경향은 지양되어야 한다는 설 9) 등이 있다.

그러나 워렌과 브랜다이즈가 영국의 선례에 입각해서 프라이버시권리를 유추했음에도 불구하고 영국에서는 프라이버시권리를 일반적으로 승인하지 않고 있다. 워렌과 브랜다이즈는 빅토리아 여왕의 부군인 앨버트공이 제소하여 그들 부처가 제작한 판화를 허락없이 전시하는 것을 금하는 금지명령(injunction)을 얻은 사건 10)을 중시하였다. 이 사건에서 판사 고튼햄경은 배타적인 재산권과 프라이버시권리의 침해를 이유로 원고의 승소판결을 내렸다. 그러나 이 사건을 면밀히 분석해 보면, 그 판결은 사실상 재산권에 기초하여 내려진 것을 볼 수 있다. 이와 같이 영국에서는 프라이버시가 재산권, 계약 또는 신탁 이론에 의해 간접적으로 보호되어왔다. 최근까지도 법원은 프라이버시의 보호에 대해 적극적 태도를 지켜왔는데, 그 이유로는 영국의 법률가들에게는 전통적인 사고방식이 남아있고 불법행위가 엄격한 소송방식에 따르는 점을 들 수 있다. 그리하여 영국에서는 프라이버시의 침해가 독자적인 불법행위로 인정받지 못하고 명예훼손(defamation)의

일환으로 취급되어 왔다. 특히 언론기관의 강력한 로비활동을 통해 보도의 권리를 침해하는 법률의 제정을 결연히 반대하고 있다. 11)

그런데 미국에서는 일부 주의회와 법원들이 프로저의 분류방법을 정확한 기술로서 받아드리는 경향이 있고 심지어는 미국 밖에서도 이를 현대 프라이버시법을 잘 체계화한 것으로 평가하고 있다. 따라서 여기서는 언론에 의한 프라이버시의 침해를 프로저의 4 분법에 따라 유형적으로 고찰하면서 언론의 자유와 프라이버시권리의 조화를 위해 안출된 일정한 법원칙을 살펴보기로 한다

## 2. 사적 사항의 공표(Public Disclosure of Private Affairs)

이 유형의 프라이버시 침해가 본래적 이고 가장 광범한 것으로 워렌과 브랜다이즈가 프라이버시권리의 보장을 제의한 당초의 동기도 여기서 비롯되었다. 신문, 잡지, 텔레비전, 영화함 등 대중매체에 의해 개인치 난처한 사적 사항이 공개되는 것을 그 내포로 한다. 오늘에 와서는 자료은행의 급증과 컴퓨터망의 발전으로 사적 정보의 유출 위험성이 더욱 증대되고 있다. 이 유형에 속하는 프라이버시의 침해는 언론의 자유와 관련해서 많은 문제를 제기하고 있는데, 특히 「황색언론(Yellow Press)」의 병폐로부터의 프라이버시의 구제가 중시되고 있다.

### (1 )성립요건

이 유형의 프라이버시 침해가 성립되기 위해서는 적어도 다음과 같은 요건을 필요로 한다. 12)

첫째로, 사적 사항의 공개가 사실을 공공연하게 폭로하는 것, 즉 「공표(Publicity)」 이어야 한다. 원래 워렌과 브랜다이즈는 특별한 손해가 없는 한 그 공표는 기述 또는 유인에 의한 경우만을 포함하는 것으로 생각했지만, 오늘에 와서는 대중매체의 성장과 함께 자료은행 차 컴퓨터의 발달로, 신상자료의 기밀을 유지하기 위해서는 문서에 의한 공표가 불필요하다는 견해가 지배적이다.

둘째로, 공표된 사실은 「사적 사항」 이어야 한다. 무엇이 사적 사항에 속하는가의 기준을 설정하는 것은 극히 곤란하다. 워렌과 브랜다이즈는 일반적으로 개인의 사적 생활, 습관, 행위, 관계들이 여기에 속한다고 하였다.13) 그러나 공적 장소에 나타난 행위나 공적 기록에 수록된 사항은 원칙적으로 사적 사항에 해당하지 않는다.

셋째로, 공표된 사실은 「통상적 감수성을 가진 합리적 인간(a reasonable man of ordinary sensibilities)」의 감정을 훼손하는 것이어야 한다. 프라이버시가 보호하고자 하는 대상은 모든 사적 사항에 걸친 것은 아니고 난처한 사실(embarrassing facts)을 공표하는데 국한된다. 일반적으로 개인의 신체상의 특성, 상세한 성관계 또는 비정상적인 행태 등을 폭로하는 것을 법원은 프라이버시권리의 침해로 간주해 왔다.14) 그 기준은 결국은 사회윤리와 통념에 비추어 결정될 것이다.15) 그리하여 대법원은 공적 인물일지라도 그의 사적 비밀은 프라이버시로서 보호되어야 하며,16) 공적 장소에서 일어난 사건일지라도 아주

난처한 타의적인 것의 기사화는 프라이버시의 침해라고 판시하였다.<sup>17)</sup> 넷째로, 공개된 사항이 원고에 관한 것이라는 증명, 즉 「동일성(identification)의 입증이 필요하다. 인물이나 경력의 대중매체의 모델로 등장한 경우에 그것이 원고와 동일인이라는 것을 입증해야 된다. 그 동일성의 정도는 통상인이 작중인물을 원고와 동일시 할 수 있다고 판단되면 족하다. 다섯째로, 프라이버시는 인간의 감수성을 보호하는 것이 주목적이므로 법인이나 제도에는 적용되지 않는다.<sup>19)</sup> 사자의 가족이나 대표가 그 후손의 이름이나 초상을 공개한 것을 이유로 프라이버시의 권리를 소구한 사건에서 법원은 보통 그 구제를 기피했는데 <sup>19)</sup> 일부 주법은 이 경우에 프라이버시권을 명문으로 규정하고 있다.

## (2) 뉴스성(Newsworthiness)

그러나 이와 같은 요건을 갖춘 프라이버시권리도 공공의 이익에 관한 보도의 일환으로 침해된 경우에는 면책특권(Privilege)이 인정된다. 이 원칙은 대부분의 미국의 법원들에 의해 인정되어왔고,<sup>20)</sup> 영국에 있어서 Younger Committee<sup>21)</sup>와 Press Council<sup>22)</sup>의 공통된 철학이기도하다. 타임 대 힐(Time, Inc. v. Hill) 사건에서 미국의 대법원은 「뉴스성 있는 인물과 사진에 관한 진실보도는 프라이버시의 침해라는 항변으로부터 수정헌법 제 1 조에 의해 보호되며, ② 그 공표가 뉴스성이 없는 때에는 프라이버시소송이 허용될 것」<sup>23)</sup>이라는 주요 원칙을 판시하였다.

일반적으로 뉴스성의 개념은 언론기관과 프라이버시 침해를 방어하는 가장 효과적이고 지속적인 무기로 사용되어왔다. 법원이 그 보도의 뉴스성을 발견하게 되면 국민의 「알 권리」를 내세워 프라이버시의 침해를 합리화시켜왔다. 법원은 무엇이 뉴스에 속하는가를 결정함에 있어서 너무 단순한 방법을 사용하고 있다. 만일 보도매체가 발표하는 것은 곧 뉴스성이 있는 것이라고 판단한다면, 칼빈(Kalven)이 지적한 것처럼, <sup>24)</sup> 워렌과 브랜다이즈가 예상한 프라이버시의 권리란 사실상 인정될 수가 없게 된다.

뉴스성에 관한 정확한 정의를 내릴 수 없기 때문에 헌법상으로는 보호되는 보도와 프라이버시의 침해를 확실적으로 구분할 수 없다.<sup>25)</sup> 단지 Younger Committee 가 선언한 것처럼 「우리가 말할 수 있는 모든 것은 뉴스의 중요성이 프라이버시의 중요성을 능가하는 선에서만 프라이버시의 침해가 합리화된다」<sup>26)</sup>는 데서 그 기준을 구할 수 있겠다. 그러나 그 선이 어디에서 그어질 수 있는가는 결국 개별적 사건에서 법원이 결정할 수 밖에 없다. 여기서는 펴머(Pember)의 도식에 따라 공공의 이익, 공적 인물과 공적 기록으로 나누어 뉴스성의 판단 기준을 살펴보기로 한다.

### (a) 공공의 이익(public interest)

공공의 이익은 프라이버시의 침해여부를 판단하는 가장 중요한 기준이 된다.<sup>27)</sup>

프라이버시권리가 「정당한 공공의 이익 또는 일반적 이익 (legitimate public or general interest)」이 되는 사항의 공표를 금지시키는 것은 아니다. 에머슨(Emerson)이 언론의 자유와 관련하여 도식화한 것처럼 다른 기본권과의 조차를 위해 프라이버시 상황을 일정한 부류로 나누게 되면 헌법상의 취급도 성공할 수 있을 것이다. 일반국민의 알 권리를 실현하기 위한 뉴스는 보도적 가치, 교육적 가치, 계몽적 가치 등을 가지고 있어야 한다.

28) 그런데 이들 가치는 프라이버시권리와 관련시켜 볼 때 계열화 시킬 수 있다. 즉, 보도적 가치는 대체로 프라이버시의 그것보다 우월하며, 교육적·계몽적 가치는 보도적 가치보다는 하위에 있는 것으로 평가되고 있다. 따라서 전자를 침해한 경우에는 언론기관이 일반적으로 면책되기 마련이며, 후자를 침해한 경우에는 뉴스의 보도와 프라이버시의 이익을 비교형량 하여야 한다. 그러나 단순히 오락적 가치만을 가진 보도의 경우에는 프라이버시 권리가 우선적으로 보장되어야 한다.29) 공공의 이익은 널리 일련의 사보에 대한 「공정한 해설(fair comment)」을 허용하는 것으로 해석되고 있다.30) 그러나 그 기준은 확실적인 방법에 의해 결정될 수는 없으며, 구체적인 상황에 따라 한편으로는 프라이버시권리의 성질과 침해의 정도를, 다른 한편으로는 공공이익의 종류와 중요성을 비교형량 하지 않으면 안된다. 여기에는 범죄자의 체포·구금, 법의 집행, 공중의 보건과 안전, 공공행정이나 사법행정에 관한 토론 등에 포함되며, 그 밖에도 이상종교, 호텔의 정책, 의료시설의 관행, 여성의 운동, 범죄의 희생자, 10대 유모 등이 포함된다. 31)

#### (b) 공적 인물 (public figure)

공적 인물은 일반 사인에 비하여 그의 프라이버시권리가 어느 정도 제한된다. 공적 인물의 프라이버시는 공적 관심사항으로서 일반 국민의 알 권리의 대상이 되기 예문이다. 프로저에 의하면,32) 공적 인물이란 그의 재능, 명성, 생활양식에 의하여 또는 일반인에게 그 행위, 사건과 인격에 관한 정당한 관심을 주는 직업을 택함으로써 「공적 인사(public personage)」가 된 자, 즉 「명사(celebrity)」를 가르친다. 원칙적으로는 자발적으로 유명인이 된 자, 예컨대 정치인, 관료, 배우, 운동선수 연예인 등이 여기에 해당하지만, 비자발적으로 공적 인물이 된 자, 예컨대 범인, 그 가족, 피해자 등도 여기에 포함된다. 33) 「비자발적인 공적 인사」는 환경에 의해서 공중에 비친 인물들을 포함하고 있다. 그런데 이들은 공공의 이익이 되는 사건에 개입된 범위 안에서만 그의 프라이버시를 상실한다. 그러나 단순히 공적 인물이라는 사실이 그의 사생활이 정당하게 공개되어야 할 범위를 결정하는 것은 아니다. 법원은 최종적으로 그것이 공익적 사항이나 사료적 사항이냐에 따라 그 범위를 결정할 것이다. 34) 유명인사일지라도 공적 생활의 범위 밖에서는 프라이버시를 침해 당하지 아니한다.

#### (c) 공적 기록 (Public record)

일상적으로 공적 기록에서 얻은 자료는 프라이버시 소송의 대상이 되지 아니한다. 일반 국민의 알 권리가 공적 기록에 나타난 정보에 관한 프라이버시의 이익에 우월하기 때문이다. 이를테면 출생 또는 결혼기연, 군복무기록, 변호사·의사자격의 취득 등의 기록이 공개된다고 하더라도 제소할 수 없다.35) 그러나 그 기록이 소득세 반환에 있어서처럼 기밀에 속하는 것이라면 프라이버시의 침해가 인정된다.36) 또한 사법절차상 보호되어야 할 프라이버시의 이익이 있다고 판단되는 경우에도 공적 기록의 원칙은 그대로 적용될 것이다. 다만 영국에서는 법원에서 일정한 절차의 보도를 법률에 의해 제한하고 있다. 유죄판결에 이르지 아니한 소송기록을 포함한 체포기록의 유출은 개인에게는 고용 신용 교육·주택·보험 기타의 경우에 있어서 역효과를 가져와 치명상을 미칠 수 있다. 따라서 1960년대 중반이후 미국의 법원들은 컴퓨터 기술의 증대로 말미암아 형사기록의 주소에 관심을

가지게 되었다.37) 청소년교정법과 연방법률 38)은 형사정책의 일환으로 말소명령을 명문화하였다.

### (3)시간의 경과와 성명의 보도

원고가 세상에서 잊혀진 경우에 그 시간의 경과로 인해 「홀로 있을 권리」가 회복될 수 있는가는 결정하기 어려운 문제중의 하나이다. 대부분의 판례들은 개인으로 활동이 공익에 관한 것일 때에는 시간의 경과만으로는 뉴스성 있는 사건을 보도할 특권을 박탈하는데 충분치 않다고 판시하였다.39) 그러나 최근의 판례는 일반적으로 시간의 경과가 언론의 특권을 완전히 말살시키지는 못하지만 특권의 존재여부를 결정하는 중요한 요소로 인정되고 있다.40) 그러나 뉴스성의개념이 모호해서 시간경과의 범주가 명확치 않기 때문에 법원은 개별사건에서 사회정책 이 요망하는 바에 따라 결정하지 않으면 안 된다. 또한 범죄혐의자나 피해자의 신원을 발표할 것인가의 여부는 기자들에게는 진퇴양난의 문제이다. 일부 주에서는 소년법을 제정하여 그 신원을 밝히지 못하도록 규정하고 있는가 하면,41) 일부 주에서는 강간피해자의 인명보도를 금지시키고 있다.42) 영국에서도 1967 년의 형사법과 1969 년의 청소년법은 소년범죄자의 신원을 밝히지 못하도록 규정하고 있고,43) 또한 1976 년의 성범죄(수정)법은 법원에 재량권을 주어 강간피해자의 발표 여부를 결정하도록 하고 있다.44)

### 3. 오인을 낳게 하는 공표(False Light in the Public Eye)

명예와 관련이 없는 사실을 공표하여 일반 공중의 눈에 오인을 낳게 하는 행위도 프라이버시의 침해를 이룬다.45) 이 유형의 침해는 그 기원을 1903 년의 뉴욕 주법에서 찾아볼 수 있다. 즉, 동법은 원고의 명의 · 사진 또는 초상이 「허위의」 보도나 기사의 대상이 되고 그 사용이 역용 또는 선전을 목적으로 하는 경우에 소권을 부여하고 있었다. 오늘날 이러한 부류의 프라이버시의 침해가 사실상 중요성을 띄고 있지만 아직까지도 그 법원칙은 확립되지 못한 상태에 있다.

#### (1) 성립요건

프로저에 의하면 이 유형의 침해양태는 ① 원고의 의견이나 발언을 허위로 발표하는 경우,② 다른 상황의 사진을 무단 사용하여 원고에 대한 허위의 인상을 주는 경우. ③무고한 자의 성명사진, 지문 등을 범인사진 진열실에 비치하여 오인을 하는 경우 등이 포함된다.

46)여기에서 문제가 되는 것은 프라이버시의 침해 여부를 결정하기 위한

허위성(fictionalization)의 문제이다. 최초의 선례로는 영국의 과인 바이런이 저질의 시를 자기의 작품처럼 유포한 출판사를 상대로 소를 제기, 그 유포를 금지시킨 사건을 들 수 있다.47) 그런데 일부 판례에서는 허위성이 아주 경미하기 때문에 그 공표가 프라이버시의 침해가 되지 않는다고 하였다.48) 그러나 법원들은 그 허위성의 정도에 관한 명확한 기준을

제시하지 않고 있어 이를 결정하기가 힘들다. 다음으로 프라이버시의 침해가 성립되기 위해서는 오인을 받는 공표가 통상인의 감수성에 비추어 수인할 수 없는 정도의 것이어야 한다. 따라서 통상인보다 아주 민감한 사람의 감수성을 훼손했다고 하며 곧 프라이버시의 침해가 되는 것은 아니다. 그 수인의 한도에 관하여는 법원은 신문기사가 영리목적이 아니고 그 오류가 경미한 경우, 서적이 사회적 상식의 선을 넘지 아니한 경우에는 프라이버시의 침해가 성립되지 아니한다고 판시하고 있다.49)

## (2) 명예훼손과의 관계

이 유형의 프라이버시는 허위의 또는 오인케 할 진술이나 공표에 의해 받은 피해를 보호하기 위한 점에서 명예훼손(defamation)과 유사하다.50) 그러나 양자 사이에는 상이점이 있다. 즉, ① 명예훼손은 인간의 주회적 평가, 곧 명예의 침해를 그 성립요건으로 하는데 반해, 프라이버시 침해는 인간에 대한 평가 그 자체가 아니라 특정한 사실의 공표가 그의 정신적 고통을 주는 것으로 족하다. ② 명예훼손에 있어서는 진실의 증명이 면책 사유가 되지만, 프라이버시 침해에는 진실일지라도 법적 구제를 하려는 점에서 다르다. 여하튼 그 침해의 양해가 동일하므로 경우에 따라서는 양자의 동시청구도 가능하다.51) 그런데 영국에 있어서는 아직까지도 법원은 프라이버시의 침해보다는 명예훼손에 의해서 보호하려는 보수적 입장을 취하고 있으며, 빌(Walden Bill)이 이를 프라이버시의 한 측면으로 보는데 반해 Younger Committee 는 일종의 명예훼손으로 간주하고 있다. 52)

## (3) 악의의 유무

프라이버시 사건에 있어서는 원래 악의(malice)의 유무는 소인의 한 요소가 되지 아니하였다. 그런데 1967 년의 힐 사건 53)에서 원고가 허위보도로부터 프라이버시의 구제를 받기 위해서는 「악의의 존재」를 입증해야 한다는 원칙이 나왔다. 이는 1964 년의 설리반 사건 54)에서 명예훼손에 관한 원칙으로 나온 것을 비명예상의 허위기사에까지 확대한 것이다 이때까지만 해도 문서에 의한 명예훼손이 공적 인물 내지 공공관리에게만 적용되어 왔으나, 로젠브룸 사건 55)에서 대법원은 이 원칙을 공공이익과 관련된 모든 명예훼손 기사에까지 언론의 자유를 보장하도록 확대시켰다. 그러나 이 「악의의 현존」 원칙은 아직까지는 확립된 원칙이라고는 볼 수 없다.56) 그 후 하급법원의 판례들을 보면, 비록 보도의 자유가 우월하게 인정되긴 하였지만, 그 원칙이 적용되기도 하고 그렇지 않기도 하였다. 여하튼 원고에 부여된 입증책임은 무관의 제왕인 언론으로부터 개인의 프라이버시 권리를 보장하는 데는 무거운 것임에 틀림없다. 이 유형의 프라이버시 범주를 결정하는 것을 어려운 과제이다 그러나 명예훼손만으로는 구제할 수 없는 프라이버시권리의 보장을 위해 이 유형의 프라이버시권리를 확대할 것이 요망된다.

## 4. 사사의 영리적 사용(Appropriation of Name or Likeness)

이 유형의 프라이버시침해는 성명·초상·경력 등을 영리적 목적을 위해 사용하는 경우에 이루어진다. 프라이버시에 관한 보통법이 발전하는 단계에서 초기에는 일반적으로 이 유형의 침해가 유한 것으로 간주되었다 이미 1903년에 뉴욕주는 이를 입법화하였으며,<sup>57)</sup> 파데시치(Pavesich) 사건에서 최초로 원고의 동의없이 그의 사진이 신문광고에 사용된 것을 프라이버시의 침해로 판시되었다.

이 유형의 프라이버시 침해가 성립되기 위해서는 피고가 사용한 성명·초상 등이 원고와 일치해야 하며, 영리적 목적을 위해 사용되어야 한다. 동일성을 입증하기 위해서는 최소한 그의 개인생활과 관련된 사실과 함께 성명과 초상을 사용하면 충분하다. 그러나 단순히 이름을 적시하는 것만으로는 반드시 프라이버시의 침해가 되지 아니한다.<sup>58)</sup> 뉴욕주법은 그 사용이 영리적 목적을 위한 경우에만 프라이버시의 침해가 성립되고, 단순한 우발적 사용은 불법행위가 성립되지 않는다고 규정하고 있다.

뉴욕주법은 프라이버시의 구제방법으로서는 너무 협소하기 때문에 보통법은 이를 널리 인정하는 경향에 있다. 즉, 첫째로, 동주법에 의해 구제 받을 수 없을 때 진실의 보도에 의한 침해의 경우에도 승소할 수 있으며, 둘째로, 그 사용이 금전적 이익에 국한되지 않고 보통법에 의해 널리 구제를 받을 수 있다. 따라서 뉴욕주의 법률이 너무 경직성을 띄고 있기 때문에 이를 개정하여 프라이버시 권리를 보다 넓게 규정하거나 영리적 목적 등의 성립요건의 해석을 완화하라는 요청도 있지만, 대법원의 태도에 비추어 점차적으로 해결되어 갈 것이다. 영국에서는 사사의 영리적 사용이 인격적 성격보다는 재산적 성격을 가지고 있으므로 Younger Committee는 이 유형의 행위를 프라이버시 침해에 관한 고려에서 제외시켰다.<sup>59)</sup> 이 유형의 침해가 성립되기 위해서는 그 광고가 명예훼손, 계약 또는 신뢰위반, 저작권 침해, 재정적 위기, 감정적 불안 등을 입증하여야 한다. <sup>60)</sup> 따라서 미국의 경우보다 더 그 범위가 협소하여 프라이버시 권리로서 확립될 것이 요망되고 있다.

## 5. 사사에의 침입(Intrusion upon Solitude or Seclusion)

이 유형의 프라이버시의 침해는 개인의 독거나 사사에 침입함으로써 이루어진다. 초기에는 일반적으로 폭행 또는 불법침해의 법리에 의해서도 구제될 수 있는 「물리적 침해(physical intrusion)」만을 의미하였으나, 점차 기술이 진보함에 따라 개인의 사사에 관한 것을 불법적이거나 비합리적인 수만에 의해 발견한 모든 경우가 여기에 포함되기에 이르렀다. 그리하여 사회가 부당하다고 보는 어떤 침해로부터 보호되어야 한다는 원칙이 제시되고 있다. <sup>61)</sup>

프라이버시 권리의 침해가 성립되기 위해서는 첫째로, 그 침해행위가 통상인의 수인의 한계를 넘을 정도로 감정을 침해해야 한다. <sup>62)</sup> 사회생활을 함에 있어서 일상적으로 수인해야 할 침해는 불법행위가 성립되지 아니하며, 그 기준은 프라이버시의 이익과 침해된 행위를 비교형량하여 사회통념에 따라 결정될 것이다. 둘째로 그 침해대상은 사적 사항이어야 한다. 그러나 법률상 비밀을 인정하지 아니하는 경우, 즉 경찰의 촬영, 지문채취, 신체측정을 하는 행위, 법인의 기록을 공개하는 행위, 공개된 장소에 혼자 있을 권리 등은 프라이버시의 침해가 되지 아니한다. 공도상에서나 공적 장소에서 일어난 사건은

원칙적으로 촬영을 하거나 기사화할 수 있지만, 여기에는 일정한 한계가 있다. 즉 뉴스수집의 방법으로서 합리적 범위를 넘어서는 경우에는 프라이버시의 침해가 된다. 오나시스 재클린여사 사건 63)에서 법원은 오나시스 부인의 공적 인물로서 뉴스의 대상이 되지만 피고인 가렐라(Garella)의 계속적인 감시와 침입자로서의 접근은 부당하고 분별없는 처사라고 판시하였다. 이 판례는 공연히 일어난 아주 난처하고 타의적인 사건을 기사화한 데도 확대·적용되었다.

### III. 구제방법

#### 1. 불법행위법상의 구제방법

언론에 의한 프라이버시 침해의 구제방법에 관하여 일찍이 워렌과 브랜다이즈는 그들의 논문에서 명예훼손법이나 문학·예술에 관한 재산법(the law of literary and artistic property) 상의 일반원칙을 유추하여 적용할 것을 제의하였다.<sup>64)</sup> 즉, ① 특별한 손해가 발생하지 아니하는 때에도, 명예훼손의 소송에 있어 서처럼, 감정과 인격의 훼손에 대한 실질적 보상을 청구할 수 있는 불법행위소송이 인정된다. ② 프라이버시의 침해사건에 있어서는 극히 제한된 범위 안에서 금지명령(injunction)이 인정될 것이다. ③ 그 외에도 프라이버시의 권리는 형사법상의 보호를 받을 필요가 있지만, 이를 위해서는 입법이 선행되어야 한다.

미국에서는 언론침해의 불법행위로 인한 손해배상은, 그것이 헌법상의 권리침해로 인정되든 또는 불법행위법상의 권리침해로 인정되든 간에, 불법행위의 일반이론이 적용된다. 그 피해가 재산상의 것일 때에는 그래도 손해배상의 범위를 산정할 수가 있겠지만, 실제로는 침해행위와 손해 사이에 인과관계의 존재를 입증하기가 어려울 것이고 손해액의 범위를 정하는 것도 용이치 아니할 것이다. 더욱이 그 피해가, 프라이버시 침해의 경우에는 오히려 그 주류를 이루는, 정신적인 것일 때에는 손해배상의 산정이 곤란한 것이 문제이다.

영국에서는 3종의 프라이버시 법안이 모두 손해배상에 의한 구제방법을 두고 있었다.

손해배상액을 산정할 때에는 배상액 경감의 원칙이 일반적으로 적용될 것이며,<sup>65)</sup> 피고는 특히 이 경우에 사죄하였음을 입증하여야 한다. 그러나 미국의 프라이버시 법에 있어서처럼 문서에 의한 명예훼손죄에 있어서 원고는 일반적으로 특별한 손해(special damage)에 관해 소담하거나 입증할 필요는 없다고 한다. 언론에 의한 프라이버시의 침해는 그 성격상 사후구제방법엔 손해배상으로서 불충분하고 또한 원상회복이 불가능한 경우가 많으므로 사전구제수단이 강구될 필요가 있다. 따라서 사사의 공표를 전후하여 그 사적 정보의 무한 공표를 예방하거나 중단시킬 수 있도록 하기 위해 이른바 「금지명령(injunction)」이 충분한 구제방법이 될 수 있다고 판단되면 법원은 항상 이를 거절해 왔다. 언론에 의한 프라이버시 침해의 경우에는 언론의 자유를 보장한다는 견지에서 「중간적 금지명령(interlocutory injunction)」은 거의 인정되지 않을 것이다. 따라서 피고가 공정보도의 소담을 내는 경우에 원고는 금지명령을 거의 얻지 못할 것이다. 최근 영국에서는 비밀침해(breach of confidence)사건에 있어서도 동일한 접근방법이 적용되어 있다. <sup>66)</sup>

## 2. 입법에 의한 구제방법

프라이버시 권리를 보통법에 의해 보호하고 확대하는 데는 일정한 제약이 67) 있으므로 이를 입법에 의해 보호하려는 움직임이 나타나기 시작했다.

미국에서는 1965년에 하원에 설치된 「프라이버시 침해에 관한 특별위원회」가 청문회를 열었을 때, 이미 프라이버시의 입법을 위한 움직임이 태동되었다. 그 후 주로 정보적 프라이버시에 관한 법률들 68)이 제정되었고, 1973년에 보건, 교육 후생성이 입안한 「Code of Fair Information Practices」가 1970년대에 통과된 법률들에 69) 계속 반영되었다. 프라이버시가 50개 주에서 각기 상리한 형태로 보장되고 있는데, 연방정부가 취하고 있는 태도보다 주의회나 주법원이 더 진취적인 것이 그 특징이라 하겠다.

1974년의 프라이버시 법(the Privacy Act 1974)은 그 입법목적 가운데서 적용제외는 중요한 공익상 필요에 한하도록 엄격히 해석할 것과 프라이버시 권리의 고의적 침해에 대한 민사상 배상책임을 인정하고 있으며, 특히 형사벌과 손해배상책임에 관한 규정을 두고 있다.

프라이버시의 범위를 정함에 있어서 법률들은 각기 다른 대상을 규정하고 있을 뿐 위와 같은 구제방법은 대체로 일치하고 있다. 그러나 언론의 자유와 프라이버시 권리가 상충되는 경우에 그 이익의 균형과 구제방법을 입법적으로 해결하지 못하고있는 실정이다.

영국에서는 프라이버시가 법원에 의해 독자적 권리로 인정되지 않고 있는 점을 감안하여 프라이버시에 관한 법률을 제정하려는 시도가 수차 있었으나 실패로 돌아간다. 맨크로프트 경(Mancroft)이 1961년에 최초로 「프라이버시 권리법안」을 제안하였는데, 이 법안은 출판·보도에 의해 프라이버시가 침해되는 경우에 일반적인 프라이버시 권리를 보호하고 손해배상의 소의 원인으로 규정하고 있었다. 맨크로프트(Mancroft)는 보통법이 프라이버시 침해에 대한 구제방법을 확대하여야 된다고 주장하였지만, 정부측의 반대로 동 법안은 철회되었다.

1969년에는 월덴(Walden) 의원이 「1970년의 프라이버시 법안」을 제안하였는데, 이 법안은 더 광범위하게 일반적인 프라이버시 권리를 수립하려고 하였으며, 그 구제방법 역시 더 포괄적인 것으로 손해배상, 금지명령, 인도명령(order to deliver up)등을 규정하고 있었다.

이 법안은 법원에 자유재량권을 너무 광범하게 부여하였고 그 개념들이 불분명하여 소의 남발가능성이 있기 때문에 언론의 자유에 미칠 영향을 고려하여 철회하였다. 1970년에는 Younger Committee가 구성되어 2년 후에 보고서를 제출하였는데, 그 기본방향은

「일반적인 프라이버시 권리」의 창설을 거부하고 프라이버시를 보호하는 최선의 방법을 부당하게 개인의 프라이버시를 침해하는 행위에 대해 구체적이고 효과적인 제재를 마련하는데 있다는 「개별적 접근방법(a piecemeal approach)」을 제안하였다.70) 그러나 아직도 프라이버시에 관한 법률들은 그 제정을 고대하고 있을 뿐이다.

## 3. 언론기관에 의한 자율규제

영국에 서는 프라이버시 법안들이 언론기관의 강력한 반대에 부딪혀 무산되고 말았다. Younger Committee 도 언론의 주장을 받아드려 입법의 필요성이 없는 것으로 간주하고 있다.71) 언론의 자유는 국민에게 알릴 보도의 권리에 기초하고있으며, 진실은 원칙적으로 법에 의해 제한되어서는 안된다는 것이다. 프라이버시 권리는 문서에 의한 명예훼손법상 잘못 있는 보도로부터 이미 보호되고 있으므로 이 문제는 언론위원회(Press Council)의 자율적 규제에 일임 되어야 한다고 주장한다. 그러나 존 고스트(John Gorst) 의원이 지적한 것처럼 언론위원회는 그 성격상 언론과 대중의 양자의 이익을 보호하는 기구로서는 적합치 않다.72) 뉴스 오브 월드(News of the World)지도 밝히고 있듯이 언론위원회는 그 중재절차상 특권을 가지고 있지 않기 때문에 스스로 그 사명을 다할 수는 없다. 언론위원회의 보고서도 요망하고 있는 바와 같이 입법에 의한 프라이버시 권리의 보호가 가장 바람직하다고 하겠다.

#### IV. 끝으로

오늘날 언론기관의 침해로부터 개인의 프라이버시 권리를 보호하는 것은 중요한 과제로 등장하고 있다 언론의 자유와 사생활의 비밀이 상충하는 경우에 대계로 공공의 이익을 위한 명목으로 프라이버시 권리가 침해되어 왔다. 그러나 이들 가치를 비교형량하는 경우에 일정한 원칙이 수립되지 않으면 안된다. 즉, 언론기관에 의한 보도가 국민의 「자치권」 행사와 관련된 사항일 때에는 언론의 자유가 프라이버시 권리에 우월하지만, 그렇지 아니한 경우에는 그들 가치를 비교형량 하여 개인의 인격권이 침해되지 않도록 해야 할 것이다. 또한 언론기관에 의한 침해로부터 프라이버시 권리의 구제방법을 실효성 있게 입법화할 필요가 있는 것이다. 우리 법제상 개인의 프라이버시 권리가 언론기관에 의해 침해되는 경우에는 다음과 같은 구제방법이 인정되고 있다.

첫째로, 헌법상 구제제도로서, 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 그 피해배상을 하여야 한다.(헌법 제 21 조 2 항)

둘째로는, 민·형사책임으로서, 타인의 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 민사상 배상책임이 있으며(민법 제 751 조 1 항), 사람을 비방할 목적으로 신문·잡지·라디오·기타출판물에 의해 명예를 훼손한 자는 형사상의 처벌을 받는다(형법 제 309 조). 다만 명예훼손의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 면책특권을 부여하고 있어 프라이버시의 권리가 이 규정에 의해 보호되기를 기대할 수는 없을 것이다. 이들은 어디까지나 사후구제수단에 불과하므로 영미법상 인정되고 있는 사전구제수단으로서 금지청구권이 인정될 수 있을 것이다.

셋째로, 언론기본법상의 책임인 바, 정기간행물과 방송에 공표된 사실적 주장에 의해 피해를 받은 자는 그 발행인, 편집인이나 방송국장, 편성책임자에게 정정보도의 게재 또는 방송을 청구할 수 있다(언론기본법 제 49 조 1 항). 당사자간에 원만한 협의가 이루어지지 아니하는 때에는 언론중재위원회에 중재를 신청할 수 있으며(동법 제 50 조 4 항), 여기서도 당사자간에 합의가 성립되지 아니할 경우에는 법원에 정정보도청구를 신청할 수 있다(동법

제 51 조 1 항). 또한 동법은 편집인 등이 정당한 사유없이 범죄를 구성하는 내용의 공표를 배제하지 아니한 때에는 형사책임을 묻고 있다. (제 53 조)

아직 우리나라에 있어서는 프라이버시의 권리가 비록 헌법상의 권리로 규정되고 있을지라도, 국민의 의식 가운데 터전을 마련하지 못하고 있다 미국의 경우에서 보는 바와 같이 프라이버시 권리는 사법부의 끊임없는 노력과 의회의 충분한 활동 그리고 일반 국민들의 집요한 권리투쟁을 통해서 이룩되어왔다. 우리의 현실을 감안할 때 프라이버시의 권리를 확립하는 방법은 이를 보호하기 위한 특별법의 제정이라고 본다. 무관의 황제인 언론기관으로부터 개인의 사생활의 비밀과 자유를 보호하고 그 침해에 대한 구제방법을 강구하는 길은 일정한 법원칙을 규범화 해두는 것밖에 없을 것이다. 그러나 최종적이고 최선의 방법은 스스로 그 권리를 보호하기 위해 투쟁하는 것이다.

#### <주>

- 1) Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Ga. 190, 505. E. 68(1905) 이 사건에서 처음으로 프라이버시 권리가 인정되었다.
- 2) Griswold v. Connecticut, 381 U.S.479 (1965) .
- 3) Ettore v. philco Television Broadcasting Co., 229 F . 2d 481, 485(3rd Cir.1956)
- 4) Presser, "Privacy", 48 Cal. L. Rev.383 (1960) .
- 5) Edward J. Bioustein "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Presser", of39 N. Y. U. L. Rev. 962 (1964), at 963.
- 6) Dionisopolous and Ducat, The Right to Privacy, (West publishing Co.,1976) , p. 8.
- 7) Joel M. Gura, the Right of Reporters(Avon Books,1974) , p.205.
- 8) Zuckman and Gaynes, Mass Communications Law
- 9) (West Publishing Co.,1977) , p.102.Raymond Wacks, The Protection of Privacy(Sweet & Maxwell,1980) , p.21.
- 10) prince Albert v. Strange, (1948) 2 De G. It Sm.652(1849), 1 Mac. & G.25 그 밖에도 한 그림의 복사에 관한 사건(Tuch v.p,jester, 19 Q. B. D. 639(1887), 사진에 의해 프라이버시가 침해된 사건(Pollard v. photugraphic Co.40 Ci.Div.345(1888), 사업상 비밀을 불법적으로 공개한 사건(Morison v. Moat 9 Itare 241, 255(1851) 등 이었다.
- 11) H. Street, Freedom, the Individual and the Law(4th ed) , p.264.
- 12) Presser, op. cit.
- 13) Warren and Branadeis, op. cit, n.4, at 215- 216.이에 관하여는 II(4)사생활의 침해 참조.
- 14) Reed v. Real Detective Pub. co.,63 Ari.294, 162p. 2d. 133 (1945),
- 15) Pressor, op. cit., p.397.
- 16) Rosenbloom v. Metromedia, Inc., 403 U. S.29, at47-48 (1971) .
- 17) 이를테면 Daily Tines Digest v. Graham, 276 Ala.380, 162 So. 24 474(1964)참조
- 18) Maysville transit Co. v. Ort, 296 Ky. Sf4 ; Roysenwasser v. Oqoqlia,172 App. Div. 107
- 19) Gruschus v. Curtis Publishing Co. (CA 10 MN) 342 F.2d 775.

- 20) Privacy, 62 Am. jur. 24 (1972), para. 16n.12. 참조.
- 21) Younger, para. 156-157 and 181.
- 22) "declaration on privacy" in Press 23/151 (1976) para (iii),
- 23) 385 U.S. 383, at 388.
- 24) Kalven, op. cit., n.3, at 336.
- 25) Thomas I. Emerson, The System of Freedom of Expression (Random House, 1970), pp. 553-57
- 26) Lindop, para. 5, 13.
- 27) 「공공의 이익」이란 관념은 이미 1936년에 Sweeney v. Pathe News Inc. (16 F. Supp. 746 (1936))에서 소개되었다.
- 28) Donahue v. Warner Bros. Pictures, 194 F.2d 6 (1952) 참조.
- 29) Australian Law Reform Commission은 "단순히 외설적이거나 병적인 호기심을 유발할 목적으로 사적사항을 공표하는 것은 본법의 목적상 공공이익의 주제에 관한 것으로 간주되지 않는다"고 규정하고 있다. (Wacks, op. cit., p. 100 참조)
- 30) 그 예로는 Barber v. Time Inc., 348 Mo. 1199, 159 S.W.2d 291 (1948).
- 31) Prosser, op. cit., p. 412 참조.
- 32) Prosser, op. cit., p. 823.
- 33) 1929년에 Kentucky 주에서 처음으로 인정되었다 (Johns v. Herald Post Co., 230 Ky. 227 (1929) 참조).
- 34) Foster-Milburn v. Chinn, 134 Ky. 424, 120 S.W. 304 (1909).
- 35) 이를테면 Meetez v. Associated Press, 230 S.C. 330, 95 S.E. 2d 606 (1956).
- 36) Munzer v. Blaisdell, 183 Misc. 773, 49 N.Y.S. 2d 915 (Sup. Ct. 1944)
- 37) Menard v. Mitchell, 430 F.2d 486, 494 (D.C. Cir. 1970). 여러 종류의 형사기록을 말소하기 시작했지만 그 태도가 일관된 것은 아니다.
- 38) 21 U.S.C. § 584(b).
- 39) 그 대표적인 예로는 Sidis v. F-R Publishing Co. [113 F.2d 806 (2d. Cir. 1940)]이 있다.
- 40) Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc., 4 Cal. 3d 529 (1971); Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285, 297 Pac. 91 (1931).
- 41) 이를테면 Virgin Islands Code, Title 5, § 2511.
- 42) 이를테면 FIS. stat. § 794.03; Ga. Code Ann. § 26-2105.
- 43) Sec. 3 of the Criminal Justice Act 1969.
- 44) Sec. 4 of the Sexual Offences (Amendment) Act. 1976.
- 45) Wacks는 Appropriation과 false light는 프라이버시가 아니라 "동일성"(identity)을 그 보호법익으로 하고 있다고 한다.
- 46) Prosser, op. cit., p. 398.
- 47) Lord Byron v. Johnston, 2 Mer. 29, 35 Eng. Rep. 851 (1816).
- 48) Charlisle v. Fawcett Pub. Inc., 201 Cal. App. 2d 733.
- 49) Prosser, op. cit., p. 400.

- 50) 이 점에 관하여는 Wade, "Detonation and the Right of Privacy," 15 Vanderbilt Law Review 1093(1962) .
- 51) 그 예로는 Martin v. Johnson Publishing Co., 157N.Y.S. 2d 409 (1956) 참조.
- 52) Younger, para.70.
- 53) Time, Inc. v. Hill, 385 U.S.374,387-88 (1967) .
- 54) New York Times v. Sullivan, 376 U.S.254(1964),
- 55) Rosenbloom v. Metromedia, Inc.,403 U.S.29(1971).
- 56) Hill 사건에서 이 원칙은 겨우 5 : 4 의 결정으로 이루어 졌다.
- 57) New York Civil Rights Law, Art.5, Sec.50,51.
- 58) Nebb v. Bell Syndicate,41, F. Supp.929 (1941) .
- 59) 1979 년의 Australian Unfair Publications Bill 은 이를 프라이버시의 한 측면으로 포함시키고 있다.
- 60) Raymond Wacks, op. cit., p.170.
- 61) Katz v. United States,389 U.S.347 (1967)
- 62) 그 대표적인 사건이 De May v.Roberts,46 Mich. 160,9 N.W. 146(1881).
- 63) Gslella v. Onasis, 353 r. Supp. 196(S. D. N. Y.1972), att'4. in part, mod. in part, 487 F 24 986(2d cir.1973).
- 64) Warren and Brandeis, op. cit., pp.218-220.
- 65) Mc Greger, Damages (13th) , Ch.7 참조.
- 66) 이를테면, Fraser v. Evans(1969) 1 Q. B.349 at362.
- 67) 일반적인 결함에 관하여는 Arther R. Miller, The Assault on Privacy, pp. 202-204. 참조.
- 68) 그 예로는 Freedom of Information Act(1967),Fair Credit Reporting Act (1970) , Swedish Data Act(1973) 등이 있다.
- 69) 그 후의 법률들로는 Privacy Act(1974), Family Educational Rights and Privacy Act(1974) 등이 있으며, 그 외에도 많은 법안들이 상정되어 있다.
- 70) 그 상세한 이유에 관하여는 Report of the Committee on Privacy Cmnd.5012(1972), para.653.
- 71) 이 사고는 Press Council 이 Younger Committee 에 제출한 각서에 기인한다.
- 72) Times(London) ,11 Mar.1974, p.1.

- 경희대학교 법과대학.동 대학원,미국 뉴욕대 법과 대학원
- 저술 : 「수험신헌법」, 논문 「영국의 일의 지배에 관한 고찰」 외 다수
- 현재 경희대학교 법과대학 교수