

명예훼손의 침해유형과 구제방법

한병구

경희대 신문방송학과 교수

역사적으로 명예훼손의 보호법제는 민사와 형사상의 이원화에 걸쳐 존재한다. 민사상으로는 명예가 훼손되었을 경우 불법행위가 성립하고 피해자는 정신적, 재정적(신용) 손해에 대해 위자료를 포함한 피해배상을 청구할 수 있는 이외에 명예회복에 갈음하는 처분을 청구할 수 있다. 한편 형사상으로는 피해자의 고소를 기다려서 검찰이 기소하고, 가해자에게 형벌적 제재가 가해진다. 일반적으로 외국의 조류는 형사적 제재보다는 민사에 일임하는 경향이 짙은 것 같다. 영·미의 경우만 하더라도 법규상 형사벌이 있으면서도 실제 재판에 있어서는 그다지 적용하지 않으며 비록 적용해서 유죄라 할지라도 징역이나 금고보다는 벌금을 과하는 경우가 대부분인 것으로 우리나라도 이 경우에 속한다고 볼 수 있을 것 같다.

I. 머릿말

흔히 현대를 가리켜 정보화사회라고 특징지운다. 이러한 정보화 사회의 진전은 언론기관의 근대화도 나날이 가속화되어가고 있다. 즉 언론기관이 곧바로 취재하고 축적하는 제자료는 다른 어떤 정보수집미디어와는 비교가 안될 만큼 정보화의 촉진에 중추적 역할을 담당하고있는 것이다. 그런 면에서 볼 때 언론기관은 정보·자료의 보고라고도 할 수 있겠다. 언론기관이 정보·자료의 보고로서 인간생활에 크게 공헌하고 있다는 점에 대해서는 모두가 동감하면서도 다른 한편에서 생각해 볼 때 정보화가 발달하면 발달할수록 인권으로서의 인격권의 위기가 더욱 심화되어진다는 사실을 또한 간과해서는 안될 것 같다. 위에서 잠깐 언급했던 이 정보화의 중추적 역할은 역시 언론기관이 그 기능을 담당한다고 할 때 인격권의 침해주체 역시 대부분의 경우 언론기관이 그 대상이 되어진다고 할 수 있겠다. 동경대학법학부의 伊等正己 교수는 매스 미디어와 인격권의 위기에 대해서 「..강력한 매스미디어의 활동 앞에서 인격권으로서의 명예나 사생활은 마치 바람에 나부끼는 갈대와도 같은 존재가 되어지고 있으며, 어떤 부류의 매스·미디어는 오히려 인격권을 영리적으로 이용하기 위해 존재한다도 해도 과언은 아니다」 1)라고 지적하였다. 언론기관도 하나의 영리적 기업이라고 할진대 언론기업간의 경쟁을 타할 필요는 없다고 본다. 다만 지나치게 영리에 집착하다 보니 때로는 본의 아니게 자제를 상실하고, 타인의 인격권을 침해하는 경우가 종종 있어오고 있다는데 문제가 있는 것이다. 이런 경우 헌법이 규정하는 기본권으로서의 인격권이 침해된다면 이에 대한 법적 보호가 있어야 하겠다는 것은 자명한 논리라 하겠다.

II. 인격권의 의의

인권 중에서도 표현의 자유와 인격권은 기본권으로서 매우 중시되고 있다. 그럼에도 불구하고 언론은 때로 표현의 자유를 남용해서 타인의 인격권을 침해하는 사례가 심심치 않게 있어오고 있다. 이와 같은 언론으로부터의 인격적 침해를 방지하고자 각국에서는 헌법상이든 실정법상이든 예외 없이 명예나 권리를 침해하지 못하도록 규정하고 있다. 일반적으로 인격권이 라고 하면 정신상의 인격적 이익의 향수를 목적으로 하는 권리로서 인격권의 관념은 일찍 고대 로마법에서 비롯되었다. 즉 신체, 자유, 명예 등의 침해에 대하여 인유리아 소권(actio iniuriarum)과 아퀼리아 소권(actio legis acquiliae utilis)을 인정하게 되면서 구체화되었고 그 후 로크(John Locke)의 자연법사상속에서 이 권리가 배양돼서 이른바 천부의 권리로 인정을 받게 되었다.²⁾ 영·미에서는 일찍부터 명예권을 인격권중의일부로 명예보호가 주된 목적으로 발전해 왔기 때문에 명예훼손을 독립적인 불법행위로 인정한데 반하여 프랑스는 19 세기후반부터 재산권외에도 신체, 자유, 명예 등 일반적 인격권을 판례로 보호해 왔고, 그 후 20 세기 초반 스위스민법도 프랑스판례법의 영향을 받아 일반적 인격권을 승인하였다.³⁾ 제 2 차 대전 후에는 국제적으로도 인격권의 존엄이 강하게 재평가되기에 이르렀다. 즉 1948 년 12 월 10 일 유엔총회에서 채택된 세계인권선언은 「모든 사람은 나면서부터 자유이며 존엄과 권리에 대해서 평등이다」(1 조)라고 하였고, 그리고 제 12 조는 「……사람은 누구든지 그의 명예와 신망에 대해 침해를 받지 아니한다. 모든 사람은 간섭이나 침해에 대하여 법의 보호를 받을 권리를 가진다」라고 명시함으로써 인권 중에서도 인격권 보장에 대해 많은 관심을 표명하고 있음을 볼 수 있다. 특히 2 차대전후 서독은 일반적 인격권 보호에서 지도적인 위치에 있는 것으로 알려지고 있다. 즉 본 기본법은 인격권을 절대권화하고 그에 대한 침해에 불법행위상의 보호를 규정하고있다는 것이 특색이다. 우리나라 현행헌법도 인간의 존엄과 가치의 존중 외에 행복추구권에 관한 조항을 신설하고 기본적 인권의 불가침성(9 조), 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 것을 금지함으로써 (35 조②) 기본적 인권의 자연권성 내지 천부적 인권성을 보다 명확하게 규정하였다.⁴⁾ 이렇듯 인격권의 존엄은 기본권으로서 국가적 차원에서 뿐만 아니라 국제적 차원에서까지도 중시하고 있음을 알 수 있다. 이러한 인격권의 존엄은 비단 생존자에만 국한되지 않고 사자에 대해서도 보호되어져야 한다는 견지에서 많은 나라들은 실정법으로 이에 대한 보호규정을 두고 있는 실정이다. 우리나라 형법 308 조의 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자에 대한 처벌규정이 좋은 예라 할 수 있겠다. 말할 나위도 없이 인격권의 존엄은 권리의식의 향상을 전제로 한다. 권리의식의 향상은 또한 고도의 문화수준을 배경으로 한다. 즉, 그 사회가 고도의 문화를 향유하면 할수록 그와 정비례해서 권리의식이 향상되는 가운데 권리의 분화현상이 일어나기 마련이다. 반대로 일정한 한계의 문화수준에 도달하지 못하면 그만큼 그 사회는 권리의식이 미분화상태에 놓이게 될 것이며 동시에 인격적 권리의식도 희박해지리라는 것은 상식적인 이야기가 되겠다. 결국 권리의식과 문화수준은 정비의관계에서 평가되는 것이 합당할 것 같다.

III. 표현자유와 한계

한 마디로 요약해서 표현의 자유란 내심의 사상, 신조 등을 외부에 발표하는 자유라고 정의할 수 있겠다. 우리나라 헌법 제 20 조 1 항은 「모든 국민은 언론 출판의 자유를 가진다」라고 규정함으로써 표현의 자치를 보장하고 있으며, 이와 같은 보장은 공권력으로부터의 제약이 없이 자유롭게 자기가 말하고 싶은 사상, 신조를 지인에게 말하고, 또한 타인의 사상 및 신조를 받아들인다는 것은 정신 생활을 특성으로 하는 인간에게 있어서 필수적이라는 데서 연유되었음을 알 수 있다. 만약 이와 같은 자유가 공권력에 의해 위험한 경향이 있다는 등의 이유로 제약이 가해진다면 이는 민주국가의 파멸을 초래할 위험조차 없지않아 있게 된다. 그래서 오늘날 표현의 자유보장은 민주국가의 생명선이라고도 일컫는다. 이렇듯 중요한 의미를 지니고 있는 표현의 자유는 처음으로 미국의 제헌법에서 천부적 인권으로 확인되었고 그 후 많은 나라들이 이를 본받아 기본적 인권규정에서 우월적 지위에 있는 것으로 보장되기에 이르렀다. 표현의 자유는 국제적 차원에서도 확인되어있다. 세계인권선언은 앞에서 언급한 명예와 같은 인격권외에 제 9 조에서 「사람은 누구든 의견 및 발표의 자유에 관해서 권리를 갖는다. 이 권리는 자기의 의견에 관해서 간섭을 받지 않는 자유뿐만 아니라 모든 수단에 의해 또한 국경을 넘어서 정보 및 사상을 탐구하고 입수하고 전달하는 자유를 포함한다」라고 명시함으로써 표현 자유의 중요성을 명백히 하였다.

표현자유 의 중요성에 대해서 에머슨(Thomas I. Emerson)은 ① 표현의 자유는 자기 성취를 촉진시키며, ② 표현의 자유는 지식을 향상시키는 진리를 발견하기 위한 기본적인 도구이며, ③ 표현의 자유는 민주적 의사결정과정에 참여하도록 개인들을 허용하고, 그리고 ④ 표현의 자유는 보다 안정되고 융통성있는 사회를 성취하기위한 방법 5)이라고 지적했다. 이와 같이 표현의 자유가 아무리 귀중하다고 할지라도 현대사회에 있어서 표현의 자유문제는 그렇게 단순하지만도 않는 것이 현실이다. 왜냐하면 법은 표현의 자유뿐만 아니라 인격권의 보호이외에도 국가의 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위해서는 최소한의 제한을 감수해야 한다고 규정하고 있기 때문이다. 이런 관점에서 볼 때 헌법이 보장하는 표현의 자유도 어느 한계까지의 자유만을 허용할 뿐 무제한적인 자유가 못 된다는 것을 알 수 있다. 표현의 자유와 관련해서 자주 인용되는 뉴욕·타임즈사 대 설리반(N.Y. Times Co. v. Sullivan)간의 명예훼손사건에 있어서 알라바마 주 대법원은 「합중국헌법의 수정헌법 제 1 조는 명예훼손적인 공표까지도 보호할 의무는 없다」 6) 라는 판시와 함께 원고인 설리반에게 50 만 달러를 지급토록 판결했던 것이다. 우리나라에도 같은 취지의 판결사례가 있다. 「권오연(피고) 대 허우성」간의 명예훼손사건에서 서울형사지법은 비판문의 발표행위는 헌법의 기본권조항에서 보장되고 있는 언론·출판 및 학문의 자유라는 범위를 벗어났으며, 자유권도 자유주의의 기본인 개인존중의 한계를 초월하여 타인의 인격을 부정하고 그 명예를 침해하는 행위는 헌법의 제 32 조 2 항(국민의 자유와 권리의 존중 자유와 권리의 제약)에 의하여 제한되고 있다고 판시하고 원고에게 벌금 3 만원을 지급토록 했다. 7) 학설상으로는 영국 옥스포드 대학의 최초의 영국 교수였던 블랙스톤 경(Sir William Black-stone)은 일찍이 1769 년에 출판한 그의 저서 『commentaries on the Law of England』에서 「정부는 출판 전에 필자에 대해 제약을 가할 수는 없겠으나 출판된 후에 법률을 위반했을 때는 벌을 받아야 할 것이다」 - Government shall lay no restraint on writers in advance of publication, but may punish them after publication of anything that violates

the law8)_라고 기술함으로써 표현자유에 한계를 시사했던 것이다. 또한 예일 대학의 에머슨 교수도 「표현의 자유를 성취하는 것이 사회의 유일한 목적이 아니고, 표현의 자유란 다른 사회적 및 정치적 목적을 달성하기 위한 하나의 도구 또는 방법이기때문에 이 자유는 공공의 질서나 정의, 평등, 도덕적 발전과 같은 다른 가치 등을 감안해야 된다」 9)라고 지적함으로써 역시 블랙스톤과 마찬가지로 표현자유에 제한성을 강조하였다. 이상에서 보는 바와 같이 판례상이든 학설상이든 간을 불문하고 표현자유에 한계기준을 어디에 두느냐에 대해서는 명백한 회답을 주지 못하고 있다고 할지라도, 표현의 자유가 절대권 내지는 무제한적 자유가 아니라는 점에서는 의견을 같이하고 있음을 알 수 있다. 표현자유에 한계기준에 대해서는 많은 논란이 대두되고있으나, 일반적으로 표현의 자유가 지니고 있는 가치와 표현을 제약함으로써 확보되는 가치와의 균형을 조화하는 이른바 「이익교양의 원칙」에 의해 판단될 수 밖에 없으리라는 것이 지배적인 견해이다.

IV. 명예훼손의 침해유형

1. 사적 전개

명예권은 인격권 중에서도 가장 오랜 전통으로 형·민사상으로 보호되어 오고 있다. 오늘날 말하는 명예훼손법의 시초는 1275년 영국에서 제정한 「고관명예훼손법」으로 거슬러 올라간다. 당시 동법의 특징은 일반시에 대한 권리 보호라기 보다는 전형적인 치안방해적 범죄로 취급하는데 있었다. 그 까닭은 언론에 의한 지탄이 집권자에게 향하였을 때 그것을 처벌하기 위해서는 내란선동·이적행위·대역죄가 아닌 이상명예훼손으로서 처벌하는 것이 가장 쉬운 방법이었던 때문이다. 말하자면 당시의 명예훼손의 중요한 실체적 의미는 개인에 대한 것보다는 공인을 비방함으로써 초래될 수 있는 동요를 방지하고자 하는데 그 목적을 두었던 것이다. 그러나 근대적 의미에 있어서 세계 최초의 명예훼손법으로는 1792년 영국에서 제정한 「폭스 명예훼손법」(fox's Libel Act)과 1843년의 「캠벨 명예훼손법」(Lord Campbell's Libel Act)10)에서 그 근원을 찾아 볼 수 있다. 우리나라의 경우 명예훼손이란 법적 근거가 언제부터 마련되었는지에 대해서는 자료수입의 미비로 확실치 않으나 광무 9년(1904년)에 형법대전이 제정 11)되었다는 점을 고려하면 이때를 계기로 보는 것도 가능하지 않을까 여겨진다.

2. 성립요건

명예훼손이 성립되기 위해서는 명예에 대한 침해가 필요하다 여기서 명예라 함은 사람이 가지는 사회적 지위, 즉 품격, 명성, 신용 등을 뜻하며 명예는 다시 내적 명예(일명 진실의 명예 또는 주관적 명예)와 외적 명예(일명 사회적평가 또는 객관적 명예)로 구분된다. 이 경우 내적 명예는 개인적·감정적인 명예로서 원칙적으로 법의 보호대상에서 제외되는 것이 통례로 되어 있다. 결국 법의 보호를 받을 수 있는 명예훼손이란 후자의 외적 명예인 경우이다. 즉, 사람의 인격일반에 대한 사회적 평가를 저하시키는 행위를 말하며 언론의

경우도 이 범주에 속한다.¹²⁾ 따라서 피해자 자신이 아무리 명예가 침해되었다고 주장하더라도 객관성이 입증되지 못한다면 명예훼손이 성립되지 않은 것은 물론이다. 위에서 언급한 바와 같이 명예훼손은 사람의 외적 명예를 훼손 내지 침해했을 때 성립된다. 이와 같은 외적 명예를 보호하기 위해 각 나라에 따라 다소의 차이는 있을지라도 한결같이 명예훼손법을 규정하고 있으며 이 법은 또한 언론을 그 주된 대상으로 삼고 있음이 주지의 사실이다. 그러나 아무리 명예훼손법이 규정되어 있다고 하더라도 그 운용에 있어서 문제가 그다지 단순하지만은 않은 것이 실정이다. 다시 말해서 그 나라의 시대적, 사회적 상황, 특히 언론자유에의 상황에 따라 법 해석이 유동성을 지니고 있기 때문에 사실상 무엇이 명예훼손의 요건을 구성하는가를 정확히 규정한다는 것은 결코 쉬운 일은 아니다. 가령 미국에 있어서 약 25년 전만해도 어떤 사람을 보고 공산주의자라고 불렀다고 해서 명예훼손이 되지는 않았으나, 오늘날은 그것으로 능히 명예훼손이 되고 있다. 또한 뉴욕에서는 백인을 보고 「니그로」 「흑인」라고 불렀다 해서 아마 명예훼손이 되지는 않을 것이다. 그러나 남부의 일부 주에서는 이러한 과오는 능히 소송의 대상이 될 수 있다는¹³⁾ 등이 좋은 사례라 할 수 있겠다. 명예훼손은 여러 가지로 정의되곤 하나 그 중에서도 가장 대표적으로 인용되는 것으로는 뉴욕 주의 형사적 명예훼손에 관한 법률의 정의를 들 수 있다. 즉, 「필기, 인쇄, 문자, 회화 등 단순한 언어, 동작이외의 커뮤니케이션 방법으로 어떤 살아있는 사람이나 죽은 사람의 추억에 대해서 증오, 모욕, 조롱, 오명을 씌우게 하거나 또는 어떤 개인을 기피하게 하는 원인이 되거나 또는 어떤 개인, 법인 또는 개인의 집단에게 그의 또는 그들의 상업상에 해를 주는 경향의 악의적인 문서는 명예훼손이 된다.」¹⁴⁾ 호헨버그(John Hohenberg)는 언론의 오보, 허보 등에 의한 명예훼손이외에도 명예훼손적인 문구들이 명예훼손소송의 대상이 되는 경우가 많다고 지적하면서 이른바 거짓말쟁이, 악한, 촌놈, 사기꾼, 첩자, 위증자와 같은 성질, 속성을 나타내는 형용사들을 그 예로 들었다. 말하자면 어떤 의사를 가리켜 돌팔이의사라고 하거나, 목사를 가리켜 신을 모독하는 불론자라고 하거나, 혹은 교사를 가리켜 무식장이 라는 등으로¹⁵⁾ 표현하는 것은 명예훼손으로 고소 당할 위험이 많다는 것이다. 이러한 문구사용과 관련해서 미국에서의 한 판례가 좋은 사례가 될 것 같다. 슈버트 대 버라이어티(Shubert v. Variety, Inc.)사건에서 버라이어티사가 표제에서 「사기꾼」(Gouge)이라는 문구를 사용한 바, 뉴욕지법은 「비록 본문에서는 Gouge란 문구를 참뜻으로 표현하였다 할지라도 많은 독자들이 본문을 읽지않고 표제만 읽는 경우가 많은 만큼 명예가 훼손되었다고 판단되며 따라서 원고인 클라인 브로스(Klein Bros)에게 1천 달러를 배상하라」¹⁶⁾고 판시했던 것이다. 우리나라의 경우 명예훼손의 성립은 형법상으로는 ㉠ 공연성(307조 ① ②, 308조), ㉡ 사실의 적시(307조 ①), ㉢ 허위사실의 적시(307조 ②, 308조), ㉣ 명예에 관한 것 (307조 ①, ②, 308조), 그리고 ㉤ 비방할 목적 (309조)등을 그 요건으로 하고 있다. 이들 요건 중에서 특히 공연성에 관해 좀더 설명을 첨가해 보고자 한다. 공연성의 해석에는 3가지 설¹⁷⁾이 있는 바 우리나라 형법은 불특정 또는 다수인이 인지할 수 있는 상해로 해석하고있으며 또한 많은 나라들의 통설로 되어 있기도 하다. 그러나 「공연」의 법리에 대해서 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 공연성이 인정된다는 판례가 있다. 즉 1968년 12월 24일의 대법원판결은 「외부에 연속적으로 유포·전파될 가능성이 있는 이상 한 사람에 대하여

사실을 유포하더라도 공연성이 인정된다」 18)라고 판시했던 것이다. 민법상(750, 764 조)으로는 불법행위의 성립에 있어서 형법상의 경우와 달라서 사실의 적시나 공연성을 필요로 하지 않고 결과적으로 손해배상을 필요로 한다는데 특색이 있다. 다시 말해서 민법상에서는 사람에 대한 사회적 평가를 저하시키는 행위라고 해석되어지는데 반해 형법상에서는 사람의 사회적 평가를 해할 우려가 있는 행위라고 해석되어지는 것이 통설이다.19)

3. 침해유형

일반적으로 명예권의 침해유형은 3 가지로 대별한다. 즉 신용권, 씨명권, 초상권이 그것으로 아래에서 그 하나하나에 대해서 간략하게 살펴보기로 한다.

(1) 신용권

신용도 명예와 마찬가지로 사람이 사회에 있어서 받는 평가로서 이 평가는 그 사람의 사회적 생활을 유지 계속함에 있어서 매우 중대한 영향을 미치는 것이므로, 법은 「명예에 관한 죄」의 규정으로 이 사회적 평가를 보호하고자 하는 것이며 또한 사회적 평가 중 경제적 생활에 관계되는 것은 「신용에 관한 죄」의 규정으로 보호하고 있다. 그러나 문제는 신용권도 명예권과 마찬가지로 인격권의 일부로 볼 수 있느냐 아니면 재산권의 일부로 보는 것이 합당한지에 대해서는 양론이 엇갈리고 있는 것 같다. 다시 말해서 신용권을 명예 과는 독립된 재산법익의 일종으로 보고자 하는 설과 이를 명예권과 동일개념으로 해석하고자 하는 설로 양분되어 있다.20) 미국은 뉴욕 주의 형사적 명예훼손에 관한 법률의 정의에서 보았듯이 사람의 상업상에 해를 주는 문서도 명예훼손으로 보고 있다는 점에서 신용도 명예에 포함시키고 있는 것이 분명하다. 우리나라의 경우 형법 제 34 장 「신용, 업무와 경매에 관한 죄」의 규정 중 제 313 조는 허위의 사실을 유포하거나 기타위계로서 사람의 신용을 훼손한 자에 대한 처벌규정을 명시하고 있는바 사람에 대한 신용훼손에 관한 한 미국의 경우와 마찬가지로 명예권에 포함시키는 경향이 짙은 것같이 느껴진다. 이와 같은 느낌은 만약 언론이 「저 회사는 적자투성으로 도산직전에 있다」라고 공표함으로써 사람의 신용을 실추케 했다면 이는 명예권의 훼손과 별로 다를 바 없으리라고 본다. 우리나라의 언론중재위원회도 동일 개념으로 해석하는 것으로 알고 있다. 그 근거로서 신용권의 경우에도 피해자는 중재신청 이유에서 「……신청인의 명예를 훼손함으로써」라고 기재한 것으로도 알 수 있다. 동 위원회의 자료에 의하면 동 위원회가 발족한 이래 지난 6 월말 현재까지 총 117 건의 중재신청이 접수된 가운데서 28 건이 신용훼손으로 그 건수가 적지 않음을 잘 시사해 주고 있다.

(2) 씨명권

씨명권이란 사람이 자기의 씨명에 대해 지니는 법률상의 이익을 말한다.21) 이 경우 타인의 씨명을 무단으로 사용할 경우가 씨명권 침해의 유형이 될 것이며 따라서 권리자의 이익을 해치지 않는 한 침해라고 할 수 없을 것이다. 말하자면 씨명은 사람의 동일성을 표시하는 것으로 인권과 밀접한 관계에 있으며 그것이 타인에 의해 도용되어진다면 이는 일반적 인격권침해의 일종으로서 법률상의 보호가 부여되어야 한다는 것은 명백하다. 그래서 여러

나라에서는 민법상으로 씨명권을 보호하고 있다. 서독민법 제 12 조는 「씨명의
사용권리자에

대해 타인이 그 권리를 다투고 또는 타인이 권리 없이 동일한 씨명을 사용함으로써 권리자의 이익을 해칠 경우에는 권리자는 그 타인에 대해 침해의 제거를 청구할 수 있다. 또한 계속해서 침해의 우려가 있을 경우에는 부작위의 소를 제기할 수 있다」 22)라고 규정하였다. 1909 년에 제정된 스위스민법 제 29 조도 ①에서 씨명의 사용으로 문제가 된 자는 자기의 권리 확인을 청구할 수 있도록 하였고 그리고 ②에서는 타인이 자기의 씨명을 침해했을 때는 위자료를 청구할 수 있도록 규정했다. 또한 1942 년의 이탈리아민법 제 7 조 ①항도 자기 씨명의 사용권이 문제가 되었을 경우 또는 타인이 그 씨명을 무권한으로 사용함으로써 침해를 받은 자는 손해배상청구권의 행사를 유보하면서 침해행위의 차지를 재판상 청구할 수 있도록 하였다.23) 이에 비해 우리나라는 씨명권에 대해서 특별한 법규가 마련되어 있지 않다. 다만 민법 제 750 조의 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다는 규정의 이른바 불법행위의 법리에 의해 구제될 수 밖에 없다. 씨명권의 침해와 관련된 사건으로는 81 년 4 월 4 일자 A 조간신문 보도된 이른바 「몬트리얼 올림픽 레슬링 금메달리스트 양정모 씨가 대마초를 피우고 절도를 한 혐의로 경찰에 구속되었다 ……」 라는 오보사건을 들 수 있다.이 오보는 다음날 5 일자의 같은 면, 같은 자리에, 같은 단수의 크기로 금메달 양정모 선수 동명이인의 사칭에 『내 이름을 파는 가짜 다시는 없길』이라는 표제와 함께 정정 해명함으로써 법정까지는 비화되지 않았지만 오늘날과 같이 타사와의 경쟁이 그 어느 때보다도 격렬하다는 점을 감안할 때 흔히 있을 법도 한 일로서 언론기관으로서서는 크게 유의할 것이 요청된다.

(3) 초상권

초상권(right of likeness)문제가 인격권과 밀접하게 관련되어져 있다는 것은 위에서 언급된 신용권, 씨명권의 경우와 비교해서 다를 바 없겠다. 오히려 어느 면에서는 초상권의 문제가 오늘날의 고도의 사진기술 내지는 복제기술의 발달로 위의 두 권리보다 인격권과 더욱 더 밀착되어져 있는 느낌마저 든다. 프라이버시권의 권위자로 잘 알려진 펄버(Don R. Pember)교수는 초상권을 「본인의 동의 없이 사진, 그림, 스치 등으로 독자, 시청자들에게 공표되지 않기를 바라는 권리」 24)라고 정의한 바 미국법에서는 초상권을 프라이버시법의 일환으로 간주되고 있다. 이러한 사실은 펄버의 저자인 「Privacy and the Press 」 (1972)와 「Mass Media Law」 (1977)가 잘 뒷받침해 주고 있다. 그러나 대륙법에서는 일찍부터 초상권을 인격권의 일부로서 승인했다. 즉 독일은 19 세기 후반에 초상사진의 복제에 의한 인격침해가 문제화된 일이 있어 1876 년에 「불법적인 복제에 대한 사진의 보호에 관한 법률」을 제정함으로써 촬영자에 의한 초상침해로부터 보호하려 했고 그리고 1907 년에는 부당한 사진촬영에 의한 초상침해의 대응조치로 「조형미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률」 25)을 제정하기에 이르렀다.

미국은 1890 년 워렌(Warren)과 브랜다이즈(Brandeis) 가 「프라이버시 권리」라는 논문을 발표하고 프라이버시 침해에 대한 법적 구제가 주장된 당시부터 부당한 사진 촬영 공표로부터의 초상권보호는 프라이버시권 보호에 있어서 중요한 한 분야를 이룩했다. 초상권과 관련해서 미국에서 대표적인 사례로서는 로버슨 대 로체스터 ·홀딩 ·박스

사(Abigail Roberson v. Rochester Folding Box Co.)사건을 들 수 있다. 사건의 요지는 포장상자회사인 로버슨(Roberson)양의 사전 동의 없이 포스터 2만 5천장에 자신의 사진을 도용해서 광고로 사용함으로써 소가 제기된 사건이다. 소제기에서 로버슨 양은 이로 인해 자기의 프라이버시권이 침해되었다고 주장하면서 1만 5천 달러의 손해배상 청구를 뉴욕고등법원에 제기했다. 1902년 동 법원은 프라이버시권을 보호할 법조문이 없다는 이유로 4:3이란 근소한 차로 원고의 패소를 결정했다.²⁶⁾ 이 사건을 계기로 뉴욕 주는 다음해인 1930년에 처음으로 초상보호를 중심으로 하는 프라이버시 보호입법이 강구되었던 것이다. 이후 미국에서는 초상권이 프라이버시권의 일부로 취급된 판례들이 수없이 많으나 그 중 최근에 있었던 가장 흥미로운 사건으로는 가렐라 대 오나시스 (Gallela v Onassis) 사건을 들 수 있다. 이 사건은 가렐라 라는 짓궂은 사진기자가 전 케네디 대통령의 부인이었던 재클린(Jacqueline Kennedy Onassis)과 그의 아들과 딸을 따라다니면서 그들의 일거일동(프라이버시)을 촬영함으로써 비롯된 사건이다. 동 사건은 오나시스 부인과 그의 아들, 딸을 호위하는 비밀경찰이 연방법원에 가렐라의 촬영을 중지할 것을 요청한 바, 연방법원은 1973년 이를 받아들여 오나시스 부인에게는 24 피트(feet), 그리고 아들과 딸에게는 30 피트 이내에서 촬영하지 못하도록 금지명령(injunction)을 내린 바 있다.²⁷⁾ 우리나라의 경우도 미국과 마찬가지로 초상의 인격가치를 직접적으로 승인한 법 규정은 없다. 다만 미국에서는 초상권의 침해를 프라이버시권 침해의 일부로 고려되어져 있는데 비해 우리나라는 명예훼손의 일부로 간주되어져 있다는 점이 다를 뿐이다. 따라서 우리나라는 초상권의 침해에 대해서는 헌법에 명시된 개인존엄, 행복추구, 기본인권의 보장(9조), 사생활의 비밀과 자유에 대한 불가침(16조), 그리고 언론, 출판은 타인의 명예나 권리를 침해할 수 없다(20조)는 법조문을 확대 적용하는 실정이다. 이러한 확대적용은 신선호 대 기린원 케이스에서 엿볼 수 있다. 서울민사지법은 82년 7월 21일 출판사 기린원에 대해서, 신청인인 신씨의 사전동의 없이 그의 사진을 게재해서 책을 발매한 것은 위법이므로 신씨의 사진을 삭제하기 전에는 발매해선 안 된다고 판시함으로써 우리나라에서는 사법사상 처음으로 초상권침해에 대한 판례를 남겨 놓았다. 재판부는 판결이유에서 「헌재 우리나라에선 영국 등 외국에서 저작권법상의 초상권을 명시하는 것과 같은 구체적인 조문규정이 없으나 헌법 16조의 헌법정신을 확대적용, 이 같은 결정을 내린다.」²⁸⁾라고 밝혔다. 이로 미루어 볼 때 비록 우리나라는 미국에서처럼 프라이버시권이 독립적인 권리로서 승인된 법 규정이 없다고 하더라도 상기한 헌법 16조가 프라이버시권의 보호를 목적으로 하는 것이라면 우리나라도 초상권을 프라이버시권의 일환으로 보고자 하는 경향이 있지 않나 생각된다. 초상권에 관해서는 특히 법정에서의 매스·미디어에 의한 촬영 내지는 중계방송이 문제가 되는 경우가 많다. 그러나 본 고에서는 지면 관계상 생략하고 다음 기회로 미루기로 하겠다.

V. 명예훼손의 구제방법

역사적으로 명예훼손의 보호법제는 민사와 형사상의 이원화에 걸쳐 존재한다. 민사상으로는 명예가 훼손되었을 경우 불법행위가 성립하고 피해자는 정신적, 재정적(신용) 손해에 대해

위자료를 포함한 손해배상을 청구할 수 있는 이외에 명예회복에 갈음하는 처분을 청구할 수 있다. 한편 형사상으로는 피해자의 고소를 기다려서 검찰이 기소하고, 가해자에게 형벌적 제재가 가해진다. 일반적으로 외국의 조류는 형사적 제재보다는 민사에 일임하는 경향이 짙은 것 같다. 영·미의 경우만 하더라도 법규상 형사벌이 있으면서도 실제 재판에 있어서는 그다지 적용하지 않으며 비록 적용해서 유죄라 할지라도 징역이나 금고보다는 벌금을 과하는 경우가 대부분인 것으로 우리나라도 이 경우에 속한다고 볼 수 있을 것 같다. 이런 점을 감안해서 본 장에서는 민사상의 구제방법에 국한해서 고찰해 보고자 한다.

1. 손해배상

손해배상에는 재산적 손해(economic or pecuniary losses)와 정신적 손해(mental distress)로 구분된다. 명예가 훼손되었을 경우는 일반적으로 후자의 경우가 중심이 되는 것이 통례로 되어있다. 그렇다고 재산적(신용) 손해의 발생도 고려하지 않을 수 없다. 왜냐하면 앞에서도 언급했듯이 신용도 명예의 일종으로 이해되고 있기 때문이다. 예컨대 매스·미디어의 오보에 의해 피해자의 회사가 도산직전에 놓이게 되었다는 등으로 영업상 피해를 볼 경우가 그것이다. 그러나 실제로는 손해발생에 수많은 요인이 있어서 명예훼손행위와의 인과관계가 불투명하며 또한 손해액의 산정도 곤란한 경우가 많아서 명예훼손에 의한 재산적 손실배상청구는 일본의 경우 용인된 사례가 사실상 그리 흔치 않으며 29) 우리나라도 예외가 아닌가 싶다. 정신적 손해에 대해서는 민법 제 751 조의 타인의 신체, 자유, 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다는 조항과 754 조의 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상을 명할 수 있다는 조문에서 그 근거를 찾아 볼 수 있다. 대체로 손해배상에 대한 금전적인 배상은 위자료라고 불리워지고 있다. 위자료가 손해배상인가 아니면 일종의 사적 제재인가에 관해서는 학설의 대립이 있었지만 오늘날에는 일반적으로 위자료를 정신적 손해 또는 재산이외의 손해의 배상으로 이해하고, 이들 손해는 무형적인 정신적·육체적 고통으로서, 금액으로 구체적으로 계량할 수 없는 것이기 때문에 법관이 자유재량에 의하여 공평의 개념에 따라 산정해야 한다고 한다. 30) 우리나라의 경우는 언론침해로 인한 손해배상청구의 사례자체가 별로 없는 실정이라 위자료의 산정기준을 어디에 둘 것이냐에 대해서는 매우 모호하다. 다만 세계적인 추세는 위자료가 고액화 경향에 있다는 것만은 부인할 수 없다. 얼마 전에 미국에서 있었던 Carl A. Gallo-way(의사) 대 Dan Rather(CBS 앵커맨)간의 명예훼손사건에서 원고인 갤러웨이는 무려 3천만불(2백 10 억원)의 손해배상을 청구했다는 32) 사실이 잘 입증해 준다. 필자가 기억하기에는 75 년에 있는 「A 일보대양정화」 사건에서 원고가 1 억 5 천만원의 손해배상을 청구한 것이 명예훼손사건에 관한 가장 고액의 배상청구가 아니었던가 생각된다. 이 청구소송은 그 후 법원의 판결이 나기 전에 이해 당사자간의 화해 등으로 소를 취하한 것으로 알고 있다. 명예훼손사건의 경우 대체로 전체 건수의 약 2/3 가량이 법정 밖에서 타협으로 해결을 보는 것이 통례로 되어있다는 것을 부언해 둔다.

2. 다른 측면에서의 명예회복방법

상기한 금전적 배상 이외에 명예를 회복할 수 있는 방법으로서 법적으로 민법 제 764 조의 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다는 조문에 근거를 둔다. 명예회복에 적당한 처분방법으로서 프랭크린(Marc A. Franklin)은 크게 세 가지로 ㉠ 취소(retraction), ㉡ 반론(reply) 그리고 ㉢ 정지명령(injunction)을 들고 있으나 32) 이중에서도 취소가 가장 보편적인 방법으로 인정되어지고 있다는 점에서 이것만을 한정시켜서 살펴보기로 하겠다. 펄버 교수는 취소를 「사죄 또는 명예훼손된 기사를 사실 그대로 정정하는 방법」 33)이라고 정의한다. 이로 미루어 볼 때 우리나라나 일본의 경우는 사죄와 정정을 분리 해석하려는 경향이 있는데 반해 펄버는 취소라는 테두리 속에서 관찰하고 있는 것 같다. 해석이야 어찌 되었던, 방법은 같다고 볼 수 있으며 명예훼손사건에 관한 한 이 방법이 가장 널리 적용되고 있는 것이 세계의 추세이다. 미국의 조지아주는 이미 1939 년에 취소법(retraction law)34)을 제정한 것을 시발로 해서 현재 24 개 주에서 이 법을 제정하고 있다.35) 비록 취소법이라고 하였을지라도 언론이 법원으로부터 취소결정을 받았을 경우 취소라고 게재 또는 방송하는 것이 좋으나 아니면 정정이라고 표현하는 것이 좋느냐에 대해서는 이론이 있는 것 같다. 이에 대해 테이어 교수(Frank Thayer)는 취소라는 어감은 마치 출판물 또는 방송이 논설의견을 변경시킨다는 듯한 느낌을 줄 가능성이 짙기 때문에 마땅히 정정이라고 표현해야 한다고 주장하면서 정정에는 최대의 성의를 보여줄 것을 강조한다.36) 최대의 성의와 관련해서 테이어 교수는 Mrs. Pearl A. Wanamaker 대 Fulton Lewis, Jr.(방송평론가)간의 명예훼손 사건을 사례로 들고 있다. 줄거리는 루이스가 56 년 1 월 6 일 방송에서 워너 메이커 부인의 동생은 철의 장막에서 탈출해서 국무성에 복무해 왔다는 데서 비롯되었다. 후에 알고 보니 워너 메이커 부인의 동생이 아니고 딴 사람의 동생이라는 것이 확인되면서 빚어진 사건이다. 이로 인해 워너 메이커 부인은 소송을 제기했고 다른 한편 피고는 며칠 후 자기 프로에서 「엄청난 오보」(horrifying mistake)라고 시인하고 동시에 정말 잘못했다고 사죄했다. 결국 법원은 루이스의 조속하고도 성의있는 정정방송이 크게 참작이 되어 후에 법정 밖에서 타협으로 해결을 보았다.37) 이와 같이 전면적이고 즉각적인 성의있는 정정은 발행인 입장에서는 악의적이며, 고의적이 아니었다는 것을 입증하는데 도움이 될 것이므로 징벌적 손해배상을 경감하는데 크게 기여할 것이다. 그렇지 않고 「편집자주」(Editoris Note)식으로 무성의하게 한다면 오히려 문제를 확대할 가능성도 배제할 수 없을 것이다. 사죄광고에 있어서는 일본의 경우 많은 것으로 집계되고 있으나 우리나라에서는 법원의 판결은 물론 언론중재위의 중재결과에서도 한 건의 사죄광고조차 없는 것으로 나타나고 있다. 프랑스에서는 단순한 사죄는 개인을 무시하는 방법이라고 해서 허락하지 않으나 금전배상에 대신해서 취소광고 또는 가해자의 비용을 갖고 판결문을 공표하는 것을 인정하고 있다.38) 그러나 사죄광고에 대해서는 헌법위반인지 아닌지에 대한 문제가 제기된다. 말하자면 본인의 의사에 반해서 사죄광고를 강제한다는 것은 헌법이 보장하는 「양심의 자유」 조항에 위배되는 것이 아니냐는 문제가 그것이다. 이에 대해 일본법원은 다수의견으로 위헌이 아니라는 판단을 내렸다.39) 이상에서 보는 바와 같이

취소가 명예를 회복시켜주는데 주요한 구제방법이 될 수 있을지라도 결코 원고가 입은 피해를 완전히 회복시켜 준다고 볼 수 없을 것이다. 그런 면에서 볼 때 취소라는 구제방법은 언론의 책임을 무효화 시키는 것이 아니라 보상의 크기를 경감시키는 것이기 때문에 「부분적」 면책이라고 할 수 있겠다. 바꾸어 말해서 언론의 책임이 그만큼 중요하다는 뜻이 되기도 하겠다.

VI. 맺는 말

명예회복을 위한 구제기구로서 우리나라의 경우 언론중재위원회가 큰 몫을 담당하고 있다 하겠다. 말하자면 재판전의 구제기구로서 중재가 성립되면 이는 재판상의 화해와 같은 효력이 인정되어지고 있기 때문이다. 솔직히 말해서 좋은 일이든 나쁜 일이든 간에 소송만 제기되면 사법상의 절차와 비용은 차치하더라도 오라가라는 일이 귀찮아서 웬만한 일이면 기피하고자 하는 경향이 많은 것이 현실이다. 이런 점을 감안할 때 중재위의 설립은 매우 의의가 있어 보인다. 중재위는 지난 3년 동안 총 117건의 중재신청을 접수한 바, 그 중 35건이 중재의에 의해 구제되었고 또한 중재합의 이전에 이해당사자 간에 언제까지 어떤 내용으로 정정해 주겠다는 등의 약속과 함께 화해가 이루어진 경우도 적지 않다고 한다. 중재가 합의되든 합의이전에 화해가 이루어지든 명예회복으로서의 구제는 되었다고 볼 수 있으며 또한 다른 한편으로는 중재위의 존재로 앞으로 또다시 일어날 수도 있는 피해를 사전에 방지하는데도 크게 도움이 되리라는 데서 우리들은 기대를 걸어보는 것이다

<주>

- 1) 伊等正己편, 현대손해배상법강좌 2, 명예 · 프라이버시(동경 : 일본평론사, 1972), p.4.
- 2) 장룡, 언론과 인권, (서울 선명문화사, 1969), p..177.
- 3) 오십남청, 전관유저, 명예와 프라이버시(동경 유비각, 1979 재판), p.4.
- 4) 권영성. 헌법학원론, (저울 :법문사, 1981), p.89.
- 5) Marc A. Franklin, The First Amendmant and The Fourth Estate, second edition (N. Y.. The Foundation Press Inc.,1982), p. 17.
- 6) Donald M. Gillmor, Jerome A. Barren, Mass Communication Law, 3rd edition (St. Paul Minn. : West Publishing Co.,1979) , p.244.
- 7) 서울형사지방법원, 1966 12 23 선고, 64 고 17239 판결, 법률신문, 1970년 1월 19일자.
- 8) Harold L. Nelson, Dwight L. Teeter, Jr., Law of Mass Communication freedom and Control of Print and Broadcast media (N. Y. : The Foundation Press Inc.,1969), p.11.
여기에 대해서 자세한 내용은 Marc A. Franklin, 전장서, p.10 을 참조.
- 9) 김동철. 신개김도와 시민의 권리, 언론중재위원회 창립 1주년기념토론회 주제논문집, p.70에서 재인용.
- 10) 장룡, 전장서, p.188.
- 11) 박선서, 법제사대요(서울 :일우사, 1962), p.380.

- 12) 오십풍청외, 전게서, p.11.
- 13) 윤대균역, 신문학(서울 : 탐구당, 1966), p.135, John Hohenberg, The Professional Journalism (N. Y. : Holt, Rinehart and Winston, 1961).
- 14) 윤대균역, 상게서, p.108, 또한 Robert H. Phelps and E. Douglas Hamilton, Libel (N. Y. : Dover Publications, Inc., 1978) , p.6.
- 15) 윤대균역, 상지서, p.109.
- 16) Harold L. Nelson, 전장서, p.63.
- 17) 첫째, 불특정이며 다수인이 인지할 수 있는 상태, 둘째, 특정 또는 불특정을 불문하고 다수인이 인지할 수 있는 상태. 정창운, 형법학(서울 정연사, 1967), p.103.
- 18) 대법원판결집 제 16 권 3 집형사, p.95.
- 19) 내천방미외편, 강좌 현대의 사회 히고슈니케이션(동경대출판회, 1974), p.189.
- 20) 겸자희삼. 신문법제연구(동경 호서방 1974), p.171.
- 21) 伊等正己편, 전게서, p.223.
- 22) 상게서, p.224.
- 23) 상게서, p.224.
- 24) Don R. Pember, Mass Media Law(lows : Wm. C. Brown Company Publishers, 1977), p.173.
- 25) 죽전념, 명예 · 프라이버시(동경 :주정서점, 1982), p.105.
- 26) Don R. Pember, Privacy and the Press, the Law, the Mass Media, and the First Amendment (Seattle: University of Washington Press, 1972) , pp.64-65.
- 27) Don R. Pember, Mass Media Law, 전게서, pp.182-183.
- 28) 언론중재, 1982 년 가을(통권 4 호), pp.140~142 및 조선일보. 82 년 7 월 24 일자 참조.
- 29) 죽전념, 전게서, p.153.
- 30) 김오주, 언론에 의한 피해보상형태, 언론중재, 1983 년 봄(통권 6 호), p.35 에서 재인용.
- 31) Time, June 6, 1983, p.46.
- 32) Marc A. Franklin, 전장서, p.136.
- 33) Don R. Pember, Mass Media Law, 전게서, p.158.
- 34) 원고는 반드시 공표된 사실이 명예훼손적이라는 데 대해 완전한 사실과 그 사실에 대한 그 나름대로의 설명 등을 발행인에게 알려주어야 한다. 그 후 만약 발행인이 완전하고도 공평한 취소를 하였다면 원고는 다만 특별배상 또는 금전적 배상으로 회복이 가능하다. 그러나 발행인이 취소의 공표를 거절했을 때는 일반배상에 관한 보통법이 적용된다., Frank Thayer, Legal Control of the Press (N. Y. : The Foundation Press, Inc., 1962) , p.403.
- 35) Don R. Pember, Mass Media Law, 전게서, p.159.
- 36) Robert H. Phelps and E. Douglas Hamilton, 전게서, p.287.
- 37) 상게서, pp.299-300.
- 38) 죽전념, 전게서, p.150.
- 39) 1957 년 7 월 4 일 대법원판결, 민집 10 권 7 호, p.785.

- 경희대학교. 미조리 대학교(신문학 석사), 경희대학교 대학원 (정치학박사)
- 저술 : 「비교신문학」 (공저), 「매스컴 4 이론」 (공역). 「매스컴과 사회」 (공역) 외 다수 신문
- 현재 경희대학교 신문방송학과 교수