

언론평해와 구제

김성남
변호사

법익의 조정

언론을 중심으로 한 공권력의 탈 헌법적 통제와 언론기업의 현실적응적 상업주의 등의 심각한 영향이 사적 영역에 대해서 어떻게 작용하는지의 문제는 본 고의 논의범위를 넘는 것이지만 근년에 이르러 언론의 권력적 지위가 괄목할 만한 사회적 영향력을 발휘하면서 자칫 무시되어왔던 사인의 법익과 예민한 예민충동을 일으키는 사례가 가시화되고 있다는 점에서 별도의 기회에라도 심층적으로 논의되어야 할 것이다. 다만 본 고는 언론과 공익, 공익과 사익이 차지하는 각자의 공간과 상호의 관계에 대해서 법적 조정은 어떻게 이루어지고 있는지에 대한 규범적 원칙들에 대하여 살펴보고 앞으로의 우리 제도는 어떻게 수립되고 운용되어야 할 것인가에 대한 기초적 논의를 위하여 작성된 것이다.

우리의 헌법적 원칙들을 살펴본다면 헌법 제 21 조 제 4 항은 「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」고 규정하여 동 조항은 일반적으로 언론의 자유에 대한 헌법내재적 한계를 명시한 것으로 간주되고 있다. 헌법 제 17 조는 「모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해 받지 아니한다」고 규정하여 제 10 조의 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다」라는 규정과 함께 프라이버시의 권리를 포함하는 인격권의 보장으로 받아들여지고 위 조항들 역시 언론의 자유에 대한 헌법내재적 한계를 명시한 것이라 할 수 있다. 그러나 헌법은 언론의 자유와 인격권의 영역을 구획 지울 수 있는 규범적 원칙들을 마련하고 있지 않기 때문에 양 권리의 헌법적 조정의 문제가 필연적으로 증가된다.

언론과 사익

언론기업 역시 사기업이므로 상업주의적 적응이 불가피하다고 하더라도 언론매체란 정보를 독점적으로 공급하고, 특히 정보의 취사와 선택에 있어서 언론구성원의 의사에 일방적으로 맡겨져 있고 이러한 취사와 선택이 미치는 영향은 시장경제에서의 이윤추구만이 주목적인 통상적 사기업과는 비교조차 할 수 없기 때문에 그 공익성의 문제는 간단히 넘길 성질의 것이 아닌 것이다. 언론의 수익성을 보장하는 광고와 판매에 있어서 언론은 자칫하면 최대의 수익성의 보장을 위하여 광고주들의 이해에 대한 지향성의 기초 위에서 정보를 취사선택할 수도 있고 판매의 부수를 늘리고 최대의 독자를 확보하기 위하여 대중적 센세이셔널리즘(Sensationalism)을 선호하기가 쉽다. 언론매체의 기업주의적 경향은 그

상업적 적응에 매달리다 보면 대중적 기호에 부응키 위해서 쉽사리 선정주의에 물들게 되는바, 이 역시 개인의 사생활의 권리에 대한 침해로 빚게 되는 것이다. 언론으로 인한 개인법익의 침해는 언론의 일반적 영향만큼이나 다양적이고 광범한 것이어서 그 피해란 가시적 재산침해에 비교할 수가 없는 것이 사실이다.

언론과 명예훼손

형사명예훼손

우리 형법은 제 307 조 이하에서 명예훼손에 대하여 규정하고 있으나 전술한 바와 같이 일본형법을 본받은 것인 바, 현행법이 사자의 명예훼손(형법 제 308 조), 출판물 등에 의한 명예훼손(동 제 309 조)을 규정하고 위법성조각사유(동 제 310 조)에 대하여 별도 규정을 두고 있는 점이 특징이다. 이제 비교법적 대비를 용이하게 하기 위하여 ① 비휘내용의 사실여부 ② 고의(주관적구성요건) ③ 공공의 이익 등 면책사유 등으로 나누어 설명하기로 한다. 다만 공공의 이익은 본 고의 주된 논의대상이므로 따로 장을 두기로 한다.

○ 「사실」의 문제

(가) 우리 형법 제 307 조는 그 제 1 항에서 「공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자」, 제 2 항에서 「공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자」로 나누어 규정하고 적시된 사실의 진위여부는 죄의 성립에 아무런 영향이 없고 적시된 사실이 허위일 경우 형을 가중하고 있을 뿐이다. 이는 사람에 대한 사회적 평가는 발설된 사실의 진위여부에 불구하고 보호되어야 한다는 취지에서 비롯된 것이나, 형법 제 310 조는 제 307 조 제 1 항의 적시사실이 진실한 사실로서 「오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다」고 특별한 위법성조각사유를 명시하고 있다. 여기서 진실한 사실이란 적시된 사실의 중요부분이 진실과 합치되는 경우를 포함하는 것으로서 세부에 있어서는 약간의 차이가 있거나 다소 과장된 표현이 있어도 전체로 보아 진실과 합치되면 족한 것으로 본다.

명예훼손죄의 성립에 있어서 적시된 사실의 진위여부는 불문한다는 우리 형법의 태도는 어찌 보면 13 세기의 영국의 고관비휘법(Scandalum magnatum)의 원칙 즉, 「진실일수록 비휘는 더욱 크다(The greater the truth, the greater the libel)」는 법리를 연상케 하나, 영미법에 있어서도 사실의 진실성은 전통적으로 방어방법이 되지 못하였다. 그러나 영미법의 형사명예훼손은 악의(malice)의 주장·입증이 그 성립의 요건인 바, 사실의 진실성은 악의의 문제에 관하여 유효하다. 캐널리 대 헤네씨(Kennerly v. Hennessy) 사건에서 법원은 「보통법상 명예훼손에 대한 형사적 소추는 공공윤리를 부패 시키거나 형사상의 다른 범죄를 유발하거나 비휘행위가 필연적으로 개인에게 피해를 입혀서 평온의 파괴가 급박하거나 개연적인 경우 등 공공질서에 영향을 미칠 때에만 가능하다」고 판시하였다. 따라서 형사적 명예훼손의 일반원칙은 「악의적 문서비휘로서 평온의 파괴(break of peace)를 유발할 위험이 있는 것에」한한다고 할 수 있다. 이러한 법리의 배경은 성실법원(Star Chamber)의 거듭된 판결에서 찾을 수 있는 바, 동 법원의 초기판결들은

형사적 명예훼손의 개념을 행정부와 정의에 대한 파괴로 간주하였고, 그 이후에도 명예훼손은 위법을 유발할 위험성 때문에 사회에 대한 범죄로 취급되었던 것이다. 오늘날의 미국에서도 많은 주들은 명예훼손을 주에 대한 불법행위로서 기소 가능한 범죄라고 성문화하고 있으나 사실상 개인의 사적 명예를 훼손하는 일절의 명예훼손이 형사적 범죄로 취급되는 것은 아니고 그 책임은 피해가 전보되는 손해배상으로 족하다고 취급되고 있다.

(나) 따라서 보통법상 명예훼손죄의 성립에 있어서는 비혜내용의 진위보다는 현실악의(actual malice)가 보다 중요한 요소로 간주된다고 보여진다. 앞서 예거한 쟁거(Zenger) 사건에서 본 바와 같이 진실입증은 명예훼손에 있어서 면책사유가 될 수 있게 되었던 바, 그 후 미국의 펜실바니아 주는 1790년, 뉴욕 주는 1805년의 각 헌법에서 위 원칙을 입법화하였고, 특히 1843년 영국의 캠벨명예훼손법(LordCampbell's Act)은 문서비혜가 공공의 이익(public benefit)을 위하여 공표되었을 때 진실성은 방어방법이 됨을 명문화하였고, 그 후 미국의 대다수의 주에서도 비혜행위가 선량한 동기(good motives)와 정당한 목적(justifiableends)에서 공표되었을 때 역시 방어방법이 된다고 명문화된 실정법을 채택하기에 이르렀다. 물론 주에 따라 차이가 있어 민사분쟁에 있어서는 진실성만으로도 방어방법이 된다고 법제화한 주들이 있는가 하면 민사명예훼손에 있어서 사실의 진실성은 공공의 정보를 위하여 선량한 동기에서 악의가 없거나 전술한 바와 같이 선량한 동기에서 정당한 목적이 있었을 경우에 방어방법이 된다고 법제화한 주들이 있고, 형사 사건에 있어서도 비혜내용의 진실성은 독자적으로 방어방법이 된다고 하는 주헌법 또는 법률의 규정을 두고 있는 주들이 있는가 하면 형사명예훼손에 있어서 대부분의 주들은 선량한 동기(good motives)에 의하여 정당한 목적(justifiableends)을 위하여 공표되었을 경우 비혜내용의 진실성은 방어방법이 된다고 입법화하고 있는 것이다.

아무튼 적시된 사실의 진실성이 선량한 동기와 정당한 목적에서 이루어질 경우 면책될 수 있다는 일반적 법원칙은 우리 형법 제 310 조의 위법성조각사유와 법리구조에 있어서 실질상 거의 같다고 하지 않을 수 없다. 동 법조는, 첫째 적시된 사실이 진실한 사실이고, 둘째 사실의 적시가 오로지 공공의 이익에 관한 것일 때 벌하지 아니한다는 취지인 바, 진실한 사실이란 적시된 사실의 중요부분이 진실과 합치되면 족함으로 세부에 있어서는 약간의 차이가 있거나 다소 과장된 표현이 있어도 전체로 보아 진실과 합치되면 족하다는 것이 대법원판례이며, 미국의 주법원들은 공표된 내용의 자세한 부분도 그 진위여부가 엄격히 입증되어야 한다고 판시하나 대개의 주법원들은 공표된 내용이 공직자에 대한 것일 경우에는 「본질적 진실」(substantial truth)로서 족하다고 하고 있는 점에 대비하여 보면 법리의 정향이 유사함을 엿볼 수 있다.

우리 형법 윤리상 동조를 위법성조각사유로 볼 것인지 아니면 처벌조각사유 또는 구성요건조각사유로 볼 것인지 논란이 있으나, 허위인 사실을 진실이라고 오신하고 공익을 위하여 적시·공표한 경우에 대법원은 「행위자가 비록 적시된 사실이 진실이라고 확신하였다 하여도 그것이 건전한 상식에 비추어 상당하다고 인정 될 정도의 객관적 상황이 있다는 증거가 없는 이상 위법성이 조각된다고 볼 수 없다」고 판시하여 이러한 착오를 대체로 법률의 착오로 이해하여 착오에 정당한 이유가 있거나 과실이 없는 경우에만 벌하지 않는다는 견해를 취하고 있는 것 같다.

다만 본 조의 소송법적 효력과 관련하여 우리의 학설은 거증책임을 피고인에게 지우는 거증책임의 전환으로 보는 것 같다. 영미의 판례는 사실의 진실성은 선량한 동기로서 정당한 목적을 위하여 공표되었을 때 방어방법이 되는 것이므로 피고인은 자신의 공표행위를 정당화하기 위해서는 사실의 진실성만으로는 족하지 않고 선량한 동기와 정당한 목적을 주장(allege)하고 입증(prove)해야 한다고 판시하는 경우를 많이 볼 수 있다.

○ 고의의 문제

우리 형법상 명예훼손죄가 성립되기 위해서는 타인의 명예를 훼손하는 데 적합한 사실(또는 허위사실)을 적시한다는 고의가 있어야 하고, 이는 미필적 고의로도 족하다고 보여지며 다만 형법 제 309 조는 비핵의 목적이 있었을 경우에 대한 가중적 구성요건을 별도로 명문화하고 있다.

적시한 사실이 사실인가 또는 허위인가에 대한 인식도 고의의 내용이 되므로 이에 대한 착오는 진실을 허위로 오인했을 때에 제 307 조 제 1 항의 죄책을 지게 되고 허위사실을 진실인 것으로 인했을 때에도 제 307 조 제 2 항의 결과가 발생했어도 고의의 내용은 제 1 항의 고의이므로 형법 제 15 조 1 항에 의하면 역시 동조 제 1 항의 죄책을 우는 결과로 나타날 것이다. 결국 우리는 형법상의 고의는 명예훼손의 형사책임에 있어서 요한 책임요소임에는 틀림 없다.

그러나 영미법에 있어서는 악의(malice)라는 다소 제한된 의미의 주관적 요소가 형사명예훼손에 있어 결정적 책임요소이다. 명예훼손으로 인한 민사배상에 있어서 비핵적 공표가 있으면 법률상 악의(malice in law)는 추정되기 때문에 악의는 본질적 요소가 아니지만 형사명예훼손(criminal libel)에 있어서는 통상 본질적인 것으로 취급된다. 민사명예훼손(civil libel)에 있어서는 공표행위, 피해자의 특정(identification of the person allegedly libeled) 및 비핵내용 등에 의해서 그 배상책임이 인정되고 현실악의(actual malice)에 의한 것임이 입증되면 다른 면책사유나 공정한 비판 (fair comment)등의 방어방법유무에 관계없이 징벌적 배상(punitive damages)의 책임을 져야 하나, 형사명예훼손에 있어서는 악의는 명시적이든 묵시적이든 본질적 책임요소인 것이다. 윌슨 사건(State v. Wilson)을 비롯한 많은 보통법상 선례들은 위의 원칙을 반복해서 확인하고 있다. 홈즈 (Holmes)판사는 민사비핵에 관한 펙 대 트리본(Peck v. Tribune) 사건에서 맨스필드의 말 즉, 「출판물의 내용이 무엇이든 출판자는 위험을 부담한다」는 문구를 상기시키면서 「출판이 비핵적이면 피고는 그 위험책임을 부담한다」고 명언한다. 동 사건에서는 피고가 피해자를 명확히 지칭 하지않았다 하더라도 제 3 자가 당해 비핵가 특정인에 대한 것으로 볼 수 있다면 피고의 고의 또는 과실은 중요한 요소가 되지 못한다는 원칙이 확립되었다. 따라서 맨스필드 이래 수 많은 사례들을 통하여 확립된 원칙은 민사책임은 문서에 의하여 피해자의 명예를 훼손토록 하려는 가해 자의 고의를 책임요건으로 하지 않는다는 것이다.

이러한 엄격책임(Strict accountability)의 원칙은 잠재적 피해가 막심한 공중매체와 관련된 많은 사건들과 함께 발전되어 왔다. 홈즈판사가 펙 사건에서 엄격책임의 원칙을 선언한 것도 대중매체에 의한 명예의 피해는 대양전파가 수반된다는 점에 대한 깊은 고려에서 비롯된 것이라 하겠다. 다만 대중매체의 경우 대부분의 보도자료는 전국적 또는 전세계적

통신망에 의하여 수집되고 즉각적으로 활자화됨으로써 지방단위의 신문 등 언론매체들이 그 진위여부를 점검할 수도 없고, 특히 발행인이나 편집인이 명예훼손적 기사를 다시 확인하고 점검한다는 것은 사실상 불가능하므로 법원은 레인 대 트리뷴(Layne v. Tribune Co.,) 사건에서 편집인이 기사가 AP 통신과 같은 신뢰할만한(reliable) 취재원으로부터 수신되었을 때 문면상 비휘적이 아니라고 확신하였을 경우에 대해서는 기사로 인한 명예훼손에 대하여 배상책임을 지울 수가 없다고 판시한 바 있다.

이에 반해서 형사소추에 있어서는 악의는 중요한 요건으로 간주되고 징벌배상(punitive damages)의 요건으로도 취급되어 왔으나, 특히 형사명예훼손에서의 악의는 극단적 부주의(extreme carelessness), 무사려(thoughtlessness) 또는 타인의 명예에 대한 무시(disregard)에 기초를 둔 가해적 비휘행위를 포함하는 현실악의(actual ill or hatred)를 의미한다고 보여 진다.

명예훼손으로 인한 손해배상

○ 청구의 일반적 요건

우리의 법제상 명예훼손의 피해자는 민법상 일반불법행위의 법리에 의하여 손해배상을 청구할 수 밖에 없다. 언론과 개인의 명예이익 간에 끊임없는 갈등이 쟁송으로 나타나는 서구 자유민주주의국가, 특히 영미에서는 손해배상의 요건은 물론 그 효과에 있어서도 많은 다양성을 보이고 있고 이러한 분화된 손해배상제도는 우리의 언론문화와 법률문화의 발전에 참고가 되리라 여겨진다.

개인은 명예훼손으로 인하여 금전적·정신적 피해, 때로는 직업적 이익의 상실 등의 피해를 입기 때문에 그 회복의 필요는 사법적 절차로 이어지는 것이 자연스러운 것이다. 보통법제에서는 명예훼손행위가 발생했을 때 그로부터 자연하고 합리적으로 예견되는 결과 즉, 피해에 대해서 징벌적 배상(punitive damages)을 인정하고 있고 일반적 손해배상(general damages)은 비휘문서의 발간 그 자체만을 증명함으로써 인정되는 반면, 특별손해(special damages)는 현실적 금전손해(actual pecuniary loss)의 증명이 있을 때 배상 받을 수 있다.

소인(cause of action)은 손해회복의 기초가 될 수 있는 사실이라 할 수 있고 소권(right of action)은 법원에 대한 손해회복의 요구를 정당화시키는 법률상의 권리라 할 수 있다. 보통법도 명예훼손으로 인한 손해배상을 청구함에 있어서는 우선, 첫째 비휘내용이 공표된 사실, 둘째 공표내용이 원고(plaintiff)에 관한 것인 사실, 셋째 공표된 내용이 비휘적인 점 및 넷째 공표된 어구가 그 자체로서 비휘적이 아니라면(not libelous in themselves) 특별한 상황에서는 비휘적이거나 원고에게 금전적인 손해를 입힌 사실들을 주장하고 입증하지 않으면 안 된다. 문면 자체가 비휘적(libelous per se)인 본질적 명예훼손의 경우에는 비휘적 공표가 있었던 사실만의 입증으로서 악의(malice)는 추정되기 때문에 악의의 주장은 불필요하다. 그러나 적법한 특권(qualified privilege) 또는 정당한 비판(fair comment) 등의 항변에 대항하기 위해서는 사실상의 악의(malice in fact)를 주장·입증하지 않으면 안 된다.

○ 일반손해의 배상(general damages—words actionable per se)

일반손해의 배상은 자체 소송가능(actionable Per se)한 비핵문서의 발간에 의하여 추정되는 손해의 전보로서 원고에게 손해를 입혔다는 특별한 입증을 필요로 하지 않는다. 즉, 비핵적 내용의 공표만 입증되면 배심원은 가해문언으로부터 추정되는 일반적 손해의 배상을 명할 수 있다. 워싱턴 포스트 대 챌로너(Washington Postv Chaloner) 사건에서 법원은 「신문에 의한 명예훼손은 광범하게 전파되고 다수의 각양각색의 독자들에게 읽혀지게 되며, 원고로서는 명예훼손 기사를 읽은 독자들에게 의하여 어떻게 유포되는지 추적할 수도 없고 그 내용이 많은 사람들의 견해에 어떠한 영향을 미쳤는지 확인하는 것도 불가능하다. 따라서 명예를 훼손하는 기사가 보도되었을 때 원고는 어떠한 특별손해(special damages)에 대하여 입증하지 않아도 원고의 손해로 추정되므로 배심이 실질손해(substantial damages)의 배상을 명하는 것은 정당하다고 판시하였다. 원고는 증거를 들어 발생개연성이 있는 (probable) 피해의 범위(extent of general harm), 자신의 평판에 끼친 손해로 인하여 발생한 금전적 · 비금전적 피해를 입증할 수 있을 것이고 손해를 평가함에 있어서는 사용된 표현의 특징, 원고의 직업 등이 고려의 대상이 되며 원고는 평판이 좋았던 것(good name)으로 추정되며 자신의 경제적 사회적 위치를 입증함으로써 특별히 높은 명성을 보유하고 있었음을 주장할 수도 있다.

일반손해의 배상은 금전적 손해(pecuniary loss), 정신적 피해(mental suffering)는 물론, 피해자의 명성 · 평판에 대한 피해의 배상을 포함하지만 비핵적 공표가 피해자에 대하여 전혀 들어 본 일도 없는 사람 또는 피해자와 장래에는 아무런 사회 · 경제적 관계를 믿을 가능성조차 없는 사람 등에게까지 전파되었을 때 어느 범위까지 손해로 평가할 것인지는 참으로 곤란한 문제이다. 결국 명성에 대하여 끼친 피해를 평가하는 것보다 피해자 개인에게 끼친 특별한 피해 예컨대, 정신적 충격을 직접 고려에 포함시켜 배심원 결정의 자의성을 어느 정도 감소시킬 수 있고 법원은 적정한 배상한계의 일반적 기준을 마련할 수 밖에 없다고 한다.

그런 데 피해자가 특정의 손해(specific damage)를 주장하면서도 입증을 충분히 못 한다 하더라도 미국의 법원들은 피해자의 명예의 실질적회복(substantial recovery)에 상응하는 일반손해의 배상을 허용해 오는 것 같다. 따라서 피해자가 특정의 손해(specific damages)를 주장하고 거증책임(burden of proof)을 다했을 때에는 배심은 마땅히 당해 손해의 회복을 명할 의무를 진다고 봄이 온당할 것 같다.

○ 징벌적 배상(punitive damages)

피해자가 가해자의 현실적 악의(actual malice) 또는 무분별(recklessness)을 주장 · 입증하였을 때에는 징벌배상을 받을 수가 있다. 미국의 법원들은 가해자에 대하여 징벌을 과하고 비핵적 행위를 억제하는 데 있어서 손해배상의 금액은 가해자의 경제적 능력에 상응하도록 결정함으로써 효과적일 것이라고 보기 때문에 가해자의 재산을 증거로서 현출시키는 것을 허용하고 있다. 일부를 제외한 미국의 대부분의 주들은 이러한 징벌적 배상제도를 인정하고 있으며 그렇지 아니한 주에서도 악의의 입증을 인정하여 일반손해의 배상에 포괄적으로 포함시킴으로써 결과적으로는 같은 효과를 얻고 있다. 그러나 상당수의 주들은 철회(retracion)행위가 이루어졌을 때 징벌배상을 면하도록 입법화 시킨 경우도 있다.

○ 특별손해(special damages-words notactionable per se)의 배상

문서 자체로서(on its face) 소송제기를 할 수 없는 비핵의 경우에는 원고는 소송유지를 위해서 특별한 손해(special damages)를 주장(plead)하고 입증(prove)하지 않으면 안 된다. 그러나 원고가 자동소권이 있는 명예훼손의 경우(본질적 명예훼손 libelous per se)처럼 손해전체에 대하여 배상을 받을 수 있는지 또는 현출된 금전손해에 한하여 배상을 받을 수 있는지 여부는 명확한 것이 아니다. 자동소권이 인정되지 않는 명예훼손(특정적 명예훼손 libelous per quod)은 피해를 입힐 우려가 훨씬 덜 하므로 손해는 추정(presumption)되지 않는다고 본다. 따라서 원고가 증거의 우위(preponderance evidence)에 의해서 현실적으로 입증되는 피해에 한해서 배상토록 제한하는 것이 적절하다고 간주된다.

언론과 사생활권

프라이버시권의 발전

우리 헌법 제 17 조는 「모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해 받지 아니한다」고 규정하여 사생활에 관하여 하나의 권리로서 헌법적 보장을 하고 있는 바, 동 규정이 말하는 사생활의 비밀이란 서구제법이 입법화하고 있는 프라이버시(privacy)에 상응하는 것이라고 일반적으로 받아들여지고 있다. 사생활의 권리란 「사생활을 공개 당하지 아니하는 권리」 또는 「사생활의 자유로운 형성과 발전을 방해 받지 아니할 권리」로서 이해되고 있으나, 1960년대 이후 주로 컴퓨터(computer)를 이용한 국민생활의 정보가 대량 수집·집적·관리됨에 따라 사회구성원에 대한 개인적 정보나 자료가 자신의 의지와는 전혀 관계없이 관리되게 되고, 이는 개인의 자유권을 근본적으로 위협할 우려가 있음이 인식되기에 이르자 프라이버시권은 「홀로 있을 수 있는 권리」에 머무르지 않고 「자기에 관한 정보의 유통을 결정·통제하는 권리 즉, 자기정보관리의 권리」로 인식되기에 이르렀다.

그러므로 프라이버시권은 몇 가지 점에서 명예훼손과 구별된다. 즉, ① 명예훼손은 사람의 사회적 평가를 저하시키는 행위이나 프라이버시권은 사회적 평가와 무관하며 사회적 명성이 높아졌다. 하더라도 프라이버시가 침해될 수 있는 것이다. 프라이버시권은 감정의 침해이므로 개인의 주관적 법익이 그 보호대상이 된다. ② 명예훼손은 진실성이 공공의 이익과 함께 면책사유가 되지만 프라이버시권의 경우는 진실의 증명으로 면책되지도 않고 진실일수록 침해의 정도는 더욱 커지는 경우가 있다. ③ 명예훼손의 경우에는 민법·형법으로 규제되어 형사처벌을 받을 수 있으나 프라이버시권은 민사상 불법행위로만 구제 받을 수 있는 데 그치고, 다만 특정경우에 형법상 범죄나 경범 등으로 처벌 받는 경우를 입법화하고 있다. 4 명예훼손의 경우에는 법인에 대해서도 민·형사상 성립되나 프라이버시에서는 법인에 대하여는 인정되지 않으며 자연인만이 사생활권을 보유한다. 캘리포니아 주 최고법원이 멜빈 대 레이드(Melvin v Reid) 사건에서 몇 가지 선례를 통하여 제시한 프라이버시주의 특징적 원칙들을 실시했던 것은 다음과 같다.

(가) 프라이버시권은 과거의 보통법상 용인된 바 없는 새로운 형태의 권리이다.

(나) 법원에 따라서는 피해회복을 위한 불법행위로서 재산권상의 권리(property)로 취급되었으나 사람(person)에 대한 사례이다.

(다) 순수히 자연인의 소송이므로 사망과 함께 상실된다

(라) 사전동의에 의한 프라이버시의 공표에는 프라이버시권은 존재하지 않는다.

(마) 명망이 있고 그에 따라 자신의 생활을 공중에게 바치고 프라이버시의 권리를 포기한 자에게는 인정되지 않는다.

(바) 뉴스의 전파, 공중이 정당한 이해를 갖는 사람의 생활에 관한 토론, 그에 관한 정보에 대하여 공공의 이익이 결부되어 있을 경우 등의 인물은 공직후보자와 마찬가지로 프라이버시권이 없다.

(사) 프라이버시권은 인쇄 · 저술 · 사진 또는 기타 영구적 형태의 공표 등과 그 재생에 의해서만 침해될 뿐 구어에 의해서는 침해될 수 없다.

(아) 공표행위가 소득이나 이익이 있을 경우에만 소권이 인정된다(이 점에 관해서는 선례에 따라서 의문시되고 있다).

프라이버시 침해의 유형

윌리엄 프로서(William L. Prosser) 교수는 1960년 발표된 「Privacy」란 논문에서 네 가지의 프라이버시 침해형태로 분류하고 선례들을 정리하였다.

○ 사생활의 침해(intrusion upon solitude or seclusion)

개인의 은거(seclusion)나 독거(solitude)의 상태, 사생활의 領域에 속하는 일에 침입(intrusion)하는 행위를 말한다. 초기에는 폭행, 주거침해 등 일반불법행위의 법리에 의해서 구제가능한 물리적 침해(physical intrusion)를 의미했으나 그 외에도 과학기술의 발달로도 도청(wiretapping), 망원렌즈를 사용한 촬영·내정 엿보기, 절교의 강요 등을 예로 들 수가 있다. 이와 관련하여 우리 나라의 경우 텔레비전의 사회고발 프로그램이 개인의 내실이나 사무실에 침입하여 촬영하거나 마이크로폰을 사용해서 남들의 대화를 녹음해서 보도하는 사례 등이 문제로 제기될 수 있을 것이다.

○ 사적 사항의 공표(public disclosure of private affairs)

본인은 비밀로 붙여주고 싶어하는 개인의 난처한 사적인 사항이 공개되는 경우이다. 대표적 선례로서는 전술한 멜빈 대 레이드(Melvin v. Reid) 사건을 들 수 있다.

모우 대 리오그란데 석유회사(Mau v. RioGrande Oil Inc.) 사건에서 캘리포니아법원은 자동차강도 사건의 피해자가 자신에 관한 사건이 라디오 드라마로 각색·방송되면서 성명을 그대로 사용한 사실에 대하여 프라이버시침해를 인정하고 배상을 명한 바 있다.

프라이버시침해의 여부는 공표된 사실이 사사(private affairs)라는 점이 입증되어야 하므로 공개적으로 일어난 사실은 공적정보로 간주된다. 보도가 공적사항 즉, 공익에 관한 사항인지여부는 기사가 무엇에 관한 것인가, 누구에 관한 것인가, 언제 어디서 일어난 사건에 관한 것인가 등이 검토되어야 하며, 뉴스가치(News-worthiness)가 있거나 공적 인물에 관한 것일 때에는 명예훼손에서와 마찬가지로 사생활침해로 간주되지 않는다. 공익에 관한 사항인지 여부에 관해서는 따로이 설명하기로 한다.

○ 왜곡된 공표(false light in the publicity)

과장 내지 허위의 사실을 공표함으로써 세인들로 하여금 특정인을 진실과 다르게 비치도록 하는 행위이다. 윌리엄 프로서(William L.Pressor)는 ① 원고의 의견이나 발언을 허위로 발표하는 경우, ② 다른 상황의 사진을 무단 사용하여 허위의 인상을 주는 경우 및, ③ 무고한 자의 성명·사진·지문 등을 범죄자사진 속에 비치하여 오인케 하는 경우 등을 포함하는 바, 허구화(fictionalization)와 오인(false light)을 구별한다.

즉, 전자는 작자가 진실한 이야기를 극화하면서 없는 사실을 보태는 경우처럼 의도적으로 작품화하는 목적 있는 행위이고, 후자는 비과적 허위사실이 내포되어 있지 않다 하더라도 사진을 잘못 이용하여 오인을 일으키게 하는 경우처럼 비목적적 실수, 무계획적인 부정확에 의해서 발생된다. 세터데이 이브닝 포스트(Saturday Evening Post)지는 보행자의 부주의로 인한 교통사고에 대하여 논평 기사를 게재하면서 교통사고로 다친 10세 소녀의 사진을 실었던 바 그 후 그 사고는 그 소녀의 부주의에 의해서가 아니라 운전자의 잘못으로 발생한 것이었음을 들어 소송이 제기되었던 바 미연방항소법원은 원고의 사생활침해임을 인정하 있다.

○ 도용(appropriation of name or likeness)

개인의 성명·초상·경력 등 인격적 징표를 본인의 동의 없이 사용하여 영리를 꾀하는 경우이다. 성명을 도용 당한 사실과 본인임을 확인할 수 있는 동일성에 대한 증명 요구된다. 예명(stage name), 필명 (pen name)과 동일한 것으로 간주되나 사회통념 상 회사명·상호 그리고 법인명에 대해서는 보호대상에서 제외한다.

사진의 무단사용은 사생활권 침해의 주류를 이룬 사례인 바 인물스케치의 상업목적에 위한 도용도 사생활침해로 간주된다. 환자의 동의 없이 여자의 골반부위에 관한 해부학적 사진을 공표한 경우, 의사가 추형의 여자환자 안면사진을 촬영한 경우, 제왕절개수술장면을 공개한 경우, 외과적 질병에 대한 치료에 관하여 환자인 원고성명과 사진을 공표한 경우 등이 사생활침해로 인정된다.

언론중재와 정정보도청구

(1) 과거의 언론기본법은 정정보도청구제도를 창설하면서 「정정보도청구에 의한 분쟁을 중재하고 언론침해에 관한 사항을 심의하기 위하여 언론중재위원회를 둔다」(동 법 제 50 조)고 규정하고, 동 법 제 51 조 제 1 항은 언론중재위패회의 중재를 거치지 아니하고는 법원에 정정보도청구를 할 수 없도록 하여, 동위원회의 중재절차를 전치토록 강제하였던 바, 1987년 말의 언론관계법개정에 따라 언론중재절차에 관련된 조항을 「정기간행물의 등록등에 관한 법률」과 「방송법」에 수용하고 이른바 언론기본법은 폐지되었다.

위와 같은 개정을 통하여 새로이 생기거나 달라진 것이라면 ① 정정보도청구권과는 따로이 범죄 사건의 보도와 관련하여 피의자로 보도된 자에게 자신에 대한 형사절차가 유죄판결 이외의 형태로 종결된 때 서면으로 발행인이나 편집인에게 추후보도의 게재를 청구할 수 있도록 하였고(정기간행물의 등록등에 관한 법률 제 20 조제 3 항, 방송법 제 42 조), ② 언론중재절차에 있어서 당사자의 출석의무를 강화하고, 특히 피신청인이 2회에 걸쳐

출석하지 아니한 때에는 중재신청내용대로 정정 기사를 게재하기로 합의된 것으로 간주하도록 하고, 이에 대해서는 재판상 화해와 동일한 효력을 부여하였다는 점 등이다.

(가) 정정보도청구제도는 언론과 시민과의 관계에 있어서 개인이 언론에 의하여 법익의 침해를 받았을 경우 신속하고 효과적인 피해의 구제를 위하여 새로이 마련된 것이었다. 정정보도청구는 판례(서울고등법원 1983 11. 17. 선고 82 나 4188 및 대법원 1986. 1. 28. 선고 85 다카 1973)에서도 명백히 하였듯이 보도내용의 진실여부를 논란치 않고 피해자의 반대진술을 보장하고 절차적 신속성을 기함은 물론 보도한 언론매체의 사회적 영향력을 동일하게 이용하여 보도내용과는 다른 피해자의 반대진술을 보도토록 강제할 수 있다는 점에서 피해구제의 실효성을 확보하는 유력한 수단이 되었다는 의의를 찾을 수 있다.

위 판례도 적시한 바와 같이 「신속하게 원래의 기사의 범위 내에서 반론을 제기할 것을 요구할 수 있는 내용의 권리를 마련한 것이므로 그 요건이 민사책임의 요건과 동일한 불법행위의 기준에 의해 적용된다고 볼 수 없다」고 할 것이므로, 이는 서유럽에서 일반적으로 제도화된 반론권을 입법화한 것이라고 할 것이고, 언론기관의 정정보도 의무란 보도기관이 기사를 정정 또는 취소하는 것이 아니고, 그 정정이란 용어에도 불구하고 피해자가 작성한 정정보도문을 무료로 게재할 의무만을 지는 것이다. 따라서 영미법에서 일반적으로 인정된 철회 또는 취소(retraction)와도 구별되는 것이라 하겠다.

(나) 정정보도청구권 행사의 주체는 「민사소송법상으로는 당사자능력이 인정되지 아니하는 경우라도 사회생활상 하나의 단위로서 활동하고 있는 사회적 개체인 경우에는 당사자능력이 인정 된다」.

정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제 16 조 제 1 항의 법문을 살펴보면 「정기간행물에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자」에게 청구권이 있다고 규정하여 피해를 받았음을 요하는 듯한 표현을 사용하고 있다. 정정보도청구권을 반론권의 한 형태로 보아야 할 것이므로 사실적 주장에 「관련된」 것이면 족하고 신청인이 인격적·재산적 법익에 구체적으로 어떤 피해를 입었다는 주장입증을 할 필요는 없다고 본다.

광고에 대하여 정정보도청구가 가능한 것인가에 대해서 판례는 「광고는 언론이 광고주와의 광고계약에 의하여 광고주의 개인적 의사표시를 그대로 게재하여 주는 광고주의 주장이지 언론의 사실적 주장이라고 볼 수 없고, 또한 광고는 언론이 그 대가를 받고 게재하여 주는 것임에 반하여 정정보도는 무료로 게재하여 주어야 한다는 점에 이른바 대등의 원칙에 반하는 점 등에 비추어 볼 때 광고의 게재로 피해를 입은 자는 광고주 또는 언론기관을 상대로 민·형사상의 구제수단을 강구하는 것은 별론으로 하고 광고는…… 정정보도청구의 대상으로 삼을 수 없다」고 판시한 바 있다.

(2) 언론중재제도는 우리의 언론상황에 비추어볼 때 분쟁해결에 있어서 화해의 중재라는 우리의 역사적 현실적응성이 높음 방법을 주된 임무로 하고 있다는 점에서 타당성을 갖는다고 할 수 있다. 그러나 화해의 중재대상에는 당연히 손해배상과 문제도 일괄 포함시켰어야 한다고 본다. 지극히 원칙적인 시각에서 본다면 반론권적 정정보도청구는 언론기관의 자율적 기능에 맡겨도 될 수 있는 일이고 중재를 해야 한다면 오히려 손해배상의 문제라고 봄이 온당할 것이기 때문이다. 더구나 중재절차는 정정보도청구를 위한 전치절차로 마련해 놓고 있으므로 반드시 중재절차를 거쳐야 할 것인 바, 그렇다면 더더욱

민사상 손해배상도 포함되어야 할 것이며, 오보로 인한 피해의 실질적 회복을 중재하지 않는 한 피해자나 언론기관 어느 쪽에서도 다소는 귀찮은 존재로 취급될 소지가 많다고 보여진다. 부연해서 한가지를 더 지적한다면 심의·시정 권고권을 규정해 놓고 있으면서 시정권고의 절차·방법·시정권고의 효력, 불응할 때의 제재, 권고에 대한 이의의 방법이나 절차등에 대해서 아무런 규정이 마련되어 있지 않아 자칫하면 좋지 않은 선례나 관행으로 제도의 구체적 실현이 잘못 굳어질 우려조차 있다고 하겠다.

과제와 전망

[손해배상법리의 정립]

(1) 우리의 민사법제에서 명예훼손 등으로 인한 민사적 구제의 방법은 손해배상의 일반법리에 의존할 수밖에 없다. 그런데 개인이 독점적·권력적 지위에 있는 언론사를 상대로 손해배상청구소송을 제기한다 하더라도 일반적 손해배상의 법리가 그대로 적용될 수밖에 없다면 피해자의 피해회복을 기대하기에는 난점이 많다. 특히 문제되는 것은 불법행위의 입증책임문제와 소송의 지연 및 손해배상액의 산정문제라고 보여진다. 광고의 입증책임부담을 덜기 위해서는 외국의 엄격책임(strict accountability) 법리를 참고하는 것도 도움이 되리라 여겨지고 손해배상액의 산정에 있어서도 법원의 획기적인 법리의 전개가 필요하다고 여겨진다.

민법 제 764 조는 명예훼손소송에 있어서 손해배상과 함께 법원은 「명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있도록 규정하고 있으나, 중재제도가 정정보도청구에 관해서는 중재절차전치주의를 채택하고 있어 손해배상과 정정보도를 아울러 청구할 경우는 오히려 피해자의 구제절차는 중재절차에 의하여 지연될 수가 있다. 따라서 언론중재제도가 언론의 권리침해로 인한 피해의 조정과 신속한 피해구제를 목적으로 한 것이라면 개정을 통하여 손해배상도 중재토록 함이 온당한 것임은 전술한 바와 같다.

(2) 언론피해의 형사적 구제는 언론의 공익적 기능이나 언론의 자유의 시각에서 볼 때 보다 제한적으로 고려하고 특히 그 구성요건적 엄격성을 유지할 필요가 있다. 즉, 형법 제 310 조의 공공의 이익은 추상적 개념에 불과하므로 영미와 일본 판례에서 예시되어 온 「공공관심」의 법리가 수용되어야 할 것이라고 생각된다. 그렇게 함으로써 공공영역과 대 국가공권력의 관계에 있어서 언론은 공기로서의 활동영역을 넓히는 한편 사인과의 관계에 있어서 시민의 통제를 받음으로써 개인의 이익과 공공의 이익에 조화를 이룰 수 있을 것이라고 생각된다.

서울대학교 법대, 서울대학교 행정대학원

춘천지검 속초지청장, 부산지검 울산지청 부장검사, 전주지검 청주지청장

저술: 「개발도상국에 있어서 법의 기능-법과발전에 관한 일반이론」, 「범죄유형별 원인분석과 그대책」 외

현재 변호사