

## 프라이버시의 침해와 면책사유

강경근  
숭실대 법대 교수

### 1. 프라이버시 침해의 소인과 면책

프라이버시권과 프라이버시법은 현대 매스미디어의 부적절한 영향력을 줄이기 위하여 Warren 과 Brandeis 에 의하여 고안된 20 세기의 창조물이다. 그렇지만 아이러니컬하게도, 이론이 아니라 실제 소송에 있어서(특히 미국의) 법관들은 미디어 전문가들의 판단에 치중한 나머지 공중에게 적합한 결정을 내리기를 꺼려 프라이버시권이 실질적으로 보호되어 오지 못했다는 지적을 받아왔다.1) 이는 법원이, 프라이버시 침해시 지게되는 책임의 2) 성립을 조각하는 면책사유(내지 면책항변)로서 '언론의 자유'라는 기본권적 가치를 비중있게 고려하였음을 의미한다. 3)

미국에서 운위되는 프라이버시침해는 헌법, common law, 제정법에 근거를 둔 개인의 정보나 행태(personal information or behavior) 또는 데이터의 기초 등의 보호를 위한 법적으로 인정된 이익(legally recognized interest)을 방해하거나 저촉하는 것이다.4) 프라이버시침해소송의 소인(cause of action)은 5) '사적 사실 공표', '안온침입(intrusion upon seclusion)', '그릇된 인상을 주는 기술(portrayal in a false light)', '상업적 목적을 위한 이용(appropriation for commercial purposes)' 및 명성권[the right of publicity ; 명성이 있는 이름과 초상(likeness)의 상업적 가치를 보호하는 것으로서 상업적 이용법 프라이버시의 침해와 면책사유(appropriation law)의 파생적 결과로서 발전되었다], '정서적 고통 내지 과실'6)을 소인으로 하면서,7) 미디어가 개개인에게 정신적 또는 신체적 해를 끼치는 것으로 추정되는 방식으로 또는 해를 끼칠 것으로 예견되는 등의 방식으로 보도하거나 기술할 때 제기된다.8) 이때 침해를 정당화 할 수 있는 '면책사유 내지 면책항변'9)을 가지고 10) 매스 미디어의 프라이버시 침해를(명예훼손과는 달리) 소송의 단계에서 굴복시킨 결정은 미국에서도 드물다.11) 이 차이는 프라이버시가 서로 독립된 네 가지의 불법행위 소인으로 구성되어 그 면책사유의 확정이 어려운데 비하여, 명예훼손(libel)은 단 한가지 소인만을 지녀 상대적으로 면책항변의 주장이 쉽다는 점에 있다.

미국면방대법원은 프라이버시 소송 특히 '사적 사실' 소송과 '그릇된 인상' 소송에서 '수정헌법 제 1 조에 기초한 면책사유(First Amendment-based defenses)'를 도입하여 프라이버시와 명예훼손 양자를 같은 입장에서 다루었다. 즉 뉴스 기사(accounts)로 인한 프라이버시 침해 소송 중 광고라든지 공공관계에서 이루어지는 상업적 이용과 명성권에 관한 소송은 원고(즉 피해자)가 미디어 측의 면책항변을 쉽게 회피할 수(즉 승소할 수) 있었다.12) 우리 역시 초상권에 대한 침해는 헌법상의 프라이버시권에 의거해서 보호되고 (서울민사지법 1982. 7. 21. 선고, 82 카 1926 판결), 그 범위도 공적 인물 등의 사생활에 대한 공중의 알 권리는 명예에 관련한 적용범주보다는 좁다. 또한 프라이버시 침해시 미국의 대중은 '미디어'에 일정 제한이 가하여지기를 바라는 반면,13) 법원은(명예훼손 소송과는 달리) 손해배상을 위한 민사소송 형식의

제한은 꺼린 결과, 미디어와 프라이버시권 논쟁점의 대부분은 법적 결정 보다는 윤리적인 것으로 전환되는 형편이다.

"common law"상 프라이버시를 보호하기 위한 사법적 시도는 대부분 재산법과 계약법에 기초를 두었다.<sup>14)</sup> 독자적으로 '프라이버시의 침해'를 정식으로 처음 언급한 것은 Louis Brandeis 와 그의 Boston Law 의 파트너인 Samuel Warren 이 1890 년에 발표한 법률지의 한 논문에서이다.<sup>15)</sup> 이 논문에서는 프라이버시 침해에 대한 '독립된' 법적 청구를 할 수 있음을 밝혔고 그 결과 미디어는 진실한 정보를 공표하는 경우에도 이에 대한 책임을 져야 했다. 브랜다이스와 워렌이 관심을 기울인 "일신상(intimate)" 정보의 공표로부터의 보호라는 프라이버시는 1960 년대 William Pressor 가 common law 상 프라이버시 침해 소송들을 네 가지로 구분하면서 <sup>16)</sup> 20 세기적 프라이버시로 나아갈 수 있게 된다. 즉 "순수한 프라이버시"로 불리어진 '사적 사실의 (불합리한)공표'[disclosure (unreasonable) of private facts] 소인에 의하여 "난처하고, 외부의 반응에 민감한 "개인적 정보의 공표를 배제하는 프라이버시 침해의 유형 내지는 프라이버시침해 소송의 소인들이 함께 common law privacy 로서 발전하였고,<sup>17)</sup> 이들은 법정의견 또는 제정법률 등에 의하여 재개 주들이 프라이버시에 관한 네 가지 소위들의 하나 또는 그 이상을 승인하기에 이르고 있다.<sup>18)</sup>

프라이버시 침해 소송에 관한 위 네 가지 소인들의 각 요소들은 별개로 이해되어야 하며 <sup>19)</sup> 따라서 그 각 소인에 대한 면책사유도 달라진다. 동의(consent)와 '흰히 보임'(plain view)의 면책 사유만은 모든 소국에 적용되지만 이것도 서로 다른 유형의 프라이버시 소송에 반드시 유사하게 적용되는 것은 아니다. 이하에서는 프라이버시 소송의 각 소인들에 따른 면책사유들을 설명한다.

(주석 19) 프라이버시 침해소송의 소인들에게 모두 공통되는 하나의 결정적인 요소가 있다. 즉 그것들은 명예훼손의 경우와 같이 개인적 권리 (personal rights)로 인식되어 직접 영향받는 사람이나 사람들을 보호하는 것이지, 가족의 성원들이 나 보도된 사람들과 가까운 사람들이 그것들에 "관계되는(relational)"프라이버시의 침해를 호소할 때, 법원은 일반적으로 그 사건을 계속하여 진행하지는 않았다(Fitch v. Voit, 624 So. 2d 542 (Ala. 1993)). 이 소송은 순수하게 개인적인 것이므로 총상적으로 어떤 사자의 권리를 입증하기 위하여 유지될 수는 없다.

## II. 사적 사실의 공개(Disclosure of private facts)

### 1. 의의

브랜다이스와 워렌이 1890 년에 생각한 프라이버시가 '사적 사실의 공개'이고 뉴스 미디어가 프라이버시 소송에서 가장 두려워하는 것이 -그들 대부분이 승소함에도 불구하고- 이것이다. 이 소송의 소인의 요소는, 어떤 사람의 사적 생활이 공개될 때 그 공시(publicity)에 책임 있는 사람은 그 사적 정보가 "분별 있는 사람에게 고도로 무례하고"(highly offensive to a reasonable person), "정당하게 공적인 관심사가 아닌"(not of legitimate concern) 어떠한 것일 때 프라이버시의 침해로서 책임이 있다는 것이다.<sup>20)</sup> 책임의 판단에 원용되는 공동체 기준(community

standards)은 품위(decency)에 관한 공동체의 관념이다. 이때 원고는 ① 어떤 기술의 발행(publication) 또는 반포(dissemination), ② 정보의 프라이버시성(privacy of information), ③ 분별있는 사람이 봐도 지극히 무례함(highly offensive to a reasonable person), ④ 공중의 관심사가 아님(not of public concern), ⑤ 공동체 품위에의 위배(outrage to community decency) 등을 입증하여야 한다. 21)

사적인 정보가 '공중의 관심사가 아님'을 원고가 입증하여 야 한다는 점은, 원고가 그 소극성 즉 발행된 그 자료에 어떠한 공적인 가치가 있을 수 '없음'을 입증하여야 하는 등 미디어와 비교할 때 그럴만한 능력이 부족한 원고를 곤란한 위치에 빠뜨린다. 실제로 피고측인 미디어가 특정 기사 뉴스가치성의 존재를 입증하기 위한 증거를 제시함으로써 결과가 뒤집어지기도 한다.22)

법원은 원고에 의하여 제시된 증거에만 입각하여 판단한다. 소송으로 가게 된 미디어 취재보도가 대단히 전형적으로 해 오던 방식의 뉴스를 포함할 때, 법관은 그 기사가 공적 관심사를 보도한 것이라고 판단할 수도 있다. 범죄 기사, 공직 부정, 공직자의 자질, 그리고 심지어는 명사들의 습관 등이 보통 저널리즘의 영역에서 받아들여지는 부분이다.23)

## 2. 면책사유

사적 사실 소송에 있어서 기능하는 면책사유의 주종은 '뉴스가치성'(newsworthiness)이다. 나머지 네 가지 면책사유는, 원고가 그 정보의 공개에 동의한다는 것(the plaintiff consented), 미디어에 의하여 입수된 자료가 명백한 관점에서 공무원 또는 공적 인물(a public official or public figure)에 관한 정보라는 것, 공적 기록 또는 공식적인 소송진행(a public record or official proceeding)으로부터 입수된 자료일 것, (이밖에 임의적 면책사유로서) 그 사실이 다른 사람들에게 알려져 있고 더 이상 사적인 것이 아니라는 것의 논증 등을 들 수 있다.24)

### 가. 뉴스가치성 (newsworthiness)

뉴스가치성의 면책사유는 전통적인 기준 하에서 채택된 언론의 판단이 신문 등의 발행에 원용 되었을 때, 프라이버시 소송의 원고가 그 사건에서 승소함을 막게 되는 사유이다. 이는 1890년 Brandeis와 Warren에 의하여 제시되었고 미국 각 주에서도 일반적으로 받아들여졌다. 이 면책사유의 적용은 보통은 그 기사를 내게끔 한 언론적 가치(journalistic values)의 심사를 요구한다.25) 뉴스 미디어는 대부분의 경우 법원으로 하여금 뉴스가치성에 관한 언론측의 기준을 받아들일 것을 설득한다. 만일 그 기사가 뉴스가 포괄한 전통적인 영역이거나 전통적인 뉴스 가치 중의 하나에 부합한다면 뉴스가치성의 사실인정(finding)은 거의 자동적으로 된다. Sanchez Duran v. The Detroit News, Inc., 26)에서 콜롬비아의 전직 판사인 원고는 마약 거물의 기소를 주재하였지만 죽음의 위협을 받은 후 그 직을 사임했다. 그런데 이 전직 판사가 Detroit에 출현하였음을 폭로한 기사에 대하여 사적 사실의 침해를 포함하는 여러 청구를 제기하였다. 법원에서는 뉴스가치성의 면책사유를 효과적으로 확장하는, '과거의'(past) 뉴스의 취재(coverage)라 할지라도 그것이 "공적 기록의 사항"(a matter of public record)의 증거로서 원용될 수 있다고 하였다.

뉴스가치성이 있는 것으로 여겨지는 기사가 대부분이지만 드물게 그 기사가 면책사유를 충족할 정도의 뉴스가치성이 있는 것으로 판단되지 아니하는 경우가, "병리연구자인 원고의 개인파일에 그의 전문직업상의 잘못된 행위를 비난하는 한 통의 견책 서한이 익명으로 보내진 것에 대한 보도에 대하여 배심이, 원고의 암에 대한 조사연구에 대한 공중의 관심이 개인파일이 지닌 프라이버시에 대한 기대를 상쇄할 수 없다고 함으로써 뉴스가치성을 부인한 경우"이다.27) 또 다른 사건은, 심령을 묘사한 신문 기사가 뉴스가치성이 없는 것으로 결정된 것이다. 법원은 그 기사가 주로 원고의 사적 관심사를 다루고 있지, 공중이 "타당하게 (validly)" 관심을 지닌 것은 아님을 강조하였다. 28) 다만 이러한 유형의 판결들은 드물고 단절된 예로서 보는 것이 좋다. 29)

추적기사 (follow-up stories)에 의한 프라이버시침해 소송에서는 뉴스가치성의 상실여하를 따지는 기준에 '시간경과의 논거'(passage of time argument)는 원용되지 아니한다. Sidis v. F-R Publishing Corp., 30)에서 William Sides 가 20년 동안 공중의 눈을 피하여 왔음에도 불구하고 뉴스가치성은 인정되었다. 즉 어떤 사람이나 사건이 유명하거나 유명하였을 때 또는 그렇지 아니하였을 때라도, 그 기사는 뉴스가치가 있다는 것이다.31)

## 나. 동의 (Consent)

프라이버시 소송의 면책사유로서의 동의라 함은 개개인과 미디어를 대표하는 자간의 명백한 합의(explicit agreement)를 말한다. 이는 공무원들이나 공적 인물들의 인터뷰시 빈번하게 언급된다. 그렇지만 동의를 근거로 결정되는 사건들은 상당히 적다. 왜냐하면 사실의 공개(disclosure of facts)에 동의한 사람이 라면 누구나 애당초 소송을 제기하려고 하지 않기 때문이다. 피고 (즉 언론사)는 원고가 동의를 했으며 공표된 자료는 동의에 의하여 보도된 것이라는 점을 증명 할 필요가 있다. Virgil v. Sports Illustrated 사는 비록 뉴스가치성의 면책사유를 들어 결정되었음에도 불구하고 Virgil의 동의는 법원의 판단에 영향을 미쳤다. 그는 인터뷰에 동의하고 준비된 자료를 가지고 협조하였으며 상당한 시간을 취재 기자와 같이 지내던 것이다.32)

일반적으로 취재기자과 말하는 누구라도 인터뷰에서 얻어진 정보의 공표에는 동의하는 것이지만, 제 3의 인물이 출석하지 않는 한 이러한 종류의 구두의 동의(oral consent)는 입증하기 어렵다. 언론사가 원고에게 필요한 인용문을 지닌 뉴스 기사를 낼 때, 사실상 원고는 인터뷰에 동의하였음을 주장하고 있는 것이며, 원고가 취재기자와 자발적으로 말을 나누었다는 인용문은, 그 진술이 안온침입(intrusion on seclusion)에 해당하는 것과 같은 은밀한 수단에 의하여 취득되지 않는 한, 상당히 좋은 증거이다. 입증책임(bioden of proof)은 보통 원고에게 있다. Jerry Falwell 이 프리랜서 작가와 함께 행한 인터뷰가 Penthouse 에 실렸음을 이유로 제기한 프라이버시, 명예훼손, 저작권 침해 소송에서의 패소 이유는 그가 특별히 그 발행에 대한 동의의 제한에 대한 입증에 성공하지 못하였기 때문이었다.33)

면상 행하여진 정식 동의(formal, written Consent)는 좀처럼 프라이버시소송 사건의 쟁점으로 되지 아니한다. 그러한 사건들의 거의 대부분은 판에 박은(routine) 뉴스수집 상황으로부터 나오기 때문이다. 이는 그릇된 인상이나 안온 침입 사건에서도 그러하다. 다만 정식 동의는 상업적 이용이나 명성권에 관한 사건들에서만 가능한 면책사유가 된다. 서면동의를

취득되는 정보, 정보의 예정된 사용처, 양 당사자에 의하여 동의된 범주 등을 특정하여야만 한다. 뉴스협회, 광고 에이전시, 공공관계회사 기타 미디어 관련 협회 등은 대체로 표준동의양식(standard consent forms)을 사용한다. 그 양식은 보통 법률가들에 의하여 작성되며 정보의 공시에 동의를 표하는 사람과 정보론 취득하는 사람 양자는 그들이 그 양식의 용어를 이해함을 확실히 하여야 한다. 양식의 모호함(ambiguity)은 통상 그 양식을 작성한 당사자에 불리하게 해석된다. 34)

#### 다. 흰히 보임 (Plain view)

'흰히 보임'의 면책사유라 함은 공개된 장소 또는 동의를 받은 사적 장소에서 보이거나 들릴 수 있는 어떠한 것도 자유로이 보도될 수 있다는 것을 말한다. 이 면책사유는 공개된 장소(public place)에서 일어나는 것은 그것이 무엇이든지 간에 이를 목격하는 누구에 의해서든지 그 사용에 있어서는 공평한 게임이라는 단순 명료한 전제에 기초하여 가능하다. 경찰이 흰히 보이는 곳에 있는 범죄 행위의 증거를 발견하는 수색 (search)은 부당한 체포 수색을 금지하는 수정헌법 제 4 조의 피고인의 권리를 침해하지 아니한다는 것이다.35)

Cape Publications v. Bridges36) 사건에서 법원은 뉴스가치성을 근거로 결정하려는 듯 하였지만, 흰히 보임이라는 견해에도 영향을 받은 듯 하였다. 총으로 위협 받고 옷을 벗을 것을 강요당한 한 여성이 경찰이 그녀의 아파트 건물을 덮쳤을 때 탈출하였다. 경찰관과 함께 그녀는 길거리에 뛰어들어 갔고 몸을 덮기 위하여 식탁 타월을 꼭 붙잡았다. 신문은 찍은 사진들 중 가장 덜 드러난 것 하나를 실었다. 이 사진이 찍힌 사건이 공개된 장소에서 일어났다는 점에 의하여, 법원은 이 사건을 보통 편히 보이는 곳에서 일어난 재난, 사고, 행사들과 비교하였다. 남성인 원고의 외음부가 노출된 사진이 실린 McNamara v. Freedom Newspapers, Inc.,37) 사건에서도 공개된 행사인 고등학교 축구시합에서 자발적으로 관람하는 자에게 친히 보임의 면책사유를 적용하였다.

Dora v. Frontline Video, Inc.38)에서, 파도타기선수인 Micky Dora 는 자신의 파도타기에 관한 비디오필름 및 인터뷰기록을 포함한 다큐멘터리인 "The Legends of Malibu"를 상대로 소송을 제기하였는데, 법원은, "공개된 장소에서의 어떤 사람의 자발적인 행위는 그 자신의 프라이버시권을 철회하는 것 (waive)..."이라고 하였다. 사고와 범죄의 희생자들은 자발적으로 그 희생자로 되는 것은 아니지만, 그들이 공개된 구역에 대체로 자발적으로 놓여져 있을 때,39) 흰히 보임의 면책사유는 적용될 수 있다는 것이다.

#### 라. 공무원, 공적 인물(public official, public figure)

공적 인물이란 일반적인 명성 또는 평판을 얻어 온 사람이다. 이러한 정의는 명예훼손법 뿐 아니라 프라이버시법에서도 같다. 공무원들이나 공적 인물들을 보도하는 미디어를 보호하는 독립된 면책사유(separate defense)는 없다. 그렇지만 사적 사실 사건에서 공무원이나 공적 인물이 원고일 때 법원은 명예훼손법'에 있어서 할 수 있는 방어수단을 대부분 수정헌법 제 1 조로부터 가져 왔다. 프라이버시법에 있어서 원고의 공적 위치(public status)는 '뉴스가치성'(newsworthiness)의 면책사유에 직접 관련된다. 이의 기본적인 이념은

명예훼손법에서 발전된 공무원들과 공적 인물의 분석에 가깝다. 공적 직무를 받아 들여 온 사람 또는 공적 평판을 얻으려고 해 온 사람은 거의 항상 공적 관심의 정당한 주체가 되므로, '사적 사실' 소송에서 뉴스가치성이 있는 것으로 생각되어 왔다. 즉 공무원들이나 공적인물들이 소송을 제기하는 경우 뉴스가치성에 비중을 두어 면책을 인정하지만 그 뉴스가치성의 면책사유는 사인(private person)이 소송을 제기한 경우에도 설정되는 것이다.40)

Dora 사건은 이러한 요소를 포함한다. 1950년 대 surfer로서 평판을 얻어 온 Mickey Dora는 파도타기에 관련한 생활모습이 공개되는 것 (publicity)을 20년 동안이나 피해왔음에도 불구하고 뉴스기록물(documentary)이 공시한 것에 대하여, 법원은 "상황의 효과"(forces of circumstances)에 의하여 그가 "공적 인사"(public personage)로 되었다는 점을 지적 했다.

공적 인물의 면책사유는 피고(즉 언론사)가 어떤 사람이 과거 또는 현재에 상당한 정도로 공개되는 주체였음을 보여줄 수 있을 때 적용된다.41) 사적 인물들은 광범한 공시(extensive publicity)의 주체가 되는 사람에게 충분히 밀접하다면 공적 인물 내지 뉴스가치 있는 인물로서 취급될 수 있다.42) 공적 인물의 위치에 있음을 증명하는 입증책임은 피고인측에 있다. 그렇지만 일단 그것이 입증되면(establish) 피고인을 위한 뉴스가치에 대한 판단은 거의 자동적으로 진행된다.43)

#### 마. 공적기록 /공적소송절차 (Public Record / Public Proceeding)

공적 기록이라 함은 정부부처(government body)에 의하여 생산된 기록(record)으로서, 정보공개법(FOIA)에서 특히 정하여진 기록을 포함하지만 이에 한정되는 것은 아니다.44)

사적 사실 소송의 원고는 그 공개된 정보가 정부에 의하여 수집된 공적 기록이나 정부부처의 공적회의(public meeting)45)로부터 온 것이라면, 승소하기란 사실상 불가능하다. 일반적으로 법원은 정부 문서 속에서 드러난 공적 업무에 관한 취재는 그 자체가 뉴스가치가 있는지 또는 어떠한 경우에도 고유하게 공적인 경우라고 판단하였다. Supreme Court's *Broadcasting v. Cohn*46)에서, 제 6 순회 연방항소법원은 공적 기록과 법원의 소송 절차의 면책항변이 수정헌법 제 1 조의 권리(기본권)로부터 나온다고 해석하면서,47) 그러한 기본권적 권리 (privilege)에 기초하여, 공식적인 공적 자료로부터 얻은 진실한 정보에 대해서는 결코 책임을 지을 수 없다고 하였다.

법원은 그러한 권리를 절대적인 것이라기보다는 조건부의 상대적인(qualified) 것이라 하였지만 실제 적용은 절대적인 것처럼 되었다.48) 공식적인 공적 문서를 보도하는 commonlaw 상의 권리(privilege)는 매우 강하고 사실상 자동적이기 때문이었다. 1992년의 *Jenkins v. Bolla*49)는 1940년대의 형사기록들에서 끌어 낸 기사들에 관한 것이었는데, 법원은 "공적 기록은 역사적 사실 속에서는 희미하여 질 수 있다"고 말하였지만, 그 기록 속에서 드러난 기사는 결국 공적 관심사(public concern)가 된다고 보았다.

#### III. 안온침입 (Intrusion upon seclusion)

## 1. 의의

안온침입 프라이버시 소송의 근거는 불법행위법상의 불법침입(trespass)에 있다. 불법침입이라함은 허락 없이 다른 사람의 재산에 들어가거나 이에 영향을 미치는 것을 말한다. 안온침입소송은 사적 장소(private space)에 대한 무례하고 허락 없는 출입으로부터 개개인의 공간적 프라이버시권(right of spatial privacy)을 보호하는 것이다. 우리의 경우에는 토지 등에 대한 불법침입으로부터의 물권적 권리에 근거한 불법행위 책임의 문제라고 할 수 있다.

초기에 이는 비신체적인(nonphysical) 침입, 예컨대 창문으로 엿보기, 은행기록 훑어 보기 등 일반적인 엿보기를 포함하였으나 지금은 몰래하는 전화녹음이 라든지 도청(wiretapping)을 포함하는 경우도 나타난다.<sup>50)</sup> 우리의 경우 이는 통신 비밀보호법에서 보호되는 통신비밀로서 다루어진다.

안온침입 소송은 공표된 그 기사가 포함하는 정보(information)보다는 그 기사 속의 이야기가 수집된 방식(the way)에 기초한다. 따라서 원고는 발행된 기사가 없어도 소송을 제기할 수 있다. 다만 그 침입의 결과로서 획득된 기사가 나오기까지 그 침입을 모르는 경우가 많을 것이다. 일단 자료가 공표되면, 원고는 침입 자체 때문에 나온 고통(distress)뿐만 아니라 그 발행으로부터 나온 고통에 대한 손해배상을 청구할 수 있다. 여기서 원고는, 침입된 장소가 원고의 장소적 프라이버시에 "합리적인 기대가능성(reasonable expectation)"이 있음을 입증하여야 한다. 이는 그 장소가 사적 장소임을 입증하고 또한 거기에 침입행위가 일어났음을 증명하는 것이다.<sup>51)</sup>

이 소인의 면책항변에는 특히 동의(Consent) 및 허락(permission), 훤히 보임(plain view), 뉴스가치성(newsworthiness)이 있다. 다만 뉴스가치성이라든지 동기의 선의(good motives)는 덜 중요하다.<sup>52)</sup>

## 2. 면책사유

### 가. 동의 (consent)와 허락(permission)

동의를 한 경우의 대표적인 경우는 기사를 사무실이나 집으로 오게 한 경우로서, 이는 각자의 사적 공간에 대한 보도에 동의를 한 것이다. 동의의 범위 밖에 있다고 여겨지는 경우는, 기자가 취재원이 자리를 잠깐 비울 때 책상 위나 파일철을 보는 것과 같이 범위 밖의 조치(extra step)를 취하는 경우이다. 동의는 그 재산에 대한 접근을 통제할 수 있는 권리를 지닌 사람이 행할 수 있다. 범죄현장에 경찰관을 동행하는 기자들은 동의를 받은 것이지만,<sup>53)</sup> 경찰관들이 포함된 공식적 행위가 그 재산 소유자 측의 묵시적 동의(implied consent)를 포함하는가에 대해서는 부정적이다. 즉 재산을 지배하는 사람은 그가 그 곁에 있다면 취재기자들의 출입을 '명백하게' 거부할 수 있다는 것이다 <sup>54)</sup> 경찰관과 같은 관리가 출입을 허용할 분명한 권한을 지니고 있다면, 공직자와 언론인들간에 발전되어 온 관례들에 따라서 정할 수 있고, 그러한 관례를 입증하는 책임은 피고측인 언론(media defendant)이다.<sup>55)</sup> 현장급습에 경찰을 동행하는 것은 그러한 출입에의 무례함을 완화하는 요소에 그치며, 부분적인 방어수단으로서 기능한다.<sup>56)</sup>

## 나. 흰히 보임 (plain view)

안온침입에 가장 강하게 적용되는 면책항변은 '흰히 보임'이다. 공공장소로부터 또는 그 안에서 보일 수 있는 것은 무엇이든지 그 정보를 얻기 위한 가외의 조치가 필요없다는 점에서 보도될 수 있다. 그렇지만 추가적인 수단이 있어야 정보를 취득할 수 있는 경우(즉 열린 창문을 통하여 사진을 찍기 위하여 망원렌즈를 사용한 경우 등)에 법원의 법리(rational)는 누구나 그 사진을 볼 수 있다는 것이다.<sup>57)</sup> 헬리콥터로 날면서 취재하는 것은 슈퍼마켓의 선정적 신문을 살 수 있는 것과 마찬가지로 가능한 일이겠지만, 원격장치라든지 위성사진 그리고 벽이나 닫힌 창문을 통과하여 엿듣기 등과 같은 고부가 기술 등에 의한 경우 비록 법원의 판결은 없었지만, 망원렌즈로서 볼 수 있는 장면의 확장으로 볼 수 있다는 견해와 그렇지 아니하고 신체적으로 막거나 배제할 수 없었기 때문에 손해배상 책임을 져야 한다는 견해가 있다. 또한 누구라도 들을 수 있는 것과 같은 상황하에서의 대화는, 사적인 대화를 녹음하는 것을 규제하는 법이 아무리 엄격하게 규정되었다 하더라도, 그 참석자들의 프라이버시를 기대할 수는 없다고 한다.<sup>58)</sup>

## 다. 뉴스가치성 (newsworthiness)

뉴스가치성이 안온침입 행위 등에 대한 면책사유가 될 수 없다는 판결(The Dietemann case)은 모든 심급의 법정에서 나오지만 선례로서의 가치는 불투명하다. 안온침입이 가정이나 개인 사무실과 같은 순전히 사적 재산 위에서 일어날 때에는 뉴스가치성이라는 면책사유는 가장 미약하지만,<sup>59)</sup> 사적으로 보유하고 있지만 일반적으로 접근가능한 장소일 때에는 오히려 강하게 적용된다.<sup>60)</sup>

## IV. 그릇된 인상의 기술(Portrayal in a false light)

### 1. 의의

그릇된 인상을 가져오는 묘사에 기인한 프라이버시 침해에 관한 common law 상 소송은, Restatement 에 따르면 개개인이 잘못되고 불쾌한 방식으로 공표되는 것을 막는 것이다. 그러한 점에서는 분명히 명예와 유사하다. 그러므로 이에 관한 프라이버시 소송과 그 면책사유는 명예훼손에서의 그것과 거의 동일하게 전개된다. 다만 그 불만을 가져 온 공표(publicity)는 비방(defamatory)일 필요는 없고, 단지 "분별 있는 사람에게 대단히 불유쾌한" 것이며 <sup>61)</sup>, 제거되어야 할 그 피해가 평판(reputation)에 대한 손상(damage)이라기보다는 그 공표로부터 나오는 개인적 또는 정서적인(emotional) 고통(distress)에 기초하고 있다.

그릇된 인상 프라이버시 소송은 원고가 생각하기에는 동시에 명예훼손적이라고 판단하지만, 법원은 이를 동일한 소송에서 동시에 따지는 것을 받아들이지 않으며, 따라서 원고는 명예훼손으로 인한 평판에 대한 피해와 정서적인 행복(well-being)에 대한 피해 중 어느 것을 소송에 붙일지를 선택하여야 한다.<sup>62)</sup>

그릇된 인상 소송의 소인을 이루는 요소들은 ① 그릇된 기술이 있으며, ② 그것이 분별 있는 사람에게 불유쾌하고, ③ 정서적인 또는 기타의 피해를 가져오며, ④ 그러한 피해가 피고(즉 언론)의 부주의(negligence) 또는 실제적 악의(actual malice)에 의하여 측정이 되는 흠(fault)<sup>63</sup>에 의하여 일어날 것 등이다. 이밖에 "대중을 대상으로 한"(class) 공표의 입증도 요구되지만, 이는 거의 쟁점이 되지 아니 한다. 왜냐하면 제기된 사건들은 광범위한 사람들에게 발행되거나 보도되기를 항상 바라는(미디어에 의한) 피해자들에 의하여 소송에 들어왔기 때문이다.<sup>63</sup>)

## 2. 면책사유

그릇된 인상 소송에 대한 면책사유는 명예훼손 소송에서 접근 가능한 내용 즉 진실(truth), 호평과 공정논평(opinion and fair comment), 상대적 특권(qualified privilege), 동의 (consent) 등이다. 뉴스가치성(newsworthiness)은 Hill 사건 65)에서와 같이 실제적 악의에 대한 입증책임에 대한 이의를 제기하기 위한 논의로 사용할 수 있다. 흔히 보임(plain view)의 논거에 입각한 면책사유는 때로 유용하게 사용된다. 명예훼손 소송에 있어서의 면책사유의 내용과 매우 유사하지만 특히 프라이버시 소송의 경우에 있어서 문제 되는 것을 들면 다음과 같다.

### 가. 진실(truth)과 동의 (consent)

그릇된 인상 소송에서 가장 강력한 면책사유는, 불만스러운 기술이 정확하다거나(accurate) 그렇지 아니 하다면 원고가 그 기술에 동의하였음을 제시하는 것이다. 그런데 인터뷰에는 동의하였음에도 그 기사가 인쇄되거나 방송된 결과에는 만족치 않는 경우이다. Morganroth v. Whitall 사건 66)에서, Shila Morganroth 는 Detroit News 에 실린 그녀에 관한 기술 즉 외설적인 차림과 토치램프(blowtorch) 머리스타일 그리고 그 머리스타일을 개들에게도 연출한 것 등에 불만을 표시하는 소송을 제기하였으나, 미시간 주 항소법원은 그 기사가 진실이라는 면책항변을 받아 들었다. Mike Virgil 사건에서 법원은 그가 취재자와 자발적인 협조에 동의했음을 그 논거로 삼았다. Morganroth 와 Virgil 사건에서도 법원은 특집 기사는 뉴스기사보다 더 설명적이고 창조적이라고 하면서, 인터뷰 동안의 직접적인 발언(observation)에 기초하는 한 기사작성자의 인상으로서의 동의가 이루어진 것이라고 하였다.

그러므로 동의는 모습, 독특한 행해, 그리고 취재하는 사람을 둘러 만 것들을 특징짓기 위하여 용인되는 것(Permission)을 포함한다.

### 나. 호평과 공정논평 (opinion and fair comment)

호평과 공정논평의 면책사유는 그릇된 인상의 소송에서는 거의 원용되지 아니한다. 다만 이 항변을 적용하는 경우에는 명예훼손 소송에서도 원용된다. 이는 그 정보가 견해의 확정이나 평가에 있어서 청 중속의 분별 있는 구성원에 의하여 이해되어야 함을 요구하기 때문이다. 만일 어떠한 기사가 논평으로서 의도되었지만 보는 사람에게는 사실로서 이해되었다면 면책사유는

적용되지 아니 한다. 그 주장이 평가하는 것의 범주 밖에 있고 또한 남용되는 경우가 그러하다.68) 그렇지만 명백한 풍자개작(parody)은 인정된다.69)

#### 다. 상대적 특권(qualified privilege)

명예훼손 소송에 있어서 공적 기록(public records)이나 공식적 회의(official proceedings)를 원용하는 면책사유인 '상대적 특권'은 그릇된 인상의 프라이버시 소송에서도 적용된다. 70) 그 기술이 회의, 진행 또는 기록 등으로부터 나왔을 때, 면책사유는 그 미디어의 묘사가 실질적으로 정확하게 서술하였거나 요약한 경우라면 원용된다. 그렇지만 대부분의 사건에서는 원고가 사실에 어긋남(falsity)을 증명할 수 없어 소송은 그것으로 결말을 맺는다. 다만 공익(public interest)에 관련된 경우에는 공중에 대한 영향이 있느냐에 따라서 판단한다. 병원은, 어떠한 주제가 공익에 관련된 문제이고 뉴스취재에 있어서 부주의한 정도의 부정확함이 있다면 면책은 원용될 수 있다고 판단한다.71)

#### 라. 흰히 보임 (plain view)

일반적으로 누구나 다 볼 수 있는 장소에서의 사진이나 보도는 그 취재자가 왜곡을 하지 아니 하는 한 불만을 제기할 수 없다.72) 어떤 도시의 Mardi Gras 퍼레이드에서 술마시고 흥청대는 사람들 사이에 있는 것이 필름에 잡혔고 후에 그 필름이 중급(soft-core) 섹스 영화에 나타난 사건에서, 법원은 원고에게 그릇된 소송을 인정하지 아니하였다.73)

### V. 상업적 이용과 명성권(Appropriation and the right of publicity)

#### 1. 의의

상업적 목적을 위한 전용에 대한 손해배상은 common law 상의 네 가지 프라이버시 소송 중에서 가장 간단하며 그에 관한 법은 1903년 뉴욕 주에서 처음으로 제정되었다.74) 이 권리는 어떤 사람의 동일성(identity 즉 독자성)을 포함한 일체성(integrity)을 변호하기 위하여, 그것을 다른 사람들의 재정적인 이익을 위하여 사용하는 것을 금지 하는 것이다. 그 법 리 (rationale)는 보통의 사람들은 자기 자신이 다른 사람들의 재정적인 이익을 증진시키는 데 이용됨을 알게 되는 때에는 고통을 받고 분함을 지닌다는 점에 있다. 명성권(the right of publicity)은 1950년대에 처음으로 독립된 common law 소송으로 발전되었다.75) 이 소송은 마음의 평화를 보호하기보다는 동일성의 가치 (the value of identity)를 보호하려는 의도를 지녔으며, 명사 내지 공적 인물들에 배타적으로 적용되어왔다.76)

상업적 이용과 명성권은 사람의 동일성을 허락받지 아니하고 상업적으로 사용하는 것을 막는 권리로서는 동일한 것으로서 종종 취급되지만, 명성권은 사람이 살아 있는 동안만 양도할 수 있고 사후에는 유증할 수 없는 재산권의 형태임에 반하여, 상업적 이용에 대한 프라이버시

소송은 죽은 경우에도 행하여질 수 있다.77) 또한 상업적 이용에 있어서의 손해는 상업적 가치 외에 원고의 개인적 무형적 고통에도 그 기초를 두고 있다.

상업적 이용과 명성권의 소송은 매스 미디어의 광고의 결과 나오는 경우가 많은데, 이를 유효하게 뉴스에 사용하는 것은 손해배상의 책임에 강력한 면책의 항변을 준다. '동의'는 위 모두에 적용되는 면책사유이며 명성권에서는 특히 저작권과 명예훼손의 원칙으로부터 나오는 '정당한 사용'의 면책사유와 '정당한 논평'의 면책사유가 사용된다.78)

## 2. 상업적 이용

### 가. 의의

상업적 이용 소송에서 원고가 입증하여야 할 사항은, ① 그들의 성명이나 초상(likeness)이 이용되었고, ② 그것들이 상업적 목적으로 사용되어졌으며, ③ 그 사용으로부터 손해가 발생하였다는 것 등이다. 동의를 없애든지 뉴스에 사용된 것이 아닌 경우 원고는 거의 확실히 승소한다. 메디컬 센터가 의사의 성명, 사진, 명칭을 환자 그 밖의 기관들에 널리 배포되는 달력에서 사용하였다면, 법원은 전용이 일어났음을 인정하는 것이다.79)

### 나. 면책사유

#### (1) 동의 (consent)

동의를 분명하고 명백하고 서면으로 하는 것에 우선 효과가 있다. 여기에서의 동의는 문서에 의하여 특정된 목적을 위한 경우에만 유효할 정도로 다른 프라이버시 소송에 비하여 엄격하다. 구 두에 의한 동의는 그 입증책임이 동의가 있다고 주장하는 자에게 있다. 따라서 그 입증이 모호할 경우 부담은 주장하는 측에게 있다.80) 어떤 사람의 사진을 특정한 용도로 사용한다는 동의는 그에 부수되는 용도에의 사용에는 미치지 아니한다.81) 대리인도 동의를 할 수 있지만 발행인은 이를 개별적으로 체크하여야 한다.82) 예를 들어 그 자녀에 대한 부모의 동의는 보통 유효하지만 이는 그 자녀가 법적으로 계약을 할 수 없는 한에서만 그러하다.

#### (2) 뉴스용도(news use)/뉴스가치성(news worthiness)

언론사(news organization)는 그 이익을 위한 사업을 영위하고 있더라도 뉴스는 그것이 직접적인 이익을 위한 상업적 용도로 인식될 수는 없다. 따라서 특정한 뉴스기사에서 이익을 추구한다고는 할 수 없으며, 그러한 뉴스취재에 호의적인 것은 수정헌법 제 1 조나 common law 에 근거한다.83) 원고는 그 이름이나 초상이 뉴스취재의 결과 나온 뉴스기사에 나타났음을 입증하는 것으로 충분하다. 이는 그가 사적 인물이든 공적 인물이든 마찬가지이다.84) 공적 인물에 대한 취재는 그것이 공적 기록(public records)이나 공적 장소 안에서 입수된 것이라면 거의 절대적으로 보호된다.85) 원래는 뉴스의 목적으로 사용되는 자료가 후에 발간이나 방영 등을 증진시키기

위하여 사용되었을 때에라도, 일단 뉴스인 것은 항상 뉴스이므로 뉴스용도의 면책사유는 계속 적용되며, 이를 증진시키기 위한 자료는 잠재적 소비자에게 그 결과물의 샘플을 제공하는 것에 그친다.86)

### 3. 명성권(the right of publicity)

#### 가. 의의

명성권은 보통 프라이버시법뿐만 아니라 지적재산권법에서도 사용되어 왔다. 저작권이나 상표권에서와 같이 명성권은 사람으로 하여금 창작에의 동기를 유발한다. Zacchni v. Scripps Howard 사건 87) 이후의 명성권에 기한 프라이버시 소송이 상업적 이용에 기한 소송과 다른 점은, 그것이 양도할 수는 있지만 유증을 할 수는 없다는 것이며 또한 그 보호범주에 있어서, 명성권은 명성이 지니는 동일성적 측면 모두를 보호하는데 대하여 상업적 이용은 오로지 성명과 초상에만 적용된다는 점이다.88)

명성권 소송은 다음과 같은 소인을 그 요소로 포함한다. ① 명성의 동일성에 대한 허락 없는 사용, ② 원고의 동일성(독자성)이 가치가 있음에 대한 증명, ③ 그 사용이 상업적임에 대한 증명, ④ 그 사용의 가치에 기인한 손해 또는 그 사용 때문에 나온 해악에 기인한 손해의 증명 등이다. 이때 상업적 이용의 프라이버시 소송에 있어서 인정되는 '동의'나 '뉴스성'에 기인한 면책사유는 여기에서도 또한 적용될 수 있으며, 그 외에 정당한 용도와 정당한 논평의 면책항변이 있다.89)

#### 나. 면책사유

##### (1) 동의(Consent)

동의를 완벽한 면책사유이다. 동의는 그 용도를 특정화함에 명백한 계약상의 해제 또는 광고와 판촉에 있어서의 명사의 동일성을 이루도록 서면으로 명확하게 이루어져야 하는 바, 그것들은 명성에 지불되는 금액, 사용의 존속기간, 다른 산물이나 서비스에 부여하는 명성 권에 기초한 일정한 한계 등이다. 이외에 명사가 언론인 기타 사람들에게 인터뷰를 허락할 때 새로운 목적을 위한 접근을 허용하는 경우도 있다.90)

##### (2) 뉴스용도(news use)/뉴스가치성(news worthiness)

뉴스가 나오는 도중에 선의 (bona fide)를 지니고 나타나는 명사는 명성권의 면책사유는 지니지 아니한다. 그러한 항변은 제정법규, common law, 주헌법 또는 수정헌법 제 1 조에 그 기초를 둔다. 어떠한 경우이든지, 법원은 사상의 자유시장의 원칙 하에 있는 수정헌법 제 1 조는 어떤 유형이라도 뉴스의 면책사유를 요구한다.91) '사적 사실' '그릇된 인상' '상업적 이용' 소송 등에 있어서의 뉴스가치성의 개념은 명성권에도 그대로 적용된다. 따라서 문제된 기사가 전형적인 언론 양식으로 나온 것이라면 그 면책사유는 거의 자동적으로 적용된다. 예를 들어 Elizabeth

Taylor와 Frantt Sinatra 모두 허락받지 아니하고 자신들의 자서전을 쓴 작가 Kitty Kelley 에 대하여 분노하여 제기한 소송에서, 명사는 허락받지 아니한 전기작가들에게 소송을 제기함으로써 전기(life)를 어렵게 할 수 있기는 하더라도, 일반적인 원칙은 사람들은 그들 자신의 전기스토리를 "소유"(own)할 수는 없다고 하였다.92)

### (3) 공정사용과 공정논평(fair use and fair comment)

명예훼손법에 있어서 공정사용과 공정논평의 면책사유는 다양한 범위의 주제와 사람들에 대한 논평을 보호하는 항변으로 작용한다. 저작권법에 있어서도 공정 사용의 면책사유는 적용된다. 명성권 소송에 있어서 법원이 반드시 이를 인식하는 것은 아니며 그 대신 수정헌법 제 1 조하의 공적 인물의 논의를 위한 "숨실 공간"(breathing space)의 원칙에 의존한다.93) Vanna White 사건에서 94) Alfx Kozinski 법관의 반대의견은 명사들은 자신들이 단순히 유명하기 때문에 코멘트에 열려 있어야 하며 따라서 명사들을 희주화하는 것은 대중문화의 중요한 몫을 차지한다고 하였다. 유명인사를 평가하는 권리 또는 유명인사를 패러디하는 권리에 관한 Hustler Magazine, Inc. v. Falwell<sup>95)</sup> 사건에서 미국연방대법원은 패러디, 유머, 코멘트에 대한 광범위한 보호는 법률의 다른 영역에 영향을 미치며, 따라서 actual malice의 기준은 공적 인물이 정서적 고통을 주장하는 때에도 적용된다. 연방대법원장인 William Rehnquist는 비록 악의에 찬(malicious) 유머라도 공적 토론에 있어서는 보호된다고 하였다.

주

1) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barron / Todd F. Simon/ Herbert A. Terry, Fundamentals of Mass Communication Law, West Publishing Company, Minneapolis /St. Paul, 1996, p. 113.

2) 언론보도로 프라이버시 (헌법 제 17 조) 등이 침해된 자는, 언론사를 상대로 민사상 손해배상청구를 행하며 법원은 금전손해배상에 갈음하거나 또는 그와 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있고(민법 제 751 조, 제 764 조), 형사상 명예훼손죄 (형법 제 3 령조)로서도 규율할 수 있다.

3) 헌법 제 21 조 제 4 항이 '언론 · 출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론 · 출판이 타인의 명예와 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.'고 한다든지, 헌법 제 3 「조 제 2 항에 의거하여 언론에는 국가안전보장, 공공복리 또는 질서유지를 위한 한계가 인정되는 것은, 프라이버시 소송은 언론이 사인의 인격권(명예권이나 프라이버시권 등)을 침해하였을 때의 피해 구제를 위한 민사소송 또는 형사재판의 경우 그 법률요건 내지 구성요건을 이루는 인격권(헌법 제 10 조에 따라서 인정될 수 있는 프라이버시권이나 명예권) 내지 사생활의 비밀과 자유(헌법 제 17 조)의 가치와 그 면책사유로서의 언론의 자유라는 양 가치의 조화를 다루는 재판임을 의미하기 때문이다.

4) Donald M. Gilimor / Jerome a. Barron / Todd F. Simon / Herbert A. Terry, ibid, p.83.

5) Ibid, p.85. 프라이버시의 소인은 판사 등의 법률가들이 신뢰하는 '불법행위법 재판찬'(Second Restatement of Torts; Restatement of the Law (Second) Torts (51. Paul, Minn , American Law Institute, 1955)에서의 내용과 대개는 일치한다. 불법행위는 개인간의 잘못의 구제를 위하여 마련된 법적 소송이고 불법행위법에는 사기(fraud), 불법침입(trespass), 부주의(negligence), 명예훼손(libel) 그리고 프라이버시 침해 (invasion of privacy)를 포함한다. 1965년에 발간된 리스테이트먼트 제 2 판은 Prosser의 4개 프라이버시 소인들을 명백하게 받아들였는 바, 사실 Prosser는 그 제 2 판의 편집장이었다.

6) emotional distress 와 negligence 는 사생활로 볼 수 있지만, 기자의 취재 활동 중의 주거 침입은 형법 (제 319 조)상 주거침입죄를 구성하는 동시에 민법상 불법행위에 해당되어 그 구제를 청구할 수 있다.

7) 프라이버시 침해 소송에서 법원이나 입법자들이 처음으로 생각한 소인은 상업적 이용이다. 이는 사적 인물(private figures) 개개인은 자신들의 성명이나 초상이 상업적 목적을 위하여 그의 동의 없이 광고물이나 판촉물에서 사용된 손해를 배상하게 하여 이를 회복할 수 있게 하는 소인이다. 또한 '명성권'은 그릇된 인상(false light)의 소인과 깊게 관련된 것으로서, 승인받지 아니한 상업적 이용으로부터 명성을 보호하기 위한 것이다 '안온침입'(intrusion un seclusion)은 언론의 뉴스 취재시 허락받지 아니한 인상'이라 함은, 그것이 명예훼손적 즉 비방적이냐의 여부를 가리지 아니하고, 사실의 주장보다는 부정확한 표현(representation) 기술이냐의 여부는 (명예훼손에서와 같은) 제 3자의 생각에 좌우되는 것이라기 보다는 그것이 기술된 개개인에게 어떻게 영향을 비방성(defamatory)이 있을 필요는 없다는 것이다. 이 소송이 특히 그 목적으로 하는 것은 반드시 비방하는 내용은 아니라 하더라도 '틀린 기술' (erroneous Portrayals)은 막아야 한다는 데 있기 때문이다. 그렇지만 실제, 그릇된 인상에 기인한 프라이버시 침해 소송과 명예훼손 소송과는 서로 완전히 혼재되어 있다.

8) Ibid.

9) 법률행위에 있어서 그 법률효과를 발생케 하는 법률요건 중, 민법상 법률요건의 성립을 소극화하는 사유라든지 형법상 범죄의 성립을 조각하는 사유(위법성 또는 책임 거각사유) 나아가서 헌법상 대통령이나 국회의원의 특권 내지 면책특권, 불체포특권 등은 각각 헌법이나 법률에서 정해진 법률요건의 성립을 저해하는 사유이다. 언론에 의한 프라이버시 침해시 민법상 불법행위의 성립 요건이나 형법상 범죄의 구성요건 등을 배제하는 요소들 역시 면책사유로서 통칭할 수 있으리라 본다. 면책사유가 소송단계에서 주장될 때에는 소송법적 의미를 나타낸다는 취지에서 면책항변이라고도 쓸 수 있겠다. 본고에서도 면책사유라는 말을 쓰되 소송과정에서의 사용에는 면책항변이라고 한다.

10) 프라이버시와 언론의 자유 또는 프라이버시 소송에 있어서의 면책사유에 관한 논문은 많다. 예를 들면 유일상, 『언법법제론』, 박영사, 1998. ; 박선영, 「언론에 의한 명예 훼손에 있어서의 '공익성'과 '진실성' 및 '현실적 악의」, 『언론중재』 1998. 겨울, pp. 38-58. ; 박용상, 『언론과 개인법익-명예, 신용, 프라이버시 침해의 구제제도』, 조선일보사, 1997. ; 1 사, 「언론의 프라이버시 기타 인격권침해」, 『인권과 정의』, 1995. 8, 228 호, pp.31-44 ; 동, 「언론의 자유와 개인의 법익 보호」, 『한국법학원보』, 제 81 호, 1999 년,

pp.47-66- ; 방석호, 「언론출판의 자유와 프라이버시 보호」, 『통신정책동향』, 1988. 겨울 제 10 호, pp.40-55 ; 동, 『미디어법학』, 법문사, 1995. ; 손원선, 「초상권 침해에 대한 동의 한계」, 『언론중재』, 1995. 겨울, pp.71-81 ; 성낙인, 『언론정보법』, 나남출판, 1998. ; 안상운, 「언론보도와 인격권 보호에 관한 연구 특히 인격권으로서의 명예권과 프라이버시권을 중심으로」, 고려대 언론대학원 석사학위논문, 1995 ; 안경환, 「미국의 프라이버시 보호법제에 관한 연구」, 『통신정책동향』, 1988. 겨울 제 10 호, pp.6-21. ; 양창수, 「정보화사회와 프라이버시의 보호」, 『민법 연구』 1 권 1991. ; 엄동섭, 「언론보도와 초상권 침해」, 『언론중재』, 1998. 여름, pp.24-37. , 영규호, 「미국에서의 프라이버시 침해와 언론의 자유」, 『언론중재』 1994. 겨울, pp.52-70 ; 99, 「미국의 명예훼손법 : 손해배상청구의 이론적 분석」, 『언론중재』, 1996. 여름, pp.46-58 ; 동, 「미국의 명예훼손법 : 손해배상의 관계분석」, 『언론중재』, 1996. 가을, pp.44-60 ; 동, 「미국의 명예훼손법 : 문제점과 개선책」, 『언론중재』. 겨울, pp.79-99 ; 천병태, 「표현의 자유와 프라이버시」, 『언론중재』, 1994. 겨울, pp.71-74 ; 한위수, 「명예훼손에 관련된 민·형사상의 판례와 쟁점」, 『언론중재』, 1996. 겨울, pp.6-27. 등 참조.

11) 본고는 주로 미국 프라이버시법에 있어서의 면책사유에 관하여 본다. 이 글은 '주로' Donald M. Gillmor / Jerome a. Barron / Todd F. Simon / Herbert A. Terry, fundamentals of Mass Communication Law, West Publishing Company, Minneapolis/St. Paul, 1996 을 참조하였다. 또한 John D. Zelezny, Communications Law-Liberties, Restraints, and the Modern Media, 2d ed., Wadsworth Publishing Company 의 기술이라든지 T. Barton Carter/Marc A. Franklin/Jay B. Wright, The First Amendment and The Fourth Estate- The Law of Mass Media, 6th ed., Westbury, New York The Foundation Press, Inc. 1994. 에 있는 관련 판례의 자세한 내용도 도움이 되었다. 무엇보다 이러한 책들을 소개하여 준 영규진 미국 애리조나 주립대 월터 크롱카이트 신문대학 언론법 종신교수에게 감사한다. 참고로 본문에 언급된 판례 등의 내용은 위 Donald M. Gillmor 등 4 인 공저 '매스커뮤니케이션 법'에서 재인용하였음을 밝힌다. 이 점은 추후보완할 것이다.

12) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barron/ Todd F. Simon / Herbert A Terry, Ibid, p. 84.

13) Robert O. Wyatt, Free Expression and the American Public (Murfreesboro, Tenn. : American Society of Newspaper Editors, 1991).

14) Arthur 3. Hanson, Libel and Related Torts (New York : American Newspaper Publishers Association Foundatiot 1969), pp.197-213.

15) "The Right to Privacy," Havard Law Review 4 : 193 (1890).

16) William L. Prosser, "Privacy", Clifornia Law Review 48 : 383 (1960).

17) 미국의 헌법상 프라이버시(constitutional privacy)와 데이터 프라이버시(data privacy)는 구분된다. 헌법적 프라이버시는 사적 당사자가 아니라 정부에 의하여 침해되는 프라이버시에 적용되며, 따라서 이에 관련된 프라이버시는 매스미디어에 의한 그 침해의 경우는 포함하지 아니 한다. 예를 들어 미국연방대법원은 오랫동안, 범죄혐의에 영향을 미치는 불합리한 수색과 압수를 반대하는 수정 헌법 제 4 조를 사람의 집안이나 사무실 또는

차에서의 프라이버시권을 인정 하는 것으로 해석하여 (California v. Greenwood, 486U.S. 35, 1085. Ct. 1625(1988)) 그 침해에 대한 common law 프라이버시소송과의 관련성을 보았다. 또 다른 헌법적인 프라이버시권은 신체, 육체적인 독립에 관한 각자의 권리를 보호한다. 이는 낙태를 할 수 있는 여성의 권리를 이끌어 낸다(Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 93 S. Ct.705 (1973).) data privacy 는, 기술의 발전이 기록(record)의 유지와 사적 정보의 유포를 그 이전보다 더 쉽고 완전하게 행함에 따라 시민들이 자기들의 은행계좌, 신용카드 기타 다른 개인적 사항들이 나쁜 손(wrong hand)에 들어가는 것을 걱정하게 되면서부터 나오게 된다. 이러한 데이터 프라이버시는 은행, 학교, 정부 그 밖의 기록보유자들에 의하여 수집된 개인정보의 허락없는 유포를 막는 것을 의미하고, 이는 보통 제정법률로 정하여져 보호되고 있다. 예를 들면 Federal Privacy Act of 1974(5 U.S.C.A. § 5552a)이 그것이다. 그렇지만 데이터 프라이버시는 뉴스 미디어에게는 그다지 관련은 없다. 이는 그 제정법규들이 보통은 미디어에 관련되는 것이 아니라는 단순한 이유 때문이다. 이따금 언론인들이 데이터 프라이버시법에 의하여 보호되는 자료를 입수하지만, 그러한 위반행위에 대하여 책임을 지는 편은 그 저널리스트가 아니라 자료의 보관자(record keeper)이다. 여기에서 논의하는 프라이버시는 주로 common law 상의 프라이버시 침해에 대한 법원의 판례를 중심으로 행하는 것이다. 따라서 그 판례의 정확한 원칙(rules)과 해석의 규칙을 아는 것이 중요하다(Donald M. Gillmor/Jerome a. Barron/Todd F. Simon/Herbert A. Terry, *ibid*, p.86.) .

- 18) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barron / Todd F. Simon/ Herbert A. Terry, *ibid*. p.85.
- 20) Restatement of the Law (Second) Torts, § 652D.
- 21) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barron / Todd F, Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.87.2
- 22) *Ibid*, p.90.
- 23) *Ibid*, p.91.
- 24) *Ibid*, p.94.
- 25) *Ibid*, p.92.
- 26) 200 Mich. App.622, 504 N. W. 2d 715 (1993).
- 27) Reuber v. Food Chemical News,899 F.20271 (4th Cir. 1990).
- 28) Boiler v. Pulitzer Publishing Co.,6845. W.24473 (Mo. App.1984).
- 29) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barron / Todd F. Simon / Herbert A Terry, *Ibid*, p.92.30) 113 F.20806 (24 Cir. 1940).
- 30) 113F.24506(20 Cir. 1940)
- 31) Romaine v. Kallinger, 109 N. J.282,537 A 20284 (1984) .
- 32) *Ibid*, p.93.
- 33) Falwell v. Penthouse International, 521 F. Supp.1204 (W. D. Va. 1981).
- 34) Cory v. Nintendo of America, Inc.185 L D.2070, 592 N. Y.S.246 (App.Div.1993).
- 35) California v. Greenwood,486 U.S.35,1085. Ct. 1625 (1988).
- 36) 423 So.20426 (Fla. App.1982).
- 37) 8025. W.20901 (Tex. App.1991).
- 38) 15 Cal. App.4th 536, 18 Cal. Rptr. 20790 (1993).

- 39) Anderson v. Fisher Broadcasting Cos. 300 Or, 452, 712 p. 20803 (1986) .
- 40) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barren / Todd F. Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.94
- 41) Street v. NBC, 645 F.2d 1227 (6th Cir. 1981) ; Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc., 8 F.3d 1222 (6th Cir. 1993).
- 42) Campbell v. Seabury Press, 614 F.2d 20395 (5th Cir. 1980).
- 43) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barren / Todd F. Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.95.
- 44) *Ibid*, p.95.
- 45) 공적 회의라 함은 시의회(city council)와 같이 거기에서 정부의 업무가 처리되는 일정 정족수를 지닌 정부 부서의 회합을 말한다.
- 46) 420 U.S. 469, 955 Ct. 1029 (1975).
- 47) Lusby v. Cincinnati Monthly Publishing Corp. 904 F.2d 20707, 17 Med. L. Rptr. 1962 (6th Cir. 1990) .
- 48) Wolf v. Regardie, 553 A.2d 1213 (D. C. App. 1989) .
- 49) 411 Pa. Super, 119, 600 A.2d 293 (1992).
- 50) Kent R. Middleton, "Journalists and Tape Recorders: Does Participant Monitoring Invade Privacy?" *Hastings Communication and Entertainment Law Journal* 2 : 287 (1979-1980).
- 51) *Pressor and Keeton on Torts*, pp.854-856.
- 52) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barren / Todd F. Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.96.
- 53) *Ibid*, p.97
- 54) Florida Publishing Co. v. Fletcher, 340 So.2d 20914 (Fla. 1976).
- 55) Pahl v. Brosamle, 98 Wis.2d 130, 295 N. W. 2d 768 (APP.1980) .
- 56) Magenis v. Fisher Broadcasting, Inc. 103 Or. App. 555, 798 P.2d 1106 (1990) .
- 57) Mark v. KING Broadcasting. 27 Wash. App. 344, 618 p. 24512 (1980).
- 58) Fordyce v Seattle, 840 F. Supp. 784, 21 Med. L. Retr. 2177 (W. D. Wash. 1993) .
- 59) Miller v. NBC, 187 Cal. App.3d 1463, 232 Cal. Rptr. 668 (1986).
- 60) Barger v. Courier-Journal, 20 Med. L. Rptr. 1189, unpub., No. 90-CA-473-MR (Ky. APP.1991)
- 61) Restatement of the Law (Second) Torts § 652D, Comment c.
- 62) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barren / Todd F. Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.99.
- 63) '흠'(fau63) '흠'(fault)이라 함은 불법행위법에서 보통 말해지는 일정 유형의 과실(negligence)을 의미한다 이러한 흠의 증명이 요구될 때, 원고는 최소한 피고측에게 과실이 있음을 입증하여야 한다.
- 64) *Ibid*, p.100.
- 65) Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374, 87 S. Ct. 534 (1967).
- 66) 161 Mich. App. 785, 411 N. W. 2d 859 (1987)
- 67) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barron / Todd F Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.103.

- 68) Kolengas v. Heftel Broadcasting Corp. 217 F.3d 803, 161 Ill. dEC. 172, 578 n.e. 2D 299 (1991).<sup>7</sup>
- 69) Salek v. Passaic Collegiate School, 255 N. J. Super. 355, 605 A 20276 (App. Div. 1992).
- 70) Sallomi v. ABC, 70) Sallomi v. ABC, 220 Cal. App. 30146, 269 Cal. Rptr. 379 (1990) .
- 71) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barren / Todd F. Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.104.
- 72) Aison v. ABC, 220 Cal. App. 30146, 269 Cal. Rptr, 379 (1990).
- 73) Easter Seal Society v. Playboy Enterprises, Inc., 530 So. 2d 643 (La. App. 1988)
- 74) N. Y. Civil Rights Law § § 50–51 (Mckinney 1976).
- 75) Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gunt Inc., 202 F.24866 (2d Cir. 1953).
- 76) Michael M. Madow, "Private Ownership of Public Image : Popular Culture and Publicity Rights", California Law Review 81 :125 (1993),
- 77) State ex ret. Presley v. Crowell, 7335. W. 2089 (Tenn. App. 1987).
- 78) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barren / Todd F. Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.105.
- 80) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barren / Todd F. Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.106.
- 81) Canessa v. J. 1. Kislak, Inc. 97 N. J. Super. 327, 235 A. 2062 (1967) .
- 82) Cory v. Nintendo of America, Inc. 187 A D. 2470, 592 N. Y. S. 246 (1993) ; Wood v. Hustler, 736 F 201084 (5th Cir. 1984).
- 83) Brooks v. ABC, 737 F. Supp. 431 (N. D. Ohio 1990).
- 84) Eastwood v. Superior Court, 149 Cal. App. 34409, 198 Cal. Rptr. 342 (1983); Booth v. Curtis Publishing Co., 19 Med. L. Rptr. 17Bf (Ohio Common Pleas 1991).
- 85) Cox v. Hatch, 761 p. 2d 556 (Utah 1988); Powell v. Toledo Blade Co., 19 Med. L. Rptr. 1727 (Ohio Common Pleas 1991).
- 86) Anderson v. Fisher Broadcasting Cos. 300 Or. 452, 712 P 2d 803 (1986); Lawrence v. A 5. Abell Co. 299 Md. 697, 475 A. 2d 448 (Md. App. 1984).
- 87) 433 U. S. 562, 975. Ct. 2849 (1977),
- 88) Todd F. Simoa "Right of Publicity Reified : Fame as Business Asset", New York Law School Law Review 30 : 699 (1985)
- 89) Donald M. Gillmor / Jerome a. Barren / Todd F. Simon / Herbert A Terry, *ibid*, p.108.

- 고려대 법대 및 대학원 수료 법학박사
- 하와이대 연구교수, 송실대 법학연구소장
- 행정자치부, 정보통신부 자문위원