

언론보도에 있어서 표현의 자유와 인격권의 경계

— 신원공개에 관한 미국의 법리와 한국에의 시사점 —*

김 송 옥**

<국문초록>

한국의 ‘익명보도의 원칙’은 실명보도의 경우 명예훼손을 인정하는 것에서부터 시작됐고, 초상권, 음성권, 성명권 등을 인격권에 포함되는 독자적인 권리로 인정함으로써 강화되었다. 본 논문은 한국은 표현의 자유와 인격권의 경계를 설정함에 있어서 인격권 쪽으로 지나치게 치우친 것은 아닌지에 대한 강한 의문에서 시작했고, 그 균형점의 재설정을 목표로 그 경계 설정에서 표현의 자유에 치우친 것으로 평가받는 미국의 법리를 그 비교대상으로 설정하였다.

한국에서 ‘익명보도의 원칙’은 보도의 대상이 된 자의 인격권 보호를 목적으로 하고 있다. 그의 신원이 공개될 경우 명예훼손이 될 수 있고, 프라이버시 침해가 될 수 있고, 초상권이나 음성권의 침해도 될 수 있다. 따라서 신원의 공개하지 않는 쪽으로 기사화해야 하고, 그 기사만으로도 언론의 공적 과업은 충분히 달성될 수 있고 국민의 알 권리도 충족될 수 있다는 것을 전제하고 있다. 인격권이 강조되는 추세 속에 익명보도의 원칙은 더욱 경직되고 한편으로 확장되고 있다.

그러나 미국은 한국과 같은 포괄적인 인격권이 존재하지 않는다. 이름이나 사진의 공개를 명예훼손과 연결시키지 않으며, 초상권도 ‘상업적인 이용’과 같은 제한적인 경우에 보호된다. 물론 프라이버시 침해는 문제될 수 있으며, 따라서 본 논문에서 미국의 법리 소개는 프라이버시와 관련된 법리에 초점이 맞춰져 있다. 그러나 보다 근본적으로 과연 미국은 언론보도에 있어서 이름과 사진의 공개는 어떠한 권리를 침해하는 것으로 이해하는지, 범죄보도에서 피의자나 피고인의 신원정보는 우리처럼 비공개 사항인 것인지, 그리고 피해자의 신원공개는 프라이버시 침해를 구성할 것인지에 대한 답을 찾고자 하였다. 이러한 문제들과 관련하여 미국은 표현의 자유와 인격권 사이의 미묘한 경계를 어떻게 긋고 있는지 구체적인 사례와 함께 관련 법리를 살펴보고, 궁극적으로 우리의 경계를 되돌아보고자 한다.

주제어: 표현의 자유, 인격권, 프라이버시권, 초상권, 범죄보도, 신원공개

* 이 글은 (사)한국언론법학회가 2025. 10. 31. 주최한 제1차 가을철 정기학술대회(「디지털 시대 해외 주요국의 표현의 자유와 인격권」)에서 필자가 발표한 내용을 이후 수정·보완한 것임.

** 중앙대학교 객원교수, 법학박사.

▶ 목 차 ◀

- I. 서론
- II. 미국에서 표현의 자유와 인격권의 경계, 그 선을 긋는 이론적 틀
- III. 미국에서 언론보도에 의한 신원공개와 프라이버시권 침해 문제
- IV. 한국에의 시사점 - 경계의 재설정을 위한 기준
- V. 결론

I. 서론

한국은 언론보도와 관련하여 초상권이나 음성권 등의 침해를 넓게 인정하고 있고, 기존에 명예훼손의 불법행위책임을 따지는 가운데 이러한 요소들이 고려되었던 것을 넘어서서 별도의 인격권 침해의 불법행위책임을 인정하고 있다. 나아가 범죄보도와 관련하여서는 이름과 사진의 공개를 명예훼손의 문제로 다루고 있다. 특히 범죄 그 자체에 대한 보도는 공공성이 인정되지만 그러한 범죄를 저지른 사람의 이름과 초상의 공개는 반드시 공공성을 갖는 것이 아니라고 본다. 결국 위법성조각사유의 적용이 배제되기 때문에, 이는 곧 명예훼손의 민형사상 책임으로 직결된다. 이를 “익명보도의 원칙”이라 하고, 이로 인해 익명보도의 관행이 확립되었다. 사람의 이름은 물론, 그를 연상시킬 수 있는 상호나 주소, 기관명 등도 모두 익명처리하고, 초상이나 소속기관, 영업장을 담은 사진이나 영상 모두 흐림처리한다. 이를 통해 국내에서 벌어진 굴지의 사례들 속 주인공들이 모두 익명처리되어 기사화된 국내 언론과는 대조적으로, 실명과 사진이 버젓이 드러난 해외 기사를 심심치 않게 접하게 된다.

익명보도의 원칙은 보도의 대상이 된 자의 ‘인격권’을 보호하기 위한 것이다. 그의 신원이 공개될 경우 명예훼손이 될 수 있고, 프라이버시 침해가 될 수 있으며, 초상권이나 음성권의 침해도 될 수 있다. 따라서 신원을 공개하지 않는 쪽으로 기사화하는 것이 인격권 보호와 합치하는 것이고, 이러한 인식은 그러한 기사만으로도 언론의 공적 과업은 충분히 수행할 수 있고 국민의 알 권리도 충족될 수 있다는 것을 전제하고 있다. 인격권이 강조되는 추세 속에 익명보도의 원칙은 더욱 경직되고 한편으로 확장되고 있다. 그러나 과연 지금과 같은 시대에 국내 언론만이 신원을 공개하지 않는다고 하여 그 신원이 비밀로 보장될까 하는 점에는 충분히 의문이 제기될 수 있다. 물론 이른바

네티즌 수사대나 다양한 유튜브 방송에서 이러한 신원정보를 이미 충분히 공개하고 있음도 그 의문의 정도를 심화시키고 있다.

미국은 언론보도에서의 신원공개와 관련한 문제를 명예훼손의 문제로 접근하지 않는다. 진실을 말한 경우 명예훼손이 성립할 수 없기 때문에, 명예훼손의 성립은 구조적으로 불가능하다. 그러나 프라이버시 침해는 문제될 수 있으며, 따라서 본 논문은 언론보도로 인한 프라이버시 침해 문제를 다루는 법리에 집중되어 있다. 그러나 보다 근본적으로 본 논문은 과연 미국은 언론보도에 있어서 이름과 사진의 공개는 어떠한 권리를 침해하는 것인지, 범죄보도에서 피의자나 피고인의 신원정보는 우리처럼 비공개 사항인 것인지, 어떠한 경우에 공개할 수 있는지, 그리고 피해자의 신원공개는 프라이버시 침해를 구성할 것인지에 대한 의문에서 출발하였다. 이러한 문제들과 관련하여 미국은 표현의 자유와 인격권 사이의 미묘한 경계를 어떻게 긋고 있는지 구체적인 사례와 함께 관련 법리를 살펴보고, 궁극적으로 우리의 경계를 되돌아보고자 한다.

II. 미국에서 표현의 자유와 인격권의 경계, 그 선을 긋는 이론적 틀

1. 표현의 자유의 우월적 지위

미국 헌법 질서에서 표현의 자유(freedom of expression)는 단순히 여러 기본권 중 하나가 아닌, 민주주의의 존립을 가능케 하는 핵심적인 자유로서 헌법적 질서 전반에 걸쳐 우월적 지위(preferred position)를 점하는 것으로 이해되고 있다.¹⁾ 이러한 이해는 미국 연방헌법 증보 제1조(First Amendment)가 “연방의회는 언론의 자유나 출판의 자유를 제한하는 법률을 제정해서는 안 된다(Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press)”라고 선언하면서, 연방의회에 대한 절대적인 금지의 형식으로 표현의 자유를 보장하고 있는 데에서 비롯된다.

하지만 표현의 자유에 우월적 지위를 인정하는 이러한 인식은 연방헌법 증보 제1조의 탄생과 더불어 시작된 것은 아니며, 20세기 이후 연방대법원이 판례를 통해 법리를 세밀하게 발달시키면서 확립되었다. 1919년 *Schenck v. United States* 판결에서 제시한 “명백하고 현존하는 위험”(clear and present danger)이라는 위헌심사 기준,²⁾ 1931년

1) 문재완, “‘사상의 자유시장’이 작동하지 않을 때 - 표현의 자유의 전제 이론 및 그 대안에 대한 검토 -”, 『세계헌법연구』 제30권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2024. 08), 162면.

2) *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

Near v. Minnesota 판결³⁾에서 처음으로 연방대법원의 법정의견에 채택한 사전제한 금지의 원칙(prior restraint doctrine) 등을 통해 표현의 자유 제한 입법에 대한 “엄격심사(strict scrutiny)”에 더욱 강화된 기준을 적용하면서 다른 기본권 사안에 비해 훨씬 높은 헌법적 보호의 벽을 세워왔던 것이다.

특히 인쇄 미디어(신문·잡지·서적 등)는 전통적으로 표현의 자유가 가장 강하게 보장되는 영역이다. 연방대법원은 ‘출판의 자유(freedom of the press)’의 보장 측면에서 편집자(editor)의 자율성을 최대한 존중해 왔으며, 정부가 신문에 반론 게재를 강제하는 것조차도 위헌으로 판단했다.⁴⁾ 결국 무엇을 보도할 것인가는 편집자의 자율영역에 속하기 때문에 이 부분에 대한 국가적 간섭은 원칙적으로 허용되지 않는다.⁵⁾

나아가 공적 관심사에 대하여 적법하게 취득한 진실한 사실을 보도하는 경우 프라이버시 침해를 부정하고,⁶⁾ 나아가 피고인의 공정한 재판을 받을 권리의 보호라는 명분도 이러한 보도를 원칙적으로 가로막을 수 없으며,⁷⁾ 공인의 경우 허위의 표현일지라도 ‘현실적 악의’(actual malice)가 증명되어야만 명예훼손이 성립된다고 본 사례들⁸⁾은 표현의 자유가 프라이버시권, 명예권 등 다른 헌법상의 권리와 충돌하는 경우, 표현의 자유에 보다 강력한 보호가 부여되는 경향이 있음을 보여준다. 그러나 이를 놓고 미국에서는 표현의 자유가 인격권보다 무조건적 우위에 있다고 결론지어서는 안 된다. 위 사례들을 분석해보면 표현의 자유가 프라이버시권보다 우월적 지위에 있기 때문에 언론사의 승소로 결론이 난 것이 아니라 ‘이미 공개된 진실을 말했다는 이유로 제재나 처벌을 가할 수 없다’는 점이 이익형량 과정에 결정적으로 작용했음을 알 수 있다. 또한 명예훼손법의 중요한 기능 중 하나는 허위적인 기사나 표현을 억제하는 것인데,⁹⁾ 공인

3) *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

4) *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974). 플로리다주가 제정한 소위 정정보도청구권(반론권; right of reply) 법률의 위헌 여부가 쟁점이 된 사건이다. 이 법은 신문이 선거 후보를 비판하는 기사를 실은 경우 해당 후보에게 반론 게재 기회를 의무적으로 부여하도록 했는데, 연방대법원은 아홉 명 전원일치로 이 법률이 ‘출판의 자유’를 침해한다고 보았다.

5) *Landmark Communications Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829, 849 (1978).

6) *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989); *Oklahoma Publishing Co. v. District Court in & for Oklahoma County*, 430 U.S. 308 (1977) 등

7) *Nebraska Press Ass’n v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

8) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

9) 엄규호, “미국에서의 명예훼손과 사생활침해 - 헌법이론과 학설을 중심으로 -”, 『언론중재』 1994년 여름호 (언론중재위원회, 1994. 06), 15면.

의 경우 이러한 억제 수단을 스스로 가질 수 있다는 점이 입증책임 전환의 결정적 고려요소인 것이다.

2. 포괄적 인격권의 부존재

주지하는 바와 같이, ‘인격권’이라는 용어는 다분히 유럽적인 표현이다.¹⁰⁾ 미국에서는 인격권이라는 포괄적인 권리로 사안이 논해지는 경우는 거의 없다. 명예훼손 법리와 프라이버시 침해 법리는 별도로 확립·발달되었으며,¹¹⁾ 한국에서처럼¹²⁾ 이를 몽뽕그려 판단하지 않는다.¹³⁾ 명예훼손이면 명예훼손, 프라이버시 침해면 프라이버시 침해이지, 이를 포괄하는 어떤 상위의 개념이 있다는 것을 상정하지 않는다.

본 논문에서는 한국에서 논의되는 인격권 중 명예훼손의 문제를 과감히 생략하고 프라이버시 침해에 한정하여 논의하고자 한다. 상대적으로 프라이버시권과 관련된 연구의 수가 적은 것도 이유이지만, 궁극적으로 다루고자 하는 언론에 의한 사진(얼굴), 이름 등 신원공개 문제는 엄밀히 말해 프라이버시권과 더 가깝기 때문이다.¹⁴⁾ 물론 한국은 이 문제를 명예훼손의 문제로 다루거나¹⁵⁾ 명예훼손과 프라이버시 침해 문제를 엄

10) 박경신, “순수한 인격권으로서의 초상권은 가치인가, 규범인가”, 『창작과 권리』 제51호 (세창출판사, 2008. 06), 16면. “독일과 프랑스는 더욱 넓은 개념인 인격권(personality right)을 설정하고 이 인격권을 통해 프라이버시 등 개인에 대한 권리를 보호하고 있다.”

11) 명예훼손법의 원조국인 영국의 경우, 1275년 제정된 Statute of Westminster I의 ‘중상모략죄’ 조항이 그 기원으로, 16세기부터 민사소송이 시작되었다고 전해진다. 자세한 내용은 정태호·김훈집, “영국의 명예훼손죄 폐지와 그 교훈”, 『경희법학』 제50권 제1호 (경희대학교 법학연구소, 2015) 참조.

한편, 미국에서 프라이버시권이 법적 권리로서 논해지게 된 계기는 1890년 Harvard Law Review에 실린 워렌&브랜다이즈 著 “The Right to Privacy”로 프라이버시법은 사실상 20세기의 산물이라 할 수 있다.

12) 예컨대, 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다33489 판결 (영화 감독의 가정폭력 보도 사건). 청소년 성범죄를 소재로 한 영화를 연출한 영화감독이 그의 가정폭력 사건을 보도한 언론사를 상대로 명예훼손 책임을 묻는 민사소송을 제기했다. 대법원은 결국 “원고 가정 내부의 사적인 영역에 속하는 일”로서 “사생활의 비밀”을 침해할 우려가 높다고 하면서도 프라이버시 침해가 아닌 명예훼손을 인정한 원심을 확정하였다. “위 기사가 다루고 있는 내용은 …… 공공적·사회적으로 의미가 있는 공적인 관심 사안이라기보다는 주로 원고 가정 내부의 사적인 영역에 속하는 일로서 원고의 인격권 내지 사생활의 비밀과 명예를 침해할 우려가 높다고 할 것이다.”

13) 이에 대하여 보다 상세한 사항은 김송옥, “현행 명예훼손 법리에 대한 헌법적 재조명 - 프라이버시 침해 법리와와의 구분 필요성을 중심으로-”, 「2025 한국공법학자대회」 한국언론법학회 세션 (2025. 08. 21) 참조.

14) 심석태, “한국에서 초상권은 언제 사생활권에서 분리되었나 - 학설과 판례에서의 초상권의 독립적 인격권 인정 과정과 그 영향 -”, 『언론과 법』 제13권 제1호 (한국언론법학회, 2014. 06) 참조.

밀히 구분하지 않고 주로 명예훼손의 문제로 사안을 해결하기 때문에 비교법적 차원에서 논의가 필요한 지점에서는 명예훼손의 문제를 다룰 것이다. 그러나 미국 법리를 소개하는 차원에서는 프라이버시권에 한정하여 서술하고, 한국의 초상권의 확대를 비판하는 차원에서 이에 대응하는 프라이버시권 및 퍼블리시티권과 관련한 법리를, 나아가 ‘익명보도의 원칙’을 비판하는 차원에서 범죄보도와 피의자 또는 피고인, 피해자의 신원공개를 둘러싼 쟁점들을 소개하고자 한다.

3. 프라이버시권에 대한 이해

프라이버시권을 흔히 “홀로 있을 권리(right to be let alone)”라 말한다. 은둔으로서의 프라이버시, 즉, 개인의 사적 공간, 사적 영역을 외부(특히 국가)의 침입이나 간섭으로부터 차단하는 것이 프라이버시의 출발이다. 이러한 의미에서 프라이버시의 기원은 고대로 거슬러 올라간다.¹⁶⁾ 그러나 현대의 초연결사회에서 ‘홀로 있을 권리’의 보장영역은 지극히 협소해진다. ‘홀로 있을 권리’에만 머물러서는 정작 개인의 프라이버시를 지킬 수도, 왜 이러한 권리를 보호해야 하는지 설명할 수도 없다. 이에 따라 프라이버시권의 보호범위는 전통적인 그것을 넘어 계속 확장되고 있고,¹⁷⁾ 결과적으로 프라이버시는 더욱 명확하게 정의되지 않는 개념으로 이해되고 있다.¹⁸⁾

잘 알려진 바와 같이, 미국에서 프라이버시권이 법적 논의의 영역으로 진입한 것은 1890년 미국에서 워렌(Samuel Warren)과 브랜다이스(Louis Brandeis)가 공동으로 작성한 논문, “프라이버시권”¹⁹⁾의 발표 이후이다. 당시 사진기의 발달과 보급은 개인의 생활을 가감 없이 드러내고 가십 위주의 선정적인 보도를 가능하게 했다. 워렌과 브랜다이스는 개인적 경험의 바탕 위에 전에 없던 새로운 기술의 등장이 개인의 평온과 자유에 미친 영향에 주목하였고, 이에 따라 ‘프라이버시권은 진보된 문명세계에서 살고

15) 범죄보도에서 사진과 실명 공개는 명예훼손의 문제로 다뤄지며, 대법원은 그 공개가 위법성 조각사유의 “공공의 이해에 관한 사항”에 해당하는지 여부를 통해 그 책임 여부를 판단하고 있다. 이에 대한 분석은 김송옥·이인호, “익명보도의 원칙의 판례법적 수용에 대한 비판적 고찰”, 『언론과 법』 제21권 제2호 (한국언론법학회, 2022. 08), 19-25면 참조.

16) “현대의 프라이버시 기원은 인간이 지닌 동물적 본능에서 찾을 수 있고 이에 따라 프라이버시는 현대적 개념이 아닌 원시사회에도 존재하던 현실적인 개념이었으며, 국가권력에 의한 감시를 제한하는 전통으로부터 발전된 미국의 프라이버시 이론은 고대 그리스로 거슬러 올라간다.” Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1967, p. 7.

17) ‘은둔의 권리’는 자신의 중요한 문제에 대해 자율적이고 독자적으로 결정할 권리(decisional privacy)로, 나아가 자신의 개인정보에 대한 통제권(informational privacy)으로 확장해 왔다.

18) Daniel J. Solove, “A Taxonomy of Privacy,” 154 U. Pa. L. Rev. 477, 477-478 (2006).

19) Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).

있는 개인에게 필수적인 것'이라 설명하였다.²⁰⁾

이후 컴퓨터의 등장은 정보 프라이버시(informational privacy) 개념을 성숙시켰다. 정보의 디지털화는 개인에 관한 정보를 무한히 생성, 축적, 공유하게끔 하면서 역시 개인의 자유와 평온을 위협했다. 근래의 인공지능(AI)의 발전은 개인정보 생태계를 변화시키고 이에 따라 개인정보 보호 패러다임의 전환이 필요한 때임을 예고하고 있다.

이처럼 프라이버시법의 확립과 발전은 새로운 기술의 등장 및 상용화와 맥을 같이 하며, 외부와의 차단이나 고립을 의미하는 은둔(seclusion)을 넘어 사회적 관계 속에서 개인의 자율성과 평온을 보호하고자 하는 방향으로 형성되어 왔다.²¹⁾ 이러한 전제 하에 이하에서는 프라이버시 침해에 해당하는 불법행위의 네 가지 유형과 사례에 대하여 살펴보고자 한다.

4. 프라이버시 침해에 해당하는 불법행위의 네 가지 유형 및 사례

미국에서 개인에 관한 정보의 처리와 관련하여 사인 간의 관계에서 손해배상책임을 지는 불법행위가 인정되는 프라이버시 침해는 크게 4가지 유형으로 나누어진다. ① 숨기고자 하는 사적 사실의 공표(public disclosure of private facts), ② 사적 평온의 침해(intrusion upon seclusion), ③ 사회적 인격상의 왜곡(false light), ④ 인격적 징표의 상업적 유용(appropriation)이 그것이다.²²⁾²³⁾

가. 숨기고자 하는 사적 사실의 공표

(1) 기초법리

숨기고자 하는 사적 사실의 공표(public disclosure of private facts)가 위법한 것이 되기 위해서는 두 가지 요건이 충족되어야 하는데, 첫째, “합리적인 사람의 입장에서 볼 때 그 공표가 수인하기 어려울 정도로 굉장히 불쾌감을 일으키는 것이어야 하고”(highly offensive to a reasonable person), 나아가 둘째, “그 공표된 사실이 일반 대중의

²⁰⁾ Id., p. 195.

²¹⁾ 이상의 논의는 김송옥, “지능정보사회의 도래와 개인정보자기결정권의 재정립”, 『세계헌법연구』 제31권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2025. 08), 112-114면 참조.

²²⁾ Restatement (Second) of Torts §652A(1)-(2) (Am. Law Inst. 1977).

²³⁾ 그 밖에 비밀침해(breach of confidentiality)로 인한 불법행위의 성립이 인정되는데, 이는 의사·변호사 등의 전문가가 그의 환자나 의뢰인 사이의 신뢰관계에서 형성된 비밀정보(confidential information)를 제3자에게 누설했을 때 인정된다.

정당한 관심사항이 아니어야”(is not of legitimate concern to the public) 한다.²⁴⁾

(2) 관련 사례

① Diaz v. Oakland Tribune, Inc.²⁵⁾

원고인 디아즈(Toni Ann Diaz)는 캘리포니아주의 한 대학(College of Alameda)에서 첫 번째 “여성” 학생회장(student body president)으로 선출된 인물로 주목을 받았다. 그러나 실제 원고는 남성으로 태어났지만 성전환 수술을 거쳐 여성이 되었으며, 이 사실을 철저히 감추고 있었다. 지역신문 「오클랜드 트리뷴(Oakland Tribune)」의 칼럼니스트 존(Sidney Jones)은 이를 폭로하는 기사를 썼고, 디아즈는 상당한 정신적 고통을 호소하면서 프라이버시 침해로 인한 손해배상을 청구하는 소송을 제기했다.

1심(배심 재판)은 프라이버시 침해를 인정하며 신문사와 칼럼니스트에게 징벌적 손해배상까지 부과했고, 이에 피고는 법리 오해(배심 지시 오류²⁶⁾), 증거 불충분, 과도한 손해배상 등을 이유로 항소했다.

캘리포니아주 항소법원은 법리 오해를 이유로 판결을 파기하고 환송(reversed and remanded)하면서도 “숨기고자 하는 사적 사실의 공표”의 법리를 상당히 정교하게 다듬었다. 공표된 성전환 사실은 가장 깊은 내밀한 정보 중 하나로 원고가 이를 숨기기 위해 해 온 노력 등에 비추어 보면 ‘사적 사실’에 해당하고, 또한 그 사실은 학생회장으로서의 자질이나 공적 업무 수행 능력과 직접적인 관련이 없는 정보로서 ‘뉴스가치도 미약할 수 있다’는 점을 강조하였다.

② Gates v. Discovery Communications, Inc.²⁷⁾

원고 게이츠(Gates)는 자신이 1988년 저지른 범죄가 그로부터 약 13년 뒤, 과거 사건 파일을 재구성하는 다큐멘터리 방송을 통해 재조명되자, 프라이버시 침해를 주장하며 소송을 제기했다. 해당 프로그램은 원고의 실명, 체포 사진, 범죄 내용을 상세히 보도하였고, 원고의 주장은 ‘오래된 범죄 사실은 시간이 지나면 다시 프라이버시로서 보호를 받는 사적 사실이 될 수 있다’는 *Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc.* 판결²⁸⁾

24) Restatement (Second) of Torts §652D (Am. Law Inst. 1977).

25) Diaz v. Oakland Tribune, Inc., 139 Cal. App. 3d 118 (Cal. Ct. App. 1983).

26) 원고인 디아즈가 ‘뉴스가치 없음(non-newsworthiness)’을 입증할 부담을 저야함에도 불구하고, 피고에게 입증책임을 부담하는 것으로 배심에게 지시하였다.

27) Gates v. Discovery Communications, Inc., 101 P.3d 552 (Cal. 2004).

28) Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc., 4 Cal. 3d 529, 483 P.2d 34 (Cal. 1971).

에 기반한 것이었다. 캘리포니아주 대법원은 범죄기록, 체포기록, 재판기록 등 공적 문서에 포함된 사실은 시간이 지나도 ‘사적인(private)’ 것이 될 수 없다고 하면서 사실상 *Briscoe* 판결에서 제시한 법리를 폐기했다. *Gates* 판결의 법리는, 이하에서 보다 상세히 살펴볼 미국 연방대법원의 *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* 판결²⁹⁾, *Florida Star v. B.J.F.* 판결³⁰⁾에서 제시한 그것과 동일한 것으로, 미국이 ‘잊힐 권리’와 관련하여 어떤 방향으로 선을 그었는지 보여주는 결정적 사건이라 할 수 있다.

나. 사적 평온의 침해

(1) 기초법리

사적 평온의 침해(intrusion upon seclusion)가 불법행위로 인정되기 위해서는 첫째, “다른 사람의 사적 평온 또는 은둔의 영역을 침입하거나 그의 사적인 업무나 일에 허락 없이 개입하여야 하고”(intrudes upon the solitude or seclusion of another or his private affairs or concerns), 나아가 둘째, “그러한 침해가 합리적인 사람의 입장에서 볼 때 수인하기 어려울 정도로 굉장히 불쾌감을 일으키는 것이어야”(is highly offensive to a reasonable person) 한다.³¹⁾

다른 프라이버시 침해 유형과는 달리 “사적 평온의 침해”는 기사의 내용(contents)을 문제 삼는 것이 아니라 취재 중에 관계된 사람의 행위(conduct)를 문제 삼는다. 따라서 이 프라이버시 침해 유형과 관련된 소송사건에서 가장 우선시되는 문제는 신문에 난 기사가 원고에 대해 어떻게 기사화했느냐가 아니라 “기자가 통상적인 예의를 훨씬 넘을 정도의 매우 불쾌한 행동을 하면서 원고의 정신적인 공간이나 비밀을 침범했느냐”인 것이다.³²⁾ 이에 따라 언론인이나 언론사가 사적 평온의 침해를 이유로 소송을 당하는 경우는 흔치 않다.³³⁾

(2) 관련 사례

우선 언론보도로 인한 사적 평온의 침해를 인정한 사례는 다음과 같다. 기자들이 “가짜 환자”로 가장하여 원고의 집에 들어가 몰래 녹음하거나 촬영하는 방법으로 위법한

29) *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

30) *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989).

31) *Restatement (Second) of Torts* §652B (Am. Law Inst. 1977).

32) 엄규호, “미국에서의 프라이버시 침해와 언론의 자유”, 『언론중재』 1994년 겨울호 (언론중재위원회, 1994. 12), 9면.

33) 위의 논문, 10면.

의료행위를 취제한 경우,³⁴⁾ 교통사고 구조 장면을 취제하던 기자가 응급구조 헬기 안에서 부상자와 의료진과의 대화를 몰래 녹음·촬영한 경우,³⁵⁾ 뉴스 카메라 팀이 응급출동한 소방관을 따라 원고의 집 안까지 무단 침입하여 심정지 환자를 촬영한 경우,³⁶⁾ 기자가 텔레마케터로 위장해 회사 내부에서 직원들의 대화를 숨겨둔 카메라로 비밀 녹화한 경우³⁷⁾가 이에 해당한다.

반대로 침해를 부정한 사례는 다음과 같다. 기자가 환자로 가장하여 정식의 예약을 통해 안과 클리닉을 방문하여 진료를 받으며 몰래 취제한 경우,³⁸⁾ 매춘단속을 하던 경찰을 촬영하여 방송한 경우,³⁹⁾ 재개발 지역의 공공도로에서 경찰이 원고를 체포하는 장면을 촬영·방송한 경우,⁴⁰⁾ 교도소의 수형자를 멀리서 줌렌즈로 확대 촬영하여 방송한 경우⁴¹⁾가 이에 해당한다.

다. 사회적 인격상의 왜곡

(1) 기초법리

사회적 인격상의 왜곡(false light)이란 다른 사람들의 눈에 어떤 사람을 잘못 보이게 만드는 것을 가리킨다. 이것이 불법행위로 인정되기 위해서는 우선, “그 사람을 다른 사람의 눈에 잘못 비치도록 만드는 사항을 공표하여야 하고”(publicly disclose a matter that places a person in a false light), 나아가 “그 공표가 합리적인 사람의 입장에서 볼 때 수인하기 어려울 정도로 굉장히 불쾌감을 일으키는 것이어야”(is highly offensive to a reasonable person) 하며, 마지막으로 그러한 공표를 한 자가 공표한 내용이 허위라는 사실 그리고 다른 사람에게 잘못 비칠 수 있다는 사실을 알았거나 무모하게 무시한 경우(reckless disregard)⁴²⁾라야 한다.⁴³⁾

34) *Dietemann v. Time, Inc.*, 449 F.2d 245 (9th Cir. 1971).

35) *Shulman v. Group W Productions, Inc.*, 955 P.2d 469 (Cal. 1998).

36) *Miller v. National Broadcasting Co.*, 232 Cal. Rptr. 668 (Cal. Ct. App. 1986).

37) *Sanders v. American Broadcasting Co.*, 978 P.2d 67 (Cal. 1999).

38) *Desnick v. ABC, Inc.*, 44 F.3d 1345 (7th Cir. 1995). 이는 위 *Dietemann* 판결과 자주 비교가 되는 사건으로, 의사가 사실상 “누구든 예약하고 오는 환자”에게 그대로 노출되는 업무 행위를 하던 중인 점, 비밀 촬영은 하였지만 사적 대화나 신체의 노출 등이 전혀 없었다는 점으로 인해 프라이버시 침해가 인정되지 않았다.

39) *Cassidy v. ABC*, 377 N.E.2d 126 (Ill. App. Ct. 1978).

40) *Wilkins v. NBC, Inc.*, 84 Cal. Rptr. 2d 329 (Cal. Ct. App. 1999).

41) *Huskey v. National Broadcasting Co.*, 632 F. Supp. 1282 (N.D. Ill. 1986). 교도소 내라 할지라도 샤워실이나 화장실 등 사적 공간에 대한 촬영은 침해가 인정될 수 있다는 점을 부가하였다.

“사회적 인격상의 왜곡”을 프라이버시 침해 유형으로 인정하는가는 주마다 다르다고 할 수 있다. 명예훼손과 유사하기 때문이라는데, 그러나 양자를 구별하는 실익이 있다. 즉, 개인의 명예를 높이는 글이라도 경우에 따라서는 사실이 아닐 수 있고 이성적인 사람에게 매우 불쾌한 것일 수도 있다.⁴⁴⁾ 관련 사례를 통해 그 차이를 음미할 수 있다.

(2) 관련 사례

① Time, Inc. v Hill⁴⁵⁾

타임(Time)이 발행하는 잡지 「라이프(Life)」는 탈주범에게 인질로 잡힌 가족의 시련을 그린 브로드웨이의 새 연극을 소개했다. 해당 기사는 이 연극이 1952년 9월에 필라델피아에서 있었던 힐(Hill) 가족과 관련된 인질극을 충실히 재현한 작품이라고 설명하였다. 그러나 연극의 내용과는 달리, 실제 이들은 탈주범으로부터 어떠한 해를 입지 않았고 구타나 성희롱적인 모욕 등도 당하지 않았다. 극적인 각색이 이루어지는 과정에서 실제 힐 가족이 겪지 않은 허구의 내용이 포함된 것이다.

힐은 해당 기사가 그와 그의 가족들에 관해 사실이 아닌 허위의 인상을 일반에게 주었다고 주장하면서 타임을 상대로 소송을 제기했다. 이에 대해 타임은 기사 내용이 “합법적인 뉴스가치가 있는 것이고, 출판 당시에 일반의 흥미와 관심의 대상이 되었으며, 어떠한 악의도 없이 성심성의껏 실은 것이다”라고 반박했다.⁴⁶⁾

연방대법원은 명예훼손법의 ‘현실적 악의’(actual malice) 기준을 적용하여 주 법원의 결정을 번복했다. 연방대법원은 1964년의 유명한 명예훼손 사건인 *New York Times Co. v. Sullivan* 판결⁴⁷⁾에 근거해 “헌법상 언론의 자유에 의해서 피고가 그 소송의 사유가 된 기사의 허위를 인지했거나 진실을 무모히 무시했다는 증거가 없는 한 공공의 관심사에 대한 거짓보도에 대해서는 뉴욕주법을 적용할 수가 없다”⁴⁸⁾고 판시했다.⁴⁹⁾

42) 이는 명예훼손 소송에서 현실적 악의(actual malice)를 판단하는 기준이기도 하다. 원문을 그대로 옮기면 다음과 같다. “One who …… is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the actor had knowledge of or acted in reckless disregard as to the falsity of the publicized matter and the false light in which the other would be placed.”

43) Restatement (Second) of Torts §652E (Am. Law Inst. 1977).

44) 염규호, “미국에서의 프라이버시 침해와 언론의 자유”(각주 32의 논문), 17면.

45) Time, Inc. v Hill, 385 U.S. 374 (1967).

46) Id. at 378.

47) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

48) Hill, 385 U.S. at 386-388.

49) 그러나 이후 연방대법원은 1974년의 *Gertz* 판결을 통해 보도의 주체가 ‘공적 관심사’라는 이유만으로 사인(私人)의 명예훼손 소송에까지 ‘현실적 악의’(actual malice)라는 높은 장벽을 요

② *Cantrell v. Forest City Publishing Co.*⁵⁰⁾

1967년 12월, 원고 캔트렐(Margaret Cantrell)의 남편이 오하이오강의 한 다리가 붕괴되면서 43명의 사람들과 함께 사망했다. 클리브랜드의 지역신문 「플레인 딜러(Cleveland Plain Dealer)」의 기자 에스터하스(Joseph Eszterhas)가 이 사건을 취재했고, 원고의 남편의 죽음과 그 영향에 대한 특집 기사를 썼다. 5개월 후 에스터하스는 후속 기사를 쓸 목적으로 동료 사진기와 함께 원고의 집을 방문했다. 원고는 집에 없었고 그는 60~90분간 머무르며 원고의 자녀들하고만 이야기를 나눴다. 그는 곧 원고의 극심하게 빈곤한 주거 환경과 남편 사망 이후 원고와 자녀들이 겪는 고통을 묘사하는 기사를 썼다. 기자와 인터뷰를 한 적도 없는 원고에 대해 다음과 같은 대목의 기사가 실렸다. “마가렛 캔트렐은 무슨 일이 있었는지도, 지금 어떻게 지내는지도 말하지 않으려 한다. 그녀는 장례식 때와 마찬가지로 아무런 표정도 드러내지 않는다. 그녀는 자존심이 강한 여성이다. 그녀의 세상은 변했다. 그녀는 사건 이후 마을 사람들이 돈으로 도와주겠다고 했지만, 거절했다고 말한다.”⁵¹⁾

연방지방법원이 내린 원고승소 판결을 인정한 연방대법원은 그 문제의 기사가 ‘현실적 악의’를 갖고 작성되었다고 결정했다. “기자인 피고는 문제의 기사에 나온 여러 묘사들이 사실이 아님을 분명히 알고 있었을 것이다. 특히 그의 기사는 그가 방문시에 원고가 집에 있었다고 하고 무표정한 모습을 하고 있었다고 분명히 적고 있으나, 이것은 의도적인 허위였다.”⁵²⁾

③ *Varnish v. Best Medium Publishing Co.*⁵³⁾

이 사건은 「내셔널 인콰이어러(National Enquirer)」의 “‘가장 행복한’ 엄마, 세 자녀를 죽이고 자살”이란 제목의 기사가 게재되면서 시작되었다. 그 기사는 자살한 여자가 “마을에서 가장 행복한 여자이고 가족에게 매우 헌신적인 사람”이라고 묘사하고 그렇게 만족한 생활을 하는 사람이 왜 자녀들을 죽이고 자살했는지에 대해 의문을 표시했다.⁵⁴⁾

구하던 기존 입장을 명시적으로 전환하였다. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). “사인(private individual)의 명예훼손 소송과 관련하여, 각 주(州)는 언론사에 책임을 묻는 기준을 자율적으로 정할 수 있다. 다만, 과실(negligence; 부주의)이 전혀 없어도 책임을 지우는 방식(엄격책임; strict liability)은 인정되지 않는다.” 418 U.S. at. 347. 이에 따라 ‘현실적 악의’(actual malice) 기준의 적용 여부는 주마다 달라질 수 있으며, 이는 프라이버시 침해 소송에서도 마찬가지이다.

⁵⁰⁾ *Cantrell v. Forest City Publishing Co.*, 419 U.S. 245 (1974).

⁵¹⁾ *Id.* at 248.

⁵²⁾ *Id.* at 253.

⁵³⁾ *Varnish v. Best Medium Publishing Co.*, 405 F.2d 608 (2d Cir. 1968/69).

자살한 여자의 남편이 인콰이어터를 상대로 소송을 제기했는데 그 기사는 사실과 다르며 실제 자신의 아내는 “행복과는 거리가 먼, 매우 우울하고 매우 불행한 사람”이었다는 것이었다. 지방법원은 이 같은 주장을 인정했고 연방항소법원도 이를 받아들였다.⁵⁴⁾ 연방항소법원은 인콰이어터의 기사가 그 부인의 유서를 선택적으로 인용하여 사람들에게 하여금 원고를 냉담한 남편으로 묘사하고, ‘행복한 아내·어머니’라는 설정도 기자의 추정에 불과한 것으로, 기자의 ‘진실에 대한 무모한 무시’로 인하여 원고에 대한 왜곡된 인식이 형성되고 결국 원고의 프라이버시를 침해한다고 보았다.⁵⁵⁾

라. 인격적 징표의 상업적 유용

(1) 기초법리

인격적 징표의 상업적 유용(appropriation)이 불법행위로 인정되기 위해서는 “다른 사람의 이름이나 얼굴을 자신의 이익을 위해서 또는 자신이 이용하기 위해서 유용하여야”(appropriates to his own use or benefit the name or likeness of the plaintiff) 한다.⁵⁷⁾

언론보도로 인한 이 유형의 침해가 인정되는 사례를 많지 않다. 우선 뉴스전달이 상업목적은 아니라는 정책적인 배려가 있는 것이다.⁵⁸⁾ 또한 1908년에 뉴욕주 법원이 “신문에 게재되는 사진의 사람들에게 항상 허락을 받아야 한다면, 신문발행은 불가능할 것이라고 했”⁵⁹⁾던 것처럼, 언론기관의 취재와 보도에 있어서의 현실적인 배려도 있다.

(2) 관련 사례

① Cher v. Forum International, Ltd.⁶⁰⁾

로빈스(Fred Robbins)는 유명인을 인터뷰하고 인터뷰 내용이나 그 일부를 잡지에 판매하는 라디오 토크쇼 진행자이다. 그는 유명 가수인 셰어(Cher)를 상대로 한 시간 반 분량의 인터뷰를 진행했다. 로빈스와 셰어는 해당 인터뷰를 「어스(Us)」 매거진에 게재할 것을 예정하고 진행했다.

어스 편집진은 셰어의 요청에 따라 해당 인터뷰를 게재하지 않고 로빈스에게 돌려보

⁵⁴⁾ Id. at 610 n.1.

⁵⁵⁾ Id. at 610.

⁵⁶⁾ Id. at 612.

⁵⁷⁾ Restatement (Second) of Torts §652C (Am. Law Inst. 1977).

⁵⁸⁾ 엄규호, “미국에서의 프라이버시 침해와 언론의 자유”(각주 32의 논문), 17면.

⁵⁹⁾ Moser v. Press Publishing Co., 59 Misc. 78, 82 (N.Y. Sup. Ct. 1908).

⁶⁰⁾ Cher v. Forum International, Ltd., 692 F.2d 634 (9th Cir. 1982).

냈다. 셰어는 해당 인터뷰가 자신의 새 밴드를 충분히 부각하지 못한다고 생각했던 것으로 보인다. 로빈스는 해당 인터뷰를 두 피고인, 즉 「스타(Star)」라는 타블로이드 신문 발행인과 「포럼(Forum)」이라는 소형 매거진 발행인에게 판매했다.

스타와 포럼에는 인터뷰 기사가 실렸고, 이에 셰어는 계약 위반, 이름과 초상의 상업적 유용, 퍼블리시티권 침해 등을 이유로 이들을 상대로 손해배상 소송을 제기했다. 셰어는 인터뷰 기사가 허위이거나 명예훼손적이라는 주장은 물론, 사적인 사실이 자신의 동의 없이 공개되었다는 주장도 하지 않았다.

1심은 모든 피고들, 즉 로빈스, 스타 발행인, 포럼 발행인 등에 대하여 일반 손해배상과 더불어 징벌적 손해배상을 선고했다. 그러나 연방항소법원은 포럼 발행인에 대하여만 원심을 유지했다. 특히 상업적 목적으로 타인의 이름이나 초상을 사용하는 것을 규제하는 캘리포니아 주법에는 뉴스 기사에 대한 명시적 예외 조항⁶¹⁾이 포함되어 있음을, 그리고 프리랜서 작가로부터 인터뷰를 사서 출판한 경우에도 진술이 허위임을 알고 있었거나 진실을 무모하게 무시하고 출판했다는 증거가 없는 한 연방헌법 증보 제1조와 제14조에 의해서 보호된다는 점이 유효하게 작용했다.

포럼을 상대로 셰어가 주장하는 것은 다음의 두 가지인데, 첫째, 셰어가 포럼과 직접 독점 인터뷰를 한 것처럼 잘못된 인상을 주고 이를 이용했다는 것, 두 번째, 셰어가 포럼을 지지하는 것처럼 암시하면서 잡지를 판매하기 위해 자신의 동의 없이 유명세(celebrity value)를 이용했다는 것이다.

포럼의 인터뷰 게재는 연방헌법 증보 제1조의 보호를 받는 것이며, 셰어도 이 점을 인정했다. 이러한 보호는 포럼의 헤드라인 및 표지(cover)의 게재에도 적용되지만, 거기에 사용된 문구가 진실인(true) 경우에만 보호되며, 허위임을 알면서도 게재하였거나 진실을 무모하게 무시하여 게재된 경우는 보호되지 않는다. 나아가 그러한 헌법적 보호는 뉴스매체를 홍보하는 광고에서 공인의 이름과 초상을 진실되게 사용하는 것으로 확장되는데, 포럼은 스타와 달리 셰어의 이름과 사진을 광고에 노골적으로 이용하면서 허위의 카피를 담았다. 구독광고 페이지에는 다음의 문구가 포함되어 있었다. “셰어가 사람들에게 말하지 않고, 어스에게도 말하지 않은 것들이 있습니다. 셰어는 포럼에 털어놓습니다.” 그러나 셰어가 인터뷰 내용을 어스에게 말하려고 했지만 포럼에는 아무것도 말하지 않았다는 사실을 고려할 때 이 광고는 허위인 것으로, 연방헌법 증보 제1조의 보호를 받지 못한다는 것이다.

⁶¹⁾ California Civil Code §3344(d).

② Eastwood v. Superior Court⁶²⁾

「내셔널 인콰이어러(National Enquirer)」는 클린트 이스트우드가 가수 타냐 터커(Tanya Tucker), 그리고 배우 손드라 록(Sondra Locke)과 삼각관계에 빠졌음을 보도했다. 잡지의 표지에도 이들의 사진과 함께 삼각관계를 강조하는 문구가 배치되었으며, 인콰이어러를 홍보하는 TV 광고에도 이 표지가 활용되었다.

이스트우드는 뉴스 기사는 전적으로 거짓임은 물론, 자신의 이름과 초상을 상업적으로 도용하기 위한 은폐나 계략으로, “사회적 인격상의 왜곡”과 판례법(common law) 상의 ‘인격적 징표의 상업적 유용’, 그리고 캘리포니아주법상의 퍼블리시티권 침해를 주장했다.

인콰이어러는 “사회적 인격상의 왜곡” 주장에 대해서는 사실상 이의를 제기하지 않았으나, 나머지 쟁점에 대해서는 뉴스보도와 연관된 이름과 초상으로 주법⁶³⁾에 따른 면책을 주장하며 적극적으로 다투면서 캘리포니아주 항소법원에 사건화가 된다. 결론적으로 캘리포니아주 항소법원은 판례법(common law) 상의 ‘인격적 징표의 상업적 유용’, 그리고 캘리포니아주법상의 퍼블리시티권 침해 모두를 인정했다. 인콰이어러는 이스트우드의 개성과 명성을 활용하여 상업적 이득을 얻은 것이 분명하고, 특히 허위성에 주목하여, 의회가 “뉴스”라는 명목으로 고의적 또는 무모한 허위에 대한 책임 면제를 제공하려 한 것은 아니라면서 면책이 될 수 없음을 강조하였다.

5. 경계 설정의 일반원칙

가. 개관

“프라이버시에 대한 합리적인 기대(reasonable expectation of privacy)” 유무의 요건은 미국 헌법상 프라이버시권, 특히 연방헌법 증보 제4조의 ‘불합리한 수색 및 압수 금지’ 조항과 관련한 핵심 법리이다. 그 기원은 1967년의 *Katz v. United States* 사건⁶⁴⁾으로, 연방수사국(FBI)이 공중전화 부스 밖에 도청 장치를 설치하여 카츠(Katz)의 불법도박 관련 통화 내용을 녹음했던 것이 문제가 되었다. 정부는 “도청 장치를 부스 밖에 설치했으므로, ‘물리적 침입(physical intrusion)’이 없었다”고 주장했으나 연방대법원은 “연방헌법 증보 제4조는 장소가 아니라 사람을 보호한다”고 하면서 이러한 도청행위는 헌

62) Eastwood v. Superior Court, 149 Cal. App. 3d 409, 198 Cal. Rptr. 342 (Cal. Ct. App. 1983).

63) California Civil Code §3344(d).

64) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

법에서 금지하는 불합리한 수색(unreasonable search)에 해당한다고 보았다. 물론 이는 정부(공권력)에 의한 프라이버시 침해로부터 보호하기 위한 헌법상의 기준으로서, 민법상의 불법행위(tort) 소송에서 곧바로 적용되는 법리는 아니다. 그렇지만 그 이면에 흐르는 이념적 기초는 사실상 같다고 할 수 있다. 어디까지가 개인의 영역이며, 그것을 그 사회가 어디까지 수용할 수 있는가에 대한 경계를 설정하기 때문이다. 이러한 점 때문에 실제 “사적 평온의 침해(intrusion upon seclusion)”에 관한 불법행위 소송에서는 이러한 기준이 원용되기도 한다.⁶⁵⁾ 나아가 위에서 살펴본 불법행위 성립 요건에서 “합리적인 사람(reasonable man)”을 기준으로 판단하는 것 또한 합리적인 기대(reasonable expectation)와 맥을 같이 하는 것으로 이해될 수 있다.

Katz 판결에서 Harlan 대법관은 이 법리는 두 가지 요소로 구성된다고 보았는데, “첫째, 개인이 실제로(주관적으로) 프라이버시를 기대하였을 것, 둘째, 그 기대가 사회가 ‘합리적인 것으로 인정할 수 있는’ 기대일 것이라는 점이다.”⁶⁶⁾ 공적 관심사에 해당하는 경우, 공인인 경우, 공공장소인 경우, 공개된 정보이거나 누구나 열람가능한 공적 기록에 기반한 보도인 경우, 허위가 아닌 경우에는 그러한 기대가 축소된다고 보는 것이다. 물론 예외적인 상황들은 존재한다. 연방대법원은 이러한 원칙과 예외의 세밀한 구분을 통해 법리를 발전시켜 왔다.

개인의 주관적 기대와 그 기대에 대한 사회의 객관적 수용이라는 관점에 의해, 프라이버시 침해 소송에서는 ‘예의 없는’ 또는 ‘선을 넘은’ 보도형태, 강한 ‘불쾌감’을 유발하는 내용이 불법행위를 인정하는 결정적 요소가 되기도 한다. 나아가 이러한 요소들로 인하여 프라이버시의 인정 범위가 국가마다 그리고 사회마다 차이가 있을 수밖에 없다.

나. 공적 관심사에 해당 여부

공적 관심사(public concern)에 해당 여부는 명예훼손 소송에서도 중요한 의미를 가지지만 프라이버시 침해 소송에서 역시 중요한 의미를 지닌다. 우선 명예훼손 소송에서 문제된 발언 내용이 공적 관심사에 해당할 경우 원고는 가중된 입증책임을 부담한다. 원고가 공인(公人)에 해당할 경우 피고의 현실적 악의(actual malice)를 입증해야 명예훼손이 성립하고, 사인(私人)인 원고가 실제 손해의 증거 없이도 손해 발생이 추정되는 추정적 손해(presumed damages)나 피고를 처벌하고 장래의 행위를 억제하기 위한 징벌

⁶⁵⁾ 대표적 사례로는 *Shulman v. Group W Productions, Inc.*, 18 Cal. 4th 200, 955 P.2d 469, 74 Cal. Rptr. 2d 843 (Cal. 1998)

⁶⁶⁾ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 361 (1967).

적 손해배상(punitive damages)을 받기 위해서는, 공적 인물과 마찬가지로 ‘현실적 악의’(actual malice)를 입증해야만 한다.⁶⁷⁾ 그러나 공적 관심사 요건은 프라이버시 침해 소송에서 위법성을 배제하는 보다 강력한 의미를 지니게 된다.

첫째, 공적 관심사 요건은 위에서 살펴본 프라이버시 침해 유형의 네 가지 중 “숨기고자 하는 사적 사실의 공표”와 관련하여 ‘위법성’을 판단하는 핵심 기준 중 하나이다. 따라서 ‘수인불가능한 불쾌감을 유발하는 사적 사실의 공개’라 할지라도 공적 관심사에 해당하면 면책된다. 따라서 이 요건은 개인의 프라이버시권과 민주사회에서 필요한 정보의 유통과 조화를 이루도록 하는 균형추라 할 수 있다.

둘째, 프라이버시 침해 네 가지 유형 중 “사회적 인격상의 왜곡”과 관련하여, 그 침해가 긍정되기 위해서는 발언자가 자신의 발언 내용이 허위임을 알았거나 이를 무모하게 무시한 경우(reckless disregard)라는 요건을 충족해야 한다. 이는 현실적 악의(actual malice)을 판단하는 세부요건으로, *New York Times v. Sullivan* 판결⁶⁸⁾에서 제시한 현실적 악의(actual malice)와 동일한 것이다. 그 목적은 역시 언론의 표현행위가 실수였는지 혹은 무모한 무시에 해당하는지를 구분하여 공적 사안에 대한 언론의 자유를 위축시키지 않기 위한 것이다. 연방대법원은 *Time v. Hill* 판결⁶⁹⁾을 통해, 이러한 명예훼손의 현실적 악의의 법리를 프라이버시 침해 소송에도 적용하여, 공적 관심사에 해당하는 기사가 사실과 다소 다르더라도 현실적 악의(actual malice)가 없는 한 프라이버시 침해 책임을 물을 수 없다고 보았다. 즉, “사회적 인격상의 왜곡”과 관련하여서도 문제의 발언이 공적 관심사에 해당하는지 여부가 중요한 쟁점이 될 수 있는 것이다.

정당한 공적 관심사는 사실상 뉴스 가치(newsworthiness)와 동등한 개념이며, 그 범위는 매우 광범위하다.⁷⁰⁾ ‘공적’ 관심사라 하여 시사적 사건이나 공무원 또는 공인의 활동에만 한정되는 것은 아니며, 대중이 일반적으로 흥미·가치·관심을 갖는 광범위한 주제를 포함한다.⁷¹⁾ 따라서 공인이든 사인이든 체포 과정에 대한 보도는 공적 사건(public event)에 해당하는 것으로 정당한 공적 관심사에 해당하며, 체포된 자의 이름, 사진과 같은 신상정보 역시 여기서 배제하지 않는다. 이러한 점에서 공적 관심사의 범위를 좁게 보고, 신상정보, 특히 사인의 신상정보는 공공의 정당한 관심사항이 될 수 없다고 보는 한국과는 확실한 차이를 보인다고 할 수 있다.

67) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 348 (1974).

68) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

69) *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967).

70) *Restatement (Second) of Torts* §652D cmt. h (1977).

71) *Id.*

나아가 원고는 기사의 내용이 일반의 관심과 흥미의 대상이 될 수 없다는 점, 즉 공적 관심사에 해당하지 않음을 증명해야 한다. 하지만 정당한 공적 관심사는 그 인정 범위가 넓고 어느 정도 편집자의 자율적이고 재량적인 영역으로 존중되기 때문에, 그 증명이 매우 어렵다. 따라서 “숨기고 싶은 사적 사실의 공표” 유형의 프라이버시 침해 소송에서는 언론사의 승소로 이어질 가능성이 높다.⁷²⁾

다. 공인과 사인의 구별

공인과 사인의 구별은 명예훼손 소송에서 뿐만 아니라 프라이버시 침해 소송에서도 중요한 의미를 갖는다. 공인의 경우 프라이버시 보호범위가 좁아지는 반면, 표현의 자유의 보호범위는 넓어지고, 반대로 사인은 프라이버시 보호가 더욱 강조된다. 이는 공인의 경우 사생활에 해당하는 정보라도 위에서 언급한 ‘공적 관심사’로 전환될 가능성이 높기 때문이며, 사회적·정치적 활동을 통해 스스로 공중의 관심을 받게 된 인물은 프라이버시에 대한 기대(protected privacy expectation) 역시 축소되기 때문이다. 다만, 프라이버시 침해 유형 네 가지 중 “인격적 징표의 상업적 유용”(name/likeness appropriation)의 경우, 초상이나 이름의 경제적 가치와 연결되기 때문에 공인이 이 유형의 침해를 인정받을 가능성이 더 높다.

물론 공인이라 하더라도 프라이버시권이 완전히 소멸하는 것은 아니다. 특히 집과 같은 사적 공간에서의 프라이버시는 사인과 구별 없이 보호된다. *Galella v. Onasis* 사건⁷³⁾에서 연방항소법원은 재클린 케네디 오나시스가 공인에 해당하지만 일정한 정도의 프라이버시를 누릴 권리가 있다는 점을 분명히 하며,⁷⁴⁾ 재클린과 그의 자녀들을 괴롭히는 수준(harassment)으로 따라다니며 사진을 촬영하는 파파라치에게 접근금지를 명령한 바 있다.

라. 공공장소와 사적 공간의 구별

공공장소(public place)는 프라이버시의 보호를 기대하기 어려운 장소이다.⁷⁵⁾ 위 *Galella v. Onasis* 사건에서 재클린과 그녀의 자녀들에 대한 접근금지 명령은 공공장소에서의 촬영이 위법하다는 취지는 전혀 아니다. 그들이 학교를 오가거나 수영을 하는

72) 염규호, “미국에서의 프라이버시 침해와 언론의 자유”(각주 32의 논문), 14면.

73) *Galella v. Onasis*, 487 F.2d 986 (2d Cir. 1973).

74) *Id.* at 995.

75) 염규호, “미국에서의 프라이버시 침해와 언론의 자유”(각주 32의 논문), 10면.

등의 일상의 행위들은 공적 중요성이 미미한 반면, 갈렐라(Galella)의 지속적인 감시와 집요하고 침입적인 등장(presence)은 보도 활동의 한계를 명백히 넘어선 것으로 연방헌법 증보 제1조가 그러한 범위까지 확장되지는 않는다고 본 것이다.⁷⁶⁾

공공장소에서 프라이버시를 주장할 수 없다는 것의 예로, 1953년 캘리포니아주 대법원의 *Gill v. Hearst Publishing Co.*⁷⁷⁾ 판결을 들 수 있다. 원고인 질(Gill)과 그의 부인은 세계적으로 유명한 로스앤젤레스의 파머스마켓 내에서 수년간 “전 세계 사람들과 여행객들에게 잘 알려진” 제과점 겸 아이스크림 가게를 운영하던 평범한 부부였다. 이 부부가 가게 안에서 로맨틱하게 포옹하는 장면이 미국의 유명잡지에 “LOVE”라는 제목으로 게재되었다. 원고는 프라이버시 침해를 주장하면서 소송을 제기했다. 개인적인 애정 표현은 사적 행위이고 공적 관심사의 대상이 될 수 없다는 원고의 주장에 대해 캘리포니아주 대법원은 공공장소에서 누구나 볼 수 있는 상태(open to the public gaze)로 있었던 사람은 그러한 자신을 찍은 사진이 신문·잡지에 게재했다고 해서 프라이버시 침해를 주장할 수 없다고 판결했다.⁷⁸⁾

그러나 공공장소라 하여 프라이버시 이익이 항상 부정되는 것은 아니다. 앨라배마주의 어느 지역 축제에서 있었던 일이다. 놀이기구의 강한 송풍 장치가 작동하여 참가자의 옷이나 머리카락이 위로 날리는 구조에서 원고의 치마가 뒤집히며 속옷이 노출된 모습이 찍혔고, 이 사진이 다음 날 지역신문의 1면을 장식했다. 원고는 프라이버시 침해를 주장했고, 앨라배마주 대법원은 “그 보도는 공적 관심사(public interest)에 관한 것이 아니고, “공익성과는 아무런 관련이 없는 전적으로 사적인 신체 노출(purely private exposure)에 불과하며, 불쾌하고(offensive) 모욕적인(humiliating) 것이다”라면서 원고의 손을 들어주었다.⁷⁹⁾ 그 이유를 부연 설명하면 다음과 같다. “공공장소의 촬영(public scene)에서 누군가 평범한(ordinary) 상태에서 그 장면의 부수적 일부가 되어 찍힌다면 그것은 합법적인 것이다. 그러나 그가 기대하는 상태가, 그의 의지와 상관없이, 평균적인 감수성을 가진 사람이 수치스럽다고 느낄 만한 상태로 변화되었다면, 단지 그 불행한 상황이 공공장소에서 발생했다는 이유만으로는 그 사람이 야비하고 외설적인 프라이버시 침해로부터 보호를 받을 수 있는 권리를 상실했다고 볼 수는 없다.”⁸⁰⁾ 즉, “공공장소에 있었다는 사실만으로도, 그 사람의 신체가 굴욕적으로 노출되는 순간이 전면 공

⁷⁶⁾ Galella, 487 F.2d at 995.

⁷⁷⁾ *Gill v. Hearst Publishing Co.*, 40 Cal.2d 224 (Cal. 1953).

⁷⁸⁾ *Id.* at 228.

⁷⁹⁾ *Daily Times Democrat v. Graham*, 162 So.2d 474, 478 (Ala. 1964).

⁸⁰⁾ *Id.* at 478.

개될 것을 예상해야 한다고 볼 수는 없”는 것이다. 프라이버시 보호는 장소의 문제를 넘어 어떠한 ‘상태(status)로’ 있었는지에 따라 달라질 수도 있는 것이다.

마. 공개된 정보 또는 공적 기록과 사생활비밀에 해당하는 정보의 구별

이미 공개된 정보에 대하여는 프라이버시를 주장할 수 없다. 아울러 재판기록, 정부 보고서와 같이 이미 공개된 공적 기록(public record)에 기반한 보도의 경우 민형사적 제재를 가할 수 없다는 것이 연방대법원의 확립된 판례이다. 이는 이미 공개된 정보는 프라이버시에 대한 기대가 감소한다는 점과 수사기록이나 재판기록은 공적 관심사에 해당한다는 점에 기초하고 있다. 예컨대, 1975년 *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* 사건⁸¹⁾은 17세의 여학생이 강간·살해당한 사건의 재판기록을 애틀란타 소재의 한 TV방송국 기자가 열람하여 그 학생의 이름을 방송에서 밝힘으로써 사건화된 것이다. 그 학생의 아버지인 원고는 강간피해자의 이름이나 신원을 밝히는 것을 금한 조지아주법의 위반을 근거로 손해배상을 요구했다. 조지아주 대법원은 원고승소 판결을 내렸으나, 연방대법원은 8대 1의 다수결로 조지아주 대법원의 결정을 번복하며, “주정부는 일반이 볼 수 있는 공식 재판기록에 들어있는 진실한 정보의 공표에 대해 처벌을 가할 수 없다”고 판시했다.⁸²⁾

바. 진실한 정보에 해당하는지 여부

‘진실의 항변’이 통용되는 명예훼손 소송에서 만큼은 아니지만, 프라이버시 침해 소송에서도 진실한 정보인지 여부는 나름의 중요한 의미를 갖는다.

사실상 프라이버시 침해 소송에서는 “사회적 인격상의 왜곡” 유형의 프라이버시 침해를 제외하고 진실한 정보의 공표가 문제된다. 진실이기에 그러한 공개가 더 고통스러운 것이고, 만일 거짓된 정보라면 명예훼손의 문제로도 전환될 수 있다.

그러나 언론보도와 관련하여 ‘진실’은 프라이버시 침해 소송에서도 면책의 주요한 요소로 작용할 수 있다. 진실을 말했다는 이유로 어떠한 제재를 가하는 것은 연방헌법 증보 제1조와 양립하기 어렵다. 매우 중대한 공익상의 이유로 정당화하지 못하는 한, 그러한 제재는 위헌일 수밖에 없는데, 연방헌법 증보 제1조를 압도하는 주정부의 이익이란 사실상 인정되기 쉽지 않다. 또한 유명인에 대한 인터뷰 기사의 헤드라인을 그의

⁸¹⁾ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

⁸²⁾ *Id.* at 495.

사진과 함께 잡지의 표지나 광고에 활용하는 것도 그것이 ‘진실’이라면 “인격적 징표의 상업적 유용”에 해당하지 않는다고 본다.⁸³⁾ 그만큼 진실은 연방헌법 증보 제1조에 의한 강한 보호를 받는다고 할 수 있다.

Ⅲ. 미국에서 언론보도에 의한 신원공개와 프라이버시권 침해 문제

1. 언론보도를 통한 사진 공개의 문제

가. 초상권은 없다

헌법재판소의 결정에 의하면, 초상권이란 헌법 제10조로부터 도출되는 기본권으로서 “자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리”를 의미한다.⁸⁴⁾ 대법원은 초상권의 개념을 이보다 조금 더 세분화하여 제시하고 있다.⁸⁵⁾ “사람은 누구나 ① 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 ② 공표되지 아니하며 ③ 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는 데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로도 보장되고 있는 권리이다.”(번호는 필자 붙임) 이를 많은 논문에서 ① 촬영·작성 거절권, ② 공표거절권, ③ 초상영리권이라는 용어로 세부 권리 내용을 정리하고 있다.⁸⁶⁾ 이러한 정의에 의할 때, 언론보도를 통해 사진을 공개하는 것은 초상권을 침해할 가능성이 높다. 기자가 취재 과정에서 직접 촬영한 사진(①의 침해)은 물론, 취재나 제보를 통해 습득한 사진을 공개(②의 침해)하는 것도 초상권 침해로 연결될 수 있다.

한국에서 통용되는 ‘초상을 촬영당하지 않을 권리’ 또는 ‘공표되지 않을 권리’로서의

83) *Cher v. Forum International, Ltd.*, 692 F.2d 634 (9th Cir. 1982).

84) 헌재 2014. 3. 27. 2012헌마652, 판례집 26-1상, 534, 541 (피의자 경찰조사 사진촬영허용 사건) [7(위헌) : 2(각하)]. 경찰관이 기자들의 취재 요청에 응하여 피의자(청구인)가 경찰서 조 사실에서 양손에 수갑을 찬 채 조사받는 모습을 촬영할 수 있도록 허용한 행위는 피의자의 초상권을 침해하는 위헌적인 행위라고 판단한 사건이다. 유사한 취지의 대법원 판결도 있다. 대법원 2021. 12. 10. 선고 2021다265119 판결.

85) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결.

86) 대표적으로 심석태, “한국에서 초상권은 언제 사생활권에서 분리되었나 - 학설과 판례에서의 초상권의 독립적 인격권 인정 과정과 그 영향 -”(각주 14의 논문), 268면; 함석천, “초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개”, 『법조』 통권 제603호 (법조협회, 2004. 12) 참조.

“초상권”은 미국에서 존재하지 않는다. 그러나 초상을 포함한 인격적 징표(성명, 음성 등)를 활용하는 경우, 프라이버시권(right to privacy)이나 퍼블리시티권(right of publicity) 침해가 문제될 수 있다. 그 의미에 대해서는 항을 바꿔 설명하고자 한다.

나. 프라이버시권 v. 퍼블리시티권

미국에서 초상권에 대응하는 권리로 프라이버시권과 퍼블리시티권을 꼽을 수 있다. 물론 앞서 설명한 바와 같이 이들 권리는 한국의 초상권과 완전히 일치되는 개념은 아니다.

우선 프라이버시 침해와 관련하여 초상의 활용은 프라이버시 침해에 해당하는 불법 행위의 네 가지 유형 중 “인격적 징표의 상업적 유용”에 해당한다. 이에 대한 세부 요건은 이미 설명하였으므로 생략한다.

퍼블리시티권은 개인의 이름·초상·정체성 등 인격적 징표의 ‘경제적 가치’를 보호하는 것이 핵심이다. 이 권리는 불법행위법 영역에서 발전한 권리로서 판례법(common law)상 형성된 권리와 州의 성문법(statute), 주로 민법상에 규정된 권리로 구성되며, 어떠한 권리의 형태로 보호하는가에 대해서는 주마다 다르다고 할 수 있다. 예컨대, 뉴욕 주의 경우 성문법⁸⁷⁾상의 권리만이 인정되고,⁸⁸⁾ 캘리포니아주의 경우 판례법상의 권리 및 성문법⁸⁹⁾상의 권리가 모두 존재한다.

프라이버시권과 퍼블리시티권은 ① 이름, 초상 등의 인격적 징표, ② 그것의 상업적 이용이라는 핵심 요건을 같이 하는 만큼, 사안에 따라서는 양자의 구별이 쉽지 않으며, 이에 따라 판례에서는 프라이버시권 및 퍼블리시티권을 동시에 침해한다고 판단한 경우가 많다. 양자를 정확히 구별하기 위해, 최초의 프라이버시권 침해 사례와 최초의 언론보도로 인한 퍼블리시티권 침해 사례를 비교하여 살펴보고자 한다.

(1) 최초의 프라이버시권 침해 사례

비록 언론보도로 인한 프라이버시 침해 사례는 아니지만, 최초의 프라이버시권 침해 사례로서 의미를 갖는 1905년 조지아주 대법원의 *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* 판결⁹⁰⁾을 살펴본다.

87) New York Civil Rights Law §§50-51.

88) *Stephano v. News Group Publications, Inc.*, 474 N.E.2d 580 (N.Y. 1984).

89) California Civil Code §3344.

90) *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, 50 S.E. 68 (Ga. 1905).

한 보험회사가 원고이자 예술가인 파베시치(Pavesich)의 이름과 사진을 무단으로 광고에 활용하였다. 그 광고는 서로 다른 두 사람의 사진을 나란히 놓고 비교하며, 한 사람은 보험에 가입하여 행복한 사람으로, 나머지 한 사람은 보험혜택을 받지 못해 불행한 사람으로 묘사한 것이 핵심 내용이었다. 원고의 사진은 보험에 가입하여 만족하고 행복한 사람의 이미지로 활용되었으며, 보험을 통해 혜택을 본 것처럼 진술하는 광고문구가 함께 게재되었으나, 원고는 실제 그 보험에 가입하지 않았고, 따라서 당연히 그러한 진술을 한 적도 없었다.

조지아주 대법원은 프라이버시권은 자연법에서 유래한 것이며, 광고의 일부로 동의 없이 사람의 사진을 게시하는 것은 그 사람의 프라이버시권을 침해하는 것이라 판단하였다. 만일 누군가의 사진이 그의 동의 없이 광고 목적으로 사용될 수 있다면 그것은 무수히 복제되어 어디에나, 심지어는 술집이나 사창가에 전시될 수 있다는 것이다. 이는 결국 ‘홀로 있을 권리’와 ‘사적 평온’이라는 프라이버시의 본질을 침해한다고 본 것으로 해석된다.

(2) 언론보도로 인한 퍼블리시티권 침해 사례

연방대법원이 언론보도로 인한 퍼블리시티권 침해를 최초로 인정한 것은 1977년의 *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* 판결⁹¹⁾에서이다.

원고인 자키니(Hugo Zacchini)는 유명한 서커스 곡예사로서, 그의 공연은 그가 직접 대포에서 발사되어 200피트 떨어진 그물에 착지하는 것이었다. 약 15초 분량의 해당 공연은 서커스 관람권을 구매한 자만이 볼 수 있었고, 그의 수입은 전적으로 공연관람료에 의존하고 있었다. 한 방송국의 기자가 공연 전부를 무단으로 촬영하여 TV 뉴스에 그대로 방영했다. 보도에서는 “흥미로운 장면”으로 다루었지만, 공연 전체가 방송에 공개되었기 때문에 관객들은 굳이 공연을 보러 올 필요가 없어졌다. 이에 그는 방송국이 공연 전체를 무단으로 방송함으로써 자신의 주요한 생계수단(performance as livelihood)을 도용했다고 주장하며 소송을 제기했다.

방송사는 ‘공익적 뉴스 보도’라고 주장했으나, 대법원은 이를 배척했다. “상고인(Zacchini)의 연기 전체를 방영한 것은 그 연기의 경제적인 가치에 본질적인 위협을 가하고 있다. 오하이오주 법원이 인정한 것처럼 이 연기는 상고인의 재능과 열정의 산물이며, 많은 시간, 노력 그리고 경제적 투자의 결과이다. 그 경제적 가치의 상당 부분은 공연의 공표에 관한 배타적인 통제권에 있다. 일반 대중이 그 연기를 공짜로 TV에서

⁹¹⁾ *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

볼 수 있다면 비용을 지불하면서 공연장에서 보고자 하는 욕구는 줄어들 것이다.”⁹²⁾

그러나 연방대법원은 그렇다고 해서 언론의 자유를 완전히 무시하면서까지 그러한 권리가 보호된다고는 하지 않았다. 연기자의 전체 행위를 TV에 방영하거나 신문 등에 게재하지 않는 한 뉴스가치에 따라서 퍼블리시티권이 제한될 수 있음을 인정했다.⁹³⁾

(3) 인격적 이익 v. 경제적 이익

프라이버시권 침해와 관련한 상업적 유용은 반드시 경제적 이익의 발생과 연결되는 않는다. 다시 말해, 누군가 자신의 이미지 사용으로 인하여 경제적 이익이 발생하였기 때문에 그 이익에 대한 반환을 요구하는 것이 아니다. 이 때의 상업적 유용은 주로 광고 목적의 활용과 연결이 되는데, 상품이나 서비스의 종류나 질이 자신의 인격적 이익에 흠집을 낼 경우가 문제된다. *Pavesich* 판결에서 들었던 예시처럼 자신의 사진이 술집이나 사창가를 장식하게 된다면, *Cher* 판결에서처럼 실제 인터뷰하지 않은 저급한 잡지에 단독 인터뷰를 한 것처럼 광고페이지에 활용된다면, 이를 통해 자신의 이미지가 하락하거나 훼손된 것에 대한 정신적 고통을 호소하는 것이다.

퍼블리시티권은 *Zacchini* 판결에서와 같이, 인격적 징표의 경제적 가치, 그 자체에 보호의 초점이 있기 때문에 양도와 상속의 대상이 됨은 물론, 정신적 고통과는 무관하게 그 침해가 인정될 수 있다. 이 점에서 양자는 확실한 차이를 보이며, 프라이버시권은 인격권, 퍼블리시티권은 재산권의 일환으로 보호된다는 설명이 가능한 것이다.

다. 소결 - 언론보도로 인한 초상권 침해 가능성

종합해보면 언론보도로 인해 프라이버시권이나 퍼블리시티권이 침해될 가능성은 매우 낮다. 언론보도(newsworthiness)는 ‘상업적 이용’에 해당하지 않기 때문이다. 심지어 *Cher* 판결에서 확인했던 바와 같이, 유명인을 인터뷰하고 이 점을 광고에 활용한 경우에도 그 내용들이 진실인 한, 상업적 이용으로 보지 아니한다. 특히 각 주의 퍼블리시티권에 대한 성문의 규정에는 이 점을 분명히 명시한 경우도 있다.⁹⁴⁾ 또한 *Zacchini* 사건처럼 공연의 전부를 보도하는 것은 매우 이례적인 것이라는 점에서 언론보도가 퍼블리시티권을 침해할 가능성 역시 매우 낮다고 할 수 있다.

⁹²⁾ Id. at 575.

⁹³⁾ 염규호, “미국에서의 프라이버시 침해와 언론의 자유”(각주 32의 논문), 19면.

⁹⁴⁾ 예컨대, 캘리포니아주가 그에 해당한다. California Civil Code §3344(d).

2. 범죄보도에서 피의자 또는 피고인의 실명보도 문제

포토라인이 평상적인 것이 되고, 피의자의 실명과 범죄사실이 여론에 자연스레 공개되는 사회는, 필자의 판단에는, 비정상적 사회이다. 국민의 알권리가 개인의 기본권, 인격권을 침해하는 처분을 가능하게 하는 것은 그런 비례가 성립될 때 가능한 것이고, 극도의 예외적인 사건에서나 허용되는 일이기 때문이다.⁹⁵⁾

이러한 이해가 우리 사회에 팽배해있다. 오히려 ‘피의자’에 한정한 이러한 주장을 넘어서, 피고인이나 유죄를 확정받은 자에 대해서도 실명을 공개하는 것은 인격권의 침해로 이해한다. 강력범이나 흉악범이 아닌 한 신원을 공개할 수 없도록 제도적 설계가 이루어져 있는 것은 바로 그러한 까닭이다. 과연 비교법적으로도 그러한가? 구체적인 사례를 통해 답을 찾고자 한다.

가. Nebraska Press Ass’n v. Stuart

1976년의 *Nebraska Press* 판결⁹⁶⁾에서는, 살인사건 피고인의 공정한 재판을 보장하기 위해 주 법원이 언론에 대해 피고인의 자백 내용 등 일부 재판 관련 사실을 보도하지 말라는 명령(gag order)을 내린 것이 문제가 되었다. 이는 언론보도에 대한 일시적 금지 명령으로서, 연방헌법 증보 제1조(언론자유조항)과 증보 제6조의 공정한 재판을 받을 권리가 정면충돌한 사안이었다. 연방대법원은 전원일치 의견으로 이 “보도금지 명령(gag order)”이 위헌적인 사전제한에 해당한다고 판단하였다.

이 사건은 형사재판에 영향을 줄 수 있다는 추상적·일반적 우려만으로 언론보도를 사전적으로 차단하는 것은 헌법상 허용되지 않는다는 점을 분명히 사례로서, 이 자체로도 충분한 의미가 있다. 그러나 보다 흥미로운 것은 이 때 법원의 보도금지 명령에는 보도 가능한 범위를 적시하고 있었는데,⁹⁷⁾ ① 피고인의 기본 인적 사항(성명·나이·주소·직업·가족관계), ② 체포 경위의 기초적 사실(시간·장소·수사·체포 담당자 등) 등이 포함되어 있었다. 즉, 피고인을 위해 보도금지 명령을 내리는 상황에서도 그의 인적 사항의 공개는 금지대상이 아님을 명확하게 제시했던 것이다.

95) 김성룡, “언론의 범죄보도와 재판의 공정성”, 『형사정책』 제31권 제2호 (한국형사정책학회, 2019. 7), 32면.

96) *Nebraska Press Ass’n v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

97) *Id.* at. 576

나. Oklahoma Publishing Co. v. District Court in & for Oklahoma County⁹⁸⁾

청소년 피의자(11세)가 한 남성을 총으로 살해한 혐의로 소년법원(juvenile court)의 구금 심리(detention hearing)에 출석하였다. 이 공개심리에는 여러 언론사의 기자들이 참석했다. 심리를 지켜보던 기자들은 자연스럽게 피의자의 신원을 알게 되었고, 어떠한 제지 없이 사진촬영도 이루어졌다. 이에 따라 사건을 보도한 기사들에는 피의자의 이름과 사진이 포함되었다. 하지만 이후 비공개심리로 기소인부절차(arraignement)가 진행되면서 오클라호마주 법원이 언론사들에게 “피의자의 이름이나 사진을 보도하지 말라”는 금지명령(pretrial order)을 내렸다. 이는 소년사건 절차는 ‘판사가 특별히 공개를 명하지 않는 한 비공개로 진행되어야 한다’고 규정한 오클라호마주법에 근거한 것이었다.

연방대법원은 전원 일치로 법원의 금지명령을 위헌이라고 판단했다. “일단 공개심리(public hearing)가 열렸다면, 그곳에서 일어난 일을 보도하는 것은 사전금지의 대상이 될 수 없”⁹⁹⁾으며, 공개심리를 통해 알게 된 청소년 피의자의 이름과 사진을 보도하지 못하도록 하는 법원의 명령은 연방헌법 증보 제1조와 제14조를 위반하는 것이라 보았다.¹⁰⁰⁾

다. Smith v. Daily Mail Publishing Co.¹⁰¹⁾

1978년 웨스트버지니아주의 한 중학교에서 14세의 학생이 동료 학생을 총으로 쏘아 숨지게 한 사건이 발생했다. 지방신문사인 「데일리 메일(Daily Mail)」과 「가제트(Gazette)」는 경찰 무선 주파수를 정기적으로 모니터링하던 중 총격 사건 소식을 접하고 기자들을 사건 현장에 급파하였다. 기자들은 목격자, 경찰, 담당 검사와의 인터뷰를 통해 용의자의 신원을 알게 되었다.

두 신문사는 일제히 이 사건을 보도했다. 데일리 메일은 최초에는 가해 학생의 이름을 공개하지 않았는데, 웨스트버지니아주는 재판부의 승인 없이는 청소년 피의자의 신원을 “신문(newspaper)”을 통해 보도하는 것을 금지하는 법¹⁰²⁾을 시행하고 있었기 때문이다. 그러나 가제트는 데일리 메일과 달리 신원정보를 포함하여 보도하였고, 이로 인해 이틀 새 최소 3개의 라디오방송국에서 가해자의 신원이 공개되었다. 가해자의 신원

98) Oklahoma Publishing Co. v. District Court in & for Oklahoma County, 430 U.S. 308 (1977).

99) Id. at 311.

100) Id. at 311-312.

101) Smith v. Daily Mail Publishing Co., 443 U.S. 97 (1979).

102) W. Va. Code § 49-7-3 (1976).

이 이미 널리 공개되었다고 판단한 데일리 메일은 편집방향을 ‘신원공개’ 쪽으로 수정하고 후속 기사를 내보냈다. 결국 두 신문사는 해당 주법의 위반을 이유로 기소되었다.

연방대법원이 데일리 메일의 손을 들어주며 펼친 논리는 다음과 같다. 이 신문사는 합법적으로 수집된 진실한 정보를 보도한 것으로, 그러한 보도를 처벌하는 것은 언론의 자유를 침해하는 것이며, 이러한 언론보도에 대한 처벌을 정당화하려면 주정부는 ‘최고 수준의 국가이익(state interest of the highest order)’을 위한 것임을 입증해야 하는데, “청소년 피의자의 익명성 보호”라는 공익은 중요한 공익이기는 하지만 그러한 처벌을 정당화할 수 있는 수준의 공익은 아니라는 것이다.¹⁰³⁾ 또한 설혹 그러한 공익에 해당한다 할지라도, 이 사건의 경우 데일리 메일이 이름을 공개하기 전에 세 곳의 라디오방송국에서 먼저 가해자의 이름을 발표되었던 것을 고려하면, 신문을 규제하는 것만으로는 주정부가 주장하는 목적은 이미 달성하지 못하는 것임을 강조했다.¹⁰⁴⁾

라. Macon Telegraph Publishing Co. v. Tatum¹⁰⁵⁾

원고(Tatum)는 자신의 집에 침입한 남성을 엽총으로 사살하였는데, 당시 그 남성은 손에 칼을 들고 있었고 성기를 노출한 상태였다. 조지아주 경찰은 정당방위를 인정하여 이에 대한 형사책임을 묻지 않았다. 해당 사건을 보도한 피고에 의해 원고의 신원(이름과 주소 등)이 상세히 보도되었고, 이에 원고가 프라이버시 침해를 이유로 소송을 제기하였다. 1심에서 배심원단은 징벌적 손해배상 7만 달러를 포함한 10만 달러의 손해배상을 명하는 평결을 내렸고, 이는 항소심에서도 유지되었다. 그러나 대법원에서 결과는 완전히 뒤집혔다. 조지아주 대법원은 “공적 관심사 또는 공개적 조사가 필요한 사건에 대한 보도는 법적으로 보호받아야 할 프라이버시 침해로 볼 수 없”으며, “원고의 행위는 정당방위로 인정되었더라도 살인사건으로서 공적 관심의 대상이며, 따라서 신원을 비공개로 유지할 권리를 상실하였다”고 판단하였다.¹⁰⁶⁾

마. 소결

미국에서는 언론보도를 통해 피의자 또는 피고인의 신원이 공개되는 것은 매우 자연스러운 일이다. 그것은 ‘범죄’와의 연관성으로 인해 ‘공적 관심사’에 해당하는 사안이

¹⁰³⁾ 443 U.S. 97, 104 (1979).

¹⁰⁴⁾ Id. at 105.

¹⁰⁵⁾ Macon Telegraph Publishing Co. v. Tatum, 263 Ga. 678, 436 S.E.2d 655 (Ga. 1993).

¹⁰⁶⁾ Id. at 657.

되고, 철폐나 공개심리 등을 통해 이미 공개된(public) 정보이기 때문에, 프라이버시의 기대이익이 감소하므로 더 이상 감추어야 하는 정보가 보지 않는 것이다.

3. 피해자의 신원공개 문제

가. Cox Broadcasting Corp. v. Cohn¹⁰⁷⁾

1971년 조지아주에서 17세의 여학생이 강간·살해당한 사건이 발생했다. 곧이어 6명의 청소년이 살인 및 강간 혐의로 기소되었고, 재판이 진행되던 중 지역 방송국인 「콕스 브로드캐스팅(Cox Broadcasting)」의 기자가 재판기록을 열람하여 알게 된 피해자의 이름을 방송에서 밝힌 것이 문제가 되었다. 피해 학생의 아버지인 원고(Cohn)는 강간피해자의 이름 등 신원을 밝히는 것을 금한 조지아주법¹⁰⁸⁾의 위반 및 프라이버시 침해로 손해배상을 요구했다. 조지아주 대법원은 원고승소 판결을 내렸으나, 연방대법원은 8대 1의 다수결로 조지아주 대법원의 결정을 번복하며, “주정부는 일반이 볼 수 있는 공식 재판기록에 들어있는 진실한 정보의 공표에 대해 처벌을 가할 수 없다”고 판시했다.¹⁰⁹⁾

나. Florida Star v. B.J.F.¹¹⁰⁾

플로리다주 잭슨빌(Jacksonville)의 한 주간신문인 「플로리다 스타(Florida Star)」가 강간 및 강도 사건을 기사화하면서 피해 여성의 이름을 공개하였다. 이것은 당시의 플로리다주법을 위반한 것으로 그 법은 “어떠한 경우라도 성범죄피해자의 이름, 주소 등 신원을 알 수 있는 사실이나 정보를 대중매체를 통해서 발표하는 것”을 금하고 있었다.¹¹¹⁾ 그 피해 여성의 이름은 경찰청 내 언론자료실(pressroom)에 비치된 경찰보고서에 기재되었던 것으로, 언론자료실의 모든 자료들은 기자는 물론 일반인들도 자유롭게 드나들며 열람할 수 있는 것이었다.

원고 B.J.F.는 자신의 이름이 신문에 보도됨으로써 정신적인 고통 등을 받았다고 주장하며 소송을 제기했고, 1심에서 배심원단은 명령한 배상금은 10만 달러였다. 문제된

¹⁰⁷⁾ Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975).

¹⁰⁸⁾ Ga.Code Ann. §26—9901 (1972).

¹⁰⁹⁾ Id. at 495.

¹¹⁰⁾ Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989).

¹¹¹⁾ Florida Stat. §794.03 (1987).

정보가 경찰의 사건보고서에서 나온 것이라는 피고 언론사의 주장을 법원은 거부했던 것이다. 플로리다주 항소법원도 1심 판결을 유지했고,¹¹²⁾ 주 대법원도 신문사의 상고허가 신청을 받아들이지 않았다. 하지만 연방대법원은 신문사의 상고를 받아들였다. “언론이 공적 기록에서 합법적으로 얻은 진실한 정보를 보도했다면, 그 보도를 처벌할 수 있는 경우는 오직 ‘최고도의 중대한 공익’을 실현하기 위해 불가피하고 엄격히 제한된 방식으로만 가능하다”는 기존의 입장을 재확인하며¹¹³⁾ 신문사의 손을 들어주었다.

다. 소결

피해자는, 피의자나 피고인과는 달리, 공적 관심사의 영역에 스스로 뛰어든 것이 아니다. 더욱이 성범죄의 피해자인 경우 신원공개는 2차 피해를 유발할 수도 있다는 점에서 그 보호의 필요성이 강조될 수도 있다. 앞서 살펴본 두 사례에서 언론매체에 의한 신원공개를 명시적으로 금지하는 주법이 존재한 것도 그 때문일 것이다. 그러나 미 연방대법원은 ‘언론이 공적 기록에서 합법적으로 얻은 진실한 정보를 보도한 경우 제재를 가할 수 없다’는 확고한 법리를 통해 이러한 주법을 위반한 경우에도 언론사의 책임을 부정하였다. 하지만 이를 놓고 미국은 피해자의 프라이버시권 보다도 언론사의 표현의 자유를 우위에 두고 있다고 일반화시킬 수는 없다. 이미 ‘공개된’, ‘합법적’으로 취득한, 피해자나 제3자에게 또 다른 피해를 주지 않는 ‘진실’한 정보의 공개에 한정하여 언론사의 면책을 인정한 것으로, 언론사의 표현의 자유와 피해자의 프라이버시권을 형량한 결과임에 유의해야 할 것이다.¹¹⁴⁾

IV. 한국에의 시사점 - 경계의 재설정을 위한 기준

1. 포괄적인 인격권의 개별화

미국에서 명예훼손 법리와 프라이버시 침해 법리는 다르다. 물론 공인이론이나 현실적 악의 기준 등 일부 중복되는 것은 있으나 양 법리는 출발부터가 다르다.

명예훼손의 원조국인 영국까지 거슬러 올라가면 오랜 역사를 가진 명예훼손법과 20

¹¹²⁾ B.J.F. v. Florida Star, 499 So. 2d 883 (Fla. 1986).

¹¹³⁾ Florida Star, 491 U.S. at 541.

¹¹⁴⁾ Id. at 532-533.

세기의 소산물인 프라이버시법은 그 보호법익과 맥락이 다르다. 명예훼손법의 보호법익이 사회적 평가로서의 외적 명예(평판)라면, 프라이버시의 보호법익은 사생활의 비밀과 평온의 보장에서 오는 정신적 그리고 정서적 안녕이다.¹¹⁵⁾ 명예권이라는 것은 정당한 사회적 평가에 의해 언제든지 재조정되어야 하기 때문에 상당히 가변적이지만, 프라이버시권은 사적 영역을 보장하는 것으로 불가침의 고정적인 것이다. 그러나 한국의 대법원과 헌법재판소는 이들 쟁점을 엄밀히 구별하지 않고 있고 병합하거나 관련 법리를 혼용해서 사용하고 있다.¹¹⁶⁾

이러한 현상의 원인은 “인격권”에 많은 권리를 포괄하려는 시도를 우선적으로 꼽을 수 있다. 인격권 안에 프라이버시권, 명예권, 초상권 등 서로 다른 성질의 다양한 권리를 포함시키다보니 ‘인격권 보호’라는 미명 하에 관련 법리들도 비판 없이 통합해버리는 현상으로 이어진 것으로 보인다. 각 권리들을 각각의 권리로 보호하고, 미묘하게 차이가 있을 수밖에 없는 법리들도 확인하고 가려내어, 각 권리들마다 의미가 있는 표현의 자유와의 균형점을 제대로 찾아갈 필요가 있다.

아울러 또 다른 원인으로 사실적시 명예훼손의 인정을 꼽을 수 있다.¹¹⁷⁾ 사실적시 명예훼손죄의 인정은 프라이버시 침해 문제를 명예훼손으로 치환하거나 잠식한다. 기존의 발달된 명예훼손 법리를 사안에 대입하는 것이 가장 손쉬운 방법이다. 특히 형사상 책임이 인정되면, 민사상의 손해배상을 보다 쉽게 인정받을 수 있기 때문에, 굳이 어려운 프라이버시 개념에 기대어 새로운 모형을 할 필요가 없다.¹¹⁸⁾

진실을 말한 경우 명예훼손이 성립하지 않는다면 당사자나 법원은 프라이버시 침해 여부를 더욱 고민할 것이고 그에 따른 법리의 발전도 기대할 수 있을 것이다.

2. 초상권, 성명권, 음성권의 재검토

법원은 초상권, 음성권을 독자적인 권리로서 인정하면서 명예훼손의 불법행위책임에서 분리된 별도의 인격권 침해의 불법행위책임을 인정하고 있다.¹¹⁹⁾ 그러나 과연 얼굴,

¹¹⁵⁾ Restatement (Second) of Torts §652E cmt. a (1977).

¹¹⁶⁾ 위 각주 12 및 각주 13 참조.

¹¹⁷⁾ 헌법재판소는 이에 대하여 합헌 결정을 내린 바 있다. 헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113등

¹¹⁸⁾ 동일한 분석으로는 권태상, “공적 인물의 사생활 - 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결 -”, 『법학논집』 제21권 제4호 (이화여자대학교 법학연구소, 2017. 06), 247면. “공개된 사실이 명예를 훼손하는 내용이라면 명예훼손에 대한 민형사상 책임을 물을 수 있으므로, 명예훼손과 비교하여 그 성격이 다소 불명확한 사생활에 관한 권리를 주장하는 경우가 많지 않았던 것이다.”

목소리, 이름이라는 징표가 공표된 그 자체만으로 어떠한 인격적 침해가 발생하는가에 대해 의문을 제기하지 않을 수 없다. 예컨대, 훈장을 받은 사람의 사진과 업적이 기사화되었을 때, 그 누구도 초상권 침해라 생각하지 않는다. 그러나 범죄보도나 개인의 비리를 고발하는 기사에서 사진이 게재되었다면 초상권의 침해라 주장할 것이다. 결국 초상권, 음성권, 성명권이라는 권리들을 통해서 보호하고자 하는 인격적 이익의 실체가 ‘명예의 실추나 인격상의 왜곡으로부터의 보호’라면, 기존과 같이 명예훼손이나 프라이버시 침해를 판단하는 과정에서 충분히 고려될 수 있는 것이다.

인격권을 개인과 연결시켜 모든 개인적인 것을 그에 귀속시켜서는 안 된다. 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제5조 제1항은 인격권을 “타인의 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리”로 규정한다. 이러한 정의에 따르면 인격권은 곧 다른 헌법상의 자유권을 잠식하게 될 것이다. 나아가 초상, 성명의 신원정보는 순전히 개인적인 것이라고도 볼 수 없다. 국가 또는 사회 공동체내 개개인의 구별을 위해 사용되는 것으로 공동체의 질서와도 강한 연관관계에 있기 때문이다.

가. 초상권과 관련하여

앞서 살펴본 바와 같이, 미국에서는 이름, 초상 등의 인격적 징표를 상업적으로 이용한 경우에만 프라이버시 침해 내지 퍼블리시티권의 침해를 인정한다. 따라서 언론보도에서의 활용은 그 침해가 인정되기 상당히 어려운 구조로 되어 있는 것이다.

한국의 경우, 초상권의 개념이 지나치게 포괄적이다. 초상권은 ① 촬영·작성 거절권, ② 공표거절권, ③ 초상영리권을 포함하며, 이 중 하나만 침해해도 초상권 침해가 인정된다. 물론 언론보도의 경우 위법성조각사유를 고려할 때 ‘표현의 자유’가 참작이 되겠지만, 결국 이익형량의 세부 과정에서 “초상 사용의 필요성, 목적의 정당성, 방법의 상당성·보충성·긴급성”¹²⁰⁾이 고려되기 때문에 사실상 초상권 침해로 귀결될 가능성이 높다. 반드시 초상의 사용이 필요했느냐부터 따지기 시작하면, 현재의 판결동향으로는 그 필요성이 쉽게 부정될 수 있기 때문이다.

결국 초상권의 개념(구성요건)부터 다듬지 않고서는 이 문제를 풀기 어렵다. 언론사가 카메라를 드는 순간부터 초상권 침해의 구성요건이 완성되는 것이다. 특히 범죄보도

119) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2020다253423 판결; 대법원 2025. 10. 16. 선고 2025다204730 판결.

120) 심석태, “초상권 판단 기준의 구조화 가능성 - 판례와 실무적 쟁점을 중심으로 한 시론적 연구 -”, 『언론과 법』 제22권 제2호 (한국언론법학회, 2023. 08), 2면.

를 하는 과정에서 ‘공표거절권’과는 항시 충돌할 가능성이 있다. 피의자나 피고인이 초상권 사용에 동의를 해줄 리 없기 때문에 언론사로서는 과연 초상의 사용이 법원에 의해 합법적인 것으로 인정될 것인지 스스로 끊임없이 헤아려야 하는 어려운 입장에 놓이게 된다. 미 연방대법원이 우려한 위축효과가 이 지점에서 발생하는 것이다.¹²¹⁾

나. 음성권과 관련하여

최근 대법원은 다음과 같이 음성권을 정의하였다.¹²²⁾

사람은 누구나 자신의 음성이 자기 의사에 반하여 함부로 녹음, 재생, 녹취, 복제, 방송, 배포 등이 되지 아니할 권리를 가진다. 이러한 음성권은 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로도 보장되고 있는 인격권에 속하는 권리이다. 따라서 상대방의 의사에 반하여 그의 음성을 녹음하거나, 녹음한 음성을 방송, 배포하는 등의 행위는 원칙적으로 음성권에 대한 침해가 될 수 있다.

이러한 개념에 따르면, ① 녹음 또는 ② 녹음한 음성의 공표가 상대방의 의사에 반하여 이루어지면 음성권의 침해를 구성하게 되고, 언론보도와 관련하여 문제되는 부분은 녹음한 음성을 보도내용에 포함시켜 방송한 경우가 될 것이다. 녹음파일이나 음성이 포함된 영상을 합법적으로 취득했다거나 이미 유튜브 등을 통해 공개된 것이라 할지라도 이를 방송을 통해 보도한 경우 음성권 침해가 성립할 수 있다.¹²³⁾

그러나 음성권이야말로 그 보호하고자 하는 인격적 실체가 모호하다. ‘녹음’ 또는 그의 ‘공표’는 음성 그 자체 보다는 사실상 발언의 내용이 문제가 된다. 어느 자선행사에서 아름다운 시를 낭송하는 모습이 보도된 경우 음성권 침해를 문제삼는 경우는 없을 것이다. 명예훼손적 발언, 타인의 프라이버시를 침해하는 발언, 사기성이 농후하거나 조직이나 지인을 배신하는 발언이 주로 문제될 것이고, 그 발언을 누가 했느냐가 음성을 통해 특정될 때 음성권 침해가 성립한다. 결국 음성권은 그 발언을 자신이 했다는 것을 감추는 권리로 귀결될 수 있는데 그러한 권리가 합당한 것인지 의문이다. 특히 사인보다 공인인 경우 음성으로 인한 특징이 쉽고 피해의 범위도 넓게 인정될 여지가 있기

¹²¹⁾ Florida Star, 491 U.S. at 535-536.

¹²²⁾ 대법원 2025. 10. 16. 선고 2025다204730 판결.

¹²³⁾ “녹음행위 자체는 부당하게 이루어지지 않았더라도 녹음한 음성을 상대방의 동의 없이 방송, 배포하는 등의 경우에는, 이로 인하여 달성하려는 이익의 내용과 필요성, 상대방이 입게 되는 피해의 성질과 정도 등에 비추어 위법성이 인정되면 불법행위에 해당할 수 있다.” 위의 판결.

때문에 공인에게 더 강하게 보호되는 권리로 작용할 수 있다. 그렇다면 공인에게 자신의 발언에 대한 책임을 회피하는 쪽으로 악용될 수 있다는 점에서 음성권의 개념과 보호범위를 재설정할 필요가 있다.

다. 성명권과 관련하여

대법원은 성명권을 “자신의 성명의 표시 여부에 관하여 스스로 결정할 권리”라고 정의하고 있다.¹²⁴⁾ 그러나 이러한 정의는 성명권의 본질을 제대로 담아내지 못한다. 범죄의 수사 및 재판이라는 공적 절차에서 개인은 ‘자신의 성명 표시 여부에 관하여 스스로 결정할 권리’로서의 성명권을 가지지 못한다. 학위증명서나 주민등록등초본과 같은 공적 문서에서도 자신의 성명 표시 여부를 결정할 수 없다. 물론 이러한 개념의 권리가 의미있는 영역이 있다. 바로 익명표현의 자유 또는 저작인격권을 행사할 때이다.

성명이 의미가 있는 것은 고립된 자아가 아닌 사회적 관계 속에서의 정체성 및 개별성 확인을 위해서이다. “사회적 존재로서 인간의 모든 생활관계는 개인의 동일성을 인식하고 특정하는 것에서부터 시작된다. 개인의 동일성을 식별하는 가장 기본적인 기호로 흔히 성명(姓名)이 사용”¹²⁵⁾되고, 따라서 “성명은 인간의 모든 사회적 생활관계 형성의 기초가 된다는 점에서 중요한 사회질서에 속한다.”¹²⁶⁾ 성명을 이유 없이 변경하거나 수시로 변경하는 것이 허용되지 않는 이유도 그 때문이다.

성명이 갖는 이러한 특성을 고려하면, 성명권이란 사회적 관계 속에서 타인에게 인식될 자신의 유일한 이름과 성에 관한 결정권으로 이해할 수 있으며, 성명 표시 여부에 대한 자기결정권은 성명권의 내용이 될 수 없다. 사회적 관계에서 사용되고 그리하여 사회질서를 구성하는 성명은 그 표시 여부에 대하여 개인의 임의성보다는 관계적 필요성이 강조되는 것이다. 특히 공적 관심사가 짙은 영역이나 공적 사건(public events)에 해당할 경우에 개인의 임의성은 후퇴할 수밖에 없다.

3. 익명보도의 원칙의 재고

‘익명보도의 원칙’은 실명보도의 경우 명예훼손을 인정하는 것에서부터 시작하였고, 초상권, 음성권, 성명권 등을 별도의 권리로 인정함으로써 강화되었다. 나아가 「특정중

¹²⁴⁾ 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007다71 판결.

¹²⁵⁾ 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5등, 판례집 17-2, 544, 552. (父城主義 사건)

¹²⁶⁾ 위의 판례, 553.

대범죄피의자 등 신상정보 공개에 관한 법률」(이하 중대범죄신상공개법)의 시행으로 인하여, 범죄보도에 있어서 실명 사용 여부는 편집자(언론사)의 자율적인 선택이 아닌 국가에 의해 익명보도로 강제되는 형국이 되어버렸다.

앞서 확인한 바와 같이, 미국 연방대법원은 범죄보도를 공적 관심사에 해당하는 사안으로 보고, 체포나 재판 등 공적 절차 안에서 드러난 신원정보는 더 이상 사적(private) 정보로 보지 않는다. 이에 더 나아가 이미 공개된 정보, 특히 누구나 열람할 수 있는 공적 기록(public record)에 기반한 진실보도에 제재를 가하는 것은 원칙적으로 연방헌법 증보 제1조에 위반되는 것으로 해석한다. 그것이 허용되는 경우는 매우 중대한 공익(a state interest of the highest order)을 위해 불가피한 경우로 한정된다. 사실상 진실보도(연방헌법 증보 제1조의 정당한 행사)에 제재를 가하는 것을 정당화시킬 정도의 중대한 주의 이익이란 것은 인정되기 어렵기 때문에, 보통은 그러한 제재는 거의 허용되지 않는다고 보아도 무방하다.

여하튼 미국에서 언론보도에서의 신원공개 문제와 관련한 판례들을 종합해보면, 그 기본적인 법리는 진실한 정보가 “공개적으로 드러났거나”(publicly revealed) 또는 “공공의 영역에 들어간”(in the public domain) 경우에는 이를 보도한 언론사의 책임을 물을 수 없다는 것이다.¹²⁷⁾ 하지만 그 기본취지는 표현의 자유와 프라이버시권이 충돌하는 국면에서 표현의 자유의 무조건적 우위를 인정했다기 보다는, 이미 공개된 사항, 그리고 공적 영역으로 진입한 정보들의 경우 프라이버시에 대한 기대이익이 그만큼 감소되었기 때문에 표현의 자유의 우위가 인정되는 것이라고 이해하는 것이 타당하리라 본다.

미국의 이러한 법리가 한국에 시사하는 바는 크다. 이미 공개된 정보인지 여부, 공개 재판 등 공적 절차에서 드러난 정보인지 여부, 언론사가 취재를 통해 적법하게 알게 된 정보인지 여부 등과는 전혀 상관없이 범죄보도는 익명보도의 관행에 따라 이루어진다. 이러한 요소들이 우선적으로 고려되지 않는 것은, 법원과 헌법재판소는 ‘범죄보도의 대상이 된 자가 누구인지 특정되지 않도록 가명을 사용하거나 사진의 일부를 가리는 방법으로 사건개요만 보도하더라도 그 목적을 달성하고 국민의 알 권리를 충족시킬 수 있다’는 기본전제를 깔고 있기 때문이다.¹²⁸⁾ 즉, 범죄보도는 익명보도로도 충분하다는 전제 하에, 그럼에도 불구하고 굳이 실명보도를 해야 할 필요성이 있는가의 방식으로 접근하면, 그 필요성을 입증해야 하는 언론사로서는 실명보도를 포기할 수밖에 없다. 입증의 실패는 명예훼손의 민형사상 책임과 연결되기 때문이다. 이미 공개된 정보인지

¹²⁷⁾ Smith v. Daily Mail Publishing Co., 443 U.S. 97, 103 (1979).

¹²⁸⁾ 헌재 2022. 10. 27. 2021헌가4 (아동학대행위자의 식별정보 보도금지 사건).

여부는 프라이버시 침해의 성립과 관련한 결정적인 요소임에도 불구하고, 위법성조각 사유를 판단하는 구체적인 형량과정에서 하나의 고려요소로서만 작동할 뿐이다. 사실상 한국은 표현의 자유와 인격권의 충돌 국면에서 인격권의 거의 무조건적인 우위를 인정하고 있는 셈이다.

V. 결론

미국에서 언론은 적법하게 취득한 진실한 정보(lawfully obtained truthful information)을 보도하는 경우 연방헌법 증보 제1조에 의한 강한 보호를 받는다. 언론이 적법하게 취득한 정보의 첫 번째는 바로 누구나 열람가능한 ‘공적 기록(public record)’에서 취득한 정보이며, 이 정보를 보도했다는 이유로 언론에게 제재를 가하는 것은 허용되지 않는다. 공적 기록의 대표적인 것이 재판기록, 수사기록과 같은 것이며, 미국은 이러한 정보들이 모두 공개되어 있다.

반면 한국의 공적 기록들은 사실상 비공개상태에 있다. 사문화된 ‘식물 조항’이라는 비난을 받지만 형법상의 피의사실공표죄는 그 존재 자체만으로 한국이 공적 기록을 대하는 자세를 보여준다. 판결문의 경우에도 전체를 공개하지 않는다는 문제와 더불어, 과도한 익명처리로 인해 내용 파악이 어려운 경우도 있음이 문제점으로 지적될 수 있을 것이다. 결국 판결문의 내용을 이해하기 위해 역으로 기사검색을 해야 하는 경우도 꽤 있다. 예컨대, 명예훼손과 관련하여 사안에 따라서는 결국 누가 누구를 향해 구체적으로 어떠한 발언을 했는지가 중요한 경우들이 있는데, 판결문에는 공인의 경우에도 OO표시로 일관하여 그 발언의 무게를 가늠하기 어렵게 하기도 한다. 기사검색을 통해 누구의 발언인지, 피해자가 누구인지 금세 알 수 있음에도 꼭 그렇게 익명처리를 해야 하는지 의문이 든다. 나아가 사람의 이름을 떠나 올림픽 명칭이나 정당명까지 익명처리를 해야 하는지에 대해서는 더욱 회의적인 생각이 든다.

더군다나 중대범죄신상공개법을 통해 법에서 정한 중대범죄에 한정하여 피의자 또는 피고인의 신상정보를 공개하고 있다. 그 공개 여부를 심의하는 것은 검찰총장 및 경찰청장이 구성하는 신상정보공개심의위원회이다. 물론 동법이 언론사를 직접 규율하는 법은 아니다. 하지만 기존에 확립된 ‘익명보도의 원칙’에 더하여, 범죄보도에 있어서 피의자 또는 피고인의 신원공개 여부를 결정함에 있어서 언론사는 사실상 동법의 구속을 받는다고 할 수 있다. 결국 언론사가 합법적인 취재 결과 피의자나 피고인의 신원정보

를 알게 되었다고 하더라도, 신상정보공개심의위원회의 결정 없이는 그들의 신원을 공개하지 못하는 것이다. 이는 결국 헌법 제21조 제2항이 금지하는 언론·출판에 대한 검열이나 허가에 해당한다고도 볼 여지가 있다.

이러한 한국적인 상황에서 미국의 법리와 수평적 비교가 의미가 없다는 지적도 충분히 공감한다. 그러나 모든 비교법적 연구가 그러하듯, 보편적으로 발생하는 사회문제에 대하여 서로 다르게 해결하는 것이 어떠한 헌법철학적 차이 때문인지 보다 근원적인 물음에 접근하게 한다는 차원에서는 충분히 의의를 찾을 수 있다고 본다. 한국에서 실명보도가 기반이었다가 익명보도로 전환된 계기, 다시 말해 ‘익명보도의 원칙’이 확립된 계기는 범죄보도에서 이름과 초상의 공개를 명예훼손으로 인정하면서부터이다.¹²⁹⁾ 물론 사인에 한정한 것이었지만 그 나비효과는 상당했다. 그 계기를 떠올려 보면, 사실적시 명예훼손죄를 폐지하는 것으로도 익명보도의 원칙이 재조정될 가능성은 충분히 있다. 그 과정에서 진실을 말했다는 이유로 어떠한 제재를 가할 수 없다고 보는 미국의 법리가 하나의 참고자료가 될 수 있을 것이다.

원고제출일: 2025년 12월 14일, 논문심사일: 2025년 12월 15일, 게재확정일: 2025년 12월 29일

¹²⁹⁾ 대법원 1998. 7. 14. 96다17257. (‘이혼소송주부 청부폭력 오보 사건’)

참고문헌

- 문재완, 『사상의 자유시장이라는 오해 - 표현의 자유 다시 읽기』 (늘봄, 2025)
- 박용상, 『언론과 개인법익』 (조선일보사, 1997)
- 한수웅, 『헌법학입문』 제7판 (법문사, 2024)
- 권태상, “공중에게 잘못된 인식을 심어주는 행위”, 『법학논집』 제22권 제1호 (이화여자대학교 법학연구소, 2017. 09)
- 권태상, “공적 인물의 사생활 - 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결 -”, 『법학논집』 제21권 제4호 (이화여자대학교 법학연구소, 2017. 06)
- 김민지, “사건·사고 피해자 ‘실명 보도’, 어디까지?”, 『신문과방송』 통권 제568호 (한국언론진흥재단, 2018. 04)
- 김송옥, “지능정보사회의 도래와 개인정보자기결정권의 재정립”, 『세계헌법연구』 제31권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2025. 08)
- 김송옥, “현행 명예훼손 법리에 대한 헌법적 재조명 - 프라이버시 침해 법리와와의 구분 필요성을 중심으로-”, 「2025 한국공법학자대회」 한국언론법학회세션 (2025. 08. 21)
- 김송옥·이인호, “익명보도의 원칙의 판례법적 수용에 대한 비판적 고찰”, 『언론과 법』 제21권 제2호 (한국언론법학회, 2022. 08)
- 김성룡, “언론의 범죄보도와 재판의 공정성”, 『형사정책』 제31권 제2호 (한국형사정책학회, 2019. 07)
- 김정현, “범죄사건 언론보도의 한계에 관한 비교법적 고찰 - 형사재판에의 영향을 중심으로 -”, 『비교형사법연구』 제21권 제2호 (한국비교형사법학회, 2019. 07)
- 김태형, “재판 방송 시 침해될 수 있는 권리들에 관한 고찰”, 『저스티스』 제163호 (한국법학원, 2017. 12)
- 김태희, 「한국언론의 범죄보도와 관련된 제문제 고찰」 법무연수원 연구위원 논문 (법무연수원, 2007. 03)
- 김호기, “인격권에 대한 형법적 보호 - 공적 영역에서의 동의 없는 이미지나 영상 등의 촬영·배포·공유에 대한 형사처벌과 관련된 독일과 미국 입법례에 대한 비교연구를 중심으로 -”, 『서울법학』 제31권 제4호 (서울시립대학교 법학연구소, 2024. 02)

- 류승삼, “실명보도와 인권”, 『언론중재』 제12권 제2호 (언론중재위원회, 1992. 06)
- 문재완, “‘사상의 자유시장’이 작동하지 않을 때 - 표현의 자유의 전제 이론 및 그 대안에 대한 검토 -”, 『세계헌법연구』 제30권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2024. 08)
- 문재완, “범죄보도와 무죄추정원칙”, 『언론과 법』 제19권 제2호 (한국언론법학회, 2020. 08)
- 문재완, “형사사건 공개금지 등에 관한 규정’의 헌법적합성 검토”, 『외법논집』 제44권 제1호 (한국외국어대학교 법학연구소, 2020. 02)
- 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토”, 『세계헌법연구』 제20권 제3호 (국제헌법학회 한국학회, 2014. 12)
- 박경신, “순수한 인격권으로서의 초상권은 가치인가, 규범인가”, 『창작과 권리』 제51호 (세창출판사, 2008. 06)
- 박용상, “언론보도와 익명보도의 원칙(하)”, 『언론중재』 제23권 제4호 (언론중재위원회, 2003. 겨울)
- 박용상, “언론보도와 익명보도의 원칙(상)”, 『언론중재』 제23권 제3호 (언론중재위원회, 2003. 가을)
- 박준석, “인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 - 최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로 -”, 『서울대학교 법학』 제56권 제4호 (서울대학교 법학연구소, 2015. 12)
- 박희봉·한동섭, “범죄보도에서 알 권리와 인격권의 조화 - 수사공보규정에 대한 비판적 분석을 중심으로 -”, 『언론과 법』 제19권 제1호 (한국언론법학회, 2020. 04)
- 신상현, “아동학대행위자의 식별정보 보도금지 조항의 문제점과 개정 방향 - 헌법재판소 2022. 10. 27. 선고 2021헌가4 결정에 대한 검토를 겸하여 -”, 『미디어와 인격권』 제9권 제1호 (언론중재위원회, 2023)
- 심석태, “초상권 판단 기준의 구조화 가능성 - 판례와 실무적 쟁점을 중심으로 한 시론적 연구 -”, 『언론과 법』 제22권 제2호 (한국언론법학회, 2023. 08)
- 심석태, “공인의 음성권에 대한 연구: ‘뉴스타파 판결’ 분석을 중심으로”, 『저스티스』 제181호 (한국법학원, 2020. 12)
- 심석태, “한국에서 초상권은 언제 사생활권에서 분리되었나 - 학설과 판례에서의 초상권의 독립적 인격권 인정 과정과 그 영향 -”, 『언론과 법』 제13권 제1호 (한국언론법학회, 2014. 06)

- 안상운, “형사사건 보도와 인권”, 『언론중재』 제62호 (언론중재위원회, 1997 봄)
- 염규호, “미국에서의 프라이버시 침해와 언론의 자유”, 『언론중재』 1994년 겨울호 (언론중재위원회, 1994. 12)
- 염규호, “미국에서의 명예훼손과 사생활침해 - 헌법이론과 학설을 중심으로 -”, 『언론중재』 1994년 여름호 (언론중재위원회, 1994. 06)
- 이동훈, “범죄 보도와 표현의 자유”, 『공법학연구』 제21권 제4호 (한국비교공법학회, 2020)
- 이상현, “체포된 형사 피의자의 초상권의 제한된 보호범위 : 미국법과의 비교 분석”, 『법학논총』 제24집 (숭실대학교 법학연구소, 2010. 07)
- 이수종, “일반적 인격권으로서 음성권에 관한 비교법적 연구”, 『언론과 법』 제15권 제3호 (한국언론법학회, 2016)
- 이승선·김연식, “범죄보도로 인한 인격권의 침해와 문제점”, 『사회과학연구』 제19권 가을호 (충남대학교 사회과학연구소, 2008)
- 이연갑, “실명보도와 불법행위책임 - 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006다65620 판결(공보 불게재) -”, 『법조』 제58권 제6호 (법조협회, 2009. 06)
- 이인영, “피의사실공표죄의 허용요건으로서 피의자의 얼굴 등 정보공개에 관한 연구”, 『홍익법학』 제24권 제1호 (홍익대학교 법학연구소, 2023)
- 이인호, “한국 言論自由의 헌법적 위상에 대한 진단”, 『언론과 법』 제14권 제3호 (한국언론법학회, 2015. 12)
- 이인호, “범죄보도와 면책사유의 적용”, 『언론중재』 제19권 제3호 (언론중재위원회, 1999. 09)
- 장진원, “언론의 범죄사건보도로 인한 명예훼손과 손해배상청구”, 『법조』 제507호 (법조협회, 1998. 12)
- 정영주·박성순, “피의사실보도의 언론면책 요건과 쟁점”, 『언론과 법』 제19권 제1호 (한국언론법학회, 2020. 04)
- 정태호·김훈집, “영국의 명예훼손죄 폐지와 그 교훈”, 『경희법학』 제50권 제1호 (경희대학교 법학연구소, 2015)
- 조소영, “판례에 나타난 초상권 적용 법리에 대한 고찰”, 『공법학연구』 제19권 제2호 (한국비교공법학회, 2018. 05)
- 조소영, “초상권의 법적 성격과 보호”, 『언론과 법』 제14권 제3호 (한국언론법학회, 2015. 12)

- 조재현, “표현의 자유와 인간의 존엄성에 관한 고찰 - 인격 발현적 가치와 인격 대응적 가치를 중심으로 -”, 『공법학연구』 제20권 제4호 (한국비교공법학회, 2019. 11)
- 팽원순, “언론이 재판관은 아니다: 범죄보도와 마스크 재판”, 『저널리즘비평』 제1호 (한국언론학회, 1990. 02)
- 한위수, “법관이 본 사법관련보도의 문제점과 제언”, 『언론중재』 통권 제52호(언론중재위원회, 1994 가을호)
- 한기택, “언론의 범죄사건 보도에 있어서 익명보도의 원칙”, 『대법원판례해설』 제31호 (법원도서관, 1999. 05)
- 함석천, “초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개”, 『법조』 통권 제603호 (법조협회, 2004. 12)
- 허순철, “영국의 명예훼손법 개정과 그 의미”, 『공법학연구』 제16권 제4호 (한국비교공법학회, 2015. 11)
- 홍기태, “형사재판에 대한 보도와 그 한계”, 『헌법문제와 재판(하)』 재판자료 제77집 (법원도서관, 1997)

Alan F. Westin, Privacy and Freedom, New York: Atheneum (1967)

Daniel J. Solove, “A Taxonomy of Privacy,” 154 U. Pa. L. Rev. 477 (2006)

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

William L. Prosser, Privacy, 48 Cal.L.Rev. 383 (1960)

<Abstract>

The Boundary Between Freedom of Expression and Personality Rights in News Reporting

— U.S. Legal Doctrines on Identity Disclosure and Its Implications for Korea —

Kim, Song-Ok^{*}

Korea's "principle of anonymous news reporting" originated from the view that the disclosure of a person's name or photograph could constitute defamation, and it was further reinforced as portrait rights, voice rights, and name rights came to be recognized as distinct personality interests. This article begins with a strong concern that Korea's approach to defining the boundary between freedom of expression and personality rights may have become unduly skewed toward the protection of personality rights. Aiming to recalibrate this balance, the study adopts the United States - often regarded as drawing that boundary with greater deference to freedom of expression - as its principal comparative framework.

In Korea, the principle of anonymous news reporting is grounded in the protection of the subject's personality rights. The disclosure of one's identity may constitute defamation, invasion of privacy, or infringement of portrait, voice, or name rights. Accordingly, news reports are expected to avoid revealing identifying information, and it is assumed that the press can still perform its public function and fully satisfy the public's right to know without disclosing such information. As personality rights have gained prominence, the principle of anonymous news reporting has become increasingly rigid and expansive in its application.

The United States, by contrast, does not recognize a comprehensive concept of personality rights. The disclosure of a person's name or photograph is not treated as defamation, and interests of personal identity are protected only in limited circumstances, such as commercial appropriation. Although issues of privacy may arise, the U.S. legal framework approaches them within the specific contours of privacy torts rather than

^{*} Visiting Professor, Chung-Ang University.

through a broad personality-rights doctrine. This study therefore focuses on American privacy law in its analysis. More fundamentally, it seeks to answer the following questions: How does U.S. law conceptualize the disclosure of names and photographs in news reporting? Are the identities of criminal suspects or defendants treated as confidential information, as in Korea? And does the disclosure of a victim's identity amount to an invasion of privacy?

Through an examination of relevant U.S. doctrines and case law, this study explores how the United States draws the subtle boundary between freedom of expression and personality rights, with the aim of reconsidering and refining the Korean approach.

Key Words: Freedom of Speech and Press, Personality Rights, Right to Privacy, Right of Publicity, Crime Reporting, Identity Disclosure

<http://dx.doi.org/10.24324/KIACL.2025.31.3.109>