

2018년 언론중재위원회 토론회 종합보고서

디지털 시대의 신(新) 초상권 침해, 쟁점과 해법

■ 일 시 ■ 2018. 11. 20. (화) 14:30 ~ 17:00

■ 장 소 ■ 프레스센터 18층 서울외신기자클럽

- 이 책에 게재된 논문 내용은 언론중재위원회의 견해와 다를 수 있습니다.
- 이 자료집은 「방송통신위원회의 방송통신발전기금」을 지원받아 제작한 것입니다.

위원장 인사말

매우 바쁘신 중에도 귀한 걸음으로 참석해 주신 여러분께 깊이 감사드립니다. 언론중재위원장 이석형입니다.

오늘 이 자리는 급변하는 미디어 환경이 초래한 인격권 침해 중 특별히 초상권 침해와 관련해서 여러분의 고견을 듣고자 마련하였습니다. 기탄없는 말씀을 부탁드립니다.

“펜은 칼보다 강하다”는 속담이 있습니다. 하지만 비주얼 커뮤니케이션 시대에는 “카메라가 펜보다 강하다”고 표현하는 것이 더 적절할 것 같습니다.

한때 카메라가 생소했던 시기에는 두려움의 대상이었습니다. 카메라가 영혼을 훔친다는 속설 때문이었습니다. 지금은 카메라가 우리의 일상에서 사용하는 익숙한 기계가 되었습니다. 디지털 미디어 시대인 지금 어느 누구나 손 안의 카메라로 촬영하고, 실시간으로 복제·전파되어, 우리는 모두가 촬영하고 촬영 당하는 상황이 되었고, 국민의 초상권에 관한 권리인식이나 감수성도 그 만큼 높아지고 예민해졌습니다. 동의를 받지 않은 촬영에 대한 초상권 다툼이 빈번해졌습니다.

때와 장소를 가리지 않고 찍은 셀카와 인증샷이 실시간으로 SNS를 통해 전파되면서, 자신도 모르게 누군가의 사진에 배경으로 등장합니다. 또한 인터넷방송이 활발해지면서 방송 영상에 등장하기도 합니다. 길거리 사람들의 얼굴을 무작위로 보여주는 인터넷방송에 대해 이를 금지해달라는 청와대 청원이 올라오기도 합니다.

사건사고 현장의 사진과 영상도 더 이상 전문 기자만의 전유물이 아닙니다. 시민들의 제보 영상과 사진으로 만들어진 지면과 방송, 인터넷 뉴스도 흔한 일이 되었습니다.

최근에는 몰래카메라가 사회적 문제로 떠올랐습니다. 무작위로 찍은 몰래카메라로 인해 수많은 피해자의 영혼이 상처입었다고 소리칩니다. 카메라는 다른 차원에서 또다시 우리에게 두려운 존재가 되었고, 카메라가 영혼을 훔친다는 말도 여전히 유효할 듯 합니다. 그래서 “찍히지 않을 권리”가 크게 부상하고 있습니다.

오늘 연구결과를 발표해주실 장태영 서울서부지법 판사님과 이수종 언론중재위원회 교육본부장, 지정토론자로 나서주신 한겨레신문 사람과 디지털연구소 구분권 소장님, 서울중앙지법 신동일, 현영주 판사님, 부산대 Law School 조소영 교수님, 그리고 오늘의 토론회를 이끌어주실 이재진 한양대 교수님께 깊이 감사드립니다.

모쪼록 오늘 토론회가 급변하는 미디어 환경에서의 초상권 침해 양상과 쟁점을 짚어보고, 초상권 보호와 국민의 알 권리를 조화시킬 수 있는 바람직한 기준과 방향을 모색하는 소중한 자리가 되길 바랍니다. 감사합니다.

2018년 11월 20일

언론중재위원회 위원장 이 석 형

행사일정

11월 20일 (화)

14:30~16:50

주제발표 및 토론

■ 사회 ■

이재진 (한양대 미디어커뮤니케이션학과 교수)

/ 언론중재위원회 서울제7중재부 중재위원)

[세션 1] 디지털 시대가 가져온 초상권 문제, 그리고 해법의 모색

■ 발제 ■

이수중 (언론중재위원회 교육본부장 / 법학박사)

■ 지정토론 ■

구본권 (한겨레신문 사람과디지털연구소장)

신동일 (서울중앙지방법원 판사)

[세션 2] 디지털 시대의 초상권 침해 양상과
가상의 사례와 국내외 판례로 본 법리 적용

■ 발제 ■

장태영 (서울서부지방법원 판사)

■ 지정토론 ■

조소영 (부산대 법학전문대학원 교수)

현영주 (서울중앙지방법원 판사)

16:50~17:00

종합토론

목 차

[세션 1]

<주제발표> 디지털 시대가 가져온 초상권 문제, 그리고 해법의 모색

..... 이수종 / 1	
I. 문제への 접근	3
II. 독일 초상권 개념 및 근거	5
III. 유럽인권법원 판결 수용 이전 독일 초상권 법리	12
IV. 유럽인권법원의 초상권 법리	
: 유럽인권법원 2004. 6. 24.자 카롤리네 판결	19
V. 유럽인권법원 판결 이후 독일 초상권 법리의 변화	23
VI. 해법의 모색	32

<지정토론문>

지정토론문 1	구본권 / 39
지정토론문 2	신동일 / 45

[세션 2]

<주제발표> 디지털 시대의 초상권 침해 양상과

가상의 사례와 국내외 판례로 본 법리 적용 장태영 / 55

1. 들어가며 61
2. 초상권 법리의 초기 전개과정과 진화 가능성 등 63
3. 초상권 보호의 필요성 73
4. 가상의 사례와 국내외 판례로 본 초상권의 보호 범위와 법리적용 79
5. 초상권 침해에 대한 권리구제 188
6. 결론에 갈음하여
 - 초상권에 대한 도전과 발전 방향, 그리고 법률가의 감수성 196

<지정토론문>

- 지정토론문 1 조소영 / 217
- 지정토론문 2 현영주 / 225

[종합토론]

- 종합토론문 231

[세션 1] 주제발표

디지털 시대가 가져온 초상권 문제,
그리고 해법의 모색

이 수 중

언론중재위원회 교육본부장 / 법학박사

디지털 시대가 가져온 초상권 문제, 그리고 해법의 모색

이 수 중(언론중재위원회 교육본부장 / 법학박사)

I. 문제에의 접근

현상은 복잡하지만 본질은 단순하다 - 아리스토텔레스

디지털 기술 발전이 현대사회의 여러 영역 중 특히 미디어 분야에 지대한 변화를 가져왔음은 주지의 사실이다. 그 중에서도 오늘날 가장 커다란 변화가 도래한 분야를 꼽으라면 무엇보다 매체환경 분야를 들 수 있는데, 예컨대 페이스북과 같은 SNS나 유튜브와 같은 동영상 플랫폼이 기존 의사소통 매체들을 대체하고 있는 현상이 그것이다. 이러한 인터넷 또는 모바일 기반의 플랫폼 등장은 보도 및 정보전달 방식에 일종의 패러다임 전환을 가져옴으로써 이른바 ‘초연결 사회’를 형성한 것으로 평가받기도 한다.

반면에 인격권 분야에서의 상황은 조금 다르다. 가령, 디지털 사진합성 기술을 통해 타인의 초상을 무단 도용하는 것과 같은 초상권 침해사례를 가정해보면, 과연 새로운 디지털 시대의 전환이 초상권이라는 인격권의 법적 성격을 완전히 새로운 형태로 바꾸어 놓는 문제인지 아니면 테크놀로지의 진화를 통해 초상권 침해의 피해범위가 양적, 질적으로 한층 더 확대되는 문제인지 구별해 볼 필요가 있다. 사실 엄밀히 따져본다면, 디지털 기술이 가져온 역기능 문제는 초상권의 내용본질의 문제라기보다는 주로 초상권 침해가 발생하는 과정과 관련된 다양한 현상의 문제일 것이다. 물론 새로운 디지털 시대의 급변 속에서 우리가

전에는 예상할 수 없었던 새로운 인격권 침해현상이 발생할 수는 있겠지만, 이러한 문제는 개방적·보완적 성격의 일반적 인격권을 통해 새로운 특유한 인격권을 창설하는 문제이므로 이번 토론회 주제와는 벗어난 논제이다.

정리해보면, 디지털 시대에 발생하는 초상권의 문제는 대체로 ① 촬영기술의 발달로 인한 비밀촬영, 원격촬영, 적외선 촬영이나 디지털 사진합성 기술을 통한 초상의 제작·촬영·공표과정에서 발생하게 되는 초상권 침해문제 ② 디지털 기술사용을 통한 촬영과정에서 개인의 사적영역의 침해 문제 ③ 마지막으로 새로운 디지털 미디어 환경에 의존한 피해의 확산 및 잔존 문제 등으로 나누어 볼 수 있겠다. 그리고 이러한 쟁점들 가운데 이미 제작된 초상이 새로운 디지털 매체를 통해 확산되거나 잔존하게 되는 문제 등은 피해범위와 관련된 부차적 현상에 해당하고, 오히려 인격권 차원에서는 과연 현재의 초상권 법리가 디지털 기술사회에서의 다양한 침해현상을 어떻게 보호할 수 있는가가 본질적 문제에 해당할 것이다. 왜냐하면 국내의 한 학자가 이미 간파한 바와 같이 디지털 커뮤니케이션 테크놀로지가 등장한다고 해서 초상권 해석의 기본 법리가 변하는 것은 결코 아니기 때문이다.¹⁾

결국, 디지털 기술사회에서의 초상권 문제 해결을 위해서는 초상권의 보호대상과 보호범위의 논의가 우선적으로 규명되어야 할 선결과제이고, 이러한 과제의 해결 이후에야 비로소 복잡다단의 형태로 파생되는 디지털 기술시대의 여러 침해현상들에 대한 접근이 가능할 것이다. 이러한 관점 하에서 이번 토론회가 목표로 하고 있는 논제들의 효과적 접근을 위해서는 침해현상에 집중하기 보다는 초상권 법리의 본질문제에 관해 심도 있는 고찰을 시도해 볼 생각이다. 그리고 이를 위해서 필자는 우선 독일 및 유럽법원의 초상권 법리를 살펴보는 비교법적 고찰을

1) 유의선, 디지털 취재 환경에서의 초상권 침해와 구제, 언론과 법 제7권 제1호(2008. 06), 한국언론법학회. 390면.

주요방법으로 정하고자 한다.

독일의 경우는 우선, 초상권에 관한 예술저작권법 규정을 20세기 초부터 명문으로 법제화하고 있었을 뿐만 아니라 그만큼 오랜 시간동안 풍부하고 다양한 판례의 축적을 통해 일종의 초상권 유형화가 가능했다. 아울러 관련 법리를 형성함에 있어서 적극적으로 유럽인권법원 등이 제시하는 국제기준을 수용함에 따라 정치한 법리를 완성한 바 있다. 이러한 점에서 독일 등의 판례들은 많은 시사점을 제공해 준다.

따라서 독일법원들의 초상권 법리형성과정을 추적하다 보면 디지털 기술발전으로 인한 다양한 초상권 침해문제를 어떻게 다뤄왔으며, 해법을 모색해 왔는지 자연스럽게 드러날 것이다. 이와 함께 디지털 기술의 발달로 인한 초상의 확산 및 잔존 문제 역시 피해자 입장에서는 무엇보다 심각한 문제일 수 있으므로 이에 대해서도 간략히 살펴보도록 하겠다.

II. 독일 초상권 개념 및 근거

1. 개관

초상을 기반으로 하는 사진이나 영상보도는 기사형식의 보도에 적용되는 인격권 법리와는 다른 법리가 적용된다는 사실을 우선 인식해야 한다. 기사형식의 보도자유권 및 그에 따른 자유로운 사실적 주장의 전파권 영역에는 언론 스스로 자신의 기준에 따라 무엇을 보도가치 있는 사항으로 인정할지 자유롭게 결정할 수 있는 미디어의 자기결정권 보장원칙이 우선적으로 적용된다. 반면에 초상보도의 경우는 일반적으로 예술저작권법 제22조에 따라 보도대상자의 동의를 우선적으로 필요로 하고, 단지 예술저작권법 제23조 제1항의 범주에서만 예외적으로 허용된다.²⁾

2) Soehring · Hoene, Presserecht, 5. Auflage, § 19 Rn 2c.

이는 진실한 사실주장의 전파에 있어서는 원칙-예외관계에 따라 보도 자유의 제한에 해당하는 일반적 인격권의 보호를 위해서 특별한 정당화를 필요로 하지만, 초상권의 경우는 동의 받지 않은 사진을 전파함으로써 곧바로 인격권을 침해하는 결과로 이어지게 된다.³⁾ 따라서 독일법원이 적절한 법익형량을 위해 몰두하는 주요문제들은 기사형식의 보도영역에서 보다는 사진보도에서 훨씬 빈번하게 발생하게 된다. 실제로 사진보도와 이에 수반된 보도내용을 상대로 소송을 제기하는 경우에 종종 사진공표만을 문제 삼는 경우가 많다는 사실이 이를 뒷받침한다.⁴⁾ 예컨대 당시의 독일 축구국가대표 골키퍼였던 올리버 칸은 그의 휴가 중의 - 그의 새로운 여자 친구를 보여주는 - 사진의 전파에 대해서는 소송상으로 공격했지만, 그가 “그녀와 교환했던 사랑에 빠진 시선”이라는 기사텍스트에 대해서는 공격하지 않았다.⁵⁾ 또한 카롤리네 공주의 남편인 에른스트 아우구스트 폰 하노버 역시 그의 장인의 심각한 투병 시점에 부인 카롤리네와 함께 생 모리츠 스키휴양지에 있는 모습을 보여주었던 사진공표에 대해서는 이의를 제기했다.⁶⁾ 하지만 그가 장인의 병중에 그의 부인인 카롤리네와 함께 스키휴가를 갔다는 부수기사에 대해서는 소송을 제기하지 않았다.⁷⁾

마찬가지로 유럽인권법원이 결정한 바 있는 중요한 미디어 자유의 제한사례 역시 무엇보다 사진보도의 경우였다는 사실이 특별히 부각될 수 있다.⁸⁾ 다만, 동 판결내용이 진실한 사실주장 전파로 인한 일반적 인격권 제한의 경우에도 도식적으로 인용되어서는 안 된다. 즉 판시내용으로부터 기사형식의 보도는 동일한 주제에 있어서 사진보도에 비해 항상 넓은 범위에서 허용된다는 일반적인 결론에 도달해서도 안 된다.⁹⁾ 왜냐

3) NJW 2011, 740; NJW 2012, 756; NJW 2010, 3025; NJW 2011, 744; NJW 2011, 746.

4) Soehring · Hoene, § 19 Rn 2d.

5) NJW 2007, 749.

6) NJW 2007, 1981.

7) Soehring · Hoene, § 19 Rn 2d.

8) NJW 2004, 2647.

9) Soehring · Hoene, § 19 Rn 2e.

하면 기사내용이 사진을 통해 전달되는 내용과 동일하거나 심지어 그러한 수준을 넘어서는 세세한 정도의 정보를 제시하는 경우에는 역시 심각한 인격권 침해에 이를 수 있기 때문이다.¹⁰⁾

2. 독일 초상권 보호의 법적 근거

특히 언론보도에서 초상권 공표가 문제될 경우 언론 측에서 제일 먼저 주장할 수 있는 법적 근거로는 기본법 제5조 제1항의 의견의 자유 및 언론의 자유이다. 하지만 이러한 초상공표의 저널리즘적 활동은 항상 초상권 문제와 충돌을 야기하고 이를 근거로 제한된다.

사진보도가 문제될 경우 언론사 측에서는 언론자유와 기본권을 주장할 수 있다. 연방헌법재판소는 일찍이 언론자유와 기본권 보장내용에는 편집경향의 결정권 외에도 출판물에 사진을 게재할지, 어떻게 게재할지 여부에 대한 결정권도 포함되며, 이는 언론보도의 속성이나 수준에 따라 개별적으로 달라지지 않는다는 취지의 판결을 통해 사진보도에 관한 기본권 보장을 천명한 바 있다.¹¹⁾

이에 반해, 언론보도에서 초상권이 문제되는 경우 촬영대상자가 제시할 수 있는 일반법상 근거로는 민사상 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항 및 독일민법 제823조 제1항에 규정된 당사자의 “기타의 권리”와의 결합 하에서 도출된 일반적 인격권, 독일민법 제823조와 연계 하에 독일민법 제1004조 제1항 제2문¹²⁾에 의해 유추된 금지청구권 등이 존재한다. 그리고 초상이 공표된 경우 단일법인 독일 예술저작권법 제22조 이하의 규정이 고려된다. 또한 형사상 법적 근거로서는 사진제작의 경우에만 적

10) NJW 2000, 2194; NJW 2010, 3025.

11) NJW 2000, 1021, 1024.

12) 독일민법전 제1004조(방해배제청구권 및 부작위청구권)

① 소유권이 점유침탈 또는 점유억류 이외의 방법으로 방해받은 때에는 소유자는 방해자에 대하여 그 방해의 배제를 청구할 수 있다. 앞으로도 방해받을 우려가 있는 때에는 소유자는 부작위를 소구할 수 있다.

② 소유자가 수인의 의무를 지는 경우에는 제1항의 청구권은 배제된다.

용되는 형법 제201a조가 고려된다. 이러한 모든 규정들은 촬영대상자의
인격권을 보호하고 언론보도에 대한 언론자유권의 제한을 의미한다.¹³⁾

이 가운데에서도 무엇보다 예술저작권법 제22조 이하의 규정들이 커다
란 역할을 하게 된다. 왜냐하면 개방적·원천적 권리로서 일반적 인격권
에 대해 예술저작권법 제22조 이하의 초상권 규정은 특별규정에 해당하기
때문이다. 실제로 독일에서 제2차 세계대전 이후 판례를 통해 발전되어
온 일반적 인격권의 개념은 다름 아닌 이미 1907년에 제정, 시행되어 온
예술저작권법 제22조 이하의 초상권을 전형으로 형성되어온 것이다.¹⁴⁾¹⁵⁾

이외에도 중요한 역할을 하는 것이 유럽인권협약이다. 우선 유럽인권
협약은 국내법상 일반 연방법의 서열에 귀속되지만 그와는 상관없이 헌
법분야에서 기본권의 내용과 사정거리의 결정을 위한 해석보조 기능을
행하게 된다.¹⁶⁾ 동 협약에서는 제8조에 사적 생활과 가족생활의 존중권
을 보장하고 있는데 앞으로 살펴보게 되겠지만 해당 규정은 독일 초상
권 법리의 형성과정에 지대한 영향을 미친 바 있다.

3. 예술저작권법 제22조 이하의 초상권

1) 독일 형법 제201a조¹⁷⁾와의 차이

13) Ricker/Weberling, Handbuch des presserechts 6. Auflage, 43.Kapitel Rn.1.

14) Soehring·Hoene, Presserecht, 5. Auflage, § 19 Rn 2c.

15) 독일에서 발전되어 온 일반적 인격권의 형성과정에 대하여는 줄고, 이수종, 일반적 인격
권으로서 음성권에 관한 비교법적 연구, 언론과 법 제15권 제3호(2016. 12), 169면 이하.

16) NJW 2008, 1793, 1795.

17) 독일 형법전 제201a조(사진촬영을 통한 고도의 인격적 사생활영역의 침해)

① 주거 또는 들여다봄으로써 특별히 보호된 공간에 있는 타인을 권한 없이 사진촬영을
하거나 중계하고, 이로 인하여 고도의 인격적 사생활영역을 침해한 자는 2년 이하의
자유형 또는 벌금에 처한다.

② 제1항에 의해서 촬영된 사진을 사용(여기서 사용은 보관·저장·복제를 의미한다, 필자
주)하거나 제3자의 접근을 가능하게 한 자도 동일하게 처벌된다.

③ 주거 또는 들여다봄으로부터 특별히 보호된 공간에 있는 타인을 권한 없이 촬영한 사
진을 그 정을 알면서 제3자의 접근을 가능하게 하고, 이로 인하여 고도의 인격적 사생
활영역을 침해한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

④ 정범이나 공범이 사용한 사진필름 및 사진촬영기 또는 기타 다른 기술적 도구는 몰수

독일 형법 제201a조는 관음에 대한 보호를 위해 2004년 형법전에 도입되었다. 다만, 동 규정은 내밀영역 사진의 제작 그 자체를 처벌하는 것이고 그러한 사진의 공표를 처벌하는 것은 아니다.

동 규정의 구성요건인 “고도의 개인적 생활영역”은 우선 주택의 경우로서, 내부관찰에 대해 특별히 보호를 받는 공간으로 이해된다. 이를 통해 개인의 인격적 퇴거영역이 보장되어야 하고 특히 내밀영역이 보장된다. 하지만 자신의 주택, 담장을 통해 보호되는 정원뿐만 아니라 공중에 접근 가능한 공간, 즉 화장실, 탈의실과 병원 진료실 역시 고도의 인격적 생활영역에 속한다.

이에 반해 예술저작권법상의 초상권은 해당규정을 통해 알 수 있듯이 초상의 공표만을 규정하고 있다는 점에서, 그리고 고도의 인격적 생활영역에서 촬영된 초상에만 적용되는 것이 아니라 원칙적으로 모든 사진 및 모사에 적용된다는 점에서 구별된다.

2) 예술저작권법 제22조의 초상권의 구성요건 및 예외구성요건표지

독일 예술저작권법에 따르면 제22조 이하의 초상권 규정은 3단계로 규정되어 있는 것이 특징이다. ① 예술저작권법 제22조에 의하면 초상은 단지 촬영대상자의 동의하에서만 전파되거나 전시될 수 있다. 하지만 이러한 규정의 본질적 예외가 ② 제23조 제1항에 다음과 같이 규정되어 있다.

1. 시사적 영역으로부터의 초상
2. 사람들이 풍경이나 기타 장소에서 다른 장소 옆에 부수적인 것으로 나타난 사진
3. 집회, 행렬 그리고 촬영대상자가 참여한 사건들의 사진
4. 전파 혹은 진열이 높은 예술적 이해에 기여하는 한, 주문으로 제작

될 수 있다. 제74a조는 본조의 경우에 준용한다.

되지 않은 초상

위의 경우 당사자의 동의 없이 전파될 수 있다. 마지막으로 ③ 예술저작권법 제23조 제2항에 따르면, 개별적으로 당사자의 정당한 이익 혹은 당사자 사망의 경우에는 친족의 이익에 대립되지 않는 경우에만 제23조 제1항이 적용된다.¹⁸⁾

3) 초상권의 보호대상 및 보호범위

예술저작권법 제22조에 따른 초상권의 보호대상은 단지 인물의 초상, 즉 사진이나 영상에서 인물의 식별가능성이다.¹⁹⁾ 이와 달리 개인의 인격상은 예술저작권법 제22조 이하를 통해서는 보호되지 않는다. 인격상이 말이나 글 혹은 사진보도를 통해 침해될 경우에는 이것은 성명, 명예 혹은 일반적 인격권의 범위에서 가능한 권리가 제공된다.²⁰⁾

초상권의 대상은 촬영대상자의 외적 모습이 제3자에게 식별될 수 있는 방식으로 복제되는 인물의 모사에 대한 보호권으로 이해된다. 따라서 초상의 개념은 수많은 표현 형태로 드러날 수 있으며 한 인물의 사진촬영뿐만 아니라 스케치, 그림 혹은 풍자적 복제를 통한 모사 역시 이에 해당할 수 있다. 심지어 독일의 경우에는 쌍둥이의 광고 등장, 유명한 영화장면의 복제, 기념주화 위의 초상 모사 등의 공표에도 예술저작권법이 적용된 바 있다.²¹⁾

보호범위와 관련해, 예술저작권법 제22조와 제23조에 따르면 초상권은 사진 등의 전파와 공개, 즉 공표에 적용되고, 사진의 제작에는 적용

18) 예술저작권법 제22조, 제23조의 규정에 위반하면, 즉 동의 없이 혹은 제23조 제1항의 예외구성요건에 해당하지 않는 초상의 공표 혹은 전파는 벌금 혹은 일 년 이하의 자유형에 처해진다(제33조 제1항). 이것은 당사자의 고소를 전제로 한다(제33조 제2항).

19) BGHZ 26, 349.

20) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn.2.

21) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn.2.

되지 않는다. 다만 동의 받지 않은, 따라서 위법한 사진촬영은 형법 제 201a조에 의해 형벌에 처해질 수 있다.²²⁾ 그럼에도 불구하고 사진촬영의 허용성은 일반적으로 인격권과의 법익형량에 달려있고 이 과정에서 촬영행위 역시 예술저작권법에 따른 사진전파와 동일한 기준에 따라 측정된다. 결국 사진촬영의 허용성 심사 역시 사진전파의 문제와 어떠한 본질적 차이도 생겨나지 않게 되고 사진전파의 심사와 동일한 결론에 이르게 된다.²³⁾

한편, 초상권의 주장을 위한 전제는 당사자가 인물로서 식별될 수 있는 것이다. 판례에서는 식별가능성에 관해 높은 수준을 요청하지 않는다. 따라서 무조건 얼굴모습이 보여야 하는 것은 아니고, 다른 특징(전형적인 몸매나 신체모습) 혹은 첨부된 내용을 통해 그 사람이 암시되는 경우에도 충분하다.²⁴⁾ 따라서 촬영대상자가 사진에서 동일시될 수 있는 정당한 이유가 받아들여 질 수 있다면 초상권은 침해된 것으로 인정된다.²⁵⁾

4) 동의의 문제

예술저작권법 제22조에 따르면 초상은 원칙적으로 단지 촬영대상자의 동의가 있어야만 전파되거나 공개될 수 있다. 동의는 자발적으로 주어지지 않는다면 그 효력을 인정할 수 없고, 미성년자의 경우에는 법적 대리인의 동의가 함께 있어야 가능하다.²⁶⁾

실무상으로는 추정적 혹은 묵시적 동의가 중요한 의미를 가지는데, 돌아가는 카메라 앞에서 리포터의 질문에 대답하거나 자신의 사진을 페이스북에 올리고 인물검색엔진에 이용되게 한 경우 묵시적 동의가 인정

22) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn.3.

23) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn.3.

24) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn.4.

25) BGH in NJW 1979, 2205.

26) Frank Fechner, Medienrecht 16. Auflage, 4. Kapitel Rn. 29.

된다.²⁷⁾ 다만, 이미 공중에 등장했던 인물의 사적 영역 보호가 인정되기 위해서는 언론에게 촬영대상자의 사적 영역이 제한되었다거나 이에 대한 접근을 금지했다는 기대가 상황 전체적으로 나타나야 하고 아울러 지속적으로 이러한 의사가 표시되어야 한다.²⁸⁾

III. 유럽인권법원 판결 수용 이전 독일 초상권 법리

1. 개관

예술저작권법 제23조 제1항 제1호는 동의의 예외로서 “시사적 영역에서의 초상”을 규정하고 있다. 언론실무에 있어서는 주로 예술저작권법 제23조 제1항의 “시사적 영역에서의 초상” 규정이 중요한 역할을 하게 된다. 하지만 독일 초상권 법리는 1990년대 중반 이후 이 개념의 해석을 둘러싸고 오랜 시간동안 유지해왔던 기존의 법리에 커다란 변화를 겪게 된다. 즉 기존의 독일 법원실무에서는 해당 개념의 해석을 “시사적 인물” 개념의 형성을 통해 해결해 왔으나, “시사적 인물” 개념은 지나치게 형식적이며 도식적이라는 내부적 비판에 직면하게 되었고,²⁹⁾ 더욱이 유럽인권법원의 국제적 기준을 수용하는 과정에서 독일 내의 초상권 법리는 새로운 변화를 거치게 되었다.

이와 관련해 카롤리네 폰 모나코 판결들은 독일 초상권 법리의 변천과정에서 단초가 된 대표적 사례이다. 모나코의 카롤리네 공주는 모나코의 지배영주 레니에 로메인 3세(Rainier Romain III)와 그레이스 켈리 사이에서 장녀로 태어나 일생동안 지속적으로 파파라치나 사진기자들의 표적이 되었다. 이에 대해 카롤리네 공주는 적극적으로 독일의 각급 관할 법원 및 유럽인권법원에 소송을 제기하였고, 이 과정에서 독일 초상권

27) Frank Fechner, 4. Kapitel Rn. 30.

28) NJW 2006, 3406, 3408.

29) Soehring · Hoene, § 19 Rn 2e.

및 사적 영역의 보호권 법리가 형성되어 왔다고 보아도 무방할 것이다.

따라서 독일 초상권 법리의 변천을 이해하기 위해서는 1990년대 중반 이후 2000년대를 관통하며 진행되어 온 카롤리네 폰 모나코 판결들에서 출발하는 것이 효과적이다. 카롤리네 공주를 둘러싼 일련의 판결들은 초상권 법리의 발전과정을 이해하는데 필요한 다양한 관점들을 극명하게 보여주고 있으며, 각 관할 법원들이 정립해 온 초상권 법리를 비교하는데 많은 도움을 제공한다.

2. 기존 법리의 출발점인 “시사적 인물”의 개념

전통적으로 독일법원에서는 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 “시사적 영역에서의 초상”이라는 구성요건표지를 해석하기 위해 사진의 대상이 “시사적 인물”에 해당하는지 여부에 몰두했다. 그리고 이러한 “시사적 인물” 개념은 “절대적 시사적 인물”과 “상대적 시사적 인물”로 구별되었다. 즉 사진보도가 당사자 동의 없이 공표될 수 있는 시사성 해당 여부에 관한 심사방식은 우선 “절대적 시사적 인물” 및 “상대적 시사적 인물”이라는 법적 인물상에 해당하는지를 판단하고 나서, 공적 이익이 존재하는지 여부를 판단하는 방식으로 이뤄졌다.

“절대적 시사적 인물”이란 개별사건과는 무관한 공적 생활에 서있는, 따라서 일반적으로 공공의 주목을 받는 그러한 인물들을 가리킨다. 이러한 사람들은 가령 탄생, 지위, 선거 혹은 특별한 개인적 업적 때문에 비정상하게 주변 사람들로부터 부각되거나 그로 인해 공적 관심의 주목 하에 서있다는 점이 결정적이다.³⁰⁾ 그에 반해 “상대적 시사적 인물”이란 단지 특정한 사건 혹은 행위와 관련해서만 의미를 가지고 그것을 통해 일시적으로 익명성으로부터 벗어나 관심을 끌게 되는 그런 사람들을 가리킨다.³¹⁾ 여기에서는 특히 개인적 요소, 즉 시사적 사건과

30) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn.12.

촬영대상자의 결합에 유의해야 한다.³²⁾

이에 따라 “절대적 시사적 인물”은 통상 인정될 수 있는 공적 이익이 존재하는 한 공표가 항상 허용되게 된다. 연방대법원은 이에 해당하는 경우를 1995. 12. 19.자 ‘카롤리네-판결’에서 상술한 바 있다. 해당 사례는 주로 시사적 인물이 대중 속에서 행동하는 경우(공중영역)에 해당하는 사진들이 문제되었고, 이에 대해 대중은 당사자가 공중 속에서 어떻게 행동하는지 알 권리를 가지기 때문에 거기서 작성된 촬영이 비밀리에 제작되었는지 여부는 어떠한 역할도 하지 않게 된다.³³⁾

3. 연방대법원 1995. 12. 19.자 카롤리네 판결

1995년 연방대법원이 내린 카롤리네 판결은 대체로 파파라치들을 통해 촬영되고 잡지에서 공표된 두 종류의 사진보도가 문제되었다. 한 종류의 사진들은 카롤리네 공주가 프랑스 모 지역의 작은 식당에서 배우 뱅상 랭동(Vincent Lindon)과 함께 있는 모습을 보여주는 것들이었고, 그 가운데는 전등 빛이 불완전하게 비추는 테이블에 앉아 가볍게 공주의 손에 키스하는 장면이 포착된 사진을 포함하고 있었다. 다른 사진들은 주로 카롤리네 공주가 승마할 때, 카누를 탈 때, 산책하거나 자전거 탈 때, 쇼핑할 때 등의 모습을 보여주는 것들이었다.

여기에서 전심인 항소법원은 카롤리네 공주는 모나코 영주집안의 구성원으로서 절대적 시사적 인물이고, 공중의 정당한 정보이익은 촬영대상자의 집 대문 앞에서 끝나고 일반인들이 접근할 수 있는 공간이나 기타 공적 장소에서는 그렇지 않기 때문에 문제된 사진들로 인해 카롤리네 공주의 사적 영역은 저촉되지 않는다고 보았다.

이에 대해 연방대법원 역시 기존의 절대적 시사적 인물의 개념을 기

31) NJW 1996, 878; NJW 1997, 1374.

32) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn.13.

33) NJW 1996, 1128.

초로 동 사건을 판단하였다. 동 법원은 절대적 시사적 인물에 편입되기 위해서는 여론이 그에 관한 초상이나 사진을 중요한 것으로 인정하고 묘사된 인물이 대중들에게 주목받을 가치가 있다고 인정되어야 하는 점이 결정적이라고 보았다. 무엇보다 영주, 국가지도자 및 지도적 정치인들이 이에 속하는데, 모나코 지배영주의 장녀인 원고 역시 이러한 인물 범주에 속한다고 보았다.³⁴⁾

하지만 1999년 연방대법원은 사적 영역과 관련해서는 자신의 주택 내부인 공중으로부터 차폐된 공간으로 제한하고자 한 항소법원의 판결에 반대하면서 새로운 차원의 사적 영역의 확대를 주장하였는데, 이를 위해 “장소적 은거성”이라는 개념을 제시하였다. 이러한 개념은 향후 초상권이 현대사회에서 새로운 디지털 기술 사회에 진입하게 되면서 넓게 되는 여러 가지 부작용 문제해결을 위한 논의의 출발점으로서 기여하게 된다. 하지만, 이러한 개념의 엄밀성과 법적 명확성 부분은 유럽인권법원으로부터 비판을 면할 수 없었다.

동 판결에 의하면, “장소적 은거성”이란 주택 내부를 벗어난 가정 영역의 외부에서 보호가치 있는 사적 영역을 의미한다. 예컨대 외부에서 객관적으로 알 수 있듯이 누군가 혼자 있기를 원하고, 그가 구체적 상황 하에서 은거성의 신뢰 하에 광범위한 대중들 속에서는 하지 않았을 것처럼 행동하는 경우를 의미한다. 이러한 상황에 있는 당사자를 비밀리에 혹은 기습적으로 촬영하고 그러한 사진들을 공표하는 것은 그의 사적 보호영역을 침해하는 것이다.

이러한 보호는 “시사적 인물” 역시 마찬가지인데 모든 사람에게 있어서 자유롭게 접근할 수 있는 장소, 즉 공개적인 장소에서도 마찬가지로 적용된다. 다만, 이것은 구체적 시점에 광범위한 대중으로부터 분리된 장소이고, 이러한 대중들과의 경계획정이 제3자에게서도 역시 객관적으로 인식될 수 있을 것을 전제로 한다. 따라서 당사자가 더 이상 대

34) NJW 1996, 1128.

중들의 한 부분으로서 모습을 드러내지 않는 한, 예컨대 레스토랑 혹은 호텔, 체육시설, 전화부스, 구체적인 사정에 따라서는 심지어 자연 속에서도 가능하다.³⁵⁾

“장소적 은거성” 개념은 그동안 법원이 실무상 취해 왔던 시사적 인물의 사적 영역 보호를 한 단계 진전시키고자 하는 노력에서 기인한 것이었다. 왜냐하면 비밀리에 몰래카메라를 통한 사진 제작이나 급습촬영에 대한 보호필요성이 현대사회에서 긴요했기 때문이다. 따라서 연방 대법원은 이러한 원거리 촬영, 몰래 촬영 등은 당사자의 동의를 무력화시키고 사진촬영의 거부기회를 박탈함으로써 개인의 사적 영역을 침해하게 된다는 점을 심각하게 받아들였다.³⁶⁾

그럼에도 사안판단에 있어서 연방대법원은 배우 뱁상 랭동과 한 작은 식당에 있는 모습과 손에 키스하는 모습을 촬영한 사진에 관해서는 “장소적 은거성”을 인정하였으나, 나머지 사진들에 대해서는 사적 영역의 보호를 외면했다. 즉 해당 사진들에서는 카롤리네 공주가 광범위한 대중으로부터 분리된 은거성으로 후퇴하지 않았고, 대중 속에서 대중의 일부분이 되었으므로, 일상적 활동의 경우에 해당할지라도 그녀가 어떻게 대중 속에서 행동하는지에 관해 알고자 하는 정당한 이익을 감수해야 하기에 사적 영역의 침해를 인정할 수 없다고 보았다.

4. 연방헌법재판소 2000. 4. 4.자 카롤리네 결정

카롤리네 공주는 앞선 연방대법원 판결에 불복해 연방헌법재판소에 이의를 제기했다. 이에 동 재판소는 우선 과학적, 기술적 진보에 동반해서 등장하게 되는 새로운 형태의 위험에 대한 기본권 보장의 과제를 강조하였는데, 특히 먼 거리 촬영, 최근에는 심지어 위성을 통해서나 어두

35) NJW 1996, 1128, 1129.

36) NJW 1996, 1128, 1130.

운 곳에서조차 허용되는 촬영기술의 발달을 통한 침해의 위험증가, 그리고 재생기술을 통한 공중에서 인물의 출현형식의 왜곡문제, 또한 사진의 조작 및 위조문제 등 현대 디지털 사회에서 일어날 수 있는 다양한 초상권 침해의 문제 등을 심각하게 고려하였다.³⁷⁾

이에 따라 인격전개와 관련된 후퇴영역은 처음부터 가정 내로 제한되어서는 안 되며, 인격의 자유로운 전개를 위해서는 집 담장 밖에서도 여전히 보장되어야 한다는 사실을 중요하게 받아들였다. 예컨대 직무압박과 미디어의 감시로부터 필수불가결한 회복은 일정한 자연적 환경의 은거성 속에서만, 이를테면 휴양 장소에서 획득될 수 있다고 보았다. 따라서 외딴 자연 혹은 광범위한 공중으로부터 분명히 분리된 장소에서는 공적 관찰로부터 자유로운 방식으로 행동할 가능성이 보장되어야 하며, 특히 당사자가 이것을 인지할 수 없는, 공간적 은거를 넘어서는 그러한 촬영기술에 대한 보호필요성이 강조된다고 역설했다.³⁸⁾

이어서 연방대법원의 견해에 기초해, 은거성의 전제가 충족되었는지 여부는 당사자가 방문하는 개별적 장소의 특성에 근거해서 결정될 수 있으며, 단지 상황에 따라 판단되어야 한다고 밝혔다. 즉 혼자인지 그렇지 않으면 다른 사람과 함께인지 여부에 따른 그의 행동이 아니라 문제된 시간에 주어진 객관적인 장소의 소여상황이 사적 영역을 구성하게 된다고 판단했다.³⁹⁾ 이에 따라 개인이 많은 사람들 가운데 존재하는 그런 장소는 처음부터 기본법 제2조 제1항과 제1조 제1항의 의미상 사적 영역보호의 전제조건에 해당하지 않는다고 보았다.

한편, 연방헌법재판소는 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 “시사성” 개념은 법관의 내용결정의 기준에 따라, 가령 단지 역사적 혹은 정치적 의미로만 파악하는 것이 아니라 언론자유 의미를 고려한 공중의 정보 이익으로부터 결정된다고 전제하였다. 그리고 연방대법원이 개별적으로

37) NJW 2000, 1021, 1022.

38) NJW 2000, 1021, 1022.

39) NJW 2000, 1021, 1023.

특정한 시사적 사건을 통해서 주목을 끌었던 것이 아닌, 개별적 사건과는 무관한 그의 지위와 그의 중요성 때문에 일반적인 공적 관심을 끄는 그러한 인물, 즉 절대적 시사적 인물의 사진 역시 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 “시사적 영역”에 편입시킨 것은 정당하다고 보았다.

다만, 이를 위한 전제로서 개별사안에서 공중의 정보이익과 촬영대상자의 정당한 이익 사이에 이익형량이 행해져야 함을 강조하였다.⁴⁰⁾ 이에 따라 예술저작권법 제23조 제2항의 “정당한 이익”의 해석에 있어서는 연방대법원의 “장소적 은거성” 개념에 의거, 절대적 시사적 인물에게도 “장소적 은거성”의 신뢰 속에서 비밀리에 혹은 기습적인 돌발 상황에서 촬영된 사진으로 인해 초상권 침해가 인정될 수 있다고 보았다.⁴¹⁾

하지만, 정작 본안 판단에 있어서는 인격권 보호에 소극적인 입장을 취했다. 즉 시사적 인물이 단지 대중 속에서 어떻게 행동했는지가 문제될 경우에는 비록 공적인, 가령 직무상 역할의 수행 밖에서 문제되었을 경우에조차 보호가치 있는 정보이익이 항상 인정되며, 많은 사람들 내의 장소에서는 처음부터 보호가치 있는 사적 영역은 존재하지 않는다는 연방대법원의 입장에 동조했다.⁴²⁾ 따라서 카롤리네 공주가 시장에 갈 때, 경호원과 함께 시장에서 그리고 수행원과 함께 다른 사람들이 자주 방문하는 식당에 있을 때의 모습을 촬영한 사진은 헌법적 관점에서 동의 없이 항상 허용되었다. 왜냐하면 “절대적 시사적 인물”은 그가 대중 속에서 활동할 경우에는 인격권의 보호에 대한 포괄적인 제한을 감수해야 하기 때문이다.⁴³⁾

40) NJW 2000, 1021, 1025.

41) NJW 2000, 1021, 1025.

42) NJW 2000, 1021, 1025.

43) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn. 14.

IV. 유럽인권법원 초상권 법리

: 유럽인권법원 2004. 6. 24.자 카롤리네 판결

1. 개관

지금까지의 카롤리네 폰 모나코 소송사건을 둘러싼 독일연방대법원 및 연방헌법재판소의 초상권 법리는 유럽인권법원의 2004. 6. 24.자 판결을 통해 획기적인 전기를 마련하게 된다. 따라서 독일 초상권 법리의 형성과정에서는 유럽인권법원의 동 판결이 매우 중요한 의미를 가진다.

앞서 제시된 바와 같이, 카롤리네 공주는 90년대 초반 이래 유럽의 여성잡지 및 연예전문 언론(황색 언론)을 통해 공개된 그녀의 사생활 관련 사진들의 공표금지를 시도한 바 있고, 동 소송은 결국 유럽인권법원에까지 이르게 되었다. 여기에서 문제가 된 소송대상은 카롤리네 공주가 승마할 때, 휴가동안 파리에 있는 그의 집을 떠날 때, 자전거를 잠시 세워놓았을 때, 테니스 칠 때 -일부는 에른스트 아우구스트 폰 하노버 공의 동행 하에서- 및 비치클럽에서 무언가에 걸려 넘어질 때의 모습의 사진들이다. 그러한 공표는 독일법 체계에서는 예술저작권법 제23조 제1항 제1호에 따라 허용되는 것으로 선고된 바 있다.⁴⁴⁾ 하지만, 유럽인권법원은 모나코의 지배영주의 장녀인 카롤리네 공주가 사실상 모나코 공국에서 어떠한 공직도 맡지 않고 있었다는 점을 주목하였다.

유럽인권법원은 우선 사진공표 역시 의견표현의 자유(유럽인권협약 제10조)에 포함되며 이와 충돌되는 사생활 개념(유럽인권협약 제8조)에는 한 인물의 신원사항 혹은 초상권이 포함된다고 전제하였다. 이어서 이번 사안의 경우는 생각의 전파가 문제된 것이 아니라 매우 개인적이고, 바로 한 인물에 관한 은밀한 정보가 담긴 사진의 전파가 문제된 것이라는 점을 인식하였다. 게다가 선정적 언론에서 출판된, 종종 지속적인 괴

44) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn. 15.

롭히기 하에서 생겨난, 그것이 당사자에게는 심각한 사생활의 개입으로 느끼게 되거나 추적으로 느끼게 되는, 그러한 사진공표의 문제임을 중요하게 고려하였다.⁴⁵⁾

2. 유럽인권법원의 판단기준 : 공적 토론에의 기여-인격권의 보호강화

우선 유럽인권법원 판결내용 가운데 가장 주목해야 할 특징으로는 의견표현의 자유⁴⁶⁾에 대해 사생활 보호의 형량이 이뤄지는 경우, 항상 사진촬영 혹은 언론기사가 공적 이익에 관한 하나의 공적 토론에 기여하는지 여부에 맞추어야 한다는 심사기준을 제시하였다는 점이다.

유럽인권법원은 원칙적으로 민주주의 사회에서 하나의 토론에 기여하는, 예컨대 정치인들이 그의 공적 직무의 수행에 관계한다는 사실에 관한 보도와 카롤리네 공주와 같이 어떠한 공적 임무도 지니지 않은 한 개인의 사생활에 관한 상세한 보도는 구별된다고 보았다. 왜냐하면 정치인의 경우 언론은 민주주의 사회에서 그의 “감시견”으로서 본질적 역할을 하고 “공적 이익의 문제에 대한 생각과 정보를 전달하는 것”에 기여하기 때문이다.⁴⁷⁾

물론 공적 생활의 인물의 사생활 측면 역시 특별한 사정에 따라서는 민주주의 사회에서 언론보도의 대상에 포함될 수 있기는 하지만, 그 역시 공적 이익의 문제에 관한 토론에의 기여라는 기준을 충족해야 하며, 해당 사안의 경우는 카롤리네 공주의 사생활에 관한 단지 특정한 관중의 호기심만을 만족시키고자 하는 것이고, 그녀의 높은 지명도에도 불구하고 사회를 위한 공적 이익의 그 어떠한 토론에의 기여로서 인정될 수 없다고 밝혔다.⁴⁸⁾ 이러한 판단은 결국 카롤리네 공주의 인격권 보호

45) NJW 2004, 2647, 2649.

46) 유럽인권협약 제10조는 언론의 자유를 포함하지 않기 때문에, 의견표현의 자유에 언론 자유를 포함하여 고려하는 것이 일반적이다.

47) NJW 2004, 2647, 2649, 2649.

48) NJW 2004, 2647, 2650.

를 강화하는 결과를 가져오게 되었다.

3. “절대적 시사적 인물” 개념의 비판

유럽인권법원은 또한 독일법원의 절대적 시사적 인물의 개념에 따른 예술저작권법 제23조 제1항의 해석은 수용하기 어렵다고 분명히 밝혔다. 개인이 법치국가에서 그가 어떻게 행동해야 하는지 정확히 알기 위해서 분명하고 명백해야 하는 측면에서 독일법원이 취한 절대적 그리고 상대적 시사적 인물 사이의 구분은 인정될 수 없으며, 개인의 사생활 보호를 위해 충분치 않다고 비판하였다. 이는 결국 인격권 보호를 강화하는 입장에 무게를 둔 판단의 출발이었다.

또한 동 법원은 독일법원이 기준으로 삼고 있는 절대적 시사적 인물이라는 개념은 매우 제한된 사생활과 초상권의 보호에 해당하기 때문에 그러한 개념은 결과적으로 공직수행이라는 역할을 차지하는 정치인에게만 고려될 수 있다고 비판했다. 따라서 유일하게 영주 가문의 소속에만 기초하고 반면에 스스로 어떠한 공직 역할도 떠맡지 않은 카롤리네 공주의 경우에는 이를 통해 정당화될 수 없다고 밝혔다. 결국 국가가 개인의 사생활 보호를 위한 그리고 초상권 보호를 위한 적극적 의무를 이행하기 위해서 예술저작권법의 제한적 해석이 필수적이라고 주장했다.⁴⁹⁾

한편, 유럽인권법원은 “시사적 인물” 대신 새로운 인물유형으로 정치인, 기타 공적인 생활의 인물 혹은 공적 관심의 대상이 되는 인물, 사인 등 세 가지 유형을 제시하였다. 이에 따라 정치인의 경우에는 언론의 감시견 역할의 대상으로서 그에 관한 전방위적 보도가 허용되고, 공적 생활의 인물의 사생활에 관한 보도는 단지 공적 이익의 문제에 관한 토론에의 기여라는 특별한 사정 하에서만 가능하게 된다. 이에 따라 만약 보호가치가 적은 대중의 선정적 관심에의 단순한 만족 차원이라면

49) NJW 2004, 2647, 2650.

사진보도는 허용되지 않게 된다.⁵⁰⁾

4. “장소적 은거성” 개념의 비판

유럽인권법원은 “장소적 은거성” 개념에 따르면, 당사자의 사생활은 단지 “공간적 은거성” 내에 있을 경우에만 그리고 공중의 배제 하에 있다는 사실을 입증하는 것에 성공했을 경우에만 주장할 수 있는데, 그것은 쉽지 않은 일이라고 보았다. 따라서 “장소적 은거성”이라는 요건을 주장할 수 없다면 그녀는 이 사건에서처럼 오로지 상세한 사생활에 관련된 것일지라도 사람들이 자신을 항상 사진촬영하고 그 촬영물을 계속해서 전파하는 것을 감수해야 하는 상황에 직면할 수밖에 없다고 비판하면서, 이론적 명료성에도 불구하고 실무상 “장소적 은거성” 개념 역시 적용하기 어렵다고 밝혔다.⁵¹⁾

5. 공적 생활의 인물의 사생활 보호범위

유럽인권법원의 판결이 현대사회에서 중요한 의미를 갖는 이유는 공적 생활의 인물들이 주변 환경과 그의 사생활에서 몰래카메라나 지속적인 괴롭히기 등의 촬영방식으로부터 방치되고 있다는 사실이 간과되어서는 안 된다는 점을 강조하였다는 점이다. 동 법원은 예컨대, 기자들의 출입이 엄격히 제한된 몬테카를로의 비치클럽에서 촬영된 사진의 경우는 수백 미터 거리의 이웃집에서 몰래 촬영되었던 사실을 주목하였다.

동 법원은 사생활의 보호는 모든 사람의 인격전개를 위해 근본적인 의미를 가지는 만큼 가족의 내밀한 범위를 넘어서는 사회적 영역에서 역시 그 보호가 중요하고 그들의 사생활 존중에 대한 정당한 기대가 보장되어야 한다고 판단했다. 특히 그밖에 기술발달로 인한 사진의 저장

50) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn. 17.

51) NJW 2004, 2647, 2650.

과 반복이용을 고려할 때, 그리고 일정한 사진의 조직적 촬영과 넓은 공중으로의 전파를 고려할 때, 강화된 주의가 요구된다고 보았다.

결론적으로 유럽인권법원은 대중들은 청구인의 일반적 지명도에도 불구하고 사람들이 더 이상 은거된 것으로서 지칭할 수 없는 장소에서 체류할 때조차, 그녀가 어디에 있고, 그녀가 일반적으로 자신의 사생활 내에서 어떻게 행동하는지 알아야 할 어떠한 정당한 이익을 가지지 않는다고 밝혀 독일법원의 입장을 정면으로 반박했다.⁵²⁾

V. 유럽인권법원 판결 이후 독일 초상권 법리의 변화

1. 연방대법원의 “차등화된 보호” 개념 강화

1) 의의

2004년 유럽인권법원의 판결로 인해 독일법원들은 인격권 강화라는 새로운 국제기준을 어떤 방식으로 그리고 어느 범위에서 수용할지의 문제에 당면하게 되었고, 그 해결방법을 “차등화된 보호” 개념에서 찾게 되었다. 이에 따라 연방대법원은 예술저작권법 제22조, 제23조에 따른 “차등화된 보호” 개념을 정치하게 발전시키면서 유럽인권법원의 입장을 수용하였다.

이 개념에 따르면, ① 일반적으로 초상 공표를 위해서는 원칙적으로 촬영대상자의 동의가 필수적이다(예술저작권법 제22조). ② 만약 동의가 없다면 사진이 시사적 초상에 관한 공표인지 여부가 고려된다(예술저작권법 제23조 제1항). ③ 하지만, 동 규정을 통한 동의 없는 공표가 촬영대상자의 정당한 이익을 침해하게 된다면, 예술저작권법 제23조 제2항이 다시 적용이 재차 고려되고, 결국 원칙적인 공적 이익의 현존에도 불구하고 전파는 허용되지 않는다.⁵³⁾

52) NJW 2004, 2647, 2651.

53) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn. 18.

이러한 “차등화된 보호” 개념은 물론 초상권에 관한 예술저작권법 제22조 이하의 적용을 위한 범의 내지 이익형량에 있어서 전혀 낮은 새로운 법리로 등장한 것은 아니다. 하지만 각 단계에서 제시된 구성요건 표시의 해석을 둘러싸고 보다 정교하고 세밀한 범의형량이 행해진다는 점에 그 의미가 부각된다.

2) “시사성” 개념 해석을 둘러싼 기존 법리와의 차이

“차등화된 보호” 개념의 첫 번째 단계에 따르면, 우선 동의 없이 초상이 공표되기 위해서는 사진보도가 “시사적 의미의 사건”을 대상으로 하는지가 결정적이다. 다만, 이를 해석함에 있어 독일법원의 불충분한 사생활 보호가 유럽인권법원을 통해 비판되었고, 이에 “차등화된 보호” 개념을 통해 사적 영역의 보호는 좀 더 확대되고, 보도의 권리는 제한되는 결과에 이르게 된다.⁵⁴⁾

“차등화된 보호” 개념은 이전 법체계에서 사용된 동 개념의 전면적 변화를 가져온 것은 아니다. 그럼에도 기존의 법리와 비교할 때 몇 가지 차이점을 발견할 수 있다.

첫째, 기존의 예술저작권법 제23조 제1항 제1호를 해석함에 있어 더 이상 촬영대상자의 지위를 통한 시사적 인물로의 편입에 몰두하지 않게 되었다. 이제부터는 오히려 문제된 사진이 가지는 시사적 사건의 맥락에서 그와 결합된 공중의 정보이익에 맞추게 된다. 다만, 저명인의 일상 생활과 사생활에 관한 오락적 기사일지라도 이를 전면적으로 제외하지는 않는다.

따라서 전통적인 개념성인 “시사적 인물” 개념은 더 이상 사용되지 않고 오히려 유럽인권법원의 전문용어를 이용해 정치인, 기타 공적 생활의 인물 혹은 공적 관심의 대상이 되는 인물, 단순한 사인의 개념을

54) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn. 20.

주로 사용하게 된다.⁵⁵⁾

이에 따라 정치인의 경우에는 사생활에 관해서도 허용된다. 왜냐하면 이것은 민주주의 사회를 위해 중요할 수 있기 때문이다. 그에 반해 단순한 사인의 경우에는 일반적으로 대중의 선정적 관심에 대해 사생활의 보호가 관철되어야 한다. 왜냐하면 어떠한 공적 정보이익도 존재하지 않기 때문이다.

정치적 인물에게는 그에 대한 민주주의적 통제의 관점 아래서 공공의 증가된 정보이익이 인정될 수 있다. 따라서 주요 정치인과 국가지도자는 그의 사진이 시사적 관련성으로 인해 중요한 것으로 인정될 수 있는 그러한 인물군에 해당한다.⁵⁶⁾ 유럽인권법원의 견해에 따르면 정치인의 경우에는 그의 사생활에 관한 보도가 사정에 따라 허용된다. 이것은 국가적 지위에 대한 “감시견-역할”과 관련이 있다. 하지만 그 전제는 사진촬영과 그에 부수된 기사내용이 정치적 혹은 공적 토론에 기여한다는 점이다.⁵⁷⁾

이어서 공적 생활의 인물과 공적 관심의 대상이 되는 인물 사이에 구별이 필요하다. 독일의 유력한 견해에 따르면, 공적 생활의 인물은 직업적 혹은 사회적 활동에 관해서는 통상 사진촬영 및 공표에 대한 정당한 공중의 이익이 존재하게 되고, 사적 영역의 경우에는 직업적, 사회적 영역과의 직무관련성이 존재하는 범위 내에서만 엄격하게 해석된다.⁵⁸⁾ 이러한 인물들은 주로 정치적, 사회적 지위에 따라 공동체 내에서 비상한 개인적 업적이나 지속적인 명망에 근거한 공중의 관심을 인정해야 하며, 다만 이러한 관심이 사적 영역으로 미칠 경우에는 시사적 사건을 통해 정당화되어야 한다.⁵⁹⁾

55) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn. 19.

56) NJW 2008, 3134, 3135.

57) NJW 2004, 2647, 2650.

58) Soehring · Hoene, § 21 Rn 3ff.

59) NJW 2007, 1977.

반면에 공적 관심의 대상이 되는 인물은 시사적 사건과의 관련 하에서만 혹은 공적 생활의 인물과의 관계로 인해서 비로소 공적 관심의 대상에 이르게 되고, 이로 인해 공중의 정보이익의 대상으로 되는 인물을 말한다. 따라서 그러한 인물은 결부된 시사적 사건과의 사실상 공간적, 시간적 맥락에서만 촬영되고 공표될 수 있다. 예컨대 커다란 공적 관심으로 인해 특별한 형사절차에 관련된 범죄자의 경우 시간적 제한 하에서 이러한 인물군에 속할 수 있다.⁶⁰⁾

그리고 공적 관심의 대상이 되는 인물의 사생활에 근거한 오락적 보도 역시 진지한 보도와 마찬가지로 전면적이 아니라 단지 제한적으로만 당사자의 인격권 보호 뒤로 물러나 있게 된다. 왜냐하면 상황에 따라 사생활에 기반한 오락적 보도의 경우라도 맥락상 시사적 사건으로 인정될 수 있고, 또한 당사자의 지명도 역시 중요할 수 있기 때문이다.⁶¹⁾

한편, 연방대법원은 “차등화된 보호” 개념의 첫 번째 단계인 “시사성” 개념을 해석함에 있어 너무 좁게 이해될 수는 없다고 보았다. 그것은 역사적-정치적 의미의 사건들뿐만 아니라 완전히 일반적으로 시사적 사건, 즉 공공의 사회적 이익의 모든 문제를 포함하고 그와 함께 공적 이익에 관해 결정하게 된다.⁶²⁾ 이러한 시사적 사건의 개념의 폭은 무엇보다 언론은 법적인 한계 안에서 충분한 자유재량을 소유하고 있고, 그 안에서 그의 저널리즘적 관점에 따라 무엇이 공적 이익을 필요로 하는지 결정할 수 있다는 원칙에 따르게 된다.⁶³⁾

이러한 근거에서 한편으로는 공중의 정보이익과 다른 한편으로는 대립되는 사적 영역에 관한 촬영대상자의 이익 사이에서 법익형량이 행해져야 한다. 여기에서 공중을 위한 정보가치는 결정적인 역할을 하게 된다. 공중을 위한 정보가치가 높을수록 인격권은 그 뒤로 후퇴해야 하고,

60) Soehring · Hoene, § 21 Rn 5ff.

61) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn. 23ff.

62) NJW 2008, 3134, 3135.

63) BverfG in GRUR 2008, 540.

그에 반해 기사의 정보가치가 낮을수록 인격권이 더욱 중요하게 된다. 단순한 오락에 관한 독자의 관심과 그들의 호기심의 만족은 사적 영역에 대해 통상 후퇴해야 한다. 하지만 당사자의 지명도에 따라 중요할 수 있다.

하지만 공적 이익의 인물에 관해서 다른 사람들 보다 넓은 범위에서 보도가 허락될지라도, 모든 경우에 반드시 개별적 형량이 행해져야 한다.⁶⁴⁾ 따라서 상충하는 이익들의 포괄적인 이익형량이 이미 첫 번째 단계, 즉 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 범위 내에서 생겨나게 되며, 추가로 제23조 제2항의 범위 내에서 또 다른 형량이 행해지게 된다.⁶⁵⁾

2. 촬영대상자의 “정당한 이익”의 의미 강조

예술저작권법 제23조 제2항 “정당한 이익”의 구성요건표지는 “차등화된 보호” 개념의 마지막 단계이다. 촬영대상자의 동의가 없음에도 불구하고 제23조 제1항에 따라 정당화되는 사진보도는 예외적으로 촬영대상자의 특별한 이익이 침해되는 경우에는 허용되지 않게 된다.

여기에서 앞선 예술저작권법 제23조 제1항에 따라 시사적 사건이 존재하는지의 문제에서 행해졌던 법익형량의 과정과 중복되는 것은 아닌지, 두 단계 사이의 경계획정은 어떻게 되는지 혼란스러움이 제기될 수 있다. 이에 일부 견해는 형량은 이미 예술저작권법 제23조 제1항의 범위 내에서 수행되어야 한다는 점에서 예술저작권법 제23조 제2항은 단지 하나의 “틈새보충기능”으로 작용한다는 주장이 제기되기도 한다.⁶⁶⁾

그렇다면 과연 “정당한 이익” 구성요건표지는 무의미한, 동어반복적인 형량과정에 불과한 것이 아닐까라는 의문이 제기될 수 있다. 그럼에도 제23조 제2항은 무엇보다 문제가 된 초상에 비록 시사적 정보 가치가

64) Frank Fechner, 4. Kapitel Rn. 39.

65) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn. 19.

66) Schricker/Loewenheim, § 23 KUG Rdz 111.

속하지만, 표현의 내용 혹은 종류 그리고 방식으로 인해 공표하지 말아야 할 촬영대상자의 이익이 우월할 때 재차 고려된다.⁶⁷⁾

따라서 예술저작권법 제23조 제2항의 의미에서 촬영대상자의 특별한 이익은 해당 사진들이 촬영대상자에게 불리한 독자적 침해효과를 가질 때 인정될 수 있고,⁶⁸⁾ 부정적인 인상을 담은 초상이 당사자에게 불리하게 되거나 당사자에게 위해를 가하는 경우들이 이에 해당할 수 있다. 대표적으로는 내밀영역이나 비밀영역, 사적 영역을 침해하는 경우를 들 수 있는데, 제23조 제2항에 따라 당사자를 외부에서 알 수 있는 사적 상황에서 보여주는, 즉 사적 영역과 내밀영역에 해당하는 초상은 허용되지 않는다.

한편, 여기에서 피사자의 미행 혹은 급습, 몰래카메라를 통한 제작 등 초상의 제작종류 및 제작방식 역시 중요한 역할을 하게 된다.⁶⁹⁾ 이러한 의미에서 “정당한 이익” 개념은 바로 현대사회에서 발생하는 많은 기술적 발전에 따른 인격권 침해문제를 해결하기 위한 독자적 창구로서 활약하게 된다. 즉 스마트폰 카메라, 원격 카메라, 드론 등을 이용한 전방위적 촬영 등을 포함한 새로운 촬영장치의 등장, 소위 몰래카메라 등을 이용해 침실, 화장실 등 개인의 내밀영역 및 사적 활동들을 침해하는 경우 독자적인 형량요소로서 촬영대상자의 “정당한 이익”의 침해 여부를 고려하게 되고, 이러한 점에서 강조된 의미를 획득하게 된다.

67) Ricker/Weberling, 43.Kapitel Rn. 39.

68) BGH in GRUR 2007, 526.

69) BVerfG in ZUM 2008, 427f.

3. 연방헌법재판소 2008. 2. 26.자 카롤리네 결정

1) 의의

유럽인권법원의 판결 이후 대체로 연방대법원은 위에서 언급한 범위 내에서 유럽인권법원의 원칙을 수용하였고, 이에 따라 인격권의 보호강화라는 차원에서 예술저작권법 제22조 이하의 해석법리가 “차등화된 보호” 개념을 통해 발전하게 되었다. 이후 카롤리네 공주는 계속해서 남편인 에른스트 아우구스트 폰 하노버와 함께 생 모리츠 스키 휴가지에 있는 모습의 사진공표를 포함해서 케냐에 있는 휴양빌라 임대사안에 관한 사진공표 등에 대해 초상권 침해소송을 유지했고, 연방헌법재판소는 연방대법원이 취한 입장들에 대해 심사할 기회를 갖게 되었다.

동 재판소 결정은 카롤리네 공주와 관련해 과연 연방헌법재판소가 어떤 범위 내에서 유럽인권법원의 법리를 수용했는지 보여주는 시기상 최초의 결정이라는 점에서 의미가 있다. 여기에서 동 재판소는 연방대법원이 취한 절대적, 상대적 시사적 인물 개념의 포기는 헌법적으로 모순되지 않는다면 연방대법원의 입장을 지지하였다. 하지만 무엇보다 동 판결이 지닌 중요한 의미는 현대사회에서 발생하고 있는 디지털 기술발전으로 인한 초상권 침해의 심각성을 다시 한 번 일깨운 판결로 평가될 수 있다는 점이다.

2) 현대기술의 발전에 따른 초상권 문제

연방헌법재판소는 동 결정에서 우선 사진이나 영상보도에 있어서 촬영 대상자를 사적 혹은 일상적 상황맥락에서 보여주는 경우에는 인격권의 다양한 측면 가운데에서 특히 초상권 및 사적 영역의 보장에 관한 문제가 대두된다고 밝히면서 사진보도 등의 경우 초상권과 사적 영역 보호권에 관한 밀접한 관련성을 주시하였다. 그리고 디지털 기술 발전으로

인한 인격권 침해의 심각성을 아래와 같이 상술하였다.

초상의 보호필요성은 무엇보다 특정한 상황과 관련된 인간의 외관을 그로부터 분리시키고 그 모사가 항상 당사자에게 쉽게 예측할 수 없는 조건 하에 제3자에 대해 복제될 가능성으로부터 생겨난다(NJW 2000, 1021). 이것이 쉬우면 쉬울수록 보호필요성은 점점 더 커질 수 있다.

이것은 촬영기술의 진보와 함께 성장하는 인격권의 위해가능성과 연결되어 있다. 가령 스마트폰에 통합된 디지털 카메라에서처럼, 소형 그리고 휴대용 촬영기기의 이용가능성의 증가는 특히 저명인을 빈번한 위험들에 방치되게 하고, 실제로 모든 상황에서 예측하지 못한 상태에서 비밀리에 미디어에 의해 촬영된 초상이 공표되는 결과에 이를 수 있다. 나아가 특별한 보호필요성이 비밀리에 혹은 불시의 행동으로부터 생겨날 수 있다(NJW 2000, 1021). 보호필요성은 마찬가지로 당사자가 어떤 상황에서 촬영되었는지, 가령 평범한 일상생활 혹은 그가 어떠한 추적에도 노출되지 않는 것을 기대해도 되는 일상이나 직업적 긴장완화 상황에서 촬영되었는지가 중요하다.⁷⁰⁾

이어서 연방헌법재판소는 사진의 진술내용 외에 사진획득방법이 형량 과정에 미칠 수 있는 중요성을 다시 한 번 강조하였다. 즉 촬영대상자를 지속적으로 특별한 방식으로 괴롭히는 사정 하에서 또는 비밀스러운 촬영과정에서 혹은 지속적인 사진기자의 추적을 통해 사진이 획득되었다면 이는 헌법상의 인격권 보호에 우위를 귀속시킬 수 있는 중요한 단서가 된다는 사실을 분명히 확증하였다.⁷¹⁾

70) NJW 2008, 1973, 1794.

71) NJW 2008, 1973, 1780.

3) “장소적 은거성”의 포기

연방헌법재판소는 사진보도의 법익형량 과정에서는 보도의 가치와 같은 내용적 평가에 의해서는 안 되며, 어느 정도 보도가 공적 여론형성 과정에 기여를 가져올 수 있는지에 의존해서 심사를 해야 한다고 밝히면서⁷²⁾ 유럽인권법원의 형량기준과 동일한 입장을 개진하였다.⁷³⁾ 또한 당사자의 사적 영역 보호범위와 관련해서는 “장소적 은거성” 밖에서도 역시 인격권 보호를 위해 중요성이 부여된다고 보았다.

이처럼 연방헌법재판소는 사적 영역을 이해함에 있어 기존의 “장소적 은거성” 개념을 포기하고 아래와 같이 사적 영역이란 공간적 관점에서 개인의 후퇴영역, 그에게 특히 가정 내에서, 하지만 가정 밖의 영역에서도 역시 ‘자기 자신으로 복귀하기 위한 가능성’과 ‘긴장완화의 가능성’을 보장하는 후퇴영역 그리고 간섭받지 않고 내버려 두게 될 그러한 요청을 실현시키는데 도움이 되는 영역 역시 사적 영역에 속한다고 밝히면서 사적 영역의 보호범위를 확대하기에 이르렀다.

장소적 은거성의 전제조건 밖에서도 역시 증가된 중요성이 인격권의 보호청구에 귀속하는데, 언론보도가 당사자를 직업상 그리고 일상생활의 의무 속으로의 참여 밖에서 긴장완화의 순간에 혹은 자유로운 행동의 순간에 포착할 때 그러하다.⁷⁴⁾

이에 근거해 동 재판소는 해당 사건의 사진 가운데 “공간적 은거성” 밖에서 표현되었음에도 사생활의 핵심영역에 속하는 휴가지에서의 사진

72) NJW 2008, 1973, 1796.

73) 연방대법원 역시 동 판결 전후의 판결에서 이러한 입장을 수용하였다. 예컨대 “미디어가 구체적인 경우에 공적 관심의 대상인 사안을 진지하고 사안에 관련된 토론에 기여하는지 여부가 특히 중요하다. 그리고 공중의 정보요구를 수행하고 공적 의견의 형성을 위해 기여하는지 여부도 중요하다.”, NJW 2011, 746, 747; 마찬가지로 NJW 2006, 599, 601.

74) NJW 2008, 1973, 1797.

이라는 점을 결정적인 것으로 인정했다. 즉 긴장완화에 전념한 휴가체류의 상황은 헌법적으로 중요한 인격권보호의 우월성을 가리킨다고 보았다. 이에 따라 카롤리네 공주가 스키 휴가지의 체어리프트에 있는 모습을 보여주었던 사진 등의 경우에는 인격권 보호에 우위가 인정된다고 판단했다.⁷⁵⁾ 이는 연방헌법재판소 역시 과거의 유명인의 사생활에 관한 초상보도와 관련해, 그간의 소극적 입장에서 탈피하여 인격권의 보호를 확대하는 새로운 방향으로 입장을 선회하였음을 보여주는 중요한 사례라고 볼 수 있다.

VI. 해법의 모색

이상으로 독일법원 및 유럽인권법원을 통해 그간 진행되어 온 초상권 법리의 발전과정을 개괄적으로 살펴보았다. 이러한 전개과정을 간단하게 요약한다면 독일에서는 언론자유와의 형량과정을 기초로 초상권을 보호하는 가운데 인격권을 강화하는 쪽으로 초상권 법리가 발전해왔다는 점이다. 그리고 이러한 방향설정은 방법상으로 예술저작권법 제22조 이하의 “차등화된 보호원칙”에 따라, 특히 마지막 단계인 촬영대상자의 “정당한 이익” 관련 법익형량 심사과정을 통해 이를 실현하고 있음을 유념해야 할 것이다. 아울러 더욱 주목해야 할 부분은 이번 토론회가 주요 논제로 다루고 있는 디지털 기술사회에서의 다양한 침해문제 역시 이러한 법익형량 과정에서 해결하고 있다는 점일 것이다.

언론분야에서 발생한 인격권 침해의 문제는 언론자유와의 가치조화라는 관점에서 무엇보다 법익형량을 통한 민사적 해결이 주를 이루게 된다. 이러한 점을 고려할 때 지금까지 소개된 독일에서의 “차등화된 보호원칙”을 통한 법익형량 심사방법은 국내에서 언론보도에 의한 초상권 침해문제를 다루는데 많은 시사점을 제공할 수 있으리라 본다.

75) NJW 2008, 1973, 1799.

아울러 국내법상 초상권 규정의 문제점을 지적하지 않을 수 없는데, 초상권을 규정한 현행법인 언론중재법 제5조 제1항은 인격권으로서 초상권을 명시적으로 규정하는 한편, 제2항에서 면책사유를 규정하고 있다. 하지만 제2호에 마련된 면책사유로서 “언론등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서, 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 이유가 있는 경우”라는 부분은 초상권 법리의 해석에 혼란을 가중시키고 있다. 즉 기사형식의 보도와 사진보도 등의 차이점에 대한 구별 없이 마치 초상권 침해의 경우에도 ‘진실성 표지’를 통해 면책이 가능하다는 오해를 불러일으키고 있다. 이러한 점은 동 규정이 마련해 놓은 사생활의 자유권도 마찬가지로일 것이다.

아울러 입법적 개선안을 제시해보면, 인격권 강화의 시대적 추세에 맞게 법익형량의 과정에서 상황에 따라 재차 촬영대상자의 정당한 이익을 보호하고자 하는 표지를 마련하는 것이 타당하다고 본다. 추가적으로는 형사법상 앞서 언급한 바와 같은 독일형법 제201a조와 같이 고도의 개인적 영역을 침해하는 몰래 촬영 등 관음에 대한 보호규정의 도입도 고려해 볼 수 있겠다.

다음으로 초상권 분야에서 디지털기술 발달과 매스미디어의 결합에 따른 광범위하고도 신속한 초상 확산 및 잔존의 문제를 간략하게 언급해 보고자 한다.⁷⁶⁾ 독일의 경우는 민법 제823조 이하의 연계 하에 제1004조 제1항(소유물의 방해배제·예방청구권)에서 유추와의 연계 하에 인격권에 기한 금지청구권을 도출하고 있다. 이에 따라 문제된 초상 사진의 공표 및 전파를 불허하는 금지청구권은 민법 제1004조 및 제823조에서 나온다. 그러한 점에서는 기사형식의 보도와 동일한 법리가 적용된다.⁷⁷⁾ 이에 근거해 내밀영역에 관한 사진의 공표 등 중대한 인격권 침해에 대해서는 금지청구권의 적용이 가능하다.⁷⁸⁾ 물론 이러한 금지청구권의 내

76) 이에 관한 자세한 논의로는 이수종, 기사삭제권의 법제화 필요성에 관한 고찰, 저스티스 통권 제157호(2016. 12) 참조.

77) Wenzel, Das Recht der Wort-und Bildberichterstattung, 5 Auflage, 9. Kapitel, Rn. 4.

78) Frank Fechner, 4. Kapitel Rn. 104.

용으로는 장래의 새로운 공표금지와 더불어 현존하는 방해물의 제거청구권을 포함하게 된다. 국내에서도 마찬가지로 민법 제214조를 유추한 인격권에 기한 방해배제청구권을 인정하는 견해가 유력한 만큼⁷⁹⁾ 이를 통해 현존하는 방해상태의 제거를 위한 청구권 행사가 가능하리라 본다.

마지막으로 우리 위원회 시정권고의 역할을 언급하고 마무리하고자 한다. 우리 위원회는 최근 기성 언론 외에도 디지털 미디어 시대의 수많은 인터넷 언론에 대한 시정권고 업무를 수행하고 있다. 특히 그 중에서도 개인의 초상이나 사생활 침해보도에 대해 면밀한 주의를 기울인 결과, 사생활 침해 등에 대한 시정권고가 2016년 전체 시정권고 912건 중 134건(14.7%), 2017년 전체 1,034건 중 217건(21.0%), 2018년 10월말 기준 전체 1,121건 중 172건(15.3%)에 달하고 있어 소정의 효과를 거두고 있다. 위원회는 이에 그치지 않고 지속적인 초상권 법리나 사생활 영역의 사례 연구 등을 통해 국민의 인격권 보호를 위해 보다 큰 관심을 기울여 나갈 것이다.

79) 김재형, 언론에 의한 인격권 침해에 대한 구제수단, 언론과 법 제4권 제1호(2005. 06), 한국언론법학회.

<참고문헌>

[국내]

김재형, 언론에 의한 인격권 침해에 대한 구제수단, 언론과 법 제4권 제1호(2005. 6), 한국언론법학회.

심석태, 한국에서 초상권은 언제 사생활권에서 분리되었나, 언론과 법 제13권 제1호(2014. 6), 한국언론법학회.

유의선, 디지털 취재 환경에서의 초상권 침해와 구제, 언론과 법 제7권 제1호(2008. 06), 한국언론법학회.

이수중, 일반적 인격권으로서 음성권에 관한 비교법적 연구, 언론과 법 제15권 제3호(2016. 12), 한국언론법학회.

_____, 기사삭제권의 법제화 필요성에 관한 고찰, 저스티스 통권 제157호(2016. 12), 한국법학원.

정경석, 초상권의 침해요건과 구제방법, 저스티스 통권 제98호(2007. 6), 한국법학원.

조소영, 판례에 나타난 초상권 법리에 대한 고찰, 공법학연구 제19권 제2호(2018. 5), 한국비교공법학회.

함석천, 초상권에 대한 새로운 인식과 법리전개, 법조 제55권 제12호(2006, 12), 법조협회.

[해외]

Frank Fechner, Medienrecht 16. Auflage.

Ricker/Weberling, Handbuch des presserechts 6. Auflage.

Soehring · Hoene, Presserecht, 5. Auflage.

Wenzel, Das Recht der Wort-und Bildberichterstattung, 5 Auflage.

[세션 1] 토론

지정토론문

구 본 권 (한겨레신문 사람과디지털연구소장)

신 동 일 (서울중앙지방법원 판사)

논문 ‘디지털 시대가 가져온 초상권 문제, 그리고 해법의 모색’ (이수중, 2018)은 독일 법원과 유럽인권법원의 판례를 통해서, 디지털 환경에서 초상권 문제를 접근한다. 논문은 독일 연방대법원과 연방헌법재판소가 2004년 유럽인권법원의 판결을 계기로 새로운 초상권의 법리를 세우게 되는 과정과 그 결과를 전달하고 있다.

독일법원은 유럽인권법원의 판결 이후 ‘차등화된 보호’ 개념을 도입해, 초상권 촬영대상자의 지위에 따른 동의없는 공표 대신 사진의 시사적 맥락과 공중의 정보이익을 형량한다. 또한 장소에 관해서 기존에 제한적 영역만을 사적 공간으로 인정해오던 ‘장소적 은거성’ 개념을 포기해 전통적으로 사적 공간으로 여겨지지 않던 공간도 상황에 따라서 공적 인물의 초상권이 침해될 수 있는 공간으로 확대했다.

독일 법원이 초상권을 보호하면서 인격권을 강화하는 판결을 내리게 된 배경에는 새로운 촬영기술의 등장, 파파라치 활동, 디지털 미디어 환경 변화 등이 주요한 요인으로 있다. 기존의 ‘장소적 은거성’과 ‘시사적 인물’ 개념으로는 디지털 환경에서 초상권과 인격권을 제대로 보호할 수 없기 때문이다. 논문은 유럽인권법원과 독일 법원의 초상권 판결과 변화를 잘 정리하고 설명하고 있는데, 토론문은 디지털 환경에서 기존의 초상권이 직면하는 복잡한 상황에 대한 논의를 제기하고자 한다.

초상권이 문제되는 상황은 촬영과 이후의 유통, 활용으로 구분할 수 있는데 논문은 주로 촬영 차원에서 이뤄진 논의를 다룬다. 인물 촬영에

있어서 망원렌즈, 몰래카메라, 초소형카메라 등 도구의 발달과 파파라치 등 사생활 밀착취재 관행의 만연은 종래의 초상권 보호 체계가 작동하지 않는 상황을 초래한다. 그러나 디지털 세상에서는 촬영만이 아니라, 그 이후의 유통과 활용, 검색이 이뤄지는 과정에서 초상권과 프라이버시가 과거와 다른 방식으로 침해되는 피해가 생겨날 수 있다.

독일 초상권 법리에서 시사적 인물을 ‘절대적 시사적 인물’과 ‘상대적 시사적 인물’로 구분하고 ‘상대적 시사적 인물’은 특정사건이나 행위와 관련해서만 공공의 주목을 받는 것으로 여겨져왔다. 이러한 독일 법원의 판례는 2004년 유럽인권법원의 판결을 수용한 이후 ‘공적 관심의 대상이 되는 인물’로 변경되고 해당인물이 시사적 사건과의 관련을 지니는 시간적, 공간적 맥락을 갖고 있을 때에만 촬영되고 공표될 수 있게 달라졌다.

이는 대상이 시사적 인물이더라도 공적 관심과 부합되는 특정한 시간적, 공간적 상황에서만 촬영의 대상과 공표의 대상이 되도록 만들어, 초상권이 보호받지 못하는 조건을 구체화하고 제한한 조치다.

인용한 판례에서 권리 침해 주장자는 언론 보도에서 기사 내용은 문제 삼지 않고 사진 보도에 대해서만 초상권 침해를 주장했다. 동일한 내용을 전달하지만 기사와 사진을 분리해, 기사에는 의견과 언론의 자유를 적용하고 사진 보도에 대해서만 동의 없는 촬영과 보도를 문제 삼았다.

하지만 디지털 환경에서 초상권 보호와 침해에 대해 특정한 상황과 조건을 고려해 기존의 법리와 판례를 변경하는 것은 위와 같은 상황에서 실질적 효과를 거두지 못하는 경우로 이어질 수 있다. 디지털과 인터넷 환경에서는 인덱싱을 통한 과잉맥락화 현상이 나타나기 때문에 특

정 정보 중심으로 규제와 제한을 가하는 조치가 실효성을 갖기 어렵기 때문이다.

디지털로 인덱싱된 정보는 손쉽게 검색이 가능해질 뿐만 아니라, 인터넷 검색엔진을 통해 과잉맥락화 현상을 가져온다. ‘과잉 맥락화’는 검색 결과에서 애초에 검색한 정보가 다양한 관련 정보와 동시에 한 화면에 노출되거나 관련 검색결과로 묶이면서, 목적하지 않은 정보까지 동시에 표출하는 현상을 의미한다. 이러한 인덱싱과 과잉맥락화 현상은 개별 정보와 이미지 위주의 접근법이 인터넷에서 현실적 효과를 거두지 못하는 결과를 가져온다.

이는 앞서 초상권과 관련한 독일의 판례와 법리에서 제시한 조치들에도 해당한다. 시사적 인물 또는 공적 관심 인물이 공공적 관심과 연결되는 상황에서의 촬영만을 허용하는 초상권 보호의 예외 조항으로 삼는 경우, 또 언론 보도 중에서 기사가 아닌 사진보도만을 권리주장의 대상으로 하는 경우 또한 인덱싱과 과잉맥락화의 대상이 될 수 있다. 이들 경우에 초상권 침해의 조건을 충족시키지 못해서 보도대상 인물의 초상을 신지 못한 채 텍스트만으로 기사를 보도하더라도 실제로 해당 보도 기사가 노출되고 이용되는 환경에서는 과잉맥락화 현상이 벌어져, 애초 목적인 초상권 보호의 법익이 구현되지 못하는 상황이 생길 수 있다. 시사적 인물(또는 공적 관심 인물)의 대한 보도내용이 공공적 관심에 해당하지 않아 해당 인물의 초상 없이 기사만 보도되었지만, 해당 기사가 인터넷 검색결과에 노출될 때에는 해당 인물의 사진이 노출된 다른 정보(보도물 또는 다양한 인터넷 정보)와 자동으로 묶여서 나타나는 현상이 일어나기 때문이다. 특정한 보도물에서 초상권 보호를 주장해 해당 인물의 사진을 신지 않았지만, 인터넷 검색결과를 통해 다수의 이용자들은 해당인물의 사진이 노출된 다른 정보를 함께 만나게 된다. 이는

특정한 시간적, 공간적 상황과 맥락을 고려해 초상권 보호를 상황에 따라 제한하는 경우에도 결과적 실효성을 회의하게 만든다. 마찬가지로 검색결과에서 과잉맥락화가 이뤄져, 특정한 상황 기반의 제한이 무용한 결과로 이어지기 때문이다.

이런 현상과 관련해 1980년대 미국 연방대법원에서 형성된 ‘실질적 비공개’ 판례가 있다. 1980년대말 미국에서는 동일한 내용이 담겨 있지만 아날로그 형태의 정보와 디지털 형태의 정보를 구별한 판결이 나왔다. 일반에 공개되어 있지만 분류되지 않은 상태로 색인 기능이 없는 오프라인 상태의 정보는 분류된 디지털 형태의 정보와는 근본적으로 구별된다는 논거와 판결이 있다. 미국 연방대법원은 ‘실질적 비공개 (practical obscurity)’이라는 개념을 제시해, 동일한 내용이지만 오프라인의 아날로그 문서와 데이터베이스화된 디지털 문서를 구별했다. 미국 연방대법원은 1989년 정부가 구축한 정보 데이터베이스에 대한 접근권을 요구한 언론의 요구를 기각했다. 언론 자유를 위한 기자평의회 (Reporters Committee for freedom of the Press)는 정보자유법(FOIA)에 근거해 일반인이 접근가능한 정부의 정보를 모아놓은 정부의 데이터베이스에 대한 접근권을 요구했으나 법원에서 인정받지 못했다.

언론 자유를 위한 기자평의회는 미 연방수사국(FBI)이 구축한 범죄자 데이터베이스의 정보가 각급 법원이 공개한 재판기록으로부터 수집된 것이기 때문에 이 데이터베이스 또한 언론에 공개되어야 한다고 주장했다. 그러나 기각당했다. 연방대법원은 많은 시간과 노력을 기울여야 찾을 수 있는 법원의 개별적인 재판기록과 한 번에 이를 손쉽게 찾을 수 있도록 만든 전산화된 데이터베이스는 구분해야 한다는 판결을 내려, 종이기록과 달리 전산화된 기록에서 언론의 접근권을 불허했다.

미 연방대법원은 이 판결에서 일반인이 접근가능한 공공기관의 정보이지만 분류되지 않은 채 보존되어 있는 방대한 규모의 정보를 ‘실질적 비공개’ 상태의 정보라고 보아, 동일한 정보가 컴퓨터에 의해 분류되고 접근성이 높아진 데이터베이스와 다르게 보았다. 분류되지 않은 오프라인상의 아날로그 정보를 인덱싱되어 체계화된 데이터베이스와 구분한 것이다. 재판부는 판결에서 접근성이 높아진 이유를 판단함에 있어서, 데이터베이스가 온라인으로 제공되느냐 여부가 아닌 방대한 정보가 인덱싱되어 있느냐를 근거로 삼았다. 이 판결은 개별적으로 공개된 아날로그 형태의 정보를 집적된 형태의 인덱싱된 정보와 구별함으로써, 아날로그 정보와 디지털 정보의 지위가 실질적으로 다르다고 인정한 결정이다.

동일한 내용이 아날로그에서 디지털 정보로 변환되면서 기존의 ‘실질적 비공개’가 소멸하는 상황이 인터넷 검색 결과에서는 ‘과잉맥락화’로 확대되고 있는 현실이다. 이는 초상권 보호와 예외적 조건에서도 유사한 결과를 초래하는 만큼, 촬영 당시를 중심으로 특정한 조건을 부과하는 방법으로는 애초 목적인 보호 법익을 충족시키기 어려움을 의미한다. 앞서 예시된 독일법원에서 특정한 상황과 맥락을 기준으로 형성된 초상권 관련 법리와 구체적 결과들이 인터넷 검색결과와 같은 오늘날 일상적 환경에서 어떻게 애초의 법익을 지키고 있는지 또는 무효화되고 있는지를 고찰할 필요가 있다.

또한 향후 초상권과 관련해 직면하게 될 현상은 인공지능이 만들어낸 진짜 같은 가짜 영상과 관련된 문제가 있다. 최근 ‘생성적 적대 신경망(generative adversarial network)’ 형태의 인공지능은 가짜를 만들어내는 신경망과 이를 식별하는 신경망이 피드백을 교환하면서 정확도를 높여나가는 기술이다. 이러한 인공지능은 이미 진짜 같은 가짜 영상을

만들어내고 있는데, 식별이 불가능한 수준이다. 영락없이 정치인이나 공적 관심인물로 보이지만, 실제로는 사람 눈으로는 식별할 수 없는 미세한 차이가 있어서 동일인이라고 볼 수 없는 상황이다. 이러한 인공지능이 만들어낸 ‘닭은 사진’으로 인해 초상권이 침해되는 상황을 규제할 수 있는지의 문제도 생겨날 수 있다.

1. 들어가며

소중한 발표 감사합니다. 발표자께서 독일의 초상권 관련 법리의 전개를 자세히 설명해 주셨는데, 이로써 저의 시야가 조금은 넓어졌기를 기대해 봅니다. 특히 독일에서는 공적 인물에 대한 초상권 침해가 성립할 수 있는 요건이 상당히 구체화되어 있는 점이 흥미로웠습니다. 또한 발표자께서 마지막에 제안하신 사항 중 ‘고도의 개인적 영역을 침해하는 몰래 촬영 등 관음에 대한 형사법적 고려’ 부분은 현행 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조의 입법적 한계에 대한 저의 인식과도 일치하여 반가웠습니다.

저는 발표자께서 발표하신 독일의 인격권 법리가 특히 디지털 시대에 파급력이 큰 매체를 통한 초상권 침해 사건에 관하여 우리 법원에 시사할 수 있는 점에 중점을 두어 궁금한 점을 몇 가지 질의하고자 합니다. 이에 앞서 초상권 침해에 관하여 자주 인용되는 대법원 판례 법리와 비교적 최근에 선고된 국내 법원의 하급심 판결 몇 가지를 소개합니다.

2. 대법원 판례

가. 판시

사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로도 보장되고 있는 권리이다. 또한, 헌법 제10조는 헌법 제17조와 함께 사생활의 비밀과 자유를 보장하는데, 이에

따라 개인은 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리도 가진다. 그러므로 초상권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 부당한 침해는 불법행위를 구성하는데, 위 침해는 그것이 공개된 장소에서 이루어졌거나 민사소송의 증거를 수집할 목적으로 이루어졌다는 사유만으로는 정당화되지 아니한다.……초상권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위를 둘러싸고 서로 다른 두 방향의 이익이 충돌하는 경우에는 구체적 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량을 통하여 위 침해행위의 최종적인 위법성이 가려진다. 이러한 이익형량과정에서, 첫째 침해행위의 영역에 속하는 고려요소로는 침해행위로 달성하려는 이익(이하 ‘침해법익’이라 한다)의 내용 및 그 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해행위의 보충성과 긴급성, 침해방법의 상당성 등이 있고, 둘째 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로는 피해법익의 내용과 중대성 및 침해행위로 인하여 피해자가 입는 피해의 정도, 피해이익의 보호가치 등이 있다. 그리고 일단 권리의 보호영역을 침범함으로써 불법행위를 구성한다고 평가된 행위가 위법하지 않다는 점은 이를 주장하는 사람이 증명하여야 한다(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결 등).

나. 특징

- 초상권의 근거를 헌법 제10조 제1문으로 제시함
- 동의 없는 초상 사용은 일단 초상권 침해를 구성하되, 이익형량을 통하여 그 위법성이 조각될 수도 있다는 논리구조를 취함

3. 공적 인물의 초상권 침해로 인한 위자료 청구 판결례¹⁾

가. 서울고등법원 2018. 11. 1. 선고 2018나2041687 판결

1) 초상권 침해 뿐 아니라 명예훼손 등의 불법행위도 함께 주장하는 경우가 많으나, 아래에서는 그중 초상권 침해에 중점을 맞추어 소개한다.

- 1) 사안: A 종교단체로부터 제명당한 피고들이 A 종교단체의 ‘영적 어머니’인 원고 갑 또는 총회장인 원고 을을 모욕하고 원고들의 사진을 게시
- 2) 결론: 초상권 침해의 불법행위 인정, 원고 갑에게 600만 원, 원고 을에게 100만 원²⁾의 위자료 인정
- 3) 구체적 판시

나. 손해배상책임의 발생

1) 모욕의 점(별지1 내지 3 목록 부분)

(중략)

2) 초상권 침해의 점(별지4, 5 목록 부분)

(중략)

위 법리에 비추어 보건대, 위 인정사실에, 갑 제15, 17, 19 내지 21, 24, 38호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정을 종합해 보면, 피고들은 공동하여 원고들의 동의 없이 그들의 얼굴을 무단으로 사용하고 별지4, 5 목록의 각 기재와 같이 시위 현장에서 원고들을 모욕하는 내용으로 그들의 사진을 무단으로 게시함으로써 원고들의 초상권을 침해하였다고 할 것이다.

(중략)

3) 피고들의 주장에 관한 판단

가) 위법성 조각 주장

피고들은, 원고들이 이단적 교리를 주장하는 A 종교단체의 교주적 지위에 있으므로 이들에 대한 비판은 공공의 이익에 부합하는 종교적 비판행위에 해당하므로 그 비판 과정에서 부분적으로 다소 과장된 표현이 사용되었다고 하더라도 위법성이 조각된다는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 살펴 본 바와 같이 피고들이 원고들에 대하여 모욕적인 발언과 행동을 하고 초상권을 침해하는 행위를 한 것은, 종교적인 교리에 관한 관점의 차이나 종교적 비판과는 관계가 없는 내용의 모멸적인 발언이나 행

2) 모욕의 불법행위로 인한 위자료까지 포함된 금액이다.

위들이므로 이것이 종교적 비판행위에 해당하나 다소 과장된 표현에 불과하다고 볼 수 없다.

따라서 이와 다른 전제에 선 피고들의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(중략)

다. 손해배상의 범위

나아가 피고들이 원고들에게 지급하여야 할 위자료 액수에 관하여 보건대, 피고들이 위와 같은 발언, 행동 및 사진을 게시 하게 된 경위, 그 내용, 위와 같은 행위가 이루어진 장소 및 전파 정도에다가 원고들이 위 표현으로 인하여 입었을 정신적 충격의 정도를 비롯하여 이 사건 변론에 나타난 아래와 같은 여러 사정³⁾을 모두 종합하여 고려해 보면, 공동불법행위자로서 피고들 사이의 내부적 분담비율은 별론으로, 피고들이 공동하여 배상해야 할 위자료 액수는 원고 을에 대하여 1,000,000원, 원고 갑에 대하여 6,000,000원으로 정함이 상당하다.

4) 판단 고려 요소

- 위법성: 원고들을 모욕하는 내용으로 원고들의 사진을 게시하였으므로 비판의 공공성이 부정됨(원고들의 공적 인물로서의 지위와 초상권의 관계에 관하여 별도로 판단하지 않음)
- 위자료 액수: 원고들에 대한 문제제기의 경위, 초상권 침해의 수단과 목격자의 범위 등

나. 서울중앙지방법원 2017. 9. 15. 선고 2016나85202 판결

- 1) 사안: 연예기자인 피고가 유명 방송인인 원고의 불륜스캔들 등 기사를 작성하면서 불륜의혹 보도기사와 함께 게재된 캡처사진 속 원고의 미취학 아들을 모자이크로 처리하지 않음

3) 피고들 등이 실제로 A 종교단체 활동으로 인하여 가정상 어려움을 겪은 점, 피고들은 공개토론을 위한 문제제기가 광범위하게 허용되어야 하는 종교적 비판 과정에서 격앙된 감정이 표출되어 종교적 비판과 무관한 모욕발언이나 행위에 이르게 된 것으로 보이는 점, 피고들이 원고들의 초상을 사용한 공간이 목격자가 한정될 수밖에 없는 공간이었던 점 등의 위자료 감경 사유를 고려하였다.

2) 결론: 초상권 침해의 불법행위 인정, 위자료 200만 원 인정

3) 구체적 판시⁴⁾

(전략)

다. 초상권 침해 주장에 관한 판단

(중략)

이 사건에서 보건대, 갑 제1호증의 8의 기재 및 영상, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① [별지] 목록 순번 8번 기재 기사와 함께 게재된 각 사진은 원고와 원고 아들 000의 얼굴과 상반신이 나오는 사진으로, 동 기사가 게재되기 이전에 다른 예능프로그램에서 방영되었던 방송화면의 캡처사진인 점, ② 피고는 위 각 사진에 관하여 원고 아들 000이나 친권자의 동의 없이 동 기사와 함께 게재한 점, ③ 동 기사의 내용은 원고가 불륜 의혹을 받는 가운데 당시 미취학 아동에 불과한 원고 아들 000을 미디어에 노출시키는 점에 대한 우려의 시선을 담은 것인데, 동 기사에 굳이 원고 아들 000의 얼굴과 상반신이 나오는 위 각 사진을 게재할 필요가 없는데다 설령 게재하더라도 원고 아들 000의 얼굴 등을 모자이크 처리하는 등의 방법으로 원고 아들 000을 식별하기 어렵도록 상당한 조치를 취할 수 있음에도 불구하고, 원고 아들 000의 얼굴과 상반신을 여과 없이 그대로 노출시킨 점 등에 비추어 볼 때, 피고는 동 기사와 함께 원고 아들 000의 얼굴과 상반신이 보이는 위 각 사진을 게재함으로써 원고 아들 000의 초상권을 침해하였다 할 것이고, 그로 인하여 원고도 정신적 고통을 입었다고 봄이 상당한바, 피고는 원고에게 위 불법행위에 대하여 위자료 의무가 있다.

(중략)

피고가 미취학 아동의 사진을 친권자의 동의 없이 사용한 점, 피고가 전파력이 강한 지상파 방송사 홈페이지에 원고에 대한 부정적인 기사와 함께 위 사진을 게시하였던 점 등을 고려하면, 아들의 초상권 침해로 인한 원고의 정신적 고통에 대한 위자료는 2,000,000원으로 산정함이 타당하다.

4) 위 판결에서 인용된 제1심 판결 이유를 포함한다.

4) 판단 고려 요소

- 위법성: 원고의 아들이 미취학의 어린 나이였던 점, 원고 아들 또는 친권자의 동의 없이 원고 아들의 사진을 게재한 점, 원고 아들을 식별하기 어려운 조치를 취하는 게 어렵지 않았던 점, 원고 아들의 상반신을 그대로 노출시켜야 할 중대한 이익이나 합리적 이유가 없었던 점
- 위자료 액수: 미취학 아동의 초상을 친권자 동의 없이 사용, 전파력이 강한 방송사 홈페이지에 사진을 게시한 점을 고려

다. 서울고등법원 2016. 9. 2. 선고 2015나2069240 판결

- 1) 사안: 피고들이 시사 프로그램에서 유명 정치인인 원고 갑과 그의 남편이자 변호사인 원고 을 부부를 ‘종북 부부’라고 지칭하며 그들이 종북적인 성향을 가지고 있다고 비판하였는데, 원고들의 사진이 방송 화면에 비춰짐
- 2) 결론: 원고 을의 초상권 침해의 불법행위 인정, 위자료 1,000만 원⁵⁾ 인정
- 3) 구체적 판시

앞서 본 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 방송에서는 원고 을의 동의 없이 위 1. 마.항 기재와 같이 원고 을의 얼굴 사진을 사용하였으므로, 원고 을의 초상권이 침해되었다 할 것이다.

피고들은 원고 을이 변호사이자 사회운동가이며 유명 정치인인 원고 갑의 남편으로서 공인에 해당하므로 자신의 초상이 공표되는 것을 수인할 의무가 있다고 주장하나, 그 주장과 같은 사유만으로 원고 을에게 피고들이 자신의 초상을 방송에서 무단으로 사용할 것을 수인할 의무가 있다고 보기 어렵고, 이 사건 방송의 내용(원고 을을 ‘종북’으로 지칭하면서 반사회세력으로 비판하는 내용), 이 사건 방송에서 원고 을 얼굴 사진의 노출 정도(원고들 부부를 소개할 당시 클로즈업을 통해 원고 을을 식별할 수 있을 정도로 원고 을의 사진이 화면에 비춰졌을 뿐 아니라, 이후에도 다른 설명 과정

5) 명예훼손 및 모욕의 불법행위로 인한 위자료까지 포함된 금액이다.

에서 계속적으로 노출됨), 원고 을의 사진을 게시함에 있어 사전에 원고 을의 동의를 얻는 것이 어려웠던 긴급한 사정이 있어 보이지도 않는 점, 원고 을이 정치, 방송 등 대중 노출을 전제로 한 활동을 업으로 하고 있었던 것으로 보이지 않고, 달리 자신의 초상을 일반적으로 사용하도록 허용하였다고 볼 만한 아무런 근거가 없는 점 등에 비추어 보면 이 사건 방송에서 원고 을의 얼굴 사진이 노출됨으로써 침해되는 원고 을의 사익이 그를 통하여 달성할 수 있는 공익보다 현저히 큰 경우에 해당하므로, 위와 같은 원고 을의 얼굴 사진 무단사용은 그 수인한도를 넘었다고 할 것이어서 위법성이 조각된다고 볼 수 없다.

(중략)

이 사건 방송의 파급력, 원고들의 각 사회적 지위, 이 사건 방송으로 인하여 훼손된 원고들의 명예 및 원고 을의 초상권 침해의 정도 등 이 사건에 나타난 여러 가지 사정을 모두 고려하여 원고들에 대한 정신적 손해배상액을 각 1,000만 원으로 정한다.

4) 판단 고려 요소

- 위법성: 초상의 노출 정도, 초상 사용의 긴급성, 초상 사용 동의를 얻는 어려움의 정도 등. 유명 정치인의 배우자이자 변호사라는 것만으로는 자신의 초상을 방송에서 무단 사용하는 것을 수인할 정도의 공적 인물에 해당한다고 볼 수 없다고 판단
- 위자료 액수: 방송의 파급력, 원고들의 사회적 지위 등

라. 서울중앙지방법원 2015. 7. 15. 선고 2014가합577116

- 1) 사안: 방송사인 피고가 뉴스 프로그램에서 구원파(기독교복음침례회)의 내부 갈등을 보도하는 과정에서 앞으로 구원파를 이끌 유력한 실세로 대학교수인 원고의 실명, 직장, 직위, 사진을 포함시킴

2) 초상권 관련 결론: 원고의 초상권 침해의 불법행위 인정, 위자료 3,000만 원⁶⁾ 인정⁷⁾

3) 구체적 판시

2) 이 사건 보도의 사생활의 비밀과 자유 내지 초상권의 침해 여부

가) 위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 보도 중 원고와 관련된 부분은 원고의 종교생활에 관한 것으로 원고의 사생활의 영역에 속하는 사항에 해당하므로, 피고가 이 사건 보도를 통하여 이를 공표한 것은 특별한 사정이 없는 한 원고의 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것이라고 봄이 타당하다. 또한 이 사건 보도에서 원고의 사진이 포함되어 공표되었으므로 이 역시 특별한 사정이 없는 한 원고의 초상권을 침해한다고 봄이 타당하다.

나) 이에 대하여 피고는 기독교복음침례회가 큰 종교단체이고 그 지도자인 유병언이 일명 ‘세월호 사태’라는 국가적 비극과 관련하여 언론의 주목을 받고 있었던 상황이었으며, 원고의 직업인 대학교수는 우리 사회에서 일반적으로 공인으로 분류되는 직업군에 속하므로, 피고가 원고의 실명, 직장, 직위, 사진을 보도한 것은 위법성이 없다고 주장한다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 보도는 기독교복음침례회가 수백명의 무고한 생명을 수장한 세월호 사건의 주범이자 집단자살사건인 오대양 사건과 관련된 이단 종교단체로 여겨지는 등 지탄을 받고 있는 상황에서 이루어졌고, 그와 같은 상황에서 유병언을 이어 기독교복음침례회를 이끌 유력한 실세로 보도되는 경우 그 개인 역시 비난의 대상이 될 수 있다는 점은 충분히 예상할 수 있었다. 실제로 갑 제10, 11호증의 각 기재에 의하면 이 사건 보도 이후 원고는 자신의 강의가 수강인원 미달로 폐강되고, 직장동료와 학생들로부터 냉대를 받는 등의 피해를 입은 사실을 인정할 수 있다. 이와 같이 원고가 이 사건 보도로 입은 피해는 큰 반면, 이 사건 보

6) 초상 뿐 아니라 실명, 직장, 직위를 공개한 행위에 대한 위자료 액수이다.

7) 이후 항소심인 서울고등법원 2015나2046025 사건에서 1,500만 원의 위자료 지급이 포함된 내용으로 조정이 성립되었다.

도는 당시 ‘세월호 사건’과 관련하여 국민적 관심의 대상이 되었던 기독교 북음침례회에 관한 것이기는 하나 그와 같은 국민적 관심에 편승하는 것 외에 원고의 실명과 사진을 공개함으로써 얻을 수 있는 공공의 이익이 무엇인지 명확하지 않다.

따라서 이 사건 보도가 원고의 실명, 직장, 직위와 사진을 공개한 것은 그와 침해행위로 달성하려는 이익의 중대성, 침해행위의 필요성에 비하여 피해법익의 중대성, 침해행위로 인하여 피해자가 입는 피해의 정도, 피해이익의 보호가치가 더 크다고 보는 것이 타당하므로, 위법성이 조각되지 아니한다.

3) 소결론

앞서 본 바와 같이 이 사건 보도 중 일부는 허위사실로 원고의 명예를 훼손할 뿐만 아니라, 원고의 실명, 직장, 직위, 사진을 공개함으로써 원고의 사생활의 자유와 초상권 등 인격권을 침해하므로, 피고는 별지1 목록 기사를 삭제하고, 원고가 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다. 그리고 손해배상액은 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 고려하여 30,000,000원으로 정한다.

4) 판단 고려 요소

- 위법성: 원고가 입은 피해가 큰 반면 원고의 초상을 공개함으로써 얻을 수 있는 공공의 이익은 불분명함⁸⁾(대학 교수 등의 직업군에 속한다는 사실만으로 초상권 침해의 위법성이 약해질 정도의 공적 인물로 판단하지는 않은 것으로 해석됨)

4. 질의사항

가. 디지털 시대의 초상권 침해의 파급력 관련

디지털 시대에 인터넷 등 새로운 매체를 통하여 초상권이 침해될 경우, 그 파급력과 지속성은 기존의 신문, 방송 등 매체에 비하여 현저히 커질

8) 국민적 관심이 큰 사안이라는 사실만으로 초상 공개의 공공의 이익이 커지는 않는 것으로 보았다.

것으로 보입니다. 초상권 침해 수단의 파급력을 초상권 침해의 위법성을 뒷받침하는 요소로 시 고려하는 방법과, 위자료 액수를 증액하는 요소로 고려하는 방법이 있는데, 앞서 본 국내 대법원 판례에 의하면 이는 ‘침해 방법의 상당성’으로 위법성 국면에서 고려될 수 있을 것이고, 위 국내 하급심 판결들은 이를 위자료 액수 산정에 고려하고 있는 것으로 보입니다.

발표자께서 발표에 중점을 두신 독일의 인격권 법리에 의하면 초상권 침해 매체의 파급력이 초상권 침해로 인한 손해배상 사건의 판단의 논리적 단계 중 어느 단계의 어떠한 요소로 고려될지, 그러한 법리가 우리 법원에 시사할 수 있는 점은 무엇일지 여쭙고자 합니다.

나. 공적 인물 또는 공적 관심사 관련

디지털 시대에는 일반 대중의 정보 접근성이 커짐으로 인하여 공적 인물 또는 공적 관심사에 대한 초상권 침해 여부가 논란이 되는 사건이 더욱 빈번하게 일어날 것으로 보입니다. 그러나 앞서 소개한 바와 같이 우리 법원에서는 공적 인물 또는 공적 분야와 관련한 초상권 침해 법리가 아직 독일만큼 구체화되어 있지는 않은 것으로 생각합니다.

공적 인물 또는 공적 관심사와 관련한 초상권 침해가 문제되는 사건에서, 앞서 소개한 우리 대법원 또는 하급심 판결례에서 고려한 요소 외에도, 위법성 또는 위자료 산정 측면에서 우리 법원이 더욱 중점을 두고 고려하여야 할 요소가 있다면 어떤 것이 있을지 여쭙고자 합니다.

[세션 2] 주제발표

디지털 시대의 초상권 침해 양상과
가상의 사례와 국내외 판례로 본 법리 적용

장 태 영

서울서부지방법원 판사

디지털 시대의 초상권 침해 양상과 가상의 사례와 국내외 판례로 본 법리 적용

장 태 영(서울서부지방법원 판사)

목 차

1. 들어가며	61
가. 초상권의 기본 개념	61
나. 이 글의 구성	62
2. 초상권 법리의 초기 전개과정과 진화 가능성 등	63
가. 초상권 법리의 초기 전개과정	63
나. 초상권의 3대 구성요소	65
1) 촬영·작성거절권	65
2) 공표거절권	66
3) 초상영리권(퍼블리시티권)	66
다. 초상에 관한 법령의 규정 등	68
1) 법령 등	68
2) 언론 내부준칙	69
라. 논의의 전제로서 인격권의 진화 가능성	70
3. 초상권의 보호 필요성	73
4. 가상의 사례와 국내외 판례로 본 초상권의 보호범위와 법리 적용	79
가. 가상의 사례 제시	79
나. 초상권(인격권)에 대한 기본적 접근방법	79
1) 제한되지 않은 초상권 보호의 영역과 이익형량	79
2) 초상권과 초상주체에 대한 사회적 평가의 관계	83
3) 시대적 흐름과 초상권(인격권)에 대한 평가	85
다. 기술발전과 초상권	87
1) 개인정보의 가치 증대와 정보요구의 확대	87
2) 기술발전과 사적 영역의 상대성	92
3) 초상권 침해유형의 다양화와 다른 개별적 인격권 침해와의 중첩	95
가) 침해유형의 다양화	95
나) 다른 개별적 인격권 침해와의 중첩과 False Light	97
4) 기술발전과 새로운 침해유형, 익명화의 문제	101
라. 초상권의 대상 및 주체	105
1) 초상권의 대상, 특수한 개인식별 정보 그리고 초상 개념의 생존 가능성	105
2) 법인, 망인, 태아	110
3) 물건	114

마. 초상권의 구체적인 보호범위	115
1) 초상권 보호범위의 획정을 위한 방법론 - 이익형량	115
가) 초상권 제한의 위법 여부와 이익형량	115
나) 기본 법리와 이익형량의 법적 체계	117
다) 법령으로 선제된 이익형량	119
2) 초상권 제한의 영역과 초상권의 보호범위	122
가) 공공장소	122
나) 공개된 집회·시위	125
다) 공적 기록	127
3) 초상의 전달 매체와 초상권의 보호범위	128
4) 초상권 제한의 수단과 목적, 촬영·공표된 초상의 민감성	130
가) 수단과 목적	130
나) 촬영·공표된 초상의 민감성	132
5) 공적 인물과 공중의 정당한 관심	135
가) 초상주체의 성격과 수인한도의 탄력성	135
(1) 공인(공적 인물, Public figures) 이론	136
(2) 공적 인물의 확정 및 확장	137
(3) 공적 인물과 수인의무의 한계	140
나) 사적 영역의 촬영과 공중의 정당한 관심	141
(1) 기본 법리	141
(2) 민감한 사적 사항에 대한 정당한 관심 對 단순한 호기심	144
(3) 공적 인물에 대한 사적 영역의 보장 필요성	146
바. 피의자·피고인·전과자와 초상권	148
1) 기본 법리	148
2) 범죄보도의 출발 - 충분한 취재	149
3) 형사절차 관련 출석, 체포 장면과 초상권	151
4) 찰과의 기간과 잊혀질 권리	155
가) 망각의 필요성	155
나) 시간의 경과와 전과자의 인격권	157
다) 전과자의 인격권에 관한 이익형량	153
사. 면책 사유로서 동의	164
1) 동의의 의의와 기본 법리	164
2) 초상주체의 적극적·소극적 행동과 묵시적 동의, 그리고 초상주체의 자기결정권과 상대방의 설명의무	166
3) 미성년자와 동의	170
4) 동의의 범위와 조건, 기한	172
5) 형해화되고 형식적인 동의	176
6) 초상주체와 상대방 간 불균형, 동의철회에서의 초상주체와 상대방 보호	179
아. 다수 당사자의 초상권 제한과 공동불법행위	181
1) 통신사 제공기사와 초상권	182
2) 방송사업자와 외주제작사	185
3) ISP와 인터넷 쇼핑몰의 게시공간	186

5. 초상권 침해에 대한 권리구제	188
가. 권리구제 개관	188
나. 손해배상청구	189
다. 침해배제·예방청구와 예외적인 사전금지	190
라. 언론중재법상 정정·반론보도청구	193
마. 명예회복에 적당한 처분의 유추적용 여부	194
6. 결론에 갈음하여 - 초상권에 대한 도전과 발전 방향, 그리고 법률가의 감수성	196
참고문헌	203
별지[각종 통계 관련 표]	207

Abbreviation

「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」	언론중재법
「개인정보 보호법」	개인정보법
「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」	정보통신망법
「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」	특정강력범죄법
「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」	성폭력처벌법
「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」	청소년성보호법
「Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie」	KunstUrhG
미국 연방대법원(Supreme Court of the United States)	SCOTUS
영국 귀족원(House of Lords)	UKHL
독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)	BVerfG
독일 연방대법원(Bundesgerichtshof)	BGH
일본 최고재판소(日本 最高裁判所)	最高裁
유럽 사법재판소(Court of Justice of the European Union)	CJEU
유럽 인권재판소(European Court of Human Rights)	ECtHR
American Law Institute Restatement (Second) of Torts	2nd Rest.
EU Directive 95/46/EC	EU Directive
EU General Data Protection Regulation(2016/679)	EU GDPR

1. 들어가며

가. 초상권의 기본 개념

1) 초상(肖像)이나 초상권은 열린 개념이다. 후술하듯 시대의 흐름과 요청, 정보화, 기술발전, 공동체의 관습·관례·컨센서스 등 다양한 요인에 따라 변화하는 개념이다. 인식하지도 못했고 중요하다고 생각하지도 못했던 것을 개념화하고 보호할 수는 없다. 법의 발전은 불가피하고 필연적이다.¹⁾ 초상권의 외연을 단언하는 것은 어려울 뿐만 아니라, 그 실익도 적다. 정의를 시도하더라도 단기간에 적정성과 시의성(時宜性)을 상실하고 말 것이다.²⁾ 오히려 열린 개념과 변화에 대한 탄력성에 새롭고 발전적인 논의가 더해지면서 법의 발전과 진화를 유도하였을지도 모른다.³⁾ 물론 초상권에 대하여는 다양한 권리와 법익이 대립하고 있으므로 세밀하고 정교한 ‘이익형량’에 따라 보호범위를 설정해야 한다.

2) 서론에서는 기초적이고 일반적으로 수용되는 한도에서만 언급한다. 초상권의 확정(劃定)은 어렵지만, 본질적인 부분에서는 분명하다. 사전적 의미의 초상은 ‘사진, 그림 따위에 나타낸 사람의 얼굴이나 모습’이다.⁴⁾ 일반적으로 얼굴뿐 아니라 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징을 포함하여 설명한다. 한편 언론중재법 제5조 제1항에

1) 후술하는 Warren과 Brandeis는 프라이버시를 설명하면서 “This development of the law was inevitable” 라고 하였다. Samuel D. Warren · Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, 4 Harvard Law Review 193, 195(1890).

2) “인격권은 계속 형성중인 권리이기 때문에 그 실체를 명확하게 파악하는 것은 매우 어려운 일이다” 라는 김재형, “언론의 사실보도로 인한 인격권 침해”, 법학 제39권 제1호(서울대학교 법학연구소, 1998), 189쪽 참조.

3) 죄형법정주의가 적용되는 형벌규정의 구성요건도 유동적일 수 있다(예컨대, 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017도16732 판결). “‘잔인’은 사전적 의미로 ‘인정이 없고 아주 조짐’을 뜻하는데, 잔인성에 관한 논의는 시대와 사회에 따라 변동하는 상대적, 유동적인 것이고, 사상, 종교, 풍속과도 깊이 연관된다 ... 금지하는 잔인한 방법인지 여부는 특정인이나 집단의 주관적 입장에서가 아니라 사회 평균인의 입장에서 그 시대의 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 판단하여야 한다”

4) 국립국어원 표준국어대사전 <<http://stdweb2.korean.go.kr/>> (2018. 10. 30. 최종 방문).

서 초상을 성명, 음성 등과 함께 병렬적으로 규정하므로,⁵⁾ 초상에 성명과 음성은 포함되지 않는다고 해석할 수 있다. 초상권은 바로 이러한 초상을 보호하는 권리이다.

3) 대법원은 2004년 ‘리딩 판결’에서 초상권을 “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리”라고 설명하였다.⁶⁾⁷⁾ 헌법재판소도 “사람은 자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리”를 가진다고 판시하였다.⁸⁾

나. 이 글의 구성

제1항을 비롯하여 총 6항으로 된 이 글은 아래와 같은 순서와 내용으로 구성된다.

1) 제2항에서는, 초상권 법리의 전개과정, 초상권의 세분화된 3가지 권리, 초상권에 관한 법령과 언론의 내부준칙을 살펴보고, 초상권을 비롯한 인격권이 시대 흐름에 따라 변화하고 진화한다는 점을 언급한다.

2) 제3항에서는, 초상권을 보호할 필요성이 무엇인지 살펴본다. 보호 필요성은 향후 법리 발전에 있어 중요한 시사점이 된다.

3) 제4항에서는, 초상권의 보호범위를 가상의 사례와 함께 설명하면서

5) 제5조(언론등에 의한 피해구제의 원칙)

① 언론, 인터넷뉴스서비스 및 인터넷 멀티미디어 방송은 타인의 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상, 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리를 침해하여서는 아니 되며, 언론등이 타인의 인격권을 침해한 경우에는 이 법에서 정한 절차에 따라 그 피해를 신속하게 구제하여야 한다.

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

7) 위 판결은 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다11993 판결, 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다39277 판결, 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결 등을 비롯하여 다수의 하급심 판결에서 원용되고 있다.

8) 헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2012헌마652 결정.

현재 법리의 한계와 미래 법리 발전을 위한 일종의 문제의식을 제기하고자 한다. 과거 또는 현재 중요한 이슈, 그리고 미래에 중요한 이슈로 제기될 수 있는 것은 무엇인지도 살펴본다. 국내외 사례와 그 이론적 배경을 살펴보면서 우리가 초상권을 어떠한 관점과 방향에서 보호해야 하고, 다른 법익과의 경계를 어떻게 설정해야 하는지 시사점도 찾아보고자 한다.

4) 제5항에서는, 초상권 침해에 대한 권리구제 수단을 간략히 살펴본다.

5) 제6항에서는, 결론에 갈음하여 초상권에 대한 도전과 발전 방향, 초상권을 비롯한 인격권 전반의 법리를 실제적으로 적용할 법률가의 감수성을 언급한다.

2. 초상권 법리의 초기 전개과정과 진화 가능성 등

가. 초상권 법리의 초기 전개과정

1) 대법원은 1980년 최초로 ‘인격권’이라는 용어를 판결에서 사용하였다.⁹⁾ (일반적) 인격권¹⁰⁾은 인격에 전속하는 생명, 신체, 명예, 초상 등의 인격적 이익을 총칭한다. 인격권은 본래 ‘*Persönlichkeitsrecht*’를 번역한 것으로 독일의 개념이다.¹¹⁾ 우리 법원이 ‘초상권’을 처음 언급한 것이 1982년,¹²⁾ ‘퍼블리시티권’을 처음 언급한 것이 1995년¹³⁾이다. 대

9) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1883 판결.

10) 인격권은 ‘일반적 인격권’, 그리고 일반적 인격권이 포괄하는 초상권 등과 같은 ‘개별적 인격권’으로 구분된다. 헌법재판소는 “헌법 제10조로부터 도출되는 초상권을 포함한 일반적 인격권”이라는 판시를 하여 일반적·개별적 인격권의 개념을 채용하였다(헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2012헌마652 결정).

11) BGH는 ‘*Leserbrief* 사건’에서 기본법 제1조, 제2조를 통해 독일 민법 제823조 제1항에서 정한 “그 밖의 권리”로서 일반적 인격권을 인정하였다. BGH, Urteil vom 25. Mai 1954 - I ZR 211/53.

12) 서울민사지방법원 1982. 7. 21.자 82카19263 결정.

「서울은 지금 몇 시인가 - 신선호와 울산드라마」라는 책에 신청인의 동의를 받지 않고 게재된 사진을 삭제하여야 한다고 판단하였다.

13) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결.

「무궁화 꽃이 피었습니다」와 「소설 이회소」에 관한 사례로, “퍼블리시티권이라 함

법원이 인격권과 표현의 자유가 충돌하였을 때의 ‘조정’과 ‘상당성’ 법리를 제시한 것이 1988년이고,¹⁴⁾ 리딩 판결에서 어느 정도 정리된 초상권 법리를 제시한 것이 2004년이다. 판례상 초상권의 역사는 길지 않고, 초상권은 아직 숙성되지 않은 ‘젊은 권리’라고 볼 수 있다.

2) 미국에는 인격권에 딱 들어맞는 개념은 없다. ‘Torts’의 한 유형인 프라이버시 침해로 우리가 말하는 초상권을 보호한다. 프라이버시권은 ‘타자의 관여로부터 외부에 알려지기를 원하지 않는 삶의 사적 영역을 통제할 수 있는 권리’ 정도로 정의할 수 있다.¹⁵⁾ 프라이버시권은 Warren과 Brandeis의 1890년 논문에서 처음으로 언급되었다. 이후 조지아 대법원이 1905년 ‘*Pavesich* 사건’에서 프라이버시권을 최초로 승인하여 판례상 시초가 되었다.¹⁶⁾ Prosser는 1960년 논문에서 프라이버시권 관련 불법행위를 ㉠ 사적 영역에 대한 침입(Intrusion), ㉡ 사적 사항의 공개(Public disclosure of private facts), ㉢ 공중에 잘못된 인식 심어주기(False light in the public eye), ㉣ 인격적 징표 등의 도용(Appropriation) 4가지로 나누어 고찰하였다.¹⁷⁾ Prosser의 4유형은 법리 형성의 모범이 되었다. 2nd Rest.도 같은 유형에 따라 프라이버시권 침해를 설명한다.¹⁸⁾ SCOTUS는 1965년 ‘*Griswold* 사건’에서 프라이버시권을 독자적인 헌법상 권리로 인정하였다.¹⁹⁾ 현재 우리의 초상권 법리에는 독일의

은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용한 권리”라고 설명하였다.

14) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

15) 권영준, “프라이버시 보호의 정당성, 범위, 방법”, 사법 제41호(사법발전재단, 2017), 283쪽.

16) *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 69 L.R.A. 101(Supreme Court of Georgia, 1905). 피고 보험회사가 광고에 원고의 사진 등을 사용한 사안에 관한 판결이다.

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

18) Restatement (Second) of Torts § 652A General Principle(1977).

다음과 같은 4가지 유형을 제시한다.

(a) unreasonable intrusion upon the seclusion of another

(b) appropriation of the other’s name or likeness

(c) unreasonable publicity given to the other’s private life

(d) publicity that unreasonably places the other in a false light before the public

19) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479(1965). 피임기구의 사용을 금지하는 주 법률이 결혼생활에서의 프라이버시권을 침해한다고 판단하였다.

인격권 법리와 미국의 프라이버시 법리가 혼용되어 있다. 우리는 프라이버시/사생활 침해와 초상권 침해를 일단 별도의 개념처럼 다루기도 한다. 프라이버시의 핵심 중에는 정보 통제가 있고,²⁰⁾ 초상도 마찬가지로 생각한다. 프라이버시권과 초상권과 중첩된 부분이 상당히 존재하고, 미국의 프라이버시 법리는 우리의 초상권에 참고할 만한 부분이 많다.

3) 일본에도 초상권을 인정하는 명시적 규정은 없으나, 最高裁가 ‘京都府学連デモ 사건’에서 ‘사생활의 자유로서 누구든지 자신의 승낙 없이 함부로 용모, 자태 등을 촬영 당하지 아니할 자유를 가진다’고 판시한 이래 초상권을 인정하여 왔다.²¹⁾

나. 초상권의 3대 구성요소

앞서 본 전개과정을 거쳐 현재 초상권은 다음과 같이 3가지 구체적인 권리로 나누어 고찰하는 것이 일반적이다. 구체적인 이슈에 관하여는 초상권의 보호범위에서 다루므로, 여기에서는 간략하게 개념 정도만 본다. 물론 이러한 세분화는 사안을 추상·단순화한 다음 유형에 포섭시켜 어떤 즉각적인 결론을 도출하는 데 도움이 된다. 실제 사건을 해결할 때 유용한 측면이 있다. 그러나 초상권이 가지는 특유한 본질을 이해하는데 장애가 될 수도 있다는 점을 유념해야 한다.

1) 촬영·작성거절권

우선 초상주체의 동의 없이 함부로 촬영 또는 작성되지 아니할 권리가 초상권의 한 내용으로 인정된다.²²⁾ Prosser의 ‘Intrusion’ 유형에

20) 권영준, *supra* note 15, 282쪽.

21) 最高裁判所 昭和40年(あ)第1187号(昭和44年12月24日).

22) 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 법학 제48권 제1호(2007, 서울대 법학연구소), 427쪽.

가깝다. 초상이 공표되지 않더라도 초상권 침해가 발생할 수 있다. 촬영만으로도 충분히 정신적 고통이 발생할 수 있다. 예컨대, 병원 침대에 누운 모습, 집에서 편하게 있는 모습, 갑작스러운 바람에 치마가 날리는 모습 등이 무단촬영된 경우를 들 수 있다.²³⁾ 대법원은 이미 프라이버시와 관련하여 개인정보가 제3자에게 공개되지 않더라도 일정한 경우 그 수집·관리 자체가 위법할 수 있다는 점을 명확히 해두었다.²⁴⁾

2) 공표거절권

개인의 초상이 타인에게 공표되지 아니할 권리를 의미한다. 즉 촬영, 작성된 초상이 공표, 배포, 복제, 전시되지 아니할 권리이다. Prosser의 ‘Public disclosure’ 유형에 가깝고, 경우에 따라 ‘False Light’²⁵⁾ 유형에 해당할 수 있다. 사실 초상의 공표 전까지 촬영·작성거절권이 침해되었는지 알기란 어렵다. 촬영자가 몰래 찍어 고이 간직하고만 있다면 초상주체로서는 촬영 자체를 알 수가 없다. 그래서 공표거절권이 초상권의 핵심이라는 평가도 있다.²⁶⁾ 평온, 공연하게 촬영되어도 무단공표로써 공표거절권이 침해될 수 있다. 반대로 공표 단계에서 익명화 조치를 철저히 하여 개인식별이 불가능하였다면 공표거절권 침해라고 보기는 어렵지만, 무단촬영으로 이미 촬영·작성거절권 침해가 성립하였을 수 있다.

3) 초상영리권(퍼블리시티권)

가) 대체로 초상권에는 ‘동의 없이 자신의 초상이 영리적으로 이용되지 아니하고 영리적으로 사용된 경우에는 그 대가를 청구할 수 있는 권

23) W.P. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton & D. Owen, Prosser and Keeton on The Law of Torts(W.P. Keeton 5th ed. 1984), p. 856

24) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결.

25) 이하 ‘공중에 잘못된 인식 심어주기’를 ‘False Light’ 라고 칭한다.

26) 함석천, “초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개”, 법조 제55권 제12호(법조협회, 2006), 205쪽.

리'가 포함된다고 본다. 대법원은 초상권에 '영리적으로 이용당하지 아니할 권리'를 포함시켜 소극적인 측면이지만 초상영리권의 단초를 제시한다. Prosser의 'Appropriation' 유형에 가깝다. 사실 인격권에 재산권적 성격까지 포함된다는 논지가 선뜻 납득하기 어렵다는 지적이 있다. 여하튼 현실에서는 이미 초상에 관한 재산적 이익이 다양한 형태로 거래되고 있다.

나) 초상영리권과 관련하여 퍼블리시티권을 언급하지 않을 수 없다.²⁷⁾ 퍼블리시티권은 '특정인의 초상, 성명, 음성이나 그것과 유사한 것들을 광고 혹은 상품판매 등 널리 영리적으로 사용할 수 있는 권리'로 정의할 수 있다.²⁸⁾ 最高裁는 'ピンク・レディー 사건'에서 퍼블리시티권은 인격권에서 유래하는 것으로 오로지 고객흡인력의 이용을 목적으로 초상을 사용한 경우 퍼블리시티권 침해로 불법행위가 성립할 수 있다고 본다.²⁹⁾ 우리 하급심에서는 초상영리권과 퍼블리시티권을 동일한 개념으로 전제하거나 특별히 구분하지 않는 경우, 퍼블리시티권을 부정³⁰⁾ 내지 긍정³¹⁾하는 경우가 나뉘어 있다. 과거 퍼블리시티권을 긍정하는 경향이 하급심 판례와 학설에서 주류를 이루는가 싶더니 최근에는 오히려 판례와 학설 모두에서 반대하는 입장이 더 커진 것으로 판단된다.³²⁾ 최근에도 개그맨의 퍼블리시티권을 인정한 사례도 있으나³³⁾, 영화 관련 가처분사건에서 퍼블리시티권이 부정되기도 하였다.³⁴⁾ 퍼블리시티권을

27) 퍼블리시티권은 1953년 미국 판결에서 처음으로 언급되었고[*Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866(United States Court of Appeals Second Circuit, 1953)], Nimmer의 1954년 논문을 계기로 발전되어 왔다[Melville B. Nimmer, "The Right of Publicity", 19 Law & Contemp. Probs. 203(1954)].

28) 박준석, "인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 - 최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로 -", 법학 제56권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2015. 12.), 73쪽.

29) 最高裁判所 平成21年(受)第2056号(平成24年02月02日).

30) 예컨대, 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결(확정); 서울서부지방법원 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결(확정).

31) 예컨대, 서울서부지방법원 2010. 4. 21.자 결정 2010카합245.

32) 박준석, *supra* note 28, 76쪽.

33) 서울중앙지방법원 2017. 12. 8. 선고 2016가단5031728 판결(확정).

34) 서울중앙지방법원 2017. 8. 14.자 2017카합81063 결정(확정).

부정하는 하급심 판결은 ‘법필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점·배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기 어렵다. 성립요건, 양도·상속성, 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적 근거가 마련되어야 비로소 퍼블리시티권을 인정할 수 있다’라는 취지로 판시하는 경우가 많다.³⁵⁾³⁶⁾ 이에 대하여 퍼블리시티권은 과거보다 분명한 근거조항(「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조 제1호 차목)을 갖게 된 점, 입법자는 현대산업사회에서 초상 등을 타인으로 하여금 적절히 활용하는 것을 허용할 필요성을 인정하고 있는 점, 정책적으로도 보호할 필요성이 있는 점 등의 근거를 들어 독립된 퍼블리시티권이 인정된다는 견해가 유력하다.³⁷⁾ 다만, 이 글에서 재산권 내지 재산적 이익이 주로 문제되는 초상영리권 내지 퍼블리시티권은 제외하고, 순수한 인격권으로 논의의 대상을 한정한다.

다. 초상에 관한 법령의 규정 등

1) 법령 등

가) 언론중재법이 제정되면서(2005. 1. 27. 법률 제7070호) 제5조 제1항에서 ‘초상’에 관한 권리를 인격권의 일부로 명시하였다. 다만, 민법에는 인격권에 관한 명시적인 규정이 없고, 민법 개정안에 인격권 규정을 들지, 나아가 ‘퍼블리시티권’ 규정까지 들지 논의되어 왔다.

나) 상표법 제34조(상표등록을 받을 수 없는 상표), 제90조(상표권의 효력이 미치지 아니하는 범위)에서 ‘초상’이라는 용어를 사용하고, 저

35) 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결(확정)이 퍼블리시티권을 부정하는 판결의 시초가 되었다고 한다.

36) 서울중앙지방법원 2013. 10. 1. 선고 2013가합509239 판결(제1심).

서울고등법원 2014. 4. 3. 선고 2013나2022827 판결(항소심), 대법원 2014. 7. 10. 선고 2014다209364 판결(상고심)에서 퍼블리시티권에 관한 명시적 판단을 하지는 않았고, 제1심판결이 그대로 확정되었다.

37) 박준석, *supra* note 28 참조.

작권법 제35조 제4항에서 ‘초상화’ 라는 용어를 사용한다. 한편 지방자치단체 조례, 특히 CCTV와 같은 영상정보처리기기에 관한 조례에서 ‘초상’ 이라는 용어가 자주 등장한다.³⁸⁾ 방송법 제33조에 따라 제정된 「방송심의에 관한 규정」 제19조 제2항, 제4항은 방송은 부당하게 개인의 초상권을 침해하여서는 아니 된다고 규정한다.

다) 초상은 ‘개인정보’³⁹⁾에 해당할 수 있다. 개인정보에 관한 소위 ‘옴니버스’ 입법으로서 개인정보법이 있다. 다만, 개인정보법 중 일부는 언론이 취재, 보도 등 고유 목적으로 수집, 이용하는 개인정보에 관하여는 적용되지 않는다(제58조 제1항 제4호). 정보통신서비스 이용자의 개인정보를 보호하고 건전한 정보통신망의 이용 환경을 조성하기 위한 정보통신망법도 있다. 한편 초상은 일정한 경우 ‘비밀’에 해당할 수 있고, 형법은 비밀침해죄(제316조), 업무상비밀누설죄(제317조), 공무상비밀누설죄(제127조)를 처벌한다. 초상이 피의사실과 함께 공표되는 경우 피의사실공표죄(제126조), 초상이 사실 적시와 결부되는 경우 명예훼손죄(형법 제307조)가 성립할 수 있다. 성폭력처벌법, 정보통신망법은 수치스럽거나 음란한 사진, 영상에 해당하는 초상의 촬영, 유포 등을 금지하고 처벌한다. 다만, 이 글에서 형사적 측면은 제외하고 민사적 측면으로 논의의 대상을 한정한다.

2) 언론 내부준칙

언론도 초상권, 프라이버시의 보호 필요성에 대하여 충분히 인식하고 있고, 실제로 다음과 같은 내부준칙에 초상권, 프라이버시에 관한 규정

38) 예컨대, 「서울특별시 영상정보처리기기 설치 및 운영에 관한 조례」 제2조 제4호는 “개인영상정보라 함은 영상정보처리기기에 의하여 촬영·처리되는 영상정보 중 개인의 초상, 행동 등 사생활과 관련된 영상으로서 해당 개인의 동일성 여부를 식별할 수 있는 정보를 말한다.”고 규정한다.

39) 개인정보법 제2조 제1호는 개인정보를 “살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다”고 정의한다.

이 포함되어 있다. 다만, 자세한 규정 내용은 생략한다.

-
- 윤리강령 (한국기자협회)
 - 신문윤리강령 (한국신문윤리위원회)
 - 신문윤리실천요강 (한국신문윤리위원회)
 - 인권보도준칙 (한국기자협회 · 국가인권위원회)
 - 자살보도 윤리강령 (한국기자협회 · 한국자살예방협회)
 - 자살보도 권고기준 2.0 (한국기자협회 · 보건복지부 · 중앙자살예방센터)
 - 성폭력범죄 보도 세부 권고기준 (한국기자협회 · 국가인권위원회)
 - 성폭력 사건 보도 가이드라인 (한국기자협회)
 - 재난보도준칙 (한국신문협회 · 한국방송협회 · 한국신문방송편집인협회 · 한국기자협회 · 한국신문윤리위원회)
 - 카메라기자협회 윤리강령 (한국방송카메라기자협회)
 - 한국사진기자협회 윤리규정 (한국사진기자협회)
-

라. 논의의 전제로서 인격권의 진화 가능성

차츰 살펴보겠지만, 엄밀한 정의와 명시적 입법이 없는 인격권의 논의를 전개하기 이전에 간략히 인격권의 진화 가능성을 언급한다.

1) 불과 한 세대 전만 해도 초상권을 비롯한 인격권 전반에 대한 관심은 미미했다. 민법에는 ‘인격’, ‘사생활’, ‘초상’이라는 용어 자체도 등장하지 않는다. 소유권과 같은 재산권과 비교하여, 인격권 전반에 대한 법리가 완전히 정립되지는 않았다. 그러나 다소 느리긴 해도 계속 발전하여 왔다. 그리고 발전해야 한다. 눈으로 얼굴만 보던 시대, 사진기에 흥분했던 시대와 휴대폰으로 홍채를 인식하고 빅데이터 분석을 하는 시대의 법리가 같을 수는 없다. 인격권에 관한 인간의 자각도 차츰 고조되었고, 법률가의 관심도 점증하기 시작했다. 초상이나 개인정보 자체에 대한 공중의 관심도 높아졌다. 물론 예전에는 없던 무언가가 갑자기 선물처럼 던져진 것은 아니다. 인격권은 원래부터 있었던 천부인권

이었으나, 우리가 생존과 물질 자체에 급급하기도 했거니와 그냥 덮어 두거나 제대로 음미하지 못했다. 우리는 인격권의 ‘이름’을 제대로 불러주지 못했고, ‘의미’도 제대로 부여하지 못했을 뿐이다. 개인보다는 단체, 국민보다는 국가, 정신보다는 물질이 좀 더 강조되었던 우리네 사회 분위기도 한몫했을 수 있다.

2) 법은 사회변화에 연동하여 변화한다.⁴⁰⁾ 인격(초상)의 개념 자체가 계속 발전하므로 인격권(초상권) 역시 열린 개념일 수밖에 없다.⁴¹⁾ 실제로 인격권 법리를 되돌아보면 다음과 같이 인격권은 권리의 다발로서⁴²⁾ 탄력적이고 능동적으로 변화할 수 있다는 점을 쉽게 알 수 있다. 한편 인격권, 초상권이라는 개념의 추상성은 구체적인 사안에서는 보호범위를 정할 수 있으므로 법적 안정성을 침해한다고 보기는 어렵다.

가) 초기 프라이버시권은 ‘홀로 있을 권리’ 정도로 다소 소극적인 측면에서 논의되었다.⁴³⁾ 그러나 프라이버시권은 사생활에 관한 자기결정권, 개인정보통제권이라는 적극적 개념으로 확대되었다. 포르노 소지와 같은 개인의 결정을 국가로부터 방해받지 아니할 권리, 낙태의 자유⁴⁴⁾까지 인정하는 기초가 되었다.⁴⁵⁾ BVerfG 역시 ‘*Volkszählung* 사건’에서 개인정보자기결정권을 헌법상의 기본권으로 확인하였다.⁴⁶⁾

나) 현재 우리도 인격권을, 과거와 비교하여, 다양한 영역과 범위에서 논의하고 있다. 특히 대법원은 ‘사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를

40) 권영준, “계약법의 사상적 기초와 그 시사점 -자율과 후견의 관점에서-”, 저스티스(한국법학원, 2011), 170쪽.

41) 이건웅, “언론에 의한 인격권의 침해와 구제”, 재판자료 제66집(법원도서관, 1994), 321쪽.

42) 영미법계 법률가에게는 재산권을 ‘권리의 다발’(Bundle of rights)로 이해하고, 소유권을 단일한 권리가 아닌 여러 개의 권리가 복합적으로 합쳐진 것이라는 관념이 자연스럽다고 한다. 서울대학교 산학협력단(책임연구원 권영준, 민사법 기본원리의 재판을 통한 실현에 대한 연구(대법원 정책연구용역자료, 2015), 154쪽 이하.

43) Restatement (Second) of Torts § 652A General Principle - Comment a.(1977).

44) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113(1973).

45) 한위수, “사생활비밀의 보호 -그 공법적측면”, 저스티스 제76호(한국법학원, 2003), 13쪽.

46) BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 - 1 BvR 209/83 -, BVerfGE 65, 1-71.

자유적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장’ 한다고 선언하였다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 인격권은 명예, 프라이버시를 넘어 쾌적한 환경,⁴⁹⁾ 개명,⁵⁰⁾ 태아 성별정보에 대한 접근,⁵¹⁾ 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 접하지 않을 권리,⁵²⁾ 전자정보에 대한 압수·수색의 제한,⁵³⁾ 한센인에 대한 산아제한 정책과 낙태수술 및 정관절제수술의 위법성,⁵⁴⁾ 의료행위를 선택할 권리⁵⁵⁾ 등 다양한 국면에서 모권(母權) 내지 이론적 근거가 되었다. 인격권은 살아 움직이고 진화하면서 인간의 존엄을 보장해 주는 역할을 하고 있다.

다) 최근 EU를 중심으로 논의되는 ‘잊혀질 권리’도 마찬가지이다. 명칭이야 어떠하든 잊혀질 권리의 본질적 부분은 인격권의 구체적 발현이라고 생각한다. 우리가 미처 인식하지 못했던 인격권의 한 부분이 좀 더 선명해지면서, 비로소 이름을 찾아 붙여주고 의의를 찾게 되었다고 볼 수 있다.

3) 시간이 흐르면서 자연스럽게, 의식주에 대한 생존경쟁에서 차츰 자유로워지면서, 우리의 머리와 마음을 뒤흔드는 어떤 사건을 계기로, 제대로 의식하지 못하고 간과하였던 인격권의 조각들을 하나씩 모아 음미하게 되었을지 모른다. 인격권에 관한 입법이 없으므로 보호범위나 구제수단을 한정적으로 보려는 견해도 있다. 그러나 인격권에 관한 해석, 그리고 기존 불법행위법의 적용으로 해결할 수 있는 영역이 상당히 넓

47) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결.

48) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513, 2004헌마190(병합) 결정.

헌법재판소는 개인정보자기결정권을 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”, “독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권”이라고 설명한다.

49) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결 중 반대의견.

위법한 일조방해는 단순한 재산권의 침해에 그치는 것이 아니라 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 개인의 인격권을 침해하는 성격도 지니고 있다”

50) 대법원 2005. 11. 16.자 2005스26 결정.

51) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌마1010, 2005헌바90(병합) 결정.

52) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도9775 판결.

53) 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017도3449 판결.

54) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017다202654 판결.

55) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다230535 판결.

다고 생각한다(어쩌면 필자는 인격권에 관하여는 사법 적극주의자일 수도 있다). 사실 불법행위법은 오래전부터 우리가 명확히 표현하지 못하는 많은 부분의 법의 침해를 구제하여 왔다.⁵⁶⁾ 물론 불명확성은 예측가능성을 떨어뜨린다. ‘Chilling effect’로 행동의 자유마저 제한될 수 있다. 하지만 불법행위법은 시대적 요청과 사회의 변화에 적극적인 대처를 할 수 있도록 도와주었다. 불명확성은 급변하는 시대와 사회의 전개를 쫓아 유연하게 대처할 수 있는 잠재력을 의미하기도 한다.⁵⁷⁾ 누차 강조하겠지만, 결국은 전자의 위험을 최소화하고, 후자의 장점을 두텁게 누려야 한다. 본래 인간의 다양한 권리 자체가 시대의 흐름과 시대의 요구에 따라 변화하여 왔다.⁵⁸⁾ 인격권은 총아 개념으로,⁵⁹⁾ 적어도 지금 보다는 좀 더 존중받아야 한다고 생각한다.

3. 초상권의 보호 필요성

가. 초상권은 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치), 제17조(사생활의 비밀과 자유)에 의하여 헌법상 보장되는 인격권의 일부이다. 인격권은 인간의 본질이자 고유한 가치이고, 모든 기본권 보장의 종국적인 목적이 된다.⁶⁰⁾ 초상권은 불법행위법(민법 제750조, 제751조)⁶¹⁾에 따라 보호받을 수 있다.⁶²⁾ 언론중재법 제5조 제1항에서 언론등에 의한 인격권 침해를

56) “불법행위법은 관련 분야들에 끊임없는 생명력을 제공하는 뿌리와 같은 규범”이라는 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 -예방과 회복의 패러다임을 중심으로-”, 저스티스 제109호(2009, 한국법학원), 103쪽도 참조.

57) 양창수, “사생활 비밀의 보호”, 민법연구 제8권(박영사, 2007), 57쪽.

58) 프라이버시의 탄력성에 관하여는 Samuel D. Warren · Louis D. Brandeis, *supra* note 1, pp. 193~195 참조.

59) 양창수, “정보화사회와 프라이버시의 보호 -사법적 측면을 중심으로-”, 민법연구 제1권(2004), 502쪽.

60) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정 등.

61) 민법 제764조(명예훼손의 경우의 특칙)이 초상권 침해에 유추적용되는지 여부에 관하여 견해가 대립한다.

62) 대법원은 기본권의 사법관계에 대한 간접적용설을 취한다(대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결).

금지하면서 신속한 피해구제의 원칙을 규정한다. 제30조 제1항에서는 인격권 침해에 기한 손해배상청구도 규정한다.

나. 좀 더 구체적으로 초상권을 왜 보호할까? 보호의 필요성은 곧 보호를 정당화하는 이유가 된다. 디지털 시대가 도래한 현재 시점에 그리고 미래에, 다른 법익과의 충돌 국면에서 초상권을 어디까지 보호할지, 그리고 어떠한 시대적 변화에도 불구하고 침해될 수 없는 초상권의 ‘코어(Core)’가 무엇인지에 대하여 중요한 시사점도 제공할 수 있다. 아래와 같은 보호 필요성을 생각해 볼 수 있다.

1) 헌법은 ‘인간의 존엄과 가치’를 최우선의 이념으로 선언한다. 인간은 인격을 가진 존재로서 그 자체로 가치가 있고, 인격이 형성, 유지, 발전하기 위해서는 개인에게 고유한 정신적·시공적 영역이 보장되어야 한다.⁶³⁾ 인격권의 본질 자체가 자율적으로 자신의 생활영역을 형성하고,⁶⁴⁾ 자신의 삶과 운명을 결정할 수 있다는 데 있다.⁶⁵⁾ 그리고 누구든 행복을 추구할 권리를 가진다. 행복추구권은 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함한다.⁶⁶⁾ 초상은 자신을 타인과 구별 짓는 가장 중요한 정보이자 수단이다. 누구든 고유한 인격적 영역과 개성을 보지(保持), 보전할 수 있어야 한다. 타인의 간섭 없이 초상의 공개, 처리, 이용의 여부는 물론 그 시기, 범위까지 자유롭게 결정, 처분, 통제할 수 있어야 한다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾ 이는 인간의 존엄과 행복에 필수적 요소가 된

기본권규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다”

63) 양창수, *supra* note 57, 92쪽.

64) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14 결정.

65) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정.

66) 헌법재판소 1991. 6. 3. 선고 89헌마204 결정.

67) 대법원은 “헌법 규정은 개인의 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장하려는 데에 그 취지가 있는 것으로 해석” 된다고 판시하였다(대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결).

68) 특히 프라이버시를 개인정보에 대한 통제권으로 이해하는 사고방식은 미국의 주류 패러다임으로 자리 잡았다. 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”,

다.⁶⁹⁾ 최근 디지털 시대의 도래로 이러한 요청은 더욱 절박해졌다.

2) 인간은 품위를 잃지 않고 행복하고 싶다. 인간의 존엄과 행복은 ‘불안’ 으로부터 자유로워야 가능하다. 불안은 재해, 동물, 타인의 물리적 공격에서만 생기지 않는다. 오히려 인류는 근대 이후 이러한 외세로부터 자유로워졌다. 인격에 대한 타인의 간섭으로 불안하다면 인간은 행복할 수 없다. 판례도 프라이버시 침해 등에서 ‘불안감’ 을 언급하고 있다.⁷⁰⁾ 공개하고 싶은 많은 사항을 누군가 들여다보고 쉽게 전파할 수 있는 형태로 간직하는 자체가 평온한 일상을 불안정한 상태로 변이시킨다. 타인의 ‘시선’ 자체가 부담이고 불편할 수 있다.⁷¹⁾ 타인의 시선을 느끼는 순간 자유로운 활동이 위축될 수도 있다.⁷²⁾ 특히 사적 공간에 있는 개인의 들여다보기는 ‘나만의 안식처’ 마저 사라진 듯한 인식을 준다. 인간에게는 가끔 ‘동굴’ 이 필요하다. 한편 자신의 정보는 당해 정보주체가 보유하고, 통제할 수 있어야 한다. 자신에게 통제가능성이 유보되어 있다는 생각 자체로 안정감이 생긴다. 그런데 자신의 정보, 그것도 나를 곧바로 나타내는 정보를 타인이 보유하는 상황은 타인이 나의 것을 침탈하였다는 듯한 인식을 준다. 그리고 통제가능성을 타인과 공유한다는 생각만으로도 불안하게 만든다. 타인이 그 정보로 무슨 활동을 할지 알 수도, 제어할 수도 없기 때문이다. 공포는 무지에서도 생긴다. BGH도 특정한 인간의 모습이 제3자에 의하여 예측, 통제할

법학논총 제36조 제1호(전남대학교 법학연구소, 2016), 678쪽.

69) 개인정보법 제1조는 목적을 ‘개인의 자유와 권리 보호’ 와 ‘개인의 존엄과 가치 구현’ 으로 규정한다. 「국가정보화 기본법」 제2조는 기본이념을 ‘인간의 존엄’ 을 바탕으로 사회적, 윤리적 가치가 조화를 이루는 자유롭고 개방적인 지식정보사회를 실현하는 것으로 규정한다.

70) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2006다15922 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007다71 판결; 대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결; 대법원 2018. 7. 19. 선고 2018다22008 전원합의체 판결.

71) ECtHR은 프라이버시를 설명하면서 ‘원치 않는 관심’ (Unwanted attention)에서 벗어나서 살 권리를 함께 설명한다. *Avram and other v Moldova*, Application no. 41588/05(ECtHR, 5 July 2011).

72) 같은 측면에서 헌법재판소는 “사람의 말과 음성이 녹음되어 진술인의 동의 없이 임의로 처리된다면 사람들은 자연스럽게 의사를 표현할 수 없게 될 것” 이라고 판시하였다(헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 91헌마114 결정).

수 없이 복제될 가능성으로부터 자신의 초상에 관한 개인의 결정권을 도출한다. 정보처리가 용이할수록 보호 필요성도 커진다.⁷³⁾ 더욱이 침탈된 초상이 사회적 순화를 거친 정제된 모습일 수도 있지만, 대비하지 못한 ‘날것’일 수도 있다. 적나라한 자신의 모습에 공동체가 어떻게 반응하고 평가할지도 걱정거리이다.⁷⁴⁾ 정보의 전파 범위와 속도가 거의 무한대인 디지털 시대에서는 더욱 그러하다.

3) 초상권 보호의 필요성에서 불안과 함께 ‘감정(感情)’도 언급하고자 한다.⁷⁵⁾ 일반적으로 법과 감정은 멀다고 생각한다. 법령에 잘 나타나지도 않는 용어다. 하지만 사람들이 일상생활에서 흔히 쓰는 말이고, 뿌연게나마 보호가 필요한 대상으로 생각한다.⁷⁶⁾ 법률적으로 중요하지 않다고 치부되었거나 수용할 마땅한 법리가 부족했지만, 분명 일정한 요건과 한도 내에서 보호할 필요가 있는 영역이라고 생각한다.⁷⁷⁾ 사실 인간에게 자신의 신체 한 군데라도 중요하지 않은 곳이 없고, 감정도 마찬가지이다. 이론, 법리, 쟁송에 ‘감정’을 제대로 담아내고 녹여내지 못했다. 과거에는 눈에 보이는 것에만 관심을 두었을 것이다. 신체, 물건, 재산 위주의 사고방식도 있었다. 그러나 물건이 다친 것보다 마음이 다쳤을 때가 더 아플 수도 있다. 칼 끝보다 펜 끝이 더 매서울 수도 있다. 한편 ‘감정’에 관하여 법률이 완전히 무지했던 것은 아니다. 언론

73) BGH, Urteil vom 13. Oktober 2015 – VI ZR 271/14 –, BGHZ 207, 163-175.

74) 같은 측면에서 헌법재판소는 “언제나 자신의 무의식적인 발언이나 잠정적인 의견, 순간적인 감정상태에서의 언급 등이 언제나 재생가능한 상태로 보관되고 다른 기회에 자기 자신의 의사와는 무관하게 재생될 수도 있다는 점에서 진술인의 인격이 현저히 침해”될 수 있다고 판시하였다(헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 91헌마114 결정).

75) 일본 하급심 중에 인격적 이익에 관하여 ‘자신의 초상이 공개되지 않기를 바라는 감정을 존중하고 보호하는 취지’라고 판시한 사례가 있다. 東京地方裁判所 昭和46年(ワ)第9609号(昭和51年06月29日).

76) 인격권 쟁송에서 원고 측은 피고 언론 등의 표현행위로 인하여 “감정이 심하게 상했다”는 취지의 소위 ‘법률적으로 정제되지 않은 주장’을 자주 제기한다.

77) Restatement (Third) of Torts § § 45, 46, 47(2012).

극단적이고 터무니없는 행위로써 고의적으로 또는 무모하게 다른 사람에게 ‘Emotional harm’, 즉 사람의 정서적 평온에 대한 침해를 야기한 경우, 일정한 요건 아래 과실로 다른 사람에게 중대한 정신적 손해를 야기한 경우, 각각 손해배상책임을 부담한다고 설명한다.

중재법 제5조 제1항은 ‘그 밖의 인격적 가치 등’을 침해하지 않을 것을 규정하고, 제30조 제1항은 ‘그 밖의 정신적 고통’을 받은 자는 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하여 폭넓게 해석할 수 있는 조항을 두고 있다. 판례는 프라이버시의 기준에 관하여⁷⁸⁾, 그리고 명예훼손이 문제되는 어떤 발언의 의미에 관하여⁷⁹⁾ ‘감수성’이라는 개념을 원용한다.⁸⁰⁾ ‘감정노동’이라는 용어가 법률 자체는 아니지만, 법률 개정이유에서 등장하기 시작했다.⁸¹⁾ 타인이 자신의 초상을 촬영, 공표, 이용함으로써 불안과 더불어 어떠한 감정 침해, 예컨대, 두려움, 슬픔, 굴욕, 우울 등 다양한 정신 상태가 야기될 수 있고, 인간은 이로부터 보호될 필요가 있다. 물론 단순히 ‘비우호적인, 성가신, 짜증 나는’ 표현으로서 수인 되어야 할 대상⁸²⁾과 위법성을 선언할 수 있는 침해 사이의 한계를 설정하는 것이 관건이다.⁸³⁾

78) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2006다15922 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007다71 판결. “사생활의 비밀을 침해하는 것으로서 위법하다고 하기 위하여는, 적어도 그 공표된 사항이 일반인의 감수성을 기준으로 하여 그 개인의 입장에 섰을 때 공개되기를 바라지 않을 것에 해당한다고 인정되어야 한다”

79) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결. “평균적 일반인뿐만 아니라 그 표현의 대상이 된 사람이 ‘중복’이라는 용어에 대하여 느끼는 감정 또는 감수성도 가변적일 수밖에 없으므로 ‘중복’의 의미를 객관적으로 확정하기가 어렵다”

80) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결. 예술작품의 폐기가 현저하게 합리성을 잃고 저작자로서의 명예감정 및 사회적 신용과 명성 등을 침해하는 방식으로 이루어진 경우에는 객관적 정당성을 결여한 행위로서 위법하다고 판단하였다.

81) 최근 「산업안전보건법」(법률 제15588호, 2018. 4. 17. 일부개정, 2018. 10. 18. 시행)이 개정되어 사업주로 하여금 고객응대근로자에 대한 고객의 폭언 등으로 인해 발생하는 건강장해를 예방하기 위한 조치를 의무화하도록 하였는데, 개정이유에는 “업무수행과정에서 자신의 감정을 절제하고 조직적으로 요구된 감정을 표현할 것이 요구되는 ‘감정노동’이 증가”라는 내용이 있다.

82) *Jerusalem v. Austria*, Application no. 26958/95(ECtHR, 27 February 2001). 다원주의, 관용은 다양한 표현행위가 보장될 것을 요구하고, 이로써 민주주의가 존재할 수 있다고 전제하고 있다.

83) 다만, 불안을 느끼는지 여부나 그 정도는 사람마다 천차만별이다. ‘주관적’인 측면이 강해 법적 안정성, 명확성이 떨어지는 문제가 있다. 단순한 부담감이 위법하다고 보기는 어렵고, 이러한 측면에서 객관적 기준의 필요성이 제기된다.

예컨대, 프라이버시 침해와 관련하여 우리(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006다15922 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007다71 판결)와 일본[東京地方裁判所 昭和36年(ワ)第1882号(昭和39年09月28日)]에서는 ‘일반인의 감수성’, 그리고 미국에서는 ‘합리적인 사람에 대한 상당한 불쾌감’이 기준으로 제시되고 있다[Restatement (Second) of Torts § 652D

4) 인간은 사회적 동물이다. 학교, 직장 등 타인과 교류하는 공간에서 많은 시간을 보내기 마련이다. 개인은 연대 속에서 정체성을 확인하고 행복을 찾을 수도 있다. 그러나 인간은 연대에서 벗어나 자기만의 영역에서 자유롭고 싶은 근원적인 욕망이 있다. 우리는 가족, 학교, 직장, 사회에서 ‘긴장’과 함께 ‘가면’을 쓰게 마련이다.⁸⁴⁾ 자발적이든, 비자발적이든, 타인과의 관계에서 내심이나 본모습과 달리 말하고 행동하게 된다. 어쩌면 차츰 내밀한 영역으로 들어갈수록 자신의 본모습을 더 추구할 수 있는지도 모른다. 또한 나만의 영역에서 쉴 수 있기에, 정제되고 순화된 언행이 필요한 연대의 공간에서 살아갈 수 있을지도 모른다.⁸⁵⁾ 매번 긴장하고 가면만 쓰고 살아야 한다면 참으로 괴로운 일이 아닐 수 없다.

5) 사람은 널리 알려지더라도 자신이 원하는 방식과 내용으로 알려지기를 바란다. 부정적이고 부끄러운 내용이라면 알려지지 않기를 바라는 것이 인지상정이다. 칭찬이든, 비난이든 아예 타인의 평가와 이에 따르는 부담에서 자유롭고 싶은 사람도 있다. 앞서 보듯 자유롭고 내밀한 영역에는 인간의 다채롭고 개성적인 모습들이 보존될 수 있다. 한편 타인의 초상을 함부로 쓸 수 있다면 좀 더 독특하고 개성 있는 초상을 추구할 유인이나 초상을 개발하여 부가가치를 창출할 유인도 낮아진다. 개인의 다양하고 진정한 모습이 다양하게 유지되어야 건강한 사회다. 다양성은 민주주의의 밑거름이다. 인류는 서로 다른 남녀가 만나 유전자를 반씩 전하여 새로운 초상을 만든다. 나와 다른 모습의 후손을 남기는 생식 방법 자체가 다양성을 추구하는 것이다. 다양한 초상의 유지나 다원주의는 인간의 본성에 가깝다.

Publicity Given to Private Life(1977)]. 이에 관하여는 뒤에서 자세히 살펴본다.

84) 일본 하급심은 프라이버시 보호에 관하여 ‘주거지에서 타인의 시선으로부터 차단되고 사회적 긴장에서 해방된 형태’라고 판시하였다. 東京地方裁判所 昭和61年(7)第13809号(平成1年06月23日).

85) 권영준, *supra* note 15, 295쪽은 “사적 영역의 보호, 특히 사생활의 비밀 보호는 현대 사회에서 일종의 소도(蘇塗)이자 완충지대”라고 설명한다.

4. 가상의 사례와 국내외 판례로 본 초상권의 보호범위와 법리 적용

가. 가상의 사례 제시

초상권에 관한 논쟁을 좀 더 부각하고, 이슈에 쉽게 접근한다는 차원에서 사례를 제시한다. 다만, 추상적이고, 현재로서는 현실성과 타당성이 떨어지는 내용도 있기 때문에 분명한 해답을 제시하기는 곤란하다. 그럼에도 디지털 시대가 도래하고 더욱 고도화되는 과정에서 초상권에 관한 문제의식을 공유하고 토론하는 계기가 되기를 희망해 본다. 이하 편의상, 초상권의 주체를 ‘초상주체’ (A, B, C), 초상권에 어떤 영향을 미친 사람을 ‘상대방’ (X, Y, Z), 상대방이 취한 행동으로서 위법 여부가 판명되기 이전 단계로서 초상권 ‘제한’, 위법이 판명된 이후 단계로서 초상권 ‘침해’ 라는 용어를 사용한다.

나. 초상권(인격권)에 대한 기본적 접근방법

아래 사례는 인격권, 그중에서도 개인의 고유한 본질이 보다 존중되어야 하는 초상권에 대한 기본적 접근방법을 가다듬기 위해 제시한다. 인격권에 대한 평가나 보호범위가 기술발전과 시대에 따라 변화한다는 점을 이해하는 것이 중요하다. 인격권 전반에 대한 선입견과 명예권 위주의 사고도 버려야 한다.

1) 제한되지 않은 초상권 보호의 영역과 이익형량

- ① ㉠ 세계적 예술가인 X는 A의 사진을 비롯한 다양한 사진으로 자신의 예술관을 표현하는 작품을 창작하고 미술관에 전시하였다. 평론가들은 예술적 가치가 높다고 호평하였다.

㉞ A는 흉악한 범죄혐의로 체포되었고, A에 대한 비난 여론이 비등하였다. 수사기관은 즉각 A의 얼굴을 공개하기로 결정하였다.

㉟ ㉞ X와 A는 부부이다. X는 평소 의심스러웠던 A의 휴대폰 잠금 패턴을 입력하고 저장된 사진을 살펴보다 B와 함께 찍은 사진을 찾았다. X는 자신의 휴대폰으로 그 사진을 촬영해 두었다.

㊀ 화가 난 X는 전문가의 도움을 받아 A의 이메일, 포토 저장공간(인터넷포털에서 제공되는 서비스)을 해킹하고, A와 B의 성관계 사진을 확보하였다.

가) 초상권 침해가 성립하는 영역이나 분야에 무슨 제한이 있는 것은 아니다. 가족 간에도, 공표되지 않더라도, 공표되었고 공표된 내용이 진실이더라도, 상대방이 국가이더라도, 상대방의 입장에서 더 높은 가치를 달성하기 위하여 초상권을 제한하였더라도, 초상권 침해, 즉 위법성이 인정될 수 있다.

나) ㉞ 사례에서 A의 초상권은 침해되었는가? 초상권을 제한하는 표현, 언론보도가 중요한 다른 법익을 달성한다고 해서 초상권이 반드시 양보해야 하는 것은 아니다. 초상이 예술작품에 사용된 경우에도 마찬가지이다.⁸⁶⁾ 물론 다양한 요소를 참작하고 초상권과 충돌하는 법익과의 ‘이익형량’을 거쳐 최종적인 위법성이 판가름 된다. 초상권은 다양한 이해관계의 충돌을 저울질하면서 비로소 외연을 그려갈 수 있다.

다) ㉟ 사례에서 ‘부부인데 무슨 초상권 침해야’라고 생각할 수 있다.⁸⁷⁾ 우리 사회에 ‘법은 가정의 문지방을 넘지 않는다’는 관념이 아

86) 다만, KunstUrhG(독일 미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률) 제23조 제1항 제4호는 주문 제작되지 아니한 초상으로서 고도의 예술적 이익이 있는 경우 동의 없이 배포, 전시될 수 있다고 규정한다. 참고로 독일에서 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte가 시행되면서 KunstUrhG 중 초상 보호에 관한 규정만 남게 되었다.

87) 물론 2nd Rest.는 부부 상호 간에는 제3자에 대한 명예훼손적 공표를 하더라도 면책된다고 설명하고, 이는 프라이버시 침해의 경우에도 마찬가지라고 한다. Restatement (Second) of Torts § 592 Husband and Wife(1977), § 652F Absolute Privileges(1977).

직도 남은 것 같다. 특히 부부의 일은 조용히 넘기려는 분위기도 있다. 국면을 조금 더 확대하면, ‘우리 학교, 우리 직장, 우리 사회의 일이니까’라고 생각하는 경향이 있다. 가족이 공동으로 형성한 사적 영역도 존재하겠지만, 가족 구성원 각자의 사적 영역도 존재한다. 따라서 가족 간 프라이버시·초상권 침해도 불가능하지 않다. 결혼을 하였다고 부부 각자의 내밀 영역이 완전히 사라진다고 볼 수는 없다. 물론 제3자와의 관계에서는 존중받아야 할 영역이 부부 관계에서는 상당히 좁혀질 수 있다. 또 각자의 영역에 대한 부부간 상호 존중의 정도가 부부마다 다를 수밖에 없다. 그러나 인격권에서는 개인을 그 자체 고유한 인격체로 존중한다. 애초부터 다른 단체, 사회와의 연관을 중시하여 개인을 바라보는 시도는 바람직하지 않다. 정도의 차이는 있겠지만, 그 연관이 결혼과 혈연에 기초하더라도 마찬가지이다. 헌법이 예정한 인간상은 “공동체에 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체”이다.⁸⁸⁾

라) 다음으로 ② 사례에서 상대방이 사진을 공표하지 않았다고 가정하자. 그래도 초상권 침해가 성립할까? 초상권 침해는 공표 이전에도 성립할 수 있다. 초상권 침해는 반드시 공표를 전제하지 않는다. 초상의 무단촬영과 그 사진의 공표는 별개의 불법행위를 구성한다. 다만 무단촬영이 그 사진의 공표를 위한 수단인 경우 촬영과 공표가 전체로서 하나의 불법행위가 될 수 있다.⁸⁹⁾

마) 많은 사람들이 ②-㉠ 사례에서 X의 행위를 위법하다고 쉽게 말하지는 못할 것 같다. 다만, ②-㉡ 사례에서 ‘X가 좀 심했네’라고 하면서도 ‘Y가 불륜 저지른 것은 사실이잖아’라고 정당화할지도 모른다. 이러한 사고과정은 이익형량과 일정 부분 부합하기는 한다. 그러나 초

88) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마518 결정.

89) 한위수, “사진의 무단촬영·사용과 민사책임 -초상권의 침해-”, 민사재판의 제문제 제8권 (한국사법행정학회, 1994), 214쪽.

상주체가 무슨 잘못을 했다는 점이나 초상주체에 대한 상대방의 평가가 진실에 부합한다는 사정에 너무 집착할 필요는 없다. 이것이 초상권 논의의 상당 부분을 점거해 버려서는 안 된다. 이익형량의 고려요소가 될 수 있을지언정 보호범위에서 아예 배제하는 일도양단의 사고는 경계해야 한다. 한편 명예훼손에서는 공공의 이익을 위한 것으로 진실한 사실이라는 증거가 있으면 위법성이 없고, 진실하다는 증거가 없더라도 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.⁹⁰⁾⁹¹⁾ 그러나 초상권이나 프라이버시에 관한 영역에서는 그 내용이 진실하더라도 위법성이 인정될 수 있다. 오히려 진실할수록 진정한 초상권·프라이버시 침해에 가까워진다고 볼 수도 있다.

바) 덧붙여 ② 사례에서 그 사진을 이혼 소송에 증거로 제출하였다면 어떻게 될까? 먼저 증거 제출에 따른 초상의 ‘공표’가 문제된다. 다음으로 증거 수집을 위한 초상권 제한이 정당화될 수 있는지, 초상권 침해로 획득한 증거의 ‘증거능력’ 이슈가 제기될 수 있다. 미국의 경우 손해배상의 청구인은 자신의 청구에 관한 합리적 조사가 수반될 것을 예상할 수 있고 그 한도 내에서는 프라이버시가 제한될 수 있으므로, 보험사가 청구인을 촬영한 것이 위법하지 않다고 판단한 사례가 있다.⁹²⁾ 반면 독일의 경우 이러한 증거 수집의 목적만으로는 위법성을 조각할 수 없다고 판단한 사례가 있다.⁹³⁾ 한편 초상권 침해에 따른 불법

90) 효시는 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결이다.

91) 最高裁判所 昭和37年(オ)第815号(昭和41年06月23日). 이 판결은 상당성이 인정되면 ‘고의, 과실’이 없어 불법행위가 성립하지 않는다고 보았다.

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 28. Juni 2016 – 1 BvR 3388/14. BVerfG도 진실 여부에 관하여 주의 깊게 충분히 조사하였다면 허위의 표현행위도 금지되는 것은 아니라고 보았다.

한편 명예훼손에서 ‘진실’은 영미법계에서 대표적인 면책 항변이 된다. 영국 *Defamation Act* 2013 제2조 제1항은 피고를 위한 ‘진실(Truth)의 항변’을 규정하고, 2nd Rest.도 진술이 진실할 경우 공표자에게 책임이 없다고 본다. Restatement (Second) of Torts § 581A True Statements(1977).

92) *Forster v. Manchester*, 410 Pa. 192(Supreme Court of Pennsylvania, 1963).

93) OLG Hamm, Urteil vom 02. April 1987 – 4 U 296/86.

행위가 성립하였다고 반드시 이에 따라 수집된 증거의 증거능력이 부정되는 것은 아니다. 증거능력의 인정 여부는 불법행위의 성립 여부와는 다른 관점에서 정할 수 있기 때문이다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾

2) 초상권과 초상주체에 대한 사회적 평가의 관계

- ① ○○보육원에서 유년기를 보내고 자수성가한 기업인 A는 매년 남몰래 ○○보육원에 거액을 기부하였다. 신문사 X는 취재 끝에 익명 기부자가 A임을 확인하고 A의 사진과 함께 ‘따뜻한 기업인 A’라는 기사를 보도하였다. 이후 A가 운영하는 기업에 대한 호평으로 매출이 증가하였다.
- ② B는 ○○市에서 아름다운 요가강사로 수강생 사이에 입소문이 났다. B는 자신의 요가 동영상 몇 개를 SNS에 게시했다. 방송사 Y는 ‘○○市 Hot 요가강사 A, 마음씨는 더 착해요’라는 자막과 함께 요가 동영상을 방송하였다. 많은 연예기획사가 B에게 계약금 제의와 함께 연예인 데뷔를 요청하였다.

가) ①, ② 사례에서 A/B가 초상권 침해를 주장한다면, ‘칭찬했는데 무슨 잘못이야’, ‘애초에 기부/동영상 게시를 하지 말든가’, ‘매출 증가/연예인 데뷔하면 더 잘된 거 아닌가’라고 생각할 수 있다. 초상권을 비롯한 인격권의 본질은 바로 그 인격체의 존중과 개성의 발현에 있다. 따라서 당해 주체의 생각, 관점, 불안, 감정을 되도록 존중한다는 데에서 출발해야 한다. 다원주의의 의의는 다름을 배척하지 않고 포용하는 것이고, 관용과 이해를 전제한다.

나) 초상권과 대비해 볼 개별적 인격권으로 명예권이 있다. 명예훼손

94) 윤진수, *supra* note 22, 429쪽.

95) 증거능력에 관하여는, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결; 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결; 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결 참조; 대법원 1999. 5. 25. 선고 99다1789 판결 참조.

은 주관적인 명예감정의 침해를 넘어 ‘사회적 평가의 저해’를 요한다.⁹⁶⁾ 그러나 프라이버시 침해는 원칙적으로 공표 내용에 대한 제3자의 평가와 무관하다.⁹⁷⁾ 초상권도 마찬가지이다. ① 사례와 같이 긍정적인 설명과 함께 초상을 공표하든, ② 사례와 같이 초상 자체에 대한 긍정적인 평가를 담아 초상을 공표하든, ①, ② 사례와 같이 공중이 호의적인 평가를 하게 되든, ‘공표자와 공중의 긍정적 평가’는 위법 여부와 무관하거나 부차적인 문제일 수 있다. 즉 초상주체에 관하여 긍정적으로 공표하고 공중이 호의적인 평가를 하였더라도 초상권 침해는 성립할 수 있다. 제3자와의 관계보다는 개인의 고유한 내면에 중점을 두기 때문이다. 이러한 측면에서 초상권은 명예권보다 한층 더 순수한 인격적 성질을 가진다.⁹⁸⁾

다) 한편 개개인의 인격권 전반에 관한 인식 변화가 크다. 인격권은 가족, 학교, 직장, 국가라는 공동체에 매몰되지 않은 개인을 전제한다. 더불어 살아가는 사회지만, 침범할 수 없는 일정한 영역을 보장받으려는 개인의 요구는 어느 때보다 크다. 개인의 가치, 개성, 고유성, 완결성이 다른 어떤 가치보다 우위에 있다고 여긴다. 어느 화장품의 광고처럼 「세상이 좋아하는 나보다 내가 좋아하는 나이길」 바란다. 초상권은 ‘자유주의’와 ‘다원주의’의 관점에서 쉽게 설명되고, 정당화될 수 있다. 초상권 법리는 이러한 이념을 충분히 반영해야 한다.

라) 이론적으로는 그러하지만, 실제 쟁송에서는 조금 다르게 평가될 여지가 있다. 사실 호의적으로 보도되었고 공중의 평가가 고양된 이상, 개인의 감정과 사적 영역은 영향을 받더라도 수인하는 게 좋지 않겠냐는 인식이 우리 사회에는 다소간 있는 것 같다. 이러한 사고과정은 초

96) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다756 판결.

97) 허근녕, “사생활에 관한 사항의 공개와 그로 인한 손해배상청구”, 대법원 판례해설 제31조(1999), 98쪽.

98) 같은 취지로 양창수, *supra* note 57, 68쪽; 전원열, “언론에 의한 명예훼손과 프라이버시 침해의 비교”, 민사법연구 제13권 제2호(대한민사법학회, 2005. 12.), 84쪽.

상주체 스스로 ‘자기검열’을 하면서, 초상주체가 주변인 또는 법률가와 쟁송을 고려하면서, 법관이 쟁송에서 사건을 해결하는 여러 국면에서 개입될 수 있다.⁹⁹⁾ 또한 인격권 쟁송이 주로 명예 관점에서 주장, 검토, 고찰되는 측면도 있어, 초상주체에 대한 긍정적 평가가 후속된 경우 위법성 선언이 주저될 수 있다. 인간의 고유한 개성과 주관적 감정에 대한 법률가의 ‘감수성’이 다소 낮다면 더욱 그러할 것이다.

3) 시대적 흐름과 초상권(인격권)에 대한 평가

불의의 교통사고로 남편과 사별한 A는 유방 성형수술을 받았다. 새로운 인연으로 甲을 만나고 있다. X는 A의 사진과 함께 ‘A는 남편이 죽으니 가슴 키운 다음 남자친구 사귀고, 아이들은 팽개치고 외박만 한다’는 글을 게시하였다. 공표 시점이, ① 1960년, ② 2018년, ③ 2100년이다.

가) 대법원은 1967년 “원고는 장성한 자식들과 동거하고 있는 과부이므로 ...피고와 정교관계가 있었다 하더라도, 피고가 그러한 사실을 부락 사람들에게 유포시켰다면 ... 피고는 원고의 명예를 훼손” 하였다고 판단하였다.¹⁰⁰⁾ 그런데 과부의 성관계 사실이 과부의 명예를 훼손하는 것인가? 이러한 판단이 현재, 그리고 미래에도 타당한가? 적어도 개인의 자유로운 성생활에 대한 우리의 이해는 충분히 넓어졌다. 현재 관점에서는, 명예훼손보다는 프라이버시 침해가 성립할 수 있는 사안으로 판단된다.

나) 어떤 여성이 성형수술을 하고 성적 자기결정권을 행사한다는 사실이 그녀의 명예를 훼손하는가? 여성이 자유롭게 행동하고 행복을 추구

99) “권리침해 상황에 대해서 알아야만 하는 상황임에도 미처 모르고 있을 수도 있고 비록 안다고 할지라도 권리구제의 방법이나 회복의 통로를 찾지 못해 괴로움을 겪게 되는 순간들을 맞닥뜨리게 될 위험성을 안고 살아간다”는 조소영, “초상권의 법적 성격과 보호”, 언론과 법 제14권 제3호(한국언론법학회, 2015), 168쪽도 참조.

100) 대법원 1967. 7. 25. 선고 67다1000 판결.

한 것이 부도덕한 악행일 수는 없다. 한편 통계청 조사에 의하면 남녀가 결혼 없이 동거할 수 있다고 응답한 비율이 40.5%(2010), 45.9%(2012), 46.6%(2014), 48.0%(2016), 56.4%(2018)로 이제 절반을 넘었다.¹⁰¹⁾ 동거에 관한 어떤 표현행위가 인격권을 침해하는지 여부나 그 정도는 시대마다 분명 다를 것이다. 동거보다 결혼이 더 이상한 시대가 올 수도 있다. 좀 더 도발적으로, 성폭행 피해사실이 공표된 경우는 어떠한가? 성폭행 피해자는 사회적 배려와 보살핌을 받아야지 사회적 평가가 낮아진다고 평가한다면, 그 사회에 문제가 있다고 생각한다. 다만, 성폭행 피해는 밝히고 싶지 않은 사항이므로, 초상 및 프라이버시 침해에 해당할 것이다.

다) 덧붙여 유명 여작가의 소설보다는 이혼을 주된 소재로 삼아 보도한 사안에서 언론사의 명예훼손을 인정한 사례가 있다.¹⁰²⁾ 그런데 이혼 자체는 무슨 잘못이 아니다. 설령 과거에는 부부의 잘못이라고 보았다 하더라도, 현재 이혼은 주변에서 흔히 볼 수 있고 누구든 맞이할 수 있는 범사(凡事)일 수도 있다. 미래에는 더욱 그러할 것이다. 사적 사항의 공개로서 프라이버시 측면에서 고찰하는 것이 옳다.¹⁰³⁾ 현재 관점에서, X의 게시글이 적어도 A의 주관적 명예감정을 침해한다고 볼 수는 있다. 그런데 미래에는 그야말로 ‘팩트’를 쓴 것일 뿐, 별다른 감흥이 없는 시대가 올 수도 있다

라) 공동체에 따라, 기술발전에 따라, 사회적 흐름에 따라, 어떤 표현행위에 대하여 일반인이 느끼는 감수성이 다를 수 있다. 과거에는 수치스럽거나 부도덕한 일이었지만, 현재나 미래에는 달리 판단될 수 있다. 그 반대도 가능하다. 이미 명예훼손 판례에는 이러한 측면이 일부 반영

101) 통계청 2018년 사회조사 결과(가족·교육·보건·안전·환경) <http://kostat.go.kr/portals/korea/kor_nw/2/6/1/index.board?bmode=read&aSeq=371501> (2018. 11. 7. 최종 방문).

2018년 통계는 전국 25,843 표본 가구 내 상주하는 만 13세 이상 가구원 약 39,000명을 대상으로 2018. 5. 16.부터 31.까지 조사하여 집계한 결과이다.

102) 서울지방법원 북부지원 1994. 1. 12. 선고 93가합3572 판결.

103) 물론 이혼 자체를 넘어 이혼 사유, 이혼 과정에 관한 어떤 사실 적시가 있었고 사회적 평가를 저해한다면 명예훼손이 성립할 수 있다.

되어 있다. ‘당해 표현이 있었던 시점을 기준으로 배경이 된 사회적 흐름과의 연관 하에서 당해 표현이 갖는 의미를 살펴야 한다’는 것이다.¹⁰⁴⁾ 초상권 법리도 다르지 않다고 생각한다. 정치한 법리의 구축도 중요하지만, 시대적 흐름을 읽을 수 있는 법률가의 능력과 감수성이 더 필요할지도 모른다.

마) 덧붙여 위 사례를 시대의 흐름에서 옹호해 볼 수도 있다. 과거에는 프라이버시 자체에 대한 인식이 낮고 명예 위주의 사고가 존재하였다. 따라서 법률가로서는 명예권에 기대어 위법성을 주장하고, 위법성을 인정하려는 경향도 분명 있었을 것이다. 즉 위법한 것은 맞는데, 위법성 인정의 논리 구성을 프라이버시권이 아니라 명예권으로 하였을 수 있다. 여하튼 시대의 흐름이 인격권의 보호범위에 상당한 영향을 준다는 것은 분명하다.

다. 기술발전과 초상권

1) 개인정보의 가치 증대와 정보요구의 확대

- ① ㉠ 국회에 테러범이 잠입하여 많은 사상자가 발생하였다. 국회는 출입자에 대하여 안면인식 시스템을 시행하고, Face ID를 발급한다고 결정하였다.
- ㉡ 경찰은 ‘예측적 스마트 치안 활동’을 수행한다고 선언하였다. 우범자에 대한 빅데이터 분석을 통해 확률적으로 높은 범죄 예상시점과 예상장소를

104) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결 중 반대의견은 ‘종북’이나 ‘주사파’에 관한 표현행위와 관련하여, “이 대법원판결을 선고하는 현재는 이 사건 표현행위로부터 6년, 원심 변론종결일로부터 4년이 지난 시점이다 ... 다수의견은 사회적 약자나 소수자가 느끼는 이러한 두려움과 공포에 대해 너무도 무감각한 것으로 보인다. 이 사건 표현행위가 불법행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 집권세력과 다수가 소수의 정치세력을 공격하기 위해 이 사건 표현행위들을 했다는 맥락을 고려해야 할 것이다. 다수의견은 이러한 사회적 맥락 하에서 이루어진 표현행위를, 그 이후 두 번의 대통령선거와 국회의원 총선거를 치르고 남북회담이 열린 대법원판결 선고일 현재의 관점에서 바라보는 것에 다름 아니다”라고 판시하였다.

파악하여 그 시점, 그 장소 부근에 소재하는 사람들의 휴대폰으로 알림 문자와 함께 우범자의 사진파일이 전송되도록 하고, 인근 경찰관을 급파한다.

② ㉠ 글로벌 ISP¹⁰⁵⁾ 甲은 완벽한 인터넷 기반 생활환경의 제공을 명목으로 가입 신청자에게 사진을 비롯한 각종 개인정보 처리에 관한 동의를 요청하고 있고, 가입 신청자 대부분이 이에 동의하고 있다.

㉡ 甲은 가입자의 정보를 대량으로 처리, 분석하여 ‘스마트 e-생활’을 구축하였다. A는 평소 甲의 이메일, 포토 저장공간, 지도(GPS 기반), 메신저 등을 사용하여 왔다. 한편 포토 저장공간에는 A의 휴대폰에 저장된 사진 파일이 연동되어 저장되는데, A는 얼굴 근접사진은 촬영하지 않는다. 甲은 AI와 빅데이터 분석을 동원하여 A의 이목구비 윤곽, 피부색, 피부톤 등의 정보를 수집하고, 부족·결여된 정보는 추론하여 결국 선명한 얼굴사진을 작성할 수 있을 정도의 데이터를 확보할 수 있다. 甲은 마치 ‘A가 지인 B와 함께 평소 가고 싶어 했던 여행지에서 찍은 듯한 사진’의 JPG 파일을 생성하였다.

㉢ 나아가 甲은 가입자 A 등의 사진에 나타난 피부색, 패션 스타일, 사진 배경, 같이 촬영된 다른 인물 등을 종합 분석하여 인종, 출생지, 거주지역, 직업, 연봉, 소비패턴까지 추론한다.

가) 기술발전은 더 많은 개인정보의 수집, 처리를 요구한다. 공공부문이든, 민간부문이든 이러한 유인은 보다 강화되고 있다. 복지 행정만 보더라도 무수한 개인정보의 수집, 처리, 활용이 수반될 수밖에 없다. 조세, 치안, 교육으로 조금만 분야를 넓혀도 정보의 공유, 통합관리로 효율성을 높일 수 있다는 점이 분명해진다. 기업은 고객의 각종 개인정보를 분석하고 소비패턴을 예측하여 마케팅을 비롯한 영업활동 전반에 널

105) 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider)를 의미한다.

리 활용할 수 있다. 개인정보 자체가 공익과 영업이익의 원천이다. 정보가 자원인 시대이다. 학문과 연구 분야도 마찬가지이다. 특히 제약, 의학 부문에서 상당한 생체정보의 수집, 처리가 요구된다. AI와 빅데이터 분석이 일반화되는 사회에서 개인정보의 수집, 처리는 개인정보가 단지 인격적 가치로서만 내재하는 데 그치지 않고 다양한 부가가치를 창출하는 기초가 되도록 한다. 더 안전하고, 편리하고, 풍요로운 사회가 도래할 수 있다. 더 많은 개인정보가 더 많은 행복과 더 높은 후생을 약속한다는 사회적 요구에 미래의 이익형량은 어떤 답을 내놓을 것인가?

나) ①, ② 사례 모두 이러한 측면에 관한 단적인 사례이다. 사실 정보유통·처리의 강조나 인격권의 강조나 모두 근원적으로는 인간의 행복을 추구하는 데 있다. 접근 방식이나 방향이 다를 뿐이다. 결국 인격권 침해의 가능성과 불안을 최소화하면서도 공익이나 후생을 추구할 수 있는 균형점을 모색하는 것이 중요하다. 헌법재판소가 “개인정보의 종류 및 성격, 수집목적, 이용형태, 정보처리방식 등에 따라 개인정보자기결정권의 제한이 인격권 또는 사생활의 자유에 미치는 영향이나 침해의 정도는 달라진다. 그러므로 개인정보자기결정권의 제한이 정당한지 여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 요소들과 추구하는 공익의 중요성을 헤아려야 한다”고 판시한 것도 같은 취지이다.¹⁰⁶⁾ 물론 ②-㉔ 사례와 같이 극단적인 사례에서는 사회적 숙의와 함께 공동체의 합의를 담아내는 입법절차가 필요할 것이다.

다) ②-㉔ 사례에서는 다른 항목에서 살펴볼 ‘동의’ 이슈도 발생한다. 서비스를 이용하겠다는 생각이 앞선 나머지, 동의의 효과와 부작용에 관하여 숙고하지 못하는 경우가 많다. 한편 휴대폰에는 사용자의 내밀한 기록이 고스란히 남는다. ISP가 제공하는 각종 서비스를 이용하는 사람은 사진, 스케줄, 이동 경로, 연락처, 즐겨 찾는 사이트 등의 정보를 남기고, 휴대폰의 정보가 같이 연동된다. ISP는 가입자의 모든 것을

106) 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282, 425(병합) 결정.

안다고 해도 과언이 아니다. 인격권 보호의 필요성에는 불안으로부터의 자유가 있다. 단순한 동의만으로 개인정보의 수집, 처리를 정당화하는 것을 넘어 초상주체의 ‘불안’을 해소할 수 있는 절차와 장치가 좀 더 확보될 필요가 있다.

라) ②-㉠ 사례에서는 대량으로 정보를 수집, 처리하고 나아가 새로운 정보를 획득하는 과정에서 개인 ‘식별’이 그렇게 중요하지 않을 수 있다는 점도 보여준다. 기업은 가입자의 이름, 생일이나 어떻게 생겼는지 보다 언제, 어디서, 무엇을 구매하고 어느 정도의 재화를 지급할 의사와 능력이 있는지 더 궁금할 것이다. 甲이 가입자 A의 정보를 분석하여, ‘동양인, 외모(사진), 여성, 1990. 1. 1.생, 제주 출생, 서울 거주, 직업 회사원, 연봉 4,000만 원, 월 3회 대형 마트에서 생활용품 구입, 월 1회 인터넷 쇼핑몰에서 여성용품 구입, 취미 영화관람, 즐겨 찾는 인터넷 사이트 유튜브, 정치성향 진보, 건강상태 양호’라는 정보를 획득하였다고 가정해 보자. 그중 甲은 수익창출에 도움이 되는 정보에 더 관심이 있을 것이다. 물론 다른 기업(영화관, 쇼핑몰, 병원)도 甲이 생산한 정보에 관심을 가지고 유통을 원할 것이다. 기업이 ‘맞춤형 서비스’를 하거나 ‘행태광고’를 하는 맥락에서는, 개인의 인터넷 검색내역, 브라우징 및 소비패턴, 관심사, 취미, 구매력 등 다양한 유형의 정보를 통해 개인의 속성을 파악하는 것이 중요한 것이지, 개인을 식별하는 것 자체는 별다른 의미가 없을 수도 있다. 식별 가능성을 중심으로 개인정보를 정의하고 그렇게 정의된 개인정보의 수집 등을 규제하는 패러다임 자체에 일정 부분 한계가 있다.¹⁰⁷⁾

마) 보다 근원적으로 ②-㉠, ㉡ 사례에서, 개인마다 사적 영역에 대한 침투로 느끼는 감수성에 차이가 있겠지만, 가입자가 기대하고 예상했던 개인정보 처리 수준을 넘는 인격권 침해 논란이 발생할 수 있다. 특히

107) 고학수, “개인정보 보호 법제에 관한 국내외 논의의 전개와 주요 쟁점”, BFL 제66호(서울대학교 금융법센터, 2014), 18쪽.

②-㉔ 사례는 ‘내밀 영역 들여다보기’와 사실상 동일한 효과가 발생할 수 있다. 현재의 관점에서는, 동의된 정보를 바탕으로 동의되지 않은 정보, 적어도 동의 여부가 불분명한 정보를 생성하였다고 볼 수 있다. 한편 개인정보법 제19조는 개인정보를 제공받은 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하여서는 아니 된다고 규정한다.

바) 과거에는 수집된 정보 자체의 프라이버시 침해를 우려하였다.¹⁰⁸⁾ 그런데 채팅, 블로그, SNS 등 자신의 정보를 자발적으로 제공하는 상황이 늘어나고 있다. 빅데이터 분석에서는 이러한 정보가 수집되고 다른 유형의 정보와 결합함으로써 개인을 재식별할 수 있는 개연성이 높아진다.¹⁰⁹⁾ 정보의 파편은 인격권 침해와 거리가 멀어도 정보처리의 자동화, 결합을 거쳐 인격권에 타격을 가할 수 있는 집대성된 정보가 창출될 수 있다. 개인의 생활상과 인격상이 적나라하게 드러날 수도 있다. 그 자체로는 중립적이거나 공개된 정보더라도 함부로 수집, 처리, 유통되지 않도록 규제할 필요성이 대두된다.¹¹⁰⁾ 이와 관련하여 개인정보법 제23조는 별도의 동의를 받거나 법령에서 허용하는 경우가 아니라면, 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보,¹¹¹⁾ 즉 민감정보를 처리하여서는 아니 된다고 규정한다.

108) 예컨대, *Whalen v. Roe*, 429. U.S. 589 (1977) 참조. 이미 1970년대부터 방대한 사적 정보를 축적하는 데 따른 프라이버시 위협이 논의되었다. 세금, 복지, 사회보장, 공공보건, 군대, 형사 집행 등은 모두 방대한 정보를 체계적으로 수집, 보존할 것을 요구하고, 이러한 정보 중 대부분이 사적이고 공개되면 당황스럽거나 해로운 것이라는 취지로 판시하였다.

109) 고학수, *supra* note 107, 18쪽.

110) 한위수, *supra* note 45, 6쪽.

111) 개인정보 보호법 시행령 제18조는 민감정보로서 ‘유전정보’, ‘범죄경력자료에 해당하는 정보’를 규정한다.

2) 기술발전과 사적 영역의 상대성

① ㉠ 甲은 택배업체이다. 甲의 택배기사는 아파트 정문(경비실)을 거쳐 아파트 출입문에서 수령인과 인터폰 통화를 하고 수령인이 출입문을 열어주면 아파트로 들어간 다음 엘리베이터를 타고 올라가 현관문을 열어 준 수령인에게 배송물을 전달한다.

㉡ 乙은 드론, AI, 사물인터넷(IoT)을 적용하는 글로벌 배송업체이다. 乙이 운용하는 드론은 탑재 카메라, 각종 장비로 수령인 주소를 탐색하고 수령인의 개인식별 정보를 확인한 다음 배송물을 수령인에게 전달한다. 수령인 부재 중에는 드론이 주거지 네트워크와 연결하여 출입문/창문을 개폐한다.

② ㉠ A와 B는 A의 승용차를 타고 한강공원 내 주차장으로 간 다음 데이트를 즐겼다. 마침 산책 중이던 X는 A와 B의 포옹 장면을 휴대폰으로 촬영했다.

㉡ 안면인식 등 생체인식 기능, 자율주행 기능이 탑재된 신형 자동차의 테스트에서 A가 장기시승자로 선정되었다. 신형 자동차는 A의 얼굴, 지문, 이동 경로, 주변 인도와 차도 상태 등 각종 정보를 확보하고 이를 주행에 활용한다. B는 생체인식 기능의 탑재를 모른 채 신형 자동차에 탑승하고 A와 드라이브를 하였다. 신형 자동차는 주행 중 보행자 C, D, E 등을 촬영하고 그 정보를 분석하였다. Y는 신형 자동차와 자동차 제조사의 네트워크를 해킹하여 A, B, C, D, E의 모든 정보를 유출했다.

가) ①, ② 사례는 기술발전으로 사적 공간이 잠식되고 있음을 보여준다. 이미 CCTV가 없는 도로가 없다. 사물인터넷(IoT)은 자동차, 집안 곳곳에 센서를 설치하고 모든 것을 네트워크로 연결할 태세이다. 최근 화장실, 숙박시설에 설치된 ‘몰카’가 사회적 문제가 되기도 하였다. 물론 사적 영역에 대한 ‘침범 기술’이 발전하는 만큼 여기에 대항하는

기술의 수요도 증대되고 이에 따라 ‘Anti 침범 기술’도 발전할 것이다. 여하튼 사적 영역이 줄어들고, 자신이 소재하는 곳이 진정한 사적 영역인지 항상 고민해야 한다면, 불행한 일이 아닐 수 없다.

나) 보통 개인의 주거지는 사적 영역으로 인정된다. 독일 형법은 주거 또는 관찰로부터 특별히 보호된 공간에 있는 사람을 권한 없이 촬영하고 이로써 고도의 사적 생활영역을 침해한 사람을 처벌한다.¹¹²⁾ ①-㉠ 사례처럼 현재 사적 영역인 주거지에 물리적으로 도달하는 데만 여러 단계를 거친다. 주거지 내 생활모습의 무단촬영은 대체로 초상권 침해로 인정될 여지가 많다.¹¹³⁾ 그리고 헌법재판소는 “여가시간의 여행과 오락활동 등에 이용되고 일상생활에서도 상당한 시간을 자동차 안에서 보내는 경우가 많으므로, 자동차 안에서 이루어지는 활동 중 일부는 사생활의 영역”이라고 판시하였다.¹¹⁴⁾ ②-㉠ 사례와 같이 자동차 내 사생활에 대한 무단촬영은 초상권 침해로 인정될 수 있다.

다) 그런데 ①-㉡, ②-㉢ 사례처럼 기술발전은 사적 영역의 구분 자체를 허문다. 현재 ‘드론’만 보더라도, 고성능 카메라가 탑재되면서 공공장소는 물론 사유지, 주거지에 대한 프라이버시, 초상권 침해 논란이 제기되기 시작하였다.¹¹⁵⁾ 자율주행자동차가 보편화 되면 자동차가 갈 수 있는 곳이면 언제든 촬영 대상이 될 것이다. 한편 SNS 단체채팅방은 구성

112) Strafgesetzbuch § 201a Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen.

113) 서로 인접한 단독주택에 거주하는 이웃끼리 인접한 공터에 음식물 쓰레기를 버리는 문제 등으로 다툼이 있던 사건이 있었다. 상대방이 자신의 주거지 지붕 처마 밑에 감시용카메라(CCTV) 2대를 설치하였는데 그중 1대는 촬영각도를 높이면 신청인의 주거지 내부가 보일 수 있었다. 법원은 당해 CCTV로 신청인의 주거지 내부를 촬영하여서는 아니 된다고 결정하였다(대전지방법원 홍성지원 2018. 9. 12.자 2018카합45 결정). 입양아의 학대 의혹, 입양에 관한 사후관리의 문제점을 지적하는 방송에서 원고 1(어머니)이 운영하는 약국의 건물 및 약국의 상호를 방송하고, 원고 2(자녀)의 초상을 방영한 것은 사생활의 비밀 및 자유를 침해한다고 판단하였다[수원지방법원 2013. 5. 24. 선고 2011가단55579 판결(확정)].

114) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마518 결정.

115) 참고로 일본 총무성은 2015년 8월 「드론의 촬영 영상 등의 인터넷에서의 취급에 관한 가이드라인」을 발표하였다. 総務省 報道資料一覧 <http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news> (최종 방문 2018. 11. 5.).

원만의 사적 영역으로 생각할 것이다. 다만, 약 500명이 모인 단체채팅방에서 대학교수가 올린 메시지 내용(탈북자를 전원 사형에 처해야 한다 등)과 함께 그의 실명과 사진을 보도한 데 대하여 언론사의 책임을 부정한 사례가 있다.¹¹⁶⁾ 과연 미래 인간에게 ‘동굴’이 존재할 것인가? 과거 개인의 사적 영역으로 인식했던 것이 미래에도 그러한 성격을 계속 유지할지, 여기에 적용된 법리가 그대로 타당할지 두고 볼 일이다. 고립되고 싶어도 고립될 수 없는 시대가 도래한다면, 과연 행복할지 의문이다. 아무리 기술이 발전하고 사적 영역에 대한 침투가 쉬워진다고 하더라도 타인으로부터 자유로운 나만의 공간은 반드시 확보될 필요가 있다.

라) ㉔-㉕ 사례에서 덧붙여 언급할 것은, 동승자(B)와 자율주행자동차가 수집하게 되는 운전자, 동승자 이외 보행자(C, D, E)의 동의 이슈이다(자동차 제조사와 Y의 공동책임 여부도 이슈이다). A는 장기시승자가 되면서 자동차 제조사에 개인정보 수집에 관한 동의를 하였을 것이다. 그러나 B는 그러한 동의를 한 적이 없음이 분명하다. C, D, E도 마찬가지이다. 그런데 A나 자동차 제조사가 다수의 동승자로부터 일일이 동의를 구해야 한다면 참으로 불편하다. 주행 중 지나치는 불특정 다수인의 동의를 받는 것은 가능하지도 않다. A의 자동차 이용이나 자동차 제조사의 기술 개발과 보급에 저해 요소가 될 수도 있다. 미래 자동차에는 생체인식, 촬영 기능이 당연히 탑재되고 사회적으로 그 사용이 일반화된다면, 동승 자체가 묵시적 동의로 평가되거나, 보행자의 촬영이 사회적으로 용인되는 행위에 포함될 수도 있을 것이다. 또는 아예 입법자가 나서서 개인정보 보호법에 예외 규정을 두거나 특별법을 제정할 수도 있다.

116) 서울중앙지방법원 2015. 7. 1. 선고 2014가합37038, 37045 판결, 서울고등법원 2016. 1. 22. 선고 2015나2037519, 2037526 판결(항소기각 확정).

손해배상청구를 배척하면서 보도내용이 ‘공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심 대상’이고, ‘원고는 스스로 카카오톡 프로필에 자신의 실명과 사진을 올려놓았고, 대화방에 참여한 500명 이상이 원고가 누구인지 쉽게 알 수 있었던 점’ 등을 근거로 들었다.

3) 초상권 침해유형의 다양화와 다른 개별적 인격권 침해와의 중첩

- ① 2100년 인간의 머리 뒤쪽에 접속장치만 삽입·설치하면 뇌에 저장된 기억에 대한 접근, 인식, 해독, 문서 내지 동영상으로의 전환, 다른 매체로의 이전과 저장이 가능하다.
- ② X는 A의 SNS에서 A의 사진을 JPG 파일로 캡처한 다음 클라우드 컴퓨팅(Cloud computing)하였다.
- ③ X는 큰 흉터가 있고 스킨헤드인 것처럼 A의 얼굴사진 파일을 조작하였다.
- ④ X는 그래픽편집 프로그램을 동원하여 다음과 같은 사진을 유포하였다.
 - ㉠ A, B, C가 함께 찍은 사진에서 A만을 삭제하여 마치 B, C만 찍은 사진
 - ㉡ B, C만 찍은 사진에서 A를 삽입하여 마치 A, B, C가 함께 찍은 사진
- ⑤ 신문사 X는 A의 여러 사진 중 화를 내는 사진을 1개 골라 A에 대한 기사에 첨부하였다.
- ⑥ 신문사 X는 A의 화를 내는 사진을 찾을 수 없어 자신이 구축한 기사 저장소(Archive), AI, 빅데이터 분석을 동원하여 구체적인 표정을 표현할 수 있을 정도의 정보를 확보한 다음 화를 내는 사진을 만들어 X가 작성한 ‘기업인 A의 갑질!’이라는 제목의 기사에 첨부하였다.
- ⑦ X와 A는 ○○분야에서 경쟁 관계에 있다. X는 딥페이크(Deep Fake) 전문가인 Y에게 A에 관한 거짓 동영상 제작을 요청하였다. Y는 축적된 A 관련 빅데이터를 분석하여 A의 표정, 목소리, 억양, 몸짓 등을 그대로 구현하는 한편, A가 한 적도 없는 말을 한 것처럼 보이는 동영상을 제작·유포하였다.

가) 침해유형의 다양화

(1) 리딩 판결이 제시한 초상권 침해 수단은 ‘함부로 촬영 또는 그림 묘사되거나 공표’ 정도이다.¹¹⁷⁾ 초상권의 보호 대상은 사진, 초상화, 몽

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

타주, 소묘, 풍자화, 만화, 일러스트레이션(삽화), 캐리커처, 인형, 흉상, 입상, 동영상, 영화 등 다양하다. 초상은 그 묘사방법 여하를 가리지 않고 보호된다.¹¹⁸⁾ 하급심 중에 초상의 묘사방법이 사진촬영이든, 회화적이든 묻지 않고 보호를 받는다고 판시한 사례가 있다.¹¹⁹⁾ 미국 판결 중에는 여성 의류의 전문모델인 원고와 흡사한 마네킹의 거래를 금지하는 것이 정당하다고 본 사례,¹²⁰⁾ 널리 알려진 유명인(재클린 케네디 오나시스)을 연상케 하는 다른 사람의 사진을 광고에 사용하는 데 대하여 프라이버시 침해에 기한 금지청구가 정당하다고 본 사례¹²¹⁾가 있다.

(2) 일반적으로 상대방이 초상을 육안으로 관찰했다는 자체만으로 초상권 침해라고 보지는 않는다. 물론 초상을 관찰하는 자체가 매우 비전형적이거나 주거침입 등 위법한 행위가 개입하였다면 별도의 불법행위가 성립할 수는 있다. 위에서 살펴본 촬영 등 일련의 수단이나 매체는 공통적으로 어떻게든 개인의 초상을 포착해서 형상화시키는 것까지 전제하고 있다. 직접 육안으로 쳐다보든, 다른 경로로 인지하든, 이러한 단계를 넘어 개인의 초상이 어떤 매체에 직접 남겨지거나 어떤 매체가 곧장 초상을 연상시키는 상태를 상정하고 있다. 그런데 ① 사례에서는 육안으로 본 것만으로도 ‘촬영, 그림묘사’에 상당히 근접하게 된다. 초상주체의 불안, 특히 통제되지 않은 복제에 대한 불안의 측면에서 기계로 촬영 당하든, 육안에 노출되든 크게 다르지 않은 시대가 올 수 있는 것이다. 미래에는 법원이 초상주체의 신청에 따라 상대방에게 ‘기록삭제가처분’을 명할지도 모른다.

118) 박용상, 명예훼손법(현암사, 2008), 525쪽.

119) 서울민사지방법원 1988. 5. 11. 선고 87가합6175 판결. 다만, 사회통념상 당해 그림이 원고에 관한 것으로 바로 식별될 정도는 아니어서 초상권 침해가 부정되었다.

120) *Young v. Grenaker Studios*, 26 N.Y.S.2d 357(Supreme Court, New York County, 1941).

121) *Onassis v. Christian Dior-New York, Inc.*, 472 N.Y.S.2d 254(Supreme Court, New York County, 1984).

나) 다른 개별적 인격권 침해와의 중첩과 False Light

(1) 특히 ③ 내지 ⑦ 사례와 같이 기술발전으로 Prosser의 False light 유형에 해당하거나 이와 유사한 인격권 침해가 증가할 수 있다. 그중에는 심각한 ‘Fake 뉴스’도 있다. 미국에서는 False Light를 프라이버시 침해로 다룬다. 보도내용과 합리적 연관성이 없는 사진을 첨부하거나, 반대로 보도내용과 연관성이 있는 것처럼 사진을 첨부하는 경우를 대표적인 예로 든다.¹²²⁾ 2nd Rest.는 ‘a) False light가 합리적인 사람에게 상당한 불쾌감을 야기하고, b) 상대방이 잘못됨(Falsity)과 피해자가 놓이게 되는 False light를 알았거나 무분별하게 무시한 채 행위’한 경우를 요건으로 제시한다.¹²³⁾ b) 요건은 ‘현실적 악의(Actual malice)’ 이론을 연상시킨다.¹²⁴⁾ False Light가 반드시 명예훼손과 결부되는 것은 아니지만, 많은 경우 명예훼손이 문제되고 이 경우 양자 모두에 기초하여 손해배상청구를 할 수 있다.¹²⁵⁾ 대법원 판결 중 “타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 함으로써 그 인격권을 침해한다면, 이는 명예훼손과는 별개 유형의 불법행위를 구성” 한다는 판시는 False Light에 적용할 수 있다.¹²⁶⁾

(2) 초상권(특히 공표거절권¹²⁷⁾)은 다른 개별적 인격권, 특히 명예권과 함께 침해될 수 있다. 기사와 사진이 불가분적으로 어떤 사실을 적시할

122) W.P. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton & D. Owen, *supra* note 23, p. 864.

123) Restatement (Second) of Torts § 652E Publicity Placing Person in False Light(1977).

124) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254(1964)는 공직자(몽고메리시 경찰국장)에 대한 보도와 관련하여, 원고 공직자가 피고 언론사에 현실적 악의(Actual malice), 즉 보도내용이 허위임을 알았거나 허위 여부를 무분별하게 무시한 채 표현행위를 하였다는 사실(with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not)을 증명해야 한다는 법리를 선언하였다.

125) Restatement (Second) of Torts § 652E Publicity Placing Person in False Light - Comment b.(1977).

126) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결.

127) 명예훼손은 공표가 전제되지만, 촬영·작성거절권은 공표가 전제되지 않은 침입 자체가 문제되므로 명예권과 중첩되기는 어렵다.

수 있다. 사진만으로도 사실적시가 가능하다. 예컨대, 얼마 전 논란이 되었던 ‘○○ 성추행’ 의혹 사건을 조금 각색해보자. 가수 A의 대각선 뒤에 서 있던 사회자 B가 A 하체 쪽으로 손을 내밀었다. 정면에서 촬영된 사진만 보면 마치 B가 A의 엉덩이를 만지는 상황으로 보인다. 그런데 측면에서 촬영된 사진을 보면 사회자의 손은 A의 엉덩이에서 떨어져 있다. 만약 정면 사진과 함께 B가 A를 성추행했다고 공표하면, B의 초상권과 명예권이 동시에 제한될 수 있다.¹²⁸⁾ 정면 사진만 공표했다 하더라도 공중이 ‘B가 A의 엉덩이를 만졌다’는 사실 적시가 있다고 인식한다면 마찬가지로 법적 평가가 가능한 것이다.

(3) 유명인(원고)의 결혼식 사진을 고가의 웨딩드레스를 대여하는 업자의 횡포를 고발하는 보도에 사용한 사건이 있었다.¹²⁹⁾ 공중은 원고가 비싼 웨딩드레스를 입고 호화 결혼식을 하였다고 인식할 것이다. 그러나 실제로 원고는 호화 결혼식을 하지 않았다. 공중에 False Light를 심어준 것이다. 명예훼손과 초상권 침해가 동시에 발생할 수 있다. 반대로 원고가 호화 결혼식을 하였다면 어떨까? 일단 False Light는 아닐 것이고, 법적 평가가 상당히 달라질 수도 있다. 먼저 명예훼손 여부를 보면 진실을 적시하였지만 명예훼손이 성립할 수도 있고¹³⁰⁾ 공익성에 따라 위법성이 조각될 수도 있다. 초상권 역시 공중의 정당한 관심에 해당하는지 여부에 따라 위법성이 판명될 것이다.

(4) 그리고 원고가 김일성/김정일과 어떤 관계가 있는 것처럼 보일 목적으로 원고의 사진을 김일성/김정일의 사진과 나란히 게재함으로써 명예와 초상권을 침해하였다고 판단한 사례가 있다.¹³¹⁾ 이제는 나란히 게

128) 물론 이익형량을 거친 다음에야 중국적인 위법 여부가 판명될 수 있다.

129) 서울고등법원 1996. 6. 18. 선고 96나282 판결(확정).

130) 형법 제307조 제1항은 사실적시 명예훼손을 처벌하고, 여기에는 ‘진실한 사실’도 포함된다고 해석한다. 진실한 사실적시 명예훼손에 대해서는 위헌 논란은 물론 국제사회의 비판도 있다. 예컨대, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression(A/HRC/17/27/Add.2, 21 March 2011).

131) 서울중앙지방법원 1998. 7. 1. 선고 97가합88220 판결(확정).

재하는 것을 넘어, 마치 두 사람이 같이 찍은 듯한 사진을 만들 수 있다. 허위사실 적시를 허위사진으로 뒷받침할 수 있고, 허위사진만으로도 허위사실 적시를 할 수도 있다. 예컨대, ⑥ 사례에서 A의 초상권 침해와 함께 ‘기업인 A는 직원들을 상대로 화를 내고 폭언을 한다’는 허위사실 적시 명예훼손이 성립할 수 있다.¹³²⁾

(5) 허위 내지 조작된 사진 자체로 어떠한 사실이 주장된 것이라면 정정보도청구도 가능하다. 예컨대, ④-㉔ 사례에서 당해 사진은 ‘A가 B, C와 함께 사진을 찍었다’는 사실을 보여주는데, 허위사실이라면 함께 사진을 찍지 않았다는 취지의 정정보도청구가 가능하다. 신문사가 ‘마치 의경들을 주먹으로 때리려는 듯한 인상’을 주는 사진을 게재한 데 대하여, ‘원고는 경찰을 폭행하려고 한 적이 없는 것으로 밝혀져 이를 바로잡는다’라는 정정보도청구를 한 사건이 있다.¹³³⁾ 비슷한 사례로 신문사가 원고의 알몸사진이 발견되었다는 기사와 함께 알몸사진(모자이크 처리)을 게재한 데 대하여, 원고는 알몸사진이 합성이라는 취지의 정정보도청구를 한 사건도 있다.¹³⁴⁾

(6) 사실 인격권 쟁송에서 이미 False light 관점의 주장이 많이 제기되어 왔다. 언론사가 여러 사진 중에서 굳이 공중의 부정적인 인식을 야기하는 표정과 행동이 담긴 사진을 첨부했다는 주장이 대표적이다. 예컨대, 수사기관에서 피의자가 거만하게 행동하는 듯한 모습의 사진, 장례식장에서 웃는 모습 등 상황이나 분위기에 전혀 맞지 않는 사진, 우스꽝스러운 사진, 업무시간에 눈 감고 있는 사진(줄고 있는 것처럼)을 선택하여 공중의 인식을 왜곡시켰다는 취지이다. 명예권의 측면에서, 만약 이

132) 명예훼손에서 상대방이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 조각되는데, 허위사진을 작출하였다면 상당성 항변은 인용되기 어렵다.

133) 서울중앙지방법원 2010. 1. 27. 선고 2009가합81994 판결(확정). 다만, 허위사실의 보도라고 볼 수는 없어 정정보도청구가 기각되었다

134) 서울중앙지방법원 2008. 12. 17. 선고 2007가합96787 판결(위자료 1억 5,000만 원), 서울고등법원 2009나8927호 항소심에서 조정성립(8,000만 원). 다만, 법원은 입증이 부족하다고 판단하여 정정보도청구를 인용하지는 않았다.

러한 사진과 언론보도가 함께 어우러져 허위사실이 공표되거나 경멸적 표현이 있었다는 정도에 이르지 않았다면, 위법성을 단정하기는 어려울 것이다. 공적 인물의 경우 다소 논쟁적인 사진의 공개가 곧바로 초상권 침해로 연결된다고 보기도 어렵다. 명예권 침해가 분명하지 않은 False light의 경우 현재 우리의 관점으로는 위법성이 포착되기가 쉽지 않다.

(7) 앞서 보듯 미국에서는 False light에 명예훼손과의 결부를 요구하지 않는다. 예컨대, 미국에서는 언론사가 다리붕괴 사고로 남편이자 아버지를 잃은 가족에 관한 기사를 보도하면서 가족의 곤궁함을 강조하고 주거지의 사진을 함께 게재하고, 망인의 배우자를 인터뷰하지도 않았으면서 ‘그 사건으로 그녀의 삶은 변하였다. 그녀는 자긍심이 있는 사람이다. 주민들이 금전 지원을 제공하였지만 거부하였다’는 등의 내용을 보도한 사례에서, False light의 프라이버시 침해가 인정되었다.¹³⁵⁾ BGH는 ‘*Wahlkampf illustrierte* 사건’에서 원고의 사진을 실제와 달리 다른 정당에 속한 것처럼 사용한 경우 인격상을 왜곡하는 것이므로 원고의 동의가 필요하였다고 판단하였다¹³⁶⁾. BVerfG은 ‘*Caroline* 사건’에서 결혼의도에 관한 잘못된 보도는 명예훼손적인지 여부와 관계없이 인격권, 특히 공중에 나타나는 인격상을 왜곡하고 자기결정권을 침해하는 것이고, 인격상의 보호도 명예의 보호에 못지않다고 판단하였다.¹³⁷⁾ 그리고 ‘*Soraya* 사건’에서 Soraya 공주를 인터뷰한 적도 없었으면서 프리랜서 작가가 허구로 작성한 인터뷰 기사를 주간지에 게재한 사건에서 인격권 침해를 인정하였다.¹³⁸⁾

(8) 디지털 시대가 되면서 정보의 수집, 처리가 순식간에 공간을 초월하여 대량으로 이루어진다. 정보의 교환과 유통도 매우 쉽다. 클라우드 컴퓨팅(Cloud Computing)으로 정보가 어디 있는지조차 말하기가 어렵게

135) *Cantrell v. Forest City Pub. Co.*, 419 U.S. 245(1974).

136) BGH, Urteil vom 27. November 1979 – VI ZR 148/78.

137) BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 1998 – 1 BvR 1861/93, BVerfGE 97, 125–156.

138) BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 1973 – 1 BvR 112/65.

되었다.¹³⁹⁾ 데이터의 위치를 특정할 수 있음을 전제하는 법규의 전반적인 재검토가 요구될 수도 있다.¹⁴⁰⁾ 그리고 디지털 시대에서 원본과 복사본의 구별은 이미 무의미해졌다. AI는 정밀하면서도 엄청난 양의 가짜(Fake) 개인정보를 만들어낼 수 있다. 공공기관이든, 기업이든, 개인이든, 권력을 위해서든, 사익을 위해서든, 후세에 역사로 남겨야 할 기록과 자료에 가짜와 왜곡을 집어넣을 수도 있다. 인류가 후손에게 진실한 기록만을 물려줄 수 있을지조차 불분명하다. 과거와 현재의 법리가 이러한 시대적 변화를 충분히 예상하였고 대응할 수 있을까? 개인정보에 전제되는 주요 원칙들은 상당수 1970~1980년대에 확립되었고 이러한 원칙들은 대체로 빅데이터 분석의 활용과는 거리가 멀다. 빅데이터 분석과 관련된 개인정보의 보호는 기본 원칙부터 재검토할 것을 요구한다.¹⁴¹⁾

4) 기술발전과 새로운 침해유형, 익명화의 문제

- ① ㉠ X는 ‘지인 능욕’¹⁴²⁾ 전문가인 Y에게 A의 SNS에서 취득한 A의 사진(얼굴)과 포르노 배우의 음란사진(몸)을 ‘합사’(합성사진)할 것을 요청하고, 그 대가를 지급하였다. X는 성적 욕설과 함께 Y가 만든 합사를 유포하였다.
- ㉡ X는 원격으로 컴퓨터를 조종하여 저장정보 탈취, 부착 카메라의 촬영이 가능한 악성 프로그램을 개발하였다. X는 A에게 기만적인 메시지를 보내 A의 노트북에 악성 프로그램이 설치되게 하였다. X는 A의 노트북을 원격 조종하여 저장된 A의 사진을 빼내고, 부착 카메라를 작동시켜 A가 집에서 옷을 갈아입는 모습을 촬영한 다음 사진과 동영상을 유포하였다.

139) 가장 전형적인 모습은 이용자가 자신의 컴퓨터를 이용하여 작업하되 그 정보는 타인의 서버에 저장하는 것이다. 권영준, “클라우드 컴퓨팅의 계약법적 문제”, Law & technology 제7권 제2호(서울대학교 기술과법센터, 2011), 46쪽.

140) 고학수, *supra* note 107, 21쪽.

141) 고학수, *supra* note 107, 23쪽.

142) 지인의 사진과 다른 음란사진을 합성한 다음 이를 유포하는 방법으로 지인에게 모멸감, 수치심을 주는 행위를 의미한다.

- ② 성형전문의 X는 조용히 성형수술을 받으려는 사람을 위하여 원격의료를 실시하고 있다. 그런데 X는 기존 원격의료 과정에서 네트워크 서버에 저장된 A, B, C 환자의 사진을 다른 원격의료 중 甲 환자에게 보여주었다.
- ③ 방송사 X는 공익제보자 A를 모자이크 처리하여 방송하였다. Y는 전문 기술을 동원하여 모자이크를 상당 부분 제거하고 A임을 인식할 수 있는 정도의 동영상 확보한 다음 이를 유포하였다

가) ① 사례는 사회적 문제로 비화된 극단적인 경우이다. ①-㉠ 사례는 정보통신망을 통하여 음란한 사진을 배포하였다는 점에 관한 정보통신망법위반죄로 형사처벌이 가능하다.¹⁴³⁾ 만약 포르노를 촬영한 것처럼 오인하게 하고 A를 비방할 목적이 있었다면 정보통신망을 통하여 허위사진으로써 허위사실을 적시한 점에 관한 정보통신망법위반죄도 성립할 수 있다.¹⁴⁴⁾ ②-㉠ 사례 역시 형사처벌 대상이다. 악성 프로그램을 유포한 점에 관한 정보통신망법위반죄, A의 컴퓨터에서 사진을 빼냄으로써 비밀을 침해, 누설한 점에 관한 정보통신망법위반죄, 수치심을 유발하는 A의 신체를 촬영한 점에 관한 성폭력처벌법위반죄가 각각 성립할 수 있다.¹⁴⁵⁾

나) 성형외과가 원고(연예인)의 이름과 함께 광고(‘명품 ○○○코 만들기’)를 하면서 원고가 아닌 다른 모델의 얼굴 측면 사진을 게재한 사건에서 원고로 오인할 만큼 유사하지 않아 초상권 침해를 부정한 사례가 있다.¹⁴⁶⁾ 반면 원고(백인 남성)의 사진 중 얼굴만 다른 사람의 얼굴로 대체하여 합성한 다음 영어회화 프로그램 광고에 이용한 사건에서, 체격, 머리카락, 옷차림으로 특징이 가능하여 초상권 침해를 인정한 사례도 있

143) 유사한 형사사건으로 대구지방법원 경주지원 2017. 3. 8. 선고 2016고단870 판결(확정).

144) 유사한 형사사건으로 의정부지방법원 고양지원 2017. 11. 23. 선고 2017고단2423 판결(확정).

145) 유사한 형사사건으로 광주지방법원 목포지원 2015. 1. 30. 선고 2014고단1864, 760(병합) 판결(제1심), 광주지방법원 2015. 4. 8. 선고 2015노425 판결(항소기각).

146) 서울중앙지방법원 2012. 10. 9. 선고 2012가단64664 판결(확정).

다.¹⁴⁷⁾ 最高裁는 출판사가 여성 연예인의 사진에 가슴 일러스트를 합성한 사진을 게재한 데 대하여 퍼블리시티권 침해는 부정하였지만, 독자들로 하여금 여성 연예인의 가슴 내지 나체를 쉽게 상상하게 하는 등 상당한 수치심과 불쾌감을 주는 것으로 인격권으로서 초상권, 인격적 이익으로 명예감정을 침해한다고 판단한 원심판결이 정당하다고 보았다.¹⁴⁸⁾

다) 국가의 정보 역량이 강화된 것은 물론이고, 기업, 언론 역시 정보 처리능력이 월등히 높아졌고 개인의 일상까지 살살이 파악할 수 있게 되었다. 수동적인 지위에 머물러 있던 일반 대중은 디지털 시대에 주도적인 정보의 생산자, 발신자 및 유통자가 되었다.¹⁴⁹⁾ 과거에는 국가에 대한 방어권이 중요하였다면, 이제는 사인 간 침해가 빈번하고 광범위해졌다. 기업, 언론 외에도 SNS, 1인 방송이 보편화 되면서 일반 개인도 언제든지 타인의 인격권을 침해할 수 있다. 누구든 ‘빅브라더’가 될 수 있다. 한편 피해자도 과거에는 공적 인물이 많았지만, 이제는 누구든 피해자가 될 수 있다.

라) 의료법 제34조는 원격의료를 할 수 있다고 규정한다. 의료법 시행규칙 제29조는 원격의료자는 원격진료실, 데이터 및 화상을 전송·수신할 수 있는 단말기, 서버, 정보통신망 등의 장비를 갖추 것을 규정한다. 과거 직접 대면을 전제로 제공된 각종 서비스가 정보통신기술을 통해 원격으로 시행될 수 있고, 이 과정에서 비밀로 유지되어야 할 초상 등 개인정보가 유출될 가능성이 높아진다. 기술발전의 안락함을 얻으려는 데 집중한 나머지 그로 인한 부작용은 다소 등한시하는 측면이 있다.

마) ③ 사례에서는 익명화¹⁵⁰⁾가 이슈이다. X는 어느 정도까지 초상권 보호를 위한 조치를 취하여야 하는가? 피해자가 익명화 조건으로 사생

147) 서울중앙지방법원 2014. 10. 14. 선고 2014나9419 판결(확정)

148) 最高裁判所 平成27年(受)第2050号(平成28年06月28日). 자세한 내용은 원심판결인 知的財産高等裁判所 平成27年(ネ)第10021号(平成27年08月05日).

149) 권영준, “명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자의 책임”, Law & technology 제2권 제2호(서울대학교 기술과법센터, 2006), 49쪽.

150) ‘익명화’와 ‘비식별화’의 구분에 대해서는, 고학수, “개인정보의 식별과 비식별: 누군가를 ‘알아본다’는 것의 의미”, 서울대 법과경제연구센터 - 데이터 이코노미(한스미디어, 2017), 187쪽 이하.

활에 관한 방송을 승낙한 사안에서, 대법원은 다소 추상적으로 “일반인들이 피촬영자가 원고임을 알아볼 수 없도록 적절한 조치를 취한 다음 이를 방영” 해야 한다고 판시하였다.¹⁵¹⁾ 하급심 중에는 원고가 브로커에 관한 제보를 하면서 신분 노출을 극도로 꺼린 상황에서 기자와 인터뷰하는 장면을 방송하는 경우 원고의 얼굴을 알아볼 수 없도록 할 ‘업무상 주의의무’가 있다고 전제한 다음, 원고의 음성이 변조되지 않았고 뒷모습이 완전하게 모자이크 처리되지 않는 등 이를 게을리하였고, 원고의 주위 사람들이나 브로커 일당이 원고임을 알아차릴 수 있도록 하여 초상권을 침해하였다고 판단한 사례가 있다.¹⁵²⁾

바) 다만, 극히 예상하기 어려운 전문 기술이 동원되는 경우까지 대비하는 조치의무가 인정된다고 보기는 어렵다. 사회 통념상 합리적인 경제적, 기술적 범위 내에서 식별이 가능하지 않게 할 의무가 있다고 봄이 상당하다. 그 시대의 기술 수준과 보급 정도도 중요한 기준이 될 것이다. 현재로서는 예상하기 어려운 기술이지만, 시간의 흐름에 따라 보편적인 기술이 될 수도 있고, 이 경우 언론사는 이러한 기술까지 대비하는 조치를 하여야 한다.

사) 사실 익명화는 기본적으로 ‘정도’의 문제이다. 어느 정도로 익명화를 하면 식별 가능성이 소멸될지 명확한 경계선을 긋기는 쉽지 않다. 정보의 특유한 속성을 일부라도 유지하는 한 완벽한 수준의 익명화는 이론상의 개념일 뿐이다. 구체적인 개별 상황을 전제로 기술 변화와 함께 적절한 정도나 수준에 대해 끊임없이 재검토해야 한다. 또한 현행 법제는 익명화 이후의 ‘제공’에 관해서만 언급하고 이후 ‘관리’에 대해서는 규정하고 있지 않은 문제가 있다.¹⁵³⁾

151) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결.

152) 의정부지방법원 2011. 10. 20. 선고 2011나6848 판결(항소심, 위자료 700만 원), 대법원 2012. 3. 15 선고 2011다112025 판결(심리불속행기각).

153) 고학수, *supra* note 107, 18쪽.

라. 초상권의 대상 및 주체

1) 초상권의 대상, 특수한 개인식별 정보 그리고 초상 개념의 생존 가능성

- ① 수사기관은 A를 체포하고 압수수색을 하면서 그 과정을 촬영하고 증거를 확보했는데 방송사 X는 수사 자료를 일부 제공받아 다음 장면을 방송하였다.
- ㉠ 눈을 가린 얼굴, ㉡ 뒷모습, ㉢ 지문·홍채·정맥 ㉣ 성형수술 전 사진
- ② ‘생체정보 공유플랫폼 사업’을 추진하는 甲은 A 등의 생체정보를 제공받고 그 대가를 지급하였다. 한편 甲은 수집한 생체정보를 제약사, 연구소에 판매한다. 甲의 직원 X는 사업설명회에서 A의 DNA 정보를 PPT로 보여주었다.
- ③ ISP인 乙은 ‘디지털 헬스케어’ 사업을 추진하기로 하고 신청자를 모집하여 A 등의 생체정보를 확보하였다. 그런데 乙의 직원 Y는 A의 게놈 지도 (Genome Mapping) 정보를 빼내 경쟁업체인 丁에 건네주었다.

가) 일반적으로 초상은 대부분 ‘얼굴’을 의미하지만, 얼굴에 국한되지는 않는다. 개인은 어떤 외관적 특성을 갖게 마련이고 그러한 특성은 개인 그 자체인 것이므로 구체적인 용모로서의 범위가 어떠한 특정한 임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 해당되는 것들은 모두 초상에 포함된다는 견해도 있다.¹⁵⁴⁾ 그 사람의 동일성을 파악할 수 있게 해 주는 ‘일체의 가시적인 개성들’이라는 개념이 동원되기도 한다.¹⁵⁵⁾ 대법원도 초상에 ‘사회통념상 특정한 임을 식별할 수 있는 신체적 특징’을 포함하여 설명한다.¹⁵⁶⁾ 한편 식별 여부는 평소에 그 인물을 알고 있는 주위 사람들을 기준으로 결정한다고 한다.¹⁵⁷⁾

154) 조소영, *supra* note 99, 153쪽.

155) 엄동섭, “언론보도와 초상권 침해 -판례를 중심으로-”, 언론중재 제18권 제2호(언론중재위원회, 1998), 24쪽.

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

157) 김재형, “언론보도에 의한 초상권 침해에 관한 법적 검토”, 언론중재 제32권 제4호(언론중재위원회, 2012), 27쪽; 박용상, *supra* note 118, 525쪽. “관찰자를 표준으로

나) 한편 조금 다른 국면으로서 ‘피해자 특정’이 인정되어야 한다. 피해자 특정은 인격권 쟁송의 출발이다. 상대방이 촬영하고 공표한 사항이 바로 그 피해자에 관한 것이고 그렇게 인식되어야 피해자의 인격권이 침해되었는지 판단하게 된다.¹⁵⁸⁾ 설령 촬영, 공표된 정보가 특정인의 신체와 관련된 것이더라도 누구의 것인지 알 수 없다면 초상권 침해 자체를 인정할 수 없다.¹⁵⁹⁾¹⁶⁰⁾ 물론 초상이라는 개념 자체가 피해자 특정과 상당히 중첩되기는 한다.

다) 언론이 성폭행 피해자(아동)의 상처 사진을 공개한 사건에서, 특히 얼굴의 상처 사진으로 얼굴 윤곽이 드러나는 등 초상권 침해가 인정된 사례,¹⁶¹⁾ 원고의 등쪽 사진, 얼굴 일부가 노출된 사진이더라도, 당해 기사에서 원고와 유명 연예인의 성행위를 자세히 묘사함으로써 사진이 원고에 관한 것임을 쉽게 알 수 있다면 초상권 보호를 받는다고 본 사례,¹⁶²⁾ 지방이식수술 전후 사진 중 원고의 눈이 나오지 않도록 한 사진,¹⁶³⁾ 눈과 코 부분을 ‘T’자로 모자이크 처리한 사진,¹⁶⁴⁾ 원고가 귀걸이를 하고 출연한 드라마 장면 중 ‘눈을 제외한 나머지 얼굴 아랫부분’ 사진¹⁶⁵⁾

하는 것이 아니라 지면인사(知面人士)에 의해 식별된 가능성이 있으면 족하다”

158) 대법원은 명예훼손 사안에서 “성명을 명시하지 않은 경우라도 그 표현의 내용을 주위사정과 종합해 볼 때 그 표시가 누구를 지목하는가를 알아차릴 수 있을 정도이면 피해자가 특정되었다”라고 판시하였다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다36622 판결).

159) W.P. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton & D. Owen, *supra* note 23, p. 853은 원고의 손, 다리, 발 또는 집, 자동차, 개의 공표로 불법행위가 성립하지 않는다고 설명한다.

160) 서울서부지방법원 2012. 7. 19. 선고 2011가합10952 판결(확정).

뒷모습 등 신체의 일부에 대한 촬영이라 하더라도 피촬영자의 고유한 특징 및 촬영영상에 대한 설명 등 관계되는 사정을 종합하여 볼 때 그 대상이 누구인지를 식별할 수 있는 정도라면 초상권의 침해가 문제될 것이나, 신체의 일부만으로는 피촬영자의 특징이 곤란한 경우에는 단지 그의 동의없이 촬영이 이루어졌다는 사정만으로 초상권이 침해되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

161) 서울중앙지방법원 2014. 3. 19. 선고 2013가합50737 판결(확정).

‘나주 초등생 성폭행 사건’에서 언론사의 경쟁적인 취재와 보도로 인하여 피해자가족의 사생활이 침해되는 피해가 발생하였고, 반성적 차원에서 한국기자협회와 국가인권위원회가 「성폭력범죄 보도 세부 권고기준」을 마련하기도 하였다.

162) 서울지방법원 2000. 10. 11. 선고 99가합109817 판결(확정).

163) 서울중앙지방법원 2013. 11. 15. 선고 2013가단112263 판결(확정).

164) 서울중앙지방법원 2013. 6. 12. 선고 2012가단5035005 판결(확정).

165) 서울중앙지방법원 2014. 10. 28. 선고 2014나22948 판결(확정).

에 대하여 초상권 침해를 인정한 사례가 있다. 동의 없이 성형 전후 사진을 환자의 눈만 흐릿하게 처리한 채 인터넷 사이트에 게재한 사건에서, 개인정보분쟁조정위원회¹⁶⁶⁾가 환자의 정신적 피해를 인정한 사례도 적지 않다.¹⁶⁷⁾

라) 반면 원고들 중 1명은 목 아래 전신이, 다른 1명은 허리 아래 하반신이 촬영된 사안,¹⁶⁸⁾ 원고가 걸어가는 모습이 흐릿하게 처리되거나 가슴 아래쪽만 나온 경우¹⁶⁹⁾ 초상권 침해를 부정하였다. 그리고 얼굴을 모자이크 처리하고 목소리를 변조한 사건에서 원고들은 지인이 자신들을 특정할 수 있다고 주장한 사건이 있었다. 법원은 ‘원고들의 초상 자체를 인식한 것이라기보다는 프로그램에 나오는 교회의 전경, 자막 등으로 알 수 있는 원고들의 지위 등 관련 정보를 종합적으로 인식함으로써 인한 것일 가능성이 높다’는 취지로 초상권 침해 주장을 배척한 사례도 있다.¹⁷⁰⁾

마) BGH는 ‘Fußballtor 사건’에서 축구 골키퍼의 뒷모습 사진을 광고에 사용한 경우, 당해 축구팀을 아는 사람이라면 체격, 자세, 머리카락으로 원고임을 알 수 있다는 이유로 초상권 침해를 인정하였다.¹⁷¹⁾ 독일 하급심 중에는 사진의 눈 부분이 띠로 가려져 있다 하더라도 초상

166) 개인정보보호법 제40조 이하에 따라 개인정보에 관한 분쟁의 조정을 위하여 설치된 위원회이다. 당사자가 조정내용을 수락한 경우 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는다.

167) 개인정보분쟁조정위원회·한국인터넷진흥원, 2009년 개인정보분쟁조정사례집(2010), 35-37쪽. 과거 성형외과가 환자의 성형전후 사진을 홈페이지에 게재하였다는 내용의 초상권 분쟁이 상당수 있었다. 또 다른 사례로 개인정보분쟁조정위원회·한국인터넷진흥원, 2010년 개인정보분쟁조정사례집(2011), 180쪽 참조.

168) 서울고등법원 2015. 8. 28. 선고 2014나2050805 판결(확정). 다만, 제반 사정에 비추어 원고들의 특징이 가능하다고 보아 프라이버시 침해는 인정하였다.

169) 서울동부지방법원 2016. 6. 14. 선고 2015가소287236 판결(확정).
“평범한 거리를 원고가 걷고 있는 장면으로서 일반인의 감수성을 기준으로 하여 원고의 입장에 섰을 때 공개되기를 바라지 않을 것에 해당하고 아울러 그것이 공개됨으로써 원고가 불쾌감이나 불안감을 가질 사항에 해당한다고 보기는 어려운 점” 도 초상권 침해를 배척하는 근거로 제시하였다.

170) 서울남부지방법원 2016. 7. 7. 선고 2015가합3601 판결(제1심), 서울고등법원 2017. 2. 8. 선고 2016나2051505판결(항소기각).

171) BGH, Urteil vom 26. Juni 1979 - VI ZR 108/78.

주체가 인식될 수 있다면 초상권 침해를 인정할 수 있다고 본 사례가 있다.¹⁷²⁾

바) 현재로서 초상은 가시적인 특징, 즉 육안 인식을 기준으로 삼는다. 현재에는 지문과 홍채가 공표되더라도 누구의 것인지 알기 어렵다. 특별한 장비, 기술과 함께 데이터베이스가 있어야 비로소 정보주체를 식별할 수 있을 것이다. 헌법은 ‘과학기술의 혁신’과 ‘정보의 개발’을 국가의 의무로 규정하였다.¹⁷³⁾ 그리고 누구든 점차 낮은 비용에 발전된 기술에 쉽게 접근할 수 있게 되었다. 화질이 크게 향상되면서 얼굴이나 신체의 작은 특징까지 자세하게 표현, 인식할 수 있고, 이로써 개인식별의 정도가 계속 심화될 것이다. 과거에는 육안으로 얼굴 외관을 보는 데 그쳤다면, 이제는 인식의 영역에도 없었던 마이크로, 나노 정보가 손쉽게 포착될 것이다. 동산과 부동산처럼 명확한 물건이 아닌 이상 초상의 범위는 충분히 발전할 수 있다. 나아가 미래에는 육안으로 식별할 수 있는지 여부보다 어떤 장비나 AI가 식별할 수 있는지 여부가 더 중요하게 부각될 수도 있다. 얼굴과 가시적 관찰만 알던 시대의 법리가 현재와 미래에도 타당할지 고민해야 할 수도 있다.

사) 개인정보법 제2조 제1호는 개인정보에 ‘해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다’고 규정한다. EU Directive¹⁷⁴⁾를 대체하여 EU GDPR¹⁷⁵⁾이 2018. 5. 25.부터 시행되고 있다. EU GDPR은 개인식별가능성에서 ‘합리적으로 사용될 수 있는 모든 수단’을 고려한다고 규정한다. 이와 관련하여 ‘식별에 소요되는 비용, 시간 등과 같은 모든 객관적 요

172) OLG München, Urteil vom 21. Dezember 1981 – 21 U 3951/81.

173) 국가정보화의 추진을 위하여 「국가정보화 기본법」이 시행 중이다.

174) Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

175) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC.

소, 그리고 처리 시점에 사용 가능한 기술과 기술발전'을 참작한다.¹⁷⁶⁾ 만약 핸드폰과 같이 거의 모든 사람이 가지는 기기에 지문, 홍채 인식 기능이 보편적으로 탑재된다면 어떨까? 홍채 정보가 공표되면 누구든 특정인임을 인식할 수 있으면 어떻게 될까? 현재로서는 생체정보와 초상은 용어 자체부터나 우리의 이해 범위에서나 잘 어울리지 않는 것처럼 보인다. 그러나 시간이 흘러 예컨대, 유전자 지도가 쉽게 파악, 보유될 수 있는 정보가 된다면 보편적인 개인식별정보가 되고 특정 개인을 표상할 수도 있다. 우리는 직관적으로 인식되는 얼굴과 같은 정보에 초상이라는 이름을 붙여 보호하여 왔고, 인간에게 얼굴이 가지는 의미는 남다르기는 하다. 그러나 미래에 신체의 다양한 각종 정보를 쉽게 인식, 수집, 파악할 수 있다면 '초상' 개념은 점차 희미해지고 '개인식별 정보'로 통합되어 보호될 가능성도 있다. 다른 한편으로 개인정보가 광범위해지고 이에 따라 규제 범위도 늘어나면서 정보를 적절히 활용하여 공익을 증진하고 기술발전을 도모하는 데 불합리한 제한으로 작용할 수도 있다.

아) 초상은 인간의 생래(生來)적인 특징에 한정해서 설명하는 것이 보통이다. 그러나 인간은 오래전부터 외관을 꾸며 왔다. 화장을 하고 멋진 옷을 입는다. 특히 연예인의 경우 특정한 분장, 패션, 스타일이 함께 어우러져 당해 연예인을 특정하거나 더욱 돋보이게 하는 개성이 된다(이러한 초상의 도용은 특히 재산적 이익이 문제된다). 연예인이 드라마에 출연하면서 형성된 털복숭이 캐릭터(임격정)를 타인이 함부로 사용한 경우 초상권 침해를 인정한 사례가 있다.¹⁷⁷⁾ 꾸미기 전의 모습이나 꾸민 후의 모습이나 모두 인격이 발현된 것으로 차이가 없다. 성형수술도 마찬가지이다. 성형수술로 외관이 변화했다 하더라도 성형 전이든, 성형 후이든 개인의 사진을 무단으로 공표한다면 양자 모두 초상권 침해가

176) EU GDPR Recital (26).

177) 서울지방법원 1997. 8. 1. 선고 97가합16508 판결(제1심), 서울고등법원 1998. 10. 13. 선고 97나43324 판결(항소기각), 대법원 1999. 1. 27. 선고 98다56355 판결(심리불속행 기각).

될 수 있다. 성형 전 사진에 나타난 자신의 모습이 보여주기 싫은 사적 사항에 해당한다면 프라이버시 침해도 성립할 수 있다. 그런데 성형수술의 보편화 등 후천적으로 외모가 변경되는 경우가 잦아지고 변화의 수준도 심대해진다면 어느 모습이 진짜 내 모습인지조차 특정하지 못하고 혼란스러워하는 시대가 올 수도 있다. 한편 이미 증명사진은 증명기능을 상실했다고 한다. ‘포토샵’으로 사진의 변경이 너무 쉽다. 가상 공간에 자신의 ‘아바타’가 활동하는 시대가 온다고 한다. 나의 본 모습과 너무 다른 사진, 가상공간의 캐릭터나 아바타도 초상을 보호될 수 있을까? 미래에는 육신보다 인격의 연장으로서 관념화된 가상의 존재가 더욱 부각될 수도 있고, 아예 인격 그 자체로 다뤄질 수도 있다.

2) 법인, 망인, 태아

- ① 신문사 X는 유명 벤처기업 A의 홈페이지에서 회사 내부 로비, 사무실, 식당 사진 등을 캡처한 다음 ‘A 회사의 도약, 반면 복지는 엉망?’이라는 내용과 함께 보도하였다.
- ② 방송사 Y는 사고로 피를 흘리면서 사망한 군인 B의 사진을 확보한 ‘안타까운 B 사망, 군대 여전히 안전불감?’이라는 내용을 방송하였다.
- ③ 고고학자 Z는 100년 전 사망하고 미라가 된 甲을 발굴하였다. Z는 각종 과학기술을 동원하여 甲의 얼굴을 복원한 다음 논문에 발표하였다. A는 甲의 직계비속이다.
- ④ 신문사 X, 방송사 Y는 ○○병원에서 유명 연예인 C가 임신한 태아 D의 초정밀 초음파 얼굴사진을 입수하여 보도하였다.

가) 법인은 명예의 주체가 될 수 있다.¹⁷⁸⁾ 헌법재판소는 “법인도 법

178) 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카1450 판결 등. 다만, 국가, 지방자치단체는 형벌의 수

인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있고 법인이 이러한 사회적 신용이나 명예 유지 내지 법인격의 자유로운 발현을 위하여 의사결정이나 행동을 어떻게 할 것인지를 자율적으로 결정하는 것도 법인의 인격권의 한 내용을 이룬다” 라고 판시하였다.¹⁷⁹⁾¹⁸⁰⁾ ① 사례에서 ‘A의 직원에 대한 복지가 형편없다’ 라는 사실적시가 인정된다면 A에 대한 명예훼손이 성립할 수 있다. 그러나 일반적으로 법인에 대하여 프라이버시는 인정하기 어렵다고 본다.¹⁸¹⁾ 법인의 초상권도 인정하기 어려울 것이다. 앞서 보듯 초상권은 명예권보다 한층 더 순수한 인격적 성질의 권리다.

나) 망인에 대한 프라이버시 침해도 인정하기 어렵고,¹⁸²⁾ 현재로서는 초상권 침해의 경우도 마찬가지라고 본다. 초상권은 본질적으로 일신전속적이다. KunstUrhG 제22조와 같이 명시적인 입법으로 사후 존속을 인정하지 아니하는 한, 초상주체의 소멸로서 초상권도 같이 소멸한다.¹⁸³⁾ 2nd Rest. 역시 ‘Appropriation’ 유형을 제외하고 프라이버시 침해소송은 생존한 사람에 한하여 가능하다고 설명한다.¹⁸⁴⁾ 한편 민법 제3조는 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다고 하여 권리능력의 존속기간을 정하였다. 개인정보법은 개인정보의 주체를 “살아 있는 개인”으로 한정하고 있다(제2조 제1호 참조).¹⁸⁵⁾ EU GDPR도 적용 대상을

단을 통해 보호되는 외부적 명예의 주체가 될 수 없고, 따라서 명예훼손죄나 모욕죄의 피해자가 될 수 없다(대법원 2016. 12. 27. 선고 2014도15290 판결).

179) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 결정.

180) 最高裁도 ‘財団法人 病院 사건’에서 법인의 명예를 침해하여 무형의 손해가 발생한 경우 손해배상을 청구할 수 있다고 보았다. 最高裁判所 昭和34年(オ)第901号(昭和30年01月28日).

181) 양창수, *supra* note 57, 70쪽; 전원열, *supra* note 98, 85쪽

182) 양창수, *supra* note 57, 70쪽; 전원열, *supra* note 98, 85쪽.

183) 한위수, *supra* note 89, 217쪽.

184) Restatement (Second) of Torts § 652I Personal Character of Right of Privacy(1977).

185) 개인정보법의 제정으로 폐지된 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제2조 제2호도 개인정보를 “생존하는 개인에 관한 정보”로 한정하고 있었다.

‘자연인’에 한정하고,¹⁸⁶⁾ 망인의 개인정보에는 적용되지 않는다.¹⁸⁷⁾

다) 그러나 망인의 경우에도 그의 인격권을 보호해야 한다는 목소리는 커지고 있다.¹⁸⁸⁾ 이미 현행 법령에 반영된 부분도 있다. 사자(死者)의 명예를 보호하는 형법 제308조, 저작자 사망 후의 저작인격권 보호에 관한 저작권법 제14조 제2항, 언론의 영역에서 사자의 인격권을 보호하는 언론중재법 제5조의2를 예로 들 수 있다. 망인의 인격권 보호가 형사사건에서 적극적으로 해석되기도 하였다. 구 의료법 제19조는 “의료인은 ... 다른 사람의 비밀을 누설하거나 발표하지 못한다”고 규정한다. 대법원은 구성요건인 ‘다른 사람’에 생존하는 개인 이외에 이미 사망한 사람도 포함된다고 판단하였다. 즉 “개인의 인격적 이익을 보호할 필요성은 그의 사망으로 없어지는 것이 아니다. 사람의 사망 후에 사적 영역이 무분별하게 폭로되고 그의 생활상이 왜곡된다면 살아있는 동안 인간의 존엄과 가치를 보장하는 것이 무의미해질 수 있다. 사람은 적어도 사망 후에 인격이 중대하게 훼손되거나 자신의 생활상이 심각하게 왜곡되지 않을 것이라고 신뢰하고 그러한 기대 속에서 살 수 있는 경우에만 인간으로서의 존엄과 가치가 실효성 있게 보장되고 있다고 말할 수 있다”라고 판시하였다.¹⁸⁹⁾¹⁹⁰⁾

라) 헌법재판소는 태아의 생명에 대한 권리를 인정하면서, 인간의 생명은 고귀하고 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이라고 강조하였다.¹⁹¹⁾ 생명뿐 아니라 인격도 마찬가지이다. 태아에게

186) EU GDPR Article 1 (1), Article 4 (1).

187) EU GDPR Recital (27).

다만, 회원국은 망인의 개인정보 처리에 관한 규정을 제정할 수 있다.

188) 사자의 인격권을 인정하는 것이 필요하다는 견해로 김재형, 언론과 인격권(박영사, 2012), 36쪽.

189) 대법원 2018. 5. 11. 선고 2018도2844 판결.

190) 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2007헌가23 결정. 헌법재판소는 “사자에 대한 사회적 명예와 평가의 훼손은 사자와의 관계를 통하여 스스로의 인격상을 형성하고 명예를 지켜온 그들의 후손의 인격권, 즉 유족의 명예 또는 유족의 사자에 대한 경애추모의 정을 침해한다”는 판시도 하였다.

191) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 결정.

도 인격권은 보장되어야 하고,¹⁹²⁾ 초상권도 인정될 여지가 있다고 생각한다. 태아의 기본권주체성과 더불어 초상권 침해에 기한 손해배상청구가 가능한지 여부가 더욱 실제적인 문제일 수도 있다. 민법 제762조는 태아는 손해배상청구권에 있어서 이미 출생한 것으로 본다. 대법원은 이미 1962년에 태아가 정신상 고통에 대한 감수성을 갖추지 않았더라도 위자료를 청구할 수 있다고 판단하였다.¹⁹³⁾ 부모가 교통사고로 상해를 입을 당시 태아였다 출생한 사람은 부모의 상해에 대한 위자료를 청구할 수 있다.¹⁹⁴⁾ 산모가 교통사고로 조산하고 그 아기가 출생 후 11시간 만에 사망하였다면 산모와 태아 모두에 대한 불법행위가 성립하고 아이에게 생명침해로 인한 재산상 손해배상청구권이 인정된다고 본 사례도 있다.¹⁹⁵⁾ 태아가 자신의 인격에 대한 부당한 침투에 대하여 출생 후¹⁹⁶⁾ 위자료를 청구하지 못할 이유는 없다. ④ 사례처럼 초음파 얼굴사진이 공표되더라도 초상주체가 바로 그 태아인지 사진만으로는 알기 어렵지만, A의 태아라는 설명이 포함된 기사와 함께 공중으로서 A의 태아의 초상이라는 사실을 인식할 수 있다. 한편 2nd Rest.는 머리가 둘 달린 아이를 출산한 산모의 의사에 반하여 사망한 아이의 사진을 보도한 경우 산모의 프라이버시 침해가 인정된다고 설명한다.¹⁹⁷⁾ A는 프라이버시 침해로, A의 태아는 출생한 다음 초상권 침해로 각각 손해배상청구가 가능할 수 있다.

192) 태아의 인격권도 부인하여서는 안 되지만, 모체에 대한 종속성 때문에 일정한 제한이 있다는 견해로 박용상, *supra* note 118, 402쪽 참조.

193) 대법원 1962. 3. 15. 선고 4294민상903 판결. “태아도 손해배상의 청구권에 관하여는 ... 피해 당시 정신상 고통에 대한 감수성을 갖추고 있지 않다 하더라도 장래 이를 감수할 것이 현실 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 있어서는 즉시 그 청구를 할 수 있다”

194) 대법원 1993. 4. 27. 선고 93다4663 판결.

195) 대법원 1968. 3. 5. 선고 67다2869 판결.

196) 대법원은 민법 제762조를 적용함에 있어 태아가 살아서 출생한 경우에만 손해배상청구권을 가진다고 해석한다(대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365 판결 등).

197) Restatement (Second) of Torts § 652D Publicity Given to Private Life - Illustrations 7.(1977).

3) 물건

甲은 TV에 여러 차례 방송된 강아지 A의 소유자이다. X는 甲과 A가 산책하는 장면을 촬영한 다음 광고에 사용하였다.

가) 초상권을 ‘인격권’으로 보는 한 물건에 대한 초상권은 인정할 수 없다.¹⁹⁸⁾ 最高裁는 ‘競走馬 사건’에서 경주마의 명칭이 고객흡인력이 있다 하더라도, 경주마의 소유자에게 독점적인 사용권 등을 인정하는 것은 상당하지 않고, 당해 경주마의 명칭을 무단으로 이용해서 게임 소프트웨어를 제작, 판매한 업자에 대해 그 명칭 등이 갖는 고객흡인력 등의 경제적 가치를 독자적으로 지배하는 재산적 권리(이른바, 物の 퍼블리시티권)의 침해로 이유로 금지청구 또는 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수는 없다고 판시하였다.¹⁹⁹⁾

나) 다만, 어떤 물건이 특정인의 소유임이 널리 알려진 경우 임의로 그 물건의 사진을 이용함으로써 마치 소유자가 광고 등의 사용을 허락한 것으로 다른 사람이 오인하게 된다면 프라이버시 침해로 인정될 수 있다고 한다.²⁰⁰⁾ 유명 카레이서가 다른 자동차와 구분되는 장식과 특정 숫자(11)를 부착한 자동차로 레이싱을 하여 왔는데, 담배회사가 그 자동차의 사진을 광고에 사용한 사건이 있었다. 미국 법원은 원고가 사진에 나타나지 않더라도 공중은 외관과 번호로 그 자동차가 원고의 자동차이고, 원고가 그 자동차의 카레이서이며, 원고가 담배를 광고하고 있다고 인식하게 된다고 판단하여 원고의 퍼블리시티권 침해를 인정하였다.²⁰¹⁾ 소유자는 소유권에 기하여 소유물을 사용, 수익할 권능을 가진다. 여기

198) W.P. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton & D. Owen, *supra* note 23, p. 853도 같은 취지이다.

199) 最高裁判所 平成13年(受)第866号, 第867号(平成16年02月13日).

200) 한위수, *supra* note 89, 220쪽.

201) *Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821(United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1974).

에는 소유물을 촬영하고 영상을 이용하여 수익하는 것도 포함된다. 따라서 타인이 소유물을 무단촬영하고 그 영상을 활용한다면 소유자의 사용·수익권의 침해가 인정될 수 있다.

다) 원고가 병원 건물의 사진게재를 초상권 침해라고 주장한 데 대하여 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 촬영된 사진이라고 볼 수 없다고 주장을 배척한 사례가 있다.²⁰²⁾ 헌법재판소는 이동전화번호를 구성하는 숫자가 개인의 인격 내지 인간의 존엄성과 어떠한 관련을 가져 이러한 숫자의 변경이 개인의 인격 내지 인간의 존엄성에 영향을 미친다고 보기는 어렵다고 판단하였다.²⁰³⁾

마. 초상권의 구체적인 보호범위

1) 초상권 보호범위의 획정을 위한 방법론 - 이익형량

X는 국세 체납에 따른 폐해가 심각하다는 문제의식을 가지게 되었다. X는 같은 문제의식을 가진 사람들의 도움을 받아 인터넷 사이트를 개설하고, ‘나쁜 체납자’라는 사이트 이름 아래 국세 체납자의 사진, 이름, 주소를 공개하였다. ‘나쁜 체납자’를 호평하는 추종자가 늘었고, 긍정적인 평가의 언론보도도 있었다.

가) 초상권 제한의 위법 여부와 이익형량

(1) 초상의 객체, 주체, 피해자 특정의 관문을 넘어섰다면 핵심적인 논의는 이제 초상권의 보호범위다. 초상권을 어느 범위에서 보호할 것인가를 일률적으로 선언할 수는 없다. 당해 사안에서 구체적으로 판단될 문제이기 때문이다. 보호범위는 결국 상대방이 초상주체에게 가한 어떤

202) 서울중앙지방법원 2014. 4. 16. 선고 2013가합63221 판결(확정).

203) 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2011헌마63, 468(병합) 결정.

행위가 위법한 초상권 침해로 선언될 수 있는지 여부가 관건이다. 다른
인격권 쟁송 역시 핵심 쟁점은 위법성이다. 한편 불법행위법은 ‘고의
또는 과실로 인한 위법행위’ (민법 제750조)라는 포괄적인 일반조항을
두었다.²⁰⁴⁾ 불법행위법에서 ‘가해행위의 위법성’ 요건은 ‘피침해법익과
가해행위의 상관적 고려’에 의하여 판단한다.²⁰⁵⁾

(2) 초상주체의 초상권에 대하여는 충돌하는 다른 권리, 법익이 존재하
기 마련이다. 과거에는 주로 언론의 자유가 반대편에 있었으나, 이제는
매우 다양한 법익이 대두된다. 위 사례만 보더라도 알 권리, 표현의 자
유, 적정하고 공평한 조세분담의 확보, 자발적인 시민연대, 기타 공익 등
다양한 법익이 제시될 수 있다. 대립하는 법익의 원만한 조정으로 사회
적 분쟁을 해결해야 하고, 여기에는 결국 치밀한 이익형량이 필요하다.

(3) 앞서 보듯 인격에 대한 관심도 높아졌지만, 인격에 대한 침투도
쉬워졌다. 그리고 우리 사회의 독특한 특성도 감지된다. 한편으로는 예
의나 체면을 중시하는 우리 문화에서 개인의 프라이버시를 존중하는 측
면을 엿볼 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 타인에 대한 관심이 참 많
다. 가족끼리, 친구끼리 사적 사항을 꽤 공유하는 편이기도 하다. 유명
인사의 사생활에 대한 호기심도 많다. 그의 가족까지도 관심 대상에 오
르곤 한다. 청문회가 열리면 공직 후보자와 가족의 사적 영역도 자질
평가와 알 권리라는 명분 아래 적잖게 공개된다. 자신의 초상은 숨기더
라도 타인의 초상은 보고 싶다. ‘몰카 포비아’, ‘렌즈 포비아’에 떨
면서도, CCTV는 범람한다. 무죄추정의 원칙은 준수해야 하지만, 흉악범
의 초상공개 요구는 즉각적이고 광범위하다. 쟁송에서 인격권 침해에
따른 청구액은 나날이 커지지만, 공익과 표현의 자유를 제한해서는 안

204) 이에 대하여 “우리 불법행위법에 있어서 프라이버시권 또는 프라이버시를 다룸에 있
어서는 결국 종전에 인정되어 온 각종의 피침해법익에 유념하면서, 그 침해에 대한
보호가 필요하면서도 종전에 별로 의식되지 않던 부분에 주로 착안하면 족하[다]”,
“적어도 법적용의 면에 있어서는 그 중간항이 되는 피침해법익을 확정할 필요가 없
다”는 견해도 있다. 양창수, *supra* note 59, 512, 516쪽.

205) 양창수, *supra* note 59, 529쪽.

된다는 목소리도 같이 커진다. 자신의 정신적 고통은 너무 크지만, 상대방의 위자료 소송은 전략적 봉쇄소송(Strategic lawsuit against public participation, SLAPP)²⁰⁶⁾이다. 개인정보는 보호받아야 한다는 관념은 강화되고 있지만, 개인정보 약관을 제대로 읽지는 않는다. 이러한 우리 사회의 독특한 특성, 아니 어쩌면 합리적이라고 생각했던 인간의 본래 모습을 이익형량에 어떻게 담아낼지 어려운 문제이다.

나) 기본 법리와 이익형량의 법적 체계

(1) 이익형량은 인격권 전반에 적용된다. 즉 표현의 자유와 인격권이 충돌하면 구체적인 경우에 표현의 자유로 얻는 가치와 인격권의 보호로 달성하는 가치를 비교형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정한다.²⁰⁷⁾ 대법원은 리딩 판결에서 아래와 같이 초상권에 대하여도 위법 여부가 이익형량을 통해 판단된다는 점을 명확히, 그리고 상당히 자세히 판시하였다.

“초상권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위를 둘러싸고 서로 다른 두 방향의 이익이 충돌하는 경우에는 구체적 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량을 통하여 위 침해행위의 최종적인 위법성이 가려진다. 이러한 이익형량과정에서, 첫째 침해행위의 영역에 속하는 고려요소로는 침해행위로 달성하려는 이익의 내용 및 그 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해행위의 보충성과 긴급성, 침해방법의 상당성 등이 있고, 둘째 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로는 피해법익의 내용과 중대성 및 침해행위로 인하여 피해자가

206) 전략적 봉쇄소송은 원고가 승소할 가능성이 상당히 낮거나 또는 승소 자체를 목적으로 하지 않고, 피고의 집회나 시위 등의 공적 참여, 표현의 자유나 청원권 행사를 위축시키기 위하여, 나아가 피고를 표상으로 삼아 피고 이외의 다른 개인이나 단체도 위축시키기 위하여, 과도한 손해배상액의 지급이나 보도금지 등을 청구하는 소송을 의미한다.

207) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결.

입는 피해의 정도, 피해이익의 보호가치 등이 있다. 그리고 일단 권리의 보호영역을 침범함으로써 불법행위를 구성한다고 평가된 행위가 위법하지 않다는 점은 이를 주장하는 사람이 증명하여야 한다”

(2) 추상적 법리의 세계에서는 다양한 가치명제가 공존할 수 있다. 그러나 구체적 사건의 세계로 내려가면 이들 중 일부가 양보하지 않으면 안 되는 이익충돌이 발생한다. 이익형량에서 저울질되는 이익들은 모두 법질서 내에서 승인되고 보호되는 것이므로, 특히 경계적 사안에서, 그 중 어느 하나를 우선시키고 다른 하나를 후퇴시키는 것은 힘든 작업이다. 이익형량은 일반적으로 ‘① 형량대상이익의 확정 ⇒ ② 일반적 이익형량 ⇒ ③ 구체적 이익형량’의 세 단계를 거친다.²⁰⁸⁾ 이익형량에서는 저울질에서 고려할 형량요소를 모조리 파악하고 형량단계에서도 누락하지 않아야 한다.

(3) 한편 일각에서는 이익형량론이 추상적이어서 위법 여부가 불분명하고 예측가능성이 떨어진다는 비판을 한다. 그러나 불명확성은 이익형량의 속성상, 그리고 추상적 문언으로 표현될 수밖에 없는 법의 속성상 불가피하다.²⁰⁹⁾ 더욱이 비교적 오랜 기간 발전한 다른 재산권과 비교하여 인격권에서, 그리고 인격권 중에서도 명예권과 비교하여 초상권에서 이익형량론의 불명확성은 조금 더 클 수밖에 없다.

(4) 리딩 판결의 영향으로 하급심 중에는 다음과 같은 논리 구조를 따르는 경우가 있다. 청구원인 단계에서 ‘원고의 초상이 촬영·공표된 사실’로부터 곧바로 ‘특별한 사정이 없는 한 원고의 초상권이 침해되었다’고 판단한다. 그 다음 항변 단계로 넘어가 이익형량에 따라 ‘위법성조각 여부’를 판단하는 것이다.²¹⁰⁾ 이에 대하여 민법상 불법행위

208) 권영준, “초상권 및 사생활의 비밀과 자유, 그리고 이익형량을 통한 위법성 판단”, 민사판례연구 제31권(박영사, 2009), 535쪽.

209) 권영준, *supra* note 15, 306, 307쪽.

210) 최근 ‘음성권’과 관련하여 주목받은 하급심 판결(서울중앙지방법원 2018. 10. 17.

와 형법상 범죄의 이론체계 사이에 혼선을 일으킨다는 견해가 있다.²¹¹⁾ 이익형량도 거치지 않은 채, 인격권에 어떠한 제한이 발생하였다는 사유만으로 곧바로 위법성을 선언할 수 있는지 의문이다.

다) 법령으로 선제된 이익형량²¹²⁾

구체적 사건에서 이익형량에 따라 보호범위를 설정하는 작업은 법원(법관)이 수행한다. 이와 별도로 입법자가 법령에서 일정한 경우 초상이 공개되지 않도록 정하거나, 반대로 초상을 공개하도록 정하는 경우가 있다. 이러한 규정으로부터 법체계가 초상에 대하여 취하는 일정한 태도와 방향성을 감지할 수 있다. 이러한 법령이 적용되지 않는 사안에서도 이익형량을 수행하는 과정에서 중요한 나침반으로 참작할 수 있다.

(1) 청소년성보호법 제49조, 제50조

법원은 아동·청소년대상 성폭력범죄자 등의 사진 등 신상정보를 정보통신망을 이용하여 공개하고, 일정한 범위의 사람에게 고지할 것을 명령할 수 있다. 헌법재판소는 청소년 성매수자 신상공개 규정²¹³⁾, 아동·청소년대상 성폭력범죄자의 신상정보 공개 및 고지규정²¹⁴⁾이 인격권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

선고 2018가소1358597 판결)의 논리 구조도 비슷하다.

즉, “동의 없이 상대방의 음성을 녹음하고 이를 재생하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 음성권을 침해하는 행위에 해당하여 불법행위를 구성” 하지만 “사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위라고 평가할 수 있는 경우에는 ... 위법성이 조각” 된다는 구조를 취한다. 결론적으로 피고의 녹음행위는 위법성조각이 인정되어 원고의 청구가 기각되었다.

211) 권영준, *supra* note 208, 560쪽.

212) “입법적으로 선제(先在)하는 이익형량”이라는 용어는 권영준, *supra* note 15, 307쪽 참조.

213) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정.

214) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2014헌바68, 164(병합) 결정.

(2) 청소년성보호법 제55조

성폭력범죄자의 공개정보를 정보통신망에서 확인할 수는 있지만, 신문, 방송 등 언론 등을 이용하여 공개할 수는 없다.

(3) 청소년성보호법 제31조, 성폭력범죄법 제24조

아동·청소년대상 성범죄 및 성폭력범죄의 수사 또는 재판 관여 공무원 등은 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진, 피해자의 사생활에 관한 비밀을 공개하여서는 아니 된다. 그리고 피해 아동·청소년 및 피해자를 특정할 수 있는 사항이나 사진 등을 보도, 공개하여서는 아니 된다.

(4) 소년법 제68조, 가사소송법 제10조, 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제18조, 특정강력범죄법 제8조, 특정범죄신고자 등 보호법 제8조

소년법에 따라 조사 또는 심리 중에 있는 보호사건이나 형사사건에 대하여 당해 사건의 당사자라고 미루어 짐작할 수 있는 정도의 사실이나 사진을 보도할 수 없다. 가정법원에서 처리 중이거나 처리한 사건의 본인, 가정보호사건의 가정폭력행위자, 피해자, 고소인, 고발인 또는 신고인, 특정강력범죄의 피해자, 신고자, 고발인, 특정범죄의 신고자 등에 대하여도 마찬가지이다.

(5) 성폭력처벌법 제13조, 제14조

통신매체 등을 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 그림, 영상 등을 상대방에게 도달하게 하는 행위(통신매체를 이용한 음란행위), 카메라 등을 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 촬영하는 행위 등(카메라 등을 이용한 촬영)은 금지된다.

(6) 정보통신망법 제44조의7 제1항

정보통신망을 통하여, 음란한 영상, 공포심이나 불안감을 유발하는 영상, 청소년유해매체물, 개인정보를 거래하는 내용의 정보 등을 유통하여서는 아니 된다.

(7) 특정강력범죄법 제8조의2 및 성폭력처벌법 제25조

검사와 사법경찰관은 일정한 요건을 갖춘 경우 특정강력범죄와 성폭력범죄의 피의자의 얼굴, 성명 및 나이 등 신상에 관한 정보를 공개할 수 있다. 다만, 「청소년 보호법」 제2조 제1호의 청소년인 피의자는 제외된다.

(8) 법원조직법 제59조 및 법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙

법정 안에서는 재판장의 허가 없이 녹화, 촬영, 중계방송 등을 하지 못한다. 재판장은 피고인(또는 법정에 출석하는 원, 피고)의 동의 여부에 불구하고 공공의 이익을 위하여 상당하다고 인정되는 경우에는 촬영 등을 허가할 수 있다. 촬영 등의 행위는 구속 피고인에 대하여는 수갑 등을 풀 상태에서 하여야 하고, 소년에 대하여는 성명, 연령, 직업, 용모 등에 의하여 당해 본인임을 알아볼 수 있을 정도로 하여서는 아니 된다.

(9) 저작권법 제35조 제4항

위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물은 위탁자의 동의가 없는 때에는 이용할 수 없다

(10) 상표법 제34조 제1항 제6호

저명한 타인의 성명·명칭 또는 상호·초상·서명·인장·아호·예명·필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 상표에 대해서는 상표등록을 받을 수 없다.

(11) 인권보호를 위한 수사공보준칙 및 경찰수사사건등의 공보에 관한 규칙 법령이 아닌 법무부 훈령이기는 하나, 「인권보호를 위한 수사공보준칙」 제17조 제2항은 ‘공적 인물’의 범위를, 제22조는 소환, 조사, 압수수색, 체포, 구속 등 일체의 수사과정에 대한 촬영 금지를, 제23조는 소환 또는 귀가 장면 등에 한하여 예외적으로 촬영이 허용되는 경우를, 제24조는 초상권 보호조치를, 제25조는 신병 관련 초상권 보호조치를 각각 규정한다.

경찰청 훈령으로서 「경찰수사사건등의 공보에 관한 규칙」 제12조는 초상권 보호를, 제13조는 수사과정에 대한 촬영 금지를, 제14조 이하는 익명 사용, 공개수배 등을, 제17조가 포토라인 설치를 각각 규정한다.

(12) 범죄수사규칙 및 지명수배 등에 관한 규칙

위 규칙은 모두 경찰청 훈령으로서 중요지명피의자에 대한 종합 공개수배를 규정한다. 한편 공개수배에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 경찰청 공개수배 위원회가 구성된다.

2) 초상권 제한의 영역과 초상권의 보호범위

가) 공공장소

브이로그(VLOG)²¹⁵를 자주 하는 X는 ○○국립공원으로 여행하여 멋진 풍경과 함께 휴대폰으로 셀카를 촬영한 다음 SNS에 업로드하였다.

- ① X의 뒤를 걸어가던 A가 X를 쳐다보면서 A가 함께 촬영되었다.
- ② X의 뒤에서 마침 A가 수풀에 침을 뱉는 장면이 촬영되었고, X는 SNS에 “국립공원에 침을 뱉다니. 극혐이다. ㅋㅋ”라는 내용을 함께 게시하였다.

215) 비디오(Video)와 블로그(Blog)의 합성어로, 일반적으로 개인의 일상을 동영상으로 촬영한 영상 콘텐츠를 의미한다.

(1) 사람들이 자주 찾는 ‘Hot Spot’에서 셀카를 촬영하는 경우 무의식적으로 다른 행인까지 포착하는 경우가 많다. 초상주체가 공공장소에서 우연한 기회에 통상 기대할 수 있는 방법에 따라 촬영 대상이 되었다면 촬영·작성거절권 침해로 인정하기는 어렵다.²¹⁶⁾ 누구나 자유롭게 접근할 수 있는 공적 기록이나 공개 자료를 공표하는 것과 동일하다는 견해도 있다.²¹⁷⁾ 공공장소에서의 초상은 타인에게 공개될 수밖에 없다. 사회적 동물인 인간은 같이 살아가는 공간에서는 어느 정도 부대끼며 살 수밖에 없고, 이를 수인해야 한다. 법이, 공공장소를 이용하는 불특정 다수의 행동의 자유까지 제약하면서, 과도하게 예민한 사람 모두를 보호해 줄 수는 없는 노릇이다. 하급심 중에 공원, 개방된 등산로, 스포츠경기장 등 누구나 촬영할 수 있고, 촬영이 예상되는 공공장소에서의 초상 작성은 촬영거절권의 침해가 되지 않는다고 판시한 사례가 있다.²¹⁸⁾ 다만, 직장의 사무실 책상에 탁상시계형 카메라를 설치하고 다른 직원들의 근무 모습을 동의 없이 촬영한 것은 초상권 침해라고 판단하였다.²¹⁹⁾

(2) 미국의 경우 공공장소에서의 사진촬영을 프라이버시 침해로 인정하는 경우가 드문 편이다. 2nd Rest.도 ‘완전한 프라이버시’란 존재하지 않고 누구든 자신이 속한 공동체의 통상적인 사건을 감내해야 한다고 설명한다.²²⁰⁾ 한편 KunstUrhG 제23조 제1항 제2호는 사람이 풍경이나 장소에 부수적으로 나타나는 그림은 동의 없이 배포, 전시될 수 있다고 규정한다.

(3) 그러나 공개된 장소라는 사정만으로는 모든 초상권 제한이 정당화되지는 않는다.²²¹⁾ 다수가 왕래하는 장소라고 프라이버시가 보호되지 않는다면, 안전하려면 언제나 혼자 있어야 하고, 사회적 연대가 많고 광

216) 함석천, “초상권”, 재판실무연구(1) 언론관계소송(한국사법행정학회, 2008), 352쪽.

217) W.P. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton & D. Owen, *supra* note 23, p. 859.

218) 수원지방법원 2016. 4. 21. 선고 2015나18296 판결(확정).

219) 서울중앙지방법원 2018. 9. 14. 선고 2018나3006 판결(확정).

220) Restatement (Second) of Torts § 652D Publicity Given to Private Life - Comment c.(1977).

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

장을 자주 찾는 사람일수록 프라이버시를 보장받을 수 없다는 부당한 결과가 발생할 수도 있다. 정장을 입고 여대 정문을 나서는 원고들의 사진을 함부로 촬영하여 ‘Too Rich Too Soon’이라는 제목(‘Slaves to Money’라는 부제목)으로 과소비 풍조에 대한 비판적인 기사를 잡지에 게재한 사건에서, 동의 없는 무단촬영으로 초상권 침해를 인정한 사례가 있다.²²²⁾ 이 사례는 False Light에도 해당한다. 귀성길 교통상황을 전달하면서 원고(한국도로공사 요금소 직원)의 초상(원고의 얼굴을 포함한 상반신이 근접 촬영)이 함께 방송된 사건에서, 원고의 직업 특성상 고속도로 이용자들에게 근무 모습이 노출된다 하더라도, 근무환경의 특수성 때문에 공공장소와 동일하다고 볼 수 없는 점, 고속도로 이용자들에게 노출된다는 것과 무단촬영되어 방송에 공표되는 것을 동일하게 볼 수 없다는 점에서 초상권 침해를 인정한 사례도 있다.²²³⁾

(4) 일본 하급심 중에, 주간지 기자가 거리를 걷는 원고를 망원렌즈 카메라로 촬영한 사건에서 ‘사람은 무단으로 용모, 자태를 촬영되는 것만으로 고통을 느낄 수 있기 때문에 공표 여부와 관계없이 촬영 자체로 권리침해가 발생한다’고 판시한 사례가 있다.²²⁴⁾ 반면 주간지 기자가 집 앞을 걷는 원고의 상반신을 촬영하여 기사와 함께 사진을 게재한 사건에서, 공익목적이 인정된 기사와 일체로 사진 역시 공익목적이 인정되고, 원고 초상의 노출만을 목적으로 하지 않았으며, 사적 생활의 들여다보기가 아니라 도로를 걷는 모습을 상반신만 촬영한 것으로 사회적으로 허용되는 범위 내에 있어 위법성을 부정한 사례도 있다.²²⁵⁾ BGH는 쓰레기를 함부로 버리는 이웃 때문에 카메라를 설치한 사건에서, 공로에서 타인을 관찰하는 것은 허용되더라도 카메라 촬영과 같이 초상을

222) 서울민사지방법원 1993. 7. 8. 선고 92가단57989 판결(제1심, 위자료 각 3,000만 원), 서울민사지방법원 1994. 3. 30. 선고 93나31886 판결(항소심, 위자료 각 2,000만 원, 확정).

223) 부산지방법원 2010. 3. 26. 선고 2009나18455 판결(위자료 100만 원, 확정).

224) 東京地方裁判所 昭和58年(ワ)第7595号(昭和62年06月15日).

225) 岡山地方裁判所 昭和62年(ワ)第91号(平成3年09月03日).

작성하는 경우에는 이익형량을 거쳐 위법하다고 판단될 수 있다고 보았다.²²⁶⁾

나) 공개된 집회·시위

A, B는 ○○정책에 반대하는 사람들과 함께 ○○광장에서 개최된 집회에 참석하였다. 한편 ‘1인 방송’ 진행자인 X는 ○○정책을 옹호하는 입장이다. X는 집회 참석자는 도대체 누구인지 알아보겠다면서 ‘야방’(야외방송)을 결정하고, 소형 카메라로 아래 집회현장을 실시간 중계하였다.

- ① A는 연단에 올라 ○○정책에 반대하는 근거에 관한 연설을 하였다.
- ② X가 연단 밑에 앉은 B에게 인터뷰를 시도하자 B는 “찍지 마”라고 소리를 지르면서 반발하였다. 이에 X는 실시간 ‘야방’에서 “이런 멍청이들이 ○○광장에 모여 있습니다”라고 언급하였다.

(1) 공공장소에서 개최되는 집회, 시위란 본래 참가자들이 자신의 주장과 견해를 공중에 널리 알리기 위한 것이다. 시위를 주도하는 사람,²²⁷⁾ 공적 논의의 ‘Forum’ (場)에 나선 사람은 사진촬영이나 공표에 묵시적으로 동의하였다고 볼 수도 있다. 하급심 중에 집회, 시위의 본질과 언론의 자유를 함께 고려하여 시위 현장의 사진촬영, 공표는 원칙적으로 초상권을 침해하지 않는다고 판단한 판결이 있다.²²⁸⁾ 시위 현장 사진에 원고까지 포함된 사안에서, 언론의 촬영을 예견할 수 있었던 사정 등을 들어 위법성조각을 인정한 사례,²²⁹⁾ 특정 활동을 목적으로 결성된 카페에 당해 활동에 관한 원고의 시위 사진을 게시한 사안에서,

226) BGH, Urteil vom 25. April 1995 - VI ZR 272/94.

227) 김재형, *supra* note 157, 31쪽.

228) 서울중앙지방법원 2010. 1. 27. 선고 2009가합81994 판결(확정); 서울중앙지방법원 2009. 10. 14. 선고 2009가합41071 판결(서울고등법원 2009나106654 항소심에서 조정성립).

229) 서울중앙지방법원 2010. 11. 25. 선고 2009가단300209 판결(확정).

원고는 촬영, 공표에 동의한 것으로 볼 수 있고 원고가 모임을 탈퇴하였더라도 동의철회로 볼 수 없다고 판단한 사례,²³⁰⁾ 공적인 쟁점에 관한 토론회에서 촬영된 사진이 당해 토론회와 관련된 기사와 함께 공표되는 경우 특별한 사정이 없는 한 초상권을 침해하지 않는다고 본 사례²³¹⁾도 있다.

(2) 한편 헌법재판소는 경찰서 소속 채증요원들이 집회 참가자들이 신고장소를 벗어난 다음 경찰의 경고 조치가 있을 무렵부터 채증카메라로 집회참가자들의 행위, 경고장면과 해산절차장면 등을 촬영한 행위에 대하여²³²⁾ 과잉금지원칙을 위반하여 인격권을 침해한다고 보기 어렵다고 판단하였다.²³³⁾ 最高裁는 ㉠ 현재 범죄가 행해지거나 행해진 직후이고, ㉡ 증거보전의 필요성과 긴급성이 인정되며, ㉢ 촬영 방법이 일반적으로 허용되는 한도를 초과하지 않는 상당한 경우, 경찰관이 초상주체의 동의와 영장 없이 시위집단의 선두를 촬영하더라도 위법하지 않다고 판단하였다.²³⁴⁾ KunstUrhG 제23조 제1항 제2호는 표시된 인물이 참가한 집회, 행렬 등의 그림은 동의 없이 공표될 수 있다고 규정한다.

(3) 그러나 시위에 앞장서거나, 대중 앞에서 연설을 하거나, 또는 경기장 관중석에서 나와 응원을 주도하는 등 타인의 시선을 집중시키는²³⁵⁾ 특별한 언동을 하지 않았음에도 단지 공공장소에 나왔다는 사정만으로 초상권을 포기한 것으로 단정하기는 어렵다.²³⁶⁾ 앞서 보듯 대법원은 ‘공개된 장소’가 곧 ‘정당화 사유’라고 인정하지도 않는다. 그리고

230) 의정부지방법원 2015. 1. 8. 선고 2014나51795 판결(확정).

231) 대전지방법원 홍성지원 2006. 2. 10. 선고 2003가합735 판결(제1심), 대전고등법원 2006. 9. 7. 선고 2006나3644 판결(항소기각).

232) 이와 관련하여 각종 집회·시위 및 치안현장에서 불법행위자의 증거자료 확보를 위해 채증활동에 필요한 기준을 마련한 경찰청예규로 「채증활동규칙」이 있다.

233) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌마843 결정. 다만, 5인의 재판관이 일반적 인격권을 침해하였다는 반대 의견을 제시하였다.

234) 最高裁判所 昭和40年(あ)第1187号(昭和44年12月24日).

235) 일본 하급심 중에 ‘스스로 눈길을 끄는 일을 하는 등 사생활 보호의 포기가 엿보이는 사정’을 고려한다고 한 사례가 있다. 東京地方裁判所 昭和62年(ワ)第4992号(平成2年05月22日).

236) 같은 취지로 한위수, *supra* note 89, 227쪽.

앞서 본 하급심 판결 역시 시위 현장의 촬영이 무조건 적법하다고 선언하지도 않았다. 그중 2009가합81994 판결은 ‘독자에게 왜곡된 사실을 전달하거나, 특별히 피촬영자를 모욕하거나 비방할 목적으로 이루어진 경우’가 아니어야 면책된다고 판시하였다. 그리고 2009가합41071 판결은 ‘① 피촬영자의 영상 자체 또는 그 사진과 결부된 기사의 내용이 독자에게 왜곡된 사실을 전달한 경우, ② 피촬영자의 영상 자체 또는 그 사진과 결부된 기사의 내용이 부정적인 인상을 주는 것으로 피촬영자를 모욕하거나 비방할 목적으로 이루어진 경우, ③ 근접한 시기에 이루어진 별도의 보도 등과 종합하면 위와 같은 효과가 초래될 수 있는 경우’라는 점을 초상주체가 주장, 입증하면 언론의 책임이 인정될 수 있다고 판시하였다. 이 판결은 False Light의 위법성 요건을 판시한 것으로도 볼 수 있다. 나아가 교회 관련 집회를 주동한 원고의 얼굴이 노출된 사진을 게재한 사건에서, 언론사가 ‘헤이트스피치’에 대한 문제를 공론화한다는 목적이 있었다 하더라도 원고의 인격적 이익보다 우월하다고 단정하기 어렵다며 초상권 침해를 인정한 사례도 있다.²³⁷⁾

다) 공적 기록

신문사 X는 사회적 이목이 집중된 범죄에 대한 수사기관의 보고서를 확보하였다. X는 보고서에 첨부된 피해자 A의 사진을 스캔하여 보도하였다.

(1) 미국에서 방송사 기자가 피고인들에 대한 형사재판에 참석하여公所장을 열람하던 중 사망한 강간 피해자의 이름을 파악하고 이를 방송하였고, 피해자의 아버지가 방송사와 기자를 상대로 손해배상을 청구한 사건이 있었다(당시 조지아주법은 성폭행 희생자의 신원 공표를 금지하

237) 인천지방법원 부친지원 2015. 9. 25. 선고 2014가합9860 판결(제1심), 서울고등법원 2016. 11. 4. 선고 2015나2060748 판결(항소기각), 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다269810 판결(상고기각). 명예훼손 등과 아울러 위자료 500만 원이 인정되었다.

였다). SCOTUS는 피해자의 신원을 공적 기록(Public Record)에서 취득하여 공개한 경우 언론사에 프라이버시 침해로 인한 손해배상책임을 지도록 하는 것은 위헌이라고 판단하였다.²³⁸⁾ 재판과정에서 보호되어야 할 사적 정보가 있다면 공중이 서류를 열람할 수 없도록 하는 등 다른 수단으로써 정보의 비공개를 달성해야 하고, 공개된 법정에서 법정기록을 통해 정보가 노출된 이상, 언론이 그것을 공표하는데 규제를 받아서는 안 된다고 보았다.

(2) 미국에서는 의회, 행정부, 법원 등 공공기관의 활동에 따라 작성, 공표된 문서 또는 생일, 결혼, 병적, 자격증 등과 같이 공적인 문서에서 드러나는 사적 사항을 공개하더라도 불법행위가 성립하지 않는다고 본다.²³⁹⁾ 우리의 법리에는 이러한 ‘공적 기록’에 대응하는 독자적인 법리나 이와 유사한 면책 사유는 존재하지 않는다. 구체적인 사안별로 이익형량을 거쳐 위법성을 판단하는 과정에서 형량요소로서 고려될 것이다.

3) 초상의 전달 매체와 초상권의 보호범위

가) 초상이 형상화되거나 전달되는 매체에 따라 초상권의 보호범위가 달라질까? 이익형량에서 초상권 침해가 문제되는 매체의 성격도 고려할 필요가 있다. 영리를 목적으로 한 상업영화나 단순 흥미 위주의 동영상의 경우 초상권 제한으로 달성하려는 이익이 피해법익보다 우월하다고 보기 어려운 경우가 적지 않을 것이다. 반면 공적 관심 대상에 대한 공익적 고발을 주요 내용으로 하는 영상물에 대해서는 초상주체가 높은 수준의 수인의무를 부담한다고 볼 여지가 크다. 하급심 중에 문제된 영상물이 일반적인 상업영화와 달리 영리성이 강하지 않고 언론사와 중요 언론인의 문제점을 고발하는 공익적 성격이 강하므로, 초상권 침해 여

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

239) Restatement (Second) of Torts § 652D Publicity Given to Private Life - Comment b.(1977).

부의 판단에서 엄격한 심사기준이 적용된다고 판시한 사례가 있다.²⁴⁰⁾

나) 最高裁는 ‘毒カレー 사건’에서 수갑, 허리 포승을 하고 법정에 나오는 원고의 모습을 촬영한 사진을 잡지에 게재한 데 대하여, 형사소송 관련 규정에 위배된 카메라 반입으로 촬영된 점, 굳이 이러한 용모를 보도할 필요성이 인정되지 않는 점, 원고가 법정에 출석했다 하더라도 사진촬영이 예상되는 상황에서 공중에 모습을 드러낸 것은 아닌 점 등을 고려하여 원고의 인격적 이익을 침해하였다고 판단하였다. 이러한 사진의 모습과 같이 그린 일러스트의 게재 역시 위법하다고 보았다. 반면 원고가 법정에서 소송관계인으로부터 자료를 제시받아 보고 있는 모습과 손짓을 섞어 말하는 모습을 나타내는 정도의 일러스트는 수인한도를 초과하지 않는다고 판단하였다. 주목할 판시는 일러스트에는 그 묘사에 저자의 주관과 기술이 반영되고 공표된 경우에도 이를 전제로 해석되므로, 공표행위의 수인한도 초과 여부에서 사진과 다른 일러스트의 특성을 참작해야 한다는 부분이다.²⁴¹⁾ 그리고 일본 하급심 중에 흉상은 사진과 달리 제작, 전시의 목적, 형태에서 당사자의 분신으로서 전인격을 구체적으로 표상하고, 반영구적으로 보존되는 점, 당사자가 흉상의 제작, 전시 자체를 좋아하지 않는 경우도 있고, 시대의 흐름에 따라 당사자에 대한 평가가 변할 수도 있는 점 등을 고려하여 당사자는 본인의 흉상 제작, 전시를 거부할 수 있고, 당사자의 의사가 최대한 존중되어야 한다고 판시한 사례가 있다.²⁴²⁾ 흉상은 다른 매체보다 특별한 보호를 받을 수 있다는 취지를 밝혔고, 결국 흉상의 공개, 전시를 금지하는 판결이 선고되었다. 물론 위 판결이 선고된 시점이 1991년(平成3年)이라는 점은 고려되어야 할 것이다. 미래에는 흉상에 못지않은, 이를 뛰어넘는 영구적이고 전인격적인 초상 매체가 늘어날 것이다.

240) 서울중앙지방법원 2017. 8. 14.자 2017카합81063 결정(확정).

241) 最高裁判所 平成15年(受)第281号(平成17年11月10日).

242) 東京地方裁判所 平成2年(ワ)第1986号(平成3年09月27日).

4) 초상권 제한의 수단과 목적, 촬영·공표된 초상의 민감성

X는 여의도 광장에서 A와 B의 아래와 같은 모습을 촬영하였다.

- ① X는 휴대폰으로 셀카를 찍다 우연히 키스하는 모습을 촬영하게 되었다.
- ② X는 상의 뒷주머니 안쪽에 핀 카메라를 숨긴 다음 걷는 모습을 촬영하였다.
- ③ X는 불륜을 폭로한다고 위협하여 금원을 지급받기 위한 목적을 가지고 A와 B 옆을 지나가다 A와 B의 다정한 대화 모습을 휴대폰으로 슬쩍 촬영하였다.

초상권 제한의 위법 여부를 판가름하는 데, 수집의 수단과 목적, 수집된 정보의 민감성이 상관적으로 작용한다. 앞서 본 구체적인 판결에서 이미 분명히 드러나고 있는 법리이다. 우리 불법행위법 자체가 ‘피침해법익의 성질과 침해행위의 태양’을 고려할 것을 주문한다.²⁴³⁾

가) 수단과 목적

(1) 상대방이 선택한 초상 확보의 수단이 정상적이라고 볼 수 없는 경우에는 위법성이 인정될 여지가 많다. 도·감청 장비나 일반적이라고 보기 어려운 전자장비의 사용이 그러하다. 대법원이 형량요소로 ‘침해방법의 상당성’을 언급한 것도 같은 취지이다. 미국 판결 중에는 기자가 위장 취업을 한 다음 직장을 몰래 촬영한 사안에서 프라이버시 침해를 인정한 사례가 있다.²⁴⁴⁾ 잡지사 기자 2명이 유사의료행위를 취재하기 위해 원고의 건물에 기만적인 방법으로 출입한 다음 기자가 원고로부터 치료를 받는 장면을 몰래 촬영하고 대화를 몰래 녹음·송출한 사건에서, 원고의 프라이버시 침해를 인정하였다.²⁴⁵⁾ 한편 ECtHR은 기자가 보험중

243) 양창수, *supra* note 57, 66쪽.

244) *Sanders v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 20 Cal.4th 907(Supreme Court of California, 1999).

245) *Dietemann v. Time, Inc.*, 449 F.2d 245(United States Court of Appeals, Ninth Circuit.,

개인에 대하여 몰래카메라를 사용하였지만, 보험의 불완전판매에 관한 정보를 제공한다는 공익적 목적이 우월하고, 영상을 변환하여 머리카락, 피부색만 인식할 수 있도록 조치한 사안에서, 기사를 처벌하는 것은 유럽인권조약 위반이라고 판단하였다.²⁴⁶⁾ 음성권에 관한 사안이기도 하다. 시사프로그램의 PD가 인터뷰를 몰래 녹음하여 음성변조 후 방송한 사안에서 문제된 아동학대 실태를 잘 알고 있는 대상자에 대한 녹음으로 공익적 목적이 인정된다며 위법성조각을 인정한 사례도 있다.²⁴⁷⁾

(2) 일반적으로 특정 행위가 법질서에 위배되는지 여부를 판단함에 있어 목적, 동기를 고려하는 것이 타당하다.²⁴⁸⁾ 인격권 쟁송에서도 상대방이 인격권을 제한한 목적이 상당히 고려될 수밖에 없다. 목적은 내심의 영역으로 외부에서는 알기 어렵고, 상대방이 외부로 표출한 언행을 비롯한 간접사실을 통해 추단할 수밖에 없기는 하다. 초상주체를 감시, 비난, 위협할 목적 등이 있었다면 위법성의 적극 요소가 된다. 초상을 취득할 명확한 고의가 있었는지, 초상이 취득되어도 무관하다는 미필적 인식이었는지, 우연히 포착된 것인지도 서로 다르게 참작될 수 있다. 동기 위자료 산정의 고려요소가 되기도 한다.²⁴⁹⁾ OECD 프라이버시 보호에 관한 권고²⁵⁰⁾는 개인정보의 취득 수단이 적법하고, 그 목적이 분명해야 하며, 목적의 범위 내에서만 수집되어야 한다는 점을 분명히 한다.

1971). 근로자로서는 직장에서 자신의 대화가 다른 근로자에게 들릴 수 있기 때문에 완전한 프라이버시를 기대하지는 않았더라도, ‘은밀한 촬영’ 까지 감수해야 하는 것은 아니라고 판단하였다.

246) *Haldimann and Others v. Switzerland*, Application no. 21830/09(ECTHR, 24 February 2015)

247) 서울고등법원 2015. 8. 28. 선고 2014나2050805 판결(확정).

248) 권영준, *supra* note 208, 557쪽.

249) 정상조·권영준, “개인정보의 보호와 민사적 구제수단”, 법조 제59권 제3호(법조협회, 2009), 55쪽은 “영리적 동기 또는 범죄에 활용할 동기가 있었던 경우는 학술, 언론, 종교 등 그렇지 않은 경우보다 위자료 증액” 이라고 설명한다.

250) Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data(2013)[C(80)58/FINAL, as amended on 11 July 2013 by C(2013)79].

OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data(1980)가 개정된 것으로 기본 원칙은 변경되지 않았다.

개인정보법 제3조 역시 마찬가지이다.²⁵¹⁾

(3) 오케스트라 연주회를 기획한 대표가 구속되었는데 방송사가 검찰로부터 제공받은 공연장면을 방송하면서 지휘자인 원고도 함께 방송된 사건이 있었다. 법원은 보도내용이 공공의 이해에 관한 것으로 공연장면은 보도내용과 밀접한 관계에 있고, 화질이 선명하지 아니하며, 원고의 뒷모습이 연주 모습과 함께 나타나고 원고의 앞모습은 연주를 마친 후 인사하는 장면으로 나타나는 것뿐이어서 원고가 방영되는 부분은 보도목적에 비추어 필요하고 상당한 정도에 그친다는 근거를 들어 위법성이 없다고 판단하였다.²⁵²⁾ 수단, 목적, 민감성을 두루 참작한 사례로 판단된다. BVerfG는 ‘*Wettermoderator* 사건’에서 성폭력범죄 혐의를 받고 있었던 기상 저널리스트가 로펌 사무실 입구에서 몇 미터 떨어진 보도에 서 있는 장면을 촬영한 사진에 대하여 공개금지를 명한 법원의 판결이 언론의 자유를 침해한다고 판단하였다. 위 판결은 사진촬영 당시의 환경, 초상주체의 상황과 아울러 몰래 또는 집요하게 촬영되었는지, 초상주체가 사진에서 어떻게 묘사되고 있는지, 사적 영역과 밀접한지, 초상주체가 특별한 보호를 받는 영역에 소재하였고 언론보도에 공개되지 않을 것으로 기대할 수 있었는지 등을 고려해야 한다고 판시하였다.²⁵³⁾ 이러한 고려요소는 우리도 참작할 만하다.

나) 촬영·공표된 초상의 민감성

(1) 초상의 민감성에 따라 위법 여부도 상당히 달라진다. 대법원이 형량요소로 ‘피해법익의 내용과 중대성’을 언급한 것도 같은 취지이다. 개인정보법 제23조는 사상, 신념, 정치적 견해, 건강, 성생활, 범죄경력

251) 위 OECD Guidelines의 주요 원칙은 개인정보법 제3조(개인정보 보호 원칙)에 반영되어 있다.

252) 서울중앙지방법원 2003. 1. 10. 선고 2001가합38642 판결(제1심), 서울고등법원 2004. 2. 5. 선고 2003나19239 판결(항소기각).

253) BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 09. Februar 2017 - 1 BvR 967/15.

등을 민감정보로 규정한다. 헌법재판소는 “사람의 육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심”이라고 판시하였다.²⁵⁴⁾ EU GDPR은 특별한 개인정보의 처리는 더욱 엄격한 기준을 정하는데, 여기에는 ‘성생활, 성적 지향’이 포함된다.²⁵⁵⁾ 성적 교섭은 ‘인간적 자유의 최종적이고 불가침한 부분’이라 판시한 사례도 있다.²⁵⁶⁾ 아무래도 ‘性’은 나, 그리고 상대방이 있다면 나와 상대방만의 것이어야 한다.

(2) 하급심 중에, 분만 장면은 민감하고 내밀한 장면으로서 공익성을 내세워 위법성이 조각되지 않는다고 본 사례,²⁵⁷⁾ 성로비 의혹을 제기하면서 컬러로 된 알몸사진을 게재한 사건에서 당사자에게 회복하기 어려운 중대한 정신적 고통을 준다고 판단한 사례,²⁵⁸⁾ 성폭행 피해자(아동)의 상처 사진은 사생활 영역 중 보호가치가 가장 큰 비밀영역에 속하므로 어떤 공익적 목적으로도 정당화될 수 없다고 판단한 사례²⁵⁹⁾가 있다.

(3) BVerfG는 ‘*Tonbandaufnahme* 사건’에서 공권력 작용에서 자유로운 ‘불가침의 사생활 영역’을 인정하였다.²⁶⁰⁾ 이러한 개인의 내밀한 핵심영역에 대한 침투는 대체로 위법하다고 선언될 것이다. BGH는 ‘*Wenn Frauen zu sehr lieben* 사건’에서 성(性)생활이 이러한 영역에 포함된다는 취지로 판시하였는데,²⁶¹⁾ 다만, 성적 취향이 성범죄와 연관된 경우에는 보호범위가 축소될 수 있다는 취지로 판시한 사례도 있

254) 헌법재판소 2007. 5. 31. 선고 2005헌마1139 결정.

255) EU GDPR 9 (1).

256) 부산고등법원 1992. 6. 17. 선고 92노215 판결(확정). “남녀 간의 성적인 교섭에 관한 사항은 인간적 자유의 최종적이고 불가침한 부분으로서 어느 문화권에서나 유보되고 보호받는 영역으로 간주되며, 그에 관한 무단공개와 폭로는 인격적 모멸과 성격적 파멸을 초래케 할 수 있다는 점에서 절대적인 보호를 베푸는 것이 제국의 일반적인 법적 규율이다”

257) 서울서부지방법원 2008. 5. 29. 선고 2007나9003 판결(위자료 1,500만 원), 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다43969 판결(심리불속행기각).

258) 서울중앙지방법원 2008. 12. 17. 선고 2007가합96787 판결(위자료 1억 5,000만 원), 서울고등법원 2009나8927호 항소심에서 조정성립(8,000만 원)

259) 서울중앙지방법원 2014. 3. 19. 선고 2013가합50737 판결(확정).

260) BVerfG, Beschluss vom 31. Januar 1973 - 2 BvR 454/71.

261) BGH, Urteil vom 25. Oktober 2011 - VI ZR 332/09.

다.²⁶²⁾ BVerfG도 ‘*Profi-Fußballspieler* 사건’에서 프로축구선수가 성범죄로 징역형을 선고받았다고 실명으로 사진과 함께 보도한 것이 위법하지 않다고 보았다.²⁶³⁾ 개인의 내밀한 영역이더라도 범죄와 연관된 경우, 그리고 범죄가 중대할수록 공중의 정당한 관심 대상으로 전이될 가능성이 높아지는 것이다. 우리 법원도 ‘성적 성향에 속하더라도 범죄행위를 구성하는 이상 프라이버시의 보호범위에 포함된다고 볼 수 없다’고 판시한 사례가 있다.²⁶⁴⁾ 프로축구 경기 자체는 대중에 널리 공표되지만, 축구선수의 바지 왼쪽이 찢어져 성기 일부가 드러난 사진을 보도한 것은 위법하다.²⁶⁵⁾ 일본 법원은 주간지가 유명 축구선수인 원고(나카타)와 유명 연예인의 ‘딤키스’ 사진을 게재한 사건에서, 원고는 오피니언 리더이고, 당해 사진이 원고가 개입된 분쟁에 관한 독자의 이해를 돕는 것이며, 사진 일부를 축소, 흑백 처리한 사정 등에 비추어 사생활이 공표되지 않을 법적 이익이 우월하지 않다고 판단하였다.²⁶⁶⁾

(4) 한편 독일에서는 일정한 영역별로 보호 정도에 차등을 두어 이익형량을 하는 ‘인격영역론’이 널리 인정되고 있다. 학자마다 차이가 있기는 하나²⁶⁷⁾ 대체로 ① 공개적 영역, ② 사회적 영역, ③ 사사적(私事的) 영역, ④ 비밀 영역, ⑤ 내밀 영역으로 구분해 볼 수 있다. 내밀 영역은 절대적 보호를 받지만, 공개적 영역으로 전이될수록 보호의 밀도가 점차 낮아진다. 반대로 이러한 구분이 충분히 합리적인지 의문이 있다는 견해도 있다.²⁶⁸⁾

(5) 혼외자에 관한 사실은 내밀 영역일까? BGH는 ‘*Innenminister unter Druck* 사건’에서 고위 공직자가 여직원과 혼외 성관계를 가지고 혼외

262) BGH, Urteil vom 19. März 2013 – VI ZR 93/12.

263) BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 10. Juni 2009 – 1 BvR 1107/09.

264) 서울지방법원 2001. 12. 26. 선고 2001가합25387 판결, 서울고등법원 2002. 10. 24. 선고 2002나5738 판결(항소기각).

265) OLG Hamburg v. 6. 7. 1972. – 3 U 64/72.

266) 東京高等裁判所 平成16年(ネ)第6105号(平成17年05月18日).

267) 이에 관하여는 박용상, *supra* note 118, 444쪽 이하 참조.

268) 양창수, *supra* note 57, 79쪽.

자를 출산한 사실, 혼외자에 대한 부양을 제대로 하지 않은 사실을 보도한 데 대하여 내밀 영역에 해당하지 않고 오히려 보도가치가 있다고 보았다.²⁶⁹⁾ 독일 하급심 중에 여성 스포츠선수가 출산한 아이가 사회 저명인사의 혼외자라는 기사에 대한 보도금지가처분사건에서, 혼외 성관계는 내밀 영역이더라도, 이로써 혼외자가 출생하고 사회적 연관성이 존재하는 경우에는 사사적 영역에 속하게 되고, 공중의 알 권리와 이익형량이 필요하다고 본 사례가 있다. 여성 측이 저명인사에 대한 공갈을 시도하였고 사회적 관심이 고조된 측면이 있었는데, 결국 보도가 허용된다고 판단하였다.²⁷⁰⁾ 한편 ECtHR은, 프랑스 잡지사가 모나코 군주의 숨겨둔 아이의 어머니라고 주장하는 여성과의 인터뷰, 군주가 아이를 안고 있는 사진을 보도한 사건에서, 단순한 호기심 충족만이 아니라 왕위계승 등에 관한 정치적 의미가 있고, 보도내용이 사실관계를 왜곡하지 않았으며, 군주 스스로 자신의 아이임을 인정한 사정 등을 고려하여 잡지사의 손해배상을 인정한 판결은 유럽인권조약에 위배된다고 판단하였다.²⁷¹⁾

5) 공적 인물과 공중의 정당한 관심

가) 초상주체의 성격과 수인한도의 탄력성

피해자 甲의 성폭행 고소로 수사기관은 A를 입건하고 수사를 개시하였다. 이에 A는 법무법인 B를 변호인으로 선임하였다. 신문사 X는 근처 골목에서 대기하고 있다가 B 건물에서 회의를 마치고 나와 서 있는 A의 모습을 A 모르게 촬영하였다. X는 A의 사진과 함께 'A 성폭행 피고, A는 유명 로펌 B와 함께 대응'이라는 내용을 보도하였다.

A는 ① 고위 공직자, ② 연예인의 가족, ③ 유력 정치인의 미성년 자녀이다.

269) BGH, Urteil vom 30. September 2014 – VI ZR 490/12.

270) Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 13. September 1990 – 3 U 129/90.

271) *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France*, Application no. 40454/07 (ECtHR, 10 November 2015).

(1) 공인(공적 인물, Public figures) 이론

(가) 인격권, 그중 명예권에서 활발히 논의되는 ‘공인’ 내지 ‘공적 인물’의 개념은 초상권에도 원용할 수 있다. SCOTUS의 그 유명한 ‘*New York Times* 사건’ 판결²⁷²⁾을 필두로, 당사자의 공적 성격과 수인한도가 비례한다는 것은 거의 확립된 이론이다. 법원은 대상자가 공적 존재인지 사적 존재인지, 대상이 공적 관심인지 사적 영역인지, 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는지 아닌지 등을 따져보아 심사기준에 차이를 둔다.²⁷³⁾ 최근 대법원은 “피해자의 지위를 고려하는 것은 ‘공인 이론’에 반영되어 있다. 공론의 장에 나선 전면적 공적 인물의 경우에는 비판을 감수해야 하고 그러한 비판에 대해서는 해명과 재반박을 통해서 극복해야 한다”고 판시하였다.²⁷⁴⁾ 공인 이론은 이익형량을 적용하는 작업에서 유용하게 활용할 수 있는 보조도구이다.

(나) 특히 정치인, 연예인은 스스로 대중의 주목을 받는 직업을 선택하였고 업무 자체가 대중의 지지에 좌우된다. 적어도 일정한 한도 내에서 프라이버시 제한에 동의하거나 이를 포기하였다고 볼 수 있다.²⁷⁵⁾ 일본 법원은 ‘마크·레스터 사건’에서 영화배우, 가수, 프로스포츠 선수 등은 대중과의 접촉을 직업으로 하여 자신의 초상이 대중에 공개되는 것을 포괄적으로 허락하였고 인기를 중시하는 측면에서 초상이 널리 공개되는 것을 희망, 의욕하므로 당사자의 평가, 명성, 인상 등을 훼손, 저하시키는 특별한 사정이 존재하는 경우에 정신적 고통에 기한 손해배상청구를 할 수 있다고 판시하였다.²⁷⁶⁾²⁷⁷⁾ 한편 KunstUrhG 제23조 제1

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

273) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결 등.

274) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결.

275) W.P. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton & D. Owen, *supra* note 23, p. 860.

276) 東京地方裁判所 昭和46年(ワ)第9609号(昭和51年06月29日).

277) 하급심 중에 모델 등 대중과의 접촉을 직업으로 하는 사람은 통상 자신의 초상이 널리 공개될 것을 희망하므로 특별한 사정 하에서 정신적 고통이 인정된다고 판단한 사

항 제1호는 시사적 영역에 있는 인물의 초상은 동의 없이 공표될 수 있다고 규정한다.

(2) 공적 인물의 확정 및 확장

(가) 그러나 공적 인물의 개념 자체까지 확립된 것은 아니다. 이 역시 상당히 유동적인 개념이다. 그리고 초상주체마다 ‘공적 성격’의 정도가 다를 수 있다. 2nd Rest.는, 설령 공적 관심을 유도한 적이 없었더라도, 공적 이해관계가 공적 인물의 가족 내지는 그와 친밀한 사람에게 확장될 가능성이 있다고 설명한다.²⁷⁸⁾ 피의자는 비자발적 공적 인물(Involuntary public figures)이 될 수 있다.²⁷⁹⁾²⁸⁰⁾ 피의자·피고인의 초상권은 우리 사회의 중요한 이슈로서 따로 살펴본다.

(나) 현재 사법적 판단에서 ‘공적 인물’의 개념은, 정도의 차이가 있을 뿐, 상당히 폭넓게 인정되고 있다고 생각한다. 정치인, 공직자, 교수, 연예인, 스포츠선수 등은 대체로 공적 인물로 분류되고 있다. 그 외에도 방송사 대표이사, 부사장, 시사제작국 부국장,²⁸¹⁾ 방송사 지사장을 지낸 사람,²⁸²⁾ 방송사 국제부 차장²⁸³⁾, 뛰어난 기업인,²⁸⁴⁾ 유명 한류스타의 배우자,²⁸⁵⁾ 칼럼니스트²⁸⁶⁾ 등도 공인으로 인정되고 있다. 널리 알려

레가 있다. 예컨대, 서울민사지방법원 1991. 7. 25. 선고 90가합76280 판결(확정). 이와 유사한 취지로 서울중앙지방법원 2014. 8. 14. 선고 2014가단4376 판결(확정)도 참조.

278) Restatement (Second) of Torts § 652D Publicity Given to Private Life - Comment i.(1977).

279) Restatement (Second) of Torts § 652D Publicity Given to Private Life - Comment f.(1977).

280) 홍악법을 공인 내지 공적 인물로 지칭하는 것은 다소 납득하기 어려운 측면이 있다. 같은 취지로 김재형, *supra* note 157, 각주 41번.

281) 서울중앙지방법원 2017. 8. 14.자 2017카합81063 결정(확정).

282) 서울서부지방법원 2018. 7. 11. 선고 2018가합31651 판결(제1심), 서울고등법원 2018. 10. 19 선고 2018나2038346 판결(항소기각).

283) 서울지방법원 1997. 9. 3. 선고 96가합82966 판결, 서울고등법원 1998. 4. 16. 선고 97나47141 판결(항소기각).

284) 서울지방법원 1995. 9. 27.자 95카합3438 결정.

285) 서울고등법원 2017. 6. 16. 선고 2016나2078807 판결(확정).

공중과 방송에도 출연하고 여러 차례 기사에 실명이 거론된 적이 있는 사람으로 ‘공인에 준하는 지위에 있는 자’로 인정하였다.

286) 서울중앙지방법원 2014. 10. 28. 선고 2014가단123116 판결(제1심), 서울중앙지방법원

지지 않았더라도 공중의 주목을 위하여 스스로 공적 토론에 적극 참여한 사람도 공적 인물과 비슷한 지위가 인정될 것이다.

(다) 다만, 다음과 같은 사례에서는 공적 인물로 인정되지 않았다.

① 인기 여배우였으나 은퇴하고 프랑스에서 가정생활에 전념하는 사람은 더 이상 공인으로 볼 수 없다고 본 사례²⁸⁷[이와 비교하여 과거 상당한 관심을 받았던 신동(神童)이 30대 후반이 되었을 때 “Where Are They Now?” 라는 제목으로 그의 카툰과 함께 삶을 조명하는 기사에 대하여 보도가치에 비추어 프라이버시 침해가 인정되지 않는다고 판단한 미국의 사례²⁸⁸]

② 범죄 자체는 공적 사안에 해당하더라도, 원고들은 범죄의 피해자로서 사적 인물일 뿐 공적 인물에 해당하지 않는다고 본 사례²⁸⁹

③ 널리 유포된 성관계 비디오에서 유명 연예인의 상대방인 원고는 ‘영상을 통해 바로 원고가 누구임을 알 수 있는 사람은 그리 많지 않다’는 점에서 공인이라고 할 수 없다고 본 사례²⁹⁰

④ 피고들이 원고 1, 2를 중복 부부라고 소개하면서 사진을 클로즈업한 사안에서, 원고 2가 변호사이자 사회운동가이며 유명 정치인인 원고 1의 남편이라고 하더라도, 원고 2가 자신의 초상을 방송에서 무단으로 사용할 것을 수인할 의무가 있다고 보기 어렵다고 판단한 사례²⁹¹

⑤ 원고는 공기업 회장으로 재직한 사람의 배우자로서, 정당의 당직자로 활동한 경력이 있거나 남편이 대표로 있는 단체의 사무총장에

2015. 11. 24. 선고 2014나60421 판결(항소기각).

저서 출판, 언론 기고 및 칼럼 발표, 방송 및 각종 토론회 참석 등의 활동을 통해 성명, 초상, 정치적 견해 등이 널리 일반에 알려진 사람이었다.

287) 서울고등법원 1997. 9. 30. 선고 97나14240 판결(확정).

288) *Sidis v. F-R Pub. Corporation*, 113 F.2d 806(Circuit Court of Appeals, Second Circuit., 1940)

289) 서울중앙지방법원 2014. 3. 19. 선고 2013가합50737 판결(확정).

290) 서울지방법원 2000. 10. 11. 선고 99가합109817 판결(확정).

“원고가 이 사건 비디오테이프를 통해서 공인이 되었다 하더라도 그를 통해 공적인 관심사로 된 것은 원고와 000이 사건 비디오테이프를 찍었다는 사실 자체이지 이 사건 비디오테이프가 담고 있는 영상이나 음향의 내용은 아니”라는 판시도 하였다.

291) 서울고등법원 2016. 9. 2. 선고 2015나2069240 판결(대법원 2016다254047호로 상고심 계속 중).

있다는 사정만으로 공직자나 정치인과 같은 공적인 존재라고 보기는 어렵다고 한 사례²⁹²⁾[한편 남편의 범죄를 보도하면서 남편과 여성 국회의원의 혼인 관계를 객관적으로 밝힌 경우 여성 국회의원은 일반인보다 프라이버시 제한에 대한 수인 정도가 넓다고 본 ECtHR의 사례²⁹³⁾]

(라) 청소년(아동)의 경우에는 세심한 주의가 필요하다. 공적 인물의 미성년 자녀도 마찬가지이다. 앞서 보듯 관계 법령에서 청소년의 경우 언론보도의 대상이 되지 않도록 보호하는 경우가 적지 않다. 「인권보도준칙」 역시 청소년의 입장을 고려하고 세심하게 배려할 것을 규정한다. 비교법적으로 청소년의 보호를 위하여 표현의 자유가 물러설 수 있다는 점에는 이론(異論)을 찾아볼 수 없다. BVerfG는 ‘*Jugendgefährdende Schriften* 사건’에서 청소년의 보호를 위하여 표현의 자유가 제한될 수 있다는 점을 수긍하고,²⁹⁴⁾ SCOTUS 역시 ‘*Sable Communications* 사건’에서 청소년의 보호를 중요한 공익으로 고려하고 있다.²⁹⁵⁾ 물론 미성년자라고 하여 성년이 될 때까지 무조건 초상공개가 금지되는 것은 아니고, 알 권리가 우월한 경우 공개가 허용되는 예외적인 경우가 존재할 수 있다.²⁹⁶⁾ BGH는 ‘*Party-Prinzessin* 사건’²⁹⁷⁾과 ‘*Eisprinzessin Alexandra* 사건’²⁹⁸⁾에서 다양한 손님이 참석하는 파티에서, 또는 스포츠 대회에 출전한 10대 초반 공주를 촬영한 사진의 경우 보도가 금지되지 않는다고 판단하였다. 最高裁는 ‘長良川 사건’에서 ‘소년범, 잔학, 법정 메모 독점공개’라는 제목으로 주간지에 원고의 각종 정보를 보도한 것은 원고의 프라이버시를 침해한 것에 해당하나, 당해 사실이 공표되지 아니할 법적 이익과 이를 공표하는 이유를 비교형량하여 전자가 후자보다 우월한 경우 불법행위가

292) 서울고등법원 2018. 11. 2. 선고 2018나2023474 판결(상소 여부 미정).

293) *Karhuvaara and Iltalehti v Finland*, Application no. 53678/00(ECtHR, 16 Nov. 2004).

294) BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 1994 - 1 BvR 434/87.

295) *Sable Communications of California, Inc. v. F.C.C.*, 492 U.S. 115(1989).

296) BGH, Urteil vom 06. Oktober 2009 - VI ZR 315/08.

297) BGH, Urteil vom 26. Oktober 2010 - VI ZR 230/08, BGHZ 187, 200-211.

298) BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 - VI ZR 125/12.

성립한다고 판단하였다.²⁹⁹⁾

(3) 공적 인물과 수인의무의 한계

(가) 공적 인물이라고 하여 초상권 제한이 언제나 정당화되지는 않는다. 공적 인물의 사생활 공개가 면책되는 것은 ‘공적 인물은 통상인에 비하여 일반 국민의 알 권리의 대상이 되고 그 공개가 공공의 이익이 된다’는 데 근거한다.³⁰⁰⁾ 따라서 공공의 이익과 전혀 무관한 보도까지 수인해야 한다고 볼 수 없다. 명예훼손까지 수반된 초상 공표를 감수해야 한다고 보기도 어렵다.³⁰¹⁾ 공직 사회에 대한 감시·비판·견제라는 정당한 언론활동의 범위를 벗어나 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우 명예훼손이 성립하는데,³⁰²⁾ 기본 취지는 초상권에도 원용할 수 있다.

(나) 그리고 초상의 확보 수단에 상당성이 인정되지 않는 경우, 초상권 침해가 인정될 수 있다. 미국에서는 재클린 케네디 오나시스와 가족을 과도하게 추적하며 사진을 촬영한 사안에서 프라이버시 침해를 인정한 사례가 있다.³⁰³⁾ 일본에서는 주간지 기자가 신용조합 이사장으로부터 홋카이도 재무국장이 접대를 받았다는 혐의를 취재하면서 복도를 걸어오는 국장에 대하여 플래시와 함께 사진을 촬영하였고 국장이 가방을 들고 고개를 숙이며 벗어나려고 하자 폭언과 유형력을 행사한 사안에서 상당성이 흠결되었다며 위자료 지급을 명한 사례가 있다.³⁰⁴⁾

299) 最高裁判所 平成12年(受)第1335号(平成15年03月14日).

300) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결. 일반 국민의 알 권리와는 무관하게 국가기관이 평소의 동향을 감시할 목적으로 개인의 정보를 비밀리에 수집한 경우에는 초상주체가 공적 인물이라는 이유만으로 면책될 수 없다고 판단하였다.

301) 서울고등법원 1996. 6. 18. 선고 96나282 판결(확정).

302) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결 등 참조.

303) *Galella v. Onassis*, 487 F.2d 986(United States Court of Appeals, Second Circuit, 1973).

304) 東京地方裁判所 平成8年(ワ)第7817号(平成9年09月26日).

나) 사적 영역의 촬영과 공중의 정당한 관심

프리랜서 X는 고성능 망원 카메라를 소지하고 A가 소재하는 건물 앞 고층 빌딩에서 대기하고 있다가 아래와 같은 모습의 A를 촬영하였다. 신문사 Y는 X로부터 사진을 건네받아 관련 보도와 함께 신문에 게재하였다.

- ① A는 유력 정치인으로, 뇌물수수 혐의로 수사를 받고 주거지를 떠나 호텔에서 두문불출하던 중 객실 발코니에서 담배를 피웠다.
- ② A는 대기업 회장으로, 종합병원 입원실 침대에 누워 있었다.
- ③ A는 유명 연예인으로, 자신의 아파트에서 동성(同性)인 B(일반 직장인)를 포옹하고 키스를 하였다.

(1) 기본 법리

(가) 이 사례는 모두 사적 영역으로 인정되는 장소에서, 사적 사항에 관하여 초상주체가 촬영되었다. 물론 사적 사항의 촬영이라고 모두 위법한 것은 아니다. 대법원은 “사생활과 관련된 사항의 공개가 사생활의 비밀을 침해하는 것으로서 위법하다고 하기 위하여는 적어도 공표된 사항이 일반인의 감수성을 기준으로 하여 그 개인의 입장에 섰을 때 공개되기를 바라지 않을 것에 해당하고 아울러 일반인에게 아직 알려지지 않은 것으로서 그것이 공개됨으로써 그 개인이 불쾌감이나 불안감을 가질 사항 등에 해당하여야 한다”고 판시하였다.³⁰⁵⁾ 일본 법원도 ‘小説宴のあと 사건’에서 최초로 프라이버시권을 인정하면서 ‘일반인의 감수성을 기준으로 당사자의 입장에 섰을 때 공개를 바라지 않는 경우, 즉 공개로 인하여 심리적 부담, 불안을 느끼는 경우’를 침해기준으로 제시하였다.³⁰⁶⁾ 2nd Rest.는 사적 사항의 공개가 위법하려면, ‘㉠ 합리

305) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2006다15922 판결.

306) 東京地方裁判所 昭和36年(ワ)第1882号(昭和39年09月28日).

적인 사람에게 상당한 불쾌함을 야기하고, ⑥ 공중의 정당한 관심 대상이 아니어야 한다’고 설명한다.³⁰⁷⁾ 위와 같이 비교법적으로 공통된 법리는 사적 사항에 관한 초상권 제한의 위법 여부를 판단하는 기준으로 원용할 수 있다고 판단된다.

(나) 그리고 사적 사항이 공개되더라도 ‘공중의 정당한 관심 대상’에 해당하는 경우 불법행위가 성립하지 않거나³⁰⁸⁾ 위법성이 조각될 수 있다.³⁰⁹⁾ 공중의 정당한 관심은 이익형량에서 초상권 제한을 정당화하는 중요한 형량요소가 될 수 있다.³¹⁰⁾ 명예훼손에 관한 사안이기는 하나, “사회적 활동의 성질이나 이를 통하여 사회에 미치는 영향력의 정도 등의 여하에 따라서는 그 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있는 것이므로 개인의 사적인 신상에 관하여 적시된 사실도 ... 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 있[다]”는 판시도 참고할 만하다.³¹¹⁾ 2nd Rest.는 공중의 정당한 관심에 해당하는지 여부는 당해 공동체의 관습과 관례도 고려한다고 설명한다.³¹²⁾

(다) 나아가 위 사례는 모두 초상주체 모르게 은밀하게 촬영되었다. BGH는 ‘*Spätheimkehrer* 사건’에서, 설령 초상주체가 유명인이라 하

307) Restatement (Second) of Torts § 652D Publicity Given to Private Life(1977).

308) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결. “개인의 사생활의 비밀에 관한 사항은, 그것이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이 아닌 한, 비밀로서 보호되어야 하고, 이를 부당하게 공개하는 것은 불법행위를 구성한다”

309) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결. “사생활과 관련된 사항이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 해당하고, 그 공개가 공공의 이익을 위한 것이며, 그 표현내용·방법 등이 부당한 것이 아닌 경우에는 위법성이 조각될 수 있다”

310) 최초 언론중재법(법률 제7370호, 제정 2005. 1. 27., 시행 2005. 7. 28.)이 제정될 때 제 5조 제2항에서 “인격권의 침해가 ... 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다”고 규정하였다. 그러나 언론중재법(법률 제9425호, 일부개정 2009. 2. 6., 시행 2009. 8. 7.)이 개정되면서 위 규정 부분은 “인격권 침해가 ... 언론등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 보도내용과 관련하여 책임을 지지 아니한다”고 개정되었다.

311) 대법원 1996. 4. 12. 선고 94도3309 판결.

312) Restatement (Second) of Torts § 652D Publicity Given to Private Life - Comment h.(1977).

더라도 사적 영역에서 자신도 모르는 사이에 이루어지는 공개 목적의 촬영까지 감수해야 하는 것은 아니라고 판단하였다. 개인의 고유한 영역을 허용되지 않는 방법으로 침해한 것이라는 취지이다.³¹³⁾ 반면 촬영이 비밀리에 행해졌는지 여부는 위법성 판단의 결정적인 요소가 아니라는 견해도 있다.³¹⁴⁾

(라) 요컨대, 촬영, 공표된 초상이 사적 사항에 관한 것이더라도 공중의 정당한 관심 대상으로서 공공의 이익, 알 권리에 이바지한다면 위법하다고 보기 어렵다. 물론 공적 인물의 사적 영역은 일반인보다 좁게 설정되고, 공익에 연관된다고 판단될 가능성이 높기는 하다. 한편 관심 대상이 ‘행위’ 인지, ‘행위자’ 인지 명확히 구분할 필요가 있다. 예컨대, 언론이 청소년 성매매 현장을 촬영한 경우 관심 대상이 성매매(행위) 또는 성매매를 한 당사자(행위자)일 수도 있고, 양자 모두일 수도 있다. 공적 인물이라면 행위자 자체부터 관심 대상이 될 것이다. 그런데 관심이 행위자가 아님에도 행위가 관심 대상이라는 이유만으로 행위자의 초상공개가 적법하다고 할 수는 없다. 대법원은 유방확대수술의 위험성을 알리는 보도내용은 공익적이더라도, 수술을 받고 부작용으로 고생하는 사람이 누구인지는 정당한 관심 대상이 아니라고 보았다.³¹⁵⁾ BGH는 어떤 사건이 사회적으로 비난받을 만한 것이라 하더라도, 그 사건의 당사자 신원까지 공적인 의미가 있게 되는 것은 아니라고 판단하였다.³¹⁶⁾ 물론 행위가 상당히 이례적이어서 사회적 주목을 받은 경우 행위자에 대한 궁금증을 낳을 수는 있다. 특히 흉악범죄라는 행위에 대해서는, 특히 우리 사회에서는, 행위자의 신상정보에 대한 알 권리가 크게 제기된다.

313) BGH, Urteil vom 10. Mai 1957 - I ZR 234/55 -, BGHZ 24, 200-214.

314) 엄동섭, “증거수집을 위한 사진촬영과 초상권 -독일과 일본에서의 논의를 중심으로-”, 판례실무연구 IX(박영사, 2010), 254쪽.

315) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결.

316) BGH, Urteil vom 10. Mai 1957 - I ZR 234/55 -, BGHZ 24, 200-214.

(2) 민감한 사적 사항에 대한 정당한 관심 對 단순한 호기심

(가) 초상의 민감성에 따라 위법성 판단이 달라질 수 있다는 점은 앞서 간략히 보았다. 이와 아울러 정당한 관심과 단순한 호기심은 구분되어야 한다. 공익적 관심사에 대한 표현의 자유를 되도록 보호하는 것은 여론의 자유로운 형성과 전달에 의하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성, 유지하기 위함이다. 그러나 이와 전혀 무관한 사적 사항이 공중의 토론과 검증, 알 권리의 대상이 된다고 보기는 어렵다. ECtHR은 ‘*Heir to Monaco 사건*’에서 유명인의 사생활 보도가 특정 독자층의 호기심을 충족시키는 목적이라면 공익적 토론에 기여한다고 보기 어렵고, 공익을 선정주의나 관음주의에 대한 독자의 갈망으로 축소해서 이해하면 안 된다고 판시하였다.³¹⁷⁾ 우리 법원도 ‘공적 인물의 활동이나 평가와 전혀 무관한 내밀한 영역에 관한 사항이나 일반에 사적 비밀에 관한 사항은 일부 사람의 호기심 위주의 관심사가 될 수는 있을지언정 공중의 정당한 관심사라고 볼 수 없다’고 판시하였다.³¹⁸⁾ 최근 대법원은 영화감독인 원고가 청소년 성범죄에 관한 공적 논쟁으로 일반의 관심을 끌었더라도, 원고가 가정폭력, 아동학대의 가해자라는 인상을 주는 보도를 하면서 고소인의 진술을 일방적으로 인용한 경우, 사생활의 비밀을 침해할 우려가 높다고 판단하였다.³¹⁹⁾ 하급심 중에, 알몸 사진에 대한 대중의 호기심과 알 권리를 동일시하기 어렵다고 판단한 사례,³²⁰⁾ 어떤 종교단체에 국민적 관심이 있다 하더라도 원고의 실명, 직장, 직위, 사진까지 공개하는 경우 국민적 관심에 편승하는 외에 공공의 이익이 분명하지 않다고 판단한 사례³²¹⁾가 있다.

317) *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France*, Application no. 40454/07(ECtHR, 10 November 2015).

318) 서울지방법원 2001. 12. 5. 선고 2011가합8399 판결(확정).

319) 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다33489 판결.

320) 서울중앙지방법원 2008. 12. 17. 선고 2007가합96787 판결(위자료 1억 5,000만 원), 서울고등법원 2009나8927호 항소심에서 조정성립(8,000만 원)

(나) 재벌 경영인으로 여배우와 결혼하였다가 이혼한 원고 1은 공적 인물이고, 그와 재혼설이 부각된 여성 원고 2는 ‘재혼에 관련된 범위 내에서 일반의 관심 대상’이 되었다고 판단한 사례가 있다. 상견례 사실과 결혼계획에 관한 일반적 사항, 신혼집 현황, 원고 2에 대한 기본적인 정보는 정당한 관심 대상이라고 보았다. 그러나 상견례, 데이트 장면을 상세히 묘사하고, 원고들을 무단촬영한 사진을 게재한 부분은 원고들의 사생활의 비밀과 자유를 침해하고, 원고 2의 사진을 촬영, 게재한 부분은 원고 2의 초상권을 침해한다고 판단하였다.³²²⁾ 일본 법원은 ‘週刊フライデー 사건’에서 유명작가의 재혼 상대로 거론된 원고의 초상은 유명작가의 사회, 문학 활동에 대한 논평과 관계가 없고, 저녁에 담 너머로 원고의 주거지 주방을 몰래 들여다보듯이 촬영한 것은 위법성조각의 여지가 없다고 판단하였다.³²³⁾

(다) 병원과 관련된 공인의 초상은 어떠한가? 투병 중인 모습은 원칙적으로 보호가 필요한 사적 사항에 해당할 것이다. 일본 하급심 중에 금융회사 회장인 원고에 대하여 원인불명의 고열로 극비리에 입원, 치료를 받고 있다는 기사와 함께 병원 복도에 휠체어를 탄 모습을 촬영, 게재한 잡지사에 초상권 및 프라이버시 침해를 인정하고, 손해배상과 사죄광고 게재를 명한 사례가 있다. 법원은 원고의 건강상태가 그의 사회적 활동과 관련하여 정당한 관심 대상에는 해당한다고 보았다. 그러나 병원은 환자가 의사에게 비밀과 세세한 부분까지 노출하여 진료를 받는 곳으로 진료 외에 다른 목적으로 사용되지 않는 공간으로 사회적 승인이 되었고, 완전한 사생활이 보장되는 사택(私宅)과 동일하다고 판단하였다. 한편 잡지사는 불특정 다수가 왕래하는 병원 복도에서 촬영

321) 서울중앙지방법원 2015. 7. 15. 선고 2014가합577116 판결, 서울고등법원 2015나20460 25호 항소심에서 조정성립.

322) 서울고등법원 2012. 3. 9. 선고 2011나89080 판결(앞서 본 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결의 원심판결).

323) 東京地方裁判所 昭和61年(ワ)第13809号(平成1年06月23日, 제1심). 東京高等裁判所 平成1年(ネ)第22282号(平成2年07月24日, 항소심).

하여 사회적 허용성이 인정된다는 취지로 주장하였으나, 법원은 복도도 병원의 필수불가결한 일부이고, 병원의 진료를 방해하지 아니하고 환자의 프라이버시를 침해하지 아니한다는 이해가 성립되어 있으며, 환자가 병원에서조차 자세를 갖추어야 하는 것은 과도한 부담에 해당한다며 위 주장을 배척하였다.³²⁴⁾ 조금 다른 국면으로 미국에서는, 무면허의사 진료행위를 취재하기 위하여 환자로 가장하여 진료실에 들어가 몰래카메라로 내부를 촬영하고 무면허 의사와의 대화를 비밀녹음한 행위를 프라이버시 침해로 인정한 사례가 있다.³²⁵⁾ 반대로 부적절한 수술을 취재하기 위하여 은폐 카메라를 지닌 환자를 병원에 보내 수술 장면을 촬영한 사건에서, 당해 병원은 공개된 장소이고 의사의 사적 사항까지는 공개되지 않은 사정을 들어 프라이버시 침해를 부정한 사례도 있다.³²⁶⁾

(3) 공적 인물에 대한 사적 영역의 보장 필요성

(가) 우리는 공인 개인을 위해서 뿐만 아니라 공익을 위해서 그의 사적 영역을 좀 더 존중해 줄 필요가 있다. 공인이 사적 영역을 보장받지 못한다면 공익, 즉 우리 모두를 위해서도 좋을 것이 없다. 공인의 사적 영역은 이미 좁혀져 있다. 일거수일투족이 스포트라이트를 받는다. 일상에서 한 말과 행동도 큰 반향을 일으키기 마련이다. 삶이 긴장의 연속일 것이다. 인간으로서 큰 부담을 안고 생활한다. 그의 가족도 정도는 덜하겠지만 마찬가지이다. 공인도 시선으로부터 자유로운 공간에서 ‘리프레시’ 할 수 있어야 우리를 위해 좀 더 열심히 일할 수 있다. 휴식도 주지 않은 채, 언제나 단정하길 바라는 것은 과도한 욕심이다. 표현의 자유가 제 기능을 발휘하기 위해서는 그 생존에 필요한 숨 쉴 공간이 있어야

324) 東京地方裁判所 昭和62年(ワ)第4992号(平成2年05月22日).

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

326) *Desnick v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 44 F.3d 1345(United States Court of Appeals, Seventh Circuit. 1995).

하지만,³²⁷⁾ 공인에게도 동굴에서 숨 쉴 공간을 주어야 한다.

(나) 이와 관련하여 다음의 두 사례는 시사하는 바가 크다. 독일에서 캐롤라인 공주(원고)와 그 가족의 사진을 촬영하여 게재한 사건이 있었다. 하급심은 촬영 장소가 모두 공공장소라는 이유로 프라이버시 보호 주장은 받아들이지 않았다. BGH는 원고와 같은 절대적인 시사적 인물의 사진은 시대사에 포함되고, 다만 자택과 자택 이외의 장소에서 은둔하였다면 프라이버시가 보호된다고 판단하였다. 배우자와 레스토랑 정원 구석에 있는 사진에 한하여 프라이버시가 우선하여 우선한다고 보았다.³²⁸⁾ BVerfG는 위 법리 판단 자체는 헌법에 위반된 것은 아니지만 사진의 내용이 자녀에 관한 것일 때에는 인격권 보호가 강화될 필요가 있다고 판단하였다.³²⁹⁾ 그런데 ECtHR은 민주사회의 토론에 기여하는 보도와 아무런 공적 임무도 수행하지 않는 개인의 사생활에 관한 상세한 보도는 구별해야 한다고 판단하면서 독일 법원의 판단은 유럽인권조약 위반이라는 결론을 내렸다.³³⁰⁾ 그리고 영국에서 언론사가 유명 패션모델(나오미 캠벨)이 약물중독 치료모임에 참석하고 있다는 사실과 그 모임에서 나오는 사진 등을 보도한 사건이 있었다. UKHL은 약물중독이고 치료를 받는다는 사실을 보도한 부분은 위법하지 않지만, 치료의 상세한 내용과 모임 장소를 떠나는 모습을 촬영한 사진을 보도한 부분은 프라이버시 침해라고 판단하였다.³³¹⁾

327) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결.

328) BGH, Urteil vom 19. Dezember 1995 – VI ZR 15/95.

329) BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1999 – 1 BvR 653/96.

330) *von Hannover v. Germany*, Application no. 59320/00(ECtHR, 24 June 2004).

331) *Campbell v. The MGN Ltd.*, [2004] H.R.L.R. 24.

바. 피의자·피고인·전과자와 초상권³³²⁾

1) 기본 법리

가) 형사사건은 사회적 관심은 물론 소재 자체의 자극성과 공분(公憤)으로 독자를 쉽게 유도할 수 있어 좋은 보도대상이 된다. 그러나 형사사건은 다른 어떤 보도대상보다도 각별한 주의가 필요하다. 앞서 본 청소년(아동)과 함께 가장 민감한 영역이 아닌가 생각한다. 특히 ‘무죄추정의 원칙’은 언론을 비롯한 공표자 모두가 유념해야 하고, 대중에 범죄자로 한번 각인되면 회복이 매우 어렵다는 점도 고려해야 한다.³³³⁾

나) 대법원은 형사사건의 보도에 공공성이 충분히 인정되고 언론의 자유를 되도록 보장해야 한다는 점을 수긍한다. 언론보도는 범죄를 합리적인 범위 내에서 비판적으로 조명하는 한편, 규범의 내용, 법적 제재의 내용과 강도, 범죄의 사회적 여건, 적절한 대책의 강구 등 여론형성에 필요한 정보를 제공하기 때문이다. 다만, 반드시 범인의 신원을 명시할 필요가 있는 것은 아니고, 범인에 관한 보도가 반드시 범죄 자체에 관한 보도와 같은 공공성을 가진다고 볼 수는 없다.³³⁴⁾ 무죄추정의 원칙이 적용되는 피의자의 신상과 초상을 공개하는 것이 정당화되려면 단순한 공공의 요청을 넘는 필요성이 있어야 한다.³³⁵⁾ 헌법재판소도 범죄사실이 아닌 ‘피의자 개인의 공개’(수사

332) 이 항목은 장태영, “언론의 자유와 자율성 보장을 위한 사법의 노력과 제언 -오해와 언론소송의 통계·이슈 및 해외사례로 본 진실-”, 2018년 언론과 사법 심포지엄(대법원), 65~69, 108~115쪽의 내용을 상당 부분 참고하였다.

333) 헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2012헌마652 결정. 헌법재판소는 피의자의 초상공개에 관하여 “무죄추정에 관한 헌법적 원칙, 수사기관의 피의자에 대한 인권 존중의무(형사소송법 제198조 제2항), 수사기관에 의한 인격권 침해가 피의자 및 그 가족에게 미치게 될 영향의 중대성 및 파급효 등을 충분히 고려하여 헌법적 한계의 준수 여부를 엄격히 판단” 해야 한다고 판시하였다.

334) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결.

335) 서울중앙지방법원 2001. 10. 17 선고 2001가합6171 판결(제1심), 서울고등법원 2002. 8. 14. 선고 2001나68046 판결(항소기각). 전국적으로 방송되는 텔레비전 프로그램을 통하여 피의자를 수배하기 위하여 피의사실을 공표하는 경우에는 “범죄가 극히 중대하고, 피의자의 조속한 검거가 요청되며, 또 피의자의 검거에 필요하고도 충분한 노력을 다하였음에도 검거하지 못하는 등의 특별한 사정”이 인정되어야 한다고 판시하였다.

기관의 촬영허용)는, 피의자가 공인으로서 알 권리의 대상이 되는 경우, 재범방지 및 범죄예방을 위한 경우, 공개수배의 필요성이 있는 경우 등을 제외하고, 공익성을 인정하기 어렵다고 판단한 적이 있다.³³⁶⁾

2) 범죄보도의 출발 - 충분한 취재

甲은 A의 명의를 도용하여 승합차를 렌트한 다음 乙을 승합차로 납치하였고 A 명의의 은행계좌도 임의로 사용하였다. 수사기관은 승합차 렌트와 은행계좌의 명의자인 A를 지명수배하고, 수사 브리핑에서 A를 유력한 용의자로 추적하고 있다고 발표하였다. 방송사 Y는 수사 브리핑의 내용을 보도하면서 A의 사진을 함께 방송하였다. 이후 진범 甲이 체포되고, A는 전혀 무관하다고 밝혀졌다.

가) 피의자의 초상공개가 정당화하려면, 일단 피해자의 범죄사실 자체가 상당한 근거에 의하여 뒷받침되어야 한다. 과연 범인이 맞을지부터 모호한 사람의 초상을 공개할 수는 없다. 그런데 언론으로서는 범죄 보도에서 수사기관의 발표³³⁷⁾에 의존할 수밖에 없는 측면이 있다.³³⁸⁾ 언론사가 구속 피의자의 형사사건에 관하여 검사가 정식 절차에서 한 발표와 배포 자료를 기초로 객관적으로 기사를 작성하였다면 면책될 수 있다. 그러나 구속영장이나 다른 언론사의 기사를 열람한 정도만으로 면책되기는 어렵다.³³⁹⁾ 수사상황의 정당한 발표권자가 아닌 사람의 비공식적인 확인을 거치거나 수사기관의 내부문서를 열람한 정도로도 충분하다

336) 헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2012헌마652 결정.

337) 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다18389 판결. 수사기관이 피의사실을 공표하는 경우에는 당해 사실이 의심의 여지 없이 확실히 진실이라고 믿을 만한 객관적이고 타당한 확증과 근거가 있어야 한다는 취지로 판시하였다.

338) 이 사례와 유사한 사건에서, 언론사는 수사기관의 공식적인 수배요청이 있어 위법성이 없다고 항변하였는데, 수사기관이 공식적으로 원고의 사진과 실명을 밝히면서 공개수배를 요청한 사실을 인정할 증거가 없어 위 항변이 배척되었다.

서울남부지방법원 2008. 4. 3. 선고 2007가합14910 판결(제1심), 서울고등법원 2008나 46731호 항소심에서 강제조정.

339) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215, 10222 판결.

고 보기 어렵다.³⁴⁰⁾ 피해자 등 관련자와 접촉하려고 시도하였으나 그 방법이 부적절하였거나 실패하자 더 이상의 사실확인을 하지 아니한 채 기사를 작성한 경우에도 면책되기가 쉽지 않다.³⁴¹⁾ 특히 성폭력범죄의 경우 직접증거로는 피해자(고소인)의 진술만 존재하는 경우가 많고 여론도 매우 나쁘므로, 피의자나 혐의사실에 관한 보도는 더더욱 주의할 필요가 있다. 최근 대법원은 고소인의 일방적 주장을 여과 없이 인용하여 부각시키거나 주변 사정을 무리하게 연결시켜 마치 고소 내용이 진실인 것처럼 보이게 내용 구성을 하여서는 안 된다고 판시한 사례가 있다.³⁴²⁾

나) 最高裁는 ‘嬰兒 變死 사건’에서 사망한 영아의 부검에 관한 수사기관의 공식발표 이전에 담당 의사와 형사를 취재한 정보를 토대로 마치 원고 가족들 중에서 영아를 살해했을 것이라는 인상을 주는 보도를 한 경우, 원고 가족들도 취재하는 등 더욱 신중하게 확인하였어야 한다며 상당성을 인정하기 어렵다고 판단하였다.³⁴³⁾ ‘スロットマシン 사건’에서도 수사관은 취재하였으나 피의자에 대한 취재 없이 수사기관의 공식발표 이전에 단정적인 보도를 하였다면 상당성이 없다고 보았다.³⁴⁴⁾ ‘極悪人 死刑 사건’에서는 피의자의 혐의에 관한 반복적인 보도가 있었고 사회에 널리 알려졌다 하더라도 이로써 곧 진실이라고 믿을 상당성이 인정되는 것은 아니라고 판단하였다.³⁴⁵⁾ 다수의 보도가 널리 알려졌다 하더라도 상당성은 별개의 문제인 것이다. 東京高等裁判所는 보도의 긴급성이 인정되지 않는 사안에서 불구속 상태로 취재가 가능했던 피의자를 취재하지도 않은 채 단정적 표현으로 보도한 경우 상당성을 인정하기 어렵다고 판단하였다.³⁴⁶⁾

340) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다216249 판결.

341) 대법원 1996. 5. 28. 선고 94다33828 판결.

342) 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다33489 판결.

343) 最高裁判所 昭和46年(オ)第699号(昭和47年11月16日).

344) 最高裁判所 昭和53年(オ)第940号(昭和55年10月30日).

345) 最高裁判所 平成6年(オ)第978号(平成09年09月09日).

346) 東京高等裁判所 昭和62年(ネ)第912号(昭和63年5月18日).

다) BGH도 ‘*Der Lohnkiller* 사건’에서 공무원이 범죄에 연루되었다는 보도를 하면서 당해 공무원의 해명을 기대할 수 없다며 그의 입장이나 의견에 관한 취재 없이 보도한 경우 언론사의 면책을 인정하기 어렵다고 보았다.³⁴⁷⁾

3) 형사절차 관련 출석, 체포 장면과 초상권

대형 재난사고가 발생하여 다수의 언론에서 원인 규명과 책임 소재 파악을 위한 일련의 보도를 하였다. 수사기관은 A가 중요 피의자 甲의 도피를 돕거나 관련 범죄사실을 알고 있다고 파악하였다.

① 수사기관은 A에게 출석요구를 하였다. A가 차량에서 내려 관서 앞 포토라인에 섰다가 관서 안으로 출입하고, 조사 후 관서 밖으로 나와 차량에 탑승하는 과정을 신문사 X가 모두 촬영하였고, A를 동행한 B도 함께 촬영되었다. X는 A와 B의 사진과 함께 관련 보도를 하였다.

② A의 체포를 위한 관련 건물의 수색 과정에서 C가 긴급체포되었다. 당시 방송사 Y는 수색 과정을 생방송 보도하고 있었는데, C가 체포되어 호송되는 모습도 같이 방송하였다.

③ 수사기관은 A를 체포하고 구속영장을 청구하였다. X, Y는 A가 피의자 심문을 위해 법원에 출석하는 장면, 구속영장이 기각되어 구치소에서 나오는 장면을 촬영, 방송하였다.

④ 한편 X, Y는 D도 甲과 연관성이 있는 인물로 판단하여 D의 사진과 함께 이름, 직장을 공개하였다.

347) BGH, Urteil vom 30. Januar 1996 – VI ZR 386/94.

가) 최근 사회적 주목을 받는 형사사건의 경우, 수사기관 출석, 법원 출석, 구치소 출입 모습이 거의 실시간으로 보도되곤 한다. 원칙적으로 형사 절차에 연루된 개인의 위와 같은 초상은 상당히 보호되어야 할 대상으로서, 공공의 이익과 알 권리가 충분히 인정되어야만 정당화될 수 있다.

나) ② 사례와 유사하게, 원고가 수색과정에서 수사기관의 직무집행을 방해하였다는 혐의로 긴급체포 되었는데, 피고 방송사가 생방송 도중 원고가 체포되어 수갑을 차고 건물 밖으로 나오는 정면모습, 손을 뒤로 하여 수갑을 찬 채 건물 밖에서 대기하는 뒷모습, 경찰차로 호송되는 모습 등의 장면을 약 12분간 방송한 사건에서 초상권 침해를 인정한 사례가 있다. 법원은 공익 목적의 방송이고, 급박한 수색 현장을 실시간으로 보도하였더라도, 침해행위의 필요성 및 긴급성이 침해법익의 중대성에 비하여 우월하다고 할 수 없고, 침해방법 및 정도도 상당하지 않다고 판단하였다.³⁴⁸⁾ 그리고 음대 교수인 원고의 음악 연습실과 같은 사적인 장소는 취재 당시 원고가 현행범으로 체포되고 있었다 하더라도 적법절차를 갖춘 사람 이외에는 동의 없이 출입이 금지되고 그곳에서의 취재도 원칙적으로 위법하다고 판단한 사례도 있다.³⁴⁹⁾

다) 한편 일본에서 원고(예명으로 성우 활동)가 임의동행(3세 여아에 대한 상해치사 혐의) 형식으로 집을 나서는 동영상을 관련 기사와 함께 방송사가 인터넷 사이트에 게재한 사건이 있었다. 最高裁는 동영상은 기사의 이해를 돕고, 당해 형사사건의 발생 및 수사과정에 대한 정당한 관심에 부합하며, 집 밖으로 나온 원고를 촬영하여 상당성 범주를 일탈한 것으로 보기 어렵다는 사정을 들어 프라이버시 및 초상권 침해 주장을 배척하였다.³⁵⁰⁾ 그리고 경찰이 피의자인 원고(柔道整復師法違反 혐의, 다만 무

348) 서울중앙지방법원 2015. 7. 8. 선고 2014가합51744 판결(제1심, 위자료 700만 원), 서울고등법원 2016. 4. 29. 선고 2015나22542 판결(항소기각).

349) 서울고등법원 2001. 1. 11. 선고 99나66474 판결(확정).

350) 最高裁判所 平成28年(オ)第739号, 平成28年(受)第946号(平成28年09月14日). 자세한 내용은 제1심판결인 東京地方裁判所 平成25年(ワ)第14702号(平成27年03月30日) 참조.

혐의로 검찰에 송치되지 않았다)에 대한 강제수사를 집행하는 과정에 방송사가 동행하여 우동을 먹는 원고의 모습을 촬영, 방송한 사건이 있었다. 일본 법원은 영장 집행개시 직전에 원고가 우연히 촬영되었던 점, 촬영된 장소가 환자 대기실과 진료실이었던 점 등에 비추어 촬영의 목적, 방법, 양태가 상당하고, 원고가 출입 및 촬영을 거부하고 이의를 제기할 수 있었음에도 묵인한 사정을 고려하여 초상권 침해를 인정하지 않았다.³⁵¹⁾ 東京高等裁判所는 업무상과실치사 혐의를 받는 의사가 경찰관과 걸어가는 모습을 의사 숙소 근처에서 몰래 촬영한 사건에서, 촬영 장소가 다수가 출입할 수 있는 곳이었고 사생활을 촬영한 것은 아니었던 점, 경찰관의 공무와 이른 아침 주민 생활의 평온을 방해하지 않으려는 목적도 있어 수단의 상당성이 인정된 점 등에 비추어 위법성이 없다고 판단하였다.³⁵²⁾

라) ③ 사례와 관련하여, 유명인의 수사기관 출석이 예정된 경우 ‘포토라인’이 설치되는 경우가 많다. 서울고등법원은 촬영과 공표 사실을 알고 있거나 예상하면서도 촬영을 적극적으로 제지하거나 이의를 제기하지 않고 촬영에 임하는 경우, 카메라 앞에서 스스로 촬영에 응해 포즈를 취하거나 카메라를 피하지 않고 친근하게 웃는 표정을 짓는 경우, 기자에게 기꺼이 설명하는 경우 등은 촬영에 대한 묵시적 동의 내지 승낙의 의사표시를 추단할 수 있다고 판시하였다. 당해 사건에서는 연예인으로서 이미 언론에 보도되었던 김○○을 동행한 원고들에 대한 초상권 침해가 쟁점이었다. 같은 법원은 검찰청에 출석할 경우 원고들도 부수적으로 촬영, 보도될 것을 알고 있었거나 충분히 예상하였던 점, 원고 1은 김○○ 바로 옆에서 고개를 든 채 서 있었고, 원고 2는 취재진을 의식해 모자를 벗고 평상복을 정장으로 갈아입는 등 촬영, 공표에 대하여 묵시적 동의를 추단할 만한 행동이 있었던 점 등을 들어 초상권이 침해되지 않았다고 판단하였다.³⁵³⁾ 한편 東京高等裁判所는 주간지가 미

351) 神戸地方裁判所姫路支部 昭和55年(ワ)第102号(昭和58年03月14日).

352) 東京高等裁判所 平成19年(ネ)第2781号(平成19年08月22日).

353) 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나2088859 판결(확정).

결구금 중인 원고가 호송용 차량에 탑승한 사진을 게재한 사건에서, 중대범죄로 기소된 원고에 관한 보도내용은 공공의 이해에 관한 것이고 원고의 동정 역시 정당한 관심 대상에 해당하는 점, 일반 도로에서 촬영된 점, 어깨에서 머리까지 상반신만 노출되고 수갑 모습은 나타나지 않은 점 등에 비추어 위법성이 조각된다고 판단하였다.³⁵⁴⁾

마) 한국방송카메라기자협회는 「포토라인 운영준칙」, 한국사진기자협회는 「포토라인 시행준칙」을 시행하고 있고, 이에 따르면 포토라인은 ‘다수의 취재진이 제한된 공간에서 취재를 해야 할 경우, 취재진의 동선을 제한하여 혼란을 막기 위한 자율적 제한선’이다. 이러한 내부준칙을 살펴보면 취재 경쟁에 따른 취재진 간 이해관계 조정을 중요한 목적으로 하고, 일단 취재원에 대한 집중 촬영 및 공표가 가능하다고 전제하고 있다. 포토라인은 초상주체의 의사와 무관하게 취재진의 합의에 의하여 설치된 것이고, 초상주체로서는 포토라인을 지날 수밖에 없다. 초상주체가 포토라인에서의 촬영, 공표를 예상할 수 있는 것은 맞지만, 수사기관 출석을 위해서는 촬영을 회피하기 어려운 것이다. 이러한 상황에서 공적 인물이 아닌 초상주체의 묵시적 동의를 추인하려면 좀 더 구체적이고 명확한 초상주체의 언행이 드러나야 할 것이다.

바) ④ 사례와 유사한 사건에서, 원고의 특징을 위해서 얼굴 사진까지 첨부하여 내보낼 필요는 없었고, 얼굴 공개로 사생활의 비밀이 침해되는 정도가 심각하며 약 10초 동안 화면의 상당 부분을 차지할 정도로 방송되어 침해방법이 상당하지 않아 초상권 침해를 인정한 사례가 있다. 다만, 원고가 ○○파 신도라는 사실과 원고의 실명 등을 밝힌 부분은 위법성조각을 인정하였다.³⁵⁵⁾

다만, 제1심에서는 초상권 및 사생활의 비밀 침해를 인정하고 위자료 각 100만 원의 지급을 명하였다(서울남부지방법원 2016. 12. 1. 선고 2016가합101939 판결).

354) 東京高等裁判所 平成5年(ネ)第2234号(平成5年11月24日).

355) 서울고등법원 2017. 5. 19. 선고 2016나2063836 판결(확정).

다만, 제1심에서는 얼굴 사진을 노출한 보도 역시 공공의 이익을 위한 것으로 위법성이 조각된다고 판단하였다(서울중앙지방법원 2016. 8. 10. 선고 2015가합570228 판결).

사) 참고로 피의자가 유치장을 탈출하는 장면이 담긴 CCTV의 보도가 위법하지 않다고 본 사례가 있다. 이전에 이미 수배되었다가 검거되어 얼굴이 모두 공개된 상태였고 초상권으로 보호되는 원고의 인격적 이익보다 보도를 통한 공공의 이익이 더 우월하다는 것이다.³⁵⁶⁾

4) 찢값의 기간과 잊혀질 권리

A는 흉악범죄로 수사부터 재판(15년형)에 이르기까지 사회적 주목을 받았다.

- ① 신문사 X는 출소 2년 전에 사진과 함께 A의 범죄 내용을 다시 보도하였다.
- ② 방송사 Y는 A가 만기 복역 후 출소하는 장면을 촬영하여 보도하였다.
- ③ A는 출소 후 고향을 떠나 가명을 쓰고 결혼하여 ○○시에서 작은 식당을 운영하면서 조용히 지내왔다. 인터넷 신문 Z는 A를 추적하여 A의 사진, 범죄 내용과 함께 ○○시에서 식당을 운영한다는 사실을 보도하였다.

가) 망각의 필요성

(1) 언론이 자베르의 도움을 받아 이름을 바꾸고 신분을 숨긴 채, 평온하게 살아가는 장발장을 추적하여 과거 범죄경력 등을 공개하면 장발장의 프라이버시 침해인가? 2nd Rest.는 침해일 수도 있지만, 확실한 것은 아니라고 설명한다.³⁵⁷⁾

(2) 사람은 망각의 동물이다. 사실 모든 경험과 정보를 계속 기억하는 것은 끔찍한 일이다. 망각이 있기에 힘들고 고통스러운 일이 있어도 시간이 흐르면 잊고 다시 행복하게 살 수 있다는 희망도 생긴다. 또 사람

356) 대구지방법원 서부지원 2015. 6. 12. 선고 2014가합4089 판결(제1심), 서울고등법원 2016. 5. 11. 선고 2015나2066 판결(항소기각).

357) Restatement (Second) of Torts § 652D Publicity Given to Private Life - Illustrations 26.(1977).

들이 자신의 수치스럽고 혐오스러운 언행도 차츰 잊어버릴 거란 기대에 다른 사람과 교류하며 새로운 삶을 시작할 수 있다. 그런데 기술발전은 망각을 너무 어렵게 만든다. 인터넷의 발전은 온갖 사건을 기한도 없이 모조리 저장해 둔다. J. D. Lasica는 “The Net never forgets” 라고 언급하기도 하였다. 검색기술 발전은 저장된 사건을 언제, 어디서든 쉽고 빠르게 접근할 수 있게 한다. 설사 오랜 기간에 걸친 망각이 있어도 환기(喚起)는 한순간이다. 이 모두가 ‘인간적’ 이지 않다.

(3) 법에도 일종의 망각이 있다. 시간의 경과에 따라 무언가 소멸하게 되고, 아예 미리 기한을 설정해 두기도 한다. 소멸시효(민법 제162조 이하), 형의 시효(형법 제77조 이하), 공소시효(형사소송법 제249조 이하), 형의 실효(「형의 실효 등에 관한 법률」 제7조)를 그 예로 들 수 있다. 일정한 요건에 따라 시간이 지나면 수사경력자료를 정리하고, 형이 실효되면 수형인명부, 수형인명표를 정리한다. 영구(永久)는 사람의 본성과 부합하지도 않는다. 그러나 인터넷은 시효라는 개념을 모른다. 저장된 기사는 유효기간도 없이 존속한다. 지워지지 않는, 그리고 여기에 새롭게 추가되는 형사사건 보도, 특히 실명보도는 기한 없는 사설(私設) 전과기록과 별반 다를 것이 없다. 그리고 성폭력처벌법 제42조 이하, 청소년성보호법 제49조 이하는 엄격한 요건과 기한을 설정하여 유죄판결이 확정된 대상자의 성명, 거주지, 신체정보 등에 관한 신상정보 등록과 공개명령이라는 부수처분을 규정한다. 누구든 성범죄 우려가 있는 자를 확인할 목적으로 대상자의 공개정보를 정보통신망에서 확인하는 것은 가능하지만, 이를 언론을 통해 공개할 수는 없다(청소년성보호법 제55조). 그런데 언제든 검색할 수 있는 성폭력범죄 보도는 기한 없는 사설 부수처분과 별다른 차이가 없다.

(4) 자신의 범죄가 잊혀 지지 않는다는 것은 커다란 고통이다. 수사나 재판단계에서 있었던 과거의 기사가 형의 집행을 마친 이후에도 계속 남아 있거나 그 이후에 새로운 기사가 작성·보도되는 경우 전과자의

정당한 법익을 고려할 필요성이 제기된다. 사건 당시에는 ‘뜨거운’ 화제였더라도 시간이 지날수록 관심이 식을 수도 있다. 당시에는 유명한 공인이었지만 차츰 평범한 일반인에 가까워졌을 수도 있다(물론 그 반대의 경우도 상정할 수 있다). 전과자의 정상적인 사회복귀와 정착, 그가 새로 형성한 생활환경도 경시될 수는 없다. 공적 기록에서는 주홍글씨가 지워졌지만, 인터넷에서는 낙인이 그대로 찍혀 있다면 사회복귀는 요원하다. 물론 그 반대편에는 언론의 자유, 공중의 정당한 관심, 알 권리, 공공의 이익이 존재한다.³⁵⁸⁾ 결국 누차 언급한 바와 같이, 충돌하는 법익의 이익형량에 따른 한계 설정이 중요하다.

나) 시간의 경과와 전과자의 인격권

(1) 우리나라

시간의 경과와 전과자의 인격권에 관하여 정면으로 다룬 판결은 아직 없는 것으로 보인다. 다만, 하급심에서 “이미 보도되고 확정된 범죄사실에 대해 다른 언론매체가 이를 재차 인용, 편집하였다면 피고가 출소하여 사회로 환원하였다는 등 피고의 사생활을 더 보호하여야 특별한 사정이 없는 한 일반 국민들의 알 권리를 보장하는 차원에서 공공성을 인정할 수 있다. 또한 사회적으로 이슈가 되는 범죄사건을 일으킨 사인이, 스스로 사회에 상당한 파장을 일으켜 놓고 정작 자신은 사생활의 영역으로 은둔할 것이니 그 실명 또는 범죄사실을 공개하지 말라고 요구할 권리는 없다고 보이고 오히려 그러한 사회적 파장을 일으키고 공적 관심을 불러일으킨 것에 상응한 불이익은 상당 정도 수인하여야 한다”고 판단한 사례가 있다.³⁵⁹⁾ 한편 개인정보법에 개인정보 처리 정지

358) 예컨대, 공직선거법 제49조는 후보자등록을 신청하는 자는 전과기록을 제출해야 하고 누구든지 선거기간 중 전과기록을 열람할 수 있다고 규정한다.

359) 대전지방법원 홍성지원 2015. 11. 24. 선고 2015가단5682 판결(제1심), 대전지방법원

(제37조), 정정·삭제(제36조), 파기를 요구할 권리(제21조)가 규정되었는데, 이는 잊혀질 권리가 부분적으로 실현된 것으로 볼 수도 있다.³⁶⁰⁾

(2) EU

(가) 먼저 ‘잊혀질 권리’를 빼놓을 수 없다. EU GDPR은 Right to erasure(‘right to be forgotten’)라는 표제 하에 정보주체가 정보관리자(Controller)³⁶¹⁾에게 개인정보 삭제를 청구할 수 있는 경우로서 정보가 수집되거나 처리된 목적과 관련하여 더 이상 필요하지 아니한 경우, 정보처리에 관한 동의를 철회한 경우, 기존과 달리 개인정보 처리가 본 규정을 준수하지 못하게 되는 경우 등을 규정하되, 표현과 정보의 자유를 행사하는 데 정보처리가 필요한 경우를 예외로 규정하고 있다.³⁶²⁾ EU GDPR은 온라인 환경에서 잊혀질 권리의 확대를 요청하고 있다.³⁶³⁾ 그 이전에 이미 CJEU는 널리 알려진 ‘*González 사건*’에서 본래 적법하게 처리된 개인정보라고 하더라도, 일정한 경우 자신의 성명을 쿼리로 한 검색결과 삭제를 검색엔진에 청구할 권리가 있다고 판단하였다.³⁶⁴⁾

(나) 한편 ECtHR은 ‘*ORF 사건*’에서 유죄판결 후 3년이 경과하고 가석방된 사람의 사진을 보도한 경우 그가 사회복귀를 추구하고 있었던 사정에 비추어 보도를 금지하더라도 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였다.³⁶⁵⁾ 반면 ‘*VAPO 사건*’에서는 네오나치 조직의 수장으로 8년의 징

2016나477호 항소심에서 화해권고결정.

360) 이새롭, “개인정보 보호와 동의제도에 관한 연구 -최근 판결례의 분석을 통하여-”, 사법논집 제65집(법원도서관, 2017), 390쪽; 권영준, *supra* note 68, 685쪽.

361) “the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data”로 정의한다. EU GDPR Article 4 (7).

362) EU GDPR Article 17, Recital (65).

363) EU GDPR Article 17, Recital (66).

364) *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos(AEPD), Mario Costeja González*, Case C-131/12(CJEU, 13 May 2014).

365) *Österreichischer Rundfunk v. Austria*, Application no. 57597/00(ECtHR, 25 May 2004).

역형을 선고받고 가석방된 사람의 사진 등을 보도하는 것을 금지한 것은 표현의 자유를 침해한다고 판단하였다.³⁶⁶⁾ 범죄의 중대성과 공중의 관심 정도에 따라 이익형량이 달라질 수 있다는 취지가 엿보인다.

(3) 일본

(가) 最高裁는 ‘逆轉 사건’에서 유죄판결을 받고 복역했다는 전과사실은 명예에 직접 관계되는 사항이기 때문에 원고는 전과사실을 공표하지 않는 것에 관하여 보호가치 있는 법적 이익이 있고, 전과사실의 공표로 새롭게 형성한 사회생활의 평온을 해치지 않도록 ‘생생을 방해받지 아니할 이익’을 가진다고 판시하였다. 그리고 실명을 사용하여 전과사실을 저작물에 공표한 것이 불법행위에 해당하는지 여부는 당사자의 생활상황뿐만 아니라 사건 자체의 역사적 또는 사회적 의의, 저작물의 목적, 성격 등에 비추어 본 실명 사용의 필요성도 함께 참작해야 하고, 전과사실이 공표되지 아니할 법적 이익이 우월한 경우에는 이러한 공표로 인하여 입은 정신적 고통의 배상을 청구할 수 있다고 보았다. 실제로 원고의 실명과 함께 약 12년 전 유죄판결을 받은 형사사건을 논픽션 저작물(逆轉)에 저술한 것은 불법행위에 해당한다고 결론 내렸다.³⁶⁷⁾

(나) 最高裁는 ‘グーグル 사건’에서 검색사업자(Google Inc.³⁶⁸⁾)가 프

366) *Österreichischer Rundfunk v. Austria*, Application no. 35841/02(ECTHR, 7 December 2006).

367) 最高裁判所 平成1年(オ)第1649号(平成6年02月08日).

368) Google의 검색서비스는 각국의 현지 법인이 아닌 미국 법인인 Google Inc.가 수행하고 있다. 따라서 Google 검색결과에 관한 링크삭제청구의 상대방은 Google Inc.가 된다. 일본의 경우, 원고가 피고 グーグル株式会社를 상대로 손해배상청구 및 금지청구를 한 사건에서, 위 피고가 검색사이트의 관리, 운영에 관여하고 있다는 증거가 없고, 위 피고에게 검색사이트에 관한 검색결과 감독의무 및 검색결과 표시금지의무도 인정할 수 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각한 사례가 있다[京都地方裁判所 平成25年(ワ)第2894号(平成26年09月17日), 이와 유사한 판단을 한 사례로 東京地方裁判所 平成25年(ワ)第17366号(平成25年10月21日)].

우리의 경우에도, 피고 구글코리아 유한회사를 상대로 개인정보자기결정권의 침해를 근거로 위자료 청구한 사건에서, 원고의 청구가 기각되었다. 원고는 위 피고가 ‘Google.co.kr’에서 무단으로 수집된 원고의 개인정보가 담긴 웹페이지가 노출되도록 함으로써 원고의

라이버시에 해당하는 사항이 포함된 URL 등의 정보를 검색결과로 제공하는 경우 해당 사실이 공표되지 아니할 법적 이익이 ‘우월한 것이 명백’한 경우에는 검색사업자에 대하여 당해 URL 등을 검색결과에서 삭제할 것을 청구할 수 있다고 판단하였다. 검색사업자가 현대 사회에서 인터넷상 정보 유통의 기반으로 큰 역할을 한다는 점도 판시하였다. 신청인이 아동 성매수 혐의로 체포되었다는 사실은 다른 사람에게 알려지고 싶지 않은 프라이버시에 속하는 사항이지만, 아동 성매수는 사회적으로 강한 비난의 대상이 되어 형벌로써 금지되므로 현재까지도 공공의 이해에 관한 사항에 해당하고, 실제 검색결과는 제한적일 수 있다는 사정(이름과 거주지를 조건으로 한 검색결과의 일부가 문제됨)을 고려하여, 신청인이 처자(妻子)와 함께 생활하고, 벌금형을 선고받은 후 약 5년간 범죄를 저지르지 않고 민간 기업에서 일하고 있는 사정을 고려하더라도, 공표되지 아니할 법적 이익이 우월한 것이 명백하다고 보기는 어렵다고 판단하였다.³⁶⁹⁾³⁷⁰⁾

(다) 최근 東京高等裁判所는 의사면허 없는 사람과 공모하여 진료행위를 한 혐의로 체포되어 벌금형을 선고받은 치과의사인 원고가 Google Inc.에 대하여 자신의 체포 사실이 나타난 URL 및 해당 웹사이트의 제목 등 검색결과 삭제를 청구한 사건에서, 약 11년이라는 시간이 경과하였으나 원고가 지금도 치과의사로서 재직하고 환자의 건강에 영향을 미칠 수 있는 등 공공의 이해에 관한 사항이라는 사정을 고려하여, 해당 사실이 공표되지 아니할 법적 이익이 우월한 것이 명백하지 않아 원고

성명권, 초상권, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권을 침해하였다고 주장하였는데, 위 피고가 ‘Google.co.kr’를 운영한다는 사실을 인정할 수 없고, 오히려 Google Inc.가 운영주체라며, 다른 점에 관하여 살펴볼 필요 없이 원고의 청구를 받아들일 수 없다고 판단하였다(서울중앙지방법원 2014. 11. 4. 선고 2013나49885 판결).

369) 最高裁判所 平成28年(許)第45号(平成29年01月31日).

370) 最高裁는 피해자의 공표되지 아니할 법익과 충돌하는 법익 간 이익형량에서, ‘逆轉 사건’ 판결에서는 ‘우월’을 요한다고 판단하였지만, ‘グーグル 사건’ 판결에서는 ‘명백한 우월’로서 보다 강화된 요건을 필요로 한다고 판단하였다. ‘González 사건’ 판결이나 EU GDPR은 공익이나 표현의 자유와의 이익형량 자체는 인정하나 ‘명백한 우월’을 요구하지는 않는다.

의 청구를 기각한 제1심법원의 판단³⁷¹⁾이 정당하다며 원고의 항소를 기각하였다.³⁷²⁾ 名古屋高等裁判所는 전철에서 여고생의 치마를 도촬하여 체포된 경력이 있는 공무원인 신청인이 Google Inc.에 대하여 검색결과 삭제를 명하는 가처분을 신청한 데 대하여 신청인이 재범하지 않고 3년이 경과하였고 혼인이 예정되었다 하더라도 신청인의 범행은 사회적으로 정당한 관심 대상에 해당하고 공무원의 자질과도 관계되므로 공표되지 아니할 법적 이익이 우월한 것이 명백하지 않다고 판단하였다.³⁷³⁾

(라) 東京地方裁判所는, ‘逆転 사건’ 판결과 같은 취지에서, 원고가 사기 혐의로 체포되고 징역 2년 4월을 선고받았다는 전과사실의 보도에 대하여, 체포로부터 상당한 기간이 경과되었고 원고가 사회복귀에 노력하고 새로운 생활환경을 형성하였다는 사정을 고려하였을 때 원고에게는 전과사실이 공표되지 아니할 법적 이익이 있고, 원고가 공적 인물로서 이를 수인해야 하는 지위에 있지도 않으며, 언론사가 전과사실을 언급하지 않으면 보도의 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당하지도 않으므로 불법행위가 성립한다고 판단한 사례가 있다.³⁷⁴⁾

(4) 독일 및 미국

(가) BVerfG는 ‘*Lebach* 사건’에서 중대한 범죄에 대한 시사 보도와 인격권의 이익형량에서 일반적으로 전자가 우선한다고 보았다. 법적 평화를 깨뜨리고 타인을 공격하여 관련 정보에 대한 공중의 관심을 야기한 사람은 이러한 공중의 알 권리가 충족되는 것을 수인해야 하기 때문이다. 다만, 충돌하는 헌법 가치를 균형적으로 보장하고 개인의 사적 영역 역시 보호해야 하므로, 범죄자의 인격권 제한을 시간적 제한도 없이 무조건 수

371) 横浜地方裁判所 平成27年(ワ)第2348号(平成29年09月01日).

372) 東京高等裁判所 平成29年(ネ)第4417号(平成30年01月25日).

373) 名古屋高等裁判所 平成28年(ウ)第284号(平成29年03月31日).

374) 東京地方裁判所 平成25年(ワ)第5431号(平成26年03月10日).

인해야 하는 것은 아니라고 판단하였다. 특히 형사절차가 완료된 전과자의 사회로의 통합이나 사회복귀를 위협에 빠뜨리는 경우 방송의 자유가 물려설 수 있다고 보았다. 실제로 이 사건에서 본안 판결시까지 언론사의 다큐멘터리(Der Soldatenmord von Lebach) 방송을 금지하였다.³⁷⁵⁾

(나) 이후 BVerfG는 ‘*Ladendiebstahl* 사건’에서 ‘*Lebach* 사건’ 판결의 법리를 원용하는 한편 당사자가 범죄수사국의 부국장으로 지원한 사람이라고 하더라도 전과사실이 상점 절도로 경미하고, 시간이 10년 정도 경과하였으며, 이미 전과가 관계 법령에 따라 말소되었다는 사정 등을 고려하여 전과사실에 관한 보도금지는 적법하다고 판단하였다.³⁷⁶⁾

(다) Hamm 고등법원은 원고가 집행유예의 유죄판결을 받고 3년 정도가 경과한 상태에서 공범이 체포된 사안을 보도함에 있어, 다른 공범(원고)에 관하여 자연스럽게 언급하게 될 수밖에 없고 이에 대한 공중의 정보의 이익도 인정되기는 하지만, 실명까지 보도하는 경우 원고의 인격권이 상당히 침해될 수 있고 특히 원고의 사회복귀가 방해받을 수 있으므로, 실명보도는 위법하다고 보았다.³⁷⁷⁾

(라) BGH는 ‘*Sedlmayr Mord* 사건’에서 원고는 유명 배우를 살해하여 종신형을 선고받았다가 석방되었는데, 피고가 인터넷에 위 살인사건에 관한 아카이브를 제공하는 것이 위법하지 않다고 보았다. 과거의 시사적 사건을 검색할 공중의 이익이 보장되어야 한다는 취지이다.³⁷⁸⁾

(마) 미국에서는 중한 범죄에 대한 관심은 적어도 범죄자가 재판을 받을 때까지 지속된다고 판단한 사례,³⁷⁹⁾ 단순히 2년 정도가 경과한다는 사정만으로 보도가치가 사라지지 않는다고 본 사례,³⁸⁰⁾ 수감자는 구금

375) BVerfG, Urteil vom 05. Juni 1973 – 1 BvR 536/72.

376) BVerfG, Kammerbeschluss vom 25. Februar 1993 – 1 BvR 172/93.

377) OLG Hamm, Urteil vom 10. Februar 1988 – 3 U 243/87.

378) BGH, Urteil vom 09. Februar 2010 – VI ZR 243/08.

379) *Jenkins v Dell Publishing Co.*, 251 F2d 447(United States Court of Appeals Third Circuit, 1958).

380) *Samuel v Curtis Pub. Co.*, 122 F Supp 327 (United States District Court, N.D. California, Southern Division, 1954).

기간 내지는 그가 합법적이고 평온한 삶으로 되돌아 갈 때까지는 공적 인물로 볼 수 있다는 사례³⁸¹⁾가 있다. 반면 살인 혐의로 기소되었다가 무죄 판결이 선고된 여성에 대하여 혼인하여 성실하고 평온한 생활을 하고 있음에도 수년이 경과한 후에 그녀의 실명을 사용한 영상물을 방영한 것은 프라이버시 침해라고 판단한 사례도 있다.³⁸²⁾

다) 전과자의 인격권에 관한 이익형량

(1) 해외사례를 보면, 전과자가 범한 범죄의 중대성, 공중의 정당한 관심의 정도, 시간의 경과 정도, 전과자의 사회복귀를 보호할 필요성, 전과자의 새로운 생활환경 조성 등을 종합적으로 고려하여 언론의 자유, 공중의 알 권리와 전과자의 인격권을 이익형량하는 것으로 판단된다.

(2) 상당한 시간이 경과하고 개인의 인격권을 보호할 필요성이 인정되는 반면, 개인의 전과사실에 대한 공중의 알 권리가 우월하지 않은 일정한 경우에는 검색사업자에게 전과사실 관련 링크를 삭제할 것을 청구할 수 있다고 적극적으로 해석하는 것이 필요하다. 법원은 사후금지에서 사전금지와 같은 정도의 엄격한 요건은 필요하지 않다고 판단하고 있다. 링크삭제가 사전에 표현의 자유를 봉쇄하는 사전금지에 해당하지는 않으므로, 사전금지에 필요한 엄격한 요건을 그대로 적용하는 것은 타당하지 않다. 사후금지의 요건에 관한 증명책임이 원고 피해자에게 있다는 법리는 링크삭제청구에도 타당할 것이다. 最高裁도 피해자에게 증명책임이 있다는 취지이다. 반면 EU의 경우에는 이와 다를 것으로 판단된다. 즉 ‘*González 사건*’ 판결은 통상적으로 정보주체의 링크삭제청구권이 공중의 이익보다 우월하다는 전제에 서 있다. 따라서 예외적인 공익의 우월성은 그 증명책임이 검색사업자에게 인정될 것이다.

381) *Travers v. Paton*, 261 F.Supp. 110(United States District Court D. Connecticut, 1966).

382) *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285(District Court of Appeal, Fourth District, California, 1931).

EU GDPR 제17조 제1항이 정보주체의 삭제청구권을, 제2항이 이에 따른 정보관리자의 의무를, 제3항이 제1항, 제2항의 적용을 배제하는 사유를 규정하는 체제에 비추어 보더라도 정보주체의 삭제청구권을 저지하는 사유는 정보관리자에게 증명책임이 분배될 것이다. 한편 검색사업자에 대한 링크삭제청구와 같은 권리를 ‘잊혀질 권리’라고 명명하든, 그렇지 않든, 다른 이름으로 칭하든 크게 중요한 논의는 아니라고 본다. 링크삭제청구권도 과거부터 현재까지 논의되어 왔던 인격권에 기한 침해(방해)배제청구권을 구성하는 한 부분이라고 생각한다.

(3) 요컨대, 형사재판 종료 후 일정한 시간이 경과하면서 전과자가 사회복귀와 정착에 관하여 보호받을 법적 이익이 있다고 인정되는 반면, 공중의 알 권리가 우월하지 않은 경우, 검색사업자에게 과거의 보도에 대한 링크삭제청구를 청구할 수 있고, 전과자에 새로운 보도, 특히 실명, 초상에 관한 보도는 위법하다고 판단될 수 있다. 충돌하는 법익에 대한 이익형량을 거쳐야 함은 물론이다. 다만, 검색사업자에 대한 링크삭제청구를 넘어, 언론사에 대하여 형사절차가 진행되고 있던 과거에 보도되었고 현재까지 존속하고 있는 기사 자체의 삭제를 청구할 수 있는지 여부는 더 많은 논란의 여지가 있다. 향후 더 깊은 토론이 필요하다.

사. 면책 사유로서 동의³⁸³⁾

1) 동의의 의의와 기본 법리

가) 초상권 제한의 대표적인 정당화 사유 내지 면책 사유로 동의를 들 수 있다. 인격권은 절대권으로 그 처분은 인격 주체에 전속되고, 당해 주체가 자유롭게 처분할 수 있다.^{384/385)} 다만, 동의는 그 의미와 효

383) ‘승낙’ 보다는 ‘동의’가 더 적절하다고 한다. 김재형, *supra* note 2, 204쪽.

384) 형법 제24조는 “처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다”고 규정한다.

385) 따라서 동의는 원칙적으로 초상주체 본인이 하여야 한다. 전화여론조사업무 촬영에

과를 이해하고 하는 동의(Informed consent)여야 한다.

나) 대법원은 동의를 받고 동의의 범위 내에서 사적 사항을 공개할 경우 위법하지 않다고 본다.³⁸⁶⁾³⁸⁷⁾ 언론중재법 제5조 제2항 제1호는 ‘인격권 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도에서 피해자의 동의를 받아 이루어진 경우’ 언론은 그 보도내용과 관련하여 책임을 지지 않는다고 규정한다. 2nd Rest.도 동의의 범위를 초과하지 않는 한 동의는 절대적 면책 사유(Absolute privileges)가 된다고 설명한다.³⁸⁸⁾

다) 개인정보법 제4조 제2호는 정보주체가 ‘개인정보의 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리’를 가진다고 규정하고, 제22조는 동의를 받는 방법에 관하여 자세히 규정한다. EU GDPR은 정보주체의 동의는 자유롭고, 구체적이며, 자신의 동의에 따른 효과를 인식하고, 모호하지 않게 표시되어야 한다고 규정한다.³⁸⁹⁾ 한편 Article 29 Working Party³⁹⁰⁾는 이러한 ‘동의’에 관한 가이드라인(이하 ‘EU Guidelines on consent’)³⁹¹⁾을 제정하여 동의의 의미를 구체화하였다. 대량의 개인정보를 처리하는 정보관리자 뿐만 아니라 일반적인 사안에서도 참고할 만한 부분이 많다.

라) 초상주체로부터 촬영에 관한 동의를 받았다는 점이나, 촬영된 사진의 공표가 촬영에 관한 동의 당시에 초상주체가 허용한 범위 내의 것

대한 직장상사의 동의를 원고의 동의로 볼 수 없다고 판단한 서울중앙지방법원 2009. 5. 12. 선고 2009나2155 판결(확정) 참조.

386) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결.

387) 형사판결 중에도 초상주체의 동의하에 나체 사진을 찍은 경우 사진의 존재만으로 초상권을 침해한다고 볼 수 없다는 판시가 있다. 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결.

388) Restatement (Second) of Torts § 652F Absolute Privileges - Comment b.(1977), Restatement (Second) of Torts § 583 General Principle(1977).

389) EU GDPR Article 4 (11).

동의를 “any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject’s wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her” 라고 정의한다.

390) EU Directive 제29조에 따라 설립된 개인정보와 프라이버시 보호에 관한 자문기구이다.

391) Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679(Adopted on 28 November 2017 As last Revised and Adopted on 10 April 2018).

이라는 점은 촬영자나 공표자가 증명해야 한다.³⁹²⁾ EU GDPR도 정보관리자가 개인정보 처리에 대한 유효한 동의를 증명하도록 규정한다.³⁹³⁾

2) 초상주체의 적극적·소극적 행동과 묵시적 동의, 그리고 초상주체의 자기결정권과 상대방의 설명의무

- ① 야구팬인 X는 카메라를 소지하고 잠실야구장에 갔다. 키스 타임(Kiss Time) 이벤트에서 A와 B의 모습이 전광판에 나타나자 A와 B는 부끄러운 듯 다소 주저하였는데 관중의 함성과 박수가 이어지자 A는 B의 얼굴을 당겨 키스를 하였고 그 모습이 전광판으로 계속 중계되었다. X는 그리 멀지 않은 곳에 앉아 있어 카메라로 직접 A와 B의 키스 장면을 촬영한 다음 SNS에 “너무 예쁜 커플!!”이라는 내용과 함께 사진을 게시하였다. 한편 A와 B는 각기 배우자가 따로 있는 ‘불륜 커플’이었다.
- ② 1인 방송 진행자인 X, 그 보조자인 Y는 번화가를 다니면서 불특정 여성을 대상으로 실시간 ‘헌팅방송’을 하여 왔다. X는 A에게 “정말 예쁘시네요. 인터뷰 한 번 해주세요”라고 말하였고 Y는 바로 옆에서 카메라로 X와 A를 촬영하기 시작하였다.
 - ㉠ 갑작스러운 인터뷰 요청과 카메라에 놀란 A는 즉석에서 거부를 하지는 못하였고, 어리둥절한 상태에서 답변을 하기 시작하였다.
 - ㉡ 실시간 시청자들이 A가 매력적이라는 글을 게시하자 Y는 A가 알아차리지 못하게 슬며시 A의 가슴, 엉덩이를 부각하여 촬영하였다.

가) 동의에는 크게 명시적 동의와 묵시적 동의가 있다. 동의의 의사표시는 반드시 명시적 의사표시로 해야 하는 것은 아니고 묵시적 의사표시로

392) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결.

393) EU GDPR Articl 4 (1), Recital (42); EU Guidelines on consent 5.1. Demonstrate consent.

도 가능하다. 동의의 법률효과를 용인하였다고 볼 만한 행위가 있는 경우 동의의 의사표시를 추단할 수 있다.³⁹⁴⁾ 동의를 얻을 수 없었으나 제반 사정에 비추어 객관적으로 충분히 동의를 기대할 수 있었던 경우 추정적 동의가 인정될 수 있다.³⁹⁵⁾ 묵시적 동의는 동의 자체는 있지만 명백한 표시로 나타나지 않았을 뿐이고, 추정적 동의는 동의가 없지만 동의를 하였을 것이므로 동의가 있다고 간주하는 것이다. 미국에서 화재가 발생한 원고의 주택에 사진기사가 소방국장과 함께 들어가 사망한 원고의 딸 실루엣이 나타나는 사진을 촬영, 보도한 사건에서 화재현장에 사진기사의 출입이 허용되는 관례 등에 따라 추정적 동의가 인정된다고 판단한 사례가 있다.³⁹⁶⁾

나) 명시적 동의가 있다는 점이 명백한 경우에는 표시된 내용대로 동의의 내용과 범위를 해석하면 된다. 인격권 쟁송에서는 명시적 동의의 증명 여부, 간접사실에 의한 묵시적 동의의 추인 여부, 추인된 묵시적 동의의 내용과 범위에 관한 해석이 중요한 쟁점으로 나타난다. 언론사는 시민과의 인터뷰에서 촬영과 공표에 대한 동의를 구하는 것이 일반적이다. 대개는 구두로 동의 여부가 확인될 것이다. 그런데 명확한 증거가 없는 경우에는 방송 후 동의의 존부를 두고 다툼이 발생할 수 있다. 원고는 방송하지 않는다는 조건, 즉 공표에는 동의하지 않고 인터뷰를 하였는데 이후 뉴스로 방송되었다고 주장하고, 피고들은 공표에 관한 동의를 받았다고 주장한 사건이 있었다. 법원은 기자가 굳이 시간을 들여 원고를 촬영할 이유가 없는 점, 다른 시민 2명도 인터뷰를 하여 원고의 동의가 없었다면 원고의 인터뷰를 방송 대상으로 선택할 이유가 없었다는 점 등을 근거로 원고가 방송을 충분히 예상하고 인터뷰에 응하였다고 판단하고 초상권 침해를 부정하였다.³⁹⁷⁾

394) 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나2088859 판결(확정).

395) 김재형, *supra* note 188, 123쪽.

396) *Florida Pub. Co. v. Fletcher*, 340 So.2d 914(Supreme Court of Florida, 1976).

397) 수원지방법원 성남지원 2015. 1. 14. 선고 2014가소31113, 2014가소31120 판결(확정).

가정적으로 동의가 없었더라도, 방송의 공익성에 비추어 침해의 정도가 경미하여 위법하지 않다는 취지의 판단도 하였다.

다) 카메라 앞에서 웃거나 우호적인 언행을 한 경우, 스스로 포즈를 취하는 경우, 취재진에게 기꺼이 어떤 설명을 하는 경우 등에는 제반 사정을 살펴 촬영, 공표에 대한 묵시적 동의가 있는 것으로 해석할 수도 있다.³⁹⁸⁾ KunstUrhG 제22조는 초상주체가 보수를 받은 경우 동의를 추정한다고 규정한다. 다만, 프랑스의 경우 사적 사항의 공개에는 원칙적으로 명확하고 명시적인 동의를 요구한다는 것이 판례라고 한다.³⁹⁹⁾ 기자가 불시에 갑자기 촬영을 하자 촬영의 목적도 모른 채 이를 묵인하는 경우 공표의 목적과 범위를 인식할 수 없기 때문에 사진 공표에 동의한 것으로 볼 수 없다는 견해도 있다.⁴⁰⁰⁾ 이와 유사하게 묵시적 동의가 인정되려면 촬영 당시 촬영과 공표의 범위, 목적을 객관적으로 추정할 수 있어야 하므로, 촬영에 묵시적으로 동의했다고 하더라도 어떠한 용도로 사용될지 알지 못했다면 공표에 동의한 것으로 볼 수 없다고 판단한 사례도 있다.⁴⁰¹⁾ 한편 EU GDPR은 정보주체의 침묵, 동의란의 사전 체크(pre-ticked boxes), 부작용은 동의에 해당하지 않는다고 본다.⁴⁰²⁾ 그리고 정보주체가 서비스를 계속 제공받았다는 사정만으로 동의를 인정하기 어렵고, 서비스에 관한 일반 조건의 일괄 수락도 동의의 명확한 행위로 인정하기 어렵다고 한다.⁴⁰³⁾ 즉 동의에 관한 행위는 다른 행위와 명확히 구분되어야 한다는 취지이다.

라) 과거에는 촬영과 공표 사이에 일정한 시간적 간격이 있었다. 그러나 최근에는 촬영과 공표가 동시에, 실시간으로 이루어지는 경우가 적지 않다. 특히 BJ, 유튜버 등 ‘1인 미디어’ 중에는 일반인과의 인터뷰 등과 함께 ‘리얼실방’, ‘헌팅방송’도 한다. 초상주체가 촬영, 공표

398) 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나2088859 판결(확정), 함석천, *supra* note 216, 362쪽.

399) 박용상, *supra* note 118, 409쪽. 한편 동의 관련 프랑스 판결에 대하여는 고철웅, “프랑스법의 초상권론에 관한 일고찰 -초상의 경제적 이용을 중심으로-”, 비교사법 제 24권 제1호(한국비교사법학회, 2017), 202쪽 이하 참조.

400) 김재형, *supra* note 188, 122쪽.

401) 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나2088859 판결(확정).

402) EU GDPR Recital (32).

403) EU Guidelines on consent 3.4. Unambiguous indication of wishes.

의 동시성을 인식하고 불특정 다수의 실시간 시청자에게 공표된다는 사실을 잘 알고 있다면, 1인 미디어의 인터뷰에 우호적으로 응한 경우 묵시적 동의의 적극적 요소가 될 수 있다. 그러나 초상주체가 이러한 사정을 제대로 인식하지 못하였다면 묵인이나 이의제기의 부재라는 소극적 측면만으로 묵시적 동의를 단정하기는 어렵다고 본다.

마) 결국 명시적 동의든, 묵시적 동의든, 초상주체가 선택의 기회를 가지고 초상에 관한 자기결정권을 행사할 수 있었는지 여부가 중요하다. 초상주체가 동의처럼 보일만한 언행을 했더라도 자기결정권의 행사에 따른 결과가 아니라면, 묵시적 동의라는 명찰을 붙인 다음 촬영, 공표에 적법성을 부여하는 것은 추상의 착취일 뿐이다. 초상주체의 자유로운 결정을 보장하려는 동의가 오히려 초상권을 침해하는 것이다. 타인의 초상을 취득, 활용하려는 상대방으로서는 초상주체가 충분한 자기결정권을 행사할 수 있도록 배려할 의무가 있다. 촬영, 공표의 범위, 목적 등에 대한 사전 고지와 사전 설명이 중요하게 부각될 수밖에 없다. 중대한 결과가 발생할 수 있는 행위의 경우, 그에 앞서 상대방은 당해 주체에게 행위의 내용, 필요성, 위험성 등을 설명하고 당해 주체가 자기결정권을 행사하여 행위로 나아갈지 여부를 선택할 수 있도록 기회를 부여해야 한다. 이러한 설명의무나 배려의무는 다양한 분야에서 인정되고 있고, 이러한 의무를 위반한 경우 손해배상책임도 인정된다. 예컨대, 의사가 환자의 신체에 침습하기에 앞서 설명을 하도록 한다.⁴⁰⁴⁾ 초상권에서도 다르지 않다. 상대방이 초상 주체의 인격에 침투하기에 앞서 설명이 있어야 한다. 특히 초상주체와 상대방 사이에 정보력, 협상력, 경제력 등의 불균형이 클수록, 그리고 초상권 제한의 정도가 클수록 이러한 의무는 보다 엄격하게 해석, 준수되어야 한다.

바) ②-㉠ 사례는 묵시적 동의를 인정할 수 없음이 명백하다. 오히려

404) 의사의 환자에 대한 설명의무로 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다29666 판결, 약사의 환자에 대한 설명의무로 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다27449 판결, 은행의 고객에 대한 설명의무로 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다53683, 53690 전원합의체 판결 등 참조.

성적 수치심을 유발하는 촬영으로 성폭력범죄가 성립할 수 있다.⁴⁰⁵⁾ 한편 EU Guidelines는 정보주체의 동의를 기반으로 하더라도, 명시된 처리 목적과 관련하여 필요하지 않거나 근본적으로 불공정한 정보 수집이 적법하게 되지는 않는다고 설명한다.⁴⁰⁶⁾ 인터뷰의 촬영, 공표에 동의하였더라도 ②-㉠ 사례와 같은 정보 수집이 정당화될 수는 없는 것이다.

사) 촬영자가 동의가 있다고 잘못 알고 촬영, 공표한 경우, 위자료 산정의 고려요소는 될 수 있어도, 위법성조각 사유나 면책 사유는 아니라는 견해가 있다.⁴⁰⁷⁾ 미국에서도 동의에 대한 착오는 손해배상액을 경감시키지만, 항변이 될 수는 없다고 한다.⁴⁰⁸⁾ 다만, 상대방의 착오를 정당화할 만한 사유가 존재한다면, 나아가 초상주체의 언행까지 참작하여 상대방의 책임을 부정할 수 있는 사안이 존재할 수 있다고 생각한다. 상대방이 초상주체와의 관계에서 요구되는 주의의무를 준수한 경우에도 언제나 책임을 부담한다면 초상권에 대립하는 다른 가치, 예컨대 언론의 자유 등을 과도하게 제한할 우려가 있다.

3) 미성년자와 동의

- ① 유명 입시학원인 X는 학부모의 동의를 받아 학원 전체에 고성능 카메라를 설치하였다. X는 안면정보의 분석을 통해 출석, 지각, 무단이탈 여부는 물론 학생이 졸고 있는지, 집중하는지 여부를 실시간으로 파악하고 관련 정보를 축적하여 학생지도에 사용하고, 같은 정보를 학부모 휴대전화로도 전송한다.
- ② 미성년자인 A는 아이돌 스타이다. 프로듀서 Y는 A의 부모에게 ‘베드씬’ 등 선정적 내용이 포함된 영화/화보 촬영을 거액의 계약금과 함께 제의했고, A의 부모는 이에 동의하였다.

405) 유사한 형사사건으로 서울중앙지방법원 2016. 5. 27. 선고 2016고단1267 판결.

406) EU Guidelines on consent 1. Introduction.

407) 한위수, *supra* note 89, 221쪽.

408) W.P. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton & D. Owen, *supra* note 23, p. 868.

가) 독일에서는 대체로 동의의 법적 성격을 법률행위로 본다.⁴⁰⁹⁾ 이에 따르면 민법의 행위능력 규정이 적용되고, 미성년자의 초상권 제한은 법정대리인의 동의가 있어야 유효하다.⁴¹⁰⁾ 그런데 초상주체의 의사가 최대한 존중되어야 한다는 측면에서 의사무능력자가 아니라면 미성년자 본인의 승낙도 필요하다는 견해가 있다.⁴¹¹⁾ 독일에서는 미성년자의 ‘기본권 행사능력’이라는 개념도 논의된다.⁴¹²⁾ BGH는 ‘*Nacktaufnahmen* 사건’에서 미성년자의 누드사진을 공표함에 있어 미성년자 본인의 동의를 요한다는 취지로 판시하였다.⁴¹³⁾ 다만, 미성년자와 부모 모두 누드사진의 공개 자체는 동의하였으나, 누드사진에 대한 대가 등 재산의 측면에서 미성년자와 법정대리인의 의사가 서로 다른 경우 미성년자가 법정대리인에게 이의할 수는 없고 법정대리인의 동의가 효력이 없다고 볼 수는 없다.

나) 한편 개인정보법 제22조 제6항은 만 14세 미만 아동의 개인정보를 처리하기 위하여는 법정대리인의 동의를 받도록 정한다. 정보통신망법 제31조 제1항 역시 만 14세 미만의 아동으로부터 개인정보 수집 등을 하려면 법정대리인의 동의를 받도록 규정한다. EU GDPR은 아동(Children)의 경우 개인정보 처리에 따른 위험성을 충분히 인식하지 못하기 때문에 특별한 보호를 한다.⁴¹⁴⁾ 16세 미만 아동의 경우 개인정보 처리는 친권자가 동의하여야 적법하다.⁴¹⁵⁾ 회원국은 위와 같은 기준 연령을 낮출 수 있으나 13세 미만으로 정할 수는 없다.⁴¹⁶⁾ 한편 EU GDPR의 규정은 아동이 관련된 계약의 유효성에 관한 회원국의 국내 계약법에 영향을 미치지 않는다.⁴¹⁷⁾ 그리고 정보관리자는 아동에게 명확하고

409) 김재형, *supra* note 2, 204~206쪽.

410) 이를 명시한 독일 판결로, OLG München, Urteil vom 21. Dezember 1981 - 21 U 3951/81 참조.

411) 박용상, *supra* note 118, 536쪽; 한위수, *supra* note 89, 221쪽.

412) 김재형, *supra* note 2, 205쪽.

413) BGH, Urteil vom 02. Juli 1974 - VI ZR 121/73.

414) EU GDPR Recital (38).

415) EU GDPR Article 8 (1).

416) EU GDPR Article 8 (2).

417) EU GDPR Article 8 (3).

평이한 언어로써 수집한 개인정보를 어떻게 처리할 것인지에 대하여 설명해야 한다.⁴¹⁸⁾ EU GDPR에 연령 확인의 필요성이 명시적으로 규정되지는 않았지만, 내재적으로 요구된다고 해석한다. 정보주체가 동의 제공이 가능한 연령이라고 진술하는 경우 정보관리자는 진술이 사실임을 확인하기 위한 적절한 절차를 거칠 수 있다.⁴¹⁹⁾

4) 동의의 범위와 조건, 기한

- ① ㉠ 방송사 X는 시청자 제보 영상을 위주로 한 프로그램을 방송하여 왔다. 시청자 甲은 무법 운전으로 사고를 내고 옥살까지 한 사람(A)이라며 자신의 자가용 블랙박스에 촬영된 A의 영상을 X에 제공하였다. X는 별다른 기술적 조치 없이 A의 영상을 방송하였다.
- ㉡ 방송을 본 A는 X에게 이메일로 甲이 위험운전을 하는 등 사고원인이 甲에게 있다면서 이의를 제기하였다. X는 A에게 전후 사정을 설명할 기회를 주겠다고 인터뷰를 요청하였다. A는 이에 동의하고 인터뷰를 하였다. X는 인터뷰 중 A가 책임을 부인하는 부분만 골라 방송하면서 ‘반성하지 않는 A’라는 자막을 송출하고, 사회자는 ‘뻔뻔하네요’라는 코멘트를 하였다.
- ② 연예인 A는 직장인 B와 ○○호텔에서 결혼식을 올렸다. 신문사 X는 A와 그 가족, B와 그 가족이 촬영된 사진을 확보하고 관련 보도를 하였다.
- ㉢ 사전에 A는 결혼식을 비공개로 진행하고 친지, 지인 외에는 입장이 어렵다고 협조를 구하였다.
 - ㉠ X는 B의 친구인 것처럼 결혼식에 입장하여 몰래 촬영을 하였다.
 - ㉡ A의 팬클럽 회장인 C와 B의 친구인 D가 결혼식에 참석하여 휴대폰으로 사진을 촬영하였고 X는 C와 D로부터 사진을 입수하였다.

418) EU Guidelines on consent 7.1. Children (Article 8).

419) EU Guidelines on consent 7.1.2. Offered directly to a child.

㉠ 사전에 A는 언론사에 비공개 협조를 구하지 않았고 X는 자유롭게 촬영을 하였다.

㉡ X는 ‘A의 그녀, B는 누구인가?’라는 제목으로 B와 그 가족의 신상에 관한 기사와 함께 사진을 보도하였다.

㉢ X는 호화 결혼식을 비판하는 기사와 함께 사진을 보도하였다.

가) 초상주체는 동의를 하면서 장소적, 시간적 제한을 부가하거나 특정한 목적이나 매체에 한정할 수도 있다.⁴²⁰⁾ 동의가 법률행위라면, 조건과 기한을 붙일 수 있다는 점은 당연하다(민법 제147조 이하). BGH는 사진을 언제, 어떠한 조건에 따라 공표할지 결정하는 초상주체의 권리를 인격권의 발현으로 본다.⁴²¹⁾ 동의의 범위를 초과하거나 동의 당시의 예상과는 다른 목적이나 방법으로 초상을 공표할 경우 위법성이 인정될 수 있다.⁴²²⁾ 초상주체가 동의에 붙인 제한을 상대방이 위반하였다면 초상권 침해가 성립할 수 있다. 초상에 임의로 변경을 가한 경우에도, 통상적인 수준을 넘었다면 정당화되기 어렵다.

나) 연예인이 기업과 광고계약을 체결하였는데, 광고를 국내에 한정하여 사용하기로 정한 약정에 반하여 수출한 사건에서 초상권 침해가 인정된 사례,⁴²³⁾ 시사프로그램 제작진이 어머니의 동의를 얻어 ADHD 증상의 아이들을 촬영하였고 이후 관련 자료를 모두 폐기하기로 합의하였는데, 뉴스에서 이를 다시 사용한 사건에서 초상권, 프라이버시 침해가 인정된 사례,⁴²⁴⁾ 약관에 위반하여 원고들의 인물 콘텐츠를 성형외과 홍

420) BGH, Urteil vom 11. November 2014 – VI ZR 9/14.

421) 이와 관련하여 BGH, Urteil vom 08. Mai 1956 – I ZR 62/54 –, BGHZ 20, 345-355.

422) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결.

423) 서울중앙지방법원 2012. 10. 9. 선고 2012가합15515 판결.

424) 서울남부지방법원 2009. 5. 19. 선고 2009가합311 판결, 서울고등법원 2009나57257호 항소심에서 화해권고결정.

보를 목적으로 블로그에 사용한 행위는 촬영 당시 허용된 공표 범위를 벗어나 초상권 침해가 인정된 사례⁴²⁵⁾가 있다.

다) 조건, 기한의 존부나 범위가 불분명한 경우 초상주체와 상대방 사이에 다툼이 발생한다. 대법원은 촬영 동의를 받았다 하더라도 동의를 하게 된 동기, 경위, 공표의 목적, 거래 관행, 초상주체의 지식, 경험 및 경제적 지위, 수수된 급부의 균형성, 촬영 당시 공표방법에 대한 예견 가능성, 공표방법을 알았다더라면 촬영에 관한 동의 당시 다른 내용의 약정을 하였을 것이라고 예상되는지 여부 등 여러 사정을 종합하여 초상주체가 통념상 허용하였다고 인정되는 범위를 벗어나 공표하는 경우에는 그에 관하여도 동의를 받아야 한다고 판단하였다.⁴²⁶⁾ 이 사건에서 피고가 누드촬영회에서 원고(전문모델)의 동의(모델료 60만 원)에 따라 누드사진을 촬영하고 저작권을 보유하고자 하더라도, 누드사진을 불특정 다수가 열람하는 인터넷 게시판에 게시하는 것은 촬영 동의 당시 허용한 범위를 초과하므로 초상권 침해가 인정되었다. 동의 당시 예상하지 못한 어떤 초상권 제한이 발생한 경우, 초상주체가 이러한 초상권 제한을 알고서도 동의를 하였을 것인지 여부가 중요하게 고려될 것이다.

라) 연예인인 원고로서는 제반 사정에 비추어 피고가 촬영한 사진이 광고로 사용될 것을 충분히 알고 있었으므로 초상권 침해가 부정된 사례,⁴²⁷⁾ 원고가 피고에게 ‘모든 용도’에 관한 초상권 동의를 제공한 사안에서, ‘모든 용도’는 피고의 직접 이용뿐 아니라 피고가 원고의 사진에 대한 권리를 제3자에 양도하여 제3자로 하여금 이용할 수 있게 허락하는 행위도 포함된다고 판단한 사례⁴²⁸⁾가 있다.

425) 서울중앙지방법원 2017. 9. 20. 선고 2016가합569676 판결(확정).

426) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결.

427) 서울중앙지방법원 2018. 10. 17. 선고 2018나22083 판결(원고 상고, 사건번호 미정).

428) 서울중앙지방법원 2009. 5. 21. 선고 2008가합126326 판결, 서울고등법원 2009나58724호 항소심에서 조정성립.

당해 사진은 ‘포토라이브러리용 사진’으로서 사용처나 용도를 미리 특정하여 촬영하는 것이 아니라 사진을 미리 촬영해 두었다가 이후에 수요자가 나타나면 이를 양도하거나 이용을 허락하기 위한 목적으로 촬영되었던 점이 중요한 근거가 되었다.

마) 반면 모델료 없이 백과사전용 사진촬영을 하였는데 은행 홍보물에 사용한 것은 초상권 침해라고 인정한 사례,⁴²⁹⁾ 의류 카탈로그용 사진촬영을 약정한 경우 여성 월간잡지의 광고 게재에는 묵시적 동의가 인정되지 않는다는 사례,⁴³⁰⁾ 동의한 범위는 방송 내지 통상적인 재방송 정도임에도 보험사에 직원교육용으로 사용하도록 한 행위는 동의 범위를 초과한다고 본 사례,⁴³¹⁾ 대학 신입생 환영회 장면을 당초의 약속과 달리 부정적인 내용으로 방송한 사건에서 초상권 침해를 인정한 사례,⁴³²⁾ 원고(미스코리아 출신 연예인)가 사진집을 배포, 판매하여 사진 공표에 대해 일반적인 동의가 있었다라도, 여성잡지에 명예훼손적 기사와 함께 사진집 중 선정적인 사진 2장을 무단게재한 경우 초상권 침해가 인정된 사례,⁴³³⁾ 원고가 성화봉송에 참여하여 초상 공표에 동의한 것으로 볼 수 있었다라도, 원고의 사진을 연하카드 제작에 사용한 경우 초상권 침해가 인정된 사례,⁴³⁴⁾ 호텔 홍보에 사용할 목적으로 호텔 직원이 고객의 모습을 하고 호텔 라운지에서 음식과 술을 즐기는 사진을 촬영하고 언론사에 제공하였는데, 언론사가 사진을 ‘결혼정보업체가 외모가 출중한 여성을 아르바이트로 고용하여 맞선을 주선한다’는 내용 등으로 결혼정보업체를 비판하는 기사와 함께 보도한 사건에서 초상권 침해를 인정한 사례,⁴³⁵⁾ 원고가 신문 등 매체, 홈페이지, 온라인 홍보물에 사용할 권리를 피고에 부여한 경우, 불특정 다수인이 통행하는 지하철 역사 대형 광고판에 원고의 사진을 게시하는 것은 동의 범위를 초과한다고 판단한 사례,⁴³⁶⁾ 탈북여성이 신문사에 사진촬영을 동의하였더라도 결혼정보회사

429) 서울민사지방법원 1992. 9. 22. 선고 92가합12051 판결.

430) 서울고등법원 1989. 1. 23. 선고 88나38770 판결(확정).

431) 서울남부지방법원 2005. 9. 22. 선고 2005가합2739 판결(확정).

432) 서울지방법원 남부지원 1997. 8. 7. 선고 97가합8022 판결(제1심), 서울고등법원 1998. 1. 13. 선고 97나43156 판결(항소기각).

433) 서울민사지방법원 1989. 7. 25. 선고 88가합31161 판결.

434) 서울지방법원 동부지원 1990. 1. 25. 선고 89가합13064 판결.

435) 서울중앙지방법원 2017. 12. 13. 선고 2017가단5160883 판결(위자료 500만 원, 확정).

436) 서울중앙지방법원 2018. 9. 11. 선고 2018가소1136834 판결(위자료 100만 원, 확정).

웹사이트 게재까지 동의하였다고 볼 수 없다고 한 사례⁴³⁷⁾

바) EU GDPR에 동의의 유효기간에 관한 규정은 없다. 유효기간은 정보주체의 기대와 기존 동의의 맥락과 범위에 따라 결정된다. 만약 처리의 내용이 상당히 변경된 경우 기존 동의는 더 이상 유효하지 않다.⁴³⁸⁾ BGH는 ‘*Nacktfoto* 사건’에서 생물학 서적에 남성과 여성의 차이를 설명하기 위한 사진으로 다른 모델과 함께 알몸사진을 찍은 경우, 알몸사진이 7년 정도 경과한 뒤 다른 매체에 게재되는 것까지 동의 범위에 포함된 것은 아니라고 판단하였다.⁴³⁹⁾

5) 형해화되고 형식적인 동의

- ① ㉠ A는 다양한 글, 사진을 게시하고, 채팅, 쇼핑도 즐길 수 있는 인터넷 사이트 X에 온라인 가입하면서 약관에 동의하는 체크 표시를 하였다. 그중 한 약관에는 작은 글씨로 ‘초상권 포기 동의’가 기재되어 있었다.
- ㉡ X 법무팀은 인격권 침해 논란이 사회적 문제로 대두되자 이에 대비하는 차원에서 인격권 관련 사안을 집대성한 약관 7개를 추가 작성하였다. A는 7개의 약관에 모두 동의하는 것으로 간주되는 체크 표시를 1회 하였다.
- ㉢ A는 약관의 문제점과 X가 자신의 사진을 다른 기업에 유통하는 것을 확인하고 X에게 동의철회를 통지하였다. X는 동의철회에 관한 각종 서류를 요청하는 한편, 다양한 기업간 정보공유로 인하여 A의 사진이 유포된 경로 등이 추적되지 않는다고 회신하였다.

437) 인천지방법원 2014. 3. 11. 선고 2013가단78388 판결(제1심), 인천지방법원 2014나5753호 항소심에서 화해성립.

438) EU Guidelines on consent 5.1. Demonstrate consent.

439) BGH, Urteil vom 22. Januar 1985 – VI ZR 28/83.

② C는 이동통신사인 Y가 주최한 사진 콘테스트에 친구들인 D, E, F, G와 찍은 우스꽝스러운 사진을 제출하며 참가신청을 하였다. C는 Z에게 제출한 참가신청서 하단 ‘초상권 포기’란에 서명하였다. 한편 Y는 내부적으로 제출된 사진을 자신의 광고 등에 활용하기로 결정해 둔 상태였다.

가) 최근 개인정보 보호에 대한 인식이 고양되면서, 또는 분쟁 가능성을 봉쇄하고자, 어떠한 형식이든 정보주체의 ‘동의’를 받아 둔다. 적어도 해당 칸에 ‘☑’ 표시라도 하게 한다. 그런데 읽어볼 문서(예컨대, 약관)도 많고, 수집되는 정보도 많은 만큼, 동의를 받는 절차나 그 실질이 형식적이고 형해화될 수 있다. 소비자가 개인정보 수집·이용 약관에 동의할 때 취하는 행동을 알아보기 위해 2013. 8. 8.부터 2013. 8. 13.까지 500명을 대상으로 조사한 사례가 있다. 조사결과 ‘내용을 읽어보지 않고 서명만 함’이 오프라인 거래에서 34%, 온라인 거래에서 42%로, ‘대충 훑어서 읽어보고 서명함’이 오프라인 거래에서 38%, 온라인 거래에서 34%로 나타났다.⁴⁴⁰⁾ 소비자 중 상당수가 관련 약관을 제대로 검토하지 않는 것이다. 동의로 ‘무장’하려는 상대방은 더욱 길고 복잡한 약관을 제시하고, 정보주체는 더욱 짧은 시간에 동의를 한다. 동의를 제공하는 개인이 ‘이성적이고 자유로우며 합리적 인간’이라고 반드시 전제할 수 없다면, 동의를 기초로 한 모든 결과가 정당화될 수는 없고, ‘자율’ 보다는 ‘후견’을 조금 더 강조할 수 있는 근거가 될 것이다.

나) 한편 ‘형식적 동의’가 다른 이슈에 대한 검토를 잠탈해 버리는 문제도 있다. 동의는 복잡한 사안도 간단하게 만든다. 쟁송 측면에서 보더라도 ‘이익형량론’은 번잡한 과정이다. ‘동의론’은 동의 여부와 동의 범위에 관한 해석으로 사안을 좁힐 수 있다. ‘동의=적법’, ‘미동의=부적법’이

440) 서울대학교 산학협력단(연구책임자: 나종연), 정보주체 동의권의 실질적 보장을 위한 연구(개인정보위원회 연구용역 보고서, 2014), 101, 102쪽.

라는 도식에 따라 동의 여부로 사안을 일도양단으로 해결하려는 ‘동의 만능주의’가 생길 수도 있다. 그러나 적어도 적법·유효한 동의가 되려면 충분한 자기결정권의 행사 결과여야 한다. 동의에 따른 면책 여부 판단에 서는, 그 전제로 ‘진정한 동의’가 존재하였는지 충분히 고려해야 한다. 진정한 동의가 있는 경우에도 당해 동의에 부합하는 범위 내에서만 적법 할 수 있는 것이므로, 구체적이면서도 엄격한 검토를 해야 한다.

다) 최근 경품행사의 주된 목적을 숨긴 채 사은행사를 하는 것처럼 소비자가 오인하게 한 다음, 응모권과 응모화면에 약 1mm 크기로 개인정보 수집 및 제3자 제공에 관한 내용을 기재하는 방법으로 주민등록번호 등 경품행사와는 무관한 개인정보까지 수집하고 제3자 제공에 관한 동의를 받은 것은 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 개인정보 처리에 관한 동의를 받는 행위’로서 개인정보법 위반이라고 판단한 사례가 있다.⁴⁴¹⁾ EU GDPR은 정보관리자가 사전에 마련한 동의서는 쉽게 이해하고 접근할 수 있고, 명확하고 평이해야 하며, 불공정한 조건을 포함해서는 안 된다고 정한다.⁴⁴²⁾ ISP, 인터넷 쇼핑몰 등이 제공하는 문서가 「약관의 규제에 관한 법률」에서 정한 약관(제2조 제1호)에 해당한다면 같은 법률에서 정한 사업자에 대한 각종 의무, 규제도 적용될 수 있다. 수집되는 정보의 민감성이나 처리되는 정보가 인격권에 미치는 충격에 비례하여 보다 엄격한 절차에 따라, 보다 실질적으로 동의를 받는 것이 필요하다. 또한 정보관리자가 처리를 위한 여러 목적을 한 데 합쳐서 하나의 동의만을 받는다면 정보주체의 자유를 침해하는 것이다.⁴⁴³⁾ 동의는 반드시 해당 목적에 특정된 것이어야 한

441) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016도13263 판결.

아울러 위와 같은 경품행사를 광고하면서 개인정보 수집과 제3자 제공에 동의하여야만 경품행사에 응모할 수 있다는 내용을 기재하지 않은 것은, 중요한 거래조건을 은폐하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 함으로써 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 것이므로 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제3조 제1항 제2호에 정한 기만적인 광고에 해당한다(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016두61242 판결).

442) EU GDPR Recital (42).

443) EU Guidelines on consent 3.1.3. Granularity.

다.⁴⁴⁴⁾ 개인정보법 제22조는 각각의 동의 사항을 구분하여 명시적, 개별적으로 받도록 규정한다. EU GDPR 역시 복수의 목적으로 개인정보를 처리하는 경우, 각각의 목적에 대하여 동의를 받아야 한다고 정한다.⁴⁴⁵⁾

라) 동의철회권은 정보주체의 법익을 보호하는 중요한 권리이다. 일단 동의철회권의 실질적 행사를 담보하기 위해서는, 개인정보의 용도별, 수집경로별 분류 보관이 전제되어야 한다. 정보주체가 동의철회를 할 경우, 정보의 소재를 거꾸로 추적하여 삭제 등 필요한 조치를 취할 수 있어야 하기 때문이다.⁴⁴⁶⁾ 한편 개인정보법 제37조는 개인정보 처리의 정지를 요구할 수 있다고 규정하고, 정보통신망법 제30조 제1항은 이용자는 언제든지 개인정보 수집 등의 동의를 철회할 수 있다고 규정한다. EU GDPR 역시 정보주체는 동의를 철회할 수 있고, 정보관리자가 동의를 받기 전 동의철회권을 고지해야 한다고 규정한다.⁴⁴⁷⁾ 특히 동의철회는 동의만큼 쉬워야 한다고 강조한다.⁴⁴⁸⁾ 즉 한 번의 마우스 클릭, 타자 등 전자적 수단으로 동의를 한 경우 정보주체는 이와 동일하게 쉬운 방식으로 그 동의를 철회할 수 있어야 한다.⁴⁴⁹⁾ 동의는 간편하고 동의철회는 이보다 복잡해서는 안 된다.

6) 초상주체와 상대방 간 불균형, 동의철회에서의 초상주체와 상대방 보호

신인가수 B는 방송사 X의 요청에 따라 소속사 연습장면, 숙소생활, 학교생활, 친구 및 가족과의 평소 모습(자택 포함)을 촬영하는 데 동의하였다. 당시 B는 다소 주저되기는 하였지만, 방송 출연을 비롯한 가수활동 전반에 대한 불이익

444) EU Guidelines on consent 3.2. Specific.

445) EU GDPR Recital (32).

446) 고학수, *supra* note 107, 16쪽.

447) EU GDPR Article 7 (3); EU Guidelines on consent 5.2. Withdrawal of consent.

448) EU GDPR Article 7 (3).

449) EU Guidelines on consent 5.2. Withdrawal of consent.

가능성도 염두에 두어 X의 요청을 수락하였다. X는 각종 비용을 투입하여 방송프로그램 초안을 제작해 두었다. 그런데 B는 방송예정 5일 전에 X에게 동의 철회를 통지하였다.

가) 개인정보법 제15조 제2항은 개인정보처리자가 동의를 받을 때 ‘동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용’을 고지하도록 규정한다. 제16조 제3항은 미동의를 이유로 정보주체에게 서비스의 제공을 거부하여서는 안 된다고 규정한다. 개인정보처리자가 동의를 확보하기 위하여 서비스 제공을 ‘무기’로 사용할 가능성, 정보주체가 불이익을 우려하여 진정한 동의를 하지 못할 가능성이 있기 때문이다.

나) EU GDPR에 의하면 정보주체와 정보관리자 사이에 명백한 불균형이 존재하는 등 특별한 상황에서는 동의가 유효한 법적 근거가 될 수 없다.⁴⁵⁰⁾ 정보주체에게 실질적인 선택권이 없고 동의를 강요받거나, 부적절한 압력이 가해지거나, 동의하지 않으면 부정적인 결과(예컨대, 상당한 추가 비용)를 감수해야 하는 경우 동의가 유효하지 않다는 것이다.⁴⁵¹⁾ EU GDPR은 자유로운 동의 여부를 평가할 때, 서비스 제공이 불필요한 개인정보 처리에 대한 동의를 조건으로 하였는지 고려한다고 정한다.⁴⁵²⁾ 다만, 동의를 너무 엄격한 요건에서 인정하고 동의 절차에 비용이 과다하게 소요된다면, 서비스 가격이 상승하고 기술발전이 지체되는 요인이 될 수 있다.

다) 미국의 경우 무상 동의(Gratuitous consent)는 언제나 철회될 수 있다고 한다.⁴⁵³⁾ 반면 동의가 계약에 의한 경우 일방적 동의철회가 불가하

450) EU GDPR Recital (43).

451) EU Guidelines on consent 3.1. Free / freely given, 3.1.1. Imbalance of power.

452) EU GDPR Article 7 (4).

453) W.P. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton & D. Owen, *supra* note 23, p. 867.

다는 견해가 있다.⁴⁵⁴⁾ 상대방이 초상주체와 계약을 체결하거나 계약 체결을 기대하고 일정한 인적·물적 자산을 투입하여 초상을 수집, 처리하였는데, 초상주체의 동의가 쉽게 철회되거나 동의의 내용이나 범위에 관한 분쟁이 다수 발생한다면, 상대방에게 불측의 손해가 발생할 수 있다. 계약 성립 이전 단계에서는 계약체결상 과실(민법 제535조)이나 초상주체가 일정한 신뢰를 부여한 경우 계약교섭의 부당과기에 따른 손해배상 책임⁴⁵⁵⁾이 문제될 수 있다. 계약 성립 단계에서는, 만약 초상주체의 동의철회가 부당한 이행거절 등 채무불이행으로 평가된다면 손해배상책임이 인정될 수 있다(민법 제390조). 이 경우 상대방은 초상주체에게 이행이익의 배상에 갈음하여 그 계약이 이행되리라고 믿고 지출한 비용, 즉 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있다.⁴⁵⁶⁾ 물론 초상주체도 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 그 착오가 중과실로 인한 것이 아니라면 취소권(민법 제109조)을 행사하여 당해 계약의 구속에서 벗어날 수 있다. 나아가 계약 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 이를 예견할 수 없었으며, 계약의 유지가 중대한 불균형을 초래하는 경우 초상주체가 사정변경을 이유로 계약을 해제 내지 해지할 수 있다.⁴⁵⁷⁾

아. 다수 당사자의 초상권 제한과 공동불법행위

과거와 달리 개인정보의 유통이 쉽게 실행되고(예컨대, 전자적 전송은 한순간이다), 초상을 다양한 주체가 여러 단계에 걸쳐 처리하는 경우가 늘어나고 있다. 언론만 보더라도 하나의 보도를 위해 기획에서 최종보도단계까지 많은 사람들이 관여한다.⁴⁵⁸⁾ 초상권 제한에 관여하는 다수

454) 박용상, *supra* note 118, 538쪽.

455) 예컨대, 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다53059 판결 참조.

456) 예컨대, 대법원 2002. 6. 11. 선고 2002다2539 판결 참조.

457) 예컨대, 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다249557 판결 참조.

458) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다28365 판결. 언론기관 보도에 의한 명예훼손에서, 관여한 자의 책임 유무에 대한 판단 기준으로 “언론기관은 그 조직이 방대하고 복잡하여 하나의 보도를 위해서도 기획에서 최종보도단계에 이르기까지 많은 사람들이 관여

당사자 중 어느 범위까지 공동불법행위에 기한 손해배상책임을 부담하는지 문제가 된다.

1) 통신사 제공기사와 초상권

글로벌 뉴스통신사업자인 X는 미국 LA 소재 교회의 한국인 목사 A가 교회 헌금을 유흥비로 유용하였다는 취지의 기사를 작성하고, A가 LA 소재 유흥업소에 출입하는 사진을 첨부하였다. X로부터 기사를 수신한 국내 신문사 Y는 이를 그대로 보도하였다. A의 혐의는 사실무근으로 밝혀졌고 사진도 몰래 촬영된 것으로 밝혀졌다.

가) 언론사는 속칭 ‘뉴스 도매상’인 뉴스통신사업자(이하 ‘통신사’)와 송수신·전재계약을 체결하고, 통신사의 제공 기사를 보도하는 경우가 적지 않다. 부족한 시간이나 효율성 측면에서 언론사가 모든 보도대상에 관하여 스스로 취재하고 기사를 작성·보도하기란 쉽지 않다. 제공 기사에 어떤 사진이 첨부되어 있을 때, 지적 재산권 등의 이슈는 차치하고, 이를 수신한 언론사는 당해 사진에 나타난 초상주체의 초상권에 관하여 어느 정도의 주의의무를 부담할까?

나) 명예훼손과 관련하여 미국에서는 ‘*Universal Service* 사건’⁴⁵⁹⁾을 시초로 ‘통신사제공기사 항변’ (Wire service defence)이 인정되고 있다, 즉 ① 언론사가 정평 있는 통신사로부터 뉴스를 수신하고, ② 뉴스에서 진실성을 의심할 만한 사정을 찾아볼 수 없고 언론사 스스로 허위를 인식하지 아니하였으며, ③ 언론사가 뉴스에 실질적 변경을 가하지 않고

하게 되는데, 그 보도에 관여한 자의 책임 유무는 각각의 구체적인 경우에 있어서 보도의 제작과 보도 과정 등에 실제로 관여하였는지 여부에 따라 판단할 수밖에 없다”고 판시하였다.

459) *Layne v. Tribune Co.*, 108 Fla. 177(Supreme Court of Florida, 1933).

보도하였다면, 면책될 수 있다는 법리가 형성되었다. 다만, 대법원은 ‘통신사제공기사 항변’을 수용하고 있지는 않은 듯하다. 상당성이 인정되려면 언론사의 ‘자체적인 진실확인 작업’이 필요하다고 보고 있다.⁴⁶⁰⁾

다) ‘통신사제공기사 항변’을 초상권에도 확장할 수 있다면, 제공기사에 초상권 침해를 의심할 만한 사정이 없었던 경우, 설령 통신사로서는 초상권을 침해하여 사진을 확보하였다 하더라도, 언론사는 면책될 수 있을 것이다. 하급심 중에 원고가 통신사의 초상 촬영, 게재에 동의했더라도 이를 다른 언론사에 제공하는 데 동의했다고 볼 수 없고, 제공된 사진을 원보도와 달리 명예훼손적 보도에 사용한 것은 초상권 침해에 해당한다고 본 사례가 있다.⁴⁶¹⁾ 이 사건에서 언론사는 제공기사와 다른 보도를 한 것으로 ‘통신사제공기사 항변’의 요건조차 갖추지 못한 것으로 보인다. 이와 달리 통신사 제공기사는 아니지만, 언론사의 책임을 한정적으로 본 사례도 있다. 피고 3은 과거 보령머드축제에 참가한 원고의 사진(얼굴에 진흙)과 함께 포스터를 제작하여 같은 축제의 공모전에 출품하여 대상을 받았고, 피고 2(조직위원회), 피고 1(보령시)은 홍보 목적으로 포스터를 배포한 사건에서, 법원은 초상권 침해를 인정하고 피고들 모두의 공동불법행위를 인정하였다.⁴⁶²⁾ 그러나 조직위원회로부터 보도자료를 받아 포스터가 포함된 기사를 게재한 언론사에 대하여는 포스터가 제작, 배포되는 과정에 있어서 불법적인 요소가 있었는지 여부를 조사하지 않은 책임을 물을 수 없다고 판단하였다.⁴⁶³⁾

라) 最高裁는 ‘口ス疑惑 사건’에서 정평이 있는 통신사에서 배신(配信) 받은 기사라는 이유만으로 상당성이 인정되는 것은 아니라고 판단하였다.⁴⁶⁴⁾ 그런데 ‘共同通信社 사건’에서는 통신사와 신문사가 기사의 취

460) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2000다51520 판결. 이 사건에서 언론사는 통신사의 기사를 보도하면서 전제사실을 명시하지 아니한 채, 자신이 취재한 것처럼 보도하였다.

461) 서울중앙지방법원 2014. 4. 16. 선고 2013가합63221 판결(확정).

462) 의정부지방법원 2015. 1. 8. 선고 2014나11131 판결(확정).

463) 서울중앙지방법원 2015. 4. 10. 선고 2014나4544 판결(확정).

464) 最高裁判所 平成8年(オ)第852号(平成14年03月08日). 같은 취지로 最高裁判所 平成7年

재, 작성, 전송, 게재 등 일련의 과정에서 보도주체로서의 일체성이 인정되는 경우, 통신사에 상당성이 인정된다면 배신기사에 적시된 사실의 진실성에 의심을 가질 사정이 있음에도 불구하고 이를 만연히 게재하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 신문사도 자체 발행하는 신문에 게재된 기사에 적시된 사실을 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있다고 판단하였다.⁴⁶⁵⁾ 공동피고 중 통신사의 이유 있는 상당성 항변을 다른 공동피고인 신문사가 사실상 원용할 수 있다는 취지로 이해할 수 있다.

마) 통신사 제공기사에 인격권에 관한 어떤 문제가 있었던 경우, 이를 수신하여 보도한 언론사에게 무조건 공동책임을 묻는다면 통신사 제도의 의의와 기능이 물각될 수 있다. 지역언론사가 전국뉴스의, 국내언론사가 국제뉴스의 보도를 주저한다면, 공중이 보고 들을 수 있는 영역은 점차 좁아질 수밖에 없다. 언론사가 담아내는 정보가 점차 ‘글로벌화’ 되는 것이 아니라 ‘국내화’, 나아가 ‘지역화’로 역행할 수 있다. 물론 인격권 침해가 순식간에, 광범위하게 만연할 것이라는 우려가 있지만, 적정한 범위에서 통신사와 언론사 간 일종의 ‘협력과 분업’은 보장할 필요가 있다고 생각한다.

바) 물론 초상을 송신한 상대방이 일정한 인적, 물적 체제를 갖춘 통신사가 아닌 경우에는 ‘통신사제공기사 항변’을 함부로 확장하기는 어려울 것이다. 법원은 자유기고가로부터 사진촬영대회에서 촬영한 원고의 누드사진(외부 미공개)을 제공받아 이를 게재한 잡지사에 대하여, 초상주체의 의사를 확인하거나 공표가 가능한지 여부를 확인할 주의의무가 있다고 판시하면서 잡지사의 초상권 침해를 인정하였다.⁴⁶⁶⁾ 누드 사진이라는 초상의 민감성 측면에서도 언론사의 주의의무 위반이 인정되기 쉬웠을 것이다.

(オ)第1421号(平成14年01月29日)도 참조.

465) 最高裁判所 平成21年(受)第2057号(平成23年04月28日).

466) 서울서부지방법원 2010. 1. 13. 선고 2008가단76436 판결(확정).

2) 방송사업자와 외주제작사

방송사업자 Z는 외주제작사 Y에게 한류스타 甲 아이돌 그룹에 관한 특집 다큐멘터리 제작을 맡겼다. Y는 다시 소형 프로덕션 업체 X에게 그중 일부분의 촬영을 맡겼다. X는 제작비 부족으로 인터넷 검색을 하다가 甲 멤버 중 한 명과 일반인 A가 함께 파티를 하는 동영상을 우연히 발견하고 영상에 첨부시켰다. 영상은 X, Y, Z로 순차 전달되었고 Z는 이를 방송하였다. 한편 Z와 Y의 외주제작계약에는 제작 영상에서 발생하는 모든 책임은 Y가 부담한다는 조항이 있었다.

가) 방송사업자가 모든 프로그램을 제작하지는 않는다. 오히려 외주제작사에 제작을 맡기는 경우가 적지 않고, 방송법 제72조는 방송사업자가 일정한 비율 이상의 외주제작 방송프로그램을 편성하도록 규정한다. 한편 방송법 제33조 제3항에 따라 외주제작사는 심의규정을 준수할 의무가 있고, 앞서 보듯 「방송심의에 관한 규정」에는 초상권 보호에 관한 사항이 있다.

나) 대법원은 “방송사업자가 제작과정에서 외주제작사에 의하여 무단촬영된 장면에 관하여 피촬영자로부터 그 방송의 승낙 여부를 확인하지 아니하고 나아가 피촬영자의 식별을 곤란하게 하는 별도의 화면조작 없이 그대로 방송하게 되면 외주제작사와 공동하여 피촬영자의 초상권을 침해한 불법행위의 책임을 면할 수 없다”고 판시하였다.⁴⁶⁷⁾ 이러한 방송사업자의 책임은 방송의 주체로서 자신의 독립적 판단에 따라 외주제작 방송프로그램을 그대로 방송한 데 기초한 것이다. 한편 외주제작 계약에 외주제작사가 그 귀책사유로 발생하는 모든 책임을 부담한다는 조항이 있더라도 내부적인 구상관계를 정해 둔 것이지 방송사업자의 초상주체에 대한 손해배상책임에는 영향을 미치지 않는다.⁴⁶⁸⁾ 따라서 외

467) 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007다59912 판결.

468) 서울고등법원 2007. 7. 25. 선고 2006나80294 판결(위 대법원 판결의 원심판결); 김재형, *supra* note 157, 37쪽.

주제작사가 제작한 영상에 초상권을 침해하는 내용이 포함되었고 방송사업자가 이를 그대로 방송하였다면 방송사업자와 외주제작사는 공동불법행위에 기한 손해배상책임을 부담할 수 있다. 하급심 중에 얼굴을 식별할 수 없도록 촬영할 것을 조건으로 연주장면에 대한 촬영을 동의하였는데, 피고 외주제작사가 필요한 조치를 취하지 않은 채 연주장면을 촬영하고, 피고 방송사업자는 연주장면이 삽입된 드라마를 방영한 사건이 있었다. 법원은 피고들의 공동불법행위책임을 인정하였다.⁴⁶⁹⁾ 다만, 개별 외주제작계약의 구체적인 내용에 따라 양자 사이의 내부적인 구상 문제는 다양하게 전개될 수 있다.

다) 외주제작과 유사한 측면에서 접근할 수 있는 다른 사례도 있다. 피고 3(유제품 제조·판매기업)은 출산 정보 등을 제공하는 웹사이트를 제작하기로 하고, 피고 2와 웹사이트 개발계약을 체결하였고, 한편 피고 1은 피고 2에게 원고의 수증분만 동영상을 제공하고, 피고 2는 동영상을 웹사이트에 게재하였다. 법원은 피고 1, 2, 3 모두의 공동불법행위책임을 인정하였다. 피고 2, 3 사이의 계약에 분쟁이 발생한 경우 피고 2에게 책임이 있다는 조항이 있었으나, 마찬가지로 내부적 법률관계를 정한 것에 불과하다고 판단하였다.⁴⁷⁰⁾

3) ISP와 인터넷 쇼핑몰의 게시공간

가) ISP는 인터넷 관련 종합 서비스 중 하나로 ‘인터넷 게시공간’(예컨대, 블로그, 미니 홈페이지, 카페)을 제공한다. 그리고 언론사 기사에 대한 창구 역할을 넘어 여러 언론사 기사를 전송받아 자신의 서버에 보관하면서 자신이 관리하는 ‘뉴스 게시공간’에 게재하기도 한다. 뉴

469) 서울중앙지방법원 2006. 11. 29. 선고 2006가합36290 판결(제1심, 위자료 200만 원), 서울고등법원 2008. 5. 27. 선고 2007나11059 판결(항소심, 위자료 1,500만 원), 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다42201 판결(상고심, 심리불속행기각)

470) 서울서부지방법원 2008. 5. 29. 선고 2007나9003 판결(위자료 1,500만 원), 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다43969 판결(심리불속행기각).

스 게시공간과 인터넷 게시공간에 초상권 침해 게시물이 있는 경우 ISP는 초상주체에 대하여 책임을 지는가?

나) 대법원은 명예훼손적 게시물과 관련하여 ISP의 불법행위책임 요건을 자세히 판시한 적이 있다.⁴⁷¹⁾ 먼저 뉴스 게시공간에서는, ISP가 기사를 전송받아 보관하면서 기사 가운데 일부를 선별하여 직접 관리하는 뉴스 게시공간에 게재하였고 그 기사가 타인의 명예를 훼손하는 내용을 담고 있다면, 언론사의 특정한 명예훼손적 기사 내용을 인식하고 이를 적극적으로 선택하여 전파한 행위에 해당하므로 불법행위책임을 진다고 보았다. 다음으로 인터넷 게시공간에서는, 게시된 명예훼손적 게시물의 불법성이 명백하고, ISP가 이로 인하여 명예를 훼손당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물 삭제 등의 처리를 위하여 필요한 상당한 기간이 지나도록 그 처리를 하지 아니함으로써 타인에게 손해가 발생한 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임을 성립한다고 판단하였다.

다) 이러한 법리는 인터넷 게시공간의 저작권 침해 게시물,⁴⁷²⁾ 오픈마켓(Open Market)⁴⁷³⁾의 상표권 침해 게시물⁴⁷⁴⁾에도 원용되었다. ISP가 운영하는 인터넷 게시공간, 그리고 온라인 쇼핑몰이 운영하는 오픈마켓의

471) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결.

472) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결; 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 2009다5643; 대법원 2010. 3. 11. 2009다80637 판결.

473) 온라인 쇼핑몰이 판매자로서 소비자들에게 상품을 판매하는 형태가 아니라, 판매자와 구매자 사이에 거래가 이루어질 수 있는 전자거래 시스템을 제공하고 그 대가로 판매자로부터 서비스 이용료를 받을 뿐 판매자와 구매자 사이의 구체적 거래에는 관여하지 않는다.

474) 대법원 2012. 12. 4.자 2010마817 결정.

초상권 침해 게시물에도 같은 법리를 원용할 수 있다고 본다.

라) 하급심 중에 같은 법리를 적용하여 공동불법행위책임 여부를 판단한 사례가 있다. 원고들은 프랜차이즈 사진관 지점에서 사진을 인화하였는데 본점에서 피고 쇼핑몰과 계약을 하고 프랜차이즈 광고를 하면서 위 사진을 사용하였다. 법원은 초상권을 침해하는 상품을 판매하게 되었다는 사정만으로 사이트 운영자인 피고에게 초상주체로부터 광고에 관한 동의를 받았는지 여부까지 확인, 조사할 주의의무가 있다고 보기 어렵고, 초상권 침해 사실을 알면서도 사후적 방지조치를 해태하여 초상권 침해를 용이하게 하였다고 보기도 어렵다고 판단하였다.⁴⁷⁵⁾

5. 초상권 침해에 대한 권리구제

가. 권리구제 개관

[초상권 관련 민사사건 구조도]

☐ 민사 본안소송 <i>ex.</i> 손해배상청구 등	☐ 금전적 구제 <i>ex.</i> 손해배상청구
☐ 민사 신청사건 <i>ex.</i> 보도금지·방송금지가처분신청 등	☐ 비금전적 구제 <i>ex.</i> 정정보도청구, 기사삭제청구
☐ 사후적 청구 △ 손해배상청구(민법 제750, 751조, 민사소송법 제202조의2) (언론중재법 제30조 제1항, 제2항) △ 정정보도청구(언론중재법 제14조) △ 반론보도청구(언론중재법 제16조) △ 추후보도청구(언론중재법 제17조) △ 침해(방해)정지·배제청구(인격권⁴⁷⁶⁾) (언론중재법 제30조 제3항)	

475) 서울중앙지방법원 2018. 1. 11. 선고 2017가단5041401 판결(확정).

ex. 기사삭제청구

○ 개인정보법 제36조(개인정보의 정정·삭제)

정보통신망법 제44조의2(정보의 삭제요청 등)

△ [논란] 기타 적당한 처분의 청구(민법 제764조, 언론중재법 제31조)

□ 사전적 청구

△ 침해(방해)예방청구(인격권,⁴⁷⁷⁾ 언론중재법 제30조 제3항)

ex. 보도금지·방송금지가처분신청

○ 언론중재위원회 조정, 중재(언론중재법 제18조, 제24조)

나. 손해배상청구

1) 손해배상청구는 인격권 침해에 따른 대표적인 구제수단이다. 2015년부터 2017년까지 언론사가 당사자가 된 인격권(초상권 외 명예권 침해 등을 포괄) 관련 언론소송(이하 ‘언론소송’)의 대부분을 손해배상청구가 차지하고 있다.⁴⁷⁸⁾ 초상권 침해를 당한 초상주체에게는 특별한 사정이 없는 한 정신적 고통이 수반된다고 인정된다.⁴⁷⁹⁾ 정신적 고통이 없는 경우도 포함하여 프라이버시 침해에 대한 위자료청구권이 구제수단이 될 수 있다는 견해도 있다.⁴⁸⁰⁾

2) 위자료는 사실심법원이 여러 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 산정한다.⁴⁸¹⁾ 언론중재법 제30조 제2항은 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액의 구체적인 금액을 산정하기 곤란한 경우에는

476) “명예회복을 위한 처분(민법 제764조)을 구할 수 있는 이외에 인격권으로서 명예권에 기초하여 가해자에 대하여 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 구할 수도 있다” 라고 판시한 대법원 2005. 1. 17.자 2003마1477 결정 참조.

477) 위 대법원 2003마1477 결정; 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결.

478) 언론소송에 관한 다양한 통계는 장태영, *supra* note 332, 32~43쪽 참조. 이러한 통계는 언론중재위원회가 2005년부터 2017년까지 연도별로 발간하는 「언론 관련 판결 분석보고서」의 내용을 참조·정리한 것이다. 언론중재위원회의 장기간에 걸친 지속적인 판결 분석과 연구에 경의를 표한다.

479) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다39277 판결.

480) 양창수, *supra* note 59, 524쪽.

481) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

변론의 취지 및 증거조사의 결과를 고려하여 그에 상당하다고 인정되는 손해액을 산정하여야 한다고 규정한다. 민사소송법 제202조의2도 비슷한 규정을 두고 있다. 그런데 다양한 불법행위 사건에서 실무상 명하는 위자료가 통상의 법감정, 경제 규모, 인간의 존엄과 가치에 부합하지 않는다는 지적이 많다. 별지 [표 8]에 의하면, 손해배상청구 소송에서 원고 피해자가 구하는 손해배상청구액과 실제 법원이 피고 언론사에 명하는 손해배상액의 차이가 매우 크다. 많은 법관들도 위자료 상향에 원론적으로는 찬성하는 것으로 나타났다.⁴⁸²⁾

3) 2005년부터 2017년까지 언론소송에서 인정된 손해배상액의 평균액은 14,904,202원으로 추산되었고, 중앙값(순서대로 배열했을 때 중앙에 위치하는 값)은 500만 원과 1,000만 원 구간에 있되, 500만 원에 보다 근접할 것으로 추정되고, 최빈액(가장 빈번하게 관찰되는 최다도수를 갖는 값)은 중앙값과 비슷하거나 낮은 영역에서 형성되었을 것으로 추정된다.⁴⁸³⁾ 언론소송에서 평균액보다 낮은 손해배상액을 명한 사례의 빈도수가 높아 최빈액은 평균액보다 낮은 영역에서 형성되고, 평균액보다 높은 손해배상액을 명한 사례의 빈도수는 낮더라도 평균액을 인상하는 요인이 되었다.⁴⁸⁴⁾ 즉, 낮은 손해배상액의 사건이 대다수이지만, 높은 손해배상액의 사건이 평균액 인상을 주도한 것이다.

다. 침해배제·예방청구와 예외적인 사전금지⁴⁸⁵⁾

1) 대법원은 이미 이른바 ‘우유 광고전쟁’에서 인격권은 그 성질상

482) 2016. 9. 30.부터 2016. 10. 7.까지 위자료에 관한 설문조사를 실시하여 총 351명의 법관이 응답하였고, “현재 실무상 인정되는 위자료보다 대폭 상향된 손해배상금이 인정되어야 한다는 의견도 제시되고 있습니다. 이에 대하여 어떻게 생각하십니까?”라는 질문에 대하여 상당수가 동의한다는 의견을 밝혔다. 법원행정처 위자료 연구반, 사법발전을 위한 법관세미나 결과보고서(사법연수원, 2016), 107쪽.

483) 장태영, *supra* note 332, 36쪽.

484) 장태영, *supra* note 332, 39, 40쪽.

485) 장태영, *supra* note 332, 72~74쪽 참조.

일단 침해된 후의 구제수단으로는 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 사전 구제수단으로서 금지청구권이 인정된다고 판단하였다.⁴⁸⁶⁾ 인격권에 기하여 피해자는 가해자에 대하여 현재의 침해(방해)를 배제하거나 장래에 생길 침해(방해)를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 청구할 수 있다.⁴⁸⁷⁾ 언론중재법 제30조 제3항은 인격권에 기한 침해정지·침해예방청구를 명시하고 있다.⁴⁸⁸⁾ 침해배제청구와 침해예방청구의 대표적인 사례는 각각 기사삭제청구와 보도금지가처분신청을 들 수 있다.

2) 그중 침해예방청구로서 사전금지는 세심한 검토를 요한다. 먼저 사전검열을 수단으로 한 언론의 자유에 대한 제한은 절대 허용되지 않는다.⁴⁸⁹⁾ 다만, 개별 당사자 간의 분쟁에 관하여 심리, 결정하는 가처분결정에 따른 사전금지는 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 사전검열에 해당하지 아니하고, 언론의 자유의 본질적 내용까지 침해하는 것은 아니다.⁴⁹⁰⁾ 그러나 어떤 사실적 주장과 의견이 공표될 기회 자체를 봉쇄하고 대중의 평가도 받지 못하도록 하는 사전억제는 표현의 자유에 대한 중대한 제한이 된다. 따라서 사전금지는 엄격한 요건에 따라 필요한 최소한의 범위에서만 인정하는 것이 필요하다.

3) 대법원은 표현내용이 진실이 아니거나 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것이 아니며, 또한 피해자에게 중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있는 경우에는 그와 같은 표현행위는 그 가치가 피해자의 명예에 우월하지 아니하는 것이 명백하고, 또 그에 대한 유효적절한 구제수단으로서 금지

486) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결.

487) 대법원 2005. 1. 17.자 2003마1477 결정, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결.

488) 언론중재법 제30조(손해의 배상)

③ 제1항에 따른 피해자는 인격권을 침해하는 언론사등에 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 명백히 침해할 우려가 있는 언론사등에 침해의 예방을 청구할 수 있다.

489) 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌가6 결정.

490) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004다62597 판결 등.

의 필요성도 인정되므로 이러한 실체적인 요건을 갖춘 때에 한하여 예외적으로 사전금지가 허용된다고 본다.⁴⁹¹⁾ 한편 침해예방청구로서 사전금지와 침해배제청구로서 사후금지에서 필요한 요건의 엄격성을 달리 본다. 전자에서는 표현행위가 피해자의 명예에 우월하지 않다는 것이 명백한 예외적인 경우를 요구한다. 반면 후자에서는 언론의 자유와 인격권이라는 두 가치를 이익형량할 것은 요구되지만, 사전금지에 필요한 엄격한 요건이 사후금지에 그대로 적용되지 않고 완화되는 것이다.⁴⁹²⁾ 사전금지와 사후금지가 언론의 자유에 미치는 효과나 제한의 정도가 다르다는 점을 고려한 것이다.

4) 미국이 극히 엄격한 태도를 보이기는 하나, 다른 나라도 예외적으로 사전금지를 인정한다. 대법원이 사전금지를 명하는 것 자체를 두고 비교법적인 측면에서 언론의 자유에 대한 이례적인 제한이라고 평가할 수는 없다.

가) SCOTUS는 ‘*Near 사건*’에서 언론의 명예훼손을 근거로 금지명령(Injunction)을 인정하는 것은 사전제한으로서 원칙적으로 위헌이고 허용될 수 없다고 판시하였다.⁴⁹³⁾ ‘*Vietnam Policy 사건*’에서도 사전억제 제도는 위헌성의 강력한 추정을 받는다고 판단하였다.⁴⁹⁴⁾ 다만, 프라이버시 침해의 경우에는 금지명령이 제한적으로 인정되기도 한다. 예컨대, 교정시설에서 촬영된 영화 장면 중에 수감자가 누구인지 식별이 가능하고 그가 정신질환으로 고통스러워하는 등 프라이버시를 침해하는 장면이 있는 경우, 특정한 범위의 사람들(관련 전문가 등)에 대한 상영은 공적 이익이 우월하기 때문에 허용될 수 있어도 일반 공중에 대한

491) 대법원 2005. 1. 17.자 2003마1477 결정.

492) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결. 위 판결에는 “침해행위의 사전금지에서 요구되는 엄격한 기준을 적용하지 않고 그보다 완화된 기준을 적용”이라는 판시도 있다. 이와 관련하여, 한경환, “기사삭제청구권의 인정 근거 및 요건”, 대법원판례해설 제 95호(법원도서관, 2013), 186쪽도 참조.

493) *Near v. State of Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697(1931).

494) *New York Times Co. v. U.S.*, 403 U.S. 713(1971).

상영은 금지될 수 있다고 본 사례가 있다.⁴⁹⁵⁾

나) 最高裁는 ‘北方ジャーナル 사건’에서 우리의 법리와 유사한 판시를 하면서 가처분결정에 의한 표현행위의 사전금지가 예외적으로 가능하다고 판단하였다.⁴⁹⁶⁾ 그리고 ‘石に泳ぐ魚 사건’에서도 피해자에게 회복하기 곤란한 중대한 손해가 발생할 우려가 있고 평온한 일상생활마저 침해될 가능성이 높아 인격권에 기하여 소설⁴⁹⁷⁾에 대한 출판금지청구가 인정된다고 판단하였다.⁴⁹⁸⁾

다) 독일은 소유권 등 물권적 청구권을 유추하여 일반적 인격권에 기한 금지청구를 인정한다. 독일 München 고등법원은 피해자의 ‘건강과 생명’이 위협받을 수 있는 경우에도 사진 공표 및 보도에 대한 금지청구가 인정된다고 판단하였다.⁴⁹⁹⁾

라. 언론중재법상 정정·반론보도청구

언론중재법 제14조는 사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함으로 인하여 피해를 입은 자는 정정보도를 청구할 수 있고, 제16조는 사실적 주장에 관한 언론보도로 인하여 피해를 입은 자는 반론보도를 청구할 수 있다고 정한다. 양자 모두 언론보도에 의한 ‘사실적 주장’, 즉 증거에 의하여 그 존재 여부를 판단할 수 있는 사실관계에 관한 주장(제2조 제14호 참조)이 전제되어야 한다. 앞서 보듯 사진, 영상만으로도 사실적 주장이 제기될 수 있다. 사진, 영상 등에 의한 사실적 주장이 진실하지 아니함으로 인하여 자기의 인격적 법익이 침해되었음을 이유로 그 보도내용에 대한 정정보도를 제기할 이익이 있는 자는 정정보도

495) *Com. v. Wiseman*, 249 N.E.2d 610(Supreme Judicial Court of Massachusetts, 1969).

496) 最高裁判所 昭和56年(オ)第609号(昭和61年06月11日).

497) 재일교포 소설가 유미리(柳美里)가 지은 소설 ‘돌에서 헤엄치는 물고기’ (石に泳ぐ魚)이다.

498) 最高裁判所 平成13年(オ)第851号, 平成13年(受)第837号(平成14年09月24日), 最高裁判所 平成13年(オ)第852号(平成14年09月24日).

499) OLG München, Urteil vom 13. Juli 1989 - 29 U 2063/89.

로 권리구제를 받을 수 있다.⁵⁰⁰⁾ 사실적 주장이 허위는 아니더라도 그 보도내용과 개별적 연관성이 있고 인격적 법익이 침해된 경우 반론보도가 가능하다. 학설도 대체로 초상권 침해에 대한 구제수단으로 정정보도청구와 반론보도청구를 긍정하고 있다.⁵⁰¹⁾

마. 명예회복에 적당한 처분의 유추적용 여부

1) 민법 제764조, 언론중재법 제31조는 모두 법원이 ‘명예회복에 적당한 처분’을 명할 수 있다고 규정한다. 명예훼손으로 인한 손해의 범위와 그 금전적 평가를 구체적으로 입증하는 것이 곤란하고 금전배상만으로 피해자의 구제가 불충분·불완전한 경우가 많으므로, 이러한 결함을 보완하여 피해자를 효과적으로 구제하기 위한 제도이다.⁵⁰²⁾

2) 그런데 ‘명예회복에 적당한 처분’을 초상권 침해의 경우에도 유추적용할 수 있을까? 초상권 침해는 프라이버시 침해와 마찬가지로 한번 공개되면 회복이 불가능한 점에서 명예훼손과는 다르고, 민법 제764조가 원상회복처분을 명예훼손에 한정하고 있음에 비추어 초상권 또는 프라이버시 침해에 유추적용할 수는 없다는 견해가 있다.⁵⁰³⁾ 이러한 처분을 인격적 이익이 침해된 경우에 두루 이용한다는 것은 보복감정의 충족이라는 전근대적 불법행위법으로의 후퇴라는 지적도 있다.⁵⁰⁴⁾ 반대로 잘못 인용된 초상에 대한 해명 보도가 피해 회복에 더 적당한 경우가 있다는 견해도 있다.⁵⁰⁵⁾

500) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649 전원합의체 판결.

501) 김재형, *supra* note 157, 40쪽; 함석천, *supra* note 216, 368~369쪽; 한위수, “프라이버시 침해 관련 국내 판결의 동향”, 언론중재 제19권 제2호(언론중재위원회, 1999), 61쪽; 한위수, *supra* note 89, 239쪽.

502) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다29379 판결.

503) 한위수, *supra* note 89, 239쪽

504) 양창수, *supra* note 57, 90, 91쪽.

505) 함석천, *supra* note 216, 368쪽.

3) 最高裁는 ‘委嘱状不法発送 사건’에서 일본 민법 제723조⁵⁰⁶⁾는 사회적 명예가 훼손된 경우에 한정되고 단순히 명예감정이 침해된 경우에는 적용될 수 없다고 판단하였다.⁵⁰⁷⁾ 일본 하급심도 일본 민법 제723조는 사생활 침해의 경우 적용될 수 없고 ‘판결 결론의 광고’ 게재 청구가 허용되지 않는다거나,⁵⁰⁸⁾ 사생활이 공개된 경우 공개되지 않은 상태의 원상회복은 불가능하므로 명예훼손이 아닌 한 사죄광고는 청구할 수 없다고 판단하였다.⁵⁰⁹⁾ 반면 초상권 침해 사진이 게재된 잡지의 경우 장기간의 경과로 잡지 회수가 곤란하고 초상권 침해를 독자에게 인식하게 함으로써 당해 사진의 사회적 의미를 질적으로 변화시키고 이로써 원고의 과거 또는 미래의 정신적 손해를 감경할 수 있다고 판단하여 일본 민법 제723조를 유추적용하여 사죄광고를 명한 사례도 있다.⁵¹⁰⁾ 그리고 ECtHR은 ‘*Night Carmen* 사건’에서 잡지사와 라디오 방송사가 공작부인과 은행가 사이의 스캔들을 실명, 사진과 함께 보도한 데 대하여 스페인법원이 잡지사는 잡지 표지에 패소 사실을, 기존 보도와 같은 칼럼에 패소 판결문 전체를 각각 게재하고, 라디오 방송사는 기존 보도와 같은 프로그램에 패소 판결문 전체를 방송하도록 명한 것이 위법하지 않다고 보았다.⁵¹¹⁾

4) 다만, 제764조가 유추적용될 수 있다 하더라도, 사죄광고는 불가하다. 헌법재판소는 민법 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다고 판단하였다.⁵¹²⁾ 반면 最高裁는 ‘徳島県 副知事 사건’에서 사죄광고 게재는 헌법에 위반되지 않는다고 보았다.⁵¹³⁾

506) 우리 민법 제764조와 유사한 규정이다.

507) 最高裁判所 昭和43年(オ)第1357号(昭和45年12月18日).

508) 東京高等裁判所 平成4年(ネ)第1327号(平成4年12月21日).

509) 東京地方裁判所 昭和36年(ワ)第1882号(昭和39年09月28日).

510) 東京地方裁判所 昭和62年(ワ)第4992号(平成2年05月22日).

511) *Campmany Y Diez de Revenga and Lopez-Galiachi Perona v. Spain*, Application no. 54224/00(ECtHR, 12 December 2000).

512) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정.

513) 最高裁判所 昭和28年(オ)第1241号(昭和31年07月04日).

6. 결론에 갈음하여

- 초상권에 대한 도전과 발전 방향, 그리고 법률가의 감수성

가. 필자는 일정한 문제의식과 함께 새로운 디지털 시대의 국면을 가미하여 가상의 사례를 제시하고 국내외 판례 등을 토대로 초상권의 보호범위를 간략히 조망해 보았다. 필자의 부족함으로 명확한 해답을 제시하기 어려운 부분도 있었지만, 생각거리를 공유하는 기회 정도는 되었기를 소망해본다. 앞서 살펴본 내용의 일부 요약과 함께 초상권에 대한 도전과 초상권의 발전 방향을 다음과 같이 제시하고자 한다.

1) 초상권은 다양한 요인에 따라 변화하는 열림 개념이다. 우리는 초상권의 파편을 조금씩 모으고 더하여 왔다. 이제 어엿한 권리로 부르기에는 부족함이 없다. 최근 기술발전으로 초상권 제한의 새로운 양상이 나타나고 있다. 인격권과 불법행위법의 해석으로 충분히 포섭이 가능한 영역도 있고, 초상권의 탄력성이 이러한 변화에 맞추어 법리의 진화를 유도할 수도 있다. 다만, 진화가 더딘 곳에서는 공백이 발생할 수밖에 없다. 패러다임 자체를 흔드는 시대의 변화라면 더더욱 그러하다.

2) 초상권의 보호범위를 규명하는 이익형량론은 계속 유지된다. 인격권 전반에서 공적 인물과 공중의 정당한 관심 대상이라는 법리도 타당성을 잃지 않는다. 초상주체의 반대편에서 초상권 제한을 정당화하려는 법익이 더욱 다양하게 제기될 것이다. 특히 정보 자체가 자원이 되면서 대량의 개인정보 처리로 한 단계 높은 공익과 후생을 달성할 수 있다는 요구가 거세지고, 인격권의 양보를 요구할 것이다.

3) 초상권 보호에서 불안, 타인의 시선과 간섭, 사회적 적응과 긴장에서 자유롭고 싶은 인간의 근원적인 바람을 항시 유념해야 한다. 사람에게서는 ‘동굴’이 필요하다. 개인의 핵심적인 내밀 영역은 최대한 보호되어야 한다. 그리고 고유한 인격과 독특한 개성으로서 초상을 존중, 보전, 개발하고, 이를 더욱 복돋아 주는 다원주의가 밑바탕이 되어야 한

다. 개인 그 자체가 아닌 사회적 연대 위주의 사고, 공중의 사회적 평가와 명예권 위주의 사고로는 진정으로 인격권을 보호하기는 어렵다.

4) 인격권은 개인정보자기결정권을 향해 발전하였다. 초상권도 단순히 촬영, 공표당하지 아니할 소극적 권리를 넘어 초상을 적극적으로 통제할 수 있는 권리가 핵심이 된다. 개인정보가 쉽게 유통, 처리되는 디지털 시대에는 더욱 그러하다.

5) 마치 면죄부처럼 설명되는 동의도 이러한 맥락에서 재검토해야 한다. 동의는 충실한 자기결정권의 행사이기 때문에 초상권 제한이 정당화된다. 초상주체가 자신의 초상을 자유의지에 따라 이용, 처분하려는 합리적인 결정을 존중하는 것이다. 그러나 최근 동의가 형식적으로 제공되고, 이성적인 동의를 상정할 수 없는 경우가 늘어나고 있다. 초상주체가 진정한 선택의 기회를 행사할 수 있도록 적절한 설명의무로 보완해줄 필요가 있다. 한편 ‘동의 만능주의’도 경계해야 한다. 묵시적 동의 여부, 동의의 범위와 조건은 초상권에 미치는 영향에 비례하여 엄격하게 해석해야 한다. 추단된 동의로 초상주체가 감당해야 할 부담은, 확산이 더디고 매체의 성능도 조악했던 과거에서와 모든 것이 한순간이고 정밀한 현재, 그리고 미래에서 분명 차원이 다르다.

6) 기술이 고도화되면서 포착되지 않던 정보까지 손쉽게 인식되고, 정보와 정보가 합쳐지고 분석을 거치면서 민감한 정보로 탈바꿈하며, 현실의 육체보다 가상공간의 캐릭터가 더 중요하게 인식되고, 진짜와 가짜의 구분이 불가능해지며, 모든 것이 네트워크로 연결되면서 사적 영역이 잠식되고 있다. 얼굴과 가시적 관찰에 국한된 초상의 개념이 계속 넓어지다가 어느 순간 독자적인 개념으로서의 필요성이 낮아질 수도 있다. 실체적인 신체를 넘어 관념화된 가상의 인격에 대한 보호 필요성도 제기될 수 있다. 인격의 연장과 확장이 논의될 것이다. 민감한 정보의 처리에 대한 규제를 강화하려는 목소리가 커질 수 있지만, 반대로 정보화 사회의 풍요와 기술발전의 혜택을 강조하는 입장도 만만치 않을 것이다.

텍스트와 (거짓·조작된) 사진·영상이 함께 또는 사진·영상만으로 개인의 인격상에 대한 왜곡을 야기하는 경우가 늘어난다. False Light 쟁송의 증가가 예상된다. 반드시 명예훼손이 수반되지 않더라도, 초상권 침해와 함께 명예훼손과는 별개 유형의 불법행위 성립이 가능하다.

7) 기술발전에 따라 언제, 어디서든 초상이 수집될 수 있고, 누구든 초상권 침해의 가해자, 피해자가 될 수 있다. 초상권 침해의 증가는 우리가 초상권 침해에 무뎌지고 좀 더 수인한도가 높아지는 요인이 될 수 있다. 특정 분야에서는 정당한 제한으로 인식하는 사회적 합의 내지 관습이 성립할 수도 있다. 반대로 초상권 침해에 대한 우려와 함께 더욱 강력한 제재를 정당화하는 근거로 작용할 수도 있다. 현재로서는 일단 우려의 목소리가 더 큰 것 같다.

8) 인간에게 망각은 선물이다. 수치스러운 기억이 나에게든, 타인에게든 오래 남아있다는 것은 참으로 불행이다. 디지털 시대에 망각이란 존재하지 않는다. 모든 것이 모조리 저장되고 한순간에 환기된다. 일단 전과자에 한정해 보더라도, 췌값의 기간에 끝이 보이지 않고, 형의 실효가 유명무실하며, 사회복귀는 요원하다. 정보를 더하려고만 하지 말고 빼는데도 관심을 가져야 한다. 정보는 언제든 쉽고 빠르게 생산된다. 이제는 불필요한 정보의 삭제에 좀 더 너그러워질 필요가 있다.

나. 다음으로 초상권을 비롯한 인격권 전반에 대한 법률가의 ‘감수성’을 언급하고자 한다. 여기서 감수성은 단순한 감정이나 예민함만을 의미하지 않는다. 크게는 시대적 흐름과 요청을 읽어내고, 작게는 당해 인격권 쟁송의 본질, 당사자의 입장과 처지를 이해하는 능력을 말한다. 어쩌면 이 부분은 법률가인 필자의 반성을 보여주는 것일 수도 있다.

1) 사실 법리의 발전은 더딘 측면이 있다. 선제적으로 법리가 형성되기보다는 어떤 사건이 발생하고 비슷한 유형의 사건들이 축적, 처리되는 과정에서 일정한 법리가 태동할 것이다. 전혀 새로운 사건과 예상하

지도 못했던 요청보다 앞서 있는 법리란 매우 드물다. 기존 규범이 예상하지 못한 새로운 사회현상을 규범의 세계 안에 끌어들이는 작업은 쉽지 않다. 그러나 양자 사이에 존재하는 간극, 그리고 이로 인하여 조성되는 긴장감이야말로 새로운 규범 확립의 원동력이 된다.⁵¹⁴⁾ 기존 법리를 참작하는 한편 사안의 본질을 꿰뚫어 보면서 한발 앞으로 나가는 법리의 변화를 기대할 수 있게 된다. 물론 기초 이론과 전체적인 법률체계를 충분히 고민한 결과여야 한다. 그런데 법리 자체보다 법리를 두고 실제적인 작업을 수행하는 법률가의 변화가 더 필요한 것 아닌가 생각하게 된다.

2) 긴즈버그(Ginsburg) SCOTUS 대법관은 “판결은 날씨에 영향을 받지 않아야 하지만 기후에는 영향을 받아야 한다” 고 했다. 그때그때의 시류에 영합해서는 안 되지만 시대의 큰 흐름은 법원도 읽어야 한다는 뜻으로 이해된다. Warren과 Brandeis가 선구자로서 프라이버시권을 제시할 수 있었던 것은 당시 기술발전과 사회변화에 대한 통찰력이 전제되었기 때문이다.⁵¹⁵⁾ 만약 법률가에게 이러한 능력이 부족하다면, 시대의 변화를 감지하지도 못하고 시대적 요청에 제대로 부응할 수가 없다. 과거의 잣대로 사안을 제대로 가늠할 수 있을지 항시 고민해야 하는데, 법리에 대한 재검토와 비판적 검토가 요원해진다. 실제로는 인격권 침해가 발생하더라도, 반대로 이제는 침해가 아니더라도, 그리고 중대한 침해더라도, 반대로 사실은 경미한 침해더라도 사고의 틀 자체가 제대로 담아내지 못할 수도 있다. 어쩌면 정치한 법리의 구축보다 기술발전과 시대적 흐름을 읽을 수 있는 법률가가 더 필요할는지 모른다.

3) 이익형량론 자체에서 드러나고 있듯이, 초상권은 절대적인 권리가 아니다. 이익형량은 결국 그 사회와 시대에 합리적으로 기대되는 초상권의 보호범위가 어디까지인지 정하는 방법론이다. 인격권 자체가 규칙

514) 권영준, “인터넷 상 정보에 대한 접근 및 취득행위의 위법성”, 비교사법 제14권 제3호(한국비교사법학회, 2007), 291쪽.

515) Samuel D. Warren · Louis D. Brandeis, *supra* note 1, pp. 195, 196 참조.

(Rule)이 아닌 기준(Standard)의 적용을 받고, 배제(Exclusion)보다는 형량(Balancing)에 친하다.⁵¹⁶⁾ 쟁송에서 이익형량의 수행은 법률가에게 맡겨져 있다. 이익형량을 도와줄 보다 구체적인 법리가 큰 줄기에서는 나타나고 있지만, 법률가의 ‘해석’을 거쳐야 하는 열린 개념이 요소마다 포진해 있다. 예컨대, 프라이버시 침해기준은 ‘일반인’을 기준으로 한다. 그런데 일반인, 평균인은 누구인가? 평균인은 구체적 사건에 등장하는 가상의 인물이므로 궁극적으로는 법관의 유연한 상상력을 통해 구현될 수밖에 없다고 한다.⁵¹⁷⁾ ‘공적 인물’, ‘정당한 관심 대상’, ‘불안감, 불쾌감’도 다르지 않다. 개인을 알고, 공동체를 알고, 사회를 아는 법률가를 원할 수밖에 없다. 사회현실에 대한 이해, 술하게 많은 사건에 직면하면서 형성된 직업적 차원의 법감각 또는 형평감각도 겸비해야 한다.⁵¹⁸⁾ 한편 법률가, 특히 법관은 이익형량에 관한 이유를 충실히 제시할 필요가 있고, 제시하여야 한다. 스스로를 통제하고(내부적 정당화), 외부적 토론을 유도하며(외부적 정당화), 일정한 기준 내지 규칙을 형성함으로써(정당한 척도의 형성) 이익형량과정의 투명화와 유형화를 추구하기 위해서다.⁵¹⁹⁾

4) 법률가에게는 구체적인 인격권 쟁송과 당사자에 대한 감수성도 필요하다. 그러나 다음과 같은 측면에서 감수성 부족이 조금은 드러나고 있는 듯 하다.

가) 대법원은 법원이 성폭행이나 성희롱 사건을 심리하는 경우 사건이 발생한 맥락에서 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록

516) 권영준, *supra* note 15, 296쪽. 규칙(Rule)은 명쾌하게 정리되고, 고도로 관리가능하며 예측가능한 반면, 기준(Standard)은 유연하게 작용하면서 각 사안의 구체적 타당성을 지향하며, 그 결과 도출된 결론의 선택성에 집착하지 않는 특성을 가진다. 권영준, *supra* note 208, 주 55.

517) 권영준, “불법행위의 과실 판단과 사회평균인”, *비교사법 제22권 제1호*(한국비교사법학회, 2015), 120쪽.

518) 권영준, “민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무”, *법학 제49권 제3호*(서울대학교 법학연구소, 2008), 349쪽 참조.

519) 권영준, *supra* note 208, 562쪽.

‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의해야 한다고 강조한다. 피해자의 성정이나 가해자와의 관계, 구체적인 상황에 따라 대처 양상이 다양하게 나타날 수밖에 없다는 점을 충분히 이해하고, 구체적인 사건에서 피해자가 처해 있는 특별한 사정을 충분히 고려할 것을 주문한다.⁵²⁰⁾ 이러한 판시는 인격권 쟁송에도 타당하지 않나 생각한다.

나) 그런데, 피상적인 근거이기는 하나, 인격권 침해를 주장하는 피해자와 법률가 사이에 침해의 정도나 크기에 대한 인식 차이가 엇보인다. 언론소송 중 2005년부터 2017년까지 연도별 손해배상청구 소송에서 피해자가 구한 손해배상청구액 총액과 법원이 승소 사건에서 언론에 명한 손해배상액 총액을 비교하면 [표 7]과 같다. 연도별로 손해배상청구액 총액에서 손해배상액 총액이 차지하는 비율을 계산하면 대체로 5% 미만이다. 2005년부터 2017년까지 손해배상청구액 총액의 합계는 556,638,140,740원이고, 손해배상액 총액의 합계는 17,969,187,552원으로서 그 비율은 3.2%에 불과한 것으로 나타났다. 피해자가 언론보도로 인하여 입었다고 주장하는 손해의 발생 여부 및 그 범위와 법원이 인정하는 그것에는 커다란 간극이 존재한다.

다) 구제수단도 주로 손해배상청구에 집중된다. 인격권은 인간의 존엄을 유지하는 데 필요불가결한 권리로서, 타인이 보유하고 있는 자기 자신의 정보에 대하여 열람, 정정, 삭제 등을 요구할 수 있는 적극적인 권리이다. 초상주체는 초상권을 제한한 상대방에게 다양한 작위, 부작위 청구가 가능하고, 자신의 초상에 대한 열람, 정정, 삭제청구 등이 불가능하다고 볼 이유가 없다. 그러나 쟁송에서 이러한 사건은 찾아보기 어렵다.

라) 인격권 쟁송이 명예권 위주로 진행되고 고찰되는 측면도 남아있다. 초상권에 대한 관심이 늘어났지만, [표 1]과 [표 2]에서 보는 것처럼 아직 초상권 관련 사건 수 자체가 적고 실제 쟁송 단계까지 이른 것은 생각보다 많지 않았다. 인격권 침해 사안을 명예권 위주로 포착하고 다

520) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결; 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결.

른 개별적 인격권에 대한 인식이 부족한 측면도 있다. 사실 법률시장에서 초상권 등 인격권 쟁송 자체가 ‘인기’가 별로 없고 시장규모가 작은 측면이 있기는 하다.

5) 법은 자기완결적이고 자족적인 존재가 아니라 사회의 다른 제도나 이론과 밀접한 관련성을 맺으면서 상호영향을 주고받는다.⁵²¹⁾ ‘법’ 대신 ‘법률가’를 넣어도 그대로 타당하다고 생각한다. 디지털 시대에는 법률가에게 단순한 기술적 지식을 넘어 다른 학문 분야를 포괄하는 범학문적 연구, 즉 ‘통섭’을 강력하게 요구할 것이다. 법률만으로 사회현상을 이해하고 말하는 것은 이제 타당하지도, 가능하지도 않다. 법률가는 다양한 학문 분야에서 제시하는 관점과 사고를 폭넓게 수용해야 한다. 인격권에 관한 통섭적 이해는 우리가 도달하려는 인격권의 정당하고 균형적인 보호에 분명 해안을 제공할 것이다.

521) 권영준, *supra* note 56, 104쪽.

<참고문헌>

[단행본]

- 개인정보분쟁조정위원회 · 한국인터넷진흥원, 2009년 개인정보분쟁조정
사례집(2010), 2010년 개인정보분쟁조정사례집(2011)
- 김재형, 언론과 인격권(박영사, 2012)
- 박용상, 명예훼손법(현암사, 2008)
- _____, 언론의 자유(박영사, 2013)
- 법원행정처 위자료 연구반, 사법발전을 위한 법관세미나 결과보고서(사
법연수원, 2017)
- 서울대학교 산학협력단(연구책임자: 나종연), 정보주체 동의권의 실질적
보장을 위한 연구(개인정보위원회 연구용역 보고서, 2014)
- 서울대학교 산학협력단(책임연구원 권영준), 민사법 기본원리의 재판을
통한 실현에 대한 연구(대법원 정책연구용역자료, 2015)
- 언론중재위원회, 2016년도 언론관련판결 분석보고서(2017. 6.)
- _____, 2015년도 언론관련판결 분석보고서(2016. 6.)
- _____, 2014년도 언론관련판결 분석보고서(2015. 6.)
- _____, 2013년도 언론관련판결 분석보고서(2014. 6.)
- _____, 2012년도 언론관련판결 분석보고서(2013. 6.)
- _____, 2011년도 언론관련판결 분석보고서(2012. 6.)
- _____, 2010년도 언론관련판결 분석보고서(2011. 6.)
- _____, 2009년도 언론관련판결 분석보고서(2010. 6.)
- _____, 2008년도 언론관련판결 분석보고서(2009. 6.)
- _____, 2005~2007년도 언론소송 판결분석(2008. 5.)
- W.P. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton & D. Owen, Prosser and Keeton on
The Law of Torts(W.P. Keeton 5th ed. 1984)

[논문]

- 고철웅, “프랑스법의 초상권론에 관한 일고찰 -초상의 경제적 이용을 중심으로-”, 비교사법 제24권 제1호(한국비교사법학회, 2017)
- 고학수, “개인정보 보호 법제에 관한 국내외 논의의 전개와 주요 쟁점”, BFL 제66호(서울대학교 금융법센터, 2014)
- _____, “개인정보의 식별과 비식별: 누군가를 ‘알아본다’ 는 것의 의미”, 서울대 법과정제연구센터 - 데이터 이코노미(한스미디어, 2017)
- 권영준, “명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자의 책임”, LAW & TECHNOLOGY 제2권 제2호(서울대학교 기술과법센터, 2006)
- _____, “인터넷 상 정보에 대한 접근 및 취득행위의 위법성”, 비교사법 제14권 제3호(한국비교사법학회, 2007)
- _____, “민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무”, 법학 제49권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2008)
- _____, “초상권 및 사생활의 비밀과 자유, 그리고 이익형량을 통한 위법성 판단”, 민사판례연구 제31권(박영사, 2009)
- _____, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 -예방과 회복의 패러다임을 중심으로-”, 저스티스 제109호(한국법학원, 2009)
- _____, “클라우드 컴퓨팅의 계약법적 문제”, Law & technology 제7권 제2호(서울대학교 기술과법센터, 2011)
- _____, “계약법의 사상적 기초와 그 시사점 -자유와 후견의 관점에서-”, 저스티스(한국법학원, 2011)
- _____, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 법학논총 제36집 제1호(전남대학교 법학연구소, 2016)
- _____, “프라이버시 보호의 정당성, 범위, 방법”, 사법 제41호(사법발전재단, 2017)
- 김재형, “언론의 사실보도로 인한 인격권 침해”, 법학 제39권 제1호(서울대학교 법학연구소, 1998)

- _____, “언론보도에 의한 초상권 침해에 관한 법적 검토”, 언론중재 제32권 제4호(언론중재위원회, 2012)
- 박준석, “인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 -최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로-”, 법학 제56권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2015)
- 양창수, “정보화사회와 프라이버시의 보호 -사법적 측면을 중심으로-”, 민법연구 제1권(2004)
- _____, “사생활 비밀의 보호”, 민법연구 제8권(박영사, 2007)
- 엄동섭, “언론보도와 초상권 침해 -판례를 중심으로-”, 언론중재 제18권 제2호(1998, 언론중재위원회)
- _____, “증거수집을 위한 사진촬영과 초상권 -독일과 일본에서의 논의 중심을 중심으로-”, 판례실무연구 IX(박영사, 2010)
- 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 법학 제48권 제1호(서울대 법학연구소, 2007)
- 이건웅, “언론에 의한 인격권의 침해와 구제”, 재판자료 제66집(법원도서관, 1994)
- 이새롬, “개인정보 보호와 동의제도에 관한 연구 -최근 판결례의 분석을 통하여-”, 사법논집 제65집(법원도서관, 2017)
- 장태영, “언론의 자유와 자율성 보장을 위한 사법의 노력과 제언 -오해와 언론소송의 통계·이슈 및 해외사례로 본 진실-”, 2018년 언론과 사법 심포지엄(대법원)
- 전원열, “언론에 의한 명예훼손과 프라이버시 침해의 비교”, 민사법연구 제13권 제2호(대한민사법학회, 2005)
- 정상조·권영준, “개인정보의 보호와 민사적 구제수단”, 법조 제59권 제3호(법조협회, 2009)
- 조소영, “초상권의 법적 성격과 보호”, 언론과 법 제14권 제3호(한국언론법학회, 2015)

- 한경환, “기사삭제청구권의 인정 근거 및 요건”, 대법원판례해설 제95호
(법원도서관, 2013)
- 한위수, “사진의 무단촬영·사용과 민사책임 -초상권의 침해-”, 민사
재판의 제문제 제8권(한국사법행정학회, 1994)
- _____, “프라이버시 침해 관련 국내 판결의 동향”, 언론중재 제19권
제2호(언론중재위원회, 1999)
- _____, “사생활비밀의 보호 -그 공법적측면-”, 저스티스 제76호(한국
법학원, 2003)
- 함석천, “초상권”, 재판실무연구(1) 언론관계소송(한국사법행정학회, 2008)
- _____, “초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개”, 법조 제55권 제12호
(법조협회, 2006)
- Melville B. Nimmer, “The Right of Publicity”, 19 Law & Contemp.
Probs. 203(1954)
- Samuel D. Warren · Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy“, 4
Harvard Law Review 193(1890)
- William L. Prosser, “Privacy” 48 Cal. L. Rev. 383(1960)

[별지]

[표 1] 언론중재위원회 조정·중재 신청현황⁵²²⁾

조정									
연도	신청건수	명예훼손	신용훼손	초상권	성명권	음성권	프라이버시	재산상손해	기타
1981~2004	8351	7427	803	-	-	-	-	-	121
2005	883	827	23	15	14	2	-	-	2
2006	1,087	1,004	17	48	1	7	4	-	6
2007	1,043	953	2	53	3	12	11	-	9
2008	954	899	6	29	4	10	3	-	3
2009	1,573	1,457	6	56	1	5	18	-	30
2010	2,205	1,995	20	109	4	3	20	-	54
2011	2,124	2,030	-	39	22	-	24	8	1
2012	2,401	2,110	-	128	43	8	101	10	1
2013	2,433	2,252	-	82	23	5	45	26	-
2014	19,048	18,793	-	208	8	5	14	17	3
2015	5,227	4,891	-	205	10	14	56	51	-
2016	3,170	2,972	-	81	19	-	51	33	14
2017	3,230	3,060	-	105	18	4	8	8	27
합계	53,729	50,670	877	1,158	170	75	355	153	271

중재									
연도	신청건수	명예훼손	신용훼손	초상권	성명권	음성권	프라이버시	재산상손해	기타
2006	7	3	-	3	1	-	-	-	-
2007	14	-	-	12	-	-	2	-	-
2008	10	4	-	5	-	1	-	-	-
2009	111	99	-	10	-	2	-	-	-
2010	77	76	-	-	-	-	-	-	1
2011	113	112	-	1	-	-	-	-	-
2012	59	56	-	3	-	-	-	-	-
2013	190	188	-	-	-	-	2	-	-
2014	11	11	-	-	-	-	-	-	-
2015	26	26	-	-	-	-	-	-	-
2016	13	9	-	-	-	-	-	4	-
2017	1	1	-	-	-	-	-	-	-
합계	632	585	-	34	1	3	4	4	1

522) 언론중재위원회 정보자료실 <<http://www.pac.or.kr/kor/pages/?p=57>> 참조(2018. 10. 25. 최종 방문).

[표 2] 초상 관련 언론사건의 빈도 및 (일부) 승소율(소송 건수 기준)⁵²³⁾

구분	소송 건수 기준				
	침해유형	제기 빈도		원고 (일부)승소	
		대상 건수	비율	대상 건수	승소율
2005년 ~ 2007년	명예/초상	19	5.2	11	57.9
	명예/초상/사생활	12	3.3	4	33.3
	명예/초상/음성	3	0.8	3	100.0
	명예/퍼블리시티	3	0.8	0	0.0
	초상	7	1.9	6	85.7
	초상/사생활	1	0.3	1	100.0
	전체	369	100.0	160	43.4
2008년	명예/초상	5	4.3	4	80.0
	명예/초상/사생활	1	0.9	1	100.0
	명예/초상/성명	3	2.6	3	100.0
	명예/초상/상호	2	1.7	2	100.0
	명예/초상/성명/사생활	1	0.9	1	100.0
	초상	2	1.7	2	100.0
	초상/사생활	1	0.9	1	100.0
2009년	전체	116	100.0	70	60.3
	명예/초상	2	1.9	1	50.0
	명예/초상/사생활	2	1.9	2	100.0
	초상/사생활	4	3.7	2	50.0
	초상/성명	2	1.9	1	50.0
2010년	전체	108	100.0	57	52.8
	명예/초상	1	0.9	1	100.0
	초상	4	3.7	2	50.0
	초상/모욕	1	0.9	1	100.0
2011년	전체	108	100.0	39	36.1
	명예/초상	2	1.6	1	50.0
	초상	5	4.0	4	80.0
	초상/사생활	1	0.8	1	100.0
	초상/사생활/음성	1	0.8	1	100.0
2012년	전체	126	100.0	67	53.2
	명예/초상	3	2.5	3	100.0
	명예/초상/모욕	1	2.5	1	100.0
	명예/초상/사생활	1	0.9	0	0.0
	초상	3	2.5	2	66.7
	초상/음성	1	0.9	1	100.0
	초상/음성/사생활/모욕	1	0.9	1	100.0
2012년	전체	118	100.0	55	46.6

523) 이하의 표는 언론중재위원회가 2005년부터 2017년까지 연도별로 발간하는 「언론 관련 판결 분석보고서」의 내용을 참조·정리한 것이다. 장태영, *supra* note 332, 32~40쪽에 기재한 표와 동일하다.

구분	소송 건수 기준				
	침해 유형	제기 빈도		원고 (일부)승소	
		대상 건수	비율	대상 건수	승소율
2013년	명예/초상	1	0.7	1	100.0
	초상/사생활	1	0.7	1	100.0
	전체	141	100.0	67	47.5
2014년	명예/초상	2	1.3	2	100.0
	명예/초상/사생활	2	1.3	2	100.0
	명예/초상/음성/사생활	1	0.6	1	100.0
	초상	1	0.6	0	0.0
	전체	159	100.0	84	52.8
2015년	명예/모욕/초상	4	1.8	2	50.0
	명예/모욕/초상/성명/사생활	1	0.5	0	0.0
	명예/초상	1	0.5	0	0.0
	명예/초상/사생활	3	1.4	3	100.0
	명예/초상/음성/사생활	1	0.5	1	100.0
	초상	6	2.7	1	16.7
	전체	215	100.0	121	56.3
2016년	명예/모욕/초상	3	1.4	2	66.7
	명예/모욕/초상/성명/사생활	1	0.5	0	0.0
	명예/초상	1	0.5	0	0.0
	명예/초상/사생활	3	1.4	2	66.7
	명예/초상/음성	3	1.4	1	33.3
	초상	2	1.0	1	50.0
	초상/사생활	1	0.5	1	100.0
	전체	210	100.0	99	47.1
2017년	명예/모욕/초상	1	0.5	1	100.0
	명예/초상	2	1.1	2	100.0
	명예/초상/사생활	2	1.1	1	50.0
	명예/초상/음성	2	1.1	2	100.0
	초상/사생활	2	1.1	1	50.0
	전체	183	100.0	96	52.5

[표 3] 초상 관련 언론사건의 (일부) 승소율(청구권 기준)

구분	청구권 기준					
	침해유형	제기 건수	원고 (일부) 승			
			승소 건수	승소율	인용 평균액	인용 중앙액
2005년 ~ 2007년	명예/초상	-	4	-	11,250,000	-
	명예/초상/사생활	-	1	-	5,000,000	-
	초상	-	8	-	8,625,000	-
	초상/사생활	-	1	-	7,000,000	-
	전체	-	134	-	21,082,090	-
2008년	초상	-	3	-	44,666,667	-
	초상/명예	-	4	-	17,000,000	-
	초상/사생활	-	1	-	6,000,000	-
	초상/성명/명예	-	2	-	12,000,000	-
	전체	-	50	-	23,400,000	-
2009년	명예/초상	-	1	-	5,000,000	-
	명예/초상/사생활	-	2	-	10,000,000	-
	초상/사생활	-	2	-	4,000,000	-
	초상/성명	-	1	-	5,000,000	-
	전체	-	54	-	23,484,499	-
2010년	명예/초상	1	1	100.0	15,000,000	-
	초상	5	2	40.0	2,000,000	-
	초상/모욕	1	1	100.0	63,000,000	-
	전체	123	33	26.8	24,242,424	-
2011년	명예/초상	3	2	66.7	1,500,000	-
	초상	5	4	80.0	3,790,970	-
	초상/사생활	1	1	100.0	15,000,000	-
	초상/사생활/음성	1	1	100.0	90,000,000	-
	전체	153	69	45.1	23,585,274	-
2012년	명예/초상	5	5	100.0	9,200,000	10,000,000
	명예/초상/모욕	1	1	100.0	5,000,000	5,000,000
	초상	3	2	66.7	6,000,000	6,000,000
	초상/음성	1	1	100.0	7,000,000	7,000,000
	초상/음성/사생활/모욕	1	1	100.0	90,000,000	90,000,000
	전체	151	55	36.4	27,115,633	10,000,000
2013년	명예/초상	1	1	100.0	8,000,000	8,000,000
	초상/사생활	1	1	100.0	15,000,000	15,000,000
	전체	205	64	31.2	15,496,872	7,500,000
2014년	명예/초상	2	2	100.0	4,500,000	4,500,000
	명예/초상/사생활	4	4	100.0	13,250,000	13,250,000
	명예/초상/음성/사생활	1	1	100.0	20,000,000	20,000,000
	초상	11	0	0.0	-	-
	전체	262	95	36.3	8,848,377	7,000,000

구분	청구권 기준					
	침해 유형	제기 건수	원고 (일부) 승			
			승소 건수	승소율	인용 평균액	인용 중앙액
2015년	명예/모욕/초상	5	2	40.0	10,000,000	10,000,000
	명예/모욕/초상/성명/ 사생활	1	0	0.0	-	-
	명예/초상	1	0	0.0	-	-
	명예/초상/사생활	5	5	100.0	15,000,000	15,000,000
	명예/초상/음성/사생활	1	1	100.0	7,000,000	7,000,000
	초상	26	2	7.7	3,500,000	3,500,000
	전체	336	159	47.3	10,730,226	5,000,000
2016년	명예/모욕/초상	4	2	50.0	12,500,000	12,500,000
	명예/모욕/초상/성명/ 사생활	2	0	0.0	-	-
	명예/초상/사생활	3	2	66.7	3,000,000	3,000,000
	명예/초상/음성	4	2	50.0	4,000,000	4,000,000
	초상	3	2	66.7	3,500,000	3,500,000
	초상/사생활	2	2	100.0	1,000,000	1,000,000
	전체	273	106	38.8	38,435,419	4,000,000
2017년	명예/모욕/초상	1	1	100.0	5,000,000	5,000,000
	명예/초상	4	4	100.0	3,300,000	3,333,333
	명예/초상/사생활	7	2	28.6	2,500,000	2,500,000
	명예/초상/음성	4	4	100.0	4,000,000	4,000,000
	초상/사생활	3	1	33.3	7,000,000	7,000,000
	전체	267	124	46.4	8,533,548	4,000,000

[표 4] 언론소송의 손해배상청구액의 평균액, 중앙값, 최빈액

손해배상청구액 - 평균액, 중앙값, 최빈액 (2005년 ~ 2017년)						
연도	소송 건수	평균액	중앙값	최빈액	최저액	최고액
2005년	83	772,166,667	200,000,000	100,000,000	20,000,000	10,800,000,000
2006년	97	234,743,243	114,000,000	100,000,000	10,000,000	1,000,000,000
2007년	140	407,025,373	100,000,000	100,000,000	10,000,000	15,735,200,000
2008년	96	746,169,229	100,000,000	100,000,000	1,000,000	11,990,000,000
2009년	115	247,731,314	100,000,000	100,000,000	10	3,000,000,000
2010년	123	421,332,098	50,000,000	30,000,000	2,500,000	20,000,000,000
2011년	153	192,299,941	50,000,000	50,000,000	2,000,000	1,900,000,000
2012년	151	183,744,076	50,000,000	50,000,000	7,844	3,000,000,000
2013년	205	187,687,784	100,000,000	100,000,000	1	5,100,000,000
2014년	262	122,744,024	80,000,000	100,000,000	20,000	3,843,000,000
2015년	336	122,446,925	80,000,000	100,000,000	2,000,000	1,500,000,000
2016년	273	212,396,369	55,000,000	100,000,000	7,844	10,000,000,000
2017년	267	128,802,996	60,000,000	100,000,000	1,500,000	3,000,000,000

[표 5] 언론소송의 손해배상 승소 건수와 승소율

손해배상 승소 건수와 승소율(2005년 ~ 2017년)			
연도	소송 건수	원고 (일부) 승	원고 패
2005년	83 (100.0)	30 (36.1)	53 (63.9)
2006년	95 (100.0) *	37 (38.1)	58 (59.8)
2007년	140 (100.0)	72 (51.4)	68 (48.6)
2008년	96 (100.0)	50 (52.1)	46 (47.9)
2009년	115 (100.0)	54 (47.0)	61 (53.0)
2010년	123 (100.0)	33 (26.8)	90 (73.2)
2011년	153 (100.0)	69 (45.1)	84 (54.9)
2012년	151 (100.0)	55 (36.4)	96 (63.6)
2013년	205 (100.0)	64 (31.2)	141 (68.8)
2014년	262 (100.0)	95 (36.3)	167 (63.7)
2015년	336 (100.0)	159 (47.3)	177 (52.7)
2016년	273 (100.0)	106 (38.8)	167 (61.2)
2017년	267 (100.0)	124 (46.4)	143 (53.6)
합계	2,299 (100.0)	948 (41.2)	1,351 (58.8)

[표 6] 언론소송의 손해배상액의 평균액, 중앙값, 최빈액

손해배상액 - 평균액, 중앙값, 최빈액 (2005년 ~ 2017년)						
연도	승소 건수	평균액	중앙값	최빈액	최저액	최고액
2005년	30	31,200,000	27,500,000	10,000,000	3,000,000	80,000,000
2006년	37	20,313,514	10,000,000	10,000,000	3,000,000	90,000,000
2007년	72	17,414,791	10,000,000	10,000,000	1,000,000	100,000,000
2008년	50	23,400,000	11,000,000	10,000,000	1,000,000	150,000,000
2009년	54	23,484,499	8,000,000	5,000,000	10	272,881,472
2010년	33	24,242,424	10,000,000	10,000,000	1,000,000	100,000,000
2011년	69	23,585,274	10,000,000	3,000,000	1,000,000	275,120,000
2012년	55	27,115,633	10,000,000	5,000,000	1,500,000	300,000,000
2013년	64	15,496,872	7,500,000	5,000,000	1,000,000	300,000,000
2014년	95	8,848,377	7,000,000	10,000,000	300,000	40,495,800
2015년	158 (159) *	8,093,670 (10,730,226) *	5,000,000	3,000,000	300,000	427,306,000
2016년	105 (106) *	7,372,899 (38,435,419) *	4,000,000	3,000,000	1,000,000	3,300,000,000
2017년	123 (124) *	7,323,171 (8,533,548) *	4,000,000	10,000,000	300,000	157,410,000

[표 7] 언론소송의 손해배상청구액 총액과 손해배상액 총액의 비교

연도	손해배상청구액			손해배상액			비율 (B/A)
	평균액	소송 건수	총액(A)	평균액 *	승소 건수 *	총액(B)	
2005년	772,166,667	83	64,089,833,361	31,200,000	30	936,000,000	1.5%
2006년	234,743,243	95	22,300,608,085	20,313,514	37	751,600,018	3.4%
2007년	407,025,373	140	56,983,552,220	17,414,791	72	1,253,864,952	2.2%
2008년	746,169,229	96	71,632,245,984	23,400,000	50	1,170,000,000	1.6%
2009년	247,731,314	115	28,489,101,110	23,484,499	54	1,268,162,946	4.5%
2010년	421,332,098	123	51,823,848,054	24,242,424	33	799,999,992	1.5%
2011년	192,299,941	153	29,421,890,973	23,585,274	69	1,627,383,906	5.5%
2012년	183,744,076	151	27,745,355,476	27,115,633	55	1,491,359,815	5.4%
2013년	187,687,784	205	38,475,995,720	15,496,872	64	991,799,808	2.6%
2014년	122,744,024	262	32,158,934,288	8,848,377	95	840,595,815	2.6%
2015년	122,446,925	336	41,142,166,800	10,730,226	159	1,706,105,934	4.1%
2016년	212,396,369	273	57,984,208,737	38,435,419	106	4,074,154,414	7.0%
2017년	128,802,996	267	34,390,399,932	8,533,548	124	1,058,159,952	3.1%
합계	-	2,299	556,638,140,740	-	948	17,969,187,552	3.2%

[세션 2] 토론

지정토론문

조 소 영 (부산대 법학전문대학원 교수)

현 영 주 (서울중앙지방법원 판사)

영상을 기본으로 하는 방송 등의 대중매체 보도에서 사진과 영상의 중요성은 더욱 커지고 있고 인터넷 소셜 네트워크를 통한 빠른 전파와 캡처기술의 발달로 초상권에 대한 침해 가능성은 더 증가되고 있는 현실은¹⁾, 법원의 판례를 통해 부당한 침해 여부가 인정되어 온 초상권 문제는 실제로 보호를 구하는 자나 손해배상을 부담해야 하는 자 모두에게 일관된 기준제시의 필요성을 보여주고 있다. 물론 초상권이라는 권리가 과연 무엇이며, 어떤 경우에 인정되는 것인지에 대한 논의들은 그동안 언론학과와 민사법상의 논의들, 그리고 지적재산권 영역에서의 퍼블리시티권에 대한 논의에 이르기까지 관련된 학문영역에서 발전되어 왔다²⁾. 그러나 그럼에도 불구하고 초상권 침해 여부와 관련된 다양한 쟁점적 상황들이 매체의 발전과정 속에서 증가되어 가고 있다는 점에서, 초상권 관련 판례들에 나타난 적용법리들을 분석해야 할 의미와 필요성은 여전하다고 할 것이다. 바로 이런 상황적 여건이 오늘의 발제들의 고유하고 중요한 의미를 인정하게 만들고 있다.

본인이 원하지 않았는데 언론보도나 매체 간 전달로 초상이 공개된 경우 그로 인한 사생활 침해나 사회적 비난의 대상이 되게 되는 낙인효

1) 유의선, 디지털 취재환경에서의 초상권 침해와 구제, 언론과 법 제7권 제1호(2008), 383-414; 동세호, 김성용, 안호림, 언론보도에 의한 초상권 침해 소송의 경향과 특성, 한국콘텐츠학회논문지 제16권 제1호(2016), 371면

2) 박준우, 퍼블리시티권의 이해, 커뮤니케이션북스(2015); 박준석, 인격권과 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰, 서울대 법학 제56권 제4호(2015. 12); 안병하, 독일에서의 퍼블리시티권 논의, 지식재산정책 통권 제8호(2011. 9); 권상로, 퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 연구, 법학논총 제17권 제3호(2010. 12); 이승선, 초상의 상업적 사용과 퍼블리시티권에 관한 연구, 한국광고홍보학보 제8-1호(2006. 1); 정경석, 초상권의 침해요건과 구제방법, 저스티스 통권 제98호(2007. 6); 함석천, 초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개, 법조 제603권(2006. 12) 등 참조

과로 회복할 수 없을 정도의 인격적 피해를 입을 수 있다는 것이 초상권 보호의 이유이다. 하지만 반면에 국민의 알권리를 충족시키기 위한 헌법적 소명감을 가진 언론기관의 경우에는 공익성이 높은 보도에 그 보도 자체의 신뢰성과 전달력을 높이기 위해 어느 정도의 초상 공개는 불가피한 면이 있음을 주장하는 것이 보도기관의 입장이고, 자유로운 의사표현의 존중이나 그를 위한 알권리의 보호 등은 이러한 인터넷 공간 속에서 상대적 권리로 주장되고 있는 내용이다. 때문에 언론보도로 인한 초상권 침해가 어느 경우에 어떤 정도로 인정될 것인가의 문제는 초상권과 보도의 자유, 초상권과 알권리라는 양 권리가 충돌되는 상태일 수밖에 없다. 그런데 대개의 경우, 법원은 각각의 구체적 사안에서 모든 상황을 종합적으로 고려하여 양 법익 간의 이익형량을 해왔고, ① 양 법익 내용의 비교, ② 피해법익의 중대성, ③ 피해의 정도, ④ 침해행위의 필요성, 효과, 피해 법익의 중요성, ⑤ 침해행위의 보충성, 긴급성, 상당성을 그 기준으로 형량해 왔다³⁾. 하지만 우리 헌법질서 속에서 인격권의 한 내용으로서의 초상권과 언론의 자유의 한 내용으로서의 보도의 자유나 알권리가 어떤 서열관계를 갖는 것인지 쉽게 재단할 수 없다는 점에서, 권리의 충돌을 해결하기 위한 전형적 원칙으로서의 이익형량의 원칙이 항상 해결의 도구로서 적절하다고 할 수는 없다. 따라서 초상권과 보도의 자유나 알권리의 충돌문제를 해결함에 있어서는 규범조화적 해석방법 등의 또 다른 해결원칙을 고려해야만 할 것이다.

규범조화적 해석(praktische Konkordanz)⁴⁾이란 두 기본권이 상충하는

3) 이러한 이익형량의 과정을 침해행위 영역과 피해이익의 영역으로 구분하고, 침해행위 영역에 속하는 고려요소로 침해행위로 달성하려는 이익의 내용 및 그 중대성 · 침해행위의 필요성과 효과성 · 침해행위의 보충성과 긴급성 · 침해방법의 상당성으로 설명하고, 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로 피해법익의 내용과 중대성 및 침해행위로 인해 피해자가 입는 피해의 정도 · 피해이익의 보호가치 등으로 구분하여 설명하기도 한다[권영준, 초상권 및 사생활의 비밀과 자유, 그리고 이익형량을 통한 위법성 판단, 민사판례연구 31(2009), 524-525면].

4) Vgl. K. Hesse, RN 72, 317ff

경우에 이익형량에 의해 어느 하나의 기본권만을 타 기본권에 우선시키지 않고 헌법의 통일성을 유지하기 위해 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있는 조화의 방법을 찾으려는 것이다. 그 구체적인 내용으로는 과잉금지의 방법, 대안식 해결방법, 최후수단 억제 방법 등이 있다⁵⁾. 이론상 우선하는 기본권이라고 해서 절대적인 효력을 나타낼 수도 없고 또한 열세한 기본권이라고 해서 완전히 그 적용이 배제되는 일이 없도록 할 수 있다는 점이 규범조화적 해석방법의 방법적 장점이다. 충돌하는 두 기본권을 동시에 고양할 수 있다는 점에서 ‘기본권의 최대보장’이라는 기본권 보장의 헌법적 가치에도 부합된다고 할 것이다.

‘인간의 존엄성’과 ‘예술의 자유’가 충돌했던 이른바 메피스토(Mephisto) 판결⁶⁾이나 ‘인격권’과 ‘보도의 자유’가 충돌했던 이른바 Lebach 판결⁷⁾ 등에서 독일연방헌법재판소가 충돌한 두 기본권의 조화점을 찾아내려고 노력했던 것도 규범조화적 해석방법의 대표적 적용 사례이다. 우리 헌법재판소가 파스퇴르 유업과 중앙일보사 간의 정정보도청구 사건⁸⁾에서의 결정내용에서 보여 주었던 해결의 방법도 규범조화적 해석방법의 한 예라고 할 수 있다는 점에서, 인격권의 한 내용으로서의 초상권과 보도의 자유가 충돌하는 사건에서 법원의 해결원칙이 이익형량적 구조로만 적용되는 것에는 재고되고 변경되어야 할 문제점이 있다고 할 것이다.

기본권 충돌의 문제를 해결하기 위한 헌법적 방법으로 이익형량의 원칙과 규범조화적 해석 방법은 ‘원칙과 보완적 해결방법’으로 관련 사

5) 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사(2015), 456-460면

6) Vgl. BVerfGE 30, 173(198ff.)

7) Vgl. BVerfGE 35, 202(225f.)

8) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165

건들에서 검토되어야만 한다. 물론 위에서 상술한 Lebach 판결에서의 연방헌법재판소의 판단을 두고 이익형량추론과 포섭추론이 상호결합된 판단구조로 설명하면서 법적 삼단논법의 과정과 비교하지만 결론적으로 이익형량의 범주로 설명한 견해도 있다⁹⁾. 하지만 모든 법적 분쟁을 해결하기 위한 원칙적 해결기준으로서의 이익형량의 원칙을 보완하기 위한 보충적 해결방법으로서의 규범조화적 해결방법은 그 자체로 독자적 의미를 갖는다는 것이 간과되어서는 안 된다. 일반 민사 분쟁이나 형사 분쟁 등의 경우와는 달리 특히나 헌법적 분쟁에 있어서는 충돌되는 양 기본권의 선택적 해결 보다 양 기본권 모두에 대한 합리적인 보장이 요청되는 것이기 때문이다. 즉 충돌하는 양 기본권 중 단순한 이익형량 과정에서 우위로 선택되는 기본권에 대한 과잉적인 보호를 자제하게 함으로써, 결론적으로 양 기본권 모두를 헌법적으로 요청되는 보호 정도에 부합되는 범위 내에서 보호할 수 있는 방법이 규범조화적 방법인 것이다. 따라서 규범조화적 해결방법을 적용하는 헌법적 판단과정에서는 충돌하는 양 기본권에 대한 합리적인 제한의 정도나 대체적 수단으로서의 제3의 해결방안을 도출하기 위한 정당화 과정이 구체적으로 나타날 수밖에 없다. 다만 이러한 과정에서 그 구체성이 일반적 원칙으로 정립될 수 있을 것인가의 문제가 규범조화적 해결방법을 보완적 해결방법으로 볼 수밖에 없는 한계점이 된다. 그러나 반복적으로 발생하는 유사한 사례들에 대한 구체적 적용은 일련의 사건들 속에서 하나의 기준례가 될 수 있을 것이고, 개별 사례에 대응하거나 시대의 변화를 수용하는 과정에서 더 다양한 정당화 사유들이 헌법적으로 의미를 갖게 될 것이다. 그리고 이러한 과정에서 재판부는 판단과정이 세밀화되고 구체화되어야 하는 고민을 부담하게 될 것임은 자명하다.

이제까지의 범죄사실 보도와 관련된 우리 대법원의 일관된 입장은

9) 김도균, 앞 논문, 56면

“일반적으로 대중매체의 범죄사건 보도는 범죄행태를 비판적으로 조명하고, 사회적 규범이 어떠한 내용을 가지고 있고, 그것을 위반하는 경우 그에 대한 법적 제재가 어떻게, 어떠한 내용으로 실현되는가를 알리고, 나아가 범죄의 사회문화적 여건을 밝히고 그에 대한 사회적 대책을 강구하는 등 여론형성에 필요한 정보를 제공하는 등의 역할을 하는 것으로 믿어지고, 따라서 대중매체의 범죄사건 보도는 공공성이 있는 것으로 취급할 수 있을 것” 임을 전제하되, 범인이나 범죄혐의자의 신원 등의 보도가 반드시 범죄 자체에 관한 보도와 같은 공공성을 가진다고 볼 수는 없을 것이라는 정도의 일반적인 판시내용을 보여 왔을 뿐이다¹⁰⁾. 독일 연방헌법재판소가 Lebach 판결에서 보여 준 구체적이고 상황에 따른 개별적인 정당성 판단을 판시하지 못했다고 할 수 있다.

물론 우리 대법원도 이익형량 원칙의 적용과 관련한 일반원칙으로, “공익과 사익 간에는 물론 공익 상호간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고, 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 하는 것이므로, 만약 이익형량을 전혀 하지 아니하였거나 이익형량의 고려 대상에 포함시켜야 할 중요한 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하기는 하였으나 그것이 불완전한 경우에는 비례의 원칙에 어긋나는 것이다” 라고 판시해 왔고¹¹⁾, 결국 일반적 이익형량의 원칙의 적용에 있어서 ‘정당한 이익형량의 요청’은 기본권 간의 단순한 헌법적 서열이나 일반적 비중 인식만을 염두에 둘 것이 아니라 구체적인 사실 관계를 고려하는 개별적·구체적 이익형량을 정당성에 대한 요청으로 요구하는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 초상권이나 명예권 등의 인격권과 보도의 자유가 충돌하는 사례를 해결하기 위한 법적 판단의 과정에서는 일반적인 이익형량이 아니라, 구체적이고 개별적인 이익형량이 행

10) 대법원 1998. 7. 14. 선고, 96다17257 판결 참조

11) 대법원 1997. 9. 26. 선고, 96누10096 판결 참조

해져야 하고 결국 이 과정이 규범조화적 해결방법의 적용이 된다고 할 것이다¹²⁾.

한편 명예훼손 소송의 경우와는 달리, 법원에서 언론사에 의한 초상권 침해 주장이 대부분 인용되고 있다는 점에서 초상권 보호로 인한 언론보도의 위축을 염려하는 점과 관련하여 볼 때, 징벌적 손해배상제도가 도입되지 않은 우리 법현실 속에서 실제 배상액수는 크지 않기 때문에 이로 인한 보도에 있어서의 실질적인 위축효과가 과연 있을 것인가 또는 얼마나 있을 것인가에 대해서는 회의적이다. 하지만 순간을 잡아야 하는 보도의 속성상 명시적인 동의 없는 모든 촬영이나 보도를 불법으로 간주하는 결과를 인정할 수는 없다. 따라서 초상권 보호를 원칙으로 두더라도, 예외적으로 보도의 자유도 인정할 수 있는 구분적·절차적 제도화가 필요하다고 생각된다. 즉 언론보도의 위축 가능성의 우려를 해결하기 위한 방법을 초상권의 보호범위를 축소하거나 그에 대한 제한을 인정하는 것에서 찾는 것이 아니라, 언론보도의 사전적·절차적 로드맵을 제도화하거나 독일의 예술저작권법 규정의 경우처럼 초상권 주체의 동의 없이 사진 등을 유포 또는 공표할 수 있는 예외적인 경우들¹³⁾을 법률로 규정하는 등의 방법을 제도화하는 것에서 해결해야 한다고 생각한다. 또는 초상권 침해가 우려되는 보도의 과정을 고려할 때, 촬영단계에서의 제한이 아니라 공표단계에서의 대상자의 공표금지청구나 중지가처분신청권의 인정을 통한 단계적인 구제책이 마련될 필요도 있다고 생각한다.

12) R. Alexy 교수의 ‘중요도 측정 공식(the Weight Formula)’의 적용에 관한 설명도 참조할 수 있는 예가 될 것이다[R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights(translated by Julian Rivers), Oxford University Press(2002), at 408].

13) 독일 예술저작권법(KunstUrhG) 제23조 제1호부터 제4호 참조. 시대사의 영역으로부터 유래하는 사진 등, 풍경이나 기타의 지형 외에 사람은 단지 부수적으로 나타나는 사진 등, 피사자가 참가한 집회·행진 또는 이와 유사한 사건에 관한 사진 등, 주문에 의해 제작된 것이 아닌 사진 등으로서 그것의 유포나 전시가 숭고한 예술적 이익에 봉사하는 경우를 규정하고 있다.

또한 초상권 침해가 주장된 사례에서 보도한 자에 대한 면책규정의 해석·적용에 관하여는, 당사자의 동의나 정당한 사유에 대한 보도한 자의 입증책임을 유형화하거나 사생활 침해 사례에서와 같이 보도내용의 공공성·보도목적의 공익성·촬영방법의 상당성 등의 여러 요건들을 정립해서 조문화하는 법제적 검토가 필요하다고 생각된다.

훌륭한 발표를 하여 주신 장태영 판사님께 감사의 말씀 드립니다. 초상권의 개념과 요소부터 기술발전에 따른 다양한 초상권 침해 양상과 초상권의 구체적인 보호범위, 그 외 초상권의 제한과 면책사유 등 초상권과 관련한 전반적인 사항들에 대해 총체적으로 생각해 볼 기회가 되었습니다. 특히 다양한 사례를 통해 현재 또는 장래에 발생할 수 있는 초상권 침해 사례에 대해 숙고해 볼 수 있었던 점이 의미 있었습니다.

발표 내용 중 인격권에 대한 평가나 보호 범위가 기술발전과 시대에 따라 변화한다는 점, 인격권에 대한 접근방법에 있어 명예권 위주의 사고를 버려야 한다는 부분, 그리고 인격권 전반에 대하여 법률가의 감수성을 강조한 부분에 대해서는 깊이 공감하기도 했습니다.

이하 세부적 발표내용에 대해 몇 가지 질문 드리고자 합니다.

1.

현재 우리사회에서 합리적으로 기대되는 초상권의 보호범위는 어디까지인지는 이익형량이라는 도구를 통해서 정해야 할 것입니다. 다른 이익과의 관계에서 이러한 인격적 이익을 어느 정도 보호하는 것이 타당한지의 문제, 즉 위법성 판단에 있어서 이익형량의 문제를 지적하지 않을 수 없습니다.

그런데 발표문에 실시된 바와 같이 인격권은 규칙(rule)이 아닌 기준(standard)의 적용을 받는데, 규칙은 명쾌하게 정리되고 고도로 관리가

능하며 예측 가능한 반면, 기준은 유연하게 작용하면서 각 사안의 구체적 타당성을 지향하며 그 결과 도출된 결론의 선례성에 집착하지 않는 특성을 가집니다. 실제 쟁송에서 이익형량을 수행해야 하는 법률가의 입장에서는 바로 이 지점이 어려운 부분입니다. 이익형량의 기준이 되는 법리가 큰 줄기에서는 나타나고 있지만 다소 추상적이고, 결국 사안마다 법률가가 해석과 가치평가를 해야 할 것입니다. 법관으로서는 구체적인 사안에서 충돌하는 개인 내지 공동체의 법익들을 조사하고 평가한 뒤 어느 하나를 다른 하나에 우선시키는 과정을 거쳐야 합니다. 보호이익과 비교이익의 각 무게를 측정하면서 어디에 가중치를 부여할 것인지 판단하고, 구체적인 사안의 맥락 안에서 양 이익을 저울질하는 것, 이는 가치판단의 영역이어서 사실상 법관의 판단재량이 상당부분 개입될 수밖에 없을 것입니다. 물론 기준에 따른 판단이 비교적 명확한 사안에서는 크게 문제되지 않으나, 경계적 사안의 이익형량에서 비교해야 하는 각 법익들은 제각기 보호의 필요성이 있는 것으로서 어느 하나를 우선시키고 다른 하나를 후퇴시키는 것은 매우 어려운 작업일 것입니다.

구체적 사안에서 이익형량함에 있어 대법원이 제시한 기준 외에 고려할 사안으로 제시할 수 있는 것들이 있을지요. 독일의 경우처럼 영역별로 차등을 두는 식(공개적 영역으로 내밀 영역으로 갈수록 보호의 밀도가 높아짐)의 기준들이 도움이 될 수 있을 것이라고 생각하시는지 의견을 듣고 싶습니다.

2.

예전에는 인쇄매체에서의 초상권 침해가 주로 문제가 되었지만, 미디어의 발달 특히 인터넷 발달로 새로운 유형의 침해가 발생하고 있습니다.

우리 헌법재판소는 인터넷을 공중파방송과 비교하면서, 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자 측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 하지만, 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지니므로 인터넷에 대한 지나친 규제를 경고하는 내용의 결정을 한 바 있습니다.¹⁾

고전적 인쇄매체와 비교할 때 인터넷에 적용되는 표현의 한계선이 갈지는 않을 것이라는 생각이 듭니다. 초상권 침해가 인쇄매체가 아닌 인터넷에서 발생한 경우 별도의 위법성 판단기준이 필요하다거나, 또는 이익형량에 있어 달리 고려해야 할 사항이 있다고 보시는지요.

인터넷은 쌍방향 통신매체이자 탈 중앙적인 공간으로서 누구나 접근 및 이용이하고 쉽게 삭제가 가능하며 그 게시물이 양적으로 팽창하는 한편, 게시 주체나 정보의 원천을 정확히 알 수 없어 인터넷 이용자들이 스스로 그 신뢰성을 여과하여 받아들이는 경향도 있습니다. 이런 점을 고려하면 인격권 침해에 대한 위법성 판단기준을 보다 엄격하게 적용해야 한다고 볼 수 있을 것입니다. 반면, 전송이 무차별적이고 게시물이 반복 확산되며 거의 영구적이므로 오히려 더 강하게 규제하거나 위법성 판단기준을 낮추어 더욱 너그럽게 인격권 침해를 인정해야 한다는 반론도 가능합니다. 이 부분에 대해서 짧게나마 발표자 및 여러 분들의 의견이 궁금합니다.

1) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 결정 참조.

3.

초상권 제한의 영역과 그 보호범위에 관해서도 많은 논의가 있는데요, 집회·시위와 관련하여서, 집회·시위란 본래 참가자들이 자신의 주장과 견해를 공중에 널리 알리기 위한 것이므로 집회·시위에 참가한 자의 모습을 촬영·보도한 것은 특별한 사정이 없는 한 책임이 면제된다는 취지의 판결례들이 있습니다. 이와 같은 판시의 근거가, 공개된 집회·시위에 참가한 것 자체가 촬영·공표에 대하여 일종의 묵시적 또는 추정적 동의를 한 것으로 보기 때문은 아닌가 하는 생각이 들기도 하는데요. 그러나 공적 논의의 장에서 자신을 드러내어 의견을 개진한다고 하더라도 곧바로 자신의 초상이 침해받는 것에 동의했다고 보기는 어렵다고도 보여 집니다.

이와 관련하여 면책사유로서의 ‘동의’의 문제에 대해 좀 더 토론해 봤으면 합니다. 초상 주체가 초상에 관한 자기결정권을 오롯이 행사할 수 있어야 하고, 특히 사적인 사항에 대한 공개는 아주 명확하고 명시적인 동의가 요구될 것입니다. 관련 분쟁이 늘어나면서 촬영·공표 전에 범위나 목적 등에 관한 사전 고지가 보다 중요할테고 따라서 초상을 사용하려는 자의 설명의무도 부각될 것인데, 언론사가 아닌 사인의 경우 이러한 인식이나 주의의무(또는 배려의무)에 대한 자각이 없는 경우가 많아서, 결국 초상과 관련한 사인 간 법률적 분쟁이 매우 늘어날 것이라는 생각이 드는데요. 이 부분에 대한 발표자의 의견이 궁금합니다.

중 합 토 론

■ 사 회 : 이 재 진

(한양대 미디어커뮤니케이션학과 교수 / 언론중재위원회 서울제7중재위원)

종 합 토 론

이재진(사회자)

간단하게 마무리 토론을 진행하겠습니다. 오늘 주제발표에 대해 질문이나 의견 있으신 분은 자유롭게 말씀해주시기 바랍니다.

김기현(C미래경영연구원 수석연구원)

장태영 판사님께 질문 드립니다. 올 여름 저희 회사에서 국내 유명 아이돌을 모델로 3D 아바타 작업을 했습니다. 그런데 작업 당시 계약 내용 중에 초상권 부분은 있었으나 아바타에 관해서는 내용이 없었습니다. 아바타 제작은 아예 그 사람의 얼굴을 3D 스캔하는 방식과 사람이 프로그램을 통해서 그리는 방식 두 가지가 있습니다. 그런데 3D 스캔을 하기 위해서는 초상권자의 동의가 있어야 하고, 카메라 앞에 앉아 몇 분간 기다려야 합니다. 그러면 굉장히 높은 퀄리티의 아바타가 제작되어 누가 봐도 그 아이돌임을 알 수 있습니다. 그러나 사람이 손으로 그리게 되면, 누군지는 분명히 알지만 99% 동일인물이라고 하기는 어렵습니다. 이 경우 아바타의 권리가 초상권 계약에 포함이 되는 것인가, 손으로 그린 아바타는 새로운 창작물로 인정되어 창작자에게 권리가 귀속되는 것인지 궁금합니다. 이런 부분에 있어 문제가 발생했을 때 분쟁을 해결할 수 있는 방법은 무엇이 있는지 궁금합니다.

장태영(세션 1 발제자)

일단 질문의 초점은 그림 묘사를 한 아바타에 관한 것으로 생각됩니다. 지적 저작권은 만드신 분에게 귀속이 됩니다. 다만, 초상권 내지 초상영리권과 관련해 이 아바타가 당해 계약에 포섭되느냐 아니냐는 계약

의 해석 문제이므로 계약서를 봐야 할 것 같습니다. 다만 모델링한 99% 동일한 그림을 활용하셨다면 초상권 침해가 될 수 있다고 생각합니다. 모델링한 그림은 흡사하기 때문에, 그 아이돌임을 누구나 알 수 있어 초상독립성, 피해자 특정이 가능합니다. 그것을 영리적으로 활용하신다면 법적 이슈가 발생할 가능성이 있습니다. 제 생각에는 당사자와의 계약을 통해 분쟁을 해결하시는 것이 더 좋을 것 같습니다.

이재진(사회자)

더 질문하실 분이 계신지요?

배재만(연합뉴스 기자)

질문보다는 현업인으로서의 의견을 말씀드려볼까 합니다. 오늘 발제 및 토론 내용은 현업에 있는 사람들에게 초상권에 대한 이해, 인격권에 대한 이해의 폭을 넓히는 계기가 될 수 있었다고 생각합니다. 초상권 관련 토론회에 참석할 때마다 법률가나 중재위원회에서는 이익형량의 논의를 할 때 반대쪽, 즉 언론의 입장을 잘 생각해주시지 않으셔서 늘 불만이었습니다. 현업에 있는 사람으로서는 이익형량 시 초상권 침해뿐만 아니라 알권리도 인정하는 판단을 내려주셨으면 좋겠는데, 초상권 침해를 주장하며 제소를 한 사람에 대한 보상 차원에 대한 논의가 주를 이뤄 언론 현장에서는 늘 위축될 수밖에 없습니다. 특히 연합뉴스는 통신사기 때문에 다른 언론사보다 더욱 많은 항의를 받습니다. 몇 가지를 말씀드립니다. 첫째, 기사에 게시된 사진과 관련해 보통 항의를 하시는 분들의 주된 초점은 댓글입니다. 사진 촬영 동의여부와는 별개로 공개된 사진에 달린 댓글의 인신공격 때문에 괴롭다는 분들이 많습니다. 둘째, 기자들에게 초상권 교육을 하기 때문에 현장의 기자들이 초상권 침해 여지를 판단해 촬영 대상에게 미리 동의 여부를 물어보는 경우가 있습니다. 그런데 현장에서는 동의를 한 분들이 정작 나중에 가서는 항의

를 하셔서 언론중재위원회까지 출석하게 되는 경우가 혼합니다. 현장의 입장에서는 명시적 동의, 묵시적 동의, 추정적 동의라는 것이 다소 뜬금 없게 들릴 수밖에 없는 것이 현실입니다. 명시적 동의 같은 경우는 당사자의 사인까지 받아야지 완벽하고 그것이 어려우면 동의를 입증해 줄 증인이 있어야 한다고 하지만, 그렇게까지 해도 막상 문제가 생기면 그러한 절차가 감경 요소 정도에 그치는 것은 아닌가 싶습니다. 현장에서는 항상 동의의 범위를 이해하면서 일을 할 수 있는 상황이 안 됩니다. 현영주 판사님께서도 말씀하셨지만, 집회 현장에서 사회자가 공지를 하는 경우가 있습니다. 공지를 듣고 모두가 동의했구나 생각하지만 참가자 개인이 싫다고 하면 안 된다는 겁니다. 초상권은 물론 중요하지만, 현업에 있는 사람 입장에서는 뉴스를 도대체 어떻게 만들어야 하는지 의문이 드는 것이 현실입니다. 언론중재위원회에서 초상권에 대한 토론회를 하셨으니 알권리에 대해서도 토론회를 개최해 고민해주셨으면 합니다. 이상입니다.

이재진(사회자)

추가해 질문해주실 분이 계신지요? 더 이상 질문이 없으시다면 이번 토론회를 주최하신 언론중재위원회 이석형 위원장님의 마무리 말씀을 듣겠습니다.

이석형(언론중재위원회 위원장)

열띤 것을 넘어 치열했던 발제와 토론 잘 들었습니다. 발제자 및 토론자, 그리고 사회자에게 진심으로 감사 말씀드립니다.

초상권이 얼마나 중요해졌는지를 토론회를 통해 다시 한 번 실감하게 됐습니다. 이번 토론회를 들으면서 느낀 점을 몇 가지 말씀드리고자 합니다. 첫째로, 초상권 침해 예방하기 위해서는 많은 공부가 필요할 것이라 생각합니다. 우리 위원회는 위원장을 비롯한 모든 실무자들이 초

상권에 대해 좀 더 공부하고 조정중재 과정에 초상권이 엄격하게 적용될 수 있도록 노력하겠다는 다짐도 말씀드립니다. 둘째로, 언론 취재 현장에서는 초상권 침해가 일어나지 않도록 많은 주의를 기울일 필요가 있겠다, 초상권 동의를 받는 것도 매우 중요하겠다는 생각을 해보았습니다. 초상권에 대해 깊이 고려하면서 최고의 영상이나 사진을 만들면 초상권 침해를 다소 완화시키거나 예방할 수 있지 않을까 합니다. 마지막으로, 초상권 침해 내용이 전파와 확산을 통해 더 큰 피해를 가져오지 않도록 법제 정비가 필요하다는 생각도 해보았습니다.

다시 한 번 이번 토론회에서 열과 성을 다해 발제, 토론, 사회를 맡아 주신 분들께 감사드리며, 장시간 동안 경청하시면서 토론회를 다채롭고 심도 있게 만들어주신 언론계 분들을 비롯한 참석자분들께도 감사의 인사드립니다. 감사합니다.

이재진(사회자)

오늘 토론에서 제기된 쟁점들은 언론중재위원회는 물론이고 언론계, 법조계 등 다양한 분야에서 고민해야 할 사안이라고 생각합니다. 언론중재위원회가 주최한 토론회에 참석해주신 여러분께 감사드립니다. 이상으로 토론회를 마치겠습니다.