

[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 연방대법원은 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 뱃상 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 감시권 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 일상생활과 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 따르면이라도 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 마찬가지로 마찬가지일 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.