

공정이용의 새로운 정의

박 경 신(Park, Kyung Sin)

<고려대학교 법학전문대학원 교수>

초 록

현재 공정이용에 대한 한국의 대법원판결과 미국의 법조문은 (1) 원저작물의 사용 목적, (2) 원저작물 자체의 창작적 가치, (3) 원저작물이 사용된 양, (4) 원저작물의 시장수요 대체 여부 등을 중요하게 고려하고 있다는 점에서 일치하고 있다. 그런데 이 요소들은 종합적으로 고려될 뿐 이 요소들 사이의 관계나 위계질서가 분명하지 않아 문화산업 실무자들에게 아무런 도움이 되지 않고 있다.

더욱 큰 문제점은, 각각의 요소들은 몇 가지 논리적인 불명확성이 존재하다. 우선, 이용의 목적이 비상업적이라야 한다는 명령은 상업영화 및 상업음악에서 공정이용을 인정하고 있는 판례와 부합하지 않는 면이 있다. 또 ‘인용된 양’은 그 의미가 ‘원저작물에서 인용된 부분의 비율(N/original)’인지 ‘인용저작물에서 인용된 부분의 비율(N/copy)’인지가 불분명하다는 것이 판례를 통해 밝혀지고 있고 그것이 전자로 결정나든 후자로 결정나든 실제 실무에서 어느 만큼 사용해야 공정이용의 범위에 드는지 예측하기 어렵다. ‘원저작물의 수요 대체 여부’ 역시 원저작물 전체의 수요를 말하는 것인지 원저작물의 일부의 수요를 말하는 것인지에 따라 최종결정에 미치는 효과가 반대로 나타난다. 이러한 법리적 혼란을 정리할 필요가 있다.

미국법원은 변형적 이용(transformative use)라는 개념을 공정이용 판단에서 중요시하고 있다. 그런데 그 의미 그리고 이것이 원래의 기존의 법리에서의 고려요소들과는 어떤 관계인지는 명시적으로 밝혀지지 않았다. 이에 대해 필자는 변형적 이용은 바로 ‘상업적 이용’의 대척점에 있는 것으로서 변형적 이용은 기존의 법리에서 첫 번째 요건인 이용의 목적의 비상업성 요건을 대체하는 것이라고 주장한다. 그리고 필자는 변형적 이용의 의미는 원저작물과 완전히 다른 감흥을 전달하는 것이라고 주장한다.

즉 변형적 이용이 인정되면 이용이 상업적인지 여부는 더 이상 검토할 필요가 없다는 것이다. 이렇게 첫 번째 요건이 정리되면 나머지 요건들도 자연스럽게 정리된다.

두 번째 요건인 ‘인용의 양’은 ‘변용에 필요한 만큼만 원저작물을 이용하였는가’로 대체된다. 즉 N/original이 중요하되 절대적인 기준이 있는 것이 아니고 변용에 필요한 만큼만 이용되었는가 기준이 된다. N/copy도 의미를 갖게 되는데 변형적 이용이 이루어졌는가에 영향을 주게 되기 때문이다. 네 번째 요건인 ‘시장수요대체성’은 변형적 이용이 이루어지는 경우 완전히 다른 감흥이 전달되므로 원작의 시장성을 대체하지 않는 것이 된다. 결국 네 번째 요건에 대해서는 별도의 심의가 필요 없어지게 된다.

※ 투고일자 : 2010년 11월 17일, 심사일자 : 2010년 12월 3일, 게재확정일자 : 2010년 12월 24일

초 록

필자는 다음과 같이 공정이용의 새로운 기준을 제시한다. 즉 공정이용으로 인정받기 위해서는 (1) 원 저작물이 전달하는 감흥과는 완전히 다른 감흥을 전달하는 것이 인용의 목표가 되어야 하고 (변용, transformative use) (2) 그 목표에 합당한 범위 만큼만의 원 저작물의 부분을 사용해야 한다. (3) 위의 고려만으로 판가름이 나지 않을 경우 원 저작물이 사실을 그대로 영상화한 것인지 새로이 연출한 것인지를 판단한다.

주제어 : 공정이용, 변형적 이용, 다큐멘터리, 광고, 보도, 패러디, 시장에서의 수요, 저작권

<목 차>

- | | |
|---|---------------------------------------|
| I. 서론 | 있다 |
| II. 기존의 공정이용 법리 | (4) 보도도 공정이용이 부인될 수 있다 |
| III. 기존 법리의 문제점 | (5) 소결: 변형적 이용이 바로 비상업적 이용이다 |
| 1. “비영리적 사용”은 필수적인가? | 2. 인용의 양 - N/original과 N/copy 모두 중요하다 |
| 2. 인용된 양 | 3. 시장성 훼손 여부 |
| - N/original인가 N/copy인가? | - 변형적 이용은 원작의 시장성훼손을 배제한다 |
| 3. 시장수요 대체 여부 | 4. 원저작물의 창작적 가치 |
| - 원작전체의 수요인가 아니면 사용된 부분의 수요인가? | - 캐스팅 보트 |
| 4. 소결 | 5. 소결: 변형적 이용 그리고 그에 필요한 만큼만 |
| IV. 문제의 해결 | - 한국판례들의 적용 |
| 1. 인용의 목표 | V. 결론 |
| (1) 인용의 목적 vs. 인용저작물의 목적 | |
| (2) 새로운 기준 - 변형적 이용(transformative use) | |
| (3) 광고도 공정이용이 인정될 수 | |

I. 문제의 제기

해 “정당한 사용”¹⁾ 또는 공정이용이라고 인정하는 것은 물론 그러한 가능성도 확인하지 않고 그 동영상에 대해 임시조치를 요청한 권리자에게도 리어 손해배상책임을 부과한 법원판결이 있는 후²⁾, 각계 정치인들과 정부는 공정이용의 가이드 라인을 만들어 더욱 많은 사람들이 합법적 범위에

2010년 6월 손담비 노래 ‘미쳤어’를 따라 부른 5살 아이의 동영상을 인터넷에 올린 것에 대

1) 필자는 제목에서는 혼란을 피하기 위하여 ‘정당한 사용’이라는 널리 알려진 용어를 사용하지만 본문에서는 ‘공정이용’이라는 용어를 사용하고자 한다. ‘정당한 사용’이라는 용어는 사용자의 권리의 측면이 강조되는 뉴앙스가 강한 반면 ‘공정이용’은 이용자와 권리자 사이의 적절한 ‘조정’의 의미가 강조되는 것으로 보여 더 우수한 번역으로 보여진다.

2) 서울남부지방법원 2010.2.18 선고 2009가합18800 손해배상; 서울고등법원 2010.10.13 선고 2010나35260 손해배상.

서의 공정이용을 향유할 수 있도록 하지는 움직임이 꾸준히 진행되고 있다. 이와 비슷한 소송이 미국에서는 프린스의 노래에 대해서 진행되고 있다.³⁾ 그 노래 제목도 놀랍게 ‘Let’s Go Crazy(다같이 미치자?)’이다.

여기서는 손담비 노래 판결에 대한 토론을 하려는 것은 아니다. 여기서는 공정이용의 원류인 미국 판례에 초점을 맞추고, 공정이용의 범위에 대해 더욱 많은 사람들이 명확성을 갈급한 상황에 대응하고자, 기존 공정이용 법리를 판례에 비추어 비판해 보고 판례와 부합하는 새로운 공정이용 법리를 제시하고자 한다.

물론 최근 벌어지고 있는 저작권 논란의 중심에는 위와 같은 창조적 공(公)적 향유의 문제와는 별도로 소비적 사(私)적 향유의 문제가 있다. 즉 원저작물을 재창조하여 ‘인용저작물’을 만들어 널리 배포하는 것이 아니라 자신이 또는 자신의 지인이 그대로 소비하기 위하여 한정적인 범위에서 복제 배포 등을 하는 것을 말하는데 이에 대해서도 저작권법은 ‘사적 복제’ 등의 저작권 제한조항을 별도로 두고 있다. 이 글은 창조적 공적 향유에 있어서 공정이용의 정의 문제만을 다루며 소비적 향유에 대한 저작권 제한의 문제는 별도의 논의를 필요로 함을 밝혀둔다.

II. 기존의 공정이용 법리

우선 기존의 이론을 살펴보도록 하자. 미국저작권법 제107조는 “비평, 논평, 보고, 교육, 학업, 또는 연구와 같은 목적(purposes such as criticism,

comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research)”를 위해 타인의 저작물을 사용하는 것은 다음 요소들을 종합적으로 평가해서 합리적일 경우 허용된다고 하고 있다. 첫째, 원저작물을 사용하는 목표, 둘째, 원저작물 중의 어느 만큼을 사용하는지, 셋째, 원저작물이 저작물로서 갖는 가치, 넷째, 원저작물의 시장성이 훼손되는지의 네 가지이다.⁴⁾ 한국저작권법 제28조는 “보도 비평 교육 연구 등의 목표로 정당한 관행에 따른 정당한 범위 내의 사용은 허용된다”고만 하고 있다.⁵⁾ 단, 대법원은 “정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 (1) 인용의 목적, (3) 저작

3) http://en.wikipedia.org/wiki/Lenz_v._Universal_Music_Corp.#cite_note-case-1 2010년 12월1일 최종방문.

4) 저작권법 제107조. 독점권의 제한: 공정이용 (Copyright Act § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use) Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

5) 저작권법 제28조 (공표된 저작물의 인용) 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구등을 위하여는 정당한 범위안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.

물의 성질, (2) 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, (4) 원 저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하고 있다.⁶⁾ 앞에 제시된 번호는 한국 대법원이 고려요소로 꼽은 요소들 중에 미국법 조항에 명시된 고려요소들을 식별하여 번호를 부여한 것이다.

위에서 한국의 판례와 미국의 저작권법 사이에서 중복되어 나타나고 있는 고려 요소들이 각각 어떤 의미로 인정되는지 살펴보면,⁷⁾ 첫째, 인용의 목적이란 인용의 목적이 위에 나열된 보도, 비평, 교육, 학업, 연구 등에 포함되는 비상업적인 것이라야 하는 취지이다. 둘째, 원 저작물의 성격이란 원 저작물이 사실들을 편집한 것인지 모두 창작한 것인지에 따라 공정이용으로의 인정여부가 달라야 한다는 취지이다. 셋째, 원 저작물에서 인용된 내용과 분량이 원저작물에서 큰 비중을 차지하고 있으면 안 된다는 것이다. 넷째, 원 저작물에 대한 시장에서의 수요를 대체해서는 안 된다는 것이다. 그리고 이 네 가지 고려 요소들은 종합적으로 고려된다.

그러나, 미국법이든 한국법이든 위와 같은 요소들을 종합적으로 고려하여 판단한다는 원칙만을 천명하고 있을 뿐 이 원칙보다 더 구체성을 띤, 실무에 도움이 될 수 있는 규칙을 제공하지는 못하고 있다. 위 네 가지 요소를 종합적으로 고려한다고 할 때 그 요소들 사이의 관계는 무엇인지 우열은 무엇인지 그리고 최대 허용 범위는 어디까지인지 등에 대해 법률이나 판례들은 명시적인 입장을 천명하지 않고 있다.

아래에 설명하겠지만 더 중요한 것은 위의 기존

의 법리들은 판례들과 충돌하거나 판례들을 설명해내지 못한다. 특히 판례들은 공정이용의 범위 확정에서 매우 중요한 의미를 가지게 된다.⁸⁾ 입법취지상 공정이용의 범위는 표현 및 예술의 자유와 저자의 후생 사이의 이익형량을 통해 그 범위가 정해질 것이기 때문에 판례들과의 부합성은 매우 중요한 의미를 가진다.

III. 기존 법리의 문제점

1. “비영리적 사용”은 필수적인가?

우리 대법원은 ‘인용의 목적’을 살펴보아야 한다고 하고 저작권법 관련 조문은 ‘보도, 비평, 교육, 연구 등’을 합법적인 공정이용의 목표로 규정하고 있다. 미국저작권법 제107조도 ‘비평, 논평,

6) 대법원 2004. 5. 13. 선고 2004도1075 판결, 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결 등 참조.

7) 현재 미국의 저작권법의 공정이용 조항의 근간이 된 중요한 *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342 (No. 4,901) (CCD Mass. 1841)판결에서 스토리 판사는 위의 4가지 고려요소들을 언급하였고, 150여년 후 미국 연방의회는 1976년 저작권법을 제정하면서 공정이용 조항이 위의 *Folsom* 판결을 필두로 진화해온 판례법을 변경하는 것이 아니라 판례법을 조문화하는 것임을 천명하였다. *H.R.Rep. No. 94-1476, p. 66 (1976)*

8) 허버드로스쿨의 교수 Arthur R. Miller는 일반인들을 위해 지적재산권을 대중적으로 쉽게 풀어 쓴 책에서 다음과 같이 적고 있다. “저작권이 형이상학이라면 공정이용은 기호학이다. 공정이용의 경계선은 확정하기 어렵다. 공정이용은 법률이나 판례가 내린 엄격한 정의들이 아니라 폭넓은 정책적 개념들을 통해 정의되어고 정당화된다.” “If copyright law is the metaphysics of law, fair use is its semiotics. The boundaries of fair use are difficult to ascertain. Fair use is...determined and justified by broad notions of policy rather than by strict statutory or common law definitions.” Miller, et al., *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright in a Nutshell*, 2nd Ed., West Publishing (1990).

보도, 교육, 학술, 연구과 같은 목표'를 합법적인 공정이용의 목표라고 예시한 후 '이용의 목표와 성격, 예를 들어 이용이 상업적 성격을 가지고 있는지 또는 비영리적 교육적 목표를 위한 것인지 (the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes)'을 고려할 것을 명시하고 있다.

여기서 착안하여 많은 저작권 전문가들은 공정이용의 필수요소의 하나가 인용저작물의 '비영리성', '비상업성'인 것처럼 말한다. 한국법의 '보도, 비평, 교육, 연구 등'의 문구나 미국법의 '비평, 논평, 보도, 교육, 학술, 연구'는 '비상업적'인 목표들의 예시이고 공정이용의 목적에 대한 제한은 '비상업성'으로 환원될 수 있다는 것이다.

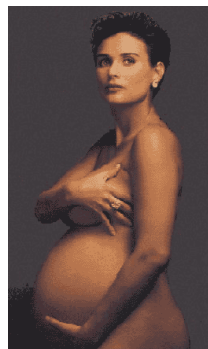
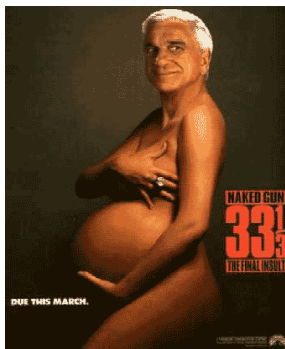
그러나 이는 판례와 부합하지 않는다. 일찍이 미연방대법원은 내이션(Nation)이라는 시사잡지가 포드대통령의 연설문의 일부를 허락없이 게재하였을 때 내이션측이 자신은 시사잡지로서 '비상업성' 및 '보도'를 목표로 하고 있다고 항변한 것에 대해 "영리성 여부는 금전적인 이득의 문제가 아니다"⁹⁾라고 하여 내이션이 금전적인 이득을 추구하지 않는 공익성 잡지라는 사실에 큰 비중을 두지 않았다.

실제 판례들을 살펴보다라도 인용저작물이 소위 '순수음악'에 대비되는 '대중음악'이나 '예술영화'에 대비되는 '상업영화'라고 할지라도 공정이용을 인정받기에 그다지 불리하지 않다. 소위 '상업영화'나 오락성 TV프로그램들의 공정이용을 인정하는 수많은 판례들이 있다.

가장 대표적으로는, 랩그룹 2 Live Crew가 로이

올비슨의 "Oh Pretty Woman!"을 흑인문화에 맞게 패러디하여 자신들의 음반에 포함시켜 1백만장 이상이 팔리는 상업적 성공을 거둔 것에 대한 미연방대법원의 판결이 있었다. 이때 2 Live Crew는 Oh Pretty Woman!의 저작권자로부터 소송을 당하였는데, 미연방항소법원이 음반의 '상업성'에 천착하여 즉결판결¹⁰⁾을 통해 공정이용을 부인하는 판시를 한 것에 대하여, 미연방대법원은 "인용저작물의 상업성은 공정이용을 부인할 추정을 발생시키지 않는다"고 판시하며 하급심 판결을 파기하였다.¹¹⁾

또 가장 극단적으로는 '상업영화의 광고'에 타인의 저작물이 이용된 경우도 공정이용으로 인정된 바 있다.¹²⁾



(사진) Leibovitz라는 사진작가가 찍은 데미무어의 Vanity Fair표지 사진이 Naked Gun 33 1/3: Final

9) Harper & Row, 471 U.S. at 562, 105 S.Ct. 2218.

10) summary judgment. 증거들을 증인에 대한 신문을 통해 제시하는 정식의 재판이 필요없을 정도로 증거조사를 통해 축적된 서면 증거나 물적 증거가 어느 한쪽에 유리할 경우 정식재판을 거치지 않고 법원이 판결을 내리는 절차

11) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 577-78, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed.2d 500 (1994).

12) Leibovitz v. Paramount Pictures Corp., 137 F.3d 109 (2nd Cir. 1998).

Insult라는 코미디영화의 광고포스터에 패러디된 것이다.

정리하자면, 실제 판례들은 인용저작물이 한국 법이나 미국법이 예시한 ‘보도, 비평, 교육, 연구, 논평, 학술’에 포함되지 않음은 물론 상업영화의 광고 또는 대중음악과 같이 매우 상업적인 성격을 가지고 있는 경우에도 공정이용을 인정하고 있다.

2. 인용된 양 - N/original인가, N/copy인가?

우리 대법원은 ‘인용된 내용과 분량’이라고만 하고 있어 (1) 원저작물의 얼마나 많은 부분이 인용저작물에서 사용되었는가를 고려해야 하는지 (2) 인용저작물에서 원저작물의 비중이 얼마나 큰지에 대해 고려해야 하는지가 불분명하다. 즉 N이 원저작물과 인용저작물 사이에 동일한 부분을 대표한다고 할 때 공정이용 여부 판단시의 고려대상

이 N/Copy인지 N/Original인지가 불분명하다. 물론 Copy는 인용저작물의 양을 Original은 원저작물의 양을 대표한다.

이 불명확성은 공정이용 여부를 판단함에 있어서 매우 심각한 문제를 발생시킨다. 예를 들어 영화에서 그림이 영화의 소품으로서 풀샷으로 2-3초간 보여졌다고 하자. N/original은 100에 가깝지만 N/copy는 0에 가깝다. 이렇게 N/copy와 N/original이 확연히 다른 경우는 매우 많을 것이다.

물론 미국저작권법 제107조는 ‘원저작물의 어느 만큼을 사용하는지’를 고려 요소로 규정하고 있다. 즉 N/original을 지시하고 있다. 그러나 실제 판례들에서는 N/copy가 더욱 중요하게 작용하고 있는 것처럼 보인다. 아래는 논평이나 교육 목적으로 만들어지기 때문에 공정이용으로 인정받기 가장 쉽다고 여겨지는 다큐멘터리 분야의 미국판례들을 살펴본 것이다.

원저작물	인용저작물	N/copy	N/original	공정이용 인정 여부
엘비스 프레슬리 공연장면	엘비스의 일생 음미	5-10%	매우 적음	인정되지 않음 ¹³⁾
무하마드 알리 경기장면	알리의 일생 음미	2분/1시간	매우 적음	인정됨 ¹⁴⁾
찰리 채플린 출연영화	채플린의 일생음미	10분/1시간	10분/4시간	인정되지 않음 ¹⁵⁾
괴수영화들	괴수영화와 영화산업의 발전	6분/1시간	6분/6시간	인정됨 ¹⁶⁾
공상과학영화	영화에 비쳐진 공상과학	20초/1시간	20초/6시간	인정됨 ¹⁷⁾
외계인영화	외계인영화	47초/1시간	47초/2시간	인정됨 ¹⁸⁾

13) Elvis Presley Enterprises v. Passport Video, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003) 2003년에 Passport Video사는 엘비스 프레슬리의 인생에 대한 16시간짜리 다큐멘터리를 만들면서, 엘비스 프레슬리의 모든 TV 및 영화 출연 장면과 공연 장면들을 수집하여 다큐멘터리에 포함시켰는데, 다큐멘터리의 5-10% 정도가 영화의 엘비스 프레슬리 출연 부분이었다.

위에서 보다시피 실제로 법률에서 검토되어야 한다는 ‘원저작물 전체에 대해 인용된 부분의 비중(N/original)’은 공정이용 인정 판단과 비례관계가 없음을 볼 수 있다. 엘비스프레슬리 사건과 찰리 채플린 사건에서 N/original이 극도로 적음에도 불구하고 공정이용이 인정되지 않았다. 도리어 ‘인용저작물 전체에서 인용된 원저작물의 비중’이 변용 여부에 영향을 미치면서 공정이용 인정 판단과 비례관계가 있음을 볼 수 있다.

우리 법원의 경우에도 아래에 설명할 ‘해피에로 크리스마스’ 판결에서 공정이용을 인정하면서 ‘인용부분은 110여 분에 달하는 인용영화의 총 상영 시간 중 불과 30초 가량으로서 극히 일부라고 할 수 있을 뿐’이라고 판시하여 N/copy를 중요시하는 반면 N/original에 대해서는 아무런 언급을 하지 않고 있다.

그러나 N/original이 가지는 논리적 타당성도 여전히 상존한다. 저작권이 copyright 즉 copy할 수 있는 권리로서 공정이용은 copy가 많을수록 좁게 인정되어야 함은 선험적으로도 타당해보인다. 그렇다면 우리 대법원이나 미국 저작권법이 말하는 ‘인용의 양’은 N/original과 N/copy중에서 어느 것인지 불확정적이다.

인용된 양과 관련되어 발생하는 또 하나의 문제는 N/original 대 N/copy 사이의 문제가 해결된 이후에도 존재한다. 타인의 저작물을 자신의 저작물에 인용하고자 하는 사람은 법적으로 허용된 사용량이 산술적으로 표시될 수 있는가의 문제이다. 예를 들어 영화제작자가 그림소품을 영화 내에서 이용하고자 할 때 전체 영화가 2시간이라고 할 때 몇초까지 보여줄 수 있는지 (N/copy) 또는 타인의

음악을 배경음악으로 이용할 때 그 음악의 일부만 으로 틀어준다고 할 때 몇초까지 틀어줄 수 있는지 (N/original) 알고 싶어한다. 이러한 산술적인 기준의 설정이 가능한가?

3. 시장 수요 대체 여부 – 원작전체의 수요인가 아니면 사용된 부분의 수요인가?

우리 대법원은 ‘원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부’를 고려요소라고 하고 있으며 미국저작

- 14) *Monster Communications, Inc. v. Turner Broadcasting System*, In 935 F.Supp. 49 (S.D.N.Y.,1996) 1996년에 권투선수 무하마드 알리의 실제 복싱장면 (수백시간이 넘음)의 매우 적은 부분을 이용하여 총합 2분 정도를 알리에 대한 1시간짜리 다큐멘터리에 삽입한 경우, 공정이용으로 인정되었다.
- 15) *Roy Export Co. Establishment of Vaduz, Liechtenstein, Black Inc., A. G. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F.Supp. 1137 (D.C. 1980) 1980년에 연방지방법원은 채플린의 사망을 기념하면서 채플린 영화 4편에서 편당 몇 십초에서 2분에 달하는 양을 합하여 10분 정도를 1시간짜리 다큐멘터리에 삽입한 경우 공정이용이 아니라고 인정하였다. 채플린 영화의 경우 특히 채플린의 예술작품이었음이 중시되었다.
- 16) *Hofheinz v. AMC Productions, Inc* 147 F.Supp.2d 12 E.D.N.Y.,2001. 2001년에 Arkoff and Nicholson이라는 영화감독들이 1950년대에 괴수영화의 창작을 통해 어떻게 영화산업에 영향을 주었는지를 보여주는 다큐멘터리에서 대 여섯 개의 영화에서 각각 1분보다 적은 양을 다큐멘터리에 삽입한 경우 공정이용으로 인정하였다.
- 17) *Wade Williams Distribution, Inc. v. American Broadcasting Co.*, No. 00-5002, 2005 U.S. Dist. LEXIS 5730 (S.D.N.Y. Mar. 29, 2005. 굿모닝아메리카에서 The Brain from Planet Arous, Robot Monster, Plan9 from Outer Space라는 공상과학영화 세 편의 일부분을 발췌하여 평론을 곁들여 방송한 것(각각 3초, 12초, 9초)에 대해 평론이라는 새로운 목적을 위해 변용된 것이라 하여 공정이용을 인정하였다.
- 18) *Hofheinz v. Discovery Communications*, No. 00 Civ. 3802(HB), 2001 WL 1111970, at *1 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2001) 외계인을 다룬 공상과학영화를 Discovery채널에서 Invasion of the Saucermen이라는 공상과학영화의 47초 정도를 보여주면서 외계인영화와 대중과의 관계를 다큐멘터리로 다룬 것에 대해서도 공정이용을 인정하였다.

권법 제107조 역시 ‘원저작물의 시장성의 훼손 여부’를 고려요소라고 명시하고 있다. 예를 들어, 영화에 대해서 비평을 한다고 영화의 줄거리를 처음부터 끝까지 보여주는 TV프로그램을 만든다면 아무리 비평을 목적으로 한다고 하더라도 그 TV프로그램을 보고 사람들이 영화를 볼 동기가 사라진다면 원 영화의 시장성을 훼손할 수 있을 것이며, 이 경우 공정이용이 되지 않는다. 실제로 미연방대법원은 원 저작물의 시장성 훼손 여부가 가장 중요한 것이라고 하였다.¹⁹⁾

그러나 시장성의 훼손이라고 할 때 원작 자체의 시장성만을 고려해야 하는지 원작을 이용하여 만들 수 있는 가상의 2차저작물의 시장성에 대한 훼손도 고려해야 하는가? 미국의 한 연방지방법원은 찰리 채플린 출연 영화의 몇 분 분량을 삽입한 다큐멘터리에 대한 공정이용 여부를 판단할 때, 원저작물의 저작권자가 채플린 출연 영화의 짧은 부분을 다른 저작물을 위해 유료라이센싱 할 수 있었다는 점을 고려하였다.²⁰⁾ 그러나, 최근의 다른 연방지방법원은, ‘원저작물을 짧게 잘라 팔 수 있는 시장이 존재하며 이 시장에서 원저작물의 가치가 훼손된다’는 원고의 주장을 ‘시장성을 그렇게 판단하면 공정이용의 법리 자체가 붕괴될 것’이라면서 일축했다.²¹⁾

그렇다면 시장성의 훼손이라고 했을 때 원저작물의 시장성 훼손을 보아야 하는가 아니면 인용저작물에 의해 인용된 부분의 시장성 훼손을 보아야 하는가.

4. 소결

결론적으로, 기존의 이론에서 이용의 목적이 비상업적이어야 한다는 명령은 판례와 부합하지 않는 면이 있다. 또 ‘인용된 양’은 그 의미가 ‘원저작물에서 인용된 부분의 비율’인지 ‘인용저작물에서 인용된 부분의 비율’인지가 불분명하다는 것이 판례를 통해 밝혀지고 있고 실제 실무에서 어느 만큼 사용해야 공정이용의 범위에 드는지 예측하기 어렵다. ‘원저작물의 수요 대체 여부’ 역시 원저작물 전체의 수요를 말하는 것인지 인용저작물에 사용된 일부의 수요를 말하는 것인지에 따라 최종결정에 미치는 효과가 반대로 나타난다. 이러한 법리적 혼란을 정리할 필요가 있다.

IV. 문제의 해결

1. 인용의 목표

한국 저작권법은 제28조의 “보도, 비평, 교육, 연구 등”이라는 표현을 통해 그리고 미국 저작권법 제107조는 “criticism, comments, news reporting, education, scholarship, and research”의 표현을 통해 인용저작물이 원저작물을 인용하는 정당한 목표를 제한하고 있다. 그러나 위에 나온

19) *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 562, 105 S.Ct. 2218, 85 L.Ed.2d 588 (1985).

20) *Roy Export Co. Establishment of Vaduz, Liechtenstein, Black Inc., A. G. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F.Supp. 1137, 1146 (D.C. 1980) 이에 반대되는 입장의 판결로는 알리의 경기장면에 대한 공정이용을 다룬 *Monster Communications, Inc. v. Turner Broadcasting System, Inc.* 935 F.Supp. 49 (S.D.N.Y., 1996)이 있다.

21) 최근 입장을 보여주는 판결로는 *Hofheinz v. AMC Productions, Inc.* 147 F.Supp.2d 2 E.D.N.Y., 2001.

말들은 모두 예시일 뿐 명시되지 않은 목표들도 상당한 목표가 될 수 있음은 당연하다. 예를 들어, TV드라마에서 배경소품으로 그림이 등장하는 경우가 많이 있는데 이때 그림은 비평, 논평, 보고, 교육, 연구 또는 보도 어디에도 해당된다고 말하기 힘들고 단지 현실감 있는 극적 분위기의 조성을 목표로 하고 있다. 그림에도 불구하고 아래에 살펴 보겠지만, 미국의 판례들은 위와 같은 경우에 공정 이용을 인정하고 있다.²²⁾ 즉, 원저작물을 인용하는 목표가 원저작물의 창작목표와 다르기만 하다면 인용의 목표가 “보도, 비평, 교육, 연구”나 “criticism, comments, news reporting, education, scholarship, and research”아니라 할지라도 공정 이용을 인정받을 수 있다는 것이다.

대표적으로 패러디가 그러하다. 패러디의 경우, 위의 Leibovitz판결에서도 보여지지만 딱히 비평이나 논평이라고 말하기 어려움에도 불구하고 공정 이용으로 더욱 쉽게 인정해 준다.

그렇다면 인용의 목적과 관련하여 어떤 기준을 세울 수 있을까?

(1) 인용의 목적 vs. 인용저작물의 목적

새로운 기준의 단서는 놀랍게도 법조문에서 나온다. 한국의 대법원 판결과 미국의 저작권 법조문 모두 “인용의 목적”을 판단하기를 요구하고 있지 “인용저작물의 목적”을 판단하기를 요구하고 있지 않다. 논리적으로, 인용저작물이 아무리 상업성을 띄고 있다고 할지라도 또는 보도 비평 교육 연구의 범주를 넘어서는 경우라고 할지라도-- 예를 들어, 상업광고나 코미디 -- 원저작물을 사용한 목

적은 그와 별개로 판단될 수 있어야 하는 것이다.

이와 같은 판시는 논리적으로 타당하다. 창작자가 원 저작물의 사용을 포함하는 창작행위 전체에 대해 영리적인 동기를 가졌다고 해서 공정 이용의 권리를 인정하지 않는 것은 합리적이지 않다. 예술 행위는 기본적으로 청중의 존재를 전제로 하고 청중과 소통하는 행위이고, 더 많은 사람들과의 소통을 원하지 않는 예술가는 없을 것이다. 이와 같은 소통행위에 수반되는 최소한의 실비를 청중에게서 받는다고 가정할 경우, 더 많은 청중과의 소통은 상업적인 성공으로 이어지게 된다. 예술행위의 목표로서의 청중과의 소통과 상업적인 성공을 분리하기는 어려울 것이다. 어떤 경우에는 애당초 행위의 목표는 예술적이었으나 그 결과가 상업적인 경우도 있다. 영화 ‘워낭소리’의 예를 들어보자. 애당초는 거의 제작비를 변제받는 정도의 선으로 공중과 방송용으로 제작되었으나 뛰어난 프로듀서의 눈에 띄어 극장개봉을 하게 되었다. 그렇다면 원저작물의 사용 및 기타 창작행위의 최종결과물이 돈 받고 보여 줄 정도로 인기가 있다고 해서 소급하여 원저작물의 사용이 상업적이라고 할 수는 없는 것이다.

더욱 나아가서 공정 이용의 요건을 정의함에 있어 (인용저작물의) ‘상업성’이라는 표지를 사용하여 정의하는 것은 혼돈만을 가중시키는 것은 물론 상업성과 순수성의 구분이 불분명해지고 있는 현재 문화사업의 현실을 반영하지 못하는 것이라고 생각한다.

그렇다면 인용저작물의 목적과 인용의 목적을 구분한다면 어떤 경우에 인용의 목적이 상업적이

22) Jackson v. Warner Bros., Inc., 993 F.Supp. 585, 44 U.S.P.Q.2d 1603 (E.D.Mich.,1997).

되고 어떤 경우에 상업적이 아닌가?

(2) 새로운 기준- 변형적

이용(transformative use)

필자는 인용저작물의 성질과는 별도로 인용의 목적이 상업적인 경우를 다음과 같이 정의하고자 한다. 즉 원저작물이 시장에서 가지는 선호도나 지명도의 원인은 그 수용자의 심상에 발생시키는 감흥일 것이다. 그렇다면 이 감흥을 인용저작물이 그대로 전달한다면 이는 원저작물의 시장에서의 선호도나 지명도를 그대로 편승하는 것이라고 볼 수 있다. 그러므로 이러한 행위는 원저작물의 ‘상업적 가치’를 이용하는 것이므로 ‘상업적 이용’이라고 볼 수 있다는 것이다.

실제로 미국법원들은 공정이용 여부를 판단하면서 변용 또는 변형적 이용(transformative use)을 공정이용을 인정하는 근거로 삼아 왔다.²³⁾²⁴⁾²⁵⁾ 실제로 미연방대법원은 위의 2LiveCrew판결에서도 “변용이 상업성 여부보다는 더욱 중요한 기준이며, 변용의 폭이 클수록 최종저작물의 상업성의 중요성은 줄어든다”고 판시하면서 인용저작물이 원저작물의 패러디로서 변용의 폭이 넓은 점을 강조하며 하급심을 파기하였다.²⁶⁾ 거꾸로 인용저작물이 뉴스나 보도와 같이 그 성격이 비상업적이라고 할지라도 변용의 폭이 좁다면 공정이용으로 인정이 되지 않는다.²⁷⁾

그런데 미국법원은 이 변형적 이용이 정확히 무슨 의미인지 밝힌 바가 없었다. 또 공정이용 판단시 고려되는 첫 번째 요소인 인용의 목적과 어떠한 관계가 있는지에 대해서는 명시적인 설시가 없었다.

필자는 첫째 변용이란 ‘인용저작물이 원저작물이 전달하는 감흥과 다른 감흥을 전달하는 것’이라고 정의하고 둘째 변용이 ‘인용의 목적’ 요건을 대체한다고 주장한다.

즉 인용저작물에 원 저작물을 삽입한 목표가 원 저작물이 원래의 청중 또는 관중에게 불러일으키는 호감을 그대로 재연하기 위한 것이 아니라 무엇인가 다른 감흥이나 이해를 일으키는 것이면 ‘인용의 목적’ 요건을 충족시키는 것이며 인용저작물의 목적이나 인용의 목적이 비상업적이라거나 보도, 비평, 교육, 연구 등의 명시된 목표에 속하는가를 별도로 고려할 필요가 없다는 것이다. 다시 말하면 인용저작물이 전달하는 감흥의 원저작물이 전달하는 그것과 완전히 다르다는 것은 우리 대법원이 열거한 ‘보도, 비평, 교육, 연구 등’의 ‘등’에 포함되는 것이며 미국 저작권법이 말하는 비상업성을 충족시킨다고 본다.

23) *Elvis Presley Enterprises v. Passport Video*, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003) (“다큐멘터리는 ‘상업적’이다. 그러나 더욱 중요하게도 Passport는 저작물 자체로부터 직접 이득을 취하려고 한다. . . 원고의 저작권이 보호하는 원래의 오락적 가치를 그대로 재연하는 것이다”,

24) *Hofheinz v. AMC Productions, Inc* 147 F.Supp.2d 12 E.D.N.Y., 2001. 법원은 위 영화들을 보여줌으로서 영화에서의 특수효과가 어떻게 변했는지 등을 보여주려 하였던 것이므로 변용이 인정된다고 하였고 필요한 만큼만 사용하였다고 하였다.

25) 위에서 표로 분석된 다큐멘터리들 중에서 엘비스 프레슬리와 찰리 채플린의 다큐멘터리의 경우 공정이용을 인정하지 않았는데 실제로 다큐멘터리를 하려고 다큐멘터리를 만드는 것인지 아니면 두 유명 연예인의 인기와 작품에 영합하려 한 것인지에 따라 변용을 인정하지 않았다고 하겠다.

26) *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 577-78, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed.2d 500 (1994).

27) *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F.3d 924, 938 (9th Cir.2002) 실제로 이 연방항소법원 판결은 뉴스프로그램의 공정이용을 부정하며, 저작물의 상업성 보다는 변용의 폭이 중요하다는 연방대법원 판결을 인용하였다. *Campbell*, 510 U.S. at 579, 114 S.Ct. 1164.

(3) 광고도 공정이용이 인정될 수 있다

위의 새로운 이론의 관점에서 가장 상업적인 인용저작물인 광고를 살펴보자. 광고인 경우 공정이용을 인정받는 경우가 많지는 않다. 영화의 여러 곳에서 발췌하여 2분짜리 트레일러를 만들어 관련 비디오의 판매에 이용한 것에 대하여 공정이용을 인정하지 않았다.²⁸⁾ 또, X-Men영화의 일부를 이용하여 X-Men의 원 저작권자가 자신의 X-Men TV시리즈를 홍보하는데 사용한 것 역시 공정이용으로 인정받지 못하였다.²⁹⁾ 게다가 원저작물의 영상이나 시각적 캐릭터를 이용한 것도 아니고 원저작물의 서사적 캐릭터만을 이용하여 광고를 만든 경우에도 저작권 침해로 인정된 바 있다.³⁰⁾

그럼에도 불구하고 인용저작물이 광고인 경우에도 공정이용을 인정받은 경우는 상당수가 있다. 우선 Leibovitz판결에서는 광고이면서 ‘인용의 양’도 N/copy 및 N/original 모두 상당히 높음에도 불구하고 공정이용을 인정받았다. 또 케이블 채널에서 방영되는 성인용 프로그램을 다른 코미디 프로에서 ‘유익한 프로그램’이라며 풍자적으로 소개하였고 이 코미디 프로에 대한 선전용 영상에 몇 초 정도 풍자의 대상이 되었던 성인용 프로그램을 이용한 경우에 이것이 선전용 영상임에도 불구하고 정당한 사용으로 인정된 예가 있다.³¹⁾

위 사건들에서 공정이용이 인정된 경우와 인정되지 않은 경우의 핵심적인 차이는 변형적 이용(transformative use) 임을 알 수 있다.

광고는 그 저작물 자체가 음미의 대상이 되기도 하지만 결국은 광고대상의 선호도를 높인다는 외부적인 목적을 가지고 만들어진다. 광고 내에서 눈에 보이는 것 하나하나 귀에 들리는 것 하나하나

판촉대상물에 대해 호감이나 호기심을 갖도록 하는 것을 목표로 하고 있다. 대부분 광고나 홍보물이 타 저작물을 이용한다면, 이 역시 이와 같은 호감을 불러일으키기 위한 것이다. 인용저작물이 광고인 경우 공정이용이 쉽게 인정되지 않는 것은 보통 광고에서 다른 저작물을 이용할 때는 그 저작물의 원래의 감흥을 그대로 이용하기 때문이다. 예를 들어 보통 청량감을 전달해야 하는 지스 광고에 사진을 삽입한다고 할 경우 바닷가 사진이나 열대 과일의 열매의 사진과 같이 청량함을 전달하는 사진을 삽입하지 음울하거나 슬픈 사진을 전달하지는 않을 것이다. 즉 변용이 없는 경우가 많다.

그런데 혼치는 않지만 인용저작물인 광고가 불러일으키는 호감과 원저작물이 불러일으키는 호

28) Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home 342 F.3d 191, (3rd Cir. 2003) 광고나 홍보물이 특정 영상물을 이용할 경우 위에서 언급하였듯 변용을 찾기가 힘들다. 영화의 여러 곳에서 발췌하여 2분짜리 트레일러를 만들어 비디오판매에 이용한 것에 대하여 공정이용을 인정하지 않았다. “Entertainment에서 information으로의 변용이 없다”.

29) Twentieth Century Fox Film Corp. v. Marvel Enterprises, Inc. 155 F.Supp.2d 1 (S.D.N.Y., 2001) X-Men영화의 일부를 이용하여 X-Men의 원 저작권자가 자신의 X-Men TV시리즈를 홍보하는데 사용한 것 역시 공정이용으로 인정받지 못하였다.

30) Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. American Honda Motor Co., Inc., 900 F.Supp. 1287 (C.D.Cal., 1995) 혼다 자동차회사에서 탈착식 지붕을 가진 차 del Sol을 선전하기 위해 007영화의 주인공 ‘제임스 본드’처럼 보이는 사람이 del Sol에 미모의 여성을 태우고 가다가 헬기의 추격을 받게되고 헬기에서 외계인생명체가 차 천정에 달라붙자, 여성에게 은밀한 미소를 보내며 탈착식 지붕을 외계인과 함께 날려보낸다는 내용의 텔레비전 광고를 제작하였음.

31) Kane v. Comedy Partners, Not Reported in F.Supp.2d, 2003 WL 22383387 (S.D.N.Y.), 2003 Copr.L.Dec. P 28,699, 68 U.S.P.Q.2d 1748, 32 Media L. Rep. 1113 (S.D.N.Y., 2003) 코미디 프로가 케이블 채널에서 방영되는 성인용 프로그램을 ‘유익한 프로그램’이라며 반어법적으로 소개하며 그 코미디 프로의 도입부와 홍보용 영상에 몇초 정도 성인용 프로그램을 이용한 경우.

감이 다를 수도 있다. 위의 Leibovitz판결을 보자. 원저작물은 임신한 여성의 나체를 성스럽게 묘사하고 있고 경외를 불러일으킨다. 인용저작물은 원저작물을 이용하기는 하지만 경외가 아닌 희극적 상황을 만들어낸다. 그런데 인용저작물의 희극성은 바로 원저작물을 이용했다는 사실에서 발생한다. Kane판결 역시 원저작물이 성욕을 불러일으키는 것과 인용저작물은 달리 성인용 프로그램을 ‘유익한 프로그램’이라고 반어법적으로 소개하면서 코믹효과를 만들어낸다.

일반적으로 패러디의 경우 변용에 있어서 변화의 폭이 매우 넓다. 보통 진지한 소재를 조롱, 비하 또는 과장함으로써 만들어지는 패러디는 소재가 진지하면 할수록 웃음의 깊이는 더욱 깊어진다. 즉, 원저작물의 창작목표와 인용저작물의 창작목표는 마치 자석의 같은 극처럼 멀어질 수밖에 없다. 그렇기 때문에 패러디에서는 공정이용이 상대적으로 용이하게 인정된다.

정리하자면, 인용저작물이 광고인 경우에도 패러디 광고처럼 원저작물과 완전히 다른 감흥을 불러일으키는 변형적 이용을 한다면 공정이용이 인정될 수 있다.

(4) 보도도 공정이용이 부인될 수 있다

위와 같은 논리라면 거꾸로 인용저작물이 법조문이 인정하는 ‘보도, 비평, 교육, 연구’라고 할지라도 변형적 이용이 없다면 공정이용이 부인되는 사례들이 있어야 한다. 그렇다면 전통적인 기준에서는 가장 공정이용이 인정되기 쉬운 것으로 보이는 “보도”의 경우를 살펴보자. Court TV라는 케이

블방송국이 1992년 인종폭동에서 백인트럭기사(Reginald Denny)를 폭인청소년이 폭행하는 장면을 담은 비디오(원래 1분정도 분량)의 수초 정도를 (1) 관련 재판내용을 방송하는 자사 프로그램을 홍보하는 티저(teaser)에 포함시키고 (2) 자사의 소송논평 프로그램의 오프닝 몽타쥬에 사용하였다. 이에 대해 2003년 연방항소법원은 오프닝 몽타쥬에 사용한 것은 매우 강한 변용이며 - 사실의 보도라는 원래 목적과는 다른 새로운 감흥을 불러일으키므로 - 티저에 포함된 것은 변용의 정도가 약하긴 하지만 원 저작물의 경제적 가치에 전혀 영향을 주지 않는다고 하여 공정이용을 인정하였다.³²⁾ 연방항소법원은 홍보용 티저나 오프닝 몽타쥬 모두 기본적으로 ‘광고’로서 자사 프로그램을 홍보하기 위한 것이지 시사나 보도를 위한 것이 아님을 인정하였으나 여기서는 “원저작물 자체가 보도용으로 작성된 것이므로, 인용의 목표가 보도가 아니면 아닐수록 더욱 변용이 용이하게 성립된다”고 까지 하였다.³³⁾ 즉 도리어 인용저작물의 목표가 ‘광고’이기 때문에 변용이 더욱 용이하게 인정된 것이다. 또 바로 보도 목적으로 원고측이 위 비디오를 여러 방송국에 유료로 라이선스해왔고 이에 대한 시장이 존재한다고 할지라도 그 시장에 대한 영향은 높지 않다고 하였다.³⁴⁾

사실 같은 연방항소법원은 1997년에, 같은 비디오를 사용하여 위의 폭행을 보도한 다른 방송국에 대해서는 육성해설을 바꾼 것 외에는 똑같이 보도용으로 사용하였다며 공정이용을 인정하지 않았

32) L.A. News Service v. CBS Broadcasting, Inc., 305 F.3d 924 (9th Cir. 2002).

33) L.A. News Service v. CBS Broadcasting, Inc., 305 F.3d at 939.

34) L.A. News Service v. CBS Broadcasting, Inc., 305 F.3d at 942.

기 때문에 더욱더 인용저작물의 ‘비영리’적인 목표 또는 ‘보도’의 목표가 그다지 중요하지 않다는 것은 극명하게 증명되었다.³⁵⁾

이와 같이 보도용 화면을 그대로 다시 보도용으로 사용하는 것은 변용으로 보지 않는 것이다. 또, ESPN이 지역방송국이 독점 중계한 경기 화면들을 모아서 보도한 경우 변용이 인정되지 않았다.³⁶⁾ 레슬링 선수가 무명이었을 때 만들어진 28분짜리 다큐멘터리에서 23초를 떼어내어 새로운 다큐멘터리를 만든 것은 공정이용으로 인정하지 않았다.³⁷⁾

정리하자면, 인용저작물이 보도인 경우에도 원저작물의 감흥이나 목적을 그대로 수행한다면 공정이용이 부인된다.

(5) 소결: 변형적 이용이 바로 비상업적 이용이다

대법원 판시와 미국저작권법은 ‘인용저작물의 목적’이 아니라 ‘인용의 목적’을 공정이용 판단의 요소로 적시하고 있다. 이 문구에 가장 충실하게 해석하자면 ‘인용저작물의 목적’은 중요하지 않다. 인용저작물 자체가 ‘대중음악’이든 ‘상업영화’이든 ‘보도물’이든 ‘평론’이든 중요한 것은 원저작물을 이용하는 목표이지 인용저작물 자체가 아닌 것이다. 특히 광고와 같이 인용저작물의 목적은 판촉대상물에 대한 수용자의 선호도 제고라는 철저히 상업적임에도 불구하고 공정이용을 인정받는 사례를 찾아볼 수 있었다.

이 광고에 의한 공정이용 판례를 미국법원들은 변용 또는 변형적 이용(transformative use)여부에

의지하고 있었으며 이 판례들의 사실관계를 살펴보면 그 의미는 원저작물이 보통 사람들에게 전달하는 감흥과 완전히 다른 감흥을 전달하기 위해 원저작물을 이용하는 것이라는 가설을 세울 수 있었다. 즉 변용 또는 변형적 이용은 원저작물이 시장에서 가지고 있는 선호도의 근거가 되는 감흥을 그대로 전달하려는 것이 아니라 원저작물에 변형을 가함으로써 새로운 감흥을 창조하는 것이다. 거꾸로 원저작물이 시장에서의 선호도의 원인이 되는 면에 편승하여 인용저작물이 시장에서 선호도를 갖게 되는 것은 바로 미국저작권법이 금지시키는 ‘상업적 이용’(commercial use)에 해당되는 것이다.

이렇게 하여 변용의 반대말은 상업적 이용이 된다. 그리고 변용은 인용저작물이 보도물, 비평물, 연구물, 교육물인 것에 전혀 구애받지 않고 원저작물의 시장선호도의 원인요소를 이용하지 않고 새로운 감흥을 창조하는 것이 된다. 거꾸로 인용저작물이 보도물이라고 할지라도 원저작물도 보도물인 경우 똑같은 감흥이 그대로 전달되기 때문에 공정이용이 인정되지 않지만 인용저작물이 오히려 광고인 경우 원저작물의 목표인 ‘보도’와 차이가 발생하므로 공정이용이 인정되는 사례들을 확인할 수 있었다. 또 새로운 이론은 패러디의 경우 공정이용이 용이하게 인정된다는 경험칙과도 부합한다. 원저작물의 숭고함을 조롱, 비하함으로써 새로운 감흥을 만들어내기 때문이다.

35) Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9, 108 F.3d 1119 (9th Cir. 1997).

36) New Boston Television v. Entertainment Sports Programming Network, 215 U.S.P.Q. (BNA) 755 (D.Mass.1981).

37) Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. Am. Broad. Companies, Inc., 621 F.2d 57, 62 (2d Cir.1980).

위와 같이 ‘인용의 목적’을 ‘변용’과 등치시킬 경우 또 하나의 미덕은 아래에서 살펴겠지만 변용이 공정이용의 원래의 네 가지 고려요소 중의 하나인 ‘시장에서의 수요 대체’라는 요소를 포함하게 된다. 왜냐하면, 변용의 폭이 좁아 원저작물이 전달하는 감흥을 인용저작물이 그대로 전달할 경우 인용저작물은 원저작물에 대한 수요를 대체할 가능성이 높고 거꾸로 변용의 폭이 넓을 경우 원저작물이 전달하는 감흥과 다른 감흥을 전달하므로 원저작물에 대한 수요를 대체할 가능성이 줄어들기 때문이다.

2. 인용의 양 - $N/original$ 과 $N/copy$ 모두 중요하다

‘인용의 목적’을 위와 같이 정의할 경우 ‘인용의 양’의 문제는 쉽게 해결이 된다. 즉 인용의 목적을 초과하는 이용의 경우 불필요하게 타인의 저작물을 이용하는 것이므로 공정한 이용이 아니다.

변용이 성립되면 변용에 필요한 만큼만의 원저작물이 사용되어야 한다. 이렇게 정의되면 위에서 말한 문제들이 해결된다. 즉 문화산업의 실무자가 항상 궁금해하는 ‘최대한 얼마큼 이상을 사용하면 공정이용의 범위를 벗어나는가’라는 질문에 대한 답은 ‘목표에 비례해야 한다’는 것이다. 아래에 소개되겠지만 판례에서는 27.5초 동안 그림소품이 보여진 것에 대해서도 공정이용의 범위를 넘어서었다고 하고 있다.³⁸⁾ 거꾸로 더 많은 시간을 이용하고도 공정이용으로 인정을 받은 경우도 있다.³⁹⁾ 중요한 것은 필요한 만큼만 사용하였는가이다.

또 $N/copy$ 대 $N/original$ 논쟁에서도 $N/original$

이 여기서는 더 중요함을 알 수 있다. 왜냐하면 변용이 성립된 연후에 이제 지켜야 하는 것은 원저작물의 저작권이다. 불필요하게 원저작물을 많이 이용하는 것은 변용의 범위를 벗어나는 것이므로 공정한 이용이 되지 않는 것이다.

그런데 실제 판례들은 위에서 살펴보았듯이 $N/copy$ 를 많이 고려하고 있는데 아무런 의미가 없을까?⁴⁰⁾ 실제 판례들은 후자도 고려를 하고 있다. 그러나, 후자를 고려하는 이유는 인용목적과 인용량의 비례관계를 파악하기 위해서가 아니라 변용의 범위를 측정하기 위해서이다.⁴¹⁾ 예를 들어, 인용저작물에서 원저작물이 차지하는 비중이 크면 클수록 변용이라고 말하기 어려울 것이다. $N/copy$ 가 크면 클수록 변용이라고 말하기 어려울 것이다. 아래에 나오겠지만 엘비스 프레슬리에 대한 다큐멘터리를 만든다고 하면서 엘비스 프레슬리의 공연장면이 다큐멘터리의 50% 이상을 차지한다면 다큐멘터리를 보는 사람들이 엘비스라는 사람에 대한 이해 또는 그의 삶의 음미라는 새로운 목적을 위해 다큐멘터리를 보는 것이 아니라 엘비스의 공연장면을 보기 위해 다큐멘터리를 보게 될 것이다.

3. 시장성 훼손 여부 - 변형적 이용은 원작의 시장성을 훼손하지 않는다

38) Ringgold v. Black Entertainment TV, 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997).

39) Jackson v. Warner Bros., Inc., 993 F.Supp. 585, 44 U.S.P.Q.2d 1603 (E.D.Mich., 1997).

40) 미연방대법원은 “인용부분의 인용저작물에서의 비중이 적다고 해서 저작권침해가 아닌 것은 아니다”고 하였다. Harper & Row, 471 U.S. at 565, 105 S.Ct. 2218.

41) Harper판결, 미연방대법원은 같은 판결에서 인용부분이 인용저작물에서 비중이 적다는 것은 인용된 원저작물의 가치를 보여주는 것이라고 하였다. 즉, 원저작물의 가치를 변용없이 그대로 이용하고 있는지에 관련된 것이다.

인용저작물이 원저작물 전체의 시장성을 훼손해야 공정이용이 부인되는지 아니면 실제 사용된 부분의 시장성만을 훼손하여도 공정이용이 부인되는가의 논쟁이 발생하는 이유는 다음과 같다.

우선 논리적으로는 원저작물 전체의 시장성이 판단의 대상이 되어야 할 것이다. 예를 들어, 원저작물인 영화의 짧은 토막들의 사용에 대해 사용료를 받을 수 있는가 없는가 – 즉, 그와 같은 시장이 존재하는가 – 는 공정이용의 법리에 의해 결정될 것이다. 예를 들어, 2시간짜리 영화의 1분 토막을 다큐멘터리들에서 이용한 것이 공정이용이라면 이에 대해 어떤 다큐멘터리 제작자들도 로열티를 지불하려 하지 않을 것이고 이와 같은 1분 토막들의 시장은 애초에 존재하지 않는 것이다. 그런데 공정이용 여부가 다시 그러한 시장이 존재하는지를 확인하고 그리고 그렇기 때문에 인용저작물은 그 시장에서의 원저작물의 1분토막의 가치를 훼손하였다는 판단에 의하여 결정된다면 이는 동어반복이 될 것이다. 결국 논리적으로는 원저작물의 시장성을 대체하는가가 중요한 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고 논란이 있는 이유는, 인용저작물이 원작의 시장성에 전혀 영향을 주지 않음에도 불구하고 공정이용을 인정하지 않는 경우가 많이 있기 때문이었다.

하지만 필자가 분석컨대 이것은 공정이용 판단의 다른 요소인 변용 여부에서 ‘불합격’ 처리되었기 때문이다.⁴²⁾ 그리고 더욱 중요한 이유는 시장성 대체 여부가 이미 변용에 대한 판단에 포함되어 판단되기 때문이다. 실제로 원작의 시장성에 영향을 주는 경우에는 거의 모두 공정이용을 인정하지 않으며 그리고 이런 경우에는 거의 모두 원저작물

과 같은 목표로 사용되었다고 이미 판시가 내려져 있는 경우가 보통이다.⁴³⁾ 미국의 주요 항소법원들은 “변용이 없으면 없을수록 원저작물의 시장성이 심하게 훼손된다”고 판시하고 있다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

이것은 위에서 밝혔듯이 변형적 이용여부는 시장수요 대체여부와 표리관계이기 때문이다. 변용의 폭이 좁아 원저작물이 전달하는 감흥을 인용저작물이 그대로 전달할 경우 인용저작물은 원저작물에 대한 수요를 대체할 가능성이 높고 거꾸로 변용의 폭이 넓을 경우 원저작물이 전달하는 감흥과 다른 감흥을 전달하므로 원저작물에 대한 수요를 대체할 가능성이 줄어든다. 그렇다면 변용 여부 판단과 별도로 시장성 훼손이 독립적인 고려요소로 유지될 필요가 없다.

위와 같은 입론의 취지는 절대로 시장성 훼손이 중요한 고려요소가 아니라는 것은 아니다. 원저작물의 시장성을 훼손하는가는 매우 중요한 아니 저작권법의 원래 취지인 저자들의 후생이라는 측면에서 본다면 가장 중요한 고려요소라고 보여진다. 단지 변용의 개념은 시장성 훼손의 의미를 더욱 분명하고 구체적으로 만들어 시장성 훼손에 대한 판단이 이미 변용 판단에서 이루어지도록 하므로 시장성 훼손에 대한 별도의 판단이 필요없다는 것이다.

그러나 변용이 없다고 하여 시장성이 훼손되는 것은 아니다. 예를 들어 ‘사적 복제’의 경우 변용은

42) Video Pipeline 판결 (3rd Cir. 2003); X-men 판결 (S.D.N.Y., 2001).

43) Video Pipeline 판결 (3rd Cir. 2003); X-men 판결 (S.D.N.Y., 2001).

44) Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc., 305 F.3d 924, 938 (9th Cir. 2002), amended by 313 F.3d 1093 (2002).

45) Elvis Presley Enterprises v. Passport Video, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003) (“원작물의 원래 목적에 그대로 봉사하고 있어 원작의 시장성을 훼손하고 있다”).

없지만 시장성의 훼손이 없을 수 있다. 이것은 원 저작물을 외적으로 복제 배포하는 범위가 한정되어 있기 때문이다.

4. 원 저작물의 창작적 가치 - 캐스팅보트

역시 위에서 원 저작물이 얼마나 창작물로서 보호가치가 있는가도 고려해야 한다고 하였다. 원 저작물이 사실들을 편집한 것인지 모두 창작한 것인지에 대해 따라 공정이용으로부터의 보호 정도가 달라야 한다는 취지이다. 미국과 한국의 판결들에서 원작의 저작물로서의 가치도 자주 언급되지만 최소한의 지적 노력만 투입되었다면 거의 모든 저작물에 대해 저작권을 인정해주고 있다.⁴⁶⁾ 물론 공정이용의 형량에 있어서 원저작물의 창작적 가치의 중요성을 고려하는 이유는 똑같은 저작물이라고 할지라도 창작의 정도가 큰 차이가 있다. 그러나, 원 저작물의 창작적 가치의 중요성은 (1) 변용이나 (2) 변용에 필요한 만큼만 사용되었는가 만큼 중요하지는 않은 것으로 보이며 위의 두 가지 요소의 형량이 공정이용 여부에 대한 명백한 결정으로 귀결되지 않을 경우 일종의 캐스팅 보트를 쥐고 있는 것으로 보인다. 실제로, 위의 표에서 찰리 채플린 판결과 무하마드 알리 판결을 보면 매우 비슷한 성격의 변용이 이루어졌고 사용량도 비슷한 것을 알 수 있다. 그런데 채플린 판결에서는 공정이용이 부인되고 알리 판결에 있어서는 공정이용이 인정되었는데 그 이유는 전자에서는 채플린이 만든 영화 즉 창작적 가치가 매우 높은 것을 이용하였고 후자에서는 알리의 경기장면을 단순히 촬영한 것 즉 창작적 가치가 그다지 높지 않은

것을 이용하였기 때문으로 보여진다.⁴⁷⁾ 채플린 영화 판결의 법원은 ‘지방법원은 ‘한 사람에 대한 사실을 이용하는 것과 그 사람의 예술작품을 이용하는 것은 다르다’고 하였다.

5. 소결: 변형적 이용 그리고 그에 필요한 만큼만⁴⁸⁾ - 한국판례들에의 적용

그렇다면 기존의 공정이용 법리가 가진 난점을 극복하고 실제 실무에서 사용가능한 기준은 다음과 같이 명제화 될 수 있다.

공정이용이란, (1) 원 저작물의 창작목표와는 다른 목적으로 원 저작물을 인용저작물 내에서 사용하되 (2) 그 목표에 필요한 만큼만 원 저작물을 사용하는 것이다.

⇒ 위의 두 가지 요소의 형량을 통해 명백한 판정이 이루어지지 않으면 (3) 원 저작물이 기존 저작물이나 실제 상황을 사용한 것인지 순수하게 창작한 것인지에 따라 판정한다.

네 가지 고려 요소들 - (1) 인용의 목적 (2) 저작물의 성질, (3) 인용된 내용과 분량, (4) 원 저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 - 중에서 첫 번째 요소와 세 번째 요소의 관계를 명백히 하여 위의 두 가지 요소들에 대한 판단을 먼저 하고 그 이후

46) Amsterdam v. Triangle Publications, Inc., 189 F.2d 104 (1951).

47) Monster Communications, Inc. v. Turner Broadcasting System, Inc., 935 F.Supp. 49 (S.D.N.Y., 1996), Roy Export Co. Establishment of Vaduz, Liechtenstein, Black Inc., A. G. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 503 F.Supp. 1137 (D.C. 1980).

48) 필자는 이 가설을 개략적으로 2007년 저서 <사진으로 보는 저작권, 초상권, 상표권 기타등등>에서 주창한 바 있다. 이 논문은 현재 공정이용 법리의 문제점들을 밝혀내어 새로운 이론의 타당성을 보여주고 필자의 가설이 어떻게 이 문제점들을 해결하는지를 보여주기 위해서 새로이 작성되었다.

에 두 번째 요소를 고려하도록 한다는 것이다. 그리고 위에서 말했듯이 수요대체여부는 인용의 목적에 포함되게 된다.

이 기준은 한국 판례들도 어느 정도 설명해낼 수 있다. 예를 들어 공정이용이 인정된 ‘해피에로 크리스마스’ 사건의 경우 조직폭력배의 두목이 영화 ‘러브레터’를 보며 눈물을 흘리며 역기를 드는 장면을 보여주는데 원저작물이 멜로물로서 보여주는 정서와는 완전히 다른 감흥을 전달하며 필요한 만큼만 사용되었다.⁴⁹⁾ 또 역시 공정이용이 인정된 ‘썸네일’ 사건의 경우에도 썸네일 사진은 검색의 용이성이라는 목표를 위해 변형되어 원저작물의 원래 목표대로 감상될 수 없도록 해상도가 제한되어 있었다.⁵⁰⁾ 거꾸로 일본포르노잡지에 게재된 여성누드사진을 ‘일본 포르노업계에 한국여성들의 사진이 이용되고 있다’는 취지의 보도를 하기 위해 사용한 것에 대해 공정이용을 인정하지 않았는데 이는 사진들의 크기나 색상이 거의 원저작물 그대로 게재되어 원래의 에로틱한 감흥이 그대로 전달될 수 있었기 때문이다.⁵¹⁾

최근의 손담비 노래 판결에서 법원은 아예 아이가 따라 부른 것은 ‘원작과 다른 감흥을 전달한다’고 하며 공정이용을 인정하였다.⁵²⁾

V. 결론

현재 공정이용에 대한 한국의 대법원판결과 미국의 법조문은 (1)원저작물의 사용 목적, (2) 원저작물 자체의 창작적 가치, (3) 원저작물이 사용된 양, (4) 원저작물의 시장수요 대체 여부 등을 중요

하게 고려하고 있다는 점에서 일치하고 있다. 그런데 이 요소들은 종합적으로 고려될 뿐 이 요소들 사이의 관계나 위계질서가 분명하지 않아 문화산업 실무자들에게 아무런 도움이 되지 않고 있다.

더욱 큰 문제점은, 각각의 요소들은 몇 가지 논리적인 불명확성이 존재하다. 우선, 이용의 목적이 비상업적이라야 한다는 명령은 상업영화 및 상업음악에서 공정이용을 인정하고 있는 판례와 부합하지 않는 면이 있다. 또 ‘인용된 양’은 그 의미가 ‘원저작물에서 인용된 부분의 비율(N/original)’인지 ‘인용저작물에서 인용된 부분의 비율(N/copy)’인지가 불분명하다는 것이 판례를 통해 밝혀지고 있고 그것이 전자로 결정나든 후자로 결정나든 실제 실무에서 어느 만큼 사용해야 공정이용의 범위에 드는지 예측하기 어렵다. ‘원저작물의 수요 대체 여부’ 역시 원저작물 전체의 수요를 말하는 것인지 원저작물의 일부의 수요를 말하는 것인지에 따라 최종결정에 미치는 효과가 반대로 나타난다. 이러한 법리적 혼란을 정리할 필요가 있다.

미국법원은 변형적 이용(transformative use)라는 개념을 공정이용 판단에서 중요시하고 있다. 그

49) 2004.3.18. 서울지방법원 판결.

50) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 저작권법위반. (“썸네일 이미지를 제공한 주요한 목적은 보다 나은 검색서비스의 제공을 위해 검색어와 관련된 이미지를 축소된 형태로 목록화하여 검색서비스를 이용하는 사람들에게 그 이미지의 위치정보를 제공하는데 있는 것이지 피고인들이 ○○○의 사진을 예술작품으로서 전시하거나 판매하기 위하여 이를 수집하여 자신의 사이트에 게시한 것이 아닌 만큼 그 상업적인 성격은 간접적이고 부차적인 것에 불과한 점”; 보정작업을 거친다 하더라도 열화현상으로 작품으로서의 사진을 감상하기는 어려운 만큼 피고인 회사 등이 저작물인 ○○○의 사진을 그 본질적인 면에서 사용한 것으로는 보기 어려운 점”)

51) 서울고등법원 1990. 2.13. 선고 89나32908 손해배상(기).

52) 서울남부지방법원 2010.2.18 선고 2009가합18800 손해배상; 서울고등법원 2010.10.13 선고 2010나35260 손해배상

런데 그 의미 그리고 이것이 원래의 기존의 법리에
서의 고려요소들과는 어떤 관계인지는 명시적으
로 밝혀지지 않았다. 이에 대해 필자는 변형적 이
용은 바로 ‘상업적 이용’의 대척점에 있는 것으로
서 변형적 이용은 기존의 법리에서 첫 번째 요건인
이용의 목적의 비상업성 요건을 대체하는 것이라
고 주장한다. 그리고 필자는 변형적 이용의 의미는
원저작물과 완전히 다른 감흥을 전달하는 것이라
고 주장한다.

즉 변형적 이용이 인정되면 이용이 상업적인지
여부는 더 이상 검토할 필요가 없다는 것이다. 이
렇게 첫 번째 요건이 정리되면 나머지 요건들도
자연스럽게 정리된다.

두 번째 요건인 ‘인용의 양’은 ‘변용에 필요한
만큼만 원저작물을 이용하였는가’로 대체된다. 즉
N/original이 중요하되 절대적인 기준이 있는 것이
아니고 변용에 필요한 만큼만 이용되었는가가 기

준이 된다. N/copy도 의미를 갖게 되는데 변형적
이용이 이루어졌는가에 영향을 주게 되기 때문이
다. 네 번째 요건인 ‘시장수요대체성’은 변형적 이
용이 이루어지는 경우 완전히 다른 감흥이 전달되
므로 원작의 시장성을 대체하지 않는 것이 된다.
결국 네 번째 요건에 대해서는 별도의 심의가 필요
없어지게 된다.

필자는 다음과 같이 공정이용의 새로운 기준을
제시한다. 즉 공정이용으로 인정받기 위해서는 (1)
원 저작물이 전달하는 감흥과는 완전히 다른 감흥
을 전달하는 것이 인용의 목표가 되어야 하고 (변
용, transformative use) (2) 그 목표에 합당한 범위
만큼만의 원 저작물의 부분을 사용해야 한다. (3)
위의 고려만으로 판가름이 나지 않을 경우 원저작
물이 사실을 그대로 영상화한 것인지 새로이 연출
한 것인지를 판단한다.

ABSTRACTS

A New Definition of Fair Use

Park, Kyung Sin

In finding fair use, the U.S. Law on fair use focuses on (1) the non-commercial purpose of the use (2) the nature of the work used (3) the amount used and (4) whether the use supplants the demand for the work. However, the relationship and hierarchy among the four factors is not clear and does not lend itself to any guidance to practitioners in the cultural industry.

What is more serious, each of the factors suffers from flaws. The prerequisite of a non-commercial purpose does not agree with the precedents that recognize fair use by commercial films and music. Also, it is not clear whether the amount used should be weighed in its proportion vis-a-vis the original work (N/original) or the copying work (N/copy). Also, is it the extent to which the copying work replaces the original work in market demand or it replaces the used part?

The author proposes a new theory of fair use that answers these questions and agrees with most precedents, namely that, fair use is the use of a copyrighted work that conveys a message or an emotion different from that of the work when the amount used is limited to the extent necessary for that transformative purpose. Configured this way, the new definition hinging upon transformative use explains why so many commercial copying works are recognized as fair uses while so many news and educational uses are denied. In this new definition, the amount used is meaningful in its proportion vis-a-vis the copying work in that the more is added to the original, the more likely the use is transformative. Of course, after the transformative use is established, the amount used should be evaluated in its proportion visa-visa the original work to see whether it exceeds the extent necessary for the transformative purpose. Finally, the new definition incorporates within it the fourth factor (that of the market demand) because the transformative use by definition does not use the demand-generating message or emotion flowing from the original work.

Keywords: fair use, transformative use, documentary, advertising, news, parody, market demand, copyright.

창작과 권리 2008년 여름호(제51호), 2008.6
순수한 인격권으로서의 초상권은 가치인가, 규범인가
Is A Portrait Right a Norm or a Value?

박경신 (고려대학교 법과대학 부교수)
K.S. Park, Korea University, Professor of Law

어떠한 권리가 이론적으로 존재한다는 것과 그 권리가 실제 사건에서 보장되어야 한다는 것과는 다르다. 초상권이 그러한 경우이다. 초상권은 틀림없이 이론적으로 존재한다. 공공장소에 불법주차나 무단쓰레기 투기를 방지하기 위해 설치되는 폐쇄회로 TV의 설치에 대한 반대 주장에서 ‘초상권’은 어김없이 등장한다. 공공장소에서 허락없이 타인의 사진을 촬영하는 행위에 대한 비난에서도 ‘초상권’은 어김없이 등장한다.

그러나 초상권이 하나의 보호되어야 할 가치로서 존재한다는 것과 실제 사건에서 초상권이 준수되어야 할 규범으로서 존재한다는 것과는 다르다. 실제 사건에서는 항상 여러 가지의 서로 다른 가치 및 권리들이 서로 경합을 하기 때문에 특정 사건에서 초상권이 보호된다거나 초상권이 규범으로서 준수되기 위해서는 다른 가치 및 권리들에 대한 일정한 제한을 동반한다. 예를 들어, 날씨에 대한 보도를 하는 텔레비전 뉴스의 촬영 시에 거리에 나와 있는 많은 사람들의 초상이 동의 없이 촬영되어 자료 영상으로 이용될 경우, 이를 이론적으로 ‘초상권 침해’라고 주장은 할 수 있다. 하지만, 실제로 초상권을 이유로 이와 같은 촬영을 금지하거나 카메라에 잡힌 사람들에게 동의를 얻도록 요구하는 것은 언론 및 출판의 자유에 대한 일정한 제한을 필요로 한다. 다시 말해 날씨에 대한 보도를 딱딱한 말로만 하는 것이 아니라 실제로 날씨를 즐기는 사람들을 시각적으로 보여주는 생생한 보도를 할 권리의 제약을 필요로 한다.

이 글에서 논의를 하고자 하는 것은 초상권이 실제 사건에서 다른 가치 및 권리의 제한을 감수하면서도 보호되어야 할 ‘권리’로서 또는 준수되어야 할 ‘규범’으로서 국내 판례 속에서 존재하고 있는가이다. 판례가 중요한 이유는 우리나라에는 초상권을 보호하는 법령이 존재하지 않기 때문이다.

초상권의 규범으로서의 존재 여부는 창작행위 전반에 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 초상권은 우리나라에서는 ‘자신의 초상을 허락없이 촬영당하지 않을 권리’, ‘자신의 초상을 허락없이 다른 사람이 사용하지 않도록 금지할 수 있는 권리’ 등으로 인식되고 있다. 그러나 이와 같은 간결한 정의는 매우 폭넓은 범주의 행위들을 초상권 침해 행위에 포함시켜 법적 불안정성을 증가시킨다. 위에서의 텔레비전 보도 문제는 말할 것도 없거니와 실존인물에 대한 모든 영상물 창작행위에 있어서 초상권 문제가 발생하게 된다.

더욱 안타까운 것은 퍼블리시티권(또는 초상영리권 혹은 초상재산권)이 최근 창작물의 대상이 되는 사람이 자신의 초상, 음성, 경험 및 정체성 등을 보호할 수 있는 규범으로 대두되고 있지만, 초상권에 대한 문제가 해결되지 않은 상황에서 퍼블리시티권(또는 초상영리권 혹은 초상재산권)은 창작행위의 법적 불안정성을 더욱 가중시키고 있을 뿐이라는 점이다. 왜냐하면, 퍼블리시티권을 ‘자신의 초상(및 특정인임을 식별할 수 있는 기표 등)이 허락없이 상업적으로 이용되도록 하지 않을 수 있는 권리’라고 정의하였을 때 창작자가 힘들게 ‘상업적인 이용’이 아님을 입증하여 퍼블리시티권 상의 공격을 방어한다고 하더라도 ‘초상을 허락없이 이용되도록 하지 않을 수 있는 권리’로서 정의되는 초상권은 계속 남아있게 된다. 퍼블리시티권 침해의 요건들인 (1)자신

의 초상이 (2) 허락없이 (3) 상업적으로 (4) 이용됨이 이미 초상권 침해의 요건들인 (1) + (2) + (4)를 이미 포함하고 있어 모든 퍼블리시티권 침해 행위는 이미 초상권 침해 행위이기 때문에 퍼블리시티권이라는 규범은 불필요한 규범이 되어 버리는 것이다. 실존인물에 근거한 창작행위들의 활성화를 위해서는 초상권의 규범으로서의 실효성에 대한 검토가 필요한 이유이다.

1. 초상권의 정의의 문제

초상권은 우리나라에서는 '자신의 초상을 허락없이 촬영당하지 않을 권리', '자신의 초상을 허락없이 다른 사람이 사용하지 않도록 금지할 수 있는 권리' 등으로 인식되고 있다. 초상은 그 초상의 주인의 것이며 초상을 촬영하는 것도 이를 사용하는 것도 모두 주인의 권한이라는 것이다. 초상을 인격의 발현으로 보면 초상의 저자(?)인 자가 초상의 촬영 및 사용에 대해 권리를 가진다는 것은 저작물을 정신의 발현으로 보고 저작물의 내용을 저자의 소유로 인정하는 것에 비견될 수 있다.¹ 저작물이 허락없이 복제가 되면 침해가 이루어지는 것으로 간주되듯이 초상도 허락없이 복제가 되면 공표 여부에 관계없이 침해가 이루어지는 것으로 간주된다. 이 글에서 논의하고자 하는 초상권은 바로 아무런 수식어 없이 초상을 촬영 내지 사용만 하면 침해되는 것으로 여겨지는 권리로서의 초상권이다.

이와 관련하여 우리나라에서 초상권의 정의 자체에 일정한 혼란이 있어 잠시 정리를 해보도록 하자.

가. 초상권의 번역은 퍼블리시티권이다?

과거에는 초상권이 영미계의 퍼블리시티권에 대응하는 개념으로 논의되어 퍼블리시티권을 초상권으로 번역하기도 하였다. 그러나, 퍼블리시티권은 단순히 초상을 촬영하였다고 침해되는 권리가 아니라 촬영된 초상이 어떤 방식으로든 공개 내지는 이용이 되었을 때 침해가 되며 또 모든 사람의 초상에 적용되는 것이 아니라 보호될 퍼블리시티(지명도)가 있는 사람에게만 적용이 된다.² 이와 달리 우리나라의 초상권은 ‘촬영’ 시점에서 곧바로 침해가 발생한다. 대법원은 명백하게 초상권을 “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림 묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리(편집자 강조)”³라고 정의하고 있다.

초상권 침해의 요건	퍼블리시티권 침해의 요건
얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징	성명, 얼굴, 음성 및 특정인임을 식별할 수 있는 모든 기표
취득 또는 공표	공표
	상업적인 이용

물론, 각 사회에서 비슷한 지위를 가지고 있는 법개념들이 요건이 다르다고 해서 서로의 번역으로 이용되기를 금하는 것은 올바른 자세가 아닐 것이다. 마치 미국의 defamation과 한국의 명예훼손의 요건이 조금 다르다고 해서 "defamation in Korea"라는 표현을 금하거나 미국의 명예훼손을 구태여 “데페메이션”이라고 쓰자고 하는 것은 비교법적인 노력을 하지 말자는 것과 마찬가지로 지나치다.

1 Roberta Rosenthal Kwall, "Fame", 73 Ind. L.J. 1, 39-40 (1997)

2 Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 564 (1977)

3 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결.

하지만, 이 논문에서는 초상권을 퍼블리시티권과는 별개의 것으로 --- 단순히 차이점이 있는 것 뿐만 아니라 각 사회에서 서로 다른 역할을 수행하고 있는 법개념으로 --- 정의하고자 한다. 초상권과 퍼블리시티권의 차이는 너무 커서 이미 학계와 실무계에서 별도의 권리인 것처럼 논의를 이미 진행하고 있다.⁴ 뿐만 아니라 아래에서 분석하겠지만 초상권의 보호법익과 퍼블리시티권의 보호법익은 애초에 다르기 때문에 서로의 번역으로 사용하기는 어렵다. 초상권은 초상을 하나의 인격의 발현 내지는 연장으로 보고 초상에 대한 모든 취득 및 사용 자체를 금하고 있지만, 퍼블리시티권은 초상을 사람에 대한 공적 기표(symbol)로 보고 그 기표의 부당한 사용을 규제한다.

나. 초상권이 퍼블리시티권을 포함한다?

간혹 초상권은 폭넓게 정의되어 퍼블리시티권 - 위에서 서로 별개의 것이라고 정의한 - 을 포함하는 개념으로 논의되거나 초상인격권과 초상영리권(또는 초상재산권)으로 구분되어 후자가 퍼블리시티권과 비슷하거나 퍼블리시티권을 대체할 수 있는 것으로 여겨진다.⁵ 이때 퍼블리시티권은 단순히 초상을 촬영하였다고 침해되는 권리가 아니라 촬영된 초상이 어떤 방식으로든 공표 내지는 이용이 되었을 때만 침해가 되며 또 모든 사람의 초상에 적용되는 것이 아니라 특수한 사람(유명인)에게만 적용이 된다. 그러므로, 이 글에서는 위의 구분을 따르자면 퍼블리시티권을 배제한 순수한 초상권 - 일반인의 초상을 촬영만 하더라도 침해되는 권리 - 또는 초상인격권이 대상이 된다. 혹자는 초상권 자체를 프라이버시권적인 부분(right of privacy)과 재산권적인 부분(right of publicity)으로 나누고 재산권적인 부분에서는 퍼블리시티권을 다루고 프라이버시권적인 부분에서는 재산적인 면이 배제된 상황에서 침해되는 권리를 다룬다. 그렇다면, 이 글에서 다루고자 하는 것은 전자, 즉 프라이버시권적인 초상권을 다루고자 하는 것이다.

초상권	
초상재산권(영리권)	초상인격권
재산권적 초상권	프라이버시권적 초상권
퍼블리시티권	비(非)퍼블리시티권적 초상권
	<---본 논문의 주제-->

4 남형두, "The Applicability of the Right of Publicity in Korea", 27 Korean J. of Int'l & Comp. L. 94 (1999년); 정경석, "초상권의 침해요건 및 구제방법", 저스티스 통권 제98호, 122쪽.

허영만의 만화 '아스팔트의 사나이'가 그 만화의 모델이 된 실존인물의 권리를 침해했는가에 관련하여 법원은 '성명 및 초상권'과 '상업적 이용' 여부에 대해 별도로 판시하고 있다

(서울중앙지방법원 1996. 9. 6. 선고 95가합72771 판결).

5 상기 논문에서 정경석은 초상권과 퍼블리시티권은 완전히 별개의 것으로 정의하고 초상권 내에 초상영리권이 존재하므로 퍼블리시티권을 도입할 필요가 없다고 주장하고 있다. 정경석, 전제서. 필자는 초상영리권이 존재하므로 퍼블리시티권의 도입이 필요없다는 정경석의 주장에 대해서는 실체적인 이의는 없다. '초상영리권'으로 불리든 '퍼블리시티권'으로 불리든 '특정인의 초상 등의 정체성을 상업적으로 남용하는 행위'에 대한 법원에 의한 규제가 이미 이루어지고 있다는 주장에 대해서 찬동하기 때문이다. 물론, 이렇게 되면 초상에 포함되지 않는 기표, 즉, 이름, 몸동작, 복색 등에 대해서는 별도의 퍼블리시티권적인 개념이 도입되어야 하는 문제가 발생하기는 하나 이에 대한 논의는 이 글의 범위를 벗어나는 것이다. 이 글에서 다루고자 하는 것은 초상인격권의 법적 존재의 여부이다.

퍼블리시티권과 초상권을 상호의 번역으로 이용하는 것이 타당하지 않다는 상기 논의에 비추어 볼 때 초상권이 퍼블리시티권이나 재산권적 초상권을 포함하는 것으로 정의하는 것 역시 문제가 있으나 여기에서는 다루지 않는다.

다. 초상권의 프라이버시권의 한 부분이다?

초상권은 간혹 프라이버시권의 한 부분으로 분류되기도 한다. 하지만, 이때의 프라이버시권은 현대에서 법적으로 또는 생활 속에서 통용되는 프라이버시권의 개념과는 간극이 있다. 초상권을 포함하는 넓은 의미의 프라이버시권은 한 개인의 인격에 대한 보호 -- 즉, 인격권 -- 에 다름 아니다.

이렇게 폭넓은 프라이버시권의 개념은 처음 ‘프라이버시권(the Right to Privacy)’를 개념화 하였던 미국학계에서 비롯된 것으로 보인다. 1960년대에 미국에서 프라이버시 침해를 불법행위로 구성한 프러서(William L. Prosser)가 바로 프라이버시 침해유형을 다음의 네 가지로 분류하고 있다.⁶

- (1) **사적 사실의 공표**(public disclosure of private facts)~ 비밀로 붙여두고 싶어하는 개인에 관한 난처한 사적 사항이 언론 매체에 그대로 공개되어 권리가 침해받는 경우.
- (2) **왜곡된 묘사**(false light in the public eye)~허구와 허위의 사실을 공표 하거나 사실을 과장 또는 왜곡하여 공표함으로써 세인들로 하여금 특정인을 사실과 다르게 알도록 하는 행위.
- (3) **성명 및 초상의 영리적 사용**(appropriation of name or likeness)~개인의 성명, 초상, 경력 등 본인의 고유한 속성, 즉 인격적 징표를 본인의 동의 없이 사용하여 상업적 부당 이득을 추구하는 행위.
- (4) **사생활에의 침입**(intrusion upon solitude or seclusion)~ 개인의 평온한 사생활이 적극적으로 침입 및 간섭받거나 소극적으로 감시도청 또는 촬영되는 행위 등에 의하여 불안과 불쾌감을 유발시키는 행위.

위의 네 가지 유형에서 현대사회에서 일반적으로 통용되는 프라이버시 침해에 해당하는 행위는

(1)과 (4)에 한정됨을 알 수 있다. 또, 침해유형(3)은 영미계에서 인정되는 퍼블리시티권을 말하고 침해유형(2)는 명예훼손의 약한 형태⁷에 해당되는 개념임을 알 수 있다. 즉, 프러서의 프라이버시는 명예, 비밀 및 정체성⁸ 등을 모두 포함하는 인격 전체를 포괄하는 것으로서 현대의 프라이버시 개념과는 차이가 있다.

그렇다면, 1960년대까지 프라이버시권을 퍼블리시티권, 약한 형태의 명예훼손을 포함하는 폭넓은 권리로 정의하였다면, 현대에 들어와서 각 부분이 명백히 분화된 시점에서 이 모든 유형들을 프라이버시로 정의하는 것이 타당한가?

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

7 혹자는 false light(왜곡)과 defamation(명예훼손)이 질적으로 다르다고 주장하기는 하나 false light에 대한 판례들이 거의 없어 확인이 되고 있지 않으며, 미국에서는 진실이 명예훼손에 대한 완전한 항변이 되기 때문에 진실을 적시하되 왜곡되게 묘사하는 행위를 규제하기 위해 false light이 필요한 것으로 이해할 수 있다.

8 학계에서는 identity를 동일성으로 번역되기도 하나 정체성으로 번역하는 것이 옳바르다고 본다. Identity는 identify와 어원을 같이 하므로 동일성으로도 번역되지만 일반인들에게는 ‘정체성’이라는 번역이 더욱 쉽게 이해된다. 이미 외국에서 자신의 민족적 정체성에 대해 혼란을 겪는 이민자의 자녀들을 가리켜 ‘identity crisis에 빠져있다’라고 하는 용례도 있다.

프룟서가 이와 같이 다양한 형태의 불법행위들을 모두 프라이버시 침해에 포함시킬 정도로 프라이버시를 넓게 정의한 이유는 프라이버시권을 처음 정립한 것으로 알려지는 Samuel Warren판사와 Louis Brandeis판사의 1890년 논문의 영향으로 보인다.⁹ 이 논문이 나오기 전까지 판례는 법적으로 인정되는 민사불법행위(torts)의 유형들을 신체나 재산에 대한 훼손을 동반하는 것으로 한정하고 있었고 그렇지 않다면 최소한 명예훼손, 저작권침해 또는 계약위반 등이 동반되어야 했다. Warren과 Brandeis는 이 논문에서 신체 및 재산적 손해, 명예훼손, 저작권침해, 계약위반 등을 동반하지 않는 새로운 불법행위들이 판례에서 인정되어 왔다고 주장하였다. 그리고 실제로 그와 같은 불법행위가 인정된 여러 판례들을 소개하는 것이 논문의 주 내용이며 이를 통해 ‘프라이버시침해’라는 새로운 불법행위 유형을 인정할 것은 주장하였다.

그런데, 이들이 논문을 통해 정립시킨 프라이버시 침해라는 새로운 불법행위 유형은 프룟서가 정의한 폭넓은 프라이버시의 그것과는 차이가 있다. 왜냐하면, 논문의 후반부에서 당해 논문에서 정립된 프라이버시권 침해의 제한 요건으로 ‘프라이버시권 침해는 그 개인이 공개한 사실에 대해서는 적용되지 않는다’라고 명시하고 있는 것이다. 이 요건은 프룟서의 제2유형인 왜곡적 묘사(false light)와 제3유형인 상업적 이용에는 적용되지 않는다. 왜곡적 묘사는 타인이 공개한 사실을 왜곡되게 표현하여도 성립되며,¹⁰ 상업적 이용 역시 타인이 공개한 타인의 표지(즉, 몸짓, 얼굴)를 이용하여도 성립되기 때문이다. 즉, 프룟서가 정의한 4가지 프라이버시 침해 유형 중에서 제1유형과 제4유형에 해당하는 것만을 새로운 불법행위 유형에 포함시키고 있다.

프룟서의 Privacy	Warren-Brandeis의 Privacy의 범위	현대적 개념들
(1) public disclosure of private facts (사적인 정보의 무단공표)	0	현대적 프라이버시
(2) false light in the public eye (왜곡적 묘사)	X	약한 형태의 명예훼손
(3) appropriation of name or likeness(개인의 정체성의 남용)	X	퍼블리시티권, 초상영리권, 초상사용권, 초상재산권
(4) intrusion upon solitude or seclusion (사적인 정보의 무단취득)	0	현대적 프라이버시

혹자는 프룟서의 프라이버시의 범위와 Warren-Brandeis의 프라이버시 범위가 같다고 주장하며, 후자의 논문이 사진사가 원고의 사진을 찍어준 후에 그 사진의 사본을 외국에서 판매한 행위 등에 대한 판결을 포함한 것을 들 수 있다.¹¹ 물론, 이 판례들에서 제시된 불법행위는 70년 뒤인 프룟서 논문의 출판시점인 1960년대에는 프라이버시 침해의 제3유형으로 분화되어 처리되었을 행위이다. 하지만, Warren과 Brandeis는 새로운 불법행위 유형을 정립하기 위한 첫 번째 단계로 ‘신체 및 재산적 손해, 명예훼손, 저작권침해, 계약위반을 동반하지 않는 불법행위 청구원인이

9 4 *Harvard Law Review* 193 (1890). 프룟서 스스로 이 논문을 인용하고 있다.

10 판례에서도 자신이 비밀로 유지하였는지에 관계없이 자신에 대한 묘사가 왜곡되어 있으면 false light이 발생하는 것으로 해석하고 있다. *Polydoros v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 965 P.2d 724 (Cal. 1998), *aff'g* 67 Cal. App. 4th 318 (Cal. Ct. App. 1997)

11 *Tuck v. Priester*, 19 Q. B. D. 639 (1887), *Pollard v. Photographic Co.*, 40 Ch. Div. 345 (1888)

존재한다’ 라는 명제를 증명하기 위해 위와 같은 판례들도 언급을 한 것 뿐이지 이 판례들이 바로 그 새로운 불법행위 유형의 하나라고 주장했던 것은 아니다. Warren과 Brandeis가 종국적으로 정립하고자 하였던 것은 퍼블리시티권까지도 포함하는 넓은 의미의 인격권이 아니고 현대적인 의미의 프라이버시권 또는 프로트서의 침해유형 (1)과 (4)에 해당하는 불법행위 유형이었을 뿐이다.

이 논문은 앞으로 학계에서 프라이버시권을 Prosser가 정의한 것처럼 폭넓은 개념으로 논의를 할지 아니면 현대적 개념에 맞추어 그리고 Warren과 Brandeis의 정의에 맞추어 ‘사적인 정보의 무단 취득 및 공표’로 좁혀서 정의할 지를 다루고자 하는 것은 아니다. 단지 위 논의를 통해 명확히 해두고자 하는 것은, 이 논문의 대상은 ‘초상을 무단 촬영 또는 공표당하지 않을 권리’로서의 초상권이며 위에서 말한 좁은 의미의 프라이버시권과는 첨예하게 구별되는 권리라는 것이다.

라. “성명권”은 존재하는가?

초상권의 ‘초상’의 범위에 간혹 성명이 포함되기도 하며 초상권과 성명권을 병기하여 성명권을 초상권과 평행하게 처리하기도 한다.¹² 즉, 성명권이 다음과 같이 개념화된다.

	초상권	성명권
취득	타인이 나의 초상을 허락없이 취득하지 못하도록 할 권리	타인이 나의 성명을 허락없이 취득하지 못하도록 할 권리
사용	타인이 나의 초상을 허락없이 사용하지 못하도록 할 권리	타인이 나의 성명을 허락없이 사용하지 못하도록 할 권리

그러나, ‘타인이 나의 성명을 함부로 쓰지 못하도록 할 수 있는 권리’ 또는 ‘타인이 나의 성명을 함부로 취득할 권리’로서의 성명권이 과연 존재할 수 있을까? 만약 그러한 권리가 존재한다면 명예훼손 법리 등은 모두 필요가 없어질 것이다. ‘홍길동’이라는 성명을 무단으로 언급하는 것 자체만으로 이미 성명권 침해가 발생한 것으로 ‘홍길동’이라는 주어 뒤에 허구가 오든 사실이 오든 명예가 침해되든 되지 않든 불법행위가 이미 발생되기 때문이다. 독일의 초상권 관련 규정을 보아도 이름에 대한 규정은 없다. 심지어는 헌법 분야에서 폭넓게 정의하려 하는 ‘자기정보결정권’의 범위에도 성명은 자기 정보에서 제외되어 있다.¹³ 그럼에도 불구하고 왜 우리나라에서는 초상권 외에도 성명권을 별도로 정의하고 있는가? 이는 미국의 퍼블리시티권의 영향으로 보인다. 아래에서 밝히겠지만 퍼블리시티권은 성명,¹⁴ 음성,¹⁵ 경험,¹⁶ 심지어는 몸동작 및 소품을

12 상기 허영만 사건

13 김승환, “CCTV와 인권”, 범죄예방을 위한 CCTV와 인권 토론회 발표문 각주 5번 (“말 그대로 자신의 이름 외에는 모든 것이 보호받아야 할 개인정보 또는 프라이버시이다. Gavin Phillipson, Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act, Modern Law Review, Volume 6 Issue 5(2003. 9), P.726.”)

14 Rogers v. Grimaldi, 695 F.Supp. 112 (S.D.N.Y. 1988) (퍼블리시티권 침해를 다른 이유로 인정하지는 않았으나 성명은 퍼블리시티권 보호대상이 된다고 함.)

15 Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460, 462 (9th Cir.1988) (유명 가수 베트 미들러의 음성을 모방하여 텔레비전광고의 배경음악으로 사용한 것에 퍼블리시티권 침해를 인정한 사건)

16 Parks v. Laface Records, 329 F.3d 437 (2003) (힙합 음악에서 “버스 뒤로 가서 앉아”라는 표현을 사용하여 의도적으로 60년대 민권운동가였던 로자 파크스를 연상시키도록 한 것에 대해 퍼블리시티권 침해 인정이 가능하다는 배심원판단을 받아볼 것을 명한 사건)

이용한 화면구성¹⁷ 등을 포함하여 한 사람을 연상시키는 모든 기표의 사용을 퍼블리시티권의 보호범위에 포함시키고 있다. 위에서 설명하였듯 초상권을 퍼블리시티권에 등치하려는 움직임 속에서 대륙법계 개념인 초상권에 퍼블리시티권이 보호하는 성명, 음성 등까지 포함시키게 되는 오류가 발생한 것이 아닌가 생각된다. 대륙법계 국가에서 초상권은 영어로는 portrait right 또는 image right으로 번역되는 것이 보통이며 얼굴 및 신체적 특징에 한정되어 있다.¹⁸

어찌되었든 성명권이 규범으로서 존재하지 않음을 증명을 하려는 것은 이 논문의 범위를 벗어난 것이다. 단지 여기서 확실히 해두려는 것은 이 논문의 대상은 성명권 등을 포함하는 것이 아니고 우리나라 대법원에서 정의하였듯이 “특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징”으로서 얼굴 및 식별력에 있어 얼굴에 준하는 신체부위에 한정된 초상권이다.

2. 영미계에는 초상권이 없다 - 개인에 대한 정보(personal information)와 개인적인 정보(private information)의 차이¹⁹

영미계에서는 '자신의 초상을 촬영당하지 않을 권리 또는 자신의 초상이 복제되어 배포되지 않을 권리'는 존재하지 않으며 이에 따라 '초상권'이라는 권리 자체가 존재하지 않는다. 단지 초상을 포함하는 자신을 식별할 수 있는 표지(성명, 음성 포함)가 가지고 있는 지명도나 홍보력이 다른 사람이 남용할 수 없는 권리인 퍼블리시티권 만이 존재한다. 즉, 퍼블리시티권의 침해만 없다면, 자신이 적극적으로 가리지 않는 한 초상은 누구나 촬영할 수 있고 누구나 그 초상을 이용할 수 있다는 것이다. 왜 그럴까?

자신의 얼굴은 개인에 대한 정보(personal information)일 망정 개인적인 정보(private information)는 아니다. 퍼블리시티권의 영어원문은 right of publicity 로서 right of privacy와 문언적으로 반대되는 개념으로 보이는데 이는 우연만은 아니다. 예를 들어, 박경신의 혈액형이 B라는 것은 개인정보(private information)로서 프라이버시권의 보호를 받는다. 도리어 얼굴은 자신을 사회에 공개하고 자신을 사회와 관계 지으며 자신의 개별성을 보여주는 공적인 기표(public symbol)로서 도리어 상표(trademark)와 비슷한 역할을 하고 있다.

	개인에 대한 정보 (personal information)	
보호대상	개인적인 정보(private information)	공적인 기표 (public symbol)
보호대상의 예 ²⁰	혈액형, 주소, 주민등록번호 등등 자신이 의도적으로 공개하지 않는 정보	얼굴, 이름 등 자신이 특정인임을 인식하도록 외부에 공개하는 표지

17 White v. Samsung Electronics America, Inc., 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992) (삼성전자 미주법인의 광고에서 유명 오락쇼인 Wheel of Fortune의 보조 호스트인 배나 화이트의 몸동작과 그 쇼의 소품인 추첨용 바퀴를 동시에 배치한 것에 대해 초상권 침해를 인정한 사건임. 다수의견보다는 소수의견이 더욱 유명하기는 하나 몸동작 자체가 퍼블리시티권 침해의 대상인 기표가 될 수 있음에는 별다른 이견이 없음.)

18 William Roos, Case Comment, NETHERLANDS: COPYRIGHT: RIGHT TO PRIVACY AND PORTRAIT RIGHT, Ent. L.R. 1998, 9(8), N146-147; Isabel Davies, Tom Scourfield, "Europe's

Patchwork Approach to Image Rights", Managing Intellectual Property, July/August 2007

19 이 장은 다음의 논문에서 발췌하여 수정을 가한 것이다. 박경신, “명예훼손, 초상권, 프라이버시 그리고 표현의 자유에 관한 비교법적 분석”, 헌법실무연구, 2004년11월 (5권1호)

보호규범	right of privacy	right of publicity
------	------------------	--------------------

'박경신'이라는 이름 석자는 남들이 나를 '나'로 인식해주길 바라는 마음에서 '나'의 기표로서 정해놓은 것으로서 개인적인 것도 정보도 아니며 공적인 기표이다. 얼굴도 마찬가지이다. 아침마다 신체의 모든 부분은 모두 가리면서 자외선에 의한 피부암의 위험까지 감수하며 얼굴만은 내놓고 다니는 이유는 바로 남들이 나를 '나'로 식별해주길 바라는 마음에서이다. 이에 따라 초상권은 - 존재한다면 - 나의 개별성 및 유일성을 보호하기 위해 정해놓은 기표가 타인에 의해 무단사용되는 것을 막으려는 규범이 된다.

또, 초상의 촬영 및 그림에 의한 묘사는 다른 사람의 공적인 기표를 기록해두는 행위이다. 초상권은 개인적 정보(private information)의 취득을 막으려는 규범이 아니고 공적 기표(public symbol)의 사용을 규제하려는 규범이므로 초상의 취득 자체를 막을 수는 없다. 왜냐하면 기표는 기표를 사용하는 사람 - 내 얼굴을 보고 나를 '나'를 인식할 사람들인 타인들 - 이 이를 취득하지 않는다면 그 기표는 기능을 다할 수 없을 것이다. 이렇기 때문에 영미법계에서는 프라이버시 침해나 명예훼손이 없는 상황에서 초상의 취득(촬영, 그림 등을 통한)을 규제하는 규범은 존재하지 않는다.

그렇다면, 내 초상을 허락 없이 이용할 때마다 공적 기표를 남용하는 것일까? 초상권을 얼마나 엄격히 정의하는가에 따라 다를 수 있다. 한편으로는, 초상권을 가장 엄격히 정의하자면 위의 기표들이 무단 사용될 때마다 침해가 있다고 말할 수 있을 것이다.

다른 한편으로는, 개인의 공적 기표는 공적으로 사용되기 위하여 만들어진 것이기 때문에 타인이 자신의 공적 기표를 사용하는 것을 금지한다면 이는 공적 기표를 정한 의미가 없어질 것이다. 각 개인이 이름을 가질 필요도 없을 것이고, 얼굴만은 내놓고 다닐 이유도 없을 것이다. 거의 모든 경우 기표는 어떤 표현에 필수불가결한 주어, 주체어나 목적어로서 사용된다. 그렇다면, 표현의 자유를 보호하기 위해서는 공적 기표의 무단 사용은 허용되어야 한다. 예를 들어, '박경신은 광대이다'이라는 문장을 보면 필자는 '박경신'이라는 타인의 성명을 무단 이용하였지만 이것 자체를 초상권 침해라고 여기지 않는 이유는 '박경신은 광대'라는 표현을 할 수 있다는 표현의 자유라는 법익이 훨씬 강력하기 때문이다. 그런데, 만약 '박경신이 특정 회의 장소에서의 태도와 회의장소의 분위기' 등을 글로 표현할 수 없는 미세한 수준까지 생생하게 전달하고 싶다면 '박경신'의 얼굴이라는 공적 기표를 사용할 수밖에 없을 것이다. 그렇지 않으면 사진을 보아도 사진에 나온 사람이 박경신이라는 것을 인식하지 못할 것이기 때문이다.

또, 저녁뉴스에 '오늘 선선하고 맑은 날씨로 시원한 공원을 찾는 사람들이 많았습니다'라고 보도를 하면서 공원에 산책을 하고 있는 사람들을 카메라가 비추었다고 하자. 이 뉴스는 '많은 사람들이 공원을 찾았다'는 표현을 하려는 것이고 많은 사람들이 공원에 있다는 메시지를 생생히 전달하기 위해 그 사람들의 초상을 영상에 비추게 된다. 공적 기표를 무단 사용했다는 사실 자체는 엄격한 의미에서는 초상권의 침해이지만 이들의 공적 기표를 사용하지 않고는 '많은 사람이 공원을 찾았다'라는 표현을 영상을 통해 할 수가 없게 된다. 결국, 거의 모든 경우에 위와 같은 초상권의 '침해(?)' 내지 사용은 당연한 것으로 받아들여지므로 아예 초상권의 정의 자체가 표현의 자

20 여기서는 단순히 일상생활에서 각 범주가 어떻게 사용되는지를 근거로 구분한 것이다. 주민등록번호와 같이 개인의 식별용으로 만들어졌고 불심검문이 허용되던 시대에 일반인들의 통행 통제를 위해 만들어졌지만 현재에는 인터넷 등을 통해 대면거래(face-to-face transaction)가 이루어지지 않으면서 이를 주민번호가 대체하게 되면서 주민번호의 남용가능성이 높아지면서 개인적인 정보(private information)가 되어버린 경우도 있다.

유와 이익형량을 통해 축소된 범위로 조정되는 것이 보통이다.²¹

이에 따라 미국과 캐나다의 경우에는 한국의 부정경쟁방지법과 비슷한 법규, 즉 퍼블리시티권을 통해 타인의 이름, 초상 및 정체성의 사용을 규제하고 있다. 즉, 한국의 초상영리권 또는 퍼블리시티권 판결들과 똑같이 타인의 이름, 초상 및 정체성이 그 상업적 지명도를 이용하기 위해 이용된 경우에만 권리의 침해를 인정하는 것이다.²² 영국과 오스트레일리아의 경우는 초상권의 적용 범위를 더욱 극단적으로 제한하여 상품의 출처에 대한 혼동(passing-off)이 있어야만 개인의 자신의 초상 및 이름에 대한 침해를 인정한다.²³

기본적으로 영미법계의 이름, 초상 및 정체성의 사용의 규제에 대한 태도는 다음의 한마디로 요약될 수도 있다. “금전적이익의 손실을 막기 위한 것이지 정신적 피해를 막기 위한 것이 아니다.”²⁴ 결론적으로, 실존 인물의 공적 표지에 대한 규제로서 영미법계에서는 초상권 대신 퍼블리시티권만이 존재하는 것이다.

3. 대륙법계에서의 초상권

독일과 프랑스는 더욱 넓은 개념인 인격권(personality right)을 설정하고 이 인격권을 통해 프라이버시 등 개인에 대한 권리를 보호하고 있다.²⁵ 독일과 프랑스의 체계 자체가 다른 법체계와 비교했을 때 일반적인 인격권(Grundgesetz: personality right)과 표현의 자유가 충돌할 때에 영미계 국가에 비해서 상대적으로 인격권을 더욱 강력하게 보호한다고 한다.²⁶

21 미연방대법원의 블랙 대법관은 “표현과 집회의 자유에 대한 제한이 없어야 한다는 제1수정조항의 명백한 명령은 권리장전의 입헌자들은 이 분야에서 필요한 ‘이익형량’을 모두 완결하였음을 보여준다”라고 하였다. *Konigsberg v. State Bar*, 366 US 36, 61 (1961).
22 예를 들어, 실존 인물의 경험을 음미하기 위해 실존 인물에 대한 영화 등을 제작할 때 영화의 제목에 그 사람의 이름을 이용하거나 실존 인물에 대한 책을 출판할 때 책의 표지에 그 사람의 얼굴을 올리는 것은 당연히 허용된다. *Hicks v. Casablanca Records*, 464 F.Supp. 426 (S.D.N.Y. 1978) (아가사 크리스티의 경험을 그린 영화 ‘아가사(Agatha)’에 의한 퍼블리시티권 침해 불인정); *Eastwood v. National Enquirer, Inc.*, 149 Cal.App.3d 409, 198 Cal.Rptr. 342, 347 (1984) (클린트 이스트우드에 대한 보도를 하면서 클린트 이스트우드의 사진을 표지에 사용한 경우 퍼블리시티권 침해 불인정)

23 F. Jay Dougherty, "Foreword: the Right of Publicity -- Towards a Comparative and International Perspectivte", 18 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal 421 (1998)

24 *Cardtoons L.C. v. Major League Baseball Players Association*, 95 F.3d 959, at 976 (10th Cir., 1996)

25 *Marlene Dietrich* case, BGH 1 ZR 49/97 (1 December 1999) (translated by Prof. Basil Markesinis); Civ. 1e, Bull. Civ., 1988 I n^o 97 p. 66, *Case Goudeau v. X*, 13 April 1988, (Translated by Tony Weir); Cour d'Appel de Paris, D. 1955, 295, *Case Marlene Dietrich v. Societe France-Dimanche* (Translated by Tony Weir); xxx.14223, *Case Philippe v. France Editions Publications*, 13 March 1965 (Translated by Tony Weir); Cour d'Appel de Paris, D. 1986.I.R.189, *Case Berry v. Hersant* (Translated by Tony Weir).

26 Basil Markesinis, et al, “Concerns and Ideas about Our Developing Law of Privacy (and How Knowledge of Foreign Law Might be of Help)”, a research project undertaken by the Institute of Global Law, 28쪽.

프랑스와 독일 모두 인격권에 대한 보호는 표현의 자유와의 충돌에 있어 다음의 여러 가지 요소들을 고려한 이익형량을 통해 이루어진다고 한다: (1) 인격권을 침해하는 자료(사진, 정보 등등)를 공표한 자의 영리 목적, (2) 그 자료의 사회적 중요성, (3) 자료를 취득한 방법의 정당성, (4) 자료의 배포범위 및 (5) 인격권을 침해당한 자의 행동 (예를 들어, 자발적으로 그 자료의 공개에 동의할 만한 행동을 하였는지).²⁷

그리고, 독일의 경우, 인간생활의 영역을 여러 가지 상황 등을 고려하여 세분화하여 영역에 따라 이익형량의 양태가 달라진다. 인간생활에 대한 영역은 여러 가지 분류방법이 있으나 가장 간단한 분류방법은 다음과 같다. 첫째, 은밀한 범위(*Intimsphäre*: intimate zone)는 개인적인 믿음, 건강 및 성(性)적 인 것을 포함한다. 이 범위가 가장 강력하게 보호되는 인격권의 범위인데 이 범위에 속한 사안에 대해서는 진실이라 할지라도 모든 언사가 규제된다. 둘째, 사적인 범위(*Privatsphäre*: private zone)는 사생활과 가족관계를 보호한다. 이 범위에 속한 사안에 대해서는 강력한 공익이 있어야만 정보가 취득되고 공개될 수 있다. 셋째, 개인적인 범위(individual zone)에서는 표현물의 대상의 자기결정권을 보호하는 수준에서 취득 및 공개행위가 제한된다고 한다. 예를 들어, 이 범위에 속한 사안에 대해서는 자기결정권에 대한 침해만 없다면 - 즉, 당사자의 허락만 있다면 - 인격권 침해가 없는 것으로 판단된다.²⁸

또, 개인적인 범위(individual zone)를 넘어서서 다시 일반적인 사회활동을 포함하는 사회적 범위(*Sozialsphäre*: social zone)와 더욱 폭넓은 사회적인 의미를 갖는 공적인 범위(*Öffentlichkeitssphäre*: public zone)를 창설하여 인격권의 보호의 정도를 달리한다. 예를 들어, 공적인 범위에서 찍은 사진은 사회적인 범위에서 찍은 사진보다 더욱 폭넓게 공개되고 이용될 수 있으며 당사자의 허락 없이 사진이 촬영될 수도 있고 게재될 수도 있다. 또, 은밀한 범위(intimate zone)와 사적인 범위(private zone) 사이에 다시 비밀스러운 범위(*Geheimsphäre*: confidential zone)을 설정하여 그 사이에서 인격권의 보호의 정도를 달리한다고 한다.²⁹

대분류	세밀한 분류	예시	일반적인 이익형량의 양태
Intimate	Intimate	성생활, 신앙, 건강정보	인격권의 거의 절대적인 보호
	Confidential	일기장 등 타인에게 전혀 공개되지 않을 것을 목표로 제작된 자료	프라이버시의 존중을 위한 공개에 대한 규제
Private	Private	사적인 생활, 가정 내에서의 생활	공익이 증명되면 공개 가능
Individual			허락을 받으면 취득 및 공개가 허용됨
	Social	개인적인 사회생활 - 외출, 회합 등의 사회생활	공개는 허용되지만 최소한 진실이어야 함.

27 Markesinis, 전게서, 69쪽

28 Maryann McMahon, *Defamation Claims in Europe: A Survey of the Legal Armory*, Communications Lawyer, Winter 2002, 24쪽.

29 Markesinis, 전게서, 71쪽.

	Public	일반인들에게 공개된 공적인 사회생활	일반적으로는 자유로운 비판과 토론 및 공표가 허용됨.
--	--------	------------------------	-------------------------------------

이에 합당하게, 독일은 초상권을 보호하기 위한 법률로서 초상권, 특히 성명과 정체성과 구별되는 초상에 대해서는 저작권법이 ‘초상의 대상의 동의 없이는 공연히 전시되거나 배포될 수 없다’고 규정하고 있으며 몇 가지 예외조항을 설정하고 있다. 그러나 이 예외의 적용에 있어서 ‘대상의 정당한 권리’와의 이익형량을 하도록 하고 있다.³⁰ 즉, 독일 초상권 관련법의 기본골격은 타인의 초상이 동의없이 공연히 전시되고 배포되어 표현의 자유가 초상권이나 다른 권리(‘초상의 대상의 정당한 권리’)와 충돌하게 되었을 때 위와 같은 단계적인 방법으로 이익형량을 한다는 것이다. 네덜란드도 초상의 동의없는 취득 자체를 모두 초상권 침해라고 선언하는 것이 아니라 다른 권리와 이익형량을 통해 판단한다는 비슷한 내용의 조항이 저작권법에 포함되어 있다.³¹

위와 같이 초상권을 인격권에 포함시켜 보호하는 이상, 대륙법계에서는 영미법계와 다르게 상업적인 목적으로 쓰여 지지 않는 경우에도 초상권의 침해는 원칙적으로는 인정될 수는 있는 것으로 보인다. 그러나 프랑스와 독일은 초상권만을 따로 언급하지는 않고 인격권이나 프라이버시권만을 언급한다. 그러므로 인격권의 침해를 인정했을 때 이것이 초상권의 침해를 말하는 것인지 프라이버시권의 침해를 말하는 것인지 세심히 구별해야 한다. 예를 들어, 독일의 경우 표현의 자유와 충돌하는 ‘정당한 이익’이 초상권이 아니라 프라이버시권이었고 이런 이유에서 인격권 침해를 인정할 판례라면 독일의 초상권 법규를 이해하는 데에 유용한 판례가 되지는 못할 것이다.

도리어 프라이버시의 침해가 없는 상황에서 사진이 이용되는 경우에 초상권의 침해가 인정되지 않은 사례들이 발견된다. 한 여배우가 남성성인잡지에 만나체로 포즈를 취한 이후 일간지가 이

30 저작권법 제22조 사람의 초상은 그 사람의 동의 없이 배포되거나 공연히 전시될 수 없다. 의심이 있을 경우, 그 사람이 금전을 수령했을 경우, 동의한 것으로 간주한다. 죽은 사람의 경우, 사후 10년 동안은 그 사람의 친척의 동의가 필요하다. . .

저작권법 제23조

(1) 다음의 경우에는 22조에 따른 동의없이 전시 및 배포될 수 있다:

1. 동(同)시대역사의 영역에 있는 사람의 사진
2. 경치나 다른 위치에 사람이 부수적으로 나타나는 사진
3. 회의, 행진 및 그 사람이 참여한 행사의 사진
4. 고상한 예술적 목적으로 이루어지는 전시와 배포의 경우;

(2) 위의 허용범위는 대상의 정당한 권리를 침해하는 경우에까지 적용되지는 않는다.

31 저작권법 제21조 초상의 대상이 초상의 저작자에게 특별한 지시를 하지 않은 경우, 초상의 공표는. . . 초상의 대상의 합리적인 이익에 반할 경우. . . 금지된다.

William Roos, "Case Comment, NETHERLANDS: COPYRIGHT: RIGHT TO PRIVACY AND

PORTRAIT RIGHT", Ent. L.R. 1998, 9(8), N146-147. 영문번역은 다음과 같다. "If a portrait has been produced without any particular instructions given to the author by or on behalf of the portrayed, or to his benefit, the publication of that portrait by the person who owns the copyright, is prohibited, as far as a reasonable interest of the portrayed or, after his death, one of his relatives, opposes publication." 위 평석에 실린 네덜란드 판결에서는 일반인이 교통사고를 당했을 때 이를 기자가 동의없이 촬영하여 방송한 것에 대해 프라이버시와 초상권을 포괄적으로 표현의 자유와 이익형량을 하여 불법임을 선언하였다.

사실을 보도하면서 그 사진이 일간지에 실리는 것을 막으려고 하였으나 초상권 침해는 인정되지 않았다.³² 이미 성인잡지를 통해 공개된 사진이었기 때문에 프라이버시 침해가 상대적으로 없다고 보았다. 물론, 독일에서는 그 반대 경우도 발견된다. 생물학 교과서를 위해 나체를 포즈를 취한 학생이 이 사진이 디지털이미지로 만들어져 보급되는 것을 막는 청구를 인용하였다.³³ 하지만, 이와 같은 반대 사례가 초상권의 보호를 위한 것인지 프라이버시권의 보호를 위한 것이었는지는 불분명하다. 판결문을 읽어보면 디지털화되는 것은 동의의 범위를 벗어나는 것이라는 대목이 나오는데 초상권 보다는 프라이버시 침해에 관한 것이 아니었는지 의구심이 생긴다. 즉, 나체 사진이 아닌 경우에도 똑같은 결정이 내려졌을까? 실제로 독일과 비슷하게 인격권과 표현의 자유 사이에 다각적인 이익형량을 통해 결정을 내리는, 프랑스의 경우 이미 공개된 정보라고 할지라도 공개의 범위를 정보의 주체가 계속해서 통제할 수 있다는 프라이버시 법리가 확고하게 정립되어 있다.³⁴

단, 공인에 대해서는 대륙법계도 영미법계의 그것과 크게 다르지 않음을 볼 수 있다. 즉, 영미법계에서는 경험칙상 유명인에게만 초상권이 부여되는데 여기서 유명인은 대륙법계에서 공인(public figure 또는 a person from contemporary history)의 개념과 비슷하다. 이때 대륙법계에서도 공인에 대해서는 당사자의 동의없이 사진촬영이 가능하다. 단지 프라이버시(물론, 협의의 프라이버시)와 같은 권리의 침해만 없는 경우에 한정하여 그렇다는 것이다. 공인에 대한 사진 촬영 및 게재 행위가 인격권 침해 판정을 받는다고 하더라도 초상권 때문에 침해판정을 받는 것이 아니고 프라이버시 때문에 침해 판정을 받게 되는 것이다.

독일의 경우, 실제 판례를 보면 초상소유자가 '동시대역사의 사람'일 경우 그 사람에 대한 보도 논평 등이 목적일 경우에는 그 사람의 공적 행위이든 사적 행각이든 이에 대해 초상을 취득하여 배포하는 행위는 초상권을 침해하지 않는다고 판단하고 있다.

환경단체 그린피스에서 오존층을 파괴하는 오염물질을 생산하는 업체인 Hoechst AG을 비난하면서 그 회사의 이사회 의장의 이름과 얼굴을 포스터에 삽입한 경우. 법원은 “인격권은 기간(framework)권으로서 그 범위가 고정된 것이 아니고 상충하는 법익과의 이익형량을 통해서 결정된다”고 하며 표현의 자유와 상충되긴 하나 사진과 이름을 사용하여 비난을 개인에 대해 집중한(personalization) 결과를 초래한 것에 대해서도 비판의 강도를 높이기 위한 것일 뿐이므로 초상권침해가 아니라고 하였다.³⁵

또, 모나코의 캐롤라인 공주의 길거리, 식당 등의 공개된 장소에서 사진으로 찍어 잡지에 실고 공주의 라이프스타일에 대해 논평한 경우에 초상권침해를 인정하지 않았다. 5개의 사진 중에서 공주가 외부에 보여지지 않을 것이라는 기대를 가진 식당의 내부공간을 망원렌즈로 잡은 경우에만 이를 불허하였으나 이는 프라이버시 침해 때문이었다.³⁶

32 OLG Hamburg AfP 1992, 159 ff. 또, 옛 동독 피커스케이팅 선수였던 카트리나 비트가 플레이보이지에 포즈를 취한 이후 독일의 주간지가 이 사진을 보도하려고 하였을 때도 법원은 똑같은 태도를 취했다고 한다.

33 BGH NJW 1985, 1617 ff.

34 Jeanne M. Hauch, *Protecting Private Facts in France: The Warren & Brandeis Torts*, Tulane Law Review, May 1994.

35 BGH NJW 1994, 124, VI. Civil Senate, (VI ZR 23/93), 12th October 1993, (translated by Prof. Basil Markesinis)

36 BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (FIRST DIVISION) 1 BvR 653/96, 15 DECEMBER 1999 (translated by Raymond Youngs)

또, 여기서 '동시대역사'의 의미는 그다지 엄격하지 않아 그 사람 자체의 지위 보다는 그 사람이 연루되어 다루어진 기사의 주제 등이 더욱 중요하다. 실존하는 무장강도들이 자신들에 대한 TV 극화에 대해 인격권침해를 주장하였던 사례입니다. 연방대법원은 “범죄도 동시대역사의 한 부분이며 이를 보여주는 것은 언론의 역할이다. 일반적인 법질서의 위반, 이에 관련된 시민들이나 지역사회의 권리의 침해, 피해자들 및 친척들에 대한 동정심, 범죄 재발에 대한 공포, 범죄 재발 방지 필요 등은 범죄와 범죄자에 대해 자세한 정보를 받을 정당한 법익을 성립한다” 라고 하며 사안 자체는 동시대역사의 범위에 속한 것임을 인정하였다.³⁷

결론적으로, 프랑스와 독일의 경우 초상권을 별도의 규범으로 인정하기 보다는 인격권을 사람의 생활영역에 따라 차등을 두어 보호하는 규범을 두고 이 규범을 통해 보호하는 가치의 하나로 초상권을 인정하고 초상권, 프라이버시권, 명예 등을 포함하는 인격권 전체와 표현의 자유 사이의 이익형량을 통해 위법여부를 판단하는 것으로 보인다.

4. 우리나라에는 순수인격권으로서의 초상권이 규범으로 존재하는가?

가. 사진의 사용이 없는 경우

이 논문에서는 이미 ‘초상권’은 ‘자신의 얼굴이나 식별력있는 신체적 특징이 허락없이 촬영되거나 이용되지 않을 권리’로 정의되었다. 이에 따라 초상권은 얼굴이나 기타 식별력있는 신체적 특징이 이용되지 않는 한 초상권침해가 인정되지 않는다.

그러므로 여기서는 혹시 신체적 특징이 아니라 하더라도 실존인물의 경험 등이 이용되는 경우에 퍼블리시티권 침해가 인정되는지 살펴보기로 한다. 이와 같은 작업을 하는 이유는 실존인물의 지명도나 홍보력을 보호하는 법리인 퍼블리시티권 침해는, 사진이 아니라 성명, 음성의 사용에 있어서도 발생하며 퍼블리시티권 침해가 인정되면 초상권 침해와 똑같은 법적 효과를 내기 때문이다. 만약, 실존인물의 경험을 이용하는 경우에도 퍼블리시티권 침해가 인정된다면 사진의 사용에 대해서도 퍼블리시티권 침해가 인정되어야 할 것이며 이 경우 초상권 침해를 인정한 것과 다를 바 없어진다. 결론부터 말하면, 실존인물의 경험에 대한 공적인 평가나 음미를 위해 그 인물의 경험이나 정체성을 이용하는 것은 그 사람의 지명도나 홍보력을 이용하는 것이 아니므로 퍼블리시티권 침해가 있다고 판단하지 않는다

허영만의 만화 '카레이서'의 등장인물 중의 하나가 실제 인물을 모델로 만들어진 것에 대해서 법원은 다음과 같이 판시하였다.³⁸

(가) 성명 또는 초상권 침해에 대하여

. . . 위 인정과 같이 이 사건 만화에서 원고의 명예가 훼손되지 아니하고 오히려 국내 자동차산업 발전을 위하여 국제 자동차 경주대회에 참가하는 긍정적인 인물로 묘사된 이상, 원고는, 피고 허영만이 **자신의 성명, 경력** 등을 사용하여 이 사건 만화를 집필하는 것을 수인하여야 한다 할 것이다. 따라서 위 주장은 이유 없다.

(나) 상업적 이용 또는 공표권(right of publicity)에 대하여

상업적 이용 또는 공표권(right of publicity)이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상

³⁷ BVerfGE 35, 202, Federal Constitutional Court (First Division), 5 JUNE 1973
(Translated by F. H. Lawson and B. S. Markesinis)

³⁸ 서울지방법원 1996.9.6, 95가합72771

등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 수 있는 권리라고 할 것인데, 위에서 본 바와 같이 이 사건 만화에서 등장인물의 캐릭터로 원고의 성명과 **원고의 경력**을 사용하였다고 하여도 만화 또한 예술적 저작물의 하나라고 보는 이상 이를 상업적으로 이용하였다고 보기는 어렵다 할 것이므로 위 주장 역시 이유 없다.

이와 비슷하게 실존인물인 핵물리학자 이휘소에 대한 김진명씨의 소설에 대해서도 퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용한 권리(right of commercial appropriation)라고 할 수 있는데, 문학작품인 위 소설에서 위 이휘소의 경험을 상업적으로 이용했다고 볼 수는 없으므로, 위 주장은 이유 없다고 하였다.³⁹

위와 같은 판결들은 영미계의 퍼블리시티권 판결들의 내용과 일치함을 알 수 있다. 결론을 다시 언급하자면, 사진이 사용되지 않을 경우 초상권의 문제는 발생하지 않으면 발생할 수 있는 것은 퍼블리시티권 문제 뿐이며 퍼블리시티권 문제는 영미계의 판결들과 해결 양태가 거의 일치한다. 즉, 묘사된 사람의 지명도를 상업적으로 이용하는 경우에만 퍼블리시티권의 침해가 인정된다는 것이다.

나. 사진을 동의없이 촬영하여 게재한 경우

아직 우리나라에서는 사진을 동의없이 촬영한 것 자체만으로 초상권 침해가 발생하는지에 대한 판례는 없다. 반드시 촬영된 것이 나중에 게재나 방송된 후에야 문제가 된다. 누군가 길거리에서 자신을 카메라로 찍은 것 자체를 가지고 소송을 건다면 이에 대한 판례가 나오겠지만 아직은 그런 일은 없었다.

그렇다면, 실존인물의 사진을 동의없이 촬영하여 게재한 경우에 초상권 침해가 성립하는가?

이에 대한 답을 하기 위해 논의해보아야 할 주제는 텔레비전의 날씨보도와 스포츠중계이다. 초상권을 ‘허락없이 자신의 초상이 촬영당하거나 게재되지 않도록 할 권리’로 정의했을 때 위의 상황에서 보여지는 사람들의 초상권은 틀림없이 침해되고 있다. 하지만, 이에 대한 법적 보호는 없는 상황이다.

혹자는 초상권이 ‘배경의 행인’에 대해 인정되지 않는 것은 암묵적인 동의가 있기 때문이라고 주장할 수 있다. 실제로 카메라를 들이대고 인터뷰를 한 경우에는 그 인터뷰에 응한 사람은 촬영에 동의를 하였다고 보아야 할 것이다.

그러나 위 사람이 촬영분의 방송에까지 동의한 것으로 볼 수 있을까? 이에 대해 답하기 위해서는 두 사람 사이의 여러 가지 정황을 파악해야 할 것이다. 예를 들어, 방송국의 이름이 선명하게 박힌 카메라로 촬영하였다면 방송에까지 동의한 것으로 보아야 할 것이고 그렇지 않다면 방송에는 동의하지 않은 것으로 보아야 할 것이다.

운동경기장의 청중의 경우에도 중계방송을 알리는 현수막이 크게 걸려 있거나 중계방송 여부를 장내에서 고지하였다면 경기를 관람하는 행위 자체가 촬영은 물론 촬영분의 방송에 까지 동의한 것으로 간주될 수 있을 것이다.

날씨에 대한 보도를 하기 위해 소풍이나 성묘 나온 인파를 촬영하는 헬기 카메라에 대고 손을 흔

39 서울지방법원 1995.6.23, 94카합9230

드는 사람들도 역시 방송국의 로고가 멀리서도 선명히 보인다면 촬영 및 방송에 동의한 것으로 보아야 할 것이다.

그러나 그와 같이 동의를 한 것으로 볼 수 없는 정황에서도 초상권이 보호되어야 하는가?

동의없는 촬영에 대한 가장 유명한 판례는 이화여대생 판례가 있다.⁴⁰ 뉴스위크(Newsweek)지는 "너무 빨리 부자가 되다(Too Rich Too Soon)"라는 제목으로 한국의 과소비 풍조등에 대하여 비판적인 기사를 게재하면서, 그 16면의 윗부분 한가운데에 가로 5Cm, 세로 11.5Cm의 사진에 이화여자대학생으로 보이는, 정장차림을 한 여자 5명이 이야기를 나누며 학교 정문 앞을 걸어 나 오고 있는 장면이 찍힌 천연색 사진을 삽입하였다. 이에 대해 법원은 우선 명예훼손이라고 판단 하였다. 하지만 법원은 이것과 별도로 초상권 침해에 대해 다음과 같이 판시하였다.

“인간의 존엄성 및 개인의 사생활의 자유와 비밀을 보장하고 있는 헌법의 정신에 비추어 볼 때 단순히 도덕적으로만 아니라 법적으로도 보호를 받아야 할 한 개인의 인격에 관한 권리(이를 편의 상 '초상권'이라고 한다)”를 규정하고 “피고가 원고들의 동의를 받지 아니한 채 원고들의 사진을 찍고 이를 잡지에 게재하여 전세계적으로 배포한 것은 원고들의 위와 같은 초상권을 침해하는 것으로서 불법행위를 구성한다 할 것이다”라고 하였다.

그리고 뉴스위크지가 위 여학생들이 공공장소에 나와 있는 것을 찍었다는 점(즉, 프라이버시 침해가 없다는 점)과 사진들이 영업적으로 이용된 것이 아니라는 점을 주장하였으나 법원은 이를 모두 거부하였다.

또, 텔레비전보도프로그램에서 부동산사기에 대한 보도를 하면서 부동산개발업체를 운영하는 원고가 사무실에서 걸어 나오는 모습을 2초 가량 허락없이 촬영하여 방영한 것에 대하여 법원은 다음과 같이 판시하였다.⁴¹ “인격권으로서의 초상권이라 함은 사람이 자기 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하며, 광고 등에 영리적으로 이용되지 아니하는 법적 보장이라고 할 수 있고, 본인의 동의 없이 촬영을 하여 공중에게 공표하거나, 공표에 동의한 경우에도 본인이 예상한 것과 다른 방법과 용도로 공표된 경우에는 초상권의 침해가 있는 경우라고 할 것이다.” 그러나, 역시 여기서도 명예훼손이 이미 인정된 후였다.

월간잡지 '주니어'가 '압구정동 문화의 실체를 벗긴다'라는 제하에 소위 '오렌지족'에 대한 탐사보도를 하면서 원고들이 길거리에서 유흥업소 직원의 호객행위를 하는 남성 앞에 서있는 사진을 게재하였다. 이에 대해 법원은 다음과 같이 판시하였다.⁴²

이 사건 사진은 피고가 고용하고 있던 소위 조상연에 의하여 원고들의 아무런 동의없이 원고들 모르게 촬영되었고, '주니어'의 1993.1.경 발행부수는 약 22,000부 정도이고 정기구독이나 가두 판매는 거의 없으며 대부분 전국의 서점을 통하여 판매되었다.

통상의 사람으로서는 자신의 얼굴이나 행동이 자신의 의사에 반하여 촬영되고 공표되면 수치심, 곤혹감 등의 불쾌한 감정을 강하게 느껴 정신적 평온이 침해받게 된다는 것은 경험칙상 충분히 예상할 수 있는 바이고, 개인이 이러한 정신적 고통을 받지 아니하고 평온한 생활을 영위할 이익

40 서울지방법원 1994. 3.30,93나31886 손해배상(기)

41 서울중앙지방법원 2005.12.28,2005가합19052 정정보도

42 서울지방법원 1994.10.20,94가합36754 손해배상(기)

은 인간의 존엄성 및 개인의 사생활의 자유와 비밀을 보장하고 있는 헌법의 정신에 비추어 볼 때 법적으로 보호받아야 할 개인의 인격에 관한 권리의 일부가 되는 것(이러한 권리를 일단 '초상권'이라고 표현하기로 한다)이므로, 피고가 원고들의 동의를 받지 아니한 채 이 사건 사진을 찍고 이를 이 사건 잡지에 게재하여 전국의 서점에 배포한 행위는 원고들의 초상권을 침해한 것으로서 불법행위를 구성한다 할 것이다.

위의 판결문 만을 읽어보면 순수한 초상권을 인정하는 것으로 보이나 초상권침해행위는 명예훼손 행위와 동시에 인정되었다.

시사매거진2580이 연대성악과 학생들의 신입생환영회의 뒷풀이 장면을 촬영하며 뒷풀이 장면 중에서 아예 동의를 받지 않고 화장실 복도에서 이야기를 하는 학생들을 찍은 것에 대해 다음과 같이 판시하였다.⁴³

초상권은 첫째, 얼굴 기타 사회 통념상 특정인임을 알 수 있는 신체적 특징을 함부로 촬영 또는 작성되지 아니할 권리(촬영 및 작성 거절권), 둘째, 촬영된 사진 또는 작성된 초상이 함부로 공표 및;복제되지 아니할 권리(공표거절권), 셋째, 초상이 함부로 영리목적에 이용되지 아니할 권리(초상영리권)를 포함한다고 할 것인데, 초상권의 한 내용인 위 공표거절권과 관련하여 보면 승낙에 의하여 촬영된 사진이라도 이를 함부로 공표하는 행위, 일단 공표된 사진이라도 다른 목적에 사용하는 행위는 모두 초상권의 침해에 해당한다고 할 것이다.

둘이켜 이 사건에 있어서 위 인정 사실에 의하면, . . .피고 이준희는 원고 채혁, 성승민, 김병오의 위 나이트클럽 화장실에서의 대화장면을 그들의 동의 없이 촬영하고 피고 정관웅이 그들의 모습 및 음성을 그대로 방송함으로써 이 사건 방송을 시청한 원고들의 주위 사람들이 쉽게 원고들을 알아볼 수 있게 한 과실로 인하여 원고들의 사생활의 자유와 비밀 및 초상권을 침해하였다고 할 것이다.

그러나 위 사건 역시 명예훼손에 대한 인정과 함께 동시에 이루어진 판시이다. 위 판결들이 가진 공통점은 동의 없는 촬영 및 게재 자체에 대해서 초상권 침해를 인정한 것으로 보이지만 명예훼손에 대한 인정과 함께 이루어졌기 때문에 그 순도가 떨어진다는 것이다.

다. 공개된 사진을 동의 없이 사용한 경우

사진을 사용한 경우에는 초상권의 문제가 발생하게 된다. 여기에서는 일반에게 공개된 사진의 사용이 동의없이 이루어진 경우를 살펴보자.

야구선수 박찬호에 대한 평전이 박찬호의 허락없이 저술되었고 박찬호의 사진 등이 포함된 경우에 대해 역시 다음과 같이 판시하였다⁴⁴.

그런데, 이 사건 서적의 표지구성형식과 내용, 그와 관련하여 게재된 신청인의 성명과 사진이나 이 사건 서적의 배포를 위한 광고내용을 정사하여 보아도 그 내용에 나타나는 신청인의 성명과 사진이 공적 인물인 신청인이 수인 하여야 할 정도를 넘어서서 신청인의 성명권과 초상권을 침해하는 정도로 과다하거나 부적절하게 이용되었다고 보여지지 아니하고, 또한 신청인이 유명야구선수로서 그 성명과 초상을 재산권으로 이용할 수 있는 권리 즉 이른바 퍼블리시티권을 침해하는 것으로 볼 수 있을 정도로 신청인의 성명과 초상 그 자체가 독립적 영리적으로 이용되었다고 보

43 서울지방법원 1997. 8. 7,97가합8022 손해배상(기)

44 서울고등법원 1998. 9.29,98라35

여지지 아니하며, 그 밖에 달리 이 사건 서적의 저술발매반포, 그 광고행위 등으로 인하여 신청인의 초상권, 성명권 및 퍼블리시티권이 침해되었다고 볼 만한 점을 찾아 볼 수 없다.

김우중에 대한 평전을 김우중의 허락 없이 저술한 경우에 대해서도 법원은 '초상권' 주장에 대해 아무런 언급을 하지 않아 초상권 침해가 없음을 암묵적으로 확인하였다.⁴⁵

그러나, 이와 반대인 판결들도 있다. 실존인물인 핵물리학자 이휘소에 대한 김진명씨의 소설에 대해서 이휘소의 그 유족의 사진을 사용한 것에 대해서는 “먼저 위 이휘소와 신청인들의 가족사진에 관하여 보건대, 피신청인 공석하가 신청인들의 동의 없이 신청인들이 나오는 사진을 무단으로 게재한 행위는 신청인들의 초상권을 침해한 것이므로, 피신청인 공석하는 신청인들에게 "소설 이휘소" 상권 135면에 있는 위 이휘소와 신청인들의 가족사진 1매를 삭제하지 않고서는 위 소설의 발행, 출판, 인쇄, 복제, 판매, 배포, 광고를 하여서는 아니될 의무가 있다고 할 것이다”⁴⁶ 라고 하였다. 참고로, 이 판결에서는 신청인들에 대한 명예훼손도 프라이버시 침해도 인정되지 않은 상황이었다.

또, 잡지 우먼센스가 공지영의 전 남편에 대한 기사를 쓰면서 프라이버시침해나 명예훼손은 없다고 하면서 사진을 실은 것에 대해서는 초상권침해라고 판시하였다.⁴⁷

결국, 필자는 명예훼손, 프라이버시침해, 퍼블리시티권침해가 없는 상황에서 단순히 동의없는 사진 게재 만을 초상권 침해로 인정한 사례들을 찾아보았으나, 위의 우먼센스 공지영 전 남편 취재 사건과 이휘소 유족사진 사건 두 개 뿐이다. 그렇기 때문에 우리나라에서 순수한 초상권이 보호되는지 여부가 불분명하다 하겠다.

라. 동의를 있었으나 동의의 범위를 어긴 경우

촬영 및 사용에는 동의가 있었고 나중에 동의를 어긋나게 촬영분을 사용한다면 그 동의는 무의미할 것이다. 이와 같은 경우 법원은 명백하게 초상권침해를 선언해왔다. 위에서 살펴보았듯이 촬영분의 동의없는 사용에 대해서는 법원의 입장이 불분명하지만 동의가 명시적으로 있었는데 그 동의를 위반하는 경우에 대해서는 법원의 입장이 명백하다. 아예 동의를 얻지 않고 촬영하는 것이 더 나쁘다 싶을 정도이다.

서울올림픽 성화봉송에 마부로 분한 사람이 꽃마차를 끌고 가는 모습을 찍은 사진을 연하카드와 달력의 제작에 사용한 것에 대해서도 초상권을 침해하였다고 판시하였다.⁴⁸ 이 사건의 경우 법원은 공식행사에 참석한 것은 촬영 자체에는 동의한 것으로 보이지만 연하카드나 달력에까지 사용한 것은 동의의 범위를 벗어난 것이라고 하였다.

결혼식 장면을 '값비싼 드레스'에 대한 사회비평의 한 장면으로 사용한 것에 대해서도 법원은 결혼식에 촬영기자들의 입장을 허용함으로써 촬영 자체에는 동의를 하였지만 촬영분의 사용은 동의의 범위를 벗어난 것으로 보인다면 초상권침해를 선언하였다.⁴⁹

45 서울지방법원 1995. 9.27, 95카합3438

46 서울지방법원 1995. 6.23, 94카합9230 출판등금지가처분

47 서울지방법원 1997.12.17, 97카합3862 출판물인쇄배포등금지가처분

48 서울지방법원동부지원 1990. 1.25, 89가합13064 손해배상(기)

49 서울고등법원 1996. 6.18, 96나282 손해배상(기)

시사매거진2580이 연대성악과 학생들의 신입생환영회를 취재하면서 '긍정적인 내용'으로 방송하겠다는 조건으로 촬영 동의를 얻은 후 실제로는 '공포의 통과의례'라는 제하에 방영한 것에 대해서도 초상권 침해라고 하였다.⁵⁰ 이 신입생환영회는 위에서 뒷풀이가 동의없이 촬영되어 초상권 침해 및 명예훼손가 선언되었던 바로 그 신입생환영회이다. 당시 환영회 본회에 대해서는 명시적인 촬영동의를 있었지만 뒷풀이에 대해서는 동의가 없었다.

TV드라마에 등장하는 연주회 장면을 만들기 위해 실제 진행되는 작곡발표회 장면을 촬영하면서 얼굴을 식별할 수 없는 조건으로 동의를 얻었으나 나중에 얼굴이 식별되도록 방송이 된 것은 초상권의 침해가 있다고 판단되었다.⁵¹

그러나, 위 사건들은 구두계약의 위반에 의해 초상권이라는 가치가 훼손된다는 점을 다루는 것이지 - 즉, 계약위반에 의한 손해의 내용이 초상이라는 것이지 - “자신의 초상이 촬영 및 사용되지 않도록 할 권리”로서의 초상권에 의거하여 판결이 내려진 것인지 생각해보아야 한다. 특히 서울올림픽 성화봉송 사건 및 TV드라마 연주회 장면 사건 등은 평소에는 모델료를 지불하였을 상황에서 이를 지불하지 않고 모델 및 엑스트라를 사용하였다는 점에서 퍼블리시티권의 침해요소가 존재하고 ‘값비싼 드레스’ 사건 및 ‘공포의 통과의례’ 사건의 경우 명예훼손의 요소가 강하게 존재하고 있다. 물론, TV드라마 연주회 장면 사건의 경우 법원은 원고들이 명시적으로 재산적 침해를 주장한 것을 배척하였으나 일반인들에 대한 퍼블리시티권을 인정한 것으로도 볼 수 있다.

마. 공인인 경우

공인에 대해서는 허락없는 촬영이나 허락없는 사진 이용에 대해서는 초상권 침해를 인정하지 않고 있다.

YTN돌발영상에 변호사 출신 모 국회의원이 자신이 법사위에 배정되어 변호사업을 더 이상 하지 못하게 된 것에 대해 불만을 토로하는 장면을 방영한 것에 대해 “신청인은 현재 국회의원으로서 그 행위, 인격에 대하여 공중의 관심을 가지게 하는 위치에 있는 공적 인물이므로, 국회 본회의장에서 신청인의 모습을 촬영하는 것만으로는 신청인의 초상권을 침해한다고 보기 어렵다. 따라서 신청인의 초상권 침해 주장은 받아들이지 아니한다” 라고 하였다.⁵²

이와 비슷하게 실존인물인 핵물리학자 이휘소에 대한 김진명씨의 소설에 대해서도 “퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용한 권리(right of commercial appropriation)라고 할 수 있는데, 문학작품인 위 소설에서 위 이휘소의 . . . 사진 등을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 이용했다고 볼 수는 없으므로, 위 주장은 이유 없다”고 하였다.⁵³

야구선수 박찬호에 대한 평전 역시 허락없이 사진을 사용한 것에 대해 “이 사건 서적의 표지구성형식과 내용, 그와 관련하여 게재된 신청인의 성명과 사진이나 이 사건 서적의 배포를 위한 광고내용을 정사하여 보아도 그 내용에 나타나는 신청인의 성명과 사진이 공적인물인 신청인이 수인하여야 할 정도를 넘어서서 신청인의 성명권과 초상권을 침해하는 정도로 과다하거나 부적절하게 이용되었다고 보여지지 아니하다”고 하여 우선 공인이므로 초상권이 넓게 인정되지 않음을 선

50 서울지방법원 1997. 8. 7,97가합8022 손해배상(기)

51 서울중앙지방법원 2006.11.29,2006가합36290 초상권침해금지등

52 서울중앙지방법원 2006.10.13,2006가합71378 정정보도등

53 1995. 6.23,94카합9230 출판등금지가처분

언하였다. 단, 법원은 책 속에 박찬호의 브로마이드 사진이 부록으로 포함된 것에 대해서는 '상업적 이용'이라며 퍼블리시티권 침해를 선언하였는데 이는 초상권 침해와는 관련이 없는 것이다.⁵⁴

6. 결론

‘자신의 초상이 허락없이 촬영되거나 사용되지 않도록 할 수 있는 권리’로 정의되는 초상권은 실존인물에 대한 창작행위에 대한 심대한 제한이 된다. 특히, 법원이 퍼블리시티권 또는 초상영리권 또는 초상재산권(이하, “퍼블리시티권”)을 도입하기 시작한 시점에서 그 요건들이 초상재산권의 요건들과 중복되면서 법적안정성을 저해하고 있다. 퍼블리시티권 및 프라이버시권과 철저히 구별하여 초상권을 정의할 경우, 그 초상권은 영미계에서는 전혀 인정되고 있지 않다. 독일과 프랑스에서는 그 존재가 인정되지만 그것이 폭넓은 인격권 내에서 다루어지기 때문에 초상 사용 금지를 명한 판결이 프라이버시이나 다른 인격권 때문인지가 불분명하며 특히 공인에 있어서는 영미계처럼 전혀 인정되지 않는다. 우리나라 법원에서도 명예훼손, 구두계약 및 암묵적 동의의 위반(결과물의 이용범위에 대한), 프라이버시 침해, 퍼블리시티 침해 등이 없는 상황에서 순수하게 ‘허락없이 초상이 사용된 행위’에 대해 초상권 침해를 선언한 경우는 거의 없다. 법적 효율성과 법적 안정성의 측면에서 초상권을 규범으로서 유지할지 신체, 정신적 안정, 명예 등과 같이 단지 하나의 가치로서 유지해야 할지에 대해 깊이 숙고해 볼 때이다.

Abstracts

A portrait right is defined as a right not to have one's portrait to be created or published without consent. Thus defined, the portrait right poses a serious obstacle to the works of authorship on real individuals. Especially, when Korean courts have begun to recognize publicity rights or the property aspect or the commercial aspect of the portrait right (collectively, "publicity rights"), the portrait right and its elements which are redundant to the elements of publicity rights are disturbing the predictability of the law. The portrait right, if carefully distinguished from and defined as not overlapping with publicity rights and privacy, does not exist in the Anglo-American legal systems. It does exist in Germany and France but because it is always disposed of judicially under the broader rubric of personality rights, each instance of the order to prohibit unauthorized publication of portraits is not clear on its legal basis, which often turns out to be that of privacy. Korean courts, only twice, recognized the "pure" right of portrait (i.e., right not to have made or published a portrait) in absence of defamation, breach of oral or implied contract (on the scope of use), infringement of privacy, or infringement of publicity rights. From the perspectives of legal stability and efficiency, it is a time to think about whether we need to maintain the portrait right as a norm or simply a value like reputation, bodily security, mental peace, etc.

Key words:

초상권(portrait right), 퍼블리시티권(publicity right), 프라이버시(privacy), 명예훼손(defamation)

참고문헌:

Jeanne M. Hauch, "Protecting Private Facts in France: The Warren & Brandeis Torts",

Tulane Law Review, May 1994.

Maryann McMahon , "Defamation Claims in Europe: A Survey of the Legal Armory,"
Communications Lawyer, Winter 2002, 24쪽.

Basil Markesinis, et al, "Concerns and Ideas about Our Developing Law of Privacy (and
How Knowledge of Foreign Law Might be of Help)", a research project undertaken by
the Institute of Global Law,

Warren and Brandeis, "The Right of Privacy", 4 Harvard Law Review 193 (1890)

Prosser, "Privacy", 48 California Law Review 383 (1960)

남형두, "The Applicability of the Right of Publicity in Korea" , 27 Korean Journal of
International Law & Comparative Law 94 (1999년).

정경석, "초상권의 침해요건 및 구제방법" , 저스티스 통권 제98호.

Isabel Davies, Tom Scourfield, "Europe's Patchwork Approach to Image Rights",
Managing Intellectual Property, July/August 2007

F. Jay Dougherty, "Foreword: the Right of Publicity -- Towards a Comparative and International
Perspective", 18 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal 421 (1998)

박경신, "명예훼손, 초상권, 프라이버시 그리고 표현의 자유에 관한 비교법적 분석",
헌법실무연구, 2004년11월 (5권1호)

사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리 — 개인정보보호법 및 위치정보보호법의 해석 및 적용의 헌법적 한계 —

박 경 신*

<국문초록>

개인정보보호법은 모든 개인에 관한 정보를 ‘개인정보’로 정하고 개인정보의 유통을 규제함으로써 타인에 대해 말할 권리를 제약하는 방식으로 해석될 우려가 있다. 우리나라 개인정보보호법의 제정에 심대한 영향을 준 EU디렉티브와 OECD가이드라인을 자세히 검토해보면 세계적으로 그 적용범위가 확대되고 있는 개인정보보호규범은 프라이버시권을 그 핵심적인 보호법익으로 두고 있고 정보통신기술의 발달로 개인정보의 대규모집적 및 유통을 통해 프라이버시권 침해 가능성이 높아지는 상황에서 개인정보보호규범은 프라이버시권을 ‘과잉’보호하기 위한 절차적 규범(prophylactic) 또는 적극적 규범으로 이해된다. 그리고 프라이버시권의 연혁을 워렌-브랜다이스 논문부터 프루터 그리고 개인정보보호법제의 연혁을 검토해보면 나라마다 ‘사적인 정보’의 범위는 다르지만 공통적으로 프라이버시권은 ‘자신에 대한 사적인 정보의 공개 및 취득’의 통제를 핵심내용으로 삼고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 개인정보보호법의 적용범위도 ‘사적인 정보’ 또는 ‘프라이버시권 침해의 가능성이 있는 정보’들로 한정함으로써 표현의 자유와의 충돌 가능성을 최소화할 수 있다. 이에 따라 개인정보보호법의 특별법인 위치정보보호법은 물건의 소유자를 식별해내지 않는 방법으로 그 물건의 위치정보를 수집하는 행위까지 규제하는 것에 대해서는 개정 또는 축소해석의 필요가 있다.

주제어: 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀, 개인정보보호법, 사적인 정보, 워렌-브랜다이스, 위치정보보호의이용및보호에관한법률

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

- I. 서론
- II. ‘개인정보’의 정의와 개인정보보호권
- III. 프라이버시권의 의미와 개인정보보호권의 발전
- IV. 우리나라 개인정보보호법제 평가에의 적용
- V. 결론

I. 서론

현행 개인정보보호법은 ‘살아 있는 개인에 관한 정보’로서 그 ‘개인을 알아볼 수 있는 정보’를 ‘개인정보’라고 정하고 이 개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 체계적으로 배열 및 구성한 집합물을 ‘개인정보파일’이라고 하며 ‘개인정보파일’을 처리하는 기관, 법인, 단체 및 개인을 ‘개인정보처리자’라고 정의한다(개인정보보호법 제2조)

개인정보보호법의 핵심은 개인정보의 대상이 되는 자를 ‘정보주체’라고 정의하고(개인정보보호법 제2조) 정보주체는 개인정보처리자의 행위를 제한할 수 있는 권한을 가지게 된다는 점이다. 대표적으로 ‘개인정보처리자’는 원칙적으로 ‘정보주체’의 동의를 받은 경우에만 정보주체에 대한 정보를 수집할 수 있다(개인정보보호법 제15조). 뿐만 아니라 개인정보처리자는 이 동의를 얻을 때 수집목적을 정보주체에게 밝혀야 하고 그렇게 수집된 후에도 정보를 처리목적에 필요한 용도로만 사용해야 하며(법 제15조), 뿐만 아니라 그 정보가 정확하도록 유지해야 하고 유출되지 않도록 관리해야 하며 정보주체가 그 개인정보를 열람할 수 있음은 물론 개인정보보호현황에 대해 정보주체들이 열람할 수 있도록 하며 최대한 익명처리해야 한다(개인정보보호법 제3조). 뿐만 아니라 정보의 대상이 되는 자는 ‘정보주체’라 하여 ‘개인정보처리에 대해 동의권, 정정 및 삭제권을 가지며 개인정보처리에 의해 피해가 발생할 경우 구제청구권도 가지게 된다(개인정보보호법 제4조).

그런데 개인정보가 ‘살아있는 개인에 관한 정보’로서 그 ‘개인을 알아볼 수 있는 정보’라면 예를 들어 ‘김철수는 과학자이다’라는 구조를 가진 모든 문장들은 문장 하나하나가 각각 개인정보를 구성한다. 즉 주어가 살아있는 개인인 한 <주어+서술어>의 구조를 가진 모든 문장은 주어가 지칭하는 사람에 대한 개인정보가 된다. 그렇다면 내가 ‘김철수는 과학자이다’는 정보를 입수하려면 김철수로부터 동의를 얻어야 한다. 또 이렇게 얻은 정보를 타인에게 공개하거나 전달하려하여도 김철수로부터 동의를 얻어야 한다. 이렇게 정보의 수집, 이용 및 양도의 각 단계에 대해 정보주체에게 동의를 얻어야 하는 의무는

‘김철수는 과학자이다’라는 사실이 얼마나 널리 공유되고 있는지 얼마나 김철수의 명예를 훼손하지 않는 것인지에 관계없이 적용된다. 심지어는 정보의 성질상 그 정보를 정보주체가 아닌 제3자로부터 얻을 수 있는 정보인 경우에도 마찬가지이다.

물론 이 의무는 내가 ‘개인정보처리자’인 경우에만 적용되지만 나는 쉽게 ‘개인정보처리자’가 될 수 있다. 내가 김철수를 포함한 100여명의 과학자들의 이론에 대해 내가 가진 견해나 사실들을 문서에 기록해두었고 검색이 용이하도록 100여명을 가나다순으로 다루었다고 하자. 그렇다면 이 문서는 ‘개인정보파일’이 되고 그 파일을 운영하고 있는 나는 ‘개인정보처리자’가 된다. 혹은 100명에 대한 정보가 서술형 문단들 속에 뒤섞여 있다고 하더라도 만약 이 문서가 워드나 한글 문서로 되어 있다면 과학자의 이름만 <찾기>창에 집어넣으면 각 정치인에 대한 정보들을 일목요연하게 볼 수 있으므로 겉으로는 보이지 않더라도 내적으로 체계적으로 배열이 된 것이므로 ‘개인정보파일’이 될 수 있다.¹⁾

결국 사람들이 타인에 대해 알고 말함에 있어서 그 타인에게 동의를 얻어야 한다는 것인데 이것이 개인정보보호법이 상정하고 있는 시나리오일까?

위에서 개인정보처리자에게 부과되는 의무를 주마간산적으로 살펴보면 개인정보보호법은 개인정보를 그 정보주체의 소유물로 보고 있는 듯하다. 개인에 대한 정보를 수집할 때 그 개인으로부터 동의를 얻어야 한다거나 이를 수집목적에 따라서만 사용해야 한다거나 하는 개인정보보호법 상의 의무들은 정보주체가 다른 물건들을 소유하듯이 자신에 대한 개인정보를 소유한 것으로 보는 시각과 합치한다.²⁾ 즉 타인의 물건을 빌리려면 그 물건의 소유자에게 동의를 얻어야 하고 빌리는 목적을 말하고 그 목적에 부합하게 물건을 사용해야 하며 그렇게 하지 못할 경우 물건의 소유자는 그 물건을 반환받을 수 있다는 등의 규범은 개인정보보호법 상의 개인정보처리자의 의무에 좋은 유비를 제시한

1) 개인정보보호법이 이렇게 해석되지 않을 수 있다면 모든 개인정보처리자는 정보의 축적방법만 서술형으로 바꿈으로써 개인정보보호법의 적용을 피할 수 있을 것이며 개인정보보호법은 형해화될 것이다. 개인정보보호법의 올바른 해석은 이와 같이 서술형으로 축적된 정보에도 적용될 가능성을 포함해야 한다. 이러한 가능성은 신문기사DB와 관하여 제기된 바 있다. 문제완, “프라이버시보호를 목적으로 하는 인터넷규제의 의의와 한계: ‘잊혀질 권리’ 논의를 중심으로”, 언론법학회 2011년 9월 20일 학술세미나 <인터넷상의 표현의 자유와 한계> 자료집, 108-135쪽, 124쪽.

2) 더 나아가 아예 개인정보에 대해 정보주체가 가진 권리를 재산권으로 다루어야 한다는 견해도 나와 있다. Lawrence Lessig, <Code>, 160~163쪽. 로렌스 레식이 포르노로부터 청소년을 보호하기 위한 인터넷필터링에 대해서 표현의 자유 입장에서 반대하면서 이와 같이 개인정보에 대하여 재산권에 준하는 통제권을 부여하는 것은 모순된다는 비판은 Paul M. Schwartz, “BEYOND LESSIG'S CODE FOR INTERNET PRIVACY: CYBERSPACE FILTERS, PRIVACY-CONTROL, AND FAIR INFORMATION PRACTICES”, 2000 Wisconsin Law Review 743 (2000).

다.

그렇다면 누구든 타인에 관한 글을 쓸 때는 타인에 대한 명제를 포함시킬 수밖에 없는데 이러한 명제들을 개인정보라고 정의하여 그 타인이 소유물과도 같은 통제권을 행사한다면, 결국 타인에 관한 글을 쓰는 행위에 대해 그 타인이 통제권을 갖게 되는 것이다. 이렇게 타인에 대한 글을 쓸 때 그 타인으로부터 동의를 얻어야 한다는 규범이 기존 법리에 미치는 영향은 명약관화하다.

가장 극명하게, 명예훼손, 사생활침해는 모두 하나의 명제의 위법성에 대해 법적 책임을 부과하는 법리인데 그 위법성요건에는 ‘명제가 실존인물에 관한 것일 것’이라는 요건이 이미 포함되어 있다. 그런데 개인정보보호법에 의하여 ‘실존인물에 관한 명제’는 모두 ‘개인정보’가 되고 동의없는 개인정보의 처리는 개인정보보호법 상 불법이 된다. 그렇다면 명예훼손이나 사생활침해 성립 여부가 문제가 되는 대부분의 명제들은 ‘허위’, ‘사실의 적시’ 등의 요건을 충족시키지 않더라도 실존인물에 관한 명제이고 동의없이 작성된 명제이므로 이미 개인정보보호법 상으로는 불법이다. 이렇게 되면 정보의 대상(개인정보보호법 상 “정보주체”)은 자신에 대해 원치않는 정보가 유통되고 있을 경우 명예훼손이나 사생활침해를 입증하지 못해도 개인정보보호법 위반을 입증함으로써 그 유통을 막을 수 있게 된다. 그 정보가 허위인지 사적인 비밀로 보호되는 것인지 입증할 필요가 없어진다. 이렇게 정보주체가 자신에 관한 정보라는 이유만으로 그 정보의 유통을 규제할 수 있다면, 명예훼손이나 사생활침해 뿐만 아니라 퍼블리시티권, 초상권과 같이 신체적 법익이나 재산적 법익이 아닌 인격적 법익을 보호하는 모든 규범들의 실질적 의미가 형해화되어 버린다.

물론 더욱 중요한 것은 표현의 자유라는 헌법원리에 미치는 영향이다. 누구나 자신에 대한 정보라는 이유만으로 이를 통제할 수 있다면 그 정보를 공유하고자 하는 자의 자유는 포기되어야 한다. 그리고 특히 개인정보보호법리는 민주주의에 심대한 영향을 주게 된다. 표현의 자유의 의미를 민주주의에서 찾을 때 표현의 자유의 핵심은 ‘하늘이 맑다’라는 자연현상에 대한 관찰이나 평가보다는 타인에 대한 관찰과 평가를 할 권리가 될 것이다. 예를 들어 국민주권을 위탁받은 자들을 국민이 감시 및 비판하는 기능의 중요성은 우리나라 사법부에 의해서도 누차 강조된 바 있다. 그런데 타인에 대한 관찰과 평가가 모두 그 타인의 동의에 의해서만 이루어질 수 있다면 이러한 비판 감시기능도 제대로 작동할 수 없게 된다.

개인정보보호법이 가진 문제는 ‘개인에 관한 정보’를 모두 ‘개인정보’로 정의하여 정보주체가 자신에 관한 정보에 대한 통제권을 부여하면서 시작된 것이다. 즉 타인에 관한 정보를 그 타인이 소유한 것처럼 대우하면서 시작된 것이다. 물론 정보주체가 자신에 관한 정보에 대해 갖는 통제권은 절대적인 것이 아니라 개인정보처리자에게 몇 가지

의무를 부과함으로써 그 범위가 정해지는데 개인정보처리자의 의무는 ‘개인정보파일’을 운영할 때만 발생하므로, 이 글에서는 개인정보보호법의 연혁적 유래를 살펴보고 개인정보보호법 상의 ‘개인정보’, ‘개인정보파일’ 및 ‘개인정보처리자’의 정의의 타당성을 고찰해 본다.

한 가지 유의점을 미리 밝혀놓고자 한다. 아래에서 밝히겠지만 개인정보보호법제는 프라이버시권 보호와 깊게 연관되어 있다. 필자는 전통적인 프라이버시권을 침해하는 개인정보처리는 당연히 헌법적으로든 입법적으로든 규제되어야 마땅하다고 본다. 즉 단순히 개인에 대한 정보가 아니라 개인에 관한 것이면서 비밀로 유지되어 왔던 정보는 당연히 규제되어야 한다고 본다. 예를 들어, 인터넷상 자신의 견해나 주장을 편다는 이유만으로 자신의 실명 및 주민등록번호 등을 포털 사에게 보관할 것을 요구하는 인터넷실명제는 프라이버시보호차원이든 개인정보보호차원이든 문제가 있다고 본다. 예를 들어, SK커뮤니케이션의 개인정보유출에 대한 책임 여부는 이 논문의 범위를 벗어난 것이다. 인터넷이용자가 인터넷서비스업체에게 위탁한 실명 및 주민등록번호는 프라이버시권에 대한 아무리 너그러운 해석 하에서도 공개되어서는 아니되는 정보라고 할 수 있기 때문이다.

필자가 문제삼는 것은 그러한 전통적인 프라이버시권의 침해가 없는 개인정보처리에 대한 규제의 타당성을 살펴보고자 하는 것이다. 예를 들어, 애플과 구글에 대한 위치정보 저장에 대한 소송은 전통적인 ‘사생활의 비밀’의 영역을 넘어서는 정보, 즉 위치정보에 대한 문제이기 때문에 이 논문의 문제제기 범위에 포함된다.

II. ‘개인정보’의 정의와 개인정보보호권

우리나라 개인정보보호법 제정의 근간은 1980년 OECD프라이버시보호및개인정보국제유통가이드라인(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data: 이하 ‘OECD가이드라인’)³⁾과 1995년 EU개인정보처리에관한개인의보호및자유로운정보유통에대한디렉티브(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: 이하 ‘EU 디렉티브’)⁴⁾라고 볼 수 있다. 두 가지 모두 직접적으로 법적 효

³⁾ Organization for Co-Operation and Economic Development (OECD), OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html (2011년9월26일 최종방문).

력은 없으나 개인정보보호에 대한 세계적인 움직임을 대표하고 있고 전자는 미국이 참여하였고 후자는 미국이 참여하지 않았기 때문에 선진국들의 개인정보보호에 대한 다양한 시각을 읽을 수 있다.

여기서 OECD가이드라인과 EU디렉티브를 살펴보는 것은 우리나라 개인정보보호법과의 전반적인 비교를 위한 것이 아니고 제1장에서 밝힌 바와 같이 개인정보보호의무가 발생하는 요건인 ‘개인정보’, ‘개인정보파일’, ‘개인정보처리자’의 정의만을 집중적으로 살펴볼 것이다. 이러한 정의들에 대해서 살펴보면 이 논문에서 이러한 정의들이 문제가 되는 것은 개인정보에 대해서 정보대상자(정보주체)에게 소유권과 유사한 권리를 부여하기 때문이므로 개인정보에 대해 그와 같은 비슷한 권리를 부여하는가에 대해서도 간략하게 병행하여 살펴볼 것이다.

우선 개인정보의 정의는 우리나라의 그것과 다르지 않아 OECD가이드라인⁵⁾과 EU디렉티브⁶⁾ 모두 ‘식별가능한 개인에 대한 모든 정보’를 개인정보라고 정의하고 있다.

1. 1980년 OECD가이드라인

OECD가이드라인은 서문에서 그 취지를 자세히 적시하고 있다.

자동화된 정보처리의 발전에 따라 엄청난 양의 정보를 수초 만에 국경을 넘어 심지어는 대륙을 횡단하여 전송할 수 있게 되었고 이에 따라 개인정보와 관련된 프라이버시 보호를 고려해야 한다. . . OECD회원국들은 각국의 프라이버시법제를 조화시켜 인권을 보호하면서도 정보의 국제적 흐름이 중단되지 않도록 하는 가이드라인을 작성할 필요를 느끼게 되었다. . . .

OECD가이드라인의 해설서(Explanatory Memorandum)는 다음과 같이 가이드라인의 배경을 더 자세히 설명하고 있다.

4) EU Directive 95/46/EC on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/data_protection/114012_en.htm (2011년9월26일 방문)

5) “personal data” means any information relating to an identified or identifiable individual (data subject);

6) ‘personal data’ shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity

지난 10년간 OECD회원국들은 프라이버시보호를 위한 법제들을 개발해왔다. 이 법들은 나라별로 다르고 많은 나라들은 지금도 개발 중이다. 법제상의 차이는 국가 간의 정보의 흐름에 장애가 될 수 있다.⁷⁾ . . . 현재 논의된 대응방식은 주로 한 개인이 고전적인 의미에서의 프라이버시 침해를 방지하기 위한 보호조치들이다. 즉 은밀한 개인정보의 남용이나 공개와 같은 것이다. 그러나 이와 관련된 다른 보호의 필요가 나타났다. 예를 들자면 기록보관자가 정보처리활동들에 대해 공중에게 알릴 의무나 정보주체가 자신에 대한 정보를 보완하고 개선할 권리이다. 일반적으로는 “간섭받지 않을 권리(the right to be left alone)”라는 전통적인 개념의 프라이버시를 더 확대하며 이와 관련된 법익들을 더욱 복잡하게 종합하는 체계를 찾으려는 경향이 있었다. 이 법익들은 ‘프라이버시와 개인의 자유’라고 명명될 수 있을 것이다.⁸⁾

OECD가이드라인의 서문과 해설서에 비추어볼 때 기존의 프라이버시의 범위를 넘어서는 보호를 제공하되 프라이버시의 보호를 핵심적으로 보고 있는 것이다.

본문 제1조에서 “이 가이드라인은 처리방식 또는 그 성격이나 사용의 맥락 때문에 프라이버시 및 개인의 자유에 위협을 가하는 개인정보에게 적용된다”라고 명시하고 있다.⁹⁾ 제3조에서 “프라이버시와 개인의 자유에 위협을 가하지 않음이 명백한 개인정보를 이 가이드라인의 적용에서 배제할 수 있음”을 명시하고 있다.¹⁰⁾ 이와 함께 제3조는 회원국이 법 제정시 “가이드라인의 적용을 자동화된 정보처리에 한정할 수 있음”을 명시하고 있다.¹¹⁾

7) Introduction: A feature of OECD Member countries over the past decade has been the development of laws for the protection of privacy. These laws have tended to assume different forms in different countries, and in many countries are still in the process of being developed. The disparities in legislation may create obstacles to the free flow of information between countries. Such flows have greatly increased in recent years and are bound to continue to grow as a result of the introduction of new computer and communication technology.

8) 2. The remedies under discussion are principally safeguards for the individual which will prevent an invasion of privacy in the classical sense, i.e. abuse or disclosure of intimate personal data; but other, more or less closely related needs for protection have become apparent. . . . Generally speaking, there has been a tendency to broaden the traditional concept of privacy (“the right to be left alone”) and to identify a more complex synthesis of interests which can perhaps more correctly be termed privacy and individual liberties.

9) 2. These Guidelines apply to personal data, whether in the public or private sectors, which, because of the manner in which they are processed, or because of their nature or the context in which they are used, pose a danger to privacy and individual liberties.

10) 3. These Guidelines should not be interpreted as preventing: . . . b) the exclusion from the application of the Guidelines of personal data which obviously do not contain any risk to privacy and individual liberties;

그렇다면 OECD가이드라인을 OECD회원국들이 준수해야 할 최소기준으로 간주할 때 그 최소기준은 ‘프라이버시 및 개인의 자유에 위협을 가하는 정보의 자동화된 처리’에만 적용된다고 볼 수 있다.

결론적으로 OECD가이드라인은 제1조와 제3조에서 프라이버시 및 개인의 자유에 위협을 가하는 정보에만 그 적용을 한정하고 있다. 이것은 우리나라 법이 제1조 목적부분에서 ‘사생활의 비밀 등을 보호함’을 목적으로 정하고 있을 뿐 실제 조문에서는 ‘개인정보’를 ‘살아있는 개인에 관한 정보로서 개인을 알아볼 수 있는 정보’라고만 정하고 있는 것과 비교가 된다. 물론 우리나라 법도 제1조의 목적조항에 따라 ‘개인정보’의 정의를 ‘살아있는 개인에 관한 정보로서 개인을 알아볼 수 있는 정보 중에서 사생활의 비밀을 침해할 수 있는 정보’로 한정할 수도 있을 것이다. 덧붙여서, OECD가이드라인은 제3조에서 ‘프라이버시와 개인의 자유에 위협을 가하지 않음이 명백한 개인정보’는 이 가이드라인이 설정하려는 최소기준에 포함되지 않음을 분명히 하고 있다.

하지만 유의해야 할 점은 ‘프라이버시 및 개인의 자유’가 무엇인지에 대해서는 OECD 가이드라인은 명백한 설명을 하지 못하고 있다. OECD가이드라인은 서문에서 OECD회원국들이 만든 프라이버시 보호 법제들은 ‘근본적인 인권의 침해(violations of fundamental human rights)’를 예방하려고 한다면서도 그 예로서 (1) 개인정보의 불법보관 (unlawful storage of personal data), (2) 부정확한 개인정보의 보관 (storage of inaccurate personal data) 또는 (3) 개인정보의 남용 및 무단공개(the abuse or unauthorized disclosure of personal data)를 들고 있는데 (3)은 기존의 프라이버시 개념에 포함되어 있지만 (1)과 (2)는 왜 그것이 근본적인 인권의 위반인지가 설명되고 있지 않다. OECD가이드라인이나 EU디렉티브가 나오기 이전에 타인에 대한 정보를 보관한다는 것 자체가 인권침해로 인정되는 경우는 없었다. 타인에 대한 정보의 공개가 타인의 사생활을 침해하는 것으로 인정되는 경우는 있었지만 그 습득과정에 불법이 있었다면 모르되 정보의 단순한 보관이 사생활을 침해한다고 보기는 어렵기 때문이다. 또 타인에 대해 부정확한 정보를 보관하는 것 역시 OECD가이드라인이나 EU디렉티브가 나오기 이전에 인권침해로 인정되고 있지 않았다. 그렇다면 OECD가이드라인은 무언가를 ‘근본적인 인권의 침해’라고 규정하고 이를 방지하기 위해 ‘프라이버시 및 개인의 자유에 위협을 가하는 정보의 자동화된 처리’를 규제하는 것을 내용으로 하고 있는데 OECD가이드라인의 입법목적은 정확히 알기 위해서는 ‘프라이버시 및 개인의 자유’가 무엇인가에 대해서 더욱 정확히 알 필요가 있다.

다음으로 이렇게 정의된 ‘개인정보’에 OECD가이드라인은 개인정보처리자에게 어떤

11) 3. These Guidelines should not be interpreted as preventing:. . . c) the application of the Guidelines only to automatic processing of personal data.

의무를 부과하고 있는지 살펴보자. 우선 8개의 기본원칙으로 정리되는데 수집에 있어서의 제한을 살펴보면 수집에 있어서 정보주체의 인지나 동의를 의무화하고 있지 않다. 오직 ‘적절한 경우’에만 인지나 동의를 요구하고 있다. 이것은 국내법이 특별한 경우가 아닌 이상 동의를 원칙적으로 요구하고 있는 것¹²⁾과 비교된다.¹³⁾ 물론 국내법이 정보주체가 아닌 제3자로부터 정보를 수집할 상황을 상정하고 있어 정보주체의 동의 없이 정보를 수집할 수 있음을 전제로 하고 있기는 하나 이때에도 정보주체는 수집사실을 안 순간부터 개인정보의 처리정지 및 파기를 시킬 권한을 가지게 된다.¹⁴⁾

2. 1995년 EU디렉티브

1995년 EU디렉티브는 역시 전문 제2항에서 그 목표를 한정하고 있다. ‘정보처리시스템은 인류에 봉사해야 한다. 이 시스템은 자연인의 국적 또는 주거에 관계없이 이들의 근본적인 권리와 자유를 존중해야 하며 특히 프라이버시권(the right to privacy)을 존중하면서 경제적 사회적 발전, 무역확대 및 개인의 건전한 생활(well-being)에 기여해야 한다.’¹⁵⁾

EU디렉티브는 전문 제15항에서 ‘개인정보처리 중에서 자동화되었거나 정보가 정보주체들에 대한 특정한 기준에 따라 구조화된 파일링시스템에 포함되어 있거나 포함되기로

12) 개인정보보호법 제15조(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

2. 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우. . .

13) 이 점은 이민영도 지적한 바 있다. 이민영, “개인정보보호법의 쟁점분석 및 제정방향”, 정보통신정책 제 17 권 20호 통권 381호 2005년 11월

14) 제20조(정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지) ① 개인정보처리자가 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보를 처리하는 때에는 정보주체의 요구가 있으면 즉시 다음 각 호의 모든 사항을 정보주체에게 알려야 한다.

제37조(개인정보의 처리정지 등) ① 정보주체는 개인정보처리자에 대하여 자신의 개인정보 처리의 정지를 요구할 수 있다. 이 경우 공공기관에 대하여는 제32조에 따라 등록 대상이 되는 개인정보파일 중 자신의 개인정보에 대한 처리의 정지를 요구할 수 있다.

② 개인정보처리자는 제1항에 따른 요구를 받았을 때에는 지체 없이 정보주체의 요구에 따라 개인정보 처리의 전부를 정지하거나 일부를 정지하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체의 처리정지 요구를 거절할 수 있다.

15) (2) Whereas data-processing systems are designed to serve man; whereas they must, whatever the nationality or residence of natural persons, respect their fundamental rights and freedoms, notably the right to privacy, and contribute to economic and social progress, trade expansion and the well-being of individuals;

되어 있어 개인정보에 대한 용이한 접근을 허용할 때에만 이 디렉티브가 적용된다'고 하고 있다.¹⁶⁾ 전문 제27항에서 '이 디렉티브는 자동화된 처리가 아닌 이상 파일링시스템에만 적용되며 구조화되지 않은 파일들에는 적용되지 않는다'고 명확히 하고 있다.¹⁷⁾ 이것은 1995년 EU디렉티브의 전신이라고 할 수 있는 1981년의 유럽의회자동처리개인정보협약(Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data)¹⁸⁾이 자동처리되는 개인정보 만을 대상으로 하고 있던 것에서 유래한 것이다.

그리고 다시 전문 제17항에서 저널리즘, 문학 및 예술적 표현을 목적으로 이루어지는 동영상 과 녹음의 처리¹⁹⁾에 대해서는 각 회원국이 프라이버시권과 표현의 자유 규칙들과의 조화에 필요한 경우 예외를 설정해야 한다고 하였고 본문 제9조는 동영상 및 녹음 뿐만 아니라 저널리즘, 문학 및 예술 정보에는 아예 개인정보권이 아예 적용되지 않는 것으로 되어있다.²⁰⁾

그리고 본문 제3조 제1항 역시 '이 디렉티브는 전적으로 또는 부분적으로 자동화된 개인정보처리 및 자동화되지 않았다면 파일링시스템의 한 부분이거나 한 부분으로 예정된 정보들의 처리에만 적용된다'²¹⁾고 밝히고 있다. 제3조 제2항 역시 순전히 개인이나 가사생활 과정에서 자연인에 의한 개인정보처리에는 적용되지 않는다고 밝히고 있다.²²⁾

¹⁶⁾ (15) Whereas the processing of such data is covered by this Directive only if it is automated or if the data processed are contained or are intended to be contained in a filing system structured according to specific criteria relating to individuals, so as to permit easy access to the personal data in question;

¹⁷⁾ (27) whereas, nonetheless, as regards manual processing, this Directive covers only filing systems, not unstructured files; whereas, in particular, the content of a filing system must be structured according to specific criteria relating to individuals allowing easy access to the personal data;

¹⁸⁾ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> 2011년9월26일 최종방문

¹⁹⁾ (17) Whereas, as far as the processing of sound and image data carried out for purposes of journalism or the purposes of literary or artistic expression is concerned, in particular in the audiovisual field, the principles of the Directive are to apply in a restricted manner according to the provisions laid down in Article 9;

²⁰⁾ Article 9 (Processing of personal data and freedom of expression) Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.

²¹⁾ This Directive shall apply to the processing of personal data wholly or partly by automatic means, and to the processing otherwise than by automatic means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.

²²⁾ This Directive shall not apply to the processing of personal data: - by a natural person in

이 디렉티브 하에서 만들어진 독일의 연방정보보호법 역시 이와 비슷한 조항들을 두고 있다. 우선 제1조 제1항은 ‘이 법의 목적은 자신의 개인정보의 처리에 의해 발생할 수 있는 프라이버시권의 침해로부터 개인들을 보호하려는 것이다’라고 하고 본조 제2항은 이 법은 ①‘정보처리시스템’을 통한 수집, 처리 및 이용 또는 ②‘자동화되지 않은 파일링시스템’을 통한 수집 처리 및 이용에만 적용된다고 하고 있다. 또 법이 적용되는 정보처리양태에 있어서도 ‘개인적인 또는 가정 내의 활동’을 위한 수집, 처리 및 이용에는 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

그런데 흥미로운 것은 독일연방정보보호법은 제1부에서 일반조항으로서 제4조 제1항에서 ‘개인정보의 수집, 처리 및 이용은 이 법에 의해 허용되거나 요구된 경우나 정보주체가 동의한 경우에 합법적이다’라고 한 후에 제2항에서 ‘개인정보는 정보주체로부터 수집되어야 한다. 정보주체의 참여가 배제된 수집은 법에 의해 허용되거나 요구된 경우(또는 상업적 목적이나 행정적 목적에 비추어 타인으로부터의 수집이 불가피한 경우 또는 정보주체로부터의 수집이 과도한 부담이 될 경우)로서 정보주체의 압도적인 합법적 이익에 미칠 부정적 영향이 인지되지 않는 경우에만 허용된다’라고 하고 있다. 즉 원칙적으로는 정보주체로부터 정보주체의 동의 하에 수집되어야 하지만 특별히 제3자로부터의 수집이 정보주체에게 특별한 해악을 끼치지 않을 경우 제3자로부터의 동의없는 수집도 허용될 수 있다는 것이다.

특히 연방정보보호법 스스로가 제2부와 제3부에서 각각 공공기관의 정보보호의무와 사기업체의 정보보호의무를 나누어 규정한 후에 사기업체에 적용되는 제3부의 제28조에서 ‘개인정보의 수집, 기록, 변경, 양도 또는 상업적 이용은 1. 정보주체와의 법적 또는 유사법적 의무를 창설, 이행 또는 종료시키기 위해 필요한 경우, 2. 정보통제자의 합법적 이익을 보호하기 위해 필요한 경우로서 정보주체가 그러한 처리나 사용을 배제할 압도적인 합법적 이익을 가지고 있다고 추정할 이유가 없는 경우, 또는 3. 정보가 일반적으로 접근가능하거나 정보통제자가 공개할 수 있는 경우로서 정보주체가 그러한 처리나 사용을 배제할 명백하고 압도적인 합법적인 이익을 가지고 있지 않은 경우’에 합법적이라고 되어 있다.

그렇다면 독일연방정보보호법은 사기업체인 개인정보처리자에게는 개인정보 수집에 있어서 정보주체의 동의를 절대적으로 요구하지 않는다는 것인데 이는 EU디렉티브의 어떤 내용에 의해 허용되는 것일까? EU디렉티브의 제7조는 개인정보의 처리는 (a) 정보주체가 명백히 동의한 경우, (b) 정보주체가 당사자인 계약의 이행 또는 체결을 위해 불가피한 경우, (c) 개인정보처리자의 법령상의 의무이행을 위해 불가피한 경우, (d) 정보

the course of a purely personal or household activity.

주체의 긴급한 이익을 보호하기 위해 불가피한 경우, (e) 공익적 임무 또는 개인정보처리자나 제3자에게 부여된 공적 권한의 행사를 위해 불가피한 경우 (f) 개인정보처리자나 제3자가 추구하는 합법적 이익을 위해 불가피한 경우로서 그와 같은 이익이 정보주체의 근본적인 권리나 자유에 의해 압도되지 않는 경우에 허용된다고 하고 있다.²³⁾ 즉 정보주체가 자신에 관한 정보의 흐름을 통제할 권한을 갖지는 않는 것이다. EU디렉티브의 이러한 성격에 착안하여 맥세이너는 EU디렉티브가 개인정보에 대한 재산권을 창설하지는 않는다고 하였으며²⁴⁾ 또 독일연방헌법재판소가 1983년에 천명한 개인정보자기결정권²⁵⁾을 법제화 한 것은 아니라고 평가하였다.

3. 소결: 개인정보보호권과 프라이버시권의 관계

이 장의 목표는 서론에서 언급된 표현의 자유의 제약 문제를 고려할 때 개인정보보호법의 정보주체의 권리(이하, ‘개인정보보호권’)²⁶⁾를 어떻게 한정할 것인가 그리고 이 문제제기에 비추어 개인정보권의 본산인 OECD가이드라인과 EU디렉티브는 개인정보를 어떻게 정의하고 있는가를 알아보려하는 것이었다.



OECD가이드라인과 EU디렉티브를 살펴보면 명백해진 것은 첫째 개인정보와 프라이버시는 범주가 다르며, 전자가 후자를 포함하는 더욱 넓은 개념이라는 것과 둘째 개인정보보호권은 프라이버시침해의 개연성이 있는 개인정보에만 적용된다는 것이다.

즉 1980년 OECD가이드라인은 개인정보를 개인을 식별할 수 있는 모든 정보로 정의하되, 개인정보처리자의 의무가 적용되는 개인정보처리의 범위를 ‘자동화된 처리’로 최

²³⁾ **Article 7** Member States shall provide that personal data may be processed only if:

(a) the data subject has unambiguously given his consent; . . .

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1 (1).

²⁴⁾ James R. Maxeiner, “Freedom of Information and the EU Data Protection Directive”, Federal Communications Law Journal, December 1995, p. 97

²⁵⁾ Judgment of Dec. 15, 1983, Bundesverfassungsgericht (Fed. Const. Ct.), 65 BVerwGE 1, translated in 5 Hum. Rts. L.J. 94 (1984). See H. Prantl, Der Datenschutz zehn Jahre nach dem Volkszahlungsurteil: Unanständiges für unanständige Leute. Der späte Sieg des ehemaligen Innenministers Friedrich Zimmermann, Süddeutsche Zeitung, Dec. 16, 1993.

²⁶⁾ 독일연방헌법재판소와 우리 재판소에 의해 헌법적인 위상을 갖게 된 ‘개인정보자기결정권’에 비해 법률로써 창설된 권리를 구별하여 부르기 위해 ‘개인정보보호권’이라는 용어를 쓰고자 한다.

소보호수준을 좁히고 있으며, 개인정보의 범위도 ‘프라이버시 및 개인의 자유를 침해할 개연성이 있는 정보’만으로 한정하고 있다. 그리고 개인정보권의 내용에 있어서도 다른 차이도 있겠지만 가장 눈에 띄는 것은 개인정보의 수집에 있어서도 동의를 의무화하고 있지 않다. 프라이버시의 보호를 위해 불필요한 경우 동의를 얻을 필요 없다는 의미로 해석된다.

또 1995년 EU디렉티브 역시 개인정보는 개인을 식별할 수 있는 모든 정보로 폭넓게 정의되되 그 규제목표는 ‘프라이버시권’의 보호임을 천명한 후에 적용범위에 있어서 ① 자동화된 시스템이나 ② 자동화되어 있지 않다면 구조화된 파일링시스템에만 적용된다고 한정하고 있다. 즉 개인정보라고 할지라도 위와 같이 자동화 또는 구조화된 파일링시스템에 속한 개인정보에만 법이 적용된다고 하는 것이다. 또 개인정보의 수집에 있어서는 동의를 의무화하고 있지만 이익형량을 통해 “개인정보처리자의 이익이 정보주체의 이익보다 우선할 경우” 정보주체의 동의를 얻을 의무가 면제되며 해석상 이 이익형량에서 정보주체의 이익은 EU디렉티브가 전문에서 그 중요성을 밝히고 있는 프라이버시권이 된다. 즉 모든 자동화된 시스템이나 구조화된 파일링시스템에서 처리되는 개인에 대한 정보의 경우 우선적으로 모두 개인정보보호권이 적용되기는 하나, 개인정보보호권의 가장 대표적인 의무인 수집동의권의 경우 정보주체의 프라이버시가 정보처리자의 이익(예를 들어, 표현의 자유)에 앞설 경우에만 적용된다. 그렇다면 역시 적어도 개인정보보호권의 가장 중요한 요소인 수집동의권은 프라이버시권의 침해 개연성이 있는 정보에만 적용된다고 보는 것이 합당하다.

그렇다면 개인정보보호권의 목표로 설정된 프라이버시권의 의미는 무엇이며 개인정보보호권은 어떻게 프라이버시권으로부터 발전하였는가?

III. 프라이버시권의 의미와 개인정보보호권의 발전

1. Warren-Brandeis 논문의 올바른 이해

국내에서 프라이버시 논의를 할 때 법리의 안정적인 원천으로 제시되는 것이 바로 프로트서인데, 1960년에 미국에서 프라이버시 침해를 불법행위로 구성한 프로트서(William L. Prosser)가 프라이버시 침해유형을 다음의 네 가지로 분류하고 있다.²⁷⁾

(1) 사적 사실의 공표(public disclosure of private facts)~ 비밀로 붙여두고 싶어하는

²⁷⁾ Prosser, “Privacy”, 48 Cal.L.Rev. 383 (1960)

개인에 관한 난처한 사적 사항이 언론 매체에 그대로 공개되어 권리가 침해받는 경우.

(2) 왜곡된 묘사(false light in the public eye)~허구와 허위의 사실을 공표 하거나 사실을 과장 또는 왜곡하여 공표함으로써 세인들로 하여금 특정인을 사실과 다르게 알고 록 하는 행위.

(3) 성명 및 초상의 영리적 사용(appropriation of name or likeness)~개인의 성명, 초상, 경력 등 본인의 고유한 속성, 즉 인격적 징표를 본인의 동의 없이 사용하여 상업적 부당 이득을 추구하는 행위. 주의할 것은 사람의 징표를 그 사람의 선호도에 편승하여 상업적 이득을 얻기 위해서만 침해가 발생하고 그 사람에 대한 평가나 음미를 위한 사용은 침해가 아님.

(4) 사생활에의 침입(intrusion upon solitude or seclusion)~ 개인의 평온한 사생활이 적극적으로 침입 및 간섭받거나 소극적으로 감시도청 또는 촬영되는 행위 등에 의하여 불안과 불쾌감을 유발시키는 행위.

그런데 위의 4가지 유형을 자세히 살펴보면 침해유형 (1)과 침해유형 (4)는 타인에게 공개되지 않은 공간 또는 정보의 원치않은 공개가 이루어진다는 면에서 공통점이 있다. 그러나 침해유형(3)은 영미계에서 인정되는 퍼블리시티권을 말하고 침해유형(2)는 명예 훼손에 해당되지는 않으나 매우 근접한²⁸⁾ 해당되는 개념임을 알 수 있다.

결국 프로트서의 프라이버시는 명예, 비밀 및 정체성²⁹⁾의 세 가지의 보호가치가 혼재된 개념이라고 할 수 있겠으며 심지어는 프로트서 스스로 이 4가지의 침해유형은 서로 관계가 없다고 하였다.³⁰⁾ 프로트서는 심지어 이렇게 “혼란스러운 판례의 진화를 중단해야 할지 고민해야 될 때가 되었다”고 하였다.³¹⁾

프로트서가 이와 같이 다양한 형태의 불법행위들을 모두 프라이버시 침해에 포함시킬

²⁸⁾ 혹자는 false light(왜곡)과 defamation(명예훼손)이 질적으로 다르다고 주장하기는 하나 false light에 대한 판례들이 거의 없어 확인이 되고 있지 않으며, 미국에서는 진실이 명예훼손에 대한 완전한 항변이 되기 때문에 진실을 적시하되 왜곡되게 묘사하는 행위를 규제하기 위해 false light이 필요한 것으로 이해할 수 있다. 우리나라의 경우 진실적시 명예훼손이 형법 제 307 제1항에서 인정되고 있기 때문에 false light 침해는 이미 민형사상 존재한다고 볼 수 있다.

²⁹⁾ 학계에서는 identity를 동일성으로 번역되기도 하나 정체성으로 번역하는 것이 옳바르다고 본다. Identity는 identify와 어원을 같이 하므로 동일성으로도 번역되지만 일반인들에게는 ‘정체성’이라는 번역이 더욱 쉽게 이해된다. 이미 외국에서 자신의 민족적 정체성에 대해 혼란을 겪는 이민자의 자녀들을 가리켜 ‘identity crisis에 빠져있다’라고 하는 용례도 있다.

³⁰⁾ Neil M. Richards, Daniel J. Solove, “Prosser's Privacy Law: A Mixed Legacy”, 98 California Law Review 1887 (2010)

³¹⁾ Prosser, 423쪽.

정도로 프라이버시를 넓게 정의한 이유는 프라이버시권을 처음 정립한 것으로 알려지는 Samuel Warren판사와 Louis Brandeis판사의 1890년 논문 때문이다.³²⁾ Warren-Brandeis 논문이 나오기 전까지 판례들의 주류해석은 법적으로 인정되는 민사불법행위(torts)의 유형들을 신체나 재산에 대한 훼손을 동반하는 것으로 한정하고 있었고 그렇지 않다면 최소한 명예훼손, 저작권침해 또는 계약위반 등이 동반되어야 했다. Warren과 Brandeis는 이 논문에서 신체 및 재산적 손해, 명예훼손, 저작권침해, 계약위반 등을 동반하지 않는 새로운 불법행위들이 일부 판례에서 인정되어 왔다고 이 흐름이 더 발전되어야 한다고 주장하였다. 실제로 그와 같은 불법행위가 인정된 여러 판례들을 소개하는 것이 논문의 주 내용이며 이와 같은 소송에서 침해가 인정된 권리를 ‘프라이버시’권이라고 명명하였다. 이 논문의 내용은 그후 여러 법원들이 신체나 재산의 훼손, 계약위반 또는 명예훼손을 동반하지 않는 민사불법행위 재판에서 많이 인용하였고 실제로 매우 다양한 불법행위사건들이 Warren과 Brandeis가 펼쳐놓은 텐트 아래에 모이게 되었다.³³⁾ 사실 당대 불법행위법의 대가였던 Prosser가 1960년 논문을 통해 혼란스러운 프라이버시 사건들을 정리하려고 한 이유도 1890년 이후 70년 동안 이렇게 길어로는 매우 복잡다기한 민사 손해배상판결들이 프라이버시라는 이름하에 이루어졌고 프로터는 이들 판결들 속에서 일관된 법리를 추출함으로써 이 법영역을 정리하고자 하였던 것이다.³⁴⁾

그러나 실제로 Warren과 Brandeis의 논문을 자세히 살펴보면 저자들이 집중하고자 하였던 침해행위들은 프로터의 4분류에서 침해행위(1)과 침해행위(4)에 해당되는 것이었다. 워런과 브랜디스는 프라이버시권을 인정할 근거로서 우리나라로 따지면 저작권격권의 공표권을 언급한다.³⁵⁾ 즉 자신의 생각과 감정을 담은 글을 저자가 공개하기를 원치 않는데 타인이 출판할 경우 저자에 대한 권리침해로 인정하는 판례들에서 프라이버시권 법리의 맥아를 찾는 것이다. 저작권격권의 공표권을 보호함으로써 저자의 생각과 감정이 비밀로 남아있을 권리를 인정한 이유는 저자 자신의 어떤 비밀에 대한 권리를 인정했기 때문이 아니었겠냐는 것이다.

³²⁾ 4 Harvard Law Review 193 (1890). 프로터 스스로 이 논문을 인용하고 있다.

³³⁾ Richards & Solove, 1893쪽.

³⁴⁾ 이러한 ‘정리’의 필요는 우리나라 민사불법행위법에서는 상상하기 어려울 수 있다. 영미법의 민사불법행위법은 역사적으로 보면 의도적인 권리침해(intentional tort)에서 시작하여 과실에 의한 권리침해(negligence)로까지 발전하게 되는데 의도적 권리침해는 성질상 형법 상의 범죄들처럼 유형화되고 각 유형별로 명시적인 위법성구성요건들(elements of cause of action)을 가지게 된다. 예를 들어 battery의 위법성요건 중에서 행위요건이 접촉(contact)이라면 assault의 행위요건은 접촉에 대한 공포심을 조성하는 행위(causing fear of contact)가 요건이 된다. 의도적인 권리침해가 이렇게 유형별로 위법성요건이 정리가 된 상태이기 때문에 의도적 권리침해에 대한 불법행위소송들이 제기되면 이 소송들에서 법원이 일관된 위법성요건을 요구하는 것은 판례의 공정성을 위해 필수불가결한 것이었다.

³⁵⁾ Warren & Brandeis, 199-200쪽.

또 하나 저자들이 프라이버시권의 근거로 삼는 것은 저자들은 동업자나 직원들의 영업비밀(trade secret)³⁶⁾을 유지할 의무에 대한 판결과 사진사가 고객의 사진을 유출시키지 않을 의무에 대한 판결들³⁷⁾에 대한 분석이다. 영업비밀 판결과 사진관 판결 모두 계약 또는 묵시적 계약에 근거하고 있다. 예를 들어 법원은 사진사와 고객과의 계약관계로부터 그 사진을 전시 및 복사하지 않겠다는 묵시적 합의를 유추한 것이다. 이에 대해 법원은 직원이 영업비밀을 유출하지 않을 명시적 의무나 사진사가 사진을 유출하지 않을 의무 모두 공법적으로³⁸⁾ 설정할 수 밖에 없다고 하였다. 왜냐하면 그 회사의 직원이나 그 고객의 사진사가 아닌 다른 사람이 유출을 하더라도 권리침해를 인정해야 할 것이기 때문인데 제3자들과는 기존의 계약관계가 없기 때문에 비밀유지의 의무를 유추해 낼 수가 없기 때문이다. 특히 새로운 사진기술 하에서는 사진사가 사진찍히는 사람의 도움없이 사진을 찍을 수 있게 되었기 때문에 이러한 공법적인 의무의 설정은 더욱 중요하게 되었다.³⁹⁾

그렇다면 Warren-Brandeis논문이 창설한 권리침해는 프루터의 제1유형과 제4유형에 해당되는 사적인 공간에의 침입 또는 사적인 정보의 누설이라고 보아야 한다. 한 평론가에 의하면 ‘사적정보의 공표’ 침해유형이 Warren-Brandeis논문이 가장 중점을 두었던 침해유형이었다.⁴⁰⁾ 물론 그 이후에 여러 법원들이 위 논문의 사진관 판결을 근거로 현대적으로 보면 프루터의 제3유형 또는 현대적으로 보면 퍼블리시티권을 창설하는 판결을 내리거나 또는 위 논문을 퍼블리시티권과 관련하여 언급하였다⁴¹⁾. W-B논문 이후 처음 명시적으로 프라이버시권으로 인정받은 침해유형이 퍼블리시티권 유형이라는 사실은 ironic하다고 한다.⁴²⁾ 도리어 켄터키주 대법원이 1927년에 “Morgan은 \$49.67를 빚졌는데. . . 갚을 때까지 이렇게 광고하겠다”라고 한 광고에 대한 판결⁴³⁾과 캘리포니아주 대법원이 1931년에 개과천선한 전 매춘부가 과거에 살인혐의로 재판받았던 사실을 영화화한 것에 대한 프라이버시권 침해주장을 인정한 판결⁴⁴⁾이 W-B논문이 염두에 두었던 프라이버시권 침해와 상응한다.

36) Warren & Brandeis, 212쪽.

37) Pollard v. Photographic Co., 40 Ch. Div. 345 (1888), Warren & Brandeis, 207.

38) 물론 여기서 ‘공법’적이라는 것은 민사불법행위법이 그 행위판단기준이 당사자들 사이에 의해서가 아니라 사회에 의해 정해진다는 의미에서 계약법에 비해 상대적으로 공법적이라는 의미이다.

39) Warren & Brandeis, 211쪽

40) Richards & Solove., 1889쪽.

41) Roberson v. Rochester Folding Box Co. 64 N.E. 442 (N.Y. 1902)

42) Richards & Solove, 1893쪽

43) Brents v. Morgan, 299 S.W. 967, 968 (Ky. 1927)

44) Melvin v. Reid, 297 P. 91 (Cal. 1931)

그리고 프라이버시를 이렇게 해석하는 것이 프라이버시의 현대적 정의와도 부합한다. 1967년에도 미국연방헌법 수정헌법 제4조의 불합리한 압수수색(unreasonable search and seizure)으로부터의 자유는 국가기관이 범죄수사를 목적으로 특정 사람, 물건 또는 장소를 ‘수색’할 경우 반드시 영장을 받을 것을 요구하고 있다. 그렇다면 수사기관의 어떤 행위가 ‘수색(search)’이라서 영장이 필요하다고 할 때 그 판단기준은 ‘프라이버시에 대한 합리적인 기대(reasonable expectation of privacy)’에 의하여 설정된다.⁴⁵⁾ 프라이버시를 특정한 사적인 영역 내의 사물을 오감을 동원하여 인지하는 행위 즉 ‘수색’의 범위를 제한하는 규범으로 보고 있는 것이다.

물론 1960년대에 미국연방대법원은 Griswold판결⁴⁶⁾에서 프라이버시를 자신의 신체, 성생활 등에 대한 자기결정권으로 해석하였다. 즉 자신의 신체를 자신의 마음대로 통제할 수 있는 권리로 이해한 것이다. 그런데 여기서 ‘프라이버시’라는 문구의 선택은 사람의 신체나 성생활이라는 대상의 은밀함에서 비롯된 것이지 자기결정권 자체를 프라이버시로 보는 것은 아니다.⁴⁷⁾ 한 사람의 공개되지 않은 은밀한 삶의 영역 즉 성생활, 결혼, 생식에 대해서는 그 사람의 결정에 국가가 개입할 수 없다는 것이기 때문에 프라이버시라는 단어선택의 방점은 ‘결정의 대상’의 사적인 성격에 있는 것이지 결정권 자체가 사적이라고 본 것이 아니다.

위 내용을 표로 정리하자면 다음과 같다.

프루터의 프라이버시	Warren-Brandeis의 프라이버시의 범위	현대적 개념들
(1) public disclosure of private facts (사적인 정보의 무단공표)	O	현대적 의미의 프라이버시

⁴⁵⁾ Katz v. U.S., 389 U.S. 347, 361 (1967)

⁴⁶⁾ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

⁴⁷⁾ 혹자는 낙태결정권의 ‘결정’부분에 초점을 맞추어 결정권적 프라이버시(decisional privacy)라는 개념을 창설하려고 한다. 문재완, 전제서. 하지만 그렇게 프라이버시를 결정권으로 입론하면 프라이버시와 자유권 전체를 구분하기가 어려워진다. 자유권 자체가 한 이성적 인간의 결정을 존중하는 것에 가치를 두고 있기 때문이다. 이렇게 입론하게 되면 프라이버시와 긴장관계가 있는 것으로 평가되는 표현의 자유 역시 자신이 말하기로 결정한 내용을 말할 자유가 되어버리고 표현의 자유도 프라이버시의 일부분이 되어버려 긴장관계의 설정 자체가 무의미해진다. 물론 프라이버시를 개인의 권리 전체로 입론하는 것도 불가능하지는 않다. 그러나 그러한 개인의 권리. 그러나 그러한 입론은 현재의 주류학계나 실무계의 논의의 흐름을 교란시킬 수 있다. 실제 학계나 실무계에서 통용되는 프라이버시의 가장 폭넓은 개념이라고 할 수 있는 독일의 인격권개념도 결정권으로서의 권리를 말하는 것이 아니라 인간상(像)의 보호를 의미하고 있음을 신중히 살펴볼 필요가 있다.

(2) false light in the public eye (왜곡적 묘사)	X	준(?) 명예훼손
(3) misappropriation of name or likeness(개인의 성명 및 초상의 남용)	X	퍼블리시티권, 초상영리권, 초상사용권, 초상재산권
(4) intrusion upon solitude or seclusion (사적인 정보의 무단취득)	O	현대적 의미의 프라이버시

2. 정보화시대의 적극적인 프라이버시보호정책 - Fair Information Practice Principle(공정정보처리원칙)

여기서는 간략하게 프라이버시권이 어떻게 개인정보보호권으로 확대되었는지 그 과정을 살펴본다.

정보기술이 발전하면서 여러 사람들에게 대해 매우 민감한 정보가 한 매체에 집적되는 현상이 발생하기 시작하였고 이 매체에서 프라이버시침해가 발생할 경우 수많은 사람들이 심대한 피해를 입을 수 있게 되었다.

이에 따라 위의 판례에서 논의되었던 프라이버시 보호범위를 더욱 적극적으로 보호할 필요가 인식되기 시작한다. 이에 1967년 Alan Westin이 Privacy and Freedom이라는 책을 통하여 대량정보의 수집 및 처리에 대한 연구결과를 발표하였고 이는 미국, 영국 등 각국의 정부들의 연구를 촉발시켰고⁴⁸⁾ 이는 소위 **공정정보관행(fair information practice)**이라는 이름으로 각국의 법으로 또는 정책으로 퍼져나갔다. 미국에서는 1973년에 보건복지성의 자동화된개인정보시스템에관한자문위원회가 보고서를 발간하였다.⁴⁹⁾ 이 움직임은 위에서 살펴보았던 1980년도의 OECD가이드라인과 1981년의 EU자동처리개인정보협약(Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data)⁵⁰⁾으로 이어졌고 이때 20여개국이 정보보호법을 제정하였고 10여년이 흐른 후 인터넷시대가 열리면서 1995년 EU디렉티브로 이어

⁴⁸⁾ G.B.F. Niblett, ed., Digital Information and the Privacy Problem (Paris: OECD Informatic Studies No. 2, 1971); Great Britain, Home Office, Report of the Committee on Privacy (London, 1972); Canada, Department of Communications and Department of Justice, Privacy and Computers: A Report of the Task Force (Ottawa, 1972); Sweden, Committee on Automated Personal Systems, Data and Privacy (Stockholm, 1972); United States, Department of Health, Education and Welfare, Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, Records, Computers, and the Rights of Citizens (Washington, D.C., 1973).

⁴⁹⁾ <http://aspe.os.dhhs.gov/datacncl/1973privacy/tocprefacemembers.htm>.

⁵⁰⁾ Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, ETS No. 108, Strasbourg, 1981,

졌다.⁵¹⁾ 독일을 비롯한 유럽의 여러 나라들이 EU협약이나 EU디렉티브에 따라 우리나라와 비슷한 포괄적인 개인정보보호법을 제정하였다.

공정정보관행원리 또는 FIPP에 따르면 모든 정보가 잠재적으로 프라이버시를 침해할 수 있으므로 개인을 식별할 수 있는 모든 정보가 ‘개인정보’가 되고⁵²⁾ 개인정보의 수집, 유통 및 이용에 대해 정보주체가 통제권을 갖는 것을 기본으로 하고 있다. 이렇게 되면 프라이버시권이 침해되기 전부터 이미 정보유통자에게는 여러 의무가 주어진다. 예를 들어 정보가 은밀한 통로를 통해 정보주체의 허락없이 유통된다면 프라이버시침해라고 볼 수 없겠지만 개인정보보호법리의 침해는 된다는 식이다.

그러나 FIPP를 적용해보면 금방 알 수 있듯이 개인을 식별할 수 있는 정보를 모두 개인정보라고 하게 되면 실명을 거론하는 모든 말이 개인정보가 된다. 예를 들어 ‘박경신은 고려대학교 교수이다’라는 정보가 들어있는 모든 문서들은 개인정보를 담지한 것이 된다. 그런데 FIPP를 여기에도 적용한다면 정보주체인 박경신은 이 문장의 존재를 알아야 하고 이 문장이 어떻게 사용되는지를 알아야 하며 이 문장이 어떻게 이용될지도 통제할 수 있어야 할 것이다. 이것은 표현의 자유에 대한 심대한 침해를 발생시킬 것이다.⁵³⁾ 결국 FIPP는 연구의 시작과 입법취지에서 볼 때 대량으로 그리고 자동화된 형태를 정보를 처리하는 경우에만 적용된다고 봄이 마땅하며 이와 같은 원리를 명시하지 않은 EU디렉티브에 대해서는 비판이 있다. 2001년 스웨덴정부는 95년EU디렉티브에 따라 개인정보보호법을 제정하여 시행해본 결과, 95년디렉티브가 ‘표현의 자유 및 정보의 자유를 과도하게 제약하며, . . .수집부터 삭제까지의 모든 단계를 규제하는 방식이 아니라 정보의 남용만을 규제하는 방식으로 규제모델을 바꿔야 한다’는 의견서를 제출하면서 그러한 방식으로 디렉티브를 개정할 것을 요청하였다.⁵⁴⁾

또 이러한 이유로 FIPP는 영미계에서 보편적인 형태로 법제화가 되지는 않았다. 미국은 Privacy Act of 1974를 통하여 우리나라의 공공기관의개인정보보호에관한법에 해당하는 법만을 제정하고 공공기관들 사이의 정보공유를 규제하는 Computer Matching and

51) Sandra C. Henderson, Charles A. Snyder, “Personal information privacy: implications for MIS managers”, Information & Management 36 (1999) 213-220쪽.

52) 개인을 식별하는 모든 정보를 개인정보로 정하는 정의조항이 우리나라의 정보통신망이용촉진 및정보보호에관한법, (구)공공기관의개인정보보호에관한법, 개인정보보호법에도 공히 포함되어 있다.

53) 개인정보보호규범들이 표현의 자유를 침해할 가능성에 대해서는 파워블로거로 유명한 UCLA의 Eugene Volokh 교수의 논문이 있다. “FREEDOM OF SPEECH AND INFORMATION PRIVACY: THE TROUBLING IMPLICATIONS OF A RIGHT TO STOP PEOPLE FROM SPEAKING ABOUT YOU”, 52 Stanford Law Review 1049 (2000). 프라이버시의 대가인 Paul Schwartz가 해당 저널의 같은 호에 반박글을 게재하였다.

54) Swedish Ministry of Justice, November 26, 2001, “Note in Preparation for the Internal Market Council Meeting on Directive 95/46/EC”

Privacy Act of 1988을 제정하고 국가정보기관들의 생체정보수집을 통제하는 Executive Order 12333을 제정한 후, 사기업이 다루는 정보들에 대해서는 첫째 Fair Credit Reporting Act를 포함하여 금융소비자들이 은행 및 금융기관에 제공하는 정보의 프라이버시를 보호하는 일련의 법률, 그리고 의료정보를 다루는 Health Insurance Portability and Accountability Act등과 같이 내밀한 것으로 인정되는 영역에 대해서만 공정정보처리원칙을 법제화하였다.⁵⁵⁾ 1977년의 미국연방정부는 영역별로 프라이버시 보호에 대한 연구를 진행하여 현황을 파악하였고 이 연구결과가 추후 입법과정에 도움을 주었다.⁵⁶⁾ 이 상황에 대해서는 학계 일각에서는 일반적인 개인정보보호법이 없기 때문에 기업체들이 각자의 정보보호관행과 기준들을 만들어내는 비용이 높다는 주장도 있다.⁵⁷⁾

3. 소결: 사적 정보의 공개 및 취득을 막는 적극적 규범으로서의 개인정보보호권

위 논의들로부터 도출할 수 있는 결론은 첫째 프라이버시권은 개인정보보호권의 본질적인 내용이 되며 개인정보보호권은 프라이버시권을 보호하는 절차적 규범 (prophylactic rule) 내지 적극적인 보호규범이 된다는 것이다.

프라이버시권과 개인정보자기결정권 사이의 관계는 자기부죄금지권과 미란다고지를 받을 권리 (이하, ‘미란다고지권’)사이의 관계에 좋은 유비를 이룬다. 미란다고지를 받지 않은 것 자체가 자기부죄금지권의 본질적인 내용을 침해하지는 않지만 자기부죄금지권의 침해가능성을 예방함에 있어서 매우 유용하다.⁵⁸⁾

여기서 개인정보보호권이 프라이버시권의 절차적 보호규범(prophylactic rule) 또는 적극적 보호규범이라 함은 전통적인 프라이버시권의 침해가 발생할지 모르는 상황에서 그러한 가능성을 차단하기 위해 필요한 이상의 절차적 의무를 부과함을 말한다. 예를 들

55) 미국의 영역별 개인정보보호법의 최근 현황에 대해서는 U.S. Federal Laws Regarding Privacy and Personal Data, and Applications to Biometrics, NBSP Publication 0105, March 2006. http://www.nationalbiometric.org/publications/US_FederalPrivacyReport0306.pdf (2011년9월26일 최종방문)

56) U.S. Privacy Protection Study Commission, Personal Privacy in an Information Society Ch. 13 (1977) <http://epic.org/privacy/ppsc1977report/> (2011년9월26일 방문)

57) Joel R. Reidenberg, “SETTING STANDARDS FOR FAIR INFORMATION PRACTICE IN THE U.S. PRIVATE SECTOR”, 80 Iowa Law Review 497 (1995). 저자는 일반적인 개인정보보호법의 부재로 인해 미국기업체들이 자발적인 개인정보보호관행과 기준들을 만들어내면서 관행을 투명하게 공개하지 않아 그 관행이나 기준이 위반될 경우 단속이 이루어지지 않고 있으며 결과적으로 개인정보의 2차사용이 횡행하는 문제점이 있다고 지적하며 논문저술 당시 EU가 채택한 EU디렉티브에 따라 유럽각국들이 법제화를 할 경우 미국과 유럽간의 정보유통이 유럽국가들에 의해 차단될 수 있다고 경고하고 있다.

58) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

어 개인정보가 은밀한 상태로 보관만 된다면 제3자에게 유출된다고 하더라도 프라이버시 침해로 인정되지 않고 불특정다수에게 공개가 있어야 비로소 침해가 인정되지만 개인정보보호규범은 그 정보가 유출될 경우 곧바로 규범의 위반이 인정된다.

이렇게 관계를 설정한 후에 이 논문이 제기한 문제를 바라보는 새로운 시각을 제공한다. 즉 미연방대법원이 미란다고지권이 기술적으로 침해되더라도 미란다고지권이 봉사하려 하는 상위규범인 자기부죄금지권을 위반하지 않은 경우에는 증거능력을 배제하지 않는 것처럼⁵⁹⁾ 개인정보자기결정권에 대한 기술적인 위반이 있다고 하더라도 그 위반이 프라이버시권 침해의 위험을 동반하지 않는다면 개인정보자기결정권의 침해로 보지 않을 수도 있는 것이다. 다시 말하면, 조문 상으로는 모든 ‘자동화처리시스템’ 또는 ‘구조화된 파일링시스템’에 속한 정보가 적용대상이라고 할지라도 실제로 그러한 시스템에 속한 정보라고 할지라도 프라이버시권의 침해의 위험이 높지 않다면 개인정보자기결정권의 침해가 아닌 것으로 볼 필요도 있는 것이다.

예를 들자면, ‘이명박 대통령은 서울시장 시절 청계천 복원공사를 추진하였다’라는 문장은 개인정보보호법의 정의에 따르자면 ‘개인정보’이다. 이러한 수준의 내용들이 들어 있는 신문기사는 컴퓨터파일로 작성되었다면 ‘개인정보파일’이 될 수 있다. 하지만 이 정보를 수집함에 있어서 이명박대통령의 동의를 받지 않았다고 해서 개인정보보호법 위반이라고 볼 수는 없을 것이다. 위와 같은 개인정보는 어느 누구의 프라이버시도 침해하지 않기 때문이다.

OECD가이드라인이 스스로 ‘프라이버시 및 개인의 권리 침해 위험이 없는 정보’에 대해 적용을 배제하고 있는 것이나 EU디렉티브하에서 ‘정보주체의 이익(아마도 대부분 프라이버시일 것임)이 정보처리자의 이익을 압도’하는지를 살펴서 수집동의권의 설정 여부를 결정하는 것도 같은 맥락으로 볼 수 있다. 또 EU디렉티브의 적용범위가 자동화된 또는 구조화된 파일링시스템화된 정보로 한정되는 것은 이미 자동화나 파일링시스템화에 일반적으로 내재되어 있는 프라이버시권 침해의 위험성 때문이므로, 무엇이 ‘자동화’된 것이고 무엇이 ‘시스템화된 파일링’인가는 프라이버시 침해의 입장에서 일정한 가치판단에 따라 정의할 수 있는 것이다.

둘째 위와 같은 맥락에서 프라이버시침해라고 말했을 때의 프라이버시는 위의 프로세서의 제1유형과 제4유형에 해당된다. OECD가이드라인이나 EU디렉티브가 전문에서 그 보호법익으로 언급하고 있는 프라이버시권은 명예의 훼손(프로세서 제2유형)이나 초상 및 성명의 상업적 남용(프로세서 제3유형)에 대한 것이라고 보지 않는 것이 논리적으로 타당하다. 우리가 개인정보처리를 문제시하는 이유는 그 사람의 사적인 정보가 공개되거나 타

⁵⁹⁾ Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974)

인이 취득할 것을 두려워하는 것이지 그 사람의 평판이 저하되거나 인격적 징표로 기능하며 상업적으로 남용될 위험 때문은 아닐 것이다. 명예훼손의 위험이나 인격적 징표의 상업적 이용의 위험은 매우 적은 양의 개인정보(실명) 만으로도 발생할 수 있으며 정보화기술의 발전과는 관계가 없기 때문이다. 물론 명예훼손이든 인격적 징표의 상업적 이용이든 개인정보를 매개로 이루어지며 개인정보 전체를 통제하면 그 위험을 줄일 수는 있겠지만 위에서 말했듯이 매우 적은 개인정보 만으로도 위 두 가지 위험은 상존하기 때문에 그러한 효과를 내기 위해서는 거의 정보사회 자체를 포기해야 할 것이다.

IV. 우리나라 개인정보보호법제 평가에의 적용

- 위치정보보호법을 포함하여

그렇다면 이 글에서의 앞으로의 과제는 명백해진다. 서론에서 제기한 문제를 해결하기 위해서는 개인정보보호법 상의 ‘개인정보’ 또는 ‘개인정보파일’ 등을 정의함에 있어서 프라이버시권에 따른 가치판단을 하여 프라이버시권 침해가 없는 개인정보에 대해서는 개인정보보호권을 인정해주지 않을 수도 있는 것이다. 그러나 이렇게 하기 전에 선결될 과제들이 있다.

1. 프라이버시와 ‘사생활의 비밀’

개인정보보호법 자체는 EU디렉티브나 OECD가이드라인을 계수하여 제정되었다고 할지라도 개인정보보호법은 제1조(목적)에서 당연히 그 입법목적을 ‘사생활의 비밀’의 보호라고 밝히고 있지 ‘프라이버시권’이라고 밝히고 있지 않다. 그렇다면 국내의 ‘사생활의 비밀’이 외국의 ‘프라이버시’와 어떤 차이가 있는지 살펴보는 것이 중요하다.

우선 성낙인은 ‘프라이버시’가 우리나라의 ‘사생활의 비밀과 자유’의 더욱 대중화된 영어표현으로 간주하고 있다.⁶⁰⁾ 단, “미국의 프라이버시권은 ‘개인의 사적 영역에서의 자율권’으로 이해할 경우에 결혼, 임신, 출산, 자녀양육 및 교육을 포괄하지만. . . 이와 같이 프라이버시권을 넓은 의미로 이해할 경우에 개별적 기본권과의 관계설정상 어려운 문제를 야기하기 때문에. . . [사생활의 비밀과 자유]를 미국에서의 프라이버시권과 같은 넓은 의미로 이해하는 데에는 한계가 있다”고 한다.⁶¹⁾ 이는 필자도 동의하는 바이며 임신에 대한 프라이버시권을 인정한 Griswold판결도 자율권이 적용되는 영역이 ‘사적 영

60) 성낙인 <헌법학>제8판 2008, 569-570쪽.

61) 성낙인, 571쪽.

역'이기 때문에 프라이버시권이라는 표현을 쓴 것이지 '자유권' 자체를 프라이버시라고 말한 것은 아니라도 본다. 그렇지 않다면 프라이버시는 자유권 전체와 구분하기 어려울 것이다.

또 성낙인은 '사생활의 비밀과 자유'를 '사생활의 비밀', '사생활의 자유', 그리고 '자기정보결정권'으로 3분하고 '사생활의 비밀'의 내용을 설명함에 있어서는 미국 프라이버시의 분류방법인 프로터의 분류를 어느 정도 따르고 있다⁶²⁾ 계획열 역시 사생활의 비밀과 자유를 그대로 프라이버시에 등치시킴은 물론 이를 성낙인과 동일하게 3분하여 그 중의 한 부분인 '사생활의 비밀'의 분류도 프로터의 분류를 그대로 따르고 있으며⁶³⁾ 아예 우리나라의 공공기관의개인정보보호에관한법을 프라이버시를 보호하기 위한 법률로 소개하고 있다.⁶⁴⁾ 허영 역시 프라이버시와 사생활의 비밀과 자유를 구별하고 있지는 않다.⁶⁵⁾

또 필자는 폭넓은 프라이버시개념과는 별도로 OECD가이드라인이나 EU디렉티브의 상위규범으로서의 프라이버시는 위에서 밝혔듯이 Warren-Brandeis 논문의 핵심이었던 '사적인 정보의 취득과 공개에 대한 제약(프로터 제1유형과 제4유형)'임을 설명하였다. 그렇다면 우리나라의 개인정보보호법은 그 상위규범으로서 '사생활의 비밀과 자유'에서 '자유'를 떼고 '사생활의 비밀'만을 적시하여 계획열이나 성낙인의 3분류에 포함된 '사생활의 비밀의 불가침'만을 지칭하고 있다는 것은 OECD/EU법제의 상위규범으로서의 프라이버시와 개인정보보호법 상의 '사생활의 비밀'사이에는 실체적 차이가 없음을 더욱 확실하게 보여준다고 하겠다.

물론 위 논자들에서 공통적으로 나타나는 것은 사생활의 비밀과 자유 또는 프라이버시에는 소극적 개념 뿐만 아니라 적극적 개념도 포함되어 있어 이 적극적 개념의 하나로 자기정보통제권을 언급하고 있다는 것이다. 이에 대해서는 아래에서 다룰 것이다.

2. 프라이버시와 개인정보자기결정권

위에서 말했듯이 우리나라에서는 '사생활의 비밀과 자유(프라이버시)'에 '개인정보자기결정권'도 포함된 것으로 보고 있다. 개인정보자기결정권은 개인정보자기통제권으로도 불리며 그 지향은 법률 상의 권리인 개인정보보호권과 다르지 않으며 개인정보보호권의 기본권적 현신이라고 볼 수 있다. 그렇다면 개인정보자기결정권과 '사생활의 비밀과 자

62) 성낙인, 572쪽.

63) 계획열, <헌법학(중)>신정2판, 2007, 395쪽.

64) 계획열, 395쪽.

65) 허영, <헌법이론과 헌법>, 2000, 502쪽.

유’ 또는 ‘사생활의 비밀’과의 관계를 살펴보아야 개인정보보호권을 ‘사생활의 비밀’의 입장에서 살펴볼 수가 있을 것이다.

(1) 일체설

대개 국내에서의 학술적 논의는 개인정보와 프라이버시의 개념을 구별하기보다는 포괄하여 접근하는 것이 일반적이었다.⁶⁶⁾

그러나 위 논의들에서 공통적으로 나타나는 것은 전통적인 프라이버시개념을 정보화 사회에 들어서 더욱 적극적으로 보호하기 위해 개인정보자기결정권이 창출되었다는 것이다. 즉 개인정보자기결정권을 사생활의 비밀의 일부로 보든 그렇지 아니하든 그 사생활의 비밀의 원래적인 요소라기보다는 원래적 요소로부터 진화된 새로운 부분으로 보고 있는 것이다.

그리고 어차피 개인정보자기결정권이 사생활의 비밀과 자유의 한 부분이라고 하더라도 위에서 밝힌 성낙인과 계획결의 3분설에 따르면 ‘사생활의 비밀’은 적어도 개인정보자기결정권과 별개의 것으로 보인다. 특히 이것은 개인정보보호법이 ‘사생활의 비밀’만을 입법목적으로 설정하였으므로 더욱 의미가 있다.

(2) 별개설

그렇지만 물론 개인정보와 프라이버시 개념을 구별하는 선행 연구가 없는 것은 아니다.

우선 김철수는 사생활의 비밀은 사생활의 부당한 공개로부터의 자유를 지칭하는 것이라고 규정하고 개인정보자기통제권은 헌법 제10조의 인간의 존엄성에서 도출된다고 하여 구분을 명확히 하고 있다.⁶⁷⁾

개인정보는 개인의 신념, 신체, 재산, 사회적 지위, 신분 등에 관한 사실·판단·평가를 나타내는 모든 정보로, 프라이버시는 자기정보의 통제권으로 구별하여 이해하는 연구도 있다.⁶⁸⁾

또는 개인정보의 보호 문제를 프라이버시권의 개념으로부터 도출하는 기존의 체계에서 벗어나 새로이 개인정보권의 개념을 정립할 필요가 있다고 하는 연구도 있다. 즉 개

66) 성낙인, “프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제”, 『영남법학』 5권 (영남대학교 법학연구소, 1999); 서계원, “정보 프라이버시와 개인정보의 보호”, 『세계헌법연구』 11권 (국제헌법학회, 한국학회, 2005); 김동원, “개인정보수집에서 프라이버시와 경쟁가치들의 경합과 균형”, 『정보화정책』 제10권 제4호 (한국정보화진흥원, 2003); 방준식, “근로자의 개인정보와 프라이버시 보호에 관한 법적 판단”, 『한양법학』 제31집 (한양법학회, 2010) 참조.

67) 김철수, <헌법학개론> 2007, 725쪽.

68) 이형규, “스포츠선수의 개인정보와 프라이버시 보호”, 『스포츠와 법』 제10권 제2호 (한국 스포츠 엔터테인먼트 법학회, 2007).

인정보권이 개인정보자기결정권이나 개인정보통제권 등 프라이버시적 관념이 포함된 개념에서 탈피하여 권리의 객체로서의 개인정보에 대한 권리라는 보다 포괄적인 개념용어로서 정립되는 것이 필요하다는 것이다.⁶⁹⁾

또 개인을 식별할 수 있는 개인정보가 모두 프라이버시에 해당하지 않는다고 하며, 개인을 식별하는 정보를 핵이 되는 프라이버시 정보와 주변적인 프라이버시 정보, 개인을 특정하기 위하여 사회적으로 이용되는 정보로 구별하여 접근하는 연구도 있는데⁷⁰⁾ 개인정보보호권과 프라이버시권의 연혁상 가장 유력한 접근법이라고 하겠다.

(3) 헌법재판소

개인정보자기결정권과 사생활의 비밀 사이의 이와 같은 관계는 헌법재판소의 다음과 같은 설시에서도 나타나고 있다.

개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 . . . 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.

인류사회는 20세기 후반에 접어들면서 컴퓨터와 통신기술의 비약적인 발전에 힘입어 종전의 산업사회에서 정보사회로 진입하게 되었고, 이에 따른 정보환경의 급격한 변화로 인하여 개인정보의 수집·처리와 관련한 사생활보호라는 새로운 차원의 헌법문제가 초미의 관심사로 제기되었다. . .

오늘날 현대사회는 (1)개인의 인적 사항이나 생활상의 각종 정보가 정보주체의 의사와는 전혀 무관하게 타인의 수중에서 무한대로 집적되고 이용 또는 공개될 수 있는 새로운 정보환경에 처하게 되었고, 개인정보의 수집·처리에 있어서의 국가적 역량의 강화로 (2)국가의 개인에 대한 감시능력이 현격히 증대되어 국가가 개인의 일상사를 낱알이 파악할 수 있게 되었다.⁷¹⁾

헌법재판소는 지문채취제도에 대한 위헌소송에서 지문채취가 개인정보자기결정권을 제한하기는 하지만 심대한 제한이 되지 않는다고 하면서도 최초로 개인정보자기결정권의 헌법적 지위를 승인하면서 그 승인의 필요성을 위와 같이 설시하였다. 헌법재판소는 ‘개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활

69) 권현영, “전자정부시대 개인정보보호법제의 쟁점”, 『정보화정책』 제11권 제3호 (한국정보화진흥원, 2004).

70) 백윤철, “憲法上 스포츠選手의 個人情報自己決定權에 관한 研究”, 『스포츠와 법』 제8권 (한국 스포츠 엔터테인먼트 법학회, 2006).

71) 현재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 공보 105, 666, 672.

에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다'고 하여 개인정보보호의 영역이 '사생활'의 보호영역과 명백히 차별화되지만 후자를 포함하되 후자보다 넓다고 하는데, 이렇게 넓게 보호하는 이유는 현대의 정보기술 하에서는 '개인의 인적사항이나 생활 상의 각종 정보가. . 타인의 수중에서 무한대로 집적되고 공개될' 위험성과 '국가가 개인의 일상사를 낚날이 파악할' 위험성이 있기 때문이라는 것이다.

여기서 다시 확인되는 것은 첫째 개인정보자기결정권은 '사생활보호'를 목표로 하고 있으며 둘째 여기서 사생활보호는 일차적으로는 '사적인 정보의 공개나 취득'(프로서 제1유형과 제4유형)'의 제한을 말한다는 것이다. 헌법재판소가 개인정보자기결정권을 인정할 필요로서 '개인의 인적사항이나 생활 상의 각종 정보가. . 타인의 수중에서 무한대로 집적되고 공개될' 그리고 '국가가 개인의 일상사를 낚날이 파악할' 위험성을 언급한 것은 적어도 개인정보자기결정권의 상위규범으로서의 사생활은 위에서 말한 프로서의 제1유형('공개')에 그리고 제4유형('파악')에 대응됨을 다시 확인할 수 있다.

3. 개인정보보호법의 검토

이제 우리는 위에서 EU디렉티브, OECD가이드라인, Warren-Brandeis의 논문을 검토하면서 확립한 프라이버시권과 개인정보보호권과의 관계를 근거로 우리나라 개인정보보호법을 평가할 준비가 되었다.

(가) 법조항

대한민국의 개인정보보호법은 EU디렉티브의 내용과 전체적으로 매우 흡사한 면이 있다. 그 유사성을 표로 정리하자면 다음과 같다. EU디렉티브는 실제로 세계 500대기업들이 가장 주의깊게 참조하는 개인정보보호규범이라고 한다.⁷²⁾

	EU디렉티브	대한민국 개인정보보호법
입법목적	"the right to privacy" (Preamble, Para (2))	'사생활의 비밀 등을 보호'(제1종)
개인정보	any information relating to an identified or identifiable natural person (Article 2(a))	살아 있는 개인에 관한 정보로서...개인을 알아볼 수 있는 정보 (제2조 제1호)
개인정보 보호의무가 적용되는 개인	any structured set of personal data which are accessible according to specific criteria (Article 2(c));	개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 일정한 규칙에 따라 체계적으로 배열하거나 구성한 개

⁷²⁾ Kenneth A. Bamberger, Deirdre K. Mulligan, "PRIVACY ON THE BOOKS AND ON THE GROUND"⁶³ Stanford Law Review 247 (2011)

	This Directive shall apply to (1) the processing of personal data wholly or partly by automatic means , and to (2) the processing otherwise than by automatic means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system. (Article 3, Paragraph 1)	인정보의 집합물(集合物) (제2조 제4호)
정보의 범위	Member States shall provide for exemptions or derogations . . . for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression (Article 9)	?
개인정보처리자	the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data (Article 2(d)); This Directive shall not apply to the processing of personal data by a natural person in the course of a purely personal or household activity (Article 3, Paragraph 2)	업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등 (제2조 제5호)
개인정보 수집 및 이용요건	(a) data subject's consent (b) contract performance (c) legal obligation (d) protect data subject's vital interests (e) public interest or official authority or (f) data controller's interest >> data subject's rights (Article 7)	1. 정보주체 동의 2. 법령상 의무 3. 공공기관 업무수행 4. 정보주체와의 계약관계 5. 정보주체 불능 + 긴급한 이익을 위해 6. 처리자의 이익이 정보주체의 권리에 우선 (제15조)

그런데 위의 유사성에 비추어 더욱 확연히 눈에 띄는 것은 우리나라 개인정보보호법

과 달리 EU디렉티브는 명시적으로 제9조를 통해 개인정보보호와 표현의 자유와의 충돌 가능성을 상정하면서 표현의 자유 보호에 필요하다면 언론, 문학, 예술을 목적으로 하는 개인정보처리에 대해서는 개인정보보호의무를 면제할 수 있도록 규정하였다는 점이다.

개인정보 수집 및 이용 요건은 거의 1대1 대응이 가능할 정도로 유사하여 이익형량에 따라 정보주체의 동의없이도 정보의 수집 및 이용이 허용될 가능성이 열려있는데, 결국 EU디렉티브도 개인정보자기결정권의 법제화에는 이르지 않았다는 맥세이너의 논평을 눈여겨볼 필요가 있다. 우리 개인정보보호법을 해석 및 적용하면서 입법자의 의도를 유추할 때 EU디렉티브와의 유사성을 감안해야 할 필요가 있고 이와 함께 EU디렉티브와의 차이점에 대해서도 어떻게 해석 및 적용해야 할 것인지 논의의 여지가 존재한다.

(2) 법의 해석 및 적용

우리나라의 개인정보보호법 제정에 영향을 준 OECD가이드라인과 EU디렉티브가 개인정보보호법리의 상위규범으로 지정한 프라이버시권의 의미가 ‘사적인 정보의 공개나 취득 제한’임을 확인하였다. 물론 무엇이 ‘사적인 정보’인가는 나라마다 다를 수 있다. 미국처럼 본인의 공개 여부에 따라 판정되거나 독일이나 프랑스처럼 한번 불특정다수에게 공개되더라도 완전한 공개가 이루어지지 않은 것으로 간주하는 다층적인 맥락 속에서 판정될 수 있다.⁷³⁾ 그렇다면 OECD가이드라인과 EU디렉티브가 표면적으로는 누구나 자신에 대한 모든 정보를 통제할 권리를 원칙적으로 보장한 것 같지만 실제로는 그 권리는 ‘사적인 정보’에만 미치는 것임을 명심해야 할 것이다. 그렇다면 우리나라 개인정보보호법을 해석할 때에도 사적인 정보에만 적용되도록 한정적으로 해석할 필요가 있다. 물론 무엇이 사적인가는 우리나라의 사생활의 비밀 관례에 대한 실증적 분석을 통해 규명해야 할 것이다.

(3) 보론: 위치정보보호법의 평가

우리나라는 전세계에서 유일하게 위치정보보호법(공식명칭: 위치정보의보호및이용등에 관한 법률 (법률 제10166호, 시행 2010.9.23))을 제정하여 두고 있다. 위치정보보호법의 입법목적도 개인정보보호법의 그것과 다르지 않게 사생활의 비밀이 된다. 그리하여 위치

⁷³⁾ Basil Markesinis, et al, “Concerns and Ideas about Our Developing Law of Privacy (and How Knowledge of Foreign Law Might be of Help)”, a research project undertaken by the Institute of Global Law, 28쪽. http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/publications/institute/docs/privacy_100804.pdf 2011년9월23일 최종방문. Maryann McMahon, “Defamation Claims in Europe: A Survey of the Legal Armory, Communications Lawyer”, Winter 2002, 24쪽. Jeanne M. Hauch, “Protecting Private Facts in France: The Warren & Brandeis Torts”, Tulane Law Review, May 1994.

정보보호법은 위치에 대한 개인정보를 ‘개인위치정보’라고 정의하여 보호함으로써(제2조 제2호 및 제3장 제2절 전체) 개인정보보호법에 대해 특별법으로 기능한다.

그러나 위치정보보호법은 이보다 더 나아가 “모든 이동성있는 물건의 위치를 추적하는 정보는 그 물건의 소유자의 동의없이 수집할 수 없다(제2조제1호 및 제15조 등 제3장 제1절 전체)”고 하여 ‘개인에 대한’ 정보가 아니라 ‘물건의 위치정보’ 취득마저도 먼저 소유자를 찾아서 그의 동의를 얻도록 요구하고 있는데 이는 표현의 자유 입장에서 참으로 위험하다고 하겠다.

물론 ‘개인의 소유물의 위치정보’가 ‘개인에 대한 정보’인 경우도 있지만 그렇지 않을 수도 있다. 일반법인 개인정보보호법은 정보주체를 식별할 수 없는 정보 즉 익명화된 정보는 개인정보의 정의에서 배제하고 있다. 그렇다면 특정물건의 소유자가 누구인지 식별하지 않고 그 위치를 추적하면 개인정보보호법 상으로는 개인정보취득에 포함되지 않지만 위치정보보호법은 그러한 위치추적에 있어서 동의를 얻도록 의무화하는 것이다.

위치정보보호법의 이러한 작용이 미치는 역효과는 자명하다. 예를 들어 열대우림 감시운동을 하는 사람들에게는 벌목업자들의 동의를 얻지 않고 벌목장비들의 위치정보를 수집하는 것은 중요한 일이며 이를 인터넷을 통해서 할 수도 있다. 위치정보보호법이 없다면 각 벌목장비가 어느 업자 것인지 식별하지만 않으면 자유롭게 수집할 수 있지만 우리나라 위치정보보호법은 그렇게 하려해도 벌목업자의 동의를 얻으라는 것인데 벌목 회사들이 이에 동의하지 않을 것이다. 스티브 잡스도 아이폰 소유자가 누군지 모르는 상황에서 아이폰의 위치를 파악하는 것이 무엇이 문제인가라는 입장인데 필자는 똑같은 문제의식을 가지고 있다. 필자가 지금 당장 길거리에 나가도 아이폰을 스스럼없이 꺼내서 사용하는 사람들을 볼 수 있고 바로 그 시점의 아이폰의 위치정보를 습득하는 것은 그 사람의 사생활을 침해했다고 볼 수는 없는 것이다.

개인정보보호법리의 목표가 사생활의 비밀의 보호임을 잊어서는 아니된다. 익명화되어 있는 정보는 사생활침해와 관련이 없으며 규제대상이 되어서는 아니된다. 이를 위해서 위치정보보호법을 축소해석하여 ‘물건의 위치정보’도 그 소유자를 식별하지 않는 상태에서 취득하는 것은 ‘위치정보’로 해석되서는 아니된다.

V. 결론

이 논문의 문제제기에 비추어 우리나라 개인정보보호법은 EU디렉티브 제9조에 있는 언론, 예술 및 문학에 대한 예외조항이 없다는 점, OECD가이드라인처럼 수집시 동의를 얻을 의무를 완화하지 않았다는 점, OECD가이드라인처럼 ‘프라이버시권의 침해 가능성

이 없는 정보’에 대한 예외를 설정하지 않는 점을 주목해볼 필요가 있다.

예를 들어 공인에 관한 정보를 개인정보로 정할 경우 그 사람에 대한 정보는 반드시 그 사람이 아닌 제3의 소스에서 쉽게 수집할 수 있는데 이에 대해 공인에게 동의권을 주는 것은 표현의 자유에 심대한 영향을 미칠 것이다.

물론 사법부가 개인정보보호법 조항 특히 제14조 제1항 제6호의 “6. 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우. 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다”를 해석할 때 프라이버시권 침해의 가능성이 전혀 없는 정보에 대해서는 개인정보처리자의 의무를 위반하더라도 면책해줘야 할 것이다.

하지만 그렇게 하더라도 이것은 위축효과를 발생시킬 수 있다. 예를 들어 모욕죄, 공갈죄, 협박죄, 강요죄, 업무방해죄가 그 범죄구성요건인 ‘모욕’, ‘협박’, ‘위력’등의 불명확성 때문에 위헌 문제가 제기될 때마다 사법부는 형법 제20조의 ‘사회상규’ 항변을 통해 위헌적인 적용사례는 피할 수 있다고 하지만 이렇게 위법성구성요건이 불명확하면 아무리 법원이 위법성조각사유를 통해 합헌적인 해석을 할 수 있다고 할지라도 국민들은 우선 위법성구성요건을 충족하는 모든 행위를 회피하게 된다. 이렇게 합법적인 행위를 기피하는 행위는 표현의 자유 영역에서는 위헌적으로 평가된다. 이와 비슷한 위축효과는 개인정보보호법으로부터 발생할 수도 있는 것이다.

OECD가이드라인처럼 ‘프라이버시침해의 가능성이 없는 정보에 대해서는 일괄 면책하는 조항을 삽입하는 방안 또는 EU디렉티브처럼 언론, 학문, 예술 분야에 대해서는 일괄 면책하는 조항을 삽입하는 방안 등의 법조항을 개정하는 방안이나 그러한 효과를 내도록 법원이 법조항을 축소해석하는 방안을 검토해보아야 할 것이다.

개인정보보호법의 특별법이라고 할 수 있는 위치정보보호법은 현재 모든 ‘물건의 위치 정보’수집에 있어 소유자의 동의를 얻을 것을 요구하고 있는데, 소유자를 식별하지 않는 방법의 수집은 사생활의 비밀을 제한하지 않으므로, 개인정보보호권의 원래 목표인 사생활의 비밀에 필요한 범위로 그 적용이 한정되도록 개정되거나 축소해석되어야 할 필요가 있다.

참고문헌

- 문재완, “프라이버시보호를 목적으로 하는 인터넷규제의 의의와 한계: ‘잊혀질 권리’ 논의를 중심으로”, 언론법학회 2011년 9월 20일 학술세미나 <인터넷상의 표현의 자유와 한계> 자료집.
- 성낙인, “프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제”, 『영남법학』 5권, 영남대학교 법학연구소, 1999.
- 서계원, “정보 프라이버시와 개인정보의 보호”, 『세계헌법연구』 11권, 국제헌법학회, 한국학회, 2005.
- 김동원, “개인정보수집에서 프라이버시와 경쟁가치들의 경합과 균형”, 『정보화정책』 제10권 제4호, 한국정보화진흥원, 2003.
- 방준식, “근로자의 개인정보와 프라이버시 보호에 관한 법적 판단”, 『한양법학』 제31집, 한양법학회, 2010.
- 이형규, “스포츠선수의 개인정보와 프라이버시 보호”, 『스포츠와 법』 제10권 제2호, 한국 스포츠 엔터테인먼트 법학회, 2007.
- 백윤철, “憲法上 스포츠選手의 個人情報自己決定權에 관한 研究”, 『스포츠와 법』 제8권, 한국 스포츠 엔터테인먼트 법학회, 2006.
- 권현영, “전자정부시대 개인정보보호법제의 쟁점”, 『정보화정책』 제11권 제3호, 한국정보화진흥원, 2004.
- 박경신, “순수한 인격권으로서의 초상권은 가치인가, 규범인가“, 창작과 권리 2008 년 여름호 (제 51 호), 2008.6, 2-155쪽.
- Lawrence Lessig, “Code and Other Laws of Cyberspace”, Basic Books, 1999
- Paul M. Schwartz, “BEYOND LESSIG'S CODE FOR INTERNET PRIVACY: CYBERSPACE FILTERS, PRIVACY-CONTROL, AND FAIR INFORMATION PRACTICES”, 2000 Wisconsin Law Review 743.
- James R. Maxeiner, “Freedom of Information and the EU Data Protection Directive”, Federal Communications Law Journal, December 1995, p. 97
- Kenneth A. Bamberger, Deirdre K. Mulligan, “PRIVACY ON THE BOOKS AND ON THE GROUND”63 Stanford Law Review 247 (2011)
- Neil M. Richards, Daniel J. Solove, “Prosser's Privacy Law: A Mixed Legacy”, 98 California Law Review 1887 (2010)
- Samuel Warren, Louis Brandeis, 4 Harvard Law Review 193 (1890)

- Maryann McMahon, "Defamation Claims in Europe: A Survey of the Legal Armory," *Communications Lawyer*, Winter 2002, p.24.
- Jeanne M. Hauch, "Protecting Private Facts in France: The Warren & Brandeis Torts", *Tulane Law Review*, May 1994.
- William Roos, "Case Comment, NETHERLANDS: COPYRIGHT: RIGHT TO PRIVACY AND PORTRAIT RIGHT", *Ent. L.R.* 1998, 9(8), N146-147.
- G.B.F. Niblett, ed., *Digital Information and the Privacy Problem* (Paris: OECD Informatic Studies No. 2, 1971)
- Great Britain, Home Office, *Report of the Committee on Privacy* (London, 1972)
- Canada, Department of Communications and Department of Justice, *Privacy and Computers: A Report of the Task Force* (Ottawa, 1972)
- Sweden, Committee on Automated Personal Systems, *Data and Privacy* (Stockholm, 1972)
- United States, Department of Health, Education and Welfare, Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, *Records, Computers, and the Rights of Citizens* (Washington, D.C., 1973).
- Sandra C. Henderson, Charles A. Snyder, "Personal information privacy: implications for MIS managers", *Information & Management* 36 (1999) p.213-220.
- Eugene Volokh, "FREEDOM OF SPEECH AND INFORMATION PRIVACY: THE TROUBLING IMPLICATIONS OF A RIGHT TO STOP PEOPLE FROM SPEAKING ABOUT YOU", 52 *Stanford Law Review* 1049 (2000).
- Swedish Ministry of Justice, November 26, 2001, "Note in Preparation for the Internal Market Council Meeting on Directive 95/46/EC"
- Joel R. Reidenberg, "SETTING STANDARDS FOR FAIR INFORMATION PRACTICE IN THE U.S. PRIVATE SECTOR", 80 *Iowa Law Review* 497 (1995).
- Organization for Co-Operation and Economic Development (OECD), *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html (2011년9월26일 최종방문)
- Basil Markesinis, et al, "Concerns and Ideas about Our Developing Law of Privacy (and How Knowledge of Foreign Law Might be of Help)", a research project undertaken by the Institute of Global Law, 28쪽

http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/publications/institute/docs/privacy_100804.pdf

(2011년9월23일 최종방문)

U.S. Federal Laws Regarding Privacy and Personal Data, and Applications to Biometrics, NBSP Publication 0105, March 2006.

http://www.nationalbiometric.org/publications/US_FederalPrivacyReport0306.pdf (2011년9

월26일 최종방문)

U.S. Privacy Protection Study Commission, Personal Privacy in an Information Society

Ch. 13 (1977) <http://epic.org/privacy/ppsc1977report/> (2011년9월26일 방문)

<Abstract>

**Right to Control Personal Information as a Prophylactic Measure Guarding
Privacy - the Resulting Constitutional Limits on Korea's Personal
Information Protection Act and Location Information Protection Act**

Kyung-Sin Park*

The Personal Information Protection Act (PIPA) defines all information concerning a living person 'personal information' and restricts the personal information thereby restricting people's right to talk about others. A closer examination of the EU Directive and the OECD Guideline that has deeply influenced Korea's adoption of PIPA reveals that the personal information protection norm expanding world-wide places the privacy right as the central legal interest to be protected, and that the norm works as a prophylactic and affirmative rule intentionally overly protecting the mass accumulation and circulation of personal information made possible by information technology. In this article, the author reviews the articles of Warren-Brandeis and Prosser, and how the fair information practice principles came into being, to find that all the literature commonly interpret the privacy right as one's right to regulate private information about oneself. Then, the PIPA should be interpreted to apply only 'private information' or 'information that has the risk of violating privacy' and thereby we can reduce the conflict with the freedom of speech. In the same light, the Korean Location Information Protection Act (LIPA), which requires tracking of location information of all things to be consented to by their owners even if the tracking method does not identify the owners, should be revised or interpreted narrowly as they may not implicate privacy interest

Key words: right to control personal information, privacy, Personal Information Protection Act, private information, Warren-Brandeis, Location Information Protection Act

* Professor, Korea University Law School