

동의 없는 영상의 제작 및 배포로 인한 초상권 침해에 대한 형법적 대응

- 미국, 독일, 우리나라의 관련법제에 대한 비교법적 연구*

김 호 기**

국 | 문 | 요 | 약

최근 카메라 기능을 갖춘 전자기기의 사용이 폭발적으로 증가하면서 영상물로 인한 침해가 다양한 형태로 발생하고 있다. 이른바 리벤지 포르노가 사회문제화 된 지는 오래되었으며, 최근에는 주거와 같이 프라이버시가 보호되어야 하는 사적 영역에서 이루어지는 생활모습을 권한 없이 촬영하고 그 결과물을 외부로 유출하는 사례도 증가하고 있다. 공적 영역에 있어서도 예를 들어 사고 현장에 있는 사망한 자의 사진과 같이 대상자나 그 가족에게 중대한 심적 고통을 주고 대상자의 명예를 훼손할 수 있는 영상이 촬영되고 인터넷을 통하여 배포되고 있기도 하다. 어린이의 나체 촬영행위나 그러한 결과물의 유포도 사회문제화되고 있다.

영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 법적, 사회적 배경에 따라 매우 다르게 이루어지고 있다. 독일에서는 인간의 존엄 내지 그것으로부터 도출되는 일반적 인격권 보호의 관점에서 이러한 영상의 촬영·배포행위를 엄격하게 형사처벌하고 있으나, 미국에서는 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대가 가능한 상황에 있는 자의 신체를 대상으로 한 영상 촬영 등만을 제한적으로 형사처벌하고 있을 뿐이다. 우리나라 헌법은 인간의 존엄 내지 그것으로부터 도출되는 일반적 인격권은 물론 사생활의 비밀과 자유도 기본권으로 보호하고 있어서, 인격권이나 프라이버시를 중대하게 침해하는 영상의 촬영행위나 그 배포행위에 대하여 적극적인 형법적 보호가 요구된다고 보는 것이 타당할 것이다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.6.30.2.1>.

❖ 주제어 : 프라이버시, 사생활의 비밀과 자유, 일반적 인격권, 초상권, 몰카, 리벤지 포르노

* 이 논문은 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 중견연구자지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2020S1A5A2A01046409)

** 교수, 서울시립대학교 법학전문대학원

I. 서론

오늘날 영상촬영기술이 비약적으로 발전하면서 영상물 촬영으로 인한 인격권, 프라이버시 등에 대한 침해가 매우 다양한 형태로 발생하고 있다. 예를 들어 우리나라에서는 근래 자신이 거주하는 주거공간에 IP 카메라를 설치하는 사례가 증가하고 있는데, 외부인이 보안기능이 충분히 갖춰져 있지 않은 IP 카메라를 조작하여 이용자의 실내생활 모습을 촬영하여 외부로 유출하는 사례가 발생하고 있다.¹⁾ 최근에는 드론을 이용하여 타인의 실내 생활모습을 촬영하는 사건이 발생하여 사회문제화 되기도 하였다.²⁾ 다른 국가에서는 사고 피해자나 범죄 피해자의 모습을 담은 영상이 인터넷에 공개되어 피해자나 그 가족에게 중대한 심리적 고통을 주는 사례도 발생하고 있다.³⁾

현재에도 영상물로 인한 침해행위에 대하여 적용가능한 형벌규정이 존재한다. 예를 들어 위와 같은 방법으로 촬영한 영상의 내용이 피촬영자의 사회적 평가를 저하시키는 것이거나 피촬영자에 대한 경멸의 감정을 표현하는 것이고, 그러한 영상물이 공연히 배포되는 때에는 형법의 명예훼손죄나 모욕죄가 적용될 수 있다. 영상이 성적 욕망이나 성적 수치심을 유발할 수 있는 신체 부위를 촬영한 것인 때에는 성폭력처벌법이 규정한 카메라등이용촬영죄가 적용될 수 있으며, 아동·청소년성착취물에 해당하는 때에는 청소년성보호법이 규정하는 아동·청소년성착취물의 제작·배포죄가 적용될 수도 있을 것이다.

그러나 이러한 기존의 형벌규정만으로는 위에서 살펴본 바와 같은 사안에 대처하기에 충분하지 않다. 예를 들어 드론을 이용하거나 IP 카메라를 해킹하여 타인의 주거 내부의 평범한 사생활 모습을 촬영하는 경우, 성폭력처벌법의 카메라등이용촬영죄나 청소년성보호법이 규정한 아동·청소년성착취물의 제작·배포죄가 적용될 여지가 없다. 그러한 촬영물이 불특정 다수인에게 유포되지 않는다면 명예훼손죄나 모욕죄의 공연성 요건이 충족될 수 없을 것이며, 설령 그러한 영상물이 불특정 다수인에게 배포한다고 하여도 그것이 피촬영자의 평범한 사생활 모습을 기록한 것에 불과하고 피촬영자에 대한 사회적 평

1) 예를 들어 가정집 IP카메라 해킹해 불법 촬영한 20대 구속, 연합뉴스, 2022.03.08.

2) 예를 들어 한밤 발코니에 추락한 드론...해안가 아파트 옆보는 사생활 테러, 연합뉴스, 2022.01.14.

3) 예를 들어 멕시코 사례로는 BBC News, Ingrid Escamilla: Outraged Mexicans post 'beautiful images' for murdered woman, 2020. 2. 13.

가를 저하시킬 만한 생활모습을 담고 있지 않다면 명예훼손죄나 모욕죄로 처벌할 수도 없을 것이다.

이러한 침해행위에 대하여 법원은 행위자를 정보통신망 침해죄 내지 정보통신망 비밀 침해죄 등을 적용하여 처벌하고 있는데⁴⁾, 이러한 형벌규정은 근본적으로 정보통신망의 보안성을 유지하고 정보통신망을 통하여 전송되거나 처리되는 정보의 비밀성을 보호하기 위하여 마련된 것이어서, 이와 같은 사안에 대한 대응수단으로 활용하기에는 적합하지 않다. 이와 같은 사례에서 가장 중요한 점은 사적 영역에서 이루어지는 사생활을 외부인이 권한 없이 촬영하거나 유포함으로써 피촬영자의 인격권이나 프라이버시를 침해하였다거나 인격권을 중대하게 침해하는 영상을 촬영·배포하였다는 것이지만, 정보통신망 침해죄나 정보통신망 비밀침해죄 등은 이와 같은 측면을 전혀 고려하지 않고 있기 때문이다. 게다가 이러한 촬영행위가 정보통신망을 통하지 않고 이루어지는 때에는 정보통신망법에 규정된 형벌규정을 적용하는 것 자체가 불가능하게 되는 한계가 있다.⁵⁾

영상물 촬영·배포행위에 대한 형법적 대응의 방향은 피촬영자의 초상권과 촬영자의 표현의 자유 중 어느 것을 우선하는가에 따라 전혀 다르게 된다. 비교법적으로 본다면 독일과 미국의 입법례는 서로 상반된 입장에서 있는데, 독일에서는 인간의 존엄 보호의 연장선상에서 피촬영자의 초상권 보호를 위하여 영상물 촬영·배포행위를 포괄적으로 형사처벌의 대상으로 규정하고 있음에 반하여, 미국에서는 표현의 자유를 절대적 기본권으로 보장하면서 영상물 촬영·배포행위에 대한 형법적 대응을 필요 최소한 범위로 제한하고 있다.

아래에서는 독일과 미국의 관련 입법례를 비교법 시각에서 살펴보고, 우리나라의 입법적 대응방향에 대하여 검토하려고 한다. 논의의 범위가 지나치게 넓어지는 것을 방지하기 위하여 음란물에 대한 규제와 같이 피촬영자의 인격권이나 프라이버시 보호와는 다른 맥락에서 이루어지는 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 검토대상에서 배제하였다.

4) 예를 들어 청구지방법원 2020. 1. 16. 선고 2019노1548

5) 최호진, 정보통신망침해죄에서 정보통신망 개념과 실행의 착수, 형사법연구 제28권 제3호, 2016,

II. 독일과 미국의 영상물에 의한 침해에 대한 형법적 대응방법

1. 독일의 입법례

가. 보호법익

독일에서 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 근본적으로 헌법이 보장하는 인격권 보호의 시각에 기초하여 이루어지고 있다. 독일에서 일반적 인격권은 독일 기본법이 명문으로 규정하고 있는 인간의 존엄 내지 인격의 자유로운 발현권으로부터 도출되는 기본권으로서, 신체의 완전성 내지 무결성 보장에 대응하여 정신적 완전성 내지 무결성을 보장해주는 기본권으로 이해되고 있다.⁶⁾ 일반적 인격권이 구체화된 형태로서는 흔히 은밀한 사적 영역을 보호받을 권리, 음성권, 성명권, 초상권, 개인정보 자기결정권 등이 제시되고 있는데⁷⁾, 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응에 있어서는 은밀한 사적 영역을 보호받을 권리, 개인정보 자기결정권, 초상권의 보호가 주된 보호법익으로 제시되고 있다.

일반적 인격권은 여타의 기본권과 동일하게 소극적 방어권으로서의 성격과 적극적 통제권으로서의 성격을 모두 보유한다. 즉 한 편으로는 국가나 제3자의 부당한 침해로부터 자유로운 영역을 보호해 줄 것을 요구할 수 있는 소극적 방어권으로서의 성격을 갖고 있으며, 다른 한 편으로는 자신의 인격적 표현물의 전송이나 배포 등을 스스로 통제할 수 있도록 해줄 것을 요구할 수 있는 적극적 권리로서의 성격을 모두 보유한다.⁸⁾ 일반적 인격권이 구체화된 권리에 해당하는 은밀한 영역을 보호받을 권리, 개인정보 자기결정권, 초상권 역시 이와 동일하게, 국가나 제3자가 자신의 은밀한 영역이나 초상을 권한 없이 촬영하는 행위로부터 보호받을 권리로서의 성격과 자신의 생활모습이나 초상 등을 촬영한 결과물의 공개 여부 내지 공개범위 등을 결정할 수 있는 권리로서의 성격을 모두 갖고 있다. 이러한 기본권의 이중적 성격에 상응하여, 독일에서는 권한 없이 타인을 촬영하는 행위와 타인의 생활모습이나 초상 등을 촬영한 영상을 권한 없이 배포하는 행위를

6) Stark, in : Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 58, 85ff.

7) Ibid., Art. 2 Abs. 1 Rn. 170ff.

8) Ibid., Art. 2 Abs. 1, Rn. 163ff, Art. 1 Abs. 3 Rn. 187ff.

폭넓게 형사처벌의 대상으로 하고 있다.

나. 예술저작권법에 의한 동의 없는 초상의 배포·공개행위에 대한 형사처벌

독일에서는 오래전부터 초상권 보호를 위한 형벌규정을 마련해 놓고 있어 왔다. 독일 예술저작권법(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie)은 - 초상이 촬영된 장소나 그것이 담고 있는 내용을 고려하지 않고 - 모든 형태의 초상에 대하여 정당한 권한 없는 배포행위 내지 공연히 전시하는 행위를 형사처벌하도록 하고 있다. 이 법률은 그림이나 사진(Bilder)과 초상(Bildnisse)을 구별하고 있는데, 초상은 형식적으로 사진, 영상, 그림, 캐리커처, 실루엣 등 어떠한 형태를 갖는가에 관계없이 사람이 현실에서 삶을 영위하는 모습을 모사하거나 촬영해 놓은 것을 의미한다.⁹⁾ 이 법률 제22조 전단에서는 초상은 피촬영자의 승낙이 있을 때에만 배포하거나 공개할 수 있도록 규정하고 있고, 제22조 후단에서는 피촬영자가 사망한 때에는 친족의 승낙을 얻도록 요구하고 있다. 그리고 제33조 제1항에서는 동의 없이 초상을 배포하거나 공연히 전시하는 행위를 형사처벌하고 있고, 같은 조 제2항은 당해 범죄를 친고죄로 규정해 놓고 있다. 제23조와 제24조에서는 초상권자의 동의 없이 초상을 배포하거나 공연히 전시할 수 있는 예외사유를 규정해 놓고 있다.

다. 사적 영역에 있는 자에 대한 촬영행위의 범죄화

독일에서는 2004년 형법 개정을 통하여 제201a조를 신설함으로써 예술저작권법이 포섭하지 못하는, 영상으로 인한 인격권 침해행위를 폭넓게 범죄행위로 규정하였다. 독일 형법 제201a조 제1항 제1호는 “자신의 주거에 있거나 외부의 관찰로부터 보호되는 공간에 있는 사람을 권한 없이 영상으로 촬영·전송하고 이러한 행위를 통하여 피촬영자의 고도의 사적 영역을 침해한 자”를 형사처벌하도록 하고 있다. 이 규정은 일반적 인격권이나 개인정보 자기결정권을 보호법적으로 하는 것으로서¹⁰⁾, 반드시 피촬영자가 주거가 머무를 것을 요구하고 있지는 않지만, 피촬영자가 주거 이외의 공간에 머무르는 때에는

9) Specht, in: Dreier/Schulze, UrhG, KUG §22 [Recht am eigenen Bilde] Rn. 1

10) Graf, Münchener Kommentar zum StGB, §201a Rn. 10

그곳이 외부 시선으로부터 보호되는 영역일 것을 요구하고 있다. 따라서 예를 들어 주거가 아닌 건조물 내부의 창문 근처에 서 있는 모습을 촬영하는 경우와 같이 피촬영자가 외부 시선에 공개된 장소에 있는 때에는 본 규정은 적용되지 않는다.¹¹⁾

이 형벌규정은 영상 촬영 등으로 인하여 피촬영자에게 고도의 사적 영역에 대한 침해의 결과가 발생할 것을 요구하는 결과범인데, 입법 제안이유서에서는 고도의 사적 영역이 침해되었는가를 판단함에 있어서 판례에 의하여 형성된 은밀한 영역(Intimsphäre) 이론을 참조할 것을 요구한다. 은밀한 영역은 예를 들어 질병에 걸렸거나 사망한 모습, 성행위를 하는 모습 등과 같이 개인의 사생활 영역 중에서도 공권력의 행사로부터 절대적으로 보호되어야 하는 핵심적 영역을 의미하는데¹²⁾, 이러한 은밀한 영역의 침해가 있으면 그러한 침해행위를 통하여 얻을 수 있는 공적 이익과의 이익교량을 할 필요도 없이 그 자체로서 헌법적 가치를 침해하는 것으로 보게 된다.¹³⁾ 즉 개인의 은밀한 영역에 속하는 생활모습을 촬영하는 때에는 그러한 촬영을 통하여 달성할 수 있는 공익이 무엇인지를 고려할 필요도 없이 곧바로 인격권 침해행위가 있는 것으로 보게 되고, 독일 형법 제201a조 제1항을 적용하여 형사처벌하게 되는 것이다.

2004년에 제201a조를 신설함에 있어서는 인격권의 또 다른 발현형태에 해당하는 음성권에 대한 형법적 보호와 초상권에 대한 형법적 보호가 불균형하다는 점이 하나의 입법적 근거로 제시되었다. 음성권과 초상권은 모두 인격권이 구체화 된 기본권이라는 데에 있어서 차이가 없음에도 불구하고, 독일 형법 제201조가 동의 없는 녹음행위 그 자체를 형사처벌하고 있음에 반하여 초상권을 보호하는 예술저작권법의 형벌규정은 촬영행위 자체를 범죄행위로 규정하고 있지 않아서 양자 사이에 균형을 맞출 필요가 있다는 것이다.¹⁴⁾ 다만 예술저작권법에 규정된 초상권 보호를 위한 형벌규정이 거동범 형식으로 규정되어 있는 것과는 달리 2004년 입법화된 독일 형법 제201a조 제1항 제1호 범죄는 결과범 형식으로 규정되어 있어서, 음성권과 초상권 보호가 입법 이후에도 여전히 불균형하게 이루어지고 있다는 비판이 제기되고 있다.¹⁵⁾

11) Ibid., §201a Rn. 42

12) BVerfG, NJW 1973, 891, 892

13) BTG-Drs. 15/2466, 5

14) Eisele, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019, §201a Rn. 1

15) Ibid., §201a Rn. 14

라. 인격권을 중대하게 침해하는 영상 촬영행위의 범죄화

2004년 형법 제201a조를 제정한 이후 기술적 발전에 따라 웹캠이나 스마트폰 등을 이용한 영상 촬영·공유가 일상화되면서 영상으로 인한 법익침해가 증가하자 2015년 제 201a조를 개정하여 제1항 제2호를 신설함으로써 처벌대상이 되는 촬영행위를 확대하였다. 독일 형법 제201a조 제1항 제2호는 타인의 무기력한 상태를 드러내는 영상을 촬영·전송하고 그러한 행위를 통하여 피촬영자의 고도의 사적 영역을 침해한 자를 형사처벌하도록 규정한다. 무기력한 상태의 의미와 관련하여 입법이유서에서는 예를 들어 술에 만취한 채 귀기하는 모습, 폭력행위로 인하여 상해를 당하거나 출혈 상태에서 바닥에 누워 있는 모습 등이 이에 해당한다고 설명한다.¹⁶⁾

독일 형법 제201a조 제1항 제2호는 제1호와 다르게 사적 영역과 공적 영역을 구별하지 않고 적용될 수 있도록 규정되어 있는데, 이와 같은 규정형식은 일반적 인격권을 인간의 존엄에 기초한 기본권으로 보는 귀결에 해당한다. 인간의 존엄이 공적 영역과 사적 영역을 불분하고 존중되어야 하는 것과 동일하게, 타인의 무기력한 상태를 드러내는 영상을 촬영·전송함으로써 인격권을 중대하게 침해하는 행위는 그러한 행위가 어느 영역에서 수행되었는가와 상관없이 언제나 형사처벌의 대상으로 합이 타당하기 때문이다.

처음 제출된 개정안에서는 피촬영자의 사회적 평판을 현저하게 손상할 수 있는 영상을 권한 없이 촬영하거나 전송하는 행위를 모두 범죄행위로 규정할 것을 제안하였다.¹⁷⁾ 그러나 이와 같은 법률안에 대하여서는, 사회적 평판을 현저하게 손상할 것이라는 요건이 지나치게 불명확하여 죄형법정주의에 반할 우려가 있으며, 예를 들어 파티에서 만취된 상태에 있는 모습을 촬영하는 것도 피촬영자의 사회적 평판을 침해하는 영상을 촬영하는 행위에 해당하는데, 이러한 행위까지 형사처벌하는 것은 부당한 형벌권의 확장이라는 비판이 제기되었다.¹⁸⁾

이러한 비판을 고려하여 현행 독일 형법 제201a조 제1항 제2호에서는 “사회적 평판을 현저하게 손상할 수 있는 영상”이라는 요건보다 더 적용범위가 제한된 “타인의 무기

16) BT-Drs. 18/3202(neu), 28

17) BT-Drs. 18/2601, 10

18) Wortprotokoll der 28. Sitzung des Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 13. Oktober 2014, (18. Wahlperiode) - Protokoll-Nr. 18/28, 13, 23, 25

려한 상태를 드러내는 영상”을 촬영·전송하는 행위를 형사처벌하도록 규정하고, 동시에 그러한 행위를 통하여 피촬영자의 고도의 사적 영역을 침해할 것을 요구함으로써 그 처벌범위를 축소하였다. 그리고 사회적 평판을 현저히 손상시킬 수 있는 영상의 촬영행위 그 자체를 범죄로 규정하지는 않았지만, 아래에서 다시 살펴볼 제201a조 제2항에서 그러한 영상을 제3자에게 접근가능하게 하는 행위를 형사처벌 하도록 하였다.

마. 유아, 아동, 청소년의 나체 모습의 촬영

독일 형법은 과거에는 성적 맥락 밖에서 이루어지는 단순한 유아, 아동, 청소년 등의 나체 촬영·전송행위를 범죄행위로 규정하고 있지 아니하였다. 그러나 2015년 형법 개정을 통하여 제201a조 제3항을 신설하여 재물 또는 재산상 이익을 취득할 목적으로 18세 이하인 타인의 나체영상을 촬영하거나 이를 타인에게 제공하고 재산상 이익을 취득하는 행위를 범죄행위로 규정하였다. 이 형벌규정은 촬영된 영상이 일반인에게 성적 욕망이나 성적 수치심을 유발하는가 내지 피촬영자인 아동 등이 성적 행위를 하고 있는가를 불문하고 적용될 수 있도록 규정되어 있다.

애초 제안된 개정안에서는 18세 이하인 사람과 성인을 구별하지 않고 타인의 나체를 권한 없이 촬영·전송하는 행위를 모두 범죄로 규정할 것을 제안하였다. 입법안에서는 특히 아동·청소년의 나체사진은 성적 목적으로 촬영되는 경우가 많음에도 성적 행위와 관련되지 않은 단순한 나체 촬영행위를 형사처벌하고 있지 않아서 형사처벌의 흠결이 존재한다는 점을 지적하였다.¹⁹⁾ 입법과정에서는 미성년자 여부를 불문하고 공개된 장소에서 나체인 사람을 촬영하는 행위를 모두 범죄로 규정하는 것이 적절한가와 관련하여 논란이 있었는데²⁰⁾, 논의를 거쳐 공개된 장소에서의 나체 촬영은 그 대상이 18세 이하인 사람 인 때에만 형사처벌하기로 하였으며, 이때에도 재물 또는 재산상 이익을 취득할 목적으로 촬영하거나 촬영물을 타인에게 제공하고 재산상 이익을 취득하는 때에만 처벌하도록 하였다.²¹⁾

19) BT-Drs. 18/2601, 16, 17

20) Wortprotokoll der 28. Sitzung des Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 13. Oktober 2014, (18. Wahlperiode) - Protokoll-Nr. 18/28, 38, 83, 111ff.

21) BT-Drs. 18/3202, 28

결과적으로 공적 영역에 있는 성인의 나체를 촬영하는 행위는 형사처벌의 대상에서 배제되었다. 공개된 영역에서의 성인에 대한 나체 촬영행위는 직접 관찰하는 것과 다를 바 없어서 피촬영자의 인격권을 중대하게 침해하지 아니하며, 공개적인 장소에 있는 때에는 피촬영자가 사진촬영의 대상이 될 수 있음을 감수한 것으로 볼 수 있다고 판단하였기 때문일 것이다.²²⁾

바. 사망한 자의 인격권을 중대하게 침해하는 영상 촬영의 범죄화

독일 연방헌법재판소는 기본법 제1조 제1항에 의하여 국가에 부과된 인간의 존엄보호 의무는 개인의 사망 이후에도 존속하지만, 이외의 개별적 기본권은 원칙적으로 생존한 사람에게만 보장되는 것이어서 국가가 사망한 자에 대하여 제2조 제1항이 규정하는 인격의 자유로운 발현권을 보호할 의무는 부담하지 않는다고 판시한다.²³⁾ 이미 살펴본 바와 같이 독일에서 일반적 인격권은 인간의 존엄과 인격의 자유로운 발현권으로부터 도출되는 기본권으로 보고 있어서, 사망한 자에 대한 일반적 인격권 보호는 생존한 사람에 대한 것보다 그 범위가 좁아질 수밖에 없다. 사망한 자에 대한 일반적 인격권의 보호는 인간의 존엄을 보호하기 위하여 반드시 필요한 범위에서만 인정될 수 있기 때문이다.

독일 예술저작권법이 규정하는, 초상의 권한 없는 배포를 처벌하는 형벌규정은 사망한 자의 초상을 권한 없이 배포하는 때에도 적용되는 것으로 보고 있다. 같은 법률 제33조 제1항에서는 피촬영자의 동의 없이 초상을 배포하거나 공개한 자를 형사처벌하도록 하고 있고 이 범죄는 친고죄로 규정되어 있는데, 피촬영자가 사망한 때에는 피촬영자의 친족에게 동의권이 있다고 규정하고 있기 때문이다. 다만 예술저작권법에 의한 초상권 보호입법만으로는 촬영행위 그 자체를 형사처벌할 수 없는 한계가 있음은 이미 살펴본 바와 같다.

2004년 독일 형법 개정을 통하여 새로 마련된 제201a조는 당초에는 사망한 자를 보호대상에 포함시키지 않았으나, 2021년 개정을 통하여 일정한 요건 하에서 사망한 자의 영상 촬영·전송행위를 형사처벌 하도록 하였다. 군중이 현장에서 사망한 사고피해자의 영상을 촬영·전송하고, 그러한 영상이 언론에 보도됨으로써 사망한 자의 인격권에 대한

22) BT-Drs. 15/2466, 4

23) BVerfG, NJW 2001, 594

중대한 침해가 야기되고 있음을 고려한 것이다.²⁴⁾

먼저 타인의 무기력한 상태를 드러내는 영상을 촬영·전송하고 그러한 행위를 통하여 피촬영자의 고도의 사적 영역을 침해한 자를 형사처벌 하도록 규정한 독일 형법 제201a 조 제1항 제2호의 적용대상에 사망한 자를 포함시켰다. 그리고 제201a조 제1항 제3호를 신설하여 사망한 자를 매우 불쾌한 형태로 드러내는 영상을 촬영·전송하는 행위를 형사처벌하는 형벌규정을 신설하였다. 매우 불쾌한 형태라는 요건은 영상의 내용이 사망한 자에게 인정되는 윤리적인 존중가치를 침해하는 것을 의미하는데, 사고를 당하여 사망한 후 출혈 상태 내지 탈의된 상태로 누워있는 자 등을 촬영하는 것이 그러한 예에 해당하며, 이러한 영상이 반드시 사망한 자의 사회적 평판을 손상시키는 것일 필요는 없는 것으로 설명되고 있다.²⁵⁾

사. 사회적 평판을 현저히 훼손할 수 있는 영상의 배포행위의 범죄화

독일 형법 제201a조 제2항은 피촬영자의 사회적 평판을 현저히 훼손할 수 있는 영상을 타인에게 접근가능하도록 하는 행위를 범죄행위로 규정함으로써, 초상권자의 자신의 초상에 대한 적극적 통제권을 보호해 주려고 하고 있다. 이 규정은 사회적 평판을 현저히 훼손할 수 있는 영상의 동의 없는 배포로 인한 인격권 침해를 방지하는 동시에 피촬영자의 사회적 평판을 훼손시킬 수 있는 영상물이 사이버모빙(Cybermobbing)에 흔히 이용되는 현실에 대응하기 위하여 마련된 것이다.²⁶⁾

애초 제출된 법률안에서는 피촬영자의 사회적 평판을 현저히 훼손할 수 있는 영상의 촬영행위와 그 결과물의 배포행위를 모두 형사처벌 할 것을 제안하였다.²⁷⁾ 그러나 실제 입법과정에서는 피촬영자의 사회적 평판을 현저히 훼손시킬 수 있는 영상이라고 하더라도 단순한 촬영행위만으로는 형사처벌의 대상이 되지 않도록 규정함으로써 형사처벌의 범위가 지나치게 넓어지는 것을 방지하고²⁸⁾, 동시에 그러한 영상을 배포하는 행위에 대하여서는 피촬영자가 사적 영역과 공적 영역 중 어느 곳에서 있었는가 내지 그러한 촬영

24) BT-Drs. 19/1594, 1

25) BT-Drs. 19/17795, 13

26) BT-Drs. 18/2601, 37

27) BT-Drs. 18/2601, 16~17

28) BT-Drs. 18/3202 (neu), 28

으로 인하여 피촬영자의 고도의 사적 영역에 대한 침해가 발생하였는가를 고려하지 않고 형사처벌 하도록 규정함으로써 피촬영자의 인격권을 충실히 보호하고자 하였다.²⁹⁾

아. 신체의 은밀한 부위의 촬영 등

2021년 신설된 독일 형법 제184k조는 외부인이 관찰할 수 없도록 가려진 타인의 성기, 엉덩이, 여성의 가슴이나 이러한 신체부위를 가리고 있는 속옷을 권한 없이 촬영·전송하는 등의 행위를 범죄행위로 규정한다. 에스컬레이터와 같은 장소에서 은밀한 신체를 촬영하는 행위가 자주 발생하고 있으며, 이러한 행위가 자신의 신체 부위를 타인의 시선으로부터 숨기려는 피해자의 노력을 무위로 만들고 부당하게 피해자의 사적 영역을 침해하게 됨에도, 기존의 형벌규정만으로는 이러한 행위를 형사처벌할 수 없음을 고려한 것이다. 2004년 마련된 제201a조가 사적 영역에 있는 자에 대한 촬영행위만을 형사처벌의 대상으로 하고 있어서 공적 영역에서 발생하는 은밀한 신체 부위에 대한 촬영행위에 대하여는 적용되지 않고, 예술저작권법은 배포행위만을 형사처벌 대상으로 하고 있을 뿐 촬영행위 자체를 범죄행위로 규정하고 있지 않아서 이러한 촬영행위를 형사처벌할 수 없었기 때문이다³⁰⁾

이 형벌규정의 주된 보호법익은 성적 자기결정권으로서, 자신의 은밀한 부위를 타인이 성적인 관찰 대상으로 하는 것을 허용할 것인지 내지 어떠한 방식으로 이를 허용할 것인지를 결정할 수 있는 권리를 보호하기 위한 것이다. 그리고 동시에 피촬영자의 초상권 내지 인격권을 보호하기 위한 것이기도 하다.³¹⁾ 애초에는 이 규정을 음성권이나 초상권 등 인격권 보호를 위한 형벌규정을 모아놓은 독일 형법 제15장에 규정하려고 하였으나, 이 규정의 주된 보호법익이 피촬영자의 성적 자기결정권임을 고려하여 성적 자기결정권을 보호하는 형벌규정을 마련해 놓은 제13장에 규정해 놓게 되었다.³²⁾

29) BT-Drs. 18/2601, 39

30) BT-Drs. 19/17795, 1

31) BT-Drs. 19/20668, 15

32) BT-Drs. 19/20668, 15

2. 미국의 입법례

가. 보호법익

미국에서 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 프라이버시 보호의 관점에서 이루어진다. 독립된 권리로서의 프라이버시는 워렌과 브렌다이스의 논문을 통하여 처음 주장되고 정립된 것으로 설명되고 있으며³³⁾, 기본권으로서의 프라이버시는 미국 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않으나 표현의 자유에 대한 절대적 보장을 규정한 수정헌법 제1조, 주거의 자유를 규정하는 수정헌법 제3조, 압수·수색에 있어서 사전영장주의 원칙을 선언한 수정헌법 제4조 등을 근거로 기본권으로 인정하고 있다.³⁴⁾

미국 헌법에 규정된 권리장전은 역사적으로 국가의 적극적 개입을 요구하기 위한 권리로서가 아니라 국가의 간섭과 침입으로부터 국민을 보호하기 위한 방어권으로서 발전하여 왔으며, 기본권으로서의 프라이버시 역시 동일한 맥락 하에서 국가의 간섭과 통제로부터 사인의 사적 영역을 보호하는 소극적 방어권으로 이해되고 있고, 법실무적으로도 프라이버시는 대체로 소극적 방어권으로서 자리매김하고 있는 것으로 보인다.³⁵⁾ 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응에 있어서도 정보주체의 개인정보에 대한 적극적 통제권 보호가 아니라, 외부의 간섭에 대한 사적 영역의 보호가 주로 문제되고 있다. 즉 피촬영자의 동의 없는 영상 배포행위가 아니라, 프라이버시를 침해하는 촬영행위가 주로 형사처벌의 대상이 되고 있는 것이다.

33) Samuel D. Warren et al., *The Right To Privacy*, 4 Harv. L. REV. 193 (1890)

34) Daniel. J. Solove et. al., *Information Privacy Law*, 34 (6th. ed., 2018)

35) 미국 학자들은 프라이버시의 적극적 권리로서의 성격을 강조한다. 워렌과 브렌다이스 논문에서 이미 정보주체의 개인정보에 대한 통제권을 프라이버시의 핵심적 내용으로 보아야 한다는 주장이 제기된 바 있으며(Samuel D. Warren et al., *op. cit.*, 196), 이후에도 정보주체의 개인정보에 대한 적극적 통제권을 프라이버시의 보호범위에 포함시키려는 주장이 다수 제기되고 있다. 프라이버시는 언제 어떻게 어느 범위에서 자신에 관한 정보를 타인에게 전달할 것인지를 결정할 수 있는 권리라는 주장(예를 들어 Alan Westin, *Privacy and Freedom*, Ig Publishing, 1967, 5), 프라이버시의 충실한 보호를 위하여서는 단순히 타인의 마음에 우리에게 관한 정보가 부재하는 것으로는 부족하고 우리가 우리 자신의 정보에 관하여 통제권을 행사할 수 있어야 한다는 주장(Charles Fried, *Privacy*, 77 Yale L.J. 475, 435 (1968)) 등이 프라이버시에 대하여 적극적 통제권으로서의 성격을 부여하려는 대표적인 시도에 해당한다. 그러나 법실무적으로는 이러한 주장이 널리 받아들여지고 있지 아니한 것으로 보인다. 이에 대하여서는 James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 Yale L.J. 1151, 1161ff. (2004) 참조.

외부의 부당한 침입이나 간섭으로부터 보호되어야 하는 사적 영역 여부를 판단함에 있어서는 미국 연방대법원이 정립한 합리적 기대 원칙(Reasonable Expectation Doctrine)이 결정적인 역할을 수행한다.³⁶⁾ 이 원칙에 의한다면 주관적으로 프라이버시가 보호될 것을 기대하였고 그러한 기대가 객관적이고 사회적인 관점에서 판단할 때 합리적인 것으로 인정되는 때에만 프라이버시에 대한 헌법적 보호가 이루어질 수 있다고 본다. 따라서 예를 들어 공공장소에서 어떠한 대상을 노출시키거나 어떠한 행위를 하였고 일반인이 일상적인 방법으로 이를 관찰할 수 있었던 경우, 그러한 대상이나 행위에 대하여 프라이버시 보호를 주장할 수 없다고 보고 있다. 그러한 대상, 그러한 행위를 외부에 공개하지 않으려는 주관적 의사를 인정할 수 없고, 설령 행위자에게 그러한 주관적 의사가 존재하였다고 하더라도 그러한 상황에서 프라이버시가 보호될 것으로 기대하는 것은 객관적으로 판단할 때 합리적이지 않기 때문이다.³⁷⁾

나. 합리적 기대 원칙에 근거한, 사적 신체부위 촬영행위의 제한적인 범죄화

프라이버시의 보호범위에 관한 합리적 기대 원칙은 미국에서 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응수단을 마련함에 있어서도 결정적인 영향을 미치고 있다. 대표적으로 미국의 비디오관음금지법(The Video Voyeurism Prevention Act of 2004)은 노출되거나 속옷으로 가려진 성기, 음부, 둔부 등 타인의 신체 부위를 피촬영자의 동의 없이 촬영하였고 피촬영자가 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대를 갖고 있었던 경우, 촬영자를 형사처벌 하도록 하고 있다.³⁸⁾ 이 형벌규정은 기술발전과 더불어 카메라가 소형화되고 그것을 이용한 일반인, 학생, 아동 등의 프라이버시를 침해하는 촬영이 증가하는 현실에 대응하기 위한 것으로서, 예컨대 학교의 라커룸, 탈의실 등에 있는 사람을 불법촬영하는 행위를 처벌하기 위하여 마련된 것이다.³⁹⁾

36) 이 원칙은 연방대법원이 기본권으로서 프라이버시 보호범위를 판단하는 기준으로 발전시킨 것이지만, 사법적 권리로서의 프라이버시의 보호범위를 판단함에 있어서도 중요한 역할을 수행하고 있다.

Victoria Schwartz, *Overcoming the Public-Private Divide in Privacy Law*, 67 *Hastings L.J.* 143 (2015) 참조

37) *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 361ff. (1967)

38) 18 U.S. Code § 1801

39) House Report No. 108-504, May 20, 2004, 2

이 형벌규정은 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대를 구성요건으로 하고 있어서, 공적 영역에서 이루어지는 촬영행위에 대하여서는 원칙적으로 이를 적용할 수 없다. 공적 장소에서 이루어지는 활동은 외부인의 일상적인 관찰(plain view)에 노출되어 있기 때문에, 그러한 행위자에게 프라이버시 보호에 대한 객관적, 합리적 기대를 인정할 수 없기 때문이다.⁴⁰⁾ 미국 법원은 오늘날의 사진기술의 발전에 비추어 집 밖으로 나설 때에는 미디어에 의하여 촬영될 위험이 있음을 감수하여야 하며, 외부적 일상생활에 참여함으로써 프라이버시를 포기한 것으로 볼 수 있다고 판시하기도 하였다.⁴¹⁾ 주에 따라서는 여성의 치마 속을 카메라를 이용하여 촬영하는 행위(upskirting)과 같이 우리나라에서라면 당연히 형사처벌의 대상이 되는 행위에 대하여서도 그러한 촬영이 피촬영자가 프라이버시 보호를 합리적으로 기대할 수 없는 상태에서 이루어졌다면 형사처벌의 대상이 되지 않도록 하고 있다.⁴²⁾

미국에는 사망한 자에 대한 영상 촬영을 금지하는 형벌규정도 마련되어 있지 않은 것으로 보인다. 미국 등 커먼로 전통을 따르는 국가에서는 사자의 명예와 프라이버시는 보호되지 않는다고 보고 있기 때문이다. 사망한 이후에는 더 이상 해악을 받지 않게 된다는 데에 근거한다. 나아가 명예나 프라이버시는 개인적인 관심사로서 상속되지도 않아서 유족 등이 사자의 프라이버시 침해를 주장할 수도 없다고 본다.⁴³⁾ 가족이나 친지 등에게 그들 본인의 프라이버시 보호를 위하여 사자의 사진이나 영상 등에 대하여 통제권을 행사할 수 있도록 할 것인가는 별개의 문제이다. 다만 이러한 논의는 민사법 영역에서 이루어지고 있는 것이며, 미국에서 사자에 대한 영상 촬영·배포 등의 행위를 형사처벌하는 규정은 마련되어 있지 않은 것으로 보인다.

40) Katz v. U.S., 389 U.S. 347, 361

41) Samantha Barbas, Saving Privacy From History, 61 DePaul L. Rev. 973, 999ff (2012)

42) Jeffrey T. Marvin, Without A Bright-Line On The Green Line: How Commonwealth V. Robertson Failed To Criminalize Upskirt Photography, 50 New Eng. L. Rev. 119, 124ff (2015)

43) Bo Zhao, Legal Cases On Posthumous Reputation And Posthumous Privacy: History Censorship, Law, Politics And Culture, 42 Syracuse J. Int'l. L. & Com. 39, 57, (2014)

다. 유포행위에 대한 소극적 규제

(1) 제3자가 적법하게 보유한 초상의 배포에 대한 프라이버시 보호의 원칙적 부정

독일에서 공적 장소에서 이루어지는 일상생활 모습에 대한 촬영행위를 일반적으로 허용해주면서도 그러한 촬영의 결과물을 배포하는 행위를 예술저작권법에 의하여 원칙적으로 형사처벌 대상으로 하고 있는 것과는 다르게, 미국에서는 적법하게 촬영한 영상물의 동의 없는 배포행위를 원칙적으로 형사처벌하고 있지 않다. 프라이버시를 침해하지 않고 영상 등을 촬영한 경우, 그 결과물을 배포하는 행위에 의하여도 프라이버시가 침해될 여지가 없다고 보고 있기 때문일 것이다. 이와 같은 입법적 태도는 심지어 리벤지 포르노의 배포에 대하여서도 그대로 적용되기도 한다. 예컨대 미국의 일부 주에서는 나체 내지 성행위 모습을 촬영한 영상을 피촬영자의 동의 없이 배포하는 행위를 형사처벌하면서도, 애초 영상이 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대를 인정할 수 없는 상태에서 촬영된 때에는 당해 형벌규정이 적용되지 않도록 규정하고 있다.⁴⁴⁾

본인의 영상물을 자발적으로 제3자에게 제공한 경우, 영상물을 제공받은 자가 이를 임의로 배포하는 행위가 피촬영자의 프라이버시를 침해하는가의 문제는 합리적 기대 원칙을 구체화 시킨 제3자 원칙(Third Party Doctrine)을 적용하여 판단하게 된다. 제3자 원칙은 정보주체가 제3자에게 자발적으로 제공한 정보에 대하여서는 그것이 외부로 유출되지 않을 것이라고 합리적으로 기대할 수 없고, 프라이버시 보호를 주장할 수도 없다는 것이다.⁴⁵⁾ 미국 연방대법원은 일단 정보주체가 제3자에게 자발적으로 정보를 제공하였다면 설령 정보 제공 당시 그 정보가 특정한 목적을 위하여서만 사용될 것으로 전제하였고 제3자에 대한 신뢰가 지켜질 것이라고 믿었던 때에도 그와 같은 정보에 대하여서는 프라이버시 보호를 주장할 수 없다고 판시한다.⁴⁶⁾

제3자 원칙을 적용하여 판단한다면 예컨대 본인의 나체나 성행위 모습 등을 촬영한 영상을 제3자에게 자발적으로 제공한 경우, 피촬영자는 그러한 영상에 대하여 프라이버시 보호를 주장할 수 없게 될 것이다. 즉 자발적으로 제3자에게 나체 영상 등을 제공하였다면, 그가 제공받은 영상을 외부로 배포하여도 프라이버시 침해가 없다고 보게 되는

44) 예를 들어 13 V.S.A. § 2606(d)(1)

45) U.S. v. Miller, 425 U.S. 435, 442f. (1976)

46) United States v. Miller, 425 U.S. 435, 443 (1976)

것이다. 제3자가 적법하게 취득한 나체 영상 등을 피촬영자의 동의 없이 배포하는 행위를 형사처벌하기 위하여서는 제3자 원칙의 적용을 배제시켜야 한다. 미국 일부 주에서는 리벤지 포르노 배포행위를 형사처벌하는 형벌규정을 제정하면서, 동시에 “전자기기에 의하여 이미지를 제3자에게 전송하였다는 사실만으로 전송자가 갖고 있는 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대가 부인되는 것은 아니다”라고 규정함으로써⁴⁷⁾, 명문의 규정을 통하여 제3자 원칙의 적용가능성을 배제시키고 있기도 하다. 이와 같이 명문으로 제3자 원칙 배제를 규정하지 아니한 주에서는 여전히 미국 연방대법원이 정립한 제3자 원칙에 의하여 리벤지 포르노 배포행위가 형사처벌의 대상이 되기 어려울 것이다.

(2) 표현의 자유의 절대적 보호

미국에서 영상물 배포행위에 대한 형법적 규제가 소극적으로 이루어지는 또 다른 이유는 미국 수정헌법 제1조가 표현의 자유를 법률로써도 제한할 수 없는 절대적 기본권으로 규정하고 있다는 데에서 찾을 수 있다. 미국 연방대법원은 표현의 자유를 제한하는 법률의 위헌 여부를 심사하면서 표현물의 내용을 규제하는 법률과 내용과 무관하게 표현 시기나 표현방법 등을 규제하는 법률을 구별하여 각각 서로 다른 기준을 적용하고 있는데, 전자에 해당하는 법률이 합헌으로 판단되려면 훨씬 더 엄격한 기준을 충족하여야 한다고 보고 있다.⁴⁸⁾

타인의 초상이나 삶의 모습 등을 담은 영상 배포행위를 형사처벌하는 법률을 제정하게 된다면 이것은 국가가 내용적 심사를 통하여 표현의 자유를 제한하는 법률을 제정하는 것에 해당하게 된다. 그런데 미국 연방대법원은 수정헌법 제1조를 고려할 때 표현의 자유에 대한 내용적 규제가 원칙적으로 불허된다고 판시한다. 국가는 표현에 담겨있는 메시지, 아이디어, 표현이 다루는 주제, 표현의 구체적 내용 등을 근거로 하여 의사표현의 자유를 제한할 아무런 권한을 보유하고 있지 않다는 것이다.⁴⁹⁾ 다만 이와 같은 원칙적 선언에도 불구하고 실질적으로 미국 연방대법원은 지극히 예외적인 사안에 있어서 표현의 자유를 내용적으로 제한하는 법률이 합헌으로 인정받을 수 있다고 보고 있다.

47) ARIZ. REV. STAT. ANN. §§ 13-1425(A)(2)

48) Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, 789ff. (1989)

49) Police Dept of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92, 95 (1972).

먼저 미국 연방대법원은 위법행위에 대한 선동, 음란한 표현, 명예훼손, 다른 범죄를 유발하는 표현, 투쟁적 언사, 아동 포르노 등 역사적으로 형성된 지극히 예외적인 범주에 속하는 때에는 표현의 자유에 대한 내용적 제한이 허용된다고 판시하고 있다.⁵⁰⁾ 그런데 타인의 생활모습이나 초상 등을 담은 영상물은 표현의 자유를 내용적으로 제한할 수 있는 역사적으로 형성된 범주에 속하지 않는다. 게다가 미국 연방대법원은 입법자가 표현의 자유를 제한할 수 있는 새로운 범주를 창설할 수 없다고 보고 있어서⁵¹⁾, 입법을 통하여 사회구성원의 프라이버시나 초상권 보호를 위한 표현의 자유에 대한 새로운 내용적 규제 범주를 창설할 수도 없다.

미국 연방대법원은 역사적으로 형성된 예외적 범주에 속하지 아니하는 표현에 대하여서도 그 내용을 고려하여 표현행위를 제한하거나 형사처벌의 대상으로 할 수는 있으나, 그러한 법률의 합헌으로 판단하려면 엄격심사(strict scrutiny)를 통과하여야 한다고 판시한다.⁵²⁾ 어느 법률이 엄격심사를 거쳐 합헌으로 판단되기 위하여서는 그것이 필요불가결한 정부 이익을 보호하기 위한 것이어야 하고, 그러한 목적 달성을 위하여 과다하지도 과소하지도 않게 적절히 형성된 것임이 입증되어야 한다.⁵³⁾

형벌규정은 해악을 방지하기 위한 것이다. 따라서 타인의 생활모습이나 초상 등을 담은 영상의 배포행위를 형사처벌하는 법률이 합헌으로 인정될 수 있으려면, 그러한 법률을 제정하여 초상권이나 프라이버시 등을 침해하는 영상의 배포로 인하여 발생할 수 있는 해악을 예방하는 것이 필요불가결한 정부의 이익에 해당함이 입증되어야 한다. 나아가 타인의 생활모습이나 초상 등을 담은 영상을 동의 없이 배포함으로써 발생하는 해악이 확정적인 것이고, 법률로서 예방할 필요가 있는 성질의 것이며, 법률을 통하여 그러한 해악을 직접적이고 실제적으로 예방할 수 있다는 사실도 입증되어야 한다.⁵⁴⁾ 그런데 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대가 부인되는 영역에 있는 사람을 촬영한 영상을 배포하는 때에는 피촬영자의 프라이버시 보호의 필요성이 부정되고, 당해 형벌규정을 통하여 예방하고자 하는 해악이 존재한다고 보기도 곤란하며, 그 논리적 귀결로서 입법을 통하

50) U.S. v. Alvarez, 567 U.S. 709, 717 (2012)

51) Brown v. Entertainment Merchants Ass'n, 564 U.S. 786, 791 (2011)

52) U.S. v. Alvarez, U.S. v. Alvarez, 567 U.S. 709, 717 (2012)

53) Stephen A. Siegel, The Origin of the Compelling State. Interest Test and Strict Scrutiny, 48 Am. J. Legal Hist. 355, 358 (2006)

54) Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C., 512 U.S. 622, 664ff. (1994) 참조

여 달성하고자 하는 필요불가결한 정부 이익도 존재할 수 없게 된다.

적법하게 취득한 영상을 타인에게 배포하는 행위가 피촬영자에게 어느 정도의 해악을 발생시킨다고 하더라도, 그러한 해악을 예방하기 위하여 배포행위를 형사처벌하는 것이 정당화될 수 있는가의 문제는 별도로 검토해 보아야 한다. 영상의 동의 없는 배포로 인하여 발생할 수 있는 해악으로는 피촬영자에게 발생할 수 있는 당혹, 수치심, 감정적·정서적 고통이나 영상을 접한 사람들이 피촬영자에게 가할 수 있는 사회적·경제적 불이익 등을 들 수 있다. 그런데 미국 연방대법원은 불쾌감을 유발한다거나 고통을 주는 것과 같이 정신적 피해를 야기할 수 있다는 사유가 표현의 자유를 제한할 수 있는 정당한 사유에 해당하지 않는다고 명시적으로 판시하였다.⁵⁵⁾ 게다가 그러한 영상으로 인하여 피촬영자에게 어떠한 사회적·경제적 불이익이 발생한다고 하더라도 곧 그러한 사태가 발생하지 않도록 하는 것이 정부의 필요불가결한 이익에 해당한다는 결론을 도출해낼 수도 없다. 예컨대 피고용자의 나체사진이 유포되고 있음을 알게 된 고용주가 그를 해고한다고 하여도 그것이 나체사진을 촬영하는 것과 같은 행동을 하는 사람이 피고용자로서 적합하지 않다는 판단에 근거한 것이라면, 사회적으로 볼 때 그러한 해고를 부당한 것으로 볼 수도 없는 것이다.⁵⁶⁾

미국에서는 표현의 자유에 대한 우선적 보호로 인하여 아직까지 피촬영자에게 가장 중대한 해악을 주는 리벤지 포르노 배포행위에 대하여서도 이를 형사처벌하는 연방법률이 마련되어 있지 않고, 각 주 정부가 그러한 행위를 형사처벌하는 법률을 제정함에 있어서도 어려움을 겪고 있다. 다수의 주에서는 리벤지 포르노 배포행위를 처벌하는 형벌 규정을 마련함에 있어서 표현의 자유 제한으로 인한 위헌 시비를 피해 가기 위하여, 배포행위가 피해자에게 중대한 정신적 피해를 준다는 사정 이외에 예를 들어 그러한 영상이 음란물에 해당하여야 한다거나 괴롭힘의 수단으로 배포되어야 한다는 등의 추가적 요건을 마련해 놓고 있다.⁵⁷⁾ 즉 리벤지 포르노의 배포행위를 영상물 배포행위 그 자체로서 범죄행위로 보아 처벌하는 것이 아니라 음란물 배포나 괴롭힘의 한 유형으로 보아 형사처벌 하려고 하고 있는 것이다.

중대한 성적 자기결정권의 침해에 해당하고 피해자에게 중대한 피해를 야기할 수 있

55) John A. Humbach, The Constitution and Revenge Porn, 35 Pace L. Rev. 215, 233 (2014)

56) Ibid., 228

57) Roni Rosenberg et. al., Reconceptualizing Revenge Porn, 63 Ariz. L. Rev. 199, 202ff. (2021)

는 리벤지 포르노 배포를 처벌하는 형벌규정의 제정도 표현의 자유 보장을 위하여 쉽게 이루어지지 못하고 있는 현실에 비춰 본다면, 미국에서 단순한 초상이나 일상적인 생활 모습을 담은 영상물의 동의 없는 배포행위를 처벌하는 형벌규정이 제정될 여지는 거의 없을 것으로 보인다.

라. 유아, 아동, 청소년의 나체 모습의 촬영

미국 연방대법원은 2008년 U. S. vs Michael Williams 판결⁵⁸⁾을 통하여 아동 포르노를 표현의 자유를 절대적 기본권으로 보호하는 수정헌법 제1조의 예외로 설정하였고, 이후 아동 포르노 제작·배포 등을 엄격하게 형사처벌하고 있다. 미국 연방법률은 18세 이하인 자의 명시적 성적 행위에 대한 시각적 묘사를 아동 포르노로 정의하고 있는데⁵⁹⁾, 법률의 명시적 성적 행위에 대한 정의는 매우 포괄적이어서⁶⁰⁾, 예를 들어 아동의 나체사진도 그것이 성적인 의미를 가진 것으로 해석될 수 있으면 이에 해당하는 것으로 보고 있다. 그런데 이와 같은 형사처벌 규정은 아동이나 청소년 등의 신체적, 정신적 안녕을 보호하기 위한 것이어서⁶¹⁾, 이를 초상권이나 프라이버시 보호를 위한 형벌규정으로 분류하는 것은 적절하지 않을 것이다.

Ⅲ. 우리나라의 입법적 대응방향

1. 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응방향

우리나라의 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응방향을 설정함에 있어서는 우리 사회에 형성되어 있는 헌법적 가치질서의 규범적 측면과 영상촬영 및 배포에 관한 사회의 일반적 관행이라는 사실적 측면이 모두 고려되어야 한다. 먼저 전자와 관련하여 본다

58) U.S. v. Williams, 553 U.S. 285 (2008)

59) 18 U.S. Code § 2256 (5)

60) 18 U.S. Code § 2256 (2) (B)

61) New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 756 (1982)

면, 우리나라 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치로부터 일반적 인격권이 도출되고, 초상권은 일반적 인격권이 구체화 된 권리로서 헌법이 보장하는 기본권에 해당한다는 점을 명백히 하였다.⁶²⁾ 그리고 헌법 제17조는 명문으로 사생활의 비밀과 자유를 기본권으로 규정하고 있다. 즉 우리나라에서 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응방향을 설정함에 있어서는 인격권, 사생활의 비밀과 자유 내지 프라이버시 중 어느 것을 기준으로 하는가에 따라서 입법적 대응방향이 상당히 다르게 설정될 수 있을 것이다.

그런데 우리나라 헌법 해석에 있어서는 인간의 존엄과 가치의 보장과 “인간의 본질이며 고유한 가치”로서의 인격권 보호가 서로 불가분적으로 결합된 것으로 보고 있고, 양자를 보호하는 것이 “모든 기본권을 보장하는 궁극적 목적”에 해당한다고 보고 있어 왔음을 고려한다면⁶³⁾, 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응에 있어서도 미국에서와 같은 사적 생활영역 내지 프라이버시 보호의 관점이 아니라 인간의 존엄 내지 그것으로부터 도출되는 인격권 보호의 시각에서 접근하는 것이 타당할 것이다. 일반적 인격권으로부터 도출되는 명예권에 대하여 이를 “사회적 대화의 장에서 소외되지 않도록 우리의 실존을 지켜주는 핵심적 권리”로 보아 형법의 명예훼손죄를 통하여 매우 높은 수준으로 보호하고 있어 왔으며⁶⁴⁾, 또 다른 개별적 인격권에 해당하는 개인정보 자기결정권을 보호하기 위하여 개인정보보호법에서 개인정보 침해행위를 광범위하게 형사처벌의 대상으로 하고 있음을 고려할 때에도, 영상물로 인한 인격권 침해에 대한 형법적 대응 역시 엄중하게 이루어질 필요가 있을 것이다.

이와 같이 영상물로 인한 침해로부터 피촬영자의 인격권이나 초상권 보호를 위하여 엄중한 형법적 대응이 요구된다는 점을 고려한다면, 오늘날 우리나라에서 미국의 입법례와 매우 유사하게 대부분의 영상 촬영·배포행위를 형사처벌의 대상으로 하고 있지 않은 것은 문제이며, 입법적 보완이 필요할 것으로 생각된다. 우리나라 헌법이 인간의 존엄을 헌법이념의 핵심인 동시에 가장 중요한 개별적 기본권으로 규정해 놓고 있으며⁶⁵⁾, 헌법

62) 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2016헌마626 전원재판부; 다만 이 판결에서 초상권을 “사람은 자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리”로 판시한 것은 적절하지 않다. 초상권을 기본권으로 보호하는 이유는 그것이 사람의 신체적 특징을 표현한 것이어서가 아니라 피촬영자의 인격적 발현물에 해당한다는 점을 고려한 것이기 때문이다.

63) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 전원재판부

64) 헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2017헌마1113, 2018헌마330(병합) 전원재판부

제21조 제4항에서 표현의 자유에 대한 타인의 명예나 권리, 공중도덕, 사회윤리에 의한 제한가능성을 명시해 놓고 있음을 고려할 때에도, 인간의 존엄을 헌법에 규정해 놓고 있지 않고 표현의 자유를 절대적 기본권으로 보장해 주는 미국 헌법의 가치질서에 기초하여 형성된 입법방식을 따르는 것은 적절하지 않을 것이다.

다만 초상권이 일반적 인격권을 구체화한 기본권으로서 높은 수준으로 보호될 필요가 있다는 사정만으로 곧 초상권을 제한하거나 침해하는 행위를 포괄적으로 범죄행위로 규정하여야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 특히 공적 영역에서 이루어지는 영상 촬영·배포행위에 대한 형법적 대응의 필요성을 검토함에 있어서는 표현의 자유 보장과의 관계에 대한 검토가 필요하다. 나아가 오늘날 인간의 생명, 신체에 대한 형법적 보호가 보편적으로 이루어지고 있는 것과는 다르게, 개별적 인격권으로 분류되는 기본권에 대하여서는 국가마다 그것에 대한 형법적 보호범위가 매우 다르게 설정되어 있다는 점도 고려해야 한다.

초상권 등 개별적 인격권으로 분류되는 기본권을 제한하거나 침해하는 행위를 범죄행위로 규정할 것인가를 판단함에 있어서는, 역사적으로 형성되었고 사회적으로 상당한 행위를 범죄행위에서 배제하려고 하는 사회적 상당성 이론⁶⁵⁾이 적용될 여지가 넓게 인정되는 것으로 보아야 한다. 그런데 지금까지 우리나라에서는 공적 영역에서 이루어지는 타인의 일상적 생활모습에 대한 영상 촬영이나 소셜미디어 등을 이용한 그 결과물의 배포·공유 등이 무수히 많이 이루어지고 있어 왔음에도 이에 대하여 별다른 법적 규제가 이루어지지 않고 있어 왔다. 이와 같은 사정을 고려한다면, 우리나라에서는 적어도 공적 영역에 있어서는 피촬영자의 초상권보다 촬영자의 표현의 자유를 보다 우선하는 형태로 가치질서를 형성해 왔다고 보거나, 그러한 문제를 국가 공권력에 의하여서 아니라 사회 내에서 자율적으로 해결하는 방향으로 발전하여 왔다고 볼 수도 있다.

게다가 공적 영역에서 이루어지는 영상 촬영·배포는 아래에서 다시 살피는 바와 같이 근본적으로 불특정 다수인에게 공개된 사실을 기록하거나 그 결과물을 타인에게 전달하는 행위와 다를 바 없어서, 그 자체만으로는 인격권을 현저하게 침해하는 행위에 해당하

65) 헌법재판소 2016. 12. 29.자 2013헌마142

66) Felix Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht - Rechtsfigur oder Mythos?, Duncker & Humblot, 2020, 121ff.

지 않는다는 점도 고려할 필요가 있을 것이다.

2. 사적 영역에서 이루어지는 생활모습의 촬영·배포행위

현재 우리나라에서는 사적 영역에서 이루어지는 사생활에 대한 촬영행위를 형사처벌하는 일반적 형벌규정이 마련되어 있지 않다. 그러나 인격권 보호의 관점에서 볼 때 개인의 내밀한 영역에서 이루어지는 생활모습이 자신의 동의 없이 기록되는 것을 방지할 필요성이 있으며, 사생활의 비밀과 자유 보호의 관점에서 볼 때에도 외부인의 간섭으로부터 자유로운 사적 공간에 대한 충분한 보호가 필요하다는 점을 고려한다면, 외부에 공개되지 아니한 사적 영역에서 이루어지는 생활 모습에 대한 촬영·배포행위를 형사처벌하는 일반적 형벌규정을 마련할 필요가 있을 것이다.

이와 같은 형벌규정을 마련함에 있어서는, 촬영의 대상이 되는 생활모습이 성적 행위와 관련되어 있는가 내지 피촬영자의 인격권에 대한 중대한 침해에 해당하는가 등을 고려함 없이 사적 영역에서 이루어지는 생활모습의 촬영·배포 그 자체를 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위로 규정함이 타당할 것이다.

3. 공적 영역에서 이루어지는 일상적 생활모습의 촬영·배포행위

일반적 인격권은 자신의 인격적 표현물에 대한 통제권을 포함하는 적극적 권리이고 인간의 존엄으로부터 도출되는 기본권으로서, 공적 영역과 사적 영역의 구별과 무관하게 존중되고 보호되어야 한다. 그렇다면 공적 영역에 이루어지는 동의 없는 영상 촬영행위나 촬영 결과물의 동의 없는 배포행위에 대하여도 일정한 요건 하에서 형법적 대응이 이루어질 필요가 있다. 다만 불특정·다수인이 공유하는 공간으로서의 공적 영역의 특수성에 비추어, 동의 없는 모든 촬영·배포행위를 범죄행위로 규정하는 것은 적절하지 않을 것이다.

개인의 자기결정권 행사와 자기책임은 불가분적으로 결합된다. 개인의 자기결정권의 행사는 존중되어야 하지만, 자기결정권의 실현과정이 공적 영역에서 이루어지는 때에는 그러한 기본권 행사자는 타인과의 공동생활로 인하여 부과되는 당연한 제약을 감수하여

야 한다. 공적 영역으로 나아가는 것은 타인의 시선에 자신을 드러내는 인격적 표현행위인 동시에 자신의 행위에 대한 타인의 해석을 감수하는 자기결정권의 행사행위로서, 공적 영역에서 자신을 드러내기로 결심하고 이를 실행하면서도 타인에게 자신의 생활모습을 관찰하지 않을 것을 요구하거나 긍정적이던 부정적이던 자신의 생활모습을 평가하지 말 것을 요구하는 것은 자기모순이고, 그러한 요구를 인격권에 대한 형법적 보호범위로 포섭할 수는 없다.

공적 영역에서 타인의 생활모습을 평이한 시선으로 바라보거나 관찰하는 행위는 피관찰자의 인격권을 침해하는 행위에 해당하지 않으며, 그러한 관찰행위를 형사처벌의 대상으로 할 수 없음은 의문의 여지가 없다. 나아가 공적 영역에서 이루어지는 일상적 생활모습을 피촬영자의 동의 없이 영상물로 기록하고 저장하는 행위 역시 형사처벌의 대상에서 배제함이 타당하다. 타인에 대한 동의 없는 촬영행위가 - 자신의 인격적 표현을 기록하고 보존할 것인가의 여부를 결정할 수 있는 권리로서의 - 피촬영자의 인격권을 제한하는 것은 사실이지만, 그러한 제한은 공동생활 과정에서 감수하여야 하는 범위 내의 것으로 보아야 한다. 나아가 우리나라에서 지금까지 타인의 생활모습을 문자나 그림 등을 이용하여 기록하는 행위에 대하여 아무런 제한을 가하지 않고 있어 왔으며, 현실적으로도 그러한 기록행위를 법적으로 규제하는 것이 불가능하다는 점도 함께 고려할 필요가 있다.

문자나 그림 등과 비교할 때 영상 촬영이 피촬영자의 생활모습을 매우 객관적이고 사실적으로 기록하고 보존할 수 있도록 한다는 점은 분명하지만, 담을 수 있는 정보의 양적 차이가 문자나 그림과는 달리 영상에 의한 기록을 형사처벌의 대상으로 하여야 한다는 주장의 규범적 근거가 될 수는 없다. 형법적 대응에 있어서 문자나 그림에 의한 기록과 영상 촬영을 구별하여야 하는가의 문제는 그것을 통하여 어느 정도의 정보가 기록되는가의 양적 차이가 아니라, 영상의 촬영으로 인하여 피촬영자의 인격권이나 여타의 기본권이 부당하게 침해되는가에 의하여 결정되어야 한다.

문자나 그림에 의한 기록에 있어서는 기록자의 주관적 판단이 매우 높은 수준으로 개입되는 것과는 달리 영상 촬영은 피촬영자의 생활모습을 있는 그대로 저장하게 되므로, 형법적 대응에 있어서 양자 사이에 차이를 두어야 한다는 반론도 제기될 수 있을 것이다. 그러나 설령 이러한 반론이 어느 정도 타당하다고 하더라도, 지금까지 우리나라에서 공

개된 인격적 표현에 대한 단순한 기록행위를 형사처벌하지 아니하여 왔음을 고려한다면 공개된 일상적 생활모습을 촬영하는 행위 역시 형사처벌의 대상에서 배제함이 타당할 것이다. 예를 들어 인격권이 구체화 된 또 다른 권리인 개인정보 자기결정권에 있어서 공개한 개인정보를 정보주체의 동의 없이 수집하거나 처리하는 행위가 허용되고 있으며⁶⁷⁾, 인격권의 한 유형인 음성권과 관련하여 볼 때에도 통신비밀보호법이 공개된 대화를 대화 주체의 동의 없이 녹음하는 것을 허용하고 있다. 동일한 논리에서, 공개된 장소에서 촬영된 - 인격권이나 성적 자기결정권 등을 중대하게 침해하지 않는 - 타인의 일상 생활의 모습을 담은 영상의 동의 없는 단순한 배포행위 역시 형사처벌 대상에서 배제함이 타당할 것이다.

4. 피촬영자의 인격권 등을 중대하게 침해하는 영상물의 촬영·배포행위

공적 영역에서 촬영된 영상일지라도 그것이 불특정 다수인에게 널리 퍼지게 되면 피촬영자의 인격권 등에 중대한 침해가 야기될 수 있는 경우는 달리 볼 필요가 있다. 독일의 관련 입법과정에서 논의된 바와 같이 폭력사건이나 교통사고 등으로 심각한 부상을 입은 피해자의 사진이 인터넷에 널리 퍼지게 된다면 사후적으로 계속하여 피촬영자의 인격권에 대한 심각한 침해가 발생할 우려가 있으므로, 이와 같이 인격권을 중대하게 침해하는 영상의 촬영행위나 그러한 촬영의 결과물을 배포하는 행위에 대하여서는 엄중한 형법적 대응이 필요할 것이다.

관련하여, 사고, 범죄 등으로 사망한 자의 모습에 대한 촬영·유포행위를 형사처벌의 대상으로 할 것인지도 논의해 보아야 한다. 우리나라 형법은 사자에 대한 허위사실적시 명예훼손을 처벌하고 있으며, 헌법재판소나 대법원은 사망한 자 역시 인격적 가치의 중대한 왜곡으로 보호되어야 함을 선언한 바 있다.⁶⁸⁾ 이러한 형법의 실정법 규정이나 헌법재판소 내지 대법원의 판시에 비추어 본다면, 우리나라에서도 사자의 인격적 가치를 중대하게 침해하는 영상의 촬영·배포행위를 형사처벌할 필요가 있을 것이다.

67) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080

68) 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2007헌가23 전원재판부; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007도8564

5. 외부의 평이한 시선에 노출되어 있는 신체부위의 촬영·배포행위

이미 살펴본 바와 같이 공적 영역에서 이루어지는, 피촬영자의 인격권 등을 중대하게 침해하지 않는 일상적 생활모습의 촬영·배포행위를 형사처벌의 대상으로 하는 것은 적절하지 않다. 그런데 공적 영역에서 피촬영자가 본인의 자율적 결정에 따라 외부로 드러낸 생활모습을 촬영하는 행위를 피촬영자의 인격권 이외의 또 다른 기본권을 침해함을 근거로 범죄로 보아 형사처벌하는 것이 타당한가?

대법원은 공적 영역에서 레깅스를 입고 있는 모습을 촬영하는 행위를 카메라등이용촬영죄로 유죄판결함으로써 피촬영자가 의지적으로 드러낸 생활모습을 촬영하는 행위를 형사처벌하였다. 대법원은 그 근거로서 당해 형벌규정이 “인격체인 피해자의 성적 자유와 함부로 촬영당하지 아니할 자유를 보호하기 위한 것”이고 “이때 ‘성적 자유’는 소극적으로 자기 의사에 반하여 성적 대상화가 되지 않을 자유를 의미”한다고 판시하였다.⁶⁹⁾

일단 레깅스를 입고 있는 신체 부위가 “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체”에 해당함을 전제로 하고 본다면, 카메라등이용촬영죄가 개인에 대하여 소극적인 의미에서의 성적 자유를 보호해주기 위한 형벌규정에 해당하는 것은 맞지만, 그러한 사실로부터 곧 타인을 성적 대상화하여 영상으로 촬영하는 모든 행위가 형사처벌 되어야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니라는 점을 지적해야 할 것이다. 공적 영역에서 이루어지는 생활모습에 대한 영상물 촬영·배포행위를 형사처벌의 대상으로 하여야 하는가의 질문에 대하여서는 촬영행위가 피촬영자의 기본권을 제한하는가의 여부만을 검토하는 것으로는 답할 수 없다. 사회구성원이 공유하는 장소로서의 공적 영역의 특성에 비추어, 새로운 입법에 있어서는 물론 기존 형벌규정의 해석·적용에 있어서도 피촬영자의 기본권 보호와 공적 영역을 이용하는 다른 사회구성원의 정보의 자유, 알 권리 등의 보호 사이의 비교·형량이 필요한 것이다.

자기 의사에 반하여 자신의 신체가 타인에 의하여 성적 대상화가 되지 않을 자유와 같은 촬영행위를 형사처벌하는 결정적인 근거에 해당한다면, 타인이 자신을 성적 대상화하는 일체의 행위, 예를 들어 그러한 의도 하에 관찰하는 행위도 범죄행위로 규정함이 타당할 것이지만, 이러한 형벌권 형사가 허용될 수 할 수는 없음은 자명하다. 개인

69) 대법원 2020.12.24 선고 2019도16258 판결

의 성적 자유, 자기결정권의 행사로서 헌법적 보호대상이 될 수 있는 범위를 판단함에 있어서는 절대적 보호가 필요한 본질적 부분과 다른 기본권 보호의 필요성 사이에서의 이익형량이 필요한 부분을 구분하여야 한다. 자신을 공적 영역에 드러내기로 결정하고 이를 실행하였다면, 그러한 자기결정권 행사는 절대적으로 보호되어야 하는 영역을 벗어나는 행위에 해당하는 것으로 보아야 한다. 대법원의 판시는 피촬영자의 기본권 보호만을 고려하고 공적 영역을 이용하는 다른 사회구성원의 표현의 자유 보장의 측면을 고려하지 않은 문제점이 있다.

표현의 자유에 대한 절대적 보장을 강조하는 미국에서는 영상 촬영이나 배포행위를 국가가 규제하여서는 안된다는 주장이 제기된다. 인간은 일상생활을 하면서 끊임없이 타인에게 관한 정보를 습득하고 그것을 바탕으로 타인과의 관계를 재설정하는 과정을 거치게 된다. 외부로 알리고 싶지 않은 정보가 공개됨으로서 그러한 정보를 비밀로 함으로써 얻을 수 있는 정보주체의 이익이 침해되지만, 그와 동시에 다른 사회구성원은 대상자와의 관계를 재설정할 수 있는 정보를 얻게 된다. 즉 진실한 사실을 알게 됨으로써 사회 일반인이 얻는 이익과 비밀로 하고자 하는 정보가 공개됨으로서 대상자에게 발생하는 해악은 서로 상반되는 관계에 있다. 이와 같은 이익상반의 상황에서, 비밀유지를 통하여 얻을 수 있는 정보주체의 이익을 정부가 반드시 달성하여야 하는 필요불가결한 이익으로 보는 것은 적절하지 않으며, 오히려 표현의 자유를 절대적 기본권으로 보장한 수정헌법 제1조는 그러한 이익을 보호할 필요가 없음을 전제한 것이라고 보는 것이 타당하다는 주장이다.⁷⁰⁾

물론 우리나라 헌법은 표현의 자유가 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리 보장을 위하여 제한될 수 있음을 명시하고 있어서, 미국에서와 같이 표현의 자유에 대한 폭넓은 보장의 필요성이 영상물 촬영·배포행위를 일반적으로 허용하여야 한다는 주장의 논거로 제시될 수는 없다. 그러나 적어도 공적 영역에서 누구나 접근가능한 비밀로 분류할 수도 없는, 피촬영자가 자율적 판단에 따라 스스로 드러낸 일상적 생활모습을 기록하는 행위에 대하여서는 그러한 정보를 수집하는 자의 표현의 자유를 우선적으로 보호할 필요가 있을 것이다.

관련하여, 이미 살펴본 바와 같이 2004년 독일에서 제201a조를 신설하면서 공적 영

70) John A. Humbach, *op. cit.*, 227ff.

역에서 활동하는 자는 타인에 의하여 관찰되고 촬영하는 것을 감수하는 것으로 볼 수 있다고 설명하면서 공적 장소에서 타인의 일상적 생활모습을 촬영하는 행위를 범죄로 규정하지 아니한 것, 최근 독일에서 제184k조를 새로 제정하여 타인이 관찰할 수 없도록 가려진 성기 등을 동의 없이 촬영하는 행위를 형사처벌 하도록 규정하고 그 입법이유로서 그러한 부위를 외부로 드러내지 않고자 하는 피해자의 의사에 반하여 촬영이 이루어짐으로써 피해자의 인격권이나 성적 자기결정권이 침해된다고 보았다는 점, 공적 영역에서 일상적 관찰에 노출된 신체 부위에 대한 사진촬영에 대하여 이를 프라이버시 침해가 아니라고 보아 형사처벌의 대상으로 하지 않는 미국의 입법례 등을 참조할 필요가 있다.

6. 유아, 아동, 청소년의 나체 모습의 촬영

현행 청소년성보호법 제11조는 아동·청소년성착취물을 제작하는 등의 행위를 형사처벌 하고 있다. 그런데 법률의 정의에 의한다면 아동·청소년성착취물은 아동·청소년 등이 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 필름 등을 의미하여서, 예를 들어 아동·청소년이 나체로 등장하는 영상이라고 하여도 그것이 성적 행위를 내용으로 하는 것이 아니라면 이를 아동·청소년성착취물로 볼 수 없게 된다. 물론 이와 같은 사안에 대하여 성폭력처벌법의 카메라등이용촬영죄가 적용될 여지도 있으나, 예컨대 유아의 탈의모습을 촬영한다면 그러한 영상이 사회일반인의 성적 수치심이나 성적 욕망을 불러일으킨다고 볼 것인지에 대하여 논란이 발생할 수 있다. 아동·청소년에 대한 보호를 강조하는 국제적 추세에 비추어 볼 때, 우리나라에서도 유아, 아동, 청소년의 나체 모습의 촬영행위를 범죄로 규정할 필요가 있을 것이다.

IV. 결론

본문에서는 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 피촬영자의 인간의 존엄 및 인격권으로부터 도출되는 초상권 보호의 관점에서 이루어질 필요가 있다는 점, 현재의 형

벌규정만으로는 초상권 보호에 충분치 아니하여 관련 형벌규정을 보완할 필요가 있다는 점을 살펴보았다.

그런데 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응수단을 마련함에 있어서는 다른 개별적 인격권에 대한 형법적 보호와 균형을 유지할 필요가 있다는 점에도 유의할 필요가 있다. 명예권, 음성권, 초상권, 개인정보 자기결정권 등 개별적 인격권 보호를 위한 형벌규정은 그때그때 상황에 따라 서로 다른 맥락에서 입법화된 까닭에, 형법적 보호의 범위가 서로 전혀 다르게 설정되고 있기 때문이다. 예를 들어 명예권과 개인정보 자기결정권은 형법과 개인정보보호법에 의하여 매우 높은 수준의 형법적 보호가 이루어지고 있음에 반하여, 음성권은 통신비밀보호법에 의하여 통신의 비밀 내지 사생활의 비밀과 자유의 관점에서 부분적으로만 형법적 보호를 받고 있고, 초상권은 이 글에서 살핀 바와 같이 성적 맥락이 인정되는 때에만 형법적 보호가 이루어지고 있다. 명예권, 음성권, 초상권, 개인정보 자기결정권 등이 모두 개인의 인격적 가치를 실현하고 보호하기 위한 기본권이라는 데에 있어서 공통점을 갖고 있다면, 특별한 사유가 없는 한 유사한 수준의 형법적 보호가 이루어지도록 법률을 제정하거나 보완할 필요가 있을 것이다.

참고문헌

- 최호진, 정보통신망침해죄에서 정보통신망 개념과 실행의 착수, 형사법연구 제28권 제3호, 2016
- Alan Westin, *Privacy and Freedom*, Ig Publishing, 1967
- Bo Zhao, Legal Cases On Posthumous Reputation And Posthumous Privacy: History Censorship, Law, Politics And Culture, 42 *Syracuse J. Int'l. L. & Com.* 39 (2014)
- Charles Fried, *Privacy*, 77 *Yale L.J.* 475 (1968)
- Dreier/Schulze (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz: UrhG*, 6. Aufl. 2018
- James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty, 113 *Yale L.J.* 1151 (2004)
- Jeffrey T. Marvin, Without A Bright-Line On The Green Line: How Commonwealth V. Robertson Failed To Criminalize Upskirt Photography, 50 *New Eng. L. Rev.* 119 (2015)
- Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz: GG*, 7. Auflage, 2018
- Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Auflage, 2017
- Roni Rosenberg et. al., Reconceptualizing Revenge Porn, 63 *Ariz. L. Rev.* 199 (2021)
- Samantha Barbas, Saving Privacy From History, 61 *DePaul L. Rev.* 973 (2012)
- Samuel D. Warren et al., The Right To Privacy, 4 *Harv. L. REV.* 193 (1890)
- Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: StGB*, 30. Auflage 2019
- Stephen A. Siegel, The Origin of the Compelling State. Interest Test and Strict Scrutiny, 48 *Am. J. Legal Hist.* 355 (2006)
- Victoria Schwartz, Overcoming the Public-Private Divide in Privacy Law, 67 *Hastings L.J.* 143 (2015)

Criminal issues related to the non-consensual production and distribution of photos and videos - a comparative study

Kim, Ho-Ki*

The proliferation of electronic devices with camera are causing new versions of concerns about privacy. Even in the moment where the expectation and the right to privacy should be guaranteed, our indoor lives are being recorded and streamed by Internet-enabled IP cameras. Photographs from death scenes or crime scenes, which could lead the victim or his family to suffer serious emotional harm and infringe the deceased's or the injured's right to reputation, are posted online and publicly available for viewing. Some refers to these issues in the context of human dignity. They argue that, just as the right to the free unfolding of personality is central to the concept of human dignity, the individual's sovereignty over his personal information should be respected, irrespective of whether a reasonable expectation of privacy could be established. Others resolve these legal issues by deploying a liberty-based principle of privacy. They argue that only those who unreasonably compromise the privacy of an individual can be held liable for that intrusion. In our constitution Scheme, human dignity is framed in an absolute manner and the violation of human dignity is rejected under any circumstances, but our constitution does not afford unparalleled protection to the right to informational self-determination. Also, we need to find a way to balance between the right to informational self-determination and other constitutional rights as well as values. First of all, we need to amend the criminal code to criminalize the production or distribution of intimate videos or images of someone without their consent. The recording and distributing video images that depict the deceased or the injured in

* Professor, Law School, University of Seoul

a grotesque condition should be also criminally sanctioned. It is urgently needed to create a criminal offense of taking photographs or videos of nude images of a child.

- ❖ Key words: Privacy, the Right to informational self determination, voyeurism, upskirting, the right of publicity, revenge porn