

기록물 온라인 서비스를 위한  
초상권 문제에 관한 연구\*

A Study on Portrait Rights in Online Provision of Archival Records

이호신(Lee, Hosin)\*\*

|                                 |
|---------------------------------|
| 1. 여는 말                         |
| 2. 초상권의 개념과 법률적 보호              |
| 1) 초상권의 개념과 특징                  |
| 2) 초상권의 제한과 면책                  |
| 3) 해외 사례: 미국과 독일의 초상권 보호        |
| 3. 기록물관리기관에서의 초상권 문제의 특수성과 대응과제 |
| 1) 초상권 문제의 특수성과 어려움             |
| 2) 기록물관리기관의 고유한 위상과 특징          |
| 3) 기록물의 수집과 제작                  |
| 4) 기록물의 기술과 정리                  |
| 5) 기록물의 열람과 서비스 제공              |
| 4. 기록물관리기관의 대응전략과 가이드라인         |
| 1) 대응전략                         |
| 2) 가이드라인과 체크리스트                 |
| 5. 닫는 말                         |

\* 이 연구는 한성대학교 교내 학술연구비 지원과제임.  
\*\* 한성대학교 디지털인문정보학 트랙 교수(lee@hansung.ac.kr).  
■ 투고일: 2025년 07월 04일 ■ 최초심사일: 2025년 07월 04일 ■ 게재확정일: 2025년 07월 22일.  
■ 기록학연구 85, 171-207, 2025, <https://doi.org/10.20923/kjas.2025.85.171>



## 〈초록〉

이 연구는 디지털 환경에서 기록물관리기관의 주요 서비스로 자리매김한 온라인 서비스 과정에서 발생하는 초상권 문제의 특수성을 분석하고, 기록물의 공공 접근성과 개인의 인격권 보호 간의 균형을 위한 초상권 가이드라인을 마련하기 위한 것이다. 국내 초상권의 상세한 규율 내용을 분석하고, 미국 및 독일의 관련 법제를 간략하게 소개하였다. 아울러 기록물관리기관에서의 특수성을 밝히고, 기록물 수집부터 온라인 서비스 제공 전반에 걸쳐 적용 가능한 초상권 점검 가이드라인을 제시하였다. 기록물 온라인 서비스 환경에서의 초상권 문제에 대한 학문적 논의를 심화하고, 실무 적용 가능한 지침을 제공함으로써 기록물 관리 및 서비스의 질적 향상에 기여할 것으로 기대한다.

주제어: 초상권, 기록물관리기관, 온라인 서비스, 인격권, 공공 접근, 가이드라인

## 〈Abstract〉

This study aims to analyze the unique challenges posed by portrait rights issues in the online services of archival institutions within the digital environment and to propose guidelines for balancing public access to records with the protection of individual personality rights. It compares and analyzes the legal basis of portrait rights in Korea with relevant laws and cases in the United States and Germany. The findings indicate that while the expansion of online services enhances record accessibility, it also increases the potential risk of infringing on portrait rights. Accordingly, this study provides practical guidelines applicable throughout the entire process from record collection to online service provision, aiming to support archival institutions in delivering responsible online services. It is expected that this research will contribute to deepening the academic discussion on portrait rights issues in the context of online archival services and improving the quality of

record management and services by offering implementable guidelines.

Keywords: Portrait Rights, Archives, Online Services, Personality Rights, Public Access, Guidelines

## 1. 여는 말

디지털 기술의 비약적인 발전으로 기록물의 온라인 서비스는 이제 일상 이 되었다. 특히 민간 영역에서의 기록물 온라인 서비스는 단순한 정보검색 과 제공의 차원을 뛰어넘어 일종의 커뮤니티와 문화 공간으로 진화하고 있 다. 기록은 과거 사건에 대한 증거와 정보이면서, 동시에 소통을 위한 매개 고리로 그 역할을 거듭 확장하고 있다. 여기에서 기록은 다양한 이야기를 품고 공동체에 다가서는 하나의 콘텐츠가 된다. 특히 사진과 영상은 과거의 사건 속에 담긴 역사적 경험과 문화적 맥락을 생동감 있게 전달하는 수단으 로 각광을 받고 있다.

그런데 사진과 영상과 같은 시청각기록물을 온라인 공간에서 서비스하 고 활용하기 위해서는 몇 가지 법률적인 검토가 필요하다. 저작물의 창작자 에게 부여하는 권리인 저작권은 기록물을 디지털화하고 온라인 서비스하기 에 앞서 우선 점검해야 하는 법률 과제이다. 기록물관리기관이 저작권자의 허락 없이 기록물을 활용할 수 있는 범위는 어디까지이고, 저작권자의 허락 이 필요한 부분은 어떤 것인지를 소상하게 파악할 필요가 있다. 그런 만큼 기록물을 온라인 서비스하는 과정에서 발생하는 저작권 문제에 대해서는 그동안 적지 않은 연구들(이순자, 1996; 정경희, 2007; 시귀선, 2009; 이 호신, 2013a; 이호신, 정경희, 2020; 서형덕, 정경희, 2022)이 이루어졌다.

저작권뿐만 아니라 초상권에 대한 검토도 함께 필요하다. 초상권은 사진

이나 영상에 등장하는 인물의 얼굴이나 신체적 특징을 보호하기 위한 것으로, 헌법상 보장된 인격권의 일종이다. 개인의 존엄과 가치 그리고 자기결정권을 핵심적인 보호 법익으로 한다. 기록물관리기관은 개인의 초상권 보호라는 헌법적 가치를 존중하면서 동시에 역사적 기록의 보존과 활용이라는 공익적인 목표를 수행해야 하는 처지에 놓여 있다. 그런데 저작권 문제와는 사뭇 달리 그동안 기록학 영역에서는 초상권에 대해서는 적극적인 검토와 연구가 거의 이루어지지 않았다. 선행 연구는 공연예술기록에 초점을 맞추어서 초상권을 다룬 연구(이호신, 2013b)가 유일하다. 이렇게 연구의 선례는 거의 찾아볼 수 없지만, 사진과 영상을 온라인 서비스하는 과정에서 발생하는 초상권 문제는 쉽사리 해결하기 어려운 현상의 과제로 고스란히 남아 있었다.

이 연구는 기록물관리기관의 기록물 수집과 온라인 서비스 과정에서 발생하는 초상권 문제를 이해하고, 기록물관리기관의 적절한 대응 전략을 마련하기 위한 것이다. 이를 위해 초상권의 개념과 법률적 근거를 국내 법제를 중심으로 상세히 분석하고, 미국의 프라이버시 중심 접근과 독일의 인격권 중심 접근 방식을 비교하여 고찰한다. 이어서 기록물관리기관의 온라인 서비스에 초상권이 미치는 영향과 대응 과제를 세밀하게 분석한다. 기록물관리기관이 갖는 고유한 어려움을 파악하고, 업무 프로세스별로 대응 과제를 정리한다. 아울러 이를 바탕으로 기록물 수집 단계부터 온라인 서비스 제공에 이르기까지, 기록물관리기관이 초상권을 효과적으로 보호하면서 동시에 기록물의 공공 접근성을 확보하는 데에 필요한 실무적인 가이드라인을 제안하고자 한다. 이 연구가 기록물관리기관이 온라인 서비스를 확대하고 질적 수준을 향상하는 데 기여하고, 동시에 개인의 초상권을 존중하는 책임 있는 기록 관리 문화를 조성하는 데 일조할 수 있기를 기대한다.

## 2. 초상권의 개념과 법률적 보호

### 1) 초상권의 개념과 특징

초상(肖像, Portrait)이란 사진이나 그림 따위에 나타난 사람의 얼굴이나 모습을 뜻한다. 초상권은 이런 개인의 초상을 작성하거나 공표하는 것을 통제할 수 있는 권리를 일컫는다. 사진이나 그림과 같이 특정인임을 연상하고 식별할 수 있는 가시적인 이미지와 관련된 권리로 파악할 수 있다. 비단 초상뿐만 아니라 성명, 음성, 성격, 말투 등 특정인을 연상시키고, 식별할 수 있는 모든 유형 및 무형의 요소에 대한 권리로 확장해서 이해하기도 한다. 초상권은 본인의 모습을 표현한 그림이나 사진에 대하여 바로 그 사람이 갖는 권리로, 용모나 자태가 본인의 의사와 다르게 함부로 촬영, 제작, 이용, 공표되지 않을 인격적인 이익과 여기에서 파생되는 재산적인 이익을 함께 의미한다. 그렇지만 초상권이 용모와 얼굴과 관련된 이미지를 보호하기 위한 권리만을 의미하는 것은 아니다. 모든 사람은 타인들과의 관계 속에서 자신 본인으로 인식되는 외관적 특성을 갖게 마련이고 그러한 특성이 바로 본인 그 자체이다. 따라서 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 해당하는 것들은 모두 초상권의 대상이 된다(조소영, 2018, 101). 초상권 보호에서의 핵심은 초상을 통해서 특정인임을 식별할 수 있는가이다. 특정인과 관련된 이미지를 사용했다라도, 주변 인물들이 그를 식별할 수 없다면 초상권 적용의 범위에 포함되지 않는다. 반면에 아주 작은 신체적인 특징만을 사용했어도, 주변인들이 해당 인물을 식별할 수 있다면 초상권 보호의 대상이 된다.

오늘날 초상권은 우리에게 그리 낯설지 않은 개념이다. 언론 보도나 출판 과정에서 개인의 초상을 사용하는 것과 관련하여 자주 다루어지는 주제이다. 그런데 인터넷을 통한 정보의 공유와 유통이 일상화되면서 이전에 비해서 훨씬 더 많은 주목을 받고 있다. 인물이 포함된 사진이나 영상의

촬영과 이용을 위해서 필수적으로 처리해야 하는 권리 가운데 하나로 인식되고 있다.

그렇지만 우리나라에서 초상권은 그 내용과 행사 방법이 법률로 상세하게 규정된 권리는 아니다. 저작권, 개인정보의 보호, 언론 보도에 대한 인격권 등의 측면과 연결되어서 권리 보장이 이루어지고 있을 뿐이다. 초상권에 관한 상세한 규율을 담은 실정법은 따로 존재하지 않는다. 그 구체적인 내용과 권리의 보장은 학설과 판례에 바탕을 두고 이루어지고 있다. 초상권의 보호는 「헌법」 제10조(인간의 존엄성과 기본인격보장)와 제17조(사생활의 비밀과 자유)에 바탕을 두고 있다. 초기에는 주로 사생활의 비밀과 자유(「헌법」 제17조)의 보호 측면으로 인식하는 경향이 강했지만, 점차 인격적 표상에 대한 인격 주체의 권리(「헌법」 제10조)로 그 해석의 초점이 변화하였다. 헌법재판소는 초상권을 “자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리”로 정의하면서 「헌법」 제10조에서 도출되는 일반적 인격권에 초상이 포함되어 보장된다고 판시한 바 있다(헌법재판소 2018.8.30. 선고 2014헌마843 전원재판부).

2005년에 제정된 「언론중재 및 피해 구제 등에 관한 법률」(이하 ‘언론중재법’이라 한다) 제5조에서는 초상권이 법적으로 보호받는 권리임을 명문화하고 있다. 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상, 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리를 인격권으로 규정하면서, 언론 등이 타인의 인격권을 침해한 경우에 피해를 구제할 수 있음을 규정하고 있다. 아울러 피해자의 동의를 받은 경우와 언론 등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서, 정당한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우에는 인격권 침해에 대한 언론 기관의 책임이 면제된다는 점을 함께 밝히고 있다.

초상권은 사람의 생명, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유 등과 같은 인격권의 일부로 이해할 수 있다. 인격권으로서의 초상권은 다음과 같은

몇 가지 특징을 지닌다. 첫째, 독점적이고 배타적인 권리이다. 초상의 촬영이나 공표를 승낙하거나 거절할 수 있는 권한은 오로지 권리자 자신에게만 주어진다. 둘째, 권리자 일신에게 전속하는 권리이다. 따라서 초상권은 거래의 대상으로 타인에게 제공하거나 양도할 수 없다. 권리자가 사망하면 그 권리는 소멸이 되는 것이 원칙이다. 그렇지만 「언론중재법」 제5조의2의 규정에 따라 사망한 자의 인격권에 대해서도 보호가 이루어지며, 사망 후 30년이 경과하기 이전까지는 유족이 침해에 대한 구제 절차를 수행할 수 있다. 셋째, 초상권은 모든 사람에게 동일하게 적용되는 보편적인 권리이다. 성별이나 나이, 국적, 사회적 지위와 관계없이 누구나 초상권의 주체가 될 수 있다는 점에서 유명 스포츠 스타나 연예인 등 유명 인사에게만 적용되는 퍼블리시티권과는 구별된다. 넷째, 초상권은 초상의 촬영이나 공표, 영리적인 이용의 동의 또는 거절을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권으로서의 특징을 지닌다(동세호, 2016, 15-16).

초상권 침해가 인정되기 위해서는 당사자의 정신적 고통이 뒤따라야만 한다는 견해도 있다. 그렇지만 여기에서의 정신적 고통은 동의 없는 무단 촬영이나 공표로 인한 것이지 해당 보도가 반드시 부정적인 내용일 필요는 없는 것으로 보는 견해가 우세하다. 즉 보도 내용이 당사자의 수치심이나 당혹감을 불러일으키는 부정적인 것이거나 사회적 평가를 저하시키는 것이 아니어도 초상권 침해는 일어날 수 있다고 바라보는 것이다(양재규, 2014). 초상권의 핵심은 초상권자가 자신을 외부로 드러낼 것인지 혹은 어느 범위까지 드러낼 것인지를 스스로 결정할 수 있는 자기결정권이다.

권리자의 동의 없이 이루어진 초상의 촬영과 공표 행위는 초상권 침해에 해당하는 것으로, 초상권은 민법상의 불법행위에 관한 규정을 통해 보호가 이루어진다. 초상권 침해가 발생하면, 권리자는 「민법」 제750조와 제751조에 따라 가해자에게 재산상 그리고 정신적인 손해에 대한 배상을 요청할 수 있다.

대법원의 판례는 “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념 상 특정한

임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림 묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 「헌법」 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로 보장되고 있는 권리이다.”(대법원 2006.10.13. 선고 2004다16280판결)라고 초상권을 정의하고 있다. 이러한 정의에 따라, 초상권의 구체적인 내용을 크게 촬영·작성 거절권, 공표 거절권, 초상영리권 이렇게 세 가지로 구분해서 설명할 수 있다.

먼저 촬영·작성 거절권은 자신의 용모가 담긴 사진의 촬영을 허락하거나 거부할 수 있는 권리를 뜻한다. 무단의 초상 작성(촬영) 행위 자체로부터 초상 본인을 보호하고자 하는 것이다. 초상의 작성이나 촬영 그 자체를 모두 권리 보호의 대상으로 인정할 것인지에 대해서는 대립되는 의견이 존재한다. 그렇지만 인격권으로서 초상 본인의 자기결정권과 초상 공표의 위험성을 근거로 권리를 인정하려는 경향이 강하다. 즉, 본인의 동의를 얻지 않은 임의의 초상 작성은 작성자가 초상 본인의 형상을 처분 가능한 것으로 만들고 언제든지 공개함으로써 초상 본인의 개인적인 영역에 대한 자유로운 자기결정을 위협할 가능성을 만들어낸다는 점에서 인격권에 대한 침해를 구성할 수 있다는 주장이다(엄동섭, 2006, 185). 하지만 사생활과 명예의 보호를 제외하면 이러한 권리를 독자적으로 인정할 필요성이 그리 크지 않고, 사회생활에 참여하는 그 누구도 자신의 초상에 대한 절대적인 지배권을 가지는 것으로 보기는 어렵다(엄동섭, 2006, 187)는 반론도 존재한다.

초상의 작성거절권을 인정할 수 있는 범위를 확인하기 위해서 독일에서는 이른바 영역설(Sphärentheorie)을 적용하기도 한다. 영역설은 인간의 생활영역을 내밀 영역, 사적 영역, 공개 영역이라는 세 가지 영역으로 나누고, 각각의 영역에 대해서 인격권을 달리 적용할 수 있다는 주장이다. 내밀 영역은 당사자의 의사에 따라 때 제3자가 알기를 원하지 않거나 믿고 알린 사람들에게만 알려지기를 원하는 사실과 행동을 의미한다. 사적 영역은 개

인이 자신과 밀접한 관계에 있는 한정된 범위의 사람들만이 알기를 원하는 모든 생활 형상을 뜻한다. 공개 영역은 공개된 장소에서 일어난 모든 생활상의 일들을 뜻한다. 내밀 영역은 어떤 경우에도 타인의 무단 촬영이 허용되지 않는 절대 불가침의 영역이다. 사적 영역에 대한 무단 촬영 역시 인격권 침해로 구성하지만, 이 경우 공익적인 취지나 목적을 지닌 경우라면 위법성 조각 사유에 해당이 될 수 있다. 이와는 달리 공개 영역에서의 촬영은 이미 공개된 사항들을 기록하는 것이고, 누구나 자유롭게 보고 활동할 수 있는 공간에서 일어난 일을 묘사하거나 기록하는 것(함석천, 2006, 203)이기 때문에 인격권 침해가 성립하지 않는 것으로 본다. 다시 말해서 내밀 영역과 사적 영역에서의 행위에 대한 무단 촬영은 초상권 침해를 구성하지만, 공개 영역에서의 허락받지 않은 촬영 행위는 초상권 침해에 해당하지 않는다는 주장이다. 그러나 공개적인 장소에서도 사적인 행동이 이루어질 수 있다는 점에서 사적 영역과 공개 영역을 명확하게 구분할 수 있는 객관적인 기준이 존재하지 않는다고 이러한 견해를 비판하기도 한다. 따라서 초상의 작성이 어떤 영역(또는 공간)에서 이루어졌는가가 초상권 침해를 판단하는 절대적인 기준이 되기는 어렵다. 다만 위법성을 판단하는 중요한 요소 가운데 하나가 될 수 있을 뿐이다.

둘째, 공표거절권은 촬영이나 작성된 사진과 그림의 공표를 허락하거나 거부할 수 있는 권리이다. 공표거절권은 초상권의 핵심에 해당하는 권리이다. 초상권 침해 여부는 초상이 공표된 이후에 문제가 되는 경우가 대부분이기 때문이다. 동의하에 작성된 초상이라도 그 공표에 관해서는 당사자의 동의가 별도로 필요하다. 초상 사진 작성을 허락한 것이 곧바로 공표에 대한 동의를 의미하는 것은 아니다. 다만, 초상 사진 작성에 대한 반대급부를 지급한 경우에는 초상 자체의 공표에 동의한 것으로 추정할 수 있다(이호신, 2013, 5). 공표거절권이 특히 문제가 되는 경우는 부정적인 내용과 결부해서 초상을 사용하거나 합리적인 연관성 없이 타인의 초상을 사용한 경우이다. 동의를 받아 촬영한 사진이라도 본래 동의한 내용과 다른 목적으로

사용한다면 공표거절권을 침해하는 것이다. 이미 공표된 적이 있는 초상을 명백하게 공표 목적과 어긋나게 사용한 경우 역시 마찬가지이다. 동의 없이 초상에 변형을 가하거나 동의 후 지나치게 오랜 시간이 지난 후에 초상을 공표하는 것 역시 공표거절권의 침해에 해당한다(함석천, 2006, 206). 그렇지만 공공장소에서 통상적으로 사용할 수 있는 방법으로 촬영한 초상 사진을 시사 보도 등에 활용하는 경우까지 그 권리가 미치는 것으로 보기는 어렵다. 예컨대 공원을 산책하는 시민의 모습을 뉴스 화면에 사용하는 경우와 같이 공공장소에서 통상 예상 가능한 방법으로 얻은 타인의 초상을 공표하는 행위에까지는 권리가 미치지 않는 것으로 본다(함석천, 2006, 208-209). 이러한 행위는 누구나 자유롭게 접근할 수 있는 공적인 기록이나 이미 공개된 자료를 공표하는 것과 다를 바 없기 때문이다(심석태, 2014, 262).

셋째, 초상영리권은 자신의 초상이 동의 없이 영리적으로 이용되지 아니하고, 영리적으로 사용된 경우 그 대가를 구할 수 있는 권리이다(함석천, 2006, 209). 초상영리권은 사용에 대한 반대급부를 청구할 수 있는 근거가 된다는 점에서 공표거절권과는 구별이 된다. 초상을 영리적으로 사용하는 경우 계약 등으로 사용 관계와 대가가 명백히 정해지지만, 이러한 정함이 없이 초상을 영리적으로 사용한 경우 초상권 침해로 보아 민법상 불법행위 손해배상청구나 부당이득반환청구권이 발생하는 기초가 된다(함석천, 2006, 210).

## 2) 초상권의 제한과 면책

초상권은 인격권의 측면에서 보호되지만, 신성불가침의 권리에 해당하지는 않는다. 따라서 초상 보호에 앞서서는 더 큰 사회적 이익이나 공익적인 가치가 있는 경우에는 그 권리가 불가피하게 제한될 수 있다. 이 문제는 특히 언론의 보도나 예술 표현의 과정에서 무척 예민하게 다뤄진다. 초상권

의 보장이 언론 또는 표현의 자유와 충돌하면서 빚어지는 갈등을 어떻게 해결할 것인가는 언론 영역에서의 오랜 관심 사항 가운데 하나였다. 초상권이 공공의 알 권리나 표현의 자유와 충돌할 때, 그 보호의 범위를 어떻게 설정할 것인가에 대해서는 논란이 적지 않다. 사회적인 이익과 개인의 인격 보호라는 상반되는 가치가 충돌하면서 그 보호의 범위를 어떻게 설정할 것인가를 고심할 수밖에 없는 것이다. 법원은 이렇게 상반되는 권리가 충돌하는 문제에 대해서 어떤 권리를 우선 적용하는 것이 타당한가를 이익형량의 과정을 통해서 조정해 왔다. 초상권의 보호범위는 충돌하는 권리와 이익형량을 통해서 조정 또는 제한된다. 공공을 위한 정보로서의 가치가 매우 높은 경우에는 개인적인 보호이익에 대한 침해가 불가피하다는 점을 인정하는 것이다.

「언론중재법」 제5조 제2항은 “인격권 침해가 사회상규(社會常規)에 반하지 아니하는 한도에서 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없으면 언론 등은 그 보도 내용과 관련하여 책임지지 않는다.”라고 인격권 침해에 대한 언론의 면책 요건을 규정하고 있다. 같은 조 제1항에서 초상의 보호가 인격권의 범위에 포함된다는 점을 적시하고 있다는 점과 연결해서 생각하면, 이 조항은 초상권에 대한 법률적 면책의 요건을 구체적으로 제시하는 것으로 볼 수 있다. 법률이 제시하는 면책의 요건은 크게 세 가지이다.

먼저 그 기본 전제는 초상의 이용이 사회상규에 반하지 않아야 한다는 점이다. 초상권에 대한 면책의 범위를 이해하기 위해서는 그 전제 조건에 해당하는 사회상규의 의미를 분명하게 파악할 필요가 있다. 그러나 사회상규의 내용이 무엇인가를 명확하게 정리한 법 규정을 발견하기는 어렵다. 그 구체적인 의미는 해석의 영역에 맡겨져 있을 뿐이다. 사전적으로 사회상규란 “국가 질서의 존엄성을 기초로 한 국민 일반의 건전한 도의감이나, 공정하게 사유하는 일반인의 건전한 윤리 감정”을 뜻한다. 법원의 판례에 따르면, “지극히 정상적인 생활 형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질

서의 범위 안에 있는 것으로 볼 수 있는가”(대법원 2005.8.19. 선고 2005도2245판결)로 사회상규 여부를 판단할 수 있다. 하지만 그 외연과 내포를 명확하게 정의하기는 쉽지 않다. 특히 그 범위는 동시대 일반인의 인식을 기준으로 하는 것이기 때문에 무엇이 사회상규에 해당하는가는 법원의 판단에 따라 사후적으로 해명될 수밖에 없다(조소영, 2018, 110).

둘째, 당사자의 동의 유무이다. 「언론중재법」 제5조 제2항 제1호는 “피해자의 동의가 이루어진 경우”라고 인격권에 대한 면책의 기준을 제시하고 있다. 법률적으로 유의미한 ‘동의’는 적절한 권능을 갖춘 사람이 착오나 사기 또는 강박에 의하지 않고 다른 사람의 행위를 승인하거나 시인하는 사전적인 의사표시라고 정의할 수 있다. 따라서 면책의 요건을 인정받기 위해서는 동의 능력을 지닌 권리자에 의해서 동의가 이루어질 것이 요구된다. 인격권은 일신에게 전속하는 권리로 타인에게 거래나 양도의 대상이 되지 않기 때문에, 초상권에 대한 적절한 동의 능력을 지닌 권리자는 본인뿐이다. 초상권은 그 주체에 의해서만 동의가 이루어질 수 있으며, 제3자에 의한 대리 동의 등은 적절한 동의로 인정될 수 없다. 동의의 효력을 따지는 과정에서는 촬영에 동의하게 된 동기와 경위, 사진의 공표를 통해 달성하려는 목적, 거래의 관행, 당사자의 지식, 경험과 경제적 지위, 수수된 급부의 균형 여부, 촬영 당시 공표의 방법을 예상할 수 있었는지를 종합적으로 검토하게 된다(조소영, 2018). 따라서 동의의 내용과 범위, 조건에 대한 일반적인 예상 범주를 벗어난 초상권의 이용은 그 효력을 인정하기 어렵다. 예컨대 당사자의 가치나 명예를 저하하거나 당사자에게 불리한 내용을 공표하는 경우 또는 화면 처리나 음성변조가 미흡해서 당사자를 쉽게 알아볼 수 있는 경우가 여기에 해당한다. 한편, 법률적으로 유효한 것이 되기 위해서는 촬영이나 공표가 이루어지기 이전에 명시적으로 동의가 이루어져야 한다. 초상권의 주체에게 촬영의 목적, 이용 방법, 이용 기간 등에 대해서 명확하게 알린 상태에서 동의가 이루어져야 한다. 권리 주체에게 해당 사실을 고지했는가의 여부보다는 관련 사실을 숙지할 수 있도록 충분한 설명이 이루어졌

느냐가 중요하다. 면책을 인정받기 위해서는 이렇게 초상권자의 사전적이고, 명시적인 동의가 필요하다. 그렇지만 형편상 명시적인 동의를 확보하기가 여의치 않은 사정이 인정되면 예외적으로 묵시적인 동의만으로도 적법한 효력을 주장할 수 있다.

마지막 요건은 그 공공성과 진실성이다. 「언론중재법」 제5조 제2항 제2호는 “언론 등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서, 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우”라고 면책의 또 다른 요건을 제시하고 있다. 적법한 동의를 확보하지 못한 경우라도, 공익성을 갖추고 있고, 진실이거나 또는 진실이라고 믿을만한 충분한 사정이 존재하는 경우라면 면책이 인정된다. 개인의 인격권 보호라는 사익보다는 국민의 알 권리를 보장할 필요가 더욱 크다는 것을 법률로써 인정하는 것이다. 여기에서 공공의 이익이라 함은 국가, 사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 사항을 포함하는 것으로 보아야 한다. 다만 해당 초상 보도로 인한 피해자가 공인인지, 그 보도가 공공성, 사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론 형성 내지는 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지의 여부, 초상권자가 초상의 공개를 자초한 것인지의 여부, 초상권이 침해되는 정도, 침해의 정도와 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 침해 여부에 대한 판단이 이루어져야 한다(대법원, 2009. 2.12 선고 2008도8310 판결). 그렇지만 이 경우에도 해당 사실이 진실인가를 판명하는 것은 보도를 진행하는 언론사의 책임이다.

이러한 요건들은 틀림없이 초상권 침해 여부를 가늠하는 뚜렷한 기준이 될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 요건들만으로 현실에서 발생하는 다양한 상황을 망라하기에는 여전히 어려움이 있다. 초상권 문제의 어려움은 위법성 판단을 위한 이익형량에 어떤 요소들이 어느 정도의 중요성으로 평가될지를 명확하게 판단할 수 없다는 점에서 비롯된다.

아무튼 초상권 침해 여부의 판단은 초상 사용으로 발생하는 이익과 그로

말미암아 발생하는 피해를 개별적으로 비교하는 이익형량의 구체적인 작업을 거쳐서 사후적으로 이루어질 수밖에 없다. 특정한 사안이 초상권 침해에 해당하는가를 판단하기 위해서는 침해이익과 피해이익을 각각 구분해서 그 세부적인 내용을 세심하게 살펴보아야 한다. 먼저 침해행위의 영역에서는 침해행위를 통해서 달성하고자 하는 이익의 내용과 그 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해행위의 보충성과 시급성, 침해 방법의 상당성을 점검해야 한다. 반대로 피해이익의 영역에서는 그 내용과 중대성, 침해행위로 인해서 피해자가 입는 피해의 정도 그리고 보호 가치를 두루 살펴야 한다.

대법원(대법원 2006.10.13. 선고 2004다16280 판결)은 초상권과 관련된 이익형량을 할 때 고려해야 할 요소로 여섯 가지를 제시하고 있다. 첫째, 가해자와 피해자의 상충되는 이익의 내용을 비교해 누구의 이익이 더 우월하게 보호를 받아야 하는지를 판단한다. 공중의 정당한 관심이 되는 경우라면 개인의 초상 보호보다 공중의 관심이 우선하는 것으로 본다. ‘공중의 정당한 관심사’인지를 결정할 때에는 피해자가 공인인지 여부 구분 없이 관련 활동이 공중의 정당한 관심사의 범위 내의 것인지를 고려한다. 둘째, 피해 법익의 중대성을 고려해 침해가 발생한 장소에서 피해자의 법익이 어느 정도 손상되었는지를 판단한다. 셋째, 피해의 정도를 고려해 피해자가 공개하고 싶지 않은 사진 또는 영상으로 인한 피해 정도를 고려해야 한다. 넷째, 침해행위가 필요했는지, 침해행위를 통해 얻을 수 있는 효과가 무엇인지, 피해 이익을 보호해야 할 가치가 있는 것인지를 검토해야 한다. 다섯째, 가해자가 그 밖의 다른 방법으로 자신의 이익을 추구할 수 있는지, 침해행위를 해야 할 긴급성이 있었는지를 살펴야 한다. 여섯째, 가해자가 행한 초상권 침해의 방법이 합리적이고 적절했는지를 고려해야 한다.

한편, 대법원의 판례(대법원 2023.4.13. 선고 2020다253423 판결)는 이름과 얼굴이 알려진 공적 인물에 관해서 초상권 침해를 판단하는 기준을 별도로 제시하고 있다. 첫째, 피해자가 공적인 인물인지 일반 사인인지, 둘

째 공적 인물 중에서도 공직자나 정치인 등과 같이 광범위하게 국민의 관심과 감시의 대상이 되는 인물인지, 단지 특정 시기에 한정된 범위에서 관심을 끌게 된 데 지나지 않는 인물인지, 셋째, 보도된 내용이 피해자의 공적 활동 분야와 관련된 것이거나 공공성, 사회성이 있어 공적 관심사에 해당하고 공론의 필요성이 있는지, 넷째, 공적 관심을 불러일으키는 데에 피해자 스스로 관여한 바가 있는지를 종합적으로 살펴서 결정해야 한다고 판시하고 있다. 판결은 이름과 얼굴이 널리 알려진 공적 인물에 대해서는 일반인에 비해서 초상권의 적용이 다소 느슨하며, 특히 공적인 관심사와 공론의 필요성에 따라 초상권 자체가 제한될 수 있음을 보여준다.

### 3) 해외 사례: 미국과 독일의 초상권 보호

미국에서 개인의 초상에 대한 법적 보호는 퍼블리시티권(Right of Publicity)과 프라이버시권(Right to Privacy)이라는 두 가지 독립적이면서도 상호 보완적인 법적 개념을 통해 이루어진다.

프라이버시권은 개인의 사적인 영역과 정보가 부당하게 침해받지 않을 권리를 포괄하는 광범위한 개념이다. 프라이버시는 외부의 간섭으로부터 사적 영역을 보호하는 데 초점을 맞춘 것으로, 초상권 침해의 문제 역시 사적 영역에 대한 부당한 간섭이나 침해가 이루어졌는가를 중심에 놓고 판단이 이루어진다. 미국 연방대법원이 정립한 ‘합리적 기대의 원칙(Reasonable Expectation Doctrine)’은 초상권 침해를 판단하는 기준으로 결정적인 역할을 담당한다. 이 원칙에 의하면 주관적으로 프라이버시가 보호될 것을 기대하였고, 그러한 기대가 객관적이고 사회적인 관점에서 판단할 때 합리적이라고 인정되는 때에만 프라이버시에 대한 헌법적 보호가 이루어질 수 있다. 윌리엄 프로써(William Prosser)의 분류에 따르면, 프라이버시는 불법적인 침입(Intrusion upon Seclusion), 사생활 사실의 공적 공개(Public Disclosure of Private Facts), 거짓의 공표(False Light), 그리고 영리 목

적의 초상 이용(Appropriation)의 네 가지로 구분할 수 있다(Prosser, 1960). 이 가운데 ‘영리 목적의 초상 이용’은 개인의 이름, 초상, 목소리 등을 영리적인 목적으로 동의 없이 사용하는 행위를 금지하는 것이다. 비록 프라이버시 보호에 초점을 맞춘 것이지만 초상권 보호에서도 중요한 한 축을 담당한다. 프라이버시권 침해는 개인의 정신적 고통을 야기하는 행위에 대한 구제를 목적으로 하며, 손해배상 및 침해 금지 명령 등의 법적 수단을 통해 보호된다.

한편, 퍼블리시티권은 개인의 이름, 초상, 목소리 등 상업적 가치를 지닌 속성을 타인이 영리적으로 사용하는 것을 통제할 수 있는 권리이다. 특히 유명인이나 공인의 경제적 이익 보호에 초점을 맞춘다(McCarthy, 2023). 이는 프라이버시권의 ‘영리 목적의 초상 이용’에서 비롯되었으나, 그 법적 성격과 보호 대상에서 뚜렷한 차이를 보인다. 퍼블리시티권은 개인의 상업적 잠재력이라는 재산권적 성격을 강조하며, 무단 사용으로 인한 경제적 손실에 대한 보상을 주요 구제 수단으로 한다. 따라서 퍼블리시티권 침해는 반드시 사적인 정보의 공개나 정신적 고통을 수반하지 않아도 성립할 수 있다(Nimmer, 1954).

독일은 초상권을 저작권의 일부로 규정하여 보호의 범위를 명확하게 정하고 있다. 독일의 「미술 및 사진 작품의 저작권에 관한 법률(Kunsturheberrechtsgesetz)」 제22조와 제23조는 초상권의 내용과 행사 방법 그리고 권리가 제한되는 경우를 규정한다. 제22조는 “사진 등(Bildnisse)은 피사자의 동의가 있을 때에만 배포 또는 공표될 수 있다.”라고 하여 초상의 배포 및 공표에 대한 자기결정권을 원칙으로 규정하고 있다. 그러나 같은 법 제23조 제1항은 이에 대한 예외가 적용되는 경우를 규정하고 있다. 제1호 “시사의 영역으로부터 유래하는 사진 등”, 제2호 “풍경이나 기타의 지형 외에 사람은 단지 부수적으로 나타나는 사진 등” 제3호 “피사자가 참가한 집회, 행진 또는 이와 유사한 사건에 관한 사진 등” 제4호 “주문에 의해 제작된 것이 아닌 사진 등으로서 그 배포나 전시가 송고한 예술적 이익에

봉사하는 경우” 이렇게 네 가지를 예외로 규정하고 있다. 그리고 같은 조 제2항에서는 다시 제1항에 대한 예외를 규정하고 있다. 제1항에 따른 배포와 공표의 예외적 권능은 이로 인해 피사자 또는 피사자가 사망한 경우라면 그 유족들의 정당한 이익이 침해되는 경우에까지 미치는 것은 아니라고 한다. 다시 말해서 제1항에 의해 예외적으로 피사자의 동의없이 배포나 공표할 수 있는 것으로 인정이 된 사진 등이라고 하더라도, 그것의 배포나 공표가 피사자나 유족의 정당한 이익을 해치는 경우라면 제22조에 규정된 원칙으로 돌아가 배포나 공표에는 피사자의 동의가 필요하다. 여기서 사진 등(Bildnisse)은 어떤 사람의 외적 형상에 대한 실제적 묘사를 의미하는 것으로 비단 사진뿐만 아니라 그림, 캐리커처, 가면 등도 모두 포함된다.

이 규정의 해석과 관련하여 독일의 학설과 판례는 소위 절대적 시사 인물(absolute Person der Zeitgeschichte), 상대적 시사인물(relative Person der Zeitgeschichte)이라는 개념을 만들어냈다. 절대적 시사인물이란 그의 사생활에 속하는 것이 아닌 한 그에 관한 모든 것에 공중의 정당한 정보이익이 미치는 인물로서, 군주, 대통령, 연예계나 스포츠계의 유명 스타들이 여기에 속한다. 반면에 상대적 시사인물이란 단지 특정사건과 관련해서만 공중의 정당한 정보이익을 충족시키는 인물로서, 예컨대 로또 1등 당첨자, 범죄인 또는 그 피해자, 불행한 사고의 가해자 또는 피해자 등이 이에 속한다. 이러한 해석에 따르면 상대적 시사 인물은 어떤 시대사적 사건 때문에 공중의 관심 대상으로 된 자이기 때문에 그의 사진 등은 그 시대사적 사건과 관련성을 가지는 경우에만 예외 규정의 범위에 속하는 것으로 해석한다. 그러나 절대적 시사 인물은 어떤 사건이 아니라 그 자신 스스로가 시대사적 의미를 지니고 있기 때문에 그에 대한 사진 등은 항상 예외의 범위에 속하는 것으로 해석한다. 다만 이러한 해석은 언론의 사진 보도와 같이 공중의 정보 이익에 봉사하려는 목적과 연관되는 경우로 한정된다. 이와 달리 유명인의 사진 등을 순수 상업적 목적으로 광고 등에 이용하는 경우는 시민의 알 권리와는 무관한 사항이기 때문에 예외를 주장할 수 없다.

### 3. 기록물관리기관에서의 초상권 문제의 특수성과 대응 과제

초상권의 문제에 대한 논의는 주로 언론과의 연계 속에서 다루어져 왔다. 초상권의 구체적인 내용을 상세하게 규율하는 별도의 법률은 없지만, 관련된 국내에서의 논의 대부분은 「언론중재법」을 중심으로 이루어졌다. 이는 대체로 초상권 문제가 언론의 보도 등과 관련해서 파생되는 문제였던 까닭이었다. 그런데 근래의 미디어 환경은 비단 언론 기관뿐만 아니라 사진이나 영상을 서비스하는 모든 주체가 초상권에 관심을 가지도록 급격하게 변화했다. 시사적인 문제를 시민들에게 긴급하게 알려야 하는 언론 기관에서의 초상권 대응의 방법과 사정이 다른 영역에서도 고스란히 적용될 수 있을지는 의문이다. 초상을 사용하고자 하는 목적과 방법에 따라서 언론과는 차별화된 접근과 전략이 필요할 수도 있기 때문이다.

이런 사정은 기록물을 수집하고 활용하는 과정에서도 마찬가지이다. 특히 최근 기록 관리의 중심이 공공기관의 공문서에서 시민의 일상적인 생활영역으로 빠르게 옮겨 가고 있다는 점을 감안하면, 이 문제에 더욱 관심을 기울일 필요가 있다. 공공기록물은 대체로 문서에 해당하기 때문에 초상권 문제 자체가 이슈화되는 경우는 드물었다. 사진이나 동영상에 포함된다고 하더라도 공공기관의 종사자가 그 활동의 과정에서 작성한 것이라는 점에서 초상권과 관련된 문제가 발생할 개연성은 그리 높지 않았다. 이와는 달리 시민의 일상생활 영역에서 생산되거나 수집된 기록물의 상당수는 사진이나 영상에 해당된다. 이러한 기록물의 수집과 서비스 과정에서 발생하는 초상권 문제는 무엇이고, 여기에 어떻게 대응해야 불필요한 분쟁을 피해 갈 수 있을 것인가? 이 장에서는 기록물관리기관의 업무에 초점을 맞추어서 초상권과 관련된 문제를 다시 논의하려고 한다. 먼저 초상권 문제에서 기록물관리기관이 가질 수 있는 고유한 위상과 특징을 간략하게 정리하려고 한다. 그리고 나서 기록물이 수집되고, 정리되고, 서비스되는 과정에서 발생할 수 있는 초상권 문제를 일별하고, 이에 대한 대응

방안을 정리하고자 한다.

## 1) 초상권 문제의 특수성과 어려움

기록물관리기관의 기록물 수집과 서비스에는 여러 가지 법률이 영향을 미친다. 「저작권법」은 그 가운데에서도 가장 영향력이 큰 법률 가운데 하나이다. 기록물의 저작자 또는 저작권자를 확인하고, 이에 따른 권리관계를 파악하는 것은 서비스의 방법과 범위를 결정하기 위한 필수 과정이다. 저작권의 권리 주체, 면책의 요건, 보호기간 등은 「저작권법」의 규정으로 상세하게 규율이 되어 있어 그 적용이 비교적 명확하다. 서비스의 범위와 방법이 면책의 요건에 해당하는가를 점검하면, 해당 이용이 권리 침해에 해당하는 것인가의 여부를 비교적 수월하게 파악할 수가 있는 것이다.

권리자의 허락 여부가 이용 범위와 서비스 방법을 결정하는 핵심 요소라는 점에서는 초상권도 아무런 차이가 없다. 그렇지만 저작권과는 달리 초상권은 그 이용의 범위를 확정하기가 수월하지 않다. 이용 방법이나 면책의 요건을 규정하는 실정법의 상세한 규범이 따로 존재하지 않기 때문이다. 관련 판례를 참조해서 그 범위를 추측해 볼 수 있지만, 그것이 명확한 가이드라인이 되기는 어렵다. 문제를 더욱 어렵게 만드는 것은 공공의 이익 측면에서 필요성이 인정된다면, 설령 동의를 확보하지 못했다고 해도 면책이 인정될 수 있다는 점이다.

기록물관리기관은 저작권과 관련해서 권리 주체를 분명하게 확인하고, 보호기간과 면책의 요건에 대한 체계적인 점검을 통해서 대응한다. 「저작권법」이 허용하는 범위에 따라 기록물 서비스의 방법과 범위를 결정한다. 그렇지만 초상권 문제의 경우에는 권리의 보유 여부에 초점을 맞추어서 그 범위를 결정하기보다는, 해당 초상을 사용해야 할 충분하고, 타당한 이유가 존재하는가를 점검하는 일을 우선해야 한다. 초상 사용에 필요한 권리를 명시적으로 확보하지 못했더라도, 초상의 이용 자체가 모두 불법행위를 구

성하는 것은 아니기 때문이다.

초상권은 「헌법」이 보장하는 인격권의 세부적인 권리 가운데 하나로, 마땅히 보호가 이루어져야 할 영역임에 틀림이 없다. 그렇지만 인격권은 사회공동의 필요성이나 사정에 따라 그 권리의 행사가 제한될 수 있는 권리이기도 하다. 언론 보도에서의 초상권 보호가 개인적인 권리와 사회적인 이익이 균형을 찾을 수 있는 지점에서 규율되는 것과 마찬가지로, 기록물관리기관의 경우에도 기록물의 제공을 통해서 얻을 수 있는 사회적인 효용과 이로 말미암아 발생하는 인격적인 권리의 침해에 대한 이익형량을 거쳐서 규율의 지점을 찾을 수밖에 없다.

문제의 어려움은 이러한 이익형량의 과정이 모두 특정한 패턴에 따라 정형화하기 어려운 개별 사례에 해당한다는 점이다. 초상권 침해 여부는 명확한 혹은 객관적인 기준이 존재하기 어렵고, 사안별로 각각 개별적인 판단이 이루어져야 한다. 그리고 그 과정과 결과에 대한 책임 역시 오롯이 기록물관리기관의 몫이 된다. 그 처리와 판단의 어려움으로 말미암아 기록물관리기관 상당수가 초상권에 대해서 매우 소극적으로 대응하고 있다. 초상권 문제를 이유로 온라인 서비스의 범위를 제한하거나 배제하는 구실로 삼고 있는 것이다.

사실 초상권과 관련된 다양한 이론과 판례들은 개인의 인격권 보호라는 기본 취지와 언론 기관의 시사 보도에 대한 필요성과 열망이 맞붙으면서 만들어진 것이다. 당사자의 허락 없이 초상을 사용하는 것에 대해 여러 논란이 있었지만, 이것을 이익형량의 문제로 접근할 수 있게 된 것은 바로 언론 기관의 능동적인 대처가 있었던 까닭이다. 인격권의 보호 못지않게 언론의 공적인 기능도 중요하다는 사회적 공감대를 형성하기 위해 노력한 결과이다. 그러나 이와는 달리 기록물관리기관의 경우 초상권 문제를 이유로 서비스를 회피하는 수단으로 삼으려는 경향이 팽배해 있다. 초상권 문제는 그 성격상 합법과 불법의 경계를 명확하게 제시하기가 어렵고, 초상을 이용하려는 취지와 목적에 따라 면책의 공간이 융통성 있게 조절이 된다.

기록물관리기관은 초상권 문제에 대한 일정한 기준과 지침을 만들어서 기록정보서비스에서의 초상권에 대한 면책의 공간을 보다 넓힐 수 있도록 능동적으로 대응할 필요가 있다.

## 2) 기록물관리기관의 고유한 위상과 특징

기록물관리기관은 역사적·학술적·문화적 가치를 지닌 다양한 기록물을 수집·보존·관리해서, 이를 공중에 제공하는 역할을 담당한다. 특히 사진, 영상과 같은 시청각 기록물은 당시의 사회상과 문화를 생생하게 보여주는 귀중한 자료이지만, 개인의 초상을 포함하는 경우가 많아 초상권이라는 특별한 법적·윤리적 문제에 직면하게 된다. 기록물의 역사적 가치 보존과 공공의 접근성 확보라는 기관의 고유한 사명이 개인의 인격권과 존엄성에 대한 보호라는 가치와 맞붙으면서 섬세한 균형을 요구하는 것이다.

기록물관리기관의 초상권 문제는 다음과 같은 몇 가지 특수한 점이 있다.

첫째, 기록물관리기관의 시청각기록물의 대부분은 누군가가 이미 오래전에 제작한 것이라는 점이다. 언론기관에서도 이미 제작된 사진이나 영상을 사용하는 경우가 없지는 않지만, 시사적인 경향의 보도에서는 대체로 관련 사진이나 영상을 직접 제작해서 활용한다. 이 경우 초상 당사자로부터 촬영에서부터 공표에 이르는 초상권과 관련된 문제에 대응할 기회가 존재한다. 이와는 달리 기록물관리기관은 이미 오래전에 누군가가 제작한 사진이나 영상이 대상인 경우가 대부분이다. 이미 꽤 오래전에 제작된 기록물이어서 당사자에게 동의를 구하고 작성한 것인지를 파악하기 쉽지 않다. 더욱 큰 문제는 대부분의 기록물에서 등장인물 자체가 누구인지를 파악할 수 없고, 설령 파악할 수 있더라도 허락을 구하기가 실질적으로 불가능한 경우가 매우 많다는 점이다. 초상 당사자가 이미 사망해서 권리 주체가 사라져 버렸거나, 너무 오래 전의 초상이어서 당사자를 명확하게 식별하기가 어렵다. 당사자가 이미 사망한 경우라면, 초상권은 이미 소멸되었지만 유족과 문제

가 발생할 수도 있다. 이런 까닭에 당사자를 식별하거나 연락처를 파악할 수가 없어서 그것을 마음대로 사용하기가 어렵다. 사진이나 영상의 등장인물이 유명인이 아니고, 일반인일 경우에는 이러한 어려움은 더욱 가중된다.

한편, 시간이 경과함에 따라 기록물 속에 담긴 인물과 내용에 대한 평가나 가치 판단이 바뀔 수 있다는 점도 특별히 고려해야 할 사정이다. 기록물은 과거의 특정한 시점에서의 사건이나 인물을 담고 있지만, 그의 사회적 지위나 프라이버시, 인격권에 대한 인식은 시대적 상황에 따라 변화할 수 있다. 예컨대 기록물을 생산할 당시에는 전혀 문제 시 되지 않았던 초상사진이 현대적인 관점에서 매우 민감하게 받아들여질 수 있다. 그렇지만 기록물을 생산할 당시에 초상권에 대한 명시적인 동의를 확보하지 못한 경우가 대부분이어서, 현재의 기준에서 권리관계를 명확하게 파악하고 정리하기가 쉽지 않다.

둘째, 기록물의 방대함에 따르는 어려움이다. 기록물관리기관은 개인의 사진뿐만 아니라 단체 사진이나 행사 영상 등 불특정 다수의 초상이 포함된 기록물을 방대하고 다양하게 수집한다. 이 모든 기록물에서 등장인물을 식별하고 그들에게 개별적인 동의를 얻는 것은 현실적으로 불가능하다. 특히 배경에 흐릿하게 찍힌 인물이나 군중 속 개인의 초상까지 관리하는 데에는 큰 어려움이 따른다.

셋째, 비영리적인 활용과 잠재적 재이용의 가능성을 지니고 있다는 점이다. 기록물 활용의 목적은 학술 연구·교육·전시 등 비영리적인 경우가 대부분이다. 기록물을 활용해서 다큐멘터리를 제작하거나 출판에 활용하는 등 또 다른 이용에 제공될 가능성을 지니고 있어서, 이러한 경우에 초상권 문제가 새롭게 부각될 수도 있다.

넷째, 기록물의 진본성(Authenticity)을 유지해야 한다는 점이다. 기록물관리기관은 기록물의 내용을 임의로 수정하거나 삭제해서는 안된다. 특정 인물의 초상을 흐릿하게 하거나 삭제하는 것이 기록의 역사적 증거로서의 가치를 훼손하는 일이 될 수도 있어서, 기록보존의 원칙과 인격권의 보호

사이에 딜레마가 발생하기도 한다.<sup>1)</sup>

### 3) 기록물의 수집과 제작

초상권은 작성거절권, 공표거절권, 초상영리권과 같은 세부적인 권리로 구성이 된다. 초상이 사진이나 영상으로 제작되는 시점부터 권리가 발생하고, 해당 사진이나 영상이 이용될 때마다 권리로서 작용한다. 이런 사정은 기록물관리기관의 초상권에 대한 대응이 기록물의 수집과 활용의 전 과정에 걸쳐서 다루어져야 할 사항임을 알려준다. 특히 기록물의 수집 과정이 초상 권리자의 작성거절권이나 공표거절권을 침해하는 것은 아닌지에 대한 면밀한 검토가 필요하다.

기록물관리기관이 기록물을 수집하는 방법은 내부에서 직접 기록물을 생산하는 방법과 외부에서 생산된 기록물을 구입 또는 이관하는 방법으로 크게 구분할 수 있다. 각각의 경우에 초상권과 관련한 대응 방법은 달라진다.

먼저 기록물관리기관 또는 모(母) 기관 내부에서 기록물을 생산하는 경우이다. 지역 주민을 대상으로 구술 채록 작업을 진행하면서, 사진이나 영상물을 직접 제작하는 경우가 여기에 해당한다. 이 경우 사진이나 영상을 생산하는 데 기록물관리기관이 직·간접으로 관여하기 때문에, 초상권 문제에 대해서 적절하게 대응할 기회를 마련할 수 있다. 기록물을 제작하기에 앞서 피사체가 되는 대상에게 기록물을 작성하려는 이유와 그 목적을 충분히

---

1) 미국 국가기록청(NARA)이 2019년에 개최한 한 전시회에서는 여성들이 행진하는 사진의 이미지를 호릿하게 변경하여, 역사적 사건을 조작하고, 표현의 자유를 침해한다는 비난을 받은 사건이 있었다.

<https://news.artnet.com/art-world/national-archives-alteration-womens-march-photo-1761525>). 기록물관리기관이 보존하는 기록물 자체에 변경이 이루어진 사례라고 볼 수는 없지만, 전시 등을 통해서 공개되는 기록물에 대해서 일반 이용자의 관점에서 진본성에 관한 문제 제기가 이루어진 것이다.

하게 설명하고 관련 동의를 확보하는 것이다. 동의가 반드시 서면의 형태로 작성되어야만 하는 것은 아니지만, 훗날 발생할 수 있는 분쟁에 대비해서 동의의 내용은 매체에 기록될 필요가 있다. 동의는 기록물관리기관에 해당 기록물을 사용할 수 있는 권한을 부여하는 것이고, 기록물관리기관의 권리는 동의의 내용에 따라 제한된다. 기관 내부에서 제작되는 사진이나 영상이라고 해도, 기록관리와 관련이 없는 타 부서에서 제작된 경우에 권리 처리 자체가 제대로 이루어지지 않은 채 이관이 될 수도 있다. 이런 경우 관련 부서와 업무 담당자에게 사진이나 영상의 제작 과정에서 초상 제작과 사용에 대한 권리 처리가 함께 이루어질 수 있도록 협조를 구해야 한다.

외부의 누군가가 이미 제작한 기록물을 수집하는 경우 초상권 문제에 대한 대응은 훨씬 더 어렵고 복잡하다. 이 경우 기록물을 제공하는 사람이 초상의 주체인가 여부를 먼저 살펴야 한다. 본인의 초상이 담긴 기록물을 특별한 조건이나 단서 없이 기증 등의 방법으로 기록물관리기관에 제공한 경우라면, 그 자체로 초상의 공표에 동의한 것으로 추정할 수 있다. 초상권자의 동의가 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고, 묵시적인 동의의 표현만으로도 동의를 추정할 수 있기 때문이다. 다만, 이때 묵시적인 동의를 인정하기 위해서는 촬영과 공표의 범위, 사용 목적을 객관적으로 추정할 수 있는 상황일 것을 요한다(함석천, 2006, 216). 자신의 초상이 담긴 기록물을 기록물관리기관에 제공하는 행위는 해당 기록물이 어떤 방법으로 보존되고 활용될 것인가를 염두에 둔 것이다. 따라서 스스로 기록물과 그 안에 담긴 자신의 초상에 대한 공표에 묵시적으로 동의한 것이라고 추정할 수 있다. 이는 미공표된 본인의 저작물을 특별한 단서나 조건 없이 도서관 등에 기증한 경우 「저작권법」에서는 공표에 동의한 것으로 추정하는 것과 유사한 경우에 해당한다. 「저작권법」 제11조 제5항은 “공표하지 아니한 저작물을 저작자가 제31조의 도서관등에 기증한 경우 별도의 의사를 표시하지 아니하면 기증한 때에 공표에 동의한 것으로 추정한다.”고 규정하고 있다. 도서관에 저작물을 기증하는 까닭은 해당 저작물을 많은 사람에게 제공하

기 위한 것이다. 마찬가지로 기록물관리기관에 자신의 초상이 담긴 기록물을 기증하는 까닭은 그것이 공익적인 취지와 목적으로, 특별한 정보를 제공할 것이라는 기대 때문일 것이다. 따라서 자신의 초상을 특별한 단서 없이 기록물관리기관에 기증하는 경우에는 「저작권법」의 관련 조항을 준용할 수 있다. 즉 본인의 초상이 담긴 기록물을 특별한 단서 없이 기록물관리기관에 기증한 경우에는, 기록물관리기관이 해당 기록물을 이용자 열람 등의 방법으로 이용하는 데 묵시적으로 동의한 것으로 추정할 수 있다.

그러나 기록물에 담긴 초상이 기증자의 것이 아닌 경우 사정은 달라진다. 사진이나 영상은 대체로 제작된 지 이미 꽤 오랜 시간이 지난 것들이다. 사진이나 영상 속의 인물을 식별하기도 쉽지 않다. 이미 제작된 것을 수집하는 것이기 때문에, 제작 과정에 개입할 여지는 존재하지 않는다. 기록물이 당사자의 동의를 얻어서 작성되었다고 해도, 동의의 구체적인 내용과 범위를 물증으로 확보한 경우는 실제로 거의 없다. 설령 당사자의 동의를 얻어서 작성된 사진이나 영상이라고 해도, 촬영에 대한 동의가 기록물관리기관을 통해 기록물이 공표되는 것에 대해서까지 동의한 것이라고 보기도 어렵다. 이러한 경우는 수집의 단계에서 초상권과 관련된 문제를 정리하거나 해결할 방법이 따로 존재하기 어렵다. 따라서 수집된 기록물을 활용하기 위해서는 초상권 보호를 위한 별도의 기준이나 가이드라인을 별도로 마련해서 대응할 필요가 있다.

#### 4) 기록물의 기술과 정리

기록물의 기술과 정리 작업에서는 초상권 문제가 별도로 발생하지 않는다. 기술과 정리 작업은 기록물이 가지고 있는 특성과 맥락을 상세하게 서술해서 검색이나 서비스의 과정을 지원하는 일이다. 기록물관리기관의 내부 작업으로서의 성격을 지니기 때문에 초상권 침해 등이 발생할 개연성은 거의 없다. 다만, 이 과정에는 향후 검색이나 서비스에 활용할 수 있도록

기록물에 내재된 권리관계(저작권, 초상권)를 상세하게 서술할 필요가 있을 뿐이다. 다시 말해서, 기록물의 기술과 정리의 과정에서 초상권과 관련되는 적절한 메타데이터 항목을 추가하여 초상권과 관련되는 내용을 언제든지 확인할 수 있도록 관리하는 절차가 필요하다.

## 5) 기록물의 열람과 서비스 제공

초상권은 개인의 인격에 대한 보호를 위해서 보장해야 하는 권리임에 틀림이 없다. 그러나 초상권 보호를 이유로 기록물들이 열람이나 서비스에 제공되지 못한 채 사장되는 것이 바람직하다고 볼 수는 없다. 기록물관리기관은 개인의 인격권을 최대한 보장하면서도, 국민의 알 권리를 보장하기 위해서 소장 기록물을 적극적으로 활용하고 서비스할 이중적인 위치에 놓여 있다.

기록물관리기관에서의 정보서비스는 기록물을 불특정 다수에게 공개하거나 제공하는 일이다. 특히 검색과 열람이 가능하도록 온라인으로 제공하는 것은 기록물을 공표하는 행위 가운데 하나이다. 따라서 이러한 이용이 초상권 가운데 공표거절권을 침해하는 것은 아닌지에 대한 점검이 필요하다. 공표거절권은 초상당사자가 자신의 초상이 공중에게 공개되는 것을 반대할 수 있는 권리이다. 기록물관리기관의 기록물들은 이미 오래전에 제작된 것일 개연성이 높다. 그런 만큼 적절한 권리자에게 초상의 공표에 대한 허락을 구하기가 수월하지 않다. 그렇지만 초상권자의 동의가 확보되지 않은 경우라고 해도, 기록물관리기관의 서비스가 반드시 초상권 침해에 해당하는 것은 아니다. 기록 정보서비스가 갖는 공익적인 취지와 맥락으로 인하여 초상의 공표 행위에 대한 위법성이 조각될 개연성이 있다. 그렇지만 기록물관리기관의 모든 정보서비스가 초상권 침해의 책임에서 모두 자유로운 것은 아니다. 해당 이용과 서비스가 초상권 침해에 해당하는 것인가는 모두 개별적으로 판단해야만 한다. 기록물 자체의 사회적인 가치와 서비스 필요

성 등을 종합적으로 고려해서 마련한 기준에 따라 그 서비스의 범위는 달라질 수 있다.

그 기준으로 제시될 수 있는 것을 간략히 정리하면 다음과 같다. 첫째, 해당 기록물이 지니는 사회적 가치이다. 기록물이 지닌 학술적·문화적·법적 가치에 대한 점검이다. 기록물 자체가 지닌 사회적 가치가 인정된다면, 열람이나 온라인 서비스 등의 방법으로 이를 제공하는 것이 설령 당사자의 권한을 침해하는 부분이 있다고 하더라도 위법성 조각 사유에 해당될 개연성이 매우 크다. 둘째, 기록물이 지닌 희소성과 대체 가능성이다. 기록물에서 다루는 내용이 다른 기록물을 통해서 대체될 수 없는 고유하고 독특한 내용에 해당이 된다면, 그만큼 위법성이 조각될 개연성은 더 커진다. 셋째, 기록물이 언제 작성된 것인가에 대한 검토이다. 최신의 기록물이라면, 비교적 엄격한 기준을 적용할 필요가 있다. 초상 당사자를 식별하기가 비교적 용이하고, 동의 등 행정적으로 권리 처리를 할 수 있는 개연성을 지니고 있기 때문이다. 그렇지만 이미 오래전에 작성된 경우에는 기록물 속 인물을 식별하기도 쉽지 않고, 대상자가 사망해서 권리 자체가 사라졌을 수도 있다. 이러한 경우에 해당되면 초상권 침해 자체가 성립하지 않을 수도 있다. 넷째, 기록물 속에 초상 당사자의 명예를 훼손하는 내용이 포함되었는가를 점검해야 한다. 당사자의 명예에 부정적인 영향을 미치는 경우라면, 그만큼 문제를 제기할 수 있는 개연성이 높기 때문이다.

적법한 동의를 받지 못한 채 기록물을 서비스에 제공할 때에는 이런 사항들을 종합적으로 점검해서 서비스의 범위와 방법을 세심하게 결정해야 한다. 그렇지만 이러한 부분을 기록물관리기관의 실무자가 개별적으로 판단을 내리기는 매우 어렵다. 이런 경우 외부의 전문 인사들로 구성된 위원회 등의 지원으로 이러한 문제를 해결하는 것도 하나의 대안이 될 수 있다. 전문가의 자문을 거쳐서 이용하기로 결정한 경우라면, 서비스 제공을 망설일 이유는 없다. 다만, 향후에 발생할 수 있는 분쟁의 가능성에 대비해서 기관 홈페이지 등을 통해 초상이 담긴 기록물을 동의 없이 사용한 사실을

공지하고, 이에 대한 이의를 제기할 수 있는 절차를 명시적으로 제시하면 된다.

## 4. 기록물 관리기관의 대응 전략과 가이드라인

### 1) 대응 전략

기록물의 활용은 주로 교육·연구·전시·역사 기록 등 비영리적이고 공익적인 목적을 지향하므로, 상업적 이용으로 인한 초상권 침해 문제는 상대적으로 덜 발생할 수 있다. 그러나 기록물의 공개 및 활용 과정에서 개인의 인격권을 침해할 가능성은 여전히 존재하며, 특히 과거의 사회상을 담은 기록물의 경우 현재의 초상권자와의 관계, 시간 경과에 따른 사회적 인식 변화 등을 고려해서 신중한 접근이 필요하다. 이러한 사정들을 감안할 때, 기록물관리기관에서는 다음 사항을 특별히 고려하면서 초상권 문제에 대응해야 할 것이다.

먼저, 기록물의 역사적·공공적 가치와 인격권의 조화를 꾀해야 한다. 기록물관리기관이 보존하는 사진이나 영상기록물은 역사적 사건, 사회 현상, 문화유산 등을 보여주는 중요한 자료로서 공공의 알 권리 충족 등에 기여하는 바가 매우 크다. 따라서 기록물의 공개 필요성과 그로 인해 침해될 수 있는 개인의 인격권을 신중하게 형량해야 한다. 단순히 공익적 목적이라는 이유만으로 개인의 인격권이 경시되어서는 안 되며, 양 가치가 조화롭게 실현될 수 있는 방안을 모색해야 한다.

둘째, 시간의 경과에 대한 대응과 이에 따르는 인격권 보호의 필요성을 점검하는 것이다. 기록물이 작성된 시점과 활용 시점 사이의 시간적 간극은 초상권 판단에 중요한 요소이다. 과거에는 사회적으로 용인되었던 촬영이나 공개 방식이 현재에는 개인의 인격권을 침해하는 것으로 인식될 수 있기

때문이다. 또한, 시간이 흐르면서 개인의 사회적 지위나 사생활의 공개 정도가 변화할 수 있으므로, 과거의 기록물 활용이 현재의 인격권에 미치는 영향을 신중하게 고려해야 한다. 특히 개인의 부정적인 과거와 관련된 초상의 경우, 사회 복귀 및 갱생의 기회를 박탈하지 않도록 ‘잊혀질 권리’를 보장하는 더욱 신중한 접근이 필요하다. 한편, 당사자가 이미 사망하였고, 당사자를 기억하는 사람이 존재하지 않을 만큼 충분한 시간이 경과한 기록물은 자유롭게 이용할 수 있도록 허용할 필요도 있다. 초상권은 인격권이기 때문에 살아 있는 사람에게만 그 권리가 인정된다. 따라서 당사자가 사망할 정도로 충분한 시간이 경과한 경우에는 자유롭게 이용할 수 있도록 허용할 필요가 있다.

셋째, 기록물의 역사적 가치를 훼손하지 않으면서도 개인의 인격권 침해 위험을 최소화하기 위해 익명화 또는 비식별화 처리 기술을 서비스에 적극적으로 활용하는 것을 검토할 필요가 있다. 얼굴 모자이크, 흐림 효과, 실루엣 처리, 신체 일부 또는 배경 중심 활용 등 다양한 기술적 방법을 통해 개인 식별 가능성을 낮출 수 있다. 다만, 익명화 처리 과정에서 기록물의 역사적 맥락과 정보 전달력이 훼손되거나 기록으로서의 진본성을 훼손하지 않도록 섬세한 고려가 필요하다.

넷째, 공적 인물과 사적 인물을 구별하여 보호의 수준을 달리 정한다. 법원은 공적 인물의 경우 사생활의 비밀과 자유에 대한 제한의 정도가 일반 사인에 비해 크다고 판시하고 있다 (대법원 2011. 10. 27. 선고 2009다 103030 판결). 공적 인물에 대해서는 위법성 조각 사유를 폭넓게 인정한다. 따라서 기록물에 등장하는 인물의 공적 지위 및 활동 내용을 고려하여 초상 활용의 범위를 결정할 필요가 있다. 그러나 공적 인물이라고 해도 개인의 프라이버시나 순수한 사적인 영역에 해당하는 초상은 최대한 보호할 필요가 있다.

다섯째, 비영리적 활용의 정당성과 한계를 명확하게 한다. 기록물관리기관의 주된 활용 목적이 공익 증진에 있다는 점은 초상권 침해 여부 판단에

공정적인 요소로 작용할 수 있다. 그러나 비영리적 활용이라는 명목하에 개인의 인격권을 과도하게 침해하는 행위는 정당화될 수 없다. 활용 목적의 공익성과 활용 방식의 비침해성을 함께 고려하여 그 허용의 범위를 신중하게 결정해야 한다.

여섯째, 법적 불확실성을 해소하고 기관의 책임을 강화할 필요가 있다. 사진이나 영상기록물 활용에 대한 명확한 법률 규정이 미비하기 때문에, 기록물관리기관의 자체적인 세부 지침을 마련해서 불확실성을 최소화할 필요가 있다. 또한 초상권 침해로 인한 분쟁 발생 시 책임 소재를 명확히 하고, 투명하고 공정한 이의 제기 및 처리 절차를 마련해야 한다.

기록물관리기관에서의 초상권 문제는 이처럼 언론이나 출판과는 다른 고유한 맥락을 지니고 있는 것이어서 이에 대한 체계적인 대응을 위한 다각적인 전략이 필요하다. 무엇보다 기록물의 수집, 정리, 기술, 서비스의 전 과정에 걸쳐서 초상권 문제 처리 기준을 명확히 하는 내부 정책과 지침을 마련할 필요가 있다. 여기에는 초상권 관련 위험 평가 기준, 접근 제한 조건, 동의 획득 절차, 이의 제기 처리 절차 등이 포함되어야 할 것이다.

- 1) 권리관계 확인 및 위험 평가: 기록물 입수 단계에서부터 저작권, 소유권과 더불어 초상권 관련 정보를 파악하고 기록해야 한다. 특히 상업적 이용가능성이 있거나 민감한 내용이 포함된 기록물에 대해서는 초상권 침해 위험을 평가하고, 필요한 경우 법률 전문가의 자문을 구한다.
- 2) 접근 수준 차등화 및 제한 조치: 모든 기록물을 동일한 수준으로 공개하기보다, 초상권 침해 위험도에 따라 접근 수준을 차등화하는 방안을 적극 고려한다. 예를 들어, 온라인 공개 대신 열람실 내 열람만 허용하거나, 특정 기록물에 대한 이용 목적 확인 절차를 강화하거나, 일정 기간 공개를 유보하는 등의 제한 조치를 적용할 수 있다.

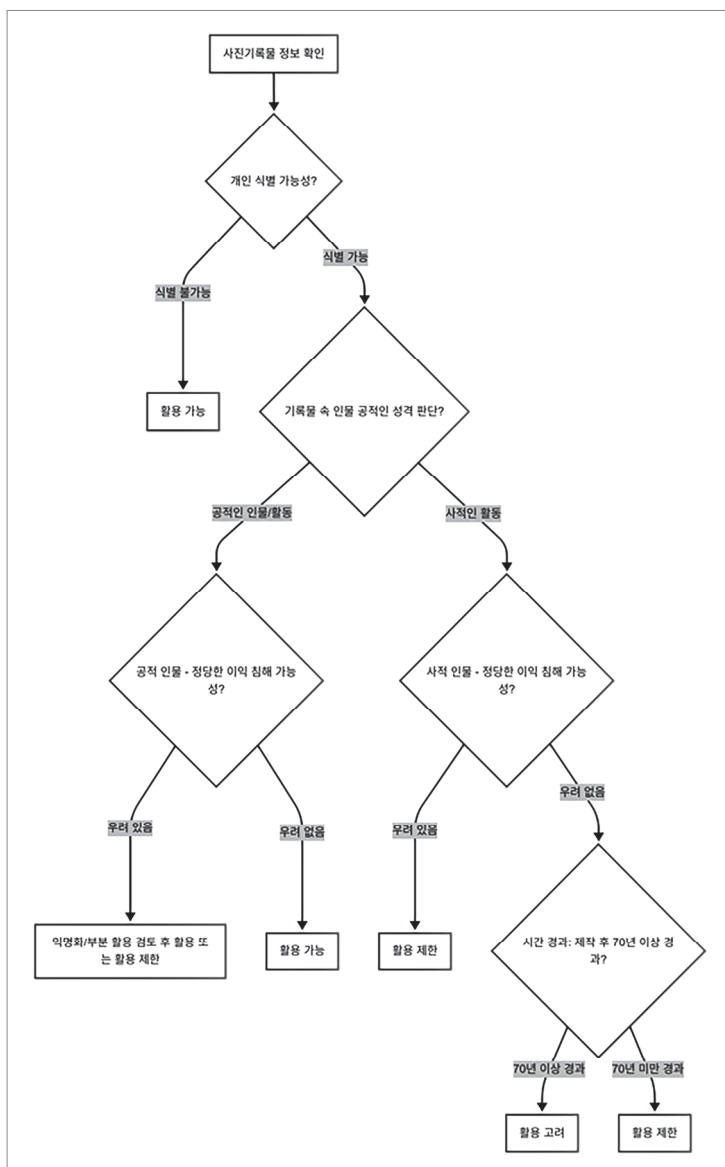
SAA 윤리강령 역시 프라이버시 보호를 위한 접근 제한의 가능성을 인정한다.

- 3) 이용자 고지 및 책임 부여: 이용자에게 해당 기록물 사용 시 초상권을 포함한 제반 법규를 준수해야 할 책임이 있음을 명확히 고지해야 한다. 특히 출판, 방송 등 공표를 목적으로 할 경우, 필요한 권리 확보는 이용자 본인의 책임임을 안내한다.
- 4) 이의 제기 및 처리 절차 운영: 초상 공개에 대해 이의를 제기할 수 있는 공식적인 절차를 마련하고, 접수된 이의에 대해 신속하고 공정하게 검토하여 조치(예: 접근 제한 강화, 설명 추가 등)해야 한다.
- 5) 지속적인 교육과 인식 제고: 초상권 관련 법규 및 윤리적 고려 사항에 대한 정기적인 교육을 시행하여 전문성을 강화하고, 기관 전체의 인식을 제고해야 한다.

## 2) 가이드라인과 체크리스트

〈그림 1〉은 기록물관리기관에서 기록물의 정보서비스에 앞서서 점검해야 하는 초상권 판단의 흐름을 정리한 가이드라인이다. 국내 법률에서 다루어지는 사례들을 참조해서, 초상권 침해 여부를 판단하기 위해서 필요한 판단의 요소들을 순차적으로 정리한 것이다. 먼저 사진기록물에 담긴 정보를 확인해서, 개인의 식별이 가능한지를 점검하고, 등장인물의 식별 가능 여부와 공적 인물 여부, 기록 속에 담긴 활동의 공적인 성격, 시간 경과의 정도 등을 두루 참조해서 기록물의 서비스의 범위와 내용을 결정하는 기준으로 활용할 수 있다. 〈표 1〉은 〈그림 1〉의 흐름에 따라 정리한 기록물관리기관의 초상권 점검을 위한 체크리스트이다.

〈그림 1〉 초상권 침해 여부의 판단과 기록물 활용의 가이드라인



〈표 1〉 기록물관리기관의 초상권 점검 체크리스트

기록물관리기관의 초상권 점검 체크리스트(안)

1. 사진기록물 정보 확인

- 기록물의 생성 시기: 언제 촬영된 기록물인가? (시간 경과에 따른 고려 필요)
- 기록물의 내용: 무엇을, 누구를 촬영한 기록물인가? (주요 피사체, 배경, 상황 등)
- 기록물의 맥락: 해당 기록물이 어떤 역사적, 사회적 배경 하에서 생성되었는가?
- 기록물의 저작권 정보: 저작권자는 누구인가? 활용에 별도의 저작권 제약은 없는가?
- 초상권 관련 정보: 수집 당시 초상권 관련 동의를 얻었거나 관련 정보가 기록되어 있는가?

2. 개인 식별 가능성 점검

- 얼굴의 명확성: 기록물에서 특정 인물의 얼굴이 명확하게 식별 가능한가?
- 신체적 특징: 얼굴 외 신체적 특징(체형, 복장, 액세서리 등)으로 특정인 식별이 가능한가?
- 주변 환경 및 상황: 기록물의 배경, 함께 등장하는 인물, 촬영 장소 등으로 특정인 식별이 가능한가?
- 추가 정보 연계: 목록 정보, 설명 자료 등을 통해 특정인 식별이 가능한가?
- 집단 사진: 특정 인물이 부각되어 식별이 용이하거나, 활용 목적이 특정 인물을 대상으로 하는가?

3. 공적인 성격 판단

- 공무 또는 공적 활동: 기록물 속 인물이 공무 수행 중이거나 공적인 활동에 참여하고 있는 모습인가?
- 공식 행사 참여: 공식적인 행사, 집회, 공연 등에 참여한 모습인가? (단순 참여자와 주요 인물 구분)
- 역사적 사건 기록: 역사적으로 중요한 사건이나 사회 현상을 기록한 사진인가? (특정 개인 부각 여부 확인)
- 언론 보도 이력: 해당 인물의 초상이 이미 언론 등을 통해 공개된 적이 있는가? (최초 공개의 적법성 확인 필요)
- 자발적 공개: 인물이 자신의 초상을 자발적으로 공개한 적이 있는가? (공개 범위 확인)

4. 정당한 이익 침해 가능성 점검

- 모욕·비방적 묘사: 기록물이 특정 인물을 조롱하거나 비하하는 내용인가?
- 사생활 침해: 사적인 공간이나 민감한 개인 정보를 담고 있는가?
- 상업적 이용 목적: 활용 목적이 영리적인가? (원칙적 동의 필요)
- 맥락 왜곡 및 오해 유발: 기록물의 본래 맥락을 왜곡하여 특정인의 이미지를 손상시킬 우려가 있는가?
- 과도한 노출 및 반복 활용: 불필요하게 특정 인물을 부각하거나 반복적으로 노출하는가?
- 시간 경과 및 사회적 변화: 현재의 사회적 인식으로 볼 때 과거의 기록물 공개가 부적절할 수 있는가? (잊혀질 권리 고려)

5. 활용 제한 및 익명화 처리 검토

- 부분 가림 (모자이크, 흐림): 식별 가능한 부분을 가려 초상권 침해를 최소화할 수 있는가?
- 신체 일부/배경 중심 활용: 인물 전체 대신 다른 부분을 중심으로 활용할 수 있는가?
- 실루엣/윤곽선 활용: 인물의 형태만으로 정보 전달이 가능한가?
- 저해상도/흑백 처리: 식별 정도를 낮춰 활용할 수 있는가?
- 부분 활용 (집단 사진): 특정 인물을 부각하지 않고 전체적인 상황만 보여줄 수 있는가?
- 열람 제한: 민감한 정보 포함 시 접근 권한을 제한할 필요는 없는가?

#### 6. 활용 동의 필요성 판단

- 원칙: 개인 식별이 가능하고, 공적인 성격이 약하며, 정당한 이익을 침해할 우려가 있는 경우 초상권자의 동의를 구하는 것을 원칙으로 한다.
- 예외적 활용 가능 기준 (아래 기준을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단):
  - 제작 후 경과 기간:
    - 70년 이상 경과: 원칙적으로 개인의 사생활 침해 우려가 낮다고 판단할 수 있다. 다만, 기록물의 내용이 매우 민감하거나 특정 개인에게 심각한 부정적 영향을 미칠 수 있는 경우에는 신중한 검토가 필요 (예: 특정 질병 이력, 범죄 피해 사실 등)
    - 50년~70년 경과: 역사적·학술적 가치가 높고, 공공의 정당한 관심사에 부합하는 경우 활용을 고려할 수 있다. 다만, 가능한 범위 내에서 익명화 처리를 적용하고, 활용 목적을 명확히 제한한다.
    - 50년 미만 경과: 원칙적으로 초상권자의 동의를 얻는 것을 우선으로 한다. 예외적으로 활용해야 할 경우, 공적인 성격이 매우 강하거나 보도·비평 등 공익적 목적이 명백해야 하며, 최소 침해 원칙을 철저히 준수한다.
  - 기록물의 성격:
    - 명확한 공적 기록: 정부, 공공기관의 공식 행사 기록, 언론 보도 사진 등 명백히 공적인 성격을 띠는 기록물의 경우, 활용의 필요성이 높다고 판단될 수 있다. 다만, 특정 개인을 부각하거나 사생활을 침해하는 내용은 제외한다.
    - 역사적 사건 기록: 역사적으로 중요한 사건을 기록한 사진의 경우, 전체적인 맥락을 보여주는 범위 내에서 활용을 고려할 수 있다. 특정 개인의 불필요한 노출은 최소화한다.
  - 활용 목적의 비영리성 및 공익성:
    - 학술 연구, 교육 목적: 엄격한 학문적 연구나 교육 자료로 활용되는 경우, 공익성이 인정될 수 있다. 다만, 연구 목적 외 무단 배포는 금지한다.
    - 전시: 공공 전시의 경우, 기록물의 역사적·문화적 가치를 우선하되, 관람객에게 초상권 존중의 중요성을 안내하고, 필요한 경우 익명화 처리를 적용한다.
  - 인물의 공적 지위:
    - 절대적 시사 인물: 대통령, 국회의원 등 사회적 영향력이 큰 공적 지위를 가진 인물의 공무 관련 초상은 활용의 필요성이 인정될 수 있다. 다만, 퇴임 후 사생활은 보호되어야 한다.
    - 상대적 시사 인물: 특정 사건으로 일시적으로 공적 관심의 대상이 된 일반인의 경우, 해당 사건 보도 외의 활용은 신중해야 한다.
  - 최소 침해 원칙 준수: 익명화 처리, 부분 활용 등 초상권 침해를 최소화하는 방안을 우선적으로 고려한다.
- 동의 절차: 동의를 구할 경우 활용 목적, 방법, 범위를 명확히 설명하고 서면 동의를 확보한다. (미성년자, 사망자의 경우 대리인/상속인 동의)

#### 7. 최종 활용 결정 및 기록

위 점검 사항을 종합적으로 고려하여 활용 여부 및 활용 방법을 결정한다. 활용 결정의 근거 (이익 형량 결과, 동의 여부, 익명화 처리 내용 등)를 명확하게 기록한다.

#### 8. 이의 제기 처리 절차 속지

초상권자의 이의 제기 절차를 마련하고, 이의 제기 시 신속하고 공정하게 검토하여 필요한 조치를 취한다.

## 5. 닫는 말

이 연구는 기록물관리기관의 기록물 수집과 온라인 서비스 과정에서 발생하는 초상권 문제를 심층적으로 분석하고, 기록물의 공공 접근성과 개인의 인격권 보호라는 상반된 가치를 조화롭게 실현할 수 있도록 기록물 관리기관이 활용할 수 있는 초상권 가이드라인과 체크리스트를 제안한 것이다.

온라인 서비스는 단순한 정보 제공을 넘어 역사적 기억의 공유와 문화적 향유를 증진하는 중요한 역할을 수행하지만, 동시에 광범위한 정보 확산으로 인한 초상권을 비롯한 개인의 인격권을 침해할 수 있는 잠재적 위험을 함께 내포하고 있다. 특히 시간의 경과에 따른 개인의 사생활 변화, 잊혀질 권리, 온라인 플랫폼의 특수성은 기존의 초상권 논의에서 간과될 수 있는 새로운 쟁점을 제기한다.

이에 이 연구는 기록물 수집 단계부터 온라인 서비스 제공 전 과정에 적용할 수 있는 초상권 가이드라인과 체크리스트를 제시함으로써, 기록물관리기관이 초상권 침해 위험을 최소화하고 책임감 있는 온라인 서비스를 제공할 수 있도록 지원하고자 하였다. 제시된 가이드라인과 체크리스트는 개인 식별 가능성, 기록물의 공적 성격, 정당한 이익 침해 가능성, 익명화 처리 방안, 그리고 활용 동의 절차 등 구체적인 점검 사항을 포함하며, 기관의 상황과 기록물의 특성에 맞춰 유연하게 적용할 수 있을 것이다.

이 연구는 기록물 서비스 과정에서 발생하는 초상권 문제를 체계적으로 이해하고, 적절한 대응방안을 모색하기 위한 실천적인 연구이다. 단순한 이론적인 논의에서 그치지 않고 현장에서 활용할 수 있는 실제 가이드라인과 체크리스트를 제안해서, 기록정보서비스가 보다 체계적으로 이루어질 수 있도록 지원하고자 하였다. 그렇지만 현장에서 발생하는 구체적인 모든 유형에 대한 가이드라인으로서는 여전히 부족한 부분이 있을 것이다. 법률적인 분석 역시 마찬가지이다. 현장에서의 구체적인 필요를 반영해서 지속적으로 개선해 나갈 수 있기를 바랄 뿐이다. 아무쪼록 이 연구가 현장의 기록

관리 전문가들이 보다 적극적인 정보서비스를 펼쳐 나가는 데 활용할 수 있는 작은 디딤돌이 될 수 있기를 바란다.

### 〈참고문헌〉

- 김호기 (2022). 동의 없는 영상의 제작 및 배포로 인한 초상권 침해에 대한 형법적 대응: 미국, 독일, 우리나라의 관련법제에 대한 비교법적 연구. 형사정책연구. 33(2). 1-31. DOI: <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.6.30.2.1>.
- 동세호 (2016). 언론의 초상권 침해에 있어 면책사유 적용에 관한 연구: 판결과 언론인 인식 분석. 한양대학교 대학원. 박사학위 논문.
- 서형덕, 정경희 (2022). 공공저작물서 정부간행물 자유이용 촉진을 위한 저작권정보 관리에 관한 연구. 한국기록관리학회지. 22(3); 125-141.  
<http://dx.doi.org/10.14404/JKSARM.2022.22.3.125>
- 시귀선 (2009). 공공기록물의 이용과 저작권보호에 관한 연구. 한국기록관리학회지. 9(2); 159-188. <https://doi.org/10.14404/jksarm.2009.9.2.159>
- 심석태 (2023). 초상권 판단 기준의 구조화 가능성: 판례와 실무적 쟁점을 중심으로 한 시론적 연구. 언론과 법. 22(2): 1-29.  
DOI: <http://dx.doi.org/10.26542/JML.2023.8.22.2.1>
- 안병하 (2012). 독일 인격권 논의의 근래 동향: 카롤리네(Caroline)와 말레네(Marlene). 한독법학. 17: 77-111.
- 양재규 (2014). 공익·인격권 관점에서 본 세월호 사건 보도의 문제: 인격권 존중은 보도 윤리 아닌 법적 의무. 신문과 방송. 525; 100-105.
- 엄동섭 (2007). 초상권 보호의 한계: 작성거절권 침해의 경우를 중심으로. 민사법학, 38; 175-209.
- 이순자 (1996). 디지털 기록과 저작권의 문제. 계간 저작권. 9(2); 2-3.
- 이호신 (2013a). 공연예술기록의 저작권문제 연구. 한국비블리아학회지. 24(1); 249-268.  
<https://doi.org/10.14699/kbiblia.2013.24.1.249>
- 이호신 (2013b). 공연예술기록의 초상권에 관한 연구. 한국도서관·정보학회지. 44(1); 333-355. <https://doi.org/10.16981/kliss.44.1.201303.333>
- 이호신, 정경희 (2020). 기록관리기관은 문화유산기관인가? 저작권법의 고아저작물 예외규정에서 기록관리기관 배제 문제 고찰. 20(4); 169-184.  
<http://dx.doi.org/10.14404/JKSARM.2020.20.4.169>

정경희 (2007). 기록정보서비스 활성화를 위한 저작권 문제 연구: 정부저작물을 중심으로. 정보관리학회지. 24(1); 165-186. 10.3743/KOSIM.2007.24.1.165

조소영 (2018). 판례에 나타난 초상권 적용 법리에 관한 고찰. 공법학연구 19(2); 99-120.

함석천 (2006). 초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개. 법조. 55(12). 191-223.

McCarthy, J. T. (2023). McCarthy on the Right of Publicity. Thomson Reuters.

Nimmer, M. B. (1954). The Right of Publicity. Law and Contemporary Problems, 19(2), 203-216.

Prosser, W. L. (1960). Privacy. California Law Review, 48(3), 383-423.

#### 〈판례〉

대법원 2005.8.19. 선고 2005도2245 판결

대법원 2006.10.13. 선고 2004다16280 판결

대법원 2009.2.12 선고 2008도8310 판결

대법원 2011.10.27. 선고 2009다103030 판결

대법원 2023.4.13. 선고 2020다253423 판결

헌법재판소 2018.8.30. 선고 2014헌마843 전원재판부

Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

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