

초상권과 법정내 촬영

임두빈
변호사

……재판심리의 장소가 법정내이든 법정외이든 재판부의 권한과 당사자의 권한은 공개를 바라는 자가 언론기관이든 일반시민이든 간에 이들에 의하여 침해될 수 없는 것이다. 다만 권한을 가진 자의 동의, 즉 권리의 포기에 달려 있으며 이러한 것이 전제될 때에 비로소 심리중의 광경이 촬영 될 수 있다고 보겠다. 이러한 권리의 포기는 어느 하나의 주체에 의해서도 아니되며 재판부와 당사자가 동시에 동의함으로써 이루어지는 것이다. 국민의 알 권리를 대표하는 언론기관에서는 이러한 해석이 국민의 알권리를 제한하는 것이 아니냐라고 비판할 지 몰라도 권리의 행사는 권리를 가진 자의 태도에 달려있는 것이다. 그러나 이 문제는 다른 측면에서 고찰할 때 국민의 알 권리와 재판부의 권한, 개인의 프라이버시 중 초상권의 대결로 집약되며 이들 권리가 상호간에 어느 선에서 타협되느냐로 귀착된다……

1. 서언

원래 공개재판주의는 비밀주의에 반대한 개념으로서 피고인의 이익을 위하여 존재하였던 것이나 실제상 재판의 공개에 의한 국민의 감시를 필요로 하는 사건은 소수이며 도리어 공개가 부적당하고 당사자가 이를 원치 않는 경향이 강하다. 한편 민주주의의 기본이 되는 언론의 자유와 국민의 알 권리, 그리고 언론기관의 보도특권 등은 재판의 공개와 법정내에서의 촬영 등을 강력히 요구한다. 이렇게 하여 재판의 공개와 비공개문제는 언론기관의 요구와 변호사를 포함한 법조인의 반대로 맞서게 된 것이다. 여기에서 말하는 공개는 법정내에서의 촬영 등을 포함하여 말하는 것이다. 그리고 이 쌍방의 이익의 한계는 어디에 둘 것인가를 살펴보려면 쌍방의 이익을 먼저 고찰해 볼 필요가 있다. 특히 초상권과 법정내 촬영 문제는 근본적으로 개인의 인격권과 국민의 알 권리의 대결로 요약될 수 있다. 이와 같은 양권리의 합치점은 각 국가의 사정에 따라 마른 것이며 또한 그 한계점은 점점 변하고 있는 실정이다. 본 논문에서는 먼저 원측인 공개재판과 그 제한성을 헌법적인 차원에서 살펴보고 그 다음에는 몇 개의 주요국가의 법정내 촬영에 대한 태도를 살펴보고

이것은 어떠한 이유 때문인가 또는 그 이유들 가운데 어느 것이 더 중요한 요인인가를 살펴보고 본론인 법정내 촬영과 초상권과의 관계를 살펴보려 한다.

2. 공개재판과 보도자유의 한계

공개재판주의라 함은 재판의 심리 및 판결을 일반공중에게 공개하는 것이다. 공개주의는 비밀주의에 반대되는 개념인데 비밀주의라 함은 소송에 관계없는 제 3 자에 대하여 재판을 비밀로 하는 주의이다. 이 비밀주의가 법의 근거 없이 죄형을 마음대로 결정하는 규문주의와 죄형전단의 폐단을 가져와 재판의 공정성이 많이 왜곡되었으므로 이 폐단을 방지하기 위하여 재판을 공개한다는 것이다. 이 공개주의는 재판에 대한국민의 신용을 증대시키는 동시에 재판 그 자체의 공정을 확보하려는 요청에 기초한 것이다.

(1) 안녕질서에 의한 제한

우리나라 헌법 제 110 조는 이 공개주의를 규정하였으나 단서로서 심리가 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 않을 수 있다라고 규정하였다. 실제상 재판의 공개에 의한 국민의 감시를 필요로 하는 사건은 소수이며 사건에 따라서는 도리어 공개가 부적당하고 당사자가 이를 원치 아니하는 사례가 많다. 미국에서도 연방헌법 제 6 조에 공개주의를 규정하고 있으나 역시 공개가 공정한 재판과 개인의 인격권을 위하여 타당한 것이냐에 대한 비판의 소리가 높다.

(2) 법정경찰권에 의한 제한

법정경찰은 법정의 질서를 유지하기 위하여 법원이 행하는 권력작용을 말한다. 법정에서 피고인 또는 방청인이 폭언을 한다든가 온당치 못한 언동을 하는 예에는 소송절차의 원활한 진행이 저해되고 법정의 존엄은 유지될 수 없다. 법정경찰은 이러한 소송절차의 장애를

배제하는 것을 목적으로 하는 작용이다. 법원조직법 제 54 조 제 1 항은 「법정의 질서유지는 재판장이 이를 행한다」라고 규정하여 재판장에게 법정경찰권을 주었다. 재판장은 법정의 존엄과 질서를 해할 우려가 있는 자의 입장을 금지 또는 퇴정을 명하에 기타 법정의 질서유지 필요한 명령을 발할 수 있다. (법조법 제 54 조 2 항)

(3) 공정한 재판(Fair Trial)에 의한 제한

공정한 재판문제는 어느 점에서 공개재판과는 상치되는 것으로서 재판이 공개됨으로써 입는 인권의 침해가 비공개로 인한 침해보다 더 크다는 것이다. 미국에서는 공정한 재판을 받을 권리는 연방헌법상 보장되고 있는데 미국 연방헌법 제 5 조와 제 14 조는 적법절차(duel process of law)를 규정하고 있다. 이것이 공정한 재판을 받을 권리의 근거가 되는 규정이며 명문의 법률은 없으나 판례로서 해결하고 있다. 재판실무상으로는 재판지의 변경 등이 있다. 이것은 형사피고인이 범죄를 저지른 지역에서 재판을 받으면 그 지역의 지나친 편견과 적대감때문에 공정한 재판을 받을 수 없다는 것이다. 전 하버드(Harvard) 법대학장 어윈 · 그리스월드(Erwin Griswold)는 변호사협회 잡지(1962)에서 다음과 같이 말했다. 『법정은 무대가 아니며 변호사, 판사, 배심원과 당사자들 역시 배우가 아니다. 그리고 재판 역시 연극이 아니다. 그러므로 공중의 쾌락을 위한 것이 아닌 재판은 진실을 발견하기 위한 성스러운 목적을 가지고 있기 때문에 이 절차가 방송될 때 진실이 왜곡되지 않는다고 장담할 수 없다. 증인 중에는 놀라는 사람이 있을 것이고 혹은 위세를 부리는 자가 있을 것이며 어떤 변호사는 쇼(show)를 지나치게 할 것이다. 그리고 판사는 그들에게 수백만의 눈이 있다는 것을 의식할 것이다. 그렇다면 공정한 사법운영이 될 것인가?』 이것은 재판심리를 방송하는 것이 공정한 재판에 어떻게 영향을 미치고 있는지를 잘 표명한 글이라고 생각한다.

(4) 개인의 인격권에 의한 제한

사생활의 비밀과 자유는 인격권의 일종으로서 자유권의 성격을 갖는 것이며 원칙적으로 일신 전속적이다. 사적 사상의 공개나 인격적 징표를 훼손 또는 이용당하거나 또는 자유로운 사생활영위를 방해당함으로써 입게 되는 정신적 고통을 구제하려고 사생활의 비밀과 자유를 보호하게 되는 것이다. 우리나라헌법 제 16 조는 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를

침해받지 아니한다고 규정하여 사생활의 비밀을 보호할 것을 천명하고 있다. 그러나 우리나라에서는 여기에 대한 구체적인 입법과 판례가 결여되고 있으므로 이왕에 존재하는 명예훼손 등을 유추적용하여 사생활의 비밀을 보호하고 있는 실정이다. 이 부문이 잘 발달된 미국의 경우를 보면 입법 또는 판례로서 세워진 것으로서 주로 네 가지 경우를 들 수 있는데 ① 고독하게 있을 수 있는 권리 ② 사사로운 사실을 폭로당하지 않을 권리 ③ 공상에게 왜곡되지 않게 보일 권리 ④ 개인의 성명 또는 초상이 영리적으로 도용당하지 않을 권리 등이다. 자기의 모습이 카메라에 찍힘으로써 침해를 받게 되는 경우는 위에 든 네 번째 경우에 해당될 것으로 본다.

3. 법정내 촬영에 대한 각국의 태도

(1) 우리나라의 경우

가. 법원조직법을 보면 제 54 조 2에서 「누구든지 법정 안에서는 재판장의 허가없이 녹음·촬영·중계방송 등 행위를 하지 못한다」라고 규정하고 있고 다시 재판장의 허가기준에 관한 대법원규칙은 법정에서의 방청·촬영 등에 관한 규칙으로 그 절차와 행위의 제한을 규정하고 있다. 그 규칙의 유무에도 불구하고 법원조직법 제 54 조 이하와 형사소송법 제 281 조에서 재판장에게 법정의 질서유지를 위한 법정경찰권이 주어져 있는 이상 법정안의 모든 사람은 그 권한에 복종할 의무가 있다. 이 규칙은 1973년 2월 7일 개정·공포되었고 1982년 3월 10일부터 개정·시행된 개정규칙에 의하면 그 기준은 다음과 같다.

첫째, 허가신청서를 사전에 제출한다. 둘째, 소송당사자의 동의가 있으면 허가할 수 있다. 셋째, 공공의 이익을 위하여 상당한 때에는 동의가 없어도 허가된다. 넷째, 촬영은 개정 전에 한다. 다섯째, 구속상태에 있는 피고인은 촬영할 수 없다는 것으로 요약된다. 이와 같은 기준은 대법원당국이 근래 일반의 흥미를 끌었던 몇몇 형사사건에서 법정 내에서의 무질서한 촬영·녹음 등의 결과가 보도된 데에 자극되어 구체적인 규제 기준을 정한 것으로 보여지지만 소송당사자로부터 실지적 동의를 받는 방법, 공공의 이익의 해석문제를 비롯하여 실무상으로는 아직도 문제가 없지 않다. 그 규칙 중 「구속피고인에 대한 촬영 등 행위는 수갑 등을 들어 불구속 상태로 한 후에 한한다」는 규정은 「공판정에서는 피고인의 신체를 구속하지 못한다. 단 재판장은 피고인의 폭행 또는 도망을 방지하기 위하여 간수자를 붙일 수 있다」는 형사소송법 제 280 조에 비추어 볼 때 그 표현상 일반에게 오해를 받게 할 염려도 없지 않다.

나. 어찌되었든 법원이 이 같은 규정을 마련한 것을 계기로 보도의 자유와 재판의 공정이라는 헌법상의 2대원칙이 다같이 공존 실현될 수 있도록 적정하게 운용되기를 크게 기대한다. 이런 목적에서 대법원판사회의는 지난 2월 25일 「법정 안에서의 방청·촬영 등에 관한 규칙 중 개정규칙만」이라는 위에서 말한 내용의 대법원규칙을 의결했던 것이다.

다. 특별법상 제한을 보면 우리나라에서는 소년법과 가사심판법에서 보도금지규정을 둬으로써 특정한 경우 어느 사항을 공개치 못하도록 하고 있다. 즉 ① 소년법상의 보도금지이다. 소년법은 반사회성 있는 소년에 대하여 조정과 성행의 교정에 관한 보호처분 등을 행함으로써 소년의 건전한 육성을 기하려는 것이므로 동법에 의하여 조사 심리 중에 있는 형사사건에 대하여는 성명, 연령, 직업, 용모 등에 의하여 그가 당해 본인으로 유지할 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문지 기타 출판물에 게재 또는 방송할 수 없다(소년법 제 61 조 참조)고 규정하고 있다. 그리고 한편으로 ② 가사심판법은 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기준으로 하여 가정평화와 친족상호의 건전한 공동생활의 유지에 기여하기 위하여 이 법에 의하여 처리 중에 있는 사건에 대하여는 성명·연령·직업·용모 등에 의하여 그 본인임을 추지할 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문지 기타 출판물에 게재하거나 방송하지 못한다라고 규정했다(가사심판법 제 8 조, 46 조 참조).

(2) 일본의 경우

일본형사소송규칙 제 215 조와 민사소송규칙 제 11 조가 「법정에 있어서의 사진의 촬영·속기·녹음 또는 방송은 재판장의 허가를 얻지 아니하고는 이를 할 수 없다」고 규정하고 있다. 허가요건으로는 ① 상당성이 인정될 때 ②피고인의 이의가 없는 때 ③ 개정 전에 한하며 ④ 구속중인 피고인에 대하여는 수갑 등을 풀어 신체의 구속을 당하고 있지 아니한 상태임을 요하고, 녹음·중계방송은 절대 허락되지 않는 실정이고, 실무상으로는 ① 개정전 3 분기의 촬영 ② 조용한 소형카메라의 사용 ③ 조명기구의 금지 ④ 소수대표에 의한 취재 등이 허용되고 있는 실정이다.

(3) 영국의 경우

형사재판법 제 41 조(법원에 있어서의 사진촬영의 금지)에 의하여 법정내의 사진촬영과 공표할 의도에 의한 초상화 또는 스케치를 하는 행위와 사진·초상화·사생도 또는 복제물의 공표는 어느 누구에 대해서도 금지되고 있다. 이 규정에 위반한 자에 대하여는 약식절차에 의하여 50 파운드를 넘지 않는 액수의 벌금형에 처한다. 이 금지는 형사사건, 민사사건을 불문하고 또한 법정내는 물론 재판소의 건물주변에서의 사진촬영도 금지하고 있다. 그래서 영상의 시대에 대응하는 방법으로서 영국의 매스컴에서는 화가에 의한 상상화를 게재함으로써 만족하고 있는 상황이다.

(4) 불란서의 경우

형사소송법에 의해 개정후의 법정내 사진촬영은 전면적으로 금지되어 있다. 물론 녹음·영화촬영 등을 금지하며 이에 위반한 때에는 3 백 내지 9 만 프랑의 벌금에 처하도록 되어있다. 그래서 불란서의 신문은 법정내의모양을 스케치로 게재하는 방법을 취하고 있다.

(5) 서독의 경우

재판소구성법 제 169 조 2 항은 「공표를 목적으로 하는 방송용 녹음테이프, 촬영, 유성·무성영화 촬영금지」 조항을 두고 있다. 법정내에서의 사진촬영은 이 규정에는 없고 재판장의 법정경찰권(동법 제 176 조)에 의해 규제된다. 통상적으로는 재판관이 법정에 들어온 후 법문개시전에 한하여 사전에 피고인의 동의를 얻은 때에만 가능하다.

(6) 미국의 경우

가. 연방형사소송규칙 제 53 조(법정에 있어서의 행위의 규제)에 사법절차의 진행 중에 법정내에서의 사진촬영·방송은 허용되지 아니한다」 고 규정되어 있고 실무상으로도 법정내의 사진촬영과 법정 안으로부터의 방송은 예외 없이 금지된다. 미국은 연방법원의

경우 형사소송규칙으로 그 전면적 금지를 명하고 있으며 변호사협회의 사법윤리조항도 역시 같은 규정을 두고 있다. 각주법원도 대개의 경우 연방법원에 따르고 있다.

나. 1972년 8월 16일 미국변호사협회(ABA)에서는 형사윤리조항(Code of Judicial Conduct)를 통과시켰고, 등준칙 3조(Cannon 3)의 A항 재판상 책임(adjudicative responsibility) 7호에서는 판사는 특수한 경우에 한하여 사진 및 사진촬영기구의 설치를 인정하였다(재판소의 편의를 위하여). 그 이외에 학교에서 교육용에 준하는 경우에 한하여 그 소송절차가 끝나고 또한 항소절차가 다한 후에 사용하는 조건으로, 또한 사건당사자와 증인의 동의를 얻거나 그 촬영 등으로 인하여 소송절차의 위엄을 해하지 않는 경우에 한하여 허락할 수 있다고 하였다. 그 이외의 경우에는 법정내는 물론 그 근처에서 재판중이거나 휴정 중에는 절대로 금지된다고 규정하였다. 그러나 현재에 있어서 코로라도(Colorado) 주에서는 피고의 승낙을 받은 촬영이 허용되었고, 텍사스(Texas) 주에서는 심리판사의 재량에 달려 있고, 오클라호마(Oklahoma) 주에서도 허용하는 형편이다. 그러나 경우에 따라 다르다. 1954년이래 이 문제로 기자·변호사간의 회의가 많았으나 변호사협회 측에서는 비공개의 강경한 태도가 누그러지지 않고 있다. 1962년 텍사스 주에서 에스테스(Estes)라는 금융업자의 절도 사기 횡령사건에 있어서 에스테스의 반대에도 불구하고 재판장은 그 재판 중 일부분의 텔레비전방송을 허락했다. 이때 에스테스는 유죄판결을 받았으나 그 심리가 텔레비전 방송되어 상법절차(due process of law)에 위반됨으로써 공정한 재판이 되지 못했다고 하여 미연방대법원에 상소하였다. 그 결과 1965년에 대심원판사 클라크(Clark)는 다수의 의견을 실시하였는데 그 판시 내용은 대개 공판 관여자에게 영향을 주었으며 공판의 목적에 대하여 대중에게 그릇된 인상을 주어 법원의 존엄을 해하고, 특정피고인에게 불리한 상황아래서 재판을 받게 하였으니 이는 연방수정헌법 제 14조 위반이라 하여 텍사스주 법원판결을 파기하였다. 이렇게 판시하게 된 근거는 변호사협회조항 제 35조(Cannon 35)이었는데 이 조항은 심리가 방송되는 것을 금하는 규정이었으며, 또한 연방수정헌법 제 14조 적법절차에 관한 규정이 근거가 되었던 것이다.

4. 법정내 촬영을 제약하는 이유

(1) 미국에서는 언론의 중요성을 강조하고 미국의 알 권리를 보장하기 위하여 언론기관의 보도는 헌법상으로 보장된 특권으로 해석된다. 이러한 권리는 1964년의 뉴욕 타임즈 대 설리반(New York Times v. Sullivan)사건의 판결로서 확립된 것인데 언론기관의 보도의 자유에 대한 한계성을 설명해 주고 있다. 국민의 알 권리는 공공이익(public interest)이 있는 경우에 한하고 있다. 이것은 뉴스 가치성(newsworthiness)으로 통하는 바 이것은 언론기관이

내세운 국민의 알 권리의 대명사이기도 하다. 여기에 대항하여 개인은 개인생활의 비밀과 자유의 보호를 주장하고 서는 것이다. 여기에 공공의 이익과 개인의 이익의 비교문제가 대두된다.

(2) 법정내 촬영금지이유는 여러 가지가 있다. 첫째, 방송취재의 수단은 여러 가지가 있고 또한 언론기관도 많다. 또한 소형카메라 촬영부터 텔레비전 방송촬영 등 여러 가지가 있으므로 위에 말한 기재를 소지한 다수의 언론인이 법정을 수시로 출입한다면 법정내 질서와 분위기가 산만해져서 재판의 권위가 추락되는 것은 물론 혼란마저 가져올 염려가 있다. 둘째, 법정내에서 재판에 관여하는 당사자와 재판소는 마치 어느 연극의 배우같이 느껴져 감정적으로 경직되며 법정 밖의 관중에 대하여 신경을 쓰게 되기 때문에 허위의 사실이 판결에 개입될 가능성이 크므로 진실발견을 위한 재판에 막대한 지장을 가져오며 특히 배심제도를 취하고 있는 영미법계에 있어서는 이 배심원 등이 일반사회인이므로 특히 매스·미디어에 대한 신경을 더 쓰게 될 것이다. 그러므로 공정한 재판을 기하기가 어렵게 되며, 뿐만 아니라 사법의 위신추락과 개인의 범익침해는 대단히 크리라고 본다. 셋째, 민사소송이든 형사소송이든 당사자가 되는 원고와 피고들의 사진이 신문이나 잡지 또는 텔레비전에 나타날 때 그로 인해 받는 개인의 충격은 클 수 있다. 즉 개인의 사생활의 비밀이 폭로됨으로써 받는 손해가 크고, 또 한편으로 이와 같은 사진이 상업적으로 이용되지 않는다고 단정할 수도 없다. 그래서 이러한 것을 프라이버시의 침해라고 한다.

(3) 위에서 말한 세 가지 사실은 법정내 촬영을 반대하든 근거가 되는 이유들이며 그 이유들의 중요도는 때에 따라서 다르다. 법정내 촬영이 법정질서와 별관계가 없다면 문제는 공정한 재판과 개인의 인격권 문제가 남고 공정한 재판과 별관계가 없다면 개인의 인격권의 일부인 초상권의 문제만이 남을 것이다. 초상권은 개인전속권이므로 포기할 수도 있겠으나 공정한 재판의 권리는 마음대로 포기할 수도 없는 것이라고 생각된다. 따라서 법정내 촬영의 문제는 법관의 권리와 개인의 권리의 복합체에 관한 것이므로 이 양방이 동의해야 할 것으로 본다. 그러나 근본적으로는 당사자가 동의한다면 그 공정한 재판을 받을 권리를 포기하고 또한 개인의 인격권의 포기가 될 것이다. 이때 남는 것은 재판의 권한이다. 즉 법정내 질서 유지권과 공정한 재판을 위한 권한인 것이다. 그렇다면 판사는 법정내 촬영을 동의함으로써 그 권리를 포기하는 것이다. 따라서 법정내 촬영은 판사가 단독으로 허가할 수도 없는 것이고 소송당사자의 동의가 있어야 된다는 것은 문제를 명확히 파악하고 있는 것이다.

5. 초상권의 의미와 각국의 입법례

초상권이란 어떠한 뜻을 가진 권리인가를 분석해 보고 이러한 권리는 어떻게 보호되고 있는지 주요국가의 입법례를 살펴보려 한다.

(1) 초상권의 성격

사람의 초상에 대하여 그 본인이 갖는 이익을 초상권이라 부르는데 이것은 자기가 창작한 저작물에 대하여 갖는 이익인 저작권과 비슷한 권리인 것이다. 저작권에 인격적 성질과 재산권적 성질이 있는 것과 같이 초상에도 이 두 가지 성질이 있다. 초상권은 함부로 사진이 공개되거나 상품의 광고 등에 사용됨으로써 그 본인이 받는 감정상의 침해 등 인격적 이익으로서의 성격이 있는 한편 어느 정도 금전과 교환하여 초상을 사용케 할 수 있는 재산권적인 성격도 있다. 저작권이 인쇄술의 발명 이후 강조된 권리인 것처럼 초상권은 19 세기의 사진기술의 발명 이후 강조되고 발전된 권리인 것이다. 초상의 무단촬영이나 초상의 무단이용은 인격권이나 프라이버시 측면에서 또는 재산권의 측면에서 고찰되고 있다. 따라서 초상권은 ① 초상촬영거부권 ② 초상이용거부권 ③ 초상의 상업적 이용거부권 등으로 구분된다. 위에 말한 ①과 ②의 권리는 대륙법계에서는 인격권이라 부르고 미국법계에서는 프라이버시권이라 부른다. 그리고 ③의 권리는 어느 나라에서나 재산권으로 통하며 미국에서는 이를 퍼블리시티권(right of publicity)으로 불리운다. 영화배우·텔레비전 탤런트, 기타 인기직업을 가진 사람들의 초상권은 인격권이나 프라이버시권으로서 보다 재산권적인 측면이 강하게 나타난다. 따라서 인격권과 재산권의 두 개의 속성을 가진 초상권은 사람에 따라 강조되는 측면이 다르다는 것을 볼 수 있다. 이 초상권의 침해는 저작권법에 규정된 경우는 이 법의 침해인 것이나 일반적으로 타인의 권리를 불법으로 침해한 것으로 보고 민사상의 불법행위(torts)로 논하게 되는 것이다. 이것이 인격권의 침해이나 프라이버시의 침해이나의 구별문제는 나라에 따라 다른 것이며 우리나라에서는 명예훼손이라 불리워지는 외에 특별히 정하여진 명칭은 없는 것으로 생각된다.

(2) 각 나라의 입법례

주요한 나라에서 이 초상권을 어떻게 규정하고 있는지를 살펴보려 한다.

가. 독일의 경우

독일에서는 베를린의 항소원 판사 케이스너(Keyssner)가 초상권(Das Recht am eignen Bilde)을 1896년에 저술했다. 그 내용은, 사람은 자기의 모습의 주인공으로서 타인이 이를 촬영하거나 이것을 공개하는 것을 거부할 권리를 갖는다 라고 주장한 것이다. 오래된 법률로서는 불법복제에 대한 사진의 보호에 관한 법률(1876년)과 미술적 저작물의 저작권에 관한 법률(1876년) 등이 있으나 이 법률들도 초상권 존재의 근거라고 볼 수는 없다. 현재에는 1966년부터 시행되는 저작권과 인접보호권에 관한 법률로서 통일하여 초상권을 보호하고 있으나 초상권보호에 만전을 기하였다고 볼 수 없다. 이런 법률 이외에 명예권의 침해로서 형사 또는 민사상의 책임을 묻고 있으나 역시 보호 못하는 부분이 있다. 케이스너는 판례에 의하여 초상권이 성립되었다 하고 가레이스(Gareis) 교수 등은 관습에 의하여 초상권이 성립되었다고 주장한다. 초상권은 여러 가지 방법에 의하여 보호되고 있음을 알 수 있다.

나. 불란서의 경우

초상권의 보호에 관하여 민법에도 저작권법에도 명문의 규정은 없다. 다만 불민법 제 1382 조 이하의 불법행위규정에 의하여 판례법으로 초상권이 성립되었다. 1970년 7월 17일의 법률 제 643 호로서 「사적 생활을 존중할 권리」가 새로운 조문으로 민법에 삽입됨으로써 종전의 프라이버시개념이 입법화되어 감을 볼 수 있다.

다. 영국의 경우

1961년 프라이버시법안이 맨크로후트경에 의하여 상원에 제안되었으나 결국 폐안되고 말았다. 1911년 저작권법이 제정되었고 동법은 1956년에 개정되어 초상권에 관한 규정이 있다. 그러나 원칙적으로 판례로서 초상권이 보호되며 1849년의 프린스·알버트 대 스트레인지어 사건 이후 초상권에 관한 판례는 많다.

라. 미국의 경우

워렌(Warren)과 브랜다이스(Brandeis) 두 변호사는 1890년 하버드(Harvard)대학의 법률지(Law Review)에 프라이버시권을 게재하여 프라이버시가 대세적인 권리로서 인정받게 되었다. 초상권은 이 프라이버시권의 일종으로서 인정되었고 특히 초상이 상업적으로 이용될 때에는 퍼블리시티권으로서 불리워지고 재산권화하는 것이다. 1939년의 파라마운트 영화회사 대 리-다-프레스 사건은 유명하며 이후 유명한 판례들이 많이 나왔다. 한편 1978년 1월 1일부터 시행되는 개정된 저작권법은 초상이 포함된 저작물에 대하여 적용되었다.

마. 일본의 경우

대륙법계의 독일 및 불란서 제도는 초상권을 인격권의 일종으로 소개되어 있고 영미법계의 영국과 미국의 제도는 프라이버시권으로서 소개되었다. 초상권은 민법 제 709조 이상의 불법행위이론으로서 처리되며 일부는 저작권법에 의하여 보호되고 있다. 민사사건으로서는 1954년 동경온천사건이 초상권의 문제를 다루었고 형사사건으로서는 1953년 김택데모 취재방해사건에서 초상권의 문제를 다루었으며 민사 형사사건으로서 많은 판례가 있다.

(3) 초상권의 변천

저작권은 새로운 아이디어의 보호를 위하여 특히 책으로 쓰여진 아이디어를 하나의 권리로 본 것이다. 본인의 승낙 하에 촬영된 사진이라도 예술적인 가치가 있거나 혹은 특별한

아이디어가 있는 사진은 저작권의 일종으로서 보호를 받게 된 것이다. 이러한 저작권은 인쇄술의 발달과 더불어 강화되고 아울러 사진에 대한 가치성도 강화되었다. 이러한 내용은 각국의 사정에 따라 다르며 그 보호의 태도도 다르다고 할 수 있다. 그러나 이러한 보호는 초상권의 일부에 대한 보호에 그치고 있다. 그러나 초상권의 문제는 프라이버시권리를 떠나서는 충분히 고려될 수 없는 것이다. 프라이버시권은 사생활의 비밀과 자유를 보호법적으로 하는 권리이다. 따라서 개인의 초상을 함부로 촬영하여 공개하는 것은 사생활의 비밀을 침해하는 것으로서 프라이버시권의 침해로 된다. 프라이버시권리의 내용도 여러 가지가 있으나 여기에서는 특히 초상에 관한 부분만을 고찰할 것이나 한 마디로 말하면 나라마다 초상권의 보호는 정도의 차이가 있음을 먼저 인정해두기로 한다. 그러나 한가지 말할 수 있는 것은 프라이버시권이 강조되면 될수록 초상권의 보호도 강화된다는 점이다. 원래 프라이버시권리는 19세기 말엽에 미국에서 강조되자 지금껏 숨겨져 있던 것을 발견이나 한 것처럼 각 나라에서 발굴하기 시작하였다. 우선 사생활의 비밀과 자유를 보장한다는 취지의 입법이 있었으나 초상권만을 지적하여 보호한다는 입법례는 거의 없다. 초상권은 어디까지나 프라이버시권적 일종으로서 보호하겠다는 취지인 것 같다. 그러나 사진기재와 촬영기술의 발달은 프라이버시권 중에서도 초상권의 문제를 심각하게 제시하고 있다. 옛날에 비하여 현대는 노출의 시대이고 보니 망원렌즈가 달린 카메라로 남의 집안 속의 노출된 인물을 촬영할 수 있고, 또한 일반 대중과는 일반적으로 격리된 생활을 하고 있는 왕실의 사생활까지 사진으로 촬영하여 공표하려는 경향이고 보니 프라이버시 문제와 초상권문제는 더욱 보호되어야 한다는 요구가 강하게 나타나고 있다. 근자에 와서 영국왕실의 皇太子妃의 해수욕복 차림의 사진이 신문에 게재됨으로써 국제적인 말썽이 있었던 사실이 있다. 이것도 그와 같은 요구의 한 단면이라고 본다. 아직까지 초상권만을 목적으로 하는 특별법을 제정한 나라는 없다. 현재로서는 판례에 의하여 초상권을 보호하고 있는 실정이나 앞으로 초상권은 프라이버시권과 아울러 점차 더욱 강조되는 경향에 있는 것만은 틀림없다.

6. 법정내 촬영과 초상권과의 관계

(1) 인간의 존엄성의 보장은 개인의 인격권을 존중함으로써 이루어지고 개인의 인격권인 명예와 프라이버시를 보호함으로써 이루어진다. 초상권은 프라이버시에 속하는 것이므로 프라이버시의 보호는 초상권의 보호도 되는 것이다. 프라이버시의 보호에 관한 규정은 각 국가마다 다르다고 볼 수 있다. 우리나라에서는 헌법에서 사생활의 비밀과 자유를 보호하는 규정을 두었다. 외국의 경우 이집트, 스페인, 터키, 포르투갈 등 많은 국가가 헌법상에 사생활의 보호를 규정하고 있으나 선진국가라도 헌법상에 이런 규정이 없는 나라가 많다. 미국의 경우도 그렇다. 그러나 실제에 있어서는 헌법상의 규정이 없어도 판례법으로써 잘

보호되고 있다. 프라이버시 침해에 대하여 불법행위로서 배상을 시키는 물론 형사죄로 임하는 경우도 많다. 우리나라의 경우에는 프라이버시 보호에 관한 특별법은 없으나 다양한 법률로서 보호하고 있다. 즉 비밀침해죄, 주거침입죄, 경범죄 처벌법 등이 있다.

프라이버시의 침해는 일반적으로 주거에의 무단침입, 전화의 도청, 초상의 무단촬영, 개인생활의 공표, 사진의 무단공표, 오해를 자아내는 표현·성명·초상 등의 영리적 사용 등이 될 것이다. 프라이버시는 명예훼손의 경우와 달라서 진실(truth)의 증명이 면책사유가 되지 않는다. 즉 진실을 공표하여도 프라이버시의 침해에는 변함이 없다. 프라이버시의 권리는 본인에 전속적인 것으로서 본인의 사망과 더불어 소멸된다. 그러나 생전에 하나의 재산권으로 독립시킨 경우는 본인이 사망하여도 하나의 재산권으로서 양도가 가능하다. 일반적으로 명성있는 자(celebrity)의 성명 및 초상권 등이 그것이다. 명사의 성명과 초상권은 하나의 재산으로 취급되기 때문에 다소 독특한 취급을 받는다. 그러나 평범한 자의 성명이나 초상을 상업적으로 이용한 경우도 프라이버시 침해로 다루고 있는 데는 마찬가지이다.

(2) 프라이버시 권리 중 초상권의 보호의 도수는 프라이버시가 얼마나 보호되고 있느냐에 따라 달라질 것이다. 그러나 일반적으로 문화의 발달과 더불어 사생활의 비밀과 자유의 보호가 크게 강조됨에 따라 아울러서 초상권의 보호의 소리도 높아진 것이다.

(3) 문제는 법정내에서 재판에 관여하고 있는 사람의 초상을 함부로 촬영해도 좋으냐의 문제이다. 이점에 대하여는 위에서 언급한 바 있으나 당사자의 동의를 얻어야 될 것으로 본다. 왜냐하면 그것은 프라이버시의 침해이기 때문이다. 그러나 이때 문제가 되는 것은 보도의 자유와 인격권의 대립인 것이다. 국민의 알 권리를 앞세우는 보도의 자유와 사생활의 비밀과 자유의 보호라는 제약의 대결인 것이다. 이때 공공의 이익을 내세우는 언론의 앞에서는 개인의 이익은 침해 당하기 마련이다. 이때에는 언론의 자제성이 요구된다. 특히 법정내에서의 촬영은 재판장의 공정한 판결이란 공익의 보호를 내세워 보도의 자유를 제한시킬 수 있는 것이다. 그래서 당사자의 동의와 재판장의 허가라는 두 요건은 필요적 요소라고 생각된다. 나라에 따라 법정내의 촬영금지 태도가 다른 것은 위에서 보았다. 여하튼 금지의 뒤에는 공정한 재판과 프라이버시의 보호라는 두 요소가 크게 작용하고 있음을 알아야 되며 두 가지 요소 중 어느 요소에 중점이 있느냐는 각국의 사정에 따라 다른 것이라 생각된다.

7. 결론

재판공개 문제, 특히 법정내 촬영의 문제와 보도자유와 한계 문제는 ① 국민의 알 권리와 언론기관의 특권문제 ② 판사의 법정내 질서 유지권과 공정한 재판 ③ 소송당사자의 공정한 재판을 받을 권리와 인격권이 복합된 문제이므로 일률적으로 판정해서 말할 수 없는 것이다. 이 문제의 해결은 국내사정을 달리하는 각 국가에 따라 바르고 진행중인 소송의 성격과 담당 판사 및 당사자에 따라 달라질 것이다. 이와 같은 많은 요인의 복합적 소산이므로 각 사례에 따라서 결정되어야 할 사안이라고 생각한다. 문화의 발달은 ① 국민의 알 권리의 강화 ② 개인의 인격권의 강조 ③ 사법권의 권위와 공정한 재판문제를 중시하기에 이른 것이다. 특히 법정내 촬영의 문제는 두 개의 주체의 태도에 좌우되는 것이다. 하나는 재판부의 태도이며 또 하나는 당사자의 태도인 것이다. 재판부의 태도를 들고 나오는 것은 장소가 법정이라는 것과 사건이 심리 중이라는 데 의의가 있는 것이고, 당사자의 태도를 들고 나오는 것은 공정한 재판을 받을 권리와 당사자의 프라이버시권 특히 초상권과 관계되기 때문이다. 어떤 사건의 심리과정중의 일부가 현장검증의 경우와 같이 법정 밖에서 이루어졌고 하여도 역시 재판부의 권한과 당사자의 권한은 이때에 도 함부로 침해될 수는 없는 것이다. 그러므로 재판심리의 장소가 법정내이든 법정외이든 (약간의 차이는 있을지 몰라도) 재판부의 권한과 당사자의 권한은 공개를 바라는 자가 언론기관이든 일반시민이든 간에 이들에 의하여 침해될 수 없는 것이다. 다만 권한을 가진 자의 동의, 즉 권리의 포기에 달려 있으며 이러한 것이 전제될 때에 비로소 심리중의 광경이 촬영될 수 있다고 보겠다. 이러한 권리의 포기는 어느 하나의 주체에 의해서도 아니되며 재판부와 당사자가 동시에 동의함으로써 이루어지는 것이다. 국민의 알 권리를 대표하는 언론기관에서는 이러한 해석이 국민의 알 권리를 제한하는 것이 아니냐 하고 비판할지 몰라도 권리의 행사는 권리를 가진 자의 태도에 달려있는 것이다. 그러나 이 문제는 다른 측면에서 고찰할 때 국민의 알 권리와 재판부의 권한, 개인의 프라이버시 중 초상권의 대결로 집약되며 이들 권리가 상호간에 어느 선에서 타협되느냐로 귀착된다. 각 나라마다 위에 말한 권리를 보호하는 태도가 다르기 때문에 그 허용도에 있어서 차이가 생기므로 법정내 촬영의 문제는 이러한 측면에서 동적으로 해석해야 될 것이다. 즉 ① 재판부의 권리의 보호태도 ② 개인의 초상권의 보호태도 ③ 언론기관의 보도 자유권의 보장태도에 달려있는 것이다. 이 3개의 요소가 어떻게 조화되느냐에 달려있는 것이다. 이때 재판부가 허가하면 문제는 개인의 초상권과 국민의 알 권리의 대결만이 남게 된다.

- 서울대학교 법과대학(법학석사), 중앙대학교(법학석사), 캘리포니아 대학교(국제정치학석사)

- 웨스턴 주립대학 법대, J · B 법무부 검사 역임

- 「매스컴과 프라이버시」 「언론관계법 개설」 외 다수

- 현재 변호사