

후면촬영사진이 초상권을 침해

연방대법원 판결 1979. 6. 26

민사 6 부 108/78

민법(BGB) 제 812, 823 조: 예술저작권법(KUG) 제 22 조

a) KUG 제 22 조에 있어서의 초상의 의미는 원칙적으로 모사물의 공표로 인해서 관찰자가 피모사자를 곧바로 식별할 수 있느냐에 달린 것은 아니다.

뒤를 보여주는 사진일지라도 KUG 제 22 조에 있어서의 초상이 될 수 있다.

b) 초상권의 불법침해에 대한 부당이득의 원칙에 따라 피해자에게 귀속되는 보상에 대하여는, 침해에 관련된 다수의 관련자들은 연대채무자로서가 아니라, 그들 각자의 부당이득에 대하여 책임을 져야한다.

(사실개요)

원고는 피고들을 상대로 본인의 동의 없이 제 1 피고 의 컬러텔레비전 광고에 자신이 모사된 점에 대해 보상을 청구하고 있다. 본 광고의 대부분의 화면은 골키퍼인 원고를 뒤에서 골대의 그물을 통하여 보여주는 컬러사진이 차지하고 있다. 이 사진의 하단에는 텔레비전의 스크린에 본사진이 축소되어 재현된 제 1 피고의 텔레비전수상기가 모사되어있다.

이 사진은 원고가 1974 년 등록선수로 소속하고 있었으며, 당시 남부 2 부 리그의 선수권을 획득했던 다름 스타트 98 스포츠 클럽의 한 경기를 사진사 H 가 찍었던 것이었다. 제 1 피고인 사진대리점은 상업적인 목적을 위해 그 사진사로부터 사진을 입수했다. 이 사진사는 대리점과 전체 협정에서 그가 준사진이 제 3 자의 권리와 무관하다는 것을 대리점에게 보증하였다. 그러나 실제로 있어서는 원고는 그 사진에 대해 알지 못했다. 633 마르크의 보수를 받고 제 2 피고(사진사)는 제 1 피고(대리점)가 광고제작을 위임한 광고대리점에 사진을 이용하도록 하였다. 광고대리점은 본광고를 잡지 「Stern」, 「Hörzu」, 「Spiegel」, 「Zeit-magazin」와 「Schönerwohnen」에 공표했다.

지방법원은 소송이 이유있는 것으로 받아들였다. 피고들의 항소는 기각되었다. (허가된)상고에서 계속하여 피고는 소각하를 구하였다. 원고는 상고심에서 변호사를 선임하지 않았다. 그래서 피고는 권석판결을 선고할 것을 청구했다. 그런데 대법원은 상고를 기각하면서, 피고의 부담으로 된 소송비용의 부분에 관하여 상고법의 판결을 파기하였다.

이러한 범위에서 계속적인 심리와 결정을 위하여, 위 판결은 항소법원에 환송되었다.

(판결이유)

항소법원은 원고가 그의 동의 없이 광고목적을 위해 모사물이 이용된 점에 관해 불법행위원칙(Delitsgrundsätzen)에 따라서 손해배상을 청구할 수 있는지의 여부에 대해 그

견해를 밝히지 않았다(민법 제 823 조). 그러나 항소법원은, 초상권이 위법하게 침해된 경우에 피해자는 그 피해로 얻어진 금전적인 이득에 대하여 민법 제 812 조에 의해 부당이득반환청구권을 가진다고 하는 판례의 이론에 따라서, 불법행위원칙을 따질 것도 없이 본건소가 이유 있다고 하는 견해를 취하였다.

이에 덧붙여서 다음과 같이 설명하고 있다.

1907 년 1 월 9 일에 제정된 조형예술과 사진작품에 관한 저작권법 제 22 조는 본 사건에서 문제가 된 것과 같은 모사물의 허가 받지 않은 공표로부터 원고를 보호하고 있다. 원고는 그의 스포츠클럽 팀을 아는 사람이면 어렵지 않게 인식될 수 있다. 이러한 사정에 비추어 보면, 위 광고에서의 재현이 KUG 제 22 조에서 말하는 초상의 성격을 가지고 있다고 인정하기에 충분한 것이다. 피고가 원고 자신을 적시하려고 하지 않았더라도 원고의 보호는 그러한(원고를 적시하려는) 목적과는 무관한 것이다. 예외적으로 피모사자의 동의 없이 제작된 초상의 공표를 허용하는 KUG 제 23 조의 규정을 피고에게 원용할 수 없다. 그리하여 원고는 피고에게 부당이득의 원칙에 따라 피고가 위 침해로 인하여 얻은, 즉 원고의 초상공표로 인하여 피고가 얻은 이득을 청구할 수 있다. 피고가 사실내용을 충분히 제식하여 공표를 중지하였다고 하더라도 마찬가지이다.

이러한 손해액으로서 청구된 3,050 마르크의 금액은 적절한 것이다. 피고들은 위 공표에 대해 서로 협력하고 있었기 때문에, 피고들은 상기 금액에 대하여 연대채무자로서 책임이 있는 것이다.

I

민사소송법 제 557 조에 의거, 제 1 심의 결석재판규정은 상고심에서도 유추하여 적용할 수 있다. 그러므로 상고심에서 피고가 결석할 경우 일체 상고는 합법적이지만, 상고 제기된 판결의 위법여부가 심리되어야만 한다. 이것이 시인 되면 비로소 상고가 결석재판을 통하여 판시 될 수 있는 것이다.(BGHZ 37,79,83)

제 2 피고에 대한 판결은 본 심리에 의하면 변할 수 없다. 그런 점에서 본 소송은 결석재판을 통하여 항소법원에 환송되어야 했었다. 이에 반해, 제 1 피고의 상고는 인용되지 않는다. 그것은 본안 판결을 통하여 선고되어졌다.

1. 우선 양 피고들이 광고목적을 위해 (원고의) 사진을 사용함으로써 원고의 초상권을 침해했다는 점은 항소법원의 견해에 동의하지 않을 수 없다.

a) 비록 사진이 후면에서 그를 보여주고 있지만, 광고가 KUG 제 22 조에 해당하는 초상이라는 항소법원의 견해에 반하는 피고의 주장은 받아들여지지 않는다. 그러나, 확립된 판례에 의하면 초상의 의미는 모사된 인물을 인지할 수 있음을 전제로 한다(연방대법원민사판례 26,349,351 : 1974. 6. 2 일 대법원 판결-민사 5 부 121/73=NJW 1974, 1947, 1948 m. w. Na-chw.). 그럴 경우 얼굴윤곽 모사는 필요치 않다. 피모사자의 얼굴이 (어딘가의 수정으로 인하여) 전혀 인지 불가능하다 하더라도 사진에서 나타남과 동시에 그 자신의 사유한 특징으로 인지 가능하거나 부가된 사진설명으로 인해서

(연방대법원 판결 1965. 6. 9-민사 1b 126/63 =NJW 1965, 2148(놀이동무 I)) 또는 과거의 공표와 관련되어 본인임을 인지 가능케 하면(함브르크고법, 1971. 9. 9 일 판결:슬쎄 고법민사 판례 113) 흡족한 것이다. 피모사자가 모사된 것과 동일시 될 수 있다는 상당한 근거를 가지고 있다면 초상권은 이미 침해된 것이다 [G-amm의 출판법입문 Rdz.104:Neumann Dues-berg in:슬쎄 고등법원민사판례 102,113,141;Hsbmann, 저작권 및 출판법,2 판,252pUlmer,저작권 및 출판법,2(책보기 152)액.40P;Schulze,출판법주해§22 KSchG Anm.1;참조, 또한 연방대법원, 1961. 11. 10 판결-민사 1 부 78/60=LM KUG §23Nr 5=GRUR 1962,211("결혼사진");대법원 판결 1971. 6. 1-민사 5 부 95/70=NJW 1971. 698,700(파리의 사랑")]. 피상적인 관찰자가 피모사자를 사진에서 인지 가능할 수 있어야 하는 것은 아니고, 단지 다소간 넓은 인지자 범위가 인지가능하면 족하다. KUG 제 22 조의 목적이 확실히 모사물 형태가 그들의 의사에 반하여 바른 사람들을 위해 마음대로 사용되는 것으로부터 인격을 보호하는 것이 중요한 것이다. 공표를 할 때 인격권의 고유범위와 익명의 필요성이 존중되어야 한다는 요구의 특단한 정도는 본 규정의 보호하에 그러한 사건형식을 포함할 것을 요구한다.

파이롯트의 머리가 1mm 도 채 못 되는 점으로 나타나는 곡예 비행의 모사에서, 비행기의 특징을 잘 알고 있는 사람이 그 비행기의 파이롯트를 추지할 수 있는 경우에 초상권침해의 요건이 충족된다는 뉘른베르그 고법의 인용에 의구심이 생기는 하지만, 본건에서는 그 점에 대해 더 이상 검토할 필요가 없다.

어쨌든 본건에 있어서는 초상에 관한 요건이 항소법원의 견해에 의하면 충분히 충족되었다. 상술한 견해에 의하면 원고는(그가 속해 있는) 축구팀을 아는 사람들에게는 특히 체격이나 자세, 머리카락에 의해서 쉽게 인지될 수 있었다. KUC 제 22 조의 의미에 있어서의 초상의 특성을 긍정하기에 충분한 것이었다. 상고인이 생각하듯 2 류 리그팀의 골키퍼인 원고 자신의 유명도 인지를 환가하는 데에 항소법원이 지장을 받고있는지의 여부는 별개의 문제가 될 수 있다. 이러한 사정을 항소법원은 명확히 부가적인 동기로서 강조했다. 이의 제기된 판결은 명백히 이러한 사정에 근거하는 것은 아니다.

b) 본건 사진이 원고를 적시하는 것인지 (그 밖의) 다른 사람을 적시하는지의 여부가 피고들에게는 동일한 가치를 지녔을 것이라는 사실에 대해 항소법원은 KUC 제 22 조를 정당하게 적용하였다.

제국재판소는 어떤 영화배우가 그가 공연한 역에서 모사된 사건에서 그 모사물의 초상권을 인용하지 않았다. 왜냐하면 이것은 관람자들에게 배우라는 인물을 그 인물의 생활을 기록하여 표현한 것이 아니고 영화상의 행동을 재현시킨 것이기 때문이라고 하였다(제국재판소민사부 103,319,320). 연방대법원 민사부의 1960 년 11 월 7 일의 판결은 어쨌든 「단순한 개인으로서」 적시된 것이 아니고 본 배우가 관계된 모사가 그의 역할중의 「가면」 뒤를 적시하는 것 이라면, KUG 제 22 조의 제한은 고려 될 수 없다는 점을 명백히 했다. [1960-민사 1 부 87/59=NJW 1961,558("Scholermann 가족")], 그와 같은 사안은 본건과는 관계가 없다. 원고는 「생생하게」 모사되었다. 당사자의 동의를 구하지 않고 그와 같은 모사를 공표하는 것이 허용될 것이냐의 여부문제에 있어서는 원고의 모사를 인지가능케 하여 사생활권을 침해하였느냐의 여부가 결정적인 기준이 된다. KUG 제 22 조에

의하면, 어떤 목적에서든지 사진의 공표로 인해 침해되는 사생활권은 보호 받게 되어 있다(역시 G-amm의 상술한 문구에 있어서 입문 Rdz. 104m.w. Nachw; Neumann-Duesberg in; Schulze 고법민사판례 141). 본 규정은 목적이나 문구나 관련사항으로 초상보호의 상대성을 인용하지 아니한다. 1965년 6월 9일 연방대법원 민사 1부의 판결이 제국재판소의 해석으로 되돌아가야 한다고 주장할 수 없다.

c) 본 모사가 원고의 사생활을 공표한 것도 아니며 그의 공적이고 직업적인 활동을 침해한 것도 아니기 때문에, 그는 초상의 공표로 인하여 그의 인격권을 침해당하지 않았다는 상고인의 진술은 받아들여지지 않는다. 원고가 일반적인 인격권(민법 823조)의 침해로 인해서 손해배상 특히 위적료를 청구한다면 그 불이익에 대한 보호는 문제가 될 것이다. 그러나 그는 초상권에 관한 특수규정의 근거하에 피고가 본인의 동의 없이 공표하였다는 점에 대해 보상을 구하였다(참조 연방대법원 20,345,353). 이 청구는 피모사자가 그 사진에 대한 공표로 인해서 초래될지도 모르는 결과를 우려하지 않더라도 성립된다. KUG 제 22조는 이 규정의 적용영역에 인격의 임의 처벌 불가성을 확실히 했다. 당사자는 스스로 초상공표를 명시하는 방법 혹은 그 여부를 결정할 수 있다. 피고는 동의 받지 않은 공표를 함으로써 이 규정을 위반한 것이다.

또한 피고들은 원고가 축구선수로서 어차피 공공의 관심 속에 있다는 주장을 펼 수 없다. 원고는 그런 이유에서 그의 사생활을 고려해 달라는 청구를 전혀 하지 않았다.

d) 물론 초상공표에 대한 공공의 이익은 피모사자의 자결권에 우선할 수도 있다. 이 예외적 법률규정은 KUG 제 22조 1항에 최종적으로 규정되어 있다. 이 예외규정들은 본 사건과는 관련이 없다.

상고인은 원고가 단지 「익명의 축구선수」로서 모사되고 그런 이유에서 그의 인격은 그 모사의 제 2의적인 부속물로 되었다는 것으로 KUG 제 23조 1항 2의 적용을 정당화하려고 한다. 그 규정은 우선 나머지 화면이 실시하는 바와의 관계나 화면의 전체적 인상에서의 피모사물의 위치를 목적으로 한 것이지 인식 가능성의 정도를 목적으로 한 것은 아니다. 본 사건과 같이 사람이 사진을 가득 메우고 있는 경우엔 이런 의미에서의 부속물에 대하여는 원칙적으로 어떤 다툼이 있을 수 없다. KUG 제 23조 1항의 다른 예외적 법률요건에 의하여도 상고인은 원고의 동의 없이 사진을 공표할 수 있는 권리를 끌어낼 수는 없다. 유명 축구선수는 KUG 제 23조 1항 1에서 규정한 바대로 그 시대의 인물이 될 수 있다. 그러나 초상을 본건과 같이 하나의 상품으로써 광고에 이용하는 사람은 이 규정을 근거 삼을 수 없다. 이것은 초상으로서, 독점적으로 그 사람의 이익에 대응하여 영업상의 이익을 관철하도록 도와주는 것은 본 법규의 의미에 해당하지 않는다. (BGHZ 49,288; Senatsurteil 19792.6-민사 5부 46/77=eRUR 1979,425 ;st. Rspr.) 초상이 텔레비전 수상기에서 전광석화처럼 제시되었기 때문에, 원고의 초상이 광고목적을 위해 결정적이지는 않다고 하더라도, 그는 그의 의사에 반해서 이러한 방법으로 광고에 사용될 수는 없는 것이다. 그러나 이것은 그와 같은 행위에 대한 보수의 지불시에 이익을 내세울 것이 없었더라면 해당되지 않는다(BGHZ 49,288.293ff; 1979. 2. 6. 의 최고심관부판결=aaO). 결정을 위한 동기의 선택에서 자유롭다는 것은 자결의 본질에 속한다.

그러한 이유에서 1979년 2월 6일 대법원판결에 있어서 미해결로 남아있던 어떤 스포츠의 전형적인 것을 나타내면서 그에 필히 사람을 나타내어야하는 초상공표에 있어서 KUG 제 23조 1장 3이 적용될 수 있는지의 문제는 본 사건에서는 결정을 필요로 하지 않는다. 상품이나 영업상의 급부를 위한 광고에 동의 없이 피모사자를 사용하는것만이 본 사건에서와 같이 문제시되는 경우에는, 그와 같은 해석을 정당화 시킬 수 있는 보호가치있는 공공의 이익이 문제로 될 수 없는 것이다.

2. 항소법원이 피고들의 협력하에 동의치 아니한 초상을 공표하고 유포한 점에서 원고의 초상권을 피고들이 침해했다는 사실을 이유있는 것으로 인용한다면, 피고들의 과실은 문제가 되지 않는 부당이득반환이 여기에서 원고에게 주어진 것이다. 원고의 출손하에 취득한 모든 것을 피고들은 원고에게 민법 제 812조에 의해 모두 지불해야 한다. 그와 같은 경우에 있어서 상술한 부당이득의 액수는 원고의 동의를 얻을 때 지불해야 했던 액수를 피고가 지불하지 않았기 때문에 얻을 수 있었던 액수에 해당된다. 그가 사진에 대해 저작권을 가지지 않았으며 아마도 기타의 용도로 사용할 수 없었으리라는 사실과는 아무런 관계가 없다. 결정적인 것은 초상으로 인하여 사실상 금전상의 이익이 발생하였고 거래관행에 의한다면, 원고에게 보수를 지급하지 않고서는 이러한 공표가 행해질 수 없었을 것이라는 사실이다. (BCHZ 20,345,354)

만약 원고가 스테른지에 첫 광고를 게재한 이후에 제 1 피고에 대해서 연속적 공표를 거부한 후에 원고가 얻을 수 있었던 모든 보수의 지불을 청구하였다 하더라도, 원고의 이러한 행동에 아무런 모순은 없는 것이다. 원고가 원칙적으로 그의 초상을 광고에 이용하는 것을 거부한다는 사실을 인식시켰을 경우에는 원고의 행동에 모순이 있었다고 할 수 있을 것이며, 그에게 상당한 보수가 지불되었을 경우에도 마찬가지이다. 원심에서 증거조사에 근거하여 민사소송법 제 287조의 적용하에 3,050 마르크로 산정한 인가료의 산정에 불복하는 상고는 받아들여지지 않았다. 이런 경우 인가료는 발행부수가 많은 잡지라면 3,050 마르크의 최소보수에서 시작된다. 항소법정이 본건에서 좀 더 낮은 금액을 산정한 것은, 그것은 상고인이 간파한 것으로 비난하는 상황(뒷면에서 찍은 원고의 묘사 : 광고한 텔레비전 수상기와 그의 인격은 아무간 관계가 없음)을 고려한 것이다.

II

1. 전술한 바에 의하면 제 1 피고는 정당한 판결을 받았다. 왜냐하면 그가 사용한 광고의 결과로 얻었던 금전상의 이익이 원고의 출손하에 얻을 수 있었던 보수액 정도에서 얻어졌기 때문이다. 원고가 만약 미리 피고에게 보수를 요구하였더라면, 피고가 그의 광고에 보수를 지불할 필요가 없는 광고를 사용하였을 것이라는 점을 주장할 수 없다. 이러한 점에서 그는 자신이 만든 모순된 논리에 스스로 빠진 셈이 된다(BGHZ 20, 345,355; Heimann-Troisen RGRK-BGB, 12(책보기 155), Sq12Rdz,13). 그는 원고의 출손하에 이러한 방식의 광고를 한 나머지 보수의 비용을 절약했던 것이다.

2. 그에 반하여 원고는(제 1 피고에 덧붙여) 제 2 피고로부터 부당이득의 관점에서 보수절약에 대한 보상을 요구할 수 없다.

a) 항소법원의 견해에 반하여 하나의 손해에 대해 수인이 연대하여 배상할 책임이 있는 불법행위법의 원칙은 부당이득법분야에 전용될 수 없다. 법률상 원인 없이 재산을 취득한 자는 부당이득 채무자로서 채권자의 전체 손해에 대해서가 아니라 부당하게 손실을 본 자의 손해에 준하여 그가 스스로 얻은 이득의 범위 내에서 책임을 질 의무가 있는 것이다. 연대채무자의 책임은 그러한 점에서 문제되지 않는다. (1972.11. 23 연방대법원판결 -민사 2 부 103/70=WM197371 : Heimann-Troisien aaO § 812Rdz.117) 초상권침해를 통해서 얻을 수 있었던 이득에 대하여도 마찬가지이다. (Heimann-TroisienaaO § 812 Rdz.13,68,69)

b) 광고목적에 위한 사진의 공표동의를 위한보수절약만을 문제 삼는다면 본 사진광고를 제작하게 하고 그것을 공표하게 한 제 1 피고만이 이득을 보았다. 이에 반하여 제 2 피고에게는 이 절약은 이득이 되지 않았다. 그가 원고의 출손하에 제 1 피고 의 위탁에 따라 광고를 제작한 대리점에 팔아 넘김으로써 재산상의 이익을 얻었다고 하더라도 이 이익을 전술한 원고의 초상을 광고에 이동하여 원고의 손실이 문제된 소송의 목적물이 아니다. 사진사용의 동의에 대한 관습상 적절한 보수는 제 1 피고에게만 부담되어졌어야 했을 것이다. 그런 점에서 제 1 피고만이 그의 비용절약에 대한 이득을 가진다.

c) 제 2 피고에 불리한 결과로 되었다는 점에서 항소법원의 판결은 정당하지 않은 것이다. 제 2 피고에 대한 보상청구는 단지 불법행위의 관점에서, 일반적 인격권의 침해로 인한 초상권의 침해의 형식으로만 정당화 될 수 있을 것이다. 항소법원은-그의 견해에 따른다면 당연한 귀결이기는 하지만-여기에 대해 확정을 내리지 못하고 특히 제 2 피고가 원고의 인격권의 침해에 대하여 과실이 있었는지의 여부를 미해결인 채로 남겨두었다. 상고법원이 이러한 점들을 재판할 수 없기 때문에 본 사건은 항소법원에 환송되었고 상고의 비용에 관한 결정 또한 항소법원에 환송되어졌다.