

초상권과 공표권

원헌 고등법원 1981 년 12 월 21 일 판결

조형예술 및 사진 작품에 관한 저작권
법 제 22 조 및 민법 제 823 조, 108 조

(판결요지)

1. 조형예술 및 사진작품에 관한 저작권법

제 22 조의 의미에 있어서의 「사진」이 존재한다고 하기 위해서는, 사진찍힌 인물이 인식될 수 있는 정도일 것이 필요하다. 이를 위하여서는 사진 찍힌 인물이 이러한 인정을 함에 대한 상당한 이유가 있으면 충분하다.

2. 사진공표에 대한 동의는 법률 행위적인 의사 표시이므로, 이를 위해서는 미성년자인 경우에는 그 유효요건으로서 법정대리인의 동의가 요구된다.

3. 사진공표에 대한 중지청구권은 많은 출판기관의 발행인에 대해서 행해지는 것이 아니고, 장래의 권리침해의 발생위험을 구체적으로 야기한 출판기관의 발행인에 대해서 행해질 수 있다.

(사실개요)

신청인(여자)은 1950 년 4 월 17 일에 태어났고, 현재는 원헌의 임대회사의 지점장이다. 피신청인은 「N. R」 잡지를 발행하고 있다. 위 N. R 잡지에는 미국의 「사랑의 학교」를 취급한 기사의 화보로서 세 사람이 둥근 욕조안에 있는 것을 나타내는 거의 전면의 사진이 실려 있었다. 위 세 사람의 눈 부분은 검은 색으로 칠해져서 알아볼 수 없게 되어있다. 이 사진에 대한 미제로서는 『비밀스러운 세계지배권』, 『미국의 사랑의 학교, 주말을 위한 강철한 안내』라고 적혀있었다.

그 밖에도 위 사진에는 보통의 활자크기로 「미리 데워진 욕조에서의 즐거운 희롱으로 해밀톤 여사의 성치료가 시작된다」고 씌어져 있다. 위 기사는 매사추세츠주 및 캘리포니아주에 있는 2 개의 미국의 「사랑의 학교」를 취급하고 있는 바, 위 기사집필자의 의견에 의하면 그 곳에서는 성에 관한 한 매우 개방적이라고 되어있었다. 신청인은 위 사진의 좌측 하단부에 적힌 인물이 자기이며, 위 사진은 1968 년에 원헌에 있는 「O」라는 목욕시설업자의 안내책자를 만들기 위해서 찍은 것이고, 이는 단지 일회용으로, 그리고 위 안내책자를 위해서만 찍은 것이며, 피고나 또는 다른 제 3 자에게는 위 사진의 공표를 허가한 바가 없다고 진술하고 있다. 신청인은 1981 년 7 월 31 일자 서면에 의해서 피신청인에게 중지의 의사표시를 요구하고 이에 응하지 않을 경우에는 형사적 책임을 묻겠다고 통지하였다. 피신청인은 1981 년 8 월 5 일자 텔렉스로 1981 년 8 월 31 일까지 기한부의, 「N. R」 잡지에 국한된 비공식적인 중지의 의사표시를 하였다. 신청인은

피신청인에 대해서 「W. R」 잡지에 게재된 신청인의 사진을 위 「N. R」 잡지나 또는 피신청인의 다른 출판물에 게재하거나, 게재하게 하거나, 또는 반포하거나, 반포하게 하는 것을 금하는 신청을 제기하였다. 피신청인은 이에 대하여 이의를 제기하고, 위 사진의 좌측, 하단부분의 인물이 신청인이라는 것을 다투었다. 또한 위 사진은 다른 사진들과 함께 1970년에 「N. R」 잡지사의 위임에 의하여 어떤 사진사가 찍은 것으로서 이때에 사진찍힌 인물들은 「N. R」 잡지에 공표하는 것을 동의하였으며, 위 사진들은 역시 1970년에 「N. R」 잡지에 공표되었다고 주장하였다. 그리고 또한 피신청인은, 사진찍힌 인물들이 따로 가려서 누구인지 알 수 없게 되어있는 것도 고려되어야 할 것이라고 주장하였고, 끝으로 1981년 8월 31일까지는 처분의 이유가 결여되어 있다고 주장하였다. 또한 피신청인의 개개의 편집국은 각각 독립되어 있고 또한 문제된 사진은 단지 「N. R」 잡지만을 위하여 촬영된 것이고, 편집된 것이므로 피신청인이 제한된 중지의 의사표시를 한 것은 정당하다고 주장하였다. 뮌헨 지방법원은 판결로서, 피신청인에 대하여 「N. R」 잡지에 인쇄된 신청인의 사진(등근 욕조 속의 3인)을 공표하는 것을 금지하였다.

이 판결에 대해서 피신청인은 적법한 기간 내에 항소를 제기하였다. 피신청인은, 사진찍힌 인물이 신청인인지의여부는 여전히 밝혀지지 않았다고 주장하였다 또한 의사표시에 관한 법리에 따라서 위 사진의 출판에 대한 동의가 결여되었다고 하는 지방법원의 견해는 잘못된 것이라고 주장하였다. 즉 여기에서 기본권상의 성년의 문제가 대두된다고 한다. 이는 초상권의 침해의 경우에 있어서 합법성의 문제를 판단함에 있어서는, 미성년자가 정신적 및 윤리적인 면에 있어서 충분히 성숙되어 있는지의 여부만이 판단되어야 한다는 것을 의미하는 것이라고 한다. 그리하여 이러한 사정은 당시 20세이었던 신청인의 경우에 있어서는 분명히 긍정될 수 있고 따라서 피신청인이 사진을 공표하는 데에 법률상 필요한 동의는 이미 존재하는 것으로 보아야 한다고 한바. 뿐만 아니라, 항상 현재에 있어서 유효한 법률이 적용되어야 하는 것이고 1975년 1월 1일 이래 만 18세로부터 성년으로 되는 것이므로 본건의 경우에 있어서는 신청인이 본건 촬영의 시기에 이미 성년인 것으로 취급되어야 한다고 한다. 끝으로 피신청인의 각 편집국은 서로 독립되어 있고 또한 신청인은 본건과 관련이 없는 피신청인의 출판물에 대해서는 아무런 청구권이 없는 것이므로, 본건의 포괄적인 금지의 주문은 일관성이 없는 것이라고 주장하였다.

(판결이유)

피신청인의 허가된 상소는 일부만이 이유가 있다. 지방법원은 초상권의 침해로 인한 중지청구권을 인용하였는 바 이는 정당하다.(민법 제 823조 제 1항, 제 1004조 참조) 그러나 위 지방법원은 이러한 청구권의 범위를 지나치게 넓게 확대하였던 것이다.

1. 신청인의 사진을 공표하는 데에 대한 유효한 동의는 존재하지 않고 있다. 조형예술 및 사진작품에 관한 저작권법 제 22조 제 1문에 의하면 사진은 사진찍힌 인물의 동의가 있는 경우에 한해서 반포되거나 또는 대중의 열람에 제공될 수 있다. 언제 또는 어떤 조건 하에서 자기의 사진을 대중에게 공표할 것인가를 결정하는 이러한 사진찍힌 인물의 배타적인

권리는 그 성질상 기본법 제 1 조 및 제 2 조에서 발달된 인격권의 특별한 발현인 것이다.

(BGHZ 20, 345(347) : BGH in NJW 1971, 698 : 1974, 1947 : BverfG 35, 202-Lebach)

조형예술 및 사진작품에 관한 저작권법 제 22 조의 의미에 있어서의 사진이라고 인정하기 위하여는 사진찍힌 인물이 누구라고 인정될 수 있어야 하는 것이다. 그런데 이러한 인정을 위하여는 사진찍힌 인물이 사진의 성질에 따라서 자기라고 인정될 수 있을 만한 상당한 이유가 있는 것으로 족한 것이고, 제 3 자가 사진찍힌 인물을 사실상 알아 볼 수 있을 정도의 증명을 필요로 하는 것은 아닌 것이다. (BGH in NJW 1971, 698 (700))이 점에 있어서 사진찍힌 인물이 신청인이 아니라고 하는 피신청인의 항변은 이유없는 것이다.

(1) 신청인은 항소심에서 「O」 회사의 선서에 갈음하는 보증 및 위 회사의 안내책자를 제출함에 의하여 위 책자에 사용된 신청인의 사진이 1970 년도에 「O」 회사의 사무실에서 신청인에 의하여 적혀진 것임을 소명하였다. 나아가서, 기일에 직접 출석한 신청인은 피신청인이 제출한 3 장의 사진에 자신이 적혀있음을 소명하였고, 위 의사표시의 정당성에 대한 합리적인 의심은 존재하지 아니한다. 책자에 나타난 목욕시설과 본건 사진에 나타난 목욕시설이 동일하기 때문에 이로부터 당연히, 후에 「N. R」 잡지에 나타난 사진이 「O」 회사의 사무실에서 찍힌 것임을 인정하여야 할 것이다. 그러나 피신청인의 사진사에 의한 「M. R」 잡지를 위한 사진들이 위 책자를 위한 사진과 동시에 찍힌 것인지 또는 이와 다른 시기에 「O」 회사의 사무실에서 찍힌 것인지 또는 「O」 회사를 위해서 활동하고 있는 사진사가 그 사진을 피신청인의 사진사에게 전해준 것인지는 확정되지 않고 있다. 다만 어쨌든 「N.R」 잡지에 나타난 사진이 신청인이 아직 21 세가 되기 전인 1970 년도에 찍혀진 것임은 확정될 수 있었다.

(2) 「N. R」 잡지에 연재된 사진에 있어서 그 눈 부분이 청은 띠로 덮여져 있었다고 하더라도, 본원은 위 사진에서 신청인을 확인할 수 있다고 생각하고 있으므로, 이 점에서 조형예술 및 사진작품에 관한 저작권법 제 22 조의 의미에 있어서의 사진이 존재하는 것이다. 즉 한편에서 주 신청인이 위 사진의 공표로 인하여 그의 친지들 사이에서 파계로 되고 있음을 소명하였으며, 다른 한편에서는 본원 스스로도 신청인이 위 사진에서 확인될 수 있다고 확신하고 있는 것이다.

2. 신청인이 피신청인의 사진사에 대해서 그의 사진을 「N. R」 잡지에 공표하는 데에 동의하였는지 및 이에 대하여 상응하는 보수를 받았는지는 확정되지 아니하였다.

(1) 신청인은 1970 년에는 그 당시의 법률에 의하면 미성년자로서 제한적 행위 능력자이었다. 이 점은 성년 연령을 18 세로 내리는 새로운 민법이 1975 년 1 월 1 일부터 시행되었다고 하더라도 아무런 변동이 없다. 1975 년 1 월 1 일 이전에는 미성년자이었으나 현재는 성년자인 사람이 1975 년 1 월 1 일 이전에, 민법 제 108 조제 1 항에 따라서 부동적으로 무효인 의사표시를 한 경우에 어떠한 법률효과가 발생하는지는, 1974 년 7 월 31 일의 새로운 법률(BGB I, 1713) 자체로부터는 어떠한 결론도 내릴 수 없다. 그러나 본원의 견해로는 민법 제 108 조 제 3 항은 그 명문의 규정 및 의미에 따라서 적용되어야 하기 때문에 이는 입법자에 의한 명문의 규정을 필요로 하지 않는 것이라고 생각된다. 이는 즉, 현재 성년자로 된 자가 위 부동적으로 무효인 의사표시를 추인할 것인지 또는 그 추인을 거부함으로써 이를 무효로 할 것인지의 여부는 오로지 그 이제 성년자로 된 자에게

달려있다는 것을 의미하는 것이다. 어쨌든 위 새로운 법률로서는 위 시점까지는 구법에 의해서 부동적으로 무효인 의사표시를 자동적으로 추인된 것으로도 간주할 수는 없는 것이며, 이를 위하여서는 위 새로운 법률이 명문으로 법적인 규정을 했어야만 했던 것이다. (2) 사진의 공표를 위한 동의를 하기 위하여서는 완전한 행위능력을 필요로 하는 것이다. 자기자신의 인격권을 포기하는 것은 결코 자기에 이익만을 주는 것은 아닌 것이다. 사진공표에 대한 동의는 합의된 범위 내에서는 초상권을 행사하지 아니할 의무, 즉 자연히 발생하는 청구권을 행사하지 아니할 채권적인 의무를 포함하는 것이다 따라서, 동의없이 또는 동의의 범위를 넘어서 행해진 사진의 공표는 계약침해인 동시에 권리침해인 것이다. (v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, 1968, Einf. Rdz, 109 참조) 따라서 이와 같은 의사표시는 미성년자인 경우에는 그 행위가 유효하기 위해서는 원칙적으로 법정대리인의 동의를 필요로 하는 법률 행위적인 의사표시인 것이다. 그러나 본건의 경우에 있어서는 이러한 동의가 존재하지 않고 있다는 점에 있어서는 당사자사이에 다툼이 없다.

하이덴 라이히 (Heidenreich) (Afp 1970, 960)는 이 점에 대하여 반대의 견해를 취하고 있으나, 본원은 위 견해에 동조하지 않는 바이다. 그러나 설사 신청인이 1970 년 당시에 위 견해가 주장하는 바와 같이 기본권 상의 성년자이고, 따라서 신청인이 유효한 동의를 하였다고 할지라도, 신청인은 위 동의를 늦어도 1981 년 7 월 31 일자의 서면으로 장래에 향하여 철회하였다고 할 것이므로, 신청인의 본건 중지청구권은 이유 있다 할 것이다. 나머지 점에 있어서는 취소된 원판결의 적절한 실시를 원용하는 바이다.

3. 이에 반하여 신청인이 피신청인에 대하여 「N. R」 잡지에 국한되지 아니한, 전면적인 중지청구권을 가진다고 하는 지방법원의 견해에 대하여는 의문이 있다. 이 문제점에 대하여 쾰른 고등법원(1973. 5.22 판결, Afp 1973, 481)은 중지의 소는 특정한 언론기관인 「N. R」 잡지에 대해서만 제기될 수 있다고 하는 피신청인의 주장에는 동의할 수 없다고 하였다. 중지청구권은 (철회의 청구권이나 반론권과는 달리)현재까지의 독자층에 한정된 손해를 제거하는 것이 아니라, 책임 있는 자에 의한 장래의 침해 예방하는 것이다. 따라서 이미 발생한 손해를 야기시킨 자는 소극적으로 합법화되는 것이다. 개개의 기사에 있어서 차이가 있다고 하더라도 이로서 이들이 법률상으로 새로 독립되어 있다고는 할 수 없는 것이다. 그러나 이 경우에 있어서 당원에 의하면 (본건의 경우에 있어서와 마찬가지로)피 신청인은 출판자로서 소극적으로 합법화되었다는 것이 간과되고 있는 것이다. 그러나 그렇다고 하더라도 중지청구권이 필연적으로 모든 출판기관에 확장되어야 한다고는 할 수 없는 것이다. 본건에 있어서는 권리의 침해가 「N.R」 잡지에 있어서의 공표에 의하여 야기되었다. 이 침해는 또한 반복될 위험성을 내포하고 있기는 하지만 원칙적으로는 위 출판기관에 있어서의 장래의 침해에 대한 위험성을 내포하고 있는 것이다. 피신청인의 다른 출판기관에 대해서도 중지청구권에 대한 전제요건으로서 이러한 반복의 위험성이 각각 따로 확정되고 소명 되어야만 하는 것이다. 그러나 이러한 증거가 입증책임이 있는 신청인에 의해서 행해지지 않았으며 오히려 정반대로 피신청인이, 「N. R」 잡지의 편집이 피신청인의 출판사에서 발행되는 잡지의 다른 편집과 인적으로나 물적으로 완전히 독립되어 있으며, 피신청인에 있어서는 집중적인 사진관리도 이루어지지 않고 있었으며, 「N. R」 잡지의 사진관리는 다른 출판사의 편집에서와 마찬가지로의 범위내에서만 피신청인의 출판사의 편집에 있어서 허용되었다는 것을 소명하였던 것이다. 따라서 신청인의 중지청구권은 「N.R」 잡지의

장래의 공표에 관해서 만이 정당하다고 인정된다. 왜냐하면 위 범위에 있어서 만이 반복될 위험의존재가 소명되어 있기 때문이다.