

독일판례 2

유명한 예술가와 동행한 사람은 상대적 저명인사라고 할 수 있다.

함부르크고등법원 1989.7. 13 자 판결

-3 U 30/ 89 사건 -

적용법조

독일민법 제 823 조 제 1 항

예술저작권법 (KUG) 제 23 조

판결요지

사회적으로 저명한 인사인 예술가와 동반하여, 그와 절친한 사이로서 일반대중 앞에 나타난 사람은 그 범위 내에서는 상대적 저명인사라고 볼 수 있다.

사건개요

신청인(여성)은 그의 직장에는 몸이 아파 결근하겠다고 신고해 놓고 있는 상황에서, 공공의 노상에서 산책하고 있는 모습을 피신청인이 사진촬영을 하였다. 위 사진의 한쪽 편에는 신청인이 유행가 가수인 Roy Black 과 팔짱을 끼고 있고, 다른 한쪽 편에는, 과거에 가끔 유행가 가수로서 활동하곤 했던 Bernd Wegener 와 팔짱을 끼고 있는 모습이 찍혀져 있었다. 신청인은 위 사진이 공표될 급박한 위험이 있음을 이유로 하여 그 사진의 공표의 중지를 주장하고 있다.

판결요지

피신청인이 스스로 신청인의 사진을 적었거나 또는 다른 사람으로 하여금 적게 하여, 그 사진으로서 신청인임이 식별될 수 있는 경우에는, 신청인의 일반적인 인격권의 발현 또는 구성부분이 라고 할 수 있는 신청인의 초상권을 피신청인이 침해한 것으로 된다. 다만 이러한 촬영이 신청인의 동의하에 이루어 졌거나 또는, 이를 정당화할 만한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 어떤 사람의 동의도 없이 그 사람의 사진을 찍고, 그 사진에 의하여 그 사람의 동일성을 식별할 수 있는 경우에는, 원칙적으로 이는, 그의 일반적인 인격권에 대한 위법한 침해가 되는 것이다(Wenzel, Das Recht der Wort-und Bild - berichterstattung, 3, Aafl., Rd - Nr 714, S, 291ff Shricke/Gerstenberg, Urheberrecht, Rd.- Nr. 11 zu §22KUG 참조). 필요한 이익 형량을 함에 있어서는 정보획득의 필요성이라는 점도 역시 고려되어야 함은 타당하다. 그러나, 사진의 공표가 특히 KUG 제 23 조에 의하여 적법한 경우에는 원칙적으로 그 사진의 촬영이 허용된다고 간주될 수 있다는 것으로서 위 이익형량이 제대로 이루어진 것이라고는 볼 수 없다. 그러나 많은 경우에 있어서, 수시로 급하게 사진촬영이 행해져야 하는 상황하에서 사전에 충분히 위 KUG 제 23 조의 관계가 준수되고 있는지의 여부를 검토하여 결정 짓는다는 것은 거의 불가능한 것이다. 그러나

그렇다고 해서, 위 한계는 배포시의 문제로서 생각될 수는 없고, 따라서 촬영시에 있어서 광범위한 권한이 존재한다고는 할 수 없는 것이다. 이 사건에 있어서와 같이 직업적인 사진사자 사진을 찍은 경우에는 이를 당연히 공표하리라고 예상하여야 할 것이다. 따라서 피해자의 보호라고 하는 문제는 보다 이전에 즉 사진을 촬영할 당시에 이미 고려하여 야 하는 것이다. 구체적인 경우에 따라서는 사진사의 고의과실이 없을 수도 있을 것이다.

I

「Roy Black」의 경우에 있어서는 원심법원이 적절히 판단하고 있는 바와 같이 사진의 촬영이 위법하다고는 할 수 없을 것이다. 사진이 함께 보도되어 있고 또한 피신청인의 정보제공에 기초한 것임이 명백한 위 신문의 보도가 위법한 것인지의 여부는, 이 사건 신청의 당부를 판단함에 있어서는 중요한 문제가 아니다. 당 재판부가 이 사건의 법적인 당부를 판단함에 있어서는, 다음과 같은 2가지의 목적하에서 피신청인이 1988. 8. 30. 신청인의 사진을 촬영하였다는 것을 전제로 하고 있다. 즉 하나는, 신청인과 사이에서 다툼이 있는 노동법상의 분쟁에서 증거로 사용하기 위한 목적이고, 다른 하나는 신청인이 Roy Black 과 팔짱을 끼고 함부르크 시내를 산책하고 있는 모습을 직업적인 사진작가로서 촬영하여 이를 신문사에게 넘겨주려는 목적으로 촬영한 것이었다. 위 후자의 목적은 사진이 나타내는 주제에 비추어 보면 분명히 나타나 있고, 촬영 당시의 상황에서는 전자의 목적이 우선하였던 것으로 여겨진다.

1) 피신청인은 그 사진을 증거방법으로 사용하기 위하여 신청인을 촬영하는 것이 가능하였다. 이는 다음과 같은 이익형량을 하여보면, 분명히 나타난다. 즉 신청인은 그가 독한 감기에 걸려있다는 핑계로 결근계를 제출하고 1988. 8.29 에 출근하지 아니하였다. 그럼에도 불구하고 신청인은 함부르크 시내에서 산보를 하고 있는 모습이 촬영되어져 버렸기 때문에, 신청인이 꺾병을 부렸다는 것이 탄로나게 되었고, 그리하여 피신청인은 신청인을 1988. 9. 30. 자로 해고하여 버렸다. 그리고 피신청인은 위 해고의 사유로서 신청인이 꺾병을 부렸다는 사실을 입증하기 위한 방편으로서 위 사진을 제출하였다. 위 입증자료로서는 증인의 신청도 역시 고려되었으나, 이 방법으로서 위 꺾병의 사실을 사진에 의한 입증만큼 구상적으로 명백히 입증할 수는 없었다. 그리고 노동법적인 문제는 최근에 해결되어 졌기 때문에, 노동법적인 시각에서의 반복의 위험성은 존재하지 아니한다.

2) Roy Black 은 이 시대의 절대적인 저명인사라고 간주될 수 있고, 따라서 KUG 제 23 조 1 항 1 호에 의하여, 그가 함부르크 시내에서 산보하고 있는 모습은 사람들이 이를 자유롭게 촬영할 수가 있는 것이기 때문에, 이와 같은 논리는 신청인에 대하여서도 그대로 적용될 수 있다. 즉 이와 같은 범위에 있어서는 신청인도 역시 상대적인 저명인사로 되었다고 할 것이다. 상대적인 저명인사로 될 수 있는 사람으로서는, 절대적인 저명인사의 가족구성원뿐만 아니라, 그와 오랫동안 사귀어 온 인생의 동반자도 역시 여기에 해당된다고 할 것이다(이에 대하여는 Schrikker/Gerstenberg, Rd.-Nr. 16 zu§23 KUG 참조). 그리고 신청인이 Roy Black 의 친근한 동반자로서 대중 앞에 나타난 이상, 신청인은 바로 여기의 상대적 저명인사에 해당된다고 할 것이다. 따라서 신청인의 추정적인 동의의 여부는 이 사건에서 문제도 되지 아니한다. 오히려, 당시의 상황에서 미루어 보면 신청인의 추정적인

동의라는 것은 부정하여야 함이 마땅하다. 왜냐하면 신청인은 몸이 아프다는 이유로 결근계를 제출하고 있는 상황이었으므로, 신청인의 고용주가 신청인의 궤변사실을 입증하기 위한 수단으로 신청인의 사진을 찍는 데에 대하여 신청인이 동의하지 아니 하였으리라는 것은 명백한 것이기 때문이다.

II

이에 반하여, 1988. 9. 17. 에 찍힌 사진에서 신청인이 식별 가능한 범위 내에서, 「Bernd Wegener」의 경우에 있어서는 신청인에 대한 초상권의 침해가 발생하였다고 할 것이다. 반복의 위험성은 여전히 존재한다. 왜냐하면 피신청인은 그 스스로 이와 같은 사진을 찍을 권리가 있다고 계속하여 주장하고 있기 때문이다.

1) Bernd Wegener 는 하등의 유명한 유행가가수가 아니고, 따라서 시대의 절대적인 저명인사가 아니며, 그 결과 신청인이 위 Bernd Wegener 와 함께 공중 앞에 나타났다고 할지라도, 신청인이 상대적인 저명인사가 되는 것은 아니다. Bernd Wegener 가 과거에는 유행가 가수로서 활동한 일이 있었고, 그리하여 사진촬영에 관한 한은 상대적인 저명인사로서 간주될 수도 있다라는 것 만으로서 불충분하다(Schricker/Gerstenberg, Rd.-Nr. 17 zu §23 KUG 참조). 더욱이 Bernd Wegener 가 상대적인 저명인사로서 촬영되어질 수는 있다라는 점을 피신청인은 한번도 주장하거나 이를 소명한 일도 없었다.

2) KUG 제 23 조 제 2 항 또는 3 항에 의한 정당화 사유는 여기에서 문제로 되지 아니한다. 위 사진에 있어서의 신청인은 주변의 풍경이나 기타의 장면에 부속하는 종속적인 인물로서 촬영된 것이 아니다. 즉 신청인의 모습은 주변의 풍경에 흡수되어 버리도록 촬영된 것이 아니다. 오히려 신청인이 속하는 그룹은 특히 두드러지게 나타나 있었던 것이다(Wenzel, Rd.-Nr. 8.18, s. 311; Schricker/Gerstenberg, Rd.-Nr. 19 zu § 23 KUG 참조). 위 그룹은, 어떤 회합이나 이와 비슷한 모임의 대표적인 부분으로서는 결코 간주될 수 없는 것이기 때문에, KUG 제 23 조 제 2 항 제 3 호는 더이상 적용될 여지가 없다(Wenzel, Rd.-Nr. 8. 20, S. 312 Schricker/Gerstenberg, Rd - Nr,22 Bu §23 KUG 참조). 더욱이 위 사건에는 어떠한 모임이나 이와 유사한 어떠한 행사도 찾아볼 수 없다. 즉 이 사진은 Alsterhaus 앞의 거리에서 통상적으로 촬영한 사진인 것이다.

3) 신청인의 사진을 찍은 것이 우연한 것이었는지 또는 의도된 것이었는지의 여부는 중요한 것이 아니다. 위법성 판단의 문제에 있어서는 위 문제가 큰 의미를 가지지 아니한다. 특히, 신청인이 설사 「우연히」 Bernd Wegener 의 옆에 있었고, 그 장면이 촬영되었거나, 또는 더 나아가, 위 Bernd Wegener 가 저명인사로서, 누구나 그를 촬영할 수 있다고 하더라도, 그로써 이 사건 사진촬영이 정당화될 수는 없는 것이다(Schricker/Gerstenberg, Rd.-Nr. 20zu§232KUG 참조). 더욱이 신청인이 찍혀있는 위 사진에 의하면, 결코 우연이라고는 할 수 없는 것이다.

4) 신청인과의 이전의 사실관계 즉 노동법적인 분쟁과 관련하여 보고, 또한 1988. 8. 30. 사진 촬영이 있는 후의 신청인의 방어적인 태도와 관련시켜 보면, 위 사진의 촬영에 대하여 신청인의 묵시적인 동의가 있었다는 것은 도저히 인정할 수 없다. 신청인이 그를 찍은

사진에 대하여 하등의 방어적인 반응을 보이지 아니하는 경우라라도, 이러한 묵시적인 동의가 추론될 수는 없을 것이다.

5) 끝으로, 피신청인 자신이 아니라, 피신청인의 종업원이 신청인의 사진을 적었다는 것은 중요한 문제가 아니다. 즉 피신청인의 종업원의 위법한 행동은 모두 피신청인 자신에게 귀속되는 것이기 때문이다(BGB 제 831 조). 피신청인은 위 조항의 면책사유를 주장·입증하지 아니하였다. 그런데 피신청인은 위와 같은 사진을 촬영할 수 있다고 스스로 주장하고 있기 때문에 위와 같은 면책도 역시 불가능하다.

따라서 피신청인은 중지의 의무가 있다. 당원은, 원심법원이 명한 금지를, 주문에서 알 수 있는 바와 같이, 보충하였다. 개개의 경우에 따라서는, 사진의 촬영에 대한 신청인의 동의가 현실로 있었거나 또는 그 동의가 있는 것으로 간주될 수 있거나, 또는 Roy Black의 경우가 보여주는 경우와 같은 때에는, 피신청인이 스스로 신청인의 사진을 적거나 또는 타인으로 하여금 사진을 찍게 하는 것이 적법한 경우도 있을 수 있다. 이와 같은 경우들은 일반적인 금지에 대한 예외에 해당되는 것들이다. 그리고 이 사건의 경우에 있어서와 같이 피신청인이 신청인을 위법하게 촬영한 경우는 위 일반적인 금지의 경우에 해당된다 할 것이다. 그리고 피신청인의 위와 같은 행위가 정당화되어야만 할 경우에는, 위 금지가 개입해 들어 올 여지가 없게 되는 것이다. 쌍방당사자가 장차 이 점에 관하여 다투고자 한다면, 이는 민사소송법 제 890 조에 의하여, 질서법 절차에서 다루어 질 수 있을 것이다.