초상권 침해에 대한 동의 한계

손 연 원
한남대학교 강사

판례에 의한 최초의 초상권 인정은 1982 년 7 월 21 일자의 -율산-결정 1)에서였다.2) 서울지방법원은 1988 년 5 월 11 일자 -한복입은 여인-판결에서 초상권의 내용에 관하여 다음과 같이 언급하고 있다:
"초상권이라 함은 얼굴 기타 사회통념상 특정인이라고 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 이것이 함부로 촬영되어 공표되거나 또는 광고 등에 무단히 사용되는 것을 방지함으로써 초상의 인격가치를 보호하는 것을 내용으로 하는 인격권의 일부라고 할 것이다."3) 다시 말하면 동법원은 초상권을 인격권의 한 특징으로 평가하였다.
서울지방법원과 서울고등법원은 1989 년 7 월 25 일자 4) 및 1990 년 5 월 4 일자 5)의 -미스코리아-판결에서 초상권을 헌법 제 10 조의 규정으로부터 도출된 일반적 인격권의 하나로서 인정하는듯한 태도를 취하였다.6) 그 후 서울고등법원은 1996 년 6 월 18 일자 -결혼식 사진-판결에서 헌법 제 10 조의 규정. "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"로부터 도출된 일반적 인격권에 초상길이 개별적 인격권으로서 포함됨을 분명히 하고,7) 동시에 초상권의 보호 내용에 그동안 법원이 인정해 온 초상의 인격적 가치 이외에 재산적 가치가 함께 포함됨을 다음과 같이 밝히고 있다:
"초상권이라 함은 사람이 자신의 초상에 대하여 갖는 인격적, 재산적 이익, 즉 사람이 자기의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하며 광고 등에 영리적으로 이용되지 아니하는 법적 보장"이다.8) 동법원은 초상권이 상업화 되어가는 배경 앞에서 적절하게도 초상권의 내용에 두 가지의 성격이 내포되고 있음을 간파하였다. 즉, 하나는 인격권인데, 이에 의하여 사진에서의 자유로운 자기 묘사에 대한 자기결정권이 보호된다; 다른 하나는 재산권인데, 이에 의하여는 초상의 경제적 이용 가능성을 근거로 재산적 가치가 보호된다. 초상권이 재산적 가치를 소유하고 따라서 재산권으로 인정될 수 있는지 여부는 법률적인 문제가 아니라, 시장구조가 결정하는 사실적인 문제이다. 여기에서 권리는 절대적인 경제적 가치를 스스로 보유하지 않고,이를 할당된 것으로 얻는다.
드디어 서울지방법원은 1995 년 6 월 23 일자의 -소설 이휘소-결정에서 "재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리(right of commercial appropriation)"를 인정하였고, 이를 "퍼블리시티권"이라 하였다.9) 법질서는 인격상의 세세한 면을 경제적 이용의 대상으로 만드는지 여부를 제공자와 수용자의 자유결정에 맡겨 놓고 있는데, 이는 사적 자치의 원칙으로부터 나온다. 이것과는 달리 이것이 더 높은 순위에 있는 법률적 또는 윤리적 원칙과 대립되는 경우에는 물론 다투어져도 된다.

초상권 보호에 관한 명문의 규정은 현행 법령상 존재하지 않는다. 민법 제정자는 제 750 조의 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다."는 일반조항 외에 제 751 조 제 1 항을 두고, 이곳에서 재산 이외의 손해의 배상을 규율하면서 보호법익으로 신체, 자유 또는 명예를 언급하고 있다. 그러나 이는 절대적인 열거를 의미하지 않는다. 이 규정을 통하여 사회가 변화, 발전하면서 나타나는 법률상 보호할 가치가 있는 인격적 이익의 보호가 가능하다. 그리하여 초상권 침해에 대하여 민법 제 751 조 제 1 항이 유추 적용될 수 있다.10) 사람에 대한 사진 영화 · TV 촬영은 원칙적으로 초상 본인의 동의가 있어야만 공표될 수 있다.11) 그러나 초상 본인이 공인인 경우 12) 또는 공익이 사적인 비밀유지이익보다 우선할 경우에는 동의가 본래 반드시 요구되지는 않는다. 동의에 대한 일반적인 법적 기초는 존재하지 않는다. 그러면 동의의 요건과 경계를 어떤 원칙에 의하여 정하여야 하는가? 일반적 인격권과 관련하여 초상권에 관한 법률적응에 있어서 필요한 구체화 내지범위 설정은 판례 및 문헌에 의하여 행해져야만 한다. 고동만 초상권 침해에 관한 동의는 법률문헌에서 별다른 주의를 끌지 못하였다.13) 아래의 논문에서는 동의의 법적 성격 및 효력을 다루고, 여기에서 발생하는 상이한 개별문제와 관련하여 이끌어 낼 수 있는 결론을 서술한다.

Ⅰ. 서 언

서울고등법원 l4)은 초상권에 의하여 보호되는 법익을 "첫째, 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 알 수 있는 신체적 특징이 함부로 촬영 또는 작성되지 아니할 권리(촬영 · 작성거절권), 둘째, 촬영된 사진 또는 작성된 초안이 함부로 공표 복제되지 아니할 권리(공표거절권), 셋째, 초상이 함부로 영리목적에 이용되지 아니할 권리(초상영리권)"로 보았다. 판례에서 언급되고 있는 "함부로"란 의미는 무엇인가? 이는 권리소유자의 동의없음을 뜻한다. 즉 초상권 침해에 관한 판례에서는 "초상 본인의 동의없이 촬영하는 것",15) "촬영에 동의한 경우라도 본인이 예상한 것과 다른 방법으로 초상을 공표하는 것",l6) 또는 "일단 공표된 사진이라도 다른 목적에 사용하는 행위"17) 등을 허용되지 않는다고 보았다. 판례에 의하면, 초상권은 초상 본인의 "응모, 자태가 그 의사에 반하여 촬영되고 또 널리 공표됨으로써 야기되는 정신적 고통 등으로부터 개인을 보호하기 위한 것이다.18); "보통의 감수성을 가진 사람의 경우에 타인이 자신의 응모, 자태를 자신의 의사에 만하여 촬영하고 이를 널리 공표하면 수치심, 곤혹감등의 불쾌한 감정을 강하게 느끼게 되고 그 결과정신적 평온이 방해를 받게 되리라는 것은 경험칙상 예상할 수 있는 것이고, 개인이 이러한 정신적 고통을 당하지 아니하고 평온한 생활을 영위하고자 하는 것은 개인의 생활상의 이익으로서 이는 인간의 존엄성 및 개인의 사생활의 자유와 비밀을 보장하고 있는 헌법의 정신에 비추어 볼 때 단순히 도덕적으로만 아니라 법적으로도 보호를 받아야 할 개인의 인격에 관한 권리이다."l9) 판례의 견해는 헌법 제 10 조 및 제 17 조의 배경 앞에 존재하는 초상 본인의 초상과 관련된 자유로운 자기결정권을 강조하고 있다. 판례에서는 헌법적으로 인간의 존엄성 및 사생활의 비밀과 자유의 기본권에서 발생하는 사적인 삶의 형성의 영역에 초상권을 세워놓고, 그것을 근거로 원칙적으로 모든 사람이 스스로 자신의 초상을 타인이

언제, 어떤 상황하에서 대중에게 공표해도 되는지 여부 및 그 범위를 결정할 수 있게 한다 초상 본인에 의하여 권위화된 그 자신의 초상의 공표는 그에게 귀속될 수 있는 외적인 행위, 즉 대화 및 자신에 관한 묘사의 한 형태이다. 이에 반하여 사진의 권한없는 공표는 초상 본인으로부터 자신에 관한 묘사를 그 손으로부터 넘겨 받아,그것을 그의 사적인 연출 20)로부터 박탈하는 것이므로, 초상 본인의 정체성을 침해하게 된다.

Ⅱ. 출발 사례

무엇에 관한 것인가? 아래의 세 가지 사례는 갈등 관계를 선명히 나타내 준다:
1) 첫 번째 사례(임수경 /한국방송공사): 피고인 한국방송공사(KBS)는 TV 9 시 뉴스에 호화 웨딩드레스 대여업자들의 횡포를 고발하면서 원고인 임수경의 결혼식 장면을 자료화면으로 보도하였다. 서울지방법원 21)은 통일문제에 관한 자신의 주장을 펼치기 위하여 밀입북하여 한 때 전국민의 관심의 대상으로 한동안 언론의 초점이 되었던 원고의 초상은 이미 널리 알려져 있으며, 그의 결혼식 장면은 국내 대부분의 언론기관에 의해 보도되어 이미 공표된 것이기 때문에 그 "결혼식 장면에서의 원고의 초상"은 이미 원고가 묵시적으로 공표를 승낙한 것으로 보이므로, 그 후 "공표가 승낙된 위 결혼식 장면에서의 원고의 초상"을 피고가 방영하였다 하여 원고의 초상권이 침해되었다고 볼 수는 없다고 하였다. 이에 대하여 서울고등법원 22)은 원고가 자신의 결혼식에서 피고를 포함한 언론 기관이 결혼식을 취재하면서 원고의 모습을 촬영할 당시 이를 제지하거나 이의를 제기한 바가 없어 촬영에 묵시적으로 동의하였더라도 이는 그 결혼식 보도와 관련하여 촬영된 사건 또는 화면을 공표하는 데 대한 동의만을 포함하는 것이지 어떠한 목적에 사용하든 관계없이 공표에 대하여 동의한다거나 그 공표와 관련한 자신의 초상권을 포기한 것이라고 볼 수 없다고 보고, 초상권 침해를 인정하였다. 동법원 23)은 세인의 관심을 끄는 공적인 인물인 경우에는 일정 범위 내에서는 자신의 초상이 상업적으로 사용되지 않는 한, 그 스스로 자신의 초상이 언론에 의해 공표되는 것을 감수하여야 한다고 할 것이나, 세인의 관심을 끄는 공적인 인물이라고 하더라도 자신과 아무런 관련이 없는 내용의 보도와 관련하여, 더욱이 당사자의 명예를 훼손하는 방법으로 초상이 공표되는 것까지 감수하여야 하는 것은 아니다고 하였다.
2) 두 번째 사례(성승민 등/문화방송 등): 피고인 문화방송은 신세대 대학생들의 생기 발랄하고 재미있고, 즐겁게 노는 신입생 환영회의 모습을 긍정적으로 방송하겠다는 조건으로 원고인 연세대 성악과 신입생인 성씨 등으로부터 취재 동의를 받았다. 그러나 피고는 신입생 환영회 음주장면과 2 차 장소인 나이트클럽 화장실에서의 대화 장면을 이들의 허락없이 촬영하고 그들의 모습 및 음성을, 다른 대학 소속의 신입생 환영회의 부정적인 취재 장면과 함께 편집하여 '시사매거진 2580' 프로그램에서 "공포의 통과의례"라는 제목으로 방영하였다. 서울지방법원 24)은 원고의 사생활의 자유와 비밀 및 초상권 침해를 인정하였다. 양 당사자는 서울고등법원 25)에 항소를 제기했고, 동법원은 원고승소판결을 내린 원심을 인용하면서 양당사자의 항소를 모두 기각했다.
3) 세 번째 사례(한혜숙/럭키금성상사 등): 피고들은 텔레비전 탤런트인 원고를 모델로 한 카탈로그용 사진의 촬영 및 공표에 관하여만 원고의 승낙을 얻었음에도 불구하고, 그 승낙의

범위를 벗어나 월간잡지에까지 원고의 위 카탈로그용 사진을 실어 광고에 사용하였다. 서울지방법원 26)은 원고의 초상권 침해를 인정하였다.

Ⅲ. 동의의 법적 성격

동의는 어떠한 법적 성격을 가지고 있는가? 민법 제 751 조 제 1 항의 유추적용에 따른 초상권 침해에 대한 동의는 위법성을 배척 27)하는 위법성 조각사유이다. 동의는 타인에게 당사자의 초상을 촬영하고, 공표하는 것에 대한 권한을 수여함을 목표로 한다. 초상권 침해의 위법성은 그 침해가 '권한 없음'을 의미한다.28) 동의는, 사적 자치를 구체화하고 실행하는 데 있어서 일정한 법익과 관련하여 타인과의 법률 관계를 형성해 주는 수단이기 때문에, 의사표시에서와 같은 동일한 기능을 수행 한다.29) 동의는, 일정한 법률효과 즉 권리에의 침입에 대한 권한을 주는 의사표시이고 당사자가 원했던 법적 결과가 발생하기 때문에, 외적으로 의사표시의 개념과도 일치한다.30) 실제적으로 동의는 진정한 의사표시이고, 따라서 법률행위이다. 동의는 적어도 타인과의 법률관계에 직접적으로 관계하는 더 정확히 말하자면, 일방적인 그러나 수령의 필요가 있는 의사표시이다.

Ⅳ. 동의의 내용 및 범위

동의의 범위의 경계는 고도의 인격과 동의가 관련되어 있는 인격의 불포기성에서 발생한다. 한계가 없는 일반적인 동의는 배척된다. 왜냐하면 이는 결과적으로 사실적인 권리거부로 이끌며, 따라서 권리의 소유자는 전적으로 타인의 낯선 결정에 맡겨져야 하기 때문이다. 이것을 저지하기 위하여 동의에 의하여 성립되는 권한은 정해지거나 또는 적어도 정해질 수 있어야만 한다. 당사자는 모든 임의적인 관점에서 어떤 제한이나 조건을 붙여 동의할 수 있다 31): 그는 동의를 시간적으로 한정하여 수여할 수 있고, 일정한 사랑, 일정한 목적 32), 일정한 지면 33) 또는 그 밖의 상황에 대한 공표로 제한할 수 있다. 예컨대, 원고를 모델로 한 카탈로그용 사진의 촬영 및 공표에 관하여만 원고의 승낙을 얻었는데 그 승낙의 범위를 벗어나 피고가 월간잡지에까지 원고의 위 카탈로그용 사진을 실어 광고에 사용하였다면, 이는 위법이다.34)
권리자는 사진공표의 권한을 형성하는 것과 같이 이용권을 수여할 때에 완전한 형성의 자유를 누린다. 형성의 자유와 관련하여 또한 묵시적으로 동의가 수여될 수 있으므로, 당사자가 동의를 부여했는지 여부 및 동의가 어떻게 해석될 수 있는지의 문제가 있다. 일반적으로 동의는 사진공포의 종류, 방법 35) 내지 동반상황이 적어도 당사자의 자존심을 상하게 하거나 가치를 저하시키는 사진공표가 옹호되도록 해석되어질 수 없다. 당사자는 동의로써 동의의 수령자에게 법적 지위의 기초적 근거를 만들어 준다. 사진공표의 동반상황이 동의의 본래의 의미와 목적과는 달리 당사자의 가치를 저하시키거나 그에게 불리한 방법으로 이루어졌고, 또한 당사자가 동의를 할 때에 전혀 고려할 수 없었던 그러한 동반상황이라면, 공표는 허용되지 않는다. 예컨대, 직업모델이 예술사진첩을 제작하기 위하여 나체의 사진촬영을 승낙하였다 하더라도 비누상품을 제작하는 회사에서 본인의

승낙을 받지않고 사진첩의 나체사진을 상품선전광고에 이용하였다면 이는 명백히 직업모델의 인격권을 침해한 것이다.36)

초상촬영에 당사자가 동의했고 그 촬영이 초상공표를 목적으로 이루어진 경우에는 촬영동의에는 동시에 초상공표에 대한 동의도 포함된다고 할 수 있다. 예컨대, 원고가 자신의 결혼식에서 피고인 언론기관에 대하여 자신의 결혼식 장면의 촬영에 대한 동의를 했다면, 그 촬영동의에는 언론 기관이 그 결혼식 보도와 관련하여 촬영된 사진 또는 화면을 공표하는데 대한 동의도 또한 포함되고 있다고 할 수 있다.37)

당사자가 동의를 일정한 상황에 한정하여 수여하였는데, 사진공표가 다른 상황 하에서 행해졌다면, 그 사진공표는 허용되지 않는다. 예컨대, 원고가 피고인 문화방송의 'PD 수첩' 프로그램에 자신이 방송되는 것을 승낙하기는 하였으나 아무도 원고를 알아보지 못하도록 한다는 조건을 붙여 승낙한 경우에, 피고가 원고를 취재 방송함에 있어 가명을 사용할 뿐만 아니라 화면처리방법으로 원고의 영상을 모자이크 무늬로 가리거나 뭉개거나 뒷모습을 촬영하여 방영하고 원고의 음성도 변조하여 방송함으로써 원고의 신분노출을 막았어야 하고 또 막을 수 있었음에도 불구하고 원고의 모습을 비록 그림자 처리하였으나 그 그림자에 원고의 눈, 코, 입모양과 머리모양이 섬세하게 나타나도록 하고 원고의 음성은 전혀 변조하지 않음으로써 이 사건 방송을 시청한 원고의 주위 사람들이 쉽게 원고를 알아볼 수 있게 한 것은 위법하다 38); 원고들은 피고의 '시사매거진 2580' TV 프로그램에 자신들이 신촌문화회관에서 한 여흥장면 및 식사장면이 방송되는 것을 승낙하기는 하였으나 신세대 대학생들의 생기발랄하고 재미있고, 즐겁게 노는 신입생환영회의 모습을 긍정적으로 방송하겠다는 조건을 붙여 승낙한 것이고 피고도 이를 약속하였음에도 불구하고 피고는 위 취재장면을 편집하여 다른 신입생 환영회의 부정적인 장면과 함께 "공포의 통과의례"라는 제목으로 방송함으로써 이를 보는 일반 사람들로 하여금 원고들이 마치 퇴폐적인 유흥에 물든 신입생환영회를 하는 것처럼 인식하게 하는 방송을 한 것은 위법하다.39)

후의 사진공표의 상황이 외설적이거나 평판을 나쁘게 하는 경우에, 그 사진공표는 허용되지 않는다. 예컨대, 연예인인 원고가 자기의 선전용으로 초상사진이 삽입된 잡지를 제작하여 무상 또는 유상으로 일반대중에게 배포, 판매하였는데, 피고들은 여성잡지에 원고의 명예를 훼손시키는 내용의 보도기사를 게재하면서 위의 선전용 잡지에 수록된 사진 중 비교적 선정적으로 보이는 2 매의 사진을 함께 복사, 게재한 것은 이를 보는 독자들로 하여금 위 사진을 원고의 부정한 추문을 내용으로 하는 기사의 일부로 인식하게 하여 전체적으로 보아 원고의 행실이 좋지 못하다는 강한 인상을 받게 할 것이므로 위법하다.40)

동의는 묵시적으로 수여될 수 있다. 예컨대, 원고가 자신의 결혼식에서 피고를 포함한 언론기관이 결혼식을 취재하면서 원고의 모습을 촬영할 당시 이를 제지하거나 이의를 제기한 바가 없다면, 그의 행위에 사진촬영에 대한 묵시적인 동의가 있었다고 할 수 있다.41)

당사자가 단지 일반적인 보도를 위하여 사진공표를 동의하였는데, 그 사진이 광고목적으로 사용되었다면 이는 위법하다. 법원에 의한 초상권 침해의 인정사례의 대부분은 초상 본인의 동의없이 촬영한 사진 또는 피고가 독자적으로 입수한 사진을 초상 본인과 관련없는 기사에 사용한 경우이다. 예컨대, 피고 뉴스위크(Newsweek)사는 뉴스위크 잡지에 "너무 빨리 부자가

되다"라는 제목 하에 한국의 과소비 풍조 등에 대하여 비판적인 기사를 게재하면서, 특히 '대학생들이 비싼 카페에서 식사를 하고 과시적으로 고급 옷을 즐겨 입는다', '의사나 변호사 등 1 등 신랑감을 찾는 젊은 신부들은 그들을 낚기 위해 최소한 1 억원 상당의 혼수를 준비하여야 한다'라는 내용 및 '젊은이들이 결혼에 있어서도 사랑의 노예가 아니라 돈의 노예가 되고 있다'라는 취지의 내용이 실린 기사의 중간에 원고인 이화여대생들이 정장차림을 하고 이화여자대학교 정문 앞을 걸어 나오고 있는 장면을 원고들 모르게 찍어 삽입하였다 42); 피고는 월간잡지 <쥬니어>의 발행인으로서 이 잡지에 "압구정동 문화의 실체를 벗긴다"라는 제목 하에 서울 강남구 압구정동 일부 지역에서 1993 년 전후하여 번성한 부유한 신세대 젊은이들의 향락적 과소비 문화를 비판적인 시각으로 취재 분석한 기사를 게재하면서 '그저 일본 유명 잡지의 모델을 복제한 듯한 젊은이들이 활보하고 있고 일본이나 미국의 삼류문화가 뒤섞여 있을 뿐 아무런 실체가 없는 문화', '철저하게 외부의 세계와 두꺼운 담을 쌓고 향락과 쾌락주의를 선민의식과 일류의식으로 오해하며 서서히 병들어 가고', '외모와 돈이 평가 기준이 되는 이 곳에서는 무절제가 당연한 것처럼 느껴진다는 것도 문제' 등의 문구를 사용하고, 또한 "문답으로 풀어 본 오렌지족"이라는 소제목으로 속칭 오렌지족이라 불리는 젊은이들의 생활양태에 관하여 간략히 설명하면서, 원고들 모르게 촬영된 원고들의 사진을 삽입하였다 43); 피고 세계일보는 월간잡지 <클라쎄>를 발행하고 있는데 이 잡지에 "윤정희 소문의 20 세 연하동생(?) 손마리조제 수녀 방문 충격 인터뷰!!" "지금 32 세가 되는데 동생인가?" "동생이다·.."의 제목을 붙이고 원고 윤정희와 20 세 연하의 동생 손마리조제 수녀가 자매지간이 아니라 딸임을 암시하는 내용의 기사를 게재하면서, 독자적으로 입수한 위 두 사람이 나란히 서 있는 사진을 게재하였다.44); 피고 경향신문사는 월간여성잡지 <레이디 경향>에 자유기고가가 쓴 "내가 연하의 남자를 사귀는 이유"라는 제목하에 원고들 모르게 입수한 원고들의 사진을 게재하고 이들이 연하의 남자와 교제를 하고 있고, 그러한 경험을 인터뷰를 통해 말한 것처럼 보도하였다.45)
개별적 사례에 있어서 동의에 대한 입증책임은 사진을 공표한 자가 부담한다.

V. 동의의 철회 및 취소

1. 법률행위적 의사표시로서 동의는 동의를 수여한 자가 원칙적으로 그 의사표시에 구속됨을 의미한다. 동의가 단지 수령할 필요가 있는 일방적인 의사표시로서 존재하는 경우에도 마찬가지다. 즉, 동의에 있어서 법률행위적 의사표시에서의 전형적인 연결효과가 나타난다. 따라서 동의의 의사표시에 민법 제 111 조 제 1 항이 적용되고, 동의권자는 원칙적으로 그 의사표시를 철회할 수 없다. 다른 한편으로 생각해 보면, 초상권은 고도의 인격적 법익의 하나이므로 동의권자의 자기결정권에 대하여 절대적인 우선권을 허용하여 동의는 철회가 언제나 가능한 단지 구속력이 없는 의사표시로 보아야 하는 것은 아닌지 및 그리하여 동의를 법률행위로 보지 않고 법률행위와 유사한 행위로 볼 수 있는 것은 아닌지에 대한 물음이 생긴다. 이러한 견해는 받아들여질 수 없다. 왜냐하면 초상권이

상업화되어 가고 있는 배경에서는 거래의 안전과 동의의 수령자의 신뢰를 고려하여야 하기 때문이다.
법률행위적 의사표시로서 동의는 물론 민법 제 140 조 이하에 의하여 취소될 수 있고, 그리하여 그 효과는 소급적으로 제거될 수 있다. 문제는 동의가 또한 취소의 요건으로부터 독립하여 철회 될 수 있는가 이다.
권리의 소유자가 동의를 표시할 때에 철회를 유보한 사례에서는 문제가 없다. 이와 같은 사례에서는 권리의 소유자는 자유로이 초상 공표권을 반환할 것을 청구할 수 있고, 또한 공표의 철회와 철회가 유효한 상황을 확실하게 할 수 있다. 다시 말하면 전적으로 자유로운 철회를 유보할 수 있다. 문제는 그와 같이 명시적 또는 묵시적으로 확정할 수 있는 철회의 유보를 해석의 방법으로 인정할 수 없을 때에도 당사자가 동의를 철회할 수 있는지 여부이다.
일반적으로 자신의 초상권을 상업화하고 경제행위의 대상으로 만든 자를 "계약의 원칙"에 종속시킴은 정당하다. 왜냐하면 동의의 존속을 신뢰하여 흔히 중대한 투자를 하는 동의의 수령자는 견고한 바탕에서 활동하고, 당해 동의가 말할 것도 없이 가능한 한 철회에 의하여 그 기초가 파괴되는 불안정한 상태에 놓여 있지 아니 할, 보호할 가치있는 이익을 가지고 있기 때문이다 다른 한편으로 인격은 "정체되어 있는 크기"로 머물러있지 않고,46) 지속적으로 동적인 발전 과정에 있다 인격의 계속적인 발전 및 전개도 인격권에 의하여 보호될 이익에 속한다. 살아가면서 사람들은 종종 자신의 기본적인 신념에 있어서 예견할 수 없는 중대한 면화를 경험할 수 있다. 원칙적으로 동의권자는 자신이 수여한 동의에 구속된다. 그러나 초상권에 구체화된 당사자의 인격권의 특징과 의미가 더 이상 현재의 당사자의 그것과 일치될 수 없는 경우에는 말할 것도 없이 동의는 철회될 수 있어야만 한다. 이 경우는 당사자의 외적 삶의 상황 또는 그 자신의 내적인 관점이 근본적으로 변화하여 동의를 수여할 때에는 동의권자가 우려할 염려가 없었던 초상의 공표가 후에 이르러 개별적 인격권에 의하여 보호되는 법익을 중대하게 침해하였을 때이다.47) 48) 또한 인격이 계속하여 형성되고 성숙되는 경우에도 인격권은 보호되어야 한다.49) 위와 같은 철회권은 계약을 통하여 폐지될 수 없다. 독일 판례에서의 예를, 참고삼아 들어 보면: 카지노의 선전 팸플릿을 위하여 주사위 도박하는 모습을 사진 찍도록 동의한 카지노의 직원이 상사회사의 총지배인으로 직업을 바꾼 후 도박장 직원으로서의 자신의 옛 활동이 알려질 경우 자신의 명예에 불이익이 됨을 염려했을 경우다.50); 집시악대의 제 1 바이올린 주자로서 광고 팸플릿을 위하여 사진 찍게 한 음악가가 후에 진정한 음악가로 변신했을 경우다.51)
2. 철회의 허용 여부는 개별 사례에서 서로 대립되고 있는 동의권자 및 동의의 수령자의 이익을 포괄적으로 형량함으로써 결정될 수 있다. 경우에 따라서는 특히 동의의 양수인의 이익을 고려 할 수 있다. 권리의 소유자가 동의에 대하여 보수를 받은 경우에는 무보수의 허가에서보다 철회할 때에 더 많은 요구사항이 제시될 수 있다. 동의와 철회간에 시간적 간격이 얼마나 되는지도 중요하다.

VI. 동의의 양도

초상권은 인격을 형성하는 개성과 개인의 사회적 동일성에 대한 중요한 의미로 인하여 원칙적으로 양도될 수 없고 또한 고도의 인격적인 것이라 본래 거래능력이 없다. 그러나 유명인이 인기를 수단으로 수익을 올리는 현실을 고려하면 초상권이 인격권의 관념형식에서 더 이상 도출될 수 없음은 명백하다. 이제, 초상은 사람으로부터 분리하여 취급 가능한 물품이 되었고, 그것의 가치는 수요와 공급의 법칙에 의하여 정하여진다. 이러한 배경에서 인격권에 의하여 수여된 초상본인의 정체성의 특징에 대한 자기결정권을 긍정적인 방향으로 사용하게 하고, 타인에게 법률적으로 구속력 있는 이용권한을 수여할 필요성 이 존재한다. 이와 같은 문제를 해결할 수 있는 수단은 동의이다. 동의는 양도할 수 없는 권리를 한계가 있는 범주 내에서 활용할 수 있게 하는 전통적인 수단이다.

초상권이 상업화되어 가는 오늘날의 배경에서는 동의로써 부여된 권한의 이전에 대한 중대한 요구가 존재할 수 있다. 예컨대 중개인이 자신에게 수여된 광고에서의 초상의 이용에 대한 동의권을 제삼자에게 다시 양도할 수 있는가 이다; 이는 중개인이 개입함으로써 초상의 특징에 대한 최적의 경제적 이용이 가능해지므로 초상 본인의 이익을 위한 경우다. 동의가 제한없이 수여된 경우에 동의는 양도가 가능하다고 볼 것인가? 말할 것도 없이 명시적으로 제한을 두지 않는 모든 동의에 제삼자에 대한 양도의 동의도 포함되고 있다고 해석되어져서는 안 된다. 오히려 양도를 회피한다는 명시적인 합의가 없을 때에는 동의의 계속적인 양도는 초상 본인의 동의가 있어야만 가능하다는 원칙으로부터 출발할 수 있다. 이는 초상 본인을 그가 원하지 않는 계속적인 권리양도로부터 보호하고, 의심이 있을 때에는 가능한 한 자신의 권리에 대한 감독을 자신이 할 수 있도록 하기 위해서이다.

동의의 양도의 가능성으로부터 권리자가 타인에게 동의를 수여하기 위한 권한을 위임할 수 있다는 결론을 도출해 낼 수 있다. 위임의 방법으로 허용되는 이용권한은 확정되거나 또는 적어도 확정될 수 있어야만 한다. 이용의 종류와 범위를 완전히 미해결인 채로 남겨두는 일반적 위임은 권리자를 전적으로 타인의 낯선 결정으로 인도하고 그리하여 실제적으로 자기결정권의 포기에 이르게 할 것이므로 52) 허용되지 않는다. 초상권은 상속될 수 없고 권리자의 사망으로써 소멸한다. 이것으로부터 초상권과 관련된 동의는 사망 이후에는 효력을 상실하고, 사망과 더불어 대상을 잃게 된다. 이에 관한 독일의 법질서를 참고로 소개하면 독일에서도 법적으로 보호되는 다른 인격적 법익과 마찬가지로 초상권도 상속될 수 없다.53) 그러나 독일의 조형예술 및 사진작품에 대한 저작권에 관한 법률(KUG)의 제 22 조 제 3 단의 규정에 의하면 사인의 초상의 공표는 사망 후 10 년 동안 유족의 동의가 필요하다. 이 법률의 의미에 있는 유족은 KUG 의 제 22 조 제 4 단의 규정에 의하여 생존한 배우자 및 초상 본인의 자녀이고, 배우자도 자녀도 없는 경우에는 초상 본인의 부모이다. 따라서 또한 이 범주의 사람들에게 사인의 초상의 상업적인 이용 가능성이 열려지게 되었다.54)

Ⅶ. 결 어

초상권 침해에 있어서의 동의와 마찬가지로 일반적으로 위법성을 조각하는 사유의 하나인 동의는 기능적으로 뿐만 아니라 전통적인 정의의 의미에 있어서도 법률행위적인 의사표시이다.
법률행위적 의사표시와 동의의 기능상의 동일함을 근거로 초상권 침해에 있어서의 동의에 대하여 법률행위에 관한 규범이 일반적으로 적용될 수 있는지 여부에 관하여 깊은 고려를 요한다. 고도의 인격적인 권리의 침입에 대한 동의에 있어서의 기능상의 상이점은 민법총칙 부분의 법률행위에 관한 규정의 광범위한 적용을 허용하지 않는다. 법률행위적 의사표시 "동의"는 법률행위와 관련하여 잠재적인 기능의 상이점을 이유로 개별 사례에서 그의 기능에 맞게 취급되어야 한다.

주

1) 판례의 이름은 필자가 편의상 붙였다. 판례의 이름으로써 판례의 전체 내용이 떠오를 수 있도록 판례의 이름은 그 판례를 대표할 수 있는 단어로 붙였다.
2) 서울민사지방법원 82 카 19263 서적인쇄 및 발매금지 등가처분 -율산-, 「언론중재」, 1982, 여름, 157-158 면
3) 서울지방법원 87 가합 6175 위자료, 「국내언론관례판례집」, 제 1 집, 269 면
4) 서울지방법원 88 가합 31161 손해배상(기)등, 「국내언론관계 판례집 」, 제 1 집 , 308 면 5) 서울고등법원 89 나 36528 손해배상, 「국내언론관계판례집」, 제 2 집, 127 면
6) 89 나 36528 손해배상 -미스코리아-, 「국내언론관계판례집」, 제 2 집, 127 면
7) 96 나 282 손해매상(기) (1996. 6. 18.자 판결), 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 160 면; 뒤이어서 서울지방법원 97 가합 8022 손해배상(기) (1997. 8. 7.자 판결) -신입생환영회 -, 「국내 언론관계판결집」, 제 5 집, 253-254 면
8) 위 와 동일
9) 94 카합 9230 출판 등 금지가처분, 15 면
10) 동일 견해 서울고등법원 96 나 282 손해배상(기) (1996.6. 18.자 판결) -결혼식 사진-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 160 면과 서울지방법원 97 가합 8022 손해배상(기) (1997. 8. 7.자 판결) -신입생환영회-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 254 면
11) 초상권 침해에 관한 모든 판례에서 인정하고 있음.
12) 서울지방법원 94 카합 9230 출판 등 금지가처분 (1995.6. 23.자 판결) -소설 이휘소-, 14 면, 서울고등법원 96 나 282 손해배상(기) (1996. 6. 18.자 판결) -결혼식사진 -, 「국내 언론관제 판결집」, 제 5 집, 161-162 면
13) 안용교, "초상권의 개념과 의의", 「언론중재」, 1982,여름, 6-13 면: 한상범, "사진보도와 초상권", 「언론중재」, 1982, 여름, 14-20 면: 임두빈, "초상권과 법정 내 촬영", 「언론중재」, 1982, 여름, 21-29 면; 조영래, "초상권과 사생활의 보호", 「신문과 방송」, 1986/9, 42-45 면; 배병일, "초상권에 관한 연구", 「재산법연구」, 제 9 권 1 호, 1992, 3-131 면; 한병구, "보도사진과 초상권",「신문과 방송」, 1993/3, 26-29 면; 박순국, '취재권과 초상권", 「신문과 방송」, 1993/3, 30-33 면: 정상기, "판례를 통해서 본 초상권의

법리", 「연세법학연구」, 제 3 집, 1995, 361-380 면; 이희성, "사회의 공적인물에 대한초상권 등의 침해요건", 「저작권」, 1995, 겨울호, 50-54 면; 한위수, "퍼블러시티권의 침해와 민사책임(상)"「인권과 정의」, 1996/10, 28-37 면, (하), 「인권과 정의 」, 1996/ll, 109-127 면

14) 96 나 282 손해배상(기) (1996. 5. 18.자 판결)
- 결혼식사진 -, 「국내언론관계판결집」,제 5 집, 161 면 ; 뒤 이은 판례에서도 서울지방법원 97 가합 8022 손해배상(기) (1997. 8. 7.자 판결) -신입생 환영회-, 「국내언론관계판결집」,제 5 집, 254 면

15) 서울민사지방법원 88 가합 31161 손해배상(기)등 (1989.7. 25.자 판결) -미스코리아-, 「국내언론관계판례집」,제 1 집, 308 면: 서울고등법원 89 나 36528 손해배상 (1990.5. 4.자 판결) -미스코리아-, 「국내언론관계판례집」,제 2 집, 127 면, 서울민사지방법원 92 가단 57989 손해배상(1993. 7. 8.자 판결) -뉴스위크-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집, 179 면; 서울고등법원 93 나 31886 손해배상(기) (1994. 3. 30.자 판결) -뉴스위크-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집, 182 면; 서울민사지방법원 94 가합 36754 손해배상(기) (1994. 10. 20.자 판결) -오렌지족-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집, 242-243 면 서울민사지방법원 96 가합 31227 손해배상(기) (1997. 2. 26.자 판결) -수녀 인터뷰-. 「국내언론관계판결집」, 제 5 집,206 면: 서울민사지방법원 97 가합 15881 손해배상(1998. 2. 27.자 판결) -연하남자-, 「언론중재」, 1998, 여름, 168 면

16) 서울민사지방법원 88 가합 31161 손해배상(기)등 (1989.7. 25.자 판결) -미스코리아-, 「국내언론관계판례집」,제 1 집, 308 면: 서울고등법원 89 나 36528 손해배상 (1990.5, 4. 자 판결) -미스코리아-, 「국내언론관계판례집」,제 12 집, 127 면: 서울고등법원 95 나 25819 손해배상(기)(1996. 2. 2.자 판결) -성형수술-, 「국내언론관계판결집」, 제 4 집, 245 면

17) 서울고등법원 96 나 282 손해배상(기) (1996. 6. 18.자 판결) -결혼식 사진-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집,161; 서울민사지방법원 97 가합 8022 손해배상(기)(1997. 8. 7.자 판결) -신입생환영회 -, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 254 면: 참조 서울민사지방법원 87 가합 6032 손해배상(기) (1988. 9. 9.자 판결) -광고사진-,「국내언론관계판례 집」, 제 1 집, 272 면;

18) 서울고등법원 93 나 31886 손해배상(기) (1994. 3. 30.자 판결)- 뉴스위크-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집,183 면

19) 서울고등법원 93 나 31886 손해배상(기) (1994. 3. 30.자 판결) -뉴스위크-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집,182 면: 서울지방법원 95 가합 13495 손해배상(기)(1995. 11. 24.자 판결) -결혼식 사진-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 155 면; 동일 취지 서울민사지방법원 94 가합 36754 손해배상(기) (1994. 10. 20.자 판결) -오렌지족-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집, 242-

243 면,서울민사지방법원 97 가합 15881 손해배상 (1998. 2. 27.자 판결) -
연하남자-, 「언론중재」, 1988, 여름, 168 면
20) Vgl. Niklas Luhmann, Grundrecht als Institution, Berlin 1965, 5. 73 Fussen, 54;
aehnlich auch schonAlbert Osterrieth, Bemerkung zum Entwurf einesGesetzes betreffend
das Urheberrecht an Werken derPhotographie. GRUR 1902, 361, 373
21) 95 가합 13495 손해배상(기) (1995. 11. 24.자 판결) -결혼식
사진-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 155-156 면
22) 96 나 282 손해배상(기) (1996. 6. 18.자 판결) -
결혼식사진 -,「국내언론관계판결집 」. 제 5 집, 161 면
23) 위 와 동일
24) 97 가합 8022 손해배상(기) (1997. 8. 7.자 판결) -
신입생환영회-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 254-255 면
25) 97 나 43156 손해배상(기) (1998. 1 13.자 판결) -
신입생환영회 -, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 264 면
26) 87 가합 6032 손해배상(기) (1988. 9. 9.자 판결) -
광고사진-, 「국내언론관계판례집」, 제 1 집, 272 면
27) 서울민사지방법원 87 가합 6032 손해배상(기) (1988. 9.9.자 판결) -
광고사진-, 「국내언론관계판례집」, 제 1 집,
272 면; 서울민사지방법원 88 가합 31161 손해배상(기)등 (1989. 7. 25.자 판결) -
미스코리아-, 「국내언론관계판례집」, 제 1 집, 127-
128 면; 서울고등법원 89 나 36528 손해배상 (1990. 5. 4.자 판결) -
미스코리아-,「국내언론관계판례집」,제 2 집, 127-
128 면; 서울민사지방법원 92 가단 57989 손해배상 (1993. 7. 8.자 판결) -
뉴스위크-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집, 179 면; 서울고등법원 93 나 31886 손해배상(기)
(1994. 3. 30.자 판결) -뉴스위크-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집, 182-
183 면: 서울민사지방법원 94 가합 36754 손해배상(기)(1994. 10. 20.자 판결) -
오렌지족-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집, 242-243 면
서울고등법원 95 나 25819 손해배상(기) (1996. 2. 2.자 판결) -
성형수술-, 「국내언론관계판결집」, 제 4 집, 245 면 ; 서울고등법원 96 나 282 손해배상(기)
(1996. 6. 18.자 판결) -결혼식 사진-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 161-
162 면: 서울민사지방법원 96 가합 31227 손해배상(기) (1997. 2. 26.자 판결) -
수녀인터뷰-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집,
206 면, 서울민사지방법원 97 가합 8022 손해배상(기) (1997. 8. 7.자판결) -
신입생환영회-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집,253-
255 면; 서울민사지방법원 97 가합 15881 손해배상(1998. 2. 27.자 판결) -
연하남자-, 「언론중재」, 1998,여 름, 168 면.

28) Vgl. Das Merkmal <> in Namen-srechtsverletzung nach § 12 BGB wird von derherrschenden Meinung mit der <> gleichgesetzt. Siehe statt vieler nor Muenchkomm/Schwerdtner, § 12, Rdn. 109; Palandt /Heinrich, Ana 5b, Rdn. 25
29) Wolfhard Kohte, Die rechtliche Einwilligung, AcP 85(1985), 105, 110; Horst-Peter Goetting, Persoenlichkeitsrechte als Vermoegensrechte, 1995, 147
30) Siehe dazu statt vieler nor Karenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts, § 18 Ⅰ, S.314
31) 참조 서울고등법원 95 나 25819 손해배상(기) (1996. 2.2.자 판결) -성형수술-, 「국내언론관계판결집」, 제 4 집,
245 면, 서울민사지방법원 97 가합 8022 손해배상(기) (1997. 8. 7.자 판결) -신입생환영회-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집 , 254-255 면
32) 참조 서울고등법원 96 나 282 손해배상(기) (1996. 6.18.자 판결) -결혼식 사진-, 「국내언론관계판결집」,제 5 집, 161 면; 서울민사지방법원 97 가합 8022 손해배상(기) (1997. 8. 7.자 판결) -신입생 환영회-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집 , 253-254 면
33) 참조 서울민사지방법원 87 가합 6022 손해배상(기)(1988. 9. 9.자 판결) -광고사진-. 「국내언론관계판례집 」, 제 1 집 , 272 면
34) 서울민사지방법원 87 가합 6032 (1988. 9. 9.자 판결) -광고사진 -, 「국내언론관계판례집」, 제 1 집 , 272 면
35) 참조 서울민사지방법원 88 가합 31161 손해배상(기)등(1989. 7. 25.자 판결) -미스코리아-, 「국내언론관계판례집」, 제 1 집,
308 면; 서울고등법원 89 나 36528 손해배상 (1990. 5. 4.자 판결) -미스코리아-, 「국내언관계판례집」, 제 1 집 , 127 면
36) 서울민사지방법원 88 가합 31161 손해배상(기)등 (1989.7. 25.자 판결) -미스코리아-, 「국내언론관계판례집」,제 1 집,
308 면; 서울고등법원 89 나 36528 손해배상 (1990.5. 4.자 판결) -미스코리아-, 「국내언론관계판례집」,제 2 집, 12 면에서의 예 인용
37) 참조 서울고등법원 96 나 282 손해배상(기) (1996. 6. 18.자 판결) -결혼식 사진-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 161 면
38) 서울고등법원 95 나 25819 손해배상(기) (1996. 2. 2.자 판결) -성형수술-, 「국내언론관계판결집」, 제 4 집, 245 면
39) 서울지방법원 97 가합 8022 (1997 8. 7.자 판결) -신입생환영회 -, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 254 면
40) 서울민사지방법원 88 가합 31161 손해배상(기)등 (1989.7. 25.자 판결) -미스코리아- 「국내언론관계판례집」,제 1 집, 308-309 면; 서울고등법원 89 나 365 쏘 손해배상(1990. 5. 4.자 판결) -미스코리아-, 「국내언론관계판례집」, 제 2 집, 127-128 면
41) 서울고등법원 96 나 282 손해배상(기) (1996. 6. 18.자 판결) -결혼식 사진-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집, 1 면; 비교

서울민사지방법원 95 가합 13495 손해배상(기)(1995. 11. 24.자 판결) -결혼식 사진-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집 , 155-156 면
42) 서울민사지방법원 92 가단 57989 손해배상 (1993. 7. 8.자판결) - 뉴스위크-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집,177-180 면; 서울고등법원 93 나 31886 손해배상(기) (1994.3. 30.자 판결) - 뉴스위크-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집 , 180-184 면
43) 서울민사지방법원 94 가합 36754 손해배상(기) (1994. 10.20.자 판결) - 오렌지족-, 「국내언론관계판례집」, 제 3 집 , 240-244 면
44) 서울지방법원 96 가합 31227 손해배상(기) (1997. 2. 26.자 판결) -수녀 인터뷰-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 징, 199-214 면; 서울고등법원 97 나 14240 손해배상(기)(1997. 9. 30.자 판결) - 수녀인터뷰-, 「국내언론관계판결집」, 제 5 집 , 214-216 면
45) 서울지방법원 97 가합 15881 손해배상 (1998. 2. 27.자 판결) - 연하남자-, 「언론중재」 1998, 여름, 165-171 면
46) Juergen Hello, "Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild", AfP 1985, 93 100; derselber, Besondere Persoenlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991,5.119
47) Jurgen Hello, Besondere Persoenlichkeitsrechte im Privatrecht,1991,S. 118
48) OLG Muechen AfP 1989, 570 은 당사자의 "내적인 관점의 변화"를 중시하였다.
49) Juergen Hello, Besondere Persoenlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991,5. l18ff.
50) OUG Freiburg GRUR 1953, 404: 옛 독일 판례는 동의의 철회를 배척하고 있다. ; 동의의 철회를 배척하고 있는 판례로는 OU Harmburg 20. 7. 1972 "Hei di"Schu1ze OUGZ 122. ,새로운 판례는 동의의 철회를 근거 제시없이 인정하거나(OU Koeln AfP 1969, 118 및 OUG Muenchen AfP 1983, 230) 또는 계속적인 채권관계에 중대한 사유가 있는 때에는 이를 해지할 수 있다는 원칙의 적용 하(Oesterreichischer OGH AfP l970, l32 "zigeuner-primas")에 허용하고 있다.
51) Oestereichischer OGH AfP 197O, 157: 철회가 허용되었음.
52) 참조 Hans Forkel, "Lizenzen an Persoenlicheitsrec-hten durch gebundene Rechtsuebertragung, " GRUR 1988, 491, 500; 비교 Gerhard Schricker, "Die Ein-willigung des Urhebers in entstellende Aenderungendes Wfrks, in: Beitraege zum Schutz der Perso-enlichkeit und ihrer schoepferischen Leistunget" FS fuer Heinrich Hubmann, Frankfurt a.M. 1985, 409, 417ff.
53) statt vieler Horst-Peter Goetting, Persoenlichkeitsrec-hte als Vermoigensrechte, 1995,S.164,165.
54) Horst-Peter Goetting, a. a. O., S.165

- 이화여자대학교 법대 졸업, 동대학원 법학과 졸업, 독일 후라이드룩 법대 수료, 튀빙엔법대 법학박사

- 저술: 사실의 주장과 의견의 표현, 언론 매체의 보도로 인한 인격권 침해의 경우의 비재산적 손해에 대한 금전배상 등
- 현재 한남대학교 강사