

<제1세션>

초상권 동의의 범위

- **진행** : 김문중 (언론중재위원회 연속교육팀, 변호사)
- **패널** : 류현주, 장정아, 박정하, 이지예, 진혜진, 민혜영
(이화여대 법학전문대학원)
최은진 (언론중재위원회 서울제5중재부 조사관)
김주연 (언론중재위원회 연구팀, 변호사)

제1세션 초상권 동의의 범위

<토론 개요>

제1세션 토론은 2013서울조정413, 2012서울조정1674 사건을 사례로 선정하여 진행되었다.

첫 번째 사례는 신청인이 자신의 모습이 동의 없이 보도되었다고 주장하며 중앙선데이를 상대로 손해배상을 청구한 사안으로, 조정대상물은 2013년 3월 17일자 <게임머니 환전 '머니상'에 걸리면 도박 페인> 제하의 보도이다.

중앙선데이는 온라인 게임의 피해를 보도하면서 신청인의 모습을 게재하였다. 해당 사진은 약 1년 전 중앙일보에 게재되었던 사진으로 그 당시에는 동의를 구하고 보도하였으나, 신청인이 문제 삼은 중앙선데이의 보도에서는 신청인의 동의 없이 사진을 게재하였다. 이에 신청인은 초상권 침해를 이유로 손해배상을 청구하였고, 양 당사자는 기사삭제 및 이백만 원 지급으로 합의하여 조정이 성립되었다.

본 토론회에서는 과거의 동의만으로 해당 보도가 유효한지, 별개의 동의가 필요한 것은 아닌지, 또한 해당 보도에서는 동의가 없는 것으로 봐야하는지 등에 대해 토론이 진행되었다.

두 번째 사례 역시 초상권 침해를 주장하며 연합뉴스를 상대로 손해배상을 청구한 사안으로, 조정대상물은 2012년 11월 15일자 <환경미화원 실기시험> 제하의 보도이다.

연합뉴스는 모 지방자치단체의 환경미화원 실기시험을 보도하면서 시험을 보고 있는 신청인의 모습을 게재하였다. 피신청인은 지자체의 동의만을 구하고 응시자들의 동의는 구하지 않았다. 이에 신청인은 자신의 동의 없이 초상을 공개했으므로 초상권 침해라고 주장하며 손해배상을 청구하였고, 피신청인은 지자체의 동의는 구했으므로 문제될 것 없다고 주장하여 결국 양측은 합의를 이루지 못했다. 중재부는 백만 원을 지급하라는 조정을 갈음하는 결정을 내렸고, 양측이 이의를 제기하지 않아 이 결정은 확정되었다.

본 토론회에서는 이러한 시험 장면 보도의 경우 지자체와 응시자 중 누구의 동의가 필요한지, 과연 해당보도에서는 신청인의 동의가 없다고 봐야 하는지 등에 대해 토론이 진행되었다.

< 첫 번째 사례 : 게임머니 사건 >

쟁 점 1 : 동의를 여부 및 추정적 동의를 인정

류 현 주 (이화여자대학교 법학전문대학원 - 신청인측 입장)

초상권은 개인의 인격권이므로 언론사의 주장처럼 보도의 유사성과 언론의 사회적 파급력을 이유로 초상 사용에 대한 동의의 필요성이 부인될 수는 없다. 본 사건의 경우 초상권 동의를 받을 수 없는 상황이 아니었으며, 모든 사정을 객관적으로 판단하였을 때 동의가 확실히 기대되는 경우에도 해당하지 않으므로 추정적 동의 역시 인정될 수 없다.

초상권은 사람이 자신의 초상에 대하여 갖는 인격적·재산적 이익으로서, 사람이 자기의 얼굴, 기타 사회 통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하고, 광고 등에 영리적으로 이용되지 않을 권리를 말한다.(2005가합4302 판결) 즉 초상권은 인격권으로서 초상의 사용 시 초상권자의 동의가 있어야 하나, 동의의 여부는 동의의 범위를 해석하는 문제가 뒤따른다.

본 사건의 경우 신청인의 동의는 해당 보도에 대한 동의로만 이뤄진 것으로, 과거 이뤄진 동의가 추후 새로운 보도에 대한 동의로 해석 될 수는 없다. 일례로 프랑스 공영 방송 채널인 France2사는 촬영 당시 등장인물들이 동의하였던 주제와는 다르게 상황과 필요에 따라 해당 영상물 또는 사진을 재사용함으로써 초상권 침해로 소송을 당한 적이 있다. 이 사건은 이미 저장되어 있는 영상물이나 사진을 재사용할 때의 초상권 침해문제에 대하여 경각심을 일깨워 주었다는 점에서 큰 의미가 있다.

위 사례와 같이 초상의 사용에 대한 동의를 포괄적 동의로 인정하여 재사용까지 허용한다면, 이는 초상권 주체인 본인의 승낙 범위를 넘어서는 것으로서 개인의 인격권이 보호되지 않는 결과를 초래하게 된다. 마찬가지로 본 사건의 신청인 또한 본인의 사진을 추후의 기사에서 사용하는 것에 대해 동의한 적이 없으므로 초상권이 침해되었다고 볼 수 있다.

물론 언론사 측은 보도의 유사성과 언론의 사회적 파급력을 이유로 동의의 필요성을 부인할 수 있을 것이다. 그러나 다음 사례를 보면, 우리 법원에서는 보도의 유사성과 상관없이 사진 및 영상 자료의 재사용에 대하여 개별적 동의의 필요성을 인정함을 알 수 있다.

모 방송사에서 주의력결핍과잉행동장애(ADHD) 아이들의 모습을 담은 화면을 방송하고, 그 후 해당 영상을 두 차례나 다른 보도에서 무단으로 재사용하였다. 이에 피해자들이 손해배상청구 조정을 신청하여 방송사와 피해자 측은 손해배상금을 지급하고 해당 자료를 완전 폐기하는 것으로 자체적으로 합의하였다.(당시 공식적으로 조정은 진행되지 않았다) 그러나 그 후로도 해당 방송사는 메인 뉴스 프로그램에서 해당 영상을 자료화면으로 내보내었고, 이에 피해자 측이 낸 소송에서 서울남부지법은 방송사의 책임을 인정하고 피해자에게 배상할 것을 선고하였다. 이 사례와 마찬가지로, 새로운 보도를 위해 이전에 보도됐던 사진을 다시 사용하고자 한다면 개별적 사안마다 당사자의 동의를 얻어야 함은 명백하다.

이에 대하여 피신청인 측은 추정적 동의를 인정해야 한다고 주장할 수 있다. 그러나 추정적 동의란 당사자의 승낙을 받을 수 없는 상황이었으나 모든 사정을 객관적으로 판단하였을 때 동의를 확실히 기대되는 경우를 말한다.

추정적 승낙이 처음 인정된 것은 미국 플로리다 퍼블리싱 회사 대 플레처 사건이다. 당시 담당 법원은 사진기자가 소방관의 뒤를 따라 화재로 파괴된 주택에 들어가 촬영을 한 보도에 대하여 뉴스매체의 관례를 근거로 추정적 승낙을 인정할 수 있다고 하면서 기자의 책임을 부인하는 취지의 판시를 하였다.

하지만 본 사건은 초상의 재사용 여부에 대하여 신청인에게 충분히 동의를 받을 수 있었으며 뉴스매체의 관례를 적용해야 할 상황도 아니었다. 다시 말해 본 사건은 사건의 종류, 초상권 침해의 정도, 동의 구비의 애로사항, 기사에 사진이 첨부되어야 할 필요성 등 여러 가지 측면에서 추정적 승낙을 인정할 만한 근거가 부족하다.

한편 피신청인 측은 신청인이 최초 인터뷰에 응한 의도와 사진자료의 일회성 게재에 대한 요청이 없었음을 근거로 추정적 동의를 인정하여야 한다고 주장한다. 그러나 신청인이 자신의 사례를 통해 도박의 위험성을 알리려는 공익적인 목적으로 인터뷰에 동의하였을지라도, 사진자료의 재사용을 거부하지 않았다는 이유만으로 추후 보도에 사용된 사진에 대해서까지 동의한 것으로 추정하는 것은 지나친 비약이다. 만약 신청인이 추후 다른 보도에서도 자신의 사진이 재차 사용될 수 있다는 것을 알았다면 최초의 인터뷰에 응하지 않았을 수도 있다.

결론적으로 본 사안의 경우 사진 자료의 재사용에 대한 신청인의 명시적 동의가 없었었으며, 추정적 동의 또한 인정되지 않으므로 신청인의 초상권은 침해되었다고 할 것이다.

장 정 아 (이화여자대학교 법학전문대학원 - 피신청인 측 입장)

본 사건은 보도의 성격과 종류가 유사한 후속보도이므로 이에 대한 추가적 동의가 불필요한 사안이다. 만일 보도의 성격과 상관없이 매번 추가적 동의가 요구된다면 이는 신속성이 중시되는 언론의 현실을 도외시하는 것이며, 우리 사회에서 언론의 중요성을 간과하는 것이다. 또한 신청인의 주장대로 개별적 동의의 필요성을 인정한다 할지라도, 본 사안은 추정적 동의의 존재를 확인할 수 있으므로 신청인의 초상권은 침해된 바가 없다.

피촬영인의 사진이나 인터뷰 내용의 게재에 대한 동의를 얻은 후에는 그 기사나 사진의 편집과 이용에 대한 권한이 취재진에게 위임되었다고 볼 수 있다. 따라서 본 사건의 경우, 신청인의 사진 이용에 대한 동의가 있었으므로 이후의 사용에 대한 추가적 동의는 필요하지 않다. 동의를 구한 후 이를 보도하지 않더라도 이는 취재진의 권한에 속하는 행위이고, 동의를 구한 후 그와 관련된 기사를 연재하거나 유사한 보도를 할 경우 동의 받은 사진이나 인터뷰 내용을 재사용할지 여부를 결정하는 권한은 취재진에게 있기 때문이다.

신청인은 초상의 재사용에 대해 개별적 동의를 요구하고 있으나, 이를 받아들인다고 하더라도 추가적 동의가 요청되는 목적을 고려해본다면 본 사안은 이에 해당되지 않음을 알 수 있다.

추가적 동의는 처음에 동의했던 내용과 다른 목적과 방향으로 사진이 사용됨으로써 사진을 제공한 자의 예측 가능성을 벗어나 그에게 피해를 주는 상황을 예방할 목적으로 요구되는 것이다. 그러나 본 사안에서의 보도는 이전의 보도와 그 성격과 종류가 유사한 기사라고 볼 수 있다. 따라서 신청인의 예측 가능성을 벗어나는 용도로 사진이 사용되지 않았다고 봐야 한다.

과거 신청인은 자신의 사진이 도박 관련기사에 실린다는 것에 동의했다. 더욱이 자신의 사례를 통해 도박의 폐해에 대한 경각심을 주고자 적극적으로

인터뷰에 응한 것을 보아, 자신의 사진이 어떠한 모습으로 비추어질지 충분히 인식하고 있었음을 알 수 있다. 그러나 자신의 인터뷰와 사진이 게재될 구체적인 날짜와 구체적인 기사 내용에 대한 협의는 없었다.

본 사건은 이전에 보도됐던 기사와 본질적으로 내용이나 구성이 유사하고, 같은 신문사 내의 다른 일간지에 초상이 사용된 것으로써, 신청인의 합의한 내용 안에 해당할 뿐만 아니라 신청인의 예측가능성을 벗어나지도 않는다. 즉, 최초 동의를 구한 촬영 목적과 다른 목적으로 사용되지도 않았고 그 내용이 왜곡되지도 않았으므로 새로운 추가적 동의가 필요하지 않은 것이다.

만일 이와 같은 사안에 대해서도 매번 추가적 동의가 필요하다면 비효율적인 취재환경을 야기할 뿐만 아니라, 언론보도에서 영상, 사진의 비중이 점차 증대되는 현실을 고려할 때 언론사에 일방적인 책임과 비용을 부과하는 것이다. 따라서 지나친 개별적 동의는 언론의 현실을 도외시하는 것이며, 나아가 언론의 자유를 지나치게 축소시키고 신속한 보도를 저해시킴으로써 궁극적으로 국민의 알 권리를 침해하는 것이다.

또한 본 사건과 같이 도박 등 사회적 물의를 야기하는 현상에 관한 내용은 일회성 기사로는 사회와 국민의 경각심을 일깨우기에 부족하므로 동일한 사안에 대하여 계속해서 기사가 연재될 필요성이 인정된다. 또한 이러한 사회 문제의 시정방안과 추후경과에 대한 보도를 하기위해서도 이전 기사의 사진 자료를 향후에도 다시 사용할 수 있음은 당연한 것이다.

한편 신청인 측의 주장대로 유사한 사안에서도 개별적 동의의 필요성을 인정한다할지라도 본 사안은 추정적 동의가 있었던 것으로 볼 수 있다.

본 사건과 관련하여 신속성을 요구하는 언론의 현실상 당시 사진의 재사용에 대한 동의를 받을 시간적 여유가 없었음을 명확히 하는 바이다. 또한 최초 인터뷰에 참여한 신청인의 의도, 촬영 당시 자신의 사진이 단 한번만 사용될 것을 요청한 바가 없었다는 점 그리고 유사한 기사에 대하여 추가적 동의 없이 사진을 재사용하는 언론사의 관례를 신청인이 이미 충분히 인지

하고 있었다는 당시의 제반 사정을 고려했을 때, 본 사안은 신청인의 승낙이 확실히 기대되는 경우로 볼 수 있다. 이와 같이 본 사건은 신청인의 추정적 동의를 존재를 확인할 수 있으므로 신청인의 초상권은 침해된 바가 없다.

<두 번째 사례 : 환경미화원 체력시험 사건 >

쟁 점 2 : 명시적 동意的 존부와 동意的 주체 및 의제여부

박 정 하 (이화여자대학교 법학전문대학원 - 신청인 측)

초상의 촬영에 대한 동意的 주체는 원칙적으로 초상권자 본인이어야 한다. 초상권은 개인의 인격권으로 그 주체와 불가분의 관계에 있고, 일신전속적인 권리로서 타인에게 양도될 수 없다. 따라서 피신청인은 초상권의 주체인 개인의 명시적 동意的를 받아야 했다. 그러나 본 사안에서 신청인의 명시적인 동意的는 없었고, 시험실시 및 관리기관인 지방자치단체의 동意的를 시험응시자이자 피촬영자인 개인이 동意的한 것으로 의제할 수는 없다.

본 사안은 피신청인이 신청인의 명시적 동意的를 받지 않고 환경미화원 실기 시험 현장에서 시험응시자인 신청인의 상반신 정면 사진을 찍어 이를 공표하여 문제가 된 것이다. 이에 신청인은 사생활의 비밀과 자유 및 초상권을 침해당하여 피해를 입어 손해배상금을 청구하고, 피신청인이 운영하는 홈페이지에 게시된 해당 기사의 삭제를 요구하는 바이다.

초상권은 사람이 자신의 초상에 대하여 갖는 인격적·재산적 이익, 즉 사람이 자기의 얼굴 기타 사회 통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하며 광고 등에 영리적으로 이용되지 않을 권리를 뜻한다.¹⁾ 따라서 '초상'은 사람의 얼굴만을 의미하는 것이 아니라, 머리모양이나 뒷모습까지도 초상권의 보호범위 안에 속할 수 있다.²⁾

1) 서울동부지방법원 2006.7.7. 선고 2005가합4302 판결

2) 서울지방법원 2000.10.11. 선고 99가합109817 판결 "원고의 신체 중 얼굴 이외의 부분만이 나오는 사진이 게재되었다 하더라도 기사를 통해 원고와 000의 성행위장면을 섬세하게 묘사하면서 그 비디오 테이프 중 일부 장면을 사진으로 게재한 것이어서 그 사진에 나오는 신체 부분이 원고의 것임을 쉽게 알 수 있는 경우라면, 원고의 초상권은 당연히 법적으로 보호받을 필요가 있다"

초상은 개인에게 지대한 영향을 미치고 나아가 개인의 인격의 일부를 구성함으로써, 초상권은 인격권의 하나로 규정되어 있다. 초상권은 헌법 제10조 '인간의 존엄과 가치' 조항과 제17조 '사생활의 비밀과 자유' 조항에 의해 정당한 인격적 권리로 인정되고 있으며, 또한 언론중재법 제5조 제1항에서는 '언론은 생명·자유·신체·건강·명예·사생활의 비밀과 자유·초상·성명 등 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리(이하 "인격권"이)를 침해하여서는 아니 된다'라고 하여 초상을 인격권으로 명시하고 있다.

또한 초상은 그 주체와 불가분의 관계에 있으며, 초상권은 그 특성상 일신전속적인 권리로 타인에게 양도될 수 없다. 따라서 초상권자가 사자 혹은 미성년자인 예외적인 경우를 제외하고는 초상권자 본인이 동意的 주체가 된다. 그러므로 본 사안에서와 같이 채용시험 실시기관인 지방자치단체의 동의가 있었다고 해서 이를 응시자들의 동의권을 대표하여 행사하였다고 본다거나 이로써 시험 응시자 개개인이 모두 초상의 촬영 내지 공표에 동의한 것으로 의제할 수는 없다.

피신청인 측은 수능시험장 현장에서 수험생들의 사진³⁾을 본 사안과 유사한 사례로 제시하며 초상권 침해가 되지 않는다고 주장한다. 그러나 이 역시 시험장 관리감독 주체의 동의가 있었다라도 수험생 개개인의 동의가 필요하며 단순히 피촬영자의 동의를 개별적으로 구하기 어렵다는 이유만으로 신청인의 동의를 요하지 않는다고 볼 수는 없다.

3) 피신청인측은 동意的 존부 판단에 취재 현실(개별적 동의를 구하는 것의 어려움)을 참작해야 한다고 주장함.

이 지 예 (이화여자대학교 법학전문대학원 - 피신청인 측 입장)

본 사건의 시험행사를 주최하고 책임의 권한을 가진 것은 개별 응시자가 아니라 지방자치단체이므로 동意的 주체는 해당 지자체로 봐야 한다. 또한 사전에 해당 지자체의 명시적 동意的이 있었으므로, 개별응시자의 동意的을 요한다 하더라도 그 동意的은 지자체의 동意的으로 의제될 수 있다.

피신청인 측은 체력시험 응시현장의 촬영 전에 해당 지방자치단체에 대하여 구두로 촬영의 허가를 구하였고 이에 대해 지자체는 명시적인 동의를 표시하였다. 본 사건의 경우, 채용시험을 개최하는 주체는 개별응시자가 아니라 지방자치단체이므로 동意的의 주체는 지방자치단체로 봐야 한다. 다시 말해 해당 지자체가 모든 행사의 진행과 통제에 대한 권한을 가진 주체이므로 시험 응시 현황에 대해 기사를 쓰고자 하는 기자는 개별 응시자가 아닌 시험실시 기관인 지방자치단체의 동意的만으로 충분하다.

신청인을 비롯한 시험응시자들과 시험을 주최한 지자체의 관계를 대표자와 구성원의 관계로 치환하여 보자. 법인이나 기타 권리 능력이 없는 사단에서 대표자는 구성원들의 의사를 대표할 권한을 갖는다. 이로써 단체의 대표는 단체와 관련된 사항을 독자적으로 처리할 수 있는 권한이 있게 된다. 마찬가지로 본 사건의 경우도 응시자 개개인의 개별적 동의를 요한다 할지라도 그 동의를 지자체의 동의로 의제할 수 있으므로 명시적 동의를 받은 사안으로 볼 수 있다.

한편, 신청인은 초상권이 인격권이고 일신전속적인 권리이므로 지방자치단체의 동의 외에 개별응시자의 동의도 요구된다고 주장하나 이는 취재의 현실을 도외시 한 것이다. 언론은 사회 제반 분야에서 시시각각 일어나는 시사적인 일들과 국민의 관심사에 대한 정보를 신속히 알려야 한다. 가령 수능시험 현장에 관한 보도사진을 촬영한다고 보자. 긴장되고 분주한 상황 속에서 기자가 수험생이나 학부모들의 개별적 동의를 요구하는 것은 현실적으로 불가능하다. 만일 이렇게 모든 보도현장에서 개별적 동의를 받아야 한다면 각종

시험과 행사뿐만 아니라 날씨와 풍경 사진일지라도 초상권 침해의 소지가 우려되어 기사에 실을 수 없을 것이다. 이와 같이 지나친 개별적 동의를 요구하는 것은 우리 헌법에 의해 보장되는 보도의 자유를 잠식시킬 우려가 있다.

쟁 점 3 : 묵시적 동의 존재여부와 설명의무 면제여부 및 추정적 동의 존재여부

진 해 인 (이화여대 법학전문대학원 - 신청인 측)

사진촬영 고지에 대한 이의제기가 없었음을 이유로 묵시적 동의가 인정될 수는 없다. 유효한 동의는 피촬영인에게 사진 촬영 및 그 사용에 대한 구체적인 제반설명이 있어야 하나 본 사안의 경우 이러한 제반설명이 없었다. 또한 긴급성을 이유로 설명 의무가 면제되는 상황이 아니었으므로 추정적 동의 또한 인정할 수 없다.

피신청인 측은 사진촬영에 대해 신청인이 명시적 동의를 하지 않았을지라도 사진촬영을 고지 받았음에도 이의를 제기하지 않고 시험에 응한 것은 신청인이 사진촬영을 감수하겠다는 묵시적 동의로 인정되는 것이라고 주장한다. 그러나 당시 체력시험에 응시 중이었던 신청인은 이의제기를 할 수 있는 상황이 아니었으며, 구직자인 신청인이 사진촬영을 거절하거나 촬영에 대한 이의를 제기하는 것은 현실적으로 어렵다. 단지 이의제기가 없다는 것만으로 묵시적 동의를 적용할 수 있다면, 개별적 동의를 먼저 구해야 하는 보도의 순서를 무시한 채 언론사의 편의만을 인정하는 것과 다를없다.

또한 피신청인이 신청인에게 체력시험 시작 전에 촬영을 고지한 것은 일방적 통고에 불과하다. 언론사가 정당한 동의를 획득하기 위해서는 동의 주체, 목적, 범위를 구체적으로 설명해야 하고 이에 대한 이의가 없어야 한다. 그

러나 신청인은 해당 지자체로부터 촬영에 대한 일반적인 고지만을 들었을 뿐 충분한 제반 설명을 듣지 못했다.

더욱이 동의로 인해 나타나는 침해의 결과가 전형적으로 발생하는 것이거나 회복할 수 없는 중대한 침해인 경우에는 그 결과의 발생가능성이 희소하더라도 설명의 대상이 된다. 본 사건 보도로 인해 신청인은 초상권을 포함한 개인의 인격권이 침해되었고 특히 파급력이 큰 언론보도의 특성에 의해 그 피해는 전형적이며 회복 불가능한 것이라 볼 수 있다. 따라서 본 사안의 경우 피신청인은 촬영과 보도에 대하여 구체적으로 설명할 의무가 있었으며 이는 면제될 수 없다.

한편 피촬영자가 명시적으로는 승낙하지 않았더라도 카메라 앞에서 미소를 짓거나 인터뷰를 응하는 등 촬영에 호의적으로 협조하는 경우에는 묵시적 동의로 인정할 수 있다. 그러나 문제가 된 사진은 신청인이 힘겹게 체력시험을 치르는 장면으로 신청인이 보도를 예상하고 호의적으로 협조하는 모습과는 거리가 멀다. 만일 신청인이 언론사로부터 보도를 위하여 촬영을 한다는 사실을 고지 받았을지라도 얼굴이 정면으로 클로즈업된 사진이 게재되리라는 부분은 고지 당시 예상할 수 있는 범위를 초과한 것이다. 따라서 피신청인 측이 신청인의 사진이 보도되는 것은 예상 가능한 범위에 속한다는 주장은 인정할 수 없다.

설령 묵시적 동의의 존재가 인정되더라도 우리 법원은 촬영고지 전에 사진 촬영과 그 사용에 대한 구체적인 제반설명 필요성을 인정하고 있다. “남산 폭주족 사건”의 사례에서, 법원은 ‘제작진이 어느 방송인지 또한 그 촬영이 어떠한 용도로 쓰이는지 알려주지 않은 경우 피촬영자가 촬영사실을 알고도 인터뷰에 응했다는 점만으로는 원고가 초상의 사용 등을 묵시적으로 동의하였다고 볼 수 없다’고 판단하였다. 이를 본 사안에 적용하자면 묵시적 동의가 인정되더라도 유효한 동의라고는 볼 수 없다.

피신청인 측은 집회와 시위 현장의 초상 사용에 대해 추정적 동의가 인정된다는 법리를 본 사안에서도 적용시킴으로써 초상권 침해를 인정하지 않고

있다. 하지만 표현의 자유에 대한 적극적인 실현의 현장인 집회와 시위는 본 사건의 성격과는 전혀 다르다. 추정적 동의는 동의를 받기 어려운 제반 사정을 고려하여 동의가 기대되는 경우에 인정될 수 있다. 그러나 본 사안은 동의를 받기 어려운 상황이 아니었고 피신청인의 동의를 얻기 위한 어떠한 노력도 없었으므로 추정적 동의의 존재는 인정되지 않는다.

민 혜 영 (이화여대 법학전문대학원 - 피신청인 측)

신청인의 명시적 동의는 없었지만 사진촬영을 감수하겠다는 묵시적 동의가 있었다고 봐야한다. 또한 피신청인은 사진촬영고지를 통해 설명의무를 다하였으며, 그렇지 않을지라도 사진보도를 통해 달성해야 할 중대한 공익이 존재하며 구체적 설명을 할 시간적 여유가 없었으므로 설명의무가 면제된다. 묵시적 동의가 인정되지 않는다 할지라도 모든 사정을 종합적으로 고려하였을 때 신청인의 동의가 확실히 기대되는 경우라 볼 수 있어 추정적 동의가 인정된다.

본 사안에서 신청인이 사진촬영에 대한 명시적 동의를 하지 않았음은 분명하다. 그러나 해당 지방자치단체로부터 사진촬영고지를 받음으로써 그것이 보도를 위하여 촬영되는 것이라는 정보를 취득하였고 이를 통해 자신의 초상이 기사화되어 보도될 수 있다는 사실을 충분히 예상할 수 있었다. 신청인은 자유로운 의사에 따라 이의를 제기할 수 있었으나 아무런 의사 표현 없이 시험에 응시하였고, 이는 사진촬영을 감수하겠다는 묵시적 동의를 한 것으로 봐야 한다.

물론 체력시험이 진행되는 동안 신청인이 사진촬영에 대해 즉각적인 반응을 하기에는 심리적·물리적 장애가 있을 수 있다. 또한 구직자의 입장인 신청인으로서 사진촬영 때문에 면접을 포기하거나 이의를 제기하는 것도 어려울 것이다. 하지만 신청인은 체력시험 이후에 얼마든지 언론사와 직접 접촉하여 자신의 초상이 담긴 사진을 보도하지 말아달라는 요청을 할 수 있었음에도 전혀 그러한 이의제기를 하지 않았다. 따라서 신청인은 사진게재에 대한 묵

시적 동의를 한 것으로 볼 수 있다.

이에 대하여 신청인측은 촬영에 대한 제반 설명이 부재했기 때문에 유효한 묵시적 동의가 없다고 주장하고 있다. 그러나 의료행위에서 의사의 환자에 대한 설명의무 면제의 법리를 보면, ① 동의의 구체적인 효과에 대한 사전지식이 있는 사람에 대한 경우 ② 촬영을 해야만 하는 중대한 이익이 있는데 제반사정을 설명할 여유가 없을 정도로 시간이 촉박한 경우 ③ 동의권자에게 발생할 초상권 침해로 인한 불이익 및 그 개연성이 아주 희박한 경우에는 설명의무가 면제된다. 이를 본 사안에 적용하면 본 사건의 사진이 보도됨으로써 일반국민들의 알권리가 충족되고 정보를 공유하게 됨으로써 공익상의 필요가 있다고 볼 수 있다. 또한 생생한 현장감을 전달하기 위한 체력시험장에서의 촬영 상 일일이 제반 설명을 하기에는 시간적인 한계가 존재했다. 이러한 정황을 보았을 때 본 사안은 구체적인 제반 설명 의무가 면제되는 경우이다.

만약 신청인의 주장처럼 묵시적 동의를 인정할 수 없다면 추정적 동의가 있는 것은 아닌지를 검토해 보아야 한다. 우리 법원은 집회 시위현장에서의 초상권과 관련하여 "공공장소에서의 집회 시위란 본질적으로 참가자들이 자신의 의사를 널리 알리고자 하는 작용이고 헌법 제21조에 따라 보도의 자유도 보장되는 만큼 집회 시위 현장에서 사진을 촬영하여 보도매체에 게재하는 행위는 원칙적으로 초상권 침해가 되지 않는다(서울중앙지방법원 2009. 10. 14. 선고 2009가합41071 판결)"고 하여 피촬영인들의 추정적 동의가 있다고 보아 초상권 침해를 부인한 바 있다. 동 판결에서 법원은 "사진이나 사진과 결부된 기사 내용이 시청자에게 왜곡된 사실을 전달하거나, 부정적인 인상을 주어 피촬영자를 모욕하거나 비방할 목적으로 이루어지거나 별도의 보도로 이러한 결과가 초래된다면 초상권 침해가 인정될 수 있다."고 판시하였다.

이러한 판례의 태도를 본 사안에 적용하면 체력시험장은 일반인들이 제약 없이 출입할 수 있는 넓은 의미의 공공장소이고, 보도된 사진이 왜곡된 사실을 전달하지 않았으며 사진과 결부된 기사보도의 목적이 신청인들을 모욕하거나 비방할 목적으로 이루어지지 않았으므로 본 사건의 사진촬영 및 보도

는 초상권 침해로 인정될 수 없다.

언론사는 기획, 촬영에서부터 기사보도까지 모든 제작과정에 있어서 많은 비용을 투자하고 있다. 그런데 사진촬영 당시 이에 대한 신청인의 주장처럼 사진촬영과 관련된 기사의 삭제요구나 손해배상을 쉽게 인정한다면 언론사에게 일방적인 지나친 경제적 위험을 부담시키는 것이다. 이는 또한 언론의 취재의 자유와 보도의 자유를 과하게 위축시키는 결과를 가져올 수 있다. 국민의 알 권리를 충족시키고 민주주의 사회에서 다양한 여론을 형성시킴으로써 사회발전에 기여한다는 언론의 공적 기능을 간과해서는 안 될 것이다.

보 론 : 쟁점에 대한 실무적 입장에서의 검토

최 은 진 (언론중재위원회 서울 제5중재부 조사관)

첫 번째 사건은 언론사 DB에 저장된 인터뷰 사진이 우연의 일치로 추후 유사한 보도에 재사용된 사례로서, DB자료 재사용에 경각심을 주는 사례이다. 또한 두 번째 사건은 과거에도 유사한 사례가 발생한 적이 있어 초상의 동의의 인식이 부족한 언론사의 취재 관행을 짐작할 수 있다. 위 사례와 같이 손해배상청구사건이 접수된 경우, 위원회는 손해배상액 산정가감표를 작성하여 객관적인 위자료 산정을 위해 실무적으로 참고하고 있다.

첫 번째 사건은 같은 법인 내 다른 매체에서 보도한 경우로서, 언론사의 DB자료 재사용에 관한 경각심을 주는 사례이다. 모 언론사의 일간지 기자는 신청인과 인터뷰한 후 신원이 최대한 노출되지 않도록 사진 촬영하여 기사를 보도하였다. 그러나 1년 후 동일 언론사의 주간지 기자가 관련 기사를 작성하던 중 일간지 기자로부터 신청인을 소개받아 취재를 하였고, 해당 주간지 기자는 사내 사진DB에서 관련 사진을 검색하여 우연의 일치로 1년 전 일간지에 실렸던 신청인의 사진을 사용하게 되었다. 언론에서 재보도를 할 만큼 시의성 있고 중요한 사안이라면 취재대상에 동의여부 다시 확인하는 것이 바람직하나, 국민의 인권의식의 증가로 자발적인 인터뷰 대상을 찾기 힘든 상황을 고려할 때 보도성격과 종류가 동일한 기사에 반복적 동의를 구하기 어려운 언론사의 제작 현실도 이해되는 바이다.

한편 위원회는 손해배상청구사건의 경우 손해배상액 산정가감표를 작성하여 심리에 참고하고 있다. 먼저 침해법익에 따라 기준금액을 설정한 후 침해의 양태나 내용 그 정도에 따라 손해배상액을 가감하는 방식으로 위자료 산정하고 있다. 초상권 침해 사건의 경우 매체의 영향력을 고려하여 기준금액을 정하고, 긴급성/공익성/피해구제노력 등의 감액요소와 악의성/피해회복곤란성

/수치·모욕·당혹감의 수준 등 가액요소를 적용한다. 산정표에 따라 본 사건의 손해배상액을 산정하여 보니 고의성은 없지만 당혹감이 가액요소로 작용하여 손해배상액은 200만원이 나왔으며 실제 심리에서도 200만원으로 합의되었다.

두 번째 사례의 경우, 2008년 본인이 담당조사관으로 있는 중재부에서도 유사한 사건을 처리한 바 있다. 공교롭게도 본 사건과 동일한 지자체의 환경미화원 체력시험장에서 초상권 침해로 이유로 손해배상을 청구한 사건이었다. 당시 신청인은 불이익 감수하고 시험감독관 앞에서 촬영거절의사를 명시적으로 밝혔음에도 약 7초간 언론에 노출되었다. 피신청인 측인 언론사는 수년간 시험현장 등 재미있는 현장을 보도하는 프로그램을 제작해 왔는데, 초상권 침해로 인해 언론사가 매번 책임을 져야 한다면 이러한 유형의 보도는 불가능하다고 항변하였다. 그러나 4년 뒤에도 유사한 사안으로 조정신청이 된 것을 보면 해당 지자체의 업무 진행 방식이 문제인지 언론사의 취재관행이 문제인지 의문이 든다.

2008년의 사건은 금액 협의가 되지 않아 소송으로 가게 되었으나 1심 재판 전 금액을 지급하는 것으로 조정성립되었으며, 이번 토론회에 언급된 사례의 경우 조정갈음하는결정 100만원이 내려졌고 양 당사자가 동의하여 금액이 지급된 바 있다.

김 주 연 (언론중재위원회 연구팀 변호사)

애초 처음의 기사가 작성될 때 개인이 동의한 바 있더라도, 이러한 개인의 동의는 언론사가 1년 후 새로운 기사를 작성하는 데까지 미치지 않는다. 또한 지방자치단체가 설령 행사의 주관자인 사정이 있더라도 그 행사에 참여한 개인의 초상권 보도에까지 동의할 수 있는 동의권자는 아니다. 한편 지방자치단체가 개인에게 촬영을 고지했다고 하더라도 이것만으로 묵시적 동의가 있었다고 볼 수도 없다.

첫 번째 사건은 신청인이 처음 보도 시 했던 동의의 효력이 1년 후의 새로운 기사 작성 시까지도 미치는지에 대한 문제이다. 초상권은 인격권이므로 승낙의 범위는 엄격하게 해석되어야 할 필요가 있다. 참고 판례 중에, 애초 원고가 방송 인터뷰에 응한 사실이 있어도, 그 후 위 방송이 담긴 비디오 테이프를 불특정 다수에게 보여주기 위한 단체에게 이를 방송사가 판매했다면, 이러한 초상의 공표는 처음에 한 원고의 동의 범위를 벗어났다고 보아 손해배상을 인정한 것이 있다. 초상권 공표에 대해 판례가 엄격히 보고 있는 태도를 유추해 보면, 애초의 보도 시점으로부터 1년이 경과한 새로운 기사 작성에 대해서까지 신청인이 공표에 동의하였다고 보는 것은 무리가 있다. 인격권과 밀접한 관련이 있는 초상권 보호를 위해서는 공표 때마다 동의를 받는 문화가 구축되어야 할 필요가 있다고 생각한다.

두 번째 사건에서는 언론사가 환경미화원을 뽑는 실기시험 장면을 촬영하면서 이 시험을 주관한 해당 지방자치단체에 촬영 동의를 얻은 것이 적법한 동의인지, 그렇지 않다면 묵시적 동의 또는 추상적 동의가 있었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

먼저 지방자치단체가 초상권의 주체로서 적법한 동의를 할 수 있는지 살피기에 앞서 초상권의 법적 성격을 짚고 넘어갈 필요가 있다. 초상권은 언론중재법 제5조 제1항에 인격권의 범주에서 타인의 생명, 신체, 건강 등과 병렬적으로 규정되어 있고, 최근 2013년 선고된 대법원 판례에서는 초상권의 헌법적 근거로 인간의 존엄 및 가치와 행복추구권에 대한 규정인 헌법 제10항 1

문을 설시했다. 이와 같이 초상권의 법적 근거를 살피면 인격권의 범주인 초상권은 자연인인 사람을 전제로 하는 기본권이어서, 지방자치단체가 초상권 촬영 및 공표에 대해 동의할 수는 없다고 생각한다. 따라서 신청인의 초상을 촬영한 것은 적법한 동의권자의 동의가 아니므로, 다른 사정이 없는 한 초상권이 침해됐다고 본다.

다음으로 묵시적 동의를 살펴보겠다. 판례는 묵시적 동의를 엄격하게 본다. 상대방이 기자임을 알고서 전화에 응대한 것만으로는 묵시적 동의를 인정할 수 없다고 본 판례도 있다. 이러한 판례 태도에 비추어, 언론사의 고지가 있었고, 신청인이 단지 구체적인 이의를 제기하지 않았다고 해서 묵시적 동의로 볼 수는 없다고 생각한다. 민법에서도 이의제기를 하지 않았다고 해서 추인을 인정하지는 않는 것과 비슷하게, 묵시적 동의에는 좀 더 적극적이고 구체적인 액션이 담보되어야 하지 않나 생각한다.

한편 추정적 동의가 인정되기 위해서는 신청인이 반드시 동의하였을 것이라고 확신되는 상황이어야 하는데, 아직까지 우리나라 정서 상 신청인이 환경미화원 시험에 응시하는 자신의 모습이 대중에게 널리 알려지는 것에 확실히 동의하였을 것이라고 보기는 힘들다고 생각한다. 따라서 이 사안에서는 초상권 침해가 발생했다고 판단된다.

다음으로 손해배상 액수에 대해 판단하면, 먼저 해당 매체는 주요 통신사에 해당하여 '상'에 해당하고, 신청인이 해당 기사로 인해 당혹스런 감정을 느꼈고, 통신사가 모자이크 등 피해를 최소화하려는 조치를 전혀 취하지 않은 손해배상 가점 요소가 있어서, 개인적으로는 200만원에서 300만원 정도의 손해배상액이 적정하지 않나 생각된다. 그러나 애초에 신청인이 신청한 금액이 200만원이고 조정 과정에서 피신청인과의 합의를 위해 100만원으로 신청인이 양보하지 않았나 생각한다.