

## 초상권 침해의 판단기준으로서 독일 법원의 단계적 보호개념에 관한 고찰

이 수 종\*

언론중재위원회 전문위원/법학박사

### 국문 초록

최근의 판결을 통해 나타난 바로는 국내 법원 역시 초상권 침해의 판단 과정을 이익형량에 따라 해결한다는 점에서 일견 표면상으로는 독일 법원의 태도와 비슷한 법리를 채택하고 있는 것으로 보인다. 하지만 독일 연방대법원이 채택하고 있는 단계적 보호개념과 세부적 형량 기준에 따른 이익형량의 수행은 판례상의 실무적 관점에서 비교해 볼 때 국내의 상황과는 많은 차이가 존재한다. 독일 연방대법원은 2004년 캐롤라인 폰 하노버 제1사건에서 유럽인권법원의 비판을 계기로 새로운 단계적 보호개념을 발전시켰고, 이러한 구상은 시사적 영역에서의 초상이라는 예술저작권법 제23조 제1항의 판단기준을 시사적 인물에서 시사적 사진, 공중의 정당한 정보이익의 개념으로 대체하였다. 이는 결과적으로 일률적, 획일적 신분기준이 아니라 비례원칙의 잣대에 따른 공중의 정보이익과 당사자의 인격권 침해에 대한 이익형량의 문제로 무게중심이 옮겨가는 것을 의미했다. 결국 정보가치가 크면 클수록 그에 관해 알아야 할 당사자의 보호이익이 공중의 정보요구 뒤로 후퇴해야 하며, 반대로 당사자의 인격권은 공중을 위한 정보가치가 낮으면 낮을수록 더욱 중요해진다는 비례원칙에 따라 미디어가 여론 형성에 기여하기 위하여 공적 관심사를 진지하고 객관적으로 토론하는지 아니면 유명인의 사적 사안에 대한 독자들의 호기심만을 만족시키는지 여부가 초상권 침해여부의 결정적 해결

\* sjlee@pac.or.kr

기준으로 부상하게 된다. 반면에 일반적 인격권의 비중 결정에 있어서는 보도의 계기 및 사진 획득의 상황, 어떤 상황에서 당사자가 포착되었으며 그가 어떻게 묘사되었는지도 중요한 요소들로 간주된다. 국내 소송과정에서 이러한 사진 보도 특유의 세부적 형량 기준들이 유형화를 통해 함께 고려될 수 있다면 미디어의 이익과 개인의 인격권의 보호의 실질적 조화를 위해 더욱 바람직할 것이다.

주제어: 초상권, 단계적 보호개념, 이익형량, 공중의 정보이익, 형량 기준

## 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 단계적 보호개념의 형성 과정
  - 1. 개관
  - 2. 과거 독일 법원의 상황
  - 3. 유럽인권법원의 비판
- III. 2007년 연방대법원 판결을 통한 단계적 보호개념의 정립과 승인 과정
  - 1. 배경
  - 2. 사실관계 및 구체적 판결 내용
  - 3. 정리 및 평가
  - 4. 단계적 보호개념의 승인 과정
- IV. 새로운 단계적 보호개념의 체계와 비례원칙
  - 1. 예술저작권법 제23조에서 단계적 보호개념의 의의
  - 2. 새로운 단계적 보호개념과 비례원칙에 따른 형량
  - 3. 시사적 영역의 판단기준으로서 공중의 정보이익
  - 4. 세부적 형량 기준
- V. 결론

### I. 문제의 제기

2025년 1월 9일 우리 대법원은 전광훈 사랑제일교회 목사가 자신을 비판하는 현수막에 사용된 사진이 초상권을 침해했다며 손해배상소송을 제기한 사건<sup>1)</sup>에서 전 목사의 상고를 기각하고 원고 패소 판결을 한 원심을 확정했다. 해당 사건에서는 기독교대한감리회빈들공동체교회 A 담임목사가 2022년 9월 교회 건물 정면과 측면에 대형 홍보 현수막을 게시했는데, 현수막 하단에 전광훈 사랑제일교회 목사 머리 양쪽에 뿔이 달린 사진과 함께 ‘OUT’이라는 붉은색 문구를 적은 것이 문제 되었다. 이에 대해 전 목사는 초상권 침해를 주장하였고, 다툼 과정에서 전광훈

<sup>1)</sup> 대법원 2025. 1. 9.자 선고 2024다298639 판결.

목사를 공인으로 볼 수 있는지, 언론에 공개된 사진을 사용한 행위가 초상권 침해가 될 수 있는지가 쟁점이 됐다.<sup>2)</sup>

대법원은 이번 판결에서 원심판결을 소액사건심판법 제3조를 근거로 그대로 확정하는 바람에 대법원의 새로운 입장이나 견해를 확인할 기회는 제공되지 않았다. 이에 전심 법원인 서울북부지법의 판결<sup>3)</sup>을 기초로 최근 우리 법원의 초상권 침해여부 판단에 관한 동향을 확인할 수밖에 없어 이를 중심으로 살펴보기로 한다.

여기에서 항소법원인 재판부는 초상권 침해여부 판단을 위한 대법원의 확립된 원칙을 제시하였는데, 이에 따르면 “초상권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위를 둘러싸고 서로 다른 두 방향의 이익이 충돌하는 경우에는 구체적 사건에서 사정을 종합적으로 고려한 이익형량을 통하여 위 침해행위의 최종적인 위법성이 가려진다. (후략)”라고 적시하였다. 이러한 기준에 따라 재판부는 “원고는 공인으로서 원고의 종교적 또는 정치적 사상은 이미 대중의 공적 관심사가 되었다고 보기에 충분하며, 피고들이 원고 초상에 관하여 가지는 표현의 자유는 공적 관심사에 대한 것으로 그 필요성이 인정된다”라고 판시하였다. 이어서 이 사건 사진은 원고가 대통령 하야를 요구하는 집회에서 발언하는 모습으로서 이미 널리 공개된 사진이자 다수의 언론사 등이 이를 인용한 바 있고, 더욱이 이는 사생활에 관한 사진이 아니라 공적 활동에 관한 사진이므로 피해의 정도가 크지 않다고 설명했다.

한편, 이에 앞서 우리 대법원의 초상권 관련 최근 동향을 살펴볼 수 있는 또 다른 사건으로는 대법원 2013년 4월 13일 자 판결을 들 수 있다.<sup>4)</sup> 여기에서는 모 사단법인이 운영하는 어린이 다문화합창단의 평창동계올림픽 개막식 초대 과정에서 참가학생들의 참가비 문제로 인한 다

2) 법률신문 2025년 1월 27일 자 “[판결] 전광훈 목사, 초상권 침해 손해소 최종 패소 … ‘공인으로 수인해야’ 제하의 기사, <https://www.lawtimes.co.kr/news/205073>.

3) 서울북부지방법원 2024. 10. 11.자 선고 2023나41803 판결.

4) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2020다253423 판결.

틈이 벌어졌고, 이를 사단법인 대표의 얼굴 사진과 함께 공개 보도한 MBC의 초상권 침해가 문제 되었다. 대법원은 “특히 언론보도로 인한 초상권 침해가 문제 되는 사건에서 그 피해자가 공적 인물인지 일반 사인인지, 공적 인물 중에서도 공직자나 정치인 등과 같이 광범위하게 국민의 관심과 감시의 대상이 되는 인물인지, 단지 특정 시기에 한정된 범위에서 관심을 끌게 된 데 지나지 않는 인물인지, 그 보도된 내용이 피해자의 공적 활동 분야와 관련된 것이거나 공공성·사회성이 있어 공적 관심사에 해당하고 공론의 필요가 있는지, 그리고 공적 관심을 불러일으키게 된 데에 피해자 스스로 관여한 바 있는지 등은 위와 같은 이익형량에 중요한 고려요소가 될 수 있다”고 밝혔다. 이어서 당시 원고는 다문화전문가 및 특정 정치인 지지모임의 회장으로 활동하여 다수의 언론 매체에 이름과 얼굴을 알려 온 공적 인물로 활동하였으므로 이런 원고의 공적 활동에 대한 의문이나 의혹에 대해서는 광범위한 문제 제기가 허용되어야 한다고 판시하였다. 동시에 문제 된 방송내용은 공공성·사회성이 있어서 공적 관심사에 해당하는 것이며, 공공의 이익을 위한 공론의 필요성도 인정되는 것이라고 덧붙였다. 여기에 원고 자신이 스스로 얼굴을 공개하며 반론 인터뷰를 하였다는 점을 추가로 고려하였다.

결국 이러한 두 사건을 종합해 보면 우리 대법원은 이익형량이라는 원칙 하에서 우선적 고려요소로서 공적 관심사의 대상이 된 공적 인물로서 공적 활동에 관한 사진 공표에 대해서는 감수해야 한다는 원칙에 따르고 있는 것으로 보인다. 여기에 문제 된 보도 내용이 공적 관심사에 해당하는 것이었는지 여부, 스스로 얼굴을 공개했는지 여부도 고려되어야 할 판단기준으로 제시하였다.

반면에 독일의 사진 보도를 통한 초상권 침해관련 법원 실무는 접근 방식에서 우리와는 상당히 다르다고 할 수 있다. 독일 연방대법원은 2020년 7월 7일 자 판결<sup>5)</sup>에서 유명 음악가 남편과의 이혼소송을 계기

5) ZUM-RD 2020, 642. 해당 사건은 독일 연방대법원의 초상 보호에 관한 판결로는 비교적 최근의 것에 속한다. 그밖의 최근 판결로는 GRUR 2023, 196 사건을

로 이혼심리기일에 출석한 유명 여배우의 사진 및 기사 관련 사건을 다루었다. 해당 사진 및 기사 보도는 2018년 1월 12일 자 “빌트지” 인터넷 사이트에 게재되었으며, 소송에서는 관련 기사 내용뿐만 아니라 해당 여배우가 그녀의 남편 옆에서 모자 및 스카프를 착용하고 외투를 입은 채 고개를 돌린 측면 모습의 얼굴사진이 문제 되었다.

여기에서 연방대법원은 기사 보도와 관련해 이혼절차에 관한 정보는 사적 영역이 아니라 단지 사회적 영역에 속하는 것이고, 보도는 다름 없이 진실한 사실이므로 문제 되지 않는다고 판단하였다. 그에 반해 사진 보도나 공표의 허용성에 관한 문제는 확립된 판례에 따라 예술저작권법 제22조, 제23조의 “단계적 보호개념(abgestuftes Schutzkonzept)”에 따라 판단되어야 한다고 판시하였다. 그리고 이러한 “단계적 보호개념”은 헌법상 기준뿐만 아니라 유럽인권법원의 판례와도 일치하는 것이라고 확정하였다. 이어서 해당 사진 보도는 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 시사적 초상이 아니므로 허용되지 않는다고 판결하였다.<sup>6)</sup>

이러한 입장은 이후의 또 다른 사건에서도 마찬가지로인데, 2022년 11월 8일 자 연방대법원 판결에서는 집회 지원을 위해 참석한 연방경찰관의 모습을 [www.lvz.de](http://www.lvz.de)에서 공개한 사건을 다루었다. 여기에서도 재판부는 사진 보도의 허용성은 예술저작권법 제22조, 제23조의 단계적 보호개념에서 출발해야 한다고 판시하였다.<sup>7)</sup>

이와 같이 사진 보도와 관련 판결에서 연방대법원은 지속적으로 단계적 보호개념에 따라 사건을 해결하고 있으며 이는 확립된 판례의 입장을 확인할 수 있다.<sup>8)</sup> 그리고 단계적 보호개념에 관하여 연방대법원은

---

들 수 있다.

6) ZUM-RD 2020, 642; 국내에서도 이와 유사한 사례로서 당시 대기업 부회장의 초상권 및 사생활 문제를 다룬 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결이 존재하지만, 여기에서 우리 대법원이 과연 기사 보도와 사진 보도 사이를 구별하는 법리를 적용하여 논증했는지는 불분명하다.

7) GRUR 2023, 196.

8) Benjamin Korte, Praxis des Presserechts, 2. Aufl., § 5 Rn 7; Fechner, Medienrecht 21 Aufl., § 2 Rn. 6.

한 인물의 초상은 단지 동의에 의해서만 전파될 수 있고(예술저작권법 제22조), 이로부터 시사적 영역을 비롯한 각각 예외가 존재하며(예술저작권법 제23조 제1항), 당사자의 정당한 이익이 제한되는 전파에는 이러한 예외가 적용되지 않는다(예술저작권법 제23조 제2항)는 규정체계에 따른 심사를 의미한다고 설명하고 있다.<sup>9)</sup> 이러한 결과는 사진 보도 영역에서 문제가 되는 초상권은 특별한 인격권의 일종으로서 시사성이라는 예술저작권법 제23조 제1항의 개념을 통해 일반적 인격권과 표현자유권 사이에 조화를 이뤄야 하고, 이는 단계적 보호개념을 통해 체계적으로 실현된다는 점을 보여준다.<sup>10)</sup>

재판부에 따르면 사진은 기사 보도를 보완하고 보도 내용의 진정성을 강조하며 진술 내용의 부연설명에 기여한다는 점에서 아울러 사진 첨부를 통해 기사에 대한 독자의 주목을 끈다는 점에서도 출판 자유의 일부라고 인정하였다. 따라서 사진 내용 역시 보도의 삽화에 기여한다는 점에서 기본법 제5조 제1항의 헌법상 보호를 누린다고 보았다.<sup>11)</sup> 하지만 한 인물의 초상 공표는 원칙적으로 일반적 인격권과 관련된다는 점에서, 즉 그의 제한을 위해서는 우선적으로 동의와 같은 정당화가 필요하다는 점에서, 지금까지 사진 보도에 존재하는 정보이익은 상충하는 법적 지위를 고려한 형량이 필요하다고 설명하였다. 이때 언론의 이익은 보도당사자의 일반적 인격권과 가능한 한 신중한 균형을 이뤄야 한다고 강조했다.<sup>12)</sup>

이러한 점에 비추어 볼 때, 독일 연방대법원 역시 관련 문제를 이익형량의 문제로 이해하고 있으며, 일견 우리 대법원의 입장과 동일하다는 인상을 받을 수도 있겠지만, 단순한 이익형량이 아닌 단계적 보호개념에 따른 차등화된 심사 구조는 우리 실무와는 결론에 도달하는 논증 과정

9) GRUR 2023, 196, 197.

10) Obergfell/Herbort, Ulmer-Eilfort/Obergfell/Herbort, 2 Aufl. 2021, Kap.1, Rn. 988.

11) GRUR 2023, 196, 198.

12) GRUR 2023, 196, 197.

에 있어서 상당한 차이가 발견된다. 우선, 독일 법원이 생각하는 초상권 침해 문제는 기사 보도의 허용 문제와는 달리 예술저작권법 제22조 이하에 따라 원칙적으로 정당화를 필요로 하는 일반적 인격권의 관점 하에서 독자적인 단계적 보호개념에 따라 판단하고 있다는 점이다.<sup>13)</sup>

이에 이 논문에서는 사진 공표에 있어서 초상권 침해 문제를 해결하는 법리로서 독일 단계적 보호개념이 정확하게 무엇을 의미하는지, 그리고 이러한 단계적 보호개념은 어떠한 과정을 통해 형성되어 왔으며 현재 독일 법원의 실무상 어떠한 기준으로 자리 잡았는지, 나아가 사건 해결에 있어서 구체적으로 어떤 세부적 기준들을 통해 이를 실현하고 있는지 자세히 살펴봄으로써 실제 국내 법원의 초상권 침해 사안에 실무적 도움을 제공하고자 한다. 비록 오래되기는 했지만, 국내 판결<sup>14)</sup>과 관련해 공적 인물의 인격권과 언론자유의 충돌을 조정하는 다양한 기준이 국내 법원에서 논의되지 못한 실무상의 아쉬움을 지적하면서 독일 연방 헌법재판소와 유럽인권법원의 구체적 형량 법리들이 국내에 많은 시사점을 줄 수 있다는 견해가 제시되기도 하였다.<sup>15)</sup>

이러한 비교법적 연구는 단순한 이론이나 법리 탐구에 머물지 않고, 일반적 인격권의 특수한 형태로서 초상권 침해 문제를 다루는 하나의 실무적 형량 기준을 함께 소개함으로써 자칫 한편으로는 언론의 자유와 다른 한편으로는 개인의 인격권을 보호해야 할 국내 법원이 기본권 보호 과제에 소홀함은 없었는지 진지한 논의의 기회를 제공하는 한편, 엄격한 심사 의무의 강화를 통해 개인이나 미디어의 기본권 보호를 더욱 두텁게 하는 긍정적 작용을 할 수 있을 것이라 본다.

13) Engels, BeckOK UrhR/Engels KunstUrhG §23 Rn. 3.

14) 서울지방법원 남부지원 1995. 11. 24.자 95가합13495 판결.

15) 송석윤, 공적 인물의 인격권과 언론의 자유, 공법연구 제39집 제1호(2010. 10.), 249면.

## II. 단계적 보호개념의 형성 과정

### 1. 개관

독일에서는 확정된 판례에 따르면 초상권을 규정하고 있는 예술저작권법 제22조, 제23조는 단계적 보호개념(abgestuftes Schutzkonzept)을 바탕으로 한다.<sup>16)</sup> 이러한 보호개념은 궁극적으로 예술저작권법 제22조 이하에 적용된 초상 보호의 기본 개념으로만 인식되기도 되지만, 실제 연혁 상 2004년 이후 캐롤라인 폰 하노버 사건에 대한 유럽인권법원의 판결 이후 유명인의 초상 보호를 둘러싼 독일 법원의 판례발전 상황과 동의어로 사용되어 왔다. 그리고 핵심은 다름 아닌 시사적 인물 개념과의 결별을 의미한다고 할 수 있다.<sup>17)</sup> 즉, 사진 공표는 지금까지 독일 법원이 사용했던 시사적 인물 범리가 아니라 단지 보도가 일반적인 민주주의 사회의 관심사에 관한 토론에 기여하는 경우에만 허용된다는 유럽인권법원의 판결 이후 독일 법원 내의 수용과정 속에서 발전되어 온 개념으로 이해하여야 한다.

독일 법원은 연방의 일반법에 해당하는 유럽인권협약을 방법론상 수용 가능한 원칙 내에서 국제법 친화적으로 해석해야 하므로 연방대법원은 자신의 판결 내에서 유럽인권법원의 기준들을 일치시키고자 했다. 이에 유럽인권법원 판례의 새로운 방향 정립을 연방대법원은 무엇보다 “단계적 보호개념”이라는 핵심어를 통해 수행하였다. 이는 결국 당사자의 이익과 미디어의 이익 사이의 충돌을 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 구성요건 속에서 이익형량을 통해 해결하려는 시도로 이해할 수 있으며, 이에 따라 연방대법원은 과거의 절대적 내지 상대적 시사적 인물 범리와는 결별하고 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 원문을 더욱

<sup>16)</sup> NJW 2007, 1977.

<sup>17)</sup> Engels, a.a.O., § 22 Rn. 12.

강하게 지향함으로써 사진 보도의 허용성 문제는 더 이상 일률적인 인물의 지명도가 아니라 보도가 결정적으로 시사적 사건과 관련되었는지에 따라 결정되었다. 이로써 모든 시사적 인물이 시사적 영역에서 초상에 해당하는 것이 아니라 이러한 영역에의 귀속은 당사자의 기본권과 민주주의 사회 내에서 중요성을 고려한 언론 사이의 형량 과정에서 정해지게 되었다.<sup>18)</sup>

또한 이익형량은 과거처럼 예술저작권법 제23조 제2항의 정당한 이익이 침해되었는지의 문제로만 국한되는 것이 아니라 오히려 제23조 제1항의 헌법조화적 해석차원에서 시사적 영역에서의 초상이 존재하는지에 관한 개별적 형량 과정에서 이뤄졌다. 이와 같이 이미 제23조 제1항의 구성요건표지의 심사과정에서 상충하는 의견 및 표현 자유 이익과 대상자의 일반적 인격권 사이의 포괄적 형량을 요청하는 새로운 단계적 보호개념에 따라 예술저작권법 제23조 제2항의 의미는 감퇴할 수밖에 없었다.<sup>19)</sup>

## 2. 과거 독일 법원의 상황

독일에서의 초상권 보호는 오늘날까지 1907년 제정된 예술저작권법(KUG)이 관장하고 있으며, 이에 따르면 다음과 같은 단계적 이익형량 체계를 제시하고 있다, 즉 제1단계로서 초상의 공표는 원칙적으로 피사자의 동의를 필요로 한다(예술저작권법 제22조), 제2단계로서 시사적 영역에서의 초상은 동의 없이 전파될 수 있다(예술저작권법 제23조 제1항 제1호), 제3단계로서 제2단계의 예외적용은 삽화 등을 통해 피사자의 정당한 이익을 침해하지 않을 것을 조건으로 한다(예술저작권법 제23조 제2항).

여기에서 제2단계의 “시사적 영역”의 허용구성요건의 구체화를 위해

<sup>18)</sup> Engels, a.a.O, § 22 Rn. 12.3.

<sup>19)</sup> Engels, a.a.O, § 23 Rn. 1.

지금까지 독일 판례는 절대적 시사적 인물과 상대적 시사적 인물의 범리에 따라 이를 처리해 왔다.<sup>20)</sup>

절대적 시사적 인물이란 국가수반, 유명한 스포츠 스타나 배우 등을 말하며 그밖에 상류사회의 저명인사 역시 여기에 속했다. 그리고 이들의 초상은 항상 “시사적 초상”으로 인정되었는데, 판례에 따르면 이들은 자신의 두드러진 공적 생활에서 역할로 인해 하나의 공적 정보이익을 정당화한다고 인정되었다. 예컨대 연방대법원은 캐롤라인 폰 하노버와 관련하여 “그녀는 시사적 인물로서 자신이 어디에 체류하고 공중 속에서 어떻게 행동하는지에 관해 대중들이 알고자 할 정당한 이익을 가지는 것을 감수해야 한다. 이는 시장에서 쇼핑할 때, 카페에서, 스포츠 활동이나 그밖에 일상행위에도 마찬가지이다”라고 판시하였다. 이로 인해 대중적 관심의 중심에 선 인물들은 제23조 제2항의 “정당한 이익”의 주장하에서만 초상권 보호가 인정되었기 때문에 자신의 집 밖에서도 역시 명백하게 스스로 혼자 있기를 원하는 것으로 보이는 소위 “장소적 은거상태(örtliche Abgeschiedenheit)”으로 물러나 있는 경우가 아니라면 초상 공개가 허용되었다.<sup>21)22)</sup>

이러한 접근 방식들은 공중의 정보이익을 결정함에 있어서 하나의 단일 기준에만 의존하는 것으로써 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 시사적 사건의 판단은 원칙적으로 소위 시사적 인물에 해당하는지 여부로만 결정하는 방식이었다.<sup>23)</sup> 당시 연방헌법재판소 역시 이러한 민사법상 판결 실무를 원칙적으로 인정했으며,<sup>24)</sup> 절대적 시사적 인물의 개념을 대중들이 인물 기준을 통해 그의 초상에 관해 주목할 가치가 있는 것으로

20) Neumann-Duesberg, JZ 1960, 114; NJW 1996, 1128.

21) NJW 1996, 1128.

22) Christoph Teichmann, Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte, NJW 2007, 1917.

23) Sprech-Riemenschneider, KUG § 23, Drier/Schulze/Sprech-Riemenschneider KUG § 23 Rn. 4.

24) NJW 2000, 1021.

생각하는 그런 인물들에 대한 축약된 표현방식으로 이해했다. 그리고 이러한 개념은 공중의 정보이익과 당사자의 정당한 이익 사이의 개별적 형량이 중단되지 않는 이상 헌법상 문제없다고 판단했다.<sup>25)</sup>

### 3. 유럽인권법원의 비판

이러한 독일 내 법적 상황에 대해 유럽인권법원은 2004년 캐롤라인 폰 하노버가 주말 시장에서 쇼핑하는 모습이나 공중 수영장에서 있는 모습의 사진 공표는 사적 영역의 보호에 관한 유럽인권협약 제8조를 위반한다고 결정함으로써 획기적 변화를 야기하게 되었다.<sup>26)</sup>

유럽인권법원은 두 가지 점에서 기존의 독일 법원들의 판례를 비판했다. 첫째, 시사적 인물이라는 단일한 기준에 정보이익의 초점을 맞추는 것은 당사자의 이익을 충분히 고려하지 못한다고 보았다. 그 대신 시사적 사건이 존재하는지 여부의 판단 과정에서 이미 상충하는 이익 사이의 형량이 필요하다고 판단했다. 이때 문제 된 사진 보도가 공적 관심사의 문제에 관한 토론에 기여하는지와 그런 점에서 국민의 정보이익에 도움이 되는지 여부가 결정적이라고 밝혔다. 이에 따라 민주사회에 기여하고 정치적 인물의 공직 수행과 관련된 사실에 관한 보도와 그러한 공직을 차지하지 않은 인물의 세부적 사생활 관련 보도 사이에는 구별이 필요하며, 앞의 경우에만 언론은 자신에게 부여된 민주사회에서의 감시견 역할을 수행한다고 볼 수 있으므로 의견 및 출판자유 의 고양된 의미가 부여된다고 판시했다.<sup>27)</sup>

둘째, 독일법원이 제시한 “장소적 은거성”의 개념은 사생활 보호에 있어서 지나치게 좁은 것이라고 비판했다. 독일 법원이 제시한 이 개념은 비록 이론적 명료성을 기대할 수 있을지언정 실무상 적용에는 부적절하

25) Christoph Teichmann, a.a.O, NJW 2007, 1917.

26) NJW 2004, 2647.

27) Sprech-Riemenschneider, a.a.O, KUG §23 Rn. 9.

다고 보았다. 왜냐하면 당사자 입장에서는 자신의 사생활을 단지 장소적 은거성이 인정되는 곳에 있을 경우에만 보호받을 수 있으며 더욱이 공중으로부터 벗어나 있다는 사실을 입증해야만 이러한 요건을 충족시킬 수 있다는 점에서 이는 쉽지 않은 문제라고 꼬집었다.<sup>28)</sup>

### Ⅲ. 2007년 연방대법원 판결을 통한 단계적 보호개념의 정립과 승인 과정

#### 1. 배경

2004년 유럽인권법원이 일련의 캐롤라인 폰 모나코가 자전거 탈 때, 승마할 때, 쇼핑할 때의 사진 공표가 허용된다고 인정한 독일 판결을 유럽인권협약 제8조에 보장된 사생활 및 가정생활의 존중권을 침해한다고 결정하는 과정에서 재판부는 무엇보다 독일 판례가 발전시켜 온 형량모델을 배척하였다. 이후 독일에서는 판례와 문헌 간에 유럽인권법원 판결의 이행의무와 결과 사이의 불일치가 지속되었고, 이에 2007년 3월 연방대법원은 소송상 주요쟁점으로 이러한 문제점을 다루면서 소위 단계적 보호개념을 제시하였고 이후 이것이 헌법심사의 기준이 되었다.<sup>29)</sup>

이는 결국 이전의 절대적 혹은 상대적 시사적 인물 법리를 포기하고 그 대신에 예술저작권법 제22조 이하의 단계적 원형모델에 따라 개별적 이익형량을 엄격하게 준수하는 새로운 보호개념(neue Schutzkonzept)을 발전시킨 것이었다.<sup>30)</sup>

28) NJW 2004, 2647, 2650.

29) Nikolaus Peifer, Öffentliches Recht-Grundrechte, Jus 2008, 1107.

30) Christoph Teichmann, a.a.O., NJW 2007, 1917, 1918.

## 2. 사실관계 및 구체적 판결 내용

이 판결은 이어서 살펴볼 2008년 연방헌법재판소의 결정 대상이기도 하다는 점에서 연방대법원, 연방헌법재판소, 유럽인권법원을 관통하며 다뤄진 일련의 캐롤라인 판례의 핵심 사안에 속한다. 동시에 단계적 보호개념에 관한 자세한 내용을 확인할 수 있는 원칙판결이므로 이에 관한 구체적 판단 내용을 살펴보기로 한다.

우선 첫 번째로 문제 된 사진은 모나코 영주인 캐롤라인 폰 하노버의 아버지가 심각한 병중에 있음에도 장녀인 그녀가 가족과 스키휴가를 보내고 있다는 기사의 보도 과정에서 휴양지 생 모리츠의 도로 위에 서 있는 원고의 모습을 보여주는 것이었다. 이어서 이 부부가 생 모리츠에서 겨울 휴가를 보내고 있다고 보도하면서 여기에 마찬가지로 원고가 생모리츠의 공공도로에서 서 있는 모습의 사진을 첨부한 것이 문제되었다. 이어서 임박한 모나코의 로젠볼 행사에 관한 기사에서 원고가 알베르크 쿨르스에서 2인용 스키리프트에 스키복을 입고 앉아 있는 모습이 담긴 사진과 원고의 남편이 케냐 라무에 위치한 빌라를 임대했다고 보도하면서 여기에 원고가 휴가 중 공공도로 위에 있는 모습의 사진을 첨부한 것 역시 문제 되었다.<sup>31)</sup>

이에 관해 캐롤라인 폰 하노버가 제기한 2007년 3월 6일 자 소위 겨울 휴가 판결<sup>32)</sup>에서 연방대법원은 새로운 단계적 보호개념의 구상에 관해 자세히 논설하였다.

이에 따르면 과거 연방헌법재판소 및 연방대법원의 판례는 예술저작권법 제23조에서 “시사적 인물”이라는 축약 개념을 발전시켰는데, 이러한 개인의 지위와 역할에만 근거한 개념을 통해 일반적으로 공적 주목을 받게 되는 인물은 절대적 시사적 인물로 분류될 수 있었고, 그 자체만으로 시사성의 대상이 됨으로써 그에 관한 보도가 원칙적으로 허용되

31) Johannes Hager, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, JA 2007, 647.

32) NJW 2007, 1977.

었다고 밝혔다.

하지만 이러한 절대적 시사적 인물의 사적 영역 보호의 제한에 대해 유럽인권법원은 2004년 6월 24일 자 판결에서 원칙적으로 우려를 표명했고 연방대법원은 이미 여러 후속 판결<sup>33)</sup>에서 이미 이러한 입장을 고려하지 않을 수 없었다고 밝혔다.

이를 위해 연방대법원은 예술저작권법 제23조 제1항의 규정, 특히 “시사적 영역”이라는 구성요건표지의 해석 단계 및 이러한 시사적 영역으로의 귀속을 결정할 때, 유럽인권협약 제8조 및 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항에 근거한 당사자의 사생활권 및 인격권과 유럽인권협약 제10조와 기본법 제5조 제1항에 근거한 출판 자유권의 상충을 형량하는 것이 필수적이라고 설명했다. 그리고 여기에는 출판 자유와 더불어 인격보호와 그의 사적 영역을 충분히 고려하는 규범적 척도가 판단에 바탕이 되어야 한다고 강조했다. 이때 무엇보다 시사적 사건에 관한 완전한 정보를 얻을 공중의 정보이익이 결정적이라고 보았다. 따라서, 예술저작권법 제23조 제1항에 규정된 시사성의 개념은 출판 자유를 위해 넓은 의미에서 이해되어야 하지만, 이러한 정보이익도 무제한 보호되는 것은 아니고 오히려 당사자의 개인적 영역으로의 침입은 비례성 원칙을 통해 제한된다고 밝혔다. 그리고 공중의 정당한 정보이익의 한계는 구체적으로 실제 보도를 바탕으로 정해져야 하며, 각각의 개별적 사정의 고려 하에서만 결정될 수 있다고 보았다.<sup>34)</sup> 따라서, 동의의 필수성의 예외는 원칙적으로 단지 보도가 시사적 의미의 사건과 관련될 경우에만 고려되며, 이때 시사적 사건의 개념은 좁게 이해되어서는 안 된다고 판시했다.

나아가 유럽인권법원이 2004년 6월 24일 자 판결에서 유럽인권협약 제10조의 참조 하에서 언론자유 의미 역시 강조하면서 언론의 권리를 특정한 한계 내에서만 인정하는 이상, 이러한 제한은 다른 한편의 사적 영역의 보호와의 형량과 관계되며 앞서 언급된 단계적 보호개념에 따라

<sup>33)</sup> NJW 2005, 594; NJW 2006, 599.

<sup>34)</sup> NJW 2007, 1977, 1978.

요청되는 그러한 형량이 필요하다고 밝혔다. 즉, 언론이 출판 자유의 보장을 위해 그리고 검열금지의 원칙을 피하기 위해서 자신의 저널리즘적 기준에 따라 자신이 무엇에 관해 보도할지 결정이 허용될지라도 언론이 보도하고자 하는 그러한 사람의 사적 영역의 보호와의 형량이 거부될 수는 없다고 역설했다.<sup>35)</sup>

따라서 공중의 정보이익과 피사자의 사적 영역의 보호에 관한 이익 사이에 이익형량은 필수적이며, 이러한 이익형량에 있어서 정보가치의 의미가 강조된다고 밝혔다. 즉 공중에게 정보가치가 크면 클수록, 정보가 수집되는 그런 대상자의 보호이익은 공중의 정보이익 뒤로 후퇴해야 한다고 밝혔다. 반대로 공중에 대한 정보가치가 낮으면 낮을수록 당사자의 인격보호가 점점 중요해진다고 보았다. 그리고 이익형량에 있어서 그러한 비중설정은 기본법 제5조 제1항의 출판 자유의 보호와 마찬가지로 사적 영역의 효과적 보호에 관한 유럽인권법원의 요청을 고려해야 한다고 밝혔다.<sup>36)</sup>

### 3. 정리 및 평가

연방대법원의 이 사건 해결구조는 이익형량의 진행이 예술저작권법 제23조 제1항 제1호 내에서 시사적 영역의 표지 내에서 행해지고, 예술 저작권법 제23조 제2항의 또 다른 제한은 다뤄지지 않았다는 점에서 과거의 독일 법원들의 판단 과정과는 구별된다.<sup>37)</sup> 왜냐하면 이전에는 제23조 제1항의 단계에서는 시사적 인물 범리에 따라 일률적으로 해당 규정의 적용여부를 처리한 반면, 제23조 제2항의 단계에서 비로소 당사자의 정당한 이익을 예외적으로 형량하는 방식을 취하고 있었기 때문이다.

하지만 연방대법원은 절대적 그리고 상대적 시사적 인물의 개념에 근

35) NJW 2007, 1977, 1979.

36) NJW 2007, 1977, 1979.

37) Johannes Hager, a.a.O, JA 2007, 647, 649.

거한 과거 법원의 논증구조는 모든 점에서 판례가 그동안 예술저작권법 제22조 및 제23조에서 발전시켜 온 단계적 보호개념에 부합하지 않는다는 점을 분명히 했다.<sup>38)</sup> 당사자의 권리 및 기본권과 언론의 기본권 사이의 충돌에 관한 형량은 예술저작권법 제23조 제2항의 정당한 이익의 심사 단계에서가 아니라 이미 제23조 제1항의 시사적 영역의 해석 단계에서 행해지는 것이 체계에 부합하는 것이라고 설명했다. 이는 제23조 제1항의 시사적 영역의 해석단계에서 그동안 독일 법원이 취해 왔던 절대적 시사적 인물이라는 고정관념식 개념 사용의 잘못된 관행에 제동을 거는 변화였다. 연방대법원은 이러한 개념의 범주에 일단 속한 인물은 자신의 모든 초상이 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 시사적 영역에 의해 공표될 수 있다는 사실을 감수해야만 한다는 점에서 기존의 입장은 부당하다고 생각했다. 또한 일단 절대적 시사적 인물이라는 개념들에 속하기만 하면 단지 예술저작권법 제23조 제2항의 정당한 이익의 주장이 있어야만 이로부터 벗어날 수 있는 심사 구조 역시 당사자에게 불합리한 것이라고 보았다. 따라서 공개 장소에서 생겨난 저명인사의 사진 공표 역시 곧바로 시사적 영역이라는 예외적 구성요건에 해당하는 것으로 간주하는 것은 아무런 근거도 없다고 비판했다.<sup>39)</sup>

오히려 공중의 정보이익이 제23조 제1항 제1호의 예외규정을 위한 입법론적 근거이기 때문에 여기에서의 구성요건표지인 “시사적 영역”의 해석 단계에서 이미 형량이 개시되어야 한다고 보았고, 이때 초상 공표에 관해 공중의 이익이 존재하는지 여부가 구체적 초상 공개를 정당화할 수 있는 기준이라고 판단했다. 이러한 접근방식의 변화는 방법론상 적절한 것이라는 평가가 내려졌다. 이어서 언론은 하나의 사안이 공적 관심의 대상인지 여부를 자신의 저널리즘적 기준에 따라 결정할 수 있는 일정한 재량을 보유하며, 그럼에도 원치 않는 초상의 공표는 항상 당사자의 개인적 영역의 침입에 해당하기 때문에 비례원칙 하에서 그 한계가

38) NJW 2007, 1977.

39) Christoph Teichmann, a.a.O., NJW 2007, 1917, 1918.

정해져야 한다고 설명했다. 아울러 높은 지명도를 지닌 사람의 경우에도 형량의 필요성을 분명하게 긍정하면서 지금까지의 시사적 인물에게도 보도가 단순한 호기심의 만족을 넘어서서 하나의 사안과의 토론에 기여하는지 여부가 등한시될 수 없다고 보았다.<sup>40)</sup>

이로써 높은 지명도의 인물에게도 구체적인 공중의 정보이익을 통한 정당화가 요구되었으며, 예술저작권법 제23조 제1항 제1호에 따라 당사자의 동의 없이도 공개가 가능한 시사적 영역에서의 초상이 존재하는지 여부는 개별적인 이익형량에 따라 결정되게 되었다. 따라서 휴가나 생일 축하 등의 일상생활 중의 사진들 역시 시사적 사건과의 관련성을 제시하지 못하는 이상 공적 관심의 대상이 아니며, 다만 이러한 심사에 있어서는 동반된 기사 보도 역시 고려되어야 하는 것으로 상황이 바뀌었다.<sup>41)</sup>

이러한 연방대법원 판결에 대하여 독일의 저명한 언론법학자 괴팅은 캐롤라인 폰 하노버 및 웰펜가문의 수장과 소위 황색언론과의 사이에서 벌어진 끝없는 다툼의 역사에서 또 다른 장을 연 것이라고 평가하였다. 두 주인공은 현재 수많은 소송 과정에서 유명인의 인격권 보호와 언론자유 사이의 끊임없는 갈등의 상징적 인물이 되었고, 이 판결은 어떤 방식으로 2004년 유럽인권법원의 캐롤라인 제1사건<sup>42)</sup>이 독일 국내법원에 적용되는지에 관한 좀 더 명확한 해명이 기대되었기 때문에 더욱 많은 관심이 고조되었다고 주장했다.<sup>43)</sup>

그런 점에서 연방대법원에 의해 지도원칙으로 사용된 단계적 보호개념을 유럽인권법원 판례의 영향을 받아 인격보호와 언론자유에 대척점에 적절한 조화를 위해 발전시킨 혁신적 창조개념으로 보는 것은 부적절하다고 지적했다.<sup>44)</sup> 이러한 단계적 보호개념은 예술저작권법 제22조

40) Christoph Teichmann, a.a.O, NJW 2007, 1917, 1919.

41) Christoph Teichmann, a.a.O, NJW 2007, 1917, 1919.1920.

42) NJW 2004, 2647.

43) Götting, Anmerkung zu den BGH-Urteilen “Abgestuftes Schutzkonzept” und “Winterurlaub”, GRUR 2007, 527, 530.

44) 이러한 점에 같은 입장을 취하고 있는 문헌으로는 Ricker/Weberling, Handbuch

이하의 법 규정 체계에서 생겨난 것이고 판례와 문헌에서 확고히 자리 잡은 것이라고 분석했다. 이에 그 출발점은 항상 단계적으로 규정되어 있는 예술저작권법 제22조 이하라고 보았다. 이러한 관점 하에서 제23조 제1호의 “시사적 영역”이라는 구성요건표지의 “시사적”이라는 개념은 목적론적으로도 기본법 제5조 제1항 및 유럽인권협약 제10조를 통해 보호되는 의견 및 출판 자유권에 비추어 해석되어야 하고, 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항 및 유럽인권협약 제8조에서 보호되는 당사자의 인격권과 형량을 필요로 하는 것이 당연하다고 주장했다. 더욱이 유럽인권법원의 절대적 시사적 인물 개념에 대한 우려를 고려하면 이제는 본질적으로 어떤 조건에서 저명인사에 관해 보도해도 되는지에 관한 문제로 회귀하며, 이를 위해서는 형량 과정이 필수적이라고 생각했다. 이에 이제부터 “시사적”이라는 개념은 용어상으로 기본법 제5조 제1항뿐만 아니라 유럽인권협약 제10조를 통해 보호되는 의견 및 출판 자유의 기본권의 관점에서 해석되어야 함과 동시에 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항 및 유럽인권협약 제8조 상 보호되는 당사자의 인격권과 형량이 불가피하게 된다고 인정했다.<sup>45)</sup>

#### 4. 단계적 보호개념의 승인 과정

이후 해당 사안의 헌법소원을 담당했던 연방헌법재판소는 예술저작권

---

des Presserechts 6 Aufl., § 43. Rn. 19a.

45) Götting, a.a.O., GRUR 2007, 527, 530. 다만 괴팅은 연방대법원이 모나코 영주의 병환과 관련한 기사 보도에서 문제 된 사진 게재의 정보가치를 도출한 것을 두고 2004년 유럽인권법원의 케롤라인 제1판결에서 정해진 기준과는 불일치하는 것이라고 평가했다. 그 이유로 영주의 병환이라는 사실과 문제 된 사진에서 나타난 가족의 개인적 스키휴가는 주제상으로 어떠한 직접적 관련성도 없다고 주장했다. 만약 유명인의 병환이 그 가족 구성원의 사생활 관련 취재를 위한 면죄부를 제공하게 된다면 당사자가 겪게 되는 파파라치로 인한 고통이 형량 과정에서 전혀 반영되지 않는 오류를 낳게 될 것이라고 보았다. 또한 휴가는 저명인사에 있어서 통상적으로 보호되는 사적 영역의 핵심에 속한다고 덧붙였다. GRUR 2007, 527, 530. 531.

법 제22조 이하의 전제조건 판단을 위해 연방대법원에 의해 자세히 전개된 새로운 단계적 보호개념을 헌법적 차원에서 승인했다. 즉, 연방대법원이 원칙적으로 지금까지 판례에서 벗어나서 보호개념을 수정하는 것은 문제 되지 않으며, 결과적으로 수정된 보호개념은 헌법상 요청에 부합된다고 판시했다.<sup>46)</sup>

아울러 재판부는 절대적 혹은 상대적 시사적 인물 범리의 포기 역시 어떠한 헌법상 우려도 낳지 않지 않으며, 지금까지의 연방헌법재판소 판례에 모순되는 것도 아니라고 판단했다. 다만, 사례군의 형성이나 다른 유형적 보조개념을 통해 의사소통의 자유와 인격권 보호 사이의 형량에 도움을 얻는 것은 연방대법원에게 거부되지 않는다고 밝혔다.<sup>47)</sup>

연방대법원은 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 구성요건적 전제, 즉 시사적 영역에의 초상의 귀속 문제를 공중의 정보이익과 당사자의 정당한 이익 사이의 형량 과정에서 원칙적으로 헌법상 문제 되지 않은 방식으로 행했다고 인정하는 한편, 이때 연방대법원에 의해 정보가치를 평가하기 위한 근거로서 동원된 기준, 즉 공적 관심사의 토론에 기여하는지 혹은 공적 관심사를 나타내는지 여부를 그대로 유효한 것으로 확정했다. 이에 따라 연방대법원은 헌법상 요청된 방식으로 인격권 보호이익을 능가하는 정보이익은 단지 비상하거나 이례적인 사건들뿐만 아니라 그 당시 전형적 상황이나 생활 상태에 관한 표현에도 존재할 수 있고, 이로부터 국가나 정치적 인물 외 저명인사들의 사적 생활이나 일상 생활의 묘사 역시 그것이 공적 관심의 대상인 이상 제외되어서는 안 된다는 점을 분명히 했다고 평가했다.<sup>48)</sup>

한편, 유럽인권법원의 대재판부는 2012년 2월 7일 소위 “캐롤라인 폰 하노버/독일 제2사건”에서 미디어 자유영역의 핵심에 속하는 사생활 존중권(유럽인권협약 제8조)과 의견 및 표현 자유(유럽인권협약 제10조)

46) Nikolaus Peifer, a.a.O, Jus 2008, 1108.

47) Nikolaus Peifer, a.a.O, Jus 2008, 1108.

48) Nikolaus Peifer, a.a.O, Jus 2008, 1108.

사이의 형량에 관하여 근본적인 입장을 밝혔다. 이 소송의 대상은 앞서 독일 법원들에서 다뤄졌던 저명인사 캐롤라인 폰 모나코의 사생활에서 유래한 사진의 공표가 쟁점이었다.<sup>49)</sup>

이 판결은 당시 많은 주목을 끌었던 2004년 유럽인권법원의 캐롤라인 판결<sup>50)</sup>을 독일 법원이 적절하게 독일 국내에서 실행하는지 여부에 관한 원칙 문제를 다루었기 때문에 각계로부터 열렬한 관심을 모았고, 유럽인권법원을 통해 제시된 분명한 가이드라인이 후속 판결의 형량 과정에서 일관되게 유지됨으로써 법적 안정성이 지켜지길 바라는 입장들이 대세였다. 하지만 유럽인권법원은 국내법원의 판단 재량의 고려 하에서 사생활의 침해는 인정되지 않는다고 판단함으로써 독일 법원들의 실무적 결과를 그대로 수용하였다. 이에 각계의 기대는 단지 일부만 충족되었고 사생활 보호관점이 도로 약화되었다는 많은 비판이 제기되었다.<sup>51)</sup>

그럼에도 유럽인권법원은 독일 국내법원들이 유럽인권법원의 비판적 입장을 수용하여 새로운 단계적 보호개념을 발전시켰고, 이러한 구상은 예술저작권법 제22조, 제23조 내에서 기사 및 사진 보도의 정보가치에 더 강하게 초점을 맞추는 것이었다는 점에서 긍정적 평가를 내리면서 독일 연방대법원이 제시했던 “새로운 단계적 보호개념”에 따른 심사 구조는 원칙적으로 유효하다고 확정했다.<sup>52)</sup>

이러한 유럽인권법원의 승인 이후 독일의 연방헌법재판소와 연방대법원은 사진 보도의 허용성 판단에 있어서 지속적으로 단계적 보호개념을 유지했다. 그리고 이를 통해 독일 헌법상 원칙뿐만 아니라 유럽인권법원의 판례와 일치시키는 창구로 활용했다. 그리고 이를 위해 다음과 같은 유럽인권법원에서 발전되어 온 세부적 형량 기준에 유념하는 것이 강조되었다. 구체적으로 당사자가 미디어에서 행했던 이전 행동 그리고 침부

49) NJW 2012, 1053, 캐롤라인 폰 하노버/독일 제2사건, 40660/08과 60641/08.

50) NJW 2004, 2647.

51) Mattias Lehr, Anmerkung zu Veröffentlichung von Fotos aus dem Privatleben Prominenter, GRUR 2012, 745, 750.

52) Mattias Lehr, a.a.O., GRUR 2012, 745, 750.

된 텍스트 보도와의 전체적 맥락 내에서 게재 사진의 정보 내용, 오락적 기사를 통한 저명한 인물들의 롤모델 역할과 대조 기능, 마지막으로 그들의 지명도가 이러한 형량 기준으로 거론되었다.<sup>53)</sup>

이러한 기준들은 특히 2011년 연방대법원의 로젠볼(Rosenball) 판결<sup>54)</sup>에서 대체로 확정되었다. 여기에서도 앞선 연방헌법재판소의 견해와 맥락을 같이하면서 충돌하는 인격권 보호와의 관계에서 정보이익의 비중 결정에 있어서는 보도 대상이 결정적으로 중요하다고 강조했다. 특히, 언론이 구체적 경우에 대중들의 정보 청구를 충족시키고 여론 형성에 기여하기 위해 공적 이익의 사안들을 진지하고 사실에 입각해서 토론하는지 아니면 시사적 사건과의 관련 없이 단지 독자의 호기심만을 충족시키는 것인지 여부가 결정적이라고 생각했다.

이때 사진 보도의 정보 내용은 인물 초상이 배치된 전체적 맥락과 그에 속한 텍스트 보도의 고려 하에서 조사되어야 한다고 밝혔다. 반면에 인격적 보호이익의 비중에 있어서는 사진 보도의 계기와 촬영이 생겨난 사정들이 함께 참작되어야 하며, 피사자가 어떤 상황에서 포착되었고 어떻게 묘사되었는지 역시 중요하다고 보았다.<sup>55)56)</sup>

## IV. 새로운 단계적 보호개념의 체계와 비례원칙

### 1. 예술저작권법 제23조에서 단계적 보호개념의 의의

언제 초상의 공표가 당사자의 동의 없이도 허용될 수 있는지를 정하고 있는 예술저작권법 제23조는 헌법상 의견 및 출판, 예술의 자유를 위

<sup>53)</sup> Scherz, Handbuch persönlichkeitsrecht, 2 Aufl, 2019, 6 Kap, § 12 Rn. 140.

<sup>54)</sup> NJW 2011, 746.

<sup>55)</sup> NJW 2011, 746, 747.

<sup>56)</sup> Scherz, a.a.O, 6 Kap, § 12 Rn. 144f.

해 초상권의 보호범위를 제한하는 조항으로 이해된다. 따라서 제23조 제1항에 언급된 구성요건을 충족하는 이상 초상의 공표는 당사자의 우월한 정당한 이익에 반하지 않는다는 전제 하에서 허용된다. 이때 새로운 단계적 보호개념에 따르면 “시사적 사건”의 개념과 같은 규범적 해석을 요하는 구성요건표지의 심사에 있어서 이미 한편으로는 의견 및 출판 자유와 다른 한편으로는 당사자의 일반적 인격권 사이의 충돌 사이에 형량을 필요로 하게 된다. 나아가 제23조 제2항은 재차 초상 이용을 통해 당사자의 정당한 이익이 침해되는 경우 사진 공표의 자유에 대한 제한으로 적용된다.<sup>57)</sup>

이러한 예술저작권법 제22조 이하의 3단계를 통한 단계적 보호개념은 비록 헌법상의 규범은 아니지만 개방적 표현을 통해 합헌적 해석과 적용을 위한 충분한 공간을 제공하고 있다는 점에서 기본법과 일치하는 것으로 평가된다. 즉 예술저작권법 제22조 이하의 언론자유를 제한하는 규정인 기본법 제5조 제2항의 일반법에 해당하고 기본법 제5조 제1항의 의견표현권을 제한할 수 있다. 다만 이것은 연방헌법재판소의 상호작용 법리에 따라 의견자유권의 의미에 비추어 해석되어야 하고 의견자유권의 효력을 제한하는 경우 재차 자신 역시 제한되어야 한다는 의미를 가진다.

한편, 예술저작권법 제22조 이하의 적용에 있어서는 기본법 제5조 제2항에 따른 일반법으로서 유럽인권협약의 보장, 특히 유럽인권협약 제8조에 규정된 사생활 존중권이 고려되어야 하며, 이를 통해 유럽인권협약 제10조에 의해 보장된 의견자유권이 제한될 수 있다. 이러한 유럽인권협약의 보장은 국내 법원의 해석보조수단으로서 기본권의 내용과 사정거리의 결정을 위해 동원될 수 있으며, 다만 이것이 기본법에 따른 기본권 보호의 제한이나 저하에 이르지 않는 한에서만 가능하다. 이러한 해석과 적용을 통해 단계적 보호개념은 유럽인권협약의 보장과 유럽인권법원의

57) Fricke, KUG § 23, Wandtke/Bullinger/Fricke KUG § 23 Rn. 1.

판례를 국내 법원에 수용하는 통로로 인정되었다.<sup>58)</sup>

## 2. 새로운 단계적 보호개념과 비례원칙에 따른 형량

연방대법원이 유럽인권법원의 캐롤라인 판결에 대한 대응으로서 초상 보호에 관한 자신의 판결을 수정하는 과정에서 등장한 새로운 보호개념은 이제 과거와 달리 판단의 중심을 더 이상 인물에 두는 것이 아니라 인물의 사진이 게재된 맥락의 참조 하에 보도 대상에 결정적 의미를 부여하게 된다. 이에 연방대법원에 의해 구상된 소위 새로운 단계적 보호개념은 제23조 제1항 제1호의 시사적 영역이 존재하는지 판단에 있어서 당사자의 반대 이익을 통한 제한 모델로 바뀌게 되었고, 이 단계에서 이미 기본법 제1조 제1항, 제2항 및 유럽인권협약 제8조에 근거한 당사자의 인격권과 기본법 제5조 제1항 및 유럽인권협약 제10조 제1항의 언론자유권 사이에 형량(Abwägung)을 요구하게 되었다. 이때 시사성 내지 시사적 사건의 개념은 공중의 정보이익에 의해 결정되었다.<sup>59)</sup>

하지만 이러한 정보이익은 무제한 존재하는 것이 아니라 당사자의 개인적 영역으로의 침입이 문제 되는 경우 보도 내용에 속한 각각의 정보 내용이 어디까지 여론 형성에 기여하는지 그 정도에 따라 비례원칙을 통해 제한된다.<sup>60)</sup> 이에 형량 과정에서 무엇보다 중요한 것은 언론이 구체적인 경우에 공적 관심사에 관한 진지하고 사안 중심의 토론을 행하며 청중의 정보 요청을 충족시킴으로써 여론의 형성에 기여하는지 아니면 시사적 사건과의 관련 없이 단지 사적 사안에 관한 독자의 호기심만을 만족시키는 것인지 여부가 중요하게 되었다. 즉 보도의 정보가치가 결정적인 것으로 되었다. 따라서 정보가치가 공중에게 크면 클수록 당사자의 보호이익은 더욱 후퇴해야 하고, 반대로 인격권 보호가 중요하면

<sup>58)</sup> Fricke, a.a.O, KUG § 23 Rn. 2.

<sup>59)</sup> Fricke, a.a.O, KUG § 23 Rn. 8.

<sup>60)</sup> Engels, a.a.O, § 22 Rn. 2.

할수록 정보가치는 더 줄어들게 되었다. 결국 법원은 정보이익의 비중 결정에 있어서 보도가 어느 정도로 여론 형성에 기여를 가져올 수 있는지의 심사로 제한되었고, 이후 유럽인권법원<sup>61)</sup> 역시 이러한 단계적 보호개념에 관한 연방대법원의 판결을 유럽인권협약 제8조의 사생활 존중권과 일치하는 것으로 인정했다.<sup>62)</sup>

### 3. 시사적 영역의 판단기준으로서 공중의 정보이익

이처럼 연방대법원의 새로운 입장에 따라 이제 시사적 영역에서의 초상이 존재하는지(예술저작권법 제23조 제1항 제1호)에 관해 더 이상 시사적 인물 법리에 의존하는 것이 아니라 개별 사건에 관한 형량 과정에서 단계적 보호개념에 따라 결정해야 한다.<sup>63)</sup> 이때 연방대법원이 판결에서 구체적으로 밝힌 바와 같이 시사적 영역에서의 초상이 존재하는지 여부의 판단은 의견 및 출판 자유와 동시에 인격권 보호 및 사적 영역의 보호가 고려되어야 하는 규범적 척도가 바탕이 되어야 하고, 이와 관련해서 시사적 영역에 관한 공중의 정보이익이 고려된다.<sup>64)</sup>

이에 위의 조항이 작동하기 위해서는 시사적 인물에 관한 초상이라는 점만으로는 충분치 않고, 오히려 초상의 전파나 공개적 전시가 시사적 뉴스가치를 가져야 하고 정보가치를 지녀야 한다.<sup>65)</sup> 통상 신문이나 잡지, 방송 등 편집보도 내에서 초상의 전파에 있어서는 적어도 정보 목적의 존재가 인정될 수 있지만,<sup>66)</sup> 유명인의 동의 없이 광고형태에 초상을 사용하는 것은 대체로 정보목적이 부인된다.<sup>67)</sup> 연방대법원 역시 보통 보

61) NJW 2012, 1053.

62) Fricke, a.a.O, KUG § 23 Rn. 8.

63) JUS 2008, 1107.

64) Fricke, a.a.O, KUG § 23 Rn. 5.

65) Wenzel/ v. Strobl-Alberg, Wort- und Bildberichterstattung, Kap. 8, Rn. 26.

66) Scherz, a.a.O, 6 Kap, § 12 Rn54, 55.

67) BGHZ 20, 345.

호 가치 있는 공중의 정보 요청을 이행하는 것이 아니라 광고목적을 위한 다른 사람의 초상사용을 통해 자신의 상업적 이익만을 만족시키고자 하는 경우에 대해서는 예술저작권법 제23조 제1항 제1호(시사적 영역에서의 초상)의 예외규정을 주장할 수 없다고 보았다.<sup>68)</sup>

한편, 예술저작권법 제22조, 제23조의 단계적 보호개념에 따른 공중의 정보이익 개념은 언론의 자유라는 기본권을 위해서라도 당연히 넓게 이해되어야 한다.<sup>69)</sup> 이에 법조문의 원문과 달리 빈번하게 사용되는 시사적 사건이라는 개념이 더 적절할 수 있다는 견해가 제시되기도 한다. 다시 말해 인물 그 자체에 관한 관심이 아니라 여론 형성에 있어서의 역할과 의미가 중요한 것이 분명해지고, 따라서 제23조 제1항의 구성요건은 그 역할에 비추어 공중의 정보이익에 따라 결정된다. 즉, 이 규정의 해석에 있어서는 공중의 정보이익과 출판 자유권의 준수가 기준이 되어야 하고, 그의 행위와 직책이 어떠한 시사적 의미도 가지지 않는 인물의 초상은 원칙적으로 당사자의 동의가 있어야만 공표가 가능하게 된다. 이에 따라 기본권의 영향을 반영해야 하는 예술저작권법 제23조 제2항의 “정당한 이익”이라는 구성요건표지 역시 처음부터 그의 등장, 지위, 행위가 시사적 의미를 가지는 인물로 제한된다.<sup>70)</sup>

그런 점에서 시사성 혹은 시사적 사건의 개념은 역사적 혹은 정치적 사건뿐만 아니라 공중의 정보이익과 관련된 모든 대상을 포함한다. 이에 그 어떤 이유에서든 대중의 주목을 받은 모든 사건뿐만 아니라 공중의 여론 형성에 있어서 중요한 모든 사안, 오락적이고 사교지향적인 보도 역시 여기에 속한다. 오락적 기사에서도 의견 형성이 일어나고 심지어는 전적으로 사실에 입각한 정보보다 더 지속적으로 여론 형성을 자극하고 영향을 미칠 수 있기 때문이다.<sup>71)</sup>

68) BGH AfP 1992, 149, 150; Scherz, Handbuch persönlichkeitsrecht, 2 Aufl, 2019, 6 Kap, § 12 Rn56, 57.

69) Engels, a.a.O, § 23 Rn. 2.

70) Wenzel/ v. Strobl-Alberg, a.a.O, Kap. 8, Rn. 27.

71) NJW 2000, 1021. 1025.

마지막으로 공중의 정보이익이 존재하는지 여부는 신문과 방송사가 스스로 자신들의 저널리즘적 기준 내에서 판단해야 할 문제라고 할 수 있다.<sup>72)</sup> 왜냐하면 언론이 법적 한계 내에서 자신들의 보도 기준에 따라 무엇이 공적 이익을 말하는지 결정할 수 있는 충분한 재량을 가지며, 여론 형성 과정에서 무엇이 공적 이익의 사안인지 밝혀지는 것이 출판과 의견 형성 자유의 핵심에 속하기 때문이다. 결국, 현재 여론 형성에 기여하는 공중의 정보이익이 존재하는 모든 것이 시사적 사건에 속한다고 말할 수 있다.<sup>73)</sup>

#### 4. 세부적 형량 기준

새로운 단계적 보호개념에 따라 시사적 사건에 관한 공중의 정보이익의 존재하는지 결정함에 있어서는 비례원칙에 따른 형량이 필수적이라는 사실은 앞서 언급한 바와 같다. 독일 판례들은 그동안 이러한 형량 과정에서 의견 및 출판 자유권이라는 측면과 인격권이라는 각자의 측면에서 참작되어야 할 세부 기준을 발전시켜 왔다.

우선, 충돌하는 인격권 보호와의 관계에서 정보이익의 비중을 결정할 때에는 무엇보다 보도 대상 내지 사진 공표의 대상이 중요하다. 이와 관련해 사진 보도의 정보 내용은 사진 그 자체에서뿐만 아니라 그의 일부인 기사 내용을 포함해서 인물 초상이 위치한 전체 맥락에서 조사되어야 하며, 특히 그의 일부인 기사 내용이 고려되어야 한다. 이러한 점에서 언론이 공중의 정보이익을 충족시키고 여론 형성에 기여하기 위해 구체적으로 공적 관심사를 진지하고 객관적으로 논의하고 있는지 아니면 아무런 시사적 사건과의 관련 없이 단지 독자의 호기심만을 만족시키는 데 그치는지 여부가 중요하다.<sup>74)</sup>

72) Frank Fechner, Medienrecht 21 Aufl., § 4, Rn 53.

73) Wenzel/ v. Strobl-Alberg, a.a.O., Kap. 8, Rn. 28.

74) GRUR 2023, 196, 198.

다른 한편 인격권 보호이익의 비중 결정에 있어서는 보도의 계기, 사진 획득 정황, 즉 비밀촬영 방식의 악용이나 지속적인 스토킹을 통해서 작성되었는지가 판단에 참작되어야 한다. 그리고 무엇보다 당사자가 어떤 상황에서 포착되었으며 어떻게 묘사되었는지도 중요하다.<sup>75)</sup>

이처럼 이익형량 과정 내에서는 다양한 기준들이 고려될 수 있는데, 그중에서도 보도의 정보가치, 해당 인물의 지명도에 통상 가장 큰 비중이 부여되고, 그밖에 보도 방식이나 사진의 구체적 획득 정황, 당사자가 포착된 상황 및 묘사 방식 등도 함께 고려되어야 한다.

### (1) 보도의 정보가치

보도의 정보가치는 본질적 형량 기준에 해당한다. 따라서 보도가 공적 이익에 관한 토론에 기여하는 경우에 혹은 공적 관심사들을 다루는 경우에 형량에 있어서 중요한 정보가치가 존재하게 된다. 여기에는 단지 커다란 이목을 끌었던 사건들뿐만 아니라 그 당시를 대표하는 사정이나 생활 상황에 관한 표현 역시 포함되며, 이 가운데 국가나 정치 영역 밖에 있는 저명인사의 사적 생활이나 일상생활 역시 공적 관심의 대상인 이상 제외되지 않는다.<sup>76)</sup> 이는 보도가 공적 관심사에 관한 여론 형성에 기여할 수 있는 가능성으로 충분하다. 그리고 정보가치에 있어서 중요한 진술은 사진 그 자체에 내재하여 있을 수도 있지만 사진의 일부인 기사 보도의 맥락에서도 생겨날 수 있기 때문에 항상 이 역시 함께 고려되어야 한다. 이때 기사 보도의 허용 여부는 일반적 원칙에 따르며 예술저작권법 제22조 이하에 따라 심사될 수 없다.<sup>77)</sup>

만약 게재 사진이 그와 결합된 허위의 기사 보도의 설명을 위해 사용된다면 충분한 정보가치가 주어졌다고 볼 수 없지만, 충분한 정보가치가

75) Engels, a.a.O., § 23 Rn. 3.

76) NJW 2008, 1793, 1799.

77) Fricke, a.a.O., KUG § 23 Rn. 16.

답긴 동반 기사에 부당한 일부 구절이 포함된 경우라면 무방하다.<sup>78)</sup> 아울러 사진 게재의 충분한 정보가치를 인정하기 위해서 반드시 사진이 보도 대상의 사안에서 제작된 정도로 텍스트와 사진 사이에 내용상 관련성이 존재해야 하는 것은 아니다.<sup>79)</sup> 보도된 사건에 관여된 인물의 초상사진 첨부를 통해 기사의 진정성을 강조하거나 기사 보도에 대한 주목을 끌어내는 경우에도 정보가치는 존재한다고 볼 수 있다.<sup>80)</sup> 인물에 초점을 맞추는 것은 독자층에게 문제에 관한 관심과 사안의 정보에 대한 욕구를 자극할 수 있기 때문이다. 그에 반해 인물의 사진 게재를 위해 모종의 계기를 만들기에만 급급한 기사 보도는 순수한 광고 목적과 같이 여론 형성에 기여한다고 볼 수 없다.<sup>81)</sup>

## (2) 인물의 지명도

보도가 여론 형성에 어느 정도 기여하는지 그리고 보도에 어떠한 정보 가치가 부여되어야 하는지의 심사에 있어서는 공중 속에서 당사자의 역할이 중요하다.<sup>82)</sup> 이에 유럽인권법원의 형량 기준에 따라 독일 법원들도 이제 정치인, 그밖의 공적 생활의 인물이나 공적 관심 대상의 인물 그리고 평범한 사인을 구별하게 되었다. 그리고 이러한 상이한 인물그룹에 관한 다양한 정보 요청에 따르면 평범한 사인에 관한 보도는 공적 인물에 관한 보도보다 더 엄격한 제한이 설정되며, 이때 정치인의 보호가 가장 취약하게 된다.<sup>83)</sup>

이와 같이 보도 대상이 된 인물의 지명도와 그의 공적 생활에서의 지위 역시 본질적 형량 기준에 해당한다. 연방대법원은 여러 차례 판결에

78) BGH GRUR 2010, 1029, 1030.

79) NJW 2008, 1793, 1801.

80) NJW 2008, 1793, 1797.

81) Fricke, a.a.O, KUG § 23 Rn. 16.

82) ZUM-RD 2020, 642, 644.

83) Sprech-Riemenschneider, a.a.O, KUG § 23 Rn 13.

서 공적 생활의 인물에 대해서는 공중에 관심을 불러일으키는 사안 논쟁과 관련하여 충분한 보도 가치를 가지고, 당사자의 중대한 이익이 이에 대립하지 않는다면 다른 인물보다 더 커다란 범위에서 보도가 허용된다고 보았다. 이는 연방대법원이 이제 공적 생활의 인물 법리를 통해 재차 단계적 보호개념 속으로의 편입을 통해 과거의 절대적 시사적 인물보다 유연하게 처리할 수 있는 유형화를 시도한 결과라고 볼 수 있다.<sup>84)</sup> 이러한 유형화 작업은 실무에 방향 결정의 보조수단<sup>85)</sup>으로 이용되며, 연방헌법재판소의 관점에서 의사소통의 자유와 인격권 보호 사이의 필수적 형량이 항상 중단되지 않는 이상 헌법상 문제없는 것으로 긍정되었다.<sup>86)</sup>

이러한 공적 생활의 인물에는 과거에 국가 및 사회에서의 두드러진 지위 혹은 동료 인간 집단 속에서 비상한 행동이나 특별한 업적을 통해 탁월한 것으로 인정된 소위 절대적 시사적 인물과 유사하다. 연방대법원은 자신의 새로운 판결에서 절대적 시사적 인물의 포기 이후에도 정치인, 귀족 영주 가문의 구성원, 유명 배우, 유명한 텔레비전 진행자 등이 이러한 인물 범주에 속한다고 밝혔다. 나아가 경제계 수장, 뮤지션, 스포츠인, 유명 학자 등도 여기에 귀속가능하다.<sup>87)</sup> 하지만 공적 생활 인물의 주변에 개인적으로 있는 인물들, 특히 연인이나 친척, 지인은 통상 공적 생활의 인물이 될 수 없다. 다만 자신의 독자적 지위에 근거해 가족구성원 역시 공적 생활의 인물이 가능한데 대통령의 부인 같은 경우가 이에 해당한다.<sup>88)</sup>

한편, 이제는 공적 생활 인물의 경우에도 초상 공개를 위해서는 해당 인물과의 시사적 사건과의 관련성이 결정적으로 중요하다는 점에서 구

84) Fricke, a.a.O, KUG § 23 Rn. 10.

85) Soehring/Hoene, Presserecht 6 Aufl, § 21 Rn 15.

86) NJW 2008, 1793, 1799.

87) Fricke, a.a.O, KUG § 23 Rn. 11.

88) Fricke, a.a.O, KUG § 23 Rn. 12.

별이 더 이상 의미 없게 되었지만 그럼에도 형량에 있어 중요한 방향 제시를 할 수 있다는 기능적 차원에서 공적 관심의 대상이 되는 인물, 즉, 과거의 상대적 시사적 인물 개념이 거론될 수 있다. 이러한 인물은 통상 자신과 관련된 시사적 사건과의 시간적·공간적 맥락에서만 촬영되거나 초상이 공표될 수 있는 경우를 말한다. 즉, 사회에서 자신의 지위를 통해 혹은 정치적이나 직업상의 업적을 통해 대중들에게 부각된 경우가 아닌 인물들이 이에 해당한다. 다만 이러한 인물들은 공적 생활의 인물들과는 달리 상황이라는 조건 및 시간적 제약에 따라 초상에 관한 공중의 정보이익이 인정된다는 점에서 구별된다.<sup>89)</sup>

이러한 인물들은 평범한 사인보다 더 넓은 범위에서 사진 공표를 감수해야 한다. 가령 사진 게재의 자유는 공적 생활의 인물이 자신의 사회적 직무수행 때 보여 지는 그러한 사진들로만 제한되지는 않는다. 왜냐하면 대중들이 종종 우상이나 이상형으로 생각하는 인물들이 자신의 외부 활동과 개인적 행위를 실제로 일치시키는지에 관해 알게 될 정당한 이익을 가지기 때문이고, 다른 한편으로 저명인사들은 대중들의 인생 계획에 있어서 방향을 제시하고 롤모델 및 대조기능을 수행할 수 있기 때문이다. 아울러 저명인사의 경우에는 자신의 외부 모습과 개인적 생활 태도 사이의 모순이나 불일치의 폭로 역시 대중의 관심 대상이 된다. 게다가 정치인들의 경우에는 민주적 투명성과 통제의 관점에서 독자들의 증가된 정보이익이 존재하게 된다. 따라서 사회 상류층 내의 사건들에 관해 정보를 제공받을 대다수 국민들의 관심 역시 단순한 호기심으로 치부될 수 없는 정당한 정보이익이 존재한다. 결국 정당한 정보이익의 범위는 스캔들이나 그밖에 문제 될 수 있는 행동 방식으로 제한되지 않고 불쾌감을 야기하지 않는 저명인사의 행동방식 역시 그것이 공적 관심사의 문제에 관한 여론 형성에 기여할 때는 공개가 허용된다.<sup>90)</sup>

<sup>89)</sup> Soehring/Hoene, a.a.O., § 21 Rn 28ff.

<sup>90)</sup> Fricke, a.a.O., KUG § 23 Rn. 13.

### (3) 보도 방식

형량 과정에서는 언론이 구체적으로 공적 관심사의 문제에 대해 진지하고 객관적으로 토론했는지 아니면 단지 사적 사안에 관한 단순한 호기심만을 만족시켰는지 여부 역시 중요하다.<sup>91)</sup> 이때 개인에 초점을 맞추는 보도 방식은 대중의 주목을 끌기 위한 정당한 저널리즘적 수단으로서 인정된다. 따라서 청중의 보호이익은 사진 공표가 정보에 기여하든 오락에 기여하든 상관없이 존재할 수 있다. 오히려 오락 보도 역시 담론의 대상을 제공하고 토론 형성을 자극함으로써 중요한 사회적 역할을 충족한다는 점이 긍정된다.<sup>92)</sup>

연방헌법재판소 역시 캐틀라인 제2결정<sup>93)</sup>에서 보도 내용의 오락성은 종종 대중의 주목을 획득하고 여론 형성에 영향을 미치는 데 중요한 조건이자 미디어의 저널리즘적 성공은 특히 오락기사에 의해서 좌우될 수 있다는 점을 분명히 했다. 다만 이때 충돌하는 반대 측 법적 지위와 주의 깊은 형량이 요구된다고 덧붙였다.<sup>94)</sup>

### (4) 사진 획득의 정황 및 당사자에 대한 묘사 방식

인격권 보호의 비중 결정에 있어서는 보도의 계기 및 가령 비밀의 악용이나 지속적인 스토킹을 통한 사진의 획득 정황이 형량 내에 참작되어야 하며, 어떤 상황에서 당사자가 포착되었고 어떻게 묘사되었는지도 중요한 역할을 하게 된다.<sup>95)</sup>

91) NJW 2008, 1793, 1797.

92) NJW 2008, 1793, 1796.

93) NJW 2008, 1793, 1796.

94) Fricke, a.a.O, KUG § 23 Rn. 14.

95) NJW 2008, 1793, 1797.

이에 따라 파파라치의 지속적인 스토킹이나 추적 과정을 통해 제작된 유명인의 초상 공표는 허용되지 않으며, 예컨대 한 미결구금상태의 텔레비전 진행자가 교도소 경내에서 산책 중인 모습을 근접한 고층 건물에서 망원렌즈를 사용해 촬영한 사진 공표는 허용되지 않았다.<sup>96)</sup>

또한 당사자가 포착된 상황과 관련해서는 당사자가 전형적으로 미디어에 촬영당하지 않을 거라는 정당한 기대 하에도 불구하고 사진 촬영이 이뤄졌을 때 인격권 침해의 비중이 증가한다. 가령 사생활로 각인되는 상황, 예컨대 특별히 보호되는 공간 내에 체류하고 있는 중에는 인격권 보호가 강화된다. 하지만 사생활과 이로부터 도출되는 미디어로부터 촬영 당하지 않을 것이라는 정당한 기대는 반드시 격리된 장소(장소적 은거성)에서 생겨난 정황만을 요구하지 않고 직업이나 일상생활로부터의 구속에서 벗어난 긴장 완화의 순간이나 자기만의 휴식 순간에도 인정된다. 따라서 항상 일반적 인격권 침해의 강도가 형량에서는 중요하다.<sup>97)</sup>

## V. 결론

지금까지 살펴본 바와 같이 최근 연방대법원은 초상권 침해 사안과 관련해 새로운 단계적 보호개념에 따른 사건 해결 원칙을 제시하였으며 이러한 단계적 보호개념은 독일 연방대법원이 예술저작권법 제22조 이하에 근거해 오랜 기간 발전시켜 온 특유한 법리임을 확인하였다.

사실 출판물이나 보도에 사진을 게재하는 것은 출판 자유의 보호범위에 속하는 행위이므로 사진 보도의 제한을 어디까지 허용할지의 문제는 출판 자유의 한계와 직결되는 문제이다. 동시에 인물 초상의 게재는 원칙적으로 동의를 요하는 당사자의 인격권 보호 측면에서 출판 자유와

<sup>96)</sup> Fricke, a.a.O, KUG §23 Rn. 15.

<sup>97)</sup> ZUM-RD 2020, 642, 644.

인격권의 충돌이라는 갈등 역시 초래하게 된다. 이같이 기본권 충돌의 문제로 부상하는 예술저작권법 제22조 이하의 적용 과제를 독일 연방대법원은 새로운 단계적 보호개념을 통해 헌법적 권리 및 유럽인권협약의 기준들을 반영하는 창구로써 활용하였다.

연방대법원은 2004년 캐롤라인 폰 하노버 제1사건에서 유럽인권법원의 비관을 계기로 예술저작권법 제23조 제1항의 “시사적 영역”의 판단을 위해 기존의 시사적 인물 범리에서 시사적 사건, 공중의 정당한 정보이익의 개념으로 대체하였다. 이는 결과적으로 일률적, 획일적 신분 기준이 아니라 비례원칙의 잣대에 따른 공중의 정보이익과 당사자의 인격권 침해에 대한 이익형량의 문제로 무게중심이 옮겨가는 패러다임의 전환을 의미했다. 따라서 예술저작권법 제23조 제1항의 초상이 시사적 영역에 귀속될 수 있는지의 문제는 원문에 충실하게 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항, 유럽인권협약 제8조의 일반적 인격권이나 사생활 존중권의 관점과 기본법 제5조 제1항, 유럽인권협약 제10조의 의견 표현이나 출판 자유권의 관점 사이의 형량 문제로, 즉 충돌하는 법적 지위의 형량 과정에서 헌법적 가치들을 고민해야 하는 문제로 대체되었다.<sup>98)</sup>

이러한 새로운 독일법원의 심사 구조는 방법론적 측면과 실체적 측면으로 나누어 이해할 수 있다. 우선 단계적 보호개념은 초상권 보호를 둘러싼 문제해결을 신중한 절차적 보호 장치를 통해 획일적이거나 일률적인 판단이 아닌 단계적 숙고 과정을 마련한 것이었다. 한편, 실체적으로는 단계별 판단 과정에서 관련된 기본권 지위 간의 충돌 문제를 개별적 사정에 따른 이익형량의 심사라는 전통적 접근방식을 통해 해결하였다. 다시 말해 엄격하게 설계된 절차적 보호 과정 속에서 초상권 침해 문제를 공중의 정보이익과 인격권 보호 사이의 개별적 이익형량을 해결하고자 하는 것이었다. 무엇보다 이러한 방법론적·실체적 접근방식의 구상은 언론자유와 보호와 동시에 개인의 일반적 인격권 보호라는 헌법적 가치의

<sup>98)</sup> Grabenwarter, GG Art. 5 Abs.1, Dürhig/Herzog/Scholz/Grabewarter GG Art. 5 Abs. 1 Rn. 430.

조화를 위한 독일 법원들의 깊은 고심으로 이해할 수 있으며, 유럽인권법원 판결과의 국제법적 모순을 피하기 위한 노력으로도 이해할 수 있다.

나아가 연방대법원은 유럽인권법원의 판결에서 발전한 구체적 형량 기준들을 새로운 단계적 보호개념으로 적극적으로 수용함으로써 개별적 사건 해결을 위한 형량 과정의 예측불가능성이나 일관되지 못한 결론상의 모순을 피하기 위해 세부적 형량 기준들을 적극 개발하였다. 이러한 세부 기준들은 사진 보도를 위해 고려되어야 할 의견 및 출판 자유의 원칙들이 반영된 것들과 당사자의 초상 공개와 관련된 일반적 인격권의 원칙들이 반영된 것들로 구분할 수 있다.

이 가운데 우선 출판 자유의 비중 결정에 있어서 형량상 결정적으로 중요한 기준으로는 보도 대상에 관한 기준들을 들 수 있다. 그리고 여기에서 사진 보도의 정보 내용은 개인의 초상이 배치된 전체적 맥락에서 파악되어야 하며, 특히 그에 속한 기사 내용이 함께 고려되어야 한다.<sup>99)</sup> 이에 따라 구체적 사례에서는 미디어가 청중의 정보 요청을 충족하고 여론 형성에 기여하기 위하여 공적 관심사를 진지하고 객관적으로 토론하는지 아니면 유명인의 사적 사안에 대한 독자들의 호기심만을 만족시키는지 여부가 결정적 해결 기준으로 떠오른다. 이는 공중에 있어서 정보가치가 크면 클수록 그에 관해 알아야 할 당사자의 보호이익이 공중의 정보 요구 뒤로 후퇴해야 하며, 반대로 당사자의 인격권은 공중을 위한 정보가치가 낮으면 낮을수록 더욱 중요해진다는 비례원칙의 준수 결과로 이해할 수 있다. 나아가 어느 정도로 보도가 여론 형성에 기여하는지, 어떠한 정보가치가 그에 부여될 수 있는지의 문제에 관한 심사에서는 당사자가 공중 속에서 어떠한 역할을 하는지의 문제 역시 중요한 기준으로 대두된다.<sup>100)</sup>

반면에 일반적 인격권의 비중 결정에 있어서는 보도의 계기 및 사진 획득의 상황, 어떤 상황에서 당사자가 포착되었으며 그가 어떻게 묘사되

<sup>99)</sup> Engels, a.a.O, § 23 Rn. 3.

<sup>100)</sup> ZUM-RD 2020, 642, 644.

었는지도 중요한 요소들이다. 가령 사진이 비밀스러운 촬영 방식의 악용이나 지속적인 스토킹을 통해서 제작되었는지가 판단에 함께 참작되어야 하고, 사진 내용의 주제가 사적 영역을 건드리는 세부 사항을 포함하고 있는 경우에는 인격권 보호가 증가되어야 한다. 반대로 객관적 관찰자의 입장에서 당사자가 공개적으로 혹은 공식적인 상황에서 등장할 때 촬영된 경우라면 인격권 보호의 비중은 낮아질 것이다. 다만 언론보도에 있어서 시사적 행사 때 작성된 사진의 게재가 인물 묘사를 위한 하나의 과정으로 이용되었는지 아니면 보도가 아무런 여론 형성에의 기여를 나타내는 바 없이 단지 저명인사의 사진 게재를 위한 계기로만 삼기 위해 사진을 이용한 경우인지가 구별되어야 할 것이다.<sup>101)</sup>

이러한 점에 비추어 볼 때 앞서 살펴본 국내 대법원판결이 보여주는 논증 과정은 몇 가지 의문이 드는데, 우선 대법원이 정립한 판단기준들은 주로 기사 보도를 중심으로 대법원이 형성해 온 기준들로서<sup>102)</sup> 이러한 것들이 사진 공표를 통한 초상권 침해 문제에도 과연 그대로 적용될 수 있는지의 문제이다. 무엇보다 초상권은 현행 헌법 하의 인격권의 구체적 내용에 해당하는 권리이므로 초상권 침해 여부를 판단함에 있어서는 인격적 가치의 헌법상 의미가 반영되는 판단 과정을 거쳐야 한다는 점<sup>103)</sup>을 고려하면 그 출발선상에서 기사 보도와는 침해 여부를 판단하는 관점이 전혀 다르다는 사정이 고려되어야 한다.

아울러 전광훈 목사가 공인에 해당한다는 이유에서 초상 공개의 허용성을 위한 주된 논거로 끌어온 점에서 나타나듯이 우리 대법원은 공적 인물이라는 신분적 기준에 지나치게 의존하고 있는 것은 아닌지 강한 의심이 제기되는 것도 사실이다. 그럼에도 우리 대법원은 공적 인물이나 공인에 어떤 인물들이 포섭될 수 있는지에 관하여 그간 명확한 인적 범

101) Engels, a.a.O., § 23 Rn. 3.

102) 심석태 초상권 판단 기준의 구조화 가능성, 언론과 법 제22권 제2호(2023), 13면.

103) 조소영, 초상권의 법적 성격과 보호, 언론과 법 제14권 제3호(2015), 168면; 조소영, 관례에 나타난 초상권 법리에 대한 고찰, 공법학연구 제19권 제2호, 114면.

주를 제시한 바 없었다는 점이다. 이와 관련해서 학계에서는 어떤 사람을 공적 인물로 규정짓는 것으로부터 그 사람의 사생활 보호가 사실상 부정되는 결론을 도출하는 것은 불합리하기 때문에 문제 된 내용이 공중의 일반 관심사와 합리적으로 관련된 사항인지 여부가 더 중요하고 본질적인 기준이 되어야 한다는 의견이 제기되기도 하였다.<sup>104)</sup> 설령 대상 인물의 지위나 역할이 형량 과정 내에서 하나의 기준으로써 활용될 수밖에 없다는 불가피성을 인정하다손 치더라도 이러한 인적 범주에 귀속될 수 있는 합리적 유형화 작업이 지금까지 없었다는 점은 아쉬움으로 남는다.<sup>105)</sup>

그밖에 표면상으로는 이익형량의 원칙을 제시하면서도 구체적 형량 과정에서는 인격권 보호이익의 측면이 제대로 반영되지 못하고 있다는 현실이다.<sup>106)</sup> 실제 독일의 경우와 같이 인격권 비중 결정에서 활용되고 있는 보도의 계기, 사진 획득 정황, 그리고 무엇보다 당사자가 어떤 상황에서 포착되었으며 어떻게 묘사되었는지가 형량 기준으로 진지하게 참작될 필요가 있다. 특히 초상이 사진이나 이미지의 편집·조작 등으로 왜곡된 경우, 즉 이미지의 합성과 변경을 통해 왜곡된 인상을 불러일으키는 것은 인격권 보호 측면에서 매우 중대한 침해에 해당한다는 점<sup>107)</sup>이 앞선 국내 판례에서 제대로 고려되었는지 의문이 든다.

104) 권태상, 공적 인물의 사생활, 이화여자대학교 법학논집 제21권 제4호 (2017. 6), 280면.

105) 우리 대법원은 2002년 ‘공적 인물’의 범리를 도입했음에도 불구하고 ‘공인’의 개념이나 지위에 대해 판시한 사례는 드물다고 지적한 논문으로는 이승선, ‘공인’이란 누구인가?, 언론과 법 제19권 제2호(2020.08), 117면; 우리나라 판결은 “공적 인물”의 개념을 명확하게 제시하고 있지 않다고 지적한 논문으로는 권태상, 공적 인물에 대한 명예훼손, 비교사법 제22권 제2호(통권69호), 659면.

106) 그런 점에서 언론 및 학계에서는 초상권 침해와 관련한 정확한 판단기준을 찾기 위해 노력해야 한다고 지적하면서 행위자 관점과 보도 대상자 관점을 나누어 구조화 방안을 제시한 선행연구에 주목할 필요가 있다. 심석태 초상권 판단 기준의 구조화 가능성, 언론과 법 제22권 제2호(2023), 22면 이하.

107) 문건영, 언론에 의한 초상권 침해 판단 기준의 구체화에 관한 연구, 법조 제69권 제5호(통권 제743호), 234면; 합성사진으로 인한 인격권 침해를 다룬 독일 판결로는 NJW 2005, 3271.

결국 독일 법원들이 유럽인권법원과의 상호 협력 속에서 발전 시켜온 사진 보도 특유의 세부적 형량 기준들을 각각의 기본권 지위에 따라 유형화해서 함께 고려될 수 있다면 결국 형량을 통한 미디어의 이익과 개인의 인격권의 보호의 실질적 조화를 위해 더욱 바람직할 것으로 생각된다.

## ■ 참고 문헌

- 권태상 (2015). 공적 인물에 대한 명예훼손. <비교사법>, 22권 2호(통권 69호), 629-668.
- \_\_\_\_\_ (2017). 공적 인물의 사생활. <이화여자대학교 법학논집>, 21권 4호, 241-283.
- 문건영 (2020). 언론에 의한 초상권 침해 판단 기준의 구체화에 관한 연구. <법조>, 69권 5호(통권 743호), 208-247.
- 송석윤 (2010). 공적 인물의 인격권과 언론의 자유. <공법연구>, 39집 1호, 223-254.
- 심석태 (2023). 초상권 판단 기준의 구조화 가능성. <언론과 법>, 22권 2호.
- 이승선 (2020). ‘공인’이란 누구인가? <언론과 법>, 19권 2호, 1-29.
- 이재진·동세호 (2015). 방송 관련 초상권 침해 소송에서 나타난 ‘동의’의 적용 범리에 대한 연구. <언론과 법>, 14권 1호, 101-148.
- 조소영 (2015). 초상권의 법적 성격과 보호. <언론과 법>, 14권 3호, 149-172.
- \_\_\_\_\_ (2018). 판례에 나타난 초상권 범리에 대한 고찰. <공법학연구>, 19권 2호, 99-120.
- Korte, B. (2014). Praxis des Presserechts (2. Aufl.).
- Teichmann, C. (2007). Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte. NJW, 1917.
- Engels, J. (2024). BeckOK UrhR/Engels KunstUrhG § § 22, 23.
- Fechner, F. (2020). Medienrecht (21. Aufl.).
- Fricke, J. (2022). KUG § 23. In W. Wandtke, & T. Bullinger (Hrsg.), KUG § 23.
- Götting, H. (2007). Anmerkung zu den BGH-Urteilen “Abgestuftes Schutzkonzept” und “Winterurlaub”. GRUR, 527-530.
- Grabenwarter, C. (2024). GG Art. 5 Abs.1. In Dürhig, Herzog, Scholz, & Grabenwarter (Hrsg.), GG Art. 5 Abs.1.
- Hager, J. (2007). Allgemeines Persönlichkeitsrecht. JA, 647.
- Lehr, M. (2012). Anmerkung zu Veröffentlichung von Fotos aus dem

- Privatleben Prominenter. GRUR, 745.
- Peifer, N. (2008). Öffentliches Recht – Grundrechte. Jus, 1107.
- Obergfell, G., & Herbort, R. (2021). In T. Ulmer–Eilfort, G. Obergfell, & R. Herbort (Hrsg.), Verlagsrecht (2. Aufl.).
- Ricker, H., & Weberling, G. (2012). Handbuch des Presserechts (6. Aufl.).
- Scherz, C. (2019). Handbuch Persönlichkeitsrecht (2. Aufl.).
- Soehring, P., & Hoene, C. (2019). Presserecht (6. Aufl.).
- Sprecht–Riemenschneider, U. (2022). KUG § 23. In Drier, Schulze, & Sprecht–Riemenschneider (Hrsg.), KUG § 23.
- Wenzel, K. E., & Ritter von Strobl–Albeg, J. (2018). Das Recht der Wort– und Bildberichterstattung (6. Aufl.).

■ ABSTRACT

---

## A Study on the Concept of Step-by-Step Protection in German Courts as a Criterion for Judging Violation of Portrait Rights

Lee, Soo Jong

Ph.D., Executive Adviser, Press Arbitration Commission

Recent rulings have shown that domestic courts adopt legal principles similar to those of German courts; they resolve infringement cases on portrait rights based on the penalty of interest. However, the concept of step-by-step protection adopted by the German Federal Supreme Court and the implementation of beneficial sentences according to detailed sentencing standards differ significantly from the domestic situation, when compared from a practical perspective in case law. In 2004, following criticism from the European Court of Human Rights, the German Federal Supreme Court developed a new concept of gradual protection in the *Caroline von Hanover First* case. This idea replaced the judgment criterion of the portrait in the current affairs area in Article 23, Paragraph 1, of the Copyright Act, with the concepts of current affairs figures, current affairs events, and the public's legitimate information interest. This meant that the center of gravity shifted from a uniform and uniform status criterion to the issue of balancing the public's information interest and the infringement of the personal rights of the parties according to the yardstick of the principle of proportionality. Ultimately, the greater the value of the

information, the more the party's protected interest in knowing about it should recede behind the public's demand for information. Conversely, the lower the value of the information to the public, the more important the party's personality rights. According to the proportionality principle, whether the media seriously and objectively discusses matters of public interest for the formation of public opinion or merely satisfies readers' curiosity about the private affairs of celebrities emerges as a decisive criterion for resolving whether there has been a violation of portrait rights. Meanwhile, in determining the weight of general personality rights, the occasion of the report, the circumstances under which the party's photo was captured, and how the party was portrayed are also considered important factors. If these specific sentencing standards for photo reports can be considered together through classification in the domestic litigation process, practical harmony between the interests of the media and the protection of the individual's personality rights may be achieved.

Keywords: portrait rights, concept of step-by-step protection, interest balance, public information interests, information value, balance criterion

[ 논문투고일 2025. 03. 03. 논문수정일 2025. 03. 25. 게재확정일 2025. 03. 28. ]