
광고모델은 자신의 인격과 초상을 판매할 수 있는가?

- 피팅모델사건 판결¹⁾의 평석을 곁하여 -

나종갑*

- | | |
|---|-----------------------|
| I. 서론 | 5. 침해에 대한 면책사유로서의 동의 |
| II. 피팅모델계약의 법적 쟁점 | 6. 프라이버시권 |
| 1. 사실관계와 쟁점 | III. 저작권과 초상사진에 대한 권리 |
| 2. 인격권과 초상권: 처분 불가능한
권리(inalienable right) | 1. 저작권법과의 관계 |
| 3. 모델노무를 목적으로 하는 고용계약 | 2. 저작권법상 저작인격권의 한계 |
| 4. 모델노무제공계약에서의 초상권 | 3. 모델과 저작권의 귀속 |
| | IV. 결론 |

1) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021다219116 판결("피팅모델사건"이라고 함).

* 연세대학교 법학전문대학원 교수

초록

모델노무를 제공하는 고용계약은 초상의 이용을 수반하는 경우에 인격과 초상에 대한 침해 동의를 필수적이다. 모델은 자신의 모델노무를 제공하기 위해 고용계약의 상대방에게 침해에 대한 동의를 하게 된다. 고용계약상 노무에 대한 경제적 대가는 고용계약의 유상성과 쌍무성(雙務性)으로 인하여 지급되는 것으로 모델의 인격권이나 초상권의 침해면책에 대한 대가가 아니다. 모델제공에서 수반되는 초상권 침해에 대한 면책동이는 준법률행위인 일방적 의사표시이다.

본 논문에서 다루는 피팅모델사건(2021다219116)에서 대법원은 고용에 따른 보수금을 인격권과 초상권의 이용대가라는 취지로 판시한 1심 판결을 지지했다. 1심법원은 ‘원고의 초상권에 대한 제한 없는 사용권 부여의 대가로 보기에는 이례적으로 소액...’이라고 하여 초상권을 재산권으로 보고 있다. 그러나 초상권은 불가분(不可分), 불가양(不可讓)의 권리(inalienable right)이므로 대가를 지급받고 가분하여 처분할 수 없는 권리이다.

저작인격권도 불가분(不可分) 불가양(不可讓)이지만, 저작재산권의 처분으로 인하여 그만큼 그 행사가 제한되는 약한 권리이다. 초상모델의 인격권과 초상권도 모델노무제공을 목적으로 하는 고용계약에 의하여 제한된다고 해야 한다. 저작물을 공표하면 그것은 공공의 영역에 있듯이 초상의 침해면책 동의(consent)나 권리행사 포기(release) 효과도 원칙적으로 영구하다고 해야 한다. 무상으로 한 초상권 이용동의나 포기의 철회를 하더라도, 상대방의 손해에 대하여 보상하는 것이 형평에 부합한다.

피팅모델사건 판결 법리는, 인격권과 초상권을 처분가능한 재산권과 동일시하여 이에 대한 재산적 가치에 따라 그 이용기간이 정해진다는 취지이나, 이는 초상권과 인격권의 처분불가분의 권리(inalienable right)라는 법리와 부합하지 않는다.

주제어

초상권, 피팅모델, 광고모델, 모델사진, 인격권, 저작인격권, 불가분 불가양의 권리

I. 서론

본 논문은 초상권과 인격권은 금전으로 평가할 수도, 처분할 수도 없는 권리라는 점에 대한 논증과 이를 통하여 소위 ‘피팅모델사건’에 대한 법원 판결의 비판적 평석을 겸하고, 대법원에서 파기환송된 항소심 판결의 법리를 보충하는 글이다. 피팅모델사건에서 대법원은 주얼리 액세서리 광고모델노무제공계약에 따른 광고사진의 사용기간이 정해지지 않았다면, 그 사용에 관한 입증책임은 그 사용기간을 주장하는 자가 입증을 하여야 하고, 그 입증이 없다면 모델료에 따른 상당한 기간으로 정하여야 한다고 판시했다. 그러나 위 판결은 초상권이 금전으로 평가할 수 없는(priceless) 권리라는 점을 간과한 판결이라고 하지 않을 수 없다. 인격이라는 개성에서 출발하는 초상권은 불가분(不可分), 불가양(不可讓)의 권리(inalienable right)¹⁾이다. 따라서 초상권은 그 사용 동의(consent)에 의하여 그 침해가 면책되는 것으로, 모델노무제공계약에서 초상에 대하여 “사용 목적, 범위, 기간 등”을 경제적 대가와 교환으로 가분적(可分的) 또는 가양적(可讓的)으로 합의할 수 없다.²⁾ 다만 그 침해행위의 금지를 구할 수 있을 뿐이다.³⁾

최근 초상의 영리적 이용권⁴⁾ 신설을 위하여 정부의 민법개정안⁵⁾이 제출

1) 예컨대, 서울동부지법 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결(“이효석 사건”)(“인격권으로서의 초상권은 일신전속적 권리라고 할 것이어서…”).

2) 1심 판결은 서울중앙지방법원 2020. 5. 13. 선고 2018가합591790 판결인바, 사건명이 “초상권침해금지 및 방해예방 청구”이고, 1심 판결의 판결이유에서만 16번의 ‘초상권’을 언급하고, 전체적으로 18번의 ‘초상권’을 언급하고 있다. 2심 판결(서울고등법원 2021. 2. 4. 선고 2020나2018284 판결)은 원고의 계약해지가 적법하지 않다고 원고청구기각.

3) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결; 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결; 대법원 2005. 1. 17.자 2003마1477 결정 등. 물론 과거의 초상권 침해는 ‘전보배상’으로서 금전배상으로 위자료를 청구할 수 있다. 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결(동의를 있다면 초상권 침해가 발생하지 않는다는 취지).

4) 초상의 영리적 이용은 헌법상의 초상권으로부터 파생되는 적극적 권리라고 할 수 있지만, 초상권은 침해로부터 자유로운 소극적 권리로 이해된다.

되었지만, 초상권은 헌법 제10조 인간의 존엄성⁶⁾에서 출발하는 인간으로서의 기본적 인격에 관한 권리로 보호되는 추상적인 권리이다.⁷⁾ 인격적 가치에 대한 보호는 일부 개별법에서 구체화되기 시작하였지만⁸⁾ 아직은 헌법상 보호되는 인간의 존엄과 가치에 대한 침해로부터 자유로운 소극적인 보호라고 할 수 있다.⁹⁾ 따라서 초상에 대한 침해면책동의¹⁰⁾나 모델노무제공을 목적으로 한 고용계약상의 의무에 의한 제공 등인 경우에는 그와 같은 면책동의가 있는 범위에서는 침해를 주장할 수 있는 장래의 권리를 포기하는 것이

5) 정부, “민법 일부개정법률(안)” 법무부공고제2022-425호, 법제처, <<https://www.moleg.go.kr/lawinfo/makingInfo.mo?mid=a10104010000&lawSeq=71439&lawCd=0&lawType=TYPE5¤tPage=10&keyField=&keyWord=&stYdFmt=&edYdFmt=&slsCd=&cptOfiOrgCd=>>, 검색일: 2023. 8. 14.

6) 대법원 2006. 10. 13. 2004다16280 판결, 헌법재판소 2001. 8. 30. 결정 2000헌바36 전원재판부 결정에 따르면, 초상권은 일반적으로 헌법 제10조의 행복추구권의 구성요소로 인정되는 일반적 인격권으로부터 파생되는 개별적 인격권의 하나로서, 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림으로 묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리라고 정의할 수 있다. 헌법상 인격권에는 자신의 성명의 상업적 이용도 통제할 수 있는 성명권도 포함된다고 한다. 대법원 2005. 11. 16.자 2005스26 결정 등 참조.

7) 조소영, “초상권의 법적 성격과 보호”, 『언론과 법』, 제14권 제3호(2015), 160-62면 참조. 헌법재판소 2014. 3. 27. 2012헌마652 결정(“사람은 자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리를 가지고 있으므로, 촬영허용행위는 헌법 제10조로부터 도출되는 초상권을 포함한 일반적 인격권을 제한한다…”); 서울지방법원남부지원 1997. 8. 7. 97가합8022 판결.

8) 예컨대, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조; 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조 등.

9) 서울지방법원 1988. 5. 11. 선고 87가합6175 판결; 서울지방법원남부지원 1997. 8. 7. 선고 97가합8022 판결.

10) 초상권에 대한 부당한 침해는 불법행위를 구성한다. 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결, 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결, 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다39277 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결 등 참조. 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결(“인격권은 자신의 인격적 이익에 관한 권리이므로 포기할 수 없지만 타인의 이용에 대하여 권리행사를 하지 않겠다는 동의나 승낙은 가능하고 그 동의나 승낙의 범위 내에서 사적 사항을 공개할 경우 위법하지 않다.”). 물론 조건(condition)부 또는 범위를 정한 초상권 이용동의는 가능하다.

다. 초상권 침해면책에 대한 ‘조건(condition)’을 부가하는 등으로 그 동의의 효력을 제한하지 않는 한 그 동의에 의하여 장래를 향하여 초상권 침해 포기효력이 계속된다고 하여야 한다. 동의나 승낙에 의해 그 초상에 대한 침해를 주장할 수 있는 권리를 장래를 향하여 상실하기 때문이다.¹¹⁾ 물론 침해주장이 아닌 초상권 자체는 인격권의 일부이므로 포기가 불가하다고 할 것이다.¹²⁾

초상과 관련한 법률분쟁에 있어서 많은 경우 저작권법과 충돌하게 된다. 사진의 경우 촬영자의 개성과 창조성이 있으면 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당한다.¹³⁾ 그러나 증명사진과 같이 단순한 기계적 촬영의 경우에는 저작물성을 인정받기 어렵다.¹⁴⁾ 또한 자연의 풍경을 담은 사진과 같이 인간의 창작성이 낮은 사진은 저작권 보호가 어려운 경우가 많다.¹⁵⁾ 또한 정

11) 피해자의 승낙에 의한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 처벌하지 않고(형법 제24조) 위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다(저작권법 제35조 제4항). 인격권 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도에서 피해자의 동의를 받아 이루어진 경우에는 법률에 특별한 규정이 없으면 언론 등은 그 보도 내용과 관련하여 책임을 지지 아니한다(언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조).

12) 저작권인격권 포기가 가능하다고 하는 견해도 있지만(그에 관한 다양한 학설은 남수경, “저작권인격권 포기에 관한 비교법적 고찰”, 『LAW & TECHNOLOGY』, 제11권 제2호(2015), 58면 참조), 특정 저작물에 대하여 저작권인격권 침해주장을 포기하는 것과 저작권권을 포기하는 것은 구분해야 한다. 인격권은 포기나 처분을 할 수 없는 불가양의 권리이다. 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정.

13) 이러한 점은 1862년 프랑스 대법원(The Cour de Cassation)의 Case Mayer et Pierson v. Betbéder and Schwalbé 판결에서 문제되었는데, 프랑스 대법원은 사진가의 심미적 가치에 대한 인적 기여가 있다면 1793년 법에 의해 보호받을 수 있다고 판시했다(Frédéric Rideau, “9. Nineteenth Century Controversies Relating to the Protection of Artistic Property in France”, in *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*, edited by Ronan Deazley, Martin Kretschmer and Lionel Bently, Open Book Publishers, 2010, p. 247. n. 24.). 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결.

14) 서울지방법원 2006. 1. 27. 선고 2003가합57616 판결(고주파치료 시술장면과 시술전후의 환부의 근접 촬영 사진). 서울지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결(모발이식수술 전후사진).

15) 서울중앙지방법원 2014. 3. 27. 선고 2013가합527718 판결(소위 ‘술섭사건’으로 자

보전달이 주된 목적으로 볼 수 있는 광고목적으로 위해 제품 자체만을 충실하게 표현한 사진은 그 창작성이 낮다고 할 수 있으므로 저작권 보호가 약하게 된다.¹⁶⁾ 다만 각 사진마다 창작성이 다르므로 광고목적 사진이라도 그 저작물성에 대해서는 각기 다른 평가를 받을 수밖에 없다.¹⁷⁾

타인의 촉탁에 의하여 사진가가 사진을 찍은 경우, 우리나라 초기의 저작권법은 그 초상권자에게 저작권이 귀속되도록 하였으나¹⁸⁾ 현재의 저작권법은 저작권자에게 귀속하도록 하였다. 그러나 사진 속의 사진 모델과 저작자, 저작물 소유자 간의 권리관계에 대해서는 우리 저작권법이나 다른 법에도 명시적 규정이 없으므로 결국 법의 해석에 의할 수밖에 없다.¹⁹⁾ 예컨대, 액세서리의 피팅모델이 액세서리의 모델사진을 찍은 경우에 그 사진은 저작권법에 의하여 보호를 받게 된다. 그러나 모델이 초상권을 내세워 초상권에 의한 저작물에 대해 통제하고자 하는 경우에 초상권자의 권리가 우선하는지 아니면 그 사진의 저작권에 관한 규정에 따라 저작권자의 저작권이 우선하는지에 대하여 법에 명확한 규정은 없다.²⁰⁾

연경관은 만인에게 공유되는 창작의 소재로서 촬영자의 창작성이 가미되기 어렵다는 이유로 창작물이 아니다.), 서울고등법원 2014.12.4. 선고 2014나2011480 판결에 의해 항소기각 됨.

- 16) 대법원 2006. 12. 8. 선고 2005도3130 판결(고용책자에 게재된 광고사진 중 음식점의 내부 공간을 촬영한 사진의 창작성 부인); 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결(햄 제품 자체를 촬영하는 사진(‘제품사진’)과, 햄제품을 다른 장식물이나 과일, 술병 등과 조화롭게 배치하여 촬영함으로써 제품의 이미지를 부각시켜 광고의 효과를 극대화하기 위한 사진(‘이미지 사진’)으로 대별하고 ‘제품사진’의 창작성 부인).
- 17) 최형구, “사진촬영에 대한 저작권법적 고찰”, 『법학연구』, 제27권 제1호(2016), 199-225면; 최은희, “사진저작물의 창작성 판단 기준”, 『한국콘텐츠학회논문지』, 제15권 제7호(2015), 96-104면.
- 18) 1957. 1. 28. 법률 제432호로 제정되어 1957. 1. 28. 시행된 저작권법 제13조는 촉탁자에게 귀속하도록 함. 1986. 12. 31. 전부 개정되어 1987. 7. 1. 시행된 「저작권법(법률 제3916호) 제35조 제4항은 저작권자에게 귀속됨을 전제로 규정.
- 19) 피팅모델사진에 관한 대법원 판결로 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021다219116 판결을 들 수 있다.
- 20) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021다219116 판결(‘사진을 공표하기 위해 그에 관한 사진 촬영 동의를 받은 점과 촬영된 사진의 공표가 촬영에 관한 동의 당시 허용한 범위 내라는 점에 관한 증명책임은 사진촬영자에게 있다.’).

최근에는 인터넷과 데이터베이스 산업의 발전으로 인하여 소위 ‘잊혀질 권리(right to be forgotten; right to erasure)’가 새로운 권리로 등장하였다.²¹⁾ 잊혀질 권리가 문제되는 것은 개인의 자기결정권보다 표현의 자유나 언론의 자유 보장이 그 공익성이 크다는 것을 전제로 하는 것이다. 즉 잊혀질 권리는 사진촬영 등 자신의 초상권이나 프라이버시권²²⁾의 그 공개나 유통에 승낙하면 그 승낙 이후에는 더 이상 자신이 통제할 수 없다는 것이 전제가 된다. 이러한 법리는 피해자의 동의를 받아 이루어진 경우에는 인격권 침해가 사회상규(社會常規)에 반하지 아니하는 한도 내에서는 언론 등의 책임이 없도록 한 법 규정에서 그 근거를 찾아볼 수 있다.²³⁾ 초상권이나 프라이버시권을 무기로 공중에 유통되는 정보를 통제할 수 있다면 언론의 자유가 훼손되기 때문이다. 특히 초상권과 프라이버시권을 무기로 자신의 공개된 정보를 통제할 수 있다면, 현재와 같은 정보사회에서는 정보사회와 정보사회를 이루는 산업기반이 소멸될 수 있다. 다만 정보사회에서는 개인의 초상권과 프라이버시권의 침해 위험이 커졌으므로 잊혀질 권리에 의해 양자의 법이익이 균형과 조화를 이루도록 하는 것이 필요하다.

본 글의 주된 목적은 인격권과 초상권의 본질은 처분할 수 없는 권리로서 법원이 금전의 가치로 평가하는 것은 인격권과 초상권의 법적 성질에 어긋나고, 동시에 피팅모델사건 판결에 대하여 그 기간의 제한 없이 사진을 사용할 수 있는 권한을 부여된 것이 아니라고 판시한 법원 판결이 잘못되었음을 논증하는 데 있다.

21) 2014년 EU사법재판소는 1995년 「개인정보보호지침(Data Protection Directive 95/46/EC)」에 근거하여 검색서비스의 검색 링크 삭제를 요구할 수 있는 권리로서 잊혀질 권리(right to be forgotten; right to erasure)를 인정하였다(Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos, in the European Court of Justice, Case C-131/12, 2014 E.C.R. 317.).

22) 프라이버시권은 인격권에서 출발한다는 점에서 초상권과 같지만, 공개된 장소에서 프라이버시권은 보호받지 못하나 초상권은 존재한다고 할 수 있다.

23) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률, 제5조(언론등에 의한 피해구제의 원칙) 제2항 제1호.

II. 피팅모델계약의 법적 쟁점

1. 사실관계와 쟁점

피팅모델사건을 정리하면 다음과 같다. 학생이면서 모델활동을 아르바이트 형식으로 하던 원고는 액세서리의 온라인 판매업을 영위하는 피고 회사와 액세서리의 피팅모델노무제공을 하는 고용계약을 체결했다. 원고와 피고 회사 사이의 계약에서는 촬영한 사진의 사용기간에 대해서는 정하지 않았다. 피고 회사가 자신이 판매하는 액세서리를 착용한 원고의 사진을 촬영한 후 그 사진을 인터넷 쇼핑몰 등에 광고 겸 게재하여 사용하였는데, 원고가 연예활동을 위해 전문 연예인 매니지먼트 회사에 전속계약을 체결하면서 피고 회사에 그 사진에 대한 사용 허락을 철회한다고 밝히면서 해당 사진의 사용 중지를 요구했다.²⁴⁾

이 사건 피팅모델노무를 제공하기 위해서는 그 고용계약의 이행으로 촬영된 모델사진에 대한 초상권의 포기가 필수적이었다. 1심 법원은 원고와 피고가 체결한 계약상 피고가 원고의 모델사진을 상업적으로 사용할 권한이 발생한다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.²⁵⁾ 1심 법원은 단순히 그 계약서의 명칭(“촬영계약서”라고 되어 있음)과 같이 촬영계약만을 체결한 것으로서 상업적 광고로 사용하는 계약이 아니라고 했다. 그러나 항소심인 서울고등법원은 원고의 인격권을 근거로 한 주장을 인정하지 않고, 사진촬영의 경위 등에 비추어 촬영된 사진의 사용기간을 제한하였다고 볼 수 없다는 등의 이유로 항소심은 1심 판결을 취소하고 원고 청구를 기각했다.²⁶⁾

24) 피팅모델사건에서 2017. 6. 22. 원고는 피고 회사와 연예인 전속계약을 체결하였고, 사진촬영과 그 사진을 이용한 광고 및 홍보가 시작된 이후인 2018. 11. 28. 피고 회사에 촬영계약의 해지를 통보하면서 문제된 사진에 대한 사용허락을 철회하고 그 사진들의 사용중지를 요구했다.

25) 서울중앙지방법원 2020. 5. 13. 선고 2018가합591790 판결.

26) 피팅모델사건의 2심인 서울고등법원 2021. 2. 4. 선고 2020나2018284 판결은 피팅

1심 법원은 초상에 관한 권리를 처분불가능한 인격권으로 인정하면서, 처분가능한 재산권 법리를 적용하고 있다고 판단된다. 퍼블리시티는 그 모델의 유명성이라는 경제적 가치를 이용하는 것이지만, 피팅모델사건에서는 모델의 유명성을 이용한 것이 아니라 마네킹을 대체한 인격적 존재를 이용한 것이다. 재산권으로서 퍼블리시티권이 쟁점이 된 것이 아니라 인격적 존재로서의 인간의 초상을 이용한 것이라고 할 수 있다.

피팅모델사건의 상고심인 대법원은 촬영계약 문언의 내용과 체계, 거래 관행 등을 고려하면, 원고가 그 사진을 피고 회사가 판매하는 상품을 광고하는 목적을 위하여 상업적으로 사용하는 것에는 동의하였다고 볼 수 있으나, 위와 같은 촬영계약의 내용으로 보면 그 사진의 사용 기간 제한 없이 피고 회사에 사진의 사용권을 부여하는 내용이라고 해석하는 것은 사진의 광범위한 유포 가능성에 비추어 원고의 사진에 관한 초상권을 사실상 박탈하여 중대한 불이익을 부과하는 것인 점, 촬영 동기 및 경위, 경제적 지위, 원고의 식

모델사건의 원피고 사이에 체결된 계약서 제5조 제5항에는 “같은 촬영본을 개인적인 목적에만 사용할 수 있습니다. 촬영본의 제3자에 대한 상업적인 제공 및 2차 가공은 불가능하며, 상업적 활용 및 제3자에 대한 제공이 필요한 경우, 갑과 을은 상호 합의하에 진행하여야 합니다.”라고 되어 있었다. 여기에서 갑은 피팅모델인 원고, 을은 원고를 모델로 고용한 액세서리 판매업체이다. 1심 판결은 위 계약 조문을 인용하면서 “피고가 이 사건 사진을 피고 상품의 광고에 사용하는 등 상업적으로 사용하기 위해서는 원고와의 별도 협의가 필요하다고 판단되는데,…”라고 판시했다. 그러나 위 조문상의 계약 문장의 주어는 1심 판결처럼 ‘피고’가 아닌 ‘원고’로 이해된다. 즉 원고가 사진을 상업적으로 사용하고자 하는 경우에는 원고와 피고가 협의하여야 한다는 의미라고 할 수 있다. 나아가 위 계약서 제4조[수정작업]에서는 “피고는 데이터의 수정을 사회규범에 반하지 않는 내에서 임의로 진행할 수 있으며, 수정에 따른 전반적인 책임은 피고에게 있습니다.”라고 규정하고 있어, 제5조 제3항에서 “2차 가공은 불가능하며”라는 문구의 주어를 피고라고 하면, 제4조와 모순되기 때문에 제5조 제3항에서의 주어는 원고일 수밖에 없다. 그리고 1심이 원고가 받은 보수가 ‘이례적으로 소액’이라고 한 판시와 위 조항의 해석상 주어를 원고에서 피고라고 한 판시를 보면, 1심 판결은 편견에 입각하여 내린 판결로 밖에 보이지 않는다. 참고로 원고는 전속계약을 맺은 것이 아니므로 피고와의 고용계약에 구속됨이 없이 자유롭게 일할 수 있고, 1일당 45만 원을 받았으므로 1년에 100일만 일한다면, 4,500만 원의 연 수입을 갖게 된다. 위 금액을 이례적으로 소액이라고 할 수 있을는지 의문이 들고, 2심인 서울고등법원 판결에서는 그 점을 지적하고 있고, 원심판결의 취소하고, 원고청구기각하는 이유 중의 하나로 제시하고 있다.

별 정도, 사진의 내용과 양 등까지 고려하면, 사용 기간에 대한 명백한 합의가 존재하지 않는 위 사진의 사용 기간은 거래상 상당한 범위 내로 한정된다고 보는 것이 합리적인 점 등을 종합하여 보면, 사진의 촬영자이자 공표자인 피고 회사가 원고로부터 사진에 포함된 상품을 판매하는 동안이면 기간의 제한 없이 사진을 사용할 수 있는 권한을 부여받았다고 보기는 어렵다고 판시했다.

그러나 위 대법원 판결은 모델노무를 제공하는 원고와 피고 회사 사이의 고용계약 본질을 망각한 판결이라고 하지 않을 수 없다. 모델노무를 제공하는 것은 그 고용계약의 내용에 해당하고, 그 모델노무를 제공하기 위해 필요한 초상권의 이용동의 내지 침해면책은 그 모델과 모델에 대한 고용계약이 갖추어야 하는 고용계약성립의 전제 조건이다(민법 제658조 제2항). 왜냐하면 초상이 포함된 광고모델노무를 제공하면서 그 초상광고사진을 사용할 수 없다면 그 계약의 본질적인 목적을 달성할 수 없기 때문이다. 대법원은 모델노무제공에 관한 고용계약과 그 계약에 수반되어야 하는, 부수적이지만 필수적으로 전제되는 초상권과 프라이버시권의 불행사 내지 면책동의를 구분하지 못한 것이다.²⁷⁾ 나아가 항소심에서 지적하는 바와 같이 광고사진을 통하여 모델로서 자신의 광고를 하는 것이기 때문에 사진의 광범위한 유포 가능성을 염려한다는 것은 자가당착의 주장을 받아들인 현실을 인식하지 못한

27) 피팅모델사건에서 대법원이 재산적 이익에 관한 거래인 모델노무를 제공하는 고용계약과 인격권에 관한 합의 내지 면책을 구별하지 못하였다는 점은 “계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하나, 그 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언의 내용, 계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 계약으로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약 내용을 합리적으로 해석하여야 한다. 특히 한쪽 당사자가 주장하는 약정의 내용이 상대방에게 권리를 포기하는 것과 같은 중대한 불이익을 부과하는 경우에는 그 약정의 의미를 엄격하게 해석하여야 한다.”라고 한 판시에서도 나타난다. 위 각주 26에서 보는 바와 같이 원고는 자신의 초상권이나 프라이버시권에 관하여 쌍무적인 계약성립을 주장한 것이 아니라 모델사진의 사용허락을 의미하는 사용허락을 철회한다고 주장했음에도 불구하고 법원이 쌍무적인 계약의 내용으로 보았다.

판결이다. 이러한 대법원의 논리라면 ‘잊혀질 권리’도 필요 없다. 잊혀질 권리가 문제되는 이유를 곰곰이 씹어 보면, 그동안 초상사진이 이용기간의 문제가 발생하지 않았는지 이해할 수 있을 것이다. 광고모델이나 연예인들은 영구히 잊혀지지 않는 것이 그들의 재산이다.

2. 인격권과 초상권: 처분 불가능한 권리(inalienable right)

초상권은 불가분, 불가양의 권리(inalienable rights)이고²⁸⁾ 퍼블리시티권은 가분적인 권리의 집합(bundle of rights) 개념으로, 처분할 수 있는 권리(alienable rights)이다. 그런데 대법원이, 예컨대 초상권의 이용기간에 대하여 **거래상 상당한 범위 내로 한정된다고** 판시한 것은 결국 초상권을 그 이용 가치에 따라 존속한다고 한 것으로 그 교환적 금액에 따라 가분(可分)되는 권리로 인정한 것이다. 인격권을 재산상 가치로 평가하고 그 모델노무대가에 비례하여 이용기간이 정해지는 가분적이고 처분가능한 권리로 인정한 것이다.

초상권은 그 침해면책동의를 하면서 그 동의에 대한 조건(condition)²⁹⁾을 정할 수 있다. 이러한 조건이 부가되는 경우에 초상권은 조건부 면책동의(consent with condition)가 된다. 조건부 면책동의를 인격권 자체를 가분적이고 양도가능한 권리화 하는 것이 아니다. 쌍무유상계약인 모델노무제공계약에서 초상에 대한 면책 조건(condition)은 모델노무제공을 목적으로 하는 고용계약(agreement)과 별개이다. 초상 이용에 대하여 조건(condition)을 부가하지 않은 경우에는 그 조건을 위반할 수 없으므로 조건위반으로 이유로

28) 대법원은 “저작인격권은 저작재산권과는 달리 일신전속적인 권리로서 이를 양도하거나 이전할 수 없는 것이므로, 비록 그 권한 행사에 있어서는 이를 대리하거나 위임하는 것이 가능하다 할지라도 이는 어디까지나 저작인격권의 본질을 해하지 아니하는 한도 내에서만 가능하고 저작인격권 자체는 저작권자에게 여전히 귀속되어 있으며”라고 판시하고 있다. 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정 참조.

29) 조건(condition)은 우리 민법에서도 별개로 취급하고 있다. 민법 제147조 내지 제151조 참조.

는 그 계약을 취소할 수 없다.³⁰⁾

물론 쌍무유상계약이 아니어서 동의나 승낙을 취소할 수 있다고 하더라도, 그에 따른 손실을 보상할 필요는 있다. 이는 상대방의 권리를 내가 구입하는 것과 같다. 나아가 초상 등의 침해면책동의를 대한 취소 내지 철회가 금반언에 해당하는 경우에는 그 동의의 취소 내지 철회는 인정되지 않는다고 할 것이다.³¹⁾

피팅모델계약에서는 어떤 종속적인 근로제공을 하는 것이 아니고 모델사진을 광고에 이용할 목적으로 사진을 찍은 것이므로 그 모델계약은 노무공급으로서 민법상의 고용계약이라고 할 것이다.³²⁾ 모델이 제공하여야 할 노무의 일부이므로 그 노무를 제공하는 보통의 고용계약에는 그 초상이나 퍼블리시티의 존재가 제공된 노무의 내용에 해당하고, 그 노무의 이행 후에는 그 존속기간이나 이행에 대한 문제가 남지 않는다.

인격권은 모든 인간이 가지고 있는 천부적인 자연법상의 기본적 권리이다. 인격권은 불가분(不可分)이자 불가양(不可讓)의 권리이다.³³⁾ 인격권은 외

30) Pohle v. Cheatham, 724 N.E.2d 655(Ind. Ct. App. 2000) 본 사건에서 피고는 원고의 전 남편이었는데, 부부관계 유지 중에 남편은 부인의 허락을 받아 부인의 누드사진을 찍었다. 두 부부가 이혼한 후에 남편이 부인의 누드사진을 부인의 친구들과 이웃에게 공개했다. 법원은 그 공개는 조건을 위반한 것이지만 누드사진을 찍은 것과 그 사진을 남편이 가지는 것은 부인의 사진촬영조건을 위반하는 것은 아니라고 판시했다. 이러한 법리는 누드모델사건(대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결)과 유사하다.

31) Restatement of the Law, Third, Unfair Competition, Sec. 46, cmt. f(“However, if a person is estopped or otherwise precluded from terminating the consent, an attempted termination is not effective.”). 프랑스에서도 초상권 이용동의(consent)에 의하여 동의를 한 타인의 초상권 침해는 인정되지 않는다는 것이 통설이라고 할 수 있다(Huw Beverley-Smith et al, *Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University Press, 2006, pp. 193-197; 독일에서도 같은 법리이다. Id., pp. 130-134.).

32) 민법상 고용과 근로기준법상 근로관계의 차이는 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000도 4901 판결 참조.

33) 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정(앞의 각주 29에서 인용된 판결문) 참조(“이는 실질상 저작인격권의 양도를 인정하는 결과로 되어 저작인격권의 본질을 벗어나는 것이 되므로 허용되어서는 아니된다.”).

부의 침해로부터 자유로울 소극적인 권리일 뿐 금전적인 대가와 교환하여 처분하거나 양도가능한 권리가 아니다. 초상모델이라도 인격이나 초상의 **판매대가로** 금전을 받는 것은 공서양속에 위반되고 인격권의 불가분성 및 불가양성에 어긋나는 행위이다. 대법원도 인격권에 기초하는 초상권은 초상을 영리적으로 이용당하지 않을 권리, 즉 소극적 권리라고 하고 있다.³⁴⁾

인격침해에 대하여 정신적 손해배상으로서 금전배상을 청구하는 것은 전보배상으로 금전배상의 보충성이란 측면에서 가능하다. 인격적 침해에 대한 손해배상 청구권은 민법 제751조에,³⁵⁾ 재산권 침해에 대한 손해배상 청구권은 제750조에 근거를 두고 민사소송법상으로도 별개의 청구원인이 된다.³⁶⁾ 인격을 재산과 같이 적극적으로 판매할 수는 없는 것이다. 다만 인격이나 초상의 이용허락이 수반하는 모델제공노무의 대가로 금전을 받는 것은 가능하다. 초상의 이용은 모델노무제공에 수반되는 것으로³⁷⁾ 그 금전의 본질은 노무제공의 대가이기 때문이다.

모델계약에 지급되는 금원이 침해에 대한 선위자료로서 합법적인 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 인격침해라는 불법행위에 대하여 사후적으로 위자료로써 금전이라는 전보배상을 받을 수는 있지만, 미리 사전에 인격 침해에 대한 위자료를 받고 그 후에 인격침해를 하는 것은 인격을 판매하는 것

34) 대법원 2006. 10. 13. 2004다16280 판결(“사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림[으로] 묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로도 보장되고 있는 권리이다”); 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결(“누드모델사건”) 등.

35) 예컨대, 서울동부지법 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결(“이효석 사건”)(다만 본 사건은 판결문 본문에 정신적 손해배상의 근거를 제750조 제1항이라고 기재하고 있는데, 오타로 보인다.). 서울중앙지방법원 2004. 10. 1. 선고 2002가단254093 판결(“김민희 사건”)은 퍼블리시티권 침해로 인한 손해의 배상을 구하는 원고의 청구를 배척하였으나 피고가 초상권을 침해하였다는 이유로 정신적 손해배상을 인정했다(권태상, “인격권 침해로 인한 재산적 손해”, 『법조』, 제69권 제1호(2020), 143면 참조.).

36) 서울고등법원 2005. 6. 22. 선고 2005나9168 판결(“이영애 사건”).

37) 존 로크(John Locke)나 프리드리히 헤겔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel)에게도 노동이나 재산권은 인격적 속성을 가진다(나중갑, 『불공정경쟁법의 철학적 규범적 토대와 현대적 적용』, 연세대학교 출판문화원, 2021, 66-117면.).

과 다를 것이 없어 반사회질서 위반의 법률행위가 아닌가 한다. 예컨대 금전을 지급하고 신체훼손을 하겠다는 계약이 적법하다고 할 수 없을 것이다.³⁸⁾

3. 모델노무를 목적으로 하는 고용계약

피팅모델이 피팅 광고사진을 찍은 후에 인격권이나 초상권을 근거로, 그 광고사진이 상업적 언론이라는 이유로 삭제하여 달라고 요구하는 것은 추급권(Resale Royalty Right/Droit de Suite)을 인정하는 것과 같이 새로운 문제를 야기한다. 이는 피팅모델도 고용계약이나 도급계약 등 유상 쌍무성을 기반으로 자신의 채무이행으로 제공되는 것이기 때문에 인격권이나 초상권에 의한 모델사진의 유통통제는 모델노무제공이라는 고용계약관계 내에서 이뤄져야 한다. 현재의 정보사회는 초상이나 초상사진 정보 등을 포함한 정보의 자유로운 유통을 전제로 확립되었기 때문에 인격권이나 초상권을 근거로 정보통제를 한다면 현대의 정보사회를 무너뜨릴 수 있기 때문이다. 더 이상 잊혀질 권리는 새롭게 문제되지 않을 것이다. 초상권과 인격권으로 언제든지 통제할 수 있기 때문이다.

피팅모델노무제공을 목적으로 하는 계약은 고용계약이다. 그 고용계약에 수반되어야 하는 인격권 내지 초상권 침해에 대한 면책동의가 본 계약인 고용계약을 좌우하는 문제가 발생한다. 이러한 결과는 민법상 노무제공에 필요한 특정한 기능이 없는 경우에는 사용자가 해지할 수 있다는 민법 제658조 제2항의 취지에 어긋난다. 그 피팅모델의 인격적 권리도 보호되어야 하지만 인격권이라도 표현과 예술의 자유 등을 보호할 필요성 등 일정한 경우 저작권법이 적용되는 영역에서는 저작재산권이 우선된다는 법원칙이 확립되어 있다고 볼 수 있다.³⁹⁾

38) 같은 맥락에서 연예인에게 신체사이즈를 유지하도록 하는 계약은 그 효력이 있는지 의문이다.

39) 본 논문에서 논증하는 것으로, 저작재산권이 저작인격권과 그 저작인격권과 동일하다는 인격권(일원론)의 행사로부터 독립시키고 저작'인격권'과 관계없이 저작재산권을 행사하도록 한 것이다. 또한 저작권법 제9조의 업무상저작물은 모델 고용관계에 따른 저작물

어떤 인물의 초상이 포함된 광고사진이 상업적으로 사용된다고 하여 그 사진 속의 인물이 자신의 인격권과 초상권을 이유로 아무런 제한 없이 그 사진의 상업적 이용을 금지할 수 있을까? 피팅모델사건의 경우, 그 모델은 자신의 모델사진이 상업적으로 이용되는 것을 전제로 고용계약을 체결한 것이다. 따라서 상업적 이용을 이유로 모델사진이용을 제한할 수 없을 것이다.

예컨대, 모나리자의 모델이 자신의 초상을 ‘모나리자의 미소’라는 그림으로 그렸고, 그 그림을 판매하였다고 하더라도 모델로서의 인격권과 저작자로서의 저작인격권은 그에게 그대로 남아 있다. 이때, 인격권과 저작인격권을 행사하여 그림의 전시나 유통을 제한할 수 있는가? 유명한 ‘안네의 일기(The Diary of a Young Girl)’를 출판한 ‘안네 프랑크(Anne Frank)’는 출판되어 유통되고 있는 안네의 일기가 자신의 인격권을 침해한다고 주장하면서 그 ‘안네의 일기’의 유통을 언제든지 금지할 수 있다고 할 수 있는가? 저작물의 공개와 출판은 저작인격권의 일부 포기를 수반하여야 한다. 인격적인 권리가 절대적인 권리라고 하여, 위와 같은 사례에서 정당하게 유통되고 있는 저작물의 유통을 금지할 수는 없다. 저작인격권은 그 저작인격권자의 사망으로 소멸한다.

위 사례의 ‘모나리자의 미소’ 그림과 ‘안네의 일기’는 영구적으로 전시되고 유통될 것이다. 저작권이 인격권에 우선하지 않는 한 이를 설명하기 어렵고, 유통이나 전시가 영구적이라고 할 수 있는 이유는 묵시적이든 명시적이든 그 인격권자와 저작인격권자의 동의(consent)에 있다. 레오나르도 다빈치의 ‘모나리자의 미소’ 그림 속의 실제 인물로부터, 인격권 침해에 대한 면책의 동의를 받은 사람은 현재에는 아무도 없을 것이다. 그 인물로부터 이용허락이 있다고 어떻게 입증할 수 있을까? 그 그림을 전시하는 것은 그 인물의

에 대하여 고용주에게 그 권리를 귀속시키고 있다. 제35조 제4항(“위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.”)의 반대해석에 의하여 위탁에 의한 초상사진이 아닌 경우에 예컨대, 사진가의 의뢰에 의한 모델과 같이, 위 4항의 위탁에 의한 초상사진이 아닌 경우에 동의가 없더라도 모델사진은 그 사진의 저작권자가 이용할 수 있다고 해석된다. 나아가 인격권과 저작인격권은 사망에 의하여 소멸하지만, 저작재산권은 원칙적으로 사망 후 70년간 존속한다.

초상권 침해라고 할 수 있는가? 대법원 판결대로라면, 초상권의 침해가 없다는 것이 입증되어야 하므로(최소한 초상권의 사용대가를 지급했고, 그 지급한 대가가 현재까지 사용하기에 상당하다는 점까지 입증해야 한다.) 세상에 유통되는 모든 초상사진은 초상권을 침해하므로 모두 삭제해야 한다. 잊혀질 권리가 전연 문제되지 않는다.

독일 철학자 임마누엘 칸트(Immanuel Kant)는 인격에 기반하여 저작자의 권리(author's right)를 주장했는데, 그는 저작권이란 단지 '표현'이나 그 '생각(speech)'을 보호하는 것으로서, 표현을 전달하는 매체가 되는 책이나 그림을 불법 복제하여 유통하더라도 그의 권리 침해가 되지 않는다고 하였다. 왜냐하면 복제물을 유통하더라도 그의 저작매체상의 표현은 아무런 변경, 복제됨이 없이 그대로 남아 있기 때문이다. 그리고 매체가 되는 것을 인쇄 출판하는 것은 허락받은 출판자, 인쇄자의 권리(copyright)라고 하였다.⁴⁰⁾ 칸트에 의하면 사진이 변경되지 않아, 표현이 변경되지 않는 한, 사진의 유통만으로는 인격권이나 저작권의 침해가 되지 않는 것이다. 칸트는 그의 도덕형이상학(Metaphysik der Sitten; Metaphysics of Morals)⁴¹⁾에서, 일견 불법적으로 보이는 허락되지 않은 출판이 적법한 것처럼 보이는 이유에 대하여 그것을 소유한 사람이 합법적으로 재제작(Nachdruck; reprint)할 수 있는 유체물이어서 그 유체물에 대한 그와 같은 권리가 존재하는 것이고, 다른 한편으로 책은 단순히 공중에 대한 담론이므로 책을 복제하더라도 저작자의 표현(speech)은 그대로 동일하게 남아 있기 때문에 저작자의 권리가 침해되

40) F. Kawohl, *Commentary on Kant's essay On the Injustice of Reprinting Books*(1785), in *Primary Sources on Copyright(1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, <www.copyrighthistory.org>, 검색일: 2023. 9. 19..

41) Immanuel Kant, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*(1785), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*(1785, 1797(영문판)), Rechtslehre, § 31 (Immanuel Kant, "Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie", pp. 403-407, <http://google.cat/books?id=W14aAAAAIAAJ&pg=PA404&vq=Person&dq=editions:OXFORD600005035&lr=&output=html_text&source=gbs_toc_r&cad=4>), 검색일: 2023. 9. 19. 칸트의 이 수필이 'Of the Injustice of Counterfeiting Books'으로 영문 번역되었고, 이것이 'On the Injustice of Reprinting Books'으로 출판되었다.

지 않는다고 했다. 즉 표현의 자유를 보장하는 것이 저작권이라고 하였다. 칸트는 저작자의 권리와 출판자의 권리를 제대로 이해하지 못하여 저작권의 본질에 대한 혼동이 발생하는 것이라고 하였다.⁴²⁾

표현이나 생각이 변경되지 않는 한 저작권(인격권과 같다)의 침해가 없다는 저작매체에 관한 권리는 저작권의 범위가 아니라는 칸트의 지적이 시사하는 바와 같이, 대법원은 인격권이 절대적인 권리로서 그 주체가 항상 절대적인 권리를 행사할 수 있다는 선입견을 가지고 있다고 생각한다.

4. 모델노무제공계약에서의 초상권

(1) 모델노무제공과 초상권 침해면책동의

초상이 촬영되는 모델계약은 인격권과 초상권의 침해에 대한 동의가 수반되는 모델노무의 제공을 목적으로 하는 고용계약이라고 할 수 있다. 고용계약을 통하여 피팅모델이라는 노무를 제공받는다. 그리고 자신의 초상을 통하여 그 노무제공이 필수적이므로 초상의 침해에 대한 면책동의(consent)가 필수적으로 수반된다.

그 동의는 ‘license’ 중에서 ‘bare license’ 같다고 할 수 있는데, ‘bare license’는 침해소송을 제기하지 않겠다는 의미, 즉 ‘not to sue covenant’라는 소극적 의미이다. 적극적으로 권리가 ‘부여(grant)’되는 license는 아니

42) F. Kawohl, supra note 40 참조. 칸트는 ‘On the Injustice of Reprinting Books’에 다음과 같이 언급한다:

[a]ndererseits aber ist das Buch auch bloße Rede des Verlegers ans Publikum, die dieser, ohne dazu Vollmacht vom Verfasser zu haben, öffentlich nicht nachsprechen darf (praestatio operae), ein persönliches Recht, und nun besteht der Irrtum darin, daß beides mit einander verwechselt wird.

[번역]

책은 단순히 외부의 물체가 아니라 출판자의 공중에 대한 담론이고 출판자는 저작자에 대한 위임에 따라서 공개적으로 이와 같은 출판을 할 권리가 있다(praestatio operae). 이는 인격권리[인격권]이다. 책과 관련하여 이러한 두 가지 권리[저작자와 출판자/인쇄업자]가 혼합되어 혼동되는 것으로부터 앞서 언급한 내용으로부터 암시되는 그와 같은 잘못이 발생한다.

라고 할 수 있다. 상대방에게 침해주장을 하지 않겠다는 것일 뿐 상대방에게 부여할 적극적 권리가 있을 수 없다. 초상권이나 인격권은 침해로부터 자유로울 소극적인 권리이므로, 권리의 집합(bundle of rights)으로 구성된 재산권과 같은 상대방에게 부여할 적극적인 권리가 없을뿐더러 일신전속권인 그 성질상 타인에게 양도나 권리 일부를 부여할 수 없음은 당연하다.⁴³⁾

피팅모델사건에서는 모델이라는 노무제공에 대한 대가로 금 4,050,000 원이 지급되었으므로 유상 쌍무의 고용계약이 성립되었다. 그 고용계약은 초상이나 인격에 대한 침해 동의와는 별개로, 피팅모델사건에서의 주된 계약이다. 1심 법원은 “피고는 촬영 대가로 원고에게 1회 당 45만 원을 지급하였음을 상업적 이용 권한의 근거로 들고 있으나, 원고의 초상권에 대한 제한 없는 사용권 부여의 대가로 보기에는 이례적으로 소액일 뿐만 아니라...”고 판시하고 있으나, 본 판시에는 두 가지 문제점이 있다. 첫째 초상권은 소극적 인격적 권리로서 불가분(不可分) 불가양(不可讓)의 권리(inalienable rights)로서 ‘사용권 부여의 대가’라는 개념이 성립할 수 없을뿐더러 인격에 관한 권리는 금전적 대가에 의해 이용권을 부여(grant)할 수 있는 권리가 아니다. 둘째, ‘이례적으로 소액’이라는 판단은 어떤 법리에 의한 것인지 불분명하다.

인격권의 속성은 불가양의 불가분적 권리(inalienable right)이고 그 속성상 인격권의 포기가 불가능하지만 그 인격권 주체에 의한 침해면책동의 (consent)⁴⁴⁾가 있는 경우에, 그 면책동의에 의하여 인격권 침해를 주장할 수 있는 권리가 상실된다.⁴⁵⁾ 인격권 침해에 대한 위자료 청구권과 침해금지청구권을 포기하는 것은 가능하다. 동의에 의한 인격권 침해면책은 위자료 청구권과 금지청구권의 포기를 의미할 뿐 인격권이나 초상권의 포기를 의미하

43) 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정 참조(“저작인격권은 저작재산권과는 달리 일신전속적인 권리로서 이를 양도하거나 이전할 수 없는 것이라 할 것임으로...”).

44) 초상권 침해에 대한 동의는 침해에 대한 면책의 의미라고 할 수 있다(Garden v. Parfumerie Rigaud, 151 Misc. 692, 271 N.Y.S. 187, 188 (Sup 1933) (A “consent” is the same as a “license” of privacy rights)). 그럼에도 불구하고 적극적인 권리를 부여(grant)하는 것은 법리상 타당하지 않다.

45) 언론중재법 제5조 제2항 및 개인정보법 제15조 제1항 제1호 및 제4호 참조.

지 않는다. 따라서 ‘이용동의’는 그 실질에서는 ‘면책동의’나 ‘침해주장의 포기’에 해당한다.⁴⁶⁾

초상권 침해면책은 적법한 철회나 침해면책에 대한 (해제)조건의 성취가 있는 경우나 명시적인 제한이 있는 경우를 제외하고 초상권자의 침해를 주장할 권리의 상실은 포괄적이고 영구적인 것이라고 할 것이다.⁴⁷⁾ 초상권 침해면책의 효과는 사망에 의하여 인격권이 소멸하는 효과⁴⁸⁾와 다를 바가 없을뿐더러⁴⁹⁾ 초상권의 침해면책은 원칙적으로 장래를 향하여 그 효력이 지속되기 때문이다. 예컨대, 수술이나 성형행위 등 의료계약에 부수하여 신체에 대한 훼손이나 상해를 허락하는 동의도 장래를 향하여 영구히 그 효력이 미친다고 해야 한다.⁵⁰⁾

46) 남형두, “퍼블리시티권에 관한 해외사례연구 - 퍼블리시티권을 활용한 해외 스포츠/엔터테인먼트 산업 및 비교법 연구 -”, 한국저작권위원회, 2012, 70면 참조(“그런데 오히려 저작권, 엄밀하게 말하자면 저작권격을 유추함에 있어서 저작권격권이 이용허락의 대상이 될 수 있는가에 대해 비판적인 견해가 팽배하다는 점에서 퍼블리시티권에 관한 독일 논의의 한계가 보이기도 한다.” 이는, 퍼블리시티권과 달리 저작권격권은 적극적으로 부여할 수 있는 권리가 아니므로 이용허락의 대상이 될 수 없다는 의미로 이해된다.)

47) 물론 조건(condition)이 있는 경우에는 그 조건에 따라 영구적이 아닐 수 있다. 법 기술적으로(technologically) 인격권 침해에 대한 허락이 영구적이지 않게 할 수 있음은 물론이다. *Hauf v. Life Extension Foundation*, 640 F. Supp. 2d 901 (W.D. Mich. 2009), *aff'd*, 454 Fed. Appx. 425 (6th Cir. 2011) 참조.

48) *Young v. That Was the Week That Was*, 423 F.2d 265 (6th Cir. 1970); *Flynn v. Higham*, 197 Cal. Rptr. 145, 149 (Cal. Ct. App. 1983); *James v. Screen Gems, Inc.*, 344 P.2d 799, 800-01 (Cal. Ct. App. 1959). Susanne Bergmann, “Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis”, *Loyola Los Angeles Entertainment Law Review*, Vol.19 No.3(1999), pp. 479, 495.

49) 저작권법 제14조 제1항. 서울동부지법 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결(“인격권으로서의 초상권은 일신전속권 권리라고 할 것이어서 사자는 원칙적으로 그 권리 주체가 될 수 없고…”).

50) 김민중, “의료계약의 당사자로서의 「환자」와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호(2009), 257-278면(의료계약과 의료행위로 인한 신체의 침해에 대한 환자의 동의는 별개로서 민법상 법률행위가 아니라 준법률행위이고, 환자의 동의는 의료침습을 허락하는 표시이고, 일신전속적이라고 한다.). 서울중앙지법 2006. 11. 29. 선고 2006가합36290 판결은 초상권 침해에 대하여 위자료를 인정하고 있다.

인격권에 관한 침해면책동의 범위를 벗어나는 행위는 인격권 침해를 구성한다.⁵¹⁾ 그러나 피팅모델사건에서는 유효하게 성립된 모델노무제공이라는 유상 쌍무계약의 위반행위가 존재하지 않는다. 물론 고용계약을 체결하는 의사표시에 사실의 착오가 있을 수는 있다.⁵²⁾ 고용계약채무가 이행이 된 이후에 모델인 원고가 **임의로** 고용계약으로 이행한 채무를 반환하거나 그 중단을 요구하는 주장은 타당하지 않다. 그럼에도 불구하고 1심 법원은 고용계약에 따라 지급한 보수금이 부족하므로 더 이상 초상사진을 이용할 수 없다고 판결한바, 이는 결국 인격권과 초상권을 돈을 받고 판매할 수 있는 재산과 같이, 가분적(可分的)이고 가양적(可讓的)인 권리로 판시한 것과 다름이 없다.

초상의 침해와 비침해 범위를 정하는 면책 조건(condition)과 초상을 처분하는 계약(agreement)은 서로 구별해야 한다. 면책 조건(condition)은 인격권의 본질상 유효하지만 대가에 의해 초상을 처분하는 계약은 인격권의 본질에 어긋난 것이므로 무효라고 해야 한다. 초상의 이용은 모델노무계약에서 필연적이지만 유상 쌍무계약의 본질상 금전적 대가를 지급받는 것은 모델노무에 대한 대가이고, 인격권이나 초상권의 침해주장을 포기한 대가 아니다.

모델노무제공계약과 유사한 것이 앞서 언급한 인간을 치료하는 의료계약과 격투기 경기와 같이 상대방의 신체훼손이 발생하는 스포츠 계약이다. 인간의 신체훼손을 허용하는 계약은 반사회질서 위반이지만, 스포츠 계약의 주된 목적은 스포츠 경기이고 스포츠 경기에서 신체훼손의 허용 동의는 신체훼손에 대한 계약이 아니다. 스포츠 계약에 수반될 뿐이다. 해당 스포츠 경기에서 통상적으로 발생할 수 있는 범위 내에서는 면책이 되지만 그 이상의 경우에는 면책의 범위를 넘는 것이다.⁵³⁾

51) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결; 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결.

52) 이 점에 대해서는 항소심인 서울고등법원 판결이 배척하고 있다. 물론 착오주장을 한 것은 아니지만, 사실관계상 착오가 있었다고 이해할 만한 내용은 없다.

53) 고세일, “운동경기에 참가하는 사람의 주의의무에 대한 고찰 - 미국 법원의 운동경기예

피팅모델사건 1심 법원이 원피고 사이에 주고받은 금액이 ‘이례적으로 소액’이라고 한 판단은 어떤 근거에서 판시한 것인지 궁금하다. ‘이례적 소액’이라고 한 판단은 본 사건에 대해 법원이 본 사건에 대하여 재판관으로서의 이성적 판단보다는 어떤 감정적인 편견과 선입견, 감성에 의해 판단한 것으로, 이는 법에 의한 재판이 아니므로 헌법위반이다.

재판관은 모델노무계약의 성립과정에서 자유로운 의사에 의하여 기한 것인지 또는 반사회질서 위반의 법률행위인지, 불공정한 법률행위⁵⁴⁾인지 또는 의사표시의 하자⁵⁵⁾가 존재하는지를 판단하면 될 것이지 어떤 기준이나 근거 없이 고용계약상 노무대가로 준 금액을 **이례적으로 소액**이라고 판단할 수는 없다.⁵⁶⁾ 사실 많은 사례에서는 아무런 대가를 받음이 없이 자신의 초상을 이용하도록 허락하는 계약이 존재한다.⁵⁷⁾ 인격과 초상은 경제적 가치로 평가할 수 없다.

한 사례에서 초상사진을 8년간 광고모델로 무단 이용하였는데 300만 원

참여한 사람의 주의의무 판단을 중심으로 -”, 『법학연구』, 제32권 제2호(2021), pp. 183-226., 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다203596 판결(“권투나 태권도 등과 같이 상대선수에 대한 가격이 주로 이루어지는 형태의 운동경기나 다수의 선수들이 한 영역에서 신체적 접촉을 통하여 승부를 이끌어내는 축구나 농구와 같은 형태의 운동경기는 신체접촉에 수반되는 경기 자체에 내재된 부상 위험이 있고, 그 경기에 참가하는 자(이하 ‘경기참가자’라 한다)는 예상할 수 있는 범위 내에서의 위험은 어느 정도 감수하고 경기에 참가하는 것이다.”).

54) 민법 제104조의 불공정한 법률행위는 피해 당사자가 궁박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있고 상대방 당사자가 그와 같은 피해 당사자 측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 폭리행위의 악의를 가지고 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하는 법률행위를 한 경우에 성립한다.

55) 민법 제107조 내지 제110조 참조(진의 아닌 의사표시, 통정허위표시 및 사기나 기망에 의한 의사표시).

56) 1원의 대가가 지급되는 계약은 국가에 의해 유효한 것으로 인정되고 있다. 공정거래위원회는 의약품 도매상들의 1원 입찰을 방해한 한국제약협회에 과징금 5억 원을 부과하고 검찰에 고발하기로 했다고 한다. (이상화, “공정위 ‘1원 낙찰’ 막은 제약협회 검찰 고발,” 日刊 NTN <<https://www.intn.co.kr/news/articleView.html?idxno=100718>>, 검색일: 2023. 6. 25.

57) *Garden v. Parfumerie Rigaud, Inc.*, 151 Misc. 692, 271 N.Y.S. 187 (N.Y. Misc. 1933). 본 사건에서는 명확히 언급하지 않으나, 무상으로 자신의 초상사진 이용에 대하여 침해면책을 한 것임을 알 수 있다.

의 손해배상을 인정했다. 소의 甲이 원고가 한복 의상을 입고 장구춤을 추는 장면을 촬영한 사진을 피고 한국관광공사가 개최한 공모전에 출품하여 입선한 사진을 인천국제공항공사가 한국관광공사가 운영하는 홈페이지 갤러리에서 내려받아 약 8년 동안 인천국제공항 청사 출국장 게이트 벽면 등에 무단으로 전시하였는데, 법원은 초상권 침해로 인한 손해로 금 300만 원의 위자료 지급의무를 인정했다.⁵⁸⁾ 피팅모델사건에서 당사자의 자율적인 의사에 함치에 의해 적법하게 지급된 모델노무에 대한 보수는 **위법행위로 인한 위판결의 손해배상금에** 비추어 보면 이례적으로 소액이라고 평가할 수 있을까? 오히려 8년간의 초상권 침해에 대한 위자료인 금 300만 원이 이례적으로 소액이지는 않을까? 8년간의 위자료에 비추어 보면, 9일 동안 이뤄지는 모델제공노무에 대하여 지급한 405만 원은 당사자가 합리적으로 정한 금액으로 볼 수는 없을까?⁵⁹⁾ 노무의 대가로서 405만 원은 이 사건 항소심 판시에서와 같이 전연 문제가 없어 보인다.⁶⁰⁾

58) 인천지법 2016. 4. 6. 선고 2015가단232254 판결(항소됨).

59) 그와 관련하여 공짜 성형의 조건으로 그 성형전후의 사진을 7년 동안 이용하기로 한 사건에서 초상권 이용 기간을 7년으로 정한 것은 지나치게 길어 민법 103조에 따라 무효라고 주장했으나, 서울중앙지법 민사합의51부(조용현 부장판사)는 7년이라는 초상권 이용기간이 민법 103조의 반사회적 법률행위에 해당한다거나 A씨에게 부당하게 불리하다고 볼만한 자료가 없는 만큼 계약을 무효라고 할 수 없다"고 판단했다(헤럴드 경제, “공짜 성형” 조건으로 홍보모델 7년 너무 길다 소송... 법원 ‘지나친 조건 아냐’, 헤럴드 경제, <<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20160208000029>>, 검색일: 2023. 5. 28.). 본 서울중앙지법 판결도 7년의 기간에 대하여 가분적이고 처분할 수 있는 재산권으로 인식한 것으로 판단된다. 다만 퍼블리시티권은 법에서 명시적으로 인정하고 있지 않으므로 초상권으로 판단한 것으로 보이고 그러한 연유로 법리적으로 불가분(不可分) 불가양(不可讓)의 인격권을 재산권과 같은 가분의 양도가능한 권리로 판시한 문제점이 있다고 판단된다.

60) 2심 판결인 서울고등법원(서울고등법원 2021. 2. 4. 선고 2020나2018284 판결)은 그 점에 관해 다음과 같이 언급하고 있다:

전속적 성격을 가진 광고모델계약과 달리 이 사건 촬영계약의 경우 원고가 다른 업체와의 촬영하는 것을 제한하고 있지 않고, 원고가 촬영 시마다 지급받은 45만 원은 보통의 사람들이 하루 동안 벌 수 있는 수입에 비교해 볼 때 고수익에 해당하며, 원고로서는 이 사건 사진이 인터넷에 게재됨으로써 모델 경력에 인정되고 인지도가 상승하는 이익이 발생한다. ... 결국 피고가 원고에게 지급한 촬영료와 해당 상품 판매기간 동안 이 사건 사진들

피팅모델사건을 보면 피고 회사의 광고사진은 원고의 모델로서의 광고역 할도 하고 있음을 부인할 수 없다고 보인다.⁶¹⁾ 신인 모델로서 피팅모델은 자신의 가치를 높일 수 있는 좋은 기회가 될 수 있을 것이다. 그러한 전속모델이 아닌 일회성 모델로서의 가치와 자신을 광고모델로 광고할 수 있는 기회를 고려하여야 한다. 초상의 침해면책동의를 무상으로 이뤄지는 경우도 있다는 점을 고려한다면 원고에게 지급된 금액이 선량한 사회질서위반이 될 만한 사유가 있지 않은 한 ‘이례적으로 소액’이라는 판단은 매우 부적절하다. 특히 피팅모델이라는 그 사안의 특징을 보면 원고의 모델로서의 지위는 언제든지 다른 모델에 의해 대체가 가능했다.

피팅모델사건에서 원고와 피고 사이에는 전속모델합의가 존재하지 않았다. 원고가 제공한 모델노무는 마르지 않는 샘(泉)과 같이 피고 이외의 어느 누구에게도 계속적으로 무제한으로 모델노무를 제공할 수 있고, 그러한 노무에 대하여 상당한 금액을 계속 제공받을 수 있다. 따라서 위 사건에서 원고가 지급받은 금액을 ‘이례적으로 소액’이라고 평가할 수 없는 것이다. 법원이 인격권에 대하여 금전적으로 가치 평가를 하는 것은 인간의 존엄성에 대한 모욕이 될 가능성은 없는 것일까?

‘이례적으로 소액’이란 판시는 피팅모델사건이 재판관의 감성적 편견과 선입견이 헌법 위에 지배하여 이뤄진 판결임을 보여주는 것이라고 하지 않을 수 없다. 그 금액은 인격의 판매가치로서는 적다는 편견과 선입견이 존재하는 것이다. 시장경제체제에서 상품과 용역의 가격은 시장에서 이뤄진다. 모델제공노무도 그 제공 용역의 경제적 가치는 시장에서 결정된다. 물론 그 과정에서 의사표시의 하자가 있을 수 있고, 공서양속에 위반되는 거래가 발생할 수 있다.⁶²⁾ 그러나 인격은 판매될 수 없고, 제3자에 의해 그 경제적 가

사용함에 따른 이익이 균형을 이루는 것으로 보이고, 특별히 원고에게 불리하거나 이례적으로 적은 비용을 지급받은 것으로 보이지 않는다.

61) 서울중앙지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결(“소설 이휘소”와 “무궁화 꽃이 피었습니다”는 핵물리학자인 이휘소를 모델로 한 소설로서 이휘소에 대하여 전반적으로 매우 긍정적으로 묘사하고 있어, 소설을 읽는 우리나라 독자들이 하여금 이휘소에 대하여 존경과 흥미의 정을 불러 일으킨다고 할 것이어서, 우리 사회에서 이휘소의 명예가 더욱 높아졌다고도 볼 수 있으므로,”). 피팅모델사건 항소심도 같은 점을 지적하고 있다.

치가 평가될 수 없다. 법원이라도 이를 평가할 수 없다. 인간의 존엄성을 훼손하는 행위이다.

(2) 고용계약에 의해 제공된 노무의 이용기간

법원이 모델사진의 이용기간이 정해지지 않았다는 이유로 이용기간의 존재에 대한 입증책임을 피고 회사에 부과한 것은 모델제공이 노무계약에 따른 채무의 이행이라는 점을 간과하고, 무단으로 찍은 초상 사진⁶³⁾과 같이 판단한 것에 동의할 수 없다.

길거리 사진의 경우에도 그 모델의 초상권 침해에 대한 동의가 필요하지 만⁶⁴⁾ 그 모델노무제공이 유상의 고용계약인지 또는 무상계약인지에 따라 그 효력이 달라진다.⁶⁵⁾ 무상의 호의에 의한 모델계약에 의해 모델사진을 찍은 경우에는 언제든지 그 동의를 철회할 수 있다고 할 수 있지만,⁶⁶⁾ 그 사진으로 인하여 새로운 사회적 관계 내지 의존성(reliance)이 발생한 경우에는 금반언의 원칙과 형평의 원칙에 의하여 동意的 철회는 제한되거나 상대방의 손해를 배상하거나 손실을 보상하여야 한다고 해야 한다.⁶⁷⁾ 즉 자신의 초상

62) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결.

63) 우리나라에서는 공공장소에서의 촬영이 모두 초상권 침해로부터 자유로운 것은 아니다. 많은 경우 공공장소의 촬영이라고 하더라도 초상권 등의 침해가 되는 경우가 상당히 많다고 할 수 있다(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결 등 참조). 공공장소는 사적영역이 아니지만 초상권은 보호받기 때문이다.

64) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결.

65) *Garden v. Parfumerie Rigaud, Inc.*, 151 Misc. 692, 271 N.Y.S. 187 (N.Y. Misc. 1933). 본 사건은 무상으로 자신의 사진과 이름을 향수에 대하여 상업적 이용에 대해 동의하였는데, 그 면책동의를 “I am pleased to give you herewith permission to use my name and portrait in connection with the perfume which you have originated, known as the perfume Mary Garden.”라고 되어 있었다. 피고가 원고의 이름과 초상을 약 20년 이상 이용하고 있었는데, 원고가 이용동의 철회를 했다. 뉴욕주 법원은 무상의 이용동의를 언제든지 철회할 수 있다고 판시하면서 피고로 하여금 더 이상 원고의 이름과 초상을 이용하지 못하도록 했다. 본 사건에서 무상의 이용동의를 영미법에서는 *consideration*이 없으므로 계약으로서 강제를 못한다. 따라서 원고는 언제든지 이용허락을 철회할 수 있다.

66) 이때에는 상대방에게 주는 것이 재산이라고 할 수 없으므로 증여계약이라고 할 수도 없다.

67) 미국도 같은 법리이다(American Law Institute, *Restatement of the Law, Third*,

이 포함된 사진에 대해 일방적인(unilateral) 사용에 대한 허락(consent)이나 권리주장의 포기(waive)는 언제나 취소/철회할 수 있지만, 그의 침해면책을 믿고 그 후속적인 행위를 함으로써 발생하는 상대방의 손해나 손실은 보상이나 배상하여야 합리적인 결과가 될 것이다.⁶⁸⁾ 임대차 계약 중간에 임대차 계약을 임의로 해지하고 싶다면, 상대방의 권리를 구입하거나 상대방의 피해를 보상하여야 하는 것과 다를 것이 없다.

피팅모델사건은 소위 누드모델사건⁶⁹⁾에서의 쟁점과는 매우 다르다. 누드 모델사건에서는 누드모델이라는 특성과 그 제한된 인원만이 촬영했던 것으

Unfair Competition, West Pub, 1995, Sec. 46, cmt. f(유상의 경우에는 그 동의의 철회나 동의의 효력의 종료가 인정되지 않는다.: “However, if a person is estopped or otherwise precluded from terminating the consent, the consent, an attempted termination is not effective.”).]. 프랑스에서도 쌍무적인 계약에 의한 경우가 아니라면, 초상권 등 인격권(right of personality)에 관한 권리행사의 포기(waive)의 철회는 언제든지 인정되지만, 사진 이용의 동의는 언제든지 철회 내지 취소할 수 있다고 한다. 다만, 동의의 철회는 장래를 향하여 효력이 있고, 철회로 인하여 상대방이 입는 손실을 고려해야 한다고 합니다(Huw Beverley-Smith, supra note 31, pp. 193-197). 독일의 경우, 1907년 제정된 독일 예술저작권법(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie) 제22조에서 자신이 대중에게 어떻게 표현될지 결정할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 제22조는 개인의 사진 등 이미지를 광고나 상업적 목적으로 이용하기 위해서는 그 개인의 동의가 있어야 합법적이라고 규정하고 있는데, 이에 대해서는 뉴스 등에 게재하기 위한 사진의 경우에는 제한이 된다. 또한 동법 제23조는 몇 가지 예외를 규정하고 있는데, 동의에 의해 초상은 그 초상인물의 동의에 의해서만 배포되거나 공개될 수 있고, 의심이 있는 경우 초상이 되는 것에 대하여 대가를 받았다면 그 동의가 있는 것으로 간주한다고 규정한다. 그리고 그와 같은 조항의 해석상 동의는 장래를 향해 지속되는 것으로 판단된다. Id.

68) Id. 참조. 이는 미국, 독일, 프랑스도 같은 법리이다. 비록 초상권이 아닌 저작권에 관한 것이지만 독일저작권법 제41조는 저작자의 이용동의를 있었지만 이용을 하지 않는 경우에 이용권을 철회할 수 있도록 하고 있지만, “형평(Billigkeit)에 맞는 경우 그러한 한도 내에서 저작자는 이해관계인(Betroffenen)에게 배상하여야 한다.”고 규정하고 있다.

69) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결. 본 사건에서 대법원은 ‘甲이 한국누드 사진가협회의 지회가 실시한 누드촬영회에서 모델 乙의 음부 부위와 음모가 노출되고 얼굴까지 나타나는 2장의 사진을 촬영한 후 그중 1장은 회원가입절차만 거치면 누구나 사진을 열람할 수 있는 위 협회 인터넷 사이트에 게시하고, 다른 1장은 협회와 무관한 포털 사이트 게시판에 게시하여 해당 사이트 회원이면 누구나 열람할 수 있도록 한 사안에서, 대법원은 甲이 乙의 초상권을 침해하였다고 판시했다.

로 그 촬영에 참가했던 인원 이외의 타인에게 제공된 것과 그 누드 촬영의 범위를 벗어난 신체촬영은 누드모델 촬영 계약범위와 초상에 대한 면책동의의 범위를 벗어난 것이다.

대법원은 누드모델계약의 법리를 피팅모델사건 판결이유로 제시하였지만 두 사건의 내용이 다르다는 것을 무시한 것이다. 누드모델사건 사건의 모델 계약에서는 누드모델이라는 계약의 내용에 그 촬영자가 정해져 있고 촬영할 수 있는 방법과 신체범위 및 그 사진의 전시 등의 범위도 제한되어 있었지만 그 신체범위를 넘어 사진을 촬영하고 이를 공개하여 이용한 것이다.⁷⁰⁾ 따라서 계약에서 정한 신체의 촬영범위, 즉 고용계약상의 노무제공의 범위를 벗어난 것이므로 계약위반이 발생한 것이다. 그 누드사진의 공개나 보유기간은 전연 쟁점이 되지 않았다. 나아가 누드사진의 특성상 개인의 초상과 프라이버시가 침해될 우려가 있으므로 그 공개가 제한되어 있는데, 그 제한을 위반하여 공개한 것이다. 누드모델사건과는 기본적인 사실관계가 달라 법적쟁점도 다르므로 누드모델사건을 인용하는 것은 선례로서 또는 참고판결로서는 부적절하다. 만일 누드모델도 계약범위가 아닌 사용동의의 취소 여부라면 피팅모델사건과 그 적용 법리가 같다고 할 것이다. 나아가 과거에 우리 법원의 판결법리가 잘못되었을 가능성은 없는가?

(3) 모델의 초상과 모델제공노무의 특성

일정한 노무는 개성이 존재하고 그 개성이 제공되는 노무의 속성이 되는 경우가 있다. 특정한 재능을 필요로 하는 많은 프리랜서가 제공하는 노무,

70) 의정부지방법원 2010. 11. 11. 선고 2010나2696 판결. 누드모델사건에서 2심인 의정부지방법원은 ‘이 사건 촬영회에 모델로서 참가하면서 통상적인 누드사진의 범주에서 촬영된 사진이 참가자들이나 이 사건 협회의 정회원(온·오프라인 회원)들에게 전시되는 정도를 예상한 것으로 보여질 뿐, 이 사건 사진들과 같이 얼굴 및 음부, 음모 모두가 동시에 노출된 나체사진이 일반 불특정 다수인이 공공연히 볼 수 있는 인터넷 게시판에 전시될 것을 예상하고 그것까지 승낙한 것은 아니었다고 봄이 상당함에도 피고는 원고로부터 어떠한 형태의 동의도 받지 아니한 채 이러한 원고의 합리적인 예상 범위를 넘어서 이 사건 사진들을 인터넷 게시판에 무단게재하였고, 나아가 원고로부터 이 사건 사진들의 게시물 삭제를 요구받았음에도 이를 무시하고 계속 위 인터넷 게시판에 게시하였다’고 인정했다.

예컨대 과외교사의 교습과 성악가의 가창이나 배우들의 연기 등은 개성이 포함되어 있으나 고용계약에 의해 자신의 재능을 제공하면 상대방에게 귀속한다.⁷¹⁾ 같은 이치로 모델의 경우에도 그 모델계약의 특성상 초상권의 침해에 대한 면책이 부가되어 있는 것이다(저작권법 제35조 제4항). 특히 피팅모델과 같이 어떤 유명성에 기반하는 퍼블리시티가 아닌 피팅모델을 찍은 사진은 그 모델이 주인공이 아니므로 모델의 개성이라는 속성이 상대적으로 강하지 않기 때문에⁷²⁾ 모델노무제공과 함께 고용주에게 초상권의 침해면책이 존재하는 것으로 해석해야 한다.

고용계약에 따라 제공된 노무는 고용주에게 귀속하고(민법 제655조), 그 노무나 그 결과물은 그 노무의 성질에 따라 영구히 존재할 수도 있고 일시적으로 존재할 수도 있다. 영구적으로 존재하는 노무의 결과물은 영구하게 고용주에게 귀속한다(‘모나리자의 미소’ 그림은 그 모델인 인물의 소유라고 해야 하는가?). 저작권법상으로도 고용계약에 의해 이행된 저작물은 고용주에게 속하므로 초상화를 그려주는 고용계약에 의해 창작된 ‘초상화’는 그 저작인격권과 저작재산권이 고용주에게 귀속한다(저작권법 제9조). 물론 저작권법 제9조에 따른 법인등의 명의로 공표되어야 한다. 다만 그렇지 않은 경우 저작인격권은 그림을 그린 화가에게 있고, 저작재산권은 그 고용계약에 따라 달라질 것이다. 그런데 그 초상화의 소유는 고용계약의 목적이므로 최소한 저작재산권은 그 화가의 고용주에게 있을 것이고, 그 고용주는 저작권법 제11조 제3항에 의해 저작물의 원본의 전시방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정받게 되므로 공표할 수 있다. 이때의 공표를 하면 그 공표의 효과는 영구적인 것이다. 공표를 공표 전의 상태로 돌리라고 할 수 없다. 그 초상화 속의 인물이 그 초상화의 전시를 제한할 수 있을까?

모델노무제공계약의 특성상 사진촬영과 사진의 전시에 필요한 초상권, 프라이버시권 또는 퍼블리시티권은 권리 주장의 포기 내지 침해면책 또는 이

71) 민법 제655조. “고용은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.”

72) 피팅모델의 경우에는 모델의 초상이든지 개성보다는 액세서리에 초점이 맞춰지기 때문에 모델의 인적속성이 강한 사진이 담기지 않는다.

용허락(퍼블리시티권의 경우)이 수반되는 계약으로 보아야 한다. 이는 우리 민법상 고용계약에 “약정한 노무가 특수한 기능을 요하는 경우에 노무자가 그 기능이 없는 때에는 사용자는 계약을 해지할 수 있다.”고 규정한 조항(민법 제658조 제2항)의 취지에서 찾아볼 수 있다. 그 고용계약의 전제로서 특수한 기능을 결여한 경우에 사용자가 고용계약을 해지할 수 있다는 조항의 취지는 그러한 기능이 없다면 고용계약의 목적을 달성할 수 없기 때문이다. 초상 모델노무제공으로 하는 고용계약의 결과물인 초상모델사진의 공표를 방해하는 것은 고용계약의 목적을 달성할 수 없게 한다.

피팅모델사건에서는 유상의 계약이므로 초상권자인 원고가 일방적으로 고용계약을 철회내지 취소할 수 없다. 초상권의 침해면책동의의 철회는 계약에 동의의 철회 조건(condition)이 존재하고, 그 조건(condition)이 성취되는 경우에는 어떤 의사표시 없이 조건(condition)의 성취결과로 당연히 효력이 발생한다.

미국의 유명 영화배우 브룩 쉴즈(Brooke Shields)는 한때 하이틴 스타로서 유명인(celebrity)이다. 브룩 쉴즈가 아동이었을 때 그녀의 부모는 아동 누드 사진 모델에 동의하여 브룩 쉴즈는 아동 누드사진을 찍었다. 그때 그녀의 나이는 10세였다. 그 사진은 여러 곳에 전시되어 이용되었다. 그녀가 성년이 된 이후에 그 누드사진의 광고나 판매 등의 금지를 요구하였지만 법원은 부모의 유효한 동의에 의하여 촬영한 사진이었다는 이유로 브룩 쉴즈의 사진 사용금지청구를 기각했다.⁷³⁾ 법원은 부모의 동의에는 어떤 시간상의 제한 등이 부가되어 있지 않았다고 판시했다.

피팅모델사건에서는 모델의 인격권을 침해한다고 할 만한 피팅모델광고 사진의 이용의 변화가 없었다. 단지 원고가 예전에 비하여 좀 더 나아진 모델료를 받을 수 있는 지위로 변화하였다는 것일 뿐이다. 대법원이 초상의 이용기간의 입증을 피고 회사에 부과한 것은 결국 명시적 입법 없이 모델에게 소위 추급권(Resale Royalty Right/Droit de Suite)을 인정한 것과 같다.⁷⁴⁾ 추

73) Shields v Gross, 58 N.Y.2d 338 (1983).

74) 만일 그러한 지위의 변화에 따라 고용계약의 조건을 변경할 수 있다면, 모든 계약에서도 그와 같은 사정변경을 쉽게 인정해야 한다. 모든 계약에서 소위 ‘추급권(Resale

급권을 인정하는 것은 국회의 입법권한이라고 하여야 하지 않을까?

5. 침해에 대한 면책사유로서의 동의

초상권자의 동의는 침해에 대한 면책이다. 즉 동의는 위법성을 조각하는 것으로⁷⁵⁾ 일방적 의사표시이므로 모델노무계약과 구별되는 것이다.

그와 같은 침해에 대한 동의 내지 승낙은 쌍무적인 계약이 아니라⁷⁶⁾ 형성권과 유사한 일방적 의사표시이므로⁷⁷⁾ 그 의사표시로 형성된 법률관계는 특정한 조건(condition)을 부가하지 않는 한 그대로 존속하는 것이다.⁷⁸⁾ 모델노무에 대한 대가가 제공되는 모델노무제공계약은 유상 쌍무계약이지만 모델노무를 제공하기 위해 필요한 초상권이나 퍼블리시티권의 사용 동의 내지 승낙은 계약과 분리된 일방적 의사표시이다.

Royalty Right/Droit de Suite'을 인정해야 한다. 추급권의 일반적인 내용에 관해서는, 유의정, “미술품 추급권(Resale Royalty Right)의 도입과 과제”, 『NARS 현안분석』, 81호(2019).pp. 1-8 참조. 독일에서의 추급권 논의에 대하여는, 계승균, “독일저작권법상 추급권에 관한 연구”, 『창작과 권리』, 제48권(2007), 180면 이하 참조.

75) 서울지방법원 1995. 6. 29 선고 94카합9230 판결. 김경호, “범죄보도로 인한 인격권으로서의 초상권 침해에 관한 연구”, 『언론과 사회』, 제12권 제2호(2004), 93-7면; 차형근, “국내 초상권 판결경향에 대한 고찰”, 『언론중재』, 제32권 제1호(2012), 67-76면; 한위수, “판결에 나타난 언론보도의 문제점”, 『언론중재』, 제19권 제2호(1999), 27면.

76) 물론 모델노무를 제공하기 위한 고용계약과 같은 경우에는 계약이다. 다만, 계약 없이 일방적인 허락에 의하여 사진을 찍는 경우에는 무상의 무명계약이 존재한다고 할 수 있다. 무상의 편무계약은 증여계약인데, 증여계약은 그 목적물이 재산에 대해서만 성립할 수 있기 때문이다.

77) 형성권인지에 의문이 제기될 수 있으나, 일방적 의사표시로 인하여 침해상태가 해소되어 법률관계가 소멸하는 점에서는 형성권이라고 할 수 있다.

78) 대법원 2014. 5. 29. 선고, 2013다212295 판결(위 퇴사청구권은 사원 지분의 압류채권자가 직접 일방적 의사표시로 사원을 퇴사시킬 수 있도록 한 형성권이다. 이에 따라 채권자가 예고기간을 정하여 예고를 한 이상 다른 의사표시 없이도 영업연도 말에 당연히 퇴사의 효력이 발생하고, 사원이 이를 저지하기 위하여서는 영업연도 말이 되기 전에 변제를 하거나 상당한 담보를 제공하여야 하며, 변제 또는 담보제공이 없이 영업연도 말이 도래하여 일단 퇴사의 효력이 발생하였다면 그 후 사원 또는 채권자가 일방적으로 위 퇴사의 의사표시를 철회할 수 없고, …).

미국에서 흥미로운 판결이 하나 있는데, *Garden v. Parfumerie Rigaud, Inc.* 사건 판결이다.⁷⁹⁾ 본 사건에서 1909년 원고는 Dr. Mason에게 향수와 관련하여 자신의 인격적 표지인 초상을 무상으로 이용할 것을 허용했다.⁸⁰⁾ 피고는 원고의 초상을 광고와 상품표지로 이용하였다. 20년 이상이 지난 후에 원고는 자신의 허락을 철회한다고 사망한 Dr. Mason의 승계자에게 알렸다. 법원은 원고의 허락은 무상의 증여와 같은 것으로, 뉴욕주 법상으로 언제든지 철회할 수 있다고 판시했다.⁸¹⁾ 다만 원고의 동의로 인하여 발생한 과거의 법률관계에는 철회에 영향받지 않는다고 판시했다. 법원은 원고의 동의는 Dr. Mason이었고, 그 승계자에게는 그 동意的 효력이 있다고 할 수 없다고 판시했다. 본 사건은 뉴욕주법상의 명시적인 초상권에 관한 규정과 커먼로(Common Law)상 무상의 계약은 대가관계(consideration)가 없으므로 계약으로서 강제할 수 없다는 점이 고려되었다고 할 수 있다. 만일 모델노무에 대한 대가가 지급되었다면, 브룩 실즈 사건과 같이 그 철회는 인정되지 않았을 것이다.

모델이 필요한 업무에 모델을 고용하는 계약에 의한 상업용 모델사진을 찍는 경우에는 초상이나 퍼블리시티의 침해 문제가 발생하지 않는다. 초상이나 퍼블리시티를 제공하여야 하는 것은 자신이 제공하여야 할 노무의 내용으로 계약상의 채무이행이다. 과외 선생이 학생지도를 하는 것은 유상 쌍무의 고용계약상의 채무이행이므로, 그 과외선생의 인적속성이 존재하는 그의 지식과 가르침이더라도 그 과외선생으로부터 그 지식과 가르침의 이용동의계약이 필요 없듯이 모델계약에 의한 모델은 자신의 노무를 이행하는 것에 불과하여 그의 초상권이나 프라이버시권의 침해 문제가 없으므로 모델노무제공에 관한 고용계약과 분리되어, 그 내용과 반대되는 별개의 초상이나

79) *Garden v. Parfumerie Rigaud, Inc.*, 151 Misc. 692, 271 N.Y.S. 187 (N.Y. Misc. 1933).

80) 서면 동意的 내용은 앞의 각주 65 참조.

81) "It is the well-settled law of this State that a gratuitous license — and that is the best that can be said of the permission granted by plaintiff — to use name and portrait is revocable at any time, even though action has been taken upon it." *Id.*, 693.

퍼블리시티의 이용동의 계약은 체결하는 것은 고용계약과 모순된다.

6. 프라이버시권

누드모델사건은 모델노무계약의 계약에서 정한 방법과 범위를 벗어나 촬영하였고, 계약당사자가 아닌 자들에게 누드모델사진을 공개하였는데, 그 제공된 누드모델노무가 누드모델이라는 점에서 촬영방법과 계약당사자에게 한정되고 그 사진의 공개가 계약범위를 넘어설 수 있는 인적속성이 존재하였다.⁸²⁾ 누드모델계약에는 프라이버시를 침해할 속성이 좀 더 강한 것이다.

인격권 이외에 초상권의 또 하나의 근거가 되는⁸³⁾ 프라이버시권은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유와 그에 의해 보호되는 개인정보자기결정권을 의미하는데,⁸⁴⁾ 프라이버시권은 프라이버시에 대한 합리적인 기대(“a reasonable expectation of privacy”)가 없는 경우 프라이버시가 보호되지 못한다. 공공에 노출되어 있는 장소와 같이 프라이버시에 대한 기대가 존재하지 않는 경우에는 프라이버시를 보호받을 수 없지만, 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 있는 곳에서는 프라이버시를 보호받을 수 있다. 쇼핑몰, 영

82) 계약범위 위반은 소위 “한혜숙 사건”에서도 볼 수 있다. 서울고등법원 1989. 1. 23. 선고 88나38770 판결은 유명한 탤런트인 원고(한혜숙)가 카탈로그 제작을 위해 촬영한 사진을 피고 럭키금성상사주식회사와 피고 엘.지.에드가 여성용 월간잡지에 게재하여 광고하였다. 법원은 “피고들은 원고를 모델로 한 캐털로그용 사진의 촬영 및 광고에 관하여만 원고의 승낙을 얻었음에도 불구하고 그 승낙의 범위를 벗어나 당초원고가 피고들과 캐털로그 모델 계약을 체결할 때 예상한 것과는 상이한 별개의 광고방법인 월간잡지에까지 원고의 위 캐털로그용 사진을 원고의 승낙 없이 위법하게 사용하여 원고의 초상권을 침해하였다 할 것이므로 피고들은 공동 불법행위자로서 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다 할 것이다.”라고 판시했다. 마치 사진 사용 범위가 원고의 일방적 동의(consent)에 의해 정해진 것과 같지만, 당사자의 합의에 의하여 정해진 계약의 내용이라고 판단된다.

83) 이재진·동세호, “방송 관련 초상권 침해 소송에서 나타난 ‘동의’의 적용 범위에 대한 연구”, 『언론과 법』, 제14권 제1호(2015), 108면; 손연원, “초상권 침해에 대한 동의 한계”, 『언론중재』, 제18권 제4호(1998), 71면; 엄동섭, “언론보도와 초상권 침해: 하급심 판례를 중심으로(민사판례연구회 편)”, 『민사판례연구』, 제21권(1998), 751-76면; 김경호, 앞의 논문(각주 76), 92-93면.

84) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다49933 판결 등 참조.

화관, 놀이공원, 비행기, 기차, 호텔이나 빌딩 로비 등은 공공장소가 아닌 사적장소이다. 나아가 프라이버시가 포기된 상황뿐만 아니라 피팅모델계약에서도 동의에 의하여도 프라이버시는 침해되지 않는다.

유명인이나 일반인의 사진 등 그의 모습(likeness)에 대한 퍼블리시티의 상업적 이용에 대해서는 퍼블리시티권으로 보호받을 수 있다.⁸⁵⁾ 다만 동의가 있는 경우에는 퍼블리시티권의 침해가 발생하지 않는다. 다만 피팅모델사건은 퍼블리시티권이 아닌 초상권이 쟁점이 되었다.⁸⁶⁾

III. 저작권과 초상사진에 대한 권리

1. 저작권법과의 관계

광고모델은 모델노무를 제공하는 것으로서 모델을 하고 이에 대하여 대가가 지급되면 계약이 종료된다. 모델계약에는 초상권과 프라이버시권에 대한 침해 동의 내지 면책의 허락이 조건(condition)이 되는 계약이라고 하여야 한다.⁸⁷⁾ 이는 모델의 명시적 묵시적 동의가 있어야만 적법한 사진저작물이 완성되기 때문이다.⁸⁸⁾

85) 서울동부지법 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결(“이러한 퍼블리시티권은 유명인 뿐 아니라 일정한 경우 일반인에게도 인정될 수 있으며...”). 법원은 퍼블리시티권의 개념을 인정하기 시작했는데, 학계에서는 지식재산권을 연구하는 학자들은 퍼블리시티권을 인정하는 경향이지만, 일부 민법학자들은 퍼블리시티가 아닌 인격권이나 인격권의 확장개념으로 보호할 수 있다고 한다. 퍼블리시티권에 대하여는, 박준우, “퍼블리시티권과 표현의 자유의 이익형량 - 비디오게임의 변형적 이용에 관한 미국 판결을 중심으로 -”, 『산업재산권』, 제72권(2022), 431-471면 참조.

86) 피팅모델사건에서는 아쉽게도 퍼블리시티권의 침해가 아닌 초상권 침해가 쟁점이 되었지만 법리적으로는 퍼블리시티권의 침해여부가 문제된 사건으로 보아야 한다.

87) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결(“본인의 승낙을 받고 승낙의 범위 내에서 그의 사생활에 관한 사항을 공개할 경우 이는 위법한 것이라 할 수 없다 할 것이나, 본인의 승낙을 받은 경우에도 승낙의 범위를 초과하여 승낙 당시의 예상과는 다른 목적이나 방법으로 이러한 사항을 공개할 경우 이는 위법한 것이라 아니할 수 없다.”).

저작권법상의 저작인격권과 저작재산권의 관계를 보면 모델 채무이행자가 그 제공한 노무와 분리하여 인격권이나 초상권 등을 행사할 수 없다는 것이 좀 더 분명해진다. 저작인격권은 일반적인 인격권과 같은 권리로서⁸⁹⁾ 그 전체가 하나의 권리로 불가분(不可分) 불가양(不可讓)의 권리(inalienable right)이다.⁹⁰⁾ 따라서 권리를 분할하여 일정기간 이용권을 부여(grant)하거나 타인에게 양도 등의 처분이나 행사를 하도록 하는 것은 불가능한 권리임을 명정하고 있다.⁹¹⁾

88) Miller v. Anheuser Busch, Inc., 591 F.Supp.2d 1377 (2008)사건에서는 “the absolute right and permission to use my likeness and photograph, in whole or in part.”라고 기재된 면책조항에 의거하여 사진 모델인 원고의 피고에 대한 퍼블리시 티권의 부정취득이용주장을 기각했다. 프랑스 저작권법 제121조의4(“이용권의 양도에도 불구하고, 양수인이 자기의 저작물을 발행한 뒤에도 저작자는 양수인에 대하여 철회권 또는 취소권을 가진다. 그러나 그 철회 또는 취소로 인하여 양수인에게 손해를 입힐 가능성이 있는 때에는 그 손해를 사전에 보상할 것을 조건으로만 그 권리를 행사할 수 있다.”) 및 독일 저작권법 제41조 제6항(“형평(Billigkeit)에 맞는 경우 그러한 한도 내에서 저작자는 이해관계인(Betroffenen)에게 배상하여야 한다.”).

89) 국내의 다수설은 인격권과 저작인격권은 같은 본질적으로 그 법적 성질이 같다는 입장이다. 박성호, “인격권의 침해-저작인격권을 중심으로”, 『변호사』, 제27권(1997), 309면; 이해완, 『저작권법』, 제2판, 박영사, 2012, 271면; 윤경, 『저작권법』, 육법사, 2005, 381-82면 참조. 오승중 교수는 인격권과 저작인격권은 그 성질을 달리하는 것으로 저작인격권은 저작권법에 특별히 규정된 것이라고 하는 이질설(이원론)을 취한다. 오승중, 『저작권법』, 제3판, 박영사, 2013, 361-62면 참조. 다만, 인격권이나 저작인격권이나 불가분, 불가양의 권리로 이해하는 것은 같으므로 일원론과 이원론 등의 차이만으로는 본 논문의 논지에는 영향이 없다.

90) 프랑스 지적재산권법전 제L121-1조는 저작인격권을 저작자 자신의 이름과 능력과 저작물을 향유할 권리로써 인적 속성을 갖고(“Ce droit est attaché à sa personne.”), 영구적이고 처분불가능하며 시효로 소멸하지 않고(Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.), 사후명예를 지킬 수 있도록 상속되고(Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l’auteur.), 유증에 의해 제3자가 실행할 수 있도록 할 수 있다(L’exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires.”)고 명시하고 있다. 즉 재산권과는 달리 분할하거나 양도가 불가능한 권리로 규정하고 있다.

91) 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정(저작인격권은 저작자에게 있는 것이므로 그 행사의 대리나 위임이 가능하다고 할지라도 그 본질을 해하지 않는 한도에서 가능하므로 포괄적 위임등에 의해 실질상 저작인격권의 양도는 불가하다고 판시); 서울고등법원 1996. 7. 12. 선고 95나41279 판결(‘신탁에 의하여 저작인격권의 이전은 불가능하므로 저작인

저작인격권은 불가양의 권리이므로 여하한 명목의 침해에 대한 면책동의는 적극적 권리 부여(grant)라고 할 수는 없다. 그 동의는 저작인격권 행사를 하지 않는다는 소극적인 의미이다.⁹²⁾ 이와 같은 저작인격권의 성질은 일반 인격권이나 프라이버시권 및 초상권과 같다. 인격을 포기할 수 없는 것처럼 저작인격권은 포기가 불가능한 권리다.⁹³⁾

인격권 침해에 대한 면책은 어떤 제한 조건(condition)이 없으면 그 피침해권리인 인격권의 포괄성 및 불가분성으로 인하여 인격권 전부와 더 이상의 침해가 아니라는 점에서 미래를 향하여 효력이 발생하고, 그 효력이 중단되지 않는다면 결과적으로 영구적이라고 할 수 있다. 물론 기본적 인권으로서의 인격권이라는 그 특성으로 인하여 면책의 철회가 가능하다고 할 것이지만 아무런 제한 없는 철회가 가능한 것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면 면책으로 인하여 새로운 사회생활관계가 형성되고 사회관계가 그 동의에 의존(reliance)하여 형성되기 때문이다.⁹⁴⁾

인격권을 근거로 예컨대, 음반상의 목소리를 통제할 권리를 주장한다면, 음반에 관한 저작인접권이나 저작권법상의 권리는 무용지물이 된다. 이러한 사실상 영구적 효력을 제한하기 위해서 별개의 개념으로 인격권과 프라이버시에 기초한 잊혀질 권리가 새롭게 형성되는 것이다.⁹⁵⁾

프라이버시는 단지 초상사진에만 인정되는 것이 아니다. 특정인을 특정할

격권의 신탁관리가 불가능하다.’).

92) 오승중, 위의 책, 364면 참조(“[공]표권은 …구두점적극적인 청구를 행위를 할 수 있는 권리가 아니라… 제3자의 적극적인 행위를 규제하는 소극적인 권리라고 하겠다.”).

93) 서울중앙지방법원 1997. 10. 24. 선고 96가합59454 판결(저작인격권은 그 성질상 포기가 불가능하므로 저작인격권의 포기는 무효라고 함); 中山信弘, 『著作權法』, 有斐閣, 2007, 361면.

94) 오승중, 위의 책, 364면 참조(“저작자의 의사에 반하여 저작물의 공표가 이뤄진 경우… 저작자의 의사에 반하는 공표라 하더라도 일단 공표가 이루어진 바에는 더 이상 공표권을 행사할 수 없다고 보는 것이 법적 안정성 측면에서 타당하다고 생각된다.”). 같은 취지의 언급은 이해완, 앞의 책(각주 89), 274면 참조.

95) 잊혀질 권리는 초상에 한정되는 것은 아니다. 명예훼손을 하는 경우에는 불법행위가 되고 이러한 경우에 가해자와 인터넷 운영자의 삭제의무가 있으므로(대법원 2009.4.16. 선고 2008다53812 판결 등) 잊혀질 권리는 적법하게 게시된 글이나 초상에 그 의의가 있다.

수 있는 일기, 자서전, 전기, 비디오 리코딩, 오디오 리코딩 등에도 존재한다. 특정인의 초상은 초상권이나 프라이버시권으로 보호되는 것의 하나일 뿐이다.⁹⁶⁾ 프라이버시에 관한 권리는 개인의 사망으로 종료하지만, 특정인의 이름, 이미지 또는 목소리에 발생한 퍼블리시티권은 존속한다.⁹⁷⁾

2. 저작권법상 저작인격권의 한계

(1) 공표가능 여부와 초상권

저작권법은 인격권과 재산권의 분리로 인하여 인격권에 대한 제한 규정을 두고 있다. 이러한 명시적 규정은 저작권자가 저작인격권을 가진 경우를 예정한 것이다. 예컨대 저작자가 공표하지 아니한 저작물의 저작재산권을 이용허락, 배타적발행권, 출판권 설정 등을 한 경우에 그 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정을 하고 있다(저작권법 제11조 제2항). 저작물의 공표를 하지 않고는 저작물의 이용을 할 수 없고, 저작권은 무용지물이 되기 때문이다.

초상권이나 프라이버시권은 헌법상 인격권에 기하는 절대적 권리이기는 하지만 언제나 자신의 이용동의를 임의로 철회나 취소할 수 있는 강한 권리는 아니다. 예컨대 공공장소에서는 초상권이나 프라이버시권에 대한 기대가 없는 경우에는 초상권의 행사는 제한된다.⁹⁸⁾ 공공장소에 노출된 특정인의

96) 저작인격권의 보호에 관한 역사적 법리형성 등에 관해서는, 배대현, “현행 저작권법상 저작인격권의 법리에 관한 검토,” 『산업재산권』, 제21호(2006), 148면 이하 참조. 미국의 저작권법은 1990년 ‘Visual Artists Rights Act of 1990’를 제정하여 저작인격권을 인정하고 있으나, 시각예술에 한정하여 저작인격권을 보호했다. 미국의 저작인격권에 관하여는, 박준우, “미국 연방저작권법의 저작인격권의 보호 - Visual Artists Rights Act of 1990을 중심으로 -”, 『계간저작권』, 제21권 제4호(2008), 62-75면 참조.

97) 인격권과 저작인격권은 같은 것이라고 보는 일원론은 저작인격권을 일반적 인격권의 개별적 발현 형태로 보고 있으므로 초상권이나 프라이버시권도 저작인격권과 법률적 성질을 갖는다고 할 수 있다(남수경, 앞의 논문(각주 12), 53면 참조.).

98) 대법원은 공개된 장소에서도 초상권의 부당한 침해가 발생한다는 입장이었으나 서울중앙지방법원 2009. 10. 14. 선고 2009가합41071 판결은 공공장소에서의 집회·시위는 거기에 참가한 사람들이 집단적인 행위를 통하여 자신들의 의사를 널리 알리고자 하는 것이라는 본질적 성격에 주목하여 집회·시위 현장에서 사진을 촬영하여 보도매체에 게재하

사진을 찍는 것은 허락이 필요 없다고 해석하는 국가도 있다.⁹⁹⁾

사진, 일기, 자서전, 전기, 비디오 오디오 등 및 그 저작물에 특정인의 인격 속성이 표현된 경우에 표현의 자유나 고용계약의 이행을 위해 필요한 경우 등의 경우, 초상권이나 프라이버시권은 제한된다.¹⁰⁰⁾ 그와 같이 초상권이나 프라이버시권은 인간의 존엄성에서 출발하는 절대적 권리이지만 모든 경우에 인정되는 강한 권리는 아니라고 할 수 있다.¹⁰¹⁾

초상권이나 저작인격권은 가분적, 가양적 권리가 아니므로 어떤 이용기간을 정하는 등으로 분할하고, 계약에 의한 권리 이전 등 처분을 하는 것은 불가능하다. 다만 초상권 침해에 대하여 정신적 손해배상이나 금지를 청구할 수 있는 소극적 권리이다.

독일의 예술과 사진에 관한 저작권법(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie)¹⁰²⁾의 규정을 보면 명백하다. 동법 제22조¹⁰³⁾는 다음과 같이 규정하고 있다.

§ 22

Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet

는 행위는 원칙적으로 피촬영자에 대한 초상권 침해가 되지 않는다고 판시했다.

99) Nussenzweig v diCorcia, 11 Misc 3d 1051(A) (NY Supreme Ct. 2006) (피사체의 동의 없이 공공장소인 뉴욕의 타임스퀘어에서 찍은 인물 사진이 전시되고 출판된 경우라도 그 사진 속의 인물의 초상권을 주장할 수 없다. 법원은 표현의 자유와 침해배제의 제척기간을 그 이유로 들었다.). 본 판결은 항소심에서도 지지되었다(Nussenzweig v diCorcia, 9 N.Y.3d 184, 188, 848 N.Y.S.2d 7, 878 N.E.2d 589 (App. 2007)).

100) 서울중앙지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결.

101) 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결(본 사건은 소위 '정준하 사건'으로 유명 연예인의 승낙 없이 그의 얼굴을 형상화하여 일반인들이 쉽게 알아볼 수 있는 캐릭터를 제작한 후 이를 이동통신회사들이 운영하는 인터넷 모바일 서비스에 콘텐츠로 제공한 것만으로는 유명 연예인의 연예인으로서의 평가·명성·인상 등이 훼손 또는 저하되었다고 보기 어렵다는 이유로 재산상 손해 외에 정신적 고통으로 인한 위자료의 지급책임을 부정했다.).

102) Bundesamt für Justiz, "Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie", <<https://www.gesetze-im-internet.de/kunsturhg/BJNR000070907.html>>, 검색일: 2023.9.19.

103) 동법 23조는 동의가 없는 경우에 공개, 배포될 수 있는 경우를 규정하고 있다.

oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten.

[번역]

초상은 그 초상인물의 동의에 의해서만 배포되거나 공개될 수 있다. 의심이 있는 경우 초상이 되는 것에 대하여 대가를 받았다면 그 동의가 있는 것으로 간주한다. 그 초상의 인물이 사망한 후 10년 동안은 그의 친족에 의한 동의가 필요하다. 본 법상 친족의 의미는 생존한 배우자 또는 사실혼 배우자와 그 사망자의 자녀이고, 그들이 존재하지 않는다면 그 초상인물의 부모이다.

위 규정은 두 가지를 나타내는데, 초상의 이용에 대한 동의는 계약이 아닌 일방적 의사표시에 의하여 성립된다는 것과 유상의 경우에는 공표의 동의가 있는 것으로 간주하는 것이다. 이러한 경우에 동의는 장래를 향해 진행되므로 특별한 사정이 없는 한 동의의 효력이 지속되는 것이다.

이와 같은 법리는 우리 저작권법 제35조 제4항의 위탁에 의한 초상화 또는 사진저작물의 법리에 수용되어 있다. 타인의 위탁에 의한 경우에 그 위탁자의 동의가 없는 경우에는 그 초상화나 사진저작물을 이용할 수 없지만, 그 반대해석에 의하면 위탁에 의한 경우가 아니라면 그 이용에 있어 동의가 필요 없는 것이다. 모델노무제공을 목적으로 하는 고용계약은 이미 동의가 그 고용계약성립의 조건(condition)이 될 뿐만 아니라 위탁에 의한 사진저작물이 아니므로 위탁자가 존재하지 않아 그 동의를 얻을 수도 없고, 따라서 그 이용에 있어 동의가 필요 없다.

(2) 공표 기간과 초상의 이용에 대한 승낙 또는 초상권 행사의 포기 기간
나아가 모델사진 저작물에 대하여 명시적 공표에 대한 동의를 하여 공표

된 경우에 그 공표의 효과는 원칙적으로 영구적이다.¹⁰⁴⁾ 일단 저작물을 공표하면 사실상 그 공표를 되돌릴 방법이 없고, 공표에 의해 그 표현은 공중과 공유를 하는 것이 된다. 공표는 법에 의하여 인정되는 것이든 추정적으로 인정되는 것이든 그 효과는 영구적인 것이라고 할 수밖에 없다.¹⁰⁵⁾ 다만 ‘모나리자의 미소’와 같은 예술적 작품은 영구적으로 이용되겠지만 극히 일부를 제외하고는 경제적인 이용가치는 시간에 따라 사라질 것이다. 이는 사회생활 관계에서 타인의 행위나 이전의 행위에 대한 사회적 상호의존관계(reliance)가 성립되기 때문이다.¹⁰⁶⁾ 이러한 이유로 모델이나 연예인들에게 그 초상 등이 사용되지 않는다는 것은 그들의 경제적 가치가 소멸된다는 것을 의미한다고 함은 앞서 언급한 바와 같다.

프라이버시권(right of privacy)에 대하여 최초로 논문¹⁰⁷⁾을 작성했던 Samuel D. Warren과 Louis D. Brandeis는 그들이 주장하는 프라이버시에 관한 권리¹⁰⁸⁾는 출판(publication)함으로써 상실(lost)한다는 점을 강조하고 있다.¹⁰⁹⁾ 저작권의 경제적 가치는 공개한다는 것(publishing), 즉 인격적

104) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol.4 No 5(1890), pp. 193-220.

105) 서울고등법원 2021. 2. 4. 선고 2020나2018284 판결. 피팅모델사건의 2심 법원인 서울고등법원은 사용기간을 사진의 실질적 이용기간으로 한정했다.

106) 소위 잊혀질 권리도 이러한 문제에서 새롭게 인식되는 권리이지, 인격권의 행사라고 하여 무조건적으로 인격권의 행사효과가 발생하는 것으로 볼 수 없다.

107) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *supra* note 104, pp. 193-220.

108) 영미법에서는 이러한 프라이버시에 관한 권리가 포함된 저작권을 커먼로 저작권(common law copyright)이라고 한다. 커먼로 저작권은 영국에서는 1774년 *Donaldson v. Becket*, 2 *Brown’s Parl. Cases* 129, 1 *Eng. Rep.* 837; 4 *Burr.* 2408, 98 *Eng. Rep.* 257; 17 *Cobbett’s Parl. Hist.* 953 (1774) 사건 이후, 1710년 앤여왕법의 제정에 의해 소멸되었다고 하지만, 미국에서는 1834년 *Wheaton v. Peters* 33 *U.S.* 591 (1834) 사건에서 커먼로 저작권은 출판(공개) 전까지 존재한다고 판결하였다.

109) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *supra* note 104, pp. 199-201 (“The right is lost only when the author himself communicates his production to the public, - in other words, publishes it. The statutory right is of no value, unless there is a publication; the common-law right is lost as soon as there is a publication. But where the value of the production is found not in the right to take the profits arising from publication, but in the peace of mind or

이익을 포기한다는 것이 아닌 자신의 사생활의 자유에서 발생하는 것으로써 일반적인 상식 수준으로는 이해하기 힘들 것이라고 언급하고 있다. 그리하여 저작권은 어떤 개인적인 사실, 즉 사생활을 보호하는 것이 아니기 때문에 저작권이 아닌 다른 권리, 즉 프라이버시권이 그 개인의 사생활을 보호하는 것이라고 주장하고 있다.

그러나 그러한 사생활의 공개가 자신의 의사에 합치하는 경우에 저작권과는 별개로 사생활을 보호할 권리는 소멸한다.¹¹⁰⁾ 모델사진상의 초상권이나 프라이버시에 관한 권리도 계약에 따라 사진을 찍고 이를 공개하면, 특별한 조건(condition)이 없는 한 그 계약 상대방에게 초상권이나 프라이버시권의 침해를 주장할 수 없는 것이다.

저작물의 공표가 추정된 경우나 저작인격권자가 공표에 동의하여 사진 등의 저작물이 공표된 경우에 추후에 공표를 철회하거나 일시적인 공표이니 공표이전의 상태로 돌려달라고 요구할 수 있을까? 피팅모델사건 판결은 그 비용의 문제에 대해서는 언급하지 않고 있다. 미국, 독일과 프랑스의 법리는, 일관하여, 무상의 초상의 이용동의를 철회라도 상대방의 비용보상을 하여야 한다고 하고 있다. 상대방의 권리를 구입하는 것이므로 그 비용을 지급하여야 한다. 따라서 공표 동의는 원칙적으로 영구적인 공표라고 할 수 있다.¹¹¹⁾

물론 초상의 이용에 대한 동의나 승낙, 즉 침해에 대한 면책에는 그 조건(condition)이 부가될 수 있다. 초상에 대한 침해면책은 조건(condition)에 의해 일정범위가 정해질 수 있다. 실제로 미국 판결 중에서는 자신의 남편에게 누드사진을 찍도록 허용했으나 이혼 후에 남편이 이혼한 부인을 해할 목적으로 60여 장의 사진을 전부인의 이웃들에게 공개한 사건에서 법원은 비

the relief afforded by the ability to prevent any publication at all, it is difficult to regard the right a's one of property, in the common acceptance of that term.”).

110) Id., 201(“likewise, an unpublished collection of news possessing no element of a literary nature is protected from piracy.”).

111) Shields v Gross, 58 N.Y.2d 338 (1983) (브룩 쉴즈가 미성년일 때 부모가 동의한 초상의 이용허락을 취소할 수 없다는 판결) 참조.

록 부인이 사진 찍는 것을 동의했다라도 이혼 후 부인의 친구와 이웃들에게 공개할 것(불법행위)까지 동의하지 않았다고 판시했다.¹¹²⁾ 앞서 누드모델사진의 경우에도 계약 조건(condition)에 의해 같은 법리가 적용된 것이라고 할 수 있다.

모델사진의 경우, 스스로 사진을 찍는 소위 셀피(selfie)를 제외하고는 그 사진의 피사체인 모델과 저작자가 달라지는 것이 많은 경우이지만 그렇다고 하여 위 저작권법상의 공표에 관한 제11조가 달리 적용될 수 없다고 생각된다. 모델사진이 모델 인물의 위탁을 받아 촬영되었거나 아니면 피팅모델사건과 같이 모델노무제공계약에 의해 제공되었거나 결론적으로 그 법리가 달라질 것으로 판단되지는 않는다.

모델인물의 위탁을 받아 촬영된 사진의 경우에는 촬영한 저작자가 따로 있고, 그가 저작권자가 되기 때문에 초상권이나 프라이버시권의 주체와 저작인격권의 주체가 달라진다. 피팅모델사건과 같이 모델노무제공계약의 이행으로 사진상의 모델 인물의 동의가 전제가 되어 사진을 찍은 경우나, 모델이 된 인물에 의해 그 사진을 직접 촬영되거나, 모델이 직접 사진사를 고용하여 자신을 찍은 사진¹¹³⁾을 유통한 경우에, 저작권법 제11조에 의해 사진촬영자와 초상권자의 동의에 의한 공표가 된 것으로 보아야 하고 자신의 초상권이나 프라이버시권 주장의 포기가 당연히 존재하는 것으로 보아야 한다. 그렇지 않은 경우에는 유통을 한 사람에게는 민법상 권리하자에 의한 담보책임¹¹⁴⁾이 발생할 것이다. 저작물의 원활한 유통이 담보되지 않는다면 저

112) Pohle v. Cheatham, 724 N.E.2d 655, 659 (Ind. Ct. App. 2000). 그 외 이용범위에 대한 제한을 한 판결은, Zieve v. Hairston, 266 Ga. App. 753, 598 S.E.2d 25 (2004) 참조.

113) 사진상의 인물이 직접 찍은 경우는 소위 셀피의 경우와 사진사를 직접 고용하여 찍은 경우(저작권법 제9조의 법인저작물 포함)가 이에 해당할 것이다.

114) 이 경우 민법은 매도인의 하자담보책임에 대하여 명확히 규정하지는 않으나, 초상권이나 프라이버시권에 의하여 권리가 제한되는 경우이므로 권리의 일부가 타인에게 속한 경우(민법 제572조)라고 보아야 할 것이다. 따라서 저작재산권을 이전한 자는 동조 제1항에 따라 초상권이나 퍼블리시티권의 비침해 허락을 받아야 할 의무가 있고, 그 의무이행을 하지 못한 경우에는 대금감액청구나 제2항에 의거하여 선의의 매수인인 경우 계약전부의 해제와 제3항의 손해배상을 청구할 수 있다고 해석된다.

작물의 유통을 보호하기 위한 저작권법의 존재가치가 상실된다.

저작권은 저작권자와 초상권자가 다른 경우에 구별을 하지 않는다. 초상권자와 저작인격권자가 같거나 또는 다르거나를 불문하고 저작물이 거래되는 경우에는 저작권법 제11조는 공표를 동의하거나 동의의 추정을 하는 것은 같다. 다만 초상권자의 동의 없이 공표된 경우에도 저작권자의 동의 없이 공표된 경우와 같이 공표를 되돌리는 것은 불가능하다.¹¹⁵⁾ 피팅모델과 같은 고용계약의 이행을 위한 것이라면 당연히 공표가 전제가 된다고 할 것이다. 다만 제35조 제4항은 위탁에 의한 초상화나 초상사진의 경우에는 위탁자의 동의 없이 이용할 수 없도록 하고 있다. 결국 위탁에 의한 초상화나 초상사진의 경우에 그 초상 인물의 동의에 의해 초상권의 행사 포기 있다면 그 초상화나 초상사진을 자유롭게 이용할 수 있다.

‘안네의 일기(The Diary of a Young Girl)’에도 저작인격권과 인격권 이외에 프라이버시권이 존재한다. 안네의 일기가 출판(publish)됨으로써 저작인격권으로서 공표권과 그 저작물의 주인공으로서 프라이버시권이 모두 상실된 것으로 보아야 한다. 프라이버시를 보호하는 데 있어, 사진으로 표현된 인물과 일기로서 표현된 인물의 근본적인 차이를 두어야 할까? 물론 사진은 특정인의 동일성을 직접적으로 나타낼 수 있다. 그러나 사진이 일기보다 더 보호받아야 한다는 것은 편견일 수 있다. 모델은 모델 속 인물이 자신의 광고역할도 하기 때문에 광고노출이 오히려 이익이 된다.

저작권법상 저작물의 공표가 발생하면 그 공표는 공표권의 영구적인 상실의 결과를 가져온다. 피팅모델을 찍은 사진저작물의 경우에도 그 공표가 조건(condition)이 된 것이므로 노무제공계약을 체결하는 것은 그 공표를 동의한 것이다. 다만 상업적으로 이용할 수 있는 기간에 대하여 초상권 침해면책 동의에 그 조건(condition)으로 명시할 수 있다고 볼 것이다. 그 조건(condition)이 없는 경우에는 일방적 의사표시인 동의의 효력으로 인하여 영구적이라고 해야 한다.

피팅모델사건에서 대법원은 모델노무제공계약에서 명시하지 않더라도 그

115) 앞의 각주 100 참조.

피팅모델사진의 이용기간은 일정한 기간 동안이라고 판시하였다. 그러나 이는 초상권이나 프라이버시권과 퍼블리시티권을 구별하지 못한 것이 아닌가 한다. 초상권이나 프라이버시권은 인격권에 기한 권리로서 사람의 사망에 의하여 소멸한다.¹¹⁶⁾ 퍼블리시티권은 그 퍼블리시티의 주체가 사망하더라도 승계되어 그 권리가 계속될 수 있는 것이다.¹¹⁷⁾ 즉 동의(consent)는 초상권이나 프라이버시에 관한 권리는 소극적으로 침해에 대한 면책을 하는지 여부이지만 퍼블리시티권은 재산권과 같은 개념이므로 자신이 가진 권리(bundle of rights)의 일부(sticks)를 처분, 즉 일정기간 그 이용권을 부여(grant)할 수 있는 것이다.

피팅모델사건의 경우에 원고와 피고 회사 사이에는 저작권과 그 이용에 대한 귀속이 피고에게 있고 초상권은 원고에 있다는 계약내용이 있다.¹¹⁸⁾ 이와 같은 계약은 저작권 귀속의 당연한 내용을 확인한 것에 불과하다. 모델사진의 저작권은 사진작업을 한 촬영자에게 있겠지만, 그 사건내용을 보면 그 모델사진촬영자도 피고 회사에서 고용한 것으로 판단되므로 그의 사진은 업무상 저작물에 불과하다.¹¹⁹⁾ 기본적으로 동 사진의 저작물의 이용에 대해

116) 다만 명예훼손적으로 이용할 수는 없다. 서울중앙지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합 9230 판결(“모델소설에 있어서 모델이 된 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 그 소설의 출판금지를 구할 수 있고, 그 모델이 된 사람이 이미 사망한 경우에도 그 유족이 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 그 금지를 구할 수 있다. 인간은 적어도 사후(死後)에 명예를 중대하게 훼손시키는 왜곡으로부터 그의 생활상의 보호를 신뢰하고 그 기대하에 살 수 있는 경우에만, 살아있는 동안 헌법상의 인간의 존엄과 가치가 보장되기 때문이다. 그러나 소설에서 개인의 명예가 훼손되거나 인격권이 침해되었다는 이유로 그 출판금지를 구하는 경우에는 헌법상 예술의 자유와 출판의 자유가 보장되어 있는 점에 비추어 그 침해의 태양 및 정도를 고려하여 개인의 명예가 중대하게 훼손된 경우에만 이를 인정하여야 한다.”) 참조.

117) Tony Laidig, *The Public Domain Code Book: Your Key to Discovering the Hidden Treasures and Limitless Wealth of the Public Domain*, Morgan James Publishing, 2006, pp. 118-119.

118) 피팅모델사건에서 원피고 사이에 체결된 계약서 제5조는 저작권 및 사용권은 피고의 소유로 하고, 초상권은 원고의 소유로 한다고 규정하고 있다.

119) 민법상 고용계약으로 판단하여 주장과 증거조사 및 심리되지 않았고, 사진촬영자가 저작권을 주장하지도 않은 사건이므로 그와 같은 판단은 없지만, 사건의 전후관계를 보면 사진저작물이 피고 회사에 귀속됨은 아무런 쟁점이 되지 않는 것으로 판단된다.

여는 아무런 문제가 없었다.

다만 그 사건의 계약상 초상권은 원고에게 있다는 것은 포기할 수 없는 권리인 초상권의 주체로서 당연한 것을 규정한 것으로, 그 초상사진의 이용에 관하여 초상권자가 어떤 통제를 하겠다는 의미는 아닌 것으로 판단된다. 왜냐하면 그와 같은 통제를 위한 조건(condition)이 명시되어 있지 않을뿐더러 피팅모델노무제공이라는 고용계약의 목적을 달성할 수 없도록 하기 때문이다. 저작물의 유통은 저작재산권자의 권리범위이더라도 저작인격권자가 그 저작물에 대하여 인격권을 가지고 있는 것처럼 모델노무제공계약에 따라 제공된 사진상의 초상권과 퍼블리시티권 침해주장의 포기가 포함되지만, 그 모델사진에 포함되어 있는 초상을 함부로 훼손하는 것은 인격을 훼손하는 것이다. 피팅모델사건에서 그 고용계약에 포함되어 있는 초상권의 의미는 그와 같은 것이라고 할 수 있다.¹²⁰⁾ 저작인격권인 동일성유지권을 명시한 것이다.

저작권법에는 “법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인등이 된다.”¹²¹⁾고 규정하고 있는 것은 고용계약이나 근로계약 또는 도급 등 노무제공이 수반되는 계약관계 등에서 창작 제공되는 저작물은 명시적 계약이 존재하지 않으면 법인등이 저작권자가 되므로 저작인격권도 문제가 되지 않는다.

120) 피팅모델사건에서 저작인격권은 고용주인 피고가 가지고 있다. 소위 ‘도라산역 벽화’ 사건(대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결)은 저작재산권자라고 하더라도 저작인격권자의 동의 없는 철거는 위법이라는 판결로서 저작물의 명예훼손적 사용은 허용되지 않는다는 취지이다. 고용계약의 이행으로 제공된 모델사진의 경우에도 그 모델의 명예훼손적 사용은 허용되지 않는다고 할 것이다. 저작인격권에 대하여는, 이상정, “저작인격권의 연혁과 해석상 몇 가지 쟁점에 관한 소고”, 『정보법학』, 제23권 제2호(2019), 33면 이하 참조.

121) 저작권법 제9조. 동 조는 저작권법상 창작자가 저작자가 된다는 규정과 발명진흥법상 직무발명의 귀속과는 반대로 규정되어 있다.

3. 모델과 저작권의 귀속

(1) 저작권의 귀속

인격권을 근거로 저작권을 통제할 수 있다면 저작권 제도는 무용지물이 된다. 또한 저작인격권 등을 근거로 저작물의 이용을 제한하는 것도 명시적인 규정이 있는 경우로 제한이 된다고 해야 한다. 이에 관련하여 저작권법은 저작물의 자유이용에 관한 규정을 두고 있다. 저작권법 제35조 제1항은 “미술저작물등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다. 다만, 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있는데, 이는 위 누드모델사건에서 그 열람자를 제한할 수 있는 해석의 근거가 되는 조항이다. 즉 누드모델사진의 원본의 이용이 제한되어 있으므로 그 원본의 이용도 제한될 수밖에 없다. 나아가 동조 제4항은 “위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다고 규정하고 있다.” 이 조항은 사진관 등이나 졸업사진, 기념사진 등의 경우에 사진가에게 청약 등의 행위를 하여 찍는 사진을 의미한다. 피팅모델사건과 같이 당사자의 계약에 의한 경우에는 당연히 동의가 수반되는 계약이므로 사진의 저작자나 저작재산권의 귀속자가 이용할 수 있는 것이다.

포드자동차의 광고에 유명 가수인 베트 미들러(Bette Midler)의 노래를 베트 미들러의 목소리가 비슷한 가수의 모창으로 삽입하였는데, 1989년 미국 제9연방항소법원은 광고제작회사가 40만 달러를 미들러에게 손해배상토록 판결했다.¹²²⁾ 즉 목소리도 특정인을 특정할 수 있는 초상과 같은 문제가 발생한다. 목소리 주인공의 인격권과 저작권의 충돌문제이다. 방송국의 방송도 그 목소리의 주인공에 의해 통제받아야 할까?

저작인접권 제도가 저작권법에 도입되기 전에 음반도 저작물로 인정하던 1957년 우리나라 저작권법상, 음반제작자에게 저작권이 귀속되고 그 기간

122) Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

도 개정 전 저작권법을 적용받는 음반은 저작자가 사망한 다음 해부터 30년이 보호되었다. 음반 저작자가 2008년 이후 사망한 경우 그다음 해부터 30년간 보호되었는데, 법원은 음을 예술적으로 표현한 원저작물(악곡과 악곡을 연주한 것 및 직접 노래를 부른 것 등)과 별개로 이를 기록한 음반에 관한 저작권이 여전히 존속한다고 판시했다.¹²³⁾ 즉 ‘음악’의 녹음은 정보주체로서 정보보호권이나 인격권이 존재하지만, 그럼에도 불구하고 그 음악을 음반화한 ‘음반’의 ‘저작권자’는 그 음반에 대한 저작권의 존속기간 동안 저작물을 이용할 수 있다고 해석하고 있다. 사진이라고 하여 달리 볼 이유는 없다. 사진상 인물의 초상권과 저작권은 별개이다. 음반에 기록된 목소리의 인격권을 이유로 음반에 대한 저작권을 통제할 수 있다면 저작권법은 존재가치가 없어진다. 위 판결의 법리는 인격권과 별개로 저작권자의 저작권을 보호한 판결로써 피팅모델사건에서도 저작권은 보호되어야 한다.

초상권 침해에 대한 면책은 일방적인 의사표시이다. 따라서 고용계약에서 채무의 이행이 아닌 경우, 예컨대 길거리 인물에 대한 사진촬영과 그와 같이 촬영한 사진에 대하여 상업적 이용을 하도록 하는 의사표시¹²⁴⁾는 증여계약에 해당할 수 있으나, 실질적으로는 계약상 쌍방의 의사 합치 문제가 아니

123) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2013다56167 판결.

124) 한편 미국 플로리다주 법은 명시적인 서면 또는 구두에 의한 이용허락을 인정한다. FL ST § 540.08 (2022) (“(1) No person shall publish, print, display or otherwise publicly use for purposes of trade or for any commercial or advertising purpose the name, portrait, photograph, or other likeness of any natural person without the express written or oral consent to such use given by:”) 동법은 허락의 철회나 취소 등을 규정하지 않고 있고, 허락(consent)이 있으면 영구히 이용할 수 있는 것이라 규정하는 것으로 해석된다. 또한 플로리다 법원은 사진기자가 화재로 파괴된 주택에 화재 조사를 위한 경찰관과 조사를 따라 들어가 한 촬영한 방송보도에 대하여 법원은 뉴스매체에 대하여 불법침입(tresspass) 주장을 기각하면서, 추정적 승낙을 인정했다. 법원은 관례, 사용례 또는 행위(custom, usage or conduct)에 의하여 묵시적 동의를 인정할 수 있다고 했다(Fla. Pub. Co. v. Fletcher, 340 So. 2d 914 (Fla. 1976)). 인스타그램의 약관에 동의하고 사진을 게시하는 것은 약관에 따라 제3자의 공개를 동의한 것도 포함한다. 물론 그 범위를 제한하여 올리는 것은 가능하고 그와 같은 제한 하에서 사진을 게시한 경우에는 제한된 범위에서 사진을 이용할 권리를 보유한다 (Dancel v. Groupon, Inc., 2020 WL 4926538, *3 (N.D. Ill. 2020)).

다. 이는 환자의 의사에 대한 치료동의와 같이 일방적 의사표시이다.¹²⁵⁾ 동 의의 효력은 형성권과 같은 일방적인 권리 행사이므로 장래를 향하여 지속 되는 것이다. 따라서 그와 같이 촬영한 사진의 이용기간은 원칙적으로 존재 하지 않는 것이다. 물론 사전에 그 기간을 조건(condition)으로 정하면 된다.

(2) 광고사진의 영구적 이용문제와 그 제한

앞서 본 바와 같이 임마누엘 칸트는 저작권을 저작자의 권리(author's right)로 정의하고, 저작자가 가지는 권리는 소통과 표현(speech)이라고 주장 했다. 즉 표현을 담은 매체는 유체물과 같이 그것을 가진 사람의 소유라고 하였다. 그는 공중에게 행해진 소통과 표현(speech)이 변경되지 않는 한 저작권(author's right)의 침해는 없다고 했다. 저작물은 일단 공개(publish)¹²⁶⁾ 를 하면 그 이후에는 그 내용이 공유(the public domain)가 되어 임의로 회 수할 수 없게 된다. 그는 표현의 자유를 누리지만 그 표현은 공중에게 행해 진 것이므로 공중도 그의 표현에 대한 공유자가 되는 것이다. 표현의 자유를 누리는 대신 그만큼 책임도 부과되는 것이다. 그러한 인터넷의 발전은 그와 같은 표현의 자유에 의한 제한이 유지되기에는 상황이 변했고, 이에 맞춰질 권리의 문제도 발생한 것이다.

광고사진도 상업적 표현(commercial speech)으로써 외부에 표현되면 공 중의 영역에 있게 된다. 광고모델의 인적 주체도 공개되어 공유가 된 광고사 진 등을 임의로 회수하는 것은 법리적으로 불가능하다. 다만, 그 광고사진을 유통시키는 모델을 고용한 광고주 등 당사자나, 모델계약상대방이 그 사진 을 지속적으로 이용할 수 있는지는 별개의 문제이다. 만일 피팅모델사건과 같이 광고이용을 할 수 있는 기간에 대한 아무런 내용이 없다면, 앞서 논증 한 바와 같이, 상업적 표현과 표현의 자유의 법리상 원칙적으로 영구적일 수

125) 김민중, 앞의 논문(각주 50), 257-78면 참조.

126) 공개 여부는 저작인격권인 공표권의 내용이고, 저작권법에서 공개(publish)는 매우 중 요한 의미를 갖는다. 커먼로에서는 공개를 전후로 해서 저작자의 권리가 소멸되는지 여부 에 대하여 소멸된다는 영국(Donaldson v Becket (1774), 1 Eng. Rep. 837)과 그렇지 않다는 미국(Wheaton v. Peters, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834))의 입장이 대립된다.

밖에 없다는 것이 본 글의 결론이다. 그렇다고 하더라도 상업적 이용은 상품의 상업적 가치의 존재기간 때문에 영구적으로 사용되지 않는다. 예컨대 영화광고를 위한 영화 화보는 상업적으로 사용되지만, 그 영화는 항상, 영구히 상업적으로 이용되지 않으므로 그 화보는 일정한 기간 이후에는 사용되지 않는다. 그러나 그 화보가 예술적 작품으로 사용되는 경우나 연구용이나 학문적으로 사용되어야 하는 경우에는 그 기간의 제한이 없다고 해야 할 것이다.

그와 같은 영구적 사용문제, 잊혀질 권리의 문제는 예전에는 없었던 것이었지만, 이제 명시적 입법으로 해결을 시도하고 있다.¹²⁷⁾ 광고모델에 경우에도 영구적 사용문제가 입법적으로 해결되지 않는다면, 광고를 위한 고용계약 등을 체결할 때 계약서에 조건 등으로 명시적으로 해결해야 한다. 모델 광고계약을 체결하는 것은 여러 가지 구체적 상황이 존재하므로 일반적으로 정리하기는 쉽지 않다.¹²⁸⁾ 모델인 당사자가 연예인 매니지먼트 회사 소속일 수도 있고, 개인일 수도 있다. 다만 피팅모델광고와 같은 사실관계하에서는 민법상 고용관계가 성립하기 때문에 모델은 제공하는 노무의 목적이 되고, 그 결과는 고용주에게 귀속이 된다. 이러한 경우에는 조건(condition)을 이용하여 특정한 조건의 발생까지 이용하도록 하는 방법이 무난할 것으로 보인다.

127) 앞의 각주 22 참조.

128) *Welch v. Mr. Christmas*, 57 N.Y.2d 143, 454 N.Y.S.2d 971, 440 N.E.2d 1317 (N.Y. 1982) 사건의 경우, 1973년 11월 직업배우였던 원고와 크리스마스트리 제조회사인 피고 사이에 1년 동안 피고 제품의 텔레비전 광고를 해주기로 하고 그 대가로 1,000달러를 지급하는 계약을 체결하였다. 1년의 기간이 종료된 후에 광고를 연장했지만, 그 연장기간이 종료된 이후인 1975년 크리스마스 시즌에도 피고의 판매대리점은 원고가 출연한 광고를 이용했다. 법원은 피고의 계약위반을 인정했다.

IV. 결론

초상과 인격은 판매가 가능하지 않으므로 초상권과 인격권은 처분불가능한 권리(*inalienable right*)가 된다. 초상의 사용이 불가피한 인물모델계약은 노무를 제공하는 고용계약이지 초상과 인격을 판매하는 계약이 아니다. 초상과 인격은 경제적 가치를 평가할 수 없다. 따라서 초상의 사용대가가 적거나 많음을 판단하여서는 안 된다. 그것은 인격을 모욕하는 것이다. 모델노무 제공계약은 고용계약에 해당하므로 의사표시의 하자(가)가 있는지 없는지를 판단하면 되는 것이다. 법원은 고용계약의 대가가 많고 적음을 판단할 수 없다. 그것은 당사자가 판단하여야 하는 사적 자치의 내용이다. 법원이 인격의 가치를 금전으로 판단하는 것은 인격을 모욕하는 것이다. 당신의 인격의 가치, 초상의 판매 대가는 얼마를 받으면 적당하다는 식의 판결은 인격모욕이다. 예컨대 당신이 받은 노무는 당신의 인격의 경제적 가치에 비하여 현저히 많으니, 그 보수를 삭감하겠다는 판결을 납득할 수 없을 것이다. 마이클 샌델(Michale Sandel)이 제시한 극단적인 공리주의의 예, 소위 트롤리 딜레마(Trolley Dilemma)¹²⁹⁾를 연상시킨다. 인간의 가치는 금전으로 평가할 수 없다. ‘당신들이 체결한 모델노무공급계약은 의사표시상의 착오나 기망 등의 사표시의 하자가 고용대가의 판단에 영향을 주었으므로 취소할 수 있다’ 또는 ‘신의성실의 원칙에 위반된다’고 판단하는 것은 법원의 권한이다.¹³⁰⁾

피팅모델사건은 초상과 인격을 판매할 수 있다는 전제에 있는 것으로 보이는데, 본 판결은 사건 하나에만 영향을 미치는 것은 아니다. 광고를 하는 모든 산업에 영향을 미치게 된다. 대부분의 광고가 특정 인물을 광고모델로 내세우고 있다. 나아가 특정 인물이 표현되는 광고산업뿐만 아니라 엔터테인먼트 산업 그리고 인터넷뿐만 아니라 정보산업사회 전체가 영향을 받을

129) 나무위키, “트롤리 딜레마”, 나무위키, <<https://namu.wiki/w/트롤리%20딜레마>>, 검색일: 2023. 8. 14.

130) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2016다35833 전원합의체 판결.

것이 분명하다.

인터넷의 등장과 발전에 따라 잊혀질 권리가 새로운 쟁점으로 등장한 것처럼, 광고효과도 예전과는 다르다. 광고모델의 인격권과 초상권의 문제도 인터넷의 등장 이전과 다르다고 할 것이다. 예전에는 잡지 등 광고의 주류가 이루던 광고매체의 수명이 있었으나, 현재에는 인터넷에 기록으로 남기도 한다. 따라서 이에 대한 대응이 필요하지만 명시적인 입법이 없는 한, 당사자가 광고사진의 사용을 해제조건이나 정지조건으로 명시하는 것이 바람직하다.

과거 영국의 소위 적기법(Redflag Acts)¹³¹⁾은, 산업혁명을 이끌어 18세기 해가 지지 않는 나라 영국의 자동차 산업을 낙후하게 만들었다. 1865년 제정된 최초의 적기법과 그 후에 제정된 일련의 자동차 관련 법률은 적기법으로 일컬어지는데, 그 법은 자동차 앞에 빨간 기를 든 사람이 자동차 앞에 서서 자동차를 안내하도록 하였고, 자동차의 최대속도를 4마일로 제한하여, 속도가 생명인 자동차 기술의 발전을 막았다. 결국 영국의 자동차 산업은 세계의 주목을 받지 못했고 유럽의 경쟁자인 독일이나 프랑스 자동차 산업의 성공을 바라만 봐야 했다.

어떤 판결은 관련 산업을 부흥하게 하지만 어떤 판결은 산업발전을 망쳐 국민의 삶을 피폐하게 한다. 예컨대 Sony v. Universal Studio 사건판결¹³²⁾은, 비록 한 사건 판결이지만, 저작권이 존재하는 동영상 기록 매체에 대한 복제를 허용함으로써, 그 당시 비디오 산업뿐만 아니라 현재의 디지털 산업과 정보사회의 초석을 쌓았다고 평가할 수 있다. 또한 Apple v. MicroSoft 사건¹³³⁾은 컴퓨터 프로그램에서 사용하는 윈도우 창에 대하여 저작권법의 보호를 부인함으로써 Apple의 강력한 경쟁 기업인 Microsoft 탄생시켰고, 값싼 IBM 호환 컴퓨터를 대중화시켜 3차 산업혁명을 이끌게 하였다. 판결 하나가 당사자가 아닌 인류의 후생에 어떻게 영향을 미치는지 알 수 있는 대표적인 판결 중의 하나이다.

131) 적기법은 자동차법("the Locomotive Acts")들의 별칭이다.

132) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

133) Apple v. MicroSoft, 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994).

피팅모델사건은 광고산업뿐만 아니라 영화, TV 등 엔터테인먼트 산업, 비디오, 인터넷 나아가 정보산업에 대한 영향을 미칠 것이다. 위 판결 법리에 의하면 인격권을 무기로 정보사회를 통제할 수 있을 것이다. 헌법 제102조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 규정하고 있다. 법관은 편견이나 선입견, 감성으로 재판을 할 수 없다. 법관의 감성의 표현은 저작권으로 보호될 수 있어도, 재판의 준거법이 되어서는 안 된다.

처분하거나 양도할 수 없는 초상권의 대가가 적절하지 않으므로 모델노무계약의 이행으로 제공된 노무를 귀속을 초상권자가 좌우할 수 있다는 판결은 인격의 판매를 정당화한 것으로 모델노무제공을 목적으로 하는 고용계약의 법리에 어긋날뿐더러 초상권을 무기로 사회를 통제할 수 있는 근거를 마련하였다는 점에서 나쁜 판결이라고 하지 않을 수 없다.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

나중갑, 『불공정경쟁법의 철학적 규범적 토대와 현대적 적용』, 연세대학교 출판문화원, 2021.

오승중, 『저작권법』, 제3판, 박영사, 2013.

윤경, 『저작권법』, 육법사, 2005.

이해완, 『저작권법』, 제2판, 박영사, 2012.

中山信弘, 『著作権法』, 有斐閣, 2007.

〈단행본(서양)〉

Huw Beverley-Smith et al, *Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University Press, 2006.

American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, Unfair Competition*, West Pub, 1995.

F. Kawohl, *Commentary on Kant's essay On the Injustice of Reprinting Books(1785)*, in *Primary Sources on Copyright(1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, <www.copyrighthistory.org>, 검색일: 2023. 9. 19.

Frédéric Rideau, "9. Nineteenth Century Controversies Relating to the Protection of Artistic Property in France", in *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*, edited by Ronan Deazley, Martin Kretschmer and Lionel Bently, Open Book Publishers, 2010

Immanuel Kant, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks(1785)*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten(1785, 1797(영문판))*, Rechtslehre, § 31 (Immanuel Kant, "Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie", pp. 403-407, <http://google.cat/books?id=W14aAAAAIAAJ&pg=PA404&vq=Person&dq=editions:OXFORD600005035&lr=&output=html_text&source=gbs_toc_r&cad=4>). 검색일: 2023. 9. 19.

Tony Laidig, *The Public Domain Code Book: Your Key to Discovering the Hidden Treasures and Limitless Wealth of the Public Domain*, Morgan James Publishing, 2006.

〈학술지(국내 및 동양)〉

- 계승균, “독일저작권법상 추급권에 관한 연구”, 『창작과 권리』, 제48권(2007).
- 고세일, “운동경기에 참가하는 사람의 주의의무에 대한 고찰 - 미국 법원의 운동경기에 참여한 사람의 주의의무 판단을 중심으로 -”, 『법학연구』, 제32권 제2호(2021).
- 권태상, “인격권 침해로 인한 재산적 손해”, 『법조』, 제69권 제1호(2020).
- 김경호, “범죄보도로 인한 인격권으로서의 초상권 침해에 관한 연구”, 『언론과 사회』, 제12권 제2호(2004).
- 김민중, “의료계약의 당사자로서의 「환자」와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호(2009).
- 남수경, “저작권인격권 포기에 관한 비교법적 고찰”, 『LAW & TECHNOLOGY』, 제11권 제2호(2015).
- 박성호, “인격권의 침해-저작권권을 중심으로”, 『변호사』, 제27권(1997).
- 박준우, “미국 연방저작권법의 저작권권의 보호 - Visual Artists Rights Act of 1990을 중심으로 -”, 『계간저작권』, 제21권 제4호(2008).
- 박준우, “퍼블리시티권과 표현의 자유의 이익형량 - 비디오게임의 변형적 이용에 관한 미국 판결을 중심으로 -”, 『산업재산권』, 제72권(2022).
- 배대현, “현행 저작권법상 저작권권의 법리에 관한 검토”, 『산업재산권』, 제21호(2006).
- 손연원, “초상권 침해에 대한 동의 한계”, 『언론중재』, 제18권 제4호(1998).
- 엄동섭, “언론보도와 초상권 침해: 하급심 판례를 중심으로(민사판례연구회 편)”, 『민사판례연구』, 제21권(1998).
- 유의정, “미술품 추급권(Resale Royalty Right)의 도입과 과제”, 『NARS 현안분석』, 81호(2019).
- 이상정, “저작권권의 연혁과 해석상 몇 가지 쟁점에 관한 소고”, 『정보법학』, 제23권 제2호(2019).
- 이재진·동세호, “방송 관련 초상권 침해 소송에서 나타난 ‘동의’의 적용 법리에 대한 연구”, 『언론과 법』, 제14권 제1호(2015).
- 조소영, “초상권의 법적 성격과 보호”, 『언론과 법』, 제14권 제3호(2015).
- 차형근, “국내 초상권 판결경향에 대한 고찰”, 『언론중재』, 제32권 제1호(2012).
- 최은희, “사진저작물의 창작성 판단 기준”, 『한국콘텐츠학회논문지』, 제15권 제7호(2015).
- 최형구, “사진촬영에 대한 저작권법적 고찰”, 『법학연구』, 제27권 제1호(2016).
- 한위수, “판결에 나타난 언론보도의 문제점”, 『언론중재』, 제19권 제2호(1999).

〈학술지(서양)〉

Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol.4 No.5(1890).

Susanne, Bergmann, “Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis”, *Loyola Los Angeles Entertainment Law Review*, Vol.19 No.3(1999).

〈연구보고서〉

남형두, “퍼블리시티권에 관한 해외 사례 연구 - 퍼블리시티권을 활용한 해외 스포츠/엔터테인먼트 산업 및 비교법 연구 -”, 한국저작권위원회, 2012.

〈인터넷 자료〉

나무위키, “트롤리 딜레마”, <<https://namu.wiki/w/트롤리%20딜레마>>, 나무위키, 검색일: 2023. 8. 14.

이상화, “공정위 ‘1원 낙찰’ 막은 제약협회 검찰 고발,” 日刊 NTN, <<https://www.intn.co.kr/news/articleView.html?idxno=100718>>, 검색일: 2023. 6. 25.

정부, “민법 일부개정법률(안)” 법무부공고제2022-425호, 법제처, <<https://www.moleg.go.kr/lawinfo/makingInfo.mo?mid=a10104010000&lawSeq=71439&lawCd=0&lawType=TYPE5¤tPage=10&keyField=&keyWord=&stYdFmt=&edYdFmt=&lsClsCd=&cptOfiOrgCd=>>>, 검색일: 2023. 8. 14.

헤럴드 경제, “‘공짜 성형’ 조건으로 홍보모델 7년 너무 길다 소송...법원 ‘지나친 조건 아냐’”, 헤럴드 경제, <<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20160208000029>>, 검색일: 2023. 5. 28.

Bundesamt für Justiz, “Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie”, <<https://www.gesetze-im-internet.de/kunsturhg/BJNR000070907.html>>, 검색일: 2023. 9. 19.

Should a Model for Advertising sell her/his Personality and Portrait? - with Comments on the Fitting Model Case -

Na, Jongkhab

A contract providing a model frequently involves using portraits of a person. A hiring contract of a model must include a release of asserting infringement of the right of portraits. An economic consideration for model work under a hiring contract is necessary because the contract establishes a mutual obligation. However, the economic consideration is not for portraits but for model works because the personal right is an inalienable right.

In the Fitting Model Case (Supreme Court of Korea case # 2021da219116), the court retained the first court's rationale and ruling. The first court reasoned that the financial consideration is exceptionally small for using portraits of the model. The court regards an inalienable right as to an alienable right and disregards that the personal rights cannot be dividable or transferable.

The creator's moral right is an alienable right also. It is appurtenant to the transfer of the author's property right. It means that the creator's moral right is not an absolute right.

According to the rationales of the decisions, the duration of the permission or using the rights of personality and portrait is depended on the economic value similar to the alienable

property, but it is not accorded with the legal theory that the personal right and the portrait right are an unalienable right.

Keywords

right of portrait, right of personality, fitting model, advertisement, model, creator's moral right, inalienable right