

사진의 불법 사용에 대한 사용료

함부르크 고등법원, 1982년 4월 8일 판결

- 3U 36/81 사건 -

<적용법조>

조형예술 및 사진작품에 대한 저작권법 제 22조 및 독일민법 제 812조

<판결요지>

1. ARD 텔레비전 방송국의 뉴스담당 아나운서의 모습이 위 프로를 규칙적으로 시청하는 시청자들이 알아볼 수 있는 방법으로 어떤 광고사진에 게재 되었다면 위 아나운서의 초상권은 침해된 것이라고 할 것이다.
2. 초상권의 불법한 침해가 있는 경우에는 그 피침해자에게는 부당이득을 근거로 해서 상당한 사용료청구권이 발생한다. 이 경우에 있어서 그 피침해자가 그의 인격권을 스스로 이용하려 했는지 또는 나아가 사실상 이용할 수 있었는지의 여부는 문제가 되지 아니한다.

<사실개요>

원고는 뉴스담당의 수석아나운서이다. 원고는 가구시설업자인 피고에 대하여 자기의 초상을 광고목적으로 불법하게 사용한 것을 이유로 해서 사용료를 청구하였고, 이와 함께 피고에 대한 독촉절차에 있어서의 변호사비용의 배상을 청구하였다.

이러한 청구의 근본은 다음과 같은 사실관계에 기한 것이다. 피고는 1980년 8월 8일 일간지인 「A」, 「B」 및 「X」 신문에 W라는 도시에서 그의 새로운 점포를 개점하는 내용의 대형광고를 게재하였다.

위 광고는 4장의 그림으로 구성되어 있었는데, 어떤 기사를 보도하고 있는 아나운서의 모습이 담긴 텔레비전 그림으로 되어 있었다. 그 기사에 내용이 그 그림 밑에 쓰여져 있었는데 그 내용은 T라는 상호의 피고의 가구점 개점을 알리는 내용을 포함하고 있었고, 서두에는 다음과 같이 씌여 있었다.

『Norarhein-Westfalen 주에 바캉스물결이 지나간 다음 이제 새로운 물결이 우리에게 닥쳐오고 있다. W시에 새로운 Witnahme 가구점이 개점하였다.』

그리고 다음과 같이 끝맺음을 하고 있다.

『끝으로 (Zum Aufschluss) 일기예보 (W...ah...Wetterkarte)입니다. Mitnahme 가구점 애호가들에 대해서는 안정된 고기압이 지배적입니다. 가격은 안락하게 따뜻하거나 호의적입니다. 기타의 전망은 최상입니다』

위 기사에 의하면 그 아나운서는 W라는 지명을 본따서 4개의 잘못된 발음을 하고 있다. 즉 「Mitnahme-Mobelhaus」 대신에 「Witnahme-Mobelhaus」 또는 「Mitnahme-

Wobelhaus」라고 하고 「Wetterkarte」 대신에 「Wa...h...」라고 하였으며 「Zum Anschluss」 대신에 「Zum Aufschluss」라고 하고 있는 것이다.

그리고 4 장의 그림 중 첫 번째 그림에는 (아나운서에 의하여 일부 가려져 있기는 하지만) 그뒷면에 「Trendschau」라는 단어가 있고, 마지막 그림에는 「Wetter-Trends」라는 단어가 쓰여져 있었다.

원고는 피고가 사용한 위 그림은 원고자신의 초상이 틀림없다고 주장하고 있다.

그리고 원고의 초상권을 침해함으로 인해서 피고는 원고에게 상당한 사용료를 지불하여야 한다고 주장한다. 위 사용료로서 원고는 1 만 2 천 마르크를 요구하였다. 위와 같은 액수를 산정함에 있어서는 위 광고가 50 만장이나 인쇄되어 배포되었고, 또한 원고가 억지로 꾸며서 발음을 잘못된 것 같이 함으로써 원고의 인상이 독자에게 특히 강하게 남은 점 등을 고려하였다고 주장하였다. 이러한 인격권의 침해로 인하여 원고는 변호사에게 의뢰하여 중지의 의사표시를 피고에게 요구하지 않을 수 없게 되었다고 주장하였다. 위 독촉절차에 있어서의 1174.16 마르크의 변호사비용도 역시 피고가 지불하여야 한다고 주장하였다.

지방법원은 원고의 청구를 기각하였다. 이에 반하여 항소심은 그 일부에 있어서 이유 있는 것으로 판결하였다.

<판결이유>

원고의 항소는 적법하고 또한 그 일부분에 있어서는 이유가 있다.

원고는 피고에 대하여 그 초상의 사용료의 청구권 및 독촉절차에 있어서의 변호사비용의 청구권을 가진다.

1. 지방법원이 취했던 견해와는 반대로 피고는 그의 광고를 통해서 「조형예술 및 사진작품에 대한 저작권법」 제 22 조에 따라서 원고의 초상권을 침해하였다고 할 것이다.

(a) 위 광고에 나타난 그림을 보면, 위 ARD 텔레비전 방송국의 저녁뉴스시간을 규칙적으로 시청하는 시청자는 틀림없이 위 그림이 원고를 나타내고 있다는 것을 알 수 있을 것이다. 이러한 사정은 그 얼굴의 생김새라든가, 기타 위 그림에서 나타난 여러 가지의 특색 및 그 쓰여진 문구로부터 인정할 수 있는 것이다. (이에 대하여 BGH NJW 1979, 2205 판결참조)

(aa) 아나운서가 혼자서 방송하는 모습을 나타내는 4 대의 텔레비전의 그림, 일기예보의 그림이나 또한 마지막 그림에서 일기의 동향(Wettertrends)이라는 문구의 사용, 첫 번째 그림에서의 「Trendsschau」라는 표현, 그리고 「Nordrhein-Westfalen 에 휴가의 물결이 지나간후에…」, 「방금 들어온 새로운 보고에 의하면…」, 「끝으로 일기예보를 말씀 드리겠습니다」 등의 표현들은 모두 텔레비전을 정기적으로 시청해 온 시청자들에 대해서는 이것이 바로 『뉴스시간』에 방송된 내용과 비슷하다는 분명한 연상을 일으키게 한 것이다.

(bb) 위 아나운서의 그림은, 여러 가지 특징들을 종합해 보면 일반 대중들에 대해서 위 방송국의 뉴스담당 아나운서로 알려진 원고에게 있어서 특징적인 여러 가지의 특색들을 포함하고 있다, 즉 머리모양 이라든가, 우뚝 솟은 코, 눈의 모양 등은 모두 별지 1 에 게재된 원고의 초상화와 놀라운 정도로 일치하고 있는 것을 보여주는 것이다. 위 광고그림을 잠시라도 본, 그러나 「조형예술 및 사진작품에 관한 저작권법」 제 22 조의 의미에 있어서 필수적인 주의 깊은 시청자라면, 그곳에 나타난 아나운서의 모습이 바로 원고인 것을 바로 알 수 있을 것이다. 원고가 요즈음은 텔레비전의 뉴스프로에 나올 때에 안경을 끼고 있으며, 또한 일반적으로 거의 웃지 않고 있다고 해서 위와 같은 사정을 인정하지 못 할 바가 아니다. 일반대중은 이미 오랫동안 원고가 안경을 쓰지 않는 것으로 보아왔다. 그리고 일반대중은 원고가 한번 웃었다고 해서 더군다나 원고가 유명한, 판매부수가 많은 텔레비전방송 프로잡지의 표지에서 웃는 사람으로 한번 묘사되었다고 해서 이를 생각할 수도 없는 일로 여기지는 않을 것이다. 그리고 위 광고에서 표현된 사람이 여러번 발음을 잘못했다고 해도 이는 별 문제로 되지 않는다. 왜냐하면 진지하기로 이름난 뉴스방송의 아나운서라 할지라도 광고의 목적으로 제작된 그림에 있어서는 위 광고를 함에 있어서 필요하다면 웃을 수도 있고 또한 여러번 발음을 잘못할 수도 있을 것으로 일반대중은 합리적으로 판단할 것이기 때문이다.

(b) 그리고 피고의 요청에 의해서 발행된 이 사건 그림들은 「조형예술 및 사진작품에 관한 저작권법」 제 22 조의 의미에 있어서의 사진의 개념에 해당되는 것이다. 이러한 사진의 개념을 정함에 있어서는 지방법원의 견해와는 반대로 피묘사자를 광고에 사용하려고 하는 피고의 주관적인 의사는 문제로 되지 않는 것이다. 지방법원이 BGH NJW 1965,2148

「Spielgefahrin」 사건 판결에 따라서 채택한 이러한 사진개념의 주관적인 요소는 BGH NJW 1979, 2205 판결에 의해서 명문으로 표기되었던 것이다. 위 후자의 판결에 따라야 할 것이다. 왜냐하면 위 법 제 22 조의 규범목적은 인격권을 본인의 의사에 반해서 그림의 형식으로 임의로 처분하는 것으로부터 보호하려는데 있는 것이기 때문이다.

이러한 내용의 보호를 묘사자(즉 침해자)의 주권적 의사에 종속시키는 것 (즉 그의 주권적 의사에 따라 그 보호여부가 결정되는 것)은 타당하다고 할 수 없을 것이다.

(c) 본건 그림은 위법한 것이었다. 그리고 위 그림에 대한 원고의 동의도 없었다. 피고는 위법 제 23 조의 예외에 해당되는 규정을 원용할 수도 없다. 원고는 뉴스프로의 이름난 아나운서임에 틀림이 없고 또한 당 시대의 유명인사임에는 틀림이 없다. 그러나 그렇다고 해서 원고는 타인이 그의 그림을 그의 의사에 반해서 어떤 상품의 선전을 위해서 사용하는 것을 인용할 필요는 없는 것이다. (BGHZ 20, 345ff, 352-Paul Dahlke ; BGH NJW 1979, 2205, 2206 ; BGH GRUR 1979, 425ff, 427 축구선수의 각판결 참조)

3.이와 같이 원고의 초상권이 불법하게 침해되었기 때문에 원고는 상당한 액수의 사용료 상당액수의 지급청구권을 가지게 되는 것이다. 이러한 청구권은 오늘날 일반적으로 승인된 바와 같이 부당이득을 이유로 해서 인정되는 것이다. (침해로 인한 이득반환청구권 : BGHZ 20, 345ff, 354ff-Paul Dahlke ; Senatsurteil in ; Schulze OLGZ 113 ; Lieb in; Münchener Kommentar zum BGB, 1980 §812 Anm 225ff; Staudinger Lorenz, BGB 12, Aufl, §812Anm.29, jeweils m.w, N.) 이러한 청구권은, 원고의 NDR 텔레비전 회사와의 고용계약에 의해서 원고의 모든 영업적인 활동이 금지되어 있다고 하더라도(피고는 이와 같이 주장하고, 원고는 이를 부인하고 있는 바이지만), 아무런 영향을 받지 않는 것이다.

(a) 압도적인 통설에 의하면, 피해자에 있어서의 재산의 감소를 전보하는 것은 침해로 인한 부당이득반환청구권의 목적이 아니라고 한다. (Lorenz, Schuldrecht 각론 12Aufl. S. 533; Staudinger-Lorenz, a.a.o. §812 Anm. 24, jeweils m.w.N.-anders noch BGHZ 26, 349ff, 353-Herrenreiter)

부당이득반환청구권의 목적은 오히려 침해자에게 귀속해서는 아니 될 재산상의 증가를 없애는 것이다. (BGHZ 20, 345ff, 354ff- Paul Dahlke; BGH NJW 1981, 2402 ff, 2403)

따라서 이 경우에 있어서는 피해자가 그의 인격권을 스스로 이용할 의사가 있었는지의 여부 및 나아가서 사실상 그 인격권을 이용할 수가 있었는지의 여부는 문제로 되지 않는 것이다. (Staudinger-Lorenz, a.a.O. §818 Anm.29 ; Schlecktriem, 2. Festschr. für Hefermehl, 1976 S. 445ff, 463)

따라서 원고의 초상을 가지고 영업적인 활동을 할 수 없다고 하는 원고에게 부과된 계약상의 의무는 이러한 견해에 의하면 부당이득에 기한 반환청구권의 존재를 인정함에 있어서는 전혀 아무런 의미가 없는 것이다.

(b) 이에 반해서 위와 같은 견해가 전혀 다툼이 없는 것은 아니라는 것은 피고가 주장하는 바와 같다. 당 법원도 역시 1971년 9월 9일자 판결(Schulze OLGZ 113에 수록)에서, 피해자가 그의 초상을 상당한 대가를 받고 영업상의 목적으로 사용하는 것을 동의하는 것이 사실상 불가능한 때에는 그의 초상을 불법하게 사용한 것으로 인한 부당이득반환청구권이 발생하지 않는다고 판시한 바가 있다.

위 경우에 당원은 독일연방대법원의 Herrenreiter 판결 (BGHZ 26, 349ff, 352)을 인용하였었다. 그런데 위 사건에서 그와 같은 생각을 가진 것은 본건에서는 문제로 되지 아니한 불법행위에 기한 청구권을 배제하기 위한 것이었다.(동지 BGHZ 30, 7ff, 8-Catarina Valente BGHZ 35, 363ff- Ginseng)

어쨌든 독일연방대법원이 Herrenreiter 판결에서, 원고가 그의 초상을 이용할 의사가 없는 것을 이유로 해서 재산상의 불이익을 받은 것이 없다고 하여 그의 부당이득반환청구권을 인정하지 아니한 것은, 앞에서 본 바와 마찬가지로의 차원에 있다고 인정 되는 것이다(a.a.O.S.353/354). 부당이득반환채권자가 그 채무자에게 재화의 이용을 유상으로 허가할 가능성이 있는지의 여부를 결정적으로 중요시하는, 최근에 Lieb 에 의해서 발전된 이론(Munchener Kommentar zum BGB, §812 Anm .214, 215)도 역시 이와 같은 입장을 되풀이하고 있다. 그러나 이와 같은 이론에 의하더라도, 피고가 주장하는 바와 같은 원고가 그의 초상을 영업적으로 이용할 수 없다고 하는 고용계약상의 금지가 있다고 하더라도 이로서 부당이득반환청구권의 발생을 저지할 수는 없을 것이다. 앞에서 인용된 판결들은 초상권을 침해 당한 자는 사물의 도리상 어떤 경우에라도 그의 초상을 영업적인 목적으로 사용할 것을 허락하지 않았으리라는 것을 중요시하고 있는 것이다. Lieb 는 침해된 법익이 객관적으로 보아서, 추상적 · 구체적인 경우에 따라서는 이용이나 환가할 가능성을 내포하고 있는지의 여부가 가장 중요한 것이라고 강조하고 있는 것이다. 이는 바꾸어 말하면, 인격권의 이용가능성 또는 환가 가능성을 판단함에 있어서는 객관적인 법에 따른 법률적인 성격, 즉 이 경우에 있어서는 법익보유자의 의사가 가장 중요하다는 것을 의미하는 것이다. 즉 법익보유자가 제 3자와의 사이에서 가지는 구속력은 위 판단에 있어서 중요하지 않은 것이다. 독일민법 제 137 조에 화체된 법률사상은 위에 말한 것 이외의 다른 것을 의미하는 것은 전혀 아닌 것이다. 즉 위 법조문은, 부당이득채권자가 제 3자에 대해서 부당이득반환청구권을 행사하지 않기로 한 의무를 부담하고 있다는 것은 제 3자 즉 본건에 있어서는 부당이득채무자가 이를 원용할 수 없다는 것을 의미하는 것이다.

3. 이용으로 인한 이득의 액수는 당 법원이 독일민사소송법 제 287 조 제 2 항에 따라 자유로운 심증으로 정하여야 한다.

위 액수를 산정함에 있어서는 유명한 TV탤런트가 그의 이름 및 초상을 1 회 허가 없이 어느 지방지의 광고란에 게재된 것으로 인하여 1 천마르크를 받았고, 또한 W 는 그의 이름 및

사진이 수개월에 걸친 광고캠페인에서 사용됨으로 인하여 1 만마르크를 받은 일이 있다고 피고가 인정한 사실들을 고려해서 정하여야 할 것이다.

여러 차례 독일 국가대표 축구팀의 주장을 했던 유명한 축구선수의 사진을 운동복에 허가 없이 사용했던 것을 이유로 해서 그 선수에게 4 천마르크의 배상을 하도록 했던 뮌헨고등법원의 판결(AfP 1976. 103) 및 M 이라는 여가수의 이름을 전국적인 일간지에 그의 승낙 없이 배포한 것을 이유로 해서 그녀에게 5 천마르크의 배상을 인용했던 당원의 판결(3U 178/71) 등은 모두 앞에서 말한 것과 그 궤를 같이 하는 것이다.

앞에서 본 여러 판례들에 비추어서 보면 본건에 있어서 원고가 요구하는 1 만 2 천 마르크의 사용료는 너무 많은 것같이 생각된다. 원고가 독일에 있어서 독일 텔레비전 방송계의 가장 유명한 사람들 중의 한 사람인 것은 틀림이 없다. 그러나 그의 광고적인 측면에 있어서의 가치는 축구선수의 경우보다 더 높다고 할 수는 없을 것이다. 게다가 본건에 있어서는 피고는 원고의 사진을 지역적으로 제한된 범위에서 배포하였으며, 또한 원고의 모습을 약간은 변형해서 이용하였던 것이다. 이와 같이 본래의 모습을 약간 변형시킨 것이 독일민법 제 812 조의 관점에서 개인의 인격권을 특별히 강하게 침해한 것으로서 더 많은 사용료를 지불하여야 한다는 것은 타당하지 않은 것이다. 이러한 고찰방법은 인격권의 침해로 인한 위자료청구권의 요소와 본건에 있어서 문제로 되는 부당이득 반환청구권의 요소를 혼합한 것으로서, 이는 인격권의 침해의 경우에 독일민법 제 823 조 및 제 847 조에 따라서 손해배상청구권을 발생시키게 되는 「침해」라는 개념의 중요성을 경감시키는 결과로 된 것이다.

이러한 사정들을 고려해 보면 당원은 원고에 대해서 사용료로서 4 천마르크를 인정하는 것이 상당하다고 생각하는 것이다.

함부르크의 지방법원이 원고의 사진이 변형되지 않은 형태로 고객들을 위한 잡지에 실린 것을 이유로 원고에게 8 천마르크를 인용했던 판결(74 O 190/76)은 당원을 기속하는 것이 아니다. 위 판결은 또한 위 액수에 상응하는 원고의 시장가치를 인정하는 것도 아니다.

뿐만 아니라 원고는 위와 같은 사실들을 주장하거나 입증하지도 아니하였다. 그렇기 때문에 이에 대한 감정인의 감정을 구할 필요도 없었던 것이다.

4. 원고의 나머지의 청구는 역시 인격권의 침해로 인한 손해배상청구권의 관점으로 부터는 발생하지 않는다.

이러한 청구권은 단지 인격권이 현저히 침해된 경우에만 문제로 될 수 있는 것이다.(BGH, NJW 1971, 689ff)

본건에 있어서는 이러한 청구권은 문제로 되고 있지 않은 것이다. 본건에 있어서 원고의 그림이 약간 만화적으로 그려져 있다고 하는 성격은 그 방식이나 서술에 있어서 흔히 보이는 광고삽화의 부류에 속하는 것이다. 그리하여 이러한 것은 명예를 훼손하는 것을 내용으로 하고 있지는 않는 것이다.

뿐만 아니라 본건에 있어서 원고는 그가 그의 명예를 훼손당한 것으로 느꼈다거나, 또는 본광고가 어떤 면에 있어서든지 원고의 명예를 실추시킬 위험이 있다고 주장하지도 않았던 것이다.

4. 또한 원고에게는 독촉절차에서 소요된 변호사비 용의 상환청구가 허용된다.

피고의 광고행위는 원고자신의 초상권에 대한 불법한 침해를 의미하는 것이다. 이 독촉절차를 통해서 피고가 더 이상의 권리침해행위를 하는 것을 방지하였다. 이러한 것은 확립된 판례에 의하면 원고의 추정적인 이익 및 의사에 합치하는 것이다(BCHZ 52, 393-Fotowettbewerb 사건). 독일민법 제 683 조 제 1 문 및 제 670 조의 규정에 따라서 원고는, 그 상황하에서 필요불가결 하였던 비용의 배상을 청구할 수가 있는 바, 위 비용에는 변호사비용도 역시 포함되는 것이다.