

## 사전승낙없이 초상을 상품광고에 도용한 것은 위법

Tolley v. Fry and Sons, LID.  
(1931) H. L. 333

### 사실개요 및 재판경과

이 사건의 원고는 유명한 아마골퍼이고, 피고들은 여러가지 형태의 초콜렛을 제조하는 업자들이다. 1928년 6월 피고들은 원고의 동의 내지 승낙없이 런던과 그 인근지역에서 많은 발행부수를 가지고 있는 Daily Sketch 및 Daily Mail 이라는 신문에 이제 막 드라이브샷을 마친 골프 복장의 원고의 풍자화를 실었는데 그의 바지 옆주머니로부터 피고들 제품인 초콜렛 1개가 삐죽 빠져 나와 있고 그와 동행한 캐디는 피고들 제품인 초콜렛 여러개를 손에 들고 있는 모습이었으며, 위 풍자화 밑에는 피고들 제품인 초콜렛의 훌륭함을 원고의 드라이브샷의 그것에 비유하는 오행시가 게재되어 그 모두가 피고들 상품의 광고임이 명백하였다.

이에 원고는 명예훼손을 이유로 하는 손해배상청구소송을 제기하였는데 그는 위 풍자화나 글들이 그 자체에 있어 명예훼손적인 의미를 갖고 있다고는 주장하지 않고 다만 진의설명조항(innuendo-명예훼손에 기한 소추 또는 민사소송이 제기된 경우에, 그 기소상 또는 소장 중에 피고인 또는 피고가 현재 사용 또는 전달한 표현을 기재한 부분이 있는 것은 물론 필요하지만, 그 부분과는 별도로 또는 그 부분에 부가하여, 그 표현이 외관상은 특정한 또는 원고를 지칭하고 있지는 않지만, 실은 특정한 또는 원고를 지칭하는 것 이라는 사실을 설명하거나 또는 그 표현이 일절 명예를 해하는 것 같은 외관을 나타내고 있지는 아니하지만, 실은 은어적이라는 등의 이유로 명예를 해하는 것이라는 사실을 설명하는 경우, 그러한 진의를 설명하는 부분을 innuendo 라고 부른다.)에서 피고들은 위 광고를 통하여 일반사람들로 하여금 원고가 피고들 제품인 초콜렛을 선전할 목적으로 일정한 보수를 받고 그의 이름과 초상이 상업적광고에 쓰여지는 것을 동의 내지 승낙하였고 이로 인하여 그의 아마골퍼로서의 명성을 단지 돈을 위하여 팔아버림으로써 명예를 더럽혔다고 인식하게끔 하였다고 주장하였다.

위 소송진행 중 원고는 만일 아마골퍼가 그의 이름이나 초상이 상품광고에 쓰여지도록 동의 내지 승낙하였다면 일반사람들은 그가 이제 더 이상 아마골퍼로서의 지위를 유지하고 있지

않으며 명성있는 골프클럽의 회원지위를 평가하도록 요구받게 될 것이라고 생각할 것이라는 취지의 증거들을 제출하였는데, 이는 주로 위 광고가 원고의 아마골퍼로서의 지위에 미칠수 있는 여러가지 영향을 다른 내용의 피고들과 그들의 광고 대행업자간에 주고 받은 서신등에서 나타냈다.

위 소송의 막바지에 이르러 피고들은 이 사건은 배심원들이 결정할 수 있는 권한 밖의 것이라고 주장하였으나, 액튼 판사는 위 광고가 원고에 대하여 명예훼손적 의미를 가질수 있으므로 사실상 그러한 의미를 가지고 있느냐의 여부는 배심원들이 결정할 사항이라고 피고들의 위 주장을 배척하고, 나아가 배심원들은 위 광고가 원고의 명예를 훼손하였다는 이유로 피고들에게 손해배상금 1 천 파운드를 지급하라고 평결하였다.

이 평결에 대하여 피고들은 손해배상액이 지나치게 많을 뿐 아니라 이 사건은 배심원들이 결정할 사항이 아니라는 이유로 새로운 재판을 요구하면서 항소하였는데, 이에 항소심 (Court of Appeal)은 위 손해배상금이 너무 고액이므로 여하튼 그 이유만으로도 새로운 재판이 명령되어야 한다는 결론에 도달하였으나, 다수의견 (the majority of the Court)은 더 나아가 이 사건에서는 배심원들이 결정할 사항이 없으므로 피고들 승소판결이 내려지도록 지휘되어야 한다고 판결하였다. 이 후자의 판결에 대하여 원고가 대법원에 상고를 제기하기에 이르렀다.

## 판결요지

대법원은 이 사건을 심리한 결과 다음과 같은 요지의 판결을 내렸다.

본판결에는 HAILSHAM 경, DUNEDIN 경, BUCKMASTER 경, BLANESBURGH 경 및 TOMLIN 경이 관여하였다.

1. 명예훼손에 관련된 이 사건소송에 있어서 판사는 문제된 광고에 나타만 모든 표현이 명예훼손적인 의미를 가지고 있을 수 있는지 여부에 관하여 판단하여야 하고, 그러한 의미를 가지고 있을 수 있다고 판단되면 사실상 그러한 의미를 가지고 있는가의 여부에 관한 판단은 배심원들에게 맡겨야 할 것인 바, 그러한 의미는 그 사용된 표현들의 자연적이고 통상적인 의미에 비추어 보아 주위상황에서 그와 같이 추론되는 것으로 원고에 의하여 주장되면 족한 것이고 원고가 명시적으로 이를 주장하는 경우에만 가능한 것이 아니다.

2. 이 사건에 있어서는 위 광고에 나타난 모든 표현들이, 자연적이고 통상적인 의미에 비추어 볼 때 특별한 지식이 없는 합리적인 일반사람으로서의 피고들과 같이 유명한 초콜렛 제조업자들이 그들의 상품 선전을 위하여 원고의 이름이나 서상을 사전에 아무런 동의없이 사용하리라고는 생각하지 않을 것이기 때문에, 원고가 그의 이름과 초상이 위 광고에 쓰여지는 것을 동의 내지 승낙하였고 이로써 아마골퍼로서의 그의 지위가 손상되었다고 추단하기에 족한 것이므로 배심원들은 위 광고가 원고에 대하여 명예훼손적인 의미를 가지고 있다는 쪽으로 기울어져야 한다.

3. 따라서 이 사건은 배심원들이 결정할 문제를 내포하고 있지 아니하므로 피고들 승소판결

이 내려지도록 유도되어야 한다는 항소심판결은 취소되어야 하고 또한 이 사건소송의 1 심에서 지급을 명한 손해배상액은 너무 고액이어서 부당하므로(이 점에 관한 항소심판결에 대하여 원고는 상고를 제기하지 아니 하였다) 이를 재평가하기 위한 새로운 재판이 명령되어야 하며, 1 심인 액들 판사 앞에서의 소송비용과 대법원에의 상고비용은 피고들이, 항소심에서의 소송비용은 각당사자가 부담하도록 하여야 한다.

4. 위 판결에 관여한 각대법원판사의 견해는 다음과 같다.

#### HAILSHAM 경의 견해

이 사건에서 원고가 승소하기 위하여서는 먼저 문제된 위 광고에서 나타난 모든 표현들이 명예훼손적인 의미를 가지고 있다는 것을 배심원들에게 입증하여야 할 것이다. 원고가 그 자신의 진술과는 별도로 제출한 진술증거로서는 사회적으로 저명한 아마골퍼인 스토리씨와 유명한 골프클럽의 비서인 홉슨 씨의 증언이 있는데, 스토리씨는 「만일 아마골퍼가 상품광고를 위하여 이름을 사용하도록 빌려 주었다면 일반사람들은 그가 이제 더 이상 아마골퍼로서의 지위를 가지고 있지 않다고 생각할 것이며, 그로 인하여 그의 아마골퍼로서의 명성은 훼손될 것이다」 라고 진술하였고, 홉슨 씨는 「만일 아마골퍼가 상품광고기획에 그 자신을 내맡겼다면 그는 곧 명성있는 골프클럽의 회원지위에서 사직하도록 요구받게 될 것이라고 생각한다」 라고 진술하였다.

나는 만일 배심원들이 위 증거들을 받아들이고 따라서 위 광고에 실린 모든 표현들이 원고가 피고들의 상품광고기획에 그 자신을 빌려주었다는 의미를 지니고 있다고 판단되면 아마골퍼인 원고의 동의나 승낙없이 그를 피고들의 상품광고에 사용한 행위는 마땅히 원고에 대하여 명예훼손이 된다는 평결을 내려야 한다고 생각하나 먼저 위 광고에 나타난 모든 표현들이 명예훼손적인 의미를 가질 수 있느냐 하는 선결문제가 있다. 만일 위 광고에

나타난 표현이 그러한 의미를 가질 수 있다고 판단되면 판사는 이 사건을 배심원들에게 맡겨야만 할 것이다. 피고들은 이 사건에서 사회적으로 저명한 인사들을 광고목적으로 사용하기 위하여서는 당연히 사전에 그들의 동의를 받아야 한다는 명백한 증거가 없고 그러한 증거가 없는 이상 배심원들은 원고의 이름이나 풍자화가 위 광고에 나타난 것만으로는 곧 원고가 그러한 동의를 해주었다고 추단케 한다는 결론에 도달할 수가 없다고 주장하나, 이 사건에서의 문제의 해결은 일반사회의 어떤 특정한 계층에만 국한하여 알려진 사실이 아니라 위 광고된 사실로부터 보통사람이 이끌어 낼수 있는 의미에 달려있으므로 나는 반드시 위와 같은 증거가 필요하지에 관하여 의문을 가지고 있다.

나는 특별한 법률지식이 없는 보통사람으로서의 배심원들은 피고들과 같이 유명한 상인이 별별스럽게 그들의 상품을 선전하기 위하여 사회적으로 저명한 사람의 이름이나 명성을 그의 동의 없이 사용한다고 추단하지는 않을 것이라고 각한다. 그러나 설령 위와 같은 증거가 필요하다고 하더라도 나는 이 사건소송에 제출된 피고들과 그들의 광고대행업자간에 주고받은 서신 등에서 그러한 증거를 찾을 수 있다고 본다. 위 서신 등에 나타난 바에 의하면 이 사건에서 문제된 위 광고가 신문에 실리기 6개월 전에 피고들은 그들 상품의 우수성을 선전하기 위하여 사회 각층의 유명한 사람들을 광고에 사용할 가능성을 고려하기 시작하면서 그러한 제안을 받은 위 사람들 중 몇 사람은 이를 반대할 것이라는 사실을 알고 있었으므로 위 광고에 사용할 위 사람들의 이름이나 풍자화가 명예훼손적인 의미를 가질 수 있는가의 여부에 관하여 법률고문의 의견이 수렴되었으며, 그러한 과정에서 먼저 유명한 프로 테니스선수인 수잔 랭글렌 양을 피고들 상품의 광고에 사용하는 것이 좋겠다는 피고들 광고대행업자의 제안이 있었는데, 이에 피고들은 위 프로테니스선수 대신 유명한 아마테니스선수들인 월스 양과 뉴달 양을 광고에 쓸 것을 지시하였고, 이에 대하여 피고들 광고대행업자는 1928년 6월 4일자 서신에서 테니스계에서는 골프계에서보다도 아마의 지위가 더욱 신중하게 지켜져야 하므로 그들을 사전에 아무런 동의없이 광고에 사용하는 것은 명예훼손이 될 우려가 있으므로 바람직하지 못하다고 응답하고 있다.

나는 배심원들이 위 광고에 나타난 모든 표현에서 당연히 도출되는 의미가 무엇인가를 결정함에 있어서 위 서신등을 고려하여야 할 것이고 위 서신등에서 피고들 상품선전의 일환으로 그 광고에 원고의 이름이나 풍자화를 사용하는 것이 일반사람들로 하여금 원고가 아마로서의 그의 지위에 맞지 않는 조건에 동의하고 위 광고에 그의 이름을 일러주었다고 추단하게끔 볼 수 있다고 결정할만한 증거가 현출되었다고 볼 것이므로 이 사건은 배심원들이 결정하여야 할 것이라고 생각한다.

1심에서 지급을 명한 손해배상금에 관하여 항소심이 지나치게 많다고 판결한 데 대하여는 원고로부터 상고가 제출되지 아니 하였으므로, 결국 새로운 재판이 있어야 할 것인 바, 그 새로운 재판이 손해배상액의 재평가에 국한되느냐, 또는 전체사건의 새로운 재판으로까지 확장되느냐는 자유재량의 문제이나, 나는 위 사건의 사실들에서 손해배상액이 지나치게

과다하여 배심원들이 전체사건에 대하여 편견이나 잘못된 견해를 갖고 있다고 볼 수 있을 정도는 아니므로 새로운 재판은 손해배상액의 재평가에만 국한되어야 한다고 생각한다.

## DUNEDIN 경의 견해

이 상고에 의하여 제기된 유일한 문제는 이 사건이 판사에 의하여 배심원들의 손에서 벗어나야만 하고 따라서 피고들 항소판결이 내려져야 하는가 하는 점이다. 이를 위하여는 먼저 위 광고에 나타난 모든 표현이 명예훼손적인 의미를 가질 수 있는가 하는 점이 선결되어야 한다는 점에 관하여는 논거의 여지가 없고, 만일 판사가 그렇게 판결하거한다면 사실상 그러한 의미를 가지고 있는가의 여부는 배심원들이 결정할 사항이다. 이러한 문제에 가장 권위적인 해답을 줄 수 있는 판결은 Capital and Counties Bank v. Henty 사건에서의 대법원의 판결이다. 사용된 문언의 표현 그 자체는 명예훼손적인 의미를 갖고 있지 않았던 위 사건의 판결에서 대법원판사 세번경은 더 나아가 그러한 문언이 표현된 상황까지 의문을 제기하였는데, 위 문언이 표현된 안내장이 Henty의 고객들에게만 전달된 위 상황도 어떠한 명예훼손적으로 이끌지 않는다고 판단하면서 만일 위 안내장이 일반대중에 공표되는 다른 상황이었다면 그 결과는 전혀 다를 수 있다고 지적하였다. 위와 같은 논리를 이 사거에 적용하면 원고의 모습이 실린 피고들 상품의 광고가 일간신문에 게재된 상황에서 일반대중은 위 광고를 봄으로써 원고가 어떻게 또한 어떠한 이유로 상업적 광고에 쓰여지게 되었는가 하는 점에 관하여 어떠한 연계인식을 갖게 되고 그러한 인식은 결국 원고가 무상이든 유상이든 상업적 광고에 쓰이는 것을 동의하였을 것이라는 것이고, 따라서 그로 인하여 원고의 아마골퍼로서의 지위가 손상받게 되어 그의 동의 내지 승낙없이 이를 상품광고 사용한 피고들의 행위는 명예훼손적인 의미를 지닐 수 있다고 보아 나는 이러한 모든 문제가 배심원들이 결정할 문제게 속한다고 생각한다. 여기서는 1심에서의 배심원들의 판결의 정당성이 아니라 이 사건이 배심원들이 결정할 사항인가 하는 점이 문제가 되고 있기는 하나 배심원들이 이 문제를 해결하기 위하여서는 첫째, 위 광고에 실린 배심원의 풍자화가 이에 대하여 원고가 동의하였다고 인정케 할 수 있느냐 하는 점과 둘째, 그렇다고 한다면 그것이 원고의 아마골퍼로서의 지위에 손상을 주고 원고에게 해를 주느냐 하는 점이 순차로 검토되어야 하는데, 첫째점은 원고의 풍자화 그 자체와 그 용도 및 주위상황 등에 의하여 결정될 것이고, 둘째점은 골퍼들에 의하여 밝혀진 증거들에 달려 있다고 생각한다.

## BUCKMASTER 경의 견해

만일 위 광고가 원고의 동의를 얻고 위 일간 신문들에 게재되었다면, 이 사건소송에서 현출된 스토리 씨와 흡슨 씨의 각 증언은 그러한 행위가 원고의 골프클럽에서의 지위와 아마골퍼로서의 지위를 모두 심히 손상하게 될 것이라는 것을 명백히 나타내고 있다고 본다. 따라서 문제는 위 광고 그 자체만으로 피고들이 사전에 원고의 동의를 유상이든 무상이든 얻었다고 추단할 수 있느냐 하는 점이다.

그 해결을 위하여서는 위 광고가 나오게 되기까지의 모든 상황이 고려되어야 할 것인 바, 이 사건에서 문제가 된 것은 단순한 풍자화가 아니라 광고이고, 따라서 유명한 상인이 별별스럽게도 그의 상품을 선전하기 위하여 어떤 사람의 동의없이 그의 초상이나 명성을 이용하였다고 볼 것인가의 여부에 관한 문제는 바로 배심원들이 결정할 사항이라 할 것이다. 나는 이 사건소송에 노출된 피고들과 그들의 광고대행업자간의 1928년 6월 4일자 서신은 매우 중요한 의미를 갖는다고 보는데 위 서신에 나타난 바에 의하면 피고들과 그들 광고대행업자는 위와 같은 광고가 골프나 테니스계에 있어서의 아마선수로서의 지위에 미칠 수 있는 영향에 대하여 잘 알고 있었다고 볼 수 있기 때문이라고 생각한다. 따라서 위 광고 자체가 이에 쓰여진 사람이 그러한 광고에 사용되는 것을 사전에 동의하였다고 일반사람들로 하여금 추단케 할 수 있음이 명백한 이 사건에서의 배심원들의 평결은 손해배상액수를 제외하고는 정당하다고 생각한다. 손해배상액이 너무 과다하다는 항소심판결에 대하여 원고가 상고를 제기하지는 않았으나 이를 재평가하기 위한 새로운 재판이 명목상 또는 근소한 손해배상액을 명하여서는 안 된다고 생각한다. 원고에 대한 중대한 침해가 있었다고 보기 때문이다.

## TOMLIN 경의 견해

이 상고에서 제기된 유일한 문제는 1심 판사가 이 사건을 배심원들에게 맡긴 것이 잘못된 것이냐 하는 점이다.

만일 판사가 위 광고에 나타난 풍자화나 글들이 명예훼손적인 의미를 가질 수 있다고 판단하면 그것이 사실상 명예훼손이 되느냐의 여부는 배심원들이 결정할 문제이다.

여기서 문제가 된 것은 아마골퍼로서 유명한 원고의 풍자화나 그를 묘사하는 여러 글들이다.

이는 피고들에 의하여 그들 상품을 선전하기 위하여 광고에 사용되었는데, 위 광고를 둘러싼 모든 상황이나 환경에 비추어 일반사람들로 하여금 원고가 이에 동의하였음을 암시할 수 있다는 것이 나의 견해이고, 더 나아가 증거들은 그러한 암시가 원고의 명예에 해가 될 수

있다는 것을 뒷받침하여 주고 있으므로 이 사건을 배심원들에게 맡긴 1 심판사의 결정은 옳다고 본다.