



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리,
‘퍼블리시티권’에 관한 비교법적 고찰

-우리나라와 프랑스의 논의를 중심으로-

2019년 8월

서울대학교 대학원
법학과 지적재산권법 전공
김연수

인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리,
'퍼블리시티권'에 관한 비교법적 고찰

-우리나라와 프랑스의 논의를 중심으로-

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2019년 4월

서울대학교 대학원
법학과 지적재산권법 전공
김 연 수

김연수의 석사 학위논문을 인준함

2019년 6월

위 원 장 _____인

부 위 원 장 _____인

위 원 _____인

국문초록

영상매체와 정보통신기술의 발달, 광고 및 콘텐츠 산업의 발전은 사람의 성명, 초상 등 인격적 표지가 상업적으로 이용되는 현상과 이에 따른 분쟁의 증가로 이어졌다. 미국에서는 이 문제를 프라이버시권(Right of Privacy)으로 접근하였다. 그러나 연예인, 운동선수 등은 성명이나 초상이 무단으로 사용되더라도 직업의 특성으로 인해 프라이버시가 침해되었다고 볼 수 없는 경우가 발생하였다. 그리하여 1953년에 Haelan 판결에서 퍼블리시티권(Right of Publicity)이 등장하였고, 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리가 별개의 재산권으로 발달하였다. 한편 독일에서는 미국에서 퍼블리시티권으로 논의되는 문제를 인격권의 영역에서 다루고 있다. 독일연방대법원은 개별적 인격권과 일반적 인격권에 재산권적 성격이 있다고 본다. 독일연방대법원은 1999년 말레네 디트리히 판결에서 인격권의 재산적 구성부분은 그 양도성 여부와 상관없이 상속된다고 하였다. 인격권의 재산적 구성부분의 양도성에 대해서는 명시적으로 입장을 밝히지 않았으나, 상속성은 인정하는 것이다.

우리나라에서도 미국의 퍼블리시티권론이 소개되었고, 퍼블리시티권을 인정하는 판례들이 나왔다. 그러나 아직 퍼블리시티권에 관한 명문 규정이나 그 인정 여부 및 법적 성격에 관한 대법원 판례가 없다. 오늘날 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 보호할 필요가 있다는 점에 대하여는 어느 정도 논의가 정리되어 가고 있다. 다만, 그 권리를 퍼블리시티권이란 별개의 재산권으로 보호할 것인지 아니면 인격권의 보호범위를 재산적 이익으로 넓힘으로써 보호할 것인지 치열한 논쟁이 계속되고 있다.

이 논문에서는 대륙법계의 중요한 흐름을 형성하고 있는 프랑스의 법제도를 소개함으로써 이 쟁점의 합리적 해결을 위한 시사점을 찾고자 하였다. 프랑스에서는 인격적 표지의 상업적 이용에 관한 문제를 성명권(droit au nom), 음성권(droit à la voix), 초상권 내지 이미지권(droit à l'image)의 측면에서 논의하고 있다. 프랑스 사법법원의 최고 법원인 파기원은 국가적으로 알려진 이름의 재산권성을 인정하였다. 음성권과 초상권의 경우 사진, 광고 기술의 발달로 허락 없이 타인의 초상을 촬영하고 이를 이용하는 것이 주로 문제되었던 20세기 초에는 이 권리를 인격권으로만 파악하는 학설이 많았다. 20세기 중후반부터 성명, 초상 등이 거래의 대상이 되는 인격의 계약화·재산화 현상이 나타나자 초상권에 인격권적 성질과 재산권적 성질이 공존하고 있다고 보거나, 소극적 권리로서의 초상권과 적극적이고 재산적인 권리로서의 ‘초상에 관한 권리’를 나누어 보는 견해가 대세를 이루고 있다. 나아가 종래의 초상권은 사생활권으로 흡수하고, 초상권을 재산권으로 재구성할 것을 제안하는 학설도 등장하였다. 프랑스의 1심과 항소심 판례 중에는 초상권의 재산권적 성질을 인정한 사례가 다수 있다. 그러나 파기원은 지금까지 초상권에 재산권적 성질이 있는지 명시적으로 판단한 바 없고, 초상권자의 동의, 승낙으로 인한 계약의 문제로 접근하고 있다.

이처럼 사회현실 변화에 대한 대응과 문제해결방식은 각 나라의 법률과 그에 기반을 둔 학설, 판례를 통해 이룩되어 온 법적 체계에 따라 다를 수밖에 없다. 우리나라에서 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 보호할 필요성과 그 배경, 이론적·법적 근거, 문제 해결의 일관성과 예측가능성 등을 고려하면, 이 권리를 광의의 부정경쟁방지를 위한 재산권으로 이해하고, 양도성과 상속성을 인정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 구체적인 사건에서는 민법 제750조, 부정경쟁방지법

제2조 제1호 등의 구성요건에 따라 권리 침해 여부나 규제대상에 해당하는지 여부를 검토하여야 한다. 인격의 형해화에 대한 우려는 당사자의 의사를 엄격히 해석하고, 공서양속, 신의칙, 권리남용 등 사법상의 일반원칙을 적용함으로써 해결해 나가야 할 것이다.

주요어 : 퍼블리시티권, 인격권, 성명권, 음성권, 초상권, 이미지권, 인격적 표지,
상업적 이용

학 번 : 2006-21595

목 차

제1장 서론	1
제1절 문제의 제기	1
제2절 연구의 목적	2
제3절 연구의 범위	4
제2장 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리의 이론적 구성	5
제1절 퍼블리시티권론	5
I. 개념	5
II. 미국의 퍼블리시티권	6
1. 서설	6
2. 퍼블리시티권의 발전과정	7
III. 퍼블리시티권의 이론적 근거	13
1. 의의	13
2. 이론적 근거	14
3. 검토	17
IV. 우리나라에서의 논의	18
1. 퍼블리시티권 논의의 도입	18
2. 법적 성질에 관한 학설	19
3. 법적 근거	21
제2절 인격권론	25
I. 서설	25
II. 독일의 인격권론	26
1. 인격권의 개념 및 발전	26
2. 인격적 표지의 재산적 가치의 보호방법	29
III. 우리나라의 인격권설	31

1. 우리나라의 인격권	31
2. 성명권과 초상권	33
3. 인격권의 보호범위를 인격적 표지의 경제적 이익으로 확장하자는 논의	35
4. 퍼블리시티권설을 비판하는 근거	37
제3절 소결	39
제3장 프랑스의 논의	42
제1절 개관	42
제2절 인격권	42
I. 개념	42
II. 인격권의 등장	43
1. 생성	43
2. 인격권 규정의 도입	43
III. 보호범위	44
IV. 인격의 재산화 현상	45
제3절 성명권	45
I. 개념	45
II. 성명권의 재산권성	46
1. 파기원 판결	46
2. 유럽연합 사법재판소의 태도	47
III. 소결	48
제4절 음성권	48
I. 개념과 내용	48
II. 음성권 침해와 저작인격권 침해 사이의 관계	49
III. 소결	50
제5절 초상권	50

I. 개념	50
II. 발전 과정	51
1. 인식의 변화	51
2. 초상권을 인정한 초기 판례	51
3. 초상권과 사생활을 존중받을 권리의 관계 정립	53
III. 법적 근거	53
1. 일반적 근거규정	53
2. 모델과 전문 운동선수의 이미지에 관한 규정	56
IV. 법적 성질	56
1. 서설	56
2. 학설	57
3. 판례	61
V. 침해에 대한 제재로서의 손해배상	67
1. 정신적 손해	67
2. 재산적 손해	70
3. 정신적 손해와 재산적 손해의 관계	71
4. 소결	72
VI. 입법론	72
1. 입법의 필요성에 관한 논의	72
2. 2003년 입법안 소개	73
3. 소결	73
제4장 우리나라의 주요 판례	75
제1절 서언	75
제2절 대법원 판례	75
I. 성명권에 관한 결정	75
II. 초상권에 관한 판결	76

제3절 사실심 판례	77
I. 퍼블리시티권 개념이 처음으로 소개된 판례	77
II. 퍼블리시티권이 긍정된 대표적 사례	78
1. 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결(비달사순 사건)	78
2. 서울동부지방법원 2004. 2. 12. 선고 2002가합3370 판결(허브좌 혼 사건)	79
3. 서울고등법원 2005. 6. 22. 선고 2005나9168 판결(이영애 사건) ..	79
4. 서울고등법원 2010. 2. 9. 선고 2009나47458 판결	80
5. 서울고등법원 2013. 8. 22. 선고 2012나105675 사건	81
III. 퍼블리시티권이 부정된 대표적 사례	82
1. 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061	82
2. 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결	83
IV. 최근의 제1심·항소심 판결	85
1. 최근 경향	85
2. 서울고등법원 2014나2028495 판결	86
3. 서울고등법원 2016나2057657 판결	87
4. 서울고등법원 2018나2003098 판결	87
V. 소결	88
제5장 구체적인 쟁점에 관한 비교 검토	90
제1절 양도 및 이용허락	90
I. 우리나라	90
1. 퍼블리시티권설의 논의	90
2. 인격권설의 논의	92
3. 판례	94
II. 프랑스	95

1. 서설	95
2. 계약의 자유	96
3. 형식	96
4. 동의 내지 허락의 성격	98
5. 제한	99
III. 검토	100
제2절 상속	101
I. 우리나라	101
1. 퍼블리시타권설의 논의	101
2. 인격권설의 논의	103
3. 판례	104
II. 프랑스	105
1. 상속성의 부정	105
2. 사후 보호	106
III. 검토	107
제3절 한계	108
I. 우리나라	108
1. 서설	108
2. 학설	109
3. 판례	109
II. 프랑스	110
1. 개관	110
2. 정보의 자유와의 관계	110
3. 풍자만화	112
4. 부수적 특징의 재생산(reproduction à caractère accessoire)	113
5. 소결	114

제4절 구제방법	114
I. 우리나라	114
1. 침해행위의 금지청구	114
2. 손해배상청구	115
II. 프랑스	115
1. 침해의 요건	115
2. 침해에 대한 제재	115
제6장 결론	118
참 고 문 헌	121
ABSTRACT	128

제1장 서론

제1절 문제의 제기

개인의 성명이나 초상에 대한 문제는 인격권의 문제로 다루어져 왔다. 본인의 허락 없이 촬영하거나 방송하는 것은 초상권, 성명권 등 인격권의 침해로서 그에 대한 침해정지 및 정신적 손해배상이 인정되었다.¹⁾

그러나 영상매체, 인터넷 등 정보통신기술의 발달과 엔터테인먼트 산업 및 콘텐츠산업의 발전으로 연예인이나 운동선수와 같은 유명인의 성명, 초상 등이 상품의 제작, 선전, 판매나 게임, 모바일 앱 등에 상업적으로 이용되는 것은 일상이 되었다. 또한, 개인의 성명이나 초상이 상업광고나 신문기사 등에 무단으로 사용되는 사례가 주로 문제되던 것에서 나아가 유명인들은 자신의 성명이나 사진을 이용하게 하고 그것이 가지는 고객흡인력에 따른 광고료나 이용료를 받는 계약을 체결하고 있다. 미국에서는 사람의 성명, 초상과 같은 인격적 표지가 상업적으로 이용되는 현상과 이에 따른 분쟁이 증가하는 것에 대응하기 위하여 프라이버시권이 활용되었다. 그럼에도 불구하고 연예인, 운동선수 등은 직업적 특성상 성명이나 초상이 무단으로 사용되더라도 특별한 사정이 없는 한 프라이버시가 침해되었다고 볼 수 없는 문제가 발생하자 1950년대부터 퍼블리시티권 이론이 발달하였다.

우리나라에서도 1995년 이른바 ‘이휘소 판결’에서 퍼블리시티권이라는 용어가 언급되고, 그 다음해 한위수의 “퍼블리시티권-성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임”이라는 논문이 발표되면서 퍼블리시티권에 관한 논의가 본격적으로 시작되었다. 그때부터 2005년까지는 퍼블리시티권이라는 독립된 권리를 우리나라에서 인정할 수 있는지에

1) 정상조박준석, 지식재산권법, 홍문사, 2013, 761면

관하여 논의되었고, 우리나라 판결들에 대한 평가가 이루어지기 시작하였으며, 미국의 퍼블리시티권이 자세하게 소개되었다.²⁾ 2006년 이후에는 퍼블리시티권의 이론적 근거, 침해유형, 손해배상의 범위 등 개별 쟁점에 대한 연구가 깊이 있게 행해졌다.³⁾ 한편으로는 초상, 성명의 상업적 이용에 관하여 인격권의 문제로 접근하는 독일의 보호형태가 소개되었고, 퍼블리시티권이라는 개념보다는 인격권의 법리를 확대하여 적용하자는 견해도 증가하였다.

퍼블리시티권을 인정하는 입장과 인격권으로 해결하자는 입장은 성명과 초상을 영리적으로 이용당하지 않을 소극적 권리뿐만 아니라 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 인정하고 보호할 필요가 있다는 점에는 공감대가 형성되어 있으나, 그 접근 방법과 법적 성질에 관한 이해에 차이가 있다고 할 수 있다.

즉 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 인정하는 전제를 공유하더라도 그 권리를 이론적으로 어떻게 구성할 것인지에 따라 구체적인 내용에 상당한 차이가 발생한다. 인격권으로 구성하는 경우에도 문제해결방식이 다양할 수 있는데, 인격권론을 탐구하기 위해서는 인격권론의 기원이 된 독일의 논의뿐만 아니라 대륙법계의 중요한 흐름을 형성하고 있는 프랑스의 논의를 균형 있게 살펴 볼 필요가 있다.

제2절 연구의 목적

퍼블리시티권은 법 이론보다는 사회적, 경제적 필요성에서 출발한 권리이다. 퍼블리시티권은 언론을 통해 일반 국민들에게도 널리 알려졌고, 공정거래위원회에서 고시한 연예인 표준전속계약서에 퍼블리시티권 항목이

2) 권태상, 퍼블리시티권의 이론적 구성에 관한 연구- 인격권에 의한 보호를 중심으로-, 서울대 법학연구총서, 경인문화사, 2013, 259면

3) 권태상(주 2), 260면

등장할 정도가 되었다. 정부에서는 우리나라 문화 콘텐츠 산업을 보호하기 위해 노력하고 있고, 퍼블리시티권에 관한 내용이 포함된 한류의 발전과 지속을 위한 정책을 내놓고 있다. 또한, 퍼블리시티권에 관한 법률안이 여러 번 제출되었고, 그 과정에서 2013. 7. 23. 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)에 제2조 제1호 차목이 신설되기도 하였다.

한편, 우리나라의 실정법체계에서 퍼블리시티권을 곧바로 인정할 수 있는지에 관하여 논쟁이 계속되고 있다. 인격권은 사람의 정신적 측면의 이익뿐만 아니라 경제적 측면의 이익도 함께 보호한다고 보고, 독일과 같이 기존의 퍼블리시티권에 관한 쟁점들을 인격권을 확장하여 해결하고자 하는 논의가 이어지고 있고, 이러한 경향은 최근의 판례에서도 나타나고 있다.

아울러 사람의 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리에 관하여 미국, 독일, 일본 등 다른 나라의 보호체계에 관한 연구도 활발히 이루어지고 있다. 그러나 우리와 같이 성문법주의를 취하고 있고, 법제가 유사한 프랑스의 논의에 관하여는 2016년경부터 초상권을 중심으로 한 연구가 시작되었다.⁴⁾

이에 이 논문은 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리에 관한 프랑스의 논의를 살펴보면서 우리나라에서의 논의를 어떠한 방향으로 보완하고 확장시켜야 할지를 연구하고자 한다. 나아가 우리나라의 최근 판결들을 분석하면서 프랑스의 학설과 판결의 시사점을 검토하기로 한다.

4) 프랑스의 초상권(이미지권)에 관한 국내의 선행연구로는 박수곤김태희, “프랑스법에서의 퍼블리시티권에 관한 논의의 전개 - ‘이미지 권’의 재산권적 성격에 대한 논의를 중심으로”, 비교사법 제23권 제2호, 2016; 고철웅, “프랑스법의 초상권론에 관한 일고찰- 초상의 경제적 이용을 중심으로-”, 비교사법 제24권 제1호, 2017이 있다.

제3절 연구의 범위

이 논문에서는 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 인정하는 것을 전제하고, 이 권리를 독립된 퍼블리시티권으로 구성할 것인지 아니면 인격권으로 보호되는 경제적 이익으로 구성할 것인지를 다루고자 한다. 인격적 표지에는 성명, 초상 외에도 음성, 캐릭터 등도 포함되나 이 논문은 성명과 초상을 중심으로 살핀다.

인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 퍼블리시티권으로 구성하는 것은 미국에서 출발하였고, 인격권으로 구성하는 것은 독일의 학설과 판례에서 영향을 받았다고 할 수 있다. 따라서 제2장에서는 미국에서 퍼블리시티권이 생성된 과정과 그 이론적 근거, 독일의 인격권 논의를 간단히 살펴보고, 우리나라에서 퍼블리시티권과 인격권설에 따른 이론적 구성을 검토한다.

제3장에서는 이 권리를 인격권으로 구성하는 경우에도 각 나라의 고유한 법제와 상황에 따라 그 구체적인 내용에는 차이가 있을 것으로 보이고, 우리나라는 프랑스와 매우 유사한 법제를 가지고 있으므로 프랑스에서 성명, 초상 등 인격적 표지의 상업적 이용에 관하여 접근하는 방식을 다룬다.

제4장에서는 우리나라의 최근 판결들을 분석하고, 제5장에서는 우리나라와 프랑스에서 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리의 이전성, 상속성 등을 쟁점별로 살펴보면서 인격적 표지의 재산적 이익을 충실히 보호하고 인격의 재산화 현상에 대응할 수 있는 방안을 살펴보고자 한다.

제2장 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리의 이론적 구성

제1절 퍼블리시티권론

I. 개념

우리나라에 퍼블리시티권에 관한 명문 규정이나 통일된 이론이 존재하지 아니하므로, 그 개념도 다양하게 정의되고 있다.

본격적으로 퍼블리시티권을 소개한 한위수의 논문에서는 퍼블리시티권을 “초상, 성명 등의 상업적 이용에 관한 권리, 즉 사람의 초상, 성명 등 그 사람 자체를 가리키는 것(identity)을 광고, 상품 등에 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리”라고 하였다.

“자신의 성명, 초상, 목소리, 서명, 이미지 등을 상업적으로 이용하거나 그 이용을 허락할 수 있는 권리”⁵⁾, “재산적 가치가 있는 개인의 성명, 초상 등 인격적 징표에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리(right of commercial appropriation)”⁶⁾, “성명·사진 등 개인의 인적 속성이 갖는 경제적 가치를 상업적으로 이용하는 것을 통제할 수 있는 권리로서 바꾸어 말하면 가령 상품의 판매를 촉진할 목적으로 광고를 하는데 있어서 개인의 성명·초상 등 그 사람 자체를 가리키는 것을 이용하는 경우, 그 이용자에게 그러한 행위를 중지하도록 요구할 수 있는 권리와 대가를 받고 사용을 허락할 수 있는 권리”⁷⁾ 등으로 정의되기도 한다.

5) 정상조박준석(주 1), 761면

6) 김재형, “인격권에 관한 입법제안”, 언론과 인격권, 박영사, 2012, 447면

7) 구재균, “퍼블리시티권에 관한 연구-국회에서의 입법논의와 관련하여”, 외법논집 제30집, 2008, 210, 211면

세부적으로는 차이가 있으나, 결국 퍼블리시티권이란 자신이 가지는 성명, 이미지, 외관 등 동일성 표지의 상업적 이용을 통제함으로써 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리라는 공통점을 찾을 수 있다. 즉 퍼블리시티권은 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리로서, 성명, 초상 등이 가지는 재산적 가치를 보호법익으로 한다.

동일성 표지를 상업적으로 이용할 수 있는 권리가 인격권에서 파생된 권리라는 점과 인격권과 별개의 권리라는 점이 양립 불가능한 것은 아니다.⁸⁾ 이 권리가 인격 침해를 방지하기 위한 수단으로 보호되기 시작하였음은 부정할 수 없는 사실이고, 그 적절한 보호를 위하여 인격권과 별개의 권리로 구성하는 것이 바람직한지가 문제이다.

II. 미국의 퍼블리시티권

1. 서설

퍼블리시티권은 미국의 판결례 속에서 인정되어 발전한 개념이다.

1950년대 이전에는 유명인들(Celebrities)의 성명이나 초상을 허락 없이 광고나 상품판매 등에 이용하는 것이 인격권의 일종인 프라이버시권(Right of Privacy) 침해의 문제로 다루어졌다.⁹⁾ 매스미디어산업의 발달과 함께 배우 등 유명인이 가지는 고객흡인력을 광고 등에 이용하려는 행위들이 횡행했다. 이에 유명인들은 자신의 이익을 침해받았다고 적극적으로 주장하였다. 일반적으로 대중에게 알려지기를 희망하고 이런 목적으로 행동하는 유명인들이 성명, 초상이 공표됨으로 인하여 정신적 피해를 입었다고 할 수 있는지 논란의 여지가 있었다. 그러나 초상 등 동일성 표지가 광고 등에 무단으로 사용됨으로써 유명인의 경제적 이익을 해하는 것을

8) 박준우, “인터넷 광고와 퍼블리시티권의 성격-‘부정경쟁방지법’ 차목의 적용을 중심으로-”, 산업재산권 제48호, 2015, 412면

9) 연기영, “퍼블리시티권의 침해와 손해배상의 과제”, 법학논총 제31집 제1호, 2014

통제할 필요가 있었고, 이러한 배경에서 퍼블리시티권이라는 권리가 탄생하게 되었다.

이와 같이 퍼블리시티권은 프라이버시권으로 보호하기 어려운 영역을 해결하기 위하여 발생하였으므로, 그 성립과정은 프라이버시권에 대한 소개로부터 시작하도록 한다.

2. 퍼블리시티권의 발전과정

가. 프라이버시권

1) 프라이버시권의 탄생

미국에서 프라이버시권은 1890년 Warren과 Brandeis가 발표한 “The Right to Privacy”라는 논문에서 등장하였다.¹⁰⁾ 이들은 프라이버시권을 개인이 사적으로 쓴 문서와 그 밖의 지적·정신적 생산물을 보호하는 권리라 하면서 그 보호의 성격과 범위는 시대에 따라 새롭게 정의될 필요가 있다고 하였고, 보호범위를 외모, 발언, 행위, 사적 관계 등에까지 확대하고자 하였다.¹¹⁾ 개인의 사적영역이 그 의사에 반하여 공개되는 것을 방지할 수 있는, 혼자 있을 권리(the right to be let alone)를 보장함으로써 언론이 예의와 품위의 경계를 넘어서고 가십성 기사를 양산함으로써 정신적 고통을 받는 개인을 보호할 수 있다고 본 것이다.¹²⁾

이후 Haelan 판결이 있기 전까지 개인의 성명, 초상 등 동일성표지를 허락 없이 상업적으로 이용하는 행위는 프라이버시권 침해의 문제로 다루어졌다.

1902년 뉴욕주 대법원은 Roberson이라는 젊은 여성의 사진이 피고의

10) 권태상(주 2), 15면

11) Samuel D. Warren/ Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5., 1890, 193면

12) Warren & Brandeis(주 11), 195면

밀가루 광고에 허락 없이 이용된 사건¹³⁾에서 프라이버시권을 인정하면 막대한 양의 소송이 발생할 것이라고 경고하면서 프라이버시권은 선형적으로 존재하는 원칙이라고 할 수는 없지만, 입법에 의해 규정될 수는 있다고 하였다. 이 판결이 선고된 다음해인 1903년에 뉴욕주 의회는 다른 사람의 이름, 초상 또는 영상을 서면 동의 없이 광고나 영업 목적을 위해 사용하는 것은 경범죄이자 불법행위에 해당한다는 내용의 법률을 규정하였다.

조지아주 대법원은 1905년 Pavesich 사건(원고는 화가였는데, 피고의 생명보험광고에 자신의 사진이 이용되고 그가 피고의 생명보험에 가입한 것처럼 허위의 추천문구가 기재되자 명예훼손과 프라이버시 침해를 주장하였다)¹⁴⁾에서 “프라이버시권은 자연법(natural law)으로부터 유래하는 권리고, 미국 헌법과 조지아주 헌법 중 적법절차에 의하지 아니하고는 자유를 박탈당하지 않는다는 규정에 의하여 개인에게 보장되는 권리”라고 판시하였다.

2) 유명인의 프라이버시권

연방 제5항소법원은 1941년 O'Brien이라는 유명한 미식축구선수가 자신의 사진을 맥주광고에 무단으로 사용한 회사를 상대로 프라이버시권 침해를 이유로 손해배상을 청구한 사건¹⁵⁾에서 “원고는 사인(private person)이 아니므로 초상이 공개되었다고 해서 권리를 침해받지 않는다. 원고는 공인으로서 지속적으로 대중적인 명성을 얻기 위해 노력해 왔으므로 원고의 사진 이용으로 인하여 정신적 충격을 입었다고 할 수 없기 때문이다.”라는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

이 판결의 소수의견은 “프라이버시권은 어떤 사람의 성명 또는 초상을 상업적 광고를 위하여 이용할 권리와 구분되며, 후자는 모든 사람에게 귀

13) Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N.Y.538, 64 N.E. 442 (1902)

14) Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905)

15) O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F. 2d 170(5th Cir. 1941)

속하는 재산권(property right)이다. 다수의견에 의하면 상업 광고업자들은 다른 사람의 이름이나 명성을 상업적으로 이용하기 위한 어떠한 보상도 없이 물품판매를 증가시키기 위하여 유명인의 인기를 적법하게 이용할 수 있게 되는데, 이는 거래시장에서의 이용과 관습에 반한다.”고 실시하며 다수의견을 비판하였다.

O'Brien 판결의 소수의견은 퍼블리시티권이 하나의 독립된 권리로 정립되는 과정에서 첫 단추가 된 것으로 평가받는다.¹⁶⁾

나. 퍼블리시티권의 생성

1) 연방 제2항소법원의 Haelan 판결

개인의 성명, 초상 등 동일성표지를 무단으로 상업적으로 이용하는 것을 프라이버시권 침해의 문제로 보면, 유명인과 공적인물의 경우에는 그 지위와 프라이버시권을 조화시키기 어려운 문제점이 있다는 것이 O'Brien 사건 등을 통해 드러나게 되었다. 그로 인하여 1950년경부터는 초상 등의 무단 이용에 관하여 정신적 손해가 아닌 재산적 손해를 주장하는 사안이 증가하였다.

이즈음 등장한 것이 1953년 연방 제2항소법원의 Haelan 판결¹⁷⁾이다.

원고는 껌 회사로서 계약을 통해 특정 야구선수의 사진을 광고에 사용할 독점권을 획득하였는데, 그 후 원고와 경쟁관계에 있는 피고가 이를 알면서도 동일한 야구선수와 사진사용에 관한 계약을 체결하고 실제로 이 선수의 사진을 실은 제품을 내놓자 이를 금지하기 위해 소를 제기하였다. 피고는 프라이버시권은 개인적인 것이고 양도할 수 없으므로, 원고의 특정 야구선수와 의 계약은 피고의 행위가 침해한 재산권 또는 기타 법적 이익을 원고에게 부여하지 않았다고 주장했다.

16) 임상혁, “퍼블리시티권의 한계에 관한 연구-표현의 자유와의 관계를 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2017, 14면

17) Haelan Laboratories. Inc. v. Topps Chewing Gum. Inc., 202 F.2d 866(2d Cir. 1953)

이 사건에서 법원은 “프라이버시권에 추가하여 독자적으로, 사람은 자신의 사진의 공표가치(publicity value)에 대한 권리, 즉 자신의 사진을 공표할 수 있는 배타적인 특권을 부여할 권리를 가진다. 그 부여는 사업이나 그 밖의 것의 양도를 수반함이 없이 유효하게 이루어질 수 있다. 이 권리는 ‘right of publicity’라고 할 수 있다. 배우와 야구선수 등 많은 유명인은 자신의 초상이 공개적으로 노출됨으로써 상처를 입는 것이 아니고, 광고 허락에 대한 대가를 받지 못하고 초상이 신문, 잡지, 대중교통에 전시됨으로써 심한 박탈감을 느낀다는 것이 주지의 사실이기 때문이다.”라고 판시하였다.

Haelan 판결은 퍼블리시티권이라는 표현을 처음으로 사용한 판결이고, 이 권리를 일종의 재산권으로 보고 양도성을 인정하여 유명인의 사진을 상업적으로 사용할 권리를 양수한 원고의 청구를 받아들였다는 점에서 큰 의의가 있다.

2) 기초형성

Melville B. Nimmer는 Haelan판결이 선고된 다음해인 1954년 이 판결을 단서로 ‘The Right of Publicity’라는 논문을 발간하였는데, 이 논문은 퍼블리시티권의 초석이 되었다고 평가된다.¹⁸⁾ 이때부터 미국에서 퍼블리시티권이 활발히 논의되기 시작하였다.¹⁹⁾

그는 퍼블리시티권을 “자신이 창조하였거나 매수한 공표가치로부터 이익을 얻거나 이를 통제할 수 있는 권리(The right of each person to control and profit the publicity values which he has created or purchased)”라고 정의함으로써²⁰⁾ 공표가치라는 개념을 중심으로 파악하

18) J. Thomas McCarthy, "Melville B. Nimmer and the right of publicity: a tribute", 34 UCLA Law Review 1703, June-August 1987, 1704면

19) 박준석, “퍼블리시티권의 법적성격 -저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?-", 산업재산권 제30호, 2009

20) Melville B. Nimmer, “The Right of publicity”, 19 Law & Contemporary Problem 203, 1954, 216면

였다.

이후 Prosser는 1960년에 발표한 “Privacy”라는 논문에서 프라이버시권의 침해유형을 ① 사적 영역에 대한 침입(instrusion), ② 사생활의 공개(public disclosure of private facts), ③ 공중에게 잘못된 인식을 심어주는 행위(false light in the public eye), ④ 도용(appropriation)의 4가지로 분류하였다. 이중 도용은 나머지 유형들과 성격이 다르고, 도용에 의하여 보호되는 이익은 정신적 이익이 아니라 재산적 이익이며, 이에 관한 권리가 재산권이 아니라 하더라도 일단 법에 의해 보호되면 이용허락(license)을 통해 이용할 수 있다고 하였다.²¹⁾ Prosser는 프라이버시권의 유형 중 하나인 도용에 퍼블리시티권을 포함하여 이해한 것으로 보인다.

3) 연방대법원의 Zacchini판결

연방대법원은 1977년 Zacchini판결²²⁾에서 퍼블리시티권을 언급하였다. 이 판결은 퍼블리시티권에 관한 유일한 연방대법원 판결이다.

원고는 인간 포탄 공연을 하는 사람으로, 피고 방송국 기자에게 공연을 촬영하지 말라고 요청했다. 그럼에도 그 기자는 약 15초 정도의 영상을 찍었고, 피고가 이 영상을 방송하였다. 그러자 원고는 피고를 상대로 손해 배상을 청구하였다. 오하이오 주 대법원은 TV방송국은 개인의 퍼블리시티권으로 보호받을 수 있는 것이어도 개인에게 상처를 입히려는 의도 등이 아닌 한 정당한 공익에 관한 뉴스를 방송할 특권이 있다고 하여 원고의 청구를 기각하였다. 연방대법원은 위 오하이오주 대법원 판결을 파기하면서 퍼블리시티권을 보호하는 근거는 신용의 절취로 인한 부당이득을 금지하는 것이고, 원고의 공연을 촬영하여 방송하는 것은 공연의 경제적 가치에 위협을 초래한다고 하였다. 또한, 개인의 퍼블리시티권을 보호하는

21) William L. Prosser, "Privacy", 48 Cal. L. Rev. 383, 1960, 389, 401, 406면; 권태상(주 2), 24, 25면에서 재인용

22) Zaccini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562, 97 S. CT. 2849, 53 L. Ed. 965, 2 Media L. Rep. 2089, 205 U.S.P.Q. (BNA) 741 (1977)

것은 개인의 감정과 명성을 보호하는 것보다는 개인이 자신의 노력에 대한 보상을 받도록 하는 것에 초점이 있다고 판시하였다.

이 판결을 계기로 논의의 중점은 퍼블리시티권의 인정 여부에서 그 인정범위 및 상속성으로 옮겨가게 되었다.

4) 부정경쟁에 관한 리스테이트먼트

판례를 통하여 형성되고 발전되어 온 퍼블리시티권은 미국 법학원(American Law Institute)이 1995년 발간한 부정경쟁에 관한 리스테이트먼트²³⁾를 통해 더욱 체계화되었다.

1995년 부정경쟁에 관한 리스테이트먼트는 퍼블리시티권을 영업가치 도용 항목의 세부 주제로 다루면서 ‘개인의 동일성의 상업적 가치의 도용: 퍼블리시티권’을 표제로 하여 “영업 목적으로 타인의 이름, 초상 기타 동일성 표지를 그의 승낙 없이 이용함으로써 개인의 동일성의 상업적 가치를 도용하는 자는 금지명령, 손해배상 등 적절한 구제를 위한 책임을 져야 한다.”고 규정하였다.²⁴⁾

1995년 부정경쟁에 관한 리스테이트먼트의 퍼블리시티권 규정에 관한 주석에 의하면, 퍼블리시티권은 사람의 동일성과 상품·재화의 특정 출처의 결합에 의존하는 것이 아니므로 퍼블리시티권의 양도는 상표권의 양도와 달리 영업양도와 무관하게 이루어질 수 있다.²⁵⁾ 퍼블리시티권에 대하여 이용허락(license)이 이루어질 수도 있는데, 이용허락은 동의(consent)의 한 형태로서 양도와 달리 권리가 이전되지 않기 때문에 이용허락을 한 이후에도 이용을 허락한 사람이 그대로 권리를 보유하고, 이용허락을 받

23) 미국 법학원에서 보통법의 쟁점별로 학술적인 주해를 정리한 것으로, 모범법전의 형식을 하고 있고, 보통법의 내용에 관한 권위 있는 지침으로 미국의 많은 판례에서 인용되고 있다. 박준석, “프로야구게임 제작에 관한 야구종사자의 퍼블리시티권”, 산업재산권 제45호, 2014, 각주 37)

24) Restatement (Third) of Unfair Competition § 46-49 (1995)

미국법률협회가 1977년 발간한 불법행위에 관한 리스테이트먼트[Restatement (Second) of Torts §652]는 Prosser의 1960년 논문²³⁾에 의한 분류를 그대로 채택하여 프라이버시권 침해의 4 유형 가운데 하나로 타인의 이름이나 용모의 도용을 다루고 있었다.

25) Restatement (Third) of Unfair Competition § 46, comment g (1995)

은 사람은 배타적 이용허락을 받은 경우가 아니라면 제3자에게 자신의 권리를 주장할 수 없다.²⁶⁾

5) 입법

미국 연방헌법 제1조 제8항은 저작자나 발명가의 권리를 보호하는 조항을 따로 두어 저작권에 관한 입법을 연방의회의 권한으로 규정하고 있으나, 광의의 부정경쟁에 관한 규율은 오랫동안 연방이 아닌 각 주의 입법이나 보통법에 맡겨진 분야로, 퍼블리시티권의 규율 역시 각 주가 담당하고 있다.²⁷⁾

2009년을 기준으로 미국의 51개 주 중에서 30개의 주가 성문규정이나 보통법을 통해 퍼블리시티권을 인정하고 있다. 이 중 캘리포니아주, 인디애나주, 켄터키주, 오클라호마주, 테네시주, 텍사스주, 워싱턴주 등의 법률은 명시적으로 퍼블리시티권을 재산권(property right)이라고 규정한다.²⁸⁾ 뉴욕주, 유타주 등 몇몇 주는 사망 후 퍼블리시티권을 인정하지 않으나, 캘리포니아주, 플로리다주, 인디애나 주 등 상당수의 주들은 상속성을 인정하고 있다.²⁹⁾

Ⅲ. 퍼블리시티권의 이론적 근거

1. 의의

퍼블리시티권은 대중문화산업이 급속도로 발전하면서 유명인의 영향력이 커지고 있으며 점차 다양해져가는 매체를 통해 이들의 사회적 영향력을 무단으로 이용하는 사례가 늘어나는 상황에서 적절한 보호수단을 마련

26) Restatement (Third) of Unfair Competition § 46, comment g (1995)

27) 정상조·박준석(주 1), 763면

28) 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 제1호, 2016, 76면

29) 권태상(주 2), 86면

하기 위하여 형성, 발전된 권리이다. 그러나 퍼블리시티권은 표현의 자유와 같은 또 다른 권리와 충돌하는 상황이 자주 발생하고, 퍼블리시티권의 보호범위가 확장될수록 사회구성원들의 표현의 자유 등이 제한되는 문제가 발생한다. 특히 우리나라에서는 명문의 규정 없이 퍼블리시티권이라는 재산권을 인정할 수 있는지 논란이 계속되고 있다.

따라서 퍼블리시티권에 정당성과 필요성을 부여하는 근거가 무엇인지는 퍼블리시티권을 인정할 것인지, 또 그 범위를 어디까지 확장할 것인지를 판단하고, 이에 관하여 사회적 합의를 도출해 내기 위한 바탕이 되는 중요한 요소이다.

이하에서는 퍼블리시티권의 이론적 근거를 살펴본다.

2. 이론적 근거

가. 노동이론

Locke는 사람은 자신의 육체에 대하여 자연권으로서 재산권을 가지기 때문에 무주물의 원시상태에서 자신의 육체를 이용한 노동을 통해 만들어진 결과물에 대하여 재산권을 갖게 된다고 보았다.³⁰⁾

Nimmer는 이 노동이론을 퍼블리시티권에 적용하여, 공공질서에 크게 반하지 않는 한 모든 인간은 자신의 노동의 산물에 대한 권리를 갖는다는 것은 영미법의 원칙이자 가장 근본적인 원리이고, 상당한 시간과 노력, 돈을 투자해야 경제적 가치가 있는 퍼블리시티 가치를 얻을 수 있다는 점에서 퍼블리시티권의 이론적 근거를 찾았다. 그는 퍼블리시티권을 모든 사람이 그가 만들고 사들인 퍼블리시티 가치로부터 이익을 얻고 이를 통제할 수 있는 권리라고 보았다.³¹⁾

30) John Locke, "Two Treatises of Government" (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988), 1690, 287~288면 ; 이호선, "프로야구선수들이 갖는 퍼블리시티권의 법적 성격과 그 행사", 인권과 정의 제401호, 2010, 75면에서 재인용

이에 대하여는 퍼블리시티 가치는 투하된 노동력의 양에 비례하지 않고, 퍼블리시티권이 보상해주는 노동은 항상 불쾌한 것만은 아니고 때로는 즐거운 것이기도 하며,³²⁾ 퍼블리시티 가치는 유명인의 노동의 산물임과 동시에 사회적 산물이기도 하다는 비판이 있다.³³⁾

나. 부당이득금지이론

부당이득금지이론은 시장가치가 있는 유명인의 성명, 외모의 경제적 가치를 무단으로 사용하여 경제적 이익을 얻는 것은 부당이득으로서 이를 방지하기 위하여 퍼블리시티권이 인정되어야 한다는 것이다.³⁴⁾

일반적으로 부당이득금지이론은 Zacchini 판결 등 퍼블리시티권에 관한 미국 판례에서 가장 보편적으로 드는 이론이다.³⁵⁾ 법원에 따라 “부당한 횡재”, “뿌리지 않은데서 수확”, “무임승차자”, “부정경쟁”, “보통 도둑” 등의 용어를 쓰고 있는데, 그 의미는 모두 같다고 볼 수 있다고 한다.³⁶⁾ 우리나라 판례에서도 부당이득방지가 근거로 제시된 적이 있다.³⁷⁾

그러나 다른 사람의 공헌이나 재산으로부터 이득을 취한다고 하여 모두 부당이득으로 평가되는 것은 아닌데, 이 이론은 다른 사람의 퍼블리시티에 편승하여 이익을 얻는 것을 불법적인 부당이득으로 평가하는 이유에 대한 답을 주지 않는다는 비판이 있다.³⁸⁾ 문화라는 것이 많은 창작자들이 상호작용을 통해 집단적으로 이루어놓은 것이라는 점에서 본래 많은 종류

31) Nimmer(주 20), 216면

32) 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(上)-“호사유피 인사유명”의 현대적 변용”, 저스티스 제 97호, 2007, 153, 154면

33) Edwin Hettinger, Justifying Intellectual Property, 18 Phil. & Pub. Aff. 31, 1989, 38면; 임상혁(주 16), 62면에서 재인용

34) 이영록, 퍼블리시티권에 관한 연구(I), 저작권연구자료 43, 저작권심의조정위원회, 2003, 32면

35) 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(下)”, 저스티스 제98호, 2007, 102면

36) 남형두(주 35), 102면

37) 서울북부지방법원 2007. 7. 20. 선고 2006가합7284 판결 등

38) 김원일, “퍼블리시티 권리에 대한 소고-인격권, 부정경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위-”, 법조 제52권 제1호, 2003, 107, 108면

의 무임승차를 용인하는 것이라고 주장하는 사람들은 무임승차 그 자체가 나쁘거나 부당하다고 할 수 없다고 하기도 한다.³⁹⁾

다. 유인이론

유인이론은 유명인에게 자신의 동일성에 대한 경제적 가치를 독점적으로 소유할 권리를 인정함으로써 시간과 노력, 자본을 투자하여 유명세를 확보하도록 유인할 수 있고, 이를 통해 사회 경제적으로도 많은 발전을 이룰 수 있다는 정책적 차원에서 이론적 근거를 찾고 있다. 유인이론은 과학과 유용한 기술의 진보를 증진시키기 위해 특허와 저작권에 관한 입법권한을 연방의회에 부여한 미국 헌법에서도 연원을 찾을 수 있다.⁴⁰⁾

이에 대하여는 유인 이론은 퍼블리시티권의 근거에 관한 가장 대표적인 이론이지만, 모든 사람이 돈이라는 인센티브에 의해 행동양식을 결정한다는 것을 전제로 하기 때문에 인간의 다양성에 대한 이해가 결여되어 있다는 비판이 있다.⁴¹⁾

라. 효율적 배분이론

효율적 배분이론은 자원의 효율적인 배분을 위하여 퍼블리시티권을 보호할 필요가 있다고 하는 이론이다. 퍼블리시티권을 법적으로 보호하지 않으면 누구나 비용을 지불하지 않고 과용하게 되어 그 가치가 감소할 것이라고 한다.⁴²⁾

이에 대하여는 “공유지의 비극” 이론은 지식재산권과 같은 무체재산에는 적용되기 어렵고, 퍼블리시티권은 혼자만의 노력으로 만들어지기 보다

39) 남형두(주 35), 103면

40) 임상혁(주 16), 65면

41) 남형두(주 32), 161, 162면

42) William M. Landes & Richard A. Posner, "Indefinitely Renewable Copyright, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 2003, 325면; 남형두(주 35), 87, 88면에서 재인용

는 사회구성원과의 상호관계 속에서 만들어지는 것이므로 다른 지식재산권처럼 창작자에게 전유하도록 할 당위성이 작고, 과용이 문제되는 것은 유명인의 경우에도 가능하다라는 비판이 있다.⁴³⁾

마. 소비자 보호이론

소비자보호이론은 본인의 성명 또는 초상을 본인과 전혀 관계없는 기업이 멋대로 사용하면 본인과 그 기업과의 관계를 오해할 수 있을 것이므로 퍼블리시티권을 인정하여 무단 사용을 금지함으로써 오해의 소지를 없애야 한다고 한다.⁴⁴⁾

이에 대하여는 퍼블리시티권 침해는 단순히 동일성 표지를 사용하는 것으로 충분하고 소비자의 혼동을 요하지 않으므로, 소비자의 오인, 혼동을 방지하려는 상표법상의 논리를 퍼블리시티권을 그대로 적용할 수는 없다는 입장이 있다.⁴⁵⁾

3. 검토

앞서 본 각자의 이론에는 일면 비판의 여지가 있다. 성명 등의 동일성 표지가 갖는 재산적 가치는 개인의 노동이나 업적에 의해서만 창출되지 않고 대중과의 교류에서 비롯하는 사회문화적 산물이다. 하지만 대개의 경우 자신의 기여가 있다는 것은 분명하다.⁴⁶⁾

퍼블리시티권은 개인적 측면에서는 유명인들이 자신의 명성을 얻고 유지하기 위하여 부단하게 노력한 대가이고, 정책적 측면에서는 유명인들의

43) Michael Madow, Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights, 81 Cal. L.Rev. 125, 1993, 222, 225, 226면; 남형두(주 35), 90면에서 제인용

44) 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 사법논집 제39집, 2004, 349면

45) 남형두(주 35), 104면

46) 김상중, “퍼블리시티권에 관한 국내 논의의 현황과 비교법적 고찰을 통한 법리적 제언”, 비교사법 제23권 제1호, 2015, 30면

자기개발 노력을 유도하여 사회의 발전에 동력을 얻기 위한 유인책 또는 자원의 효율적 분배를 위한 수단이다. 이용자의 측면에서는 유명인의 명성을 대가 없이 부당하게 이용하는 것을 통제하기 위한 수단이고, 소비자의 측면에서는 해당 상품이 유명인과 관련이 있는 것으로 혼동하지 않게 보호를 받기 위한 권리이다.⁴⁷⁾

이와 같이 어느 하나의 이론만으로 퍼블리시티권을 설명하기는 곤란하고, 위 이론들을 입체적으로 더하여 볼 때 다양하고 구체적인 상황에서 퍼블리시티권을 인정하고 정당화할 이론적 근거를 찾아나갈 수 있을 것이다.

IV. 우리나라에서의 논의

1. 퍼블리시티권 논의의 도입

우리나라에서는 1990년대에 들어서 미국의 퍼블리시티권이 우리나라에 개괄적으로 소개되었고,⁴⁸⁾ 앞서 본 바와 같이 1995년 제1심·항소심 판결에서 퍼블리시티권이라는 용어가 언급되고 그 다음해 퍼블리시티권에 관한 논문⁴⁹⁾이 발표되면서 본격적으로 퍼블리시티권에 관하여 논의되기 시작하였다. 퍼블리시티권 법리가 본격적으로 소개된 이후 발표된 다수의 논문들은 자신의 성명, 초상, 목소리, 서명, 이미지 등을 상업적으로 이용할 권리를 기존의 인격권에서 파생된 별개의 재산권으로 보았다.⁵⁰⁾

우리나라의 퍼블리시티권에 관한 학설은 크게 ① 종래 인격권의 개념 속에 인격적 표지의 재산적 차원에 대한 보호부분은 존재하지 않고, 인격

47) 임상혁(주 16), 60면

48) 권태상(주 2), 259면

49) 한위수, “퍼블리시티권 - 성명·초상등의 상업적 이용에 관한 권리 - 의 침해와 민사책임 (상·하)”, 인권과 정의 제242호-제243호, 1996

50) 남형두, “세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권 -”, 저스티스 통권 제86호, 2005/ 이한주(주 44) 등

권 밖에서 그런 보호를 부여하는 규정이 존재하지 않으므로 보호되기 어렵다는 보호부정설, ② 종래 인격권의 개념으로는 인격적 표지의 재산적 차원의 보호가 부적절하므로, 미국과 비슷하게 재산적 차원의 보호를 인격권에서 독립된 권리로 부여하여야 한다는 퍼블리시티권설, ③ 인격권으로 충분히 재산적 차원의 보호를 할 수 있으므로 독립된 재산권을 인정할 필요가 없다는 인격권설로 나누어볼 수 있다.⁵¹⁾

아래에서는 국내에서 퍼블리시티권을 인정하는 견해들, 즉 크게 퍼블리시티권설로 분류할 수 있는 학설들이 퍼블리시티권의 법적 성질을 어떻게 파악하고 있는지를 살펴본다.

2. 법적 성질에 관한 학설

가. 물권에 준하는 재산권

사람은 자신의 인격적 징표에 대하여 인격적 이익뿐만 아니라 재산적 이익을 가질 수 있는데, 인격적 이익에 대한 권리가 인격권이고 재산적 이익에 대한 권리가 퍼블리시티권이며, 사람이 자신의 성명이나 초상 등을 상업적으로 이용할 수 있는 이익의 명칭을 어떻게 부를 것인지와 무관하게 물권과 유사한 권리로 인정할 수 있다고 한다.⁵²⁾⁵³⁾

퍼블리시티권을 독립된 재산권으로 보는 입장은 인격권의 소극적 방어권적 성질과 일신전속적 성질에 따른 제한을 근거로 제시한다.⁵⁴⁾ 인격권은 양도 불가능하므로 성명, 초상 등 인적 속성의 양도가 이루어지는 거

51) 박준석, “인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰-최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제56권 제4호, 2015, 75면

52) 김재형(주 6), 452면

53) 이 견해는 퍼블리시티권은 개인의 인격적 징표를 이용하는 것이기는 하나 기본적으로 재산권으로서의 성질을 가지고 있다고 본다는 점에서 인격권설과 차이가 있다. 민법을 개정하여 인격권에 관한 일반조항을 두고 그 하위조항으로 퍼블리시티권에 관한 조항을 신설하자는 입법안을 제시하고 있다. ; 김재형(주 6), 454, 458-460면

54) 김상중(주 46), 8면

래 현실에 대응할 수 없고, 제3자가 유명인의 성명 등을 상업적으로 이용하는 경우에도 이를 침해하는 자에 대하여 이용권자를 보호하기 어렵다는 점에서 재산권의 존재를 인정할 필요가 있다고 한다.⁵⁵⁾

안전한 재산권의 확보가 해당 분야 산업발전의 원동력이고, 한류의 지속을 위하여 재산권적 보장이라는 법적 제도적 장치가 필요하며, 한류의 상품화는 필연적으로 인격권의 재산권화가 수반된다고 한다.⁵⁶⁾

나. 저작권, 상표권과 유사한 무체재산권

퍼블리시티권은 본인의 지적·예술적 노력과 활동에 의하여 발생한 저작권, 상표권과 유사하므로 퍼블리시티권을 넓은 의미의 무체재산권으로 파악하면서⁵⁷⁾ 퍼블리시티권의 양도성, 상속성, 침해요건과 그 구제방법 등에 관하여 저작권법이나 상표법의 유추적용이 가능하다는 입장이 있다.

이에 대하여는 퍼블리시티권의 법적 성격은 저작권의 법리보다는 부정경쟁방지법의 법리에 가깝다는 반론이 있다.⁵⁸⁾

다. 부정경쟁방지를 위한 재산적 권리

퍼블리시티권이 프라이버시보호로부터 발전되어 온 것이지만, 재산적 이익의 보호필요성과 그 상업적 이용이 문제되어 온 현실을 고려하여, 퍼블리시티권을 사생활보호와 구분되는 지식재산권으로 파악하고, 부정경쟁방지법의 일환으로 보호하여야 한다는 입장이다.⁵⁹⁾

사생활보호와 별도로 퍼블리시티권을 인정하는 취지는 부정경쟁행위의

55) 한위수, “퍼블리시티권 - 성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리 - 의 침해와 민사책임”, 민사재판의 제문제 제9권, 1997, 540면

56) 남형두(주 49), 89면

57) 한위수(주 55), 540면; 이상정, “퍼블리시티권에 관한 소고”, 아세아여성법학(2001), 314면; 김원일(주 38), 132, 133면

58) 박준석(주 19), 327면

59) 정상조·박준석(주 1), 762면

금지와 마찬가지로 한편으로는 대중에 널리 알려진 인물의 동일성 표지를 허락 없이 사용함으로써 수요자가 그 출처나 후원관계에 대해서 혼동을 일으키는 것을 방지하기 위한 것이고, 한편으로는 퍼블리시티권의 무단이용을 금지함으로써 저명인으로 하여금 사회적으로 유익한 활동을 하도록 할 경제적 유인을 제공하기 위한 것이다.⁶⁰⁾ 이 입장은 2013. 7. 30. 개정된 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’)에서 새로 도입한 제2조 제1호 차목에서 퍼블리시티권의 법적 근거를 찾을 수 있다고 한다.⁶¹⁾

퍼블리시티권은 물권 유사의 배타성이 강한 재산권으로 이해할 수는 없고, 유명인의 동일성을 부정경쟁방지를 위한 행위규제방식으로 보호할 수 있다고 한다.⁶²⁾ 이 견해에 의하면 유명인의 이름과 사진 등 동일성을 이용한 행위가 공정한 상관행이나 경쟁 질서에 반하는 경우 이를 규제함으로써 퍼블리시티권이 보호되게 된다.

3. 법적 근거

가. 불법행위에 관한 민법 제750조

개인의 성명, 초상 등 동일성 표지를 무단으로 상업적으로 이용하였을 때 이를 구제하기 위한 법적 근거로 먼저 떠올릴 수 있는 것은 불법행위로 인한 손해배상이다.

우리 민법 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정함으로써 불법행위에 관하여 포괄적인 일반조항을 두고 있다. 어느 누구도 타인이 갖고 있는 권리나 법익을 침해하여 그에게 손해를 입히는 것은 정당화될 수 없는 것

60) 정상조박준석(주 1), 762면

61) 박준석(주 51), 91면

62) 박준우(주 8), 422, 424면

이므로, 소유권 등 절대권이 침해된 경우 이외에도 보호받아야 할 이익이 침해된 경우에는 위법성이 있는 한 불법행위가 성립한다는 것이 명백하다.

서울고등법원은 2005년 이영애 사건⁶³⁾에서 “원고의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있는 이상 이를 침해하는 행위는 원고 본인에 대한 관계에서는 명백히 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 원고가 자신의 성명, 초상 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 원고의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 원고의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다. 독립된 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정하면서 그 법적 근거를 민법상의 불법행위 규정에서 찾은 것이다.

나. 부정경쟁방지법 제2조

1) 동일성 표지의 무단이용에 적용 가부

부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목은 “국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장, 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위”를 부정경쟁행위의 하나로 규정하고 있다.

서울고등법원은 2008년 박상민 사건⁶⁴⁾에서 “가수가 영리의 목적으로 나이트클럽 등에서 손님들에게 행하는 공연 활동은 부정경쟁방지법 소정의 ‘영업상의 활동’에 해당하고, 텔레비전, 라디오, 신문, 잡지 등 일반 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 직업 가수가 공연 활동 등을 하면서 사용하는 ‘가수의 성명’은 일반인들에게 장기간 계속적·독점적으로 사용되거

63) 서울고등법원 2005. 6. 22. 선고 2005나9168 판결

64) 서울고등법원 2008. 6. 19. 2008노108 판결(부정경쟁방지법 위반이 문제된 형사사건이다.)

나 지속적인 방송 출연 등에 의하여 그 가수의 속성이 갖는 차별적인 특징이 그 가수가 가지는 고객흡인력 때문에 일반인들 대부분에게 해당 가수를 인식시킬 정도로 현저하게 개별화되고 우월적 지위를 취득한 경우에는 ‘국내에 널리 인식된 영업표지’라고 할 것이다.”라고 판시하였다. 대법원은 이 사건의 상고심⁶⁵⁾에서 타인의 외양과 타인의 독특한 행동 그 자체는 단지 무형적이고 가변적인 인상 내지 이미지에 가까운 것이어서, 어떠한 사물을 다른 사물로부터 구별되게 하는 고정적인 징표로서의 기능이 적은 점, 이러한 특징적인 외양과 행동까지 영업표지로 보아 이를 이용한 행위에 대하여 부정경쟁방지법으로 처벌한다면 이는 결과적으로 사람의 특정한 외양 등에 대해서까지 특정인의 독점적인 사용을 사실상 용인하는 것이 되어 어떠한 영업표지에 대하여 들인 많은 노력 및 투자와 그로 인하여 일반인들에게 널리 알려진 성과를 보호하여 무임승차자에 의한 경쟁질서의 왜곡을 막는 데에 그 목적이 있는 부정경쟁방지법의 입법취지와는 거리가 있는 점 등의 사정을 고려하여 성명 이외에 가수의 외양 등은 부정경쟁방지법에서 말하는 영업표지에 해당하지 않는다고 판단한 원심이 정당하다고 보았다.

2) 제1호 차목

가) 일반규정의 신설

대법원은 2010년 피신청인이 신청인 포털사이트 이용자들에게 신청인 포털사이트의 광고를 피신청인의 광고가 대체 삽입된 형태로 나타나게 하는 프로그램을 제공한 업링크 사건⁶⁶⁾에서 민법 제750조에 근거하여 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호

65) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도5897 판결

66) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정

할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 하면서, 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 하였다.

위 대법원 결정을 토대로 새롭게 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 부정경쟁방지법 제1호 차목에 보충적 일반규정이 신설되었고,⁶⁷⁾ 위 규정은 2014. 1. 31.부터 시행되었다.

부정경쟁방지법 제1호 차목은 “그 밖의 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 부정경쟁행위로 규정한다.

나) 퍼블리시티권의 근거규정

이 신설규정에 관하여는 어느 정도의 이미지가 형성되어야 위 규정이 보호대상인 성과에 해당하는지 불분명하고, 성명권으로 성명 등이 가지는 성과를 어느 정도 보호할 수 있는 점 등을 고려하면 주지표지성을 획득하지 못한 성명 등이 가지는 이미지를 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 보호대상인 성과로 인정할 필요는 적다는 견해가 있다.⁶⁸⁾ 이 견해에 의하더라도 성명 등 이미지가 주지표지성을 획득한 경우에는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 보호대상이 될 수 있을 것이다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 내용은 타인의 상당한 노력 등으로 만들어진 성과 등을 자신의 영업에 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위에 대항할 대세효 있는 권리를 신설한 것으로 사권 보호 중심의 조항에 해당하고, 퍼블리시티권의 근거조항이 될 수 있다.⁶⁹⁾

67) 박준석(주 51), 93면; 박준우(주 8), 420면

68) 박정희, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위”, 특허법원 개원 20주년 기념논문집:특허소송연구 특별호, 2018, 841면

69) 박준석(주 51), 92면

3) 소결

대법원은 2009년 박상민 사건 상고심에서 유명인의 이름이 부정경쟁방지법상 영업표지에 해당한다는 점을 인정하였다. 또한, 부정경쟁방지법의 입법취지가 영업표지에 대하여 들인 많은 노력 및 투자와 그로 인하여 일반인들에게 널리 알려진 성과를 보호하여 무임승차자에 의한 경쟁질서의 왜곡을 막는 데에 그 목적이 있다고 보았다. 이와 같은 부정경쟁방지법의 목적은 퍼블리시티권의 이론적 근거 중 부당이득금지이론과도 궤를 같이 한다.

부정경쟁방지법은 권리 부여보다는 무임편승 또는 부정한 차용행위 등에 따른 침해 방지에 초점이 있다. 재산적 권리라는 퍼블리시티권의 법적 성질을 온전히 반영할 수 있고, 이 권리의 목적 자체가 독립된 권리의 인정보다 침해 방지와 행위 규제에 더 무게를 두고 있다는 점에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목을 퍼블리시티권의 법적 근거로 볼 이유는 충분하다.⁷⁰⁾

제2절 인격권론

I. 서설

퍼블리시티권을 독립적인 권리로 인정하지 않는 입장에서는 기존의 인격권 법리를 넓게 해석하거나 인격권을 재정의함으로써 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 보호하고자 한다. 우리의 사법체계는 미국과 달리 프라이버시권의 상위개념으로 인격권 개념을 인정하고 있으므로, 퍼블

70) 최재식·김경준, “퍼블리시티권 보호에 대한 동향 및 시사점”, ISSUE & FOCUS on IP 제 2015-21호, 2015, 39면

리시티권으로 논의되는 문제 영역을 전통적인 인격권의 법리에 의해 규율할 수 있다고 한다.⁷¹⁾

이와 같이 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 인격권으로 구성하고자 하는 입장은 독일의 논의로부터 영향을 받은 것으로 보이므로,⁷²⁾ 이하에서는 독일의 인격권론을 간단히 살펴보고, 우리나라의 인격권설을 검토한다.

II. 독일의 인격권론

1. 인격권의 개념 및 발전

가. 인격권의 개념

인격권은 그 권리주체의 자유로운 인격발현과 직접적으로 관련되어 있는 이익 및 권능이다.⁷³⁾

독일에서 인격권의 개념은 개별적 인격권과 일반적 인격권으로 구별되고 있다.⁷⁴⁾ 독일 민법 제12조에 규정된 성명권, 1907년 제정된 조형예술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률 제22조에 규정된 초상권, 저작권법 제12조에 규정된 저작자의 인격권 등 법률에 규정된 인격권이 개별적 인격권으로 분류된다.⁷⁵⁾

개별적 인격권이 침해된 경우는 일반적 인격권의 침해 여부를 더 살펴볼 필요가 없으나, 개별적 인격권이 침해되지 않은 경우는 일반적 인격권 침해가 있는지 살펴보아야 한다.⁷⁶⁾ 성명권에 관한 독일 민법 제12조는 이

71) 엄동섭, “한국에서의 퍼블리시티권 논의: 법적 성격을 중심으로”, 민사법학 제57호, 2011, 156면

72) 이와 같은 평가로는 박준석(주 51) 각주 10)

73) 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23권 제1호, 2016, 112면

74) 권태상(주 2), 128면

75) 권태상(주 2), 122면

76) 권태상(주 2), 128, 129면

름의 언급 그 자체에 관하여는 규정하고 있지 않고, 초상권에 관한 조형 예술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률 제22조와 관련 조문들은 사진의 유포와 전시만 규정할 뿐 초상의 촬영 그 자체에 대해서는 규정하고 있지 않는 등 위 규정들만으로는 성명 및 초상의 보호에 틈이 있으므로, 그러한 틈은 비록 성명권이나 초상권에 관한 것이라 하더라도 일반적 인격권에 의해 보호될 수밖에 없다.⁷⁷⁾

나. 일반적 인격권의 발전

독일은 나치 시대 이후 1949년 기본법을 공포하였는데, 기본법은 인간의 존엄이 침해될 수 없고(제1조), 모든 사람이 인격을 자유롭게 발현할 권리를 가지며(제2조 제1항), 기본권은 직접 효력이 있는 권리로서 입법, 행정, 사법을 구속한다(제1조 제3항)고 규정하였다.

독일연방대법원은 위와 같은 내용의 기본법이 공포된 이후인 1954년 일반적 인격권을 인정하였다. 나치 관련자의 변호사인 원고가 신문사에 업무상 의뢰인에 대한 기사의 정정을 요구하였는데, 신문사가 이를 독자의 편지라는 코너에 게재하자 원고는 자신의 독자로서 편지를 보냈다는 신문사의 주장을 취소할 것을 청구하였다. 이 사건에서 독일연방대법원은 기본법이 인간의 존엄에 대한 권리와 인격의 자유로운 발현에 대한 권리를 모든 사람이 존중해야 할 사적 권리로도 인정하므로, 일반적 인격권은 헌법적으로 보장된 기본권으로 보아야 한다고 판단하였다.⁷⁸⁾

다. 일반적 인격권 침해에 대한 위자료 인정

독일 민법 제253조는 비재산적 손해에 대한 금전배상은 법률이 정한 경우에만 인정된다고 규정하고 있었고, 제847조는 신체, 건강, 자유 및 여성

77) 안병하(주 73), 114면

78) BGH Urt. v. 25. 5. 1954, GRUR 1955, 197; 권태상(주 2), 124면에서 재인용

의 성적 자기결정권이 침해된 경우를 위자료가 인정되는 경우로 특정하고 있었으므로, 일반적 인격권 침해에 대한 구제방법으로 위자료청구권을 인정할 수 있는지 문제되었다.

독일연방대법원은 1958년 내적 자유에 대한 보호는 정신적 손해에 대한 배상청구권이 없다면 효과가 없을 것이라고 하면서 독일 민법 제847조의 보호범익인 신체거동의 자유를 의사활동의 자유에 유추적용하여 일반적 인격권이 침해된 경우에도 위자료청구권이 발생할 수 있다고 인정하였다.⁷⁹⁾

이어서 1961년 독일연방대법원은 독일 민법 제847조를 유추적용하지 않고 기본법에 근거하여 정신적 손해의 배상을 인정하였다. 이와 함께 이러한 정신적 손해의 배상은 중대한 인격권 침해가 행해진 경우나 가해자의 비난가능성이 큰 경우와 같이 인격권 침해로 인한 손해가 다른 방법에 의해 회복되지 않는 경우에만 인정되고, 이 경우 인정되는 위자료는 민법 제847조에 의한 일반적 위자료와는 달리 전보적 기능보다 만족적 기능에 중점이 있다고 판시하였다.⁸⁰⁾

독일연방대법원은 1994년에는 독일 민법 제847조에 규정된 위자료와 인격권 침해시 인정되는 비재산적 손해에 대한 금전배상은 본질적으로 다른 제도라고 하여 후자를 전자료부터 완전히 독립시키고, 인격권 침해시 인정되는 금전배상의 목적을 효과적으로 달성하기 위해서는 그 배상액 산정시 예방효과를 충분히 고려하여야 한다고 하였다.⁸¹⁾

이처럼 독일연방대법원은 적극적인 법 형성으로 전보기능과 만족기능, 예방기능을 갖춘 강력한 인격권의 보호수단을 마련하였다.⁸²⁾

79) BGH Urt. v. 14. 2. 1958, NJW 1958, 827, 830; 안병하(주 73), 116면에서 재인용

80) BGH Urt. v. 19. 9. 1961, NJW 1961, 2059, 2060; 안병하(주 73), 116, 117면에서 재인용

81) BGH Urt. v. 15. 11. 1994, NJW 1994, 861, 864; 안병하(주 73), 117, 118면에서 재인용

82) 안병하(주 73), 118면

2. 인격적 표지의 재산적 가치의 보호방법

가. 학설

인격적 표지의 재산적 가치의 보호방법에 관한 독일의 학설은 크게 일원주의와 이원주의로 나뉜다.

일원주의는 인격 보호를 관념적 영역과 경제적 영역으로 분할하는 것은 정당하지 않고, 분리할 수 없는 단일한 인격권에 관념적 이익과 경제적 이익이 모두 귀속되어야 한다고 본다.⁸³⁾ 일원주의는 저작인격권의 양도뿐만 아니라 저작재산권의 양도도 함께 불가능한 것으로 규정하고, 한편으로는 저작재산권뿐만 아니라 저작인격권도 함께 상속되는 것으로 규정되어 있는 독일의 저작권법 특유의 일원주의에서 모티브를 따온 것이라고 이해된다.⁸⁴⁾

반면 이원주의는 인격권이 사람의 관념적 이익만을 보호한다고 보고, 사람의 동일성표지가 갖는 재산적 이익은 상표법에 의하여 보호해야 한다고 하거나 독립된 무체재산권에 의해 보호해야 한다고 주장한다.⁸⁵⁾

나. 독일연방대법원 판례

독일연방대법원은 1956년 유명한 영화배우인 원고가 모터스쿠터를 타고 촬영한 사진을 그 모터스쿠터 광고에 이용한 사건에서 초상권을 재산적 가치 있는 배타적 권리라 하면서 피고에게 재산적 손해의 배상과 부당이득반환을 명하였다.⁸⁶⁾

1999년 말레네 디트리히 사건에서는 인격권의 보호범위와 상속성에 관

83) 안병하(주 73), 122면

84) 안병하(주 73), 122, 123면

85) 안병하(주 73), 122면, 권태상(주 2), 131, 132면

86) BGH Urt. v. 8. 5. 1956, GRUR 1956, 427, 429; 안병하(주 73), 120면에서 재인용

하여 판단하였다. 유명한 여배우의 삶에 대한 뮤지컬을 제작했던 뮤지컬 제작자가 그녀가 사망한 후 그 뮤지컬 제목을 말레네로 변경하고, 화장품 회사에 그녀를 묘사하는 스케치를 사용하여 광고하는 것을 허용하고, 그녀의 초상이 들어간 캐릭터상품들을 공연장에서 판매하자, 그녀의 딸이자 유일한 상속인인 원고는 뮤지컬 제작자를 상대로 부작위의무와 손해배상 의무의 확인을 구하였다. 이 사건에서 독일연방대법원은 일반적 인격권 및 개별적 인격권은 재산적 이익의 보호도 행한다고 하면서, 인격권은 그 주체가 자신의 인격적 표지를 제3자의 영업이익을 위하여 사용할 것인지 여부와 어떠한 조건에서 사용할 것인지 여부에 대하여 자유로운 결정을 할 수 있도록 보호해야 하며, 인격권의 재산적 구성부분은 비재산적 구성부분과 달리 그 양도성 여부와 상관없이 상속된다고 판시하였다. 더불어 인격권의 재산적 구성부분에 대한 상속성을 인정하는 것은 사자의 동일성 표지를 상업적 무단이용으로부터 보호하기 위한 것이므로 그 상속인은 사자의 입장에서 사자의 추정적 의사에 부합하도록 그 권능을 행사하여야 한다고 보았다.⁸⁷⁾

말레네 디트리히 사건 이전에는 독일연방대법원이 일원주의를 취하고 있었으나, 말레네 판결 이후에는 인격권모델 내에서 이원주의적 경향을 표출하고 있는 것으로 보인다⁸⁸⁾고 평가된다.

87) BGH Urt. v. 1. 12. 1999, NJW 2000, 2195, 2197, 2198; 안병하(주 73), 120, 121면에서 재인용

88) 안병하(주 73), 125, 126면

Ⅲ. 우리나라의 인격권설

1. 우리나라의 인격권

가. 개관

우리나라 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있고, 헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.”고 규정하고 있으며, 인격권은 위 규정에 근거를 둔 헌법상 기본권으로 인정되고 있다.

그러나 사법상의 인격권에 관하여는 민법에 그 내용이 무엇인지, 인격권 침해의 요건은 무엇이며 침해로 인하여 어떠한 청구권이 발생하는지 등을 규정하고 있지는 않다. 다만 민법은 제751조 제1항에서 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.”고 규정하고, 제752조에서 “타인의 생명을 해한 자는 피해자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에 대하여는 재산상의 손해 없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다.”고 규정함으로써 생명과 신체, 자유, 명예라는 인격적 법익을 명시하고 있고, 우리나라 판례는 인격권 침해에 관하여 사후적 구제수단(금전배상이나 명예회복 처분 등)과 사전 예방적 구제수단(침해행위 정지·방지의 금지청구권)을 인정하고 있다.⁸⁹⁾

나. 사권으로서 인정 여부

우리 민법 제750조는 불법행위의 성립요건을 포괄적으로 규정하고 있고, 제751조가 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통

89) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614,40621 판결

을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다고 규정하고 있으므로, 불법행위의 성립 여부는 위 규정에 해당하는지를 판단하면 충분하고 인격권이라는 개념을 도입할 필요가 없다는 견해가 있다.⁹⁰⁾ 민법 제751조는 제750조와 구별되는 것으로 정신적 손해는 제751조에 열거된 것만 인정될 수 있고, 인격권이라는 개념으로 생각할 수 있는 이익들은 그 유형과 범위가 지나치게 다양하여 굳이 하나의 개념으로 지칭할 실익이 없으며, 우리 민법은 독일과 일본의 민법과 달리 권리침해를 요건으로 하지 않으므로 인격권이라는 권리를 상정할 필요가 없다는 것이다.⁹¹⁾

그러나 학설과 판례는 대체로 인격권이라는 개념을 긍정한다. 민법 제751조는 제750조의 예시규정에 불과하므로 제751조에 열거된 신체, 자유 또는 명예 이외의 다양한 인격적 이익을 보호할 수 있는 법적 개념이 필요하다는 것을 근거로 한다.⁹²⁾ 인격권이 침해된 경우에 손해배상청구 이외에 침해의 금지 및 예방청구도 가능하고, 이와 같이 금지청구나 철회청구 등이 인정되는 것은 인격권이 물권과 같은 배타성을 갖는 권리이기 때문이므로 포괄적인 불법행위규정이 있는 우리 민법 하에서도 인격권이라는 개념이 유용하다고 한다.⁹³⁾ 우리나라 대법원은 여러 차례 판결에서 인격권을 언급함으로써 사권으로서의 인격권을 인정하는 전제에 서있다.

다. 일반적 인격권과 개별적 인격권 구분 여부

인격권을 자유, 명예, 신체 등의 인격적 이익의 총체를 의미하는 일반적 인격권과 자유권, 명예권, 신체권 등을 가리키는 개별적 인격권으로 구분하기도 한다.⁹⁴⁾ 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치, 그리고 행복추구권을

90) 이은영, 채권각론(제5판), 박영사, 2005, 972면

91) 이은영(주 90), 972면

92) 박윤직, 민법주해XIX, 박영사, 2005, 416-418면

93) 김재형, “인격권 일반-언론 기타 표현행위에 의한 인격권 침해를 중심으로-”, 언론과 인격권, 박영사, 2012, 12면

94) 김상용, 불법행위법, 법문사, 1997, 102면; 주해 채권각칙(IV), 118면 각주 12)

규정하고 있는데, 행복추구권의 구성요소로서 인격을 자유롭게 발현하고 유지할 수 있는 일반적 인격권이 인정된다. 이러한 일반적 인격권을 일종의 모권으로 하여 성명권, 초상권, 명예권, 사생활권 등 개별적 인격권이 파생된다는 것이다.⁹⁵⁾

이에 대해서는 독일의 개별적 인격권은 인격의 보호를 실질적 내용으로 하고 있는 실정법을 전제로 하는 것으로 그 성립요건이 명확하나, 우리나라에서는 성명권, 초상권 등에 관한 명문의 규정이 없는데도 이들을 개별적 인격권에 포함시키고 있고, 그 의미도 명확하지 않으며, 우리나라에서 개별적 인격권은 인격권의 개개의 종류와 같은 의미로 사용되고 있으므로, 단순히 인격권이라는 용어를 사용하는 것으로 충분하고, 일반적 인격권과 개별적 인격권으로 구분을 하는 것은 적절하지 않다고 하는 견해가 있다.⁹⁶⁾

2. 성명권과 초상권

가) 개념

인격적 표지와 관련하여 주로 다루어지는 것은 인격권 중 성명권과 초상권이다.

성명은 특정한 개인을 다른 사람으로부터 식별하는 표지가 됨과 동시에 이를 기초로 사회적 관계와 신뢰가 형성되는 등 고도의 사회성을 가지는 한편, 인격의 주체인 개인의 입장에서는 자기 스스로를 표시하는 인격의 상징으로서의 의미를 가지는 것이고, 나아가 성명에서 연유되는 이익들을 침해받지 아니하고 자신의 관리와 처분아래 둘 수 있는 권리인 성명권의 기초가 되는 것이며, 이러한 성명권은 헌법상의 행복추구권과 인격권의

95) 권영준, “초상권 및 사생활의 비밀과 자유, 그리고 이익형량을 통한 위법성 판단”, 민사판례연구 제31권, 2009, 528면

96) 김제형(주 93), 11면

한 내용을 이루는 것이어서 자기결정권의 대상이 된다.⁹⁷⁾ 따라서 개인이 자신의 성명 표시 여부에 관하여 스스로 결정할 권리를 성명권이라고 할 수 있다.⁹⁸⁾

초상권은 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리이다.⁹⁹⁾

나. 보호범위

인격권은 포괄적 성격을 가지고, 보호범위가 매우 광범위하여 그 범위를 한정하기 어려우며, 사회의 발전에 따라 새로운 보호영역이 발견되어 그 보호범위가 넓어지고 있다.¹⁰⁰⁾ 이로 인하여 어떠한 경우에 인격권으로 보호되는지 여부가 불명확하여 법의 예측가능성이나 법적 안정성의 요청을 충족시키지 못하는 문제가 있다고 지적되기도 한다.¹⁰¹⁾

성명권, 초상권, 음성권 등 개별적 인격권의 개념에 성명, 초상, 음성 등을 타인의 영리적 사용행위로부터 정신적·관념적 차원에서 소극적으로 보호받을 권능이 포함된다는 점에는 별다른 다툼이 없다.¹⁰²⁾ 그러나 인격권의 보호범위에 인격적 표지를 직접 또는 타인에게 사용하도록 함으로써 상업적으로 이용할 재산적 이익까지 포함되는지에 관하여는 활발히 논의가 이루어지고 있다.

3. 인격권의 보호범위를 인격적 표지의 경제적 이익으로 확장하자는 논의

97) 대법원 2005. 11. 16. 자 2005스26 결정

98) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007다71 판결

99) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다39277 판결

100) 김재형(주 93), 15면

101) 김재형(주 93), 15면

102) 박준석(주 51), 74면

인격권설은 퍼블리시티권이라는 별개의 권리를 부정한다고 하더라도 타인의 초상이나 성명에 관한 재산적 이익이 침해되었을 때 법적 보호 자체를 부정하지는 않고, 대부분 초상에 대한 무단도용 사례 등에서 동일성표지의 재산적 이익을 보호할 필요성은 인정한다. 하지만 미국의 프라이버시권과는 달리 우리나라의 인격권은 사람의 정신적·관념적 이익뿐만 아니라 재산적 이익의 보호도 함께 도모한다고 파악할 수 있기 때문에 기존의 인격권 범리를 확장해서 충분히 보호를 받을 수 있다고 본다.

유명인의 성명이나 초상의 영리적 이용이라는 측면은 인격권 침해에 의하여 발생하는 재산적 손해로 파악할 수 있으므로, 퍼블리시티권이란 개념을 통해 보호하고자 하는 내용은 종래의 인격권 개념에 의하더라도 그 보호가 가능하다는 것이다.¹⁰³⁾ 대법원 판결이 초상권을 헌법상 보장된 권리로 보면서 그 경제적, 재산적 측면까지 인정하고 있는데 퍼블리시티권을 인정할 필요가 없다고 한다.¹⁰⁴⁾

인격적 표지의 재산적 가치를 인격권으로 보호하여야 한다는 근거로 사람의 동일성 표지에 대한 재산적 가치의 성립이 인격권의 인정과 밀접한 인과적 관련을 갖고 있고, 그 가치의 개인적 귀속의 방향도 인격권의 내용 및 기능과 밀접한 관련이 있다면 그 재산적 가치의 귀속은 인격권에 의해 이루어지는 것이 타당하다는 이유를 들기도 한다.¹⁰⁵⁾ 이 견해는 동일성 표지에 성립한 재산적 가치의 귀속이 퍼블리시티권이라는 무체재산권에 의해 행해져야 하는가 아니면 여전히 인격권에 의해 행해져야 하는가에 대한 판단은 결국 상업적으로 이용되어 재산적 가치를 가진 동일성표지가 과연 그 담당주체와 분리되어 외부에 독립적으로 존재하고 있는 무체재인가 아니면 아직 그 담당주체와 불가분적으로 결합되어 있는 인격

103) 권태상(주 2) 265면

104) 정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 저스티스 제98호, 2007, 144, 145면

105) 안병하, “인격권의 재산권적 성격: 퍼블리시티권 비판 서론”, 민사법학 제45권 제1호, 2009, 99면

재인가에 대한 판단과 맞물려 있다고 한다.¹⁰⁶⁾

재산권은 그 개념에서 특정성을 필수요소로 하고 있는데, 퍼블리시티권은 그 객체인 동일성 표지의 재산적 가치에 있어서 그 특정성을 결여하고 있어 재산권으로 인정할 수는 없으며, 실제로는 자신의 프라이버시권을 포기할 수 있는 자유권에 불과하다는 입장도 있다.¹⁰⁷⁾

최근 들어서는 퍼블리시티권의 개념을 인정하지 않는 대신 성명권, 초상권 침해를 인정하는 제1심·항소심의 경향과 맞물려 종래 인격권의 개념 속에 재산적 이익의 보호까지 포함되어 있다는 인격권설의 입장이 힘을 얻고 있다.

이와 같이 퍼블리시티권이라는 독립된 재산권을 인정할 필요가 없다고 보는 것에서 나아가 퍼블리시티권을 인정하는 것이 바람직하지 않은 결과를 가져올 수 있다고 주장하기도 한다.¹⁰⁸⁾

성명, 초상 등 인격적 표지의 재산적 이익을 인격권으로 구성하고자 하는 입장은 그 근거를 사람의 동일성표지가 갖는 재산적 이익은 인격의 발현과 직접 관련된다는 점과 이를 퍼블리시티권으로 구성할 때 발생할 수 있는 문제점에 주목하는 것에서 찾고 있으므로, 아래에서는 인격권설 입장에서 퍼블리시티권설을 비판하는 주된 근거를 살펴보도록 한다.

106) 안병하(주 105), 102면; 이 견해가 ‘여전히’나 ‘아직’이라는 표현을 사용한 것에서 알 수 있듯이 무체재와 인격재의 구별은 시장 기타 상황에 따라 달라질 수 있고, 과학기술의 발달에 따라 새로운 시장이 출현하면 과거 인격적 가치만 인정되었던 대상에 경제적 가치도 생겨나고 결국 인격과 분리되어 무체재로까지 인정된다고 부연하는 것으로 박준우(주 8), 416, 417면

107) 엄동섭(주 71), 138면

108) 권태상(주 2), 290면; 안병하(주 105), 114면

4. 퍼블리시티권설을 비판하는 근거

가. 법적 근거의 부재

퍼블리시티권의 법적 성격을 배타성을 가지는 재산권으로서의 지식재산권으로 파악하는 전제에서 배타성을 가지는 재산권은 우리 민법상의 물권을 의미하므로, 민법상 물권법정주의의 측면에서 현행법의 해석으로는 물권에 유사한 권리인 퍼블리시티권을 인정하기 어렵다고 하는 견해가 있다.¹⁰⁹⁾

물권은 그의 객체인 물건을 직접 지배해서 이익을 얻는 것을 내용으로 하는 권리인데, 퍼블리시티권의 객체는 물건이라고 할 수 없으므로, 퍼블리시티권을 독립된 재산권으로 인정하더라도 이를 물권이 아닌 물권에 준하는 권리라고 보아야 한다고 하면서, 물권법정주의가 유추적용된다고 하는 견해도 있다.¹¹⁰⁾

이에 대하여는, 퍼블리시티는 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력에 해당하지 않으므로 물건이라 일컬을 수 없기 때문에 물권의 객체가 되지 아니하고, 결과적으로 퍼블리시티권을 물권의 일종 내지 준물권이라고 분류할 수 없다는 재반론이 있다.¹¹¹⁾ 또한, 퍼블리시티권을 필연적으로 물권 유사 재산권으로 이해할 이유는 없고, 주지·저명상표나 영업비밀을 보호하는 부정경쟁방지법의 행위규제 정도의 약한 배타성을 가진 재산권으로 보면 족하므로 성문법이나 확립된 관습법에 근거가 있어야 한다고 볼 수 없다는 주장도 있다.¹¹²⁾

109) 김영훈, “하급심 판결례의 퍼블리시티권 인정에 대한 비판적 고찰”, 사법논집 제44집, 2007, 357, 358면

110) 권태상(주 2), 298, 299면

111) 정상조 박준석, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구”, 특허청, 2009, 62면

112) 박준우(주 8), 426면

나. 인간의 존엄성에 관한 우려

사람의 동일성이 갖는 재산적 이익은 인격의 발현과 직접 관련될 뿐만 아니라 인간의 존엄성과 관련해서도 문제를 야기할 수 있으므로 인격권에 의하여 규율되어야 한다거나,¹¹³⁾ 퍼블리시티권은 인격의 상품화를 상례화하고 인간 자체의 상품화까지 허용하는 극단으로 치달을 위험성을 내포하고 있다고 한다.¹¹⁴⁾

마찬가지로 인격적 표지의 재산적 가치가 순수 재산권의 대상으로만 인식된다면 그 한도에서는 더 이상 정신적 가치에 의한 구속을 받지 않고 자본의 논리만을 따르게 되므로 인격권을 인정하고 있는 나라에서는 퍼블리시티권이 필요 없으며 유해하기까지 하다는 견해¹¹⁵⁾도 있다.

인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 퍼블리시티권으로 구성할 경우 인간의 존엄성이 침해될 수 있다는 우려는 퍼블리시티권이 양도, 상속 등으로 이전될 때 발생할 수 있는 문제에 기반하고 있는 것으로 보인다.

그러나 시장에서는 이미 퍼블리시티권의 양도와 이용에 관한 계약이 체결되고 있다. 그 대가지급의 방식이나 규모 등을 고려해서 양도의 의미를 축소해석하거나 양도가 아닌 이용허락으로 해석하기도 한다. 또한, 연예기획사 등이 우월한 지위를 이용하여 상대방의 경제적 자유와 기본권을 과도하게 침해하는 경우 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위 또는 불공정한 법률행위로서 그 계약의 내용의 전부 또는 일부가 무효가 될 수 있다.¹¹⁶⁾

113) 권태상(주 2), 290면

114) 박성호, “실연자의 예명에 대한 법적보호(上3)”, 법조 제56권 제10호, 2007, 306면

115) 안병하(주 105), 114면

116) 정상조 박준석(주 1), 768면

다. 보호의 충실성

퍼블리시티권의 침해만을 이유로 한 손해배상청구의 경우 재산상의 손해배상으로 한정되는 경우가 많고 권리자가 재산상 손실을 구체적으로 입증하기 어려운 사안이 발생한다는 점에서 인격권으로서의 초상권, 성명권에 재산권적 측면과 비재산권적 측면을 인정하는 것이 피해자 구제에 더 유익하다는 주장이 있다.¹¹⁷⁾

그러나 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 퍼블리시티권으로 구성하는 경우에도 퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해배상과 별도로 성명권, 초상권 등 인격권 침해로 인한 정신적 손해배상을 구하는 것이 가능하다. 인격적 표지의 경제적 이익을 인격권으로 보호한다고 하더라도 재산상 손해의 입증의 어려움이 덜어지는 것은 아니다. 손해의 3분설을 취하는 우리나라에서는 인격권설을 취하더라도 재산상 손해와 정신적 손해를 별도로 주장하고 입증하여야 한다는 점에서는 퍼블리시티권을 인정하는 경우와 차이가 있다고 볼 수 없다.

제3절 소결

우리 법제에서 영업활동 등으로 얻어진 신용에 대하여 재산적 지위를 인정하고 이를 형성한 본인에게 귀속됨을 인정하고 있는 한, 초상, 성명 등의 동일성 표지가 갖는 재산적 지위를 보장하는 것은 당연하다.¹¹⁸⁾ 기술발전과 사회적 환경 변화로 타인의 동일성 표지를 무단으로 이용할 위험성이 증대해 가고 있는 상황에서 동일성 표지의 보유자에게 성명, 초상 등을 이용할 권리를 인정하는 것은 그 개인의 권리구제뿐만 아니라 거래

117) 장재욱, “연예인의 성명·초상의 경제적 가치 보호와 손해배상법의 역할”, 법학논문집 제27집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2003, 106면

118) 이상정(주 57), 316면

질서 확립을 위해서도 필요하다.

우리나라 학설의 흐름을 보면, 우리를 둘러싼 사회 환경의 변화에 대응하기 위하여 미국의 퍼블리시티권 논의가 소개되었고, 근래에는 보호부정설은 찾아보기 어렵다. 퍼블리시티권, 초상영리권 또는 초상사용권, 초상재산권 등 명칭을 불문하고, 인격적 표지를 영리적으로 이용당하지 않을 소극적 권리뿐만 아니라 인격적 표지를 상업적으로 적극적으로 이용할 권리 역시 인정하고 이를 보호할 필요가 있다는 점에는 공감대가 형성되었다고 할 수 있다.

다만 이 권리가 인격적 표지를 대상으로 하는 권리라는 점에서 이를 인격권과 별개의 재산적 권리로 구성하여 보호할 것인지 아니면 인격권의 보호범위를 인격적 표지의 재산적 이익으로 넓혀 보호할 것인지가 치열하게 논의되고 있고, 최근에는 사람의 동일성 표지가 갖는 재산적 이익을 초상권 등 인격권에 의하여 보호하는 것이 바람직하다는 입장이 강하게 나타나고 있다.

그러나 우리나라는 사법상 인격권에 관한 근거규정이 없으며, 인격권의 보호범위를 재산적 이익으로까지 넓히는 것은 법의 예측가능성이나 법적 안정성이라는 요청을 충족시키기 어렵다. 동일성 표지의 인격적 요소와 재산적 요소에 관한 이익을 종래의 인격권, 재산권과의 체제 충돌 없이 인격권으로 조화롭게 효과적으로 보호할 수 있는지도 우려된다.

우리 상표법은 사람의 초상, 성명 등을 타인이 상표권으로 등록하고 재양도하는 것을 허용한다. 또한, 20세기 초반에 사진기술 등이 발전하면서 초상 등을 본인의 허락 없이 사용하는 것이 문제되던 상황에서 나아가 연예인이나 운동선수 등과 소속사 사이에서 초상 등에 관한 일체의 권리를 양도하는 계약이 일상적으로 이루어지는 등 동일성 표지의 적극적 이용이 주된 분쟁의 대상이 되고 있다. 인터넷에 의한 업로드와 다운로드가 과거와는 비교할 수 없는 속도와 양으로 진행되는 현대의 여건을 감안할 때, 유명인의 초상과 성명을 이용하기 위하여 매번 본인의 허락을 구하던 기

존의 법률행위와 그에 관한 구제수단이 적시에 적절하게 가동되기 어렵다.¹¹⁹⁾ 유명인의 경우 사후에 대중의 추모감정으로 인하여 사자의 초상, 성명 등의 상업적 이용으로 얻는 수입이 생전 수입보다 많은 경우도 있고, 사망한 유명인이 홀로그램기술을 이용하여 광고나 영화 등에 등장하기도 한다.

따라서 퍼블리시티권을 이전 가능한 재산적 권리로 이해하는 것이 보다 현해 법체계와 현실에 가깝고, 거래시장의 예측가능성을 높일 수 있다. 그러나 우리 민법은 제185조로 물권법정주의를 채택하고 있으므로, 퍼블리시티권의 법적 성질을 물권에 준하는 재산권으로서 인정하기는 쉽지 않다. 미국에서도 퍼블리시티권은 특허권이나 상표권처럼 입법에 의해 창설된 것이 아니라, 유명인들이 시간, 돈, 노력 등을 투자하여 이룩한 고객흡인력을 무단으로 도용하여 이득을 취하는 것을 방지하고 수요자들의 혼동을 방지하고자 하는 측면에서 발생하고 발전하여 왔다.¹²⁰⁾ 그러므로 퍼블리시티권을 넓은 의미의 부정경쟁방지를 위하여 보호되는 재산적 권리로 보는 것이 이 권리의 발생 배경이나 앞서 본 이론적 근거 및 법적 근거에 부합한다.

다만 인격의 요소로부터 출발한 이 권리를 보호하고자 하는 취지에 반하지 않도록 계약을 해석하고 제한하는 등으로 인간의 존엄성을 해할 우려를 해소하고, 양도와 이용허락, 상속과 같이 인격적 표지의 상업적 이용에 관련된 법률관계를 정리해 나갈 필요가 있다.

119) 최형구, “퍼블리시티권의 양도성에 대한 재검토”, 산업재산권 제31호, 2010, 289면

120) 오세용, “퍼블리시티권(The right of publicity)의 양도성·상속성에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2005, 62면

제3장 프랑스의 논의

제1절 개관

프랑스에서는 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하지 않고, 미국의 퍼블리시티권의 객체인 성명, 초상 등 개인의 인격적 표지(attribut de la personnalité)의 상업적 이용에 관한 문제를 성명권 및 초상권(droit à l'image) 내지 초상에 관한 권리(droit sur l'image)라는 개념으로 접근한다.¹²¹⁾¹²²⁾ 퍼블리시티권의 객체에는 이름, 초상 외에도 목소리, 캐릭터, 특정인을 연상시키는 물건 등이 포함되는데, 프랑스의 학설이나 판례는 이름(성명권), 목소리(음성권), 초상(초상권)을 중심으로 형성되어 있다.

성명권과 음성권, 초상권은 인격권에 관한 교과서에서 소개되는 등 주로 인격권으로 분류되므로, 인격권에 관하여 먼저 소개하고, 성명권과 음성권, 초상권을 차례로 검토한다.

제2절 인격권

I. 개념

프랑스에서 인격권은 인간에게 고유한 권리이고 가장 중요한 제 이익을 지키기 위하여 모든 자연인에게 당연히 귀속하는 생래적이고 양도할 수

121) 박수근, 김태희, “프랑스법에서의 퍼블리시티권에 관한 논의의 전개 - ‘이미지권’의 재산권적 성격에 대한 논의를 중심으로-”, 비교사법 제23권 제2호, 2016, 689면

122) 이와 같이 초상의 상업적 이용에 관련된 문제를 초상권으로 접근하는 것이 일반적이나, 2010년에 유명성(notoriété) 개념을 도입하여 초상의 경제적 이용에 관한 권리를 유명성(notoriété)에 대한 권리에 포함시켜, 인격권과는 구별된 새로운 무체소유권으로 승인해야 한다고 주장하는 학위논문이 등장하였다고 한다. 이에 관한 소개로 고철웅, “프랑스법의 초상권론에 관한 일고찰-초상의 경제적 이용을 중심으로-”, 비교사법 제24권 제1호, 2017, 199면

없는 제 권리라고 이해되고 있다.¹²³⁾

인격권은 ① 신체의 완전성에 관한 권리, ② 정신적 완전성에 관한 권리, ③ 사생활의 존중에 관한 권리로 3가지로 나누기도 하고, ① 신체적 완전성에 관한 권리와 ② 정신적 완전성에 관한 권리로 나누면서 사생활의 존중에 관한 권리를 정신적 완전성에 관한 권리에 포함시키기도 한다.¹²⁴⁾

II. 인격권의 등장

1. 생성

인격권이라는 표현은 판례와 학설에서 출현했다. 1902년 파기원의 판결에 “인격에 내재한 권리”라는 표현이 등장했고,¹²⁵⁾ Perreau라는 학자는 1909년 발간된 학술지¹²⁶⁾에서 인격권의 개념을 소개했다. 이후 인격권에 관한 수많은 결정과 판결이 있었다. “인격권”이라는 표현은 인격권에 관한 첫 번째 법률이 제정될 무렵인 1968년 파기원의 보고서에서 다시 찾아볼 수 있다.

2. 인격권 규정의 도입

프랑스에서 법률로 인격권이 도입된 것은 40여 년밖에 되지 않았다. 인격권에 관한 첫 규정은 사생활을 존중받을 권리에 관한 규정이다. 1970년 7월 17일 법률 n°70-643은 개인의 개별적 권리 보장을 강화할 목적으로¹²⁷⁾ 프랑스 민법에 “누구든지 각자의 사생활을 존중받을 권리가 있다.”

123) Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Mohr Siebeck(1999), S. 21ff; 이봉림, “인격권에 관한 각국의 입법례 검토”, 성균관법학 제20권 제1호, 2008, 202면에서 재인용

124) 정태운, “프랑스에서의 인격권”, 이화여자대학교 법학논집 제4권 제4호, 2010, 39면

125) Arrêt Lecocq du 25 juin 1902(Cass., Civ.)

126) M. E.-H. Perreau, “Des droit de la personnalité”, RTD civ. 1909, 501면

로 시작하는 제9조를 도입했다.¹²⁸⁾

그 다음 1994년 7월 29일 법률 n°94-653로 인간과 인간의 신체에 대한 존중을 규정했다. 위 법률로 도입된 프랑스 민법 제16조는 “법률은 인간의 우선권을 확보하며, 인간의 존엄성을 침해하는 모든 행위를 금지하고, 그 생명의 시작에서부터 자연인의 존중을 보장하여야 한다.”고 규정하고, 민법 제16조의1 제1항은 “모든 사람은 자신의 신체를 존중받을 권리를 갖는다.”고 규정하고 있다.

2004년 8월 6일 법률 n°2004-800으로 도입된 프랑스 민법 제16조의4는 “누구도 인간종(人間種)의 완전성을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있다.

마지막으로 2008년 12월 19일 법률 n°2008-1350은 “인체에 대한 존중은 죽음으로 끝나지 않는다. 사자의 유해는 화장을 한 사람들의 유골을 포함하여 존중, 존엄 및 예의로 대우받아야 한다.”고 규정한 프랑스 민법 제16조의1-1을 도입하였다.

Ⅲ. 보호범위

지금도 모든 인격권이 프랑스 민법에 포함된 것은 아닌데, 이와 같이 프랑스 민법에 명시되어 있지 않은 인격권 중 가장 오래된 것은 명예권이 다. 명예훼손의 단속으로 간접적으로 발생하는 이러한 권리는 1881년 언론에 관한 법에서 나타났다. 위 법은 형법으로서 프랑스 민법에 나타나지 않는다. 1970년대부터 명예권을 사생활을 존중받을 권리에 접근시키는 이론이 발전하였다.

과기원은 명예권 외에도 1957년 3월 11일 제정된 지식재산권법상 저작자의 권리를 인격권으로 인정한 바 있다.¹²⁹⁾

127) 이봉림(주 123), 202면

128) 이하 프랑스 민법 번역은 명순구역, “프랑스민법전”, 법문사, 2004 참조

129) Civ. 1re, 10 mars 1993, n° 91-15.915, D. 1994, p.78 et RTD com. 1994, p. 48, note FRANCON A.

사생활보호에 관한 프랑스 민법 제9조와 인격권 보장의 기초가 되는 프랑스 민법 제16조 등이 신설된 이후에도 인격권의 보호범위는 판례를 통하여 계속 형성되고 있다.

IV. 인격의 재산화 현상

본질적으로는 비재산적인 인격적 표지가 개인의 노하우, 기술, 재능 등으로 인하여 상당한 경제적 가치를 가지게 되고, 무체재산권처럼 제3자와의 계약을 통해 인격적 표지를 그 주체와 독립하여 상업적으로 이용할 권리를 부여하는 경향을 인격의 재산화라 한다.¹³⁰⁾

프랑스의 경우에도 성명, 초상 등 인격적 표지가 거래의 대상이 되는 계약화 및 재산화 현상을 마주하고 있는 것은 우리나라와 마찬가지로이다.

제3절 성명권

I. 개념

성명권(droit au nom)은 이름에서 연유되는 이익들을 침해받지 아니하고 자신의 관리와 처분 아래 둘 수 있는 권리이다. 성명권 역시 프랑스 민법에 규정되어 있지 않은 인격권으로 분류되고, 일부 판결은 이를 사생활권으로 접근한다.

여기서 성명(nom)은 자연인 또는 법인을 지칭하고 자연인을 위하여 성과 이름으로 구성된 단어 또는 단어들의 집합으로, 때로는 가명(pseudonyme), 별명(surnom), 귀족의 칭호가 부가된다.¹³¹⁾

130) Gérald Cornu, Vocabulaire juridique 11^e édition mise à jour, 2016, 747면

131) Gérald Cornu(주 130) p. 684

II. 성명권의 재산권성

1. 파기원 판결

파기원은 Bordas 사건¹³²⁾에서 단체(집단)의 사회적 명칭이 된 자연인의 성명이 그 자연인으로부터 분리되었고, 무체재산의 대상이 된다는 것을 인정하였다(원칙적으로 인격권의 권리주체는 자연인이다. 그러나 프랑스 판례는 여러 차례에 걸쳐 법인에 인격권을 부여했다). 정관에서 달리 규정하지 않는 한, 자연인은 그의 이름을 법인에게 양도한 것으로 간주되고, 자연인은 더 이상 법인이 그 명칭을 사용하거나 상표로 등록하는 것을 금지할 수 없다. 자연인은 명시적 동의를 할 필요가 없으며 단순한 암묵적인 합의만으로 충분하다. 위 사건에서 법원은 Pierre Bordas가 그의 성이 법인 이름으로 삽입된 정관에 서명한 것으로부터 그의 동의를 추론하였다.

그 후 파기원은 Ducasse 사건¹³³⁾에서 “창업자 중 이름이 잘 알려진 사람이 자신과 같은 분야에서 활동하는 회사의 명칭에 그의 성을 삽입하는 것에 동의한 것이, 위 창업자의 허락과 그의 재산권에 대한 명시적 또는 묵시적 포기 없이 회사가 같은 상품이나 서비스를 지칭하기 위해 위 창업자의 성을 상표로 등록할 권한을 부여하는 것은 아니다.”라고 하여 원칙에 대한 예외를 판시하였다.

유명한 성은 Bordas 사건에서 확정된 원칙의 예외를 구성한다. 이 사건에서 파기원은 제3자가 잘 알려진 이름을 상표로 등록할 수 없다고 보았다. 이 사안의 경우 Ducasse라는 이름이 수년간 상표로 등록되어 상표 등록 신청에 선행성이 문제가 될 수 있었다. 또한, 창업자의 성으로 구성된 이 명칭은 잘 알려져 있었다. 이러한 경우 대중의 마음에 혼란이 생길 가능성이 너무 크고, 이로 인해 원래 그 이름을 소유하고 있던 회사에 해를

132) Cass. com. 12 mars 1985, Rev. sociétés 1985, 607면

133) Cass. com. 6 mai 2003, n° 00-18.192, Bull. civ., IV, n° 69

끼칠 가능성이 있기 때문에 같은 제품과 서비스를 지칭하기 위해 "Ducasse"라는 상표를 등록하는 것은 불가능하다고 한 것이다.

파기원은 이름을 상표로 등록하지 않아 지식재산권이 없는 경우 이름에 대한 소유권이 인정된다고 하고, 또한 Ducasse씨가 자신의 무체재산권을 포기한 적이 없다고 하였다. 파기원은 이 판결로 이름의 명성이 소유권 및 무체재산의 출처임을 분명히 하였다.¹³⁴⁾

이 Ducasse 판결은 알려진 이름에 대한 재산권을 인정한 것인데,¹³⁵⁾ 이후 파기원¹³⁶⁾은 그 명성이 지역적일 뿐만 아니라 국가적이어야 함을 분명히 했다.

파기원이 유명한 성을 무체재산의 대상으로 인정하는 것은 성명권의 인격권으로서의 성질에 의문을 제기하는 것이 아니라, 이름의 변화무쌍한 측면에 의해 설명된다. 이름은 행정적 기능, 재산권, 가족의 권리와 같은 복잡한 본질을 가지고 있고, 재산적 기능의 측면에서 고유한, 독특한 권리라는 점에서 법적 체계가 생성 중이다. 이름이 재산권의 대상인 경우 인격권의 의미로 사용될 때 적용되는 원칙과 달리 양도할 수 있고 압류가 가능하다.¹³⁷⁾ 이와 같이 이름에 재산권을 인정하면 양도하고 출자할 수 있는 조건 등을 보다 정확하게 구성할 수 있는 이점이 있다.

2. 유럽연합 사법재판소의 태도

유럽연합 사법재판소(la Cour de Justice de l'Union Européene)는 2011년 7월 5일에 해당 국가의 법률이 허용하는 경우 이름의 소지자는 이름이

134) J.-M. Bruguier, "Le droit à l'image, possible objet de contrat", Legipresse n°232, juin 2006, 115면

135) G. Loiseau, "La propriété d'un nom notoire", D.2003, 2228면

136) Cass, com. 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, Bull. civ., IV. n° 759

137) Théo Hassler, "Le droit à l'image des personnes:entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle", LexisNexis, 2014, 21면

유럽공동체의 상표로서 사용되는 것에 반대할 권리가 있다고 판시하고, 이름의 재산권과 비재산권으로서의 이중적인 성질을 인정하였다.

Ⅲ. 소결

이름은 특정 인격체를 지칭하기 위한 역할을 하지만, 기업의 상품이나 용역의 동일성을 확인하는 역할을 하기도 한다. 또한, 인터넷의 보급으로 성명권이 침해되는 상황이 많이 발생하고 있다. 예를 들어, 도메인 이름의 예약은 모든 검색 엔진으로 접근할 수 있는 사이트를 통해 온라인에서 직접 이루어지는데 인터넷 이용자는 정당성 없이 그가 원하는 도메인 이름을 예약할 수 있으며, 유일한 조건은 해당 도메인 이름의 가용성이다. 이와 같은 현실에서 이름에 관한 재산적 이익을 보호할 필요성은 증대하고 있다.

과기원은 알려진 이름의 경우 성명권에 인격권적 요소 뿐 아니라 재산권적 요소도 있음을 인정하였다. 이름의 지위가 비물질적 자산의 재산적 가치를 보장하는 데까지 진화한 것이다.

제4절 음성권

I. 개념과 내용

음성권(droit à la voix)은 당사자의 동의 없이 목소리를 녹음한 사람들을 제재하기 위한 것이다.

만약 익명의 음성이 식별되지 않는 경우, 그로 인해 즉시 음성권의 보호를 받을 수 없는 경우에는 대중에 알려진 음성에 해당하지 않는다. 대중에 음성이 알려진 사람은 혼동을 일으킬 우려가 있는 모방으로부터 보

호받는다.¹³⁸⁾ 또한, 모든 사람은 사전 동의 없이 사적인 대화를 녹음당하지 않을 권리가 있다. 전화 도청은 예심판사의 허가 등 1991. 7. 10. 법률에서 정한 경우를 제외하고 금지되어 있다.¹³⁹⁾ 당사자의 허락 없이 음성을 녹취하거나 유포한 경우 사생활 침해에도 해당한다.¹⁴⁰⁾

음성권 역시 여러 사건에서 재산화 현상이 확인됐다. 신문이나 출판사가 사생활에 관련된 폭로를 하지 않았는지 문제 삼는 것도 허용된다.¹⁴¹⁾

II. 음성권 침해와 저작인격권 침해 사이의 관계

당사자가 실연자인 경우 불법 유포시 그의 저작인접권 이외에 음성권 침해로 인한 위자료가 병합 내지 누적되는지 문제된다.

낭테르 대심법원은 1997년 실연자의 동의 없이 광고에 노래를 삽입한 것이 실연자의 저작인격권 침해이고, 이로 인한 손해에는 음성권의 침해에 대한 손해가 포함된다고 판단하였다.¹⁴²⁾ 다른 한편 파리 항소법원은 저작인격권의 침해와 인격권의 침해는 병합된다고 판단하였다.¹⁴³⁾

이에 대하여 동일한 사실에 관하여 두 개의 위자료 책임이 발생한다고 판결하였다면 비판받을 만하나, 위 판결들은 여기에 해당하지 않고, 프랑스 지식재산권법 L.212-2조와 프랑스 민법 제9조의 두 조문에 근거하여 하나의 위자료 책임을 인정하였으므로, 위 판결들은 모순되지 않는다는 평가가 있다.¹⁴⁴⁾ 하나의 사실은 여러 권리의 침해에 관련될 수 있으나, 단일한 책임의 대상이 된다는 것이다.

138) Annick Batteur, "Droit des personnes, des familles, et des majeurs protégés". LGDJ, août 2015, 92면

139) Annick Batteur(주 138), 92면

140) Annick Batteur(주 138), 93면

141) Théo Hassler(주 137), 27면

142) TGI Nanterre, 5 nov. 1997, Gaz. Pal. 9-11 août 1998.

143) C.A. Paris, 14 janv. 2004, CCE 2004, n°87

C.A. Paris, 21 janv. 2005, JCP E 2005, 1216, n°8

144) Théo Hassler(주 137), 140면

Ⅲ. 소결

음성권은 그 법적 성질, 침해된 경우 구제방법 등에 관하여 독자적으로 논의되기 보다는 초상권에 곁들여 논의되고 있다. 이하에서는 프랑스의 초상권에 관하여 본다.

제5절 초상권

I. 개념

초상권은 자신의 이미지 사용을 통제할 권리이다.

프랑스에서 이미지는 사람의 외모와 사물(chose)·재산(bien)의 외관을 모두 포함한다.¹⁴⁵⁾ 재산의 이미지에 대한 권리(droit à l'image des biens)에 관한 대표적 판결인 Café Gondrée 사건에서 파기원은 1944. 6. 6. 노르망디 상륙작전 당시 Bénouville 교량을 되찾을 때 첫 번째로 해방된 것으로 유명한 상점을 묘사한 엽서의 상업적 이용이 상점 소유자의 수익권(droit de jouissance)을 침해한 것이라고 판시하였다(Cass, 1re civ., 10 mars 1999, n° 96-18699, Café Gondrée). 그러나 파기원은 재산의 이미지에 대한 권리의 가능성을 인정하는 것에 종지부를 찍기 위해 2004. 5. 7. 전위합의체 판결에서 사물의 소유자가 이미지에 관한 독점적 권리를 가지고 있지 않으며, 이미지의 이용이 소유자에게 비정상적인 장애를 유발할 경우에만 이 이미지의 이용에 반대할 수 있다고 판결했다(Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10450, hotel de Girancourt, Bull). 이 논문에서는 사람의 이미지, 즉 초상을 중심으로 다루므로, 이하에서 이미지는 개인

145) 이와 같이 이미지는 사람의 초상으로만 한정되지 않으므로, droit à l'image를 이미지권 또는 이미지에 대한 권리로 번역하기도 한다. 박수곤, 김태희(주 119), 주)4 참고

의 인격 내지 개성의 일부인 용모를 의미한다.

프랑스의 초상권은 다른 사람들의 시선에서 벗어날 자유의 기초가 될 수 있는 배타적 권리로서, 최소한 누구도 사적 장소에 있는 사람의 이미지를 그 사람의 동의 없이 찍거나 녹화하거나 전파할 수 없고, 이 이미지의 포착은 인격, 특히 사생활에 대한 침해를 구성한다.¹⁴⁶⁾

이미지는 이름과 마찬가지로 인격의 표지이다. 프랑스에서 퍼블리시티권은 이 이미지에 관한 권리를 중심으로 논의가 이루어지고 있다. 이하에서는 초상권의 발전 과정과 법적 근거, 재산권성 인정 여부, 침해시 손해배상을 차례대로 본다.

II. 발전 과정

1. 인식의 변화

이미지는 인격의 요소 중 하나로서, 초상권은 오늘날 프랑스에서 가장 중요하게 여겨지는 사생활에 대한 권리와 결부되어 있다. 프랑스에서 사생활의 보호에 관한 관념은 19세기에 나타났고, “누구나 사생활을 존중받을 권리가 있다.”고 규정한 프랑스 민법 제9조 제1항은 1970년 7월 17일 에야 도입되었다. 이 변화에는 역사적·문화적 원인이 있는데, André Bertrand은 19세기까지 프랑스의 왕은 공중 앞에서 일어나고 잠들고 배변 하였으나, 프랑스 혁명으로 개인주의(individualisme)가 사고방식과 풍습을 지배하는 사회도덕의 변화가 일어난 것이라고 평가한다.¹⁴⁷⁾

2. 초상권을 인정한 초기 판례

초상권에 관련된 실질적인 첫 번째 판례는 1855년 Seine 민사법원 결정

146) Gérald Cornu(주 130), p. 519

147) André Bertrand, “Droit à la vie privée et droit à l'image”, Editions Litec, 1999, 2면

이었다. Fougerère라는 화가는 카톨릭 종교 단체의 장(長)인 자매의 초상화를 그리는 것을 허가받았고, 자매의 초상화는 이 단체에 관련된 건물에 걸려 있었다. 이 단체는 Fougerère에게 이 초상화의 복제품을 만들어달라고 하였는데, Fougerère가 이를 이용해 어떤 전시회에 이 초상화를 보내자 초상화의 철거를 요구하는 긴급심리¹⁴⁸⁾를 청구하였다. 이 사안에서 법원은 “예술가는 동의 없이, 특히 그 사람이 밝힌 의사에 반하여 초상화를 전시할 권리가 없다.”고 하면서 그림을 공중에 전시하는 것을 금지하였다.¹⁴⁹⁾ 이 결정은 그림에 관한 것이기는 하나, 용모의 표현에 관한 권리가 1970년 7월 17일 프랑스 민법에 사생활을 존중받을 권리가 명시되기 전부터 인정된 것이다.¹⁵⁰⁾

이후 사진기술의 발달과 함께 초상권이 매우 발전하기 시작했다. 2차 기술혁명으로 이미지의 복제와 조작이 훨씬 쉬워졌고, 초상권의 중요성이 대두되었다.¹⁵¹⁾

프랑스에서 처음으로 초상권을 창조한 것으로 평가되는 판결은 1858년 이른바 Rachel 사건¹⁵²⁾이다. 여배우였던 Rachel은 임종 당시 사진을 촬영하였는데, 그 사진을 바탕으로 한 초상화들이 유통되자 유족들이 이미지 판매 및 출판의 금지와 손해배상을 청구하였다. 법원은 “아무도 가족의 공식적 동의 없이는 임종하는 사람의 외관을 재현하고 출판할 수 없다. 그 사람이 얼마나 유명했는지, 그의 생전 행동이 얼마나 공개적이었는지 여부는 관계없다. 이 재현에 반대할 권리는 절대적(absolu)이다.”라고 판결하였다. 이 판결은 불법행위에 관한 일반규정인 프랑스 민법 제1382조

148) 실질적 다툼이 없거나 분쟁의 존재에 의해서 재판이 정당화되는 경우에 당사자가 일정한 조건에 따라 단독판사로부터 신속한 재판을 받는 것이 가능한 대심적 절차

149) Tribunal civil de la Seine, Réf., 11 avril 1855, Sœur Mélanie c/Fougère : Ann. Propr. Ind. 1860, 187

150) Bernard Beignier, Jeu-René Binet, “Droit des personnes et de la famille”, LGDJ, octobre 2015, 156면

151) Jane Seager, “Le droit à l'image sur internet approche de droit compare franco-britannique”, Mémoire de Master en Droit, Université Paris II(Panthéon-Assas), 2004, 7면

152) Tribunal civil de la Seine, 16 juin 1858, D. 1858, III, p.62

에 근거하지 않고, 이미지 무단이용의 문제를 절대적 권리, 이미지에 관한 주관적인 권리 침해로 다루었다. 다만 이 판결은 사자의 초상을 무단으로 이용한 사안에 대한 것으로 본인의 초상권에 대한 사례는 아니었다.¹⁵³⁾

3. 초상권과 사생활을 존중받을 권리의 관계 정립

초상권이 프랑스 민법 제9조 제1항에 규정된 사생활을 존중받을 권리에 포함되는 것인지 사생활을 존중받을 권리와 독립된 권리인지 논란이 있었다. 이에 대하여 과기원은 2000년 “사생활 존중에 대한 침해와 초상권에 대한 침해는 서로 다른 손해의 원천이 되며, 별개의 배상권을 구성한다.”고 판시하였고,¹⁵⁴⁾ 2005년 판결¹⁵⁵⁾에서는 “사생활의 존중과 초상의 존중은 서로 다른 권리를 구성한다.”고 함으로써 초상권을 사생활을 존중받을 권리와 별개의 독립된 권리로 인정하였다.

Ⅲ. 법적 근거

1. 일반적 근거규정

초상권은 성명권과 마찬가지로 명문 규정이 없다.

이 권리는 처음에는 불법행위에 관한 규정인 프랑스 민법 제1382조¹⁵⁶⁾에 근거하였다. 판례는 19세기 이래 성명권, 초상권 등을 소유권과 동일시하거나 인격적 이익에 대한 침해를 과책(faute)¹⁵⁷⁾으로 구성하여 불법행위

153) 고철웅(주 120), 192면

154) Cass. civ. 1re, 12 déc. 2000, Bull. civ. I, n° 321(2 arrêts)

155) Cass. civ. 1re, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 206.

156) 프랑스 민법 제1382조: 자신의 faute에 기한 행위로 타인에게 손해를 가한 자는 이를 배상하여야 한다.

157) 프랑스 민법상 faute는 우리 민법상 고의와 과실, 위법성, 그리고 책임능력 등을 통괄하는 ‘포괄적’인 개념으로 이해할 수 있다고 설명하면서 이를 과책으로 번역하는 것을 제안하는 입장으로, 여하운, “우리나라에서의 프랑스 민법 연구방법에 관한 소고-필자의 연구 경험을 중심으로”,

책임을 인정함으로써 보호해 왔다.¹⁵⁸⁾ 선정적인 언론이 성명과 초상을 무단으로 이용하는 사례가 늘어나고 이로 인한 소송이 증가하였을 때 법원은 불법행위로 인한 손해배상으로 구제하였다. 이와 같은 일반 불법행위 규정에 의한 의율은 과책과 손해에 대한 입증을 요구하였다.¹⁵⁹⁾

그러나 인격권에 관한 규정이 프랑스 민법에 도입된 오늘날에는 사생활 보호에 관한 규정인 프랑스 민법 제9조와 유럽인권협약(Convention européenne des droits de l'homme, 약어로 CEDH)의 제8조에서 그 근거를 찾고 있다.¹⁶⁰⁾

[프랑스 민법 제9조]

- ① 누구든지 각자의 사생활을 존중받을 권리가 있다.
- ② 법원은 사생활의 비밀에 대한 침해를 방지 또는 중지시키기 위하여 손해배상과 별도로 쟁의적 재산에 대한 임치조치, 압류 기타 적절한 모든 조치를 명할 수 있다; 이러한 조치는 긴급한 경우에는 긴급심리에 의하여 명할 수 있다.

[유럽인권협약 제8조(사생활을 존중받을 권리)]

- ① 모든 사람은 사생활과 가정생활, 가정과 그의 서신을 존중받을 권리가 있다.
- ② 장애 또는 범죄의 예방, 건강 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위하여 국가 보안, 공공안전 또는 국가의 경제적 복지를 도모하기 위해 민주사회에 필요하고 법에 의거하는 경우를 제외하고, 공권력으로 이 권리를 행사하는 데 간섭하여서는 아니 된다.

비교사법 제20권 제4호, 2013, 1254면

158) Vlad, Constantinesco, "Die Persönlichkeitsrechte und ihr Schutz im französischen Recht", AcP 159, 1960, S. 320ff; 이봉림, "(주 123), 202면에서 재인용

159) 정태윤(주 124), 42면

160) Annick Batteur(주 138), 92면

프랑스 민법 제9조가 신설될 당시 이 규정에 의하여 사생활의 비밀에 대한 침해를 예방하거나 중단시킬 수 있는 소권이 인정된다는 점은 분명하였으나, 손해의 배상에 관하여는 “손해배상과 별도로”라는 문언으로 인하여 이 규정으로 곧바로 손해배상을 청구할 수 있는지 불분명했다.

법원은 처음에는 프랑스 민법 제1382조를 계속 적용하였다. 학계에서는 민법상의 불법행위책임체계에 의거하는 것으로 충분하다는 견해와 이 규정은 주관적 권리인 인격권의 형태로 사생활의 비밀을 명문으로 인정한 것이고, 사생활의 존중에 대한 권리를 인정함으로써 각 권리주체의 주위에 단순히 그에 대하여 침범하는 그 자체로 제재를 가져오는 보호영역을 설정할 수 있게 된다는 견해 등이 대립하였다.¹⁶¹⁾

불법행위책임에 의거하는 경우 사생활에 대한 객관적인 침해 이외에 과책, 손해의 발생, 과책과 발생한 손해 사이의 인과관계에 대한 입증을 요하나, 주관적 권리를 인정하게 되면 그에 대한 침해 자체로 배상의무가 발생한다.

이 문제에 대하여 파기원은 1996. 11. 5. Voici라는 잡지사가 개인의 사진을 게재하고 사생활에 관한 폭로 기사를 신자 원고가 프랑스 민법 제9조에 근거하여 손해배상과 출판금지를 청구한 사건에서 “민법 제9조에 따라서 사생활의 침해에 대한 확인만으로 배상받을 수 있는 권리가 인정된다.”고 판시하였다.¹⁶²⁾ 프랑스 민법 제9조에 근거한 손해배상책임이 인정된다고 하여 사생활에 대한 보호체계가 프랑스 민법 제1382조와 관계가 없는 것은 아니고, 사생활 침해만으로 정신적 손해와 과책이 존재한다는 사실상의 추정이 이루어지는 것이라고 한다.¹⁶³⁾

161) 정태윤(주 124), 44면

162) 정태윤(주 124), 45면

163) 정태윤(주 124), 46면

2. 모델과 전문 운동선수의 이미지에 관한 규정

프랑스에서는 부문별로 모델¹⁶⁴⁾과 운동선수¹⁶⁵⁾의 이미지에 관한 재산적 권리를 법률로 규정한 바 있다. 그 규정들은 모델 또는 운동선수에 국한되고 이미지에 관한 일반적 재산권을 인정한 것은 아니다. 현재 운동선수의 이미지에 관하여 규정하고 있는 프랑스 스포츠법 L.333-1조 등에 따라 스포츠클럽은 운동선수의 사진을 보유하고 파생 상품을 판매할 수 있는데, 이는 운동선수가 스포츠클럽과 체결한 고용계약이 적어도 자신의 직업을 수행할 때 고용주의 이익을 위해 이미지에 대한 권리를 양도하는 것을 예정해두고 있기 때문이다.¹⁶⁶⁾ 또한, 스포츠 대회 주최자는 스포츠 연맹과 이 대회의 이미지를 사용할 권리를 공유하고, 스포츠 연맹과 대회 주최자에게 유리하게 운동선수가 이 대회에서의 자신의 이미지를 상업적으로 이용할 권리는 박탈된다.

IV. 법적 성질

1. 서설

초상권의 법적 성질은 논쟁의 대상이다. 초상권은 프랑스 민법 제9조에 근거하여 일견 재산권이 아닌 인격권으로서 처분할 수 없는 권리로 이해된다. 초상권은 약 150년간 침해를 방지하기 위해 소극적인 방법으로 이용된 권리였다. 그러나 20여 년 전부터 종종 이미지가 양도 계약의 대상이 되는 등 적극적인 방법으로 이용되고 있기 때문에 자유롭게 양도할 수 있는 재산권으로 볼 수도 있다.¹⁶⁷⁾

164) Article L. 763-1 du Code du travail

165) Article L. 222-2 du Code du sport

166) Théo Hassler(주 137), 22면

167) Bernard Beignier, Jeau-René Binet(주 150), 157면

이미지의 상업화는 특히 사람의 이미지에 관한 계약과 관련하여 프랑스 법에서 이론적인 문제를 제기한다. 이미지가 그 사람 자체와 관련이 있다고 가정하면, 이미지가 계약의 목적이 된다고 보기 어렵다. 프랑스 민법 제16조의 1은 “인체, 그 구성부분 및 적출물은 재산권의 목적이 될 수 없다.”고 명시하고 있고, 제16조의 5는 “인체, 그 구성부분 및 적출물에 대하여 어떠한 재산적 가치를 부여하는 내용의 약정은 무효”라고 규정하고 있기 때문이다.¹⁶⁸⁾

이러한 문제에도 불구하고, 우리나라에서와 마찬가지로 제1심·항소심의 여러 판결¹⁶⁹⁾이 이미지에 재산적 가치를 인정하고 있는 점과 스포츠맨, 예술가 또는 텔레비전 리얼리티 프로그램의 참가자 등의 이미지 계약 관행이 자리를 잡아 가는 점 등으로 인하여, 현실적으로 증가하는 이미지 상용화·상업화 현상을 더 이상 무시할 수 없는 상황이다.

2. 학설

가. 인격권 일원설

프랑스에서 초상권을 가장 먼저 체계적으로 논한 Fougeroi는 1913년 발간한 저서에서 초상권은 개인의 자유에 대한 귀결로서 사람의 용모는 자신이 생각하는 대로 자유롭게 이용할 수 있는 것이고, 허가 없이 타인의 얼굴을 복제하거나 공개하는 것은 그 사람의 인격과 의사에 대한 침해이므로, 초상권은 인격권에 의거해야 한다고 주장하였다.¹⁷⁰⁾

Fougeroi의 논의에 의거하여 소유권과 저작권은 사람과 분리된 독립적

168) 이 두 규정은 1994. 7. 29. loi n°94-653으로 프랑스 민법에 들어왔다.

169) TGI Nanterre, 4 juillet 2000 : Légipresse, octobre 2000, III, IV, n°175, 15면, 위 판결은 “초상권은 특히 모델과 코미디언의 활동을 하는 연예인의 경우 재산적 가치를 띤다. 이 권리의 보호는 무상 이용이나 이미지의 가치가 저하될 가능성을 피하기 위한 것이다.”라고 판시하였다.

170) H. Fougeroi, “La figure humaine et le droit”, Paris, Arthur Rousseau, 1913, 27-31면; 고철웅(주 120), 194면에서 재인용

인 물건을 규율하는 권리이기 때문에 초상권의 법적 성질로 적합하지 않고 비재산적 권리(droit extrapatrimonial)에 포함되어야 한다는 견해도 인격권 일원론이라 할 수 있다.¹⁷¹⁾

나. 이중적 성질설

대부분의 학설은 다양한 방식으로 이미지에 대한 권리가 이중적 성질을 가지고 있다고 주장한다.¹⁷²⁾

초상권이 이중적 성질을 가지고 있다고 하는 견해 중에는 Pierre Kayser처럼 초상권의 근본적인 핵심은 사생활에 기반한 비재산적 요소이고, 특정 상황에서 나오는 재산적 측면이 있지만 이는 독자적으로 존재할 수 없는 부차적인 요소로 보는 입장이 있다.¹⁷³⁾

초상권은 실제로 이중적 성질을 가지고 있기 때문에 이 두 가지 분석 사이에서 어느 한쪽으로 결정할 필요는 없고, 사람의 인격을 보호하고 그에게 가한 손해를 보상하도록 하는 비재산적 권리이기도 하고, 적극적·경제적으로 이용할 수 있는 재산적 권리이기도 한, 두 가지 측면이 공존하는 권리로 이해하기도 한다.¹⁷⁴⁾

Emmanuel Gaillard는 1984년 발표한 논문에서 이미지의 상업적 이용을 보호하기 위해 이미지에 관한 비재산권과 독립된 권리의 존재를 인정해야 한다고 주장하였다.¹⁷⁵⁾ Serna는 초상권(droit à l'image)과 초상에 관한 권리(droit sur l'image)라는 두 가지 개념을 구별하였다. 여기서 초상권은 개인이 자신의 이미지의 무단 사용 및 배포에 반대할 소극적·수동적·배

171) R. Nerson, "Les droits extrapatrimoniaux", préf. P. Roubier, LGDJ, 1939, 144면; 고철용(주 120), 194면에서 재인용

172) Valentins Abasins, "My image is my property-personal image protection on the internet", LL.M., University of Copenhagen, 2012, 40면(<http://ssrn.com/abstract=2082321>)

173) Valentins Abasins(주 172), 40면

174) Bernard Beignier, Jeau-René Binet(주 150), 157면

175) E. Gaillard, La double nature du droit à la l'image et ses conséquences en droit positif français, D. 1984, Chron. 161면

타적인 권리이고, 초상에 관한 권리는 개인이 자신의 이미지를 상업적 필요에 따라 이용할 적극적인 권리라고 한다.¹⁷⁶⁾ 즉 초상권이 침해를 막기 위해 부정적인 방법으로 사용되는 전통적 권리라면, 초상에 관한 권리는 20세기 중후반부터 진행되고 있는 사람의 재산화(patrimonialisation) 현상으로 인하여 발생한 신생 권리로서 이미지의 이용을 위하여 계약 등 적극적인 방법으로 사용되는 권리라는 것이다. 초상에 관한 권리는 이미지의 상업적 이용과 관련된 것으로 상속인에게 이전될 수 있는 재산적 가치를 가지고, 계약의 대상이 될 수 있다고 한다.

다. 소유권설

신체를 물건으로 보고 인격권의 법적 성격을 소유권으로 재구성해야 한다고 주장하면서 초상이 본인에게 귀속하는 이유는 자신이 본인의 신체를 소유하고 있기 때문이라는 학설¹⁷⁷⁾이 있으나, 이를 지지하는 학설은 많지 않다고 한다.¹⁷⁸⁾

라. 재산권설

초상권은 각 개인의 계약이 합법적인 소유자의 허락 없이 이용될 수 없는 하나의 저작물(œuvre unique)을 구성하므로, 저작권을 유추하여 분석할 수 있다는 견해도 있다.¹⁷⁹⁾ 이 견해에 대하여는 그 사람 자신이 아무 것도 하지 않고 저작물이 되는 것으로 보인다는 비판이 있으며¹⁸⁰⁾, 파리 대심법원은 개성으로부터 인격을 표상하는 어떠한 창작적 요소를 인정할

176) M. Serna, L'image des personnes physiques et des biens, Economica, 1997, 48면

177) F. Zenati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTDCiv. 1993, 305면. 또한, F. Zenati et T. Revet, Les biens, 3è. PUF, 2008, 30면; 고철웅(주 120), 193면에서 재인용

178) 고철웅(주 120), 193면

179) André Bertrand(주 147), 143면

180) Jane Seager(주 151), 19면

수는 없다고 판시한 바 있다.¹⁸¹⁾

최근에는 종래에 초상권으로 생각되어 온 정신적 이익 보호를 위한 권리는 사생활을 존중받을 권리에 흡수되어야 하고, 초상권을 재산권으로 구성하여 사생활을 존중받을 권리와 초상권을 이분화함으로써 초상의 상업적 이용 문제를 재산권으로 접근해야 한다는 견해가 등장하였다.¹⁸²⁾ 이 입장은 프랑스의 지식소유권법은 제121-1조에서 “저작자는 그 작품, 품질, 이름에 관한 존중권을 향유한다. 이 권리는 저작자의 인격에 결합되어 있다. 이 권리는 영원하고, 양도불가능하며, 시효가 적용되지 않는다. 이 권리는 저작자의 사후에 상속인에게 양도가능하다.”고 규정하여 저작권이 저작자의 생전에는 인격권이나 사후에는 재산권적 측면을 가진다는 점을 인정하고 있는데, 초상권이 지식재산권과 유사한 기능을 가진다는 점을 근거로 한다.¹⁸³⁾ 기존 이론 구성은 복잡하고 이해하기 어려우며 불명확하여 예측 불가능하므로, 이미지에 대한 비재산적 권리를 폐지하고, 이미지에 대한 정신적 이익의 침해는 그것이 동시에 사생활에 대한 침해를 가져오는 경우 사생활권으로 제재하며, 초상권은 재산권으로 재구성함으로써 원칙과 예외, 합법과 불법의 경계에 관한 문제를 단순화할 수 있다고 하고, 이와 같이 재구성하는 것이 표현의 자유 보호가 강조되는 현재의 경향에도 부합한다고 한다.¹⁸⁴⁾

마. 검토

프랑스 학설은 사진, 광고 기술의 발달로 허락 없이 타인의 초상을 촬영·이용하는 것이 주로 문제되던 20세기 초에는 초상권을 인격권으로 파악하는 입장이 많았으나, 사람의 재산화(patrimonialisation)가 진행되고

181) TGI Paris, 3e ch, 4 juin 2008, Légipresse 2008, n° 257, III, 233면

182) Théo Hassler(주 137), 211, 212면

183) Théo Hassler, Contribution à la nature juridique du droit 《patrimonial》 à l'image, RLDI, avr. 2010, 70면; 고철웅(주 120), 195면에서 재인용

184) Théo Hassler(주 135), 212면

있다고 논의되는 20세기 중후반부터는 소극적 권리로서의 초상권과 적극적인 재산적 권리로서의 초상에 관한 권리를 나누어 보거나 초상권에 인격권적 성질과 재산권적 성질이 공존하고 있다고 보는 견해가 대세를 이루고 있다. 나아가 종전의 초상권은 사생활권으로 흡수하고, 초상의 상업적 이용 문제는 재산권인 초상권으로 접근해야 한다는 견해도 등장하였다. 초상권의 법적 성질에 관한 프랑스의 학설은 우리나라의 학설과 마찬가지로 사회 변화에 대응하여 유기적으로 변화하고 있다고 볼 수 있다.

3. 판례

가. 1심 판례

1) 1858년 Rachel 사건 판결

Seine 민사법원은 이 사건에서 사자의 초상의 무단이용에 반대할 권리는 절대적인 것이라고 판시하였다.

2) 1905년에 Seine 민사법원의 판결

한 세기 전인 1905년에 Seine 민사법원¹⁸⁵⁾은 “개인의 이미지를 재생산하는 것을 막을 권리는 재산권과 동일시될 수 없다. 사람 개인은 상업화될 수 없고, 실재하는 권리의 목적이 될 수 없다.”고 선언했다. 이 결정은 이미지의 재산권화가 현실화될 수 있음을 입증하고자 했던 그 시대의 프랑스 일부 학설에 반하는 것이었다.

3) 1988년 Raimu 사건 판결 등

사실심 판결이 변화한 것을 보여주는 대표적 사안은 1988년 11월 24일

185) T.civ. Seine, 10 fevrier 1905, DP 1905. 389

Raimu사건¹⁸⁶)이다. 이 사건에서 액상 프로방스 대심법원은 간단하게 초상권은 재산권성과 비재산권성을 가진다고 판시했다. 이 판결은 위와 같은 표현으로 초상권이 이중적 성격을 갖는다는 것을 인정하면서, “이미지의 재산적 권리는 이미지의 상업적 이용으로 수익을 창출할 수 있도록 하고, 상속인에게 이전된다.”고 하였다. 법원은 이 재산적 권리가 자신의 선조의 이미지를 이용하거나 희화화한 제3자에게 항의한 유명 배우의 상속인에게 이전되었다는 주장을 받아들였다.

파리 대심법원은 1999. 9. 8. 모나코 왕족과 관련된 사건¹⁸⁷)에서 초상권은 절대적 소유권(droit de propriété absolu)이라고 판시했다.

이러한 초상권의 재산권화 움직임은 여러 제1심 판례에 나타났다. 낭테르 대심법원은 2000. 7. 4. 판결에서 “초상권은 특히 모델과 코메디언으로 활동하는 연예인의 경우에 재산적 가치를 띤다.”고 판시하였다.¹⁸⁸)

파리 대심법원 2004. 9. 17.자 판결¹⁸⁹)은 초상권의 양도성을 확인함으로써 초상권의 재산권성을 인정했다.

낭테르 대심법원은 2011. 11. 24. HomeBox 사건(위 회사는 멀티미디어 광고 캠페인에 직원들의 이미지를 이용하였다. 그 광고 캠페인은 여러 해 이루어졌다. 그러나 문제된 직원이 그 후에 해고되어 위 회사는 더 이상 그의 이미지를 사용하지 않았다. 그럼에도 그 직원은 이미지 이용에 대해 명시적이고 특별한 동의를 하지 않았기 때문에 자신이 이미지에 대한 권리를 침해당한 희생자라고 하면서 이전 고용주를 상대로 소송을 제기했다.)¹⁹⁰)에서 사용자가 문제의 광고 캠페인의 일부로 사진을 복제하고 유포할 정당한 권리가 없으므로, 근로자의 이미지에 대한 권리가 침해되었다고 판시하였다. 이 사건에서 법원은 고용주가 제시한 사정- 직원이 촬영

186) TGI Aix-en-Provence, 24 novembre 1988, JCP 1989, II, 21329 note J. Henderycksen ; RTD civ 1990, 126면, obs J. Patarin, Caricature du comédien Jules Raimu

187) TGI Paris, 8 septembre 1999, Cce 2000, n°60, obs A. Lepage

188) TGI Nanterre, 4 juillet 2000 : Légipresse, octobre 2000, III, IV, n°175

189) TGI Paris, 17 septembre 2004, JCP 2004, 10182, obs. Pollaud-Dullian

190) TGI Nanterre, 24 novembre 2011, RG n° 10/00348, LP n° 291, février 2012, 73면

참여에 동의한 점, 직원이 해고 전까지 수년간 이익을 제기하지 않은 점, 2008년 제2차 홍보 캠페인 보급에 동의한 점-이 의미 없는 것은 아니지만 이로써 직원의 사진을 복제, 유포할 권리가 입증되었다고 보지 않았다. 이 판결은 이미지를 사용하려는 사람으로부터 특별하고 명시적으로, 특히 서면으로 허락을 얻는 것의 중요성을 시사한다.

나. 항소심 판례

항소심의 경우 1983년 파리 항소법원은 민법 제9조의 범위에 해당하는 초상권의 이용은 인격권의 영역에 속하며 저작물에 들어가지 않는다고 판시했다.¹⁹¹⁾ 파리 항소법원이 초상권은 인격권으로 재산권이 아니라고 판단했기 때문에 유명인의 상속인은 회사에 그 유명인의 이미지를 복제할 권리를 유효하게 양도할 수 없었다.

그러나 1991년 액상 프로방스 항소법원은 “초상권은 소유자 개인에 엄격히 귀속되어 그와 함께 소멸되며 민법 제9조의 보호를 받는, 단순하게 인격적인 성격만 띠는 것이 아니라, 재산적인 성격도 띤다. 이 권리의 재산적 가치는 동일한 종류의 다른 권리와 마찬가지로 본인의 이미지를 상업적 목적으로 공개할 권한을 부여 받았는지 여부에 관계없이 상속인에게 이전된다.”고 판시했다¹⁹²⁾.

1990년 7월 12일경에는 부문별로 모델이나 전문 스포츠선수의 이미지에 관하여 재산권을 인정하는 입법이 이루어졌고, 위 규정이 창설적 규정인지 논란이 있었다.

2005년경, 달력에 Johnny Hallyday의 이미지가 사용된 사건에서 Versailles 항소법원은 “초상권이 재산권의 본질적인 특성을 가질 때 자신의 이미지에 대한 법적 통제권을 가진 양도인과 특권을 가지게 되는 양수

191) CA Paris 4 ch., 7 juin 1983, Bonet c/ Cashart : Gaz. Pal 1984, 2, 528, note G. Lamoureux et B. Pochon; D.1985, somm. 165, note R. Lindon

192) CA Aix-en Provence, 21 mai 1991

인 사이에 계약이 유효하게 이루어질 수 있다.”고 판시했다. 그 판결에서 법원은 상업적 사용에 대한 승인뿐만 아니라 그 이미지의 모든 출판 및 사용에 대한 독점권도 자유로이 양도할 수 있다고 하였다. 더 나아가 법원은 사람의 외관에 대한 모든 상업적 이용이 반드시 연기자와 모델을 고려하여 특별히 창설한 규정의 적용으로 인한 것은 아니라고 명시하였다.

다. 파기원의 입장

1, 2심에서 초상권의 재산적 측면을 최초로 인정한 후 상당한 시간이 경과하였으나, 파기원은 아직까지 이미지에 대하여 프랑스 민법 제9조를 벗어난 재산권성을 인정한 바 없다.

파기원은 오래전인 1990년 전문 모델인 원고가 광고 사진을 찍기 위해 포즈를 취했던 사건¹⁹³⁾에서 “1950. 7. 15.에 태어나 성년에 이르지 않았던 1970. 12. 1.에 부여한 동의가 무효라는 원고의 주장을 받아들이지 않은 원심판결은 미성년자가 자신에 대한 권한을 가진 사람의 동의 없이 초상권 등 인격권과 관련된 약정을 체결할 수 없다는 요건을 충족시키지 못하였다.”고 판시하였다. 이 판결은 이미지에 관한 권리 양도 조항이 포함된 모델계약이 인격권의 영역에 속한다고 명확히 판단한 것이라고 해석된다.¹⁹⁴⁾

파기원은 2008년 Photoalto 사건¹⁹⁵⁾에서는 초상의 이용이 일반 채권법에 따라 계약의 대상이 될 수 있다고 인정함으로써 초상권의 비재산권적 성질에도 불구하고 계약법과 양립 가능성을 확인했다.

이 사건에서 전문 모델인 원고는 305유로에 포르노그래피를 제외한 그의 모든 외관에 대해 모든 기술적 방법에 의해 모든 단체, 회사, 상품이나 서비스의 삽화, 장식, 판촉, 광고의 목적으로 15년 동안 촬영 및 이용하는

193) Cass. civ. 1re, 27 mars 1990, n° 88-18396(<http://www.legifrance.gouv.fr/>)

194) T. Hassler(주 137), 24면.

195) Cass. civ. 1re, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, Brossard-Martinez c, société Photoalto

것에 동의하고, 이는 목시적 갱신의 방법으로 갱신할 수 있도록 하였다. 그 후 원고는 부여한 권한의 크기에 비하여 보수가 낮은 것을 후회하고, 계약의 무효 확인 및 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 제1심·항소심은 소를 각하하였고, 원고는 상고하였다.

원고는 파기원에서 이미지에 대한 재산권을 인정해야 한다고 하면서, 모델은 이미지의 가치로부터 이익을 얻을 수 있고 그 이용 조건을 통제할 수 있는 배타적인 재산권을 가지고, 이 재산적인 권리를 상대방에게 부여하는 계약을 유효하게 체결할 수 있지만, 이전의 대상은 제한된 목적, 장소, 기간으로 구체적으로 정해져야 한다고 주장하였다.

그러나 파기원은 2008. 12. 11. 이 사건에서 초상권이 양도의 대상이 될 수 있다고 보면서도 이미지에 대한 재산권을 인정할 것인지에 관하여는 판단하지 아니한 채 “초상권의 양도(cession de droit à l'image)에 관하여 프랑스 민법 제9조만이 적용되고, 지식재산권법은 배제되며, 초상권의 양도는 계약의 자유의 영역에 속한다.”고 판시하고, 이 사건에서 합의된 허락(autorisation)의 범위는 충분히 명확하다고 보았다. 이 판결은 이미지 이용에 관한 계약의 자유를 명시적으로 인정하고 초상권 양도 방식에 대해 몇 가지 지침을 제시하였으나, 전통적으로 비재산권을 보장하는 규정인 민법 제9조에 의거하는 것에 그쳤다.

초상의 이용에 관한 계약이 계약의 자유, 즉 일반 계약법의 범위 내에 있으므로, 계약은 인격권을 지배할 수 있는데, 이는 인격권의 전통적인 특징의 영향을 약화시키고 적어도 간접적으로 인격권의 이전성(transmissibilité¹⁹⁶)을 인정하는 것이다. 그러나 파기원은 초상권의 법적 성질에 관한 판단을 하지 않고 이미지에 대한 재산적 권리의 존재를 인정하지 않도록 주의했다.¹⁹⁷

파기원은 재산적 가치가 있는 이미지에 상호로 이용되는 성명에 부여된 재산권과 같은 지위를 부여하지 않고 계약 내지 채권(droits personnels)

196) 처분성, 양도성(자발적인 전달의 종류)보다 넓은 의미이다. Gérald Cornu(주 130), 1037면

197) Théo Hassler(주 137), 24면

으로 이미지를 이용할 가능성에 그치기를 바라는 것으로 보인다.¹⁹⁸⁾

사실 전문 모델이 정기적으로 자신의 이미지를 거래하고 이용하면, 그 이용의 대상은 이 이미지의 명성인데,¹⁹⁹⁾ 파기원이 이름과 달리 아직까지 유명인의 이미지에 대한 재산권성을 인정하지 않은 이유에 대한 의문이 제기된다. 파기원이 초상권의 재산적 성격을 명시적으로 판시하지 않는 이유에 관해, 초상권에 이중적 성격이 공존함을 인정하면 재산적 권리와 비재산적 권리 사이에서 체제 충돌이 야기될 가능성이 있기 때문에 인격의 보호에 영향을 미치는 권리의 개념적 단일성을 유지하기를 원하는 것이라고 분석하기도 한다.²⁰⁰⁾ 인격의 표지인 이미지가 시장의 탐욕의 대상이 되는 향락주의에 빠지고, 초상권을 보호하고자 한 취지가 변질될 것을 우려하여 이미지에 대한 재산권을 인정하기 꺼린다는 것이다.

라. 소결

초상권에 관련된 프랑스의 사실심 판례 중 상당수는 이 권리의 이중적 성격의 존재를 명확히 드러내고 있다. 한 면은 표상된 사람의 정신적 차원의 이익이고, 다른 면은 금전적인 이익이다. 사람의 이미지를 무단으로 유포하면 관련된 사람의 금전적 이익이나 비금전적 이해관계에 영향을 미친다. 사람의 비재산적 이익은 재산으로 분류될 수 없고 결과적으로 상속 재산에 해당하지 않는다. 따라서 이 비재산적 이익은 양도할 수 없고, 어떤 사람이 그의 비재산권이 침해되었음을 입증하여 법원이 손해배상을 명한 경우에도 그러하다. 초상권의 재산권적 성질은 사람의 이미지에 상업적 가치가 있다는 점을 고려한 것이다. 이미지의 상업적 가치는 HomeBox 사

198) Théo Hassler(주 137), 24면

199) G. Loiseau, "Des droits patrimoniaux de la personnalite en droit francais", 42 Revue de droit de McGill 319, 1997, 331면

200) Aurélie Thuegaz, "Le droit français à et sur l'image : comparaison au droit anglais", Thèse de doctorat en Droit, Université Paris I(Panthéon Sorbonne), 17 décembre 2012, 300, 301면

건 등 고용주에 의한 직원의 이미지 활용 사례를 통해 확인할 수 있다.

초상권에 재산권적 성질을 인정할지에 관하여 파기원 판례로 정립되어 있지 아니하나, 경제적 가치가 있는 이미지에 관한 권리는 실제로 재산적 성질을 갖고 있다는 점을 부인할 수 없으므로, 그 재산적 요소를 어떻게 자리매김할지를 고민하여야 할 시점으로 보인다.

V. 침해에 대한 제재로서의 손해배상

1. 정신적 손해

가. 원칙

초상권의 근거규정이 프랑스 민법 제1382조가 아닌 제9조라고 하더라도, 정신적 피해의 정도를 객관적으로 입증할 수 없고, 선고된 판결들에 관한 데이터베이스가 부족하기 때문에 정신적 손해액을 증명하는 것은 쉽지 않다.²⁰¹⁾ 그러나 파기원은 여러 판결에서 인격권에 대한 모든 침해는 그 자체로 정신적인 손해를 가져온다고 판시하고 있으므로,²⁰²⁾ 정신적 손해를 입증할 필요는 없다.

선고되는 제재의 성격이 손해에 상당한 배상인가 아니면 일종의 민사벌금인가 논의되는데, 파기원은 상고인이 사실심에서 인정한 손해배상은 배상으로서의 성격을 상실하였다고 주장한 사건에서 인격권 침해로 인한 손해의 평가가 사실심 법관의 절대적인 권한에 속한다고 판시하였다. 이에 비추어 문제되고 있는 것은 배상의 기능보다는 제재적 기능과 예방적 기능이라고 볼 수 있다.²⁰³⁾ 프랑스 판례는 민사 책임의 관점에서 초상권 침

201) Théo Hassler(주 137), 199면

202) Cass. civ. 1re, 25 févr. 1997, n°95-13545, JCP G, 1997, II, 22873, note J. Ravanas
등

203) 정태윤(주 124), 46면

해로 인한 모든 손해를 보상한다고 하지만, 징벌적 위자료는 인정하지 않는다.

대개 위자료로 인정되는 금액이 크지 않고, 어떤 경우에는 초상권 침해로 획득한 이익보다 적다는 면에서 타블로이드 언론이 다소나마 윤리적으로 행동하도록 유도하기 위해서는 기자나 파파라치가 망원렌즈를 이용하여 사진을 찍은 사실, 재범이라는 사실, 고의적인 사생활 침해가 있다는 사실과 같은 “침해의 심각성”이 손해를 평가하는 데 중요한 요소가 되어야 한다고 한다.²⁰⁴⁾ 파리 대심법원은 실제로 문제의 가십지인 <people>지가 저지른 사생활 침해의 빈도를 강조하는 판결을 한 바 있다.

손해액은 분쟁의 대상이 된 이미지의 공표일자를 기준으로 산정·판단하여야 한다.²⁰⁵⁾

나. 무명인을 위한 위자료

유명인사가 아닌 일반인을 위한 위자료 액수는 약 2유로에서 3,000유로 사이지만, 제반 사정에 따라 때로 크게 변동할 수 있다. 예를 들어 원고가 1유로 이상의 위자료를 주장했는데, 손해를 상징적으로 1유로라고 평가한다면 이를 합리적이라고 할 수 없다.²⁰⁶⁾

다. 유명인을 위한 위자료

유명인들에게도 평온할 권리 내지 혼자 있을 권리가 인정되나, 위자료를 보통 사람들보다 더 많이 받지 못하는 경우가 종종 있다. 유명인은 자신에게 필요할 때 미디어매체를 이용하고는 하고 때때로 사생활 요소를 공개하는 것을 묵인한 것으로 보이기 때문이다. 특히 낭테르 대심법원의

204) Théo Hassler(주 137), 200면

205) Cass. civ. 1re, 31 oct. 2012, Légipresse 2013, 35면

206) Théo Hassler(주 137), 201면

경우 실제로 침해 자체의 존재에 관하여 목인을 하였는지에 관계없이, 명성을 위자료의 감액사유로 삼았다.²⁰⁷⁾

그러나 때로는 유명인들이 보통 사람들보다 더 많은 액수의 위자료를 받는다. 2008년에 가장 많은 위자료를 받은 유명인은 저널리스트 Laurence Ferrari로서, 16건의 재판으로 143,000유로를 받았다. 초상권 침해 이외에 사생활에 대한 명백한 침해가 있거나 파파라치에 의한 사냥이 있었거나 이미지가 외설적으로 이용된 경우 위자료가 증액되었다.²⁰⁸⁾

막대한 금액의 위자료가 인정되는 경우는 예외적이다. 여배우 Muriel Robin은 8,000유로²⁰⁹⁾, 프랑스 전대통령인 Holland와 동거녀 Valérie Trierweiler 커플의 경우 15,000유로가 인정되었고, Sarkozy 전대통령의 전처인 Cécilia의 경우 그녀와 Sarkozy 전대통령의 새로운 배우자인 Carla에 대한 기사 <Cécilia contre Carla>로 인하여 30,000유로의 위자료가 인정되었다.²¹⁰⁾

인용된 금액의 격차는 초상권 침해와 사생활 침해가 모두 인정될 때 법원이 위자료 액수를 증액하는 것에서 기인하는 것으로 보인다.²¹¹⁾

라. 계약상의 손해

계약 위반으로 인한 소송에서는 계약상의 책임과 이에 상응하는 손해를 주장하여야 한다. 약정은 일반적으로 재산적 이미지에 관한 것이다. 그러나 단순한 유포 허락이 계약상의 책임에 속하는지는 이론의 여지가 있다.

파기원은 2008. 12. 1. 모델에 관한 Photoalto 사건에서 기존과 달리 프랑스 민법 제1382조가 아닌 제9조를 법적 근거로 삼았으나, 근거 규정의

207) TGI Nanterre, 27 nov. 2007 RG 07/03087, inédit ; TGI Nanterre, 23 janv. 2002, Légipresse, 2002.I, 46면

208) Théo Hassler(주 137), 202면

209) TGI Paris, 12 mars 2007, Légipresse 2007.I., 70면

210) TGI Nanterre, réf., 28 janv 2008, Légipresse 2008.I., 34면

211) Théo Hassler(주 137), 203면

변화에 따라 손해가 수정된 것은 아니고, 손해배상의 원칙은 근거 규정이 아닌 발생한 손해가 재산적인지 비재산적인지에 따라 달라져야 한다.²¹²⁾

2. 재산적 손해

불법 위조로 획득한 이익 상당을 배상할 것을 규정한 2007년 위조방지법(loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon)은 초상권에는 적용되지 않는다. 따라서 초상권 침해에 대한 손해배상은 이미지의 불법 유포로 획득한 이익이 아닌 손실액으로 산정해야 한다.

초상권의 재산적 성질은 그 대상을 침해하면 재산적 손해가 발생한다는 것을 의미한다. 사람의 이미지가 이 사람의 직업 활동 등으로 인해 금전적 가치를 가지는 경우 광고에 그 사람의 이미지를 승낙 없이 사용하면 광고 게재는 그의 사생활에는 영향을 미치지 않으나, 그의 재산적 권리를 침해할 수 있다. 이 경우 법원은 그의 이미지 사용에 대한 동의를 얻기 위해 지불했어야 할 금액을 재산적 손해로 인정할 수 있다.

법률로 통제되는 직업 모델에 대해서는 의문의 여지가 없으나, Tarascon 대심법원이 모델이 아닌 사람의 이미지가 인격의 일부라는 이유로 재산적 손해를 인정하지 아니한 경우가 있었다.²¹³⁾ 그 사건에서 법원은 재산적 손해가 인정되려면 광고가 악의적으로 해를 끼칠 의도로 만들어졌어야 한다는 이유로 원고의 주장을 받아들이지 않았다.

그러나 대부분의 판결은 상업적 이미지가 승낙 없이 이용되었을 때 일실이익(manque à gagner²¹⁴⁾) 손해의 존재를 인정한다. 일실이익은 승낙을 하면서 보상으로 요구할 수 있는 것 또는 기회의 상실일 수도 있다. 연예인의 경우는 특히 이미지가 과도하게 이용되지 않도록 이미지 재현

212) Théo Hassler(주 137), 204면

213) TGI Tarascon, 2 juil. 1982, D.1983, 394면

214) 이익 상실. 계약 불이행 또는 신체 상해로 인한 손실 때로는 이익을 얻을 수 있는 기회의 상실. Gérald Cornu(주 130), 641면

조건을 통제하는 데 관심을 가지고 있는 경우가 많다.

3. 정신적 손해와 재산적 손해의 관계

일반적으로 손해는 인격적 요소로서의 이미지 또는 재산적 이미지 중 하나에 관한 것으로, 재산적 손해와 정신적 손해가 중첩적으로 인정되지 않는다.²¹⁵⁾ V. 1. 가.에서 언급한 사건에서 파리 대심법원은 <people>지의 스포츠 스타의 사랑에 대한 사진에 관하여 재산적 손해배상을 인정하지 않았다. 해당 소송의 목적이 비재산적이었으며, 공개된 사진이 사생활과 관련된 이미지이지 재산적 이미지가 아니라는 것이 그 이유였다.

이용된 이미지가 재산적 측면과 관련되는지 정신적 측면과 관련되는지 객관적으로 항상 분명한 것은 아니고 때로는 그 경계를 알 수 없는 경우가 있다. 영화에서 캡처한 연예인의 누드 사진을 인터넷에 업로드한 것에 대하여 그 연예인이 소를 제기하는 경우를 예로 들 수 있다.

정신적 손해와 재산적 손해가 중첩적으로 인정될 수도 있다. 상업적 목적으로 이미지를 재생산하는 것에 대하여 정신적 손해배상을 받을 권리와 재산적 손해배상을 받을 권리를 모두 인정한 판례가 있다.²¹⁶⁾ 위조 또는 부정경쟁과 관련한 사건에서 재산적 손해 이외에도 정신적 손해의 존재를 인정하는 판결들이 있기 때문에 이 판례를 예외적이라고 할 수 없다.²¹⁷⁾

그러나 구체적 사안에 따라서는 때로 정신적 손해와 재산적 손해를 모두 인정하는 것이 비판받기도 한다. 언론이 모델의 사생활에 해를 끼치는 사진을 유포한 사건에서 낭테르 대심법원은 초상권과 사생활권 침해뿐만 아니라 재산적 손해도 있다고 판단하면서, 정신적 손해액과 재산적 손해액을 나누지 않고 통틀어 위자료로 10만 프랑(1,524,490유로)을 지급하라고 판결했다.²¹⁸⁾ 이 사건에 관하여 사생활 침해라는 정신적 측면만이 문

215) Théo Hassler(주 137), 206면

216) C.A. Paris, 10 sept. 1996, D. 1998, Som. 87, obs. Ch. Bigot.

217) Théo Hassler(주 137), 207면

제가 되었다고 분석하면서 위 판례를 비판하는 견해가 있다.²¹⁹⁾

4. 소결

프랑스에서 정신적 손해에 대한 배상은 제재적 기능과 예방적 기능을 가진다. 초상권 침해로 인한 재산적 손해배상을 인정한 사실심 판례들은 일실회익을 재산상 손해로 판단하고 있고, 사안에 따라 정신적 손해배상도 함께 인정하는 경우가 있다. 과기원의 경우에는 초상의 사용 승낙으로 인하여 계약이 성립된 경우 그 계약의 해석으로 접근하였을 뿐이고 재산상 손해 유무와 손해액 산정에 관하여 판단하지 아니하였다.

VI. 입법론

1. 입법의 필요성에 관한 논의

사람이 자신의 이미지를 활용할 독점적 권리를 확인하고 이미지 이용계약을 규율하는 적절한 법률의 부재가 이미지의 이용 및 사법적 해결의 관점에서 부정부상태를 야기하고, 명확한 법률규정이 있어야 모든 사람의 이미지를 효과적으로 보호할 수 있으므로 초상권을 법으로 규율하여야 한다는 입법론이 있다.²²⁰⁾ 인터넷의 발전과 신기술의 발전, 이미지의 세계적 확산 추세를 고려할 때 유럽인권협약 등을 통한 국제적 입법이 이상적이라는 입장도 있다.

218) TGI Nanterre, 19 juill. 2001, inédit ; Théo Hassler(주 135), 207면

219) Théo Hassler(주 137), 207면

220) Aurélie Thuegaz(주 200), 431면

2. 2003년 입법안 소개

당시 프랑스 총리 Jean-Marc Ayrault는 이미지에 대한 권리에 합법적인 틀을 부여하고 표현의 자유와 후자를 조화시키는 법안(la Proposition n°1029 de loi du 16 juillet 2003)을 만들었다. 이 법안의 목적은 전시회를 조직하는 사진작가나 언론사, 출판사의 책임 소재를 완화하는 것이었다.²²¹⁾

이 법안은 프랑스 민법에 사람의 초상권에 관한 제9조의 2와 재산의 이미지에 대한 권리에 관한 제544조의 1을 도입하는 내용이다.

[제9조의 2]

- ① 모든 사람은 자신에 관한 초상권을 가진다.
- ② 사람의 초상권은 모든 사람이 자신의 이미지를 복제하거나 이용할 권리이다.
- ③ 그러나 사람의 이미지는 그 사람에게 실질적이고 심각한 해가 없는 한 복제하거나 사용할 수 있다.

[제544조의 1]

- ① 모든 사람은 자신이 소유하고 있는 재산의 이미지를 존중받을 권리가 있다.
- ② 그러나 타인의 재산의 이미지 사용자의 책임은 그 재산의 소유자에게 이 이용으로 인한 방해가 없는 경우에는 적용되지 않는다.

3. 소결

우리나라에서 퍼블리시티권에 관한 입법안이 꾸준히 제출되고 있는 것

221) J.-M. Bruguere, B. Gleize, "Proposition de loi sur le droit à l'image. Pitié pour les juristes", D., 2003, 2643면

과 마찬가지로 프랑스에서도 입법적으로 자연인에게 자신의 이미지에 대한 권리가 있음을 확인하고, 현실에서 이루어지는 이미지 이용계약의 조건을 명확히 하며, 정보 내지 표현의 자유 등과의 관계를 규정하고자 하는 시도가 계속될 것으로 보인다.

제4장 우리나라의 주요 판례

제1절 서언

우리나라에서 인격적 표지의 상업적 이용에 관한 분야는 판례가 학설에 큰 영향을 미치며 논의의 흐름을 주도해왔다.²²²⁾ 이번 장에서는 대법원의 성명권과 초상권에 관한 판례를 살피고, 사실심에서 퍼블리시티권을 처음으로 언급한 판례, 퍼블리시티권을 긍정한 대표적 판례, 퍼블리시티권을 부정한 대표적 판례를 소개한 후 최근 사실심 판결의 동향을 검토한다.

제2절 대법원 판례

퍼블리시티권은 아직까지 명시적으로 대법원 판결이나 결정의 판단대상이 된 바 없다. 대법원이 성명권과 초상권에 관련하여 언급한 판례는 다음과 같다.

I. 성명권에 관한 결정

대법원은 2005년 개명신청 사건²²³⁾에서 “이름(성명)은 특정한 개인을 다른 사람으로부터 식별하는 표지가 됨과 동시에 이를 기초로 사회적 관계와 신뢰가 형성되는 등 고도의 사회성을 가지는 일방, 다른 한편 인격의 주체인 개인의 입장에서는 자기 스스로를 표시하는 인격의 상징으로서의 의미를 가지는 것이고, 나아가 이름에서 연유되는 이익들을 침해받지

222) 권태상(주 2), 191면

223) 대법원 2005. 11. 16. 자 2005스26 결정

아니하고 자신의 관리와 처분아래 둘 수 있는 권리인 성명권의 기초가 되는 것이며, 이러한 성명권은 헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이루는 것이어서 자기결정권의 대상이 되는 것이므로 본인의 주관적인 의사가 중시되어야 하는 것이다.”라고 판시함으로써, 성명권을 이름에서 연유되는 이익들을 침해받지 아니하고 자신의 관리와 처분아래 둘 수 있는 권리라고 정의하였다.

II. 초상권에 관한 판결

대법원은 2006년 원고가 보험회사를 상대로 손해배상청구소송을 제기하자 위 보험회사 직원들이 원고의 후유장애 정도에 대한 증거자료를 수집할 목적으로 원고 몰래 원고의 사진을 촬영하여 법원에 제출한 사건²²⁴⁾에서 “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로 보장되는 권리이다. 그러므로 초상권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 부당한 침해는 불법행위를 구성한다.”고 하면서 초상권의 개념과 보호범위에 관하여 판시하였다.

대법원은 이후 피고와 사이에 영상 광고물 제작계약을 체결한 cf 제작자가 가수, 모델 겸 탤런트인 원고를 광고모델로 섭외하였으나 그들 사이에 영상 광고물의 사용범위에 관한 협의가 이루어진 상태에서 피고가 원고의 동의 없이 영상 광고물을 인터넷 사이트와 공중과 방송 등에 무단 게재 내지 방영한 사건²²⁵⁾과 한 언론사가 국내 유명 재벌그룹의 경영인으로 우리 사회에 널리 알려져 있는 원고 1과 그의 연인인 원고 2의 동의 없이 양가 상견례, 데이트 장면을 묘사하고 원고들을 무단 촬영한 사진을 실는 보도를 한 사건²²⁶⁾에서 위 판결의 법리를 재설시하면서, 초상권 침

224) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결

225) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다39277 판결

해를 당한 사람에게는 특별한 사정이 없는 한 정신적 고통이 수반되므로 위자료 청구권이 인정된다고 하였다.

초상권에 관한 대법원 판결에 관하여 ‘영리적으로 이용당하지 않을 권리’라는 소극적 측면에 착안한 표현이 적극적 권리로서의 초상영리권까지 인정하고 인격권으로서의 초상권의 보호범위에 포섭한다는 취지인지는 불확실하나, 적어도 초상권과 영리적 목적의 이용을 결합시켰다는 면은 부분적으로 초상영리권의 인정가능성을 제시한 것이라고 평가하기도 한다.²²⁷⁾ 한편으로는 초상영리권을 인정하는 경우에도 초상영리권의 재산권적 성격을 강조하여 대상판결과 달리 이를 인격권으로서의 초상권과는 별개의 권리로 분리하여 파악할 수 있다고 보기도 한다.²²⁸⁾

제3절 사실심 판례

I. 퍼블리시티권 개념이 처음으로 소개된 판례

우리나라 판례에 퍼블리시티권이라는 용어가 최초로 사용된 것은 1995년 핵물리학자 이휘소를 모델로 한 소설인 「소설 이휘소」와 「무궁화꽃이 피었습니다」가 이휘소의 성명, 초상, 이력, 경력, 업적, 사회적 평가, 생활상, 성격상 등을 상업적으로 이용하여 퍼블리시티권을 침해하였는지 여부가 쟁점이 된 사안(이휘소 사건)에서였다.²²⁹⁾

위 사건에서 법원은 “퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이머시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리라고 할 수 있는데, 문학작품인 위 소설에서 이휘소의 성명, 사진 등을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 이용했다고 볼 수는 없다.”고 판시함으

226) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결

227) 권영준(주 95), 530면

228) 함석천, “초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개”, 법조 제55권 제12호, 2006, 209, 210면

로써 퍼블리시티권이 라는 표현을 사용하였으나, 그 침해는 인정하지 않았다.

II. 퍼블리시티권이 긍정된 대표적 사례

이회소 사건 이후에 퍼블리시티권을 인정하는 여러 판결들이 선고되었는데, 대표적인 판례들을 아래에서 소개한다.

1. 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결(비달사순 사건)

헤어디자이너이자 헤어교육의 창시자인 비달사순으로부터 성명·초상을 독점적으로 사용할 권리를 양수한 원고는 비달사순의 성명과 사진을 사용하여 교육프로그램이 비달사순과 관련이 있는 것처럼 광고한 미용학원을 상대로 성명·초상의 사용금지청구와 침해로 인하여 조성된 물건의 폐기를 구하는 소를 제기하였다.

이 사건에서 법원은 ‘성명이나 초상이용권 내지는 퍼블리시티권의 인정 여부’라는 목차에서 “유명인사의 성명과 초상이 가지는 고객흡입력은 당해 유명인사가 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적인 이익 내지 가치로서 파악할 수 있으므로, 이는 당해 유명인사에게 고유하게 귀속되는 것이고, 그 유명인사는 이러한 고객흡입력이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 재산적 권리를 가지는 것이며, 이러한 성명이나 초상이 갖는 재산적 가치를 이용하는 권리를 이른바 퍼블리시티권이라고도 하는데, 이는 일종의 재산권으로서 인격권과 같이 일신에 전속하는 권리가 아니므로 그 귀속주체는 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에 대하여 양도할 수 있다.”고 판시하면서 퍼블리시티권의 양도성을 긍정하였다. 다만 성명이용권의 효력은 원칙적으로 비달사순의 성명권과 그 동일성이 인정되는 범위에 한정되고, 비달, 사순, VIDAL, SASSOON이라는 명칭이나 표장은 원고의 비달사순에 관한 성명이용권의 범위에 속하지 않는다고 보았다.

이 판결은 원고가 상소하였다가 이를 취하하여 그대로 확정되었다.

이 판결에 대하여는 퍼블리시티권의 효력이 성명권과 동일성이 인정되는 범위에 한정된다고 하여 퍼블리시티권의 효력 범위를 성명권이라는 인격권에 기초하여 파악하였고, 이 점에서 미국의 판결들이 퍼블리시티권 침해 사안에서 원고가 인식될 수 있는지 여부를 기준으로 판단한 것과 다르다는 평가가 있다.²³⁰⁾

2. 서울동부지방법원 2004. 2. 12. 선고 2002가합3370 판결(허브좌훈 사건)

일명 허브좌훈 사건에서는 원고가 가정주부로부터 퍼블리시티권을 양도 받고 위 가정주부를 광고사진모델로 하기로 하는 명예홍보위원계약을 체결하였는데, 피고가 원고의 허락 없이 위 가정주부가 출연한 화면을 광고로 방영함으로써 원고의 퍼블리시티권을 침해하였다고 설치함으로써 퍼블리시티권의 양도성을 인정하는 전제하에 판단하면서 퍼블리시티권의 주체를 일반인으로 넓혔다.²³¹⁾

3. 서울고등법원 2005. 6. 22. 선고 2005나9168 판결(이영애 사건)²³²⁾

화장품회사가 이영애와 체결한 광고계약에서 정한 계약기간 및 사용기간이 경과한 후에도 제3자에게 화장품 재고를 양도하면서 이영애의 사진

230) 권태상(주 2), 208면

231) 다만 퍼블리시티권 침해행위로 인하여 입은 손해액을 산정할 수 있는 자료가 없고, 퍼블리시티권 침해행위가 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 적용대상이 되지 아니하는 이상 위 침해행위로 피고가 얻은 이익을 배상액의 기준으로 삼을 수도 없다는 이유로 손해배상청구는 배척하였다.

232) 1심에서 원고는 퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해 외에도 인격권으로서의 초상권 침해로 인한 정신적 고통에 관하여 위자료의 지급을 구하였으나, 1심 법원은 원고는 그 초상권을 일반인들과 달리 재산권인 퍼블리시티권으로 보호받으므로 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵고, 정신적 손해가 발생하였다고 하더라도 재산상 손해의 배상에 의하여 정신적 고통 역시 회복된다고 보아야 한다는 이유로 이 부분 청구를 기각하였다. 그 후 1심 판결에 대하여 피고만 항소하여 이 부분 청구는 항소심의 심판범위에서 제외되었다.

이 담긴 책자를 홍보용으로 넘겨주고, 제3자는 다음(Daum)의 공동구매란을 통하여 위 재고상품을 저렴히 판매하면서 책자에 포함된 이영애의 사진을 이용하여 광고를 내보낸 사건이다.

법원은 우리나라에 퍼블리시티권의 양도 및 상속성, 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정한 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지는 않으나, 원고의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있는 이상 이를 침해하는 행위는 원고 본인에 대한 관계에서는 명백히 민법상의 불법행위를 구성하고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 원고가 자신의 성명, 초상 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하며, 이는 원고의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 원고의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 한다고 하였다.

퍼블리시티권 침해로 인한 손해액에 관하여는, 피고가 광고를 계속하기 위하여 원고에게 추가로 지급해야 할 보수 상당액이나, 제3자에게 준 책자의 발행 부수(100~150부), 다음사이트에서의 광고 시간(18시간) 등을 고려하여 당사자 사이의 기존 광고계약에서 정한 추가 모델료(1개월 당 모델료 2억 7천만 원의 1/12)보다 적은 금액인 1500만원으로 인정하였다.

이 판결은 쌍방이 상소하지 아니하여 그대로 확정되었다.

4. 서울고등법원 2010. 2. 9. 선고 2009나47458 판결

건설회사인 원고는 망 최진실이 분양광고계약을 체결한 후 계약기간 중에 조성민으로부터 폭행당하여 붓고 멍든 얼굴과 부서진 가재도구 등이 어지럽게 널린 자택 내부까지 공개함으로써 아파트 구매를 통해 이루어질 수 있는 가족의 사랑과 행복, 품격 등을 부각시켜야 하는 원고의 제품 및 회사 이미지를 훼손하였음을 이유로 상속인인 자녀들에게 손해배상청구를 하였고, 최진실의 자녀들은 원고가 광고계약 해지를 통보한 후에도 최진

실의 사진이 들어간 판촉물 등을 사용함으로써 퍼블리시티권을 침해하였으므로 그로 인한 손해배상채권을 원고의 손해배상채권과 상계한다고 항변하였다.

위 사건에서 법원은 위 (3) 판결과 같은 이유로 퍼블리시티권을 최진실의 인격권과 독립된 별개의 재산권으로 인정하고, 자녀들이 최진실의 퍼블리시티권을 상속하였음을 전제로 위 상계항변을 받아들였다.

퍼블리시티권 침해로 인한 손해액은 원고가 침해한 행위 태양이 인쇄제작물 중 일부인 분양안내서, 브로셔, 쇼핑백을 무단 사용한 것으로 광고계약에서 예정한 전체 광고물 사용의 태양(티비, 라디오 등 전파광고, 신문, 잡지 등 인쇄광고, 전단지 등 인쇄제작물, 옥외광고, 인터넷 광고) 중 일부분에 불과한 점 등을 고려하여 원고와 최진실 사이의 광고계약에서 정한 사용기간 연장에 따른 추가모델료 1억 5천여만 원(2억 5천만 원 × 연장사용일수/180일 × 80%)에서 감액하여 5천만 원을 인정하였다.

위 판결에 대하여는 피고측만 상소하였고, 대법원의 심리불속행 기각판결로 확정되어 대법원에서 퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관하여 판단하였는지는 불분명하다.

5. 서울고등법원 2013. 8 22. 선고 2012나105675 사건

한의원 원장 등은 탤런트 겸 영화배우 신은경의 허락 없이 그녀의 사진과 성명을 홈페이지에 게시하여 신은경이 양악수술을 받은 후 자신이 운영하는 한의원에서 한방치료를 받아 부기가 호전된 것처럼 광고하였다.

이 사건에서 법원은 사람의 성명, 초상 등은 한 개인 인격의 상징이고, 고객흡인력을 배타적으로 이용하는 권리인 퍼블리시티권은 초상 등 그 자체의 상업적 가치에 기초한 것이므로 인격권에서 유래하는 권리의 한 내용을 이룬다고 판시하면서, 재산상 손해를 인정하였다.

또한, 퍼블리시티권의 침해 요건에 관하여 초상 등을 무단으로 사용하

는 행위는 초상 등 그 자체를 독립하여 감상의 대상이 되는 상품 등으로서 사용하거나, 상품 등을 차별화 할 목적으로 초상 등을 상품에 붙이거나, 초상 등을 상품의 광고로써 사용하는 등 오로지 초상 등이 가지고 있는 고객흡인력을 이용할 목적으로 한다고 할 수 있는 경우에 퍼블리시티권을 침해하는 것으로서 불법행위법상 위법하게 된다고 판시하였다.

손해액은 원고가 직접 치료를 받은 적이 있는 타 한의원으로부터 6개월간 원고의 사진 1장을 한의원 웹사이트에 게시하는 대가로 1500만 원과 원고가족, 소속사 임원들에 대한 무료 진료 약속을 받은 점, 어떤 치과의원으로부터 2년간 사진 이용대가로 1억 3천만 원을 받기로 한 점, 이 사건에서의 광고 효과가 1개월 이상 있었던 점 등을 종합하여 2천만 원으로 평가하였다.

위 판결은 쌍방이 상소하지 아니하여 확정되었다.

Ⅲ. 퍼블리시티권이 부정된 대표적 사례

1. 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061

원고는 제임스 딘의 상속인으로부터 제임스 딘의 성명, 초상과 관련한 일체의 권리를 전전양수한 회사이고, 피고는 주병진이 제임스 딘의 성명 등이 기재된 표장으로 상표권 등록을 한 후 설립한 의류회사로, 주병진으로부터 위 표장에 대한 사용허락을 받아 제임스 딘의 성명이 기재된 표장을 제품과 포장지 등에 표시하여 제조, 판매하고 매장에 제임스 딘과 유사한 인물사진을 디스플레이하여 왔다.

이 사건에서 법원은 유명인의 성명, 초상 등이 갖는 고객흡인력은 그 자체가 경제적 이익 내지 가치로 취급되어 상업적으로 거래되고 있으므로, 성명권, 초상권 등 일신에 전속하는 인격권이나 종래의 저작권, 부정경쟁방지법의 법리만으로는 이를 설명하거나 충분히 보호하기 어렵고, 우

리나라에서도 근래에 이르러 연예, 스포츠 산업 및 광고산업의 급격한 발달로 유명인의 성명이나 초상 등을 광고에 이용하게 됨으로써 그에 따른 분쟁이 적지 않게 일어나고 있으므로 이를 규율하기 위하여 퍼블리시티권이라는 새로운 권리 개념을 인정할 필요성은 수긍할 수 있으나, 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다고 할 것이며, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 퍼블리시티권을 인정할 수 있을 것이라고 판시하면서 원고의 성명·초상 사용금지청구 및 물건 폐기청구를 기각하였다.

원고가 상소하였다가 이를 취하하여 위 판결은 그대로 확정되었다.

2. 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결

가수, 배우 등으로 활동하고 있는 원고들은 피고들이 운영하는 네이버 홈페이지의 광고주들이 자신의 상품 판매 사이트를 홍보할 목적으로 무단으로 원고들의 성명을 상업적으로 사용함으로써 원고들의 퍼블리시티권을 침해하였고, 피고들은 키워드 광고 서비스로 인하여 원고들의 퍼블리시티권이 침해되고 있음을 잘 알고 있었음에도, 원고들의 성명이 포함된 키워드 등이 등록되지 않도록 조치를 취하지 않고 광고주들에게 원고들의 성명을 사용한 키워드 검색광고 구입을 적극 권유, 유인하는 등으로 광고주들의 퍼블리시티권 침해행위에 공모, 가담하였거나, 적어도 방조하였다고 주장하였다. 원고들은 이와 같은 피고들의 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위에 해당하고, 민법상 불법행위에도 해당하므로, 피고들은 키워드 검색광고에 원고들의 허락 없이 원고들의 성명을 사용하거나 이를 사용한 키워드를 판매하여서는 안 되고, 원고들에게 퍼블

리시티권 침해로 입은 재산상 손해를 배상하여야 한다고 주장하였다.

이 사건에서 법원은 “재산권의 내용은 법률로 정한다는 헌법 제23권 제1문에 따라 물권과 채권은 「민법」에 의하여, 지식재산권은 「저작권법」·「상표법」·「특허법」·「디자인보호법」에 의하여 인정하고 있는 반면, 독립적 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정하는 법률은 존재하지 않는다. 원고의 주장에 독립적 재산권으로서가 아니라 불법행위나 양도·상속에 있어서 채권보다 물권에 가까운 독점적이고 배타성이 있는 권리로써 퍼블리시티권을 인정하여야 한다는 취지가 포함되어 있다고 하더라도, 「민법」 제185조는 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다고 규정하고 있을 뿐 아니라, 현재 인정되고 있는 성명권만으로도 퍼블리시티권이 보호하고자 하는 유명인의 성명에 관한 권리의 보호가 가능하므로 퍼블리시티권을 독립적인 권리로 인정할 필요가 있다고 보기도 어렵다.”고 함으로써 퍼블리시티권을 인정하지 않았다.

원고들이 성명권에 관한 정식계약을 체결하였을 때 받을 수 있었던 대가 상당액의 재산상 손해를 청구하는 부분에 관하여는 “성명권 침해의 경우 소극적 손해를 그 침해로 상실된 경제적 가치, 즉 유명인 성명의 경제적 가치인 저명성에 의한 신뢰와 희소성의 상실이다. 성명권 침해로 유명인이 다른 사람과 성명 사용계약을 체결하지 못하였거나 계약이 해지되었다는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한, 불법행위가 없었던 상태는 성명이 사용되지 아니한 상태이고, 유명인이 대가를 얻는 것은 타인과 성명에 관한 계약을 체결하였다는 별도의 법률행위 때문이지, 성명이 침해되지 않았기 때문이 아니다. 퍼블리시티권을 인정하면, 피고들이 원고들의 승낙을 받아서 성명을 사용할 경우에 지급하여야 할 대가 상당액이라는 권리를 침해한 것이 되어 이를 적극적 또는 소극적 손해로 인정할 수 있으나, 퍼블리시티권을 인정할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.”고 하였다.

피고들의 행위가 부정경쟁방지법에 위반된다는 주장에 관하여는 “설사 피고들의 행위가 부정경쟁방지법에 위반되었다고 하더라도, 퍼블리시티권

을 인정할 수 없고 성명권은 인격권으로 파악되므로, 피고들이 원고들의 경제적 이익을 침해하였다고 할 수 없다. 또 키워드 검색광고는 인터넷 검색 포털사이트에서 일반적으로 사용되는 사업방식으로, 그 알고리즘 자체가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에서 규정한 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법이라고 인정하기 어렵다.”는 이유로 받아들이지 않았다.

성명권 침해로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 청구에 관하여는 인격권으로서의 성명권, 초상권을 침해당한 피해자는 손해배상청구권, 침해금지 및 예방청구권을 가지나, 성명과 초상은 공적 기표로서의 기능을 하므로, 주체의 동의가 없다고 하더라도 공적 기표로서의 사용을 금지할 수는 없고, 광고주들은 원고의 성명을 공적 기표로서 사용한 것이라는 이유로 이 부분 청구 역시 배척하였다.

이 판결은 쌍방이 항소하지 않아 그대로 확정되었다.

IV. 최근의 제1심·항소심 판결

1. 최근 경향

최근 5년간 판례를 살펴보면, 퍼블리시티권을 인정하지 않고 성명권·초상권 등 인격권 침해로 판단하는 판례가 많이 나타나고 있다. 예를 들어 2014년 이후 최근 5년간 서울고등법원에서 선고된 사건 중 당사자가 퍼블리시티권 침해를 주장한 사건은 6건²³³⁾이고, 그 중 5건의 판결은 퍼블리시티권 개념을 부정하였다.

아래에서 살펴볼 서울고등법원 판결들은 현행법상 퍼블리시티권을 인정

233) 서울고등법원 2014. 4. 3. 선고 2013나2022827 판결, 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결, 서울고등법원 2015. 6. 19. 선고 2014나2028495 판결, 서울고등법원 2017. 6. 9. 선고 2016나2057657 판결, 서울고등법원 2018. 11. 8. 선고 2018나2003098 판결, 서울고등법원 2019. 2. 14. 선고 2018나2023207 판결. 이 중 마지막 판결에 대하여는 청구가 기각된 원고가 상고하여 대법원에 계류 중이다(대법원 2019다222072).

할 수 없다고 하거나 퍼블리시티권 침해 주장을 명시적으로 판단하지 않으면서도 대법원이 판시한 초상권의 범위를 벗어나 유명인에게 적극적으로 “초상을 상업적으로 이용할 권리”를 인정함으로써 그 명칭에 관계없이 인격적 표지를 상업적으로 이용할 적극적 권리를 인정하였다. 다만 그 이유 설시를 보면, 초상을 상업적으로 이용할 권리의 주체를 제3자와 초상권 이용에 관한 계약을 체결하여 그 대가를 취득하고 있는 유명인으로 제한하고 있는 것으로 보인다. 또한 퍼블리시티권을 부정한 기존의 제1심·항소심 판례들이 대체로 인격권 침해로 인한 위자료청구권만을 인정 한 것과는 달리 초상권 침해로 인한 재산상 손해배상과 위자료를 모두 인정하였다.

2. 서울고등법원 2014나2028495 판결

유명 여자 연예인인 원고 김선아는 어떤 성형외과에서 인터넷 블로그에 자신의 동의 없이 원고의 사진과 사인을 이용하여 허위로 원고가 그 성형외과와 좋은 관계에 있고 조만간 방문할 것이라는 내용이 암시 또는 기재된 게시글을 게재하자 퍼블리시티권 또는 성명권·초상권 침해로 인한 손해배상을 청구하였다.

법원은 “판례법에 그 연원을 가지는 미국의 경우와 달리 재산권으로서의 퍼블리시티권은 우리나라 성문법과 관습법 어디에도 그 근거를 찾아볼 수 없으므로, 물권과 유사한 독점·배타적 재산권은 퍼블리시티권이라는 개념을 인정하기는 어렵다.”며 퍼블리시티권 침해 주장을 배척하면서, “인격권으로서의 성명권 및 초상권은 자신의 성명 등을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 권리를 당연히 포함한다. 원고의 성명과 초상이 본인의 동의나 허락 없이 상업적으로 이용됨으로써 그 인격권이 침해되었다면 특별한 사정이 없는 한, 피고들은 원고에게 이러한 불법행위로 인한 재산적, 정신적 손해를 배상할 의무를 부담한다.”고 판시하고, 원고의 재산상 손해

배상청구와 위자료 청구를 받아들였다.

3. 서울고등법원 2016나2057657 판결

유명 배우 이민호가 자신의 승낙 없이 사진이 부착 또는 인쇄된 마스크팩을 제조·판매한 회사 등을 상대로 퍼블리시티권 또는 초상권 침해로 인한 손해배상을 청구한 사건이다.

법원은 서울고등법원 2014나2028495 판결과 같은 이유로 퍼블리시티권 침해 주장을 배척하고, “원고는 유명 배우로서 자신의 초상에 형성된 고객흡인력을 상업적으로 이용할 권리가 있고, 실제로 상품 제조 및 판매자와 초상권 이용에 관한 계약을 체결하여 그 대가를 취득하고 있다. 따라서 피고들이 무단으로 원고의 초상을 상업적으로 이용하였다면 피고들은 원고의 ‘초상을 상업적으로 이용할 권리’로서의 초상권을 침해하였다고 할 것이고, 그렇다면 피고들은 초상권 침해로 인하여 원고가 입은 정신적 손해 뿐 아니라 재산상 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.”고 하여 초상권 침해로 인한 재산상 손해배상청구와 위자료 청구를 받아들였다.²³⁴⁾

4. 서울고등법원 2018나2003098 판결

이 사건에서는 김보성이라는 예명으로 활동하는 연예인인 원고가 피고와 기간을 정하여 원고의 로고 및 이미지 사용을 포함하는 김보성 브랜드 사용계약을 체결하였는데, 피고가 계약기간 종료 후에도 원고 허락 없이 계속 원고의 예명과 초상을 이용하여 제품을 판매하자 성명권·초상권 내지 퍼블리시티권을 침해하였다며 불법행위로 인한 손해배상과 부당이득반환을 선택적으로 청구하였다.

법원은 ‘성명권·초상권 침해 여부(적극)’이라는 목차 아래에서 “성명

234) 이 판결은 쌍방이 상고하지 아니하여 그대로 확정되었다.

(예명 포함)과 초상(본인으로서 동일성이 인식될 수 있는 그림, 이미지, 캐릭터 포함) 등 대중에게 널리 알려진 유명인의 개성은 고객흡입력이 있어 독립한 경제적 가치를 가지므로, 이러한 초상권 및 성명권에 대한 부당한 침해는 불법행위를 구성한다. 유명 연예인의 경우 자신의 성명과 초상을 상업적으로 이용할 권리가 있고, 실제로 제3자와 성명권·초상권 이용에 관한 계약을 체결하여 그 대가를 취득하고 있다. 따라서 제3자가 무단으로 연예인의 성명이나 초상을 상업적으로 이용했다면 그 연예인의 ‘성명·초상을 상업적으로 이용할 권리’로서의 성명권·초상권을 침해하였다고 할 것이고, 그렇다면 연예인의 성명권·초상권을 침해한 자는 그 침해로 인하여 연예인이 입은 재산상 손해에 대하여 배상할 책임이 있다.”고 판시하였다.²³⁵⁾

이 판결은 판단 부분에서 퍼블리시티권이라는 표현을 사용하지도 않고, 퍼블리시티권을 명시적으로 부정하지도 않았으나, 유명 연예인에게 성명·초상을 상업적으로 이용할 권리가 있음을 인정하고, 재산상 손해배상을 인정하였다.²³⁶⁾

V. 소결

우리나라 제1심·항소심 중 퍼블리시티권을 인정한 판결들은 퍼블리시티권을 행위규제 정도의 배타성만 있는 약한 재산권으로 이해하고 유명인의 성명·초상 등의 상업적 이용의 불법행위성을 강조하는 반면, 퍼블리시티권을 부정한 제1심·항소심 판례들은 퍼블리시티권을 배타성이 강한 물권 유사 재산권으로 이해하고 있다고 분석하기도 한다.²³⁷⁾ 이와 같은 분석을 전제로, 퍼블리시티권이라는 명칭은 그저 유명인의 이름과 사진

235) 이 판결에 관하여 원, 피고 쌍방이 상고하였는데, 대법원은 2019. 3. 14. 심리불속행기각판결을 하였다.

236) 이 사건에서 원고는 정신적 손해에 대한 위자료청구를 하지 않았다.

237) 박준우(주 8), 422면

등이 가지는 고객흡인력의 위법한 이용에 대해서 재산상 손해배상을 청구할 수 있고 양도할 수 있는 권리를 편의상 부르는 것에 불과하며 반드시 물권 유사 재산권을 의미하는 것은 아니므로, 현행법 하에서 퍼블리시티권의 존재가 인정되는지 부정되는지를 논할 필요가 없고, 원고가 퍼블리시티권 침해를 주장하며 제시한 근거규정에 따라 불법행위에 해당하는지 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목에 해당하는지를 판단하면 된다고 한다.²³⁸⁾

최근의 판결들은 대체로 유명인에게 초상을 상업적으로 이용할 적극적인 권리를 인정하고 있다. 특히 서울고등법원 2018나2003098 판결의 경우에는 퍼블리시티권이 현행법상 인정되는지에 대한 설시 없이 제3자가 무단으로 연예인의 성명이나 초상을 상업적으로 이용함으로써 그 연예인의 성명·초상을 상업적으로 이용할 권리를 침해하였다고 판단하였다.

238) 박준우(주 8), 426, 427면

제5장 구체적인 쟁점에 관한 비교 검토

제1절 양도 및 이용허락

I. 우리나라

1. 퍼블리시티권설의 논의

가. 양도성 인정 여부

인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 퍼블리시티권으로 구성한다고 하더라도 필연적으로 그 권리의 양도성을 긍정하여야 하는 것은 아니다. 실제로 학설들은 퍼블리시티권의 양도를 인정할 수 있는지에 관하여 입장이 갈리고 있다.

1) 긍정설

퍼블리시티권을 인격적 징표의 재산적 요소를 파악한 권리로 보는 견해는 퍼블리시티권은 개인의 인격적 징표를 이용하는 것이기는 하나 기본적으로 재산권으로서의 성질을 가지고 있으므로, 양도가 허용된다고 보고 있다.²³⁹⁾

퍼블리시티권이 인격과 밀접한 관계에 있으나, 동일성 표지는 인격 자체는 아니고 그 외적 부산물로 여겨지는 한 양도성이 인정될 수 있다고 해석하기도 한다.²⁴⁰⁾

퍼블리시티권이 경제적 가치를 갖는 권리이고, 양도의 대상은 인격의

239) 김재형(주 6), 454면

240) 남형두(주 32), 138면

발전물이지 인격 그 자체가 아니며, 현실사회에서 연예기획사와 탤런트와의 계약 등에 의해 퍼블리시티권이 양도되고 있으며, 양도의 필요성 또한 부정할 수 없는 점을 고려하여 양도를 인정하여야 하고, 양도 범위 및 효과는 당사자 의사표시 해석의 문제이지만, 양도계약 중 공서양속에 반하는 부분은 무효로 보아야 한다는 견해도 있다.²⁴¹⁾

2) 부정설

퍼블리시티권이 재산권이라고 하더라도 논리 필연적으로 양도성을 인정하여야 하는 것은 아니고, 인격으로부터 파생하는 권리로서 본인과 불가분 일체를 이루는 것이므로 그 사용은 인적주체가 통제할 수 있어야 한다는 점 등을 이유로 양도성을 부정하는 견해가 있다.²⁴²⁾

퍼블리시티권을 넓은 의미의 무체재산권으로 파악하면서 퍼블리시티권이 인격권을 표상하는 성명, 초상 등을 공유하므로 그 사용에 인격주체의 통제가 있어야 한다는 점과 퍼블리시티권의 포괄적 양도는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다는 점을 들어 양도성을 부정하는 입장도 있다.²⁴³⁾

다만, 양도성을 부정하는 견해들도 이용허락은 가능하다고 한다.²⁴⁴⁾

3) 제한설

퍼블리시티권을 넓은 의미의 부정경쟁방지법상 인정되는 재산권으로 보는 견해는 다른 지식재산권과 마찬가지로 다른 사람에게 퍼블리시티권의 전부나 일부가 양도될 수 있으나, 퍼블리시티권이 부정경쟁행위를 방지하고 저명인이 사회적으로 유익한 활동을 하도록 유인하는 경제적 인센티브라는 점을 고려하면 그 양도가 저명인의 기존의 영업이나 활동과 함께 이루어지거나 상충되지 않는 한도에서만 가능하다고 하여,²⁴⁵⁾ 양도성을 일

241) 이한주(주 44), 390면

242) 구재균(주 7), 220면

243) 이상정(주 57), 318면

244) 구재균(주 7), 219, 220면

245) 정상조·박준석(주 1), 767면

부 제한하고자 한다.

나. 이용허락

퍼블리시티권설에 의할 경우 이용허락을 인정하는 데 논리적인 어려움이 없다.

이용허락은 동의, 사용권 부여약정 등을 통하여 이루어지는 법률행위에 해당하고, 그 약정내용에 따라 독점적 이용허락과 비독점적 이용허락으로 나누어 볼 수 있다. 비독점적 이용허락을 받은 사람은 통상의 사용권을 부여받은 것으로서 동일성 표지의 보유자가 제3자에게 또 다시 이용허락을 하더라도 그 제3자를 상대로 자신의 이용권한을 주장할 수 없다. 독점적 이용허락은 초상 등의 보유자가 이용허락권자에게 또다시 제3자에게 이용허락을 하지 않기로 약정한 경우로서 전용 사용권의 부여에 해당하므로 그 이용허락권자는 이용허락을 받은 범위에서 이를 침해하는 제3자를 상대로 자신의 권리를 주장할 수 있다.²⁴⁶⁾

2. 인격권설의 논의

가. 양도성 부정

인격권설의 입장에서는 인격권의 일신전속적 성격상 인격권의 재산적 이익을 보호하는 부분은 그 재산권적 성질을 고려하더라도 양도할 수 없다고 본다.²⁴⁷⁾

성명·초상 등이 인격을 표상하는 한 그 상업적 이용이 동일성 표지의 보유권자인 인격권자의 관리, 통제에서 완전히 벗어나서는 안 된다는 것이다. 양도는 자기결정을 기초로 하는 인격발현의 포기를 의미하므로 불

246) 김상중(주 46), 15면

247) 권태상(주 2), 320면

가능할 뿐 아니라, 타인에게 양도하게 되면, 그 때부터 본인의 초상이나 성명을 광고에 사용할 것인지, 어떤 광고에 사용할 것인지의 여부가 전적으로 타인의 통제 하에 놓이게 되며, 그것으로 얻어지는 경제적 이익 역시 타인의 것이 되기 때문에 양도성을 긍정하기 어렵다고 한다.²⁴⁸⁾

나. 이용허락

인격권설의 입장에서도 타인에게 성명·초상 등을 상업적으로 이용하는 것을 허락하는 것은 가능하다고 본다.²⁴⁹⁾

이용허락은 성명·초상 등의 상업적 이용에 따른 프라이버시 침해를 승낙하는 위법성 배제의 소극적 관점에 한정되지는 않고 타인의 인격적 표지를 상업적으로 활용할 수 있다는 보다 적극적 의미를 갖는다.²⁵⁰⁾ 이용허락은 앞서 본 바와 같이 그 약정내용에 따라 독점적 이용허락과 비독점적 이용허락으로 나누어 볼 수 있다.

인격권설에 의하면, 독점적 이용허락의 경우에도 이용허락을 받은 사람은 물권적 지위를 취득하는 것이 아니라 채권적 지위를 취득한다고 본다.²⁵¹⁾ 따라서 이용허락을 받은 사람의 보호는 “제3자에 의한 채권침해” 문제로 접근해야 한다고 한다. 제3자가 이용허락권자가 있음을 알면서도 무단으로 타인의 초상·성명 등을 이용한 경우에는 이용허락권자가 제3자를 상대로 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있으나, 제3자가 이용허락이 존재한다는 사실을 알지 못한 경우에는 당초 이용허락을 부여한 인격권 보유자와의 관계에서 권리구제를 도모해야 한다고 한다.²⁵²⁾ 또한, 독점적 이용허락권자는 제3자를 상대로 직접 금지청구를 할 수는 없고, 인격권 보유자의 금지청구권을 대위하여 행사해야 한다고 한다.²⁵³⁾ 이에

248) 최형구(주 119), 275면

249) 김상중(주 46), 14면

250) 최형구(주 119), 291면

251) 권태상(주 2), 322, 323면

252) 권태상(주 2), 323, 324면

대하여는 일신전속적인 인격권의 대위행사가 불가능하므로 금지청구권을 대위행사할 수 없다는 견해도 있다.²⁵⁴⁾

이와 같은 인격권설의 입장에서, 인격권의 이용허락을 받은 사람이 자신의 권리를 제3자에게 주장할 수 있는 물권적 지위를 취득할 수 있도록 특허권에 대한 전용실시권, 상표권에 대한 전용사용권 등과 같이 입법적으로 뒷받침함으로써 이용권의 효과적인 보호를 도모할 필요가 있다는 주장이 있다.²⁵⁵⁾

3. 판례

우리나라에서 퍼블리시티권을 긍정한 판결 중에는 양도성을 부정한 사례는 없다.

여러 제1심·항소심 판결들은 유명인으로부터 퍼블리시티권을 양도받은 원고가 퍼블리시티권 침해를 이유로 손해배상을 청구한 사건에서 퍼블리시티권의 양도성을 긍정하는 전제에서 판단하였다.²⁵⁶⁾

비달사순 사건에서는 명시적으로 “퍼블리시티권은 일반적으로 인정되는 인격권에 기초한 권리이지만, 인격권과는 달리 양도가 가능하다.”고 하여 명시적으로 양도 가능하다고 판시하였다.

2011년에도 “퍼블리시티권의 대상은 ‘인격 그 자체’가 아니라 ‘인격의 발현으로 인하여 생성된 경제적 이익’이며 퍼블리시티권은 독립한 재산권이므로, 제3자에게 양도하거나 권리행사를 포괄적·개별적으로 위임할 수 있다. 현실적으로도 퍼블리시티권의 귀속주체가 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도하거나, 제3자로 하여금 전속적으로 이용하게 하는 것이 필요하고 적절한 경우가 발생한

253) 권태상(주 2), 324면

254) 엄동섭, “퍼블리시티(Publicity)권”, 서강법학연구 제6권, 2004, 168면

255) 권태상(주 2), 327, 328면

256) 서울동부지법 2004. 2. 12. 선고 2002가합3370 판결 등

다.”는 판결이 선고되었다.²⁵⁷⁾ 위 판결은 퍼블리시티권은 공시방법이 없는 점, 전직 프로야구선수들로 구성된 법인인 원고가 선수들 중 일부로부터 퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상채권을 양도받았으나, 나머지 선수들로부터는 원고가 추진하는 사업에 대한 포괄 위임만 받은 점, 그 위임으로 퍼블리시티권 행사를 위임한 것이라고 하더라도 수임인은 위 권리의 행사를 자기 명의가 아닌 선수들 명의로 해야 하는 점 등을 고려할 때, 양도계약서를 작성한 선수들만이 원고에게 퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상채권을 양도하였다고 인정하였다. 퍼블리시티권의 양도성을 인정하되, 권리의 특성을 고려하여 양도 여부를 의사해석 등의 방법으로 엄격히 판단한 것이다.

II. 프랑스

1. 서설

프랑스에서도 실무상 이미지계약(contrat d'image), 초상에 관한 권리의 양도(cession d'un droit sur l'image)가 이루어지고 있다. 이에 관하여는 계약의 자유와 동의의 관점에서 당사자의 의사를 해석함으로써 이미지의 이용에 관한 동의의 유무와 범위를 살피고 있다.

과기원은 이미지에 관한 재산적 권리의 존재를 확인하지 않는 태도를 유지하면서도 판례로서 초상권의 양도계약 내지 이용 동의에 적용되는 규칙을 명확히 함에는 주저하지 않고 있다.²⁵⁸⁾

257) 서울동부지방법원 2011. 2. 16. 선고 2010가합8226 판결

258) Aurélie Thuegaz, (주 200), 300면

2. 계약의 자유

프랑스 민법 제1134조는 “적법하게 형성된 합의는 당사자로 하여금 법률을 대신한다.”고 하여 계약자유 원칙을 천명하고 있다.

과기원은 2008년 Photoalto 사건에서 초상에 관한 합의가 계약 자유의 영역에 포함된다고 하면서 초상권의 양도만 문제될 때에는 초상권의 양도 계약에는 지식재산권법의 적용은 배제되고 오직 프랑스 민법 제9조만 적용되며, 제9조는 계약 자유의 영역에 포함된다고 판시하였다.²⁵⁹⁾ 이 판결로 과기원은 초상의 이용이 일반 채권법에 따라 계약의 대상이 될 수 있다고 인정함으로써 초상권이 그 비재산권적 성질에도 불구하고 계약법과 양립 가능함을 확인했다.²⁶⁰⁾

3. 형식

초상권 양도 또는 이미지 이용허락은 정해진 형식이 없다. 이는 계약의 자유의 문제이다.²⁶¹⁾ 미성년 자녀에 관한 경우에는 부모가 동의해야 한다.

동의를 원칙적으로는 명시적일 것을 요한다. 암묵적으로 이루어질 수도 있으나, 암묵적인 승낙의 경우 즉각 예견할 수 있는 범위의 이미지 이용에 대해서만 그 효력이 미친다.²⁶²⁾ 공인이거나 공공장소에서 촬영된 초상에 대하여 당사자가 묵시의 동의를 했다고 해석할 수 있는지에 대하여 논의가 있는데, 이에 대하여 공인이라고 하여 혹은 공공장소에 있었다고 하여도 그 사람의 초상이나 사생활에 대한 권리를 포기하였다고 할 수는 없다고 한 판결이 존재한다.²⁶³⁾

모호하고 절대적인 양도는 효력이 없고, 허락은 기한과 사용 방법 등을

259) Cass. 1re civ., 11 décembre 2008, n° 07-19494, Bull

260) Théo Hassler(주 137), 19, 23면

261) Cass. 1re civ., 11 décembre 2008, n° 07-19494, Bull

262) Cass. 1re civ., 7 mars 2006, D. 2006, somm., 2703면, obs. L. Marino

263) 고철웅(주 122), 206면

포함하는 ‘특별(spéciale)’한 것이어야 한다.²⁶⁴⁾ 다만 기한의 정함이 없는 경우 불확정기한의 계약을 체결한 것으로 볼 수 있고, 이 경우 당사자는 언제든지 계약을 해지할 수 있으므로, 기한의 정함이 없다는 사유만으로 권리양도가 무효가 되는 것은 아니다.²⁶⁵⁾ 허락이 있는 경우에도 당초 인 쇄용지로 이용할 것을 예상하였는데 장래에 인터넷으로 유포되는 경우와 같이 처음에 예상하지 못한 유포 방식에 의한 이용은 불법이 될 가능성이 있다.²⁶⁶⁾

과거의 관용은 일반적인 승낙으로 해석되지 않는다. 이미지를 재사용하고자 하는 경우에는 이미 이미지의 이용에 대한 허락을 받았더라도 새로운 허락을 받아야 한다. 반면 사생활에 관한 정보는 일단 공개된 것은 정보가 되어 다른 정보가 추가되지 않는 한 관련된 사람의 동의를 다시 얻지 않고 자유롭게 게시할 수 있다. 이 측면에서 판례가 사생활권보다 초상권에 대해서 훨씬 엄격하다는 점이 흥미롭다.²⁶⁷⁾ 이처럼 사생활에 관한 권리와 초상권은 근거 규정이 공통되지만, 새로운 동의가 필요한지 여부로 인해 차별화되고 있다.²⁶⁸⁾

위와 같이 부여된 허락은 무료일 수도 있고 유상일 수도 있다. 유상일 경우 가격의 결정 기준은 완전히 자유롭다. 이미지 사용권을 양수받은 사람은 저작권 양도에 관한 프랑스 지식재산권법의 규정들을 준수할 의무가 없다.²⁶⁹⁾

이미지 이용허락의 방식은 서면, 구두를 불문하지만 입증을 위해서 서면으로 권한을 부여하는 것이 바람직하다. 이미지 계약이 체결되면 이미지는 양도의 대상이 될 수 있지만, 구두 합의이고 그 내용이 명확하지 않다면 사실상 계약인수(cession de contrat)의 방법으로 제3자에게 이용권

264) 이에 관한 파기원 판결로 Cass 1er civ, 30 mai 2000, Bull. civ., n° 167, 107면

265) 박수곤·김태희(주 121), 705면

266) Théo Hassler(주 137), 43면

267) Jane Seager(주 151), 8면

268) Florence Bellivier, Droit des personnes, LGDJ, septembre 2015, 120면

269) Cass. 1re civ., 11 décembre 2008, n° 07-19494, Bull

한을 이전하는 것은 금지될 것이다.²⁷⁰⁾ 예를 들어 어떤 사람이 처음에 특정 사진작가가 제한적으로 이용하기로 했기 때문에 포즈를 취하는 것을 받아들였다는 것을 입증한다면 사진작가는 자신이 촬영한 사진이용권을 재판매하여 차익을 얻을 수 없다. 그러한 분쟁이 발생하면 원고는 인격권의 이용에 주어진 허락을 그 주체가 철회할 수 있다고 주장할 것이고, 피고는 이 권리가 재산적 권리이며 양도될 수 있다고 반박하는 등 초상권의 법적 성격의 문제가 개입하게 된다.²⁷¹⁾ 이러한 점에서도 실무가들은 이미 지 이용허락은 사정이 허락하는 한 상세하게 서면으로 하는 것이 안전하고 효율적이라고 한다.

4. 동의 내지 허락의 성격

가. 초상권의 포기인지 여부

타인이 자신의 초상을 사용하는 것에 동의한 것이 초상권의 포기 또는 인격권의 처분 불가능성의 포기인지에 관하여, Ravanas는 동의는 자유의 행사이지 권리의 포기가 아니며, 단지 저항권(droit d'opposition)을 행사하지 않겠다는 계약당사자들 사이의 의사표시가 있을 뿐이라고 한다.²⁷²⁾

나. 허락과 저작권 양도 사이의 비교

프랑스 지식재산권법 L.131-3조는 저작자와 권리의 첫 번째 양수인 사이의 관계에서 양도기간, 지역, 목적 등을 명시한 서면을 작성하도록 규정하고 있어 이론적으로 저작권 양도계약은 서면 합의를, 이미지 이용허락

270) Théo Hassler(주 137), 43면

271) Théo Hassler(주 137), 43면

272) J. Ravanas, "La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image", Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, n°388 ; Théo Hassler(주 137), 44면에서 재인용

은 구두 합의를 가정하고 있다. 그러나 저작권 양도계약의 경우에도 서면 합의가 계약의 유효·무효를 가르는 것이 아니고, 다른 방법으로 구두 합의를 입증할 수 있다. 또한, 재산적 성격이 있는 유명인의 초상 이용에 관하여는 서면으로 합의하는 경우가 많기 때문에 저작권 양도와 이미지 이용 허락의 실무는 유사하다고 한다.²⁷³⁾

5. 제한

가. 일반적인 제한

일반적인 제한 사항과 관련하여, 해당 인물의 존엄성 또는 더 광범위하게 공공정책에 위배되는 포착·유포는 허락에 포함될 수 없다.²⁷⁴⁾ 프랑스 민법전 제6조는 “개별 약정으로 공공의 질서 또는 선량한 윤리에 관한 법률을 위반할 수 없다”고 규정하고 있다. 따라서 이러한 한계를 무시하고 동의한 허락은 공서양속에 반하는 유형의 이미지 사용을 허용하기에 충분하지 않다.

나. 특별한 제한

이미지를 명시된 방법으로만 사용하도록 허락할 수 있다. 모델, 예술가 등 전문적인 분야에서 이러한 허락이 주어지는 경우가 자주 있다. 따라서 경영자 또는 제 3자가 다른 목적으로 이미지를 사용하면 자신의 이미지에 관한 그 사람의 권리를 침해하는 것이 된다.²⁷⁵⁾

Ⅲ. 검토

273) Théo Hassler(주 137), 63, 64면

274) Bernard Beignier, Jeau-René Binet(주 150), 159면

275) Bernard Beignier, Jeau-René Binet(주 150), 160면

프랑스 파기원은 계약자유의 원칙상 초상에 관한 양도계약이 가능하다고 보고 있는데, 그 내용을 살펴보면 타인의 이미지를 사용할 권리의 근거를 초상권자의 동의에서 찾고 있고, 기간, 방법, 지역 등을 구체적으로 정한 동의를 요한다는 점에서 양도성을 인정했다기보다는 이 권리를 이용허락으로 인한 채권의 일종으로 파악하고 있는 것으로 보인다. 초상에 대한 재산적 권리를 인정하는 대신 승낙, 동의를 통해 계약의 영역으로 초상의 상업적 이용에 관한 문제를 해결하고 있는 것이다. 이에 대하여, 승낙, 동의에 의한 계약화가 유리한 면이 있는 것은 사실이나, 이미지 유포를 승낙하지 않은 경우에도 재산적인 손해가 있을 수 있다는 점에서 이 해결방식이 항상 효율적이지는 않고, 계약당사자들이 적법하게 계약을 체결할 동기를 해친다는 비판이 있다.²⁷⁶⁾

인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 양도할 수는 없고 이용허락만 가능하다고 하면 독점적 이용허락을 받은 경우에도 이용허락권자는 침해자가 이용허락이 존재한다는 사실을 알지 못한 경우에는 직접 불법행위로 인한 손해배상청구권을 행사할 수 없다. 또한, 독점적 이용허락권자는 제3자를 상대로 직접 금지청구를 할 수는 없고, 채권자 대위의 요건을 갖춘 경우에 이용허락부여자의 금지청구권을 대위하여 금지청구를 할 수 있을 뿐이다. 인격적 표지의 재산적 이익을 인격권으로 보호하는 경우 일신전속적인 인격권을 대위행사할 수 있다고 볼 수 있는지도 불분명하여, 이용허락권자는 제3자가 무단 이용한 경우 직접 소를 제기할 수 있는지 여부나 그 결과를 예측하기 어렵다.

광고나 언론 등에서 유명인들의 동일성표지가 사용되는 것은 흔하고 이를 통한 수입이 연예인들의 주된 수입원이 되었으므로, 이를 보장하기 위하여 적극적인 거래형식과 내용이 요구된다. 인격적 표지의 재산적 가치에 양도성이 인정되면 권리주체로서는 권리행사 선택의 폭이 넓어지고 양

276) Théo Hassler(주 137), 206면

수인으로서도 양도인의 인격적 표지를 무단이용한 제3자를 상대로 직접 금지청구를 할 수 있는 등 좀 더 강력한 지위를 가지게 된다. 따라서 인격적 표지의 경제적인 가치가 거래대상으로서 효율적이고 안정적으로 자리를 잡도록 하기 위해서는 양도성을 인정할 필요가 있다.

양도성을 인정하면 인격의 상품화 등의 문제가 발생한다는 우려가 있으나, 퍼블리시티 가치의 이용이 양도인의 명예를 훼손하는 경우는 명예훼손, 인격권 침해문제로 통제가 가능하다.²⁷⁷⁾

제2절 상속

I. 우리나라

1. 퍼블리시티권설의 논의

가. 상속성 인정 여부

1) 긍정설

사망한 사람의 퍼블리시티권을 보호하기 위하여 상속성을 인정할 것인지에 대하여 퍼블리시티권을 독립된 재산권으로 보는 퍼블리시티권설은 대체로 상속성을 긍정한다.

만약 이를 부정하면 유족에 의한 규제가 쉽지 않아 사자의 성명·초상을 무단으로 이용하는 것을 통제하기 어렵고,²⁷⁸⁾ 생존 중의 퍼블리시티권의 재산적 가치도 상당히 감소할 수밖에 없다는 점²⁷⁹⁾, 사람이 사망한 경우 인격 자체는 소멸하더라도 인격적 이익만은 유족에게 승계되는 것이므

277) 정상조·박준석(주 111), 92면

278) 이상정(주 57), 320면

279) 이한주(주 44), 392면

로 그 인격적 이익이 화체된 재화인 퍼블리시티권도 일반재산과 함께 유족에게 상속된다는 점²⁸⁰⁾ 등을 근거로 한다.

2) 부정설

퍼블리시티권설 중에서도 상속성을 부정하는 견해가 있다.

퍼블리시티권이 본인의 인격과 완전히 분리된 것은 아니고, 재산권이라고 하여도 반드시 상속이 가능한 것은 아니라는 것이다.²⁸¹⁾ 상속성이 부정되더라도 생전에 상표 등록을 하거나 저작권 또는 계약으로 해결할 수 있으며, 이미 상품화가 된 경우는 부정경쟁방지법에 의해 보호될 수 있다고 한다.²⁸²⁾

나. 존속기간

퍼블리시티권이 상속된다고 볼 경우에는 그 존속기간이 문제된다.

이에 관하여는 퍼블리시티권이 저작권 등의 무체재산권과 유사한 성격을 가진다는 전제하에 저작권의 존속기간(현행 사후 70년)을 유추적용하는 견해,²⁸³⁾ 퍼블리시티권의 행사기간을 무한적 인정할 수는 없고 사망 후 일정기간으로 제한해야 하는데, 이를 해석론으로 해결하기는 매우 곤란하고, 한 세대가 30년이기 때문에, 민법에 사자의 인격권과 퍼블리시티권의 존속기간을 30년으로 규정할 것을 제안하는 견해,²⁸⁴⁾ 채권 및 소유권 이외의 재산권의 소멸시효에 관한 규정인 민법 제162조 제2항에 따라 20년의 존속기간을 지지하는 견해²⁸⁵⁾ 등이 있다. 또한, 존속기간을 일률적으로 정하지 말고, 사망 후 세월의 경과, 상품가치 내지 고객흡입력의 정

280) 이한주(주 44), 394면

281) 한위수(주 55), 554, 555면

282) 남형두(주 50), 122, 123면

283) 이상정(주 57), 319면; 인격권설 입장에서 저작자가 사망한 이후 시간이 경과하면서 그 저작물을 자유롭게 이용할 공공의 이익이 점점 커지는 등 저작물에 관한 이익상황이 인격권 중 재산적 이익을 보호하는 부분의 이익상황과 유사하므로 사후 존속기간에 관하여 저작권법의 규정을 유추하는 것이 바람직하다는 견해로는 권태상(주 2), 347면

284) 김재형(주 6), 446, 454, 459면

285) 구재균(주 7), 224면

도, 이용의 모습, 이용자의 사정 등 여러 가지 요소를 고려하여 정하자는 입장도 있다.²⁸⁶⁾

2. 인격권설의 논의

가. 상속성 인정 여부

1) 부정설

퍼블리시티권의 독립된 존재를 부정하면서 동일성 표지의 재산적 이익을 인격권으로 보호하려는 입장은 대개 상속성을 부정한다.

유명인이 사망한 경우 그의 인격적 가치는 사회 공동의 재산으로 다루어져야 하고, 상속성을 인정하면 특정되지도 않는 성격을 갖는 세습재산이 만들어진다고 한다.²⁸⁷⁾

2) 긍정설

인격권설 입장에서 상속성을 긍정하는 견해는 상속성을 인정하지 않으면 본인과 가까운 상속인이 아니라 아무 관계도 없는 사업가에게 상속이 일어난 셈이 되어 부당하다는 점²⁸⁸⁾을 근거로 든다.

인격권 중 재산적 이익을 보호하는 부분은 그 주체의 사망 이후에는 재산권으로서의 성격을 더 강하게 가지며, 법정책적으로도 사망자의 동일성 표지가 무단으로 이용되는 침해행위에 효과적으로 방어하기 위하여는 상속성을 인정하여야 한다는 견해도 있다. 이 견해는 상속성을 인정하더라도 상속인은 사자의 퍼블리시티권을 자유롭게 처분할 수는 없고, 사망자의 의사에 부합하는 한도 내에서만 이를 이용할 수 있다고 한다.²⁸⁹⁾

286) 이환주(주 44), 392면

287) 이호선, “퍼블리시티권(신원공표권)의 성격에 관한 연구”, 법학연구 제19권 제4호, 2009, 55면

288) 구재균(주 7), 222면

289) 권태상(주 2), 345, 346면

나. 존속기간

인격권설 입장에서 상속성을 긍정하면서 저작자가 사망한 이후 시간이 경과하면서 그 저작물을 자유롭게 이용할 공공의 이익이 점점 커지는 등 저작물에 관한 이익상황이 인격권 중 재산적 이익을 보호하는 부분의 이익상황과 유사하므로 사후 존속기간에 관하여 저작권법의 규정을 유추하는 것이 바람직하다는 견해²⁹⁰⁾와 채권의 소멸시효에 관한 규정인 민법 제 162조 제1항을 유추적용하여 10년간 존속한다고 하는 견해²⁹¹⁾ 등이 있다.

3. 판례

저명한 소설가인 이효석의 상속인이 이효석의 초상과 서명 등을 이용하여 상품권을 발행한 피고 회사를 상대로 망인의 퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상청구를 한 사건²⁹²⁾에서 우리나라 제1심·항소심은 “퍼블리시티권은 인격권보다는 재산권에 가까운 점, 퍼블리시티권에 관하여는 그 성질상 민법상의 명예훼손이나 프라이버시에 대한 권리를 유추적용하는 것보다는 상표법이나 저작권법의 규정을 유추적용함이 상당한데 이러한 상표권이나 저작권은 상속 가능한 점, 상속성을 부정하는 경우 사망이라는 우연적 요소에 의하여 그 재산적 가치가 크게 좌우되므로 부당한 결과를 가져올 우려가 큰 점 등에 비추어 상속성을 인정함이 상당하다.”고 하였다. 이와 함께 퍼블리시티권이 무한정 존속한다고 해석할 경우 역사적 인물을 대상으로 하는 상업적 행위가 대부분 후손들의 동의를 필요로 하게 되어 불합리한 결과를 가져올 뿐 아니라 현실적으로 상속인을 찾아 그

290) 권태상(주 2), 347면

291) 최형구, “퍼블리시티권의 사후존속”, 산업재산권 제34호, 2011, 361면

292) 서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결

러한 동의를 얻기도 사실상 불가능한 점, 본인의 사망 후 시간의 흐름에 따라 사자의 성명이나 초상을 자유로이 이용할 수 있도록 하여야 할 공공의 이익도 상당한 점 등에 비추어 그 존속기간을 해석으로나마 제한할 수밖에 없다고 하면서 “퍼블리시티권은 현행법상의 제 권리 중 저작권과 가장 유사하다고 할 수 있고, 저작권법 제36조 제1항 본문은 저작재산권의 보호기간을 사자의 사망 후 50년²⁹³⁾으로 규정하고 있으므로 이를 유추적용하여 퍼블리시티권의 존속기한도 해당자의 사후 50년으로 해석함이 상당하다.”고 판시하였다.

II. 프랑스

1. 상속성의 부정

사람의 사망은 그의 인격에 대한 보호의 소멸을 수반한다. 이 점에서 인격권의 일신전속적 성격이 매우 두드러진다.²⁹⁴⁾

과기원은 1999년 사생활의 존중을 위해 행할 권리는 이 권리의 유일한 보유자인 당사자의 사망으로 소멸한다고 하였다.²⁹⁵⁾ 이는 법정 상속인은 망인의 재산, 권리 등을 상속한다고 규정한 프랑스 민법 제724조에 대한 예외이다. 반면에 저작인격권(droit moral de l'auteur)은 사망을 원인으로 상속된다. 저작인격권은 저작자의 개성을 표현하는 독창적인 창조물에 그 기원이 있고, 작품이 존재하는 한 저작자의 죽음을 넘어서는 시간에 남아 있게 된다.²⁹⁶⁾

과기원은 2005. 2. 15. 결정²⁹⁷⁾에서 사망은 사생활권과 마찬가지로 초상권의 끝을 나타낸다고 판시하였고, 최근 2018. 1. 31.자 판결²⁹⁸⁾에서도 “자

293) 현행 70년

294) Annick Batteur(주 138), 475면

295) Cass. 1re civ., 14 décembre 1999, n° 97-15756, Bull

296) Annick Batteur(주 138), 476면

297) Cass. 1re civ., 15 février 2005, n° 03-18302, Bull

신의 이미지를 이용하여 금전적 이익을 도출할 배타적 권리는 양도 가능한 재산적 가치를 지니고, 반대 규정이 없는 경우에는 양도성이 있고 사망으로 상속되는 재산에 해당하므로, 예술가의 사망으로 그의 초상권이 소멸하였다는 항소심 판단은 부당하다”는 원고의 주장에 대하여 “인격의 표지인 이미지에 대한 권리는 권리자의 사망으로 소멸하고, 그의 상속인에게 이전될 수 없다.”고 재확인하였다. 그러나 이것은 사람의 죽음 이후에 망인의 이미지의 사용이 자유롭다는 것을 의미하지는 않는다.

2. 사후 보호

사망 후 가족은 고인에 대한 기억과 명예의 수호자가 된다. 사자의 친족 또는 가족은 특정한 이미지의 공표로 고통을 겪을 수 있고, 따라서 그러한 사용을 막거나, 기억 또는 사자의 명예에 대한 침해로 말미암은 개인적 손해를 배상받기 위해 소를 제기하는 것이 정당하다. 더구나 법원은 애정의 감정에 대한 모든 침해와 무관하게 이미지 이용에 대한 권리가 고인의 상속인에게 양도된다고 인정하고 있으므로, 사후에 간행물을 발행하려면 상속인의 동의를 받아야 한다.

파기원은 2000. 12. 20. 결정²⁹⁹⁾에서 살해된 선주가 거리에 쓰러져 있는 사진을 2주간 게시한 것이 인간의 존엄성을 침해한 것이므로, 프랑스 민법 제9조를 위반하였다고 판단한 원심판결이 정당하다는 결론을 내렸다. 임종을 맞아 죽어가는 사람의 특징들을 재현하고 홍보할 때에도 동일한 규칙이 적용된다.

초상권을 비재산적 권리로만 볼 경우, 어떤 개인이 사망한 후 그의 친척이 그의 이미지 복제로 인하여 개인적으로 손해를 입었다면 불법행위라는 간접적인 수단으로 위 복제에 반대할 수 있고, 이 개인적 손해는 사자

298) Cass. 1re civ., 31 janvier 2018, n° 16-23591

299) Cass. 1re civ. 20 décembre 2000, JCP G 2001, II, 10488, concl. J. Sainte-Rose, note J. Ravanas

에 대한 기억 또는 존경에 대한 침해에서 추론되는 정신적 피해로 간주되게 된다. 그러나 초상권에 대한 재산적 권리와 상속성이 인정될 경우 유명한 아버지를 둔 딸이 사망한 아버지의 이미지를 상업적으로 이용하는 계약에 참여하지 못하였다면 일실이익(manque à gagner) 상당의 재산상 손해를 배상받게 될 것이다.

한 출판사가 유명한 코미디언의 아들, 딸과 이 코미디언의 생애를 그린 저작물을 발간하는 계약을 체결한 다음 위 책을 출간하였는데, 이 코미디언의 다른 자녀가 그 저작물 속에 포함된 이미지들로 인하여 자신의 감정과 사생활 및 자신과 아버지의 초상권이 침해되었다며 손해배상을 청구하였다. 원심은 피고가 아버지의 사진을 원고의 허락 없이 공표한 것이 아버지에게 대한 기억과 존경에 대한 침해에 해당한다는 점을 원고가 주장·입증하지 아니하였다는 이유로 원고가 아버지의 초상권 침해에 관하여 한 주장을 받아들이지 아니하였다. 이에 원고는 원심판결이 프랑스 민법 제9조 및 제1382조의 규정에 반한다는 이유로 상고하였다. 파기원³⁰⁰⁾은 개인의 사후에 그 개인의 이미지를 복제하는 것에 대하여 그 개인의 근친이 반대할 수 있으나, 이는 손해의 존재를 요건으로 하고, 그 손해는 사자에 대한 기억과 존경에 대한 침해로부터 추론되지만, 원심이 그와 같은 사정이 존재하지 않는다고 판단한 것에는 위법이 없다고 판시하였다. 즉, 사망한 사람의 가족이 소를 제기하려면 사자의 이미지의 재현으로 인하여 개인적 손해를 입어야 하고, 사자에 대한 기억과 존경에 대한 침해가 있으면 그 손해가 추정된다는 것이다.³⁰¹⁾

프랑스의 판례는 사망 후 사자의 이미지의 출판에 관하여 사자의 초상권을 직접 보호하기보다는 상속인의 인격권을 보호하는 간접적인 방식으로 발전했다고 할 수 있다.

Ⅲ. 검토

300) Cass. civ. 1ère, 22 octobre 2009, n° 08-10.557.

301) Annick Batteur(주 138)

과기원은 초상권의 재산권적 성질을 인정하지 않고 있으므로, 초상의 경제적 이익에 관하여 상속성을 부정하고, 이로 인한 공백은 유족의 인격권을 보호하는 방식으로 보완하고 있다.

사망 후에도 유명인의 초상과 성명이 제3자에 의해 무단으로 이용되는 것을 방지하고 사자의 노력에 의하여 획득된 명성으로 인한 이익을 상속인에게 귀속시키는 것이 사자의 추정적 의사에 부합할 것이다. 또한 상속성이 부정되면 사망이라는 우연적 요소로 인하여 그 재산적 가치가 크게 좌우되며 초상의 상업적 이용에 관한 권리를 양수한 제3자에게 불측의 손해가 발생하는 등 거래의 안전을 해할 수 있다. 따라서 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리의 상속성을 인정하는 것이 바람직하다. 다만, 상속성을 인정하더라도 표현의 자유 등 공공의 이익과의 관계에서 존속기간은 적절히 제한되어야 할 것이다.

제3절 한계

I. 우리나라

1. 서설

인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리는 표현의 자유 등 다른 법익과 충돌하는 상황이 자주 발생한다. 2015년 길정우 의원이 대표발의한 ‘인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안’(의안번호 1913653)에서는 제16조에서 표현의 자유 등 다른 법익과의 관계에서 인격표지권을 제한하는 기준으로 저작권법상 공정이용 규정과 유사한 이익 형량방식을 제안하기도 하였다.³⁰²⁾ 이는 퍼블리시티권을 저작권의 일종으로 보는 시각으로 접근하는

것이다. 우리나라에서 퍼블리시티권의 한계로 주로 논의되는 것은 표현의 자유와의 관계이다.

2. 학설

사람의 동일성이 뉴스(정보전달)와 문화적 작품에 이용된 경우에는 표현의 자유에 의한 보호를 받아 퍼블리시티권 침해가 성립하지 않지만, 상업적 언론에 이용된 경우는 퍼블리시티권 침해가 성립한다는 견해,³⁰³⁾ 순수 예술이나 학술, 보도 목적 등에 이용된 경우에는 인격권의 비재산적 구성부분만 문제될 뿐 재산적 구성부분의 침해는 성립하지 않고, 인격적 표지들이 상업적으로 이용된 경우에만 비로소 인격권의 재산적 구성부분이 문제되고 이 경우에 관계된 이익 사이의 형량을 통해서 침해 여부가 결정된다고 보는 견해,³⁰⁴⁾ 유명인의 인격적 표지를 광고에 이용하는 경우 퍼블리시티권 침해가 성립하고, 유명인과 직접 관련된 적법한 상품에 이용하는 경우는 퍼블리시티권 침해가 성립하지 않으며, 유명인과 관련이 없는 상품 내지 상품의 디자인에 이용하는 경우는 퍼블리시티권과 표현의 자유의 충돌이 발생한다는 견해³⁰⁵⁾ 등이 있다.

3. 판례

우리나라에서 퍼블리시티권의 개념을 처음 사용한 이휘소 판결은 문학 작품에서 이휘소의 성명, 사진 등을 사용했다고 하더라도 이를 상업적으로 이용했다고 볼 수는 없으므로 퍼블리시티권 침해가 아니라고 보았다.

302) 임상혁(주 16), 197면

303) 권태상, “퍼블리시티권과 표현의 자유: 미국법상 논의를 중심으로”, 법학논집 제18권 제4호, 2014, 9면

304) 안병하(주 73), 144면

305) 박준우, “표현의 자유에 의한 퍼블리시티권의 제한-상품의 디자인과 캐릭터를 이용한 경우를 중심으로-”, 산업재산권 제48호, 2015, 143, 144면

II. 프랑스

1. 개관

초상권은 저작권과 공통되는 한계가 있는데, 이는 정보의 자유, 풍자만화의 자유, 마지막으로 부수적, 종속적인 특징의 복제의 자유이다. 정보의 자유는 표현의 자유에서 파생되는 본질적인 자유이다. 예를 들어 전시회를 알리기 위해 기자가 관련된 전시회나 작품을 전재(轉載)하여 대중이 작가의 저작물을 인지할 수 있게 되는 것은 당연하다. 사건에 연루된 사람의 이미지가 수록되는 것 역시 합법적이다. 마찬가지로, 표현의 자유와 관련이 있는 풍자만화의 예외는 초상권에 대한 제한을 정당화한다. 그 목적이 그 대상을 악용하고자 하는 것이 아니라 그 대상을 해학적인 방법으로 생각하게 하기 위한 것이기 때문이다. 이 두 가지 한계는 공익, 즉 다수의 이익을 위한 것이다. 공익은 개인의 독점적 권리를 멈추는 유일한 대가이다. 반면에 부수적인 특징에 관한 예외는 공익보다 실질적인 필연성(necessites pratiques)에 대응하기 위한 것이다.³⁰⁶⁾

이하에서는 차례로 살펴본다.

2. 정보의 자유와의 관계

프랑스 지식재산권법 L.122-5 제9항은 저작물이 공개되었을 때 “저작자가 전체적으로 또는 부분적으로 그래픽 아트, 조형미술, 건축 작품을 복제 또는 전시(representation)하는 것을 서면, 시청각 또는 온라인 매체 수단으로 즉각적인 정보를 독점할 목적으로 금지할 수 없다. 이는 저작자의

306) Aurélie Thuegaz(주 200), 370면

이름이 명확히 표시되어 있는 경우에 한한다.”고 규정하고 있다. 그리고 이 조항은 첫 번째 단락이 그 자체로 정보를 제공하고자 하는 사진이나 삽화와 같은 작품에는 적용되지 않음을 명시하고 있다. 그러므로 단지 연관된 정보와 관련이 있는 사진 작품과 정보를 직접 전달하는 사진 작품이 구별된다. 후자의 경우, 예외는 적용되지 않으며 모든 복제물에 저작물 제작자 또는 재산권 소유자의 허가가 필요하다.

프랑스는 유럽인권협약의 당사국이며, 그 중 제10조는 “모든 사람은 표현의 자유를 누릴 권리가 있다. 이 권리에는 의견의 자유와 정보 또는 아이디어를 수령하거나 전달할 자유가 포함된다.”고 규정하여 대중의 정보의 자유를 보호한다.

따라서 앞서 본 프랑스 저작권법과 유럽인권협약 규정은 저작권이나 복제권, 초상권에 적용할 수 있는 정보의 자유에 대한 법적 기반을 제공한다.³⁰⁷⁾

초상권은 정보에 대한 권리를 위해 쉽게 제한된다고 한다. 이를 잘 보여주는 사례가 있다. 한 경찰관이 외국인이 불법적으로 정착한 교회에서 그를 퇴거시키면서 공무수행의 일환으로 사진을 촬영하였다. 직후, 이 사진은 어떤 단체의 전단지에 사용되었다. 당사자는 프랑스 민법 제9조에 의거하여 초상권이 침해되었다고 주장하면서 그 단체를 상대로 소를 제기하였다. 파기원은 원심이 문제된 출판물이 경찰의 개입 후 며칠 동안 이 전단지로 널리 알린 이 사건과 직접 관련이 있기 때문에 위 출판물이 적법하다고 판단한 것은 정당하다고 판시하였다.³⁰⁸⁾ 이는 사진이 오로지 공중에 정보를 제공할 목적으로 사용되는 경우에 초상권보다 표현의 자유가 우선한다는 취지로 보인다.³⁰⁹⁾

또한, 정보의 필요성과 관련하여 시사 문제(événement d'actualité)가

307) Aurélie Thuegaz(주 200), 373면

308) Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, n° 99-15.970

309) Caron C., commentaires sur Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, n° 99-15.970, D. 2001, 1992면

된 사건에서도 초상권이 제한될 수 있다. 화제가 된(시사 문제가 된) 사건에 연루된 사람들의 경우 판례는 어떤 사람이 공공장소에서 일어난 뉴스에 관련되었다는 사실은 초상권이나 사생활권의 포기를 의미하지는 않는다.³¹⁰⁾ 그러나 그들은 뉴스 시간에 사건을 설명하기 위해 자신의 사진이 유포되는 것을 용인해야 한다.³¹¹⁾ 그와 같이 유포되는 이미지는 자극적이거나 외설적이지 않아서 그 사람의 존엄성을 침해하지 않는 평범한 것만 가능하다.³¹²⁾

다음으로 공인 또는 유명인에 관한 정보의 자유가 있다. 절대적인 초상권은 공적 활동을 하는 공인의 이미지에 적당하지 않다. 예를 들어 정보의 목적으로 이용되는 정치인이나 운동선수의 이미지에 예외가 인정되지 않으면 언론은 완전히 마비될 것이다.³¹³⁾ 명성 때문에 그들의 초상권이 부존재하게 되는 것은 아니고, 유명인들 역시 자신의 이미지 사용을 통제할 수 있다.³¹⁴⁾ 그러나 판례는 사생활을 존중받을 권리와 같은 방식으로 이 원칙을 대중의 정보에 대한 권리와 조화시키고 있다. 따라서 공적인 활동 중인 유명인 또는 공적 자격으로 공적인 임무를 수행 중인 사람의 이미지를 포착·이용하는 것은 특별한 허락이 필요하지 않다.³¹⁵⁾

3. 풍자만화

프랑스 지식재산권법 L.122-5조 제4항은 저작물이 공개되었을 때 저작자가 장르의 법칙을 고려할 때 패러디, 모작 및 캐리커처를 금지할 수 없다고 명시하고 있다.

310) CA Paris, 16 juin 1986, D. 1987, somm.

Cass. 2er., 8 juillet 1981, Bull. n° 151

311) Cass. 1re civ., 20 février 2001, Bull. n° 42

312) Cass. 1re civ., 20 février 2001, n° 98-23471, Bull; Théo Hassler, "L'image banale d'une personne ou le triangle des Bermudes du droit à l'image", LPA, 30 décembre 2008

313) Jane Seager(주 151), 8, 9면

314) Cass. 1re civ., 13 janvier 1988, JCPG 1989, II, 21302

315) Annick Batteur(주 138), 92면

다른 예외와 마찬가지로 풍자만화 예외는 엄격하게 해석되어야 한다. 판례에 따라 풍자만화가 합법적이기 위해서는 우선 사람들을 웃게 만들어야 하고, 풍자만화가 원작과 멀리 떨어져있어 혼동의 위험이 없어야 하며, 불법행위 책임의 관점에서, 해를 끼칠 의도를 드러내지 않아야 한다. 이 예외는 표현의 자유를 보장하기 위한 것이므로, 타인의 이미지를 풍자한 유일한 목적이 제품을 판매하기 위한 것이지 자신의 생각을 표현하기 위한 것이 아닌 경우에는 초상권이 보호된다.³¹⁶⁾

베르사유 항소법원은 합성사진으로 코미디언의 얼굴을 변질시킨 사안³¹⁷⁾에서 풍자만화가 직업이나 활동으로 인해 묵시적 허락(autorisation tacite)을 추정할 수 있는 사람들에 관하여 인정된 전통적인 관용을 구성한다고 결정할 수 있었다. 이 사건에서 법원은 문제된 표현이 모욕적이지 않았으며 그 코미디언을 조롱하거나 평판을 떨어뜨리려고 의도하지 않았음이 명백하다고 밝혔다. 결과적으로, 주체의 동의가 없었다는 것은 문제가 되지 않았다.

4. 부수적 특징의 재생산(reproduction à caractère accessoire)

저작권에서, 공공의 도로 위에 건축물을 세우거나 배치한 것이 저작자의 건축 저작권에 대한 포기를 의미하지는 않는다.³¹⁸⁾ 그러나 이러한 건축물은 어떤 의미로 풍경의 일부이기 때문에 위 저작물이 우연히 재생산되는 경우가 종종 있다. 저작권은 실제 생활에 맞아야 하므로, "공공 도로에 위치한 예술 작품의 부수적인 특징의 복제"의 예외가 생겨났다.³¹⁹⁾

초상권에도 이와 유사한 한계가 있다. 어떤 사람이 공공장소에서 찍힌 경우 그 사람이 군중이나 풍경에 뒤섞여 식별되지 않고 사진의 프레이밍

316) Aurélie Thuegaz(주 200), 377면

317) CA Versailles, 31 janvier 1991, Gaz. Pal. 1992, 535면

318) CA Rabat, 12 décembre 1955, RIDA, juillet 1956, 129면

319) Aurélie Thuegaz(주 200), 378면

이 사람 중심이 아니고, 군중이나 풍경에 뒤섞여 식별되지 않는다면 이 사진의 유포에 반대할 수 없다.³²⁰⁾

5. 소결

개인은 원칙적으로 자신의 초상권을 독점적으로 향유하나, 불가침의 권리인 것은 아니고, 표현의 자유와 정보의 필요성이라는 공익과 실질적인 필연성을 위하여 위 독점적 성질은 완화된다. 위와 같은 한계는 저작권과 공통되는 것으로, 초상권의 재산권적 성질이 엇보인다.

제4절 구제방법

I. 우리나라

인격적 표지를 무단으로 상업적으로 이용하는 것은 불법행위를 구성할 수 있고, 이에 따라 피해자는 침해자를 상대로 손해배상과 침해행위의 중지를 구할 수 있으며, 부당이득반환청구도 가능하다.

1. 침해행위의 금지청구

인격권설은 인격권 침해의 경우 소유권 침해에 준하여 방해배제와 예방청구권을 인정하고 있으므로 당연히 성명, 초상의 상업적 무단이용에 대하여 방해배제와 예방청구권을 인정한다. 퍼블리시티권설 입장에서도 저작권 등 무체재산권과 유사하고, 인격적 성질을 완전히 배제할 수 없다는 점 등을 근거로 침해행위의 중지청구권을 인정한다.³²¹⁾

320) Annick Batteur(주 138), 92면

321) 한위수(주 49), 573면, 이한주(주 44), 412면

서울서부지방법원 2010. 4. 21.자 2010카합245 결정 등에서도 퍼블리시티권은 인격적 특성과 밀접한 관계에 있어 전적으로 이를 재산적 가치로만 환산할 수 있는 성질의 것은 아니라는 점을 근거로 침해행위의 중지청구권을 인정하였다.

2. 손해배상청구

퍼블리시티권을 인정하는 견해와 인격권설 모두 재산적 요소가 침해되었다는 점에서 재산적 손해의 배상을 인정하고 있다.

퍼블리시티권을 인정한 사실심 판례들은 침해자가 본인의 승낙을 받아 성명·초상 등을 사용할 경우 지급하여야 할 대가 상당액을 기준으로 하여 재산상 손해액을 정하였다.³²²⁾

인격적 표지를 무단이용한 것에 대하여 재산적 손해배상과 별도로 정신적 손해배상이 인정될 수 있는지에 관하여 이를 적극적으로 주장하는 견해가 있다.³²³⁾ 사실심심 판결 중에도 초상 등의 상업적 무단이용 과정에서 피해자의 사생활 침해, 명예훼손이 인정되는 경우에는 보수 상당액 이외에 정신적 손해배상도 인정된다고 판시한 사례가 있다.³²⁴⁾

II. 프랑스

1. 침해의 요건

초상권의 침해는 원칙적으로 무단으로 이미지를 포착하고 유포하는 것을 전제로 한다. 초상권은 추상적인 가치를 보호하는 것이 아니므로, 이를 주장하는 사람을 식별할 수 있어야 하고, 그가 이미지의 포착과 공개에

322) 서울고등법원 2015. 6. 19. 선고 2014나2028495 판결 등

323) 권태상(주 2), 364면

324) 서울고등법원 2015. 6. 19. 선고 2014나2028495 판결 등

동의하지 않아야 한다.³²⁵⁾

2. 침해에 대한 제재

가. 민사

초상권의 근거규정인 프랑스 민법 제9조 제2항은 “법관은 사생활에 대한 침해를 방지 또는 중지하기 위하여 손해배상과 별도로 계쟁물임치, 압류 기타 적절한 모든 조치를 명할 수 있다. 이러한 조치는 긴급한 경우에는 긴급심리에 의하여 명할 수 있다”고 규정하고 있다.

위 제재는 사생활의 권리 침해에 대한 민사적 제재와 같은 성격을 띤다. 대개 이미지에 대한 침해는 사생활의 침해를 특징으로 하기 때문에 이 규정에서 정한 보호조치를 적용할 수 있다. 그러나 초상권의 침해 없이 사생활만 침해되는 경우도 많이 가정할 수 있고, 반대로 사생활에 대한 불법적인 간섭 없이 초상권이 침해될 수도 있다.³²⁶⁾

파기원은 사생활 침해로 인한 손해와 초상권 침해로 인한 손해는 분리하여 배상해야 하는 두 개의 다른 손해로 보고 있다.³²⁷⁾

나. 형사

이러한 민사적 제재 외에도 형사적 제재를 생각할 수 있다. 프랑스 형법 제226조의 1은 방법 여하를 불문하고 당사자의 승낙을 얻지 않고 사적 장소에 있는 사람의 이미지를 찍거나 녹음하거나 전파하는 행위로 타인의 사생활의 은밀성을 고의로 침해하는 것을 금지한다. 이를 위반하면 1년의 구금형 및 45,000유로의 벌금형에 처해진다. 그러나 그 행위가 당사자가 인식할 수 있는 상태에서 이루어지고 당사자가 그 행위를 방지할 수 있음

325) Florence Bellivier(주 268), 119면

326) Annick Batteur, "Droit des personnes, des familles, et des majeurs protégés". LGDJ, août 2015, 92면

327) Cass. 1re civ., 10 mai 2005, n° 02-14740, Bull

에도 불구하고 이를 방지하지 아니한 때에는 승낙이 추정된다.

다. 소결

초상권에 대한 불법적 침해가 있는 경우 적용되는 제재는 민사적 제재와 형사적 제재로 나누어 볼 수 있다. 초상권의 침해가 사생활의 침해에도 해당하는 경우 프랑스 민법 제9조의 제재가 적용되고, 초상권의 침해와 사생활의 침해는 별도의 손해배상의 원인이 된다. 또한 무단으로 사적 장소에 있는 사람의 이미지를 포착, 유포한 경우에는 형사처벌이 가능하다.

제6장 결론

문화산업과 콘텐츠 산업 및 그 기반이 되는 IT 기술의 발달로 우리를 둘러싼 환경은 나날이 변화하고 있으며, 이러한 현실에 맞게 법이론도 변화하고 생성되고 있다. 우리나라와 마찬가지로 사회환경의 변화에 직면한 미국, 독일, 프랑스 등은 각자 그 변화에 대응하기 위한 보호체계를 만들어어나가고 있다. 미국에서는 프라이버시권과 퍼블리시티권이 차례로 탄생하였고, 퍼블리시티권 이론은 미국의 문화산업 발전에 중요한 역할을 해왔다. 독일의 경우에는 법률에 규정되어 있는 성명권과 초상권의 흠을 메우기 위하여 일반적 인격권이 인정되었고, 인격권 침해로 인한 정신적 손해배상의 범위를 크게 넓혔다.

우리나라에서는 종래 인격권으로 보호하던 범위를 넘어서 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리를 인정할 것인지 여부에 대하여는 어느 정도 논의가 정리되어 가고 있으나, 그 권리를 인격권과 별개의 재산권 내지 재산적 권리로 보호할 것인지, 인격권의 보호범위를 재산적 이익으로 넓히는 방법으로 보호할 것인지 치열한 논쟁이 계속되고 있다. 전자의 입장은 미국의 논의에서, 후자의 입장은 독일의 논의에서 영향을 받은 점을 부정할 수 없기에 미국에서 프라이버시권과 퍼블리시티권이 생성, 발전하여 온 과정과 독일 판례가 인격권으로 동일성 표지의 재산적 이익을 보호하여 온 과정을 간단히 소개하고, 우리나라의 퍼블리시티권설과 인격권설을 검토하였다.

그 다음으로는 프랑스에서 이루어지는 인격적 표지의 상업적 이용에 관한 논의를 살펴보았다. 독일과 프랑스의 논의를 보면 알 수 있듯이 대륙법계의 경우에도 각 나라의 법률과 그에 기반한 학설, 판례를 통해 이룩된 법적 체계가 다르기 때문에 같은 사회현실 변화에 대한 대응과 문제해결방식도 조금씩 다를 수밖에 없다. 파기원은 독일연방대법원과 달리 초

상의 재산적 이익 부분에 관하여 초상권에 재산권적 성질이 인정되는지, 인격권으로 재산적 이익을 보호할 수 있는지에 관하여 오랜 침묵을 지키고 있다. 대신 초상권자의 동의, 승낙으로 인한 계약의 관점에서 초상의 이용 문제를 해결해 나가고 있는데, 이와 같은 접근방식이 늘 효율적인 것은 아니고, 지나치게 복잡하며 예측하기 어렵다는 비판을 받고 있다. 사자의 초상권을 유족의 인격권을 통해 간접적으로 보호하는 것도 그 요건 입증이나 손해배상액 산정에서 상속성을 인정하는 경우와 큰 차이가 있다.

우리나라의 경우에는 사권으로서의 인격권에 관한 직접적인 근거규정이 없고, 인격권의 보호범위를 한정하기 어려워 예측가능성이나 법적 안정성을 확보하는 것이 쉽지 않을 것으로 보인다. 독일과 프랑스는 인격적 표지의 재산적 이익에 관한 논의가 성명권, 초상권, 음성권을 중심으로 이루어지고 있는데, 이처럼 인격권의 틀로 접근하는 경우 성명, 초상, 음성 이외의 인격적 표지의 상업적 이용 문제를 어떤 범주에 포섭하여 주장하고 다룰 것인지 불명확하고, 향후 논의나 입법 과정에서도 기타 동일성 표지는 누락되거나 보호의 공백이 발생할 염려가 있다. 여기에 관습법으로 자리 잡았다고 할 수는 없으나, 대중에 퍼블리시티권이라는 명칭으로 인격적 표지에 관한 권리가 널리 알려져 있는 점, 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리가 발생한 배경과 그 이론적·법적 근거 등을 고려하면, 이 권리를 광의의 부정경쟁방지를 위한 재산권으로 구성하는 것이 바람직하다.

아직까지 퍼블리시티권의 성립요건, 이전성, 보호대상과 존속기간 등에 관한 명확한 규정이 없는 이상 구체적인 사건에서는 현재 퍼블리시티권의 법적 근거규정인 민법 제750조, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 등의 구성요건에 따라 인격적 표지를 상업적으로 이용할 권리가 침해되었는지, 부정경쟁방지법의 규제대상에 해당하는지를 검토하여야 할 것이다.

이 논문에서는 양도성, 상속성, 한계 등 우리나라와 프랑스에서 퍼블리

시티권의 구체적인 쟁점에 관한 논의를 다루고, 퍼블리시티권의 양도성과 상속성을 인정하여야 한다는 결론을 내렸다. 퍼블리시티권의 양도를 허용하는 경우 인격이 형해화될 수 있다는 우려가 큰데, 이에 대한 우려는 우리 법의 체계 내에서 법률행위의 의사해석에 관한 원칙에 따라 당사자의 의사를 해석하고, 공서양속, 신의칙, 권리남용, 이익형량 등 사법상의 일반 원칙을 적용하여 해결해나갈 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 국문 문헌

가. 단행본

곽윤직, 민법주해XIX, 박영사, 2005

권태상, 퍼블리시티권의 이론적 구성에 관한 연구- 인격권에 의한 보호를 중심으로-, 서울대 법학연구총서, 경인문화사, 2013.

김상용, 불법행위법, 법문사, 1997

명순구, 프랑스 민법전, 법문사, 2004.

유일상, 미디어저작권과 퍼블리시티권(형상권), 사회평론, 2010

이영록, 퍼블리시티권에 관한 연구(I), 저작권연구자료 제43, 저작권심의조정위원회, 2003

이은영, 채권각론(제5판), 박영사, 2005

정상조·박준석, 지식재산권법, 홍문사, 2013

나. 논문

고철웅, “프랑스법의 초상권론에 관한 일고찰- 초상의 경제적 이용을 중심으로-”, 비교사법 제24권 제1호, 2017, 183-214면

구재균, “퍼블리시티권에 관한 연구-국회에서의 입법논의와 관련하여”, 외법논집 제30집, 2008, 209-234면

권영준, “초상권 및 사생활의 비밀과 자유, 그리고 이익형량을 통한 위법성 판단”, 민사판례연구 제31권, 2009, 519-565면

권태상, “퍼블리시티권과 표현의 자유: 미국법상 논의를 중심으로”, 법학논집 제18권 제4호, 2014, 1-32면

권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 제1호, 2016,

65-108면

- 김상중, “퍼블리시티권에 관한 국내 논의의 현황과 비교법적 고찰을 통한 법리적 제언”, 비교사법 제23권 제1호, 2015, 1-64면
- 김영훈, “하급심 판결례의 퍼블리시티권 인정에 대한 비판적 고찰”, 사법논집 제44집, 2007, 333-396면
- 김원일, “퍼블리시티 권리에 관한 소고-인격권, 부정경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위-”, 법조 제52권 제1호, 2003, 97-134면
- 김재형, “인격권 일반-언론 기타 표현행위에 의한 인격권 침해를 중심으로-”, 언론과 인격권, 박영사, 2012, 3-38면
- 김재형, “인격권에 관한 입법제안”, 언론과 인격권, 박영사, 2012, 393-462면
- 남형두, “세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권 -”, 저스티스 제86호, 2005, 87-129면
- 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(上)-”호사유피 인사유명“의 현대적 변용”, 저스티스 제97호, 2007, 135-166면
- 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(下)”, 저스티스 제98호, 2007, 86-121면
- 박성호, “실연자의 예명에 대한 법적보호(上3)”, 법조 제56권 제10호, 2007, 287-306면
- 박수곤 · 김태희, “프랑스법에서의 퍼블리시티권에 관한 논의의 전개 - ‘이미지 권’의 재산권적 성격에 대한 논의를 중심으로”, 비교사법 제23권 제2호, 2016, 687-720면
- 박정희, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위”, 특허법원 개원 20주년 기념논문집: 특허소송연구 특별호, 2018, 831-860면
- 박준석, “퍼블리시티권의 법적성격 -저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?-, 산업재산권 제30호, 2009, 295-330면

- 박준석, “프로야구게임 제작에 관한 야구종사자의 퍼블리시티권”, 산업재산권 제45호, 2014, 313-368면
- 박준석, “인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰- 최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제56권 제4호, 2015, 71-136면
- 박준우, “표현의 자유에 의한 퍼블리시티권의 제한-상품의 디자인과 캐릭터를 이용한 경우를 중심으로-”, 정보법학 제14권 제3호, 2010, 141-162면
- 박준우, “인터넷 광고와 퍼블리시티권의 성격-‘부정경쟁방지법’ 차목의 적용을 중심으로-”, 산업재산권 제48호, 2015, 401-445면
- 안병하, “인격권의 재산권적 성격: 퍼블리시티권 비판 서론”, 민사법학 제45권 제1호, 2009, 71-122면
- 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23권 제1호, 2016, 109-158면
- 엄동섭, “퍼블리시티(Publicity)권”, 서강법학연구 제6권, 2004, 147-178면
- 엄동섭, “한국에서의 퍼블리시티권 논의: 법적 성격을 중심으로”, 민사법학 제57호, 2011, 109-162
- 여하운, “우리나라에서의 프랑스 민법 연구방법에 관한 소고-필자의 연구 경험을 중심으로”, 비교사법 제20권 제4호, 2013
- 연기영, “퍼블리시티권의 침해와 손해배상의 과제”, 법학논총 제31집 제1호, 2014, 615-644면
- 오세용, “퍼블리시티권(The right of publicity)의 양도성·상속성에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2005
- 이봉림, “인격권에 관한 각국의 입법례 검토”, 성균관법학 제20권 제1호, 2008, 199-236면
- 이상정, “퍼블리시티권에 관한 소고”, 아세아여성법학 제4호, 2001,

313-327면

- 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 사법논집 제39집, 2004, 333-420면
- 이호선, “퍼블리시티권(신원공표권)의 성격에 관한 연구”, 법학연구 제19권 제4호, 2009, 27-63면
- 이호선, “프로야구선수들이 갖는 퍼블리시티권의 법적 성격과 그 행사”, 인권과 정의 제401호, 2010, 70-91면
- 임상혁, “퍼블리시티권의 한계에 관한 연구-표현의 자유와의 관계를 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2017
- 장재욱, “연예인의 성명·초상의 경제적 가치 보호와 손해배상법의 역할”, 법학논문집 제27집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2003, 95-120면
- 정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 저스티스 제98호, 2007, 122-146면
- 정상조·박준석, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구”, 특허청, 2009
- 정태윤, “프랑스에서의 인격권”, 이화여자대학교 법학논집 제4권 제4호, 2010, 37-54면
- 최재식·김경준, “퍼블리시티권 보호에 대한 동향 및 시사점”, ISSUE & FOCUS on IP 제2015-21호, 2015
- 최형구, “퍼블리시티권의 양도성에 대한 재검토”, 산업재산권 제31호, 2010, 267-301면
- 최형구, “퍼블리시티권의 사후존속”, 산업재산권 제34호, 2011, 335-366
- 한위수, “퍼블리시티권-성명·초상등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임 (상)”, 인권과 정의 제242호, 1996
- 한위수, “퍼블리시티권-성명·초상등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임 (하)”, 인권과 정의 제243호, 1996
- 한위수, “퍼블리시티권-성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리-의

침해와 민사책임”, 민사재판의 제문제 제9권, 1997
함석천, “초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개” 법조 제55권 제12
호, 2006, 191-222면

2. 프랑스어 문헌

가. 단행본

Batteur, Annick, Droit des personnes, des familles, et des majeurs protégés, LGDJ, août 2015

Batteur, Annick, Les Grandes Décisions du droit des personnes et de la famille, LGDJ, mars 2016

Beignier, Bernard/ Binet, Jean-René, Droit des personnes et de la famille, LGDJ, octobre 2015

Bellivier, Florence, Droit des personnes, LGDJ, septembre 2015

Cornu, Gérard, Vocabulaire juridique 11^o édition, mise à jour, 2016.
1.

Hassler, Théo, Le droit à l'image des personnes: entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle, LexisNexis, 2014

Fougerol, H., La figure humaine et le droit, Paris, Arthur Rousseau, 1913

Zenati, F./ Revet, T., Les biens, 3^e. Presses Universitaires France, 2008

나. 논문

Bertrand, André, “Droit à la vie privée et droit à l'image”, Editions Litec, 1999

Bruguiere, J.-M., “Le droit à l'image, possible objet de contrat”,

- Legipresse n°232, juin 2006
- Bruguiere, J.-M./ Gleixe, B., “Proposition de loi sur le droit à l’image. Pitié pour les juristes”, D. 2003
- Caron, C., “Commentaires sur Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, n° 99-15.970”, D. 2001
- Gaillard, E., “La double nature du droit à la l’image et ses conséquences en droit positif français”, D. 1984
- Hassler, Théo, “Contribution à la nature juridique du droit «patrimonial» à l’image”, RLDI, avr. 2010
- Hassler, Théo, “L’image banale d’une personne ou le triangle des Bermudes du droit à l’image”, LPA, 30 décembre 2008
- Loiseau, G., “La propriété d’un nom notoire”, D. 2003
- Loiseau, G., “Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français”, 42 Revue de droit de McGill 319, 1997
- Nerson, R., “Les droits extrapatrimoniaux: préface de M. Paul Roubier”, LGDJ, 1939
- Perreau, M. E.-H., “Des droit de la personnalité”, RTD civ. 1909
- Seager, Jane, “Le droit à l’image sur internet approche de droit compare franco-britannique”, Mémoire de Master en Droit, Université Paris II(Panthéon-Assas), 2004
- Serna, M., “L’image des personnes physiques et des biens”, Economica, 1997
- Thuegaz, Aurélie, “Le droit français à et sur l’image: comparaison au droit anglais”, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris I (Panthéon Sorbonne), 2012
- Zenati, F., “Pour une rénovation de la théorie de la propriété”. RTD civ. 1993

3. 영어 문헌

가. 단행본

McCarthy, J. Thomas, *The Right of Publicity and Privacy*, 2d ed, Vol. 2,
Clark Boardman Callaghan, 2000

나. 논문

Abasins, Valentins, "My Image is My Property - Personal Image
Protection on the Internet", L.L.M., University of
Copenhagen, 2012

McCarthy, J. Thomas, "Melville B. Nimmer and the right of
publicity: a tribute", 34 *UCLA Law Review* 1703, June - August
1987

Nimmer, Melville B., "The Right of Publicity", 19 *Law & Contemp.
Probs.*, 1954

Prosser, William L., "Privacy", 48 *Cal. L. Rev.* 383, 1960

Warren, Samuel D./ Brandeis, Louis D., "The Right to Privacy,
Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5., 1890

Abstract

Research on the commercial use of an individual's identity, 'the right of publicity'

—with focus on discussion in Korea and France—

Kim Yon Soo

School of Law, Intellectual Property Rights

Seoul National University

The advancement of visual media and information and communications technology and the development of advertisement and content businesses have given rise to commercial use of an individual's identity, such as his or her name and image, thereby increasing conflicts related to the practice. In the beginning, this issue was approached in the scope of the right to privacy in the United States. In some cases involving celebrities, however, it proved to be difficult to deem their rights to privacy violated when their names or images were exploited without consent, due to attributes of their professions. Consequently, the right of publicity emerged in the Haelan decision handed down in 1953, and the right to commercially use one's identity has developed into a

separate property right. In Germany, what is discussed as the right of publicity in America is dealt within the framework of personality rights. In the famous Marlene Dietrich decision, the Federal Court of Justice of Germany held that property elements of personality rights are inheritable regardless of their transferability. This decision bears significance in that the court recognized inheritability of property elements under personality rights though it did not clarify its position on transferability.

The American right of publicity was also introduced in Korea, and the right of publicity has since been acknowledged in some cases. However, there has been neither substantive enactment regarding the right of publicity nor precedents established by the Supreme Court of Korea in respect to recognition or the legal nature of the right of publicity. The discussion on the need to protect the right of commercially using personal identity seems to have reached a consensus. However, it has still been hotly debated whether the right should be protected either under the right of publicity, which deems a separate property right, or by extending the scope of protection of personality rights to economic benefits.

This paper aims to draw implications for reasonable settlement of the issue by introducing the French legal system, which plays a crucial role in civil law. In France, commercial exploitation of personal identity is discussed within the scope of the right to name (*droit au nom*), the right to voice (*droit à la voix*), and the right to image (*droit à l'image*). The Court of Cassation, the

highest court in the French judiciary, acknowledged the right of one's name that is nationally well-known as property. In terms of the rights to one's voice and image, the prevailing theory regarded these rights as no more than personality rights in the early 20th century when the main problem concerned was the photographing and exploitation of someone else's image without consent made possible by the advancement of advertisement technology. Since the mid and late 20th century, however, when individual's identity, such as one's name and image, began to be subject to contract and property, the predominant views have been either an integrated approach that the right to one's image holds the nature of both personality and property rights or a separate approach which divides the right to one's image into a personality right as a negative right and a property right to image as a positive right. An even more radical theory, which proposes that the original image rights be incorporated into the right to privacy and that the right to one's image be newly legislated as a property right, has also emerged. The nature of property rights which image rights hold has been recognized in a number of precedents in the first instance courts and courts of appeal. The Court of Cassation, however, has never clearly indicated whether the right to one's image can be considered a property right but only approached the issue as a matter of contract attributed by agreement and consent of the individual concerned.

As can be seen from the above, how the country deals with changes in the society and resolves the problems arising from

them is bound to differ depending on its law and theories built upon it, and its legal system established based on precedents. In the case of Korea, taking into consideration the need for protection of the right to commercial use of individual's identity, its background, theoretical and legal basis, and consistency and predictability in problem-solving procedures, I propose that this right be understood as property rights in a broad sense in order to prevent unfair competitions and that its transferability and inheritability also be recognized. In a specific case, it should be examined whether the use of the individual's identity infringes one's rights or is subject to regulation according to the elements of Civil Law Article 270 and Unfair Competition Prevention Act Article 2 Subparagraph 1. The worry over the formalization of personality can be dispelled by strictly interpreting the intent of the individual concerned, and applying general principles of jurisdiction, such as public order and morality good morals, principle of good faith, and abuse of right.

Key Words: The Right of Publicity, Personality Rights, The Right to Name, The Right to Voice, The Right to Image, Individual's Identity, Commercial Use

Student Number: 2006-21595